جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⵎⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⴰ ⵀⴰⵙ
UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FÈS
كلية الآداب والعلوم الإنسانية سايس – فاس
ⵜⴰⵖⵡⵍⵜ ⴰ ⵜⴰⵔⵎⴰ ⴰⵏ ⵜⴰⵎⴰⵡⴰⵙⵜ ⵜⵉⵍⵉⵀⵓⵜⵉⵏ ⵙⴰⵢⵙ - ⵀⴰⵙ
FACULTÉ DES LETTRES ET DES SCIENCES HUMAINES SAÏS-FÈS

مركز دراسات الدكتوراه: "اللغات والتراث والتهيئة المجالية"

المختبر: التراث دراسة وصيانة وإنقاذ

تكوين الدكتوراه: التأريخ والتراث

محور: الدراسات الإسلاميَّة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في موضوع:

نظريَّة تغيُّر الأحكام وتطبيقاتها في المعاملات الماليَّة المعاصرة

إعداد الطالب الباحث:

عبدالله محمود علي سيف عامر

إشراف الأستاذ:

الدكتور عبدالله معصر

تأريخ المناقشة: يوم الخميس 04/نوفمبر/2021م

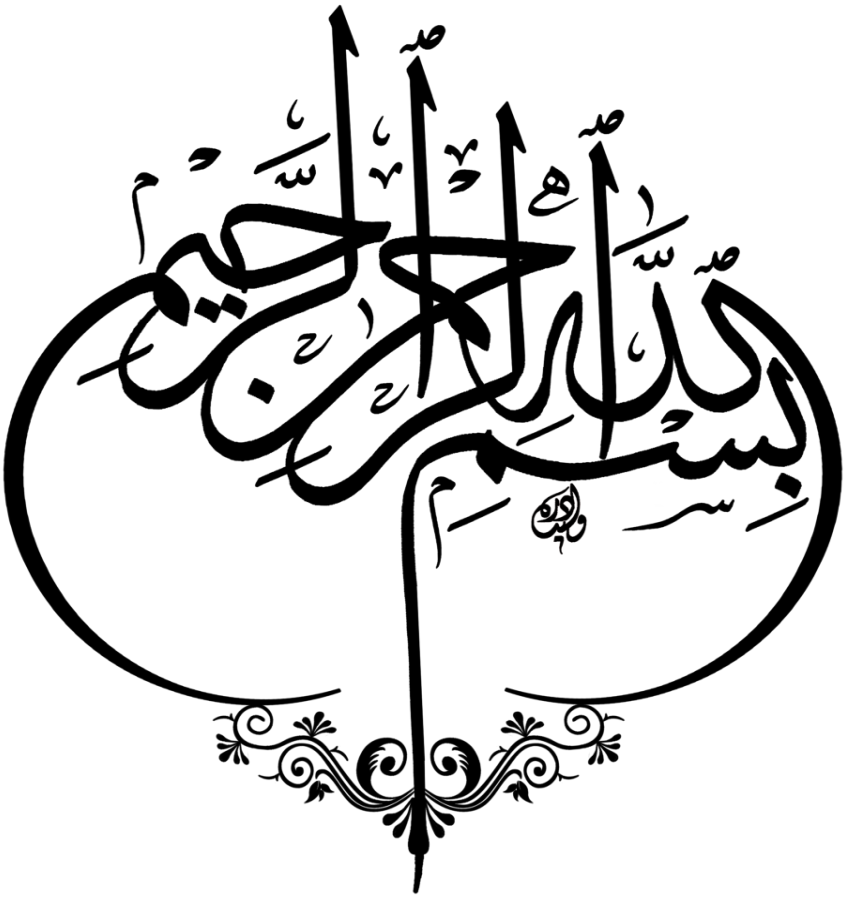
أعضاء لجنة المناقشة السادة الأساتذة:

الدكتور سعيد المغناوي	(كلية الآداب سايس فاس)	رئيسًا
الدكتور عبدالرحيم الأمين	(كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط)	عضوًا
الدكتور عبدالسلام اجميلي	(كلية الشريعة فاس)	عضوًا
الدكتور عمر الدريسي	(كلية الشريعة فاس)	عضوًا
الدكتور عبدالله معصر	(كلية الآداب سايس فاس)	مشرفًا

الجزء الأول

السنة الجامعية:

2021 – 2022 م/ 1442– 1443هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى

واجهة النور، وقبلة الضياء، وجَنّة الرحمات، أمي الغالية، الأخذة بناصيتي إلى حقل العلوم الشرعية؛

إلى

مصدر الرضا، وينبوع العطاء، ومدرسة العزم والحزم، وركني الشديد، والدي العزيز؛

إلى

أنفس يومي، ولباس ليلي، وكل ودي، وكعبة حبي، زوجتي الحبيبة؛

إلى

رياحين فؤادي، وأنفاسي الزاكية، أولادي الطيّب والدّرر والغيث؛

إلى

إخواني وأخواتي وجموع أهلي وأصدقائي الكرام البررة؛

إلى

كل من علمني وأدبني ورباني من الأساتذة والدكاترة والعلماء والمشايخ الأجلاء؛

إلى

اليمن السعيد الشامخ على الجراح، والمغرب موطن السلام والتعايش والكرم؛

أهدي جنى هذا الجهد، وأسدي قطاف ثماره.

شكر وتقدير

بعد أن جمع الله الجوامع، ومنع الموانع، وأتمَّ النعمة، وتحقق المراد، واستوى البحث على سوقه، وانتظم سابقه ومسبوقه، أحمده سبحانه وتعالى على توفيقه، وأشكره الشكر الذي لا يحصى، وأثني عليه الثناء الذي ليس له مدى.

كما أتقدم بجزيل الشكر، وخالص العرفان، وعظيم التقدير، وكامل الامتنان، وكل الاعتراف بالجميل بعد الله لوالدي الكريمين، فلو جثوت بين يديهما، وقرأت آيات الشكر وعبارات الثناء عليهما، وتلوت منه ما يبهر العقول، ويوقف الفحول، ما وفَّيت منَّة الولادة، ولا نعمة الرعاية، وجلب أسباب السعادة، فجزاهما الله خير ما جزى والدًا عن ولده، والشكر لمنبع الحنان ومنبت الود زوجتي الصابرة المحتسبة.

وأجمع جوامع الشكر وأجمله لشيخي فضيلة الأستاذ الدكتور الجيلالي المريني، صاحب المآثر والهمم، ومورد مناهل الكرم، الذي فتح لي قلبه وبيته، واستقبلني برحابة صدر، وقَبِل الإشراف عليَّ، وتتبع خطوات البحث طيلة خمس سنوات، فكان لي مشرب الفضل وديمة النعم، فجزاه ربي خير ما جازى معلمًا عن متعلم.

وأعلى مراتب التقدير وأوفر معاني الشكر والتبجيل لأستاذي الدكتور عبد الله معصر، عظيم الشأن، رفيع المقام، الآخذ بالعزم، والحاضر بالحزم، الذي أخذ بزمام المبادرة، وأكمل مهام الإشراف والمتابعة بكل فرح وسرور وحب وحبور، فجزاه الله عني خير الجزاء.

وأستثمر هذا المقام لأشكر من يستحق الشكر؛ جامعة تعز التي لولاها لضللت، فقد تجلت فيها عناية الله ورعايته فتلقفتني بنمارق الحب يوم أن تلقفت الشبابَ محارقُ الحرب، واستقبلتني في الموسم الدراسي 2005م- 2006م طالبًا في مرحلة البكالوريوس (قسم علوم القرآن)، و2009- 2010 طالبًا في تكميلي لسانس (قسم الدراسات الإسلامية) وفي 2011م عضوًا في هيئة التدريس المساعدة، وفي 2013م- 2014م أوفدتني لدراسة الماجستير والدكتوراه، فلها أوفى مراقي الشكر وأكمله، وأسمى مراتب الاعتراف بالجميل وأجزله.

كما أشكر كلية الآداب والعلوم الإنسانية بسايس العامرة، وجامعة سيدي محمد بن عبد الله العتيدة، بطواقمها الأكاديمية والإدارية والخدميَّة.

وأشكر كل المؤسسات العلمية والمكتبات ومراكز الأبحاث تيسيرها سبل القراءة والبحث، وتمهيدها مسالك الوصول إلى المعلومة، فبارك الله فيهم ولهم، وجزاهم عني خير الجزاء.

ولا يفوتني أن أشكر أخواني وأصدقائي وزملائي في الطلب، ورفاقي في الدرب، وكل من قدم لي المساعدة، ومد يد العون والمساندة من اليمنيين والمغاربة.

ولا أغفل أن أشكر كل من وقف بجانب والديَّ، وتحمل عني جزءًا من المسؤولية تجاه أهلي وأولادي، وكان سببًا في إدخال السرور عليهم عند غيابي.

والشكر موصول لفاس المتخيلة التي عرفتها في الصف الرابع الابتدائي، ولفاس الحقيقة والعيان، مدينة العلماء، وقلعة العارفين، من جمعت من الحسن والإحسان، والكرم والإكرام ما يربو بلطافته فردوس الجنان، فهي لي ذات العماد التي لم يخلق مثلها في البلاد، ولولا أن السجود لله وحده لسجدت لفاس.

مقدمـــــــــة البحث

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على النبي الأمين، وعلى آله وصحبه الميامين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

وبعد؛

فإنَّ السَّير على خطى الأمة في الهدى والاهتداء للتي هي أقوم؛ يقتضي السعي على وفاق التشريع الإسلامي بقدرة فائقة على مجاراة الواقع وتجدد الأحكام حسب الوقائع، وقابليَّته للتجديد، وقدرته على مواكبة المتغيرات الظرفيَّة، الحاليَّة على وجه التحديد، والمآليَّة على جهة التوقُّع والتقريب والتسديد، وإذا كان من المعلوم أن في الفقه الإسلامي جوانب غير قابلة للتغيُّر مهما تغيَّر المكان أو تقادم الزمان؛ كمسائل العبادات التوقيفيَّة، إلا أن جانبًا كبيرًا لا يزال لديه القابلة لذلك، ما يجعل لاعتبار المتغيِّرات الأثر البالغ عند تنزيل الحكم الشرعي نتيجة تغيُّر موضوعاته أو متعلقاته، أو تعدد القراءات للنص الواحد، واختلاف الفهم بين مجتهد ومجتهد.

فكما أن الأحكام الشرعية تتغيَّر بتغيرِّ موضوعاتها؛ فإنها تتغيَّر بتغيُّر مكان وقوعها، وزمان حصولها، ومحل نزولها، وحال الإنسان المتلبس بها، ومتعلقات النص وقرائنه الصَّامته، والعلل المستنبطة، والمناطات المثبتة والمقاصد المفعَّلة، فتؤثر البيئة المكانية في تصرفات المكلف عمومًا؛ ذلك أن البدو مختلف عن الحضر والريف عن المدينة والقطر الحار عن البارد، والبلد الآمن المستقر عن البلد المضطرب المستعر، ودار المحبين عن دار المحاربين.

فلا تنقل أحكام النوازل التي لها تعلق بواقع اجتماعي مخصوص ومصر محدد وعصر متجدد إلى واقع جديد، إذ إنَّ من الانحراف تحكيمها، ومساءلة المكلف بمقتضاها بعد تغيُّر ذلك الواقع، لانتسابها إلى موقع خاص، فإنْ تسبب العرف أو العادة في التكليف بمقتضى حكم ترتب عليه وجوده وعدمه، ولو استمر القضاء به ارتقى ليصبح عملًا مستنده عموم الأدلة الكليَّة والقواعد الجامعة التي تقوم مقام الدليل الجزئي؛ وذلك مراعاة لمصلحة معتبرة شرعًا أو درءًا لمفسدة حاصلة قطعًا، الأمر الذي دفع بالقضاة والمفتين والمجتهدين إلى اعتباره معيارًا يرجع إليه فيما لا نص فيه، كعمل فاس والمغرب وقرطبة والأندلس وغيرها من جغرافيا الاجتهادات الفقهية.

وتبرز نظريَّة التغيُّر في علاقتها بالفهم والتنزيل؛ فالمجتهد يلزمه معرفة الزمان والمكان عند تنزيل الحكم الشرعي مع عدم إغفال قرائن الأحوال متوسلًا في ذلك بالعلوم الإنسانيَّة، حتى لا ينزِّل الحكم في محل يستحيل معه تحقيق الأثر المترتب عليه، أو قد يؤول إلى خلاف قصد الشارع منه، الأمر الذي يأتي على الحكم الشرعي برمته فيحول دون وقوعه.

فلا بد عند تنزيل حكم على مستجدة من انتظام الأدلة وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام بضوابطها وأسبابها وشروطها وأركانها الأصليَّة والتبعيَّة، واعتبار التشخيص للواقعة في واقعها ومتوقعها، وإلا فإنَّ الحكم لا يؤمن إفضاؤه إلى نقيض قصد الشارع ومراده منه.

ولو أبقينا أصل الدليل لأدى إلى رفع ما اقتضاه قصد الشارع، كأن يؤدي إلى تفويت مصلحة وتقليلها، أو حصول مفسدة وتكثيرها، فكان من الواجب مراعاة نظريَّة التغيُّر إذا كان تنزيل الدليل يقتضي الحيلولة دون تحقيق الحكمة والمقصد، ولا أقصد بذلك الأحكام المجردة عن التغيُّر عموما؛ كالأحكام الوارد فيها نصوص قطعية وظروف طبيعيَّة، فإنها واقعة وفق مبادئ ثابتة، بعيدة عن اعتبار العوارض الطارئة.

كما يقتضي تشـــخيص الجانب التطبيقي للحكم الواحد تكييفه وفحص أدلته، ومعرفة بيئة ولادته، وضـــوابط إعادة توطينه، ونقله من دولة إلى أخرى كما في نازلة البتكوين (Bitcoin) حيث جوزت بعض الدول الغربية تداولها، أو إصدار صكوك سيادية في بعض الدول التي لا يسمح قانونها ببيع الموجودات العامة كالمطارات والموانئ والمقرات الحكوميَّة وغيرها، فيترتب على ذلك حرمة تصكيكها مصلحيًّا، ولأنها تؤول في استثمارها إلى مشابهة السندات الربويَّة لانتفاء حقيقة تملكها فيتغيُّر بذلك حكمها.

وكذا لو جرى العرف في كون الشيء ثمنًا للأعيان والمنافع والخدمات، فإنَّه يُعدُّ ثمنًا شرعيًّا لأداء الحقوق والالتزامات، وإن لم يعتبره آخرون لاختلاف الزمان والمكان واختلاف السياسة المالية لكل دولة؛ لأن المرجعيَّة في تحديد الثمن هي الرواج وغلبة النقد في البلد.

كما يسبب اختلاف أحوال الناس في الإطلاق؛ تغيُّرًا في حكم سداد قيمة المنافع والمخدمات، كنشأة الاختلاف بين التعجيل والتأجيل والتقسيط والنقد باختلاف الأماكن من حيث كونها بدوا أو حضرا واسعة أو ضيِّقة، ودولة متقدمة أو نامية، فيحمل على ما اصطلح عليه أهل البلد وجرت به عاداتهم ومضت على ذلك معاملاتهم، كما تتغيَّر فتاوى العلماء في تحديد ضابط الحفظ في الأمانات والودائع، وضابط الحرز الحقيقي والإلكتروني، وحرز

المثل، وما يتعلق بها من الأحكام، كالضمان وما يعتبر تعديًّا أو تفريطًا في حق الغير، وما يثبت به عدم التفريط والتعدي، وذلك بسبب تغيُّر المكان وفساد الزمان واختلاف الأحوال، وقصد الشارع لحفظ الحقوق وسائر الأموال، ومراعاة للمآل.

ويعدُّ اختلاف التقديرات التشخيصية –التي يقدِّمها العلم الحديث– عن الحدسيات والتخمينات –التي يقوم بها أهل الخبرة في المجتمعات القروية– من مناطات تغيَّر الأحكام؛ حيث تتغيَّر بناء على ذلك الأحكام المالية من مكان إلى آخر بناء على مدى التطور والتقدم العلمي والحضاري لكل بلد، وفي كل زمان.

كما أن للزمان والمكان أثرًا في تغيير المفاهيم الفقهية، فقد كان الفقهاء قديمًا ينظرون إلى البيع بما يناسب عصرهم وواقعهم الاقتصادي بل يعتبر ذلك تقدمًا في الصناعة المفاهيمية، فيعرفون البيع بنقل الأعيان وانتقالها، ولا يجيزون بيع المنافع وتموُّلها، وكذا سائر الحقوق العامة، لكن بتطور الحياة واتساع حاجة الناس بكثرة العمران وانتشار المدنيَّة والتقدم الصناعي؛ اتسع مفهوم البيع والشراء ليشمل المنافع والامتيازات والحقوق المعنويَّة، مما دفع بالفقهاء المعاصرين إلى إعادة النظر في ماهية البيع وحقيقته، وماهيّة التموُّل وما يعدُّ مالًا فيترتب عليه أحكام المال من زكاة وربا وسرقة وغصب وضمان وغيره، وما يعلم به الثمن وما يعلم به المثمَّن، وما يدخل فيه وما لا يدخل، وما يعدُّ قبضًا وما لا يعدُّ، وما يعتبر تموُّله عادة فيلحقه من الأحكام ما يلحق سائر الأموال، وما لا يعتبر تمويله فلا يلحقه من ذلك شيء، إذ ليس له حرمة المال ولا يساويه، وإنَّ تنزيل هذه المفاهيم في الواقع يختلف باختلاف الزمان والمكان.

وكذلك يقال في كل ما قُصد بالبيع والشراء وكان قَصد التموُّل فيه ظاهر، وذلك يختلف باختلاف محل تنزيله، فإنَّ ما قُصد به التموُّل في بلد قد لا يقصد به في بلد أخر، وكذا في كل ذات أو منفعة يقابلها عوض يصح تموُّلها، ويختلف ذلك تبعًا لحاجة الناس وما تقتضيه مصالحهم، ومدى تحضرهم ومدنيتهم.

أولًا: أهمية البحث

تعتبر نظريَّة تغيُّر الأحكام النظام الموصول بين الأدلة والمبادئ والاعتبارات الأصوليَّة والمقاصديَّة، والنسق الكليّ الجامع، والقائم بمجموع العلاقات الناظمة للشروط التي تراعى فيها القطعيات النصيَّة والسياقات الصائنة للإجماع، وضوابط الجمع بين الكلي الجزئي،

وإعمال الفهم وفق مقامات التصرفات، مع اعتبار مركزيَّة كل سبب جالب للتغيُّر سواء كان نظرًا تامًا في الزمان والمكان، أم كان عرفًا أم عادةً أم حالًا من أحوال المكلف والتكليف، ومحاكمة كل الاعتبارات تأصيلًا وفق أركان التغيُّر الأصليَّة كالتعليل وتحقيق المناط وتفعيل الحِكَم والمقاصد، ووفق الأركان الضامنة لصحة تنزيل الحُكم وسلامة مآله وتصحيح فاسده.

يستمر إعمال نظريَّة التغيُّر بضوابطها وشروطها كلما تغيَّر سبب أو اختل ركن، فتمثل –في حد ذاتها– إجراءات المتابعة المستمرة للحكم الشرعي في الواقع والتوقع، وتفعِّل الأدلة الشرعيَّة بمقاصدها ووسائلها وتطبيقاتها في الاجتهادات العلميَّة والمجالات القضائية والفتاوى الرسميّة، بحيث تسهم في التشكيل الفقهي لخارطة فقه المجتمعات في كل دولة وبيئة.

وتكمن أهمية نظريَّة تغيُّر الأحكام وتطبيقاتها في المعاملات المالية في صرف الحكم عن دليله الأول إلى دليل آخر اقتضاه فعل المكلف وظروف وملابسات العمل به؛ لأن البقاء على الحكم الواحد يؤدي به إلى الضرر ويلحق به الخطر، أو المشقة والحرج.

كما تكون نظريَّة تغيُّر الأحكام منتظم المناطات المؤثرة في المعاملات المالية المعاصرة؛ التي من خلالها يستطيع المجتهدون والهيئات الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية، والمجامع الفقهية الاسترشاد بها، فهي الميزان الذي توزن به العقود المستحدثة من حيث موافقتها وعدم موافقتها لمقاصد الشريعة.

كما تعدُّ نظريَّة تغيُّر الأحكام منظومة المرجعيات التي ترد إليها العقود الوافدة والمولدة في البيئة الغربية، وإليها الاحتكام عند ممارسة عملية التكييف والشرعنة للعقود والصيغ المالية المعاصرة.

وإذا أردنا أن يكون المجتهد قادرًا على الإجابة عن التساؤلات الملحة والقضايا الحرجة، لا بد من اعتبار نظريَّة تغيُّر الأحكام عند التنزيل، وملاحظة سببيَّة الزمان والمكان والحال، وإلا أصبح المجتهد بعيدًا عن الواقع وأبعد منه عن المتوقع، وبينه والمصلحة بون شاسع وقريب من المفسدة إلى حد كبير، وهذا ما لا يريده أحد من المخلصين للدين.

ومما يزيد البحث أهمية هو معالجة الموضوع انطلاقًا من الأصل المؤسِس قراءةً وفهمًا وتحليلًا واستثمارًا إلى الواقع المتغيِّر تنزيلا، والسير به وفق مسلك التنظير العلمي الحديث الذي تجمعه وحدة موضوعية متكاملة، ثم تطبيقاته في فقه المعاملات الماليَّة.

ولقد تهمم الشارع الحكيم بالجانب المالي، وقصده بالتشريع، وحذر من الاعتداء والتعدي عليه ببخس أو هضم أو ظلم أو خطر أو ضرر وغيره، وأمر بالوفاء به واستيفائه دون زيادة أو نقصان؛ وذلك لما للمال من أهمية كبرى في تحريك حياة الناس، فهو من أعظم أبواب الفقه خطرًا وأكثرها غررًا؛ لذا كان حفظه مقصدًا عظيمًا من مقاصد الشريعة، وإنَّ من عوامل الاهتمام بالمال؛ صونه بإبعاد جميع أنواع الضرر عنه قطعًا لأسباب المنازعات، وسدًّا لأبواب الخصومات.

ثانيًا: أسباب اختيار البحث

يلزم كل موضوع أسباب لدراسته، ترافق أفكاره ومضامينه ومسالكه، وذلك تأسيسًا لقواعده وتتبعًا لمسائله وسبرًا لأغواره وتشييدًا لبنيانه، وهندسةً لتطبيقاته وقضاياه، وقد تلخصت جملة الأسباب التي أرتقيت بها لاختيار الموضوع في النقاط الآتية:

– الميول العلمي إلى الاشتغال على النظريات الفقهيَّة والأصوليَّة، ودراسة أحد أهم الموضوعات المتجددة، وتأصيله وتتبع فروعه ومسائله في مدونات علم أصول الفقه ومقاصد الشريعة، وتطبيقاتها المعاصرة في كثير من الدول الإسلاميَّة، وإبرازها ونقدها وفق معايير نظريَّة تغيُّر الأحكام.

– جمع ما تناثر من البنية العلمية لنظريَّة تغيُّر الأحكام وما تفرق بين الأصول والمقاصد والقواعد والضوابط الفقهيَّة، فجاء البحث للتصالح على نظريَّة فقهيَّة أصوليَّة مقاصديَّة جامعة، وذلك لاعتبارها الطريق الآمن للنجاة بالعمل التجديدي في التنظير الاجتهادي وتنزيله القاصد في المجال القضائي والإفتائي.

– الحاجة الملحة لدراسة الموضوع النابعة من توالي الأزمات العالمية التي خلقت مناطات خاصة لتنزيل الحكم الشرعي فأثرت على معاملات الناس اليومية، وما ينتج عنها من اختلاف في السياسات المالية التي تمارسها بعض الدول كرفع الدعم عن بعض السلع والمنتجات الرئيسة، وتعويم الأسعار وعولمتها وأثرها المتفاوت على المعاملات المالية من بلد إلى آخر، مما أدى إلى تغيُّر الأسواق، الأمر الذي يدعو إلى دراسة الواقع وتشخيصه من منظور إسلامي، للمساهمة في تقديم الحلول العلمية المناسبة، والدراسات النقديَّة القاصدة.

– تسارع الأسباب الداعيّة إلى تغيُّر الأحكام النوازليَّة، وتصارع الأحداث الموجبة لتغيُّر الحكم الشرعي، واختلاف العلل والمناطات في كل زمان ومكان، وزيادة الحاجة إلى

تفعيل المقاصد وجلب المصالح وتقليل المفاسد، فتمس الحاجة إلى الدراسة والبحث كلما أحدث الإنسان من الفجور، فتأتي الإجابة على تساؤلاته بقدر ما حصل له من الفتور.

ثالثًا: الدراسات السابقة للبحث

حسب ما انتهى إليه علمي ووصل إليه سؤالي؛ فإنّ هناك دراسات حررت في هذا الموضوع من زوايا مختلفة، وأخرى تضمنت مباحث وإشارات بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن هذه الدراسات:

– نظريَّة تغيُّر الفتوى وتطبيقاتها في فقه الصيرفة الإسلامية للدكتور مطلق الجاسر، ط/1، 1437هـ –2016م، اقتصرت من حيث موضوعها على تغيُّر الفتوى ولم تتعرض لتغيُّر الحكم القضائي ولا العملية الاجتهاديَّة، وقد بذل صاحبها جهدًا مشكورًا ولكنه في البناء المنهجي والعلمي للنظريَّة اعتبر أن أركان تغيُّر الفتوى هي المفتي، والفتوى، وهذا ليس محل البحث، وفي ركن الاحترازات، خلط بين الأسباب والشروط والأركان حيث جمع الكل في ركن المحترزات، ولم يرد للتعليل ولا لتحقيق المناط ذكرًا في الأركان، ثم يستدل على نظريَّته بالنسخ في القرآن والنسخ في السنة والنسخ في الإجماع، وهذا لا علاقة له بتغيُّر الفتوى، وليس هو المراد بالدراسة، ثم عند التطبيق يكتفي بذكر الفتوى بالجواز في تأريخ سابق ويعقبه ذكر الفتوى نفسها بالمنع في تأريخ لاحق أو العكس، دون ذكر لمناط التغيُّر، مع اعتبار عدم تصور المسألة والخطأ في الحكم عليها نوع من التغيُّر، وهذا ليس هو موضوع دراستي لنظرية تغيُّر الأحكام.

– تغيُّر الاجتهاد دراسة تأصيليَّة تطبيقية، رسالة دكتوراه لأسامة بن محمد بن إبراهيم الشيباني، نوقشت في كلية الشريعة جامعة محمد بن سعود الإسلامية بالرياض– المملكة العربية السعودية، دار كنوز اشبيليا، الرياض، ط/1، 2012م، وقد جاءت الدراسة في تقديم وتمهيد، وأربعة أبواب، الباب الأول في حقيقة تغيُّر الاجتهاد ومشروعيَّته، والباب الثاني في أسباب تغيُّر الاجتهاد، بينما اقتصر الباب الثالث على آثار الاجتهاد، وختم بباب رابع لنماذج تطبيقيَّة لتغيُّر الاجتهاد عند المجتهدين، وهو عبارة عن مسرد لنصوص فتاوى تراجع عنها أصحابها، لم يبين مناطات التغيُّر فيها، بالإضافة إلى كون الدراسة تحدثت عن جزئية في التغيُّر ولم تكن نظريَّة شاملة كاملة.

– عوامل تغيُّر الأحكام في التشريع الإسلامي: تغيُّر المآل وتغيُّر القصد للدكتور زيد بوشعراء، وهي رسالة دكتوراه الدولة نوقشت في كلية الآداب بوجدة– المملكة المغربية، وقد ركز الحديث – بعد بيان أهم المصطلحات– على تحقيق المناط والاجتهاد باعتبار المآل والاجتهاد بمراعاة المقاصد، وأثر ذلك في تغيُّر الحكم الشرعي، وهذا جهد مشكور ولكن جاء مقتصرًا على بعض العوامل وهو ما يخالف نظريَّة تغيُّر الأحكام حيث عدَّت هذه العوامل أركانًا في التغيُّر، ولم تقف عند حدود هذه العوامل بل شملت الأسباب والضوابط، ناهيك عن شمولها لقسم تطبيقي في المعاملات المالية.

– تغيُّر الأحكام في الشريعة الإسلامية: للدكتور إسماعيل كوكسَال وفيه مدخل مفاهيمي، حول معالم الشريعة الإسلامية بين الثابت والمتغيِّر، ثم الباب الأول موجبات التغيُّر في الشريعة الإسلامية، ثم الباب الثاني لتأصيل التغيُّر في الشريعة الإسلامية، وتطبيق التغيُّر وضوابطه، لكنها لم تكن على شاكلة نظريَّة متكاملة البناء المنهاجي للتأليف كحال النظريات الفقهية والأصولية، بل كانت قريبة إلى الدراسات الفكرية.

– تغيُّر الأحكام دراسة تطبيقية لقاعدة: "لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيُّر قرائن الأحوال" في الفقه الإسلامي: رسالة دكتوراه في الشريعة لسها سليم مكداش، نوقشت في جامعة الجنان طرابلس – ليبيا، 2006م، وطبعت دار البشائر– لبنان عام 2007م، وقد اقتصرت على التعريف بالقاعدة ودراستها والاستدلال عليها، ثم شرح القاعدة، وبيان النية، والعرف والعادة، والعلة، والمصلحة، وسد الذرائع، وقرائن الأحوال، وعلاقة ذلك بتغيُّر الحكم الشرعي، كل ذلك في سياق الحديث عن القاعدة لا عن النظريَّة.

– أثر الظروف في الأحكام الفقهية: للدكتور محمد قاسم المنسي، حصل بها على رسالة الدكتوراه من جامعة القاهرة، 1993م، وطبعت بمكتبة دار السلام – مصر عام 2010م، وهي رسالة جيدة في بابها جمع فيها بين الشريعة والقانون، لكنها لم تكن على هيئة نظريَّة، وقد تحدث في الباب الأول تمهيدي تضمن أهم المصطلحات ومراعاة الشريعة للتطور والتغيَّر، والباب الثاني تحدث فيه عن الظروف من حيث أنواعها وآثارها كالعرف، والمشقة والحاجة، والضرورة، وتغيُّر أحوال الناس، وفي الباب الثالث تحدث عن الأصول الشرعيَّة التي يستند إليها الفقه في تغيير الأحكام، كالاستحسان وسد الذريعة والمصلحة المرسلة، ثم ختم بباب رابع أورد فيه ضوابط تغيُّر الأحكام بتغيُّر الظروف، لم تكن هذه الأطروحة سوى

جانب جزئي من جوانب أصول نظريَّة تغيُّر الأحكام وبالتالي لم تمس أصل الموضوع إلا من جانب أثر الظروف فقط.

– تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، رسالة دكتوراه للدكتور محمد طارق الجعبري، وقد نوقشت بجامعة أسيوط– مصر، وطبعت بدار النفائس –الأردن، ط/1، 2012م، جاءت في ثمانية فصول تحدث فيها عن تطور الأحكام في المجال المالي تحليل وتأصيل، ثم تحدث عن مسائل متفرقة كالتأمين والإجارة المنتهية بالتمليك، والأوراق المالية، والمرابحة للآمر بالشراء، وشهادة الاستثمار المالية، والفوائد البنكيَّة والعربون، وتعتبر هذه الدراسة جهدًا محمودًا، إلا إنها لم تأت لتأسس نظريَّة فقهيَّة، بمعالمها المنهاجيَّة، وإنما أورد المصطلحات أو ألحقها بالمسائل مجردة عن فقه التغيُّر.

– البعد الزماني والمكاني وأثرهما في الفتوى، رسالة ماستر ليوسف بلمهدي نوقشت بجامعة الأمير بالجزائر، من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالجزائر، دار الشهاب– دمشق– سوريا، ط/1، 2000م، تكلم في الباب الأول عن الفتوى وأهميتها ثم انتقل إلى الباب الثاني للحديث عن العوامل الأساسية، في تغيُّر الفتوى زمانًا ومكانًا وهي العرف والمصلحة وفساد الزمان والتطور وختم بالعوامل الإضافية كالمؤثرات الطبيعية والسلطة، فهي دراسة منحصرة لم تتجاوز بعض أسباب تغيُّر الأحكام.

– أثر تغيُّر أحوال الإنسان في أحكام العبادات عدا الخوف والسفر دراسة فقهيَّة موازنة: وهي رسالة ماجستير لفاطمة بنت عوض محمد الجلسي، نوقشت برحاب كلية الشريعة والدراسات الإسلاميَّة جامعة أم القرى بتأريخ: 1419/8/5هـ، وقد بذلت صاحبتها جهدًا مشكورًا، فقد جاءت الرسالة في أربعة أبواب، الباب الأول في أثر تغيُّر الحال بالبلوغ والثاني لتغيُّر الحال بالعقل والإدراك، والإغماء والجنون، والباب الثالث في أثر تغيُّر الحال بالإسلام والردة والرابع لحال المرض والصحة، وتطبيقاتها على باب العبادات، فاتضح أنها اقتصر على الأهليَّة وموانعها فقط ولم تشمل موضوع تغيُّر الأحكام لا نظريًّا ولا تطبيقًا، ولم تكن منتظمة في نظريَّة.

– أثر الظروف في تغيُّر الأحكام رسالة ماجستير لخليل محمود نعراني، حصل عليها من جامعة النجاح الوطنية –نابلس، بتأريخ: 2003/5/25م، وقد جاءت الدراسة في فصل تمهيدي للحديث عن مميزات الشريعة، وأربعة فصول في الظروف المؤثرة على الأحكام،

ومدى تأثيرها، وأراء العلماء في ذلك، والخطط والقواعد التشريعيَّة التي وضعتها الشريعة لمراعاة تغيُّر الأحكام، وعليه لم تأت على نمط النظريَّة، ناهيك عن كونها عارية من التطبيق في الوقائع والنوازل الفقهيَّة.

– تغيُّر الأحكام في الشريعة الإسلامية: ضوابط وتطبيقات، رسالة دكتوراه لإيمان المعزوزي، نوقشت في دار الحديث الحسنية بالرباط– المملكة المغربية، 2011م، مع العلم أنها لم تكن دراسة شاملة، ولم تدرس المعاملات مالية معاصرة.

وقد ظهرت بعض الأبحاث في جوانب محدودة من الموضوع، ولم تعدُّ في حقيقتها دراسات علمية وأكاديميَّة سابقة.

وبعد تتبع المسيرة التأريخيَّة للموضوع –ما أمكن– والوقوف على الممكن مما كتب فيه، أو في جزئية من جزئياته، اتضحت لي الإشكالَّية بمجموعة تساؤلاتها.

رابعًا: إشكالية البحث

يعدُّ موضوع "نظرية تغيُّر الأحكام وتطبيقاتها في المعاملات المالية المعاصرة" من الموضوعات المثيرة للتساؤلات، حيث إن الكتابة فيه لم تف بالحاجة إليه، ويتضح المقصود بالإشكال العام للدراسة في كونها تستدعي بناء نسق كلي من الأصول والقواعد والأسباب والبواعث الواردة على مناط النازلة، ويقتضيها زمان ومكان حصولها، فتؤدي إلى تغيُّر الحكم الشرعي لا لذات الحكم ولكن لدليل آخر يناسب الحكم الجديد المنوط بفعل المكلف، وما يترتب عليه من مصالح ومفاسد، وذلك من خلال استقراء تفاصيل الشريعة، وربطها بتصرف المكلف في المعاملات المالية، على مستوى المعاوضات والتبرعات وسائر الحقوق والالتزامات المالية، ومحاولة إعادة التوازن في أهم الصيغ المالية المعاصرة، ويظهر الإشكال بوضوح من خلال طرح التساؤلات الآتية:

هل يمكن جمع المبادئ الأصولية والقواعد الكلية لبناء نسق جامع يطلق عليه نظريَّة تغيُّر الأحكام؟ وأي تنزيل وتفعيل لها في مجال المعاملات الماليَّة المعاصرة؟ ويتفرع عن هذا مجموعة من الأسئلة أهمها:

– هل يمكن التأسيس لنظرية أصولية ومقاصدية، واستنباط شروطها وضوابطها وأركانها المستقرأة من خلال مدونات التراث الفقهي والأصولي والمقاصدي؟

– هل يمكن التوسل بالعلوم الإنسانية والاجتماعية في كشف الواقع والوقائع؟

– ما العوامل المؤثرة على فعل المكلف؟ وما مدى تأثيرها على المعاملات المالية المعاصـرة؟ وما التحديات المجتمعية التي يطرحها الواقع وتفرضـها تحولات المحيط الوطني والدولي؟ وما الحل الذي يقدمه الفقه الإســـلامي عند تغيُّر ملابســـات الحادثة الماليَّة في محيطها التنزيلي؟

وبعد إعمال النظر في إشكال الدراسة وأسئلتها الكلية والجزئية ومعالجتها أصوليًّا ومقاصديًّا وتنزيلها فقهيًّا؛ ينبغي تأثيث الإجابة وفق الأهداف الآتية:

خامسًا: أهداف البحث

تقتضي مركزيَّة السير على صراط مستقيم في معالجة القضايا والإشكالات؛ قصد مجموعة من الأهداف والغايات، أهمها:

– البناء المنهاجي الجامع لنظرية تغيُّر الأحكام من خلال إعمال الأصول وتوظيف المبادئ والمقاصد والتوسل بالعلوم الإنسانيَّة على قدر الإمكان للمواءمة بين أسس الفهم وآليات التنزيل للحكم الشرعي.

– كشف مكنون الواقع المتغيِّر وما يحمله من نوازل تطبيقيَّة، وإبرازها بشكل منتظم متكامل الأركان والمباني.

– بيان آثار نظريَّة تغيُّر الأحكام ذات الصلة بالمعاملات المالية المعاصرة ونقدها أصوليًّا وتفعيلها مقاصديًّا.

– جمع أهم السياقات والتطبيقات المتفرِّقة في المعاملات الماليَّة المعاصرة التي أفرزتها المدنية والحضارة الإنسانية المعاصرة، وتشخيصها وضم أطرافها في وحدة موضوعية.

سادسًا: منهاج البحث

اعتمدت في معالجة قضايا البحث وترتيب الإجابات على إشكالاتها؛ منهاجًا مركبًا يتمثل في الآتي:

– المنهاج الاسقرائي جمعت من خلاله شتات نظريَّة تغيُّر الأحكام المتفرقة في المدونات الأصولية والمقاصديَّة والفروع الفقهيَّة التنزيليَّة، وتتبعت جزئياتها في بناء كلياتها ومبادئها وضوابطها وأسبابها وأركانها قدر الإمكان.

– المنهاج الاستنباطي الذي يفرضه مجال الاشتغال على النظريات الفقهيَّة والأصولية، وتنزيلها في الواقع والمتوقع.

– المنهاج التحليلي الذي وظفته في عرض العقود المتداولة ووصفها وتكييفها للإجابة على إشكالاتها.

– المنهاج المقارن وقد تجلى في دراسة القضايا الواردة بأدلتها الجزئية النقلية والعقلية، في مواردها الأصلية والفرعية عند الفقهاء الأربعة ومعالجتها.

سابعا: خطوات إنجاز البحث

سلكت في إنجاز البحث وتحقيق النتائج المتوخاة على منهاج تفصيلي التزمت فيه بالخطوات المنهاجيَّة والأكاديميَّة لتوثيق المادة العلمية وذلك على النحو الآتي:

– تخريج الآيات القرآنية عند ورودها بذكر اسم السورة ورقم الآية معتمدًا مصحف المدينة المنورة برواية حفص.

– تخريج الأحاديث النبوية من الكتب المعتمدة، فأكتفي بذكر ما ورد في الصحيحين أو أحدهما، فإن لم أجد فمن الموطأ، فإن لم أجد فمن السنن الأربع، وأعزوها إلى مصادرها بذكر الكتاب والباب ورقم الحديث.

– توثيق أقوال الأصوليين والفقهاء من المذاهب الأربعة، ومحاولة الإحالة على المصادر الأصليَّة المعتمدة في كل مذهب على حدة، مقدمًا مصادر المذهب الحنفي ثم مصادر المذهب المالكي ثم الشافعي وأختم بالحنبلي ما أمكن.

– الاكتفاء بتعريف المغمور من الأعلام عند وروده أول مرة –ما أمكن– دون المشاهير والمعاصرين.

– شرح ما غمض من العبارات وما غرب من المفردات وتوثيقها من مصادرها الأصليَّة ما أمكن.

ثامنًا: خطة البحث

أخذت الدراسة منهجيًّا نسقيًّا خاصًا استدعته الضرورة المنهجيَّة والعلميَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام، وقد أخذت الأطروحة التصفيف الثنائي على مستوى الأقسام والأبواب والفصول والمباحث والمطالب، فاشتملت على قسمين: قسم في نظريَّة تغيُّر الأحكام، وقسم في تطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصرة، أما القسم الأول فقد جاء في فصل تمهيدي شكَّل العتبات المفاهيميَّة والمصطلحيَّة والمنهاجيَّة للنظرية الفقهيَّة والأصوليَّة وتغيُّر الأحكام، ومسالك النظر في الأحكام المغيِّرة، ثم في بابين، جاء في الباب الأول فصل في أسباب نظريَّة تغيُّر الأحكام،

وفيه عددت تغيُّر الزمان سببًا في تغيُّر الأحكام، والذي يتجلى في تقادمه، وفساد أهله، واختلافه من حيث الفوريَّة والتراخي والدوام والابتداء، واعتبار ما يحصل فيه من التطور والتقدم العلمي والصناعي والتكنولوجي.

وتمثل السبب الثاني في تغيُّر المكان فظهر أثره على تغيُّر الأحكام، من حيث حرمة المكان وقداسته، واعتبار حالة البرد والحرّ والقرب والبعد واختلاف مطالع البلدان، وحصول الكوارث والطوارئ والجوائح، ونشوب الحروب والنزاعات المسلحة، ومراعاة اختلاف الدار وأثره على فقه الأقليات المسلمة.

وعددت مراعاة أحوال المكلفين سببًا ثالثًا في نظريَّة تغيُّر الأحكام، وذلك من جهتين: الأولى من جهة أثره في ضوء عوارض الأهلية، وغيرها من العوارض المختلفة، كاعتبار حال المكلف في تمكُّنه من التَّدين، وقدرته العلميَّة، وأحواله النفسيَّة، والاقتصاديَّة، مع بيان طرق الكشف عن أحواله، من خلال التوسل بالقرائن الظاهرة، واستنطاق المكلف واستجوابه، والاستعانة بالخبراء في المجال الذي وقعت فيه الواقعة، ثم من جهة ما تلحقه من مشقات في كونها جالبة للتَّرخص والتيسير، أو في كون إلزاميَّة حصولها؛ خارج المعتاد، مع مراعاة شروط اعتبار المشقة في رفع الحرج عند التنزيل، وما عمت به البلوى، كما عددت العرف والعادة سبب في نظريَّة تغيُّر الأحكام، ومدى تحقق اعتباره في ضوء البحث الاجتماعي.

بينما أقتصر الفصل الثاني على شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام، وبعد استقراء الشروط؛ قسمتها إلى شروط في سياق سلطة النص، وهي ألا يكون المجتهَد فيه معلومًا من الدين بالضرورة، ومراعاة قاعدة لا اجتهاد مع النص، وشروط أخرى جاءت في سياق سلطة الإجماع، وهي مراعاة قاعدة لا اجتهاد في مواطن الإجماع في سياق الحجيَّة، وفي سياق المكانة، كما اشتمل على ضوابط نظريَّة تغيُّر الأحكام، وهي؛ الضابط الأول: اعتبار النظر الكلي والجزئي في تغيُّر الأحكام، وقد عالجته وفق دراسة تفصيلية من حيث إعمال الدليل الشرعي بين النظر الكلي والجزئي سواء من خلال معرفة تلازمية الكليات والجزئيات معا، أو فهمُ الجزئيات والكليات وتنزيلُها في ضوء النظر المقاصدي، أو إخضاع الأدلة الجزئية لرقابة الأدلة الكلية، أو الجمع بين الدليل الكلي والدليل الجزئي، وإعمال آخر من حيث تلازمية النظر الكلي والجزئي في الحكم التكليفي، سواء من خلال تغيُّر حكم الإباحة باعتبار الكليَّة والجزئية، أو

تنزيل الكلية من كليات الشريعة مكان الأخرى، أو إعمال الدليل الكلي والجزئي في ضوء اعتبار الواجب الكفائي.

ليأتي بعد ذلك الضـــابط الثاني: اعتبار التصـــرفات النبوية عند أجرأة قضـــايا نظريَّة تغيُّر الأحكام في الواقع العملي للشـــريعة، وتفصـــيله من خلال مراعاة أهمية التصـــرفات ودواعي تنزيلها في الواقع على ضـــوء مقامات الارشـــاد أو التأديب أو التبليغ أو الفتيا أو الحكم أو القضاء أو الإمامة.

وخصصت الباب الثاني من القسم الأول لدراسة الأركان الأصليّة والتبعيَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام وذلك في فصلين، الفصل الأول حول الأركان الأصليَّة، وقد جاء في المبحث الأول اعتبار مبدأ التعليل دراسة في سياق ركنيَّة التغيُّر، وحاولت إبراز هذا الركن من خلال الوقوف على إشكاليَّة المنهج في تعليل الأحكام والخلاف فيه، وبيان الميزان المعياري للتعليل، سواء تعلق ببيان ما يجري فيه التعليل، أم بتفعيل التعليل إلى أقصاه، أم ببيان أنواع التعليل وتمييز الأحكام المعللة وغير المعللة، وأثر ذلك في إنتاج الحكم الشرعي.

وختمت المبحث بمطلب جعلت فيه مبدأ تحقيق المناط ركنًا ثان في نظريَّة تغيُّر الأحكام تظهر ركنيَّته من خلال الوقوف على مداركه النظريَّة ومسالكه النقليَّة، والعقلية.

واتخذت في المبحث الثاني مبدأ اعتبار الحِكم عمودًا من الأعمدة المهمة التي يقوم عليها البناء الأصولي لنظريَّة تغيُّر الأحكام، فجاءت الحكمة بين الاعتبار والإهمال، فصح اعتبارها في إنتاج الحكم بضابط اشتمالها على المعنى المناسب، وأن تكون تابعة للمظنة القائمة مقام السبب، مع مراعاة عدم مخالفتها للشرع.

وعالجت في المطلب الثاني من الأركان الأصليّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام، ركن مراعاة النظر المقاصدي، وتفعله في الفهم والتنزيل، وذلك من خلال اعتبار مقاصد الشريعة في تعليل الأحكام، وضوابط إعمالها وتفعيلها، وبيان طرق إثباتها.

بينما اشتمل الفصل الثاني على الأركان التبعيَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام، فكان الركن الأول في مبدأ اعتبار المآل، والاعتبارات المؤطرة له كسدّ الذرائع، والخادمة لكشف المآل كالحيل والاستحسان والاستعانة بعلم المستقبليات في خدمة المآل، وأثرها على تغيُّر الأحكام من حيث حقيقة المستقبليات ومنهجيَّة النظر في المستقبل.

ليأتي الركن الثاني من الأركان التبعيَّة الذي صغته بمبدأ التصحيح لإعمال الأدلة في سياق البدلية، وقاعدته الأصليَّة، كقاعدة هل النهي يقتضي الفساد، ومراعاة الخلاف عند المالكية، ثم القواعد التبعيَّة كأصل الخروج من الخلاف، وأصل اعتبار عمل أهل المدينة، ومراعاة ما جرى به العمل.

وقد استثمرت من خلال القسم الثاني؛ الدراسة التطبيقية لنظريَّة تغيُّر الأحكام في المعاملات الماليَّة المعاصرة، فتجلَّت في مناطات التغيُّر على مستوى المصطلح أو الشرط أو السبب والمانع أو المقدمات أو النتائج، وكل ما له علاقة بإنتاج حكم آخر، سواء كان وصفًا مؤثرًا، أو مقصدًا معتبرًا، أو معنىً مناسبًا لحكمة جاءت على كمالها، حتى صارت التطبيقات كالماء في الغصن وكالروح في الجسد، وذلك في بابين.

جمعت في الباب الأول بين العملات المشفرة والصكوك الإسلامية في دراسة تطبيقية، فكان الفصل الأول للعملات المشفرة، حاولت من خلاله تحقيق مناط البتكوين باعتبارها النموذج الرائد للعملات المشفرة، وتكييفها الفقهي فاقتضى تحقيق مناطها بيان تأريخ العقود الذكيَّة لكونها النقطة الأولى الملهمة للعملات المشفرة، ثم بيان ماهية العملات المشفرة وتعدينها، وطبيعة تداولها والاعتراف الحكومي بها، لأصل بعد تصويرها إلى تحقيق المناط، وبيان مدى صلاحيته لإناطة الحكم الشرعي به، حيث اقتضى ذلك التعرض لتكييف العملات المشفرة وعملية التنقيب أو التعدين تكييفًا فقهيًّا.

لألج بعد هذا التطواف إلى اعتبار العلل والمقاصد المؤثرة في ماليَّة العملات والعملات المشفرة، وبيان مركزيَّة العلة المتمثلة بالرواج، ومن جهة أخرى؛ حاولت الوقوف على أهم الأوصاف المآلية المترتبة على تداول العملات المشفرة، كالغرر والجهالة وأكل أموال الناس بالباطل، وأثر التعليل بها في تغيُّر الأحكام؛ والوقوف على ما يجوز وما لا يجوز اعتبار الغرر والجهالة فيه، وحكم جهالة العوض في الخلع، والهبة، ونقوط الأفراح، والوصيَّة، والإقرار بالعملات المشفرة، مع التركيز على التعامل مع غير المسلمين بالبتكوين (Bitcoin) وأخواتها، نظرًا لاختلاف العرف وحصول الرواج النسبي في أوساط الدول الغربية، ومحاولة تفعيل مقصد توسيع الموارد المالية في التبرعات، وفي كل ما هو من قبيل الإحسان الصِّرف؛ لتخلف الحكم المنع عن علته.

وجاء الحديث في الفصل الثاني عن الصكوك الإسلامية، فجاء المبحث الأول في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك، عرضت فيه الإشكالات الفنية التي تمثلت بشراء صكوك الإجارة بعد انتهاء العقد، وارتفاع الأجرة عن القيمة السوقية، وتضمن صكوك الإجارة للبيع الصوري، وأثر تحقق القبض الحقيقي والحكمي في تغيُّر الأحكام، وإشكالية تحقيق مناط صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك، وإشكاليَّة الضمان فيها، من حيث مراعاة يد مدير الصكوك وأثرها في الضمان، وأسباب منع الضمان بدراسة الجدوى، وضمان مدير الصكوك بالتهمة أو بالقصد، وضمان الطرف الثالث، وطرق استردادها.

واخترت دراسة نموذج صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك الصادر عن حكومة البحرين بحسب محددات الإصدار كما جاء في النشرة، وعرضت فيها إشكالية تغيُّر الحكم بالصوريَّة، وبتغيُّر المقصد، وبينت إشكالية وضع اليد على الممتلكات السيادية للدولة، ومخاطرها، وما يترتب عليها من تغيُّر في الأحكام بدليل ما جرى به العمل القضائي، والتعليل بالمصلحة العامة.

ثم أوليت اهتمامي بالمبحث الثاني الذي تحدثت فيه عن صكوك المرابحة للآمر بالشراء وإشكالاتها التي تفضي إلى تغيُّر الأحكام، بعد عرض دراسة في التصور لصكوك المرابحة، واخترت نموذج صكوك المرابحة للآمر بالشراء السادية بالأردن نظرًا لنجاحها المبكر، فبينت إشكالاتها، سواء ما يتعلق منها بالوعد والإلزام في المرابحة، أم ما يتعلق بتغيُّر الحكم بناء على المآل أو المقصد وأثره على ضمان العائد ضمانا تاما، أو على التعهدات المتخذة لحماية مالكي الصكوك، مع مراعاة اعتبار نظريَّة الجائحة والقوة القاهرة، ومواجهة الحالات الطارئة، إما بالتخريج على رفع مشقة المشاركة، وإما بإعمال قاعدة الزيادة توجب الرد إلى العادة، أو قاعدة لا ضرر ولا ضرار، أو بإعمال مقام الولاية وأثره على ثبوتية حق الفسخ للحاكم والقاضي، مع عدم إهمال تصحيح العقود وتعديل الالتزامات الماليَّة، ثم كشفت عن أهم الإشكالات كضمان المصدِّر لشركة التأمين التعاوني، وأسبابه، وبيان الغاية منه.

وجاء الباب الثاني لدراسة عقود الالتزامات الإداريَّة، فاختص الفصل الأول لعقود المقاولة والاستصناع والاستصناع الموازي، حاولت من خلاله إبراز شروط الاعتبار كالتعويض عن الضرر في عقد الاستصناع، والشرط الجزائي، وتضمين الصنَّاع، واللُّزوم في

عقد الاستصناع، وثبوت الخيار فيه، واعتبار أثر الظروف الطارئة، وأثر الاستصناع في الحركة الإنتاجية والتمويليَّة وذلك في مبحث أول.

ثم جاء المبحث الثاني للحديث عن عقود التوريد والمزايدة والمناقصة دراسة تطبيقية، من خلال الوقوف على تحقيق المناط وأثره في تغيُّر الحكم الشرعي، فتحدثت عن عقود التوريد والغرض منها، ومناطها في تغيُّر الحكم الشرعي، وعقود المزايدة وما تلحق بها من مخاطر البيع بالمزاد، وإمكانية التسعير وعلاقته بالمزايدة ثم تحقيق مناط عقد المناقصة وبيان بيع العربون وعلاقته بعقود المناقصات، وتنزيل ما أمكن من المناطات المغيِّرة للحكم على نماذج تطبيقيَّة لعقود التوريد والمزايدة والمناقصة في كثير من المؤسسات العامة على نظريَّة تغيُّر الأحكام، وبيان أثر التدابير الاحترازية لمنع تفش الفيروس التاجي 2019 (Covid19)، على العقود والالتزامات.

وخصصت الفصل الثاني للحديث عن عقود البناء والتشغيل وإعادة التمليك Operate (Build Transfer)، ودراسته في ضوء نظريَّة تغيُّر الأحكام، وذلك من حيث تحقيق مناطه، وتخريجه الفقهي على المذهب المالكي، وتكييفه، كما وضحت إشكالاته، كإشكاليَّة المدة، وإشكالية اعتبار ثمن الاستصناع منفعة المستصنَع، ثم ختمت الحديث عنه بالوقوف على مبادئ تغيُّر الحكم الشرعي لعقد البوت (B.O.T) مثل مبدأ مسيس الحاجة إلى التعامل به، ومبدأ التسعير، وإعمال مبدأ التصحيح في فساده، ومبدأ حسن النية عند إجرائه.

وختمت بعقود الصيانة دراسة تطبيقيَّة على نظرية تغيُّر الأحكام، تجلى ذلك في بيان ماهية عقود الصيانة وأسبابها وشروطها، وبينت أقسامها من حيث تعلقها بملكيَّة المنفعة أو بملكيَّة العين؛ إلى صيانة تشغيلية وصيانة هيكليَّة، كما قسمتها باعتبار صيانة العين المؤجرة إلى كونها صيانة مقيدة بالشروط أو مطلقة عنها، ثم حاولت تكييف عقود الصيانة وتطبيقاتها على نظريَّة تغيُّر الأحكام، باعتبار أنها عقد على أجير مشترك ليأتي بعد ذلك بيان الفرق بين الأجير المشترك والأجير الخاص، وضمان الأجير المشترك، ثم تكييف الصيانة على أنها عقد جعالة، لأصل بعد ذلك إلى تحقيق مناط تغيُّر الأحكام في عقد الصيانة، وذلك بتدخُّل العرف في ضبط مقدار أعمال الصيانة، أو تدخُّل الظروف والأحوال والحوادث الطارئة والأسباب القاهرة، ثم لم أنس وضع الملحقات والوثائق والنماذج التطبيقيَّة وقائمة بالمصادر والمراجع والفهارس بعد خاتمة اشتملت على النتائج والآفاق المستقبلية للبحث.

تاسعًا: صعوبات البحث

تمثلت صعوبات الدراسة والبحث في شقين: الأول ذاتي، والآخر علمي، وتفصيل ذلك في الآتي:

– الصعوبات الذاتيَّة تكمن في الضغوطات التي مررت بها، نتيجة الأوضاع التي تعيشها البلاد اليمنية عامةً ومسقط رأسي خاصّةً، وما سببته الحرب وما جلبته من هرج ومرج وأزمات اقتصاديَّة واجتماعيَّة رافقت البحث منذ كان فكرة إلى يوم كتابة هذه الكلمات.

– الصعوبات العلميَّة وتركزت في التخوُّف لدى الكثير من المؤسسات والمنشآت العامة والخاصَّة التي زرتها أو التي راسلتها لطلب بعض صيغ العقود والاتفاقيات التي تثبت تغيُّر الأحكام وتبرز مناطاته، فحال تخوفهم بيني وبين الوصول إلى المراد.

القسم الأول:
نظريَّة تغيُّر الأحكام

مدخل تمهيدي: نظريَّة تغيُّر الأحكام مقدمة مفهوميَّة ومنهجيَّة

يستهدف محتوى النظريَّة الفقهية إثبات فقه التغيُّر الذي من الضرورة أن يجعل للمتغيّر اعتبارًا متكاملًا، يروم من خلاله تحكيم النص إلى جانب المصلحة وإحكامها به، وأقصد بالمصلحة من حيث تعلقها بالخطاب الشرعي لا من حيث الوجود والوقوع، بمعنى إثبات المرونة إلى أقصاها في جوانب مختلفة من التشريع، مع أن الوقوف عليها وتتبع جزئياتها في المجال الفقهي والأصولي، وتحديد أبعادها يعتبر الوحدة المعياريَّة في تأسيس نظريّة تغيُّر الأحكام، إذ قد يغيب عمّن يمارس عملية التنظير العلمي معرفته بمناطات التغيّر، بحيث قد يجعل الثابت في مجال المتغيِّر، والمتغيِّر في مجال الثابت، فيتنافر النص مع المصلحة، ويتصادم، أو قد يتسع، أو يضيق كل منهما على حساب الآخر، أو لا يصل إلى معرفة كيفية جعل الحكم المتغيّر والمصلحة تحت سلطة النص الشرعي، بحيث تشكل وحدة موضوعيَّة نسقية متماسكة يطلق عليها نظريَّة التغيُّر.

ولا تستقيم الوحدة الموضوعية إلا بثنائية الفهم والتنزيل، فإذا وقع الزلل في أحدهما وتفككت تلازميتهما، أتت على النظريَّة فجعلتها حصيدا كأن لم تغن بالأمس، وتركت آثارًا سيئة جدًا على التنظير والتطبيق معًا، فإذا حصل التوسع في دائرة المتغيِّر أكثر ممّا يمكن أن ينتهي إليه؛ جعل الدين معرضا للهزل واللَّعب، كما أن البقاء على النص يؤدي إلى جمود في الدين، وضلال مبين، ومخالفة لإجماع المسلمين، ويمنع الشريعة من مواكبة المسيرة الإنسانيَّة الحضارية والمتحضرة.

فينبغي للعصمة من الزلل؛ أن يفسح المجال لتأسيس نظريات تستوعب التطورات التي أحدثها العلم والتجربة البشرية، وتكون فسحة توسل وافتقار واستثمار، لا فسحة استعلاء واستظهار وانصهار، وإلا فإن البحث الذي لا يُعير اهتمامًا لتغيّر الأحوال والأحداث والظروف، ولا ينقدح في ذهن صاحبه اعتبار التغيُّر إلى أقصاه؛ تجده لو واجه نازلة ومستجدة لا ينظر إليها بعين الشريعة، فيخرج عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فلو أسس نظرية فقهية أو أصولية تجده ليس محميًّا من تحكيم مقولات منطوية، أخذها من بنات تجارب غيره منسوبة لعصر سبق عصره، فاستقرت في غير موقعه وواقعه.

وعليه؛ فإننا نجد في كل موطن من مواطن التشريع، وبواطن الشريعة وظواهرها "الشارع قاصدا لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز، كالدرهم بالدرهم إلى أجل، يمتنع في المبايعة، ويجوز في القرض"[1].

فينبغي استقصاء أطراف الشريعة واعتبارها إلى أقصاها؛ نصوصها ومصالحها، ألفاظها ومقاصدها، كليَّاتها وجزئيَّاتها، ظواهرها وخفاياها، أحوالها ومآلاتها؛ لأن ذلك منهاج يعصم من الزلل في الاجتهاد، ومسلك يجنب الخلل في الفتوى والقضاء، ويمنع من تسرّب خطر الانزلاق عن سلطان النص، ويجنب الانغلاق على الظاهر، ويقيِّد من يمارس عملية الاجتهاد بالمنهاج الأصولي، وإلا وقع صاحبه في انحراف كبير خلال ممارسته للعملية الاجتهادية، وعليه؛ فمجال التغيُّر –حسب نظريّة تغيُّر الأحكام– مناط الحكم المتأثر بظروف النازلة وقرائن أحوالها ومواقع تنزيلها، وتفعيل مقاصدها، ومآلات تطبيقها، وامضاء صحيحها وتصحيح فاسدها.

من أجل ذلك؛ كان لا بد من اعتبار التغيُّر فيما تبنى عليه الفتوى، وتنزَّل فيه الأحكام القضائية، ويؤول إليه إجتهاد المجتهد، حتى لا تقع الفتوى في غير محلها، ولا تؤول الأحكام إلى خلاف قصد الشارع من التشريع.

فيلزم من ذلك مراعاة عوائد الأمم المختلفة، وهو خلاف الأصل في التشريع الإلزامي، وإنما يسعه تشريع الإباحة حتى يتمتع كل فريق من الناس ببقاء عوائدهم، لكن الإباحة لما كان أصلها الدلالة على أن المباح ليس فيه مصلحة لازمة، ولا مفسدة معتبرة؛ لزم أن يراعى ذلك في العوائد، فمتى اشتملت على مصلحة ضرورية، أو حاجية للأمة كلها، أو ظهرت فيها مفسدة معتبرة لأهلها لزم أن يصار بتلك العوائد إلى الانزواء تحت القواعد التشريعية العامة من وجوب، أو تحريم[2]، لا لذات العوائد، وإنما لما يترتب عليها من مصالح معتبرة وجب تحصيلها، أو مفاسد محققة وجب درؤها.

---

(1) الموافقات: للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط/1، 1417هـ– 1997م، 520/2.

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية: للشيخ محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ– 2004م، 267/3.

ويتبيَّن بالتفقه في هذا والتهمّمُ بإدراك علل التشريع في مثله ويلوح لنا منه بارقُ فرق بين ما يصلح من جزئيات الشريعة لأن يكون أصلًا يقاس عليه نظيره، وبين ما لا يصلح لذلك، فليس الأمر في التشريع على سواء[1].

كما يقتضي فقه التغيُّر اعتبار أحوال التطور في كل مصر كلما تقادم العصر، فيجب بموجبه "تغيير الأحكام بالتجديد، ووضع الإجراءات، أو الزيادة منها اعتبارًا لاختلاف الأحوال، وما نشاهده من اختلاف وتطور في كل عصر، وذلك ما يشير إليه قول عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"[2].

ولقد ثبت بالاستقراء التام لمواقع المعنى في الخطاب الشرعي أن الشريعة عامة، بل "معلومٌ بالضرورة من الدين أن شريعة الإسلام جاءت شريعة عامةً داعيةً جميع البشر إلى اتباعها، لأنها لما كانت خاتمة الشرائع استلزم ذلك عمومها –لا محالة– سائرَ أقطار المعمورة، وفي سائر أزمنة هذا العالم، والأدلة على ذلك كثيرة من نصوص القرآن والسنة الصحيحة، بحيث بلغت مبلغ التواتر المعنوي[3].

قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةٗ لِّلنَّاسِ﴾ [سبأ: 28]، وقوله: ﴿قُلۡ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنِّي رَسُولُ ٱللَّهِ إِلَيۡكُمۡ جَمِيعًا﴾ [الأعراف: 158]، وفي الحديث الصحيح: «أُعطيت خمسًا لم يُعطَهن أحدٌ قبلي [وعدّ منها] وكان الرسول يُبعث إلى قومه خاصة، وبعثت إلى الناس عامة»[4]، فيبقى العام على عمومه التشريعي ولا يؤثر عليه ورود المخصص.

(1) المصدر السابق، 270/2.

(2) المصدر السابق، 542/2.

(3) المصدر السابق، 259/3.

(4) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المشهور بصحيح البخاري: للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري (المتوفى: 256هـ)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة مصورة عن السلطانية – جدة المملكة العربية السعودية، ط/1، 1422هـ، كتاب: الصلاة، باب: قول النبي ﷺ: "جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا، رقم: 438، والمسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ المشهور بصحيح مسلم: للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، باب جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا، رقم: 521.

وقد جاءت الشريعة مبنيةً على اعتبار الحِكم والعلل، وأجمع علماء الإسلام في سائر العصور، على أن علماء الأمة مأمورون بالاعتبار في أحكام الشريعة، والاستنباط منها[1]، وأدلة ذلك أكثر من أن تحصى، منها قوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾ [التغابن: 16]، وقوله: ﴿فَٱعۡتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَبۡصَٰرِ﴾ [الحشر: 2]، بخلاف "ما كان من التشريعات جزئيًا، وهي قضايا الأعيان، تحتمل أن يراد تعميمها، وتحتمل أن يراد تخصيصها، ولعل هذا النوع هو الذي نهى رسول الله ﷺ عن كتابته فقال: «لا تكتبوا عني غير القرآن»[2]، خشية أن تتخذ الجزئياتُ الخاصة كلياتٍ عامة[3]، عند من يختلط عليه عموم القرآن بخصوص السنة.

لذلك؛ يلزم المجتهد إعادة النظر الآني في القضايا الاجتهادية، وتجديد الفقه فيها، وفق نظريَّة التغيُّر، لما له من الأهميَّة في إدراك الخلل، وتدارك ما حصل أو قد يحصل بسوء التنزيل عند معالجة النوازل، فإنَّه "لمَّا ظهر من العنت في فرض أحكام اختلف فيها القضاة، بسبب اختلاف المذاهب المعتمدة، فإن من الخير إعادة النظر والبتّ فيها، على أساس ما هو مقصد أصلي للشارع، وعلى أساس ما يقبل التيسير من أقوال المجتهدين"[4]، بحيث يكون قصد الشارع هو المعيار في الردِّ، والميزان في الرجوع الحق إلى الحق.

فجاءت الأدلة النصيَّة متضافرة ومتكاملة، سواء بالتنصيص أم الاستقراء لمواقع المعنى، لترسخ في الأذهان، وتحقق في الواقع نظريَّةً تستوعب النص والزمان والمكان والإنسان، ولا يصمد أمامها دعوى تعارض الكليات والنصوص ومعارضتها بأدلة ظنية، ولا تقوى لمجرد المقابلة ناهيك عن المزاحمة أو المعارضة.

وعليه؛ سيكون الحديث في هذا التمهيد عن نظريَّة تغيُّر الأحكام في مدخلين: مدخل مفاهيمي ومدخل منهاجي:

---

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 262/3.

(2) جاء في صحيح مسلم: عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ قال: «لَا تَكْتُبُوا عَنِّي، وَمَنْ كَتَبَ عَنِّي غَيْرَ الْقُرْآنِ فَلْيَمْحُهُ»: كتاب: الزهد والرقائق، باب: التثبت في الحديث وحكم كتابة العلم، رقم: 3004.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 541/2.

(4) المصدر السابق نفسه.

أولًا: مدخل مفاهيمي: دراسة حول النظريَّة الفقهيَّة ونظريَّة تغيُّر الأحكام

يقتصر الحديث هنا على مصطلح النظريَّة، والنظريَّة الفقهية، ونظريَّة تغيُّر الأحكام، ولن أخوض كثيرًا في المعاني اللغويَّة وحتى الاصطلاحية لمفردتي النظر والفقه، إلا بما تقتضي الدراسة ذلك، كما في الآتي:

– **النظريّة لُّغةً:** اشتقت النظريَّة من النظر، قال الخليل: "النَّظَر... مِنْ نَظَر الْعَيْنِ ونَظَر الْقَلْبِ"[1]، وفي هذا إشارة إلى آلة النظر.

وفي معجم الفروق: النظر طلب الهدى... والنّظر طلب ظُهُور الشَّيْء، ولا يكون إلا مع فقد العلم[2]، فطلب الهدى والدليل والحق وطلب الظهور؛ مقاصد معتبرة في البناء التنظيري، ويكون مع فقدان العلم وإلا لما كان للطلب معنى.

قال ابن فارس: "النون والظاء والراء أصل صحيح يرجع فروعه إلى معنى واحد وهو تأمل الشيء ومعاينته"[3]، والتأمل في الشيء ودلائله وأحواله؛ مرحلة تقود إلى مراحل موصِّلة إلى المعاينة والوقوف على الأصل والحقيقة.

ومن حيث الاستعمال الدلالي للمصطلح؛ يقول ابن فارس: "وَمِنْ بَابِ الْمَجَازِ وَالِاتِّسَاعِ قَوْلُهُمْ: نَظَرَتِ الْأَرْضُ: أَرَتْ نَبَاتَهَا"[4]، وهذا الاستعمال التجريدي المحسوس انتقل باللفظ من معناه الذي هو التأمل والمعاينة ليعرب عن مقاصده؛ من البروز والوضوح والظهور وإبانة المرئي.

---

(1) كتاب العين: لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ)، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، باب الثلاثي الصحيح من الظاء، مادة: النون والظاء والراء.

(2) معجم الفروق اللغوية: لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: 395هـ)، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، ط/1، 1412هـ، حرف: النون، 2189 – الفرق بين النظر والرؤية.

(3) معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ- 1979م، كتاب: النون، باب: النون والعين وما يثلثهما، مادة: "نظر".

(4) المصدر السابق نفسه.

- **النظر اصطلاحًا:** قال الإمام الفخر الرازي: "النّظر والفكر عبارَة عَن تَرْتِيب مُقَدمَات علمية أَو ظنية ليتوصل بهَا إِلَى تَحْصِيل علم أَو ظن"[1]، فهو استحضار في الذهن لمقدمتين ليتوصل بهما إلى نتيجة وهي النظر، أو ترتيب النتائج على مقدماتها.

ويقال النظر: "ترتيب أمور حاصلة يتوصل بها إلى تحصيل غير الحاصل،... والترتيب جعل الأشياء الكثيرة بحيث يطلق عليها اسم واحد"[2]، وفي هذا إشارة إلى البعد المنهجي، ثم إنه لما كان تحصيل الحاصل عبث قال: يتوصل بها إلى تحصيل غير الحاصل، وهذا هو المعبَّر عنه في اللغة بقولهم: "ولا يكون إلا مع فقد العلم" ولعل هذا التعريف أكثر صراحة وأقرب إلى البناء المنهجي للنظرية دون البناء المعرفي المتكامل.

- **الفقه لغة:** "الْفَاءُ وَالْقَافُ وَالْهَاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ صَحِيحٌ، يَدُلُّ عَلَى إِدْرَاكِ الشَّيْءِ وَالْعِلْمِ بِهِ"[3]، وله استعمالات كثيرة، عامة وخاصة "تَقُولُ: فَقِهْتُ الْحَدِيثَ أَفْقَهُهُ. وَكُلُّ عِلْمٍ بِشَيْءٍ فَهُوَ فِقْهٌ. يَقُولُونَ: لَا يَفْقَهُ وَلَا يَنْقَهُ. ثُمَّ اخْتُصَّ بِذَلِكَ عِلْمُ الشَّرِيعَةِ، فَقِيلَ لِكُلِّ عَالِمٍ بِالْحَلَالِ وَالْحَرَامِ: فَقِيهٌ. وَأَفْقَهْتُكَ الشَّيْءَ، إِذَا بَيَّنْتُهُ لَكَ"[4]، وإن كَثُرت الاستعمالات الدلاليَّة للفقه في اللغة، فالذي يعنينا منها هو الاستعمال الخاص بالعلم والإدراك لفروع الشريعة وبيان أحكامها من الحلال والحرام.

- **الفقه اصطلاحًا:** يعرَّف الفقه بأنه "الْعِلْمُ بِالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ الْعَمَلِيَّةِ الْمُكْتَسَبِ من أَدِلَّتِهَا التَّفْصِيلِيَّةِ"[5]، وتفصيله واضح في محله، إذ المقصود هو التعريف المركب من النظر والفقه وهو مصطلح النظريَّة الفقهية.

---

(1) معالم أصول الدين: لأبي عبدالله محمد بن عمر الحسين التيمي الرازي (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، دار الكتاب العربي –بيروت– 23/1.

(2) لوامع الأسرار في شرح مطالع الأنوار: لقطب الدين محمد بن محمد الرازي التحتاني (المتوفى: 766هـ)، مطبعة الحاج محرم أفندي البسنوي، 1303هـ، 9/1.

(3) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الفاء، باب: الفاء والقاف وما يثلثهما، مادة: "فقه".

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي، (المتوفى: 771هـ)، دار الكتب العلمية– بيروت لبنان، ط/3، 2011م، ص: 13.

- مصطلح النظريَّة الفقهية[1]:

لم يرد مصطلح النظرية الفقهية -باعتبار اطلاقه على علمٍ مستقلٍ- عند الفقهاء المتقدمين، إلا أن الفقهاء المحدثين والباحثين المعاصرين تعرضوا له، وحاولوا من خلاله محاكاة الباحثين في الدراسات القانونية، واستثمروا ما هنالك من جهد في تطوير هذا المصطلح وتوطينة في التأليف الفقهي المعاصر، نظرًا لاعتبارات منهجية ومعرفيَّة اقتضتها طبيعة الدراسات الفقهية، ولبيان ذلك لا بد من الوقوف على بعض من تعريفات النظريَّة الفقهية على النحو الآتي:

عرَّف العلامة مصطفى الزرقا النظريَّة الفقهية مبينا معناها بقوله: "... معنى النظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلِف كلٌ منها على حدة نظامًا حقوقيًا موضوعيًا منبثًا في الفقه الإسلامي، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف... إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله، ويصادف الإنسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية"[2]، بخلاف القواعد التي هي: "ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى"[3].

---

(1) وممن انتقد مصطلح النظرية الدكتور: محمد الكتاني نقله عنه الدكتور: محمد الروكي حين قال: "ومن الأمانة العلمية أن أشير هنا إلى انتقاد فضيلة الدكتور محمد الكتاني هذه التسمية، فقد اعترض على تسمية هذا النوع من الدراسة "النظرية"، قال: إن الصواب أن يسمى "مناهج"، وذلك لاعتبارات أهمها: أن مصطلح النظرية ينطبق على التصورات العقلية التي ترتبط فيها النتائج بمقدماتها ارتباطا لا نضمن حتميته واطراده، وأن الشريعة الإسلامية منزهة عن ذلك لأنها من رب العالمين، وما كان كذلك فهو حقائق مطردة. قال الروكي: ولست أخالف الدكتور الكتاني في هذا ولكن غاية ما هناك أنني لم أدرج على هذا المعنى الذي تفضل به، بل درجت على المعنى الذي سبق تحديده، من كون "النظرية" تقابل "التطبيق" ولا مشاحة في الاصطلاح، وما تخوُّفه على الشريعة الإسلامية من إقحام هذا المصطلح فيها مستبعد من وجهين:

- إن مثل هذه النظريات إنما هي دراسات علمية منصبَّة أساسًا على فقه الفقهاء.
- إن الشريعة الإسلامية لا يضرها أن تُدرس مضامينها في إطار نظريات علمية محكمة (مثل: الضرورة الشرعية- نظرية المصلحة- نظرية المقاصد... إلخ) فذلك لا يزيدها إلا قوة ورسوخا في العقول والأفهام" ينظر: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: أ.د محمد الروكي، من منشورات كلية الآداب والعلوم الانسانية- الرباط- دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط/1، 1994م، 22/1.

(2) المدخل الفقهي العام: لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط/1، 1418هـ- 1998م، 329/1.

(3) المصدر السابق، 330/1.

وقال العلامة الندوي هي: "موضوعات فقهية، أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية، أو قضايا فقهية. حقيقتها: أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعًا"[1].

تربط الموضوعات والمسائل والقضايا علاقة فقهية، وتجمعها وحدة موضوعية قائمة بأركانها وشروطها وأحكامها، وهي روح التعريف عند الندوي، فقد ركز في التعريف على الوحدة الموضوعية أكثر من الوحدة المفاهيمية التي قام عليها تعريف الزرقا، وحاول محاكاته العلامة وهبة الزحيلى عند تعرف النظرية بقوله: "معناها المفهوم العام الذي يؤلِف نظامًا حقوقيًا موضوعيًا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق، ونظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان"[2].

وعرَّف الريسوني النظريَّة فقال: "النسق العلمي الذي ينظم في انسجام وتكامل مجموعة من الحقائق والأحكام ترجع إلى أصل واحد وجوهر واحد"[3]، فأشار في تعريفه للنظرية إلى ثلاثة أبعاد: الأول البعد المنهجي وهو النسق المنتظم المنسجم المتكامل، والثاني البعد الموضوعي وهو الحقائق والأحكام، والثالث البعد المرجعي وهو الأصل والجوهر.

يتبين مما سبق:

أن النظرية الفقهية هي بناء علمي ينتظم خلاله مجموعة من القضايا المتشابهة والمتجانسة في مجموعة فقهيَّة موضوعية واحدة، والاستدلال عليها من الأدلة والمبادئ الأصوليَّة المختلفة.

فهي منتظم فقهي يستدل عليه أصوليًا، والبناء العلمي ما هو إلا أسلوب محدث اقتبسه المشتغلون في الفقه الإسلامي من الباحثين في مجالات القانون، والقانون المقارن مع الشريعة،

(1) القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها: علي بن أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط/3، 1414هـ- 1994م، ص: 63.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها)، وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، دار الفكر- سوريَّة- دمشق، ط/4، 2837/4.

(3) نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية: أحمد الريسوني، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ط/1، 1431هـ- 2010م، 15/1.

بطريقة عصرية مفيدة[1]، أما النظريَّة الأصولية فيمكن استدعائها من خلال أراء الباحثين واصطلاحهم للنظريَّة الفقهيَّة العامة.

- مصطلح النظريَّة الأصوليَّة:

لم يحرر هذا المصطلح بهذه الصيغة حسب علمي، ولم أجد إلا ما ذكره الدكتور علي جمعة حين قال: نظريَّات أصول الفقه وعدَّها سبع نظريَّات؛ ابتداء من نظريَّة الحجية وانتهاء إلى نظريَّة الإفتاء، وكلها تشير إلى المراحل العلمية والمنهجيَّة لبناء علم أصول الفقه[2]، ولكن من خلال تتبع مصطلح النظرية الفقهيَّة العامة، وخاصة نظريَّة التقعيد عند العلامة محمد الروكي، وجدته يقول: والمراد عندي بالنظرية؛ هي ما يقابل التطبيق،... ثم قال: وهذا البحث محاولة لجمع خيوط فكرة التقعيد الفقهي، وتقديم تصور نظري عنها[3]، قلت: فإن كانت النظريَّة ما يقابل التطبيق، وفق منهاج جمع خيوط فكرة ما، وتقديمها بشكل تصور نظري؛ تشكل حقيقتها، فالنظرية الأصولية لا أحسبها إلا تصور نظري تأصيلي مقابل للتطبيق التفريعي، القائم على منهاج التتبع والاستقراء والجمع.

وإذا كانت النظرية الفقهية: تصور يقوم بالذهن، سواء استنبط بالتسلسل الفكري المنطقي، أم استمد من استقراء الأحكام الفرعية الجزئية[4]، والريسوني يرى أن نظرية المقاصد تندرج فيها النظريات الفقهية والقواعد الفقهية معا، فضلا عن الأحكام الجزئية التي تندرج في النظريَّة الأصولية من باب أولى، وأنَّ نظريَّة المقاصد تقوم على أساسين: التسلسل الفكري المنطقي، الذي ينبع من النظر العقلي ومن الأسس العقدية للإسلام، وكذا النتائج

---

(1) ومع وضوح أهمية هذا الأمر إلا أن بعض الفقهاء يرفض مصطلح "نظرية" في الفقه مستندين في ذلك إلى أن النظرية تقوم على أساس التنظير الفكري للإنسان، فهي تمثل وجهة نظره إلى الأمور، أمَّا الفقه فأساسه النص الشرعي، أو ما استند إليه.. لكننا نجد عند التأمل أن الفقه ليس هو حصيلة النصوص الشرعية المجردة، وإنما يجمع إلى ذلك اجتهادات العلماء في فهمها وتفسيرها، والقياس عليها، والبناء على مقاصدها، فللنظر مدخل أيضا، ينظر: القواعد الفقهية المبادئ المقومات المصادر الدليلية التطور، دراسة نظريَّة تحليليَّة تأصيليَّة تاريخيَّة: ليعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط/1، 1418هـ- 1998م، ص: 148.

(2) المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية: أ.د علي جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام- القاهرة، ط/2، 1422هـ- 2001م، ص: 311- 314.

(3) نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: للروكي، 22/1.

(4) التنظير الفقهي: د/ جمال الدين عطية، مطبعة المدينة، ط/1، 1987م، 9/1.

الاستقرائية[1]،فإنَّ النظرية الأصولية تقوم على ركنين أساسين: التتبع والاستقراء لتفاصيل الشريعة، وإعمال النظر العقلي، بحيث تُرَدُّ الأدلة الكلية بعضها إلى بعض، وتجمعها الوحدة الموضوعية وفق ترتيب منهاجي.

فلمَّا كانت الأحكام الفقيَّة بأدلتها التفصيلية عبارة عن حقائق جزئية؛ فالنظرية الأصولية عبارة عن الإطار العام الجامع للأدلة الكلية المنتظمة في نسق كلي جامع.

من خلال التعاريف السابقة للعلماء والباحثين في الفقه والأصول، توصلت إلى أن نظريَّة تغيُّر الأحكام هي: البناء المنهاجي والمعرفي الشرعي المتكامل للحكم الاجتهادي القائم باعتبارين مختلفين: اعتبار يجعل تكامل الأسباب والشروط والضوابط؛ قواعد أصولية ومصادر للاستنباط، واعتبار آخر يجعل من الأركان آليات للتنزيل، وتكامل الاعتبارين يشكل معطى فقهيًّا مهمًا عند التفريع الفقهي، والتطبيق في الواقع معًا.

- تغيُّر الأحكام دراسة مفهوميَّة:

سأتحدث هنا عن الحكم الشرعي في اللغة والاصطلاح، وتَتَبُع استعمالاته اللُّغويَّة والمصطلحيَّة للوصول إلى المراد بالتغيُّر الحاصل بالمطاوعة، لأدلف منه إلى التعريف المركب لتغيُّر الحكم الشرعي.

- **الحكم لغة:** الحُكْمُ مفرد أحكام: وهو "مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضى"[2]، وقال ابن منظور: "والحُكْمُ: العِلْمُ وَالْفِقْهُ وَالْقَضَاءُ بِالْعَدْلِ"[3]، وهذا استعمال مخصوص لمعنى الحكم، والعلم والفقه آليَّات القضاء، والقضاء يقتضي الفصل؛ لذلك "يجوز أَن يُقَال الحكم فصل الْأَمر على الْأَحْكَام بِمَا يَقْتَضِيهِ الْعقل وَالشَّرْع"[4]، ومرد هذه المعاني إلى أصل واحد.

(1) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أ.د أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط/2، 1412هـ- 1992م، ص: 17.

(2) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت، ط/4، 1407هـ- 1987م، باب: الميم، فصل: الحاء.

(3) لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، دار صادر – بيروت، ط/3، 1414 هـ، حرف: الميم، فصل: الحاء المهملة.

(4) الفروق اللغوية: لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو 395هـ)، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، الباب: 13، الْفرق بَين الْحَاكِم وَالْحكم، 190/1.

قال ابن فارس: "الْحَاءُ وَالْكَافُ وَالْمِيمُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْمَنْعُ وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم"[1]، إشارة إلى ثماره ومقاصده، فهو القضاء والفصل والمنع، وهو على أقسام[2]، يهمنا منها:

- الحكم الشرعي:

وقد شهد مصطلح الحكم الشرعي تطورا دلاليًا من خلال مروره بثلاث مراحل، ابتداءً بالغزالي ثم الرازي وانتهاء بابن الحاجب، قال الغزالي: "الحكم عندنا عبارة عن خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين"[3]، فمطلق تعلق الخطاب بفعل المكلف يشكل بداية التخلُّق لمصطلح الحكم الشرعي.

بعد ذلك جاءت المرحلة الثانية مع الرازي عندما قيد التعلق: "بالاقتضاء أو التخيير"[4]، وقد وردت عليه اعتراضات ونقاشات تمحورت حول الحكم الوضعي، هل يدخل في الحكم الشرعي أو لا؟

وخلصت الأجوبة إلى "كَوْنُ الشَّيْءِ دَلِيلًا وَسَبَبًا وَشَرْطًا، فَزِيدَ أَوِ الْوَضْعِ، فَاسْتَقَامَ"[5] المصطلح عند ابن الحاجب على هذا النحو: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، ليشكل المرحلة الثالثة من بناء مصطلح الحكم الشرعي.

---

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب الحاء، باب: الحاء والكاف وما يثلثهما، مادة: "حكم".

(2) يعرَّف الحكم في الاصطلاح العرفي: إسناد أمر إلى آخر إيجابًا أو سلبًا، ينظر: كتاب التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط/1، 1403هـ- 1983م، ص:92، وَ**الْحكم الْعقلِيّ**: إِثْبَات أَمر لآخر أَو نَفْيه عَنهُ من غير توقف على تكَرر وَلَا وضع وَاضع، و**الْحكم العادي**: إِثْبَات ربط بَين أَمر وَآخر وجودا أَو عدما، ينظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: لأيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ)، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، مؤسسة الرسالة- بيروت، ص: 381.

(3) المستصفى: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط/1، 1413هـ- 1993م، 355/1.

(4) المحصول في أصول الفقه: لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط/3، 1418هـ- 1997م، 89/1.

(5) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (المتوفى: 749هـ)، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط/1، 1406هـ- 1986م، 325/1.

بعد استكمال البناء عرَّف السبكي الحكم الشرعي بقوله: "خطاب الله المتعلق بفعل المكلف من حيث إنه مكلف"[1]، وقد جاء فيه ثلاثة قيود:

القيد الأول: "خطاب الله" فالخطاب جنس والمراد المخاطب به،... وهو: ما يقصد به إفهام من هو متهيئ للفهم، وبإضافته إلى الله تعالى خرج خطاب الملائكة والإنس والجن[2].

القيد الثاني: "المتعلق بفعل المكلف" ذلك لأن "التَّحْلِيل وَالتَّحْرِيم لَا يتعلقان بالأعيان"[3]، وخرج به أربعة أمور: ما تعلق بذاته تعالى، نحو قوله: ﴿ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ﴾ [البقرة: 255]، وبفعله وذلك في قوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ خَٰلِقُ كُلِّ شَيۡءٖۖ﴾ [الزمر: 62]، وبالجمادات نحو قوله جل وعلى: ﴿وَيَوۡمَ نُسَيِّرُ ٱلۡجِبَالَ﴾ [الكهف: 47]، وبذوات المكلفين نحو قوله تعالى: ﴿وَلَقَدۡ خَلَقۡنَٰكُمۡ ثُمَّ صَوَّرۡنَٰكُمۡ﴾ [الأعراف: 11][4].

القيد الثالث: "من حيث إنه مكلف به" يخرج به ما تعلق بفعل المكلف، لا من حيث تكليفه، كخبر الله تعالى عن أفعال المكلفين، نحو قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ خَلَقَكُمۡ وَمَا تَعۡمَلُونَ﴾ [الصافات: 96] واكتفى المصنف بذلك عن قول غيره بالاقتضاء أو التخيير... واختار والده أن يقال: على وجه الإنشاء ليدخل فيه خطاب الوضع"[5]، وهذا ما يسمى بخطاب التكوين عند ابن تيمية: "خِطَابِ التَّكْوِينِ الَّذِي لَا يَطْلُبُ بِهِ سُبْحَانَهُ فِعْلًا مِنْ الْمُخَاطَبِ"[6].

يلاحظ مما سبق: أن ما جاء بعد استقرار الحكم الشرعي في المرحلة الثالثة إنما هو من قبيل الاختصار أو الشرح لا غير.

---

(1) جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي ص: 13.

(2) الغيث الهامع شرح جمع الجوامع: ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (المتوفى: 826هـ)، تحقيق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية، ط/1، 1425هـ- 2004م، 29/1.

(3) كتاب التلخيص في أصول الفقه: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد الله جولم النبالي، وبشير أحمد العمري، دار البشائر- بيروت، 345/3.

(4) الغيث الهامع شرح جمع الجوامع: لأبي زرعة، 29/1.

(5) المصدر السابق، 30/1.

(6) مجموع الفتاوى: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية،1425هـ -2004م، 182/8.

وعندما يطلق الحكم على خطاب الشارع وعلى أثره وعلى الأثر المترتب على العقود والفسوخ إنما هو بطريق الاشتراك، والمقصود هاهنا بيان أقسام ما يطلق عليه لفظ الحكم في الشرع[1]، فما ثبت بالخطاب الشرعي من الأثر المترتب عليه، لا نفس النص الشرعي فهو الحكم عند الفقهاء[2].

- تغيُّر الأحكام:

- **التغيُّر لغةً:** يقال في الاستعمال: تَغَيَّرَ عن حالهِ: تَحَوَّلَ[3]، وتغيَّرَ يتغيَّر، تغيُّرًا، فهو مُتغيِّر، وتغيَّر الوضعُ: مُطاوع غيَّرَ أي أصبح على غير ما كان عليه، ومنه تبدَّل وتحوَّل، يقال: "تغيرَّت الأحوالُ وتبدَّلت"، قال الله سبحانه: ﴿وَأَنْهَارٌ مِّن لَّبَنٍ لَّمْ يَتَغَيَّرْ طَعْمُهُ﴾ [محمد: 15]، وتغيُّر في مجرى الأحداث، تغيُّر مفاجئ وتغيُّر: جمع تَغَيُّرات[4]، وغالب ما جاء في أمهات كتب اللغة مادة:غ ي ر مصدر: تغييرًا ومفرد تغييرات، ويكون بفعل فاعل، بخلاف التغيُّر الذي لا يكون إلا مفاجئ مطاوع من ذات المتغيِّر.

قال ابن فارس: "(غَيَرَ) الْغَيْنُ وَالْيَاءُ وَالرَّاءُ أَصْلَانِ صَحِيحَانِ، يَدُلُّ أَحَدُهُمَا عَلَى صَلَاحٍ وَإِصْلَاحٍ وَمَنْفَعَةٍ، وَالْآخَرُ عَلَى اخْتِلَافِ شَيْئَيْنِ"[5]، فالأصل الأول أشار على مقاصد التغيُّر التي هي الصلاح والمنفعة، والتي ينبغي أن تتغياها عملية التغيُّر الحاصلة في المتغيِّر،

(1) شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، مكتبة صبيح- مصر، 122/2.

(2) فالحكم عند الأصوليين كما قال الغزالي خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين ثم يأتى الشراح ويقولون من حيث هو مكلف- ويسمونه قيد الحيثية؛ لأنه أضاف إلى التعريف شيئا لم يذكره الإمام الغزالى، ولكن فهمه الناس من كلامه، فلما عرفته مدرسة الإمام الرازي ومنهم البيضاوي قال إن الحكم "خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير وهذا تطور فى الصياغة رغم أن المعنى واحد، ثم جاء ابن الحاجب واختلف معهم فى أمر جوهرى، وهو على ما يطلق الحكم الشرعى، أيطلق على التكليفي فقط أم على التكليفى والوضعى معا فزاد، أو الوضع، والمناقشات فى هذا الموضوع كثيرة، لأن إضافة كلمة واحدة لمدلول ذلك المصطلح تغير مدلوله لتبنيه رأيا معينا فى مدرسته، ينظر: المصطلح الأصولي ومشكلة المفاهيم: على جمعة محمد عبد الوهاب، المعهد العالمي للفكر الإسلامي- القاهرة، ط/1، 1417هـ- 1996م، 37/1.

(3) القاموس المحيط: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى- تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان- ط/8، 1426هـ- 2005م، باب: النون، 453/1.

(4) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ط/1، 1429هـ- 2008م، مادة: غ ي ر، رقم: 3636.

(5) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الغين، باب: الغين والياء وما يثلثهما، مادة: غير.

والأصل الثاني غير مراد بالبحث لأن الاختلاف المراد يكون في صفة الشيء الواحد لا اختلاف شيئين.

- **التغيُّر اصطلاحًا:** تحوُّل صفة أو أكثر من صفات الشَّيء، أو حلول صفة محلَّ أخرى، أو هو صفة الشَّيء الذي لا يثبت على قيمة واحدة[1]، وفي هذا إشارات إلى التبديل والانتقال والحركة، وهو ضد الثبات.

ويمكن أن أجمع بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي؛ فأقول التغيُّر: هو تحول مفاجئ في صفات الشيء، عن مفاعلة ومُطاوعة دون اعتبار مسبق أو تقصيد إلى التغيير والتبديل والتحويل، فيكون الشيء الواحد مُتَغَيِّرا، وهو "الذي يميل إلى التَّنويع والاختلاف"[2]، وكأن يحدث فعل التغيُّر من ذات الشيء المُتغيِّر في وعاءي الزمان والمكان، مع اختلاف الأحوال والإنسان.

- **تغيُّر الحكم الشرعي:**

يطلق مصطلح التغيُّر ويراد به معان عدة، منها الاختلاف، قال الإمام الشاطبي: "اعلم أن ما جرى ذكره هنا من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب... وإنما هو أن العوائد إذا اختلفت؛ رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يختص بها وينطبق حكمه عليها"[3] فهذا التعريف يقوم على ركنين أساسين لا ينفك أحدهما عن الآخر: الأول حصول الاختلاف، والثاني الرجوع إلى الأصل، فهو اختلاف في العوائد يقتضي انتقالها إلى أصل شرعي جديد، بحيث ينطبق حكمه عليها، تأصيلًا وتنزيلًا.

---

(1) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، مادة: ق و م، رقم: 3636.

(2) بخلاف التغيير: غيَّرَ يغيِّر، تغييرًا، فهو مُغيِّر، والمفعول مُغيَّر، غيَّر رأيَه: بدَّل به غيرَه "غيَّر ثيابَه، وسلوكَه، وموقفَه، وموضوعَ الكلام، الحقائقَ- قال الله سبحانه: (إِنَّ اللهَ لاَ يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ) وغيّر الحديثَ: غيَّر مجراه وبدَّله- غيّر الدَّهرُ أحوالَه- غيّر جلدَه: تحوّل، تغيَّر- غيّر مسارَه: توجّه وجهة غير التي كان يقصدها- غيَّر نَغَمَته: بدّل أسلوبَه في الكلام تَغْيِير "مفرد": ج تَغْيِيرات (لغير المصدر): مصدر غيَّرَ- معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، مادة: ق و م، رقم: 3636.

(3) الموافقات: للشاطبي، 109/1، ونقله في تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (المتوفى: 794هـ)، دراسة وتحقيق: د سيد عبد العزيز- د عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث- توزيع المكتبة المكية، ط/1، 1418هـ- 1998م، 54/3.

كما أشار أحمد الزرقا إلى تغيُّر الحكم الشرعي بقوله: "وقيل: تغيُّر الأحكام إحداثها، وابتداء سنها بعد أن لم تكن، كما فعل عمر بن عبد العزيز فإنه قال: ستحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"[1]، واقتصار التغيُّر على الابتداء والإحداث منحى منهاجي بعيد وخطير من ناحيتين:

الناحية الأولى: إن لم يكن القصد التعبير المجازي يكون المجتهد مشرِّعًا، لأن الحكم حقيقة؛ ابتداء شريعة الشارع.

الناحية الثانية: من حيث بعده عن أسباب التغيُّر وأركانه وضوابطه.

لذلك فسَّر الإمام القرافي تغيُّر الحكم بأن: "المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب"[2]، فحمله على أنه انتقال من اجتهاد إلى اجتهاد بناء على اختلاف الأسباب.

وقيل: "القصد من التغيير هو تغيير التفسير والاجتهاد لهذه النصوص، على ضوء الضرورة، أو تغيير العلل التي بنيت عليها، أو انتفاء الشروط اللازمة لتطبيقها"[3]، وهذا التعريف فيه شقان الأول: إن مرجعية التغيُّر إلى الاختلاف في تفسير النصوص والاجتهاد، وما يترتب على اعتبار قواعد الخلاف اللغوية والأصولية، والشق الثاني: مرجعه إلى تغيُّر العلل التي بنيت على الأحكام أو انتفاء الشروط، وهو الأقرب.

قال علال الفاسي –رحمه الله–: "مبدأ التغيُّر في الأحكام ضل معترفا به في كل ما ليس فيه نص صريح، ولم تتبدل ظروف الأمر به"[4]، إشارة إلى ضوابط التغيُّر وأركانه.

وقيل: انتقال الحكم من حالة كونه مشروعًا فيصبح ممنوعًا، أو ممنوعًا فيصبح مشروعًا باختلاف درجات المشروعية والمنع[5]، ففي هذا التعريف يظهر المعنى اللغوي

---

(1) شرح القواعد الفقهية: لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا (1285هـ– 1357هـ)، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم– دمشق/ سوريا، ط/2، 1409هـ– 1989م، ص: 228.

(2) الفروق "أنوار البروق في أنواء الفروق": لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، وبحاشيته: إدرار الشروق على أنوار الفروق» وهو حاشية الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط (723هـ)، تحقيق: عمر حسن القيَّام، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان، ط/1، 1424هـ– 2003م، 179/4.

(3) فلسفة التشريع في الإسلام: صبحي محمصاني، دار العلم للملايين، ط/4، 1975م، 241/1.

(4) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: لعلال بن عبدالله الفاسي، دار الغرب الإسلامي، ط/5، 1993م، ص: 53.

(5) الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية: لعابد بن محمد السفياني، مكتبة المنارة، مكة المكرمة– المملكة العربية السعودية، ط/1، 1408هـ– 1988م، ص: 449، بتصرف.

واضحًا، وتتحقق فيه عمليَّة الانتقال والتحول من حالة إلى أخرى، ومن صفة إلى صفة، ولو اكتفى بقوله: انتقال الحكم بين المشروعية والمنع بتفاوت؛ لكان أخصر، ثم إنه اختزال التغيُّر بانتقال الحكم بين الأحكام الشرعية، وهذا يعدُّ إشكالًا يولد نزاعًا حول مشروعيَّة التغيُّر.

وقد يقال في عملية التغيُّر "إن تلك الحادثة التي تغيَّر حكمها؛ إما أن تكون هي عند تغيُّر الحكم بجميع خصائصها والحيثيات التي تكتنفها، وإما أن تختلف في بعض خصائصها وحيثياتها، فإن كانت الأولى فنحن ننازع أشد المنازعة في تغيُّر حكمها؛ لأن ذلك هو النسخ والتبديل المنهي عنهما... وإن كانت الثانية فليست في موضع النزاع، لأنها حينئذ حادثتان متميزتان من حيث خصائصهما والاعتبارات التي تحفهما وحادثتان لهما حكمان ليس غريبًا ولا عجيبًا، ولا يقال له تغيُّر ولا تبدل"[1]، اتفق معه في الأولى، ولا أتفق معه في الثانية بل أقول: هي محل النزاع، إذ الحادثة الواحدة لا تتعدد بتغيُّر مناطها، وإنما تبقى الحادثة هي هي؛ لما في نفس الأمر، وعند تغيَّر مناطها احتاجت إلى اجتهاد جديد، فيتغيُّر بموجب ذلك النظر حكمها.

ويقصد بالتغيُّر عند الإمام الشاطبي؛ تغيُّر الاجتهاد، ذلك لأن النظر في كل صورة من صور النازلة؛ نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا؛ فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لنا مثلها؛ فلا بد من النظر في كونها مثلها أولا، وهو نظر اجتهادي أيضا،... ويكفيك من ذلك أن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعدادا لا تنحصر، ومع ذلك؛ فلكل معين خصوصيَّة ليست في غيره ولو في نفس التعيين"[2]، مع العلم أن حكم الله واحد لا يتغيَّر ولا يتبدل، وإنما الذي يتغيَّر هو اجتهاد المجتهد، وفتوى المفتى، وقضاء القاضي، فإطلاق تغيُّر الاجتهاد على تغيُّر الحكم؛ إنما هو من باب المجاز.

وقيل المقصود بالتغيُّر: "تغيُّر التنزيل بتغيُّر أحوال النازلة بالمسلمين زمانا ومكانا وأشخاصا"[3]، وهذا يقيد التغيُّر بمحل النازلة وأحوال تنزيلها، وقريب منه "الانتقال من حكم

(1) المرجع السابق، ص: 449- 450

(2) الموافقات: للشاطبي، 14/5.

(3) الإجتهاد وتغيُّر الفتوى بتغيُّر االزمان والمكان: بحث منشور بكتاب الإجتهاد الفقهي أي دور؟ وأي تجديد؟: لأبي جميل الحسن العلمي من منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط، ص: 5.

إلى حكم في تنزيل الشريعة على الوقائع، على سبيل الاستحسان أو التخيير أو اختلاف بحسب المناط المقاصدي"[1]، وهذا يحيل إلى أن التغيُّر في الحكم على المستوى التطبيقي لا سواه، ويشير إلى أن الحكم الواحد تتعدد تطبيقاته، وله قابليَّة التعدد التنزيلي بتعدد أحوال المكلفين وتغيُّر المناط المقاصدي، وذلك ضابط التغيُّر حسب تعبيره، "فالقاعدة الحاكمة هنا هي تغيُّر المناط المقاصدي وليس تغيُّر الحكم"[2]، ويكون ذلك في النوازل الخاصة.

وقد يطلق ويراد به استئناف الاجتهاد[3]، أو استئناف سؤال الاجتهاد في القضايا والنوازل[4]، ويمكن تعميم هذا الإطلاق في مجال القضاء والفتوى والحكم العام، وإن جاء في سياق خاص.

ولا يقصد بالتغيُّر النسخ، "فإن وقوع النسخ في زمنه ﷺ من أعظم الدلالات على إمكان التغيير في التشريع"[5]، وهذا ركن في تغيُّر الأحكام لا يراد بالدراسة والبحث، لأنه قد مضى أوانه، بموته ﷺ فلا نسخ إلا بنص، ولا نص إلا من مشرع.

وقد تجاذب مسلكان متوازيان في تغيُّر الحكم الشرعي، مسلك ينكر التغيُّر ويعدَّه تعدٍّ على الشريعة، ومسلك ينظر إليه على أنه محور العملية الاجتهاديَّة وعليه مدارها، وبه تستمدُّ الشريعة استمرارها زمانا ومكانا، وهو ما سيأتي بيانه في المدخل الثاني.

ثانيًا: مدخل منهاجي: دراسة حول مسالك النظر في تغيُّر الأحكام

طوت الشريعة ما لا نص فيه فيما نصت عليه، فلم تستوف جزئياتها تنصيصا وتفصيلا، بل استوعبت كلياتها وجزئياتها، وإطلاقاتها حوادث ووقائع لا حصر لها، قال الإمام الجويني: "فإن معظم الشريعة صدر عن الاجتهاد والنصوص لا تفي بالعشر من معشار

(1) فقه الواقع والاجتهاد: عبدالرزاق وورقية، مجلة دعوة الحق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية، السنة: 59، 1437/6هـ- 2016/4م، العدد: 416، ص: 27.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684 هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، ط/2، 1416هـ- 1995م، 219/1.

(4) المراجعات الفقهيَّة عند الإمام مالك نماذج تطبيقية: أ.د عبدالله معصر، الرابطة المحمديَّة للعلماء، مركز دارس بن إسماعيل لتقريب المذهب والعقيدة والسلوك، https://www.arrabita.ma/blog/المراجعات-الفقهية-عند-الإمام-مالك-نم/ تحديث: 2021/4/15م، 6:22:00.

(5) مقاصد الشريعة ومكارمها: لعلال بن عبدالله الفاسي، دار الغرب الإسلامي، ط/5، 1993م، ص: 53.

الشريعة"[1]، حتى عُدَّ أن مع كل حادثة اجتهاد، استنبط من خلاله أحكام الحوادث والاستدلال عليها.

يعود ذلك إلى طبيعة الشريعة من حيث قدرتها الاستيعابية للحوادث، و"نعلم قطعًا ويقينًا أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعدَّ، ونعلم قطعًا أيضًا أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضًا؛ والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى؛ علم قطعًا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار؛ حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد"[2]، يفضي إلى حكم جديد فيها.

ونقل الإمام الغزالي: أن "المآخذ محصورة، والوقائع لا نهاية لها، فلا تستوفيها مسالك محصورة"[3]، وقال الإمام الشاطبي: "الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدتها، وإنما أتت بأمور كليَّة وعبارات مطلقة تتناول أعدادا لا تنحصر"[4]، وعليه لا يخفى القول بتغيُّر الأحكام في المذاهب الفقهية، وقد زخرت كتب الفقهاء المجتهدين المجددين بذلك، إلا أن الإشكال قائم حول ماهية هذا التغيُّر في الأحكام؛ هل يقف في حدود الاستثناء والاضطرارية دون غيرها؟ أو الدخول تحت العرف المؤثر والعادة؟ وقد سلك السلف في ذلك مسلكين:

المسلك الأول: يرى أن الأحكام لا تقبل التغيُّر، وأي تغيُّر فهو اجتهاد مع النص، وإن تخلف عن الواقع، أو تجاوز الوقوف عند النص إلى الجمود على ما قاله السلف.

وهو مسلك الظاهريَّة –نسبة لمصطلح الظاهر عند الأصوليين[5]– الذي بينه ابن حزم حين قال: "أقسام الأصول التي لا يعرف شيء من الشرائع إلا منها وأنها أربعة وهي: نص

---

(1) البرهان في أصول الفقه: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، ط/1، 1418هـ–1997م، 37/2.

(2) الملل والنحل: لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبى بكر أحمد الشهرستاني (المتوفى: 548هـ)، تحقيق: عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي، القاهرة، 1968م، 4/2.

(3) المنخول من تعليقات الأصول: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر– بيروت لبنان، دار الفكر دمشق– سورية، ط/3، 1419هـ– 1998م، ص: 485.

(4) الموافقات: للشاطبي، 14/5.

(5) ما دل على معنى دلالة راجحة بحيث يظهر منه المراد للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملا للتأويل والتخصيص، أو مَا دلّ دلَالَة ظنية، ينظر: الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة: لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى

القرآن، ونص كلام رسول الله ﷺ الذي إنما هو عن الله تعالى مما صح عنه عليه [الصلاة و]السلام نقل الثقات أو التواتر وإجماع جميع علماء الأمة، أو دليل منها لا يحتمل إلا وجها واحدا"[1].

لذلك سعى في طريقه ومسلكه إلى إبطال ما سوى الظاهر من الأدلة، فقال: "كان الدين والإسلام لا تحريم فيه ولا إيجاب ثم أنزل الله تعالى الشرائع فما أمر به فهو واجب وما نهى عنه فهو حرام ومالم يأمر به ولا نهى عنه فهو مباح مطلق حلال كما كان، هذا أمر معروف ضرورة بفطرة العقول من كل أحد، ففي ماذا يحتاج إلى القياس أو إلى الرأي، أليس من أقر بما ذكرنا ثم أوجب ما لا نص بإيجابه أو حرم ما لا نص بالنهي عنه قد شرع في الدين ما لم يأذن به الله تعالى، وقال ما لا يحل القول به"[2]، فيكون من قال بتغيُّر الأحكام الشرعية قد شرَّع في الدين.

ويعود رده للقول بتغيُّر الحكم الشرعي إلى اعتبار أن التغيُّر نسخ، وهو ما لا يقول به أحد، مؤكدًا على مسلكه بصريح قوله: "إذا ورد النص من القرآن أو السنة الثابتة في أمر ما على حكم ما، ثم ادعى مدع أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل من أجل أنه انتقل ذلك الشيء المحكوم فيه عن بعض أحواله أو لتبدل زمانه أو لتبدل مكانه فعلى مدعي انتقال الحكم من أجل ذلك أن يأتي ببرهان من نص قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة على أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل"[3]، فزعم أن التغيُّر انتقال وبطلان لحكم ثابت بنص القرآن والسنة، فترتب عليه أنه لا بد من البرهنة بنص ثابت، وهذا هو النسخ الذي لا نقصده بتغيُّر الحكم الشرعي.

أما ما استدل به على ما ذهب إليه فهو: "صحة النقل من كل كافر ومؤمن على أن رسول الله ﷺ أتانا بهذا الدين وذكر أنه آخر الأنبياء وخاتم الرسل وأن دينه هذا لازم لكل حي ولكل من يولد إلى القيامة في جميع الأرض، فصح أنه لا معنى لتبدل الزمان ولا لتبدل

السنيكي (المتوفى: 926هـ)، تحقيق: د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر– بيروت، ط/1، 1411هـ، 80/1، والتوقيف على مهمات التعاريف: لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، عالم الكتب– القاهرة، ط/1، 1410هـ– 1990م، 230/1.

(1) الإحكام في أصول الأحكام: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 71/1.

(2) المصدر السابق، 2/8.

(3) المصدر السابق، 2/5.

المكان ولا لتغيُّر الأحوال، وأن ما ثبت فهو ثابت أبدا في كل زمان وفي كل مكان وعلى كل حال حتى يأتي نص ينقله عن حكمه في زمان آخر أو مكان آخر أو حال أخرى"[1]، وهذه البرهنة لا تخرج عن مراده النسخ، فيبقى الإشكال حبيس المصطلح ولا يتجاوزه.

قال الإمام الجويني في معرض الرد على منكري القياس: "وعلى كل الحالات التشوف بالظن إلى الخير اجتناب الضير أحرى من حل الرباط، وقطع أسباب الاستنباط، وتخيير الخلق بين التفريط والإفراط"[2]، ففي القول بالتغيُّر خروج من مأزق الظاهر إلى سعة التأويل المنضبط بالمقاصد والمعاقد.

قال الإمام الشاطبي: "اتباع ظواهر القرآن على غير تدبر ولا نظر في مقاصده ومعاقده، والقطع بالحكم به ببادئ الرأي والنظر الأول،... يصد عن اتباع الحق المحض، ويضاد المشي على الصراط المستقيم[3]، فالحبس على الظاهر هو تسرُّع في النظر، وخروج عن السراط المستقيم، وفتنة تصدُّ عن الحق كما جاء على لسان إبراهيم: ﴿رَبَّنَا لَا تَجْعَلْنَا فِتْنَةً لِّلَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [الممتحنة: 5].

وإن كان تغاليا في رد العمل بالظاهر؛ فالعمل بالظواهر أيضا على تتبع وتغال بعيد عن مقصود الشارع، كما أن إهمالها إسراف أيضا[4]، ومن أراد منهاجا فصلا بين الاهمال والاعتبار؛ فإنه يحتاج إلى إعمال أصول الفقه، من القرآن إلى الاستحسان.

المسلك الثاني: يرى أن التغيُّر بحسب الظرف والواقع في بعض الأحكام –عن تحيُّز واحتشام– وانتقاء لبعض أحكام الوسائل دون تبرير، فنتج عنه تذبذب منهاجي في تحديد ماهيَّة التغيُّر والأحكام القابلة له، وهذا المسلك وإن دخله شيء من الواقعيَّة إلا أنه يصعب تعميمه على الواقع والوقائع، على ما هو عليه من الاطلاق وعدم التقيد بسياق تأريخي أو مساق واقعي –وإن أطلقوا عليه بالتغيّر– فالقصد منه ما تقيَّد بالتبعيَّة لعرف أو عادة أو ظرف أو حال أو ما مارسه النبي ﷺ باعتبار خاص كالقضاء أو الافتاء، أو باعتباره حاكمًا

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 11/2.

(3) الموافقات: للشاطبي، 149/5.

(4) المصدر السابق، 420/3– 421.

وسياسيًا بحيث تختلف ممارساته باختلاف المصلحة، لا باعتبار المقام الرسالي، وإن كانت هذه الاعتبارات كلها شريعة، ولو دخلت إليه بالتأويل.

كيف وقد أفتى بها بعض الصحابة –رضي الله عنهم– الأمر الذي يمكن اعتباره تغيُّر في التطبيق لاقتصاره على اجتهاد السلف في حدود صوره التطبيقيَّة، وفتاواهم النوازليَّة.

وقد شخص الإمام الشاطبي المسلكين وصفهما بأنهما فريقان لا يلتقيان، فقال: "فصاحب الرأي يقول: الشريعة كلها ترجع إلى حفظ مصالح العباد ودرء مفاسدهم، وعلى ذلك دلت أدلتها عموما وخصوصا، دل على ذلك الاستقراء، فكل فرد جاء مخالفًا فليس بمعتبر شرعًا؛ إذ قد شهد الاستقراء بما يعتبر مما لا يعتبر، لكن على وجه كلي عام، فهذا الخاص المخالف يجب رده وإعمال مقتضى الكلي العام؛ لأن دليله قطعي، ودليل الخاص ظني فلا يتعارضان[1].

ويقول الظاهري: الشريعة إنما جاءت لابتلاء المكلفين أيهم أحسن عملا، ومصالحهم تجري على حسب ما أجراها الشارع، لا على حسب أنظارهم، فنحن من اتباع مقتضى النصوص على يقين في الإصابة، من حيث إن الشارع إنما تعبدنا بذلك واتباع المعاني رأي، فكل ما خالف النصوص منه غير معتبر؛ لأنه أمر خاص مخالف لعام الشريعة، والخاص الظني لا يعارض العام القطعي[2].

فنتج عن الرأيين تنافر بين اللفظ والمعنى، "فأصحاب الرأي جردوا المعاني، فنظروا في الشريعة بها، واطرحوا خصوصيات الألفاظ، والظاهرية جردوا مقتضيات الألفاظ، فنظروا في الشريعة بها، واطرحوا خصوصيات المعاني القياسية، ولم تتنزل واحدة من الفرقتين إلى النظر فيما نظرت فيه الأخرى بناء على كُلِّيّ ما اعتمدته في فهم الشريعة"[3]، فلما تحيَّز الفريقان؛ تاها بين التجرد اللَّفظي الظاهري بمعزل عن المعنى، والشطط في المعنى دون التَّنزُّل للفظ.

(1) المصدر السابق، 230/5.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق، 230/5.

ووصف ابن القيم خطورة الخطأ المنهاجي في معرفة الشريعة والمواءمة بينها وبين التطبيق في الواقع فقال: "والذي أوجب لهم ذلك نوع تقصيرٍ في معرفة الشَّريعة، وتقصير في معرفة الواقع، وتنزيل أحدهما على الآخر"[1].

فيرجع ذلك كله إلى الاختلال في مقدمتين الأولى اختلال في الفهم، وثانية تقصير في معرفة الواقع ومناطاته، ما أوجب من ترتب نتيجة حتمية وهي خلل في التنزيل.

وتثمر سلامة الطرق الموصلة للحق بلوغ السلامة في تنزيله، "فأي طريق استخرج بها الحق ومعرفة العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها والطرق أسباب ووسائل لا تراد لذواتها، وإنما المراد غاياتها التي هي المقاصد"[2]، فلا تراد المناهج لذاتها وإنما تراد لنتائج إعمالها.

فالخطأ المنهاجي انسحب بالضرورة على مستوى التطبيق، حتى لم ينفع معه القول بتغيُّر الأحكام حسب الظروف والعادات والأحوال لتقيُّده بالضرورة، وعدم التمييز بين القابل للتغيُّر وغير القابل له، فتولد عنه خطأ آخر تمثل في الجمود على اجتهاد السلف وتنزيلها منزلة النص، ثم الإشكال الحاصل في تغيب الاجتهاد الجامع بين الفهم والتنزيل، وعدم التواؤم بين النظر في الدليل والنظر في مناطه، ومن قال بعدم تغيُّر الأحكام لم يقبل اجتهاد عمر –رضي الله عنه– وغيره من المجتهدين، بل ردَّ ذلك، وربما عدَّه اجتهاد في مقابل النص، ومن قال بالتغيَّر لا يلزمه الجمود على اجتهاد المجتهد كائنًا من كان.

فمن ذلك على سبيل المثال: هل يمكن إعطاء "المؤلفة قلوبهم" نصيبهم من الزكاة؟

فالاختلاف في اجتهاد عمر –رضي الله عنه– في سهم المؤلفة قلوبهم، بين قائل بعدم عودته، كما: "رأى مالك أنه لا يعود، وهو مذهب أهل الكوفة"[3]، فنظروا إلى واقعهم

(1) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، مكتبة دار البيان، ص: 13

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: 751 هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1423هـ، 513/6.

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق: سعيد أعَراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط/2، 1408هـ– 1988م، 359/2.

وحال المسلمين في عصرهم، حتى فهم من فهم أن عمر –رضي الله عنه– قد أعطاه "حكم النسخ"[1]، فرفع بلا عودة.

لذلك اعتبروا بعض الأحكام المتبدلة غير قابلة للتغيُّر، ولا يتوقع لها أن تعود إلى ما كانت عليه في السابق، فهي معدودة بحكم المنسوخة أو الملغاة؛ استنادًا إلى ما تجدد من واقع وظروف لا تتسق مع ما عليه الأحكام السابقة، فهذا هو النسخ الخاص بنمط تعارض الواقع مع حكم النص[2].

المسلك الثالث: تتغيُّر الأحكام حسب الحاجة والضرورة، ويقتضي هذا أن الحكم المتغيِّر؛ "يعود إن احتيج إليه، ورأى ذلك الإمام، وهو قول ابن شهاب، وعمر بن عبد العزيز"[3]، وللشافعيَّة إن دعت ضرورة إليه[4]، فالقائلون بالعود بين موسع ومضيق، وعليه يكون الحكم الشرعي إن تغيَّر يعود للحاجة أو الضرورة.

قال ابن العربي: "فكل ما فعله النبي ﷺ لحكمة وحاجة وسبب، فوجب أن السبب والحاجة إذا ارتفعت أن يرتفع الحكم، وإذا عادت أن يعود ذلك"[5]، حيث علق الحكم بسببه وجودا وعدما، ثم قال: "والذي عندي: أنه إن قوي الإسلام زالوا، وإن احتيج إليهم أعطوا سهمهم، كما كان يعطيه رسول الله ﷺ"[6]، وعليه؛ فهذا الخلاف وغيره؛ يحيل على تعذر إمكانية التعميم أو الانسجام لأيٍ من هذين المنهاجين في التعامل مع الأحكام –القابلة للتغيُّر– وتنزيلها في الواقع.

---

(1) فتح القدير: لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، دار الفكر، بدون ط، وبدون ت، 260/2.

(2) جدلية الخطاب والواقع: ليحيى محمد، أفريقيا الشرق، المغرب – الدار البيضاء، 2012م، ص: 276، بتصرف.

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 359/2.

(4) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: لمحيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516 هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط/1، 1418هـ– 1997م، 520/7.

(5) عارضة الأحْوذي شرح سنن الترمذي: للإمام الحافظ القاضي أبو بكر ابن عربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 172/3.

(6) أحكام القرآن: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/3، 1424هـ– 2003م، 530/2.

وقد يحيط بالحكم إطار ظرفي فيقيد التغيُّر بالضرورة عند قوم، في حين يقيَّد الحكم المتغيِّر نفسه بمصلحة يراها الإمام عند أخرين، مثاله: إذا اختص أهل كل بلد بزكاة بلده فهل يجوز نقلها أو لا؟ ورد في الجواب على ذلك ثلاثة أقوال[1]:

الأول: لا تنقل، وبه قال سحنون، وقال ابن القاسم، إلا أنه زاد إن نقل بعضها لضرورة رأيته صوابا.

الثاني: يجوز نقلها، وقاله مالك أيضا.

الثالث: يقسم في الموضع سهم الفقراء والمساكين، وينقل سائر السهام، باجتهاد الإمام.

وصحح القرطبي ما قاله ابن القاسم لقول النبي ﷺ لمعاذ –رضي الله عنه– وفيه «فَأَخْبِرْهُمْ أَنَّ اللَّهَ قَدْ فَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ»[2]، ولأن الحاجة إذا نزلت وجب تقديمها على من ليس بمحتاج[3]، ويعود الخلاف لنتيجة عدم التمييز بين الأحكام الولائية والظرفية.

وعلى هذا يكون الإشكال المطروح ما الحكم المتغيِّر؟ وبما يعرف؟ وما هي ضوابطه؟ وهل يكفي قول السلف أن كل حكم ثبت بنص قطعي الثبوت والدلالة لا يقبل التغيُّر؟ وإن اتفق عليه العلماء إلا أن الواقع يخالفه من جهة التطبيق، فلا تكاد تجد مسألة اجتهاديَّة متفق عليها، وكتب السلف شاهده على ذلك، وهي مليئة بفتاوى خرجت مخرج الاجتهاد في المناط.

إذ لا سبيل بالبقاء على ما قيل، ولا مخرج من تعطيل الشريعة بالجمود على المسطور، ولا يكفي للخروج من ذلك تبني مسلك النظر في النص وحده، أو في الواقع وحده، فإن ذلك سيفضي إلى مضاهات الشريعة، والاستدراك عليها، وإلى خلاف قصد الشارع من التشريع.

قال الإمام الشاطبي: "فاعلم أن كل مسألة تفتقر إلى نظرين: نظر في دليل الحكم، ونظر في مناطه"[4]، فلابدَّ من التصالح بين مسلكي النظر في النص والنظر في المناط وهو

---

(1) المصدر السابق، 541/4 – 542.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الزكاة، باب: أخذ الصدقة من الأغنياء وترد في الفقراء حيث كانوا، رقم: 1496، وصحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، رقم: 19.

(3) أحكام القرآن: لابن العربي، 541/4 – 542.

(4) الاعْتِصَام: لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، تحقيق: محمد بن عبد الرحمن الشقير، سعد بن عبد الله آل حميد، هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1429هـ– 2008م، 83/3.

ما سيتبلور في نظريَّة تغيُّر الأحكام: ضوابطها، وشروطها، أركانها التي تشكل هندسة أسس فهمها، وآليات تنزيلها.

فإذا كان الحكم الشرعي يتغيَّر في وضعه الطبيعي فمن باب أولى عند تغيُّر مناطه وحيثياته عند التنزيل، فعلى سبيل المثال: نجد الفقهاء عرَّفوا الرخصة بأنها "الحكم الشرعي المتغيِّر إلى سهولة لعذر"[1]، لانتفاء المصلحة من وقوع التكليف بالحكم، "فمتي جاء النص في خلاف الحكم بطريق الضرورة، علم أن المصلحة تغيَّرت، وعند تغيُّر المصلحة، تكون الحكمة في تغيُّر المشروع لا في الإبقاء"[2]، لتعلق الحكم بمصلحة التكليف به وجودًا وعدمًا.

واتخاذ مبدأ التدرج من خلال تنزيل المكي على المدني كمنحى منهاجي في تنزيل الأحكام، دون الاقتصار على مرحلة أو الانكفاء على جزء منها، كمرحلة ما بعد الفتح، قال الإمام الشاطبي: "ومن هنا كان نزول القرآن نجوما في عشرين سنة، ووردت الأحكام التكليفية فيها شيئا فشيئا، ولم تنزل دفعة واحدة، وذلك لئلا تنفر عنها النفوس دفعة واحدة"[3].

وكان من فقه عمر بن عبد العزيز وتقريره للأحكام وتنزيلها في الواقع؛ قوله: "وإنّي أخاف أن أحمل الْحَقَّ على الناس جملة، فيدفعوه جملة، ويكون من ذا فتنة"[4]، بل إن هذه الإجراءات تدل على أن النص نفسه لم يتقبل موضوع الثبات، من جهة الخطاب أولا، ومن جهة التنزيل ثانيًا، الأمر الذي يعطي الحكم مشروعية في التغيُّر على مستوى النص والواقع، وهذا يعنى أن للواقع أثر منهاجي في تغيُّر الأحكام.

ومثال آخر: بيان تكافؤ القوى الحربية في الآية الصريحة، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُواْ مِاْئَتَيْنِۚ وَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٌ يَغْلِبُوٓاْ أَلْفًا مِّنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ۝٦٥ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ

(1) التوقيف على مهمات التعاريف: للمناوي، 176/1.

(2) ميزان الأصول في نتائج العقول: علاء الدين شمس النظر أبو بكر محمد بن أحمد السمرقندي (المتوفى: 539 هـ)، تحقيق: محمد زكي عبد البر، مطابع الدوحة الحديثة، قطر، ط/1، 1404هـ- 1984م، 705/1.

(3) الموافقات: للشاطبي، 148/2.

(4) المصدر السابق نفسه.

ٱللَّهُ عَنكُمۡ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمۡ ضَعۡفٗاۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّاْئَةٞ صَابِرَةٞ يَغۡلِبُواْ مِاْئَتَيۡنِۚ وَإِن يَكُن مِّنكُمۡ أَلۡفٞ يَغۡلِبُوٓاْ أَلۡفَيۡنِ بِإِذۡنِ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ ﴾ [الأنفال:65- 66].

قال الرازي: "يدل على صحة مذهب أبي مسلم، وهو أن ذلك الحكم ما صار منسوخا بل هو ثابت كما كان، فإن العشرين إن قدروا على مصابرة المائتين بقي ذلك الحكم، وإن لم يقدروا على مصابرتهم فالحكم المذكور هاهنا زائل"[1]، مع إمكانيَّة عودته في واقع ما، "وما من أية منسوخة إلا وهي معمولة بوجه من الوجوه"[2]، والإعمال أولى من الاهمال.

أما ما نقله الشَّافِعِي –رحمه الله–:" وهذا كما قال ابن عباس –إن شاء اللَّه تعالى– مستغنى فيه بالتنزيل عن التأويل"[3]، وقوف على الظاهر واكتفاء به، ومبني على فهم واقع معين.

ومن فرَّ من اثنين فقد فرَّ أي ارتكب المحرم، وهو كبيرة الفرار من الزحف، وهذا إذا كان للواحد المسلم من السلاح والقوة ما لكل واحد من الرجلين الكافرين كان فارا[4]، فلو كان أقل من أحدهما قوة وسلاحًا فلا إثم بفراره.

ولا يعني إعمال منهاج تغيُّر الأحكام النسخَ، "فقد كانوا يطلقون النسخ على التخفيف، وعلى كل تغيير يطرأ على الحكم"[5]، عند تنزيله وفق مناطات مختلفة تنتج اختلاف في تنزيل الحكم في الواقع.

---

(1) مفاتيح الغيب "التفسير الكبير": لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط/3، 1420 هـ، 507/15.

(2) فيض الباري على صحيح البخاري: (أمالي) محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري الهندي ثم الديوبندي (المتوفى: 1353هـ)، تحقيق: محمد بدر عالم الميرتهي، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، ط/1، 1426هـ- 2005م، باب: فضل الصوم، رقم: 1894، 323/3، ولا يعني القول بهذا؛ إنكار حصول النسخ في القرآن الكريم.

(3) الأم: للإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار المعرفة –بيروت، 1410هـ- 1990م، 301/7.

(4) روح البيان: لإسماعيل حقي بن مصطفى الإستانبولي الحنفي الخلوتي، المولى أبو الفداء (المتوفى: 1127هـ)، دار الفكر –بيروت، 371/3.

(5) تفسير مقاتل بن سليمان: لأبي الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخى (المتوفى: 150هـ)، تحقيق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث –بيروت، ط/1، 1423 هـ، 182/5.

قال ابن رشد "وقد اختلف في تأويل الضعف فقيل هو في العدد فيلزم المسلمين أن يثبتوا لمثلي عددهم من المشركين وإن كانوا أشد منهم سلاحا وأظهر جَلَدًا وقوةً، وهو قول أكثر أهل العلم، وقيل تأويل ذلك: في الجَلَد والقوة، ويلزمهم أن يثبتوا لأكثر من الضعف إذا كانوا أشد منهم سلاحًا وأكثر جَلَدًا وقوةً ولا يلزمهم أن يثبتوا لهم وإن كانوا أقل من الضعف إذا كان المشركون أشد منهم سلاحًا، وأكثر جَلَدًا وقوةً، وخافوا أن يغلبوهم، وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك[1]، وذلك أن الضعف إنما يعتبر في القوة لا في العدد، وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد إذا كان أعتق جوادًا منه وأجود سلاحًا وأشد قوةً[2]، قال ابن أبي زيد القيرواني: "وبه أقول"[3]، وبناء على منهاج مراعاة الواقع عند تنزيل الأحكام؛ لابد من اشتراط القدرة والقوة في الانهزام وعدمه، وهو أليق من اشتراط العدد وأوفق للواقع المعاصر لتكنولوجيا التسليح، وأقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة في حفظ النفس، وتجنب الهلاك، خصوصا في ظل التأخر المادي والعسكري، والتخلف التقني.

ويكون التغيُّر جليًّا في المجال المقاصدي؛ فالمقاصد الكلية تبقى ثابتة يحيطها سياج من الجزئيات التي يتوسل بها في تحقيق المقصد وحفظه، "فالعدل العام في الإسلام لا يقبل التبديل، وأما الأحكام الجزئية فقد تتغيَّر بحسب الظروف والاعتبارات الزمانية والمكانية؛ لأنها غير مقصودة لذاتها وإنما يقصد منها الوصول لتحقيق العدالة الشرعية"[4].

فمثلا: مجلس التعاقد وافتراق البائعَين وسيلة تتغيَّر بنقرة إلكترونية، لكن التراضي لا يتغيَّر، فالانتقائية وعدم التمييز بين الوسائل والمقاصد، والكليات والجزئيات؛ يؤدي إلى التقوُّل على الشريعة، فينبغي التوازن بين الوسائل المتغيِّرة والمقاصد الثابتة، وكذا الجزئي المتغيِّر

(1) المقدمات الممهدات: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1408هـ- 1988م، 348/1.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، دار الحديث- القاهرة، 1425هـ- 2004م، 150/2.

(3) النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ: لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: 386هـ)، تحقيق: عبد الفتّاح محمد الحلو، ومحمَّد حجي، ومحمد عبد العزيز الدباغ، ومحمد الأمين بوخبزة، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/1، 1999م، 50/3.

(4) مقاصد الشريعة ومكارمها: لعلال الفاسي، 47/1.

والكلي الثابت، والفروع المتغيِّرة والأصول الثابتة، والقطعي وغير القطعي، دون ذوبان أو جمود.

وظل تغيُّر الأحكام معتبر في كل ما لا نص فيه صريح، ولم تتبدل ظروف الأمر به، وذلك هو محط الاجتهاد الذي وقع في زمن الرسول ﷺ وفي زمن الصحابة من بعده[1].

فتعدّ الأحكام المتغيِّرة؛ هي "التي ثبتت شرعًا معلقة على أسبابها، فهذا النوع من الأحكام يتغيَّر بتغيُّر الأسباب"[2]، فعند الحديث عن تغيُّر الحكم فإنَّا لا نريد تغيُّره في ذاته، وإنما لتغيُّر الواقع، ومناطات تنزيل الحكم فيه، وتغيُّر الحكم سواء كان حكما قضائيًا أو إفتائيا فهو أشمل من تغيُّر الفتوى.

ولما كانت الأحكام مبنيَّة على المصالح والمفاسد، والشريعة قاصدة لهما تحصيلًا ودرءًا، فإذا ما حصل خرم في المناسبة بين الحُكْم والأسباب الداعيَّة إلى تشريعه والحال المقتضية له عند التنزيل في الواقع، والنتيجة المفضية إليها في المتوقع، وجب تجديد النظر وتبدُّل الحكم؛ لأن الجمود على حال واحدة يصيِّر الأحكام مصدرًا للشَّر، ومنبتًا للفساد والإفساد.

ويظهر التغيُّر بقصد الامتثال بالرفق والشدة والمشقة وضدها، والسعة والتضييق، والرخصة والعزيمة؛ وامتثالها في الجملة، فمن حمل نفسه على الرفق والتوسعة كان للرخصة أقرب، ومن صار إلى الشدة والمشقة كان إلى العزيمة أقرب، فالحكم المتغيِّر لا يعود إلى ما كان عليه ابتداءً عند تجرده عن مناطات التغيُّر وأسبابه؛ إلا إذا دعت الحاجة حسب رأي المالكية، وهذا يعتبر توسعًا، مقابل التضييق الذي ذهب إليه الشافعيَّة حين قالوا بعودة الحكم المتغيِّر إذا دعت الضرورة إليه، فيكون الحكم المتغيِّر إلى ما كان عليه منوطا بالحاجة والضرورة.

وأجد نفسي –بعد استكمال البناء المنهاجي لهذا المدخل– لا أزال مدينا له بالتوضيح ومزيد إيضاح، ولمقصد الدخول متهيبًا التقديم، ومستشرفًا التقدم والتبيين، ناشدًا القصد بين مساحته الكمية وقيمته الكيفية.

---

(1) المصدر السابق، 53/1.

(2) تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي: للزركشي، 54/3.

الباب الأول:
نظريَّة تغيُّر الأحكام
بين الأسباب والشروط والضوابط

الفصل الأول:
أسباب تغيُّر الأحكام

تمهيد

شهد الواقع تطورًا سريعًا في شتى مجالات الحياة، منها الانفتاح المكاني أمام الثقافات، وضغط وسائل الاتصال، والتوسع العمراني، وهو ما يحتاج إلى فقه خاص؛ إهمال التوسل به غلط عظيم على تنزيل الشريعة.

وقد تنبه لهذا العلامة ابن خلدون فقال: "تبدَّل الأحوال في الأمم والأجيال بتبدُّل الأعصار ومرور الأيّام، وهو داء دوي شديد الخفاء إذ لا يقع إلّا بعد أحقاب متطاولة فلا يكاد يتفطّن له إلّا الآحاد من أهل الخليقة"[1]، ولهذا قالوا: "ومن لم يكن عالما بأهل زمانه فهو جاهل"[2]، جهل واقع وعيان، لا جهل حجة وبرهان.

ثم لمَّا كان الاختلاف سنة كونيَّة، من لدن آدم ﷺ إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فقد "اختلفت الأحكام والشرائع بحسب اختلاف الأزمان والأحوال، وظهر أنها سنة الله في سائر الأمم وشرع من قبلنا شرع لنا، فيكون ذلك بيانا على الاختلاف عند اختلاف الأحوال في زماننا، وظهر أنها من قواعد الشرع وأصول القواعد ولم يكن بدعا عما جاء به الشرع[3]، بل متمكن من مصدريَّته الشرعية والكونيَّة.

قضى الله أن له في خلقه وأحوالهم شؤونًا، حيث قال: ﴿كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ﴾ [الرحمن: 29]، واقتضت سنته أن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقرّ، إنّما هو اختلاف على الأيّام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار، فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدّول سنّة الله الّتي قد خلت في عباده[4]، فلا مبدل لها، ولا قيام شرعا ولا كونا إلا بها، ولا استقامة على التي هي أقوم إلا بقيامها كلها.

---

(1) ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر: لعبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ولي الدين الحضرمي الإشبيلي (المتوفى: 808هـ)، تحقيق: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط/2، 1408هـ - 1988م،37/1.

(2) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار الفكر - بيروت، ط/2، 1412هـ - 1992م، 47/2.

(3) الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط/1، 1994م، 47/10.

(4) ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب: لابن خلدون، 37/1- 38.

وقد اجتهد الصحابة الكرام –رضي الله عنهم– في هذا الباب، حسب ما توفرت لهم من الوسائل والإمكانات، وعلى قدر ما يحتاجه الناس، ويمليه عليهم الواقع المعاش، ويتسع له النظر في الأدلة، ومن أشهر اجتهاداتهم؛ ما صنعوه بجمع القرآن، وتنزيل فقه العقوبات من أحكام الحدود والتعزيرات، والتدابير المالية كحفظ ضالة الإبل، والانفتاح الحضاري والإفادة منه في تدوين الدواوين، وبناء السجون، وذلك لمَّا تغيَّرت الظروف الزمانيَّة والمكانيَّة ففسدت أخلاق الناس، وتعقدت حياتهم، وقل الورع وكثر الهلع والجشع، وطرأت طوارئ.

وقد توافدت أقوال العلماء على اعتبار فقه الزمان والمكان فقه خاص، وترافدت عبارات المجتهدين وإشاراتهم في اعتبار تغيُّر الأحكام الشرعيَّة تبعًا لتغيُّر الظروف المحيطة بها، وحسب الواقع التنزيلي لأحكام الوقائع، وهذا هو فقه الواقع الذي يشكله الزمان والمكان والإنسان.

وقد كانت هناك دواعي اعتبار تغيُّر الزمان والمكان والحال وأثرها على تغيُّر الأحكام وفق مناهج التشريع وقواعد الشرع الكلية النصيَّة والمعنوية الثابتة بالتتبع والاستقراء؛ دعت إلى التَّوْسعة في الأحكام الاجتهاديَّة، وشهدت لها أمور عدة منها[1]:

– أن الفساد قد كثر وانتشر بخلاف العصر الأول ومقتضى ذلك اختلاف الأحكام بحيث لا يخرج عن الشرع بالكلية لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار»[2]، وترك هذه القوانين يؤدي إلى الضرر ويؤكد ذلك جميع النصوص الواردة بنفي الحرج.

– أن المصلحة المرسلة قال بها مالك وجمع من العلماء وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها، وهذه القوانين مصالح مرسلة في أقل مراتبها.

– أن الشرع شدَّد في الشهادة أكثر من الرواية لتوهم العداوة فاشترط العدد والحرية ووسع في السَّلم والقراض والمساقاة وسائر العقود المستثناة لمزيد الضرورة، لتحقيق مصالح العباد في المعاش وفي المعاد.

---

(1) الذخيرة: للقرافي، 45/10

(2) الموطأ: للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية –أبو ظبي– الإمارات، ط/1، 1425هـ–2004م، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 2758.

ولذلك ينبغي مراعاة اختلاف الأحوال في الزمان فتكون المناسبة الواقعة في القوانين مما شهدت لها القواعد بالاعتبار فلا تكون مرسلة بل على رتبة تلحق بالقواعد الأصلية.

– أن كل حكم في هذه القوانين ورد دليل يخصه، كضرب المتهم حتى يقر، فاعتبار الدليل الخاص يشكل جزئية من الجزئيات الثابتة بالإستقراء في القواعد الكلية ليحافظ على المقصد العام للكلي في حفظ الأنفس والأموال والأعراض، فيكون كل حكم جزئي في القوانين الكلية له دليل يخصه.

– أَنَّا لَا نَشُكُّ أَنَّ قُضَاةَ زَمَاننَا وشهودهم وولاتهم وأمنائهم لَوْ كَانُوا فِي الْعَصْرِ الْأَوَّلِ مَا وُلُّوا وَلَا حرج"[1]، بسبب التراجع الأخلاقي الذي أصاب المجتمعات، وغياب القيم.

فلا يبرر الواقع وإنما يدعو إلى وضع التدابير وإعمال فقه الممكن إلى أقصى ما يمكن، "ليلا تضيع المصالح وما أظنه يخالفه أحد في هذا فإن التكليف مشروط بالإمكان وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في أحكام المظالم والجرائم لأجل كثرة فساد الزمان... ويعضد ذلك من القواعد الأصلية"[2]، والمبادئ الأصولية المصلحيَّة والاعتبار المؤطرة لفقه الاحتياط.

– مراعاة حال المكلف، ورعايته عند ارتفاع التكليف، ذلك "مِنْ لُطْفِ اللَّهِ بِعِبَادِهِ أَنْ يُعَامِلَهُمْ مُعَامَلَةَ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ فَالطِّفْلُ لِضَعْفِ حَالِهِ..."[3]، والمرأة لفطرتها التي فطرت عليها، والمريض والمسافر والشيخ الكبير لما لحقهم من أعذار.

وتقع على كاهل المجتهد مسؤولية تحقيق مقاصد الشريعة عند تنزيل الأحكام على المحل، "حيث يكون للظروف أثر بالغ يرعاه المجتهد، لكونه عاملا يشكل الوقائع فقهيًّا، أو يكيِّفُها تكييفا شرعيًّا"[4]، به يتشكل فقه خاص يسمى فقه النوازل والمستجدات.

وتؤطر هذه القوانين الكلية اعتبار فقه الزمان والمكان، والأحوال والأعراف والعوائد، عند تنزيل الأحكام، بحيث تشكل في مجموعها أسبابا حقيقية لتغيُّر الأحكام التكليفية حسب

(1) الذخيرة: للقرافي، 46/10.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: لفتحي الدّريني، مؤسسة الرسالة، سوريا –دمشق– ط/2، 1429هـ–2008م، 58/1.

اختلافها، وإن مما أوافق عليه، وأسهم في تبريره ما استطعت؛ اعتبار فقه الزمان والمكان فقهًا مستقلًا، بل أجدني مضطرًا للفصل بينهما، خلافا لما "اعتاد الباحثون في موقع العرف وسلطانه ومدى اعتباره في الفقه الإسلامي أن يدخلوا في بحثه وأمثلته مسائل القرائن العرفية، ومسائل تغيُّر الزمان التي تتبدل فيها الأحكام بحسب الأحوال الخاصة والأخلاق العامة... ونحن نرى أن هذين الموضوعين... لا يصح ادماجهما في مفهوم العرف، لأنهما يؤلفان موضوعين مستقلين"[1]؛ ولأن الزمان والمكان فقه استثنائي طارئ سريع التغيُّر وكثير التبدُّل، مستقل بقرائنه المشكلة لأسبابه، بخلاف فقه العرف والعادة، إنما هو فقه خاص متمكن من الطِّباع البشريَّة والهويَّات المجتمعية، ضارب في أعماق الإنسان ومستقر في البلدان، ويشكل الجزء الأهم من الخصوصيات الحضاريَّة والثقافيَّة للأمم والشعوب.

وعليه سأتكلم عن أسباب تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأحوال والأعراف، والزمان والمكان، وأثرها على الأحكام، وذلك على النحو الآتي:

(1) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 935/2.

المبحث الأول: اعتبار تغيُّر الزمان والمكان سببًا في تغيُّر الأحكام

يعتبر تغيُّر الزمان والمكان من الأسباب المهمة في تغيُّر الأحكام، وهي ما سيكون الحديث عنها في هذا المبحث على مطلبين كل مطلب يتحدث عن الاعتبار والأثر.

المطلب الأول: اعتبار تغيُّر الزمان وأثره على تغيُّر الأحكام

تتغيُّر الأحكام الشرعيَّة تبعًا لتغيُّر الواقع التنزيلي في ظرفه الزماني، فينبغي مراعاة تغيُّره، ثم اعتبار آثاره على الحكم الشرعي، وقد جاء هذا المطلب في فرعين.

الفرع الأول: اعتبار تغيُّر الزمان

يتمثل اعتبار تغيُّر الزمان في تخصيص الحكم بالصفة الزمانيَّة المجازيّة، ما يترتب عليها من أحكام شرعيّة على المستوى الإجرائي، والقرائن التي ينبني عليها الحكم الشرعي، فإن مفهوم الزمان مخصص أصولي لدلالة النص، "مفهوم الزمان كقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: 197]، وقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾ [الجمعة: 9]، وهو حجَّة عند الشافعيّ،... ولو قال لوكيله بع يوم الخميس تعين عليه، لأنَّه قد يَحْتَاجُ إلى بيعه في ذلك الوقت، لكثرة الرَّاغبين إذ ذاك، كما إذا أمره ببيع الفراء في الشِّتاء... وهو راجع إلى مفهوم الصفة"[1]؛ لأن ظرف الزمان قدر فيه الوقوع والوقوع صفة، فالمقصود بالتخصيص من حيث دلالة لغويَّة لا شرعيَّة ولا عقليَّة.

يعتبر من عظم الشريعة سعتها، واحتوائها لمجريات الزمان بوسائله الممكنة، وذلك برجوعها إلى أصول ثابتة للمحافظة على مقاصد الشريعة، "فالحقيقة أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان مهما تغيَّرت باختلاف الزمن فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق، وجلب المصالح ودرء المفاسد، وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع، فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلاميَّة، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجًا، وأنجح في التقويم علاجًا"[2]، وإن اختلفت العبارة وتنوع أسلوب التعبير.

---

(1) البحر المحيط في أصول الفقه: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، دار الكتبي، ط/1، 1414هـ - 1994م، 5/175- 177.

(2) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 2/943.

قال أبو زهرة: "إن الأحكام التي تنبني على القياس الظني تتغيَّر بتغيُّر الأزمان"[1].

وقد يأتي تنزيل الأحكام على الواقع مخالفًا لظاهر النص، إلا أنه لو بقي العمل بموجب ذلك الظاهر لآل إلى عكس مراد الشارع في حفظ كليات الشريعة ومقاصدها.

الفرع الثاني: أثر تغيُّر الزمان على تغيُّر الأحكام

عندما نتحدث عن تغيُّر الأحكام بتغيُّر الزمان فإنَّنا نتحدث مباشرة عن الأسباب الزمانيَّة التي بنيت عليها الأحكام الشرعيَّة، وأنَّ هناك الكثير من الأحكام تتغيَّر بتغيُّر الأسباب اطرادًا وانعكاسًا وجودًا وعدمًا، وتختلف باختلاف المحل، وقد ينعدم مناطها التنزيلي فيمتنع تنزيلها بخصوصها، "فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولًا للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد"[2]، وخالف مقاصد الشريعة في تحقق سعادة الفرد باعتباره جزء من المجتمع، وسعادة المجتمع باعتباره مجموع أفراد، حتى إذا اعتبر الزمان فيعتبر اعتبارا كليًّا بما فيه من مصالح ومفاسد جلبًا ودرءًا.

وقد سُجِلَت بعض محاولات في تحديد مدة لفساد الزمان وتبدله، من ذلك على سبيل المثال؛ قولهم: "ينبغي للحاكم أن ينقب عن أحوال الشهود في كل ستة أشهر؛ لأنه قد يطرأ على الشاهد في هذه المدة ما يخرجه عن أهلية الشهادة"[3]، وعلى المجتهد مداومة النظر في اجتهاداته، واستمراريَّة الرعاية والعناية بالمذهب، لهذا قال الإمام القرافي: "يجب على أهل العصر تفقد مذاهبهم"[4]، وهذا التفقد له مبرراته، وضوابطه، فما يصلح به زمان قد لا يصلح لزمان آخر، ويمكن حصر أسباب تغيُّر الأحكام بناء على تغيُّر الزمان على النحو الآتي:

---

(1) أصول الفقه: لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، 275/1.

(2) مجموعة رسائل الإمام ابن عابدين الحنفي: للسيد أمين أفندي ابن عابدين الحسني الحنفي (1198هـ)، تحقيق: محمد عبدالرحمن الشاغول، المكتبة الأزهرية للتراث، والجزيرة للنشر والتوزيع، مصر– ط/1، 218/2.

(3) الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي– القاهرة، دار الكتب العلمية– بيروت، 142/2.

(4) الفروق: للقرافي، 109/2.

أولًا: اعتبار فساد الزمان

يطلق فساد الزمان مجازا، ويراد به فساد أهله، "فلا نقول: إن الأحكام تتغيَّر بتغيُّر الزمان بل باختلاف الصورة الحادثة"[1] في الزمان نفسه، وهذا الإطلاق يراد به "تغيُّر الزمان الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئًا عن فساد الأخلاق وفقدان الورع وضعف الوازع"[2]، فيؤدي إلى ضعف الهمم، وفساد في القصود، وخراب في الذمم، التي تسبب بها المكلف بشكل مباشر أو غير مباشر.

ويمكن أن يصدق على هذا الفساد قول الزركشي: "وأما الآن فقد ساءت القصود والظنون، وكثر الفجور، وتغيَّر إلى فتون"[3]، فكان على المفتي أن "ينظر... في فساد الزمان"[4] على جهة الإلزام، باعتباره منهاجًا في تنزيل الفتوى.

قال الإمام مالك في لقطة المختلطة: "وإن رفعت إلى الإمام فلا يبعها، وليفعل بها هكذا، وكذلك فعل عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– وكان عثمان يبيعها ويوقف أثمانها لأربابها، وأخذ به بعض الرواة لفساد الزمان"[5]، وهو في عصر الصحابة والقرون المفضلة.

وقال في البيان والتحصيل: "فيما يُحذَّر من فساد الزمان قال مالك: يوشك أن يأتي على الناس زمان يَقل فيه الخير في الدين، ويقل فيه الخير في الدنيا، قال محمد بن رشد: قول مالك هذا قول رسول اللَّه ﷺ: «خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنِي ثُمَ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُم»[6]، وبقدر تقادم الزمان بأهله بقدر ما ابتعدوا عن الفطرة، وقل فيهم الخير، واقتربوا من الفتنة، وبعدت عليهم الشقة، وازدادوا غربة.

---

(1) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 220/1.

(2) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 942/2 – 943.

(3) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 381/8.

(4) المصدر السابق، 380/8.

(5) الجامع لمسائل المدونة: لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (المتوفى: 451 هـ)، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي – جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعها)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط/1، 1434هـ – 2013م، 209/18.

(6) البيان والتحصيل: لابن رشد، 185/17، وجاء في رواية «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم»، صحيح البخاري: كتاب: أصحاب النبي ﷺ، باب: فضائل أصحاب النبي ﷺ رقم: 3651، وصحيح مسلم: كتاب: فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم، باب: فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، رقم: 2533.

ويعتبر من وجوه مرونة الشريعة وسعتها الذي راعته عند تنزيل الأحكام وفق مناطاتها، إذ في "الوقوف مع نص الأيمة والوقوف عند أقوالهم مع إلغاء النظر عن عادة زمن الواقعة، وحدوث النازلة مما لا يحل ولا يجوز، وإن مرتكب هذه الطريقة يحرم عليه القضاء بين المسلمين والفتيا في أمورهم"[1]؛ لأن في حمل أقوال الأئمة وفتواهم مجردة عن سياق الزمان الذي صدرت فيه نوعًا من التحريف والتجني على أصحابها.

ومن صور فساد أخلاق الناس ما قاله "ابن راشد: ورأيت بعض قضاة الإسكندرية ضَمَّن السماسرة، وكأنه ذهب إلى أن ذلك من مصالح الناس العامة لفساد الزمان"[2]، سواء كان القائم بالسمسرة أفرادًا أم مؤسسات، حفاظا على أموال الناس ومصالحهم.

وقد اجتهد السادة الفقهاء وأبدعوا في تزمين أحكام الفقه بما يقتضيه العصر ويوافق الأصل، ومن ذلك؛ ما يزيده الغاصب من ماله في الشيء المغصوب بحيث لا يمكنه فصله، كالصبغ والنسج والطحن وغيرها من أمور الصنعة، "وقد قيل إنهما يكونان شريكين بقيمة الصبغ وقيمة الثوب إن أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ، وأبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب"[3] لفساد الزمان، فلو أعمل مثل هذا القول فإن الغصب سيمتهن من قبل ضعفاء النفوس، ولا محالة سيؤول إلى مفاسد عظيمة، وهنا مكمنٌ مهم للتجديد الفقهي، واعتبار الزمان في تنزيل الأحكام على القضايا المعاصرة.

ثانيًا: اعتبار تقادم الزمان

يطلق تقادم الزمان ويراد به "مرور الزمان على حق أو حد أو دعوى أو قضاء، كمضي مدة من الزمان دون تنفيذ الحدِّ بعد القضاء به[4]، ومن شواهده قول الزيلغي الحنفي

(1) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: لأحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني، أبو العباس المالكي (المتوفى: 914هـ) تحقق: بإشراف د. محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية 1401هـ، 467/8.

(2) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي (المتوفى: 776هـ)، تحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات، ط/1، 1429هـ- 2008م، 230/7.

(3) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 459/2.

(4) ينظر: معجم مصطلحات العلوم الشرعيَّة: مدينة الملك عبدالعزيز للعلوم والتقنية (KACST)، ووزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، الرياض، ط/2، 1439هـ - 2017م، حرف التاء، 514/1.

في ما يسقط به حد السرقة: "بالتقادم يسقط الحد دون المال إذا كانت بَيِّنَةٌ"[1]، وبالإضافة إلى كون تقادم الزمان له بعد منهاجي في تطبيع الألفاظ المشتركة بالعرف اللُّغوي، ففيه "جوز أن يضع أهل قبيلة اسمًا لشيء معلوم، ويضع أهل قبيلة أخرى، بعيدة عن الأولى، ذلك الاسم لشيء آخر، ثم بعد تقادم الزمان اشتهر ذلك فيما بين القبائل ورضوا، بذلك الاسم لكل واحد من المسميين، على الانفراد والبدل، فيصير اسمًا مشتركا"[2].

وعند الحنفية: "الْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْحُدُودَ الْخَالِصَةَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى تَبْطُلُ بِالتَّقَادُمِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ –رحمه الله–"[3]، إما لعدم القدرة على المطالبة، أو لسقوط الحق ذاته، كل ذلك ناتج عن تطاول الزمان، قال ابن الهمام: "التَّقَادُمُ كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ فِي الِابْتِدَاءِ يَمْنَعُ الْإِقَامَةَ بَعْدَ الْقَضَاءِ عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ "[4].

وذهب الإمام مالك في الجواب عن سؤال له "أَرَأَيْتَ إنْ رَأَيْت سِلْعَةً مِنْ السِّلَعِ مُنْذُ عَشْرِ سِنِينَ أَيَجُوزُ لِي أَنْ أَشْتَرِيَهَا عَلَى رُؤْيَتِي تِلْكَ فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: السِّلَعُ تَخْتَلِفُ وَتَتَغَيَّرُ فِي أَبْدَانِهَا: الْحَيَوَانُ يَتَغَيَّرُ بِالْعَجَفِ وَالنُّقْصَانِ وَالنَّمَاءِ، وَالثِّيَابُ تَتَغَيَّرُ بِطُولِ الزَّمَانِ وَتُسَوِّسُ، فَإِنْ بَاعَهَا عَلَى أَنَّهَا بِحَالِ مَا رَآهَا فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَلَا يَصْلُحُ النَّقْدُ فِيهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَأْمُونٍ، قَالَ: وَلَا يُمْكِنُ هَذَا فِي الْحَيَوَانِ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ بَعْدَ طُولِ الْمُكْثِ يَتَحَوَّلُ"[5]، ولا بد من تجديد النظر، خشية النزاع، وعليه فالتغيُّر بتقادم الزمان إلى الزيادة والنقص، أو بالفوات وسقوط الحق من ذات الشيء معتبر، ويتعلق به حكم الشرعي.

ثالثًا: اعتبار الفور والتراخي

يتعلق الحديث عن الفور والتراخي بالتقرب والبعد الزمني، وما يحصل فيهما من تحول وتبدُّل وتغيُّر، وهذا التغيُّر إما ذاتي؛ أي في الزمن الذي يحدد المكلف فيه إبراء ذمته، إما

---

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743هـ)، عليه الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط/1، ودار الكتاب الإسلامي ط/2، 214/3.

(2) ميزان الأصول في نتائج العقول: للسمرقندي، 339/1– 240.

(3) فتح القدير: لابن الهمام، 280/5.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المدونة: للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1415هـ – 1994م، 255/3 – 256.

في وقت حالٍّ عاجل قريب؛ فور وقوع التكليف بمقتضى الشرع، أو يكون له فيه سعة لإيقاعه في وقت متراخ بعيد عن زمن وقوع التكليف.

ومما يجب على الفور أو على التراخي في العبادات؛ فريضة الحج، بعد توفر الشروط وانتفاء الموانع "ثم بعد استجماع شرائط الوجوب يجب على الفور حتى يأثم بالتأخير عند أبي يوسف"[1]، تقديم لبراءة الذمة.

ومن آثار ذلك إذا ضاق الوقت على الحاج يصل إلى عرفة قرب الفجر، ولم يصل المغرب والعشاء؛ وهو إن مضى إلى عرفة وترك الصلاة أدرك الوقوف، وإن صلاهما فاته الوقوف والحج في ذلك العام، أنه يبدأ بالصلاة وإن فاته الحج؛ وهذا على القول بأن الحج على التراخي، وأما على القول بأنه على الفور، فهما فرضان قد تزاحما في وقت واحد، فالبداية بالوقوف أولى؛ لأن تأخير الصلاة التي يقضيها بالقرب، أولى من تأخير الحج الذي لا يقضيه إلى عام آخر، ولعل المنية تخترمه دون ذلك[2]، ويترتب على هذا الاختلاف سؤال؛ هو هل يأثم لو مات قبل أداء الواجب مع تحقق الشروط وانتفاء الموانع؟

ومن الأمثلة على ما يجب وقوعه على الفور أو التراخي في المعاملات المالية؛ شفعة الشريك الحاضر، فإن الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له: فقال الشافعي، وأبو حنيفة: هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب، فإن علم وأمكن الطلب، ولم يطلب بطلت شفعته، إلا أن أبا حنيفة قال: إِنْ أَشْهَدَ الْأَخْذ لَمْ تَبْطُلْ وَإِنْ تَرَاخَى، وأما مالك: فليست عنده على الفور، بل وقت وجوبها مُتَّسِعٌ[3]، والإمام أحمد كذلك، "الطلب بها على الفور ساعة العلم، فإن أخرها مع إمكانها سقطت الشفعة"[4].

---

(1) المبسوط: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة – بيروت، ط/1، 1409هـ - 1989م، 163/4.

(2) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 115/2، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 3/2، المغني: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (المتوفى: 620هـ)، دار الفكر– بيروت، ط/1، 1405هـ، 232/3.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 46/4، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان – بيروت، ط/1، 1416هـ- 1995م، 218/2، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 242/5 -243 بتصرف.

(4) الكافي في فقه الإمام أحمد: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1414هـ- 1994م، 234/2.

ويظهر أن القول بالفور فيه تغليب لحق المشتري، ودرء الضرر الحاصل بالتراخي وتأخير الانتفاع، والقول بالتراخي فيه احتياط لحفظ حقوق الشفيع الشريك وتغليب حقه، لاحتمال حصول ضرر يفسد عليه شقصه، أو يؤول إلى فساد.

وجاء في قواعد المقّري "هل ما قارب الشيء له حكمه؟ واختلف المالكية في إعطاء من قرب من الشيء حكمه أو بقائه على أصله"[1]، والقرب قد يكون مكانيًّا وزمانيًّا.

ومثَّل للقاعدة بقوله: "الخلاف في تقديم عقد النكاح على إذن المرأة بالزمن اليسير،... وتأخير رأس مال السَّلم اليومين والثلاثة، وتسلف أحد المُصْطَرفين بالقرب من عقد الصرف بخلاف الطول، أو تسلفهما معا لطول الأمر فيه غالبا والمفارقة اليسيرة بعد عقد الصرف"[2] في المجلس بعد إبرام عقد الصرف لقربه من العقد، ثم إن "تسلفهما جميعا يكثر به التأخير وتسلف أحدهما يقل به التأخير، ومتى قل خف أمره، ومتى كثر بطل الصرف"[3]، ولأن القرب يسير لا يترتب عليه غرر ولا جهالة، ولمشقة الاحتراز منه، بخلاف الكثير.

رابعًا: اعتبار الدوام والابتداء

قعَّد الفقهاء قاعدة في هذا فقالوا: "هل الدوام كالابتداء"[4]؟ ويضرب لهذه القاعدة أمثلة تطبيقية شاهدة على صحتها، كالقول في ضمان الغاصب، هل يضمن بأرفع القيم أو بأقلها؟

فإن قلنا: ليس الدوام كالابتداء؛ فذلك جار على المشهور في الغصب؛ فالضمان يوم الغصب، والمنافع تابعة، وإن قلنا: إنه كالابتداء؛ فالغاصب في كل حين كالمبتدئ للغصب، فهو ضامن في كل وقت ضمانا جديدا: فيجب أن يضمن المغصوب بأرفع القيم؛ "لأن عليه أن يرده في كل وقت، ومتى لم يرده؛ كان كمغتصبه حينئذ"[5]، فإن كان ليس كالابتداء فالضمان يوم الغصب، وإن قلنا إنه كالابتداء؛ فإن الضمان في أي وقت وبأرفع الأثمنة.

---

(1) القواعد: لأبي عبدالله محمد بن محمد بن أحمد المقّري (المتوفى: 758هـ)، تحقيق: أحمد بن عبدالله بن حميد، 313/1.

(2) القواعد: لأبي عبدالله المقّري، 313/1، وشرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لأحمد بن علي المنجور (المتوفى 995هـ)، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، والكتاب: أطروحة دكتوراه– الجامعة الإسلامية– بالمدينة المنورة، دار عبد الله الشنقيطي، 153/1.

(3) المصدر السابق، 309/1.

(4) الموافقات: للشاطبي، 429/3، وشرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور، 217/1.

(5) الموافقات: للشاطبي، 429/3.

خامسًا: اعتبار التطور والتقدم العلمي

يذكر تطور الزمان دائما مقرونا بالتقدم العلمي؛ لأنه لازم له، بإيجابيَّاته وسلبيَّاته، وما يصحبها من تغيُّر في أنماط الحياة تسهيلا وتعقيدا، وما يلزم من تغيُّر المناطات الموجبة لتبديل الأحكام الناشئة "عن حدوث أوضاع تنظيمية، ووسائل زمنية جديدة، من أوامر قانونية مصلحية، وترتيبات إدارية، وأساليب اقتصادية، ونحو ذلك"[1] من الوسائل العلميَّة والتكنولوجيا الممكنَّة من تحقيق مقاصد الشارع في كل زمان، ويترتب عليها تقدم علمي خاص.

أ/ اعتبار التطور

عندما نتحدث عن التطور فإنما نتحدث عن تغيُّر عام ينطلق من أحشاء الزمان نحو التقدم والبناء أو التأخر والتدهور.

ويفسر التطور بحصول التغيُّر بوجهيه، "إلى أعلى وإلى أسفل، فقد يكون التقدم، وقد يكون المسخ"[2]، ومعياريَّة الاحتكام إلى الشريعة هي الضمان الوحيد لصلاحيَّة إعماله أو إهماله، "فالتطور مهما بلغ يجب أن يقاس بمقياس الشريعة وليس العكس[3]، وأخذه لا بدَّ أن يكون أخذا توسليًّا شرعيًّا، بمالا ينافي مقاصدها ولا يعارض قطعيَّاتها.

وإن ما يميِّز الشريعة مرونتها، وعالميَّة خطابها الشرعي الموجه، فقد "توفرت فيها العناصر التي تجعلها صالحة لكل زمان ومكان، وهي عمومها، أي توجيهها الخطاب لجميع البشر بحيث لا يختص بها قبيل دون آخر، ولا قوم دون غيرهم ولا عصر دون عصر، ثم موافقة أحكامها لصريح العقل... واعتبار مقاصدها للصالح العام والخاص"[4] كل ذلك جعلها أكثر استيعابا لمجريات الأحداث وانفتاحًا على قضايا الحق وقدرة على حل إشكاليَّات الخلق.

ولذلك؛ لما قدم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان قد اتخذ الحجاب وأرخى الحجاب، واتخذ المراكب النَّفِيسَةَ وَالثِّيَابَ الْهَائِلَةَ الْعَلِيَّةَ، وسلك ما يسلكه الملوك، فسأله عن ذلك فقال: إنَّا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا فقال له: لا آمرك، ولا أنهاك، ومعناه أنت أعلم بحالك، هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسنا

(1) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 943/2.

(2) دفاع عن الشريعة: لعلال الفاسي، مكتبة الاسكندريَّة– مصر، 2010م، ص: 145.

(3) المصدر السابق، ص: 146، بتصرف.

(4) المصدر السابق، ص: 146 – 147.

أو غير محتاج إليه، فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة وولاة الأمور تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والقرون والأحوال، فلذلك يحتاجون إلى تجديد[1] وتدوين الدواوين، تصكيك العملات، ثم ما زالت الأوضاع تتطور حتى بلغت مبلغا لا يخطر على بال، وها هي تمنُّ علينا بالمزيد وتفاجأنا كل يوم بالجديد، في الآفاق وفي أنفسنا.

ب/ اعتبار التقدم العلمي

خصصت الحديث في هذه الجزئية عن التقدم العلمي؛ لمركزيَّته السببيَّة في إحداث ثورة التغيُّرات لكثير من الأحكام الشرعية، بناء على كونه سببًا علميًا بحتًا، وتطورًا تقنيًا مستقلًا، متوسلًا به إلى معرفة معاني التشريع، حيث حسم العلم مسائل كثيرة كانت مثار خلاف بين الفقهاء قديما، ومن ذلك قولهم: "المثلي إذا دخلته صنعة صار من المقوَّمات"[2]، فلا يرد بمثله لصعوبة مطابقة الصفات في المثليَّات.

ولذلك جاء تقرير "قاعدة المثلي إذا دخلته صنعة؛ فإنه يقضى فيه بالقيمة، ويلحق بالمقومات"[3]، وكل مصنوع فليس بمثلي، بل متقوم[4]، ومعناه: أن الأشياء المثلية من المكيلات والموزونات ونحوها، إذا دخلتها الصنعة فإنها تصبح قيمِيّة، وتضمن عند التلف أو الفوات بالقيمة، فالأواني المصنوعة من الحديد والنحاس وغيرها، من الأشياء التي أصلها الوزن تضمن بقيمتها، لأنها خرجت عن أصلها المثلي بالصناعة، "فظاهِرُ هذا وجوبُ المِثْلِ فِي كلِّ مكيلٍ وموْزُونٍ، إلا أنْ يكونَ مِمَّا فيه صناعةٌ... فإنه يضمن بقيمته؛ لأن الصناعة تُؤَثِّرُ فِي قيمته"[5]، وعليه فإن تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة، وأن المثلي إذا دخلته صنعة؛ فإنه يقضى فيه بالقيمة، ويلحق بالمقومات، وهذا كان قديما لتعذر مطابقة الصفات في الأشياء المصنوعة ولترتب على رد مثلها زيادة أو نقص، ما يجعلها مدعاة للنزاع

(1) الفروق: للقرافي، 203/4.

(2) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، دار الفكر، ط/3، 1412هـ- 1992م، 312/4.

(3) شرح مختصر خليل: للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، دار الفكر للطباعة- بيروت- لبنان، بدون ط، وبدون ت، 134/6.

(4) الشرح الممتع على زاد المستقنع: للعلامة محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: 1421هـ)، دار ابن الجوزي، ط/1، 1428هـ، 274/12.

(5) المغني: لابن قدامة، 178/5.

والاختلاف، أما اليوم فبالتقدم العلمي والصناعي استطاع الناس إنتاج سلع متماثلة بمواصفات موحدة ومقاييس واحدة وعالية الدقة، فلا يلزم من ردِّ مثلها نقص أو زيادة، وترتب نزاع.

وكذلك مسألة السَّلم في الأواني، وقد منع النووي السَّلم في البرمة المعمولة، لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها[1]، والتعليل بندرة الاجتماع في الوزن والوصف وتعذر الانضباط متجاوز في ظل ما أفرزته الحياة المعاصرة اليوم من تغيُّرات في مجال التقنية والهندسة الصناعة التي وصلت إلى أعلى معايير الضبط، ووحدة المقاييس في إنتاج سلع متماثلة على مستوى الصفات الحسية والمعنوية، حيث مكنت الصناعات الحديثة الناس من التعامل بيسر وسهولة في مجال ضمان المثلي بالقيمة، والقيمة بالمثل.

وعليه يمكن اعتبار المثل فيما دخلته الصنعة وهذا الأمر موجب لتغيُّر "الأحكام الفقهيَّة الاجتهادية المقررة قبله إذا أصبحت لا تتلاءم معه لأنها تصبح عندئذ عبثا أو ضررًا، والشريعة منزهة عن ذلك"[2]، بل متى حصل الضرر وجب إزالته.

من ذلك مسألة: ولو طلقها، أو مات عنها، فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين، لحقه الولد، وانقضت عدتها به ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين، وبه قال الشافعي[3]، وهو المشهور عن مالك[4]، وروي عن أحمد أن أقصى مدته سنتان[5]، وروي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة[6]، فإن تقارير الخبراء، ونتائج الفحص وتقنيات الكشف الطبي الحديثة قطعت مسافة دقيقة في معرفة مدى إمكانية وجود الحمل أو عدم وجوده، وحياته ومماته، وتمييز جنسه ذكرا أو أنثى، وتتبع مراحل نموه

(1) المجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكي والمطيعي": لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار الفكر، 123/13.

(2) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 943/2.

(3) روضة الطالبين وعمدة المفتين: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت – دمشق – عمان، ط/3، 1412هـ/1991م، 377/8.

(4) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 526/1.

(5) المغني: لابن قدامة، 121/8.

(6) الهداية في شرح بداية المبتدي: لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي– بيروت – لبنان، 281/2.

وأطواره وتحديد عمره، هذا ساهم إلى حد بعيد في حسم مادة الخلاف الفقهي في أموال الأَجِنَّة وما يتعلق بها من أحكام.

واستطاع الناس بالتقدم العلمي معالجة الاشكالات التي كانت تؤرق حياة كثير من الأزواج وربما تودي بحياتهم، فقد كان الفقهاء-على اختلاف عصورهم- يعدون بعض الأمراض موجبًة لفسخ النكاح لاستعصاء علاجها[1]؛ لأنها تحول دون تحقيق مقاصد النكاح، مثل: الرتق، والفتق، والبخر، وغيرها من الأمراض التي أخذت أحكاما معينَّة تناسب إطارها الزمني، وتلائم الواقع وحدود الوسائل الممكنة آنذاك، فإذا أمكن علاج هذه الأمراض وصارت غير مستعصية على الأطباء، فإن الحكم الشرعي بالرد بها أو مثلها يمكن إعادة النقاش فيه، وإعمال وجهات النظر والاجتهاد، لتَّوصل إلى إمكانية تغيُّر الحكم الشرعي المتعلق به.

وهذا يدل على وعي الفقهاء قديما بأحوال مجتمعاتهم، حيث جاءت الأحكام منسجمة ومتوافقة مع عصرهم وبيئاتهم، ويقع واللَّوم كله اليوم على الذين يسقطون الماضي على الحاضر دون وعي، فيجترون ما في كتب التراث الفقهي المبني على واقع اجتماعي وطبي مخصوص، ويجرونه على واقع مختلف، فيقع بسبب ذلك تجني كبير على الشريعة.

وعليه؛ ينبغي أن يكون هناك وعي علمي بأهمية التوسل بالعلوم والتكنولوجيا، كما أشار إليها أولي النهى والألباب من أمثال الإمام القرافي حين قال: "وكم يخفى على الفقيه والحاكم الحق في المسائل الكثيرة بسبب الجهل بالحساب والطب والهندسة، فينبغي لذوي الهمم الْعَلِيَّةِ أن لا يتركوا الاطلاع على العلوم ما أمكنهم"[2]، ولا يعد المجتهد مستفرغًا لجهده مالم يستعن بكل وسيلة تعين على تحقيق المقاصد.

---

(1) البناية شرح الهداية: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ)، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ط/1، 1420هـ- 2000م، 590/5، والتاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1416هـ- 1994م، 147/5، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 177/7، والمغني لابن قدامة، 185/7.

(2) الفروق: للقرافي، 11/4.

وقد جاء في السنة النبوية عن أبي هريرة –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَمْسَكَ كَلْبًا، فَإِنَّهُ يَنْقُصُ كُلَّ يَوْمٍ مِنْ عَمَلِهِ قِيرَاطٌ، إِلَّا كَلْبَ حَرْثٍ أَوْ مَاشِيَةٍ»، وفي رواية: «إِلَّا كَلْبَ غَنَمٍ أَوْ حَرْثٍ أَوْ صَيْدٍ»، وفي رواية أخرى: «كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ»[1].

واستطاع التقدم العلمي التعرف على صفات الحيوان واستثمارها في خدمة الإنسان وتأمين حياته، فاعتبر اتخاذ الكلاب في غير المنصوص عليه، "في العصر الحديث في التعرف على الجناة بما يعرف بالكلاب البوليسيَّة، أو قيادة المكفوفين"[2]، لنجاعة التوسل بها في حفظ الأمن العام والمحافظة على كلي النفس وكلي المال عند تنزيل الأحكام الشرعيَّة.

كل ذلك يبين مدى الاستفادة من العلوم الإنسانيَّة والتجريبيَّة الداعمة والداعيَّة إلى إقامة العدل والقسط، قال ابن القيم: "فَإِذَا ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ الْعَدْلِ وَأَسْفَرَ وَجْهُهُ بِأَيْ طَرِيقٍ كَانَ، فَثَمَّ شَرْعُ اللَّهِ وَدِينُهُ،... بَلْ قَدْ بَيَّنَ سُبْحَانَهُ بِمَا شَرَعَهُ مِنْ الطُّرُقِ، أَنَّ مَقْصُودَهُ إقَامَةُ الْعَدْلِ بَيْنَ عِبَادِهِ، وَقِيَامُ النَّاسِ بِالْقِسْطِ، فَأَيُّ طَرِيقٍ اُسْتُخْرِجَ بِهَا الْعَدْلُ وَالْقِسْطُ فَهِيَ مِنْ الدِّينِ، وَلَيْسَتْ مُخَالِفَةً لَهُ"[3]، وهذا أفرز تقدما في الاجتهاد المعاصر، وساهم في تضييق دوائر التخمين والشك والظن، بحيث تستطيع اليوم مؤسسة الإفتاء والقضاء والمؤسسات والمجالس العلميَّة والمجمَّعات الفقهية البت في أمور كانت تجد الحرج في اقتحامها ومناقشتها، كالمسائل التي تخضع للتقدير والتقريب والتغليب، أو المسائل الطبية التي كان يتوصل لمناطها بالحس والنظر المجرد وأصبح التوصل إليها وادراك يقينها بالوسائل الحديثة، فصار من الممكن إعمال النظر المعتبر فيها، لتوصل إلى حكم جديد، ونتائج مختلفة بحسب اختلاف المقدمات.

ولابد للزمان من ارتباط بالمكان بل هو لازم ومطابق له "فبذكر الزمان علم المكان"[4]، لهذا عندما طلب السحرة من موسى ﷺ أن يضرب لهم موعدا، قالوا: ﴿فَٱجۡعَلۡ بَيۡنَنَا وَبَيۡنَكَ مَوۡعِدٗا لَّا نُخۡلِفُهُۥ نَحۡنُ وَلَآ أَنتَ مَكَانٗا سُوٗى﴾ [طه: 58] قال لهم موسى: ﴿قَالَ مَوۡعِدُكُمۡ

(1) صحيح البخاري، كتاب: المزارعة، باب: اقتناء الكلب للحرث، رقم: 2322، وصحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: الأمر بقتل الكلاب، وبيان نسخه، وبيان تحريم اقتنائها إلا لصيد، أو زرع، أو ماشية ونحو ذلك، رقم: 1571.

(2) موسوعة المعرفة: مطبعة داغر، لبنان، 3022/18 – 3023.

(3) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لابن قيم الجوزية، ص: 13.

(4) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل: لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، دار الكتاب العربي– بيروت– ط/3، 1407هـ، 71/3.

﴿يَوۡمُ ٱلزِّينَةِ﴾ [طه: 59] والاجتماع في المكان يقتضي الزمان ضرورة[1]، فلا يتصور انفصال أحدهما عن الآخر، ولهذا انسحب التطور في الزمان مباشرة على المكان، فأفرز تنوعًا في الأمكنة وأصبح اليوم لدينا مكانًا حسيًا واعتباريًا ومكانًا واقعيًا وافتراضيًا.

المطلب الثاني: اعتبار تغيُّر المكان وأثره على تغيُّر الأحكام

ورد اعتبار فقه المكان في كثير من النصوص والفروع الفقهيَّة، وبلغ منزلة عالية في الفكر الأصولي حتى جعل أصلًا معتبرا في تغيُّر الأحكام المبنيَّة على تغيُّر الأسباب المكانيَّة.

الفرع الأول: اعتبار تغيُّر المكان

ورد في مفهوم النص تخصيص الحكم بالصفة، ومنها صفة المكان، فالصفات التي يتصف بها المكلف سواء كان البائع أم المشتري؛ صفات مجازيّة يترتب عليها أحكام شرعيّة، فعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ، وَلاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلاَ تَنَاجَشُوا، وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلاَ تُصَرُّوا الغَنَمَ، وَمَنِ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»[2]، وهذا يدل على اعتبار المكان سواء كان حسيًّا أم اعتباريًّا، واقعيًّا أو افتراضيًّا.

فتعيين المكان مخصص لدلالة النص المعبر عنه بمفهوم المكان، نحو قوله تعالى: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ﴾ [البقرة: 198]، واحتج به الشافعي، وَلَوْ قَالَ: بِعْ فِي مَكَانِ كَذَا، تَعَيَّنَ عَلَى الْأَصَحِّ وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى مَفْهُومِ الصِّفَةِ"[3]، لأن ظرف المكان قدر فيه الكون والكون صفة، فالمقصود بالتخصيص من حيث دلالته اللغويَّة لا شرعيَّة ولا عقليَّة.

---

(1) التسهيل لعلوم التنزيل: لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، تحقيق: د. عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم- بيروت- ط/1، 1416هـ، 9/2.

(2) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة، رقم: 2150، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، رقم: 1515، ورواية لمسلم: عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر، لا سمراء»، صحيح مسلم، باب: حكم بيع المصراة، رقم: 1524.

(3) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 176/5 - 177.

قال ابن رشد: في صدد الحديث عن الدليل الأول مفهوم الصفة في الخطاب الشرعي "وقد قيل: إن المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم"[1]، وليس في هذه المسألة فحسب يشرط المكان، بل حتى في الجمع للحاج، "بين المغرب والعشاء جمع تأخير فيصليهما بمزدلفة بأذان واحد وإقامة واحدة، لعدم الحاجة للتنبيه بدخول الوقتين، ولا يشترط هنا سوى المكان والإحرام"[2].

ومن ذلك قول القرافي: "التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار فرب تعزير في بلاد يكون إكراما في بلد آخر كقلع الطيلسان بمصر تعزير وفي الشام إكرام وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانا وبالعراق، ومصر هوان"[3]، والتغريب عن البلد سياحة في حق قوم، بل وأمنية، وقد يكون مأمنا ومخرجًا من ضائقة البلدان، ومصائب الأوطان، وفتن الأماكن.

وقال الإمام مالك في مسألة إعطاء الصَّاع من غالب القوت: الأخذ بهذا الحديث رأي، وقال بن القاسم وأنا آخذ به لأن مالكا قال لي أرى لأهل البلدان إذا نزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم[4]، فكل بلد لها قوت مخصوص، يتعلق به جريان الأحكام، وفي نهي النبي ﷺ: «لا يبع حاضر لباد»[5]، والنهي لأجل الغرر الحاصل باختلاف الأماكن والبقاع.

وقال مالك في تفسير الحديث: لا أرى أن يبيع الحاضر للبادى ولا لأهل القرى، وأما أهل المدن من أهل الريف فليس بالبيع لهم بأس إلا من كان منهم يشبه أهل البادية فإني لا أحب أن يبيع لهم حاضر، وقال في البدوي يقدم المدينة فيسأل الحاضر عن السعر: أكره أن

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 191/4.

(2) مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح: لحسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي (المتوفى: 1069هـ)، تحقيق: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، ط/1، 1425هـ- 2005م، 73/1.

(3) الفروق: للقرافي، 183/4.

(4) الاستذكار: لابن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1421هـ- 2000م، باب: ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، 532/6، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط/1، 202/18.

(5) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: من كره أن يبيع حاضر لباد بأجر، رقم: 2159، وباب: لا يشتري حاضر لباد بالسمسرة، رقم: 2160، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم: 1520.

يخبره، وقال مرة أخرى: لا بأس أن يشير عليه"[1]، ومفهوم النص فيه تخصيص الحكم بصفات المكان الذي اتصف بها البائع والمشتري مجازا.

وجاء عن ابن عباس –رضي الله عنه– قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد»[2]، والبادية هي "القرى المسكونة التي لا يفارقها أهلها يقيمون فيها تكون قرى صغارا في نواحي المدينة العظيمة فيقدم بعض أهل تلك القرى الصغار إلى أهل المدينة بالسلعة فيبيعها لهم أهل المدينة"[3]، إما بالسمسرة أو بغير سمسرة بأجر أو بغير أجر.

وينبغي معرفة أن أهل البادية "ضربان: ضرب أهل عمود، وضرب أهل منازل واستيطان فأما أهل العمود فلا خلاف في أنهم مرادون بالحديث"[4]، وهم ساكنة البوادي والبراري الأصليون المقيمون.

واختلف في مقدار حد تلقي الركبان للبيع، والمقصود منه فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو؟ فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق، لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة، دون أهل الأسواق، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق، هذا إذا كان التلقي قريبا، فإن كان بعيدا فلا بأس به، وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال[5].

واختلف الشافعية: في المقصود بالنهي هل هو لئلا يؤدي ذلك إلى انقطاع الركبان وعدولهم بالأمتعة إلى غيرها من البلدان؟ فنهى النبي ﷺ عن تلقيهم نظرا لهم، ولما في ذلك من الخديعة المجانبة لِلدِّينِ، كما نهى أن يبيع حاضر لباد نظرا لأهل البلد لتعم المصلحة بالفريقين بالنظر لهما، وقيل إنما المعنى في النهي عن تلقيهم؛ أن من كان يبتاعها منهم يحملها إلى منزله ويتربص بها زيادة السعر، فلا يتسع على أهل المدينة ولا ينالون نقصا من رخصها فنهى النبي ﷺ عن تلقي الركبان للبيع حتى ترد أمتعتهم السوق فتجتمع فيه، وترخص

(1) شرح صحيح البخاري: لابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد– السعودية، الرياض، ط/2، 1423هـ– 2003م، 286/6.

(2) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة، رقم: 2150، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم: 1521.

(3) الاستذكار: لابن عبدالبر، 529/6.

(4) المنتقى شرح الموطأ: لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة– ط/2، 103/5.

(5) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 183/3.

الأسعار بكثرتها فينال أهل المدينة نفعا برخصها[1]، ويجتمع في الرأيين النظر المصلحي من جهتي الحاضر والباد، والبائع والمتلقي، فيزول التلقي بالعلم بسعر البلد، ولكن اليوم بدخول المدنيَّة إلى القرى وتمدن البوادي، استطاعت وسائل الاتصال الحديثة أن تحجم المسافات، وتقرب المشتري من البائع، وفتحت الأسواق أمام عموم الناس، وظهرت مسميات السوق المفتوحة والسوق الإلكترونية، فرفعت الجهالة والغرر إلا ما قل وندر.

وبهذا يثبت أن لأماكن الباديَّة والمجال القروي ممارسة وظيفية خاصة في تصرفاتهم التي تغلب عليها البساطة، وأن القصد بهذا "النهي هو إرفاق أهل الحضر، لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة، وهي عندهم أرخص، بل أكثر ما يكون مجانًا عندهم أي: بغير ثمن"[2]، أو لبساطة الحياة اليومية عندهم وقلة النفقات، والحرص على عدم الإسراف والتبذير، والترشيد الأخلاقي للاستهلاك، والعيش على حدود الممكن يجعل حياتهم سهلة، وتكاليفها غير باهظة، والبادية في الغالب مجتمع منتج.

الفرع الثاني: أثر تغيُّر المكان على تغيُّر الأحكام

يستلزم الحديث عن الظرف المكاني معرفة البيئة، حيث يراد بها في اللغة؛ "مكان تتوافر فيه العوامل المناسبة لمعيشة كائن حيّ أو مجموعة كائنات حية خاصَّة، كالبيئة الاجتماعية، والطبيعية، والجغرافية"[3]، وتعرف البيئة في الاصطلاح: كل ما يحيط بناء، مجموع الظروف الطبيعية والثقافية التي تعيش فيها الأحياء وتنمو[4].

فإنه إن حدث تغيُّرٌ في الظروف البيئية من مطر أو سفر أو برد أو حر أو زلازل أو كوارث، وقرب وبُعْد، وحرب وسِلْم، أدى إلى الاخلال في الحياة الطبيعة، وتعذر معه تنزيل عزائم الأحكام الشرعيَّة، فيقع الناس في حرج شديد، وقد قال تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، وقال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا

(1) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 1414هـ- 1994م 349/5، بتصرف.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 184/3.

(3) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، رقم: 804.

(4) مصطلحات البيئة والتنمية المستدامة معجم عربي فرنسي: المغرب، كتابة الدولة المكلفة بالماء والبيئة، ص: 5.

﴿وُسۡعَهَاۚ﴾ [البقرة: 286]، وقال تعالى: ﴿رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلۡنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦۖ﴾ [البقرة: 286]، وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ﴾ [الحج: 78]، فتغيُّر هذه الظروف يلزم منه تغيُّر في تنزيل الأحكام الشرعيَّة؛ لأنه لا تكليف بما لا يطاق، وهناك العديد من وجوه تغيُّر المكان تكاد تكون مناطات لتغيُّر الأحكام، منها:

أولًا: حرمة المكان وقداسته

يرشدنا اعتبار عظمة المكان والزمان، في قوله ﷺ: «فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا»[1]، إلى ضرورة العلم بوسائل التطور، إذ فيها دلالة على خصوصيَّة المحل المكاني بإناطة الأحكام الشرعية.

وعلق الإمام القرافي على الحديث فقال: "سؤال: المشبه يجب أن يكون أخفض رتبةً من المشبه به، فكيف حرمة الدماء وما معها بحرمة البلد مع انحِطاطها عن المذكورات في نظر الشرع بكثير، جوابه: أن التشبيه وقع بحسب اعتقادهم فإنهم كانوا يعظمون البلد والشهر المشار إليهما ويحتقرون الامور المذكورة"[2]، أقول إن اعتبار المكان ظرف؛ والإنسان بحمولته الدينية والحضارية والثقافية مظروف؛ فلم يكن الظرف أعلى رتبة منه، لكن عندما كان الناس يجهلون هذه المرتبة ويفهمون العكس أراد بهذا التشبيه أن يجردهم من هذا الاعتقاد والفهم.

ويترتب على خصوصيَّة المكان أحكام فكان "أعظم محال العمل الحرم، وانتهاك حرمة المحل المكاني أعظم من انتهاك حرمة المحل الزماني ولهذا حرم من تناول المباحات ومن الصيد والنبات في البلد الحرام ما لم يحرم مثله في الشهر الحرام.

ولهذا كان الصحيح أن حرمة القتال في البلد الحرام باقية كما دلت عليه النصوص الصحيحة بخلاف الشهر الحرام"[3]، فالحرم مكانًا أعظم من غيره، وعليه؛ فإن ما عدُّ مباحًا في الحل صار حرامًا على خصوصه في الحرم.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: الحج، باب: الخطبة أيام منى، رقم: 1741، وصحيح مسلم، كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم: 1679.

(2) الذخيرة: للقرافي، 256/8- 257.

(3) اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم: لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، تحقيق: ناصر عبد الكريم العقل، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط/7، 1419هـ- 1999م، 253/1.

ثانيًا: اعتبار حالة البرد والحرّ على تغيُّر الأحكام

تشكِّل تراتبيَّة الأسباب والمسببات –كحصول الضرر أو توقع المفسدة– سببا يؤثر في الحكم، ولو من جهة التحوط أو غلبة الظن الشرعيين، كاعتبار البرودة والحرارة في تنزيل الأحكام على المحل، خوف على هلاك المكلف أو تلف عضو من أعضائه، وما يلحق به من أثر عند تطبيق الحكم الشرعي، مثل: "الاغتسال بالماء البارد قد يفضي إلى التلف أو المرض"[1]، مع شدة البرد وانعدام وسائل التدفئة، وقد روي عن عبد الله بن عبَّاس قال: أصابَ رجلًا جُرحٌ في عَهدِ رسولِ الله ﷺ، ثمَّ احتَلَمَ، فأُمِرَ بالاغتِسالِ، فاغتَسَلَ، فماتَ، فبَلَغَ ذلك رسولَ الله ﷺ فقال: «قَتَلُوه قَتَلَهُمُ اللهُ، ألم يكن شِفاءُ العِيِّ السُّؤالَ»[2]، فإنه يحرم الإقدام على استعمال الماء البارد متى ترتب على استعماله هلاكا محقق الوقوع، مفسدة لعضو، بخلاف "ما لا يترتب مسببه إلا نادرا، فهذا لا يحرم الإقدام عليه لغلبة السلامة من أذيته وهذا كالماء المشمس في الأواني المعدنية في البلاد الحارة، فإنه يكره استعماله مع وجدان غيره، خوفا من وقوع نادر ضرره، فإن لم يجد غيره تعين استعماله لغلبة السلامة من شره؛ إذ لا يجوز تعطيل المصالح الغالبة لوقوع المفاسد النادرة"[3]، بحسب تقدير الخبراء وتقرير الأطباء فإن هذا النادر الوقوع قد يكون محقق الوقوع في حق أشخاص، ونادر في حق غيرهم، فيحتاج إلى تمييز أهل الخبرة، ويقرر الإمام القرافي قاعدة كليَّة؛ "أن كل مأمور يشق على العباد فعله

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 37/1.

(2) سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: 275هـ)، تحقيق: شعَيب الأرنؤوط، وغيره، دار الرسالة العالمية، ط/1، 2009م، كتاب: كتاب الطهارة، باب: المجدور يتيمم، رقم: 337، وسنن ابن ماجة: للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمَّد كامل قره بللي، عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط/1، 1430هـ– 2009م، كتاب: أبواب التيمم، باب: في المجروح تصيبه الجنابة فيخاف على نفسه إن اغتسل، رقم: 572، ومسند الإمام أحمد ابن حنبل: لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط– عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1421هـ– 2001م، مسند: بني هاشم، مسند: عبد الله بن العباس بن عبد المطلب، عن النبي ﷺ، رقم: 3056.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: 660هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية– القاهرة، ط/1، 1414هـ– 1991م، 100/1.

سقط الأمر به، وكل منهي شق عليهم اجتنابه سقط النهي عنه"[1]، وهذه القاعدة يمكن إعمالها في أكثر من باب.

فنجد أن رسول الله ﷺ أخر الصلاة عن أول وقتها، ووقت الفضيلة لشدة الحر، فقال ﷺ: «إذا اشتد الحر، فأبردوا عن الصلاة، فإن شدة الحر من فيح جهنم»[2]، وحتى لا يقع الناس في حرج شديد، أو ضرر يمنعهم من أداء الصلاة كاملة الأركان، "أمرهم بالإبراد رخصة لهم لشدة الحر عندهم رفقًا بهم"[3]، فكان التأخير رخصة، وقد "أجمع العلماء على أن أول وقت الظهر زوال الشمس"[4]، وهذا التفضيل ليس على عمومه لما ذكروا أن "أول الوقت أفضل إلا في شدة الحر"[5]، بل وقد يحمل الأمر بالإبراد على النهي عن ضده، "فدل على أن الصلاة منهي عنها عند شدة الحر؛ لأنه من فيح جهنم"[6]، وهذا من لطف الشريعة وسعتها ومرونتها.

ومما تعتبر فيه الظروف البيئية عند تنزل الأحكام الشـرعيَّة، اتخاذ الكلاب في غير الوظائف المنصـوص عليها في تعديَّة النص إلى غيره، والتوسـل بها واتخاذها "وسـائل للنقل عند سـكان القطب المتجمد الشـمالي، فهم يسـتعملون الكلاب في جرِّ العربات، بل تعدُّ من أهم وسائل النقل عندهم، لتحملها شدة البرد"[7]، فيتعدى الحكم باعتبار مسيس الحاجة ورفع الحرج والمشقة.

وفي تنفيد الحدود وتنزيل أحكامها على المحل لا بد فيه من اجتهاد خاص، فينظر في مكان إقامة الحد، وما يلحق المحدود من أذى غير محتمل فيؤخر تنفيذه، ولهذا أفتى الفقهاء بتأجيل إقامة الحدود في الحر والبرد، وتحدثوا عن مراعاة أحوال الطقس، فقالوا:

(1) الذخيرة: للقرافي، 196/1.

(2) صحيح البخاري، كتاب: مواقيت الصلاة، باب: الإبراد بالظهر في شدة الحر، رقم: 533، وصحيح مسلم، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: استحباب الإبراد بالظهر في شدة الحر لمن يمضي إلى جماعة ...، رقم: 180.

(3) شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 160/2.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 101/1.

(6) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 207/23.

(7) موسوعة المعرفة: مطبعة داغر، 3022/18- 3023.

"بالجلد اعتدال الهواء"[1]، والمقصود بالاعتدال "توسطه بين الحر الشديد والبرد الشديد، فلا يجلد في حر شديد ولا في برد شديد خوف تأديته إلى الموت، والتأخير في البرد نص عليه الإمام مالك وألحق به ابن القاسم الحر الشديد –رضي الله عنهما"[2]؛ لأن مراعاة حفظ النفس من جهتي تحصل أسباب الحفظ ومنع أسباب الفوات؛ مطلوب شرعا في هذا الموطن وفي غيره، ولهذا قالوا: "ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه"[3]، فنكون قد أنزلنا به فوق ما أنزلته الشريعة وهو وجه من وجوه تحريفها.

وفي تنزيل حد السرقة بعد النظر في مناطه "ينظر بقطع السارق الذي صرح به القرآن العزيز اعتدال الهواء ولا يفعل في الوقت الذي يخاف من فعله فيه موته"[4]، يؤجل إلى الاعتدال وزوال خوف الهلاك المتوقع.

وفي حد الزاني المحصن "حُكي الإجماع على أنه يمهل البكر حتى تزول شدة الحر والبرد"[5]. وأقل أحواله أنه مذهب "الجمهور"[6]، كما حكاه ابن رشد.

ولا يؤخذ بالنظرة عند تطبيق الحدود هنا على عمومها لاختلاف أحوال المكلفين في تلقي الإيلام، وتأثرهم بالظروف المكانية، وعلاقتها بأحوالهم الجسميَّة فهناك من جسمه يتحمل، ولا يخاف مع تنزيل الحكم حتفه وموته، ولا فوات عضو منه.

وهناك من يخاف عليه ذلك لاختلاف المصالح؛ قيل: "وليس شرط المصلحة هو البقاء أبدًا، كما في الحار والبارد، في حق شخص واحد عند اختلاف الأزمان"[7]، وتغير الأمكنة فإن في الجمود على حال واحد هلاكًا للنفس.

---

(1) مختصر العلامة خليل: للشيخ خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: 776هـ)، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث/القاهرة، ط/1، 1426هـ/2005م، 241/1

(2) منح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر – بيروت، بدون ط، 1409هـ- 1989م، 265/9.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 191/4.

(4) منح الجليل شرح مختصر خليل: عليش، 360/9.

(5) خلاف المحصن "المرجوم إذا كان مريضا أو نحوه فذهبت العترة والشافعية والحنفية ومالك إلى أنه لا يمهل لمرض ولا لغيره إذ القصد إتلافه" ينظر: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط/1، 1993م، 135/7.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 221/4.

(7) ميزان الأصول في نتائج العقول: للسمرقندي، 705/1.

فيؤثر المكان الحار أو البارد في الذوات الإنسانيّة حسب اختلاف الطبائع البشريَّة، والهيئات الجسديَّة، ومدى قبولها وتحملها للتكليف، "ويختلف البلوغ عادة في الأقطار الحارَّة، عن الأقطار الباردة، فالصبي في سن الرابعة عشر في بلد ما يبلغ الحُلم فيتعلق به التكليف، ونظيره في بلد آخر لا يبلغ فلا يكون مكلَّفًا، فسقوط التكليف عن أحدهما وقيامه بالآخر ليس لاختلاف الخطاب الموجَّه إليهما –بل هو واحد– ولكن متعلِّقه وقوع التكليف على من عاش في بلد حار وظهرت عليه أمارات البلوغ، وعدم التكليف على من عاش في بلد آخر ولم تظهر عليه الأمارات نفسها"[1]، لذا تكلم الفقهاء عن البلوغ بالحلم والبلوغ بالسن، واختلاف الذوات والأحوال الإنسانيّة من مكان إلى آخر تبعا لتأثير عوامل التغيُّر المكاني من حرارة وبرودة، فتتغيَّر بسببها الأحكام الشرعيَّة في العبادات والمعاملات والعقوبات.

ثالثًا: أثر اعتبار نظريَّة الجائحة على تغيُّر الأحكام

تظهر آثار نظريَّة الجائحة وتبعاتها على منظومة الأحكام والتشريعات في البلد المجتاح، فتُلحق به اعتبارات وتغيُّرات في الأحكام الشرعيَّة والمعاملات الماليَّة على وجه الخصوص، وفي السياسات والمبادئ والمواقف المحليَّة والدوليَّة والإقليميَّة.

وتطلق الجائحة ويراد بها "الشدة التي تجتاح المال في فتنة أو غيرها"[2]، من صنوف الابتلاءات العامة، كالأمراض المعدية، والآفات السماوية، والنوازل والحوادث والوقائع البيئية.

وقد تحدث الفقهاء عن الجائحة وما يتعلق بها من الضمان في مواطن ومسائل كثيرة، أذكر منها قول المالكية: توضع الجائحة إذا أتت على ثلث الثمرة فأكثر[3]، والدليل ما روى جابر أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح، وروي أنه ﷺ قال: «بم يأخذ أحدهم مال أخيه من ابتاع مال أخيه بغير حق»[4]، ولأن بيع الثمار على رؤوس النخل يجري مجرى الإجارة؛ لأن الثمار تؤخذ حالًا فحالًا، كالمنافع إنما تستوفى أولًا فأولًا، ثم إن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت ضمان المكري، فكذلك الثمار يجب أن تكون من ضمان البائع، ودليلنا على أن

(1) الحكم الشرعي بين العقل والنقل: الصادق الغرياني، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1989م، ص: 325.

(2) الذخيرة: للقرافي، 212/5.

(3) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ)، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط/1، 1420هـ– 1999م، 546/2– 547.

(4) وأصل الحديث: «لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»، صحيح مسلم: كتاب المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم: 1554.

مجرد التخلية في بيع الثمار لا يكون قبضًا بمجرد التخلية اتفاقنا على أنها لو تلفت بعطش لكانت من البائع، فلو كانت مقبوضة بنفس التخلية لم يكن ضمانها من البائع بوجه، وتحريره أن يقال: لأنها ثمرة مبيعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل تلفت بآفة سماوية، فوجب أن تكون من البائع، أصله إذا تلفت بعطش، لأنه لما لم يكن للبائع مطالبة المبتاع بقطعها دل على أنها غير مقبوضة، ولم ينفع وجود التخلية كمن ابتاع طعامًا من رجل فكاله ليلًا، وخلى بينه وبينه، لم يلزمه نقله حتى يصبح، ولم يكن ملك التخلية قبضًا له[1]، وقال أبو حنيفة لا يوضع منها شيء وكانت من ضمان المشتري[2]، وهو قول الشافعي الجديد والأظهر، وفي القديم: هي من ضمان البائع، وسواء بين قليلها وكثيرها، وبين أن يكون بآفة سماوية أم بفعل آدمي[3]، وأستطيع القول: إن سبب الخلاف مرده إلى سؤالين:

الأول: هل بيع الثمر على النخل بيع أو إجارة؟ فإن كان إجارة فعلى صاحب النخل ضمان المنفعة للمستأجر، وإن كانت بيعا فلا ضمان.

والآخر: هل التخلية قبضا أو ليست قبضا؟ فمن قال انها قبضا لم يقل بتضمين البائع بالتلف بآفة سماويَّة وغيرها من الجوائح، ومن لم يعدَّها قبضا قال بتضمين البائع، وسيأتي الحديث عن أثر الجوائح وتفصيلها في الفصل الأول من الباب الثاني التابع لقسم التطبيقات.

رابعًا: أثر اعتبار القرب والبعد المكانيين على تغيُّر الأحكام

قد يعتبر أقرب الأمكنة لمكان حصول النازلة عند تنزيل الحكم الشرعي، وذلك عملا بقاعدة: "ما قارب الشيء أعطى حكمه"[4]، فهي أصل مؤطر في هذا الباب.

---

(1) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 546/2- 547.

(2) التجريد: لأحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: 428 هـ)، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية؛ أ. د محمد أحمد سراج، أ. د علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط/2، 1427هـ- 2006م، 2410/5.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 205/5.

(4) روضة المستبين في شرح كتاب التلقين: لأبي محمد، وأبي فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيزة (المتوفى: 673 هـ)، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، ط/1، 1431هـ- 2010م، 615/1، القواعد: لأبي عبدالله بن المقّري، 313/1.، والمنثور في القواعد الفقهية: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط/2، 1405هـ- 1985م، 144/3.

وعليها أمثلة كثيرة، منها: إذا لم يكن لهم في البلد قوت معلوم يلزمهم في الفطرة قوت أقرب البلاد إليهم، ولو لم يكن لهم نقد وأتلف على رجل مالا فيقوم بنقد أقرب البلاد إليهم، ولو عين موضعا للتسليم فخرب وخرج عن صلاحية التسليم فالأصح في زوائد الروضة أنه يتعين أقرب موضع إليه صالح للتسليم[1].

ولو عقد السَّلم في موضع لا يصلح للتسليم بأن كان في طريق فلا بد من تعيين موضع التسليم في الأصح، وقيل: لا يشترط ويكفي أقرب موضع صالح للتسليم، إذا فقد التمر في رد المصراة وقيمته وفيه وجهان في الحاوي: أحدهما: قيمة أقرب بلاد التمر إليه، والثاني: قيمته بالمدينة[2]، ولم يذكر الرافعي غيره، والأول هو القياس الموافق لنص الشافعي في اعتبار التمر من تمر البلد الوسط[3]، لتعلقه بحكم أقرب الأمكنة من الشيء فأخذ حكمه.

خامسًا: أثر اختلاف مطالع البلدان على تغيُّر الأحكام

جعل اختلاف مطالع البلدان سنة كونيَّة، فكان لكل بلد مطلع أنيطت به أحكام شرعيَّة، فلما اختلفت تلك المطالع وتغيَّرت؛ كان من الطبيعي أن تتغيَّر تلك الأحكام تبعًا لتغيُّرها.

وقد بوب الإمام النووي على صحيح مسلم –رحمه الله– "باب بيان أن لكل بلد رؤيتهم وأنهم إذا رأوا الهلال ببلد لا يثبت حكمه لما بعد عنهم"[4]، وكثير من النوازل المعاصرة وغير المعاصرة، كما هو الحال في البلدان التي لا تغيب عنها الشمس، أو لا تظهر، أو يضيق فيها الليل والنهار.

---

(1) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 144/3– 145، ومُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة: لمحمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان، ط/1، 1424هـ– 2003م، 169/9– 170.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 241/5.

(3) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 144/3– 145، ومُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة: محمد آل بورنو، القاعدة: 76، 169/9– 170.

(4) وجاء في صحيح مسلم: أن أم الفضل بنت الحارث، بعثته إلى معاوية بالشام، قال: «فقدمت الشام، فقضيت حاجتها، واستهل علي رمضان وأنا بالشام، فرأيت الهلال ليلة الجمعة، ثم قدمت المدينة في آخر الشهر، فسألني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، ثم ذكر الهلال فقال: متى رأيتم الهلال؟ فقلت: رأيناه ليلة الجمعة، فقال: أنت رأيته؟ فقلت: نعم، ورآه الناس، وصاموا وصام معاوية، فقال: " لكنا رأيناه ليلة السبت، فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين، أو نراه، فقلت: أو لا تكتفي برؤية معاوية وصيامه؟ فقال: لا، هكذا أمرنا رسول الله ﷺ» كتاب: الصيام، باب: بيان أن لكل بلد رؤيتهم وأنهم إذا رأوا الهلال ببلد لا يثبت حكمه لما بعد عنهم، رقم: 1087.

وقد تكلم الفقهاء قديما في هذه المسألة كقولهم: "ومن لم يجد وقتهما أي العشاء والوتر لم يجبا عليه بأن كان في بلد كبلغار وبأقصى الشرق يطلع فيها الفجر قبل مغيب الشفق في أقصر ليالي السنة لعدم وجود السبب وهو الوقت، وليس مثل اليوم الذي كسنة من أيام الدجال للأمر فيه بتقدير الأوقات وكذا الآجال في البيع والإجارة والصوم والحج والعدة"[1]، وما زالت بحاجة إلى دراسة واهتمام وبحث، بحيث تقدم الحلول الشرعيَّة ويخرج المسلم المكلف من الحرج، سواء في العبادات أم في المعاملات، وتتحقق المصالح الدينيَّة والدنيويَّة، وهذا الوجه لا يخرج بحال عن طبيعة المكان التي لا ينفك ارتباطها بالزمان.

وكما قيل "وليس شرط المصلحة هو البقاء أبدًا، كما في الحار والبارد، في حق شخص واحد عند اختلاف الأزمان"[2]، يمكن القول: ليس شرط المصلحة البقاء أبدًا، كما في البلد الواحد وفي حق أهله عند اختلاف المطالع، وتغير الأمكنةلأن في الجمود على حال واحد حرج شديد.

فاعتبار الظروف المكانية التي قد تنزل في بعض البلدان التي لا تغيب عنها الشمس، أو يتعاقبها الليل والنهار كل ستة أشهر؛ لها فقه خاص ينبغي أن يراعى عند تنزيل الأحكام.

سادسًا: أثر اختلال حالة السِّلْم على تغيُّر الأحكام

يعتبر الحرب ونزول الخوف عاملان مهمان في تغيُّر الأحكام، فإذا اضطرب المكان وارتفع الأمن فيه بحيث لا يأمن الناس على دينهم وأنفسهم وأموالهم؛ تغيَّرت الأحكام في ذلك المكان، ما يستدعي الحديث عن أثر اختلال حالة السِّلْم بالخوف والحرب على النحو الآتي:

أ/ أثر اعتبار الخوف على تغيُّر الأحكام

عندما تعترض المكلف حالات من الخوف، ويطبق الذعر على محل التكليف؛ يأتي الإذن بعدم المؤاخذة ورفع الحرج والمشقة، وكثير من الأحكام تستدعي تأجيل تنزيلها أو تخفيفها، ويستوي في اعتبار تلك الحالة جميع المكلفين، فيرتب الشارع على ذلك أسبابا موجبة لتغيُّر الحكم الشرعي، إما تخفيفًا أو إسقاطا.

(1) مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح: للشرنبلالي، 73/1.

(2) ميزان الأصول في نتائج العقول: للسمرقندي، 705/1.

فتجد مثلًا على مستوى العبادات قصر الصلاة، قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا﴾ [النساء: 101]، وشرعت صلاة الخوف فتغيَّرت هيئة الصلاة على نحو خاص، كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِّنْهُم مَّعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِن وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُم مَّيْلَةً وَاحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰ أَن تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا﴾ [النساء: 102]، وتغيَّرت كثير من أحكام الصلاة بناء على الشروط اللغوية التي تضمنتها الآية، إذ الشروط اللغويَّة أسباب شرعيَّة فيترتب عليها بناء الأحكام.

وتحدث الفقهاء عن حالات تعترض المكلف كأمن الطريق في الحج "وهو أن يكون الغالب فيه السلامة برًا كان أو بحرًا"[1]، أو جوًا، لتحقيق مقصد "إمكان الوصول إلى البيت"[2]، باعتباره شرطًا من شروط وجوب الحج، فلا يجب عليه الحج حتى يترجح عنده أمن الطريق، ومعرفة ذلك أصبحت اليوم ميسورة ولله الحمد.

وكذلك تغيرت كثير من أحكام المعاملات، في البيع المؤجل وغيره من صيغ المعاملات التي يشترط فيه القدرة على التسليم، وهي "شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ، فَعَدَمُهَا يَسْتَلْزِمُ عَدَمَ صِحَّتِهِ"[3]، والقدرة لا بد لها من أمن.

---

(1) المبسوط: للسرخسي، 163/4.

(2) الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط/2، 1400هـ/1980م، 356/1، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية، ط/2، 1406هـ- 1986م، 123/2.

(3) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق- كفر بطنا، 27/1.

ومنه السفر بمال القراض بإذن أو بغير إذن، فإذا "منعه السفر بمال القراض، فليس له السفر به بغير إذن المالك، وفي قول: له ذلك عند أمن الطريق، فعلى المشهور: لو سافر، ضمن المال"[1]، أمن أو لم يأمن.

ويجوز أن يجبر الدائن على قبول دينه "وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَيَّدَ لُزُومُ قَبُولِ دَيْنِ الْعَيْنِ، وَمَا أُلْحِقَ بِهَا فِي غَيْرِ بَلَدِ الْقَرْضِ بِأَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَ الْبَلَدَيْنِ خَوْفٌ وَإِلَّا لَمْ يَلْزَمْهُ وَهُوَ مُخَالِفٌ لِمَا عِنْدَ ابْنِ بَشِيرٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ: إلَّا أَنْ يَتَّفِقَ بَيْنَ الزَّمَانَيْنِ أَوْ الْمَكَانَيْنِ خَوْفٌ وَهِيَ مِنْ بَيْعٍ فَلَا يُجْبِرُ "[2]، فارتفع اللُّزوم بالخوف.

ويجوز تغيُّر مكان السداد عن مكان القبض، ولو كان فيه شبهة سلف جر نفعا لضرورة الخوف على المال وشدة حاجة الناس إليه، مع امتناع الوسائل الممكنة والممكِّنة، ولذلك كانت السفتجة إجراء استثنائي مناطه سيادة الخوف وتمكنه في مكان القبض، فشرعت تخفيفا على الناس، "وتقديما لمصلحة حفظ المال والنفس على مضرة سلف جر نفعا"[3]، فإجراءات السفتجة وما تضمنته من أحكام، تعتبر منتجا ماليًا لتدبير مخاطر نقل المال والمحافظة عليه من الضياع؛ لأن حفظه مقصد من مقاصد الشريعة ينبغي أن يراعى.

ب/ أثر اعتبار حالة الحرب على تغيُّر الأحكام

مما ينبغي اعتباره في الظروف الاستثنائية؛ حالة الحرب، وما تدعو إليه الضرورة، وتقدير ذلك حسب المصلحة، فقد يؤجل الحكم التكليفي أو يتوقف تنفيذه لأسباب طارئة، تستدعي إعمال دليل آخر يقتضي حكم مناسب لتلك الحالة الطارئة.

ومن ذلك قول النبي ﷺ: «لا تقطع الأيدي في الغزو»[4]، فهذا الحكم لا يعني إلغاء الحدود الثابتة بالنص، بل إعمال دليل كليّ أولى منه، لأن إعمال كلي حفظ الدين مقدم على

(1) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 134/5.

(2) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: لأبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، (المتوفى: 1189هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر– بيروت، (بدون ط)، 1414هـ– 1994م، 167/2.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر، 226/3.

(4) سنن الترمذي: لمحمد بن عيسى بن سَوْرة، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي– مصر، ط/2، 1975م، كتاب: أبواب الحدود عن رسول الله ﷺ، باب:

جزئياته، قال الترمذي: "والعمل على هذا عند بعض أهل العلم منهم: الأوزاعي: لا يرون أن يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو، فإذا خرج الإمام من أرض الحرب ورجع إلى دار الإسلام أقام الحد على من أصابه"[1]، ومن مؤيداته قوله ﷺ: «لا تقطع الأيدي في السفر»[2]، لمصلحة حفظ الدين، فلا يفتن المحدود فيترك دينه.

وهذا معبر عنه قديمًا كما جرت عبارة الحنفية، مثل قولهم في الإكراه، "والذي قاله أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة، فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله"[3]، ولو كان هذا اجتهادًا خاصًا له راهنيَّته في زمن خاص ومكان خاص، فإنه متجاوز خاصة في زمن انتشرت فيه الحرابة والانفلات الأمني وبرزت قوى مسلحة، وكيانات موازية، وظفت عسكريًّا وسياسيًا أو استخباراتيًا وأيديولوجيًّا، كما تشهده اليوم بعض البلدان العربية، فأصبح لتلك القوى القدرة على ممارسة الإكراه متى تشاء خارج منعة السلطان وقدرته.

وقد اختلف الفقهاء فيمن اقترف حدا من حدود الله في دار الحرب، هل يقام عليه الحد مطلقا؟ به قال مالك لأنه لا يلتفت إلى اختلاف الدارين، وهؤلاء مسلمون مقرون بأحكام المسلمين ليسوا بمنزلة المشركين الذين لا يقرون بأحكام المسلمين[4]، وقال الشافعي: يقيم أمير الجيش الحدود حيث كان من الأرض إذا ولي ذلك فإن لم يول فعلى الشهود الذين يشهدون على الحد أن يأتوا بالمشهود عليه إلى الإمام وإلى ذلك ببلاد الحرب أو ببلاد الإسلام ولا فرق بين دار الحرب ودار الإسلام فيما أوجب الله على خلقه من الحدود لأن الله عز

ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو، رقم: 1450، قال الترمذي: هذا حديث غريب وقد رواه غير ابن لهيعة بهذا الإسناد نحو هذا، ويقال بسر بن أبي أرطاة أيضا.

(1) سنن الترمذي، كتاب: أبواب الحدود عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو، رقم: 1450.

(2) سنن أبي داود، كتاب: الحدود، باب: في الرجل يسرق في الغزو أيقطع؟ رقم: 4408، والسنن الكبرى: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، إشراف: شعيب الأرناؤوط، تقديم: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة– بيروت، ط/1، 1421هـ– 2001م، كتاب: قطع السارق، باب: القطع في السفر، رقم: 4979، وسنن ابن ماجة: كتاب: الحدود، باب: في الرجل يسرق في الغزو أيقطع؟ رقم: 4408.

(3) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 272/3.

(4) المدونة: للإمام مالك، 546/4.

وجل يقول: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]، وقال تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]، وسن رسول الله ﷺ على الزاني الثيب الرجم، وحد الله القاذف ثمانين جلدة[1]، يقام الحد لعموم الأدلة وحيث لا مخصص، ولأن مطلق الأمر يشمل كل مكان وزمان.

وقال أبو حنيفة: لا حد ولا قصاص في دار الحرب، ولا إذا رجع[2]، وقد روي عن زيد بن ثابت –رضي الله عنه– أنه قال: «لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو»[3].

وذكر ابن قدامة: أن من أتى حدا من الغزاة، أو ما يوجب قصاصًا، في أرض الحرب، لم يقم عليه حتى يَقْفِلَ، فيقام عليه حده[4]، واختار –رحمه الله– على وجوب الحد، أمر الله تعالى ورسوله به، وعلى تأخيره ما روى أعلاه، ولأنه إجماع الصحابة الكرام[5].

لأن الانضباط بقوانين الحرب والعصمة من التجاوزات نادر عند النشوب، ولو خضع المكلف لاتباع سلطة هواه واسترسل في مبتغاه الغالبة على حال الحرب؛ لأدى إلى الهلاك وتعطيل كثير من المصالح، ولغلب الفساد والافتتان، لهذا كان من الضرورة الاحتياط ما أمكن ومنع ما يمكن أن يقع من العلم بالتجارب والعادات من أن المصالح الدينية والدنيوية لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى، والمشي مع الأغراض؛ لما يلزم في ذلك من التهارج والتقاتل والهلاك، الذي هو مضاد لتلك المصالح، وهذا معروف عندهم بالتجارب والعادات المستمرة"[6]، ففي حال الاقتتال لابد من التسبب في رفع كثير من الحرج، ومراعاة المصالح في الدنيا والدين، ومنها ما قد يؤدي إلى اختلاط في المنافع والمضار والمصالح والمفاسد ويقع الحرج فلا يميز بين الحلال والحرام، فاستوجب فقهًا اضطراريًّا خاصًا مناسبًا

(1) الأم: للإمام الشافعي، 374/7.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 92/7، والهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 347/2.

(3) السنن الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنات، ط/3، 1424هـ– 2003م، كتاب: السير، باب: من زعم لا تقام الحدود في أرض الحرب حتى يرجع، رقم: 18225.

(4) المغني: لابن قدامة، 308/9.

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) الموافقات: للشاطبي، 292/2.

لتلك الوضعية، ورافعًا لتلك الضرورة، فاعتبار حالة السِّلم في تغيُّر الأحكام إنما هو إعمال لمنظومة الأدلة، بكليَّاتها الأصوليَّة وجزئياتها الفرعية.

سابعًا: أثر اعتبار اختلاف الدار على تغيُّر الأحكام

يقصد بالدّارُ في اللغة: "كلُّ موضعٍ حَلَّ به قومٌ فهو دارُهم، وأما الدّارُ فاسمٌ جامعٌ للعَرْصةِ والبناء والمحلة"(1)، مكان الإقامة.

وقد تضاف الدار فيقال: دار إسلام ودار كفر، وقد تصف فيقال دار مركبة، وأما كونها دار إسلام ففي الاصطلاح: "دار الإسلام هي التي نزلها المسلمون، وجرت عليها أحكام الإسلام"(2)، لأن ظهور أحكام الإسلام لا تكفي، بل لابد من تواجد المسلمين مع غلبة سيادة الأحكام الإسلاميَّة.

وأما دار الكفر فعلى العكس: "وما لم تجر عليه أحكام الإسلام لم يكن دار إسلام، وإن لاصقها، فهذه الطائف قريبة إلى مكة جدا ولم تصر دار إسلام بفتح مكة"(3)، فالعبرة بجريان الأحكام.

ولهذا جاء عن ابن عباس، «كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ والمؤمنين، كانوا مشركي أهل حرب، يقاتلهم ويقاتلونه، ومشركي أهل عهد، لا يقاتلهم ولا يقاتلونه...»(4)، ويشير إلى أن التقسيم إلى دار إسلام ودار كفر بحسب العلاقة الدوليَّة المبنيَّة أساسا على ظروف الحرب والسلم، وإلا ما يعدَّ الذمي من دار الإسلام.

وبوَّب الإمام البخاري بابًا بعنوان: "إذا وَكَّلَ المسلم حَرْبِيًّا في دار الحرب، أو في دار الإسلام جاز"(5)، وهذا يؤسس لارتباط الأحكام باختلاف الدار.

ويعتبر كون الدار دار إسلام أو غيرها معيار "الاعتبار بظهور الكلمة، فإن كانت الأوامر والنواهي في الدار لأهل الإسلام، بحيث لا يستطيع من فيها من الكفَّار أن يتظاهر بكفره إلا لكونه مأذونا له بذلك من أهل الإسلام، فهذه دار إسلام، ولا يضر ظهور الخصال

---

(1) كتاب العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف الدال، باب الدال والراء.

(2) أحكام أهل الذمة: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري، وشاكر بن توفيق العاروري، رمادى للنشر – الدمام، ط/1، 1418 – 1997، 728/2.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) صحيح البخاري، كتاب: الطلاق، باب: نكاح من أسلم من المشركات وعدتهن، رقم: 5286.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الوكالة.

الكفريَّة فيها لأنها لم تظهر بقوة الكفَّار ولا بصولتهم، كما هو مشاهد في أهل الذمة من اليهود والنصارى والمعاهدين الساكنين في المدائن الإسلامية، وإذا كان الأمر العكس فالدار بالعكس"[1]، أي دار كفر لا دار إسلام، واعتبار عدم تأثير الخصال الكفريَّة ملحظ مهم يؤسس لنظريَّة التعايش الحضاري مع الآخر، وإلا اعتبر العالم كله دار كفر.

أما التي سماها ابن تيميَّة بالدَّار المركَّبة: "فهي مركبة فيها الْمَعْنَيَانِ ليست بمنزلة دار السِّلم التي يجري عليها أحكام الإسلام، لكون جندها مسلمين، ولا بمنزلة دار الحرب التي أهلها كفَّار، بل هي قسم ثالث يعامل المسلم فيها بما يستحقُّه ويقاتل الخارج عن شريعة الإسلام بما يستحقُّه"[2]، أي لا تستقل بصفة، ولا يصدق عليها إطلاق أحد الأوصاف.

ويعدُّ من أهم ما يتعلق بها من الأحكام ما هو خاص بباب الهجرة، وهي الخروج من دار الكفر إلى دار الإسلام[3].

ويقصد بها بالأساس حفظ الدين؛ وإن اتخذت اليوم منحا آخر، وظهرت لها مقاصد أخرى، كحفظ النفس والعرض، والكرامة الإنسانيَّة، "إنما كانت الهجرة واجبة إذا أسلم بعض أهل البلد ولم يسلم بعضهم لئلا يجرى على من أسلم أحكام الكفَّار، فأما إذا أسلم كل من في الدار فلا هجرة عليهم"[4]، لصيرورة الدار دار إسلام.

ولا تجب إلا بشروط، ذكرها ابن قدامة: "تجب على من يقدر عليها، ولا يمكنه إظهار دينه، ولا تمكنه إقامة واجبات دينه مع المقام بين الكفار"[5]، سواء كانوا أفرادا أم جماعات.

وعليه فإن من النصوص المؤسسة لهذا التقسيم قول رسول الله ﷺ: «لا هجرة بعد الفتح، ولكن جهاد ونية، وإذا استنفرتم فانفروا»[6]، أي من مكة وغيرها من البقاع المفتوحة

---

(1) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، دار ابن حزم، ط/1، ص: 976.

(2) الفتاوى الكبرى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1408هـ- 1987م، 533/3.

(3) المغني: لابن قدامة، 293/9.

(4) شرح صحيح البخاري: لابن بطال، 239/5.

(5) المغني: لابن قدامة، 294/9.

(6) صحيح البخاري، كتاب: الجهاد والسير باب فضل الجهاد والسير، رقم: 2783، وصحيح مسلم، كتاب: الإمارة، باب: المبايعة بعد فتح مكة على الإسلام والجهاد والخير، وبيان معنى لا هجرة بعد الفتح، رقم: 1864.

لصيرورتها إلى دار إسلام، "والهجرة من مكة إنما كانت قبل الفتح؛ لأنها كانت دار كفر فكان المهاجر يهاجر من دار الكفر إلى دار الإسلام، وكان يهاجر ليقوم بنصرة النبي ﷺ وذلك لا يكون إلا بالمقام معه فلما افتتحت مكة وأسلم أهلها وكثر الإسلام صارت مكة دار إسلام، فلم تلزم المهاجرة منها، واستغنى النبي ﷺ بمن معه من المسلمين"[1]، ولهذا يسجل ابن قدامة في هذا الباب ضابطًا كليًّا فيقول: "كل بلد فتح لا يبقى منه هجرة، وإنما الهجرة إليه"[2]، فلم يعد دار حرب، وحكم الهجرة من أول الأحكام المؤطرة لمفهوم اختلاف الدار.

ويرى عامة العلماء أن "حكم الهجرة باق، لا ينقطع إلى يوم القيامة، في قول عامة أهل العلم"[3]، ما بقي سببه والحاجة إليه، والقدرة عليه.

ونقل الإجماع على ذلك، قال ابن بطال: "الأمة مجمعة أن من هاجر قبل الفتح أنه يحرم عليه الرجوع إلى وطنه الذى هاجر منه، كما حرم على أهل مكة الرجوع إليها"[4]، خاص بمكة وأما بقيَّة البقاع فالمسلم مخيَّر، "وأما من كان مهاجرا منهم فلا يجوز له الرجوع إليها على حال من الأحوال ويدع رسول الله ﷺ"[5]، لأثرة البقاء معه ﷺ.

وتعتبر اليوم الهجرة متنفس في حق كثير من الناس، وذلك كلما ضاقت الأرض بدين أصحابها، وشريعتهم، وقد قال رسول الله ﷺ: «أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ يُقِيمُ بَيْنَ أَظْهُرِ المُشْرِكِينَ»[6]، عند قدرته على الهجرة، وعجزه عن إقامة دينه، وإظهار شعائر الإسلام.

ويدل هذا الحديث على أن أبواب الهجرة لم تسد أمام قاصديها، "وقد بقي من الهجرة باب باق إلى يوم القيامة، وهو المسلم في دار الحرب إذا أطاقت أسرته، أو كان كافرا فأسلم

(1) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 163/7.

(2) المغني: لابن قدامة، 294/9.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) شرح صحيح البخاري: لابن بطال، 239/5.

(5) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبدالبر، 390/8.

(6) سنن أبي داود، كتاب: الجهاد، باب: النهي عن قتل من اعتصم بالسجود، رقم: 2645، وسنن الترمذي، كتاب: أبواب السِّيَرِ عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في كراهية المقام بين أظهر المشركين، رقم: 1604، وسنن النسائي، كتاب: القسامة، باب: القود بغير حديدة، رقم: 6956.

لم يحل له المقام في دار الحرب، وكان عليه الخروج عنها فرضا واجبا"[1]، لمصلحة حفظ الدين والنفس.

ويجب أن يكون وجه المصلحة من الهجرة ظاهرا في تحقيق المقاصد، وراجحًا على غيره "فإنها إن كانت المصلحة العائدة على طائفة من المسلمين ببقائه ظاهرة كأن يكون له مدخل في بعض الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو في تعليمه معالم الخير بحيث يكون ذلك راجحا على هجرته وفراره بدينه، فإنه يجب عليه ترك الهجرة رعاية لهذه المصلحة الراجحة، لأن هذه المصلحة الحاصلة له بالهجرة على الخصوص تصير مفسدة بالنسبة إلى المصلحة المرجوة بتركه للهجرة"[2]، وحال التساوي بين الهجرة وعدمها؛ فالمعيار رجحان المصلحة ولو من وجه.

ومما يشير إليه الفقهاء في هذا الباب العذر بالجهل في دار الحرب دون غيرها، مثل "الرجل الذي أسلم في دار الحرب ومكث هناك شهرًا أو شهرين لا يصلي؛ لأنه لا يعلم حكم الصلاة، فإنَّه لا يجب عليه قضاء الصلوات التي فاتته؛ أما الرجل الذي أسلم في دار الإسلام فإنَّه يلزمه قضاء ما فاته من الصلوات، وكان ينبغي في القياس أن يكون حكم المسألتين واحدًا، إلا أن الجهل يعذر به في دار الحرب دون دار الإسلام"[3]، وقد يرتفع مناطه الخاص في زمننا هذا في حق البعض، وذلك لإمكانيَّة الشيوع والذيوع وحصول العلم، وبسبب المخالطة عن طريق وسائل الاتصال، ومواقع التواصل.

ويمكن استنباط قاعدة والاستدلال بها في هذا الباب: وهي "أن ما يجب بخطاب الشرع لا يثبت حكمه في حق المخاطب قبل علمه به"[4]، فإذا حصل العلم بالخطاب؛ حصل التكليف بمقتضاه. ويبقى المناط العام ثابتًا بالاستحسان، "ووجه الاستحسان هو أن الخطاب شائع في دار الإسلام فيقوم شيوع الخطاب مقام العلم؛ لأنه ليس في وسع المبلغ أن يبلغ كل أحد، إنما الذي وسعه أن يجعل الخطاب شائعا، وهذا لأنه في دار الإسلام يسمع الأذان

(1) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبدالبر، 390/8.

(2) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، ص: 977.

(3) الأصل: للإمام محمد بن الحسن الشيباني (المتوفى: 189هـ)، تحقيق ودراسة: محمد بوينوكالن، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، دار ابن حزم، لبنان– ط/1، 1433هـ– 2012م، 219/1، والمبسوط: للسرخسي، 245/1– 246.

(4) المبسوط: للسرخسي، 245/1.

والإقامة، ويرى شهود الناس الجماعات في كل وقت، فإنما يشتبه عليه ما لا يشتبه، ولأن في دار الإسلام يجد من يسأل منه، فترك السؤال تقصير منه بخلاف دار الحرب، فإن بلغه في دار الحرب رجل واحد فعليه القضاء فيما ترك بعد ذلك"[1]، لارتفاع الجهل بحصول البلاغ.

وقد اختلطت الشعوب في العصر الحديث اختلاطًا واسعًا، وامتزجت الحضارات مع بعضها، حتى صار لذلك الاختلاط والامتزاج تأثير على كافة المستويات، وعليه "يمكن القول بأن تأثير الإِسلام في أوروبا قد شمل كل المجالات، سواء منها الدبلوماسي بإحداث قنصليات، أم إقرار مبدأ شخصية القانون، وكرامة الأجنبي، وضمان حقوقه، وأساليب إعلان الحرب، ووسائل تعويض العدو وحماية الأسرى، والمرضى والعجزة، واستعمال الشارات الضوئية خلال المعارك الليلية، والحمام الزاجل في المواصلات، وطريقة توزيع الغنائم، ومبادئ الفروسية، وقد بلغت هذه التأثيرات الإِنسانية"[2] مبلغًا مهمًّا، فأخذت الشعوب من النُّظم الإسلاميَّة، وتأثرت بأخلاقيات المسلمين، وظهر ما يسمى بالتعايش عند أصحاب الضمائر الحرة في العالم، وعززت مبدأ المشترك الإنساني إلى حد بعيد مع المحافظة على الخصوصيات واحترامها، وعدم الذوبان في ثقافة الآخر كيفما كان، كما ساهم ذلك التأثير في تقليص اختلاف الدار، ورسخت الوعي لدى الكثيرين بأهميَّة التعايش، مع بقاء عقدة السبق وحساسية التنافس، الأمر الذي لا يخلو أحيانا من خطاب الهيمنة، وإن كانَّا ومازلنا نرى تطرفًا يستغل سياسيًّا ويتضرر به غالبًّا الأضعف.

يتضح مما سبق: أن نتيجة علاقة المسلمين بالآخر واستراتيجية الفقه الإسلامي في التفاعل مع الحضارات، أظهر ما كان معروفا عند الفقهاء بدار الحرب ودار الإسلام، حتى جاء ابن تيمية وأضاف دارا سماها الدار المركبة، ومع تقدم العالم وما شهده من انفتاح، وخاصة بعد إعلان الأمم المتحدة أصبح العالم اليوم دارا واحدة هي دار السلام –كما في أصل الوضع– وترتب بناء على ذلك اعتبارات، وظهرت مقاصد ومناطات، وتغيَّرت كثير من الأحكام.

---

(1) المصدر السابق، 245/1 – 246.

(2) معلمة الفقه المالكي: لعبد العزيز بنعبد الله، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط/1، 1403هـ– 1983م، 48/1.

المبحث الثاني: اعتبار أحوال المكلفين وأعرافهم في تغيُّر الأحكام

لا تطَّرد أحوال المكلفين ولا تستقر في وضع واحد، بل ما تزال تطرأ وتتردد بين حالة الاضطراب والتقلص، وتشهد حالة من الاسترخاء أحيانًا، وهذا هو الوضع الطبيعي للمكلف، والمنهاج الثابت أن أحوال المكلف تتغيَّر فيلزم من تغيُّرها تبعيَّة التغيُّر في تنزيل الأحكام التكليفية كلما تبدلت الأحوال، وإذا طردت الأحوال العامة واستقرت واستمرت صارت أعرافًا وعوائدَ، فكان اعتبارها أولى ومراعاتها أحرى، وذلك لتعلقها بحق الجماعات والأفراد معًا، فيترتب على ذلك الاعتبار تغيُّر في تنزيل الأحكام، وعلى هذا سيكون الحديث في مطلبين:

المطلب الأول: اعتبار أحوال المكلفين وأثرها على تغيُّر الأحكام

قد ورد اعتبار الأحوال في عموم الخطاب وخصوصه، وتفهم مراعاتها من دلالة النص، ذلك أن "مفهوم الحال: أي تقييد الخطاب بالحال، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: 187]، وهو كالصفة"[1]، أي يعود إلى مفهوم الصفة بالمعنى اللغوي، وبهذا يكون داخل في المباحث الأصوليَّة النصيَّة.

كما تفهم من القرائن والأمارات، فالألفاظ المعبِّرة عن تغيُّر الأحكام المترتبة على هذا الأصل قولهم: "هو خلاف في حال لا خلاف في مقال"[2]، وله علاقة بتنزيل الخطاب على الواقع بحسب القرائن والملابسات التي تحفُّ الخطاب وتتلبس بالمخاطب محل التنزيل.

ولما قالت أم المؤمنين عائشة –رضي الله عنها–: «لَوْ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَأَى مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنَعَهُنَّ الْمَسْجِدَ كَمَا مُنِعَتْ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ»[3]، فإنها مدركة لحقيقة الحال التي وصلت إليها المرأة، إدراكا ينبني عليه حكم شرعي.

---

(1) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 174/5 – 175.

(2) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 467/8.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الأذان، باب: خروج النساء إلى المساجد بالليل والغلس، رقم: 869، وصحيح مسلم، كتاب: الصلاة، باب: منع نساء بني إسرائيل المسجد، رقم: 445.

فينبغي معرفة حال المكلف الذي هو محل الحكم، "والمحل... هو بحال إذا ثبت الحكم فيه يفضي إلى تحصيل مقصوده، فكانت المحليَّة شرط إفضاء الحكم إلى حكمته"[1]، أي الضمان لتحقق مصالحه ودرء مفاسده، وحصول أثره.

وتنبني حقيقة تغيُّر الأحكام على التبعيَّة للأحوال بدليل اقتضته الشريعة، سواء كان خاصا أم عاما، "واستنبط من قول عائشة: أنه يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا –كما قال مالك– وليس هذا من التمسك بالمصالح المباينة للشرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده كمراد عائشة أن يحدثوا أمرا تقتضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال"[2]، فالعبرة بتعلق الحكم بالحال أصالة، ثم التمسك بالمصالح المترتبة على ذلك الاعتبار تبعا.

وعليه فأحوال المكلفين معتبرة عند تنزيل الحكم؛ قبل التكليف بمقتضى الشرع وبعده، وقد جاء بيان هذا في الآتي:

ومراعاة حال المكلف قبل حصول التكلف؛ من الصفات المعبرة ابتداء، فمثلا عند وصف الإنسان بالجاهلي نسبة إلى الجاهليَّة، "ولفظ الجاهلية قد يكون اسما للحال وهو الغالب في الكتاب والسنة، وقد يكون اسما لذي الحال، فمن الأول قول النبي ﷺ لأبي ذر –رضي الله عنه–: «إِنَّكَ امْرُؤٌ فِيكَ جَاهِلِيَّةٌ»[3]، [ويدخل في ذلك كل ما هو] في حال جاهلية، أو طريقة جاهليَّة، أو عادة جاهلية ونحو ذلك"[4]، من أعراف وثقافات، سوى ما وافق الفطرة، فإنَّه لا يصح نسبته إلى الجاهليَّة؛ لأنه إنما هو مما حُفظ من بقايا الشرائع السماويَّة، وأما ما نقصده من هذا الوصف هو: أنَّ من كان في جاهليَّة فإنه يمتنع في حقه تنزيل العديد من الأحكام؛ لأن الإيمان شرط صحة التكليف على القول بأن الكافر مكلف بفروع الشريعة.

---

(1) نفائس الأصول في شرح المحصول: لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط/1، 1416هـ– 1995م، 3531/8.

(2) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، ط/1، 1424هـ – 2003م، 676/1.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الإيمان، باب: المعاصي من أمر الجاهلية، ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك، رقم: 30، وصحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: إطعام المملوك مما يأكل، وإلباسه مما يلبس، رقم: 1661.

(4) اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم: لابن تيمية، 254/1 – 255.

ويبدو المعنى الآخر للجاهليَّة من خلال الاستعمال، "فتقول طائفة جاهلية وشاعر جاهلي، وذلك نسبة إلى الجهل الذي هو عدم العلم، أو عدم اتباع العلم"[1]، وهو وصف يلزم من ترتبه أحكام، وامتناع أحكام.

ولقد انقرضت أحوال ورثها العالم الإسلامي من تركة الجاهليَّة وترتب على اعتبارها أحكام، كأحوال العبيد التي عانت منها الإنسانيَّة، واستطاعت بفضل الله التخلص منها عبر تشريعات إسلاميَّة مرحليَّة، حتى ارتفع محلها وارتفع –تبعا له– ما يلزمه من ترتب الأحكام، ومتى حصل ذلك المحل ووجد الواقع؛ عادت تلك الأحكام لتخليصه من تبعيتها، ولن أتحدث عنها؛ لأنَّها لا يمكن تنزيلها في الواقع، ولا تفيد العمل في عصرنا الحاضر، وإنما سيكون الحديث في هذا المطلب عن الآتي:

الفرع الأول: اعتبار أحوال المكلفين

تتعدد أحوال المكلفين بحسب ما تكتنفه من التزامات، وتعتريه من عوارض، إما بالطبع أو بالاكتساب، وهذه الأحوال قد تكون جسديَّة ذاتيَّة، أو أحوال إضافيَّة.

أولًا: اعتبار أحوال المكلفين في ضوء عوارض الأهلية

وأقصد بها مراعاة تغيُّر حال المكلف بحسب ما تكتنفه من عوارض تمنع وقوع الحكم الشرعي، وتنزيله على محله، وتؤثر في أهليَّة المكلف عند التكليف بمقتضى الشريعة، إذ قصد الشارع من الشريعة التكليف بمقتضاه، وقد جاءت هذه العوارض في نوعين:

الأول: طبيعي أو "السماوي فهو الصِّغَرُ والجنون وَالْعَتَهُ والنِّسْيَانُ وَالنَّوْمُ والإغماء والمرض والرق والحيض والنفاس والموت"[2]، وما لا خيرة للمكلف فيها ولا كسب.

الآخر: المكتسب وهو على نوعين: ما اكتسب من جهة المكلف نفسه، الجهل، والسكر والهزل والسفه والخطأ والسفر[3].

---

(1) المصدر السابق، 256/1.

(2) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: لعبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى: 730هـ)، دار الكتاب العربي– بيروت لبنان، 262/4 – 263.

(3) المصدر السابق، 263/4.

ما اكتسب من جهة غيره: كالإكراه بما فيه إلجاء وبما ليس فيه إلجاء[1]، فما حصل منه كان سببًا في حصوله فقد لا يعذر بعروضها، بخلاف ما أكره عليها.

فهذه العوارض توجب تغيُّرًا في الحكم الشرعي لعدم صلاحيَّة المحل للتنزيل فيترتب على عدم التنزيل تغيُّر إما إلى تخفيف أو إسقاط أو تقديم أو تأخير أو نقص أو إبدال أو ترخُّص، وهي على النحو الآتي[2]:

– التخفيف إلى الإسقاط كإسقاط الجمعات والصوم والحج والعمرة بأعذار معروفة، كالنوازل والجوائح السماويَّة أو المكتسبة، مالم يكن عاصيا فيها.

– التخفيف إلى التنقيص كقصر الصلاة، وتنقيص ما عجز عنه المريض من أفعال الصلوات كتنقيص الركوع والسجود وغيرهما إلى القدر الميسور من ذلك، عملًا بتقرير الطبيب، الذي يقدِّر اليسر ويحدد المجتهد على ضوء تقديره الميسور الذي لا يسقط بالمعسور.

– التخفيف إلى الأبدال كإبدال الوضوء والغسل بالتيمم، وإبدال القيام في الصلاة بالقعود، والقعود بالاضطجاع، والاضطجاع بالإيماء، وإبدال العتق بالصوم، وكإبدال بعض واجبات الحج والعمرة بالكفارات عند قيام الأعذار الشرعيَّة الحقيقيّة، وليس المتوهمة.

– التخفيف إلى التقديم، كتقديم العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب في السفر والمطر، وكتقديم الزكاة على حولها، والكفارة على حنثها عند الشافعيَّة لحاجة تقوم مقام الضرورة.

– التخفيف إلى التأخير كتأخير الظهر إلى العصر، والمغرب إلى العشاء ورمضان إلى ما بعده، للأعذار الموجبة لرفع الحرج والمشقة عن المكلف.

– التخفيف إلى الترخيص، كصلاة المتيمم مع الحدث، وصلاة المستجمر مع فضلة النجو، وكأكل النجاسات للمداواة، وشرب الخمر للغصة، والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه، ويعبر عن هذا بالإطلاق مع قيام المانع، أو بالإباحة مع قيام الحاظر، بالإطلاق أي جواز أو إباحة تغيُّر الحكم الشرعي من الصعوبة إلى السهولة، مع قيام السبب للحكم الأصلي، أو الإباحة للإكراه مع قيام دليل التحريم، وإمكانيَّة تحمل المشقة العادية.

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 8/2 – 9، بتصرف.

فهذه ستة أضرب تجسد في جملتها العلاقة بين عوارض الأهلية وتغيُّر الأحكام، من حيث إن مراعاتها عند التنزيل تؤدي بالأحكام الشرعية إلى شهود حالة من التحول تخفيفا ونقصًا واسقاطًا وإبدالًا وتقديمًا وتأخيرًا، وذلك تبعا لحال المكلف ومدى تمكن تلك العوارض منه، وعلم المكلف وجهله وصحته وسقمه، وسلامته من العاهات، وغفلته واعتدال مزاجه، كل ذلك معتبر عند تنزيل الأحكام، ويترتب من عدم اعتبارها مفاسد وأضرار تمنع التكليف بمقتضى الأحكام المناسبة.

ثانيًا: اعتبار حال المكلف في ضوء العوارض المختلفة

تختلف أحوال المكلفين بحسب اختلاف تمكُّنهم من التَّدين، وما تعترضهم من أحوال علميَّة ونفسيَّة واقتصاديَّة، فتؤثر على محل تنزيل الحكم، أو تشغله بما لا يصح معه بقاء الحكم الشرعي، وعليه؛ فتنقسم أحوال المكلفين إلى عدة اعتبارات.

أ/ اعتبار حال المكلف في تمكُّنه من التَّدين

لمَّا كان إيمان العبد يزيد وينقص، وتديَّن المكلف يشتد ويضعف، وتمكُّنه في الإيمان والعصيان على مراتب، وكلها حالات اقتضى التكليف اعتبارها عند التنزيل ليتردد بذلك الحكم الشرعي بين الإباحة والحل والحرمة، ويظهر ذلك من خلال النظر إليها من ثلاث جهات:

الجهة الأولى: الشروع والتلبس بالمباح

تطرح في هذا الصدد إشكاليَّة مفادها؛ هل الشروع والتلبس بالمباح يصيِّره واجبًا؟

وقد صيغت هذه الإشكالية على شكل قاعدة كلية هي: كل من التزم شيئا أو اعتقده لزمه حكمه، والدليل عليه: المسلم لما التزم ضمان الأنفس والأموال ووجوب العبادات لزمه حكمها، والتزم الإيمان فلم يقر على تركه بجزية ولا استرقاق[1]، فلم يكن له بديل عن الإسلام إلا جزاء حكم الردة، قال الإمام القرافي: "والقاعدة أن العبادة تلزم بالشروع كما تلزم بالنذر"[2].

وذهب المالكية إلى أن المسائل التي يجب التطوع فيها بالشروع سبعة، هي الحج والعمرة والصلاة والصوم والاعتكاف والإتمام والطواف، ولا يوجد لهذه السبعة ثمان، وقول المالكية التطوع يجب تكميله محمول على هذه[3].

(1) التجريد: للقدوري، 680/2.

(2) الذخيرة: للقرافي، 83/4.

(3) المصدر السابق، 249/3 – 250.

قال ابن العربي –رحمه الله– في مسألة الحج الفاسد: فإنه لما أجمع العلماء على المضي فيه مع عدم الاعتداد به ركبوا منها مسألة إجزاء المأمور به، وهذا خرق لا يرقع لأن المضي في الحج الفاسد فيه معنيان يقطعان به عن هذه المسألة، أحدهما: أن الأمر بالمضي فيه إنما هو بعد التلبس به، والخلاف إنما يجب أن يكون في الأمر المبتدأ، والثاني أن الأمر بالمضي في الحجة الفاسدة إنما هو عقوبة لا عبادة[1]، ولا خلاف في منع استعمال الطِّيب بعد التلبس بالإحرام، واختلف الناس في جواز استعماله قبل الإحرام واستدامته بعده[2].

وقيد الشافعية هذه الكلية بحال الفساد وترتب القضاء ما أمكن، فقالوا: كل عبادة تلزم بالدخول فيها إذا أفسدها وجب عليه قضاؤها على الوجه الذي لزمه مع الإمكان[3]، قوله مع الإمكان؛ يخرج به الجمعة لو أفسدها، فإنه لا يمكنه قضاؤها.

وعليه؛ لو تلبس بِالصَّلَاةِ ثمَّ أفسدها حسن إِطْلَاق الْإِعَادَة هَا هُنَا، وقد نرى الفقهاء يتسامحون في ذلك فيقولون الإعادة، ويعنون بها القضاء[4].

ومنها: الخروج من صوم التطوع أو صلاته بعد التلبس بغير عذر؛ مكروه، وقيل: خلاف الأولى[5]، ولذلك؛ "فإن خرج منها بلا عذر كان مفسدا آثما"[6]، بإفساده بعد التلبس.

وذكر في شرح المحلي على جمع الجوامع؛ "ولا يجب المندوب بالشروع فيه، أي لا يجب إتمامه؛ لأن المندوب يجوز تركه ويجوز إتمامه"[7].

---

(1) المحصول في أصول الفقه: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق: حسين علي اليدري، وسعيد فودة، دار البيارق –عمان، ط/1، 1420هـ– 1999م، ص: 70.

(2) المُعْلم بفوائد مسلم: لأبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: 536هـ)، تحقيق: فضيلة الشيخ محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر، المؤسّسة الوطنية للكتاب بالجزائر، والمؤسّسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدّراسات، بيت الحكمة، ط/2، 1988م، كتاب: الحج، رقم: 459.

(3) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 49/2.

(4) كتاب التلخيص في أصول الفقه: لإمام الحرمين، 422/1.

(5) الأشباه والنظائر: لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان– ط/1، 1411هـ– 1991م، 79/2.

(6) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 48/2.

(7) البدر الطالع في حل جمع الجوامع: لجلال الدين أبي عبدالله محمد بن أحمد المحلي الشافعي (المتوفي: 864هـ)، تحقيق: لأبي الفداء مرتضى علي المحمدي الداغستاني، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان، ط/1، 2005م، 101/1.

وهذا لا يؤخذ عند الشافعية على إطلاقه؛ لأن "للعبادة بعد التلبس بها من الحرمة ما ليس لها قبله"[1].

وتبدو هذه القاعدة في المعاملات المالية من خلال مسائل كثيرة، مثل القراض الذي إنما ينعقد ويلزم بالعمل لا باللفظ؛ واختلف في المزارعة: فقيل إنها تنعقد وتلزم باللفظ، وقيل إنها لا تنعقد وتلزم إلا بالعمل، وقيل إنها تنعقد وتلزم بالشروع في العمل، وأما الشركة فإنها لا تلزم باللفظ ولا بالعمل، واختلف بماذا تنعقد به، فقيل إنها تنعقد باللفظ، وقيل إنها لا تنعقد إلا بالعمل، والقولان قائمان من المدونة[2].

قال ابن رشد: القراض من العقود الجائزة لا يلزم بالعقد واحدا منهما، وإنما يلزم بالشروع في العمل أو شغل المال، فإذا شرع في العمل وشغل المال لم يكن لرب المال أخذه حتى ينض، ولا للعامل صرفه دون ذلك[3].

ويمثل له بالتزام أحدهما ما التزمه في العقد من رضاه، بما هو أقل من القيمة، أو بما هو أكثر منها، لقاعدة أن من التزم شيئًا فقد لزمه، وعدم التزامه؛ لأنه إما التزمه في عقد بطل لفساده فيبطل بطلان محله، ولذا اختلفوا لو غاب على السلف[4].

ولا ينبغي أن تستغل هذه القاعدة في ابتزاز ومساومة الطرف المتبرع له، ويقال هذا في سائر الالتزامات الخاصة والعامة، كالتزام الدول المانحة بالتبرع لصالح دولة ما، أو لرفع كارثة وتخفيف جائحة نزلت بالإنسانية.

وعليه؛ من التزم شيئا لزمه وصفًا، وشرطًا فمن التزم التطوع لخدمة لا يجوز له تحويله إلى عقد في مقابلة عوض، وإلا فسد التطوع والعوض معًا.

الجهة الثانية: اعتبار رتبة الإيمان ومدى تمكنها من المكلف:

تمكن الإيمان من قلب العباد يزيد وينقص، وتديُّنه يشتدُّ ويرتقي، هذا يلزم اعتباره عند تنزيل الأحكام، ذلك لأن "للنَّاس حالات تكون أخبارُهم فيها أصحَّ وأحْرَى أن يَحْضُرَها التَّقْوَى

(1) المصدر السابق، 128/1.

(2) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 552/2..

(3) المصدر السابق، 19/3.

(4) المختصر الفقهي: لمحمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (المتوفى: 803 هـ)، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط/1، 1435هـ- 2014م، 361/5.

منها في أُخرى، ونِيَّاتُ ذوي النِيَّات فيها أصحُّ، وفِكرُهم فيها أدْوَمُ، وغفلتُهم أقلُّ، وتلك عند خوْف الموْت بالمرض والسفر، وعند ذِكْرِه، وغير تلك الحالات من الحالات المُنَبِّهَةِ عَن الغفْلة"[1]، الموقظة من السُكْر، المبصرة بمواطن العمى.

ولا يكون تديُّن المكلف، ولا يمكن أن يقوم بواجب الدين، إلا وفق مراتب، يترقى إليها كلما ازداد تمكنًا منها، وصحَّت نيته في إقامتها، "فإن حفظ الدين حاصله في ثلاثة معان، وهي: الإسلام، والإيمان، والإحسان"[2]، ولمَّا كان لهذه المعاني من الاعتبار ما لها؛ تفاوتت إجابة النبي ﷺ على سؤال: أي الأعمال أفضل؟

فمن تصيُّر أحواله وعاداته كلها عبادات؛ بلغ بها درجة الإحسان، ومنهم من لا يبلغ ذلك، فترتب على هذا أحكام، فمثلا من سافر للترفه والسياحة وصحَّت نيَّته وسلم من قصد العصيان في سفره له التَّرخص، وقد اشترط الفقهاء –خلافا للأحناف[3]– على من له الأخذ بالرخص أن يكون السبب الذي أنشأ من أجله السفر مشروعا، فلا يكون عاصيا في سفره؛ لأنه لا تناط الرخص بالمعاصي[4].

لمَّا اقتضت حكمة الشرع أن "يخْتَلف فِي بعض الأحكام حال أفراد من خوطب به، نظرا إلى أَحْوَالهم كالملك المرفه والفقير الضَّعِيف في رخصة السّفر"[5]، وترتب أحكامها حسب تلك الأحوال.

فإن اختلفت أحوال الناس "فلا ينبغي حينئذ إطلاق القول بالجواز مطلقا لكل أحد، بل يرجع النظر إلى حال المستفتي وقصده"[6]، لأن في إطلاقه مخالفة الأدلة في اعتبار ميزان الشرع، في تحقيق سعادة المكلفين في الدنيا والآخرة.

---

(1) الرسالة: للإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي (المتوفى: 204هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، مكتبه الحلبي، مصر، ط/1، 1358هـ- 1940م، 390/1.

(2) الموافقات: للشاطبي، 347/4.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 94/2.

(4) ينظر: التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (المتوفى: 378هـ)، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1428هـ- 2007م، 113/1، والحاوي الكبير: للماوردي، 514/8، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة، 304/1.

(5) تيسير التحرير: لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفى: 972هـ)، دار الفكر– بيروت، 1417هـ- 1996م، 308/1.

(6) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 381/8.

الجهة الثالثة: اعتبار رتبة الذنوب ومدى تمكنها من المكلف

يترتب على قوة الإيمان وضعفه، وذكر العبد لربه وغفلته عنه، ومدى تمكن الذنوب من قلبه، وكونه مقل منها أو مكثر، أو متعاطي لها إلى حد الإدمان؛ أحكام شرعيَّة، فينبغي مراعاتها وفق ضابط وميزان دقيق، "هو الإصرار الناقل للصغيرة لدرجة الكبيرة، ولذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَمْ يُصِرُّواْ عَلَىٰ مَا فَعَلُواْ﴾ [آل عمران: 135]، ويقال فلان مصر على العداوة أي مصمم بقلبه عليها، وعلى مصاحبتها، ومداومتها، ولا يفهم في عرف الاستعمال من الإصرار إلا العزم والتصميم على الشيء"[1]، هو المعيار الناقل لها من حال كونها صغيرة إلى كونها كبيرة تخرم العدالة وتفقد الموثوقيَّة بصاحبها.

وضابط الإصرار والتكرار والاستمرار "لا بد فيه من العزم فإن الفلتات من غير أن تستمر لا تكاد تخل بالوثوق نعم قد تدل كثرة التكرار على فرار العزم في النفس، وبهذا الضابط أيضا يعلم المباح المخل بقبول الشهادة كالأكل في الأسواق[2]، ونحوه، فإن يصدر منه صدورا يوجب عدم الوثوق به في حدود الله تعالى كان ذلك مخلا وذلك يختلف بحسب الأحوال المقترنة والقرائن المصاحبة وصورة الفاعل وهيئة الفعل"[3]، والقرائن المبيِّنة للإصرار والدالَّة عليه، الكاشفة للتَّعدي بالصغيرة إلى الكبيرة، الموجبة لإسقاط العدالة.

وعليه؛ يقع التغيُّر في تنزيل الحكم بموجبها في إيقاع التعازير وإنزال العقوبات، ويكون التغيُّر بحسب ما يؤدي إلى تحقيق مقاصد العقوبات من الزجر والردع، "ومنها عقوبات غير مقدَّرة قد تسمى التعزير، وتختلف مقاديرها وصفاتها بحسب كبر الذنوب وصغرها، وبحسب حال المذنب، وبحسب حال الذنب في قلته وكثرته"[4].

ولهذا جاءت التعازير مختلفة الأجناس، فمنها ما يكون بالتوبيخ والزجر بالكلام، ومنها ما يكون بالحبس، ومنها ما يكون بالنفي عن الوطن، ومنها ما يكون بالضرب.

---

(1) الفروق: للقرافي، 68/4.

(2) والأكل في الأسواق لم يعد خارما للعدالة في زمننا هذا بل نوعا من التحضر والمدنيَّة.

(3) الفروق: للقرافي، 68/4- 69.

(4) الحسبة في الإسلام، أو وظيفة الحكومة الإسلامية: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، ط/1، 45/1.

فإن كان ذلك لترك واجب مثل الضرب على ترك الصلاة أو ترك أداء الحقوق الواجبة، مثل ترك وفاء الدين مع القدرة عليه، أو على ترك رد المغصوب، أو أداء الأمانة إلى أهلها، فإنه يُضْرب مرة بعد مرة حتى يؤدي الواجب، ويُفَرَّق الضرب عليه يومًا بعد يوم وإن كان الضرب على ذنب ماضٍ جزاءً بما كسب ونكالًا من الله له ولغيره، فهذا يفعل منه بقدر الحاجة فقط، وليس لأقله حد[1]، وإنما حده ينظر فيه حسب المصلحة.

وتنافي التسوية في ذلك للحكمة والمصلحة، كما قال ابن قيم الجوزية: "ومن المعلوم بِبَدَائِهِ العقول أن التسوية في العقوبات مع تفاوت الجرائم غير مستحسن، بل مناف للحكمة والمصلحة؛ فإنّه إن ساوى بينها في أدنى العقوبات لم تحصل مصلحة الزجر، وإن ساوى بينها في أعظمها كان خلاف الرحمة والحكمة"[2]، والعدل.

ولذلك؛ أعطي للمجتهد مساحة واسعة في تنزيل الأحكام على الوقائع بحسب تفاوتها في تحقيق المقاصد وترتب المصالح والمفاسد "لَمَّا كانت مفاسد الجرائم بَعْدُ مُتَفَاوِتَةً غير منضبطة في الشِّدَّةِ وَالضَّعْفِ وَالْقِلَّةِ، والكثرة جعلت عقوباتها راجعة إلى اجتهاد الْأَئِمَّةِ وولاة الأمور، بحسب المصلحة في كل زمان ومكان، وبحسب أرباب الجرائم في أنفسهم؛ فمن سَوَّى بين النَّاس في ذلك، وبين الأزمنة والأمكنة والأحوال لم يفقه حكمة الشرع، واختلفت عليه أقوال الصحابة وسيرة الخلفاء الرَّاشدين وكثير من النُّصوص"[3]، وأساء فهمها وانحرف في تنزيلها ودخل على الشريعة بالبطلان.

ب/ اعتبار القدرة العلميَّة للمكلف

تختلف الحالة العلميَّة للمكلفين وتختلف معها القدرة على الفهم والادراك لمضامين الخطاب، كما تختلف –من جهة أخرى– القدرة على التواصل والتبيين، حسب الحال، فيترتب عن ذلك الاختلاف في تشخيص الواقعة والكشف عنها.

فقد روي عن أم سلمة –رضي الله عنها– أن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا

(1) المصدر السابق، 45/1 – 46.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 350/3.

(3) المصدر السابق، 357/3.

أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلاَ يَأْخُذْ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»[1]، فقوة البلاغ والقدرة على التواصل ورفع الدعوى لها أثر في بناء الأحكام.

وعن على رضي الله عنه قال: «حَدِّثُوا النَّاسَ بِمَا يَعْرِفُونَ أَتُحِبُّونَ أَنْ يُكَذَّبَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ»[2]، مراعاة لقدرة الفهم، لهذا روي عن ابن مسعود قال: «مَا أَنْتَ بِمُحَدِّثٍ قَوْمًا حَدِيثًا لَا تَبْلُغُهُ عُقُولُهُمْ، إِلَّا كَانَ لِبَعْضِهِمْ فِتْنَةً»[3]، قال ابن حجر: "وضابط ذلك أن يكون ظاهر الحديث يقوي البدعة وظاهره في الأصل غير مراد، فالإمساك عنه عند من يخشى عليه الأخذ بظاهره مطلوب، والله أعلم"[4]، فدرء لمفسدة الافتتان؛ قُدم المنع من التحديث على مصلحته، لمن لا يعلم الحديث ولا يبلغ عقله الفهم والفقه فيه.

وقد تكلم الفقهاء عن العذر بالجهل، قال الإمام القرافي: "الفرق الثالث والتسعون بين قاعدة النسيان في العبادات لا يقدح، وقاعدة الجهل يقدح، وكلاهما غير عالم بما أقدم عليه، اعلم أن هذا الفرق بين هاتين القاعدتين مبني على قاعدة وهي أن الغزالي حكى الإجماع في إحياء علوم الدين، والشافعي في رسالته حكاه أيضا في أن المكلف لا يجوز له أن يقدم على فعل حتى يعلم حكم الله فيه"[5]، خاصة في العبادات، لهذا قيل: "وأما الجهل الذي يمكن رفعه لا سيما مع طول الزمان واستمرار الأيام، والذي لا يعلم اليوم يعلم في غد، ولا يلزم من تأخير ما يتوقف على هذا العلم فساد فلا يكون عذرا لأحد، ولذلك ألحق مالك الجاهل في العبادات بالعامد دون الناسي؛ لأنه جهل يمكنه رفعه فسقط اعتباره"[6]، فكأنه متسبب للجهل ومكتسب له؛ "لأن القاعدة الشرعية دلت على أن كل جهل يمكن المكلف دفعه لا يكون حجة للجاهل"[7]، في العبادات والمعاملات على السواء.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: الحيل، باب: إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت، فقضي بقيمة الجارية الميتة، ثم وجدها صاحبها فهي له، ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمنا، رقم: 6967.

(2) صحيح البخاري، كتاب: العلم، باب: من خص بالعلم قوما دون قوم، كراهية أن لا يفهموا، رقم: 127.

(3) صحيح مسلم، مقدمة الإمام مسلم –رحمه الله– باب: النهي عن الحديث بكل ما سمع، رقم: 5.

(4) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي (المتوفى: 852هـ)، ترقيم: محمد فؤاد عبدالباقي، تحقيق: محب الدين الخطيب، تعليق: عبدالعزيز بن باز، المكتبة السلفية – بيروت، 1379هـ، 225/1.

(5) الفروق: للقرافي، 148/2.

(6) المصدر السابق، 466/8.

(7) المصدر السابق، 465/8.

أما ما يخص الجهل الذي لا يمكن رفعه للمكلف بمقتضى العادة؛ فلا يكون عذرا، إذ لو اشترط اليقين، لشق ذلك على المكلفين فيعذرون بذلك[1]، ولا تترتب عليه الأحكام.

ولا تنزل الأحكام إلا بحسب ما يناسب الحال البدنيَّة والعلميَّة والإيمانيَّة والنفسيّة والاقتصاديَّة للمكلفين، ويقتضيه الشرع ويدعو إليه.

ج/ اعتبار الأحوال النفسيَّة للمكلف

تعتري المكلفين أحوال وتعترضهم عوارض، تشوش على محل التنزيل وتجعله منشغلًا بما لا يصح بقاء الحكم ثابتًا في جميع الأحوال، لهذا اعتدت الأحوال النفسيَّة سببًا استطاعت الشريعة من خلاله تحقيق أعلى معدل أمن نفسي عند حصول التكليف بمقتضى الشرع، وأزاحت كل ما يفضي إلى التشويش والإزعاج، والاضطراب.

وقد بوب الإمام البخاري بابا: إذا حضر العشاء فلا يعجل عن عشائه، ويحمل على النهي عن الصلاة في حضرة الطعام، فعن ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا وُضِعَ عَشَاءُ أَحَدِكُمْ وَأُقِيمَتِ الصَّلاَةُ، فَابْدَءُوا بِالعَشَاءِ وَلاَ يَعْجَلْ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْهُ»[2]، ويقضي حاجة فلا يشغله عن صلاته، ومثله النهي عن الصلاة مع مدافعة الاخبثين، كما جاء عن عائشة –رضي الله عنها– أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا صَلَاةَ بِحَضْرَةِ الطَّعَامِ، وَلَا هُوَ يُدَافِعُهُ الْأَخْبَثَانِ»[3]، حتى لا تفرَّغ الصلاة من معانيها وتفقد روحها ويذهب لبها.

ومن ذلك ما جاء عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَكَلَ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ، فَلَا يَقْرَبَنَّ مَسْجِدَنَا، وَلَا يُؤْذِيَنَّا بِرِيحِ الثُّومِ»[4]، مراعاة لحال المصلين، وقطع كل ما يحول دون تحقيق مقاصد الصلاة.

---

(1) المصدر السابق، 465/8 – 466.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الأذان، باب: إذا حضر الطعام وأقيمت الصلاة، رقم: 673، وصحيح مسلم، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: كراهة الصلاة بحضرة الطعام الذي يريد أكله في الحال وكراهة الصلاة مع مدافعة الأخبثين، رقم: 559.

(3) صحيح مسلم، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: كراهة الصلاة بحضرة الطعام الذي يريد أكله في الحال وكراهة الصلاة مع مدافعة الأخبثين، رقم: 560.

(4) صحيح البخاري، كتاب: الأذان، باب: ما جاء في الثوم النيء والبصل والكراث، رقم: 853، وصحيح مسلم، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: نهي من أكل ثوما أو بصلا أو كراثا أو نحوها، رقم: 562، واللفظ لمسلم.

وقد ورد النهي عن القضاء وفصل الخصام في حال الغضب، لقوله ﷺ: «لاَ يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ»[1]، لضمان إحقاق الحق وإبطال الباطل وتحقيق مقصد العدل.

كل هذه المراعاة لأحوال المكلف النفسيَّة من أجل تحقيق مقاصد الشرع من التكلف بمقتضى الشريعة.

د/ اعتبار الأحوال الاقتصاديَّة للمكلف

إذا اعترضت أحوال المكلفين الاقتصاديَّة واضطربت، وتجاوزت التشوش على محل التنزيل؛ إلى أن جعلته منشغلًا بما لا يصح بقاء الحكم أو تنزيله ابتداءً، وتقدير تحقق مصلحته انتهاءً؛ لزم مراعاتها ما أمكن.

ذلك لأن إهمال هذا النظر يفضي بمقاصد الشريعة إلى البطلان، "لذلك كانت الأحوال المالية جزءًا من المناط المقاصدي الذي يتأثر به تطبيق الحكم في علاقته مع مقصده"[2].

فيبنى على اعتبار الأحوال الاقتصاديَّة للمكلف ركنان عظيمان من أركان الإسلام، وهما من أصول العبادات، كذا ترتب عليها أحكام في المعاملات، ففي وجوب الزكاة يشترط ملك النصاب وفي الحج يشترط الاستطاعة الاقتصاديَّة.

ولهذا لما بعث رسول الله ﷺ معاذا –رضي الله عنه– إلى اليمن، قال له: «فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً فِي أَمْوَالِهِمْ تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ»[3]، فكان على المجتهد التحقق من حال المكلف الغني حتى ينزل الحكم عليه فيؤخذ المال منه، كما يتحقق من حال المكلف الفقير فيعطى له، فكان الغنى والنماء مناطا الحكم بوجوب الزكاة.

وورد في وجوب الحج قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ﴾ [آل عمران: 97]، وسؤال الأعرابي للنبي ﷺ: «وَزَعَمَ رَسُولُكَ أَنَّ عَلَيْنَا حَجَّ

(1) صحيح البخاري، كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان، رقم: 7158، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، رقم: 1717.

(2) المناط المقاصدي والعلوم الإنسانية: د. عبد الرزاق وورقية، مجلة المسلم المعاصر، العدد: 118، 2005/12/1م، https://almuslimalmuaser.org/ تحديث: 2021/3/31م، 01:29:00.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الزكاة، باب: وجوب الزكاة، رقم: 1395.

الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا، قَالَ: صَدَقَ»[1]، قال القاضي عبدالوهاب: "فأما الاستطاعة فمعتبرة بحال المستطيع"[2]، وأهمها الاستطاعة الاقتصادية.

ومما ينبغي مراعاته في هذا الشأن؛ حال الفقير في أداء الحقوق الماليَّة المتعلقة بذمته، كحال المدين المعسر في وجوب الإنظار، أو الإعفاء، قال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: 280].

وجاء في حكم أكل الولي من مال اليتيم قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6].

قال ابن العربي: "إِنَّ الْوَلِيَّ إِنْ كَانَ غَنِيًّا عَفَّ وَإِنْ كَانَ فَقِيرًا أَكَلَ فَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ؛ رُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إنَّمَا أَنَا فِي بَيْتِ الْمَالِ كَوَلِيِّ الْيَتِيمِ إنْ اسْتَغْنَيْت تَرَكْت، وَإِنْ احْتَجْت أَكَلْت؛ وَبِهِ أَقُولُ"[3]. ويترتب على هذا؛ اختلاف الأحكام بحسب مراتب الأحوال الماليَّة والاقتصاديَّة بين المكلفين.

وعليه ينبغي مراعاة تلك الأحوال واعتبارها مناطات عند تنزيل الأحكام وفق مقاصد الشرع، مالم فإنَّ الحكم سيعود على الشريعة بالإبطال، وهذا منافيًا لكونها رحمة كلها وعدل كلها وحكمة كلها، وهذه الأحوال بحاجة إلى مسالك وطرق لكشفها.

ثالثًا: طرق الكشف عن أحوال المكلفين

هناك أحوال للمكلف لا تعرف ابتداء وإنما تستكشف إما بالقرائن والأمارات، أو بالاستعانة بوسائل وتقنيات علميَّة تجريبية، لهذا وقع خلاف في التفريع الفقهي، وبناء الأحكام بحسب اعتبارها بين الإكثار والإقلال، ومقدرة المجتهد من استثمارها، والتوسل بها للكشف عن الحال، وعليه قد ينحرف الفهم، ويقع الاختلاف في الاستدلال أولًا، ثم الاختلاف في التنزيل، وقد جاءت هذه الطرق على أقسام.

---

(1) صحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب: في بيان الإيمان بالله وشرائع الدين، رقم: 12.

(2) التلقين في الفقه المالكي: لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، ط/1، 1425هـ - 2004م، 78/1.

(3) أحكام القرآن: لابن العربي، 179/2.

أ/ التوسل بالقرائن الظاهرة

يعتبر حال المكلف في السكوت مع قرينة الرضا أو السخط منهاج، ينبغي اعتباره "ما لو اقترن السكوت بأمارة الرضا فإجماع قطعا أو بأمارة السخط فليس بإجماع قطعا"[1]، وهذه الأمارات ماهي إلا قرائن كاشفة عن ذلك السكوت، وحال الساكت، منها ما روي عن عبد الله بن مُغَفَّلٍ رضي الله عنه، قال: «كُنَّا مُحَاصِرِينَ قَصْرَ خَيْبَرَ، فَرَمَى إِنْسَانٌ بِجِرَابٍ فِيهِ شَحْمٌ، فَنَزَوْتُ لِآخُذَهُ، فَالْتَفَتُّ، فَإِذَا النَّبِيُّ ﷺ، فَاسْتَحْيَيْتُ مِنْهُ»[2]، وفي رواية لمسلم قَالَ: فَالْتَزَمْتُهُ، فَقُلْتُ: لَا أُعْطِي الْيَوْمَ أَحَدًا مِنْ هَذَا شَيْئًا، قَالَ: «فَالْتَفَتُّ، فَإِذَا رَسُولُ اللهِ ﷺ مُتَبَسِّمًا»[3]، فتبسمه ﷺ درس تربوي صامت، وموعظة في الإيثار وترك الأنانية، مع ما يظهر من إباحة الأكل من طعام الغنيمة قبل قسمتها، واستحياء الصحابي يظهر أدبه وفهمه لمقصد رسول الله ﷺ والالتفات من التبسم.

وفي قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: 282]، قال ابن العربي: هذا دليل على جواز الاجتهاد والاستدلال بالأمارات والعلامات على ما خفي من المعاني والأحكام[4].

وعن زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ سأله رجل عن اللقطة، قال: فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ فَغَضِبَ حَتَّى احْمَرَّتْ وَجْنَتَاهُ، أَوْ قَالَ احْمَرَّ وَجْهُهُ، فَقَالَ: «وَمَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ، فَذَرْهَا حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا»[5].

من ذلك التزام حالة السكوت بعد صدور الفتوى أو الحكم هل هو رضا أو سخط؟ هذه إشكاليَّة تتلبس بالمفتي والقاضي والحاكم، لهذا قيل: "الفتيا يبحث فيها عادة فالسكوت عنها رضا بخلاف الحكم، وقيل عكسه لصدور الحكم عادة بعد البحث مع العلماء واتفاقهم، بخلاف

(1) غاية الوصول في شرح لب الأصول: لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ط/2، 114/1.

(2) صحيح البخاري، كتاب: فرض الخمس، باب: ما يصيب من الطعام في أرض الحرب، رقم: 3153، وصحيح مسلم، كتاب: الجهاد والسير، باب: جواز الأكل من طعام الغنيمة في دار الحرب، رقم: 1772.

(3) صحيح مسلم، كتاب: الجهاد والسير، باب: جواز الأكل من طعام الغنيمة في دار الحرب، رقم: 1772.

(4) أحكام القرآن: لابن العربي، 363/1.

(5) صحيح البخاري، كتاب: العلم، باب: الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره، رقم: 91، وصحيح مسلم، مقدمة كتاب: اللقطة، باب: لا يوجد، رقم: 1722.

الفتيا"[1]، فإنها إذا صدرت عن مفتي واحد فالسكوت عنها سخط، بخلاف ما إذا صدرت عن جمع، كالمجمعات الفقهيَّة أو الهيئات أو المؤسسات أو المجالس العلميَّة، فإنها عادة يبحث فيها فيكون السكوت عنها رضا.

وغيرها من الإشارات والأمارات الدآلة على الرضا والسخط، المعبر هنا بالوسائل الظاهرة كتمعُّر الوجه واحمراره، أو استبشاره والابتسامة حتى تبدوا السرائر، وينجلي الحال ويتحقق القصد، وهذا هو التفسير الصامت للنصوص المجملة، والمواقف الفعلية والسنة التقريريَّة التي لم يستوعبها اللفظ، ولم ينقل منها إلا النزر اليسير، والذي اختص بعلمه كل من شاهد التنزيل، وصاحب الرسول ﷺ.

ب/ استنطاق المكلف واستجوابه

يعدُّ استنطاق المكلف وطرح الأسئلة الاستجوابية أمر مهم في إزالة الضبابيَّة، ويعتبر رفع الغشاوة عن الحال المكلفة؛ ضرورة منهجيَّة في تنزيل الحكم على المحل، وفي إصابة المقصد وهو منهاج مسدد بالوحي.

وقد روي عن ابن عباس –رضي الله عنهما– قال: "لَمَّا أَتَى مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ، أَوْ نَظَرْتَ» قَالَ: لاَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «أَنِكْتَهَا». لاَ يَكْنِي، قَالَ: فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ"[2]، وليس في هذا فضح بل استيضاح.

وجاء في رواية لمسلم: "جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ، فقال: يَا رَسُولَ اللهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ: «وَيْحَكَ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللهَ وَتُبْ إِلَيْهِ»، قَالَ: فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ، ثُمَّ جَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «وَيْحَكَ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللهَ وَتُبْ إِلَيْهِ»، قَالَ: فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ، ثُمَّ جَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مِثْلَ ذَلِكَ حَتَّى إِذَا كَانَتِ الرَّابِعَةُ، قَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ: «فِيمَ أُطَهِّرُكَ؟» فَقَالَ: مِنَ الزِّنَى، فَسَأَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَبِهِ جُنُونٌ؟» فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَجْنُونٍ، فَقَالَ: «أَشَرِبَ خَمْرًا؟» فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ، فَلَمْ يَجِدْ مِنْهُ رِيحَ خَمْرٍ، قَالَ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَزَنَيْتَ؟» فَقَالَ: نَعَمْ، فَأَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ..."[3]، فاستعان

(1) غاية الوصول في شرح لب الأصول: لزكريا الأنصاري، 114/1.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الحدود، باب: هل يقول الإمام لِلْمُقِرِّ: لَعَلَّكَ لَمَسْتَ أَوْ غَمَزْتَ، رقم: 6824، وصحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، رقم: 1692.

(3) صحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، رقم: 1695.

رسول الله ﷺ بكل الوسائل المُمْكِنَة، والمُمَكِنَّة من الكشف عن حال المكلف، إلى أقصى ما يمكن، حتى بلغ حدَّ التوسل بالتجريب والفحص المختبري الطبي بالاسْتَنْكَاه، ومع ذلك ما زال يستنطق، أَزَنَيْتَ؟ قال: نعم، فانزَّل عليه الحكم.

ج/ الاستعانة بالخبراء

باتت الاستعانة بالخبراء واعتماد التقارير في الكشف عن حال المكلف، وتشخيص الأحوال الخاصة، ضرورة ملحة تساعد في تنزيل الحكم الشرعي على المحل، وهي من الوسائل التي تعصم المجتهد والمفتي من الزلل في التنظير، والقاضي في التنزيل.

وقد قضت سنن الله الكونية أن "من الأشياء ما هو ضار في حق شخص، نافع في حق شخص آخر، لاختلاف الطباع، والطبيب الحاذق يعرف ذلك، فيبني الأمر على قوله، والله تعالى هو العالم بمصالح الأوقات، وهو الرؤوف بعباده"[1]، وهذا سبيل المجتهدين الراشدين، وهو من كريم عناية الله بخلقه وكمال رحمته بعباده أن سخر لهم من الأسباب الموصلة والوسائل والممكنات ما يتوسل به إليه، قال تعالى: ﴿فَسْـَٔلْ بِهِۦ خَبِيرًا﴾ [الفرقان: 59]، أي خبير كان[2]، وفي أي مجال من المجالات.

ويعتبر هذا منهاج قويم في الاستكشاف والتشخيص، وقد رأينا في حضرة النبي ﷺ كما في قصة ماعز «فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ، فَلَمْ يَجِدْ مِنْهُ رِيحَ خَمْرٍ»[3]، فقيام هذا الرجل الخبير ما هو إلا علامة على توظيف الوسائل الممكنة للوقوف على الحقائق الكامنة، والحيدة عن هذا المنهاج غلط عظيم على الشريعة، والجهل به ردَّة حضاريَّة، وإبعاد للفقه عن مسيرة المواكبة، وإنَّ مما سجل للأمة عبر التأريخ؛ في تفوقها الحضاري وسبقها وريادتها في الماضي، إلا بأخذها الكتاب بقوة، ومن القوة سلامة النهج وصرامة المنهاج، "وكم يخفى على الفقيه والحاكم الحق في المسائل الكثيرة بسبب الجهل بالحساب والطب

(1) ميزان الأصول في نتائج العقول: للسمرقندي، 705/1.

(2) قال الطاهر بن عاشور: "وتنكير (خَبِيرًا) للدلالة على العموم، فلا يظن خبيرا معينا، لأن النكرة إذا تعلق بها فعل اقتضت عموما بدليل أي خبير سألته أعلمك"، التحرير والتنوير "تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد": لمحمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى : 1393هـ)، الدار التونسية للنشر – تونس، 1984هـ، 82/19.

(3) صحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، رقم: 1695.

والهندســـة، فينبغي لذوي الهمم الْعَلِيَّةِ أن لا يتركوا الاطلاع على العلوم ما أمكنهم"[1]، ولا يمكن بلوغ القصـوى في الكشـف عن الحال؛ مالم يكن للناظر نصـيب من العلوم الإنسـانيَّة والتجريبية والاجتماعيَّة والطبيَّة.

فتكشف هذه الاعتبارات ومراعاتها عن حقيقة الحال التي تلبَّس بها المكلف، وحصلت له عند قيام التكليف وممارسة الفعل الشرعي، فهي تُحَدِد ما يصلح للمكلف من التكليف بمقتضى الشرع، وتُظْهِر علاقة اعتبار الأحوال بتغيُّر الأحكام من حيث حصول المشقة، وما يترتب من مخاطر لو تنزَّل الحكم على المكلف مطلقا بعيدًا عن مراعاة هذه الأحوال.

الفرع الثاني: أثر اعتبار الأحوال على تغيُّر الأحكام

اقتضت أحوال المكلف أن تختلف وتتغاير –لاعتبارات عديدة– فترتب على اختلافها تغيُّر في تنزيل الأحكام، وهذا يظهر من خلال الآتي:

أولًا: اعتبار المشقة من حيث كونها جالبة للتَّرخص

يكون اعتبار المشقة من حيث كونها جالبة للتَّرخص؛ بحسب إلزاميَّة حصولها خارج المعتاد، وتمكنها من شروط الاعتبار الجالبة للتيسير، والرافعة للحرج عند التنزيل وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ/ إلزاميَّة حصول المشقة خارج المعتاد

عند تنزيل الحكم على المكلفين، لا بدَّ من تبعيَّة الكُلْفة، وذلك بحسب إلزاميَّة حصول المشقة، من حيث كونها جالبة للتَّرخص عند الحرج والضيق المرفوعين، لا من حيث كون المشقة معتادة وفي حدود الطاقة والاحتمال؛ لأنه "ثبت في الأصول الفقهية امتناع التكليف بما لا يُطاق، وألحق به امتناع التكليف بما فيه حرج خارج عن المعتاد"[2]، وقد ثبت ذلك بالأدلة التي "بلغت مبلغ القطع"[3]، من ناحيتين: من حيث كونها كليَّات نصيَّة قطعية الدلالة والثبوت، ومن حيث كونها مستقرأة في جزئيات الشريعة.

ويعرف امتناع التكليف بما لا يطاق باستقراء فروع الشريعة وجزئياتها، بل نجد "الإجماع على عدم وقوعه وجودًا في التكليف، وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه، ولو

(1) الفروق: للقرافي، 11/4.

(2) الموافقات: للشاطبي، 155/1.

(3) المصدر السابق، 520/1.

كان واقعا لحصل في الشريعة التناقض"[1]، فلم يقصده الشارع، ولم يقع في الخارج، ولو وقع لتناقضت الشريعة.

فيؤدي التكليف بما لا يطاق إلى هدم مقاصد الشريعة، ذلك "إن مقصود الشارع من مشروعيَّة الرخصة، الرفق بالمكلف عن تحمل المشاق، فالأخذ بها مطلقا موافقة لقصده"[2]، من التشريع وهو التكليف بمقتضاها.

ولما كانت الضرورات تزال، والمشقات تجلب التيسير، فإنَّ تركها مناقضة لمقاصد الشريعة، "فإن الشارع لم يقصد إلى التكاليف بالمشاق الإعنات فيه"[3]، بل قصد التيسير ورفع الحرج "ولو كان الشارع قاصدا للمشقة في التكليف، لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف"[4]، ولا تيسير، ولا إزالة ضرر، ولا رفع خطر.

ويبين الإمام الشاطبي منهاجًا سديدًا في الرخص، عندما يتساءل عن "الإباحة المنسوبة إلى الرخصة؛ هل هي من قبيل الإباحة بمعنى رفع الحرج، أم من قبيل الإباحة بمعنى التخيير بين الفعل والترك؟

فالذي يظهر من نصوص الرخص أنه بمعنى رفع الحرج، لا بالمعنى الآخر، وذلك ظاهر في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ﴾ [البقرة: 173]، وقوله: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ غَيۡرَ مُتَجَانِفٖ لِّإِثۡمٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [المائدة: 3]؛ فلم يذكر في ذلك أن له الفعل والترك، وإنما ذكر أن التناول في حال الاضطرار يرفع الإثم"[5]، والحرج؛ لأن العزيمة تكون حينئذ غير مقدور عليها.

ويستدل على ذلك بأن الجمهور أو الجميع يقولون: من لم يتكلم بكلمة الكفر مع الإكراه مأجور وفي أعلى الدرجات، والتخيير ينافي ترجيح أحد الطرفين على الآخر[6]، إذ رفع الحرج

(1) المصدر السابق، 212/2.
(2) المصدر السابق، 521/1.
(3) المصدر السابق، 210/2.
(4) المصدر السابق نفسه.
(5) المصدر السابق، 490/1.
(6) المصدر السابق، 492/1.

لا يستلزم التخيير[1]، وإنما يلزم من رفع الإثم؛ التخفيف، وإن أتى المكلف بالعزيمة وتحمل ما فيها من مشقة فإنما يأتي بها على جهةٍ غير لازمة.

ب/ مراعاة المشقات الميسرات

إذا كانت الضرورات رافعات، فإن من الضرورة أن تكون المشقات ميسرات، وأقصد بها المشقات الحقيقية الموجبة للتيسير لا المشقات المتوهمة، وهي على ضربين:

الضرب الأول: المشقة الملازمة للمكلف عند أداء العبادة، وهي مشقة لا تنفك العبادة عنها كمشقة الوضوء والغسل في شِدَّةِ السَّبَرَاتِ يَعْنِي الشَّدَائِدَ[2]، وكمشقة إقامة الصلاة في الحر والبرد، ولا سيما صلاة الفجر، وكمشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار، وكمشقة الحج التي لا انفكاك عنها غالبا، فهذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها؛ لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات[3]، في العاجل والآجل.

الضرب الثاني: مشقة تنفك عنها العبادات غالبا، وهي أنواع، من حيث النظر إلى وقوعها عند التكليف بمقتضى الشرع:

النوع الأول: ما يترتب على اعتبارها فوات ضرورة من الضروريات الخمس أو حفظها، وهي: مشقة عظيمة فادحة كمشقة الخوف على النفوس والأطراف ومنافع الأطراف فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص؛ لأن حفظ المهج والأطراف لإقامة مصالح الدارين أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات ثم تفوت أمثالها[4]، فهي موجبة للترخص، لأن الرخصة؛ "ما شرع لعذر شاق، استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه"[5]، فالترخص في الضروريات فقط، والرخصة استثناء جزئي من أصل كلي، والحاجيات والكماليات كليَّات، والمترخص يقتصر على موضع مقدَّر يرفع الاضطرار،

(1) المصدر السابق، 493/1.

(2) أمالي ابن بشران: لأبي القاسم عبد الملك بن محمد بن عبد الله بن بشْران بن محمد بن بشْران بن مهران البغدادي (المتوفى: 430هـ)، تحقيق: أحمد بن سليمان، دار الوطن للنشر، الرياض، ط/1، 1420هـ- 1999م، رقم: 1383، 220/2.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 9/2 – 10.

(4) المصدر السابق، 10/2.

(5) الموافقات: للشاطبي، 466/1.

وتسدّ الحاجة ويزيل الضرر فإذا زال امتنعت الرخصة، في حين إتيان الحاجيات لا يشترط فيه الحاجة إلى الترخص.

النوع الثاني: ما تعلقت بالكماليات والمتحسنات، وهي المشقة الخفيفة، كأدنى وجع في إصبع أو أدنى صداع أو سوء مزاج خفيف، فهذا لا لفتة إليه ولا تعريج عليه؛ لأن تحصيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المشقة التي لا يؤبه لها[1]، وهي تطاق في الغالب، ولا يترتب عليها تغيُّر في تنزيل الحكم.

النوع الثالث: ما تعلقت بإتيان الحاجيات، كمشاق واقعة بين هاتين المشقتين، وهي مختلفة في الخفة والشدة، فما دنا منها من المشقة العليا أوجب التخفيف، وما دنا منها من المشقة الدنيا لم يوجب التخفيف، وقد توسط مشاق بين الرتبتين بحيث لا تدنو من أحدهما فقد يتوقف فيها[2]، إلى حين يتبين حد الاقتراب، فتلحق بما اقتربت منه، وما يترتب عليها من أحكام تبقى على ما هي عليه ويستصحب فيها الأصل، والله أعلم.

وإن كانت المشقة يسيرة فإن المعيار فيها أنه "لا يجوز تفويت مصالح العبادات مع عظمها وشرفها بمثل هذه المشاق مع خفتها وسهولة تحملها، بل تحمل هذه المشاق لا وزن له في تحصيل مصالح العبادات؛ لأن مصالح العبادات باقية أبد الآبدين ودهر الداهرين مع ما يبتنى عليها من رضا رب العالمين، ولذلك كان اجتناب الترخص في معظم هذه المشاق أولى؛ لأن تحمل المشاق فيها أعظم أجرا من تعاطيه بغير مشقة؛ لما ذكرناه من فضل تحمل المشاق؛ لأجل الله"[3]، وتغليبا لجانب العزائم، وهذا الرأي مبناه على التصنيف المنهاجي بين العبادات والمعاملات، وقد استطاع العز بن عبدالسلام ربطه بتحقق مصالح العبادات ما أمكن، وتحصيل الممكن في مقاصد المعاملات، وما يتعلق بها من المشقات.

وتعتبر هذه المشقات لا في العبادات وحدها ولا في المعاملات وحدها، بل فيهما معا، قال العز بن عبدالسلام: "ولا تختص المشاق بالعبادات بل تجري في المعاملات"[4]، لهذا

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 10/2.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق، 17/2.

(4) المصدر السابق، 11/2

تكلم الفقهاء على الغرر اليسير والفاحش، والتغيُّر اليسير والفاحش في المعاوضات والتبرعات، بحسب ما يمكن تحمله من المشاق، وما لا يمكن تحمله.

وقد قسَّم الفقهاء المشقَّات في المعاملات إلى ثلاثة أصناف، نظرًا لاعتبار اللزوم وعدمه منها[1]:

الأول: ما يلزم ولا يمكن الفكاك عنه، وهو ما يعسر اجتنابه كبيع الفستق والبندق والرمان والبطيخ في قشورها فيعفى عنه، وسائر الأطعمة المعلَّبة والمغلفة، التي يكفي فيها الوصف بحسب قائمة المكونات المبينة في غلافها الموافقة لمعايير الجودة في التصنيع، المأذون بها في البلد المصنِّع.

الثاني: مالا يلزم ويمكن الانفكاك عنه، وهو ما لا يعسر اجتنابه فلا يعفى عنه، كبيع الجزاف وذلك لتطور آلات الوزن.

الثالث: ما توسط بين اللزوم وعدمه وهو ما يقع بين الرتبتين وفيه اختلاف، منهم من يلحقه بما عظمت مشقته، لارتفاعه عما خفت مشقته، ومنهم من يلحقه بما خفت مشقته لانحطاطه عما عظمت مشقته، إلا أنه تارة يعظم الغرر فيه فلا يعفى عنه على الأصح كبيع الجوز الأخضر في قشرته، وتارة يخف العسر فيه لمسيس الحاجة إلى بيعه فيكون الأصح جوازه كبيع الباقلاء الأخضر في قشرته، وبيع سائر القطاني.

ويحمل معيار المشقة اليسيرة "في المعاملات على الأقل تحصيلا لمقاصد المعاملات ومصالحها، فإن الحمل على الأعلى يؤدي في السَّلم إلى عزة الوجود، وهي مبطلة للسِّلم، والحمل في الصفات المشروطة في البيوع على الأعلى يؤدي إلى كثرة التنازع والاختلاف، والحمل على ما بينهما لا ضابط له، ولا وقوف عليه فتعذر تجويزه؛ لعدم الاطلاع عليه"[2]، وهذا معيار سديد في تحمل المشقات الصغرى وإهدارها في العبادات والمعاملات، شريطة ألا تؤدي إلى ارتكاب المحرمات كأكل الربا أو ادعاء الضرورة المسقطة للتكليف.

فتحمل مشقة المعاملات على الأقل تحصيلا والعبادات على الأعلى تحصيلا والمعيار بينهما المصلحة العاجلة والآجلة.

---

(1) المصدر السابق نفسه، بتصرف.

(2) المصدر السابق، 17/2.

ج/ شروط اعتبار المشقة ترفع الحرج عند التنزيل

لابد من تحقق شروط عند النظر في أحوال المكلفين وتنزيل الأحكام عليها، واعتبار قاعدة رفع الحرج فيما يعرض للمجتهد النوازلي من نوازل وواقعات، من هذه الشروط[1]:

– أن يكون الحرج حقيقيًا، وهو ما له سبب معين واقع؛ كالمرض والسفر، أو ما تحقق بوجوده مشقة خارجة عن المعتاد، ومن ثمَّ فلا اعتبار بالحرج التوهم، وهو الذي لم يوجد السبب المرخص لأجله؛ إذ لا يصح أن يبني حكمًا على سبب لم يوجد بعد، كما أن الظنون والتقديرات غير المحققة راجعة إلى قسم التوهمات.

– ألا يعارض نصًا؛ لأن "المشقة والحرج، إنما يعتبران في موضع لا نص فيه، وأما مع النص بخلافه فلا"[2].

– أن يكون الحرج عامًا، قال ابن العربي –رحمه الله–: "إذا كان الحرج في نازلة عامًّا في الناس فإنه يسقط، وإذا كان خاصًا لم يُعْتَبَر عندنا، وفي بعض أصول الشافعي اعتباره، وذلك يُعْرَض في مسائل الخلاف"[3].

ويعتبر من عموم الحرج؛ مراعاة الأحكام الداخلة في التقديرات الشرعيَّة، بحيث يقتضي عدم اعتبارها خرم مقاصد الشريعة، وهي تابعة لخطاب الوضع أو الحكم الوضعي السبب والشرط والمانع، وزاد القرافي التقديرات الشرعيَّة، والمراد بها "إعْطَاءُ الْمَوْجُودِ حُكْمَ الْمَعْدُومِ كَالْمَاءِ في حَقِّ الْمَرِيضِ الْخَائِفِ وَعَكْسُهُ كَالْمَقْتُولِ يُورَثُ عنه الدِّيَةُ وَإِنَّمَا تَجِبُ بِمَوْتِهِ وَلَا يُورَثُ عنه إلَّا إذَا دَخَلَتْ في مِلْكِهِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ لَا يَمْلِكُ فَيُقَدِّرُ دُخُولَهَا في مِلْكِهِ قبل مَوْتِهِ حتى يَنْتَقِلَ لِوَارِثِهِ فَقَدَّرْنَا الْمَعْدُومَ مَوْجُودًا لِلضَّرُورَةِ، وقال ابن التِّلِمْسَانِيِّ الْحُكْمُ التَّقْدِيرِيُّ يَنْقَسِمُ إلَى تَقْدِيرِ صِفَةٍ شَرْعِيَّةٍ في الْمَحَلِّ يَظْهَرُ أَثَرُهَا كَتَقْدِيرِ مِلْكِ النِّكَاحِ وَالْيَمِينِ وَإِلَى تَقْدِيرِ أَعْيَانٍ مَحْسُوسَةٍ كَتَقْدِيرِ الدَّرَاهِمِ في الذِّمَّةِ"[4]، فيقدر وجود الماء بعدم وجوده لضرورة حفظ النفس

---

(1) ضوابط الفتيا في النوازل المعاصرة: الدكتور مسفر بن علي القحطاني، https://ketabpedia.com ص:38 – 39، تحديث: 2021/2/12م، 10:34:56.

(2)الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1، 1419هـ– 1999م، ص: 83.

(3) أحكام القرآن: لابن العربي، 310/3، والموافقات: للشاطبي، 273/2.

(4) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 250/1.

من الهلاك في حق المريض، ويقدر وجود ملك الديَّة قبل الموت لضرورة حفظ المال للورثة في حق المقتول.

وعليه؛ "فَيُقَدَّرُ ذَلِكَ الْعَدَمُ فِي حُكْمِ الْمُرْتَفِعِ لَا لِأَنَّا نَرْفَعُهُ بَلْ نُعْطِيهِ الْآنَ حُكْمَ الِارْتِفَاعِ، وَكَذَلِكَ تُقَدَّرُ مِلْكُ الدِّيَةِ فِي قَتْلِ الْخَطَأِ مِنْ قَبْلِ الْمَوْتِ بِالزَّمَنِ لِيَصِحَّ الْإِرْثُ خَاصَّةً وَهَذِهِ التَّقَادِيرُ كَثِيرَةٌ فِي الشَّرِيعَةِ... وَأَنَّهُ لَا يَخْلُو بَابٌ مِنْ أَبْوَابِ الْفِقْهِ عَنْ التَّقْدِيرِ، وَهَذِهِ الْفُرُوعُ كُلُّهَا تَقْتَضِي الْفَرْقَ بَيْنَ قَاعِدَةِ ارْتِفَاعِ الْوَاقِعِ، وَبَيْنَ قَاعِدَةِ تَقْدِيرِ ارْتِفَاعِ الْوَاقِعِ، وَأَنَّ الْأَوَّلَ مُسْتَحِيلٌ مُطْلَقًا، وَالثَّانِيَ مُمْكِنٌ مُطْلَقًا وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ"[1]، كل هذه التقديرات جائز دخولها على الأحكام الشرعيَّة لكن تقديرها بعد الوقوع وليس قبل إذ هناك فرق.

ويلاحظ مما سبق: أن هذه الشروط بمثابة المعايير الضامنة لبلوغ التكليف مبلغه من تحقيق مصالح المكلفين، وحفظ الدين، فكما أنه اعتبار كل حرج موجب لتغيُّر الأحكام دون ضابط؛ لا يبقي عصمة للدين، فإنه في المقابل لو هلك المتدين لما عبد الله سبحانه فوق الأرض أبدا، ومن هنا كانت علاقة المشقة بعموم البلوى أن كلًا منها جالب للتيسير.

ثانيًا: اعتبار عموم البلوى

يعدُّ اعتبار عموم البلوى عند التنزيل من المبادئ المؤطرة لفقه التيسير، والأسباب الجالبة لليسر، ومراعاتها هو من الاهتمام والاعتناء بشأن المكلفين، ورفعها سبب من أسباب التخفيف والتيسير ورفع الحرج، وتحصيل السعادة في الدارين.

ويقصد بعموم البلوى "شمول التكليف لجميع المكلفين، أو أكثرهم عملا"[2]، بحيث تفيد العلم ولا تقبل الآحاد فيما تعم به البلوى علما أي اعتقادًا[3]، فلابد من الشمول والاستغراق لجميع المكلفين أو لأكثرهم، وعملا شموليًّا يفيد التواتر.

(1) الفروق: للقرافي، 29/2.

(2) أصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الآمل: للإمام المحدث محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، (المتوفى: 1182هـ)، تحقيق: القاضي: حسين بن أحمد السياغي والعلامة الدكتور: حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط/2، 1408هـ- 1988م، ص: 109.

(3) المصدر السابق نفسه، بتصرف.

ويعدَّ عموم البلوى من مراتب الإجماع السكوتي، وذلك "أن يكون فيما تعم به البلوى فكون ذلك إجماعا أقوى مما قبله وأظهر في الحجية، لأن انتشار ذلك الحكم مع عموم البلوى به يقتضي علمهم بذلك الحكم وموافقتهم فيه، وإلا لزم تطابقهم على ترك إنكاره"[1].

ويستدل بعموم البلوى بما يدل على الإباحة ورفع الجناح، وعدم المؤاخذة، في العبادات والمعاملات ومحاسن الأخلاق والعادات والآداب من ذلك:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٖۚ مِّن قَبۡلِ صَلَوٰةِ ٱلۡفَجۡرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعۡدِ صَلَوٰةِ ٱلۡعِشَآءِۚ ثَلَٰثُ عَوۡرَٰتٖ لَّكُمۡۚ لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ وَلَا عَلَيۡهِمۡ جُنَاحُۢ بَعۡدَهُنَّۚ طَوَّٰفُونَ عَلَيۡكُم بَعۡضُكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلۡأٓيَٰتِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ﴾ [النور: 58].

قال ابن العربي: المسألة التاسعة: قوله: ﴿طَوَّٰفُونَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [النور: 58]، أي مترددون عليكم في الخدمة، وما لا غنى بكم عنه منهم؛ فسقط الحرج عن ذلك، وزال المانع، كما قال ﷺ في الهرة حين أصغى لها الإناء: «إنها من الطوافين عليكم أو الطوافات»[2]، وذلك مسقط لحكم سؤرها في مباشرتها النجاسة، وحملها أبدًا على الطهارة، إلا أن يرى في فمها أذى[3]، على رأي الإمام مالك.

وقال ﷺ: «إنها ليست بنجس، إنها من الطوافين عليكم والطوافات»[4]، ولما كان دفع الطواف شاقٌّ؛ ناسبه أن يكون الحكم بالطهارة.

وتأتي جملة «إنها من الطوافين عليكم والطوافات» مستأنفة فيها معنى العلة إشارة إلى أن علة الحكم بعدم نجاسة الهرة هي الضرورة الناشئة من كثرة دورانها في البيوت،

(1) إجمال الإصابة في أقوال الصحابة: لخليل بن كيكلدي العلائي، تحقيق: د. محمد سليمان الأشقر، جمعية إحياء التراث الإسلامي– الكويت، ط/1، 1407هـ، ص: 32 – 33.

(2) موطأ: للإمام مالك، كتاب: وقوت الصلاة، باب: وقوت الصلاة، رقم: 46.

(3) أحكام القرآن: لابن العربي، 417/3، قال الإمام مالك: "لا بأس به، إلا أن يرى على فمها نجاسة" ينظر: الموطأ: للإمام مالك، كتاب: وقوت الصلاة، باب: وقوت الصلاة، رقم: 46.

(4) سنن ابي داود، كتاب: الطهارة، باب: سؤر الهرة، رقم: 75، وسنن الترمذي، كتاب: الطهارة، أبواب: سؤر الهرة، رقم: 92، وسنن النسائي، كتاب: الطهارة، باب: سؤر الهرة، رقم: 68، كتاب: الطهارة، باب: الوضوء بسؤر الهرة، والرخصة في ذلك، رقم: 367.

ودخولها فيه، بحيث يصـــعب صـــون الأواني عنها، والمعنى أنها تطوف عليكم في منازلكم ومساكنكم فتمسحونها بأبدانكم وثيابكم، ولو كانت نجسة لأمرتكم بالمجانبة عنها[1]، ولشق ذلك عليكم، لعدم قدرتكم على مجانبته من جهة؛ مع مســـيس الحاجة إليه من جهة أخرى، فلزم أن تعمَّ به البلوى.

ومن ذلك قول ابن قدامة: "أكثر أهل العلم يرون العفو عن يسير الدم والقيح"[2]، لعموم الابتلاء به.

ويقال كذلك في طين الشوارع وما يختلط به من نجاسات، لمن ابتلي به بحيث يجيء ويذهب في أيام الأوحال، لعدم انفكاك الطرق من النجاسة غالبا مع عسر الاحتراز[3]، فيعبر عن عموم البلوى بصريح الابتلاء، أو بالعفو أو التفاهة أو الضرورة أو عسر الانفكاك ومشقة الاحتراز، واستثنى الشرع الحكيم من ذلك؛ الشهادة على الهديَّة، والاستئذان للدخول، "لوجود القرائن التي تنوب مناب العدول مع عموم البلوى في ذلك، ودعوى الضرورة إليه فلو كان أحدنا لا يدخل بيت صديقه حتى يأتي بعدلين يشهدان له بإذنه له في ذلك، أو لا يبعث بهديته إلا مع عدلين لشق ذلك على الناس، ولا غرو في الاستثناء من القواعد لأجل الضرورات"[4]، وسائر الأدلة العامة والقواعد الكليَّة لو حملت على عمومها لأدى ذلك إلى الضيق والحرج الشديدين.

وتكون البلوى في المعاملات كذلك، منها كثير الغرر يبطل العقود، ويسيره معفو عنه فيها إذ لا يمكن تسليمها منه[5]، لعموم البلوى، "نفي الغرر إنما يطلب تَكْمِيلًا ورفعا لما عسى أن يقع من نزاع، فهو من الأمور الْمُكَمِّلَةِ، وَالتَّكْمِيلَاتِ إذا أفضى اعتبارها إلى إبطال الْمُكَمِّلَاتِ سقطت جملة؛ تحصيلا للمهم –حسبما تبين في الأصول– فوجب أن يسامح في بعض أنواع الغرر التي لا ينفك عنها، إذ يشق طلب الانفكاك عنها، فسومح المكلف بيسير الغرر، لضيق

(1) عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته: لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، دار الكتب العلمية– بيروت، ط/2، 1415هـ، باب: الوضوء بسؤر الكلب هل يجوز أم لا، 99/1.

(2) المغني: لابن قدامة، 760/1.

(3) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 498/2.

(4) الفروق: للقرافي، 29/1 – 30.

(5) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 371/3.

الاحتراز مع تفاهة ما يحصل من الغرر، ولم يسامح في كثيره إذ ليس في محل الضرورة، ولعظيم ما يترتب عليه من الخطر[1]، وعليه فالأليق بالمعاملات الماليَّة أن يعبر بالتوازن بين العسر واليسر، لأن تحقيق العدل عسير.

قال العز بن عبد السلام: "الشرع قد فرق في الأعذار بين غالبها ونادرها، فعفا عن غالبها لما في اجتنابه من المشقة الغالبة، وآخذ بنادرها؛ لانتفاء المشقة الغالبة، فإنا نفرق بين دم البراغيث والبثرات، وبين غيرهما من النجاسات النادرات، وكذلك نفرق بين فضلة الاستجمار لغلبة الابتلاء بها، وبين غيرها من النجاسات"[2]، فلمَّا كانت من العفو لعموم الابتلاء ولغلبته؛ ناسب أن يكون الحكم مرفوعًا.

وعليه؛ يعتبر عموم البلوى من المعاني السامية والمقاصد العاليَّة في إثبات مرونة الشريعة وسعتها، والمعيار في تعلقها بحاجة العامة، وتوجيه الأحكام إلى الترخص والتخفيف، وذلك على خلاف الأصل.

ولذلك تعتبر الأحوال العامة؛ أحد الضمانات العاصمة من الزلل في تنزيل الأحكام وفق مقاصد الشرعية، وإذا ثبت تلازميَّة معرفة أحوال المكلفين، وتنزيل الأحكام؛ فإنه لا محالة أن الأحكام تتغيَّر بتغيُّر تلك الأحول، وكذلك بحسب وطأة المشقة؛ من حيث كونها جالبة للتَّرخص، ولهذا كان معرفتها ضرورة من ضرورات النظر في الشريعة قبل تنزيلها في الواقع.

المطلب الثاني: اعتبار العرف والعادة وعلاقتهما بتغيُّر الأحكام

لقد شملت الشريعة الأزمان والأوطان، ووسِعَت الإنسان أينما كان وكيفما كان، بكل أعرافه وعاداته وأحواله، فكما لا يخرج شمولها له حال كونه فردًا أو مجموعًا، كذلك لا يخرج حكم من أحكامها يحتاج إليه في كل مراحل حياته، ولا يستقل عن تنظيمها ورعايتها.

ويعدُّ من سعة الشريعة ومرونتها؛ مجيئها بعمومات وإجمالات، قابلة للدخول تحتها بالعديد من الأدلة المرعيَّة والمعتبرة شرعًا، والمرشدة إلى إعمالها في كل جديد ومستجد من أعراف الناس وعاداتهم، وهذا هو المراد بالحديث عن العرف والعادة وعلاقتهما بتغيُّر الأحكام.

---

(1) الاعْتِصَام: للشاطبي، 54/3 – 55.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 3/2.

الفرع الأول: اعتبار العرف والعادة

ويشمل هذا الفرع حقيقة العرف والعادة من خلال المحاور الآتية:

أولًا: المراد بالعرف والعادة والعلاقة بينهما

أ/ المراد بالعرف والعادة

– **المراد بالعرف لغةً:** للعرف في اللغة معان كثيرة، بحسب الاستعمال وموارد السياق وأكتفي هنا بذكر أهم ما له علاقة بموضوع الدراسة.

جاء في مقاييس اللغة: العين والرَّاء والفاء أصلان صحيحان، يَدُلُّ أحدهما على تتابع الشَّيْءِ مُتَّصِلًا بعضه ببعض، والآخر على السُّكُونِ وَالطُّمَأْنِينَةِ[1]، وكل أصل يفيد معنىً خاصًا في هذه الدراسة، فالتتابع شرط العرف، والسُّكُونِ وَالطُّمَأْنِينَةِ شرط ثان لإعمال العرف إذ العرف لابد أن يستقر. وورد في لسان العرب: أن العُرْفُ والعَارِفَة والمَعرُوفُ وَاحِدٌ: ضِدُّ النُّكْرِ، وهو كلُّ ما تعرفه النَّفْسُ من الخير وتَبْسَأُ به وتطمئنّ إليه[2]، وهذه المعاني اللغويَّة تشمل قيودا مهمة في التعريف الاصطلاحي، كالاستمرار والجريان، والاستقرار والإلف، وأنه مستحسن وليس مستنكر.

– **المراد بالعُرف اصطلاحاَ:** العرف في الاصطلاح هو "ما استقرّ في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[3]، وأستخلص من هذا التعريف عدة عناصر؛ منها أنه عام في الأقوال والأفعال، ومستمد ذلك من قوله: "ما"، وأن دليله عقلي، وأنه حاصل بالجريان والاستمرار حتى استقر واشتهر، وذلك دليل القصديَّة، كما أنه لا يحصل بالندرة والقلة والصدفة، ويكون فيما استحسن بالطبع بحيث لا يدخل فيه ما استقبح، وما تنكره الطباع السليمة، ليخرج من ذلك العرف الفاسد.

ويقترح عمر الجيدي إضافة قيد؛ ليكن التعريف بهذه الصيغة: ما استقرّ في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، بشرط ألا يخالف نصًا شرعيًّا،

---

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، باب العين والراء وما يثلثهما، مادة: ع ر ف.

(2) لسان العرب: لابن منظور، باب: الفاء، فصل: العين المهملة.

(3) خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار: لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قُطْلُوْبَغَا السُّوْدُوْنِي الجمالي الحنفي (المتوفى: 879هـ)، تحقيق: حافظ ثناء الله الزاهدي، دار ابن حزم، ط/1، 1424هـ – 2003م، 189/1، وعرفه الجرجاني: العرف: ما استقرَّت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقَّتْه الطبائع بالقبول، كتاب التعريفات: للجرجاني، 152/1.

ويعلل هذه الإضافة بقوله: وفائدة زيادة الشرط؛ خروج العرف الفاسد؛ لأن العقل في التعريف لا يتضمن هذا الشرط بالضرورة، إذ العقل ليس مقياسا سليما لإدراك الخير والشر، فكثير من الأشياء تبدو للعقل صالحة، وهي في الواقع ليست كذلك؛ لأن الطباع السليمة ليست معصومة وإنما العصمة للشرائع"[1]، وفي هذا إشارة لطيفة إلى التحسين والتقبيح العقليين.

وقد يغلب استعمال العرف فيزيح الحقيقة الوضعيَّة والشرعيَّة، ويسمى حقيقة عرفيَّة، "وهو معنى قولِ الفقهاء: إنَّ العُرف يُقدَّمُ على اللغة عند التعارض"[2]، لغلبة الاستعمال.

وعليه؛ قال الإمام القرافي: "وينبغي أن يُعلَم أنَّ معنى العادة في اللفظ: أن يغلِبَ إطلاقُ لفظٍ واستعمالُه في معنى حتى يَصِيرَ هو المتبادِرَ من ذلك اللفظ عند الإطلاق، مع أنَّ اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقةُ العُرفيَّة"[3].

ويعتبر التبادر عن الإطلاق المعيَّار في نقل اللفظ من الوضع اللغوي إلى التواضع العرفي، والشيوع والاشتهار، وهو "أن يكون أهلُ ذلك المصر لا يفهمون عندَ الإطلاق إلَّا ذلك المعنى، لا مِن لفظِ الفقهاء بل باستعمالهم لذلك اللفظ في ذلك المعنى، فهذا هو الاشتهار المفيدُ لنقل اللفظِ من اللغة للعُرف"[4]، لأن العبرة بالاستعمال الدلالي والتداولي.

– **المراد بالعادة لغةً:** العادة من عَوَدَ: "الْعَيْنُ وَالْوَاوُ وَالدَّالُ أَصْلَانِ صَحِيحَانِ، يَدُلُّ أَحَدُهُمَا عَلَى تَثْنِيَةٍ فِي الْأَمْرِ، وَالْآخَرُ جِنْسٌ مِنَ الْخَشَبِ"[5]، والأصل الأول هو المناسب لحمل معنى العدة على الدربة، لهذا قيل: "وَالْعَادَةُ: الدُّرْبَةُ، وَالتَّمَادِي فِي شَيْءٍ حَتَّى يَصِيرَ لَهُ سَجِيَّةً"[6].

وتتقارب المعاني الواردة في لسان العرب مع بعضها، فنجد عند قوله: "والعادَةُ: الدَّيْدَنُ يُعادُ إِليه، وتَعَوَّدَ الشيءَ وعادَه وعاوَدَه مُعاوَدَةً وعِوادًا واعتادَه وَاسْتَعَادَهُ وأَعادَه أَي صَارَ عادَةً

(1) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ. د عمر جيدي، مطبعة فضالة المحمدية – المغرب، 1982م، 34/1، العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظريَّة في التشريع الإسلامي: لأحمد فهمي أبو سنة، رسالة حصل بها على الشهادة العالميَّة في الشريعة جامع الأزهر، 1941م، ط/الأزهر 1947م، ص: 9.

(2) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 221/1.

(3) المصدر السابق، 220/1.

(4) المصدر السابق، 226/1.

(5) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، كتاب: العين، والواو وما يثلثهما، مادة: العين والواو والدال.

(6) المصدر السابق نفسه.

لَهُ والمُعاوِدُ: المُواظِبُ، والمُعاوَدَةُ: الرُّجُوعُ إِلى الأَمر الأَول"[1]، كل هذه المعاني والاستعمالات راجعة إلى التكرار الذي يثمر استقرارًا في السجيَّة والطبع.

– **المراد بالعادة اصطلاحًا:** عرف الإمام القرافي العادة اصطلاحًا بقوله: "العادة غلبة معنى من المعاني على الناس"[2]، وهذا التعريف يشير إلى عادة الجمهور دون عادة الأفراد، لهذا قال: "وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق، كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى"[3]، ليشمل العادة العامَّة بالبلدان والمجتمعات والفرق والنحل والملل، دون تخصيص بالأقوال أو الأعمال، ودون اعتبار لعادة الأفراد.

وقد تصير العادة عملًا قضائيًا فتكون هي المعتبرة في بناء الأحكام، ولهذا قيل في تنقيح الفصول: "فهذه العادة يقضى بها عندنا"[4]، لغلبة الظن مالم يرد مخصص.

وقيل: هي "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"[5]، ليخرج بذلك التكرار الناشئ عن علاقة عقليَّة، كحصول السبب بحصول مسببه لعلاقة العليَّة، "لأن التكرار إذا كان ناشئًا عن علاقة عقلية، وهي التي يحكم العقل فيها بهذا لم يكن عندئذ من قبيل العادة، بل من قبيل الالتزام العقلي، وذلك كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثرة، بسبب إن المؤثر علة لا يختلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع... فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول، يقضي به العقل، وليس ناشئًا عن ميل الطبع"[6]، وهذا التعريف يخصص العادة بالعرف العملي؛ لهذا قال: "والمراد

(1) لسان العرب: لابن منظور، باب: الدال، فصل: العين المهملة.

(2) شرح تنقيح الفصول: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط/1، 1393هـ- 1973م، 448/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) التقرير والتحبير: لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي (المتوفى: 879هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط/2، 1403هـ- 1983م، 340/1.

(6) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: للشيخ د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط/2، 1416هـ- 1996م، 274/1.

العرف العملي"[1]، وهذا التخصيص لا وجه له في التعريف الذي يشمل الأمر المكرر كان قولا أو فعلًا.

ب/ العلاقة بين العرف والعادة

وقد لا يفرق بين العرف والعادة وإنما الفرق بين العوائد الشرعيَّة، وهي ما أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، فهي تابعة لدليلها، وبين العوائد الجاريَّة بين الخلق بما ليس في نفيه ولا اثباته دليل شرعي، فتكون ثابتة كوجود شهوة الطعام والشراب وغيرها، فإذا كانت أسباب لمسببات حكم بها الشرع؛ فلا إشكال في اعتبارها، والبناء عليها دائما، وقد تكون متبدلة، فهي من أسباب تبدل الأحكام، فمنها ما يكون مستبدل بالعادة من حسن إلى قبح، كغطاء الرأس لذوي المروءات قبيح في بلاد المشرق وحسن في بلاد المغرب، ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتصرف العبارة عن معنى إلى عبارة أخرى، ما يختلف في الأفعال في المعاملات ونحوها، كما إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول، أو في البيع الفلاني أن يكون بالنقد لا بالنسيئة، أو بالعكس، أو إلى أجل كذا دون غيره، واختلاف الأحكام عند اختلاف العرف والعادة؛ ليس باختلاف في أصل الخطاب الشرعي، إنما هو اختلاف في رجوع كل عادة إلى أصل شرعي يختص بها ويحكم به عليها[2].

وتكون العلاقة بينهما عموم وخصوص مطلق، فإذا كان العرف عامًا من جهة أنه يشمل الأقوال والأفعال والمجتمعات دون الأفراد، فإن العادة تشمل الأقوال والأفعال والمجتمعات والأفراد، فكل عادة عرف وليس كل عرف عادة.

ثانيًا: أدلة العرف وأقسامه، ومدى اعتباره في ضوء البحث الاجتماعي

أ/ الأدلة على اعتبار العرف وأقسامه

تقرر إعمال هذا الأصل فيما تعارف عليه كل قوم حسب أماكنهم من خلال عموم أدلة الكتاب والسنة في مواطن كثيرة منها.

- **الأدلة على اعتبار العرف:** تؤطر مبدأ اعتبار العرف مجموعة من الأدلة النصية من الكتاب والسنة ومن الإجماع.

---

(1) التقرير والتحبير: لابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت، 340/1.

(2) ينظر بتصرف: الموافقات: للشاطبي، 488/2- 489، ومقاصد الشريعة ومكارمها: لعلال الفاسي، 157.

- **الأدلة من الكتاب العزيز:** أذكر منها نماذج مثل قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233]، ومعناه: "بما يجب لمثلها على مثله، إذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالغنى والفقر، وأن منهم الموسع والمقتر وبين ذلك، فأمر كلا أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر ميسرته"(1)، ويسر أمثاله في العرف والعادة.

ومثله قوله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:241]، وهكذا كلما أطلق لفظ العرف كان سببًا من أسباب الحكم المنوط به.

- **الأدلة من السنة النبويَّة:** عن عائشة رضي الله عنها: قالت، قالت: هند أم معاوية لرسول الله ﷺ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ سِرًّا؟ قَالَ: «خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ»(2).

وجاء عن عائشة –رضي الله عنها– في قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6]، قَالَتْ: «أُنْزِلَتْ فِي وَلِيِّ الْيَتِيمِ، أَنْ يُصِيبَ مِنْ مَالِهِ، إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا، بِقَدْرِ مَالِهِ، بِالْمَعْرُوفِ»(3)، وفي السنة مشروعيَّة أخذ الناظر على الوقف بالمعروف: «... لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ...»(4).

ومما ورد فيه العرف والعادة وترتب عليه أحكام؛ ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»(5)، فأقر ما هو معروف وإن لم

---

(1) جامع البيان في تأويل القرآن: لمحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1420هـ- 2000م، 44/5.

(2) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، رقم: 2211، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، رقم: 1714.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الوصايا، باب: وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته، رقم: 2765، وصحيح مسلم، كتاب: التفسير، باب: لا يوجد، رقم: 3019.

(4) صحيح البخاري، كتاب: الوصايا، باب: الوقف كيف يكتب؟، رقم: 2772، وصحيح مسلم، كتاب: الوصية، باب: الوقف، رقم: 1632.

(5) صحيح البخاري، كتاب: السلم، باب: السلم في وزن معلوم، رقم: 2240، وصحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: السلم، رقم: 1604.

يصرح بالعرف، فأجاز بذلك بيع السلم، "وهو بيع معدوم؛ لأن الناس كانوا يتعاملون به فأقرَّهم ﷺ ونظَّم عملية التبادل ليقطع النزاع، وهذا من العرف العملي ويكون السلف جائزًا بإقرار رسول الله ﷺ بناء على العرف الموجود والعادة المتبعة بينهم"[1]، ويكون له حكم السنة التقريريَّة من حيث الحجيَّة.

- **الأدلة من الإجماع:** نُقل الإجماع على أن "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت"[2]، ولا خلاف في ذلك، وإنما "يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أو لا"[3]، إشارة إلى أن الخلاف في تغيُّر الأحكام بتغيُّرها غير مصاغ، وغير مقبول شكلًا أي من حيث المضمون.

ومما يؤيد وقوع التغيُّر في الأحكام بتغير العادة؛ قاعدة "العادة محكَّمة"[4]، وما أنيط بها من أحكام العرف، وقاعدة: "المعروف عرفا كالمشروط شرعا"[5]، أو العرف كالشرط، وعرف التجار كشرطهم، كل هذه الأدلة والقواعد مقررة مبدأ الإعمال، وأصل الاعتبار للعرف والعادة، وبوب الإمام البخاري باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم: في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة.

وهو متفق بين المذاهب، لاستناده إلى الدليل النصي، ذلك؛ "لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"[6]، أن العرف إنما صار حجة بالنص[7]، كما سبق بيانه.

حتى قال الإمام القرافي: "أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها"[8]، ومن ذلك قول النووي: "وعلى ذلك جرى الناس في الأعصار"[9]، فنجد من لم يصرح به؛ يورده في التفريع الفقهي.

---

(1) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: لمحمد صدقي آل بورنو، 273/1.

(2) الفروق: للقرافي، 176/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي، 273/1.

(5) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة: لابن نجيم، ص: 84.

(6) المبسوط: للسرخسي، 14/13.

(7) فتح القدير: لابن الهمام، 15/7.

(8) شرح تنقيح الفصول: للقرافي، 448/1.

(9) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 366/5.

قال الإمام الجويني: "المعاملات تُبنى على مقاصد الخلق، لا على صيغ الألفاظ، لا سيّما إذا عم العرف في بابٍ، فهو المتبع"[1]، عند التنزيل، لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني وإن خالف ظاهر هذه القاعدة التنظير الأصولي عند الشافعية.

وقال ابن قدامة: "إنَّ الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وَبِيَاعَاتِهِمْ على ذلك"[2]، هذه الحجيَّة كافية في تقريره كأصل مستقل أو ضمني.

- أقسام العرف:

ينقسم العرف إلى العرف الخاص والعرف العام، والعرف المشترك والعرف المستقل، ولكن أهم ما في الأقسام؛ هو العرف بحسب أسبابه، ويأتي على نوعين الأول: قولي، والثاني: عملي، وقد اقتصرت في البحث على هذا التقسيم؛ لما ليس لغيره من فائدة كبيرة.

- العرف القولي:

وهو أن يتعارف النَّاس إِطْلَاق اللَّفْظ عَلَيْهِ[3]، أي حمل كلام المتكلم على عرفه، "فتنصرف إلى وضع المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة"[4]، وحقيقتها اللُّغويَّة.

وعن هذا أثبت الفقهاء القاعدة القائلة: "الحقيقة تترك بدلالة العادة"[5]، ووضعوا المبدأ العام لتنزيل الألفاظ، فقالوا: "يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على

---

(1) نهاية المطلب في دراية المذهب: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، جدة –المملكة العربية السعودية– ط/1، 1428هـ– 2007م، 498/8.

(2) المغني: لابن قدامة، 481/3، وشرح مختصر الروضة: لسليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: 716هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1407هـ– 1987م، 212/3.

(3) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: للكفوي، 617/1.

(4) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 880/2 – 881.

(5) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، مادة: 40.

لغته وعرفه، وإن خالفا لغة العرب ولغة الشارع"[1]، فالالتزامات الجزئية تدور مع عرف قائلها لا مع العرف الشرعي أو اللغوي.

فيعتبر في صيغ المعاملات، وإطلاقات التصرفات عرف البلد؛ لأنه الأصل "المعتبر في التسمية العرف، ألا ترى أنه لو اشترى بدراهم مطلقا ينصرف إلى نقد البلد؛ للعرف فهنا في كل موضع يعتبر العرف"[2]، وكذا الهبة والهدية والوصية والنذر والوقف، "بحيث تكون الصيغ العرفيَّة في الالتزامات عللًا جعلية للأحكام تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف"[3]، في كل ما أطلق من الكلام؛ لأن المتكلم إنما قصد من ألفاظه معانيها ومقاصدها.

- العرف العملي:

وهو صرف اللفظ إلى عمل أهل البلد، وهو "أَن يطلقوا اللَّفْظ على هَذَا وعَلى ذَاك، وَلَكنهُمْ فعلوا هَذَا دون غَيره"[4]، فهو حمل القول على استعماله العملي، وعليه فالعرف العملي والقولي كلا منها يقضي على اللفظ عند إطلاقه.

ب/ اعتبار العرف والعادة في ضوء البحث الاجتماعي

تقع الكثير من النوازل وتكون في الغالب فرديَّة، فتحمل على صفة مخصوصة، وتجرى عند نزولها مخالفة للأصل في الغالب، فتحمل عند إجراء الأدلة عليها على العموم، فيطلق عليها ظاهرة –في علم الاجتماع– والظاهرة هي: "أمر ينجم بين الناس ويعمّ"[5].

ولهذا لما نُقل عن الإمام مالك قوله: "معروف أن المرأة إذا ولدت في الطريق فولدها معها يحمل في محملها، وإن لم يشترطوا ذلك في أصل الكراء"[6]، فعند معالجة هذه النَّازلة لم ينظر إليها مجردة عن محيطها الاجتماعي، وإنَّما صُبغت بصبغة مجتمعيَّة عامة، نقلتها من مجالها الخاص إلى مجال آخر عام، "وإنما ينظر في هذه الأشياء إلى ما قد استجاز الناس فيما بينهم فيحمل الخاص من أمر الناس على ما استجاز جميع الناس بينهم"[7]،

---

(1) مجموعة رسائل الإمام ابن عابدين الحنفي: للسيد أمين أفندي ابن عابدين، 231/2، بتصرف.

(2) المبسوط: للسرخسي، 69/5.

(3) العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظريَّة في التشريع الإسلامي: لأحمد فهمي أبو سنة، ص: 54.

(4) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: للكفوي، 617/1.

(5) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، باب: ظ، مادة: ظ هـ ر، رقم: 3286.

(6) المدونة: للإمام مالك، 507/3.

(7) المصدر السابق نفسه.

واستجازة الناس صفة اجتماعيَّة، تخضع في معالجتها اليوم إلى النظم المجتمعية، بوضع منظومة من القوانين واللوائح والأدوات والوسائل في كل بلد على خصوصه.

فيجري اعتبار الظاهرة الاجتماعيَّة مجرى العرف، فمثلًا عند الحديث عن اطراد العرف والعادة فإنَّ هذا الاطراد لابد له من علاقة وطيدة بالبحث الاجتماعي، "وهذا الاطراد ينبغي أن يعرف بأدلة واقعية تستند في غالبها إلى بحوث اجتماعية تعتمد طرق الإحصاء والاستقراء"[1] التام، في جمع المعلومات واستجماع بيانات الأفراد في إطار الجماعة المستهدفة، باعتبارها عيِّنة البحث والدراسة، وهي المعنيَّة بتنزيل الحكم.

ويتطلب بناء الأحكام على العرف وضمان تحقيق المقاصد، وحصول المصالح الذي يتطلع إليه المجتهد؛ إعمال المنهاج الاستقرائي الأغلبي القريب من القطع، "والذي يطالع مؤلفات الفقه يدرك أنه لم يتحدث السادة العلماء عن مسالك التحقق من هذين الشرطين إلا في النادر، وتبقى خاضعة في الغالب إلى معرفة الفقيه وظنِه، وهذا لا يستقيم مع سعي أهل المقاصد إلى تحقيق القطع أو غلبة الظن في مسائلهم؛ لذلك هنا نتساءل عن موقع علم الاجتماع بمناهجه وطرائقه في تحقيق هذه الغاية وخاصة أن الأعراف والعوائد هي فعل جماعي أي من صلب موضوع اشتغال علماء الاجتماع"[2]، ولمَّا قيل: العرف كالشرط، والعادة محكمة إنَّما يراد به استعمالات الفقهاء، واعتبارات المجتهدين في الاستنباط، وذلك بعد استجماع البيانات واستقرائها ومعالجتها احصائيًا، لتحقق من مدى صلاحيتها للاعتبار أو الإهمال في بناء الأحكام.

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف والعادة وأثرهما على تغيُّر الأحكام

يعتبر العرف والعادة من عوامل تغيُّر الأحكام، وقبل معرفة مدى صحة ذلك وإثباته؛ لا بدّ من الوقوف على شروط اعتبارهما، والتي هي:

أولًا: شروط اعتبار العرف والعادة

لم يكن اعتبار العرف والعادة في بناء الأحكام مطلقًا، بل كان بشروط نص عليها الفقهاء في مختلف المذاهب الفقهيَّة، وأدلتهما الكلية؛ وأصولها وقواعدها، أذكرها هنا بإيجاز:

(1) المناط المقاصدي والعلوم الإنسانية: د. عبد الرزاق وورقية.

(2) المصدر السابق.

- **الاطراد والغلبة:** يشترط لاعتبار العرف والعادة الاطراد والغلبة، قال السيوطي: "تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا"[1]، وزاد ابن نجيم "أو غلبت"[2]؛ لأنه إن لم تكن مستمرة في تتابعها، بحيث لا تتخلف فلا عبرة بها، ولا يضر التخلف اليسير؛ لأنها تصير غالبة فيثبت الحكم بها، "ويخرج بهذا العرف المشترك؛ لأنه لمَّا كان مشتركا كان متعارضا"[3]، فلا اعتبار به.

فيكون هذا شرط؛ قرينة في تعيين ذلك الحكم، فمثلا "في إرسال المواشي نهارا وحفظها ليلا، ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك، اعتبرت العادة في الأصح"[4]، فحكم بالعادة والعرف، وإن كان خلاف الأصل عند الشافعيَّة لعدم الاستدلال بشرع ما قبلنا، وخلاف لأصل المسألة، وهو قوله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ﴾ [الأنبياء: 78]، يقضي بإرسال المواشي نهارًا وحفظها ليلا.

قال العز بن عبدالسلام: "فصل: في الحمل على الغالب والأغلب في العادات ولذلك أمثلة، منها: أن من أتلف متقوما فإنه يلزمه ضمانه بقيمته من نقد البلد، أو من غالبه إن كان فيه نقود، أو من أغلبه إن كان فيه نقود بعضها أغلب من بعض"[5]، فلو كان في البلد الريال أو الدرهم أو الدينار أو الدولار فيحكم به للغلبة.

- **ألا يكون مخالفًا للنص:** ومخالفته للنص تكون من ناحيتين:

الأولى: مخالفة صريحة لحكم النص، ومعارضة له بالعرف، وهو الذي يقال فيه: لا اعتبار للعرف مع النص "وإنَّما العرف غير معتبر في المنصوص عليه"[6]؛ لأنه أضعف دلالة، و"لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى"[7]، فإذا عارضه قدم النص، وحكم على العرف بالفساد.

---

(1) الأشباه والنظائر: لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1411هـ- 1990م، 90/1.

(2) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لابن نجيم، ص: 81.

(3) العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظريَّة في التشريع الإسلامي: لأحمد فهمي أبو سنة، ص: 57.

(4) الأشباه والنظائر: للسيوطي، 92/1.

(5) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 142/2.

(6) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لابن نجيم، ص: 80.

(7) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 176/5.

أما في الحالة الثانية: من حيث الاستعمال كأن يرد النص بلفظ مشترك فيحمل على معنى، ويستعمل في عرف الناس بمعنى آخر، فيقدم الاستعمال العرفي على الورود الشرعي، وهذا لا يعتبر معارضة أو مناقضة، وإنما تأويل وترجيح.

فهو مما لم ينص عليه، وما لم ينص عليه رسول الله ﷺ فهو محمول على عادات الناس؛ لأنها أي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه، لقوله ﷺ «ما رآه المسلمون حسنا»[1]؛ لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص"[2]، إجماع يشترك فيه العامة والخاصة من حيث استمرارهم في العمل به، والرضا بمقتضاه، حتى صار سجيَّة وطبعًا وعادة.

وما قيل في العرف يقال في العادة: "تحرم الفتيا بغير عادة البلد، ومن أفتى بذلك كان خارقًا للإجماع، وقوله متى تغيَّرت العوائد تغيَّرت الأحكام بإجماع المسلمين وحرمت الفتيا بالأول، وقوله إذا جاء رجل يسأل عن مسألة وعرف بلد المفتي بخُلْفٍ مع بلد المستفتي فإنَّ حمل المستفتي على عرف بلد المفتي حرام، وذلك يحرم على الحاكم أن يلتزم قضية في بلده عرف بلد آخر"[3]، إجماعًا.

ونقل عن الشافعي "أن ما كان مستخرجا من أصل فهو ملحق به؛ لأنه تبع له"[4]، فيكون كالنص، أو بمنزلة السنة التقريريَّة، لذلك لَّما روي عن أبي يوسف "أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه"[5] للعادة؛ لأن النص مبني عليها فلما تبدلت تبدل الحكم.

وأجيب عليه: بأن تقريره ﷺ إياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه، فلا يتغيَّر بالعرف؛ لأن العرف لا يعارض النص[6]، في هذه الحالة، وإنما يجمع بينهما، وذلك من باب إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما، لاعتبار أن العرف دليلًا.

---

(1) مسند الإمام أحمد، مسند عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه– رقم: 3600.

(2) شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمَام الحنفي (المتوفى: 861هـ)، على الهامش شرح بداية المبتدي: شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني (المتوفى: 593هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 1423هـ – 2003م، 15/7.

(3) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 467/8.

(4) شرح فتح القدير: لكمال الدين بن الهمام، 15/7.

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) المصدر السابق نفسه.

– **أن يكون موجودًا وقت إنشاء التصرف:** فلو كان العرف مهجورًا، أو عادة تغيَّرت، أو لم يكن قبل حصول التصرف، أو حصل متساويا مع حصوله فإنه لا يعتبر، ولا يحمل عليه إلا ما كان مستمرا فلو انقطع، أو حدث متأخرا فلا اعتبار، واعتباره يخالف قوله ﷺ: «حدثوا الناس بما يعرفون»[1]؛ لأنه وقد يؤول إلى مفاسد لا يحمد عقباها، كما في قوله – ﷺ: «أتحبون أن يكذب الله ورسوله»[2]، أو كما قال عبد الله بن مسعود –رضي الله عنه– : «مَا أَنْتَ بِمُحَدِّثٍ قَوْمًا حَدِيثًا لَا تَبْلُغُهُ عُقُولُهُمْ، إِلَّا كَانَ لِبَعْضِهِمْ فِتْنَةً»[3]، فالجمود على المنقولات والأعراف المهجورة، وحمل الناس عليها؛ فتنة لهم.

لهذا يشترط في العرف أن يكون حاضرًا، كما نقل في المعيار المعرب: "تحرم الفتيا بغير العادة الحاضرة"[4]، أو ما يسمى بالمقارن السابق.

وقال ابن نجيم: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر؛ ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ فلذا اعتبر في المعاملات"[5]، وكذلك العرف الذي تحمل عليه الأفعال والممارسات، فيحمل على هذا سائر التصرفات المالية العامة فتخصص، والمطلقة فتقيد، وعلى هذا الشرط يترتب شرط آخر، وهو كونه ملزمًا.

– **أن يكون ملزمًا في نظر الناس:** أي يلزم حمل تصرفات الناس وأقوالهم على العرف ما دام قائمًا، مثل "العادة في هدية العرس والولائم للثواب غير أنهم يختلفون في القيام ومن علم أن مثله لا يطلب لم يكن له قيام ولا لورثته"[6]، وقد روى اللخمي عن أهل إقليمه أنهم اعتادوا العوض عن الهدايا التي تقدم في الولائم والأفراح، ولكنه لا يكتفى بهذا العرف في القضاء به، بل لابد مع هذا من أن يكون المهدى ممن يطالب بالعوض، وهل هذا إلا لأن العرف الأول لم تتوفر فيه صفة الإلزام فلم يصلح للقضاء به، بل لابد من أمر يجعله ملزمًا

(1) صحيح البخاري، كتاب: العلم، باب: من خص بالعلم قوما دون قوم، كراهية أن لا يفهموا، رقم: 127.

(2) صحيح البخاري، كتاب: العلم، باب: من خص بالعلم قوما دون قوم، كراهية أن لا يفهموا، رقم: 127.

(3) صحيح مسلم، مقدمة الإمام مسلم –رحمه الله– باب: النهي عن الحديث بكل ما سمع، رقم: 5.

(4) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 467/8.

(5) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لابن نجيم، ص: 101.

(6) الذخيرة: للقرافي، 276/6.

وهو مطالبة أمثال المهدِي بالعوض[1]، فيكون في الأول الاباحة لعدم توفر شرط الإلزام، والثاني تمليك على شرط الثواب والعوض، فهو عرف لازم والمهدَى ملزم لدفع العوض.

أما ما يقدم على سبيل غير الالزام كأن يتعارف الناس على التهادي في الأفراح والمناسبات للقربات وللمكافأت وكسب الود وتقوية العلاقات، وما يقدمه التجار من المجاملات قصد الذبِّ عن أموالهم، دون قصد إلى عوض، وما يقدمه الجار لجاره والصديق لصديقه، والقادم من سفره لأهله وجيرانه، فلا عوض عليه ولا يرد بمثل ولا بقيمته.

– **أن لا يعارض تصريحا بخلافه:** أي لا يعارض تصريحًا بخلافه؛ من شرط، أو العرف مخالف لمضمونه قولًا أو عملًا، ولا يخالف المقصد والغاية، فإن خالف فلا عبرة به، لأن "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد؛ صح"[2]، فإن خالف؛ حُكِم عليه بالفساد. وحتى يحكم به ويعتبر في بناء الأحكام عليه؛ لا بد من مراعاة هذه الشروط، وإلا فلا اعتبار بما تخلف عن شرط من شروطه.

ثانيًا: أثر العرف والعادة على تغيُّر الأحكام

لمَّا كانت الأعرف تختلف والعادات تتبدل والإنسان تحدث له حاجات تستدعي انتقاله بين المواقع والأمكنة، فمن رام فهما وتنزيلا للأحكام لابد له من معرفة نص الكتاب والسنة، وواقع المنزَّل عليهم، قال تعالى: ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوۡمِهِۦ لِيُبَيِّنَ لَهُمۡۖ﴾ [إبراهيم: 4]، وهذا نص مؤسس لقاعدة اعتبار العرف والعادة للقوم المكلفين به، ذلك أن القصد من الشريعة الإفهام والتبيين، ولا يحصل ذلك إلا بالوقوف على المعهود الأول حال تنزيل النص، و"أنه لا بد في فهم الشريعة من اتِّبَاعِ معهود الْأُمِّيِّينَ، وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر، فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثم عرف، فلا يَصِحُّ أَنْ يُجْرَى في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب"[3]، كما أنه جاري في الأفعال، لعلاقة التلازم بين القول والفعل المنجيَّة من النفاق.

(1) العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظريَّة في التشريع الإسلامي: لأحمد فهمي أبو سنة، ص: 66.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 186/2.

(3) الموافقات: للشاطبي، 131/2.

ولذلك يعتبر العرف هو المعيار المعول عليه في تحديد معنى الكلمات أكثر من استعمال القرآن للكلمة في معنى معين[1]، سواء كان قوليًّا أم فعليًّا.

ويحمل غالبًا كل ما ورد في الشرع إلى المعروف أنه غير مقدر، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف في الشرع، أو إلى ما يتعارفه الناس[2]، لأنه متعلق الحكم ومناطه.

وإذا كانت الأعراف والعادات في ذاتها معيار التوسط في الأمور الواقعة بين الإفراط والتفريط، والإسراف والتقتير، فلا بد من تغيُّر الحكم المتعلق بها؛ ورده إلى التوسط، ذلك أن "مَقْصِدَ الشَّارِعِ مِنَ الْمُكَلَّفِ الْحَمْلُ عَلَى التَّوَسُّطِ مِنْ غَيْرِ إِفْرَاطٍ وَلَا تَفْرِيطٍ، فَإِذَا خَرَجَ عَنْ ذَلِكَ فِي الْمُسْتَفْتِين، خَرَجَ عَنْ قَصْدِ الشَّارِعِ، وَلِذَلِكَ كَانَ مَا خَرَجَ عَنِ الْمَذْهَبِ الْوَسَطِ مَذْمُومًا عِنْدَ الْعُلَمَاءِ الرَّاسِخِينَ"[3]، وخارجا عن القسطاس المستقيم، وبعيدا عن مقصد رب العالمين.

فإذا جرت الأحكام وحملت على التوسط في الأمور كلها فقد أصابت مقصدا أو آلت إليه، و"إِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْحَمْلَ عَلَى التَّوَسُّطِ هُوَ الْمُوَافِقُ لِقَصْدِ الشَّارِعِ، وَهُوَ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ السَّلَفُ الصَّالِحُ؛ فَلْيَنْظُرِ الْمُقَلِّدُ أَيُّ مَذْهَبٍ كَانَ أَجْرَى عَلَى هَذَا الطَّرِيقِ، فَهُوَ أَخْلَقُ بالاتِّباع وَأَوْلَى بِالِاعْتِبَارِ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَذَاهِبُ كُلُّهَا طُرُقًا إِلَى اللَّهِ، وَلَكِنَّ التَّرْجِيحَ فِيهَا لَا بُدَّ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِنَ اتِّبَاعِ الْهَوَى كَمَا تَقَدَّمَ، وَأَقْرَبُ إِلَى تَحَرِّي قَصْدِ الشَّارِعِ فِي مَسَائِلِ الِاجْتِهَادِ"[4].

ذلك لأن "التَّوَسُّطُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ، وَقَدْ يُعْرَفُ بِالْعَوَائِدِ، وَمَا يَشْهَدُ بِهِ مُعْظَمُ الْعُقَلَاءِ كَمَا في الإسراف والإقتار في النفقات"[5]، والكرم والبخل والأعطيات.

فيعرف بالعرف والعادة الخيط الفاصل بين التشدد والتسهيل، "فَإِذَا لَمْ يَكُنْ هَذَا وَلَا ذَاكَ رَأَيْتَ التَّوَسُّطَ لَائِحًا، وَمَسْلَكَ الِاعْتِدَالِ وَاضِحًا، وَهُوَ الْأَصْلُ الَّذِي يُرْجَعُ إِلَيْهِ وَالْمَعْقِلُ الَّذِي يُلْجَأُ إِلَيْهِ"[6]، لأنه العدل الذي جاءت به الشريعة التي هي عدل كلها.

---

(1) الأَصْلُ: لمحمد بن الحسن الشيباني، 232/1.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 71/1.

(3) الموافقات: للشاطبي، 276/5.

(4) المصدر السابق، 280/5.

(5) المصدر السابق، 287/2.

(6) المصدر السابق، 286/2.

ويعدُّ اعتبار العرف والعادة ميزان التوسط، فلا يقتصر على زمان دون زمان، ولا مكان دون مكان، ولا حال دون حال، "فإِذَا رَأَيْتَ فِي النَّقْلِ مِنَ الْمُعْتَبِرِينَ فِي الدِّينِ مَنْ مَالَ عَنِ التَّوَسُّطِ، فَاعْلَمْ أَنَّ ذَلِكَ مُرَاعَاةً مِنْهُ لِطَرَفٍ وَاقِعٍ أَوْ متوقع في الجهة الأخرى"[1]، حالا أو مآلا.

ويعد كلا من العرف والعادة منهاجًا؛ تقع الفتوى على وفقه، ويحمل المستفتي عليه، لأنه بمثابة القانون، "وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام"[2]، وإليه تُرَدَّ جميع الأحكام المتغيّرة مهما تغيَّر أو تبدل.

فإن تجدد العرف تجددت الفتوى وإن تغيَّر تغيرت، ولذلك قيل: "فمهما تجدد في العرف شيء فاعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طولَ عمرك، بل إذا جاءك رجلٌ من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تُجْرِهِ على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجْرِهِ عليه وأفْتِهِ به،... والجمودُ على المنقولات أبدًا ضلالٌ في الدين وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"[3]، فكما تغيَّرت عادة تغيرت الفتوى؛ فإنَّ انتقال المستفتي انتقالا مكانيًّا دون تغيُّر العادة؛ لا يكفي لتغيُّر الفتوى، "فلو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلَدٍ آخر، عوائدُهم على خلافِ عادةِ البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادةِ بلدهم، ولم نعتبر عادةَ البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قَدِمَ علينا أحدٌ من بلدِ عادَتُه مُضَادَّةٌ للبلد الذي نحن فيه لم نُفتِه إلَّا بعادةِ بلدِه دون عادةِ بلدنا"[4]؛ لأن العبرة في تنزيل الحكم عرف المستفتي وعادته.

وإنما وقع التغيُّر؛ لما كانت الأحكام مبنيَّة على الأعراف العوائد، فاقتضت اعتبار أحكام أخرى ملائمة لها كلما تغيرت تلك الأعراف والعوائد، "بَلْ الْمُجْتَهِدُ فِيهِ يَنْتَقِلُ لَهُ الِاجْتِهَادُ لِاخْتِلَافِ الْأَسْبَابِ"[5]، فيثمر ذلك الانتقال حكما جديدا بحسب ما يحصل من الأسباب.

وقد وضع الإمام القرافي إشكالًا حقيقيًّا، لتحديد مدى تغيُّر الأحكام بتغيُّر العرف والعادة، فقال: "ما الصحيحُ في هذه الأحكامِ الواقعةِ في مذهبِ الشافعي ومالكٍ وغيرِهما، المرتَّبةِ على العوائدِ والعُرفِ اللَّذينِ كانا حاصلينِ حالةَ جزمِ العلماء بهذه الأحكام؟ فهل إذا

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) الفروق: للقرافي، 176/1.

(3) المصدر السابق، 176/1 – 177.

(4) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 219/1

(5) الفروق: للقرافي، 179/4.

تغيَّرتْ تلك العوائد، وصارت العوائدُ تَدُلُّ على ضِدّ ما كانت تدلُّ عليه أولًا، فهل تَبْطُلُ هذه الفتاوى المسطورةُ في كتب الفقهاء ويُفتَى بما تقتضيه العوائد المتجدِّدة؟ أو يقال: نحن مُقلِّدون، وما لنا إحداثُ شرعٍ لعدَمِ أهليتنا للاجتهاد، فنُفتِي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟"[1]، وعليه؛ إلى أي حد يمكن القول بتغيُّر الأحكام المترتبة على العرف والعادة؟

وأجاب عليه بدقة وعمق وإجمال وإيجاز، فقال: "إنَّ إجراءَ الأحكام التي مُدْرَكُها العوائدُ مع تغيُّرِ تلك العوائد: خلافُ الإجماع وجهالةٌ في الدّين، بل كلُّ ما هو في الشريعةِ يَتْبَعُ العوائدَ: يَتغيَّرُ الحكمُ فيه عند تغيُّرِ العادةِ إلى ما تقتضيه العادَةُ المتجدِّدةُ، وليس هذا تجديدًا للاجتهاد من المقلِّدين حتى يُشترَطَ فيه أهليةُ الاجتهاد، بل هذه قاعدةٌ اجتهدَ فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نَتْبَعُهم فيها من غيرِ استئنافِ اجتهاد"[2]، وإنما غاية ما يمكن لنا فعله هو اتباع للمنهاج واستمداد القاعدة الكليَّة، وتنزيلها على الوقائع الجزئية، والمستجدات المعاصرة.

أما ما يخص التنزيل الفروعي للأحكام على الحوادث المتجددة والمتغيِّرة، فلا شك أنها تستدعي أحكاما جديدة تبعًا للتَّجدد العرفي، أو لتغيُّر العوائد في كل عصر ومصر، "وهذا محض الفقه، ومَنْ أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عُرْفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضلَّ وأضل، وكانت جنايته على الدين أعْظَمَ من جناية من طَبَّبَ الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضَرُّ على أديان الناس وأبدانهم"[3]؛ لأنه من غير المناسب حمل المكلف على فروع الشريعة دون مراعاة ذلك التغيُّر.

قال الونشريسي: "ولا شك أن أحكام الأقضية والفتاوي تتبع عوائد الأزمان وعرف أهلها"[4]، وأكثر الأحكام المناطة بالعرف هي أحكام المعاملات.

---

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 218/1.

(2) المصدر السابق، 218/1 – 219.

(3) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 53/1

(4) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 467/8.

من أجل ذلك؛ كان المراد بنقد البلد عند الشافعية: "ما يتعامل به أهلها غالبا نقدًا كان أو عرضًا، لدلالة القرينة العرفيَّة عليه"[1]، وفي حالة إجرائها مطلقة على وجه الخصوص، "ألا تَرى أنهم أجمعوا على أنَّ المعاملات إذا أُطلِقَ فيها الثَّمَنُ يُحمَلُ على غالب النقود، فإذا كانت العادةُ نقدًا معيَّنًا حمَلْنا الإطلاقَ عليه، فإذا انتقلتْ العادةُ إلى غيرِه عيَّنًا ما انتقلتْ العادَةُ إليه، وأَلغينا الأوَّلَ، لانتقالِ العادة عنه، وكذلك الإطلاقُ في الوصايا والأَيمانِ وجميعِ أبواب الفقه المحمولة على العوائد، إذا تغيَّرتْ العادةُ تغيَّرتْ الأحكامُ في تلك الأبواب"[2]؛ لأنها مبنيَّة عليها، فتتغيَّر بتغيُّرها، وهذا ليس على مستوى الفروع الفقهيَّة، والمسائل التطبيقيَّة، وإنما يتعداها إلى المسالك الإجرائيَّة على مستوى المنهاج.

وكذا يقال في غلبة الرواج بين أهل البلد الواحد، فإن لتعارفهم الجاري به العمل في السوق؛ سلطة تقيِّد كل معاملة مطلقة عن القيود النصيَّة، وتسد الفراغ الإجرائي الذي تقتضيه العقود على كل ما يختص بالنقود عند التنزيل في الواقع.

يتضح مما سبق: أنَّ هناك لوازم منهجيَّة مترتبة على العرف والعادة، تجعلها سببًا مؤثرًا على مستوى أعلى في التصرفات وانتقالات في الولايات السُلط، فإن عرف هذا فعموم الولايات وخصوصها، وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حدٌّ في الشرع، فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر، وبالعكس، وقد يكون في بعض الأزمنة والأمكنة قاصرا على الأحكام الشرعيَّة فقط، فيستفاد من ولاية القضاء في كل قطر ما جرت به العادة، واقتضاه العرف، وهذا هو التحقيق في هذه المسألة[3]، ويرجع ذلك إلى الخصوصيَّة التنظيميَّة التي تتمتع بها كل بلد على حدة، وفق منتظم عرفي بعيدًا عن المؤثرات والمرجعيات.

وأصبح هذا الأمر في عصرنا أكثر تنظيمًا، إذ الولايات غلب عليها النظام المؤسسي المستقل، وكلما تقدم بنا الزمان رأينا كثيرا من الهيئات الساعية نحو العمل الجاد والاستقلاليَّة

(1) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357هـ- 1983م، 315/5.

(2) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 219/1

(3) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لابن قيم الجوزية، 627/2، ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: لأبي الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى: 844هـ)، دار الفكر، 11/1.

التامة، حتى صارت المطالبة بالاستقلال الشامل الكامل مطلبًا شعبيًّا، واستراتيجية لدى بعض القوى المدنيَّة. وبهذا يكون لتغيُّر الأحكام المناطة بالعرف والعادة؛ حالتين:

الحالة الأولى: يكون الحكم ابتداء تابعًا للعرف والعادة تغيُّرا واستقرارا وانتقالًا.

الحالة الثانية: تحمل الأحكام المطلقة على التقيد بالعرف والعادة ولا تنصرف إلا إليهما، ويكون مناط التغيُّر هو في حمل المطلق على المقيَّد عرفًا وعادةً.

إذا كانت الأعراف والعادات في ذاتها معيار التوسط في الأمور الواقعة والحوادث المستجدة؛ فلا بد من تغيُّر الأحكام المتعلق بها؛ بردها إلى التوسط العاصم لها من التأرجح بين الإفراط والتفريط.

ولمّا كانت دراسة الأسباب يترتب عليها وجود التغيُّر والاستدلال عليه وبيان أثره في تنزيل الحكم الشرعي؛ رأيت من المناسب أن ألحقها بالشروط والضوابط.

الفصل الثاني:
شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام وضوابطها

تمهيد:

لا تؤخذ نظريَّة تغيُّر الأحكام أخذا أوليًا، ولا يمكن اعتبارها في التنظير الأصولي والتفريع الفقهي التنزيلي دون مراعاة مجموعة من المحددات والتقييدات؛ لإحكام فهمها وتأصيلها وتنزيلها، ولا ينبغي ذلك لا يكون إلا وفق مجموعة الشروط والضوابط، ولهذا ارتأيت أن أقدمها على الأركان نظرًا لأهميتها في واقع العملية الاجتهادية التي ركبها المتساهلون دون اعتبار الشروط والضوابط التي يجب الأخذ بها عند استنباط والتهمم بها عند تنزيل الحكم الشرعي في محله اللائق به، وكون الشروط والضوابط خارجة على ماهية التغيُّر فهي مقدمة على غيرها.

أضف إلى ذلك أن الأركان أشد وثوقا واتصالا بالقسم التطبيقي، فهي تندرج في صلب النظريَّة وماهيتها، ولهذا سيكون الحديث في هذا الفصل عن الشروط والضوابط.

وقد جاء الكلام عن الشروط الأصليَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام الواردة في سياق سلطة النص؛ كألا يكون محل النظر معلومًا عند المكلفين بالضرورة، وألا يكون مورد التغيُّر في مواقع النصوص الوضحة الدلالة والثبوت.

ولم أغفل عن إيراد شروط تبعيَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام، وذلك كاشتراط ألا يكون التغيُّر في مواطن الإجماع سواء من حيث مراعاة الحجيَّة، أم من حيث اعتبار مراعاة المكانة.

أما ما جاء بخصوص ضوابط نظريَّة تغيُّر الأحكام، فمنها ما له صلة باعتبار النظر الكلي والجزئي، وتلازمية الكليات والجزئيات معا، وفهمها وتنزيلها في ضوء النظر الأصولي والتفعيل المقاصدي، أو تلازميتها بموجب اعتبار النظر الكلي والجزئي في الحكم التكليفي، والواجب الكفائي.

وقد اعتبارت مراعاة مختلف التصرفات النبوية ضوابط عملية في نظريَّة تغيُّر الأحكام، فتمثلة مجملها في مقامات التنزيل للنص والتفسير العملي في المقام البلاغي والرسالي أو الإرشادي أو التأديبي أو مقام القضاء والإمامة عند تنزيل الحكم المتغيِّر في الواقع .

المبحث الأول: شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام

تبين لي من خلال ما قمت به من استقراء أن شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام تأتي حسب متعلقها على نوعين:

النوع الأول: متعلق بسياق سلطة النص، كأن لا يكون المجتهَد فيه معلوم من الدين بالضرورة، ومراعاة قاعدة لا اجتهاد مع النص.

النوع الثاني: متعلق بسياق سلطة الإجماع، وذلك مثل مراعاة قاعدة لا اجتهاد في مواطن الإجماع، وكلا النوعين يعود إلى النص أصالةً أو تبعًا.

المطلب الأول: شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام في سياق سلطة النص

كلما لاح لناظر تغيُّرٌ يلزم إعادة النظر في الأحكام الشرعيَّة وتجديد الاجتهاد التنزيلي تبعًا لمقتضى فهم جديد، وتبصُّر يظنه سديد وعمل غلب عليه أنه رشيد، فإنَّ ذلك لا يكون إلا وفق شروط، ولا يمكن للمعني بعمليَّة التنظير أن يهجم ويلج دون اعتبار لها، فكل ما خرج عن الشروط؛ حقه الاهمال والإبطال، ولذلك قيل: كل شيء أفتى فيه المجتهد فخرجت فتياه فيه على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص أو القياس الجلي السالم عن المعارض الراجح، لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى، وإن كان الإمام المجتهد غير عاص به بل مثابا عليه؛ لأنه بذل جهده على حسب ما أمر به[1]، فعلى هذا يجب على أهل العصر تَفَقُّدُ مذاهبِهم[2]؛ لأن تجديد النظر المنضبط واجب، ووقوع الخطأ وارد على بني آدم، فإن بان خطأ المقلد فلا يجوز نقله للناس؛ لأن في نقله فتنة لهم عن دين الله، وعليه يلزم تفقد النظر في المسائل والفتاوى ونقض الأقضية، وبيان ما إذا كانت خارجة عن الأصول والقواعد، ولا يكون ذلك إلا وفق شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام، وهي ما ستتضح في الفروع الآتية:

---

(1) إشارة إلى الحديث الذي روي عن عمرو بن العاص، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»، صحيح البخاري، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم: 7352، وصحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم: 1716.

(2) الفروق: للقرافي، 109/2.

الفرع الأول: ألا يكون المجتهَد فيه معلومًا من الدين بالضرورة

يطلق المعلوم من الدين بالضرورة في الشرع ويراد به "ما لزم نفس المكلف لزوما لا يمكنه الخروج عنه"[1]، من حيث وجوب الامتثال كوجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج.

ويأتي المعلوم بالضرورة على خلاف ما هو عند المناطقة "المعلوم من الدين بالضرورة ليس معناها استقلال العقل بالإدراك بلا دليل؛ لأن أحكام الشرع... لا تعرف إلا بدليل سمعي"[2]، أي كما يقول الإمام ابن السبكي: "ترتب الذم عاجلًا، والعقاب آجلًا شرعي"[3]، وإنما نسبة إدراك العقل للحكم الشرعي نسبة إضافية، فنقول معلوم من الدين بالضرورة بالنسبة لغيره، ويحصل العلم به من وجوه متعددة منها:

– من كل ما هو معروف بحيث يستوي العلم به لدى سائر الأمة من شؤون دينها، قال الطاهر بن عاشور: والمراد بالمعروف ما هو مقرر من شؤون الدين بعدة أمور، منها: كونه معروفًا للأمة كلها، وهو ما يعلم من الدين بالضرورة، فيستوي في العلم بكونه من الدين سائر الأمة[4]، فيكون المعلوم بالضروة ما يفيد القطع.

– ما نقل عن تواتر، قال القاضي عياض: "نقل المتواتر موجب للعلم الضروري"[5].

قال الدسوقي: "(قوله: علم من الدين ضرورة) أي علم ضرورة حالة كونه من الدين، أي عَلِمَ علمًا يشبه العلم الضروري في معرفة العام والخاص له؛ لأن أحكام الدين نظرية في الأصل لا ضرورية"[6]، وذلك لمَّا كانت معرفته عن الخاصة والعامة؛ حصلت بذلك الضرورة.

---

(1) شرح الكوكب المنير: لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: 972هـ)، تحقيق: أ.د محمد الزحيلي، وأ.د نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط/1، 1418هـ- 1993م، 67/1.

(2) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: 1250هـ)، دار الكتب العلمية، 238/2.

(3) جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي، ص: 13.

(4) التحرير والتنوير: للطاهر بن عاشور، 281/17.

(5) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (المتوفى: 544هـ)، تحقيق: ابن تاويت الطنجي، وآخرون، مطبعة فضالة – المحمدية، المغرب، ط/1، 1984م، 56/1.

(6) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 303/4.

ومن أمثلة ذلك قولهم: "النجاسة تزول بالماء حسًا وشرعًا، وذلك معلوم بالضرورة من الدين بالنص والإجماع[1]، أي واستفاد العلم بكونه ضروري من طريق النص والإجماع.

ومنه المتواتر سواء كان تواترًا نصيًّا أم معنويًّا: حيث "المتواتر المعنوي الحاصل من مشاهدة عموم الصحابة عملًا من النبي ﷺ فيحصل لهم علم بتشريع في ذلك يستوي فيه جميع المشاهدين، وإلى هذا الحال يرجع قسمُ المعلوم من الدين بالضرورة"[2]، فيفضي إلى القطع، وهو الأمر الذي سعى الشاطبي إلى إثباته بالاستقراء ليس لمجرد الوجوب، بل للقطعيَّة.

قد يعبَّر به عن نوع خاص من الإجماع بأنه معلوم من الدين بالضرورة، وذلك "باعتبار ما طرأ له بعد من الشهرة، وإن كان في الأصل نظريًّا"[3] لا ضروريًّا مستفادًا من الأدلة السمعية، لا المدركات العقلية.

مثل "ما هو من خواصه ﷺ عموم البعثة لكافة الثقلين الجن والإنس، وذلك مجمع عليه معلوم من الدين بالضرورة"[4].

وقوله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾ [البقرة: 143]، يستدل الأصوليون بهذه الآية على حجيَّة الإجماع الأصولي المعبَّر عنه باتفاق مجتهدي الأمة.

قال الطاهر ابن عاشور: "والحق عندي أن الآية صريحة في أن الوصف المذكور فيها مدح للأمة كلها لا لخصوص علمائها فلا معنى للاحتجاج بها من هاته الجهة على حجية الإجماع الذي هو من أحوال بعض الأمة لا من أحوال جميعها، فالوجه أن الآية دالة على حجية إجماع جميع الأمة فيما طريقه النقل للشريعة، وهو المعبر عنه بالتواتر وبما علم من الدين بالضرورة، وهو اتفاق المسلمين على نسبة قول أو فعل أو صفة للنبي ﷺ مما هو تشريع مؤصل أو بيان مجمل،... وهذا هو الذي قالوا بكفر جاحد المجمع عليه منه، وهو

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 176/3.

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 63/3.

(3) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: للعطار، 238/2.

(4) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: 1270هـ)، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية– بيروت– لبنان، ط/1، 1415 هـ، 388/4.

الذي اعتبر فيه أبو بكر الباقلاني وفاق العوام، واعتبر فيه غيره عدد التواتر، وهو الذي يُصف... بأنه مقدم على الأدلة كلها"[1]، لبلوغه مرتبة القطع، "وما كان معلوما بالاضطرار من دين الإسلام امتنع أن يكون باطلًا، مع كون الرسول رسول الله حقًا، فمن قدح في ذلك وادعي أن الرسول لم يجيء به، كان قوله معلوم الفساد بالضرورة من دين المسلمين"[2]، ولا عذر لمنكر له ولا لجاهل.

والحال أنه "ليس كون الشيء معلوما بالضرورة من الدين له حكم الإجماع"[3]؛ لأن حصول ضرورة "المعلوم بالضرورة الدينية، إنما نشأ عن ظهور كونه من الدين ظهور اشتراك في معرفة كونه منه الخاصة والعامة"[4]، وحصل به وفاق العوام فكان ضرورة.

وعليه؛ لمَّا اجتمع فيه وفاق العوام، وحصول التواتر النقلي والمعنوي كان مقدمًا على الأدلة كلها، وهو مشترك بين القطعيات التي لا مسوغ للاجتهاد فيها، والإجماع الأصولي الذي لا يجوز خرقه بحال.

ولكي نميِّز الخيط الرفيع بين القطعي والإجماع والمعلوم بالضرورة، لابد من معرفة أن القطعي من حيث إنه منصوص عليه نصا قطعيًا لا يعلمه إلا الخاصة، والإجماع: قد يكون فيما فيه نص، أو فيما لا نص فيه، وهو حاصل بإجماع الخاصة، في حين المعلوم من الدين بالضرورة: منصوص عليه نصا قطعيًا ويعلمه الخاصة والعامة، فلا يمكن دفعه ولا رفعه لتمكنه في النفوس.

ولنضرب مثلًا لذلك بمسألة المساواة في الإرث بين الذكر والأنثى التي تعتبر رائجة أفرزها عصر ما يسمى بمرحلة "ما بعد الحداثة"، وفيه إخضاع القيم للسوق، الذي يعتبر هو مصدر القيم بحسب قانون تلك المرحلة.

فتعتبر مسألة الإرث من القضايا المعلومة من الدين بالضرورة، والثابتة بالنصوص القطعيَّة متنًا ودلالة، ولا تحتمل، ولا تقبل إلا قراءة واحدة لمن يفهم اللغة العربية وقواعدها،

---

(1) التحرير والتنوير: للطاهر بن عاشور، 19/2.

(2) درء تعارض العقل والنقل: لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، تحقيق: محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط/2، 1411هـ- 1991م، 195/1.

(3) التقرير والتحبير: لابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت، 113/3.

(4) المصدر السابق نفسه.

وأصول الفقه وقواعده، وهي بذلك غير قابلة للمناقشة والاجتهاد أصلا، فضلا عن التغيير والتبديل[1]، ليس فيها زيادة على ما قررته الشريعة –الكتاب والسنة والإجماع– ولا اجتهاد.

ويلاحظ أن حال الناظر فيها، كحال من قال الله تعالى فيهم: ﴿وَإِذَا تُتْلَىٰ عَلَيْهِمْ ءَايَاتُنَا بَيِّنَٰتٍ قَالَ ٱلَّذِينَ لَا يَرْجُونَ لِقَآءَنَا ٱئْتِ بِقُرْءَانٍ غَيْرِ هَٰذَآ أَوْ بَدِّلْهُ ۚ قُلْ مَا يَكُونُ لِيٓ أَنْ أُبَدِّلَهُۥ مِن تِلْقَآيِ نَفْسِىٓ ۖ إِنْ أَتَّبِعُ إِلَّا مَا يُوحَىٰٓ إِلَىَّ ۖ إِنِّىٓ أَخَافُ إِنْ عَصَيْتُ رَبِّى عَذَابَ يَوْمٍ عَظِيمٍ﴾ [يونس: 15]، فهذه الآية تؤسس لقاعدة تشريعيَّة أصوليَّة عظيمة، لا يريد البعض الاعتراف بها، والإذعان لها، وهي أن ما جاء به القرآن من شرائع، وما نص عليه من فرائض وأحكام، لا حق لأحد في تبديلها أو تعديلها تحت أي مبرر، مهما أوتي من علم ونفوذ، أو مكانة وجاه عند الله، حتى الرسول ﷺ لا يستطيع تبديلها أو تغييرها من تلقاء نفسه، ويأمره الله بإعلان ذلك للناس، ليعي الجميع[2] مسؤوليَّته بعد حصول العلم بمقتضاها، فهي خلاف المجمع عليه، لصيرورة العلم بها ضرورة إلى ما لا تخفى على العامة والخاصة ومن له أقل عقل والحد الأدنى من الفطرة.

وبهذا يكون من اعتقد في شيء من المجمع عليه المشترك في معرفته الخاصة والعامة خلاف ما انعقد الإجماع عليه بأنه صار بخلافه جاحدًا لما قطع به من دين الرسول ﷺ فصار كالجاحد لصدق الرسول ﷺ[3].

لذلك سبق أن قال القرافي: وجحد المجمع عليه المعلوم من الدين بالضرورة كفر إن كان جحد بعد علمه فيكون تكذيبا، وإلا فهو جهل وذلك الجهل معصية؛ لأنه مطلوب بإزالة مثل هذا الجهل على وجه الوجوب، وحينئذ فلا يكفي الاقتصار على اشتراط شهرة ذلك الأمر من الدين، بل لا بد –مع اشتهار ذلك– من وصول ذلك إلى هذا الشخص وعلمه به[4]، ومتى كان هذا الأمر مشروطًا بحصول العلم به بعد وصوله، صار حينئذ أمر نظري وليس ضروري.

---

(1) دعوى المساواة في الإرث: للعلامة محمد التأويل، إعداد: أ.د امحمد العمراوي، مطبعة آنفو برانت، الليدو– فاس، ص: 67.

(2) المرجع السابق، ص: 68.

(3) التقرير والتحبير: لابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت، 113/3.

(4) الفروق: للقرافي، 183/3.

فيعدُّ هذا هو المقصود الذي لا يدخله التغيُّر، ولا يقبل الاجتهاد، ولا يخضع للتحرر، فهو المشترك الأدنى بين الخاصة والعامة، فيجب حفظه بماء العين، أما المسلك الشخصي ومنهاج الأشخاص –فردًا فردًا– في حصول العلم الضروري لهم، فهو كالآتي:

المسلك الشخصي:

يعد المسلك الشخصي مسلكًا إضافيًّا وذلك من حيث النظر فيه بالنسبة إلى الشخص الواحد كونه ضروريًا أو ليس ضروريًّا، وهنا إشكالية إضافية حول صيرورة خبر الواحد معلوم من الدين بالضرورة.

فما يحصل من خبر الواحد، وما تقويه أو تتفرد به القرائن وحدها، فيفيد العلم الضروري، فذاك ضرب خاص من ضروب القطع، يغلب عليه المسلك الشخصي، ويتعدى إلى أن يصمد أمام سلطة المناقضة والمعارضة، فلا تتنازعه حجج النُّظار، ولا تتعاوره التغيُّرات.

قال ابن تيمية –رحمه الله–: "تنازع الناس في أن خبر الواحد هل يجوز أن يقترن به من القرائن والضمائم ما يفيد معه العلم، ولا ريب أن المحققين من كل طائفة على أن خبر الواحد والاثنين والثلاثة قد يقترن به من القرائن ما يحصل معه العلم الضروري بخبر المخبر، بل القرائن وحدها قد تفيد العلم الضروري، كما يعرف الرجل رضاء الرجل، وغضبه، وحبه، وبغضه، وفرحه، وحزنه، وغير ذلك، ممّا في نفسه بأمور تظهر على وجهه قد لا يمكنه التعبير عنها، كما قال تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَآءُ لَأَرَيْنَٰكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُم بِسِيمَٰهُمْ﴾ [محمد: 30]، ثم قال: ﴿وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِى لَحْنِ ٱلْقَوْلِ﴾ [محمد: 30]، فأقسم أنه لا بد أن يعرف المنافقين في لحن القول، وعلق معرفتهم بالسيماء على المشيئة، لأن ظهور ما في نفس الإنسان من كلامه، أبين من ظهوره على صفحات وجهه"[1]، فالمعرفة الضروريَّة قد تحصل للرسول ﷺ كونه مسددًا بالوحي، أما ما سواه فقد يحصل له ذلك العلم الضروري لكنه بالقوة، أما في الخارج فظن غالب لا يصل إلى حد القطع حتى يكون علما ضروريًّا.

(1) شرح العقيدة الأصفهانية: لتقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، تحقيق: محمد بن رياض الأحمد، المكتبة العصرية– بيروت، ط/1، 1425هـ، 141/1.

ولو كان ذلك كذلك لصار الناس إلى الفوضى واختلال في النظام، أما ما قد يحصل بالفراسة، فإن التعميم والقول بقطعيَّته يؤول إلى انتشار الوهم، وضروب الهلوسة بين الناس، باعتقادهم العلم الضروري الحاصل لهم برؤية السمات، ولأخذ الناس بالظواهر، ناهيك أن يكون هذا المسلك قد دخله التنازع، فلا يبقى له أحقيَّة الثبات أمام حركة الاجتهاد وآليات التغيُّر.

الفرع الثاني: مراعاة قاعدة لا اجتهاد مع النص

يعبَّر عن مفهوم هذه القاعدة وهذا المبدأ عند الأصوليين بفساد الاعتبار وهو "بأن يخالف الدليل نصًا من كتاب أو سنة أو إجماعا"[1]، فيصح أن يكون منطوق هذه القاعدة شرطًا لنظريَّة تغيُّر الأحكام.

وقد يطلق شرط لا اجتهاد مع النص، ويقصد به "إذا عمل بأحد القياسين صار ذلك العمل لازمًا لم يجز نقض ذلك العمل إلا بدليل فوقه، وهو أن يظهر نص بخلافه فحينئذ يتبين به أن العمل كان باطلًا"[2]، فيجب نقض العمل بالاجتهاد الأول والعمل بالاجتهاد الثاني، وإذا عمل بذلك لم يجز نقضه إلا بدليل فوقه، وهذه الفوقيَّة هي التنصيص الشرعي.

أما الاجتهاد المماثل ففي ذلك نظر، وله إشكاله المنهاجي الخاص، وهو هل ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟

وأما الاجتهاد المراد به في هذا الوضع، والزمان "فإنَّه إذا وجد نص بخلافه ينتقض ما عمله بالاجتهاد؛ لأن النص المقتضي لبطلانه كان موجودًا وقت اجتهاده فيبطل ما عمله باجتهاده؛ لأن شرط الاجتهاد –وهو عدم النص– لم يكن موجودًا وقت عمله بالاجتهاد، والتقصير إنما وقع منه حيث لم يطلب النص حق الطلب"[3]، فيبطل الاجتهاد بوجوده.

وعليه؛ إنْ تقرر "صحة الاجتهاد عند عدم النص"[4]، فإن فساده ومنع جريان العمل به؛ لا يكون إلا مع وجود النص حقا، فإذا وجد النص القطعي الثبوت والدلالة؛ بطل الاجتهاد،

---

(1) البدر الطالع في حل جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي، 292/2.

(2) الكافي شرح البزودي: للحسين بن علي بن حجاج بن علي، حسام الدين السِّغْنَاقي (المتوفى: 711 هـ)، تحقيق: فخر الدين سيد محمد قانت (رسالة دكتوراه)، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ط/1، 1422هـ- 2001م، 1381/3.

(3) المصدر السابق، 1382/3.

(4) المصدر السابق، 1381/3.

وبطل العمل به، وصح العمل بالنص من كتاب أو سنة الذي قصَّر المجتهد في طلبه والبحث عنه، وعليه فإنَّ ادعاء عدم الوجود ليس بحجة على عدم الإيجاد.

ولا يراعى اعتبار المصلحة ولا العرف ولا العادة ولا مسلك التذرع من خارج النص، "لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر"[1]، ما دام مستقلًا بدلالته على إفادة الحكم مع وجود النص.

ومما يؤثث الشروط الواردة في سياق النص؛ قاعدة: "لا اجتهاد في القطعيات"[2]، أو بلفظ آخر "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"[3]، ومثله كما قال العلامة التأويل –رحمه الله–: "القاعدة الأصولية أن الأحكام الثابتة بالنص لا تتغيَّر بتغيُّر الظروف والزمان والمكان"[4]، والاجتهاد فيها؛ ليس من الشريعة في شيء، ولا يتجاوز التَّقَوّل به على الله.

ناهيك أنه ضرب من العبث برأس مال الأمة؛ ووقتها وجهدها وطاقتها البشريَّة، وتشويش على مسيرتها الحضاريَّة، ومحاولة إرباك العقل الناشئ، بالإغراء والإغراب، بخلاف غير القطعي الثبوت والدلالة؛ فإنه لابد من إعمال الاجتهاد فيه.

ولو كان الاجتهاد بحكم الحاكم فإنه لمَّا قيل: "حكم الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا"[5]، فالمراد أنَّ الحاكم لا يقضي إلا بالظاهر، ولا ينْفُذ حكمه إلى الباطن، فعن أم سلمة –رضي الله عنها– عن النبي ﷺ أنه قال: «إنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه

(1) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لابن نجيم، 80/1.

(2) تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي: للزركشي، 563/4، والغيث الهامع شرح جمع الجوامع: لأبي زرعة، 693/1، والتحبير شرح التحرير في أصول الفقه: لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، وآخرون، مكتبة الرشد –السعودية– الرياض، ط/1، 1421هـ– 2000م، 3866/8، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران (المتوفى: 1346هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط/2، 1401هـ، 368/1.

(3) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مادة: 14.

(4) دعوى المساواة في الإرث: للعلامة التأويل، ص: 72.

(5) معالم السنن شرح سنن أبي داود: لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: 388هـ)، المطبعة العلمية –حلب، ط/1، 1351هـ– 1932م، 163/4.

شيئا، فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار»[1]، فلو تسبب المكلف في إسقاط الواجب، أو استباحة الحرام، فلا يخرج من الإثم بحكم الحاكم؛ لأن حكم الحاكم لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا.

قال الإمام الشاطبي: "فإذا تسبب المكلف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه، أو في إباحة ذلك المحرم عليه، بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر، أو المحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلةً وتحيلًا"[2]، لأن مناط حكم الحاكم ومداره إنما هو في الظاهر على كلام الخصمين لا حظ له في الباطن؛ لأنه لا يبلغه علمه، فلا ينفذ فيه حكمه، وإنما يحكم في الظاهر والباطن[3]، فصيرورة الحلال حراما والحرام حلالا لا يفيد تغيُّرًا في الحكم الأصلي، وإنما يصبح تسبب المكلف في إسقاط الحكم التكليفي عن نفسه آلية في نظريَّة التغيُّر، ووسيلة إليها.

ولكن متى ما بلغ علم القاضي والحاكم ونفذ إلى الباطن بوسيلة من وسائل النفوذ، وقرينة من القرائن، وحصل له العلم بالواقعة، فإن تلك الوسائل والقرائن لا تكون دليل إثبات أو نفي.

وبهذا يتضح أنَّه لا اعتبار لمصلحة ولا لعرف ولا لعادة ولا لمسلك تذرع من خارج النص، ما دام النص مستقلًا بدلالته في إفادة الحكم، فإن لم يستقل فلابد من الاجتهاد في النص، وللَّنص، ومع النص.

(1) صحيح مسلم، كتاب: الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم، رقم: 7168، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: الحكم بالظاهر، واللحن بالحجة، رقم: 1713.

(2) الموافقات: للشاطبي، 107/3.

(3) أحكام القرآن: لابن العربي، 139/1.

المطلب الثاني: شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام في سياق سلطة الإجماع

لمّا كان الإجماع دليلًا كليًّا مستقلًا من حيث الاستدلال والاستنباط والترتيب؛ لزم أن لا يقاطع ولا يصادم ولا يزاحم بدليل آخر اجتهادي، وقد جاء في هذا فرعان:

الفرع الأول: مراعاة قاعدة لا اجتهاد في مواطن الإجماع في سياق الحجيَّة

أولًا: المراد بالإجماع

يعرَّف الإجماع بأنه "اتِّفَاق عُلَمَاء الْعَصْر على حكم النَّازِلَة"[1]، والنَّازلة عامة في الوقائع الفقهية، أو العقدية أو غيرها، وقيل هو "اتِّفَاق عُلَمَاء الْعَصْر على حكم الْحَادِثَة"[2]، ونعني بالعلماء الْفُقَهَاء، ونعني بالحادثة؛ الْحَادِثَة الشَّرْعِيَّة[3]، وهي أخص من النازلة.

وعرفه الغزالي بأنه: "اتفاق أمة محمد ﷺ خاصة على أمر من الأمور الدينية"[4]، فهو عام في كونه حاصل باتفاق الأمة كلها، وخاص في كون انعقاده على أمر من أمور الدين ليخرج أمور الدنيا كالسياسة وغيرها.

بخلاف ما أشار إليه الرازي والقرافي: "عبارة عن اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور"[5]، فهذا خاص بأهل الحل والعقد، وعام في كون انعقاده على أمر من أمور الدين والدنيا.

---

(1) رسالة في أصول الفقه: لأبي علي الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي بن شهاب العكبريّ الحنبلي (المتوفى: 428هـ)، تحقيق: د. موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية- مكة المكرمة، ط/1، 1413هـ- 1992م، ص: 62، والعدة في أصول الفقه: للقاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: د أحمد بن علي بن سير المباركي، ط/2، 1410هـ- 1990م، 170/1، والتبصرة في أصول الفقه: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر- دمشق، ط/1، 1403هـ، 359/1.

(2) الحدود في الأصول "مطبوع مع: الإشارة في أصول الفقه": لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474 هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط/1، 1424هـ- 2003م، 117/1، والورقات: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد العبد، 24/1.

(3) الورقات: للجويني، 24/1.

(4) المستصفى: للغزالي، 137/1.

(5) المحصول: للرازي، 20/4، وتبعه في ذلك جمع كما جاء في شرح تنقيح الفصول: للقرافي، 322/1، ونهاية السول شرح منهاج الوصول: لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: 772هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، ط/1، 1420هـ - 1999م، 281/1، والإبهاج في شرح المنهاج: لتقي الدين

وقيده ابن قدامة بقوله: "اتفاق علماء العصر من أمة محمد ﷺ على أمر من أمور الدين"[1] أضاف قيدا، وهو "من أمة محمد" ليخرج من احتمالية علماء أهل الكتاب وغيرهم.

وأضاف الآمدي قيدا فقال: "اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع"[2]، ليخرج الاتفاق الجزئي الغالب.

وعرفه الزركشي بأنه: "اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في حادثة على أمر من الأمور في عصر من الأعصار"[3]، فقيده بما جاء بعد وفاته ﷺ حشو؛ لأنه لا يتبادر انعقاد الإجماع في عهده ﷺ.

وجميع التعاريف متقاربة إلا النزر اليسير منها، فقولهم: "اتفاق" عام وشامل للأقوال والأفعال والسكوتات، ويلحق بالسكوت الإقرار، وقولهم: "أهل الحل والعقد" يخرج اتفاق بعضهم، واتفاق العامة ويلحق بهم الأطفال والمجانين، وقولهم: "من أمة محمد" يخرج اتفاق الأمم السالفة، وقولهم: "في عصر من الأعصار" يخرج إجماع كلهم في جميع العصور لأنه محال، وقولهم: "على حكم واقعة" يعم الإثبات والنفي والأحكام العقلية والشرعية والعادية.

فكل حكم "نشأ عن اجتهاد، ولم يقع فيه إجماع هو معترك العقول، ومحل الخلاف، وهو الذي يقبل التغيُّر، ويتبع الأحوال المتجددة"[4]، وهذا الإجماع الذي أعني بعدم جواز مناقضته، فما ثبت من حكم عن طريقه فلا يدخله التغيير والتبديل بحال.

ثانيًا: حجيَّة الإجماع

وردت العديد من النصوص الدالَّة على حجية الإجماع، وهذا عرض يسير، اقتصرت فيه على أهم ما استدل به العلماء على حجيَّة الإجماع، قاصدًا التخفيف وعدم الإثقال.

أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية –بيروت، 1416هـ - 1995م، 349/2.

(1) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1423هـ- 2002م، 376/1.

(2) الإحكام في أصول الأحكام: لأبي الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: 631هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1424هـ -2003م، 196/1.

(3) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 379/6 - 380.

(4) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: لمحمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (المتوفى: 1376هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، ط/1، 1416هـ- 1995م، 576/2.

أ/ حجيَّة الإجماع في القرآن

يؤخذ من قوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾ [النساء: 115]، أصل مشروعيَّة الإجماع، حيث قرن فيه بين "اتّباع غير سبيل المؤمنين إلى مباينة الرسول فيما ذكر له من الوعيد، فدلّ على صحة إجماع الأمة لإلحاقه الوعيد بمن اتّبع غير سبيلهم"[1]، عدم اتباع سبيل المؤمنين يصدق عليه أنه اتباع لغير سبيل المؤمنين، فإذا كان اتباع غير سبيل المؤمنين حراما لزم أن يكون عدم اتباع سبيل المؤمنين حراما، وإذا كان عدم اتباعهم حراما كان اتباعهم واجبا، لأنه لا خروج عن طرفي النقيض[2] اضطرارًا، فإذا حصل طرف وجب خروج الطرف الأخر، "لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ لَا يَصِحُّ مَعَهُ هَذَا الظَّاهِرُ"[3].

ومنها قوله تعالى: ﴿كُنتُمۡ خَيۡرَ أُمَّةٍ أُخۡرِجَتۡ لِلنَّاسِ تَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَتَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَتُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِۗ﴾ [آل عمران: 110].

ووجه الاستدلال بالآية: مأخوذ من وصف الخيريَّة، ولذلك لمَّا وصفهم سبحانه "بالخيرية المفسرة على طريق الاستدلال بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذه الخيرية توجب الحقيقة لما أجمعوا عليه وإلا كان، فماذا بعد الحق إلا الضلال، وأيضا لو أخطأوا لكانوا آمرين بالمنكر وناهين عن المعروف وهو خلاف المنصوص، والتخصيص بالصحابة لا يناسب وروده في مقابلة أمم سائر الأنبياء"[4]، فتكون الخيريَّة باقية في عموم من دخل في مسمى الأمة المجتمعة على صفتي الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.

---

(1) أحكام القرآن: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي– بيروت، 1405 هـ، 268/3.

(2) مفاتيح الغيب: للرازي، 219/11.

(3) جامع بيان العلم وفضله: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1414 هـ– 1994م، باب: معرفة أصول العلم وحقيقته وما الذي يقع عليه اسم الفقه والعلم مطلقا، رقم: 1404، 759/1.

(4) فصول البدائع في أصول الشرائع: لمحمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري أو الفَنَري، الرومي (المتوفى: 834هـ)، تحقيق: محمد حسين إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 2006م– 1427هـ، 289/2.

وقوله تعالى: ﴿وَٱعۡتَصِمُواْ بِحَبۡلِ ٱللَّهِ جَمِيعٗا وَلَا تَفَرَّقُواْۚ﴾ [آل عمران: 103]، قال الآمدي: "ووجه الاحتجاج بها، أنه تعالى نهى عن التفرق، ومخالفة الإجماع تفرق، فكان منهيا عنه، ولا معنى لكون الإجماع حجة سوى النهي عن مخالفته"[1]، ولا معنى للعمل بالآية سوى حصول الإجماع.

ب/ حجيّة الإجماع في السنة

جاءت الأدلة من السنة متقاربة في الدلالة على حجية الإجماع، وهي كثيرة، وأكثر مما تحصى في حيز كهذا، أصحها؛ ما روي عن ابن عباس –رضي الله عنهما– قال: قال رسول الله ﷺ: «من فارق الجماعة شبرا، فمات، فميتة جاهلية»[2]، وعن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «من خرج من الطاعة، وفارق الجماعة، ثم مات مات ميتة جاهلية...»[3]، ففي هذه النصوص نهي عن الخروج على الجماعة باختلاف مفهومها ومعانيها الدلالية.

وصريحها قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ وفيه: «سَأَلْتُ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ لَا يَجْمَعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ فَأَعْطَانِيهَا»[4]، وقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ»[5]، ولا معنى لاجتماع الأمة إلا أنها مجتمعة على الحق، بهذا يقدم "الإجماع على النص"[6]، وعليه يكون الإجماع في سياق الحجية مقدمًا في الاستدلال على الكتاب والسنة؛ لأنه مأمون من جهة النسخ، وأنه منعقد بعد استقراء الأدلة النصيَّة، ولعدم إمكانية وقوعه خلافًا لنص.

الفرع الثاني: مراعاة قاعدة لا اجتهاد في مواطن الإجماع في سياق المكانة

تؤكد مكانة الإجماع أحقيته ودرجته المنزيلية بين الأدلة الأصوليَّة، وذلك بعيدًا عن قوته الاستدلاليَّة التي تجعله مقدمًا على غيره من الأدلة، وقد تقررت مكانته من خلال أقوال الصحابة ومن تبعهم وكل ما ثبتت به حجيَّته، وقد جمع الإمام الغزالي في المستصفى جملة

(1) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 217/1.

(2) صحيح البخاري: كتاب: الفتن، باب: قول النبي ﷺ: «سترون بعدي أمورا تنكرونها»، رقم: 7054، صحيح مسلم: كتاب: الإمارة، باب: الأمر بلزوم الجماعة عند ظهور الفتن وتحذير الدعاة إلى الكفر، رقم: 1849.

(3) صحيح مسلم: كتاب: الإمارة، باب: الأمر بلزوم الجماعة عند ظهور الفتن وتحذير الدعاة إلى الكفر، رقم: 1848.

(4) مسند الإمام أحمد، مسند القبائل، حديث أبي بصرة الغفاري، رقم: 27224.

(5) جامع بيان العلم وفضله: لابن عبد البر، باب: معرفة أصول العلم وحقيقته وما الذي يقع عليه اسم الفقه والعلم مطلقا، رقم: 1404، 759/1.

(6) جمع الجوامع: لتاج الدين السبكي، ص: 116.

من الأدلة، وعقب عليها بقوله: وهذه الأخبار لم تزل ظاهرة في الصحابة والتابعين إلى زماننا هذا لم يدفعها أحد من أهل النقل من سلف الأمة وخلفها، بل هي مقبولة من موافقي الأمة ومخالفيها، ولم تزل الأمة تحتج بها في أصول الدين وفروعه، وفي تقرير وجه الحجة طريقان: أحدهما: أن ندعي العلم الضروري بأن رسول الله ﷺ قد عظم شأن هذه الأمة وأخبر عن عصمتها عن الخطأ بمجموع هذه الأخبار المتفرقة وإن لم تتواتر آحادها، والطريق الثاني: أن لا ندعي علم الاضطرار بل علم الاستدلال من وجهين: الأول: أن هذه الأحاديث لم تزل مشهورة بين الصحابة والتابعين يتمسكون بها في إثبات الإجماع، والوجه الثاني: أن المحتجين بهذه الأخبار أثبتوا بها أصلًا مقطوعًا به وهو الإجماع[1]، والأمة معصومة من الوقوع في الخطأ ليس على وجه التفصيل ولكن بالمجموع، وبالعودة إلى الأدلة المثبتة لعصمتها؛ تتقرر حجية الإجماع.

وبه قال جماهير الأصوليين: "اتفقنا نحن وأكثر المخالفين لنا على أن الإجماع من علماء أهل الإسلام حجة وحق مقطوع به في دين الله عز وجل"[2]، والقطع المشار إليه مستفاد من مجموع الأدلة، وعمومها.

وقال القرافي: "وهو عند الكَافَّة حجةٌ خلافًا للنَّظَّام والشيعة والخوارج"[3]، ثم يقول: "وقالت الخوارج بالإجماع من الصحابة قبل حدوث الفرقة، وبالإجماع من بعدهم من أهل شيعتهم؛ لأنه لا يسمى مؤمنًا عندهم إلا هم، وإنما يعتبر إجماع المؤمنين"[4].

وقال ابن تيمية: "وهو متفق عليه بين عامة المسلمين من الفقهاء والصوفية وأهل الحديث والكلام وغيرهم في الجملة وأنكره بعض أهل البدع من المعتزلة والشيعة"[5].

---

(1) المستصفى: للغزالي، 139/1، مثل: "لا تجتمع أمتي على الخطأ"، "لا تجتمع أمتي على الضلالة"، "ولم يكن الله ليجمع أمتي على الضلالة"، "لم يكن الله ليجمع أمتي على الخطأ"، "سألت الله أن لا يجمع أمتي على الضلالة، فأعطانيه"، "من سره أن يسكن بحبوحة الجنة فليلزم الجماعة"، "يد الله مع الجماعة، ولا يبالي الله بشذوذ من شذ"، "من خرج عن الجماعة أو فارق الجماعة قيد شبر فقد خلع ربقة الإسلام من عنقه"، "من فارق الجماعة ومات فميتة الجاهلية".

(2) الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، 128/4.

(3) شرح تنقيح الفصول: للقرافي، 324/1.

(4) نفائس الأصول في شرح المحصول: للقرافي، 2576/6- 2577.

(5) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 341/11.

والمجمع عليه يأتي في ثلاث مراتب[1]:

– إجماع ذي شهرة فيه نص كحل البيع، ففي جمع الجوامع كافر في الأصح وقال في شرح مختصر ابن الحاجب ولا ريب في كفره لتكذيبه الصادق.

– إجماع ذي شهرة لا نص فيه قيل لا يكفر؛ لأنه لم يصرح بتكذيب الصادق إذ الفرض أن لا نص فيه، وإنما كذب المجمعين والأصح يكفر؛ لأن تكذيبهم تكذيب الصادق.

– إجماع ليس بذي شهرة والأصح لا يكفر وعبر عنه في جمع الجوامع بأنه لا يكون جاحدًا لخفي ولو منصوصًا، ومثَّل باستحقاق بنت الابن السدس مع الصلبية.

وقد ثبت دليل الحجية في القرآن والسنة والعقل، قال الشاطبي: "الأدلة الشرعية ضربان أحدهما: ما يرجع إلى النقل المحض، والثاني ما يرجع إلى الرأي المحض، ويلحق به الإجماع على أي وجه قيل، وعلق دراز: سواء جرينا على أنه يختص بالصحابة كما روي عن أحمد أم لا، وسواء قلنا: إجماع أهل المدينة حجة كما يقول مالك أم لا، وسواء قلنا: يشترط عدد التواتر في حجية الإجماع أم لا، وسواء قلنا: يصح أن يكون مستند الإجماع قياسا كما هو الحق أم لا، كما يقول الظاهرية، وهكذا مما يدور حول الإجماع من الخلاف المقتضي لتوسيع مجال الإجماع أو تضييقه؛ إلا أنه يقال إذا كان مستنده قياسا: لا يكون ملحقا بالضرب الأول بل بالثاني"[2]، فلا يتمحض مستنده للأدلة النصيَّة كتمحضه للرأي.

وقد يخرج أصل دلالة الإجماع من النص إلى المصلحة، كما قال الطاهر ابن عاشور: "ونحن إذا افتقدنا إجماع سلف الأمة، من عصر الصحابة فمن تبعهم، نجدهم ما اعتمدوا في أكثر إجماعهم –فيما عدا المعلوم من الدين بالضرورة– إلّا الاستناد إلى المصالح المرسلة العامة أو الغالبة بحسب اجتهادهم الذي صيَّر تواطؤَهُم عليه أدلة للظنية قريبة من القطع، وإنهم قلّما كان مستندهم في إجماعهم دليلًا من كتاب أو سنة، ولأجل ذلك عدّ الإجماع دليلًا ثالثًا، لأنه لا يدرى مستنده، ولو انحصر مستنده في دليل الكتاب والسنة لكان ملحقًا بالكتاب والسنة ولم يكن قسيمًا لهما. مثاله: جمع القرآن في المصحف... نعلم منه أنه مصلحة مرسلة ليس في الشريعة ما يشهد لاعتبارها، وقد أجمع الصحابة على اعتبار ذلك"[3].

(1) البدر الطالع في حل جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي، 2/163–164.

(2) الموافقات: للشاطبي، 3/227.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشر، 3/249– 249.

وبهذا تقرر أن "لا اجتهاد في مواقع الإجماع؛ لأنه سعي في تخطئة المجمعين"[1]، والأكثرين، وتقويض للتواتر وتكذيب للثقات، قال الإمام الشافعي: "قلت نعم نحمد الله كثيرا في جملة الفرائض التي لا يسع جهلها، فذلك الإجماع هو الذي لو قلت: أجمع الناس، لم تجد حولك أحدًا يعرف شيئًا يقول لك ليس هذا بإجماع، فهذه الطريق التي يصدق بها من ادعى الإجماع فيها، وفي أشياء من أصول العلم دون فروعه، ودون الأصول غيرها"[2]، فهو يرى أن الإجماع القطعي في الفرائض، وهو المعلوم الذي لا يسع الجهل به أحدًا من الناس.

وتحمل مرجعيَّة قول الإمام الذهبي: "ومن عاند، أو خرق الإجماع، فهو مأزور"[3] لعناده، وطعنه في حجيَّة الإجماع الذي مستنده النصوص الشرعية، قال الإمام الشاطبي: "وقد نص الأصوليون أن الإجماع لا يكون إلا عن دليل شرعي"[4]، وهو ما قاله الإمام الغزالي: "ومستند الإجماع في الأكثر نصوص متواترة وأمور معلومة ضرورة بقرائن الأحوال، والعقلاء كلهم فيه على منهاج واحد"[5]، فمضاهاته مضاهاة للشريعة ومناقضته مناقضة لها، وأما ما كان مستنده ومدركه السكوت والصمت وعدم البيان فمحمول على وجوه عدة:

– ولو كان صادر عن الصحابة رضي الله عنهم– فقد قال الإمام الشافعي: أقول إن صمتهم عن المعارضة قد يكون علما بما قال، وقد يكون عن غير علم به، ويكون قبولا له، ويكون عن وقوف عنه، ويكون أكثرهم لم يسمعه، ثم يقول: إن ما ليس فيه نص كتاب ولا سنة إذا طلب بالاجتهاد فيه المجتهدون وسع كلا إن شاء الله تعالى أن يفعل ويقول بما رآه حقا"[6]، فما حكم به الصحابة وسكت عنه الباقون مما ليس فيه نص لا يكون إجماعا، لجواز نقضة من مجتهد في أي زمان أو مكان أخر، لأنه اجتهاد محض.

ويعود معيار معرفته إلى طبيعة الاختلاف في حكم النازلة، وهو على "وجهان فما كان لله فيه نص حكم أو لرسوله سنة أو للمسلمين فيه إجماع؛ لم يسع أحدًا علم من هذا

(1) الفروق: للقرافي، 50/1.

(2) الأم: للإمام الشافعي، 295/7.

(3) سير أعلام النبلاء: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1405هـ– 1984م، 327/19.

(4) الاعْتِصَام: للشاطبي، 332/1.

(5) المستصفى: للغزالي، 137/1.

(6) الأم: للإمام الشافعي، 299/7.

واحدًا أن يخالفه، وما لم يكن فيه من هذا واحد؛ كان لأهل العلم الاجتهاد فيه بطلب الشبهة بأحد هذه الوجوه الثلاثة، فإذا اجتهد من له أن يجتهد وسعه أن يقول بما وجد الدلالة عليه بأن يكون في معنى كتاب أو سنة أو إجماع"[1]، فالأول لا يجوز الخروج عنه ومخالفته؛ لأن دلالته نصية، والثاني يجوز الاجتهاد فيه، والكشف عنه؛ لأن دلالته اجتهادية.

أما الأحكام والفتاوي فلا يجوز أن تؤخذ إلا من جهة الخبر اللازم "الكتاب ثم السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هذا"[2].

قال الشافعي: "أرأيت لو أن رجلا عمد إلى سنة لرسول الله فخالفها، أو إلى أمر عرف عَوَامٌّ من العلماء مجتمعين عليه لم يعلم لهم فيه منهم مخالفا فعارضه، أيكون له حجة بخلافه، أم يكون بها جاهلا يجب عليه أن يتعلم؟ لأنه لو جاز هذا لأحد؛ كان لكل أحد أن ينقض كل حكم بغير سنة وبغير اختلاف من أهل العلم، فمن صار إلى مثل ما وصفت من أن لا ينفي الولد بلعان خالف سنة رسول الله، ثم ما أعلم المسلمين اختلفوا فيه، ثم من أعجب أمر قائل هذا القول أنه يدعي القول بالإجماع وإبطال غيره، فما يعدو أن يكون إجماعا، ولا افتراقا في هذا، أو يكون رجلا لا يبالي ما قال"[3]، فليس لأحد أن يخرق هذا الإجماع أو ينقضه.

ولهذا يسمى الإجماع المنضبط، وهو "ما كان عليه السلف الصالح؛ إذ بعدهم كثر الاختلاف وانتشرت الأمة"[4]، وهو المسمى بإجماع الصحابة –رضي الله عنهم– وهذا النوع من الإجماع متفق عليه إلا من لا يعتد بخلافه.

قال ابن تيمية: "الإجماع وهو متفق عليه بين عامة المسلمين من الفقهاء والصوفية وأهل الحديث والكلام وغيرهم في الجملة، وأنكره بعض أهل البدع من المعتزلة والشيعة، لكن المعلوم منه هو ما كان عليه الصحابة، وأما ما بعد ذلك فتعذر العلم به غالبًا"[5]، وإن تعذر ذلك على شيخ الإسلام ابن تيمية أو غيره فلا يتعذر على غيرهم.

---

(1) المصدر السابق، 300/7.

(2) المصدر السابق، 313/7.

(3) اختلاف الحديث: للإمام الشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار المعرفة– بيروت، 1410هـ– 1990م، 658/8.

(4) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 157/3.

(5) المصدر السابق، 341/11.

فإذا كانت إمكانيَّة الإجماع في عصر الصحابة حاصلة؛ فإنها تنسحب على سائر العصور، وتحصيلها قائم في كل زمان.

قال ابن العربي: "إجماع أهل كل عصر فيما ينزل بهم كإجماع الصحابة –رضي الله عنهم– فيما صدر عنهم لأن الدليل... في كون الإجماع حجة لا يخص قرنا دون قرن بل هو عام في كل طائفة"[1]، بحسب إمكانية التجميع والاستدعاء لآراء مجتهدي الأمة، وهذا في زماننا أنسب لتوفر وسائل الاتصال، وهو الإجماع الذي أقصده.

ولا يصح التعليل بالتعذر وعدم الإمكان، فإن "الأصح إمكانه أي الإجماع، وقيل لا يمكن عادة كالإجماع على أكل طعام واحد، وقول كلمة واحدة في وقت واحد، قلنا هذا لا جامع لهم عليه لاختلاف شهواتهم ودواعيهم، بخلاف الحكم الشرعي، إذ يجمعهم عليه الدليل الذي يتفقون على مقتضاه، والأصح أنه بعد إمكانه حجة شرعية وإن نقل آحادا"[2]، فمتى تمكَّن المجتهدون من الإجماع على مقتضى دليل ما صار حجة، ولا اعتبار لطرق نقله.

ونقض الإجماع ضرب من العبث في الأصول، ونقض للتواتر في الأمة، ومسلَّماتها، إذ لا يتصور تواطؤها على الكذب، فقد وردت كثير من الأدلة التي تفيد في مجملها القطع.

(1) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 123/1.

(2) غاية الوصول في شرح لب الأصول: لزكريا الأنصاري، 114/1.

المبحث الثاني: ضوابط نظريَّة تغيُّر الأحكام

يعدّ اعتبار الكلي والجزئي في الشريعة على نظرين: نظر من خلال تردد الحكم التكليفي بحسب ما تعتريه من الملابسات والأمور الخارجية سواء كانت وسائل أم مقاصد أم خادمة لكلي من كليات الشريعة الضروريات والحاجيات والتحسينات، فإنَّه يأخذ حكم ما تحتف به من ظروف، وتأثر عليه من الملابسات، أي اعتبار الكليات والجزئيات من حيث تعلقها بالمكلف، ونظر آخر في الأدلة لأن اختلاف وجهة النظر الكلي والجزئي للدليل يكون بحسب ما يقتضي التنصيص على كونه كلي أو جزئي، أو بحسب إعمال آلية الاستقراء للنصوص الخاصة والأقيسة الجزئية، وتتبع مواقع المعنى في النص، حتى يصير كالكلي المستفاد من الصيغ، أي اعتبار الكليات والجزئيات من حيث تعلقها بالأدلة.

وعليه لا بد من معرفة أمر ضروري وهو أن "الكلي من حيث هو كليٌ لا تحقق له في الخارج، لكونه مفهومًا ذهنيًّا مجردًا، ولا يمكن تطبيقه كليًّا، فلابد لتنزيله على الوقائع الجزئية التي يتحقق فيها مناطه من الاجتهاد بالرأي، فضلًا عن وجوب مراعاة المجتهد الظروف المحتفَّة وتقديرها"[1]، حتى لا يقع مجردًا عن واقع مناقض لقصد الشارع.

وعليه؛ فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: ضابط اعتبار النظر الكلي والجزئي لنظريَّة تغيُّر الأحكام

تصير الأحكام الثابتة بتظافر الأدلة وتعددها كليَّة قطعية، لها الأحقيَّة في الترجيح والتقديم على الأدلة الظنية الجزئية، وكان في المقابل أدلة جزئية قد تتفرد –في الظاهر– بالحكم الشرعي، فلو أعملت بعيدة عن الكليَّة أدى بها ذلك الإعمال إلى هدم الكلي ومناقضته ومعارضته، ولو أهملت أدى بها ذلك الإهمال إلى تعطيل جزء مهم من نصوص التشريع، وقد تؤخذ الجزئيات على أنها كلية من الكليات فيكون في ذلك خطأ على الشريعة، لهذا حمل الطاهر ابن عاشور قول رسول الله ﷺ «لا تكتبوا عني، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه»[2]؛ على خشية أن تتخذ الجزئياتُ الخاصة كلياتٍ عامة[3]، فقدم حفظ الدين على حفظ جزئيات الشريعة بالتدوين، "ولذلك احتاج المسلمون إلى صدور إذن من الرسول ﷺ

(1) بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: لفتحي الدّريني، 56/1.

(2) صحيح مسلم، كتاب: الزهد والرقائق، باب: التثبت في الحديث وحكم كتابة العلم، رقم: 3004.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 265/3.

حين أراد أبو شاة أن يكتبوا له"[1]، فقال لهم: «اكتبوا لأبي شاه»[2]، فكان من الضرورة التصالح بين الكلي والجزئي، وأخذها أخذا شموليًّا، كما هو واضح في الفروع الإجرائية الآتية:

الفرع الأول: الدليل الشرعي بين النظر الكلي والجزئي

يقتضي الحديث عن هذا الفرع بيان ما يقوم به النظر الكلي والجزئي في الأدلة الشرعية؛ وذلك من خلال أمور كثيرة منها:

أولًا: معرفة تلازمية الكليات والجزئيات معا

تثبت الكليات إما بالنص فتسمى النصية، أو باستقراء مواقع المعنى في نصوص الوحي وتسمى معنوية، بالإضافة إلى كليَّات منهجيَّة، فالكليات "تضم من الجزئيات غير قليل، وشأنها في الغالب أن لا تختص بمحل دون محل، ولا بباب دون باب"[3]، وهي كليات نصيَّة، ومعنويَّة، ومنهجيَّة، سأتحدث عنها في الآتي:

أ/ الكليات النصية: هي التي جاءت في نصوص القرآن والسنة الصحيحة، فالقرآن لما أنزل في أحوال مختلفة الصور، وكان المقصد منه إرشاد الأمة إلى طرق كثيرة ومقاصد ومعاقد من لفظه الإعجازي، نجده قد اشتمل على أنواع من أساليب التشريع، ففيه التشريع العام الكلِّي، وفيه التشريعات الجزئية النازلة في صورة أحكامٍ لنوازلَ حلَّت، وهي أيضًا بمنزلة الأمثلة والنظائر لفهم الكليات، ففي القرآن جزئيات تساوي الجزئيات التي وردت في السنة، لكن الغالب على أنواع التشريع منه هو النوع الكلّي[4].

وإن ما ثبت بالسنة؛ فقد أحصاها العلماءُ من الصحابة، ومن تلقّى منهم من صغار الصحابة والتابعين، واختلفت الدواعي للإحصاء، كما اختلفت الشروط في القبول، فكانت في معظمها تشريعاتٌ جزئية لأنّها في قضايا عينية، وكان فيها تشريعات كلية واضحة صالحة لأن تكون أساسَ التشريع[5].

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) صحيح البخاري، كتاب: في اللقطة، باب: كيف تعرف لقطة أهل مكة، رقم: 2434، وصحيح مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها، إلا لمنشد على الدوام، رقم: 1355.

(3) الاعْتِصَام: للشاطبي، 140/3.

(4) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 277/3 – 278

(5) المصدر السابق نفسه بتصرف.

ومثالها في القرآن الكريم قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ [النساء: 58]، وقوله جل جلاله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: 90]، وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۗ﴾ [الإسراء: 15].

ومن السنة قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[1]، وقوله: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء»[2]، وقوله: «إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرمًا، فلا تظالموا»[3]، وقوله: «إنما الأعمال بالنيات»[4]، فهي كليات من حيث اتصافها بالأغلبية والاشتمال، تنتظم تحتها جزئيات عديدة.

ب/ الكليات المعنوية: وهي التي ثبتت بأدلة مضافة بعضها إلى بعض، مختلفة الأغراض، بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة[5]، وباجتماعها منتظمة جرت مجرى الكليات، قال الإمام الشاطبي: "ويجري مجرى القاعدة الكلية كثرة الجزئيات"[6]، فيتوصل إليها عن طريق استقراء النصوص والأحكام الجزئية، فبالكثرة تكتسب صفة الكليَّة وتجري مجراها، كالمقاصد العامة للشريعة، ومن هذه الكليات كلية النهي عن الفساد، قال العز بن عبد السلام: "ومن الأدلة المشتملة على النهي عن الإفساد قوله تعالى: ﴿وَلَا تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ بَعۡدَ إِصۡلَٰحِهَا﴾ [الأعراف: 56]، وقوله: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلۡفَسَادَ﴾ [البقرة: 205]، وقوله تعالى: ﴿تِلۡكَ ٱلدَّارُ ٱلۡأٓخِرَةُ نَجۡعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوّٗا فِي ٱلۡأَرۡضِ وَلَا فَسَادٗاۚ﴾ [القصص: 83]، وقوله تعالى: ﴿مَن يَعۡمَلۡ سُوٓءٗا يُجۡزَ بِهِۦ﴾ [النساء: 123]، وأعم منه قوله عز وجل: ﴿وَمَن يَعۡمَلۡ مِثۡقَالَ ذَرَّةٖ شَرّٗا يَرَهُۥ﴾ [الزلزلة: 8]، وهذا زجر عن

---

(1) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 2758.

(2) صحيح مسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب: الأمر بإحسان الذبح والقتل، وتحديد الشفرة، رقم: 1955.

(3) صحيح مسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم الظلم، رقم: 2577.

(4) صحيح البخاري، كتاب: بدء الوحي، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ؟ رقم: 1.

(5) الموافقات: للشاطبي، 81/2.

(6) الاعتصام: للشاطبي، 140/3.

المفاسد كلها، قليلها وكثيرها، لأن أسبابها من جملة الشرور، والكتاب والسنة يشتملان على الأمر بالمصالح كلها دقها وجلها، وعلى النهي عن المفاسد كلها، دقها وجلها[1]، فيكون الاستقراء آليَّةً بتحققها، ومنهاجًا لتقريبها، وتجميعها وتحضيرها قبل إجراء عملية التنزيل.

ج/ الكليَّات المنهاجيَّة: ومرد هذه الكليَّات إلى إعمال النظر في مسائل أصول الفقه، فكل مسائل الأصول كليَّات قطعيَّة، وإعمالها في الفروع الفقهيَّة يصيرها جزئيات تفيد الظن.

فمثال الدليل الأصولي كالقياس كليَّة وعند تعديته وإجرائه على مسألة فرعيَّة بخصوصها كان جزئية، "أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَمَلَ بِالْقِيَاسِ قَطْعِيٌّ، وَالْعَمَلَ بِخَبَرِ الْوَاحِدِ قَطْعِيٌّ، وَالْعَمَلَ بِالتَّرْجِيحِ عِنْدَ تَعَارُضِ الدَّلِيلَيْنِ الظَّنِّيَّيْنِ قَطْعِيٌّ، إِلَى أَشْبَاهِ ذَلِكَ، فَإِذَا جِئْتَ إِلَى قِيَاسٍ مُعَيَّنٍ لِتَعْمَلَ بِهِ كَانَ الْعَمَلُ [بِهِ] ظَنِّيًّا، أَوْ أَخَذْتَ فِي الْعَمَلِ بِخَبَرٍ وَاحِدٍ مُعَيَّنٍ وَجَدْتَهُ ظَنِّيًّا لَا قَطْعِيًّا، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْمَسَائِلِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قَادِحًا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ الْكُلِّيَّةِ"[2]، فعلى مستوى المنهاج الأصولي نجد أن هناك كليات وجزئيات.

وتعتبر هذه الكليَّات والجزئيات ثمرة الفكر الأصولي، ذلك إن المجتهد لابد له من نظرين؛ الأول نظر أوليّ: وأصله هو الاعتبار المنهاجي للمسائل الأصوليَّة، والآخر نظر نهائي: وهو الإعمال الإجرائي التنزيلي الفروعي، فالنظر الأولي للمسائل الأصوليَّة يصيُّرها كلها كليَّات تفيد القطع، والإعمال التنزيلي للفروع الفقهيَّة يصيرها جزئيات.

أما الجزئيات: فهي الأدلة الخاصة بحكم من الأحكام، أو هي "الأدلة الخاصة بمسائل معينة، كالآية أو الحديث الدال على حكم المسألة، أو الأقيسة الجزئية"[3]، نصيَّة كالآية والحديث، ومنهجيَّة كالقياس الجزئي أو العمل بالحديث الآحاد في أحد الصور، ولإعمال الجزئيات لابد من مراعاة الكليات ابتداءً، والجمع بين الدليل الكلي والدليل الجزئي ما أمكن.

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبدالسلام، 157/1.

(2) الموافقات: للشاطبي، 487/2.

(3) المصدر السابق.

ثانيًا: فهمُ الجزئيات والكليات وتنزيلُها في ضوء النظر المقاصدي

يستدعي فهم النصوص وتنزيلها في الواقع، العلمَ بمقاصد الشريعة، لأن "أدلة الشريعة اللفظية لا تستغني عن معرفة المقاصد الشرعية"[1]، فهي وسيلة يتوسل بها المجتهد المقاصدي "في فهم النصوص، واختيار المعنى المناسب لتلك المقاصد، وتوجيه معنى النص بما يخدمها، وقد يصل الأمر بالمجتهد إلى تأويل النص، وصرفه عن ظاهره، في حال مخالفة ذلك المعنى الظاهر لمقاصد الشريعة وكلياتها"[2]، فيؤوله تأويلا لا يخالف قطعيات الشريعة، وإجماعاتها، ولا يخالف مقصد كلي آخر.

فيعدُّ إعمال النظر المقاصدي في نصوص الشريعة –قرآنا وسنَّة– مجال اجتهادي يُحتاج إليه في الفهم، وهو "أول مجال اجتهادي يتوقف على النظر المقاصدي ويستفيد منه هو مجال فهم النصوص وتفسيرها"[3]، ثم في التنزيل ثانيا، فما من جزئية إلا ولها مقصدها.

قال العز بن عبد السلام: "والكتاب والسنة يشتملان على الأمر بالمصالح كلها دقها وجلها، وعلى النهي عن المفاسد كلها، دقها وجلها"[4]، وجاء من بعده الإمام الشاطبي فقرر: إن الشريعة قد ثبتت أنها تشتمل على مصلحة جزئية في كل مسألة، وعلى مصلحة كلية في الجملة[5]، والنصوص قد لا تعطيك المقصد، ولا تدلك على المصلحة من أول وهلة، وإن أعطتك الجلي الكلي والمعنى الإجمالي فلا تعطيك الدقيق الجزئي المفصل، ولا تمر بك إلى الشبيه والنظير، فتحتاج في كل ذلك إلى إعمال منهاج النظر في الفهم والتنزيل.

فتفعيل النظر المقاصدي يُعدّي الأحكام النصيَّة إلى الوقائع غير المنصوص عليها بجامع المقصد الكلّي، كالالتزام بإرشادات الطبيب، والتباعد الجسدي والاجتماعي ولبس الكمامة التي تمنع نقل العدوى، والالتزام بقواعد السير، واستخراج الوثائق الوطنية، فإنّه يُحكم بوجوبها شرعًا؛ لأنّها تؤدي إلى حفظ الكليات، لذلك ينبغي إعمال المقاصد في الفروع وتفعيلها على الجملة.

---

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 79/3.

(2) طرق الكشف عن مقاصد الشارع: د نعمان جغيم، دار النفائس، الأردن، ط/1، 1422هـ – 2002م، 46/1.

(3) الفكر المقاصدي: قواعده وفوائده: أ. د أحمد الريسوني، منشورات جريدة الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999م، 92/1.

(4) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 157/1.

(5) ينظر: الموافقات: للشاطبي، 77/5.

قال الإمام الطّبري: "وما أمر الله بأمر قط إلا وهو أمر صلاح في الدنيا والآخرة، ولا نهي الله عن أمر قط إلا وهو أمر فساد في الدنيا والدين، والله أعلم بالذي يُصلح خَلقه"[1]، ظاهرًا وباطنًا، إجمالًا وتفصيلًا.

وقال القرطبي: "ولا خلاف بين العقلاء أن شرائع الأنبياء قصد بها مصالح الخلق الدينية والدنيوية"[2]، وقال الآمدي: "أئِمة الفقه مُجمعةٌ على أنّ أحكام الله تعالى لا تخلو عن حكمةٍ ومقصود"[3]، وقال الطّوفي: "أجمع، إلاّ من لا يُعتدّ به من جامدي الظّاهرية، على تعليل الأحكام بالمصالح والمَفاسد"[4]، وقال الزركشي في حديثه عن تعليل الأحكام وإعمال الكليات المقاصدية: "ومن هنا تَعْرِف أنَّ الظاهرية فاتهم نصف التَّفَقُّهِ ونصف الأجر"[5]، لاكتفائهم بتعليل الأحكام بالقصد التعبدي.

وقال ابن القيم: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها؛ أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة"[6]، فلكل نص امتداده المصلحي، وتحصيله لا يكون إلا في إصابة المقصد وتفعيله، فمن اقترب من المقصد وأصابه فقد اقترب من المصلحة وأصابها، ومن ابتعد عن المقصد وخالفه؛ فقد وقع في الفساد، ولإعماله لابد فيه من أمرين، هما:

---

(1) جامع البيان في تأويل القرآن: للطبري، 382/3.

(2) الجامع لأحكام القرآن المبيّن لما تظمَّنه من السنة وآي الفرقان: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان، ط/1، 1427هـ –2006م، 303/2.

(3) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 285/3.

(4) التعيين في شرح الأربعين: لسليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: 716 هـ)، تحقيق: أحمد حَاج محمّد عثمان، مؤسسة الريان، بيروت– لبنان، والمكتَبة المكيّة، مكّة– المملكة العربية السعودية، ط/1، 1419هـ – 1998م، ص: 244.

(5) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 159/7.

(6) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 79/3.

أ/ إعمال المقاصد وتفعيلها في ضوء استجماع الأدلة بعضِها إلى بعض

يقتضي تحصيل الفهم السديد للنصوص وإعمال مقاصدها؛ استجماع الأدلة بعضها إلى بعض دون انقطاع عن امتدادها المقاصدي، ودون الاقتصار على الظاهر، وإلا فإلى الحرفية السلبية أقرب، وإلى الانحراف المنهجي أنسب، وهذا سبيل غير سبيل أولي النهى والألباب، قال الإمام الشاطبي: "فإن مأخذ الأدلة عند الأئمة الراسخين إنما هو على أن تؤخذ الشريعة كالصورة الواحدة بحسب ما ثبت من كلياتها وجزئياتها المرتبة عليها، وعامها المرتب على خاصها، ومطلقها المحمول على مقيدها، ومجملها المفسر ببينها إلى ما سوى ذلك من مناحيها، فإذا حصل للناظر من جملتها حكم من الأحكام؛ فذلك الذي نظمت به حين استنبطت، وما مثلها إلا مثل الإنسان الصحيح السوي، فكما أن الإنسان لا يكون إنسانا حتى يستنطق فلا ينطق؛ لا باليد وحدها، ولا بالرجل وحدها، ولا بالرأس وحده، ولا باللسان وحده، بل بجملته التي سمي بها إنسانا، كذلك الشريعة لا يطلب منها الحكم على حقيقة الاستنباط إلا بجملتها، لا من دليل منها أي دليل كان"[1]، فاستجماع الأدلة ومعالجتها في ضوء إجراءات العام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمفسر، حتى تصير كالصورة الواحدة؛ سبيل الراسخين في أخذ الأدلة وإعمال مقاصد النصوص، واستنباط الأحكام، والحِكَم.

فإن شأن "الراسخين تصور الشريعة صورة واحدة يخدم بعضها بعضا، وشأن متبعي المتشابهات أخذ دليل ما –أي دليل كان– أخذا أَوَّلِيًّا، وإن كان ثم ما يعارضه من كلي أو جزئي، فَمُتَّبِعُهُ مُتَّبِعُ مُتَشَابِهٍ، ولا يتبعه إلا من في قلبه زيغ، كما شهد الله به، ﴿**وَمَنْ أَصْدَقُ مِنَ ٱللَّهِ حَدِيثًا**﴾ [النساء: 87]"[2]، فينتج لنا نظران، نظر الراسخين بأن الشريعة صورة واحدة يخدم بعضها بعضًا، ونظر الزائغين: بأن الشريعة صورة متشظية خداج، لا فهمًا قطعت، ولا نصًا أبقت، بعيدة كل البعد عن إعمال المقاصد.

---

(1) الاعتصام: للشاطبي، 311/1.

(2) المصدر السابق، 312، قال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِىٓ أَنزَلَ عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ مِنْهُ ءَايَٰتٌ مُّحْكَمَٰتٌ هُنَّ أُمُّ ٱلْكِتَٰبِ وَأُخَرُ مُتَشَٰبِهَٰتٌ ۖ فَأَمَّا ٱلَّذِينَ فِى قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَٰبَهَ مِنْهُ ٱبْتِغَآءَ ٱلْفِتْنَةِ وَٱبْتِغَآءَ تَأْوِيلِهِۦ ۗ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُۥٓ إِلَّا ٱللَّهُ ۘ وَٱلرَّٰسِخُونَ فِى ٱلْعِلْمِ يَقُولُونَ ءَامَنَّا بِهِۦ كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا ۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّآ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [آل عمران: 7].

ب/ إجراء الأدلة وتنزيلها في اعتبار مقاصدها

تحتاج كل واقعة إلى دليل يفصح عن حكمها، ولكل دليل لابد له من مقصد، وهذا المقصد هو الموجه والمرشد والهادي لتنزيل الأدلة على وقائع المكلفين -كما تقرر عند المقاصديين- قال الإمام القرافي: "ما شرع لحكمة يمتنع إيقاعه غير متضمن تلك الحكمة"(1)، ومثَّل له بقوله: "ولا تجوز إقامة الحدود على السكارى حالة السكر لعدم مشاهدتهم لتفاصيل المؤلمات"(2)، مشاهدةً تتحقق بها الحكمة، ويفعَّل بها مقصود الشارع من تشريع الأحكام، ويحصل منها المراد زجرًا ومنعًا.

فيعدُّ إيقاع الحكم على حِكَمه ومعانيه من أنواع النظر في الجزئيات، ومن خلال ما تقرر في الكليات، وعلى هذا المسلَّم نفسه يتأتى بل يتحتم النظر في الأدلة الجزئية، والأحكام الخاصة، من خلال كليات الشريعة، ومقاصدها العامة(3)، وذلك لأن تفعيل مقاصد الشريعة في أبواب الفقه والاحتكام إليها يرجع الخلاف إلى وفاق، والشتات إلى جمع، والجزئي إلى ضبط كلي، فلذلك لابد من مراعاة هذا الضابط الأعظم في إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة(4)، ولا يمكن إجراء دليل خاص أي دليل كان دون عرضه على كليات الشريعة وقصد الشارع، واتخاذ مقاصد الشريعة معيارًا للاحتكام في رد الجزئيات إلى كلياتها.

ثالثًا: إخضاع الأدلة الجزئية لرقابة الأدلة الكلية

تستدعي معرفة سياقات الأدلة الجزئية وانتظامها مع الكليات؛ الوقوف على أمرين اثنين؛ الأول إعمال الدليل الظني أو إهماله، والآخر أن يكون وفق منتظم منهاجي، ويتضح تفصيل ذلك من خلال الآتي:

أ/ إشكالية الدليل الظني بين الإعمال والإهمال

قد يرجع الدليل الظني إلى دليل قطعي أو لا يرجع، فإن لم يرجع فهو بين التثبت والفحص، فإن ثبت تجرده عن القطعي من حيث عدم الموافقة والمعارضة معًا، فقد وقع بين

(1) الذخيرة: للقرافي، 436/5.

(2) المصدر السابق، 436/5.

(3) ينظر: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أ.د الريسوني، ص: 345، بتصرف.

(4) ينظر: ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية نحو مراجعة مقاصدية للمناهج الاجتهادية في الفقه الإسلامي: أ. د عبد الرزاق أورقية، Noor publishing – Germany 2017م، 239/1.

تجاذب النُّظار إعمالًا وإهمالًا، كما بين الإمام الشاطبي أن كل دليل شرعي إما أن يكون قطعيا أو ظنيا، فإن كان قطعيا؛ فلا إشكال في اعتباره، وإن كان ظنيا؛ فإما أن يرجع إلى أصل قطعي أو لا، فإن رجع إلى قطعي؛ فهو معتبر أيضا، وإن لم يرجع؛ وجب التثبت فيه، ولم يصح إطلاق القول بقبوله، ولكنه قسمان: قسم يضاد أصلا قطعيا، وقسم لا يضاده ولا يوافقه[1].

فالأول: "وهو الظني المعارض لأصل قطعي ولا يشهد له أصل قطعي، فمردود بلا إشكال"[2]، وسبب رده؛ لأنه مخالف لأصول الشريعة، ومخالف أصولها لا يصح؛ لأنه ليس منها، وأنه ليس له ما يشهد بصحته، وما هو كذلك ساقط الاعتبار[3]، ومخالفة الظني لأصل قطعي يسقط اعتبار الظني على الإطلاق، وهو مما لا يختلف فيه[4].

الثاني: الظني الذي لا يضاد أصلا قطعيًا ولا يوافقه: "هو الظني الذي لا يشهد له أصل قطعي ولا يعارض أصلا قطعيا، فهو في محل النظر"[5]، وهو محل الإشكال، وموضع التجاذب بين القائلين بالإعمال، أو الإهمال.

فيرجع قول القائل بالإهمال إلى أنه "إثبات شرع على غير ما عهد في مثله، والاستقراء يدل على أنه غير موجود، ولما كان عدم الموافقة مخالفة، فكل ما خالف أصلا قطعيا مردود"[6]، ويعود قول قائل بالإعمال إلى أن "العمل بالظن على الجملة ثابت في تفاصيل الشريعة، وهذا فرد من أفراده، وهو وإن لم يكن موافقًا لأصل، فلا مخالفة فيه أيضًا، فإن عَضَّدَ الرَّدَّ عَدَمُ الْمُوَافَقَةِ، عَضَّدَ الْقَبُولَ عَدَمُ الْمُخَالَفَةِ؛ فيتعارضان ويسلم أصلُ العمل بِالظَّنِّ"[7]، ويعتبر هذا نوع من إخضاع الأدلة الجزئية الظنية لمراقبة الأدلة الكلية القطعية،

(1) ينظر: الموافقات: للشاطبي، 184/3.

(2) المصدر السابق، 186/3.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) المصدر السابق، 188/3.

(5) المصدر السابق، 206/3.

(6) المصدر السابق نفسه، بتصرف.

(7) ومثال ذلك حديث: "القاتل لا يرث"؛ فإنه ظني، لم يشهد له ولم يرده أصل قطعي، وليس الغرض أن الحديث من باب المناسب الغريب، يعني: وحيث كان ما هنا شبيها به في وجهي الإعمال والإهمال وأدلة كل، وقد اعتبر العلماء المشبه به في باب القياس؛ فليكن شبهه هنا معتبرا في الأدلة، ينظر: المصدر السابق نفسه.

وفي مقدمتها المقاصد العامة للشريعة[1]، فالدليل الظني إذا لم يكن راجعًا إلى دليل قطعي، ولا معارض له، فإنه يقع بين مأزق الإعمال والإهمال، والاعتبار والاهدار.

ولفك شفرة المعارضة والمناقضة، لابد من منهاج سديد في أخذ الدليل، وهو ما سيتجلَّى في الآتي:

ب/ المنهاج المتبع في أخذ الدليل للدلالة على الحكم

لما كانت الأحكام لا تنفك عن أدلتها كان لا بد للاستدلال عليها من مناهج، وفي أخذها والدلالة على أحكامها من وئام، "لأن أخذ الأدلة على الأحكام يقع في الوجود على مسلكين"[2]:

- مسلك الافتقار والتَّفَكُّر والاعتبار

يعتبر منهاج الافتقار والتفكر والاعتبار؛ طريقة السلف في أخذ الأدلة في الدلالة على أحكامها، وهو "أن يؤخذ الدليل مأخذ الافتقار واقتباس ما تضمنه من الْحُكْمِ لتعرض عليه النازلة المفروضة حتى تقع في الوجود على وفاق ما أعطى الدليل من الحكم، أما قبل وقوعها؛ فبأن توقع على وفقه، وأما بعد وقوعها؛ فليتلافى الأمر، ويستدرك الخطأ الواقع فيها، بحيث يغلب على الظن أو يقطع بأن ذلك قصد الشارع، وهذا الوجه هو شأن اقتباس السلف الصالح الأحكام من الأدلة"[3]، وأخذ المفتقر أخذا شموليًّا ظاهرًا وباطنًا جزئيًا وكليًّا، دون اقتصار على أحدهما، والافتقار هو الرشد العلمي والاستقامة المنهجية، اللَّذان يقتضيان تحقيق المناط إلى منتهاه واعتبار المآل إلى أقصاه، من قبل ومن بعد، ابتداءً وانتهاءً، حتى لو بان خطأ التنزيل وآل الحكم إلى خلاف قصد الشارع، فإنَّ سبيل المفتقر الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل، وذلكم الرسوخ في الفهم والتنزيل.

- مسلك الاستظهار والانتحال

يعد منهاج الاستظهار والانتحال طريقة أهل الزيغ في أخذ الأدلة، وهو "أن يؤخذ مأخذ الاستظهار على صحة غرضه في النازلة العارضة، أن يظهر بادئ الرأي موافقة ذلك الغرض للدليل من غير تحر لقصد الشارع، بل المقصود منه تنزيل الدليل على وفق غرضه، وهذا

(1) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أ. د. الريسوني، ص: 344.

(2) الموافقات: للشاطبي، 290/3.

(3) المصدر السابق، 290/3.

الوجه هو شأن اقتباس الزائغين الأحكام من الأدلة، ويظهر هذا المعنى من الآية الكريمة: ﴿فَأَمَّا ٱلَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمۡ زَيۡغٞ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَٰبَهَ مِنۡهُ ٱبۡتِغَآءَ ٱلۡفِتۡنَةِ وَٱبۡتِغَآءَ تَأۡوِيلِهِۦۖ﴾ [آل عمران: 7][1]، بحيث يكون الدليل مقصودًا لدى الناظر بالتبع لا بالأصل؛ الذي هو الحاجة والافتقار، وإنما يستظهر به ويتستَّر خلفه ويبرر تصرفاته ويمرر شهواته وشبهاته، وهذا هو ملاذ أهل التكفير والتفجير، وهو خلاف قصد الشارع في إخراج المكلف من داعية هواه.

من أجل ذلك؛ يتحتم على المجتهد إعمال الموازنة بين الأدلة، من حيث الجزئية والكلية، والظنية والقطعية، فينتقل بذلك الإعمال من الضيق إلى السعة والشدة إلى المرونة، "فإنّه إذا تمسك بالكلي كان له الخيرةُ في الجزئي –في حمله على وجوه كثيرة– فإن تمسك بالجزئي لم يمكنه مع التمسك به الخيرة في الكلي؛ فثبت في حقه المعارضة، ورمت به أيدي الإشكالات في مهاو بعيدة، وهذا هو أصل الزيغ والضلال في الدين؛ لأنه اتباع للمتشابهات، وتشكك في القواطع المحكمات"[2]، ولو واءم ووازن لنجا، ونُزِع من مهاوي الاشكالات، ولأن مسلك الموازنة منهاج سديد في حمل الأدلة بعضها على بعض، وضرب من ضروب إخضاع الجزئي للكلي، والظني للقطعي.

رابعًا: الجمع بين الدليل الكلي والدليل الجزئي

ينبغي للجمع بين الدليل الكلي والدليل الجزئي مراعاة أن الكليات "تقضي على كل جزئي تحتها... إذ ليس فوق هذه الكليات كلي تنتهي إليه، بل هي أصول الشريعة"[3]، ومحال استغناء أحدهما عن الآخر، فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات، عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس؛ فمن أخذ بنص –مثلًا– في جزئي، معرضًا عن كلي، فقد أخطأ، فكذلك من أخذ بالكلي معرضًا عن جزئي[4]، فلا بد من الجمع بينهما واعتبارهما معًا في كل مسألة[5]، وإن كان في ظاهرها الاكتفاء بالدليل الجزئي الخاص، "فكل مسألة تعرض، يجب عرضها على الأدلة الجزئية، وعلى الأدلة الكلية، والمقاصد العامة

(1) المصدر السابق نفسه.
(2) المصدر السابق، 12/4.
(3) المصدر السابق، 172/3
(4) المصدر السابق، 174/3.
(5) المصدر السابق، 176/3.

للشريعة"[1]، وفق منهاج تكاملي شمولي، فلو اقتصر المجتهد على أحدهم؛ لحاد عن مطلوب الشرع، ولم يحفظ للشارع قصدا.

ويتحصل بإعمال هذا المنهاج "أنه لا بد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها، وبالعكس، وهو منتهى نظر المجتهدين بإطلاق، وإليه ينتهي طَلَقُهُمْ [أي سيرهم] في مرامي الاجتهاد"[2].

ويقصد من هذا التكامل، تحقيق الرشد في الاجتهاد، وسلامة وقوع الحكم التكليفي في محله، إذ هو ثمرة نظر المجتهد، "فلا يصح إهماله النظر في هذه الأطراف، فإن فيها جملة الفقه، ومن عَدَمِ الالتفات إليها أخطأ مَنْ أخطأ، وحقيقته: نظر مطلق في مقاصد الشارع وأنَّ تتبعَ نصوصهِ مطلقةً ومقيدةً أمر واجب، فبذلك يصح تنزيل المسائل على مقتضى قواعد الشريعة، ويحصل منها صورٌ صحيحة في الاعتبار"[3]، وهذا مرتقىً صعبٌ لا بد فيه من مزاوجة "النظر المطلق في مقاصد الشرع بواسطة الكليات، ولا بد من تتبع النصوص أيضا مع ذلك وهي الجزئيات، وبالأمرين معًا تصدر من الناظر صور صحيحة الاعتبار عند الشارع، وما أصعب هذا العمل! وبه يعرف المدعون للاجتهاد... قيمة دعواهم"[4]، ومدى تمكن النظر المقاصدي عند إعمال الأدلة.

فإذا تعارضت الجزئيات أو قضايا الأعيان مع قصد الشارع فما العمل؟ وللإجابة على هذا الإشكال لابد من التسليم بمقدمة مفادها أن الأدلة الكلية صحيحة، وإن تخلَّف عنها بعض الجزئيات، فلو تعارض الجزئي أو قضايا الأعيان مع قصد الشارع في رفع المفسدة ودفعها أو تقديم المصلحة وجلبها، أو مع قاعدة كلية ثابتة بالاستقراء أو دليل كلي؛ فمعارضته إما لعارض أو لغير عارض، ولهذا كان لا بد من التوفيق، "فالجزئيات المتخلفة قد يكون تخلفها لحِكَم خارجة عن مقتضى الكلي، فلا تكون داخلة تحته أصلا، أو تكون داخلة لكن لم يظهر لنا دخولها، أو داخلة عندنا، لكن عارضها على الخصوص ما هي به أولى"[5]، وعليه؛ فإن

(1) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أ.د الريسوني، ص: 343.

(2) الموافقات: للشاطبي، 180/3.

(3) المصدر السابق، 183/3.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المصدر السابق، 84/2.

"تخلف آحاد الجزئيات عن مقتضى الكلي إن كان لغير عارض، فلا يصح شرعا، وإن كان لعارض؛ فذلك راجع إلى المحافظة على ذلك الكلي من جهة أخرى، أو على كلي آخر"[1]، فيتحتم اعتبار تظافر الجزئيات مع كلياتها والكليات مع جزئياتها عند التنزيل.

فإن كانت الكليَّة معنوية، بحيث "ثبت بالاستقراء قاعدة كلية ثم أتى النص على جزئي يخالف القاعدة –بوجه من وجوه المخالفة– فلا بد من الجمع في النظر بينهما؛ لأن الشارع لم ينص على ذلك الجزئي إلا مع الحفظ على تلك القواعد، إذ كلية هذا معلومةٌ ضرورةً بعد الإحاطة بمقاصد الشريعة"[2].

وذلك بخلاف إذا ثبتت قاعدة عامة، أو مطلقة، فلا تؤثر فيها معارضة قضايا الأعيان، ولا حكايات الأحوال؛ لأنا إنما نتكلم في الأصول الكلية القطعية، وقضايا الأعيان مظنونة أو متوهمة؛ والمظنون لا يقف للقطعي ولا يعارضه، فالقاعدة غير محتملة ولا ظنيَّة؛ لاستنادها إلى الأدلة القطعية، وقضايا الأعيان محتملة لإمكان أن تكون على غير ظاهرها، أو على ظاهرها، وهى مقتطعة ومستثناة من ذلك الأصل، فلا يمكن إبطال كلية القاعدة بما هذا شأنه[3]، أضف إلى ذلك "أن قضايا الأعيان جزئية والقواعد المطردة كليات، ولا تنهض الجزئيات أن تنقض الكليات، ولذلك تبقى أحكام الكليات جاريةً في الجزئيات وإن لم يظهر فيها معنى الكليات على الخصوص، كما في المسألة السفرية بالنسبة إلى الملك المترف"[4].

أما إذا عارضت الجزئيات القاعدة الكلية: "فإما أن يعملا معا أو يهملا، أو يعمل بأحدهما دون الآخر، ... فإعمالهما معا باطل، وكذلك إهمالهما؛ لأنه إعمال للمعارضة فيما بين الظني والقطعي، وإعمال الجزئي دون الكلي ترجيح له على الكلي وهو خلاف القاعدة، فلم يبق إلا الوجه الرابع وهو إعمال الكلي دون الجزئي"[5] في محل المعارضة.

فلو أعمل الدليل الخاص بإطلاق –ولو كان قطعيًّا– في قتل الواحد بالواحد، وتطبيق حد السارق عام الرمادة، وتحريم الميتة بإطلاق، وأهملت الضرورات الشرعيَّة، لهلكت النفوس،

(1) المصدر السابق، 99/2.

(2) المصدر السابق، 176/3.

(3) المصدر السابق، 8/4 – 9، بتصرف يسير.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المصدر السابق، 9/4.

وانخرم كلي النفس، ولو أعمل النهي عن تدوين السنة لضاع جزء كبير من أحكام الدين، وهكذا فالمجتهد إذا أخذ الدليل الجزئي بمفرده ودون الأخذ بالكلي المقاصدي الذي تنتمي إليه الواقعة؛ لأوشك أن يخرم الكلي بسوء تطبيق الجزئي، وإذا ثبت ضرورة التوفيق بين الكلي والجزئي فإن لذلك ضوابط[1]:

الضابط الأول: أن يكون الكلي محققًا بحيث ينتمي إلى القواعد الثلاث الضروريات والحاجيات والتحسينيات.

الضابط الثاني: أن يكون الجزئي معتبرًا، فالجزئي غير المعتبر كالحديث المنسوخ أو الضعيف أو القياس الفاسد؛ لا اعتبار به، ولا يرقى لمجرد المقابلة بالكلي.

الضابط الثالث: أن يكون الجزئي بحيث "لم تتحقق استقامة الحكم بالكلي فيه، كالعرايا وسائر المستثنيات"[2]، فينبغي تحَقُّق الكلي أولًا، ثم اعتبار الجزئي فيه، وألا يكون الجزئي من المستثنيات.

فيلاحظ: أن العمل بالكلي المقاصدي ليس مقصودًا لذاته، إنما القصد استثماره في فهم النص الشرعي، واختيار المعنى المراد بحيث لا يعارض المقاصد، والعمل على توجيه المعنى لخدمة المقصد، وهو ما قد يستدعي تأويل النص وصرفه عن معارضة المعنى الظاهر لمقصد الشارع، ناهيك أن يردَّ عند امتناع وتعذر العمل به بوجه من الوجوه.

فيعدُّ الاستقراء آلية، ومحدِد منهاجي يتوسل به في الإعمال أو الإهمال للدليل الظني، والخروج من دائرة التعارض بين الجزئيات أو قضايا الأعيان وقصد الشارع لا يتم إلا باتباع منهاج سديد، كما يعدُّ استقراء الشريعة ونظمها في قواعد كلية؛ إجراء يساعد على تدبير التعارض بين الكليات والجزئيات إلى حد بعيد؛ إن لم يكن إجراء منهاجي وقائي يعصم المجتهد من الوقوع في التعارض بصفة نهائية، فإننا نستطيع من خلال التوسل به المحافظة على الكلي، ثم البقاء على الجزئي وذلك بإلحاقه بكلي آخر بعد الاستقراء، مالم فالحكم باستثناء الجزئي لا بهدم الكلي، وقد تؤدي المحافظة على الكلي إلى ترحيل الجزئي إلى كلي آخر، أو إلى ما فوق تقييد الجزئي بالاستثناء وهو التأجيل مع الاحتفاظ بحق التنزيل، والتحفظ من التعطيل؛ لأنه ما نص الشارع على جزئي إلا مع المحافظة على الكل.

---

(1) ضوابط الإجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية: أ.د أرقية، 244/1 – 245، بتصرف.

(2) الموافقات: للشاطبي، 182/3.

الفرع الثاني: تلازمية النظر الكلي والجزئي في الحكم التكليفي

جعل الأصوليون حكم المباح متأخرًا في الأحكام التكليفية؛ لعدم ترتب على فعله ثواب ولا على تركه عقاب؛ لأنه غير مطلوب الفعل والترك، وجعله الإمام الشاطبي صدرًا حين صدَّر به الأحكام التكليفيَّة، فذكره في طليعة الأحكام، وحين عرفه في الموافقات؛ قال: "الْمُبَاحُ مِنْ حَيْثُ هُوَ مُبَاحٌ لَا يَكُونُ مَطْلُوبَ الْفِعْلِ، وَلَا مَطْلُوبَ الِاجْتِنَابِ"[1]، وإن كان في هذا الحد حشو وتكرار، إلا أن في الاقتصار على تعريف الشاطبي غرض؛ هو أنه أبرز فيه الاعتبار الكلي والجزئي، وأظهر فيه نظرية المقاصد، حيث يقول: "وَإِنَّ فِعْلَهُ وَتَرْكَهُ فِي قَصْدِ الشَّارِعِ بِمَثَابَةٍ وَاحِدَةٍ"[2]، متى كان متساوي.

وقسم الإمام الشاطبي مباح إلى مباح لذاته، ومباح لملابسات خارجية، فقال: المباح ضربان: أحدهما أن يكون خادما لأصل ضروري، أو حاجي، أو تكميلي، والثاني: أن لا يكون كذلك[3]، وهو الباقي على أصل الإباحة.

فالأول هو المعني بالدراسة إذ "المباح يصير غير مباح بالمقاصد والأمور الخارجة"[4]، فيتغيَّر حكمه بحسب ما تعتريه من الضروريات والحاجيات والتحسينات، ويكون خادما لها، "فالأمر به راجع إلى حقيقته الكلية، لا إلى اعتباره الجزئي"[5]، أما في كون "المباح من حيث هو مباح غير مطلوب الفعل ولا الترك بخصوصه"[6]، إنما يكون عند إطلاقه وفقدان تلازميَّة النظر الكلي، وتخليته من البعد المقاصدي.

وإذا كانت الوسائل تعطى حكم المقاصد، فالمباح الذي لابسته عوامل خارجية، واتخذ ذريعة ووسيلة إلى غيره، فإنَّه يعطى حكم ما توسل به من الوسائل، وما قصد به من مقاصد، وعليه فإنَّ الحكم التكليفي إذا كان مباحًا فإنه يتغيَّر بناء على عدة اعتبارات، هي:

---

(1) المصدر السابق، 181/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق، 203/1.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) الموافقات: للشاطبي، 204/1.

(6) المصدر السابق، 205/1.

أولًا: تغيُّر حكم الإباحة باعتبار الكليَّة والجزئية

يتردد المباح بين الأحكام التكليفية الأربعة، وذلك من حيث اعتبار الكلي والجزئي، إذ "الإباحة بحسب الكلية والجزئية تتجاذبها الأحكام البواقي؛ فالمباح يكون مباحا بالجزء، مطلوبا بالكل على جهة الندب أو الوجوب، ومباحا بالجزء، منهيا عنه بالكل على جهة الكراهة أو المنع"[1]، فيتغيَّر الحكم التكليفي المباح بالجزء إلى الوجوب أو الحرمة بالكل.

وذلك بحسب الحالات الجزئية المعينة لاستعمال المباحات في الحياة اليومية للأفراد، أو بحسب النظر في جملة من المباحات في عمومها وشمولها، للفرد والمجتمع، وتعلقها بالحق الخاص والعام[2]، وبه يتغير حكم الإباحة، فيأتي على أربع أصناف:

الصنف الأول: مباح بالجزء مندوب بالكل، كالتمتع بالطيبات من المأكل، والمشرب، والمركب، والملبس، مما سوى الواجب من ذلك، والمندوب المطلوب في محاسن العبادات، أو المكروه في محاسن العادات كالإسراف، فهو مباح بالجزء، فلو ترك بعض الأوقات مع القدرة عليه، لكان جائزا كما لو فعل، فلو ترك جملة[3]، فمتى تعلق بالمجموع صار فعله مندوبا، ومتى تجرد عن تعلقه بالمجموع عاد إلى أصل الإباحة.

الصنف الثاني: مباح بالجزء واجب بالكل، كالأكل والشرب، والاستمتاع بالأزواج، وحق التملك بالبيع، والشراء، وسائر وجوه الاكتساب الجائزة؛ كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾ [البقرة: 275]، وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ﴾ [المائدة: 96]، وقوله جل جلاله: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [المائدة: 1]، وكل هذه النصوص تدل على مباحة بالجزء؛ أي: إذا اختار أحد هذه الأشياء على ما سواها؛ فذلك جائز، أو تركها الرجل في بعض الأحوال أو الأزمان[4]، أو تركها بعض الناس لم يقدح ذلك، فلو فرضنا ترك الناس كلهم ذلك؛ لكان تركًا لما هو من الضروريات المأمور بها، فكان الدخول

(1) المصدر السابق، 206/1.

(2) نظريَّة المقاصد عند الإمام الشاطبي: أ. د. الريسوني، ص: 165.

(3) الموافقات: للشاطبي، 206/1.

(4) ينظر: المصدر السابق، 208/1.

فيها واجبًا بالكل"[1]، فإذا تعلق بالمجموع وخرج من الجزئية إلى الكلية كان مطلوبًا على جهة الوجوب، ولا يصير مباحًا إلا بخروجه من المجموع.

الصنف الثالث: مباح بالجزء مكروه بالكل، "كالتنزه في البساتين، وسماع تغريد الحمام، والغناء المباح، واللعب المباح بالحمام، أو غيرها؛ فمثل هذا مباح بالجزء، فإذا فعل يوما ما، أو في حالة ما؛ فلا حرج فيه، فإن فعل دائما كان مكروها، ونسب فاعله إلى قلة العقل، وإلى خلاف محاسن العادات، وإلى الإسراف في فعل ذلك المباح"[2]، فإذا كان مباحًا في جزئي الأوقات فهو مكروها في كليِّها، وكذلك يقال: مكروه في حق المجتمع، مباح في حق الفرد.

الصنف الرابع: مباح بالجزء محرم بالكل، "كالمباحات التي تقدح في العدالة المداومة عليها وإن كانت مباحة، فإنها لا تقدح إلا بعد أن يعدّ صاحبها خارجا عن هيئات أهل العدالة، وأجري صاحبها مجرى الفساق، وإن لم يكن كذلك، وما ذلك إلا لذنب اقترفه شرعًا، وقد قال الغزالي: "ومن المباحات ما يصير صغيرة بالإصرار"[3]، ثم قال في موضع آخر: "والصغيرة تكبر بالمواظبة كما أن المباح يصير صغيرة بالمواظبة"[4]، ومن هنا قيل: "لا صغيرة مع الإصرار"[5]، وهذا الإصرار يصيرها "محرمة بالإدمان عليها، والإفراط فيها؛ لأنها –حينئذ– تصير هوى متبعا، وآفة مستحكمة"[6]، فهو منهي عنه لتعلقه بالكل نهيًا معلقًا يقتضي حمله على جهة التحريم؛ لأن إبقاءه على أصل المباح يؤدي إلى خرم الكليات الضروريات والتحسينات أو الكماليات أو يعود عليها بالإبطال، وكذلك؛ إذا كان المباح سببًا لإيذاء الناس، وإنزال الضرر بهم؛ فإنه يمنع منه، فينتقل الحكم من الإباحة إلى المنع.

وقد تقرر ورود الكليات والجزئيات في الأحكام الشرعية بصورة قطعية، وبدليل واضح، منها ما تقرر في الشريعة أن للمداومة على الفعل أثرًا في التجريح بما لم يجرح به لو لم

---

(1) المصدر السابق، 209/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) إحياء علوم الدين: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (المتوفى: 505هـ)، دار ابن حزم، بيروت– لبنان، ط/1، 1426هـ– 2005م، ص: 1019.

(4) المصدر السابق، ص: 1358.

(5) الموافقات: للشاطبي، 209/1 – 210.

(6) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أ.د الريسوني، ص: 167.

يداوم "وهو أصل متفق عليه بين العلماء في الجملة"[1]، كذلك ما تقرر "أن الشارع وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق، وتقرر في هذه المسائل أن المصالح المعتبرة هي الكليات دون الجزئيات، إذ مجاري العادات كذلك جرت الأحكام فيها، ولولا أن الجزئيات أضعف شأنًا في الاعتبار لَمَا صَحَّ ذلك"[2]، فوجب الترتيب بينها، ويلحق به تنزيل الكلية من كليات مكان أخرى.

وعليه؛ فإن النظر يقتضي الموازنة بين المراتب الثلاث؛ من جهة الكليَّة والجزئية، لأن الموازنة تفضي إلى اعتبار ما كان منها مباحا بالجزء واجبا بالكل؛ أعلى مرتبة من المباح بالجزء المندوب بالكل، وما كان متعلقا منها بسائر المجتمع، بحيث لا ينبغي التفريط فيه، حتى لا يعود على الضروريات بالإبطال، وكذلك الشأن فيما هو مباح بالجزء، مكروه بالكل، فإنه أدون رتبة مما هو مباح بالجزء محرم بالكل[3]، فيراعى في جميع المراتب ما تعلق منها بأحكام المجتمع، وحقوقهم العامة، فيقدم على ما تعلق بأحكام الأفراد وحقوقهم الخاصة.

ثانيًا: تنزيل الكلية من كليات الشرعية مكان أخرى

لا يقف تغيُّر الأحكام عند تنزيل الحكم ولا يقتصر عليه فقط، بل يتعدى إلى ما يتعلق به من كليات الشريعة، وذلك من حيث تعلقها بالآحاد أو بالمجموع، ومن ذلك "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الأشخاص"[4]، ومعناها "أنَّ الشَّرع كما اعتنى بدفع ضرورة الشَّخص الواحد فكيف لا يعتني به مع حاجة الجنس ولو منع الجنس ممَّا تدعو الحاجة إليه لنال آحَادُ الجنس ضرورة تزيد على ضرورة الشَّخص الواحد فهي بالرِّعاية أولى"[5]، ومن أمثلة ما أبيح للحاجة "إباحة النظر للعلاج"[6]، فلو امتنع الناس كافة عن اداء الحاجة لَلَحِقَ بآحادهم الضرر، والضرر يزال فتنزل الحاجة منزلة الضرورة المقدَّرة.

(1) الموافقات: للشاطبي، 221/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين: محمد عبدالسلام عوام، المعهد العلمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط/1، 1435هـ- 2014م، 364/1.

(4) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 82/2.

(5) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 24/2

(6) المصدر السابق، 25/2.

ولم ينحصر تغيُّر الأحكام في المباح فقط –وإن كان الغالب عليه– بل تجاوز ليشمل المكروه والمندوب معا، والواجب والحرام في بعض الصور، ومن تلك الصور:

الصورة الأولى: الندب

لو ترك الفعل المندوب في حق آحاد المكلفين؛ لأثم الجميع بتركه، قال الإمام الشاطبي: "إذا كان الفعل مندوبا بالجزء كان واجبا بالكل؛ كالأذان في المساجد الجوامع أو غيرها، وصلاة الجماعة، وصلاة العيدين، وصدقة التطوع، والنكاح، والوتر، والفجر، والعمرة، وسائر النوافل والرواتب، فإنها مندوب إليها بالجزء، ولو فرض تركها جملة لجرح التارك لها، ألا ترى أن في الأذان إظهارا لشعائر الإسلام؟ ولذلك يستحق أهل المصر القتال إذا تركوه،... والنكاح لا يخفى ما فيه مما هو مقصود للشارع من تكثير النسل، وإبقاء النوع الإنساني، وما أشبه ذلك، فالترك لها جملة مؤثر في أوضاع الدين، إذا كان دائما، أما إذا كان في بعض الأوقات، فلا تأثير له، فلا محظور في الترك"[1]، سواء كان الترك في حق المجموع، أم الترك في حق الفرد على الدوام، ويلحق بهذا إقامة الواجب في مقام المندوب.

الصورة الثانية: إنشاءٌ الواجب في دائرة المندوب

ويختص المندوب –دون غيره من الأحكام– في كون المكلف به له حق إنشاء التزاما حتميًّا من تلقاء نفسه، وذلك الإنشاء ليس على جهة الابتداء، بل على جهة نقل المندوب من دائرة الندب إلى دائرة الوجوب في حق المنشئ فقط، والله سبحانه وتعالى: "قرَّر في أصل شريعته أنَّ للمكلَّف أن يُنشِئ الوجوبَ فيما ليس بواجب في أصل الشرع، فيَنْقُلَ أيَّ مندوبٍ شاء فيَجعلَه واجبًا عليه، وخَصَّصَ ذلك بالمندوبات، وخَصَّص الطريقَ الناقلَ للمندوبات إلى الواجبات بطريقٍ واحدٍ وهو النَّذْر، فالنَّذْرُ إنشاءٌ للوجوب في المندوب"[2]، مجردًا عن كونه وسيلة أو سببا "لضرورة دَرْءِ العِناد، ودفعِ الفساد، وإخماد النائرةِ، وإبطال الخصومة، فهذان بابانِ مُؤنسانِ بل بطريقِ الأَولى"[3]، وما قد يوجب المكلف على نفسه من المندوبات فيدخلها في دائرة الإلزام الشرعي من العبادات والتبرعات.

(1) الموافقات: للشاطبي، 211/1 – 212.

(2) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 38/1.

(3) المصدر السابق، 41/1.

ومما يدل على جواز الإنشاء في دائرة المندوب؛ الاستدلال بالإجماع على أنَّ حُكْمَ الله تعالى ما حَكَم به الحاكم في مسائل الإجتهاد[1]، وهذا الإنشاء لا يعارض اكتمال الدين، كما في قوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [المائدة: 3]، وليس فيه تعدٍّ على حق الله في تشريع الأحكام، إنما هو من باب ممارسة الحق الذي أوكل له في تقييد المباح، أو توسيعه، وذلك بحسب ما يقَدِّره من مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، كحظر التجوال وإغلاق محلات البيع والشراء، ومنع الاجتماع للولائم والمناسبات الدينية والعادية في زمان انتشار الفيروس التاجي (Covid19)، و(Covid20).

الصورة الثالثة: المكروه

أن ينقله من دائرة النهي المطلق الذي يفيد الكراهة إلى اللزوم الشرعي الذي يفيد التحريم، قال الإمام الشاطبي: إذا كان الفعل مكروها بالجزء كان ممنوعا بالكل، كاللعب بالشطرنج والنرد بغير مقامرة، وسماع الغناء المكروه، فإن مثل هذه الأشياء إذا وقعت على غير مداومة؛ لم تقدح في العدالة، فإن داوم عليها قدحت في عدالته، وذلك دليل على المنع بناء على أصل الغزالي، وكذلك اللعب الذي يخرج به عن هيئة أهل المروءة، والحلول بمواطن التهم لغير عذر، وما أشبه ذلك[2]، أما الواجب باعتبار الجزء والكل فلا بد من إعمال النظر فيه من حيث كونه واجبًا عينيًّا على كل فرد، أو واجبًا كفائيًّا على المجموع يأثم بتركه ويسقط الإثم من حيث وقوعه في الأفراد.

ثالثًا: الدليل الكلي والجزئي في ضوء اعتبار الواجب الكفائي

يتعلق الحديث عن الوجوب الكفائي من ناحيتين: الأولى طلب الشارع حصوله من المجموع، فلو ترك العمل به لأثم الجميع، والثانية من حيث حصوله في الواقع، فلو حصل من الأفراد بما تقع الكفاية فيه لتحقق بحصوله في الواقع براءة ذمة المجموع.

ويقصد بالواجب الكفائي "حصوله من غير نظر بالذات إلى فاعله"[3]، وقصد الفاعل قصد تبعي لتوقف الفعل عليه، وحصول الكفاية بفعله دون فعل غيره، وهو "ما لا تتكرر

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) الموافقات: للشاطبي، 212/1 – 213.

(3) شرح الكوكب المنير: لابن النجار، 375/1.

مصلحته بتكرره"[1]، فلو تكرر حصوله بعد الكفاية كان الحصول سنة كفائية لا واجبًا كفائيًّا، ومصلحته لا تحصل بالزيادة في تحصيله بعد براءة الذمة، وحصول الاكتفاء؛ لأن إقامة التكاليف الكفائية من المجموع فيه زيادة أجر وتكرار مصلحة لكل من قام به، كصلاة الجنازة، والنكاح، وصدقة التطوع، والوقف.

ويظهر الفرق بينه وبين الواجب العيني من حيث المخاطب به، "والصحيح أن المخاطب به الجميع لتعذر خطاب المجهول"[2]، ومن حيث الثمرة والغاية، وحصول المصالح بتحقيق قصد الشارع منه، "واعلم أن المقصود لفرض الكفاية تحصيل المصالح ودرء المفاسد دون ابتلاء الأعيان بتكليفه، والمقصود بتكليف الأعيان حصول المصلحة لكل واحد من المكلفين على حدته، لتظهر طاعته أو معصيته، فلذلك لا يسقط فرض العين إلا بفعل المكلف به، ويسقط فرض الكفاية بفعل القائمين به دون من كلف به في ابتداء الأمر"[3]، من عموم المسلمين؛ لأن الفرض الكفائي خوطبت به الأمة إجمالًا، وذلك في ابتداء التكليف، ولكن لا يكون واجبًا إلا على من قامت به الكفاية.

فيسقط عن فاعليه؛ لأنهم قاموا بتحصيل مصلحته، ويسقط عن الباقين لتعذر التكليف به، أو لقايم التكليف به في غيرهم، حيث إنَّ التكليف تارة يسقط بالامتثال، وتارة يسقط بتعذر الامتثال، فإذا خاض في فرض الكفاية من يستقل به ثم لحقه آخرون قبل تحصيل مصلحته، كان ما فعلوه فرضًا وإن حصلت الكفاية بغيرهم؛ لأن مصلحته لم تحصل بعد ذلك[4]، فمصلحته عامة مرتبطة بحق الأمة أساسًا ومصلحة الفرد ضمنيَّة لا تقصد بذاتها، مثاله سائر "الولايات والمناصب للمصالح العامة"[5]، المنوط بالمصلحة، وكالتعليم والطب والهندسة والسياسة والاقتصاد والتخطيط والمستقبليات، وكل ما يؤدي إلى خلق الوعي المجتمعي، والقيام بواجب النهوض والإقلاع الحضاري الشامل الكامل.

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) الإبهاج في شرح المنهاج: للسبكي وولده تاج الدين، 100/1.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 51/1.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) الموافقات: للشاطبي، 312/2.

ولا يتعلق بالواجب الكفائي حظوظ؛ لأنه "مُعَرًّى من الْحَظِّ شرعا"[1]، وإنما غاية ما يتعلق به؛ مقاصد أصلية كفائيَّة؛ لأن القيام بها "قِيَامٌ بِمَصَالِحَ عَامَّةٍ لِجَمِيعِ الْخَلْقِ"[2]، فهو مجرد عن المصالح الخاصة، والحظوظ النفسيَّة، فكل ما كان مطلوبًا كفائيًّا كان بطلبه "تحصيل مصلحته من غير نظر إلى فاعله"[3]، لأنه واجب بالكل "مُوجِبٌ تَرْكَهَا لِلْعُقُوبَةِ؛ لِأَنَّ فِي تركه أَيَّ مَفْسَدَةٍ فِي الْعَالَمِ"[4]، واختلال في النظام.

وأما ما يخص المقاصد التبعيَّة فقد صار للمكلف بها حظ، فهي مباحة بالجزء، لذا قال الإمام الشاطبي: وَأَمَّا الْمَقَاصِدُ التَّابِعَةُ، فَهِيَ الَّتِي رُوعِيَ فِيهَا حظ المكلف، فمن جهتها يَحْصُلُ لَهُ مُقْتَضَى مَا جُبِلَ عَلَيْهِ مِنْ نَيْلِ الشَّهَوَاتِ وَالِاسْتِمْتَاعِ بِالْمُبَاحَاتِ، وَسَدِّ الْخَلَّاتِ، لكِنَّهَا تَكْتَسِبُ أَسْبَابَهَا هُنَا بِالرُّجُوعِ إِلَى مَا حَدَّهُ الشَّارِعُ، أو الخروج عَنْهُ، فَأَخَذَ الْمُكَلَّفُ فِي اسْتِعْمَالِ الْأُمُورِ الْمُوَصِّلَةِ إِلَى تِلْكَ الْأَغْرَاضِ، وَلَمْ يُجْعَلْ لَهُ قُدْرَةٌ عَلَى الْقِيَامِ بِذَلِكَ وَحْدَهُ، لِضَعْفِهِ عَنْ مُقَاوَمَةِ هَذِهِ الْأُمُورِ، فَطَلَبَ التَّعَاوُنَ بِغَيْرِهِ، فَصَارَ يَسْعَى فِي نَفْعِ نَفْسِهِ وَاسْتِقَامَةِ حَالِهِ بِنَفْعِ غَيْرِهِ، فَحَصَلَ الِانْتِفَاعُ لِلْمَجْمُوعِ بِالْمَجْمُوعِ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ أَحَدٍ إِنَّمَا يَسْعَى فِي نَفْعِ نَفْسِهِ، فَمِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ صَارَتِ الْمَقَاصِدُ التَّابِعَةُ خَادِمَةً لِلْمَقَاصِدِ الْأَصْلِيَّةِ وَمُكَمِّلَةً لها[5]، فهي مقصودة في ذاتها بالجزء على وفق مقتضى الشرع، تابعة ومكملة للمقاصد الأصلية بالكل، "لكن الإباحة لما كان أصلها الدلالة على أن المباح ليس فيه مصلحة لازمة ولا مفسدة معتبرة لزم أن يراعى ذلك في العوائد، فمتى اشتملت على مصلحة ضرورية أو حاجية للأمة كلها، أو ظهرت فيها مفسدة معتبرة لأهلها لزم أن يصار بتلك العوائد إلى الانزواء تحت القواعد التشريعية العامة من وجوب أو تحريم"[6]، فاستدعى انتقال الحكم المباح إذا ترتبت عليه مصلحة أو مفسدة عامة إلى حكم آخر يقتضي الالزام بالوجوب أو التحريم.

فاستثمار هذا الحكم التكليفي الذي سكت عنه الأصوليون وعدوه من باب العفو حتى جاء الشاطبي أجرى عليه نظريته الثنائية بشقَّيها الكلي والجزئي، فكان أن نَفَخَ فيه روح

(1) المصدر السابق، 301/2

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الإبهاج في شرح المنهاج: للسبكي وولده تاج الدين، 100/1.

(4) الموافقات: للشاطبي، 302/2

(5) المصدر السابق، 302/2- 303.

(6) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 267/3.

المقاصد أولًا، ثم سلك فيه مسلك التكامل ثانيًا، فأثمر أحكامًا كثيرة منها ما يتعلق بالفرد، ومنها ما يتعلق بالمجتمع والأمة، والتي بالإمكان أن نجعل منها نظريَّة للحَكَامَة الدولية، والأخلاق والتربية والاجتماعيات والسياسة والاقتصاد والأمن، بحيث تعتمد إنسانيَّة الإنسان معياريَّة للتنزيل.

يتضح مما سبق: أن إعمال الضابط المنهاجي في الكليات والجزئيات وتفعيلها في نظرين؛ نظر أولي: في المسائل الأصوليَّة باعتبارها كليَّات تفيد القطع، ونظر نهائي: في الإعمال الإجرائي التنزيلي على الفروع الفقهيَّة يصيرها جزئيات.

ويتجلى ذلك في إن الحكم التكليفي المباح ابتداءً –قبل التنزيل وتأثير اللوازم والاستعمالات والملابسات الواقعية ومقتضى الوقائع– لا محالة أنه باقٍ على أصل الإباحة، فإذا ما نزل واحتف بجملة من المؤثرات، وتجاذبته الكليات، فإن استقر على كلية ما؛ أخذ حكمها، فيصير مطلوب الفعل على جهة الندب أو الوجوب، أو مطلوب الترك على جهة الكراهة أو المنع.

كما ينبغي اعتبار كلي الحكم التكليفي من حيث النظر في الجزء والكل؛ فينبغي اعتبار كلي المكلف بالنظر في كونه فردًا أو جماعة.

وكذلك اعتبار كلي الزمان من حيث النظر في المواظبة والاستمرار والإكثار من الفعل ومصاحبته مدة من الزمن، كذلك اعتبار كلي المكان وذلك من حيث مراعاة النازلة في المكان الخاص أو في المكان العام أو كونها جائحة خاصة أو عامة.

كما ينبغي مراعاة الكلية الحاليَّة للمكلف المتلبس بها من حيث كونه نادم عليها أو مدمن على تعاطيها، فيعتبر في كل ذلك تحقق مقاصد الأحكام ومعاقد الواقعات المجردة ابتداءً، فإذا تحقق كل ذلك صار الحكم كليًّا، ويتغيَّر بانتقاله إلى الجزئي، ذلك أن الحكم الشرعي يتأثر بمتعلقاته الزمانية والمكانية، وأحواله التنزيلية، وأبعاده المآلية، فيتغيَّر من المباح إلى المندوب أو الواجب، أو المكروه إلى الحرام.

المطلب الثاني: ضابط اعتبار التصرفات النبوية لنظريَّة تغيُّر الأحكام

يأتي الحديث عن التصرفات النبوية باعتبارها ضابط لنظريَّة تغيُّر الأحكام، ويتضح ذلك من خلال بيان أهمية تلك التصرفات وأنواعها، وتعلقها بفقه تنزيل الأحكام، وترددها بين كونها للإرشاد أو التبليغ أو الفتيا أو القضاء والحكم والإمامة، وسيتضح هذا في الفروع الآتية:

الفرع الأول: التصرفات النبويَّة بين الأهمية ودواعي التنزيل

يتعين على المجتهد قبل استنباط الأحكام من النصوص وتنزيلها على الوقائع؛ التعامل الخاص مع الخطاب النبوي، وتتبع مقامات الكلام، وسياقات الألفاظ، وأسباب الورود، وما تحتف به من القرائن، والتي تعدُّ بمثابة المعقد الذي ينطلق منه الاجتهاد التنزيلي.

وهذا هو التفسير النبوي الصامت الذي فقدته الأمة بتقادم الزمان والابتعاد عن المشافهة النبوية لنصوص الوحي، وهو الحلقة المفقودة في الاجتهاد في الفهم، حيث ينتج عن الخطأ فيه خلل في التأويل، وفادحة في التنزيل، لهذا كان على المجتهد بذل طاقته في استشفاف هذه الأبعاد وتصنيفها وتصفيفها، بحيث يتميَّز بعضها عن بعض.

ولولا هذا النوع من التمييز لحمل قوله ﷺ على غير محمله ولسقط المجتهد في مأزق "تحريف الغالين، وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين"[1]، فخرج من العدل إلى الجور، ومن الرحمة إلى ضدها، ومن الحكمة إلى العبث، ومن الإنصاف إلى الإجحاف، ومن الائتلاف إلى الاختلاف.

وكما جاء في حديث زيد بن ثابت، قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «نَضَّرَ الله امرأ سَمِعَ منَّا حديثًا فحفِظَه حتى يُبَلِّغَهُ، فَرُبَّ حامِلِ فقهٍ إلى مَن هو أفقَهُ منه، ورُبَّ حاملِ فقهٍ ليس بفقيهٍ»[2]، فالوقوف على هذه المقامات، ومعرفة التصرفات؛ هو منتهى فهم حديث رسول الله ﷺ ومقصد قوله، وعليه؛ لابد من بيان أهمية التصرفات النبوية، ودواعي تنزيلها.

---

(1) شرح مشكل الآثار: لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: 321هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1415هـ، 1994م، الجزء: 10، باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ في دفعه ميراث المتوفى في زمنه إلى مولاه الأسفل الذي كان أعتقه، رقم: 3884.

(2) سنن ابي داود، كتاب: العلم، باب: فضل نشر العلم، رقم: 3660، وسنن الترمذي، كتاب: أبواب العلم، باب: ما جاء في الحث على تبليغ السماع، رقم: 2656، وسنن ابن ماجة، كتاب: أبواب السنة، باب من بلغ علما، رقم: 236.

أولًا: أهمية التصرفات النبوية

أفرد القاضي عياض القسم الثالث من كتابه الشفاء؛ لتأسيس نظريَّة التصرفات النبويَّة، وبيان مقامات الخطاب النبوي، بل عدَّه كما قال: سرُّ الكتاب، ولباب ثمرة الباب، وما قبله له كالقواعد والتمهيدات والدلائل على ما نورده فيه من النُّكَت البيِّنات، وهو الحاكم على ما بعده، والمُنْجز من غرض هذا التأليف ووعده[1]، وقد انطلق في تقسيم أقوال رسول الله ﷺ وأفعاله وإقراراته وأحواله إلى الدينيَّة المناطة بالعصمة، والدنيويَّة وما يجوز طروءه عليه من الأعراض البشريَّة[2]، فكان مُلْهِمًا لمن جاء بعده ليقعِّد ويميِّز كل صنف منها على حدة.

وقد كان الإمام القرافي أول من قعَّد للتصرفات، وكل ما جاء بعده عيال عليه فيه، وقد أشار إلى ذلك بقوله: "وهذه قاعدة شريفة... يتخرج عليها شيء كثير في الشريعة"[3]، وأظهر فيه صفة المنهاج، فقال: "فتأمل ذلك فهو من الأصول الشرعية"[4]، لهذا وضع الحدود وميَّز بعض المقامات عن بعض، ثم بيَّن أثار التصرفات في الشريعة، فأتقن وأحسن صُنعًا.

وقد اعتبر الطاهر بن عاشور عدم مراعاة التصرفات والغفلة عنها من أخطاء بعض المذاهب الفقهيَّة وطائفة من الفقهاء، فقال: "ومن الأخطاء المنهجية: غلطت جماعة من الفقهاء في بعض تصرّفات الرسول ﷺ فعمَدت إلى القياس عليها قبل التثبت في أسباب صدورها"[5]، فكان ذلك خطأ منهاجيًّا أثمر أخطاء في التنزيل لا حصر لها، ولذلك "وجوب التمييز بين مقامات الأقوال والأفعال الصادرة عن رسول الله ﷺ والتفرقة بين أنواع تصرّفاته"[6]، بحيث لا يستغني المتكلمون والسامعون عما يحف بالكلام من ملامح في السياق ومقام الخطاب، ولا عن مبيّنات من البساط، كي تتضافر تلك الأشياء الحافّة بالكلام على

---

(1) الشفاء بتعريف حقوق المصطفى ﷺ: للقاضي عياض أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، (المتوفى: 544هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوى، دار الكتاب العربي، الدار البيضاء، 1404هـ - 1984م، 10/1.

(2) الشفاء بتعريف حقوق المصطفى ﷺ: للقاضي عياض، 690/1 -691 بتصرف، وحجة الله البالغة: لأحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بالشاه ولي الله الدهلوي (المتوفى: 1176هـ)، تحقيق: السيد سابق، دار الجيل، بيروت– لبنان، ط/1، 1426 هـ- 2005م، 223/1- 224.

(3) الذخيرة: للقرافي، 214/8.

(4) المصدر السابق، 209/1.

(5) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 257/2.

(6) المصدر السابق، 264/2.

إزالة احتمالات كانت تعرض للسامع في مراد المتكلم من كلامه[1]، وقد بذل الرعيل الأول المهج، في استقصاء معالم المنهاج التنزيلي، ومقامات التطبيق للنص النبوي، فلم يستغنوا على استقصاء تصرّفات الرسول ﷺ ولا عن استنباط العلل، وكانوا في عصر التابعين وتابعيهم يشدّون الرحال إلى المدينة ليتبصّروا من آثار الرسول وأعماله، وعمل الصحابة ومن صحبهم من التابعين[2]، وكان للصحابة –رضي الله عنهم– منهاج سديد في النقل والعمل، فقد كانوا "يسألون رسول الله إذا عرضت لهم الاحتمالات، وكانوا يشاهدون من الأحوال ما يبصرّهم بمقصد الشارع"[3]، ولذلك تعددت أحواله ﷺ واختلفت بواعث أقواله وأفعاله، وما يصدر عنه، حتى كان لكل حال ما يعرف به، فكان "لحال الإفتاء علامات، مثل حديث: "انحر ولا حرج، وارم ولا حرج، وافعل ولا حرج"[4]، وللقضاء أحوال يعرف بها ويتميَّز من خلالها عن غيره.

فكان من الأحوال ما يعرف بحال القضاء "حين الفصل بين المتخاصمين المتشادين"[5] وحال إصدار حكمه أكثر حزمًا وأشد جزمًا بحيث تظهر فيه القوة الإلزامية للقضاء.

ويخضع قضاء القاضي في الغالب لحال المتخاصمين، كما في خصام الزبير –رضي الله عنه– لرجل من الأنصار في شريج من الحَرَّةِ، فقال النبي ﷺ: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَى جَارِكَ»، فقال الأنصاري: يا رسول الله، أن كان ابن عمتك، فَتَلَوَّنَ وجه رسول الله ﷺ ثم قال: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ احْبِسِ المَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الجَدْرِ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَى جَارِكَ»، وَاسْتَوْعَى ﷺ لِلزُّبَيْرِ حَقَّهُ فِي صَرِيحِ الحُكْمِ حِينَ أَحْفَظَهُ الأَنْصَارِيُّ، كَانَ أَشَارَ عَلَيْهِمَا بِأَمْرٍ لَهُمَا فِيهِ سَعَةٌ[6].

---

(1) المصدر السابق، 265/2.

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية: الطاهر بن عاشور، 265/2 – 266.

(3) المصدر السابق، 86/3.

(4) إشارة لما في صحيح البخاري، كتاب: الحج، باب: الفتيا على الدابة عند الجمرة، رقم: 1736، وصحيح مسلم، كتاب: الحج، باب: من حلق قبل النحر، أو نحر قبل الرمي، رقم: 1306، عن عبد الله بن عمرو بن العاص، أن رسول الله ﷺ وقف في حجة الوداع بمنى للناس يسألونه، فجاءه رجل فقال: لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح؟ فقال: «اذْبَحْ وَلاَ حَرَجَ» ويقول لآخر: «ارْمِ وَلاَ حَرَجَ» فما سئل النبي ﷺ عن شيء قُدِّمَ وَلاَ أُخِّرَ إلا قال: «افْعَلْ وَلاَ حَرَجَ».

(5) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 267/2.

(6) صحيح البخاري، كتاب: المساقاة، باب: سكر الأنهار، رقم: 2359، وصحيح مسلم، كتاب: الفضائل، باب: وجوب اتباعه ﷺ، رقم: 2357، عن عروة.

فيلاحظ أن النبي ﷺ حكم في الأول بالسقي "بأيسر ما يكفيه من الماء"[1]، وأقل ما يستوفى به الحق، دون حبسه وإمساكه، ثم انتقل إلى الثاني "فأمر الزبير أن يسقى ويمسك الماء حتى يبلغ إلى منتهى حاجته، واستوعى الزبير حقه"[2]، على جهة الكمال، وحبس الماء حتى يبلغ الجدر، وذلك لمَّا رأى من المتخاصمين ما رأى، "وفى الحديث من الفقه الإشارة بالصلح والأمر به، وفيه أن للحاكم أن يستوعى لكل واحد من المتخاصمين حقه إذا لم ير منهما قبولًا للصلح، ولا رضًا بما أشار به، كما فعل النبيّ ﷺ"[3]، حسب ما تقتضي المصلحة من الحِكَم، وما تحقق من مقاصد الشارع.

قال ابن حجر في الفتح: "وهو ظاهر في أنه أمره أولًا أن يسامح ببعض حقه على سبيل الصلح، وبهذا ترجم البخاري في الصلح إذا أشار الإمام بالمصلحة، فلما لم يرض الأنصاري بذلك استقصى الحكم وحكم به"[4]، فيحمل المكلف في مقام الصلح على أقل ما يمكن أن تستوفى به الحقوق، وفي مقام القضاء على استيفاء الحق على جهة الكمال والتمام.

وقد يضيف إلى الحكم أمر زائد عليه، حسب ما يظهر له في مجلس القضاء، فله "توبيخ من جفا على الإمام والحاكم ومعاقبته"[5]، عقوبة تعزيريَّة، انطلاقًا من اعتبار القضاء جزء من الإمامة، والولاية العامة التي ينبغي أن تبقى لها مهابة.

أضف إلى ما سبق مقام الإمارة: فقد كانت أكثر تصاريفه ﷺ لا تكاد تشتبه بأحوال الانتصاب للتشريع إلا فيما يقع في الحروب مما يحتمل الخصوصية[6]، كعقد ألوية الحرب، مع العلم أن "اللواء يكون مع الأمير، أو من يقيمه لذلك"[7]، حسب المصلحة المقتضيَّة.

فيجتهد الأمير فيما استأمر عليه "وقد ثبت عنه ﷺ أنه اجتهد في أمر الحروب وتنفيذ الجيوش"[8]، وشاور في إنفاذها، والتخطيط لها، "وحكم بالمفاداة والمنِّ على الأسرى يوم بدر

(1) شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 8/99- 100.
(2) المصدر السابق، 8/100.
(3) شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 6/500- 501.
(4) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، 5/39.
(5) شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 6/500 - 501.
(6) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 2/267.
(7) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، 6/127 - 128.
(8) شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 10/356.

بعد المشورة، وقال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: 159]، ولا تكون المشورة إلا فيما لا نص فيه"[1]، وفي ازدحام المصالح ولا مصلحة فيه راجحة.

ولا تكون نتائج الاستشارة ملزمة في جميع الأحوال، و"للمستشير والحاكم أن يعزم من الحكم على غير ما قال به مشاوره إذا كان من أهل الرسوخ في العلم"[2]، فالتصرف بالاستشارة لا أرى أنه يقوى لأن يستقل بالحكم في مقام الخطاب النبوي، وإنما هو إجراء تتجاذبه كل المقامات والتصرفات كالفتيا في مجال صناعة الفتوى قبل وقوعها، ومقام القضاء، ومقام الحكم والإمامة، كذلك التصرف بالصلح.

فتعدّ هذه المقامات في ظل ملاحظة ما اتفق العلماء، على أن أغلب تصرفاته ﷺ كانت بالفتيا والتشريع؛ لأنه رسول قبل كل شيء[3]، وقبل أن يكون قاضيا أو إماما سياسيا.

ثانيًا: دواعي التنزيل في الواقع

قد يفتقر الحكم الشرعي عند تنزيله وانفاذه؛ لحكم الحاكم، وقضاء القاضي، واجتهاد المفتي، وتقدير الأمير، وذلك لأسباب ودواعٍ تقتضي عدم الاكتفاء بترتُّب السبب الشرعي عند التنزيل في الواقع والمحل.

وينبغي في كل ما تَصرَّف فيه ﷺ بوصف الإمامة ألا يُقدِم عليه إلا بإذن الإمام؛ لأن سبب تصرّفه فيه ﷺ كان بوصف الإمامة لا بوصف التبليغ، وأما تصرّف فيه ﷺ بوصف القضاء لا يجوز لأحد أن يُقدِم عليه إلا بقضاء القاضي أو بحكم حاكم، لأن السبب الذي لأجله تصرَّف فيه ﷺ بوصف القضاء يقتضي ذلك[4]، ولا يكون الإقدام على تنزيل الحكم ولا الإحجام عنه إلا بعد توفر أسباب منها[5]:

السببُ الأول: كونُ ذلك الحكم يَحتاجُ إلى نظرٍ وتحرير، وبذلِ جهدٍ من عالم بصيرٍ، حَكَمٍ عَدْلٍ في تحقيق سببِه ومقدارِ مُسبَّبه، كسائر التعزيراتُ التي تَفتقر إلى تحريرٍ في مقدارِ الجناية، وحالِ الجاني والمجنيّ عليه.

---

(1) المصدر السابق، 357/10.

(2) شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 399/10.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: لعلال الفاسي، ص: 116.

(4) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 90/3.

(5) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 151/1 – 158، بتصرف.

السببُ الثاني: كونُ تفويضِه لجميع الناس يُفضي إلى الفِتَن والشحناء، والقتلِ والقتال، وفسادِ النفس والمال، ولو جُعِلَ لعامَّة الناسَ التصرف فيه؛ لفسَدَ الحالُ، وساء المآلُ.

السببُ الثالث: قُوَّةُ الخلاف مع تعارضِ حقوقِ الله تعالى وحقوقِ الخلق، فوَجَبَ افتقارُ ذلك للحاكم؛ لأنه نائبُ الله تعالى في أرضه خلافةً عن نبيه ﷺ فإذا أنشأ حُكمًا مما يقبلُه ذلك المحل تعين فيه ووجَب الإذعانُ إليه، كاستيفاء الحقوق الثابتة، فلو جُعِلَ لذي الحقِّ استيفاءُ حقه بقوته دون قضاء؛ لأدى ذلك إلى الهَرْج والمَرْج ولو السبَبُ واقعًا ومشهودًا، بل على صاحب الحقِّ أن يلجأ إلى القاضي، ولا يجوزُ استيفاءُ الحقِّ بالقوة؛ لأنه قد يؤول إلى مفاسد أعظم من مفسدة عدم الاستيفاء، كهلاك النفس.

السبب الرابع: اختلال وصف الاطراد في المعنى المقاصدي، وتردده بين المصلحة والمفسدة، ويستشف ذلك من كلام الطاهر بن عاشور عند قوله: "تتردد المعاني بين كونها صلاحًا تارة وفسادًا أخرى، وهذا بأن يكون قد اختل منها وصف الاطراد، يجعلها غير صالحة لاعتبارها مقاصد شرعية على الإطلاق، بل المقصد الشرعي منها أن توكل إلى نظر العلماء وولاة الأمور"[1]، فإذا انعدمت تلك الأسباب؛ وترتب الحكم الشرعي على سببه دون افتقار، فلا عبرة بحكم الحاكم، ولا اجتهاد الولاة، لأن هذه الأسباب "هي الموجِبةُ للافتقار للحُكَّام ووُلاةِ الأمور، فإذا لم يُوجدُ شيءٌ منها تَبِعَ الحُكمُ سبَبه الشرعيَ، حكَمَ به حاكم أم لا"[2]، وتكون باقية على أصلها الإبتدائي.

وهذه مبررات لافتقار الحكم الشرعي للحكم القضائي أو للقرار السياسي، لإدخاله حيز التنزيل، وعليه؛ يأتي اعتبار التصرفات في سياق الضبط لنظريَّة تغيُّر الأحكام، فهو أصل تبعي لتنزيل الحكم الشرعي على محله؛ تكسبه قوة إضافيَّة، وسلطة خارجيَّة تنقله من قوة السلطة التشريعيَّة إلى ممارسة السلطة التنفيذيَّة.

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 227/2.

(2) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 158/1.

الفرع الثاني: أنواع التصرفات

استطاع الإمام القرافي من خلال كتابه الفروق أن يقارب التصرفات النبوية، بعد أن أجملها في الفتيا، ثم استشكل ذلك في سؤال مفاده؛ وهل هي الرسالة عينها، ليعبِّر عنها بعد في ثلاثيَّة القضاء والتبليغ والإمامة، حيث قال: "الفرق السادس والثلاثون بين قاعدة تصرفه ﷺ بالقضاء وبين قاعدة تصرفه بالفتوى وهي التبليغ وبين قاعدة تصرفه بالإمامة"[1]، وتوسع في كتابه الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، في الإجابة على هذا الإشكال من خلال طرحه لسؤال مفاده؛ "ما الفرقُ بين تصرُّفِ رسولِ الله ﷺ بالفُتيا والتبليغ، وبين تصرُّفِه بالقضاء، وبين تصرُّفِه بالإمامة؟ وهل آثارُ هذه التصرُّفات مختلِفةٌ في الشريعة والأحكامِ أو الجميعُ سواءٌ في ذلك؟ وهل بين الرسالة وهذه الأمور الثلاثةِ فَرْقٌ أو الرسالةُ عَيْن الفُتيا؟ وإذا قلتم: إنها عَيْن الفُتيا أو غيرُها، فهل النُبوَّة كذلك أو بينها وبين الرسالة فَرْقٌ في ذلك؟ فهذه مقامات جليلة، وحقائقُ عظيمة شريفة، يَتعيَّن بيانُها وكشفُها والعنايةُ بها، فإنَّ العلم يَشْرُفُ بشرف المعلوم"[2].

وسجلت في عصور مبكرة محاولات إلا أنها لم تبرز بشكل منهاجي واضح المعالم، كما برزت عند القرافي، وأذكر منها محاولة الإمام ابن قتيبة الدينوري في تصنيفه للسنة إلى: سنة أتاه بها جبريل –عليه السلام– عن الله تعالى، كقوله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها وخالتها»[3]، وقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[4]، وأشباه هذه من الأصول[5]، أي من الأدلة النصيَّة، و"سنة أباح الله له أن يسنها، وأمره باستعمال رأيه فيها،

(1) الفروق: للقرافي، 205/1.

(2) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 99/1.

(3) المجتبى من السنن "السنن الصغرى للنسائي": لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية– حلب، ط/2، 1406هـ– 1986م، كتاب: النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، رقم: 3298، عن جابر بن عبد الله.

(4) السنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: النكاح، باب: ما يحرم من نكاح القرابة والرضاع وغيرهما، رقم: 13900.

(5) تأويل مختلف الحديث: لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: 276هـ)، المكتب الاسلامي – مؤسسة الإشراق، ط/2، 1419هـ – 1999م، 283/1.

فله أن يترخص فيها لمن شاء، على حسب العلة والعذر، كتحريمه الحرير على الرجال، وإذنه لعبد الرحمن بن عوف فيه، لعلة كانت به"[1]، وهي ما تسمى بقضايا الأعيان.

وحاول ابن الشاط[2] في حاشيته على الفروق صياغة التصرف النبوي في الحكم الشرعي إلى ثنائية التعريف، والتنفيذ، وأكد عليها في قول –على جهة الإجمال والاختزال–: "وتحرير الفرق بين هذه القواعد الثلاث وبينها وبين الرسالة هو أن المتصرف في الحكم الشرعي إما أن يكون تصرفه فيه بتعريفه، وإما أن يكون بتنفيذه، فإن كان تصرفه فيه بتعريفه؛ فذلك هو الرسول وتصرفه هو الرسالة، وإلا فهو المفتي وتصرفه هو الفتوى، وإن كان تصرفه فيه بتنفيذه، فإما أن يكون تنفيذه ذلك بفصل قضاء وإبرام وإمضاء، فذلك هو القاضي، وتصرفه هو القضاء، وإما أن لا يكون تنفيذه بفصل قضاء وإبرام وإمضاء، فذلك هو الإمام، وتصرفه هو الإمامة"[3].

وتعتبر هذه الثنائية –التعريف والتنفيذ– نسبيَّة، ولا تؤخذ على إطلاقها؛ لأن: "الفتوى والقضاء كلاهما تطبيق للتشريع، ويكونان في الغالب لأجل المساواة بين الحكم التشريعي والحكم التطبيقي، بحيث تكون المسألة أو القضية جزئيًا من القاعدة الشرعية الأصلية"[4]، وبينهما عموم وخصوص من وجه، ولهذا قال الطاهر بن عاشور: "وقد يكونان لأجل عموم وخصوص وجهي بين الحكم التشريعي العام، وبين حكم المسألة أو القضية، بأن يكون المستفتي قد عرض لفعله عارض أوجب اندراجه تحت قاعدة شرعية، لا لكون الفعل نفسه مندرجًا تحت قاعدة شرعية"[5]، وإنما بسب العارض وجب اندراج الفعل تحت قاعدة كليَّة فأخذ حكمها عند التنزيل، وتفصيلها على النحو الآتي:

---

(1) تأويل مختلف الحديث: لابن قتيبة، 283/1.

(2) هو أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري نزيل سبتة يكنى أبا القاسم قال: والشاط: اسم لجدي وكان طوالًا فجرى عليه هذا الاسم، مولده في عام ثلاثة وأربعين وستمائة بمدينة سبتة وتوفي بها عام ثلاثة وعشرين وسبعمائة رحمة الله عليه، ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، تحقيق: د. محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، 152/2–153.

(3) الفروق: للقرافي، 206/1.

(4) مقاصد الشريعة الإسلامية: الطاهر بن عاشور، 104/3.

(5) المصدر السابق، 105/3.

أولًا: التصرفات في ضوء مقام الارشاد والتأديب

يراد بالتأديب ما صدر عن رسول الله ﷺ من سنَّة في هذا المقام، المقصد منها أن تكون "لنا تأديبا، فإن نحن فعلناه، كانت الفضيلة في ذلك، وإن نحن تركناه، فلا جناح علينا إن شاء الله"[1]، وهو مندوب فعله.

ويسمى الإرشاد بالرشد، كقوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ [البقرة: 282]، والفرق بين الندب والإرشاد أن المندوب مطلوب لثواب الآخرة والإرشاد لمنافع الدنيا، ولا يتعلق به ثواب البتة، لأنه فعل متعلق بغرض الفاعل ومصلحة نفسه[2]، مثل الأمر بالكتابة والإشهاد والرهن، "لأنه إرشاد من الله"[3]، سواء تعلق الإرشاد بالندب أم الكراهة فإنَّه لا يكون إلا "لمصلحة دنيوية"[4]، قال الجصاص "الإرشاد إلى الأوثق والأحوط"[5]، لتعلقه بما قد يطرأ من المآلات الفاسدة.

قال ابن العربي: "والظاهر الصحيح أن الإشهاد ليس واجبا، وإنما الأمر به أمر إرشاد للتوثق والمصلحة، وهو في النسيئة محتاج إليه؛ لكون العلاقة بين المتعاقدين باقية، توثقا لما عسى أن يطرأ من اختلاف الأحوال وتغيُّر القلوب"[6]، خاصة مع فساد الزمان، وخراب الذمم، فشرع هذا الاستيثاق، للخروج من الاختلاف والمشاحة، وللصون عن النزاع، ولتصريف الطوارئ، وهو المصلحة استقبالا.

وإن كان ثمة فرق بين الندب والإرشاد؛ فإنَّ الندب لثواب الآخرة، والإرشاد لمنافع الدنيا، فإنّه لا ينقص الثواب بترك الاستشهاد في المداينات ولا يزيد بفعله[7]، لهذا ما يترتب

(1) تأويل مختلف الحديث: لابن قتيبة، 286/1.

(2) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 275/3 – 276، والإبهاج في شرح المنهاج: لتاج الدين السبكي، 17/2.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 90/3.

(4) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 395/1.

(5) الفصول في الأصول: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط/2، 1414هـ- 1994م، 80/2.

(6) أحكام القرآن: لابن العربي، 341/1.

(7) المحصول: للرازي، 39/2، والإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 142/2.

عليه من "الأمر والنهي؛ كانا لمصلحة دنيوية خالصة"[1]، وعاجلة، وإن حصلت مصلحة أخرويَّة آجلة فراجعة إلى عموم الامتثال.

وعليه؛ فإن تصنيف التصرفات النبويَّة منهاج معمول به في فهم النص الحديثي، وتطبيقاته كثيرة، منها على سبيل المثال سؤال مالك –رحمه الله– عن الذي يَقْدُم العشاء على أهله، أترى أن يأتيهم تلك الساعة؟ فقال: لا بأس بذلك، قال محمد بن رشد: قد جاء عن النبي ﷺ من رواية جابر بن عبد الله –رضي الله عنه– قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يطرق أهله ليلا»[2]، فيحمل معنى قول مالك: "لا بأس بذلك" على أنه لا إثم عليه في ذلك ولا حرج، وإن كان قد أتى مكروهًا؛ لأنه رأى النهي الوارد في ذلك عن النبي ﷺ نهي أدب وإرشاد، لا نهي تحريم[3]، ولا يترتب عليه إثم، وإنما يترتب على الإتيان به مصلحة دنيويَّة محضة.

ومن الأمثلة على ذلك؛ النهي عن المشي في النعل الواحدة نهي أدب وإرشاد لا نهي تحريم[4]، وذلك لقول رسول الله ﷺ: «لا يمشين أحدكم في نعل واحدة لينعلهما جميعا أو ليحفهما جميعا»[5]، وفي بيان هذا النهي قال ابن عبد البر: "نهي أدب لا نهي تحريم"[6]، ويثاب المكلف بتركها متى تلقاها بقصد التعبد والامتثال.

وقد ورد نهي من النبي ﷺ في قوله: «لا تنكحوا المرأة لجمالها»[7]، قال ابن رشد: نهي أدب وإرشاد لا نهي تحريم[8]، لأن المرأة قد تنكح لمالها أو لجمالها فلا يحرم نكاحها.

---

(1) جهود المالكية في تصنيف التصرفات النبويَّة: سعد الدين العثماني، دار الكلمة– القاهرة، ط/1، 2013م، ص: 66.

(2) صحيح البخاري، أبواب: العمرة، باب: لا يطرق أهله إذا بلغ المدينة، رقم: 1801.

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 387/17.

(4) المصدر السابق، 539/18.

(5) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: اللباس، باب: ما جاء في الانتعال، رقم: 3394.

(6) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبد البر، 177/18.

(7) سنن سعيد بن منصور: لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: 227هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية– الهند، ط/1، 1403هـ– 1982م، كتاب: الوصايا، باب: الترغيب في النكاح، رقم: 505، وفي رواية: «ولا عليكم أن لا تنكحوا المرأة من أجل حسنها فعل أن لا تأتي بخير»، رواه البزار، وفيه يزيد بن عياض، وهو متروك، ينظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ– 1994م، كتاب: النكاح، باب: عليك بذات الدين، رقم: 7322.

(8) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 561/18.

ومنه المنع من الجلوس في الطرقات "ليس على جهة التحريم، وإنما هو من باب سد الذرائع، والإرشاد إلى الأصلح"[1]، من ذلك؛ باب الأمر بتغطية الإناء وإيكاء السقاء، وذكر الله تعالى عليها، وبيان الأمر بذلك من باب الإرشاد إلى المصلحة، وأن ترك ذلك لا يمنع الشرب من ذلك الإناء، وجميع أوامر هذا الباب من الإرشاد إلى المصلحة الدنيويَّة، كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282][2].

وفي قول رسول الله ﷺ: «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم»[3]، قال ابن عبد البر: "إن من نهيه ﷺ ما يكون أدبا ورفقا وإحسانا إلى أمته، ليس من باب الديانة، ولو نهى عن الغيلة كان ذلك وجه نهيه عنها، والله أعلم"[4]، فغاية النهي هو رفع الضرر عن الولد، فلو قُدِّر حصوله لجاء رفع الحديث بالنهي.

ويلتقي هذا النوع كثيرا مع الندب، "ويقرب منه التأديب كقوله ﷺ: «كل ممَّا يليك»[5]، فإن الأدب مندوب إليه، وإن كان قد جعله بعضهم قسمًا مغايرًا للمندوب"[6]، إلا أن بينهما عمومًا وخصوصًا مطلقًا، قال الزركشي: "وهو أخص من الندب، فإن التأديب يختص بإصلاح الأخلاق، وكل تأديب ندب من غير عكس"[7]، فليس كل ندب تأديبا، وقد جعله الأصوليُّون اتجاه آخر، وقسم خاص من الأحكام، لا الندب، ولا الوجوب، بل مستقل عن هذا وذاك، فليس هو الأمر الذي قصد به الإيجاب، وغايته أن يكون من باب الندب، بل قد جعلوه قسمًا منفردًا بنفسه عن الوجوب والندب[8]، لكنهم جعلوه صورة من صور الندب، أو النهي.

---

(1) المفهِم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: لأبي العباس اجمد بن عمر بن ابراهيم القرطبي (المتوفى: 656هـ)، تحقيق: محي الدين ديب مستوا وآخرون، دار ابن كثير دمشق- بيروت، ط/1، 1417هـ- 1996م، 486/5.

(2) المصدر السابق، 280/5- 281، بتصرف.

(3) صحيح مسلم، كتاب: النكاح، باب: جواز الغيلة، وهي وطء المرضع، وكراهة العزل، رقم: 1442.

(4) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبد البر، 93/13.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الأطعمة، باب: التسمية على الطعام والأكل باليمين، رقم: 5376، وصحيح مسلم، كتاب: الأشربة، باب: آداب الطعام والشراب وأحكامهما، رقم: 2022.

(6) المحصول: للرازي، 39/2، والإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 142/2.

(7) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 276/3.

(8) المفهِم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: لأبي العباس القرطبي، 281/5.

وقد عدَّ ابن عبدالبر النهي في مقام الإرشاد والتأديب؛ نهي تحريم، ونهي أدب، ومثَّل له بتطبيقات كثيرة منها: "ما جاء من النهي على جهة الأدب وحسن المعاملة والإرشاد إلى المرء،... كثير قد علم بمخرجه [من القرائن ودلائل أحواله ترجيح] المراد منه، وقد قال جماعة من أهل العلم: إن كل نهي ثبت عن النبي ﷺ في شيء من الأشياء، ففعله الإنسان، منتهكا لحرمته وهو عالم بالنهي، غير مضطر إليه أنه عاص آثم، واستدلوا بقول رسول الله ﷺ: «فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[1]، فأطلق النهي ولم يقيده بصفة، وكذلك الأمر لم يقيده إلا بعدم الاستطاعة"[2]، فحمل الإطلاق على إرادة التأديب والإرشاد.

وجاءت محاولة ابن عبد البر لتقعيد ما يميِّز نهي الأدب عن نهي التحريم، وأصَّل لذلك بقوله: "والأصل في هذا الباب أن كل ما كان في ملكك فنهيت عن شيء من تصرفه والعمل به فإنما هو نهي أدب"[3]، باستثناء ما لم يكن ملكك حيوانا فتنهى عن أذاه فإنَّ أذى المسلم في غير حقه حرام[4]، وحاول التمييز بين نهي الأدب ونهي التحريم، انطلاقا من اعتبار ملكيَّة المنهي عنه، كونه ملكًا لك أو لغيرك، فيقول: "أن ما كان لي ملكًا فنهيت عنه، فإنما النهي عنه تأدب، وندب إلى الفضل والبر، وإرشاد إلى ما فيه المصلحة في الدنيا والفضل في الدين، وما كان لغيري فنهيت عنه فالنهي عنه نهي تحريم وتحظير والله أعلم"[5]، فقوله: وإرشاد إلى ما فيه المصلحة في الدنيا والفضل في الدين ليس خلطا بين المصلحة الدنيوية والمصلحة الأخرويَّة كما يبدو من ظاهره وحسب ما فهمه من فهمه، ولكنه من باب كل مصلحة دنيوية لا تخلوا من مصلحة أخرويَّة، فليس ثمة مصلحة دنيوية محضة إلا وهي مشوبة بمصلحة أخرويَّة، وما قصدت مصلحة في الدنيا إلا ويتخللها قصد تعبدي أخروي حاصل بعموم الامتثال والاذعان.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، رقم: 7288، وصحيح مسلم، كتاب: الفضائل، باب توقيره ﷺ، وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، ... رقم: 1337.

(2) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبدالبر، 141/1.

(3) المصدر السابق، 177/18.

(4) المصدر السابق، 177/18 – 178.

(5) المصدر السابق، 113/11.

فمعياريَّة كون الشيء مصلحة دنيوية في أنَّه ملك لك لا لغيرك، فبما أنه ليس من باب الديانة، فهذه خصيصة تخرجه من التحريم إلى الأدب والإرشاد والإحسان والفضل.

ثانيًا: التصرفات في ضوء مقامي التبليغ والفتيا

يخرج الحديث عن مقامي التبليغ والفتيا من مشكاة واحدة، وهي مشكاة الرسالة، كليهما محض تشريع، بينهما عموم وخصوص، وسأقف عليهما من خلال الآتي:

أ/ التصرف من مقام التبليغ

كُلف النبي ﷺ بالرسالة، فلزم من تكليفه بها؛ تصرفه بمقام التبليغ عن الله تعالى، فهو مقام مناطه علاقة الخلق بالخالق، وهو مقتضى ما أرسل به، "والرسالَةُ هي أَمْرُ الله تعالى له بذلك التبليغ"[1]، وتصرفه ﷺ من هذا المقتضى هو أن يَنْقُلُ عن الحقّ للخلقِ ما وَصَل إليه عن الله تعالى، فهو في هذا المقام مبلِّغٌ وناقلٌ عن الله تعالى، ووَرِثَ عنه ﷺ هذا المقامَ المحدِّثون –رُواةُ الأحاديثِ النبويةِ– وحَمَلَةُ الكتابِ العزيز لتعليمه[2]، فهم نقلة الرسالة وحملتها.

ويقتضي القيام بواجب التحمل والرواية حصول البلاغ والقيام به، وتحقق وظيفة التبليغ عن الله، "لِإقامة الحُجَّةِ على الخَلْق، من غير أن يُؤمَروا بالنظر في المصالح العامة"[3]؛ لأن ذلك من مقام التصرف بالإمامة، والممارسة السياسية، التي يغلب عليها تدبير شؤون الخلق، ورعي المصلحة العامة.

ولا يكون التصرف من مقام التبليغ إلا بتكليف، ذلك "أن كل أحد مأمور من صاحب الشرع بالتبليغ، قال ﷺ: «نَضَّرَ الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها، ثم أداها إلى من لم يسمعها»[4]، فهذا المبلِّغ نظير الرسول من المولى والموكل، وخبر الرسول هناك ملزم فهاهنا كذلك"[5]، ويترتب على ذلك البلاغ حصول التكليف بمقتضاه.

---

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 99/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق، 106/1.

(4) وللحديث روايات أقربها إلى ما ذكر ما روي عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، يحدث عن أبيه، قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «نَضَّرَ اللَّهُ امْرَا سَمِعَ مِنَّا شَيْئًا فَبَلَّغَهُ كَمَا سَمِعَ، فَرُبَّ مُبَلِّغٍ أَوْعَى مِنْ سَامِعٍ» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، سنن الترمذي، كتاب: أبواب العلم، باب: ما جاء في الحث على تبليغ السماع، رقم: 2657.

(5) المبسوط: للسرخسي، 246/1.

ولهذا قيل: "وأما تصرُّفُهُ ﷺ بالفُتيا والرسالةِ والتبليغِ، فذلك شَرْعٌ يَتقرّرُ على الخلائق إلى يوم الدين، يَلزمُنا أن نَتْبَع كلَّ حكم مما بلَّغه إلينا عن ربّه بسببه، من غير اعتبار حُكمِ حاكمٍ ولا إذن إمام، لأنه ﷺ مبلّغٌ لنا ارتباطَ ذلك الحكمِ بذلك السبب، وخَلَّى بين الخلائق وبين ربّهِم"[1]، فالرسول فيه واسطة بين العباد وربهم، وناقل إليهم ما كلفهم به من التصرفات، وإعطاء الصلاحيات "لكلّ أحَدٍ أن يُباشره ويُحصل سبَبَهُ، ويَترتَبُ له حُكمُه من غير احتياجٍ إلى حاكم يُنشئُ حكمًا، أو إمامٍ يُجدّدُ إذنًا"[2]، فهو مقام رسالي محض خلا ما يتوسل به إليه من الوسائل، فإنها تصير في عداد الواجبات.

ب/ التصرف من مقام الفتيا

يلحق بمقام التبليغ تصرف رسول الله ﷺ من مقام الفتيا، ويختلف مع التبليغ من حيث منهجيَّة الإعمال والتنزيل، وقصد الشارع الحكيم، وتختص الفتيا بسؤال سائل، فتأتي الفتيا لتبين "الحكم الشرعي للسائل عنه"[3]، وبيان ما أشكل، أو للإجابة عن نازلة ومستجدة، فهي أخص من التبليغ، قال الشاطبي: "المفتي قائم في الأمة مقام النبي ﷺ"[4]، في البلاغ والإنذار والتعليم والاجتهاد والاستنباط.

ووظيفة المفتي في مقام التصرف بالفُتْيا، ومهامه "هو إخبارُه عن الله تعالى بما يَجِدُهُ في الأدلَّةِ من حُكم الله تبارك وتعالى"[5] فيشترك المبلغ والمفتي في الإخبار عن الله.

وتشترك الفتيا مع الرسالة في كون "الفُتيا والرسالة تبليغٌ محضٌ واتِّباعٌ صِرْف"[6]، والرسول ﷺ في مقام "الفُتيا والرسالةِ مُتَّبِعٌ مُبلِّغٌ"[7]، لذا كان من خصائص الفُتيا أنها "تَقْبَلُ

(1) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 108/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، ط/1، 1414هـ- 1993م، 483/3.

(4) الموافقات: للشاطبي، 253/5.

(5) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 99/1.

(6) المصدر السابق، 100/1.

(7) المصدر السابق، 102/1.

النَّسْخ، وأمّا بعد وفاته ﷺ فلا تَقبل النسخ لتقرُّر الشريعة"[1]؛ لكون تلقي فتياه عن الله تعالى، وذلك "لتحققِ الفُتيا بمجرد الإخبار عن حُكمِ الله تعالى بمقتضى الأدلة"[2].

وقد يطلق بعضها على بعض، وذلك من حيث النظر في مقدار الاشتراك، فيقال: "قاعدة تصرفه بالفتوى وهي التبليغ"[3]، نظرًا لأن كليهما ناقلا عن الله تعالى، ومن حيث التزام منهجه ﷺ في الاتباع والاقتداء، لذلك يعتبر مقام الفُتْيَا شَرْعًا عامًا على المكلّفين إلى قيام الساعة[4]؛ لأنه متعلق بمصالح العباد الأخرويَّة، وهو مقام رسالي محض.

ويعدّ من الإسهامات الوظيفية الحيَّة لمقام الفتوى؛ ما يصدر من فتاوي وتقارير هيئة الرقابة والتدقيق والمطابقة الشرعية الداخلية والخارجية، على المؤسسات المالية والمصارف والبنوك الإسلامية والتشاركية.

وتعني الرقابة الشرعيَّة: وضع المرجعية الشرعيَّة من الضوابط والفتاوى، ومراجعة الالتزام بها، وأما التدقيق الشرعي؛ فهو تقييم مدى الالتزام بالشريعة وفق قرارات الهيئة في المعاملات سواء أثناء تنفيذها أو بعد تنفيذها[5]، وأما المطابقة الشرعيَّة: عبارة نظام متكامل تمثل الفتوى والتدقيق دعامتيه الأساسيتين[6]، فيمكن أن يشترك فيه مقام الفتيا والحسبة.

إلا أن فتواها وتقاريرها ونتائج رقابتها وتدقيقاتها ومطابقاتها ملزمة إجمالًا –في أصل الوضع– لا كل عقد ومعاملة على خصوصها، حتى تحقق المصداقيَّة لدا العملاء ولا تفقد الثقة لديهم، وصفة الإلزام استفادتها من كونها تمارس نوعًا من الحسبة، شريطة الاستقلاليَّة المالية والإداريَّة، وهي الخطوة التي تمثل الضامن للمصداقيَّة.

بخلاف غيره من الهيئات التي تتبع البنك مباشرة، وتكون خاصة به، وتختلف فتاويها على غيرها من الهيئات التابعة لبنك أو مؤسسة مالية أخرى في البلد نفسه، ولا علاقة لها بالنظام المالي العام للبلد، الأمر الذي يجعل العميل في حالة من الاضطراب والإرباك، وتفتح

---

(1) المصدر السابق، 103/1.

(2) المصدر السابق، 105/1.

(3) الفروق: للقرافي، 206/1.

(4) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 92/1 – 93.

(5) مدخل إلى الرقابة الشرعيَّة "دليل علمي وعملي للفتوى والتدقيق الشرعي في المؤسسات المالية الإسلامية": محمد أحمين، دار ابن حزم– بيروت– لبنان، ط/1، 1437هـ– 2015م، ص: 14.

(6) المصدر السابق: لمحمد أحمين، ص: 16.

المجال أمام القائلين بأن البنوك تبحث بشكل مستمر عن الأعضاء الذين يجيزون لها بعض المعاملات، وتستغني عن الآخر الذي لم يجيز وهذا يبقى مجردًا عن الواقعية والموضوعية مالم يستند إلى دليل.

ثالثًا: التصرفات في ضوء مقام الحكم والقضاء والإمامة

تنبع هذه التصرفات من إذن الله بها، والقائمون عليها هم خلفاء الله في أرضه لإقامة مصالح الدنيا، وإدارة شؤون الخلق، وقد قامت على عاتقهم مسؤولية تنزيل الحكم الشرعي وتطبيقه، ويمكن ترتيبها على النحو الآتي:

أ/ التصرف من مقام الحكم

يعدُّ مقام الحكم مقام سياسي، يمكن التعبير عنه بالحُكم الذي يصدر من أعلى سلطة في البلد وهو الحاكم أو الملك أو الرئيس، يقصد به تسيير مصالح الخلق وسياستهم وفق مقاصد الحق، "وحكم الحاكم سبب لرفع التشاجر"[1]، ورفع الخلاف في المصالح الدنيوية، والسياسات العامة، "وأما السياسات؛ فإن كانت جارية على مقتضى الدليل الشرعي؛ فليست ببدع"[2]، وهذا هو الضابط في الاعتبار والامضاء أو التوقف والانتهاء في الأحكام السياسية، فإن كانت على مقتضى الشرع؛ حكم لها بالاعتبار، وإلا فهي ملغاة.

والحكم هو: إنشاء إِطلاقِ أو إلزامِ في مسائلِ الاجتهادِ المتقارِبِ فيما يقَعُ فيه النّزاعُ لمصالح الدنيا[3]، والإطلاق والإلزام صور من صور الحكم؛ لأن الحكم "قد يكون إِطلاقًا وإبطالًا وإباحة"[4]، والحاكم "مُتبعٌ لأمرِ الله تعالى له بأنْ يُنشِئَ الأحكام على وَفْق الحِجَاجِ والأسباب، لا أنه مُتَّبعٌ في نَقْلِ ذلك الحكمِ عن الله تعالى"[5]، فيكون تصرف الحاكم في الاتباع والإنشاء من ناحيتين: الناحية الأولى متبع من حيث التكليف العام بإنشاء الأحكام، ومن ناحية أخرى غير متبع في نقل حكم كل مسألة على خصوصها عن الله تعالى.

(1) الموافقات: للشاطبي، 376/1.

(2) الاعْتِصَام: للشاطبي، 335/1.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 33/1.

(4) المصدر السابق، 95/1.

(5) المصدر السابق، 102/1 – 103.

وما صدر عن الحاكم لا يكون فيه ناقل عن الله تعالى، بل منشئ لحكم المسألة وفق مراد الله، ومحله مواضع النزاع في مصالح الدنيا لا مصالح الآخرة، "وإِنْشَاءَهُ فِي مَوَاطِنِ الْخِلَافِ نَصًّا، وَرَدَ مِنْ قِبَلِهِ فِي خُصُوصِ تِلْكَ الصُّورَةِ"[1]، المتنازع فيها، ويترتب على حكمه لزوم في تلك المسألة المختلف فيها على خصوصها، "وَهُوَ نَصٌّ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ ذَلِكَ لِلْحَاكِمِ رَفْعًا لِلْخُصُومَاتِ وَالْمُشَاجَرَاتِ، وَهَذَا النَّصُّ الْوَارِدُ مِنْ هَذَا الْحَاكِمِ أَخَصُّ مِنْ ذَلِكَ الدَّلِيلِ الْعَامِّ فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْقَاعِدَةَ الْأُصُولِيَّةَ أَنَّهُ إِذَا تَعَارَضَ الْخَاصُّ وَالْعَامُّ قُدِّمَ الْخَاصُّ عَلَى الْعَامِّ"[2]، فيقدم نص الحاكم المستفاد من إذن الله له في فض النزاع والشجار في هذه المسألة خاصة، لا في الباب.

وعليه؛ فليس الحكم كالفتيا لأنها شرع عام، في حين "يختصُّ الحكمُ بالوقائع الجزئية الخاصَّة"[3]، وكذلك في كون "الحاكم ملزمًا، والمفتي مخبرًا[4] فتحتاج فتواه لحكم الحاكم حتى يقع الإلزام بمقتضاها.

ومن خصائص الحكم أنَّه "يقبلُ النقضَ عند ظهور بطلان ما رتّبَ عليه الحكم"[5].

وقد جمع مقام الحكم بين مقامي القضاء والفتيا، فالرسول ﷺ وهو في الحكم أيضًا مُتبعٌ لأمرِ الله تعالى له بأنْ يُنشِئَ الأحكام على وَفْق الحِجَاجِ والأسباب[6]، فهو متبع منشئ.

وتعتبر الحجة عمدة الحاكم وقوام الحكم؛ لأن الحاكم "إذا أخبَرَ الناس أَخبرَهُم بما حكمَ به هو، لأنَّ الله -عَزَّ وَجَلَّ- فوَّض إليه ذلك، بما وَرِثَهُ عن رسول الله ﷺ مما في قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: 49]"[7].

إن التصرفات في مقام الحكم لا يخوُّل الحاكم والقاضي من التصرفات التنفيذيَّة، "وتحقُّقِ الحُكم بالتصدّي لفَصْل الخصومات دون السياسة العامَّة، لا سيما الحاكمُ الذي لا قُدْرة له على التنفيذ، كالحاكمِ الضعيفِ القُدرة على الملوك الجبابرة، بل يُنشئُ في نفسه الإلزام

(1) الفروق: للقرافي، 50/4.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 93/1.

(4) الفروق: للقرافي، 47/1.

(5) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 103/1.

(6) المصدر السابق، 102/1.

(7) المصدر السابق، 97/1.

على ذلك المَلِك العظيم، ولا يَخْطُرُ له السعيُ في تنفيذه، لتعذُّر ذلك عليه، بل الحاكُمِ من حيث هو حاكمٌ: ليس له إلَّا الإنشاء"[1]، ابتداءً وفق منهاج الاتباع، دون التنفيذ الذي هو من صلاحيات مقام الإمامة، فالحاكم متبع من حيث إنه نائبُ اللَّهِ -عَزَّ وَجَلَّ- في أرضه على خلقه[2]، ومنشئ من جهة أنه "لم ينقلها عن صاحب الشرع، بل يؤدي إليها اجتهاده من القواعد ونحوها"[3] كإعمال المقاصد.

وقد فَوَّض الشارع الحكيم إليه الإنشاءَ للأحكام بين الخلق، ويَصيرُ ما أنشأه كنصّ خاص واردٍ الآن مِن قِبَل الله -عَزَّ وَجَلَّ- في هذهِ الواقعة، ولذلك لا يُنقَض[4]، ومن الأمثلة على ذلك "ما فَعَله ﷺ بطريق الحكم كالتمليكِ بالشفعة، وفسوخِ الأنكحةِ والعقود، والتطليقِ بالإعسار عند تعذُرِ الإنفاقِ والإيلاء والفَيئة، ونحو ذلك، فلا يجوز لأحدِ أنْ يقدِم عليه إلا بحكم الحاكم في الوقت الحاضر"[5]، أي لابد فيه من حكم قضائي جديد خاص بكل قضيَّة أو حادثة على خصوصها، "اقتداءً به ﷺ لأنه لم يقرر تلك الأمور إلا بالحكم، فتكون أمَّتُه بعدَهُ ﷺ"[6]، متبعة له في المنهاج، منشئة من الأحكام القضائية وفق ما تراه من الأسباب، وتتوفر من الأدلة والحجج، مجددة للاجتهاد القضائي ولو تكررت الحادثة ذاتها، لاحتمال تطرق الخطأ في الاجتهاد للمجتهد، ولجواز مخالفة الاجتهاد بالاجتهاد، ولعدم جواز تقليد المجتهد لمجتهد أخر.

ب/ التصرف من مقام القضاء

قد يعبَّر أحيانًا عن مقام القضاء بالحكم، وذلك لما بينهما من تداخل إذ القضاء جزء من الحكم، وحقيقة القضاء: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"[7]، وبين ذلك

(1) المصدر السابق، 105/1.

(2) المصدر السابق، 98/1.

(3) نفائس الأصول في شرح المحصول: للقرافي، 3910/9.

(4) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 98/1.

(5) المصدر السابق، 108/1.

(6) المصدر السابق نفسه.

(7) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط/1، 1406هـ- 1986م، 11/1.

الحَطَّاب –رحمه الله– فقال: "المراد به أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام"[1]، عند حصول الخصومات والمرافعات، فيقتضي حُكْمًا قضائيًا ملزمًا؛ لأنه وفقا لقاعدة: القضاء ملزم، وينظر للمقام القضائي لرسول الله ﷺ من ناحيتين:

الناحية الشرعيَّة: فإن النبي ﷺ فيها "ناطق بالشرع"[2]، هو فيه مصيب.

والناحية البشريَّة: واجبه فيها "تعين موقف الخصوم، وتحقيق الحوادث التي ينبني عليها الحكم الجزئي، من حيث معرفة أيهما المعتدي وأيهما المعتدى عليه، وهو في هذا يفكر ويرى على أنه بشر"[3]، قد يصيب وقد لا يصيب.

ولا يكون للمقام القضائي تدخل مباشر فيما يتنازع فيه المجتهدون في فهم النص الشرعي، "والأمة إذا تنازعت –في معنى آية أو حديث أو حكم خبري أو طلبي– لم يكن صحة أحد القولين وفساد الآخر ثابتا بمجرد حكم حاكم، [أي قضاء القاضي] فإنه إنما ينفذ حكمه في الأمور المعينة دون العامة"[4]، التي تعدُّ من خصائص البلاغ الرسالي.

وإنما القضاء "إنشاءٌ وإلزامٌ من قِبلَهِ ﷺ بحسب ما يَسْنَح من الأسباب والحِجَاج، ولذلك قال ﷺ: «إنكم تختصمون إلي، ولعلَّ بعضَكم أن يكون ألحنَ بحُجَّتِه من بعض، فمن قَضَيتُ له بشيء من حق أخيه فلا يأخذْه إنما أقتطع له قطعةً من النار»[5]، فدَلَّ ذلك على أن القضاء يَتْبَعُ الحِجاجَ وقوَّة اللَّحَنِ بها، فهو ﷺ في هذا المقام مُنشِئ"[6]، وغير معصوم بل يخضع ما يصدر عنه لخصائصه البشريَّة، وبحسب ما تتوفر له من الأدلة، وتتحقق له من المناطات، وتفتح له من الحجج والمقالات.

ويلتقي كل من القضاء والحكم في أن كليهما ملزم واجب التنفيذ، "وَلَمَّا كَانَ تَصَرُّفُ الْقُضَاةِ أَعَمَّ مِنْ تَصَرُّفِ الْأَوْصِيَاءِ وَأَخَصَّ مَنْ تَصَرُّفِ الْأَئِمَّةِ اخْتُلِفَ فِي إلْحَاقِهِمْ بِهِمْ أَوْ

(1) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 86/6.

(2) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، 16/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 238/3.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم، رقم: 7168، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: الحكم بالظاهر، واللحن بالحجة، رقم: 1713.

(6) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 100/1 – 102.

بِالْأَوْصِيَاءِ"[1]، قال ابن العربي: "إذا كان الإمام أعدل من الأمير تعين عليه أن ينظر في أقضية عماله"[2]، نظرًا باعتباره قاضيًا، لا باعتباره إمامًا، وإلا حاد القضاء عن ركيزة الاستقلال واتُهِم. وفي الحقيقة أن القضاء مقام مستقل بذاته ولا يضره إن تشابه مع غيره من جهة الإلزام، أو من جهة أن أحدهما قد يكون ضروريًّا لآخر يتقدمه إجرائيًّا وعمليًّا في الواقع.

ج/ التصرف من مقام الإمامة

تعدُّ تصرفاته ﷺ من مقتضى مقام الإمامة منوطة بالمصالح الدنيوية في تسيير شؤون الدنيا، فالإمامة "وصفٌ زائد على النبوَّةِ والرسالة والفُتيا والقضاءِ، لأنَ الإمام هو الذي فُوّضَتْ إليه السياسةُ العامةُ في الخلائق، وضَبْطُ مَعاقِدِ المصالح، ودَرْءُ المفاسد، وقَمْعُ الجُنَاة، وقَتْلُ الطُّغَاة، وتوطينُ العِبَاد في البلاد، إلى غير ذلك مما هو من هذا الجنس"[3].

ويعدُّ مناط الإمامة العمل بمقتضى السلطة التنفيذية، والقائم به على رأس تلك السلطة، "وأما قُوَّةُ التنفيذ فأمرٌ زائد على كونه حاكمًا، فقد يُفوضُ إليه التنفيذ، وقد لا يَندرجُ في وِلايته، فصارَتْ السَّلْطَنَةُ العامَّة التي هي حقيقةُ الإمامةِ مباينةً للحُكم من حيث هو حُكم، أمَّا إمامٌ لم تُفوَّض إليه السياسةُ العامة فغيرُ معقولٍ؛ إلَّا على سبيل إطلاقِ الإمامةِ عليه مجازًا"[4].

ويعتبر القضاء بأنواعه الأعلى أو الجزئي أو التجاري والإداري جزء من الولاية العامة، التي هي "الإمامةُ الكبرى فأهليَّةُ جميعِ أنواعِ القضاءِ في الأموال والدماءِ وغيرِها جُزؤها، وهي صريحةٌ في ذلك، فتَتناولُ بصراحتها أهليَّةَ القضاء وأهليَّةَ السياسة العامَّة"[5]، فالإمام "هو الذي فوضت إليه السياسة العامة في الخلائق"[6]، وهو في أعلى مراتب الولاية على الخلق.

ويتمتع هذا المقام بأحقيَّة تضييق الصلاحيات وتوسيعها، ولهذا "منع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل إلا بعد إعلامه، وإذنه به بعد أن كان مطلقا لهم"[7]، وبموجبه يحق

(1) الذخيرة: للقرافي، 42/10.

(2) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق: د/ محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 1992م، ص: 886- 887.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 105/1.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المصدر السابق، 163/1.

(6) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: لعلال الفاسي، ص: 115.

(7) شرح القواعد الفقهية: لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص: 229.

للولاة تغيير نظام الحكم بين المركزية واللامركزية، متى ما كانت مصلحة الرعيَّة داعية لذلك، وفق الشروط والضوابط المتواضع عليها في القانون والدستور، ولا يقتضي من توسيع الصلاحيات توسيع دائرة الاستبداد والطغيان، إلا إذا اشترط الحاكم على نفسه ألا يغيَّر من صلاحياته؛ فإن عليه الوفاء.

ويحق للإمام "إحداث أحكام سياسية لقمع الدعار وأرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان"[1]، وإحداث كل ما من شأنه أن يصلح ما فسد، ويردع مَنْ أفسد.

وذكر القرافي آثارًا لهذه التصرفات في الشريعة "فما فَعَله ﷺ بطريق الإمامةِ كقسمةِ الغنائم، وتفريقِ أموال بيت المال على المصالح، وإقامةِ الحدود، وترتيبِ الجيوش، وقتالِ البُغَاة، وتوزيع الإقطاعات في القُرى والمعادن، ونحو ذلك، فلا يجوز لأحدٍ الإقدامُ عليه إلَّا باذنِ إمامِ الوقت الحاضر"[2]؛ لأنه ﷺ إنما فَعَله بطريقِ الإمامة، وما استُبِيحَ إلَّا بإذنه، فكان ذلك شرعًا مقررًا، لقوله تعالى: ﴿وَٱتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمۡ تَهۡتَدُونَ﴾ [الأعراف: 158][3].

وينبغي معرفة الفرق بين مقام الإمامة ومقام القضاء، حيث إن هناك خيط رفيع يفصل بينهما في التصرفات، فقبل أن يأخذ القضاء مأخذه وقبل تصرف القاضي لا بد من مروره بمراحل تحقيق، كحبس المتهم، واستنطاقه، والكشف عن إقراراته، وأخذ الشهود والتحقق من عدالتهم، والتحكيم والصلح، وتقدير المصلحة والمفسدة، كل هذه الإجراءات من شأن مقام الإمامة لا القضاء.

الخلاصة: أن هناك فرق "بَيْنَ الْأُمَرَاءِ وَالْقُضَاةِ قَبْلَ ثُبُوتِ الْجَرَائِمِ، وَيَسْتَوُونَ بَعْدَ ثُبُوتِهَا فِي إقَامَةِ الْحُدُودِ"[4]، وكذلك يستوي في الصلاحيات كل من القاضي والإمام بعد ثبوت التهمة، مع مراعاة قاعدة "يُقَدَّمُ فِي كُلِّ وِلَايَةٍ مَنْ هُوَ أَقْوَمُ بِصَلَاحِهَا"[5]، وأقدر عليها، مع ضرورة توفر الاستقلالية والتخصص والكفاءة، والاختصاص.

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) أما الوقت الحاضر يضعنا أمام إشكال حقيقي في ظل الاختلال الأمني الذي تشهده بعض الدول كسوريا، واليمن.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: للقرافي، 108/1، والفروق: للقرافي، 206/1.

(4) الذخيرة: للقرافي، 42/10.

(5) المصدر السابق نفسه.

وتظهر حقيقة الاتباع في التصرفات بالإمامة في المنهاج، وليس في الأحكام ذاتها[1]، وإعمال هذا المنهاج وتنزيله في الواقع من خصوصيات الإمام وحده، وفق مقتضى جلب المصلحة ودرء المفسدة، وفي هذا فقه كبير، وفي خرقه زلزلة لأبهة الإمامة، تؤول إلى مفاسد وخطوب عظيمة زلت فيه أقدام كثير من الناس.

ويحق للحاكم (الإمام ومن ينوب منابه) تقدير المصلحة والمفسدة، وتقييدهما، والترجيح بين المصالح والمصالح، والمفاسد والمفاسد، والمصالح والمفاسد، ومراتبها ودرجاتها خاصة عند الحاجة العامة، ونزول الجوائح وحصول الاضطرار، من ذلك ما حصل عند نزول وباء الفيروس التاجي 2019 (Covid 19)، وما تقرر بناء على طلب الفتوى الموجة من أمير المؤمنين محمد السادس –وفقه الله– إلى المجلس العلمي الأعلى والتي اقتضت بضرورة إغلاق المساجد سواء بالنسبة للصلوات الخمس أم لصلاة الجمعة، وذلك ابتداء من يوم الاثنين21 رجب 1441هـ، الموافق: 16 مارس 2020م[2].

ومثاله ما جاء في توصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي[3]، كل ذلك يؤكد مقام الإمامة المنوط بالمصلحة.

وقد جاء في حاشية البناني على شرح الزرقاني؛ إذا منع الإمام من إقامتها فإما أن يكون ذلك منه اجتهادا بأن رأى مثلا أن شروط وجوبها غير متوفرة، وإما أن يكون ذلك منه جورًا فإن كان الأول وجبت طاعته ولا تحل مخالفته ولو أَمِنُوا، فإذا خالفوه وصلوا لم تجزهم

(1) جهود المالكية في تصنيف التصرفات النبوية: للعثماني، ص: 110.

(2) فتوى من المجلس العلمي الأعلى في موضوع إغلاق المساجد مؤقتا http://www.habous.gov.ma الإثنين 16 مارس 2020، 23:08:41.

(3) الندوة الفقهية الطبية الثانية بعنوان: فيروس كورونا المستجد (كوفيد – 19) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية، التي نظمها مجمع الفقه الإسلامي الدولي، عن بُعد، بتاريخ 23 شعبان 1441هـ، الموافق 16 أبريل 2020م، يجوز للدول والحكومات فرض التقييدات على الحرية الفردية بما يحقق المصلحة سواء من حيث منع الدخول إلى المدن والخروج منها، وحظر التجوّل أم الحجر على أحياء محددة، أم المنع من السفر، أم المنع من التعامل بالنقود الورقية والمعدنية وفرض الإجراءات اللازمة للتعامل بها، وتعليق الأعمال والدراسة وإغلاق الأسواق، كما إنه يجب الالتزام بقرارات الدول والحكومات بما يسمى بالتباعد الاجتماعي ونحو ذلك مما من شأنه المساعدة على تطويق الفيروس ومنع انتشاره لأن تصرّفات الإمام منوطة بالمصلحة، عملًا بالقاعدة الشرعية التي تنص على أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ... ويشمل ذلك جواز إغلاق المساجد لصلاة الجمعة والجماعة وصلاة التراويح، وصلاة العيد، وتعليق أداء المسلمين للحج والعمرة، وتعليق الأعمال، وإيقاف وسائل النقل المختلفة، ومنع التجوال.

ويعيدونها أبدا، وإن كان الثاني ففيه تفصيل[1]، فإذا نهج السلطان فيها منهاجًا فلا يخالف ويجب اتباعه كالحاكم إذا حكم بقضية فيها اختلاف بين العلماء فإن حكمه ماض غير مردود؛ ولأن الخروج عن حكم السلطان سبب الفتنة والهرج وذلك لا يحل وما لا يحل فعله لا يجزئ عن الواجب[2].

ونقل عن الإمام مالك قوله: إن أمنوا أقاموها، وإن كان على غير ذلك فصلى رجل الجمع بغير إذن الإمام لم تجزئهم، يريد: لأن مخالفة الإمام لا تحل، وما لا يحل فعله لا يجزئ عن الواجب[3].

وهذا يرجح ما قررته الفتاوى الصادرة عن علماء الأمة بشأن تعليق إقامة صلاة الجمعة والجماعة، مع العلم أن هذا محل اجتهاد أو طلب الاجتهاد بالنيابة عن الإمام في جزئي من الدين، وإنَّ اختلاف وجهة النظر في حمل الحكم أو النازلة على تصرف من التصرفات أو تردد الحكم بين أكثر من تصرف يؤدي إلى تغيُّر الحكم الشرعي، ويترتب عليه أثار مختلفة.

والشأن في هذه المقامات أنها تضبط نظريَّة تغيُّر الأحكام الشرعيَّة من حيث ضرورة النظر في النص أولًا، ثم في فهم التصرفات وإدراك مقتضى الحكم الناشئ عن ذلك النص، ثم إنشاء الحكم الذي هو ثمرة إعمال المقامات والتصرفات النبويَّة، ولا يكون ذلك إلا من خلال المقام، ووفق الصلاحيات المتاحة لتلك التصرفات والاعتبارات المخوَّل بها، ودون تدخُّل أو تداخل بينها، بحيث يكون القائم بها منشئًا للحكم وفق ما خوَّل له الله –سبحانه وتعالى– باعتباره على رأس مقام مخصوص.

(1) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: 1099هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية –بيروت– لبنان، ط/1، 1422هـ– 2002م، 110/2.

(2) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 174/2، وشرح مختصر خليل: للخرشي، 84/2.

(3) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: للشيخ خليل، 49/2.

الباب الثاني:
أركان نظريَّة تغيُّر الأحكام

الفصل الأول:
الأركان الأصليَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام

تمهيد:

تقوم نظريَّة تغيُّر الأحكام على عدد من الأركان تشكل في مجملها أسس الفهم وقواعده التي ينبني عليها، وأدلته التي يطلب بها، فلما كان على المجتهد تحقيق مقاصد الشارع؛ تحتم عليه أن يتصف بهذه الصفة في تحصيل درجة الاجتهاد؛ أي "فهم مقاصد الشريعة على كمالها"[1]، ولا يكفي الفهم وحده في تحصيل المراد، إذ "لا تظهر ثمرة الفهم إلا في الاستنباط"[2]، وفق الأدلة والقواعد الكلية، وقد أشرت في مطلع الفصل الثاني من الباب الأول إلى مسوغ هذا التأخير باعتبار قوة ارتباطه بالقسم التطبيقي.

ويجري النظر الفقهي: في المسائل القياسية التي يظن أنها مستندة على إلحاق فرع بأصل جامع فوجدناه منحصرًا في فنَّين تحقيق المناط وتنقيح المناط، فإن النظر إما أن يكون في الأصل وإثبات علته، فيرجع ذلك إلى تنقيح مناط الحكم وتلخيصه وحذف ما لا مدخل له في الاعتبار، وإما أن يكون في الفرع، ويرجع إلى تحقيق مناط الحكم، أي بيان وجود المناط فيه وبرمَّته وكمال صفاته[3]، فإن وجد تعلق به الحكم، وإن انعدم اعدم معه الحكم، ثم إن "الأصول التي يقع إليها رد الفروع في الشرعيات لا يتغير أيضا؛ لأن الله تعالى قد أكمل الدين وبين الناسخ والمنسوخ واستقرت الشرعية ... وأما التفريق بين المشتبهات فغير جائز عندنا أن يقع التفريق بينهما من الوجه الذي يتعلق به الحكم فيهما وإن جاز أن يقع ذلك من سائر الوجوه وإنما المعتبر في الجمع والفرق على النكتة التي هي مناط الحكم ورباطه دون ما سواه"[4]، وتحصيل الفهم لا يتأتى إلا بمعرفة العلل والحكم والمقاصد، وتفكيك إشكالية المنهاج المتعلق بالتعليل بها وتحقيق المناط والكشف عنه، والسؤال هنا: كيف يمكن تحصيل الفهم العاصم من الزلل في التنزيل؟ وهل يقوم المناط بالنص أو بالواقعة أو بالمكلف وأحواله والمتغيرات الظرفية أو بهم جميعا؟ هذه الأسئلة وغيرها، هي ما سيجيب عليه هذا الباب الذي يأتي في سياق الركنيَّة لتغيُّر الأحكام الشرعية.

---

(1) الموافقات: للشاطبي،42/5

(2) المصدر السابق، 44/5

(3) الأساس: للغزالي 37/1.

(4) قواطع الأدلة في الأصول: لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ/1999م، 81/2.

المبحث الأول: مبدأي التعليل وتحقيق المناط: دراسة في سياق ركنيَّة تغيُّر الأحكام

سيكون الحديث في هذا المبحث عن ركنين من أركان تغيُّر الأحكام وهما التعليل وتحقيق المناط، وذلك باعتبار أن كلًا منها مستقل عن الآخر، بغض النظر عن العلاقة التي تربطهما، وعن الإطلاقات التي تجعل أحدهما مكان الآخر، وقد جاء في مطلبين:

المطلب الأول: مبدأ التعليل: ركن في تغيُّر الأحكام

للشريعة حِكَم وأسرار تخفى عنك وتظهر، وقد يعفيك النص من عناء البحث عنها وبلوغ منتهاها، لكن أغلبها تحتاج إلى قوة وإلى بأس شديد حتى تنكشف لك، ومنها ما لست عليها بمسيطر؛ لأن العليم استأثر بعلمه، قال الإمام الغزالي مبينًا تلك العلل الخفيَّة: "مبنى العبادات على الاحتكامات، ونعني بالاحتكام: ما خفي علينا وجه اللطف فيه؛ لأنا نعتقد أن لتقدير الصبح بركعتين، والمغرب بثلاث، والعصر بأربع سرًا، وفيه نوع لطف وصلاح للخلق، استأثر الله سبحانه وتعالى بعلمه، ولم نطلع عليه، فلم نستعمله، واتبعنا فيه الموارد"[1]، واقتادتنا أيادي الإشكال إلى مهاوي بعيدة، ومسائل مبدأ التعليل والنزاع فيها منها كلامية المولد والنشأة والأساس، ثم استثمرت في علم الأصول، وعليها شُيِّد بناء علم المقاصد، وقد حاولت عرضها على النحو الآتي:

الفرع الأول: إشكاليَّة المنهاج في تعليل الأحكام

أولًا: نظرة في تعليل المتكلمين

لخص الطاهر ابن عاشور المسألة عند تفسير قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: 29] مسجلا في ذلك فوائد منها: أن لام التعليل دلت على أن خلق ما في الأرض كان لأجل الناس، وفي هذا تعليل للخلق وبيان لثمرته وفائدته، فتثار عنه مسألة تعليل أفعال الله تعالى، وتعلُّقها بالأغراض، والمسألة مختلف فيها بين المتكلمين اختلافا يشبه أن يكون لفظيًا، فإن جميع المسلمين اتفقوا على أن أفعال الله تعالى ناشئة عن

(1) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505 هـ)، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه، تحقيق: د. حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد – بغداد، ط/1، 1390هـ – 1971م، 204/1.

إرادة واختيار، وعلى وفق علمه، وأن جميعها مشتمل على حِكم ومصالح، وأن تلك الحِكم هي ثمرات لأفعاله تعالى ناشئة عن حصول الفعل، فهي لأجل حصولها عند الفعل تثمر غايات، هذا كله لا خلاف فيه، وإنما الخلاف في أنها أتوصف بكونها أغراضا وعللا غائية أم لا[1]؟ وحقيقة الإشكال سؤال مفاده؛ هل في خلق الأشياء غرض للخالق أو لا؟

وقد قيل بإثبات الغرض بناء على الاستدلال بما ورد من نحو قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [الذاريات:56]، ومنع من ذلك أصحاب الأشعري فيما عزاه إليهم الفخر الرازي في التفسير، مستدلين بأن الذي يفعل لغرض يلزم أن يكون مستفيدا من غرضه؛ ويلزم من كون ذلك الغرض سببا في فعله أن يكون هو ناقصا في فاعليته محتاجا إلى حصول السبب، وقد أجيب بأن لزوم الاستفادة والاستكمال إذا كانت المنفعة راجعة إلى الفاعل، وأما إذا كانت راجعة للغير كالإحسان فلا[2]، ووجه الإلزام من كون الفاعل مستفيدا؛ استدلال في غير محله، والمنفعة محمولة على غير مناطها.

ثم وصف دليل الأشاعرة بأنه يشتمل على مقدمتين سفسطائيتين:

المقدمة الأولى: قولهم إنه لو كان الفعل لغرض للزم أن يكون الفاعل مستكملا به، وهذا سفسطة شبه فيها الغرض النافع للفاعل بالغرض بمعنى الداعي إلى الفعل والراجع إلى ما يناسبه من الكمال لا توقف كماله عليه[3]، ووجه الخلاف في هذه المقدمة في الوجه الذي حمل عليه معنى الغرض هل على معنى النافع للفاعل، أو الداعي إلى الفعل؟

المقدمة الثانية: قولهم إذا كان الفعل لغرض كان الغرض سببًا يقتضي عجز الفاعل، وهذا شبَّه فيه السبب الذي هو بمعنى الباعث بالسبب الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، وكلاهما يطلق عليه سبب[4].

---

(1) قال في الهامش: "الأثر المترتب على الفعل إذا نظر إليه من حيث إنه ثمرة سمى فائدة، وإذا نظر إليه من حيث إنه يحصل عند نهاية الفعل سمي غاية، فإذا كان مع ذلك داعيا الفاعل إلى الفعل سمي بذلك الاعتبار غرضا وسمي باعتبار حصوله عند نهاية الفعل علة غائية، التحرير والتنوير: للطاهر بن عاشور، 380/1.

(2) المصدر السابق، 379/1 – 380.

(3) المصدر السابق، 380/1.

(4) المصدر السابق نفسه.

وقد حصل لهم التناقض حين قالوا: "أفعال الله تعالى لا تخلو عن الثمرة والحكمة، ويمنعون أن تكون تلك الحكم عللا وأغراضا، مع أن ثمرة فعل الفاعل العالم بكل شيء لا تخلو من أن تكون غرضا لأنها تكون داعيا للفعل ضرورة تحقق علم الفاعل وإرادته"[1].

خلاصة المسألة وجوهرها عند المتكلمين: أن أفعال الله تعالى وأحكامه معللة بالحِكَم والمقاصد، وأن محل النزاع هو أن الجميع متَّفقٌ على رد التعليل الفلسفي الذي يؤول إلى سلب صفة الإرادة الإلهية، وإنما الخلاف في الحِكم والمقاصد هل توصف بكونها أغراضًا وعللًا أو لا؟

ثم هاجرت هذه المسألة من ميدان علم الكلام، حتى صارت مجالًا من مجالات أصول الفقه، بل وحتى قال الجميع بالتعليل الذي هو ركن القياس إلا القلة، وهم الظاهريَّة؛ إن أعتدَّ بقولهم.

ثانيًا: مسلك المانعين من التعليل

تفاوت حجم ومساحة التعبد بين موسع ومضيق، بناء على الاختلاف في القياس المبني على التعليل الذي تجاذبه علماء الظاهريَّة المانعين من القول بالتعليل والتفريع، المنكرين للقياس مع غيرهم من علماء المذاهب، فرأوا أن الأحكام تعبدية محضة وعلى المسلم اتباعها بالظاهر دون التفات المعاني والمقصد، وتزعم هذا الرأي الظاهرية وعلى رأسها ابن حزم.

فمن حيث حكم القول به يذكر ابن حزم: أنه "لا يحل القول بالقياس في الدين ولا بالرأي؛ لأن أمر الله تعالى عند التنازع بالرد إلى كتابه وإلى رسوله ﷺ قد صح، فمن ردَّ إلى قياس وإلى تعليل يدعيه أو إلى رأي فقد خالف أمر الله تعالى المعلق بالإيمان، وردَّ إلى غير من أمر الله تعالى بالردِّ إليه"[2]، وبوب لذلك في كتاب الإحكام بقوله: "الباب الثامن والثلاثون في إبطال القياس في أحكام الدين"[3]، ثم تبعه بالباب التاسع والثلاثون في إبطال القول

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) المحلى بالآثار: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/3، 1424هـ – 2003م، 78/1.

(3) الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، 53/7.

بالعلل في جميع أحكام الدين[1]، وإن كان إبطاله التعليل كافيا لإبطال القياس إذ لا تصور قياس بلا تعليل.

ثم ذهب بعيدا في الإنكار وبالغ في التشنيع على مخالفيه حتى اعتبر: القياس وتعليل الأحكام دين إبليس، وأنه مخالف لدين الله تعالى ولرضاه، حتى قال: ونحن نبرأ إلى الله تعالى من القياس في الدين ومن إثبات علة لشيء من الشريعة[2]، ولما كان القياس أساسه وأهم أركانه التعليل؛ فالقول بأحدهما قول بالأخر، لعلاقة الالتزام.

وقد لقي الظاهريَّة –في مقابل الإنكار– من يرد على زعمهم، بل من ذهب إلى أكثر من ذلك عندما حكى الإجماع على القول بالتعليل غير واحد من الفقهاء والأصوليين.

ثالثًا: حكاية الإجماع على القول بالتعليل

نقل القول بالتعليل الفقهاء والأصوليُّون –باستثناء الظاهرية– القائلين بالقياس؛ لأن القياس ركنه وأساس مبناه التعليل، فالقول بالقياس قولٌ بالتعليل، وكذا العكس.

ويبدو أن القول بتعليل الأحكام الشرعيَّة شائع ومألوف بين الفقهاء، لما للعلل المعرِّفة للأحكام، من أثر من حيث "تأثيرها في الأصول، وتعلق الأحكام بها"[3]، واستثمارها والتفريع عليها، حتى وصلوا في حكاية العلل والمعاني إلى القول بالإجماع.

فقد حكى إمام الحرمين الجويني الإجماع وقرره في قوله: فإن قيل: كيف يكون إجماع القايسين حجة وقد أنكر القياس طوائف من العلماء؟ قلنا: الذي ذهب إليه ذوو التحقيق أنا لا نعد منكري القياس من علماء الأمة وحملة الشريعة فإنهم مباهتون أولا على عنادهم فيما ثبت استفاضة وتواترا، ومن لم يزعه التواتر ولم يحتفل بمخالفته لم يوثق بقوله ومذهبه، وأيضا: فإن معظم الشريعة صدر عن الاجتهاد، والنصوص لا تفي بالعشر من معشار الشريعة، فهؤلاء ملتحقون بالعوام، وكيف يدعون مجتهدين ولا اجتهاد عندهم، وإنما غاية التصرف التردد على ظواهر الألفاظ فهذا منتهى ما اتصل الكلام به[4]، قاصد بذلك الإجماع

(1) المصدر السابق، 76/8.

(2) المصدر السابق، 113/8.

(3) شرح مختصر الطحاوي: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370 هـ)، تحقيق: د. عصمت الله عنايت الله محمد، وآخرون، دار البشائر الإسلامية – ودار السراج، ط/1، 1431 هـ – 2010 م، 423/5.

(4) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 37/2، مع ملاحظة التحفظ على ما يدور بين العلماء وأراه خارج النقد.

على التعليل الأصولي في القياس الذي يعدُّ صدر الاجتهاد ومصدره، قاطعا الطريق بالتواتر والاستفاضة القطعيين.

وهو ما قرره الرازي في مناظراته: "وأما بيان أن التعليل بالأوصاف المصلحية جائز، فهذا متفق عليه بين العقلاء"[1] من الأصوليين والفقهاء، وهو المشتهر عنهم، خلافا للشاطبي الذي نفى عنه الرازي القول بالتعليل ونسبه إلى الجمود على الظاهر.

ومن ذلك قول الآمدي: "الأحكام إنما شرعت لمقاصد العباد، أما أنها مشروعة لمقاصد وحِكَم فيدل عليه الإجماع والمعقول، أما الإجماع: فهو أن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو عن حِكمة ومقصود"[2]، فلما خصه بأئمة الفقه تبين أنه يريد التعليل الأصولي في قياس الفرع على الأصل، والركن المثمر للأحكام الفقهيَّة الفرعيَّة.

وقول القرطبي: "لا خلاف بين العقلاء أن شرائع الأنبياء قُصِد بها مصالح الخلق الدينية والدنيوية"[3]، إشارة إلى الإجماع على التعليل العام في سائر الأحكام الشرعيَّة.

أما مدى صحة نقد انعقاد هذا الإجماع، فذلك إشكال مرده إلى الخلط بين المفاهيم، وسهولة تنقُّل مصطلح التعليل بين مجالين علميين، علم الكلام وعلم أصول الفقه، وتنوعه بين العموم والخصوص، فوقعت المشاحة وكانت كلها في الاصطلاح.

قال السبكي: "وقد ادعى بعضهم الإجماع على أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد، قال وذلك إما بطريق الوجوب عند المعتزلة، أو الإحسان عند الفقهاء من أهل السنة، وهذه الدعوى باطلة لأن المتكلمين لم يقولوا بتعليل الأحكام بالمصالح لا بطريق الوجوب ولا الجواز، وهو اللائق بأصولهم، وكيف ينعقد الإجماع مع مخالفة جماهير المتكلمين، والمسألة من مسائل علمهم"[4]؟

لكن الإجماع حاصل في تعليل الفقهاء والأصوليين، أما خلاف المتكلمين فلا أثر له، وكما قرر ذلك الآمدي بقوله الآنف الذكر: "أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا

(1) مناظرات فخر الدين الرازي في بلاد ما وراء النهر: تحقيق: فتح الله خليف، دار المشرق بيروت، 25/1، لأنه مجرد عن الإلزامات على الله سبحانه كوجوب الصلاح والأصلح، بخلاف التعليل الفلسفي فإنه منع القول به.

(2) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 285/3.

(3) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 303/2.

(4) الإبهاج في شرح المنهاج: للسبكي وولده تاج الدين، 62/3.

تخلو عن حكمة ومقصود"[1]، ودليله حاصل بالتواتر والاستفاضة -كما أشار إليه الجويني- و"الاستقراء دل على أن الله تعالى شرع أحكامه لمصالح لعباده تفضيلا وإحسانا، فحيث ثبت حكم وهناك وصف ولم يعلم غيره ظن كونه علة"[2]، إذ العلة هي وصف.

وانهض ابن القيم لنصرة هذا الإجماع حتى قال في الردَّ على منكري القياس: "الآن حمي الوطيس، وحميت أنوف أنصار الله ورسوله لنصر دينه وما بعث به رسوله، وآن لحزب الحق أن لا تأخذهم في اللَّه لومةُ لائم، وأن لا يتحيزوا إلى فئة معينة، وأن ينصروا اللَّه ورسوله بكل قول حق قاله من قاله، ولا يكونوا من الذين يقبلون ما قالته طائفتهم وفريقهم كائنا من كان وَيَرُدُّونَ ما قاله منازعوهم وغير طائفتهم كائنا ما كان، فهذه طريقة أهل العصبية، وحمية أهل الجاهلية، ولعمر الله إن صاحب هذه الطريقة لمضمون له الذم إن أخطأ، وغير ممدوح إن أصاب، وهذا حال لا يرضى بها من نصح نفسه وهدي لرشده والله الموفِّق"[3]، وهي المسألة التي عدَّها الإمام الشاطبي[4] مسلَّمة ثابتة حقا، واعتبرها قطعية، وعليها مدار المقاصد وبها افتتح كتابه الموافقات وعليها أشاد بناؤه، وبها استقام بنيانه.

رابعًا: سبب الخلاف

تطول تجلية سبب الخلاف في مسألة التعليل، والبرهنة على الأحقيَّة في التسليم، والرد على المخالفين وزعيمهم الحقيقي ابن حزم، لكن إن كان "لا بد من سدِّ هذه الثغرة، بإزاحة شبه ابن حزم، حتى تكون المسألة مسلَّمة حقا، وحتى تكون حكاية الإجماع فيها أيضًا مسلَّمة"[5]؛ فإني أختصر ما أمكن اختصاره في هذا المضمار، سالكا مسلك الإمام الشوكاني حين قال: "وقد استدل المانعون من القياس بأدلة عقلية ونقلية، ولا حاجة لهم إلى الاستدلال، فالقيام في مقام المنع يكفيهم، وإيراد الدليل على القائلين بها، وقد جاءوا بأدلة عقلية لا تقوم بها الحجة، فلا نطول البحث بذكرها"[6]، فالقيام مقام المنع دليل على تسليمهم بصحة الاستدلال وإلا فالمقدمات الفاسدة لا ترقى إلى مستوى الاعتراض والمنع، فهم ردوا

(1) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 285/3.

(2) الإبهاج في شرح المنهاج: للسبكي وولده تاج الدين، 62/3.

(3) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 277/3.

(4) الموافقات: للشاطبي، 9/2.

(5) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: للريسوني، ص: 218.

(6) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: للشوكاني، 95/2.

على أنفسهم بأنفسهم بموقفهم وقيامهم هذا، وقد اختزلت ما يمكن اختزاله في تدبير الخلاف وتقليصه؛ من خلال بيان إشكالية مصطلحية كالعلة والسبب والغرض، وكيف وقع الخلاف مع ابن حزم.

مصطلح العلة: تطلق العلة ويراد بها "اسم لكل صفة توجب أمرا ما إيجابا ضروريا، والعلة لا تفارق المعلول البتة، ككون النار علة الإحراق والثلج علة التبريد الذي لا يوجد أحدهما دون الثاني أصلا وليس أحدهما قبل الثاني أصلا ولا بعده"[1]، وهي منفية عن أحكام الله: "فاعلم الآن أن العلل كلها منفية عن أفعال الله تعالى، وعن جميع أحكامه البتة، لأنه لا تكون العلة إلا في مضطر"[2]، وهذا غير مراد. ولا يقول به أحد من أهل السنة، خلافا للفلاسفة والمعتزلة[3]، وهو الخلاف الذي حقه علم الكلام وليس أصول الفقه، إذ المشاحاة والنزعات التي وقعت؛ غالبها إن لم أقل كلها في الاصطلاح، فهذا التعليل لا يقول به أحد ممن ينازعهم ابن حزم.

وإن كان ينفي العلة في أحكام الله وأفعاله تارة؛ فإنه يثبت السبب تارة أخرى، إلا أنَّ خلفيَّته الظاهرية التي ينطلق منها لا تدعه، فتأخذه فيسرع ليتشبث بمحل النص قائلًا: "ولسنا ننكر وجود أسباب لبعض أحكام الشريعة بل نثبتها، ونقول بها، لكنا نقول إنها لا تكون أسبابا إلا حيث جعلها الله تعالى أسبابا، ولا يحل أن يتعدى بها المواضع التي نص فيها"[4]، فهي أسباب بجعل الله لها أسبابا، لكنها قاصرة فلا تتعدى موضع النص –حتى يقاس عليها– ولا تستنبط.

أما في اصطلاح الباقين فهناك أقوال كثيرة أذكر أشهرها فيما يأتي:

الأول: "هي المعنى الذي يقتضي الحكم"[5]، فيفسر هذا المعنى بالقول: "إن العلة الشرعية أمارة على الحكم ودلالة عليه، ومن أصحابنا من قال: موجبة للحكم بعدما جعلت

(1) الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، 99/8.

(2) المصدر السابق، 103/8.

(3) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: للريسوني، بتصرف، ص: 219.

(4) الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، 99/8.

(5) اللمع في أصول الفقه: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية، ط/2، 2003 م – 1424 هـ، 104/1.

علة، ألا ترى أنه يجب إيجاد الحكم بوجودها... ونحن نعلم أن هذه العلل كانت موجودة قبل الشرع ولم تكن موجبة للحكم فدل على أنها غير موجبة"[1].

وقيل "فيجب أن يوجد الحكم بوجودها ويزول بزوالها"[2]، فتكون مرادفة للسبب.

الثاني: أنها "المعرف للحكم"[3]، وخروجا من إيراد الدور على هذا التعريف زاد الإسنوي الشافعي تقييدا فقال: "هي المعرف لحكم الفرع"[4].

الثالث: أنها المؤثرة بذاتها في الحكم[5]، وهذا يترتب عليه الزامات خطيرة.

الرابع: العلة هي موجب الحكم بجعل الشارع لا لذاته[6]..

وقد تأخذ على وجه الاستعارة من العلة العقلية: "عبارة عما يوجب الحكم لذاته"[7].

الخامس: أنها الباعث على تشريع الحكم[8]، وهو اختيار الآمدي.

ومن حيث النظر في علاقة العلة بالحكمة والمصلحة واشمالها عليهما؛ وكونها في الأصل بمعنى الأمارة أو الباعث فلو كانت وصفا طرديا لا حكمة فيه، أو أمارة مجردة فالتعليل بها في الأصل ممتنع لوجهين[9]:

---

(1) المصدر السابق، 105/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المحصول: للرازي، 309/5، قلت: ولعله لهذا السبب عدَّ الشاطبي الرازي من المانعين للتعليل، وهو قول البيضاوي وأكثر الأشاعرة، الإبهاج في شرح المنهاج: للسبكي وولده تاج الدين، 39/3، وغاية الوصول في شرح لب الأصول: لزكريا الأنصاري، 120/1.

(4) فلو عرف الحكم بها لكان العلم بالحكم متوقفا عليها وهو دور، واحترزنا في السؤال بالمستنبطة عن المنصوصة، فإن معرفتها غير متوقفة على الحكم لكونها ثابتة بالنص، وأجاب المصنف بأن تعريف الحكم بالعلة إنما هو بالنسبة إلى الأصل، وتعريف العلة للحكم بالنسبة إلى الفرع فلا دور لاختلاف الجهة، ينظر: نهاية السول شرح منهاج الوصول: للإسنوي، 319/1.

(5) المعتمد في أصول الفقه: لمحمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي (المتوفى: 436هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1403م، 261/2 – 262.

(6) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: للغزالي، 569/1.

(7) المستصفى: للغزالي، 335/1، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 177/1.

(8) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 202/3.

(9) المصدر السابق نفسه.

الوجه الأول: أنه لا فائدة في الأمارة سوى تعريف الحكم، والحكم في الأصل معروف بالخطاب لا بالعلة المستنبطة منه.

الوجه الثاني: أن علة الأصل مستنبطة من حكم الأصل ومتفرعة عنه، فلو كانت معرفة لحكم الأصل لكان متوقفا عليها ومتفرعا عنها، وهو دور ممتنع.

قال الإمام الشاطبي: "وأما العلة؛ فالمراد بها: الحكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي"[1]؛ ثم يخلص إلى أن "العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها"[2] والمظنة ما جعل سببا للحكم، فتكون العلة هي المصلحة والمفسدة لا ما جعل سبب.

وقد ينظر احيانًا للعلاقة بين العلة والسبب فيطلق أحدهما على الآخر في مواضع خاصة، لهذا قال الإمام الشاطبي: "قد يطلق هنا لفظ السبب على نفس العلة لارتباط ما بينهما، ولا مشاحة في الاصطلاح"[3]، مع قيام أحدهما مقام الآخر، فقد يقوم السبب مقام العلة، وهذا الارتباط هو ما يعبر عنه بعلاقة المغايرة.

وقد يطلق مصطلح العلة ويراد بها "مناط الحكم، وَسميت عِلّة لِأَنَّهَا غيرت حَال الْمحل أخذا من عِلّة الْمَرِيض لِأَنَّهَا اقْتَضَت تغير حَاله"[4]، وهو ما يتعلق به محل الحكم التكليفي، وهذا ما اشار إليه الباجي بقوله أما "العلة عند مالك والفقهاء هي الصفة التي يتعلق الحكم الشرعي بها"[5]، وهي ركن القياس.

وقد توسع الإمام الغزالي في المصطلح فقال: "نعني: بالعلة في الشرعيات مناط الحكم، أي: ما أضاف الشرع الحكم إليه، وناطه به، ونصبه علامة عليه"[6]. وهذا منحى آخر في مصطلح العلة أوسع من سابقه، حيث اطلاقها على ما هو أشمل منها كما سيأتي في الحديث عن المناط.

---

(1) الموافقات: للشاطبي، 410/1 – 411.

(2) المصدر السابق، 411/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) رسالة في أصول الفقه: للعكبريّ، ص: 79، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 144/2.

(5) الإشارة في أصول الفقه: للباجي، 45/1، والبحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 145/7.

(6) المستصفى: للغزالي، 281/1.

ولما كان ثمة تداخل وتعالق بين السبب والعلة عند الأصوليين حسب اعتبار الشاطبي، اقتضي الحديث إفراد السبب والغرض بعجالة خاصة.

مصطلح السبب: عند ابن حزم هو "كل أمر فعل المختار فعلا من أجله لو شاء لم يفعله، كغضب أدى إلى انتصار فالغضب سبب الانتصار ولو شاء المنتصر ألا ينتصر لم ينتصر، وليس السبب موجبا للشيء المسبب منه ضرورة، وهو قيل الفعل المتسبب منه ولا بد"[1]، وهذا تقارب منه، وشيء من الاعتراف بجعل الله تعالى الأسباب مسببة لبعض الأحكام غير موجبة لها.

ثم يقرر في نهاية المطاف فينفيها البتة سوى ما ورد بها النص، فيقول: "واعلم أن الأسباب كلها منفية عن أفعال الله تعالى كلها وعن أحكامه، حاشا ما نص تعالى عليه أو رسوله ﷺ"[2]، التزاما منه بالوفاء لظاهر النص في السير على منهاج الظاهريَّة.

ويراد بمصطلح السبب عند الإمام الشاطبي: "ما وضع شرعًا لحكم لحكمة يقتضيها ذلك الحكم"[3]، بل وقد يكون العلة نفسها؛ أي قد يطلق هنا لفظ السبب على العلة نفسها لارتباط ما بينهما، ولا مشاحة في الاصطلاح[4]، وهذا الارتباط من حيث ترتب الحكم عليهما، دون اشتراط الانضباط والظهور.

مصطلح الغرض: يربط ابن حزم الأسباب بالأغراض، فمصطلح الغرض عنده يقترب من خلاله مع الجمهور، فيثبت أن للأحكام أغراضًا ومقاصد كما أن لها أسبابًا، فيقول: "وأما الغرض فهو الأمر الذي يجري إليه الفاعل ويقصده ويفعله، وهو بعد الفعل ضرورة فالغرض من الانتصار إطفاء الغضب وإزالته"[5] فوقوعه وفق مقصوده؛ ضرورة.

وسرعان ما يعود قائلا: "وأما الغرض في أفعاله تعالى وشرائعه فليس هو شيئا غير ما ظهر منها فقط"[6]، فهو ملتزم بظاهريَّة لا تفارقه البتَّة، كما نص عليها في قاعدته

(1) الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، 100/8.
(2) المصدر السابق، 103/8.
(3) الموافقات: للشاطبي، 410/1.
(4) المصدر السابق، 411/1.
(5) الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، 100/8.
(6) المصدر السابق، 103/8.

المعروفة، "إن الخطاب لا يفهم منه إلا ما اقتضى لفظه فقط"[1]، لا مفهوم الخطاب، ولا دليل الخطاب ولا غيره، "وأن لكل قضية حكم اسمها فقط، وما عداه فغير محكوم له، لا بوفاقها ولا بخلافها، لكنا نطلب دليل ما عداها من نص وارد باسمه، وحكم مسموع فيه، أو من إجماع، ولا بد من أحدهما"[2]، كان سماعيًا أو إجماعًا.

ويبقى إثبات ابن حزم للأغراض والأسباب النصيَّة معلقا بالأحكام الأخرويَّة، حيث يقول: "والغرض في بعضها أيضا أن يعتبر بها المعتبرون، وفي بعضها أن يدخل الجنة من شاء إدخاله فيها، وأن يدخل النار من شاء إدخاله فيها، وكل ما ذكرنا من غرضه تعالى في الاعتبار، ومن إدخاله الجنة من شاء، ومن إدخاله النار من شاء، وتسبيبه ما شاء لما شاء؛ فكل ذلك أفعال من أفعاله، وأحكام من أحكامه، لا سبب لها أصلا، ولا غرض له فيها البتة، غير ظهورها وتكوينها فقط"[3]، وأنها كونيَّة لا شرعية، وهذا منتهى ما قال به ابن حزم، في إثبات الأغراض والأسباب.

وما قال به عموم الظاهريَّة من القياس المقطوع بعليته ونفي الفارق فيه، وما قرروه في ذلك، لا يسعفهم في استثمار النصوص، فإن "نفاة القياس لم يقولوا بإهدار كل ما يسمى قياسا، وإن كان منصوصا على علته، أو مقطوعا فيه بنفي الفارق، بل جعلوا هذا النوع من القياس مدلولا عليه بدليل الأصل، مشمولا به، مندرجا تحته"[4]، إن سمي هذا قياسا، ففي حقيقته مفهوم الموافقة، ولا خلاف فيه، وإن وجد الخلاف "صار لفظيًّا"[5] لا يترتب عليه أثر، "والحاصل: أن داود الظاهري وأتباعه لا يقولون بالقياس، ولو كانت العلة منصوصة"[6]، وهذا إشكال في عمق المدرسة الظاهريَّة، حاولت أن تتجاوزه مع ابن حزم، ولم تجتَزْه إلى غيره من مراحل بناء الحكم على العلة، والفرع على الأصل، أما بخصوص التعليل بالمستنبطة فلا سبيل لها إليه.

---

(1) المصدر السابق، 44/7.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الإحكام في أصول الأحكام: لابن حزم، 104/8.

(4) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: للشوكاني، 104/2.

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) المصدر السابق، 95/2.

خلاصة: يصنف القائلون بالتعليل العلل والأسباب والأغراض حسب الأحكام إلى أصوليَّة وكلاميَّة، فجاء المانعون فحملوها على العلل الكلاميَّة، بل ربطوها بأفعال الله فخرج قولهم واحد، وصار الخلاف –الذي حقه أصول الفقه– إلى علم الكلام أقرب، فالعلل كلها منفية عن أفعال الله تعالى، وأحكامه، ولا تكون إلا في مضطر، والأسباب كلها منفية عن أفعال الله تعالى، وعن أحكامه، حاشا ما ورد به نص، وقد أثبتوا أن للأحكام أغراضًا ومقاصد بالضرورة، وإثباتهم الأغراض والأسباب النصيَّة يبقى معلقا بالأحكام الأخرويَّة، وأنها كونية لا شرعية.

وإن العلة الوارد بها النص لا تتعدى لبناء حكم شرعي، وليس لها إسهام وظيفي في القياس الذي يثمر أحكامًا، بل القياس عندهم مشمول بالأصل مندرج تحته لا يتعدى إلى غيره، ولو حققت في ذلك لوجدته مفهوم الموافقة.

الفرع الثاني: ميزان التعليل في الأحكام الشرعية

وردت نصوص القرآن والسنة بتعليل أصول العبادات وكثير من الأحكام التعبديّة، وعليه؛ فما صحة القول بأن التعليل جارٍ في العبادات ما لم يتعذر؟ وإلى أي حد يمكن القول بأن الأصل في العبادات التعبد؟

وقد حاولت معالجة هذه الإشكاليَّة بمجموعة من الإجراءات، فعرضت الآراء واستخلصت ما فيها، وقسمت التعليل حسب الأحكام، والأحكام حسب التعليل، للوصول إلى المطلوب وتحقيق القصد، وذلك في الآتي:

أولًا: ما جرى فيه التعليل

سار جمع من العلماء على منهاج تعليل العبادات بالتعبد مطلقا، مؤكدين على أن الأصل في الأحكام التعليل، ما لم يرد نص أو يصادم نص آخر، والضابط في ذلك "أن كل ما انقدح فيه معنى مخيل، مناسب، مطرد، لا يصدمه أصل من أصول الشرع؛ فهو معلل، وما لم يتجه ذلك فيه، كالعبادات، والمقدرات، فيجري فيه قياس ما في معنى الأصل، وقياس الشبه، إن أمكن تشبيه يورث غلبة الظن"[1]، فالعبادات وإن كانت معللة بالتعبد فإنَّه يعتبر أصلًا فيها لا تنفك عنه.

(1) المنخول من تعليقات الأصول: للغزالي، 385.

وقيل: هي نوع لا يجري فيها تعليل بحال لأن يعقل معناها بل إن قياس الشبه يدخلها كقول علمائنا –رحمة الله عليهم– في الوضوء عبادة فافتقرت إلى النية كالصلاة، وكقولهم: إن القيم في الزكاة لا تجوز لأنها عبادة فاقتصرت مورد الأمر دون التعليل[1]، ونسب الإمام الشاطبي ذلك إلى إمامه مالك[2].

وورد في قواعد المقري أن الشافعي قال: "الأصل في العبادات ملازمة أعيانها وترك التعليل"[3]، ثم يقول: "والحق أن ما لا يعقل معناه تلزم صورته وصفته"[4]، ويوكد على ذلك نصوص الزكاة في بيان الواجب غير معلولة عند مالك ومحمد، لأن الأصل في العبادة ملازمة أعيانها وترك التعليل خلافا لأبي حنيفة فقد عللها بالمالية الصالحة لإقامة حق الفقير[5]، مع هذا الإطلاق لو نظرنا لأصول العبادات "لوجدنا تعليلاتها منصوصة، لا مستنبطة ولا مظنونة"[6].

ففي الصلاة قال تعالى: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكۡرِيٓ﴾ [سورة طه: 14]، ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَۖ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِۗ﴾ [العنكبوت: 45]، وفي الصيام: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 183]، وفي الحج: ﴿لِّيَشۡهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمۡ وَيَذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ فِيٓ أَيَّامٖ مَّعۡلُومَٰتٖ﴾ [الحج: 28]، وفي الزكاة: ﴿خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103].

ومن يقف في حدود العلل النصيَّة، فيسلم للتعليل باسم اللقب "كتعليل الشافعي نجاسة بول ما يؤكل لحمه بأنه بول كبول الأدمي"[7]، والتعليل بالمشتق أو إلحاق ما في معنى

(1) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 133/1

(2) الاعْتِصَام: للشاطبي، 287/2 – 288.

(3) قواعد الفقه لأبي عبدالله محمد بن أحمد المقري (759هـ)، تحقيق: محمد الدردابي، دار الأمان – الرباط – 2012م، القاعدة: 73، 114/1.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المصدر السابق: القاعدة: 296، 215/1.

(6) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: للريسوني، ص: 190.

(7) غاية الوصول في شرح لب الأصول: لزكريا الأنصاري، 115/1 – 116.

المنصوص عليه بالمنصوص، ولا أدل على ذلك من كلام الشارع على التعليل به، ولهذا صيغ منها ربط الحكم بالأسماء المشتقة كقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: 38]، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: 2]، فالفاء تقتضي ربطا وتسبيبا وذلك مشعر بالتعليل، أو إلحاق ما يكون في معنى المنصوص عليه بالمنصوص عليه وهو كقوله ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم...»[1]، ثم قالوا لو جمع جامع بولا في كوز وصبه في الماء الراكد لكان في معنى البول في الماء، وما عدا هذين من سبل النظر فهو مردود[2]، وفي قوله ﷺ: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»[3]، علقوا الحكم بالاسم المشتق وهو الطعام، فعلم أن الحكم متعلق بالطعم، فكان علة الحكم، كلها علل نصية قاصرة، واقتصار التعليل عليها؛ فيه تضييق.

ولما كان التعليل جاري في الجزئيات "علمنا قطعا جريان هذه العلل في الكليات وإن استثنى الشارع منها ما استثنى فمنكر هذه المعاني –وقد تأيدت بالإجماع– كمنكر أصل القياس"[4]، لأنها ركنه، ولا يتصور بدونها.

وقيل: بأن التعبد في العبادات استثناء من أصل التعليل، "والسر في ذلك أن مالا يعقل معناه في مستثنى الشارع، والمستثنى لا يقاس عليه وكأنه منقطع عن كنه الشريعة ولا يعتبر شيء منه ولا يعترض به على شيء"[5]، مما ثبتت فيه المعقوليَّة، وهذا الاستثناء لا يبطل جريانها ولا يقدح في أصلها، ولا يضر مع الإجماع على اطّرادها، بل يزيدها قوة.

ثانيًا: تعليل الأحكام إلى أقصاه

أردت بالقول: تعليل الأحكام إلى أقصاه، هو المعبَّر عنه عند الفقهاء بالاستطاعة، أو المعبر عنه بالتعذر، فعلى المجتهد أن يعلل الأحكام ما استطاع إلى ذلك سبيلا، وإلى

(1) صحيح البخاري، كتاب: الوضوء، باب: البول في الماء الدائم، رقم: 239، وصحيح مسلم، عن أبي هريرة، كتاب: الطهارة، باب: النهي عن البول في الماء الراكد، رقم: 282.

(2) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 17/2 – 18، وهو مذهب النهرواني والقاساني.

(3) صحيح مسلم: كتاب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، رقم: 1592.

(4) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 117/2.

(5) المصدر السابق نفسه.

حيث أدى إليه اجتهاده، فإن يئس من إدراك العلة ردَّ الحكم إلى الله واعتبره تعبدا محضا[1]، ومن ذلك ما جاء في قواعد المقري عن أبي حنيفة النعمان أن "الأصل التعليل حتى يتعذر"[2]، وينقطع المجتهد عن إثباته.

ومثله قول الإمام الشافعي: "التَّعَبُّدِ وَجْهَانِ: فَمِنْهُ تَعَبُّدٌ لِأَمْرٍ أَبَانَ اللَّهُ -عَزَّ وَجَلَّ- أَوْ رَسُولُهُ سَبَبَهُ فِيهِ أَوْ فِي غَيْرِهِ مِنْ كِتَابِهِ أَوْ سُنَّةِ رَسُولِهِ فَذَلِكَ الَّذِي قُلْنَا بِهِ وَبِالْقِيَاسِ فِيمَا هُوَ فِي مِثْلِ مَعْنَاهُ، وَمِنْهُ مَا هُوَ تَعَبُّدٌ لِمَا أَرَادَ اللَّهُ -عَزَّ شَأْنُهُ- مِمَّا عَلَّمَهُ وَعَلَّمْنَا حُكْمَهُ وَلَمْ نَعْرِفْ فِيهِ مَا عَرَفْنَا مِمَّا أَبَانَ لَنَا فِي كِتَابِهِ أَوْ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ ﷺ فَأَدَّيْنَا الْفَرْضَ فِي الْقَوْلِ بِهِ وَالِانْتِهَاءِ إلَيْهِ، وَلَمْ نَعْرِفْ فِي شَيْءٍ لَهُ مَعْنًى فَنَقِيسُ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا قِسْنَا عَلَى مَا عَرَفْنَا"[3]، سواء من الخطاب أم مفهومه فإننا نتوقف على ما لا نعرف.

فما اتفق على أنه تعبد محض لا يجوز تعليله وتبديله، وبناء حكم جديد عليه، وما وقع التعبد بلفظه فإن خرج إلى المعنى جاز، قال ابن العربي: "إن الأقوال المنصوص عليها في الشريعة لا يخلو أن يقع التعبد بلفظها، أو يقع التعبد بمعناها، فإن كان التعبد وقع بلفظها فلا يجوز تبديلها، وإن وقع التعبد بمعناها جاز تبديلها بما يؤدي ذلك المعنى، ولا يجوز تبديلها بما يخرج عنه، ولكن لا تبديل إلا باجتهاد"[4]، فما قُصد بها التعبد لفظًا فلا تُبدل ولا تُغيَّر، وما قُصد بها التعبد بالمعنى فلا تبدَّل بالرأي المحض، وإنما بالاجتهاد بحيث لا يخرجها عن المعنى المراد.

وهذا الإشكال تجاذبته أبعاد منهجيَّة، فإذا كان قد ورد تعليل كثير من أحكام العبادات في القرآن الكريم والسنة، فإنه في المقابل قد قعَّد من قعَّد بأن الأصل في العبادات عدم التعليل، فلا يكون ما وردت به النصوص استثناء خصوصا وقد عللت به أصول العبادات، واجتهد في تعليها واستنباط عللها ما ستطاع إليه سبيلا، وما وجد إلى ذلك موئلا.

---

(1) المستصفى: للغزالي، 300/1، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 91/1، وإعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 335/2 -336، و126/5.

(2) قواعد الفقه لأبي عبدالله المقري، القاعدة: 73، 114/1.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 203/2.

(4) أحكام القرآن: لابن العربي، 35/1.

وعليه قلت: الأصل في العبادات التعليل لكن هذا التعليل مرده إلى التعبد، وحصول كمال الإيمان والتسليم والتوسل به إلى بلوغ مرتبة الإحسان، قال تعالى: ﴿لِنَبْلُوَهُمْ أَيُّهُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [الكهف: 7] أما ما كان الأصل فيها التعبد ابتداء؛ فهو مشترك بين سائر الأحكام الشرعية؛ لأنه ما من حكم حكم إلا وللتَّعبد فيه القدَح الأوفى.

فهل هناك أحكام تعبديَّة محضة مجردة عن التعليل وأحكام تعبديَّة معللة؟ لحل هذه الإشكالية لا بد من التمييز بين أنواع من التعليل.

ثالثًا: أنواع التعليل في الأحكام الشرعية

لمَّا كانت الأحكام تنقسم باعتبار تعليلاتها ودواعيها للوصول إلى المطلوب وتحقيق القصد، إلى أحكام معللة معقولة المعنى، وغير معللة؛ أي غير معقولة المعنى، فإن تعليل الأحكام الشرعية؛ ينقسم إلى قسمين قسم خاص وآخر عام، بيانها على النحو الآتي:

الأول: التعليل الخاص: وهو التعليل الأصولي في باب القياس؛ الذي اختلف فيه الأصوليون، وكان لاختلافهم أثر وترتب في القول بالقياس، وهو ركنه الركين وأساسه المتين، وبه يقال كل تعليل لابد فيه من القياس، وكل قياس لابد فيه من التعليل.

ويعد هذا النوع من التعليل محلًا أنيط به القول بالتَّفريق بين العبادات والمعاملات، وكان الأصل في العبادات التعبد وفي المعاملات التعليل، وعند القول بالأصل يحيل بأنَّ هناك استثناء.

وقد فك شفرة التعليل الإمام الشاطبي عندما قعَّد قاعدة معياريَّة في ضبط القول بالتعليل فقال: "الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني، وأصل العادات الالتفات إلى المعاني"[1]. فقيدها بالأصل لدخول الاستثناء، لأن من العبادات ما قد تعلل وعللها ظاهرة، وأكد ذلك عندما قال: "بالنسبة للمكلف"، إشارة لما قد يخفى على المكلف من العلل وما قد يظهر، والقصد من هذا القيد؛ توجيه المكلف إلى العمل في العبادات ومقاصدها وحكمها التعبديَّة العامة.

(1) الموافقات: للشاطبي، 513/2.

ويراد بالِحكَم التعبديَّة: "الانقياد لأوامر الله تعالى، وإفراده بالخضوع، والتعظيم لجلاله، والتوجه إليه"[1]، وحصول كمال الاستسلام، فأراد بقوله "للمكلف"؛ ما يقصد بحصولها حصول التكليف بمقتضى الشريعة، وهي العلل العامة التي قصدها الشارع من تشريع الأحكام.

أما ما قد يظهر من العلل التعبديَّة الخاصة؛ فإن "هذا المقدار لا يعطي علة خاصة يفهم منها حكم خاص"[2]، يمكن القياس عليه، ولا يثمر أحكاما في العبادات، لأن "المناسب[3] فيها معدود عندهم فيما لا نظير له، كالمشقة في قصر المسافر وإفطاره، والجمع بين الصلاتين، وما أشبه ذلك"[4]، فلا يدخلها القياس ولا يقاس عليها نظائرها، ولا تعدى إلى الفرع وإن وجدت فيه.

ولقد كان ابن العربي أبين للإشكال، وأفصح لسانا وأقدح للأذهان حين قال: "فرض الْمُجْتَهد إِذا جَاءَ حكم وَعرضت نازلة أَن يلحظ سَبِيل التَّعْلِيل ويدخلها فِي محك السبر والتقسيم فَإِن انقدح لَهُ معنى مخيل أَو ظهر لَهُ لامع من تَعْلِيل فَيَنْبَغِي لَهُ أَن يَجعله منَاط حكمه، ويشد عَلَيْهِ نطاق علمه، فَإِن أبهمت الطَّرِيق وَلم يَتَّضِح لَهُ سَبِيل وَلَا اتّفق؛ ترك الحكم بِحَالَة وَتحقّق عدم نظرائه وأشكاله"[5]، فلم يجد بدا من القول بعدم التعليل، فكأني بالإشكال عائد إلى حصول الاهتداء العقلي من عدمه على وجه التفصيل.

ووضح ابن رشد الحفيد الإشكال وكشف غطاءه؛ متهما الفقهاء بالتهرب من سلطة التعليل حيث قال: "وإنما يلجأ الفقيه إلى أن يقول عبادة إذا ضاق عليه المسلك مع الخصم، فتأمل ذلك فإنه بين من أمرهم في أكثر المواضع"[6]، وهذا يحمل على التعليل الخاص بالأحكام الشرعية، وقد اختلف فيه الفقهاء اختلافا واسعا، فيذكر أحدهم علة الحكم، والآخر يصفه بأنه تعبدي مثل علة الغسل من لعاب الكلب، أو أن علة الربا التعبد، وأنها أولى ما

(1) المصدر السابق، 514/2.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المناسب: عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا من شرع ذلك الحكم، وسواء كان ذلك الحكم نفيا أو إثباتا، وسواء كان ذلك المقصود جلب مصلحة أو دفع مفسدة، ينظر: الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 270/3.

(4) الموافقات: للشاطبي، 515/2

(5) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 123.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 91/1.

تناط به الأحكام من العلل، أو يصفون الحكم بوصف ظاهر منضبط، ثم يذكرون أنه تعبدي، ويقررون أن أحكام الله لا تعلل استدراكًا.

لهذا قال الشاطبي: وإذا كان معلوما من الشريعة في مواطن كثيرة أن ثمَّ مصالح أخرى غير ما يدركه المكلف، لا يقدر على استنباطها ولا على التعدية بها في محل آخر؛ إذ لا يعرف كون المحل الآخر وهو الفرع وجدت فيه تلك العلة البتة، لم يكن إلى اعتبارها في القياس سبيل، فبقيت موقوفة على التعبد المحض[1] مالم يدركها المكلف ويقدر على استنباطها.

ويحمل القول بالتعبد على أنه؛ إما لعجز عن إيجاد وصف ظاهر منضبط، أو انقطاع الجواب عن الأسئلة الممتدة اللازمة من سؤال العلة ما يسمى بعلة العلة وعلة علة العلة، فيتسرع بالإجابة بالتعبد وعدم المعقولية، وهذا هو ضيق المسلك الذي أشار إليه ابن رشد.

الثاني: التعليل العام، وهو تعليل مجمع عليه، ولا ينبغي أن يخالفه العقلاء، وهو الذي ذهب إليه ذو التحقيق، ومفاده أن لكل حكم من الأحكام حِكْمة، أو ثمرة، أو مقصد شرعي، قصد الشارع تحقيقه في كل حكم من الأحكام العباديَّة والعاديَّة.

وهو ما قرره الغزالي بقوله: "العقول مشيرة إلى إحالة كل حكم على معنى؛ والاعتراف بالتحكم ضرورة العجز؛ فإذا فقد وجه سوى الوجوه الخفية الضعيفة، وجب التعليل بها"[2].

وقد عقد ابن قيم الجوزية: فصل جاء القرآن بتعليل الأحكام[3]، وآخر في ما ورد في السنة من تعليل الأحكام[4]، وقال: "وبالجملة فللشارع في أحكام العبادات أسرار لا تهتدي العقول إلى إدراكها على وجه التفصيل وإن أدركتها جملة"[5]، وهذا اعتراف منه بالتعليل الإجمالي العام، موافقا للغزالي في أن مبنى العبادات على الاحتكامات، وأن لها سرًا لطيفًا.

وهو ما قرره الإمام الشاطبي وعبَّر عنه بتعليل العبادات على الأصل والجملة، والتعبد على التفصيل، فقال: "وقد علم أن العبادات وضعت لمصالح العباد في الدنيا، أو في الآخرة

(1) الموافقات: للشاطبي، 533/2.

(2) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: للغزالي، 205/1.

(3) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 151/1.

(4) المصدر السابق، 152/1.

(5) المصدر السابق، 67/2.

على الجملة، وإن لم يعلم ذلك على التفصيل، ويصح القصد إلى مسبباتها الدنيوية والأخروية على الجملة"[1]، ووجه الإجمال في تعليل العبادات هو أنها معللة في نفس الأمر أولًا، ثم في ما ظهر أو انكشف للمجتهد.

قال الإمام ابن الأمير الصنعاني: "الحكم في نفس الأمر معلل، وإن ذلك معتبر في كل فرد من أفراد الأحكام"[2]، بأنه معلل بالجملة في نفس الأمر أما في الواقع فعلى حسب ما ظهر للمجتهد.

وبين الشاطبي أن مسألة التعليل "مسلَّمة"[3]، والعمدة في كونها مسلمة ثبوتها وفق المنهاج الأصولي الاستقرائي، وذلك أن الشريعة إنما "وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازي[4]، ولا غيره"[5]، ثم أخذ في الاستدلال على مسلمته، إلى أن قال: "وأما التعاليل لتفاصيل الأحكام في الكتاب والسنة، فأكثر من أن تحصى"[6]، إلى أن وصفها بالقطعيَّة، فقال: "وإذا دل الاستقراء على هذا، وكان في مثل هذه القضية مفيدًا للعلم، فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة"[7]، كلياتها وجزئياتها، أصولها وفروعها، وعليه؛ تكون نظرية التعليل عند الشاطبي مسلمة، وقطعية.

وينبغي أن نعلم أن جانب العبادات –من الشريعة– ينبني على أساس التسليم والتعبد، بغض النظر عن العلل والحكم، فكان الأصل فيه عدم التعليل، وإن كان في باطن الأمر معللا عند الله تعالى[8]، وبهذا يكون التعليل مسلمة لأنه ثابت وفق منهاج الاستقراء، وقطعي وردت به جميع تفاصيل الشريعة.

(1) الموافقات: للشاطبي، 321/1.

(2) أصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الآمل: لابن الأمير الصنعاني، ص: 196.

(3) الموافقات: للشاطبي، 9/2.

(4) نسب نفي التعليل إلى الرازي، والواقع خلاف ذلك.

(5) الموافقات: للشاطبي، 12/2.

(6) المصدر السابق نفسه.

(7) المصدر السابق، 13/2.

(8) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: للريسوني، ص: 189.

وعليه؛ فإن "الأصل في الأحكام الشرعية –العاديَّة والعباديَّة– هو التعليل، وأن ما خرج عن هذا فهو الاستثناء"[1]، وسببه عدم الظهور، ومصدره الجهل به، وعدم الاهتداء إليه، ومرده التوقف.

لذلك؛ فلا إشكال إن قيل: إن الأصل التي تعود إليه الأحكام هو التعليل، ولا غبار في التقعيد على قول ابن العربي: "الْغَالِب فِي أَحْكَام الشَّرْع اتساقها فِي نظام التَّعْلِيل إِلَّا نبذا شذت"[2]، والسير على خطى قاعدة: "الأصل في الأحكام المعقولية لا التعبد، لأنه أقرب إلى القبول وأبعد عن الحرج"[3]، وهو ما دفع بإمام الحرمين إلى التعبير بأن غير معقول المعنى: "ما لا يلوح فيه للمستنبط معنى أصلا، ولا مقتضى من ضرورة أو حاجة أو استحثاث على مكرمة، وهذا يندر تصويره جدا"[4]، فاعتبر غير معقول المعنى في عداد النادر إن لم يكن المعدوم.

وعليه؛ لا بد من النظر في الأحكام باعتبارها معللة أو غير معللة، وأضاف الطاهر بن عاشور قسما ثالثًا "متوسّط بين القسمين: وهو ما كانت علّته خفيّة، واستنبط له الفقهاء علّة، واختلفوا فيه، كتحريم ربا الفضل في الأصناف الستة"[5]، وهو المراد عند المجتهدين، لأهميَّته في بناء الأحكام الفقهيَّة الاجتهاديَّة.

فيعتبر مَخْبَر الأدلة وبه تمتحن العقول وترد الفروع إلى الأصول، وفي إثباته "خطر على التفقه في الدين، فمن أجل إلغائه وتوقّيه مالت الظاهرية إلى الأخذ بالظواهر ونفوا القياس، ومن الاهتمام به تفنّنت أساليب الخلاف بين الفقهاء، وأنكر فريق منهم صحّة أسانيد كثير من الآثار"[6]، لثبوت مرجوحيتها على القياس، ثم "إذا نظرت إلى أصول الظاهرية

(1) المصدر السابق، ص: 197.

(2) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 132/1.

(3) قواعد الفقه: لأبي عبدالله المقري، القاعدة: 72، 113/1.

(4) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 80/2.

(5) بين قسمين قسم معلّل لا محالة: وهو ما كانت علّته منصوصة أو مومًا إليها، أو نحو ذلك، وقسم تعبّدي محض: وهو ما لا يُهتدى إلى حكمته، مقاصد الشريعة الإسلامية: الطاهر بن عاشور، 150/3.

(6) مقاصد الشريعة الإسلامية: الطاهر بن عاشور، 151/3.

تجدهم يوشكون أن ينفوا عن الشريعة نوط أحكامها بالحكمة، لأنهم نفوا القياس والاعتبار بالمعاني"[1]، في بناء الأحكام مطلقًا.

ونخلص بعد هذا إلى فائدة هي: أنه عند استقرار الحُكم على التعبديَّة المحضة، "كان واجب الفقيه... أن يحافظ على صورته، وألا يزيد في تعبديتها، كما لا يضيع أصل التعبدية"[2]، لأن محافظته تلك على صورة الحكم -كما هو في الأصل- بمثابة ميزان للنظر في تعليل الأحكام التعبديَّة، والمعيار للعصمة من التهيب في التعبديَّة، والتسيب في التعليل.

وهنا أسجل إشكاليَّة أخرى مفادها؛ كيف نفرق بين الأحكام المبنية على التعليل وغيرها من الأحكام التي قصد بها التعبد؟ وسأجيب عليها من خلال الآتي:

رابعًا: تمييز الأحكام المعللة وغير المعللة

سجلت محاولات للتمييز بين الأحكام المصنفة في العبادات والعادات أو ما تسمى بالمعاملات، فالعبادات "الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يُقْدِمَ عليها إلا بإذن [أمر أو نهي]؛ إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه"[3]، فالعبادات لا يلتفت فيها إلى العلل، والأصل في الإقدام إليها والإحجام عنها؛ إذن الشارع، وأما الغالب "فقد علمنا من مقصد الشارع التفرقة بين العبادات والعادات، وأنه غلب في باب العبادات جهة التعبد، وفي باب العادات جهة الالتفات إلى المعاني، والعكس في البابين قليل"[4]، فالترجيح بالغلبة هو الميزان في التعبد والالتفات إلى العلل والمعاني والمقاصد.

ويظهر فرق آخر من خلال النظر في الشروط، وذلك لما كانت الشروط ثلاثة حسب الشاطبي[5]:

(1) المصدر السابق، 153/3 - 152.

(2) المصدر السابق، 153/3.

(3) الموافقات: للشاطبي، 440/1.

(4) المصدر السابق، 138/3.

(5) المصدر السابق، 438/1 - 439 - 440، بتصرف.

الأول: شرط ملائم وموافق ومُكَمِّل للحِكْمَةِ والمقصود من الأحكام الشرعية، كاشتراط الكفء والإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان في النكاح، والنقد أو النسيئة في الثمن في البيع، فهذا لا إشكال في صحته شرعا.

الثاني: شرط مناف للحكمة والمقصود، كاشتراط عدم الانتفاع بالمبيع، وهذا خاص بالمعاملات فإنه يكتفى بأن تكون غير منافية للحكمة والمقصود[1].

الثالث: ما لا يظهر فيه منافاة ولا ملاءمة للحكمة والمقصود فمرده إلى "القاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات"[2]، فالشروط في العبادات لابد أن تكون ملائمة وموافقة للحكمة وللمقصود من الأحكام الشرعية، غير منافية لها بحال من الأحوال، وهذا خلاصة قول الشاطبي: "العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة"[3] خلافا للمعاملات.

ولمَّا كان "التعبد راجع إلى عدم معقولية المعنى، وبحيث لا يصح فيه إجراء القياس، وإذا لم يعقل معناه؛ دل على أن قصد الشارع فيه الوقوف عند ما حده لا يتعدى،... وأيضا؛ فلو فرضنا أن عدم معقولية المعنى ليس بدليل على أن قصد الشارع الوقوف عند ما حده الشارع، فيكفي في ذلك عدم تحقيق البراءة منه وإن لم تحصل البراءة، وعدم تحقق البراءة منه إن لم تحصل المطابقة، وعدم تحقيق البراءة موجب لطلب الخروج عن العهدة بفعل مطابق، لا بفعل غير مطابق"[4]، فكأن عدم حصول العلة وعدم القدرة على تحصيل المعقولية للمعنى؛ يقضي الرجوع إلى التعبد المحض، إن لم يكن سبيلا إلى معرفته، ووجهًا من وجوه كشفه.

---

(1) تقسيم الشروط إلى ثلاثة أقسام يذكره المالكية في البيع، ويقولون: ما كان من مقتضيات العقد أو مصلحته؛ صح فيه البيع والشرط، وما كان منافيا للعقد، أو مؤديا إلى غرر فسد فيه البيع والشرط، وما لا يفيد مصلحة في البيع ولا مفسدة، ولا يؤثر في زيادة الثمن أو نقصه؛ صح فيه البيع وبطل الشرط، ويضاف إلى هنا قسم رابع وهو ما إذا تمسك المشترط بالشرط بطل البيع، وإن أسقطه كان البيع ماضيا، وبهذا التفصيل أمكنهم الجمع بين ما روي في هذا الصدد من الأحاديث المتعارضة في بادئ النظر، ينظر: المصدر السابق، 440/1، في الهامش.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) المصدر السابق، 540/2.

وأضاف القرافي عنصرًا آخر للتفريق فقال: "فَكُلُّ مَا لِلْعَبْدِ إسْقَاطُهُ فَهُوَ الَّذِي نَعْنِي بِهِ حَقَّ الْعَبْدِ وَكُلُّ مَا لَيْسَ لَهُ إسْقَاطُهُ فَهُوَ الَّذِي نَعْنِي بِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى"[1]، فالتعبدي المحض ليس للعبد حق إسقاطه.

لذلك كان على المجتهد عند الحكم التعبّدي أن لا يزيد في تعبديَّته، ولا يُضيع أصلها، "وكان حقًا على أئمة الفقه أن لا يساعدوا على وجود الأحكام التعبّدية في تشريع المعاملات، وأن يوقنوا بأن ما ادُّعي التعبّد فيه منها إنما هو أحكام قد خفيت عللُها أو دقت"[2]، وهذا أمر ذا بال في تدبير مخاطر التصرفات المالية، "فإن كثيرًا من أحكام المعاملات التي تلقاها بعض الأئمة تلقيَ الأحكام التعبدية قد عانى المسلمون من جرائها متاعب جمّة في معاملاتهم، وكانت الأمة في كبد، في حين يقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ﴾ [الحج: 78]"[3].

وإن ما قُصد به التعبد لفظًا فثابت لا يتغيَّر، وما قُصد به التعبد بالمعنى فيدخله التغيُّر لا بالرأي المحض، وإنما بالاجتهاد، بحيث لا يخرجه عن المعنى المراد، لأن "التعبد من الله تعالى لعباده على معنيين: أحدهما: التعبد في الشيء بعينه لا لعلة معقولة، فما كان من هذا النوع لم يجز أن يقاس عليه، والمعنى الثاني: التعبد لعلل مقرونة به، وهي الأصول التي جعلها الله تعالى أعلاما للفقهاء، فردوا إليها ما حدث من أمر دينهم، مما ليس فيه نص بالتشبيه والتمثيل عند تساوي العلل من الفروع بالأصول، ولا يجب أن يشارك الفرع الأصل في جميع المعاني، ولو كان ذلك واجبا لكان الأصل هو الفرع، ولما كان يتهيأ قياس شيء على غيره، وإنما القياس تشبيه الشيء بأقرب الأصول به شبها، ألا ترى أن الله تعالى حكم في الصيد بالمثل في النعم، وحكموا في النعامة بالبدنة، وإنما يتفقان في بعض المعاني، وكذلك الحكم بالقيم والأمثال في الأشياء المتلفة والله أعلم"[4].

---

(1) الفروق: للقرافي، 141/1.

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 155/3.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) الفقيه والمتفقه: لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي (المتوفى: 462هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي – السعودية، ط/2، 1421هـ، 548/1.

وما درج في أبواب العبادات فإن الأصل فيه أنه تعبدي في الغالب، وما ورد في أبواب المعاملات فهو معلل معقول المعنى، إلا أنه يشوبه نقص مرده إلى الفهم والقدرة على استنباط العلل وحصول الاهتداء إليها، أو ما دلت النصوص على عدم أحقيَّة المكلف في إسقاطه، فما تحصل مقصده وفهم تعليله فعلى المجتهد أن ينوطه بذلك، تحقيقا لقصد الشارع وتحصيلا لمصلحة المكلف ورفعا للحرج ودفعا للفساد، لا أن يكون التعليل بالتعبد مهربا من سلطة الحجاج ولوازمه، أو يكون التعليل مهيمنا بحيث يجعل التعبد استثناء إن لم يكن أقرب إلى العدم. وقد تختفي المعقولية فيعبِّر المجتهد عن التوقف وعدم الإيضاح، فإذا حصل له الفهم واتضح المقصد اعتبره.

وينبغي ضرورةً مراعاة أسس وأليات الحكم الشرعي عند الفهم ابتداء ثم عند التنزيل انتهاء بحيث يجد الحكم الشرعي مجاله التطبيقي دون حرج أو فساد اعتبار أو انحراف في المآل، وهو ما أفهمه من قول رسول الله ﷺ: "المجتهد إن اجتهد وأصاب فله أجران، وإن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد"[1]، وعليه فإن؛ المبالغة في النظر أقرب إلى إصابة الأشبه، وأولى بمصادفة المطلوب، وهو الذي يستحق به الأجرين[2]، فللمجتهد إن أصاب فهما وتنزيلا أجران، وهما أجر الابتداء وأجر الانتهاء معا، وإن أخطأ في الفهم وفي التنزيل فله أجر واحد وهو أجر الابتداء.

خامسًا: أثر العلة في إنتاج الأحكام

يستدل على إثبات تغيُّر الأحكام تبعا للعلة المتضمنة الحكمة المقصودة المنضبطة؛ بقوله ﷺ في نكاح المتعة: «يا أيها الناس، إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا»[3]، وإبطال النكاح مع ما يشعر بأنه حلال؛ خلاف الأصل، لمكانة لفظ أذنت.

(1) صحيح البخاري، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم: 7352، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، أو أخطأ، رقم: 1716.

(2) الفصول في الأصول: للجصاص، 353/4.

(3) صحيح مسلم: كتاب: النكاح، باب: نكاح المتعة، وبيان أنه أبيح، ثم نسخ، ثم أبيح، ثم نسخ، واستقر تحريمه إلى يوم القيامة، رقم: 1406.

وقال رسول الله ﷺ: «نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء، فاشربوا في الأسقية كلها، ولا تشربوا مسكرا»[1]، فالنهي عن ادخار لحوم الأضاحي كان لعلة منصوصة، ألا وهي الدافة، قال ﷺ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ الَّتِي دَفَّتْ، فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا»[2]، فلما ارتفعت العلة ارتفع الحكم، ولو عادت لعاد الحكم.

وقال ﷺ: «نهيتكم عن الظروف، وإن الظروف –أو ظرفا– لا يحل شيئا ولا يحرمه، وكل مسكر حرام»[3]، وفي هذا بيان للعلة المعتبرة وهي الاسكار، وأن الآنية والظروف أوصاف ملغاة، لا تعتبر في إنتاج الحكم الشرعي.

فعند الحديث عن "فساد الوضع بأن لا يكون الدليل على الهيئة الصالحة لاعتباره في ترْتيب الحكم عليه"[4]، نجد أن الحكم مبني على اعتبار هيئة الدليل ومدى مناسبته للعلة.

فيعبر عن هذا الإعمال بفساد الوضع "كأن يكون صالحا لضد ذلك الحكم أو نقيضه (كتلقي التخفيف من التغليظ والتوسيع من التضييق والإثبات من النفي) وعكسه الأول (مثل) قول الحنفية (القتل) عمدا (جناية عظيمة فلا يكفر) أي لا تجب له كفارة (كالردة) فعظم الجناية يناسب تغليظ الحكم لا تخفيفه بعدم وجوب الكفارة"[5]، والصحيح عكس ما قيل: وهو أن يقال: لما كانت العمديَّة جناية عظيمة ناسبها القول بوجوب الكفارة.

وأما قولهم: الزكاة وجبت على وجه الارتفاق لدفع الحاجة فكانت على التراخي كالدية على العاقلة فالتراخي الموسع لا يناسب دفع الحاجة المضيق[6]، فيرد عيلهم بأن الزكاة واجبة

(1) المصدر السابق: كتاب: الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه وإباحته إلى متى شاء، رقم: 1977.

(2) المصدر السابق نفسه، رقم: 1971.

(3) وفي رواية: «كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأدم، فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا»، المصدر السابق: كتاب: الأشربة، باب: النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير، وبيان أنه منسوخ، وأنه اليوم حلال ما لم يصر مسكرا، رقم: 1999.

(4) جمع الجوامع: السبكي، 101 – 102.

(5) البدر الطالع في حل جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي، 2/289–290.

(6) المصدر السابق، 2/290.

على وجه الإرفاق ودفع الحاجة، فيناسبها الفور مراعاة لحق الفقير، وأما مراعاة حق الغني؛ فوجه الإرفاق فيه كونها لا تؤخذ من كرائم الأموال.

ومن ذلك في المعاملات الماليَّة؛ "كأن يقال في حكم المعاطاة في المحقر لم يوجد فيها سوى الرضا، فلا ينعقد بها بيع كما في غير المحقر فالرضا الذي هو مناط البيع يناسب الانعقاد لا عدمه (ومنه) أي من فساد الوضع (كون الجامع) في قياس المستدل (ثبت اعتباره بنص أو إجماع في نقيض الحكم) في ذلك القياس"[1]، أي أن العلة المعتبرة ثبتت في نقيض الحكم بالنص أو الإجماع، أمَّا "عن المعاطاة بأن عدم الانعقاد بها مرتب على عدم الصِّيغَةِ لا على الرضا ويقرر كون الجامع معتبرا في ذلك الحكم ويكون تَخَلُّفُهُ عنه بأن وجد مع نقيضه لمانع"[2]، فيه قدح في مناسبة الحكم، ومناطه تلقي الإثبات من النفي.

فيقال: "المعاطاة في غير المحقر لم يوجد فيها مع الرضا صيغة ينعقد بها البيع"[3]، كالمحقرات، فيقال: لم يوجد فيها الصيغة ولا يوجد سوى الرضا، فتكون خلاصته المعاطاة بيع عن رضا ثبت دون صيغة في غير المحقرات كذلك يثبت في المحقرات.

ومن الأمثلة على العلة المنصوصة، وما يسمى بالجامع ذي النص؛ وذلك كقول الحنفية: الهرة سبع ذو ناب فيكون سؤره نجسا كالكلب فيقال السبعية اعتبرها الشارع علة للطهارة حيث «دعي إلى دار فيها كلب فامتنع، وإلى أخرى فيها سنور فأجاب، فقيل له، فقال: السنور سبع»[4]، رواه الإمام أحمد وغيره"[5]، فيقال إن السبعيَّة التي جعلتموها علة

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) المصدر السابق، 296/5.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) مسند الإمام أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، رقم: 8342، والسنن الكبرى: للبيهقي، جماع أبواب ما يفسد الماء، باب: سؤر الهرة، رقم: 1176، وسنن الدارقطني: لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط/1، 1424هـ – 2004م، كتاب: الطهارة، باب: الآسار، رقم: 179، والمستدرك على الصحيحين: لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1411هـ – 1990م، كتاب: الطهارة، وأما حديث عائشة، رقم: 649.

(5) البدر الطالع في حل جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي، 291/2

للنجاسة قد جعلها الشارع علة للطهارة، فعلة السبعيَّة أنتجت حكمين الطهارة عند قوم والنجاسة عند أخرين.

ومثال العلة الثابتة بالإجماع أو ما يسمى بذي الإجماع؛ قول الشافعية في مسح الرأس في الوضوء يستحب تكراره كالاستنجاء بالحجر حيث يستحب الإيتار فيه، فيقال المسح في الخف لا يستحب تكراره إجماعا فيما قيل وإن حكى ابن كَجّ[1] أنه يستحب تثليثه كمسح الرأس (وجوابهما) أي قسمي فساد الوضع"[2]، كل ما أفسده الغسل يكتفى بمسحه، للحفاظ على المال، ومسح الخف والسلاح والتلفون لو وقع في النجاسة فلا يغسل لأن غسله يعود على الأصل بالإبطال، وقد حرم العبث بالمال وإفساد، وكان حفظه مقصد من مقاصد الشريعة.

واختلاف الفقهاء في تعليل بعض الأحكام أو عدم تعليلها، ومن ذلك اخْتِلَافُهُمْ فِي جَوَازِ الْوَصِيَّةِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ لِمَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، فَإِنَّ مَالِكًا لَا يُجِيزُ ذَلِكَ وَالْأَوْزَاعِيُّ، وَاخْتَلَفَ فِيهِ قَوْلُ أَحْمَدَ[3]، وَأَجَازَ ذَلِكَ أَبُو حَنِيفَةَ[4]، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُود[5].

وَسَبَبُ الْخِلَافِ هَلْ هَذَا الْحُكْمُ خَاصٌّ بِالْعِلَّةِ الَّتِي عَلَّلَهُ بِهَا الشَّارِعُ أو لَيْسَ بِخَاصٍّ، وَهُوَ أَنْ لَا يَتْرُكَ وَرَثَتَهُ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ، كَمَا قَالَ ﷺ: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[6]، فَمَنْ جَعَلَ هَذَا السَّبَبَ خَاصًّا وَجَبَ أَنْ يَرْتَفِعَ الْحُكْمُ

(1) يوسف بن أحمد بن كج القاضي الإمام أحد أركان المذهب أبو القاسم الدينوري صاحب أبي الحسين بن القطان وكان يضرب به المثل في حفظ المذهب، قَتله العيارون ليلة السابع والعشرين من شهر رمضان سنة خمس وأربعمائة، وكَجّ بكاف مَفْتُوحَة وجيم مشدودة وَهُوَ فِي اللغه للجص الَّذِي تبيض بِهِ الْحِيطَان، ينظر: طبقات الشافعية: لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة (المتوفى: 851هـ)، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب– بيروت، ط/1، 1407هـ، 199/1.

(2) المصدر السابق، 292/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 147/6.

(4) تجوز بإجازة الورثة، ينظر: المبسوط: للسرخسي، 154/27، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 378/7، والهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 527/4.

(5) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، ط/1، 1409هـ، كتاب: الوصايا في الرجل يستأذن ورثته أن يوصي بأكثر من الثلث، رقم: 30730.

(6) صحيح البخاري، كتاب: الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، رقم: 2742، وصحيح مسلم، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، الرقم: 1628.

بِارْتِفَاعِ هَذِهِ الْعِلَّةِ، وَمَنْ جَعَلَ الْحُكْمَ عِبَادَةً وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلَّلَ بِعِلَّةٍ، أَوْ جَعَلَ الْمُسْلِمِينَ فِي هَذَا الْمَعْنَى بِمَنْزِلَةِ الْوَرَثَةِ، قَالَ: لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِإِطْلَاقٍ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ[1].

فتغيَّر الحكم بناء على تغيَّر القول بالعلة أو التعبد، فقوله: "إنَّك" علة منصوصة إذ حرف إنَّ من ألفاظ النَّص على العلة عند الأصوليين، فمن قال بتعليل الأحكام، قال بعلة ارتفاع الحكم بارتفاع العلة.

ومن قال بالتعبد استدل بأن الورثة هنا ليس من جهة القرابة، وإنَّما من جهة بيت المال، التي تشمل عموم المسلمين، فيكون ورثته كل مسلم.

ومما يدل على تغيُّر الحكم بتغيُّر العلة قولهم قاعدة: إذا اختلف حكم الشيء بالنظر إلى أصله وحاله، فقد اختلف المالكية بما يعتبر منها[2]، وعبر عنها الحنفية بقولهم "تبدل اليد كتبدل الذات"[3].

وقد جاءت صياغة هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدليَّة "تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات"[4]، وقد استدل جماعة من أهل العلم على جواز شراء المتصدق صدقته من الساعي إذا قبضها الساعي، بقول رسول الله ﷺ في لحم بريرة: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ»[5]، لأنها ترجع إلى مشتريها من غير ملك الجهة؛ لأنه ليس بمانع للصدقة، ولا عائد فيها من وجهها، وقالوا كما أنه لو ورثها لم يكن بذلك عند أهل العلم بأس[6]، ولا يرجع الرجل في صدقته ولا ترجع إليه إلا بالميراث[7]، وكذا الفقير إذا أخذ زكاة أو صدقة ثم وهبها أو

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 121/4.

(2) القواعد: لأبي عبدالله بن المقّري، 256/1.

(3) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة: 98.

(4) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط/1، 1411هـ - 1991م، المادة: 98، 98/1.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الزكاة، باب: الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ، رقم: 1493، وكتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: قبول الهدية، رقم: 2577، وصحيح مسلم، كتاب: الزكاة، باب: إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبني هاشم وبني المطلب، وإن كان المهدي ملكها بطريق الصدقة، وبيان أن الصدقة، إذا قبضها المتصدق عليه زال عنها وصف الصدقة وحلت لكل أحد ممن كانت الصدقة محرمة عليه، رقم: 1074.

(6) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبد البر، 100/3.

(7) متن الرسالة: لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: 386هـ)، دار الفكر، ص: 118.

أهداها لغني أو هاشمي أو باعها منهما حل ذلك لهما؛ لتبدل العين بتبدل سبب الملك، وإذا تصدق رجل على قريبه أو أعطاه زكاة ماله ثم مات المتصدق عليه، وعادت[1]، وكذلك في قبض الهدايا وقبول الهبات ولأن قبض المستحق أزال ملك المخرج، وعادت إليه بسبب آخر، فجاز كما لو عادت بميراث[2]، فتبديل علة الملك صار في حكم تبديل الذات، فكأن العين انقلبت إلى عين أخرى، لتغيُّر في علة أو سبب الملك فتغيَّر الحكم.

المطلب الثاني: مبدأ تحقيق المناط: ركن في نظريَّة تغيُّر الأحكام

يأتي الحديث عن مبدأ تحقيق المناط في سياق اعتباره ركنًا أصليًّا في نظريَّة تغيُّر الأحكام وسيكون الكلام عنه في مطلبين:

الفرع الأول: تحقيق المناط "تعريفه وأهميَّته وأقسامه"

يشمل هذا المطلب التعريف بتحقيق المناط في اللغة والاصطلاح وبيان أهميَّته في عملية الاجتهاد، وإثبات علة الحكم، وذلك بأقسامه المختلفة.

أولًا: تعريف تحقيق المناط وأهميَّته

يعتبر مصطلح تحقيق المناط مصطلحًا مركبًا تركيبا إضافيًا، ولبيان معناه عند الأصوليين لابد له من نظرين الأول: نظر في المعنى الإضافي، والثاني: نظر في المعنى اللَّقبي الاصطلاحي.

أ/ تعريف تحقيق المناط

- **التحقيق لغةً:** (حقق) الْأَمر أثْبته وَصدقه يُقَال حقق الظَّن وحقق القَوْل والقضية وَالشَّيْء وَالْأَمر أحكمه وَيُقَال حقق الثَّوْب أحكم نسجه وصبغ الثَّوْب صبغا تَحْقِيقا مشبعا وَكَلَام مُحَقّق مُحكم الصَّنْعَة رصين[3]، وحقق: "بحث... ودقَّق"[4]. فكل هذه المعاني تدور حول الإثبات والتصديق والإحكام، والبحث والتدقيق وكلها وثيقة الصلة بمعنى الإثبات.

---

(1) شرح القواعد الفقهية: لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ص: 467، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: لمحمد صدقي آل بورنو، 345/1.

(2) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 367/5 –368، بتصرف، والمغني: لابن قدامة، 99/3.

(3) لسان العرب: لابن منظور، حرف: القاف، فصل الحاء، مادة: حقق بتصرف، والمعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى وآخرون، دار الدعوة، باب: الحاء.

(4) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، مادة: ح، ح ق ق، رقم: 3286.

- **التحقيق في الاصطلاح:** لم أجد من الأصوليين من تعرض له –حسب اطلاعي– إلا أنه من خلال الوقوف على تعريف تحقيق المناط تبين أن المصطلح عند الأصوليين لم ينفك عن معناه اللغوي ولم يخرج عن الإثبات.

- **المناط لغةً:** من نوط: النَّوْطُ: مصدر ناط ينوط نَوْطًا، تقول: نُطْتُ القِرْبةَ بنياطها نَوْطًا، أي: علّقتها[1]، وانْتاطَ به: تَعَلَّقَ، والأَنْواطِ: المَعاليقُ... ونِياطُ كُلِّ شَـــيءٍ: مُعَلَّقُه[2]، وهذا استعمال مجرد في المحسوسات، ومما استعمل في المعنويات، قولهم: "وفلانٌ مَنُوطٌ بفُلانٍ إذا أَحَبَّهُ وتعلّق بحَبْله [أو بحبه]"[3]، حتى قيل: "واســـم موضـــع التَّعليق مناط بفتح الميم"[4]، وهذا تطور للَّفظ وانتقال به من الحال إلى المحل أو ما يســـمى بمجاز لغوي علاقته الحالية.

- **المناط في الاصطلاح:** كما هو الحال في اللغة وما شهد فيه المصطلح من تطور كذا شهده في اصطلاح الأصوليين.

فقد قال الإمام الغزالي: "ونعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم، أي: ما أضاف الشرع الحكم إليه، وناطه به، ونصبه علامة عليه"[5]، وبه قال ابن قدامة "ونعني بالعلة: مناط الحكم"[6]، وهو غاية ما صرح به الزركشي حين قال: "والمناط هُوَ الْعِلَّةُ"[7]، ثم ذكر لها أسماء "وهي: السبب، والإشارة، والداعي، والمستدعي، والباعث، والحامل، والمناط، والدليل، والمقتضي، والموجب، والمؤثر "[8].

وتعبير الأصوليين عن المناط بالعلة لعلاقة مجازية بينهما، كما نقل الزركشي عن ابن دقيق العيد قوله: "وتعبيرهم بالمناط عن العلة من باب المجاز اللغوي؛ لأن الحكم لما

---

(1) كتاب العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف الطاء، ن و ط.

(2) المحكم والمحيط الأعظم: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1421هـ – 2000م، حرف: الطاء، الطاء والنون والواو.

(3) كتاب العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف الطاء، ن و ط.

(4) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، المكتبة العلمية– بيروت، كتاب النون، النون مع الواو وما يثلثهما، ن وط.

(5) المستصفى: للغزالي، 281/1.

(6) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 144/2.

(7) البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 322/7.

(8) المصدر السابق، 146/7.

علق بها كان كالشيء المحسوس الذي تعلق بغيره، فهو مجاز من باب تشبيه المعقول بالمحسوس، وصار ذلك في اصطلاح الفقهاء بحيث لا يفهم عند الإطلاق غيره"[1]، ثم شهد مصطلح المناط شيئًا من التوسع، وخرج من كونه مجرد علة إلى القاعدة المستمرة، أو الدليل الكلي، أو المدرك الشرعي، بحسب عبارة الأصوليين عند تعريفهم لتحقيق المناط بمعناه الأصولي اللَّقبي –كما سيأتي– وعليه يكون المعنى الإضافي لتحقيق المناط هو إثبات العلة أو القاعدة أو الدليل الكلي أو المدرك الشرعي، وهو عين المعنى اللَّقبي الاصطلاحي.

– تحقيق المناط بالمعنى اللَّقبي الاصطلاحي:

عرَّف ابن قدامة تحقيق المناط، بالتقسيم، حيث جاء عنده على نوعين:

أولهما: أن تكون القاعدة الكلية متفقًا عليها، أو منصوصًا عليها، ويجتهد في تحقيقها في الفرع[2]، فيكون بمعنى الاجتهاد في إثبات القاعدة الكلية في الفرع.

الثاني: ما عرف علة الحكم فيه بنص أو إجماع، فيبين المتجهد وجودها في الفرع باجتهاده[3]، فيكون من خلال النوعين؛ بمعنى تحقيق وجود العلة في الفرع، أو معرفتها فيه.

وعرفه الآمدي بقوله: النَّظَرُ فِي مَعْرِفَةِ وُجُودِ الْعِلَّةِ فِي آحَادِ الصُّوَرِ بَعْدَ مَعْرِفَتِهَا فِي نَفْسِهَا، وَسَوَاءٌ كَانَتْ مَعْرُوفَةً بِنَصٍّ أم إِجْمَاعٍ أم اسْتِنْبَاطٍ[4].

وعرفه القرافي بقوله: "تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع[5].

وقال الطوفي: "هو إثبات علة حكم الأصل في الفرع، أو إثبات معنى معلوم في محل خفي فيه ثبوت ذلك المعنى"[6]، وهنا بداية الانفتاح لمصطلح المناط على المعنى والمقصد، ولكنه ما زال مقيدا بعلة القياس، لهذا قال: في محل خفي فيه ثبوت ذلك المعنى.

---

(1) المصدر السابق، 322/7.

(2) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 145/2.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 302/3.

(5) شرح تنقيح الفصول: للقرافي، 389/1.

(6) شرح مختصر الروضة: للطوفي، 237/3.

وأشار إليه ابن تيمية بقوله: "أن يعلق الشارع الحكم بمعنى كلي فينظر في ثبوته في بعض الأنواع أو بعض الأعيان"[1]، وهذا هو التوسع الحقيقي لتحقيق المناط، وبه يحصل انفتاحه على الأدلة الكليَّة، فهو معنى كلي تُردُّ إليه الأحكام الجزئية.

قال الإسنوي: "فهو تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع، أي إقامة الدليل على وجودها فيه"[2]، فلم يخرج عن دليل القياس.

وذكر ابن السبكي: "أن يتفق على عليَّة وصف بنص أو إجماع ويجتهد في وجودها في صورة النزاع"[3]، أشار إلى طرق إثبات المناط وتحققه بالاجتهاد، وأن ما يراد إثباته والبرهنة عليه وجود العلة المتفق عليها في الفرع، وهذا تضييق للمصطلح، حيث حصره بالاجتهاد في إثبات وجود العلة النَّصيَّة في الفرع.

وأشار الإمام الشاطبي فقال: "معناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله"[4].

محل تحقيق المناط هو ما عبر عنه الأصوليون بالفرع أو آحاد الصور أو الأنواع أو الأعيان أو صورة النزاع أو النازلة أو المستجدة، وعليه يكون المحل هو المناط.

ويلزم من العلم بمناط الأصل؛ العلم بعلته أو مدركه الشرعي أو تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات أو دليله الكلي، ولا يلزم من الاختلاف فيه؛ ترك النظر والبحث عنه؛ لأن محله قد يكون صورة النزاع كما في عبارة السبكي، "فعمليَّة تحقيق المناط تستدعي أن يكون هناك مناط معلوم قد سبق تحريره وإدراكه وتحديده، وهذا ما يفهم من كلام الآمدي... "بَعْدَ مَعْرِفَتِهَا فِي نَفْسِهَا "إذ لا يتصور –عقلًا– النظر في تحقيق المناط إذا كان ذاك المناط المطلوب التحقق من وجوده مجهولًا غير مدرك"[5]، فبعد إدراك علة الأصل على كمالها؛ يمكن النظر في تحقيق وجودها في الفرع، ولا يتصور غير ذلك.

---

(1) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 16/19.

(2) نهاية السول شرح منهاج الوصول: للإسنوي، 336/1.

(3) الإبهاج في شرح المنهاج: للسبكي وولده تاج الدين، 82/3.

(4) الموافقات: للشاطبي، 12/5.

(5) تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء: د. عبدالرحمن إبراهيم الكيلاني، ص: 79.

كما يلاحظ من التعريفات تقيِّد محل تحقيق المناط بما خفي بحسب عبارة الطوفي أو محل النزاع كما عند السبكي، والنزاع لا يكون إلا مع الخفاء وعدم الوضوح[1]، ولا أظن أن هذا القيد يمنع من النظر فيه إن كان جليًّا وواضحًا بالنسبة للمجتهد، ولا يلزم موافقة غيره؛ لأن المجتهد يحرم عليه التقليد.

وعليه؛ إن كانت تظهر أهميَّة الكشف عن المناط إن كان خفيٍّ لكن لا يمنع من جريانه على الصور الظاهرة.

يتضح من خلال الاصطلاحات السابقة أن هناك من يتوسع في دائرة تخريجه، بِنَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوِ اسْتِنْبَاطٍ كالآمدي، وهناك من يضيق فيحصره بالمنصوص عليه، كابن قدامة في أحد الوجوه، أو بنص أو إجماع، كابن السبكي، ووجه آخر عند ابن قدامة.

كما يلاحظ؛ عدم اقتصار ابن تيمية والشاطبي على العلة، بل توسعا في دلالة تحقيق المناط ليصبح "معنىً كليًّا وتندرج تحته كليَّات كثيرة"[2]، أو مدرك شرعي ليشمل الأصل الكلي العام اللَّفظي والمعنوي من خلال تتبع مواقع المعنى في الجزئيات عن طريق الاستقراء.

ويشخَّص الآمدي أوجه النظر في تحقيق المناط؛ فيقول: "وَلَا نَعْرِفُ خِلَافًا فِي صِحَّةِ الِاحْتِجَاجِ بِتَحْقِيقِ الْمَنَاطِ إِذَا كَانَتِ الْعِلَّةُ فِيهِ مَعْلُومَةً بِنَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيهِ فِيمَا إِذَا كَانَ مَدْرَكُ مَعْرِفَتِهَا الِاسْتِنْبَاطُ"[3]، فيبين أن محل الخلاف إنما هو العلة المستنبطة.

ولذلك؛ يمكن القول بأن هذه التعاريف فيها عموم وخصوص فتعريف الآمدي واسع شامل من حيث أوجه النظر المتفق عليه والمختلف فيه، بخلاف غيره فقد اقتصر على المتفق عليه، وسبب الاختلاف بينهم عائد إلى مدرك تحقيق المناط من حيث التوسيع والتضييق.

وتعريف ابن تيمية والشاطبي أوسع من حيث الدلالة على المعاني الكلية سواء كانت أدلة كليَّة أو قواعد مستمرة أو مدارك شرعيَّة.

ب/ أهميَّة تحقيق المناط

عدَّ الإمام الشـــاطبي تحقيق المناط أحد ضـــربي الاجتهاد، فقال: "الاجتهاد على ضربين: أحدهما: لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة...

(1) المرجع السابق، ص: 79 –80، بتصرف.

(2) المرجع السابق، ص/83.

(3) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 302/3.

فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله[1]، سالكا في ذلك سبيل أولي النهى من الأصوليين كالغزالي حين قال: "أما الاجتهاد في تحقيق مناط الحكم فلا نعرف خلافا بين الأمة في جوازه"[2]، والآمدي في قوله: "ولا نعرف خلافا في صحة الاحتجاج بتحقيق المناط إذا كانت العلة فيه معلومة بنص أو إجماع..."[3]، بل هو مما لا يقبل النزاع باتفاق العلماء[4]، كيف وقد اتفق المسلمون عليه[5]، في أنه لا خلاف بين الأمة في قبوله.

ومما يؤكد أهميته؛ كونه "لا بد منه"[6] في تنزيل الحكم الشرعي، فعدم مراعاته والالتزام بضوابطه، أو الانحراف فيه؛ مدعاة لتحريف الكلم عن مواضعه، ومزلة تجر بصاحبها إلى الابتداع في الدين؛ لأن "تحريف الأدلة عن مواضعها؛ بأن يرد الدليل على مناط، فيصرف عن ذلك المناط إلى أمر آخر موهما أن المناطين واحد، وهو من خفيات تحريف الكلم عن مواضعه –والعياذ بالله– ويغلب على الظن أن من أقر بالإسلام، ويذم تحريف الكلم عن مواضعه، لا يلجأ إليه صراحا إلا مع اشتباه يعرض له، أو جهل يصده عن الحق، مع هوى يعميه عن أخذ الدليل مأخذه، فيكون بذلك السبب مبتدعا"[7].

كما ينسب إلى تحقيق المناط الاختلاف في المتشابه، "ومعلوم أن المتفق عليه واضح، وأن المختلف فيه غير واضح؛ لأن مثار الاختلاف إنما هو التَّشابه يقع في مناطه"[8]، ولهذا يعدُّ الاجتهاد في المناط "واجب الاعتبار؛ حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد"[9]، وقد يوضع المجتهدون شروطا لكل نازلة مختلف في مناطها "وربما اتفقوا على وجوب بعض الشروط،

---

(1) الموافقات: للشاطبي، 11/5.

(2) المستصفى: للغزالي، 281/1.

(3) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 302/3، وشرح التلويح على التوضيح: للتفتازاني، 154/2، والتحبير شرح التحرير في أصول الفقه: للمرداوي، 3453/7.

(4) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 329/22.

(5) المصدر السابق، 111/13

(6) المصدر السابق نفسه.

(7) الاعتصام: للشاطبي، 69/2، وهذا كلام بديع، يدل على أنه ليس لكل أحد أن يحكم ببدعة آخر؛ مالم يمتلك زمام تحقيق المناط.

(8) الموافقات: للشاطبي، 309/3.

(9) الملل والنحل: للشهرستاني، 4/2.

ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة"[1]، مع ذلك يبقى التجاذب عائدًا إلى المناط، على مستوى تحقيق وجوده أو وضع شروطه كلها أو بعضها.

ثم أصبح محل اتفاق بين المسلمين، بل العقلاء، ذلك لأنه لا يمكن أن ينص الشارع على حكم كل شخص، إنما يتكلم بكلام عام، وكان نبينا ﷺ قد أوتي جوامع الكلم[2]، وطوى أحكاما عامة، لعموم المكلفين، "ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد -بتحقيق المناط- لم تتنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن؛ لأنها مطلقات، وعمومات، وما يرجع إلى ذلك، منزلات على أفعال مطلقات كذلك، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة؛ فلا يكون الحكم واقعًا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق، أو ذلك العام"[3]، حتى وإن كانت مدارك ذلك الحكم في الجزئيات، "فهو عام من حيث إنه لا يختص بزمن معين، أو بيئة خاصة، أو شخص معين، بل يشمل المخاطبين على الإطلاق والعموم، ومجرد من حيث إنه يقع في الذهن متعلقا بمدركه، ثم تأتي أهميته [تحقيق المناط] في أنه الوسيلة التي تنقل الحكم الشرعي من حيز العموم والتجريد إلى حيز التطبيق العلمي"[4]، على المجموع وعلى الأفراد، فالأحكام تقترب كثيرا من المكلف عند إعمال تحقيق المناط، ويضيق عمومها حين تكون ألصق بتحقيق المناط الخاص وهو ما سيأتي بيانه.

يعتبر النظر في تحقيق المناط من شروط الاجتهاد، وكل مجتهد لا يملك ناصية هذا المنهاج لا يعتدُّ باجتهاده، لذلك "كل واحد من المجتهدين لا يستغني في اجتهاده عن نظر ورأي، ولو بتحقيق المناط وتنقيحه الذي لا نزاع في صحته"[5]، كيف لا وهو "أعم من القياس"[6]، لعدم اقتصاره على العلة ولتعديته إلى إثبات معنى الأصل في الفرع سواء كان قاعدة أو أصلًا كليًّا أو مدركًا شرعيًّا، أو مقصدًا من مقاصد الشريعة.

---

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 10/3، بتصرف.

(2) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 330/22.

(3) الموافقات: للشاطبي، 44/5

(4) آليات تحقيق المناط ووسائله ومسلك المجتهد فيه: لعثمان عبدالرحيم، ص: 20.

(5) شرح مختصر الروضة: للطوفي، 289/3.

(6) المصدر السابق، 236/3.

وعليه؛ يكون إهمال المناط وعدم تحقيقه سبب في الابتداع في الدين، وتحريف كلام رب العالمين، ويكون في إعماله؛ بيان للمتشابه، وتنزيل للحكم المستفاد من العموميات والمطلقات على المكلفين أفرادًا وجماعات.

ثانيًا: أقسام تحقيق المناط

ينقسم تحقيق المناط إلى أربعة أقسام وذلك بالنظر في الاعتبارات الواردة عليه:

أ/ باعتبار أنواعه

ينقسم تحقيق المناط باعتبار مقاصد الاجتهاد فيه إلى: النظر في تحقيق وجود العلة في الفرع، والنظر في الدليل الكلي أو القاعدة المستمرة، وقد بين الطوفي أن تحقيق المناط نوعان[1]:

النوع الأول: أن يكون هناك قاعدة شرعية متفق عليها، أو منصوص عليها، وهي الأصل، فيتبين المجتهد وجودها في الفرع.

النوع الثاني: أن يعرف علة حكم ما في محله بنص، أو إجماع، فيتبين المجتهد وجودها في الفرع.

فلا يتحقق المناط في جزئية من الجزئيات إلا بهما معا، والسؤال هنا؛ لماذا هذا التقسيم دون غيره؟

الجواب: أن كل دليل شرعي؛ مبنيّ على مقدمتين[2]:

المقدمة الأولى: راجعة إلى تحقيق مناط الحكم.

المقدمة الثانية: راجعة إلى الحكم الشرعي نفسه.

فالمقدمة الأولى عقلية نظرية؛ لأن "المقصود منها بيان المطالب الشرعية، فإذا قلت: إن كل مسكر حرام؛ فلا يتم القضاء عليه حتى يكون بحيث يشار إلى المقصود منه؛ ليستعمل أو لا يستعمل، لأن الشرائع إنما جاءت لتحكم على الفاعلين من جهة ما هم فاعلون، فإذا شرع المكلف في تناول خمر مثلا؛ قيل له: أهذا خمر أم لا؟ فلا بد من النظر في كونه خمرا أو غير خمر، وهو معنى تحقيق المناط، فإذا وجد فيه أمارة الخمر، أو حقيقتها، بنظر معتبر؛ قال: نعم، هذا خمر، فيقال له: كل خمر حرام الاستعمال؛ فيجتنبه، وكذلك إذا أراد أن يتوضأ

(1) المصدر السابق، 233/3.

(2) الموافقات: للشاطبي، 231/3.

بماء، فلا بد من النظر إليه: هل هو مطلق أو لا؟ وذلك برؤية اللون، وبذوق الطعم وشم الرائحة، فإذا تبين أنه على أصل خلقته؛ فقد تحقق مناطه عنده، وأنه مطلق، وهى المقدمة النظرية"[1]، والمناط الذي جرى تحقيقه الاسكار، أو أن الماء مطلق فهذا المناط هو العلة.

والثانية مقدمة نقلية مسلَّمة[2]: "وهي أن كل ماء مطلق؛ فالوضوء به جائز، وكذلك إذا نظر: هل هو مخاطب بالوضوء أو لا؟ فينظر: هل هو محدث أو لا؟ فإن تحقق الحدث؛ فقد حقق مناط الحكم فيرد عليه أنه مطلوب بالوضوء، وإن تحقق فقده؛ فكذلك؛ فيرد عليه أنه غير مطلوب الوضوء، وهى المقدمة النقلية"[3]، التي تقوم مقام القاعدة المستمرة.

ويترتب على قاعدة: "العبرة في التعاقد لا بالتقابض" مقدمة كبرى، أن ضمان المستأجر غير المفرط والمتعدي ليس من العقد ولا يتضمنه مقدمة صغرى، فيبطل الضمان؛ لأنه خارج على مضمون عقد الإجارة.

وكذلك الشرط الجزائي ليس من العقد مقدمة صغرى إذن الشرط الجزائي لا عبرة به، فتحقيق المناط هنا هو تحقق حصول معنى القاعدة الكلية في الفرع هو أن الشرط الجزائي لا عبرة به لأنه حاصل بالتقابض لا بالتعاقد.

ب/ باعتبار وضوحه وخفائه

تختلف درجة وضوح المناط وخفائه في الجزئيات من جزئية إلى أخرى، قال الإمام الغزالي: "النظر في تحقيق وجود المناط في محل النزاع مثاله أنه إذا بان لنا –مثلا– أن الربا منوط بوصف الطعم بقوله: ﷺ «لا تبيعوا الطعام بالطعام»[4]، أو بصريحة –مثلا– بأنه لأجل الطعم فيتصدى لنا طرفان في النفي والإثبات واضحان: أحدهما الثياب والعبيد والأواني، فإنها ليست مطعومات قطعا؟ والثاني: الأقوات والفواكه والأدوية، فإنها مطعومة قطعا، وبينهما أوساط متشابهة ليس الحكم فيها بالنفي والأثبات جليًّا كدهن الكتان... وأنها معدودة من

(1) المصدر السابق، 231/3 – 232.

(2) لأن "المقدمة المعتبرة لتحقيق المناط في كل من الشرعيات والعقليات هي المقدمة النظرية، وأما المقدمة الثانية الراجعة إلى الحكم؛ فهي إلى الشرعيات نقلية، وفي العقليات عقلية، وكلتاهما تؤخذ مسلمة"، ينظر: المصدر السابق، تعليق: آل مشهور، 233/3، قلت: لأنها حتى في العقليات تقوم مقام النقليات فهي مسلمة.

(3) المصدر السابق، 232/3.

(4) لفظ الحديث «الطعام بالطعام مثلا بمثل» ينظر: صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، رقم: 1592.

المطعومات أم لا؟ فيحتاج إلى نوع من النظر في تحقيق معنى الطعم فيها أو نفيه عنها"[1]، فإن المناط يفتقر عند تعين محله وتطبيقه على الحوادث الجزئية والفرعيَّة في الخارج إلى نظر واجتهاد في تحققه؛ لخفائه، وقد يكون ظاهرا جليًا دلالته غير محتملة فلا يحتاج لمزيد نظر، كتحقيق وصف الفقير والمسكين والغارم في الزكاة، والوصية حين يختلف في وصفه اختلافا واسعا: "كما إذا أوصى بماله للفقراء؛ فلا شك أن من الناس من لا شيء له، فيتحقق فيه اسم الفقر؛ فهو من أهل الوصية، ومنهم من لا حاجة به ولا فقر، وإن لم يملك نصابا، وبينهما وسائط؛ كالرجل يكون له الشيء ولا سعة له؛ فينظر فيه: هل الغالب عليه حكم الفقر، أو حكم الغنى؟"[2]، وغيرها من الوسائط والمراتب التي يحتفها غموض في الغالب، فتحتاج إلى تحقيق وكشف.

وهذا ما يسمى عند الإمام الشاطبي بالوسط الغامض، فلا بد فيه من بلوغ حد الوسع، وهو الاجتهاد[3]، وذلك لتردد الحكم في الفرع بين الظن والقطع، وإلى هذا أشار الغزالي بقوله: "منها ما يعلم قطعًا خروجه منه، ومنها ما يعلم قطعًا دخوله فيه، ومنها ما يتشابه الأمر..."[4]، فيحسم تحقيق المناط تردده بينهما، ويزيل تشابهه بأحدهما.

وقد يكون الفرع تتجاذبه أصول وقواعد كلية، وهو المعبر عنه "بتردد بعض الوقائع والجزئيات بين أكثر من قاعدة شرعية على نحو لا يظهر فيه للمجتهد القاعدة الأكثر انطباقا"[5]، فيعدُّ سببا قويا من أسباب اختلاف الفقهاء، مثل "زكاة الحلي"، تتجاذبه أصول منها:

الأصل الأول: أن الذهب والفضة من الأموال المتفق على وجوب الزكاة فيها، إذا بلغت النصاب، وحال عليها الحول، قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرۡهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: 34].

---

(1) الأساس في القياس: لأبي حامد الغزالي الشافعي (المتوفى: 505)، تحقيق: فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان – الرياض، 1413هـ- 1993م، 37/1- 38.

(2) الموافقات: للشاطبي، 13/5.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) الأساس في القياس: للغزالي، 40/1.

(5) تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء: للكيلاني، 101.

وقال رسول الله ﷺ: «ما من صاحب ذهب ولا فضة، لا يؤدي منها حقها، إلا إذا كان يوم القيامة، صفحت له صفائح من نار، فأحمي عليها في نار جهنم، فيكوى بها جنبه وجبينه وظهره، كلما بردت أعيدت له، في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة، حتى يقضى بين العباد، فيرى سبيله، إما إلى الجنة، وإما إلى النار»[1].

الأصل الثاني: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال النبي ﷺ: «ليس على المسلم في فرسه وغلامه صدقة»[2]، وفي رواية: «ليس على المسلم صدقة في عبده ولا في فرسه»[3]، قال الإمام النووي: "هذا الحديث أصل في أن أموال القنية لا زكاة فيها"[4].

وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن امرأة أتت رسول الله ﷺ ومعها ابنة لها، وفي يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب، فقال لها: «أتعطين زكاة هذا؟»، قالت: لا، قال: «أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار؟»، قال: فخلعتهما، فألقتهما إلى النبي ﷺ وقالت: هما لله عز وجل ولرسوله»[5].

وتعتبر النيَّة في الشراء "إن نوى به الاقتناء للانتفاع بعينه فيما ينتفع فيه بمثله سقطت عنه الزكاة"[6]، وقال بعض أصحاب النبي ﷺ منهم: ابن عمر، وعائشة، وجابر بن عبد الله، وأنس بن مالك –رضي الله عنهم–: «ليس في الحلي زكاة»[7]، واستدلوا بالقياس على سائر العروض المعدَّة للاستعمال "المقتناة التي نص رسول الله ﷺ عن سقوط الزكاة فيها بقوله ﷺ: «ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة»[8]، واعتبر في صحة العلة الجامعة

(1) صحيح مسلم: كتاب: الزكاة، باب: إثم مانع الزكاة، رقم: 987، والحديث روي عن زيد بن أسلم، أن أبا صالح ذكوان، أخبره أنه سمع أبا هريرة يقوله عن رسول الله ﷺ.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الزكاة، باب: ليس على المسلم في فرسه صدقة، رقم: 1463.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الزكاة، باب: ليس على المسلم في عبده صدقة، رقم: 1464، وفي صحيح مسلم: «ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة»، كتاب: الزكاة، باب: باب لا زكاة على المسلم في عبده وفرسه، رقم: 982.

(4) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار إحياء التراث العربي– بيروت، ط/2، 1392هـ، 55/7.

(5) سنن أبي داود، كتاب: الزكاة، باب: الكنز ما هو؟ وزكاة الحلي، رقم: 1563.

(6) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 294/1.

(7) سنن الترمذي: تحقيق: أحمد شاكر، باب: ما جاء في زكاة الحلي،

(8) سبق تخريجه في هذه الصفحة.

بينهما بقول الله عز وجل: ﴿أَوَمَن يُنَشَّؤُاْ فِي ٱلْحِلْيَةِ وَهُوَ فِي ٱلْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾ [الزخرف: 18]"[1]، ثم إن "كونه مسكوكًا يدل على أنه معد للحاجة وإن لم ينوها"[2].

خلاصة: الحلي المعدُّ للزينة، من جهة كونه مصنوعا من الذهب والفضة ففيه الزكاة اعتمادا على الأصل الأول، وهو "قول الحنفية"[3]، ومن جهة كونه معدٌّ للقنية والاستعمال لا تجب فيه زكاة، وهو "قول الجمهور"[4].

قال ابن رشد: "ذهب فقهاء الحجاز: مالك واللَّيْث والشَّافعيُّ إلى أنَّه لا زكاة فيه إذا أُرِيدَ لِلزِّينَةِ وَاللِّبَاسِ وقال أبو حنيفة وأصحابه: فِيهِ الزَّكَاةُ. وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: تَرَدُّدُ شَبَهِهِ بَيْنَ الْعُرُوضِ وَبَيْنَ التِّبْرِ وَالْفِضَّةِ اللَّتَيْنِ الْمَقْصُودُ مِنْهُمَا الْمُعَامَلَةُ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ، فَمَنْ شَبَّهَهُ بِالْعُرُوضِ الَّتِي الْمَقْصُودُ مِنْهَا الْمَنَافِعُ أَوْلَا قَالَ: لَيْسَ فِيهِ زَكَاةٌ، وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالتِّبْرِ وَالْفِضَّةِ الَّتِي الْمَقْصُودُ فيهَا الْمُعَامَلَةُ بِهَا أَوْلَا قَالَ: فِيهِ الزَّكَاةُ... وأعني بالمعاملة: كونها ثمنا"[5]، فيتبين أن التنازع والتجاذب بين القاعدتين أو الأصلين؛ عائد إلى اختفاء تحقيق المناط، فهو يحتاج إلى مزيد من الاجتهاد وبذل الوسع.

ج/ باعتبار مراتبه

ينقسم تحقيق المناط باعتبار مراتبه إلى مرتبتين:

المرتبة الأولى: تحقيق المناط العام

فتحقيق المناط العام نظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما... فإذا نظر المجتهد في الواقعة ووجد شخصا متصفًا بها، أوقع عليه ما يقتضيه النص من الأحكام المنوطة بتلك الواقعة، فالمكلفون كلهم في أحكام تلك النصوص على سواء[6]، بقطع النظر عن الواقعة، أو المكلف، وما يحتف بهما من ملابسات وظروف مخصوصة، البحث فيها من شأن المناط الخاص فإنه أعلى وأدق، فينزل عموم التكليف على عموم المكلفين، فيكون

(1) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 294/1.

(2) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: للزرقاني، 258/2.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 17/2.

(4) المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي: للنووي، 33/6، والمغني: لابن قدامة، 43/3.

(5) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 11/2 – 12.

(6) الموافقات: للشاطبي، 23/5، بتصرف.

المناط بهذا المعنى بحث في المحل التطبيقي، والواقع التنزيلي للتكاليف العامة المتعلقة بالجمهور أو المجموع.

المرتبة الثانية: تحقيق المناط الخاص

لابد أن يجتمع لهذا النوع من الاجتهاد أولي النهى والألباب من المجتهدين في علوم شتى، وكل واحد منهم له من المميزات والمؤهلات ما يجعله أهلا للنظر في حال كل مكلف على حدة. ويلخص ذلك الإمام الشاطبي بقوله: "فتحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية فالمجتهد يَحْمِلُ على كُلِّ نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق، ... ثم قال: فصاحب هذا التحقيق الخاص هو الذي رزق نورا يعرف به النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق"[1]، فيخص عموم المكلفين كما يخص المكلف الفرد، وعموم التكاليف كما يخص التكليف بمقتضى الحكم الشرعي الخاص في حق الفرد.

وعليه فتحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، وبين المناطين علاقة عموم وخصوص مطلق، ذلك أن ما ثبت عمومه في التحقيق الأول العام؛ يقيد به ما ثبت إطلاقه في الأول، أو يضم قيدا أو قيودا لما ثبت له في الأول بعض القيود[2].

ويمثل لذلك بكثير من الأدلة مما حصل في زمانه ﷺ فمن ذلك أن النبي ﷺ سئل في أوقات مختلفة، عن أفضل الأعمال، وخيرها، فأجاب بأجوبة مختلفة، كل واحد منها لو حمل على إطلاقه أو عمومه لاقتضى مع غيره التضاد في التفضيل[3]، لكن في حقيقتها، أن كل واحد منها يحكي مناط خاص.

---

(1) المصدر السابق، 5/24-25، بتصرف

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق، 5/26

وتدل الأدلة في مجموعها على أن التفضيل ليس بمطلق، ويشعر إشعارًا ظاهرًا بأن القصد إنما هو بالنسبة إلى الوقت أو إلى حال السائل[1]، وهذا منهاج رباني سار عليه النبي ﷺ وأصحابه ومن تبعهم من مجتهدي الأمة وهو ثمرة الإيمان و"نتيجة التقوى المذكورة في قوله تعالى: ﴿إِن تَتَّقُواْ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّكُمۡ فُرۡقَانٗا﴾ [الأنفال: 29]، وقد يعبر عنه بالحكمة، ويشير إليها قوله تعالى: ﴿يُؤۡتِي ٱلۡحِكۡمَةَ مَن يَشَآءُۚ وَمَن يُؤۡتَ ٱلۡحِكۡمَةَ فَقَدۡ أُوتِيَ خَيۡرٗا كَثِيرٗاۗ﴾ [البقرة: 269]"[2].

يمكن التمثيل للمناط العام باختلاف غالب الأقوات باختلاف البلدان، وبانتشار الأوبئة وحدتها وفتكها فإنها تختلف بحسب البقاع في الواقع، فما يعدَّ مناطًا مطردًا في موقع وواقع معين، قد يتبدل فلا يعدُّ كذلك في واقع وموقع آخر.

د/ تحقيق المناط المصطلحي

إن كان تحقيق المناط محله العلة، أو القاعدة، أو الدليل الكلي، فمن حيث تحقق وجوده في الفرع؛ فلا بدَّ له من أصل يعود إليه، وغالبا ما يكون تحقيق معنى لفظ في الفرع كلفظ الطُّعم أو القوت أو الفقير في من لا يملك نصابا أو السارق في النباش.

فعند إجراء عملية التنويط لمصطلح ما لا بد من الوقوف على معناه قبل معرفة مدى تحققه في الفرع، لأن الخطأ في المصطلح سيتولد منه أخطاء في البناء المعرفي للمحتوى، وسينتهي بالناظر إلى الانحراف في الأحكام ومخالفة قصد الشارع.

ولكي نكشف عن الأصل وعن حقيقته ونعرف مراد الشارع منه؛ لابد من الوقوف على معناه الشرعي –حسب الطاقة البشرية– ولا يمكن أن نكون قد بلغنا تلك الغاية، وبذلنا تلك الطاقة قبل الكشف عن المصطلح؛ وفق مناهج الكشف الممكنة حتى نحقق عملية التنويط المصطلحي. ولما كانت مناهج النظر في المصطلح كلية وجزئية؛ ارتأيت أن يصنف تحقيق المناط الاصطلاحي على صنفين:

(1) المصدر السابق، 31/5.

(2) المصدر السابق، 24/5.

الصنف الأول: المناط الاصطلاحي الجزئي

يطلق هذا النوع ويراد به؛ أن يختار الناظر معنى ما من معاني اللفظ الواحد، أو سياق من سياقاته، أو استعمال من استعمالاته، على أنه الأليق والأولى بالتعبير في هذا الموضع، دون اعتبار للمعايير والضوابط لاختيار هذا الوضع.

وإن صح القول لقلت: وهو منهاج التحيُّز القائم على الانتقائية والاختيار وفق ما يراه الناظر ويفهمه من النص الواحد، والسياق الواحد، مالم يكن قد اقتصر على شطر السياق من سباق أو لحاق، وفي الغالب يؤدي هذا المنهاج إلى الاجتزاء، ويفضي إلى تشتيت المعاني، وينتج عنه خلاف عريض، واجتزاء معنى من المعاني أو مسلك من المسالك؛ فيوقع صاحبه في الادعاء.

الصنف الثاني: المناط الاصطلاحي الكلي الجامع

وأقصد بتحقيق المناط الاصطلاحي الكلي الجامع؛ إعمال منهاج الدراسات المصطلحية انطلاقا من الدراسة المعجمية للمصطلح، من حيث الاستقراء للمعاني والاشتقاقات، وجمع الضمائم والسياقات، بعد تتبعها من الولادة، ثم التولد الدلالي، والتطور في الاستعمال –المعنوي منه والحسي المجرد– ثم تركيبها في بناء نسقي جامع، في ضوء منهاج التفسير الموضوعي للنصوص الشرعية القرآنية والحديثية.

مثاله: مصطلح "النظرية" هل مأخوذ من النظر بمعنى الرؤية العينيَّة أو من النظر بالقلب أو منهما معا؟ أو منهما وغيرهما؟ فلو أردنا تحقيق مناط المصطلح في فرع من الفروع، وأعملنا منهاج النظر الجزئي؛ لا محالة سنقع في إشكالية كبيرة، ولو اخترنا أو استصحبنا له نظرا مجتزأ، وأردنا تحقيق مناطه الاصطلاحي على ضوء مناط مصطلحي سابق –لا لشيء إلا أن لذلك المناط المصطلحي أحقية السبق– لوقعنا في تهيب وتهرب، كمن يتخوف من استعمال مصطلح النظرية لأنه في اصطلاح العلوم التجريبية يعني كذا وكذا.

فلهذا كان لزاما أن نجمع ما قيل حول اللفظ من معاني واشتقاقات وضمائم وسياقات واستعمالات، ثم نخرج المصطلح في بناء تركيبيٍّ نسقيٍّ جامع.

فمن يروم تحقيق المناط، والكشف عنه في المصطلح المدروس –لا أقول أليق ولا أولى بل أوجب– أن يقوم بإعمال هذا المنهاج، الذي أظنه العاصم من الافتتان في المصطلح،

والهادي إلى كلمة سواء في الألفاظ، حتى نصل إلى حقيقة المناط الاصطلاحي، فهو منهاج أسلم وأحكم، وأليق بتدبير الاختلاف، وتصريف المشاحة الذي تعانيه كثير من المصطلحات، وتترتب عليه كثير من النتائج والالتزامات.

الفرع الثاني: مسالك تحقيق المناط

سلك العلماء في تحقيق المناط مسالك نقليَّة، وأخرى عقليَّة؛ سأتحدث عنها بإيجاز على النحو الآتي:

أولًا: مسالك نقليَّة

تنقسم المسالك النقلية بحسب ورودها في مواقع النص إلى الكتاب والسنة والإجماع واجتهاد الصحابة.

أ/ الكتاب

وأقصد بالكتاب: أن يناط الحكم بأصل ثابت في الكتاب، فيلزم على المجتهد النوازلي البحث عن المناط وإناطة الفرع به، ويظهر ذلك من خلال أمثلة كثيرة منها:

ما جاء في صحيح البخاري، قال الحسن، وإبراهيم: "في المرضع أو الحامل، إذا خافتا على أنفسهما أو ولدهما تفطران ثم تقضيان..."[1].

ودليله قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: 185]، قال مالك: "وأهل العلم يرون عليها القضاء... ويرون ذلك مرضا من الأمراض مع الخوف على ولدها"[2]، ثم قال: "المريض إذا أصابه المرض الذي يشق عليه الصيام معه، ويتعبه، ويبلغ ذلك منه، فإن له أن يفطر، وكذلك المريض الذي اشتد عليه القيام في الصلاة، وبلغ منه، وما الله أعلم بعذر ذلك من عبده، ومن ذلك ما لا يبلغ صفته، فإذا بلغ ذلك منه، صلى وهو جالس، ودين الله يسر"[3]، فمتى تحقق ذلك المناط المعبَّر عنه بالصفة المطردة

(1) صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب: قوله: ﴿أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۚ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ۖ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ ۚ وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 184]، معلقا.

(2) موطأ الإمام مالك، كتاب الصيام، باب: فدية من أفطر في رمضان، رقم: 808.

(3) المصدر السابق، كتاب الصيام، باب: ما يفعل المريض في صيامه، رقم: 817.

المنعكسة كالمرض والسفر؛ جاز له التَّرخص في الصوم، وحُمل عليه الجلوس للصلاة وجمعها وقصرها.

ووجه الدلالة: في قوله: "ودين الله يسر"، إشارة إلى قول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]، والمقصد هو رفع الضرر ودفع المشقة غير المعتادة، والجالبة للتيسير.

قال ابن قدمة: "وأمكن اعتبار الحكمة، وهو ما يخاف منه الضرر، فوجب اعتباره"(1)، وأراد بالحكمة المقصد، ولهذا ردَّ العلماء الفضليَّة في الصوم أو الفطر إلى الضرر فرأى الأكثرون منهم تفضيل الصوم على الفطر عند استطاعته بلا مشقة، وعدم التضرر به، ومن هؤلاء، ما جاء عن الإمام مالك في المدونة: الصيام في رمضان في السفر أحب إليَّ لمن قوي عليه(2)، وهو مذهب الحنيفة(3)، وقال الإمام الشافعي فإن تضرر فالفطر أفضل(4)، ورخصة الفطر في رمضان للمريض والمسافر منوطة بإثبات وجود العلة، ثم تحقق المقصد في رفع الضرر، فيحصل بتحقيق المناط وتحصيل المقصد ومراعاته الجمع بين الأقوال.

ب/ السنة

ثبت ورود تحقيق المناط في السنة النبوية، في أمثلة تطبيقية مرفوعة منها ما جاء عن ابن عباس –رضي الله عنهما– قال: قال رسول الله ﷺ: « ولا يبع حاضر لباد»(5).

ووجه الدلالة في الحديث أنه اشتمل على "كلمةٌ جامعةٌ: لا يَبِيعُ شيئًا، ولا يَبْتَاعُ شيئًا"(6)، فبيع الحاضر للباد منهي عنه بظواهر الأدلة، وتكييف هذا البيع هو: "أن يقولَ

(1) المغني: لابن قدامة، 156/3.

(2) المدونة: للإمام مالك، 272/1.

(3) المبسوط: للسرخسي، 92/3.

(4) مسند الإمام الشافعي: لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي (المتوفى: 204هـ)، تحقيق: السيد يوسف علي الزواوي الحسني، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الباب الثالث فيما جاء في صوم المسافر، كتاب الصوم وفيه خمسة أبواب، رقم: 709، "من تعليق المحقق".

(5) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: هل يبيع حاضر لباد بغير أجر، وهل يعينه أو ينصحه؟ رقم: 2158، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم: 1522.

(6) فيض الباري على صحيح البخاري: (أمالي) الديوبندي، كتاب: البيوع، باب: لا يبيع على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه، حتى يأذن له أو يترك، رقم: 2140، 443/3.

الحاضرُ للبادي أن يَضَعَ طعامَه عنده، حتى إذا غَلا السعرُ، يَبِيعُه له لِيَرْبَحَ فيه، فنهى عن ذلك"[1]، وقد جاء في السنة النبوية من خلال نص آخر؛ أن المناط هو مراعاة مصالح الناس وحفظ أرزاقهم.

ودليل تحققه قوله ﷺ: «دَعُوا الناسَ يَرْزُقُ اللهُ بعضَهم من بعض»[2]، وعليه فيجب الكف عن بيع حاضر لباد، من باب تحقيق المناط فيتغير الحكم بتغيره.

ج/ الإجماع

يأتي هذا المسلك لإثبات وجود المناط في نازلة معينة، والاستدلال عن طريق الإجماع على مناط في أصل ثابت ترد إليه تلك النازلة المعبَّر عنها بالفرع.

فمثلا الضرر مرفوع في كثير من الفروع الفقهية وبيِّنٌ في القرآن الكريم، قال الله سبحانه: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: 282]، والمراد نهي الكاتب والشاهد عن الضرر بما يكتبان به أو بما يشهدان عليه، وقد يرجع النهي إلى المتعاملين ألا يضرا بكاتب ولا شاهد[3]. وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ﴾ [البقرة: 231]، وقال سبحانه: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ﴾ [الطلاق: 6]، وقال جل جلاله: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: 233]، قد أجمعت الأمة على رفع الضرر، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[4]، وحكى ابن العربي الإجماع قال: "والضرر لا يحل بإجماع، وبالنص"[5]، قال ابن عبد البر: "وهذه أصول قد بانت عللها، فقس عليها ما كان في معناها تُصِبْ -إن شاء الله- وهذا كله باب واحد متقارب المعاني متداخل، فاضبط أصله"[6].

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم: 1522.

(3) أحكام القرآن: لابن العربي، 343/1، بتصرف، ومثله: أحكام القرآن: للجصاص، 258/2، وقريب منه في أحكام القرآن: لعلي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكيا الهراسي الشافعي (المتوفى: 504هـ)، تحقيق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/2، 1405هـ، 261/1، والمغني: لابن قدامة، 139/10، والمجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكي والمطيعي": للنووي، 100/13 - 104.

(4) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 2758.

(5) أحكام القرآن: لابن العربي، 628/1.

(6) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن البر، 160/20.

ويوضح الإمام الشاطبي من خلال بيانه المتكرر لقضية التقعيد والتأصيل، واهتمامه البيّن بمبدأ الاستقراء؛ وأن الأصل الكلي يجري مجرى العموم في الأفراد[1]، متى تحقق مناطه وثبت وجود العلة.

د/ تحقيق المناط باجتهاد الصحابي

يعدُّ من المسالك النقلية في تحقيق المناط التحقيق بقول الصحابي واجتهاده، فهو مسلك نقلي لاستناده على النص، ومثاله امتناع عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– من قسمة أرض السواد حين قال: «فَمَا لِمَنْ جَاءَ بَعْدَكُمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؟»[2]، وكذلك غيرها من البلدان الحضارات والعمران المفتوحة.

واستدل بقوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ﴾ [الحشر: 7].

ومما جاء في تقسيم أرض السواد مع كونها داخلة في عموم "القرى"؛ إلا أن عمر –رضي الله عنه– حملها على الخراج لا على الفيء والغنيمة، مراعاة لمصلحة الأجيال المؤمنة، وتحقيق مقصد العدل في توزيع الثروة، ومراعاة التوازن في البناء الاقتصادي للمجتمع، ومن باب تحقيق مناط قوله تعالى: ﴿كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ﴾ [الحشر:7]

ودليل صحة ما ذهب إليه ما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «منعت العراق قفيزها ودرهمها، ومنعت الشام مديها ودينارها، ومنعت مصر إردبها ودينارها، ثم عدتم من حيث بدأتم»، قالها زهير ثلاث مرات، شهد على ذلك لحم أبي هريرة ودمه[3]، وفي هذا

(1) الموافقات، للشاطبي،34/1.

(2) سنن سعيد بن منصور، كتاب: الجهاد، باب: ما جاء في الفتوح، رقم: 2589، قال ابن كثير هذا أثر جيد، وفيه انقطاع، ينظر: مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم: لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، تحقيق: إمام بن علي بن إمام، دار الفلاح، الفيوم – مصر، ط/1، 1430هـ– 2009م، أحاديث الجهاد، آثار في حكم أرض السَّواد، رقم: 685.

(3) صحيح مسلم، كتاب: الفتن وأشراط الساعة، باب: لا تقوم الساعة حتى يحسر الفرات عن جبل من ذهب، رقم: 2896، وسنن أبي داود، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: في إيقاف أرض السواد وأرض العنوة، رقم: 3035.

الحديث الإخبار بأن هذه الأمصار ستفتح وتؤدي الخراج للمسلمين، والإخبار بمنع هذه الأمصار الخراج المفروض عليها[1]؛ وبذلك يكون امتناع عمر –رضي الله عنه– إنما هو لتحقيق مناط كون الأرض خراجية ومستنده فيما ذهب إليه النص.

وقد احتج –رضي الله عنه– بقول الله عز وجل: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الحشر: 7].

ثم قال: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ﴾ [الحشر: 8] فأدخلهم معهم، ثم قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَٰنَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ [الحشر: 9]، يريد بذلك الأنصار، فأدخلهم معهم، ثم قال: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: 10]، فأدخل فيها جميع من يجيء من المؤمنين من بعدهم، فللإمام أن يفعل ذلك، ويضعه حيث رأى وضعه، فيما سمى الله في هذه السورة[2]، وعليها استقر القول بضرب الخراج على الأرض الواسعة، والحضارات المفتوحة.

ثانيًا: مسالك عقلية

يثبت وجود المناط عند إجراء عملية التنويط بمسالك مختلفة، بحسب ما تفرضه طبيعة الواقعة، والدليل المنظور فيه، والحال المكلفة، والمحيط الظرفي للنازلة، وتفصيلها في الآتي:

أ/ اللغة

تعتبر اللغة مسلكا لتحقيق المناط المراد من الأصل، ومعرفة مدى ثبوته في الفرع، ويختلف هذا المسلك باختلاف اللَّفظ الواحد، وتعدد مجالاته، واختلافه بين المجاز والحقيقة، والصريح والكناية، وعليه؛ فلا بد من معرفته والتنبه له عند إجراء عملية تحقيق المناط.

فمثلا: إذا كان الأصل في المعاملات المالية الرضا، بدليل قوله الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]، فإن "حقيقة الرضا لما كانت أمرا خفيا وضميرا قلبيا اقتضت

(1) منهجية عمر بن الخطاب في الاجتهاد مع النص، للعلامة: محمد التأويل، مطبعة آنفو – الليدو – فاس، ص: 89.

(2) شرح معاني الآثار: لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: 321هـ)، تحقيق: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، ط/1، 1414هـ-1994م، كتاب: السير، باب: الأرض تفتتح كيف ينبغي للإمام أن يفعل فيها؟ رقم: 5240.

الحكمة رد الخلق إلى مرد كلي وضابط جلي يستدل به عليه وهو الإيجاب والقبول الدالان على رضا العاقدين"[1]، والمعبر عنهما بالصيغة.

وقد اختلف الفقهاء في صحة العقد، بناءً على اختلافهم في المسلك الدال على المناط، فقيل: "العقد لا يصح إلا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية، مثل أن يقول البائع: قد بعت منك، ويقول المشتري: قد اشتريت منك، وإذا قال له: بعني سلعتك بكذا وكذا، فقال: قد بعتها، فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعذر"[2]، وتكفي المعاطاة في المحقرات، ولزوم البيع فيها بالتقابض من الجانبين[3]، وعند الشافعية في الأصح أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية، ولا يكفي المعاطاة دون قول[4]، خلافا لأبي حنيفة فإنه "ألحق بهما المعاطاة وزعم أنها بيع"[5]، وللحنابلة أن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، ولم ينقل عن النبي ﷺ بيانه ولا إنكاره، فكان ذلك إجماعا[6]، سكوتيًا.

هذا التفاوت يدل على مدى التمسك باللفظ بين مقل ومكثر، والتخوف من تفلت القاعدة والأصل الكلي الثابت بالنص، الأمر الذي يعتبر اللغة مسلكا في تحقيق مناط الحكم.

ويتردد الاختلاف بين الاقتصار على اللفظ الصريح، أو التوسع إلى القول بانعقاده بالكناية، أو مجاوزته إلى الممارسة الفعليَّة بالمعاطة، فإنها أولى في الإيجاب والقبول، وأدل على تحقيق الرضا، وأقرب إلى اعتبار الواقع، وعليها تُحمل الصور الحديثة في المعاملات المالية، كالبيع الإلكتروني الذي يكتفي فيه المشتري والبائع لتحقيق الرضا بالضغط على رقم معين أو أيقونة مخصوصة، كذا البيع بالمراكز التجارية الكبرى التي تكتفي بعرض السلعة

(1) تخريج الفروع على الأصول: لمحمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني (المتوفى: 656هـ)، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط/2، 1398هـ، 143/1.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 187/3.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 3/3، بتصرف.

(4) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 340/3، وفتح العزيز بشرح الوجيز ويسمى "الشرح الكبير" وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (المتوفى: 505 هـ): للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (المتوفى: 623هـ)، تحقيق: الشيخ: علي أحمد معوَّض، والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان، ط/1، 1417هـ – 1997م، 97/8.

(5) تخريج الفروع على الأصول: لشهاب الدين الزَّنْجاني، 143/1.

(6) المغني: لابن قدامة، 481/3.

وثمنها، أو عن طريق بطائق التسوق مدفوعة الثمن، وغيرها من الصور التي يعسر حصرها، ويجد المكلف حرجًا في تقييدها بصيغة القول الصريح.

ومما يدل على مسلك اللغة كذلك تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز وذلك كلفظ "التفرُّق" في البيع، ففي الحديث عن حكيم بن حزام –رضي الله عنه– عن النبي ﷺ قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما»[1]، وقد جاء في تأويلات المالكية ما يدل على ذلك كقوله: "إن التفرق هاهنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان، كما قال الله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: 130]، والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة، والحقيقة هي التفرق بالأبدان، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ، والقياس فيغلب الأقوى، والحكمة في ذلك هي لموضع الندم"[2].

ونص الإمام الشافعي بأن يتفرقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي[3]، والمذهب عند الشافعية: كل عقد ثبت فيه هذا الخيار، فإنه ينقطع بالتخاير، وينقطع أيضا بأن يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد، والرجوع في التفرق إلى العادة فما يعده الناس تفرقا يلزم به العقد[4]، ويرجع الحنابلة في التفريق إلى العرف مستدلين بالإجماع السكوتي[5].

الراجح: أن نجمع بين الأدلة فنحمل الافتراق على المكاني عند إمكانية لقاء الأبدان، عملًا بظاهر قوله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ ابْتَاعَ عَلَى رَجُلٍ بَيْعَةً فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا عَنْ مَكَانِهِمَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ»[6]، لأن الحقيقة مقدمة على المجاز.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم: 2110.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 189/3.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 3/3، وما بعده.

(4) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 439/3، وفتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 303/8.

(5) المغني: لابن قدامة، 481/3.

(6) السنن الصغير للبيهقي: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، البيهقي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي . باكستان، ط/1، 1410هـ– 1989م، كتاب: البيوع، باب: خيار المتبايعين، رقم: 1867.

وإذا تجرد المجلس عن المكان وامتنع لقاء الأبدان؛ يحمل الافتراق على القولي، ومناطه الصدق والكذب المشار إليهما بصريح عبارة الحديث الصحيح «فإن صدقا وبينا»[1]، كما يعدّ أوفق وأصلح للناس بدليل السياق الواقعي، الأولى في الاعتبار عند التعاقد الإلكتروني؛ لأن التقاء الابدان وافتراقها غير متحقق، بل ومتجاوز في المعاملات المعاصرة، التي يكون أحد طرفي العقد في المشرق والآخر في المغرب، أو أحدهما في الجو والآخر في البر أو في البحر، وهو أليق بالتقدم التكنولوجي، وأنسب لمقتضيات العصر الحديث.

ب/ الحس

لمَّا كان الحس مسلكا من مسالك تحقيق المناط، ورد النهي عن كثير من المعاملات المدركة بإحدى الحواس، لعدم إدراك حقيقتها بحصول العلم بالمعرفة التامة التي يرتفع بها الغرر وتزول الجهالة، وتحصل المقاصد، فلا يكفي لانعقادها حصولها بإحدى الحواس، فعن أبي هريرة –رضي الله عنه–: «أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة»[2].

فإذا توقف انعقاد المعاملات المالية على مجرد إدراكها باللَّمس أو النَّبذ لا يمنع من وقوع الغرر والخطر والجهالة فيها مانع، و"هذا ما لا خلاف فيه، وقد اتفق العلماء على أن بيع ما في بطون الإناث لا يجوز لأنه غرر وخطر ومجهول، وقد نهى رسول الله ﷺ في نهيه عن بيع الغرر وعن بيع الملامسة وعن بيع الحصى وعن بيع حبل حبلة، وهذا كله بيع ما لا يتأمل وبيع ما لا يرى ويجهل"[3].

قال الإمام النووي: ثلاثة أوجه في تأويل الملامسة أحدها تأويل الشافعى، وهو أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستام، فيقول صاحبه، بعتكه هو بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيته، والثاني أن يجعلا نفس اللمس بيعًا، فيقول إذا لمسته فهو مبيع لك، والثالث أن يبيعه شيئا على أنه متى يمسه انقطع خيار المجلس وغيره، وهذا الحديث باطل على التأويلات كلها، وفي المنابذة ثلاثة أوجه أيضا، أحدها أن يجعلا نفس النبذ بيعا، وهو تأويل الشافعي، والثاني أن يقول بعتك فإذا نبذته إليك انقطع الخيار ولزم البيع، والثالث

(1) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم: 2110.

(2) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع المنابذة، رقم: 2146، وصحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: إبطال بيع الملامسة والمنابذة، رقم: 1511.

(3) الاستذكار: لابن عبد البر، 456/6.

المراد نبذ الحصاة، وهذا البيع باطل للغرر[1]، فباعتبار نفس اللَّمس أو النَّبذ أو إلقاء الحصى بيعا، أو انتفاء الخيار بحصول واحدة منها، أو توقف انعقاد البيع عليها، عدَّت مناطات للنهي، لأن اللَّمس أو النبذ أو إلقاء الحصى لا يكفي لرفع الجهالة والغرر وإزالة الخطر فصح اعتبار الحس مسلكا يتحقق مناط الحكم.

ج/ الطبيعة

لما كانت طبيعة الأشياء وخصائصها تختلف باختلاف مجريات مرحليَّة حياتها الطبيعية، وتتغيُّر أوصافها وفق خصائصها الفطرية؛ كان على المجتهد معرفتها، وفحص خواصها، والتحقق من مناطها، "فإن الماء الكثير إذا تغير بالنجاسة، ثم زال تغيُّره بهبوب الريح، وطول الزمان عاد طاهرًا، ولو زال بإلقاء المسك، والزعفران، لم يعد طاهرا؛ لأنهما ساتران للرائحة لا مزيلان لها"[2]، لهذا صح اعتبار الطبيعة مسلكا لتحقيق المناط.

د/ العرف

جاء عن عائشة –رضي الله عنها– أن هند بنت عتبة –رضي الله عنها– قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك، بالمعروف»[3]، قال ابن حجر: "فأحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي"[4]، وقد ثبت اعتبار العوائد مناطات للأحكام، إذ "الأسماء التي علق الله بها الأحكام في الكتاب والسنة، منها ما يرجع حده إلى عادة الناس وعرفهم، فيتنوع بحسب عادتهم؛ كاسم البيع والنكاح والقبض والدرهم والدينار، ونحو ذلك من الأسماء التي لم يحدها الشارع بحد، ولا لها حد واحد يشترك فيه جميع أهل اللغة، بل يختلف قدره وصفته باختلاف عادات الناس[5]، لأن من أصول الشرع إجراء الأحكام على العوائد[6]،

(1) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، 155/10.

(2) الأساس: الغزالي، 41.

(3) صحيح البخاري، كتاب: النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم: 2211، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، رقم: 1714.

(4) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، 407/4.

(5) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 235/19.

(6) الموافقات: للشاطبي، 439/3.

وحمل ألفاظ العقود والالتزامات على الأعراف، عند تفسير المجمل، وتقييد المطلق، وتخصيص العام.

هـ/ العقل

يعدُّ العقل مسلكا من مسالك النظر في تحقيق المناط، لأن به يحصل تصور ذات الشيء، وطلب حده الجامع المانع"[1] وتحقق ذلك في الفرع، "كقولنا: ولد المغصوب مغصوبا لأن حد الغصب: إثبات يد عادية على المال على وجه تقصير يد المالك عنه؛ وقد جرى"[2]، بتحقيق مناطه في الفروع والتوابع، وعليه ثبت عقلا أن التابع أضعف من المتبوع، والفرع أضعف من الأصل، ولهذا قيل: إن "ثبوت الفرع بدون أصله ممتنع"[3] عقلا، لأن "منع الأصل منع للفرع"[4]، ويساند هذا قوله ﷺ: «من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر؛ فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[5]، قال ابن رشد: "والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل"[6] بالتبع، لأن الأصل أنه لا يجوز بيع الثمر المؤبر قبل أن يبدو صلاحه، ولكن إذا باع شخص نخلًا مؤبرًا، واشترط المبتاع أن يشتري الثمر الذي على الشجر فيجوز، لأنه تبع للشجر، وهو غير مقصود لذاته[7].

فلما ثبت أن الشجر تابعة للنخل لم تستقل بحكم، "إذ التابع لا يحمل وجودًا مستقلًا"[8]، أي غير منفك عن متبوعه[9]، فمتى تحققت تبعية الفرع للأصل، صح اعتبارها مناط يتعلق

---

(1) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: للغزالي، 438/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الذخيرة: للقرافي، 338/7، بتصرف.

(4) المصدر السابق، 279/8

(5) ونص الحديث كاملًا: عن سالم بن عبد الله، عن أبيه رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع»، صحيح البخاري، كتاب: المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل رقم: 2379، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: من باع نخلا عليها ثمر، رقم: 1543.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 205/3

(7) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر – دمشق – ط/1، 1427هـ – 2006م، 468 – 469.

(8) القواعد الفقهية: لعلي أحمد الندوي، 401/1.

(9) غمز عيون النظائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم: شرح أحمد محمد الحنفي الحموي – دار الكتب العلمية – بيروت– لبنان – ط1405/1هـ 1985م، 361/1

به الحكم وجودًا وعدمًا، لهذا صح أن يعتبر في التقعيد الفقهي أن التابع تابع، والتابع للشيء لا ينفرد بحكم.

و/ القياس

يعدُّ القياس مسلكًا من مسالك تحقيق المناط في كثير من الفروع، من ذلك تحقيق الاقتيات في التين، حتى يجري فيه الربا، وذلك "أن يتفق على أن علة الربا هي القوت الغالب، ثم يختلف بعد ذلك في الربا في التين، فقيل فيه بالربا بناء على أنه يقتات غالبًا بالأندلس"[1]، فصح دخوله في الأجناس الربوية بتحقيق المناط قياسا على سائر الأقوات.

ومنه إن تحقق أن الاقتيات مناط في الزكاة بمسلك "القياس، فهو أن الزكاة إنما المقصود منها سد الخلة، وذلك لا يكون غالبا إلا فيما هو قوت"[2] الناس، أو غالب قوتهم، فعلى هذا تجب الزكاة في التين اليابس، لأنه مقتات عند الحاجة ويدخر دائما[3].

عن أبي سعيد الخدري، يقول: «كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام، أو صاعا من شعير، أو صاعا من تمر، أو صاعا من أقط، أو صاعا من زبيب»[4]، وتحمل هذه الأصناف على أنها كانت غالب أقواتهم بالمدينة، فتخرج مخرج الغالب، ليقاس عليها غيرها.

فما من أهلُ بلدٍ أو محلة قوتُهم غير ذلك فإنما عليهم صاع من قوتهم، كمن قوتهم الذرة أو الأرز أو التين أو غيرها من الحبوب، فإن كان قوتهم من غير الحبوب كاللبن واللحم والسمك أخرجوا فِطرَتَهم من قوتهم كائنًا ما كان، هذا قول جمهور العلماء، وهو الصواب الذي لا يقال بغيره[5]، فيثبت بهذا أن حكم التين عند المالكية يأخذ حكم سائر الأجناس الربوية والأطعمة التي تجب فيها الزكاة؛ لجامع الادخار والاقتيات، بمسلك لتحقيق المناط بالقياس.

---

(1) رَفْعُ النِّقَابِ عَن تنقِيح الشّهابِ: لأبي عبد الله الحسين بن علي بن طلحة الرجراجي ثم الشوشاوي السِّمْلالي (المتوفى: 899هـ)، تحقيق: أَحْمَد بن محمَّد السراح، وعبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 1425هـ – 2004م، 293/5.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 14/2، والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 485/2– 486، والمقدمات الممهدات: لابن رشد، 37/2

(3) الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، 304/1.

(4) صحيح البخاري، كتاب: الزكاة، باب: صدقة الفطر صاع من طعام، رقم: 1506، وصحيح مسلم، كتاب: الزكاة، باب: زكاة الفطر على المسلمين من التمر والشعير، رقم: 985.

(5) الأم: للإمام الشافعي، 72/2، ومتن الرسالة: لابن أبي زيد القيرواني، ص: 71، والتلقين في الفقه المالكي: للقاضي عبدالوهاب البغدادي، 167، وإعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، 353/4.

ز/ العدد

قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [البقرة: 267] هذه الآية عامة فيما أخرجت الأرض، وأنتجت من أوعية الزكاة، وهي مجملة في النصاب، كلية في المقادير لسائر الأصناف التي تجب فيها الزكاة، وخصصها ﷺ، فقال: « «فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالعُيُونُ أَوْ كَانَ عَثَرِيًّا العُشْرُ، وَمَا سُقِيَ بِالنَّضْحِ نِصْفُ العُشْرِ»[1]، وعلى هذا ذهب أئمة الفتوى بالأمصار، وأن الخمسة الأوسق هو بيان المقدار المأخوذ منه العشر، أو نصف العشر[2]، وعن أبي سعيد الخدري –رضي الله عنه– عن النبي ﷺ قال: «ليس فيما أقل من خمسة أوسق صدقة، ولا في أقل من خمسة من الإبل الذود صدقة، ولا في أقل من خمس أواق من الورق صدقة»[3]، فالسنة جعلت العشر ونصف العشر وخمسة من إبل، والخمسة أوسق، "بيانا للمقدار الذي يؤخذ منه الحق، وهو الذي يسمى في ألسنة العلماء نصابا"[4]، فصح اعتبار الحساب مسلكا لتحقيق المناط.

خلاصة: الذي أراه أن تحقيق المناط قد يتعلق بالحكم الشرعي العام من حيث شموله لعموم المكلفين لا لمكلف واحد بعينه، ثم الواقعة العامة التي بحاجة إلى كشف حقيقي، حتى يحصل الفهم السديد، أما ما يخص تحقيق المناط الخاص وإن كان يتعلق بتطبيق الحكم من حيث صلاحيَّة هذا الحكم لهذا المكلف دون ذاك، أو لتلك الواقعة دون تلك، وإن سمي اجتهاد تطبيقي أو تنزيلي إلا أنه بحاجة عند تنزيله لمختبر تشخيص هو المعبر عنه بآليات التنزيل.

فلا يتناول المكلف وأحواله ومحيطه الظرفي الخاص؛ ولا يدرس إلا من حيث التنزيل، بآلياته ووسائله المخصوصة، وبه سأشيد نظرية التغيُّر في شطرها الأخير، لأنها تقع غير مجردة عن المكلف العام والخاص معًا.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء، وبالماء الجاري، رقم: 1483، وقريب منه في صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب ما فيه العشر أو نصف العشر، رقم: 981.

(2) شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 531/3.

(3) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب: ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، رقم: 1484، صحيح مسلم: كتاب الزكاة، رقم: 979.

(4) فيض الباري على صحيح البخاري: (أمالي) الديوبندي، كتاب: الزكاة، باب: صدقة الكسب والتجارة، 113/3.

المبحث الثاني: مبدأ اعتبار الحِكم والمقاصد

يمكن الوقوف على كثير من النصوص الواضحة، الموضحة لبيان تغيُّر الأحكام تبعا للحكمة المنضبطة، والمقاصد الراجحة، ففي قول رسول الله ﷺ: «نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء، فاشربوا في الأسقية كلها، ولا تشربوا مسكرا»[1]، فلما ارتفعت الحِكم الدالة على العلة؛ ارتفع الحكم، ولو عادت لعاد الحكم.

وقال ﷺ: «نهيتكم عن الظروف، وإن الظروف -أو ظرفا- لا يحل شيئا ولا يحرمه، وكل مسكر حرام»[2]، وهذا صريح بأن الآنية ليست محلا لتعلق الحكم، وإنما كان التحريم لحكمة تحول المظروف إلى مسكر.

وروى أبو هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «لولا أن أشق على أمتي أو على الناس لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة»[3]، وعن عائشة -رضي الله عنها-: أن النبي ﷺ قال لها: «يا عائشة، لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين، بابا شرقيًا، وبابًا غربيًا، فبلغت به أساس إبراهيم»[4]، وعن عائشة، زوج النبي ﷺ أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية، أو قال: بكفر؛ لأنفقت كنز الكعبة في سبيل الله، ولجعلت بابها بالأرض، ولأدخلت فيها من الحجر»[5]، فترك المطلوب، تجنبًا للمرغوب عنه، ودفع الضرر الأكبر بضرر أصغر منه.

وما جاء في تأخير صلاة العشاء "أعتم النبي ﷺ بالعشاء، فخرج عمر -رضي الله عنه- فقال: الصلاة يا رسول الله، رقد النساء والصبيان، فخرج ورأسه يقطر، يقول: «لولا أن

---

(1) صحيح مسلم: كتاب: الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث...، رقم: 1977.

(2) وفي رواية: «كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأدم، فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا»، صحيح مسلم: كتاب: الأشربة، باب: النهي عن الانتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير، وبيان أنه منسوخ ...، رقم: 1999.

(3) صحيح البخاري: كتاب: الجمعة، باب: السواك يوم الجمعة، رقم: 887، صحيح مسلم: كتاب: الطهارة، باب: السواك، رقم: 252.

(4) صحيح البخاري: كتاب: الحج، باب: فضل مكة وبنيانها، رقم: 1586، وصحيح مسلم: كتاب: الحج، باب: نقض الكعبة وبنائها، رقم: 1333.

(5) صحيح مسلم: كتاب: الحج، باب: نقض الكعبة وبنائها، رقم: 1333.

أشق على أمتي لأمرتهم بالصلاة هذه الساعة»[1]، فقدمت الصلاة في أول وقتها لحكمة وهي الرحمة بالناس والتخفيف عليهم، وذلك تحصيلا لمصلحة فضل شهودهم صلاة الجماعة كلهم نساء وأطفالا.

وهمَّ عمر –رضي الله عنه– أن يكتب آية الرجم لمَّا ظهر له مصلحة حفظ الدين، فقال: «لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله، لكتبت آية الرجم بيدي»[2]، ولكنه ترك ذلك خشية الوقوع في مفسدة الافتتان التي هي أعظم من مصلحة حفظ جزئي الدين، والجرأة على كتاب الله تعالى، وفي هذا فقه عظيم.

وكفه ﷺ عن قتال المنافقين وذلك مراعاة للرأي العام «لا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه»[3]، فيفتح المجال أمام الطاعنين، ويتيح الفرصة للمشككين للأخذ من الصف المسلم والنيل منه.

وورد في مصالح حفظ المال عن زيد بن خالد –رضي الله عنه– قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»، قال: فضالة الغنم؟ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»، قال: فضالة الإبل؟ قال: «ما لك ولها، معها سقاؤها، وحذاؤها ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»[4]، وعن سعيد بن المسيّب، قال: «رَأَيْتُ عَلِيًّا بَنَى لِلضَّوَالِّ مِرْبَدًا، فَكَانَ يَعْلِفُهَا عَلَفًا لَا يُسَمِّنُهَا وَلَا يُهْزِلُهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَكَانَتْ تُشْرِفُ بِأَعْنَاقِهَا، فَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى شَيْءٍ أَخَذَهُ وَإِلَّا

(1) صحيح البخاري: كتاب: التمني، باب: ما يجوز من اللو وقوله تعالى: ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً﴾ [هود: 80]، رقم: 7239، وفي رواية: «ولولا أن يثقل على أمتي لصليت بهم هذه الساعة» صحيح مسلم، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: وقت العشاء وتأخيرها، رقم: 639.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الأحكام، باب: الشهادة تكون عند الحاكم، في ولايته القضاء أو قبل ذلك، للخصم، معلقا.

(3) صحيح البخاري، كتاب: تفسير القرآن، باب: قال تعالى: ﴿يَقُولُونَ لَئِن رَّجَعْنَآ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ ٱلْأَعَزُّ مِنْهَا ٱلْأَذَلَّ ۚ وَلِلَّهِ ٱلْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَٰكِنَّ ٱلْمُنَٰفِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [المنافقون: 8]، رقم: 4907، وصحيح مسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: نصر الأخ ظالما أو مظلوما، رقم: 2584.

(4) صحيح البخاري، كتاب: في اللقطة، باب: إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، رقم: 2429، صحيح مسلم، كتاب: اللقطة، رقم: 1722.

أَقَرَّهَا عَلَى حَالِهَا لَا يَبِيعُهَا»[1]، عملا بالحكمة المقصودة من النص، وعدم الانكفاء على الظاهر.

وعن سلمة –رضي الله عنه– خَفَّتْ أَزْوَادُ القَوْمِ، وَأَمْلَقُوا، فَأَتَوُا النَّبِيَّ ﷺ فِي نَحْرِ إِبِلِهِمْ، فَأَذِنَ لَهُمْ، فَلَقِيَهُمْ عُمَرُ، فَأَخْبَرُوهُ فَقَالَ: مَا بَقَاؤُكُمْ بَعْدَ إِبِلِكُمْ، فَدَخَلَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا بَقَاؤُهُمْ بَعْدَ إِبِلِهِمْ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَادِ فِي النَّاسِ، فَيَأْتُونَ بِفَضْلِ أَزْوَادِهِمْ»[2]، فعدل عن ما قرر سابقا اعتبارا للحكمة والمصلحة الراجحة المحققة ببقاء الإبل، وأن المصلحة في إبقائها لا في نحرها، وسيأتي تفصيل الحديث عن مبدأ اعتبار الحِكم والمقاصد على النحو الآتي:

المطلب الأول: اعتبار الحِكَم في تعليل الأحكام

يضع هذا المبحث الحكمة بين الاعتبار والإهمال المطلقين، والضابط الذي يمكن من خلاله الاطمئنان على صحة اعتبارها، وبناء الأحكام عليها، وبيان أثرها على تغيُّر الأحكام.

الفرع الأول: الحكمة بين الاعتبار والإهمال

يبين هذا المحور معنى الحكمة واصطلاحات العلماء فيها، والتعليل بها وأثرها في تغير الأحكام.

أولًا: معنى الحكمة

شهد مصطلح الحكمة كغيره من المصطلحات تطورا خلال مراحله، ابتداء من ولادته في رحم الاصطلاح ووصولا إلى الاستقرار، وقد جاء على معاني عدة منها:

يطلق معنى الحكمة ويراد به السنة وما في معناها: وذلك حسب تعبير الإمام الشافعي: "الحكمة سنة رسول الله"[3]، ولما كان القياس لا يبنى على ظاهر اللفظ فقط بل وما في معناه، وكانت الحكمة السنة وما في معناها، "ومن تتبع كلام الشافعي لم يره متعلقا بأصل، ولكنه ينوط الأحكام بالمعاني المرسلة، فإن عدمها التفت إلى الأصول مشبها كدأبه إذ قال

(1) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر بن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، في الرجل يأخذ البعير الضال فينفق عليه، رقم: 21144.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الشركة، باب: الشركة في الطعام والنهد والعروض، رقم: 2484.

(3) الرسالة: للإمام الشافعي، 32/1 – 73.

طهارتان فكيف يفترقان؟"[1]، يقول ذلك إرسالًا بغير شروط ولا قيود، وعليه؛ "إذا استندت المعاني إلى الأصول فالتمسك بها جائز، وليست الأصول وأحكامها حججا، وإنما الحجج في المعنى"[2]، وهذا تقرر أن الحكمة هي المعنى.

وتأتي الحكمة بمعنى مصالح المكلفين: ثم أخذ يتسع هذا المصطلح، قال الجصاص: "وعلل الأحكام إنما هي أوصاف في الأصل المعلول ليس من علل المصالح في شيء، والمصالح نفسها هي الأحكام التي تعبدنا الله تعالى بها، وقد علمنا عند ورود النص: أنه لم يفعلها إلا حكمة وصوابا، وإن لم نقف على وجه المصلحة في كل شيء بعينه،... وعلل هذه المصالح إنما هي في المتعبدين لا في الحكم، وذلك؛ لأنه جائز أن يكون في المعلوم أنه لو لم يتعبدنا بها لفسدنا، وإذا تعبدنا بها صلحنا، وليس ذلك من علل الأحكام في شيء... وعلل المصالح إنما هي معان في المتعبدين لا في الأصول المتعبد بها، وتلك المعاني لا نعلمها إلا من طريق التوقيف، وإن كنا قد علمنا في الجملة"[3]، فيتلخص القول بأن الحكمة هي علل المصالح في المكلفين التي هي الأحكام نفسها، وطريق معرفتها توقيفية وإن علمناها بالجملة.

وقد يكون معنى الحكمة الفقه، والمراد به المعنى الباطن: "وفسرت الحكمة في القرآن بالفقه، لأن الحكمة هي المعنى الباطن في المصنوع لأجله كان الصنع، فكذلك المعنى الباطن في النص الذي شرع لأجله الحكم هو العلة"[4].

وذلك لمَّا كان الفقه هو الوقوف على الحكمة؛ فسر كلا منهما بالأخر، فقيل: "والحكمة والفقه هو الوقوف عليها، فالدافع على طرف الفقه هو أن يكون بوجه لا ينال إلا بضرب تأمل، فأما الدفع بألفاظ ظاهرة فمما يقع بها الاحتراز عن النقوض بالسماع، فلا يكون فقها"[5]،

(1) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 163/2.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الفصول في الأصول: للجصاص، 141/4.

(4) تقويم الأدلة في أصول الفقه: لأبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدّبوسيّ الحنفي (المتوفى: 430هـ)، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، ط/1، 1421هـ - 2001م، 351/1.

(5) المصدر السابق نفسه.

لأن الفقه هو "اسم لضرب معنى ينال بالتأمل والاستنباط"[1]، فالحكمة هي المعنى الباطن المؤثر في الحكم.

وقال السرخسي: "مَا يكون مؤثرا فِي إِثْبَات الحكم شرعا فَهُوَ الْحِكْمَة الْبَاطِنَة والمطالبة بِهِ تكون مفاقهة"[2]، وبهذا المعنى المؤثر تصير الْعلَّة "مُوجبَة للْحكم شرعا وَهِي الْحِكْمَة الْبَاطِنَة الَّتِي يعبر عَنْهَا بالفقه"[3]، فالحكمة ليست المعنى على اطلاقه بل هي المعنى المؤثر، -سيرا على خطى سلفه من الحنفية الذين قالوا بأن الحكمة الفقه- "وهذا الأثر الذي ادعيناه يظهر للخصم بالتأمل؛ فإنه عبارة عن أثر ظاهر في بعض المواضع سوى المتنازع فيه، وهو موافق للعلل المنقولة عن رسول الله ﷺ وعن الصحابة والسلف من الفقهاء رضوان الله عليهم أجمعين"[4]، فهو يريد الأثر في العلل العقلية الذي يظهر بالتأمل والنظر، مع ضرورة موافقة العلل النقلية.

ومن معانيها: "الوصف الجالب للحكم"[5]، وعليه فكل معنى جالب للحكم فهو علة، ومنها الحكمة؛ لمَّا كانت هي المعنى.

ثم أخذ مصطلح الحكمة يشق لنفسه طريقا مستقلا عن العلة فالصحابة في استدلالهم بالقياس اعتبروا المعاني والعلل ألا ترى أن عمر -رضي الله عنه- قال لأبي بكر -رضي الله عنه- رضيك رسول الله ﷺ لديننا أفلا نرضك لدنيانا، وقال علي -رضي الله عنه- في شارب الخمر إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فأرى أن يحد حد المفتري[6]، فدل على أنهم اعتبروا المعنى المقتضي للحكم والشبه المؤثر فيه"[7].

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) أصول السرخسي: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، لجنة المعارف العثمانية، حيدر أباد الهند، ط/1، 1414هـ - 1993م، 234/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) المصدر السابق، 186/1 - 187.

(5) الحدود في الأصول: للباجي، 122/1.

(6) أصل الحديث: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ يَشْرَبُهَا الرَّجُلُ. فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ: نَرَى أَنْ نَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ. فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ. وَإِذَا سَكِرَ هَذَيَ. وَإِذَا هَذَيَ افْتَرَى، أَوْ كَمَا قَالَ، فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْحَدِّ ثَمَانِينَ، الموطأ: للإمام مالك، كتاب الأشربة، الحد في الخمر، رقم: 3117.

(7) التبصرة في أصول الفقه: للشيرازي، 459/1.

فتعد العلة؛ "المعنى المقتضـــي للحكم في الشـــرع"[1]، وهذا المعنى "مأخوذ من قولهم في المرض إنه علة لأنها تقتضـــــي تغيُّر حال المريض"[2]، فتأثر على الحكم ومتى أثرت علمنا أنها تقتضـــــي ذلك الحكم، "لأنه يجوز أن تكون علة في موضـــــع ولا تكون علة في موضع آخر"[3].

والحكمة كما عبر عنها الجويني: "استنباط المعاني المخيلة المناسبة من الأحكام الثابتة في مواقع النصوص والإجماع"[4]، فهي استنباط المعاني، والمعنى الذي ادعاه المعلل علة "هو المناسب"[5]، فهي هنا أقرب إلى التعليل منه إلى العلَّة.

وكان الإمام الغزالي أكثر وضوحا حين قال: "لسنا نعني بالحكمة إلا العلة المخيلة والمعنى المناسب"[6]، فظهر من خلال هذا التعريف التداخل بين الحكمة، والعلة والمصلحة، والمعنى المناسب.

ويمثل له بقوله: "إن الجوع المفرط والألم المبرح في معنى الغضب: في تحريم القضاء؛ حيث قال رسول الله ﷺ: «لا يقض القاضي وهو غضبان»[7]؛ لأنه جعل الغضب سببًا لتحريم القضاء، فعقلت حكمته، هو: أنه يدهش العقل، ويزيح عنه أبواب الصواب، ويمنعه من استيفاء الفكر في طلب النصفة، وتحري العدل في القضية؛ وهذه الحكمة بعينها تدعو إلى نصب الجوع المفرط والألم المبرح مانعًا؛ فهذه حكمة معقولة في تعليل السبب وتعديته"[8].

(1) المصدر السابق، 461/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 23/2.

(5) المصدر السابق، 57/2.

(6) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: للغزالي، 613/1.

(7) أصل الحديث عن أبي بكرة: «لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان» صحيح البخاري، كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان، رقم: 7158، وصحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، رقم: 1717.

(8) شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: للغزالي، 613/1.

يعرفها الإمام الشاطبي في الموافقات بقوله: "الحكمة التي هي العلة على كمالها"[1]، أي المشقة الحقيقية غير المتوهمة، الموجبة للرخصة، والتي تقوم مقام السبب، وفيه إشارة إلى أن الحكمة إذا انضبطت صح التعليل بها، وكانت علة كاملة للحكم.

وفي موضع سابق يقيم العلة مقام الحكمة –التي هي المصلحة والمفسدة نفسها– على مستوى الحد والتمثيل، فيقول: "وأما العلة؛ فالمراد بها: الحِكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر، أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي، فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في السفر، والسفر هو السبب الموضوع سببا للإباحة؛ فعلى الجملة؛ العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنتها، كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، منضبطة أو غير منضبطة"[2]، أي المعنى المناسب لتشريع الحُكم الذي بجعلة الشارع له موجبا لتشريع الحكم.

ولما كانت العلة هي المصلحة والمفسدة التي هي الحكمة، فضابط التعليل بها عدم مخالفة الشرع، "ولذلك أقام الشرع في جملة منها السبب مقام العلة؛ فاعتبر السفر؛ لأنه أقرب مظان وجود المشقة"[3] التي هي الحكمة، وأما كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم، والمفسدة مفسدة كذلك مما يختص بالشارع، لا مجال للعقل فيه[4]، وعليه؛ جعل العلة مقام الحكمة ضبطا لقواعد الشرع، "فإنَّ انتفاء المشقة بالنسبة إلى الملك المترفِّه غير متحقق، بل الظن بوجودها غالب؛ غير أن المشقة تختلف اختلاف الناس ولا تنضبط، فنصب الشارع المظنة في موضع الحكمة؛ ضبطا للقوانين الشرعية، كما جعل التقاء الختانين ضابطا لمسبباته المعلومة، وإن لم يكن الماء عنه، لأنه مظنته، وجعل الاحتلام مظنة حصول العقل القابل للتكليف؛ لأنه غير منضبط في نفسه"[5]، وبهذا تقرر أن لا تعليل إلا بحكمة منضبطة تابعة للمظنة التي هي العلة، قائمة مقام السبب.

وقد تكون المظنة السبب، وعليه؛ فلما كان تعاطي السبب مظنة وقوع المصلحة والمفسدة التي هي الحكمة؛ ترتب الحكم على تعاطي السبب "فالمولج والشارب قد تعاطيا

(1) الموافقات: للشاطبي، 515/1.
(2) المصدر السابق، 410/1 – 411.
(3) المصدر السابق، 485/1.
(4) المصدر السابق، 534/2.
(5) المصدر السابق، 396/1.

السبب على كماله؛ فلا بد من إيقاع مسببه وهو الحد"[1]، سواء حصل اختلاط الأنساب وذهاب العقل أم لم يحصل، لأن الشارع لم يضع "الحد بإزاء زوال العقل أو اختلاط الأنساب، بل بإزاء تعاطي أسبابه خاصة"[2]، لانضباطها بخلاف الحكمة فقد تأتي مضطربة.

ولهذا يعرفها الإمام الشـــاطبي في الاعتصـــام "المبادئ الموضـــوعة على وفق الغايات"[3]، وهذا هو معنى العلة، ولا مشـاحة في الاصـطلاح كما صـرح بذلك في مواطن ستأتي معنا بعد.

ثانيًا: الخلاف الأصولي في التعليل بالحكمة

لما كانت الحكمة منها الظاهرة المنضبطة والخفية غير المنضبطة اختلف في التعليل بها إلى مذاهب:

المذهب الأول: الجواز مطلقًا وهو اختيار الإمام الرازي والبيضاوي، وكلام ابن الحاجب يقتضي رجحانه أيضا، استدلا بأن مقصد الشارع من إناطة الحكم بالوصف الظاهر إنما هو لاشتماله على جلب مصلحة أو دفع مفسدة وهو المقصد من التشريع، وحينئذ فالاعتماد عليه أولى من الوصف الظاهر[4]، وللرازي في المحصول ستة أوجه في الرد على المانعين للتعليل بالحكمة مطلقا، استطاع بعرضه لها الاستدلال بها على جواز التعليل مطلقا، وهي على النحو الآتي:

الأول: لا نزاع في أن المناسبة طريق كون الوصف علة، والمعنى بذلك أنا نستدل بكون الوصف مشتملا على المصلحة على كونه علة، فلا يخلو إما أن يكون الدال على عليته اشتماله على مطلق المصلحة، أو اشتماله على مصلحة معينة، والأول باطل، وإلا لكان كل وصف مشتمل على مصلحة كيف كانت علة لذلك الحكم، ولما بطل القسم الأول؛ تعين الثاني، فنقول: إما أن يمكن الاطلاع على المصلحة المخصوصة، أو لا يمكن، فإن امتنع الاطلاع على المصلحة المخصوصة امتنع الاستدلال بكون الوصف مشتملا عليها على كونه علة، لأن العلم باشتمال الوصف عليها موقوف على العلم بها، وحيث لم يمتنع

(1) المصدر السابق، 36/1 – 37.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الاعْتِصَام: للشاطبي، 287/3.

(4) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 202/3، ونهاية السول شرح منهاج الوصول: للإسنوي، 349/1.

هذا الاستدلال علمنا أن الاطلاع على خصوصيتها ممكن، وبهذا الحرف ظهر الجواب عن قوله: المصالح أمور باطنة، فلا يمكن الاطلاع عليها[1]، أي القدر اليسير من المصلحة التي يمكن الاطلاع عليها، هو ما يمكن الاستدلال به على التعليل بالحكمة، وليس مطلق المصلحة، للاتفاق على أن الوصف الظاهر المنضبط ما جعل علة إلا لاشتماله على قدر من المصلحة.

الثاني: لو جاز التعليل بالحكمة لما جاز التعليل بالوصف، قلنا: التعليل بالحكمة وإن كان راجحا على التعليل بالوصف من الوجه [كونه المؤثر الحقيقي ومقصود الشارع] فالتعليل بالوصف راجح على التعليل بالحكمة من وجه آخر، وهو سهولة الاطلاع على الوصف، وعسر الاطلاع على الحكمة، فلما كان كل واحد منهما راجحا من وجه مرجوحا من وجه آخر، حصل الاستواء[2]، وعندئذ فلا مرجح بين التعليل بأحدهما، وليس أحدهما أولى من الآخر.

الثالث: لو صح التعليل بالحكمة لوجب طلبها، قلنا: نحن وإن اختلفنا في جواز تعليل الحكم؛ لكنا اتفقنا على أن كون الوصف علة للحكم معلل بالحكمة، فإن لم يقتض ذلك وجوب طلب الحكمة فقد بطل قولك، وإن اقتضى وجوب طلبها فقد بطل قولك أيضا[3]؛ لان ذلك من لوازم التعليل بالوصف المتفق عليه، فلا يصح الاعتراض به.

الرابع: الاستقراء دل على تعليل الأحكام بالأوصاف لا بالحكمة، قلنا: لا نسلم، بل التعليل بالحِكَم حاصل في صور كثيرة، مثل التوسط في إقامة الحد بين المهلك والزاجر، وكذا الفرق بين العمل اليسير والكثير[4]، فثبوت التعليل بالحكمة في صورة من الصور كافٍ لإبطال إطلاق القول بالاستقراء التام، وأما الناقص فلا يصح دليلًا.

الخامس: الدليل ينفي التمسك بالعلة المظنونة، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغۡنِي مِنَ ٱلۡحَقِّ شَيۡـٔٗا﴾ [يونس: 36]، خالفناه في الأوصاف الجليَّة لظهورها والحاجة ليست كذلك

(1) المحصول: للرازي، 291/5.

(2) المصدر السابق، 287/5 – 292

(3) المصدر السابق، 292/5

(4) المصدر السابق نفسه.

فتبقى على الأصـــل"[1]، وهو المنع، فإن "قلنا: الحكمة علَّةٌ لعلِّيَّة الوصـــف فأولى أن تكون علَّة للحكم"[2].

السادس: أن الحكمة تابعة للحكم؛ لأن الزجر تابع لحصول القصاص، وعلة الشيء يستحيل تأخيرها عن الشيء، فالحكمة لا تكون علة للحكم[3]، لأنها ثمرة الحكم، قلنا: إن التأخر إنما هو في الوجود الخارجي لا في الذهن، ولهذا قيل: أول الفكر آخر العمل[4].

المذهب الثاني: المنع مطلقًا، وهو مذهب الأكثرين، قال الآمدي: "الأكثرون إلى امتناع الحكم بالحكمة المجردة عن الضابط"[5].

واستدلوا بقولهم: إنما جاز التعليل بالوصف الظاهر المنضبط لتعذر التعليل بالحكمة[6]، وأن الحكمة –التي هي المصلحة أو المفسدة– متعلقة بالحاجات والأمور الباطنة، فلا يمكن الوقوف على مقاديرها لاختلاف الأشخاص والأحوال، ولذلك ربط الشارع الحكم بالوصف الظاهر المنضبط، ولم يربطه بالحكمة لعدم الإمكان، وعسر الكشف عنها.

وأجيب عنه: بأنه لو لم يمكن العلم بها لما أمكن العلم بالوصف الظاهر، فإن الوصف لا يُعلم إلا إذا عُلمت، ثم إنه يجوز التعليل به اتفاقًا وكذلك الحكمة، فإذا ظن المجتهد ربط الحكم بهذا الوصف الظاهر المشتمل على جلب المصلحة أو درء المفسدة –وهي الحكمة– حصل الظن بمقدارها، فيربط الحكم بالفرع لأن العمل بالظن واجب[7].

المذهب الثالث: ومنهم من فصل القول بالتعليل بعد تصنيف الحكمة إلى منضبطة ومضطربة: فجوز التعليل بالأولى دون الثانية، وهذا هو المختار[8] عند الآمدي.

---

(1) المصدر السابق، 290/5.

(2) المصدر السابق، 292/5

(3) المصدر السابق، 290/5

(4) المصدر السابق، 292/5، ونفائس الأصول في شرح المحصول: للقرافي، 3497/8.

(5) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 202/3.

(6) الفروق: للقرافي، 175/2.

(7) نهاية السول شرح منهاج الوصول: للإسنوي، 349/1 – 350، ولخصها في الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية: للسفياني، ص: 391، وما بعده.

(8) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 202/3.

فالحكمة المضطربة مختلفة باختلاف الصور والأشخاص والأزمان والأحوال، فلا يمكن معرفة ما هو مناط الحكم منها، والوقوف عليه إلا بعسر وحرج، وأما المجردة عن الضابط، فإن التعليل بها يفضي إلى الحرج المنفي[1]، والحرج يزال.

وينعقد الإجماع على صحة تعليل الأحكام بالأوصاف الظاهرة المنضبطة المشتملة على احتمال الحكم، كتعليل وجوب القصاص بالقتل العمد العدوان لحكمة الزجر أو الجبر، وتعليل صحة البيع بالتصرف الصادر من الأهل في المحل لحكمة الانتفاع"[2].

وكانت عمدة من قال بالتفصيل بين المضطربة وغير المضطربة؛ هو الظهور والانضباط، لهذا لم يفصلوا القول في غير ذلك، والجواب ينطلق من سؤال: ماذا تقصدون بالانضباط والظهور؟ وهل معنى أن تكون العلة ظاهرة منضبطة؛ بذاتها أو بدليل خارج عنها؟ فإن كان الأول لزم المنع لكثير من الأوصاف التي عللتم بها، مثل الإسكار في تحريم الخمر، والأوصاف التي ورد في نصوص الكتاب والسنة، وكانت صريحة بالتعليل، مثل العمديَّة علة للقصاص، والغضب علة لمنع القضاء.

وإن كان الثاني فالحكمة كالوصف قد تكون خفية مضطربة في نفسها ولكن يظهر القدر المطلوب منها، وينضبط بدليل آخر كالعرف[3]، أو العادة أو حال المكلف.

ينبغي معرفة أن كل وصف يمكن الوقوف عليه بدليل؛ يصح نصبه أمارة، لأن مقصود التعريف يحصل منه. كما يحصل من غيره، سواء كان خفيا أم لا، وقد قال تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29]، وفي الحديث: «إنما البيع عن تراض»[4]، وهذا يدل على أن الرضا هو المعتبر في العقود، وإن كان خفيا عندهم، وكذلك العمدية علة في القصاص، وهو كثير في الكتاب والسنة، واعلم أنهم فسروا الخفاء بما لا يمكن الاطلاع عليه، ومثلوه بالرضا في العقود، والعمدية في القصاص، واستشكل عليهم؛ أنهم إن عنوا بكونه لا يطلع عليه أنه لا سبيل إلى الوقوف عليه لا باعتبار نفسه ولا باعتبار غيره مما يدل عليه، فهذا لا يصح نصبه أمارة بنفسه ولا مظنة، وإن عنوا به أنَّه لا يطلع عليه باعتبار

(1) المصدر السابق، 203/3، بتصرف.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) التقرير والتحبير: لابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت، 263/3، بتصرف.

(4) سنن ابن ماجه، كتاب: أبواب التجارات، باب: بيع الخيار، رقم: 2185، من حديث أبي سعيد الخدري

نفسه، ويمكن أن يوقف عليه باعتبار ما يدل عليه، فيلزمهم على هذا أن يكون الإشكال خفيًّا، لأنه لا يوقف عليه باعتبار نفسه، وإنما يستدل عليه بآثاره[1].

ومثله الاختلاف في قدر السفر، ومقاصد المسافر المبيحة للترخص، وكذلك في المرض "وإنما يباح الفطر في السفر الطويل، الذي يبيح القصر، وقد ذكرنا قدره في الصلاة... والمرض لا ضابط له؛ فإن الأمراض تختلف"[2]، قال العز بن عبدالسلام: "وأما المبيح للفطر فينبغي أن تقرب مشقته بمشقة الصيام في الحضر، فإذا شق الصوم مشقة تربى على مشقة الصوم في الحضر فليجز الإفطار بذلك، ولهذا نظائر كثيرة: منها مقادير الأغرار في المعاملات، ومنها توقان الجائع إلى الطعام وقد حضرت الصلاة، ومنها التأذي بالرياح الباردة في الليلة المظلمة، وكذلك التأذي بالمشي في الوحل، ومنها غصب الحكام المانع من الإقدام على الحكام، فإن المراتب في ذلك كله مختلفة، ولا ضابط لمتوسطاتها إلا بالتقريب. وقد ضبط غضب الحاكم بما يمنع من استيفاء النظر، وكل هذه تقريبات يرجع في أمثالها إلى ظنون المكلفين[3]، بالإضافة إلى جواب الرازي في الأول والثاني والخامس، فيكون الأقرب إلى الصواب هو القول بالتعليل بالحكمة مطلقا متى تحققت العلة.

وأدلة هذا القول واضحة، ودلالة الكتاب والسنة على التعليل بها بيّنة، كمفاسد الخمر والميسر ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيۡطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيۡنَكُمُ ٱلۡعَدَٰوَةَ وَٱلۡبَغۡضَآءَ فِي ٱلۡخَمۡرِ وَٱلۡمَيۡسِرِ وَيَصُدَّكُمۡ عَن ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِۖ فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾ [المائدة: 91]، وقسمة الفيء بدل من أن يكون المال دولة بين الأغنياء ﴿كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ﴾ [الحشر: 7]، ولا ضرر ولا ضرار، والجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، ومشقة الاستياك عند كل صلاة وهي كثيرة.

(1) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 171/7.

(2) المغني: لابن قدامة، 117/3 – 165.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 16/2.

وأولوها الصحابة –رضي الله عنهم– وأئمة المذاهب[1] اعتبارا ورعاية في كثير من اجتهاداتهم، قال الجويني: "والذي يتحصل عندنا في ذلك أن الحكم إذا ثبت في أصل، ولاح للمستنبط فيه معنى مناسب للحكم، فيحكم في مثل ذلك مع سلامة المعنى المظنون منتهضا عن المبطلات بكون الحكم معللا، ويتبين له أن ربط الحكم بهذا المعنى الفرد لائح منحصر في مطالب الشريعة، ويجوز تعليق الحكم بمثل هذا المعنى فإنه لم يصح عن أصحاب رسول الله ﷺ ضبط المصالح التي تنتهض عللا للأحكام ولا إطلاق تعليق الحكم بكل مصلحة تظهر للناظر وذي رأى[2].

لذلك كان مسلك الضبط؛ هو النظر في مواقع الأحكام مع البحث عن معانيها فإذا لاحت، وسلمت تبين أنه معنى متلقى من أصول الشريعة وليس حايدا عن المآخذ المضبوطة، فهذا هو المسلك الحق في درك وقوع المعنى في ضبط الشرع، ولهذا رد الحذاق الاستدلال الذي لا يستند إلى أصل، فإن صاحبه لا يأمن وقوعه في مصلحة لا يناط حكم الشرع بمثلها[3]، فالصحابة –رضي الله عنهم– كانوا يتلقون معاني ومصالح من موارد الشريعة، ويعتمدونها في الوقائع التي لا نصوص فيها، فإذا ظنوها ولم يناقض رأيهم فيها أصل من أصول الشريعة؛ أجروها[4] في الفروع.

وقال الغزالي وهو يورد الأمثلة على هذا المسلك: "إن الصبي يولى عليه لحكمة وهي عجزه عن النظر لنفسه، فليس الصبا سبب الولاية لذاته بل لهذه الحكمة، فننصب الجنون سببا قياسا على الصغر؛ والدليل على جواز مثل ذلك اتفاق عمر وعلي –رضي الله عنهما– على جواز قتل الجماعة بالواحد، والشرع إنما أوجب القتل على القاتل والشريك ليس بقاتل على الكمال، لكنهم قالوا: إنما اقتص من القاتل لأجل الزجر وعصمة الدماء، وهذا المعنى يقتضي إلحاق المشارك بالمنفرد"[5]، ومنه تعليق الحدود، وعدم إقامتها في الغزو والسفر

(1) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: القراض، باب: ما جاء في القراض، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 168/5 – 232، ورد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 102/5، والأم: للإمام الشافعي، 135/2، والمغني: لابن قدامة، 161/4، 246/4.

(2) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 41/2 – 42.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) المصدر السابق، 30/2.

(5) المستصفى: للغزالي، 330/1.

لحكمة؛ إما جلبا لمصلحة، أو دفع لمفسدة قد تلحق المسلمين، "وهذا اتفاق لم يظهر خلافه"[1]، والاعتراض على التعليل بها هو اعتراض يصدق على الوصف من باب أولى، والمنع من التعليل يعدُّ مقابلة للنصوص، وردًا لها، ومعارضتها بما هو دونها في الرجحان، كاعتبار نصوص عامة في النهي عن اتباع الظن ورفع الحرج مقابل نصوص خاصة.

ومخالفة القول بالتعليل مطلقا مخالفة للإجماع بأن الشريعة جاءت لتحقيق المصالح وتكثيرها، ودرء المفاسد وتقليلها، ولما فيه من أثر على تطور الاجتهاد الفقهي.

ثالثًا: ضابط اعتبار التعليل بالحكمة

اختلف علماء الأصول في الحكمة من حيث انضباطها وعدم انضباطها، فما قرره الشاطبي؛ إذا " كانت العلة غير منضبطة ولم يوجد لها مظنة منضبطة؛ فالمحل محل اشتباه، وكثيرا ما يرجع هنا إلى أصل الاحتياط، فإنه ثابت معتبر"[2]، كسد الذريعة لدرء المفسدة المتوقعة.

فيقصد بالحكمة معنى مؤثرا ومعقولا ومناسبا، وهي المصلحة والمفسدة، وعندما تكلم علماء الأصول على شرط الإلحاق بالعلة قالوا شرط: "اشتمالها على حكمة، أي مصلحة مقصودة من الشرع الحكيم، تبعث المكلف على الامتثال، وتصلح شاهدا لإناطة الحكم بالعلة"[3]، وقد تطلق على المقصد الكلي "كحفظ النفوس، فإنه حكمة ترتب وجود القود على علته"[4]، أو على المقصد الجزئي مثل إلحاق "القتل بمثقل بالقتل بمحدد في وجوب القود؛ لاشتراكهما في العلة المشتملة على الحكمة المذكورة"[5]، وكالاستغناء بالملكيَّة في علة وجوب الزكاة المعلل بملك النصاب.

ويراد بالعلة الوصف الظاهر المنضبط المعرف للحكم المؤثر فيه وجودا وعدما؛ وهي مظنة تحقق الحكمة من التشريع، بل الوصف ما جعل علة إلا لاشتماله على حكمة، قال

(1) المغني: لابن قدامة، 310/9.

(2) الموافقات: للشاطبي، 530/1.

(3) غاية الوصول في شرح لب الأصول: لزكريا الأنصاري، 114/1.

(4) المصدر السابق، 116/1.

(5) المصدر السابق نفسه.

الإمام الرازي: "وإنما جعل مؤثرا لاشتماله على الحكمة"[1] وأما تأخرها عن الحكم، إنما هو تأخر في الخارج.

وتبرز علاقة الحكمة بالعلة من حيث إن العلة "تكون عادة مظنة تحقيق حكمة تشريع الحكم، غير أنه قد تتخلف الحِكْمة أحيانًا مع وجود العلة، وذلك مثل الشفعة فقد شرعت لحِكْمة، هي دفع الضرر عن الشفيع، وجُعِلَت علة ذلك هي الاشتراك في الملك، وقد يكون أحيانا الشريك الجديد أحسن دينا وأنفع للشفيع وبذلك تتخلف الحِكمة، لكن لما وُجِدَت العلة ثبتت الشفعة، ولم يُنظر إلى الحِكْمة"[2].

وبهذا تعدُّ الحكمة: ما يتضمنه الوصف المعلل به من معنى مناسب، أو المناسب نفسه لشرعية ذلك الحكم كالمشقة في السفر، أو المعنى المؤثر لهذا قيل: هي العلة على كمالها.

أو ما يترتب على ذلك الحكم كاشتمال التشريع على جلب مصلحة وتكميلها، أو دَفْع مفسدة وتقليلها –إن لم تكن المصلحة ذاتها والمفسدة ذاتها– وذلك لأن المصلحة والحكمة بمعنى واحد، ولأن كل منهما علة ثابتة بدليل خاص، وعليه فإن المصلحة والمفسدة ذاتهما يطلق عليهما معنى الحكمة.

الفرع الثاني: الأثر المترتب على التعليل بالحكمة

يترتب على التعليل بالحكمة أثر يظهر على مستويات عديدة، منها ما يتعلق بالعمل بالحكمة المقصودة من النص، وعدم الانكفاء على الظاهر، كما في ترك الأمر بالسواك مع كل صلاة، نظرا لأن مفسدة المشقة عارضت مصلحة الاستياك فانخرمت المناسبة.

وعلى مستوى تقديم مفسدة راجحة على مصلحة مرجوحة، كترك إعادة بناء الكعبة على قواعد إبراهيم ﷺ ما جاء في ترك مرغوب فيه تجنبا لمرغوب عنه، أو اتقاء ضرر أكبر بضرر أصغر.

ومما صح عنه ﷺ تأخيره لصلاة العشاء، فقدمت الصلاة في أول وقتها رحمة بالناس وتخفيفًا عليهم، وتحصيلا لمصلحة فضل شهودهم صلاة الجماعة، وعملا بمبدأ التيسير تحقيقا لمصلحة عامة الناس، لأن مفسدة المشقة عارضت مصلحة التأخير.

---

(1) المحصول: للرازي، 289/5.

(2) أصول الفقه الإسلامي: أ. د. وهبة الزحيلي، دار الفكر– دمشق– ط/1، 1406هـ– 1986م، 1،651.

ولمراعاة مصلحة حفظ الدين خشية وقوع المفسدة، وحصول الافتتان، والجرأة على كتاب الله تعالى ترك عمر –رضي الله عنه– آية الرجم ولم يدخلها في القرآن، وذلك لمَّا علم بها كأنها متلوة، طلب الاعتناء بلفظها للحِفَاظ على مدلولها.

ولما كان التعليل بالحكمة مسلكا منهاجيا تجاذبته فهوم العلماء بين المانع والآخذ بإطلاق، وبين آخذ بضوابط، ترتب على هذا أثر جسيم في تخريج الفروع على الأصول، واستنباط الأحكام الجزئية من كلياتها، وتنزيل النصوص على الوقائع، فأنتج توسعا في الأحكام، وموائمة للمستجدات، في مقابل التصلب على ظواهر النصوص، أو إسقاط للأحكام المطلقة والعامة على فتاوى خاصة حقها عدم التعميم، لهذا ظن من ظن بأن كثيرًا من الأحكام جاءت مخالفة لأصل القياس، وهذا خطأ في منهاج مفاده أن "ما يُظن مخالفته للقياس فأحد الأمرين لازم فيه ولا بد؛ إما أن يكون القياس فاسدًا، أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع"[1]، فإذا حمل على الصورة تلك؛ أدى إلى الخطأ في التنزيل، فالذين قالوا: المضاربة والمُسَاقاة والمزَارعة تجوز رخصة على خلاف القياس فلا تتعدى إلى غير موردها[2]؛ ظنّوا أن هذه العقود من جنس الإجارة؛ لأنها عملٌ بعوض، والإجارة يشترط فيها العلم بالعِوَض والمعوض، فلما رأوا العمل والرِّبْحَ في هذه العقود غير معلومين قالوا: هي على خلاف القياس[3]، وهذا من غلطهم؛ فإن هذه العقود من جنس المشاركات، لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، والمشاركاتُ جنسٌ غير جنس المعاوضات، وإن كان فيها شَوْبُ المعاوضة[4]، الأمر الذي يعود على الأصل بالإبطال، ولذلك قيل في مثل هذا التخريج "هذا من أبطل القياس حسًا وشرعًا"[5]، وعليه؛ فليس في الشريعة ما يخالف قياسا صحيحا؛ لكن فيها ما يخالف القياس الفاسد[6].

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 165/3.

(2) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 281/5، 285، وفتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 107/12.

(3) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 166/3– 167.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المصدر السابق، 165/3 – 176.

(6) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 505/20.

ومن ذلك اختلافهم في الشروط، فلما كان مبنى الشرط على حكمة يقتضيها المشروط، كان تحقق الحكم مرتبا على تحقق الشرط، ومن ذلك "ما كان من الشروط من مقتضيات العقد أو من مصلحاته صح فيه البيع والشرط، وما كان منافيًا للعقد أو يؤدي إلى الغرر والجهل بالمبيع فسد فيه البيع والشرط"[1]، فيترتب عليها صحة وفساد، وقد كان ابن عرفة يقول: ما لا يفيد مصلحة في البيع ولا يفسد البيع، ولا يزاد في الثمن ولا ينقص منه لأجله، فهو الذي يقول فيه أصحابنا يصح البيع ويبطل الشرط[2].

وعبر الإمام الشاطبي عن قاعدة الشروط بقوله: "أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضدا لها بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال"[3]، أما المطلق عن التقييد بموافقة الحكمة، أو منافاتها، أو تكميلها، بحيث لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة، وهو محل نظر، والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعاني، والأصل فيها أن لا يقدم عليها إلا بإذن، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه[4]، بل يكتفى عدم المنافاة لمقصود المشروط وحكمته.

ومن ذلك تقعيدهم لقاعدة: "مراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل أبدًا"[5]، ومن تطبيقها: "إذا وجد المصلي المتيمم الماء في أثناء الصلاة لم يقطع صلاته، عند مالك، لأن الماء وسيلة، وعلى هذا يتخرج اختلاف المالكية في التيمم لضيق الوقت"[6]، مراعاة للمقاصد وتقديمها على كل وسيلة؛ وللحكمة التي هي حقيقة التشريع.

وجاء في تقرير قاعدة: كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل، فلذلك لم تصح، مثل الإجارة على عمل محرم، وأشباه ذلك، واختلف في شرط نفي خيار المجلس في البيع فمن أبطل العقد، أو الشرط نظر إلى أن مقصود العقد؛ إثبات الخيار فيه للتروي،

---

(1) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: للزرقاني، 160/5.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الموافقات: للشاطبي، 438/1.

(4) المصدر السابق، 440/1.

(5) القواعد: أبي عبد الله بن المقّرِي، 330/2

(6) المصدر السابق، 330/2 – 331.

فاشتراط نفيه يخل بمقصوده، ومن صححه نظر إلى أن لزوم العقد هو المقصود، والخيار دخيل فيه[1].

فاقتصار تعدية الأحكام على العلة المنضبطة تضيق للفقه الإسلامي، وتحوير لانطلاقاته وشموليَّته، وتحويل لمساره الذي كان عليه، لهذا كان التعليل بالحكمة وعدم الاقتصار على الوصف المناسب توسع لباب القياس لاستيعاب المستجدات ومعالجة النوازل المعاصرة.

وتشير العلة إلى الحكمة وتنبه عليها، وكما نقل عن العلامة محمد التأويل: "أنها تأتي بعد التطبيق"[2]، أي بعد العمل وحصول الحكم أو بعد قيام المكلف بالحكم، فهي ثمرة، وهي تتضمن المصلحة والمفسدة معًا، وبهذا تقرر أن لا تعليل إلا بحكمة منضبطة تابعة للمظنة التي هي العلة، القائمة مقام السبب، وضابط التعليل بها عدم مخالفة الشرع.

المطلب الثاني: مراعاة النظر المقاصدي وتفعيله في الفهم والتنزيل

عرَّف الإمام الشاطبي بمقاصد الشريعة في موضعين مختلفين، وهذا لا يعني أنه أعطاها تعريفين ولكن التعريف نفسه جعله على جزئين يكمل كل واحد منها الآخر، ولا يمكن لأحدهما أن يستقل استقلالًا تامًا عن الآخر، وهذه الصورة أملاها عليه منهاجه الذي قسم فيه المقاصد إلى: مقاصد الشارع، ومقاصد المكلفين[3]، فالتزم به في تقرير مسائله.

الجزء الأول: اعتبار النظر إلى مقاصد الشارع، وهي أَنَّ الشَّارِعَ قَدْ قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، فذلك عَلَى وَجْهٍ لَا يَخْتَلُّ لَهَا بِهِ نِظَامٌ، لَا بِحَسَبِ الْكُلِّ وَلَا بِحَسَبِ الْجُزْءِ[4].

الجزء الثاني: باعتبار النظر إلى مقاصد المكلف، فالْمَقْصِدُ الشَّرْعِيُّ مِنْ وَضْعِ الشَّرِيعَةِ إِخْرَاجَ الْمُكَلَّفِ عَنْ دَاعِيَةِ هَوَاهُ، حَتَّى يَكُونَ عَبْدًا لِلَّهِ اخْتِيَارًا، كَمَا هُوَ عَبْدٌ لِلَّهِ اضْطِرَارًا[5].

---

(1) الأشباه والنظائر: للسيوطي، 285/1.

(2) أخبرني بذلك أ.د محمد والسو، في جامع القرويين بفاس، 14/4/2018، 06:00:00.

(3) مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية: أ. د. عز الدين بن زغيبة، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي – الإمارات العربية المتحدة، ط/1، 1422هـ – 2001م، ص: 15.

(4) الموافقات: للشاطبي، 62/2.

(5) المصدر السابق، 289/2.

فالأول معناه وضع نظام كامل كافل للسعادة في الدنيا والآخرة لمن تمسك به، والآخر أن الشارع يطلب من العبد الدخول تحت هذا النظام، والانقياد له لا لهواه[1]، في إشارة إلى التلازم بين المقاصد الأصليَّة والتبعيَّة، نظرًا وتطبيقًا من الوضع إلى الدخول فيها، ولمراعاة النظر المقاصدي في التعليل لابد من اعتبار الآتي:

الفرع الأول: مقاصد الشريعة بين الاعتبار وضوابط الإعمال

أوصاف الشريعة إجمالا؛ مقاصدها وحكمها وعللها وغاياتها، فمن ذلك "الأوصاف المقصودة للشارع من أحكامه، إما أوصاف فرعية قريبة كالإسكار أسميناها عللًا، وإما كليات مثل حفظ العقل سميناها مقاصد قريبة، وإما كليات تشمل النوعين المصلحة والمفسدة دعوناها مقاصد عالية"[2]، وعليه؛ لابد من اعتبار النظر المقاصدي في تعليل الأحكام، وذلك لأنه تفعيل للأوصاف الفرعيَّة والكليَّة في بناء وتعليل الأحكام لاعتبارها ركن في نظريَّة التغيُّر.

وإن جاء التقصيد بمعناه السلبي في سياق الشاطبي؛ إلا أن المراد به هو مركزيَّة التعليل بالمقاصد من حيث وضع الشارع لها، "لأن المصالح إنما اعتبرت مصالح من حيث وضعها الشارع كذلك"[3]، لا من حيث ادعاء كونها مصالح، وعند اعتبار التعليل بالمقاصد وضوابط إعمالها، لابد من الحديث عن الآتي:

أولًا: اعتبار مقاصد الشريعة في تعليل الأحكام

يعتبر استنباط العلل المنصوصة وبناء الأحكام عليها، أو تعليل الأحكام تعليلًا مقاصديًا ركنًا في نظريَّة تغيُّر الأحكام، وعليه؛ يستدعي ضرورة مراعاة مقاصد الشريعة على كمالها، يقول الطاهر بن عاشور: "أدلة الشريعة اللفظية لا تستغني عن معرفة المقاصد الشرعية"[4]، وجعلت العبرة لها لا للألفاظ والمباني.

جاء في سؤال ابن القاسم للإمام مالك، قلت: أرأيت لو أن رجلا باع سكنى دار أسكنها سنين أتجعل هذا بيعا في قول مالك، أم تفسده، أم هو كراء وتجيزه؟

(1) ينظر: تعليق دراز على الموافقات: للشاطبي، 289/2.

(2) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 484/2.

(3) الموافقات: للشاطبي، 35/1.

(4) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 847/1.

قال: بل هو جائز، وهو كراء لأن مالكا قال لي: لا أنظر إلى اللفظ وأنظر إلى الفعل، فإذا استقام الفعل فلا يضره القول، وإذا لم يستقم الفعل فلا ينفعه القول[1].

فهي كالروح في جسد الكلمات والتعابير الخطابيَّة، بها يستقيم الفهم، ويعصم من الزلل، "إذ يستعين المجتهد بالمقاصد في فهم النصوص، واختيار المعنى المناسب لتلك المقاصد وتوجيه معنى النص بما يخدمها، وقد يصل الأمر بالمجتهد الى تأويل النص، وصرفه عن ظاهره في حال مخالفة ذلك المعنى الظاهر لمقاصد الشريعة وكلياتها"[2].

فإعمال النظر المقاصدي منهاج يسري على كل نصوص الشرعية وجزئياتها، فما من جزئية إلا ولها حظها من المقصديَّة، قال العز بن عبد السلام: "والكتاب والسنة يشتملان على الأمر بالمصالح كلها دقها وجلها، وعلى النهي عن المفاسد كلها، دقها وجلها"[3]، وقال الإمام الشاطبي "الشريعة قد ثبتت أنها تشتمل على مصلحة جزئية في كل مسألة، وعلى مصلحة كليَّة في الجملة"[4]، فهي مصلحة كلها في جزئياتها وكلياتها.

قال الطّبري: "وما أمر الله بأمر قط إلا وهو أمر صلاح في الدنيا والآخرة، ولا نهي الله عن أمر قط إلا وهو أمر فساد في الدنيا والدين، والله أعلم بالذي يُصلح خَلقه"[5]، وبهذا لزم القول بتعليل الأحكام بالمصالح وإعمال المقاصد "ومن هنا تَعْرِف أنَّ الظاهرية فاتهم نصف التَّفَقُّهِ ونصف الأجر"[6]، لاكتفائهم بتعليل الأحكام بالتعبد.

فتكون الحاجة لهذا البناء المنهاجي ماسة؛ لأنه "الْفِقْه الْحَيّ الَّذِي يدْخل على الْقُلُوب بِغَيْر اسْتِئْذَان"[7]، كما عبر ابن القيم وترجم له في فصل "لا بد من اعْتِبَار النيات والمقاصد

(1) المدونة: للإمام مالك، 266/3.

(2) طرق الكشف عن مقاصد الشارع: د نعمان جغيم، 46/1.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 157/1.

(4) الموافقات: للشاطبي، 77/5.

(5) جامع البيان في تأويل القرآن: للطبري،382/3.

(6) البحر المحيط في أصول الفقه: للزركشي، 159/7.

(7) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 448/4.

فِي الْأَلْفَاظ"[1]، وتزداد أهميَّته، في كون "إهمال النّظر فِي مَقَاصِد الشَّرِيعَة من أَحْكَامهَا"[2]، يعتبر من جملة أسباب تخلُّف مسيرة الفقهاء.

فيعتبر إعمال المقاصد ركن مستقل قد ثقلت حبال التعليل والتنوط على حمله، حتى صار قاعدة مستقلة من حيث الاطراد والشمول مع قابلية الاستثناء، قال ابن القيم: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها: أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة"[3]، ومن هذا المنطلق كان تغيَّر الأحكام الشرعيَّة للوقائع والأحداث يحتل موقعًا في السياق التبعيَّة للمقاصد.

وعليه فعمل المكلف يدور بين العادة والعبادة وفق معيار القصد، قال الشاطبي: "والعمل الواحد يقصد به أمر فيكون عبادة، ويقصد به شيء آخر، فلا يكون كذلك، بل يقصد به شيء فيكون إيمانا، ويقصد به شيء آخر فيكون كفرا، كالسجود لله أو للصنم، وأيضا فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها؛ كفعل النائم والغافل والمجنون"[4]، والأدلة على ذلك كثيرة منها؛ قوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل أمريء ما نوى"[5].

وعليه؛ فكل نص له امتداد مصلحي وغائي في إصابة المقصد، وحتى يتم العمل به، لابد أن يسلم، فإنّ سلم قصد العمل الابتدائي والقصد الغائي؛ تحقق المقصد وبلغ مراد الشارع من التشريع، لأن ما من فعل إلا وله مقصد ابتدائي ومقصد غائي.

(1) المصدر السابق، 447/4.

(2) مقاصد الشريعة: الطاهر بن عاشور، 258/1.

(3) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 79/3.

(4) والأدلة على ذلك أكثر من أن تحصى أورد الإمام الشاطبي بعضا منها، ينظر: الموافقات: للشاطبي، 8/3 – 9.

(5) صحيح البخاري، كتاب: بدء الوحي، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ رقم: 1.

ثانيًا: ضوابط إعمال المقاصد وتفعيلها

ينبغي الاحتراز من مغبة التقصيد بغير رشد، ومراعاة مجموعة من الاحترازات منها:

الأول: قصد ما جوهره مخالف لروح المقاصد ومناقض لها[1]، فيدخل فيه قصد المفاسد، وإن دخل فيها بالتحايل، ومثله "من أتى ما هو مصلحة في ظنه وهو مفسدة في نفس الأمر كمن أكل مالًا يعتقده لنفسه،... فلا إثم عليه لظنه، ولا يتصف فعله بكونه طاعة، ولا معصية ولا مباحا، وإنما هو معفو عنه كأفعال الصبيان والمجانين، ويلزم ضمان ما فوَّته من ذلك لأنه جائز، والجوائز لا تتوقف على المآثم"[2]، وإن كان الاحجام أولى من الإقدام خاصة فيما يغلب على الظن أنها متعلقة بحق الغير، مع العلم بأن الخطأ والعمد في وجوب ضمان الأموال سواء.

ويمكن أن نضرب مثلًا لمخالفة روح المقاصد بمن فعل ما يظنه قربة أو واجبا وهو مفسدة في نفس الأمر، كما لو أوجر مضطرا طعاما قاصدا لحفظ حياته وكان الطعام مسموما فقتل المضطر فإنَّه يثاب على قصده دون إيجاره[3]، فيثاب على قصده ويؤاخذ على إيجاره، لبقاء التكليف، مع أنه متى وجد اضطرارا جاز له التناول هجمًا بلا اجتهاد.

الثاني: ما لا يخالف في جوهره روح المقاصد، ولكنه بسوء القصد انقلب إلى وسيلة لهدم المقاصد أو الإخلال بها، وهذا لا يخص قصد دون قصد، بل جميع المقاصد وما فيه المصلحة تنقلب بسوء القصد إلى المفسدة[4].

فقصد جوهر المخالفة أو سوء التقصيد كليهما يؤدي إلى الانحراف، لأن "قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع"[5]، وهذه المطابقة بين العمل والقصد تعتبر ضمانة لبلوغ المقاصد، وتحققها في الواقع، ذلك "أن الآخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد آخذ في غير مشروع حقيقة؛ لأن الشارع إنما شرعه لأمر معلوم بالفرض، فإذا أخذ بالقصد إلى غير ذلك الأمر المعلوم؛ فلم يأت بذلك المشروع

---

(1) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: أ. د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، 124/1 بتصرف.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 27/1.

(3) المصدر السابق، 27/1 – 28.

(4) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: أ. د البوطي، 124/1، بتصرف.

(5) الموافقات: للشاطبي، 23/3.

أصلا، وإذا لم يأت به ناقض الشارع في ذلك الأخذ، من حيث إنه صار كالفاعل لغير ما أمر به والتارك لما أمر به"[1]، فاستوى الفعل وعدمه بسوء القصد، وكان مآله كله عمل بخلاف قصد الشارع، ومضاهاة للمصلحة بالمفسدة.

الفرع الثاني: إثبات المقاصد والتعليل بها

نظرًا لأهمية هذا المحور الذي أرى أنه مزج بين التنظير البحت وآلية الاحتراف المهاري في كشف المقاصد، كما أنه مفيد في اكتساب أدوات استنباط المقاصد، والترجيح بين المصالح، إذ "المصلحة لا تتعدى مجالها، ولا تعتبر إلا إذا لم يكن هناك من الشارع ما يدل على إلغائها، أو تقديم مصلحة أخرى عليها، أو درء مفسدة قبلها"[2]، مع ما يجب استجماعه من آلات علمية واطلاع واسع، واعتبار مركزية الشاطبي المقاصدية، وتتمتها عند عاشور لتكتمل بهما بنية النظر المقاصديَّ في طرق إثباتها والتعليل بها، وذلك في الآتي:

أولًا: طرق إثبات المقاصد

قدم الإمام الشاطبي خلاصةً جلَّى من خلالها النظر الظاهري للمقاصد الاستقرائية والاستنباطية، وأبرز تجربته في معرفة طرق الكشف عن المقاصد، وبيَّنها في الآتي[3]:

الأول: أن يقال: إن مقصد الشارع غائب عنا حتى يأتينا النص الذي يُعَرِّفُنا به، وحاصل هذا الوجه الحمل على الظاهر مطلقًا، وهو رأي الظاهريَّة الذي يحصر مظان العلم بمقاصد الشارع في الظواهر النصيَّة.

الثاني: دعوى أن مقصد الشارع ليس في هذه الظواهر، ولا ما يفهم منها، وإنما المقصود أمرٌ آخرُ وراءه، ويطّرد ذلك في جميع الشريعة، حتى لا يبقى في ظاهرها متمسك تعرف منه مقاصد الشارع، وهذا رأي كل قاصد لإبطال الشريعة وهم الباطنيَّة.

الثالث: أن يقال باعتبار الأمرين جميعًا، على وجه لا يخل فيه المعنى بالنص ولا العكس، لتجري الشريعة على نظام واحد لا اختلاف فيه ولا تناقض، وهذا الذي أمَّه أكثر العلماء، وعليه؛ نقول: إن مقصد الشارع يعرف من جهات عديدة منها[4]:

---

(1) المصدر السابق، 30/3

(2) مقاصد الشريعة ومكارمها: لعلال الفاسي، 185/1.

(3) الموافقات: للشاطبي، 132/3- 133- 134.

(4) المصدر السابق، 134/3- 139، بتصرف.

الجهة الأولى: مجرد الأمر والنهي الابتدائي التصريحي، فإن الأمر كان أمرًا لاقتضائه الفعلَ، فوقوع الفعل عنده مقصود للشارع، وكذلك النهي في اقتضاء الكف فوقوع الكفِّ عنده مقصود للشارع.

الجهة الثانية: اعتبار علل الأمر والنهي، كالنكاح لمصلحة التناسل، والبيع لمصلحة الانتفاع بالمبيع، والحدود لمصلحة الازدجار.

الجهة الثالثة: أن للشارع في شرع الأحكام –العادية والعبادية– مقاصد أصلية ومقاصد تبعيّة، فمنها منصوص عليه، ومنها مشار إليه، ومنها ما استُقرئ من المنصوص، فاستدللنا بذلك على أن كل ما لم ينص عليه –مما ذلك شأنه– هو مقصود للشارع، فهي نصيَّة ثابتة بالنص، ومستنبطة ثابتة باستقراء المعاني.

وذكر الشاطبي مقاصد أصلية مقصودة للشارع بالأصالة، وتبعيَّة مؤكدة للأصليَّة وباعثة عليها، فأما المقاصد الأصلية، فهي التي لا حظ فيها للمكلف، وهى الضروريات المعتبرة في كل ملة، لأنها قيام بمصالح عامة مطلقة، لا تختص بحال دون حال أو صورة أو وقت، وقسمها إلى[1]:

– **عينيَّة:** على كل مكلف في نفسه، فهو مأمور بحفظها ولا حظ له فيها، وإن صار له فيها حظ، فمن جهة أخرى تابعة لهذا المقصد الأصلي فهي ضروريات خاصة.

– **كفائيَّة:** من حيث كانت منوطة بالغير أن يقوم بها على العموم في جميع المكلفين، فهي قيام بمصالح عامة لجميع الخلق، فهي الضروريات العامة، العارية من الحظ شرعا.

وتختلف المقاصد التابعة، فهي التي روعي فيها حظ المكلف، واختياره، وهي خادمة للمقاصد الأصلية ومكملة لها[2]، ومثل لها بأمثلة منها[3]:

– مثال في النكاح؛ فإنّه مشروع للتناسل على المقصد الأول، ويليه طلب السكن والازدواج، والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية، فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح؛ فمنه منصوص عليه أو مشار إليه، ومنه ما علم بدليل آخر، ومسلك استقرئ من ذلك المنصوص، وذلك أن ما نص عليه من هذه المقاصد التوابع هو مثبت للمقصد الأصلي،

(1) المصدر السابق، 2/300– 301، بتصرف.

(2) المصدر السابق، 2/302– 303.

(3) المصدر السابق، 3/138– 141، بتصرف.

ومقو لحكمته، ومستدع لطبه وإدامته، ومستجلب لتوالي التَّراحم والتَّواصل والتَّعاطف، الذي يحصل به مقصد الشارع الأصلي من التناسل، وعند ذلك يتبين أن نواقض هذه الأمور مضادة لمقاصد الشارع بإطلاق، ولذا فالمقاصد التبعيَّة المؤكدة والباعثة قد تزاحم المقصد الأصلي، فإذا هدمت على المجموع عادت على المقصد الأصلي بالبطلان.

– ومثل له في العبادات المقصودة أصالةً وتبعًا، فإنَّ المقصد الأصلي فيها؛ التوجه إلى الواحد المعبود وإفراده بالقصد على كل حال، ويتبع ذلك قصد التعبد لنيل الدرجات في الآخرة، أو ليكون من أولياء الله تعالى، وما أشبه ذلك، فإنَّ هذه التوابع مؤكدة للمقصود الأول وباعثة عليه، ومقتضية للدوام فيه سرا وجهرا، بخلاف ما إذا كان القصد إلى التابع لا يقتضي دوام المتبوع ولا تأكيده؛ كالتعبد بقصد حفظ المال والدم، أو لينال من أوساخ الناس أو من تعظيمهم؛ كفعل المنافقين والمرائين، فمثل هذا المقصد مضاد لقصد الشارع إذا قصد العمل لأجله وإن كان مقتضاه حاصلا بالتبعية من غير قصد؛ لأن المضادة موجهة إلى الأصليَّة.

لكن السؤال هل يجوز القصد إلى التبعي ابتداء؟ حاول الشاطبي الإجابة على هذا الإشكال فاتجه مباشرة فقال: كل تابع من هذه التوابع؛ إما أن يكون خادما للقصد الأصلي، أو لا، فإن كان خادما له؛ فالقصد إليه ابتداء صحيح، لأنه داخل فيه، ووسيلة إليه، فكأنه هو، وإن كان غير خادم له؛ فالقصد إليه ابتداء غير صحيح[1]، لعدم تمكُّنه من الدلالة على قصد الشارع استقلالًا، أما تقديم القصد الأصلي فلدلالته القطعية الثابتة بالاستقراء على قصد الشارع إليه، وله في ذلك ضوابط منها:

– إن رتبة الصريح ليست كرتبة الضمني في الاعتبار أصلا[2].

– إن ما كان من الأوامر أو النواهي بالقصد الأول؛ فحكمه منحتم، بخلاف ما كان منه بالقصد الثاني، وربما خرجت عن ذلك أشياء ترجع إلى الاستحسان[3]، وما يستثنى من فروع إنما استثني للعمل بمقتضى دليل آخر هو الاستحسان، وفي هذا فقه كثير.

فجميع مقاصد الشريعة منها المنصوص عليها أو مشار إليه، ومنها ما علم بالاستقراء، وما نص عليه من المقاصد التابعة إنما هي مثبتة للمقصد الأصلي ومستجلبة لحصوله،

(1) المصدر السابق، 1/88–89، بتصرف.

(2) المصدر السابق، 3/425.

(3) المصدر السابق، 3/431

ومقوية لحكمته، ومؤكدة عليه، وباعثة له على الدوام، ثم وقف الطاهر ابن عاشور على ما توصل إليه الإمام الشاطبي من خلاصة تجربته، فاستشف من ذلك طرقًا هي كالآتي:

الطريق الأول: استقراء الشريعة في تصرفاتها، وهو على نوعين:

النوع الأول: أعظمهما استقراء الأحكام المعروفة عللُها، الآيل إلى استقراء تلك العلل المثبتة بطرق مسالك العلة، فإنَّ باستقرائها حصولَ العلم بمقاصد الشريعة بسهولة، لأننا إذا استقرينا عللًا كثيرة متماثلة في كونها ضابطًا لحكمة متّحدة، أمكن أن نستخلص منها حكمةً واحدة، فنجزم بأنها مقصد شرعي[1]، فقدم الاستقراء على غيره نظرا لاهتمامه بالمقاصد الأصليَّة العليا.

ويمثل لهذا الطريق بقوله: "أننا إذا علمنا علّة النهي عن المزابنة[2]، الثابتة بمسلك الإيماء في قول رسول الله ﷺ في الحديث الصحيح، لمن سأله عن بيع التمر بالرطب: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ؟» فقالوا: نعم، قال: «فَلَا إِذًا وَكَرِهَهُ»[3]، فحصل لنا أنّ علة تحريم المزابنة، هي: الجهل بمقدار أحد العوضين، وإذا علمنا النهي عن بيع الجزاف بالمكيل[4]، وعلمنا أن علّته الجهل بأحد العوضين بطريق استنباط العلة، وإذا علمنا إباحة القيام بالغبن، وعلمنا أن علّته نفي الخديعة بين الأُمة بنصّ حديث الرسول ﷺ للرجل الذي قال له: إني أخدع في البيوع: «إذا بايَعْتَ فقُلْ: لا خِلابَةَ»[5]، وإذا علمنا هذه العلل كلها استخلصنا منها مقصدًا واحدًا، وهو: إبطال الغرر في المعاوضات. فلم يبق خلاف في أن كل تعاوض اشتمل على خطر أو غرر في ثمن، أو مثمن أو أجل فهو تعاوض باطل"[6]، لمخالفته المقصد الثابت بطرق شتى؛ كالإيماء والعلل الثابتة بالاستنباط أو بالنص.

---

(1) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 56/1.

(2) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: بيع المزابنة، رقم: 1028، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بيع الْمُزَابَنَةِ، رقم: 918.

(3) شرح معاني الآثار: لأبي جعفر الطحاوي، كتاب: البيوع، باب: بيع الرطب بالتمر، رقم: 5488.

(4) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر.

(5) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: ما يكره من الخداع في البيع، رقم: 998، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: من يخدع في البيع، رقم: 1533.

(6) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 56/1 – 57.

النوع الثاني: من هذا الطريق: استقراء أدلة أحكام اشتركت في علّة، بحيث يحصل لنا اليقين بأن تلك العلّة مقصدٌ مرادٌ للشارع.

ومثاله: «النهي عن بيع الطعام قبل قبضه»[1]، علته طلب رواج الطعام في الأسواق، فحمل على إطلاقه عند الجمهور، وعلّتهُ أن لا يبقى الطعامُ في الذمة فيفوت رواجه.

والنهي عن الاحتكار في الطعام، لحديث مسلم عن معمر مرفوعًا: «مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ»[2]، وعلته إقلال الطعام من الأسواق، واستغلال حاجة الناس الشديدة إليه.

فبهذا الاستقراء يحصل العلمُ بأن رواج الطعام وتيسيرَ تناوله مقصد من مقاصد الشريعة، فنعمد إلى هذا المقصد فنجعله أصلًا، ونقول: إن الرواج إنما يكون بصور من المعاوضات، والإقلالَ إنما يكون بصور من المعاوضات، إذ الناس لا يتركون التبايع، فما عدا المعاوضات لا يُخشى معه عدم رواج الطعام. ولذلك قلنا: تجوز الشركة والتولية والإقالة في الطعام قبل قبضه، ومن هذا القبيل كثرة الأمر بعتق الرقاب، الذي دلَّنا على أن من مقاصد الشريعة حصول الحرية[3]، وعليه؛ فكثرة الأمر، وتعدد الأوامر في شيء واحد، وكثرة النهي عند ضده، وانتظامها بعضها إلى بعض في حكم واحد، بحيث تتظافر تلك الجزئيات بعضها إلى بعض، فتنتج مقصدًا من مقاصد الشرعية تتآلف حوله جميع الجزئيات.

الطريق الثاني: أدلة القرآن الواضحةُ الدلالة التي يضعف احتمال أن يكون المراد منها غير ما هو ظاهرها بحسب الاستعمال العربي،... فإذا انضمَّ إلى قطعيّة المتن قوّة ظَنّ الدلالة تَسَنّى لنا أخذُ مقصد شرعي منه يرفع الخلافَ عند الجدل في الفقه، مثل ما يؤخذ من قول الله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ﴾ [البقرة: 205]، وقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: 29]، وقوله جل جلاله: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الإسراء: 15]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ﴾ [المائدة: 91]، وقوله عز من قائل: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ

(1) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك، رقم: 2135، صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1528.

(2) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: تحريم الاحتكار في الأقوات، رقم: 1605.

(3) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 59/1 – 60 – 61.

﴿بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ﴾ [البقرة: 185]، وقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ﴾ [الحج: 78]، ففي كلّ آية من هذه الآيات تصريح بمقصد شرعي أو تنبيه على مقصد[1]، كليّ، وهذا الكلام؛ قاعدة أشار إليها الطاهر بن عاشور، في موضع آخر من الجزء الثاني بقوله: "القاعدة القاضية بأنه إذا انضمت إلى قطعية المتن قوةُ ظنية الدلالة تسنّى لنا أخذ مقصد شرعي منه"[2]، لذلك جاءت هذه النصوص الواضحة بمثابة قواعد كليَّة نصيَّة، تصح أن تؤخذ أخذا ظاهريًا، وبناء الأحكام عليها والترجيح بمقتضاها، لأنها في حدِّ ذاتها مقاصد شرعيَّة معتبرة، وخادمة لمقاصد كبرى.

الطريق الثالث: السنة المتواترة، وهذا الطريق لا يوجد له مثال إلّا في حالين:

الحال الأول: المتواتر المعنوي الحاصل من مشاهدة عموم الصحابة عملًا من النبي ﷺ فيحصل لهم العلم بالتشريع؛ يستوي فيه المشاهدون جميعهم، وإلى هذا الحال يرجع قسمُ المعلوم من الدين بالضرورة، وقسمُ العمل الشرعي القريب من المعلوم ضرورة، مثل مشروعية الصدقة الجارية المعبَّر عن بعضها بالحُبُس، وهذا العمل هو الذي عناه مالك حين بلغه: أن شريحًا يقول بعدم انعقاد الحُبُس، ويقول أن لا حَبس عن فرائض الله، فقال مالك: "رحم الله شريحًا تكلّم ببلاده –يعني الكوفة– ولم يَرِد المدينة، فيرى آثار الأكابر من أزواج النبي ﷺ وأصحابه والتابعين بعدَهم وما حبَّسوا من أموالهم [لا يطعن فيها طاعن]، وهذه صدقات رسول الله سبعةُ حوائط، وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خبرًا"[3]، وأمثلة هذا العمل في العبادات كثيرة، ككون خطبة العيدين بعد الصلاة[4]، ففي الإحاطة يحصل علم بما لم ينقل مشافهة، ومنه ما يعبر عنه بعمل.

الحال الثاني: تواتر عملي، يحصل لآحاد الصحابة من تكرر مشاهدة أعمال رسول الله ﷺ بحيث يستخلص من مجموعها مقصدًا شرعيًا، ففي صحيح البخاري: عن الأزرق بن قيس قال: «كنا على شاطئ نهر بالأهواز، قد نضب عنه الماء، فجاء أبو برزة الأسلمي على فرس، فقام يصلي وخلّى فرسه، فانطلقت الفرس، فترك صلاته وتبعها حتى أدركها

(1) المصدر السابق، 62/1.

(2) المصدر السابق، 476/2.

(3) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 418/2.

(4) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 63/1.

فأخذها، ثم جاء فقضى صلاته، وفينا رجل له رأي فأقبل يقول: انظروا إلى هذا الشيخ ترك صلاته من أجل فرس، فأقبل فقال: ما عنّفني أحد منذ فارقت رسول الله ﷺ وقال: إن منزلي متراخٍ، فلو صليت وتركت الفرس لم آت أهلي إلى الليل، وذكر أنه صحب رسول الله ﷺ فرأى من تيسيره»[1]، فمشاهدته أفعال رسول الله ﷺ المتعددة استخلص منها أن من مقاصد الشرع التيسير[2]، ورفع الحرج عن المكلفين.

وعليه؛ فَلَا بُد من الكشف عن مصالح الأحكام الشرعيَّة فهما وتطبيقا فِي ضوء النصوص، لنهتدي بمَعْرِفَة المصالح في كشف المقاصد فِيمَا لم ينص عَلَيْهِ، يَقُول ابْن عاشور: "وجملة القول أن لنا اليقين بأن أحكام الشريعة كلها مشتملة على مقاصد الشارع، وهي حِكم ومصالح ومنافع، ولذلك كان الواجب على علمائها تعرّفُ علل التشريع ومقاصده ظاهرها وخفيها"[3]، فيلزم تفعيل تلك المقاصد وكشفها للاستهداء بهديها في بناء الأحكام.

وما يميِّز الطاهر ابن عاشور هو اهتمامه الكبير في التطبيق إزاء كل تنظير، وبضم تجربته إلى تجربة الشاطبي؛ ينتظم لنا نسيج كشَّاف، نسجه الدكتور عبد المجيد النجار في دراسة لمسالك الكشف عن مقاصد الشريعة بين الشاطبي وابن عاشو وعرض فيها مقدمات، وصف من خلالها مسالك الشاطبي بكونها جاءت في أغلبها جزئية "حيث اتجهت إلى رسم الطريق في البحث عن المقاصد في نطاق آحاد الأحكام، لا في نطاق المقاصد الكلية العامة، وهو ما يظهر بجلاء في المسالك الثلاثة الأخيرة"[4]، ثم برر منهاج الإمام الشاطبي في التعليل بأن طبيعة العمل الذي قام به يعتبر "عملًا مبتكرًا أو يكاد، وهو ما جعله ينحو منحى التجزئة والتفصيل والتدقيق في بسط المقاصد وتحليلها، وبيان حقائقها وأوضاعها، فجاء مؤَلَّفُه متكاثرة مسائله، متنوعة متعددة قضاياه"[5]، فرفع بذلك قواعد المقاصد، وعلل بها الأحكام الجزئيَّة ثم جاء الطاهر بن عاشور فكملها بالطرق الموصلة إلى المقاصد الكلية الأصلية، وسمَّاها العليا، فجعل الاستقراء رأسها وسراطها المستقيم.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: الأدب، باب: قول النبي ﷺ: «يسروا ولا تعسروا»، رقم: 6127.

(2) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 63/1 – 64.

(3) المصدر السابق، 159/3

(4) فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب: أ.د عبدالمجيد عمر النجار، دار الغرب الإسلامي– بيروت– لبنان، ط/1، 1992م، ص: 158.

(5) المصدر السابق نفسه.

فينبغي الإشارة إلى أهميَّة استثمار كل وسيلة مؤداها إلى الكشف عن المقاصد، لأنه بقدر تعميق النظر في مباحث التعليل واستقرار علل التشريع؛ بقدر ما سهل على العلماء كشف خفاء المقاصد، وبقدر استنطاق النص ومحاورته بقدر ما يبين عن المصالح والمفاسد.

ثانيًا: التعليل بالمقاصد

لما كانت الشريعة مقاصد كلها؛ كلية وجزئية أصلية وتبعيَّة، كان لازم على المجتهد العلم بها، لأنها شرط في بلوغ الاجتهاد مبلغ السداد، "وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، بل أبلغ من ذلك، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما، فيصير حلالا تارة وحراما تارة، وذلك؛ باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحا تارة، وفاسدا تارة باختلافها"[1]، وهذا عين ما تقرر أن الشريعة أحكام تنطوي على مقاصد؛ ومقاصد تنطوي على أحكام[2]، ولا مشاحة أن أهم منحى اجتهادي يحتاج إليه المجتهد هو الفهم، ولا فهم دون اعتبار المقصد، "ولعل أول مجال اجتهادي يتوقف على النظر المقاصدي، ويستفيد منه هو مجال فهم النصوص وتفسيرها، سواء كانت قرآنًا أو سنة"[3]، على قدر بلوغ إدراك المقصد على كماله؛ يتحصل الفهم الكامل للشريعة.

بيَّن الإمام الجوينيّ فِي معرض ذكر تقسيمه الخماسي للعلل والمقاصد الشَّرْعِيَّة، قسم لا تعليل له واضح، هو "ما لا يلوح فيه للمستنبط معنى أصلا، ولا مقتضى من ضرورة أو حاجة أو استحثاث على مكرمة، وهذا يندر تصويره جدا، فإنّه إن امتنع استنباط معنى جزئي فلا يمتنع تخيله كليًا، ومثال هذا القسم العبادات البدنية المحضة، فإنّه لا يتعلق بها أغراض دفعية، ولا نفعية، ولكن لا يبعد أن يقال: تواصل الوظائف يديم مرون العباد على حكم الانقياد، وتجديد العهد بذكر الله تعالى؛ ينهى عن الفحشاء والمنكر وهذا يقع على الجملة"[4]، مع كونه من العبادات المحضة التي لا تتعلق بها علة دفع مفسدة ولا جلب مصلحة تعلقًا

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 520/4.

(2) مقاصد الشريعة ومكارمها: لعلال الفاسي، 47/1.

(3) الفكر المقاصدي: قواعده وفوائده: أ.د الريسوني، 92/1.

(4) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 603/2.

مباشرًا، إلا أنها تعلل على الإجمال، مع كونها عبادات بدنيَّة محْضَة، فلا يمنع تمحضها ذاك من إدراك مقاصدها الكليَّة، كمقصد الامتثال.

ولا تلغى المقاصد الكليَّة عن أحكام التعبد؛ لأنها أمور كُلية لَا ننكر على الْجُمْلَة أَنَّهَا غَرَض الشَّارِع فِي التَّعَبُّد بالعبادات الْبَدَنِيَّة، وَقد أشعر بذلك بنصوص من الْقُرْآن الْعَظِيم، مثل قَوْله تَعَالَى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ﴾ [العنكبوت: 45]"[1]، وقرر الإمام الآمدي: أنَّ "الحكم الشرعي لا يخلو عن مصلحة"[2]، عامة كانت أو خاصة.

وتعتبر الشريعة معللة بالمصالح حسب مراتبها، ومتضمنة للمقاصد وفق درجاتها المستفادة من النص أو من المعنى، وسار على هَذَا الاتجاه الإِمَام عز الدّين بن عبد السَّلَام حيث قال: "والشريعة كلها مصالح إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح، فإذا سمعت الله يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾ [البقرة: 104]؛ فتأمل وصيته بعد ندائه، فلا تجد إلا خيرا يحثك عليه أو شرا يزجرك عنه، أو جمعا بين الحث والزجر، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد حثا على اجتناب المفاسد وما في بعض الأحكام من المصالح حثا على إتيان المصالح"[3]، وليس من ضرورة اشتمال الشريعة عليها؛ إدراكها، ولا يمنع وجودها عدم إجادها، كما لا ينبغي تعلقها بخطاب الشارع؛ عدم وقوعها في الخارج.

قال ابن القيم: وبالجملة فللشارع في أحكام العبادات أسرار لا تهتدي العقول إلى إدراكها على وجه التفصيل، وإن أدركتها جملة[4]، لكونها معللة بمقاصد عامة، ومشتركة، ومشتبكة، تتفاوت العقول في إدراكها.

وبها نخلص إلى أنَّ أحكام الشريعة معللة مغياة و"ليس فِي الشَّرِيعَة حكمٌ إِلَّا وَله حِكْمَةٌ وَإِن لم يَعْقِلهَا كثير من النَّاس أَو أَكْثَرهم"[5]، وهذه الحكمة إما مصلحة يأمر بها، أو مفسدة ينهى عنها، وقد نظروا لهذا الشافعية وأناطوا الأحكام بالمقاصد، من ذلك أن الحكم المستفاد

(1) المصدر السابق، 622/2.

(2) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 297/3.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 11/1.

(4) إعلام الموقعين: لابن القيم، 329/3.

(5) زاد المعاد في هدي خير العباد: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبدالقادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/3، 1418هـ/1998م، 590/5

من نهي رسول الله ﷺ «عن تلقي الركبان والنهي عن البيع حاضر لباد»[1]، قال النووي وشرط تحريمه، أن يعلم النهي ويقصد التلقي[2] فلو لم يقصد التلقي لانتفى الحكم.

وكالتبرك باتخاذ ورقة مكتوبة بالقرآن فلو قصد التميمة بما للدراسة تغير الحكم من الحرمة إلى الحل وعكسه[3]، وبذلك؛ يكون الحكم التعبدي قد تغيَّر بتغيُّر القصد.

ويقترب العز بن عبدالسلام أكثر فأكثر من الهدي التنظيري للاستجداء بها، ليكسوها بصبغة الممارسة اليوميَّة في الواقع التكليفي، فيقول: "التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم، والله غني عن عبادة الكل"[4]، وتبعه في ذلك الإمام الشاطبي فقال: "إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا"[5]، ثم يؤكد ذلك؛ فيقول: إذا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية، فذلك على وجه لا يختل لها به نظام، لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أم الحاجيات أم التحسينيات[6]، لتشكل منهاجًا تُحمل عليه الأحكام الجزئية والكليَّة معا، فيطوي مرجعيَّة المقاصد الشريعة وروحها في كونها راجعة إلى مصالح العباد وإسعادهم في الدارين.

(1) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة، رقم: 2150، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي، رقم: 1521.

(2) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 415/3.

(3) تحفة الحبيب على شرح الخطيب "حاشية البجيرمي على الخطيب": لسليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، دار الفكر، 1415هـ - 1995م، 371/1..

(4) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 73/2.

(5) الموافقات: للشاطبي، 9/2.

(6) المصدر السابق، 62/2.

الفصل الثاني:
الأركان التبعيَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام

تمهيد:

يعدُّ أصل اعتبار المآل ركن لنظريَّة تغيُّر الأحكام، حيث تتضح ركنيَّته من خلال فهم الاعتبار المؤطر له، ودراستها، كاعتبار سدّ الذرائع، واعتبار الحيل وعلاقتها المؤطرة للمآل، والاستحسان وعلاقته بتغيُّر الأحكام.

كما تتبين من خلال هذا الفصل مجموعة من الاعتبارات الخادمة لأصل المآل كاعتبار المستقبليات والتوسل بها في خدمة المآل والكشف عنه، وأثرها على تغيُّر الأحكام.

ولمَّا كان تنزيل الحكم على محله تتجاذبه عوارض ومقتضيات تبعيَّة، تستدعي مراعاتها موافقة قصد الشارع؛ كان لابد من مراعاة مصير الحكم على أفعال المكلفين، فهو مستقر نظر المجتهدين وعاقبة المتقين.

ثم جاء مبدأ اعتبار التصحيح للأحكام والعقود الفاسدة بعد وقوعها، حيث تتضح علاقته المباشرة بتغيُّر الأحكام باعتباره ركنًا لإعمال الأدلة في سياق البدلية، وذلك من خلال بيان مجموعة من القواعد الأصليَّة، والقواعد التبعيَّة.

المبحث الأول: مبدأ اعتبار المآل في سياق الركنيَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام

يلزم المجتهد في الأحكام الشرعيَّة بعد النظر في الدليل النظر في مآله، لأنه الضامن الحقيقي لتحقيق مطابقة الدليل لمقصد الشارع، ومناسبته لمصالح الخلق، وهو الحامي لأحوال المكلفين والكفيل بإبعادهم عن مواقع الحرج والضيق.

ولا تتضح مصداقية استمراريَّة الشريعة، وصدق مقاصدها، إلا في ضوء اعتبار المآل؛ لأن به تتحقق نتائج النظر النوازلي للأحداث والمستجدات، وعليه تقوم حقيقة الاجتهاد التنزيلي، وبه يصدق صدق الشريعة، فلا يكذب الله ورسوله.

فينبغي للمجتهد النوازلي في الوقائع ألا يضل حبيس السراب الظاهر على أحكامها ابتداءً بل عليه النَّفاذ إلى مآلها وربط الواقع بالمتوقع، والحاضر بالمستقبل، ولهذا جاء الحديث عن المآل في سياق الركنيَّة باعتباره ركن في نظريَّة تغيُّر الأحكام، وسيكون الكلام عنه على النحو الآتي:

المطلب الأول: مبدأ اعتبار المآل؛ حقيقته والاعتبار المؤطر له وعلاقته بتغيُّر الأحكام

استدعت الدراسة المرور الإجمالي على حقيقة مبدأ اعتبار المآل من حيث التعريف الاصطلاحي المختار، والأهميَّة وبيان أوجه الدلالة عليه، وربطها بتغيُّر الأحكام عند بنائها، وذلك على النحو الآتي.

الفرع الأول: مبدأ اعتبار المآل تعريفه وأهميته

يأتي الحديث عن هذا المحور في شطرين؛ الشطر الأول في التعريف بمصطلح مبدأ اعتبار المآل، والثاني في بيان أهمية اعتبار المآل في الدرس الأصولي.

أولًا: تعريف مبدأ اعتبار المآل

يراد بمبدأ اعتبار المآل بأنه "أصل كلي يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالًا"[1]، وأستطيع أن القول: إن مصطلح اعتبار المآل استقر به الاصطلاح عند الدكتور فريد إذ أكسبه نوع من الكليَّة بعد أن كان متفرقا في ثنايا تطبيقات فرعيَّة، واستنباطات لاعتبارات جزئية بدأت بنزول القرآن الكريم، ثم التوجيهات النبويَّة، ثم

(1) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، دار السلام، مصر –القاهرة، ط/2، 1435هـ – 2014م، ص: 428.

تفريعات الفقهاء، واعتبارات الأصوليين، إلى أن اكتسب الصفة الآلية لتوليد الأحكام الواقعية، والاستراتيجيَّة المستقبلية، واستثمارها وفق اعتباراته التنزيلية، وقواعده الاستدلاليَّة.

ويعدُّ مبدأ اعتبار المآل؛ نظر استباقي في مستقبل أفعال المكلفين وتصرفاتهم، والحكم عليها وفق حفظ المقاصد ورعاية المصالح.

ثانيًا: أهميَّة مبدأ اعتبار المآل

تتمثل أهميَّة اعتبار المآل في كونه أصل عظيم يجب أن تتوجه إليه أنظار المجتهدين، قبل النظر في الأدلة المناسبة لظاهر الأفعال، قال الإمام الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل"[1]، وتقدير مصير المصلحة والمفسدة فيه، بعد استيفاء الأسباب والشروط، وانتفاء الموانع.

ويبقى الفعل معلق بذمة مآله حتى يتحقق، ويظهر فيه الصلاح والفساد، "فقد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك"[2]، فتكون العبرة لذلك الأيل والمصير.

كما يعدُّ المآل البعد معياري للمصلحة المعتبرة، وهو القنطرة التي تميِّز الحقيقة من الوهم، "وربما تكون أسباب المصالح مفاسد فيؤمر بها أو تباح؛ لا لكونها مفاسد، بل لكونها مؤدية إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتآكلة، فإن القطع مفسدة لكن لما كان إبقاؤها يؤدي إلى ضرر أصبح القطع سببا لمصلحة هي: حفظ النفوس"[3]، فأعطي السبب حكم المسبب، نظرا لما آل إليه، لا ما هو عليه.

ويفسر الإمام الشاطبي هذا المآل بقوله: "فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية، ربما

(1) الموافقات: للشاطبي، 177/5.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي: للزركشي، 11/3.

أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب، جار على مقاصد الشريعة"[1]، فهو ينفي إطلاق الحكم بالمشروعيَّة وعدمها دون النظر الريادي لمستقبل الحكم، ومصيره في المتوقع، لما قد يؤول ذلك الاطلاق إلى ضده.

يقول الدكتور فريد الأنصاري: "المآل باعتباره نظرًا اجتهاديًّا يمثل أرقى مراتب الاجتهاد، وأنضج صوره، وأدقها على الإطلاق، وذلك لبعد نظر الناظر فيه وعمقه، بحيث إن المجتهد لا يراعي فيه الواقع فحسب، بل يراعي المتوقع أيضًا، ويرسم ملامحه استشرافًا، فيحكم بمقتضاه"[2]. فهو يفسر حاضر الحكم الشرعي ومستقبله، وبكونه "الضامن الأساس لتنزيل الحكم منزلته الصحيحة الكفيلة بتحقيق الخلافة على أحسن وجه"[3].

واستحق صاحبه وصفه بأعلى أوصاف الاجتهاد، كما وصفه الإمام الشاطبي بقوله: "فهو صاحب التمكين والرسوخ، فهو الذي يستحق الانتصاب للاجتهاد، والتعرض للاستنباط... ويسمى صاحب هذه المرتبة: الرباني، والحكيم، والراسخ في العلم والعالم، والفقيه، والعاقل؛ لأنه يربي بصغار العلم قبل كباره، ويوفي كل أحد حقه حسبما يليق به، وقد تحقق بالعلم وصار حقيق به، كالوصف المجبول عليه، وفهم عن الله مراده من شريعته، ومن خاصيته أمران[4]:

أحدهما: أنه يجيب السائل على ما يليق به في حالته على الخصوص إن كان له في المسألة حكم خاص.

الثاني: أنه ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات، لا كغيره من النظَّار سواء من بقي منهم حبيس النص أم من توهم منهم ما بظاهره المصلحة.

---

(1) الموافقات: للشاطبي، 177/5 – 178

(2) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، ص: 575.

(3) أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق: أ. د عمر جديَّة، دار ابن حزم، بيروت– لبنان، ط/1، 1430هـ– 2010م، 47/1

(4) الموافقات: للشاطبي، 233/5.

ثالثًا: أدلة مبدأ اعتبار المآل

وردت استعمالات مختلفة لمبدأ اعتبار المآل في القرآن والسنة وفقه الصحابة –رضي الله عنهم– قال تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ﴾ [الأنعام: 108]، قال ابن العربي: "فمنع الله تعالى في كتابه أحدا أن يفعل فعلا جائزا يؤدي إلى محظور؛ ولأجل هذا تعلق علماؤنا بهذه الآية في سد الذرائع، وهو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محظور"[1]، باعتبار أن سد الذرائع من أهم القواعد المؤطرة لمبدأ اعتبار المآل.

وقد قال تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾ [النساء: 3]، أي أنه حرم نكاح أكثر من أربع لأن ذلك ذريعة إلى الجور، وقيل: العلة فيه أنه ذريعة إلى كثرة المؤنة المُفْضِية إلى أكل الحرام، وعلى التقديرين فهو من باب سد الذرائع، وأباح الأربع –وإن كان لا يؤمن الجورُ في اجتماعهن– لأن حاجته قد لا تندفع بما دونهن؛ فكانت مصلحة الإباحة أرجَحَ من مفسدة الجور المتوقعة [2]، فتحريم الزيادة على الأربع سدًّا لذريعة الوقوع في الظلم والجور، والخروج عن مبدأ العدل، وإن كان الجور حاصل بأقل من أربع إلا أنه جور نسبي، وإنما الجور أن تعيش الكثرة من النساء تحت وطأة نار العزوبيَّة بلا أزواج.

ومما يدل على مبدأ اعتبار المآل أدلة نصيَّة عامة، منها ما روي عن عائشة –رضي الله عنها– قالت: «إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيَدَعُ العَمَلَ، وَهُوَ يُحِبُّ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ خَشْيَةَ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ النَّاسُ، فَيُفْرَضَ عَلَيْهِمْ»[3] لأن مصلحة أدائه لا تزيد ولا تساوي مشقة فرضيَّته.

ومنها ما جاء بقضايا مخصوصة، كالأدلة على مبدأ اعتبار المآل فيما روته عائشة أم المؤمنين –رضي الله عنها–: أن رسول الله ﷺ صلى ذات ليلة في المسجد، فصلى بصلاته ناس، ثم صلى من القابلة، فكثر الناس، ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة أو الرابعة، فلم

(1) أحكام القرآن: لابن العربي، 265/2.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 15/5

(3) صحيح البخاري، كتاب: التهجد، باب: تحريض النبي ﷺ على صلاة الليل والنوافل من غير إيجاب، رقم: 1128، وصحيح مسلم، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: استحباب صلاة الضحى...، رقم: 718.

يخرج إليهم رسول الله ﷺ، فلما أصبح قال: «قَدْ رَأَيْتُ الَّذِي صَنَعْتُمْ وَلَمْ يَمْنَعْنِي مِنَ الخُرُوجِ إِلَيْكُمْ إِلَّا أَنِّي خَشِيتُ أَنْ تُفْرَضَ عَلَيْكُمْ وَذَلِكَ فِي رَمَضَانَ»[1]، فدرأ المشقة الحاصلة بالإلزام والتكليف مقدم على مصلحة الاجتماع لأداء سنة التراويح.

قال الإمام الشاطبي: "ففي هذا الحديث ما يدل على كونها سنة، فإن قيامه أولا بهم دليل على صحة القيام في المسجد جماعة في رمضان، وامتناعه بعد ذلك من الخروج خشية الافتراض لا يدل على امتناعه مطلقا؛ لأن زمانه كان زمان وحي وتشريع، فيمكن أن يوحى إليه إذا عمل به الناس بالإلزام، فلمَّا زالت علة التشريع بموت رسول الله ﷺ رجع الأمر إلى أصله"[2]، لارتفاع المآل الشاق وزواله، وعدم تصور حصوله قطعا، لعدم وجود المشرّع.

وعن عائشة –رضي الله عنها– أن رسول الله ﷺ قال لها: «أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ قَوْمَكِ لَمَّا بَنَوْا الكَعْبَةَ اقْتَصَرُوا عَنْ قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ؟»، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلاَ تَرُدُّهَا عَلَى قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ؟ قَالَ: «لَوْلاَ حِدْثَانُ قَوْمِكِ بِالكُفْرِ لَفَعَلْتُ»[3]، فردُّ الكعبة على ما كانت عليه من قواعد إبراهيم، هو الحق والصواب، وفيه مصلحة، لكنه يؤول إلى مفسدة كبرى ينبغي مراعاتها، وتقديمها في الاعتبار على الحق والصواب والمصلحة، وإن كانت مساوية مع المفسدة، إلا "أنه يجب اجتناب ما يُسْرِعُ الناس إلى إنكاره، وإن كان صوابًا"[4]، فتوقع حصول الضرر والافتتان بتغيير الخطأ والمنكر قُدِّم على مصلحة الصواب.

فيقدم اعتبار المآل الفاسد ودرؤه؛ لأنه أولى من اعتبار المصلحة المرجوحة، ذلك "أن مصلحة الاجتماع والائتلاف مقدمة على مصلحة البناء على قواعد إبراهيم"[5].

وقد روي أن هارون الرشيد ذكر لمالك بن أنس أنه يريد هدم ما بناه الحجاج من الكعبة، وأن يرده إلى بنيان ابن الزبير، فقال له: ناشدتك الله يا أمير المؤمنين أن لا تجعل هذا البيت ملعبة للملوك، لا يشاء أحد منهم إلا نقض البيت وبناه، فتذهب هيبته من صدور

(1) صحيح البخاري، كتاب: التهجد، باب: تحريض النبي ﷺ على صلاة الليل والنوافل من غير إيجاب، رقم: 1129، وصحيح مسلم، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: الترغيب في قيام رمضان، وهو التراويح، رقم: 761.

(2) الاعْتِصَام: للشاطبي، 331/1.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الحج، باب: فضل مكة وبنيانها، رقم: 1583.

(4) شرح صحيح البخاري: لابن بطال، 264/4.

(5) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 437/22.

الناس[1]، فالمآل المتوقع ذهاب هيبة البيت وعظمتها من صدور الناس، فقدم في الاعتبار على مصلحة هدمها وإعادتها على هيأتها التي كانت عليه في عهد الزبير.

وروي عن أنس بن مالك: أن أعرابيا بال في المسجد، فقاموا إليه، فقال رسول الله ﷺ: «لاَ تُزْرِمُوهُ» ثُمَّ دَعَا بِدَلْوٍ مِنْ مَاءٍ فَصُبَّ عَلَيْهِ[2].

قال الإمام النووي: "وفيه دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما لقوله ﷺ دعوه، قال العلماء: كان قوله ﷺ دعوه لمصلحتين، إحداهما: أنه لو قطع عليه بوله تضرر وأصل التنجيس قد حصل فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به، والثانية: أن التنجيس قد حصل في جزء يسير من المسجد فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة من المسجد والله أعلم"[3]، ودفع الضرر الحاصل مآلا أهم وأصون للمسجد وأرفق بالمكلف "فَإِن الْبَوْل فِيهِ مفْسدَة، وقطعه على البائل مفْسدَة أعظم مِنْهَا"[4] مفسدة التنجيس اليسير لموضع من غير قصد ولا عناد.

وجاء عن عبد الله بن عمرو بن العاص –رضي الله عنهما– أن رسول الله ﷺ قال: «مِنَ الْكَبَائِرِ شَتْمُ الرَّجُلِ وَالِدَيْهِ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ، وَهَلْ يَشْتِمُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ: «نَعَمْ يَسُبُّ أَبَا الرَّجُلِ فَيَسُبُّ أَبَاهُ، وَيَسُبُّ أُمَّهُ فَيَسُبُّ أُمَّهُ»[5]، والنهي عن السب يؤول إلى مثله وزيادة، "هذا الحديث أصل في سد الذرائع، ويؤخذ منه أن من آل فعله إلى مُحَرَّمٍ يَحْرُمُ عليه ذلك الفعل، وإن لم يقصد إلى ما يَحْرُمُ"[6].

---

(1) شرح صحيح البخاري: لابن بطال، 264/4، وترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض، 105/2، وذكر فيه المهدي، والجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 394/2، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لابن عبدالبر، 50/10، وذكر فيه هارون الرشيد، والموافقات: للشاطبي، 113/4، وفيه ذكر أبي جعفر المنصور، ولم أقف على أصله.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الأدب، باب: الرفق في الأمر كله، رقم: 6025.

(3) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، 191/3.

(4) عمدة القاري شرح صحيح البخاري: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت، 127/3.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الأدب، باب: لا يسب الرجل والديه، رقم: 5973، وصحيح مسلم، كتاب: الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، رقم: 90.

(6) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، 404/1.

وثبت عن عائشة –رضي الله عنها–: أن النبي ﷺ كان يحتجر حصيرا بالليل فيصلي عليه، ويبسطه بالنهار فيجلس عليه، فجعل الناس يثوبون إلى النبي ﷺ فيصلون بصلاته حتى كثروا، فأقبل فقال: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ، خُذُوا مِنَ الأَعْمَالِ مَا تُطِيقُونَ، فَإِنَّ اللَّهَ لاَ يَمَلُّ حَتَّى تَمَلُّوا، وَإِنَّ أَحَبَّ الأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ مَا دَامَ وَإِنْ قَلَّ»[1]، فإن حمل النفس على ما لا تطيق؛ يؤول بها إلى ترك ما تطيق.

ومما يؤيد اعتبار المآل ما جاء في فقه عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– في الامتناع من تقسيم أرض السواد، إلا اعتبار للمآل، فقال: «لَوْلاَ آخِرُ المُسْلِمِينَ، مَا فَتَحْتُ قَرْيَةً إِلَّا قَسَمْتُهَا بَيْنَ أَهْلِهَا، كَمَا قَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْبَرَ»[2]، فالقسمة مصلحة مرجوحة، لكن اعتبار المآل مصلحة راجحة.

وقد حاول الإمام الشاطبي الاستدلال على صحة مبدأ اعتبار المآل مقاصديًّا، من عدة أوجه، من حيث ترابط أحكام الشريعة ومقاصدها، ومن حيث استقراء مواقع المعنى في الجزئيات والكليات، وذلك كالآتي:

الأول: أن التكاليف –كما تقدم– مشروعة لمصالح العباد، ومصالح العباد إما دنيوية وإما أخروية، أما الأخروية؛ فراجعة إلى مآل المكلف في الآخرة ليكون من أهل النعيم لا من أهل الجحيم، وأما الدنيوية؛ فإن الأعمال –إذا تأملتها– مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات[3]، فاعتبار المسببات في ضوء جريان أسبابها إنما هو اعتبار المآل، كما أن اعتبار المصالح مآلات للتكاليف.

الثاني: وهو بمثابة الضابط والمعيار لإعمال المآل، كون "أن مآلات الأعمال إنما أن تكون معتبرة شرعا أو غير معتبرة، فإن اعتبرت فهو المطلوب، وإن لم تعتبر أمكن أن يكون للأعمال مآلات مضادة لمقصود تلك الأعمال، وذلك غير صحيح، لما تقدم من أن التكاليف لمصالح العباد، ولا مصلحة تتوقع مطلقا مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد، وأيضا، فإن ذلك يؤدي إلى أن لا نتطلب مصلحة بفعل مشروع، ولا نتوقع مفسدة بفعل ممنوع،

(1) صحيح البخاري، كتاب: اللباس، باب: الجلوس على الحصير ونحوه، رقم: 5861.

(2) صحيح البخاري، كتاب: المزارعة، باب: أوقاف أصحاب النبي ﷺ وأرض الخراج ومزارعتهم، ومعاملتهم، رقم: 2334.

(3) الموافقات: للشاطبي، 178/5.

وهو خلاف وضع الشريعة كما سبق"[1]، أي أن المآل غير المعتبر في الفعل يأتي مضادا لقصد الشارع من ذلك الفعل وهذا غير صحيح، أو قد يقال أن مآل الفعل إذا كان غير معتبر فإنه بالإمكان أن تكون هناك مآلات أخرى مضاد لقصد الشارع من الفعل، نعم يمكن أن يكون عند إعمال المآل مآلات أخرى مضادة لمقاصد الأعمال أو هادمة لها؛ لكنها فاسدة.

ولا يعني أن عدم اعتبار المآل في بعض الأعمال عائد لإمكانيَّة مضاداته لقصد الشارع، بل قد يكون لتوهمها مآلات، وهي ليست كذلك، أو للجهل بحقيقتها أو لخفائها.

الثالث: إن الأدلة الشرعية الثابتة بالاستقراء التام أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية"[2]، فالاستقراء التام لمواقع المعنى ومقاصد الألفاظ هو المستند الذي عول عليه الشاطبي في اعتبار كثير من الأحكام الشريعة في ضوء مقاصدها التي هي مآلاتها.

الفرع الثاني: علاقة مبدأ اعتبار المآل بتغيُّر الأحكام

تظهر علاقة أصل اعتبار المآل بتغيُّر الأحكام بحسب ما يترتب على الحكم الشرعي من تحقيق الشروط، وتوفر الأسباب، وانعدام الموانع، وما يلحقه من مآل، فإن آل إلى مصلحة، وتحقق منه مقاصد الشريعة كان الحكم جائزًا، وإلا فلا يجوز، وذلك لترتب المفسدة وأيلولة الحكم إلى خلاف قصد الشارع من إقامة العدل، وتحقيق سعادة العبد.

قال الإمام القرافي: "ولا يلزمه قول ذلك القائل لا في عبادة، ولا في سببها ولا شرطها، ولا مانعها، وبهذا يظهر أن الإمام لو قال لا تقيموا الجمعة إلا بإذني لم يكن ذلك حكما، وإن كانت مسألة مختلفا فيها هل تفتقر الجمعة إلى إذن السلطان أو لا، وللناس أن يقيموا بغير إذن الإمام إلا أن يكون في ذلك صورة المشاقة، وخرق أبهة الولاية، وإظهار العناد والمخالفة، فتمنع إقامتها بغير أمره لأجل ذلك، لا لأنه موطن خلاف اتصل به حكم حاكم"[3]، لأن بقاء الأبهة عصمة من الهرج والمرج والاقتتال، وما هو فاسد المآل لا سبب له.

ولذلك كان مبدأ اعتبار المآل هو الفيصل الذي يقوم عليه التفريق بين كثير مما يستشكل من مبادئ التنزيل للأحكام على وقائعها، وتردد النوازل بين المنع والإذن، ففي مسألة إحياء الأرض الموات لمَّا استشكل قربها من العمران وبعدها عنه، كان التعويل على مبدأ

(1) المصدر السابق، 179/5.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الفروق: للقرافي، 49/4.

اعتبار المآل؛ لأن العبرة بترتب الآثار، فيكون "ما قرب من العمران يؤدي إلى التشاجر والفتن وإدخال الضرر فلا بد فيه من نظر الأئمة دفعا لذلك المتوقع[1]، ويدخل ذلك في قاعدة الغالب والنادر: "إضافة الدائر بين الغالب والنادر إلى الغالب أولى"[2]، في حمل قوله ﷺ: «من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق»[3]، وقيل: «من أحيا أرضا ميتة فهي له»[4]، فإن القرب يغلب فيه التشاجر والافتتان فيرجح المتوقع الغالب على الواقع النادر.

خطب عمر –رضي الله عنه– على منبر رسول الله ﷺ فقال: «... وددت أن رسول الله ﷺ لم يفارقنا حتى يعهد إلينا عهدا: الجد، والكلالة، وأبواب من أبواب الربا»[5]، هذه الشبهة جعلت الإمام مالك يتفطن لأعمال التهمة في كل شيء.

ومما جاء عند الحنفيَّة وأدل الأمثلة على هذا الاعتبار، قولهم: "ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها، أو قد بدا جاز البيع؛ لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعا به في الحال، أو في المآل"[6].

وقد اختلف الفقهاء في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز، والسبب في ذلك ما روى مالك، عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ﷺ: أينقص الرطب إذا جف؟ فقالوا: نعم، فنهى عن ذلك»[7]، فأخذ به أكثر العلماء وقال: لا يجوز بيع التمر بالرطب على

(1) المصدر السابق، 206/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) صحيح البخاري، كتاب: المزارعة، باب: باب من أحيا أرضا مواتا، رقم: 2335.

(4) صحيح البخاري، كتاب: المزارعة، باب: باب من أحيا أرضا مواتا، معلقًا.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الأشربة، باب: ما جاء في أن الخمر ما خامر العقل من الشراب، رقم: 5588، وصحيح مسلم، كتاب: التفسير، باب: في نزول تحريم الخمر، رقم: 3032.

(6) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للزيلعي، 12/4، والبناية شرح الهداية: لأبي محمد الغيتابى بدر الدين العينى، 37/8، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط/2، بدون/ت، 324/5.

(7) في رواية إذا يبس" سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب: في الثمَر بالتمْر، رقم: 3359، وسنن الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة، والمزابنة، رقم: 1225، وقال: حديث حسن صحيح، وسنن النسائي، كتاب: البيوع، باب: اشتراء التمر بالرطب، رقم: 4545، وسنن ابن ماجه، أبواب التجارات، باب: بيع الرطب بالتمر، رقم: 2264.

حال مالك[1]، والشافعي[2]، وأحمد وغيرهم[3]، وتفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز، وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن، وأبو يوسف[4]، وقد اعتبر المالكية سدَّ كل ذريعة إلى الربا واعتبروا المآل، فمنعوا كل ما يؤدي إلى الربا وأعملوا التهمة إلى حد بعيد.

قال خليل: "ومنع للتهمة ما كثر قصده"[5]، وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له، واختلافهم في تصحيحه، وذلك أن حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة، والمساواة، وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل، فمن غلَّب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث، ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه؛ قال: هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الرِّبَوِيَّاتِ"[6]، ولذلك منع كل ما يؤدي إلى سلف بزيادة، وذلك أخذا بمآل الأمور لا إلى واقع البائع والمشتري في الحال.

وعليه: تبدو علاقة اعتبار المآل بتغيُّر الأحكام من طبيعته التطوريَّة المؤثرة على الحكم الشرعي، فهو الدافع لحركة الفقه وتقدمه، والضامن لصلاحيَّته الزمانيَّة والمكانيَّة، والكفيل بتطابق الحكم الشرعي مع مقاصد الشارع، وهو "رصد الحركة المتغيرة، المؤثرة على الحكم الشرعي بعد تنزيله، وإلباسه ظروف الزمان والمكان المتوقعة"[7]، تبعًا لتغيُّر المصلحة.

ويكون المآل في المصالح المطلقة، من ذلك مصلحة ما لم يشهد له بإبطال، ولا اعتبار معين، مثل ما يقع في مرتبة الحاجات: كتسليط الولي على تزويج الصغيرة، فذلك لا ضرورة إليه، لكنه محتاج إليه؛ لتحصيل الكفؤ؛ خيفة من الفوات، واستقبالًا للصلاح المنتظر

(1) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: ما يكره من بيع التمر، رقم: 2309، والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 171/7، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 158/3.

(2) الأم: للإمام الشافعي، 18/3، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: 558هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج – جدة، ط/1، 1421هـ- 2000م، 199/5، وفتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 89/4.

(3) المغني: لابن قدامة، 12/4.

(4) البناية شرح الهداية: لأبي محمد الغيتابى بدر الدين العينى، 286/8.

(5) مختصر خليل: للشيخ خليل، ص: 150.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 158/3.

(7) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، ص: 459.

في المآل[1]، وما يهم هنا النظر الى أصل الاستدلال وبناء الحكم على الاعتبار بالمصلحة المآلية، ولولا ذلك الاعتبار لكان الحكم على غير ما آل إليه.

ويبدو أصل المآل واضحًا في الأحكام الجائزة؛ من ذلك إذا آل أخذ الحق إلى ضرر، قال ابن العربي: "للمحق أن يكف عن حق يكون له؛ إذا أدى ذلك إلى ضرر يكون في الدين؟ وهذا فيه نظر طويل، اختصاره: أن الحق إن كان واجبا فيأخذه بكل حال، وإن كان جائزا ففيه يكون هذا القول"[2]، فقيَّد التغيُّر باعتبار المآل في الحكم الجائز دون الواجب، لعدم ظهور المآل قبل وقوع الحكم الجائز، وإنما يتوقع حصول المآل بعد التلبس بالحكم فيترك خشية الوقوع في الفساد.

ومن ثم يرى الإمام الشاطبي التغيُّر بالمآل يحصل في الأحكام الشرعيَّة عمومًا، "حيث يكون العمل في الأصل مشروعا، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعا، لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها، فإن غالبها تذرع بفعل جائز، إلى عمل غير جائز فالأصل على المشروعية، لكن مآله غير مشروع، والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع"[3]، فيكون تلازم فعل المكلف في العاجل بالمصلحة والمفسدة على خلاف ما هو في الآجل، وذلك لما يترتب عليها من أيلولة المقدمات إلى نتائجها، وترتب الأسباب على مسبباتها، وإفضاء الأحكام إلى مقاصدها، كل ذلك المتلازمات لا يضمن سلامتها، إلا إذا تأطرت في ضوء مبدأ اعتبار المآل.

الفرع الثالث: اعتبار سدّ الذرائع وعلاقته المؤطرة للمآل

هناك اعتبارات خادمة لمبدأ اعتبار المآل؛ منها سد الذرائع، الذي هو من أجل الافضاء، إذ هو الجامع المشترك بينه وبين المآل، وقد جمع هذا الاعتبار حقيقة الذرائع وبيان العلاقة المصيريَّة للأحكام، وذلك كالآتي:

أولًا: اعتبار سد الذرائع

سلك الفقهاء في تعريف الذريعة مسلكين، هما:

(1) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 479/1.

(2) أحكام القرآن: لابن العربي، 265/2 – 266.

(3) الموافقات: للشاطبي، 181/5 – 182.

المسلك الأول العام: وهو أن الذريعة هي الوسيلة للشيء[1]، وهي كذلك عند ابن القيم، حيث قال: " والذريعةُ ما كان وسيلة وطريقًا إلى الشيء"[2]كان مشروعا أو ممنوعا.

المسلك الثاني الخاص: وهو أن الذريعة هي الوسيلة إلى المحظور، وسار على هذا المالكية والحنابلة، قال ابن رشد: "هي الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور"[3]، وهو تعريف الإمام الشاطبي لقاعدة الذرائع، عند قوله: "حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه؛... وهي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"[4].

وعرف الحنابلة الذرائع بقولهم: "هي ما ظاهره مباح، ويتوصـــل به إلى محرم"[5]، وهذا المنحى أضيق من سابقه حيث قيَّد الذرائع في كونها موصلة إلى الممنوع، وفيه إشارة إلى سدها.

ويفسر هذا التوصل والتوسل عند ابن تيمية بالإفضاء، حيث قال: "نعلم إنما حرمت الأشياء لكونها في نفسها فسادا بحيث تكون ضررا لا منفعة فيه، أو لكونها مفضية إلى فساد بحيث تكون هي في نفسها فيها منفعة وهي مفضية إلى ضرر أكثر منها فتحرم، فإن كان ذلك الفساد فعل محظور سميت ذريعة"[6]، فتكون الذريعة كل ما يفضي إلى المحظور.

ثم يبيَّن ابن تيميَّة هذا التقيد في كونها مفضية إلى المحظور بقوله: "والذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء، لكن صارت في عرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم، ولو تجردت عن ذلك الإفضاء لم يكن فيها مفسدة، ولهذا قيل الذريعة الفعل الذي ظاهره أنه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم"[7]، فيكون المنحى الأول حسب الاصطلاح العام، لكنه انتقل إلى الاصطلاح الفقهي لمَّا ضاق الاستعمال بانتقاله، واقتصر على كونه وسيلة إلى فعل المحرم.

---

(1) الفروق: للقرافي، 266/3.

(2) اعلام الموقعين: لابن القيم، تحقيق مشهور، 553/4.

(3) المقدمات والممهدات: لابن رشد الجد، 32/2.

(4) الموافقات: للشاطبي، 182/5 – 183.

(5) التحبير شرح التحرير في أصول الفقه: للمرداوي، 3831/8، وشرح الكوكب المنير: لابن النجار، 434/4.

(6) الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، 173/6.

(7) المصدر السابق، 172/6.

وهذا ما أشار إليه المازري، فقال: "أما حقيقة الذريعة عند الفقهاء، فإنها منع ما يجوز لئلا يتطرق به إلى ما لا يجوز"[1]، ومعنى سد الذرائع عند القرافي: "معناه حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها"[2]، فيكون معنى سد الذرائع؛ منع وسائل الفساد.

لما كان اعتبار المآل هو الميزان الذي تحتكم إليه أفعال المكلفين، وعليه تستقر نتائجها، كان من أعمال الإنسان ما هو صلاح كله باعتبار بدايته وباعتبار نهايته؛ أي أنه لا يأتي إلا بخير ولا يؤول إلا إليه؛ ومن أعماله ما فيه الفساد ابتداء؛ وذلك كالقتل فإنه يحرم الإنسان من الحياة ابتداء بالقصد إليه ونهايته بإنجازه، وكالغصب يمنع الإنسان من الاستفادة بماله ابتداء ونهاية أيضا... ومن أعمال الإنسان ما لا تحدث عنها مفسدة في أول الأمر، ولكنها تفضي إلى الفساد، وذلك إما بقصد أو بغير قصد، كإشعال النار بقصد الاستدفاء، وتؤول إلى احراق بعض المزروعات مثلا... والقصد إلى المفسدة في المآل يحمل القاصد مسؤولية العمل وإن تخلف ما قصد إليه في النهاية، وقد منعت الشريعة الإسلامية ما فيه الفساد ابتداء؛ كذلك منعت ما فيه الفساد نهاية؛ وهذا ما يسمى بسدِّ الذرائع[3]، وينقسم إلى ثلاثة أقسام، هي[4]:

الأول: أجمعت الأمة على سدِّه ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها.

الثاني: أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تسد، ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، فإنه لم يقل به أحد، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا.

الثالث: اختلف فيه العلماء هل يسد أو لا؟ كبيوع الآجال عندنا كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر فمالك يقول: إنه أخرج من يده خمسة الآن

---

(1) شرح التلقين: لأبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: 536هـ)، تحقيق: الشيخ محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 2008م، 317/2

(2) الفروق: للقرافي، 32/2.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: لعلال الفاسي، ص: 158، ودعوى الإجماع على سد الذرائع نفاها العطار في حاشيته على شرح المحلي لجمع الجوامع، 399/2.

(4) الفروق: للقرافي، 32/2.

وأخذ عشرة آخر الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك والشافعي يقول ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك وخالفه فيها الشافعي، وللشافعية والمالكية نقاش فيها.

قال ابن العربي في سياق حديثه عن مسألة الخلاف في القراض أو ما يسمى بالمضاربة بغير المسكوك أو بالعروض: "وعول سائر العلماء على مسألة أصولية اختلف الناس بزعمهم فيها، وهي متفق بين العلماء عليها فافهموها وادخروها"[1].

وذكر خلاف بين مالك والشافعي، ولكنهما يتفقان في بعض الصور دون بعضها "يتفق الفريقان على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان بإطلاق، واتفقوا في خصوص المسألة على أنه لا يجوز سب الأصنام حيث يكون سببا في سب الله، عملا بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ﴾ [الأنعام: 108]، وأشباه ذلك من المسائل التي اتفق مالك مع الشافعي على منع التوسل فيها"[2]، وهذا الاتفاق في بعض الجزئيات المنصوص عليها لا على الجملة.

وهناك تلازم بين القصد والمآل فليس هناك مآل إلى مفسدة ما لم يكن ثمة قصد ممنوع، وهذا التلازم كالتلازم بين الوسيلة والمتوسل إليه عند الشافعي، والتحقيق في مسألة الخلاف في التذرع بيَّنه.

قال الإمام الشاطبي: "فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَقُولَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّهُ يَجُوزُ التَّذَرُّعُ إِلَى الرِّبَا بِحَالٍ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَّهِمُ مَنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ قَصْدٌ إِلَى الْمَمْنُوعِ، وَمَالِكٌ يتَّهم بِسَبَبِ ظُهُورِ فِعْلِ اللَّغْوِ [كصوريَّة العقد في بيع العينة المختلف فيها]، وَهُوَ دَالٌّ عَلَى الْقَصْدِ إِلَى الْمَمْنُوعِ، فَقَدْ ظَهَرَ أَنَّ قَاعِدَةَ الذَّرَائِعِ مُتَّفَقٌ عَلَى اعْتِبَارِهَا فِي الْجُمْلَةِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي أمر آخر"[3]، فالشافعي لا يتهم إلا بقرينة كالدخول في الوسيلة، ومالك يتخذ الاستباق مسلكًا إجرائيًا للتَّذرع فيتهم بما يدل على القصد الظاهر، أو غير الظاهر ولكن كثر قصده، لذلك قال المالكية: "يمنع من

(1) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: للقاضي ابن العربي، ص: 866.

(2) الموافقات: للشاطبي، 185/5

(3) المصدر السابق نفسه.

البيوع ما أدى لممنوع يكثر قصده للمتبايعين ولو لم يقصد بالفعل"[1]، أو بما يعرف عن حال المكلفين المتبايعين، ولذلك قيل: "يُتَّهَمُ أَهْلُ الْعِينَةِ فِيمَا لَا يُتَّهَمُ فِيهِ غَيْرُهُمْ لِعَادَتِهِمْ بِالْمَكْرُوهِ"[2].

وتحقق منع الشافعي لسدَّ الذريعة ويظهر في قول السبكي الأب: إنما أراد الشافعي – رحمه الله– تحريم الوسائل لا سدَّ الذرائع، والوسائل تستلزم المتوسل إليه، ومن هذا منع الماء، فإنه يستلزم منع الكلأ الذي هو حرام، ونحن لا ننازع فيما يستلزم من الوسائل، ولذلك نقول: من حبس شخصًا ومنعه من الطعام والشراب، فهو قاتل له، وما هذا من سدِّ الذرائع في شيء، قال السبكي الابن قال الشيخ الإمام أي السبكي الأب، وكلام الشافعي في نفس الذرائع لا في سدِّها، وأصل النزاع بيننا وبين المالكية إنما هو في سدِّها[3].

ولذلك يكون تحقيق القول بتحريم الوسائل عند الشافعيَّة تحقيقًا سديدًا ووجيهًا، فالقول بتحريم الوسائل التي تستلزم المحرم المتوسل إليه قائم على أساس يقرب من اليقين، في حين القول بسد الذرائع قائم في أغلب صوره على الظن والتوهم والتخمين، وشتان ما بينهما، ولذلك كان مسلك الشافعي رحمه الله تعالى في عدم أخذ الناس بالتهم، وإفساد تصرفاتهم بالظن مسلكا سليما وصحيحا، يتفق مع ما دلت عليه نصوص الشريعة السمحة من أخذ المكلفين بظواهرهم، وترك سرائرهم إلى الله تعالى كما أثبت الشافعي، وذلك كي تستقر للناس أحوالهم، ويطمئنوا إلى تصرفاتهم، طالما أنها لا تصادم الشريعة في ظاهرها، والله أعلم[4].

وعليه؛ إن كان القول بتحريم الوسائل التي تستلزم المحرم المتوسل إليه قائم على أساس يقرب من اليقين، لا يعني أن القول بأنَّ سدَّ الذرائع قائم في أغلب صوره على الظن والتوهم والتخمين، نعم إذا بُني على اعتبار مقاصد متوهمة غير معتبرة وغير متحققة شرعا.

---

(1) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير "الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ": لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد علي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1372هـ– 1952م، 117/3، والنص للدردير.

(2) الذخيرة: للقرافي، 16/5.

(3) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: للعطار، 399/2.

(4) أثر الأدلة المختلف فيها مصادر التشريع التبعيَّة في الفقه الإسلامي: د. مصطفى ديب البغا، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه، دار الامام التجارية، دمشق، 579/1.

كما يصدق إيراد هذا النقد نفسه على الوسائل نفسها، فيقال إن التَّذرع الذي يستدل به الشافعي ظن وتوهم وتخمين، فيكون ذلك كذلك إذا بني على وسائل متوهمة، ثم إن الوسائل ساقطة ملغيَّة بسقوط مقاصدها، فكيف تعتبر بعيدة عن المقصد.

ويعتبر المخرج من هذا المأزق؛ أن الجميع قال به وإن كان مالك –رحمه الله– مكثرًا من القول بإعمال سد الذرائع لأعماله التهمة في كل شيء بخلاف غيره.، وهو ملحظ جميل لتدبير كثير من الاختلاف الواقع حوله، لذلك لما كان النص تنتابه الشبهة، لم يقف المجتهد على المعنى الواضح والفهم الكامل، الذي يزول معه الاشتباه، واستدعى إعمال سد الذرائع، وهو المسمى عند ابن العربي بمصطلح "مراعاة الشبهة"[1]، قال القرافي: "وهو كثير في المسائل فنحن قلنا بسد هذه الذرائع، ولم يقل بها الشافعي فليس سد الذرائع خاصا بمالك – رحمه الله– بل قال بها هو أكثر من غيره وأصل سدها مجمع عليه"[2].

ويبقى ملحظ آخر هو أن الخلاف فيه لفظي كما أشار أبو زهرة: "ونحن نميل إلى أنَّ العلماء جميعا يأخذون بأصل الذرائع، وإن لم يسموه بذلك الاسم"[3]، فيكون سبب الخلاف هو فيما يتحقق به التذرع ويكشف به؛ سواء كان وسيلة أم قصدًا، فلا يعني التوسل بها حد يحصل به التذرع، بل قد يكون التذرع بالقصد، أو بكثرة القصود، أو بظهور حال المكلف.

ثانيًا: العلاقة بين سد الذرائع واعتبار المآل

وتظهر الذرائع ما سبق على أنها تابعة للمقاصد كيفما كانت، يقول القرافي: اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة، كالسعي للجمعة والحج وموارد الأحكام، وهي على قسمين: مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها. ووسائل: وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطة[4]، وهي منوطة بإفضائها إلى الحكم الشرعي، ومتعلقة

(1) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: للقاضي ابن العربي، ص: 779.

(2) الفروق: للقرافي، 33/2.

(3) مالك: حياته وعصره وآراءه الفقهية: لأبي زهرة، دار الفكر العربي، ط/2، 445/1.

(4) الفروق: للقرافي، 33/2

بالنتيجة والأثر، فإذا أفضى الحكم إلى المصلحة فالوسيلة مصلحة، وإذا أفضى إلى المفسدة فالوسيلة مفسدة.

وعليه؛ تكون علاقة سد الذرائع بالمآل من حيث ارتباطه بالمقاصد في الغالب لا على الدوام، "فاعتبار الشريعة بسد الذرائع يحصل عند ظهور غلبة مفسدة المآل على مصلحة الأصل"[1]، وتتجسد هذه التبعيَّة في مجموعة أمور، وذلك لمَّا تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تبع للمقاصد بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل، وبحيث لو توصل إلى المقاصد دونها لم يتوسل بها، وبحيث لو فرضنا عدم المقاصد جملة لم يكن للوسائل اعتبار، بل كانت كالعبث[2]، وتكون ملغاة، فإذا سقطت المقاصد أو استغنت بنفسها أو انعدمت جملة سقط اعتبار الوسائل.

ويعدُّ تحريم الذرائع أمر وقائي متعلق بالمآل إلى الفساد والإفساد، "والغرض هنا أن الذرائع حرمها الشارع وإن لم يقصد بها المحرم خشية إفضائها إلى المحرم، فإذا قصد بالشيء نفس المحرم كان أولى بالتحريم من الذرائع، وبهذا التحرير يظهر علة التحريم في مسائل العينة، وأمثالها، وإن لم يقصد البائع الربا؛ لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا فيصير ذريعة فيسد هذا الباب لئلا يتخذه الناس ذريعة إلى الربا ويقول القائل: لم أقصد به ذلك، ولئلا يدعو الإنسان فعله مرة إلى أن يقصد مرة أخرى، ولئلا يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال ولا يميز بين القصد وعدمه، ولئلا يفعلها الإنسان مع قصد خفي يخفى من نفسه على نفسه، وللشريعة أسرار في سد الفساد، وحسم مادة الشر"[3]، وهذا الحسم هو سدُّ الذرائع، الذي يحقق سلامة النتائج، وحماية المقاصد، ووقاية الأفعال المآلية.

ولذلك؛ لما كانت المقاصد لا يُتوصَّل إليها إلا بأسباب وطُرُق تُفْضِي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعةً لها مُعْتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقُرُبَات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصودٌ قصدَ الغاياتِ، وهي مقصودة قصد الوسائل؛ فإذا حَرَّمَ الربُّ تعالى شيئًا وله طرق

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 336/3.

(2) الموافقات: للشاطبي، 353/2.

(3) الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، 174173/6. –

ووسائل تُفْضِي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها، تحقيقًا لتحريمه، وتثبيتًا له، ومنعًا أن يقرب حِمَاه، ولو أباح الوسائل والذرائع المُفْضِية إليه لكان ذلك نقضًا للتحريم، وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه تأبى ذلك كل الإباء[1].

وقد أبطل الإمام الشوكاني كثيرًا من الأحكام عندما اتخذت وسائل وذرائع لمقاصد فاسدة، من تلك الذرائع والوسائل "الْإِقْرَار للذكور أَو لمن يحبونَ بديون ونفقات ومكتسبات وَلم ينْفق ذَلِك عَليّ وَلَا الْتفت إِلَيْهِ بل كشفت عَن أصل كل إِقْرَار فَمَا كَانَ صادرا عَن هَذِه الْمَقَاصِد الْفَاسِدَة أبطلته"[2]، وبناء على انكشاف مآلاتها الفاسدة حكم عليها بالإبطال.

وتظهر في مسائل كثيرة في المعاملات الماليَّة، ظاهرها الصلاح الآني وحقيقتها فساد مآلي دقيق، لا يدركه إلا أولو الأبصار والبصائر، "وَمن جملَة مَا تلطف بِهِ من لَهُ أَوْلَاد ذُكُورا وإناثا أَن يعمدوا إِلَى أَوْلَاد أَوْلَادهم الذُّكُور فينذرون عَلَيْهِم ويوصون لَهُم وَيَقُولُونَ إِنَّهُم فعلوا ذَلِك لغير وَارِث وَلم يَفْعَلُوا ذَلِك إِلَّا لقصد تقليل نصيب بناتهم وتوفير نصيب الذُّكُور"[3]، وهذا من أخطر المسالك وهو الذي ينبغي أن ينظر فيه ويؤخذ على يدي ولاة الأمور، وينتصر فيه للمرأة بدل من إضاعة الوقت في وهم الانتصار المزعوم، وبذل الغالي والنفيس في ما لا طائل من مناقشته كقضايا الإرث القطعية.

ولا يكون ذلك ارتجالا وإنما وفق منهاج استقرائي دقيق كصنيع الإمام الشوكاني حيث قال: "وَقد تتبعت هَذَا فَمَا وجدت أحدا يُوصي لأولاد أَوْلَاده أَو ينذر عَلَيْهِم إِلَّا وَمَعَهُ بَنَات أَو لَهُ ميل إِلَى بعض الْأَوْلَاد دون بعض، وَلَا يَفْعَلُونَ ذَلِك لمقصد صَالح إِلَّا فِي أندر الْحَالَات وأقلها"[4]، وهذا من أكبر دعائم التجديد الفقهي ومرتكزات التغيرُّ التنزيلي للأحكام تأصيلًا ومعاصرة وواقعًا.

وتقوم الموازنة بين المصلحة والمفسدة المآلية لأفعال المكلفين على أساس علاقة المقاصد بسد الذرائع، كما بيَّن الطاهر بن عاشور حيث قال: "وما هو عندي إلَّا التوازنُ بين

(1) إعلام الموقعين: لابن قيم الجوزيَّة، 553/4

(2) أدب الطلب ومنتهى الأدب: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق: عبد الله يحيى السريحي، دار ابن حزم– لبنان – بيروت، ط/1، 1419هـ – 1998م، 203/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) المصدر السابق نفسه.

ما في الفعل الذي هو ذريعةٌ من المصلحة، وما في مآله من المفسدة، فترجع إلى قاعدة تعارض المصالح والمفاسد... فما وقع منه من الذرائع قد عظم فيه فساد مآله على صلاح أصله، مثل حفر الآبار في الطرقات، وما لم يقع منه قد غَلَب صلاح أصله على فساد مآله كزراعة العنب، على أن في احتياج الأمة إلى تلك الذريعة بقطع النظر عن مآلها، وفي إمكان حصول مآلها بوسيلة أخرى، وعدم إمكانه، أثرًا قويًا في سدّ بعض الذرائع وعدم سد بعضها"[1].

ولما كانت الوسائل تابعة للمقاصد -كما تبين من كلام الأئمة- وجودًا وعدمًا صلاحًا وفسادا، فإن كانت الوسائل في ظاهرها الصلاح والمنفعة ولكنها تفضي إلى الفساد والضرر أو تعود على المقاصد بالإبطال فإن العبرة بما أفضت إليه لا بما في نفس الأمر.

فيعتبر مبدأ المآل مسلكًا قائمًا على اعتبار نتائج الأفعال ومصيرها؛ فإنَّ أفعال المكلفين مرهونة بنتائجها المبنية على المقاصد التي لا تتحقق إلا بأدوات ووسائل منها سد الذرائع، وإن أفعال المكلفين إن كانت مشروعة لمصلحة إلا أنها تفضي إلى مفسدة تساوي أو تزيد أو إلى فوات مصلحة أهم فإنها تُمنع لذلك الإفضاء، وتحرم سدًا للذريعة.

المطلب الثاني: الاعتبارات الخادمة لمبدأ اعتبار المآل

يشمل هذا المطلب مجموعة من الاعتبارات الخادمة لمبدأ اعتبار المآل، وهي اعتبار الحيل، ومراعاة أصل الاستحسان، والتوسل بالمستقبليات، كل هذه المرعيات المعتبرة تأتي في سياق تأطير علاقة لخدمة المآل، والكشف عنه.

الفرع الأول: اعتبار الحيل وعلاقته الخادمة للمآل

يستدعي الحديث عن الحيل وعلاقتها بالمآل؛ معرفة حقيقتها الأصليَّة، وعلاقتها المآليَّة، وذلك كالآتي:

أولًا: اعتبار الحيل الخادمة للمآل

يأتي هذه البند للتعريف بالحيل وأنواعها وأثرها في تغيُّر الأحكام.

ويراد بالحيلة: "أن يقصد سقوط الواجب، أو حل الحرام، بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له، أو ما شُرِعَ، فهو يريد تغيير الأحكام الشرعية بأسباب لم يقصد بها ما جعلت تلك الأسباب له، وهو يفعل تلك الأسباب لأجل ما هو تابع لها، لا لأجل ما هو المتبوع

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 337/3

المقصود بها، بل يفعل السبب لما ينافي قصده من حكم السبب، فيصير بمنزلة من طلب ثمرة الفعل الشرعي ونتيجته، وهو لم يأت بقوامه وحقيقته"[1]، فهي تؤدي إلى الفعل بغير أسبابه، أو إلى انحرافٌ في التسبيب، فعلاقتها بالأحكام علاقة أسباب ومسببات، وتودي بالقصد إلى الأفعال بغير مقاصدها، أو جنوح في مقاصد الأفعال إلى أفعال غير حاصلة.

ويقصد بقاعدة الحيل؛ تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر[2]، فهذا الاتجاه يتوصل به إلى الممنوع بطرق خفيَّة ظاهرها الإباحة، وهذا يتقاطع كثيرًا مع قاعدة الذرائع؛ لأنه اتجاه في التعريف أخذ منحا أصوليًّا عند ربط المقاصد، قال ابن القيم: فالحيلة هي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال[3].

وتطلق الحيلة ويراد بها في المصطلح العرفي "استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه، بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة؛ فهذا أخص من موضوعها في أصل اللغة، وسواء كان المقصود أمرا جائزًا أم محرمًا، وأخص من هذا استعمالها في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعًا أو عقلًا أو عادة فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس"[4]، ومن هنا يتبين أن للحيل ثلاثة معانى:

الأول عام: وهو نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم انتقل عرفًا إلى معنى ثان خاص وهو قصد الشيء بطريق خفي، وخاص الخاص وهو التوصل إلى الممنوع خفية وهو السائد في العرف الشرعي واللغوي.

وعرفها الطاهر بن عاشور: "هي إبراز عمل ممنوع شرعًا في صورة عمل جائز، أو إبراز عمل غير معتدّ به شرعًا في صورة عمل معتدّ به، لقصد التقصّي من مؤاخذته، والتحيّل من هذا القبيل هو الذي يتوصّل له إلى مقصد ذميم، وهو شرعًا ما كان المنع فيه شرعيًا والمانع الشارع"[5]، فيسجل هذا التعريف حضورًا بارزًا لمقصد المكلف وأثرها في تغيير الحكم

(1) الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، 17/6.

(2) الموافقات: للشاطبي، 187/5.

(3) أعلام الموقعين: لابن قيم الجوزية، 188/3.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 322/2.

الشرعي؛ لأن الحيل مآل الفعل و"العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع،... وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية"[1]، فالقصد الفاسد ركن في فساد الحيل.

ولا يمنع أن يُتوصل بالحيلة إلى مصلحة من غير قصد إبطال حكم شرعي لا على الجملة، لأن التحايل على الأفراد في كل مسألة على خصوصها ليس كالتحايل على الجملة، وذلك عند من أجاز الحيل كأبي حنيفة، فإنه اعتبر المآل أيضا، لكن على حكم الانفراد، فإن الهبة على أي قصد كانت مبطلة لإيجاب الزكاة، كإنفاق المال عند رأس الحول، وأداء الدين منه، وشراء العروض به، وغيرها مما لا تجب فيه زكاة، وهذا الإبطال صحيح جائز؛ لأنه مصلحة عائدة على الواهب والمنفق، لكن هذا بشرط أن لا يقصد إبطال الحكم، فإن هذا القصد بخصوصه ممنوع؛ لأنه عناد للشارع كما إذا امتنع من أداء الزكاة، فلا يخالف أبو حنيفة في أن قصد إبطال الأحكام صراحا ممنوع، وأما إبطالها ضمنا، فلا، وإلا امتنعت الهبة عند رأس الحول مطلقا، ولا يقول بهذا واحد منهم[2].

ويحرم أخذ الحيل بإطلاق عند العقلاء، ولهذا قال ابن قدمة: "والحيل كلها محرمة، غير جائزة في شيء من الدين، وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، ونحو ذلك"[3]، ولذلك اتفقوا على تحريم القصد بالإيمان والصلاة وغيرهما إلى مجرد إحراز النفس والمال، كالمنافقين، والمرائين وما أشبه ذلك، وبهذا يظهر أن التحيل على الأحكام الشرعية باطل على الجملة نظرا إلى المآل[4]، وهو هدم الدين، والخروج من تبعيَّة التكاليف الشرعيَّة.

فيكون من الحيل كمن يستعمل السنة في غير موضعها، فصار المباح عليه محظورًا، والحلال محرمًا[5].

---

(1) الموافقات: للشاطبي، 188/5.

(2) الأصل: لمحمد بن الحسن الشيباني، 91/2– 92 بتصرف، والموافقات: للشاطبي، 188/5، بتصرف.

(3) المغني: لابن قدامة، 43/4.

(4) إبطال الحيل: لأبي عبد الله عبيد الله بن محمد بن محمد بن حمدان العُكْبَري المعروف بابن بَطَّة العكبري (المتوفى: 387هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي – بيروت، ط/2، 1403هـ، ص: 41، والموافقات: للشاطبي، 188/5.

(5) إبطال الحيل: للعكبري، ص: 49.

وقد تنضبط الحيل بموافقة قصد الشارع فتكون جائزة، وقد أجمل الإمام الشاطبي ضوابط الحيل الجائزة والممنوعة بقوله: "لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة، كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة؛ وإنما يبطل منها ما كان مضادًا لقصد الشارع خاصة، وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام، ويقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة"[1]، والعبرة بالمحافظة على قصد الشارع، فإن أي عمل يحتال به للوصول إلى الممنوع فمآله المنع، وذلك إما لقصده المفسدة ولو كان ظاهره المصلحة، وإما لكونه فساد في ذاته. ويمكن وضع سؤال في هذا الصدد مفاده؛ هل هناك فرق بين سدِّ الذرائع والحيل؟

إذا تلبس المكلف بكل من الذرائع والحيل أو بأحدهما فقد تلبس بنوع من التسبب المتعلق به حكم من أحكام الشريعة، "فمثلًا إذا تسبب المكلف في إسقاط الوجوب عن نفسه، أو في إباحة المحرم عليه، بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر، أو المحرم حلالا في الظاهر أيضا، فهذا التسبب يسمى حيلة وتحيلًا"[2] يفضي بالواجب إلى المباح وبالحرام إلى ضده.

وعليه يكون بين الحيل والذرائع عموم وخصوص، لأن "جعل المفسدة في الحيل خرم قواعد الشريعة، خاصة كإبطال الزكاة وهدمها بالكلية، ولا يخفى أنه ممنوع، والهبة ذريعة إليه، فتكون الحيل أخص من الذريعة على ما يؤخذ من تعريفه لهما"[3]. وهذا إنما يكون "في الحيل عند من قال بها مطلقا، فإنما قال بها بناء على أن للشارع قصدا في استجلاب المصالح ودرء المفاسد، بل الشريعة لهذا وضعت، فإذا صحح مثلا نكاح المحلل؛ فإنما صححه على فرض أنه غلب على ظنه من قصد الشارع الإذن في استجلاب مصلحة الزوجين فيه، وكذلك سائر المسائل بدليل صحته في النطق بكلمة الكفر خوف القتل أو التعذيب، وفي سائر المصالح العامة والخاصة؛ إذ لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة، كما أنه

(1) الموافقات: للشاطبي، 33/3.

(2) المصدر السابق، 107/3.

(3) تعليق دراز على الموافقات: للشاطبي، 187/5.

لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة؛ فإنما يبطل منها ما كان مضادا لقصد الشارع خاصة، وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام"[1].

فيكون إعمال كل من الحيل وسد الذرائع يقوم على تفعيل فقه الاحتياط، فهو أصل وقائي يعصم المجتهد من الخروج عن قصد الشارع، ويميز بين الأفعال المعتبرة وغير المعتبرة بناء على سلامة نتائجها.

ويبرز الفرق من طرفين: من حيث جريانهما في العموم المخصوص، فالذرائع أعم من الحيل، وأن الذرائع لا يراعى فيها القصد المرعي في الحيل، لهذا يقول الطاهر بن عاشور: "للذرائع تعلّق قوي بمبحث التحيّل، إلا أن التحيّل يراد به إعمال بعض الناس في خاصّة أحواله للتخلّص من حق شرعي عليه، بصورة هي أيضًا معتبرة شرعًا حتى يظن أنه جار على حكم الشرع، وأما الذرائع فهي ما يفضي إلى فساد سواء قصد الناس به إفضاءه إلى فساد أم لم يقصدوه، وذلك في الأحوال العامة، فحصل الفرق بين الذرائع والحيل من جهتين: جهة العموم والخصوص، وجهة القصد وعدمه"[2]، فالذرائع أعم من الحيل، والحيل يراعى فيها قصد المكلف والذرائع لا يراعى فيها ذلك، "والحيل المبحوث فيها لا تكون إلا مبطلة لمقصد شرعي، والذرائع قد تكون مبطلة لمقصد شرعي من الصلاح، وقد لا تكون مبطِلة"[3]، وهذا الإبطال إما أصالة أو مآلا؛ لأن "قاعدة التحايل في جوهرها مبنية على التعارض الحاصل بين مصلحة الأصل، ومفسدة المآل"[4]، وعلى قدر عَوْدها على القصد مآليًّا سواء تصحيحا أو إبطالا؛ بنيت علاقتها بمبدأ اعتبار المآل، وتعددت بموجب ذلك الآراء في تقسيمها من خلال النظر في علاقتها بالمآل.

ثانيًا: علاقة الحيل باعتبار المآل

تبدو علاقة الحيل بمبدأ المآل واضحة من حيث التوصل بها إلى الفعل، وتطبيق مقصده وحصول مصلحته حالًا ومآلًا، ولا يمكن معرفة هذه العلاقة دون بيان أقسام الحيل، وقد اختلفت عبارات الأصوليين في تقسيم الحيل لاختلافهم في حكمها، لخفائها ودقتها

(1) الموافقات: للشاطبي، 32/3 – 33.

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر ابن عاشور، 325/2.

(3) المصدر السابق، 326/2.

(4) أصل اعتبار المآل: لجديَّة، 164/1.

وانقلابها حالًا أو مآلًا على قصد الشارع؛ لأن الأصل في "القصد المشروع في العمل لا يهدم قصدا شرعيا، والقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي"[1]، والمقصد شرعي هو المطابق للمصلحة حالًا ومآلًا.

وقسم ابن القيم الحيل حسب الاستعمال المقاصدي لها، فالحيلة جنس تحته التوصل إلى فعل الواجب، وترك المحرَّم، وتخليص الحق، ونصر المظلوم، وقهر الظالم، وعقوبة المعتدي، وتحته التوصل إلى استحلال المحرم، وإبطال الحقوق، وإسقاط الواجبات، ولما قال النبي ﷺ: «لَا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللَّهِ بِأَدْنَى الْحِيَلِ»[2]، وغلب استعمال الحيل في عرف الفقهاء على النوع المذموم[3]، ومردُّها على الإجمال إلى قسمين حيل محرمة وحيل جائزة.

الأول: الحيل المحرمة وهي: الطرق الخفية التي يُتَوَصَّل بها إلى ما هو محرم في نفسه، بحيث لا يحل بمثل ذلك السبب بحال، فمتى كان المقصود بها محرَّمًا في نفسه فهي حرام باتفاق المسلمين، وذلك كالحيل على أخذ أموال الناس وظُلْمهم في نفوسهم وسَفْك دمائهم وإبطال حقوقهم وإفساد ذات بَيْنهم، وهي من جنس حيل الشياطين على إغواء بني آدم بكل طريق[4]، وهي على أنواع[5]:

النوع الأول: أن تكون الحيلة مُحرَّمة ويُقصد بها المحرَّم.

النوع الثاني: أن تكون مباحة في نفسها ويُقصد بها المحرم؛ فتصير حرامًا تحريمَ وسائل كالسفر لقطع الطريق وقتل النفس المعصومة.

النوع الثالث: أن تكون الطريق لم توضع للإفضاء إلى المحرم، وإنما وضعت مُفْضِية إلى المشروع كالإقرار والبيع والنكاح والهبة ونحو ذلك، فيتخذها المتحيل طريقًا إلى الحرام، وهذا معترك الكلام في هذا الباب.

---

(1) الموافقات: للشاطبي، 122/3 – 123.

(2) إبطال الحيل: للعُكْبَري، ص: 46، والأجوبة المرضية فيما سئل السخاوي عنه من الأحاديث النبوية: لشمس محمد بن عبد الرحمن السخاوي (المتوفى: 902 هـ)، تحقيق: د. محمد إسحاق محمد إبراهيم، دار الراية للنشر والتوزيع، ط/1، 1418هـ، 214/1 – 215.

(3) إعلام الموقعين: لابن قيم الجوزية، 189/5.

(4) المصدر السابق، 294/5.

(5) المصدر السابق، 301/5 – 302.

الثاني: الحيل الجائزة أن يقصد بالحيلة أخذ حقٍ أو دفع باطلٍ، وهذا القسم ينقسم إلى ثلاثة أنواع أيضًا[1]:

النوع الأول: أن يكون الطريق محرَّمًا في نفسه، وإن كان المقصود به حقًّا، مثل أن يكون له على رجل حق فيجحده، ولا بيّنة له، فيقيم صاحبه شاهدي زور يشهدان به، ولا يعلمان ثبوتَ ذلك الحق.

النوع الثاني: أن تكون الطريق مشروعة، وما تُفْضي إليه مشروع، وهذه هي الأسباب التي نصبها الشارع مُفْضِية إلى مسبَّباتها كالبيع والإجارة والمُسَاقاة والمزارعة والوكالة، بل الأسباب محل حكم اللَّه ورسوله، وهي في اقتضائها لمسبباتها شرعًا على وفق الأسباب الحِسِّية في اقتضائها لمسبباتها قدرًا.

النوع الثالث: أن يحتال على التوصل إلى الحق أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع مُوصلة إلى ذلك، بل وضعت لغيره، فيتخذها هو طريقًا إلى هذا المقصود الصحيح، أو تكون قد وضعت له لكن تكون خفيّة ولا يفطن لها، والفرق بين هذا النوع والذي قبله، أن الطريق في الذي قبله نُصبَتْ مُفْضِية إلى مقصودها ظاهرًا، وقد قسم الإمام الشاطبي الحيل إلى قسمين:

الأول: حيل باطلة منهي عنها وهي "ما هدم أصلا شرعيا وناقض مصلحة شرعية"[2]، وعارض منقول الشرع.

الثاني: وهي الحيل المعبِّر عنها بقوله: "فإن فرضنا أن الحيلة لا تهدم أصلا شرعيا، ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها؛ فغير داخلة في النهي ولا هي باطلة، ومرجع الأمر فيها إلى أنها على ثلاثة أمور:

الأمر الأول: لا خلاف في بطلانه، كحيل المنافقين والمرائين.

الأمر الثاني: لا خلاف في جوازه؛ كالنطق بكلمة الكفر إكراها عليها.

الأمر الثالث: هو محل الإشكال والغموض، وفيه اضطربت أَنْظَارُ النُّظَّارِ، من جهة أنه لم يتبين فيه بدليل واضح قطعي؛ لحاقه بالقسم الأول أو الثاني، ولا تبين فيه للشارع

(1) المصدر السابق، 302/5 – 305

(2) الموافقات: للشاطبي، 124/3.

مقصد يتفق على أنه مقصود له، ولا ظهر أنه على خلاف المصلحة التي وضعت لها الشريعة"[1]، والاضطراب فيه حاصل من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: كونه لم يدل على جوازه أو بطلانه دليل قطعي.

الوجه الثاني: لم تظهر مخالفته لمقصود الشارع في الحال أو المآل.

الوجه الثالث: لم تظهر مخالفته لمصلحة شرعية في الحال أو المآل.

ويمثل لذلك بمسائل بيوع الآجال؛ فإن فيها التحيل إلى بيع درهم نقدا بدرهمين إلى أجل، لكن بعقدين كل واحد منهما مقصود في نفسه[2].

ويبدو حاصل هذا القسم أنه شريك بين القسمين الأول والثاني، بحسب علاقته بالمصلحة الشرعية، وضابطه؛ إن كان "غير مخالف للمصلحة؛ فالتحيل جائز، أو مخالف؛ فالتحيل ممنوع"[3].

ويعتبر دليل المرجعيَّة والميزان في معرفة الحيل هو وضوح المقاصد وخفاؤها، لأن "أحكام الشريعة تشتمل على مصلحة كلية في الجملة، وعلى مصلحة جزئية في كل مسألة على الخصوص، أما الجزئية؛ فما يعرب عنها كل دليل لحكم في خاصته، وأما الكلية؛ فهي أن يكون كل مكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته"[4]، حتى يكون عبدا لله اختيارا، مع العلم أنه "لا يلزم إذا شرعت القاعدة الكلية لمصلحة أن توجد المصلحة في كل فرد من أفرادها عينا"[5]، عكس تفويت القاعدة الكلية فإنه تفويت لأفرادها.

ولما كانت من الأحكام الوضعيَّة ما هو داخل تحت مقدور المكلف استطاع أن يدخل عليها الحيل، وعلى هذا الاعتبار قسم الطاهر بن عاشور الحيل إلى خمسة أنواع[6]:

النوع الأول: تحيّل يفوت المقصد الشرعي ولا يعوّضه بمقصد شرعي آخر. وذلك بأن يتحيّل بالعمل لإيجاد مانع من ترتّب أمر شرعي، فهو استخدام للفعل لا في حالة جعله سببًا

(1) المصدر السابق، 124/3 – 125.

(2) المصدر السابق، 127/3.

(3) المصدر السابق، 125/3.

(4) المصدر السابق، 123/3.

(5) المصدر السابق، 126/3.

(6) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر ابن عاشور، 323/2– 324 بتصرف.

بل في حالة جعله مانعًا، وهذا النوع لا ينبغي الشك في ذمَّه وبطلانه، ووجوب المعاملة بنقيض مقصِد صاحبه إن اطلع عليه.

النوع الثاني: تحيّل على تعطيل أمر مشروع على وجه ينقل إلى أمر مشروع آخر، أي استعمال الشيء باعتبار كونه سببًا، فإن ترتّب المُسبب على سببه أمر مقصود للشارع. ومثله هذا الانتقال من سبب حكم إلى سبب حكم آخر، في حين يكون المكلف مخيّرًا في اتباع أحد السببين، فعلم أن أحدَهما يكلفه مشقةً فانتقل إلى الأخفّ، وهذا النوع جائز على الجملة لأنه انتقال من حكم إلى حكم، وما فوّت مقصدًا إلا وقد حصّل مقصدًا آخر.

النوع الثالث: تحيّل على تعطيل أمر مشروع على وجه يسلك به أمرًا مشروعًا هو أخفُّ عليه من المنتقَلِ منه، وأمثلة هذا عند الشيخ ابن عاشور تدلّ على أن هذا ألصق بمقام الترخّص إذا لحقت المكلف مشقةٌ من الحكم المُنتقَل منه، وهذا أقوى من الرخصة المفضية إلى إسقاط الحكم من أصله.

النوع الرابع: تحيّل في أعمال ليست مشتملة على معانٍ عظيمة مقصودة للشارع، وفي التحيّل بها تحقيق لمماثل مقصد الشارع من تلك الأعمال، وهذا كتحيّل من صدرت منه يمين لا يتعلق بها حق الغير.

النوع الخامس: تحيّل لا ينافي مقصد الشارع، وهو يعين على تحصيل مقصده ولكنّ فيه إضاعة حق لآخر، أو مفسدة أخرى. وبهذا يبرز أثر الحيل في تغيُّر الاحكام، وهي أن الأفعال الواقعة في الوجود، المقتضية لأمور تشرع لأجلها، أو توضع فتقتضيها على الجملة ضربان:

أحدهما: خارج عن مقدور المكلف، والآخر: ما يصح دخوله تحت مقدوره، فالأول قد يكون سببا، ويكون شرطا، ويكون مانعا، فالسبب مثل كون الاضطرار سببا في إباحة الميتة، والشرط مثل كون الحول شرطا في إيجاب الزكاة، والبلوغ شرطا في التكليف مطلقا، والقدرة على التسليم شرطا في صحة البيع، والمانع ككون الجنون مانعا من القيام بالعبادات وإطلاق التصرفات[1]، ومما يخص الضرب الثاني ما يصح دخوله تحت مقدوره، فله نظران:

(1) الموافقات: للشاطبي، 289/1 – 299.

نظر من حيث هو مما يدخل تحت خطاب التكليف، مأمورا به أو منهيا عنه، أو مأذونا فيه، من جهة اقتضائه للمصالح أو المفاسد جلبا أو دفعا؛ كالبيع والشراء للانتفاع، وأما السبب؛ فمثله كون النكاح سببا في حصول التوارث بين الزوجين، وأما الشرط؛ فمثل كون النكاح شرطا في وقوع الطلاق أو في حل مراجعة المطلقة ثلاثا، وأما المانع؛ فمثل اعتبار نكاح الأخت مانعا من نكاح الأخرى، غير أن هذه الأمور الثلاثة لا تجتمع للشيء الواحد، فإذا وقع سببا لحكم شرعي؛ فلا يكون شرطا فيه نفسه ولا مانعا له لما في ذلك من التدافع، وإنما يكون سببا لحكم، وشرطا لآخر، ومانعا لآخر، ولا يصح اجتماعها على الحكم الواحد، ولا اجتماع اثنين منها من جهة واحدة، كما لا يصح ذلك في أحكام خطاب التكليف[1].

فالضرب الثاني يستطيع المكلف من خلاله التدخل فيه، فيتحايل عليه لأنه في مقدوره فيقف من الأحكام الوضعية موقف مغاير لما وضعت له فيتغير بذلك الحكم.

بين الحيل والأحكام والمقاصد عروة وثقى، وارتباط ظاهر من أول استهلال على مستوى تعريفها وتقسيماتها، ويزداد بقوة اعتبارها عند التنزيل، وذلك لأن أعمال المتحايلين لا تنفك عن مقاصدهم، فلما كان منها الصحيحة ومنها الفاسدة كانت الحيل تابعة لها جوازا ومنعا. فمن فسد قصده بحيث "تحمله الْأَغْرَاض الْفَاسِدَة على تتبع الْحِيَل المحرَّمة أَو الْمَكْرُوهَة والتمسك بالشبه طلبا للترخيص لمن يروم نَفعه أَو التَّغْلِيظ على من يُرِيد ضره"[2]؛ فقد وقع في الحرام؛ لأن مآل "العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"[3]، وإبطال التكاليف الشرعية في المتوقع، وهدم مقاصد الشارع فيهما معًا.

وأمَّا "مَنْ صَحَّ قَصده فاحتسب فِي طَلَبِ حيلةٍ لَا شُبْهَة فِيهَا للتخليص من ورطة يَمِين وَنَحْوهَا فَذَلِك حسن جميل، وَعَلِيهِ يحمل مَا جَاءَ عَن بعض السّلف من نَحْو هَذَا كَقَوْل سُفْيَان إنمَّا الْعلم عندنَا الرُّخْصَة من ثِقَة فَأَما التَّشْدِيد فيحسنه كل أحد"[4]، فخروج بطلبه ذلك من الضيق والحرج إلى سعة الشريعة وعدلها ورحمتها وحكمتها.

---

(1) المصدر السابق، 299/1 – 301.

(2) آداب الفتوى والمفتي والمستفتي: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر – دمشق، ط/1، 1408هـ – 1988م، 37/1 – 38.

(3) الموافقات: للشاطبي، 187/5.

(4) آداب الفتوى والمفتي والمستفتي: للنووي، 38/1.

وهذا ما عبَّر عنه الحنفية بالمخارج، فقالوا: "وإنما هو الهرب من الحرام، والتخلص منه حسن، قال الله تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص: 44]، وذكر فِي الخبر أَنَّ «رَجُلًا اشْتَرَى صَاعًا مِنْ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ فَقَالَ ﷺ أَرْبَيْت هَلَّا بِعْت تَمْرَكَ بِالسِّلْعَةِ ثُمَّ ابْتَعْت بِسِلْعَتِكَ تَمْرًا»[1]، وهذا كله إذا لم يؤد إلى الضرر بأحد"[2]، وكان موافقًا لقصد الشارع عند التنزيل لا معارضا له؛ صح اعتباره وكان من الحيل المشروعة.

فما دامت الحيل محققة لمقاصد الأحكام فإنها تضاف إلى مثيلتها من القواعد المؤطرة لمبدأ اعتبار المآل، والتي ترتبط بفقه التنزيل، فلما كان يصعب على المجتهد التنزيل المباشر لجأ إلى اعتبار الحيل المشروعة للمحافظة على قصد الشارع مع مطابقة قصده وسلامته حالا ومآلا.

وهذا الارتباط التنزيلي بالأحكام التكليفيَّة والوضعية جلُّها جعلها تتغيَّر تبعا لواقعها المآلي الجديد.

الفرع الثاني: الاستحسان وعلاقته بتغيُّر الأحكام

يعدّ الاستحسان من الأدلة الأصوليَّة المختلف فيها، وقد بدأ الخلاف فيه شديدا أول ما ظهر الحديث عنه، ووقع أتباع المذاهب في معارك حاول كل فريق ينتصر فيها لرأيه ومذهبه قبل تحرير المصطلح، ورسم حدود ما اختلف فيه.

وكان نكران المانعين خارج الحدود، وبعيدا عند المقصود، مع ما حشدوا عليه من الأدلة ما حشدوا[3]، حتى قال الشافعي: "وإنما الاستحسان تلذُّذ"[4]، هو أن يقول الإنسان ما شاء ويدعي ما نزل القرآن بخلافه، كما أورده الإمام الشافعي في باب إبطال الاستحسان[5]،

(1) لم أقف على هذا اللفظ، وقريب منه ما جاء في صحيح البخاري، عن أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خَيْبَرَ، فَجَاءَهُمْ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ، فقال: «أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا»، فَقَالَ: إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ، فَقَالَ: «لاَ تَفْعَلْ، بِعِ الجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا» وقال في الميزان مثل ذلك، كتاب: الوكالة، باب: الوكالة في الصرف والميزان، رقم: 2302.

(2) الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ: لابن نجيم، ص: 350.

(3) الأم: للإمام الشافعي، كتاب إبطال الاستحسان، 309/7- 310 بتصرف، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 475/1- 476 بتصرف.

(4) الرسالة: للإمام الشافعي، 507/1.

(5) الأم: للإمام الشافعي، 313/7.

مع العلم أن ما أوردوه ليس من الاستحسان في شيء ولا يريده القائلون به، ولم تحمل عليه عباراتهم، وليست فتواهم قائمة على مثل هذا الباطل الظاهر، وذلك "لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين على امتناع حكم المجتهد في شرع الله تعالى بشهواته وهواه، من غير دليل شرعي"[1]، فلا يعدُّ مستندًا شرعيًّا ولا تقوم به حجة شرعية؛ لمضاهاته الشريعة.

قال ابن قدامة: "الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع، فإنه وضع للشرع بالرأي من غير دليل"[2]، وإنما الاستحسان المعتبر صادر عن قول بدليل ونظر في التنزيل.

وهذا يأتي وفق ما قرره الإمام الشافعي نفسه عند قوله: "وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحق، ولا يكون الحق معلوما إلا عن الله نصا أو دلالة من الله، فقد جعل الله الحق في كتابه ثم سنة نبيه ﷺ فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليها نصا أو جملة"[3]، فقوله "أو جملة" هذا مدخل كبير لاستحسان وغيره من الأدلة الاجتهادية.

وإذا رجعنا إلى أقوال المنكرين له نجدها في غير ما وضع له الاستحسان، وإن حقيقة الاستحسان –وإن لم يقولوا به– فقد سار الركب بأقوالهم، ومنها قول الإمام ابن السبكي في جمع الجوامع بتوضيح من المحلي: فُسِّرَ أيضا (بعدول عن قياس إلى) قياس (أقوى) منه (ولا خلاف فيه) بهذا المعنى فَإِنَّ أَقْوَى القياسين مقدم على الآخر قطعا (أو) بعدول (عن الدَّلِيلِ إلى العادة) للمصلحة كدخول الْحَمَّامِ من غير تعيين زمن المكث وقدر الماء والأجرة فَإِنَّهُ مُعْتَادٌ على خلاف الدليل للمصلحة وكذا شرب الماء من السِّقَاءِ من غير تعيين قدره (وَرُدَّ بِأَنَّهُ إنْ ثَبَتَ أَنَّهَا) أي العادة (حَقٌّ) لجريانها في زمنه ﷺ أو بعده من غير إنكار منه ولا من غيره (فقد قام دليلها) من السُّنَّةِ والإجماع فيعمل بها قطعا (وإلا) أي وإن تَثْبُتْ حَقِيقَتُهَا (رُدَّتْ) قَطْعًا فلم يَتَحَقَّقْ معنى للاستحسان ممَّا ذكر يصلح محلًّا للنِّزاع"[4]، ولم يسلم به العطار، ورده بقوله: "وفيه أن من القواعد أن الضرورات تبيح المحظورات وإذا ضاق الأمر اتسع فالحق أن هذا مما يجري فيه الخلاف"[5].

---

(1) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 175/4.

(2) المغني: لابن قدامة، 281/6.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 313/7.

(4) البدر الطالع في حل جمع الجوامع: لجلال الدين المحلي، 328/2.

(5) حاشية العطار على شرح جلال الدين المحلي على جمع الجوامع: للعطار، 395/2.

وقد جرت بمقتضاها فتواهم في كثير من الفروع الفقهيَّة، فالإمام الشافعي يقول: وَإِذَا أَقَامَ الرَّجُلُ الْبَيِّنَةَ عَلَى عَبْدٍ مَوْصُوفٍ أَوْ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ لَهُ بِبَلَدٍ آخَرَ حَلَّفَهُ الْقَاضِي أَنَّ هَذَا الْعَبْدَ الَّذِي شَهِدَ لَك بِهِ الشُّهُودُ لَعَبْدُك أَوْ دَابَّتُك لَفِي مِلْكِك مَا خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِك بِوَجْهٍ مِنْ الْوُجُوهِ كُلِّهَا، وَكَتَبَ بِذَلِكَ كِتَابًا مِنْ بَلَدِهِ إلَى كُلِّ بَلَدٍ مِنْ الْبُلْدَانِ، إلى أن قال فَإِنْ قَطَعَ عَلَيْهِ الشُّهُودُ بَعْدَمَا رَأَيَا سُلِّمَ إلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْطَعُوا رُدَّ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ[1]، وقوله في الحلف على المصحف: "وَقَدْ كَانَ مِنْ حُكَّامِ الْآفَاقِ مَنْ يَسْتَحْلِفُ عَلَى الْمُصْحَفِ، وَذَلِكَ عِنْدِي حَسَنٌ"[2]، والجزئيات الفقهية في هذا الباب كثيرة، وبحاجة إلى تتبع، أكتفي هنا بما ذكرت عنما لم أذكر.

ويقرر الإمام الشاطبي أصل حقيقة الاختلاف حول هذا الأصل في الاعتصام، فيقول: "وإذا كان هذا معناه عند مالك وأبي حنيفة فليس بخارج عن الأدلة البتة؛ لأن الأدلة يقيد بعضها ويخصص بعضها بعضا كما في الأدلة السنية مع القرآنية، ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلا"[3].

ويسلِّم الحنابلة أيضا بأن المرجع والمعاد للاختلاف حول هذا الأصل لا يخرج عن كونه اصطلاحي، "وهذا مما لا ينكر، وإن اختلف في تسميته، فلا فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المعنى"[4]. وعليه فمحل الخلاف ومحزه راجع إلى حقيقته الاصطلاحيَّة[5]، وكل ما قيل في الرد على القائلون بالاستحسان كان قبل الضبط الاصطلاحي[6]، وقبل استقرار المصطلح في بنيته الأصولية.

فجاءت المشاحاة كلها في الاصطلاح، وليس في مبناه الأصولي لأنه يكاد يكون متفق، ولهذا سيكون الكلام عن الاستحسان وأقسامه وعلاقته بتغيُّر الأحكام، وذلك كالآتي.

(1) الأم: للإمام الشافعي، 233/6.

(2) المصدر السابق، 278/6.

(3) الاعْتِصَام: للشاطبي، 49/3.

(4) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 473/1.

(5) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 156/4 – 157.

(6) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 302/2.

أولًا: الاستحسان تعريفه وأقسامه

سأعرض هنا التعريف الاصلاحي للاستحسان، ثم أهم الاجراءات التي تتم بها عمليَّة إعماله في منظومة الأدلة الأصولية، وإثبات أولوية ترك الدليل والعدول عنه إلى الاستحسان، والمعبر عنها بأقسام الاستحسان.

أ/ تعريف الاستحسان

حاول الحنفيَّة والمالكيَّة تعريف الاستحسان بعد معركة خاضوها قبل مرحلة الاستقرار، فجاءت تعاريفهم متقاربة شيئًا ما.

فقد عرفه الكرخي بقوله: "هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حَكَمَ به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول"[1]، وهذا التعريف غير مانع لأنه "يلزم عليه أن يكونَ العدولُ عن العموم إلى التخصيص، وعن المنسوخ إلى النَّاسخ استحسانا"[2]، وليس العدول عنهما من الاستحسان في شيء.

ويوافق الشيرازي على ما يقتضيه تعريف الكرخي بقوله: "وإن كان الاستحسان... الحكم بأقوى الدليلين فهذا مما لا ينكره أحد فيسقط الخلاف في المسألة"[3]، فيشهد له بالاتفاق والخلاف فيه غير معتبر لأنه لفظي.

وعرفه السرخسي: الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس وقيل: الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام[4]، وفي هذه إشارة إلى مقاصده، ولهذا قال: وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين، قال الله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185][5]، وتجسد دواعي العدول عن القياس والأخذ بالاستحسان.

وقيل القياس الخفي ذلك لأن "القياس والاستحسان في الحقيقة قياسان: أحدهما جلي ضعيف أثره فسمي قياسا، والآخر خفي قوي أثره فسمي استحسانا أي قياسا مستحسنا فالترجيح

(1) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: لعلاء الدين البخاري الحنفي، 3/4.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) اللمع في أصول الفقه: للشيرازي، 121/1.

(4) المبسوط: للسرخسي، 145/10.

(5) المصدر السابق نفسه.

بالأثر لا بالخفاء والظهور"[1]، لأن القوة والضعف المرجح بهما تنسبان إلى أثر الدليل؛ لا إلى ظهوره أو خفائه.

وقيل "هُوَ الْعُدُولُ عَنْ مُوجِبِ قِيَاسٍ إِلَى قِيَاسٍ أَقْوَى مِنْهُ"[2]، أي الترجيح بين الأقيسة، وهذا التعريف عليه مؤاخذات لأنه لم يدخل فيه "الاستحسان الثَّابت بِدَلِيلٍ آخَرَ غَيْرِ الْقِيَاسِ مِثْلُ مَا ثَبَتَ بِالْأَثَرِ أَوْ الْإِجْمَاعِ وَالضَّرُورَةِ"[3]، أي أنه غير جامع.

ويظهر من هذه التعاريف إنها تشير إلى معنيين أحدها العدول عن القياس والآخر يشير إلى مقاصده ودواعي الأخذ به، وهذا يتقاطع كثيرا مع تعريف الاستحسان عند المالكية، ولا أدل على ذلك ولا أوضح لمقدار التقاطع بين تعريفات الفريقين ما جاء عند ابن العربي – رحمه الله–: في أحكام القرآن –الذي يخرج مخرج التنزيل والتطبيق الفقهي– حيث قال "والاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين"[4]، أي الترجيح بين الأدلة، بإعمال: أحدهما وإهمال الآخر، ويعرفه في المحصول تعريفًا يخرج مخرج التنظير الأصولي، بأنه: "إيثار ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته"[5]، فهو مسلك لرفع الحرج والمشقة والتوسعة على الخلق.

قال ابن رشد: "ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة، والعدل"[6] في إشارة إي أعمدة الاستحسان الأساسية لقيُومته بين الأدلة وهي العدل والمصلحة.

ومن هذا الإطار النظري انطلق الشاطبي في تعريفه للاستحسان بأنه "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي"[7]، وبهذا التعريف يتبين تبيئة دليل الاستحسان في مبدأ اعتبار المآل، وخدمته له.

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: لعلاء الدين البخاري الحنفي، 3/4.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) أحكام القرآن: لابن العربي، 278/2.

(5) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 132/1

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 201/3.

(7) الموافقات: للشاطبي، 194/5.

ويتبين من خلال تعريفات الحنابلة أنهم سلكوا في تعريفاتهم مسلكين؛ الأول كقولهم الاستحسان "المراد به: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة"[1]، فلم يخرج هذا التعريف عن الأثرية الحنبلية كثيرا.

والمسلك الثاني عندما عرفوا الاستحسان بأنه "أن تترك حكما إلى حكم هو أولى منه"[2]. أو هو "العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص"[3]؛ كان لهم فيه شيء من الاسهام في تقرير مسائل هذا الأصل وتحقيق أبعاده المقاصديَّة.

ولم يخرج الحنابلة في المسلك الثاني من تعريفهم للاستحسان عن تعريف الحنفية والمالكية، لما فيه من اعتبار الأولى، إلا أن الأولوية الداعية للترك والعدول عن الحكم جاءت هنا مجملة، ولم تفصل كما هي عند نظائرهم، وهل هي المصلحة وحدها؟ أو الإجماع أو العرف أو رفع الحرج والمشقة أو التوسعة على الخلق، أو جميع هؤلاء.

ب/ أقسام الاستحسان

تعددت أنواع الاستحسان، بحسب طرق الاستدلال التي يثبت بها، والمسالك التي يتحقق بها العدول وترك الحكم عن دليل، سواء كان نص أم إجماع أم قياس، أو كان ضرورة أو عرفا أو مصلحة، وكما قال الطاهر بن عاشور: "وهو أنواع كثيرة بحسب طرق إثباته"[4]، وتفعيل أولويَّة الاستدلال به.

وقد ثبت بالاستقراء استعمالات المالكية لهذا الأصل الذي "يظهر من استقراء مسائلهم في الاستحسان بحسب النَّوازل الفقهيَّة"[5]، في عموم مواضع الشريعة فيعدلون عن مقتضى الدليل، ويرجحون بإحدى الطرائق التي يثبت بها ذلك العدول استحسانًا، قال ابن العربي: "وقد تتبعناه في مذهبنا وألفيناه أيضا منقسما أقساما؛ فمنه ترك الدليل للمصلحة، ومنه ترك الدليل للعرف، ومنه ترك الدليل لإجماع أهل المدينة، ومنه ترك الدليل للتيسير ولرفع المشقة، وإيثار التوسعة على الخلق"[6]، وهذه التقسيمات منها ما هو مشترك بين الحنفية والمالكية

(1) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 473/1

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) شرح مختصر الروضة: للطوفي، 190/3.

(4) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 303/2 – 304.

(5) الاعْتِصَام: للشاطبي، 48/3.

(6) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 131/1.

وإن كان استحسان الحنفية غالبا ما يميل إلى النص أكثر منه إلى المصلحة وما ينبني عليها من اعتبار المقاصد، وسيتم تفصيل هذا على النحو الآتي:

أ/ الاستحسان بالنص

وهو ترك مقتضى دليل كلي والعمل بدليل من الكتاب أو السنة، ومثل العدول "بالمسألة عن نظائرها بدليل الكتاب، كقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ [التوبة: 103]، فظاهر اللفظ العموم في جميع ما يتمول به، وهو مخصوص في الشرع بالأموال الزكوية خاصة"[1]، أي بالعدول والاستثناء من حكم كلي إلى حكم جزئي استحسانًا.

فيشمل الاستحسان الثابت بالنص جميع المسائل التي أعطاها الشارع حكمًا مخالفًا لحكم نظائرها على وجه استثنائي كالسَّلَم والإجارة والتوصية، والحكم ببقاء الصوم لمن أفطر ناسيًا[2].

وقال الطوفي: "مثاله قول أبي الخطاب في مسألة العينة: وإذا اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن الأول؛ لم يجز استحسانا، وجاز قياسا، فالحكم في نظائر هذه المسألة من الربويات الجواز، وهو القياس، لكن عدل بها عن نظائرها بطريق الاستحسان، فمنعت، وحاصل هذا يرجع إلى تخصيص الدليل بدليل أقوى منه في نظر المجتهد"[3]، فالعدول عن الأصل الكلي ثابت بآثار جزئية مستقلة.

ب/ الاستحسان بالإجماع

وهو ترك مقتضاء القياس للحكم الثابت بالإجماع استحسانًا، "كاتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في زمن من الأزمان على حكم شرعي لحادثة على خلاف الأصل العام المقرّر في أمثالها، أو سكوتهم على ما يفعله الناس دون إنكار عليهم، ومن أمثلته الاستصناع وهو ما فيه تعامل الناس المسمى بالاستصناع كخرز الخف والقياس يأباه لأنه

(1) الاعْتِصَام: للشاطبي، 49/3.

(2) شرح مختصر الروضة: للطوفي، 200/3- 201، ومقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 303/2- 304.

(3) المصدر السابق، 197/3.

بيع معدوم، وإطفاء الظمأ نظير مبلغ معيّن من المال[1]، وحمل ابن العربي الإجماع هنا على إجماع أهل المدينة فقال: "ترك الدليل لإجماع أهل المدينة مثل له بقوله: إيجاب عموم القيمة على من قطع ذنب القاضـــي"[2]، مع أنه لا يجب عليه غير غرامة قيمة النقص؛ ولكن لما فحش النقص في حق القاضـــي غرم القيمة كاملة، "فألزموا الفاعل غرم قيمة الجميع، وهو متجه بحسب الغرض الخاص، وكان الأصل أن لا يغرم إلا قيمة ما نقصها القطع خاصة"[3]، لولا استحسان ذلك بالإجماع.

وقد يقال يحمل هذا النوع من الاستحسان اليوم على من صدم سيارة القاضي والوزير ومن في منزلتهم، فيغرم قيمة السيارة كاملة، متى ما أدى الصدام إلى عيب فاحش، ولكن هذا يعود إلى القوانين المنظمة في كل بلد على خصوصه، والذي الأصل فيها أن الناس سواسية أمام القانون.

ج/ الاستحسان بالضرورة والحاجة

اقتضى التيسيرُ العدولَ وتركَ الحكم الثابت بالدليل، والعمل بدليل آخر هو "الاستحسان الثابت بالضرورة والحاجة، ويكون في كل مسألة يعدل فيها عن القياس لحاجة الناس وضرورتهم، ومثاله الحكم بطهارة البئر التي وقعت فيها النجاسة"[4]، وإن كان القياس يقتضي النجاسة بالملاقاة، ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق، كإجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكبيرة، والبيع والصرف إذا كان أحدهما تابعا للآخر وكان يسيرا، وأجازوا بدل الدرهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما، والأصل المنع في الجميع[5]،

---

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 118/1، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح: لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي (المتوفى: 1231هـ)، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت– 1418هـ– 1997م، 489/1، مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 303/2– 304.

(2) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 131/1.

(3) الاعْتِصَام: للشاطبي، 52/3.

(4) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 118/1، وشرح مختصر الروضة: للطوفي، 201/3 قبلها، ومقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 304/2.

(5) حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك، عن ابن شهاب، عن مالك بن أوس، أخبره: أَنَّهُ التَمَسَ صَرْفًا بِمِائَةِ دِينَارٍ، فَدَعَانِي طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ، فَتَرَاوَضْنَا حَتَّى اصْطَرَفَ مِنِّي، فَأَخَذَ الذَّهَبَ يُقَلِّبُهَا فِي يَدِهِ، ثُمَّ قَالَ: حَتَّى يَأْتِيَ خَازِنِي مِنَ الغَابَةِ، وَعُمَرُ يَسْمَعُ ذَلِكَ، فَقَالَ: وَاللَّهِ لاَ تُفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ، قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالبُرُّ بِالْبُرِّ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»، صحيح البخاري،

ووجه ذلك أن التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدي إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان عن المكلف[1].

ومنها العدول عن الشهادة بالمعاينة إلى السماع استحسانًا، كقولهم: "ولا يشهد بما لم يعاينه إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به استحسانا دفعا للحرج وتعطيل الأحكام إذ لا يحضرها إلا الخواص، والمراد لا يحل له أن يشهد بشيء لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا في كذا"[2]، وترك في كل هذه المسائل القياس الذي يقتضي المنع، وعدل عنه بالاستحسان إلى الجواز للضرورة ولشدة حاجة الناس إليه ورفع المشقة عنهم استحسانا، لأن الحرج مرفوع والضرر مدفوع.

د/ الاستحسان بالقياس الخفيّ

يراد بهذا النوع من الاستحسان العدول من القياس الجلي إلى الخفي، وهو وجه "الاستحسان الثابت بالقياس الخفيّ، ومحلّه وجود قياسين جليّ وخفيّ، فيعدل عن الأول كما في وقف الأراضي الزراعية"[3]، ومنه اعتبار الحنفية قوة الأثر في طهارة سؤر سباع الطير استحسانًا خلافًا للقياس، فقالوا: "وأما سؤر سباع الطير كالبازي، والصقر، والشاهين، والعقاب، وما لا يؤكل لحمه من الطير في القياس نجس؛ لأن ما لا يؤكل لحمه من سباع الطير معتبر بما لا يؤكل لحمه من سباع الوحش، ولكنا استحسنا فقلنا بأنه طاهر مكروه؛ لأنها تشرب بمنقارها، ومنقارها عظم جاف"[4]، لا تنتقل به النجاسة، ومن صور الاستحسان قولهم: "لا تجوز المضاربة عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا بالدنانير والدراهم، وتجوز عند الشيباني

كتاب البيوع، باب بيع الشعير بالشعير برقم: 2174، ولحديث عن عبادة بن الصامت، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ» كتاب المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، رقم: 1587.

(1) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 131/1- 132، والاعْتِصَام: للشاطبي، 52/3- 53.

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 72/7.

(3) المصدر السابق، 118/1، ومقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 304/2.

(4) المبسوط: للسرخسي، 50/1، وشرح مختصر الروضة: للطوفي، 201/3، الاعْتِصَام: للشاطبي، 49/3.

بالفلوس المضروبة من النحاس لأنها ثمن مثل الدنانير والدراهم، فالرأي الأول قياس والثاني استحسان"[1]، عائد إلى الترجيح بأحد القياسين.

هـ/ الاستحسان بالعرف

لما كان الاستحسان عدول وترك للدليل الذي ثبت به حكم المسألة لدليل آخر أقوى منه، كأن "يترك الدَّلِيل للْعُرْف، مثل: رد الْأَيْمَان إِلَى الْعرف"[2]، متى ما جاءت ألفاظها مطلقة خصصها العرف استحسانا، "مع أن اللغة تقتضي في ألفاظها غير ما يقتضيه العرف، كقوله: والله لا دخلت مع فلان بيتا، فلا يحنث بدخوله معه المسجد، وما أشبه ذلك، ووجهه أن اللفظ يقتضي الحنث بدخول كل موضع يسمى بيتا في اللغة، والمسجد يسمى بيتا فيحنث على ذلك، إلا أن عرف الناس أن لا يطلقوا هذا اللفظ عليه، فخرج بالعرف عن مقتضى اللفظ، فلا يحنث"[3]. ومن أمثلة ما جرى العرف فيها على خلاف القياس، ولا سبب لذلك إلا أنَّ الْمُشَاحَّةَ في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن النَّاس تركه، كأجرة الموقف العمومي للسيارات فإن الأجرة واحدة مع اختلاف مدة اللبث فيه، فقد تزيد وقد تنقص، ويؤيد ذلك القاعدة الفقهية، "أن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه"[4].

ويستحال نفي الغرر اليسير؛ لأنه يؤدي إلى النزاع والابطال، فهو "من الأمور المكملة، والتكميلات إذا أفضى اعتبارها إلى إبطال المكملات سقطت جملة؛ تحصيلا للمهم حسبما تبين في الأصول فوجب أن يسامح في بعض أنواع الغرر التي لا ينفك عنها، إذ يشق طلب الانفكاك عنها، فسومح المكلف بيسير الغرر، لضيق الاحتراز مع تفاهة ما يحصل من الغرر، ولم يسامح في كثيره، إذ ليس في محل الضرورة، ولعظيم ما يترتب عليه من الخطر"[5]، والنزاع.

ولا يدخل في الأمر والنهي، "لكن الفرق بين القليل والكثير، غير منصوص عليه في جميع الأمور، وإنما نهي عن بعض أنواعه مما يعظم فيه الغرر، فجعلت أصولا يقاس عليها

(1) الأَصْلُ: لمحمد بن الحسن الشيباني، 138/4 – 139، والمبسوط: للسرخسي، 21/22.

(2) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 131/1.

(3) الاعْتِصَام: للشاطبي، 50/3 – 51.

(4) المصدر السابق، 54/3.

(5) المصدر السابق، 55/3.

غيرها، فصار القليل أصلا في عدم الاعتبار وفي الجواز، وصار الكثير أصلا في المنع، ودار في الأصلين فروع تجاذب العلماء النظر فيها، فإذا قل الغرر وسهل الأمر، وقل النزاع، ومست الحاجة إلى المسامحة فلا بد من القول بها"[1]، فعدل عنها إما لحقارتها وقد تحدث الفقهاء عن الأمور الحقيرة التي لا يلتفت إليها في كثير من المواضع، في المعاملات وحتى في العبادات، أو لعسر معرفتها والاحاطة بها وأن الجهالة فيها لا تؤثر والغرر فيها يسير متجاوز لا يولد مشاحاة وضغائن، كوقف المنقول من كتب وأواني وغيره، لتعارف الناس عليه، ونفي الجهالة به، ولارتفاع الخصومة فيه.

و/ الاستحسان بالمصلحة المرسلة

ويعتبر من ضروب الاستحسان ترك الدليل للمصلحة، وذلك كتضمين الأجير المشترك والدليل يقتضي إنه مؤتمن[2]، لكنه ضامن، وذلك لمصلحة حفظ أموال الناس من التلف.

ويستدل على ذلك بالاستحسان الثابت بالمصلحة المرسلة، ويكون في كل مسألة عُدل فيها عن الحكم الذي يَقْضِي به القياس إلى حكم آخر يثبت لها، بناء على المصلحة الراجحة، كعدم إنهاء عقد المزارعة بموت المتعاقدين، أو أحدهما، وكدفع الزكاة إلى بني هاشم[3].

ويمثل للاستحسان بالمصلحة؛ ما يكون فيه تخصيص لنص عام، كقوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: 223]، وخصصه الإمام مالك بالشريفة إنها لا ترضع، "وَهَذَا مِنْ بَابِ الْمُصْلِحَةِ"[4] الراجحة عن مصلحة بقاء الحكم على عمومه، وقياس الشريفة على غيرها من الوالدات.

وقد يبدو أن هناك تداخلا بين الاستحسان والمصلحة، ولكن العلماء "فرّقوا بين القول بالمصلحة المرسلة والقول بالاستحسان؛ فإذا كان الأخذ بالمصلحة في مقابل قاعدة عامة

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، 131/1، وشرح مختصر الروضة: للطوفي، 200/3- 201، الاعْتِصَام: للشاطبي، 51/3.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 304/2.

(4) المدونة: للإمام مالك، 453/3، وأحكام القرآن: لابن العربي، 275/1.

اعتبر ذلك استحسانًا، وإن لم يكن فيه مخالفة للقياس لم يكن استحسانًا"[1]، فالاستحسان استثناء من الدليل أو القاعدة.

ومن خلال هذه الأقسام يتبين لنا كيف تنتقل الأحكام بين مقتضيات الأدلة الكلية والجزئية والعامة والخاصة والقوة والضعف، والسعة والضيق، والضرورة والمنفعة والخفاء والظهور، كل ذلك استحسانًا لا أصالة.

ثانيًا: علاقة الاستحسان بتغيُّر الأحكام

تظهر العلاقة بين الاستحسان وتغيُّر الأحكام في مجموعة من الحيثيات عند الإعمال الوظيفي للاستحسان، والاستدلال به عند اعتبار المآل، ومن ذلك اعتبار الصحابة –رضي الله عنهم– للمآل في تنزيل الأحكام، كفعل عمر –رضي الله عنه– حين خرج ذات ليلة في رمضان إلى المسجد، فإذا النَّاس أَوْزَاعٌ مُتَفَرِّقُونَ، يصلي الرجل لنفسه، ويصلي الرجل فيصلي بصلاته الرَّهْطُ، فقال عمر: «إِنِّي أَرَى لَوْ جَمَعْتُ هَؤُلَاءِ عَلَى قَارِئٍ وَاحِدٍ، لَكَانَ أَمْثَلَ» ثُمَّ عَزَمَ، فَجَمَعَهُمْ عَلَى أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ..."[2]، فكان جمعه الناس على قارئ واحد استحسانا وخلافا للقياس الظاهر ومقتضى ما تركهم عليه رسول الله ﷺ قبل مماته.

ويثمر اعتبار أصل الاستحسان في الاجتهاد التنزيلي تقليلا لأصل القياس والحد من إعماله، وتخصيصًا لعموم دلالته، حتى أنه "جاء عن مالك: إن المغرق في القياس يكاد يفارق السُّنَّة"[3]، بكثرة التفريع على العلة الواحدة، فيقتضي العدول عنها إلى وجه آخر أقوى منه عملًا بالاستحسان.

وتقتضي مخالفة القياس لمقاصد الشرع وما أُودع في النصوص ورتب على الأحكام من معنى؛ تركه والعدول إلى وجه آخر من وجوه الاستحسان، "لأن طرد القياس يؤدي إلى غلو ومبالغة في الحكم، ويستحسن في بعض المواضع مخالفة القياس لمعنى يختص به ذلك الوضع من تخفيف أو مقارنة"[4]، ويؤدي إمضاء القياس إلى الغلو والمشقة والحرج على المكلف فيعدل المجتهد من القياس إلى غيره، ولو بتخصيص علته. ويخصص الاستحسان

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية: للطاهر بن عاشور، 304/2.

(2) صحيح البخاري، كتاب: صلاة التراويح، باب: فضل من قام رمضان، رقم: 2010.

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 156/4، والاعْتِصَام: للشاطبي، 48/3.

(4) الحدود في الأصول: للباجي، 119/1.

العلة المؤثرة في الحكم "فيكثر استعماله حتى يكون أعمّ من القياس، وهو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غُلُوٍ في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم فيختص به ذلك الموضع"[1].

يعدُّ بقاء الحكم باعتبار الاجتهاد الأول دون تخصيص أو عدول يؤول به إلى مخالفة قصد الشارع، إذ "العموم إذا استمر والقياس إذا اطرد فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان من ظاهر أو معنى، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس"[2]، واعتبار التخصيص بالمصلحة عند مالك أقرب إلى ارتباط الاستحسان بالنظر المقاصدي منه بالنص، لهذا قال الشاطبي: "وهذا الذي قال هو نظر في مآلات الأحكام"[3]، الذي يورث نظر في مستقبل الأحكام الثابتة بالقياس العام فيخصصه في أحد أبعاده المعدول عنها.

ولو عدل المجتهد إلى وجه قوي بترك غيره من الوجوه، أو ترك الحكم الثابت بدليل عام، وعدل إلى غيره لدليل خاص، أو لغرض أي غرض كان؛ فإنَّ ذلك يقتضي التغيُّر في الحكم الشرعي المستفاد منه، "فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجَوْر، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث؛ فليست من الشريعة وإن أُدخلت فيها بالتأويل"[4]، وداعي إعمال وجوه العدول هو مخالفة مقصود الشرع، وغرضه في تحصيل المصالح ودرء المفاسد، لهذا كان أصل الاستحسان "ومقتضاه؛ الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن... رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة"[5].

وانتهى القول في التبصرة إلى "أَن تكون الْحَادِثَة مترددة بَين أصلين؛ أَحدهمَا أقوى بهَا شبها وَأقرب إِلَيْهَا، وَالْآخر أبعد، فيعدل عَن الْقيَاس على الأَصْل الْقَرِيب إِلَى الْقيَاس على الأَصْل الْبعيد؛ لجَرَيَان عرف أَو ضرب من الْمصلحَة أَو خوف مفْسدَة أَو ضرب من الضَّرَر

(1) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 156/4.

(2) ينظر: الفصول في الأصول: للجصاص، 155/1– 156، و200 –201 بتصرف، وأصول السرخسي: للسرخسي، 134/1، وأحكام القرآن: لابن العربي، 278/2– 279.

(3) أي تخصيصه بالمصلحة عند مالك، ينظر تعليق دراز على الموافقات: للشاطبي، 198/5.

(4) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 41/1.

(5) الموافقات: للشاطبي، 194/5.

والعذر"[1]، فكانت الوجوه الداعية للعدول بمثابة المرجحات بين القياسين فجعلت البعيد راجحًا ومقدما في الاعتبار.

ويرجع اعتبار الاستحسان تقديمه والترجيح به على القياس، إلا أنه أخص من القياس من وجه، وأعم منه من وجه، أما أنه أخص منه، فمن جهة رجحان مصلحته، وكونها أشد مناسبة في النظر من مصلحة القياس، وأما أنه أعم، فمن جهة أن القياس تابع للعلة على الخصوص، والاستحسان تابع للدليل على العموم؛ نصا أو إجماعا واستدلالا[2]، أي بينهما عموم وخصوص من وجه.

ويكون موضع إعمال الاستحسان، والعمل به متى ما كان إعمال القياس "يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك، وكثير ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي والحاجي مع التكميلي، فيكون إجراء القياس مطلقا في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارده، فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي، أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر"[3]، أو أي دليل عام يؤدي إلى فوات المصلحة منه أو جلب مفسدة مساوية أو تزيد على المصلحة منه لزم العدول منه إلى الاستحسان.كأن يأتي حكم الأصل بالمنع فيؤدي ذلك المنع إلى حرج ومشقة على المكلف فيخصص؛ لمصلحة جزئية لولا ذلك التخصيص للحِق المكلف في المآل ضرر وضيق، بسبب ارتفاع مصلحة الحكم وتحوُّل مصيرها إلى مفسدة.

وتستلهم هذه القاعدة التي مبناها على استثناء موضع الحرج، تستلهم وجودها من مستقبل النظر في الأدلة وهو مبدأ اعتبار المآل، قال الإمام الشاطبي: "فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك؛ لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه"[4]، وبلوغ القصوى في

(1) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون، 60/2، والبهجة في شرح التحفة "شرح تحفة الحكام": لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: 1258هـ)، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1418هـ– 1998م، 291/1.

(2) شرح مختصر الروضة: للطوفي، 202/3.

(3) الموافقات: للشاطبي، 194/5.

(4) المصدر السابق، 195/5.

النظر إلى مستقبل الأدلة والمنتهى في متوقع تنزيلها أمر شاق، إلا على صاحب هوى وتشهي فذلك متفق على عدم صحة نظره. ويدخل إعمال هذا النوع من النظر في كثير من المعاملات المالية، "كالقرض مثلا، فإنه ربا في الأصل؛ لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من المرفقة والتوسعة على المحتاجين، بحيث لو بقي على أصل المنع لكان في ذلك ضيق على المكلفين"[1]، لمشابهته لربا الدَّين بدخول الأجل فيه وانتفاء المناجزة يد بيد.

ولولا انتفاء الأجل في حكم القرض؛ لارتفع الحكم ومقصده، "كما أن ربا النسيئة لو امتنع في القرض لامتنع أصل الرفق من هذا الوجه"[2].

فينتقل الحكم الشرعي من المنع إلى الجواز أو العكس؛ وفقا للقاعدة: "اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم"[3].

وكذلك يقال في الترخُّصات –أقصد أحكام العبادات التي يدخل فيها ترخص– "ومثله الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وجمع المسافر، وقصر الصلاة، والفطر في السفر الطويل، وصلاة الخوف، وسائر الترخصات التي على هذا السبيل"[4]، للمصلحة الحاصلة بالجملة، كدفع الضرر ورفع المشقة.

ويحصل التغيُّر عند إعمال الاستحسان بالانتقال من حكم شرعي إلى حكم شرعي آخر، بسبب العدول عن الدليل والقاعدة العامة وكليات الشريعة، فيترتب عليه تعدد في الوجوه المؤدية إلى المحافظة على مقصديَّة التشريع، والضمانة لمصالح التكليف بمقتضى الشريعة، فبهذا غدا الاستحسان أقسام عديدة، بعدد ما يقتضي إعماله وإهماله.

(1) المصدر السابق، 5/194– 195.

(2) المصدر السابق، 5/195.

(3) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: للقاضي ابن العربي، ص: 790.

(4) الموافقات: للشاطبي، 5/195.

الفرع الثالث: اعتبار المستقبليات في خدمة مبدأ اعتبار المآل، وأثرها على تغيُّر الأحكام

عندما نتحدث عن المستقبل فإننا لا نتحدث عن الخلفيَّة العقديَّة لعالم الغيب، وإلا وقعنا في فخ الكهانة وخرج الموضوع عن العلم إلى الشعوذة، وفرق شاسع بين الغيب الذي هو لله، والمستقبل الذي هو "انعكاس على الزمن لآثار ونتائج أعمالنا أو عدم عملنا اليوم، وواضح من مضمونه ونتائجه أنَّ الأمر لا يتعلق بنبوءة ولا كهانة، وأنَّ المنهي عنه صورة واحدة للمستقبل، يدعي متزعمها معرفتها سلفًا، أما تصور تجلي ذلك الغد في صورة متعددة فنحن مطالبون به، حتى نحشد القوى لدفع الشر الذي نتوقعه، ونكثف الجهد لجلب الخير الذي نستبشره"[1]، وانطلاقًا من مفهوم: "الإعداد"، يتجلى لنا المعنى الحقيقي لحشد القوى ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ﴾ [الأنفال: 60]، واستنفار الطاقات الحسيَّة والمعنويَّة: ﴿وَلَوۡ أَرَادُواْ ٱلۡخُرُوجَ لَأَعَدُّواْ لَهُۥ عُدَّةٗ﴾ [التوبة: 46].

وإذا أمعنا النظر في الجانب التشريعي، لاستمداد مبادئ هذا الفن وجدنا أن باب الاجتهاد وإعمال النظر هو الباب الواسع الذي يستطيع المنظِّر للمستقبليات الدخول منه، والإفادة في تنميَّة الفكر المستقبلي، وتوجيه الفهم واستنبات الوعي.

فعندما يتحدث الإمام الشاطبي عن ضربين من الاجتهاد متجاوزًا اشكاليَّات وأبعاد الجمود على الاجتهادات السابقة، ويثبت أن أحدها لا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، والثاني: يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا، أما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، في كل زمان ومكان[2]، لتعلقه بمحل الحكم، وهو المراد في هذا السياق.

وذكر الطاهر ابن عاشور من جملة انحطاط الفقه وتأخره، "ضعف الفقهاء في جملة من العلوم ضعفًا يورث قصورًا في الاستنباط كعدم العلم بالسنّة واللغة وأصول الفقه، وبعلوم الاجتماع وحاجات الأمة"[3]، والتي لا يحصل العلم بها إلا بتحالف العلوم والعلماء،

(1) الحرب الحضاريَّة الأولى مستقبل الماضي وماضي المستقبل: المهدي المنجرة، دار عيون، الدار البيضاء – المغرب، 1994م، ص: 273 – 274.

(2) الموافقات: للشاطبي، 64 – 69.

(3) مقاصد الشريعة: للطاهر بن عاشور، 259/1.

واستجماع وحشد المعارف الغائية والآليَّة في خدمة المسألة النازلة، وبيان حكمها الشرعي وتحقيق الحق فيه.

حيث ينبغي مراعاة أنه إذا تضافرت العلوم الإنسانية في تأدية خدمة لفرع فقهي فلا يعني أنها منه، "فليس كل ما يفتقر إليه الفقه يعد من أصوله"[1]، وإنَّما من وسائله في تأديَّة المقصد الذي أُسس الفقه من أجله، وعليه سيكون الحديث عن هذا الاعتبار في الآتي:

أولًا: حقيقة المستقبليات ومنهجيَّة النظر في المستقبل

أ/ حقيقة المستقبليات

إذا كانت الاستراتيجيات والمستقبليات موجودة في فكر كل فرد، فإنه لا بد لها من أدوات، وهذا يقتضي على كل فرد قبل أن يمارس هذا النوع من الدراسات، أن يكون لديه من الأدوات المؤهلة أي متخصص إن لم يكن خبيرًا استراتيجيًّا. وإذا كانت المستقبليات تحقق نجاحات بحسب قدرة صاحبها على تملك هذه الأدوات، ثم قدرته على الاستقراء والاستنباط، فإنَّه ضرورة ألا تكون النتائج مطابقة للواقع إلا بالقدر الذي يكون الاستراتيجي عالمًا بذلك الواقع وقريبًا منه.

وقبل ذلك؛ تعتبر المستقبليات من المكونات الفكريَّة لدا الإنسان؛ لأن كل فرد لديه القدرة على التفكير نحو المستقبل وما إن يدرك الأفراد ذلك، حتى يبدأو بغمر أنفسهم في مفاهيم وطرق وأساليب المستقبليات، قبل أن يبدأو باستخدام المستقبليات أو طرق الاستشراف أعمالهم"[2]، إذ كل فرد لديه نزوع نحو المستقبل بشكل فطري، ويمارس ذلك قبل الشروع في أي عمل، بشكل مقصود أو غير مقصود.

حتى أصبح من الضرورة بلورة تلك الجهود في شكل مؤسسات ومواقع دائمة داخل كل مؤسسة، ومراكز بحثية تم إنشاؤها لتشجيع استخدام الاستشراف في المؤسسة بحيث يصبح القاعدة في العمل الداخلي وسيتم الوصول من خلالها أخيرًا إلى الاستشراف الاجتماعي،

(1) الموافقات: للشاطبي، 37/1.

(2) مراجعة جديدة للتخطيط الاستراتيجي: منظور مستقبلي، الاستشراف والابتكار والاستراتيجيَّة نحو مستقبل أكثر حكمة: كونواي ماري، بحوث ألقيت في الاجتماع السنوي لجمعيَّة مستقبل العالم، تحرير سنثياج واغنر، ترجمة صباح صديق الدملوجي، المنظمة العربية للترجمة، بيروت – لبنان، ط/1، 2009م، ص: 78– 79

وذلك عندما يكون هناك عدد كاف من المؤسسات تستخدم القدرة على الاستشراف[1]، بشكل ناضج.

وأقصد بالنضوج الاستشرافي؛ الاستشراف العلمي القائم على فهم تأثير الأسباب، والمراد بهذه الأسباب؛ "العوامل التي شكلت معالم الماضي والحاضر معًا، وجودة هذا الاستشراف رهن جودة الأدوات المتوفرة، ولذلك فإنَّ عمليَّة الاستشراف يجب أن تكون عمليَّة مستمرة عبر الزمن، إذ إن تفاصيل وأبعاد المستقبل سوف تتأثر بتراكم معرفتنا العلميَّة للواقع"[2]، والانقطاع سيشكل نوعًا من الالتواءات المتراكمة غير الواضحة وستصبح مجهولة وسنحتاج لجهود مضاعفة لفهمها والفقه فيها.

وإذا كانت محاولات الدراسات الاستراتيجيَّة والمستقبليَّات هي محاولات ذات علاقة بالواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي من خلال صلتها بالماضي والحاضر، فإنَّ من الضرورة أن تصدر الدراسات المستقبليَّة عن مراكز ومؤسسات ومجتمعات وفرق بحثيَّة، يشارك فيها الشرعي والتأريخي والجغرافي والاجتماعي والاقتصادي والنفسي والطبي وعالم الطبيعيات، بحيث تشكل ما يمكن أن نسميه الاستراتيجيات الجماعيَّة، إذ لا يكفي أن تتخذ القرارات ويتم تعميمها بناء على نتائج أحاديَّة وجهود متشظيَّة فرديَّة، لا على مستوى العالِم والخبير ولا على مستوى المجال الواحد، بل ينبغي أن يكون على المجموع؛ لأن طبيعة هذا النوع من الدراسات أنها جامعة وتقريبيَّة في الوقت نفسه.

وقد جاءت مجموعة من السياقات الدلاليَّة النقليَّة الواردة في الخطاب الشرعي عن المستقبل، قال تعالى: ﴿قَالَ تَزْرَعُونَ سَبْعَ سِنِينَ دَأَبًا فَمَا حَصَدتُّمْ فَذَرُوهُ فِي سُنۢبُلِهِۦٓ إِلَّا قَلِيلًا مِّمَّا تَأْكُلُونَ﴾ [يوسف: 47]، فتضامنت الرؤيا مع العلم والخبرة في تشكيل المعالم الاقتصاديَّة لمستقبل الدولة من خلال ترشيد سبل الإنتاج والاستهلاك.

(1) المرجع السابق نفسه بتصرف.

(2) الدراسات المستقبلية: الأسس الشرعيَّة والمعرفيَّة والمنهجيَّة لاستشراف المستقبل: لفؤاد بلمودن، المركز الثقافي العربي، مؤمنون بلا حدود، الدار البيضاء – المملكة المغربية، ط/1، 2013م، ص: 26.

وكذلك في قول رسول الله –ﷺ: «إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»[1]، رسم لمعالم الاقتصاد الفردي من غير مناهضة عقيدة التوكل.

مع العلم أنه ينبغي ألا يكون هذا النوع من الدراسات بعيدًا عن الضوابط الشرعيَّة، فيجب أن يردَّ المسلم أموره المستقبليَّة إلى الله سبحانه وتعالى القائل: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُواْ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَـٰفًا خَافُواْ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُواْ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: 9] وتفعيل منظومة هذه النصوص من غير اجتزاء أو إهمال. وبذلك يزول خوف من المستقبل الغيبي، لكن من الغباء عدم الاعتبار وتقدير الأمور ومقايستها بالأمور الماديَّة المسخرة للإنسان، ومعرفة تفاعلها في الكون والاعتبار بنتائجها واستلهام معالمها المنهجيَّة الثابتة لتدبير عالمنا المتغيِّر.

ومن أهم ما يستفاد من هذه الدراسات "الكشف ومحاولة مقاربة مجموعة من البدائل والأنماط للمستقبل خصوصًا في ارتباطها بالأحداث والتصرفات والرغبات البشريَّة، أي أنه يفيد في العمل على الاقتراب من البديل الأفضل للمستقبل"[2]، بحيث يتصور المستقبل من خلال الحاضر؛ لا كما ينبغي أن يكون وإنما الاقتراب منه ما أمكن. لأن طبيعة هذا العلم "يرتكز على تفاعل الجوانب المختلفة للنسق الاجتماعي والاقتصادي في إطار فلسفة الأنساق الكليّة"[3]، فيقوم برصد التحركات الإنسانية في إطار تفاعلات الجوانب الاقتصاديَّة والاجتماعيَّة والسياسية والعلميَّة في تشكيل الحياة العامة. وعليه فلا بد من تقديم قراءة مستمرة لمجالات التنمية وعوامل التقدم التنموي التي ينبني عليها –بلا شك– تغيُّر في الواقع.

ولذلك يعدُّ من "الفوائد الحقيقة للاستشراف هي تأصيل الوعي بمعطيات المستقبل واحتمالاته، وتقديم معلومات حوله لواضعي البرامج والاستراتيجيَّات، ومتخذي القرار الحاليين، أما المستفيد الأكبر من استشراف المستقبل... فهو المعني بتعديل المسيرة الحاليَّة لوطنه،

(1) صحيح البخاري، كتاب: الجنائز، باب: رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة، رقم: 1233، وصحيح مسلم، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، رقم: 1628.

(2) الدراسات المستقبلية: لفؤاد بلمودن، ص: 27.

(3) المرجع السابق، ص: 28.

والذي يحتاج إلى اختبار مقولاته وبرامجه في ضوء نظرة مستقبليَّة"[1]، واعية وقاصدة، تحقق مقصد الوعي السنني في إطار مفهوم الإعداد المستطاع.

فينبغي معرفة أن المجتهد والمفتي والقاضي والمؤسسات الدينيَّة والماليَّة، معنيّون كلهم –ومن باب أولى– بمعرفة المستقبليات والاستعانة بالخبراء في هذا المجال، وذلك وفاءً لمبادئ تحقيق المناط، ومبدأ اعتبار المآل إلى أقصاه.

ب/ منهجيَّة النظر في المستقبل

يسلك الناظر في المستقبليات مسلكين: مسلك النظر في السنن الكونيَّة، ومسلك النظر في قانون السببيَّة باعتباره قانونا معرِّفًا بتأثير الأسباب في الماضي والحاضر.

قال تعالى: ﴿وَإِلَّا تَصۡرِفۡ عَنِّي كَيۡدَهُنَّ أَصۡبُ إِلَيۡهِنَّ وَأَكُن مِّنَ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾ [يوسف: 33]، ففي النص إشارة إلى مقدمات مرتبة تؤدي إلى نتائج منطقية صارمة.

فلما كانت السنن الكونية ثابتة ومطردة، "بحيث يسير حكمها على الحوادث والظواهر التي يحكمها هذا القانون"[2]؛ أدت إلى ثبات منهاجي مطَّرد في صلاحيَّة تنزيلها على الحوادث المتغيِّرة، ومن هنا استطاع الناظر في المستقبليات استلهام مبدأ الاعتبار منها وبها.

ولذلك تعتبر السنن حتميَّة في نتائجها المبنيَّة على الاتزان المنهاجي، "وهذا الاطراد والثبات في سنن الله المتحكمة في حركة الحياة والأحياء يحدث للمسلم شعورًا واعيًا ومتبصرًا لا عشوائيًا ولا ساذجًا بضرورة قراءة هذه السنن والتبصُّر بمسالكها التي تسير بموجبها الأمم صعودًا وهبوطًا تقدمًا وتخلفًا وجودًا وذهابًا، للوقوف على مسار الأمة ومصيرها في ما مضى، والتفاعل الايجابي في ما يستقبل من تأريخها، متحركا في مساحات السببية بعيدًا عن أوهام العبثية أو المصادفة أو الفوضوية ومسامات الخرافة والاسطورية، بعيدا عن حديث النهايات أو المابعديات كمقولة نهاية التأريخ أو ما بعد التأريخ، التي تعني بها أن التأريخ قد توقف عند النموذج الحضاري الغربي، واعتباره خيارا وحيدا لمستقبل الإنسانيَّة إن رغبًا أو رهبًا، إذ

(1) مستقبل الأمة العربيَّة التحديات والخيارات، التقرير النهائي لمشروع استشراف مستقبل الوطن العربي: لحسيب خير الدين وآخرون، مركز دراسات الوحدة العربية، ط/1، 1988م، بيروت – لبنان، ص: 543.

(2) السنن الالهية في الأمم والأفراد والجماعات: أ.د. بكر أبوزيد، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان– 1993م، ص: 14.

في البعد السنني تسقط الحيثيات الجبرية،... وتبقى حركة الإنسان وفاعليَّته رهينة بحتمية السنن الإلاهية وعملها"[1]

وعليه فإن "غياب الشهود الحضاري للأمة المسلمة أو الانحسار الحضاري الذي تعاني منه الأمة الآن، إنما كان أحد أهم أسبابه: تعطيل النظر في السنن والاعتبار بسياقاتها وتأثيرها وتفاعلاتها، وعدولها عن الفهم... أو قراءتها هذه السنن في سياق الغفلة أو الإلف أو تزييف الفهم لها"[2] وهو هجر للكتاب المنظور، الذي به لم تدخل الأمة في السِّلم كافَّة.

فلا تتحقق كمال النظر المقاصدي مالم يعتبر تفعيل السنن وتحكيمها؛ لأنها بمثابة كليات مرجعية تحكم الحركة الحضارية والفعل الحضاري للناس عامة، ومن أهمها: سنن التغيير والتبديل، وسنن العطاء الإلهي، وسنن الابتلاء، وسنن التدافع والتداول الحضاري، السنن التحذيرية وسنن السقوط الحضاري، ولعل من أهم السنن العلاقة السببية أو العلية والتي يمكننا أيضا أن نبني على أساسها مشروعية المستقبلية في الإسلام[3].

وإذا قلنا إنَّ الحاضر هو مستقبل الماضي وماضي المستقبل أدركنا قيمة الرؤية القرآنيَّة في رصد معالم المستقبل، وهي رؤية تمتلك كامل مقوماتها لاكتشافها السنن والقوانين الناظمة لحركة التأريخ البشري، والاهتداء بها نحو استشراف ما سيأتي في الغد[4]، وإدراك مستقبل الواقع وواقع المستقبل، وتقريبه ما أمكن.

وعليه فإن من يمارس الأسباب ويحاكيها، إنما يقدم محاولة تمثيل المستقبل كيف سيكون وفق ما "تعني السببية أن الوضع الحالي للشيء محكوم ومتأثر بوضع سابق، كان عليه أي بحالة ماضية... ولذلك حين يتعلق الأمر بالأساس النظري لاستكشاف المستقبل؛ ينصرف الذهن أول ما ينصرف إلى العلاقة السببيِّة، فهي التي يمكن أن تسمح بقيام نظر خاص بالمستقبل"[5].

---

(1) قيم الإسلام الحضارية نحو إنسانية جديدة: لمحمد عبدالفتاح الخطيب، كتاب الأمة، دورية تصدر كل شهرين، السنة: 30، العدد: 139، قطر: 1431هـ، ص: 178 – 179.

(2) المرجع السابق، ص: 182.

(3) الدراسات المستقبلية: لفؤاد بلمودن، ص: 60.

(4) حركة التأريخ في القرآن الكريم: لعامر الكفيشي، دار الهادي، بيروت – لبنان، ط/1، 1424هـ – 2003م، ص: 51.

(5) الوجود بين السببية والنظام: أ. د إلياس بلكا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا – الولايات المتحدة الأمريكية، ط/1، ص: 20.

فتضع النتائج وفق سنن النهوض والهبوط، والبعث والسقوط الحضاري للدول والشعوب، وذلك بناء على استقراءات، وتعليلات محكمة، ومرجعيَّات منضبطة.

فيحتاج المجتهد إلى الاستفادة من الدراسات المستقبلية في الكشف عن مآلات الأفعال والأقوال والتصرفات، من خلال التوسل بالنظر في السنن الكونية باعتبارها الكتاب المنظور المترجم للكتاب المسطور، وتوظيفها التوظيف الراشد للإسهام في تحقيق مصداقيَّة نتائج الدراسات المستقبلية والاسترشاد بها.

ويمثل لذلك بالمرء لا يطلب أمرا حتى يفكر في عواقبه، ويسبر مقدار تحمله لمصائبه[1]، قال تعالى: ﴿قَالَتْ إِنَّ ٱلْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا۟ قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوٓا۟ أَعِزَّةَ أَهْلِهَآ أَذِلَّةً ۖ وَكَذَٰلِكَ يَفْعَلُونَ﴾ [النمل: 34]، فقانون الحرب يحتمل هذه المآلات الإفساديَّة والتغيّرات والاضطرابات وإن كانت نسبيَّة، وقد اعتدت الملكة بلقيس بالمآل إلى أقصاه حين "قدرت ودبرت ورأت المسالمة بدل المقاومة رهبا في الملك، ورغبا في موادته، قالت –محذرة من غلوائهم ومقدرة أمرها وأمرهم–: ﴿إِنَّ ٱلْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا۟ قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا﴾ [النمل: 34]"[2]، وهذا الفساد نتيجة طبيعية لما جرت عليه سنن الحرب وقوانينه، وما أفضت إليه وتفضي مآلات النزاعات المسلحة.

لهذا بادرت الملكة قومها حين أبدت لهم رأيها مفضلة جانب السِّلم على جانب الحرب، وحاذرة من الدخول تحت سلطة سليمان اختيارا أو عنوة؛ لأن في ذلك فسادًا شديدًا على المستوى الحضاري والعمراني والاقتصادي والسياسي وكل ذلك يندرج تحت قولها: ﴿إِذَا دَخَلُوا۟ قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا وَجَعَلُوٓا۟ أَعِزَّةَ أَهْلِهَآ أَذِلَّةً ۖ﴾ [النمل: 34][3]، "وجملة: ﴿وَكَذَٰلِكَ يَفْعَلُونَ﴾ [النمل: 34]، استدلال على المستقبل بحكم الماضي على طريقة الاستصحاب، وهو كالنتيجة للدليل الذي في قوله: ﴿إِنَّ ٱلْمُلُوكَ إِذَا دَخَلُوا۟ قَرْيَةً أَفْسَدُوهَا﴾ [النمل: 34]، والإشارة إلى

(1) التحرير والتنوير: للطاهر بن عاشور، 109/4.

(2) زهرة التفاسير: محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (المتوفى: 1394هـ)، دار الفكر العربي، 5452/10.

(3) التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور، 265/19.

المذكور من الإفساد وجعل الأعزة أذلة، أي فكيف نلقي بأيدينا إلى من لا يألو إفسادا في حالنا"[1]، ولا يدخر طاقة لهزيمتنا.

فهذا الضرب من الاجتهاد التنزيلي يدخل فيه حساب المستقبل بقوة، بحيث لا يعدُّ "همًّا أو إشكالًا أو تأزمًا، بل هو حاضر معاش يدخل في نظريَّة قادرة على أن تعطي حكمًا يحل الإشكال، ويقضي على الأزمات، فالمجتهد هو العالم المنوط به تطور الشريعة، ونقل الماضي إلى الحاضر"[2]، وحتى يظل النص صالحًا بالاستمرار، ومتحركًا في الزمان والمكان، وممتدًا من الماضي إلى الحاضر ومتجهًا من الحاضر نحو المستقبل؛ كان لا بد من استلهام هذا القانون وتفعيله.

وكذلك نجد في مباحث الأحكام وتحليل المقاصد أن للوحي مقصدًا والقصد اتجاه وغاية، فقد قامت الشريعة من أجل تحقيق المقاصد والأحكام ابتداءً، وهي المصالح العامة والإفهام والامتثال والتكليف بمقتضاها، وترشيد قصد المكلف وربط فعله بنيته، وتسديد تصرفاته لضمان موافقتها لقصد الشارع في الحال والمآل.

وألصق الأصول اتصالًا بفقه المستقبل مبدأ اعتبار المآل، الذي هو "أصل كلي يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالًا"[3]، وما يندرج تحته من أصول وقواعد مؤطرة لهذا الأصل كالذرائع والحيل ومراعاة الخلاف بعد وقوعه والاستحسان.

وهو ما نجده كذلك في الفروع الفقهيَّة، وخاصَّة في المعاملات الماليَّة الآجلة، ونظريَّة الأجل عمومًا، وأثرها على الأحكام، كتقدير القدرة على التسليم، في بيع السَّلم ومآلاتها، وكذلك بيع التقسيط والمرابحة والمشاركة المتناقصة وعقود المناقصات وعقود الصيانة والتشغيل والمقاولة والاستصناع، والاستصناع الموازي، وأغراضها الاستراتيجيَّة في بلوغ حقيقة التملك، ومدى تحقق المعاملة وأثرها على التمليك.

كل هذه الجزئيات أو الفروع الفقهيَّة يدخلها التغيُّر الكمي والكيفي لهذا نجد الفقهاء يتحدثون عن نظريَّة المخاطرة والغلاء ومقدار الجشع والنجش المحتمل وبلوغ حد الفاحش،

(1) المصدر السابق، 266/19.

(2) الدراسات المستقبليَّة: لفؤاد بلمودن، ص: 56.

(3) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، ص: 428.

ويتحدثون عن الغرر اليسير، وتغيُّر قيمة العملات فيما زاد عن الثلث، وإجمال هذه الأعرض التي تتناول المعاملات بما فيها ترقُّبات الأسواق الماليَّة وتقلباتها؛ كل هذه المعاملات خاصَّة، والشؤون الماليَّة والاقتصاديَّة عامة، معتبرة فيها الدراسات المستقبليَّة، في سياق التوسل.

ثانيًا: أثر اعتبار المستقبليات على تغيُّر الأحكام

ويظهر أثر اعتبار المستقبليات في كونها جانبًا استشرافيًّا وقائيًّا، توقعيًّا استباقيًّا في آن واحد، وتبيُّن العلاقة بين تقلُّبات الواقع المتسارعة، وتتضح آثار الدراسات المستقبليَّة في تغيُّر الأحكام من خلال عرض الأبعاد الستة للتغيُّر:

البعد الأول: دراسة مدى التغيُّر

تتناول الدراسات المستقبليَّة التغيُّر من زوايا أكثر عمقًا وشمولًا بحيث تغطي مختلف جوانب وأقسام التغيُّر الذي يصيب الظاهرة الاجتماعيَّة، ومن ذلك دراسة مدى التغيُّر، وهل هو جزئي أو كليٌّ؟ بحيث يمس الظاهرة كلها أو يتركز في أبعاد معيَّنة فقط[1].

البعد الثاني: تحديد طبيعة التغيُّر

تحديد طبيعة التغيُّر هل هو كميّ يعبر عنه بلغة رياضيَّة رقميَّة أو تغيُّر كيفي أو كلاهما[2]؟

البعد الثالث: حركيَّة التغيُّر

ويراد بهذه الحركيَّة أي حالة التغيُّر من حيث استمرارها أو انقطاعها، والمدى الزمني لها في حالة التقطع، فهناك ظواهر تعرف تغيُّرًا لا يتوقف ويسير باتجاه واحد، مثل: تراكم المعرفة العلميَّة أو الزيادة السكانيَّة في بعض الدول، وبالمقابل هناك ظواهر منقطعة مثل الحرب أو النمو الاقتصاديّ، وهناك ظواهر متقطعة ومتباعدة في دورة حدوثها، في حين هناك تغيُّرات موسميَّة، مثل الزيادة في عدد السياح في بلد معيَّن فهي زيادة موسميَّة تمثل فترات التباعد فيها؛ فترات قصيرة[3].

---

(1) الدراسات المستقبليَّة: لفؤاد بلمودن، ص: 106.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) مناهج الدراسات المستقبليَّة وتطبيقاتها في العالم العربي: لوليد عبدالحي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجيَّة، أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، ط/1، 2007م، ص: 12- 13، والدراسات المستقبليَّة: لفؤاد بلمودن، ص: 106.

والظواهر الحركيَّة الموسميَّة: كزيادة منتوج معين في فصل من فصول السنة، والذي يشكل رواجًا معينًا وموقتًا، أو كظاهرة زيادة الإنتاج في القطاع الفلاحي، وبيع الحيوانات في عيد الأضحى، أو بيع وشراء التمور في شهر رمضان، والأزياء وأدوات التجميل في العيدين، وزيادة معدل الاستهلاك لهذه المنتوجات.

البعد الرابع: دراسة سرعة إيقاع التغيُّر

ويقوم هذا البعد على قياس وتيرة التغيُّر بطيئة أم سريعة؟ وهل هو تغيُّر ثابت أو متسارع أو متذبذب؟

يجمع الباحثون في الدراسات المستقبليَّة على أن التسارع يمثل ظاهرة مهمة، بمعنى أن الفترة الفاصلة بين تغيُّر وآخر كثيرًا ما تتقلص، مما يجعل عمليَّة التكيُّف مع هذا التسارع أمرًا في غاية الصعوبة، ولا يمكن إدراكه إلا بدراسات مستقبليَّة تحدد آليات التعامل مع الظاهرة قبل حدوث التغيُّر بهدف الاستعداد له[1]، ووضع المحددات اللازمة لتحديد الأبعاد، واقتراح الحلول المتوقعة لكل مرحلة من مراحل التسارع.

البعد الخامس: إدراك التغيُّر

يستدعي إدراك التغيُّر؛ تحديد مدى القدرة على التغيُّر في أبعاده المختلفة سواء عبر التحليل العقلي أم المنطقي أم الحدسي، دون تجاهل الأبعاد التي لا تظهر إلا بمرور الزمن، ومن هنا يجب دراسة أشكال التغيُّر التي لم نتنبه لها إلا بعد أن أصبحت مدركة، ولم نلق لها بالًا قبل وضوحها، لكي ننمي أنماط توقع المتغيرات غير المدركة[2].

البعد السادس: مركزيَّة التغيُّر

إذا كان من المعلوم أن لكل ظاهرة أو بنيَّة اجتماعيَّة أو سياسيَّة أو اقتصاديَّة بؤرة مركزيَّة تستند إليها، فإن هذا يتطلب تحديد مركزيَّة التغيُّر أو الأبعاد الأساسيَّة أو هل أصابه التغيُّر أو اقتصر على أبعاد هامشيَّة أو ذات قيمة متوسطة؟ وهل هذا التغيُّر كثير أو متوسط أو قليل[3]؟

(1) مناهج الدراسات المستقبليَّة: لوليد عبدالحي، ص: 12- 13، والدراسات المستقبليَّة: لفؤاد بلمودن، ص: 106- 107.

(2) مناهج الدراسات المستقبليَّة: لوليد عبدالحي، ص: 12- 13، والدراسات المستقبليَّة: لفؤاد بلمودن، ص: 107.

(3) مناهج الدراسات المستقبليَّة: لوليد عبدالحي، ص: 12- 13، والدراسات المستقبليَّة: لفؤاد بلمودن، ص: 107.

فينبغي لدراسة قضيَّة من القضايا وتنزيل هذه المنهجيَّة عليها بعد معرفة أبعادها، لا بد من معرفة الأسباب التي تطرأ عليها وتجعلها قابلة للتغيُّر.

وعليه إنَّ أهم هذه الأسباب هو ارتباطها بغيرها من الظواهر أي الوقوف على جميع جوانبها ودراستها بشكل نسقي كلي منظومي بعيد عن الاجتزاء وعرضها على جميع أسباب التغيُّر وهي:

– محاولة الربط بين ظواهر أخرى غير الظواهر التي تدرسها وبين الظواهر موضوع الدراسة، بهدف الكشف عن ترابطات قد تكون مدركة للوهلة الأولى مثل الربط بين تطور العلوم الاجتماعيَّة وأثرها على الظواهر الاجتماعيَّة أو السياسيَّة أو الاقتصاديَّة[1].

– محاولة تحديد الأسباب المركزيَّة، والأسباب المساعدة، وتصنيفها من خلال تتبع منهاج الرصد المستقبلي بتعدد المتغيرات التي تدخل في إطار الرصد، وتوزيعها بين متغيِّرات طبيعيَّة تجرى تلقائيًا وفق معدل محسوب مسبقًا، ومتغيِّرات أخرى مفتعلة، أو مصنوعة بفعل خطط مرسومة، أو سياسات منتهجة، أو بتوقع انتهاجها بعد فترة من بدء البحث، وقد يحسن بالباحث الراصد البدء بتحديد العناصر المتحتم إدخالها لعملية التغيُّر الصناعي، كمصادر الطاقة، والحجم المتوفر منها، وحجم السكان ودرجة الوعي وحالة الأمن، وموارد الطبيعة، وكلما أحكم الباحث حصره لهذه العناصر؛ كلما جاءت نتائج أبحاثه أكثر دقة، حيث إنه سيقوم بعد عمليَّة التحديد النظري بتجميع كأَّفة المعلومات والمستندات المتوفرة التي تدل على نوعيَّة واتجاه معدل التغيير المطلوب، أو المفترض[2].

وهذا يحتاج إلى تحالف مجموعة من الإجراءات والجهود وصناعة السيناريوهات الممكنة التي تفرض أن مسار التداعيات محكوم بتغيرات متوافرة، وإمكانيات تغيّر ذلك محدودة، مثال لو أردنا التحكم بالزيادة السكانيَّة في دولةناميَّة فسنجد أنَّ عوامل معيَّنة تتحكم في هذه الزيادة، مثل مستوى الوعي، والعادات والتقاليد والظروف الاقتصاديَّة[3]، والسيناريوهات المحتملة تفترض دخول متغيرات جديدة تؤدي إلى تحول نسبي في بنية الظاهرة بشكل يجعل مسارها يتجه نحو مسار جديد، سواء نحو الأفضل أم الأسواء، فهو إقحام

(1) مناهج الدراسات المستقبليَّة: لوليد عبدالحي، ص: 14.

(2) المستقبليَّة والمجتمع المصري: لهاني عبدالمنعم خلاف، دار الهلال– القاهرة– مصر بدون تأريخ، ص: 23 – 24.

(3) مناهج الدراسات المستقبليَّة: لوليد عبدالحي، ص: 20.

لمتغيرات في الظاهرة لنرى النتائج المحتملة المترتبة على إدخال هذه المتغيرات، فعلى سبيل المثال؛ إذا وضعنا بدائل النفط ستكون متوافرة خلال العشر السنوات القادمة وبشكل اقتصادي، فهذا يعني أن المشهد العام للتطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي في عدد من الدول النفطيَّة سيصيبه تغيُّر مهم، ولكن قد يتصور الأمر بشكل مغاير بأن هذه البدائل لن تكون متوافرة خلال تلك الفترة، ولذلك ستكون التداعيات مختلفة عن الحالة الأولى، وهكذا يمكن لنا أن نضع سلسلة طويلة من المتغيرات كل منها يوصلنا إلى مشهد مختلف وكلها محتملة تساعدنا على تصور المشهد النهائي[1]، وأما السيناريوهات المعياريَّة بأن يقوم الباحث بوضع متغيرات يفترض مسبقًا أنها ستؤدي إلى نتائج يريدها دون غيرها فهو سيناريو محكوم ومتجهاته واضحة، تكمن أهميته في أنه يساعد على التخطيط الاستراتيجي، ومعرفة كيفيَّة الوصول إلى النتائج المرجوة[2].

ويقصد بهذا السيناريو "وصف لوضع مستقبلي ممكن أو محتمل أو مرغوب فيه مع توضيح المسار، أو المسارات التي يمكن أن تؤدي إلى هذا الوضع المستقبلي، وذلك انطلاقًا من الوضع الراهن أو وضع ابتدائي أخر، والأصل أن تنتهي كل الدراسات المستقبليَّة إلى سيناريوهات[3]، ولهذا كانت السيناريوهات ثمرة من ثمرات الدراسات المستقبليَّة، بل قد يذهب إلى أبعد من ذلك، فيقال: "هي النتاج النهائي لكل طرق البحث المستقبلي"[4]، في تقدير فقه التوقع لمصير الوقائع كيف ستقع من حيث الموافقة وعدم الموافقة للواقع وفق الضوابط ومعايير الاحتكام الذي يتغياها الشرع ويتقصدها المكلف موضع التشريع. فبإعمال هذه النتائج والسيناريوهات يتحقق لدى المجتهد فرصة الاختيار للحلول الممكنة لنوازل كل عصر وروازن كل مصر.

كما يقرب المجتهد والسلطة التنفيذيَّة من المآل، ومحاولة تقديره بأدواته العلميَّة الدقيقة، كالإحصاء والدراسات الميدانيَّة، ودراسة الحالة والظاهرة الاجتماعيَّة والاستفادة من نتائج الدراسات المنجزة في حقول علم النفس، وعلم الاجتماع، والتأريخ، ونظم المعلومات.

(1) المرجع السابق، ص: 20 – 21.

(2) المرجع السابق نفسه، بتصرف.

(3) الدراسات المستقبليَّة ومشروع مصر 2020: لإبراهيم العيسوي، منتدى العالم الثالث– القاهرة، 2000م، ص: 20.

(4) المرجع السابق نفسه.

وقد سبق حديث السادة العلماء عن إعمال الدراسات من هذا النوع، كالخطيب البغدادي حين قال: "واعلم أن العلوم كلها أبازير الفقه، وليس دون الفقه علم إلا وصاحبه يحتاج إلى دون ما يحتاج إليه الفقيه، لِأَنَّ الفقيه يحتاج أن يَتَعَلَّقَ بِطَرَفٍ من معرفة كل شيء من أمور الدنيا والآخرة"[1].

ثم قيل: لا يتمكَّن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات، حتى يحيط به علمًا"[2]، فلا يمكن الوصول إلى فهم ذلك الواقع، إلا بتوظيف كامل شامل لكل الوسائل والممكنات إلى أقصى ما يمكن، والتوصل إلى غير الممكن قدر الإمكان.

فتعد المستقبليات وسائل، والوسائل لا تتعين، بل هي خادمة لمناط الحكم، وكاشفة للمقاصد الشرعية، فلما كانت غير متعينة كان للمجتهد –فردًا أو مؤسسةً– الاختيار فيها، حسب ما يغلب على ظنه أنها خادمة في تقريب المقصد وتنزيل الأحكام في الواقع.

وبناء على التقارير الدولية[3] يمكن اليوم التنبؤ بالمستقبل الرقمي وما قدمته تقنيات البلوكيشن (Blockchain) من بعد وظيفي في خدمة الدول والمؤسسات، واستحواذ العملات المشفرة وعملة البتكوين (Bitcoin) خاصة على حظ وفير من ذلك البُعد، ويتوقع أن يكون للعملات القانونيَّة والائتمانية نصيبًا كذلك، كما يمكن أن يكون للرقمنة أثرًا في خدمة المالية الإسلامية، وخطرًا على البنوك المركزية، وسيأتي التفصيل في قسم الدراسة التطبيقية.

وكذلك عمل الخبير الاكتواري في تحديد قيمة سهم التأمين بناء على الخبرة والدراسات المستقبلية، ودراسة الجدوى، ومثله يقال في الاحتكام إلى المؤشرات في حال قياس نسبة تقلبات الأسعار، وتحديد ثمن العائد.

---

(1) الفقيه والمتفقه: للخطيب البغدادي، 333/2 – 334.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 165/6.

(3) حيث تقدر قيمة الاقتصاد الرقمي العالمي حاليًا 11.5 تريليون دولار، أو 15.5 من إجمالي الناتج المحلي العالمي، مع التوقع بأن ترتفع النسبة إلى 25% خلال عقد من الزمن، ينظر: التنمية الرقمية: البنك الدولي، https://www.albankaldawli.org/ar/topic/digitaldevelopment/overview 22/5/2021، 5:20:00.

المبحث الثاني: ركنيَّة مبدأ اعتبار التصحيح في تغيُّر الأحكام دراسة لإعمال الأدلة في سياق البدلية

يستدعي فقه التنزيل العناية والرعاية للمسائل الاجتهاديَّة المختلف فيها بعد وقوع الخلاف، ووفق مبدأ التصحيح البعدي الذي يؤطره أصل مراعاة الخلاف، وفقه الاحتياط الشرعي الذي يؤسس على مبدأ الخروج من الخلاف، وذلك عند ممارسة المجتهد النظر في النوازل بعد وقوعها، وحصول العمل بمقتضاها، حتى لا يقع المكلف موقعا يخالف فيه قصد الشارع من تشريعها، ويقع في حرج أو ضرر إما بسبب المشقة، أو الشك، أو الورع الضاغط على النفس، الداعي إلى مراعاة الخلاف، أو ترك الخلاف والخروج منه، مع اعمال عمل أهل المدينة، وما جرى به العمل باعتبارهما من الأدلة والقواعد العامة في الترجيح بمبدأ التصحيح.

المطلب الأول: مبدأ التصحيح وقاعدته الأصليَّة

يأتي الحديث في هذا المطلب لبيان المراد بالتصحيح في الأصول والمعاني اللغويَّة المؤسسة، لألج من خلالها لرسم المصطلح الذي أزعم أنه يفي بالمعنى المراد عند الفقهاء، وذلك حسب تتبعي لفروعهم الفقهيَّة، ثم أدلف مباشرة إلى بيان الحجيَّة والاحتجاج، وذلك لغرض الوقوف على القواعد الأصلية لمبدأ التصحيح، وقد جاء على النحو الآتي:

الفرع الأول: مبدأ التصحيح المراد والحجية

جاء هذا الفرع لبيان المراد بمبدأ التصحيح والوقوف على حجيَّته عند الفقهاء من خلال تتبع ما أمكن من المسائل الفقهية التي ورد فيها العمل بهذا المبدأ، وذلك كالآتي:

أولًا: المراد بمبدأ التصحيح

من يتتبع مصطلح التصحيح يجده في اللغة على عدة معاني واعتبارات، يمكن من خلالها تحديد معنى مصطلحي جامع أو بناء مصطلح خاص، ولذلك أطلقت هذا المصطلح وأريد به استيفاء المعاني اللغويَّة.

– **التصحيح في اللغة:** يؤخذ التصحيح لغة من صح، "الصاد والحاء أصل يدلُّ على البَراءَة من المرض والعَيب، وعلى الاستواءِ"[1]، والمعنيان مرادان في الاستعمال الفقهي فالخلاف عيبٌ، وتصحيحه مرادٌ في معالجة الفروع الفقهيَّة.

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الصاد، مادة الصاد والحاء.

ويمكن توظيف دلالة البراءة من المرض والعيب في الاستعمال المجرد للفظ، وهو الخروج من الفساد، فيكون ذلك إفصاحًا عن المقاصد الجزئية والتبعية لفقه تصحيح العقود الفاسدة.

وأما الدلالة على الاستواء والتسويَّة؛ يمكن استعمالها في توظيف آليات التصحيح وقواعدة المتمثلة بالخروج من الخلاف ما أمكن، ومراعاة مبدأ عمل أهل المدينة، وما جرى به العمل، للوصول إلى المقصد الأصلي وهو العدل.

- التصحيح في الاصطلاح:

لم أجد –بعد بذل الوسع– من عرف التصحيح في المدونات الفقهيَّة والأصوليَّة، سوى تعريف واحد، وهو تحويل العقد الفاسد إلى عقد صحيح بطرق شرعيَّة[1]، وهذا لم يسْلَم من النقد حيث لا يعد مانعا من دخول كل عقد فاسد، ويدخل فيه تحويل العقد ابتداء والتصحيح لا يكون إلا بعد الوقوع، كما أن فيه ذكر المُعَرَّف، وهذا من الخوارم.

وعليه؛ أقترح تعريف التصحيح بأنه: معالجة آثار العقد الفاسد، وتسويته بطرق شرعيَّة رافعة للمشقة والحرج.

بعد استدعاء المعاني اللغويَّة والاستعمالات المجردة لمصطلح التصحيح وضعت هذا التعريف، وقيدته بما بعد الحصول والوقوع، لتعذر المخالفة والخروج عن المنهاج الاجتهادي ابتداء، لذلك قلت: معالجة آثار العقود الفاسدة، وفي ذلك إشارة إلى محل التصحيح وهو ما بعد حصول العقد وترتب أثره في الواقع، لا مجرد حصوله في نظر المجتهد.

ويأتي استمداد التسوية من الاستعمال اللغوي، وهو دليل حصول الظلم والضيم والحرج لأحد طرفي العقد، فيحتاج معه إلى العدل وهو المقصد الأصلي، والكلي الثابت باستقراء الأدلة.

وأما منع المشقة والحرج فهو الأثر والحكمة الحاصلة بإعمال مبدأ التصحيح، وأنه لا يراد به إلا رفع الحرج، ولا يكون إلا عند حصول المشقة المعتبرة وانخرام المقاصد التبعيَّة وتخلُّف الجزئيات عن الكليات.

بعد هذا التطواف في ثنايا الاصطلاح كان لابد من الوقوف على أصل الحجيَّة.

---

(1) تصحيح العقود الفاسدة وآثره في استقراء التعاملات وتطبيقاته الفقهيَّة: لأفلح بن أحمد الخليلي، ضمن أبحاث مؤتمر الأيوفي، السابع عشر، مملكة البحرين، 2 – 3 شعبان 1440هـ، الموافق: 7 – 2019/4/8م، ص: 3.

ثانيًا: حجية مبدأ التصحيح

جاء عن عائشة –رضي الله عنها– أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[1]، ثم قال: «فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»[2]، قال الإمام الشاطبي: "وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه"[3]، أي من حيث كونه شبيه بالزنا وليس بزنا فيصحح من هذا الوجه إذ ليس بزنا، وتصحيحه لا يقتضي دوامه واستمراره وإنما من حيث استحقاق مهر المثل بالخلوة.

وسبقه القاضي عبدالوهاب في تقرير ذلك بما يشبه القاعدة فقال: "غير ممتنع أن يكون الشيء يفسد العقد إذا قارنه، ولا يفسده إذا اطلع عليه بعد العقد"[4].

قال الشيخ خليل في مختصره: "وَسَقَطَ بِالْفَسْخِ قَبْلَهُ"[5]، قال الخرشي: "أَيْ وَسَقَطَ الْمُسَمَّى وَصَدَاقُ الْمِثْلِ بِالْفَسْخِ قَبْلَ الدُّخُولِ"[6]، مفهومه أن ما بعد الدخول يصحح بوجوب مهر المثل.

وكذلك القول في المكره على الطلاق، "الْوَاقِعَ فَاسِدًا لَا يُصَحَّحُ بَعْدَ وُقُوعِهِ قَوْلَانِ لِسَحْنُونٍ، قَالَ أَوَّلًا بِعَدَمِ اللُّزُومِ ثُمَّ رَجَعَ إلَى اللُّزُومِ، (وَالْأَحْسَنُ) مِنْهُمَا عِنْدَ بَعْضِ الشُّيُوخِ (الْمُضِيُّ) أَيْ اللُّزُومُ"[7]، لو ألزم نفسه بعد الوقوع لزمه لأنه يصير فيه كالمختار الطائع؛ تصحيحًا.

ووقع التصحيح لكثير من المسائل منها: اجتماع النكاح والبيع عند المالكية، كنكاح فسد لصداقه، إما لكونه لا يملك شرعًا كخمر وخنزير وميتة، أو يملك ولكن لا يصح بيعه كآبق وشارد، أو يملك ويصح بيعه ولكن فيه تفريق الصفقة كعبد يساوي ألفين على أن تعطيه

---

(1) سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، رقم: 2085، وسنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم: 1102، وسنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، رقم: 1879.

(2) سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، رقم: 2085، وسنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم: 1102، وسنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، رقم: 1879.

(3) الموافقات: للشاطبي، 190/5.

(4) شرح التلقين: للمازري، 24/2.

(5) مختصر خليل: للشيخ خليل، ص: 98.

(6) شرح مختصر خليل: للخرشي، 197/3.

(7) منح الجليل شرح مختصر خليل: لعليش، 56/4.

ألفًا مثلًا قاله التتائي[1]، أي: أنه جعل بعض السلعة بيعًا وبعضها صداقًا فيلزم اجتماع البيع والنكاح، ويثبت بعده بصداق المثل، ولعل تسميته تفريق صفقة مع أنه جمع بين بيع ونكاح في صفقة أن القصد بصفقة النكاح وحدتها، وكذا بصفقة البيع ففرق صفقة واحدة وجعلها بينهما تأمل[2]، فهذا فاسد لفساد صداقه، ولكنه يصحح بعد الدخول.

ومما تقرر عند المالكية إنفاذ نكاح الثاني في مسألة الوليين بالدخول، وكإنفاذهم به ما فسد لصداقة بصداق المثل، وما عقد بالولاية العامة أو الخاصة، وليست بولاية إجبار، وبالطول وبكونه صوابا، ونظرا أو ينتقل حكما كفوات البيع الفاسد بالقيمة[3] لتعذر رفع الحرج ودفع الفساد فكان لابد من تصحيح الحكم، فهو آخر ما بقي أمام المجتهد وأمام المكلف المتلبس بالفساد.

ويمكن استنباط القاعدة والمنطلق للتصحيح والخروج من الحرج، من قول الإمام الشيرازي: "كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده كالبيع والنكاح"[4]، فهي قاعدة يمكن التأسيس بها لخروج من أثر العقود الفاسدة المفضية إلى الحرج الضيق.

وهنا من يكثر من توظيف مبدأ التصـــحيح، ويحمل عليه بعض الفروع الفقهيَّة، والعقود المستثناة، من ذلك قول زكريا الأنصاري: "وَقَدْ تَدْعُو الْحَاجَةُ إلَى التَّسَامُحِ بِاخْتِلَالِ بَعْضِ الشُّرُوطِ وَلِهَذَا صَحَّحُوا الْقِرَاضَ وَالْجِعَالَةَ عَلَى مَا فِيهِمَا مِنْ الْجَهَالَةِ"[5]، وهذه الجهالة معفو عنها ترخصًا، فلا حاجة لتصحيحها.

---

(1) أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن ابراهيم بن خليل التتائي المصري، المالكي، نسبته إلى "تتا" من قرى المنوفية بمصر، فقيه، أصولي، فرضي، ميقاتي، ولي القضاء بالديار المصرية، من تصانيفه: فتح الجليل في شرح مختصر الخليل في فروع الفقه المالكي، البهجة السنية في حل الاشارات السنية، شرح ابن الحاجب الفرعي في سفرين، شرح الارشاد لابن عسكر، خطط السداد والرشد لشرح نظم مقدمة ابن رشد، وحاشية على شرح المحلى على جمع الجوامع، توفي سنة 942 هـ، الأعلام: لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: 1396هـ)، دار العلم للملايين، ط/15، 2002م، 302/5 – 303.

(2) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: للزرقاني، 337/3.

(3) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور، 508/2.

(4) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 272/2، و113/15.

(5) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، المطبعة الميمنية، 161/5.

ويمكن أن نجعل من القاعدة: كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده[1]، نظريَّة فقهيَّة، تسهم في معالجة كثير من الاختلالات الحاصلة في العقود التي تقع، ويتلبس المكلف بها، ثم يظهر فسادها كالبيع والنكاح.

ويوافق ذلك ما ذكر الإمام النووي أن "حكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان"[2]، فضمان المبيع ببيع فاسد كضمان المبيع ببيع صحيح.

ومما يدعو إلى إعمال مبدأ التصحيح بالأسس والمنطلقات التي يقوم عليها؛ مسيس الحاجة، وذلك كتجاوز مخاطر الجهالة في الأشياء المختلطة، باعتبارها في حكم الجنس الواحد، مثل: "بيع المعجون جائز، فإن آحاد الأخلاط غيرُ مقصودة، وإنما المقصود المعجون في نفسه، فكأنه في حكم جنس [متحدٍ] وهذا الذي ذكره من تصحيح البيع صحيح، ولكن التعليل بما ذكره مختلّ؛ فإن الغرض يختلف بأقدار الأخلاط، اختلافًا ظاهرًا؛ إذ لو رددنا إلى ما ذكرناه من جهالة المقصود، لَمَا صححنا البيع، ولكن السبب الظاهر في تصحيح البيع مسيسُ الحاجة؛ فإن المعاجين لو لم تكن عتيدة مهيّأة عند الاحتياج إلى [استعمالها، لجر ذلك] ضررًا عظيمًا، فلا يستقل تعليل صحة البيع، ما لم يعضد [بما ذكرناه، من معنى] الضرورة"[3]، ويمكن اعتبار التعليلين معا فيصحح البيع على اعتبار أن المبيع المختلط مقصود لذاته بالبيع لا أحد أفراده، وعلى اعتبار جهالة مقادير الأخلاط غير مؤثر لمسيس الحاجة اللازم من تركه ترتب المشقة.

ويظهر مبدأ التصحيح في هذا الأصل من خلال استدعاء نظرٍ جديدٍ في الدليل، وفيما يعرض عليه من لوازم وتبعات أثناء التنزيل في الواقع، فيكون الدليل الراجح في حال؛ مرجوح في المآل وهو المستفاد منه الحكم، والمرجوح في الحال راجحًا في المآل، كما في اعتبار ما جرى به العمل، نظرا لتردد مصالح الأحكام التي أمر الشرع بتحصيلها بين مصالح الإيجاب ومصالح الندب، وتردد المفاسد التي أمر الشرع بدرئها بين مفاسد الكراهة، ومفاسد التحريم، وحصول الضرر بالمكلف ولو يسيرا.

---

(1) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 272/2، و113/15.

(2) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط/1، 1425هـ/2005م، ص: 117.

(3) نهاية المطلب في دراية المذهب: لإمام الحرمين الجويني، 360/3.

وهذه دواعي رئيسة لتغيُّر الأحكام: قال الإمام الشاطبي: اقتضاء الأدلة للأحكام بالنسبة إلى محالها على وجهين[1]:

الأول: الاقتضاء الأصلي: قبل طروء العوارض، وهو الواقع على المحل مجردا عن التوابع والإضافات؛ كالحكم بإباحة الصيد والبيع والإجارة، وسنِّ النكاح، وندب الصدقات غير الزكاة، وما أشبه ذلك، قلت ومن هذا الاقتضاء تولَّد ما يسمى أصل الخروج من الخلاف، فهو جانب توافقي يفضي إلى الاتفاقي.

الثاني: الاقتضاء التبعي: وهو الواقع على المحل مع اعتبار التوابع والإضافات؛ كالحكم بإباحة النكاح لمن لا أرب له في النساء، ووجوبه على من خشي العنت، وكراهية الصيد لمن قصد فيه اللهو، وكراهية الصلاة لمن حضره الطعام أو لمن يدافع الأخبثين، وبالجملة كل ما اختلف حكمه الأصلي لاقتران أمر خارجي.

وعليه يولِّد هذا الاقتران تغيُّرًا في الأحكام الأصليَّة ويستدعى أحكامًا جديدة، ومراعاة الخلاف بإشكالاته وتساؤلاته ما هي إلا سليل الاقتضاء التبعي لا الأصلي.

فمن أراد العمل بمقتضى مبدأ التصحيح؛ لا بد له من إعمال قواعد وأصول؛ كقاعدة هل النهي يقتضي الفساد؟ وأصل مراعاة الخلاف، وأصل اعتبار الخروج من الخلاف وعمل أهل المدينة، وما جرى به العمل، والكل هذا الإعمال يقتضي التوسط، ويفضي إلى التوسع والانفتاح على المخالف، وعدم الانغلاق لحماية المكلف من الحرج والحيف.

الفرع الثاني: القواعد الأصلية لمبدأ التصحيح وعلاقته بتغيُّر الأحكام

أولًا: قاعدة هل النهي يقتضي الفساد

لما جاءت القاعدة على شكل سؤال، دلَّ على أنها قاعدة مختلف فيها، وينبغي أن يصب الجهد قبل الحكم بتصحيح العقد الفاسد على بيان دلالة الفساد، وكشف مناطه والوقوف على أوصاف العلة، وبيان هل يدل النهي على الفساد في العبادات والمعاملات أو في المعاملات فقط؟

لا بد من تحرير محل النهي الذي يقتضي فساد المنهي عنه عند دراسة هذه القاعدة بحيث يكون النهي إما موجه للشيء نفسه كالخمر والخنزير، أو لعلة كالربا والغرر

(1) الموافقات: للشاطبي، 292/3.

والجهالة، أو لأمر خارجي من الشروط الفاسدة، وغيرها مما قد يؤول إلى علة توجب الفساد أو لا توجب الفساد.

وقد افترق العلماء في تقرير هذه القاعدة إلى ثلاثة اتجاهات؛ في طرفين وواسطة:

مذهب الحنفيَّة: ذهبوا إلى اعتبار أن كل عقد يجوز أن تلحقه إجازة بحال، فإن كونه منهيا عنه لا يمنع وقوعه على فساد[1]، فهم يقولون بأن النهي قد يدل على الصحة.

صـــحح الحنفية جميع المنهيات في العبادات والمعاملات، حتى صـــححوا العقود الفاسدة كالربا، وبنوا تصحيحهم على النظر في سلامة الأركان فقط، فمتى وجدت الأركان كلها متحققة صح الحكم، ويحمل النهي الوارد على أنه خارج الماهية لا يمنع صحة الحكم ولا يترتب عليه فســـاد المنهي، ومتى كان النهي في جزء من أجزاء الماهية أي ركن من أركان الحكم أو في جميع أجزائها فالنهي في الماهية إذا تقرر هذا قال أبو حنيفة أصـــل الماهية سالم عن المفسدة والنهي إنما هو في الخارج عنها، ذكر هذه القاعدة الإمام القرافي في الفرق السبعين[2].

"فالصوم والصلاة يستقيم أن يكون أصله مشروعا مع كون الأداء حرامًا كصوم يوم الشك والصلاة في وقت مكروه، وكذلك العقود الشرعية يتصور بقاء أصلها مشروعا مع حرمة مباشرة التصرف وفساده كالطلاق في حالة الحيض وفي الطهر الذي جامع فيه امرأته[3].

وقد أكثر أبو حنيفة في اعتباره حتى أثبت عقود الربا وإفادتها الملك في أصل المال الربوي[4]، لأنه نظر إلى أركان البيع فوجدها صحيحة، فعبر عنها بسلامة الأصل وأبطل كل وصف فاسد خارج عنها.

مذهب الحنابلة: ذهبوا إلى نفي التصحيح وأن النهي يقتضي الفساد مطلقًا ولا يقتضي الصحة بحال من الأحوال "ثم لا فرق بين كون النهي عن الشيء لعينه، أو لغيره، لدلالة النهي على رجحان ما يتعلق به من المفسدة، والمرجوح كالمستهلك المعدوم"[5]، فلا عبرة

(1) الفصول في الأصول: للجصاص، 182/2.

(2) الفروق: للقرافي، 82/2.

(3) أصول السرخسي: للسرخسي، 86/1.

(4) الفروق: للقرافي، 82/2.

(5) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 611/1.

للتقسيم السابق لأنه لا يترتب عليه أثر فكل نهي عندهم يقتضي فساد المنهي عنه، فبالغوا في إفساد كل منهي عنه.

فلم يفرِّق الحنابلة بين الأصل والوصف الذي جاء النهي بخصوصه، فأبطلوا الأصل والوصف معًا.

مذهبي المالكية والشافعية: توسط المالكية والشافعية فيما ذهبوا إليه، فاعتبار الصحيح في مذهب مالك يقتضي أن النهي على قسمين: نهي يكون لمعنى في المنهي عنه، ونهي يكون لمعنى في غيره، فإن كان لمعنى في المنهي عنه دل على فساده، وإن كان لمعنى في غير المنهي عنه؛ فذلك يختلف إلا أن الأغلب فيه أنه لا يدل على الفساد[1].

وحكي عن الشافعي أن النهي لا يدل على فساد المنهي عنه[2]، وجاء عند القرافي في الفرق السبعون بين قاعدة اقتضاء النهي الفساد في نفس الماهية وبين قاعدة اقتضاء النهي الفساد في أمر خارج عنها[3].

واستدل على ما ذهب إليه بدليل الاستصحاب، وهو أن الأصل في تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهي فيثبت لأصل الماهية الأصل الذي هو الصحة، ويثبت للوصف الذي هو الزيادة المتضمنة للمفسدة الوصف العارض، وهو النهي، فيفسد الوصف دون الأصل، وهو المطلوب وهو فقه حسن[4]، فيناط الفساد بالوصف بعد معرفته والوقوف عليه، لهذا قال القرافي: "فقلنا بالفساد لأجل النهي عن الوصف[5].

ولنتعرف على المخرج من هذا الإشكال لا بد من توجيه الاهتمام بالعلة، لما لها من أثر في توجيه الخلاف، ذلك أن حقيقة المأمور به قد وجدت من حيث المصلحة لا من حيث الإذن الشرعي وإذا حصلت حقيقة المأمور به من حيث المصلحة كان النهي مجاورًا[6]، وليس أصليًا، فألغي المجاور الذي هو الفساد، واعتبر الأصل الذي هو المصلحة.

فيترتب على ما ذهب إليه المالكية والشافعية أن هناك ثلاثة أمور تتضمنها القاعدة:

---

(1) المحصول في أصول الفقه: لابن العربي، ص: 71.

(2) قواطع الأدلة في الأصول: للسمعاني، 140/1.

(3) الفروق: للقرافي، 82/2.

(4) المصدر السابق، 84/2.

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) المصدر السابق، 85/2.

– وجود قرينة تدل على صحة أو بطلان المنهي، فلا يدخل في القاعدة، كما في حديث عبد الله بن عباس –رضي الله عنهما– قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُ ثَمَنَ الْكَلْبِ فَامْلَأْ كَفَّهُ تُرَابًا»[1] فالنَّهي يقتضي فساد المنهي عنه بالنَّص.

– أن يتعلق النهي بأمر خارج عن المنهي عنه لا لذاته، فلا يقتضي النهي فساد المنهي عنه، بل يصح وتترتب آثاره، كالبيع عند النداء للجمعة، فإن البيع صحيح مع ترتب الإثم؛ لأن علة النهي هي تفويت الجمعة، وكل ما من شأنه تفويت الجمعة فإنه يصح وتترتب آثاره مع الإثم.

وقولهُ تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾ [الجمعة: 9]، يقول في المحصول: "وأما المعاملات فالمراد من قولنا هذا البيع فاسد إنه لا يفيد الملك فنقول لو دل النهي على عدم الملك لدل عليه إما بلفظه أو بمعناه، ولا يدل عليه بلفظه لأن لفظ النهي لا يدل إلا على الزجر، ولا يدل عليه بمعناه أيضا؛ لأنه لا استبعاد في أن يقول الشارع نهيتك عن هذا البيع، ولكن إن أتيت به حصل الملك كالطلاق في زمان الحيض، والبيع وقت النداء، وإذا ثبت أن النهي لا يدل على الفساد لا بلفظه ولا بمعناه، وجب أن لا يدل عليه أصلا"[2]، فالبيع كامل الأركان والشروط غير أنه وقع في وقت يزاحم العبادة فترتب عليه الإثم، فيصحح البيعَ متعلقاته وإن وقعت فاسدة.

– أما مطلق النهي المتجرد عن القرينة؛ فالأصل أنه يقتضي فساد المنهي عنه.

ويدل عليه حديثُ عائشة –رضي الله عنها– قالت: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فيه فَهُوَ رَدٌّ»[3]، فهذا النص قاعدة عظيمة في إبطالِ كل عمل فاسد.

ويقتضي النهي الفساد متى تجرد عن القرينة، "فإن تجرد عن قرينة كان محمولا عند الشافعي على التحريم وفساد المنهي عنه إلا أن يصرفه دليل إلى غيره"[4]، فمقتضى الدليل الذي صرفه إلى الغير؛ هو محل التصحيح.

---

(1) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب: في أثمان الكلاب، رقم: 3482.

(2) المحصول: للرازي، 295/2.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، رقم: 2697، وصحيح مسلم، كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور، رقم: 1718.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 56/16.

يقول الإمام الجويني: "ذهب المحققون إلى أن الصيغة المطلقة في النهي تتضمن فساد المنهى عنه"[1]. وقال الرازي في النهي المطلق "أنه يفيد الفساد في العبادات لا في المعاملات وهو المختار، والمراد من كون العبادة فاسدة أنه لا يحصل الإجزاء بها، أما العبادات فالدليل على أن النهي فيها يدل على الفساد أن نقول إنه بعد الإتيان بالفعل المنهي عنه لم يأت بما أمر به فبقي في العهدة"[2].

ويرجع الخلاف إلى أثر توجه النهي هل إلى الماهية، أو إلى متعلق خارج عن الماهية؟ وأنه إذا تحقق أصل المأمور به فلا يقتضي النهي الفساد.

قال الشاطبي: "فعلى هذا إذا رأيت من يصحح المنهي عنه بعد الوقوع، أو المأمور به من غير المطابق؛ فذلك إما لعدم صحة الأمر أو النهي عنده، وإما أنه ليس بأمر حتم ولا نهي حتم، وإما لرجوع جهة المخالفة إلى وصف منفك، كالصلاة في الدار المغصوبة بناء على القول بصحة الانفكاك[3]، والتصحيح عند الشاطبي راجع إلى أمور منها:

الأول: نظر في وثوقيّة المصدر، فاعتبر تصحيحه إما لعدم صحة المنهي عنه، وعند صحة المأمور به.

الثاني: النظر في موقع ومنزلة الحكم المراد تصحيحه في دائرة الأحكام الشرعية، إما منزلة أصلية أو منزلة تبعيَّة، فإذا لم يكن حرامًا ولا واجبًا اعتبر تصحيحه، وما ارتفعت منزلته بين الأحكام إلى منزلة الواجب أو الحرام لم يصحح.

الثالث: النظرة التفكيكية بين تلازميَّة أصل الفعل وبين الوصف المنهي عنه، أي انفكاك النهي عن الفعل المنهي عنه وعن الوصف والعلة أي أن النهي لم يوجه إلى الفعل ذاته ولا إلى علته، وإنما وجه إلى متعلقه.

ثانيًا: مراعاة الخلاف

تعتبر قاعدة مراعاة الخلاف من القواعد الأصليَّة في تأسيس مبدأ التصحيح، وقد تفرد المالكية باعتبارها ومراعاتها والتوسع في إعمالها عند الاجتهاد التنزيلي والتفريع الفقهي،

(1) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 69/1.

(2) المحصول: للرازي، 291/2.

(3) الموافقات: للشاطبي، 540/2.

واستثمارها في معالجة قضايا ووقائع ذات اختصاص بمَّا بعد المواقعة، فتميَّزوا عن غيرهم من الفقهاء.

وإن كانت الصيغة أو المصطلح قد ورد عند الجميع بتعابير مختلفة إلا أنه يختلف من حيث الاستعمال، وقد جاء هذا المحور ليشمل التعريف بأصل مراعاة الخلاف وضابطه عند تنزيل الأحكام في الواقع، واعتبار أن الضابط هو نتيجة استثمار الخلاف، وذلك لرفع العنت والمشقة.

أ/ حقيقة مراعاة الخلاف

– **المراعاة:** هي إعمال الدليل في الاستنباط أو الفتوى[1]، فتكون رديفة العمليَّة الاجتهاديَّة.

– **الخلاف:** هو تنازع الأقوال الاجتهاديَّة الصادرة عن أدلة معتبرة في الشريعة، كانت مما يقوي أو يضعف[2]، وترددت بين طرفين وضح فى كل واحد منهما قصد الشارع فى الإثبات فى أحدهما والنفي فى الآخر[3]، وقصد الشارع واضح فيهما من غير الحاجة إلى الإيضاح والاستدلال عليه، فيذهب المجتهد إلى أحدهما إثباتًا وللآخر نقضًا.

– **مراعاة الخلاف في الاصطلاح:** عرف الإمام الشاطبي مراعاة الخلاف بقوله: "هي قاعدة ظنيَّة تقوم على إعمال الدليل المرجوح لتجويز المنهي عنه بعد وقوعه درءًا للمفسدة الأشد"[4]، وهذا يقتضي أن إعمال هذا الأصل أو القاعدة من باب التصحيح لا الافساد وأنَّ الراجح هو دليل المنع.

ويعرف مراعاة الخلاف: هو "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[5]، كما هو عند ابن عرفة، وشرحه الرصَّاع بقوله: "دليل" فصل أخرج به غير الدليل، وقوله: "في لازم مدلوله" أخرج به إعمال الدليل في مدلوله والدليل، هو ما يمكن التوصل به

(1) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، ص: 510.

(2) الموافقات: للشاطبي، 139/5، والمصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، ص: 511.

(3) الموافقات: للشاطبي، 114/5

(4) المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، ص: 515.

(5) الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية: "شرح حدود ابن عرفة للرصاع": لمحمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: 894هـ)، المكتبة العلمية، ط/1، 1350هـ، 177/1.

إلى مطلوب خبري والمطلوب هو المدلول"[1]، فيعمل المجتهد دليله ابتداء فإن وقع العمل على مقتضى دليل آخر قدمه لقوته "وهو معنى قولهم مراعاة الخلاف فيها إعمال دليل كل من الخصمين، فصح من هذا أنه يكون حجة في موضع دون موضع، وأنه بحسب ما يقع في نفس المجتهدين من رجحان دليل المخالف"[2]، بعد وقوع النازلة.

ويعتبر أصل مراعاة الخلاف؛ ترجيح بين دليلين أحدهما راجح فهما وابتداء، وتقديمًا وقوةً، والآخر راجح تنزيلا حيث انتهي إليه الحكم لزومًا، واقتضاه فقه الواقع مآليًّا.

وعليه؛ تكون حقيقة مراعاة الخلاف: "إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه"[3]، ومعناه، أن يقول "ابتداء بالدليل الذي يراه أرجح، ثم إذا وقع العمل على مقتضى الدليل الآخر راعى ما لهذا الدليل من القوة التي لم يسقط اعتبارها في نظره جملة، فهو توسط بين موجب الدليلين، فإذا أخذته هذه المآخذ ذهب التناقض"[4]، وذهب توهم التعارض والتساقط في نفس المجتهد لا في الأدلة، وذهب ما في النفس من تجاذب قوة الدليلين.

قال ابن المقري: "من أصول المالكيَّة مراعاة الخلاف"[5]، وإن ورد مصطلح مراعاة الخلاف عند غيرهم من الفقهاء؛ فهم يريدون به الخروج من الخلاف كما سيأتي بيانه.

ودليل مراعاة الخلاف؛ قول رسول الله ﷺ في ابن وليدة زمعة: «هو لك يا عبد بن زمعة، واحتجبي منه يا سودة»[6].

ووجه الدلالة: أنه حكم به بإثبات النسب بمقتضى الفراش، وأمر سودة بالاحتجاب منه، مع أنه أخاها مراعاة للشبة، قال ابن دقيق العيد: " وقد استدل به بعض المالكية على

---

(1) المصدر السابق، 178/1.

(2) المصدر السابق، 179/1.

(3) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 388/6.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) القواعد: لأبي عبدالله بن المقَّري،236/1

(6) ونص الحديث: عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة» قالت: فلم ير سودة قط، صحيح البخاري: باب: من ادعى أخا أو ابن أخ، كتاب: الفرائض، رقم: 6765، وصحيح مسلم، باب: الولد للفراش، وتوقي الشبهات، كتاب: الرضاع، رقم: 1457.

قاعدة من قواعدهم، وأصل من أصول المذهب وهو الحكم بين حكمين، وذلك أن يكون الفرع يأخذ مشابهة من أصول متعددة فيعطى أحكاما مختلفة، ولا يمحض لأحد الأصول"[1]، فجعل له حكمًا مترددا بين حكمين فلا يحمل على أصل واحد وقول محض. والذي يظهر "أن الفراش مقتض لإلحاقه بزمعة، والشبه البين مقتض لإلحاقه بعتبة فأعطي النسب بمقتضى الفراش، وألحق بزمعة، وروعي أمر الشبه بأمر سودة بالاحتجاب منه"[2]، فعلة النسب؛ الفراش وبها يثبت الإلحاق، وما أمر سودة إلا مراعاة للخلاف.

ويستثمر هذا الأصل في إزالة الضرر أو رفع الحرج على المكلف بعد التورط في الممنوعات، وذلك "أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت، فلا يكون إيقاعها من المكلف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر أو غيرها"[3]، فلا يأخذ دافع الحماسة لشرع الله، والغيرة على حرماته إلى طلب ما لم يطلبه الشارع.

ويمكن التمثيل على ذلك بأمثلة منها أن النهي نكاح الشغار دليل مدلوله تحريم نكاح الشغار، ولازم هذا المدلول فسخه، ودل عليه دليل النهي؛ لأنه يدل على فساد المنهي عنه، وفسخه ونكاح الشغار إذا وقع يجب فسخه عند مالك بطلاق في رواية، وبغير طلاق في أخرى، ومن خالف مالك يقول بأنه لا يجب فسخه[4]، والجاري على فسخه بغير طلاق أن لا يلزم فيه طلاق إذا وقع ولا ميراث، وقد وقع لمالك –رحمه الله– أنه يقول يقع الفسخ بطلاق، ويلزم فيه الطلاق ويقع الميراث بين الزوجين إذا مات أحدهما، فالجاري على أصل دليله ولازم قوله أنه لا ميراث في ذلك، فلما قال بثبوت الميراث فقد أعمل دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار إذا وقع لدليل دل على ذلك، وهو عدم الفسخ، وعدم فسخ النكاح لازمه ثبوت الميراث بين الزوجين، فأعمل مالك –رحمه الله– دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله وهو ثبوت الميراث، وهذا المدلول المذكور أعمل مالك –رحمه

(1) إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام: للإمام العلامة الحافظ الفقيه المجتهد تقي الدين ابن دقيق العيد (المتوفى: 702هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، ومراجعة أحمد محمد شاكر، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 220/2.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الموافقات: للشاطبي، 188/5– 189.

(4) المدونة: للإمام مالك، 98/2، والتاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق، 88/5،

الله- دليله في نقيضه وهو فسخ النكاح، وأعمل دليل خصمه في لازم نقيض فسخ النكاح[1]، فكان الحكم بثبوت الميراث مراعاة للخلاف وإعمال للأدلة.

ولا يحمل الغاصب على عقوبة أو ضمان أكثر مما حمله الشرع عليه، فمثلا إذا وقع الغصب، فإن المغصوب منه لا بد أن يوفى حقه، لكن على وجه لا يؤدي إلى إضرار الغاصب فوق ما يليق به في العدل والإنصاف، فإذا طولب الغاصب بأداء ما غصب أو قيمته أو مثله، وكان ذلك من غير زيادة، صح، فلو قصد فيه حمل على الغاصب، لم يلزم؛ لأن العدل هو المطلوب ويصح إقامة العدل مع عدم الزيادة أخذًا من قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ﴾ [البقرة: 194][2]، وهذا هو القول الراجح فلا تجوز الزيادة على الغاصب أصالةً، قبل الوقوع أما بعد وقوعه، "إذا ثبت هذا، فمن واقع منهيا عنه، فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائد على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة"[3]، ومراعاة للخلاف حتى يفضي الحكم إلى غايته.

ذلك لأن إجراء الحكم الثابت قبل الوقوع يوقع في العنت، "أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي فيترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظرًا إلى أن ذلك الواقع وافق المكلف فيه دليلًا على الجملة، وإن كان مرجوحًا، فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه"[4]، ثابتة بالاقتضاء الأصلي، فيتبع ما ثبت بالاقتضاء التبعي.

ب/ ضابط مراعاة الخلاف

لما كان أصل مراعاة الخلاف نظرًا نهائيًا في دليل المخالف بعد الوقوع؛ فإنَّه يقتضي إعمال لازم قول المخالف وترجيحه بالاقتضاء التبعي، مثل "رجحان دليل المخالف عند المجتهد على دليله فى لازم قول المخالف، كرجحان دليل المخالف فى ثبوت الإرث عند مالك، على دليل مالك فى لازم مدلول دليله، وهو نفى الإرث، وثبوت الرجحان ونفيه وهو

(1) الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية "شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، 178/1- 179.

(2) الموافقات: للشاطبي، 189/5- 190.

(3) المصدر السابق، 190/5.

(4) المصدر السابق، 190/5- 191.

بحسب نظر المجتهد، وإدراكه فى النوازل، فمن هذا كان رعي الخلاف فى نازلة معمولا به وفى أخرى غير معمول به"[1]، فيعمل به لرجحانه بعد التمادي في النازلة التي يتطلب إعادة النظر في حكمها، وبهذا لا يكون رعي الخلاف في كل نازلة ابتداء ما لم يظهر تغيُّر يقتضي إعادة النظر في الحكم الأول، فإن ظهر تغيُّر أو ما يقتضي التغيُّر، كان لابد من إعمال مراعاة الخلاف.

ج/ موضع مراعاة الخلاف

أقصد بموضع مراعاة الخلاف محل تنزيله وتفعيله في المسائل المختلف فيها –لا على إطلاقه– حيث لو أعمل الدليل لحصلت المشقة، أما المتَّفق عليها من المسائل؛ فلا يراعى فيها إلا دليلها.

قال الإمام الشاطبي: " فلذلك نجد المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها، فإن كانت مختلفا فيها؛ روعي فيها قول المخالف، وإن كان على خلاف الدليل الراجح عند المالكي"[2]، مما يعني أن الخلاف لابد أن يكون قويًا، لذا كانت أدلة المختلفين فيها الراجح والمرجوح، وإن ضعف الخلاف فلا يعتبر، ولا يلتفت إلى ما ضعف دليله.

ثالثًا: علاقة مراعاة الخلاف بتغيُّر الأحكام

لما كان أصل مراعاة الخلاف شديد الارتباط بالاقتضاء التبعي لا الاقتضاء الاصلي؛ كانت علاقته بتغيُّر الأحكام واضحة مستغنية عن التوضيح، لولا الاستدعاء المنهاجي، وفحوى هذه العلاقة عبَّر عنها الإمام الشاطبي عند قوله: "بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداء، ويكون هو الراجح، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحا لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف؛ فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر؛ فالأول فيما بعد الوقوع، والآخر فيما قبله، وهما مسألتان مختلفتان؛ فليس جمعا بين متنافيين ولا قولا بهما معا"[3]، لأنه لو كان ذلك كذلك لكان من باب الجمع بين الشيء ونقيضه، وذلك محال.

---

(1) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور، 258/1.

(2) الموافقات: للشاطبي، 106/5.

(3) قال دراز "لعل مراده بالأول تأويلها وحملها على غير ظاهرها، وبالآخر إنكار مقتضاها، وإلا؛ فحق العبارة العكس". المصدر السابق، 108/5.

فيرتبط أصل مراعاة الخلاف أساسا بما بعد التنزيل، وما قد يقع من "المفاسد الناشئة عن الأسباب المشروعة، والمصالح الناشئة عن الأسباب الممنوعة ليست بناشئة عنها في الحقيقة، وإنما هي ناشئة عن أسباب أُخرى مناسبة لها"[1]، طارئة عليها، وتبعيَّة، لا أصلية.

فهو ينشأ عن مبدأ التصحيح الذي اثمر الاقتضاء التبعي القائم أساسا على اعتبار فقه الواقع، وحماية مصالح المكلفين، وصيانة مقاصد الشارع، "وحاصل الأمر أن إيقاع المنع بالاقتضاء الأصلي إنما يتصور بفرض العموم قبل الوقوع، أما إذا أدى تنزيل الحكم بحسب الواقع إلى تفويت مقصد أو تضييع مصلحة، فللمجتهد أن يأخذ بمراعاة الخلاف كدليل ملائم لطبيعة الوقائع، ومحقق لمقصود الشارع فيها"[2]، في المحافظة عليه متى ظهر الفوات وخيف الزوال لا القصد إليه ابتداء، لخفائه على المجتهد أو لتلبُّسه بمقصد آخر.

ويكون في العبادات والمعاملات معًا قال الإمام القرافي: "وأما المعاملات فهي أسباب، والسبب ليس من شرطه أن يكون مأمورًا به، حجة شبهة الملك مراعاة الخلاف، وأما ما يتصل به على أصولنا فلأن البيع المحرم إذا اتصل به عندنا أحد أمور أربعة تقرر الملك فيه بالقيمة: وهو تغير الأسواق أو تغيُّر العين أو هلاكها، أو تعلق حق الغير بها على تفصيل مذكور في كتب الفقه"[3]، لأن دخول المبيع إلى قبضة المشتري يفيد شبهة الملك، وعليه ينبغي مراعاة الخلاف.

ويجري هذا ومثله في عقود البيع وغيرها؛ فلا يعاملون الفاسد المختلف في فساده معاملة المتفق على فساده، ويعللون التفرقة بالخلاف[4]، لأن الخلاف أدعى لتقليب النظر.

وتقليب النظر المراد به نوع خاص، وهو التجديد فيما وقع "فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة، لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس"[5]، فيراعى المقتضى التبعي، الداعي لاستمرارية النظر الاجتهادي نظرا لاحتماليَّة الصحة والخطأ.

---

(1) المصدر السابق، 375/1.

(2) منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي: أ.د عبدالحميد العلمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربيَّة، 1422هـ - 2001م، 389/1.

(3) شرح تنقيح الفصول: للقرافي، 175/1، والموافقات: للشاطبي، 378/1.

(4) الموافقات: للشاطبي، 107/5.

(5) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 388/6.

ويناط بهذا الاقتضاء قوة الدليل وضعفه، قال الشاطبي: "فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليله أقوى قبل الوقوع ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما اقترن من القرائن المرجحة كما وقع التنبيه عليه في حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم، وفي حديث «أيُّما امرأةٍ نكَحَتْ بغيرِ إذن مَوَاليها فنِكاحُهَا بَاطِلٌ -ثلاثَ مرات- فإن دَخَلَ بها فالمهرُ لها بما أصابَ منها»[1]، وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث ويثبت به النسب للولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى النكاح الصحيح في هذه الأحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك؛ دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلا كان في حكم الزنا، فالنكاح المختلف يراعى فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح[2]، كحصول الولد فتغيَّر الحكم بناءً على تغيُّر الترجيح، وذلك حسب اقتضاء الأدلة التبعيَّةً المقترنة للتصحيح كمراعاة حق الولد.

وعليه أقول: انطلاقًا من مبدأ التصحيح؛ فإن الوقوع في الفساد لا يقتضي الإفساد، أي حصول الفاسد يقتضي تصحيحه، وهو أولى من إفساده، "فإن ثبوت تلك الأحكام إنما نشأ من الحكم بالتصحيح لذلك النكاح بعد الوقوع، لا من جهة كونه فاسدا، حسبما هو مبين في موضعه، والبيوع الفاسدة من هذا النوع؛ لأن لليد القابضة هنا حكم الضمان شرعا، فصار القابض كالمالك للسلعة بسبب الضمان لا بسبب العقد"[3]، ذلك، لأن حاصلها أن عدم الفسخ، وتسليط المشتري على الانتفاع؛ ليس سببه العقد المنهي عنه، بل الطوارئ المترتبة بعده[4]، ما يعني أن اجتهاد المجتهد في مسألة ما؛ لابد له من رعاية لما يطرأ عليه من تبعات ومستجدات.

كما تظهر فاعليَّة مبدأ التصحيح في تغيُّر الأحكام خاصة عند صناعة الفتوى الفقهية، والهندسة المالية للعقود، فيكون إعمال هذا الأصل بمثابة تصحيح للمسار الاجتهادي الاستنباطي وتقويم له، وتحقيق ثمرته من جلب مصلحة ودرء مفسدة، على وفق مراد الشارع

---

(1) سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، رقم: 1566، وسنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم: 1102، وسنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، رقم: 1879.

(2) الموافقات: للشاطبي، 191/5.

(3) المصدر السابق، 377/1.

(4) المصدر السابق، 378/1.

من تشريع الأحكام. ويكون أصل مراعاة الخلاف هو خروج من وجه لأن "القول بإطلاق الخروج عن ذلك كله غير جار في الواقع على استقامة؛ لاختلاف أحوال الناس؛ فلا يصح اعتماده أصلا فقهيا البتة"[1]، لأنه لا تخلو مسألة من خلاف، فلو أطلق لاضطرب الفقه وعمت الفوضى في التنزيل.

ولا يتغيُّر الحكم به إلا بعد حصول مناطه، وهو وقوع المكلف في الحرج المعتبر، "إذ لا تخلو لأحد في الغالب عبادة، ولا معاملة، ولا أمر من أمور التكليف، من خلاف يطلب الخروج عنه"[2]، فإعمال هذا الأصل يقتضي فقهًا خاصًا بما بعد الوقوع، وما قد يطرأ على المسألة من تغيُّرات ويلحقها من لوازم وتبعات تستدعي نظرًا جديدًا.

وقد تظهر علاقته بالواقع الداعي إلى تصحيحه، أشد منه بالمآل؛ لأن المآل اعتبار المتوقع اعتبارا احتياطيًا لما قبل الوقوع، فإن وقع ارتفع النظر في المآل لأنه صار واقعًا، لكن العلاقة تبرز أكثر من حيث إن مراعاة الخلاف لا يراعى إلا مآلًا أي بعد حصول الفعل التكليفي، ومن هنا اعتبر قاعدة أصليَّة في معالجة المآل الفاسد للأفعال، ومحاولة إصلاحها وتتبع آثارها.

أما اعتبار الخلاف الطارئ لا علاقة له بالتوقع، "لولا المآل الطارئ بعد الوقوع بالفعل ما كان له أن يفرع عليه، وهو يعتقد ضعفه"[3]، وضابطه قوة دليل المخالف ورجحانه عند المجتهد في النوازل، اعتبارا للوازم تبعية لحقت الدليل بعد التنزيل في الواقع، واستدعت نظرًا جديدًا ترجح من خلاله مدلول دليل المخالف، وليس ترجيحًا بلا مرجح.

(1) المصدر السابق، 161/1.

(2) المصدر السابق، 162/1.

(3) ينظر تعليق دراز على الموافقات: للشاطبي، 189/5.

المطلب الثاني: القواعد التبعيَّة لمبدأ التصحيح وعلاقتها بتغيُّر الأحكام

يروم المجتهد من هذا الأصل ويتغيا الاجتماع والاتفاق بدل التفرد الداعي إلى النزاع ما أمكن، ومحاولة الجمع قدر الإمكان، من خلال أخذه باجتهاد غيره في مسألة ما احتياطا لا أصالة، مع تعذر أخذه ذلك وعدم تصوره أحيانا، وهو ما سيتم بيانه من خلال الآتي:

الفرع الأول: أصل الخروج من الخلاف وعلاقته بتغيُّر الأحكام

لا يعتبر الخروج من الخلاف إلا في ضوء انتمائه إلى حدود معرفيَّة، هي بمثابة مقيدات لإطلاقاته، ومحددات لأولوياته، وتتمثل في الآتي:

أولا: الخروج من الخلاف

أ/ المراد بأصل الخروج من الخلاف

يراد بأصل الخروج من الخلاف الاستدلال عليه من جهتين جهة كونه دليلًا خاصًا، وجهة كونه دليلًا عامًا في الاحتياط مما يقع فيه الاشتباه.

وقد وردت في أصل الخروج من الخلاف محاولة لتأصيله، وذلك من خلال النظر في أدلة اعتبار مراعاة الخلاف، كقوله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة، واحتجبي منه يا سودة»[1]، وعبر الإمام النووي عن موضع الاستشهاد في الحديث، واستشهد به على أنه دليل الخروج من الخلاف، فقال: "وأما قوله ﷺ واحتجبي منه يا سودة فأمرها به ندبا واحتياطا؛ لأنه في ظاهر الشرع أخوها؛ لأنه ألحق بأبيها، لكن لما رأى الشبه البين بعتبة بن أبي وقاص؛ خشي أن يكون من مائه، فيكون أجنبيا منها، فأمرها بالاحتجاب منه احتياطًا"[2]، وهذا دليل خاص بقضايا الأعيان.

وهو ما قاله الأمير الصنعاني: "أمرها بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط والورع والصيانة لأمهات المؤمنين من بعض المباحات مع الشبهة"[3]، وأناط التحوط بالشبهة فيكون

(1) صحيح البخاري: باب: من ادعى أخا أو ابن أخ، كتاب: الفرائض، رقم: 6765، وصحيح مسلم، باب: الولد للفراش، وتوقي الشبهات، كتاب: الرضاع، رقم: 1457.

(2) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، 39/10.

(3) سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: 1182هـ)، دار الحديث، 308/2.

أخذ بالأصل من جهة، ورسم منهاجا للتدبير الاشتباه عند قوة الأدلة، وشدة الاختلاف من جهة أخرى.

وعن عطية السَّعْدي، وكان من أصحاب النبي ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ يَبْلُغُ العَبْدُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُتَّقِينَ حَتَّى يَدَعَ مَا لاَ بَأْسَ بِهِ حَذَرًا لِمَا بِهِ البَأْسُ»[1]، وهذا عام في الاحتياط مما يُقِع في الشبهة.

قال به الفقهاء عامة ووردت به عباراتهم، فعن اللَّيْثَ بن سعد قال: "إذا جاء الاختلاف أخذنا فيه بالأحوط"[2]، وهو معنى قول الإمام الشافعي: "وأما أنا فأحب أن لا أقصر في أقل من ثلاث احتياطا على نفسي"[3]، وخروجا من الخلاف، "وقد أطلق بعض أكابر أصحاب الشافعي –رحمه الله– أن الخروج من الخلاف حيث وقع؛ أفضل من التورط فيه"[4]، والتعبير بالتورط يدل على الحرج.

وقال ابن الحاج من المالكيَّة: "ولا خلاف أن الخروج من الخلاف أكمل"[5]، فيكون الوقوع فيه خلاف الأولى.

وقد نصَّ الحنفيَّة على أن الخروج من الخلاف مندوب إليه[6]، وصرحوا باستحبابه، وإن عبروا عنه بمراعاة الخلاف لكنه في حقيقته الخروج من الخلاف، كما قال ابن عابدين: "بل ينبغي أن يندب الدعاء بالمغفرة بين السجدتين خروجا من خلاف الإمام أحمد لإبطاله الصلاة بتركه عامدا ولم أر من صرح بذلك عندنا، لكن صرحوا باستحباب مراعاة الخلاف"[7] على عمومه، وليس في هذه المسألة على خصوصها.

---

(1) سنن الترمذي، تحقيق شاكر، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله ﷺ، باب: 19، «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه»، رقم: 2451، وسنن ابن ماجة، كتاب: أبواب الزهد، باب: الورع والتقوى، رقم: 4214، والسنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب وغير ذلك، باب: كراهية مبايعة من أكثر ماله من الربا أو ثمن المحرم، رقم: 10820.

(2) جامع بيان العلم وفضله: لابن عبد البر، باب: جامع بيان ما يلزم الناظر في اختلاف العلماء، رقم: 1696، 906/2.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 211/1.

(4) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 253/1.

(5) المدخل: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج (المتوفى: 737هـ)، دار التراث، القاهرة – مصر، 163/4.

(6) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: للحموي، 63/2.

(7) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 505/1.

وكما يقال في العبادات يقال في المعاملات، "قال بن عابدين: فلا ينبغي أن يعقد مع المرأة بلا أحد من عصبتها، ولا مع عصبة فاسق، ولا عند شهود غير عدول خروجا من خلاف الإمام الشافعي"[1]، وله حكم الأفضليَّة في المسائل المختلف فيها "ويكفي في دعوى الأفضلية دخولها تحت هذا الأصل وإن لم ينصوا عليها بخصوصها"[2]، في كل مسألة.

وهكذا سار الأئمة على هذا المنهاج والتزموا به في المسائل المختلف فيها، "وكان الإمام أحمد لشدة ورعه واحتياطه في الدين يأخذ في مثل هذه المسائل المختلف فيها بالاحتياط"[3]، ولا يحمل الاحتياط في الخلاف عنده إلا على الخروج منه قدر الطاقة.

قال البخاري: ويروى عن ابن عباس، وجرهد، ومحمد بن جحش، عن النبي ﷺ: «الفخذ عورة» وقال أنس بن مالك: «حسر النبي ﷺ عن فخذه»، قال أبو عبد الله: «وحديث أنس أسند، وحديث جرهد أحوط حتى يخرج من اختلافهم»[4]، قال ابن حجر: " قوله وحديث أنس أسند أي أصح إسنادا، كأنه يقول حديث جرهد ولو قلنا بصحته فهو مرجوح بالنسبة إلى حديث أنس، قوله: وحديث جرهد أي وما معه أحوط أي للدين"[5]، وجرت عبارات الأئمة واستعمالاتهم لهذا الأصل دون حرج أو تردد.

ويكون الفقهاء بهذا مجمعون على الخروج من الخلاف ما أمكن، وإن جاءت عباراتهم صريحة بالاتفاق، كقولهم: "متفق عليه، أن من الورع الخروج عن الخلاف"[6]، وقال الإمام النووي: "العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة أو وقوع في خلاف آخر"[7]، وهذه محترزات ستذكر في شروط الخروج من الخلاف.

---

(1) المصدر السابق، 8/3.

(2) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: للحموي، 63/2.

(3) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، حقيق: محمود بن شعبان بن عبد المقصود، وآخرون، مكتبة الغرباء الأثرية – المدينة النبوية، ط/1، 1417 هـ – 1996م، 129/5.

(4) صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب: ما يذكر في الفخذ، معلقاً.

(5) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، 479/1.

(6) التاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق، 115/2.

(7) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، 23/2.

وقد نقل الإجماع "على أن الخروج من الخلاف أولى من الدخول فيه إذا أمكنَ"[1]، والأصل فهذا الإجماع يعود إلى عموم النص، كقوله ﷺ: «فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ، وَعِرْضِهِ»[2]، واتقى الشبهات عند إجراء الأدلة ضرب من الاحتياط.

ومنه قول رسول الله ﷺ: «الْإِثْمُ مَا حَاكَ فِي صَدْرِكَ» وفي رواية: «مَا حَاكَ فِي نَفْسِكَ»[3]، قال النووي: "تحرك فيه وتردد، ولم ينشرح له الصدر، وحصل في القلب منه الشك وخوف كونه ذنبا"[4]، والخروج منه بالاحتياط من الوقوع في كل ما اشتبه فيه حصول الإثم، والترفع عن مواطن الذم.

ب/ مناط الخروج من الخلاف

يناط الخروج من الخلاف بالورع الذي يصيب النفس، فيقع المكلف بسببه في حرج يجب مراعاته الخروج منه، كل ذلك يكون بعد الوقوع فيه لما يظهر من تبعات خارج البعد النظري لدى المجتهد والمفتي والمكلف، فاقتضى العمل اعتبار دليل المخالف، وتأجيل العمل بما عليه الفتوى ابتداء، وهو مسلك لتدبير الاشتباه والخروج من المتشابهات، كما أنه مسار توسعي لاستيعاب مناهج وأقوال المخالفين، فهو ذو بعد مقاصدي في التربية والتكوين على قبول الآخر، ويمكن للمفتي والقاضي والمجتهد من خلاله تجاوز مضيقة التنازع والتجاذب في المسألة الواحدة، قال الليث بن سعد: "إذا جاء الاختلاف أخذنا فيه بالأحوط"[5]، والاحتياط في الشرع حسب النظر في مآل الأحكام، وإفضائها إلى المصلحة والمفسدة، "والشرع يحتاط

(1) رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام: لأبي حفص عمر بن علي بن سالم بن صدقة اللخمي الإسكندري المالكي، تاج الدين الفاكهاني (المتوفى: 734هـ)، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، ط/1، 1431هـ- 2010م، 393/5.

(2) وأصل الحديث عن النعمان بن بشير «إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ، وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ، وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى، يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ، أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللهِ مَحَارِمُهُ، أَلَا وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً، إِذَا صَلَحَتْ، صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ، فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ»، صحيح البخاري، كتاب: الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه، رقم: 52، وصحيح مسلم كتاب: المساقاة، باب: أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم: 1599.

(3) صحيح مسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تفسير البر والإثم، رقم: 2553

(4) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، 111/16.

(5) جامع بيان العلم وفضله: لابن عبد البر، باب: جامع بيان ما يلزم الناظر في اختلاف العلماء، رقم: 1696، 906/2.

لدرء مفاسد الكراهة والتحريم، كما يحتاط لجلب مصالح الندب والإيجاب"[1]، بحسب رجحانيَّة إحدهما ومرجوحيَّة الأخرى.

وعبَّر الإمام القرافي عن هذا المناط بقوله: "وهو ترك ما لا بأس به حذرا مما به البأس"[2]، إشارة إلى نص الحديث الآنف الذكر، وذلك لمَّا كانت "فائدة الورع وسبب مشروعيته الجمع بين أدلة المختلفين والعمل بمقتضى كل دليل فلا يبقى في النفوس توهم أنه قد أهمل دليلا لعل مقتضاه هو الصحيح فبالجمع ينتفي ذلك"[3]، هو الأولى بالإعمال من غيره، وذلك لعموم الاحتياط والاستبراء للدين، وهو مطلوب شرعا مطلقا؛ فكان القول بأن الخروج أفضل، وهو ثابت من حيث العموم، واعتماده من الورع المطلوب شرعا[4]، وبه يكون المجتهد قد أعمل عموم أدلة المخالفين اعتقادا وعملا.

وتكون العلاقة بين الخروج من الخلاف والاحتياط علاقة "العموم والخصوص المطلق، فكل خروج من الخلاف احتياط وليس العكس"[5]، فكل من رام الخروج من خلاف فقد احتاط.

ج/ أقسام الخروج الخلاف

لما عرفنا أنه لا يؤخذ الخروج من الخلاف على إطلاقه، كان لابد من معرفة أن تلك الإطلاقات تخضع لأقسام الخلاف وهي:

الأول: أن يكون الخلاف في التحريم والجواز فالخروج من الاختلاف بالاجتناب أفضل[6]، وعليه "فالورع الترك"[7]، فمتى ترددت النازلة بين التحريم والجواز؛ كان الحكم فيها بالترك هو الاحتياط الواجب بمقتضى عموم أدلة الأمر بالاتفاق، وترك النزاع والشقاق.

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 18/2.

(2) الفروق: للقرافي، 210/4.

(3) المصدر السابق، 218/4 – 219.

(4) الأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي، 112/1.

(5) الخروج من الخلاف حقيقته وأحكامه: لمحمد عبدالعزيز المبارك، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد: 151، ص: 326.

(6) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 253/1.

(7) الفروق: للقرافي، 210/4.

الثاني: أن يكون الخلاف في الاستحباب أو الإيجاب فالفعل أفضل[1]، ولا يكفي الفعل وحده، بل لابد معه من "اعتقاد الوجوب حتى يجزئ عن الواجب على المذهب"[2]، فمتى ترددت النازلة بين الاستحباب والإيجاب فحكمها الإيجاب وفعلها هو الأولى، كاختلافهم في زكاة الحلى المباح فيقدم الفعل خروجا من الخلاف.

الثالث: أن يكون الخلاف في مندوب أو حرام فالورع الترك[3]، احتياطًا واتقاء للشبهات عند شدة الاشتباه.

الرابع: أن يكون الخلاف في الشرعية فيتردد الحكم بين الكراهة والوجوب[4]، كمكروه أو واجب فالورع الفعل، كما قال القرافي: "وإن اختلفوا هل هو مشروع أو لا؟ فالورع الفعل؛ لأن القائل بالمشروعية مثبت لأمر لم يطلع عليه النافي، والمثبت مقدم على النافي"[5].

وعدَّ السيوطي "كراهة الحيل في باب الربا"[6]، من مسائل الخروج من الخلاف، ولعله قصد بذلك مسألة بيع العينة.

وعند الحنفية: "كاستئجار جمل ليحمل عليه مَحْمَلًا [هودجا] وَرَاكِبَيْنِ إلى مكَّةَ وله الْمَحْمَلُ المعتاد ورؤيته أحب وكذا إذا لم ير الطراحة واللحاف، قال ابن عابدين: نفيا للجهالة وخروجا من خلاف الإمام أحمد"[7]؛ لأن من شروط إجارة العين عند الحنابلة رؤيتها، قال ابن قدامة: "فإن كانت الإجارة لعين معينة، اشترط معرفتها برؤية أو صفة إن كانت تنضبط بالصفات، كالحيوان"[8].

وهو كذلك عند الحنابلة: "ويجزئ إخراج بعض الخلطاء الزكاة بدون إذن بقيتهم، مع حضورهم وغيبتهم؛ لأن عقد الخلطة جعل كل واحد منهم كالإذن لخليطه في الإخراج عنه،

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 253/1.
(2) الفروق: للقرافي، 210/4.
(3) المصدر السابق نفسه.
(4) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 128/2.
(5) الفروق: للقرافي، 210/4.
(6) الأشباه والنظائر: للسيوطي، 137/1.
(7) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 90/6.
(8) الكافي في فقه الإمام أحمد ابن حنبل: لابن قدامة، 220/2.

والاحتياط أن يكون إخراج أحدهم بإذنهم خروجا من خلاف من قال: لا يجزئ إلا به"[1]، من ذلك اختلافهم في بيع العربان:

قال الإمام مالك: "وذلك فيما نرى –والله أعلم– أن يشتري الرجل العبد، أو الوليدة، أو يتكارى الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه، أو تكارى منه: أعطيك دينارا، أو درهما، أو أكثر من ذلك، أو أقل، على أني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة، فما أعطيتك لك باطل بغير شيء"[2].

واختلفت أراء العلماء في المسألة على رأيين فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز، وهم مالك[3]، والشافعي[4] وأصحاب الرأي[5] يروى ذلك عن ابن عباس والحسن لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع العربان»[6]، وحكي عن قوم من التابعين أنهم أجازوه، منهم مجاهد، وابن سيرين، ونافع بن الحارث، وزيد بن أسلم، وقال أحمد لا بأس به[7]، وفعله عمر –رضي الله عنه– وعن ابن عمر أنه أجازه، لما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضي عمر وإلا فله كذا وكذا، قال الأثرم قلت لأحمد تذهب إليه؟ قال أي شيء أقل؟ هذا عمر –رضي الله عنه– وضعف الحديث المروي روى

(1) كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ)، تحقيق: أبو عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 1418هـ – 1997م، 233/2.

(2) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع العربان، رقم: 2257.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع العربان، رقم: 2257، والمقدمات الممهدات: لابن رشد، 21/2.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 338/5.

(5) النتف في الفتاوى: لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، الحنفي (المتوفى: 461هـ)، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، ومؤسسة الرسالة – عمان الأردن، بيروت – لبنان، ط/2، 1404هـ–1984م، 472/1 – 473، ذكرها في جملة أنواع البيوع الفاسدة.

(6) موطأ الإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع العربان، رقم: 2257، رواه يحيى ابن يحيى، عن الثقة عنده، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده، وسنن ابن ماجة، كتاب: أبواب التجارات، باب: بيع العربان، رقم: 2191.

(7) المغني: لابن قدامة، 175/4.

هذه القصة الأثرم بإسناده[1]، وقال الإمام الشوكاني: "والأولى ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن حديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضا، ولأنه يتضمن الحظر وهو أرجح من الإباحة كما تقرر في الأصول"[2]، وبهذا يكون الشوكاني رجح بالخروج من خلاف لتردد النازلة بين الحرمة والإباحة.

وبه يرجح الأئمة والفقهاء عموما "والضابط في هذا أن مأخذ المخالف إن كان في غاية الضعف والبعد من الصواب فلا نظر إليه ولا التفات عليه، إذا كان ما اعتمد عليه لا يصح نصه دليلا شرعا، ولا سيما إذا كان مأخذه مما ينقض الحكم بمثله، وإن تقاربت الأدلة في سائر الخلاف بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد فهذا مما يستحب الخروج من الخلاف فيه"[3]، متى كان معتبرا، وليس على إطلاقه، وإنما بشروطه.

د/ شروط الخروج من الخلاف

يستدعي اعتبار الخروج من الخلاف أن يكون ذلك الاعتبار بشروط حتى لا يقع الأخذ به على خلاف الأولى أو يؤدي به إنشاء رأي جديد، إذ "ليس الخروج من الخلاف أولى مطلقا"[4]، ومراعاة الخروج منه؛ لا يقع ولا يحصل الترجيح به إلا بشروط:

الشرط الأول: أن يكون الخلاف قويًّا، ومن قوة الخلاف "أن يكون مأخذ المخالف قويا"[5]، أما الضعيف فلا يترك لأجله القوي.

ومن معاني قوة الخلاف المعتبر؛ كونه محترما، قال الإمام النووي: "إنما نستحب الخروج من خلاف محترم وهو الخلاف في مسألة اجتهادية"[6]، وعلى هذا يؤكد القرافي أن تقرير قاعدة الورع لا تكون إلا "مع تقارب الأدلة"[7]، فإن ضعف دليل المخالف "ونأى عن

(1) النتف في الفتاوى: السُغْدي، 472/1 – 473، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد، 180/3، والمجموع شرح المهذب مع "تكملة السبكي والمطيعي": للنووي، 335/9، والمغني: ابن قدامة، 176/4، بتصرف.

(2) نيل الأوطار: للشوكاني، 182/5

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: للعزبن عبد السلام، 253/1– 254، والمنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 129/2.

(4) الأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي، 112/1.

(5) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 129/2.

(6) المجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكي والمطيعي": للنووي، 196/3.

(7) الفروق: للقرافي، 212/4.

مأخذ الشرع كان معدودا من الهفوات والسقطات، لا من الخلافيات المجتهدات"[1]، فلا يلتفت إليه ولا يعتبر بمخالفته، ولضعفه ترك.

ولتحقق قوة الخلاف؛ لابد أن تكون هناك شبهة قويَّة داعية لتَّحوط من تقديم أحد الدليلين، مانعة من الترجيح، تستدعي الخروج من الخلاف، "ومن الورع المحبوب ترك ما اختلف العلماء في إباحته اختلافا محتملا،... وأما المختلف فيه الذي يكون في إباحته حديث صحيح بلا معارض وتأويله ممتنع أو بعيد فلا أثر لخلاف من منعه فلا يكون تركه ورعا محبوبا فإن الخلاف في هذه الحالة لا يورث شبهة"[2]، فليس ثمة مدعاة للاحتراز من خلاف بعيد عن الاشتباه، "فلقد كان المفتون يفتون بحل أشياء لا يقدمون عليها قط، تورعًا منها وحذرًا من الشبهة فيها"[3]، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وما ذكروه من الاحتراز من الخلاف فإنما يشرع إذا أورث شبهة، فإن الاحتراز من الشبهة مشروع"[4]؛ لأن الشبهة هي الداعية إلى الاختلاف، ولا ورع إلا عن شبهة.

ذلك لأن المقصود بالورِع: بكسر الراء الذي يقف عند الشبهة: أي الفعلة التي تشبه الحلال من وجه والحرام من وجه، فيشتبه على السالك الأمر فيها، فالورع تركها احتياطا وحذرا من الوقوع في الحرام دع ما يريبك، ولهذا ندبوا الخروج من الخلاف لكونه أبعد عن الشبهة[5]، فإذا ضعفت الشبهة ضعف الخلاف وقل اعتباره.

الشرط الثاني: أن لا تؤدي مراعاة الخروج من الخلاف إلى خرق الإجماع، كما نقل عن ابن سريج: أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه ويمسحهما مع الرأس ويفردهما بالغسل مراعاة لمن قال إنهما من الوجه[6]، مع أن أصل الخلاف مع الإجماع غير معتبر، إلا أن هذا يعتبر

---

(1) الأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي، 112/1.

(2) المجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكي والمطيعي": للنووي، 344/9.

(3) إحياء علوم الدين: للغزالي، ص: 564.

(4) شرح العمدة في بيان مناسك الحج والعمرة: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728 هـ)، تحقيق: صالح بن محمد الحسن، مكتبة الحرمين – الرياض، ط/1، 1409هـ- 1988م، 483/2.

(5) فيض القدير شرح الجامع الصغير: لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، دار المعارف، بيروت- لبنان، ط/2، 1391هـ- 1972م، فصل في المحلى بأل من هذا الحرف [أي حرف الواو]، رقم: 9670، 373/6.

(6) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 131/2.

ضرب الفرار إلى الإجماع، "والفرار من الخلاف إلى الإجماع من الورع المؤكد"[1]، ومن ذلك مثلا قول ابن رشد في تكبيرات صلاة الجنازة "لأن الإجماع قد انعقد بين الصحابة في خلافة عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– على أربع تكبيرات في صلاة الجنائز، فارتفع الخلاف"[2]، لأن كل خلاف وقع خارج الإجماع مرفوع.

الشرط الثالث: وهو أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا، فإن لم يكن كذلك، فلا يترك الراجح[3]، للعمل بمرجوح، أو لإحداث قول ثالث لم يقل به أحد، لأن "العلماء متفقون على الحث على الخروج من الخلاف إذا لم يلزم منه إخلال بسنة، أو وقوع في خلاف آخر"[4]؛ لأن الخروج محاولة جمع والتفاف حول الأقوال، وإعمال أدلتها، وتضييق للخلاف، فهو توسع منهاجي يقتضي الانفتاح على المذاهب والأقوال.

الشرط الرابع: وهو أن لا يؤدي الخروج منه إلى محذور شرعي من ترك سنة ثابتة، أو اقتحام أمر مكروه[5]، كصوم يوم الشك عند من قال بصومه "إن أطبق الغيم خروجا من خلاف الإمام أحمد حيث قال بوجوبه، حينئذ قلنا نحن لا نراعي الخلاف إذا خالف سنة صريحة، وهي هنا خبر «فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين»[6]، فيكون الاحتياط خلاف هذا، "والاحتياط حسن، ما لم يفض بصاحبه إلى مخالفة السنة. فإذا أفضى إلى ذلك فالاحتياط ترك هذا الاحتياط"[7]، ولا ينظر إلى خلاف السنة؛ لأن بذلك عدول عن مقتضى الشرع، وخلاف الورع، لأن الاحتياط في الخروج من خلاف السنة لا من السنة؛ لأن ترك

(1) إحياء علوم الدين: للغزالي، ص: 564.

(2) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 215/2.

(3) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 131/2.

(4) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، 23/2.

(5) الأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي، 112/1.

(6) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، 419/1، والحديث في صحيح البخاري، كتاب: الصوم، باب قول النبي ﷺ: «إذا رأيتم الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا»، رقم: 1909، وصحيح مسلم، كتاب: الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، والفطر لرؤية الهلال، وأنه إذا غم في أوله أو آخره أكملت عدة الشهر ثلاثين يوما، رقم: 1080.

(7) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 163/1.

السنة خروج عن مقصد أصل الخروج من الخلاف، وقد يقال إن مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف سواء، والأمر ليس كذلك بل هناك فرق:

ثانيًا الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف:

يتضح من خلال ما سبق أن هناك فرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف يتلخص في الآتي:

يناط أصل مراعاة الخلاف بمقصد التيسير والتخفيف، ورفع الحرج على المكلف، ولهذا "كان حكمها الإباحة والجواز، فيسوغ للمكلف العمل بها من باب تخفيف شدة الأحكام المترتبة عليه أو تخفيف بعض آثارها"[1]، أما قصد الخروج من الخلاف فهو الورع وممارسة فقه الاحتياط من قبل المجتهد، لهذا "فحكمه في الأصل الاستحباب والندب"[2].

ولا تكون مراعاة الخلاف إلا بعد الوقوع في الفعل، حتى إن المجتهد يتغيَّر رأيه، ويجعل للواقعة بعد النزول حكما ما كان يقول به قبله[3]، وأما الخروج المكلف فلا يكون إلا قبل وقوع الفعل حتى يحصل المقصود.

ومن حيث حقيقة الأصلين؛ "فإن مراعاة الخلاف لا تتضمن الجمعَ بين الخلاف الوارد في المسألة الاجتهادية، أما الخروج من الخلاف يتضمن الخروج من الخلاف إلى الاتفاق؛ بحيث يكون العاملُ به سالمًا على جميع الأقوال المعتبرة في المسالة"[4]، فهو تغليب جانب السلامة وعملا بمبدأ الاحتياط.

فمثلًا: جواب الإمام أبى عبد الله المازري عندما سُئل عن قراءته للبسملة قبل الفاتحة؛ قال: "قول واحد في مذهب مالك أن من قرأ ﴿بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾ [الفاتحة: 1] في الفريضة لا تبطل صلاته، وقول واحد في مذهب الشافعي إن من لم يقرأ ﴿بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾ [الفاتحة: 1] بطلت صلاته، فأنا أفعل ما لا تبطل به صلاتي في مذهب إمامي، وتبطل بتركه في مذهب غيره لكي أخرج من الخلاف"[5] إلى الاتفاق.

---

(1) الخروج من الخلاف حقيقته وأحكامه: لمحمد بن عبدالعزيز المبارك، ص: 325.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) من تعليق دراز على الموافقات: للشاطبي، 377/1.

(4) الخروج من الخلاف حقيقته وأحكامه: لمحمد بن عبدالعزيز المبارك، ص: 324.

(5) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور، 197/1.

فتعتبر مراعاة الخلاف من صور الجمع بين الأدلة، لأن "القول باستحباب الخروج من الخلاف يؤدي إلى العمل بأدلة أحد الرأيين دون أدلة الآخر احتياطا وورعا، وشفافيَّة في التعامل مع أحكام الشرع بما يخرجه عن العهدة على أتم وجه وأكمله"[1]، في حين مراعاة الخلاف عند المالكية هو إعمال للدليلين، أي إعمال المجتهد دليله في نقيضه، وإعمال دليل خصمه في لازم نقيض دليله.

كما يعتبر الخروج من الخلاف عند الفقهاء اجتهاد ابتدائي، يعدّ مراعاة الخلاف عند المالكية اجتهاد نهائي، حيث ينتهي إليه المجتهد لتصحيح مسار الاجتهاد الأول بعد وقوع المكلف في الفساد ومباشرة أثاره، وظهور لوازم تبعية لا أصلية وزيادات وشدائد تخرج الحكم عن مقتضى الأمر والنهي، وتجعل الراجح مرجوحا والمرجوح راجحا، فكل نكاح مختلف فيه يثبت به الميراث، وكل عقد فاسد لحقته أحد العوارض الأربعة يثبت به شبهة الملك فيصحح لأن تصحيح الفاسد خير من الإفساد؛ مراعاة للخلاف.

إن مراعاة الخلاف اختص به الفكر الأصولي المالكي وهو اعتبار المجتهد لمذهب المخالف من وجه اعتبارا جزئيًا، وأخذ بمذهب نفسه من وجه آخر في المسألة الواحدة، ويختص بما بعد الوقوع وقد يضيق حتى تقتصر على الوقوع في المنهي عنه.

كما يعدّ الخروج من الخلاف مراعاة جزئيَّة لمذهب المخالف، وإهمال العمل بمذهب نفسه أو برأيه إهمالًا كليًّا، أو هو العمل بمقتضى مذهب أو رأي آخر في المسألة الواحدة، وهو عند المذاهب الاربعة، وخاص بما قبل الوقوع.

وهو يجيب على إشكاليَّة مفادها؛ كيف نجعل ما هو واقع يؤطر فيما هو متوقع؟

ثالثًا: علاقة الخروج من الخلاف بتغيُّر الأحكام

تظهر علاقة الخروج من الخلاف بتغيُّر الأحكام من خلال إشكالاته، وبيان احتياطاته المعتبرة وتبينها، وذلك على النحو الآتي:

أ/ إشكالات حول الخروج من الخلاف

طرحت بعض الإشكالات حول هذا الأصل، أوردت منها ما رأيته يستشكل، ويمكن مناقشته، وتركت منها ما هو لفظي خشية الطول، وقد لخصتها في أربعة إشكالات:

(1) الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات المالية: أ.د حسن علي الشاذلي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ط/1، 1427هـ- 2006م، 123/1.

الإشكال الأول: القول بالخروج من الخلاف "إحداث قول لم يقل به أحد فيما إذا اختلفت الأمة على قولين التحريم والإباحة"[1]، أي أنه إحداث قول ثالث.

أجاب عن هذا شيخ الإسلام ابن حجر الهيتمي بقوله: قلت يجاب عن إشكاله هذا وإن نقله الأصوليون ولم يجيبوا عنه بأنه إنما يلزم ما زعمه أن لو كان الندب الذي قلنا به من الجهة التي اختلف بسببها في إباحته وحرمته، وليس كذلك، وإنما الترك فيه له جهة أخرى خارجة عن ذلك اقتضى تحذيره ﷺ عن الشبهات وتأكيده في طلب ما لا شبهة فيه أنه أعني الترك أولى من هذه الجهة، وإن كان واجبا من جهة أخرى، كمفسدة أدركها القائل بالحرمة أو جائزا من جهة أخرى لكون القائل به لم يدرك تلك المفسدة[2].

الإشكال الثاني: كأن يقال إن الورع هذا ليس لك فيه سلف، أي "إن هذا الورع الخاص لم يثبت عن الصحابة والتابعين إلى آخره"[3]، لا نقلًا ولا عملًا، وجوابه من وجوه:

الوجه الأول: إن شأن الورع السر والخفية، وما هو بمظنة الخفية، لا يدل عدم نقله على عدم وجوده علما ولا ظنا، وما كان كذلك لا يضر عدم نقله في العمل به[4]؛ لأن عدم الوجود لا يعني عدم الإيجاد.

الوجه الآخر: لا يلزم من عدم وجوده بعينه عدم صحته إذا ثبت استلزامه مصلحة شرعية شهد الشرع باعتبار عينها، لحديث: «فمن اتقى الشبهات»[5]، أو اعتبار جنسها[6]، لقول عمر –رضي الله عنه–: «نِعْمَتِ الْبِدْعَةُ هَذِهِ»[7]، فهو ثابت بعموم الأدلة، وباعتبار المصلحة الراجحة.

---

(1) الفتاوى الفقهية الكبرى: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: 974هـ)، جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي، الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (التوفى 982 هـ)، المكتبة الإسلامية، 313/4.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 369/6.

(4) المصدر السابق، 380/6.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه، رقم: 52، وصحيح مسلم كتاب: المساقاة، باب: أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم: 1599.

(6) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 380/6.

(7) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الصلاة في رمضان، باب: ما جاء في قيام رمضان، رقم: 279.

ثم لا يخفى عمل السلف من الصحابة والتابعين وأئمة الفقه المعتبرين وإيراداتهم وجريان عباراتهم وكثرة استعمالاتهم للاجتهاد بهذا الأصل، كما ورد في صدر الحديث عنه.

الإشكال الثالث: إن حاصل الورع في مسائل الخلاف الأخذ بالأشد وتتبع شدائد المذهب لا يقصر عن تتبع رخصها في الذم، فإذا كان تتبع الرخص غير محمود عند المالكية[1]، والشافعية[2]، ويفسق عند الإمام أحمد -رحمه الله-[3]، بل قد حكي ابن عبد البر وابن حزم الإجماع على أنه فسق لا يحل[4]، فإن تتبع الشدائد غير محمود أيضا؛ لأنه تنطع ومشادة للدين[5].

جوابه: لا يسلم بأن الأخذ به مذموما مطلقا بل يذم متى ما شهد الشرع بإلغائه؛ أما هذا فشهد الشرع باعتباره، فأخذ الأشد من الأقوال عند تقارب أدلتها ومآخذها لوازع الخوف من الخالق قد عمل بأمر طلبه الشارع وحث عليه في الجملة[6]، ولا يوجد ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد[7].

الإشكال الرابع: وهذا الإشكال وارد على المكلف الآخذ بهذا الأصل؛ أو على المجتهد فيه، "فإن كان مجتهدا ففرضه ما أداه إليه اجتهاده، فلا ورع في حقه، إذ هو متبع للدليل، فإن تعارضت الأدلة عنده فالترجيح، وإن لم يجده فالوقف، أو التخيير يخرج عن ذلك كما تقرر في الأصول، وإن كان مقلدا، فإذا قلد أحد المجتهدين، لم يتمكن له في قضيته تلك أن يقلد الآخر، ولا يجمع بينهما، لأنهما متضادان، ولا له أن يجمع بينهما لأنه ليس من أهل النظر والترجيح"[8].

---

(1) الموافقات: للشاطبي، 163/1، والمعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 380/6.

(2) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: للعطار، 442/2.

(3) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء التراث العربي، ط/2، 196/11.

(4) المصدر السابق، 50/12، وإعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 142/6.

(5) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 380/6.

(6) المصدر السابق، 382/6، بتصرف.

(7) فتح القدير: لابن الهمام، 258/7.

(8) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 368/6.

فالجواب: إن هذا الأصل مبناه كل خلاف قوي دليله ومآخذه، وغير مسلم أن المجتهد لا ورع في حقه، بل الصحيح عكسه، أن المجتهد مطالب بالورع عند توارد الأدلة وتعارضها إذ هو متبع للأدلة، وما يطرأ عليها من قوة، وينقدح في ذهنه من غلبة ظن، وما ينبني على تلك الأدلة من أقوال وتخريجات وترجيحات ومراجعات وتأجيلات وسكوتات للعلماء والأئمة المعتبرين؛ لا يكون الداعي له إلا الخروج من الخلاف والورع والتحوط، أشد ومن باب الأولى.

وترجع أغلب الإشكالات الواردة على مبدأ الخروج من الخلاف إلى كون الخلاف فيه لفظيًّا، أو الأَخْذ به على إطلاقه، أو إلى تصوره في كل مسألة اختلف فيها؛ ولو خلافًا غير معتبر ولا مسلَّمٌ به، والحق أن هذه الإشكالات غير واردة عليه ولا يقول بها كل من اعتبر الخروج من الخلاف، وعليه يبقى الأخذ بهذا المبدأ هو المعتبر، وهو الاحتياط.

ب/ الاحتياط المعتبر للخروج من الخلاف

يعتبر أصل الخروج من الخلاف مهمًا في صناعة الفتوى واجتهاد المجتهد لتحقيق مبدأ الاحتياط الذي ينقسم إلى ضربين: ما يجب الاحتياط منه وما يندب.

الضرب الأول: ما يندب إليه، ويعبر عنه بالورع، كالخروج من خلاف العلماء عند تقارب المأخذ، وكإصلاح الحكَّام بين الخصوم في مسائل الخلاف، وكاجتناب كل مفسدة متوهمة، وفعل كل مصلحة ملغاة؛ فمن شك في عقد من العقود، أو شرط من شروطه، أو ركن من أركانه، فليعده بشروطه وأركانه، وكذلك من فرغ من عبادة، ثم شك في شيء من أركانها، أو شرائطها بعد زمن طويل، فالورع أن يعيدها، فلو شك في إبراء من دين، أو تعزير، أو حد، أو قصاص، فليبرئ من ذلك ليحصل على جزاء المحسنين، ويبرأ خصمه بيقين، وإن شك في حال المال المخرج في الزكاة، أو الكفارة، أو الديون، فليعد ذلك[1]، احتياطا لدينه، وبراءة لذمته التي يحتمل بقاء انشغالها بالتكليف، وضابطه أن يدع كل ما يريب، وإعمال لقوله ﷺ: «كيف وقد قيل»[2]، وقوله ﷺ: «فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه، وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام»[3]، وعمل بمقتضى عموم أدلة اتقاء الشبهات.

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 18/2.

(2) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب: تفسير المشبهات، رقم: 2052.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه، رقم: 2052، وصحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم: 1599.

الضرب الثاني: ما يجب من الاحتياط لكونه وسيلة إلى تحصيل ما تحقق تحريمه، فإذا دارت المصلحة بين الإيجاب والندب، والاحتياط، حملها على الإيجاب؛ لما في ذلك من تحقق براءة الذمة، فإن كانت عند الله واجبة فقد حصل مصلحتها، وإن كانت مندوبة فقد حصل على مصلحة الندب وعلى ثواب نية الجواب، فإن «مَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا، كُتِبَتْ لَهُ حَسَنَةً»[1]، وإذا دارت المفسدة بين الكراهة والتحريم فالاحتياط حملها على التحريم، فإن كانت مفسدة التحريم محققة، فقد فاز باجتنابها، وإن كانت منفية فقد اندفعت المفسدة المكروهة، وأثيب على قصد اجتناب المحرم، فإنَّ اجتناب المحرم أفضل من اجتناب المكروه، كما أن فعل الواجب أفضل من فعل المندوب[2]، وهو من مبادئ حمل النفس على الاحتياط، قصد تحصيل الأعلى أجرًا ومثوبةً.

ويعدُّ إعماله ليس بمعارض، لأن المحكوم به في الأولى، أعطي الحلال حكم الحرام تغليبا واحتياطا لا صيرورته في نفسه حراما[3]، ومن مؤيداته الشرعية قاعدة: "ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال"[4]، وليس معنى هذا أنه صيَّره حرامًا، وإلا فالأصل حديث ابن عمر "لا يحرم الحرام الحلال"[5]، وإنما وجه الغلبة فيه؛ كونه مقدمًا بعلة الشبهة، فيتغيُّر بهذا التقديم الحكم الشرعي عن التنزيل.

فيعتبر أصل مراعاة الخلاف نظر فيما هو واقع أي بعد وقوع الحادثة وبعد تنزيل الحكم عليها، أما قبل الوقوع ليس هناك وجود لما يسمى بمراعاة الخلاف، فهو جانب تصحيحي بحت، وهو نظر جديد يقتضي إعادة تنزيل الحكم على مقتضى دليل المخالف.

ويكون اعتبار المآل نظر فيما هو متوقع أي قبل وقوع الحادثة وقبل تنزيل الحكم، فهو جانب احتياطي وقائي، وهو نظر مصاحب لكل عملية تنزيل.

---

(1) أصل الحديث: عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا، كُتِبَتْ لَهُ حَسَنَةً، وَمَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَعَمِلَهَا، كُتِبَتْ لَهُ عَشْرًا إِلَى سَبْعِ مِائَةِ ضِعْفٍ، وَمَنْ هَمَّ بِسَيِّئَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا، لَمْ تُكْتَبْ، وَإِنْ عَمِلَهَا كُتِبَتْ»، صحيح البخاري، كِتَابُ الرِّقَاقِ، باب: من هم بحسنة أو بسيئة، رقم: 6491، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب: إذا هم العبد بحسنة كتبت، وإذا هم بسيئة لم تكتب، رقم: 130، واللفظ لمسلم.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعز الدين بن عبد السلام، 19/2.

(3) الأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي، 117/1.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) سنن ابن ماجة، كتاب: أبواب النكاح، باب: لا يحرم الحرام الحلال، رقم: 2015.

الفرع الثاني: أصل اعتبار عمل أهل المدينة وأثره في تغيُّر الأحكام

قد يشاهد الجيل اللاحق للجيل السابق، ويتابع الخلف للسلف إلى رسول الله ﷺ وأصحابه –رضي الله عنهم– الذين شاهدوا التنزيل وعملوا بمقتضاه، فهو أشبه ما يكون بالتواتر العملي الذي اكتسب صفة التواتر بقوة استمرارية العمل، حتى أطلق عليه عمل أهل المدينة، فأخذ صبغة الدليل النقلي وقد يحمل عمل أهل المدينة على أنه نوع من الإجماع والأمر ليس كذلك.

أولًا: أصل اعتبار عمل أهل المدينة: حجيَّته وأقسامه

يأتي الاستدلال على أصل اعتبار عمل أهل المدينة من ناحيتين: النقلية، والاجتهادية، وبناء عليه؛ ينقسم إلى نوعين، كما سيتضح من خلال الآتي:

أ/ أصل اعتبار عمل أهل المدينة والاستدلال عليه

يطلق عمل أهل المدينة ويراد به "اتّفاق أهل الإجماع عن نظر واجتهاد في الأدلّة، واتّفاق هؤلاء في فعل أو ترك مستندين إلى مشاهدة من قبلهم"[1]، وهو عمل الصحابة الكرام المنقول عن رسول الله ﷺ ولم ينقل خلافه.

- الاستدلال عليه من المنقول:

واستدل القائلون بأصل اعتبار عمل أهل المدينة بأحاديث كثيرة، أذكر منها ما ورد في سياق الثناء على المدينة، وذكر فضل أهلها، منها على سبيل الإيجاز، ما روي في الصحيحين من أحاديث أبي هريرة –رضي الله عنه– يقول: قال رسول الله ﷺ: «أُمِرْتُ بِقَرْيَةٍ تَأْكُلُ القُرَى، يَقُولُونَ يَثْرِبُ، وَهِيَ المَدِينَةُ، تَنْفِي النَّاسَ كَمَا يَنْفِي الكِيرُ خَبَثَ الحَدِيدِ»[2]، وقال رسول الله ﷺ: «الْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ، لَا يَدَعُهَا أَحَدٌ رَغْبَةً عَنْهَا إِلَّا أَبْدَلَ اللهُ فِيهَا مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ، وَلَا يَثْبُتُ أَحَدٌ عَلَى لَأْوَائِهَا وَجَهْدِهَا إِلَّا كُنْتُ لَهُ شَفِيعًا، أَوْ شَهِيدًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ»[3].

---

(1) ورد على من انتقد الإمام مالك واعتبر المسألة إجماعا، فقال: "ولو ذكرت المسألة في باب فعل النّبيّ ﷺ وتقريره أو مع الأدلّة المختلف فيها مثل مذهب الصّحابيّ وشرع من قبلنا والاستصحاب لكان أليق" ينظر: ديوان المبتدأ والخبر: لابن خلدون، 566/1.

(2) صحيح البخاري، كتاب: فضائل المدينة، باب: فضل المدينة وأنها تنفي الناس، رقم: 1871.

(3) صحيح مسلم، كتاب: الحج، باب: فضل المدينة، ودعاء النبي ﷺ فيها بالبركة، وبيان تحريمها، وتحريم صيدها وشجرها، وبيان حدود حرمها، رقم: 1363.

وقال رسول الله ﷺ: «يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ يَدْعُو الرَّجُلُ ابْنَ عَمِّهِ وَقَرِيبَهُ: هَلُمَّ إِلَى الرَّخَاءِ، هَلُمَّ إِلَى الرَّخَاءِ، وَالْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ، وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَا يَخْرُجُ مِنْهُمْ أَحَدٌ رَغْبَةً عَنْهَا إِلَّا أَخْلَفَ اللهُ فِيهَا خَيْرًا مِنْهُ، أَلَا إِنَّ الْمَدِينَةَ كَالْكِيرِ، تُخْرِجُ الْخَبِيثَ، لَا تَقُومُ السَّاعَةُ حَتَّى تَنْفِيَ الْمَدِينَةُ شِرَارَهَا، كَمَا يَنْفِي الْكِيرُ خَبَثَ الْحَدِيدِ»[1].

قال الإمام القرافي: "والخطأ خبث فوجب نفيه ولأن أَخْلاَفَهم تنقل عن أسلافهم، وأبناؤهم عن آبائهم، فيخرج الخبر عن خبر الظن والتخمين إلى خبر اليقين، ومن أصحابنا من قال إجماعهم حجة إن كان في عمل عملوه لا في نقل نقلوه، ثم قال: احتجوا بقوله ﷺ: "لا تجتمع أمتي على خطأ"[2]، ومفهومه أن بعض الأمة يجوز عليه الخطأ، وأهل المدينة بعض الأمة. وجوابه: أن منطوق الحديث المثبت أقوى من مفهوم الحديث النافي"[3]، أي منطوق الحديث المثبت لنفي الخبث مقدم على مفهوم الحديث النافي للاجتماع على الخطأ.

ومما أثر عن الإمام مالك ويفيد في الاستدلال عليه؛ رسالته –رحمه الله– إلى الليث بن سعد وهي في هذا الصدد خير شاهد لما كان عليه الإمام مالك، وحرصه على العمل بما عمل به أهل المدينة، وتقديمه على رأيه واجتهاده.

وقد جاء فيها: من مالك بن أنس إلى الليث بن سعد، اعلم –رحمك الله– أنه بلغني أنك تفتي الناس بأشياء مخالفة لما عليه جماعة الناس عندنا، وببلدنا الذي نحن فيه، فإنما الناس تبع لأهل المدينة، إليها كانت الهجرة وبها نزل القرآن وأحل الحلال وحرم الحرام إذ رسول الله بين أظهرهم يحضرون الوحي والتنزيل ويأمرهم فيطيعونه ويسن لهم فيتبعونه، حتى توفاه الله، ثم قام من بعده أتبع الناس له من أمته ممن ولي الأمر من بعده، فما نزل بهم مما علموا أنفذوه، وما لم يكن عندهم فيه علم سألوا عنه، ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا في ذلك في اجتهادهم وحداثة عهدهم، وإن خالفهم مخالف، أو قال امرؤ غيره أقوى منه وأولى؛ ترك

---

(1) صحيح مسلم، كتاب: الحج، باب: المدينة تنفي شرارها، رقم: 1381.

(2) هذا جزء من حديث «سألت ربي – عز وجل – أربعا، فأعطاني ثلاثا ومنعني واحدة. سألت الله – عز وجل – أن لا تجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها، وسألت الله – عز وجل – أن لا يهلكهم بالسنين كما أهلك الأمم قبلهم فأعطانيها، وسألت الله – عز وجل – أن لا يظهر عليهم عدوا فأعطانيها، وسألت الله – عز وجل – أن لا يلبسهم شيعا ويذيق بعضهم بأس بعض فمنعنيها» مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للهيثمي، كتاب: الفتن، باب: في قوله تعالى: ﴿أو يلبسكم شيعا ويذيق بعضكم بأس بعض﴾ رقم: 11966.

(3) شرح تنقيح الفصول: للقرافي، 334/1.

قوله وعمل بغيره، ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل، ويتبعون تلك السنن، فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهرًا معمولًا به لم أر لأحد خلافه للذي في أيديهم من تلك الوراثة التي لا يجوز لأحد انتحالها ولا ادعاؤها، وكان من جواب الليث عن هذه الرسالة باختصار كذلك: وإنه بلغك عني أني أفتي بأشياء مخالفة لما عليه جماعة الناس عندكم وأنه يحق علي الخوف على نفسي لاعتماد من قبلي فيما أفتيهم به، وأن الناس تبع لأهل المدينة التي إليها كانت الهجرة وبها نزل القرآن، وقد أصبت بالذي كتبت من ذلك إن شاء الله[1].

وليس الإمام مالك هو أول من قال بعمل أهل المدينة، بل قد ورد من الأثار ما تدل على سبق غيره إلى القول به، وقد "روي أن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– قال على المنبر: أحرّج بالله على رجل روى حديثًا العملُ على خلافه[2].

قال الإمام مالك: "وقد كان رجال من أهل العلم من التابعين يحدَّثون بالأحاديث، وتبلغهم عن غيرهم، فيقولون: ما نجهل هذا ولكن مضى العمل غيره، قال مالك: رأيت محمد بن أبي بكر ابن عمر بن حزم[3] وكان قاضيًا، وكان أخوه عبد الله[4] كثير الحديث، رجل صدق، فسمعت عبد الله، –إذا قضى محمد بالقضية قد جاء فيها الحديث مخالفًا للقضاء– يعاتبه، ويقول له: ألم يأت في هذا حديث كذا؟ فيقول بلى، فيقول أخوه: فمالك لا تقضي به؟ فيقول: فأين الناس عنه؟ يعني ما أجمع عليه من العلماء بالمدينة، يريد أن العمل بها أقوى

(1) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض، 41/1– 44.

(2) المصدر السابق،45/1.

(3) محمد بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزام بن زيد بن لوزان بن عمرو بن عبد بن عوف بن غنم بن مالك بن النجار، أبو عبدالله قاضي المدينة توفي سنة اثنتين وثلاثين ومائة في أول دولة بني العباس، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة، وكان ثقة له أحاديث، ينظر: الطبقات الكبرى: لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (المتوفى: 230هـ)، تحقيق: زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم– المدينة المنورة، ط/2، 1408هـ، ص: 282– 283

(4) عبدالله بن أبي بكر بن حزم أبو عبدالله، توفي بالمدينة سنة خمس وثلاثين ومائة وهو ابن سبعين سنة وليس له عقب، ينظر: المصدر السابق ص: 283.

من الحديث"[1]، وأورد القاضي عبدالوهاب في المعونة مجموعة من الأثار[2]، تركتها للاختصار، وكل هذا يدل على أن الأصل نقلي وله قوة النقل، فلا يضر إن قدم في العمل على الحديث الصحيح.

– **الاستدلال من المعقول:** يستدل على اعتبار عمل أهل المدينة بالمعقول، من أوجه كثيرة، منها[3]:

الوجه الأول: هو أن المدينة دار هجرة النبي ﷺ ومهبط الوحي ومستقر الإسلام ومجمع الصحابة، فلا يجوز أن يخرج الحق عن قول أهلها.

الوجه الثاني: أن أهل المدينة شاهدوا التنزيل، وسمعوا التأويل وكانوا أعرف بأحوال الرسول من غيرهم، فوجب أن لا يخرج الحق عنهم.

الوجه الثالث: أن رواية أهل المدينة مقدمة على رواية غيرهم، فكان إجماعهم حجة على غيرهم، وإن كان هذا لا يعدّ من الإجماع، إنما يطلق الإجماع ويراد به تواتر العمل جيل عن جيل.

الوجه الرابع: الرواية مستندها السماع، ووقوع الحوادث المروية في زمن النبي ﷺ وبحضرته، ولما كان أهل المدينة أعرف بذلك وأقرب إلى معرفة المروي كانت روايتهم أرجح.

ولا يتصور أن يحصل في أصحاب رسول الله ﷺ تحكم، أو يصدر منهم راجح بلا مرجح، وإن "العادة قاضية بعدم اجتماع مثل هذه الكثرة من الموجودين في مهبط الوحي، الواقفين على وجوه الأدلة والترجيح إلا عن راجح"[4]، أقل ما يستند إليه العصمة بالمجموع والاستمرار للعمل.

وقد ردَّ الآمدي في الإحكام[5] على هذا من وجوه عدة، لكن لم يخرج في رده عن كون أنَّ؛ ما قام به الإمام مالك وأصل له، هو ضرب من الإجماع، والأمر ليس كذلك، ولا أدل

---

(1) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض،45/1.

(2) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق: حميش عبد الحقّ، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، ودار قرطبة، بالجزائر، 1433هـ- 2012م، 1743/1- 1744.

(3) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 243/1 – 244.

(4) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ. د عمر الجيدي، ص: 278.

(5) الإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 244/1- 245 بتصرف.

على أن الإمام مالك لا يريد ذلك، من قوله –فيما أراد به الإجماع–: "وما كان فيه الأمر المجتمع عليه، فهو ما اجتمع عليه من قول أهل الفقه والعلم، لم يختلفوا فيه"[1]، بل وجرت فتواه وتقديمه عمل أهل المدينة في النوازل والوقائع المختلف في أدلتها.

ب/ أقسام عمل أهل المدينة

يأتي عمل أهل المدينة من حيث ثبوته على نوعين رئيسين، ذكرهما ابن العربي في قوله: "ومهما اختلف الناس في طريق أهل المدينة من طريق النظر؛ فليس يقدر أحد على اعتراض ما يجمعون على نقله من طريق الأثر"[2]، فالنقلي متفق عليه بين الجميع، والاجتهادي مختلف فيه.

الأول: النقلي

يراد بعمل أهل المدينة النقلي؛ ما ثبت "من طريق النقل والحكاية الذي تأثُره الكافَّة عن الكافة، وعملت به عملًا لا يخفى، ونقله الجمهور عن الجمهور عن زمن النبي ﷺ"[3]، وله حكم المنقول من السنة، وهو "حجة تحرم مخالفته"[4]، لبلوغه حد التواتر، "ودليلنا على كونه حجة: اتصال نقله على الشرط المراعى في التواتر"[5]، المفيد للقطع، الذي "يجب المصير إليه، والوقوف عنده وتقديمه على أخبار الآحاد، وعلى القياس"[6]، وبحسب تعبير الباجي في تمثيله على ما اعتبره مالك من عمل أهل المدينة، من ذلك "مسألة الصاع فأبْيَن في التواتر من أن تحتاج إلى تمثيل أو برهان أو دليل، فهذا وما شابهه هو الذي احتج به مالك من إجماع أهل المدينة، وطريقه بالمدينة طريق التواتر"[7] العملي، ويأتي هذا القسم على أربعة أصناف[8]:

---

(1) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: لابن فرحون، 120/1.

(2) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: للقاضي ابن العربي، ص: 892.

(3) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: القاضي عياض، 47/1.

(4) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 1743/1.

(5) المصدر السابق، 1744/1.

(6) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 481/3، بتصرف.

(7) إحكام الفصول: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (المتوفى: 474)، تحقيق: عبدالمجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، ط/2، 1415هـ – 1995م، 488/1

(8) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 1743/1– 1744 بتصرف، وترتيب المدارك وتقريب المسالك: القاضي عياض، 48/1– 49، بتصرف.

الصنفان الأول والثاني: إما نقل شرع من جهة النبي ﷺ من قول، أو فعل، كالصاع والمد، وأنَّه ﷺ كان يأخذ من الصحابة –رضي الله عنهم– بذلك صدقاتهم وفطرتهم، وكالأذان والإقامة، وترك الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة والوقوف والأحباس.

الصنف الثالث: نقل إقراره ﷺ لما شاهده من الصحابة –رضي الله عنهم– ولم ينقل عنه إنكاره.

الصنف الرابع: نقل تركِه لأمور وأحكام لم يلزمهم إياها مع شهرتها لديهم وظهورها فيهم، كتركه أخذ الزكاة من الخضروات مع علمه ﷺ بكونها عندهم كثيرة، فهذا النوع من إجماعهم في هذه الوجوه حجة يلزم المصير إليه، ويترك ما خالفه من خبر واحد أو قياس؛ فإن هذا النقل محقق معلوم موجب للعلم القطعي، ولا خلاف في صحة هذا الطريق، وكونه حجة عند العقلاء، وقال القاضي عبد الوهاب، ولا خلاف بين أصحابنا في هذا.

الثاني: الاجتهادي

يعتبر عمل أهل المدينة الثابت بالاجتهاد موضع خلاف بين المالكيَّة أنفسهم، وهو كما قال القاضي عياض: "إجماعهم على عمل من طريق الاجتهاد والاستدلال، فهذا النوع اختلف فيه أصحابنا؛ فذهب معظمهم إلى أنه ليس بحجة، ولا فيه ترجيح، وذهب بعض المالكية إلى إن هذا النوع حجة كالنوع الأول، وحكوه عن مالك"[1]، وحكايته لا تكفي للاحتجاج به من طريق الاستنباط والاجتهاد، ولكن حجة من احتج به "بأن لأهلها [أي المدينة] من المزية بمشاهدة خطاب رسول الله ﷺ وسماع كلامه والمعرفة بأسباب خطابه وألفاظه ومخارج أقواله ما ليس لغيرهم ممن نأى وبعد عنه، وقد ثبت أن من حملت له هذه المزية كان أعرف بطرق الاستنباط ووجوه الاجتهاد والاستخراج، فكانوا حجه بما يجتهدون فيه، ولأن السنن والأحكام منا ابتدأت، وعنها انتشرت إلى غيرها من الآفاق، فإذا وجدناهم مجمعين على ما لم يتبين نقله، ولا اشتهر أنه توقيف حملوا فيه على أنهم عرفوا منه ما لم يعرف غيرهم"[2]، فمزيتهم تتجلى أكثر عند عدم النقل والاشتهار بالتوقف، وتظهر أهميَّته في تصحيح اجتهادات غيرهم وبناء الأحكام عليه.

(1) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: القاضي عياض، 1/50– 51.

(2) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 1/1744 – 1745.

وهو ما قرره القاضي عبدالوهاب بقوله: "والصحيح عندنا أنه يرجح به على غيره، ولا يحرم الذهاب إلى خلافه"[1]، خلافا للباجي القائل: "لم يحفظ عنه [أي الإمام مالك] من طريق ولا وجهٍ أن إجماع أهل المدينة فيما طريقه الاجتهاد حجة عنده، وقد يورد الفصل في كتابه وإن لم يكن قائلا به"[2]، فما أورده الإمام ليس بالضرورة أن يعتبره ويستدل به.

ويحمل عمل أهل المدينة من حيث علاقته بتغيُّر الأحكام على أوجه قال القاضي عياض: ولا يخلو عمل أهل المدينة مع أخبار الآحاد من ثلاثة أوجه[3]:

الوجه الأول: إما أن يكون مطابقًا لها، فهذا آكد في صحتها إن كان من طريق النقل، أو ترجيحها إن كان من طريق الاجتهاد بلا خلاف في هذا؛ إذ لا يعارضه هنا إلا اجتهاد آخرين وقياسهم عند من يقدِّم القياس على خبر الواحد، وإن كان مطابقًا لخبرٍ يعارضه خبر آخر، كان عملُهم مرجِّحًا لخبرهم، وهو أقوى ما تُرجَّح به الأخبار إذا تعارضت.

الوجه الثاني: إذا روي خبر من أخبار الآحاد في مقابلة عملهم المتصل وجب إطراحه والمصير إلى عملهم لأن هذا العمل طريقه طريق النقل المتواتر فكان إذن؛ أولى من أخبار الآحاد، وإن كان مخالفًا للأخبار جملة فإن كان إجماعهم من طريق النقل ترك له الخبر بغير خلاف عندنا في ذلك، وعند المحققين من غيرنا على ما تقدم، ولا يجب عند التحقيق تصور خلاف في هذا ولا التفات إليه، إذ لا يترك القطع واليقين لغلبات الظنون، وما عليه الاتفاق لما فيه الخلاف كما ظهر هذا للمخالف المنصف فرجع، وهذه نكتة مسألة الصاع والمد والوقوف وزكاة الخضروات وغيرها، وإن كان إجماعهم اجتهادًا أقدم خبر الواحد عليه عند الجمهور، وفيه خلاف كما تقدم من أصحابنا.

الوجه الثالث: فأما إن لم يكن لهم عمل بخلافه ولا وفاقه؛ سقطت المسألة ووجب الرجوع إلى خبر الواحد كان من نقلهم أو من نقل غيرهم إذا صح ولم يعارض، فإن عارض الخبر الذي نقلوه خبر آخر نقله غيرهم من أهل الآفاق كان ما نقلوه مرجحًا؛ لزيادة قرب مشاهدتهم قرائن الأحوال وتعددهم لنقل آثار الرسول ﷺ الجمع الغفير عن الجمع الغفير عنه.

---

(1) المصدر السابق، 1743/1 – 1744.

(2) إحكام الفصول: للباجي، 491/1.

(3) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: القاضي عياض، 51/1 – 52 – 53، بتصرف، والمعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 1746/1.

يتضح مما سبق: أن هناك مسلكين رئيسين في أصل اعتبار عمل أهل المدينة، مسلك في النقل، وهو حجة عند المالكية وغيرهم، وهذا الذي احتج به مالك وفهم منه أنه إنما أراد الإجماع، وفهم آخرون أنه إنما أراد العمل عموما النقلي والاجتهادي، قال ذلك الباجي: "إن مالكًا لم يحتج بذلك إلا في المواضع التي طريقها النقل"(1)، ومما قاله "إن مالكًا إنما عوَّل على أقوال أهل المدينة وجعلها حجة فيما طريقه النقل"(2)، والأصل أنه لا يقتصر على ذلك، وهناك مسلك في النظر والاجتهاد وهو المسلك الثاني الذي وقع فيه الخلاف.

أما ما يستوي فيه العلماء جميعهم، والأزمنة والبقاع فهو ما نقلوه من سنن رسول الله ﷺ من طريق الآحاد، أو أدركوه بالاستنباط والاجتهاد، فهذا لا فرق فيه بين علماء المدينة وعلماء غيرهم(3)، وتخصيصه بالمدينة تخصيص بلا مخصص، لأن ما أدرك بالاستنباط والاجتهاد محكوم بقوانين النظر والاجتهاد والاستنباط المعروفة عند الأصوليين، والذي يستوى فيها النُّظار، ولا يسقط الاجتهاد بالاجتهاد.

وشنع الباجي على القائلين به من المالكية فقال: "وقد ذهب جماعة مِمَّن انتحل مذهب مالك مِمَّن لم يمعن النظر في هذا الباب إلى أن إجماع أهل المدينة حجة فيما طريقه الاجتهاد؛ وبه قال أكثر المغاربة"(4)، ولهم فيما ذهبوا إليه دليلهم وحججهم، وهم أصحاب تدقيقات وتحقيقات ونظر ثاقب، والمطَّلع على ما جاء به القاضي عياض في ترتيب المدارك يدرك ذلك جيدا.

ثانيًا: حقيقة عمل أهل المدينة عند الإمام مالك

عبَّر الإمام مالك عن عمل أهل المدينة، وبين مراده منه، ونقل ذلك عنه، وجاء في قوله: "وما قلت: (الأمر عندنا) فهو ما عمل به الناس عندنا وجرت به الأحكام وعرفه الجاهل والعالم، وكذلك ما قلت فيه: (ببلدنا)، وما قلت فيه: (بعض أهل العلم) فهو شيء استحسنته من قول العلماء، وأما ما لم أسمع منهم فاجتهدت ونظرت على مذهب من لقيته، حتى وقع ذلك موقع الحق أو قريبًا منه، حتى لا يخرج عن مذهب أهل المدينة وآرائهم، وإن لم أسمع

(1) إحكام الفصول: الباجي، 489/1.
(2) المصدر السابق، 486/1
(3) المصدر السابق، 488/1
(4) المصدر السابق، 488/1 – 489.

ذاك بعينه، فنسبت الرأي إليَّ بعد الاجتهاد مع السنَّة، وما مضى عليه عمل أهل العلم المقتدى بهم، والأمر المعمول به عندنا، منذ لدن رسول الله ﷺ والأئمة الراشدين، مع من لقيت، فذلك رأيهم ما خرجت إلى غيره"[1].

ومن يتحقق فيما ذهب إليه الإمام مالك يجد أنه "لا يقول بالاستدلال بالعمل إذا كان مخالفا للنص القطعي الوارد عن الشارع، لكنه يرى أن عمل أهل المدينة في عهده إذا تحقق في مسألة اختلف فيها أو تضاربت الأدلة في شأنها يرفع الخلاف فيها هذا العمل[2]، فيرجح به بين الأدلة، للاعتبارات الأنفة الذكر، لا ما فهم عنه بأن مراده التأصيل لنوع من الإجماع، "وهم يتكلمون في غير موضع خلاف"[3]، وإلا ما وسعهم إلا ما وسع مالك وأصحابه.

ولهذا قدمه الإمام مالك على الحديث الآحاد، ولو "اتصـــل العمل به بالمدينة من جهة القياس والاجتهاد هو حجة أيضـــا كمثل ما أجمعوا عليه من جهة النقل، يقدم على أخبار الآحاد وعلى ما خالفه من القياس عند مالك؛ لأن ما اتصـــل العمل به لا يكون إلا عن توقيف"[4].

وينبغي أن يرجع إليه من باب الأولى، "ومن هذا المكان يتطلع إلى قصد مالك – رحمه الله– في جعله العمل مقدما على الأحاديث؛ إذ كان إنما يراعي كل المراعاة العمل المستمر والأكثر، ويترك ما سوى ذلك، وإن جاء فيه أحاديث، وكان ممن أدرك التابعين وراقب أعمالهم، وكان العمل المستمر فيهم مأخوذًا عن العمل المستمر في الصحابة، ولم يكن مستمرا فيهم إلا وهو مستمر في عمل رسول الله ﷺ أو في قوة المستمر"[5]، فيتصف بالتواتر العملي، ويكون أولى بالاتباع "إذ الاقتداء بالأفعال أبلغ من الاقتداء بالأقوال"[6].

(1) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: لابن فرحون، 120/1.

(2) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ. د عمر الجيدي، ص: 327.

(3) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض، 47/1.

(4) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 482/3.

(5) الموافقات: للشاطبي، 270/3 – 271.

(6) المصدر السابق، 280/3.

ويكون المعيار في ذلك فهم السلف، فهو الميزان، وما سواه يرد إليه يوزن به، "فكل ما جاء مخالفا لما عليه السلف الصالح؛ فهو الضلال بعينه"[1]، واتباع عملهم المستمر عاصم من الزلل في التأويل، وخير مفسر للمبهم، ومبين للمجمل، والمختار عند تعدد الفهوم.

ومن وقع له تحريف لكلام الإمام مالك في اعتبار عمل أهل المدينة، فحمله على محمل لم يرده؛ فإنه ينبني على تحريفه وسوء محمله؛ سوء الفهم والتنزيل، كما قال القاضي عياض: "إنه إنما أُبتليتم بسوء التأويل"[2]، فيكون قد فتح مدخلا للطعن، جر إلى تكذيب الإمام مالك وأصحابه، والتمادي في التجرؤ على طلب استتابتهم.

ولمالك في أصله هذا سلف وخلف من العلماء المعتبرين والأئمة المجتهدين، قال ربيعة –شيخ الإمام مالك–: "ألف عن ألف أحبُّ إليَّ من واحد عن واحد، لأن واحدًا واحد ينتزع السنة من أيديكم"[3]، وقد يصدق على تقديمه للعمل هذا من باب الترجيح بالكثرة، "وهذا يفهم منه أنه كان يعتبر عمل جمهور أهل المدينة"[4]، وقال ابن القاسم وابن وهب: "رأيت العمل عند مالك أقوى من الحديث"[5]، لأنه من باب التواتر العملي، فيكون "عمل أهل المدينة مقدم على خبر"[6]، وفي حاشية ابن الشاط: فإذا ثبت عمل أهل المدينة رجح على خبر الواحد[7]، لقوته في الحجيَّة.

ويستدل بهذا على أن هناك من سبق الإمام مالك إلى الاعتبار بهذا الأصل، حيث "كان عمر بن عبد العزيز يجمع الفقهاء ويسألهم عن السنن والأقضية التي يعمل بها فيثبتها، وما كان منه لا يعمل به الناس ألقاه، وإن كان مخرجه من ثقة، وقال مالك: انصرف رسول الله ﷺ من غزوة كذا في نحو كذا وكذا ألفًا من الصحابة، مات بالمدينة منهم نحو عشرة آلاف، وباقيهم تفرق بالبلدان، فأيهما أحرى أن يتبع ويؤخذ بقولهم؟ من مات عندهم النبي ﷺ

(1) المصدر السابق، 284/3.

(2) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض54/1، ينظر ما قبله وما بعده.

(3) المصدر السابق، 46/1.

(4) العرف والعمل في المذهب المالكي: أ. د عمر الجيدي، ص: 294.

(5) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض،45/1.

(6) الفروق: للقرافي، 273/3.

(7) المصدر السابق نفسه.

وأصحابه الذين ذكرت، أو مات عندهم واحد أو اثنان من اصحاب النبي ﷺ؟"[1]، فهو حجة وإن خالف خبر الآحاد، وليس مرجوحا، ولا راجحا من غير مرجح، بل راجحا لاعتبار جريان العمل به في المدينة عن علم، وحيث لا يتصور تواتر عملهم بشيء عن جهل، فهو السنة التي لا اختلاف فيها.

ثالثًا: أثر عمل أهل المدينة في تغيُّر الأحكام

يمكن أن نمثل لتغيُّر الحكم الشرعي بعمل أهل المدينة في مسألة بيع ثمرة جزافًا، ويستثني كيلًا معلومًا، وقدره ما بينه وبين الثلث، وقال أبو حنيفة[2]، والشافعي[3]: لا يجوز، وقال بن قدامة لأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر، والاستثناء يغيّر حكم المشاهدة؛ لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة، فلم يجز[4]، بخلاف المالكية، فقد ذهبوا إلى الجواز وعللوا ذلك بأن إجماع أهل المدينة عملًا متواترًا بينهم، ولأنه استثنى قدرًا معلومًا، فجاز كاستثناء الجزء[5].

ومثال على هذا قول رسول الله ﷺ: «المُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ»[6]، قَالَ مَالِكٌ: «وَلَيْسَ لِهَذَا عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ، وَلَا أَمْرٌ مَعْمُولٌ بِهِ فِيهِ»[7]، فليس للخيار حد، ويحمل التفرق في المجلس على التفرق بالقول، وهو ما قال القاضي عياض: "فإن قول مالك هذا ليس مراده به ردَّ البَيِّعَيْن بالخيار، وإنما أراد بقوله ما قال في بقية الحديث، وهذا قوله" (إلا بيع الخيار)، فأخبر أن بيع الخيار ليس له عندهم حد، ولا يتعدى، إلا قدر ما نختبر فيه السلعة، وذلك يختلف باختلاف المبيعات، فيرجع فيه إلى

---

(1) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض، 46/1.

(2) الحجة على أهل المدينة: لأبي عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: 189هـ)، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب – بيروت، ط/3، 1403هـ، 561/2 – 621.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 61/3.

(4) المغني: لابن قدامة، 77/4.

(5) الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، 682/2، والإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 546/2، وشرح مختصر خليل: للخرشي، 74/5.

(6) عن مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، رقم: 2111، وفي رواية: «كُلُّ بَيِّعَيْنِ لاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ»، كتب: البيوع، باب: إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع؟ رقم: 2113.

(7) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: بيع الخيار، رقم: 2473.

الاجتهاد والعوائد في البلاد وأحوال المبيع وما يراد به، [ثم قال:] بهذا فسر قوله أيمتنا رحمهم الله"[1]، فحُمل القول بالخيار وفسر التَّفرق في مجلس العقد حسب ما تقتضيه مصلحة المتبايعين، وما يصلح به أحوال المبيع، ويُحقق مقاصد البيع، وما جرى به التعامل في السوق، في كل بلد على خصوصه، وهذا هو المفهوم من الحديث، المؤيد بنصوص أخرى والمسدد بالعمل.

ولا ينبغي الاكتفاء بالظاهر، وحمل معنى التفرق على التفرق بالقول أو بالمجلس المكاني أو إلكترونيا الافتراضي، لأن في ذلك تفويتًا لخير كثير، وهذا ما قرره القاضي عياض في قوله: "وإنما ترك العمل بالحديث بغير تأول التفرق فيه بالقول وعقد البيع، وإن الخيار لهما ما داما متراوضين، ومتساومين، وهذا هو المعنى المفهوم من المتفاعلين وهما المتكلفان للأمر، الساعيان فيه"[2]، فليس ثمة معيار معلوم لبيان الخيار، وإنما مرجعيَّته في الاحتكام للعمل الذي جرى عليه أهل المدينة على خصوصه، ومضت عليه فتاواهم.

فتغيَّر الحكم تبعا لخصوصية المدينة التي تتجلى في اختار الله لها، أن تكون آخر موطن شرع فيه الأحكام، ومشاهدة أهلها التنزيل؛ بأحواله وأقواله وتنفيذه وممارسته وتطبيقه، والاشتغال به أفرادا ومؤسسات، وبالاستمراريَّة والمتابعة بعد رسول الله ﷺ كان هو الفقه الحي في الشريعة.

وقد تشكل مما يسمى عمل أهل المدينة الذي يرجح به ويقدم على ما دونه، فهذا إن كان نقلا عمليا فإنه أولى بالاعتبار، وإن كان عرفا فهو أولى من غيره وأحق بالتقديم على ما سواه، وعليه يقوم مدار تصحيح الأحكام الاجتهاديَّة المبنيَّة على خلافه.

ويشبه عمل أهل المدينة إذا ثبت بالاجتهاد عمل غيره من البلدان، ولذلك ظهر ما يسمى بأصل ما جرى به العمل.

(1) ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض، 54/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

الفرع الثالث: اعتبار ما جرى به العمل، وآثره على تغيُّر الأحكام

تنوع العمل في الغرب الإسلامي وبلاد الأندلس خاصة، والبلاد الإسلامية عامة، تنوعا وصل حد النمطيَّة على مستوى جغرافيا المدن والأقاليم، فكان لكل مدينة عمل اشتهرت به، ولكل إقليم عمله بناء على اختلاف الأعراف الجاريَّة، والعوائد المتنوعة، واختلاف الطباع والأحوال، وقد حاولت إبراز هذا الفرع من خلال المحاور الآتية:

أولًا: المراد باعتبار أصل ما جرى به العمل وشروط اعتباره

يقتضي الحديث عن جريان العمل أولًا؛ أن يكون مشاعًا، وعليه؛ لا بد من بيان المراد به، واستيفاء شروط اعتباره، الأمر الذي سيتضح من خلال العرض الآتي:

أ/ المراد باعتبار أصل ما جرى به العمل

يراد باعتبار أصل ما جرى به العمل عند فقهاء المغرب؛ "العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها؛ رعيًا لمصلحة الأمة، وما تقتضيه حالتها الاجتماعية"[1]، وبهذا يتضح أن إجراء الأحكام يكون على قول المخالف في النوازل التي يعمل في استنباط أحكامها بجريان العمل؛ كالنوازل العامة التي يغلب عليها الطابع الاجتماعي، ويشتدُّ فيها الخلاف إلى حدٍ يكون أحد أطرف النِّزاع راجحًا، والآخر مرجوحًا.

وقد وصل علماء المغرب والأندلس إلى غاية في التنافس والابداع والاستثمار لمبادئ الشريعة، وسجلوا محاولات جادة في الاستنباط وتخريج الفروع على الأصول، رغبة منهم في التوليد المعرفي والإنتاج العلمي والابداع الأصولي المتميِّز، وذلك نتيجة لتنوع الأعراف والعادات والأحوال وتجدد المصالح.

وقد يهيمن العمل في إقليم على غيره من الأقاليم، كما جاء في نفح الطيب "واعلم أنّه لعظم أمر قرطبة كان عملها حجّةً بالمغرب، حتى إنّهم يقولون في الأحكام: هذا ممّا جرى به عمل قرطبة"[2]، وسرعان ما يعود، ثم يظهر عمل هنا كالعمل الفاسي، وعمل آخر هناك كعمل مراكش والرباط وسجلماسة وسوس وسبتة وتطوان وتلمسان وقسنطينة وغيرها من المدن الرائدة في العلم والفقه والشِّرْعَة.

---

(1) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ. د. عمر الجيدي، ص: 342.

(2) نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب: لشهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني (المتوفى: 1041هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر –بيروت– لبنان، 1997م، 556/1.

وشكلت كل هذه الأعمال ثروة معرفيَّة وفكريَّة ودفعت نحو التنافس العلمي والحراك الثقافي، على مستوى الحواضر والمدن المستقطبة، وأثمرت تميُّزا في استثمار الأدلة على المستوى الإجرائي باعتباره مبدأ أصوليًّا متميِّزًا في إنتاج الحلول النوازليَّة، والمناهج التنزيليَّة، "وهي اجتهادات قضائية لها طابع محلي، وتتسم بمتابعة قضاة الجهة، أو البلد لأحد القضاة السابقين بما يعرف بالسوابق القضائية في البت في نازلة معينة، على نحو معين يترك المشهور والراجح ويأخذ بالضعيف"[1]، وكان كل عمل يختلف عن غيره، واستقر العمل في الغرب الإسلامي والأندلس على كبرى العواصم العلمية، كفاس والقيروان بعد قرطبة، وذلك "لشهرة المدينتين العلمية، ولاحتوائهما كبار العلماء الذين يعول عليهم في الاستنباط والتخريج وتعليل الأحكام، ولتوفرهما على جامعة علمية كل واحدة منهما كانت معقل الفقه المالكي"[2]، والإفتاء النوازلي، والعلوم الإسلامية والطبية والطبيعية وقبلة الطلبة من جميع الأقطار.

ثم أخذ العمل يسير في شِرْعَةٍ واحدة، وهنا تجد الإشارة إلى أن العمل في المغرب قد توحد في السنين الأخيرة بحيث لم يعد هناك عمل يطبق في منطقة بعينها، بل عمَّ مجموع أنحاء المغرب، وأصبحت المسطرة تجري موحدة، إذ طلب القضاة أن يحكموا في النوازل بما شهر من مذهب مالك أو رجحه، أو ما جرى به العمل فتقيدوا بذلك، ولم يعد هناك أي مبرر يتعلق به القضاة بعدما نظمت المسطرة وتقاربت أحوال المجتمع، وتوحدت ظروفها وأعرافها وعاداتها وتقاليدها[3]، واستقرت حاجاتها ومصالحها، وألفت نفوسها، واطمأنت قلوبها.

ب/ شروط اعتبار ما جرى به العمل

قد ترد إشكالات على أصل ما جرى به العمل؛ وذلك نتيجة اعتباره مطلقا دون النظر في شروطه، أو التعرض للأصول التي ينبني عليها، فتقع المشاحة ويحصل الاختلاف بين النظَّار، وللخروج من هذه الإشكالات لابد من اعتبار جريان العمل وفق مجموعة من الشروط

(1) ما جرى به العمل نموذج من تراثنا القضائي: لعبدالكبير العلوي المدغري، الدروس الحسنية، 5/رمضان/1416هـ – 1996/1/26م، القصر الكبير – بالرباط، ص: 31.

(2) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ. د عمر الجيدي، ص: 375– 376.

(3) المصدر السابق، ص: 378.

المعتبرة لسلامة جريانه وإعماله عند التنزيل بحيث إذا اختل شرط من الشروط؛ انتفى الاعتبار به، وقد جاءت على النحو الآتي[1]:

الشرط الأول: ثبوت جريان العمل بذلك القول، فإن قول القائل في مسألة معينة: هذا القول المقابل للمشهور جرى به العمل قضية نقلية إن بُني عليها حكم شرعي فلا بد من إثباتها بنقل صحيح.

الشرط الثاني: معرفة محل جريانه، عامًّا أو خاصًا بناحية من البلدان، ولهذا قالوا إذا جرى العمل بمحل فإنه يقتصر عليه، إلا إذا كانت هناك أسباب تدل على عمومه.

الشرط الثالث: معرفة الزمان الذي جرى فيه، فإنه إذا جُهل المحل أو الزمن من الذي جرى به العمل لم يتأتَّ تعديته إلى محله الذي تراد تعديته إليه، إذ للأمكنة خصوصيات كما للأزمنة خصوصيات.

الشرط الرابع: معرفة كون مَنْ أجرى العمل؛ من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح، لأن العمل من المقلد بما جرى به العمل تقليد لمن أجراه، وإذا لم يعرف من أجراه لم تثبت أهليته، وربما عمل بعض القضاة بالمرجوح لجهله أو جوره، لا لموجب شرعي فيتبعه مَنْ بعدَه لنحو ذلك فيقال جرى به العمل، ولا يجوز التقليد في الجور والجهل.

الشـــرط الخامس: معرفة الســـبب الذي لأجله عدلوا عن المشـــهور إلى مقابله، فإذا جهل موجب جرْي العمل امتنعت تعديته، لجواز أن يكون ذلك الموجب معدومًا في البلد الذي نريد تعديته إليه.

وعليه؛ إذا ذكر المفتي أو القاضي المجتهد أن الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا؛ لم يعم ذلك سائر البلاد، بل يختص به ذلك الموضع الذي جرى فيه، ومثل هذا لا تجدهم يقولون فيه الذي جرى به العمل واستقرت عليه الأحكام كذا، بل يقولون الذي جرى به العمل في هذه المسألة في بلد كذا وفي عرفهم كذا وكذا، وأما غير ذلك من المسائل التي

---

(1) نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلامة خليل: العلامة أبي العباس سيدي أحمد بن عبدالعزيز بن الرشيد الهلالي الفلالي مفتي المالكية في شمال افريقيا والمغرب العربي، مراجعة وتصحيح، محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف ابن تاشفين، ومكتبة الإمام مالك، الجمهورية الإسلامية الموريتانية- والإمارات العربية المتحدة، ط/1، 1428هـ - 2007م، 135/1 - 137، ونظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي: لعبدالسلام العسري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - المملكة المغربية - 1417هـ - 1996م، 208/1، بتصرف.

يذكرون ما جرى به العمل فيها للتعرف الذي اقتضته المصلحة في حق العامة وتغيُّر العوائد وذلك أمر عام، فإنه مما يرجح به ذلك القول المعمول به، ولا ينبغي أن يختلف في هذا، وظاهر النصوص تشهد بذلك[1] وكليَّات الشريعة المؤطرة للضرورة الطارئة، ولرفع الحرج والمشقة والتيسير على الناس، وذلك تحصيلا للمصلحة ودرءًا للمفسدة كلها شاهدة، مهما اختلف المكان وتغيَّر الزمان. وقد تتوحد الأعراف، وتجتمع الأعمال في بلدان عدَّة، فيكون عملها واحد، لذلك قيل: "إن عمل تونس ومصر واحد، وعمل فاس والأندلس واحد"[2]، ومع إمكانيَّة أن نقول اليوم إن عمل قرطبة واحد، وعمل فاس وعموم المغرب والجزائر وتونس وليبيا واحد، وعمل مصر واحد.

فيكون كل عمل إذا لم يوجد ما يبطله شرعا كسائر ما جرى به العمل في البلدان والأمصار؛ فهو عمل يجري العمل به في محله وبين أهله، ويلحق "العرف المحلي المحكم قانونا وشرعا، والذي يقضى به في كل بلد تعارفه أهلها وأطبقوا عليه"[3].

ويمكن في هذا العصر للمجالس العلمية ودور الإفتاء والمجمعات والجمعيات الفقهيَّة تقرير ما جرى به العمل، وكذلك "يمكن اعتبار قرارات محكمة المجلس الأعلى للنقض والإبرام من قبيل ما جرى به العمل، إذا راعى مستشاروها أصول نظريَّة العمل، وتوفرت فيهم الشروط المطلوبة كالنزاهة والقدرة على الاختيار والترجيح"[4]، والاستقلاليَّة التامة.

ونجد من الناحية الواقعيَّة أن ثبوت العمل أخذ شكلا مؤسساتيًّا يظهر في صورتين[5]:

الصورة الأولى: يثبت العمل في شكل تقنين، سواء كان مصدره دعوى مرفوعة قضائيًا، أم نازلة عامة مطروحة للحل، وكثيرا من أحكام التقنين تختار من بين أقوال فقهاء المذهب المالكي، وقليل منها تختار من أقوال فقهاء المذاهب الإسلاميَّة الأخرى، وإطاره المرجعي هو العرف والمصلحة والحاجة الضروريَّة.

(1) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون، 69/1.

(2) توضيح الأحكام على تحفة الأحكام: لعثمان بن المكي التوزري، المطبعة التونسيَّة- تونس، ط/1، 1339هـ- 1921م، 22/4.

(3) العرف والعمل في المذهب المالكي: عمر الجيدي، ص: 282.

(4) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي: للعسري، 134/1.

(5) المصدر السابق، بتصرف.

الصورة الثانية: إن الأحكام التي تختار وتجمع في تقنين وتنشر مسبقًا في الجريدة الرسميَّة تبقى في حاجة إلى تكميل وإلى بيان، وذلك أن بشرية المشرع تجعله معرضًا للسهو والنسيان، وكل ما يقصر أو يسكت عنه التشريع يكمله القضاء بالرجوع إلى مصادر احتياطيَّة.

ولذلك وقع النص في مدونة الأسرة المغربيَّة أنَّ "كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك"[1]، وهذا الشكل المؤسساتي يفيد في ثبوت ما جرى به العمل بالاجتهاد الجمعي، الذي استدعاه الواقع لغياب صفة الموسوعيَّة عن المفتي والقاضي، فظهرت الحاجة إلى التخصصات، مما جعل ولايتي الفتوى والقضاء أن تأخذا شكلًا مؤسسيًّا.

ويساهم هذا المصير المؤسسي والشمولي للنظام الإفتائي والقضائي في المنع –إلى حد كبير– من اتباع الهوى، وذلك متى عُصِم من التبعيَّة، وكان مستقلًا استقلالًا شاملًا كاملًا، من جهة آخرى فقدان الاستقلاليَّة في الواقع يعتبر تحديًّا حقيقيًّا أمام تحقيق العدالة؛ وذلك متى ما تواطأ هذا الجمع على تمرير صفقات الفتاوى والأحكام القضائية، خاصة إذا أصاب النظام السياسي نوعًا من الترهل والفتور والاسترخاء، أو غلب عليه طابع الاستبداد؛ فإنه من الطبيعي أن ينسحب الضعف على سائر السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية، وبذلك يفقد مبدأ ما جرى به العمل أهميَّته في صناعة الفتاوي والأحكام القضائية، ويصير مركبًا للخروج عن سلطة النصوص الشرعيَّة.

ثانيًا: الترجيح بما جرى به العمل

يستدعي اختلاف الأسباب التي تنبني عليها الأحكام تغيُّرا في تنزيل تلك الأحكام، وإعمالًا لقواعد الترجيح بين الأدلة، ليس في ذلك خروجًا عن الراجح والمشهور.

فيعتبر ما جرى به العمل بمنزلة الراجح للأسباب الداعيَّة لاعتباره، والموجبة لتقديمه على غيره من الأدلة الأقوى منه، فقد "جرى على ألسنة كثير من الفقهاء والمفتين أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور،... ووجه تقديم الجاري به العمل على المشهور –مع أن كلًا منهما راجح من وجه– أن في الخروج عنه؛ تطرق التهمة إلى الحاكم فوجب عليه اتباع العمل

(1) مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الفصل 82، الكتاب 2، انحلال ميثاق الزوجيَّة وآثاره، والفصل: 297، الكتاب: 6، الميراث.

سدًا للذريعة، وهذا في المقلد الصرف"[1]، غير أن المجتهد القادر على استنباط الأحكام، "والمفتي القادر على الترجيح؛ له الفتوى بغير المشهور إذا ظهر له رجحانه لا مطلقًا"[2]، وإنما بوجه من الوجوه القائمة بأسباب الترجيح.

فموجب الترجيح باستمرار العمل صيَّره في عِداد الراجح القوي وإن كان في مقابل المشهور، "فإذا رجَّح بعض المتأخرين المتأهلين للترجيح قولًا مقابلًا للمشهور لموجب رجحانه عندهم، وأجروا به العمل في الحكم، تعين على المقلد اتباعهم، فيقدم مقابل المشهور لرجحانه على المشهور بموجبه لا بمجرد الهوى"[3]، فصفة الرجحانيَّة اكتسبها من كونه مستمرًا جاريًا على وفق العرف والمصلحة والسبب.

وكذلك يكون المقصد الشرعي للدليل الجاري به العمل فهو الذي يجعله راجحا على المشهور، بجانب كونه مستمرًا، "فإذا تعارض المشهور وما جرى به العمل، فيقدم ما جرى به عمل بلده على المشهور؛ لأن جريان العمل بالضعيف لمقصد من المقاصد يصيره راجحا، ومن المعلوم أن الراجح يقدم على المشهور"[4] في الوضع الطبيعي للاستدلال، أما هنا فالذي صير العمل راجحا هو قيام مقصده عند التنزيل.

ولهذا قيل: اعلم أن العمل بمقابل المشهور لأحد أمور ثلاثة: إما لكونه الراجح –فهم يعتبرون به لرجحانه– وإما لجريان العرف به في ذلك البلد أو في ذلك الزمان، وإما لمصلحة عامة، أو لسبب، ثم إن الوجه الثاني يتغيَّر بتغيُّر العرف، والثالث يدوم ما دامت تلك المصلحة وذلك السبب[5]، فهو يدور مع العرف والمصلحة والسبب وجودا وعدما.

فإذا أجرى المجتهد العمل فإنه يعمم جريانه على المكان والزمان ما دام لسبب معتبر، وذلك "إذا جرى العمل ممن يقتدي به بمخالف المشهور لمصلحة وسبب فالواقع في كلامهم أنه يعمل بما جرى به العمل، وإن كان مخالفًا للمشهور، وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور هذا هو الظاهر"[6]، فاستمرار

---

(1) نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلامة خليل: العلامة أبي العباس الهلالي الفلالي، 134/1.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق، 135/1.

(4) توضيح الأحكام على تحفة الأحكام: للتوزري، 22/4

(5) حاشية التسولي على سيدي محمد التأودي "لامية الزقاق"، المطبعة التونسية، ط/1، 1303هـ، 165/1

(6) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: للزرقاني، 228/7.

وجريان العمل واعتباره في الوقائع رهين باستقرار العرف واستمرار المصلحة وقيام السبب وبقاء الضرورة. فإذا تغيَّر السبب أو المصلحة؛ تغيَّر العمل وارتفع جريانه، "على أن ما جرى به العمل لمصلحة يدور معها ما دامت تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا وجب الرجوع إلى المشهور"[1]، أو الراجح، والترجيح بما هو أولى في الإعمال.

ويعدُّ هذا مرجعًا في تقديم الدليل عند الإمام مالك –رحمه الله– ومن ذلك سجود الشكر إن فرضنا ثبوته عن النبي ﷺ فإنه لم يداوم عليه مع كثرة البشائر التي توالت عليه، والنعم التي أفرغت عليه إفراغا؛ فلم ينقل عنه مواظبة على ذلك، ولا جاء عن عامة الصحابة منه شيء إلا في الندرة مثل كعب بن مالك؛ إذ نزلت توبته[2]؛ فكان العمل على وفقه تركا للعمل على وفق العامة منهم[3]، وعدم جريان العمل موجب للترك، وجريانه موجب للفعل.

يرى مالك من هذا المبدأ؛ التأسيس لقاعدة في نقد متون الحديث توازي نقد السند، "فقاعدة العمل عند مالك محاولة أولى وسابقة مهمة في نقد متون الأحاديث يمكن الرجوع إليها والاعتماد عليها"[4]، في ترجيح الحكم على الحديث بالصحة أو الضعف، خاصة أنه حكم أغلبي.

قال الإمام الشاطبي: "ومن هذا المكان يُتَطَلَّعُ إلى قصد مالك –رحمه الله– في جعله العمل مقدما على الأحاديث؛ إذ كان إنما يراعي كل المراعاة العمل المستمر والأكثر، ويترك ما سوى ذلك، وإن جاء فيه أحاديث، وكان ممن أدرك التابعين وراقب أعمالهم، وكان العمل المستمر فيهم مأخوذا عن العمل المستمر في الصحابة، ولم يكن مستمرا فيهم إلا وهو مستمر في عمل رسول الله ﷺ أو في قوة المستمر"[5]، أي استمرار العمل جيل عن جيل إلى رسول الله ﷺ يجعله متواترًا، "فالعمل المستمر عنده يرجح الدليل على سائر الأدلة التي لم يصاحبها العمل المستمر، هكذا ينبغي أن يفهم"[6].

---

(1) العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ. د عمر الجيدي، ص: 380.

(2) ينظر: صحيح البخاري، كتاب: المغازي، باب: حديث كعب بن مالك، رقم: 4418، وصحيح مسلم، كتاب: التوبة، باب: حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه، رقم: 2769.

(3) الموافقات: للشاطبي، 270/3.

(4) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي: للعسري، 96/1.

(5) الموافقات: للشاطبي، 270/3 – 271.

(6) تعليق عبدالله دراز على الموافقات: للشاطبي، 270/3.

ومما يدعو إلى الترجيح به؛ استمراريَّة العمل بالدليل مالم يظهر ما هو أقوى منه؛ لأن "هذا العمل الذي يعبرون به عن الراجح يجب أن يستمر على حاله، ولا تجوز مخالفته حتى يثبت عن قضاة العدل وأهل الفتوى من ذوي العلم المقتدى بهم أنهم رجعوا عنه، وعملوا بخلافه لمصلحة، أو لظهور دليل قوي، ونحو ذلك، كما قالوا: إن العمل كان قديما بقول ابن القاسم باعتبار الحال في المحجور دون الولاية حكاه ابن أبي زمنين[1]، ثم جرى العمل بقول مالك باعتبار الولاية، ثم جرى في المائة التاسعة بقول ابن القاسم، ولا زال العمل به إلى الآن كما يأتي في الحجر، وهذا كثير أيضا يجري العمل قديما بشيء ثم يجري العمل بخلافه"[2]، وإذا استمر هذا المخالف وتحقق بقاء دواعي تقديمه، واستقر في العرف، فإنه يكون هو المختار بشروط العمل المذكورة سابقًا.

وعندما يقال ما جرى به العمل: "هو أن يحكم القضاة في نازلة من النوازل مقلدين؛ لقول ضعيف، مخالفين للمشهور، أو الراجح لأمر اقتضاه، مع استقرار القضاة عليه، وعمل القضاة به"[3]، ولا يعني هذا أنهم من أهل التقليد، ولكن لاقتضاء الضعيف العمل، وما بالاستقرار والاستمرار من مصالح، ما للخروج عنه من فتنة أو افتتان.

وعليه يقتضي تقليد القاضي المجتهد ومتابعته لمن قبله أن يكون معيارًا جوهريًّا في نشأة العمل، "إذن القاضي عندما يختار القول الضعيف، ويترك المشهور والراجح إذا تبعه القضاة في ذلك، إنشاء ما يسمى بالعمل؛ وإذا لم يتبعه القضاة في ذلك لم ينشأ العمل، وبقي الحكم حكما فرديًا لا أقل ولا أكثر"[4]، فالمعول عليه في هذا الباب هو الاستمرار والتتابع القضائي والإفتائي.

ولا بد أن يكون النَّاظر من أهل الاجتهاد والفتوى، "إذا لم يكن في نفسه أهلًا للفتوى فإنما ذلك من أجل أنه لم يبلغ درجة التحقيق بقياس الفروع على الأصول، فمثيل هذا القاضي فيما يمّر به من نوازل الأحكام التي لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه،

---

(1) أبو عبد الله، محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد المري، الأندلسي، الإلبيري، شيخ قرطبة، من كبار المحدثين والفقهاء الراسخين في العلم، وتوفي في ربيع الآخر سنة تسع وتسعين وثلاث مائة، ينظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي عياض، 183/7 – 184.

(2) البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن التُّسُولي، 41/1.

(3) ما جرى به العمل نموذج من تراثنا القضائي: للمدغري، ص: 26.

(4) المصدر السابق نفسه.

فقد بانت له صحته ألاّ يقضي فيها إلاّ بفتوى من يسوغ له الاجتهاد، ويعرف وجه القياس إن وجده في بلده، وإلاّ طلبه في غير بلده"[1]، فليس له اختيار فهو أصل ملزم بمتابعة غيره.

ويعدُّ بخلاف من يمتلك ناصية الأدلة ويخضها للترجيح، "فإذا رجح بعض المتأخرين المتأهلين للترجيح قولًا مقابلًا للمشهور لموجب رجحانه عندهم، وأجروا به العمل في الحكم، تعين على المقلد اتباعهم، فيقدم مقابل المشهور لرجحانه على المشهور بموجبه لا بمجرد الهوى"[2]، فهو داخل في إطار العمل بموجب الترجيح، "والبحث فيه عمل بالراجح... وأنه لا ينافي ما انعقد عليه الإجماع من مطلوبيَّة العمل بالراجح، بل هو جزئي من جزئياتة"[3].

فاقتضى الاسهام الوظيفي لمنهاج الترجيح؛ العمل بالضعيف المستمر والمستقر الذي تقوَّى بالمصلحة المعتبرة شرعًا، وبثبوتيَّة موجب الجريان، واستقرار العرف به في البلدان وعند فساد الأزمان، وحتى يعتبر؛ كان لا بد أن يبلغ هذه الدرجة العالية من الوثوقيَّة والاعتبار.

ثالثًا: أثر ما جرى به العمل في تغيُّر الأحكام

لمَّا اختص ما جرى به العمل بالمسائل المختلف فيها التي لم يرد بشأنها دليل قطعي، وارتبط بالعرف المحلي وأنيط بالمصلحة والضرورة؛ كان اعتباره باقيًا ببقائها ومنتفيًا بانتفائها، فيستمد مشروعيَّته من العرف والظروف والأحول.

لمَّا كان من بواعث إعمال أصل ما جرى به العمل؛ باعث اجتماعي، "يتمثل في قلة الورع، أو سيادة عرف، أو وجود ضرورة، أو إصلاح قضية اجتماعية، اعتبارًا منهم أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"[4] عدَّ هذا المبدأ مبدأ إصلاحيًّا تصحيحيًّا، وليس تأسيسيًّا.

فيكون مبدأ ما جرى به العمل أساسًا تصحيحيًّا، من حيث كونه علاجًا تشريعيًّا، اقتضته الأحوال الاستثنائية الحاصلة في بلدة أو مجتمع ما، جاء لإعطاء الحلول للنوازل المعروضة، ولتنزيل أحكام الشريعة على المكلفين، وفق أحوالهم، ورعيًا لاستعداداتهم بسبب

(1) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 35/10.

(2) نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلامة خليل: العلامة أبي العباس الهلالي الفلالي، 135/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغيُّر الفتوى في المدرسة المالكية بالغرب الإسلامي: لعبدالفتاح الزنيفي، من منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ- 2010م، ص: 1216.

فساد وتبدُّل الزمان، قصد الإصلاح، والتخفيف عن الناس[1]، وهذا صراط مستقيم درجت عليه الشريعة في معالجة أحوال المكلفين.

وأما ما يلحق الأحكام من تغيُّر جرَّى إعماله إنما هو للمحافظة على الأصل لا للخروج عنه، وذلك "وأنَّ تغيُّر الأحكام عند تغيُّر الأسباب ليس خروجًا عن المشهور، بل فيه جريٌ على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعا"[2]، وإذا لم تساير الأحكام أسبابها، وأهمل ما جرى به العمل فإنَّ المفاسد لا محالة واقعة ومتوقعة.

وقد استدعت قواعد الترجيح اعتباره راجحا؛ متى ما تحققت أسبابه، واستمرت دواعي إعماله، ذلك "إنَّ الفقهاء المتقدمين لمَّا قرروا تشهير قول لاحظوا أنَّ ذلك القول في ذلك الزمن هو الذي كان يحقق مصالح العباد"[3]، ويرفع الحرج عن المكلفين، فأجروه في فتواهم وقضائهم، واعتبروه منهاجا سديدا في تصحيح واقعهم، "فلما جاء الفقهاء المتأخرون وجدوا أن ذلك المشهور لم يعد في بعض الأزمان وفي بعض الأمكنة يحقق ذلك الغرض"[4]، فاضطروا إلى الخروج عن المشهور استثناءً، وإعمال الضعيف والشاذ في النوازل والمستجدات، والرجوع إلى السوابق القضائية في العمل القضائي. وجاء مثله في البحر الرائق شرح كنز الدقائق كما عند الحنفية: في مسألة وقوع الطلاق المُنَجَّزِ "وَصَحَّحَهُ جَمْعٌ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ فِي الدِّيَارِ الْمِصْرِيَّةِ، وَالشَّامِيَّةِ وَهُوَ الْقَوِيُّ فِي الدَّلِيلِ"[5].

وفي مسألة القضاء بالنفقة على الغائب: "والحاصل أَنَّ القاضي إذا لم يعلم النِّكاح، فليس له فَرْضُ النَّفَقَةِ على الغائب، ولو أقامت المرأة البيِّنة على ظاهر الرواية، لكن لو سمع البيِّنة وفرضها وأمرها بِالِاسْتِدَانَةِ جاز ونفذ، كما هو قول زُفَر وأبي يوسف وعليه العمل، وهي من إحدى المسائل السِّتِّ التي يفتى فيها بقول زُفر لحاجة النَّاسِ، وفي فتح القدير ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف، فَقَوِيَ عمل القضاة لحاجة النَّاسِ إلى ذلك"[6].

---

(1) المصدر السابق، 1217.

(2) المصدر السابق، 1216.

(3) نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي: للعسري، 69/1.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 294/3.

(6) المصدر السابق، 214/4 – 215.

وقال ابن الصلاح: "لمَّا ذَكَرَ القول بعدم استحباب قراءة السورة بعد الركعتين الأوليين، وهو القول القديم ذكر: أن عليه العمل، وفي هذا إشعار بأنَّ عليه الفتوى"[1]، فهذا يساير المنهاج الفقهي العام في هذا الباب، ويوافق إلى حد كبير ما جرى به العمل عند المالكيَّة.

فتتغيَّر الأحكام بحسب الحاجة إلى إعمال هذا الدليل، وذلك بتغيُّر مقتضيات الزمان والمكان، وهذا له علاقة شديدة بالعرف المحلي، كما جاء في تبصرة الحكَّام: "وهذا الباب عند الْمُحَقِّقِينَ تابع للعرف، فربَّ متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر أَنَّه للنِّساء، ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنِّسبة إلى قوم، ومن متاع الرجال إلى قوم آخرين، ... فلو قال عالم: الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا لم يعم ذلك سائر البلاد، بل يختص به ذلك الموضع الذي جرى فيه ذلك، ... وأمَّا غير ذلك مِنْ المسائل التي يذكرون ما جرى به العمل فيها للعرف الَّذِي اقتضته المصلحة في حَقِّ الْعَامَّة وَتَغَيُّرِ العوائد، وذلك أَمْرٌ عامٌّ، فإنَّه مِمَّا يُرَجَّحُ به ذلك القول المعمول به، ولا ينبغي أَنْ يختلف في هذا، وظاهر النُّصوص تشهد بذلك"[2]، فإذا اختلفت الأعراف فليس ما جرى به العمل في بلد ما؛ حجة على غيره من البلدان، ولا راجحًا على ما هو في بلد آخر، لاختلاف العرف، وتغيُّر المصالح.

ويعتبر هذا منهاج عام، فمتى خرج الدليل عن غرض الشريعة؛ وأفرغ من القصد الشرعي عند التنزيل، وجب إعمال دليل آخر يرتضيه الشارع، ويقتضيه الواقع، ومثله وجوب الرجوع إلى الراجح والمشهور عند تخلُّف الأسباب، وارتفاع الواقع الذي أعمل فيه أصل ما جرى به العمل أو تبدُّله، وأرى أن ينظر إلى الترجيح بمبدأ ما جرى به العمل من منظارين:

الأول: الترجيح باعتباره آليَّة لتحقيق تراتبيَّة النصوص من حيث القوة والضعف.

الثاني: الترجيح باعتباره منهاج تنزيلي، واسهاماته الوظيفيَّة في إثبات تقدميَّة الإعمال وأحقيَّة العمل الذي يقتضي اعتبار المشهور أولى من الراجح، والضعيف من القوي الصحيح عند جريان العمل به وحصول مسيس الحاجة إليه.

---

(1) أدب المفتي والمستفتي: لأبي عمرو، عثمان بن عبد الرحمن، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: 643هـ)، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط/1، 1407هـ- 1986م، 129/1.

(2) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون، 55/1.

القسم الثاني:
دراسة تطبيقية لنظريَّة تغيُّر الأحكام في المعاملات الماليَّة المعاصرة

الباب الأول:
دراسة تطبيقية للعملات المشفرة والصكوك الإسلامية على نظرية تغيُّر الأحكام

الفصل الأول:
دراسة تطبيقية للعملات المشفرة
وفق نظرية تغيُّر الأحكام

تمهيد:

لما ظهرت نازلة العملات المشفرة استقبلتها الجهات الدينية والحكومات الإسلامية بالمنع، وكان مركزية الاستدلال على القول بالمنع هو اعتبار المآل الذي تؤطره مجموعة من الأدلة الكلية لدفع الضرر، والمبادئ الاحترازية من الوقوع في الغرر، ما يجعل مستند المنع يقوم على تغليب التحوط، واعتبار سدَّ الذريعة أولى من فتحها.

ومن أجل الوعي بتكنولوجيا الاتصالات المعاصرة والانفتاح الحضاري الواعي، حاولت أن أقف على مبدأي تحقيق المناط واعتبار المآل، لأصل إلى التوقف أو طرح الإشكال بدل القول بالإلزام وجوبًا أو منعًا، فبقيت في دائرة التوقف باعتبارها أولوية ملحة عند نزول النازلة وقبل اكتمال تصويرها وكشف مناطاتها وتكييفها والاستدلال عليها.

ولمَّا اشتد الخلاف حول التعامل بالعملات المشفرة رأيت أن أضع الحكم في إشكالية كبرى تتلخص في سؤال: هل يمكن أن نرتقي بالحكم التكليفي للعملات المشفرة إلى التوقف والاستشكال بدل القول بمنع التعامل بها خاصة في باب التبرعات؟

ويتفرع هذا الإشكال إلى عدة تساؤلات جزئية هي:

هل الاعتراف الحكومي شرط في صك العملة؟ وإذا كانت الجهالة المؤدية إلى الغرر علة معتبرة في المنع من التعامل والتعاقد، وهي حالة تلحق الشيء الموجود في الخارج والواقع والمدرك بالحواس، فهل تلحق المعدوم الذي ليس له وجود فيزيائي أصلا؟

إذا كانت تجتمع مخاطر التداول بالعملات المشفرة في عقود المعاوضات، فهل يمكن اعتبارها في عقود التبرعات؟

إلى أي حدٍ يمكن في زمننا هذا الاستفادة من العملات المشفرة في تجاوز أزمة الدفع المباشر، وما ينتج عنه من انتشار الأوبئة والأمراض المعدية التي تنتقل بالاحتكاك والتلامس بين الأطراف المتعاقدة، بحيث يمكن من خلال التعامل بالعملات المشفرة التعاطي مع الحجر الصحي المنزلي، والإجراءات الصارمة التي وضعتها الدول لحفظ أمنها، وسلامة مواطنيها، وذلك نظرًا لكون العملات الفيزيائية سببت حرجا على المكلفين وعلى الوافدين من بلدان أخرى، لذلك جاءت الإجابة على هذا الإشكال مرتبة في مبحثين:

المبحث الأول: العملات المشفرة بين تحقيق المناط والتكييف الفقهي

يأتي الحديث عن العملات المشفرة من منطلق التطور التقني والتكنولوجي لوسائل الاتصال، الذي كل يوم يفاجئ العقل البشري بشيء جديد، فقد شهدنا الحديث عن العملات الإلكترونية وتطورها وسبل استحداث أنواع منها لنصل إلى ما يسمى اليوم بالعملات المشفرة والتي توحي بالسريَّة التامة، وما تحتويه من مخاطر شديدة، وقد اختلفت وجهات النظر في هذه العملات وتقيّمها إلى فريقين: فريق يرى أنها العالم الجديد للعملات التي تتحدى الزمن والتطور التكنولوجي معًا، وفريق يرى أنها فقاعة اقتصادية عالمية كبيرة سرعان ما تنفجر وتدمر من حولها.

وسأقف في عجالة مع تأريخ صدورها ومخاطرها، وإطارها القانوني والاقتصادي، ومدى أحقيَّة الدولة في الإصدار الحكومي للعملة، ثم أعرِّج بالبحث على الجانب الشرعي من حيث التعليل والتنويط، وبيان التكييف الفقهي، والتطبيق العملي في نظام المعاملات المالية.

ولمَّا كان البحث الشرعي يتسم بتصوير المسائل أولًا –قبل الحكم عليها– رأيت أن أقف على الماهية قبل الولوج في التفاصيل، والإشكالات في الواقع والمتوقع.

المطلب الأول: العملات المشفرة وتحقيق مناطها

يستلزم تحقيق المناط دراسة الأوصاف المؤثرة ومعرفة مدى إثبات كونها علة صالحة لبناء الحكم الشرعي عليها، وبيان الأوصاف المعتبرةَ في النقود والعملات، ويمتنع اعتبار عملة من العملات في المنظومة المالية إلا بتحقق مجموعة من الأوصاف كتحقق الرواج، وأن تكون جنسًا للأثمان الغالبة وقيمةً للأشياء والسلع، مع إمكانية كنزها والاحتفاظ بها باعتبارها ثروة، بالإضافة إلى امكانية التعامل بها بيسر وسهولة بين عموم الناس.

فلا يمكن اعتبار العملات وسيطا ماليا في تعاملات الناس ومعاشهم وإشباع حاجاتهم إذا انعدم أو اختل وصف من أوصافها.

الفرع الأول: تأريخ العقود الذكيَّة

اقترحت العقود الذكية لأول مرة في عام 1994م من قبل (نيك زابو Nick Szabo)، عالم الكمبيوتر الأمريكي الذي اخترع عملة افتراضية تسمى (Bit Gold) في عام 1998م،

قبل 10 أعوام كاملة من اختراع البتكوين[1]، وقد عرّف العقود الذكية بأنها بروتوكولات المعاملات المُحَوْسَبة التي تنفذ شروط العقد[2].

وعرف مجمع الفقه الإسلامي العقود الذكية: بأنها عقد بين طرفين ينفذ تلقائيًا يقوم على فكرة الند للند (Peer to peer) بدون وسيط من خلال شبكة توزيع لا مركزية تسمى سلسة الكتل (Block chain) ويتم بالعملات المرمَّزة المشفرة مثل البتكوين وغيرها[3]، فهي الأداة التي يتم من خلالها التعاقد بينما العملات المشفرة هي الوسيط، أو محل التعاقد، فهذه العقود تشكل قوة لتنفيذ التعليمات البرمجية على سلسلة الكتل.

يعتبر العقد الذكي عقدًا منفذًا ذاتيًا، حيث تتم كتابة شروط الاتفاق بين المشتري والبائع مباشرةً في أسطر من التعليمات البرمجية، توجد الشفرة والاتفاقيات الواردة فيها عبر شبكة سلسلة الكتل موزعة لا مركزية، يتحكم القانون في التنفيذ، والمعاملات قابلة للتتبع، ولا رجعة فيها[4].

وتسمح العقود الذكية بتنفيذ المعاملات والاتفاقيات الموثوقة بين الأطراف المتباينة والمجهولة دون الحاجة إلى سلطة مركزية، أو نظام قانوني أو آلية إنفاذ خارجية[5].

ليست العقود الذكية في حقيقتها عقودا بالمعنى المعهود للعقود، ولكنها شروط جديدة تتضمن اتفاقًا بين الأطراف المتعاقدة على الالتزام بها من أجل تسهيل وتبسيط تنفيذ وإتمام العقود، والمعاملات والبياعات التي يقدمون عليها، وجملة ذلك أن العقود الذكية ما هي إلا اتفاقيَّات بين الأطراف المتعاقدة من أجل تسهيل تنفيذ العقد، ما يعني أنها ليست عقودًا إلا

---

(1) ينظر: العقود الذكية JAKE FRANKENFIELD https://www.investopedia.com/terms/s/smart-contracts.asp تحديث: 2019/10/8م، 10:43:00.

(2) ينظر المرجع السابق نفسه.

(3) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي: بشأن العقود الذكية (SMART CONTRACTS) وكيفية تفعيلها والإقالة منها "دراسة العقود الذكية ومدى ارتباطها بموضوع العملة الرقمية"، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، خلال الفترة من: 07- 09 ربيع أول 1441هـ، الموافق: 04 – 06 /2019/11م، قرار رقم : 230، (24/1).

(4) ينظر: العقود الذكية JAKE FRANKENFIELD https://www.investopedia.com/terms/s/smart-contracts.asp تحديث: 2019/10/8، 10:43:00.

(5) ينظر: المرجع السابق نفسه.

بالمعني العام للعقد[1]، فهي جملة من الشروط المستحدثة في المعاملة التي يتغيا الأطراف المتعاقدة من إضافتها على الشروط التقليدية القارَّة للعقود، وذلك صيانة لها، وحمايتها مما يؤثر فيها، ويضرُّ بالأطراف، كالخطأ والغش والتزوير، مع ضمان حسن إنجازها وتمامها بصورة ناجحة وسريعة بتكاليف مخفضة[2].

كما يعرَّف العقد الذكي بأنه بروتوكول خاص يهدف إلى المساهمة أو التحقق أو تنفيذ التفاوض أو أداء العقد، وعلى وجه التحديد، فإن العقود الذكية هي السبب وراء وصف سلسلة الكتل على أنها لا مركزية، حيث إنها تسمح لنا بإجراء معاملات قابلة للتتبع لا رجعة فيها وآمنة دون الحاجة إلى طرف ثالث، فهو بمثابة عقد رقمي لن يعمل ما لم يتم استيفاء متطلبات التنفيذ[3].

تحتوي العقود الذكية على جميع المعلومات المتعلقة بالمعاملة، ولا تتم إلا مع الإجراءات الناتجة بمجرد استيفاء المتطلبات، وما يميز العقود الذكية عن العقود الورقية التقليدية هو أن العقود الذكية يتم إنشاؤها بواسطة الكمبيوتر، ومن ثمَّ فهي في الواقع رمز أو شفرة إن صح التعبير، تذكُر التزامات الأطراف المعنية، في الواقع، والأطراف المشاركة في عقد ذكي عادةً ما يكونون غرباء على الإنترنت ملتزمين باتفاق ملزم رقميًا[4].

وبما أن العقود الذكية تعتبر مجموعة شروط لتنفيذ العقود الأخرى، فإن تنزيلها في الواقع لا يتم إلا من خلال الحديث عن عنصرين أساسين: العملة المشفرة وسلسلة الكتل، وعليه سيكون محور الحديث في الفرع الآتي.

---

(1) العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات: رؤية تحليلية: د. قطب مصطفى سانو، كتاب بحوث مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 2019م، الدورة الرابعة والعشرون، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي– الإمارات العربية المتحدة– ص: 16.

(2) المرجع السابق: ص: 17.

(3) العقود الذكية ماهي؟ وكيف تعمل؟: محمد سلمون، https://arabfolio.com تحديث: 2018/8/31، 02:34:19

(4) المرجع السابق نفسه.

الفرع الثاني: ماهية العملات المشفرة وتعدينها

يشمل الحديث في هذا الفرع التعريف البسيط والمركب للعملات المشفرة والمصطلحات ذات الصلة.

أولًا: تعريف العملات

جاء هذا المحور لبيان تعريف العملة والنقود وحال وصفها بالإلكترونيَّة أو المشفرة وذلك على النحو الآتي:

- تعريف العُمْلة لغة واصطلاحًا:

العملة لغة: تطلق العملة والعمالة في الاستعمال اللغوي على شيء واحد، فيقال: "العُمْلة والعُمَالة: أَجْر الْعَمَل"[1]، وهي مأخوذة من "أُجْرَة الْعَامِل، وأعطِه عملته، أَي أجر عمله"[2]، وجمعها عُمُلات وعُمْلات[3]، يدل هذا على أن المعنى اللغوي عام لكل ما قابل عمل عامل من الأجر، وأخص من ذلك النقود.

العملة اصطلاحا: "ما يُعْطَاه الأجيرُ أُجْرَة عَمَلِه"[4]، فلم يخرج التعريف الاصطلاحي للعملة عن اللغوي.

- تعريف النقود لغة واصطلاحًا:

النقود لغة من النَّقْد، وهو: "تمييز الدراهم وإعطاؤكها إنسانًا وأخذها"[5]، ويطلق على الناض يقال النَّاض من المال: النَّقْد"[6]، وذلك من باب القياس.

قال ابن فارس: "النُّونُ وَالْقَافُ وَالدَّالُ أَصْلٌ صَحِيحٌ يَدُلُّ عَلَى إِبْرَازِ شَيْءٍ وَبُرُوزِهِ... وَمِنَ الْبَابِ: نَقْدُ الدِّرْهَمِ، وَذَلِكَ أَنْ يُكْشَفَ عَنْ حَالِهِ فِي جَوْدَتِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَدِرْهَمٌ نَقْدٌ: وَازِنٌ جَيِّدٌ،

---

(1) تهذيب اللغة: لأبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، (المتوفى: 370هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي– بيروت، ط/1، 2001م، باب: العين واللام مع الميم، نقله عن اللحياني، 256/2.

(2) المخصص: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي– بيروت، ط/1، 1417هـ 1996م، ج/3، باب: الْعَمَل والصناعات.

(3) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، حرف: العين، مادة: ع م ل، رقم: 3456.

(4) معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1408هـ– 1988م، ص: 322.

(5) كتاب العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف: القاف، باب: القاف والدال والنون.

(6) الجيم: لأبي عمرو إسحاق بن مرّار الشيباني بالولاء (المتوفى: 206هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، 1394هـ– 1974م، باب: النون.

كَأَنَّهُ قَدْ كُشِفَ عَنْ حَالِهِ فَعُلِمَ"[1]، وبروز النقد؛ استعمال مجرد للمعني اللُّغوي يدل على حال النقود وإبرازها، لقصد حصول العلم بها، بعد فحص وكشف بحيث لا تخفى، وهذا المعني يدل عن أن وحدات التبادل في النظام المالي يجب أن تكون واضحة معلومة لدى الجميع.

ويقصد بالنقد، جمع نُقُود: وهو عملة الدَّولةِ من الذَّهبِ أو الفضَّةِ، أو غيرهما من المعادن النفيسة، أو الورق[2]، وما اتخذته الدولة واصطلحت على اعتباره وسيلة للتبادل.

-**النقد في الاصطلاح:** هو عبارة عن الذهب والفضة[3]، سواء كانا مسكوكين أم لم يكونا كذلك[4]، ويستعمل الفقهاء مصطلح النقد استعمالًا آخر، فالمقصود بالنقد عند الفقهاء أنه "خلاف النسيئة، وإنهم ليطلقونه بمعنى الإقباض والتسليم، إذا كان الشيء المعطى نقودًا"[5]، أي يربطه بعنصر الزمن فالنقد يكون حالا، وإلا فمؤجلا.

- **تعريف الإلكترونية:** أما تعريف الإلكترونية: مأخوذ من "إلِكْترون [وهو] مفرد: يجمع على إلكترونات: جزء من الذَّرة دقيق جدًّا ذو شحنة كهربائيّة سالبة"[6]، وهو مصطلح فيزيائي يدخل في حل إشكالات علميَّة معقدة ودقيقة، بسرعة عالية جدا.

والمشفرة: من "شفَّرَ يشفِّر تشفيرًا، فهو مُشفِّر، والمفعول مُشفَّر، وشفَّر الرِّسالةَ: كتبها بالرّموز [وهو] اسم مشفَّر: اسم موقَّع يُخفي هويَّة أو وجود شخص أو شيء"[7]، ومن استعمالاته برنامج محاسبي وحاسوبي و"نظام رموز يُسهِّل الاتِّصال بين الإنسان والآلة"[8].

وأما التعريف الاصطلاحي فلم أجد تعريفًا يحدد المعني فيما أعلم، ولكن يمكنني تعريفه بأنه: نظام برمجي يتوصل به إلى مقصود ويعبر عنه بالرموز.

---

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب النون، باب: النون والقاف وما يثلثهما، مادة: نقد.

(2) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، وفريق عمل، مادة: ن ق د، رقم: 5203.

(3) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة: 130.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية: لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط/2، 1427هـ، 37/36.

(5) معجم المصطلحات الماليَّة والاقتصاديَّة في لغة الفقهاء: أ. د نزيه حماد، دار القلم، دمشق- سوريا، ط/1، 1429هـ-2008م، حرف: ن، نقد، ص: 461.

(6) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، حرف: أ، مادة: أ ل ك ت ر و ن، رقم: 242.

(7) المصدر السابق، حرف: ش، مادة: ش ف ر، رقم: 2848.

(8) المصدر السابق نفسه.

وأقصد بـ"نظام برمجي" أي تقني يخضع بشكل كامل للتكنولوجيا والبرمجيات، و"المقصود" أي له غرض من الأغراض قد يكون أمنيًا أو اقتصاديًا أو محاسبيًا، ويعبر عنه بالرموز، أو هي لغة البرمجة وقد يعبر عنها بالحروف والأرقام.

– **مصطلحات ذات صلة:** هناك مصطلحات ذات صلة وخادمة للمصطلح الأصلي مثل:

–**مصطلح الافتراضيّ:** الافتراضيّ وهو "اسم منسوب إلى افتراض: ما يعتمد على الفرض أو النَّظرية بدلًا من التَّجربة أو الخبرة"[1]، يخضع لحاسة التخمين والتوقع واقتراح مقدمات للوصول إلى نتائج.

ومنه الواقع الافتراضيّ: أي "الواقع التّقريبيّ، محاكاة يولِّدها الحاسوب لمناظر ثلاثيّة الأبعاد لمحيط أو سلسلة من الأحداث تمكِّن النَّاظر الذي يستخدم جهازًا إلكترونيًّا خاصًّا من أن يراها على شاشة عرض ويتفاعل معها بطريقة تبدو فعليّة"[2]، يفهم من هذا أنه عبارة عن سلسلة من العمليات تبعث على التفاعل لمعالجة بيانات حاسوبية.

وافتراضيَّة: مصدر صناعيّ من افتراض: قضيّة أو فكرة يؤخذ بها في الاستدلال أو البرهنة على قضية أخرى[3].

–**مصطلح الرقميَّة:** والرقميَّة لغة حاسوبيَّة "لغة تُعدُّ خصِّيصًا طبقًا لقواعد معيَّنة لتستخدم في الحاسبات الإلكترونية كوسيلة للعمل بها"[4].

وقد عرضت هذه المصطلحات ظنا مني أنها مفيدة في تقريب العمليات التي يتم من خلالها معالجة بيانات شبيهة بعمليات التنقيب أو التعدين المتعارف عليها عن طريق تقنية سلسلة الكتل.

وقد تضاف إلى مصطلح الإلكترون أو التشفير أو الافتراض فيقال: العملات أو النقود الإلكترونيَّة، ويقال: العملات أو النقود المشفرة، ويقال: العملات أو النقود الافتراضيَّة، فهي وحدة تبادل إلكترونيَّة رقمية مشفرة (cryptocurrencies)، مطلقة عن قيود السلطات والوساطات، تعتمد على الند للند.

---

(1) المصدر السابق، حرف: ف، مادة: ف ر ض، رقم: 3736.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) المصدر السابق، حرف: ر، مادة: ر ق م، رقم: 2170.

ثانيًا: التعريف المركب للعملات المشفرة

تعطيك العملات المشفرة تصويرا حقيقيًا لها على قدر التعمق في فهمها وممارستها والوقوف على وسائل استكشافها، ولهذا يؤخذ تعريفها من أهل الاختصاص.

فقد عرفوها بأنها "أصول رقمية مصممة للعمل كوسيلة للتبادل، تستخدم التشفير لتأمين معاملاتها، والتحكم في إنشاء وحدات إضافية، والتحقق من نقل الأصول والقيم بشكل غير نسخي، وهي في غالبها مبنية على تقنية ما تسمى البوكيشن"[1]، فهي وسيلة للتبادل، رقمية غير فيزيائية فليس لها أصل معدني ولا حسي، ومرمَّزة، أي عبارة عن رمز مكون من مجموعة أرقام وحروف، يأخذ شكل رسالة مشفرة، ليس لها وجود حسي ملموس، بل وجودها وجودها حكمي، وتستخدم الرموز والأرقام وسائل في التحوط والتأمين والتحكم في الانشطار إلى وحدات صغيرة، وتختلف عن البطاقات الإلكترونية من حيث إن نقل الأصول والقيم يتم بشكل غير نسخي. وتعتبر تقنية سلسلة الكتل وسيلتها الوحيدة في "الاكتشاف" أي التنقيب والتعدين ومضاعفة كمية تواجدها في السوق الاقتصادية.

كما تعرَّف بأنها "عملات رقميَّة يتم التحكم بها سرًا، وتطبيق التشفير لضمان أمنها، ولا تدعم أي سلطة مركزيَّة العملات المشفرة، وليس لديها أي علاقة ثابتة بالعملات الموجودة حاليًا، ويعمل غالبيتها عبر أنظمة دفاتر حسابات موزعة يتم تسجيل المعاملات بها، والتحقق منها من خلال شبكة من العُقَد، ويعني هذا أنه يمكن البحث عن المعاملات السابقة للتحقق من أنه يمكن للمالك الحقيقي فقط استخدام العملات الرمزيَّة في أي وقت، ويمكن لمالكي العملات الرمزيَّة استخدام مفاتيح شخصيَّة لمباشرة المعاملات"[2].

وعرفت العملات المشفرة بأنها "أنماط متباينة من العملات الرقمية تعتمد على الشفير وتعتبر من الأصول المؤمنة تجاه الاختراق وأصبحت واقعا تستخدم كوسيلة لتبادل

(1) Vejacka, Martin, Basic concepts about virtual currencies, Journal of Economy, Business and finance, 2017, pp 1-2.

(2) العملة الرقميَّة ومستقبل المعاملات: كاثرين ستيوارت (Katherine Stewart) وساليل جوناشيكار (Salil Gunashekar) وكاتريونا مانفيل (Catriona Manville) مؤسسة: RAND Europe 2017م، ص: 2.

والتداول"[1]، ما يعني أن عملية الحماية من الاختراق في تزايد مع تقدم الزمن وزيادة قوة التشفير.

كما يتم إنتاج العملات الإلكترونيَّة بواسطة تقنية التعدين، وسلسلة الكتل من طرف مجتمع المعدنين المتخصصين في مجال البرمجة.

وقد ظهرت مجموعة من العملات المشفرة، كعملة الإثر، وهي عملة مقيدة بمنصة سلسلة كتل عملة الإيثريوم، وعملة داش، وهي عملة مشفرة لا تتحكم بها أي سلطة مركزيَّة، ويتحكم بها فقط من خلال صوت المالكين لعُقَد التشغيل الرئيسة، وعملة الدوج كوين، وأهم هذه العملات وأكثرها انتشارا البتكوين (Bitcoin) حيث تتراوح عمليَّات تداولها مقارنة بالعملات الأخرى بين (150,000 و 350,000) معاملة تجرى على أساس يومي في عام 2016م[2]، وذلك لما تتسم به من مميزات لا تجتمع لغيرها من العملات المشفرة ووسائل الدفع الإلكترونية، بعدم وجود وسيط ضامن لها ينظم عمليات التبادل، وعدم ارتباطها بأي عملة محليَّة أو نقد حكومي[3].

وسأعرض في هذه الدراسة عملة البتكوين انطلاقًا من إشكالات مفادها، ما هو البتكوين أهو نقدٌ أم حقٌ مالي؟ وهل هو عين أو منفعة؟ وما هو تكييفه الفقهي؟ وذلك على النحو الآتي:

ثالثًا: نماذج من العملات المشفرة

اخترت البتكوين لأن تكون نموذج لدراسة العملات المشفرة نظرا لشهرتها وتحقيقها أعلى مستوى من الرواج بين أخواتها.

- **تعريف البتكوين:** هو عبارة عن "وحدات رقميَّة مشفرة، ليس لها طبيعة ماديَّة، أو حسيَّة، وليس لها قيمة أو منفعة ذاتيَّة، ولكن بما ثبت لها في الواقع من منفعة تبادليَّةٍ ورواجٍ نسبيٍّ في العديد من البلدان تعدُّ مالًا متقومًا"[4].

---

(1) التقنية المالية ومستقبل الصناعة المالية الإسلامية: د. علي السرطاوي، بحث مقدم لمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي AAOIFI) الثامن عشر، البحرين، 26-2020/10/27م، ص: 7.

(2) العملة الرقميَّة ومستقبل المعاملات: كاثرين ستيوارت (Katherine Stewart) وآخرون، ص: 3-2، بتصرف.

(3) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين، الرقم: (2018/1)، بتأريخ: 2018/01/11م، أعده للنشر أ. د عبدالباري مشعل، ص: 9.

(4) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 9.

يستفاد من هذا التعريف أن البتكوين يستمد ماليته من العرف الخاص الذي جعله ثمنا للسلع، ويكتسب رواجه النسبي من محيطه الالكتروني الذي يروج فيه، كذلك هو من ناحية أخرى له طبيعة مالية، فهو مال متقوم.

ويعرف بأنه "عملة مشفرة تم طرحها في أعقاب الأزمة المالية عام 2008م، وسيلة لتجنب رقابة الحكومات والبنوك المركزية"[1]، وهذا التعريف يشير إلى تأريخ ظهور البتكوين، كما يثير شكوكا وريبة حول أصل اختراعه ومقصد خروجه إلى حيز الوجود، ثم تأريخ طرحه على الجمهور أعقاب الأزمة الاقتصادية، يستدعي التوقف كثيرًا، كما يحيل على مجموعة من المبادئ الاقتصاديَّة منها أهميَّة الشيوع والانتشار في تعزيز القيمة الاسميَّة لعملة البتكوين، وأن منفعته إضافيَّة وليست ذاتيَّة.

كما نلاحظ أن وصف البتكوين بهذا الوصف؛ تجعله يتفق مع النقود الائتمانيَّة المعاصرة كالدولار الإمريكي واليورو من حيث إن كلا منهم لا تضمن الحكومات استبداله بالذهب، أو أي سلعة أخرى، ومن جانب آخر يختلف عن النقود المعدنيَّة، أو النقود الورقيَّة النائبة، أو الفلوس لأن هذه الأنواع لها قيمة ذاتية[2]، وهذا التشابه يؤثر على علة منع التعامل بعملة البتكوين، ولبيان الماهية أكثر؛ لابد من عرض المسيرة التأريخية الموجزة لهذه العملة.

رابعًا: تأريخ العملات المشفرة

بحسب ما ورد عن المتابعين وما تم تدوينه بين أهل الاختصاص يتبين لنا مستوى الانطلاق السريع والهبوط الحاد لعملة البتكوين، في مراحل تأريخية متقاربة والذي يشكل عام 2007م بداية لنقطة الظهور "حينما بدأ رجل مجهول سمى نفسه ساتوشي ناكاموتو (Satoshi Nakamoto) يقال أنه يعيش في اليابان، حيث قام بعمل آلية العملة الإلكترونيَّة الأولى المسماة بتكوين بينما أشارت توقعات إلى أن هذا الاسم يطلق على فريق عمل، وليس على شخص واحد، وفي عام 2008م تم تسجيل الموقع الرسمي الخاص بهذه العملة (bitcoin.org) وقام ناكاموتو بنشر ورقة عمل بعنوان: البتكوين: نظام دفع إلكترونيَّ الند

(1) سعر البتكوين يفقد 25% في يومٍ واحد، الحكومات تحاصرها وأصحابها يتخلصون منها، أسواق واشنطن، شريف عثمان، www.alaraby.co.uk/البيتكوين-تفقد-25-من-قيمتها-في-يومٍ-واحد تحديث: 2018/1/18م، 8:08:00.

(2) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين، الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 9.

بالند (Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System) في موقع خاص بالتشفير الالكتروني بيَّن فيها طريقة عمل عملة بتكوين وحمايتها من التزييف والإنفاق المزدوج"[1].

وقام ناكاموتو في عام 2009م بإنتاج أول عملة بتكوين بطريقة التعدين التي ينال بها المعدِّن خمسين عملة بتكوين، وفي نفس العام أيضًا تمت أول عملية تحويل عملات بتكوين من "الندّ للندّ" باستخدام مفاتيح التشفير المرتبطة بكتل عملة بتكوين نفسها التي أرسلها ناكاموتو لمطور آخر –وهو هال فين– في أول تعامل بالبتكوين في العام 2009م[2]، وفي العام نفسه قامت شبكة (new liberty) بتقدير قيمة عملة البتكوين مقابل الدولار الأمريكي بواقع: (1دولار أمريكي = 1309.03 بتكوين)، احتسابًا بقيمة الطاقة الكهربائية التي تستخدمها الكمبيوترات للعمليات الحسابيَّة التي تنتج هذا العدد من عملة البتكوين.

وفي عام 2010م تم إنشاء سوق إلكترونيَّة لصرف عملة البتكوين مقابل العملات العالميَّة، كما تم في العام نفسه شراء أول سلعة بالبتكوين، وهي عبارة عن قطعة بيتزا مقابل 10 ألف بتكوين، وتوالت التعاملات في العام نفسه حتى وصلت القيمة السوقيَّة للعملة ما يعادل مليون دولار أمريكي، وما يعادل مليار دولار في العام 2013م.

وقام الاتحاد الأوروبي في عام 2012م بالموافقة على منح رخصة بنك لأول مؤسسة صرف أوروبية لعملة البتكوين، وأصدر القضاء في ولاية تكساس الأمريكيَّة عام 2013م حكما باعتبار البتكوين شكلًا من أشكال المال الذي يمكن استخدامه والاستثمار فيه، كما اعترفت وزارة الماليَّة الألمانيَّة في العام نفسه بعملة البتكوين، واعتبرتها نوعا من أنواع المال الخاص، وفرضت الضرائب على حيازتها، وتم إنشاء أول جهاز صراف في ولاية سانديغو الأمريكيَّة لشراء عملة البتكوين وكذلك صرفها للدولار، مع ما أصاب العملة من تدخلات رسميَّة بإغلاق مواقع البتكوين ومحاكمة أصحابها بأسباب مختلفة إلا أن تحويلات العملة

---

(1) Satoshi Nakamot : Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System على الموقع الرسمي لعملة البتكوين: https://bitcoin.org/bitcoin تحديث: 2018/1/1، 02:29:11.

(2) الأسترالي رايت يؤكد أنه مخترع عملة بِتْكُويْن: موقع الجزيرة: http://www.aljazeera.net/news/scienceandtechnology/ تحديث: 2016/3/5م، 12:30:00 بتصرف.

بلغت قيمًا عالية تفوق التحولات التي تتم عن طريق شركات تحويل الأموال العالميَّة، مثل: ويسترن يونيون (Western Union) في 19 نوفمبر 2013م[1]، ولا تزال عملة التداول مستمرة[2].

وقد توالت مجموعة من الأحداث الخاصة بانتشار عملة البتكوين، ففي 6 ديسمبر 2012م أصبحت بتكوين سنترال (Bitcoin Central) أول مؤسسة صرف للبتكوين تعطى رخصة بنك أوروبي وفقًا للقوانين والنظم في الإتحاد الأوروبي، وتم إنشاء أول صراف آلي (ATM) في 2 مايو 2013م، في العالم، وقد اتخذ من البتكوين عملة للتعامل بها مع الزبناء في سان دييفو كاليفورنيا، وأستولت وزارة الأمن الداخلي الأمريكيَّة في 14 مايو على أكثر من 2.9 مليون دولار من حساب إحدى الشركات بتهمة عدم تسجيله باسم مشروع تحويل أموال، وأصدر القاضي (آموس مازانت) في 6 أغسطس حكما يقر بموجبه أن البتكوين عملة وشكل من أشكال المال، وانخفض سعر البتكوين من 139 دولار إلى 109.71 دولارا خلال ثلاث ساعات من إغلاق متجر طريق الحرير (Silk Road) لتجارة المخدرات وذلك يوم 2 أكتوبر، وبلغ سعر صرف البتكوين 503.10 دولارًا أمريكيًا يوم 17 نوفمبر، ثم وصل في 19 نوفمبر إلى 1242 دولارًا أمريكيًا وذلك في اليوم الثاني لانعقاد جلسة مجلس الشيوخ الأمريكي بعنوان ما بعد طريق الحرير حول المخاطر والتهديدات والفوائد المحتملة من العملات الافتراضيَّة، وقام لص بتحويل أموال من محفظة لأخرى وسرقة 96000 بتكوين من موقع (Sheep Marketplace) لتجارة المخدرات وذلك في 2 ديسمبر، وفي 5 ديسمبر أوقف البنك المركزي الصيني التعاملات بعملة البتكوين مسببًا انخفاضًا في سعر صرفها 20% ليبلغ دون مستوى 1000 دولار[3].

وقد اعتقل المدير التنفيذي لشركة بيتلنستانت (BitInstant) المدعو تشارلي شريم في 26 يناير 2014م بتهمة غسيل أموال على صلة بموقع طريق الحرير، وفي مطلع فبراير

(1) أول عملة لامركزية في العالم تأريخ البتكوين: http://www.historyofbitcoin.org/ تحديث: 2018/3/15م، 20:15:38، وتأريخ البتكوين: موقع مرصد المستقبل، http://mostaqbal.ae/images تحديث: 2018/3/15م، 20:23:00.

(2) الأحكام الفقهية المتعلقة بالعملات الإلكترونيَّة (Bitcoin): أ. د عبدالله بن محمد بن عبدالوهاب العقيل، وحدة البحوث والدراسات العلمية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة –المملكة العربية السعوديَّة، 2018م، 21–13–14.

(3) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/bitcoin 2018/1/28م، 03:12:00.

أوقفت شركة (Mtgox) عمليات السحب بحجة الأخطاء التقنيَّة، وفي نهاية الشهر تقدمت بطلب الحماية من الإفلاس وسط تقارير تشير إلى سرقة 744000 بتكوين[1].

وأطلقت شركة (Coinbase) لصرف البتكوين في يناير 2015م أول خدمة صرافة منظمة في 25 ولاية أمريكية وبمخطط للتوسع لـ30 بلدًا في نهاية 2015م، وفي ديسمبر أشارت تحقيقات تمت بواسطة موقعي: وايرد، وغيزمودو (Wired and Gizmodo)، أن المدعو كريغ ستيفن ريت –وهو أكاديمي أسترالي يبلغ من العمر 45 عامًا– هو الشخصيَّة الحقيقية لناكاموتو، وقدم أدلة لهيئة الإذاعة البريطانية (بي بي سي) منها استخدام مفاتيح التشفير المرتبطة بكتل عملة بتكوين نفسها التي أرسلها لمطور آخر –وهو هال فين– في أول تعامل بالبتكوين في العام 2009م[2].

يتبين من خلال النظر في هذا السرد التأريخي لعملة البتكوين، وحجم الاضطراب المستمر والتقلب الشديد الذي تعانيه، فهي بين التضخم والانكماش في القيمة، ولم ترصد لها نقطة استقرار، مما يشكل خطرًا على المنظومة الاقتصاديَّة العالمية، وإذا ما أخذنا في التدقيق نجد أن العملات المشفرة وعلى رأسها البتكوين وجدت من هذه الاضطرابات بغيتها في الرواج الجزئي، فهي شديدة التأثر بالإشاعات والأخبار والمواقف السياسية، وإليك نماذج لحجم التقلب التأريخي لسعر البتكوين مقابل الدولار الأمريكي حسب الرسم البياني في الشكلين الآتيين:

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) تأريخ البتكوين: موقع مرصد المستقبل، http://mostaqbal.ae/images / تحديث: 2018/3/15م، 20:15:38، والأسترالي رايت يؤكد أنه مخترع عملة بِتْكُويْن: موقع الجزيرة، http://www.aljazeera.net/news/scienceandtechnology. / تحديث: 2016/3/5م، 12:30:00 بتصرف.



شكل بياني: (1) يبين مؤشر سعر البتكوين من 2013 – 2015م[1].



شكل بياني: (2) مؤشر سعر البتكوين مقابل الدولار لعام: 2020 [2].

(1) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/ar/faq#can-bitcoins-become-worthless 2018/1/1م 15:24:53.

(2) مخطط المواصفات للبتكوين مقابل الدولار الإمريكي: https://ar.tradingview.com/chart/?symbol=BITSTAMP%3ABTCUSD 2020/10/13م، 20:31:34.



شكل بياني: (3) يوضح مؤشر سعر البتكوين مقابل الدولار 19 يناير عام 2021م[1].

خامسًا: تصوير عملية التعدين (التنقيب) عن البتكوين:

لا تتصور عملية التعدين إلا بمعرفة الكيفية التي "يتم الحصول بها على عملية البتكوين من خلال التنقيب (mining)، مكافأةً عن كل عمليَّة تنقيب ناجحة، ويحصل ذلك كل عشر دقائق تقريبا، بحيث تصـــل وحدات بتكوين المولدة في اليوم الواحد إلى: 144وحدة، حتى نفاذ الكميَّة القصـوى المحددة لحجم إصـدار عملة البتكوين التي تبلغ واحد وعشـرين مليون وحدة بتكوين.

يمكن لأي شخص أو جهة أن تقوم بالتنقيب، غير أن تكوين مجموعات للمشاركة في التنقيب، يضعف فرص المنقبين الأفراد بالمقارنة بالمشتركين في تلك المجموعات، ومن ثمَّ لا يمكن الجزم بالقول بأن ناكاموتو يمتلك فعلا هذا العدد من البتكوين باعتراف الدراسة نفسها، ومن المقارنات التي أوردها التقرير المشار إليه أن أمريكا تحتفظ بثمانية ألف طن من الذهب من أصل مائة وسبعة وثمانين ألف طن من الذهب في العالم، أي بنسبة 4.3 % ولِذا فإن تملكها نسبة 5% من البتكوين قد يمنحها فرصة التحكم بسعر البتكوين[2].

(1) مخطط المواصـــفات للبتكوين مقابل الدولار الإمريكي: https://www.tradingview.com/x/GX5ehFAO/ تحديث: 2021/1/19م، 20:40:58.

(2) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 11-10-9.

كما لا يحتاج إجراء المعاملات بالبتكوين إلى أي جهة خاصة كوسيط أو رقيب أو ضامن، بل يمكن أن تتم المعاملات بشكل مباشر بين المتعاملين دون وسيط يقوم بالعمليَّة، وهذا قد يلغي قطاع البنوك كليًا من تحويل الأموال، مع التكاليف المرتفعة نسبيًّا للتنقيب سواء تلك المتعلقة بالأجهزة أم الطاقة التي تستهلكها؛ فإنَّ هذه التكاليف وكذلك الجهد المبذول في التنقيب لا يمنح عملة البتكوين قيمة ذاتيَّة خلافا لقيمتها التبادليَّة، كما هو الحال تمامًا في النقود الائتمانيَّة المعاصرة التي يتطلب إصدارها والرقابة عليها تكاليف كبيرة، لكنها في النهايَّة ليست لها القيمة التبادليَّة[1]، الذاتية والحقيقية، وإنما تكتسب قيمتها من ما يضيفه إليها العرف، وسوق التداول، والقرار السياسي، وحجم الإنتاج والتصدير، ومقدار الاحتياط النقدي.

أما من حيث الهدف وكيفيَّة إجراء المعاملات، فإن عملية المصادقة في البتكوين تهدف للتحقق من صحة العملية؛ أي امتلاك المتعامل لرصيد كاف من البتكوين قبل التحويل، ومن ثم إثبات انتقال الرصيد من المرسل إلى المستقبل.

وينشأ تقنيًا عن عمليات تحويل البتكوين قيم رياضيَّة يجب تجميعها معا من خلال خوارزميَّات محددة مسبقًا، وهذه الخوارزميات تولد وسمًا مختلفا كل مرة ويتوجب تكرار العمليَّة مرات عديدة حتى الوصول إلى وسم تتحقق فيه صفات محددة وفق قواعد البتكوين، هذا الوسم هو عبارة عن قيم البلوك الحالي + وسم البلوك السابق + رقم خاص مميز ينتج عن التجربة والتخمين، ونظرًا لأن معلومات البلوك الحالي ووسم البلوك السابق متاحان للجميع، فما يقوم به المنقبون هو تجميع عمليات حالية، وتخمينات مختلفة للوصول إلى القيمة المطلوبة التي تتوافق مع القواعد الرياضيَّة المحددة مسبقًا وفق تصميم البتكوين، في المستوى الحالي يجد شخص ما هذا الوسم كل عشر دقائق تقريبًا، وحسب خبراء التقنية أنه من السهل التحقق من صحة الوسم بعد اكتشافه، وهو ما يسمح للمنقبين الآخرين من كشف أي محاولة تلاعب بهذا الخصوص[2].

وتنخفض عدد وحدات البتكوين الجديدة –التي يُنْشـــئها النظام لكل بلوك– بشـــكل تدريجي، وتتغير صعوبة إيجاد الوسم تلقائيًا وفق قواعد ثابتة لتجعل متوسط الوقت المطلوب لإيجاد كل بلوك حوالي (عشـــر دقائق) تقريبًا، ويهدف ذلك للحد من الإفراط في عمليات

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) المرجع السابق، ص: 14-13-12.

التنقيب، والمحتفظة على بيئة تنافسيَّة بين المنقبين، والحد من قابلية احتكار جهة واحدة للعمليَّة من خلال امتلاكها لسرعة حوسبة عالية، وتحتاج العمليَّة الرياضية الموصوفة أعلاه إلى أجهزة حواسيب متطورة كما تستهلك طاقة عاليَّة مما يجعل لها تكلفة عالية نسبيًا، ولإعطاء حافز للمعاملين للقيام بذلك، يحصل أول من يثبت صحة مجموعة من العمليات ويجمعها ضمن بلوك يضيفه إلى سلسلة البلوكات؛ على عمولات التحويل لكل العمليات التي يتضمنها البلوك، وهنا يلاحظ أن الرابح هو فقط الأول، وكل الباقين ممن شارك وصرف الطاقة في عمليات التحقق الأخرى يخسر ما أنفقه من الوقت والجهد، ويحصر الربح بمن ينجح أولًا بتشكيل البلوك هذا ما يحفز المتعاملين على الشبكة للتسابق على التحقق من العمليات، وهو ما يضمن من الناحية النظريَّة سرعة التنفيذ، ويقوم النظام بشكل تلقائي بإنشاء عدد من وحدات البتكوين عند إتمام كل بلوك حتى الوصول إلى الحد الأعلى للتنقيب، ويحصل على تلك الوحدات أيضا أول شخص يقوم بتوثيق مجموعة من العمليات ضمن البلوك، وسيستمر ذلك حتى الوصول للحد الأعلى للتنقيب وبعدها يحضى أول من ينجح بتوثيق البلوك على عمولات التحويل فقط[1].

مما سبق يبدو جليًا أن التنقيب محصلة لعمليات المصادفة، وذلك إلى أن يصل عدد وحدات البتكوين للحد الأقصى واحد وعشرين مليون وحدة، حيث لا يتولد بعد هذا الحد أي وحدات جديدة أي يتوقف التنقيب بالمعنى الحرفي، ولكن سيستمر المنقبون بالقيام بعمليات المصادفة وتشكيل البلوكات بهدف الحصول على عمولات التحويل[2].

بعدما عرفنا ماهيَّة العملات المشفرة عامة، والبتكوين خاصة، واستجلاء الواقع التأريخي وكيفيَّة وصولها إلى أعلى قيمة لها، وبيان عمليَّة التعدين والتنقيب؛ للوقوف على التصوير التقريبي عنها، وبناء عليه كان لابد من بيان طبيعة التداول وذلك على النحو الآتي:

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) المرجع السابق نفسه.

الفرع الثالث: طبيعة تداول العملات المشفرة

حتى نستطيع أن نتصور طبيعة تداول العملات المشفرة؛ لا بد من بيان عناصر القوة ومخاطر التداول، وهذا يستدعي أن نعرج بالحديث عن طبيعة المحفظات الإلكترونية، وهو ما سيتجلى من خلال تفاصيل هذا الفرع.

أولًا: عوامل القوة

تظهر عوامل القوة لهذه العملات في كونها تشكل مجموعة عناصر جاذبة يمكن تلخيصها فيما يأتي[1]:

أ-إمكانية النقل والتحويل بسرعة فائقة وآمنة وسهلة.

ب-حرية الحركة والانتقال في عالم الأموال؛ لأنها استطاعت التخلص من قيود البنك المركزي والأنظمة الحكوميَّة، ورسوم التحويل والإجراءات القانونيَّة والوساطة الماليَّة.

ج-الارتفاع المتزايد في قيمتها نظرًا لثبات عرضها النقدي وذلك للإقبال العالمي عليها والدخول فيها لغرض الربح.

وهذه العوامل وإن كانت في ظاهرها قوية؛ إلا أنها تختفي عند الحاجة إليها، وسرعان ما تظهر عوامل الضعف، وتزداد الإشكالات والقيود على تداولها، وهي ما تسمى بعوامل الضعف.

ثانيًا: عوامل الضعف

تتمثل عوامل الضعف بثبات المعروض النقدي المستقبلي، حيث لا يتم تحديدها بناء على أسس اقتصادية متينة في مرحلة زمنية ما، وإنما يستطيع كل مطور يتحكم بإصدار معروض نقدي مخصوص وذلك بالتوافق مع مجتمع المعدنين.

فلا يمكن التحكم بالمعروض النقدي إلا بتوافق جماعي بين المعدنين والعملاء، فيتشكل من خلال هذا التحكم عنصر الاحتكار، ثم إن الزيادة في المعروض رهينة بربح المنقبين، وهذا خلل رئيس في الأداء الوظيفي للعملات التي ينبغي أن تتيح المجال أمام حامليها ومتداوليها دون تحكم.

---

(1) What Factors Give Cryptocurrencies Their Value: Hayes, Adam, An Empirical Analysis, university of Wisconsin, Department of economic, 2017, pp. 2-4.

ويحصل للعملة المشفرة اضطراب كبير فلا تستقر على حال، فهي سريعة التأثر بالأخبار الإعلامية والإشاعات والتوقعات، مما يسبب تذبذب وهبوط في أسعارها فهي بين التضخم والانكماش الدائمين، وذلك نتيجة للاختلال في العرض والطلب، وينشأ عن هذه العوامل مضاعفة القيم في الاقتصاد، فالعشرة آلاف دولار التي تذهب لصاحب البتكوين تنتقل قيمتها للبتكوين مرة أخرى، مما يسبب رفع مستوى التضخم العالمي أو المحلي إذا تم التداول في نطاق جغرافي محصور[1]، مما يفقدها الثقة والكفاءة.

ناهيك عن خضوعها لعنصر الربح الرهين بخسارة أحد الأطراف، وهذا هو القمار والذي يعد من المخاطر الشرعية للعملات المشفرة.

وتظهر مخاطر إجرائية تشكل في حدِّ ذاتها عوامل ضعف، يمكن الوقوف عليها وتشخيصها، وتتمثل بما يأتي:

أ/ مخاطر اقتصادية وقانونية

يمكن بيان أهم المخاطر الاقتصـــاديَّة والقانونية التي تمر بها العملات المشـــفرة على النحو الآتي:

يتبين من خلال المداولة والمشاورة التي قامت بها دار الإفتاء المصريَّة مع الخبراء والمتخصصين وتعميم البنك المركزي الأردني للبنوك والمؤسسات المالية، وفتوى المجلس الإسلامي السوري، والهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف في دولة الإمارات؛ أن العملات المشفرة مشتملةٌ على معاني الخطر المباشرة وغير المباشرة، مثل الغش الخفي والجهل والجهالة، وأنها تُشْبِه المقامرة؛ فهي تؤدي وبشكل مباشر إلى الخراب المالي على مستوى الأفراد والجماعات والمؤسسات من إفساد العملات المتداولة المقبولة، وهبوط أسعارها في السوق المحلية والدولية، وانخفاض القيمة الشرائية لهذه العملات بما يؤثر سلبًا على حركة الإنتاج والتشغيل والتصدير والاستيراد[2].

---

(1) التوجيه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضيَّة، البتكوين نموذجا: منير ماهر أحمد وآخرون، مجلة بيت المشورة، دولة قطر، تأريخ 2018/1/24م، العدد: 8، ص: 244.

(2) تعميم البنك المركزي الأردني للبنوك والمؤسسات المالية الأخرى، رقم: 2014/1م، وتعميم رقم: 2018/2م، والتأكيد عليه بتأريخ: 2019/11/24م، ينظر: دراسة بعنوان: العملات المشفرة (Cryptocurrencies)، البنك المركزي الأردني، دائرة الإشراف والرقابة على نظام المدفوعات الوطني، 2020/3م،
https://www.cbj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/8f23f11e-de4c-4538-91f7-82aab2d7bf04

لا توجد جهات مركزية منظمة، أو جهات يحتكم إليها عند النزاع في حال اختلال التوازنات بين الجهات المتبادلة، خاصة مع كونها مشتملةً على معاني الغش الخفي، وجهالة مستقبل العمل والاستثمار فيها، وطريقة تعدينها تُشْبِه المقامرة فهي تؤدي وبشكل مباشر إلى الخراب المالي على مستوى الأفراد والجماعات والمؤسسات، وكساد العملات القانونية المتداولة، وهبوط أسعارها في السوق المحلية والدولية، وانخفاض القيمة الشرائية لهذه العملات بما يؤثر سلبًا على حركة الإنتاج والتشغيل والتصدير والاستيراد.

كما يضاف إلى إشكالات العملات المشفرة؛ احتوائها القمار، حيث يقصد المتداولون للعملة المشفرة والمعدنون على شبكة سلسلة الكتل؛ الحصول على أكبر قدر من البتكوين، فيربح السابق منهم بالتسجيل في الشبكة دون غيره.

إذ يقوم النظام في أثناء تسجيل عمليَّة التنقيب ابتداء –بشكل تلقائي– بإنشاء عدد من وحدات البتكوين عند إتمام كل بلوك حتى الوصوبنل إلى الحد الأعلى للتنقيب، فيحصل على تلك الوحدات أيضا أول شخص يقوم بتوثيق مجموعة من العمليَّات ضمن البلوك، وسيستمر ذلك حتى الوصول للحد الأعلى للتنقيب، فيكون الرابح هو من ينجح أولًا بتشكيل البلوك، وكل المشاركين في عمليَّات التحقق الأخرى خاسرون ما أنفقوه وصرفوه من الطاقة الكهربائية"[1]، فهي شديدة المخاطر كثيرة المحاذير مما يجعلها مؤهلة للسقوط، ومختلة المعايير، ومنعدمة الكفاءة، ومن هذه المخاطر:

– تسمح عملة البتكوين باستخدامات مثيرة لم يكن من الممكن تغطيتها من قِبَل أي نظام دفع سابق[2]، من خلال العديد من خصائصها الفريدة التي تتمتع بها.

تحديث: 20/7/2020، 23:49:09، وفتوى حكم التعامل بالعملات الإلكترونية المشفرة، رقم الفتوى: 26: بتأريخ: 2019/11/4م، تحديث 22/1/2021، 09:48:00، https://dorar.net/article/1982/، وفتوى الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف، فتوى رقم: 89043، للعام: 2018/1/30م، الإمارات العربية المتحدة، https://www.awqaf.gov.ae/، تحديث 20/2/2018، 12:39:08، وفتوى دار الإفتاء المصرية، بتأريخ 2018/1/1م، http://dar-alifa.org.eg/AR/Viewstatement.aspx?sec=media&ID=5617 حسب تحديث: 2018/8/9م، 01:12:54.

(1) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 13– 14.

(2) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/ar/faq#is-bitcoin-legal تحديث: 2018/03/17م، 6:51:00 مساء بتوقيت جرينتش.

– عدم الاعتراف القانوني يجعلها لا تأخذ صفة النقود القانونية، ومن ثمّ لا يحصل بها الإبراء للمتعاملين، وعدم وجود تشريعات ناظمة لهذا العمل ومقننة له وبخاصة في أسواق المال، وصعوبة ضبط ذلك ومواكبته نظرًا لسرعة التغيرات في قطاع التكنولوجيا وعدم امتلاك القانونين للأدوات اللازمة للتقنين، وتعذر أو صعوبة ملاحقة القانونيين للمستجدات لفهم الثغرات والمتطلبات التقنية لاستصدار قوانين واقعيَّة وملائمة لتفادي ذلك، وهذا ما أقرت به دراسات عديدة[1].

– لما كان البتكوين شبكة جامعة توفر نظامًا جديدًا للدفع، ونقودًا إلكترونية بشكل كامل، وباعتباره أول شبكة دفع غير مركزية تعمل بنظام الند للند يتم إدارتها بالكامل من قبل مستخدميها بدون أي سلطة مركزية أو وسطاء[2]؛ فإنه يولد ضررًا بالسياسة النقدية للدول، مما يضعف قدرتها على تحقيق مصالح المجتمع[3]، فهذه العيوب تبقى ملازمة لها لا تنفك عنها وإن حصل تحديث في النظام القانوني أو المالي، فهو الذي يحصل بتقادم الزمن، ومع ذلك لا يعني البراءة من هذه العيوب لأنها عيوب ذاتية، فطبيعة العملات المشفرة على هذه الحال، مما يضعها في خانة العملات شديدة المخاطر.

ب/ المخاطر التقنية

ترجع الكثير من مخاطر هذه العملات إلى الطبيعة التقنية التي يتم بها التعدين أو التداول، ومن أهمها وأشدها خطرا حسب تقارير الباحثين المتخصصين ما يأتي:

– تتمتع بقابلية كبيرة للتحايل، فهي شديدة الحيل كثيرة التخمين، مما يجعلها مؤهلة لأن تكون ثغرة بل بوابة لتمرير جرائم غسيل الأموال والتهرب الضريبي، وتمويل المنظمات والجماعات الإرهابيَّة والمسلحة، فطبيعة عملها قابلة لأن تكون بؤرة للاستغلال والاستنزاف لأموال الناس بالباطل، فقد "تستقبل بعض المنصَّات والمواقع على شبكة الأنترنت الأموال

(1) Regulatory issues and challenges presented by virtual currencies: Caytas, Jonna, Columbia business law review, 2017, pp 3-5

(2) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/ar/faq#is-bitcoin-useful-for-illegal-activities 2018/4/27م، 9:00:34 بتوقيت جرينتش.

(3) Bitcoin: questions, answers, and analysis of the legal issues: Elwell & Murphy & Seitzinger, Congressional Research service, 2013, pp 9-11

للمشاركة في عمليَّات التنقيب وفق عقود وشروط مختلفة، وهناك شكوك بقيام بعض المنصَّات بالاحتيال واستقبال الأموال تحت مسمى مجموعة التنقيب"[1].

وقد أشار خبراء الأمن الشبكي في السنوات الأولى لظهورها إلى احتمالية اختراق هذه العملات وسرقتها من المحافظ الإلكترونية[2]، وسجلت حوادث قرصنة موثقة كثيرة، ناهيك عن الهجوم الواسع الذي قد يعيق عملية التبادل[3]، مما يتسبب بأخطاء فادحة قد تؤدي على فقدان محتوى المحفظة.

– انقساماتها المتتالية وفق مصالح المعدنين، وقد انقسمت البتكوين إلى بتكوين كاش، وبتكوين جولد، في النصف الثاني من عام 2017م، بالإضافة إلى إمكانية سيطرة معامل التعدين على الشبكة، فقد سيطرت خمس شركات فقط على أكثر من 50% من قوة التعدين الخاصة بعملة البتكوين[4]، وهذا التشظي والانشطار لهذه العملة إلى عملات مختلفة القيم وهي في طريقها إلى مزيد من الانقسام، وكذلك سيطرة مجموعة قليلة على قوة التعدين مما يؤدي إلى الاحتكار، فيفقدها عنصر الكفاءة وإسهامها الوظيفي في التبادلات المالية.

– استهلاك كميات هائلة من الطاقة الكهربائية مقابل عدد محدود من العمليات، فقد بلغ معدل الكهرباء المستهلك لتشغيل شبكة البتكوين 32 تيرا وات، وهي الكمية التي تستهلكها دولة بحجم الدنمارك، ومعدل الاستهلاك هذا لإنجاز قرابة 400 ألف عملية في اليوم فقط[5].

– تحتاج هذه العملة إلى ملازمة التكنولوجيا "أجهزة إلكترونية" مما يتسبب بمخاطر صحية حسب تقارير المتخصصين[6].

---

(1) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 17.

(2) Beware of the middleman: Empirical Analysis of bitcoin-exchange risk, Moore T., Christin N, In: Sadeghi AR. (eds) Financial Cryptography and Data security, 2013.

(3)The impact of DDoS and other security shocks on Bitcoin Currency exchanges: Moore, Feder & Gander, Evedence from Gox, 2016, p. 1

(4) مخططات البلوكيشن: www.blockchain.info/charts تحديث: 2019/2/13م، 09:28:39.

(5) مؤشر استهلاك طاقة البتكوين https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption/ تحديث: 2019/5/18م، 04:47:09.

(6) أسوأ مخاطر التكنولوجيا الطبية https://www.medscape.com/features/slideshow/tech-dangers تحديث: 2020/7/15م، 03:18:57.

يحتاج التعامل بهذه العملات إلى تعليم إجباري لجميع المستخدمين، وبهذا الاحتياج تتسرب الاشكالات التقنية إلى عالم الاقتصاد والمال ما يعني ارتفاع تكلفة التعليم التكنولوجي الذي يدفع ثمن الجهل به الفقراء مرتين، مرة في دفع التكاليف الغالية الثمن، ومرة في التعرض للاختراق والاحتيال والنهب، لجهلهم بهذا ولعدم كفاءتهم العلمية في مواكبة التطور العلمي، والذي من الطبيعي أن لا يلحق به فئة غالبة من المجتمع.

عدم القدرة على الالتحاق بالتقدم العلمي التقني المتسارع، خصوصا وقد اتخذت أغلب دول العالم الإسلامي مسلك التهيب من الانخراط في نظام التعامل بهذه العملات، خوفا من المخاطر المدمرة اقتصاديًّا، وعلى فرض تمت معالجة هذه المخاطر بعد سنوات، فإنه سيأتي حينها وقد فاق التقدم التقني أحلام المتهيبين، وتقدم على ما كانوا يأملون.

ثالثًا: طبيعة المحفظات الإلكترونية

لمعرفة طبيعة المحفظات الإلكترونية لابد من الوقوف على تكيفها من حيث عملها، وتمثلها في الواقع، وشكلها من حيث العموم والخصوص.

أ/ تكييف المحفظات الإلكترونية

تعد المحفظة بمختلف أنواعها حرزًا للعملات المشفرة، وهو مستوف لشروط الاعتبار الشرعي؛ لأن الشريعة تركت الحرز إلى العرف عند الناس حسب زمانهم ومكانهم، والمحفظة الإلكترونية لهذا النوع من العملات هي الحرز الوحيد لها؛ لأنها لا يمكن أن توجد في غيرها[1].

يمكن تصوير المحفظات الإلكترونية على أنها حساب شبيه بالحساب البنكي، وينحصر استعمالها من طرف صاحبها. ولتداول العملات عن طريقها؛ لابد أن يتمتع كل طرف بمحفظة خاصة، يقوم الأطراف بتبادل الأموال والعملات المشفرة من خلالها.

ويتم الدفع بواسطة البتكوين أسهل من الشراء بواسطة البطاقات، ويمكن قبولها دون الحاجة لوجود حساب بنكي للتاجر، وتتم مدفوعات البتكوين من خلال برنامج لمحفظة

(1) تداول العملات الإلكترونية وكيفيَّة تحديد البائع والمشتري، دراسة فنيَّة وشرعيَّة للعملات الرقميَّة والمشفرة بالتركيز على البتكوين: د. عبدالباري مشعل، بحث مقدم لندوة مجمع الفقه الإسلامي تحت عنوان: العملات الإلكترونيَّة –جدة المملكة العربية السعودية– 9–11 /2019/9م، ص: 23.

البتكوين، إما من خلال الكمبيوتر الشخصي أو الهاتف الذكي، عن طريق إدخال عنوان المستلم والمبلغ المدفوع والضغط على إرسال[1].

ويتحكم كل شخص بمحفظة خاصة تستطيع التعامل من خلالها عن طريق رقم شخصي يتكون من مجموعة من الحروف والأرقام، هو بمثابة رقم حساب بنكي، ولكي يتم التحويل من محفظة إلى محفظة لا بد أن يكون لدى الطرفين علم بهذا الرقم الشخصي حتى يتم التحويل والاستلام منه وإليه، وكل محفظة تحتوي على رمزين:

الرمز العام: وهو عبارة مجموعة من الحروف والأرقام، أو كود مربع تتميز به كل محفظة عن الأخرى، يماثل في أدائه الوظيفي رقم الحساب البنكي، كما هو واضح في رمز هذه المحفظة[2]:

Bitcoin:3QKpHfTpJSJbJoanzNnp6oPFTfVG87ZecJ

أو ما يعبر عنه بالكود المربع:

يمكن مباشرة تسجيل الدخول إلى محفظتك والتراسل مع هذه المحفظة من خلال هذا الرمز أو الكود المربع الموضح أعلاه، ويشترط لإجراء عملية التبادل أن يكون كل طرف من أطراف التعامل على علم بالرمز العام للطرف الآخر.

الرمز الخاص: وهو رقم سري لا يعلمه إلا مالك المحفظة، وبه يتم تسجيل الدخول للمحفظة، ويماثل الرقم السري للحساب البنكي من حيث الوظيفة، ويستطيع كل من يصل إلى هذا الرمز الدخول إلى المحفظة وإجراء عمليات التداول، وإذا حصل أن اخترقت المحفظة

---

(1) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/ar/faq#how-does-one-acquire-bitcoins تحديث: 2021/1/20م، 06:27:00.

(2) مستكشف بلوكيشن https://www.blockchain.com/btc/payment_request?address=3QKpHfTpJSJbJoanzNnp6oPFTfVG87ZecJ تحديث: 2021/1/20م، 03:15:36.

أو توصَّل شخص ما إلى رمزها الخاص؛ فإنه يستطيع أن يقوم بإفراغ المحفظة من محتواها النقدي والتصرف بها وسرقة ما بها بالكمال.

ب/ شكل المحفظات الإلكترونية:

تنقسم المحفظات الإلكترونية من حيث الشكل إلى محفظة عامة ومحفظة خاصة:

أ/ المحفظة العامة

للحد من عملية الاحتيال والسرقات قامت شركات بإنشاء خدمة المحفظات الإلكترونية مجانية، منها: محفظة بيت أو اسيس (BitOasis) قامت بها شركة مقرها في الإمارات العربية المتحدة وهي محفظة يمكن تداول العملات الإلكترونية من خلالها بسهولة وبشكل آمن، وهي أول شركة مسجلة في المركز التقني لمنطقة الشرق الأوسط، متاحة في دول الخليج ومصر والأردن والمغرب، وهي المحفظة الأولى في الوطن العربي تستخدم أحدث التكنولوجيا الأمنية مثل تقنيات التوقيعات المتعددة (Multi-signature technology) لحفظ العملات الرقمية، وتحتوى على ثلاثة مفاتيح مستقلة لتمنح أعلى مستوى من الأمان[1].

- الأول مفتاح المستخدم يتم تخزينه بشكل آمن باستخدام كلمة السر الخاصة.
- الثاني مفتاح أمان مستقل يتم حفظه بواسطة شركة (BitGo) بشكل آمن مع إجراء التحقق الأمني الضروري للحد من أعمال الاحتيال.
- الثالث مفتاح الاسترداد يستخدم لاسترداد الأموال في حال إخفاق أي خدمة من الخدمات.

كما أنها تعزز منع الاحتيال من خلال الاتصال بالمتداول قبل إجراء عملية التداول من تحويل وصرف أي عملة رقمية، كما تعمل مع مستشار قانوني للامتثال للتشريعات، إلا أن لها مخاطر تتمثل في ضرورة الاتصال بالإنترنت، واحتمالية الاختراق.

(1) لمعرفة المزيد يمكن الدخول على رابط بالمنصة مباشرة: أكبر منصة رقمية في الشرق الأوسط https://www.bitoasis.net/en/home تحديث: 2021/1/20م، 12:49:00:

ب/ المحفظة الخاصة

هناك محفظات خاصة وهي عبارة عن برنامج يمكن تحميله من الإنترنت، ولا يحتاج لاتصال بالإنترنت للتعامل به، مثل برنامج: (Bitcoin wallet – Coin.space)، ويحفّ المحفظة الخاصة مجموعة من المخاطر منها:

أن تحميلها يحتاج إلى تحميل السجل الموحد سلسلة الكتل، وإمكانية فقدان محتوى المحفظة بحذفها أو اختراقها، ولا يستطيع أحد التعرف على هوية السارق والمخترق للرمز السري الخاص إلا من خلال التعرف على الرمز التسلسلي للجهاز الإلكتروني أو الذكي الذي تم تسجيل الدخول إلى المحفظة من خلاله.

الفرع الرابع: التداول والاعتراف الحكومي بالعملات المشفرة

تراود الباحثين عدد من الأسئلة تمثل في مجملها جوهر المعضلة التي تواجهها العملات المشفرة، وعرضها من جهتين، الأولى الإشكال المشترك بين العملات أثناء التداول، والأخرى أثر الاعتراف الحكومي باعتباره الإطار المرجعي للعملات المشفرة.

أولًا: الإشكال المشترك بين العملات أثناء التداول

ينحصر الحديث هنا عن إشكالية العملات المتولدة أثناء التداول، وستكون في مسألتين، الأولى عن تداول العملات في الشريعة الإسلامية، والثانية في الإشكال المشترك بين العملات.

أ/ تداول العملات في الشريعة الإسلامية

شهدت الحضارة الإسلامية نظاما نقديًّا متميزا ساد فيه التعامل والتداول بالنقود التي كان أصلها النقدين الذهب والفضة، وهذا هو الوضع الغالب، مع قيام نظام التبادل بالمقايضة والمبادلة بالسلع، وجعلها قيما لأشياء، حسب ما جرى به العرف وأقره النبي ﷺ.

جاء عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «كَانَتْ قِيمَةُ الدِّيَةِ عَلَى عَهْدِ رسول الله –ﷺ–: ثَمَانَ مِائَةِ دِينَارٍ أَوْ ثَمَانِيَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ أَهْلِ الْكِتَابِ يَوْمَئِذٍ النِّصْفُ مِنْ دِيَةِ الْمُسْلِمِينَ، قَالَ: فَكَانَ ذَلِكَ كَذَلِكَ حَتَّى اسْتُخْلِفَ عُمَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَقَامَ خَطِيبًا فَقَالَ: أَلَا إِنَّ الْإِبِلَ قَدْ غَلَتْ، قَالَ: فَفَرَضَهَا عُمَرُ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ اثْنَيْ عَشَرَ

أَلْفًا، وَعَلَى أَهْلِ الْبَقَرِ مِائَتَيْ بَقَرَةٍ، وَعَلَى أَهْلِ الشَّاءِ أَلْفَيْ شَاةٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْحُلَلِ مِائَتَيْ حُلَّةٍ، قَالَ: وَتَرَكَ دِيَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ لَمْ يَرْفَعْهَا فِيمَا رَفَعَ مِنَ الدِّيَةِ»[1].

وهكذا كان التبادل قائم على عهد رسول الله –ﷺ– إلا أنه لم يمنع شيئًا منها، ولم ينص على تعين بدل واحد للنقد، فقد روي عن ابن عمر –رضي الله عنهما– قال: أتيت النبي –ﷺ– فقلت: رويدك أسألك: إني أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير وآخذ الدراهم، قال: «لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا، وبينكما شيء»[2].

فقد كان ابن عمر –رضي الله عنهما– يبيع الإبل بالدنانير أو بالدراهم، وقد يقبض الثمن في الحال، وقد يبيع بيعا آجلا، وعند قبض الثمن ربما لا يجد مع المشتري بالدنانير إلا دراهم، وقد يجد من اشترى بدراهم ليس معه إلا دنانير، فيسأل النبي –ﷺ– كيف يقتضي هذه الأثمان، وهل يأخذ قيمة الثمن يوم ثبوت الدين أو يوم الأداء؟ فالجواب: أن يأخذ بسعر يوم الصرف لئلا يربح فيها وليستقر ضمانه[3].

وعليه تعتبر النصوص الحديثية المشار إليهما قبل أصل في أن الدَّين يُؤدى بمثله لا بقيمته، ويُؤَدى عند تعذر المثلية إلى ما يقوم مقامها، بسعر يوم الصرف، وهذا الحكم الشرعي من الأحكام التي استقرت في الفقه الإسلامي، وقد تتغيَّر القيمة الشرائية للعملات ولا تستقر على حال دائم، وإن الذهب والفضة في استقرار وثبات، وإن ظهر فيها نوع من الاضطراب؛ فإنما يرجع ذلك للسياسة النقدية المتبعة لا لذات العملة، وأما غيرهما من السلع التي تتخذ أثمانا للأشياء، وكذلك العملات الورقية التي اصطلح على اعتبارها ثمنًا للمقومات، فلم يستقر لها وضع قيمي أو مالي.

ويعدُّ عدم قصد العملات لذاتها الضابط في استقرارها، خلافًا للسلع فإنها تقصد لذاتها، وبينها ارتباط لذلك إن "ارتفاع ثمن السلع يعني انخفاض قيمة النقود، وانخفاض ثمن السلع يعني ارتفاع النقود"[4]، فالعملات أثمان للسلع، والسلع كل ما ليس بثمن؛ أي أنها "غير

(1) سنن أبي داود، كتاب: الديات، باب الدية كم هي؟، رقم: 4542.

(2) سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، رقم: 3354، والسنن الكبرى: للنسائي، كتاب: البيوع، باب: أخذ الورق من الذهب، رقم: 4589.

(3) عون المعبود شرح سنن أبي داود، العظيم آبادي، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، 297/9.

(4) النقود الورقية: علي أحمد السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي– بجدة، 11 – 16 /1986/10م، العدد: 884/3.

الأثمان من المال، على اختلاف أنواعه، من النبات والحيوان والعقار وسائر المال"[1]، فهي في ارتفاع وانخفاض دائمين، وإن حصل شبه استقرار في مرحلة ما؛ فإنما يعود إلى عوامل خارجية مثل السياسة النقدية المتخذة، وليس للطبيعة المالية للعملات، بخلاف الذهب والفضة فإن الاستقرار عائد لطبيعتهما المالية، وأدائهما الوظيفي في تحقيق الكفاءة الاقتصادية.

ب/ إشكاليَّة الاضطراب وعدم الاستقرار

تظهر من بين أهم تلك المخاطر الشديدة للنقود الافتراضيَّة المشفرة سرعة التقلب وشدة التغيُّر، الأمر الذي يتناقض مع الوظائف المهمة للنظام النقدي والمصرفي الإسلامي، والتي من أهمها "استقرار قيمة النقود، لكي تكون واسطة التبادل وحدةً حسابيَّة موثوقة، ومقياسًا عادلًا للمدفوعات المؤجلة، ومستودعًا ثابتًا للقيمة"[2].

وعرض المخاطر لا يعني أن العملات غير المشفرة في أمن منها، فهناك مخاطر مشتركة بين العملات عموما؛ النقديَّة والورقيَّة والإلكترونية المشفرة، كتقلب الأسعار، فإنه يعتبر عنصرا مشتركا بين جميع العملات التي تخضع لسياسة سوق مالي موحد، وتخضع بشكل مباشر للحركة السوقية؛ أي العرض والطلب، كما هو شأن المضاربة بالأوراق الماليَّة أو عموم العملات.

وتعد المضاربة بالأوراق المالية من المخاطر الشديدة، وهي من العوامل التي "تولد حركات شاردة وغير صحيحة في أسعار الأوراق الماليَّة، فالمضاربة مُخِلَّة بالاستقرار، لأنها قائمة على الشراء أو البيع الآجل للأوراق الماليَّة، وعلى التغطية بدون أي نية للتقابض الفعلي، فيسعى المضارب وراء مكاسبه من طريق فروق الأسعار، ولا يدخل إلا في عمليات قصيرة الأجل، فإنَّه يبيع ويشتري شيئًا لا يستطيع استهلاكه أو استخدامه في عمله، ولا إضافة أي قيمة إليه، فالمضاربون يقفون في سوق الأوراق الماليَّة على طرفي نقيض مع المستثمرين الحقيقيين الذين يشترون ويبيعون مع التقابض، فإن هدف هؤلاء هو البحث عن

(1) المغني: لابن قدامة، 58/3.

(2) نحو نظام نقدي عادل: دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقديَّة في ضوء الإسلام "الكتاب الحائز على جائزة الملك فيصل العالميَّة": محمد عمر شَابْرا، ترجمة: سيّد محمد سُكّر، مراجعة: رفيق يونس المصري، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ودار البشير للنشر والتوزيع، عمان– الأردن– ط/2، 1410هـ– 1990م، ص: 37.

منفذ لمدَّخراتهم للاســـترباح الدوري، وللاســـتفادة من أي زيادة في قيمة أورقهم الماليَّة، إذا قرروا بيعها في المستقبل[1].

حيث تسبب المشتريات والمبيعات بالغطاء توسُّعًا أو تقلصًا في حجم الصفقات، ومن ثم في أسعار الأوراق الماليَّة، دون تغيير فعلي في عرض هذه الأوراق، أو في الظروف الاقتصاديَّة المحيطة، بل تتغيَّر بسبب التغطية ومعدلات الفائدة، فإن تخفيض نسب التغطية ومعدلات الفائدة يولد حرارة غير ضروريَّة في السوق، ثم ارتفاع هذه المقادير والمعدلات، بعد ذلك بهدف إعادة الصحة إلى السوق تجبر المتضاربين في النهاية على تصفية مراكزهم، وهذا يؤدي بدوره إلى خفض الأسعار، وذبح بعض المتضاربين في مذبح الآخرين المطَّلعين والعارفين بما سيجري، حيث إن المضاربين الصغار والأقل حنكة هم الذين يخسرون عادة، ولا يعرفون ما يعرفه أولئك المتنفذون[2].

ولذلك جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإســـلامي، بعد اطلاعه على حقيقة ســـوق الأوراق المالية والبضـــائع (البورصـــة) وما يجري فيها من عقود عاجلة وآجلة على الأســـهم وســـندات القروض، والبضـــائع والعملات الورقية، ومناقشـــتها في ضـــوء أحكام الشـــريعة الإسلامية وقرر الآتي:

أن غاية السوق المالية (البورصة) هي إيجاد سوق مستمرة ودائمة، يتلاقى فيها العرض والطلب، والمتعاملون بيعًا وشراء، وهذا أمر جيد ومفيد، ويمنع استغلال المحترفين للغافلين والمسترسلين الذين يحتاجون إلى بيع أو شراء، ولا يعرفون حقيقة الأسعار، ولا يعرفون المحتاج إلى البيع، ومن هو محتاج إلى الشراء، ولكن هذه المصلحة الواضحة، يواكبها في الأسواق المذكورة (البورصة)، أنواع من الصفقات المحظورة شرعًا، والمقامرة، والاستغلال، وأكل أموال الناس بالباطل، ولذلك لا يمكن إعطاء حكم شرعي عام بشأنها، بل يجب بيان حكم المعاملات التي تجرى فيها، كل واحدة منها على حدة، ثم سرد المعاملات وإعطاء كل معاملة حكمها وختم القرار بتوصية جاء فيها: وبناء على ما تقدم، يرى المجمع الفقهي الإسلامي: أنه يجب على المسؤولين في البلاد الإسلامية، ألاَّ يتركوا أسواق البورصة في بلادهم حرة، تتعامل كيف تشاء من عقود وصفقات، سواء أكانت جائزة أم محرمة، وألاَّ يتركوا للمتلاعبين بالأسعار

(1) المرجع السابق، ص: 92.

(2) المرجع السابق نفسه.

فيها أن يفعلوا ما يشاؤون، بل يوجبون فيها مراعاة الطرق المشروعة في الصفقات التي تعقد فيها، ويمنعون العقود غير الجائزة شرعًا، ليحولوا دون التلاعب الذي يجر إلى الكوارث المالية، ويخرب الاقتصاد العام، ويلحق النكبات بالكثيرين، لأن الخير كل الخير في التزام طريق الشريعة الإسلامية في كل شيء[1].

فهذه المخاطر لا تخلو منها العملات الائتمانية، والقانونية المعترف بها من قبل الدول والحكومات، فإذا تساوت العملات من وجه أخذت الحكم نفسه من ذلك الوجه، ولذلك فلا يصح اعتبار عدم الاستقرار علة للحكم بالمنع؛ لقادح "تخلف الحكم عن العلة"[2] في بعض الفروع الفقهيَّة.

ثانيًا: الاعتراف الحكومي وأثره على العملة المشفرة

إذا كان ارتباط المؤسسات الماليَّة والمصارف الإسلاميَّة والتشاركية بسياسة البنوك المركزيَّة يشكل عائقا أمام كفاءتها، ومطابقتها لتعاليم الشريعة، أو من حيث تدخل البنك المركزي "في ضخ النقود الحكوميَّة وطباعة نقود تضخميَّة، مما أدى إلى فقدان العديد من العملات الوطنيَّة كفاءتها كمخزن للقيمة مقارنة بالذهب، وحماية المستثمرين الأجانب، بسبب تعرض تلك العملات الحكوميَّة للانخفاض المستمر في القيمة"[3]؛ فما مدى إسهام العملات المشفرة الحرة المطلقة عن قيود المركزيَّة الحكوميَّة في رفع ذلك التحدي ومعالجة ذلك الإشكال؟

هل إقرار الدولة باعتبار العملات المشفرة وسيلة للتبادل، وقبولها في سداد الديون والوفاء بالالتزامات، وإعطاؤها قيمة اسمية وضمان ماليَّتها؛ يعدُّ كافيًا لاعتبار ماليَّتها؟

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي، والبنك الإسلامي للتنمية باستضافة بنك البحرين الإسلامي، توصيات الندوة الثانية بشأن الأسواق المالية، المنعقد بتأريخ 19 – 21 /5/ 1412هـ الموافق 25 – 27 /1991/11م بالمنامة، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة العدد: 7، وسوق الأوراق المالية والبضائع والبورصة، الاربعاء 12 /1432/8 الموافق:2011/7/13م، ص: 421–422.

(2) جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي، ص: 96.

(3) ثورة البتكوين: تقدير وتقييم الأوصاف المؤثرة في الحكم الشرعي رقم: "1" أ. د عبدالباري مشعل، https://assabeel.net/article، تحديث: 2/10/2019، 9:41:27.

وإذ لم يُعترف بها رسميًّا من قبل الدولة والسلطات الحكوميَّة، وقامت بوظائفها كسائر العملات الماليَّة المعترف بها بحيث صح اعتبارها وسيلة للتبادل وقبول أداء وسداد الواجبات وسائر الحقوق والإلتزامات؛ فهل يؤثر ذلك على كفاءتها الماليَّة؟

أ/ الضمان في العملات المشفرة

لمَّا علل المانعون حكم تبادل العملات المشفرة وتداولها بعدم وجود الغطاء، أو أنه لا ضامن لها، فجعلوا منه علة ومناطًا للمنع[1].

بينما ذهب بعض الاقتصاديون وعلى رأسهم محمد علي القري، ومحمد أنس الزرقا ووافقهم عبدالباري مشعل إلى القول بأن العملات الحكوميَّة الحالية التي تتمتع بالمركزيَّة ليست مضمونة ولا غطاء لها وفي مقدمتها الدولار[2]، ومن ثمّ انتفى الفارق بين البتكوين والعملات الحكوميَّة من هذا الوجه[3]، ما يعني عدم صحة اعتباره علة الحكم.

لأن مناط التعليل بالغطاء أو الضمان لا يسلم من قادح وهو قادح العكس، حيث انتفى الحكم لانتفاء علته في العملات القانونية الجائزة، فلا يصح إثباتها في العملات المشفرة ولا المطالبة بها لإثبات حكم التحريم، ولهذا؛ يكون العكس قادحًا في علة الغطاء أو الضمان عند من يعلل بها.

ب/ الاعتراف الحكومي بالعملة المشفرة

قبلت بعض المؤسسات الماليَّة الغربيَّة العملات المشفرة وتعاملت بها بعض الشركات، وأقرتها حكومات، وجرت بها معاملات الناس، وبهذا "قامت البتكوين بوظائف النقود أو العملات، كوسيط في المبادلات ومخزون للقيمة، والوفاء بالالتزامات، وإبراء الذمم تجاه

---

(1) تعميم البنك المركزي الأردني للبنوك والمؤسسات المالية الأخرى، رقم: 2014/1م، والتعميم رقم: 2018/2م، والتأكيد عليه بتأريخ: 2019/11/24م، وفتوى حكم التعامل بالعملات الإلكترونية المشفرة، رقـم الفتوى: 26، وحُكمُ التعامُل بالعُملة الإلكترونيَّة المُشفَّرة: (البتكُوين) وأخواتها: د. هيثم بن جواد الحداد، 1439/5/7هـ، موقع الدرر السنية https://dorar.net/article/1982 تحديث: 2021م/10/3، 7:10:28.

(2) التضخم النقدي: آثاره والحلول الشرعيَّة والاقتصاديَّة لمعالجته: أ. د. إلهام عبدالله باجنيد، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، خلال الفترة من: 07- 09 /1441/4هـ، الموافق: 04- 06 /2019/11م، ط/ دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري- دبي- الإمارات العربية والمتحدة، ص: 80، وثورة البتكوين: تقدير وتقييم الأوصاف المؤثرة في الحكم الشرعي رقم: "2"، أ. د عبدالباري مشعل، https://assabeel.net/article تحديث: 2019/10/9م، 11:28:12.

(3) ثورة البتكوين: تقدير وتقييم الأوصاف المؤثرة في الحكم الشرعي رقم: "2"، أ. د عبدالباري مشعل.

الالتزامات الحكوميَّة في بعض الحالات، ويرى البعض أن إصدار العملات من خصائص الحكومات، فلا ينطبق وصف العملات على البتكوين، ولا يلزم من ذلك نفي الماليَّة، أو التقوُّم عنها، وذهبت فتوى رئاسة الشؤون الدينيَّة في تركيا إلى أن عدم الاعتماد الحكومي ينفي الماليَّة عن البتكوين"[1].

ولما كان من مخاطر العملات المشفرة أنها غير خاضعة لسلطة البنك المركزي، وفي الحين نفسه تعتبر العملات الخاضعة لسلطته واقعة في مخاطر، بسبب السياسات المالية المتبعة في البنوك المركزية "ويتمتع المصرف أو البنك المركزي في النظام التقليدي [الربوي] بسلطة إصدار العملة، في حين أن سلطة خلق الودائع تتمتع بها كل المصارف التجاريَّة مع بعض الرقابة غير المباشرة من جانب المصرف المركزي"[2].

أما إذا نظرنا لمبدأ الاعتراف الحكومي والقيد الذي يلزم منه أن تكون العملة صادرة عن دولة ومقارنته ما حصل في القدم، فقد شهدت الحضارة الإسلاميَّة أنواع الدراهم التي كانت تصك خارج الدولة مما قد لا تحظى باعتراف.

ومن هذه الدراهم نوع يسمى النَّبَهْرَجَةُ وهي "الَّتِي تُضْرَبُ فِي غَيْرِ دَارِ السُّلْطَانِ، وَقِيل: هُوَ مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ "[3] لرداءته، وعندما تكون خارج سلطة الدولة من الطبيعي أن تكون خارج سلطة البنك المركزي.

وعلى قول ابن القاسم في المدونة؛ يجوز التصالح عليها للصيارفة، خلاف مذهب مالك، عندما سُئِل عن الزيوف والنبهرجة:

في الرجل يكون له على الرجل ألف درهم دينًا جيادًا فيصالح على أن يأخذ مكانها زيوفا أو مبهرجة.

قلت: أرأيت لو أن لي على رجل ألف درهم جياد أيصلح لي أن آخذ مكانها زيوفا أو مبهرجة في قول مالك؟

قال: قال مالك: لا ينفق الرجل الزيوف هذه التي فيها النحاس المحمول عليها.

---

(1) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين، الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 16.

(2) نحو نظام نقدي عادل – دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقديَّة في ضوء الإسلام: محمد عمر شَابْرا، ص:87.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 198/4، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 192/6، والموسوعة الفقهية الكويتية: لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 189/24.

قال مالك: وإن بينها أيضا، فلا أحب أن يشتري بها ولا يبيع.

قال ابن القاسم: ولا أعلم الذي كره من شرائها ومن بيعها إلا من الصيارفة فلا أدري أكره بيعها لجميع الناس أم لا، والذي سألته عنه في الصيارفة؟ قال مالك: وأرى أن يقطعها، قال ابن القاسم: أرى هذا الصلح جائزا إذا كان لا يُقَرِّبُهَا أَحَدٌ وَكَانَ يَأْخُذُهَا فَيُقَطِّعُهَا[1]، وفي رواية؛ وأنا أرى الصلح بها جائزًا إذا لم يَغر بها أحدًا وكان يقَطِّعَهَا[2].

ولو نظرت وتأملت قول ابن القاسم لمَّا لم يجد الدليل الكافي للتحريم والقول بالكراهة، تجده يسير نحو الإصلاح لهذه المعاملة ومحاولة بيان أوجه الحكم السابق الذي حكم به الإمام مالك في هذا النوع من النقود، فيبين المناط ويضع الضوابط، بل ويضع حلولا عملية، وهو تقطيع وتفكيك المحتوى لهذه العملة والتنقيب في الذات المكونة لها وذلك بتقطيعها.

ويتبين أن مناط الحكم بالكراهة عند مالك هو الغرر، وذلك ما أكده الإمام القرافي بقوله: "كَرِهَ مالكٌ المصالحةَ على الدَّرَاهِمِ الْجِيَاد بالمخلوطة بِالنُّحَاسِ أَو البهرجة وَالتَّعَامُلَ بِهَا وَإِنْ بَيَّنَ لِمَا فِيهِ مِنْ تَكْثِيرِ الْغِشِّ بَيْنَ النَّاسِ وَتُقَطَّعُ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَجُوزُ الصُّلْحُ إِنْ لَمْ يَغُرَّ بِهَا أَحَدًا إِنْ كَانَ يَأْخُذُهَا لِيُقَطِّعَهَا"[3]، فعلَّة الكراهة وعدم جواز التعامل بالبهرجة من النقود عند الإمام مالك –رحمه الله– كثرة الغش بين الناس.

فيبقى الوصف المشترك بين النقود المشار إليها والعملات المشفرة هو الغش، ولابد من السعي في رفعه حتى يجري التعامل بها، ولذلك قالوا: "الدنانير والدراهم في الصرف على مذهب مالك وجمهور أصحابه، إن عينت تعينت، وإن لم تعين فإنها تتعين إما بالقبض وإما بالمفارقة، فلذلك جاز الرضا بالزيوف"[4]، على التعين عند مالك أو التعين والقبض عن جمهور المالكية.

فمن هذا الوجه تشبه النبهرج في كونها عملة، من حيث إنها لم تصك في دار السلطان، ولم يلحقها اعتراف حكومي أو يغطيها إطار قانوني في البلد الذي جرى به التعامل بها، وتعارف وانتشر بين الناس أداء الحقوق الماليَّة والإبراء بها، وقبولها.

---

(1) المدونة: للإمام مالك، 393/3.

(2) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 311/14.

(3) الذخيرة: للقرافي، 364/5.

(4) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 17/2.

ج/ أثر الاعتراف الحكومي على العملة المشفرة

تستدعي بعض الاشكاليات تعميق النظر وتدقيق البحث قبل الإجابة عنها، فكون الدولة لم تعترف بالعملات المشفرة، يعني أن هذه العملات ليس لها رقابة مركزيَّة، وتفتح بابا واسعا لسحب حق سيادة الدولة على ماليتها وتقنينها وحمايتها.

وقد شهد العالم الإسلامي عملات خارج نظر الدول وسيادتها، في المقابل "اتفق علماء المسلمين على أن سك العملة وظيفة الدولة"[1]، وهذا الاتفاق ليس له ما يسانده من النصوص الشرعية، وإنما مستنده المصلحة التي يقدرها ولي الأمر ومن ينوب منابه في تحديد السياسة النقدية للبلد الواحد.

وينبغي على الدولة في المقابل العمل على كل ما من شأنه حفظ أموال الناس وحقوقهم، وعندما نتحدث عن الرقابة المركزية على العملة إنما ذلك من باب بيان حق الدولة في مراعاة المصلحة والموازنة بينها وبين المفسدة، وإذا كان يجب على الدولة "حماية الملكيَّة الفكريَّة والخصوصيَّة، وأمن المعلومات والشبكات، وسرعة البت في المنازعات، ووضع التشريعات اللازمة لحجيَّة التواقيع الإكترونيَّة، ومعايير قبولها في الإثبات"[2]، فإن الأمر نفسه يجب في العملات المشفرة، والعمليات الحاسوبية، والتجارة الإلكترونية[3]، وكل التعاقدات الإلكترونيَّة التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة.

ويتميز هذا التعاقد بأنه تعاقد بين غائبين، وربما يكون كل منها في دولة مختلفة عن الأخرى، وهذا يطرح مسألة تنازع القوانين في المكان فما القانون الذي يحكم المنازعات، عند اختلاف الجنسيَّة؟ وما القضاء الذي يفصل فيها؟[4]، وما مدى حجية المراسلات والعقود الإلكترونيَّة في الإثبات؟ وكيف يمكن التأكد من صحة طلبات الشراء الإلكترونيَّة؟ ولا سيما

---

(1) فقه المعاملات المالية: لرفيق يونس المصري، دار القلم، دمشق، ط/4، 1433هـ- 2012م، ص: 45.

(2) المرجع السابق، ص: 320.

(3) "التجارة الإلكترونية: هي تجارة السلع والخدمات عبر شبكة الانترنت، وهي عبارة عن حاسب وشبكة وبرنامج وموقع، فالحاسب يمكن من إدخال البيانات ومعالجتها وحسن عرضها واسترجاعها، والشبكة تمكن من تبادل المعلومات، والبرامج تمكن من تنفيذ الالتزامات المتبادلة، والموقع يعرض السلع والخدمات، بطريقة تكشف عن محتواه وقدراته، وأهم مزاياها: التكييف مع المعطيات الجديدة في عصر تكنولوجيا المعلومات، والولوج إلى الأسواق العالميَّة بلا حدود ولا قيود، وتحقيق السهولة والسرعة في النشاط التجاري" ينظر: المرجع السابق نفسه.

(4) المرجع السابق نفسه.

مع تنامي ظاهرة الاختراقات وإساءة الاستخدام والغش المعلوماتي والاحتمالات والتزوير وسائر الجرائم المتعلقة بالحاسب والأنترنت[1]، وهذه المخاطر؛ لا تقل عن مخاطر العملات المشفرة وما قد تتعرض لها محفظات المتداولين وأجهزتهم الذكية من الاختراق والسرقة والتزوير.

من أجل ذلك تزداد الاحتياطات من أجل رفع نسبة الوثوقية بالعملات المشفرة، كما "تشير التقارير إلى انحسار المعاملات غير القانونيَّة بالبتكوين، لأسباب منها تطور الآليات المتَّبعة لدى جهات تطبيق القوانين وظهور آليات قد تسمح بكشف هويَّة المتعاملين غير القانونيين"[2].

أما ما يخص مخاوف انتشار الجرائم كغسيل الأموال ودعم المنظمات الإرهابيَّة وغيرها من المخاوف، فإن هذا الجرائم وجدت قبل البتكوين، وما زالت تغذى بالعملات الصعبة، ولذلك يتساوى البتكوين مع غيره من الأموال، فيمكن التوسل به إلى حرام وإجرام، ويمكن التوسل به إلى الحلال والخير، وقد "تم طرح بعض المخاوف بأن البتكوين قد يكون جاذبًا للمجرمين لأنه من الممكن استخدامه لعمل مدفوعات سرية لا يمكن عكسها على أي حال، فإن هذه الخصائص ذاتها موجودة بالفعل في الأموال السائلة والتحويلات البنكية، وهي طرق موجودة بالفعل ومستخدمة بكثرة، واستخدام البتكوين سيخضع بدون جدال للقواعد نفسها المطبقة حاليًا في الأنظمة المالية، والبتكوين لن تمنع التحقيقات الجنائية من أخذ مجراها بشكل عام. ومن المتعارف عليه؛ أن الاختراعات المهمة والجديدة يتم استقبالها بشكل مثير للجدل قبل أن يتم فهم مزاياها بشكل جيد، الإنترنت مثال جيد بين العديد من الأمثلة التي يمكن أن توضح هذا"[3]، مع العلم أنه قد صدرت بعض المحافظ الآمنة نسبيًا، المحاطة بحماية متعددة التوقعات لتعزز مستوى الأمان، ونسبة الوثوقيَّة تزداد يوما بعد يوم.

---

(1) المرجع السابق، ص: 320- 321.

(2) عالم الجريمة الإجرامي يسقط بتكوين مقابل عملة أخرى: أخبار ومقالات، https://www.bloomberg.com/news/articles / تحديث: 02/1/2018، 40:23:00 .
وبتكوين ليس هو الملاذ الآمن https://motherboard.vice.com/en_us/article/5337kd/bitcoin-isnt-the-criminal-safe-haven-people-think-it-is. تحديث: 02/1/2018، 40:19:43

(3) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/ar/faq#is-bitcoin-useful-for-illegal-activities تحديث: 26/1/2018، 06:17:09.

فلا ينبغي المبالغة في التهيب، ولا الهرولة والتسيب، بل لا بد من المشاركة ولو على مستوى السؤال واستفزاز الأذهان وطرح الإشكال، ولذا فإن تنزيل الحكم بالمنع على العملات المشفرة ينظر إليه من جهة صيرورة التعامل بها وسيلة للإجرام، و"رواج المعاملات غير القانونيَّة أو غير المشروعة"[1]، وأنها آيلة إلى نقيض قصد الشارع من تشريع الأحكام، في حفظ الأموال، "فيكون التحريم تحريم وسائل"[2]، لا تحريم مقاصد، ووجه الاستدلال عليه؛ مبدأ اعتبار المآل، فيتغيَّر الحكم بتغيُّره.

فإذا لم يُعترف بها رسميًّا من قبل الدولة والسلطات الحكوميَّة، لكنها قامت بوظائفها كسائر العملات الماليَّة المعترف بها، وتحقق رواجها، ألا يعدُّ ذلك الإسهام الوظيفي وذلك الرواج كافيًا لاعتبارها عملة؟

الفرع الرابع: تحقيق مناط العملات المشفرة

ذهب كثير من الباحثين إلى القول بتحريم التعامل بالبتكوين، وعلة الحكم عندهم الاعتماد الحكومي[3]، في حين اعترفت كثير من البنوك والشركات والمؤسسات الماليَّة الغربيَّة بالعملات المشفرة، وأقرتها حكومات –حسب الموقع الخاص بالبتكوين[4]– وجرت بها معاملات الناس.

---

(1) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين: الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 20.

(2) العملات الرقمية الالكترونية –بين الحل والتحريم –بين الواقع والمنشود –دراسة فقهية اقتصادية مع بيان البدائل المقبولة شرعا: أ.د علي القره داغي، خزانة المعرفة في المالية الإسلامية: I–FIKR، 2018م، وحول النقود المشفرة، ورقة مقدمة لحلقة بحثية بعنوان: "النقد الافتراضي": أ. د سامي بن إبراهيم السويلم، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، المملكة العربية السعودية، 23/1/1440هـ، ص: 6.

(3) الأحكام الفقهيَّة المتعلقة بالعملات الإلكترونية (Bitcoin): د. عبدالله العقيل، ص 25، والبتكوين نظام الدفع الإلكتروني (الند للند) وحكمه في الشريعة الإسلامية: د. مثنى عبدالله النعيمي، كتاب شبكة الألوكة، 1439هـ –2018م، ص: 45، والنقود الرقمية من جهة الفقه الإسلامي: البتكوين نموذجا، أ.د هشام العربي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد: 56، 12/2018، دبي، ص: 104– 105 بتصرف، والعملة الرقمية (البتكوين نموذجا) ومدى توافقها مع الضوابط الفقهية في الإسلام: باسم أحمد عامر، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، ج/16، العدد: 1، 1440هـ– 2019م، ص: 281.

(4) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/bitcoin تحديث: 21/1/2021، 02:52:23

وفي الأثناء هناك من يرى أن وصف العملات لا يصدق على البتكوين، وهو ما ذهبت إليه وزارة الاقتصاد والمالية وبنك المغرب والهيئة المغربية لسوق الرساميل[1]، وعليه صدرت الفتوى من دار الإفتاء المصرية[2]، والفلسطينية[3]، وفتوى المجلس الإسلامي السوري[4]، وتعميم البنك المركزي الأردني للبنوك والمؤسسات المالية[5]، ورئاسة الشؤون الدينيَّة في تركيا[6]، وقانون المالية الجزائري[7]، والهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف بالإمارات العربية المتحدة[8]، وهو أن عدم الاعتماد الحكومي وعدم إصدارها من طرف دولة أو اتحاد نقدي؛ ينفي الماليَّة عن البتكوين، وعليه؛ هل إقرار الدولة بعملة البتكوين وسيلة للتبادل يعدُّ علة لاعتبار ماليتها؟ أو لا؟ للإجابة على هذا لا بد من معرفة الآتي:

أولا: تحقيق المناط بالإصدار الحكومي

ينبغي معرفة أن هناك أوصافا مشتركة بين جميع العملات المشفرة والائتمانية، والقانونية، فإذا تساوت العملات من وجه سقط الاعتبار بذلك الوجه، وإذا استقلت عملة بوجه ثبت لها.

ومَن أعمل النظر في وصف الإصدار الحكومي، وإلزامية أن تكون العملة صادرة عن دولة، وقارن بما حصل في الفقه الإسلامي؛ يجد أن الحضارة الإسلاميَّة قد شهدت أنواعًا من الدراهم التي كانت تصكّ خارج الدولة وجرى بها التحكيم والتصالح والتقاضي.

---

(1) البلاغ الصحفي المشترك حول استعمال العملات الافتراضية: وزارة الاقتصاد والمالية وبنك المغرب والهيئة المغربية لسوق الرساميل، الرباط: 2017/6/21م، http://www.ammc.ma/fr/node/28936 تحديث: 27/6/2020، 06:32:19.

(2) فتوى دار الإفتاء المصرية، بتاريخ 1/1/2018م، http://dar-alifa.org.eg/AR/Viewstatement.aspx?sec=media&ID=5617 .

(3) قرار دار الإفتاء الفلسطينية، رقم: (16/2017/297)، قرار: (158/1)، 25/ربيع الأول/1439هـ -2017/12/14م، http://www.darifa.org/majles2014/showfle/show.php?id=307.

(4) فتوى حكم التعامل بالعملات الإلكترونية المشفرة، رقم الفتوى: 26، https://sy-sic.com/?p=7725 تحديث: 2021/3/10م، 06:39:00.

(5) تعميم البنك المركزي الأردني للبنوك والمؤسسات المالية الأخرى، رقم: 2014/1م، وتعميم رقم: 2018/2م، والتأكيد عليه بتأريخ: 2019/11/24م.

(6) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين، الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 16.

(7) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد: 2017/12/7628م، 1439/4/9هـ، قانون المالية لسنة: 2018م، المادة: 117، يمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها.

(8) فتوى الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف، فتوى رقم: 89043، للعام: 2018/1/30م، الإمارات العربية المتحدة.

وقد ذهب القائلون بتحريم التعامل بالبتكوين من أهل الإفتاء ومن الباحثين المعاصرين[1] إلى تعليل حكم التحريم بعدم الاعتماد الحكومي، وهذا الوصف لا يصح علة للحكم، لأنه لا يسلم من قادح "تخلف الحكم عن العلة"[2]، أي بأن توجد العلة في صورة ولا يوجد الحكم.

فمثلا؛ ما تسمى بالنَّبَهْرَجَةُ، وهي "الَّتِي تُضْرَبُ فِي غَيْرِ دَارِ السُّلْطَانِ"[3]، وعندما تكون خارج سلطة الدولة من الطبيعي أن تكون خارج سلطة البنك المركزي.

ومما يعزز اعتبارها عملة ولو لم تعترف بها الدولة؛ جريان التقاضي بها، كما في قول ابن القاسم يجوز التصالح عليها للصيارفة، خلاف مذهب مالك عند سؤاله عن الزيوف والنبهرجة، وقد قيل في الرجل يكون له على الرجل ألف درهم دينا جيادا فيصالح على أن يأخذ مكانها زيوفا أو مبهرجة، قال ابن القاسم: أرى هذا الصلح جائزا "إذا لم يَغر بها أحدًا وكان يقَطِّعَهَا"[4].

فينتج عن هذا أن كلا من النبهرجة والعملات المشفرة صكًّا خارج دار السلطان، أو كونهما عملة لم تصدر عن البنك المركزي، فلما اتحدتا في الوصف؛ أخذتا الحكم نفسه من جهة الإصدار والصك والتعدين، فلا يكون وصف الإصدار الحكومي علة أو مناطا للحكم بمنع التعامل بالعملات المشفرة والبتكوين.

ثانيا: تحقيق المناط بالرواج

عندما نناقش الإطار المرجعي للعملة فإنما نناقش المصـــدر، كونه المرجع الشـــرعي الوحيد الذي يعطي العملة حق السيادة المالية، فتستحق بذلك أن تكون قيمة وثمنا للأشياء وتحقق ماليتها ورواجها فتؤدي وظائفها المالية والاقتصادية، فتتصف بالمشروعيَّة وتصبغ بالصبغة السياديَّة، بحيث يكون المصدِّر هو المسؤول، والمسؤول الوحيد فقط عن حمايتها، وحماية متداوليها.

(1) المشار إليهم في مقدمة هذا المطلب.

(2) جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي، ص: 96.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 198/4، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 192/6، والموسوعة الفقهية الكويتية: لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 189/24.

(4) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس التميمي الصقلي، 311/14.

قال ابن القاسم عن مالك في المدونة: "قال لي مالك في الفلوس: لا خير فيها نظرة بالذهب ولا بالورق، ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة"[1]، ومحل الشاهد من قول مالك أن اعتبار مالية الأشياء وإكسابها الرواج وقبولها في عملية التبادل وسداد الحقوق الآجلة موقوف على إجازة الناس لها ولو كانت جلودا، فيترتب على إجازة الناس لها واعتبار ماليتها أثر، فلا يجوز بيع عاجلها بآجلها لعلة ربا النسيئة.

وقال الراغب الأصفهاني: "ولما كان كل من واسى غيره فمن حقه أن يقابل بقدر مواساته، لكن ربما لم يحصل عند صاحبه ما يريده هو، فقيض اللَّه تعالى لهم هذا الناض علامة منه –جلَّ ثناؤه– ليدفعه الإنسان إلى من يوليه نفعًا فيحمله إلى من عند مبتغاه فيأخذ منه قدر عمله، ثم جاء ذلك الآخر إلى الأول بتلك العلامة أو بمثلها، وطلب منه مبتغى هو عنده دفعه إليه لينتظم أمرهم بذلك؛ ولذلك قيل: الدرهم حاكم صامت، وعدل ساكت، وحكم من اللَّه تعالى نافذ"[2]، ويؤدى به مقابل حق من عمل أو مال ومنافع وخدمات وتبرؤ به الذمم.

وقال الإمام الغزالي: "فخلق الله تعالى الدنانير والدراهم حاكمين ومتوسطين بين سائر الأموال حتى تقدر الأموال بهما ... إذ لا غرض في أعيانهما، ولو كان في أعيانهما غرض ربما اقتضى خصوص ذلك الغرض في حق صاحب الغرض ترجيحًا، ولم يقتض ذلك في حق من لا غرض له فلا ينتظم الأمر، فإذن: خلقهما الله تعالى لتتداولهما الْأَيْدِي، وَيَكُونَا حَاكِمَيْنِ بَيْنَ الْأَمْوَالِ بِالْعَدْلِ، وَلِحِكْمَةٍ أُخْرَى وَهِيَ التَّوَسُّلُ بِهِمَا إِلَى سَائِرِ الْأَشْيَاءِ،... ونسبتهما إلى سائر الأحوال نسبة واحدة، فمن ملكهما فكأنه ملك كل شيء، ... لا كمَنْ ملك ثوبًا فإنه لم يملك إلا الثوب، فلو احتاج إلى طعام ربما لم يرغب صاحب الطعام في الثوب لأن غرضه في دابة مثلًا فاحتيج إلى شيء وهو في صورته كأنه ليس بشيء، وهو في معناه كأنه كل الأشياء، والشيء إنما تستوي نسبته إلى المختلفات إذا لم تكن له صورة

(1) المدونة: للإمام مالك، 5/3.

(2) الذريعة إلى مكارم الشريعة: لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (المتوفى: 502هـ)، تحقيق: د. أبو اليزيد أبو زيد العجمي، دار السلام – القاهرة، 1428هـ– 2007م، ص: 273.

خاصة يفيدها بخصوصها، كالمرآة لا لون لها وتحكي كل لون، فكذلك النقد لا غرض فيه وهو وسيلة إلى كل غرض"[1].

وتستوي العملات المعاصرة كلها من حيث إن لا غرض في أعيانها، وقد يكون لا شكل لها ولا هيئة ولكنها تحكي كل الأشكال والهيئات.

أما ما يتعلق بالبعد المعياري فمرجعه إلى العرف والعادة؛ لأن "اصطلاح الناس على مقدار درهم ودينار أمر عادي ... فما يعرف له حد طبعي ولا شرعي بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به؛ بل الغرض أن يكون معيارا لما يتعاملون به والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها، بل هي وسيلة إلى التعامل بها، ولهذا كانت أثمانا؛ بخلاف سائر الأموال فإن المقصود الانتفاع بها نفسها؛ فلهذا كانت مقدرة بالأمور الطَّبْعِيَّةِ أو الشرعية، والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض، لا بمادتها ولا بصورتها، ويحصل بها المقصود كيفما كانت"[2]، وقد لاقت العملات المشفرة إطارًا عرفيًّا يحتويها، على مستوى مجتمع إلكتروني مخصوص، وهو في اتساع مستمر –وإن لم يكن له وجود جغرافي من حيث الواقع– واتساعها واستمرارها لا يعني جواز تداولها حتى في إطار المجتمع المعترف بها، حتى تكتمل كل الأوصاف والمعايير الناظمة لكونها عملة من حيث الاعتبار، ومن حيث الإلغاء.

ثالثًا: تحقيق المناط بالشكل الفيزيائي للعملة

هل يعدُّ الشكل والهيئة والوجود الفيزيائي وصفا مؤثرا في اعتبار ماليتها؟

بين شيخ الإسلام ابن تيمية أن مرجع العملة إلى العادة والاصطلاح؛ لأنها في الأصل لا يتعلق بها غرض؛ لا بمادتها ولا بصورتها[3]، فيؤكد بهذا ما قرره الإمام الغزالي حين قال: "النقد لا غرض فيه وهو وسيلة إلى كل غرض"[4]، ومن ثمَّ لا اعتبار للشكل ولا للهيئة الفيزيائية، ولا تصح وصفًا مؤثرًا ينبني عليه حكم شرعي، وإن العملات المعاصرة كلها تستوي من حيث إنها لا تقصد لذاتها وأعيانها، وشكلها وهيئتها، ولكنها تحكي كل الأشكال والهيئات.

(1) إحياء علوم الدين: للغزالي، ص: 1433.

(2) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 19/251–252.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) إحياء علوم الدين: للغزالي، ص: 1433.

فيرد على إناطة الحكم بالوجود الفيزيائي قادح عدم التأثير، وهو يعني أن الوصف لا مناسبة فيه للحكم، فلم تسلم علة الحكم بالجواز أو المنع من النقض في عدم التأثير على الأصل، وذلك أن "الوصف قد استغنى عنه في إثبات الحكم في الأصل المقيس عليه غيره"[1].

يعني أن الوصف المعلل به الذي أنيط به الحكم لا يؤثر في الأصل فيكون الوجود الفيزيائي لا أثر له على حكم االمعتبرة ولا مناسبة فيه للحكم بالاعتبار أو عدم الاعتبار، فيكون من علل عدم جواز البتكوين بأنها عملة لا وجود فيزيائي لها قد انقدح دليله بقادح عدم التأثير، فلا مناسبة بين الوجود الفيزيائي والحكم بمنع البتكوين، لعدم اعتبار الصورة والشكل والهيئة في النقود القانونية والمقيس عليها.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للعملات المشفرة وعملية تعدينها

يأتي الحديث في هذا المطلب عن التكييف الفقهي لعملية التعدين أو التنقيب الإلكتروني، والتكييف الفقهي للعملات المشفرة.

الفرع الأول: التكييف الفقهي لعملية التعدين

يقصد بعملية التعدين أو ما تسمى بالتنقيب الإلكتروني عن العملات المشفرة عملية توثيق مشفر للعملات المالية على شبكة سلسلة الكتل خلال عشر دقائق[2].

وتُكيَّف عملية التعدين على أنها عقد جعالة[3]، وما زالت المبادئ الفقهية المؤطرة لعقد الجعالة يمكن النظر فيها والاستفادة منها لإيجاد الحلول والبدائل الشرعية لكثير من المعاملات الماليَّة.

---

(1) المعونة في الجدل: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، تحقيق: د. علي عبد العزيز العميريني، جمعية إحياء التراث الإسلامي– الكويت، ط/1، 1407هـ، ص: 100، والبرهان في أصول الفقه: للجويني، 115/2، وقواطع الأدلة في الأصول: للسمعاني، 220/2، والمنخول من تعليقات الأصول: للغزالي، ص: 516، والمحصول في أصول الفقه: لابن العربي، ص: 141، والمحصول: للرازي، 261/5، والإحكام في أصول الأحكام: للآمدي، 85/4، ونفائس الأصول في شرح المحصول: للقرافي، 3476/8، وروضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لابن قدامة، 325/2.

(2) الأسئلة الشائعة عن البتكوين: https://bitcoin.org/bitcoin تحديث: 18/3/2018، 17:34:11.

(3) الأحكام الفقهية المتعلقة بالعملات الإلكترونية (Bitcoin): د عبدالله العقيل، ص: 41.

أولًا: تعريف الجعالة

يشمل المحور على تعريف الجعالة في اللغة وتعريفها في الاصطلاح.

- **الجعالة لغة:** الْجُعْلُ وَالْجَعَالَةُ وَالْجَعِيلَةُ: مَا يُجْعَلُ لِلْإِنْسَانِ عَلَى الْأَمْرِ يَفْعَلُهُ، وَجَعَلْتُ الشَّيْءَ صَنَعْتُهُ[1]، ففي اللغة يطلق ويقصد به ما يقابل عملا.

- **الجعالة اصـــطلاحًا:** يقترب التعريف الاصـــطلاحي من التعريف اللُّغوي كثيرًا، فهو "عقد معاوضـــة على عمل آدمي بعوض غير ناشـــئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه"[2]، وقوله: عقد معاوضــة قيد يخرج به عقود التبرعات، فهو عقد على عمل ســواء كان معلوما، أم مجهولا بعوض.

وقوله: "على عمل آدمي" أخرج به كراء السفن وكراء الأرضين وكراء الرواحل، والمراد بقوله: "بعوض غير ناشئ عن محله" أخرج به المساقاة والقراض والحرث، وأما قوله: "به" أخرج الخدمة الناشئة من ذات الجعل، وقوله: "لا يجب إلا بتمامه" الجملة صفة للعوض، أي بعوض موصوف بكونه لا يجب إلا بتمامه فتخرج الإجارة في الآدمي لأن عوضها يتبعض على قدر العمل[3].

كما يخرج من قوله غير ناشئ عن محله: نقد بنقد، أو الخدمة الناشئة عن محل العقد احترازا من الوقوع في الربا، وقريب منه عند الشافعية: "وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملًا من رد ضالة، ورد آبق، وبناء حائط، وخياطة ثوب، وكل ما يستأجر عليه من الأعمال"[4]، فهو عقد على عمل سواء كان معلوما أم مجهولا بعوض. وقيل: هي جعل شيء معلوم كأجرة لا مجهولًا لمن يعمل له عملا مباحًا، ولو مجهولًا وعلى مدة، ولو مجهولة[5].

والعوض؛ المال المعلوم: وهو ما تحدده شبكة العملة الإلكترونية من منح خمسين عملة للمعدن، ثم تنخفض إلى النصف كل أربع سنوات.

---

(1) معجم مقاييس اللغة: ابن فارس، كتاب الجيم، باب الجيم والعين وما يثلثهما، أصل: الجيم والعين واللام.

(2) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، 402.

(3) المصدر السابق، 402-403.

(4) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 271/2.

(5) كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتى، 203/4.

والجاعل: شبكة العملة الإلكترونية التي تمنح المال المعلوم لأول من يقوم بالعمل المطلوب.

والعمل المباح: توثيق التعاملات بالعملة الإلكترونية الصادرة خلال عشر دقائق، وهو عمل معلوم ومدته معلومة.

ويعتبر التنقيب عن البتكوين من قبيل الجعالة على المجهول، فالجعالة هي العمل المبذول في التنقيب لمدة عشر دقائق، والجعل هو البتكوين فقد يصل إليه أو قد لا يصل إليه.

ثانيًا: مشروعية عقد الجعالة على المجهول

ذهب الفقهاء إلى القول بصحة عقد الجعالة على المجهول وأن عقد الجعالة عقد مشروع وزاد ابن قدامة قوله: "ولا نعلم فيه مخالفا"[1]، إشارة إلى الإجماع السكوتي، على الجعل لرد الآبق فإنه لا خلاف فيه، ولكنهم اختلفوا في التفاصيل:

-**القول الأول:** اتفق جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على صحة عقد الجعالة على المجهول، وأن عقد الجعالة مشروع في رد الضالة والآبق وغيرهما، لا يشترط كون العمل معلوما تحصيل لمصلحة العقد[2]، وهي رد المال المفقود.

أدلتهم: استد الجمهور بمجموعة من الأدلة وهي:

الأول: من القرآن قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72].

الثاني: جاء في السنة المطهرة: عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- أن رهطا من أصحاب رسول الله -ﷺ- انطلقوا في سفرة سافروها، حتى نزلوا بحي من أحياء العرب، فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين قد نزلوا بكم، لعله أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم، فقالوا: يا أيها الرهط، إن سيدنا لدغ، فسعينا له بكل شيء لا ينفعه شيء، فهل عند أحد منكم شيء؟ فقال بعضهم: نعم، والله إني لراق، ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جُعلا، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق فجعل يتفل

(1) المغني: لابن قدامة، 93/6.

(2) الذخيرة: للقرافي، 8/6، ونهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 495/8، والمغني: لابن قدامة، 93/6.

ويقرأ: الحمد لله رب العالمين حتى لكأنما نُشِطَ من عقال، فانطلق يمشي ما به قَلَبَةٌ، قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقسموا، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله -ﷺ- فنذكر له الذي كان، فننظر ما يأمرنا، فقدموا على رسول الله -ﷺ- فذكروا له، فقال: «وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ؟ أَصَبْتُمْ، اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ»[1]

الثالث: ومن أدلة ثبوت الجعالة على المجهول؛ الحاجة التي تقوم مقام الضرورة وتنزل منزلتها، إذا كانت تمس إحدى الكليات الخمس، ويترتب عليها هلاك بالقطع أو غلبة الظن.

وعليه؛ لمَّا كانت الحاجة المجردة دون الضرورة من حيث إنه يترتب عليها الهلاك بالظن لا بالقطع، والوقوع في مشقة وحرج لا يصل إلى فوات كلي من الكليات، إلا أنها تصير ضرورية إذا احتفت بها القرائن، وتكون الدعوة إلى رد المال المفقود من قبيل الحاجي ابتداء، والضروري انتهاء ومآلا.

وقد صرح الفقهاء بالضرورة، ولكن في مصطلحهم إنما يريدون الحاجة التي تقوم مقام الضرورة، قال الإمام الجويني: "ومعلوم أن الجعالة إنما تثبت للضرورة"[2]، وفسر هذه الضرورة في موضع آخر فقال: "فإنَّ الضبط غير ممكن في هذه المواضع، فأثبت الشرع الجعالة مع الجهالة على حسب مسيس الحاجة"[3]، وهو عينه ما أشار إليه الشيرازي، بقوله: ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك من رد ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه، فجاز الإجارة والمضاربة[4].

ويناط بمسيس الحاجة إليها، وذلك أن العبد إذا أبِق، والبهيمةَ إذا شردت، ومست الحاجة إلى ردها، فقد لا يستقل به صاحب الواقعة، ولا يسمح به من يتمكن منه، والغالب وقوع هذه الوقائع عند الجهل بمكان العبد الآبق، والجهةِ التي أخذ فيها[5]، فإن كان المال المفقود، والعمل المجهول، المجعول عليه متعلقا بحق الدولة، وبهيبتها، ويمس سيادتها، فإن تحصيله يكون من باب الضروري.

(1) صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: النفث في الرقية، رقم: 5749.

(2) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 360/3.

(3) المصدر السابق، 389/3-390.

(4) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 272/2.

(5) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 8/ 495.

الرابع: تعليل الجواز مع الجهالة يرجع إلى كونه عقدًا غير لازم، والمشهور عند المالكية أن الجعالة لا تلزم من الطرفين؛ لأنها من قبيل الجائز لا من قبيل اللازم على مشهور المذهب؛ لأن العمل مجهول فلا يتمادى[1]، والجعالة من العقود التي لا يلزم ترتب مصلحتها بالعقد، "فإن الجعالة لو شرعت لازمة مع أنه قد يطلع على فرط بعد مكان الآبق، أو عدمه مع دخوله على الجهالة، بمكانه فيؤدى ذلك لضرره فجعلت جائزة لئلا يجتمع الجهالة، بالمكان واللزوم، وهما متنافيان"[2].

ليس المقصود بعقد الجعالة حصول التملك، وإنما حفظ المال المفقود وصيانته عن الضياع، والقيام بالأعمال التي لا يستطيع الجاعل القيام بها.

أما ما يخص مقصد الربح والرواج فإنه "غير حاصل، بل ربما ضاع تعب العامل وخسر المال ومقصود الجعالة رد الآبق، وقد لا يحصل ويضيع التعب، فجعلت هذه العقود على الجواز نفيا للضرر عن المتعاقدين لأنه قد تظهر أمارته فلا يلزم بما يتوقع ضرره"[3]، لأن الجهالة في عمل الجعالة[4]، متمكنة من الجهل ولازمة له فلا تنفك بحال، ولو شرع على اللزوم لكلف بما فيه ضرر وهذا ينافي القواعد الشرعية، ولم يخالف الشافعية في أن الجعالة غير لازمة، فالجعالة جائزة و"منتهاها غيرُ معلوم، وكل ما كان كذلك ثبوته على اللزوم بعيد"[5]، فصحَّت أنها عقد غير لازم لأنَّ مقصدها غير منضبط.

ولذلك فإن العمل قد يكون مجهولا، كرد الآبق والضالة ونحو ذلك، والحاجة داعية إلى ردهما، وقد لا يجد من يتبرع به، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه[6].

أما الحنابلة فقد وافقوا على عدم لزوم عقد الجعالة لرد المال المفقود، وإنما دعت "الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه، مع جهالة العمل لأنها غير لازمة"[7]، ولذا ينبني عقد الجعالة

---

(1) مَنَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها: لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي (المتوفى: بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدّميَاطي، دار ابن حزم، ط/1، 1428هـ - 2007م، 180/7.

(2) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور، 568/2-569.

(3) الذخيرة: للقرافي، 55/6.

(4) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور، 304/1.

(5) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 8/ 495

(6) المغني: لابن قدامة، 94/6.

(7) المصدر السابق نفسه.

على الجواز لا على اللُّزوم، لأنه عقد لا يستلزم مصلحته، بل قد تحصل مصلحته وقد لا تحصل.

- القول الثاني: مذهب الحنفية

ذهب الحنفية إلى القول بعدم جواز الجعالة إلا في رد العبد الآبق[1] دون غيره من الضوال، لأنه رخصة وهو على غير القياس.

أدلتهم: استدل الحنفية بالاستحسان، وهو على خلاف القياس عندهم، ففي القياس من رد آبقًا لا جعل له.

وعللوا أن رد الآبق نهي عن المنكر؛ لأن الإباق منكر، والنهي عن المنكر فرض على كل مسلم، فلا يستوجب بإقامة الفرض جعلا، وإنما تركهم القياس لاتفاق الصحابة –رضي الله عنهم– فقد أجمعوا إجماعًا سكوتيًا على وجوب الجعل[2] .

يترتب على الجعل صيانة الآبق عن الضياع، وصيانة المال على المالك، هو معنى التسبب، بخلاف غيره من الضوال إذا ضلت؛ فإنها ترعى في المراعي المألوفة فيمكن الوصول إليها بالطلب عادة، فلا تضيع دون الأخذ فلا حاجة إلى الصيانة بالجعل[3].

لمَّا كان تعليق التمليك بأمر له خطر الوجود والعدم لم يصح والجعالة من التمليكات التي لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح، لأنها لا توجه إلى معين[4].

الراجح: يترجح ما ذهب إليه الجمهور لقوة الأدلة، وإذا كان قد ثبت الإجماع على الجعل لرد الآبق، فإن غيره يأخذ حكمه، ولأن الحاجة داعية إلى إعمال الجعالة في صور كثيرة، سواء كانت حاجة عامة أم خاصة، ويجري عليها قياس غيرها من التطبيقات والمستجدات، كرد الضوال والقيام بالأعمال التي لا يُقدر عليها ولا يوجد من يتطوع بها، والتي قد تسبب مشقة وحرج على الفرد أو الجماعة والمؤسسة أو الدولة، وإذا حصلت المشقة؛ دعت الحاجة لرفعها ودفع عنائها.

---

(1) المبسوط: للسرخسي، 31/11.

(2) المبسوط: للسرخسي، 17/11.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 304/6.

(4) المصدر السابق، 117/6، بتصرف.

وإذا تعلق التعدين والتنقيب عن العملات المشفرة عامة والبتكوين خاصة؛ بحق الدولة وسيادتها ومكانتها الوطنية والإقليمية والدولية، فإن تحصيله وتعدينه وحيازته يعدُّ من باب الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة.

ثالثًا: مخاطر الشروع في عقد التعدين على جعالة

لما كيفنا عقد التعدين على عقد الجعالة على المجهول؛ فإنه قد يترتب على تملك العملات المشفرة عامة والبتكوين خاصة، وضرب الجعل على اكتسابها وتعدينها؛ مخاطر تؤول إلى فساد عام أو خاص، إلا أن هناك وسائل وقائية يمكن عند الأخذ به تجنب الخطر الواقع والمتوقع، يتضح ذلك من خلال الآتي:

– إن طبيعة العقد غير لازم ابتداء، وهو لازم بالشروع، "فإن شرع لزم الجاعل"[1] عوضا، على قدر العمل المؤدى.

– إن من وسائل تدبير المخاطر أنه متى شعر العامل بالخطر له أن يطلب الفسخ، قياسا على المضاربة.

قال الشيرازي: "ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد؛ لأنه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة، فإن فسخ العامل لم يستحق شيئًا، لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل وقد تركه فسقط حقه"[2]، لتسببه في إسقاطه، و"لأنه عوض يستحق بعمل، فلا يستحقه من لم يعمل"[3].

ولكي يستحق العامل الجعل كاملا لا بد من أدائها على كمالها، "فإن موضوع هذه المعاملة على تحصيل تمام المقصود من العمل، فإذا لم يحصل، لم يثبت للعامل استحقاقٌ"[4].

(1) جامع الأمهات: لعثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي (المتوفى: 646هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1421هـ – 2000م، ص: 443.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 273/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 94/5.

(4) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 8/ 495

وإذا كان الفسخ من جهة رب المال فإما أن يكون قبل العمل؛ فلم يلزمه شيء، لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العمل، وإن كان بعد ما شرع العامل في العمل؛ لزمه أجرة المثل، أو جعل المثل لما عمل، لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته[1].

ويعتبر ثبوت عوض استهلاك المنفعة مهم في عملية التعدين أو التنقيب، ذلك أنه قد يشرع في التنقيب، أو ينقب وتسجل عمليته على شبكة سلسلة الكتل، فيطلب الطرف الآخر فسخ العقد، وقد استهلك منفعته في حل المعادلات المعقدة، فإن العامل في هذه الحالة يستحق عوضًا يقدر بأجرة المثل، "لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده"[2].

يتضح مما سبق: أنه يمكن التساؤل لو أطلقت الحكومات والدول الإعلان عن جعل لشركات التنقيب والخبراء المتخصصين في مجال التعدين، وضرب لهم جعلا معلوم العوض، مقابل التنقيب عن عملات مشفرة فهل يكون ذلك مباحًا؟

رابعًا: ضوابط تخريج عقد الجعالة على عملية التعدين

تعتبر مجموعة الضوابط الاحترازيَّة التي وضعها الفقهاء لعقد الجعالة شروطا يجب التقيد بها عند إجراء أي عملية تعدين للبتكوين، نبينها في الآتي:

– أن لا تكون نقدًا بنقد، فإن النقد بالنقد في الجعالة لا يجوز، لأنه سلف تارة، وجعل أخرى، فلا يجوز، وذلك احترازًا من الدين بالدين[3]، وخشية الوقوع في الربا، وهذا يسبب إشكالا حقيقيًا لو ضرب الجعل بنقد ابتداء.

– أن يكون الجعل معلوما غير منقود، فلو قال: من رده فله ثوب أو أرضيه فسد العقد، وللرادِّ أجرة مثله، وليس فيها منفعة للجاعل إلا بتمام العمل، ولا يضرب للعمل أجل[4]، لأنه

(1) جامع الأمهات: لابن الحاجب، ص: 442، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 273/2، والمغني: لابن قدامة، 94/5.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 285/2.

(3) مَنَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها: للرجراجي، 280/7.

(4) المصدر السابق نفسه، ومنهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: للنووي، ص: 179، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 391/6.

يخل بالمقصودِ، فلو قدر الأجل، أدَّى ذلك إلى ضَيَاعِ عمل المجاعل بانقضاء المدة قبل وجود الضال[1].

– وزاد الحنابلة أن يكون الجعل مقدورا على تسليمه، ويترتب على هذا حكما أخر، وهو جواز الجعالة على جزء مشاع من الضالة، فإذا كانت الجهالة تصل إلى حد امتناع التسليم: لم تصح الجعالة قولًا واحدًا[2]، لأن العمل لا يصير لازما، فلم يجب كونه معلوما، والعوض يصير لازما بإتمام العمل، فوجب كونه معلوما[3]، فالجهالة مع إمكانية السليم تعدُّ من قبيل المعلوم، فإذا كانت الجهالة مقبولة في العمل فلا تقبل في الجعل.

خلاصة: يعتبر عقد الجعالة على المجهول التكييف الفقهي لعملية تعدين العملات المشفرة، ولهذا يكون ضرب جعل في مقابل إجراء عملية التعدين مباح غير لازم للمتعاقدين، ويستحق المعدن جعلا في آخر العمل.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي للعملات المشفرة

عندما نتحدث عن العملات الإلكترونيَّة المشفرة لا نعني ما درجت عليها المصارف والبنوك من اعتبار عملات خاصة بها مغطاة بأوراق ماليَّة معتبرة في كل دولة على خصوصها، سواء كانت على شكل بطاقات أم شيكات إلكترونيَّة، من ذلك "بطاقة الائتمان: وهي مستند يعطيه مصدره، لشخص طبيعي أو اعتباري –بناء على عقد بينهما– يمكنه من شراء السلع، أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالًا، لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومن أنواع هذا المستند ما يمَكِّن من سحب نقود من المصارف"[4].

وقد كان أول من فكر بإصدار بطاقة تسديد المدفوعات (PAYMENT CARD) هي شـركة ويسـترن يونيون في الولايات المتحدة الأمريكية حيث قامت عام 1914م بإصـدار

(1) الذخيرة: للقرافي، 9/6، وعجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج: لسراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بابن النحوي والمشهور بابن الملقن (المتوفى: 804 هـ)، تحقيق: عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني، دار الكتاب، إربد – الأردن، 1421هـ– 2001م، 1021/2.

(2) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 391/6.

(3) المغني: لابن قدامة، 94/6.

(4) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن الأسواق المالية بخصوص بطاقة الائتمان، والبَيَان الخِتامي وَالتّوصيَات، الندوة الثانية، المنعقدَة بدولة البحرين، في الفتَرة: في 7 –12 /11 /1412هـ الموافق: 19–21 /1412/5هـ– 25– 27 /1991/11م، قرار رقم: 65 (7/1).

بطاقة معدنية تعطى لبعض العملاء المميزين للشـركة والتي تمنحهم معاملة خاصـة، ... وفي سنة 1917م قامت بعض الفنادق الضخمة والمحلات التجارية الكبرى وشركات النفط وشركات سكك الحديد كل منهما بإصدار بطاقات خاصة بها[1]، لتسهيل إجراءات الدفع، ونظرًا لنجاح فكرة الدفع بالبطاقات الائتمانية البلاستكية قام أكبر بنك في أمريكا وهو (BANK OF AMERICA) عام 1959م بدخول ميدان إصدار بطاقات الائتمان وأصبحت بطاقته مقبولة في جميع أنحاء الولايات المتحدة الأمريكية[2]، ثم أخذت الفكرة تنتشر في العالم، وظهرت أشكال من البطاقات، مثل بطاقة أمريكان إكسبرس (AMERICAN EXPRESS) والماستر كارد (MASTER CARD) واليورو كارد (EURO CARD) والعديد من البطاقات الأخرى[3].

ومن أمثلة هذه البطاقات، بطاقة الصرف الآلي[4]، ومنها بطاقة الخصم الشهري (الاعتماد) (CHARGE CARD)[5]، وبطاقة الائتمان (التسديد بالأقساط) (CREDIT CARD)[6]، وكل هذه البطاقات مغطاة بالعملة الورقيَّة الرسميَّة أو النقود الأصلية، وقيمتها

(1) بَطاقات الائتمان المصرفيّة والتكييف الشرعي المعمُول به في بَيت التمويل الكويتي: مركز تطوير الخدمة المصرفيّة بيت التمويل الكويتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد: 13، 343/7.

(2) المرجع السابق، 344/7.

(3) المرجع السابق، 345/7.

(4) "والتي تمنح للعملاء الذين لهم حسابات لدى البنك المصدر لهذه البطاقة وذلك للخصم الفوري من حساب العميل عند استخدامها بواسطة أجهزة الصرف الآلية" المرجع السابق، 346/7.

(5) "وهي بطاقة تمكن حاملها من استخدامها في المحلات التجارية للشراء أو تلقي الخدمات في مكاتب الطيران أو الفنادق أو المطاعم ... إلخ، وكذلك يمكن للبعض منها أن تستخدم في أجهزة الصرف الآلي أو أنظمة التحويل الإلكتروني (P. O. S)، ويتم خصم قيمة استخدام العميل لهذه البطاقة في موعد محدد من كل شهر"، ينظر: المرجع السابق، 347/7.

(6) "وهذه البطاقة تتميز عن بطاقة الخصم الشهري بأن التسديد فيها يكون على شكل دفعات، قد تكون منتظمة أو غير ذلك، بحيث يكون دائمًا لدى العميل قدرة على استخدام البطاقة في حدود ائتمانية متفق عليها ما دام هو منتظمًا بسداد الفوائد المستحقة شهريًّا، ولها نفس ميزات بطاقة الخصم الشهري من حيث الاستخدامات الأخرى، وتعتمد الجهات المصدرة لهذه البطاقة في إيراداتها، بالإضافة إلى رسوم العضوية والتجديد، على الفوائد المحتسبة على الرصيد المدين، ويرسل كشف حساب لحامل البطاقة ويعطى مهلة محددة للتسديد، وفي بعض الحالات تحتسب الفائدة على العميل من يوم إصدار كشف الحساب له" ينظر: المرجع السابق، 348/7.

ثابتة في حســـاب حامليها المودع لدى الجهة المصـــدرة، حتى يتمتع بكامل الصـــلاحيَّة، ويستفيد من خدماتها، ونعني بالحديث عن تكييف العملات المشفرة؛ مناطها من حيث عدم الوجود الفيزيائي.

- تكييف العملات المشفرة على أنها مؤشر:

تُكيَّف النقود المشفرة على أنها مؤشر يمكن تداوله بالبيع والشراء، و"المؤشر هو رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة، يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة، وتجري عليه مبايعات في بعض الأسواق العالمية، ولا يجوز بيع وشراء المؤشر لأنه مقامرة بحتة، وهو بيع شيء خيالي لا يمكن وجوده[1].

ووفقًا للقاعدة "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[2]، فإن شراء أو بيع المؤشر وإن سمي ذلك كذلك فإنما صورته صورة بيع، وحقيقته قمار، وقصده الربح وتنمية الثروة لا تبادل السلع والمنافع، فلا يؤدي الوظائف الأساسية للبيع والشراء وتحريك دورة المال بين طرفي العمليَّة الشرائية.

ذلك لأن التكييف الفقهي لتداول المؤشر على أنه بيع ما لا يملك، أو بيع المعدوم، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي -التابع لرابطة العالم الإسلامي- إن العقود الآجلة بأنواعها، التي تجري على المكشوف، أي على الأسهم والسلع التي ليست في ملك البائع، بالكيفية التي تجري في السوق المالية "البورصة" غير جائزة شرعًا، لأنها تشتمل على بيع الشخص ما لا يملك، اعتمادًا على أنه سيشتريه فيما بعد، ويسلمه في الموعد، وهذا منهي عنه شرعًا لما صح عن رسول الله -ﷺ- أنه قال: «لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[3]، وكذلك ما رواه الإمام أحمد وأبو داود بإسناد صحيح عن زيد بن ثابت -رضي الله عنه-: «إِنَّ رسول

(1) المرجع السابق، 583/7.

(2) موسوعة القواعد الفقهية: لمحمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط/1، 1424هـ - 2003م، ج/1، 322/2.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: العينة، وما يشبهها، رقم: 2361، وسنن أبي داوود، أبواب: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم: 3503، وسنن الترمذي: أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: 1232، وسنن النسائي، كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، رقم: 6162، وسنن ابن ماجة، أبواب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، رقم: 2187، ومسند أحمد، مسند: الْمَكِّيِّينَ، مسند: حكيم بن حزام، رقم: 15311.

اللَّه -ﷺ- نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ»[1]، ثم ذهب المجمع في بيان أوجه عدم الجواز[2]، كما في البند السادس.

ليست العقود الآجلة في السوق المالية (البورصة) من قبيل بيع السلم الجائز في الشريعة الإسلامية، وذلك للفرق بينهما من وجهين:

- في السوق المالية (البورصة) لا يدفع الثمن في العقود الآجلة في مجلس العقد، وإنما يؤجل دفع الثمن إلى موعد التصفية، بينما أن الثمن في بيع السلم يجب أن يدفع في مجلس العقد.

- في السوق المالية (البورصة) تباع السلعة المتعاقد عليها وهي في ذمة البائع الأول، وقبل أن يحوزها المشتري الأول، عدة بيوعات، وليس الغرض من ذلك إلَّا قبض أو دفع فروق الأسعار بين البائعين والمشترين غير الفعليين، مخاطرة منهم على الكسب والربح، كالمقامرة سواء بسواء، بينما لا يجوز بيع المبيع في عقد السلم قبل قبضه[3]، فيلاحظ من خلال قرار المجمع في البيع بالكيفية التي تجري في السوق المالية، أن العلة من التحريم هي الغرر والجهالة الناشئة عن عدم القدرة على التسليم، لأن السلعة لم تقبض بعد، فالذي يبيع ما لا يملك أو يبيع الشيء قبل قبضه؛ فإنما يبيع شيئا معدومًا، أو في حكم المعدوم، فيترتب على هذا غرر فاحش غير مغتفر، لفقدان محل التعاقد الذي هو السلعة أو ثمنها.

وعلى افتراض أن أحدا جاء يقول بجواز تداول العملات المشفرة؛ وهو لا يجيز تداول الأسهم، أقول له: وجِدت عملات ليس لها وجود فيزيائي لم تقولوا بجواز تداولها، فكيف تقولون بتداول العملات المشفرة. كما تقاس بهذا التكييف العملات المشفرة على المؤشر بجامع العلة، وهي الوصف المؤثر المطرد المنعكس، وذلك على رأي من يرى أن الوجود الفيزيائي وصف مؤثر في حكم الأصل، أي في منع تداول مؤشر الأسهم، فكان حكم الفرع لا يجوز تداول العملات المشفرة، والجامع هو عدم الوجود الفيزيائي وقد سبق بيانه.

---

(1) سنن أبي داود، أبواب الاجارة، باب: في بيع الطعام قبل أن يستوفي، رقم: 3499، ومسند أحمد، مسند الأنصار، حديث زيد بن ثابت، عن النبي -ﷺ- رقم: 21668.

(2) توصيات مجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي: بشأن الأسواق المالية، منظمة المؤتمر الاسلامي – جدة- المملكة العربية السعودية، العدد: 7/ 422.

(3) المرجع السابق نفسه.

المبحث الثاني: اعتبار العلل المالية وأثرها في تغيُّر حكم تداول العملات المشفرة

من يريد أن يعتبر العملات المشفرة مالًا، لابد أن يعلل ماليتها، ويثبت لها عللا وأوصافا مطردة ومنعكسة، كجريان الربا، واعتبار مركزية الرواج والجهالة والغرر، كما سيأتي من خلال دراسة تطبيقية على منظومة عقود التبرعات، وبيان اعتبار العلل والأوصاف المالية للعملات المشفرة، وأثرها على تغيُّر حكم تداول العملات المشفرة.

المطلب الأول: اعتبار العلل والمقاصد في ماليَّة العملات المشفرة

تعرضت في هذا المطلب للعل والأوصاف المؤثرة في ماليَّة العملات والعملات المشفرة، وقد قسمته إلى ثلاثة فروع، الفرع الأول الربا في العملات المشفر، بينما كان الحديث في الفرع الثاني عن مركزية الرواج في العملات المشفرة، واقتصر الفرع الثالث على اعتبار الأوصاف المآلية في تداول العملات المشفرة.

الفرع الأول: جريان الربا في العملات المشفرة:

علمنا أن العملات المشفرة ذات قيمة وأنها وسيلة للتداول، في المقابل تقصد بالاستثمار والمضاربة، ما يجعلها شديدة المخاطر، حتى قيل: إن استثمار الأموال هو وسيلة رائعة لبناء بعض المدخرات، التي يمكنك استخدامها بعد تقاعدك، وذلك بالقيام بعملية الشراء، ثم البيع من أجل الربح، فيمكنك الحصول على سعر فائدة لائق على أموالك، ولكن لن يكون هناك الكثير من المال مقارنة بالاستثمارات ذات المخاطر العالية[1]، وقد ظهرت استعمالات عديدة لهذه العملات، كان أهمها وأكثرها انتشارًا؛ التحويلات الماليَّة السريعة النِّد للنِّد، وهنا يظهر سؤال مفاده؛ هل يجري الربا على العملات المشفرة؟

تستدعي الإجابة على هذا الإشكال عرض علة تحريم الربا في الأموال، وبيان أقوال الفقهاء، واختلافهم في علة تحريم الرباء لاختلافهم في توجيه الأحاديث النبوية وعلى رأسها ما روي عن عبادة بن الصامت، قال: قال رسول الله -ﷺ-: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً

(1) أخبار البتكوين: https://usebitcoins.info/index.php/news تحديث: 17/9/2020، 17:09:31

بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ»[1]، فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والإجماع[2]، بينما اختلف الفقهاء في جريان الربا في غير الأصناف الستَّة المذكورة في الحديث، كما اختلفوا فيما يجري على الذهب والفضة والأصناف الربويَّة الأخرى، هل بجامع وصف الثمنيَّة أو الوزن؟ وذلك إلى مذاهب:

المذهب الأول: وهو وقول الظاهريَّة[3]، وحكي عن طاؤوس وقتادة أنهما قصرا الربا على الأصناف الواردة في الحديث، وقالا: لا يجري في غيرها[4]، وابن عقيل –وهو من أصحاب الإمام أحمد– لأن العلماء اختلفوا في العلة، فلما اختلفوا تساقطت أقوالهم، وأنه تردد في المعنى، ولم يعدها إلى غير الستة لتعارض الأدلة عنده في المعنى[5]، وذهب إليه الصنعاني،[6]، وأما اختلاف مثبتي القياس في علة الربا فليس على شيء من هذه الأقوال حجة نيرة إنما هي مجرد تظننات وتخمينات انضمت إليها دعاوى طويلة بلا طائل... فما أحسن الاقتصار على نصوص الشريعة، وعدم التكليف بمجاوزتها، والتوسع في تكليفات العباد بما هو تكليف محض، ولسنا ممن يقول بنفي القياس[7]، فيكون الربا في الأصناف الوارد ذكرها في الحديث فقط.

---

(1) صحيح مسلم: كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، رقم: 1587.

(2) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 85/4، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 148/3، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 392/9، والمغني: لابن قدامة، 4/4.

(3) المبسوط: للسرخسي، 112/12، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبد البر، 91/4، المحلى بالآثار: لابن حزم، 449/7.

(4) وبه قال داود ونفاة القياس، ومسروق والشعبي وقتادة وعثمان البتي، ينظر: المجموع شرح المهذب: للنووي، 393/9، والمغني: لابن قدامة، 4/4.

(5) شرح الزركشي على مختصر الخرقي: لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ)، دار العبيكان، ط/1، 1413هـ– 1993م، 413/3، والمبدع شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1418هـ– 1997م، 126/4.

(6) سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن الأمير الصنعاني، 51/2.

(7) الروضة الندية شرح الدرر البهية: لأبي الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي (المتوفى: 1307هـ)، دار المعرفة، 110/2.

دليلهم: استدل القائلون بالأصناف الثمانية الواردة في الحديث بأدلة كثيرة، منها: نفيهم لدليل القياس ابتداء، أو بمنع تعديَّة علته، وبأدلة عديدة، تمسكوا بعمومها كتمسكهم بعموم مقتضاها عندهم؛ أن كل تجارة، وكل بيع، وكل سلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم إلى أجل معلوم: فحلال مطلق لا مرية في ذلك، إلا ما فصل الله تعالى تحريمه على لسان رسول الله -ﷺ- وأنه لا ربا ولا حرام إلا بنص، وقول تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275]، وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: 29][1].

فينبني قولهم على دليل الاستصحاب، وهو أن "أصل الإباحة؛ لقول الله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275]"[2]، وقوله عز وجل: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: 119]، فالأدلة في عمومها محمولة على أصل الإباحة في المعاملات، ما عدا الأصناف الستة المنصوص عليها في السنة.

وردوا على من يقول بالقياس، بأن في هذه المسألة ليس هناك ما يدعو إلى القياس، ولأن العلة مضطربة ومختلفة، فهو قول بلا دليل، وأن التعليل لتعدية حكم النص إلى غير المنصوص، يعدُّ من قبيل إبطال المنصوص، وعندنا التعليل لتعدية حكم النص إلى غير المنصوص، فالحكم في المنصوص ثابت بالنص لا بالعلة؛ لأن الثابت بالنص مقطوع به، والمنع بظاهر النص ثابت، فالاشتغال بالتعليل يكون لغوا[3]، لأنه جرى على غير محل، فالقياس هنا بحاجة إلى دليل على أن الأصل معلل.

وممن قصروا الربا على الأصناف الستة دون غيرها؛ "قوم نفوا قياس الشبه، وذلك أن جميع من ألحق المسكوت عنه هاهنا بالمنطوق به، فإنما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة"[4].

---

(1) المحلى بالآثار: لابن حزم، 449/7،

(2) المغني: لابن قدامة، 4/4.

(3) المبسوط: للسرخسي، 114/12.

(4) "إلا ما حكي عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية، وقال: علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال، يريد منع العين. وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا، وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى، إذ لم يتأت له قياس علة، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة، لأنه زعم أنه في معنى التمر"، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 149/3.

ويفهم من هذا أن دليل القائلين بتعديَّة حكم الأصل إلى غيره من الأصناف الستة؛ دليل فاسد الوضع، فلا يصلح لترتب الحكم عليه.

المذهب الثاني:

ذهب الجمهور الفقهاء إلى أن الربا يجري فيما سوى الأصناف الستة بجامع العلة، وأن الاقتصار في النص عليها دون سواها إنما هو من قبيل التمثيل، أو الغالب في المعاملات الجارية في الزمان والمكان.

القول بأنَّ العلة هي مطلق الثمنيَّة، أو الغلبة؛ أولى من القول بعدم جريان الربا في الفلوس مبني على أن الربا في الذهب والفضة غير معلل، بل معلق بما يسمى ذهبا وفضة، لأن المازري أنكره ونقل اتفاق العلماء على تعليل الحكم هنا، وإنما اختلفوا في العلة[1]، إطلاقا وتقييدًا، وعليه؛ فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال، فيجب أن يكون محدودا مضبوطا لا يرتفع ولا ينخفض؛ وحين اتخذ الناس الفلوس سلعة تعدُّ للربح عم الضرر وحصل الظلم، ولو جعلت ثمنا واحدا لا يزداد ولا ينقص بل تقوم به الأشياء؛ ولا يقوم هو بغيرها لصلح أمر الناس[2].

فاتفقوا في الإجمال على كون الحكم معللا، واختلفوا في التفصيل، أي "اتفق المعللون على أن علة الذهب والفضة واحدة، وعلة الأعيان الأربعة واحدة، ثم اختلفوا في علة كل واحد منهما"[3]، فجاء اختلافهم في علة تحريم الربا في الذهب والفضة على أقوال:

القول الأول: قال الحنفية: العلة هي الجنس مع الوزن في الفضل، فلا تتحقق العلة إلا باجتماع الوصفين، والوزن وحده في النساء[4].

(1) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: للشيخ خليل، 254/5.

(2) إعلام الموقعين: لابن قيم الجوزية، 401/3-402.

(3) المغني: لابن قدامة، 5/4.

(4) المبسوط: للسرخسي، 113/12، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 183/5، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 85/4.

وهو رواية عن أحمد ونقلها عنه الجماعة، وذكرها الخرقي[1]، وهو قول النخعي، والزهري، وحماد، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق[2].

وأدلتهم: استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

ما روي عن سعيد الخدري، وأبي هريرة، أن رسول الله -ﷺ- بعث أخا بني عدي الأنصاري، واستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله -ﷺ-: «أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا؟»، قال: لا، والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله -ﷺ-: «لاَ تَفْعَلُوا، وَلَكِنْ مِثْلًا بِمِثْلٍ، أَوْ بِيعُوا هَذَا وَاشْتَرُوا بِثَمَنِهِ مِنْ هَذَا، وَكَذَلِكَ المِيزَانُ»[3]، فأشار الحديث إلى الوزن بقوله وكذلك الميزان.

وما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله -ﷺ-: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَهُوَ رِبًا»[4].

وروي عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله -ﷺ- قال: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، إِلَّا وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ»[5].

وجاء عن فضالة بن عبيد، قال: كنا مع رسول الله -ﷺ- يوم خيبر، نبايع اليهود الوقية الذهب بالدينارين والثلاثة، فقال رسول الله -ﷺ-: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، إِلَّا وَزْنًا بِوَزْنٍ»[6].

---

(1) متن الخرقى على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني: لأبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي (المتوفى: 334هـ)، دار الصحابة للتراث، ط/1، 1413هـ-1993م، ص: 65.

(2) المصنف: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي- الهند، المكتب الإسلامي – بيروت، ط/2، 1403هـ، كتاب: البيوع، باب: الحديد بالنحاس، رقم: 14207، وما بعده، والمغني: لابن قدامة، 5/4، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 393/9.

(3) صحيح البخاي، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: إذا اجتهد العامل أو الحاكم، فأخطأ خلاف الرسول من غير علم، فحكمه مردود، رقم: 7350، وصحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، رقم: 1593.

(4) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا، رقم: 1588.

(5) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: الربا، رقم: 1584.

(6) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: بيع القلادة فيها خرز وذهب، رقم: 1591.

وعن رَبَاحُ بن الْحَارِثِ أَنَّ عمار بن ياسر قال في المسجد الأكبر: «الْعَبْدُ خَيْرٌ مِنْ الْعَبْدَيْنِ وَالْأَمَةُ خَيْرٌ مِنْ الْأَمَتَيْنِ، وَالْبَعِيرُ خَيْرٌ مِنْ الْبَعِيرَيْنِ، وَالثَّوْبُ خَيْرٌ مِنْ الثَّوْبَيْنِ، فَمَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ، إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسَاءِ إِلَّا مَا كِيلَ أَوْ وُزِنَ»[1].

ودليل آخر: هو أن "قضية البيع المساواة، والمؤثر في تحقيقها الكيل، والوزن، والجنس، فإن الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة، والجنس يسوي بينهما معنى، فكانا علة"[2]، فاستثناء صفة الكيل أو الوزن من البدلين؛ يدل على كونها صفة مؤثرة في الحكم ومعرِّفة عليه، "فأفاد أن الحرمة أصل، والمساواة مخلص منها، إذ لو اقتصر على قوله: «لَا تَبِيعُوا» لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقا، فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة؛ لأنها هي الأصل"[3]، أي لأن البيع مبادلة تقتضي تساوي البدلين على وجه لا يخلو جزء كل بدل من الآخر؛ لأن هذا هو حقيقة المبادلة، صورة ومعنى ومقصدا.

وهنا تساؤل: ماذا لو عُدَّت القيمة والثمنيَّة معيارا شرعيًّا لتحقيق التساوي؟ وانعدم حصوله بالكيل والوزن وصار في حكم الملغي عرفًا؟

القول الثاني: وهو مشهور مذهب مالك[4]، والذي استقر عليه حذاق المالكية[5]، والشافعيَّة[6]، وهي رواية الثانية لأحمد[7]، وأبي ثور وسعيد بن المسيب[8]، وهو الصحيح بل الصواب عند ابن القيم[9]، وهو أن العلة في الذهب والفضة الثمنيَّة الغالبة، أي كونها أثمان

(1) السنة: لأبي عبد الله محمد بن نصر بن الحجاج المَرْوَزِي (المتوفى: 294هـ)، تحقيق: سالم أحمد السلفي، مؤسسة الكتب الثقافية – بيروت، ط/1، 1408هـ، رقم: 176، والمحلى بالآثار: لابن حزم، 424/7، وصححه الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: لمحمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: 1420هـ)، المكتب الإسلامي– بيروت، ط/2، 1405هـ– 1985م، كتاب: البيع، باب الربا، رقم: 1344.

(2) المغني: لابن قدامة، 5/4.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 184/5، فتح القدير: لابن الهمام، 6/7

(4) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لابن عبدالبر، 89/4، والمقدمات الممهدات: لابن رشد، 35/2.

(5) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد الحفيد، 149/3.

(6) الحاوي الكبير: للماوردي، 91/5، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 393/9.

(7) المغني: لابن قدامة، 5/4.

(8) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 33/2–34.

(9) إعلام الموقعين: لابن قيم الجوزيَّة، 401/3–402.

للأشياء وقيم للمتلفات غالبًا، فهي علة واقفة -بحسب عبارة ابن رشد الجد- لا تتعدى، أي قاصرة على الذهب والفضة دون سواهما من زيوف وبهرجة وفلوس وغيرها.

ودليلهم: استدل القائلون غلبة الثمنيَّة بأدلة منها:

ما جاء عن مَعْمَرِ بن عبد الله كنت أسمع رسول الله -ﷺ- يقول: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»[1]، بالقياس على الوصف المؤثر في الطعام، وهو الطعم، "ولأن الطعم وصف شرف، إذ به قوام الأبدان، والثمنية وصف شرف، إذ بها قوام الأموال، فيقتضي التعليل بهما، ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات؛ لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء"[2]، والمراد بغلبة الثمنيَّة؛ أي كونها أصول الأثمان غالبًا فتخرج بها الفلوس.

كما استدلوا بالإجماع على جواز السلم في الموزون، ولمَّا أَجْمَعْنَا على أنه يجوز تسليم الذهب والفضة في الموزون علمنا أنه لم يجمعهما علة الربا[3]، أي لم يجمع البدلين الثمن والمثمن في علة واحدة، وهي الوزن لأنها لا تصح أن تكون علة.

وقال ابن القيم: "فإنهم أجمعوا على جواز إسلافهما في الموزونات من النحاس والحديد وغيرهما؛ فلو كان النحاس والحديد ربويين لم يجز بيعهما إلى أجل بدراهم نقدا؛ فإن ما يجري فيه الربا؛ إذا اختلف جنسه جاز التفاضل فيه دون النساء، والعلة إذا انتقضت من غير فرق مؤثر دل على بطلانها، وأيضا فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة، فهو طرد محض، بخلاف التعليل بالثمنية"[4]، وليس في الحديث ما يدل على الحصر، لذلك علل القائلون بالثمنيَّة الغالبة، أنه "ليس في الحديث أن مال الربا: ستة أشياء، ولكن ذكر حكم الربا في الأشياء الستة، فالاشتغال بالتعليل لا يؤدي إلى إبطال المنصوص عليه، فلهذا جوزنا ذلك، وفائدة تخصيص هذه الأشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها"[5].

---

(1) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: بيع الطعام مثلا بمثل، رقم: 1592.

(2) المغني: لابن قدامة، 6/4.

(3) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 258/4، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 393/9.

(4) إعلام الموقعين: لابن قيم الجوزيَّة، 401/3-402.

(5) المبسوط: للسرخسي، 114/12.

وقد ثبت الاتفاق على صحة القياس في الربويات، إذ "اتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلة، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتها؛ لأن القياس دليل شرعي، فيجب استخراج علة هذا الحكم، وإثباته في كل موضع وجدت علته فيه، وقول الله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: 275]، يقتضي تحريم كل زيادة، إذ الربا في اللغة الزيادة، إلا ما أجمعنا على تخصيصه، وهذا يعارض ما ذكروه"[1]، الذي أراه أنه ليس تعارضًا، وإنما هو من قبيل التدرج في تحريم الربا، فبدأ بالأصناف الستة إلى أن انتهى بتحريم الربا كل الربا، «فَإِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ، وَأَعْرَاضَكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا»[2].

ومن الأدلة أن الثمنيَّة هي العلة الغالبة والمشتهرة بين الناس أنها جنس الأثمان غالبا وليست غيرها من الفلوس ونحوها، وإن لم يقاس عليها، ولها "فائدتان إحداهما: أن تعرف أن الحكم مقصور عليها، فلا تطمع في القياس، والثانية: أنه ربما حدث ما يشارك الأصل في العلة فيلحق به"[3]، فقد جرى عرف الناس على اتخاذ الذهب والفضة أثمانا للمبيعات وقيما للمتلفات، في مختلف الأزمان والبلدان.

القول الثالث: إن العلة هي مطلق الثمنيَّة، "أي: مطلق التعامل من غير اعتبار الغلبة، وعليه فيدخل الربا في الفلوس"[4] –وهو خلاف المشهور في مذهب مالك[5]– "وإنما كانت علة الربا في النقود ما ذكر؛ لأنا لو لم نمنع الربا فيها لأدى ذلك إلى قلتها، فيتضرر بها الناس كما قاله اللقاني، وحمل قول مالك في الفلوس على الكراهة للتوسط بين الدليلين"[6]، ورواية عن أحمد[7]، ومحمد بن الحسن من الحنفيَّة هو كذلك يرى أن الثمنية لازمة للفلوس

(1) المغني: لابن قدامة، 4/4.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الحج، باب: الخطبة أيام منى، رقم: 1742، وصحيح مسلم، كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم: 1679.

(3) والمجموع شرح المهذب: للنووي، 393/9.

(4) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: للشيخ خليل، 254/5، وشرح مختصر خليل للخرشي: للخرشي، 56/5.

(5) المدونة: للإمام مالك، 5/3.

(6) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: للشيخ خليل، 254/5، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: للعدوي، 142/2.

(7) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 12/5.

النافقة، فكانت من الأثمان المطلقة، ولهذا أبى جواز بيع الواحد منها باثنين[1]، واختاره ابن العربي المالكي[2]، وهو اختيار أبو الخطاب[3]، وشيخ الإسلام ابن تيميَّة[4].

دليلهم: بالإضافة إلى أدلة أصحاب القول الثاني أضاف أصحاب هذا القول أدلة أخرى، منها:

– إن الثمنيَّة وصف في الذهب والفضة والفلوس، والتعليل بها "تعليل بوصف مناسب؛ فإن المقصود من الأثمان أن تكون معيارا للأموال يتوسل بها إلى معرفة مقادير الأموال ولا يقصد الانتفاع بعينها... فإذا صارت الفلوس أثمانا صار فيها المعنى فلا يباع ثمن بثمن إلى أجل"[5].

فشأن الوصف الْمُنَاسب أن يتوقَّع منه ترتب الْمصلحَة، كونه مُعَرِّفا للحكمة أو منشأ لها ودليلا عَلَيْهَا، فالثمنيَّة منشئة، ومعرِّفة للمعيار الشرعي لمقادير الأموال.

فجعل الثمنيَّة وصفًا مناسبًا لتحصيل المنفعة والحاجة من البدلين، اقتضى جعلها سَببا لتَحْصِيل منفعة البيع، وتحقيق مصلحته، فمَتى علل الحكم بوصف مناسب مشتمل على المصلحة والحكمة، أفْضى الحكم إِلَى مصلحَة، فوجوب تساوي الثمن هو الحكم، فما قام مقام النقدين من الفلوس والرائجة والعملات الإلكترونيَّة، والمشفرة، فإنه يأخذ حكمها بجامع الثمنيَّة.

– كونها معيارًا شرعيًّا للأعيان والمنافع، "إن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم، والدنانير، ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الأعيان، ومالية الأعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس، فكانت أثمانا؛ ولهذا كانت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها، وعند مقابلتها بجنسها حالة المساواة، وإن كانت ثمنا فالثمن لا يتعين، وإن عين كالدراهم والدنانير فَالْتَحَقَ التَّعَيُّنُ فيهما بالعدم فكان بيع الْفَلْسِ بِالْفَلْسَيْنِ بغير

(1) المبسوط: للسرخسي، 21/22، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 59/6.

(2) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي: لابن عربي، 309/5-310.

(3) كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي: لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: 763هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1424هـ- 2003م، 297/6.

(4) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 472/29.

(5) المصدر السابق نفسه.

أعيانهما، وذا لا يجوز؛ ولأنَّها إذا كانت أثمانا فالواحد يقابل الواحد، فبقي الآخر فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة، وهذا تفسير الربا"[1].

فتعتبر النافقة من الفلوس هي أثمان "يغلب عليها حكم الأثمان وتجعل معيار أموال الناس"[2]، ولهذا لا تقصد لذاتها وعينها، ولا تتخذ سلعة للتداول والاسترباح، "بل يقصد التوسل بها إلى السلع، فإذا صارت في أنفسها سلعا تقصد لأعيانها فسد أمر الناس، وهذا قول يختص بالنقود لا يتعدى إلى سائر الموزونات"[3]، فلا مانع من إلحاق الفلوس بها، وما ذكر من الذهب والفضة إنما يحمل على الغالب في زمن النبوة.

القول الرابع: إن العلة هي الماليَّة، وقد روي عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الأجناس التي تجب فيها الزكاة، وعن بعضهم الانتفاع مطلقا أعني: المالية، وهو مذهب ابن الماجشون، وعلل ابن حبيب ذلك بتفاوت المنفعة[4]، وهو قيد لما جاء في تعليل ابن الماجشون، قال ابن حزم: "وقد روي مثله عن سعيد بن جبير، وهو أنه جعل علة الربا تقارب المنفعة في الجنس الواحد، أو الجنسين"[5].

الدليل: استدل ابن الماجشون بالمقصد العام لتبادل الأموال، "فرأى أن المقصود هو العدل في المبيعات، وحفظ الأموال ليلا يغبن بعض الناس بعضًا، فكان ذلك عامًا في جميع الأموال، ولما كان نفي الغبن، وتحصيل قانون المماثلة والعدل منها؛ حصرها الجمهور في الأقوات فقط، لأن الحاجة إليها أهم، والمنفعة بها أعم، وأنها متقاربة المنافع المقصود لا يختلف كل الاختلاف، فلذلك كان المطلوب فيها التماثل"[6]، وينتقد هذا التعليل بكونه يشمل كل عين، ويترتب عليه أثر "يوجب الربا في الدُّورِ وَالْأَرْضِينَ ولا يمكن"[7] ذلك، لأنه يدخل الربا في كل ما يطلق عليه مسمى المال، وفي هذا تضيق شديد.

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 185/5.

(2) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 469/29.

(3) إعلام الموقعين: لابن قيم الجوزية، 401/3-402.

(4) شرح التلقين: للمازري، 262/2، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 152/3.

(5) المحلى بالآثار: لابن حزم، 404/7.

(6) روضة المستبين في شرح كتاب التلقين: لابن بزيزة، 937/2.

(7) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 346/4.

الترجيح: مناقشة أدلة الأقوال الأربعة في علة الربا وترجيحها يؤيد في حد ذاته القول بمطلق الثمنيَّة.

– إن المقصد من الذهب الفضة ليس متعلقًا بعينها، بل في كونها وسيلة رائجة قابلة للتبادل، فتستوى مع غيرها من الفلوس، ولذلك قيل: "ومن باع بنقد أو اقترض ثم بطل التعامل به لم يكن له عليه غيره إن وجد، وإلا فقيمته إن فقد، قلت: وهذا كما ذكره أن المراعى هو النقد الذي وقع التعامل به، فإن عدم ذلك انتقل إلى قيمته، واختلف قول مالك في الفلوس، والصحيح أنها كالدراهم إذا تعامل الناس بها، إذ الحكم ليس متعلقًا بعين النقدين، بل بالمقصود منها، وهو متساوٍ"[1].

فإن كانت النقود إلكترونيَّة ومشفرة فهي وسائل، وليست مقاصد، ولا تملك لذاتها ولا تتعين، بخلاف إذا كانت سلعًا فإنَّ "السلع وإن كانت ذوات أمثال فإنها مقاصد، والنقدان وسيلتان لتحصيل المثمنات، والمقاصد أشرف من الوسائل إجماعا"[2]، ولا دليل على قصر الثمنيَّة بالذهب والفضة، بل الصفة موجودة في الفلوس والعملات الإلكترونيَّة والعملات المشفرة.

– يعدُّ الأصل في اعتبار العملات هو ما قرره العرف وجرى في معاملات الناس وقضى حوائجهم، "إنما يحمل العقد على نقد البلد لأجل العرف والعادة التي تقوم مقام النطق والاشتراط"[3]، لأن العرف كالشرط، وعرف المتعاقدَين كالنص.

وقد سؤل الإمام مالك –رحمه الله–: "أرأيت إن اشتريت فلوسا بدراهم فافترقنا قبل أن نتقابض، قال: لا يصلح هذا في قول مالك وهذا فاسد، قال لي مالك في الفلوس: لا خير فيها نظرة بالذهب ولا بالورق، ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى تكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة[4]، فكانت "حقيقة النقد: هو كل شيء يجري اعتباره في

(1) روضة المستبين في شرح كتاب التلقين: لابن بزيزة، 982/2.

(2) الفروق: للقرافي، 257/3–256.

(3) شرح التلقين: للمازري، 310/2.

(4) المدونة: للإمام مالك، 5/3.

العادة، ويلقى قبولًا عامًا كوسيط للتبادل"[1]، وكل ما يتحقق في الذهب والفضة من المصالح والمفاسد التي من أجلها حرم الربا يتحقق في غيرها من العملات.

حتى قالوا كل ما أدخل عليه حرف الباء جاز جعله ثمنًا، والآخر مبيعًا، فلو قال: بعتك هذا المتاع بقنطار من السكر، فالسكر: هو الثمن، ولو قال بعتك قنطارًا من السكر بهذا المتاع؛ كان السكر مبيعًا، والمتاع ثمنًا[2].

-وأما ما يقال عن اعتبار تقارب المنفعة فإنه قد حصل المدرك على زمن النبي -ﷺ- ولم يحرم الربا، فإنَّه يرد على هؤلاء بفعله -ﷺ- كما جاء عن جابر -رضي الله عنه- وله شاهد عند مسلم: «أَنَّ النَّبِيَّ -ﷺ- اشْتَرَى عَبْدًا بِعَبْدَيْنِ»[3].

- ومن قصر العلة على الوزن فقد خالف الإجماع على جواز السَّلم، ومن قيد العلة بالغلبة فقد قصر العلة، ومنع تعديتها إلى الفرع، ونزع روح القياس ومحق ثمرة التعليل الذي استدل به على الفرع.

واعتبار علة الوزن خلاف مقاصد الشرعية في حفظ الأموال، و"لو قلنا: إن العلة في الذهب والفضة هي الوزن لكان ذلك يعني عدم جريان الربا في النقود الورقية؛ لأنها لا توزن، فلا حرج في بيع الأوراق النقدية بعضها ببعض مع التماثل والنَسَأ، وبهذا نكون قد فتحنا بذلك باب الربا على مصراعيه للمرابين"[4]، وهذا يتناقض مع مقاصد الشريعة، والحكمة من تحريم الربا.

سبب الخلاف: يتأكد سبب الخلاف في سؤال طرحة الإمام المازري حين قال في بيان قصر الربا بالأصناف الستة: "هل التحريم مقصورٌ عليها ويكون كشريعة غير معقولة المعنى،

---

(1) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: لأبي عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض- المملكة العربية السعودية، ط/2، 1432 هـ، 168/11.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 236/5، والمحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة -رضي الله عنه-: لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: 616هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط/1، 1424هـ- 2004م، 265/6، وفتح القدير: لابن الهمام، 261/6، والفقه الإسلامي وأدلته: أ. د وهبة الزحيلي، 3374/5.

(3) سنن أبي داوود، كتاب: البيوع، باب: في ذلك إذا كان يدًا بيد، رقم: 3358، وروي بمعناه في صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: جواز بيع الحيوان بالحيوان من جنسه متفاضلا، رقم: 1602.

(4) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: لأبي عمر الدُّبْيَانِ، 159/11-160.

أو يكون لاختصاصها بالتحريم معنى، فيطلب ذلك المعنى، فحيثما وجد حرم قياسا على الستة؟"[1]، فذهب الظاهريَّة إلى قصر الربا على الأصناف الستة من منطلق التعبديَّة، وذهب الجمهور إلى طلب العلة التي هي مناط المعقوليَّة.

ومن أسباب الخلاف؛ اختلافهم في المراد بدليل النهي، هل يراد به الخاص أو يراد به العام؟ "فَهَؤُلَاءِ جَعَلُوا النَّهْيَ الْمُتَعَلِّقَ بِأَعْيَانِ هَذِهِ السِّتَّةِ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْخَاصُّ، وَأَمَّا الْجُمْهُورُ مِنْ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ، فَإِنَّهُمُ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ مِنْ بَابِ الْخَاصِّ أُرِيدَ بِهِ الْعَامُّ"[2].

يظهر من خلال قولهم: "وأما المعنى فنقول اتفق فقهاء الأمصار –رحمهم الله– على أن حكم الربا غير مقصور على الأشياء الستة، وإن فيها معنى يتعدى الحكم بذلك المعنى إلى غيرها من الأموال، إلا داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين، داود يقول: حكم الربا مقصور على هذه الأشياء الستة؛ لأنه لا يجوز قياس غير المنصوص على المنصوص لإثبات الحكم، وعند فقهاء الأمصار –رحمهم الله–: القياس حجة لتعدية الحكم الثابت بالنص، والبتي يقول: بأن القياس حجة، ولكن من أصله أنه لا يجوز القياس على الأصول؛ إلا أن يقوم دليل في كل أصل على جواز القياس عليه، ولم يقم ذلك الدليل هنا، وعند فقهاء الأمصار –رحمهم الله– يجوز القياس على الأصول إلا أن يقوم دليل يمنع القياس على كل أصل، ثم قد قام الدليل هنا على جواز القياس، فإن مالك بن أنس وإسحاق بن إبراهيم الحنظلي –رحمهما الله– رويا هذا الحديث وذكرًا في آخره وكذلك كل ما يكال ويوزن فهو تنصيص على تعدية الحكم إلى سائر الأموال"[3]، معنى هذا؛ هل الأصل في القياس تعديته إلا أن يقوم دليل يمنع تلك التعدية، أو الأصل في القياس عدم التعديَّة إلا بدليل يجيزها؟ أي أنه لا يجوز قياس فرع على أصل إلا بدليل.

وقد عدَّت العملات المشفرة في حقيقة عرفها مالا، لأنها توفرت فيها صفة الثمنيَّة التي تعتبر العلة المطردة المنعكسة الناقلة لحكم الأصل إلى الفرع، فيتعلق بها الحكم وجودا وعدمًا.

ويعتبر السبب الباعث عليها هو الرواج، أما بقية الأوصاف إنما هي حِكم معرِّفة بالعلة، دآلة عليها، مثل إمكانيَّة الادخار، وأن تقوَّم بها الأشياء، ويتحقق الانتفاع بها، وأنها يترتب

(1) المُعْلم بفوائد مسلم: للمازري، 299/2.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد الحفيد، 149/3، والفروق: للقرافي، 254/3.

(3) المبسوط: للسرخسي، 112/12.

عليها نقل القيم وتبادل المنافع، والاحتفاظ بها باعتبارها ثروة، ولها صفة المثلية فيمكن ضمانها بمثلها، أي لا يجوز تلفها والتعدي عليها والتفريط بها، وإنما يحرم التعامل بها لأوصاف أخرى مآليَّة لا ذاتية.

الفرع الثاني: مركزيَّة علة الرواج في العملات المشفرة

يعتبر الرواج[1] سببا منتجا لعلة الثمنية المعرِّفة، التي يناط بها الحكم الشرعي، وذلك أنه لا تكفي الثمنية وحدها في اعتبار العملات المشفرة ما لم تكن رائجة بين الأوساط المجتمعية.

وقد أثبت الفقهاء أن للرواج قدرة على الترجيح بين العملات المتساوية في جريان العرف واستمرار التعامل بها في الدولة الواحد، وفي سك السلطان الواحد.

وذهب الحنيَّفة: في مجمل أقوالهم إلى تقرير أن العملات عموما –حتى الدنانير والدراهم– تكتسب ماليتها من صفة الرواج، قال السرخسي: "والمالية باعتبار الرواج في الأسواق[2]، فإذا جرت المبايعة على التبر فإنه "يختلف باختلاف البلدان في رواج التبر نقدا أو عرضا"[3].

وقال في الدر المختار: "وصح المبايعة والاستقراض بما يروج منه، عملا بالعرف فيما لا نص فيه[4]، ويرتبط الراوج بعلة الثمنية ارتباطا وثيقا، وذلك "على قول من يجيز المضاربة بالفلوس إنما يجيز باعتبار صفة الثمنية، وهي ثمن ما دامت رائجة، فإذا كسدت فهي قطاع صفر كسائر الموزونات"[5]، فلا تقوم صفة الثمنيَّة التي هي العلة إلا بالرواج، لأنه السبب الباعث على الحكم من حيث تعلق العلة به.

وذهب المالكية: إلى أنه لابد من الرواج حتى في النقدين، "وأن يجري التعامل بالمدفوع والمأخوذ ولو لم تتحد السكة، وأن يتحدا في الرواج"[6].

---

(1) الرواج: لغة من راج الشئ يروج رواجا: نَفَقَ. ورَوَّجْتُ السلعةَ والدراهمَ. وفلانٌ مروج، ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: للجوهري، باب: الجيم، فصل: الراء، روج.

(2) المبسوط: للسرخسي، 16/14.

(3) المصدر السابق، 34/12.

(4) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 267/5.

(5) المبسوط: للسرخسي، 34/12.

(6) ينظر: شرح مختصر خليل: للخرشي، 44/5، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: 1126هـ)، دار الفكر، بدون/ط، 1415هـ–1995م، 74/2.

ويعتبر هذا القول المعتمد عند المالكية، -كما في الشرح الكبير- ذلك أن العبرة في الدراهم باختلاف الرواج لا الذات، فاختلافها في صفتها مع الاتفاق في الرواج لا يضر على المعتمد؛ لأنها لا تُرَدُّ لأعيانها[1].

ذهب إليه الشافعية: وقد علق إمام الحرمين حكم الجواز على علة الرواج وجريان العرف بها فقال: "بيع تراب المعدن وفيه نيله باطل؛ لأن المقصود مجهول، والجهالة مؤثرة في البيع، واشتهر خلاف الأئمة في التعامل بالدراهم المغشوشة، التي لا ينضبط مبلغ التبر فيها، فمن منع وجّه المنع بما ذكرناه من الجهالة، ومن جوّز يستدل بأن المقصود من النقود نفاذُها وجريانُها، وهذا متحقق مع الجهالة بمقدار التبر"[2]، فمن قال بالجواز إنما استدل بالنفاذ والجريان لتعلق العلة به.

وإذا باع شيئًا بدراهم أو دنانير، يشترط أن تكون معلومة بتعيين، أو وصف، أو كونه غالب نقد البلد؛ فلو باع بدينار أو بدرهم مطلقًا؛ نظر: إن كان نقد البلد واحدًا انصرف إليه وصح، وإن كان في البلد نقود مختلفة انصرف إلى أعمها وأغلبها، إلا أن يقيد بغيره، فينصرف إلى ما قيده به، وإن استوت النقود كلها في الرواج، لا يصح العقد ما لم يقيد بواحد منها، وكذلك تقويم المتلف يكون بغالب نقد البلد؛ فإن كان في البلد نقدان مستويان، فالقاضي يعين واحدًا للتقويم[3]، ويجوز التعامل بالمغشوشة المعلوم قدر غشها أو الرائجة في البلد، وإن جهل قدرها، سواء كانت لها قيمة لو انفردت أم لا، استهلك فيها أم لا، ولو في الذمة[4].

وحتى في الزكاة فإن للرواج أثرًا فيما يحصل به الأداء، وكذلك يعتبر النقد الغالب عند إطلاق العملات، التي يقع بها تقويم المتلفات، فلو تساوت نقود البلد في الرواج؛ عين القاضي واحدًا للتقويم، وقيل التقويم يكون بنقد أقرب البلاد إليها على وجه[5].

وذهب الحنابلة: إلى القول بأنه لا بد أن يلحظ في النقود أن تكون متساوية في الرواج، لأنها لو كان بعضها أظهر من بعض صح البيع؛ لأن الأظهر أرجح من غيره، فينصرف

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 505/3.

(2) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 360/3.

(3) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: للبغوي، 356/3.

(4) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 258/4

(5) كفاية النبيه في شرح التنبيه: لأحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: 710هـ)، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط/1، 2009م، 69/9.

الثمن إليه[1]، ولكي نعتبر الرواج علة؛ ينبغي أن يتحقق في العملات الجاري بها التعامل كيفما كانت، لأنها غير مقصودة بذاتها إنما تقصد لرواجها.

ويعتبر التقويم من صلاحية الدولة ممثلة بالسلطة القضائية، فهي من تعين الأصلح والأوفق والأسلم؛ دفعا للمفاسد وجلبا للمصالح، وذلك عند تساوي العملات في وصف الرواج، فكل ما راج وجرى اعتباره عملة في العرف؛ لَحِقَ بعملة الذهب والفضة وأخذ حكمها، وحصل بها أداء الحقوق والواجبات، وتقويم المتلفات، وذلك في كل بلد على خصوصه، فالرواج يختلف باختلاف الزمان والمكان فتتغيَّر باختلافه علة الحكم الشرعي.

ولذلك فالرواج وصف مشترك في العملات الإصلاحية وكل ما يتفق الناس على اعتباره ثمنا للأشياء، وتحقق فيه مصلحتهم ويقاس عليه كل ما يقوم بوظيفة النقد، ولو تأملنا مقالة ابن القيم في بيان الأحكام القياسية، فإنه يقرر مبدأ قويما ومنهجا سليما، فيقول: "وأما أحكامه الأمرية الشرعية فكلها هكذا، تجدها مشتملة على التسوية بين المتماثلين، وإلحاق النظير بنظيره، واعتبار الشيء بمثله، والتفريق بين المختلفين، وعدم تسوية أحدهما بالآخر، وشريعته سبحانه منزهة أن تنهى عن شيء لمفسدة فيه، ثم تبيح ما هو مشتمل على تلك المفسدة أو مثلها أو أزيد منها، فمن جوز ذلك على الشريعة؛ فما عرفها حق معرفتها، ولا قدرها حق قدرها"[2]، ثم يقول: "وكيف يظن بالشريعة أنها تبيح شيئا لحاجة المكلف إليه ومصلحته، ثم تحرم ما هو أحوج إليه، والمصلحة في إباحته أظهر، وهذا من أَمْحل المحال"[3]، وينظر إلى هذا الاستدلال من جهتين:

الأولى: جواز قياس ما لا دليل عليه بما ورد به الدليل إذا تحققت العلة الجامعة بين المقيس والمقيس عليه.

الثانية: أنه لا يذهب إلى الترجيح بين المصالح إلا لحاجة ومصلحة مساوية أو راجحة، فما فيه مصلحة وحاجة راجحة يقدم على ما فيه مصلحة وحاجة مرجوحة.

---

(1) الممتع في شرح المقنع: لزين الدين المُنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي (631- 695هـ)، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي- مكة المكرمة، ط/3، 1424هـ- 2003م، 404/2.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 330/3.

(3) المصدر السابق نفسه.

مهما تحققت من العلل وأنيطت بها من أحكام، وجرت أسباب لمسببات، فلا يقال بذلك التعليل ولا يترتب عليه تنزيل الحكم الشرعي؛ مالم تكن المصلحة منه راجحة والحاجة إلى اعتباره ماسة.

يتضح مما سبق: أنه لا يترك التعامل بالنقدين الذهب والفضة كونهما الأفضل والأكفأ والأصل، ولا يقدَّم غيرهما من العملات الرائجة عليها، ولكن هذا خلاف الواقع، وعليه تكون العملات كلها كيفما كانت معدنيَّة أو ورقيَّة أو إلكترونيَّة أو مشفرة، إذا تساوت في الرواج واصطلاح الناس، وقامت بوظيفة النقود، وتحققت بها مصلحة راجحة، وحاجة ماسة، فإنها تتساوى في الاعتبار وأصل الإباحة ما لم يقم مانع شرعي يمنع ترتب الحكم على علته.

إن ما يذكر من مخاطر العملات المشفرة التي تعود إلى الرواج فليست مخاطر ذاتيَّة وإنما هي تبعيَّة، وإشكالاتها عارضة أثناء التعامل بها، فإن العملات كلها تشترك في هذه العلة، وشأن المشفرة شأن غيرها، بل حتى النقود والسلع والمنتجات، فإنَّ لها مخاطر –ولو نسبيَّة– تعود لرواجها، في إطار حيز جغرافي يتفاوت بتفاوت مساحة الدول المصدرة وكثافتها السكانيَّة.

ينظر إلى تنزيل الحكم على العملات المشفرة من زاوية صيرورة التعامل بها وسيلة للإجرام، ذلك لأن "رواج المعاملات غير القانونيَّة أو غير المشروعة"[1]، يجعلها آيلة إلى نقيض قصد الشارع من تشريع الأحكام، فينزل عليها حكم التحريم انطلاقا من أصل مراعاة المآل، ومبدأ سد الذريعة.

ويأتي الكلام هنا من باب بيان الأوصاف المؤثرة المنوطة بالعملات المشفرة، وأما تنزيل الأحكام عليها فإنما هي مرتبة عليا ينبغي التوقف عندها، ولن أذهب لإصدار حكم التحريم، ما دامت علل الحكم بأصل الحلية ومناطاته متحققة.

الفرع الثالث: اعتبار الأوصاف المآلية في تداول العملات المشفرة

إذا كانت جهالة جهة الإصدار، وكونها مجهولة تعدَّ من المخاطر، فإن التعامل بها يؤول إلى الغرر والجهل بالعوض أو البدل عند تداولها، ولذا جاء بيان الغرر في العملات المشفرة، وأثر التعليل بالغرر والجهالة على التصرفات الماليَّة في العملات المشفرة من خلال الآتي:

(1) بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين الرقم: (2018/1)، أ. د عبدالباري مشعل، ص: 20.

أولًا: الغرر في العملات المشفرة

تعتبر العملات المشفرة عرضة للغرر، فهل يجوز إجراء التعامل بها على ما هي عليه؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد من عرض مقدمة نظرية عن التعريف اللغوي والاصطلاحي، وعلة النهي عن بيع الغرر، والفرق بين الغرر والجهالة.

- تعريف الغرر في اللغةً والاصطلاح:

تعريف الغرر لغةً: الغرر من غَرَّ: قال ابن فارس: الْغَيْنُ وَالرَّاءُ أُصُولٌ ثَلَاثَةٌ صَحِيحَةٌ: الْأَوَّلُ الْمِثَالُ، وَالثَّانِي النُّقْصَانُ، وَالثَّالِثُ الْعِتْقُ وَالْبَيَاضُ وَالْكَرَمُ، والمراد بالدراسة هو النُّقصان، ومنه بَيْعُ الْغَرَرِ، وَهُوَ الْخَطَرُ الَّذِي لَا يُدْرَى أَيَكُونُ أَمْ لَا، كَبَيْعِ الْعَبْدِ الْآبِقِ، وَالطَّائِرِ فِي الْهَوَاءِ، فَهَذَا نَاقِصٌ لَا يَتِمُّ الْبَيْعُ فِيهِ أَبَدًا[1]، نلاحظ أن التعريف اللُّغوي أشار إلى الآثار المرتبة على الغرر، وهي حصول النقصان والهضيمة.

تعريف الغرر اصطلاحًا: قال ابن عرفة: بيع الغرر مَا شُكَّ فِي حُصُولِ أَحَدِ عِوَضَيْهِ أَوْ مَقْصُودٍ مِنْهُ غَالِبًا، قال الشارح[2]:

قوله: "ما شُكَّ"، ما صَادِقَةٌ عَلَى الْبَيْعِ، أَيِّ بيع وهو جنس الغرر.

قوله: "في حصول أحد عوضيه" مثل بيع البعير الشارد أو الجنين، ويدخل فيه فاسد بيع الجزاف، فإنه فيه شك في حصول عوضه.

قوله: "أو مقصودٍ منه غالبًا" معطوف على حصول معناه، أو ما شك في مقصود من ذلك الشيء غالبًا احترز به من الغرر اليسير، كدخول الحمام مع اختلاف قدر الماء، فإنه لم يقع شك في المقصود منه غالبا، أي ما لا مستقر له من المبيعات والمبادلات ولا لأحد عِوَضَيه، ولا مقاصد تداوله وأغراض تبادله.

قال ابن الحاجب: "بيع الغرر: وهو ذو الجهل والخطر وتعذر التسليم"[3].

---

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الغين، باب: الغين وما معها في المضاعف والمطابق، (غَرَّ).

(2) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 254.

(3) جامع الأمهات: لابن الحاجب، ص: 348.

وهذا التعريف وإن كان منتقَدًا من أوجه[1]، إلا أنه قد أشار إلى الحكمة من تحريم بيع الغرر، وهي القدرة على التسليم، وشمل أمورًا خفية وهي كل ما فيها خطر.

قال النووي: "والغرر وما انطوى عنه أمره وخفى عليه عاقبته"[2]، واختفى العاقبة المشار إليها في التعريف، إن كان في البيع فإن فيه إشارة إلى امتناع حصول أثره، وتحصيل مقصوده وهو الملك، وأن المآل منه مخفي.

وقال ابن حزم: "وإنما الغرر ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد"[3]، وكأن صحة البيع عنده معلقة بشرط العلم بمقدار العوض وصفته، والغرر انتفاء العلم بها، ويستفاد من هذا أنه لا فرق بين الجهالة والغرر.

وجاء في معجم لغة الفقهاء: "بيع الغرر: بيع ما دخلته الجهالة، سواء أكانت في الثمن، أم في المبيع، أم في الأجل، أم في القدرة على التسليم"[4]، وهذا التعريف لا فرق فيه بن الجهالة والغرر، ويستفاد من ذكره أنواع الجهالات، وأن منها ما يكون في الثمن، ومنها في المثمن، أو في الأجل، أو في القدرة على التسليم.

ثانيًا: علة النهي عن بيع الغرر

إذا كانت علة الحكم لحكمة، فما أثر تخلف الحكمة عن العلة؟ بمعنى آخر: هل يشترط للعلة ترتب الحكمة؟ فمثلا البيوع المنهي عنها معللة بالغرر، والمالكية صرحوا بأن هذه العلة إنما هي لحكمة القدرة على التسليم، فإذا تحققت الحكمة هل يبقى مع تحققها علة للحكم؟ وهذا يعود لسؤال كان ينبغي أن يطرح أولا ما علاقة العلة بالحكمة؟

---

(1) "يتعقب من ثلاثة أوجه أحدها جهل صفة المبيع فهو تعريف مباين الثاني أن الخطر مساو في المعرفة للغرر أو أخفى منه الثالث إن تعذر التسليم إنما ذكره الأصوليون من حكمة التعليل بالغرر قال والأقرب أن الغرر ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالبا" ينظر: شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (المتوفى: 837هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1428هـ– 2007م، 125/2.

(2) المجموع شرح المهذب: للنووي، 227/9.

(3) المحلى بالآثار: لابن حزم، 286/7.

(4) معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– قنيبي، ص:330.

اتفق الفقهاء[1] على أن علة تحريم بيع الغرر في القدرة على التسليم، ولم يخالفهم أحد، إلا الظاهرية مستدلين بعدم ورود النص.

فذكر الحنفيَّة: أن "موجب المعاوضة استحقاق صفة السلامة"[2]، والغرر يمنع معرفة الصفات، والقدرة على التسليم ينبني عليها حصول البيع وعدم حصوله، فيكون وصف عدم القدرة على التسليم علة توجب الحكم عندهم.

ويعبر الحنفيَّة أحيانا عنها بالشرط، كقولهم: "القدرة على التسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعا"[3]، وهي علة متعديَّة يجري القياس عليها في كل بيع لم يقدر على تسليمه.

وذهب المالكية إلى القول باعتبار القدرة على التسليم حكمة، فقالوا: "إن تعذر التسليم إنما ذكره الأصوليون من حكمة التعليل بالغرر"[4].

وأما الشافعية فقد ذهبوا إلى القول بأنه "لو باع بنقد قد انقطع من أيدي الناس فالعقد باطل؛ لعدم القدرة على التسليم، فإن كان لا يوجد في ذلك البلد ويوجد في غيره فإن كان الثمن حالا أو مؤجلا إلى أجل لا يمكن نقله فيه فالعقد باطل أيضا"[5]، فرتبوا عليها الصحة والبطلان.

واعتبر الحنابلة كل مبيع غير مقدور على تسليمه، لم يجز بيعه، كالطير في الهواء، فإن حصل في يد إنسان، جاز بيعه؛ لإمكان تسليمه[6]، فهذا وصف مؤثر في حكم كل مبيع من جهتي الوجود والعدم.

وروي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنه قال: «نَهَى رَسُولُ اللهِ -ﷺ- عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»[7]، وقيل في تفسيره: هو بيع الطير في الهواء، والسمك في الماء،

(1) المبسوط: للسرخسي، 9/13، والمدونة: للإمام مالك، 254/3-255، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 331/9، والمغني: لابن قدامة، 152/4.

(2) المبسوط: للسرخسي، 92/13.

(3) المصدر السابق، 9/13.

(4) شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: للتنوخي، 125/2.

(5) المجموع شرح المهذب: للنووي، 331/9.

(6) المغني: لابن قدامة، 151/4.

(7) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، رقم: 1513.

ولا نعلم في هذا خلافا[1]، فإن اجتمعت هذه الشروط في شيء، جاز بيعه؛ لأنه مملوك معلوم مقدور على تسليمه؛ فجاز بيعه[2].

وخالف الظاهريَّة فقالوا: التسليم لا يلزم ولا يوجبه قرآن، ولا سنة ولا دليل أصلا، وإنما اللازم أن لا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشترى منه فقط، فيكون إن فعل ذلك عاصيا ظالما ... لأنه بيع شيء قد صح ملك بائعه عليه وهو معلوم الصفة والقدر[3]، وعليه؛ لا يلزم من صحة البيع أن يقدر على تسليم المبيع، ولو خلا البيع من هذا الوصف صح.

ولذلك استحق أن يكون وصف القدرة على التسليم علة دون غيره من الأوصاف؛ لأن جميع الأوصاف –حتى المعبر عنها بالشروط– دالة عليه ومرشدة إليه، ولا يمكن أن تعلم ويترتب أثرها دون تحقق وصف القدرة على التسليم، فيكون مبدأ الغرر وصفًا مشتركًا بين البيوع المنهي عنها، فلا يكاد يخلو نوع من أنواع البيوع المنهي عنها من الغرر، والجهالة كذلك لا تخلو أن تكون نوعًا من الغرر، وقد رأينا ذلك بوضوح في تعريف الغرر.

ويرد على التعليل بالجهالة قادح "عدم التأثير في الفرع"[4]، وذلك عند قوله: نقد مجهول غير مرئي لا يؤثر كالطير في الهواء، فيقال لهم: إن كونه غير مرئي لا يؤثر في الحكم، وإنما تنصرف العلة إلى عدم القدرة على التسليم، وهذا مقدور على تسليمه، فيكون وصفه بأنه غير مرئي لا يؤثر في الحكم.

وبناء على اعتبار المالكية أن الحكمة من علة الغرر هو القدرة على التسليم؛ فإن البتكوين مقدور على تسليمه، وتتحقق فيه الحكمة واقعًا، لأنه يمكن حيازته حقيقة بدخوله إلى المحفظة الخاصة بالمتداولين، وتسجيله تحت كود خاص لا يطلع عليه أحد ولا يتشابه مع غيره، فإذا تحقق ذلك؛ فإن علة التحريم هذه غير مطردة لتخلف الحكمة عنها، ولأنها ملغية في العملات المشفرة.

(1) المغني: لابن قدامة، 151/4.

(2) المصدر السابق، 152/4.

(3) المحلى بالآثار: لابن حزم، 286/7.

(4) جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي، ص: 98.

المطلب الثاني: أثر العلل والأوصاف والمقاصد في تغيُّر حكم تداول العملات المشفرة

يأتي الحديث في هذا المطلب حول أثر الغرر والجهالة ومدى جريان الربا في الأحكام والتصرفات الماليَّة المتعلقة بالعملات المشفرة، وقد حاولت جاهدا إبراز أثر الغرر والجهالة على التصرفات الماليَّة المتعلقة بالعملات المشفرة في باب التبرعات، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: ما يجوز وما لا يجوز اعتبار الغرر والجهالة فيه

اختلف العلماء في أثر الجهالة والغرر على التصـــرفات الماليَّة، فذهب المالكية خلافًا للجمهور إلى تقسيم التصـرفات حسـب قوة التأثير على مقاصـد المعاملات، فكان منها ما يؤثر فيها مطلقًا، ومنها ما لا يؤثر فيها مطلقًا، ومنها ما يؤخذ على التفصـــيل، وبيان ذلك في الآتي:

أولًا: مذهب الجمهور

ذهب الحنفية[1]، والشافعية –في أحد القولين[2]– والحنابلة[3]، إلى القول ببطلان هبة المجهول والمعدوم، وما لا يمكن تملكه بعد، وما احتمل الخطر لإضافته إلى زمن، ولعدم تعلقه بالحال.

ويرجع ذلك لانتقاء المحل؛ لأن إضافة عقد التمليك إلى غير محله لغو، بخلاف الوصية فإنها ليست بعقد تمليك مال، وإنما شرعت للخلافة عن الموصي ثم الملك، ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك فيه على القبض، وهنا العقد عقد التمليك؛ فلا بد من إضافته إلى ما هو مملوك، وإن وهب له ما ليس في وسعه قبضه لم يجز ؛ لأنه لو جاز العقد باعتباره– كان تعليقا للهبة بالخطر وذلك غير جائز[4]، ثم إن العلة الرئيسة في المنع هي انعدام شرط القبض، فإذا انعدم الشرط انعدم المشروط.

---

(1) المبسوط: للسرخسي، 72/12–73–74.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 183/6، 504/9– 505، و528/9– 529، و36/10– 37 بتصرف، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 333/2– 334.

(3) المغني: لابن قدامة، 46/6– 47.

(4) المبسوط: للسرخسي، 72/12–73–74.

ولا ينبغي غياب المحل عن مجلس العقد لأن اشتراطهم القبض في الموهوب يقتضي "أن لا يكون معلقا بما له خطر الوجود والعدم، ... ولا مضافا إلى وقت، بأن يقول وهبت هذا الشيء منك غدا أو رأس شهر كذا، لأن الهبة تمليك العين للحال، وأنه لا يحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى الوقت كالبيع"[1]، فانعدام وجود الموهوب في مجلس العقد يصيره لغوًا.

ويمنع هبة المجهول، وكل "ما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه، كالبيع قبل القبض؛ لا تجوز هبته، لأنه عقد يقصد به تمليك المال في حال الحياة؛ فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع"[2]، وقياسهم على البيع بأن كل ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته، لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع[3].

وأوردوا صور وتطبيقات كثيرة منها قولهم: لا تصح هبة الحمل في البطن، واللبن في الضرع، والحمل وثمر الشجر لأنه مجهول معجوز عن تسليمه، كالمعدوم، لأن الهبة عقد تمليك في الحياة، فلم تصح في هذا كله، كالبيع[4]، ومرادهم من منع هبة المجهول إنما إذا تعلقت العلة بحق الواهب.

ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب، منع الصحة؛ لأنه غرر في حقه، وإن كان من الموهوب له، لم يمنعها؛ لأنه لا غرر في حقه، فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له[5]، إنما تناط علة المنع بحق الواهب وحده.

ثانيًا: مذهب المالكية

لم يختلف المالكية في أن علة الجهالة أو الغرر لا تؤثر في الهبة، قال ابن رشد: "ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر"[6] يجوز هبته.

ولخص الإمام القرافي في الذخيرة قاعدة الغرر والجهالة، وقسمها إلى "ثلاثة أقسام جائز إجماعًا، في جملة العقود، كجهالة أساس الدار، وبطن الأجنة، وغرر كون المبيع لا يبقى

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 118/6.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 334/2.

(3) المصدر السابق، 333/2.

(4) المغني: لابن قدامة، 46/6- 47.

(5) المصدر السابق، 47/6.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 114/4.

حتى يقبض، وممنوع إجماعا في عقود المعاوضات، كالطير في الهواء، أو مختلف فيه كبيع الغائب، والسلم في الحيوان، أو النكاح على ما بين جنسه لا نوعه، فمن العلماء من يلحقه بالقسم الأول، ومنهم من يلحقه بالثاني"[1]، ويرجع هذا التقسيم إلى نسبة الغرر في المبيع ومدى تمكن وصف الجهالة منه.

كما قرر الإمام القرافي في الفروق الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة ما فيه الغرر وما لا يؤثر فيه من التصرفات، وتوصل إلى بيان ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة، وهو ما لا يقصد لتنمية الأموال ولا يقصد به تحصيلها[2].

وهو ما يمكن تقسيمه على النحو الآتي:

الأول: وهو ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، مثل باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها، وهو ما كان معاوضة صرفة، فالمعاوضات لا يجري فيها الغرر والجهالة والمشقة؛ لأن مقصودها تنمية المال وتحصيل مقاصد العوضين[3]، ويمكن إدخاله في قاعدة فقهية مفادها "أن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع"[4]، فلما كانت المعاوضات مقصودة بالربحية لذاتها ترتب عليها تنمية للمال، امتنع فيها الغرر.

الثاني: ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة مما هو إحسانٌ صِرفٌ لا يقصدُ به تنميةُ المالِ كالصدقة والهبة والإبراء فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أَحسَنَ إليه بها؛ لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئا[5]، وعدم قصد تنمية المال يراد به على جهة الأصالة لا التبعيَّة.

ثم يقول: أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعا وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده، فيحصل له ما ينتفع به ولا

(1) الذخيرة: للقرافي، 354/4.

(2) الفروق: للقرافي، 348/1، والذخيرة: للقرافي، 341/4.

(3) الفروق: للقرافي، 348/1، والذخيرة: للقرافي، 341/4.

(4) الفروق: للقرافي، 234/3.

(5) المصدر السابق، 348/1.

ضرر عليه، إن لم يجده؛ لأنه لم يبذل شيئا، وهذا فقه جميل[1]، ومن ثمّ يكون كل ما بذل على جهة التبرع جاز فيه الغرر؛ لأن المقصد الأصلي منه هو الإحسان الصرف.

الثالث: هو الواسطة بين الطرفين مثل النكاح، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودا، وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: 24]، يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه، فَلَوْ وُجِدَ الشَّبَهَيْنِ تَوَسَّطَ مَالِكٌ، فَجَوَّزَ فيه الغرر القليل دون الكثير[2].

وبناءً على ما سبق؛ إذا كان الغرر يسيرا فيجوز للضرورة، ولمسيس الحاجة التي تنزَّل منزلة الضرورة، كما جاء في المدخل "يجوز الغرر اليسير إذا دعت الضرورة إليه، ولا يجوز إذا لم تدع إليه حاجة"[3]، وهو ما لا ينفك عن البيع ولا يمكن التحرز منه.

وبنى المالكية على اليسير من الغرر القول بجواز هبة المجهول على ألا تكون جزءًا من المبيع "إنَّما تكون بعد تَحَقُّقِ زِنَةِ ما اشتراه"[4]، أي بعد استيفاء القدر والوزن والعدد والصفات المتفق عليها في العقد، فلا بأس بعد ذلك بزيادة مجهولة، فتكون الزيادة هنا تابعة للمبيع لا أصليَّة ولا مشروطة في العقد.

ويؤصل الإمام القرافي لهذا القسم بمحاولة رده إلى أصل البراءة، وهو دليل شرعي يأتي آخر الأدلة الكلية، ولا يكون إلا بعد استقراء تام –ومثل القرافي لا يفوته ذلك تمام الاستقراء– وقد صرح بذلك بصيغة الجزم، فقال: إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع بل إنما وردت في البيع ونحوه[5].

يتضح مما سبق: أن ما ذهب إليه المالكية أرجح مما ذهب إليه غيرهم لأمرين:

الأول: إن العلة غير مطردة في التبرعات، فالهبة والوصية محض تبرع فلا يلزم منها الضمان، بخلاف البيع فإنه يلزم منه الضمان.

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) المصدر السابق، 1/348–349.

(3) المدخل: لابن الحاج، 4/75.

(4) المصدر السابق، 4/75– 76.

(5) الفروق: للقرافي 1/348.

الثاني: الترجيح باعتبار مقصد التوسعة في الموارد المالية وتكثيرها، وكل ما يحققه من الوسائل المعلومة والمجهولة، وهذا يحقق مقصد التنمية الاقتصادية، سواء في الأوضاع العادية والآمنة، أم عند حلول الجوائح، أو الظروف القاهرة[1]، أم بعد ارتفاعها؛ من أجل إزالة مخالفاتها والتعافي من آثارها الاقتصادية والعودة إلى الوضع الآمن المستقر.

إن ما ذهب إليه المالكية يمكن اعتباره في بناء الأحكام وتقديم حلولا لكثير من المعاملات والتصرفات المالية الحديثة.

يدلنا ما سبق وما ذهب إليه المالكية في قولهم بجواز هبة المجهول والمعدوم على القول بجواز هبة العملات المشفرة والتصدق بها وبذلها في وجوه البر والإحسان الصِّرف الذي لايترتب عليه ضرر ولا خطر، وعلة هذا الحكم هي أن الهبة محض تبرع فلا يلزم منها ضمان فائت. مع العلم أن العملات المشفرة مجهولة ومعدومة في الحال، ومتعلقة بما له خطر الوجود والعدم في المآل، في المقابل؛ إن قبض الموهوب ليس شرطا في صحة العقد إنما هو شرط كمال، فلا يقتضي انعدام وجود الموهوب في مجلس العقد أن يجعله لغوًا، لأن العلة عند من قال بالمنع هي انعدام شرط القبض، والذي لا يقول به المالكية أصلًا.

ثالثًا: مذهب الشافعية

يرى الشافعية أن كل ما هو من قبيل التبرع كالوصية والهبة "يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله ولأن فيه التزامًا"[2] من المتبرع، ويفتقر إلى قبول المتبرع عليه، فلا يحصل التملك من غير قبول الموصى له، فلو قبله جاز في أحد قولي الشافعيَّة.

أما ما يخص الهبة قيل: "واغتفرت الجهالة بالموهوب للحاجة"[3]، لأن المصلحة الحاصلة من الهبة أولى بالاعتبار من مشقة التعيين وإزالة الجهالة، ولأن الهبة محض تبرع، ولا مقابلة فيها للعوض.

---

(1) كل حدث عام، لاحق لتكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصح تنفيذ العقد لالتزاه كما أوجبه العقد، يرهقه إرهاقا شديدا، ويتهدده بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، ينظر: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد: أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة مصر، 1954م، 136/1.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 183/6، 504/9- 505، و528/9- 529، و36/10- 37 بتصرف، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 337/2.

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 469/4.

ويمكن قبول الجهالة –عند الشافعيَّة– في الموصى به، دون الموصى له، "يحتمل في الموصى به لكونه تابعا ما لا يحتمل في الموصى له، ومن ثم صحت بحمل سيحدث لا لحمل سيحدث"[1]، لأنه يلزم قبوله، وأما جهالة الموصى به لا يترتب على عدم حصوله أثر، ولأنه لا يقابله عوض، ولذا يكون ما ذهب إليه الشافعية يمكن أن يقدم حلًا، ويظهر أثره، في كون الوصية والهبة بالعملات المشفرة والبتكوين خاصة محتاجة إلى قبول الموصى له، فيما لو أوصى الآخر –من غير المسلمين– لمسلم بشيء من العملات المشفرة، فإنَّ إجازتها وانتقال ملكيتها متوقف على قبوله، أما الوصية بمنافع البتكوين والعملات المشفرة على هذا تكون جائزة، لأنها محض تبرع، ولا يترتب على فواتها ضمان ولا فساد مال.

الفرع الثاني: حكم هبة العملات المشفرة

تمثل الهبة حلقة مهمة في المنظومة الاقتصادية، ويظهر فيها قصد الإحسان والقربة والمكارمة، وإن شابها شيء من العوض فلا يخرجها عن قصدها؛ وإن تغيَّر حكمها وتردد فعلها بين المعاوضات والتبرعات، وقد تعرضت للحديث عن الهبة من حيث تعريفها وشروطها، وأقسامها إلى الهبة المجردة عن العوض، والهبة الموقوفة على عوض مشروط أو غير مشروط.

أولًا: الهبة بلا ثواب

ويشمل هذا المحور الحديث عن الهبة من حيث تعريفها، ومشروعيتها، وأركانها وشروطها، وذلك على النحو الآتي:

– تعريف الهبة في اللغة والاصطلاح

يؤخذ أصل الهبة لغة من "الْوَاوُ وَالْهَاءُ وَالْبَاءُ: كَلِمَاتٌ لَا يَنْقَاسُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْض، تَقُولُ: وَهَبْتُ الشَّيْءَ أَهَبُهُ هِبَةً وَمَوْهِبًا، وَاتَّهَبْتُ الْهِبَةَ: قَبِلْتُهَا"[2]، ورجل وهاب ووهابة، أي كثير الهبة لأمواله[3].

(1) المصدر السابق، 19/7.

(2) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب الواو، باب الواو والهاء وما يثلثهما، وهب.

(3) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: للجوهري، باب الباء، فصل الواو.

تعريف الهبة في الاصطلاح: "هي تمليك العين بلا عوضٍ"[1]، وهذا حد جامع غير مانع، يدخل ولا يخرج، فيدخل فيه عقود جميع المعاوضات.

وعرف المالكية الهبة لا لثواب: تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض، قوله: ذي منفعة أخرج به العارية وما شابهها، قوله: لوجه المعطى أخرج به الصدقة، قوله: بغير عوض أخرج به هبة الثواب[2]، فإخراج الصدقة لكونها يقصد بها وجه الله، لكن يبقى التعريف مشتركًا مع الهدية، لأنها تدفع إلى إنسان، ويقصد بها التقرب والمحبة والوداد.

وتحمل جملة ذلك على أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة[3]، وإضافة قيد "في الحياة" ليخرج الوصية؛ لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

- أدلة مشروعية الهبة:

استدل العلماء على مشروعية الهبة بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع، وقد جاء ذكرها في الاشتقاق من اسم الله الوهاب، قال تعالى: ﴿إِنَّكَ أَنتَ ٱلْوَهَّابُ﴾ [آل عمران: 8]، وفي مواطن كثيرة في القرآن، كقوله تعالى: ﴿فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: 5]، وقوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾ [الشورى: 49].

يستفاد معناها من قوله تعالى: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾ [البقرة: 177]، الذي هو محل اتفاق العلماء على أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة، فإنه يجب صرف المال إليها[4]، وسدها، ودفع كل مشقة تلحق المسلمين عند حصول تلك الحاجة، والانفاق في جميع وجوه التبرع والتطوع يكون على وجه الهبة غالبًا.

وقد ورد دليل مشروعيتها من السنة في أحاديث منها ما روي عن عائشة –رضي الله عنها– قالت: «كَانَ رسولُ اللَّه –ﷺ– يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا»[5].

---

(1) كنز الدقائق: لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: 710هـ)، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط/1، 1432هـ- 2011م، ص: 536.

(2) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 421.

(3) المغني: لابن قدامة، 41/6.

(4) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 60/3.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: المكافأة في الهبة، رقم: 2585.

وروي عن أبي هريرة، أن النبي -ﷺ-: «كَانَ إِذَا أُتِيَ بِطَعَامٍ، سَأَلَ عَنْهُ، فَإِنْ قِيلَ: هَدِيَّةٌ، أَكَلَ مِنْهَا، وَإِنْ قِيلَ: صَدَقَةٌ، لَمْ يَأْكُلْ مِنْهَا»[1].

عن أبي هريرة، عن النبي -ﷺ- يقول: «تَهَادُوا تَحَابُّوا»[2].

وقد انعقد إجماع الفقهاء على أن الهبة مشروعة مندوب إليها، واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي[3]، وهي عقد تبرع مندوب إليه.

- **أركانها:** وركنها الإيجاب والقبول[4].

- **شروط الهبة:** يشترط في الهبة مجموعة من الشروط يمكن بيانها بحسب تعلقها، وذلك على النحو الآتي:

- **شروط متعلقة بالواهب:** أن يكون الواهب "عاقلا بالغا حرا"[5]، على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد، واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس[6].

- **شروط متعلقة بالموهوب له:** أن يكون "مميزًا"[7]، أي أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه[8].

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: قبول الهدية، رقم: 2576، وصحيح مسلم، كتاب: الزكاة، باب قبول النبي الهدية ورده الصدقة، رقم: 1077.

(2) الأدب المفرد: للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: 256هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط/3، 1409هـ – 1989م، باب: قبول الهدية، رقم: 594، والسنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: الهبات، باب: التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، رقم: 11947.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 91/5، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 113/4، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 334/2، والمغني: لابن قدامة، 41/6.

(4) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 91/5، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 114/4، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 334/2، والمغني: لابن قدامة، 44/6.

(5) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 91/5.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 113/4.

(7) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 91/5.

(8) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 114/4.

- **شروط متعلقة بالموهوب:** أن يكون الموهوب في ما صح تملكه، وذلك بحسب اتفاق الفقهاء[1]، أي من كل مال متقوم، هذا شرط يتعلق بإشكال وهو هل يصح تملك البتكوين؟

فإذا ثبتت مالية العملات المشفرة والبتكوين على الخصوص، وكان مالا متقوما، فإن هذا الشرط قائم ومتحقق ولا يمس هبة البتكوين خطر شرعي من هذه الجهة، فلا تنعقد هبة ما ليس بمال، واختلفوا في اشتراط القبض لصحة الهبة إلى قولين:

القول الأول: أن يكون الموهوب مقبوضا، لأن القبض شرط صحة، فتصح في حق الواهب بمجرد الإيجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض، ولا يملك الموهوب له الهبة من غير قبض، لأن ثبوت الملك غير لازم بالعقد فاحتاج إلى القبض، وهو قول الحنفية[2]، والشافعية[3]، وفي رواية لأحمد ولا تلزم هبة المكيل والموزون إلا بالقبض[4]، لأن القبض من شروطها.

واستدلوا لاشتراطهم القبض بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم- فقد روي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: «إِنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ نَحَلَهَا جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ، مَا مِنَ النَّاسِ أَحَبُّ إِلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْكِ، وَلا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكِ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ مِنْ مَالِي جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا، فَلَوْ كُنْتِ جَذَذْتِيهِ، وَاحْتَزْتِيهِ كَانَ لَكِ، فَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ، وَإِنَّمَا هُوَ أَخُوكِ وَأُخْتَاكِ، فَاقْسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»[5].

وروي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- «مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلًا، ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا، قَالَ: فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ، قَالَ: مَالِي بِيَدِي، وَلَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا، وَإِنْ مَاتَ هُوَ قَالَ: هُوَ لِابْنِي، قَدْ كُنْتُ أَعْطَيْتُهُ إِيَّاهُ، مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً لَمْ يَحُزْهَا الَّذِي نُحِلَهَا حَتَّى تَكُونَ إِنْ مَاتَ

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 91/5، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 113/4، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 334/2، والمغني: لابن قدامة، 44/6.

(2) المبسوط: للسرخسي، 57/12.

(3) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 334/2.

(4) المغني: لابن قدامة، 44/6.

(5) الموطأ: للإمام مالك، باب: النحلى، رقم: 808.

لِوَرَثَتِهِ فَهِيَ بَاطِلٌ»[1]، ذلك لأن القبض في الهبات كالقبض في البيوع[2]، فما روي عن أبي بكر وعمر –رضي الله عنهما– يعتبر نصًا في اشتراط القبض لصحة الهبة، ثم لم يعرف ولم ينقل لهما في الصحابة مخالف فكان إجماعًا.

القول الثاني: ذهب المالكية إلى القول بعدم اشتراط القبض، لأن عقد الهبة فيه إلزام المتبرع ما تبرع به بمجرد العقد، فيثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع، لعموم ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال النبي –ﷺ–: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَقِيءُ، ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»[3]، ولأنه إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد، وإنما جعل القبض شرط التمام[4].

وجاء في رواية أخرى للإمام أحمد أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه[5]، وليس القبض من شروطه، لا شرط صحة ولا شرط كمال.

يتضح من خلال النظر في أدلة المذهبين: أن الجمع بين الأدلة ممكنا، ذلك أن ما ذهب إليه المالكية إنما اعتبروا فيه القياس على البيع من حيث لزومه بمجرد العقد، والإجماع على ما روي عن الصحابة، ثم جمع بينهما[6]، فمن حيث النظر في كونه عقدًا من العقود؛ لم يكن القبض شرطا من شروط صحته، ومن حيث شرط الصحابة فيه فإن القبض إنما اشترطوه لسدِّ الذريعة التي ذكرها عمر –رضي الله عنه– في حق الموهوب له، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه[7].

(1) الموطأ: للإمام مالك، باب: النحلى، رقم: 809.

(2) الأم: للإمام الشافعي، 121/7.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم: 2621، وصحيح مسلم، كتاب: الهبات، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، رقم: 1622.

(4) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 114/4، بتصرف.

(5) المغني: لابن قدامة، 44/6.

(6) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 114/4.

(7) المصدر السابق، 115/4.

سبب الخلاف: أن أصحاب القول الأول الذين اشترطوا القبض يرون أنه شرط صحة فلا يصح العقد إلا بالقبض، وأصحاب القول الثاني يرون إنما جعل القبض شرط التمام فتلزم الهبة بلا قبض.

فعلى الاعتبار الأول فإن هبة البتكوين لا تصح لافتقارها إلى شرط القبض، وعلى الاعتبار الثاني أن القبض شرط كمال فهبة البتكوين صحيحة، والعقد عليها صحيح ولو لم يتم التقابض.

ويدلنا اعتبار ما ذهب إليه المالكية على جواز هبة المجهول والمعدوم، وبناء عليه يمكن الاستفسار؛ هل تجوز هبة البتكوين هبة ثواب؟

ثانيًا: هبة الثواب

يقصد بهبة الثواب "عَطِيَّةٌ قُصِدَ بِهَا عِوَضٌ مَالِيٌّ"[1]، فقوله عَطِيَّة يدخل الصدقة والهبة والهدية، ولما قيدها بقصد العوض أخرج الصدقة والهدية والهبة بلا عوض.

قال الماوردي: "مما يظهر أن المقصود بها طلب المكافأة عليها"[2]، فهي مشروطة أو موقوفة على عوض.

حكم هبة الثواب: اختلف الفقهاء في حكم هبة الثواب إلى مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعي في القديم[5]، ونص أحمد[6]، على صحة الهبة المشروطة بالثواب إجمالا، واختلفوا في التفصيل.

فقال الحنفية –كما في رد المحتار–: "هبة الثواب للغير جائزة عندنا"[7]، وينعقد العوض في هذه الصورة على أنه "هبة ابتداء فيشترط فيها التقابض في العوضين"[8]، وقال زفر: هو

(1) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 427.

(2) الحاوي الكبير: للماوردي، 549/7.

(3) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 720/3.

(4) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 115/4.

(5) الحاوي الكبير: للماوردي، 549/7.

(6) المغني: لابن قدامة، 67/6.

(7) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 720/3.

(8) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 295/7.

بيع ابتداء وانتهاء، وصورته أن يقول وهبتك ذا على أن تعوضني كذا، إذ لو قال وهبتك بكذا؛ فهو بيع إجماعا[1]، في حال كان العوض معلومًا فإنها تنعقد بيعًا، ويلزم العوض ثوابًا.

وأجاز المالكية هبة الثواب بشرط وبغير شرط، من باب "الإستحسان بعمل أهل المدينة"[2]، لأنها "لمَّا كانت على سبيل المكارمة وطريق المعروف، ولم تكن على وجه المكايسة جازت من غير تسمية العوض"[3]، مادام قد أجازها الناس وتعارفوا عليها، "وحكمها حكم البيع"[4]، من حيث وجوب البدل والضمان.

لما كان عوض الهبة ينعقد بيعا إلا أن البيع يختلف عن الهبة من حيث النظر إلى العوض ودخول الربا فيه، وكونه ينعقد بيعا إلا أنه لا يدخله الربا، فمشابهة الهبة والمعاوضة فيه ناقصة "لأنها ليست معاوضة محضة، فلا يتحقق فيها الربا"[5]، ومع كونها معاملة عوضية؛ إلا أنها تختلف عن سائر المعاوضات من حيث مقصدها، إذ تبذل ويقصد ببذلها الثواب.

وقال الشافعي في القديم: "إن المكافأة عليها واجبة"[6]، وإن اشترط ثوابا معلومًا فجائزة على أحد قوليه؛ لأنها معاوضة على بدل معلوم كالبيع، ولأن ما منع عن الجهالة كان أولى بالصحة وله ما اشترط، ويكون الفرق بينها وبين البيع أنه في الهبة: من يشترط الثواب المعلوم يكون مخيرا بين دفع الثواب وبين رد الهبة، وفي البيع يلزمه دفع الثمن، ولا خيار له في الرد ما لم يكن خيار أو عيب[7]، ومن أجل ذلك؛ تمحض أثر الفرق بين انعقاد الثواب المعلوم على أنه هبة أو بيع؛ في ثبوت خيار الرد.

وذهب الحنابلة إلى القول بصحتها، قال ابن قدامة: "فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما، صح، نص عليه أحمد؛ لأنه تمليك بعوض معلوم، فهو كالبيع ... فأما إن شرط ثوابا مجهولا،

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) تقريب المذهب والعقيد والسلوك: د. عبدالله معصر، سلسة أبحاث ودراسات الرابطة المحمدية للعلماء ومركز دارس بن إسماعيل، دار أبي رقراق، الرباط، ط/1، 1433هـ- 2012م، ص: 78.

(3) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 480/1.

(4) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 427.

(5) البناية شرح الهداية: لأبي محمد الغيتابى بدر الدين العينى، 196/10.

(6) الحاوي الكبير: للماوردي، 549/7.

(7) المصدر السابق، 551/7.

لم يصح"[1]، ويتفق غير المالكية على تعليق الجواز باشتراط العوض المعلوم، لا مطلق العوض كما هو عند المالكية.

الدليل: استدل من ذهب إلى القول بجوازها بما روى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– قال: ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته، يرجع فيها، إذا لم يرض منها[2].

وروي عن أبي هريرة –رضي الله عنه– قال: أهدى رجل من بني فَزَارَةَ إلى النبي –ﷺ– ناقة من إبله التي كانوا أصابوا بالغابة فعوَّضه منها بعض العوض فَتَسَخَّطَ، فسمعت رسول الله –ﷺ– على المنبر يقول: «إِنَّ رِجَالًا مِنَ العَرَبِ يُهْدِي أَحَدُهُمُ الهَدِيَّةَ فَأُعَوِّضُهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا عِنْدِي ثُمَّ يَتَسَخَّطُهُ فَيَظَلُّ يَتَسَخَّطُ فِيهِ عَلَيَّ، وَايْمُ اللَّهِ لَا أَقْبَلُ بَعْدَ مَقَامِي هَذَا مِنْ رَجُلٍ مِنَ العَرَبِ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ أَوْ دَوْسِيٍّ»[3].

واستدل الإمام الشافعي على وجوب المكافأة عليها بقوله "فلولا وجوب المكافأة لما صبر على طمع الأعرابي وآذاه، لأن العرف الجاري في الناس المكافأة بها؛ يجعله كالشرط فيها، ويكون قبول الهبة رضى بالتزامها"[4]، لأن العرف كالشرط لا ينافي مقتضاها، تحمل إجازة غير المالكية لهبة الثواب على كون الثواب معلوما، وثابتا على وجه الاشتراط أو العرف، فمعلومية العوض أو البدل المشروط هو مناط الصحة والجواز عند الحنفية والحنابلة، والقديم من أقوال الشافعي، أما المالكية فقد أجازوها ولم يعلقوا حكمها على شرط.

المذهب الثاني: ذهب الشافعية إلى القول ببطلان هبة الثواب، كما جاء في معنى قول الإمام الشافعي فإذا وهب واشترط الثواب فالهبة باطلة، من قِبَلِ أنه اشترط عوضا مجهولا[5]، ولأن الجهل بالعوض كافيًا لبطلانها، ووافق على القول بالبطلان للجهالة أبو حنيفة، ويبطل الشرط إذا كان على عوض مجهول، وإن المعاوضة تنعقد هبة، كما جاء في البحر الرائق

(1) المغني: لابن قدامة، 67/6.

(2) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في الهبة، رقم: 2790.

(3) سنن الترمذي، كتاب: أبواب المناقب، باب: في ثقيف وبني حنيفة، رقم: 3946.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 550/7.

(5) الأم: للإمام الشافعي، 121/7.

"اشتراط العوض المجهول تكون هبة ابتداء وانتهاء؛ لبطلان اشتراطه"[1]، وبطلان الاشتراط يصحح بانعقاد العوض على أنه هبة أخرى مستقلة عن الأولى.

يقرر الإمام الشافعي قاعدة في الهبات، فيقول: "كل هبة ونحلة وصدقة غير محرمة فهي كلها من العطايا التي لا يؤخذ عليها عوض ولا تتم إلا بقبض المعطى[2]؛ لأن الشرط في الهبة ينافي مقتضاها.

وقال الشافعي في الجديد: إن المكافأة عليها غير واجبة، لقوله -ﷺ-: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[3]، ولأن ما صح تملكه من غير ذكر بدل لم يستحق فيه البدل، كالوصية والصدقة، ولأن العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدين لها اعتبارا بسائر العقود من البيع والإجارة في استحقاقه، والوصية والعارية في إسقاطه[4]، ويستوي فيه العاقد كان فقيرا أو غنيًّا أو أدنى أو أعلى فلا عبرة بحال العاقد في تغيُّر العقد.

وبعد تقرير الحكم لو حصل أن كافأه وأثابه على الهبة، فإنها تنعقد "هبة مبتدأة لا يتعلق حكم واحدة من الهبتين بالأخرى، فلو استحقت إحداهما، أو ظهر بها عيب فالأخرى على حالها لا يجوز أن تسترجع"[5].

أما إذا اشترط عوضًا على وجه الثواب "فالهبة باطلة، لاشتراط ما ينافيها"[6]، كان الثواب مجهولًا أو معلومًا.

الدليل: استدل بأن حديث عمر -رضي الله عنه- بأنه قد خالفه ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم- عن النبي -ﷺ- أنه قال: «لاَ يَحِلُّ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلاَّ

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 295/7.

(2) الأم: للإمام الشافعي، 121/7.

(3) السنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: الغصب، باب: من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا، رقم: 11545، صححه الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للألباني، كتاب: الحجر، رقم: 1459.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 550/7.

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) المصدر السابق، 551/7.

الوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ»[1]، فإن عوَّضه عن الهبة، كانت هبة مبتدأة لا عوضا[2]، فتنعقد هبة ويصير الواهب موهوبًا له، والموهوب له واهبًا، وكذلك الإيجاب والقبول.

لما كانت معاوضة على بدل مجهول بطلت لعلة الجهالة، لأن ما أجيز للعلم به منع للجهالة، وكان أولى بالفساد.

ويتضح بالنظر في أدلة الفريقين، ويتبن أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم، وللعرف الجاري بين الناس الذي يجعل العوض كالشرط في الهبة لا ينافي مقتضاها.

أسباب الخلاف: يعود سبب الخلاف بين الفقهاء إلى تكييف العوض؛ أي هل الهبة بالعوض على وجه الثواب بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن؟

فمن رآها بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز، ومن لم ير أنها بيع مجهول، قال: يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها[3].

ومَنْ يتمعن في الأقوال يجد أن سبب الخلاف؛ النظر إلى العوض من حيث تمحضه للعوضية وعدم تمحضه، ودخول الربا أو عدم دخوله فيه، فمن رأى أنها معاوضة ناقصة أي ليست محضة، عدها بيعا لا يتحقق فيه الربا فأجازها، ومن رأى أنها معاوضة كاملة العوضية عدَّها بيعًا محضًا يتحقق فيه الربا فأبطلها.

إن الأصل في الهبة أنها عطاء بلا عوض، وقد يطرأ عليها عرف يخرجها عن الأصل، فتقترن بعوض على هيئة ثواب، فيخرجها من منظومة عقود التبرعات خروجا لا يكون كافيًا لإدخالها في منظومة المعاوضات.

وإذا كان العوض معلومًا فإن الهبة تنعقد بيعًا، ويلزم العوض ويسمى ثوابًا، ولا يلزم من صحة الهبة أن يكون ثوابها معلومًا، ويصح إذا كان مجهولًا، ولا يكفي لإبطالها جهالة الثواب خلافًا للشافعي، ومن ثمّ فإن تقرير هذا يقتضي القول بصحة هبة الثواب بالعملات المشفرة.

الفرع الثالث: حكم جهالة العوض في الخلع على العملات المشفرة

يرى المالكية أن الجهالة في الخلع لا تجوز مطلقا قال القرافي: "وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين [أي ما يجوز ولا يجوز فيه الغرر، ويفسر هذا الالحاق بالطرف] الذي لا

(1) سنن: الترمذي، كتاب: أبواب البيوع، باب: ما جاء في الرجوع في الهبة، رقم: 1298.

(2) المغني: لابن قدامة، 66/6.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 115/4- 116.

يجوز فيه الغرر مطلقا، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة"[1] فالمعاوضة وإن كان لا يجوز فيها الغرر والجهالة، فقد يستثنى منها ما دعت الضرورة إليه عادة.

وذهب الشافعية: إلى أن الخلع عقد معاوضة، قال الشافعي –رحمه الله –: "وإذا قالت المرأة للرجل إن طلقتني ثلاثا فلك عليَّ مائة، فسواء. وهو كقول الرجل: بعني ثوبك هذا بمائة لك عليَّ، أو بعني ثوبك هذا بمائة، قال فإن طلقها ثلاثا فله عليها مائة دينار"[2]، فشابه البيع.

وقال في الحاوي الكبير: "قد ذكرنا أن الخلع عقد معاوضة كالبيع ينزل الزوج فيه منزلة البائع، والزوجة منزلة المشتري، ويكون العوض فيه كالثمن، فلم يكن بد من أن يكون العوض معلوم القدر والجنس والصفة، لينتفي عنها الجهالة كالأثمان"[3]، فمن قال بأن بدل الخلع كالبيع فإن الجهل والغرر بالعوض يقتضي الفساد، فلا يجوز الخلع على المجهول.

وقد يقال لا وجه للمشابهة بالبيع؛ لأن "العوض ركن في البيع، وحكم فساد الركن فساد العقد، ثم موجب فساد البيع إلغاؤه، والبدل ليس ركنًا في الخلع والنكاح، وفقه ذلك أنا لا نفسد النكاح والخلع بفساد العوض، وإذا لم نفسدهما، فلا بد من إثبات عوض، وذلك العوض هو مهر المثل الذي نريد توزيع المسمى عليه، وإذا كنا لا نجد بدًا لإثبات مهر المثل، فلا يمتنع توزيع المسمى عليه، ومثل هذا لا يتحقق في البيع"[4].

لو وقع جهل بالعوض فإنما يعود ذلك الجهل إلى إطلاق لفظ العوض، ويترتب عليه منازعة واختلاف بين الزوجين؛ فيفتقر معه إلى تعيين، فيتعين ما جرى به العرف في مهر مثلها.

ولا فائدة للتقيد بمهر المثل لأنه المرجع الشرعي والعرفي عند الاختلاف ولا يحكم إلا به، فلا يكون للقيد معنى مؤثرٌ، قال الجويني: لا معنى للتقييد بألف درهم إن صح الانعقاد مع اختلاف النقود، ولا فصل بين الألف المرسلة والمقيدة بجنس، هذا لا شك فيه، والبحث بعدُ

(1) الفروق: للقرافي 349/1.

(2) الأم: للإمام للشافعي، 220/5.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 36/10.

(4) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 85/13.

أمامنا، وذكر شيخنا أبو محمد[1] طريقةً أخرى في المسألة، فقال: إن لم يتعارفا، ولم يتواضعا على أن المراد بالألف ماذا، فليس إلا القطع بفساد الخلع والرجوع إلى مهر المثل؛ فإن الجهالة متمحضة، لا دارئ لها سابقًا ولا مقترنًا، وإن تواضعا على أن يعيّنا بألفٍ جنسًا ونوعًا تواصفاه وأحاطا به، فالذي أطلقه أنهما لو توافقا على موجب التعارف، وزعما أنهما عيّنا صنفًا تواضعا عليه، فالخلع ينعقد[2]، فلو اتفقا على عرف بلد معين وأطلقا النقد فإن الإطلاق لا يحمل إلا على ذلك العرف، فيقع موقع التعيين.

فيكون قياس الخلع على البيع قياس مع الفارق، وهو فاسد لأن البيع مبني على المماكسة والمشاحة، والزواج مبني على المكارمة، فيتعذر القياس.

ويكون تنزيل الحكم على العملات المشفرة لا يجوز، على القول الأول بأن: النكاح يشبه المعاوضة، فلا يجوز الخلع بالعملات المشفرة؛ لأنها مجهولة الحال، والجهالة في العوض تقتضي الفساد.

خلافًا لمَنْ أجاز الخلع على عوض مجهول، فإنه لا يتخرج عليه جواز الخلع بالعملة المشـــفرة المجهولة، لأن الجهالة في عوض الخلع أو المهر ترد إلى مهر المثل، ولم يثبت أن البتكوين أو غيرها من العملات المشـــفرة جرى العرف باعتبارها مهرا، فإذا جرى العرف وســـاد فحينها لكل حدث حديث، ولندعها حتى تقع، فإذا وقعت الواقعة جاز للعرف الجاري باعتبارها مهر المثل.

الفرع الرابع: حكم نقوط الأفراح بالعملات المشفرة

أخذت النقوط طابع الشيوع والانتشار في كثير من البلدان، ولها إطاران إطار مقاصدي، وإطار مرجعيَّ، أما المقصد فحاجة صاحب المناسبة لما فضل عن حاجات الناس ومؤنهم، سواء كانت نقودًا أم أعيانًا، إمَّا لحب المشاركة في المناسبات بين أفراد المجتمع الواحد، أو

(1) هو عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيوية الشيخ أبو محمد الجويني والد إمام الحرمين أوحد زمانه علما ودينا وزهدا وتقشفا زائدا وتحريا في العبادات، كان يلقب بركن الإسلام له المعرفة التامة بالفقه والأصول والنحو والتفسير والأدب توفي سنة ثمان وثلاثين وأربعمائة بنيسابور، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1413هـ، 75/5.

(2) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 354/13.

صنع المعروف، أو ردًا لجميل سابق، أو قصد الثواب ابتداء، مع حاجة صاحب المناسبة لمشاركة غيره أو دون حاجة إليها.

وأما ما يختص بإطار المرجعيَّة فمجموعة من النصوص والأصول، تأخذُ حقها من الترشيد والاهتمام، ليتم التعامل معها بضوابط أظن أنها شرعيَّة، وكافية لتحقيق الوعي بها، وبيان ذلك في النقاط الآتية:

أولا: تعريف النقوط لغةً واصطلاحًا

– **تعريف النقوط لغةً:** يُعبَّر عن النقوط في الاستعمال اللُّغوي فيقال: "نقَّط العروسَ، أي قدّم إليها مالًا أو هديَّةً عند زفافها"[1]، وجمعه نقوط.

– **تعريف النقوط اصطلاحًا:**

يطلق النقوط في الاصطلاح على "مَا يُجْمَعُ مِنْ الْمَتَاعِ وَغَيْرِهِ فِي الْأَفْرَاحِ لِصَاحِبِ الْفَرَحِ"[2]، فيقدَّم إما بشكل فردي أو جماعي، وهذا اصطلاح خاص.

وأعم منه الرِّفْدُ وهو "المَعُونةُ بالعَطاء"[3]، قال ابن فارس: الرَّاءُ وَالْفَاءُ وَالدَّالُ أَصْلٌ وَاحِدٌ مُطَّرِدٌ مُنْقَاسٌ، وَهُوَ الْمُعَاوَنَةُ وَالْمُظَاهَرَةُ بِالْعَطَاءِ وَغَيْرِهِ"[4]، وهذا التعريف يوافق ما جاء في الأصل اللغوي، والعطاء يصدق على كل ما سمي مالًا.

كما جاء في تحفة المحتاج في شرح المنهاج بيان صورة النقوط "الْمُعْتَادَ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي الْأَفْرَاحِ كَالْخِتَانِ وَالنِّكَاحِ وَهُوَ أَنْ يَجْمَعَ صَاحِبُ الْفَرَحِ النَّاسَ لِأَكْلٍ أَوْ نَحْوِهِ، ثُمَّ يَقُومَ إنْسَانٌ فَيُعْطِيهِ كُلٌّ مِنْ الْحَاضِرِينَ مَا يَلِيقُ بِهِ، فَإِذَا اسْتَوْعَبَهُمْ أَعْطَى ذَلِكَ لِذِي الْفَرَحِ الَّذِي حَضَرَ النَّاسُ لِأَجْلِ إعْطَائِهِ إمَّا لِكَوْنِهِ سَبَقَ لَهُ مِثْلُهُ وَإِمَّا لِقَصْدِ ابْتِدَاءِ مَعْرُوفٍ مَعَهُ لِيُكَافِئَهُ بِمِثْلِهِ إذَا وَقَعَ لَهُ نَظِيرُهُ"[5]، وهذه المقاصد تختلف بحسب قصد المعطي.

ثانيًا: حكم النقوط

اختلف الفقهاء في حكم النقوط إلى مذاهب:

---

(1) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، مادة: ن ق ط، رقم: 5213.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 208/3.

(3) كتاب العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف: الدال، باب الدال والراء والفاء، مادة: ر ف د.

(4) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الراء، باب: الراء والفاء وما يثلثهما، مادة ر ف د.

(5) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 44/5.

مذهب الحنفيَّة: يرى الحنفية أن الأصل في رد النقوط هو العرف، فما "يرسله الشخص إلى غيره في الأعراس ونحوها هل يكون حكمه حكم القرض؛ فيلزمه الوفاء به أم لا؟ الجواب: إن كان العرف بأنهم يدفعونه على وجه البدل يلزم الوفاء به مثليًا فبمثله، وإن قيميا فبقيمته، وإن كان العرف خلاف ذلك بأن كانوا يدفعونه على وجه الهبة، ولا ينظرون في ذلك إلى إعطاء البدل، فحكمه حكم الهبة في سائر أحكامه فلا رجوع فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك، والأصل فيه أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا"[1]، فما جرى العرف باعتباره مبنيًّا على المعاوضة أجروه مجرى القرض، وألزموا فيه بالعوض، وما جرى العرف باعتباره تبرعا أجروه مجرى الهبة.

– **مذهب المالكيَّة:** يكيِّف المالكية هذه المعاملة على أنها هبة ثواب، "حُكْمُهَا حُكْمُ الْبَيْعِ"[2]، من حيث وجوب البدل والضمان، ومع كونها معاملة عوضية، إلا أنها تختلف عن سائر المعاوضات من حيث مقصدها، إذ تبذل ويقصد ببذلها الثواب، "وإن دخلها العوض فمقصودها أيضا المكارمة والوداد فلم تتمحَّض للمعاوضة والمكايسة، والعرف يشهد لذلك، فلذلك جاز فيها مثل هذه الجهالة والغرر"[3]، فيلزم فيها العوض من حيث كونها معاملة عوضية، ويجوز الغرر والجهالة في عوضها من حيث النظر إلى أنها مبنية على المكارمة والمواساة.

– **مذهب الشافعيَّة:** كيَّف الشافعيَّة النقوط على أنها هبة، فتقرر عندهم أن "اَلَّذِي يَتَّجِهُ فِي النُّقُوطِ الْمُعْتَادِ فِي الْأَفْرَاحِ أَنَّهُ هِبَةٌ، وَلَا أَثَرَ لِلْعُرْفِ فِيهِ لِاضْطِرَابِهِ وَلِاخْتِلَافِهِ بِأَحْوَالِ النَّاسِ وَالْبِلَادِ"[4]، وحُمل قول من قال أنها قرض على أن يقول الواهب لصاحب المناسبة "خُذْهُ مِثْلًا وَيَنْوِي الْقَرْضَ وَيُصَدَّقُ فِي نِيَّةِ ذَلِكَ هُوَ أَوْ وَارِثُهُ، وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ إطْلَاقُ جَمْعٍ أَنَّهُ قَرْضٌ"[5] حكما، وذلك لمخالفة ظاهر الصيغة للنية، فالعقد قرض بالنية لأن العبرة في المعاملات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

---

(1) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 696/5.

(2) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 427.

(3) الذخيرة: للقرافي، 271/6.

(4) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 44/5-45.

(5) المصدر السابق، 45/5.

وعليه؛ لو انعقدت النقوط قرضا، هل يحق الرجوع بها على صاحب الفرح؟

الذي يظهر ويمكن من خلاله الإجابة على هذا الإشكال "أَنَّهُ لَا رُجُوعَ فِي النُّقُوطِ الْمُعْتَادِ فِي الْأَفْرَاحِ، أَيْ لَا يَرْجِعُ بِهِ مَالِكُهُ إذَا وَضَعَهُ فِي يَدِ صَاحِبِ الْفَرَحِ أَوْ يَدِ مَأْذُونِهِ إلَّا بِشُرُوطٍ ثَلَاثَةٍ: أَنْ يَأْتِيَ بِلَفْظٍ كَخُذْهُ وَنَحْوِهَا، وَأَنْ يَنْوِيَ الرُّجُوعَ وَيُصَدَّقُ هُوَ وَوَارِثُهُ فِيهَا، وَأَنْ يُعْتَادَ الرُّجُوعُ فِيهِ، وَإِذَا وَضَعَهُ فِي يَدِ الْمُزَيِّنِ وَنَحْوِهِ أَوْ فِي الطَّاسَةِ الْمَعْرُوفَةِ لَا يَرْجِعُ إلَّا بِشَرْطَيْنِ إذْنِ صَاحِبِ الْفَرَحِ، وَشَرْطِ الرُّجُوعِ"[1].

لا يكف للرجوع اشترط الصيغة والنية، بل لا بد من اعتياد الرجوع، "أما ما جرت العادة به من دفع النقوط للشاعر والمزين ونحوهما فلا رجوع به إلا إذا كان بإذن صاحب الفرح، وشرط الرجوع عليه، وليس من الإذن سكوته على الآخذ، ولا وضعه الصينية المعروفة الآن بالأرض [أو اعطائه الحساب البنكي أو رمز المحفظة الإلكترونية]، وأخذه النقوط وهو ساكت، لأنه بتقدير تنزيل ما ذكر منزلة الإذن ليس فيه تعرض للرجوع وتقرر أن القرض الحكمي يشترط للزومه للمقترض إذنه في الصَّرْفِ، مع شرط الرجوع"[2]، فحملوا النقوط على الهبة إذا لم تجر العادة برجوع الدافع على صاحب المناسبة، وحملوه على القرض في حالة الاعتياد على رد المقدار المدفوع.

مذهب الحنابلة: تحدث الحنابلة عن المسألة في سياق الحديث عن الرجوع في الهبة، فقالوا: "(وَلَا يَصِحُّ رُجُوعُ وَاهِبٍ) فِي هِبَتِهِ (بَعْدَ قَبْضِ مُعْتَبَرٍ) بِأَنْ يَكُونَ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ أَوْ وَكِيلِهِ؛ لِلُزُومِهَا بِهِ (وَلَوْ) كَانَتْ الْهِبَةُ (... نُقُوطًا وَحُمُولَةً فِي نَحْوِ عُرْسٍ) كَخِتَانٍ؛ لقوله – ﷺ–: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»[3]، وقد جاء في رواية للإمام أحمد؛ فقال قَتَادَةُ: "وَلَا أَعْلَمُ الْقَيْءَ إلَّا حَرَامًا، وَسَوَاءٌ عُوِّضَ عَنْهَا أَوْ لَمْ يُعَوَّضْ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ الْمُطْلَقَةَ

(1) المصدر السابق، 44/5.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) صحيح البخاري، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، رقم: 2621، وصحيح مسلم، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، رقم: 1622.

لَا تَقْتَضِي الثَّوَابَ"[1]، فتشبيه الرجوع في الهبة برجوع الكلب في قيئه، فيه من الشناعة –التي تنفر منها النفوس الأبية– ما يدل على التحريم، فتكون لازمة بالقبض المعتبر شرعًا.

الترجيح: أخذت النقوط مسارا عميقا في عادات الناس وأعرافهم، وتجذرت تجذرا أصيلا، حتى شابهت القوانين الثابتة من حيث قبول الغرر والجهالة فيها، أما من حيث إلزاميَّة القبض، أو عدم التشدد في أخذ العوض عنها أو تضمينها، فالمرجع إلى اتفاق الأفراد بينهم، وبهذا يمكن الجمع بين الأقوال.

فتعدُّ النقوط هديَّة حتى وإن كان المهدي يريد أن يثيبه العروس على هديته مالم يتم التصريح بخلاف ذلك، وأما كون العادة جاريَّة بين النَّاس برد النقوط بمثلها متى حصلت للدافع مناسبة مماثلة، أو كون الدافع اتجه قصده إلى الإثابة على الهديَّة فلا اعتبار لذلك في جعلها قرضا، كما لا يقتضي من الدافع الرجوع على العروس أو الموهوب له والمطالبة به، ولهذا "لا رجوع به وهو الذي يَتَّجِهُ ترجيحه لعدم مسوغ للرجوع واعتياد المجازاة به وطلبه ممن لم يجاز به لا يقتضي رجوعًا عند عدم الصِّيغَةِ التي تُصَيِّرُهُ قرضا"[2]، ولا يكف اعتبار النيَّة وحدها في اخراجه من الهبة إلى القرض.

ألا ترى أنه لو أهدى شخص إلى غيره شيئًا لم يرجع عليه بشيء حتى وإن كان المهدي متوسط الحال والمُهدى إليه ثريًا، مع أن قرينة الحال دآلَّة على غرض له وراء ذلك، ولو قال الدافع نويت أخذ العوض مقابل النقوط الذي دفعت، فلا يلزم المُهدى إليه أن يثيبه.

لكن مازال الاضطراب قائمًا بين الناس في شأنها، "وهذا هو الشأن بالنسبة للعادات التي تتعلق بالزيارات وتقديم الهدايا في المناسبات السَّارة، وما جرت عليه التقاليد بين الناس من حيث الملبس والمأكل والمشرب في المناسبات المختلفة إلى غير ذلك، كل هذه العادات التي تجري بها التقاليد في المجتمعات لا ترقى إلى مستوى القواعد القانونيَّة بين الأفراد، وهي ما تسمى بالعادات الاتفاقيَّة بينهم"[3].

---

(1) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ)، المكتب الإسلامي، ط/2، 1415هـ- 1994م، 404/4.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 44/5.

(3) والعرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ.د عمر جيدي، 40/1

تستمد العادات الاتفاقية قوتها من اتفاق الأفراد لا من الاعتبار الجماعي والعرف العام، ولم تنحُ منحى العرف المشترك، بممارسة نشاط خارجي المعبر عنه بالركن المادي بحيث تشكل شعورا إلزاميًا كالعرف، "فالعادة الاتفاقيَّة لا تلزم الأفراد، إلا إذا اتفقوا عليها وانصرفت إرادتهم إلى القيد بها، ذلك أن العادة تنشأ إذا توفر الركن المادي فقط... فإذا بلغت درجة تجعلها تُولِّد في أذهان الناس الشعور بضرورة إلزامها، فإنها في هذه الحالة الأخيرة تتحول إلى عرف، فلا تكون العادة ملزمة إلا بالاتفاق على اتباع حكمها، وتطبيقها بينهم على اعتبار أنها شرط من شروط الاتفاق بخلاف العرف فإنه ملزم ولو لم يتفق عليه"[1].

والذي يظهر من حال الناس في الواقع؛ أنه إذا حصلت مناسبة لأحدهم؛ فإنهم إما أن يبذلوا كل بما في وسعهم، أو قد يمتنعوا عن الحضور لأنهم لا يجدون ما ينفقون.

والذي يرجع له في ردِّ النقوط؛ والضابط في ذلك هو العرف والعادة، لأن العادة محكمة، والعرف كالشرط، فإذا جرت عادة الناس وأعرافهم أن ما يبذل لصاحب المناسبة يعدُّ قرضا، أو هبة ثواب، فينبغي على من أراد تقديم رفد، أو نقوط أن يبذل مثل ما بُذِل له، فإن لم يجد اقترض لرد ما عليه؛ لأن ما يقترض لأجله يعتبر بمثابة دين حالّ فينبغي الوفاء به.

وإن جرت العادة والعرف على أنها هدية؛ فلا ينبغي أن يشغل الإنسان ذمته بدين لإهداء هدية أو لمحض تبرع، ولا حرج في امتناعه عن الحضور إن وجد في نفسه حرجا ضاغطا، أو مشقة لا تحتمل، لأن المشقة تجلب التيسير، ولأنه لا تكليف بما لا يطاق.

لذلك ينبغي أن تكون على وجه المحبة والإكرام والألفة والوئام والتعبير عن كريم الأخوة وجميل المودة، والتي يتشوف الشارع إلى إقامتها، وإزالة كل ما يشوبها من عسر، واختيار ما فيه اليسر، و«مَا خُيِّرَ النَّبِيُّ -ﷺ- بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَأْثَمْ»[2]،

فإذا كانت النقوط لا يشترط ردها، ولا يجري عرف بضمانها، ورد مثلها، وقدمت على شكل عملات مشفرة؛ جاز أخذها وحيازتها؛ لأنها مال بذل على جهة التبرع، حيث يقوم رقم الحساب البنكي والرمز العام للمحفظة الإلكترونية الخاصة مقام القصعة والرداء المنشور لاستقبال النقوط، فلو بذل لأحدهم عملة مشفرة ووافق على توريدها إلى محفظته الخاصة، فإنه يتحقق بذلك قبضها، ومتى كانت هذه المعاملة على سبيل الإكرام والمساندة لا على

(1) المرجع السابق، 1/41-42.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الحدود، باب: إقامة الحدود والانتقام لحرمات الله، رقم: 6786.

سبيل المعاوضة والمكايسة، فإني أرى ألا بأس بها، ما تعارفا واتفقا على عدم لزوم العوض والضمان عنها، وأَجْرَوْها بينهما على أنها من قبيل الهبة المطلقة.

الفرع الخامس: حكم الوصيَّة بالعملات المشفرة

اختلف الفقهاء في حكم الوصية بالمجهول فذهب الحنفية إلى أن "الوصية إثبات مِلك جديد، ولهذا لا يُرَدُّ الموصَى له بالعيب، ولا يُرَدُّ عليه به، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره"(1)، فلا يكره على القبول، "وتصح الوصية للحمل وبه إن ولدت لأقل مدته من وقت الوصية"(2)، والحمل معدوم مجهول الحال صحت الوصية به.

تصح الوصية بالمجهول عند الشافعية على المختار وهو المذهب، لأن الجهالة وصف غير مؤثر "فعند الشافعيةَّ الوصية بمعدوم باطلة"(3)، إجمالًا ولكن في التفصيل؛ فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح لأن الاعتبار بالمال وقت الوصية لم تصح الوصية بالمجهول.

الثاني: فإن الوصية "لا يؤثر فيها غرر الجهالة"(4)، وهو المذهب، ومفاده أن الوصية تصح بذلك، وجها واحدا؛ لأن الجهالة لا تؤثر في الوصية(5).

سواء كانت الوصية بعين أم منفعة "إذا ثبت هذا: فتصح الوصية بمنفعة مقدرة، وبمنفعة مؤبدة؛ لأن الوصية تصح بالمعلوم والمجهول"(6)، ولا يلحقها بقبول الغرر فيها فساد؛ لأن "الجهالة لا تتضمن بطلان الوصايا، كالوصية بالمنفعة"(7)، ولأن الوصية "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"(8)، وحتى تقع يكون قد وجد المعدوم، وحضر الغائب، ووصل البعيد، وإذا لم يقع ما يتوقع حصوله فلا يؤثر في الوصية، لأنه لا يترتب على عدم حصوله ضمان، ولا فوات مقابل عوض.

---

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 184/6.

(2) المصدر السابق، 186/6.

(3) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: للماوردي، 219/8.

(4) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 165/2.

(5) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 169/8.

(6) المصدر السابق، 170/8.

(7) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 152/11.

(8) المبسوط: للسرخسي، 47/12.

وأجاز جمهور الفقهاء الوصية بالمنافع وهو المنقول عن الشافعي وأبي حنيفة، فقد ذهبوا "إلى جواز الوصية بها على التأبيد؛ لأن الوصايا تجوز مع الجهالة كما لو أوصى بسهم من ماله وماله مجهول"[1]، فلا تشمل الجهالة منافع الأعيان الموجودة، بل تشمل حتى الأعيان المعدومة، سواء توقع حصوله عرفا أم لم يتوقع حصوله.

لما كانت الوصية من التبرعات المحضة لم يؤثر فيها وصف الجهالة والغرر، ولا علة عدم القدرة على التسليم، فاحتملت الجهالات "وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق، لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثيه، وتجوز بالشيء الموجود كأوصيت له بهذه المائة، لأنها إذا صحت بالمعدوم فبالموجود أولى، وتجوز بالشيء المعدوم، كأن يوصي بثمرة، أو حمل سيحدث؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقا بالناس وتوسعة"[2]، وهذا يوافق عموم مذهب مالك في توسيع مجال التبرعات والفقه فيه.

ويصح في مجال التقاضي والتحكيم والمرافعة وقبولها شكلا في الوصايا لأن "الدعوى المجهولة لا يجوز للحاكم أن يسمعها، ويسأل الخصم عنها إلا في الوصايا لجواز الوصية بالمجهول"[3]، وكذلك المنافع المجهولة لأنها "عقد تبتغى به القربة"[4]، ولا ينتظر في مقابلتها عوض، "فأما غير الوصايا التي تمنع الجهالة منها، فلا يصح ادعاؤه مجهولا حتى يستوفي المدعي ما يمنع من جهالة الدعوى، لأن سماع الدعوى يكون للسؤال عنها، والحكم بها، ولا يجوز للحاكم أن يحكم بمجهول"[5]، في غير الوصايا.

فالوصية بمنافع البتكوين والعملات المشفرة على هذا تكون جائزة، لأنها محض تبرع، ولا يترتب على فواتها ضمان ولا فساد مال.

---

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 220/8.

(2) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات– دار الفكر، بيروت، 393/2.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 309/17.

(4) المصدر السابق، 145/18.

(5) المصدر السابق، 309/17.

الفرع السادس: حكم الإقرار بالعملات المشفرة

سأمر على ماهيَّة الإقرار من خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي والتنبيه على الأدلة وذكر الأركان والشروط بخفَّة، كي ألج مباشرة إلى موضع الشاهد، وهو حكم الاقرار بالمجهول لأبني عليه مسألة الاقرار بالعملات المشفرة.

أولًا: الإقرار لغة: "ضد الجحود، وذلك أنه إذا أَقَرَّهُ قَرَارَهُ"[1]، وفي الاستعمال يقال: "أَقَرَّ بالحق: اعترف به"[2]، فيكون الاقرار الاعتراف.

ثانيًا: الإقرار في الاصطلاح: عرف الفقهاء الإقرار بعدة تعريفات، واختصارًا أذكر تعريفًا واحدًا وهو "بأنه خبرٌ يوجب حكم صدقه على قائله فقط، بلفظه أو لفظ نائبه"[3]، وتضمن هذا التعريف قيودًا مُخْرِجَة ومُدْخِلَة.

يخرج بالخبر الإنشاء فتخرج عقود الإنشاءات، فقوله: يوجب حكم صدقه، يخرج حكم كذبه فإنه لا يجب، ويخرج الاتهام للغير لأنه لا يقتض صدق صاحبه في الواقع.

ويترتب على الإقرار حكم متى كان صادقا مطابقا للواقع، ولا يكون هازلًا ولا كذابًا فيما أقرَّ على نفسه، "لأن الإقرار الذي يلزم به الحق هو ما كان مطابقا للخارج، وإذا لم يكن مطابقا له فليس هو الإقرار الذي تجب به الحقوق"[4].

ويخرج بقوله: "على قائله"؛ الغير، فإنه لا يلزمهم إقرار غيرهم، وتخرج الرواية والشهادة؛ "لأن الرواية خبر يوجب حكم صدقه على كل أحد، والشهادة خبر يوجب حكم صدقه على غيره فقط"[5].

ويعتبر الاعتراف أقوى أدلة الإثبات، فهو بمثابة من يشهد على نفسه، فيكون أولى بالعمل والاحتجاج من غيره، "ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبًا يضر بها، ولهذا كان آكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف

---

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: القاف، باب القاف في الثلاثي الذي يقال له المضاعف والمطابق، مادة: ق ر.

(2) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: للجوهري، باب: الراء، فصل: القاف، ق ر ر.

(3) المختصر الفقهي: لابن عرفة، 115/7، وقد تناقل هذا التعريف متأخرو المالكية كشراح مختصر خليل وشراح الرسالة.

(4) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، 762.

(5) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، 246/2.

لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر، ولو كذب المدعي ببينة لم تسمع"[1]، ولمَّا قيده بلفظ نائبه؛ أدخل "إقرار الوكيل"[2] عن موكله.

ثالثًا: حجية الإقرار: ثبتت حجية الإقرار بأدلة ثبوتيَّه كثيرة، أصلها الكتاب والسنة والإجماع[3]، وقد حكم الخلفاء الراشدون بالإقرار في قضاياهم وقضائهم، ولم يزل الحكَّام يعملون عليه ويأخذون به، ولأن أكثر الحقوق لا يوصل إليها إلا بالإقرار، فكانت الضرورة داعية إلى الأخذ به، والحاجة ماسة إلى العمل عليه، ولأنه لمَّا لزم الحكم بالشهادة مع احتمالها؛ كان الحكم بالإقرار مع قلة الاحتمال فيه أولى[4]، فالمقر بمثابة من يشهد على نفسه، فإذا كانت شهادة الشاهد على غيره ملزمة، فشهادته على نفسه أكثر إلزاما، على جهة الأولى.

رابعًا: أركان الإقرار: يقوم الإقرار على أربعة أركان هي: الْمُقِرُّ، وَالْمُقَرُّ له، وَالْمُقَرُّ به، والصِّيغة، ولكل ركن شروطه[5]، وتقف دراستنا على ركن واحد دون بقية الأركان وهو الْمُقَرُّ به من حيث حكمه حال تلبس الجهالة به.

خامسًا: حكم الإقرار بالمجهول: لم يختلف الفقهاء على صحة الإقرار بالمجهول، فلا يشترط أن يكون معلوما، ولا يمنع عدم العلم به ترتب أثره؛ من حيث اللُّزوم وعدم اللُّزوم.

---

(1) المغني: لابن قدامة، 109/5.

(2) المختصر الفقهي لابن عرف: لابن عرفة، 115/7.

(3) من الكتاب قوله تعالى: ﴿۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: 135]، وقال تعالى: ﴿قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَٱشْهَدُواْ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ﴾ [آل عمران: 81]، وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [الإسراء: 34]، وقال تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: 282]، وقال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِمْ﴾ [التوبة: 102]، ومن السنة: ما روي عن أبي هريرة –رضي الله عنه– عن النبي –ﷺ– قال: «وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»، صحيح البخاري، كتاب: الحدود، باب: باب الاعتراف بالزنا، رقم: 6827، وصحيح مسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى، رقم: 1697، ينظر: المبسوط: للسرخسي، 185/17، والذخيرة: للقرافي، 257/9–258، والحاوي الكبير: للماوردي، 3/7، والمغني: لابن قدامة، 109/5.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 4/7.

(5) شرط المقر كونه مكلفا غير محجور عليه، وشرط المقر له كونه أهلا لملك المقر به ولو حكما كحمل أو مسجد، وأن لا يحصل منه تكذيب للمقر إن كان أهلا للتكذيب، وأن لا يتهم المقر على الإقرار، وشرط المقر به كونه حقا بحيث يلزم المقر ولو غير مالي كقتلت زيدا عمدا، وصيغته علي أو في ذمتي لفلان كذا أو فعلت كذا مما يوجب فعله حكما، ينظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، 246/2، والمغني: لابن قدامة، 109/5.

وقد اتفق الفقهاء اتفاقا لا خلاف فيه[1] على الإقرار بالمجهول، والاتفاق المستفاد من قول الحنفية، "وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار؛ لأن الحق قد يلزم مجهولا"[2].

وقرر المالكيَّة أنه "لا يشترط أن يكون معلوما بل يصح في المجهول، ووافقنا الأئمة في صحة الإقرار بالمجهول والرجوع في تفسيره إلى المُقِرّ"[3]، لغرض الإفهام في حال الإطلاق والإبهام، فيحمل على إرادة المقر فيستجوب لبيان قصده وكشف إرادته المبهمات من الألفاظ، وفي جميع الأحوال –عند الشافعيَّة– "إذا أقر بمجهول؛ بأن قال: له علي شيء صح إقراره... لأن الإقرار حق عليه، فلذلك صح مع الجهالة به"[4]، لأنها علة مؤثرة على لزوم الحكم، وترتب أثره.

ولم يخرجوا الحنابلة على ما قررته المذاهب الفقهية السابقة، فقالوا: "وإذا قال: لفلان عليَّ شيء، أو كذا، صح إقراره، ولزمه تفسيره، وهذا لا خلاف فيه"[5]، لعدم تصور أن يضر الإنسان نفسه، فصح بالمجهول جنسا ونوعا وقدرا، وإن تعذر تفسيره لموت أو نحوه فالواجب الرجوع إلى الأعراف الغالبة، لأن كل مقر مخاطب بالغالب من عرف قومه، ومحمول إقراره عليه، فإن كانت موجودة فالرجوع إليها مقدم على كل شيء، وإن لم تكن موجودة وجب الحمل على المعنى الشرعي إن وجد، وإن لم يوجد فعلى المعنى اللغوي[6]، بعد تحقق الشروط.

يستند اتفاق الفقهاء على ما يتمتع به دليل الإقرار من الحجيَّة، باعتباره أقوى أدلة الإثبات، و"أقوى الأسباب في ثبوت الحقوق"[7]، فإذا تحققت شروطه صح، "فإذا وقع على وجه الصحة كان معمولا به"[8]، والعمل يأخذ صفة القوة من حيث إلزامية المقر نفسه، فما يجب عليه من طريق الإقرار أقوى مما يجب عليه من سائر أدلة الإثبات الأخرى.

---

(1) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 171/3، والذخيرة: للقرافي، 268/9، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 435/13، والمغني: لابن قدامة، 137/5.

(2) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 171/3.

(3) الذخيرة: للقرافي، 268/9.

(4) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 435/13.

(5) المغني: لابن قدامة، 137/5.

(6) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، ص: 768، بتصرف.

(7) المصدر السابق، ص: 764.

(8) المصدر السابق نفسه.

وعليه؛ يكون أحيانا الحق الثابت بالإقرار مجهولا ويضاف إلى إثباته الشهادة، فتقبل "الشهادة على الإقرار بالمجهول؛ لأن الإقرار به صحيح، وما كان صحيحا في نفسه، صحت الشهادة به، كالمعلوم"[1]، فأخذ صفة المعلومية من حيث قوة دلائله الثبوتية، فصار في حكم المعلوم من حيث جواز الإشهاد عليه.

أما من حيث إلزام المقر غيره بقبول نتائج الإقرار وترتب آثاره فضعيف، لأن حجته "حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه"[2]، فحجته قاصرة على نفسه غير متعدية إلى غيره، فلا يملك على غيره ولاية ولا قوة إلزام فيلزمه بالقبول.

فإذا حصل الاختلاف بين المقر والمقر له، لا يصح الإلزام بقبول الإقرار وأخذ العوض إلا برضا المقر له وقبوله، لأنه "لا يدخل في ملك الإنسان إلا ما يقبله ويرضى به، ولا يصح إلزامه بتملك شيء وهو ينفي ملكه"[3]، بخلاف ما إن نفاه ابتداء ثم قبله؛ بأن ظهر له صدق المقر فبقبوله يدخل في ملكه، وبذلك تكون العبرة بالانتهاء والمآل، فإن "كذَّب المقرَّ ثمَّ صَدَّقَه سُمِعَ"[4] وكان القول قوله.

وكما يكون التصديق بالنطق يكون بالسكوت، "ولا شك أن السكوت من المقر له تقرير لمضمون الإقرار فهو تصديق[5]، ويأخذ حكمه في لزوم القبول.

ويقصد بالتصديق أو المقصود بالمصادقة؛ القبول وعدم الرد، ولو كان التصديق بعد التكذيب فإنه لا يضر، لأنه قد يكذبه ثم يظهر له بعد ذلك أن الإقرار صحيح، فالاعتبار بما ينتهي إليه الحال[6]، ويستقر إليه الإيجاب والمآل.

وإن تخالفا وأنكر المقر له، "لم يبق مع الجهل طريق إلى تبين مستحقه، فكان الصرف في الفقراء مخلصا من المظلمة بحسب الإمكان، وكان الأولى أن يكون مصرفه المصالح كما في سائر الأموال الملتبسة"[7] وبه تحصل إبراء الذمة وإلا بقيت مشغولة به.

---

(1) المغني: لابن قدامة، 142/5.

(2) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 171/3.

(3) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، ص: 763.

(4) المغني: لابن قدامة، 109/5.

(5) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، ص: 764.

(6) المصدر السابق، ص: 763

(7) المصدر السابق، 768- 769.

فلو أقرَّ أحد على نفسه بالعملات المشفرة –وإن كانت مجهولة الجنس والنوع والقدر– فإنَّ هذه العملات تكتسب صفة القوة بإثباتها على نفسه ممن يصح إقراره، ويقل خطرها بكونها لازمة على المقر نفسه دون المقر له، ولأنه ضرورة ألا يضر الإنسان نفسه، فلا يتصور وقوع الضرر ما تحققت الشروط والأركان، ومهما كانت التعابير الوصفيَّة للحق فإن العبرة بصحة المآل وما ينتهي إليه الحال، وقد توسع الفقهاء في قبول الإقرار على النفس بالمجهول، لهذا أردت أن أستفز الأذهان بضرورة النظر في الإقرار بالعملات المشفرة عامة والبتكوين خاصة.

وكما تعدُّ مسائل الإقرار كثيرة فهي "ظاهرة واضحة مأخوذة من كليات الشريعة وجزئياتها"[1]، أخذت منها ما أظنه يصلح للاستشهاد به على ما أرومه من التأصيل لمناط العملات المشفرة.

وتأتي أهميَّة التطبيق على هذه المسألة فيما لو أن أحدًا من أفراد الجاليات المسلمة في أوروبا أو أمريكا، أو في البلدان التي أقرت التعامل بالبتكوين والعملات المشفرة؛ أقر على نفسه بشيء من تلك العملات، ولم يقبلها المقر له، أو تحرَّج من قبولها، لأنه لا يعتقد جواز حيازتها وتملكها، فإنها تبذل في مصالح الفقراء والمصالح العامة للمسلمين في تلك البلاد كسائر الأموال الملتبسة.

سادسًا: الإقرار بالتسبب الفاسد: يتعلق هذا المبدأ بدعوى المقر ببطلان سبب استحقاق المقَر به وفساده، وذلك على النحو الآتي:

تصوير المسألة: لو أقر بدين، أو وديعة، أو وصية أوصى له فلان، أو مات أبوه فورثه وادعى أنه لم يقبضها، أو ثمن مبيع فاسد لم يقبضه، أو أن المال المقر به عوض عن مال غير متقوم مما لا يحل اقتناؤه، والمقر له منكر، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

(1) المصدر السابق، 764.

القول الأول: وهو مذهب الحنفيَّة[1]، والمالكية[2]، والقول الأظهر للشافعية[3]، والحنابلة في أحد أقوالهم[4]، وذلك أنه يلزمه المال الذي أقر به في صدر كلامه، ولم يقبل قوله في إسقاط إقراره، لأنه يعتبر رجوعًا، وصل أول كلامه بآخره أم فصل.

القول الثاني: ذهب إليه أبو يوسف ومحمد من الحنفية[5]، أنه إذا وصل كلامه لا يلزمه شيء؛ لأنه بيَّن بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب، وإن فصل لزمه ما التزم به؛ لأن أول كلامه ملزم وآخره بيان، وبيان التغيُّر يصح موصولا ومفصولا.

القول الثالث: مذهب أحمد[6]، والقول الظاهر عند الشافعيَّة[7]، وهو أنه يصح كلام ولا يلزمه شيء، ولأن الكل كلام واحد فتعتبر جملة لا تتبعض.

الراجح: يلزمه المال الذي أقر به في صدر كلامه، لثبوت الضمان، "لأنه حين أقر ضمن ثم ادعى الخروج فلا يصدق"[8]، وعلل ذلك الإمام الشوكاني بمبدأ العدل في الشريعة، فقال: "فرجوعه عن الإقرار رجوع باطل يستلزم إبطال حق على من أقر له به، وذلك ظلم والظلم حرام مخالف للعدل الذي أمر الله عباده بالحكم به"[9]، ورجوع المقر عن إقراره لا يقبل في الحقوق التي أثبتها على نفسه عن طريق الإقرار بحقوق الآدميين، ويلزمه ما التزم به أولًا، ولا يسقط عنه إلا بدليل، "إلا فيما كان حدا لله تعالى، يدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطه، فأما حقوق الآدميين، وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات، كالزكاة والكفارات، فلا يقبل رجوعه عنها، ولا نعلم في هذا خلافا"[10]، ولأن حقوق العباد مبنية على المشاحة والمماكسة والإظهار، بينما حقوق الله مبنية على المسامحة والاستتار.

---

(1) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 183/3، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للزيلعي، 183/3.

(2) الذخيرة: للقرافي، 302/9.

(3) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، 300/2، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 296/3- 297.

(4) المغني: لابن قدامة، 119/5.

(5) الهداية في شرح بداية المبتدي: للمرغيناني، 183/3، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للزيلعي، 183/3.

(6) المغني: لابن قدامة، 119/5- 120.

(7) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 297/3.

(8) مختصر المزني: للمزني، 212/8.

(9) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، ص: 768- 769.

(10) المغني: لابن قدامة، 120/5.

وأجد إشكالا في هذه المسألة وهو إذا أقر طرف لآخر بحق مجهول، وفسره بالبتكوين أو أحد العملات المشفرة، فهل يلزمه الوفاء به أو لا؟ وجواب في الآتي:

سابعًا: إشكالية تفسير مطلق الإقرار بالعملات المشفرة

لو تعددت أنواع العملات في بلد واحد، كما هو حاصل في بعض دول أوروبا، والدول التي اعترفت بالعملات المشفرة، فوقع أن مضت مبايعة الناس ومعاملاتهم، فأقر طرف لطرف آخر بمبلغ من المال مجهول الحال، سواء وقع الإقرار ابتداء أم جوابًا لدعوى معلومة، كقوله: لك على شيء، وليس ثمة قرينة تحدد مقصده، ويحمل عليها مراده، وتقيَّد بخصوصها إطلاقات ألفاظه، ففسر بالبتكوين فهل يمكن إمضاء هذا الإقرار؟ للإجابة على هذا الإشكال لا بد من النظر في أمور منها:

– العملات المشفرة مالٌ متقومٌ اشتمل على علة الثمنية، ولا تقصد لذاتها وإنما لتبادل المنافع، ولا يحرم المال لذاته إلا إذا كان غير متقوم، كالخمر والخنزير وأجرة البغاء وغيره.

– إلزامية الإقرار في إثبات حقوق الآدميين لأنه أقوى أدلة الإثبات، فيلزم المُقِر الوفاء بما أقر به، وإن رجع لا يعتبر رجوعه ولا يقبل في الحقوق التي أثبتها على نفسه في صدر كلامه.

– الجهالة المُعبَّر عنها بالإطلاق متجاوزة في الإقرار بالحقوق، فتصح كالمعلوم لأن الإقرار بالمجهول صحيح.

ذلك لأنه قد يكون المقر به مجملا أو مجهول الحال، وانما احتمل فيه الإجمال لأنه إخبار عن سابق، والشيء يخبر عنه مفصلا تارة ومجملا تارة، ولا فرق في الإقرارت المجملة بين أن تقع ابتداء أو في جواب دعوى معلومة، كما إذا ادعى عليه ألف درهم وقال لك على شيء، والألفاظ التي تقع فيها الجهالة والإجمال لا حصر لها، فاشتغل الشافعي –رضى الله عنه– والأصحاب ببيان ما هو أكثر استعمالا ودورانا على الألسنة، ليعرف حكمهما ويقاس بها غيرها[1]، فكان مسلك القياس هو المسلك الواسع الذي دخلت منه مجملات الألفاظ ومبهمات العبارات، ومما لا حصر لها من الإطلاقات؛ ليعرف حكمهما وتقاس على غيرها.

(1) فتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 117/11.

ولا فرق بين مصادر الحق التي ثبتت بالإقرار؛ "لأن الإقرار إخبار عن حق سابق، والشيء يخبر عنه مفصلا تارة ومجملا أخرى، إما للجهل به، أو لثبوته مجهولا بوصية، أو نحوها"[1] من وديعة أو إرث أو دين.

ومستند اعتبار المطلقات والمجهولات من الألفاظ في الإقرار؛ صلاحيتها لأن تكون محلًا للمطالبة بها، ولم يرد نص الشارع أو عرف شائع بحرمة المطالبة بها، "فاعتبار الإقرار بما يطالب به؛ مَحَلُّهُ إذا لم يشع اللفظ عرفا أو شرعا فيما لا يطالب به، وأما ما يحرم اقتناؤه كالخنزير وما لا ينفع كجلد الكلب والكلب الذي لا ينفع، والخمر غير المحترمة فلا يقبل تفسيره بها، إذ ليس فيها حق، ولا اختصاص، ولا يلزم ردها"[2]، إذا صدَّر بها المقر صيغة إقراره.

فلو قال: له عليَّ حق أو له عليَّ شيء وتعذر بيان إرادته وكشف مقاصده، وفسر بالبتكوين، فإنه يلزمه ويقبل منه ذلك؛ لأنه لا يشترط في الإقرار ثبوته بعملة معينة، بخلاف البيع فإنه مقيد بالعملة الرائجة في البلد، "حيث يحمل على سكّة البلد؛ لأن البيع إنشاء معاملة، والغالب أن المعاملة في كل بلدة تقع بما يروج فيها، ويتعامل الناس بها، والإقرار إخبار عن سابق، ربما ثبت بمعاملة في تلك البلدة، وربما ثبت بغيرها، فوجب الرجوع إلى إرادته، ولأنه لابد من صيانة البيع عن الجهالة، والحمل على ما يروج في البلد أصلح طريق تنتفى به الجهالة، والإقرار لا تجب صيانته عن الجهالة، وقال المُزَنِيُّ[3]: لا يقبل تفسيره بغير سكّة البلد"[4].

فالمرجعيَّة في الإقرار بالمجهول في المرتبة الأولى لإرادة المُقِر وتفسيره خلافا للمزني، بينما يرد الجهل في البيع إلى سكّة البلد؛ لأن البيع إنشاء معاملة، والغالب أن المعاملة في كل بلدة بما راج فيها، ولا يتقيد الإقرار بعملة معينة جرت في بلد معين، ولا عوض معين بل

(1) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، 299/2.

(2) المصدر السابق، 300/2.

(3) هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق الإمام الجليل أبو إبراهيم المزني، ولد سنة خمس وسبعين ومائة، وحدث عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهما، روى عنه ابن خزيمة والطحاوي وزكريا الساجي وابن جوصا وابن أبي حاتم وغيرهم، وكان جبل علم مناظرا محجاجا، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين السبكي، 93/2– 94، بتصرف.

(4) العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: للرافعي، 313/5.

قد يطلق العوض، فيحمل على إرادته وتفاسير ألفاظه، لأنه لا يشترط أن يكون قد حصل مقابل الاعتراف في بلد معين أو بعملة معينة وعوض معين.

وتأتي في المرتبة الثانية مرجعيَّة العرف في بيان ما إذا كان يقبل لكونه حقًا، أو لكونه شيئا، "بأن الحق يطلق عرفا على ذلك بخلاف الشيء"[1]، فإنه أشد في الإبهام والغموض، فقد يحمل عليه وقد لا يحمل.

ولو فسرها بعملة في بلد ما؛ قُبِل تفسيره، ولو لم يجر بها التعامل في عرف بلده، لأن الإقرار لا تجب صيانته عن الجهالة؛ لأنه اعتراف على النفس بما لا يعد أكلًا لأموال الناس بالباطل، فهو إشغال الذمة عن رضا وطيب نفس.

ويرجع حمل المطلق والرائج على عرف البلد، وهو مرجع شرعي يثري الفقه الإسلامي، ويفتح المسالك للخروج من ضيق النصوص المتناهية إلى رحاب الوقائع والحوادث غير المتناهية.

لكن يظل السؤال مفتوحًا؛ وهو هل صحة الإقرار مبنية على صحة المعاملة السابقة والتي هي مناط ثبوت الحق ابتداء؟ وماذا لو كان الحق المعترف به منشأه دين بعملة البتكوين – على فرض حرمتها– فهل يلزم المقِر الوفاء بما أقر به أو لا يلزمه؟

الفرع السابع: التعامل مع غير المسلمين بالبتكوين وأخواتها

يأتي الحديث عن حكم التعامل بالبتكوين مع غير المسلمين من إشكال مفاده؛ هل يصح إجراء المعاملات مع غير المسلمين بعملات البتكوين، وإمضاء العقود على ما جرت به أعرافهم من اعتبار العملات المشفرة؟ وتقتضي محاولة الإجابة على هذا الإشكال أن أسلك وفق المسلك الآتي:

المقدمة الأولى: قداسة المال وإن كان حراما، وحفظه مقصد من مقاصد الشريعة.

وقد جاء عن مالك، عن نافع، عن عبد الله بن عمر –رضي الله عنهما– قال: رأى عمر بن الخطاب حُلَّةً سِيَرَاءَ عِنْدَ بَابِ المَسْجِدِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَوِ اشْتَرَيْتَهَا، فَلَبِسْتَهَا يَوْمَ الجُمُعَةِ وَلِلْوَفْدِ، قَالَ: «إِنَّمَا يَلْبَسُهَا مَنْ لاَ خَلاَقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ»، ثُمَّ جَاءَتْ حُلَلٌ، فَأَعْطَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عُمَرَ مِنْهَا حُلَّةً، وَقَالَ: أَكَسَوْتَنِيهَا، وَقُلْتَ فِي حُلَّةِ عُطَارِدٍ مَا قُلْتَ؟ فَقَالَ: «إِنِّي

(1) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، 300/2.

لَمْ أَكْسُكَهَا لِتَلْبَسَهَا»، فَكَسَاهَا عُمَرُ أَخًا لَهُ بِمَكَّةَ مُشْرِكًا[1]؛ لأن صيانة المال مقصود شرعًا، ومصلحة إهداء الحلة المحرم لبسها للمشرك مقدمة على مفسدة إتلافها.

وقد اختار عمر –رضي الله عنه– أن يحقق المصلحة ويلطف العلاقة المشحونة بالحرب والاقتتال والتربص، ويقوى جسور التعارف الممتدة مع غير المسلمين.

المقدمة الثانية: يخرَّج على هذا الإشكال –بعد التأمل فيه– على مسألة العلج، وهي: "كافرٌ في دار الحرب، قال: أدلكم على قلعة فيها أموال وغنائم، فإذا فتحتموها، فأعطوني الجارية الفلانية، ووصفها وسماها، فقد قال الأصحاب بأجمعهم: هذه الجِعالة جائزة، وإن كانت على جُعل غيرِ مملوك، ولا مقدورٍ على تسليمه، ولا شك أن مثل هذه الجِعالة لا تصح بين المسلمين فيما لا يتعلّق بالكفار، وسبب تصحيح هذه المعاملة فيما يتعلّق بالكفار أن الإمام قد لا يتهدَّى في دار الحرب إلى القلاع، وربما لا يتهدّى المسلمون إليها في الغالب، فتمس الحاجة إلى دلالة كافر، فإذا لم يرض الكافر إلا بما سمَّى، فالحاجة تقتضي تصحيحَ المعاملة، إذا قيل: الجهالة تحتمل في الجعالة لمسيس الحاجة، فإذا اضطررنا إلى إثبات فعلٍ يخالف القياس الدائر بيننا، اتبعنا الحاجة، ولو كان الدال على القلعة مسلمًا وشرط مثلَ الشرط الذي حكيناه صادرًا عن العلج، فالمذهب الأصح بطلانُ هذه المعاملة معه، إلا على شرط المعاملة بين المسلمين، وفي بعض التصانيف أن هذه المعاملة تصح معه كما تصح مع العلج؛ فإن مبنى جوازها على مسيس الحاجة إليها، ولا يفرق في ذلك بين المسلم والكافر"[2].

ويؤيد ما ذكر في مسالة العلج ما "ذكر الشافعي جوازَ استئجار المشرك على القتال... [قال الإمام الجويني] وهذا الفصل مقصور على استئجار أهل الذمة... ولكن قد يعترض نوع آخر من الإشكال، وهو أن الاستئجار إنما يصح إذا كانت الأعمال مضبوطة، وما يشتمل عليه القتال من الأعمال ليس مضبوطًا، ولأجل هذا المعنى اضطرب أصحابنا، فقال قائلون: هذه جعالة، وقال آخرون: تصح الإجارة، وإن كانت الأعمال مجهولة، وهذا ظاهر النص، وإليه مصير الجماهير، وهو معلل بوجهين: أحدهما: أن المقاصد هي المرعية، ومقصود هذه الإجارة لا يقع إلا على الجهالة، ولا يتأتى فيها التعرّض للإعلام، والثاني: أن المعاملات التي

(1) صحيح البخاري، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: هدية ما يكره لبسها، رقم: 2612.

(2) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 17/479–480.

تجري في القتال سيّما إذا كانت المعاقدة مع الكفار تحتمل أمورًا لا تحتملها التصرفات الجزئية"[1].

وهو ما قرره الإمام الغزالي بقوله: "وأما استئجار الذمي فجائز، ولكنه جعالة أو إجارة فيه خلاف لما في أعمال القتال من الجهالة، لكن الصحيح أنا نحتمل في معاملات الكفار لمصالح القتال ما لا نحتمل في غيره"[2]، فلو استأجر الإمام رجلًا كافرًا في دار الحرب لعمل استخباراتي، أو استشاري أو تقديم خبرات عسكريَّة أو دبلوماسيَّة تعود بمصلحة راجحة على المسلمين، واشترط في المقابل عوضا بعملة البتكوين، فإنه يجب الوفاء له بشرطه، لمسيس الحاجة إليه، ولتعلقها بالمصالح الكلية والمصالح العامة للمسلمين، إذ يجوز في معاملات الكفار لمصالح القتال ما لا يجوز في غيره.

وكذلك يقال في جلب المصالح الكبرى للخروج من الجوائح العامة والظروف القاهرة، ينبغي للدولة أن تراعي المصلحة العامة، فتستعين بالخبراء في المجال والطواقم المتخصصة من المسلمين والكفار، في سدَّ الجائحة ودفع الضرر ورفع الكارثة على البلاد والعباد.

هذا التنظير يقودنا إلى إشكال سبق طرحه وهو حق الدولة في تملك العملات المشفرة والبتكوين، والقيام بعملية التعدين، فإنَّ في مثل هذه الظروف الاستثنائية يجب على الدولة تملك هذه العملات لسداد مقتضيات الشروط والالتزامات وللخروج من الضغط والابتزاز الذي قد تتعرض له، والفتن التي تجتاحها.

الفرع الثامن: إعمال مقصد توسيع الموارد المالية في التبرعات

قصد الشارع في التبرعات سدّ الخلات ودفع الحاجات ورفع الضرورات، بكل طرق البر والإحسان، وحبب في التبرعات بأكمل وأشمل المعاني والصفات، فقال تعالى: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ﴾ [آل عمران: 92].

وبيَّن الإمام القرطبي: أن هذه الآية دليل على استعمال ظاهر الخطاب وعمومه، فإن الصحابة –رضوان الله عليهم– أجمعين لم يفهموا من فحوى الخطاب حين نزلت الآية غير

(1) المصدر السابق، 17/428-429.

(2) الوسيط في المذهب: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ) تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام – القاهرة، ط/1، 1417هـ، 18/7.

ذلك، ولم يتوقفوا حتى يرد البيانُ الذي يريدُ اللهُ أن ينفقَ منه عبادُه بآيةٍ أخرى، أو سنة مبينة لذلك، فإنهم يحبون أشياء كثيرة[1]، إذ الخير قد يعظم بالكيفية، وبالكمية، والإنفاق يعظم بالأمرين جميعا[2]، والكيفية قد تكون معلومة أو مجهولة.

وقد اقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول[3].

ولذلك أورد الإمام الشاطبي في سياق الحديث عن الموازنة بين عمومات المكي ومخصصات المدني وعزائم المكي ورخص المدني في الإنفاق، قوله: "فإن التنزيل المكيَّ أَمَرَ فيه بمطلق إنفاق المال في طاعة الله، ولم يبين فيه الواجب من غيره، بل وكل إلى اجتهاد المنفق، ولا شك أن منه ما هو واجب، ومنه ما ليس بواجب والاحتياط في مثل هذا؛ المبالغة في الإنفاق في سد الْخَلَّاتِ وضروب الحاجات، إلى غاية تسكن إليها نفس المنفق"[4]، وهذا هو ضابط توسعة الموارد الماليَّة المكتسبة من جهة التبرع والإحسان.

ثم يعمد إلى ضبط هذا المقصد فيقول: "التوسع في المباحات على شرط عدم الإخلال بالواجبات"[5]، ومن ألزم نفسه شيئًا من النفقات المباحات "يلزم نفسه ذلك حسبما استدعاه حاله، وأصل الإلزام معمول به شرعا؛ أصله النظر والوفاء بالوعد في التبرعات"[6].

وقد سبق بيان ما ذهب إليه المالكية في قولهم بجواز التبرع بالمجهول والمعدوم، وبناءً عليه؛ يمكن القول جواز التبرع بالعملات المشفرة والتصدق بها وبذلها في الأعمال الخيريَّة، ووجوه البر والإحسان مطلقًا، فإن كانت العملات المشفرة مجهولة ومعدومة في الحال ومتعلقة بما له خطر الوجود والعدم في المآل، فإن ذلك لا يكون في التبرعات.

يتضح مما سبق: أنه إذا كانت الأحكام المتعلقة بالعملات المشفرة مبنية أساسًا على مؤداها وإفضائها ومآلها ومقصدها؛ –وليس لذاتها– فإن ما قيل عنه محرم ليس محرمًا لذاته،

---

(1) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 200/5، بتصرف.

(2) التحرير والتنوير: للطاهر بن عاشور، 5/4.

(3) الفروق: للقرافي، 348/1.

(4) الموافقات: للشاطبي، 242/5.

(5) المصدر السابق، 244/5.

(6) المصدر السابق، 246/5–247.

وإنما محرم لإفضائه إلى الغرر والضرر، وعليه فإنَّ ما حرم للغرر قد يباح لمسيس الحاجة، "بل الحاجة في حق الناس كافة تنزَّل منزلة الضرورة"[1]، وضابطها ما لو تركه الناس لتضرروا في الحال أو في المآل[2].

ومن ثمّ فإنَّ ما حرم للغرر قد يباح لمسيس الحاجة، وقد "أباح الشارع أنواعا من الغرر للحاجة، كما أباح اشتراط ثمر النخل بعد التأبير تبعا للأصل، وجوز بيع المجازفة وغير ذلك، وأما الربا فلم يبح منه شيئا، ولكن أباح العدول عن التقدير بالكيل إلى التقدير بالخرص عند الحاجة، ... إذ الخرص تقدير بظن، والكيل تقدير بعلم، والعدول عن العلم إلى الظن عند الحاجة جائز"[3]، فإذا تغيَّرت المقادير فمن باب أولى أن تتغيَّر الموازين والأثمان والقيم تبعا لمسيس الحاجة.

ويمكن التوسل بعلم المستقبليات في التنبؤ بواقع جديد لتنزيل الحكم الشرعي، فلو جعلنا التبرع بالبتكوين وحجم حاجة الإنسان في كفتي ميزان، ونظرنا إلى الإسهام الذي تقدمه الصيغ المالية الإسلامية في مجال التبرعات، وأثر ذلك في رفع الحرج العام الذي أصاب الإنسانية، حيث بلغت نسبة الفقر في العالم حسب تقرير الأمم المتحدة **(2.7)** مليار شخص يعيشون تحت خط الفقر أو فوقه مباشرة[4]، كل ذلك يجعلنا لا نقف موقف المنظر من زاوية بعيدة عن الواقع والمتوقع، بل لابد من تفعيل الشريعة وتنزيلها، ومواءمة الأسباب والمناطات ومراعاتها، وتفعيل سبل رفع الحرج والمشقة ومعالجتها بأحدث الوسائل الممكنة.

وعليه فإن مناط تنزيل أحكام العملات المشفرة في الواقع هي حاجة الناس، وحاجة الدولة، وإن كان الحكم واجبًا، فإنَّ "الواجب بالشرع قد يرخص فيه عند الحاجة"[5]، فلا يكون واجبا، بل الواجب هو الترخص فيه، ووفقًا للقاعدة المقاصديَّة: "اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع

---

(1) الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، ط/2، 1401هـ، 478-479.

(2) المصدر السابق: 481.

(3) الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، 471/4.

(4) حسب تقرير صدر عن برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP): أخبار الأمم المتحدة: https://news.un.org/ar/story/2020/07/1058721 تحديث: 2021/2/17م: 01:03:25.

(5) الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، 267/3

كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم"[1]؛ يكون تملكها واكتسابها وحيازتها من قبيل الحاجي ابتداء، والضروري انتهاء ومآلا.

خلاصة: ينبغي أن نسلم أن تحريم التعامل بالبتكوين تحريم وسائل لا تحريم مقاصد، وعليه؛ إذا كانت الأحكام المتعلقة بالعملات المشفرة مبنية أساسًا على مؤداها وإفضاؤها ومآلها وليس لذاتها، فما قيل عنه بأنَّه محرم فليس محرم لذاته وإنما محرم لإفضائه إلى الحرام، وإن أفضى إلى المباح أو الواجب فهو مباح أو واجب.

تعتبر الحلقة الناظمة لأصول النظر في تغيُّر الأحكام وتنزيلها على أحكام العملات المشفرة هي حاجة الناس فإن الحكم وإن كان واجبًا، يرخص فيه عند الحاجة، فلا يكون واجبا بل الواجب دفع المشقة والأخذ بالرخصة.

لاقت العملات المشفرة إطارًا عرفيًا إلكترونيّا يحتويها، مع افتقارها إلى الاعتراف القانوني اعتبارًا أو إلغاءً، ومع هذا الافتقار هناك أنواع من العملات صكَّت خارج الدولة وسيادتها، وهي ما يسمى بالنبهرج والزيوف، والتي شهدها العالم الإسلامي وأجازها الفقهاء، ولم يعدَّ ذلك الشهود وتلك الإجازة خرقا في اتفاق علماء المسلمين على أن صكّ العملة وظيفة الدولة.

وإذا كان السك في دار السلطان أو خارجه علة الحكم على العملة وجودا وعدما وصحة وفسادا فإن العملات المشفرة تأخذ حكم النبهرج والزيوف من حيث اتحاد الوصف في كونهما عملة تم سكها خارج دار السلطان.

هناك مخاطر مشتركة بين العملات والعملات المشفرة وخاصة البتكوين، كالمخاطر المتعلقة بالجرائم المعلوماتية، والتزوير وهذه المخاطر لا تقل أهميةً عن مخاطر العملات المشفرة وما قد تتعرض لها محافظ المتداولين وأجهزتهم الذكية، وإن كانت تتقلص وتضيق مع مرور الزمن واستحداث المزيد من الإجراءات الاحترازية، وتقوية شبكات التشفير، إلا أنه يضل من بين أهم تلك المخاطر الشديدة سرعة التقلب وشدة التغيُّر وعدم استقرار القيمة.

المرجع الشرعي الوحيد الذي يكسب العملة حق السيادة المالية، هو الحاكم، فتستحق بذلك أن تكون ذات قيمة وثمن، بحيث يكون المصدِّر هو المسؤول عن حمايتها، وهو الحاكم

(1) القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: للقاضي ابن العربي، ص: 790.

الشرعي، وأما معيارها فمرجعه إلى العرف والعادة المعبر عنهما بالرواج، ولا علاقة للشكل ولا للهيئة في بناء علة الحكم.

إذا دعت الحاجة العامة أو الخاصة إلى التعدين فإن عقد الجعالة على المجهول أقرب مثال إلى عملية تعدين العملات المشفرة، فيكون ضرب جُعْل في مقابل إجراء عملية التعدين مباحًا غير لازم للمتعاقدين، ويستحق المعدن جعلا معلومًا في آخر العمل.

ولا دليل على قصر الثمنيَّة بالذهب والفضة، بل الصفة موجودة في الفلوس والعملات المشفرة.

ولما كانت العملات المشفرة في حقيقة عرفها مالا، لتوفر صفة الثمنيَّة التي تعتبر العلة المطردة المنعكسة الناقلة لحكم الأصل إلى الفرع؛ تعلق بها الحكم وجودًا وعدمًا، وكان السبب الباعث عليها هو الرواج، أما بقية الأوصاف إنما هي حِكَمٌ دالة على الحُكم بالعلة، مثل إيمكانيَّة ادخارها والانتفاع بها وجعلها قيمًا للأشياء، ولها صفة المثلية فيمكن ضمانها بمثلها، أي لا يجوز تلفها والتعدي عليها والتفريط بها، وإنما يحرم التعامل بها لأوصاف أخرى مآليَّة لا ذاتية.

ولذلك ما أجمل ما أشار إليه المالكية عندما قصدوا إلى توسعة الموارد المالية بزيادة سبل تحصيلها، فنبهوا على مقاصد عظيمة، منها اعتبار المعاملات مهما تضمنت من المفاسد والصفات المنهي عنها كالغرر والجهالة وما فيها مشقة وعنت إذا كانت من قبيل التبرعات، وهذا فقه جميل يستدل له بعدم ورود دليل النهي، بخلاف سائر التصرفات التي تكون من قبيل المعاوضات، وعليه؛ ينتفي الحكم لانتفاء مدركه، ويبقى الاصل في الأشياء الحل.

لا يتخرج جواز الخلع بالعملة الرقميَّة المشفرة ومن البتكوين وأخواتها على الخلع بعوض مجهول، لأن الجهالة في المهر تردُّ إلى مهر المثل، ولم يثبت أن العملات المشفرة جرى العرف باعتبارها مهرًا فإن جرى بها عرف فينبغي إعادة النظر في ذلك الاعتبار، وتخريجها عليه.

لما كانت الهبة محظ تبرع فلا يلزم منها الضمان، فقد ذهب المالكية إلى جواز هبة المجهول والمعدوم، ولذا يجوز هبة العملات المشفرة والتصدق بها وبذلها في وجوه البر والإحسان على جهة التبرع الصرف، وكذلك يقال في الوصية بمنافع البتكوين والعملات المشفرة، لأنها محض تبرع، ولا يترتب على فواتها ضمان ولا فساد مال.

بناء على أصـــول الأدلة؛ لا بأس بتملك العملات المشـــفرة إذا كان من قبيل البر والإحسان الصرف، ولا يرج من تحصيلها قصد من مقاصد التنمية الاقتصادية والرواج المالي المباشر، ولا يترتب على فواته ضرر ولا فساد مال، ولا تفويت مصلحة ماليَّة أو اقتصادية، لأنه ليس في مقابلة عوض، وإنما يكون مما ينفق عادة في وجوه البر كالصدقة والهدية والهبة والوصية والإقرار.

وباستقراء الإمام القرافي لمواقع الجهالة عدَّ سبعة مناطات: الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء في الوجود كالآبق قبل الإباق، والحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء، وفي الجنس كسلعة لم يسمها، وفي النوع كعبد لم يسمه، وفي المقدار كالبيع إلى مبلغ رمي الحصاة، وفي التعيين كثوب من ثوبين مختلفين، وفي البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها فهذه سبعة موارد للغرر والجهالة، وعليه؛ رأيت ألا يحصل الغرر والجهالة في العملات المشفرة إلا في ثلاثة من السبعة، وهي: الغرر والجهالة في الوجود عند التعاقد على تعدينها، وفي الحصول الفيزيائي، وفي البقاء خشية اختراق المحفظة الخاصة.

أما التعدين والتنقيب على البتكوين والعملات المشفرة إن كان مجرما بحق الأفراد ومحظورا عليهم فعله وتملكه، فإنه إن تعلق بحق الدولة وسيادتها ومكانتها الوطنية والإقليمية والدولية، فإن تحصيله وتعدينه وحيازته يعدُّ من باب الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة.

أما الوجود فالعملات المشفرة لها وجود حكمي غير فيزيائي يعبر عنه بمعادلة رياضية لها كلمة مرور "Password" على شكل كود مربع أو مجموعة مختلطة من أرقام وحروف.

وأما الحصول بعد العلم بوجوده، فإنه حصول إلكتروني ويكون بتوريد العملة إلى حساب الطرف الآخر على شبكة سلسلة الكتل، لكن هذا مرتبطًا بخطر البقاء، فهو الخطر الأكبر الذي قد يؤول بالمال إلى العدم، ولكن هذا المآل قد وضع له مجموعة من الاحترازات، وحزمة من القوانين والحمايات الإلكترونية، والتشفير الذي يمثل قدرًا من الوثوقيَّة والاطمئنان.

الفصل الثاني:
دراسة تطبيقيَّة للصكوك الإسلامية
وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام

التمهيد:

تتزايد أهميَّة الصكوك في عصرنا هذا، لما تحمله من جدوى في دفع عجلة التنمية والاستثمار، وتعد صيغة الصكوك رافعة اقتصادية على مستوى الحكومات والمؤسسات والأفراد، لاعتبارها بديلًا إسلاميًّا عن السندات الربوية المحرمة، ونظرًا لأهميتها وآثارها التنمويَّة، فإنها تقدم إسهامات كبيرة في مجالي المالية الإسلامية والاقتصاد الإسلامي.

ولكي أقف على تغيُّر الحكم الشرعي في الصكوك؛ رأيت تقديم تصور مفاهيمي عنها، أعرض من خلاله التعريف بها وحكمها الشرعي العام، وأطراف عملية التصكيك، لأنتقل إلى التطبيق العملي الذي من خلاله أقوم بعرض نموذج ما، وأبرز إشكالاته، مبينا في كل فقرة من فقرات الدراسة التطبيقية مبدأ من مبادئ تغير الحكم الشرعي، أو ركن من أركانه، بحيث إذا ما أراد القارئ الوقوف على تغيُّر الحكم الشرعي في التطبيق لا بد من قراءته للنموذج قراءة تفصيلية من التعريف إلى النتائج.

أولًا: تعريف الصكوك لغة واصطلاحًا

– الصكوك في اللغة: جمع صك: قال ابن فارس: "الصاد والكاف أصل يدل على تلاقي شيئين بقوة وشدة، حتى كأن أحدهما يضرب الآخر"[1]، وهذا استعمال مجرد لتلاقي الشيئين بقوة وشدة بحيث يصيران شيئًا واحدًا.

ويطلق الصك ويراد به الكتاب، والصَّكُّ كِتَابٌ وَهُوَ فَارِسِيٌّ مُعَرَّبٌ، وَالْجَمْعُ أُصُكٌّ، وصِكَاكٌ، وصُكُوكٌ[2]، وهو الْكِتَابُ الَّذِي يُكْتَبُ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَالْأَقَارِيرِ[3].

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الصاد، باب: الصاد وما معها في الذي يقال في المضاعف والمطابق، مادة: الصاد والكاف.

(2) مختار الصحاح: لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية– الدار النموذجية، بيروت– صيدا، ط/5، 1420هـ– 1999م، باب: الصاد، مادة: ص ك ك.

(3) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: للحموي، باب: الصاد، الصاد مع الكاف، مادة: ص ك ك.

قال أبو هريرة –رضي الله عنه– لمروان: «أَحْلَلْتَ بَيْعَ الصِّكَاكِ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللهِ –ﷺ– عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يُسْتَوْفَى»[1]، وهي كُتب يكتب لهم فيها طعام يأخذونه[2]، ويخرَّج غير الطعام على الطعام مخرج الغالب، لأن غالب تجارتهم وعقودهم على الطعام.

– الصكوك في الاصطلاح: قال النووي: هو الورقة المكتوبة بدين ويجمع أيضا على صكوك، والمراد هنا الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه بأن يكتب فيها للإنسان كذا وكذا من طعام أو غيره، فيبيع صاحبها ذلك لإنسان قبل أن يقبضه[3]، وهذا التعريف لم يخرج عن المعنى اللغوي.

ونقل الخطابي استدلالا على أن أصل النقد في ذلك الزمان الدنانير، وأن الصكاك القديمة كان يكتب فيها عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل[4]، فعرفت الدراهم بالدنانير وحصرت بها[5]، فهو كتاب يُعرف به مقادير الأشياء مقابل الذهب، وهذا اصطلاح مقارب لاصطلاح اللغويين، ويواكب ما كانت عليه وسائل التبادل وتداول الأموال واستثمارها قديما.

وقد أخذ المصطلح ينحو منحًا مؤسسيًّا معاصرًا؛ نظرا لتطور وسائل الاستثمار وتداول المال، فعرِّف بعدة تعاريف منها:

– تعريف مجمع الفقه الإسلامي: فقد عرف الصكوك بأنها "أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض أو المضاربة بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصًا شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه"[6].

---

(1) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1528.

(2) المُعْلم بفوائد مسلم: للمازري، رقم: 660، 253/2.

(3) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: للنووي، 171/10.

(4) مثقال الذهب = 72 حبة = 4.24 غراما "، ينظر: معجم لغة الفقهاء المؤلف: لقلعجي، قنيبي، ص: 404.

(5) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، 106/12.

(6) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية: بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، الدورة الثالثة المنعقدة في الفترة من 6– 1408/1/9هـ الموافق: 30/8/ – 1988/9/2م، بجدة– المملكة العربية السعوديَّة– قرار رقم: 30 (3/4).

وعرَّف التصكيك بأنه إصدار وثائق أو شهادات ماليَّة متساوية القيمة تمثل حصصًا شائعة في ملكيَّة موجودات؛ أعيان ومنافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون قائمة فعلًا أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي وتأخذ أحكامه[1].

– عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلاميَّة (AAOIFI) الصكوكَ بأنها: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصًا شائعة في ملكيَّة أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك، وقفل باب الاكتتاب، وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله"[2].

ويلاحظ على التعريفين أنهما لم ينصا على كون الصكوك عقدًا أو صيغة تعاقدية، كما أنهما أطلقا التساوي في القيمة، والأصح أن تقيد بالإصدار دون التداول، لأن الجميع يتفق على أن التداول يكون حسب القيمة السوقيَّة لا القيمة الاسميَّة، فكان لابد من إضافة قيد حصص شائعة ومتساوية القيمة عند الإصدار.

فتعد الصكوك عقد استثمار لحصص شائعة ومتساوية القيمة عند الإصدار، في رأس مال موجودات؛ سواء كانت أصولًا أم أعيانًا أم منافع أم خدمات، أو خليط من كل أو بعض ذلك، تكون على شكل شهادات أو وثائق أو أوراق مالية اسمية أو ثابتة لحاملها.

وتحكم حاملي الصكوك علاقة شراكة في الأرباح والخسائر، وتحمل المخاطر الاستثماريَّة.

ويجب أن تشتمل الصكوك على شروط تفصيلية ومدونة في نشرة الإصدار[3] متفق عليها عند الإصدار أو الاكتتاب، بحيث تقطع كل ما يؤول إلى النزاع والخصومة، كالربا والجهالة والغرر والضرر، والتي تعتبر مناطات لتغيُّر الحكم الشرعي من الحل إلى الحرمة.

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بإمارة الشارقة– دولة الإمارات العربية المتحدة، 5 – 1430/5/1هـ الموافق: 26– 30 /2009/4م، القرارات رقم: 178(4/19).

(2) المعايير الشرعيَّة: للأيوفي، النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى 1439/2هـ– /2017/11م، معيار صكوك الاستثمار، رقم: 17، بند: رقم: 2، ص:467.

(3) نشرة الإصدار تعد إيجابا من جانب المصدر بوصفه مضاربا موجها إلى الجمهور، فإذا صادفه قبول المكتتبين بشراء الأوراق المالية انعقدت المضاربة صحيحة منتجة لآثارها، والشريعة تجيز أن يوجه إيجاب إلى الجمهور مع التزام

ويشترط في الصكوك ألا تمثل دينًا لحاملها في ذمة مصدرها؛ كما هو الحال في السندات الربويَّة، حتى تكون قابلة للتداول وفق أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

ثانيًا: ضوابط الصكوك

يلزم من الصكوك المقبولة شرعا ألا تمثل دينا لحامليها، ولا بد أن تتوافر فيها الضوابط الآتية[1]:

الضابط الأول: أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته، ويترتب عليها الأثر الشرعي، وهو لزوم جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعًا للمالك في ملكه، من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها.

الضابط الثاني: يقوم العقد في صكوك المضاربة على أساس أن شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار، وأن الإيجاب يعبر عنه بالاكتتاب، في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة.

ولا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعا في عقد القراض أو المضاربة؛ من حيث بيان معلوميَّة رأس المال وتوزيع الربح، مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار، على أن تتفق هذه الشروط مع الأحكام الفقهية المعتبرة.

الضابط الثالث: أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب، باعتبار ذلك تصرفا مأذونًا فيه من المالك في ملكه مع مراعاة الأمور الآتية:

– إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقودًا فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.

– إذا انقلبت الموجودات لتصبح ديونًا كما هو الحال في بيع المرابحة فيطبق على تداول الصكوك أحكام الدين، من حيث المنع إلا بالمثل على سبيل الحوالة، وكذلك إذا أصبح رأس المال ديونًا يطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التداول والتعامل بالديون.

الموجب بالبقاء على إيجابه مدة محددة، فإذا صادف الإيجاب قبولا في هذه المدة انعقد العقد، ينظر: الأدوات المالية الإسلامية: أ. د. حسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي– بجدة، العدد: 6، 1050.

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، قرار رقم 178 (4/19)

– إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقًا للسعر المتراضى عليه، وطبقا للأحكام الشرعية، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعيانا ومنافع، أما إذا كان الغالب نقودًا وديونًا فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها اللائحة التفسيرية.

الضابط الرابع: أنَّ مَن يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها، وإقامة المشروع بها هو المضارب، أي عامل المضاربة، ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أن المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس.

وتعتبر يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة، لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعيَّة.

ثالثًا: أطراف عملية تداول الصكوك

يمثل عملية التصـــكيك مجموعة من الأطراف لكل طرف منهم مهام خاص به، أبينها من خلال الآتي:

أ/ مُصدِّر الصكوك: هو من يستخدم حصيلة الاكتتاب بصيغة شرعية؛ ومصدر الصك قد يكون شركة أو فردا أو حكومة أو مؤسسة مالية، وقد ينوب عن المصدر في تنظيم عملية الإصدار مؤسسة مالية وسيطة مقابل أجر، أو عمولة تحددها نشرة الإصدار[1].

وقد يعبر عنه بالمستثمر، وهو مصدر الصك أو الورقة المالية، لتمويل مشروعه الخاص، أو نشاطه المعين، وقد يكلف المستثمر شخصا آخر –بنكا أو مؤسسة مالية– بإصدار هذه الورقة لحسابه في مقابل أجر معين، وهو يقوم بإعداد دراسة جدوى لمشروعه، ويحدد رأس مال هذا المشروع، والربح المتوقع منه، ثم يعد نشرة إصدار يضمِّنها جميع أركان وشروط عقد المضاربة، ويطرحها على المؤسسات أو على الجمهور طالبا منهم الاكتتاب في المشروع مقابل منحهم أوراق مالية تسلم إليهم[2]، كما يحق للمصدر إصدار صكوك بنفسه؛ يحق له إصدارها بالنيابة، وهو يمثل طرف الإيجاب في التعاقد.

(1) المعايير الشرعيَّة: للأيوفي، معيار صكوك الاستثمار، رقم: 17، ملحق: ج التعريفات، ص: 489.

(2) الأدوات المالية الإسلامية: أ د. حسين حامد حسان، العدد: 6، 1050.

ب/ حملة الصكوك: باعتبارهم أرباب المال[1]، الذين دفعوا ثمن السلعة محل الصكوك، كانت صكوك مرابحة أو إجارة أو غيرها، وهم من يملك المشروع ملكية كاملة مشتركة، وهم من يتحمل غُرم تلف المال وهلاكه وخسارته، ويجنون الربح وفق قواعد الشرع كالغنم بالغرم.

ج/ مدير الصكوك: هو عبارة عن المؤسسة الوسيطة التي تنوب عن المكتتبين حملة صكوك الاستثمار في تنفيذ عقد الإصدار مقابل أجر[2].

وقيل مدير الصكوك هو الذي يتولى إدارة الموجودات المملوكة لحملة الصكوك نيابة عنهم، ويلاحظ أن الصكوك تدار على أساس الشراكة أو المضاربة أو الوكالة ويتعين لإدارتها مدير أو مضارب أو وكيل من بين الشركاء أو من غيرهم[3].

وينتفي ضمان المدير سواء كان مضاربًا أم وكيلًا؛ لأن يده يد أمانة، ولا يضمن إلا في حال التفريط أو التعدي، أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار.

ولا يتعهد مدير الصكوك بإقراض حملة الصكوك أو بالتبرع عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع، وله –بعد ظهور نتيجة الاستثمار– أن يتبرع بالفرق، أو أن يقرضه، وما يصير عرفًا يعتبر كالعهد، فإذا كان التبرع أو الإقراض عرفًا سائدًا في مجتمع المستثمرين صار كالتعهد.

(1) ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة: أ. د حسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 4، 1450.

(2) المعايير الشرعيَّة: للأيوفي، معيار صكوك الاستثمار، رقم: 17، ملحق ج، التعريفات، ص: 490.

(3) الصكوك قضايا فقهية واقتصادية: د. معبد علي الجارحي، ود. عبدالعظيم جلال أبو زيد، إدارة الهيكلة والتنسيق الشرعي مصرف الإمارات الشرعي، ص: 6.

المبحث الأول: دراسة تطبيقيَّة لتغيُّر الأحكام في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك

عرضـــت من خلال هذا المبحث صـــكوك الإجارة المنتهية بالتمليك، وبيان برنامج الصـكوك الإسـلامية الذي أصـدرته دار أركان السـعوديَّة، وكذلك الصـكوك الإسـلامية المصـريَّة، أما من حيث دراسـة النموذج لهذا النوع من الصـكوك؛ فقد قمت بعملية التنزيل على صـــكوك التأجير الحكومية في البحرين، بعد أن طفت في ثنايا معالجة الإشـــكالات الماثلة في شـــراء الصـــكوك بعد بيعها، وذلك حال انتهاء عقد الإجارة، وبيان أثر ارتفاع الأجرة عن القيمة السوقية في الصكوك، وتضمنها للبيع الصوري في المآل، ومدى تحقق القبض الحقيقي والحكمي، وما يؤول إليه وضـــع اليد على الممتلكات الســـيادية للدولة، وإشكال تضمن صيغة هذه الصكوك للضمان.

المطلب الأول: إشكاليَّة تغيُّر الأحكام في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك

تضمن هذا المطلب بيان الإشكالات الفنية لصيغة صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك، وإحاطتها بالإجراءات الاحترازية التي من شأنها الحد من المخاطر المتوقعة، فجاء في فرعين:

الفرع الأول: الإشكالات الفنية في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك

تعرف صكوك الإجارة بأنها وثائق متساوية القيمة، تمثل حصصًا شائعة في منافع أو خدمات عين معينة أو موصوفة في الذمة[1]، فيقع التصكيك على ملكيَّة الأعيان المؤجرة، أو ملكيَّة المنافع، أو الخدمات؛ من عين معينة، أو موصوفة في الذمة.

ويترتب على هذا النوع من التصكيك إشكالات عديدة أهمها: أن هناك من يرى أن هذه الصورة تضمنت العينة؛ بالتواطؤ على الشراء، وأن شراء الأصول مبني على الصوريَّة، وأن عقد الإجارة إنما هو عقد بيع على حقيقته؛ لأنه متضمن أجرة زائدة على الأجرة السوقيَّة،

(1) صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية: د. حامد بن حسن ميرة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء –المملكة العربية السعودية– ص: 59، وإجارة العين المشتراة لمن باعها (صراحة وضمنًا): أ.د نزيه حماد، مجلة: العدل، 1428/7هـ، العدد: 35، ص: 318، وبحوث فقه البنوك الإسلامية؛ دراسة فقهية واقتصادية: أ.د علي القرة داعي، الكتاب السادس ضمن الحقيبة الاقتصادية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية– دولة قطر، ط/1، 1431هـ–2011م، 286/1.

فيكون القصد هو البيع لا الإجارة، وإن عبَّر عنها بالإجارة إلا إن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وقد جاء هذا الإشكال على النحو الآتي:

أولًا: شراء صكوك الإجارة بعد انتهاء العقد

اختلف الفقهاء المعاصرون في شراء الصكوك بعد بيعها حال انتهاء عقد الإجارة، وسبب خلافهم هو اختلافهم في هذه المعاملة هل تعد من قبيل بيع العينة، أو أنها مستقلة لا وجه لمقارنتها بالعينة، وعلى هذا اختلفوا في حكمها، فذهب فريق منهم إلى الجواز، وآخر إلى المنع، وبينهما نقاشات وترجيحات وهو ما سيتم عرضه على النحو الآتي:

أ/ رأي المجيزين: ومنهم عبدالستار أبو غدة، ونزيه حماد[1]، وحسين حامد حسان[2].

دليلهم: استدل المجيزون بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وهذه الصكوك إنما هي مجموعة من العقود المستوفية لشروطها، ثم اجتماع هذه العقود بهذه الصيغة مغايرة للقرض بزيادة، إذ البيع ثم الإجارة ثم البيع ليست في حقيقته قرضًا ولا يماثل القرض، وذلك لما بين القرض والإجارة من البون الشاسع، والفرق الكبير في الشروط والمقتضيات[3].

ورُد عليهم: بأن العقود المركبة إن كانت في آحادها مشروعة، فإنها إذا اجتمعت وتركبت على وجه محرم أو يؤول إلى محرم حرمت[4].

ومن أدلتهم: قولهم إن من أهم شروط العينة أن يبيع العين بثمن مؤجل، ثم يشتريها بأقل مما باعها نقدًا، وهذا الشرط لا وجود له هنا، فالعقد الثاني إجارة وليس بيعًا، والأول بيع بثمن حال وليس مؤجلًا، والتقابل الحاصل في العينة بين ثمنين؛ في أحدهمًا زيادة بلا عوض، وفي الصكوك التقابل حاصل بين ثمن وإجارة، وهناك عوض وهو الانتفاع بالعين المؤجرة، وقد قال الحطاب: واعلم أن البيعتين إما أن يكونا نقدا أو إلى أجل، أو الأولى نقدا، والثانية إلى أجل أو بالعكس، فإن كانتا نقدا حمل أمرهما على الجواز ولا يتهمان في شيء من ذلك باتفاق إلا أن يكونا من أهل العينة فيتهمان باتفاق[5]، فينتفي المحذور لدخول النقد.

---

(1) إجارة العين المشتراة لمن باعها (صراحة وضمنًا): أ.د نزيه حماد، ص: 13.

(2) إجارة العين لمن باعها: د. حسين حامد حسان، ص: 5-10.

(3) المرجع السابق، ص: 5-10.

(4) صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية: د. حامد بن حسن ميرة، ص: 406.

(5) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 393/4.

ومما استدلوا به: أنه لا بد لتجنب عقد العينة من مضي مدة تتغيَّر فيها العين المؤجرة، أو قيمتها ما بين عقد الإجارة وموعد بيعها إلى المستأجر[1]، أي أن العينة تنتفي بطول المدة وهي سنة، حيث تحصل فيها حوالة الأسواق –تغيُّر الأسعار– وتصبح العين في حكم عين أخرى.

ورد عليهم: بأن حوالة الأسواق قد تحصل في لحظة[2] فالوصف لا يؤثر في حال العين، ولا ينبني عليه حكم.

ويسلم بهذا الاستدلال إذا كانت الإجارة المنتهية بالتمليك تنتهي بالبيع بسعر السوق، ولكنها هنا تنتهي بالهبة، ثم إنه لا يوجد ما يمنع هذا الحكم –لانتفاء العينة بمضي مدة تتغيَّر فيها العين– فإذا تحقق الشرط بحيث تكون العين المؤجرة قد أصبحت في حكم عين أخرى لانتفاء العينة[3].

ورد المجيزون: بقول ابن قدامة: فأما بيعها بمثل الثمن أو أكثر فيجوز؛ لأنه لا يكون ذريعة، وهذا إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع، فإن نقصت، مثل إن هزل العبد، أو نسي صناعة، أو تخرق الثوب، أو بلي جاز له شراؤها بما شاء، لأن نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوسل إلى الربا[4]، فانتفى التذرع إلى الربا.

فلا يؤثر التغيُّر في المبيع مع بقاء صفته، وإنما يخرج ما إذا تغيَّرت صفته بما ينقصه، فإنه يجوز شراؤه بأقل مما باع به[5].

وبتحقق النقص وتحول الأسواق يتضح لنا أن المناط ليس التذرع إلى الربا وإنما نقص المنفعة وتغيُّر حال العين المؤجرة بطول المدة، لذا فإن للزمن –الفارق بين العقد الأول والثاني– أثرًا في تغيُّر حال العين المؤجرة، فيترتب عليه تغيُّر في قيمتها السوقية، فيتغيَّر حكمها الشرعي من الحرمة إلى الجواز، لانتفاء التذرع بها إلى الربا.

---

(1) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الإجارة المنتهية بالتمليك، رقم: 9، البند: 5/8، ص: 254.

(2) إجارة العين لمن باعها هل يختلف عن بيع الوفاء: د. رفيق يونس المصري، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد الاسلامي، 2006، العدد: 2، ج/9، ص: 100.

(3) اشتراط الإجارة في عقد البيع وأهم تطبيقاتها المعاصرة: لعبدالله بن موسى العمار، ضمن أبحاث الملتقيات الفقهية، ط/1، من إصدارات مصرف الراجحي، دار إشبيليا، الرياض، 1434هـ– 2013م، ص: 633– 635.

(4) المغني: لابن قدامة، 132/4.

(5) شرح الزركشي على مختصر الخرقي: لشمس الدين الزركشي، 606/3.

ب/ رأي المانعين: منهم: رفيق يونس المصري[1]، والصديق الضرير[2]، وعبدالله المنيع[3]، وسامي السويلم[4].

دليلهم: نقل المانعون الإجماع على تحريم مثل هذه المعاملات، ذلك لأنه إن فرض الشرط مقارنا للعقد بطل بلا خلاف[5]، والتي يجري فيها شرط؛ أو التي يباع فيها المبيع قبل القبض الشرعي، أو بغير الشروط الشرعية[6]، فإنها باطلة بلا خلاف.

وذهبوا إلى أن هذه الصكوك ضرب من ضروب العينة، المحرمة شرعًا؛ لأن مُصدِّر الصكوك قد باع عينًا بثمن حال، استعاد ملكيتها ممن باعها منه بثمن مؤجل مقسط، يزيد عن الثمن الحال، ويكون البيع الثاني مشترطا في الصك؛ والعين وجودها كعدمها، وقد اتفق أهل العلم على تحريم بيع العينة إذا كان البيع الثاني مشروطًا في العقد الأول[7].

ورد المجيزون: بأن من شروط العينة المحرمة أن لا يتغيَّر المبيع تغيرًا يكون نقص الثمن من أجله، وفي هذه الصورة؛ يفصل العقد الثاني عن العقد الأول مدة طويلة، قد تصل إلى عشر سنوات؛ كفيلة بتغيُّر حال المبيع، ثم إنه قد تم الفصل بين البيعة الأولى والثانية بعقد أجنبي طويل الأمد، فينتفي وصف العينة بهذا الاعتبار[8].

وأجاب المانعون؛ بأن العينة إنما حرمت لأجل كونها ذريعة للربا، ولهذا فإن الفقهاء ذكروا من الدلائل التي تظهر معها انتفاء الحيلة بأن تتغيَّر العين تغيُّرا منقصا لقيمتها، يزيل الحيلة فيها، وهو مالا ينطبق على صكوك الإجارة؛ إذ لم تغيِّر المدة الطويلة من مقصد العقد، وهو

---

(1) إجارة العين لمن باعها هل يختلف عن بيع الوفاء: د. رفيق يونس المصري، ص: 97.

(2) ينظر: المرجع السابق، ص: 99- 100.

(3) اشتراط الإجارة في عقد البيع: عبدالله المنيع، جريدة الرياض، العدد: 15100، 1430/11/8هـ، في الملحق الاقتصادي، ص: 3.

(4) منتجات صكوك الإجارة: أ. د سامي السويلم، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جامعة الملك عبدالعزيز- جدة، 10-1431/6/11هـ، 24-2010/5/25م، ص: 2.

(5) المجموع شرح المهذب: للنووي، 158/10.

(6) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 74/28.

(7) إجارة العين المشتراة لمن باعها (صراحة وضمنًا): أ.د نزيه حماد، 9- 11-13.

(8) اشتراط الإجارة في عقد البيع: لعبد الله بن موسى العمار، بحث مقدم إلى الملتقى الفقهي الرابع الذي نظمته شركة الراجحي المصرفية للاستثمار -الرياض- بتأريخ: 23-10/24/ 1424هـ -17-2003/12/18م، ص: 43.

القرض بزيادة[1]، فالمدة الزمنيَّة المشار إليها صفة ملغية لا تؤثر في الحكم، ولا على شروط العقد وأركانه، وإن الزيادة في القيمة مقابل الزمن هي المؤثرة، وبها يتغيَّر الحكم.

ومما رد به أن هذه الصيغة من الصكوك مركبة في الجملة من عقود، ووعود صوريَّة، ومقصودها أداء وظيفة تمويليَّة شبيهة بوظيفة السندات الربوية، غير مقصودة في أصل المعاملة.

وقد ترد على مقاصد هذه المعاملة ما ليس منها، مثل الوقوع في الحيل المحرمة، "وجماع الحيل نوعان: إما أن يضموا إلى أحد العوضين ما ليس بمقصود، أو يضموا إلى العقد عقدا ليس بمقصود"[2]، ومن ذلك تضمين الوكيل، وقد اتفق الفقهاء على أن لا ضمان على مضارب، ولا شريك، ولا وكيل، "لأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء"[3]، حيث ينضم إلى الصكوك الاستثماريَّة من الأغراض والمقاصد ما ليس منها، وما تعدُّ به خارجة عن مقصدها الأصلي.

الترجيح: يظهر من خلال هذه الأدلة أن الراجح هو ما ذهب إليه المانعون وذلك لقوة أدلتهم من جهة، واتفاق الفقهاء على أن لا ضمان على مضارب ولا شريك ولا وكيل من جهة أخرى.

أما ما ذهب إليه المجيزون من الاستدلال بأصل البراءة، فإنَّ دليلهم الاستصحاب، وهو آخر ما يستدل به بعد نفاذ الأدلة، واستقراء مواقع المعنى فيها، وقد يسلم لهم ابتداء على اعتبار أن العقد منفرد، ولكنه –في هذا الموضع– لم يبق على حالته الأولى منفردًا بل صار مركبًا بانضمام غيره إليه.

ثم إن فهم الشيء فرع عن تصويره، فقد وقع خلل في التصوير الواقعة عند المجيزين فحملوا صورة هذه المعاملة على الخلاف الذي حصل بين الفقهاء[4]، فذهب الجمهور من الحنفية والشافعيَّة والحنابلة في المذهب إلى عدم جوازها[5]، لتضمنها اشتراط عقد في عقد

(1) صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية: د. حامد ميرة، ص: 408.

(2) الفتاوى الكبرى: لابن تيمية، 19/4.

(3) المغني: لابن قدامة، 69/5.

(4) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي: لابن العربي، 240/5–242.

(5) المغني: لابن قدامة، 176/4.

الذي هو بيعتين في بيعة المنهي عنها، وخالفهم المالكيَّة[1]، وابن تيمية[2]، فلم يسلموا صحة هذا التفسير لبيعتين في بيعة، ولا بتحريم الصور والتطبيقات المندرجة تحته، وقالوا بجواز وصحة اشتراط إجارة في بيع أو بيع في بيع أو إجارة في إجارة أو نكاح في بيع، لأن اشتراط عقد في عقد إذا كان فيه منفعة للناس ولم يكن متضمنًا ما نهى الله تعالى ورسوله -ﷺ- عنه، فهو جائز مشروع، إذ الأصل صحة الشروط التي لا تخالف الشرع في جميع العقود، وكل ما ينفع الناس لم يحرمه الله ورسوله، فهو الحلال الذي ليس لأحد تحريمه[3].

ويرد على هذا أن تكييف الواقعة وتصويرها بهذا الشكل غير صحيح؛ لأن الذي أجازه المالكية وابن تيميَّة واقع على سلعتين مختلفتين، وفي مسألتنا هذه سلعة واحدة تذهب ثم تعود، بصورة بيع بالتقسيط أو إجارة منتهية بالتمليك[4]، والاختلاف في تصوير الواقعة هو اختلاف في تحقيق مناطها، يؤدي إلى اختلال في إناطة الحكم الشرعي بها، فينتج عنه تغيُّر في تنزيل الحكم الشرعي عليها.

والذي ينبغي أن نقف عليه من كلام ابن تيمية، -وهو الأولى بالاستشهاد- قوله: فإن اتفقا على أن يعيد السلعة إليه؛ فهو "بيعتان في بيعة"، وإن أدخلا ثالثا يشتري منه السلعة ثم تعاد إليه فكذلك[5].

وقد جمعت هذه الصيغة بين عقدين متضادين من عقود المعاوضة، وإنما جاء النهي عن الجمع بين العقود؛ إما نهيًا صريحًا، أو ذريعة للربا، وهنا جاء النهي صريحًا.

ثانيًا: ارتفاع الأجرة عن القيمة السوقية وأثرها في تغيُّر الأحكام

يظهر ارتفاع الأجرة عن القيمة السوقية لمنفعة العين المؤجرة في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك أثرًا بالغًا في تغيُّر الأحكام، مع العلم أن الذي جرى به العمل في الهيئات الشرعية؛

---

(1) قلت: أرأيت إن اشتريت عبدا من رجل بعشرة دنانير على أن أبيعه عبدي بعشرة دنانير قال: قال مالك: ذلك جائز، ينظر: المدونة: للإمام مالك، 3/168- 169.

(2) الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه: لسامي بن محمد بن جاد الله، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة- المملكة العربية السعودية، ط/1، 1435هـ، 435/1.

(3) إجارة العين المشتراة لمن باعها (صراحة وضمنًا): أ.د نزيه حماد، ص: 12.

(4) إجارة العين لمن باعها هل يختلف عن بيع الوفاء: د. رفيق يونس المصري، ص: 100.

[4] المصدر السابق، ص: 99- 100.

(5) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 499/29.

هو تعديل أقساط الإجارة إذا لم يتم التملك لسبب لا يد للمستأجر فيه، فلو هلكت العين قضاء وقدرًا فحينئذ يكون المستأجر قد تضرر وحصل إجحاف بحقه، لأنه دفع أقساطًا هي في الغالب أكثر من أجرة المثل أو القيمة السوقية للإجارة، لأن أقساط الإجارة المنتهية بالتمليك تحدد بالمدى الذي يراد به التملك، فإذا كان قصيرا كانت الأقساط كبيرة، وفي هذه الحالة يكون المستأجر قد تضرر لأنه دفع هذه الأقساط الزائدة عن أجرة المثل ليحصل له التملك، فإذا فات عليه التملك بدون تسبب منه؛ لا بد أن يعدل الأمر بإعادة الأقساط وردها إلى أجرة المثل، وذلك استئناسًا بمبدأ وضع الجوائح[1].

والذي جرى به العمل أن العين المأجرة إجارة منتهية بالتمليك إذا هلكت أو تعذر استمرار عقد الإجارة إلى نهاية مدته؛ من دون تسبب من المستأجر في الحالتين؛ فإنّه يرجع إلى أجرة المثل، ويرد إلى المستأجر الفرق بين أجرة المثل والأجرة المحددة في العقد، إذا كانت أكثر من أجرة المثل؛ وذلك دفعًا للضرر عن المستأجر الذي رضي بزيادة الأجرة عن أجرة المثل في مقابلة الوعد له بالتمليك في نهاية مدة الإجارة[2].

ينبني هذا الإشكال أساسًا على مقاصد المكلفين، وأغراضهم الماليَّة، فهل قصدهم وغرضهم من التعاقد هو التملك أو مجرد الانتفاع، والتي يصعب التصريح بها في العقد، وإنما يكون سلوكًا يمضي عليه تعاقد المتعاقدين، ولما صعب كشفه عند الاكتتاب في الصكوك؛ اختلف الفقهاء في تكييف الزيادة عن القيمة السوقية لمنفعة العين المؤجرة في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك التي يدفعها حاملو الصكوك.

فهل هي حصة من ثمن البيع الذي ستؤول إليه العين؟ وعليه تكون الإجارة صوريَّة والقصد هو البيع، وبهذا يتحقق مقصد بيع العينة الذي يؤول إلى الربا، أم هي أجرة مقابل منفعة العين المؤجرة؟ لأن المنفعة مقصودة بذاتها في عقد الإجارة، فينتفي مع هذا قصد الانتفاع وقصد العينة.

ومن ثمَّ ينبغي للخروج من هذا الإشكال أن يكون القصد الأصلي من العقد الأول هو الانتفاع بالعين المؤجرة وتملك منفعتها دون عينها، ويكون قصد تملك العين تبعيًّا، وبهذا

(1) كتاب الملتقيات الفقهية: صادر عن مصرف الراجحي، ص: 660.

(2) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الإجارة المنتهية بالتمليك، رقم: 9، 2017م، البند: 8/8، ص: 255.

الاعتبار ينتفي قصد العينة في هذه الصورة؛ إذا كان قصد التملك تبعيًّا وليس أصليًّا، وهنا تبرز أهميَّة الترجيح بالمقاصد بعد التمييز بينها، وأثرها في تغيُّر الأحكام الشرعيَّة.

ثالثًا: تضمن صكوك الإجارة للبيع الصوري وأثره في تغيُّر الأحكام

يقتضي عرض أثر تضمن صكوك الإجارة للبيع الصوري في تغيُّر الأحكام؛ طرح إشكال مفاده، هل يقع البيع حقيقةً على الموجودات السيادية، وهل ينتقل المبيع من البائع إلى المشتري؟

تثار على صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك مجموعة من الانتقادات أهمها؛ قولهم إن شراء حملة الصكوك للأصول السيادية لا حقيقة له، إذ لا يتصور أن يُقدِم مالك الأصول والموجودات السيادية على بيعها، ومرجع هذا الإشكال هو أن الأصول التي هي محل إصدار الصكوك تكون –في أكثر الأحيان– ذات قيمة بالغة، وخطرًا شديدًا بحيث لا يتصور أن تكون محلًا للبيع، مثل المطارات والموانئ والطرق السريعة والسكك الحديديَّة والمباني الحكوميَّة، فقالوا هذه بيوع صوريَّة، فالحكومات لا تبيع مثل هذه الأصول عادة إلا بقرار من البرلمان ومثل هذا لا يحصل في الصكوك، وكذا الحال في الشركات التي تبيع معداتها الأساسية، أو مقر إداراتها العامة أو مصانعها[1]، وقد اختلف في الإجابة على هذا الإشكال إلى قولين:

القول الأول الجواز: وهو ما قال به محمد علي القري: والواقع أن للبيوع في الشريعة وفي القوانين أركانًا وشروطًا أساسية إذا توفر عليها العقد فهو بيع حقيقي، وإذا فقدت منه تسلل الشك إلى حقيقته، أما كون أن المحل الذي وقع عليه البيع مطار أو طريق فالثابت في معاملات الناس المعاصرة أن المطارات والطرق تباع، وأكثر المطارات الأوربية مملوكة لشركات، فإذا انتقل الملك حقيقة للمشتري –حامل الصك– وأمكنه التصرف فيما اشتراه تصرف الملاك، فالبيع حقيقي لا صوري[2]، فالاستدلال بالعرف الغربي، والواقع الأوروبي الذي يصدق على الواقعة المشخصة في العرف الخاص، ولهذا فلا يصح نقل الحكم وإناطته بعرف أخرى أعم.

القول الثاني: المنع، ويمكن الاستدلال على هذا القول بأصلين وقاعدة:

(1) الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها: لمحمد علي القري بن عيد، ص: 19–20.

(2) المرجع السابق نفسه.

الدليل الأول: قاعدة ما خرج من اليد عاد إليها لغو

وتنص القاعدة على أن كل ما خرج من اليد وعاد إليها فهو لغو، أو بصيغة "ما خرج من اليد عاد إليها لغو"[1]، والعينة لم تحرَّم لذاتها إنما حرمت لما تؤول إليه من الربا، وانتقال ملك السلعة انتقالًا صوريًّا، بحيث تعود السلعة إلى بائعها الأول، وبهذا يكون الحكم الشرعي قد تغيَّر اعتبارا للنظر في المآل الفاسد الذي آلت إليه المعاملة، وهو عودة السلعة من يد المشتري إلى يد البائع، وبها يحصل الربا.

ويرد على هذا القول من وجه وهو أن هذه قاعدة لست على إطلاقها، لأنها تنطبق على صور معيَّنة فقط، وهي الصور المحرمة وفق ضوابط العينة، بأن يبيع السلعة بثمن مؤجل ويشتريها بثمن أقل منه نقدًا، وما هو قريب من هذه الصورة مما يكون ذريعة واضحة إلى الربا أو إلى قرض جر نفعًا[2]، أو تمويل بفائدة، ومما يؤيد هذه القاعدة أصل ما جرى العمل القضائي، وأصل التعليل بالمصلحة.

الدليل الثاني: أصل ما جرى به العمل

جرى العمل القضـــائي في عدد من الدول –كما ســـيأتي في النماذج التطبيقية– بعدم صـــحة تمليك الذات من الأصـــول والموجودات العامة مثل الموانئ والمطارات والملكيات العامة للدولة، بل يعد ذلك تفريط بســـيادة الوطن وحقوق المواطنين، وقد يعد من الخيانات الوطنية في بعض البلدان.

وقد جرت مراعاة العمل البحريني ما تقضي به أحكام القانون المدني الذي ينص على أنه لا يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يحوز أو يضع اليد بأي صفة كانت بغير سند من القانون على الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون[3]، ففلا يجوز تملكها لأن دليل الجواز "فاسد الوضع"[4]، كأن يقول صكوك سياديَّة يجوز تملكها، فيكون كمن تلقى التوسع

(1) البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن التُّسُولي، 102/2.

(2) اشتراط الإجارة في عقد البيع وأهم تطبيقاتها المعاصرة: لعبدالله بن موسى العمار، ص: 585.

(3) مرسوم قانون رقم: (19)، لسنة: 2002م، بشأن التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة، صدر في مملكة البحرين، قصر الرفاع، بتاريخ 1423/5/8هـ، الموافق: 2002/7/18م، المادة: "3".

(4) قال السبكي: فساد الوضع بأن لا يكون الدليل على الهيئة الصالحة لاعتباره في ترتيب الحكم، ينظر: جمع الجوامع، 101-102.

من التضييق، وذلك لأنه تصرف موقوف في جميع الأحوال على إذن الملك، صاحب أعلى سلطة في البلد.

ويمكن على سبيل التمثيل بيان الصكوك الإسلامية المصرية: حيث أثارت الصكوك الإسلامية التي أصدرتها الحكومة المصرية عام 2012م خلافًا واسعًا، التي قوبلت بالرفض من قبل مؤسسات الدراسات المالية والاقتصادية، وعدد من أساتذة الاقتصاد؛ وذلك لأمور منها:

– ليس من صلاحية وزير المالية أو الحكومة تحويل ملكية عامة إلى ملكية خاصة.

– أن هذه الصكوك بعيدة عن المعايير الشرعية الإسلامية، وقد قوبلت بالرفض من قبل مجمع البحوث الإسلامية، ومشيخة الأزهر.

– أن هذه الصكوك تعطي الحق لمالكيها في تملك أصول الدولة، التي هي أصلا ملك للشعب المصري في الحاضر والمستقبل، فليس من حق الحكومة وضع أصول الشعب الغالية –إن كانت وضعت في الأصل– لإصدار الصكوك.

– يعارض هذا القانون بالمادة الثانية منه، والتي تنص على أنه: يحظر استخدام الأصول الثابتة والمنقولة المملوكة للدولة ملكية عامة، أو منافعها لإصدار صكوك حكومية في مقابلها[1].

ومن ذلك ما جرى به العمل القضائي، في البحرين وصدرت أحكام بإبطال العقد برمته، وحُكم على البنك بإرجاع ما تسلمه من العميل واسترداد المنزل منه لأنه لما أبطل عقد الإجارة لم يرى في المعاملة المعروضة إلا عقد قرض بزيادة، وما المنزل إلا رهن لتوثيقه[2].

فإذا وقع النزاع فإن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يعتبر ضربًا من البيع بالتقسيط أو قرضًا بفائدة، مع العلم أن المعمول به في المصارف الإسلامية، والمفتى به من قبل الهيئات والمؤسسات المالية أن هذا العقد عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

---

(1) القانون المصري: قانون رقم: 2013/10م، بشأن إصدار قانون الصكوك، الجريدة الرسمية، العدد: 18، مكرر: "ب" 2013/5/7م، مادة: "3".

(2) الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز في البحرين جلسة 2017/1/10م، الطعنان رقما 326،330 لسنة: 2014م، والحكم القضائي، رقم: 3/129/15/2010102، بشأن الايجار المنتهي بالتمليك، وطرق توقي مخاطر الملكية في التَمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك: محمد علي القري، بحث مقدم لمؤتمر الأيوفي السابع عشر، البحرين، 7–2019/4/8م.

الإشكال: هو أن الأصول التي هي محل إصدار الصكوك تكون –في أكثر الأحيان– ذات قيمة بالغة وخطر، والواقع أن للبيوع في الشريعة وفي القوانين أركان شروط أساسية إذا توافرت على العقد فهو بيع حقيقي، وإذا فقدت منه تسلل الشك إلى حقيقته فأصبح بيعا صوريًّا[1].

إن صح بيع وتملك الأصول السياديَّة –سواء كانت موانئ أم مطارات أم طرقات– في واقع الدول الأوروبية، وعرفهم التجاري، سمحت به منظومتهم القانونيَّه الجاري بها العمل والمحتكم إليها؛ فلا يصح في واقع الدول الإسلامية، لاختلاف التشريع، والعرف التجاري، والقانون السائد، ولأن مثل هذه البيوع والتصرفات المالية تعد نوعًا من التفريط بحقوق الأمة والأجيال القادمة، فالحكومات لا تملك الأرض حتى يتسنى لها بيعها على حملة الصكوك وغيرهم.

الدليل الثالث: أصل اعتبار مصلحة الأجيال القادمة

تتمثل مصلحة الأجيال القادمة في إبقاء الممتلكات والموجودات العامة تحت سيادة الدولة، وحفظ حق الأجيال في الانتفاع بالأملاك السيادية العامة وتنميتها، ومن أهم سبل الحفظ هو درء كل مفسدة تعود على حقهم بالنقصان.

وقد وقف عمر –رضي الله عنه– وقفةً مشهودة حين امتنع عن تقسيم أرض السود، كما جاء في صحيح البخاري من حديث زيد بن أسلم عن أبيه أنه سمع عمر ابن الخطاب –رضي الله عنه– يقول: «أَمَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلاَ أَنْ أَتْرُكَ آخِرَ النَّاسِ بَبَّانًا[2] لَيْسَ لَهُمْ شَيْءٌ، مَا فُتِحَتْ عَلَيَّ قَرْيَةٌ إِلَّا قَسَمْتُهَا كَمَا قَسَمَ النَّبِيُّ –ﷺ– خَيْبَرَ وَلَكِنِّي أَتْرُكُهَا خِزَانَةً لَهُمْ يَقْتَسِمُونَهَا»[3].

---

(1) الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها: لمحمد علي القري بن عيد، ص: 19–20.

(2) ببب: ببّة: لقب رَجُلٍ من قريش كان كثيرَ اللَّحْم ... ويوصف به الأحمق الثَّقيل، ويقال: هم ببّان واحد، أي: سواء، كتاب العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف الظاء، باب: الباء، باب: اللفيف من الباء ومستعملات، ببب.

(3) صحيح البخاري، كتاب: المغازي، باب: غزوة خيبر، رقم: 4235، ومن طريق يحيى بن حمزة حدثني تميم بن عطية العنسي أخبرني عبد الله بن قيس قال: «قدم عمر –رضي الله عنه– الجابية فأراد قسم الأرض بين المسلمين فقال معاذ –رضي الله عنه– إذن والله ليكونن ما تكره إنك إن قسمتها اليوم صار الريع العظيم في أيدي القوم ثم يبيدون فيصير ذلك الى الرجل الواحد أو المرأة ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون في الاسلام مسدا وهم لا يجدون شيئا فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم، وفي رواية أخرى له قال فصار عمر الى قول معاذ –رضي الله عنهما–»، ينظر: الاستخراج

قال ابن رجب: "ولا ريب أن عمر –رضي الله عنه– وضع الخراج على أرض السواد ولم يقسمها بين الغانمين، وكذلك غيرها من أراضي العنوة"[1]، وهذا هو الأصل المصرح به، وعلته جاءت منصوصة في قول عمر –رضي الله عنه–: «فَمَا لِمَنْ جَاءَ بَعْدَكُمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؟»[2]، حيث علل الأصل فجعل حق الأجيال القادمة في التملك للمنافع والخدمات علة نصيَّة، وأناط بها الحكم الشرعي بمنع التصرف بالموجودات السيادية، والممتلكات العامة، وجعلها مصدرًا للاستثمار لصالح أبناء الأمة في الحاضر والمستقبل، وما كان ليقسمها بين فئة مخصوصة، ويترك فئة عريضة من الناس لا شيء لهم، فالنص على عدم حجر المال على فئة معينة؛ نص على أنه سيبقى عامًّا في من سيأتي من المسلمين.

فعلل ذلك باستبقاء منافعها لأبناء المسلمين، فأناط الحكم به، لأنه إن فعل وقسمها على الغانمين وقع في الحرج مع أبناء المسلمين، فاعتبر –رضي الله عنه– المصالح العامة للمسلمين في المستقبل، وقدم المصلحة العامة التي تمثل حق الأمة في الآجل على المصلحة الخاصة التي هي حق الغانمين في العاجل، وآثر الحفاظ على الممتلكات السيادية، فكان اجتهاده ينبي على تقديم المصلحة العامة في تملك منافع الخدمات والممتلكات العامة، ورفع الحرج عن أولياء الأمور في المستقبل، وهذا نظر مقاصدي، وفيه إعمال لاعتبار المآل.

لأحكام الخراج: لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1405هـ– 1985م، ص: 17، ومنه ما روي عن زيد بن أسلم، عن أسلم، قال: سمعت عمر–رضي الله عنه– يقول: «وَالَّذِي نَفْسُ عُمَرَ بِيَدِهِ، لَوْلَا أَنْ يُتْرَكَ آخِرُ النَّاسِ لَا شَيْءَ لَهُمْ مَا افْتُتِحَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ قَرْيَةٌ مِنْ قُرَى الْكُفَّارِ إِلَّا قَسَمْتُهَا سُهْمَانًا كَمَا قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، خَيْبَرَ سُهْمَانًا، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ جِزْيَةً تَجْرِي عَلَيْهِمْ وَكَرِهْتُ أَنْ يُتْرَكَ آخِرُ النَّاسِ لَا شَيْءَ لَهُمْ»، ينظر: الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر بن أبي شيبة، كتاب السير، ما قالوا في قسمة ما يفتح من الأرض وكيف كان؟ رقم: 32977، وفي رواية: «لَوْلَا أَنْ يَتْرُكَ آخَرُ النَّاسِ لَا شَيْءَ لَهُمْ مَا افْتَتَحَ الْمُسْلِمُونَ قَرْيَةً مِنْ قُرَى الْكُفَّارِ إِلَّا قَسَّمْتُهَا بَيْنَهُمْ سُهْمَانًا، كَمَا قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ –ﷺ– خَيْبَرَ سُهْمَانًا، وَلَكِنِّي أَرَدْتُ أَنْ تَكُونَ جَرِيَّةً تَجْرِي عَلَى الْمُسْلِمِينَ، وَكَرِهْتُ أَنْ يُتْرَكَ آخِرُ النَّاسِ لَا شَيْءَ لَهُ»، ينظر: الأموال لابن زنجويه: لأبي أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخرساني المعروف بابن زنجويه (المتوفى: 251هـ)، تحقيق: شاكر ذيب فياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، 1406هـ – 1986م، كتاب: فتوح الأرضين وسننها وأحكامها، باب: فتح الأرض عنوة حدثنا حميد رقم: 231، والكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة، كتاب: كتاب: المغازي، باب: غزوة خيبر، رقم: 32977.

(1) الاستخراج لأحكام الخراج: لابن رجب الحنبلي، ص: 16.

(2) سنن سعيد بن منصور، كتاب: الجهاد، باب: ما جاء في الفتوح، رقم: 2589، قال ابن كثير هذا أثر جيد، وفيه انقطاع، ينظر: مسند الفاروق –رضي الله عنه–: لابن كثير، كتاب: الجهاد، 498/2.

ينتظم تقسيم أرض السواد تحت كلية حفظ المال، فلما تعلق بحق مُشَخَّص؛ –وهو حق الفاتحين– كان في مرتبة التحسيني، وترتبت عليه مفسدة أن يصير المال دولة بينهم دون غيرهم، ولما تعلق بحق عموم الأمة من الأجيال القادمة صار في مرتبة الحاجي، فقدم اعتبار مصلحة العدل في توزيع الثروة أن تصير منافعه عامة في جميع المسلمين، فتغيَّر بذلك تنزيل الحكم الشرعي فقدم اعتبار الحاجي على التحسيني والمصلحة على المفسدة، ومن ثمَّ حمل على اجتهاد عمر –رضي الله عنه– ويقاس عليه حكم الأراضي والموجودات السياديَّة والممتلكات العامة للدولة، التي هي ملك للأمة، ويتعلق ببقائها جريان المصالح واستمرار المنافع للأجيال.

رابعًا: أثر تحقق القبض الحقيقي والحكمي في تغيُّر الأحكام

لا يحصل الملك وتمام انتقال العوض دون تحقق القبض الحقيقي أو الحكمي[1]، فهو الدليل الفعلي للتصرفات المالية، وهو المناط الحقيقي لترتب آثار التعاقدات، ولبيان ذلك لابد من الوقوف على إشكال مفاده؛ هل يترتب الضمان بمجرد العقد أو بالقبض، للإجابة على هذا الاشكال لابد من الوقوف على إشكال آخر وهو هل البيع عقد؟ أو عقد وقبض؟

اختلف الفقهاء في علاقة التعاقد بالقبض وحاجة العقد إلى القبض على أقوال، فذهب الحنفية إلى أنه إذا كان شيئًا لا يفتقر إلى القبض والتسليم؛ فإن جهالة البدل لا تؤدي إلى المنازعة ولا توجب فساد العقد، لأن جهالة البدل لا تمنع جواز العقد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة المانعة من التسليم[2]، فعِلَّة المنع هي الإفضاء إلى المنازعة المنعة من حصل القبض، فإن حصل القبض جاز.

ويشترط القبض في التبرعات لأنه منصوص عليه، كما في الهبة فيشترط فيه الكمال[3].

واختلف فيه المالكية وأنكره الإمام المازري، كما جاء في المنهج المنتخب:

(1) هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفًا وعادة حقيقية، ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 148/5.

(2) المصدر السابق، 48/6، بتصرف.

(3) البناية شرح الهداية: لأبي محمد الغيتابى بدر الدين العينى، 170/10.

العَقْدُ قَطْ أو معَ قَبضٍ بَيعُ ... بِعِوَضٍ وَقِبلَ قَبْضٌ رَيْعُ[1]، أي البيع هل هو العقد فقط أو العقد والتقابض عن تعاوض؟

ويترتب على هذا الاختلاف أثر، وهو أن ضمان ما في المعيار بعد التقدير وقبل مضى مقدار التمكين، أهو من البائع أو من المشترى، وإذا هلك بعد العقد وقبل القبض فعلى القول أن البيع التعاقد فالضمان من المبتاع، وعلى أنه التقابض عن تعاوض فالضمان من البائع[2]، فإن حصل تأخر في التسليم أو الاستلام؛ فعلى القول أن البيع التعاقد يكون الضمان على المشتري، وعلى قول أن البيع هو التقابض عن تعاوض فيكون الضمان على البائع.

وذهب الشافعيَّة إلى القول بأن: القبض قبل الافتراق شرط في صحة العقود التي لا تدخلها الآجال، ويلحقها الربا من صرف وغيره[3]، وكذلك عقود المعاوضات التي تفتقر إلى القبول، فكل عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض[4].

وعلل الحنابلة الافتقار إلى القبض بقولهم: لأن العقد يفتقر إلى القبض، والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه[5]، ويكفي ذلك، ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض، لأنه مقبوض حقيقة[6]، وقد اختلف الفقهاء في كيفيَّة حصول القبض إلى مذهبين:

المذهب الأول: مذهب الحنفية، ورواية أخرى عن أحمد، القبض هو التخلية، والتخلي وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلما للمبيع، والمشتري قابضا له، وكذا تسليم الثمن من المشتري إلى البائع[7]، وحاصله أن التخلية قبض حكمي، لو مع القدرة عليه بلا كلفة[8]، وأن

(1) المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لأبي الحسن علي بن قاسم بن محمد التُّجيبي، المعروف بالزقاق (المتوفى: 912هـ)، نسخة الشيخ أحمد بن سيدي بن محمد بن مود الجكني، مقابلة على نسخة الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن محمد بن عبدالفتاح الجكني الشنقيطي، 23-1433/4/25هـ، بالمسجد النبوي بالمدينة المنورة، رقم: 140.

(2) المصدر السابق، القاعدة: 139.

(3) الحاوي الكبير: للماوردي، 79/5.

(4) ينظر: المصدر السابق، 535/7، بتصرف.

(5) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 151/5.

(6) المغني: لابن قدامة، 251/4.

(7) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 244/5.

(8) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 562/4.

القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل، فكان قبضا له، كالعقار[1]، وسائر الموجودات غير المنقولة.

الدليل: استدل الحنفيَّة والحنابلة بالقياس على العقار، فحصول القبض بمجرد التخلية لأن التخلية قبض.

قلت: هذه قياس مع الفارق لأن القبض المنقولات ثبت بالنص، ولها عرفها الخاص، وأما العقار لا يمكن قبضه إلا بالتخلية، لأنها قبض له في العرف، أما المنقولات فمخصوص قبضها بالنقل والتحويل والمناولة باليد وكل شيء بحسبه.

المذهب الثاني: ذهب الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة، إلى القول بأن قبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف[2]، وفي المتناول باليد التناول به[3]، وقبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا، أو موزونا، بيع كيلا، أو وزنا، فقبضه بكيله ووزنه[4]، وأما في الدراهم والدنانير فتناولهما باليد، وفي الثياب والطعام إذا اشتراه جازفا، ودابة أو سفينة فقبض ذلك تحويله ونقله[5]، وكذا سائر وسائل النقل الحديثة، يكون قبضها بنقلها وتحويلها، حتى في بيع وشراء المنافع لأنه بالإجارة قد ملك المنافع، ولا يملك المنافع إلا بالقبض وهو التمكن من الانتفاع.

ويتبع غالبًا فعل التقابض شكله العرفي في غير العقار، وبدونه لحمايته من مخاطر الصرف وتقلبات الأسعار، وتحولات الأسواق خاصة في العملات والمداينات.

الدليل: ما جاء في الصحيحين: عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر –رضي الله عنهما– أن النبي –ﷺ– قال: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا، فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»[6]، وفي رواية: «قَدْ رَأَيْتُ

(1) المغني: لابن قدامة، 85/4.

(2) مختصر العلامة خليل، ص: 157.

(3) المجموع شرح المهذب: للنووي، 283/9.

(4) المغني: لابن قدامة، 85/4.

(5) الحاوي الكبير: للماوردي، 227/5.

(6) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك، رقم: 2136، وصحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1526.

النَّاسَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ -ﷺ- إِذَا ابْتَاعُوا الطَّعَامَ جِزَافًا، يُضْرَبُونَ فِي أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِمْ، وَذَلِكِ حَتَّى يُؤْوُهُ إِلَى رِحَالِهِمْ»[1].

وعن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -ﷺ-: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: «وَأَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ بِمَنْزِلَةِ الطَّعَامِ»[2].

وعن جابر، قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ، صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي»[3].

وعن مالك عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: «كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللهِ -ﷺ- نَبْتَاعُ الطَّعَامَ، فَيَبْعَثُ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي ابْتَعْنَاهُ فِيهِ، إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ، قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ»[4].

وفي رواية «وَكُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا، فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ -ﷺ- أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ»[5].

وتدل هذه النصوص على أن الأصل في المنقولات التحول والنقل، وذكر الطعام دون غيره من المنقولات، مما ورد به التخصيص بالمكان والرحال فيخَّرج على الغالب.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، لأن به يحصل تمام القبض، ويترتب عليه حصول الضمان، ويقطع كل طريق تؤدي إلى النزاع والخصومة، التي تشوف الشارع إلى تحقيقها وسدّ كل ذريعة إليها.

أما ما يخص إشكالية التراخي في القبض والتسليم، فإنها تؤدي إلى النزاع غالبا، والذي عليه التعاقد أن لا عبرة بترتب الآثار كحصول الانهيار أو انتشار الأوبئة، أو أي سبب طارئ، ولا يعتبر التراخي سبب في حصول الضمان، لأنه باتفاق الطرفين، كما جاء منصوص عليه بالموافقة الواردة في نشرة الإصدار؛ على أنه في حال صادف تأريخ استحقاق قسط العائد يوم عطلة رسمية يتم تسديده في أول يوم عمل يلي ذلك اليوم، وعليه فالإشكال إذا

(1) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: من رأى إذا اشترى طعاما جزافا، أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله، والأدب في ذلك، رقم: 2137، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1527.

(2) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1525.

(3) سنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض، رقم: 2228.

(4) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1527.

(5) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 1527.

حصل طارئ في يوم عطلة فمن يتحمل المسؤولية وتبعة التراخي عن القبض وفي حال الامتناع عن السداد لعذر أو لغير عذر؛ فإنَّ الطرف المتضرر سيلجأ إلى وسيلة من وسائل الحماية المنصوص عليها في نشرة الإصدار وغالبًا ما تكون الصلح أو التحكيم أو التقاضي.

خامسًا: إشكالية تحقيق مناط صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك

يترتب على تحقيق مناط الواقعة وكشفها تنزيل الحكم وفق مقصد الشارع من التشريع الذي يتغيى موافقته كلُ مجتهد، وعند التفحص يتبين أن هناك مناطًا ينبغي كشفه، وهو الربح وعلاقته بالفائدة، وعادة ما يقع سوء تكييف له –حسب ظني– والذي يعبر عنه بنسبة الربح إلى الفائدة، وعادة ما يتم قياسها بمؤشر من المؤشرات.

اتجه المصدرون إلى ربط عائد الصكوك بسعر الفائدة، محاولة منهم للسعي إلى التقريب بين صيغة الصكوك وسندات الدين الربويَّة، ويجري هذا الربط بواحدة من طريقتين:

ربط الأجرة في عقد الإجارة بسعر الفائدة وهو أمر صار معتادًا في عقد الإجارة الممتدة في الزمن مدة طويلة وقد قبلته الهيئات الشرعية استنادًا إلى قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بشأن الربط القياسي الذي نص على أنه: يجوز في الإيجارات الطويلة للأعيان تحديد مقدار الأجرة عن الفترة الأولى والاتفاق في عقد الإجارة على ربط أجرة الفترات اللاحقة بمؤشر معين شريطة أن تصير الأجرة معلومة المقدار عند بدء كل فترة[1]، ولما كان العائد الدوري على الأسهم مصدره الدفعات الإيجارية التي يدفعها المستأجر "مصدر الصكوك" تغيَّرت عائدات الصكوك تبعًا لتغير الإيجارات المرتبط بسعر الفائدة فتحقق المطلوب.

فيقدر الربح بالنسبة إلى رأس المال، دون النظر إلى الربح الفعلي، فيقول القائل لمالكي الصكوك كذا نقطة فوق نسبة اللايبور، التي يعتمد حسابها على مقدار رأس المال، فإذا حدد اللايبور سعر الفائدة بـــ 5% فإن المقصود هو 5% من رأس المال أو من القيمة الاسميَّة للصك، فلو كان يملك صكوكًا بمقدار ألف فإنه يستحق ربحًا قدر خمسين، دون النظر في مقدار الربح الفعلي المتحقق، وهذا هو محل الإشكال في هذه المعاملة ولهذا لجأوا في حال زيادة الربح الفعلي عن نسبة المؤشر أو نقصانها، إلى حجز الزيادة

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن التضخم وتغيُّر قيمة العملة، المنعقد في دورته الثانية عشرة –الرياض – المملكة العربية السعودية، من 25 /6/1421هـ، 1 /7/1421هـ الموافق: 23 – 28 /9/2000م، قرار رقم: 115 (9/12).

كاحتياطي لسد النقص في نسبة الربح عن المؤشر، عند نقصانها- واشتراط ذلك على حاملي الصكوك[1]، وفي هذا الأوان تم إلغاء مؤشر اللايبور، فهل ستنتقل المؤسسات المالية الإسلامية إلى "اعتبار مؤشر العائد الإسلامي"[2] العرض والطلب، أو مؤشر آخر خاص أو مؤشر دولي مطروح في السوق.

يتبين مما سبق: كيف تغيَّر الحكم الشرعي لهذه المعاملة، والمخرج من ذلك هو تحقق تمام البيع للأصول والمنافع والموجودات الاستثماريَّة القائمة، وانتقال الأملاك انتقالًا حقيقيًا، بحيث يكون التصكيك عملية بيع حقيقي، بالقيمة السوقيَّة لا القيمة الاسميَّة، وأن يكون بعيدا عن الصوريَّة، أو لا تكون أصوله ديونًا ومستحقات آجلة، كما هي في أصول المؤسسات الربويَّة، وأن يكون التوزيع الفعلي للأرباح مرتبطًا بالربح الفعلي، الناتج عن النشاط الاستثماري، دون النظر إلى المؤشرات، ولا مانع أن تكون قسمة الأرباح بين حاملي الصكوك خلال مدة معينة محددة في العقد، سواء كانت سنويَّة أم نصف سنويَّة أم ربعها، وأما بالنسبة لصكوك الإجارة؛ فلا بد أن يكون العقد صحيحًا ظاهرًا وباطنًا بأن يكون حملة الصكوك مالكين للعين المؤجرة أو المنفعة حقيقة، ولا يشترط على البائع إعادة شرائها بعد نهايَّة مدة الإجارة، وأن الأصل في مدير المشروع الاستثماري الأمانة إجماعا، سواء أكان مضاربًا أم وكيلًا.

وينبغي معرفة أن السيرة العلميَّة السابقة لمصدر الصكوك تشجع على الاستثمار معه، وليس مقدار الربح المضمون، بطريقة تقلب حقيقة العقد، كما أن ماهيَّة المشروع والدراسات المبنية عليه تحدد مقدار ربحيَّته المتوقعة، دون الحاجة للمؤشر الذي وضع أساسًا لبيان سعر الفائدة الربويَّة.

لا مانع شرعي من قيام مؤسسات متخصصة في بيان مصداقية المشاريع، ومدى نجاحها، بناء على معايير رسمية دقيقة، وأن تقوم هذه المؤسسات بتقدير الأرباح التي يمكن

---

(1) العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلاميَّة: خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية- الرياض، ط/1، 1434هـ- 2013م، ص: 77، والصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها: لمحمد علي القري بن عيد، 20-21، بتصرف.

2 مؤشر اللايبور وانعكاسات إلغاءه على المصارف الإسلامية دراسة في التأثير والبدائل معدل العائد الإسلامي (Islamic Rate of Return) نموذجًا: د عزنان حسن، د أنور حسن، د عبدالمجيد عبيد، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر الأيوفي الثامن عشر، البحرين، 26-2020/10/27م.

أن تنتج من هذه المشاريع بالتوقع، وتتحمل تبعة مراقبة استثمار أموال الإصدارات، كما أن عليها التحقق من مقدار الأرباح الفعلية، لكن يلزم في هذه الحال أن تكون تلك المؤسسات تابعة لمؤسسات اقتصادية معتمدة ذات ملاءة مالية من أجل تدعيم الثقة في الاصدار، ويترتب على تقديراتها إشكال مفاده هل يترتب على تقدير نسبة الأرباح –حسب نشرة الإصدار– ضمانها؟

الفرع الثاني: إشكاليَّة الضمان في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك

الضمان لغة: من ضَمَنَ، قال ابن فارس: الضَّادُ وَالْمِيمُ وَالنُّونُ أَصْلٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ جَعْلُ الشَّيْءِ فِي شَيْءٍ يَحْوِيهِ، مِنْ ذَلِكَ قَوْلُهُمْ: ضَمَّنَتُ الشَّيْءَ، إِذَا جَعَلْتَهُ فِي وِعَائِهِ، وَالْكَفَالَةُ تُسَمَّى ضَمَانًا مِنْ هَذَا، لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهُ فَقَدِ اسْتَوْعَبَ ذِمَّتَهُ[1]، فالضامن يضم ويحتوي ذمة المضمون إلى ذمته.

الضمان اصطلاحًا: هو رد بدل الهالك، أو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات[2].

وجاء في معايير سوق دبي: هو تحمل لخسائر عن طالب الضمان، وهو ربط بالنتيجة دون النظر إلى الأسباب أو مراقبة جدوى الوسائل والأساليب المتخذة من الضامن أو طالب الضمان[3]، وأسباب الضمان كثيرة، وعليه فهل يضمن مدير الصكوك بموجب دراسة الجدوى؟

وتعدُّ دراسة الجدوى خارطة وسيناريو التوقعات السابقة، يدعي صاحبها الخبرة في مجال العمل الذي تقدَّم به، وأعدَّ فيه دراسة، وعرض قدراته الإداريَّة، وخبراته في الاكتتاب، كما في ملحق الصكوك[4]، وفيه أن موعد استحقاق الصكوك عام 2022م، وبمعدل ربح سنوي

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الضاد، باب: الضاد والميم وما يثلثهما، ضمن.

(2) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة: 416، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر خواجه أمين أفندي، 101/2.

(3) معايير سوق دبي المالي المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية: الهيئة الفتوى والرقابة الشرعية، معيار رقم: 3، حول التحوط من مخاطر الاستثمار والتمويل، ص: 2.

(4) ملحق الصكوك الإسلامية: نموذج: (1) في آخر البحث.

يعادل: (7%)، فهل تعتبر مثل هذه الدراسات نوعًا من التغرير، والغش، المحرم بظاهر عموم نصوص الشريعة[1]؟

والمعروف باعتبار المقدمات الشرعيَّة أن انتفاء الضمان مشروط بإثبات أنه لم يقصر، ولم يحصل منه تعدٍ، فإن أثبت عدم التعدي والتفريط فلا شيء عليه ولا يضمن، لأن يده يد أمانة لا يد ضمانة.

أولًا: ضمان مدير الصكوك بموجب دراسة الجدوى

اختلاف أحوال الناس وفساد ذممهم أدت إلى توارد إشكالات كثيرة على الضمان، منها ضمان مدير الصكوك بموجب دراسة الجدوى، وذلك بموجب تغيُّر أحوال المضارب والوكيل، ونتج عن هذا الإشكال سؤال؛ هل يطالب المضارب أو الوكيل بالبينة على نفي التعدي والتفريط؟ فلو جاء ببينة تنفي التعدي والتفريط هل ينجو من الضمان، ولا مسؤولية عليه، فإن لم يستطع نفي التعدي والتفريط؛ هل يجب إلزامه بالضمان؟ وللإجابة على هذا الإشكال لابد من الوقوف على الآتي:

أ/ يد مدير الصكوك وأثرها في الضمان

اتفق الفقهاء على أن يد المضارب والوكيل يد أمانة وأنه لا يضمن إلا بما يثبت به الضمان شرعا من التعدي والتفريط، أو الاخلال بشرط من الشروط المتفق عليها، وأن القول قوله، وعلى رب المال إثبات التعدي والتفريط، واتفق الفقهاء على أن الأصل في مدير المشروع الاستثماري الأمانة، سواء أكان مضاربًا أم وكيلًا وهذا مما لا أعلم فيه خلافًا بين أهل العلم من المذاهب الأربعة[2]، وجاء اتفاقهم وما ذهبوا إليه بين الاطلاق والتقييد على النحو الآتي:

---

(1) عن أبي هريرة: أن رسول الله -ﷺ- قال: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا»، ينظر: صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب: قول النبي -ﷺ-: «من غشنا فليس منا»، رقم: 101.

(2) درر الحكام شرح غرر الأحكام: لملا- أو منلا أو المولى- خسرو، (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء الكتب العربية، 316/2، والمنتقى شرح الموطأ: للباجي، 164/5، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 27/4، وشرح مختصر خليل: للخرشي، 81/6، والتبصرة: لعلي بن محمد الربعي، أبي الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: 478 هـ)، دراسة وتحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط/1، 1432هـ- 2011م، 5304/11، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 254/3، والمغني: لابن قدامة، 49/5.

ذهب الحنفية: إلى القول "إن زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب لأنه أمين"[1].

بينما يرى المالكيَّة: أنه إذا شرط رب المال الضمان على العامل، فإنّ ذلك يقتضي فساد العقد، ووجهه أن عقد القراض لا يقتضي ضمان العامل، وإنما يقتضي الأمانة ولا خلاف[2]، إلا أن القول قول العامل؛ لأنه عنده مؤتمن[3]، وكذلك الوكيل لأنه أمين[4].

فإذا ادعى العامل تلف مال القراض، أو أنه خسر فيه، فإنه يقبل قوله في ذلك مع يمينه، ولو كان غير أمين في نفسه؛ لأن رب المال رضي بأمانته، ومسألة التلف كمسألة الْخَسْرِ؛ في أن اليمين تتوجه على العامل وإن لم يكن متهما على المشهور، وقيد اللخمي قبول قوله في الْخَسْرِ؛ بما إذا أتى بما يشبه، ويعرف ذلك بسؤال التُّجَّارِ في تلك السِّلع هل يخسر في مثل هذا أو لا[5]، وهذا مخرج مهم -أشار إليه اللخمي- غير اليمين، وهو الاستقصاء والاستفصال وسؤال أهل الخبرة في المجال الذي يستثمر فيه، وما جرى به عرفهم في الربح والخسارة.

قال اللخميُّ: "وإذا ادعى خسارة لأجل نزول الأسواق سُئل أهل تلك الصنعة: هل أتى بما يشبه أن يخسره في مثل ذلك المال في المدة التي يقول أنه خسر ذلك فيها[6]؟ لكن قد يلحق العامل مخاطر أخرى أو يدعي الخطر، كأن يعمل المدة الطويلة ثم يدعي الخسارة في مدة بعد ذلك، وكذلك إن سافر به، سئل أهل الثقة ممن سافر معه عن السفر الذي كانت عليه البياعات في مثل ما مضى له، وكذلك إن اختلفا في الربح، أو في ثمن الشراء الذي قدم به، سئل أهل تلك الصنعة وعن أثمانه بذلك الموضع الذي اشترى منه، فإن عدمت البينة في جميع ذلك، وأشكل الأمر، كان القول قول العامل، ولا يمين عليه إن كان ثقة، إلا أن يقوم دليل تهمة، وإن شهدت بينة بخلاف قوله وهو من أهل الستر ولم يبلغ العدالة حلف[7].

---

(1) درر الحكام شرح غرر الأحكام: لملا- أو منلا أو المولى- خسرو، 316/2.

(2) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 164/5.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 27/4.

(4) شرح مختصر خليل: للخرشي، 81/6.

(5) المصدر السابق، 223/6.

(6) التبصرة: لّلخمي، 5304/11.

(7) المصدر السابق، 5304/11- 5305.

يظهر من كلام اللخمي أهمية سؤال الخبراء، واعتباره قرينة للترجيح بين الأقوال المتعارضة، ومخرجا عند حصول الاختلاف والخصومات التجارية، كما يقدِّم حلًا في عصرنا هذا الذي فسد فيه الزمان وخرمت فيه الذمم، إذ لا يسلَّم ابتداء للمضارب فيما ادعاه، بل لابد من إثبات صدق دعواه.

لم يبق القول قول العامل إلا عند عدم البيِّنة، وامتناع إثبات التعدي والتفريط عليه، وإن اليمين لا تلزمه إن كان ثقة، فإن خرمت عدالته وثبت في حقه التهمة لزم تحليفه.

ذهب الشافعيَّة: إلى القول بأن يد الشريك يد أمانة، فيقبل قوله في الرد والخسران والتَّلف، فإن ادعاه بسبب ظاهر طولب بِبَيِّنَةٍ بِالسَّبَبِ، ثم يصدَّق في التَّلف به[1]، ويد الوكيل يد أمانة، وإن كان بِجُعْلٍ فإن تعدَّى ضمن[2].

يظهر لي من خلال ما ذهب إليه الشافعيَّة أن عليه بيان السبب إذا كان ظاهرًا كحريق أو غرق أو كساد أو انهيار وترتب على ذلك شيء من الخسران والتلف والنقص في الأرباح المتوقعة، فإن لم يستطع بيان ذلك وإثباتها بأدلتها؛ ضمن مقدار النقص الحاصل من الربح المتوقع، وإن كان السبب خفيًا طولب باليمين لأن يده يد أمانة، فيكون القول قوله.

ويقرّر إمام الحرمين كلية شرعية ويثبتها بصيغة "الجامع" وهي أن "التحالف يجري في كل عقد يشتمل على عوض"[3]، فتكون اليمين مخرجًا من المخارج الشرعية عند الاختلاف في عقود المعاوضات.

ذهب الحنابلة: إلى القول: متى شُرط على المضارب ضمان المال، فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافا والعقد صحيح، نص عليه أحمد[4].

وهذا نص على الإجماع، ينبني عليه أنه لا يضمن العامل مال المضاربة لأنه أمين فيما ضارب؛ ولأنه متصرف في مال غيره بإذنه، لا يختص بنفعه، فكان أمينا كالوكيل. وفارق المستعير؛ فإنه قبضه لمنفعته خاصة، وها هنا المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول

(1) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 229/3.

(2) المصدر السابق، 254/3.

(3) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 336/5.

(4) المغني: لابن قدامة، 49/5.

العامل في قدر رأس المال، قال بن قدامة: ولأنه يدعي عليه قبض شـــيء، وهو ينكره، والقول قول المنكر[1].

ولما فسدت ذمم النَّاس وتغيَّرت أحوالهم؛ تغيَّر حكم الضمان، فلم يصبح القول قوله، ولا يسلَّم له بدعواه، بل لابدَّ من التحري والتحقيق فيما ادعاها من الأسباب الظاهرة والخفيَّة، والاستعانة بالخبراء في المجال، في إعادة دراسة ملف المشروع أو الخدمات أو المنافع محل المضاربة، ودراسة جدواها، وتتبع مراحل الاستثمار كيف تمت ميدانيًّا وإداريًّا، وإثبات الواقعة التي حصل فيها الخسران، وتثبيتها بتقارير ومحاضر رسميَّة يتم رفعها إلى الجهات المختصة في الفصل بين طرفي النزاع المضارب ورب المال.

وإذا اختلفت اليد بني على ذلك الاختلاف أثر وهو البراءة من المسؤولية عن التلف والهلاك وفساد العين –محل التعاقد– أو الضمان والمتابعة وتحمل المسؤولية، وإذا حصل اختلاف في مناط التحمل أو الإسقاط، فإن هناك مخارج وضعها الشرع الكريم، استنبطها الفقهاء وبينوها في اجتهاداتهم الفقهية، منها سؤال أهل الخبرة في المجال والتخصص، واعتبار ما جرى به عرفهم في الربح والخسارة زمانا ومكانا، واليمين.

ويمكن استحداث وسائل ودراسات يتم من خلالها كشف مصداقيَّة المضارب، ولتحقيق مقاصد حفظ المال حسب ما يتاح في كل زمان ومكان، كتشكيل لجنة أو هيئة للمراقبة المستمرة لأداء المضارب، والمتابعة الحضوريَّة لسير دراسة الجدوى، بحيث تكون قراراتها بمثابة البيِّنة على التعدي أو التفريط، ويحمل الضمان دراسة الجدوى؛ على الحيلة بأن يرفع للحاكم، فما حكم به يمضي على جميع الأطراف، أو يحمل على اعتبار أنه تعدٍ يسير في حق عموم الناس المكتتبين.

ب/ أسباب منع الضمان بدراسة الجدوى

عندما نقول بمراعاة المآل إنما نتغيى المحافظة على المقصد الشرعي، وإذا جاء الحديث عن الضمان بموجب دراسة الجدوى لا بد أن لا يؤول القول بالضمان إلى مآل فاسد، وسبب منع الضمان في المسألة؛ ما هو إلا مراعاة المآل والمحافظة على المقصد.

(1) وهو قول الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي، قال ابن قدامة: وبه نقول، ينظر: المغني: لابن قدامة، 55/5.

السبب الأول: مراعاة مآل العقد عند القول بضمان الربح

لو قال: أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فللمضارب من ذلك مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة؛ لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله، فربما لا يربح إلا مقدار المائة، فيأخذه من شرط له، ويجيب الآخر وفي هذا الشرط عيب يمكن التحرز عنه أيضا، وربما يربح أقل من مائة درهم فلا يسلم جميع المائة لمن شرط له مع حصول الربح؛ فلهذا فسد العقد(1)، لفساد الشرط المؤدي إلى الإخلال بمقصد العقد المتمثل بحصول الشراكة بين الطرفين.

وقد سُئل الإمام مالك بهذا، "قلت: أرأيت إن أخذ المال، على أن لرب المال درهما من الربح خاصا، وما بقي بعد ذلك فهو بينهما، فعمل على ذلك فربح أو وضع؟ قال: يكون الربح لرب المال، والنقصان عليه، ويكون للعامل أجر مثله"(2).

إذا كان المقارض لا يضمن حتى رأس المال فمن باب أولى ألا يضمن الربح، أو قسط منه، "قال: وسألت مالكا عن الرجل يدفع إلى الرجل مالا قراضا، على أن العامل ضامن للمال؟ قال مالك: يرد إلى قراض، مثله ولا ضمان عليه"(3).

قال ابن قدامة: متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءًا وعشرة دراهم، بطلت الشركة، وقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة(4).

وعلل الفقهاء عدم الجواز بعلَّتين(5):

الأولى: أنه إذا شـــرط دراهم معلومة، احتمل أن لا يربح غيرها، فيحصـــل على جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها، فيأخذ من رأس المال جزءا، وقد يربح كثيرا، فيســـتضـــر من شرطت له الدراهم.

(1) المبسوط: للسرخسي، 22/22.

(2) المدونة: للإمام مالك، 646/3.

(3) المصدر السابق، 647/3.

(4) المغني: لابن قدامة، 28/5.

(5) المصدر السابق نفسه.

الثانية: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء، لمَّا تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء، فسدت، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوما به، ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة، ربما توانى في طلب الربح؛ لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح.

كما يؤدي إلى معارضة مقاصد الشريعة في تطلعها إلى تنميَّة الأموال، بجميع منتجات الصناعة الماليَّة من ذلك صكوك الإجارة، ويؤول ضمان الربح في الصكوك إلى اشتراط جزء من الربح، لأن المضارب والشريك والوكيل قد يربح وقد لا يربح، وقد اتفق الفقهاء على تحريم اشترط جزء معلوم من الربح.

السبب الثاني: مراعاة مقصد التعاقد

فلو قسم رأس مال المضاربة إلى قسمين: قسم يمكن الدخول فيه مع العامل في مضاربة بربح، وقسم آخر مضاربة ليس في مقابلها ربح، فإن مقصود العقد يفضي إلى شرط يقضي بتمام الربح لأحد الطرفين دون الآخر، فيؤول مقصودُ العقد إلى أن يكون كامل الربح للعامل أو لرب المال، فهل هذا يفسد العقد؟ ولهذا اختلف في ذلك الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول رأي الجمهور: جاء عند المالكية كما في المدونة قلت: أرأيت إن دفعت إلى رجل مائتي دينار قراضا، على أن يعمل بكل مائة منهما على حدة، على أن ربح مائة منهما بيننا، وربح المائة الأخرى للعامل، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا يجوز هذا؛ لأنهما قد تخاطرا، ألا ترى أنه إن لم يربح في المائة التي جعل ربحها بينهما، وربح في الأخرى، كان قد غبن العامل رب المال، وإن ربح في المائة التي أخذها بينهما، ولم يربح في الأخرى، كان رب المال قد غبن العامل فيه، فقد تخاطرا على هذا[1]، فيكون الأصل في ذلك عدم الجوز لعلة الغبن أو المخاطرة المحرمة التي تحصل لأحد الطرفين، والجهالة التي تفضي إلى انتقال الحكم من المشروعية إلى الحرمة.

وذهب الحنفية والشافعية إلى القول إنما يُطلب في القراض أو ما يسمى بالمضاربة؛ نفيُ الجهالة على وجه يليق بمقصود العقد، وعلة ذلك أن إثبات الربح بكماله لأحدهما منافٍ لمقصود العقد، فنقول بعد ذلك: لو شرط المالك لنفسه درهمًا مثلًا، ثم قال: الربح بعده نصفان

(1) المدونة: للإمام مالك، 646/3.

بيننا، فهذا مفسد للمعاملة؛ من جهة أنه قد لا يتفق الربح أكثر من درهم، فيؤول حاصل الأمر إلى اختصاص المالك بجميع الربح المتّفق، وكذلك لو وقع الشرط على أن يختص العامل بدرهم، ثم قسمةُ الربح بعده، فهذا مفسدٌ؛ لأن الربح قد لا يزيد على درهم، فيُفضي مقصودُ العقد إلى شرط تمام الربح للعامل وكذلك لو شرط تمييز أحدِ الألفين عن الثاني، أو شرط للعامل ربح صنفٍ، فقد لا يتفق غيرُه فيُفضي الشرطُ إلى اختصاص العامل بجميع الربح[1]، ولأن هذه مخاطرة لا مضاربة، يتعذر معها مراعاة الشرط مع حصول الربح[2].

وكل ما يفضي بتمام الربح إلى أحد الطرفين فإنه يفسد المعاملة، ولو درهم واحد لأنه قد يكون هو الربح كله.

وحكى ابن قدامة: الإجماع على أنه إن دفع إليه ألفين مضاربة، على أن لكل واحد منهما ربح ألف، أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين، أو ربح إحدى السفرتين، أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه، ونحو ذلك، فسد الشرط والمضاربة؛ لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره، وقد يربح في غيره دونه، فيختص أحدهما بالربح، وذلك يخالف موضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافًا[3]، فتكون هذه المعاملة فاسدة، وقد حكي الإجماع على فسادها، وعلة فسادها التي تظهر لي هي علة مركبة من الغبن، وشبه القمار، والجهالة في العوض، فالداخل في هذه المضاربة يدخل على مخاطرة في الربح وعدم الربح.

وهناك رأي آخر: –وهو لابن القاسم– فقد قال بتصحيح هذه المعاملة على أنه أجبر في المائتين ويكون له أجرة مثله[4]، ويكون الربح لرب المال، وأجرة المثل للعامل، وهذا من أهم مبادئ تغيُّر الأحكام.

فإن عمل فله أجر مثله؛ لأنه أوفى العمل بحكم عقد فاسد[5]، فاستحق أجرة المثل، وهو ما ذهب إليه محمد من الحنفية، فإن عمل ذلك فربح مالا أو لم يربح شيئا؛ فله أجر مثله فيما عمل، وليس له من الربح شيء؛ لأن استحقاق الشركة في الربح بعقد المضاربة، والعقد

(1) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 7/455– 458.

(2) المبسوط: للسرخسي، 22/27.

(3) المغني: لابن قدامة، 5/28.

(4) المدونة: للإمام مالك، 3/646.

(5) المبسوط: للسرخسي، 22/23.

الفاسد لا يكون بنفسه سببا للاستحقاق، وإنما يستوجب أجر المثل، لأنه عمل لرب المال، وابتغى عن عمله عوضا، فإذا لم يسلم له ذلك استحق أجر المثل[1]، ومستند الترجيح بمبدأ اعتبار التصحيح؛ قاعدة: أن العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ[2].

وكان مبدأ التصحيح هذا؛ مستند القاضي[3] من الشافعية، حيث جزم باعتباره في المسألة، فقال: الوجه عندي القطعُ بتصحيحه؛ إذ لا تمييز بين الألفين، ولا فرق بين أن يقول: نصفُ الربح لك، وبين أن يقول: ربح الألف من الألفين لك. قال الجويني وهذا الذي ذكره متَّجه حسنٌ،... والعمدة فيما ذهبوا إليه هو مقتضى العقد، فإن الذي يقتضيه موجَب العقد قسمةُ الربح على الشيوع بين المالك والعامل، فهذا جارٍ على الإشاعة، وإذا قال ربح أحد الألفين لك، فهذا يتضمن تخصيصًا غيرَ مُفيدٍ، فيفسد اللفظُ، والمعول في العقود على الألفاظ[4]، ولكن الاستناد عند تعارض الألفاظ إلى الشيوع العرفي للفظ، يقوي ما ذهب إليه ابن القاسم من المالكية وقطع به القاضي حسين، وما استحسنه الجويني، فهو مستند الترجيح بمبدأ التصحيح في المسألة.

يؤول ضمان الربح في الصكوك إلى اشتراط جزء من الربح، لأن المضارب والشريك والوكيل قد يربح وقد لا يربح، وقد اتفق الفقهاء على تحريم اشترط جزء معلوم من الربح.

ثانيًا: ضمان مدير الصكوك بالتهمة والقصد

يعتبر تحقق وجود التعدي والتفريط سبب من الأسباب المباشرة للضمان، كما يعتبر عدمه من موانع الضمان، إلا أن هناك أسباب غير مباشرة تؤدي إليه؛ مثل التهمة والقصد السيء، وسيكون الحديث عنهما على النحو الآتي:

---

(1) المصدر السابق، 22/22.

(2) المصدر السابق، 23/22.

(3) القاضي حسين بن محمد بن أحمد أبو علي المروزي صاحب التعليقة المشهورة في المذهب والفتاوى، تفقه على القفال يعني المروزي، وكان يقال له حبر الأمة، وتفقه عليه أبو سعد المتولي، ومحيي السنة البغوي، وإمام الحرمين، مات في المحرم من سنة اثنتين وستين وأربع مائة، ينظر: طبقات الشافعيين: لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1413هـ- 1993م، 443/1.

(4) نهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 458/7.

أ/ التهمة وأثرها في تغيُّر حكم الضمان

يراد بالتهمة إدخال الريبة على الشخص وظنها به[1]، وهي رجحان الظن وغلبة الاحتمال بشهادة العرف في كذب ادعى الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه[2]، أي دون قيام سبب مباشر، بحيث تكون موجبة لتغيُّر اليد من يد أمانة إلى يد ضمانة.

فيكون إعمال التهمة في الضمان، قيامها في دعوى الهلاك والتعدي والتفريط، فإن استطاع رفع التهمة عن نفسه، وقامت البينة على براءته من الأسباب المباشرة للضمان، وإلا وجب إعمال التهمة؛ وذلك بناء على تقسيم الأموال إلى أموال ظاهرة وأموال باطنة.

وقد قسم الفقهاء الأموال إلى قسمين: الأول مالا يغاب أو الأموال الظاهر، والثاني ما يغاب أو الأموال الباطنة، ومحل الضمان بالتهمة؛ هي الأموال الباطنة و"علة الضمان هي التهمة"[3]، فإذا قامت البينة فإن قيامها ينفي التهمة والتفريط، وذلك معنى قولهم يسقط الضمان[4]، فإن قامت بينة بهلاكه، أو علم بأنه من غير صنعة، فلا ضمان عليه، إذ سبب الضمان معدوم، لأنه إنما يضمن لئلا يكون قد أتلفه وادعى أنه تلف بغير صنعة، فإذا علم صدقه فلا ضمان، ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له فيما يظهر تلفه؛ قُبل قوله ولم يضمنه[5]، فالأموال الظاهرة يشهد العرف بقيام التعدي عليها، والتفريط بها، وذلك لأن العرف يعتبر معيارا لضبط أسباب الضمان ومسقطاته.

وأما الأموال الغائبة أو الباطنة فإنه يغلب على تلفها قيام سبب التلف، أو التهمة بقيامه، ولا يبرأ إلا ببينة.

قال ابن عبد البر: الرهون عند مالك على ضربين، مضمونة وغير مضمونة فالمضمون منها، ما يغاب عليه من الاموال الباطنة[6].

---

(1) معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– وقنيبي، ص: 149.

(2) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد: أ.د نزيه حماد، دار القلم –دمشق، والدار الشامية –بيروت، ط/1، 1421هـ– 2001م، ص: 382.

(3) المختصر الفقهي: لابن عرفة، 376/6.

(4) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 472/2.

(5) المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 462/2.

(6) الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، 816/2.

ويقصد بالمضمونة العروض والحلي، وغير المضمونة الربع والحيوان، وكذلك أموال العارية على ضربين: مضمونة، وغير مضمونة، فالمضمونة منها: مثل الثياب، والحلي، والسلاح، وسائر العروض، وما لا يضمن منها: مثل الحيوان، والرباع[1].

ومن ارتهن أو استعار من ذلك مالا يضمن عليه على أنه ضامن له لم يلزمه ضمانه بشروطه، ومن ارتهن ما يضمن على أنه لا ضمان عليه لم يسقط عنه ضمانه بشروطه، وحمل في ذلك على سنته[2].

واستدل المالكيَّة على وجوب الضمان عليه فيما يغاب أنه قبضه لمنفعة نفسه فلم يكن له حكم الأمانة على التجريد، فإذا لم يعلم تلفه إلا بقوله؛ لزمه الضمان، فأما إذا قامت به بينة فوجه قوله لا ضمان عليه؛ لأن التهمة قد انتفت عنه بقيام البينة على أنه لا صنع له بتلفه، فلم يلزمه الضمان[3].

قال القرافي: وإذا حصل الخلاف في القول بالضمان فإنه يرجح، بغيبة المال وحضوره، فنحن نجعل كونه مغيبا عليه مرجحا للضمان لكونه مظنة التهمة فهو مناسب[4]، فصح إناطة حكم الضمان به.

ويترتب على التعليل بالتهمة متى حصلت؛ الحكم بالضمان، ومتى انتفت انتفى الحكم بالضمان، والاستدلال على حصولها هو القبض لنفسه، ومحلها في كل الأموال الغائبة.

ويناط التضمين بالتهمة، فحيث ارتفع المناط ارتفع الحكم بالضمان، ولذا تنفذ قوة التهمة إلى قابض رأس المال وكيلا أو مضاربا أو شريكا وتعتبر أولى في التضمين من اعتبار الأسباب المباشرة، ولا يرفعها إلا بينة.

ويكيَّف تضمين مدير الصكوك على تضمين الأجير المشترك بالتهمة، وقد اختلف في ذلك الفقهاء على أقوال:

(1) التفريع في فقه الإمام مالك: لابن الجَلَّاب، 285/2.

(2) المصدر السابق، 274/2.

(3) المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 510/2.

(4) الذخيرة: للقرافي، 113/8.

ذهب الحنفية إلى القول: ولا يضمن الأجير المشترك المتاع أمانة في يده، أي إن هلك لم يضمن شيئا، عند أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه بالقبض فيضمنه إذا تلف في يده[1].

ويعتبر إعمال التهمة مناطًا لتغيُّر الأحكام، وذلك مثل الراعي المشترك ضامن؛ لأنه قد نصب نفسه لذلك فصار كالصانع[2]، ونقل عن ابن رشد: أنه أفتى بتضمينه، إلا أن يكون مشهورًا بالخير فلا ضمان عليه، وإليه أشار على الأظهر، وقال ابن رشد: رأيت بعض قضاة الإسكندرية ضمن السمسار، وكأنه ذهب إلى أن ذلك من مصالح العامة؛ لفساد الزمان[3]، فتغيَّر بذلك الحكم الشرعي، فصار السمسار يضمن ما في يده.

وروي أن عمر –رضي الله عنه– كان يضمن الأجير المشترك[4]، احتياطا لأموال الناس، وهو المعنى في المسألة، وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون؛ لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك[5]، فأناط الحكم بمقصد كلي وهو حفظ المال.

---

(1) الجوهرة النيرة: لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، المطبعة الخيرية، ط/1، 1322هـ، 264/1.

(2) وإلى هذا ذهب ابن حبيب على قول ابن المسيب والحسن ومكحول والأوزاعي، ينظر: التبصرة: للَّخمي، 4995/11، والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 224/4.

(3) تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي: لتاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري (المتوفى: 803 هـ)، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب . د. حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط/1، 1434هـ- 2013م، 575/4.

(4) البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع- الرياض- السعودية، ط/1، 1425هـ- 2004م، كتاب: الإجارة، الحديث الخامس، ومسند الفاروق: لابن كثير، كتاب البيوع، رقم: 47، والكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، في الأجير يضمن أم لا، رقم: 20489، قال الشافعي: وقد روي من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب ضمن الغسال والصباغ وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك، ينظر: السنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: الإجارة، باب: ما جاء في تضمين الأجراء، رقم: 11664.

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 210/4.

وذهب الشافعية إلى أن يد الأجير المشترك مختلف فيها، فإذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه؛ ففيه قولان، أحدهما: إنها يد ضامنة يلزمها ضمان ما هلك فيها كالمستعير؛ ولأن الأجرة ترجع إليه فوجب أن يكون الضمان عليه[1].

فكان لاعتبار مصلحة الناس أثر في الترجيح وتقديمها على مقتضى القياس، إذا الأصل أن يد الأجير المشترك يد أمانة، ولكن مراعاة ولي الأمر لمصلحة الناس وحفظ أموالهم الذي هو مقصد كلي من مقاصد الشريعة جعلته يقضي بتقديمه على القياس، وذلك إعمالا لمقتضى التهمة، التي هي مناط تغيُّر الحكم الشرعي.

ب/ أثر النيَّة في تغيُّر حكم الضمان

إذا لم يستطع القابض نفي التعدي والتفريط عن نفسه، ولم نستطع إثباته عليه، فينبغي اعتبار أثر النيَّة في ضمان المضارب –مدير الصكوك أو وكيل حملة الصكوك– وعدم ضمانه، وذلك بالكشف عن قصده باعتباره المكلف بمقتضى إدارة الصكوك؛ هل نوى بهذه المضاربة الشراء لنفسه أو نوى به لوكيله، فإن شرى لنفسه فإنه يضمن، قال الباجي: "الْمُبْضِعَ مَعَهُ يَضْمَنُ الْبِضَاعَةَ إذَا اشْتَرَى بِهَا لِنَفْسِهِ"[2]، لهذا جاء في حوار عبيد الله بن عمر مع أبيه –رضي الله عنهما– فقال: «ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك لَضَمِنَّاهُ»[3]، بخلاف لو اشترى لغيره فلا يضمن.

ويكون القول قول المضارب عند المنازعة، قال ابن قدامة: "وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه، وما يدعى عليه من خيانة وتفريط، وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة؛ لأن الاختلاف هاهنا في نيته، وهو أعلم بما نواه، لا يطلع على ذلك أحد سواه، فكان القول قوله فيما نواه"[4]، بهذا يكون للنيَّة والقصد في التصرف أثر في تغيُّر الحكم الشرعي، والحكم بالضمان أو عدم الضمان.

(1) الحاوي الكبير: للماوردي، 501/6– 426/7، ونهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 157/8.

(2) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 150/5.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: القراض، باب ما جاء في القراض، رقم: 2534.

(4) المغني: لابن قدامة، 55/5، كذلك في اللقطة إذا أخذها اللَّاقط بنية الحفظ تكون يده يد أمانة فلا يضمن، وإن أخذها بنية التملك فيده يد ضمانة.

وكذلك الوكيل بالشراء، فإنه إذا زاد يصير مشتريًا لنفسه؛ لأنه لم يضف أصل العقد إلى الموكل، وإنما أضافه إلى نفسه فتتمكن التهمة في تصرفه من حيث إنه قصد الشراء لنفسه، ولما علم بغلاء الثمن حوله إلى الآمر[1].

يتبن لي من خلال هذه النقولات أن قصد الضمان والتوسل إليه بشرط مباح –كان المباح أجلا أو غيره– يجوز، وعليه؛ فإنَّ علم الوكيل أن القصد من هذا الشرط ترتب الضمان؛ فله الفسخ، و"العادة اليوم أن الناس لا يقصدون بالأجل التضمين إلى ذلك الأجل، ومعلوم أنه على التعجيل أحرص، وإن كان علم أنه قصد أن يضمن له، صح أن يفسخ البيع وتعاد إليه سلعته"[2]، فيتأثر الحكم بالقصد، فيتغيَّر من الإمضاء إلى الفسخ، لأن القصد ولو كان فاسدًا؛ فإنه يؤثر على صحة المعاملة، وذلك لأن العبرة بالمعاني والمقاصد، فينبغي ملاءمة قصد المكلف –كان مديرًا أو وكيلًا– لمقاصد الشريعة وغاياتها في تصرفاته.

ثالثًا: ضمان الطرف الثالث

عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة ضمان الطرف الثالث مستنده أنه التزام بالتبرع لجبر الخسارة في رأس المال في عقد استثمار مع غير المتبرع، وبيانه يجوز تعهد طرف ثالث غير المضارب أو وكيل الاستثمار، وغير أحد الشركاء بالتبرع لتعويض عن الخسارة دون ربط بين هذا التعهد وبين عقد التمويل بالمضاربة، أو عقد الوكالة بالاستثمار[3]، وهو مخصوص بحماية رأس المال، ولا علاقة له بالعائد أو الربح.

وصدر عن مجمع الفقه الإسلامي أنه ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على

(1) المبسوط: للسرخسي، 117/19.

(2) التبصرة: للَّخمي، 3010/7، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 230/5، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 154/14، وجواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: 880هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، ط/1، 1417هـ – 1996م، 216/1، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 180/6.

(3) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار: الضمانات، رقم: 5، بند: 6/6، ص: 136، وملحق: د، مستند الأحكام الشرعية، ص: 147، ومعيار صكوك الاستثمار، رقم: 17، بند: 7/8/1/5، ص: 478.

أن يكون التزامًا مستقلًا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطًا في نفاذ العقد، وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد[1].

وقيل: هو تعهد ملزم بتقديم هبة تعادل قيمة الأصول الاسميَّة في حال تعرضها للهلاك مهما كان سببه، أي حتى لو كان ناشئا عن تعدٍ أو تقصير من المدير إذا لم يتمكن حملة الصكوك من إلزامه بالتعويض؛ لأن هذا الإلزام له الأولوية فهو حكم شرعي، أما التعهد فهو التزام عقدي مشروع أيضًا[2]، فهو سبيل لحماية الصكوك من المخاطر، ولا ينتقل إلى طرف آخر بحال من الأحوال.

رابعًا: استرداد الصكوك

الاسترداد في اللغة: من رَدَّ قال ابن فارس: الرَّاءُ وَالدَّالُ أَصْلٌ وَاحِدٌ مُطَّرِدٌ مُنْقَاسٌ، وَهُوَ رَجْعُ الشَّيْءِ[3]، واسترد طلب رجوع الشيء.

الاسترداد في الاصطلاح: يراد به شراء الحصة الاستثمارية أو الوحدة أو الصك أو السهم من المستثمر، وردها إلى الوعاء، وخروج المسترد منه[4]، وقد يعبر عنه بالإطفاء[5].

فلو انسحب أحد المستثمرين ببيع أو قسمة أو مبادلة حصته في الاستثمار من طرف داخلي شريك له في الوعاء الاستثماري أو من طرف خارجي، فإنه يترتب على الانسحاب أو الاسترداد أثر في الحكم الشرعي حال كون المسترد داخليا أو خارجيا.

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، قرار رقم: 30(3/4).

(2) المخاطر في الصكوك وموقف الشريعة منها: أ. د عبدالستار أبو غدة، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي لتنمية، جامعة الملك عبدالعزيز- جدة، 10-1431/6/11هـ، 24-2010/5/25م.

(3) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الراء، باب: الراء وما معها في الثنائي والمطابق، رد.

(4) القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية "حسابات الاستثمار": أ. د عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 13، ص: 1075.

(5) المراد لغة: من طفا: تقول طَفِئَتِ النَّارُ تَطفَأُ طُفُوءًا وأَطفَأْتُها، إذا سكن لَهَبِها وبَرَد جَمْرُها، ينظر: كتاب العين: الخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف: الطاء، باب الثلاثي المعتل من الطاء، باب الطاء والفاء و (وا يء).

ويمكن تكييف الاسترداد بأنه إما أن يكون ببدل من خارج الوعاء الاستثماري، وهو ما يقدمه الوعاء المضارب أو وكيل الاستثمار من أمواله الذاتية، فيكون تكييف الاسترداد أنه بيع، وإما أن يكون البدل جزءًا من السيولة المتاحة في الوعاء، فيكون عقد قسمة ومبادلة[1]، فيكيَّف بحسب طبيعة البدل، فإن كان البدل خارجيًّا يكون الاسترداد بيعًا، وإن كان البدل داخليًّا يكون الاسترداد قسمة أو مبادلة، ويتم الاسترداد بوعد وبغير وعد، ويكون لصالح مدير الصكوك أو المصدر أو أحد حاملي الصكوك، وبيان ذلك في الآتي:

أ/ التعهد باسترداد الصكوك

تعهد بالشراء قد يتم بين المستثمر والمدير بشكل اتفاقي أو بتعهد سابق، يمثل التعهد إيجابا من المدير ويحتاج إلى قبول من المستثمر، وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي على مشروعيَّة التعهد بإعطائه الإيجاب المفتوح الموجه للجمهور: "يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة وفقًا لظروف السوق والمركز المالي للمشروع، كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه"[2].

فإذا كان الاسترداد من طرف خارجي أو من أحد أطراف الاستثمار فإنه لا يخلو أن يكون بأحد القيم؛ إما بالقيمة السوقية، أو بالقيمة الرضائية يتفق عليها الطرفان، أو بالقيمة الاسميَّة.

وهو ما قررته معايير هيئة المحاسبة والمراجعة، حيث جاء في المعيار يجوز أن يصدر أحد أطراف الشـــركة وعدًا ملزما بشـــراء موجودات الشـــركة خلال مدتها أو عند التصفية بالقيمة الســـوقية أو بما يتفق عليه عند الشراء، ولا يجوز الوعد بالشراء بالقيمة الاسميَّة[3]،

(1) القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية "حسابات الاستثمار": أ. د عبد الستار أبو غدة، ص: 1087.

(2) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، القرار رقم: 30 (3/4).

(3) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الشركة المشاركة الشركات الحديثة، رقم: 12، بند رقم: ٣/١/٦/٢، ص: 334.

وهو رأي جملة من الباحثين منهم؛ عبدالله محمد العمراني[1]، وحامد حســـن ميرة[2]، وكلهم يعتبرون المآل للقيمة المحددة سابقًا، وأن المعاملة تؤول إلى ضمان المدير أو الشريك لرأس المال أو لحصـــة شـــريكه، أو إلى قرض بزيادة مقابل الأجل، وهذا هو المراد بإطلاق مبدأ استرداد الصكوك.

فلو أطلق الاسترداد أو الإطفاء فإنما يراد به بالقيمة الاسميَّة، كما في ملحق الصكوك نموذج: (2) الشريحة السابعة من برنامج الصكوك الإسلامية الذي أصدرته دار أركان[3]، 2020/2/19م وفيه أن موعد استحقاق الصكوك 2027/2/26م، وبعائد أو معدل ربح 6.875% سنويًا، وبشروط أحقية الاسترداد بالكامل عند الاستحقاق، وهو محل إشكال شرعي.

ب/ التعهد باسترداد الصكوك بالقيمة الاسميَّة

اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون والهيئات الشرعية في الاسترداد بالقيمة الاسميَّة إلى قولين:

القول الأول: عدم جواز التعهد بالاسترداد بالقيمة الاسميَّة

إذا كان الاسترداد من مدير الوعاء أو أحد المستثمرين في الوعاء فإنه إذا كان بتعهد سابق فلا يجوز أن يقع التعهد بالقيمة الاسميَّة، لأن ذلك يؤدي إلى ضمان المدير أو الشريك لحصة شريكه، وهو ممنوع شرعًا، ولكن يجوز أن يكون التعهد بالقيمة السوقية العادلة – صافي قيمة الأصول– أو بأي قيمة يتم الاتفاق عليها في حينه، حتى لو كانت هي القيمة السوقية ما دامت لم يتعهد بها سابقًا[4].

(1) التحوط في المعاملات المالية: د. عبد الله بن محمد العمراني، ورقة مقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الحادية والعشرون، الرياض، 15-1435/1/21هـ، الموافق: 18-24 /2013/11 م، ص: 10.

(2) ملكية حملة الصكوك وضماناتها: د. حامد حسن ميرة، منشور ضمن بحوث ندوة البركة الثانية والثلاثين لاقتصاد الإسلامي، المنعقدة 10- 1432/9/11هـ 10- 2011/8/11م، ط/1، البحرين: إدارة البحوث والتطوير، مجموعة البركة المصرفية، 1432هـ- 2011م، ص: 19- 92.

(3) ينظر: ملحق الصكوك الإسلامية، نموذج: (2) في آخر البحث.

(4) المخاطر في الصكوك وموقف الشريعة من ضمانها: أ. د عبد الستار أبو غدة، ص: 262، والقراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية "حسابات الاستثمار": أ. د عبد الستار أبو غدة، 1088/13.

وقرر مجمع الفقه الإسلامي بالنص أنه لا يجوز للمضارب أو الشريك أو الوكيل أن يتعهد بشراء الصكوك أو أصول الصكوك بقيمتها الاسميَّة، أو بقيمة محددة سلفًا، بما يؤدي إلى ضمان رأس المال أو إلى نقد حال بنقد مؤجل أكثر منه، ويستثنى من ذلك حالات التعدي والتفريط التي تستوجب ضمان حقوق حملة الصكوك[1].

كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن التحوط في المؤسسات المالية[2]، هناك جملة من التحوطات والاشتراطات والتعهدات التي تتضمنها إصدارات الصكوك تخالف الضوابط الشرعية وما أكد عليه قرارا المجمع رقم: 30 (3/4) 1988م، بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، ورقم 188 (20/3) بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلامية، منها:

- ضمان القيمة الاسميَّة من قبل المُصدر (مضاربا، شريكا مديرا، وكيلا بالاستثمار).
- تعهد المضارب بإقراض محفظة الصكوك لضمان حد معين من توزيع الأرباح.
- اشتراط عدم تمكن حملة الصكوك من التصرف مثل عدم التصرف في العين المؤجرة في حال العجز عن سداد الأقساط.
- عدم نقل ملكية أصول الصكوك للمستثمرين أو حملة الصكوك مما يعني عدم دخولها في ضمانهم وعدم استحقاق العائد، لأنهم لم يتحملوا الغرم مقابل الغنم، ومما يدل على ذلك بقاء تلك الأصول في ميزانية المُصدر غالبا.
- اشتراط أن تتضمن نشرة الإصدار إقراض المدير حملة الصكوك في حال نقص الربح الفعلي عن نسبة معينة، وغالبا ما يربط هذا الشرط بأن الربح إذا تجاوز تلك النسبة فيعود الزائد كله للمدير في شكل حافز.

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلاميَّة، المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من 26 /10/ إلى 2 من /11/ 1433هـ، الموافق 13- 18 /2012/9م، قرار رقم: 188(3/20).

(2) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عمليات التحوط في المؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، خلال الفترة من: 07- 09 /1441/3هـ- الموافق: 04- 06 /2019/9م، رقم: 238 (9/24).

كما جاء في شروط معيار صكوك الاستثمار "ألا تشتمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسميَّة في غير حالات التعدي والتقصير ولا قدرًا معينًا من الربح"[1].

أدلتهم: استدل أصحاب هذا القول بعدد من الأدلة منها:

– الإجماع على أن الشريك والمضارب والوكيل لا يضمن رأس المال لأن يده يد أمانة.

وقد أجاب الإمام مالك عن الرجل يدفع إلى رجل مالا قراضا، ويشترط على الذي دفع إليه المال الضمان، فأجاب: لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه، وما مضى من سنة المسلمين فيه، فإن نما المال على شرط الضمان، كان قد ازداد في حقه من الربح من أجل موضع الضمان، وإنما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه إياه على غير ضمان، وإن تلف المال لم أر على الذي أخذه ضمانا، لأن شرط الضمان في القراض باطل[2].

كما قال إن لرب المال إذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضي فساد العقد، ووجهه أن عقد القراض لا يقتضي ضمان العامل، وإنما يقتضي الأمانة، ولا خلاف فيه، ولذلك إذا شرط نقل الضمان عن محله، بإجماع، اقتضى ذلك فساد العقد والشرط[3].

قال ابن قدامة: متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة، فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافًا والعقد صحيح، نص عليه أحمد –رحمه الله–[4].

قد يريد رب المال أن يجعل نصف المال في ضمان العامل، وهذا لا يجوز وفاقا؛ لأن الخراج بالضمان[5].

وبهذا يكون قد تحول الأمناء عند اشتراط الضمان عليهم إلى مقترضين، وذلك أمر لا سبيل إلى قبوله شرعًا، لما فيه من تفريغ عقود الأمانة من مضمونها، وتعريتها عن حقيقتها، والتوسل بها إلى القروض الربوية[6]، وتتحول المواقف، فيؤول المضارب أو

(1) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار صكوك الاستثمار، رقم: 17، بند رقم: 7/8/1/5، ص: 478.

(2) الموطأ: للإمام مالك، كتاب القراض، مالا يجوز من الشرط في القراض، رقم: 2552.

(3) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 96/7.

(4) المغني: لابن قدامة، 49/5.

(5) مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 85/30.

(6) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد: أ.د نزيه حماد، ص: 373.

الشريك أو الوكيل من كونه وكيلًا أمينًا إلى كونه مقترضًا ضامنًا، فتؤول المعاملة بذلك إلى قرض جر نفعا[1].

ووجه الإجماع على أن مدير الصكوك سواء كان شريكًا أم مضاربًا أم وكيلًا لا يضمن رأس المال، ولا يضمن كل ما يؤدي إلى ضمان رأس مال الصكوك.

ورد القائلون بجواز تضمين المضارب بعدم صحة الإجماع، لأنه يجوز التضمين بالشرط، قال الشوكاني: ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط وإذا ضمنوا ضمنوا لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد[2]، وإنه إذا شرط ضمانها لزم وإن لم يشترط لم يلزم[3].

ويمكن مناقشتهم بأن الاستدلال على رد الإجماع بتضمين المستعير بالشرط لا يستقيم؛ لأن العارية يلزم ردها كما هي، ولا ينتج من ضمانها محظور شرعي، أما رأس مال المضاربة والشركة أو الوكالة بالاستثمار فيلزم رده كما هو، وضمانه يؤول إلى أن يكون قرضا ربويا بفائدة[4].

ويعدّ القياس على العارية قياسًا فاسد الوضع[5]، كون الجامع ثبت اعتباره بالإجماع، فثبت أن يد المضارب والشريك والوكيل يد أمانة، فلا يصح اشتراط الضمان.

وليس ضمان المستعير للعارية أصلًا لضمان رأس مال الاستثمار، فهذا النقد الوارد على الإجماع لا يصح لأنه واقع في غير المحل، إذ استدلالهم بالقياس موجه إلى موضع ضمان المستعير للعارية، والإجماع إنما وقع على ضمان الشريك والوكيل والمضارب لرأس المال،

(1) ملكية حملة الصكوك وضماناتها: د. حامد حسن ميرة، ص: 92.

(2) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: للشوكاني، ص: 587.

(3) وهو مذهب جبارة وأبي قتادة وعبيد الله بن حسن العنبري وداود الظاهري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: للماوردي، 118/7.

(4) إطفاء أو استرداد صكوك الاستثمار في الفقه الإسلامي عن طريق البيع: دراسة مقارنة، لحسام الدين خليل فرج محمد، وعارف علي عارف، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، /3/ 1437هـ- /2016/12م، العدد: 2، 225/13.

(5) بأن لا يكون الدليل على الهيئة الصالحة لاعتباره في ترتيب الحكم، ينظر: جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي، ص: 101-102.

فيكون الدليل فاسد الوضع فلا يصح ترتب الحكم عليه، لذلك يبقى دليل عدم جواز الاسترداد بالقيمة الاسميَّة هو الإجماع.

القول الثاني: جواز التعهد بالاسترداد بالقيمة الاسميَّة

ذهب مجموعة من الباحثين منهم؛ الدكتور سامي حمود[1]، والدكتور علي القري[2]، إلى القول بجواز التعهد بالاسترداد بالقيمة الاسميَّة -وإن أدى إلى تضمين المضارب- بشرط تحمل الخسارة، وهو المعنى الحقيقي للضمان بالقيمة الاسميَّة.

أدلتهم: استدل القائلون بجواز تضمين المضارب بأدلة منها:

الدليل الأول: الاستصحاب وأن المسألة اجتهادية ولا ورود لدليل من الكتاب أو السنة على منع هذا الضمان[3].

وأن الأصل في جميع الشروط الحل والإباحة[4]، إلا شرطًا أحل حراما أو حرم حلالا، ومستندهم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: 1].

قال النبي -ﷺ-: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[5].

وقوله تعالى: ﴿وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [الأنعام: 119]، مع قوله -ﷺ-: «وما سكت عنه فهو مما عفا عنه»[6]، فكل ما لم يبين الله ولا رسوله -ﷺ- تحريمه من

(1) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية: سامي أحمد حسن أحمد حمود، مكتبة الشرق، عمَّان- الأردن، ط/2، 1402هـ- 1982م، ص: 400- 401.

(2) أحكام ضمان الصكوك وعوائدها: د. محمد علي القري، بحث مقدم لندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم وتوصياتها المنعقدة في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة، خلال الفترة 10-11 /1431/6هـ، الموافق 24-25 /2010/5م، بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ص: 243-244.

(3) المرجع السابق، ص: 243.

(4) المرجع السابق، ص: 246.

(5) صحيح البخاري، كتاب: الإجارة، باب: أجر السمسرة، رواه البخاري معلقا، وروي مرفعا في سنن أبي داود، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، رقم: 3594، وسنن الترمذي، أبواب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله -ﷺ- في الصلح بين الناس، رقم: 1352.

(6) سنن أبي داود، أول كتاب الأطعمة، باب: ما لم يُذكَرْ تحريمه، رقم: 3800،

المطاعم والمشارب والملابس والعقود والشروط فلا يجوز تحريمها، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه[1].

وجمهور الفقهاء على خلافه، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه[2].

ويمكن أن نقول في بيان الشرط الحق والشرط الباطل: أنَّ هناك قضيتين كليتين من قضايا الشرع الذي بعث الله سبحانه به رسوله -ﷺ-[3]:

إحداهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائنا ما كان.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه -وهو ما يجوز بذله وفعله بدون الشرط- فهو لازم بالشرط، ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليهما كتاب الله عز وجل وسنة رسوله -ﷺ- واتفاق الصحابة -رضي الله عنهم- ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع؛ فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين، فكل طاعة جاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذلك كل شرط قد جاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط، فمقاطع الحقوق عند الشروط، ومن ثمّ فالشرط الجائز بمنزلة العقد، بل هو عقد وعهد.

بناء على هذا المذهب فإن كل شرط لم يثبت تحريمه، أو النهي عنه فإنه يعتبر سائغًا شرعًا، بناء على عمومات الكتاب والسنة القاضية برفع الحرج[4].

الرد عليهم: يمكن الرد بأن انتفاء الدليل والبراءة الأصلية؛ آخر ما يستدل به ويأتي بعد استقراء الأدلة ومواقع المعاني والكشف عن الواقع والواقعة.

ومن قال بأن الأصل في حليَّة الشروط وإباحتها أن النص الدال على ذلك عام مخصوص بنص آخر هو قول رسول الله -ﷺ- على المنبر: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا، لَيْسَ فِي

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 164/3.

(2) المصدر السابق، 107/3.

(3) المصدر السابق، 379/5.

(4) أحكام ضمان الصكوك وعوائدها: لمحمد علي القري، ص: 247.

كِتَابِ اللَّهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ»[1]، والخاص مقدم على العام، للقاعدة: إذا اجتمع خاص وعام يقدم الخاص[2].

وقال ابن عبد البر: ومعنى قوله هنا في كتاب الله أي في حكم الله وحكم رسوله، أو في ما دل عليه الكتاب والسنة فهو باطل[3]، يخرج مخرج العام ووجه الاستدلال على أنه لم يشر إلى موضع نفي الترتب، فخرج مخرج المدح فلا يعتبر عمومه.

ويؤخذ منه المدح فقط، دون الحكم فالمسلمون عند شروطهم، الألف واللَّام للاستغراق في العموم، وقد منعها نص كل شرط ليس في كتاب الله ولو كان مائة شرط، وكذا العموم في (ما) من قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: 119]، أو «وما سكت عنه فهو مما عفا عنه»[4]، لا يترتب عليها حكم، ولذلك كل شرط يؤول إلى ضمان رأس مال الصكوك وليس في كتاب الله ولا سنة رسوله -ﷺ- فهو باطل.

كما استدل القائلون بجواز الاسترداد بالقيمة الاسميَّة: بما روي عن ابن مسعود -رضي الله عنه- ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية، واشترطت عليه، أنك إن بعتها، فهي لي بالثمن الذي تبيعها به. فسأل عبد الله بن مسعود، عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-: «لا تقربها، وفيها شرط لأحد»[5]، قال الإمام أحمد: "شرطها جائز، ولكن لا يطأها المشتري"[6].

قال ابن عبد البر: أما ظاهر قول عمر لابن مسعود لا تقربها فيدل على أنه أمضى شراءه لها، ونهاه عن مسيسها[7].

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: الشروط، باب: المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، رقم: 2735، وصحيح مسلم، كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، رقم: 1504.

(2) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: للعطار، 415/2.

(3) الاستذكار: لابن عبد البر، كتاب: النكاح، باب: ما لا يجوز من الشروط في النكاح، رقم: 1073.

(4) سنن أبي داود، أول كتاب الأطعمة، باب: ما لم يُذكَرْ تحريمه، رقم: 3800.

(5) الموطأ: للإمام مالك، كتاب البيوع، ما يفعل في الوليدة، إذا بيعت والشرط فيها، رقم: 2280.

(6) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: لإسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج (المتوفى: 251هـ)، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1425هـ- 2002م، رقم: 1875.

(7) الاستذكار: لابن عبد البر، 293/6.

قال ابن قدامة: ولم يقل عمر في ذلك البيع: فاسد، فحمل الحديث على ظاهره، وأخذ به، وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته، والقياس يقتضي فساده[1]، فيكون البيع صحيحا، والشرط فاسدا[2].

ووجه الاستدلال: أن تضمَّن عقد الصكوك شرط البيع بالقيمة الاسميَّة للبائع أو سعرًا متفقًا عليه مسبقًا -إذا رغب المشتري في البيع- لا يخرج من حيث المعنى عن الشرط الذي أجازه كل من عمر وابن مسعود وزينب الثقفية -رضي الله عنهم-[3].

الرد عليهم: أن حديث عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية، واشترطت عليه، أنك إن بعتها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود، عن ذلك عمر -رضي الله عنه- فقال له: «لَا تَقْرَبْهَا وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ»[4]، روي بهذا اللفظ من طريق أصح، بلفظ الثمن الذي تبيعها به، أي بالقيمة السوقية أو الرضائية، وليس بالثمن الذي شريتها به "أي القيمة الاسميَّة" بل إنه أخرج من طريقين صحيحتين[5].

كما يفهم من لفظ الحديث "لا تقربها" معنى النهي عن المسيس وفساده، فإنه يتحمل معنى آخر هو "تنح عنها، وافسخ البيع فيها، فهو بيع فاسد"[6]، ويؤيد هذا المعنى قول عمر -رضي الله عنه-: «لَيْسَ مِنْ مَالِكِ مَا كَانَ فِيهِ مَشُوبَةٌ لِغَيْرِكَ»[7]، والإمام مالك كره هذا البيع قال: في من اشترى جارية على شرط أنه لا يبيعها، ولا يهبها، أو ما أشبه ذلك من الشروط؛

---

(1) المغني: لابن قدامة، 76/4.

(2) المصدر السابق، 76/4.

(3) إطفاء أو استرداد صكوك الاستثمار في الفقه الإسلامي عن طريق البيع: لحسام الدين، وعارف علي، 228/13.

(4) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: ما يفعل في الوليدة، إذا بيعت. والشرط فيها، رقم: 2280، والسنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: الشرط الذي يفسد البيع، رقم: 10829.

(5) الأول: عن فهد بن سليمان، عن أبي غسان مالك بن إسماعيل النهدي شيخ البخاري، عن زهير بن معاوية الكوفي أحد الأئمة الحنفية، روى له الجماعة، عن عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب، روى له الجماعة، عن نافع ... إلى آخره، والثاني: عن محمد بن النعمان السقطي، عن سعيد بن منصور، عن هشيم بن بشير ... إلى آخره، ينظر: نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- قطر، ط/1، 1429هـ- 2008م، 45/12.

(6) الاستذكار: لابن عبد البر، 293/6، والبيان والتحصيل: لابن رشد، 67/8.

(7) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: للأبي بكر بن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، باب: الرجل يشتري الجارية على أن لا يبيع ولا يهب، رقم: 21748.

فإنه لا ينبغي للمشتري أن يطأها، وذلك، أنه لا يجوز له أن يبيعها، ولا أن يهبها، فإذا كان لا يملك ذلك منها، فلم يملكها ملكا تاما؛ لأنه قد استثني عليه فيها ما ملكه بيد غيره، فإذا دخل هذا الشرط، لم يصلح، وكان بيعا مكروها[1]، ولا خير في ذلك[2]، وأن عمر –رضي الله عنه– أبطل بيع عبد الله بن مسعود، وعبد الله تابع عمر على ذلك ولم يخالفه فيه، ولو كان عنده خلافه لخالفه في ذلك[3]، وقال إسحاق[4]: إلا أن في معنى احتجاجه ممنوع من ملكه[5]، وهذا من الشروط التي لا يملكها معها المشتري ملكًا تامًا[6]، فيكون الملك غير تام، وهو مذهب الجمهور[7].

وعليه؛ إن الغاية من الاستدلال –عند القائلين بجواز اشترط الضمان– هو إثبات صحة الشرط، وقد جمع ابن قدامة الروايات التي استدلوا بها على صحة ما ذهبوا إليه؛ بقوله: "فيكون البيع صحيحا، والشرط فاسدا"[8]، وبهذا يكون قد انتهى بهم دليلهم إلى بطلان الشرط، فينقلب الدليل عليهم وليس لهم.

واستدلوا: بانقلاب العلاقة بين حملة الصكوك ومصدرها، إلى علاقة مداينة، لا يعني أنها كانت دين ابتداء بل هي عقد مستحدث في الابتداء وعقد دين في الانتهاء عند التصفية والاسترداد، مثله مثل حالة التعدي والتفريط فإن القول بضمان رأس مالها يقلب المعاملة دينا.

(1) الموطأ: للإمام مالك، كتاب البيوع، ما يفعل في الوليدة، إذا بيعت والشرط فيها، رقم: 2282.

(2) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 744/12.

(3) نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار: لبدر الدين العينى، 42/12.

(4) إسحاق بن إبراهيم بن مخلد أبو يعقوب المعروف بابن راهويه، مولده سنة ست وستين ومائة وموته سنة ثلاث وأربعين ومائتين بنيسابورى، ينظر: طبقات الحنابلة: لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: 526هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة– بيروت، 109/1.

(5) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: لابن بهرام المروزي الكوسج، رقم: 1875.

(6) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 745/12، 112/14.

(7) نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار: لبدر الدين العينى، 45/12، وبحر المذهب في فروع المذهب الشافعي: لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (المتوفى: 502 هـ)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، ط/1، 2009م، 24/5، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 135/5، والمجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي: للنووي، 367/9.

(8) المغني: لابن قدامة، 76/4.

يعدّ انقلاب الصكوك إلى دين أمر وارد في عقد الشركة والمضاربة، فإذا حصل التنضيض والقسمة في المضاربة وجب أن يسلم المضارب لرب المال رأسماله أو ما سلم منه، وحصته من الربح إن وجدت، فإذا لم يفعل فهو ضامن، وتنقلب العلاقة بين المضارب ورب المال إلى علاقة مداينة ويصبح المبلغ المستحق دينًا في ذمته[1]، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بما ورد في التراث الفقهي من اقلاب صفات كثير من المعاملات.

ومن ذلك ما جاء عن الإمام مالك، عن زيد بن أسلم، عن أبيه؛ أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب –رضي الله عنهم– في جيش إلى العراق، فلما قَفَلا مرَّا على أبي موسى الأشعري –رضي الله عنه– وهو أمير البصرة، فرحَّب بهما وسهَّل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفَعُكما فيه، ثم قال: بلى، هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأُسلِفُكُمَاه، فتبتاعان به متاعًا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤدِّيان رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما الربح، فقالا: ودِدَنا، فَفَعَلَ، فكتب إلى عمر بن الخطاب، أن يأخذ منهما المال، فلما قدِما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر، قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: أبناء أمير المؤمنين فأسلفكما، أدِّيا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله، فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك لضمناه، فقال عمر: أدِّياه، فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضا، فقال عمر: قد جعلته قراضا، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله، وعبيد الله، ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال[2]، فقد دفع المال إليهما على وجه القرض والسلف، فانقلب قراضا.

ويحدث ذلك في كثير من المعاملات فعلى سبيل المثال؛ هبة الثواب عند الحنفية قالوا فيها: "فإن الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء"[3]، فهي بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع، وبيع انتهاء؛ لأنها ترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة، ولأنها اشتملت على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون

(1) أحكام ضمان الصكوك وعوائدها: لمحمد علي القري، ص: 242.

(2) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: القراض، باب ما جاء في القراض، رقم: 2534.

(3) المبسوط: للسرخسي، 79/12، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 132/6،

ابتداؤها معتبرا بلفظه، فتجري فيها أحكام الهبة، وانتهاؤها معتبرا بمعناه فتجري فيه أحكام البيع[1].

ومثله الاستصناع ينعقد إجارة ابتداء ويصير بيعًا انتهاء[2]، لأن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع وقيل: ينعقد إجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم؛ لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما بل يستوفى من تركته، والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب[3].

أما التولية عند المالكية؛ فإن البائع الأول قد يشترط النقد على المشتري، وقد لا يكون معه نقد، فإذا اشترط المشتري ذلك على من ولاه أن ينقد الثمن عنه ثم ولاه بعد ذلك، كان ذلك سلفا ابتداء من حيث شرط النقد وبيعا انتهاء من حيث أخذ المبيع في نظير الثمن[4].

وينبني التقاط اللقطة عند الشافعية على أصل، وهو: أن ابتداء اللقطة أمانة، وفيها ولاية، من حيث إن الملتقط حفظها؛ كالولي: يحفظ مال الصبي، وانتهاؤها اكتساب؛ فإن الملتقط يملكها بعد التعريف، فهي أمانة وولاية ابتداء، وتمليك انتهاء[5].

وكذلك الصكوك فإنها شركة أو مضاربة أو وكالة أو إجارة أو بيع ابتداء إلى أن يتوقف التداول، وتنقلب بسبب الشروط المتفق عليها إلى دين ثابت في الذمة انتهاء عند الاسترداد.

وهذا غيرُ مسلَّم به، فإن قيل أن الصكوك يجب أن تطبق عليها أحكام الديون لأنها ستنقلب إلى ذلك، كان الرد عليهم، أن العقود تأخذ أحكام حالها في كل مرحلة[6]، وبناء عليه فإن الصكوك تأخذ أحكامها في كل مرحلة على حدة، ولا علاقة لمرحلة بأخرى.

---

(1) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 102/5.

(2) المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة: لابن مَازَةَ البخاري الحنفي، 137/7.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 102/5.

(4) شرح مختصر خليل للخرشي: للخرشي، 167/5، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 156/3، وبلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: لأحمد بن محمد الصاوي المالكي، 76/2.

(5) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: للبغوي، 559/4، والعزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير: للرافعي، 343/6، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 580/3.

(6) أحكام ضمان الصكوك وعوائدها: لمحمد علي القري، ص: 242– 254.

ورد عليهم: بأن الوعد سبب انقلاب العقد إلى عقد مداينة، هو حجة عليهم لا لهم، لأن هذا يوضح أن حملة الصكوك دخلوا في عقد الصكوك بناء على أنه في حقيقته عقد قرض، وأن أموالهم سترد إليهم مع الزيادة الربوية، بخلاف هذا المثال الذي ساقه، فالمضارب لا يتعهد برد رأس مال المضاربة بقيمته الاسميَّة التي دخل بها رب المال في عقد المضاربة، إنما يجب عليه بمقتضى العقد والشرع ما بقي أو زاد من رأس مال المضاربة، لأن يده عليه يد أمانة لا يد ضمان[1].

أما قولهم: بأن استرداد الصكوك يكون بالقيمة الاسميَّة لأن المضاربة تنقلب مداينة فيجب الضمان، قلت: هذا فاسد الوضع لأن فيه تلقي الاثبات من النفي، فيكون المناسب له أن يقال استرداد الصكوك بالقيمة الاسميَّة فيه ضمان رأس المال الذي يقلب المعاملة إلى مداينة فلا يجب الضمان، حتى لا يصير ضمان رأس المال نقد بنقد آجل وزيادة ربح.

يتضح مما سبق: أن أدلة القول الأول أقوى في الحجية من الثاني، لأن القول بالتضمين بالشرط دليل فاسد الوضع، وواقع في غير محل الاستدلال، فقد وقع على هيئة غير صالحة لاعتباره.

فالإجماع على منع ضمان رأس المال، واعتبار المآل الفاسد الذي ذهب إليه القائلون بالجواز، يمنع الاسترداد بالقيمة الاسميَّة لأنه يؤول إلى قلب الصكوك من المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار إلى قرض جر نفع.

وأن أدلة القول بالجواز تخرج مخرج العام فلا يعتبر عمومها، وأن الخاص مقدم على العام، وأن ما ثبت في الصحيحين مقدم على غيره.

وعليه يكون القول الراجح هو عدم جواز التعهد بالاسترداد بالقيمة الاسميَّة، لأن الشريك لا يضمن حصة شريكة، والمضارب والوكيل بالاستثمار لا يضمن إلا في حال التفريط والتعدي.

(1) إطفاء أو استرداد صكوك الاستثمار في الفقه الإسلامي عن طريق البيع: لحسام الدين، وعارف علي، 232/13

المطلب الثاني: دراسة لنموذج صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك

وقد اتخذت الدراسة نموذجًا من صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك، الصادرة عن حكومة مملكة البحرين باعتبار تجربتها رائدة في المجال، وتنزيلها عمليًّا وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام، والتي تبرز من خلال أثر اعتبار المآل، ومقاصد التعاقد بين الطرفين في تغيُّر حكم صكوك، وسأبينها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: محددات الإصدار كما جاء في النشرة

يمكن تنزيل صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك الحكومية في البحرين والمعلن عنها بأنها صكوك إسلامية حكومية مطابقة للشريعة الإسلامية[1]، وهي أداة استثمار تمثل موجودات مبنى ميناء سلمان تصدرها الحكومة، بغرض بيع وإجار وإعادة شراء لإيجاد مجال جديد للاستثمار في فائض الأموال والموارد المالية في المجتمع.

وتقوم الحكومة بموجب هذا الإصدار ببيع وإجارة مبنى ميناء سلمان، ويتم تسليمه إلى المستثمرين "حملة الصكوك"، ويعدُّ هذا الإصدار وعاء استثماريًا مشتركًا بين حملة الصكوك بنسبة اكتتاب كل واحد منهم.

ويتم الشراء بثمن يمثل قيمة الإصدار، ويقوم مصرف البحرين المركزي بتنظيم الاكتتاب وإجراءاته، وقد جاء هذا الصك في البنود الآتية[2]:

اسم الصك: صكوك التأجير الإسلامية الإصدار: 25.

تأريخ الإصدار: 2018/1/8م.

جهة الاصدار: حكومة البحرين.

حملة الصكوك: كل من المستثمرين البحرينيين وغير البحرينيين.

الأصول والموجودات محل التصكيك: مبنى ميناء سلمان.

وكيل الإصدار: مصرف البحرين المركزي.

الغرض: إيجاد مجالات جديدة لاستثمار فائض الموارد المالية في المجتمع ولتمويل الإنفاق الرأسمالي لمشروعات التنمية المختلفة.

---

(1) ينظر: ملحق الصكوك نشرة الإصدار النموذج: (3).

(2) ينظر: الملحق السابق نفسه.

الضامن والمتعهد: حكومة مملكة البحرين، أي المصدر نفسه.

حجم الاصدار: 100 مليون صك.

قيمة الاصدار: 100 مليون دينار بحريني.

القيمة الاسميَّة للصك الواحد: واحد دينار بحريني.

العملة: الدينار البحريني.

التخصيص: 10.000 صك إسلامي الأولي لكل مكتتب وسيتم تخصيص الطلبات المتبقية بآلية النسبة والتناسب.

الحد الأدنى للاكتتاب: 500 صك.

القيمة التي يتم بها إعادة الشراء: القيمة الاسميَّة، وذلك بتعهدها بإعادة شراء الأصول المؤجرة عند تاريخ نهاية الإصدار بالقيمة الأصلية لهذه الأصول.

العائد المتوقع: 4.8% سنويًا.

نوع العائد: نصف سنوي، في كل من 8 يوليو، و8 يناير خلال مدة الإصدار.

تنبيه: في حالة وقوع تأريخ استحقاق دفع الإيجار في يوم إجازة رسمية فإن هذه المبالغ سوف تدفع في يوم العمل الآتي.

المستند الشرعي: الفتوى الصادرة في 10/19/ 1419هـ الموافق 5فبراير 1999م عن هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين المركزي، فقد تم بيان شرعية هذا الإصدار وعدم تعارضه مع أصول الشريعة الإسلامية.

المستند القانوني: قوانين مملكة البحرين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

مدة الاصدار: 3 سنوات.

تأريخ الاستحقاق: في يوم 8 يناير 2021م.

هيكلة الإصدار: نصت نشرة الإصدار على القيام بمجموعة من الإجراءات لغرض هيكلة الإصدار تتمثل بالآتي:

– تقوم حكومة دولة البحرين ببيع مبنى ميناء سلمان إلى حملة الصكوك.

– يدفع حملة الصكوك الثمن ويودعوه في حساب المصدر في بنك في أي مكان أو دولة حسب الاتفاق.

– يقوم حملة الصكوك بتأجير مبنى ميناء سلمان إلى حكومة البحرين حسب الوعد الملزم الذي نصت عليه نشرة الإصدار.

– يقوم حملة الصكوك أو وكيلهم بتوقيع عقد وكالة منفصل عن المصدر ببيع مبنى ميناء سلمان إلى حكومة البحرين حسب الوعد الملزم الذي نصت عليه نشرة الإصدار بالقيمة الاسميَّة المنصوص عليها في الوعد.

– يتم إيداع الثمن في حسابات مالكي الصكوك بالعملة المتفق عليها، وتأريخ الاستحقاق المتفق عليه.

الفرع الثاني: إشكاليات تغيُّر الحكم في صكوك التأجير الحكومية في البحرين

هناك عوامل كثيرة أدت وتؤدي إلى تغيُّر الحكم في صكوك التأجير الحكومية التي أصدرتها حكومة البحرين من أهمها:

أولًا: صوريَّة العقد وتفريغه من محتواه

لما كان رأس مال الصكوك مضمون والعائد مضمون فلا فرق بين الصكوك وبين السندات.

ثم إن مصرف البحرين طرف ثالث وهو مؤسسة حكومية، ومصدر الصكوك "الطرف الأول" هو حكومة البحرين، وبينها مصلحة وصلة وثيقة فيكون وجود الطرف الثالث صوريًّا.

تعتبر مركزيَّة القيمة الاسميَّة في نشرة الإصدار، لها علاقة كبيرة بتغيُّر الحكم، بل هي مناط تردد الحكم بين الحلال والحرام، فإن كان استرداد الصكوك يتم بالقيمة الاسميَّة فلا فرق في كون هذه الصكوك عبارة عن قرض بفائدة أو قرض جر نفع، ومن ثمّ؛ كان ينبغي أن يتم بالقيمة السوقيَّة، أو الاتفاقيَّة الرضائيَّة.

فإن كان هناك ضمان لرأس المال، وضمان للربح، واسترداد بالقيمة الاسميَّة، فإن العقد يكون قد أفرغ من محتواه، ولم يبقى منه سوى الاسم فقط، وتكون الصكوك في حقيقتها سندات.

– الصيانة التشغيليَّة تقع على المستأجر على ألا تؤول بالأجرة إلى الجهالة، فإن آلت فسد العقد.

– يد المستأجر يد أمانة ولا ضمان إلا بالتعدي والتفريط.

كما تعتبر عقود الإصدار عقود مركبة من مجموعة من العقود ممثلة في الآتي:

- عقد توكيل حملة الصكوك للبنك بالشراء والبيع.
- عقد توكيل المصدر للبنك بالتوقيع والقبض وإعادة الشراء من حملة الصكوك.
- عقد "وعد ملزم" يلزم المصدر بالضمان وبإعادة الشراء بالقيمة الاسميَّة، وسيأتي بيان الوعد الملزم في صكوك المرابحة.

بناء على ما ذكر فإن هذه الإجراءات كلها أسباب تجعل عقد صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك عقدًا صوريًّا، وكذلك العقود التابعة له.

ثانيًا: تغيُّر المقصد موجب لتغيُّر الحكم

إذا تغيَّر المقصَد الشرعي للعقد إلى مقصد آخر أدى إلى تغيُّر في الحكم، فالأصل في المعاملات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، وبيانه أن حملة الصكوك دفعوا أموالهم إلى مصدر الصكوك أو وكيله، في مقابل حصولهم على عائد ربح ممثل بالعوض عن الإجارة الصوريَّة، وهو الفائدة المتوقعة من ضمان عودة القيمة الاسميَّة لِما دفعوه من رأس مال الصكوك كاملًا غير منقوص، وهذه هي صورة من صور بيع العينة.

ويؤكد هذا الرأي أن المصدِّر باع العين ثم استأجرها ثم اشتراها، أي خرجت العين منه ثم عادت إليه، كما ورد في نشرة الإصدار.

ضمان المصدر لوكيله وقد نص عليه في البنود الآتية:

- ضمان العائد طيلة مدة الاصدار.
- ضمان رأس مال الصكوك لحامليها وذلك بالوعد الملزم بالشراء بالقيمة الأصلية.
- ضمان المصدر لوكيله يدل على شبهة التواطؤ على العينة.
- خلو العقد من القبض ومن التملك إذ لا بد من عودة السلعة "مبنى ميناء سلمان" إلى الحكومة عن طريق عقد إيجار ملزم ثم إعادة بيع ملزم كذلك.

وكون عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أقرته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وأجازه مصرف البحرين المركزي والمجامع الفقهية، إلا أن المعمول به في القضاء البحريني على أنه بيع بالتقسيط أو قرض بفائدة.

وكما جاء في الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز في البحرين[1]، وتأسيسا على تكييفها للعقد –سند التداعي– بأنه عقد بيع وليس إجارة منتهية بالتمليك، مع أن نصوصه وعباراته

(1) ينظر: ملحق الصكوك الإسلامية، نموذج: (4).

قد جاءت واضحة المعنى والمقصد على أنه إجارة منتهية بالتمليك، وهي من العقود غير المسماة ذات طبيعة خاصة، فلا يجوز القياس معها على عقود الإيجارية العادية أو البيع، ولا مخالفة فيها للقواعد الشرعية أو القانون[1].

وقد ثبت بتقارير الخبراء أن العلاقة البنكية التي تمثلت في قيام البنك المطعون ضده بمنحها تسهيلات مصرفية وما ثبت من المستندات أنها قد اشترت العقار من مالكه الأصلي ودفعت مقدم الثمن ثم حصلت على التمويل اللازم لسداد باقي الثمن من البنك المطعون ضده فتكون العلاقة بينهما تمويل قرض مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه[2].

ويحمل تكييف العقد عند القضاة والقانونيين على قصد المتعاقدين، فإذا رجح عندهم قصد جعلوا العقد موافقًا له عند أقرب الأوصاف لذلك، فلما ظهر للقاضي أن قصد العميل التملك لم ير في القانون سبيلًا إلى التملك إلا عقد البيع ومن ثم أجرى عليه قواعد عقد البيع[3]، ومن ثمَّ فلا عبرة بالأسماء دون مسمياتها، وإن حصل اتفاق على نقل الملكية، وكان النقل موقوفًا على استيفاء كامل الثمن بسداد آخر قسط، –وهو ما يتوافر فيه أركان عقد البيع بالتقسيط– فلا عبرة بتسمية العقد إجارة منتهية بالتمليك.

الفرع الثالث: إشكالية وضع اليد على الممتلكات السيادية للدولة

يعتبر تمليك الأعيان السيادية للدولة –من الأصول والموجودات– إشكاليَّة تهديد مصلحة البلد، وتجعل انتقال الملك معها مُحالًا، وحصول التملك توهُمًا، ومستند ذلك دليل وتعليل.

أولا: دليل ما جرى به العمل القضائي في البحرين

جرى العمل بدولة البحرين –وعليه القضاء– بعدم صحة تمليك العين من الأصول العامة مثل الموانئ والمطارات والملكيات السيادية للدولة، ولذا نص القانون المدني: "لا يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يحوز أو يضع اليد بأي صفة كانت بغير سند من القانون على الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون"[4]، مع توقف التصرف على إذن ملك البلاد.

---

(1) ينظر: الملحق السابق نفسه.

(2) ينظر: الملحق السابق نفسه.

(3) طرق توقي مخاطر الملكية في التَمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك: محمد علي القري، 7–2019/4/8م.

(4) مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2002 بشأن التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة، المادة الثالثة، صدر في قصر الرفاع، بتاريخ 8 /1423/5هـ، الموافق 2002/7/18م.

ومما جرى به العمل القضـــائي، في البحرين وصـــدرت به محكمة التمييز من أحكام بإبطال العقد برمته، وحُكم علـــى البنك بإرجاع ما تسلمه من العميـل واسترداد المنزل منه؛ لأنه لما أبطـــل عقد الإجارة لم يـــــرى في المعاملة المعروضة إلا عقد قرض بزيادة؛ وما المنزل إلا رهن لتوثيقه[1].

فجرى العمل القضائي بأن لا يجوز وضع اليد على الممتلكات السياديَّة للدولة، وأن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك؛ ما هو إلا بيع بالتقسيط تضمن القرض بفائدة.

ثانيًا: التعليل بالمصلحة العامة

ويحيل هذا الدليل وهو ما علل به أمير المؤمنين عمر –رضي الله عنه– امتناعه عن قسمة أرض السواد وضرب عليها الخراج، وقد جاء تعليله منصوص في قوله: «فَمَا لِمَنْ جَاءَ بَعْدَكُمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؟»[2] حيث علل الأصل؛ فجعل المحافظة على حق الأجيال القادمة في التملك للمنافع والخدمات علة نصية، أناط بها الحكم الشرعي بمنع التصرف بالموجودات المتمثلة بأرض السواد، لأنها صارت من الأملاك العامة للدولة، لهذا جعلها مصدرًا للاستثمار لصالح أبناء الأمة في الحاضر والمستقبل فضرب عليها الخراج.

وما كان ليقسمها بين جماعة مخصوصة من أفراد الجيش، فيعتبر تقديم مصلحة مخصوصة بفئة؛ على مصلحة عامة بالمسلمين، ولا ليهمل حق فئات عريضة من الناس، فالنص على عدم حجر المال على فئة معينة؛ نص على أنه سيبقى عاما على المسلمين الذين سيأتون من بعد، وعليه؛ لما كان مبنى ميناء سلمان ملكًا عامًا يخضع لسيادة الدولة كان التصرف به بالبيع صوريًّا، لا يقوى لإخراجه من الصوريَّة بالوعد الملزم بإعادة البيع.

ولمَّا كانت الموجودات السياديَّة ليست محلًا للتمليك والبيع، وذلك بموجب العمل القضائي المستمر والجاري، فإن صور تملكها ليست على الحقيقة، ولهذا تعتبر صورة الإجارة المنتهيَّة بالتمليك إنما هي من قبيل بيع التقسيط حسب ما جرى به العمل في المحاكم، ومن ثمّ تؤول المعاملة إلى قرض جر نفعًا، فلما أعملنا هذه المبادئ والأصول يتغيَّر الحكم الشرعي.

---

(1) الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز في البحرين: بشأن الايجار المنتهي بالتمليك، وطرق توقي مخاطر الملكية في التَمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك: محمد علي القري، 7–2019/4/8م.

(2) سنن سعيد بن منصور، كتاب: الجهاد، باب: ما جاء في الفتوح، رقم: 2589.

المبحث الثاني: صكوك المرابحة للآمر بالشراء وإشكاليَّة تغيُّر الأحكام

راج في زماننا هذا العديد من صيغ المالية الإسلامية، وكان على رأس هذا الرواج صيغة المرابحة للآمر بالشراء، وقد تبلورت المصطلحات الفقهية، وأخذ كل مصطلح حظه من الدراسة والنقد الفقهي في مواضعه، وخُرِّج على كل منها صورة من صور المرابحة، إلى أن ظهر ما يسمى بالمرابحة المصرفية، لتستقر مع ما يسمى بصكوك المرابحة –نموذج التطبيق في هذه الدراسة– التي من خلالها بيَّنْت أوجه تغيُّر الحكم الشرعي، وفق بناء نظري ينطلق من إشكالية الوعد الملزم على مستوى الاصطلاحي.

وقد اتضحت صكوك المرابحة للآمر بالشراء وتنزيلها عمليًّا على الصكوك الصادرة عن شركة الكهرباء الوطنية في الأردن، وبرز من خلالها أثر مآل التواعد، والتعاقد بين الطرفين، في تغيُّر حكم صكوك المرابحة، والتعهدات المتخذة لحماية مالكي الصكوك، واعتبار نظرية الطوارئ في تغيُّر الحكم الشرعي، مع اعمال مقام الولاية والقضاء في حل النزاع، وضمان المصدر لشركة التأمين، وأثره في تغيُّر حكم صكوك المرابحة.

المطلب الأول: صكوك المرابحة للآمر بالشراء دراسة تطبيقيَّة

وضعت تصورًا أوليًّا للمرابحة لألج من خلاله إلى صكوك المرابحة للآمر بالشراء، ثم اتخذت نموذجًا لهذا النوع من الصكوك في المملكة الأردنية الهاشمية، نظرا لأنها التجربة الأولى للصكوك السياديَّة في الأردن.

الفرع الأول: صكوك المرابحة دراسة في التصور

أولًا: المرابحة تعريفها وصورها

جاء هذا المحور في بيان المراد بالمرابحة في اللغة والاصطلاح، وصور المرابحة الفقهية، والمصرفية، وصكوك المرابحة.

أ/ المرابحة لغة واصطلاحا:

– المرابحة لغة: الرَّاءُ وَالْبَاءُ وَالْحَاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، يَدُلُّ عَلَى شَفٍّ فِي مُبَايَعَةٍ، مِنْ ذَلِكَ رَبِحَ فُلَانٌ فِي بَيْعِهِ يَرْبَحُ، إِذَا اسْتَشَفَّ، وَتِجَارَةٌ رَابِحَةٌ: يُرْبَحُ فِيهَا[1]، وتطلق على بيع المرابحة.

(1) كتاب العين: للخليل بن أحمد الفراهيدي، حرف الحاء، باب الثلاثي الصحيح، باب الحاء والراء والباء، مادة: ر ب ح، ومعجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب الراء، باب الراء والباء وما يثلثهما، ربح.

– المرابحة اصطلاحًا: بيع مرتب ثمنه على ثمن بيع سبقه غير لازم مساواته له[1]، فالتعريف يشير إلى أن في المرابحة بيع أول، وبيع ثانٍ مرتب ثمنه على الأول، وهذا يثبت بيعتين في بيعة، وخرج بقوله ما كان يساويه بالثمن؛ الإقالة لأنها مساوية للأول بالثمن.

عرفها ابن قدامة بقوله: البيع برأس المال وربح معلوم، ويشترط علمهما برأس المال[2]، أو إعلام البائع المشتري أنه يبيعه السلعة برأس مالها وربح معلوم[3].

ويشير التعريف إلى علم –عند البائع والمشتري– برأس المال، فيقول: رأس مالي فيه كذا، أو هو عليَّ بكذا بعتك بها وربح كذا.

ب/ صور المرابحة

عرف مصطلح المرابحة حضورا مستقلا في المدونات الفقهيَّة، وأخذ يتطور حتى ظهر ما يسمى حاليا بالمرابحة المصرفية، أو المرابحة للآمر بالشراء، وأصبح يطلق على المرابحة القديمة بالمرابحة الفقهية، وهذه المسميات لها ما يميزها عن غيرها، بحيث صار يطلق على كل مسمى منها صورة مستقلة، وهذه الصور هي محل الحديث في هذا الموضع.

الصورة الأولي: ما تسمى بالمرابحة الفقهيَّة؛ كأن يقول البائع للمشتري رأس مالي في هذه السلعة مئة بعتك به وربح عشرة، أجاز الفقهاء هذه الصورة من البيع لا خلاف في صحتها، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة[4]، وركن هذا العقد: هو العلم بين المتعاقدين بمقدار الثمن ومقدار الربح، فحيث توفر العلم بهما، فهو بيع صحيح، وإلا فباطل.

كما جاء في المدونة، أرأيت المرابحة للعشرة أحد عشر، وللعشرة اثنا عشر وما سمي من هذا، وللعشرة خمسة عشر وللعشرة تسعة عشر وللدرهم درهم، وأكثر من ذلك أو أقل؛ جائز في قول مالك؟ قال: نعم[5].

---

(1) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 284.

(2) المغني: لابن قدامة، 136/4.

(3) معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– وقنيبي، ص: 114.

(4) ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 22/5، والمدونة: للإمام مالك، 239/3، والأم: للإمام الشافعي، 111/7، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 528/3، والمغني: لابن قدامة، 136/3، والمرابحة في المصارف الإسلامية، وحديث "لا تبع ما ليس عندك": أ.د بكر بن عبد الله أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بجدة، العدد: 5، ص: 717– 718.

(5) المدونة: للإمام مالك، 239/3.

والمرابحة الفقهيَّة التي أجازها الفقهاء، وهي غير المرابحة في المصارف والبنوك، ولا عبرة بتسميتها مرابحة إن خالفت نصوص الشارع ومقاصده، وإن كل ما ينبني عليه الحكم إنما يستقيم إذا كان العرف يقتضي هذا اللفظ، وإذا جرى العرف في بلد على تعيين معنى للفظ لتعينت الفتيا والقضاء به ما لم يتغيَّر، فإن تغيَّر امتنعت الفتيا وامتنع القضاء.

وإن حصل تغيُّر في حال المكلف بزيادة علم، فحصل له العلم بالحساب بعد الجهل به، فإن الحكم في حقه يتغيَّر من الكراهة إلى الجواز.

الصورة الثانية: أن يقول البائع بعتك برأس مالي فيه وهو مئة، وأربح في كل عشرة درهمًا، وقد وقع الخلاف في هذه الصورة، ورويت فيها الكراهة تنزيهًا، وقد عللت الكراهة بما فيها من جهالة، فيما إذا قال: بعتك برأس مال مائة ريال، وربح ريال في كل عشرة، فالجهالة أن المشتري يحتاج إلى جمع الحساب ليعلم مقدار الربح[1]، فعلة جهالة العوض؛ علة معتبرة في بناء الحكم الشرعي للمسألة، ولكن هذه الجهالة هل هي لازمة أو مرتفعة؟ الذي يظهر أن الجهالة مرتفعة، بتعلم الحساب، فيكون وصف الجهالة غير مؤثر على الحكم، ولا معرف له، فلا يترتب عليه غرر ولا ضرر ولا خطر، وعليه؛ لا يصح هذا الوصف أن يكون علة للحكم ولا دليل على الكراهة.

الصورة الثالثة: من الصور المعمول بها في البنوك؛ أن يتفق البنك والعميل على أن يشتري البنك أو يستورد السلعة محل التعاقد، ويلتزم العميل أن يشتريها من البنك، ويلتزم البنك ببيعها له بسعر عاجل أو آجل أو على أقساط، تحدد فيه نسبة الزيادة على ثمن الشراء الأول.

أي أن يتقدم الراغب في شراء سلعة ما إلى المصرف، لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقدًا، ولأن البائع لا يبيعها له إلى أجل، إما لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة، أو لعدم معرفته

(1) كرهه أحمد، وقد رويت كراهته عن ابن عمر، وابن عباس، ومسروق، والحسن وعكرمة، وسعيد بن جبير، وعطاء بن يسار، ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 22/5، والمدونة: للإمام مالك، 239/3، والأم: للإمام الشافعي، 111/7، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 528/3، والمغني: لابن قدامة، 136/3، والمرابحة في المصارف الإسلامية، وحديث "لا تبع ما ليس عندك": أ.د بكر بن عبد الله أبو زيد، ص: 717- 718.

بالمشتري، أو لحاجته إلى المال النقدي، فيشتريها المصرف بثمن نقدي، ويبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى[1].

الصورة الرابعة: المرابحة للآمر بالشراء؛ كأن تحصل مواعدة بين الطرفين على اعتبار أن الوعد ملزم لكليهما، فيعد البنك أن يبعها للعميل، ويعد العميل أن يشتريها من البنك.

ما جاء في قانون البنوك التشاركيَّة: يقصد بعقد المرابحة كل عقد تبيع بموجبه مؤسسة منقولًا أو عقارًا محددًا في ملكيتها، لعميلها بتكلفة اقتنائه، مضافًا إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقًا بين طرفي العقد[2].

وتعتبر هذه الصورة عملية بيع المؤسسة إلى عميلها الآمر بالشراء سلعة بزيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة، أي ربح المرابحة، في الوعد وتسمى المرابحة المصرفية لتمييزها عن المرابحة العادية وتقترن المرابحة المصرفية بتأجيل الثمن مع أن هذا التأجيل ليس من لوازمها، فهناك مرابحة حالَّةً أيضا، وحينئذ يقتصر البائع على الربح الأصلي دون مقابل الأجل[3]، ويدفع فيها الآمر بالشراء ضمان جديَّة قبل توقيع العقد.

هامش الجديَّة: وهو مبلغ يقتطع من ثمن الشراء حال إمضاء المبايعة، وفي حال نكول يقتطع البنك من هامش الجدية مبلغًا لا يتجاوز مقدار الضرر الفعلي[4]، ولا يحق للمؤسسة

(1) بيع المرابحة للآمر بالشراء: د. رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 5، 1133/2.

(2) المجلة الرسمية المملكة المغربية، العدد: 6548، 1438/6/3هـ- 2017/3/2م، الباب الثاني، المادة: 3، ص: 581.

(3) بيع سلعة بمثل الثمن الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه، بنسبة من الثمن أو بمبلغ مقطوع سواء وقعت من دون وعد سابق وهي المرابحة العادية، أو وقعت بناء على وعد بالشراء من الراغب في الحصول على السلعة عن طريق المؤسسة وهي المرابحة المصرفية، وهو أحد بيوع الأمانة التي يعتمد فيها على بيان ثمن الشراء أو التكلفة، ينظر: المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار المرابحة، رقم: 8، ملحق د، ص: 224، مستند الأحكام الشرعية، وملحق هـ، التعريفات، ص: 2334.

(4) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار المرابحة، رقم: 8، بند رقم: 3/5/2، و4/5/2، و5/5/2، ص: 208 -209، وبند: 2/4، ص: 213، ومنشور والي بنك المغرب رقم: 17/1 صادر في 2017/1/27 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء، مادة: 12، ينظر: الجريد الرسمية، العدد: 6548، ص: 584، ورأي اللجنة الشرعيَّة للمالية التشاركيَّة رقم: 7، الصادر بتاريخ 1438/10/25هـ- 2017/7/20م، بشأن مشروع نموذج الوعد الأحادي الجانب بالشراء في إطار عملية المرابحة للآمر بالشراء، الخاص بالبنوك التشاركية.

تملكه إلا عند النكول فقط، وبها جاري العمل في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية والتشاركية.

وهو جائز شـــرعًا؛ لما فيه من اســـتقرار المعاملات، وحفظ الأموال، ومنع العملاء من التلاعب المؤدي إلى الضـــرر، وأصـــله ســـد الذرائع[1]، وهو المعمول به، وقد راعت البنوك التشـــاركية أن يكون هامش الجديَّة هو ثمن المثل للخدمات وتكاليف شـــراء العين، أو ما يسمى بمصاريف الملف.

وتسمى المرابحة المصرفية، وفيها أن السلعة –محل المرابحة– إذا بيعت آجلة بالتقسيط؛ يكون ثمنها أعلى من ثمنها الأصلي إذا بيعت حالةً.

ثانيًا: المراد بصكوك المرابحة

هي وثائق متســـــــاوية القيمة يتم إصدارها لتمويل شراء سلعة المرابحة، وتصبح سلعة المرابحة مملوكة لحملة الصـــكوك[2]، تمثل كل وثيقة من الوثائق المتســـاوية القيمة؛ حصـــة مشـــاعة في ملكية الســـلعة محل المرابحة، وتمويل شـــراء ســـلعة المرابحة هو الغرض الاستثماري من الإصدار.

ثالثًا: أطراف صكوك المرابحة

للصكوك المراباحة أطراف عديدة تتمثل في الآتي[3]:

المصدر: هو البائع لبضاعـة المرابحة.

حملة الصكوك: المكتتبون فيها، وهم المشترون لبضاعـة المرابحة، وتصبح سلعة المرابحة مملوكة لهم.

حصيلـة الاكتتاب: هي تكلفة شراء البضاعة، ويملك حملة الصكوك سلعة المرابحة، ويستحقون ثمن بيعها.

مدير الإصدار: البنك أو المصرف أو المؤسسة المالية.

---

(1) البنوك التشاركيَّة الإسلاميَّة بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة: للشيخ عبدالله ابن الطاهر التناتي السوسي، مطبعة النجاح الجديدة (CTP)– الدار البيضاء، ط/1، 1439هـ– 2018م، ص: 138.

(2) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار صكوك الاستثمار، رقم: 17، بند: 5/3، ص: 469.

(3) المرجع السابق، رقم: 17، بند: 5/1/5/5، ص: 474، بتصرف.

الفرع الثاني: نموذج صكوك المرابحة للآمر بالشراء السيادية بالأردن

أولًا: وصف الصكوك

قامت شركة الكهرباء الوطنية بإعداد دراسة جدوى لمشروع تمويل جزء من احتياجاتها من الغاز المسال من خلال إصدار صكوك تمويل إسلامي، وذلك لغاية توليد الطاقة الكهربائية من خلال شركات توليد الكهرباء ومن ثم شراء هذه الطاقة منها لبيعها لشركات التوزيع.

ثانيًا: بيان طبيعة المحل الذي تمثله الصكوك

محل التمويل شراء غاز مسال لصالح شركة الكهرباء الوطنية من موردين معتمدين يمول من خلال صكوك إسلاميَّة مصدرة بصيغة المرابحة للآمر بالشراء وفقًا للرأي الشرعي للمستشار الشرعي لشركة الكهرباء الوطنية، والذي ينص على ما يلي[1]:

تقوم شركة الكهرباء بطرح صكوك مرابحة للآمر بالشراء، واستخدام حصيلة الإصدار في شراء الغاز المسال لصالحها، لغاية توليد الكهرباء، ثم يقوم حملة الصكوك بتوكيل شركة الكهرباء بشراء الغاز نيابة عنهم، وذلك لتعذر قيام حملة الصكوك بشراء الغاز من شركات توريد الغاز العالمية مباشرة وإحضاره، وقد اجازت المعايير الشرعية هذا التوكيل –توكيل الآمر بالشراء– عند الحاجة الملحة في معيار المرابحة رقم: 8، بند: 3/1/3.

تقوم شركة الكهرباء الوطنية بصفتها وكيلًا عن حملة الصكوك بشراء الغاز من شركات توريد الغاز العالمية لصالح حملة الصكوك، ويكون الغاز في ضمان حملة الصكوك، وشركة الكهرباء الوطنية وكيل في الشراء بموجب عقد وكالة بين حملة الصكوك وشركة الكهرباء الوطنية، ولا يضر أن تكون الوكالة غير معلنة، أو غير معلومة لشركات الغاز العالمية، كما جاء في معيار المرابحة رقم: 8، بند: 7/1/3.

بعد إحضـــار الغاز الذي يتم على دفعات؛ يتم تســـليم الغاز من قبل ممثل عن حملة الصـكوك، ثم يبيعه لشـركة الكهرباء الوطنية بموجب عقود بيع سـتبرم لتلك الغاية، مع ذكر نسبة المرابحة التي يتم الاتفاق عليها مسبقًا، ويتم تسليمه بعد ذلك لشركة الكهرباء الوطنية، ويدخل عندئذ في ضـمانهم، بذلك نكون قد فصـلنا بين الضـمانين، ضـمان حملة الصـكوك،

(1) ينظر: ملحق الصكوك الإسلامية، نموذج: (5).

وضـمان الوكيل في شـراء السـلعة لصـالح حملة الصـكوك كما في معيار المرابحة رقم: 8، بند: 5/1/3.

ثالثًا: محددات الاصدار

تضمنت نشرة الإصدار كما في ملحق الصكوك نموذج: (5) كثيرًا من المحددات، والتي سيكون بيانها على النحو الآتي[1]:

قيمة التمويل: 150 مليون دينار أردني، ويتم سداد قيمة الصكوك دفعة واحدة بعد 5 سنوات.

غرض التمويل: شراء غاز مسال (LNG) لاستخدامه في توليد الكهرباء.

المصدر: الشركة الوطنية للكهرباء، ويعتبر مجلس الوزراء هو الهيئة العامة للشركة "الآمر بالشراء".

نوع الصكوك: صكوك المرابحة للآمر بالشراء.

عدد الصكوك المعروضة: 150 ألف صك.

قيمة الصك: 1000 دينار أردني.

الحد الأدنى للاكتتاب: 100 صك بقيمة 100.000 دينار أردني.

الحد الأعلى للاكتتاب: 150.000 صك، بقيمة 150.000.000 دينار أردني.

نوع العروض: عرض موجه للجهات الاعتباريَّة بما فيها البنوك وشركات الناس والمؤسسات وصناديق الادخار والاستثمار والتقاعد، وفقًا للشروط المبينة بالنشرة.

فئات الصكوك المعروضة "القيمة الاسميَّة للصك": القيمة الاسميَّة لكل صك (1000) دينار غير قابل للتجزئة.

القيمة الاسميَّة الإجمالية للصكوك المعروضة: 150.000.000 دينار أردني.

تأريخ الإصدار: 28/08/2018 ، وتأريخ الإطفاء: 28/08/2023.

العائد "نسبة المرابحة": 5.47% سنويًا، ولا يخضع للتنضيض الحكمي كونه يمثل نسبة ثابتة تمثل الفرق بين سعر شراء السلعة من قبل حملة الصكوك أو من ينوب عنهم وسعر البيع لشركة الكهرباء الوطنية.

(1) المرجع السابق نفسه.

تأريخ دفع العائد: يدفع العائد كل 6 أشهر بتأريخ 02/28 و08/28 بواقع عشر دفعات، حتى تأريخ إطفاء الصكوك.

فترة السماح للعائد: أربعة أشهر من تأريخ إصدار الصكوك.

إجازة هيئة الرقابة الشرعية المركزية: بموجب جلسة الهيئة المنعقدة بتأريخ 2018/08/12م.

تداول الصكوك: الصكوك المعروضة غير قابلة للتبادل.

مدير الإصدار وكيل الدفع والحافظ الأمين: البنك المركزي الأردني.

أمين الإصدار: بنك صفوة الإسلامي.

الضامن: الحكومة الأردنية الهاشمية ممثلة بوزارة المالية، وهي الضامن للصكوك الصادرة عن الشركة.

مخاطر المشروع: إن الاتفاقيات بين شركات توريد الغاز المسال ضمنت بأنه لا يوجد مخاطر من عملية استيراد الغاز المسال المتمثلة بنقل الغاز، وتفريغه في ميناء الغاز المسال، حيث إن شركة الكهرباء الوطنية اتخذت جميع الاحتياطات الواجب اتخاذها لتأمين هذه العملية، عند توقيع الاتفاقيات بالإضافة إلى توقيع اتفاقيات تأمين خاصة بالميناء.

ولا توجد مخاطر من إصدار الصكوك حيث إنها تخضع لكفالة الحكومة الأردنية.

المطلب الثاني: إشكاليات تغيُّر حكم صكوك المرابحة للآمر بالشراء

لبيان أوجه تغيُّر الحكم في عقد المرابحة لابد من التوطئة بعرض المراد بالوعد الملزم، وحكم الوفاء بالوعد.

الفرع الأول: الوعد وإشكالية الإلزام في المرابحة

أولًا: المراد بالوعد الملزم

للوقوف على المراد من الوعد الملزم لابد من الإتيان بتعريف الوعد لغةً واصطلاحًا، والإلزام في اللغة والاصطلاح.

– **الوعد لغة:** قال ابن فارس: الواو والعين والدال: كَلِمَةٌ صَحِيحَةٌ تَدُلُّ عَلَى تَرْجِيَةِ بِقَوْلٍ، يُقَالُ: وَعَدْتُهُ أَعِدُهُ وَعْدًا، وَيَكُونُ ذَلِكَ بِخَيْرٍ وَشَرٍّ ... وَالْمُوَاعَدَةُ مِنَ الْمِيعَادِ[1]، أي ترجي غيرك

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، باب الواو والعين وما يثلثهما، مادة: وعد.

بقول فقط دون عرض لما يفيد الإلزام، والمواعدة مفاعلة وهي من الميعاد وتكون من طرفين، فمجرد الوعد والمواعدة ليس فيهما ما يدل على الإلزام.

- **الوعد في الاصطلاح:** وينبغي النظر إليه من حيث الحقيقة الاصطلاحية، وهي أن الوعد من العدة -بتخفيف الدال- التي ليس فيها إلزام الشخص نفسه شيئًا الآن، إنما هي كما قال ابن عرفة، إخبار عن إنشاء المخبر مع وفاء في المستقبل[1]، وهو إخبار عن إنشاء عقد وليس عقدا بذاته، وليس المقترن بما يفيد تعهدا بإنجاز وتنفيذ عقد من عقود المعاوضات أو التبرعات.

وقد يتضمن الوعد تغريرًا بموعود كأن يفعل شيئًا بناء على الوعد سواء بالمعاوضات أم التبرعات، ومنه المواعدة[2]، وهي أن يعد كل واحد منهما صاحبه، لأنها مفاعلة لا تكون إلا من اثنين[3]، ولذا جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الفرق بين الوعد والمواعدة[4]:

الوعد وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد – يكون ملزمًا للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقًا على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلًا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع

---

(1) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 560.

(2) الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية، ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه، ووقت نداء الجمعة وعلى ما ليس عندك، وفي الصرف مشهورها المنع، وثالثها الكراهة، وشهرت أيضًا لجوازه في الحال، وشبهت بعقد فيه تأخير، ينظر: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسى، تحقيق: أحمد بو طاهر الخطابي، دراسة جامعية لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية بالرباط، مطبعة فضالة المحمدية -المغرب- 1400هـ- 1980م، بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، 279/1، وشرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور، 492/2.

(3) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 520/1.

(4) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء، المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1- 6 /1409/5هـ الموافق: 10- 1988/12/15م، قرار رقم: 40 - 41 (2/5- 3/5).

المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكًا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي -ﷺ- عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

- **المراد بالإلزام لغة واصطلاحا:**

- **الإلزام لغة:** من لَزِمَ قال ابن فارس: اللام والزاء والميم أصل واحد صحيح، يدل على مصاحبة الشيء بالشيء دائما، يقال: لزمه الشيء يلزمه[1]، فيفهم منه معنى الالتصاق ومنع الانفكاك، وعدم الرجوع.

- **الإلزام اصطلاحا:** اللُّزُوم: عند أهل المناظرة كونُ الحكم مقتضيًا لحكم آخر بأن يكون إذا وُجِدَ المقتضِي وُجِدَ المقتضَى وقتَ وجوده[2].

نقل عن الباجي أنه قال: "تَنَاوُلُ عَقْدِ الْبَيْعِ لُزُومًا بَيْعَتَيْنِ عَلَى أَنْ لَا يَتِمَّ مِنْهُمَا إلَّا وَاحِدَةٌ"[3]، قوله: "على أن لا يتم" إلخ؛ لأنه إذا لم يكن على وجه اللزوم لهما، أو لأحدهما فليس من بيعتين في بيعة، وهو حال أيضا، فالحال الأولى أخرج بها الخيار، والثانية أخرج بها لزوم البيعتين[4].

ونقل في تعريف الصيغة قول الباجي كل إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع[5]، فهل الوعد إشارة أو قرينة تدل على القبول أو الإيجاب حتى توصف باللزوم.

ولو نظرنا إلى حدود بن عرفة لما عرف البيع قال: عقد معاوضة[6]، ولما عرف النكاح قال النكاح عقد[7]، لأن العقد فيه لزوم للعاقد على نفسه أمرًا من الأمور[8]، والسؤال هنا: هل في الوعد من اللُّزوم ما في العقد؟

---

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: اللام، باب: اللام والزاء وما يثلثهما، لزم.

(2) التعريفات الفقهية: لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، 1407هـ- 1986م، ط/1، 1424هـ-2003م، ص: 118.

(3) المختصر الفقهي: لابن عرفة، 5/ 293.

(4) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 255.

(5) المصدر السابق، ص: 236.

(6) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 429.

(7) المصدر السابق، ص: 152.

(8) المصدر السابق، ص: 153.

ولو تأملنا لوجدنا أن الفرق بين الالتزام والوعد يعود إلى ما يفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال، فحيث دل الكلام على أحدهما عمل عليه، وقد نقل نظم الشيخ علي الأجهوري[1] ذلك بقوله:

قرائن الأحوال أو سوق الكلام ** مورد فرق بين وعد والتزام[2]، ولذلك فمتى فهم الالتزام؛ لزم، وذلك حسب القرائن الحالية، والمعهودات العرفية.

ثانيا: حكم الوفاء بالوعد

كي يتسنى لنا الدخول في حكم الوفاء بالوعد؛ لابد من الوقوف على إشكال، وهو هل الوعد عقد، أو ليس بعقد؟

فالوعد إما أنه عقد: وهو أن ما ورد فيه من اتفاق إرادتين على إنشاء حق، فهو عقد بلا ريب، ولو سمي وعدًا فهو عقد أيضًا[3]، وإما أن الوعد ليس بعقد، كما جاء عن الشافعيَّة: جميع ما تلفظا به من الألفاظ المستقبلة، لا يصح عقد البيع بها لأنها خارجة مخرج الوعد[4].

فالوفاء بالعِدَةِ مطلوب بلا خلاف[5]، فهو في حكم الإلزام، متى قصد به الوفاء، لهذا أخرج بقيد الوفاء بما أخبر به في المستقبل، فإن لم يقصد وفاء فلا يقال فيه وعد[6]، وكذا

(1) أبو الإرشاد نور الدين علي بن زين العابدين بن محمَّد بن زين العابدين ابن الشيخ عبد الرحمن الأجهوري: شيخ المالكية في عصره وصدر الصدور في مصره إمام الأئمة وعلم الإرشاد وبركة الزمان وقدوة الزهاد المحدث الرحلة الكبير الشأن جمع بين العلم والعمل، وتوفي في /1066/5هـ، ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: لمحمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (المتوفى: 1360هـ)، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط/1، 1424هـ- 2003م، رقم: 1194، 439/1- 440.

(2) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: للزرقاني، 137/4، ولوامع الدرر في هتك أستار المختصر: لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي (1206- 1302هـ)، تصحيح وتحقيق: دار الرضوان، راجع تصحيح الحديث وتخريجه: اليدالي بن الحاج أحمد، المقدمة بقلم حفيد المؤلف: الشيخ أحمد بن النيني، دار الرضوان، نواكشوط- موريتانيا، ط/1، 1436هـ- 2015م، 69/7.

(3) بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية: لمحمد سليمان الأشقر، دراسة شرعية قدمت إلى المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي، المنعقد في الكويت، من 6-8 /1403/6هـ الموافق: 12 – 23 آذار/1983/3م، مطبوع ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، 72/1.

(4) الحاوي الكبير: للماوردي، 41/5.

(5) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: لأبي عبدالله الشيخ محمد عليش (المتوفي: 1299هـ)، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت –لبنان، 254/2.

(6) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 560.

كل ما لا يطلب حصوله في المستقبل فإنَّه لا يسمى وعدًا، ويحمل هذا الالزام على الوفاء ديانة، لا قضاء.

ولا يلزم الوفاء بالوعد قضاء وإن لزم ديانة، كما جاء عند الحنفية، وقد سئل فيما إذا وعد زيد عمرا أن يعطيه غلال أرضه الفلانية فاستغلها وامتنع من أن يعطيه من الغلة شيئا فهل يلزم زيدا شيء بمجرد الوعد المزبور؟ الجواب: لا يلزمه الوفاء بوعده شرعًا وإن وفىَّ فبها ونعمت[1]، وهو مذهب جماهير العلماء.

وقد جاء النهي عن ذلك قال عبد الله بن عمرو –رضي الله عنه–: قال رسول الله –ﷺ–: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ تَضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[2]، أي بيع العين لا يملكها وبيع العين بلا ضمان[3]، فهو بيع المعدوم، ومن صور العدم تعليقه على وصف معدوم، لأن البائع باع السلعة على الآمر قبل وجوبها، ودخولها في تصرفه وملكه.

ثالثًا: الاختلاف في الإلزام

قد أجمع العلماء على أن من وعد إنسانًا شيئًا ليس بمنهيٍّ عنه فينبغي أن يفيَ بوعده، لأن المواعيد لا يتعلق بها اللزوم، ولكن يندب إلى الوفاء بالوعد، وهل ذلك واجب، أو مستحب؟ فيه خلاف بينهم[4].

القول الأول: عدم الإلزام بالوفاء به مطلقا، لأنه لم يرو عن أحد من السلف وجوب القضاء بالعدة، إنجاز الوعد مأمور به مندوب إليه عند الجميع، وليس بفرض، لاتفاقهم

(1) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية: لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار المعرفة، بدون طبعة وبدون تاريخ، 321/2.

(2) سنن أبي داوود، أبواب: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم: 3504، وسنن الترمذي، أبواب البيوع عن رسول الله –ﷺ– باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: 1234، وسنن النسائي، كتاب: البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، رقم: 6160، أبواب التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، رقم: 2188.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 20/7، والكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، 672/2، المغني: لابن قدامة، 155/4.

(4) ينظر المبسوط: للسرخسي،132/4، والبيان والتحصيل: لابن رشد، 337/15، والأذكار: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط/2، 1414هـ– 1994م، ص: 317، والمغني: لابن قدامة، 146/7.

على أن الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرماء، ولا خلاف في أن ذلك مستحسن، وهو مذهب الجمهور[1].

القول الثاني: الإلزام بالوفاء بالوعد مطلقا[2]، ويترتب عليه آثار.

القول الثالث: التفصيل: إن أدخل الواعد بوعده في (ورطة) لزم الوفاء به، وإلا فلا يلزم الوفاء به، ولا يقضى بها إلا إذا كانت على سبب هو من فعل الموعود، أي أنه إن ارتبط الوعدُ بسبب كقوله: تزوّج ولك كذا، أو احلف أنك لا تشتمني ولك كذا، أو نحو ذلك، وجب الوفاء، وإن كان وعدًا مُطلقًا بلا سبب لم يجب[3].

قال القرافي: قاعدة: الوعد غير لازم إلا أن يدخل الموعود في خطر أو يترتب عليه تعليق[4]، والمنقول لزوم الالتزام[5]، وحينئذ نقول وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به، وبعضها عدم الوفاء به أنه؛ إن أدخله في سبب يلزم بوعده لزم، كما قال مالك وابن القاسم وسحنون، أو وعده مقرونا بذكر السبب كما قاله أصبغ، لتأكد العزم على الدفع حينئذ، ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك[6].

القول الرابع: يقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعود بسبب العدة في شيء، وهذا هو المشهور في الأقوال[7].

---

(1) الحنفية والشافعية والحنابلة ورواية عن مالك، وهو مذهب داود، وابن حزم، وقد حكى عليه الإجماع: المهلب، وابن بطال، وابن عبد البر، وتعقبه الحافظ ابن حجر بوجود المخالف لكنه قليل، ينظر: شرح صحيح البخارى: لابن بطال، 115/7، وعمدة القاري شرح صحيح البخاري: للغيتابى الحنفى بدر الدين العينى، 257/13.

(2) والأذكار: للنووي، ص: 317.

(3) قال الإمامُ أبو بكر بن العربي المالكي: أجلُّ مَن ذهبَ إلى هذا المذهب عمرُ بن عبد العزيز، وابن الأشوع الهمداني الكوفي، وابن شبرمة ينظر: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 183/6، والأذكار: للنووي، ص: 317.

(4) الذخيرة: للقرافي، 366/5.

(5) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: لعليش، 239/1.

(6) الفروق: للقرافي، 25/4.

(7) تحرير الكلام في مسائل الإلتزام: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت– لبنان، ط/1، 1404هـ- 1984م، ص: 155.

فلا يلزم الوفاء به، وإنما يسحب، قال القرافي أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به بل الوفاء من مكارم الأخلاق[1].

فالوفاء بالوعد ديانة وليس قضاء، فهو مستحب وليس واجبًا لذا لا يقضى بالوعد على الواعد، ولا يترتب على إخلافه إثما والتزامات، إنما أشد ما يترتب عليه الكراهة التنزيهية.

رابعًا: إشكالية الوعد الملزم في المرابحة

هل الوعد ملزم في بيع المرابحة أم لا؟ وإذا كان الوعد ملزما فلما يشتري المأمور بالخيار، وهل للآمر الرجوع عن رغبته؟

جاء عن الحنفية ووافقهم ابن القيم عند قولهم: أرأيت رجلًا أمر رجلًا أن يشتري دارًا بألف درهم، وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر بألف درهم ومائة درهم فأراد المأمور شراء الدار، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يأخذها، فتبقى الدار في يد المأمور، كيف الحيلة في ذلك؟ قال: يشتري الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيها ويقبضها، ثم يأتيه الآمر فيقول له قد أخذتها منك بألف ومائة، فيقول المأمور هي لك بذلك، فيكون ذلك للآمر لازمًا ويكون استيجابًا من المأمور للمشتري، وإن لم يرغب الآمر في شرائها يمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيندفع الضرر عنه بذلك[2]، فالحيلة أن يشترط له خيارا أو نقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع؛ ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه[3].

فلو كان الوعد ملزما لما اشترى المأمور بالخيار، ولما رجع الآمر عن رغبته، وتجدر الإشارة إلى أن كلا من نص الإمام محمد بن الحسن وابن القيم؛ لم يرد فيهما ما يدل على أن المرابحة حالّة أو مؤجلة، لكن المهم فيهما أن الإلزام في المرابحة لا يجوز[4]، وعليه؛ يكون خيار الرد للمأمور وحق الآمر في الرجوع عن رغبته؛ مقدمتان لا تؤديا نتيجة القول بإلزامية الوعد.

---

(1) الفروق: للقرافي، 25/4.

(2) ينظر: المخارج في الحيل: لمحمد بن الحسن الشيباني (المتوفى: 189 هـ)، مكتبة الثقافة الدينية– القاهرة، ط/ بدون، 1419هـ– 1999م، ص: 40، والمبسوط: للسرخسي، 237/30–238.

(3) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 430/5.

(4) بيع المرابحة للآمر بالشراء: د. رفيق المصري، ص: 849.

وقد روي عن الإمام مالك أنه بلغه أن رجلا قال لرجل: «ابْتَعْ لِي هَذَا الْبَعِيرَ بِنَقْدٍ، حَتَّى أَبْتَاعَهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ –رضي الله عنه– فَكَرِهَهُ وَنَهَى عَنْهُ»[1].

قوله: ابتع لي هذا البعير بنقد فابتاعه منه إلى أجل؛ أدخله في باب بيعتين في بيعة، ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المبتاع للبعير بالنقد إنما يشتريه على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين[2]، وقصدا الطرفان من خلاله إلى ظاهر جائز ليتوصلا به إلى باطن ممنوع حسما للذريعة[3].

وإنما يناط حكم بيع العينة بمناط هو أن يظهر المتبايعان فعل ما يجوز ليتوصلا به إلى ما لا يجوز، فيمنع للتهمة سدا للذرائع خلافا لهما، وهي ثلاثة أقسام[4]:

الأول: أن يقول رجل لآخر اشتر لي سلعة بكذا وأربحك فيها كذا مثل أن يقول اشترها بعشرة وأعطيك فيها خمسة عشر إلى أجل، فإن هذا يؤول إلى الربا، لأن مذهب مالك أن ينظر "ما خرج عن اليد ودخل به ويلغي الوسائط"، فكأن هذا الرجل أعطى لأحد عشرة دنانير وأخذ منه خمسة عشر دينارا إلى أجل، والسلعة واسطة ملغاة.

الثاني: لو قال له: اشتر لي سلعة، وأنا أربحك فيها، ولم يسم الثمن فهذا مكروه وليس بحرام.

الثالث: أن يطلب السلعة عنده فلا يجدها ثم يشتريها الآخر من غير أمره ويقول قد اشتريت السلعة التي طلبت مني فاشترها مني إن شئت، فيجوز أن يبيعها منه نقدا أو نسيئة بمثل ما اشتراها به أو أقل أو أكثر.

---

(1) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيعتين في بيعة، رقم: 2445.

(2) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 38/6.

(3) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 263.

(4) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية: لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت –لبنان، ط/1، 1434هـ–2013م، ص: 436.

أما إن كانت المبايعة على وجه الإلزام، فإن الإمام الشافعي يرى فيها الفسخ، إن كان قال: أبتاعه وأشتريه منك بنقد أو دين، فهو مفسوخ من قبل شيئين، أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع، والثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا[1].

خلاصة: إن من رأى حرمة المرابحة المصرفية القائمة على الوعد الملزم، التي تعتبر من الصيغ الرائجة في المصارف والمؤسسات الإسلامية، وذلك إنما نظر في العاقبة، وإلى ما يؤول وينتهي إليه العقد، إذ البيع الحلال ينقلب إلى حرام، والفعل الجائز ينقلب إلى غير الجائز، لأن المتبايعين أظهرا فعل ما يجوز ليتوصلا ويتوسلا به إلى ما لا يجوز، ولأن ما خرج عن اليد وعاد إليها فهو لغو، ولا عبرة للوسائل والوسائط، لأن لها أحكام المقاصد والغايات، ومن ثمّ يكون القول بالمنع مبني على مسلكين: التهمة، وسد الذرائع، اللَّذان يتوصل بهما إلى كشف المآل الفاسد المتمثل بالعينة، وبهذا الاعتبار يكون الحكم قد تغيَّر.

الفرع الثاني: تغيُّر حكم صكوك المرابحة بتغيُّر المآل والمقصد

يظهر تغيُّر الحكم في عوامل عديدة، تكشف عنها المعاملة بعد إمضائها، منها:

أولًا: أثر مآل التواعد والتعاقد بين الطرفين في تغيُّر حكم صكوك المرابحة

يؤول اشتراط ضمان رأس المال بالمعاملة من كونها مضاربة أو وكالة بالاستثمار إلى كونها قرضًا جر نفعًا، ويؤول الربح إلى فائدة ربوية.

وذلك لما كانت حقيقة القرض ضمان رد رأس المال؛ –وإن لم يقصد بعبارة المتعاقدين– فمتى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة، فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافا[2].

قال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا[3]، فضمان القيمة الاسميَّة هو رد رأس مال القرض، وضمان العائد هو ضمان الفائدة على القرض، والعبرة في العقود بالمعاني والمقاصد، وبه يؤول العقد إلى قرض جر نفع.

(1) الأم: للإمام الشافعي، 39/3.

(2) المغني: لابن قدامة، 49/5.

(3) المصدر السابق، 240/4.

فإذا تحيل في بيع دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل بينهما سلعة محللة –فهو أيضا من باب بيع ما ليس عندك– وذلك أن يطلب رجل من آخر سلعة ليبيعها منه بنسيئة، وهو يعلم أنها ليست عنده، ويقول له اشترها من مالكها هذا بعشرة، وهي عليَّ باثني عشر أو بخمسة عشر إلى أجل كذا فهذا لا يجوز، قال ابن قدامة: ولا نعلم فيه مخالفا[1].

عن ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس –رضي الله عنهما– أن رسول الله –ﷺ– «نَهَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ طَعَامًا حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ، قُلْتُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: كَيْفَ ذَاكَ؟ قَالَ: ذَاكَ دَرَاهِمُ بِدَرَاهِمَ وَالطَّعَامُ مُرْجَأٌ»[2]، فبين ابن عباس –رضي الله عنهما– علة منع البيع أنها تأخر القبض، وهي تأخر المبيع في يد البائع، وهي أصل التعليل الموجب للفساد.

وجاء عن ابن القاسم وحكاه عن الإمام مالك أن الآمر يلزمه الشراء باثني عشر إلى أجل، لأن المشتري كان ضامنا لها لو تلفت في يديه قبل أن يشتريها منه الآمر؛ ولو أراد أن لا يأخذها بعد اشتراء المأمور، كان ذلك له[3]، فالوعد مقيد بالخيار في إمضاء البيع أو عدم إمضائه، وليس فيه إلزام للطرفين، ما يعني أن الوعد بالشراء أو البيع غير ملزم، واستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الآمر إلا ما نقد في ثمنها[4]، فلا يأخذ إلا رأس ماله.

قال البناني: ولم أر من قال بتخييره وبالجملة فضمان المأمور وكون الخيار له وللآمر في العقد إنما هو قبل وقوع البيع الثاني[5]، فلا بد أن تكون السلعة في ضمان المأمور وفي قبضه، وأن يثبت الخيار للمأمور.

وتعليق الحكم على أن يجدد عقد الشراء بعد إحضار السلعة من قبل المصرف كما يقول الشافعية، حتى لا يقع البيع على ما ليس في ملك البائع، وعلى أن تكون السلعة في ضمان البائع وعهدته وهو المصرف إلى أن يستلمها العميل، ولو اقتصر الأمر على هذا الحد لما كان في الأمر ما يستوقف، فإن المعاملة صحيحة عند الشافعي بهذه الصورة، لكن ما يجعل المسألة في محل النظر؛ أنه أثير حولها اعتراضات متعددة، أهمها أن المصرف جعل الاتفاق

(1) الأم: للإمام الشافعي، 20/7، والكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، 672/2، والمغني: لابن قدامة، 155/4.

(2) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، رقم: 2132.

(3) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 58/2.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) شرح الزُّرقاني على مختصر خليل: للزرقاني، 195/5.

المبدئي –الذي هو في صورة وعد– ملزما للطرفين، ويجبر الزبون على تنفيذه، وبذلك ألغى المصرف من الناحية العلمية ما اشترطه أولا من وجوب تجديد العقد بعد إحضار السلعة، فإن الآمر آل إلى أن الإلزام للطرفين مستمر منذ الاتفاق الأول، الذي أعطي صورة الوعد من الناحية الشكلية، وأخذ في الواقع العملي قوة العقد بجعله ملزما لا يصح للطرفين التخلي عنه، فاشتراط إنشاء عقد جديد بعد إحضار السلعة صار مسألة شكلية، يتوصل به إلى تبرير الصفقة، لأن الإلزام موجود بدونه، وبذلك انحرفت القاعدة التي بنى عليها الشافعية جواز التعامل على هذا النحو.

وقد أخذت الفتاوى التي استند إليها المصرف في مسألة الإلزام هذا برأي المالكية القائلين بوجوب الوفاء بالوعد بصفة عامة، لأن الشافعي يجعل العميل الذي وعد بالشراء في حل، إن شاء أخذ وإن شاء ترك، فوعده بالشراء غير ملزم، وهذا هو الفارق الذي اختلف بسببه الحكم بين المالكية والشافعية في المسألة، ولذا؛ فإن عدم إلزام العميل بالشراء يجعل التهمة بالتحايل على الربا ضعيفة جدًا، أو معدومة؛ لأن العميل ينشيء عقدا حقيقيًا بالشراء بالثمن الآجل، مختارا فيه، وقد ينشئه مع المصرف وقد ينشئه مع غيره، فلو أنشأه مع غيره لا يختلف في جوازه، فإنشاؤه مع المصرف كذلك لا ينبغي أن يختلف في جوازه، أما على رأي المالكيَّة القائلين بالإلزام بالوعد؛ فالتهمة في التحايل على الربا قوية، ولذلك منعوا التعامل على هذه الصورة، ولذا لو كان البيع واقعًا على الخيار، وليس فيه إلزام بعد إحضار السلعة فليس لمنعه وجه حتى عند المالكية، لأن الخيار عندهم بعد حضور السلعة يعطي للمعاملة حكم العقد الجديد المستقل[1].

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: الوعد يكون ملزمًا للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقًا على سبب، ودخل الوعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلًا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر[2].

(1) مدونة الفقه المالكي وأدلته: أ. د الصادق عبدالرحمن الغرياني، مؤسسة الريان، لبنان– بيروت، ط/1، 1423هـ– 2002م، 3/388– 389.

(2) مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1 إلى 6 /1409/5هـ، 10– 15 /1988/12م، 40–41 (2/5 و 3/5).

ولا يرتب الوعد التزامًا بالشراء إلا بالظاهر، وإنما يكتسب القول بإلزامية الوعد بالشراء؛ إعطائه قوة كقوة العقد من حيث الوثوق والإلزام وترتب الأثر.

ويلغى اشتراط تجديد العقد، الذي اشترطه الشافعية عند القول بعدم إلزامية الوعد، وإن وقع فالمشتري بالخيار بعد حضور السلعة، فثبوت الخيار يؤول إلى أن الوعد غير ملزم، وليس له قوة العقد، ويؤول القولان إلى قول واحد، فإن ثبوت الخيار يجعل التواطؤ على الشراء قبل التملك في حكم العدم.

وجعل الوعد ملزما يعطيه قوة كقوة العقد، وكل قيد أو شرط يصير ملغيًا فهو إلى الشكلية أقرب منه إلى الواقعية، وعليه فالطرفان لا يقصدان بيعا ولا شراء، وإنما البيع والشراء أثر من أثار الالتزام، فلو كان ذلك كذلك ما أحتيج لتجديد العقد كما هو الشأن عن الشافعية، ولا نحتاج إلى الخيار بعد دخول السلعة في ملك البائع كما قرره المالكية في أحد القولين.

ومن ثمّ يكون اعتبار القول بإلزامية الوعد سببًا في هدم القيود عند المالكية والشافعية، وخرم القاعدة القائلة بأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ثانيًا: أثر المقصد في تغيُّر حكم صكوك المرابحة

بناء على ما جاء في نشرة الإصدار لصكوك الكهرباء الذي أصدرتها الحكومة الأردنية؛ يتبيَّن لي مجموعة من الحيثيات التي يناط بها تغيُّر الحكم، من ذلك أن حملة الصكوك لا غرض لهم في السلعة ولا مقصد لهم من شراء الغاز المسال، إنما غرضهم في نسبة العائد الذي هو 5,47%، ولا يتحملون أي مخاطر ناتجة عن هذه المعاملة.

وعليه؛ كل من يقوم بعملية التصكيك، ويباشر إجراءاتها هو مصدر الصكوك، وهو شركة الكهرباء الوطنية، وحملة الصكوك يدفعون الثمن فقط معجل، ويستبدلونه بثمن مؤجل، مع زيادة نسبة العائد المضمون.

يتأثر المقصد بصوريَّة العقد فيتغيُّر بناء عليه الحكم، ويتجلى ذلك من خلال درجة الصوريُّة التي تكون شديدة عند تقديم التعهدات، سواء عند التعهد بضمان القيمة الاسميَّة، أم برد العائد، أو أوجه أخرى سيأتي بيانها على النحو الآتي:

أ/ ضمان العائد ضمانا تاما

يتم تسوية حقوق مالكي الصكوك في حالات التعثر وعدم قدرة الجهة المصدرة –الآمر بالشراء– على الوفاء بالتزاماتها، وتسديدها في الوقت المحدد في نشرة الإصدار، ويتم توزيع العوائد في مواعيدها، والإطفاء النهائي للصكوك، وذلك حسب ما جاء في بنود النشرة.

وتلتزم حكومة المملكة الأردنية ممثلة بوزارة المالية بصفتها الضامن لهذه الصكوك بالوفاء بكافة الالتزامات وتسديدها في الوقت المحدد في النشرة.

وتضمن وزارة المالية حقوق حملة الصكوك الصادرة عن الشركة، كتسديد ثمن سلعة المرابحة "الغاز المسال"، وكافة دفعات العائد أي نسبة المرابحة، وذلك في مواعيد استحقاقها.

كما تتعهد الشركة المصدرة بدفع مصاريف وأتعاب كل من أمين الإصدار ومدقق الحسابات والمستشار الشرعي؛ بحسب اتفاقيات موقعة من كل منهم[1].

وكما سبق من صور الضمان؛ لا يجوز دفع المصدر للطرف الثالث عوضًا أو جعلًا مقابل الضمان، وقد أجمع على منع ذلك كل من يحفظ عنهم ابن المنذر من أهل العلم[2]، ومن ذلك ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق[3] وكل ذلك يؤول إلى ضمان رأس المال.

وكما جاء في المعايير الشرعيَّة؛ يجوز التعهد من طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن أطراف الشركة بتحمل الخسارة، شريطة أن يكون التعهد التزامًا مستقلًا عن عقد المشاركة، ومن دون مقابل وشريطة ألا يكون الطرف الثالث المتعهد بالضمان جهة مالكة أو مملوكة بما زاد عن النصف للجهة المتعهد لها، ولذا لا يحق للشريك المستفيد من التعهد الدفع ببطلان الشركة أو الامتناع عن الوفاء بالتزامه بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع بـه بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في عقد الشركة[4].

---

(1) ينظر: ملحق الصكوك الإسلامية، نشرة إصدار صكوك المرابحة للآمر بالشراء، نموذج (3) بند رقم: 4:1/1.

(2) الإشراف على مذاهب العلماء: لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: 319هـ)، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة – الإمارات العربية المتحدة، ط/1، 1425هـ– 2004م، 230/6.

(3) المغني: لابن قدامة، 399/4.

(4) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الشركة المشاركة الشركات الحديثة، رقم: 12، بند رقم: ٣/١/٤/٣، ص: 330.

ويكون ضمان الطرف الثالث لرأس مال الاستثمار وتحمل المخاطرة؛ دون انتظار عائد أو ربح، وإنما يبذل ذلك على سبيل التبرع المحض والإحسان، لا المعاوضة والمشاحة، إلا ما تقوم به الحكومات في بعض البلدان.

وقد يكون مصدر الصكوك -المتعهد بالشراء بالقيمة الاسميَّة- جهة خاصة، أو جهة حكومية، ولا يتصور أن يكون جهة خاصة لما فيه من مخاطر، وكلفة انخفاض قيمة الأصول[1]، وأما الحكومة وإن أمكن تصور تبرعها بتحمل الخسائر؛ فإن ما تملكه من أموال فهو ملك لجميع أفراد الشعب، ولذا فمن غير المقبول أن تتحمل خسائر بعض الأفراد على حساب حقوق عامة الشعب[2].

ويرد على هذا بأن الحكومة قد تفعل ذلك للمصلحة العامة، لتشجيع نوع معين من الاستثمار والعمل على انتشاره وازدهاره، لما فيه من فائدة مهمة وعامة للجميع، فعند قيامها بجبر خسارة أي مشروع من المشاريع الاستثماريَّة، فعملها ذلك هو تصرف يعود بالنفع على المجتمع بأسره، وليس على مجموعة أفراد منه[3]، فمن وجهة نظر أن المشاريع الاستثماريَّة تعود بحركة اقتصادية للبلد كله، فإن في هذا فائدة مهمة ومصلحة عامة، ينبغي مراعاتها.

ولما كانت الهيئة العامة للشركة الوطنية للكهرباء هي مجلس الوزراء، ووزارة المالية -عضو المجلس- هي الضامنة للقيمة الاسميَّة للصكوك وللعائد عليها، على اعتبار أنها طرف ثالث مستقل، ولما كانت الوزارات والمؤسسات الحكومية هي ملك للدولة، ممثلة بمجلس الوزراء، والطرف الثالث والجهة المصدرة جهتان مملوكتان للدولة، ومهامها إشرافيَّة وإداريَّة وتنفيذيَّة لسياسة واحدة للدولة، فإنه في هذه الحالة يؤول ضمان الطرف الثالث إلى ضمان رأس المال.

فلا يجوز في هذه الحالة ضمان الطرف الثالث؛ لأن الضامن مستفيد من هذا الضمان، فلما تقرر ذلك تغيَّر الحكم بالمقصد الفاسد، فالمستثمر دخل برأس مال يترتب عليه عائد

(1) أحكام ضمان الصكوك وعوائدها: لمحمد علي القري، ص: 255.

(2) سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية: أ. د منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد الاسلامي، العدد: 1، 1409هـ- 1989م، ص: 71-83.

(3) إطفاء أو استرداد صكوك الاستثمار في الفقه الإسلامي عن طريق البيع: لحسام الدين، وعارف علي، 235/13.

سنوي محدد بنسبة متفق عليها، ووعد برد رأس ماله الداخل به في الاستثمار كاملًا غير منقوص.

ب/ التعهدات المتخذة لحماية مالكي الصكوك

تضمن الشركة قيمة الصكوك المكتتب بها في حالات التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط المتفق عليها في نشرة الإصدار، وتتعهد الجهة المصدرة بسداد كامل مبلغ التمويل للصكوك والأرباح المستحقة عليها في المواعيد المحددة لذلك في نشرة الإصدار.

وأجد بالرجوع إلى التراث الفقهي –على سبيل المثال– قول ابن القاسم: ومن باع سلعة ثم ابتاعها، فإن كانت البيعة الأولى إلى أجل نظرت إلى ما آل إليه الأمر بعد البيعة الثانية من أبواب الربا، فأبطلته، ... قال ابن المواز: إذا كانت البيعة الأولى إلى أجل فهي من بيوع الآجال التي ينظر ما آل أمرهما إليه، وإن كانت الأولى نقدًا، فلا تبالي ما كانت الثانية، وهي من بيوع النقد فلا يتهم فيها إلا أهل العينة، وإن كان أحدهما من أهل العينة، فاحملهما على أنهما من أهلها[1].

وإذا نظرنا إلى المآل لا نجد موضعا لهذه المعاملة إلا أنها من الحيل التي توصل إلى الربا، وتؤول إليه، قال محمد ابن الحسن: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا[2].

فتصير المعاملة إلى الصوريَّة، وبعيدة عن الواقعيَّة، حيث يقوم المكتتب بإرسال الطلبات والمبلغ المراد الاكتتاب به، بالإضافة إلى تفويض من البنك بتقييد قيمة الصكوك التي تخصه وتفويضا بقيد العوائد والقيمة الاسميَّة عند استحقاقها على حسابه في البنك المركزي.

وفي حال امتلاك المكتتب حساب لدى البنك المركزي يتم إرسال طلبه مباشرة، أو من خلال أي مرخص عامل في المملكة نيابة عنه، على أن يتضمن الطلب تفويض خطي من بنك مرخص بقيد قيمة الصكوك المخصصة للمكتتب على حسابه لدى البنك المركزي، وقيد العوائد والقيمة الاسميَّة للصكوك بتأريخ استحقاقها لحسابه.

---

(1) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 652/12.

(2) النهر الفائق شرح كنز الدقائق: لسراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (المتوفى: 1005هـ) تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، ط/1، 1422هـ– 2002م، 575/3.

ويُستدل على الصوريَّة بالإجراءات الفنية التي يمارسها الحملة والمصدرون، ما يجعل الصوريَّة في أشد أوجهها، وهما:

الأول: إن الحملة الصكوك لو اجتمعوا واتفقوا على إجراء أي تعديل في شروط الإصدار أو أحكامه، فإنَّه لابد من موافقه المصدر وهو شركة الكهرباء الوطنية.

الثاني: إن البنك المركزي –الذي يمثل الشركة ذات الغرض الخاص– هو من يقوم بمهمة إدارة الصكوك، ووكيل الدفع، ومهام الحافظ الأمين لصكوك شركة الكهرباء، وفي الوقت نفسه يعدُّ هو وشركة الكهرباء في ملكية الدولة، وبالإضافة إلى كون ضمان الصكوك مملوك بالكامل لشركة الكهرباء.

وقد نص مجمع الفقه الإسلامي على أنه ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث بمبلغ بالتبرع مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون مستقلا عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد، وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد[1].

ولا يوجد مساهمون في شركة الكهرباء الوطنية، حيث يعتبر مجلس الوزراء هو الهيئة العامة[2]، وهذا الحق ممنوح من قبل الدولة مما يجعل منه قيمة مالية مقصودة لحملة الصكوك، كما أن حملة الصكوك لا يتحملون أي مخاطر حاصلة أو متوقعة تجعل هذه الصكوك أكثر صوريَّة، كما نصت نشرة الإصدار[3].

وتهدف الشركة –ضمن السياسة العامة للحكومة الأردنية مع مراعاة القوانين والأنظمة النافذة في المملكة– إلى شراء الطاقة المولدة من شركات التوليد وبيعها إلى شركات التوزيع والمستهلكين الكبار[4].

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، قرار رقم: 30 (3/4).

(2) ينظر: ملحق الصكوك الإسلامية: نشرة إصدار صكوك المرابحة للآمر بالشراء، نموذج: (3) بند رقم: 6.

(3) إذا لم تف الجهة المصدرة بأي من التزاماتها المبينة في نشرة الإصدار كالتخلف عن دفع قيمة أي قسط عائد، أو إطفاء الصكوك بتأريخ الإطفاء فإن الحكومة الأردنية، تضمن حقوق حملة الصكوك، من حيث سلعة المرابحة وكافة دفعات العائدة في مواعيد استحقاقها، ينظر: الملحق السابق، نموذج: (3)، البند: 1.9، 1.9.1.

(4) ينظر: النشرة السابقة، بند رقم: 4/ 1:4.

يحق للشركة التملك والإدارة والاحتفاظ بأي قدرة توليدية، وذلك لغايات استراتيجية، ولمواجهة الحالة الطارئة[1].

وقد نص قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني[2]؛ أنه يجب أن تتضمن نشرة الإصدار الأسباب التي تستوجب الإطفاء المبكر، ومعالجة التعثر في حال وقوعه، وكيفية تسوية حقوق مالكي الصكوك، وتحديد آلية تسوية النزاعات، كما نص على تحديد المدة الزمنية التي بانقضائها يتعين إعادة الأموال لمالكي الصكوك، وذلك في حال عدم اكتمال الإصدار؛ لعدم التغطية أو لأي سبب آخر.

وكل ما سبق يؤكد أن الشركة الوطنية للكهرباء ليست مستقلة عن الحكومة، ويزيده تأكيدا ما تضمنته نشرة الإصدار من قيود، وتأمينات للمخاطر المحتملة، ومواجهة الحالات الطارئة.

الفرع الثالث: اعتبار نظريَّة الطوارئ في تغيُّر حكم الصكوك

تقتضي مراعاة اعتبار نظرية الجوائح والقوة القاهرة، والضرورة التي تبيح المحظورات، والضرر الذي يجب إزالته، والترخص ودفع المشقة؛ سد كل حاجة عمت البلوى بنزولها.

كما يعتبر تدخل الحاكم برعاية مصالح العامة وإلزام الحكومة بشراء الصكوك وإطفائها بعيد عن الصوريَّة، بحيث تكون الحكومة مستقلة لا تمثل طرفًا من الأطراف المتعاقدة، فليست من حملة الصكوك، ولا مصدرة لها، ولا تدخل بتواطؤ مع أحد أطراف العقد ولا تدخل بمقابل أجر للشراء والإطفاء، ولبيان ذلك لا بد من مراعاة الآتي:

أولا: مواجهة الحالات الطارئة

قد تحصل بعد تمام عملية التصكيك وإجراءات الاكتتاب موانع تمنع العقد مثل الجوائح، والطوارئ والظروف القاهرة، والهلاك التام أو الجزئي لمحل الصكوك، وما يكون سببًا في إعادة الاعتبار لعملية التعاقد المبرمة وتطبيقها بين الطرفين كليا أو جزئيا، أو استعمال حق التدخل من قبل ولي الأمر والحاكم الشرعي لمصلحة عامة أو خاصة يراها، وقد تحدث إشكالات تتسبب بإلغاء التعاقد، أو إعاقة تنفيذه، أو إخلال بجدواه الاستثمارية، بحيث يترتب على تطبيقها وحصول أثرها؛ تغيُّر في أحكام التعاقد، يلجأ الطرفين إلى التعديل والتصحيح أو إلى الفسخ، وذلك بموجب إعمال سلطة القاضي، وفق تقديرات يعتبرها داعية أساسًا إلى

(1) النشرة السابقة.

(2) قانون صكوك التمويل الإسلامي رقم: 30، لسنة: 2012م، المملكة الأردنية الهاشمية، مادة: 14/هـ.

تغيُّر الحكم، وإنقاذ المتضررين المجتاحين، والمحتاجين، ورفع الضرر والحرج عنهم، وذلك لا يكون إلا وفق قواعد واضحة منها:

أ/ التخريج على رفع مشقة المشاركة

اعتبار الظروف الطارئة لابد له من إجراءات تنقله من كونه وضعًا خطيرًا على الاطراف المتعاقدة إلى كونه حلًا يرفع به الضرر ويزال به الخطر، ويؤمن مستقبل التعاقد، ويتخَّرج الضرر الحاصل للأطراف المتعاقدة أو أحدهم؛ على المشقة من أجل رفعها، بعد ضبطها واعتبارها مشقة متحققة لا متوهمة.

وعندما يعتبر المجتهد التخريج على المشقة؛ إنما يريد بذلك إزالة الضرر، الداخل على كل واحد من طرفي العقد على غير استواء، لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة[1]، ولإثبات ذلك لا بد من مقدمتين ونتيجة.

المقدمة الأولى: وجوب حق الشفعة بين الشركاء.

لما كانت الشفعة هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض[2]، والعلة هي الاشتراك بما يملك به لدفع الضرر، اختلف في المعنى الذي شرعت لأجله، فالذي اختاره الشافعي أنه ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها، واختار غيره من الفقهاء قولًا ثانيًا هو ضرر سوء المشاركة[3].

المقدمة الثانية: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط، والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه، وتمكن من بيعه لشريكه، وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص، فالذي يقتضيه

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 44/4.

(2) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 372/3.

(3) البناية شرح الهداية: لأبي محمد الغيتابى بدر الدين العينى، 290/11– 291، والتاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق، 367/7، وكفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي (المتوفى: 829هـ)، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير– دمشق، ط/1، 1994م، ص: 284، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، ط/أخيرة، 1404هـ– 1984م، 194/5.

حسن العشرة، أن يبيعه منه، ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه، وتخليص شريكه من الضرر، فإذا لم يفعل ذلك، وباعه لأجنبي، سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه[1].

ما يعني أن أحد المشركين إذا أراد بيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه، وتخليصه مما كان بصدده من توقع الإخلاص والاستخلاص ليصل إلى نصيبه بالبيع، وارغام العاقد على البيع فيه إبطال العقد الأول، وتخليص شريكه من الضرر الحاصل باستمرار العقد[2].

النتيجة: يثبت اعتبار حق التملك القهري لأحد طرفي العقد؛ حق آخر إضافي فيما يملك، وهو الاشتراك في دفع الضرر، لاتحاد محل التملك، ويمثل هذا الحق علة تؤثر في اعتبار نظرية الظروف الطارئة.

وإن وقوع الاختلاف في المقاصد والمعاني إنما لتقوي بعضها بعض، سواء كان المقصد رفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق، أم سوء المشاركة، فإن هذا الاختلاف إنما يثبت الحكم بإزالة الضرر ودفع المشقة.

ب/ إعمال قاعدة الزيادة توجب الرد إلى العادة

لو حصلت لأحد المتعاقدين زيادة وترتب خطر؛ فإن الرد إلى العادة هو الإجراء التحوطي لتدبير ذلك، وذلك عمل بالقواعد الشرعية، منها قاعدة: الزيادة توجب الرد إلى العادة[3]، وهذا الإجراء يحقق التوازن المالي للعقد، بحيث يرتفع الضرر الناتج بسبب الظرف الطارئ[4]، ولا يكون ذلك إلا استثناء، وبقدر ما تستدعيه قاعدة الضرورة، ويرتفع به الضرر.

ج/ قاعدة: لا ضرر ولا ضرار

جُعل قول النبي -ﷺ- «لا ضرر ولا ضرار»[5]، قاعدة لدفع كل ضرر حاصل ترتب عليه حرج ومشقة على المكلفين، فكل ضرر وقع على المتعاقدين أو أحدهما يوجب على

(1) المغني: لابن قدامة، 229/5.

(2) العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية: لخالد الرشود، ص: 734.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 59/1.

(4) العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية: لخالد الرشود، ص: 734.

(5) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 2758.

القاضي إزالته، لأن الضرر يزال[1]، ولو بالإجبار، وإن خالف مقتضى القياس، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، وذلك مراعاة لمصلحة راجحة على مفسدة بقاء الضرر.

وقد يشتد الضرر بشدة تمكن الواقعة من عموم المكلفين فلا يبقى معه العقد، ويستحيل تنزيله، ويكون من المحال تعديله، أو إعادة تنفيذه، ولا ينفع مع نزول الضرر تقليل الآثار والمفاسد الناجمة عن إرادة تنفيذه، مما يستدعي زوال العقد كليًا بالفسخ.

ثانيًا: إعمال مقام الولاية واعتباره في تغيُّر أحكام الصكوك

يعتبر إعمال مقام الولاية واعتباره عند تنزيل الحكم الشرعي ذا شأن في رعاة المصلحة العامة على كمالها، وإزالة آثار الجائحة، بما يحقق مصلحة المال المجتاح، ويتمثل هذا الحق في استعمال المسؤوليات وممارسة الصلاحيات، كتدخلات الحاكم أو من ينوب منابه في ضمان المخاطر لصالح حملة الصكوك وتسويتها وتصحيحها في "حالات التعثر"[2]، أو الإخلال بشرط من الشروط[3]، وكذلك للقاضي الحق في تسوية النزاع والفصل القضائي في المحاكم بموجب ما يخوله نص "قانون الصكوك الإسلامي"[4] –في حدود صلاحيته– لحماية المصالح العامة أو الخاصة التي يراها، وبيان ذلك في الآتي:

أ/ ثبوتية حق الفسخ للحاكم والقاضي

إذا حصل سبب لم يكن لأحد المتعاقدين صلة به، ولا تسبب إليه، فإنه يعرِّض العلاقة التعاقدية إلى الخطر، ما يستدعي تدخل القضاء وسلطة الحاكم إلى إيقاف ذلك السبب، ومنع الضرر الناتج عنه، فيحق للحاكم الشرعي –بصفته أعلى سلطة في البلد– عند حصول الشدائد من الجوائح والنوازل الطارئة فسخ العقد، وقد روي «أَنَّ النَّبِيَّ –ﷺ– أَمَرَ بِوَضْعِ

(1) ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي: لمحمد الأمير المالكي، بحاشية: حجازي العدوي المالكي، تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين– مكتبة الإمام مالك –موريتانيا –نواكشوط، ط/1، 1426هـ–2005م، 68/3، والحاوي الكبير: للماوردي، 401/6.

(2) ينظر: ملحق الصكوك الإسلامية: نشرة إصدار صكوك إسلامية وفقا لقانون صكوك التمويل الإسلامي رقم: 30، لسنة 2012م، والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه شركة الكهرباء الوطنية المساهمة العامة المحدودة: الأردن– عمان، نموذج: (5)، 1.7.

(3) ينظر: الملحق السابق، نموذج: (5)، 1.9.1/1.9.

(4) ينظر: الملحق السابق، نموذج: (5)، 1.8.

الْجَوَائِحِ»[1]، وجاء عن أبي الزبير، أنه سمع جابر بن عبد الله –رضي الله عنهم– يقول: قال رسول الله –ﷺ–: «لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»[2]، وعن أنس بن مالك–رضي الله عنه– «أَنَّ رَسُولَ اللهِ –ﷺ– نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تُزْهِيَ»، قَالُوا: وَمَا تُزْهِيَ؟ قَالَ: «تَحْمَرُّ»، فَقَالَ: «إِذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ تَسْتَحِلُّ مَالَ أَخِيكَ؟»[3].

وإذا ترتب خطر على تنفيذ عقد المرابحة فيزول الضرر الفعلي للمتعامل أو المؤسسة بالصلح أو التحكيم أو القضاء[4]، وذلك لحصول الضرر العائد على المتعاقدين بالإرهاق، والمشقة الشديدة والحرج المستمر باستمرار العقد، أو مفسدة كتلف أحد العوضين، وفوات المال أو ما يترتب عليه استحلال مال الغير بغير حق، فيتغير بذلك الحكم الشرعي بالفسخ أو التعديل.

ب/ الفسخ بسبب عذر

إذا تعذر إتمام العقد لمانع متعلق بحق أحد المتعاقدين فإن للفقهاء في ذلك نظر؛ رتبوا عليه أثرًا في المعاملة، فعند الحنفية أن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر؛ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر، وله ولاية ذلك، ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر؛ خروج عن العقل والشرع[5]، والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله؛ يثبت له حق الفسخ[6].

وذهب المالكية إلى تقرير الفسخ بتعذر ما يستوفى منه المنفعة، كدار وحانوت وحمَّام وسفينة ونحوها –وإن لم تعين حال العقد– ودابة عينت، والتعذر أعم من التلف؛ فيشمل الضياع والمرض والغصب وغلق الحوانيت قهرًا وغير ذلك مما يأتي، وإذا فسخت رجع

(1) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم: 1554.

(2) صحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم: 1554.

(3) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: بيع المخاضرة، رقم: 2208، وصحيح مسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم: 1555.

(4) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار العوارض الطارئة على الالتزامات، رقم: 36، بند رقم: 3/4، ص: 924.

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 197/4.

(6) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 182/6.

للمحاسبة باعتبار ما حصل من المنفعة وما لم يحصل[1]، فكل ظرف قاهر ترتب عليه منع استيفاء المنفعة فسخ بموجبه العقد، ورجع المتعاقدان إلى تقدير ثمن ما قد تم استيفاؤه من المنافع، وخصمه من المجموع الكلي لثمن المنفعة المتفق عليها.

واختلف في ذلك الشافعية والخلاف في تأخر الفسخ بالعذر مطلقا[2]، فقد يسقط بالعذر حق الفسخ إذا تأخر في بيان العذر، وقد لا يسقط على خلاف بينهم.

وفرق الحنابلة بين كون العذر في المتعاقدين أو في المعقود عليه، فمنعوا الأول وأجازوا الثاني، باعتباره عقدًا لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر، فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه، كالبيع، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكتري، لجاز لعذر المكري، تسوية بين المتعاقدين، ودفعا للضرر عن كل واحد من العاقدين، ولم يجز ثم، فلا يجوز ها هنا[3].

وجاء في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة إذا وقع في الإجارة عذر طارئ وترتب عليه ضرر معتاد فإنه يحق للطرف المتضرر فسخ الإجارة، ويحق الفسخ لصاحب العذر إن كان العذر ظاهرًا، وبالاتفاق إن كان محل اشتباه، وعند الاختلاف يرجع للقضاء[4].

وعليه؛ فتغير الحكم باعتبار جامع الحاجة الداعية إلى رفع الخطر وإزالة الضرر اللازم من استمرار العقد على حالته الأولى، فإن حقيقة الفسخ امتناع من التزام الضرر لما فيه من المفاسد المفوتة للمصالح الكلية.

ج/ تصحيح العقود وتعديل الالتزامات الماليَّة

تحدث للناس عوارض خارجة عن إرادة المتعاقدين فتحدث لهم بذلك أقضية تفضي إلى تصحيح العقود وتعديل التصرفات والالتزامات.

ويقتضي إعمال مبدأ التصحيح؛ حصول أسباب خارجة عن الاتفاق والاشتراط، منها على سبيل المثال تغيُّر سعر العملات المتعاقد عليها، أو ارتفاع الرسوم الجمركيَّة أو فرض ضرائب

---

(1) ينظر: الشرح الصغير مطبوع مع بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير "الشرح الصغير": للشيخ الدردير، لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ: لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف، 49/4.

(2) المجموع شرح المهذب: للنووي، 184/21

(3) المغني: لابن قدامة، 333/5.

(4) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار العوارض الطارئة على الالتزامات، رقم: 36، بند رقم: 4/5، ص: 925- 926.

جديدة على المواد المتعاقد عليها –محل الصكوك– أو إحداث قوانين في البلد الذي تم فيه التعاقد، والاحتكام إلى قوانينه عند حصول المنازعة، أو كل ما من شأنه يؤدي إلى ضرر فاحش في حق أحد المتعاقدين.

فتؤدي هذه الأسباب إلى تغيُّر الحكم بالتعديل أو التصحيح مع المحافظة على أصل التعاقد دون إلغائه، وذلك عن طريق "الصلح أو التحكيم أو القضاء"[1].

وقد جاء في منشور والي بنك المغرب بشأن البنوك التشاركيَّة "يجب أن تتضمن عقود المنتجات المشار إليها في هذا المنشور كيفية التسوية الودية للنزاعات ما بين المؤسسة والعميل"[2].

ويستدعي تنزيله في الواقع اعتبار أصل عام، مثل المنع من أكل أموال الناس بالباطل، وتحريم إنزال الضرر بالغير؛ والضرر يُزال، سواء تعلَّق في حق الدائن أم المدين، ثم أصل اعتبار نظريَّة الجوائح.

ويمكن في هذا الصدد اعتبار الصلح كما نصَّ على ذلك الفقهاء قديمًا –رضوان الله عليهم–[3]، والدعوة إلى الصلح تعتمد على الاشتباه أو الشبهة؛ فالاشتباه ناشئٌ عن كون كلٍّ من الطرفين متضررًا بالتضخُّم، فانخفاض قيمة العملة يضرُّ الدَّائن؛ لأنه يأخذ بدلًا عن دينه قِيَمًا ناقصة، والمدينَ؛ لأن موجوداته النقدية أصيبت بانخفاض ضعُفت به قدرته الشرائية، فالأمر يحتاج إلى تقدير كلٍّ من الضررين؛ مما يستدعي تدخُّل القاضي لتقدير الحقوق، ولحثِّ الطرفين على التَّراضي والتسامح؛ لأن الأمر مشتبه، وهو أيضًا شبهة[4].

وما دام أن هناك ضررًا متحقّقًا للطرفين؛ فإن رَخْصَ قيمة العملة بالتضخم إذا كان فاحشًا يقدَّر كونه فاحشًا بالمتعارف عليه، فإذا كان التغيُّر مؤثِّرا في أعواض العقود الآجلة؛ فإنه يجب للمتضرِّر المطالبة بجبر الضَّرر اللَّاحق، حيث يَرُدُّهما القاضي أو الجهة المحكَّمة إلى القيمة العادلة، مع مراعاة الثمن في أصل العقد، حتى لا يربح مرتين، على حد قول ابن

(1) المرجع السابق، رقم: 36، بند رقم: 4، ص: 924.

(2) المجلة الرسمية المملكة المغربية، العدد: 6548، 1438/6/3هـ– 2017/3/2م، الباب السابع، المادة: 70، ص: 596.

(3) الذخيرة: للقرافي، 336/5، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 341/4.

(4) ينظر: مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات: عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بَيَّه، منشورات مركز الموطَّأ، المجلس الوطني للإعلام، دبي– الإمارات العربية المتحدة، ط/5، 1438هـ– 2018م، ص: 331 – 332.

عباس –رضي الله عنهما– الذي جوَّز إذا أسلَم في شيءٍ أن يأخذ عِوضًا بقيمته ولا يربح مرتين[1]؛ لأنه قد يكون الدَّائن قد باع على المدين بسعرٍ مرتفعٍ تحسُّبًا للتَّضخُّم، فعلى القاضي أن يراعي ذلك في تقدير المخاطرة، وذلك بعد أخذ رأي المختصِّين.

كما يستدعي الأمر اعتبار أصل ما جرى به العمل في القضايا المتشابهة، وجعله معيارًا في حل الإشكالات، ومنع الوصول إلى التقاضي ما أمكن، وأصل ذلك ومستنده ومؤيده "العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها رعيًا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية"[2]، وهو دليل لا يعم كل حكم في كل مسألة، وإنما يخص حكم مسألة بعينها دون غيرها، ومن ثمّ يكون "الذي جرى به العمل في هذه المسألة كذا لم يعم ذلك سائر البلاد بل يختص به ذلك الموضع الذي جرى فيه، ومثل هذا لا تجدهم يقولون فيه: الذي جرى به العمل واستقرت عليه الأحكام كذا، بل يقولون الذي جرى به العمل في هذه المسألة في بلد كذا وفي عرفهم كذا وكذا، وأما غير ذلك من المسائل التي يذكرون ما جرى به العمل فيها للتعرف الذي اقتضته المصلحة في حق العامة وتغير العوائد وذلك أمر عام، فإنه مما يرجح به ذلك القول المعمول به، ولا ينبغي أن يختلف في هذا، وظاهر النصوص تشهد بذلك"[3]، ويرجَّح به في حال التعارض؛ لأنه؛ "إذا تعارض المشهور وما جرى به العمل يُقدَّم ما جرى به عمل بلده على المشهور؛ لأن جريان العمل بالضعيف لمقصدٍ من المقاصد يُصيِّرُه راجحًا، ومن المعلوم أن الراجح يقدَّم على المشهور"[4]؛ وذلك لضرورة طارئة، أو لرفع الحرج والمشقة والتيسير على الناس، المتمثِّل في جلب المصلحة ودرء المفسدة، ومراعاة المآل.

ثالثًا: ضمان المصدِّر لشركة التأمين وأثره في تغيُّر حكم صكوك

يرد على صكوك المرابحة وحتى الإجارة كثير من شروط، ما مؤداها إلى ضمان المصدِّر لشركة التأمين، والتي قليلًا ما ينتبه إليها، وتفصيل ذلك؛ أن الأصول –التي هي محل المرابحة أو الإجارة– يجري التأمين عليها من قبل المالك –حملة الصكوك– بحيث لو هلكت هلاكًا

(1) ينظر: مجموع الفتاوى: لابن تيمية، 518/29، بتصرف.

(2) العرف والعمل في المذهب المالكي: أ. د. عمر الجيدي، ص: 342.

(3) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لابن فرحون، 69/1.

(4) توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام: لعثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، ط/1، 1339هـ، 22/1.

كاملًا؛ قامت شركة التأمين بدفع التعويض المتفق عليه، ولهذا الغرض يُعيِّن حملةُ الصكوك المصدرَ وكيلًا لمباشرة عملية التأمين، ودفع أقساطها وكالة عنهم، وتحصيل التعويض من شركة التأمين في حال وقوع المكروه، وذلك لا بأس به من جهة المشروعيَّة، وخاصة عندما يكون التأمين لدى شركة للتأمين التعاوني الإسلامي، لكن الإشكال فيما يضاف إلى ذلك من شروط مفادها: إن على المصدِّر في حال وقوع الهلاك الكامل أن يقوم بتسلم التعويض المنصوص عليه في بوليصة التأمين من شركة التأمين خلال مدة كذا –شهر في الغالب– وإيداعه في حساب حملة الصكوك خلال المدة المذكورة، سواء دفعت شركة التأمين ذلك التعويض أم لم تدفع، وبهذه الطريقة أصبح المصدِّر ضامنًا شركة التأمين، ولا ريب أن مثل هذا الشرط يؤول إلى تعهد المصدر بتعويض حملة الصكوك في حال هلاك الأصل المؤجر بآفة سماوية لا يد له فيها[1].

فلو نظرنا إلى التنزيل النهائي لوجدنا أن لمبدأ اعتبار المآل أثرًا في تحديد نتيجة هذا الإجراء المتخذ لحماية حقوق حملة الصكوك، ذلك أنه يؤول بالمعاملة إلى ضمان رأس المال، وضمان العائد فيغيَّر الحكم الشرعي، وذلك يوقع في شبهة قرض جر نفعًا، ولكن هناك فارق وهو أن الضمان في هذه المعاملة عن طريق التبرع الصرف، وليس عن طريق المعاوضة وبيان ذلك في الآتي:

أ/ التأمين التعاوني

إذا وقعت حالة من الحوادث الخطيرة، وعادت على الأطراف المتعاقدة بالحرج والضيق، أو نزلت حاجة شديدة بالناس واستمرت وعمت؛ فإنها تنزَّل منزلة الضرورة الخاصة، فتستوجب الرفع، لأن الحال يقتضي زوال الضرر، ورفع الحرج، سواء كان في نظير قسط أم حق مالي يؤديه المؤمن له للمؤمن، وذلك على جهة التبرع لا المعاوضة.

ولقد كان من أوائل من تكلم عن التأمين وحكمه في الفقه الإسلامي ابن عابدين من الحنفية، حيث قال: "مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى سوكرة[2]، وتضمين الحربي ما هلك في المركب، وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا: وهو

(1) الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها: لمحمد علي القري، 21– 22.

(2) سوكرة: لفظ محدث من الانجليزية، تأمين، ضمان(Security)، ينظر: معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– وقنيبي، ص: 119.

أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال: سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن ... يقبض من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماما، والذي يظهر لي: أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله لأن هذا التزام ما لا يلزم"[1].

ومن ذلك التأمين التبادلي: وهو اتفاق جماعة من الناس –يجمع بينها تماثل الأخطار– على تعويض المصاب منهم مما يجبونه منهم، فإن زاد مما جبوه شيئا رد عليهم، وإن نقص دفعوا مبلغا آخر حتى يسد النقص[2].

وأما حكمه؛ فقد نقل الاتفاق على التأمين التعاوني بين العلماء المعاصرين، فهو من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسئولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحًا من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم، والتعاون على تحمل الضرر[3].

وقد جاء في معايير هيئة المحاسبة والمراجعة: يجوز أن ينظم مصدر الصكوك أو حملة الصكوك طريقة مشروعة للتحوط من المخاطر، أو للتخفيف من تقلبات العوائد الموزعة احتياطي معدل التوزيع، مثل إنشاء صندوق تأمين إسلامي بمساهمات من حملة الصكوك،

(1) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 170/4.

(2) معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– وقنيبي، ص: 119.

(3) مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، قرار رقم: (51) وتأريخ 1397/4/4هـ، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن لتأمين وإعادة التأمين، دورة انعقاد مؤتمر الثاني بجدة من 10 – 16 /4/ 1406هـ، الموافق 22 – 28 /1985/12م، قرار رقم: 9 (2/9)، وقرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر في المؤتمر الثاني، 1965م، ومجمع الفقه الإسلامي: المنعقد في دورته الأولى المنعقدة في 10 /1398/8هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي وقرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه، يراجع: وثائق مقدمَة للمؤتَمر التأمين وَإعادة التأمين: الشَيخ عبّد الله بن زيد آل مَحمُود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 2، 437/2– 438 بتصرف، والمدخل الفقهي العام: للزرقا، 623/1– 624.

أو الاشتراك في تأمين إسلامي تكافلي بأقساط تدفع من حصة حملة الصكوك في العائد، أو من تبرعات حملة الصكوك، لا مانع شرعًا من اقتطاع نسبة معينة من العائد[1].

ب/ أسباب التأمين التعاوني

لتجنب المخاطر لابد من الحفاظ على مستوى معين من الأرباح الناتجة عن رأس المال، مما يستدعي استمرار العمل بالتأمين، وهذه العملية تقوم على عدة أسباب منها[2]:

– أن المؤمن والمستأمن واحد، وهم حملة الصكوك.

– أن عقد التأمين ليس فيه معاوضة، ومن ثمَّ فهو تعاون من حملة الصكوك على تحمل المخاطر وتفتيتها.

– أن المعاوضة التي فيه فرعية وتبعية غير مقصودة، ومتعلقة بإدارة حساب استثمار رأس مال الصكوك، وإدارة التأمين، لا بالتأمين نفسه.

– أن الغرض من فصل حساب التأمين عن حساب رأس مال الصكوك؛ هو تسهيل العمل إداريا ومحاسبيا، ولا يعني ذلك استقلال الذمم الذي يؤدي إلى وقوع الربا، إذ إن مالك الحسابين واحد.

ولو فرض تكييفه على أنه قرض فإنَّ المقرض والمقترض واحد وهم حملة الصكوك، فهم المالكون لحساب التأمين وحساب رأس مال الصكوك، لذا فالقرض صوري، والأصل هو التبرع، والمقصد هو تسهيل العمل إداريًا وماليًا، وإيجاد مخرج لحاجات الناس المتزايدة.

ج/ الغاية من التأمين

وتعدّ الغاية من التأمين والمقصد الأساسي هو التعاون على تفتيت الأخطار وتوزيعها، وتحمل المسؤولية سواء كان القيام بإدارة هذا العمل تبرعًا أم مقابل أجر معين، ولا يؤثر جهل المساهمين بتحديد ما يعود عليهم من النفع في مشروعية العقد؛ لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا مقامرة ولا غرر[3].

(1) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار صكوك الاستثمار، رقم: 17، البند: 11/1/5.

(2) العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية: لخالد الرشود، ص: 490– 491.

(3) التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية: لمحمد جبر الألفي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 13، 1448.

ويقوم التأمين التعاوني على تمويل تعويض الأضرار التي تقع على حملة الصكوك، عن طريق الأرباح الناتجة عن استثمار رأس مال التأمين المتبرع به، فحملة الصكوك في الواقع قد تعاونوا فيما بينهم لتغطية الأضرار والأخطار التي قد تصيب بعضهم، وليس في العقد معاوضة، بل أموال التأمين من المأمنين وإليهم، ولكن لضمان استمرار العمل بالتأمين؛ تم فصل حساب التأمين في صندوق خاص بعيدا عن رأس مال الصكوك، ولذا يتم تغطية تكاليف التأمين بعائد المتاجرة والاستثمار بصندوق التأمين عن طريق الوكيل.

خلاصة: إن مجمل الاحتياطات الوقائية التي تضمنتها نشرة الإصدار أو القانون المنظم لها إنما هي لمعالجة المخاطر المتوقعة، التي قد تلحق بأحد طرفي العقد، ولكن الذي يطمئن النفس، ويمكن التعويل عليه للخروج من الحرج الشرعي وتجنب مخاطر الوقوع في المحظور، هو ما أشارت إليه في نشرة إصدار صكوك التمويل الإسلامي[1]، بأنه يشارك حامل الصك في الغنم والغرم حسب نوع الصك وصيغته.

أستطيع القول: تحدث للناس من الشروط بقدر ما أحدثوا من الفساد، ومن ذلك لمَّا تغيَّرت أحوالهم؛ تغيَّر حكم الضمان، فلم يصبح القول قول المضارب، ولا يسلَّم له بدعواه، بل لابدَّ من التحري والتحقيق فيما ادعاها من الأسباب الظاهرة والخفيَّة، والاستعانة بالخبراء في المجال، وفي إعادة دراسة ملف المشروع، وتتبع مراحل الاستثمار كيف تمت ميدانيًا وإداريًا، وإثبات الواقعة التي حصل فيها الخطر، وإعمال التحوط إلى أقصاه، من ذلك اعتبار التهمة ومراعاة المقاصد والمآلات، وما جرى به العرف الاستثماري.

كما يلاحظ تغيُّر الحكم باختلاف اليد وأثرها على البراءة من المسؤولية عن التلف والهلاك وفساد العين، وإذا حصل اختلاف في مناط التحمل أو الإسقاط، فإن هناك مخارج لا بد من إعمالها؛ كسؤال أهل الخبرة، واعتبار ما جرى به عرفهم زمانا ومكانا.

إذا حصل تعثر في العقد وترتب على إتمامه مانع أو استحالة وفاء؛ فإنه يلزم مواجهة كل حال من الأحوال التي يمر بها المتعاقدان، ومعالجة موانع الإتمام وتصحيح محل النزاع وتسويته تسوية عادلة، ورفع الضرر وإزالة المشقة والحرج، وإعمال القواعد المفضية إلى التصحيح ورفع النزاع، والرد إلى العرف والعادة الاتفاقيَّة، وإعمال الصلح والتحكيم وسائر

(1) ينظر: ملحق الصكوك الإسلامية، نموذج (5)، البند الأول: وصف كامل للصكوك المعروضة، الفقرة: 20.

المعالجات الوديَّة، قبل اللجوء إلى المؤسسات الرسميَّة لفض النزاع وإعمال الولايات الشرعيَّة كالترافع أمام القضاء أو استدعاء تدخل الحاكم، وكل ما لا يؤدي إلى مخالفة القواعد العامة للشرع.

ويمكن تخريج الضمان بموجب دراسة الجدوى؛ على الحيلة في الخلاص من الضمان وذلك؛ بأن يرفع للحاكم، فما حكم به يمضي على جميع الأطراف، أو يحمل على اعتبار أنه تعدٍّ يسير عند توزيع المخاطر على عموم المكتتبين.

لم تعد الحماية من المخاطر باستخدام صيغة التبرع –سواء من طرف مدير الإصدار أم طرف ثالث خارجي– مجرد صيغة مالية، بل صارت أداة ثابتة بالعرف السائد في مجتمع المال والاستثمار، وأخذت حكم العرف من حيث الشرعيَّة وقوة الحجيَّة في تنزيل الحكم الشرعي.

إن ضمان العائد وإطفاء الصكوك بالقيمة الاسميَّة يفضي إلى قرض جر نفعًا، وإن بناء حكم الصكوك على المقاصد والمآلات في العقود المركبة يؤول بأغلبها إلى قرض جر نفعًا.

إن مبدأ اعتبار ما جرى به العمل فيتغيَّر حكم صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك سواء في منع وضع اليد على الموجودات السياديّة أم في اعتبار العقد عقد بيع بالتقسيط كل ذلك موجب لتغيُّر الحكم.

الباب الثاني:
عقود الالتزامات الإداريَّة:
دراسة تطبيقيَّة على نظريَّة تغيُّر الأحكام

الفصل الأول:
تطبيقات عقود المقاولة والاستصناع والمزايدة والمناقصة على نظريَّة تغيُّر الأحكام

المبحث الأول: دراسة تطبيقيَّة لعقود المقاولة والاستصناع وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام

بعد إعمال النظر في الحاجة الماسة لعقود الاستصناع والمقاولات، جعلت من دراستها تطبيقًا لنظريَّة تغيُّر الأحكام، حيث يظهر أثر التغيُّر في الاستعمال العرفي، واشتراط جريان العرف باستصناع الأشياء، والتعامل بها بين الناس، ولا يخفى أن العرف ركيزة أساسية للاستدلال على هذا العقد، وبيان أثره في تغيُّر الأحكام، فما جرى العرف بالتعامل به جاز استصناعه، وما لم يجر التعامل به لم يجز استصناعه.

وعندما يقف القارئ على الشروط الخاصة بعقد الاستصناع، والدقة في بيان المواصفات التي رسمها الفقهاء؛ يتبين له أن المراد من ذلك؛ وضع موانع استباقية لدفع المآل السيئ المتوقع حصوله، مثل الغرر والجهالة ونشوب الخصومة والنزاع وغيرها مما يحول دون بلوغ العقد مقاصده، أو يؤول بالعقد إلى الفسخ والإلغاء.

وقد اختلف في لزوم عقد الاستصناع، وترتب على القول بعدم اللزوم مسقطات كثيرة، بينما اقتضى القول باللزوم ثبوت الخيار، واشتمال العقد على أحكام الطوارئ والظروف القاهرة مما يعني ترتب الضمان الجزئي إذا كان الضرر أقل من الثلث أو الضمان الكلي بوضع الجائحة وفسخ العقد، كما يلحق القول بلزوم العقد انعقاد الاستصناع فإذا انعقد بلغ مقصده في تحقيق الدفع بالحركة الاستثمارية والتمويليَّة.

المطلب الأول: عقد المقاولة وعقد الاستصناع

جاء في هذا المطلب بيان عقد المقاولة واشتمل على تعريف المقاولة، والفرق بين المقاولة والاستصناع بإيجاز، ثم عقد الاستصناع، وأركانه، في دراسة اعتبرتها محاولة لكشف المناط الذي يتعلق به الحكم الشرعي، وبيان الاستصناع الموازي الذي جرى به العمل في المصارف الإسلامية، بل يعتبر الجانب التطبيقي الحقيقي في كثير من المؤسسات الماليَّة، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: عقد المقاولة

قبل الحديث عن عقد الاستصناع لا بد من وقفة استيضاحية مع عقد المقاولة، من حيث تعريفه وعلاقته بعقد الاستصناع.

أولا: تعريف المقاولة لغة واصطلاحًا

أ/ المقاولة لغة

يقال في اللغة: "قَاوَلَهُ فِي أَمْرِهِ، وَتَقَاوَلَا؛ أَيْ تَفَاوَضَا"[1]، وتقاولا مقاولة على وزن تفاعل مفاعلة، فالمقاولة فيها دلالة المفاعلة بين طرفين.

وعرِّفت بأنها "اتِّفاق بين طرفين يتعهَّد أحدُهما بأن يقوم للآخر بعمل مُعَيَّن بأجر محدود في مُدَّة معيَّنة"[2]، وفي هذا إشارة إلى محل العقد وهو العمل، دون الإشارة إلى المواد المصنَّعة، وبهذا يكون عقد المقاولة غير عقد الاستصناع، ما يجعله عقد إجارة.

ب/ المقاولة في الاصطلاح

ورد في مجلة الأحكام العدليَّة ما يشير إلى عدم التفريق بين الاستصناع والمقاولة، وذلك عند قولهم: "الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا"[3]، فهو عقد وثيق الصلة بالاستصناع، بل قد عبَّر به عن الاستصناع بذاته، وقد يأخذ اسمه أحيانا فيوصف الاستصناع بأنه عقد مقاولة، وقد يعبَّر عن تعريفه، وبيان حكمه بصيغة المصدر أو بصيغة الفعل، فيقال: استصناع استصنع، ومقاولة وتقاول.

ولو وقفنا عليه بتمعُّن؛ نجد أن هناك من فرق بين الاستصناع والمقاولة، فالاستصناع تكون المادة والعمل من الصانع، بينما المقاولة المادة من المستصنع والعمل فقط من الصانع.

ثانيًا: الفرق بين المقاولة الاستصناع

ورد الفرق بين المقاولة الاستصناع في المعايير الشرعية، فقالوا: "يختلف الاستصناع عن المقاولة بأن المقاولة إجارة إذا اقتصرت على العمل وكانت المواد من العميل، أما إذا شملت المقاولة عمل المقاول وتقديم المواد منه فهي استصناع[4].

بينما ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى عدم التفريق، فعرف عقد المقاولة على أنه "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئًا، أو يؤدي عملًا مقابل بدل يتعهد به الطرف

(1) مختار الصحاح: لزين الدين الرازي، باب القاف، مادة: ق ول.

(2) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، مادة: ق و ل، رقم: 4141.

(3) مجلة الأحكام العدليَّة: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة: 124.

(4) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، بند: الملحق: ج، التعريفات، ص: 319.

الآخر –وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة، وهو المسمى عند الفقهاء الاستصناع، أو قدم المقاول العمل، وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل"[1].

ولذلك يطلق عقد المقاولة في الحالتين سواء كيّف العقد استصناع أم إجارة، وقدم المقاول العمل والمادة، أو العمل فقط.

ونجد من خلال الوقوف على دلالة المعنى اللُّغوي للمقاولة والاستصناع؛ أن هناك ما يمكن الاستئناس به في الفرق بينهما، فالمقاولة فيها مفاعلة، ولا تكون إلا بين طرفين فالمواد من جهة والعمل من جهة أخرى، وهذا يحمل معنى التفاعل والتشارك، بينما الاستصناع طلب الصنع والذي لا يكون صادرا إلا عن جهة واحدة وطرف واحد.

ويدخل عقد المقاولة في العقود الإدارية إذا توفَّرت فيه خصائص هذه العقود، بأن يكون أحد طرفيه جهة إدارية عامة، وإذا كان موضوعه أداء عمل فهو في معنى عقد الإجارة – إجارة الأشخاص الإجارة المشتركة– المعروف في الفقه الإسلامي[2].

وإذا كان موضوعه صُنْع شيء، وكانت المادة مقدمة من المستصنع فهو إجارة أيضًا، أما إذا كانت المادة مقدمة من الصانع فهو استصناع بالمصطلح الحنفي، وهو عقد مركب من بيع وإجارة، غير أن رجال القانون يميزون بين عقد المقاولة وعقد الإجارة أي الخاصة، وهذا التمييز صحيح، ولكنهم لم يميزوا بينه وبين عقد الإجارة المشتركة، كما هو الحال عند التعاقد مع أرباب المهن الحرة ... وإن عقد المقاولة إما أنه إذن إجارة، أو أنه يجمع بين بيع وإجارة أشخاص، كالعقد مع مؤسسة المياه؛ فإنه يشتمل على ثمن ماء بالإضافة إلى أجرة توصيل الماء، والواقع أن عقد المقاولة أي الإجارة المشتركة، وعقد العمل أي الإجارة الخاصة، كانا مندمجين معًا في عقد الإجارة في التشريع الوضعي القديم، فكان هذا العقد يضم إجارة الأشياء وإجارة الأشخاص أي الإجارة الخاصة، وإجارة أرباب الصنائع أي الإجارة المشتركة،

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي: بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكيفه صوره، الدورة الرابعة عشرة بالدوحة –دولة قطر– 8 – 13 /1423/11هـ ، الموافق 11 – 16 /2003/1م، قرار رقم: 129، 3/14.

(2) مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة: لرفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز بجدة، العدد: 9، 824.

ويعود الفصل بين هذه العقود في التشريع الجديد لأسباب تتعلق بالتنظيم أكثر مما تتعلق بجوهر الأحكام[1].

لا يفرق الحنفية بين عقد الاستصناع وعقد المقاولة، فهم يعتبرون التعاقد واحدًا، فيمكن عندهم الاستصناع عن طريق عقد المقاولة، والمقاولة عن طريق الاستصناع، ومن ذلك ما جاء في بيان عقد الاستصناع حسب مجلة الأحكام العدلية فقد سميَّ التعاقد على استصناع المركبات البحرية أو السلاح عقد مقاولة، "تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقا، أو سفينة، وبين له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة، وقبل النجار؛ انعقد الاستصناع، كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية ... وبيَّن ... أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل؛ انعقد الاستصناع"[2]، دون أن يقدم موادَ أو غيرها من مستلزمات الصنع فسموه مقاولة، وهو في الحقيقة استصناع.

وقد يكون توريدًا مع عمل ويسمى هذا النوع من العقود مقاولة كما في نموذجي: (1)، و(2).

وكذلك استصناع المباني والمدن السكنية على أرض يمتلكها المستصنع، ويقوم الصانع ببنائها فيأتي بجميع مواد البناء ومستلزماته ويقوم بالعمل ويسلم البناء جاهزا، فإنه يتم إنجاز هذا العمل عن طريق ما يسمى عقد مقاولة والأصح أنه استصناع.

ويتفق القول بعدم الفصل بين الاستصناع والمقاولة؛ مع ما ذهب إليه أبو سعيد البردعي[3] من فقهاء المذهب الحنفي، الذي يقول بأن محل عقد الاستصناع هو العمل، فالعقد يقع على العمل فقط.

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة: 388.

(3) هو أحمد بن الحسين أبو سعيد البردعي سكن بغداد أحد الفقهاء على مذهب أبي حنيفة، وأحد المتقدمين والبردعي بِالْبَاء الْمُوَحدَة وَسُكُون الرَّاء الْمُهْملَة وَفتح الدَّال الْمُهْملَة فى آخرهَا الْعين الْمُهْملَة هَذِه النِّسْبَة إِلَى بردعة وهى بَلْدَة من أَقْصَى بِلَاد أذربيجان، خرج إِلَى الْحَج فَقتل فى وقْعَة القرامطة مَعَ الْحجَّاج سنة سبع عشرَة وَثَلَاث مائَة –رحمه الله تعالى– ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي (المتوفى: 775هـ)، تحقيق: د عبدالفتاح بن محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1413هـ-1993م، 1/163-166.

الفرع الثاني: تعريف عقد الاستصناع وحكمه

عبَّر فقهاء المذهب الحنفي عن طبيعة هذا العقد باستصناع، في حين اعتبره فقهاء المذاهب الثلاثة تابع لعقد السَّلم، وسيظهر تفصيل ذلك من خلال الآتي:

أولًا: تعريف عقد الاستصناع

يقتضي الحديث عن تعريف عقد الاستصناع الوقوف على المعنى اللُّغوي والمعنى الاصطلاحي مع بيان العلاقة الارتباطيَّة بين المعنيين، وذلك على النحو الآتي:

أ/ الاستصناع في اللغة

قال ابن فارس: "(صَنَعَ) الصَّادُ وَالنُّونُ وَالْعَيْنُ أَصْلٌ صَحِيحٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ عَمَلُ الشَّيْءِ صُنْعًا"[1]، ليخرج الأعمال الفلاحية والزراعية وغيرها التي ليست من قبيل الصنع.

قال ابن منظور: "صنع: صَنَعَه يَصْنَعُه صُنْعًا، فَهُوَ مَصْنوعٌ وصُنْعٌ: عَمِلَه. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ﴾ [النمل: 88] ... وَيُقَالُ: اصطَنَعَ فُلَانٌ خَاتَمًا إِذا سأَل رَجُلًا أَن يَصْنَع له خاتمًا ... واسْتَصْنَعَ الشيءَ: دَعا إِلى صُنْعِه"[2]، وهو طلب الصنع.

فيتبيَّن من خلال المعاني والاستعمالات أن الصنع هو العمل الصناعي، ويدل التعريف اللغوي على دلالات لغويَّة منها: الإشارة إلى محل العقد، ورجحان القول بأن المعقود عليه هو العمل.

ويراد بالاستصناع طلب الصنع وسؤاله، والدعوة إلى صنع الشيء، والطلب والدعوة لها حمولة دلالية جماهيرية، فالدعوة لها طرق ووسائل إعلاميَّة مختلفة، وفيه إشارة إلى الطبيعة الشكلية لعقد المزايدة والمناقصة.

وتدل كل هذه المعاني والاستعمالات على العمل الذي لا يكون إلا صُنْعًا وطلبه استصناعا.

ب/ الاستصناع اصطلاحا

اختلف الفقهاء في تعريف عقد الاستصناع لاختلافهم في تكيِّفه الفقهي، ومكانته بين منظومة العقود، فمن كيَّفه عقدًا مستقلًا عن سائر العقود صرح بتعريفه، وهم الفقهاء الحنفية،

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب الصاد، باب الصاد والنون وما يثلثها، مادة: الصاد ونون والعين

(2) لسان العرب: لابن منظور، باب العين، فصل الصاد المهملة، مادة: الصاد ونون والعين.

ومن كيَّفه عقدا تابعا لعقد السلم اكتفوا بالتلميح والإشارة إليه في ثنايا الحديث عن موضوعات وفروع فقهية ذات صلة.

– عرَّف الحنفية الاستصناع بأنه "عقد على مَبِيع فِي الذِّمَّة، وَشرط عمله على الصَّانِع"[1]، وشرط العمل قيد يخرجه عن مشابه السَّلم؛ "لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا؛ فكان مأخذ الاسم دليلا عليه... واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل"[2]، فالسَّلم غير الاستصناع، لأنه لمَّا اختلف المبنى اختلف المعنى، فاختلف حكم كل واحد منهما عن الأخرى.

ويعرفه ابن عابدين: "طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص"[3]، فيتوجه التعريف إلى صلب القيد الذي اشترط في التعريف السابق وهو شرط العمل، ثم يشير إلى صفة الشيء المستصنع، وأوصافه المخصوصة.

جاء في مجلة الأحكام العدليَّة "الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا"[4]، فهذا تجديد عند الحنفية في النظر إلى الجانب الريادي في هذا العقد، فوصفه بأنه مقاولة، لاشتماله على عقود بينيَّة، أو ما يسمى بالاستصناع من الباطن، أو الاستصناع الموازي، ويخرج اشتراط العامل حيث لا يعد محددًا مهمًّا في العقد ولا أثر له في حكمه.

– كما يمكن الوقوف على تعريف الاستصناع عند المالكيَّة من خلال النظر في مصطلح السلم، فقد عرَّف المالكيَّة السلم بأنه "عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين"[5]. وقيل: "بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه"[6]، ثم قال: "ولو زاد" غير منفعة "لكان صريحا في إخراج الكراء المضمون"[7]، ومن خلال الجمع بين ما قرره المالكية في حكم السلم وشروطه، وكونه مشابهًا للاستصناع، وما رسموه في تعريفهم

(1) تحفة الفقهاء: لمحمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/2، 1414هـ- 1994م، 362/2.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 2/5.

(3) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 223/5.

(4) مجلة الأحكام العدليَّة: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة: 124

(5) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، 1350هـ، 291.

(6) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير: للصاوي، 261/3-262.

(7) المصدر السابق، 262/3.

له، يمكن استعارة تعريف السلم ليكون تعريفا للاستصناع مع زيادة قيد "مع دخول الصنعة على معموله"، ليتميز السلم عن الاستصناع؛ فيكون التعريف المقترح للاستصناع هو: بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه مع دخول الصنعة على معموله.

وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي: هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة[1].

وقد جاء في منشور والي بنك المغرب بشأن البنوك التشاركيَّة: كل عقد يشترى به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، –البنك التشاركي أو العميل– بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفيَّة المتفق عليها بين الطرفين[2].

ثانيًا: أركان عقد الاستصناع

يقوم عقد الاستصاع على ثلاثة أركان: الصيغة والمتعاقدان والمعقود عليه، وذلك على النحو الآتي:

أ/ الصيغة: يقصد بالصيغة كل ما ينعقد به البيع من الإيجاب والقبول بلفظي الماضي كقوله: بعت واشتريت، وبكل لفظ يدل على معناهما، وما دل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما، وتسمى الصيغة القولية[3].

وينعقد عند المالكيَّة بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل قصد به ذلك[4]، قال الشيخ خليل: "وإن بمعاطاة"[5]، وهو كذلك عند الحنفية يكون بالمعاطاة، ويسمى صيغة فعليَّة، أو المبادلة بالفعل، ويسمى البيع الذي يثبت بها بيع المراوضة[6]، ويكون في الأشياء الخسيسة والنفيسة؛ لأنه يدل على الرضا المقصود من الإيجاب والقبول، وقيل: ينعقد بالتعاطي في

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن عقد الاستصناع، الدورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7– 12 /11/ 1412هـ الموافق 9 – 14 /5/1992م، قرار رقم: 65 (7/3).

(2) الظهير الشريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح /1436/3هـ– 2014/12/24م، بتنفيذ القانون رقم103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الجريدة الرسميَّة، العدد: 6328، المادة: 58.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 134/5، والاختيار لتعليل المختار: للبلدحي، 4/2، وبلغة السالك لأقرب المسالك: للخلوتي الشهير بالصاوي، 14/3، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 3/2، والمغني: لابن قدامة، 481/3.

(4) جامع الأمهات: لابن الحاجب، ص: 337، والمدخل: لابن الحاج، 156/1،

(5) مختصر العلامة خليل، ص: 143.

(6) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 134/5.

الأشياء الخسيسة فيما جرت به العادة، ولا ينعقد فيما لم تجر به العادة[1]، فضابط الانعقاد فيه يرجع إلى العادة والعرف.

وخالف الشافعيَّة في انعقاد البيع بالمعاطاة، قال الشيرازي: "ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول، فأما المعاطاة فلا ينعقد فيها البيع؛ لأن اسم البيع لا يقع عليه، والإيجاب أن يقول بعتك أو ملكتك أو ما أشبههما، والقبول أن يقول قبلت أو ابتعت أو ما أشبههما، فإن قال المشتري: بعني، فقال البائع: بعتك، انعقد البيع؛ لأن ذلك يتضمن الإيجاب والقبول"[2]، وأما المعاطاة فلا تتضمن إيجابًا ولا قبولًا.

ذكر في المجموع "ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير وبهذا قطع المصنف والجمهور وفيه وجه مشهور عن ابن سريج[3] أنه يصح البيع بالمعاطاة، خرجه من مسألة الهدي إذا قلده صاحبه، فهل يصير بالتقليد هديا منذورا فيه قولان مشهوران؟ الصحيح الجديد لا يصير، والقديم أنه يصير، ويقام الفعل مقام القول، فخرج ابن سريج من ذلك القول وجها في صحة البيع بالمعاطاة"[4].

وقال ابن قدامة: "إن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك، ولأن البيع كان موجودا بينهم، معلوما عندهم، وإنما علَّق الشرع عليه أحكاما، وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم، ولم ينقل عن النبي -ﷺ- ولا عن أصحابه، مع كثرة وقوع البيع بينهم، ولو كان ذلك شرطًا، لوجب نقله، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله، ولأن البيع مما تعم به البلوى، فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبينه -ﷺ- بيانًا عامًا، ولم يخف حكمه؛ لأنه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا، وأكلهم المال بالباطل، ولم ينقل ذلك عن النبي -ﷺ- ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر، ولم ينقل إنكاره من قِبَلِ مخالفينا، فكان ذلك إجماعا"[5]،

---

(1) الاختيار لتعليل المختار: للبلدحي، 4/2.

(2) المهذب في فقه الإمام للشافعي: للشيرازي، 3/2.

(3) أحمد بن عمر بن سريج القاضى أبو العباس البغدادى شيخ المذهب، توفي سنة ست وثلاثمائة بإجماع وهو عالم ذلك القرن، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين السبكي، 21/3-25.

(4) المجموع شرح المهذب: للنووي، 162/9.

(5) المغني: لابن قدامة، 481/3.

فابن قدامة لا يشترط الصيغة القولية المشتملة على الايجاب والقبول، ويرد المتعاقدين إلى العرف، وأما بخصوص الصيغة الفعلية أو ما تسمى بالمعاطاة فيقول بها، ويستدل عليها بأنها من قبيل الإجماع السكوتي، وبأصل البراءة وعدم الدليل مع عموم البلوى به، فأرجع حكمه إلى العرف قياسًا على أمور كثيرة منها إلى العرف مثل الحرز والتفريق والقبض الذي يختلف حكمه باختلاف البلدان.

ونُقل هذا في المذاهب الفقهيَّة وهو ركن عام في البيع، أما ما يخص الاستصناع فلا بد فيه من صيغة قولية وما يدل عليها، مما يتبين بها الصفات والشروط، وفي استصناع الأشياء النفيسة والثمينة لا بد من التوثيق الإداري المعتمد، أما المحقرات فيتغيَّر حكمها بناء على العرف والعادة.

ب/ المتعاقدان: ويتعلق الحديث عن المتعاقدين بناحيتين الأهلية والتعدد، وهما بمثابة الشروط، وبيانهما على النحو الآتي:

الشرط الأول: أهلية المتعاقدين، أي أن يكون كل واحدٍ من طرفي العقد عاقلا، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأن أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه، وهو متفق عند الحنفية والمالكية، ورواية عند الحنابلة[1]، لأن تصرف الصبي قبل البلوغ تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل[2]، كون العقل محلًا يناط به التكليف في العبادات والمعاملات، وعليه تنعقد المسؤولية.

وقد يعبر عنه بالتكليف كما ذكر الشيخ خليل بقوله: "ولزومه تكليف"[3]، قال الحطاب: والمعنى أنه يشترط في لزوم البيع أن يكون عاقده مكلفا، ثم يقول: والمراد بالتكليف هنا التكليف بأحكام البيع[4].

ويرى الشافعية وفي رواية للحنابلة، أن الصبي والمجنون لا يصح بيعهما لقوله -ﷺ-: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 135/5، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 244/4، والمغني: لابن قدامة، 185/4.

(2) المصدر السابق، 352/4.

(3) مختصر الشيخ خليل، ص: 143.

(4) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 244/4-245.

يَفِيقَ»[1]، ولأنه تصـــرف في المال فلم يفوض إلى الصـــبي والمجنون كحفظ المال[2]، من جهة درء المفسدة عنه.

وأما الصبي المميز يصح تصرفه بالبيع والشراء، فيما أذن له الولي فيه، عند الحنفية، والمالكية، وفي إحدى الروايتين للحنابلة، فلو باع الصبي المميز، أو اشترى انعقد بيعه، وشراؤه، ولكن لا يلزمه، ولوليه النظر في إمضائه، ورده بما يراه أنه الأصلح للصبي، ولا يصح عند الشافعيَّة شراؤه، ولا تنفذ سائر تصرفاته، ولا يصح قبضه في تلك التصرفات، لأنه غير مكلف، أشبه المجنون وغير المميز، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف؛ لخفائه، وتزايده تزايدًا خفي التدريج، فجعل الشارع له ضابطًا، وهو البلوغ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة، فلا ينعقد البيع بعبارة الصبى المميز سواء باشر بإذن الولي أو دون إذنه، ولا فرق بين بيع الاختبار وغيره، على ظاهر المذهب، وبيع الاختبار هو الذى يمتحنه الولي ليستبين رشده عند مناهزة الحلم[3].

والذي يظهر أن رأي الحنفية والمالكية والحنابلة –في أحد الروايتن– أرجح، أن تصرف الصبي المميز موقوف على إذن الولي، فيقوم الإذن مقام التكليف، وعليه يظهر أثر اعتبار الأهلية في بناء الحكم ولزومه وترتب أثره.

الشرط الثاني: تعدد العاقد، وتفسيره يمكن تلخيصه في سؤال؛ هل يصح أن يقوم طرف واحد مقام الطرفين في التعاقد؟

– **مذهب الحنفية:** يرى الحنفية أنه "لا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في باب البيع إلا الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير، بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة، أو يشتري مال الصغير لنفسه بذلك، عند أصحابنا الثلاثة استحسانا، والقياس أن لا يجوز ذلك أيضًا، وهو قول زفر –رحمه الله– وجه القياس أن الحقوق في باب البيع ترجع إلى

(1) سنن أبي داود، كتاب: الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب حدا، رقم: 4400، وسنن الترمذي، ت: شاكر، أبواب: الحدود، باب: ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، رقم: 1423، ومسند الإمام أحمد، مسند: العشرة المبشرين بالجنة، مسند: علي بن أبي طالب –رضي الله عنه– رقم: 940.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 3/2.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 135/5، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل: للحطاب، 244/4–245، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 3/2، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 10/5–11، وفتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 106/8، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 157/9، والمغني: لابن قدامة، 185/4.

العاقد، وللبيع حقوق متضادة، مثل التسليم والتسلم والمطالبة، فيؤدي إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما طالبا ومطالبا، وهذا محال، ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب البيع؛ لما ذكرنا من الاستحالة"[1].

ودليلهم: الاستحسان، ووجه الدلالة في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: 152] فيملكه الأب، وكذا البيع والشراء بمثل قيمته، وبما يتغابن الناس فيه عادة، قد يكون قربانا على وجه الأحسن بحكم الحال، والظاهر أن الأب لا يفعل ذلك إلا في تلك الحال؛ لكمال شفقته فكان البيع والشراء بذلك قربانا على وجه الأحسن، وقوله يؤدي إلى الاستحالة قلنا: ممنوع، فإنه يجعل كأن الصبي باع أو اشترى بنفسه، وهو بالغ، فتعدد العاقد حكما، فلا يؤدي إلى الاستحالة[2].

ونظروا إلى المسألة من باب الضمان فقالوا بالمنع كذلك، لأن "المبيع في يد البائع مضمون بأحد الضمانين، وهو الثمن، ألا ترى: لو هلك في يده سقط الثمن عن المشتري، فلا يكون مضمونا بضمان آخر، إذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين"[3]، ولكن في صورة اتحاد العاقد في تولي طرفي العقد فإنه يكون ضامنًا مرتين، فلو هلك المبيع في يده فإنه يضمن باعتباره بائعًا، ويضمن باعتباره مشتريا.

فيكون حكم تولي طرفي العقد من طرف واحد ممنوعًا عند الحنفية، لتداخل الإيجاب والقبول، ولتداخل الضمانين في المبيع الواحد إلا الأب لابنه الصغير.

ولم يتعرض المالكية والشافعيَّة والحنابلة لهذا الركن وإنما جاء ذكره في بعض الصور والتطبيقات المستثناة من ثبوت الخيار، والصيغة المتمثلة بالإيجاب والقبول.

- **مذهب المالكية:** لم يتعرض المالكية لذكر تولي طرفي العقد من طرف واحد إلا في بعض الصور، منها خلافهم للمذاهب في منع خيار المجلس، قال القرافي: "لو صح خيار المجلس لتعذر توَلي طَرَفَي العقد كشراء الأب لابنه الصغير والوصي والحاكم، لكن ذلك مُجمع عليه..."[4]، فلما كان لم يصح خيار المجلس؛ لم يتعذر توَلي طَرَفَي العقد كشراء

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 5/135-136.

(2) المصدر السابق، 5/135-136.

(3) المصدر السابق، 5/238.

(4) الذخيرة: للقرافي، 5/22.

الأب لابنه الصغير والوصي والحاكم، فأشار إلى فساد اعتراض الحنفية والشافعيَّة بتعذر خيار المجلس.

أما ما قاله القرافي: "لكن ذلك مُجمع عليه" فإن فيه إشارة إلى الإجماع على تولي طرفي العقد من الأب لابنه الصغير أو الحاكم لمن وليه.

وجاء في شرط البراءة من العيب: "والّذي باع مال نفسه لم تدع ضرورةُ مراعاةِ حقِّ غيره إلى استعجال البيع"[1]، فليس هناك ما يدعو إلى استعجال البيع من ولده الصغير مع شرط البراءة من العيب، بخلاف الحاكم يبيع لدين يجب قضاؤه، والوارث لقضاء دين، أو إنفاذ وصية، أما مراعاة حق الولد في التملك فليست ضرورة، وكأنه يقصد الجواز في حال الضرورة.

قال أبو عبد الله المقري: قاعدة: "أصل مالك اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين، فلذلك يتولى طرفي العقد في النكاح، والبيع"[2]، وهذا على خلاف الأصل عند الشافعية.

ومثلها قاعدة: "اليد الواحدة هل تكون قابضة دافعة أو لا"[3]، فلمَّا تصدر القاعدة بأداة الاستفهام؛ دلَّت على أنها محل خلاف.

– **مذهب الشافعيَّة:** إذا اتحد طرفي العقد في عاقد واحد لا محالة من ترتب إشكالات منها ما يعود على الصيغة، ومنها ما يعود على مجلس العقد، وبالخصوص ما يتعلق باجتماع المقاصد والأغراض.

فما يعود على الصيغة، وما يترتب من أثر القول باتحاد طرفي العقد؛ يتجلى من خلال السؤال: "هل يفتقر إلى صيغتي الإيجاب والقبول أو يكفي أحدهما؟ فيه وجهان مشهوران "الأصح" يفتقر فيقول: بعت مال ولدي بكذا، واشتريته له أو قبلته له، لتنتظم صورة البيع، "والثاني" يكفى أحدهما لأنه لما قام الوالد في صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين"[4]، والراجح أنه لا يصح "لأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وإن انتفت التهمة"[5]،

---

(1) شرح التلقين: للمازري، 752/2.

(2) القواعد: لأبي عبد الله المقري، 538.

(3) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: لأحمد بن يحيى الونشريسي (المتوفى: 914 هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، ط/1، 1427هـ– 2006م، ص: 112.

(4) المجموع شرح المهذب: للنووي، 170/9.

(5) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا الأنصاري، 268/2.

فاجتماع صيغتي الايجاب والقبول في طرف واحد ممنوع؛ لأن الأصل فيهما الفصل إحداهما عن الأخرى، حتى يمكن تصور مجلس العقد.

كما يروي الشافعية في المسألة روايتين: أصحهما أنه يمضي البيع ويثبت الخيار، "إذا باع مال نفسه من ولده أو بالعكس ففي ثبوت خيار المجلس وجهان، أحدهما: لا يثبت؛ لأن الذي ورد في الخبر لفظ المتبايعين[1]، وليس ههنا متبايعان، وأصحهما: يثبت لأنه أُقيم مقام الشخصين في صحة العقد، فكذلك في الخيار، ولفظ الخبر ورد على الغالب، فكذا هذا يثبت للمولى خيار وللطفل خيار، والولي نائب عنه، فإن ألزم لنفسه وللطفل لزم، وإن ألزم لنفسه بقي الخيار للطفل، فإذا فارق المجلس لزم العقد في أصح الوجهين، والثاني: لا يلزم إلا بالإلزام لأنه لا يفارق نفسه وإن فارق المجلس"[2]، وعلة صحة البيع "لأنه باع بالثمن الذى لو باع به من أجنبي صح فأشبه ما لو باع من صديقه"[3].

القول الثاني: لا يصح، وتعليله "لأنه متهم بالميل إليهم، أما غير الأصول والفروع فيبيع منهم ويشتري قطعًا... [أما] لو عين الموكلُ الثمن ففي جواز بيعه منهم وجهان مرتبان؛ وأوْلى بالصحة لانتفاءِ التهمة"[4]، فلو تعين الثمن ارتفعت التهمة وزالت الجهالة، وتبقى العلل الأخرى قائمة.

أما ما يختص بابنه الصغير فلا يبيع منه، وكذلك لا يبيع من نفسه؛ لأنه يستقصى لنفسه وطفله في الاسترخاص وغرض البائع الاستقصاء في البيع للأكثر، وهما غرضان متضادان فلا يتأتى من الواحد القيام بهما[5]، فجعل لاختلاف مقصد الاسترخاص وغرض الربح أثرًا في تغيُّر الحكم من الجواز إلى المنع.

فيكون على الوجه الأول، عدم الجواز لاختلاف أغراض المتبايعين، لأن لكل منهما غرضًا، ففي القول بالجواز يجتمع في العقد غرضان مقصودان في البيع والوكالة؛ فإذا أراد

---

(1) عن ابن عمر –رضي الله عنهما– عن النبي –ﷺ– قال: إن «المُتَبَايِعَيْنِ بِالخِيَارِ فِي بَيْعِهِمَا مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَكُونُ البَيْعُ خِيَارًا»، صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: كم يجوز الخيار، رقم: 2107، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، رقم: 1531.

(2) فتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 295/8.

(3) المصدر السابق، 29/11.

(4) ذكره القاضي حسين، ينظر: عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج: لابن الملقن، 838/2.

(5) فتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 29/11.

الاسْتِرْخاصُ من المشتري لنفسه والاسْتِقْصاءُ من البائع للموكل وقع في التناقض، لأنهما مقصدان متضادان فتمانعا.

– **مذهب الحنابلة:** ويرى الحنابلة أن الأصل لا يصح البيع لو قام عاقد مقام عاقدين، ولا يترتب عليه أثر لأنه مظنة التهمة، وأما القياس على المذهب "جواز شرائه من نفسه لأنه أذن له في طرفي العقد فجاز أن يليهما إذا انتفت التهمة، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه ... ولأن علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة، لدلالتها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف"[1].

وردوا على الشافعية في تعليلهم المنع باتحاد مقصد البائع ومقصد المشتري وهما الاسترخاص والاستقصاء، فقالوا: بتعين الثمن أو الاحتكام بالعودة إلى ثمن المثل، وبه يكون: "إن عين الموكل له الثمن فاشترى به، فقد زال مقصود الاستقصاء، فإنه لا يراد أكثر مما قد حصل، وإن لم يعين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل"[2]، ومن علل المنع عدم ترتب الخيار، والأصل البيِّعان بالخيار، و"لو تولى طرفي العقد، فإنه لا يثبت فيه خيار المجلس على الصحيح في المذهب، وعليه أكثر الأصحاب"[3].

يلاحظ: أنه لمَّا اعتبر الحنفية تعدد العاقد ركنًا من أركان العقد، ولم يعتبره غيرهم في الأركان، وراعى اعتبار اتحاد العاقد المذاهب الفقهيَّة الأربعة ولكن هذه المراعاة مقتصرة على الصور والتطبيقات، فجعلوه من مستثنيات الأصل، وعلى خلافه، ففي تولي الوالد مال ولده والحاكم مال وليه في البيع، تجتمع صفة الوكالة والبيع في طرف واحد وآن واحد، فقال الحنفية بمنعه لتداخل ضمانين على محل واحد، وهو عند المالكية الإجماع على تولي طرفي العقد من الأب لابنه الصغير أو الحاكم لمن وليه، واعتبره الشافعيَّة الأصح على خلاف الأصل عندهم، واعتبره الحنابلة بشرط انتفاء التهمة وإلا فالأصل المنع، والذي ينبغي

(1) الشرح الكبير على متن المقنع: لشمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (المتوفى: 682 هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة – جمهورية مصر العربية، ط/1، 1415هـ- 1995م، 13/489-490.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المغني: لابن قدامة، 4/484، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمرداوي، 11/264.

أن يُراعى في عصــرنا منعه وإعمال التهمة، لغلبة فســاد أهل الزمان، وخراب ذممهم فيتغيَّر بهذا الاعتبار الحكم.

ج/ المعقود عليه: اختلف فقهاء الحنفية في تحديد المعقود عليه محل الاستصناع فقيل: إن المعقود عليه هو العين، وقيل: العمل، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

– **المعقود عليه هو العين:** ذهب جمهور فقهاء الحنفية إلى أن المعقود عليه المستصنع فيه أي العين، لا العمل، وهو الأصح، لأنه ما ذكر الصنعة إلا "لبيان الوصف ... ألا ترى أنه لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه كان جائزًا، والدليل عليه أن محمدًا قال: إذا جاء به مفروغًا عنه فللمستصنع الخيار؛ لأنه اشترى شيئا لم يره، وخيار الرؤية إنما يثبت في بيع العين، فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه"[1]، فلو وقع التعاقد على العمل؛ لا ما تم العقد، ولا ترتب عليه أثره.

من أدلتهم قولهم: وإذا عمله الصانع فقبل أن يراه المستصنع باعه يجوز بيعه من غيره؛ لأن العقد لم يتعين في هذا بعد، ولكن إذا أحضره ورآه المستصنع فهو بالخيار، لأنه اشترى ما لم يره، وعن أبي يوسف قال: إذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا؛ لدفع الضرر عن الصانع في إفساد أديمه وآلاته[2]، فجواز بيع العين لغير المستصنع إذا انتهى من صنعها قبل أن يراها المستصنع؛ لأن هذه العين لم تتعين بعد، وإنما الذي تعين جنسها، فهو اشترى ما لم يره، وثبوت الخيار لا يقع إلا على بيع العين فتكون العين هي المعقود عليه محل العقد، وهو الأسلم والأوفق.

وقد تكلم الفقهاء عن تعيين العين المصنَّعة، وإن لم تكن العين هي المعقود عليه، لكان الكلام في غير محله.

– **المعقود عليه هو العمل:** يرى أبي سعيد البردعي، أن المعقود عليه هو العمل والعين بمثابة ومنزلة الآلة، "يقول المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع اشتغال من الصنع، وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه، والأديم والصرم[3] فيه بمنزلة الآلة

(1) المبسوط: للسرخسي، 139/12.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) الصرم: من صرم بفتح الصاد، القطع، وصرم الثمر وصرامه: قطعه، ينظر: معجم لغة الفقهاء: لقلعجي، وقنيبي، ص: 273.

للعمل"[1]، لأن الاستصناع في اللغة طلب الصنع وهو العمل[2]، فيكيَّف على أنه عقد إجارة لا عقد بيع، بدليل بطلانه بموت أحد المتعاقدين[3]، فيكون ذلك عقد الإجارة لا بيع.

وقد ردَّ الجمهور هذه الاعتراضات "بأن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبها بالبيع من حيث إن المقصود منه العين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع –وهو المقصود– أجرينا فيه القياس والاستحسان، وأثبتنا خيار الرؤية، ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع، فإن قيل: أي فرق بين هذا وبين الصباغ، فإن في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع، وذلك إجارة محضة، أجيب بأن الصبغ أصل [أي عمل الصباغ] والصبغ آلته [أي مادة الصباغة]، فكان المقصود فيه العمل، وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير"[4]، وهو بطلانه بموت أحد المتعاقدين لشبهه بالإجارة لا أنه محض إجارة.

يتضح مما سبق: أن قول الجمهور يجعله شبيه بالإجارة، وذلك من حيث الوقوف على معناه لغة وهو طلب الصنع، وبيع من حيث قصد العين، وكذلك لأن "مستند جواز التعاقد على السلع المثلية المصنعة، وغير المثلية هو كونها مما يتعامل الناس به في الغالب، والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره، فكل ما يجري التعامل به وأمكن ضبطه بالوصف يجوز ورود الاستصناع عليه، سواء كان استهلاكيًا أم استعماليًا[5].

لو نظرت إلى مقاصد العقد؛ كرفع حاجة الناس وحل اشكالاتهم في التمويل والاستثمار، التي لا تكون إلا بالحصول على العين، وأما العمل والاحتراف فشأنه معنويٌّ يتوسل به إلى خدمة القصد، الذي هو إخراج العين إلى الواقع على هيئتها المحددة الموصوفة بها في الذمة لوجدت أن العقد يقترب أن يكون على العين.

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) العناية شرح الهداية: للبابرتي، 115/7.

(3) المصدر السابق نفسه، وفتح القدير: لكمال الدين بن الهمام، 155/7.

(4) العناية شرح الهداية: للبابرتي، 115/7–116.

(5) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، بند: الملحق: ب، ص: 313.

ولو تأملت في الشروط الخاصة لعقد الاستصناع لوجدت أن مقصدها ضبط العين المصنَّعة والسلعة المنتجة، ولا يتحقق ذلك الضبط، ولا يمكن الوقوف عليه، ووصف العين المصنعة وبيان جودتها إلا من خلال مشاهدتها في الخارج، أو تصوُّرها في الذهن عينًا قائمة ماثلة، فيكون أقرب إلى العين.

الفرع الثالث: حكم الاستصناع والاستصناع الموازي

يأتي الحديث في هذا الفرع عن اختلاف الفقهاء في حكم الاستصناع، لأعرج من خلاله على حكم الاستصناع الموازي، وذلك في محورين:

أولًا: حكم الاستصناع

اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع نظرًا لاختلافهم في تكيِّيف العقد، هل هو عقد مستقل أو من قبيل عقد السَّلم وصورة تابعة له؟ وذلك على مذاهب:

أ/ مذهب الحنفية: أجاز جمهور من الحنفية الاستصناع استحسانًا، قال الكاساني: "وإنما عرفنا جوازه استحسانا؛ لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس"[1]، فاعتبروا حاجة الناس على اللزوم الشرعي الثابت بالقياس.

وخالف زفر فقال بعدم الجواز للقياس، ذلك لأن القياس يأبى الجواز[2]، لو جرى القياس فلا يجوز، إذ لا يمكن إجارة لأنه استئجار على العمل في ملك الأجير[3]، فيكون استئجار على مجهول فلا يجوز.

والدليل على جواز الاستصناع ما جاء عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله –ﷺ– اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ وَكَانَ يَلْبَسُهُ، فَيَجْعَلُ فَصَّهُ فِي بَاطِنِ كَفِّهِ، فَصَنَعَ النَّاسُ خَوَاتِيمَ، ثُمَّ إِنَّهُ جَلَسَ عَلَى المِنْبَرِ فَنَزَعَهُ، فَقَالَ: «إِنِّي كُنْتُ أَلْبَسُ هَذَا الخَاتِمَ، وَأَجْعَلُ فَصَّهُ مِنْ دَاخِلٍ» فَرَمَى بِهِ ثُمَّ قَالَ: «وَاللَّهِ لاَ أَلْبَسُهُ أَبَدًا» فَنَبَذَ النَّاسُ خَوَاتِيمَهُمْ[4]، وكذلك الإجماع والاستحسان؛ ولأنه بيع المعدوم لكن استحسنا جوازه للتعامل بين الناس من غير

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 3/5، وفتح القدير: لكمال الدين بن الهمام، 114/7.

(2) الاختيار لتعليل المختار: للبلدحي، 38/2.

(3) فتح القدير: لكمال الدين بن الهمام، 114/7.

(4) صحيح البخاري، كتاب: الأيمان والنذور، باب: من حلف على الشيء وإن لم يحلف، رقم: 6651، وصحيح مسلم، كتاب: اللباس والزينة، باب: طرح خاتم الذهب، رقم: 2091.

نكير فكان إجماعا، وبمثله يترك القياس والنظر ويخص الكتاب والخبر[1]، أي فيخصص الكتاب والسنة بالإجماع، ويترك به القياس.

ووجه دلالته: "للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله -ﷺ- إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله -ﷺ- «لا تجتمع أمتي على ضلالة»[2].

قال الكاساني: "والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدة، ومقدار الماء الذي يستعمل، وفي قطعه الشارب للسقاء، من غير بيان قدر المشروب، وفي شراء البقل، وهذه المحقرات كذا هذا؛ ولأن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى خف، أو نعل من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعا؛ فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز؛ لوقع الناس في الحرج، وقد خرج الجواب عن قوله: إنه معدوم؛ لأنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه، كالمسلَم فيه: فلم يكن بيع ما ليس عند الإنسان على الإطلاق؛ ولأن فيه معنى عقدين جائزين -وهو السَّلم والإجارة- لأن السَّلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين؛ كان جائزا[3]، في كثير من المسائل، ولأن الحاجة تدعو إليه؛ والإنسان يحتاج إلى استصناع أشياء قلما يتفق وجودها مصنوعة، ولو منع لوقع الناس في عنت ومشقة، فهذه من العقود التي يغتفر فيها الغرر اليسير والجهالة اليسيرة لعدم القدرة على الاحتراز منها.

قال الخطابي في أعلام الحديث ردًّا على من أبطل الاستصناع بعلة أنه يكون في أعيان ليست مرئية ولا موصفة: "فيه من الفقه جَوَاز الإجارات، وذلك أنّ قَوما أبْطَلوها، فقالوا: إنها ليست بأعيان مَرْئيَّة، ولا صِفات مَعْلومة ... وجميعُ ذلك فاسدٌ في القِياس، والأصل في هذا أنّ النبي -ﷺ- قد وجَدَهم على هذه العادات أول زَمَان الشّريعة، فلم يُغَيِّرها، فصارت الأمور

(1) الاختيار لتعليل المختار: للبلدحي، 38/2.

(2) جامع بيان العلم وفضله: لابن عبد البر، باب: معرفة أصول العلم وحقيقته وما الذي يقع عليه اسم الفقه والعلم مطلقا، رقم: 1404، 759/1.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 3/5.

بِمَعزِل عن موضوع أمْر القياس، فالعَمَل بها ماض، والمُعاملة عليها صحيحة لِما فيها من الإرفاق الذي لو طُولِبوا فيها بغَيْرِه لَشَقَّ عليهم، ودَخَل الضَّرَر في أمْوالهم، والله أعلم"[1].

ويتقرر بهذا أن جمهور الحنفية متفقون على جواز الاستصناع، للإجماع العملي المستمر، والحاجة الماسة، والخروج من الضيق والحرج، والتيسير على الناس للوصول إلى مرادهم من المصنوعات، ودليلهم الاستحسان، وخالفهم في ذلك زفر، إذ لا يرى انعقاده، لأنه بيع ما ليس عند الشخص على غير السَّلم فلا يجوز قياسًا على بيع المعدوم.

ب/ مذهب المالكية: لم يفرد المالكيَّة عقد الاستصناع بتأليف مستقل، ولا تبويب مستقل في مؤلفاتهم، بل جاء ملحق ببيع السلم، كما جاء في المسألة التي وجهت إلى الإمام مالك وجاء ذكرها في المدونة "قلت: ما قول مالك في الرجل يستصنع طستا أو تورا أو قمقما أو قلنسوة أو خفين أو لبدا، أو استنحت سرجا، أو قارورة أو قدحا، أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع، فاستعمل من ذلك شيئا موصوفا، وضرب لذلك أجلا بعيدا، وجعل لرأس المال أجلا بعيدا أيكون هذا سلفا، أو تفسده؛ لأنه ضرب لرأس المال أجلا بعيدا، أم لا يكون هذا سلفا ويكون بيعا من البيوع في قول مالك ويجوز؟ قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيدا وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة وليس من شيء بعينه يريبه إياه يعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين ولم يضرب لرأس المال أجلا، فهذا السلف جائز، وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا"[2]، شريطة أن لا يعين الصانع لأنه لا يدري أيسلم الصانع إلى الأجل المضروب أم لا، ولا يستصنع في شيء بعينه بل بجنسه؛ لأنه لا يدري أيسلم ذلك المعين إلى الأجل أم لا.

(1) أعلام الحديث شرح صحيح البخاري: لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي (المتوفى: 388هـ)، تحقيق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، جامعة أم القرى، مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، ط/1، 1409هـ-1988م، كتاب: البيع، باب: الخَيَّاط، رقم الحديث: 2092، 1019/2.

(2) المدونة: للإمام مالك، 68/3-69.

وجاء في المدونة ما يدل على جواز عقد الاستصناع "قلت: أرأيت إن استأجرت رجلا يبني لي داري على أن الآجر والجص من عند الأجير؟ قال: لا بأس بذلك"[1]، وهذا يفتح آفاقًا للبحث من خلال المذهب المالكي للانفتاح على عقد الاستصناع، حيث لا بأس أن يقدم الصانع العمل والمادة.

أضاف ابن رشد إلى عقد السلم تخصيصا بديعًا، ليدخل الاستصناع إلى المذهب المالكي، فأشار إلى السلم في الصناعات، وقسمه إلى أربعة أقسام فقال: "وأما السَّلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام، أحدها: أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه، ... فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال[2]، في إشارة منه إلى أن الاستصناع عقد تابع للسلم يأخذ حكمه وشروطه، مع العلم أن الاستصناع يكون فيما تدخله الصنعة، وأنه لا يشترط فيه تقديم رأس المال.

وورد في مختصر خليل –عند قوله–: "وَالشِّرَاءُ مِنْ دَائِمِ الْعَمَلِ: كَالْخَبَّازِ وَهُوَ بَيْعٌ، وإن لم يدم فهو سلم: كاستصناع سيف أو سرج"[3]، وفي كلا الحالتين جائز دام أم لم يدم، سواء كان بيعا أم سلما.

قال الدردير: "وقوله: كاستصناع سيف أو سرج؛ تشبيه لا تمثيل"[4]، ما يدل على أن أصل المسألة تابعة للسلم يشترط فيه شروطه، ويأخذ حكمه في الجواز، باستثناء بيع ما ليس عند الإنسان.

وقد وردت صورة أخرى تنبئ عن تطور في النظر الفقهي عند المالكية، وتجديد داخل المذهب في مسألة الاستصناع، يقول الدردير: "وَجَدْت نُحَاسًا يُعْمَلُ طَشْتًا أَوْ حُلَّةً أَوْ تَوْرًا أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ فَقُلْت لَهُ كَمِّلْهُ لي على صفة كذا بدينار، فيجوز إن شرع في تكميله بالفعل، أو بعد أيام قلائل كخمسة عشر يومًا فأقل، وإلا منع لما فيه من بيع معين يتأخر قبضه،

(1) المصدر السابق، 424/3.

(2) "والثاني: أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، والثالث: أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، والرابع: أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه" ينظر: المقدمات الممهدات: لابن رشد، 32/2.

(3) مختصر العلامة خليل، ص: 164.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 217/3.

ومحل الجواز أيضـا؛ إذا كان عند النحاس نحاس بحيث إذا لم يأت على الصـفة المطلوبة كسـره، وأعاده وكمله مما عنده"[1]، ليخلص في تقرير المسـألة إلى كونه بيعًا إن وجدت المادة المصـنع منها، أو سـلمًا إن عدمت، "وأنت إذا أمعنت النظر وجدتها لها شـبه بالسـلم نظرًا للمعدوم في حال العقد، ولها شـبه بالبيع نظرًا للموجود"[2]، فيكون الاسـتصـناع بيعًا معيَّنًا، أو سلمًا موصوفًا في الذمة.

ويكونوا بذلك وافقوا الحنفية في حكم الاستصناع، وإن اختلفوا فالخلاف لفظي، وهو مناط تغيُّر الأحكام وتباينها، فإن العبرة بالمقاصد والغايات لا بالألفاظ والعبارات، كما أن العبرة بالنتائج والنهايات لا بالمقدمات والبدايات.

ج/ مذهب الشافعية: لا يختلف كثيرًا عن مذهب المالكية، فكلاهما يعتبر الاستصناع من السلم، إلا أن الشافعي ميَّز بين ما يكون من مادة صناعيَّة واحدة وبين من تتعدد مواده التصنيعيَّة.

فما كان من مادة واحدة فلا بأس بالسلف فيه، وفي كل ما صنع "من جنس واحد ضبطت صفته"[3]، ولا يضر في ذلك المواد التابعة كمواد الزينة التي من أصل الشيء، كالصبغ في الثوب والمسمار في الخشب والدبوس على الورق.

قال الإمام الشافعي: في باب السلف في الشيء المصلح لغيره "كل صنف حل السلف فيه وحده فخلط منه شيئًا بشيء غير جنسه مما يبقى فيه فلا يزايله بحال سوى الماء، وكان الذي يختلط به قائما فيه، وكان مما يصلح فيه السلف، وكانا مختلطين لا يتميزان فلا خير في السلف فيهما من قبل أنهما إذا اختلطا فلم يتميز أحدهما من الآخر لم أدر كم قبضت من هذا وهذا؟ فكنت قد أسلفت في شيء مجهول"[4]، ثم يقول: "وهكذا كل ما استصنع"[5].

فإذا كان الشيء المستصنع من مادة واحدة فجائز، وإذا دخلت في تركيبته مادة أو مواد أخرى "فيما خالطه غيره للحاجة كخل التمر وفيه الماء، والجبن وفيه الأنفحة، والسـمك

(1) المصدر السابق، 215/3.
(2) المصدر السابق نفسه.
(3) الأم: للإمام الشافعي، 133/3-134.
(4) المصدر السابق، 132/3.
(5) المصدر السابق، 134/3.

المملوح وفيه الملح؛ لأن ذلك من مصـــلحته فلم يمنع جواز العقد"[1]، أما إن كان يعســـر التمييز بين مقدار المواد التركيبية الداخلة في عملية التصـنيع، فلا يجوز الاسـتصـناع فيها للجهالة في معرفة المقادير.

ويضيف الإمام النووي ضابط اعتبار المقاصد في المواد المختلطة، فيقرر جواز المختلط المنضبط حقيقة وقصدا، وعدم جواز ما لا ينضبط أو عسر ضبطه، فيقول: "فلا يصح فيما لا ينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان... والأصح صحته في المختلط المنضبط"[2]، واعتبار ذلك في المصنوعات المركبة المقصودة أجزاؤها، "لأن القيم والأغراض تتفاوت بذلك تفاوتا ظاهرا"[3]، فكل جزء له قيمته الماليَّة، وغرضه الصناعي، يكون جائزًا بعد انضباطه ورفع الجهالة عنه.

ويشير الإمام الشيرازي إلى ملحظ مهم فيقول: "وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السَّلم فيه؛ لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز"[4]، فيعتبر الاستصناع بيعًا.

ويمكن الاستدلال على حكم استصناع المنتوجات الصناعية الحديثة، بقول الإمام النووي: "ويجوز السلم فيما يُصَبُّ منها في القالب، لعدم اختلافه، وفي الأسطال المربعة"[5]، لأنها تخرج على شكل ومقاس واحد، متناهية الدقة، متطابقة في المعايير والمواصفات الشكلية والتركيبية مطابقةً، بل يمكن أن يصدق القول فيها أنها منتفية الجهالة والغرر انتفاء تامًا.

وخلاصة حكم السلم في المصنوعات "يجوز في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته"[6] فيكون المناط عند الشافعية ضبط الصفات والمواد المصنعة فكل ما انضبطت جاز فيها الاستصناع.

(1) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 74/2.

(2) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: للنووي، 111.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 15/3.

(4) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 73/2.

(5) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 28/4.

(6) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 72/2.

بل يتبين من كلام الشافعيَّة أن علة المنع عندهم هي ضبط الصفات ضبطًا ينفي المنازعة بين الطرفين، "وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه"[1]، وكل ما لا يوقف على صفته، ولا قدر ما يدخل فيه، ولا يتميز ما يدخل فيه[2]؛ لا يجوز السلم فيه.

ومن ثمَّ يكون الضابط فيما يجوز وما لا يجوز في الاستصناع؛ هو ضبط الصفات والمقادير ومعرفة الشيء المستصنع وصفاته التركيبية، معرفة تؤدي إلى رفع الجهالة، ومنع كل ما يحصل النزاع، فهو أساس السلم في المصنوعات عند الشافعيَّة، والذي يمكن أن نطلق عليه الاستصناع؛ حملا على المعنى اللُّغوي.

د/ مذهب الحنابلة: لم أجد عند الحنابلة رأيا مستقلا يذكرونه في حكم الاستصناع، إلا ما ذكروه في سياق بيع ما ليس عندك، وهو نص على عدم جواز الاستصناع مطلقا في السلع والمنتجات التي تدخلها الصنعة، قال القاضي[3] وأصحابه: "لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"[4]، أي "بأن يبيعه سلعة يصنعها له"[5] فلا يجوز لأنهم يكيفونه من قبيل بيع المعدوم المحرم شرعا.

ومفهوم المخالفة لهذا القول: يدل على أنه إذا وقع الاستصناع في سلعة على وجه السلم فجائز، ويكون ذلك استثناء من النهي عن بيع ما ليس عندك، والله أعلم وأحكم.

ويتجلى رأى الحنابلة في الاستصناع من خلال الوقوف على باب السَّلم وتطبيقاته، فهم يوافقون الشافعيَّة من حيث الصور والتطبيقات، فمثلا يقولون: إن القصد إلى أجزاء الشيء المسلم لا أثر له في جواز السلم وعدمه، ما لم تكن مضبوطة، قال ابن قدامة: "ولا يصح فيما يجمع أخلاطا مقصودة غير متميزة"[6]، للجهالة بها وعسر ضبط صفاتها ومقاديرها، فإذا تميزت الصفات والمقادير صح.

---

(1) المصدر السابق، 73/2.

(2) الأم: للإمام الشافعي، 133/3.

(3) القاضي: هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء أبو يعلي (المتوفى: 458هـ)، طبقات الحنابلة: لأبي الحسين ابن أبي يعلى، 193/2-216.

(4) كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع: لشمس الدين المقدسي الرامينى، 147/6، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: للمَرْداوي، 105/11.

(5) كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتى، 165/3.

(6) المغني: لابن قدامة، 208/4.

ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة[1]، ويصح في كل ما اختلط ويمكن ضبطه بصفات لا يختلف ثمنها معها غالبا، وكل ما يصلح به مما خلطه لمصلحته، وليس بمقصود في نفسه كالملح للعجين، بخلاف ما لا مصلحة في خلطه كالماء في اللبن فلا يصح السلم فيه[2].

وإذا كان التفاوت يسيرًا، فللحنابلة في هذا وجه آخر[3]، هو أنه يصح فيما يجمع أخلاطا مقصودة متى ضبطت، ولا يضر التفاوت اليسير.

ويجري حكم السلم في كل ما يستصنع "مما يصح بيعه، ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالبا، فصح السلم فيه، كالخشب والقصب، وما فيه من غيره متميز، يمكن ضبطه والإحاطة به، ولا يتفاوت كثيرا، فلا يمنع، كالثياب المنسوجة من جنسين"[4]، وغيرها من الصناعات المختلطة أجزاؤها.

الراجح: يرجح في حكم الاستصناع ما ذهب إليه جمهور الحنفية القائلون بالجواز لقوة الأدلة منها:

أدلة نصيَّة من السنة: مثل حديث نافع في الصحيحين أن النبي -ﷺ-: "اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ"[5].

ودليل الإجماع العملي والذي مضى عليه عمل المسلمين أزمانًا دون نكير، والمؤيد بعموم الأدلة في الكتاب السنة النبوية.

وبالمصلحة المرسلة، وذلك لحاجة الناس الماسة والتي لا تقضى إلا عن طريق الاستصناع فلو منع التعامل به لوقع الناس في حرج شديد والحرج مرفوع قال تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ**﴾ [الحج: 78]، ثم لا مانع من الأخذ بضوابط المذاهب الأخرى لمنع الخطر وتقليل المنازعة، فهي ضوابط معتبرة، وبهذا يكون حكم الاستصناع جائزًا على المذاهب الأربعة.

---

(1) المصدر السابق، 208/4.

(2) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: للبهوتى، 89/2، بتصرف، والمغني: لابن قدامة، 208/4.

(3) المغني: لابن قدامة، 208/4، بتصرف.

(4) المصدر السابق، 209/4.

(5) صحيح الخباري، كتاب: اللباس، باب: من جعل فص الخاتم في بطن كفه، رقم: 5876.

ثانيًا: الاستصناع الموازي

يتقسم الاستصناع من حيث شكل العقد إلى قسمين قسم عادي وقسم موازي، وهو عقد جرى العمل به في زماننا على صورة عقد مركب من عقدين الأول بين المستصنع والصانع، أي بين العميل والبنك، والثاني بين الصانع الذي هو البنك، والمستصنع الجديد الذي هو طرف ثالث على السلعة نفسها، ولا يتم إلا بشروط، ولتفصيل ذلك لابد من معرفة الآتي:

أ/ المراد بالاستصناع الموازي

إن الصيغة التي تسمى في العرف المعاصر الاستصناع الموازي، تتم من خلال إبرام عقدين منفصلين: أحدهما مع العميل تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعًا، والآخر مع الصُنّاع أو المقاولين تكون فيه المؤسسة المالية مستصنعًا، ويتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين، والغالب أن يكون أحدهما حالا وهو الذي مع الصُنّاع أو المقاولين، والثاني مؤجلا، وهو الذي مع العميل[1]، أو يكون بينهما تفاوت في الآجال فيكون العقد الثاني قريب الأجل والعقد الأول بعيد أو أبعد منه.

ب/ شروط الاستصناع الموازي:

– أن يكون كل عقد منفصلًا عن الآخر من حيث الإلزام وترتب أثر العقد، ولا علاقة بين المستصنع والصانع الثاني كما جاء في المعايير الشرعيَّة: "بشرط عدم الربط بين العقدين"[2]، فليس هناك علاقة تعاقديَّة لها أثر بين العقدين في الاستصناع والاستصناع الموازي، لذلك قالوا: "يجب أن تتحمل المؤسسة نتيجة إبرامها عقد استصناع بصفتها صانعًا تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنع العميل، ولا يحق لها أن تحول التزاماتها مع العميل إلى الصانع في عقد الاستصناع الموازي"[3].

– ألا يحوِّل الصانع إلتزاماته مع العمل إلى الصانع الأول في الاستصناع الموازي[4]، بل عليه تحمل مسؤوليته الكاملة، بحيث لا يكون عقد الاستصناع مع الصانع الأول عقدًا

(1) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، بند: الملحق: ج، التعريفات، ص: 318.

(2) المرجع السابق، بند: 1/7، ص: 307.

(3) المرجع السابق، بند: 3/7، ص: 307.

(4) المرجع السابق نفسه.

صوريًا، ولا يؤول إلى معارضة قصد الشارع من إباحة المعاملات فيكون قرضًا بفائدة في صورة استصناع، لهذا يجب أن يتحمل الصانع الأول كافة تبعات المصنوع ومسؤولياته تجاه المستصنع، فيكون لديه أقسام خاصة بالاستصناع والإشراف على الاستثمار، ومراقبة الإنتاج بصفة مستمرة وتكون العلاقة بين الصانع والمستصنع علاقة مساءلة ومساومة ومماكسة، كما يتحمل الصانع الثاني مسؤولية مع المستصنع في الاستصناع الموازي.

المطلب الثاني: عقد الاستصناع بين شروط الاعتبار واللُّزوم وترتب الأثار

يستدعي الحديث عن هذا المطلب الوقوف على الشروط الخاصة بعقد الاستصناع، فإذا تخلف شرط من الشروط كان لابد من التعرض للشرط الجزائي، ومدى قبول القول به ورفضه، والحديث عن العقد حال اعتراض الطوارئ ومدى لزوم الضمان الجزئي لأقل من الثلث أو الاسقاط القاهر للعقد، وأثر الاستصناع في ضبط التقدم الصناعي والتكنولوجي واسهاماته في تقديم الحلول الشرعيَّة ودفع الحاجة الماسة.

الفرع الأول: شروط عقد الاستصناع

تفرد الحنفية بإعطاء عقد الاستصناع مكانة خاصة بين العقود، وكانوا هم السبَّاقين إلى ذلك، فاعتبروه عقدًا مستقلًا بذاته عن عقد السلم والإجارة، وميزوه عن غيره بشروط خاصة، وهذه الشروط هي محور الحديث في الفرع الأول، كما سيأتي عرضه ومناقشته.

يشترط في عقد الاستصناع شروطًا خاصة غير الشروط العامة التي يدخل فيها السَّلم[1] هي ثلاثة:

(1) يشترط في الاستصناع ما يشترط في السلم: تعجيل الثمن في مجلس العقد، ولا مانع عند المالكية تأجيله إلى يومين، وتحديد أجل التسليم، وألا يعين العامل الصانع، ولا المادة المصنعة، قال في المدونة: "فإن لم يضرب لرأس المال أجلا واشترط أن يعمله هو نفسه أو اشترط عمل رجل بعينه؟ قال: لا يكون هذا سلفا لأن هذا رجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل واشترط عليه عمل نفسه وقدم نقده، فهو لا يدري أيسلم هذا الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا، فهذا من الغرر وهو إن سلم عمله له، وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا، فيكون الذي أسلف إلى قد انتفع بذهبه باطلا" المدونة: للإمام مالك، 69/3، وهو كذلك عند الشافعيَّة، وزاد أن يكون من جنس واحد وهذا شرط عام عند الإمام الشافعي لهذا ذكر بعد هذا الشرط: "وهكذا كل ما استصنع"، ينظر: الأم: للإمام الشافعي، 132/3-134 والحنابلة كالشافعيَّة، من حيث التطبيقات والصور الواردة في مضانها، ينظر المغني: لابن قدامة، 207/4- 230.

الشرط الأول: أن يكون المستصنَع معلومًا: وهو المعقود عليه سواء كان العين وهو الراجح، أم العمل[1]، ومعنى كونه معلوما أي أن يكون محل التعاقد الذي وقع عليه العقد معلومًا علمًا يمنع الخصومة ويرفع النزاع، يقول الكاساني: "بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصفته، لأنه لا يصير معلومًا بدونه"[2]، فمحددات المعلومات في العقد هي الجنس والنوع والقدر والوصف، فيتحقق العلم على قدر الإحاطة بها، فإن تخلف أحدها قل العلم بمحل العقد.

وقد جاء في السنة النبوية عن أبي هريرة، قال: «نَهَى رَسُولُ اللهِ -ﷺ- عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»[3]، وبوَّب البخاري "باب بيع الغرر وحبل الحبلة"[4]، فكل ما فيه جهالة، وغرر يدخل في النهي.

قال الإمام القرافي: في الفرق بين قاعدة ما يجوز بيعه على الصفة، وبين قاعدة ما لا يجوز بيعه على الصفة، وهو أن ما يجوز بيعه وهو غائب عن مجلس العقد على الصفة قال إلا الأصل عبارة عما اجتمع فيه ثلاثة[5]:

– أن لا يكون قريبا جدا تمكن الرؤية من غير مشقة كأن يكون ببلد العقد؛ لأنه عدول عن اليقين إلى توقع الغرر.

– أن لا يكون بعيدا جدا لتوقع تغيره قبل التسليم أو يتعذر تسليمه.

– أن يصفه بصفاته التي تتعلق الأغراض بها، وهي شروط التسليم ليكون مقصود المالية حاصلا، فإن لم يذكر الجنس بأن يقول ثوب أو عبد امتنع إجماعًا.

يمكن ملاحظة أن هذه الشروط الثلاثة التي اشترطها القرافي فيما يجوز بيعه موصوفا في الذمة وما لا يجوز، كلها تصبُّ في اعتبار المآل السيء للعقد إلى أقصاه، فيتجلى من خلالها مراعاة موانع النزاع والخصومة التي قد تلحق العقد عند التنزيل، فينبغي أن يضع الناظر في المآل هذه الموانع نصب أعين المتعاقدين، حتى يزيل عنهما كل ضرر متوقع

---

(1) والأصح أن المعقود عليه المستصنع أي العين، وهو رأي جمهور فقهاء الحنفيَّة، خلافا لأبي سعيد البردعي فإنه يقول المعقود عليه هو العمل، يراجع: المبسوط: للسرخسي، 139/12.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 3/5.

(3) صحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة، والبيع الذي فيه غرر، رقم: 1513.

(4) صحيح البخاري، كتاب البيوع.

(5) الفروق: للقرافي، 47/3.

يحول دون تحقق مقاصد العقد، فباعتبار الشروط والنظر في مآلاتها يبلغ العقد غايته في تحقيق التملك وحصول النماء، ورفد الجوانب الاقتصاديَّة والاستثماريَّة.

الشرط الثاني: أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس[1]، واعتاد الناس على استصناعه، وإن كان في زمان لا يعرف بكونه مستصنعًا كالثياب مثلا، كان في زمان ما قد أنكر الفقهاء الحنفية استصناعها، فلما تجدد بها العرف وتعامل الناس بها استصنعوها.

فقد يتغيَّر الزمان ويتحول الوضع ويصبح الناس وقد تجددت فيهم عادات، وجرت فيهم أعراف، فتحدث لهم حاجات تستدعي من يستصنعها، فيجروا فيها الاستصناع، و"كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق"[2]، فكل ما جرى العرف باستصناعه، واستمر القضاء به بين الناس جاز فيه الاستصناع.

واشتراط الحنفية أن يكون الاستصناع في الأشياء المتعارف عليها؛ لمكانة العرف بين الأدلة الأصوليَّة، ولما يترتب على اعتباره من آثار عند التنزيل فتتغيَّر بسببه الأحكام، فيعتبر العرف بمثابة دليل مسيس الحاجة، فكانت الحاجة ودليلها سببًا لاستثناء عقد الاستصناع من سائر العقود المحرمة لعلة بيع المعدوم الذي هو أصل ثابت بدليل نصي.

الشرط الثالث: يتعلق باشتراط الأجل، وقد اختلف فيه الحنفية، فأبو حنيفة يرى "أن لا يكون فيه أجل، فإن ضرب للاستصناع أجلا؛ صار سلمًا حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم"[3]، وقد انتقد أبو يوسف ومحمد، هذا الشرط، فقالا: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال –ضرب فيه أجلا أو لم يضرب– ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع –كالثياب ونحوها– أجلا؛ ينقلب سلما في قولهما جميعا، ... والعادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع[4]، وعلة ضرب الأجل عندهم تعجيل العمل، "وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة؛ فلا يخرج به عن كونه استصناعا"[5].

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 3/5.

(2) مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة: 389.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 3/5.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المصدر السابق نفسه.

كما يلاحظ من جميع النماذج في ملحق الاستصناع والاستصناع الموازي[1]، أن تغيُّر الزمان وفساد أهله وخراب ذممهم سبب معتبر عند إجراء هذا العقد يؤدي إلى تغيُّر الحكمه، وعليه لا بد من الإشراف على التنفيذ، سواء باتخاذ إشراف مؤسسي متخصص، أم فردي كاتخاذ خبير أو مجموعة خبراء في المجال المراد استصناعه، يكشف اللَّبس ويبين المجمل في صياغة العقد عند التعاقد، ويقف على قائمة المواصفات عند استلام المنتج ويكشف على مدى مطابقتها لشروط العقد.

وتظهر هذه الإجراءات من خلال بيان بند الإشراف على التنفيذ، الذي جاء في المعايير الشرعية على النحو الآتي[2]:

– يجوز للمؤسسة بصفتها مستصنعًا أن توكل مكتبًا فنيا للنيابة عنها بموافقة الصانع للتحقق من التقيد بالمواصفات المشروطة، والموافقة على تسليم الدفعات وفقًا لذلك، والتسليم، والتسلم.

– يجوز للمؤسسة بصفتها صانعة توكيل المستصنع بعقد توكيل مستقل عن عقد التصنيع للقيام بالإشراف على إنجاز المصنوع طبقًا للمواصفات المتعاقد عليها.

– يجوز اتفاق الصانع والمستصنع على تحديد من يتحمل منهما التكلفة الإضافية المتعلقة بالإشراف.

وقد جاءت هذه المبادئ بمثابة الإجراءات المتممة للشروط، وذلك حتى يتحقق العلم الذي يزيل الغرر، ويرفع الجهالة واللبس، ويؤول العقد إلى تحقيق مقاصده، فتجتنب مخاطر النزاع والخصومة، ويتفق الطرفان على تكلفة الرقابة والإشراف.

يتضح مما سبق: أن مادة الاستصناع لا بد وأن تكون في ملك الصانع حين التعاقد، والحاصل في عصرنا الحديث والذي أكثر تعاملات الناس عليها الآن، أن المادة ليست موجودة في ملك الصانع ولا داخلة في حوزته حين العقد، بل متعلقة بالذمة، فقد تكون موجودة في السوق أو قد تكون مازالت مادة خام لم تنتج بعد كالعقد على بناء عمارة والحديد والإسمنت لم ينتجا بعد.

---

(1) ينظر: ملحق عقود المقاولة والاستصناع والاستصناع الموازي، النماذج من (1) إلى (6).

(2) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، بند: 5، الإشراف على التنفيذ، ص: 304.

كما يتضح –بناءً على الشروط– أن الحنفية استشكلوا من مسائل الاستصناع؛ الانضباط في بعض المنتوجات التي كانت غير منضبطة في زمانهم، ولم يجوزوا استصناعها، ولكن هذا وضع قديم وقد تغيَّر، وأصبح بمقدور الإنسان أن يصنع كميات مهولة للمنتج الواحد، فلم يعدّ عامل الانضباط في الأشياء المستصنعة إشكالًا حقيقيًا يؤرق الصناع فلا ينبغي استشكاله.

يلاحظ: أن اشتراط الحنفية جريان العرف فيما يجوز ولا يجوز استصناعه، فما جرى به العرف جاز استصناعه، لذلك استشكلوا الاستصناع في الثياب وقالوا عدم جواز استصناعها، ومعلوم في العصر الحديث أن هناك سبقًا في استصناع أشياء مباحة لم تعهد الإنسانية بها عرفا ولا عادة، كالطائرة أول ظهورها، وكثيرة الأمثلة اليوم وخاصة في مجال الابداع الالكتروني، مثال استصناع الأجهزة الذكيَّة والروبوتات وأنظمة الشبكات وسلاسل الكتل، وغيرها من الأمثلة التي لم يقل أحد بعدم جواز استصناعها.

يتبن لي من خلال الوقوف على هذه الملاحظات؛ أن تغيُّر الأحكام المتعلقة بعقد الاستصناع أمر مطلوب، طبقا لما هو موجود في الواقع مما لا يمس الأصول والقواعد الشرعيَّة، ويحقق تنزيل الشريعة وفق مقاصدها، وإعمال الأدلة في إطار مناطاتها.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر في عقد الاستصناع

يأتي هذا الفرع للحديث عن الشرط الجزائي باعتباره إجراء لحماية المستصنع من الضرر، ومثله القول بتضمين الصناع الذي قال به الفقهاء استثناء، لكنه أصبح هو الأصل، وذلك نظرا لخراب الذمم وفساد الزمان.

أولًا: الشرط الجزائي

سأقتصر في هذا الفرع على ما يمكن ملاحظته –خشية الطول– أن الشرط الجزائي ذهب فيه الفقهاء المعاصرون إلى رأيين:

الرأي الأول: قد عدَّ من قبيل الأمور التي يجتنب بها الخصومة والنزاع، والقول به يغلب عليه الرغبة في النفوذ إلى القول بمنعه، من خلال ما أفهمه من أقوال المجيزين، وأرجو أن تراجع في مضانها[1].

(1) عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة: كاسب عبدالكريم البدران، ط/2، 1404هـ–1984م، ص: 212–213.

وما جاء في قرار هيئة كبار العلماء ... وبعد عرض الأدلة ومناقشتها، قرر المجلس بالإجماع أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعًا فيكون العذر مسقطًا لوجوبه حتى يزول[1].

وإذا كان الشرط الجزائي كثيرًا عرفًا يراد به التهديد المالي، ويكون بعيدًا عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف، على حسب ما فات من منفعة أو لحق من ضرر، ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي الذي يستعين بطريقة أهل الخبرة والنظر عملًا، بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [النساء: 58]، وقوله سبحانه: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْۚ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۖ﴾ [المائدة: 8]، وبقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[2]، ما يعني أنه يخضع للنظر القضائي في تقديره أو إلغائه[3]، وهو الذي تضمنته النماذج التطبيقية المتاحة في الملحق الجاري بها العمل في البنوك المشار إليها.

والذي جرى به العمل القضائي في اليمن وذلك أنه "يجوز الاتفاق مقدمًا على مقدار التعويض، وفي جميع الأحوال يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض إذا كان صاحب الحق قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زاد فيه"[4] وعليه العمل في المؤسسات المالية والبنوك الإسلامية باليمن[5].

وجاء موقف معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات، حين قالوا: "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا غير مجحف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ

---

(1) أعمال الدورة الخامسة "دراسة موضوع الشرط الجزائي": إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، المنعقدة: 5- 1394/8/22هـ في مدينة الطائف، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي -جدة، العدد: 12، قرار رقم: (25).

(2) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 2758.

(3) موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار: للقاضي: عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد: 5، ص: 1421، بتصرف.

(4) القانون اليمني المدني: وزارة العدل، الأربعاء/2014/6/25م، مادة: 348.

(5) ينظر: ملحق عقود المقاولة والاستصناع والاستصناع الموازي، النماذج من (1) إلى (6) نهاية البحث.

يتفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة"[1]، لكن الإجحاف المشار إليه غير منضبط فينبغي رده إلى العرف.

وقد ورد في منشور بنك المغرب في حالة تراجع المؤسسة عن إبرام عقد الإجارة للعميل أن يطالب المؤسسة بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به[2]، وفي عقد السلم يجوز مطالبة المشتري للبائع بتعويض الضرر الفعلي المثبت الذي لحق به[3]، وإليه ذهب البنك الإسلامي الأردني حيث ذهب إلى جواز تعويض البنك عن الأضرار الفعلية؛ لأن الالتزام هنا محله أداء عمل وليس تسليم مبالغ نقدية[4].

الرأي الثاني: جاءت بعض النُّصوص المنقولة عن بعض الفقهاء المعاصرين، التي تؤكد على حرمة الشرط الجزائي.

يقول العلَّامـــــة المحقّق مصـطفى الزرقا –رحمه الله تعالى–: "إنَّ الاتِّفاقَ على مقدار ضـــرر الدائن عن تأخير الوفاء له محذور كبير، وهو أنه قد يصـــبح ذريعة لربا مســـتور، بتواطؤ من الدائن والمدين، بأن يتفقا في القرض على فوائد زمنية رِبويَّة، ثم يعقد القرض في ميعاده، لكن يسـتحق عليه الدائن تعويض تأخير متفق عليه يعادل سـعر الفائدة، فلذلك لا يجوز في نظري"[5].

وردًّا على استفسار خاص قُدِّم للدكتور الصدِّيق محمد الضَّرير من أحد المصارف الإسلاميّة، أجاب بأنه: "لا يجوز أن يتَّفق البنك مع العميل المدين على أن يدفع له مبلغًا محددًا، أو نسبة من الدين الذي عليه في حالة تأخُّره عن الوفاء في المدة المحددة، سواء

(1) المعايير الشرعية، للأيوفي، معيار رقم: 11، الاستصناع والاستصناع الموازي، البند: 7/6، ص: 306.

(2) منشور يتعلق بالموصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء: بنك المغرب، الرباط 2017/1/27م، الباب الثالث: عقد الإجارة، مادة 25.

(3) المرجع السابق، الباب السادس: عقد السلم، مادة 67.

(4) كتاب الفتاوى الشرعية: البنك الإسلامي الأردني عضو مجموعة البركة المصرفيَّة، 1438هـ– 2017م، فتاوى الاستصناع رقم: (1)، 37/3.

(5) هل يقبل شرعًا الحكم على المدين المماطل بالتَّعويض على الدائن: لمصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، 1405هـ– 1985م، العدد: 2، 97/2، وراجع أيضًا: التطبيق المعاصر لعقد السلم في المصارف الإسلامية، لمحمد عبد العزيز حسن زيد، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مكتب القاهرة، ط1، 1417هـ– 1997م، ص 41، 42.

أسمِّي هذا المبلغ غرامة، أو تعويضًا، أو شرطًا جزائيًا؛ لأن هذا هو ربا الجاهلية المجمع على تحريمه"[1].

ويرى الدكتور رفيق يونس المصري: إذا كان الشرط الجزائي لأجل التأخير في التنفيذ فإنه غير جائز؛ لأنه يكون عندئذ في حكم ربا النسيئة، والله أعلم، ثم يقول: وبهذا تمتنع غرامة التأخير في عقود التوريد وعقود الأشغال، ويخطئ من يظن جوازها في عقود الأشغال، على أساس أن هذه العقود من باب الإجارة، والإجارة لا يدخلها الربا[2]، فالصانع مدين والمستصنع دائن، واشتراط الجزاء أو غرامة مالية على المدين لتأخير التسليم فيه شبه بربا النسيئة.

يتضح مما سبق: أنه إذا كان الشرط الجزائي يقدم حلا للإشكالات الناتجة عن التعاقد، فقد أصبح في الوقت نفسه بؤرة للصراع وللمحطة للتنازع بعد الانتهاء من العمل، ناهيك عن الاختلاف وتضارب الأعراف في تقديره، فمثلًا الإجحاف غير منضبط ولهذا اعتباره يؤدي إلى توسيع النزاع.

ويتسع النزاع وتزيد الخصومة مع ما يعتبر من الشرط الجزائي، لهذا قد يتخذ العرف مرجعية لضبط مدة الانجاز بجانب اشتراط الغرامة المالية، فيكون محل الشرط الجزائي المتمثل بمدة الإنجاز غير المنضبطة؛ لأن تقديرها يرجع إلى عرف الصنَّاع وأهل الخبرة غير المنضبط أصلًا، وبه تكون العلة والمناط الذي بني عليه الحكم غير مطرد، وقد جاء في المعايير أنه "يجب على الصانع إنجاز العمل وفقًا للمواصفات المشروطة في العقد، وفي المدة المتفق عليها، أو في المدة المناسبة التي تقتضيها طبيعة العمل وفقًا للأصول المتعارف عليها لدى أهل الخبرة"[3]، حتى على مستوى تحديد مدة لضمان الشيء المستصنع والالتزام بصيانته، لا يمكن حصرها بشرط مالي، بل لابد لها من إعمال العرف كما جاء في المعايير: "يجوز تحديد مدة لضمان عيوب التصنيع أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها

(1) الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة: د. الصديق محمد الضَّرير، بحث في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد: 3/1، ص: 118.

(2) مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة: لرفيق يونس المصري، ص: 824، بتصرف.

(3) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، البند: 3/1/6، ص: 300.

الطرفان أو يجري بها العرف"[1]، فإعمال المتعارف عليه والاستعانة بأهل الخبرة وإن اختلفت آراؤهم واختلفت وجهات أنظارهم وتغايرت تقاريرهم –من بلد إلى آخر– معتبر في فض النزاع وتجنب اللجوء إلى المحاكم، فهذا الإعمال والاعتبار يعطي مساحة واسعة للتفاهم حول المخاطر، ويساهم في رفع الخصومة عند كل إشكال سببه المدة الزمنية، ويستوي في ذلك حال التقديم أو التأخير.

من أجل ذلك أرى أن يكون الصلح بين المتعاقدين، والتسامح من الطرفين هو الذي ينبغي أن يقدم في مثل هذه المعاملات، والله ورسوله قد ندبا إلى ذلك، في نصوص كثيرة، قال تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ وَأُحۡضِرَتِ ٱلۡأَنفُسُ ٱلشُّحَّۚ﴾ [النساء: 128]، ولا أظن الشرط الجزائي إلا شحًا ينافي سماحة الشريعة، وقد روي عن جابر بن عبد الله –رضي الله عنهما– : أن رسول الله –ﷺ– قال: «رَحِمَ اللَّهُ رَجُلًا سَمْحًا إِذَا بَاعَ، وَإِذَا اشْتَرَى، وَإِذَا اقْتَضَى»[2]، فالاشتراط والحرص على طلب الذي له على غيره، يخالف السماحة وينافيها.

لو زاد النزاع على مسألة التأخير، وتوجهت الخصومة إلى عمق الشيء المستصنع كأن يوجد على خلاف المواصفات والشروط المطلوبة "إذا كان المصنوع وقت التسليم غير مطابق للمواصفات فإنه يحق للمستصنع أن يرفضه، أو أن يقبله بحاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء، ويجوز للطرفين أن يتصالحا على القبول مع الحط من الثمن"[3]، وسيبقى مبدأ الخيرية في الصلح قائمًا والتسامح بالبيع والشراء والاقتضاء فعَّالا متى حدث النزاع والخلاف.

ثانيًا: تضمين الصناع

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن يد الأجراء –بما فيهم الصانع– يد أمانة[4]، وذهب المالكيَّة إلى القول بتضمين الصناع[5]، وإن كان الأصل عدم ضمان الأجراء؛ لأنه –ﷺ–

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: السهولة والسماحة في الشراء والبيع، ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف، رقم: 2076.

(3) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، البند: 1/2/6، ص: 304–305.

(4) درر الحكام شرح غرر الأحكام: لملا– أو منلا أو المولى– خسرو، 316/2، والمنتقى شرح الموطأ: للباجي، 164/5، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 27/4، وشرح مختصر خليل: للخرشي، 81/6، والتبصرة: للَّخمي، 5304/11، ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 254/3، والمغني: لابن قدامة، 49/5.

(5) المدونة: للإمام مالك، 399/3– 400.

أسقط عنهم الضمان، وأخرج الإمام مالك –رضي الله عنه– منهم الصناع، وقال بضمانهم وعدم ائتمانهم، باجتهاد منه –رضي الله عنه– وسبقه إلى تضمينهم الخلفاء –رضي الله عنهم– فقضوا بتضمينهم ولم ينكر عليهم أحد ذلك؛ لما فيه من مراعاة المصلحة العامة[1]، ولم يكن ذلك بإطلاق وإنما وضعوا له شروطًا منها[2]:

– أن ينصِّب نفسه للصنعة لعامة الناس، فلا ضمان على الصانع الخاص بجماعة.

– أن يغيب على الذات المصنوعة، لا إن صنعها ببيت ربها ولو بغير حضرته، أو بحضرته ولو في محل الصانع فلا ضمان.

– أن يكون المصنوع مما يغاب عليه بأن يكون ثوبًا أو حلية، فلا ضمان على معلم الأطفال أو البيطار، إذا ادعى الأول هروب الولد، والثاني هروب الدابة أو تلفها.

– ألا يكون في الصنعة تغرير وإلا فلا ضمان، كنقش الفصوص، وثقب اللؤلؤ.

– ألا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعا على الصفة المطلوبة ويتركه ربه اختيارا فيضيع، وإلا فلا ضمان حيث كان إحضاره بعد دفع الأجرة؛ لأنه صار كالوديعة، بخلاف ما لو أحضره على غير الصفة، أو دعاه لأخذه من غير إحضار أو بقاء عنده حتى يقبض الأجرة ثم يدعي ضياعه بعد ذلك فإنه يضمنه.

وإن اشترط الصنَّاع عدم الضمان فإن ذلك لا ينفعهم، لعلة الضرر العام الذي لحق عموم الناس[3].

واستدلوا بأدلة منها: إجماع الصحابة[4] –رضي الله عنهم– فقد روي عن عليّ –رضي الله عنه– قال: «لا يصلح الناس إلا ذلك»[5]، قال الإمام الشافعي: ذلك ويروى عن عمر –رضي الله عنه– تضمين بعض الصناع من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحدا منهما يثبت[6].

---

(1) الفواكه الدواني على رسالة لابن أبي زيد القيرواني: للنفراوي، 117/2.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لابن رشد، 225/4– 226، بتصرف.

(4) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ص: 1111.

(5) السنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: الإجارة، باب: ما جاء في تضمين الأجراء، رقم: 11664، والكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر بن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، في القصار والصباغ وغيره، رقم: 21051.

(6) الأم: للإمام الشافعي، 102/2.

والقول بالتضمين مبني على الاستحسان والترجيح بالمصلحة المرسلة، ولأن في ذلك اعتبار في نظر الصناع وأرباب السلع، وفي تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع[1].

قال الإمام الشاطبي: "ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين... وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فتضمين الصناع من ذلك القبيل"[2].

كما قرر في الموافقات الأمور التي سكت عنها الشارع الحكيم، فقال: "أن يسكت عنه لأنه لا داعية له تقتضيه، ولا موجب يقدر لأجله؛ كالنوازل التي حدثت بعد رسول الله -ﷺ- فإنها لم تكن موجودة ثم سكت عنها مع وجودها، وإنما حدثت بعد ذلك؛ فاحتاج أهل الشريعة إلى النظر فيها وإجرائها على ما تقرر في كلياتها، وما أحدثه السلف الصالح راجع إلى هذا القسم، كتضمين الصناع"[3]، فهو من مناطات السكوت الشرعي، والثابت باستقرار مواقع المعاني والمقاصد الكلية التي يتغيَّر بتغيُّرها الحكم الشرعي.

الفرع الثالث: اللُّزوم في عقد الاستصناع وأثره في الحركة الإنتاجية والتمويليَّة

تترتب على الاختلاف في اللّزوم وعدمه آثار على عقد الاستصناع تتمثل في القول بثبوت الخيار، وثبوت الضمان عند حصول الطوارئ، فإذا لزم وانعقد؛ ترتب أثره في الحركة الإنتاجية والتمويليَّة، وهذه الآثار هي موضع الحديث الآتي:

أولًا: ثبوت الخيار في عقد الاستصناع

يثبت للمتعاقدين خيار العيب، وخيار الرؤية، حال مجيء السلعة مخالفة للمواصفات المحددة في العقد، ولكن لابد من التفريق في النظر إلى الخيار في عقد الاستصناع قبل بدء العمل وبعده، وذلك بعد معرفة مواصفاته، والوقوف على صفته من حيث اللزوم وعدمه، فعقد

(1) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ص: 1111.

(2) الاعتصام: للشاطبي، 2/616- 617.

(3) الموافقات: للشاطبي، 3/157.

الاستصناع "عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعا، بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين"[1]، فقبل البدء لهما حق الفسخ والتراجع، ولا يترتب عليه أثر، وإلغاء العقد وفسخه وإبطال الاتفاق لا تكون إلا بعد إشعار الطرف الآخر بذلك.

وأما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فهو كذلك، أي من حيث إن الصانع لا يلزمه الأداء، حتى كان للصانع أن يبيعه ممن شاء، كذا ذكر في الأصل؛ لأن العقد ما وقع على عين المعمول، بل على مثله في الذمة؛ لما ذكرنا أنه لو اشترى من مكان آخر، وسلم إليه؛ جاز، ولو باعه الصانع، وأراد المستصنع أن ينقض البيع؛ ليس له ذلك، ولو استهلكه قبل الرؤية؛ فهو كالبائع إذا استهلك المبيع قبل التسليم[2]، بخلاف ما أذا رأى المستصنع الشيء المصنوع.

ويترتب على هذا سؤال مفاده: إذا أنهى الصانع العمل وحل الأجل؛ فهل يثبت الخيار؟

روي في الجواب عليه روايتان الأولى لأبي حنيفة وعليها جمهور الحنفية أن لكل واحد منهما الخيار، والثانية عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما جميعا، وجه رواية أبي يوسف: أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه؛ لكان فيه إضرار بالصانع، بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد؛ لأنا لا ندري أن العمل يقع على الصفة المشروطة أولا، فلم يكن الامتناع منه إضرارا بصاحبه؛ فثبت الخيار[3].

حتى على فرض اعتباره عقدًا تابعًا لعقد السّلم عند ضرب الأجل؛ فلا خيار لواحد منهما بالرجوع، "فإن ضرب له أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم، ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي عليه في السلم"[4].

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 3/5.

(2) المصدر السابق نفسه، بتصرف.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 4/5، بتصرف.

(4) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 224/5.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية: "وإذا انعقد الاستصناع؛ فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا"[1]، أمَّا وقد جاءت الأوصاف كما هي في العقد فلا خيار؛ لأن ثبوت الخيار للمستصنع ضرر على الصانع.

وعلق الدكتور الزحيلي -رحمه الله- على ما جاء بمجلة الأحكام العدلية، قال: "وفي تقديري أن هذا الرأي الذي أخذت به المجلة سديد جدًا، منعًا من وقوع المنازعات بين المتعاقدين، ودفعًا للضرر عن الصانع، إذ إن أغراض الناس تختلف باختلاف الشيء المصنوع حجمًا ونوعًا وكيفية، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبدأ القوة الملزمة للعقود بصفة عامة في الشريعة، ويتناسب مع الظروف الحديثة التي يتفق فيها على صناعة أشياء خطيرة وغالية الثمن كالسفن والطائرات، فلا يعقل والحالة هذه؛ أن يكون عقد الاستصناع فيها غير لازم"[2].

وعليه؛ يكون قول الإمام أبي يوسف أن العقد لازم، وذلك إذا وقع المصنوع وفق المواصفات والشروط وتحققت فيه مطالب المستصنع؛ لأن المستصنَع مبيع بمنزلة المسلم فيه، وليس للمستصنِع خيار الرؤية؛ لأنه إذا تراجع المستصنع يحصل الضرر للصانع، وتقع المنازعات والخصومات، كما أنه يخالف مبدأ العدل.

ثانيًا: أثر الظروف الطارئة على عقد الاستصناع

تأسس اعتبار الظروف والطوارئ على مبدأ العدل والإنصاف، الذي يقضي بالخروج من الحرج والمشقة ورفع الضرر، فإذا حل طارئ، ونزلت قوة قاهرة لا يد للمتعاقدين فيها، وأصبحت الالتزامات شاقة ومرهقة، فهل ينبغي الإلزام بالتنفيذ والالتزام بإتمام التعاقد في مثل هذه الظروف؟ أم أن الإلزام تكليف بما لا يطاق، والتكاليف الشرعية لابد لها من القدرة والاستطاعة، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾ [البقرة: 286]، وقد روي عن عبادة بن الصامت، أنَّ رسول الله -ﷺ- «قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[3]، وبمراعاة عموم الأدلة القائلة برفع الحرج وإزالة الضرر.

(1) مجلة الأحكام العدليَّة: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المادة 392.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته: أ.د وهبة الزحيلي، 3651/5.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 2758.

تقتضي الإجابة على هذا الإشكال الوقوف على ما جاء في الكتاب والسنة من أدلة عامة وخاصة، فقد روي عن جابر –رضي الله عنه– «أَنَّ النَّبِيَّ –ﷺ– أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»[1]، وقال رسول الله –ﷺ–: «لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟»[2].

ويستدعي النظر في تنزيل هذه الأدلة مراعاة شدة ما وقع على المدين –الصانع– وأن يقوم الناظر بالتخفيف على المتضرر، وجبر الاختلال الحاصل له والتعويض عن النقص الواقع عليه والحق الفائت منه، أو القول باشتراك الدائن والمدين في تحمل الضرر، أو الحكم بالفسخ وإنهاء العقد، ولدراسة هذا المبدأ لابد من الوقوف على تعريف الجائحة، واختلاف الفقهاء فيها.

أ/ المراد بالجائحة

قال الباجي: "الجائحة اسم لكل ما يجيح الإنسان وينقصه إلا أن هذا له عرف في الشرع واللغة فإذا أطلق فهم منه فساد الثمرة"[3]، وإجرائه على العرف الشرعي واللغوي أشمل وأعم لعقود كثيرة تلحقها الجوائح، أما جريانه على الإطلاق فيخص جائحة الثمار دون غيرها.

ومثله "الجائحة الموضوعة: كالجراد والنار والريح والبرد والغرق والطير الغالب والدود وعفن الثمرة والسموم"[4]، وفي هذا توسع في المفهوم بذكر أسباب الجائحة.

وتوسع المالكية في مفهوم الجائحة لتشمل عقودًا أخرى غير بيع الثمار كالمساقاة، وعقد كراء الدور والأراضي الزراعيَّة[5]، وجعلها الحنفية والشافعية سببًا للفاسد الموجب للفسخ وإنهاء العقد[6]، ورواية للحنابلة: إن تلف الجميع؛ بطل العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن[7] على البائع، والعقد يصير لغوا.

---

(1) صحيح مسلم: كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم: 1554.

(2) صحيح مسلم: كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، رقم: 1554.

(3) المنتقى شرح الموطأ: للباجي، 232/4.

(4) الذخيرة: للقرافي، 212/5.

(5) المدونة: للإمام مالك، 584/3.

(6) المبسوط: للسرخسي، 104/23، والأم: للإمام الشافعي، 57/3–58–59.

(7) المغني: لابن قدامة، 81/4.

ب/ اختلاف الفقهاء في وضع الجائحة

اختلف الفقهاء في وضع الجوائح إلى مذاهب:

– ذهب الحنفية إلى أن الجوائح في ضمان المشتري، "قال محمد: قال أبو حنيفة: من اشترى حائطا فيه ثمر قد بدا صلاحه فقبضه وخلى البائع بينه وبين صاحبه فأصابه بعد القبض آفة اذهبت الثمر كله أو بعضه؛ قل ذلك أو كثر، فجميع ما ذهب من ذلك من مال المشتري؛ لأنه قبضه وذهب ذلك وهو في ضمانه"[1]، ففرقوا في وضع الجائحة قبل القبض وبعده[2]، فإذا هلك المبيع قبل القبض والتخلية كان الهلاك سببا في الفسخ، وإذا كان بعد القبض فلا يرجع على البائع بشيء، وعلى هذا يكون الضمان على المستصنع، ولا يعود على الصانع بشيء.

– وذهب المالكية إلى القول بضمان البائع فيما زاد عن الثلث، وهو الضابط العرفي للجائحة.

وقد روي عن الإمام مالك: أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز –رضي الله عنه– قضى بوضع الجائحة، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا[3]، وهذه من صيغ مالك في تقرير ما عليه عمل أهل المدينة، فيكون وضع الجوائح ثابتًا بالأدلة النصيَّة والعمل.

واستدلوا بالقياس على الإجارة، وضمان المنافع؛ "لأن بيع الثمار على رؤوس النخل في معنى الإجارة لأنها تؤخذ أولا فأولا، كالمنافع التي تستوفي أولًا فأول، فقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المكري"[4].

وجعلوا ضابط التلف هو الثلث، "كون الثلث فرقا بين القليل والكثير"[5]، هو الثابت بالنص في الوصية في قوله –ﷺ–: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[6]، ومراعاة الثلث دون ما قصر عنه، لأن المشتري دخل على أنه لا بد من تلف يسير، مما يعلم بضرورة العادة، ولما كانت الجائحة

(1) الحجة على أهل المدينة: لمحمد بن الحسن الشيباني، 556/2.

(2) المصدر السابق، 561/2، بتصرف.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب البيوع، باب: الجائحة في بيع الثمار والزرع، رقم: 2301.

(4) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ص: 1019.

(5) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 204/3.

(6) صحيح البخاري، كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، رقم: 2743، وصحيح مسلم، كتاب: الوصية، باب: الوصية بالثلث، رقم: 1628، والموطأ: للإمام مالك، كتاب: الوصية، القضاء في الوصية في الثلث، لا يتعدى، رقم: 2824.

اسمًا لما أتلف من المال وكان له خطر وبال –دون اليسير الذي لا يطلق على المال التالف منه أنه جائحة فيه– صح ما قلناه، فإذا ثبت ذلك احتيج في الفصل بين القليل والكثير إلى حد يفصل به بينهما، فكان الثلث أولى، وذلك لأمرين: أحدهما أنه إذا ثبت وجوب الفصل فلا حد سواه يصير إليه قائل، والآخر أنه قد اعتبر في الفصل بين القلة والكثرة في غير موضع من الشرع[1].

وذهب الإمام الشافعي في القديم: إلى أنها من ضمان بائعها وأن البيع باطل، فإن كانت قدر الثلث فصاعدًا من ضمان البائع، ورجع عن هذا في الجديد، وقال: تكون من ضمان المشتري فلا يبطل البيع بتلفها[2]، وهو رواية عن الإمام أحمد[3].

وخلاصة ما سبق: إن كان التلف أو النقص دون الثلث فهو من ضمان المشتري، وهو مذهب مالك[4]، والشـــافعي[5]، وكذلك رواية عن أحمد، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها، وتنثر الريح، ويسقط منها، فلم يكن بدًا من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة[6]، وغيرها من المحقرات، وما جرت العادة بوصفه باليسير الذي لا ينضبط عرفًا ولا يلتفت إلى مثله عادة.

وجاء في المعايير: "إذا وجدت ظروف طارئة تستدعي تعديل ثمن الاستصناع زيادة أو نقصًا فإنه يجوز باتفاق الطرفين، أو بتحكيم، أو بالرجوع إلى القضاء"[7]، فلا يضمن البائع

(1) المدونة: للإمام مالك، 3/ 591، وما بعده، والمعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ص: 1020.

(2) الأم: للإمام الشافعي، 3/57– 58 بتصرف.

(3) مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله: للإمام لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي– بيروت، ط/1، 1401هـ 1981م، كتاب البيوع، وضع الجوائح، رقم: 1061، والمغني: لابن قدامة، 81/4.

(4) المدونة: للإمام مالك، 3/ 591.

(5) الأم: للإمام الشافعي، 3/57– 58 بتصرف.

(6) المغني: لابن قدامة، 81/4.

(7) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، البند: 4/2/1، ص: 303، مع مراعاة البند 3/1/4، من المعيار نفسه، الذي ينص على: "لا يجوز زيادة الثمن لتمديد أجل السداد، أما تخفيض الثمن عند تعجيل السداد فيجوز إذا كان غير مشترط في العقد".

الشيء اليسير الهالك بسبب الجائحة، إلا إذا أخل بالتزامه كأن تعدى أو فرط، فإنه يضمن اليسير والفاحش، والقليل والكثير.

وإذا كان الشيء اليسير في العرف ناتجًا عن غير تعدي البائع أو تفريطه، ولم يكن في مقدوره، ولم يسبب له هلاكًا فادحًا ولا فناءً كثيرًا عرفًا؛ فإنه في هذه الحال يضمنها المشتري، فيكون البيع على تقدير أن المشتري قد قبل الشراء من البائع، بشرط الضمان لما دون الثلث، والسلامة من الشيء اليسير عادة وعرفا.

فإذا وقعت الطوارئ –سواء المكتسبة منها أم السماوية– بعد انعقاد عقد الاستصناع وحالت دون تنفيذه؛ فإنها ترفع الضمانات عن الصانع، وتجعل المستصنع بالخيار، فإن كان العقد لازمًا تكون الطوارئ معتبرة، كأن يكون موقع التنفيذ في نقطة اشتباكات مسلحة، أو نشبت حرب منعت المقاول من تنفيذ المشروع، أو حدث حظر وإغلاق لجميع المنافذ البريَّة والبحريَّة والجويَّة؛ منع الصانع من استيراد المادة الخام والمواد الداخلة في التصنيع، أو حال دون نقل كل أو جزء الشيء المصنوع، أو نشب حريق أو طوفان أو غيرها من الجوائح، فمناط اعمال الطوارئ واعتبار أثرها على عقد الاستصناع هو القول بلزوم العقد، ولا محالة حينئذ من اعتبار أثر الطواري وإعمال قواعده، وتنزيل أدلته، ويكون المستصنع بالخيار بين الإمضاء مع الإنظار إلى أن يتمكن الصانع من الصنع، أو الفسخ، وإذا قلنا بعدم لزومه فلا حاجة لاعتبار أثر الطوارئ؛ لأن العقد سيؤول إلى الفسخ، وإذا فسخ انتهى بلا أثر.

ثالثًا: أثر الاستصناع في الحركة الإنتاجية والتمويليَّة

أتاح عقد الاستصناع فرصًا مهولةً وفتح آفاقًا واسعة وشجع على انتشار الحركة الصناعيَّة، فأفاد من ناحيتن:

الناحية الأولى: إفادة الصانع والمستصنع معا: أفاد الصانع من حيث إنه حقق تقدَّما بديعا في مجال تطوير الحرف اليدويَّة والفنون الصناعيَّة الأولية، فكل صانع قدم في صنعته خبرة فنيَّة معينة، ومهارة تطويريَّة فائقة، حتى انتقلوا بها من عالم الصناعة اليدوية أو ما يسمى بالحرف التقليديَّة إلى عالم الصناعة الأتوماتيكية، والرقمية في العصر الحديث.

وأنتج الصنَّاع مواد صناعيَّة لم تكن تخطر على بال، وأضفوا على المادة الصناعيَّة تركيبات خاصة وإضافات نوعيَّة، مثال ذلك مجال التطور الذي شهده ما يسمى اليوم بعالم الأزياء والخياطة عن طريق الكمبيوتر والغزل والنسج الرقمي والصبغ والتحكم بالألوان ومزجها

وإنتاج ألوان مركبة فائقة الجودة عالية الدقة، أو الإبداع في مجال وسائل النقل المعاصرة كالطائرات والسفن والقطارات والسيارات وغيرها، ووسائل الاتصال الحديثة كالهواتف الذكية والألواح الإلكترونية والأقمار الصناعية والمركبات الفضائية، وإنتاج سلاسل الكتل الرقميَّة، والإفادة منها في المجال الإداري والخدمي، بحيث يستطيع الصانع لوحده أن يختص ببراءة اختراع منتج معين، وأن يتحكم بمواصفاته وجودته بدقة عالية، وبنسب مئوية دقيقة، ويعيد صناعته بأشكال ومقاسات عديدة، كل ذلك يتم عن طريق إدخال بيانات ومعالجتها رقميًّا دون عناء، ونستطيع –من خلال الوقوف على مثل هذا– أن نقول إنهم اخترعوا فنونا خاصةً في عالم إبداعي جديد.

وأفاد المستصنع حيث استطاع من خلال عقد الاستصناع مواكبة مستجدات الحياة وتحقيق متطلباتها الحضاريَّة التي يسعد بها الإنسان المعاصر، فيحصل على حاجاته، ويلبي رغباته وإرضاء ذوقه، ويستمتع في العيش الكريم في تحقيق ما يصبوا إليه من أمر الدنيا وتوسل بكل ما يمكن لنيل ثواب الآخرة، ويتمتع بكل ما تدعو إليه مصلحته وتصل إليه تصوراته، على قدر المقاييس والمعايير المناسبة له والإمكانات المتاحة وفق ضوابط الإباحة.

الناحية الأخرى: يتصف عقد الاستصناع بصفة تمويلية، أضحت عاملا مهما ساعد على انتشاره في مختلف مجالات التمويل الخاصة والعامة، خصوصا في مجال تمويل العقار وبناء المساكن، كأن يتعهد الممول "الصانع" ببناء مسكن على أرض يختارها طالب التمويل "المستصنع" وفق طريقة الاستصناع، حسب المواصفات والمقاييس والشروط التي يضعها المستصنع، بحيث يتحمل الممول مسؤولية تحقيقها حسب الطلب، وإصلاح الاختلالات حتى تتطابق مع الشروط والمواصفات المتعاقد عليها، ولا يشترط فيه تقديم الثمن ولا دفعه يوم التسليم، وإنما يصح تأجيله إلى وقت يتفق عليه الطرفان، وبالطريقة التي يتفقان عليها سواء كان نقدا –دفعة واحدة– أم على أقساط، وفي آجال مختلفة، ولا مانع من تأجيل الدفع إلى بعد التسليم على أن يحتفظ الصانع بملكية الشيء المستصنع إلى ما بعد السداد، أو ترهن عنده أصول أخرى ضمانا لسداد باقي الأقساط، وتجمعهم علاقة رضائية اتفاقية.

حقق عقد الاستصناع انتشارًا واسعًا على مستوى الأفراد والجماعات والحكومات والمؤسسات، وتجاوز تمويل الصناعات التقليديَّة الفردية والجماعية، ليصل إلى القدرة على تمويل الدول في مجال البنية التحتية وتشغيل وصيانة الموانئ والمطارات وبناء المرافق

الخدمية، وتمويل استكشاف الموارد الطبيعة، ومشاريع التسليح الكبرى في المجال العسكري الدفاعي والحربي، وكل ما من شأنه توفير حاجات الدول ومصالحها، مما أدى إلى زيادة مهولة في القطاع الصناعي، والنمو المتسارع لحركة المصانع والمعامل نموا يتواكب مع النمو السكاني والذي ما زالت تتسع حاجاته وتتكاثر مصالحه وتزداد متطلباته، وكل ذلك كفيل بإعادة النظر في الشروط والضوابط بحسب الاعتبارات القائمة على أعراف الناس وعوائدهم واحوالهم، بما يحقق مصالحهم ويدفع حاجاتهم الماسة، والمتجددة بتجدد الزمان، وظهور مستجداته، فيتغيَّر بذلك الحكم الشرعي.

وعقد الاستصناع من أهم طرق التمويل في العصر الحديث، وحيث تبرم العقود الاستثمارية مع الدول على أساس الاستصناع من خلال الدخول في عقد مع مقاول، ويمكن أن يكون ثمن الاستصناع حقًا للمستصنع –المستثمر أو الممول– كأن يقوم ببناء المشروع –محل التعاقد– وتشغيله وصيانته مدة معينة، متفق عليها، ثم يتم إعادة تسليمه للدولة وهو ما سيأتي بيانه عند الحديث عن عقد البوت.

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لعقود التوريد والمزايدة والمناقصة وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام

يستدعي الحديث عن تحقيق مناط عقود التوريد والمزايدة والمناقصة؛ التصور للمسألة، والإحاطة التصوريَّة والنظرية عن ماهيتها للوصول إلى معرفة الوصف الذي يمكن أن يؤثر في الحكم الشرعي فيتغيَّر بتغيُرِه، وقد جاء هذا المبحث في مطلبين هما:

المطلب الأول: تحقيق مناط عقود التوريد والمزايدة والمناقصة

تضمن هذا المطلب الحديث عن عقود التوريد[1] والمزايدة والمناقصة في ثلاثة فروع، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تحقيق مناط عقد التوريد

يستدعي تحقيق مناط عقد التوريد التعريف بمصطلح التوريد، وبيان الغرض من عقد التوريد، وذلك في محاولة لكشف مناط تغيُّر الحكم الشرعي لهذا العقد، كما يأتي:

أولًا: تعريف عقد التوريد

التوريد لغة: من ورد، قال ابن فارس: الْوَاوُ وَالرَّاءُ وَالدَّالُ: أَصْلَانِ، أَحَدُهُمَا الْمُوَافَاةُ إِلَى الشَّيْءِ، وَالثَّانِي لَوْنٌ مِنَ الْأَلْوَانِ[2]، والأصل المقصود بالدراسة هو الأصل الأول.

والمَصْدَرُ الوُرُودُ، واسْتَوْرَدَه، أَي أَحْضَرَهُ[3]، ورد: (وَرَدَ) يَرِدُ بِالْكَسْرِ (وُرُودًا): حَضَرَ، وَ(أَوْرَدَهُ) غَيْرُهُ وَ(اسْتَوْرَدَهُ) أَحْضَرَهُ، واستوردَ يستورد، استيرادًا، فهو مُستورِد، والمفعول مُستورَد، واستورد السِّلعةَ ونحوَها: جلَبها أو أحضرها من خارج البلاد[4].

ويطلق التوريد والاستيراد على استجلاب طلب التوريد والإحضار والجلب للشيء الغائب، والزيادة على المصدر تدل على الزيادة في المقصد، ما يعني أن الشيء المطلوب استيراده

---

(1) عقد التوريد يشبه عقد السلم، من حيث إن المبيع في كليهما مؤجل، وموصوف في الذمة، ومن حيث لزومه للمشتري، إذا جاء مطابقا للمواصفات المطلوبة، ويشبه عقد الاستصناع، عند الحنفية من حيث إن الثمن في كليهما لا يشترط تعجيله.

(2) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الواو، باب: الواو والراء وما يثلثهما، "وَرَدَ".

(3) لسان العرب: لابن منظور، باب: الواو، مادة: و، ر، د.

(4) مختار الصحاح: لزين الدين للرازي، مادة: و ر د، والمعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية – القاهرة، باب: الواو.

وجلبه لا يحتاج إلى تخليق وتصنيع، وإنما هو موجود وقائم وموصوف، وهذا ما يميز عقد التوريد على عقد الاستصناع.

ويراد بالتوريد في الاصطلاح -كما عرفه مجمع الفقه الإسلامي-: عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلومة، مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه(1).

قوله: عقد يتعهد بمقتضاه؛ قيد يشمل عقد ووعد.

وقوله: يسلم سلعا معلومة: قيد يخرج به الاستصناع.

وقوله: مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه: قيد يخرج السلم فإن عوضه معجل.

وعرفه الشيخ حسن الجواهري: "هو عقد بين طرفين على توريد سلعة أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن معين يدفع على أقساط"(2).

وعرفه رفيق يونس المصري: "اتفاق يتعهد به أحد الطرفين بأن يورّد إلى الآخر سلعًا موصوفة، على دفعة واحدة، أو عدة دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالبًا ما يكون مقسطًا على أقساط، بحيث يدفع قسط من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع"(3).

وعرفه محمد تقي العثماني: "عقد التوريد عبارة عن اتفاقية بين الجهة المشترية والجهة البائعة، على أن الجهة البائعة تورد إلى الجهة المشترية سلعًا أو مواد محددة الأوصاف في تواريخ مستقبلة معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الفريقين"(4).

وقد يكون عقد التوريد محليًا أو دوليًا، أي قد يتم بين منشأتين في بلد واحد أو في بلدين مختلفين، فهو لا يعني بالضرورة أنه عقد متعلق بالاستيراد والتصدير، وإنما سمي البائع مورِّدًا، والمشتري مورَّدًا له(5).

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقود التوريد والمناقصات، الدورة الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 /1421/6هـ- 1 /1421/7هـ الموافق 23 – 28 /2000/9م، قرار رقم: 107، (1/12).

(2) عقود التوريد والمناقصات: لحسن الجواهري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 12، 752.

(3) فقه المعاملات المالية: لرفيق يونس، 291/1.

(4) عقود التوريد والمناقصة: للقاضي محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 12، ص: 672.

(5) فقه المعاملات المالية: لرفيق يونس، 291/1.

فليس عقد التوريد سلمًا ولا نسيئة، وإنما هو عقد جديد، لأن السلم يتقدم فيه الثمن ويتأجل المثمن، والنسيئة يتقدم فيها المثمن ويتأخر الثمن، أما هنا فالثمن والمثمن يتأجلان[1].

ولذلك؛ تكاد التعاريف تتفق على أن عقد التوريد إنما هو بيع عين غائبة عن مجلس العقد موصوفة في الذمة، بثمنٍ مؤجل إلى أجل معلوم، وأنه يشترط فيه العلم بالأوصاف، والعلم بالأجل.

ثانيًا: الغرض من عقد التوريد

يتغيا المشتري، في عقد التوريد إلى مجموعة من المقاصد والأغراض يمكن بيانها في الآتي[2]:

يرجو ضمان حصوله على المواد أو السلع المطلوبة، في الآجال المتفق عليها، للاستفادة منها في أعمال تجارية أو صناعية أو زراعية أو خدمية.

وهو يقلل بذلك من نفقات ومخاطر التخزين؛ بالنسبة للسلع أو المواد السريعة التلف، أو ذات المدة المحددة، بسبب عمرها أو تقليعتها "موضتها"، أو التي يراد أن تكون طازجة قدر الإمكان.

كما يقصد البائع، في عقد التوريد، إلى تلبية طلبات المشترين، عن طريق الأعمال التجارية الهادفة إلى الربح، وهو بذلك يقلل من مخاطر كساد بضاعته، لأنه ينتجها قبل أن يتعاقد عليها غالبًا.

وإذا كان الثمن محددا سلفا عند العقد، فإن المشتري يعرف مسبقا ثمن الشراء، ويحدد تكاليفه وأثمان منتجاته، والبائع يعرف مسبقا ثمن البيع ويحدد إيراداته.

أما إذا كان الثمن حسب السوق، فإن فائدة العقد تقتصر على اطمئنان كل من البائع والمشتري إلى مطلوبه، في الآجال المضروبة.

ويقصد بالأساس من العقد هو التبادل الفعلي للسلع بحصول المشتري على السلعة المطلوبة لتلبية احتياجاته أو احتياجات السوق، وحصول البائع على الربح لتسويق منتجاته، واطمئنان كل منهما على يريد حصوله بموجب العقد بالصفات، وفي الزمان، والمكان

(1) عقود التوريد والمناقصات: لحسن الجواهري، 752.

(2) فقه المعاملات المالية: لرفيق يونس، 291/1– 292.

المحددين في العقد[1]، وغالبا ما تكون السلعة موصوفة في الذمة وغائبة عن مجلس العقد، فيترتب على غيابها إشكال يؤدي إلى تغيُّر الحكم الشرعي، وهو بيع ما ليس عندك.

ثالثًا: مناط تغيُّر الحكم الشرعي في عقد التوريد

إن ما يجري التعامل به اليوم فيما يسمى بالاستيراد والتصدير، هو بيع عين غائبة موصوفة في الذمة، كما هو واضح من خلال ما ورد في التعريف، وغياب العين عن مجلس العقد سبب في حصول الغرر، والجهالة، والغبن الفاحش، والمخاطرة، الذي من شأنه أن يؤدي إلى تغيُّر الحكم، وقد ذكر الفقهاء من الشروط والقيود، والآثار المترتبة على غياب المبيع؛ ما يحفظ به حق الطرفين ويمنع أسباب النزاع والخصومة.

وانطلاقًا من قاعدة: الأصل في المعاملات الإباحة، يقول ابن القيم رحمه الله: ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله –ﷺ– ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة؛ فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجودا أم معدوما[2]، فيكون مناط الحكم هو الغرر، وهو العلة المطَّردة المنعكسة.

وقال ابن رشد: "إذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع، –وهي أسباب الفساد العامة– وجدت أربعة: أحدها: تحريم عين المبيع، والثاني: الربا، والثالث: الغرر، والرابع: الشروط التي تؤول إلى أحد هذين أو لمجموعهما، وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد"[3].

ومن خلال ما سبق يمكن تنزيل عقد التوريد على بيع العين الغائبة الموصوفة في الذمة، باستثناء ما إذا كان فيه العين والثمن غائبين، قال ابن رشد: فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا في العين ولا في الذمة، لأنه الدين بالدين المنهي عنه[4].

---

(1) عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية: لعبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 12، 692، بتصرف.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين: لابن قيم الجوزية، 7/2.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 145/3.

(4) المصدر السابق، 144/3.

وجاء في المذهب الحنفي: ولا بد من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة قطعا للمنازعة، فإن كان حاضرا فيكتفي بالمباشرة، لأنها موجبة للتعريف قاطعة للمنازعة، وإن كان غائبا؛ فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيلي والوزني والعددي المتقارب فرؤية الأنموذج كرؤية الجميع، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب، فإن كان ما لا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعا للمنازعة، ويكون له خيار الرؤية، ثم قال: ولا بد من معرفة مقدار الثمن وصفته إذا كان في الذمة قطعا للمنازعة، إلا إذا لم يكن في البلد نقود لتعينه[1]، فكل بيع اشتمل على غرر يؤول إلى المنازعة؛ ممنوع، ومنه بيع الغائب، سواء كان في الأعيان أم في النقود، إلا ما كان له أنموذج فيحتاط منه بالخيار.

وقال الكاساني: وإن كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع؛ لأن تقديم تسليم الثمن لتتحقق المساواة، وإذا كان المبيع غائبا لا تتحقق المساواة بالتقديم، بل يتقدم حق البائع، ويتأخر حق المشتري، حيث يكون الثمن بالقبض عينا مشارا إليه، والمبيع لا؛ ولأن من الجائز أن المبيع قد هلك، وسقط الثمن عن المشتري فلا يؤمر بالتسليم إلا بعد إحضار المبيع، سواء كان المبيع في ذلك المصر أم في موضع آخر بحيث تلحقه المؤنة بالإحضار[2]، فلا يلزم دفع الثمن قبل استلام السلعة فيكون بيع الغائب ممنوعًا.

وجاء في المذهب المالكي: تحت عنوان باب بيع الصفات والبرامج: ولا بأس بيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن وافقت الصفة لزم البيع فيها، ولم يكن للمشتري خيار الرؤية، وإن خالفت الصفة فالمشتري بالخيار في إجازة البيع، أو رده... وإن كانت السلعة المبيعة على الصفة؛ مأمونة فلا بأس بنقد ثمنها، وإن كانت غير مأمونة فلا ينقد ثمنها قبل قبضها، ولا بأس ببيع البرنامج إذا كانت فيه الصفات التي تكون في السلعة... وإن خالف صفته فهو بالخيار في قبوله ورده"[3]، فقالوا بجواز بيع الأعيان الغائبة؛ إذا كانت على الصفة المأمونة، أما بيع البرنامج فجائز مع الخيار.

---

(1) الاختيار لتعليل المختار: للبلدحي، 5/2.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 237/5.

(3) التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: لابن الجَلَّاب، 114/2-115.

وذهب الشافعي: في القول الأظهر أنه لا يصح بيع الغائب سواء الثَّمَن أم الْمُثَمَّن، بأن لم يره أحد المتعاقدين، وإن كان حاضرًا في مجلس البيع وبالغا في وَصْفِهِ أَوْ سَمْعِهِ بطريق التواتر[1]، على خلاف القول الظاهر، يصح البيع إن ذكر جنسه، وإن لم يرياه، ويثبت الخيار للمشتري، وكذا البائع على خلاف فيه عند الرؤية[2]، ونص عليه الشافعي في القديم والجديد في ستة مواضع أنه لا يصح لأنه غرر[3].

وذهب الحنابلة: إلى القول بصحة البيع بصفة تَضْبِطُ ما يصحُّ السَّلم فيه؛ لأنها تقوم مقام الرؤية في تمييزه وهو أي البيع بالصفة نوعان[4]:

النوع الأول: بيع عينٍ معيَّنةٍ سواءٌ كانت العين المعيَّنةٍ غائبةً... أم كانت العين المبيعة بالصِّفة حاضرةً مستورةً كجاريةٍ منتقبةٍ، وَأَمْتِعَةٍ في ظُرُوفِها... فيجوز التفريق قبل قبض الثمن، وقبل قبض المبيع.

النوع الثاني: من نوعي البيع بالصفة؛ بيع موصوفٍ غير معينٍ، ويصفه بصفة تكفي في السَّلم، إن صح السلم فيه بأن انضبطت صفاته.

كذلك يحصل العلم بمعرفة المبيع بِرُؤْيَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ على العقد بزمن لا يتغيَّر فيه المبيع يقينا، أو لا يَتَغَيَّرُ فيه ظاهرًا؛ لأن شرط الصحة؛ العلم، وقد حصل بطريقه، وهي الرؤية المتقدمة[5].

فإن تقادم الزمن بحيث تتغيَّر فيه السلع والأعيان المبيعة، فإن الرؤية المتقدمة لا اعتبار بها، ولا يحصل بها العلم بالأوصاف فيتغير بها الحكم عند الحنابلة.

أما ما يؤدي إلى تغيُّر الصفات، ويعرض السلعة للهلاك "كالبعد المكاني"؛ الذي ما من شك أن التحوط منه أمر واجب، ووضعه في الاعتبارات الاجتهادية والمراعات المقاصدية، عن التفريع الفقهي كما كان في الماضي، وذلك بسبب تبدل الوضع التجاري، والأمني في

---

(1) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 263/4- 264، ونهاية الزين في إرشاد المبتدئين: لمحمد بن عمر نووي الجاوي، دار الفكر- بيروت، ط/1، 226/1.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 263/4- 264، ونهاية الزين في إرشاد المبتدئين: للجاوي، 226/1.

(3) كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار: لتقي الدين أبو بكر بن حريز الحصني، ص: 233.

(4) كشاف القناع عن متن الإقناع: للبهوتي، 163/3-164.

(5) المصدر السابق، 164/3.

العصر الحاضر، وما نزلت فيه من نوازل صحيَّة دعت العالم لإغلاق حدوده، وتوقيف حركة العبور الجوي والبري والبحري لوسائل النقل، حتى عجزت أمامه أساليب الحفظ، ومؤسسات التأمين والضمان لسلامة البضائع، فقد أصبح اعتبار الظروف المكانية والزمانية والأوضاع الحاليَّة مؤثرة في صحة العقد.

يتضح مما سبق: أن القائلين بجواز بيع العين الغائبة اشترطوا معرفة الصفة، معرفة يزول بها الغرر والمخاطرة؛ ذلك؛ لأن غياب المبيع يؤدي إلى الغرر في عقد التوريد، وهو مناط تغيُّر حكمه الشرعي.

كما تعدّ حاجة الأمم والشعوب في كافة أقطار الدنيا إلى عقد التوريد شديدة، والقاعدة: الحاجة إذا عمت كانت كالضرورة[1] الخاصة، فعمومها كفيل بتغيُّر الحكم، وإن تنزيل عقد التوريد على الواقع؛ كما أنه حاجة عامة فلا بد فيه من مراعاة الظروف والأحوال المحلية والعالميَّة.

الفرع الثاني: تحقيق مناط عقد المزايدة

شهد العالم تطورا سريعا في مجال المعاملات المالية الإسلامية، وكان مما شهدها من التطورات صيغ بيع المزايدة، حيث أخذت أشكالا كثيرة ووسائل عديدة في تحقيق غايتها، وبلوغ مقصدها في تحقيق أعلى قيمة للعروض المقدمة من خلالها، وقد جاء الحديث عن هذا الفرع في تعريف عقد المزايدة، وحكم بيع المزايدة وصورها، للتوصُّل إلى مناط تغيُّر الحكم الشرعي، والمخاطر المترتبة عليه، وبيان إشكالية التسعير في علاقته بالمزايدة.

أولًا: تعريف المزايدة

أ/ المزايدة لغة

المزايدة من زَيَدَ الزَّاءُ وَالْيَاءُ وَالدَّالُ أَصْلٌ يَدُلُّ عَلَى الْفَضْلِ، يَقُولُونَ زَادَ الشَّيْءُ يَزِيدُ، فَهُوَ زَائِدٌ[2]، ومنه التَّزَيُّدُ يقال: وتزايد أهل السوق على السلعة، إذا بيعت فيمن يزيد[3]، وهو الغلاء

(1) البرهان في أصول الفقه: للجويني، 82/2، والأشباه والنظائر: لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1411هـ- 1990م، ص: 88.

(2) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الزاي، باب: الزاي والياء وما يثلثهما، زيد.

(3) تهذيب اللغة: للأزهري، باب: الزاي والطاء، 161/13.

في السعر، كالتَّزايُدِ، وتَزايَدُوا في الثمن حتى بلغ منتهاه، وزايد أحد المبتاعين الآخر مزايدة[1]، وحال المزايد ينشد الزيادة، وبلوغ الكمال.

ب/ المزايدة اصطلاحا

قال ابن عرفة –رحمه الله–: "بيع لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمنه في بيع قبله، إن التزم مشتريه ثمنه على قبول الزيادة"[2].

قوله: لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمنه في بيع قبله، يخرج بيع العينة وبيعتين في بيعة وبيع المرابحة المتوقف على الثمن الأول.

وقوله: المعلوم قدره، يخرج بيوع الأمانة المعلوم قدرها سابقا.

وقوله: إن التزم مشتريه ثمنه على قبول الزيادة، يخرج بيع المساومة، وهو أن يتساوما في غير المناداة.

قال ابن جزي: وأما المزايدة فهي أن ينادي على السلعة ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيها فيأخذها[3].

وعرف مجمع الفقه الإسلامي عقد المزايدة بأنه: عقد معاوضة يعتمد دعوة الراغبين نداء أو كتابة للمشاركة في المزاد ويتم عند رضا البائع[4]، وتعتبر المزايدة في ذاتها عقد، ومحلها البيع أو الإجارة، لاختيار أرفع القيم، وخير العروض المقدمة.

وقد جرت عادة الناس في المعاملات قديما أن المزايدة أداة تستعمل في البيوع، وقد تطورت المعاملات المالية في عصرنا الحديث، على مستوى الوسائل والأدوات، والمقاصد والغايات، لتبين لنا إمكانية تطبيق المزايدة في عقود أخرى، من هذه التطبيقات توظيف المزايدة للحصول على أعلى نسبة للمشاركة في الربح مع المستثمر في عقد مشاركة.

وتتجلى صورة المزايدة في أن تطرح البنوك الإسلامية مشاريع استثمارية تكون قد أثبتت جدواها الاقتصادية، ووافق البنك على تقديم التمويل لمن يرغب في إنشائها، وعنصر

---

(1) أساس البلاغة: لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1419هـ– 1998م، كتاب: الزاي، مادة: ز ي د.

(2) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 283.

(3) القوانين الفقهية: لابن جزي، ص: 444–445.

(4) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: عقد المزايدة، الدورة الثامنة ببندر سيري بيجوان، بروناي دار السلام من 1 – 7 /1414/1هـ الموافق 21 – 27 /1993/6م، قرار رقم: 73 (4/8).

المزايدة في ذلك هو سعي البنك للحصول على أعلى نسبة للمشاركة في الربح مع المستثمر في عقد مشاركة[1].

وقد يجري بها عرف أو عادة جريا على الأغلب، إذ الغالب أن الناس كانت تستثمر أداة المزايدة في البيوع، للحصول على أرفع القيم للسلع المعروضة.

ثانيًا: حكم بيع المزايدة وصوره

أ/ حكم بيع المزايدة

نقل ابن عبد البر وابن قدامة الإجماع على جواز بيع المزايدة: وهو إجماع المسلمين، يبيعون في أسواقهم بالمزايدة، فنقل أن المزايدة مباحة بالإجماع، وتكون عن طريق المناداة، فهي جائزة[2]، كما تكون بالكتابة، والصوت، والصوت والصورة، وما يقوم مقامها من الوسائل الحديثة، و"إبرام العقد باستخدام المحادثة الصوتية أو المحادثة بالصوت والصورة بين المتعاقدين عبر الإنترنت يأخذ أحكام التعاقد بين حاضرين[3].

أما إبرام العقد باستخدام المحادثة الكتابية أو البريد الإلكتروني أو عبر الموقع على الشبكة يأخذ أحكام التعاقد بين غائبين[4].

ويعتبر وصف المزايدة بهذه الصفة –سواء كان محلها البيع أم الإجارة– خارجة عما يسوم الرجل على سوم أخيه[5].

---

(1) الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة: لسليمان محمد الطماوي، مصر: مطبعة عين شمس، ط/4، 1984م، ص: 238.

(2) المبسوط: للسرخسي، 76/15، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 232/5، والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لابن رشد، 475/8، والقبس في شرح موطأ مالك بن أنس: لابن العربي، ص: 850، ونهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 275/12، وحكى البخاري عن عطاء أنه قال أدركت الناس لا يرون بأسا في بيع المغانم فيمن يزيد، ووصله ابن أبى شيبة عن عطاء ومجاهد وروى هو وسعيد بن منصور عن مجاهد قال لا بأس ببيع من يزيد، وكذلك كانت تباع الاخماس، والمجموع شرح المهذب: للنووي، 19/13، والمغني: لابن قدامة، 161/4، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: 968هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت– لبنان، 75/2.

(3) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار المعاملات المالية بالإنترنت، رقم: 38، بند: 1/4، ص: 962.

(4) المرجع السابق، بند: 2/4، ص: 963.

(5) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لابن رشد، 475/8.

مستند الإجماع: لا تدخل المزايدة فيما نهى عنه النبي، ونقل عن أبي هريرة، أن رسول الله -ﷺ- قال: «لَا يَسُمِ الْمُسْلِمُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ»[1]، ولأن النبي -ﷺ - «باع في مَنْ يزيد»[2]، وبوب الإمام البخاري باب بيع المزايدة، وروى عن أنس بن مالك -رضي الله عنه- : «أن رجلا من الأنصار أتى النبي -ﷺ- يسأله، فقال: «أَمَا فِي بَيْتِكَ شَيْءٌ؟» قال: بلى، حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وَقَعْبٌ نشرب فيه من الماء، قال: «ائْتِنِي بِهِمَا»، قال: فأتاه بهما، فأخذهما رسول الله -ﷺ- بيده، وقال: «مَنْ يَشْتَرِي هَذَيْنِ؟»، قال رجل: أنا آخذهما بدرهم، قال: «مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ مَرَّتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثًا»، قال رجل: أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه، وأخذ الدرهمين وأعطاهما الأنصاري»[3].

وما يتعلق بشأن التخصيص الوارد في قول ابن عمر -رضي الله عنهما-: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- أَنْ يَبِيعَ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، إِلَّا الْغَنَائِمَ وَالْمَوَارِيثَ»[4]، فقد جاء في تعليق الترمذي أن العمل على هذا عند بعض أهل العلم: لم يروا بأسا ببيع من يزيد في الغنائم والمواريث[5]، وهذا لا يخرم الإجماع، وإنما خرج مخرج الغالب.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب: الشروط، باب: الشروط في الطلاق، رقم: 2727، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، رقم: 1515.

(2) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لابن رشد، 475/8.

(3) سنن أبي داود، كتاب: الزكاة، باب: ما تجوز فيه المسألة، رقم: 1641، وسنن الترمذي، أبواب: البيوع، باب ما جاء في بيع من يزيد، رقم: 1218، وقال حديث حسن، وسنن ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: بيع المزايدة، رقم: 2198، ومسند الإمام أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أنس بن مالك -رضي الله عنه- رقم: 12134.

(4) قال الطبراني: وبه، حدثنا ابن لهيعة، عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن زيد بن أسلم، عن ابن عمر -رضي الله عنهما- لم يرو هذا الحديث عن زيد بن أسلم إلا عبيد الله بن أبي جعفر، تفرد به: ابن لهيعة، ولا يروى: «إلا الغنائم والمواريث» عن رسول اللهﷺ إلا بهذا الإسناد، ينظر: المعجم الأوسط: لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين- القاهرة، باب: الميم، من بقية من أول اسمه ميم من اسمه موسى، رقم: 8391، وقال شعيب الأرنؤط -معلقا على الحديث-: إسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة، وبقية رجاله ثقات رجال الشيخين، ومسند الإمام أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- رقم: 5398، وسنن الدارقطني، كتاب: البيوع، رقم: 2826، والمنتقى من السنن المسندة: لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة (المتوفى: 307هـ)، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية- بيروت، ط/1، 1408هـ- 1988م، كتاب: البيوع والتجارات، باب: في التجارات، رقم: 570، والسنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: النهي عن النجش، رقم: 10887.

(5) سنن الترمذي، أبواب: البيوع، باب ما جاء في بيع من يزيد، رقم: 1218.

قال ابن حجر: وكأنه خرج على الغالب فيما يعتاد فيه البيع مزايدة، وهي الغنائم والمواريث، ويلتحق بهما غيرهما، للاشتراك في الحكم[1]، وقال الإمام الشوكاني: ولعلهم جعلوا تلك الزيادة التي زادها ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني قيدا لحديث أنس المذكور، ولكن لم ينقل أن الرجل الذى باع عنه -ﷺ- القدح والحلس كانا معه من ميراث أو غنيمة، فالظاهر الجواز مطلقا، إما لذلك، وإما لإلحاق غيرهما بهما، ويكون ذكرهما خارجا مخرج الغالب، لأنهما الغالب على ما كانوا يعتادون البيع فيه مزايدة[2].

فمن خصص فقد جعل لجريان العادة اعتبار في تحديد الأصناف التي يجوز عرضها للبيع مزايدة، ولكن لا يعني ذلك الاعتبار إلغاء ما لم تجري به عادة الناس وزمانهم في البيع والتداول في الأسواق مزايدةً، بل لكل أناس زمانهم.

فلما حمل على الغالب زال توهم التخصيص، وحكم بالإطلاق في كل عين أو منفعة يجوز بيعها؛ يجوز عرضها في البيع مزايدة وغير مزايدة.

ب/ صور تنفيذ بيع المزايدة: هناك العديد من الطرق والصور والاستعمالات لبيع المزايدة، وكلها تهدف إلى تحقيق مقصدٍ واحدٍ، هو حصول العوض الأوفى للمبيعات المعروضة في سوق المزاد.

الصورة الأولى: أن يعرض المكلف بالبيع، كصاحب السلعة أو الدلال أو المأمور القضائي أو السمسار السلعةَ للبيع، فيسجل الثمن المعروض أولا من أحد الراغبين في الشراء، ثم يطلب ممن له رغبة أن يزيد، حتى ينتهي إلى ثمن تقف عنده المزايدة، ولا يتقدم أحد بعده[3]، فينقضي بها المجلس.

الصورة الثانية: أن يعرض متولي البيع السلعة بثمن رفيع، وما يزال ينادي مخفضًا الثمن من حد إلى حد حتى يتقدم من يقبل بالحد الذي وصل إليه[4]، وعليه يرسو المزاد.

---

(1) فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر، قوله باب بيع المزايدة لما أن تقدم في الباب قبله النهي عن السوم، 354/4.

(2) نيل الأوطار: للشوكاني، 201/5.

(3) بيع المزايدة: محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي: منظمة المؤتمر الإسلامي -جدة - المملكة العربية السعودية، العدد: 8، ص: 544.

(4) المرجع السابق نفسه.

الصورة الثالثة: أن يقع العرض في ظرف مختوم، وهي طريقة قد تأخذ بها الدوائر الحكومية أو الشركات في بيع الأشياء المستعملة كالسيارات والأثاث، إذ تعلن الجهة الراغبة في البيع عن السلع المعدة للبيع ومواصفاتها، وتعين مكان وجودها والأوقات التي يقبل فيها الراغبون في السلعة، ويحدد الأجل لعروض الأثمان للشراء، والتي يجب أن توضع في ظرف مختوم، ويحتفظ بذلك إلى اليوم المعلن عنه لفتحها، فيفوز بالسلعة من كان عرضه أوفر قيمة، مع ضرورة اعتبار يوم الفتح هو يوم العرض لا يوم كتابة العرض[1].

وما زال العقل البشري يبدع في مجال استحداث طرق للاستثمار من خلال المزايدة، كأن يتقدم بالمزاد من خلال نشرة إصدار يحدد فيها ضوابط الاستثمار ونسبة ربح منافسة، في مشروع استثماري، وذلك بموجب دراسة جدوى معدة مسبقا بدقة من قبل مراكز دراسات بحثيَّة متخصصة، وباستشارة خبراء في المجال، ثم تعرض للجمهور على شكل صكوك، يتم التنافس عليها.

ثالثًا: مناط تغيُّر الحكم الشرعي في بيع المزايدة

يوصف بيع المزايدة أن ينادي الرجل على سلعته بنفسه، أو بنائبه، ويزيد الناس بعضهم على بعض، فما لم يكف عن النداء؛ فلا بأس للغير أن يزيد، وإذا ساومه إنسان بشيء فكف عن النداء ورضي بذلك فحينئذ يكره للغير أن يزيد، ويكون هذا استياما على سوم الغير[2]، فما إن انقطع النداء وكف البائع أو نائبه عن طلب الزيادة، ووقع المزاد على فلان من الناس؛ فلا ينبغي لأحد الدخول بالمزايدة، وإعطاء ثمن أكثر مما أُعطي لأن زيادة العطاء بعد الانقطاع يعدُّ من النجش، والسوم على السوم، فيكون كفيل بإخراج المزايدة من الجواز إلى الحرمة، لأن الرضا قد تحقق، والصفقة قد تمت.

ومن ثمّ فمناط جواز المزايدة، أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم[3]، وهو أن يستمر بالمناداة، بما يعبر عن عدم رضاه، كأن يقول من يزيد على كذا، فيتغير الحكم الشرعي من الإباحة إلى الحرمة بمجرد أن يقدم عرضًا أعلى وأزيد ممن سبقه بعد

(1) المرجع السابق، ص: 544-545.

(2) المبسوط: للسرخسي، 76/15.

(3) المغني: لابن قدامة، 161/4.

حصول الرضا، فمعيار الرضا وعدم الرضا هو النقطة الفارقة بين الإباحة والحرمة، فيأتي المحظور في المزاد بعد أن يحصل الرضا فيزيد.

يراعى الرضا في جميع الأحوال ولو في الواقع الافتراضي، ولا يحصل إلا بحصول الاتفاق ولو عرفا، كأن يكون حال إبرام عقد المزايدة بالإنترنت لا يحق لمن زاد في ثمن السلعة الرجوع عن إيجابه حتى ينتهي مجلس المزايدة، كما أنه ليس له الرجوع عن إيجابه بعد انتهاء المجلس إذا كان البائع قد اشترط لزومه إلى أجل محدد، أو كان العرف يقضي باللزوم لأجل محدد بعد الانتهاء[1].

ووجه الحظر فيه: هو حصـــول معنى الأذى، وهو النجش والذي يتحقق في الحال، والمراد بالنجش الإثارة، وأن يطلب السلعة بثمن يعلم أنها لا تساوي ذلك ولا يقصد شراءها وإنما يقصــد أن يرغب الغير في شــرائها به، وهذا من باب الخداع والغرور[2] المنهي عنه، وهو حقيقة النجش.

قال الإمام مالك: والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها، وليس في نفسك اشتراؤها، فيقتدي بك غيرك[3].

وقال الإمام الشافعي: هو أن يزيد الإنسان في ثمن السلعة لا لرغبة فيها بل ليخدع غيره ويغره، ليزيد ويشتريها[4].

والنجش: أن يزيد ولا يريد الشراء، أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه، ويجري في النكاح وغيره[5].

(1) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار المعاملات المالية بالإنترنت، رقم: 38، بند: 3/4، ص: 963.

(2) المبسوط: للسرخسي، 76/15.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب البيوع، باب: ما ينهى عنه من المساومة، والمبايعة، رقم: 2521.

(4) مسند الإمام الشافعي، كتاب: البيوع، الباب الأول: فيما نهى عنه من البيوع وأحكام آخر، رقم: 489.

(5) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 103/5.

روي عن ابن عمر –رضي الله عنهما–: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ –ﷺ– نَهَى عَنِ النَّجْشِ»[1]، لما في ذلك من الإيحاش والإضرار؛ وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ المساومة[2].

فيكون الحكم قد تغير بتغير القصد، لأن قصد المكلف بالشراء والبيع له مخاطر كبيرة، تصل بالبيع إلى الفساد والبطلان، فمن قصد بالزيادة أن يشتري السلعة المعروضة ففعله مباح، ومن قصد الخداع والغرر وترغيب الغير بالشراء فقد انتقل بفعله من الإباحة إلى الحرمة.

ومن أهم تلك المقاصد؛ معرفة مدى جدية المشتري في تملك العين المعروضة للمزاد، والكشف عن القصد من الدخول في المنافسة، فينكشف بذلك مقصد النجش، لأن غرض المبيع للمزايدة؛ استقصاء لحق المفلس[3]، واستيفاء الثمن على وجهة الحقيقة، وطلب بلوغ الكمال فيه، وهو ميزة تنافسية لتحقيق أعلى الأثمان، فمن خلالها تتنافس الرغبات، وتتقادح رؤوس أموال المشترين.

كما يمثل بيع المزايدة رافعة اقتصادية لتدبير شؤون كثير من المفلسين، وأصحاب الأزمات، خاصة عندما يتولى البيع جهة أو مؤسسة ذات شأن، كصنيع رسول لله –ﷺ– مع الأنصاري.

رابعًا: مخاطر بيع المزايدة

تحيط بيع المزايدة مخاطر لابد من الانتباه لها، وعدم إطلاق الكلام عند بناء الأحكام المتعلقة بها، بل ينبغي مراعاة مجموعة من الاعتبارات، منها ما يعد من قبيل حق الحاكم في تقييد المباح ومراعاة المصلحة، متى دعت الحاجة إلى ذلك.

وكما يحق للحاكم تقيد الملكية العامة والخاصة متى أدى التملك إلى ضرر عام، فإنَّ عليه الحق في حماية النظام العام للتجارة وتحقيق الاستقرار في الأسواق.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب الحيل، باب: ما يكره من التناجش، رقم: 6963، وصحيح مسلم، كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية، رقم: 1516.

(2) اللباب في شرح الكتاب: لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: 1298هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت– لبنان، 29/2.

(3) شرح صحيح البخاري: لابن بطال، 269/6.

فيكمن للسلطة أن تمنع التسويق بهذه الطريقة، كما فعل عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– لمَّا منع من يخفض في الأثمان تخفيضًا يضر بأهل السوق من الإقامة في السوق[1]، لأن تصرُّف الإمام على الرَّعِيَّةِ مَنُوطٌ بالمصلحة[2]، وولي الأمر مأمور بمراعاة المصلحة[3] إلى أقصاها، فيحق له تخصيص بيع المزايدة بأمكنة وأزمنة خاصة، والرقابة عليه وحماية المتعاملين به من الاحتيال والخديعة.

وينبغي على المجتهد أو المفتي أن يحتاط لمثل هذه المناحي والاعتبارات عند الفتوى، ولا يطلق القول بجواز بيع المزايدة، وذلك بناء على تقدير المصلحة في أصل حفظ المال، كما أن الحاجة إلى بيع المزايدة تدعو إلى ضبط أحكامه وعدم منعه أصلًا[4]، فقد يلزم البيع بالمزاد لزوما إجباريًّا، فلابد من الموازنة بين جميع الاعتبارات، وذلك لا يكون إلا بإعمال مقام القضاء، ويكون حسب المقاصد المتوخاة من عرض المبيع في المزاد.

خامسًا: التسعير وعلاقته بالمزايدة

يقتضي بيان علاقة التسعير بعقد المزايدة الوقوف على التعريف بالتسعير واختلاف الفقهاء فيه، وذلك على النحو الآتي:

أ/ تعريف التسعير في اللُّغة والاصطلاح

التسعير لغة: من سعر السّعْرُ: سعر السوق الذي تقوم عليه بالثمن، تقول: أسعر أهل السّوق إسعارًا، وسّعروا تسعيرًا إذا اتفقوا على سِعْر[5].

قال ابن فارس: السين والعين والراء أصل واحد يدل على اشتعال الشيء واتقاده وارتفاعه[6]، وهذه المعاني والأوصاف كلها استعمالات دلالية، تحصل في قيم الأشياء وأثمانها، فاستعيرت للتسمية بها، وذلك لما يطرأ على الأثمان والقيم من الارتفاع وعدم الاستقرار على حال واحد.

---

(1) السنن الكبرى: للبيهقي، جماع أبواب السلم، باب: التسعير، رقم: 11146.

(2) المنثور في القواعد الفقهية: للزركشي، 309/1.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) بيع المزايدة: للسلامي، ص: 541.

(5) كتاب العين: للخليل الفراهيدي، حرف: العين، باب: الثلاثي الصحيح من حرف العين، باب: العين والسين والراء، مادة: س ع ر.

(6) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: السين، باب: السين والعين وما يثلثهما، مادة: سعر.

التسعير اصطلاحًا: جاء مصطلح التسعير عند ابن عرفة: "تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرًا للمبيع بدرهم معلوم"[1]، فقوله تحديد حاكم السوق: إسناد التحديد لحاكم السوق خاصة، أخرج صورة من صور المزايدة وهي أن يقول البائع من يشتري مني هذه السلعة بكذا لأنها تحديد البائع لنفسه.

قوله لبائع المأكول فيه: أي في السوق، وهذا قيد لمحل تصرفات الحاكم في السياسة المالية لسعر السوق في المأكولات فقط.

قال الرصَّاع: لعله قصد التسعير الصحيح والفاسد وهو أعم، لا أنه قصد الصحيح، وفيه نظر لقوله بعد الحد فالجالب لا يسعر عليه، فالظاهر أنه قصد أنه خارج عن الحد فلعله أراد بالبائع من شأنه أن يبيع في السوق[2]، أي على الدوام والاستقرار، لا المورد للسلع الجالب لها.

عرَّف الشربيني التسعير: "بأن يأمر الوالي السُّوقَةَ أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بكذا"[3]، فهذا التعريف شمل الباعة في السوق أو الجالب إليهم، وما يتداولوه من الأمتعة كلها، وفي جميع الأحوال والظروف، دون تخصيص بحال أو محل أو إنسان.

قال الشوكاني: التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرا أهل السوق أن لا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة[4]، وقد خرج تعريف الإمام الشوكاني مخرج العام من عدة نواحي:

الأولى: عند قوله: "أو كل من ولي من أمور المسلمين أمرًا"، فإنَّه وسع الولاية على السوق، وأعطى صلاحيات واسعة للحكَّام ونوابهم ولصاحب كل ولاية التدخل في أمر السوق وشؤون التجار.

الثانية: في قوله: "أمتعتهم"، وسع محل تصرفات الحاكم في السياسة المالية لسعر السوق ولم يحصرها في المأكولات فقط، وتركها عامة في كل العروض والمقتنيات والأعيان، وكل ما يشمله لفظ الأمتعة، ولم يخرج إلا الخدمات.

---

(1) شرح حدود ابن عرفة: الرصاع، ص: 259، والمختصر الفقهي، ابن عرفة، 349/5.

(2) شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 259.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 392/2.

(4) نيل الأوطار: للشوكاني، 260/5.

الثالثة: في قوله من الزيادة عليه أو النقصان، يشمل أنواع التسعير الذي يضر بجميع الأطراف في السوق الباعة والمشترين.

قوله لمصلحة: فيه بيان للموقف الصحيح للسياسة المالية والتدبير السليم لأمر السوق، وما الذي ينبغي للحكام فعله، وهو أن يتحملوا مسؤوليتهم تجاه الأسواق، فيراعوا المصالح العامة والخاصة، ولا يقدموا مصلحة البائع على مصلحة المشتري والعكس، فالناس سواسية أمام الاعتبار المصلحي، فليست مصلحة فلان بأولى من مصلحة الآخر، وإنما يقع التفاوت في درجة المصلحة من حيث العموم والخصوص والكبرى والصغرى وغيرها.

وتكون صورة التسعير التي يقوم بها الإمام العدل إن أراد أن يسعر شيئًا من ذلك، أن يجمع وجوه أهل السوق ذلك الشيء، ويحضر غيرهم استظهارًا على صدقهم، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون؟ فإن رأى شططًا نازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سدادًا وبقدر ما يراه مصلحة للناس حتى يرضوا به، ثم يتعاهدهم، ولا يجبرون على التسعير، وعلى هذا أجازه من أجازه، فحينئذ من تعداه من أهل السوق وعاند أمره أخرجه من السوق[1].

فعندما يتدخل الحاكم في مشتريات الناس ومبايعاتهم وأرزاقهم، ويضع سعرًا محددًا لتداول المبيعات سواء كانت أعيانًا أم العملات، فهل تَدَخُّله هذا من الظلم؟ أو أنه من حق الحاكم في القيام بتقييد المباح، وإزالة الضرر عن الخلق إذ من شأنه إقامة الحق، والسعي في مصالح الناس العامة والخاصة.

ب/ اختلف الفقهاء في حكم التسعير

بناء على ما جاء في هذه التعاريف من القيود والإطلاقات، ومن مراعاة المصالح والاعتبارات، اختلف الفقهاء في حكم التسعير، إلى قولين:

القول الأول: المنع مطلقا، وإليه ذهب الشافعية[2]، والحنابلة[3]، ولم يخصوه بوقت دون وقت ولا بحال دون حال، بل حرام عندهم ولو في وقت الغلاء، قال النووي: "حرام في كل

(1) النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ: لابن أبي زيد القيرواني، 451/6، وشرح التلقين: للمازري، 1013/2.

(2) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشربيني، 392/2.

(3) المغني: لابن قدامة، 164/4.

وقت على الصحيح"[1]، وما روي من جوازه في الغلاء فضعيف، لما فيه من التضييق على الناس والإضرار بأموالهم.

دليلهم: استدل أصحاب هذا القول بمجموعة من الأدلة على النحو الآتي:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: 29].

والدليل على تحريم الأسعار قوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ لَطِيفُۢ بِعِبَادِهِۦ يَرۡزُقُ مَن يَشَآءُۖ وَهُوَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡعَزِيزُ﴾ [الشورى: 19]، وفي التسعير إيقاع حجر عليه، وروي عن النبي -ﷺ- أنه قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[2].

كما استدلوا بما روي عن أنس بن مالك -رضي الله عنه- قال: غلا السعر على عهد رسول الله -ﷺ- فقالوا: يا رسول الله لو سعرت، فقال: «إن الله هو الخالق القابض، الباسط الرازق، المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال»[3]، فامتناع النبي -ﷺ- عن التسعير دليل على عدم مشروعيته.

وما جاء عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رجلًا جاء فقال: يا رسول الله -ﷺ- سَعِّرْ، فقال: «بل أدعو» ثم جاءه رجلٌ، فقال: يا رسولَ الله، سَعِّرْ، فقال: «بل الله يخفِضُ ويرفع، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مَظْلِمَةٌ»[4].

---

(1) روضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 413/3.

(2) السنن الكبرى: للبيهقي، كتاب الغصب، باب: من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بنى عليه جدارا، رقم: 11545، ومسند أبي يعلى: لأبي يعلى أحمد بن علي بن المثُنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: 307هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث- دمشق، ط/1، 1404هـ- 1984م، مسند عم أبي حرة الرقاشي، رقم: 1570، حكم حسين سليم أسد: إسناده ضعيف.

(3) سنن أبي داود، أول كتاب البيوع، باب: في التسعير، رقم: 3451، وسنن الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في التسعير، رقم: 1314، وقال حسن صحيح، وسنن ابن ماجة، أبواب التجارات، باب: من كره أن يسعر رقم: 2200، ومسند الإمام أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أنس بن مالك -رضي الله عنه- رقم: 12591.

(4) سنن أبي داود، أول كتاب البيوع، باب: في التسعير، رقم: 3450، ومسند الإمام أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، رقم: 8448.

والدلالة فيه من وجهين؛ أحدهما: كما في حديث أنس –رضي الله عنه– أنه لم يسعر، وقد سألوه ذلك، ولو جاز لأجابهم إليه[1].

الآخر: كما في حديث أبي هريرة –رضي الله عنه– أنه علل بكونه مظلمة، والظلم حرام، ولأنه ماله، فلم يجز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان، كما اتفق الجماعة عليه[2].

فلما كان التسعير فيه ظلم وجور على التجار امتنع عنه –ﷺ– فدل على أنه ممنوع.

قال الشافعي: الناس مسلطون على أموالهم ليس لأحد أن يأخذها، ولا شيئا منها بغير طيب أنفسهم، إلا في المواضع التي تلزمهم، وهذا ليس منها[3]، فيكون التسعير عليهم إيقاع حجر في أموالهم، وذلك غير جائز فيمن جاز أمره، ونفذ تصرفه، ولأن الإمام مندوب إلى النظر في مصالح الكافة، وليس نظره في مصلحة المشتري بأولى من نظره في مصلحة البائع لوفور الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تفريق الفريقين في الاجتهاد لأنفسهم، فيجتهد المشتري في الاسترخاص، ويجتهد البائع في وفور الربح[4]، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: 29]، قال الشوكاني: وإلى هذا ذهب جمهور العلماء[5].

ومما استدلوا به: أن التسعير سبب الغلاء، لأن الجالبين إذا بلغهم ذلك، لم يقدموا بسلعهم بلدا يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها، ويكتمها، ويطلبها أهل الحاجة إليها، فلا يجدونها إلا قليلا، فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها، فتغلوا الأسعار، ويحصل الإضرار بالجانبين[6].

وقد رد على من منع التسعير مطلقا: ينبغي الاعتراف لأصحاب القول الأول بوجاهة قولهم، وحسن محملهم للنصوص المستدل بها، قال ابن عبدالبر: روي عن النبي –ﷺ– ما

(1) المغني: لابن قدامة، 164/4.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) مختصر المزني: للمزني، 191/8.

(4) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: للماوردي، 410/5.

(5) نيل الأوطار: للشوكاني، 260/5.

(6) المغني: لابن قدامة، 164/4.

يمنع من التسعير من وجوه صحيحة لا بأس بها[1]، إلا إنه لما كانت قضية التسعير قضية في عين؛ امتنع الاستدلال بعمومها.

فمن احتج بظاهر النصوص، وحملها على العموم، وقال بمنع التسعير مطلقا؛ "فقد غلط فإن هذه قضية معينة ليست لفظًا عامًا، وليس فيها أن أحدًا امتنع من بيع يجب عليه أو عمل يجب عليه، أو طلب في ذلك أكثر من عوض المثل، ومعلوم أن الشيء إذا رغب الناس في المزايدة فيه، فإذا كان صاحبه قد بذله كما جرت به العادة، ولكن الناس تزايدوا فيه فهنا لا يسعر عليهم، والمدينة كما ذكرنا إنما كان الطعام الذي يباع فيها غالبًا من الجلب، وقد يباع فيها شيء يزرع فيها، وإنما كان يزرع فيها الشعير، فلم يكن البائعون ولا المشترون ناسًا معينين، ولم يكن هناك أحد يحتاج الناس إلى عينه أو إلى ماله، ليجبر على عمل أو على بيع، بل المسلمون كلهم من جنس واحد[2].

فيحمل المنع في النص على ما كان غالبًا من حال طعام المدينة، حيث كان يستورد، فمنع من التسعير خشية انقطاعه.

قال ابن العربي: والحق جواز التسعير، وضبط الأمر على قانون لا تكون فيه مَظلَمَةٌ على أحدٍ من الطائفتين، وذلك قانون لا يعرف إلا بالضبط للأوقات ومقادير الأحوال وحال الرجال، والله الموفق للصواب، وما قاله النبي -ﷺ- حق، وما فعله حُكمٌ، لكن على قومٍ صح ثباتهم واستسلموا إلى ربهم، وأما قوم قصدوا أكل مال الناس، والتضييق عليهم، فباب الله أوسع، وحكمه أمضى[3]، بهذا يكون التسعير استثناء لفساد أحوال الناس.

ولذا ينقسم التسعير على ضربين:

منه ما يحرم وهو ما اشتمل على تعدٍّ وظلم وحرمان للناس من حقهم، ومنه ما هو عدل وانصاف، وحمل للناس على ما يجب عليهم من التعاوض والتبايع بالمثل، ومنعهم مما يحرم أخذه كالزيادة على المثل، فيجوز وقد يجب، وهو ما بينه ابن تيمية -رحمه الله-[4]:

(1) الاستذكار: لابن عبد البر، كتاب: البيوع، باب: جامع بيع الطعام، 413/6.

(2) الحسبة في الإسلام: لابن تيمية، ص: 35، ومجموع الفتاوى: لابن تيمية، 95/28-96.

(3) عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي: لابن العربي، 54/6.

(4) الحسبة في الإسلام: لابن تيمية، ص: 22، ومجموع الفتاوى: لابن تيمية، 76/28-77.

فأما الأول: فمثل ما روى أنس –رضي الله عنه– ... فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم، وقد ارتفع السعر؛ إما لقلة الشيء، وإما لكثرة الخلق فهذا إلى الله، فإلزام الخلق أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حقٍّ.

وأما الثاني: فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل، فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به.

والمعنى الحقيقي للتسعير هو رد الناس إلى ثمن المثل، وأن التسعير لا يخالف نص الآية الكريمة؛ ولا الحديث النبوي، "لأن التسعير ما هو إلا إلزام للتجار ببيع السلعة بسعر المثل الذي يراعى عند تحديده مصلحة البائع والمشتري، وعلى هذا فلا يكون فيه أكل لأموال الناس بالباطل، بل على العكس من ذلك نجد أن ترك الحرية المطلقة للتجار ليبيعوا بأزيد من القيمة الحقيقية للسلعة مستغلين في ذلك حاجة الناس لها هو بعينه أكل أموال الناس بالباطل"[1].

قال ابن القيم: "وجماع الأمر: أنَّ مصلحة النَّاس إذا لم تتم إلَّا بالتسعير سعَّر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل"[2].

وامتناع الرسول –ﷺ– عن التسعير إنما يرجع لغلاء السعر؛ لأنه لم يكن عن سبب بشري كالطمع والجشع واستغلال حاجة الناس؛ وإنما لعوامل تغيُّر القيمة بالعرض والطلب؛ فامتنع –ﷺ– عن التسعير.

وأما استدلالهم بما يخص الجالب، فالجالب لا يسعر عليه[3]، فهو محل اتفاق، فلا دليل فيه.

---

(1) التسعير في نظر الشريعة الإسلامية: لمحمد بن أحمد الصالح، مجلة البحوث الإسلامية: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، 240/4.

(2) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لابن قيم الجوزية، 683/2.

(3) تحفة الملوك "في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان": لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط/1، 1417هـ، ص: 235، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 129/5، والتبصرة: للَّخمي، 4341/9، وشرح التلقين: للمازري، 1011/2، والقوانين الفقهية: لابن جزي، ص: 432، وشرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 259، والتاج والإكليل لمختصر خليل: للمواق، 254/6، والحاوي الكبير: للماوردي، 410/5، والمهذب في فقه الإمام الشافعي:

القول الثاني: الجواز للحاجة والمصلحة: حيث ذهب الحنفية[1]، والمالكية[2]، إلى القول بجواز التسعير للحاجة والمصلحة، ولا يجوز التسعير على الناس، لأن الله تعالى لم يبح أخذ مال الغير إلا عن تراض[3]، "وَيحرم التسعير إِلَّا إِذا تعين دفعًا للضَّرَر الْعَام"[4]، ويحتمل وجهين: إما لما فيه من المصلحة العامة، أو بناء على قولهما في الحجر، ولأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع[5]، ولأن الثمن حق العاقد، فإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة، أي بأن يتعدى المعتاد تعديا فاحشا يبيع ما يساوي خمسين؛ بمائة، فحينئذ يمنع منه دفعًا للضرر عن المسلمين[6].

والتسعير عند الإمام مالك على أهل الأسواق غير جائز؛ لأن الناس مالكون لأموالهم، وللتصرف فيها فلا يجبرون على بيعها إلا بما يختارونه[7]، كأن يحدد لأهل السوق سعرًا ليبيعون عليه، فلا يتجاوزونه، فهذا منع منه مالك[8].

وروى أشهب عن مالك في العتبية في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل، ولحم الإبل نصف رطل، وإلا خرجوا من السوق، قال: إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به[9].

للشيرازي، 64/2، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 413/3، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة المقدسي، 25/2، والمغني: لابن قدامة، 164/4، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى: للبهوتي، 27/2.

(1) شرح مختصر الطحاوي: للجصاص، 140/3، وتحفة الملوك "في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان": لزين الدين الرازي، ص: 235، والاختيار لتعليل المختار: للبلدحي، 161/4، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 28/6، ولبناية شرح الهداية: للغيتابى بدر الدين العينى، 218/12.

(2) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 1051/13، والاستذكار: لابن عبد البر، كتاب: البيوع، باب: جامع بيع الطعام، 412/6-413، والمنتقى شرح الموطأ: للباجي، 18/5.

(3) شرح مختصر الطحاوي: للجصاص، 140/3.

(4) تحفة الملوك "في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان": لزين الدين الرازي، ص: 235.

(5) الاختيار لتعليل المختار: للبلدحي، 161/4، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 28/6.

(6) البناية شرح الهداية: لأبي محمد الغيتابى بدر الدين العينى، 218/12.

(7) الجامع لمسائل المدونة: لأبي بكر الصقلي، 1051/13.

(8) وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد، وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الأنصاري، ينظر: الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 1051/13، والمنتقى شرح الموطأ: للباجي، 18/5.

(9) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 1051/13، والمنتقى شرح الموطأ: للباجي، 18/5.

جاء في الاستذكار، "لا بأس بالتسعير على البائعين للطعام إذا خيف منهم أن يُفسدوا أسواق المسلمين، ويُغلوا أسعارهم، وحقٌ على الوالي أن ينظر للمسلمين فيما يُصلحهم، ويعُمُّهم نفعه[1].

قال الليث: وقال ربيعة: السوق موضع عصمة ومنفعة للمسلمين، فلا ينبغي للوالي أن يترك أهل الأسواق، وما أرادوه من أنفسهم؛ إذا كان في ذلك فساد لغيرهم، ولو كان في ذلك إخراجهم من السوق، وإدخال غيرهم فيه، والقيمة حسنة ولا بد منها عند الحاجة إليها مما لا يكون فسادا ينفر به الجالب ويمتنع به التاجر من البيع، لأن ذلك أيضا بابُ فسادٍ لا يدخل على الناس، ولم يكن رأي الوالي إقامة السوق وإصلاحها[2]، ثم قال ربيعة وإصلاح الأسواق حلال[3].

ومن ثمّ ينبغي أن يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشترين، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم، ولا يكون فيه إجحاف بالناس، وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار، وإخفاء الأقوات، وإتلاف أموال الناس[4]، فيراعى في ذلك مصالح الجميع، ويحمل الأطراف على جامع يقوم على الموازنة بين المصالح والمفاسد.

يتضح مما سبق: أن ظاهر ما نقل المالكية عن الإمام مالك في التسعير قولان: الأول المنع للمفسدة، والثاني الجواز للمصلحة، ولكن في الحقيقة والواقع هو قول واحد، وهو الجواز للحاجة والمصلحة، إذ هي الأصل الثابت بالاستقراء، والمقصد الأصلي من وضع الشريعة في العاجل والآجل.

لا ينفك القول بالمنع عن القول بالجواز ولا يمكن له الانفكاك؛ إذ النظر في حكم التسعير لا يكون إلا بهما معا، لينتج لنا إعمال النظر المصلحي في السياسة المالية للأسواق.

(1) الاستذكار: لابن عبد البر، كتاب: البيوع، باب: جامع بيع الطعام، 412/6-413.

(2) المصدر السابق نفسه، 413/6.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) الجامع لمسائل المدونة: لابن يونس الصقلي، 1053/13، والمنتقى شرح الموطأ: للباجي، 19/5.

وبذلك يكون التسعير من المستثنيات التي تعتبر في أوقات وحالات دون أخرى، أي عندما يتسبب التجار في الغلاء واستغلال حاجات الناس، أما في الظروف والأسباب الاقتصادية العادية ومبررات الغلاء الطبيعية التي لا يد فيها للتجار فإن التسعير لا يجوز.

ج/ علاقة التسعير بالمزايدة

تظهر علاقة التسعير في بيع المزايدة حين المناداة على السلع في سوق المزاد العلني، بأن يتدخل الحاكم أو من ينوبه، فيقطع النداء ويحدد سعرا للسلع المعروضة على المزاد، وهو ممنوع، وذلك كما قال الإمام اللخمي: التسعير ممنوع وهو التسعير على الجالب وغيره، مما يباع على النداء وعلى مثل هذا محمل الحديث[1]، في إشارة إلى سؤال الصحابة –رضي الله عنهم– للنبي ﷺ وامتناعه أن يسعر لهم.

ويترجح بحمل الحديث على هذا المحمل، وإمكانية الجمع بين الأدلة، كما في القاعدة الأصولية إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما، فتحمل أدلة المانعين من التسعير على الأحوال السابقة، بالإضافة إلى حال البائع بالمزايدة.

الفرع الثالث: تحقيق مناط عقد المناقصة

جاء في هذا الفرع تعريف مصطلح المناقصة، والوقوف على الحكم الشرعي لبيع المناقصة، وإشكالية بيع العربون في علاقته بتحقيق مقاصد عقود المناقصات وضمان تمامها، على النحو الآتي:

أولا: تعريف المناقصة

المناقصة لغةً: من (نَقَصَ) قال ابن فارس: النُّونُ وَالْقَافُ وَالصَّادُ كَلِمَةٌ وَاحِدَةٌ، هِيَ النَّقْصُ: خِلَافُ الزِّيَادَةِ[2]، وهي طرحُ مشروع بناءٍ أو شراءِ بضائع أو غيرها فيقع الالتزام على من قدّم أحسن الشّروط من ناحية الخدمة المطلوبة أو أرخص الأسعار[3].

المناقصة في الاصطلاح: أن يعرض المشتري شراء سلعة موصوفة بأوصاف معينة، فيتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقل، ويرسو البيع على من رضي بأقل سعر[4]، مع

(1) التبصرة: للَّخمي، 4341/9.

(2) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: النون، باب: النون والقاف وما يثلثهما، نقص.

(3) معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار، وفريق عمل، مادة: ن ق ص، رقم: 5211.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية: لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 9/9.

ضرورة تحقق المواصفات والمقاييس وعدم الإخلال بها، وقد اقتصر التعريف على شراء السلع، ولم يشمل شراء الخدمات، فهو غير جامع.

وعرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: طلب الوصول إلى أرخص عطاء[1]، لشراء سلعة أو خدمة، تقدم فيها الجهة الطالبة لها الدعوة للراغبين إلى تقديم عطاءاتهم، وفق شروط ومواصفات محددة[2]، وهذا تعريف جامع لمحل البيع سواء كان أعيانًا أم خدمات.

وتعتبر المناقصة عكس المزايدة، فالمناقصة تتطلع للوصول إلى أقل العطاءات، وأرخص الأثمان، في حين تتطلع المزايدة لتحقيق أعلى العطاءات، وأرفع الأثمان.

ثانيًا: حكم بيع المناقصة

الأصل في المناقصة الجواز، وحكمها حكم المزايدة، إلا أن هناك مجموعة من الضوابط والمبادئ والشروط ينبغي مراعاتها في عقود[3] المناقصة.

وقد قرر المجمع الفقهي أن "المناقصة جائزة شرعًا، وهي كالمزايدة، فتطبق عليها أحكامها سواء أكانت مناقصة عامة أم محددة، داخلية أم خارجية علنية أم سرية"[4].

ولما تساوت المناقصة والمزايدة من حيث الحكم والإجراءات المتبعة، لزم من التساوي قبول الضوابط والشروط الواردة في عقد المزايدة لتكون ضوابط وشروط للمناقصة.

– إن الإجراءات المتبعة في عقود المناقصة "يجب أن لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية"[5]، ومقاصدها، ولا يؤول حكمها عند التنزيل إلى ضرر أو فساد بحق المتعاقدين.

---

(1) جاء بمعنى الثمن، ينظر: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب: للونشريسي، 355/8، إذا نادى السمسار على الثوب فأعطاه تاجر فيه عطاء.

(2) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقود التوريد والمناقصات، قرار رقم: 107، (1/12).

(3) اختيار مصطلح عقود لأنها مركبة من عقد بين الجهة الإدارية والمناقصين، ويتخللها عقد مرتبط بها هو عقد الضمان، وعقد مستقل عنها، وإن كان له صلة بها، وهو عقد بيع أوراق المناقصة ما يسمى بدفتر بالشروط، وهو عقد مستقل؛ لأن من يشتري الدفتر من التجار لا يشترط بالضرورة أن يدخل في المناقصة. ثم تنتهي العملية إلى عقد، هو العقد المستهدف: عقد توريد، أو عقد مقاولة، ينظر: مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة: د رفيق يونس المصري، ص: 831.

(4) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقود التوريد والمناقصات، قرار رقم: 107، (1/12).

(5) المرجع السابق: بشأن عقد المزايدة، قرار رقم: 73، (8/4).

– إن طلب الضمان ممن يريد الدخول في المناقصة جائز شرعًا، "ويجب أن يرد لكل مشارك لم يرس عليه العطاء، ويحتسب الضمان المالي من الثمن لمن فاز بالصفقة"[1].

ويسمى ثمن دفتر الشروط، بخلاف العربون الذي هو ضمان استمرار العقد ويكون بعقد.

– يشترط في المناقصة المساواة بين المشتركين في كل شيء، في المعلومات وفي الفرص وفي الآجال، وفي سائر الشروط والمواصفات المطلوبة، ويمكن في المناقصة؛ تجزئة العقد بين المناقصين إذا تساووا في الأسعار، إذا كانت التجزئة ممكنة، وغير ضارة بمصلحة الإدارة، وإلا يتم اللجوء إلى القرعة[2].

وتعتبر جميع صيغ الضمان في المناقصات ما هي إلا هامش جديَّة، أو عربونًا، أو شرطًا جزائيًا، فالعربون يدفعه المتقدم، لتأكيد العقد، وهو ما يسمى بالضمان الابتدائي، وغايته إلزام المناقص بإبرام العقد إذا رست المناقصة عليه، ويصادر الضمان الابتدائي كله إذا سحب العرض قبل ميعاد البت في العروض، أو إذا لم يقم المورد أو المتعهد بإبرام العقد حال رسوّ المناقصة عليه، ومصادرة الضمان في هذه الحالة يشبه مصادرة العربون إذا نكل دافعه[3].

وما يسمى بالضمان النهائي، أو ضمان التنفيذ، والتي تكون الغاية منه إلزام المتعاقد بتنفيذ العقد دون تأخر ولا تخلف ولا مخالفة[4]، وإن ما يسمى بالغرامات التقديرية أو قيمة التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد في مناقصات التوريد والمقاولة ليس إلا صورة من صور الشرط الجزائي[5]، وقد جاء الحديث عنه ومناقشته عند الحديث عن الاستصناع، وسأقتصر الحديث هنا على العربون وهامش الجديَّة.

ثالثًا: بيع العربون وعلاقته بعقود المناقصات

مما جرت به الأعراف ومضت عليه الممارسات في الدوائر الحكومية والخاصة عند البيع عن طريق المناقصات أن من تقدم للعرض يلتزم بدفع مبلغٍ، لضمان إتمام المناقصة، بحيث

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة: د رفيق يونس المصري، ص: 833.

(3) المرجع السابق، ص: 840.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) الوسيط في شرح القانون المدني، "نظرية الالتزام بوجه عام": عبدالرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان، 263/1.

يكون مدفوعًا -بصورة من صور الدفع- بنسبة مقدرة من الثمن الكلي للمبيع، قد يكون في حدود 2.5%، وقد تصل إلى 10%، وفي حال رسا عليه المزاد، فإنه مطالب باستكمال إجراءات البيع، ودفع باقي الثمن، وإن تخلف عن التزامه خسر المبلغ كاملًا، أو قد يحصل أن يرد إليه بعد استقطاع النفقات الفعلية لرسم الدخول، أو القيمة الفعلية لدفتر الشروط، والمقصد منه التوصل إلى ضمان استكمال المنافسة وتحقيق مقاصد المناقصات بخلاف العربون الذي يدفع لإمضاء البيع ويكون بعد العقد، وتفصيل ذلك في الآتي:

أ/ تعريف بيع العربون

قبل بيان الحكم الشرعي والآثار المترتبة عليه لابد من تعريف العربون باللغة والاصطلاح.

- **العربان في اللغة** أو العربون لغة بوزن العرجون، والعربون بفتحتين، والعربان بوزن القربان، الذي تسميه العامة الأربون، يقال: عربنه؛ إذا أعطاه ذلك[1].

ويطلق العُرْبانُ والعُرْبُونُ والعَرَبُونُ كله على مَا عُقِدَ بِهِ البَيْعَةُ مِنَ الثَّمَنِ، وهو أن يشتري السلعة، ويدفع إلى صاحبها شيئا على أنه إن أمضى البيع حسب من الثمن، وإن لم يمض البيع كان لصاحب السلعة، ولم يرتجعه المشتري، يقال: أَعْرَبَ فِي كَذَا، وعَرَّبَ، وعَرْبَنَ، وَهُوَ عُرْبانٌ، وعُرْبُون، وعَرَبُون، وقيل: سمي بذلك، لأن فيه إعرابا لعقد البيع أي إصلاحا وإزالة فساد لئلا يملكه غيره باشترائه،... وأَعْرَبَ فِي كَذَا، وعَرَّبَ، وعَرْبَنَ، وَهُوَ عُرْبانٌ، وعُرْبُون[2]، وقد استعمل المعنى اللغوي للعربان في الاصطلاح.

- **العربان في الاصطلاح:** قال الإمام مالك: وذلك فيما نرى -والله أعلم- أن يشتري الرجل العبد، أو الوليدة، أو يتكارى الدابة، ثم يقول للذي اشترى منه، أو تكارى منه: أعطيك دينارا، أو درهما، أو أكثر من ذلك، أو أقل، على أني إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيتك، هو من ثمن السلعة، أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة، أو كراء الدابة، فما أعطيتك لك باطل بغير شيء[3]، قال البغوي: فهذا تفسير العربان[4].

(1) مختار الصحاح: لزين الدين الرازي، باب: العين، مادة: ع ر ب ن.

(2) لسان العرب: لابن منظور، فصل العين المهملة، من عرب.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، ما جاء في بيع العربان، رقم: 2257.

(4) شرح السنة: للبغوي، كتاب: البيوع، باب: النهي عن الملامسة والمنابذة، رقم: 2106.

وهو أن يشتري الرجل السلعة فيدفع الى البائع دراهم على أنه إن أخذ السلعة كانت تلك الدراهم من الثمن وإن لم يأخذ فيسترد الدراهم[1].

وقيل: هو أن يشتري سلعة بثمن معلوم، أو يكتري دابة بأجرة معلومة ويعربن شيئًا على أنه إن رضـــي كان ذلك العربون من الثمن أو الأجرة، وإن كره لم يعد إليه، فهذا من أكل المال بالباطل[2].

وزاد الشافعية: وإن لم يتم البيع، وردّ السلعة، كان المدفوع هبة للبائع، ولم يسترجعه منه[3]، ولهذا قالوا ببطلانه لاشتماله على الهبة إن لم يرض السلعة[4]، والصواب أن العربون مفرغ من معاني الهبة، التي هي تمليك بغير عوض ابتداء، وإن كانت بعوض كهبة الثواب، فلازم مذهب الشافعية أنهم لا يجيزوا الهبة بشرط الثواب[5]، والعربان في أصل منشئه شرط، ثم إن الهبة غير لازمة والعربان لازم.

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي: بأنه بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغًا من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع[6].

وجاء في المعايير الشرعية، تعريف العربون بأنه: ما يدفعه المشتري إلى البائع عند العقد بحيث يكون للمشتري خيار الفسخ خلال مدة متفق عليها، على أنه إذا أمضى العقد كان ما دفع جزءًا من الثمن وإن لم يمض العقد أو لم يدفع باقي الثمن في مدة العربون فللبائع ألا

(1) النتف في الفتاوى: لأبي الحسن السُّغْدي، 473/1.

(2) وقسم أخر جائز، وهو الاحتساب له به إذا أمضى ورده عليه إذا كره، وحقيقته أنه إن رضي الشيء أخذه وأوفاه باقي ثمنه، وإن لم يرضه رده وأخذ عربانه، ولا يكون العربان إلا يسيرا لا يشبه أن يقصد إلى الانتفاع به فيكون كالسلف عند مالك والكراء في هذا الباب كالبيع سواء، ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، 741/2، والتبصرة: للَّخمي، 4277/9، والتلقين في الفقه المالكي: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 153/2.

(3) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 111/5.

(4) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب "هو شرح للمؤلف على كتابه هو منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي": لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، 1414هـ- 1994م، 194/1.

(5) ينظر: مختصر المزني: للمزني، 437/8، والحاوي الكبير: للماوردي، 239/18، وبحر المذهب في فروع المذهب الشافعي: للروياني، 348/3، يراجع الحديث عن هبة الثواب في باب التطبيقات على العملات المشفرة.

(6) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن بيع العربون، قرار رقم: 72، (8/3).

يعيده إلى المشتري[1]، وفي هذا التعريف إشارة إلى الفرق بين العربون وهامش الجدية، فيكون العربون عند العقد لا قبله، حيث تضمن مدة زمنية يكون المشتري فيها له خيار الفسخ.

ب/ آراء الفقهاء في حكم بيع العربون

اختلف الفقهاء في حكم العربان إلى قولين:

القول الأول: المنع: وبه قال الجمهور، وهم الحنفية[2]، المالكية[3]، والشافعية[4]، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن البصري، ورواية عن أحمد قال: هذا مكروه[5]، وهو على وجهين أحدهما: ممنوع، وهو أن يشتري سلعة بثمن معلوم، أو يكتري دابة بأجرة معلومة، ويعربن شيئًا على أنه إن رضي؛ كان ذلك العربون من الثمن، أو الأجرة، وإن كره لم يعد إليه فهذا من أكل المال بالباطل، والآخر جائز وهو الاحتساب له به إذا أمضى ورده عليه إذا كره فذلك جائز والدين بالدين ممنوع إذا كان من الطرفين[6].

وهو أن يشتري الرجل فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة، وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن

(1) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار العربون، معيار رقم: 53، بند: 1/2، ص: 1257.

(2) النتف في الفتاوى: للسُغْدي، 473/1.

(3) قال الإمام مالك باطل بغير شيء، ينظر: الموطأ، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع العربان، رقم: 2257، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 180/3- 181، والجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 247/6- 248 بتصرف.

(4) اللباب في الفقه الشافعي: لأحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعيّ (المتوفى: 415هـ)، تحقيق: عبد الكريم بن صنيتان العمري، دار البخارى، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1416هـ، ص: 245، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 111/5، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي، 476/3.

(5) ينظر: مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: لابن بهرام المروزي الكوسج، رقم: 1936، والإشراف على مذاهب العلماء: لابن المنذر، 123/6-124، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 180/3- 181، والجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 247/6، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي 476/3، ونيل الأوطار: للشوكاني، 182/5.

(6) التلقين في الفقه المالكي: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 153/2.

عند البائع ولم يطالبه به[1]، هو ممنوع إن كان على أن لا يرد البائع العربان إلى المشتري إذا لم يتم البيع بينهما، فإن كان على أَن يرده إليه إذا لم يتم البيع فهو جائز[2].

وقد استدل المانعون: بما جاء عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده: أن النبي –ﷺ–: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُرْبَانِ»[3]، وهذا دليل صريح بالنهي.

قال الإمام الشوكاني: وحديث عمرو بن شعيب قد ورد من طرق يقوي بعضها بعضا، ولأنه يتضمن الحظر، وهو أرجح من الإباحة كما تقرر في الأصول[4].

قال العمراني[5]: دليلنا أنه شرط أن يكون للبائع شيء بغير عوض، فلم يصح، كما لو شرطه لأجنبي[6].

وعلل الجمهور ما ذهبوا إليه من القول بالنهي، بعلة الغرر، لأنها من أكل المال بالباطل، قال الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: 29]، معناه: تجارة لا غرر فيها ولا مخاطرة ولا قمار، لأن التراضي بما فيه غرر أو خطر أو قمار لا يحل ولا يجوز، لأنه من الميسر الذي حرمه الله في كتابه حيث يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾ [المائدة: 90]، وإن هذا من الغرر المنهي عنه، وإن الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء: أحدهما

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 181/3، والجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 247/6، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي 476/3، والمغني: لابن قدامة، 4 /175، ونيل الأوطار: للشوكاني، 182/5.

(2) القوانين الفقهية: لابن جزيّ، ص: 436.

(3) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع العربان، رقم: 2257، وسنن أبي داود، أبواب: الإجارة، باب: في العربان، رقم: 3502، وسنن ابن ماجة، كتاب: التجارات، باب: بيع العربان، رقم: 2192، 2193.

(4) نيل الأوطار: للشوكاني، 182/5.

(5) يحيى بن أبي الخير بن سالم بن سعيد بن عبد الله بن محمد بن موسى بن عمران العمراني اليماني الشيخ الجليل أبو الحسين، شيخ الشافعيين بإقليم اليمن صاحب البيان وغيره من المصنفات الشهيرة، ولد سنة تسع وثمانين وأربعمائة، تفقه على جماعات منهم خالة الإمام أبو الفتوح بن عثمان العمراني ومنهم الإمام زيد ابن عبد الله اليفاعي وسمع الحديث من جماعة من أهل اليمن، انتقل إلى ذي السفال فمات بها مبطونا شهيدا في ربيع الآخر قبل الفجر من ليلة الأحد سنة ثمان وخمسين وخمسمائة، ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين السبكي، 337/7.

(6) البيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 111/5.

العقد، والثاني أحد العوضين، والثالث الأجل فيهما، أو في أحدهما، فأما الغرر في العقد، فهو مثل بيع العربان، وإنما صار الجمهور إلى منعه، لأنه من هذا الباب، ولما فيه من المخاطرة، وأكل المال بغير عوض[1] ولحدوث الشرط فيه[2].

ونقل الإمام القرطبي الإجماع، فقال: لأنه من باب بيع القمار والغرر والمخاطرة، وأكل المال بالباطل بغير عوض ولا هبة، وذلك باطل بإجماع[3]، وقد ورد التعليل بالغرر، وأكل المال بالباطل، في كثير من الكتب الفقهية في المذاهب الأربعة.

قال الشوكاني: "والعلة في النهي عنه اشتماله على شرطين فاسدين: أحدهما: شرط كون ما دفعه إليه يكون مجانا إن اختار ترك السلعة، والثاني: شرط الرد على البائع إذا لم يقع منه الرضا بالبيع"[4].

ولأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، لأن المشتري اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة، فلم يصح، كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهمًا"[5].

القول الثاني: الجواز: سؤل الإمام أحمد غير مرة عن عربان البيع والكراء، فقال مرة: دعها، وقال مرة: لا بأس به، وفعله عمر وابن عمر –رضي الله عنهما– وأجازاه، فسئل أحمد فقال: أي شيء أقول، هذا عمر –رضي اللَّه عنه– ومرة قال: أي شيء أقدر أقول، وقال ابن سيرين: لا بأس به، وقال مجاهد وسعيد بن المسيب وابن سيرين ونافع ابن الحارث وزيد ابن أسلم: لا بأس إذا كره السلعة أن يردها يرد معها شيئا، وقال أحمد هذا في معناه(6).

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 3/180– 181.

(2) الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر، 2/741، والتلقين في الفقه المالكي: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، 2/153، والمقدمات الممهدات: لابن رشد، 2/72، والحاوي الكبير: للماوردي، 5/338، والبيان في مذهب الإمام الشافعي: للعمراني، 5/111.

(3) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 6/247.

(4) نيل الأوطار: للشوكاني، 5/182.

(5) المغني: لابن قدامة، 4/75.

(6) مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله: للإمام أحمد، رقم: 1044، 1045، 1046، والإشراف على مذاهب العلماء: لابن المنذر، 6/124، والمغني: لابن قدامة، 4 /175.

وقرر مجمع الفقه الإسلامي جواز بيع العربون، إذا قيدت فترة الانتظار بزمن محدود، ويحتسب العربون جزءًا من الثمن إذا تم الشراء، ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء[1].

الدليل: استدل المجيزون لبيع العربون بأدلة منها:

– ما روي أن نافع بن عبد الحارث اشترى دَارًا لِلسِّجْنِ بِمَكَّةَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ عَلَى أَنَّ عُمَرَ إِنْ رَضِيَ فَالْبَيْعُ بَيْعُهُ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ عُمَرُ فَلِصَفْوَانَ أَرْبَعُ مِائَةِ دِينَارٍ"[2].

قال ابن قدامة: "وإنما صار أحمد فيه إلى ما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث، وذكر الخبر ثم قال: فأما إن دفع إليه من قبل البيع درهمًا، وقال: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشترها منك، فهذا الدرهم لك، ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن صح، لأن البيع خلا عن الشرط المفسد[3].

– عن زيد بن أسلم –رضي الله عنه–: «أنه سئل رسول الله –ﷺ– عن العربان في البيع فأحله»[4].

وناقش الفقهاء أدلة الحنابلة، فقال ابن رشد: وكان زيد [ابن أسلم] يقول: أجازه رسول الله –ﷺ– وقال أهل الحديث: ذلك غير معروف عن رسول الله –ﷺ–[5]، قال القرطبي: وهذا ومثله ليس حجة[6]، وقال ابن عبد البر: ولا يصح ما روي عنه –ﷺ– من إجازته، فإن صح احتمل أنه يحسب على البائع من الثمن إن تم البيع، وهذا جائز عند الجميع[7].

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن بيع العربون، الدورة الثامنة، قرار رقم: 72، (8/3).

(2) صحيح البخاري معلقًا، كتاب: الخصومات، باب: الربط والحبس في الحرم، والسنن الكبرى: للبيهقي، باب: ما جاء في بيع دور مكة وكرائها وجريان الإرث فيها، رقم: 11180، ومصنف عبد الرزاق، باب: الكراء في الحرم، وهل تبوب دور مكة؟ والكراء بمنى، رقم: 9213، 147/5.

(3) المغني: لابن قدامة، 75/4–76.

(4) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في العربان في البيع، رقم: 23195، 23200، وهذا الحديث مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى، وهو ضعيف، ينظر: نيل الأوطار: للشوكاني، 182/5.

(5) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 181/3.

(6) الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي، 248/6.

(7) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: للزرقاني، 381/3.

يمكن تلخيص نقاش الفقهاء في وجهين: الوجه الأول: عدم صحة ما روي، وهذا الوجه يدل على انتفاء قيام الحجة بها.

الوجه الثاني: إن صحت فإنَّها محمولة على الوجه الجائز في العربان، وقد أجمع عليه الفقهاء، فتكون أدلتهم محمولة على غير محل الخلاف.

وأجازه من المعاصرين ابن عثيمين: فقال: المشتري لو شرط الخيار لنفسه مدة يوم أو يومين كان ذلك جائزًا، وبيع العربون يشبه شرط الخيار، إلا أنه يعطى للبائع جزءًا من الثمن إذا رد إليه السلعة؛ لأن قيمتها قد تنقص إذا علم الناس بهذا، ولو على سبيل التقديم، ففيه مصلحة، وفيه أيضًا مصلحة للبائع من وجه آخر، وأن المشتري إذا سلم العربون فإن في هذا دافعًا لتتميم البيعة[1]، فحمله على الشرط الجائز.

وقيل: لم يرد في العربون حديث صحيح يمنعه، كما لم يرد فيه نص صحيح يجيزه، ولا شك أن المخاطرة موجودة، ولكن العمل جرى في القوانين والمحاكم تبعًا لذلك في البلدان الإسلامية بقبول العربون، وعليه مستند المبادئ والنظريات القانونية، وأن البائع إما أن تتم البيعة فيقبض الثمن المتفق عليه، وإما أن ينكل فيعوض البائع عن تفويت الفرص التي تسبب فيها المشتري وذلك بفوزه بالعربون، تعويضا عن الضرر الذي لحقه من ذلك[2].

ومستند القانونيين في ذلك أن تنفيذ الالتزامات العقدية تختلف فيه مصالح المتعاقدين وتتفاوت باعتبار الزمان، فقد يلحق الامتناع عن التنفيذ ضررا بأحد الطرفين، فيجب على الطرف الآخر أن يسوِّغ لرفيقه حق التحلل من الرابطة العقدية إذا وجد مصلحته في ذلك، ويتضمن الجزاء بالنسبة للطرف المتخلف[3].

قال الزرقا: ونحن نرى أن النظر القانوني وجيه وأن قواعد الشريعة ومبادئها الفقهية تتسع له وتتقبله[4]، ثم أخذ يستدل بالأدلة، كقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"[5]، وأن للمرأة حسب

---

(1) فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام: للعلامة محمد بن صالح العثيمين، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان، أم إسراء بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، القاهرة– مصر، ط/1، 1427هـ – 2006م، 560/3–561، بتصرف.

(2) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 499/1، وبيع المزايدة: للسلامي، ص: 555.

(3) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 499/1.

(4) المرجع السابق نفسه.

(5) الموطأ: للإمام مالك، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق، رقم: 2758.

المذهب الحنبلي إذا اشترطت شرطا صحيحا ولم ينفذه الزوج فلها حق فسخ عقد الزواج، كما جاء في منتهى الإرادات؛ الشروط قسمان: صحيحٌ لازمٌ للزوج، فليس له فكُّه دونَ إبانتِها، ويُسنُّ وفاؤه به، كزيادةِ مهر، أو نقدٍ معيَّن، أو لا يُخرجُها من دارها أو بلدها، أو لا يتزوجُ أو لا يتسرَّى عليها، أو لا يفرِّقُ بينها وبين أبوَيْها أو أولادِها، أو أن تُرضِعَ ولدَها الصغير، أو يطلِّقُ ضَرَّتها، أو يبيعُ أمتَه فإن لم يَف: فلها الفسخ[1]، ويتابع الزرقا كلامه ويقول: وإذا صح إعطاؤها لهذا السبب حق الفسخ في النكاح الذي هو أقل العقود قابلية للفسخ –ولذا لا تجري فيه الإقالة– ففي غير الزواج من العقود المالية المحضة يقبل الفقه هذا الحق بطريق الأولوية[2]، ويمكن الإجابة على هذا الرأي من عدة وجوه:

الأول: أن العمل القضـــائي الجاري به التنفيذ في المحاكم شـــرط اعتباره أن لا يخالف نصًا شرعيًّا.

الثاني: أن هناك خللًا في تصوير المسألة وتكييفها، فقد كيفها علماء القانون بالشرط الجزائي في حين يأتي الحديث هنا عن العربون، وإن اتفقا من حيث المصدر أن كليهما من المشتري، والمقصد هو أن كليهما ضمان، إلا أن الخلاف واضح وجوهري.

الثالث: أن مستند هذا القول هو قياس الأولى، فإذا صح؛ فإنه قياس مع الفارق، لأن عقد النكاح مبني على المكارمة، بينما البيع وسائر عقود المعاملات مبنية على المشاحة والمماكسة.

الرابع: أن المبادئ والقواعد الشرعية الواردة بإزالة الضرر عامة يدخل فيها النهي عن العربون، فيلتقي مع ما استدل به القانونيون في كونه ضررًا على المشتري والمكتري، وأن فيه أكل لأموال الناس بغير حق، فيكون استدلالهم استدلال بمحل النزاع، فلا يصح.

الخامس: على صحة اعتبار الفسخ في النكاح وأن الشارع قد أعطى المرأة حق الفكاك، فإنَّ الشارع لم يلزم أحد الزوجين بالتعويض مع الفسخ، ولم يجمع بين فسخ وتعويض.

---

(1) حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات: لمحمد بن أحمد بن علي البهوتي الْخَلْوَتي (المتوفى: 1088 هـ)، تحقيق: د. سامي بن محمد بن عبد الله الصقير، د. محمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان، أصل الكتاب: أطروحتا دكتوراه للمحققَيْن، دار النوادر، سوريا، ط/1، 1432هـ– 2011م، 4/346– 347.

(2) المدخل الفقهي العام: للزرقا، 1/500.

السادس: مطلع قول المعاصرين يشير إلى البقاء على أصل الإباحة؛ لعدم الدليل، مع أن دليل الاستصحاب أو قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، آخر ما يستدل به من الأدلة، وأشدها خطرا، لأنه حكم بالفراغ التشريعي.

يتضح مما سبق: أن تعقب الحنابلة لرأي المجيزين –كغيرهم من فقهاء المذاهب– أضاف إلى تلك الأدلة شيئًا من القوة، فارتقوا بها إلى مرتبة أعلى، عندما رأوا إمكانية الجمع بين الأدلة، حيث حملوا أدلة الفرقين على التساوي من حيث القوة، فرجحوا الإعمال بدل الإهمال، وقالوا بمبدأ الجمع بين الدليل القائل بالجواز والدليل القائل بالمنع، إلا أن هذه الزيادة والطريقة في الترجيح لم تثمر على مستوى الحكم، ولم تؤثر فكانت نتيجة تعقيبهم ونقاش الفقهاء واحدة، فقد أولوا فعل عمر –رضي الله عنه– على القسم الجائر من العربان بحيث يحسب العربان من الثمن، فقالوا يحتمل أن الشراء الذى اشترى لعمر –رضي الله عنه– كان على هذا الوجه، فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر، وموافقة القياس، والأئمة القائلين بفساد بيع العربون[1].

ونفترض تساوي الدليلين في وجوب الإعمال أو الإهمال، فإن الدليل المتضمن للحظر أولى بالتقديم من المتضمن للإباحة، قال الشوكاني: العمل بحديث عمرو بن شعيب أولى من العمل بحديث زيد ابن أسلم، لأن حديث زيد بن أسلم فيه المقال المذكور، وحديث عمرو بن شعيب ورد من طرق يقوي بعضها بعضًا، ولأنه يتضمن الحظر، وهو أرجح من الإباحة، كما تقرر في الأصول[2]، ولذلك فإن المشتري إذا لم يشتر السلعة في هذه الصورة، أو لم يستأجر العين؛ لم يستحق البائع الدرهم، لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه، ولا يصح جعله عوضًا عن انتظاره وتأخر بيعه عن أجله، لأنه لو كان عوضًا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت توجب أن يكون معلوم المقدار[3]، فيقتضي أن يكون العربون ثمنًا للأجل، وهذا فاسد.

---

(1) المغني: لابن قدامة، 76/4، وتبعة صاحب الشرح الكبير "المطبوع مع المقنع والإنصاف": لشمس الدين أبو الفرج بن قدامة المقدسي، 253/11.

(2) نيل الأوطار: للشوكاني، 182/5.

(3) المغني: لابن قدامة، 75/4–76.

وإذا قيل: إن القصد من العربون هو ضمان جديَّة المشتري، وذلك لأن العربون تعويض عن الضرر الذي لحق البائع، وعلة الجواز هي رفع الضرر وإزالته، والشارع الحكيم قد اعتبر رفع الضرر ودفع الفساد، قلت سلامة القصد وحدها لا تكفي لمعارضة النص، والتعليل برفع الضرر على البائع غير معتبر، لأنه ليس بأولى من دفع الضرر عن المشتري.

فإن قيل: إن البائع هو من تسبب بإدخال الضرر على نفسه، قلت الضرورة تقدر بقدرها، وأكثر ما يلحق البائع من الضرر؛ هو خسران قيمة دفتر الشروط، وقد باعه على المشتري.

خلاصة: إن حديث النهي أكثر طرقًا، وكثرة الطرق كفيلة بأن تؤدي إلى تقويته، بخلاف حديث الجواز، وإن الغرر، وأكل المال بالباطل، وعنصر الإلزام كلها متحققة في بيع العربون، وما اعتمد عليه القائلون بالجواز من أقوال بعض الصحابة والتابعين؛ لا تقوى على معارضة أدلة المانعين، وإن المصلحة الحاصلة بحمل المشتري على إتمام الصفقة مصلحة ملغاة لمعارضتها دليل النهي.

وعلى افتراض العمل بالدليلين وعدم تعارض القولين، وخروجًا من الخلاف؛ فإن ما يؤخذ عربونًا يحسب على البائع من ثمن الشراء؛ إن تم البيع، أو يقطع على المشتري ثمن لرسم الدخول، أو ما يسمى دفتر الشروط.

ولكن إذا اعتبرنا الحاجة العامة اليوم لبيع العربون وتحقيق الضمان العائد على كثير من عقود الالتزامات ومنها عقود المناقصات، وجدواها في تحقيق أهداف التنميَّة، ومراعاة كثير من الأعراف الدولية التي جرى التعامل فيها بالعربون، وتمذهب أهلها بالمذهب الحنبلي؛ فإن الحكم الشرعي يتغيَّر بتغيُّر العمل الجاري في كل بلد على خصوصه.

المطلب الثاني: نماذج تطبيقيَّة لعقود التوريد والمزايدة والمناقصة على نظريَّة تغيُّر الأحكام

بالنظر في الأمثلة التطبيقيَّة والتنزيل العملي لمثل هذه الضمانات على العقود والالتزامات، نلاحظ أن هناك إشكالات كبيرة؛ تقتضي مراعاتها تغيَّر الحكم الشرعي، كما هو في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تطبيقات المزاد العلني

أولًا: نموذج تطبيقي على المزاد العلني المعمول به بجمارك دبي

جاء في شروط المزاد العلني حسب جمارك دبي كما في ملحق عقود التوريد والمزايدة والمناقصة، نموذج: (1)، أنه سيتم إجراء المزاد طبقًا للشروط الآتية وذكر منها[1]:

– في حالة الدفع بالصك المصرفي، يجب دفع مبلغ نسبته (10%) من قيمة البضاعة المرسا عليها نقدًا مقدمًا غير قابل للرد.

– في حالة إعادة الصك من البنك دون تحصيل لن يسمح للمزايد بدخول أي مزاد من مزادات هذه الدائرة في المستقبل.

– لن يسمح لأي مزايد رسا عليه المزاد بسحب عطاءه أو الامتناع عن الدفع وإلا حرم من الاشتراك في أي مزاد للدائرة في المستقبل.

– بعد أن يتم التسديد فان أي مطالبات من المشترين بإعادة ما دفع لن تكون مقبولة تحت أي ظرف من الظروف.

وقد اشتمل العقد على العربون، أو على ضمان يقلبه من حلال إلى حرام، لحصول العلل والمناطات الناقلة للحكم.

ثانيًا: نموذج تطبيقي على المزاد العلني الصادر عن أمانة جدة

يتمثل هذا النموذج في بيع المزاد العلني الصادر عن أمانة جدة[2]، كما في ملحقات عقود التوريد والمزايدة والمناقصة، النموذج: (2) بناء على الأمر السامي رقم: (48125)، بتأريخ: 1432/10/24هـ.

---

(1) ملحق عقود المزايدة والمناقصة، نموذج رقم: (1) في آخر البحث

(2) الملحق السابق، نموذج رقم: (2) في آخر البحث.

وورد في الشروط العامة للمزاد: على المشتري مراجعة أمانة محافظة جدة وسداد المبلغ المتبقي من قيمة الأرض خلال (15) يوما من تأريخ المزايدة، وفي حالة تأخر المشتري عن سداد المبلغ المتبقي من قيمة القطعة عن الموعد المقرر يعتبر البيع لاغيًا، ويتم مصادرة المبلغ المدفوع.

يلاحظ على هذا التطبيق أنه لو كييف المبلغ المصادر على أنه عربون فإن المصادرة للمبلغ المدفوع إنما هي بسبب التأخر عن موعد السداد لباقي المبلغ وليس للامتناع عن تنفيذ العقد.

كما يعتبر شرطًا جزائيًا[1] مجحفًا عرفًا، قد يراد به التهديد المالي، لكنه في الحقيقة بعيد عن مقتضى القواعد الشرعية ومبدأ العدل والإنصاف، فقد لا يصل الضرر الفعلي الموجب للشرط الجزائي إلى حد مصادرة المبلغ المدفوع وهو: (100.000) مائة ألف ريال سعودي، بل لا بد فيه من الرجوع إلى تقدير الحاكم الشرعي والاستعانة بأهل الخبرة.

– وقد جاء في المبادئ القضائية أن الشرط الجزائي معتبر، إذا كان في حدود المعقول عرفًا[2]، وهو الذي جرى به العمل، وإليه يرد الحكم الشرعي.

الفرع الثاني: تطبيقات على عقود المناقصات

يشمل هذا الفرع مجموعة من النماذج التطبيقية في مؤسسات مختلفة، بيانها في الآتي:

أولًا: نموذج تطبيقي على المناقصة العامة لجامعة تعز

جاء في المناقصة العامة رقم: (1) للعام 2019م، التي أعلنت عنها جامعة تعز لغرض توريد وتركيب كابل كهربائي للمحطة الكهربائية الخاصة بالجامعة في حبيل سلمان، وفيها[3]:

على الإخوة الراغبين المشاركة في هذه المناقصة التقدم بطلباتهم الخطيَّة ... لشراء واستلام وثائق المناقصة نظير مبلغ وقدره: (10.000) عشرة ألف ريال لا يرد.

---

(1) يراجع الحديث عن الاستصناع والاستصناع الموازي.

(2) المبادئ والقرارات الصادرة عن الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى المحكمة العليا، من عام 1391هـ إلى عام 1437هـ، مركز البحوث بوزرة العدل– الرياض، ط/1، 1438هـ– 2017م، مادة: 59، (م ق د): (4/320) (1421/5/8)، ص: 46.

(3) ينظر ملحق عقود المزايدة والمناقصة النموذج: (3) آخر البحث.

اشتملت المناقصة على شرط تنفيذ ابتدائي يقضي بدفع مبلغ غير قابل للرد، إذا كان المبلغ: (10.000) ريال هو القيمة الحقيقيَّة لدفتر الشروط فالمناقصة جائزة بإجماع، وإن كان أكثر منه فالمناقصة غير جائزة على مذهب الجمهور لاشتمالها على شرط يؤول إلى أكل أموال الناس بالباطل.

ثانيًا: نموذج تطبيقي على المناقصة العامة لجامعة قطر

جاء فيها يمكن الحصول على وثائق المناقصة من إدارة المشتريات والعقود بجامعة قطر[1]، وذلك مقابل دفع قيمة الوثائق غير مسترجعة –حسب ما ذكر في الدعوة– تودع في حساب الجامعة.

يرفق مع العطاء الفني تأمين مؤقت باسم جامعة قطر، بشيك مقبول الدفع أو بموجب خطاب ضمان مصرفي صادر من أحد البنوك المحلية أو المعتمدة في دولة قطر، وساري لمدة: (120) يومًا على الأقل من التأريخ المحدد لتسليم العطاء.

سيتم استبعاد الشركات التي لم تقدم ضمان ابتدائي يوم الإقفال، ولن يتم استلام أي ضمان بعد يوم الإقفال.

قيمة التأمين النهائي بما لا يقل عن (10%) من قيمة العقد، يتم إيداعه بموجب خطاب ضمان مصرفي مقبول من بنك محلي أو معتمد ويكون ساري المفعول لمدة سبع أيام بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد أو بعد انتهاء مدة الصيانة.

واشتمل عقد المناقصة على الضمان الابتدائي الجائز وذلك إذا كان المبلغ المدفوع يساوي قيمة الوثائق حقيقة، فإن كان يقدر بأكثر من قيمة الوثائق فإن مصادرته حرام لأنه أكل أموال الناس بالباطل.

ثالثًا: نموذج تطبيقي على المناقصة العامة للصندوق الاجتماعي للتنمية بتعز

ورد في صيغة المناقصة لمشروع استكمال طريق الصرح كشرار –محرقة عليا– عزلة محرقة– مديريَّة مقبنة بمحافظة تعز[2] شرط العربون في البند السادس: دفع ضمان التنفيذ مبلغًا وقدره خمسون ألف ريال أو شيكًا مقبول الدفع بحيث يرد لمن لا ترسو عليه المناقصة. ويعدُّ هذا الشرط موافقًا لمبادئ الشريعة وهو جائز بإجماع.

(1) ينظر: الملحق السابق، النموذج: (4) آخر البحث.

(2) ينظر: الملحق السابق، كما في النموذج: (5) آخر البحث.

كما اشتمل عقد المناقصة على شرط ينص: "أن اللجنة غير ملزمة بقبول أقل الأسعار"، يمثل هذا الشرط خطرًا على جوهر العقد، إذ المواصفات الفنية قد تتساوي في جميع العروض، ويبقى هذا الشرط يمثل مدخلا يؤول إلى جعل المناقصة صوريَّةً، وهو مدخل لفشل كثير من العقود الإداريَّة، فتغيَّر حكمها مراعاة لسد الذريعة، ونص العقد على خطر شرعي وهو الشرط الجزائي مقابل الزمن عند قوله في الشرط الثامن: "وتحميله أي تأخير في البرنامج الزمني نتيجة عدم تجهيزه الأعمال بشكل نهائي أولًا بأول" وهذا من شأنه أن يغيِّر الحكم.

الفرع الثالث: أثر التدابير الاحترازية لمنع تفشي الفيروس التاجي (كوفيد 19) على عقد التوريد

صدر تعميم عن الهيئة العامة للموانئ في المملكة العربية السعودية بشأن اتخاذ التدابير الاحترازية لمنع تفشي الفيروس التاجي (كوفيد 19)، الذي أعلن عنه جائحة عالمية.

تضمنت مجموعة التعميمات[1] الاحترازات الوقائية التي تنص على تعليق السفر ومنع دخول القادمين من دول عدة، والتي من شأنها أن تخل بالمدد المزمنة في صيغة عقود التوريد.

بحسب المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لنظام مزاولة المراقبة الصحية في منافذ الدخول والتي تنص على: كل ربان سفينة تصل إلى أحد الموانئ بالمملكة؛ أن يمنع أي اتصال بالسفينة وأي شحن إليها أو تفريغ منها إلى أن تتم الاحترازات الصحية نحوها ويرخص لها بحريَّة الاتصال".

عدم السماح بدخول السفن القادمة من مجموعة من الدول، واشتراط الحصول على الشهادات والوثائق واللوائح الصحية الدولية، وشهادة الإصحاح والمراقبة وإثبات عدم العبور من الموانئ المصنفة بأنها موبوءة، وفي حال عدم ثبوت شيء من ذلك مع وجود مؤشر على مخاطر صحية على السفينة، فإنه لا يتم منح السفينة حرية الاتصال حتى يتم تفتيش السفينة وفسحها من قبل الفريق الصحي المتخصص، وهذه من شأنها تؤخر مدة الوصول وتسليم البضائع لأصحابها في المدد المزمنة، لظروف قاهرة لم يتسبب بها المورد، فيتغيَّر الحكم الشرعي نظرًا لاعتبار الجائحة، ويكون التخلف عن موعد التسليم موجبًا لتصحيح العقد.

(1) ينظر: ملحق عقد التوريد آخر البحث.

الفصل الثاني:
دراسة تطبيقيَّة لعقود البناء والتشغيل وإعادة التمليك (B.O.T) والصيانة وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام

المبحث الأول: عقد البناء والتشغيل وإعادة التمليك (B.O.T): دراسة في تغيُّر حكمه الشرعي

كان للأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة أهميَّة بالغة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بعد قبول المبدأ الشرعي لتكييفه أنه صورة من صور عقد الاستصناع والمقاولة، في المقابل قد تواردت عليه مجموعة من الإشكالات، وترتب على إمضائه آثار، وكشفت مناطات من شأنها أن تغيِّر حكمه الشرعي، وسأبين هذا في مطلبين:

المطلب الأول: تحقيق مناط عقد البوت

يعتبر عقد البوت من عقود التشغيل أو ما تسمى بالعقود الإدارية، وهو شكل تنموي اتخذته الدول والحكومات؛ رافعة اقتصادية مهمة، يسهم إلى حد كبير في تشييد مشاريع البنى التحتية والمرافق الخدمية العامة للدولة، التي ينتظر من إنشائها تقديم خدمات للمواطنين، وتلبية حاجاتهم وتحقيق مصالحهم الخاصة والعامة.

تقوم الدولة من خلال هذا العقد بمنح ما يسمى بالامتياز أو إتاحة فرصة لشركة المشروع، أو تحالف شركات المشروع، لغرض إنشائه واستغلاله وصيانته، مدة من الزمن محددة ومتفق عليها، أو مطلقة عن التحديد، يكون ضابطها استرداد رأس المال الذي أنفق في تنفيذ المشروع، مع ربح اتفاقي ورضائي معقول.

وكل ذلك مصدره ما تحصل من غلة المشروع وتشغيله، وبيع خدماته لجمهور المستخدمين، ليتم بعد الاسترداد؛ تسليم المشروع بحالة صالحة للاستثمار، وقادر على الإسهام في رفع أداء الدولة وكفاءتها في تحقيق رغبات شعبها المتزايدة، وفي مستوى تلبية تطلعاته المتجددة.

ويعدّ هذا النوع من التعاقد بديلا مهمًا عن الخصخصة، ويساهم في إنقاذ الدولة من الديون، والارتهان للخارج، دون أن يكلفها شيء، وذلك لمَّا كانت المشاريع التي يتم تشييدها عن طريق هذا العقد؛ تتمتع بجدوى اقتصادية مهمة، وجودة عالية، كانت أكثر كفاءة ونجاحًا غالبًا، ولنجاح هذا العقد لا بد من اعتبار مبادئ أساسية تتمثل بمبدأ الثقة وحسن النية ومبدأ حماية المستهلك، وهذا يستدعي طرح إشكالات:

الأول: ما أثر حسن النية على الحكم الشرعي لعقد البوت؟

الثاني: لما كان التسعير المستمر هو الضامن الوحيد لحماية المستخدمين من الاستغلال السيء لحاجاتهم وتوظيفها لصالح شركة المشروع، فما أثر ذلك على الحكم الشرعي؟

وتستدعي معالجة هذه الإشكالات الوقوف على التصوُّر الحقيقي للعقد؛ لأن فهم الشيء جزء عن تصوُّره وتصويره، كما تقتضي بيان ما يتغيَّر به الحكم الشرعي لعقد البوت، وذلك في المحاور الآتية:

الفرع الأول: حقيقة عقد البوت

اشتمل هذا الفرع على تعريف عقد البوت، وسبب تسميته، وتكييفه الفقهي، كما يأتي:

أولًا: تعريف عقد البوت

عرَّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد البوت بأنه: شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، أو أحد الكيانات الخاصة –يشار إليها الاتحاد المالي للمشروع– امتيازًا لصوغ مشروع معين وتشغيله، وإدارته، واستغلاله تجاريًا لعدد من السنين، تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع، وفي نهاية المدَّة تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة، دون أي تكلفة، أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقًا[1].

وقد خرج هذا التعريف عاما، وغير دقيق لأنه أشار إلى نقل الملكية، بينما الأصل أنه في ملك الدولة؛ مانحة الامتياز، كما ذكر أن نقل الملكية يكون دون مقابل، وهذا يقتضي إنشاء عقد تبرع تنقل بموجبه ملكية المشروع، وقد يكون بمقابل عوض مناسب، بحيث يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقا.

وعرف مجمع الفقه الإسلامي عقد البوت بأنه: اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول – شركة المشروع– على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملًا أو حسب الاتفاق،

(1) الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "مذكرة من الأمانة": لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرون، 1996/5/28م، 1996/6/14م، نيويورك، الفقرة: 4، ص: 3، https://undocs.org/ar/A/CN.9/424 تحديث: 2021/1/24م، 03:13:36

خلال فترة متفق عليها، بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها[1].

يؤخذ على هذا التعريف أنه أدخل أمورًا خارجة عنه كالنص على التسليم، والأصل أن التسليم شرط، والشرط لا يدخل في الماهية.

كما صرح التعريف بالملكية للطرف الأول، حين قال: اتفاق مالك، وعند تعرضه لمصطلح التسليم بدل التمليك فقال: "تسليم المنشأة" وهو تعبير أدق من تمليك المنشأة، لأن المشروع هو ملك للدولة، ابتداء وانتهاء، وألمح إلى أغراض المشروع، وهي إنشاء وإدارة وتسليم.

وذكر أن العوض وهو العائد من المشروع، كما ذكر معقولية العائد وهو نتيجة العقد والأصل أنه لا تذكر في الماهية.

وأشار التعريف إلى تحديد مدة الامتياز، وهي مدة معللة بتحقيق مقاصد معقولة، تراعي حق صاحب الامتياز، فقال: فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ويراد بمعقولية العائد في حقيقتها؛ المحافظة على حق المستخدمين.

كما أشار إلى ضرورة تقديم الصيانة، والتحديث المستمر، حتى يؤدي مقصده من الإنشاء والتسليم، فقال: صالحة للأداء المرجو منها.

واقترح تعريفًا لعقد البوت بأنه: هو عقد على بناء أرض مقابل عوض مقدر بتشغيل ما بناه مدة كافية لاستعادة رأس مال البناء وربح متفق عليه، وتسليمها على هيئة مخصوصة.

العقد: يدل على الطرفين؛ الأول الدولة أو من ينوب عنها، والثاني شركة المشروع.

حيث يقوم الطرف الأول بتسليم أرض للطرف الثاني لغرض البناء عليها، المبدل في عقد البوت بناء مشروع على أرض الطرف الأول.

البدل أو العوض عن البناء: هو حق التشغيل والصيانة مدة من الزمن كافية لاستعادة رأس مال البناء مع ربح، وتشغيله وصيانته مدة معقولة.

وتسليمها: أي أن الطرف الأول يستلم الأرض الذي سلمها ابتداء للطرف الثاني ليبني عليها، ويستعيدها ببنائها ومنشآتها التي شيدت عليها.

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، الدورة: التاسعة عشرة في إمارة الشارقة –دولة الإمارات العربية المتحدة– من 1 إلى 1430/5/5هـ، الموافق 26–2009/4/30م، قرار رقم: 182، (19/8).

على هيئة مخصوصة: أي قابلة لأداء أغراضها التي بنيت من أجلها، بموجب الشروط والمواصفات والمقاييس المتفق عليها سابقا.

ثانيًا: تسمية عقد البوت بهذا الاسم

ترجع تسمية عقد البوت (B.O.T) بهذا الاسم إلى المصطلح الانجليزي: Operate (Build Transfer)، ويعني بالعربية: البناء والتشغيل وإعادة تسليم، وتفصيلها في الآتي[1]:

Build: يعني بناء وتشييد مشروع ما.

Operate: تعني تشغيل أو إدارة المشروع الذي سابق بناؤه.

Transfer: إعادة تسليم، وليس نقل الملكية، لأنه ثابت في ملك الدولة مانحة الامتياز، وليس في ملكية المتعاقد على تنفيذ المشروع.

ويتم تسليم المشروع للدولة بعد تمام بنائه وإدارته وتشغيله واستعادة المقابل، وهذا ينسجم مع عقد الاستصناع حيث إنه بعد التنفيذ لا يحتاج لتمليك المصنوع بل لتسليمه[2].

وقد وردت إشكالات على هذه التسمية مفادها، أن التسمية الحقيقية هي التشييد والاستغلال والتسليم، ولكل فيما ذهب إليه مبرراته، أهمها[3]:

---

(1) التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص: لهاني صلاح سرى الدين، ط/1، 2001م، دار النهضة، ص: 44.

(2) عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د عبدالستار أبو غدة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة: التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص: 3.

(3) عقود التشييد والاستغلال والتسليم "B.O.T ": دراسة في إطار القانون الدولي الخاص: لمحمد الروبي، دار النهضة الربية، القاهرة، 2004م، ص: 17– 18، والنظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T " وتطبيقاته في الجزائر: لصبوع صهيب، أصل الكتاب رسالة ماجستير، من جامعة: الإخوة منتوري – قسطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تحت إشراف أ. د: زهية موسى، 2012م – 2013م، ص: 5–6، ومن ذلك: مصطلح التشييد أكثر دقة ودلالة على الواقع من كلمة البناء لأن دور شركة المشروع في هذه المرحلة لا يقتصر فقط على عملية البناء بل يتعداه إلى عملية دراسة الجدوى الاقتصادية والمالية والتسويقية والبيئية والفنية، فضلا عن تخطيط موقع المشروع وتجهيزه والقيام بالتصميمات الفنية والهندسية الضرورية وهوما يشتمل عليه معنى التشييد. فالتشييد هو مجموعة من العمليات المتكاملة التي تهدف إلى التجسيد الواقعي للمشروع وعملية البناء ليست إلا جزءا من تلك العمليات، ومصطلح الاستغلال أدق من كلمة التشغيل لأن استعمال مصطلح التشغيل حتى وإن كان ينطوي على جزء من الحقيقة على اعتبار أن الشركة المنفذة للمشروع تقوم فعلا بتشغيل المشروع، غير أن ذلك يغفل حقيقة كون شركة المشروع تحصل في إطار تشغيلها للمشروع على ما يدره هذا الأخير من دخل ناتج عن بيع الخدمة التي يؤديها المرفق سواء بصفة مباشرة لجمهور

مصطلح نقل الملكية، فهو في واقع الأمر يفتقر إلى الدقة؛ لأنه يفترض أن شركة المشروع تمتلك المرفق العام وهو ما لا يتفق مع الواقع، حيث إن شركة المشروع يحق لها فقط الانتفاع بالمشروع والذي يخولها حق استعمال المرفق العام واستغلاله والحصول على مقابل ذلك، فهي لا تتملكه أصلا، والملكية منعقدة للجهة الإدارية المتعاقدة من البداية، ولهذا فلا يمكن لشركة المشروع أن تنقل ملكية ما لا تملك، لذلك كان من التدقيق استعمال مصطلح التسليم، للتعبير عن المرحلة الأخيرة لهذه العقود.

أما ما يخص مصطلح التسليم فلا يدل في حقيقة الأمر على ملكية شركة المشروع للمرفق، ولعل ما يؤيد هذه الفكرة هو شيوع ارتباط المشاريع المنفذة –وفق هذا الأسلوب– بالبنية التحتية، فغالبا ما تكون هذه المشاريع ذات صلة بمرافق حيوية واستراتيجية، وعلى قدر من الحساسية مثل الموانئ والمطارات والطرق السريعة، والمنشاءات النفطية، ومحطات تحلية مياه البحر وغيرها، بحيث يصبح انتقال ملكتيها إلى الخواص، ... وعليه لا يتصور أن تؤول الملكية في المشاريع المنفذة وفق هذه الصيغة التعاقدية إلى غير الدولة كسلطة عامة ذات سيادة، وإنما يتم فقط اللجوء إلى القطاع الخاص بأسلوب استثنائي للاستفادة من الخبرات ونقل التكنولوجيا وتمويل هذه المشاريع[1].

ومما يثار في الواقع من إشكالات قانونية، تتعلق بحق الملكية على المشروع، والتي تنحصر في العناصر التي أوجدتها شركة المشروع مثل الآلات والأجهزة والمعدات المستعملة في تنفيذ المشروع، أما الاستغلال فلا يتم على أساس أن شركة المشروع مالكة للمشروع، بل يتم على أساس أن لها حق الانتفاع به، ويخول لها الحق في الحيازة التي ترتب استغلاله وليس تملكه، وعلى هذا الأساس فعبارة نقل الملكية غير دقيقة، على اعتبار أن صاحب

المنتفعين أو بصفة غير مباشرة إلى الإدارة العامة التي تتولى فيما بعد تزويد المنتفعين بتلك الخدمة، ومصطلح الاستغلال يجمل كافة عناصر المرحلة الثانية لهذه العقود، من تشغيل واستفادة من غلة المرفق موضوع العقد.

(1) عقود البوت "B.O.T " في القانون المقارن: لعبدالفتاح بيومي حجازي، دار الكتب القانونية، مصر –المحلة الكبرى– 2008م، ص: 44.

الملكية الحقيقي هو الدولة، وما ينتقل إلى شركة المشروع أثناء مرحلة الإنشاء والتشغيل، هو الحيازة والتي ترجع بدورها إلى الدولة عند نهاية المدة التعاقدية المتفق عليها[1].

فإن قلنا بنقل الملكية فقد يطرأ على العقد من الشروط والموانع ما يغيِّر حكمه الشرعي، وينافي مقاصد الشريعة، ويلحق من المبادئ ما ينقله من حكم إلى حكم، كبيع ما لا يملك، وتملك الجهة الصانعة للمصنوع، والاشتراط السابق الذي يقضي بإعادة تمليك العين المؤجرة، وأخذ أموال الناس بالباطل، وغيرها من الإشكالات الكفيلة بانتقال الحكم الشرعي من الحلال إلى الحرام.

ثالثًا: أطراف عقد البوت

هناك طرفان في العقد، الأول يتمثل بالدولة، والثاني الجهة أو الشركة المنفذة للمشروع.

الطرف الأول: الدولة في بلد المشروع ممثلة بالحكومة، أو من ينوب عنها، وهي المالك للمشروع حقيقة، مع كونها الجهة المالكة للأرض، فإليها تعود ملكية المشروع على جهة الإلزام.

ويعتبر الدعم من جانب الحكومة المضيفة عاملًا أساسيًّا للنجاح في تنفيذ مشاريع (B.O.T)، ذلك أنها ستكون هي المالكة للمرفق، فيتعيَّن عليها أن تشرف على التنفيذ، وقد تشارك، أو تساهم في الاستثمار، وضمانًا لمشاركة القطاع الخاص، فيتعين عليها أن توفر بيئة قانونيَّة وإقامة الأجهزة الإدارية لإصدار المرفقات والتراخيص للاستثمارات الخاصة الطويلة الأجل[2].

وتمثل الدولة هذا الطرف تمثيلا رائدا وأساسيًّا في العقد، مع كونها تتنازل عن حق الامتياز للمشروع، لصالح الملتزم لفترة من الزمن حتى يعود في نهايتها إلى الحكومة، ويلاحظ أن إسهامها لا يقتصر على إبرام العقد، وإنما يستمر في جميع مراحل المشروع من حيث متابعة عمل الطرف المنفذ، والإشراف عليه، ومدى التزامه بالتنفيذ وفق المواصفات والمقاييس المتفق

(1) عقود البوت "B.O.T " الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية للدولة: لعصام أحمد البهجى، دار الجامعة الجديدة، 2008م، ص: 19.

(2) الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "مذكرة من الأمانة": لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفقرة: 9، ص: 5.

عليها، كما تمارس مهاما رقابيًّا في حسن سير العمل، وإدارة المشروع وصيانته إلى زمن انتهاء مدة العقد[1].

وإذا كان تحديد الدولة على اعتبار أنها طرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية، لا يرتب أي مخاطر تذكر إذا قامت بنفسها عن طريق من يمثلها، ... بإبرام هذه العقود بوصفها شخصًا من أشخاص القانون العام، فإن المخاطر تترتب إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس الدولة ذاتها، وإنما هو جهاز تابع لها ويعمل لحسابها[2].

فيثبت من خلال هذا العقد أن للطرف الأول ممثلا بالدولة حقوقًا وعليه واجبات أهمها[3]:

– التزام الإدارة بتنفيذ العقد وفقًا لما تم الاتفاق عليه مع صاحب حق الامتياز، مع توافر مبدأ حسن النية، واحترام شروط العقد بقيامها بتنفيذ التزاماتها، وتسهيل إنشاء وإدارة المشروع بمجرد إبرام العقد، ومنها إصدار الترخيص والموافقات اللازمة واحترام المدد المقررة والمتفق عليها في العقد.

– حق الجهة مانحة الامتياز في الرقابة على أداء المشروع لخدماته؛ وفق ما تم الاتفاق عليه.

– حق جهة الإدارة في استرداد المشروع قبل انتهاء مدة العقد إذا أخل الملتزم بواجباته التي تم الاتفاق عليها وحقها في تعديل العقد أو توقيع جزاءات نظير هذا الإخلال.

– بالإضافة إلى الإشراف على جميع مراحل إنجاز المشروع إشرافًا دقيقًا، لكي ينشأ المشروع حسب متطلباته، وموافقًا للمواصفات التي اتفق عليها في العقد[4]، فهذا الإجراء يسهم في معرفة الخلل حال وقوعه، ويمكِّن من استدراكه أولًا بأول، فهو مصلحة الطرفين.

---

(1) عقد البوت دراسة للتنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية: لعارف صالح مخلف، وعلاء حسين علي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار – كلية القانون– الرمادي، العدد: الأول، ص: 17.

(2) العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية: حفيظة السيد الحداد، درا الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001م، ص: 37.

(3) عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د أبو غدة، ص: 8–9.

(4) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية: للقاضي محمد تقي الدين العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة: التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص: 12.

الطرف الثاني: شركة المشروع؛ تعتبر صاحبة الامتياز، فقبل إنشائها يتم تكوين اتحاد مالي بين المؤسسين من القطاع الخاص، ويكون هذا الاتحاد مسؤولا عن إعداد دراسة الجدوى للمشروع، وتقديم عرض لتنفيذه، وتكوين شركة المشروع، وتحصيل حصة رأس المال من كل المؤسسين، أما شركة المشروع فتقوم بعمليات الاقتراض وإبرام العقود مع الأطراف المعنية مثل الحكومة وشركات المقاولات وموردي المواد الأولية، وتعتبر هي المسؤولة عن سداد خدمة الدين أمام البنوك[1]، حيث يتعين عند الدعوة لتقديم العطاءات وضع قائمة بالموضوعات التي تمثل هيكل الثمن الذي سيتقاضاه صاحب الامتياز، واحتمال الزيادات في ذلك الثمن، والاعانات الحكوميَّة المقرر أو المتوقع منحها لصاحب الامتياز، والحقوق المقصودة التي سيتمتع بها صاحب الامتياز في تشغيل المشروع، ومدة الامتياز وإنهائه، ونقل صاحب الامتياز ملكية المشروع إلى الحكومة بعد إنهاء المدة[2]، أي تسليمه للدولة حال انتهاء المدة المحددة للتشغيل.

يمثل الطرف الثاني المستثمر، أو الجهة المنفذة للمشروع، ولا تنتقل إليه ملكية المشروع إلا انتقالا صوريًّا، فهو ملزم بإعادة التسليم للطرف الأول –صاحب الأرض– وهذا الطرف منفذ المشروع وفق عقد (B.O.T) له حقوق وعليه واجبات.

وبموجب مقتضى العقد بين الجهة المانحة بالإضافة إلى القواعد القانونية العامة المنظمة لذلك، وتتمثل هذه الحقوق والواجبات فيما يآتي[3]:

– الحصول على المقابل المالي لتنفيذ المشروع محل التعاقد وإدارته، وتقديم خدماته.

– يراعى في عقد البوت ضمان التوازن المالي للعقد وفقا للقانون المدني المصري، فإذا طرأت حوادث استثنائية عامة، وترتب على تنفيذ الالتزام التعاقدي إرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة أو يصبح التنفيذ مستحيلًا؛ جاز للقاضي –بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين– أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك[4].

---

(1) نظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T): المعهد العربي للتخطيط، الكويت– سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد: 5، 2004/11/30م، السنة: 2، ص: 4.

(2) الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "مذكرة من الأمانة": لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفقرة: 44، ص: 14، بتصرف.

(3) عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د أبو غدة، ص: 9.

(4) القانون المدني المصري رقم: 131، الصادر في 1948/7/27م، وفق آخر تعديلات:2018/1/31م، المادة: 147.

- عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموافقة الجهة مانحة الالتزام.
- الالتزام بتشغيل المشروع وتنفيذه وفق المواصفات المتفق عليها.
- الالتزام بإجراء الصيانة اللازمة للمشروع، وأيضًا نقل التكنولوجيا وتدريب العاملين.
- مراعاة القواعد الاساسية في تشغيل المشروع وإدارته، مثل مبدأ المساواة أمام المنتفعين بخدماته.

رابعًا: اعتبار جهة مستخدمين المشروع

المستخدمون ليسوا طرفا في العقد ولكن يحق لهم اللجوء إلى الجهة مانحة الامتياز أو القضاء في حالة اخلال الملتزم بواجباته، وإنما يستمتع مستخدمو المشروع بحقوق وتلزمهم في المقابل واجبات منها[1]:

- سداد المقابل المادي للانتفاع بالخدمة.
- عدم المغالاة في أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق تحت إدارة الملتزم، وأما قضية التسعير وتحديد تعريفه شراء خدمات المشروع؛ يتم الاتفاق عليها مع الجهة مانحة الالتزام من البداية، وتحديد مدى حرية الملتزم وحدوده في التسعير.
- أن يؤدي المشروع خدماته إلى المنتفعين حسب ما تنص عليها شروط العقد المبرم بينه وبين الجهة مانحة الالتزام، وطبيعة العمل المنوط به تنفيذه وما ينظمه من قوانين مع ضمان مبدأ المساواة بين المنتفعين.

وقد جاء في قانون الالتزامات والعقود المغربي: إذا منع المدين، بسبب قوة قاهرة، من تسليم ما وعد به، بغير تقصير منه ولاَ مطل كان للدائن الخيار بين فسخ العقد واسترداد ما عجله من ثمن، وبين الانتظار حتى السنة التالية، فإن وجد الشيء المبيع؛ وجب على المشتري تسلمه، ولا يبقى له الحق في فسخ العقد، ويسري الحكم نفسه إذا كان قد سبق للمشتري تسلم جزء من المبيع، على العكس من ذلك؛ إذا لم يوجد الشيء المبيع، طبق حكم الفقرة الأولى من هذا الفصل[2]، وقد جرى به العمل في سائر عقود شراء الخدمات.

---

(1) عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ.د أبو غدة، ص: 9-10.

(2) قانون الالتزامات والعقود المغربي، رقم: ظهير 9/9/ 1331هـ- 1913/8/12م، الفصل: 618، صيغة محينة بتاريخ: 2016/2/11م، وقالوا إجارة الصنعة وإجارة الخدمة تنقضيان بأمور منها:
أولا: بانتهاء الأجل المقرر أو بأداء الخدمة 226 أو الصنع الذي كان محلا للعقد.

الفرع الثاني: عقد البوت بين التخريج والتكييف

يأتي تخريج عقد البوت على صورة من صور الكراء عند المالكيَّة، خاصة حينما يمكن لتكييفه أن يتوسع حسب ما يصل إليه ويرتبط به من حقوق والتزامات متزايدة بسبب التطور السريع في الواقع وتجدد الوقائع.

أولًا: التخريج الفقهي على المذهب المالكي

يخرج هذا العقد على ما جاء في مدونات الفقه المالكي عندما تحدثوا عن التعمير والإصلاح والكراء واسترداد التكلفة.

فقد روي عن ابن القاسم، فيمن قال: أعطني عرصتك أبنيها بعشرة دنانير، أو بما دخل فيها، على أن أسكنها كذا وكذا سنة، أو قال: في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت[1]، فذلك جائز، وإن لم يسم، فلا خير فيه، ولا بأس أن يقول: ابني فيها بيوتا بصفة معروفة وذرع معروف، على أن لي نصف ذلك"[2].

قال ابن رشد: هذا مثل ما في رسم البز، من سماع ابن القاسم، من كتاب كراء الدور، وهو كما قال؛ لأنه إن سمى عدة ما يبنيها به، ولم يسم ما يكون عليه في كل سنة؛ كان كراء مجهولا، وإن سمى ما يكون عليه في كل سنة، ولم يسم ما يبنيها به، كان الكراء معلوما، وأمده مجهولا، وإذا سمى الوجهين كان كراء معلوما إلى أجل معلوم فجاز[3]، فيكون أخذ الأجرة من المستخدمين المنتفعين بالمشروع بمثابة السكن في العرصة مقابل بنائها والانتفاع بها، وهو يمثل قيمة البناء، واسترداد رأس مال المشروع، والأرباح المتوقعة منه بمثابة انتفاع ساكن العرصة مقابل بنائها.

ثانيا: بالفسخ المحكوم به من القاضي في الحالات التي يحددها القانون.

ثالثا: باستحالة التنفيذ الناشئة إما بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة وإما بسبب وفاة مؤجر الصنعة أو الخدمة، مع مراعاة ما يقضي به القانون من استثناءات بالنسبة إلى الحالة الأخيرة، ولا تنفسخ الإجارتان بموت السيد أو رب العمل، ينظر: قانون الالتزامات والعقود المغربي، رقم: ظهير 9/9/ 1331هـ – 1913/8/12م، الفصل: 773، صيغة محينة بتاريخ 2016/2/11م.

(1) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 461/8.

(2) النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ: لابن أبي زيد القيرواني، 33/7-34.

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 462/8.

ثانيًا: التكييف الفقهي لعقد البوت

تقوم الدولة –ممثلة بالحكومة– بدعوة الطرف الآخر سواء كان شخصًا أم شركة أو تحالف شركات، للقيام بتنفيذ مشروع خاص بالبنية التحتية، تتوخى من خلاله تلبية طموحاتها وخططها الاستراتيجية، وكل ذلك يعود للبلد بالنفع، بحيث يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ خلال مراحل مزمَّنة، ومتفق عليها، بموجب دراسة جدوى دقيقة.

وقد كيَّف الفقهاء عقد البوت بأنه استصناع، بحيث تقوم الدولة باستصناع مشروع ما، من صانع على أن ألا يملكه بعد اكتمال استصناعه، ويكون بدل الاستصناع هو الانتفاع بتشغيل المشروع مدة معلومة من الزمن، يتم خلالها استيفاء ثمن الاستصناع وربح معقول، بموجب حق الامتياز الذي تمنحة الدولة المستصنعة للصانع.

فيملك المستصنع الشيء المصنوع، وهو في ذمة الصانع، فيكون العقد استصناع بثمن يستوفى من الانتفاع المصنوع مدة تكفي لاسترداد ما دفعه الصانع[1].

وأما حق الامتياز فهو عطاء استحقاقات خاصة من قبل الحكومة[2]، ومفهومه هو منح الحكومة حقا للمعطى له، يحق له من خلاله أن يستفيد ببعض استحقاقات الحكومة، مثل فرض الرسوم على المستخدمين للمشروع والحصول عليها، وليس من الضروري أن يمنح حق الامتياز لجهة من أجل دخولها في عقد البناء والتشغيل، فمثلا قد تبني الدولة مشروعا وتعطي حق الامتياز بتشغيل المشروع لجهة ما مقابل مبلغ مقطوعا، ثم إن الجهة صاحبة الامتياز تقوم بتشغيل المشروع وتتقاضى رسوما من المستخدمين[3].

وحسب ما جاء في قرارات ندوة البركة، ومعايير هيئة المحاسبة والمراجعة، أن مستند عقد (B.O.T)، جعل مقابل الامتياز للمشروعات؛ الانتفاع بالمشروع قبل تسليمه، وهو ما تقرر

(1) قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي: لمجموعة دلة البركة، بشأن عقد الامتياز وتكييفه الشرعي، الدورة: الثالثة عشرة، –جدة– السعودية، 6–1417/9/7هـ– 15–1997/1/16م، قرار رقم: 2/13، ص: 20، وعقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د أبو غدة، ص: 10–12.

(2) ينظر: Black's Law Dictionary 5th Edition,: MA Henry Compbell Black West Publishing Co, St. Paul, Minn. 1979. p.262.

(3) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) من الناحية الشرعية: القاضي تقي الدين العثماني، ص: 10.

من جواز جعل ثمن الاستصناع منفعة المصنوع، لأن الثمن كما يكون مبلغًا نقديًا؛ يكون منفعة، ولو كانت منفعة المصنوع نفسه[1].

ومن ثمّ فهل يمكن الوقوف على صور مشابهة لهذا النوع من العقود والمعاملات المالية في مدونات التراث الفقهي؟

جاء في المدونة عن ابن القاسم، قلت: أرأيت إن استعرت أرضا من رجل على أن أبنيها وأسكنها عشر سنين ثم أخرج منها ويكون البنيان لرب الأرض[2]؟ مقابل الانتفاع بالسكنى عشر سنين.

قال الإمام مالك في الجواب: إن كان بيَّنَ البنيان ما هو وضرب الأجل فذلك جائز، لأن هذا من وجه الإجارة، وإن لم يكن البنيان ما هو فهذا لا يجوز لأنه غرر[3]، فجعل مناط الجواز العلم بالأوصاف وبيان ماهية البناء وتحديد المدة الزمنيَّة.

يلاحظ من خلال نص المدونة أن القبض كان عن طريق عقد الإعارة، وهو من عقود التبرعات، وهذا يؤيد ما أشرت إليه آنفًا؛ أن الإعادة تكون بالتسليم وليس بالتمليك، ويكون عوض البناء؛ الانتفاع مدة محددة، وأن ما يمنع هذا العقد أو علة المنع؛ الغرر.

جاء في النوادر والزيادات على المدونة وروي عن ابن القاسم أنه قال: وإن لم يسم، فلا خير فيه[4]، فيكون سبب ترتب الغرر هو حصول الجهالة بمدة الانتفاع، فإذا سُمّيت المدة انتفت الجهالة وارتفع الغرر، وإذا ارتفع الغرر جاز التعامل على هذا الوجه.

كما يلاحظ من خلال ما نقل عن ابن القاسم: "إن سمى عدة ما يبنيها به، وما يكون عليه في كل سنة، فذلك جائز، وإن لم يسم فلا خير فيه"[5]، أن الجواز وعدمه هو العلم بالأوصاف وبالمدد، فإن حصل بيان لأوصاف البناء والتشييد، وعُلمت مدة الانتفاع بالعين جاز، وإن حصل الجهل بالأوصاف أو بالمدد؛ حرم للغرر.

---

(1) قرارات وتوصيات ندوة البركة، بشأن عقد الامتياز وتكييفه الشرعي، قرار رقم: 2/13، ص: 20.

(2) المدونة: للإمام مالك، 450/4.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ: لابن أبي زيد القيرواني، 33/7-34.

(5) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 461/8.

وقد جاء في مصنف ابن أبي شيبة، قال: "كان محمد يكره أن يستأجر العرصة، فيبني فيها من أجرها"[1].

قال الإمام الشافعي: "وكل ما جاز لك أن تشتريه على الانفراد جاز لك أن تكتريه على الانفراد، والكراء بيع من البيوع، وكل ما لم يجز لك أن تشتريه على الانفراد لم يجز لك أن تكتريه على الانفراد، ولو أن رجلا اكترى من رجل أرضا بيضاء ليزرعها شجرا قائما على أن له الشجر وأرضه كان في الشجر ثم بالغ، أو غض، أو لم يكن فيه كان هذا كراء جائزا كما يكون بيعا جائزا، قال الربيع[2] يريد أن لصاحب الأرض البيضاء الشجر وأرض الشجر أي بعد انتهاء عقد الإجارة تنتقل ملكية الشجر إلى صاحب الأرض"[3].

وما ذكره الإمام الشافعي يختلف عما جاء عن المالكية، فإنه لم يشترط المدة ولا العلم بمقدار العوض أو أجرة الأرض.

ويكون من الضروري أن البناء معلوم الموصفات والمقاييس بكل دقة، وتحتسب تكلفته ومعدل الإهلاك السنوي له حتى يمكن تحديد مقدار الأجرة بدقة[4]، نافية للجهالة، ورافعة للغرر، ودافعة للخصومة.

ولذلك؛ إن كان هناك مانعٌ من إجراء هذا العقد فلعلة الغرر، وقد تحمل الكراهة على مظنة حصول المنازعة، ثم كان الأولى التعبير بإعادة التسليم لأن الملكية لم تنتقل إلى المكتري حتى نقول بنقلها، وإنما انتقلت ملكية المنفعة بالأرض مقابل بنائها أو زراعتها، وإن حصل مانع كطارئ أو جائحة حالت دون تحقيق الالتزام بمقتضى العقد في المدد فإن ذلك لا يعتبر غررًا ينقل الحكم من الحلال إلى الحرام، وإنما يوجب التصحيح، وذلك لأنه لا يد

---

(1) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يستأجر الدار وغيرها، رقم: 23111.

(2) الربيع بن سليمان بن عبد الجبار الْمُؤَذّن المرادي، قال الشافعي: الربيع راويتي، وهو الذي يروي كتبه، والثقة الثبت فيما يرويه، مات بمصر سنة سبعين ومائتين، طبقات الفقهاء: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت – لبنان، ط/1، 1970م، ص: 98، وطبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين السبكي، 131/2.

(3) الأم: للإمام الشافعي، 22/4-23.

(4) حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT): ناهد علي حسن السيد، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، الإمارت العربية المتحدة، ص: 26.

لصاحب الامتياز فيه كما في النماذج التطبيقية من الملحق عقود البوت والإجراءات المتخذة بسبب جائحة الفيروس التاجي (كوفيد 19).

المطلب الثاني: حكم عقد البوت وإشكالات ومبادئ تغيُّره

تكتنف عقد البوت مجموعة من الإشكالات، والمبادئ التي تؤول إلى تغيُّر حكمه الشرعي، وذلك كالحاجة العامة إلى التعامل به، ومعالجة الفساد في العقد بإعمال مبدأ التصحيح، ومراعاة مقصد المتعاقدين واعتبار مبدأ حسن النية.

الفرع الأول: إشكالات تغيُّر حكم عقد البوت

عندما أفتى مجمع الفقه الإسلامي بجواز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة[1]، بعد قبول المبدأ الشرعي في تكييف عقد البوت أنه صورة من صور عقد الاستصناع والمقاولة، ثمنه استخدام المصنوع قبل تسليمة للمستصنع[2]، لكن يتعاور هذا العقد إشكالان رئيسان، تجعل حكمه يتردد بين الجواز والمنع، وهما:

أ/ إشكاليَّة المدة

قد تكون المدة محددة وقد تكون مطلقة، فيترتب على إطلاقها اختلاف في العلاقة بين الحكومة –مانحة الامتياز– وشركة المشروع، ويظهر من خلال تحديد ثمن المشروع وتمكين المنشئ للمشروع من الانتفاع إلى أن يستكمل ذلك الثمن، دون الاكتفاء بمدة معينة؛ لأنها قد لا تكفي تلك المدة، فتكون العلاقة بين الدولة والمؤسسة شركة المشروع المصنعة علاقة إدارة، وعلاقة مقاصة[3]، حيث تتم المقاصة بين المبلغ المستحق ثمنا، وما يتم تحصيله من رسوم عن الاستخدام[4]، أي ثمن بيع الخدمة على المستهلك.

---

(1) مجمع الفقه الإسلامي الدولي: تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، الدورة: التاسعة عشرة في إمارة الشارقة –دولة الإمارات العربية المتحدة– من 1 إلى 5 /1430/5هـ، الموافق 26–2009/4/30م، قرار رقم: 182، (19/8).

(2) عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د أبو غدة، ص: 20.

(3) قال ابن عرفة: "مُتَارَكَةُ مَطْلُوبٍ بِمُمَاثِلِ صِنْفِ ما عليه لما له على طَالِبِهِ فيما ذُكِرَ عليهما"، شرح حدود ابن عرفة: للرصاع، ص: 301، وقيل: المقاصة بين شخصين: طرح كل واحد ما له على الاخر مما عليه له، معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– وقنيبي، ص: 451.

(4) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار عقود الامتياز، رقم: 22، ملحق ب، مستند الأحكام الشرعية، ص: 610.

فعندما يتم تحديد ثمن إقامة المشروع باستغلاله، فالعقد من قبيل الاستصناع بثمن يتمثل في الانتفاع بالمصنوع مدة معلومة قبل تسلمه إلى المستصنع[1].

وقد يتم تحديد ثمن إقامة المشروع بمبلغ مالي محدد، ويترك المشروع في حيازة صاحب الامتياز مدة محددة على سبيل التوثق لحقه في الحصول على الثمن من عوض منافع المشروع، مع حقه في المقاصة بين الثمن وعوض المنافع، فإذا حصل على الثمن قبل نهاية المدة؛ رد المشروع لمالكه، وألغاء حق الامتياز، وإن لم يحصل على الثمن في هذه المدة بقي حق التوثق حتى يستوفي الثمن[2]، وهذا يختلف من بلد إلى آخر حسب البنية القانونية المنظمة.

جاء في مذكرة الأمم المتحدة أنه لا تتساوى القوانين الوطنية في قبولها لإمكانية تمديد الامتياز بعد انتهاء مدته، فبعض القوانين لا يجيز التمديد إلا إذا كان الاتفاق الخاص بالمشروع يسمح صراحة، وفي ظروف محددة، وأخرى تجيز عمومًا للحكومة الموافقة على تمديد فترة الامتياز شريطة ألا يكون صاحب الامتياز قد أخل بأي التزام من التزاماته الرئيسة[3].

من أجل ذلك؛ يلزم الطرفين تحديد ثمن إقامة المشروع بمدة تشغيلية كافية لاستيفاء رأس مال البناء ابتداء، فإن لم يتم استيفاء المدة فلا يعني البقاء عليها بل لابد أن يتفق على تمديدها، كما جاء في ملحق عقود البوت[4]، فلو تم الاستيفاء قبل نهاية المدة؛ فإنه يتم الاتفاق على إنهائها، وذلك لما يترتب على الاطلاق من الآثار المفضية إلى إلحاق الضرر بأحد طرفي العقد، كما قد تحصل ظروف طارئة واستثنائية أو قوة قاهرة تمنع التشغيل كما هو الشأن في جائحة الفيروس التاجي (كوفيد 19).

وقد تضمنت الإجراءات[5] المتخذة جهودًا مضافة لم تكن في العقد، وكما تضمنت إدخال تعديلات مهمة في المشروع كالبوابات الإلكترونية، وإصدار بطاقات صعود الطائرة المشتركة،

---

(1) عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د أبو غدة، ص: 18.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "مذكرة من الأمانة": لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفقرة: 78، ص: 22.

(4) ينظر: النموذج: (1) آخر البحث.

(5) ينظر: ملحق عقود البوت، النماذج: (3)، و(4) و(6) المبينة في آخر البحث.

وأجهزة المسح الضوئي للوثائق، وأجهزة المسح الذاتي للحقائب، وكل ذلك حصل بسبب الجائحة واقتضته مصلحة حفظ النفوس من الهلاك، كالحاجة إلى إحداث تغييِّر وتحديث للنظام الرقمي للمراسلات والمعاملات عوض النظام الورقي، وتكثيف أعمال النظافة، وتوفير الكمامات ومواد التعقيم اللازمة للحد من انتشار الفيروس.

وقد تضمن التعميم تقييد التنقلات وإيقاف الانتداب إلى الدول التي صنفت أنها موبوءة، ثم لحقها إجراءات أخرى قضت بتعليق حركة الملاحة الجويَّة والبحرية الدولية والمحلية[1]، مما أدى إلى تعطيل كثير من المصالح وشل حركة التشغيل، وهذا الإجراء يعرقل سريان العقد في المدة المتفق عليها لكنه لم يتسبب به طرف من أطراف العقد، ويعتبر سببًا خارجًا عن إرادة المتعاقدين، فيكون مناطًا يحصل به تغيُّر الحكم.

ب/ إشكالية اعتبار ثمن الاستصناع منفعة المستصنَع

يواجه من يقول بجواز عقد البوت، إشكالية كون ثمن الاستصناع منفعة المستصنَع، ووجه الاستشكال هو هل ينتفع الأجير بعمله إذا كانت الأجرة لا تحصل إلا بفعل الأجير؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول قول المانعين: ذهب الحنفية[2]، والشافعية[3]، ورواية للحنابلة[4]، إلى القول بمنع انتفاع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع به لم يجز؛ لأنه حينئذ يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الأجر.

وعليه يخَرَّج ما إذا استأجر رجلًا ليطحن له قفيزًا من حنطة بربع من دقيقها، أو ليعصر له قفيزا من سمسم بجزء معلوم من دهنه، أنه لا يجوز؛ لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه، وكذلك لو دفع إلى حائك غزلًا لينسجه بالنصف فالإجارة فاسدة؛ لأن الحائك ينتفع بعمله وهو الحياكة، فتكون إجارة فاسدة[5]، لأنها بجزء من عمله وبهذا يخَرَّج القول بمنع عقد البوت.

---

(1) ينظر: الملحق السابق، النماذج: (2)، و(5)، و(7)، و(8).

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 192/4.

(3) فتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 213/12، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 176/5.

(4) المغني: لابن قدامة، 9/5.

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 192/4.

وأما ما ذهبت إليه الشافعية إلى أنه لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئا يحصل بعمل الأجنبي، كما لو استأجر السلاخ ليسلخ الشاة بجلدها، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها، أو بصاع منه، أو بالنخالة، أو المرضعة بجزء من الرقيق المرتضع بعد الفطام، أو قاطف الثمار بجزء من الثمار بعد القطاف أو النساج لينسج الثوب بنصفه فكل هذا فاسد، وللأجير أجرة مثله[1]، ووافقهم الحنابلة على ذلك، وعلة المنع؛ أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله، فيصير الطحن مستحقا له عليه[2].

دليهم: استدل القائلون بالمنع بما روي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله -ﷺ- «نهى عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ، وَعَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ»[3].

ووجه الدلالة: أن الاستئجار لا يكون بما ليس عند المستأجر يوم يستأجر، كما لا يكون الابتياع بما ليس عند المبتاع يوم يبيع، وبما ليس عند المبتاع يوم يبتاع من الأشياء التي ليست عنده مما ليس معناها معنى الأثمان كالدراهم وكالدنانير، وكما سواها من ذوات الأمثال التي قد تكون دينا في الذمم[4]، وبذلك يكونوا قد عللوا التحريم بجهالة الأجرة، فإنَّ الجواز يكون مخرَّجا على حصول العلم بالأوصاف والمقادير النافي للجهل.

وجاء في شرح السنة: ولو استأجر أجيرًا ليتعهد نخيله على أن له ثمرة نخلة بعينها، فإن كان قبل خروج الثمرة لا يجوز، كما لا يجوز بيع المعدوم، وإن كان بعد خروج الثمرة، يجوز، ثم إن كان قبل بدو الصلاح، فلا يجوز إلا بشرط القطع، إلا أن يشترط معه النخلة، كما في البيع، وإن استأجره على جزء شائع من الثمر، ثلث وربع، فإن كان بعد بدو الصلاح في الثمار، يجوز، وإن كان قبله؛ لا يجوز، كما لا يجوز بيعه، لأنه لابد من شرط القطع في بيع الثمار قبل بدو الصلاح، ولا يمكن قطع الجزء الشائع إلا بقطع الكل، أما المساقاة، فلا تصح إلا قبل خروج الثمار، فيكون للعامل جزء مما يحصل بعد عمله، كما في المضاربة يكون

(1) فتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 213/12، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 176/5.

(2) المغني: لابن قدامة، 9/5.

(3) سنن الدارقطني، كتاب: البيوع، رقم: 2985، ومعرفة السنن والآثار: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي – باكستان، ط/1، 1412هـ- 1991م، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الغرر وثمن عسب الفحل، رقم: 11444.

(4) شرح مشكل الآثار: لأبي جعفر الطحاوي، باب: بيان مشكل ما روي عنه ﷺ من نهيه عن قفيز الطحان، رقم: 711.

للعامل جزء مما يحصل من الربح بعد عمله، وقد جاء في الحديث «النهي عن قفيز الطحان»[1]، ومعناه أن يقول: اطحن هذا بكذا وزيادة قفيز من الطحين نفسه، فذلك غير جائز[2]، فيكون كل ما جاز ثمنا في بيع أو جاز بيعه؛ جاز أن يكون أجرة في الإجارة.

وإذا عمل الجزار عملًا استحق الأجرة على عمله، فإذا دفع له منها شيئًا كان ذلك عوضًا على فعله، وهو بيع ذلك الجزء منها بالمنفعة التي عملها وهي الجزر[3]، فقد اضطربت العلة عندهم فتارة يعللون بكونها أخذ أجرة من عمل الأجير فيكون كمن يعمل لنفسه، وأخرى كونها بيع جزء من العين بالمنفعة الغائبة فيكون من قبيل بيع المعدوم.

القول الثاني قول المجيزين: ذهب الإمام مالك إلى جواز أن يكون ثمن الاستصناع منفعة، لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا[4]، فحصل العلم بالأجرة بتحديد مقدارها.

وعللوا حكم المنع؛ بالجهالة، قال الدردير: وجاز صاع دقيق يدفعه رب القمح ونحوه لمن يطحنه له منه أو من غيره في نظير طحنه أو صاع من زيت يدفعه رب الزيتون لمن يعصره له أجرة لعصره لم يختلف، أي إذا لم يختلف كل من الحب أو الزيتون في الخروج، فإن اختلف؛ بأن كان تارة يخرج منه الدقيق أو الزيت وتارة لا، منع للجهالة فإن شك في الخروج حمل في الزيتون ونحوه كبذر السمسم على عدم الخروج فيمنع، وفي الحنطة ونحوها على الخروج فيجوز[5].

(1) سنن الدارقطني، كتاب: البيوع، رقم: 2985، ومعرفة السنن والآثار: للبيهقي، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الغرر وثمن عسب الفحل، رقم: 11444.

(2) شرح السنة: للبغوي، باب الإجارة وجواز إجارة الأراضي، كتاب البيوع، رقم: 2184.

(3) الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، تحقيق: عبد العزيز بن أحمد بن محمد المشيقح، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1417هـ- 1997م، 289/6.

(4) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لابن رشد، 10/4.

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 9/4.

وممن قال بجواز هذه الإجارة من الحنفية؛ محمد بن سلمة[1]، ونصر بن يحيى[2]، وهما من فقهاء بلخ[3].

وجاء في رواية للإمام أحمد: لا بأس أن يحصد الزرع، ويصرم النخل، بسدس ما يخرج منه، وهو أحب إليَّ من المقاطعة، إنما جاز هاهنا؛ لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم، ومن علم شيئا علم جزأه المشاع، فيكون أجرا معلوما[4].

يتضح من هذا؛ أنه لمَّا كانت أجرة الأجير بعض معموله أجرًا لعمله؛ صار الطحن مستحقا له وعليه، ولأن الباقي بعد القفيز مطحونا لا يدرى كم هو فتكون المنفعة مجهولة[5]، فلا تصح للجهالة، فإن ارتفعت بالتعيين، كما لو استأجره بجزء مشاع منه كسدسه يصح[6]، وهو ما رجحه ابن قدامة، وهذا موافق لما ذهب إليه المالكية وفقهاء بلخ من الحنفية.

وتكون الإجابة على ما استدل به الفريق الأول من عدة وجوه:

الوجه الأول: نسلم أن مقدار القفيز مجهولا، أو أنه كان الاستئجار على طحن صبرة بقفيز منها بعد طحنها، وهو فاسد[7] للجهل به، لكنه يصح بحصول العلم بالأوصاف.

الوجه الثاني: إنما يحمل القفيز على ما يبقى بعد الطحن وبعد إعطاء الأجرة –غالبًا– قال ابن عرفة: أخذ الدقيق الذي يسقط في الحفيز غلبة حين رفع الظرف لامتلائه[8]، وأمَّا

(1) محمد بن سلمة الفقيه أبو عبد الله تفقه على أبي سليمان الجوزجاني تفقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإيسكاف مات سنة ثمان وسبعين ومائتين، ذكره الخاصي ونسبه فى القنية إلى بلخ وتفقه أيضا على شداد بن حكيم روى عن زفر قال يعقوب أفقه من قال وهو شيخ أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لأبي محمد محيي الدين الحنفي، 162/3-163.

(2) نصير بن يحيى وقيل نصر البلخي تفقه على أبي سليمان الجوزجاني عن محمد روى عنه أبو عتاب البلخي مات سنة ثمان وستين ومائتين رحمه الله تعالى، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لأبي محمد محيي الدين الحنفي، رقم: 619، 546/3.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 192/4.

(4) المغني: لابن قدامة، 367/5.

(5) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: للبهوتى، 246/2.

(6) المصدر السابق نفسه.

(7) نيل الأوطار: للشوكاني، 350/5.

(8) المختصر الفقهي: لابن عرف، 303/5.

وجه المنع فهو الاحتياط "خشية الذريعة لتعمده"[1]، وأن تمتد اليد إلى غيره فيكون من أكل أموال الناس بالباطل، فيؤول أخذ القفيز إلى أخذ غيره، فمنعوا ذلك سدا للذريعة، فيكون استدلالهم بقفيز الطحان استدلالًا خارجًا عن محل الخلاف، ويكون النهي عن القفيز هو نهي عن أخذ الباقي بعد الطحن، واستيفاء الأجرة، وهو خارج عن مسألتنا.

الوجه الثالث: ما جاء عند فقهاء حنفية بلخ أنهم كانوا يفتون بجواز هذه الإجارة في الثياب لتعامل أهل بلدهم بها، والتعامل حجة يترك به القياس، ويخص به الأثر، وتجويز هذه الإجارة في الثياب والتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان، لأن النص ورد في قفيز الطحان لا في الحايك، إلا أن الحايك نظيره، فيكون واردًا فيه دلالة، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحايك وعملنا بالنص في قفيز الطحان كان تخصيصًا لا تركًا أصلًا، وتخصيص النص بالتعامل جائز، ألا ترى أنا جوزنا الاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده، وإنه منهي عنه، ولكن قيل: وتجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا بالنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان؛ لا ترك للنص أصلًا، لأنا عملنا بالنص في غير الاستصناع، قالوا: وهذا بخلاف ما لو تعامل أهل بلدة قفيز الطحان؛ فإنه لا يجوز، ولا تكون معاملتهم معتبرة، لأنا لو اعتبرنا معاملاتهم كان تركا للنص أصلًا، لأنه متى انفسخ النص مما ورد فيه لا يجوز العمل بدلالته في غير ما ورد فيه فيكون تركًا للنص أصلًا، وبالعامل لا يجوز ترك النص أصلًا، وإنما يجوز تخصيصه، ولكن مشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص، لأن ذلك تعامل أهل بلدة إن كان يجوز التخصيص فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص؛ فلا يثبت التخصيص بالشك، بخلاف الاستصناع، فإنه وجد التعامل فيه في البلاد كلها[2]، لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة، فلا يخصص به الأثر، لأن ترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص، لهذا نقل في موضع آخر: فقد جوزنا بعض العقود للعرف، وإن كان القياس يأباه[3].

والحاصل أن العرف العام لا يعتبر إذا لزم منه ترك المنصوص، وإنما يعتبر إذا لزم منه تخصيص النص والعرف الخاص لا يعتبر في الموضعين، وإنما يعتبر في حق أهله فقط إذا

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة: لابن مَازَةَ البخاري الحنفي، 474/7.

(3) المبسوط: للسرخسي، 36/23- 37.

لم يلزم منه ترك النص ولا تخصيصه[1]، ولذلك لا تكون علة المنع كون الأجرة من عمل الأجير، ولا يصح التعليل بها، لأنها لا تنضبط، وقد أجاز حنفية بلخ أخذ الأجرة من النسج واستدلوا لذلك بالعرف والعمل، وجريان التعامل والتعارف إنما يكون لداعي الحاجة العامة، والحاجة إذا عمت قامت مقام الضرورة الخاصة، وهذا مما يترك به القياس، وعليه تأسست مبادئ تغيُّر الحكم الشرعي عند تنزيل عقد البوت.

الفرع الثاني: مبادئ تغيُّر الحكم الشرعي في عقد البوت

تترتب على عقد البوت آثار ومناطات من شأنها أن تغيِّر حكمه، والتي يمكن التعبير عنها بمبادئ تغيُّر الحكم الشرعي، وأهمها:

أولًا: مبدأ مسيس الحاجة إلى التعامل بعقد البوت

يأتي الحديث عن مبدأ التعامل وجريان العمل، واستبداد العرف بمقتضى عقد البوت من حاجة الناس إليه، ذلك لأن مسألة الحاجة تعتبر من المسائل المبنية على العرف والعادة والضرورة وعموم البلوى، فالإقدام عليها لا يخالف النص.

وإن مما ذهب إليه الحنفية من جواز المعاملات للحاجة، إنما يرجع لضابط ما جرى التعامل به استحسانًا، سواء في الشروط أم الأوصاف[2].

فيظهر اعتبار العرف في المكان، أو الزمان الذي اشـــتهر فيه، ولا يشـــترط لاعتبار العرف كونه حادثًا أو قديمًا، فلا يلزم أن يكون من عهد الصحابة، فإن تغيَّر العرف مرة بعد مرة، وحدث عرف آخر، لم يكن في الزمن الأول فإنه يســـوغ للمفتي اتباع ألفاظ عرفه الحادث، فإذا جاز في النســـج جاز في غيره، وليس هناك ما يمنع الجواز في كل ما يحدث من أجرة بفعل الأجير[3]، مما يقتضي تغيُّر الحكم الشرعي الذي أساسه على عرف سابق، فيتغيَّر بالعرف الجديد.

---

(1) شرح منظومة عقود رسم المفتي: السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين (المتوفى: 1252هـ)، مركز توعية الفقه الإسلامي، حيدرأباد- الهند- ط/2، 1422هـ- 2000م، ص: 43.

(2) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 131/4.

(3) شرح منظومة عقود رسم المفتي: لابن عابدين، ص: 43.

ولا يراد بالعمل بعقد البوت –وفق هذا المبدأ– ترك النص وتعطيله، وإنما يكون العمل به واردًا في النص دلالة، ما يعني تخصيص النص، لتغيُّر الزمان والعرف، وللحاجة العامة التي نزلت منزلة الضرورة.

ثانيًا: مبدأ التسعير

يعد من بين الآثار التي تترتب على عقد البوت؛ حرص الجهة المنفذة على حصول أعلى معدل من الربح، وليس أمامها إلا رفع قيمة الخدمات والمنافع على جمهور المستخدمين، من أجل ذلك؛ تضطر الجهة مانحة الامتياز أو الدولة لاتخاذ التدابير والإجراءات الوقائية لحماية حق المستخدمين ومنع حصول هذا الخطر، وذلك للمحافظة على استقرار السوق.

فقد تتخذ الحكومة مبدأ إعادة التسعير للغرض نفسه وهو "معالجة الربحية العالية فتقوم بتجديد أسعار الخدمة"[1]، وفقا للسعر العالمي وحسب الاتفاق.

غير أن بعض القوانين تضع نظاما للرقابة على الأسعار التي يفترضها صاحب الامتياز، ويتم ذلك إما من خلال قيام الحكومة أو الهيئة التنظيميَّة بتحديد الأسعار أو قيام صاحب الامتياز بتحديدها حسب الموافقة المسبقة مع الحكومة[2].

وتخضع الرقابة الحكوميَّة على الأسعار غالبًا لمبدأ المعقولية أو القيمة العادلة، أو المعتدلة، وقد تخضع لشرط استرداد القيمة الاستثماريَّة، وتغطية التكاليف وربحيَّة معقولة، وأحيانا حسب ما يقتضيه التوازن الاقتصادي والمالي للعقد، فقد يخفض السعر، وقد يخضع لتحديث دوري، وقد يشترط معاملة خاصة وثمن خاص لفئة من الفئات أو موظفي قطاع معين، وقد يزاد بثمن خدمة على أن يخفض ثمن خدمة أخرى، أو قد تتدخل الحكومة في تخفيض الأسعار المتفق عليها في العقد على أن تقوم بتغطية فارق السعرين[3].

ولا تستمد الدولة أو الحكومة صلاحياتها في تعديل الثمن –وفق هذا المبدأ– من باب كونها طرفًا في العقد، وإنما من باب إناطة حق حماية المصالح العامة بها، كما هو واضح

(1) عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د أبو غدة، ص: 11.

(2) الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "مذكرة من الأمانة": لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفقرة: 64، ص: 19.

(3) المرجع السابق، الفقرة: 65–66، ص: 19، بتصرف.

من خلال ملحق النماذج باستثناء نموذج: (7)، ونموذج: (8)، وهو ما يقتضيه مقام الحاكمية، لأن الحاكم يجب عليه حفظ مصالح الخلق وفق مراد الحق.

ثالثًا: مبدأ التصحيح

إن حصل التعاقد بالبوت وتم العقد على عوض يحصل بعمل الأجير، أي بعمل شركة المشروع، فلا بد من إعمال مبدأ التصحيح بعد الوقوع والذي يعدُّ بمثابة حل إجرائي لرافع الضرر النازل بالأجير بعد تلبسه بالعمل واستحقاقه العوض وإن خالف القواعد.

وذلك متى اعتبرنا مبدأ التصحيح على رأي الشافعية الذي يقضي بوجوب أجرة المثل عند فساد العقد، كما قالوا: فكل هذا فاسد، وللأجير أجرة مثله[1]، يكون دفع أجرة المثل تصحيحا للحكم، وترميما للعلاقة التعاقدية، ولا يعمل بهذا المبدأ تأسيسا، إنما يكون مخرجا عند الفساد.

رابعًا: مبدأ حسن النية

لا يكتمل القول بجواز عقد البوت بمجرد رفع الجهالة، وزوال الغرر، وحصول العلم بالأوصاف والمقادير؛ ما لم يتمتع العاقد بحسن النية، وسلامة القصد، لذا تلتزم الإدارة ممثلة بالطرف الأول بتنفيذ العقد بموجب ما تم الاتفاق عليه مع صاحب حق الامتياز، على أن يتوفر مبدأ حسن النية، واحترام شروط العقد عند القيام بتنفيذ الالتزام، وتسهيل قيام الطرف الثاني بإنشاء وإدارة المشروع بمجرد إبرام العقد، ومنها إصدار التراخيص، والمرفقات القانونية اللازمة، واحترام المُدد المقررة والمتفق عليها في العقد، ويعتبر مبدأ حسن النية محقق بمجرد انتفاء قصد الإضرار، وامتناع حصول الضرر، وارتفاع دواعيه، والابتعاد عن سلوك مساعيه.

ولا يكف اعتبار هذا المبدأ حتى يضم إليه وضوح اللفظ وسلامة العبارة، ذلك «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى»[2].

كما يعتبر مبدأ حسن النية صفة لازمة لكل عقد من عقود التراضي، بمعنى أن كل طرف من المتعاقدين يجب أن يقف مع الطرف الآخر موقفا أساسه الإخلاص والأمانة والصدق[3].

(1) فتح العزيز بشرح الوجيز: للرافعي، 213/12، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 176/5.

(2) صحيح البخاري، كتاب: بدء الوحي، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول اللهﷺ؟ رقم: 1.

(3) التأمين: مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، أعمال الدورة الرابعة، وبناء على المادة: 7، العدد: 9، ص: 39.

وإنما يكون عقد البوت من أكثر العقود احتياجا لمبدأ حسن النية، لأنه عقد ربحي يقصد به الربح، ولأنه عقد تكتنفه مخاطر متعلقة بمحل العقد، ومقدار العمل ومدة الإنجاز، بل باستهدافه استرداد رأس المال والربح المتوافق عليه مسبقا يعد خطرًا، إذ هو يعتمد في تقدير المخاطر على المعلومات التي يقدمها الخبراء وبموجب دراسة الجدوى.

والشأن نفسه حينما تعتبر شركة المشروع المنفذة للعقد هي الجهة الوحيدة المدركة لمحل العقد حقيقة، وهي مصدر المعلومة، التي يتلقاها صاحب المشروع، خاصة مع افتراض جهله بالأصول الفنية والتقنية للمشروع، من هنا يشكل مبدأ حسن النية محورًا مهما وحقيقيًّا في تغيُّر الحكم الشرعي، وهو ما يستدعي ضرورة تفعيل مبدأ حسن النيَّة بين المتعاقدين، من خلال الوضوح والشفافية والصدق، وألا تخفى ولا تستر الأمور الجوهرية في العقد.

وتجتنب المخاطر التي قد تلحق أحد الطرفين بتفعيل مبدأ حُسن النيّة سواء من ناحية الحصول على المعلومة، أم من ناحية إصدار الترخيص والموافقات اللازمة، واحترام المدد المقررة والمتفق عليها في العقد، واستقصاء المعلومات الموثوقة، والابتعاد عن احتمال وقوع الخطر، فهو مبدأ وقائي يعزز الثقة، ويسد مكامن القصور في اللفظ، ويرجح بين احتمالات وتعدد أوجه الفهم.

دليله: قاعدة كل شيء سكت عنه الشارع فهو عفو، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسۡـَٔلُواْ عَنۡ أَشۡيَآءَ إِن تُبۡدَ لَكُمۡ تَسُؤۡكُمۡ﴾ [المائدة: 101]، فالسكوت الشرعي يحمل بين المتعاقدين على حسن النية وسلامة القصد.

قال الشاطبي: "إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر"[1]، فإذا تعلق العمل بالقصد؛ تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون[2].

أما الإخلاص؛ فلأن المكلف إذا لبى الأمر والنهي في السبب من غير نظر إلى ما سوى الأمر والنهي، وكان خارجا عن حظوظه، قائما بحقوق ربه، واقفا موقف العبودية، بخلاف

(1) الموافقات: للشاطبي، 7/3.

(2) المصدر السابق، 9/3.

ما إذا التفت إلى المسبب وراعاه؛ فإنه عند الالتفات إليه متوجه شطره، فصار توجهه إلى ربه بالسبب، بواسطة التوجه إلى المسبب، ولا شك في التفاوت ما بين الرتبتين في الإخلاص[1]، فالإخلاص في القصد؛ يعتبر المناط التكليفي الخاص في عموم التكاليف ويتعين في حق آحاد الأفراد أو المجموع، ولا يخل منه حكم.

يتضح مما سبق: أن على الدولة وجهاتها الإدارية أن تقوم بتنفيذ كافة البنود والنصوص الواردة في عقد البوت، وبحسن نية، كما يجب عليها أو على الشخص المعنوي العام الذي يمثلها في التعاقد القيام بما هو ضرورة، لكي تقوم شركة المشروع بتشييد المشروع وبنايته، ومن ثمّ تلتزم الدولة بتسليم موقع المشروع، خاليا لشركة المشروع حتى تتمكن من البدء في تنفيذ الأعمال في مواعدها المحددة، وعلى الشخص المعنوي العام الذي يمثل الدولة في التعاقد؛ تمكين الشركة من الوصول إلى الموقع وحيازته، حيازة هادئة تمكنها من تنفيذ التزاماتها والبدء في تنفيذ الأعمال المتفق عليها[2].

ويدخل هذا المبدأ في تنفيذ كل ما تم الاتفاق عليه، كأن تكون الأرض التي سيقام عليها المشروع ملك لأفراد، فعلى الدولة التفاوض معهم من أجل تسليم الأرض لشركة المشروع، وقد تكون الأرض ملك للدولة فعليها تخليتها لصالح شركة المشروع، وقد تلتزم الدولة بتسويق أو شراء الغلة ومنتجات المشروع، فعليها الوفاء، وبحسن نية.

خلاصة: إجمالي المبادئ والإشكالات تشكل منظومة من المتغيرات والمعايير التي تجعل الحكم الشرعي لعقد البوت يتغيَّر، وما يجول حولها من العلل والمناطات التي منها ما يصح متعلقا للحكم، ومنها ما لا يصح مناطا ولا علة، ومن جملة ما يغيِّر الحكم الشرعي؛ الأسباب والشروط التي تلحق الحكم فيثبت بثبوتها وينتفي بانتفائها.

ومما يؤدي إلى نجاح عقد البوت التعاقد على الصيانة، حيث تعقد الشركة عقدًا من الباطن مع طرف آخر؛ لصيانة المشروع، وتحقيق ضمان استمراريته.

(1) المصدر السابق، 346/1 -347.

(2) النظام القانوني لعقد البوت (BOT): لماهر محمد حامد، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق -فرع بنها -مصر، 2004م، ص: 297.

المبحث الثاني: دراسة تطبيقيَّة عقد الصيانة وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام

يستدعي الوقوف على عقد الصيانة ودراسته في ضوء نظريَّة تغيُّر الأحكام؛ كشف مناطاته، وتخريجه على ما ورد في المدونات الفقهيَّة، مع ما يستوجب ضرورة الرجوع إلى نصوص الشريعة والاستدلال بها والاهتداء بدلالتها، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: ماهية عقد الصيانة

يقتضي هذا المطلب الحديث عن الصيانة من حيث تعريفها والأسباب والمظاهر الداعية لها، وبيان الشروط اللازمة لتحققها، وأقسامها من حيث تعلقها بمالك المنفعة أو بمالك العين، ثم يتكامل لزومها مع اعتبار حال التقيد أو الإطلاق، وذلك في فرعين:

الفرع الأول: تعريف عقد الصيانة وأسبابه وشروطه

وقد تعرضت للحديث عن هذا الفرع في ثلاثة محاور، فعرفت بالصيانة في اللغة والاصطلاح، وبينت أهم أسباب الصيانة ومظاهرها، وشروط عقد الصيانة، وذلك على النحو الآتي:

أولًا: تعريف عقد الصيانة

– الصيانة في اللغة من صون، قال ابن فارس: الصاد والواو والنون أصل واحد، وَهُنَّ كَنٌّ وَحِفْظٌ، مِنْ ذَلِكَ صُنْتُ الشَّيْءَ أَصُونُهُ صَوْنًا وَصِيَانَةً[1] إذا حفظه.

وفي الاصطلاح: مجموعة الاعمال اللازمة لبقاء عين على الحالة التي تصلح فيها لأداء الاعمال المرادة منها[2] توجه هذا التعريف إلى أعمال الصيانة لا إلى طبيعة العقد، وحفظ الشيء مما يعرضه للنقص في الذات أو المقصد الذي وضع له.

وعرف مجمع الفقه الإسلامي الصيانة بأنها "عقد معاوضة يترتب عليه التزام طرف بفحص وإصلاح ما تحتاجه آلة أو أي شيء آخر، من إصلاحات دورية، أو طارئة، لمدة معلومة، في مقابل عوض معلوم، وقد يلتزم فيه الصائن بالعمل وحده، أو بالعمل والمواد"[3].

---

(1) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الصاد، باب: الصاد والواو وما يثلثهما، مادة: ص و ن.

(2) معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– وقنيبي، ص: 279.

(3) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة الحادي عشر بالمنامة –البحرين، 25–30 /1419/7/ هـ، 14–19 /1998/9/م، قرار رقم: 94 (11/6) بشأن عقد الصيانة، وقرار رقم: 189 (4/20)،

اشتمل التعريف على كون الصيانة معاوضة، وأنها إجارة، كما اشتمل على أنواع الصيانة: الدورية والتشغيلية.

ويمكن تعريف عقد الصيانة: بأنه عقد معاوضة على إصلاح آلة أو بناء أو حياة إنسان أو حيوان بعوض معلوم.

ويعتبر عقد الصيانة من عقود المعاوضات لا التبرعات، والمعقود عليه في الصيانة هو العمل المتمثل بإصلاح الآلات وصيانتها، كالمحركات والشركات والمصانع وعموم الأجهزة التي تخضع للجانب التقني وكذلك البنايات والبنية التحتية، وعموم المنشاءات الخاصة والعامة لضمان استمرارية أدائها.

فلم يسبق للفقهاء قديمًا تعريف الصيانة وإنما تعرضوا له من جوانب غير مباشرة، من ذلك ما جاء في صيانة الآلات ما قرر في باب المساقاة عند المالكية "وما هلك من الدواب والرقيق أو انكسر من الدواليب الزرانيق، فعلى رب المال خلفه وإصلاحه"[1]، وكل ما يتعلق بمصلحة الثمر مما لا يبقى بعد انصراف العامل[2]، فيصدق لفظ الإصلاح على الصيانة والترميم.

ومن المصطلحات التابعة لمصطلح الصيانة ما أطلق عليه الفقهاء بالرمَّة.

الرَّمة لغةً: من رَمَّ قال ابن فارس: الراء والميم أربعة أصول، أحدهما لَمُّ الشَّيْءِ وَإِصْلَاحُهُ، فَالرَّمُّ: إِصْلَاحُ الشَّيْءِ، تَقُولُ: رَمَمْتُهُ أَرُمُّهُ[3]، إذا أصلحته.

الرَّمة اصطلاحًا: مرمة العين إصلاح ما وهي [أي الواهي] من بنائها[4]، وما أوشك انهدامه، وما بلي وضعف من البناء، أو أخل بالآلات.

ومجلس المجمع بشأن استكمال موضوع عقود الصيانة، الدورة العشرين بوهران –الجزائر– خلال الفترة من 26 /10/ إلى 2 من /1433/11هـ، الموافق 13–18 /2012/9م، قرار رقم: 189 (4/20).

(1) التفريع في فقه الإمام مالك: لابن الجَلَّاب، 169/2.

(2) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ص: 1132.

(3) معجم مقاييس اللغة: لابن فارس، كتاب: الراء، باب الراء: وما معها في الثنائي والمطابق، مادة: ر م.

(4) شرح مختصر خليل: للخرشي، 47/7، ومن المصطلحات التجديد: من جدد الشيء إذا صيره جديدا إعادة الشيء بعد فترة، معجم لغة الفقهاء: لقلعجي– وقنيبي، ص: 121.

فتدل كل هذه التعاريف على أن للصيانة مقاصد، وهي حفظ الشيء من الهلاك، وما يؤدي لحفظ منافعة وثماره من النقصان والضياع، وترك الصيانة إفساد للمال، وذهاب لثمرته ومصالحه التي أمر الشارع الحكيم بحفظها، هي من مقاصد الشريعة الكبرى.

ثانيا: أسباب الصيانة ومظاهرها

تبذل الصيانة لصحة الإنسان وتحقيق مصالحه، وإقامة جسده، وكل ما يعود على نفسه بالحفظ، ولذلك نص قرار مجمع الفقه الإسلامي على: "الاهتمام بأعمال الصيانة الدورية للأجهزة الصحية من قبل الخبراء بتلك الأجهزة، لضمان سلامتها وكفايتها"[1].

ويمكن تصوير صيانة الإنسان؛ بأن يتعهد الصائن بمراقبة مستمرة أو منقطعة لحياة آدمي، كمتابعة تخلق الجنين في أرحام الأمهات، ومتابعة مراحل نموه حتى يأذن الله له بالخروج، وكذلك المراقبة الصحية للأمهات الحوامل حتى الولادة وخاصة المصابة منهن بمرض في الرحم، أو من تحمل جينات وراثية مغايرة للجينات الوراثية لزوجها، ويكون ذلك لمدة معلومة بعوض معلوم، أو بغير عوض كصيانة أطراف ذوي الاحتياجات الخاصة وعرباتهم، وقد يلتزم فيه الصائن أي الطبيب أو تقني بتقديم العمل وحده، أو بالعمل والعلاج المطلوب للصيانة.

وكما تكون الصيانة للإنسان فإنها تكون للآلات ولكل ما من شأنه حفظ المال؛ سواء تعلق بأعيان الأموال المحترمة، أم الحقوق المادية والمعنوية، أم ما يؤول إلى حفظها، وذلك لما كانت عرضة لأسباب التلف وتختلف عليها الآفات وتتعاورها الأزمان؛ دعت الشريعة إلى صيانتها وحفظها من عوامل الهلاك، وأسباب الفساد المختلفة، كاختلاف حالات الطقس بين الحرارة والبرودة وأشعة الشمس وهبوب الرياح وهطول الأمطار وتساقط الثلوج والرطوبة، ودخول عوامل التفاعلات للمركبات الكيمائية في المواد التي يظهر فيها علامات ضعف في أدائها، أو نقص في إنتاجها بمرور الزمن، كتآكل الحديد والأخشاب وتصلب المواد المرنة وأجزاء محرك وسائل النقل ودواليبها وفرشها، وتعرض العين المؤجرة لبعض أنواع القوارض والحشرات.

---

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية غير العمدية من منظور إسلامي، الدورة الثالثة والعشرين المنعقدة بالمدينة المنورة، خلال الفترة من: 19-23 /2/1440هـ، الموافق: 10/28/- 2018/11/1م، قرار رقم: 223(7/23).

ومما يستدعي الصيتنة إصلاح الخلل في بناء وصناعة العين المؤجرة كالخطأ في أساس بناء أو عيب صناعي للسيارة[1]، أو توقف الآلات عن العمل لمدة طويلة ما يؤدي إلى تساقط بعض أجزائها أو تلف بعضها، أو طول استعمال البرامج والتقنيات المرتبطة بالتكنولوجيا المعاصرة للعين المؤجرة والتي بحاجة إلى تحديث وتحيين وتشفير.

وكذلك قد تكون الصيانة لصحة الحيوان: كالقيام بمراقبة بيطريَّة للحيوانات والطيور والكشف عن مكونات الأغذية الطبيعة والمعالجة وراثيًا، وإجراء اللقاحات الخاصة، والقيام بالمعالجات، أو تقديم العلاجات، وكل متطلبات سلامة الإنتاج وتحقيق كميته، ومحاولة تطويره وزيادته.

وتدخل صيانة الحيوان ديانة من باب الرفق، وقد ينظر إليها من جهة التكسب وكون الحيوان مالًا يلزم تنميته وتثميره، فإن لم يفعل يجبر أو يؤمر –على حد قول ابن رشد– بالبيع أو الصيانة، أو ينوب الحاكم من غير قضاء، "فقد اتفق الفقهاء على وجوب الإنفاق على المملوك منه ديانة"[2]، واختلفوا هل يجبر عليها والصحيح أنه لا يجبر "إلا إذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك؛ لأن فيها تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال"[3]، والشريعة جاءت لحفظ المال من الهلاك، وهي رواية أبي يوسف، وبهذا الوصف يقضي بوجوب صيانة الحيوان.

وقد اهتم الفقهاء قديمًا وحديثًا بمسألة صيانة الأعيان المؤجرة وأبرزوا وجوهها في الفقه الإسلامي، وإن لم يكن ثمة نصوص مخصوصة، لكنها مستلهمة من روح الشريعة وجوهرها، وقواعدها العامة، ومقاصدها الكبرى، ولا يكون إلا بشروط.

(1) الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة: لمحمد سليمان الأشقر، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي المنعقدة بتأريخ: 6–8 /1414/11هـ – 27–29 /1993/4م، طبع ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس– الأردن– ط/1، 1418هـ –1998م، 1/4–5.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 40/4، ومختصر العلامة خليل، ص: 138، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 120/9، والكافي في فقه الإمام أحمد: لابن قدامة المقدسي، 250/3.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 40/4، بتصرف.

ثالثًا: شروط عقد الصيانة

يشترط في عقد الصيانة بيان ما يؤدي إلى تمييز طبيعة العمل، والعوض، والمواد وسائر مستلزمات الصيانة إذا كانت على الصائن، وقد وضع الفقهاء المعاصرون جملة من الشروط التي تلزم الصائن، وينبغي أن يتوفر عليها عقد الصيانة، وذلك على النحو الآتي:

– أن تعين الصيانة تعيينًا نافيًا للجهالة المؤدية إلى النزاع، وتبيين المواد إذا كانت على الصائن، وتحديد الأجرة في جميع الحالات[1].

– تحديد مدة لضمان عيوب التصنيع أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها الطرفان أو يجري بها العرف[2]، أو يلزم بها القانون.

– أن تتحمل المؤسسة نتيجة إبرامها عقد استصناع بصفتها صانعًا؛ تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنع العميل، ولا يحق لها أن تحول التزاماتها مع العميل إلى الصانع في عقد الاستصناع الموازي"[3]، وكذلك يقال في الوكالة: نفقات الصيانة والتأمين، ولا يجوز اشتراط ذلك على الوكيل[4].

فنلاحظ أن جميع الشروط راجعة إلى حصول العلم النافي للجهالة، فيكون العمل معلوما، والأجرة معلومة، والمدة الزمنية محددة، اعتبارًا لما قد يؤول إليه العقد من الضرر على المتعاقدين، ودليل ذلك سدّ الذريعة وكل ما يؤول إلى منع أسباب النزاع، ونفي الغرر والجهالة.

لكن قد يحصل ظرف طارئ يحول دون تحقيق الشروط، كما قد حصل بسبب جائحة الفيروس التاجي (كوفيد 19) والتعميمات بشأن الاجراءات الاحترازية للحد من انتشار الفيروس، كما في جميع نماذج ملحق عقد التوريد، والنماذج من (3)، إلى: (6) في ملحق

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقد الصيانة، الدورة الحادي عشر بالمنامة –البحرين، 25–30 /1419/7هـ، 14–1998/9/19م، قرار رقم: 103(11/6)، ومجلس المجمع بشأن استكمال موضوع عقود الصيانة، قرار رقم: 189 (4/20).

(2) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، بند: 7/1/3، ص: 300.

(3) المرجع السابق، بند: 3/7، ص: 307.

(4) المرجع السابق، معيار الوكالة وتصرفات الفضولي، رقم: 23، بند: 1/1/5، ص: 623–624.

عقود البوت والصيانة[1]، التي تبين سبب منع السفر وتأخر وصول البضائع والمواد اللازمة للصيانة، فإن هذا الظرف سبب قاهر لا يد لأحد المتعاقدين فيه، فلا يترتب عليه جزاء.

الفرع الثاني: أقسام الصيانة

ينظر لأقسام الصيانة من جهتين، الأولى من حيث تعلقها بالمنفعة أو بالعين، والثانية من حيث إطلاقها أو تقييدها، وتفصيل ذلك في الآتي:

أولًا: الصيانة من حيث تعلقها بالمنفعة أو بالعين

تنقسم الصيانة إلى صيانة متعلقة بالمنافع وتسمى التشغيلية، وصيانة متعلقة بالعين المصانة وتسمى الهيكلية.

أ/ الصيانة التشغيلية

وهي الصيانة المرتبطة بمنافع العين المصانة، وتختلف من حيث طبيعة النظر إليها، فإذا نظرنا إلى الأضرار التي لا يتم استدرار المنافع إلا بها –للصلة الوثيقة بالاستعمال– كونها احتياجات تشغيلية؛ فلا خلاف أنه يتحملها المستأجر، كالطاقة الكهربائية أو الزيت والبنزين اللازم لتشغيل الجهاز أو الآلة وتقديم خدمات النظافة للبنايات والمنشاءات وكالعلف للحيوان، وعادة ما تكون من مسؤولية مالك المنفعة.

فلو خرج المستأجر من البيت وفيه تراب أو رماد فعليه إخراجه، ولو أن مسيل ماء الحمام امتلأ فإنه يجب على المستأجر تفريغ ذلك ظاهرًا كان أو باطنًا، خلافا للبالوعة لأنه يترتب عليها نقض البناء وذلك من حق المكري[2]، استحسانا، والقياس أنه يجب على المكتري؛ لأن الشغل حصل من جهته، وجه الاستحسان أن المشغول بهذه الأشياء باطن الأرض فلا يمنع التسليم بعد انقضاء العقد[3]، بناء على ما جرى به العرف.

---

(1) تعميمات: الهيئة العامة للموانئ، المركز الإعلامي، https://mawani.gov.sa/ar-sa/eservices/pages/Circulars.aspx تحديث: 20: 2020/21م، 21:30:46، وقواعد التنفيذية لتنظيم المنطقة الخاصة:
https://gaca.gov.sa/scs/Satellite?c=GACA_Media_C&cid=1440409789142&pagename=GACA%2FGACA_Media_C%2FGACA_LinkDocument_PT، تحديث: 2021/1/2م، 02:53:07

(2) المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة: لابن مَازَةَ البخاري الحنفي، 532/7.

(3) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 80/6.

أما ما كان لاستيفاء المنافع، كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكتري، وأما التحسين وكل ما ليس فيه نقض ينتفع به مثل الجص والتزويق والتراب، فليس له فيه شيء، ولا يلزم واحدا منهما؛ لأن الانتفاع ممكن بدونه، وأما تنقية البالوعة والكنف، فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء، فعلى المكري؛ لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المكتري فعليه تفريغها[1]، وكل نقض لا ينتفع به فلا شيء فيه ولا يلزم صيانته.

وقد نصت المعايير أن على المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية العادية[2]، مثل تحديث برامج الأجهزة الذكية، وإزالة تراكمات الأتربة والزيت من محركات الآلات والمصانع وقوالب الإنتاج، كل ذلك على المستأجر؛ لأنها مما يستوفى بها المنافع.

ب/ الصيانة الهيكلية

تتعلق الصيانة الهيكلية بالعين المصانة وتتجه إلى الإسهام في العمر الطبيعي للعين ومدى قدرتها على الإنتاج، والعمل المستمر، وما لا يمكن حصول المنافع إلا بها فهي من مسؤولية مالك العين؛ لأنه بها يتمكن المستأجر من المنافع التي لابد أن يمكَّن منها.

فعلى المكري تقديم كل ما يتمكَّن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع، حيث يعتبر تسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فإن ضاعت بغير تفريط من المكتري، فعلى المكري بدلها؛ لأنها أمانة في يد المكتري، فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها، وتطيين سطحها وإصلاح بئر الماء والمخرج؛ على المالك، وكل ما لا يحصل التمكين إلا به فإن تلف شيء منه في يد المكتري لم يضمنه[3]، وللمالكية أن مالك الرقبة لا يجبر على إصلاحها سواء كان الذي يحتاج إلى الإصلاح يضر بالساكن أم لا، وسواء كان يمكن معه السكنى أم لا، وسواء حدث بعد عقد الكراء أم لا، وإن كان الهدم كثيرًا لم يلزم رب الدار إصلاح بإجماع[4]، ولكن يخير المكتري بين أن يسكن بجميع الأجرة أو يخرج، فإن أنفق المكتري من عنده شيئا في إصلاح العين المكتراة فإنه يحمل على التبرع[5]، وجاء في

(1) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 28/9، والمغني: لابن قدامة، 340/5.

(2) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الإجارة الإجارة المنتهية بالتمليك، رقم: 9، بند: 7/1/5، ص: 247.

(3) رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، 80/6، والمهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 253/2، والمغني: لابن قدامة، 340/5.

(4) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 28/9.

(5) شرح مختصر خليل: للخرشي، 52/7.

المعايير الشرعية المؤجر يتحمل تبعة الهلاك ما لم ينشأ بسبب تعدي المستأجر أو تقصيره، كما يتحمل ... مصروفات الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها وجود المنفعة[1]، كإدخال عداد الكهرباء والماء، وكل ما شأنه الإخلال بمصلحة السكنى ومنافع الإيجار؛ فإنها على مالك الأصل وهو رب العين، ويخير مالك المنفعة.

ولا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة[2]، لأن ذلك يؤول إلى الجهالة في الإجارة.

ثانيًا: صيانة العين المؤجرة من حيث التقييد والإطلاق

تنقسم الصيانة من حيث النظر إلى الشروط على قسمين؛ الصيانة المشروطة والصيانة المطلقة عن الشروط.

أ/ الصيانة المشروطة

يقصد بالصيانة المشروطة ما كانت مقيدة بالشروط، كالتنصيص في عقد الصيانة على أنها تلزم المؤجر أو تلزم المستأجر.

اشتراط الصيانة على المؤجر: أجمع الفقهاء على أن اشتراط الصيانة على المؤجر في العقد تلزمه من باب أولى، لما جاء في السنة النبوية «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»[3]، بل هي من وظيفة المؤجر، وتصير لازمة له في الكراء[4]، فصارت بمثابة الالزام يتناوله العقد.

اشتراط الصيانة على المستأجر: يشير مذهب الحنفية إلى أن الأصل على المؤجر أن يمكِّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، على الوجه الذي يحقق مقصود عقد الإيجار،

---

(1) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الضمانات، رقم: 5، بند: 3/2، ص: 130-131.

(2) المصدر السابق، معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، رقم: 9، بند: 7/1/5، ص: 247.

(3) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب: أجر السمسرة، معلقًا بصيغة الجزم "قال"، وسنن الترمذي، أبواب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله -ﷺ- في الصلح بين الناس، رقم: 1352، وقال: حسن صحيح، والسنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: الصداق، باب: الشروط في النكاح، رقم: 14432، وقال الألباني: حديث صحيح بمجموع طرقه، ينظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها: لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط/1، رقم: 2915.

(4) المبسوط: للسرخسي، 158/15، والبيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 16/9، وروضة الطالبين وعمدة المفتين: للنووي، 210/5، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى: للبهوتى، 262/2.

والمرجع في هذا إلى العرف، فإن اشترط المرمة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأن المرمة على الآجر، فهذا شرط مخالف لمقتضى العقد، ثم المشروط على المستأجر في عقد الإجارة دفع الأجرة، فإذا أضفنا إليها شرط الصيانة كانت الأجرة مجهولة القدر والجنس والصفة، وجهالة الأجرة تفسد الإجارة[1]، ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة طلاءات فالإجارة فاسدة؛ لأن النورة التي اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها في كل وقت، وضم المجهول إلى المعلوم يوجب جهالة الكل[2]، وكذلك عند المالكية ليس على المكتري صيانة ولا إصلاح "من أجل أن المكتري كالوكيل"[3]، وهو مذهب الشافعية "فلا تصح الإجارة لدار بالعمارة لها"[4]، وهو مذهب الحنابلة، فلأن العمارة لا تنضبط فيؤدي إلى جهالة الأجرة[5].

وتؤول هذه الأقوال كلها إلى الإجماع على أن للمستأجر تسليم العين المؤجرة على ما كانت عليه، ولا يضر ما نقص من منافع العين بالاستعمال العادي التي ينقص مثله، وأن اشتراط المجهول أو ما يؤدي إلى الجهالة لا يجوز في عقد الصيانة.

ب/ الصيانة المطلقة عن الشروط

اختلف الفقهاء في صيانة العين المؤجرة، إذا كان الإصلاح والصيانة مما يحول دون حصول المنفعة أو استيفائها، ولا يتم استيفاء مصلحة العقد إلا به، وذلك على مذاهب:

– **مذهب الحنفية:** ذهب الحنفية إلى القول بعدم وجوب الصيانة على المؤجر، ولا على المستأجر، وإن كان العقد في طبيعته يؤول إلى الفسخ، "لأن الإنسان لا يجبر على إصلاح ملكه، ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ"[6]، فحق الصيانة على المؤجر، ولا يجبر عليه إن رفض، وللمستأجر أن يفسخ العقد ويرد العين المؤجرة.

وإذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة فله الخيار؛ لأن العمارة وإصلاح الميزاب وما يلحقها من بناء على رب الدار؛ ولأن بها يتمكن المستأجر من سكنى الدار، وكذلك كل ما يضر تركها بالسكنى؛ لأن المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة،

(1) المبسوط: للسرخسي، 157/15.

(2) المصدر السابق، 159/15.

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: لابن رشد، 19/9.

(4) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 127/6

(5) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: للبهوتى، 262/2.

(6) المبسوط: للسرخسي، 144/15.

فإن أبى أن يفعل؛ فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه[1]، فكل ما أخل بصفة السلامة لزم المالك تبعته، ويحق للمستأجر الردّ لأجله.

أما إن علم بما فيها من العيوب وقت العقد ولم ينكر، وقد رآها فحينئذ هو راض بالعيب، فلا يردها لأجله[2]، ولا يعد ذلك العيب موجبا لفسخ العقد، ولا مانعا من ترتب آثاره.

– **مذهب المالكية:** ذهب المالكية إلى القول بأنه لا ينتقض الكراء بين المتكاريين إلا بانهدام جميع بنيانها، فإن انهدم بعض بنيانها، ففي ذلك تفصيل وتقسيم، وهو أن الهدم في الدار المكتراة له حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون يسيرا، فحكمها على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يكون لا مضرة فيه على الساكن ولا ينقص من قيمة كراء الدار شيئا كالشرفات ونحوها، فهذا لا خلاف فيه أن الكراء للمكتري لازم، ولا يحط عنه منه شيء[3].

الوجه الثاني: أن يكون لا مضرة فيه على الساكن إلا أنه ينقص من قيمة كراء الدار، فهذا يلزمه السكنى، ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكراء؛ إن لم يصلحه رب الدار، ولا يلزمه إصلاحه، فإن سكت وسكن لم يكن له شيء[4].

الوجه الثالث: أن يكون فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئا، اختلف المالكية في لزوم الإصلاح على رب الدار إلى قولين:

أحدهما قول ابن القاسم: إن رب الدار لا يلزمه الإصلاح إلا أن يشاء، فإن أبى كان المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء[5]، سواء تضرر المكتري أم لم يتضرر، أو أمكن معه استيفاء المصلحة أم لا، فإنه لا يلزم رب الدار شيء، وللمكتري الخيار بين إمضاء العقد وفسخه.

الثاني قول غيره: إن رب الدار يلزمه الإصلاح، فإن سكت وسكن لزمه جميع الكراء[6]، ولو أنفق المكتري شيئا من عنده حمل على التبرع، فإن انقضت المدة خير ربها في دفع

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 215/2.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) المصدر السابق نفسه.

قيمته منقوضا، أو أمره بنقضه؛ لأنه كالغاصب[1]، ولا يحق له الرجوع على رب الدار فيما أنفقه على العين المستأجرة من نفقه الصيانة والإصلاح.

الحالة الثانية: أن يلحق البناء أو العقار ضررًا كثيرا، يفقد شيئًا من المنافع، "إن كان الهدم كثيرا فلا يلزم رب الدار الإصلاح بإجماع[2]، أما أصل المنافع فباقية وقائمة، ففي هذه الحالة يخير المكتري بين البقاء أو الخروج، وترد له قيمة المنفعة، وإن أصلح رب الدار ما انهدم فيلزم المكتري البقاء وعدم الخروج.

– **مذهب الشافعية:** لم يختلف مذهب الشافعية عما ذهب إليه المالكية في أن للمكتري الخيار بين البقاء أو فسخ العقد والخروج من الدار، فلو أجَّر داره، فانكسرت فيها دعامة، أو انهدمت، أو خرب ميزاب، أو انغلق باب، فإصلاحه على المكري، ونعني بقولنا: إنه على المكري: أنه إن بادر المكري إلى إصلاحه: فلا خيار للمكتري، وإن لم يصلحه: فلا يجبر عليه؛ لكن يثبت للمكتري حق الفسخ؛ وكذلك: تطيين السطح وكسح الثلج، فإن فعله المكري؛ وإلا يثبت للمكتري حق الفسخ.

أما نصب باب جديد، أو إحداث ميزاب: فليس على المكري، إلا أن يخل بالانتفاع، فيكون كعيب بالدار، يثبت للمكتري الخيار[3]، في البقاء أو الخروج مع إرجاع أجرة باقي المدة، لنقص المنفعة.

– **مذهب الحنابلة:** وعلى المؤجر صيانة كل ما جرت به العادة من آلة المركوب، وترميم الدار بإصلاح المنكسر، وإقامة المائل وتطيين السطح وتنظيفه، وكل ما يتمكن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع، وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها، وعليه بناء حائط إن سقط، وإبدال خشبه إن انكسر، وعليه تبليط الحمام، وعمل الأبواب ومجرى الماء؛ لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع[4].

وخلاصة ذلك على ثلاثة أوجه؛ ما كان للتمكين فعلى المكري، وما كان للاستيفاء فعلى المكتري، وما كان من باب التحسين فلا يلزم أحدًا.

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 54/4.

(2) المقدمات الممهدات: لابن رشد، 215/2–216.

(3) التهذيب في فقه الإمام الشافعي: للبغوي، 456/4.

(4) المغني: لابن قدامة، 340/5.

يتضح مما سبق: أن الصيانة قد تكون تحسينيَّة عادة، كأن تتعلق بالمظهر الخارجي للعين المؤجرة، أو قد تكون ضرورية بحيث تؤثر على درجة استيفاء المنفعة وتنقص من قدرها، وقد تؤول إلى ضرورية، كصيانة أضواء المركبات، وما له علاقة بتمديد العمر الافتراضي للآلات، وكل الإصلاحات التطويرية كاستكمال البناء، أو تحديث البرامج، أو تحيين أنظمة المؤسسات والعمل على مواكبتها، وكل ما تؤدي إلى حفظ الأنفس من الهلاك والأموال من التلف، فإنها تعتبر في منزلة الضروريَّة.

كما يتبين أن الفقهاء متفقون إجمالًا أن الإصلاح والصيانة على رب العين المؤجرة، وإن كان لا يجب عليه من طريق الإلزام فإنه يجب من طريق أخرى، وهي حفظ ماله من الفساد والضياع، وأما المستأجر فهو بالخيار.

فيحول كل خلل في العين دون وصول حد التمكُّن من منفعتها؛ فإن صيانته ضرورية، وإن كانت على وجه غير لازم، إلا أن اعتباره من جهة ما يؤول إليه العقد من الفسخ أو الإمضاء؛ فإنه يعتبر ضروري، تتوقف عليه منافع الأموال جزئيًا أو كليًا.

وينظر في طبيعة الخلل الذي ألحق بالعين أو أخل باستيفاء منافعها على جهة الكمال والتمام من منظور حفظ المال المقصود شرعًا، فإذا لحق أصول الأموال المؤجرة عيب آل إلى ما يعتبر ضروري في حفظها وبقاء أصلها فالصيانة واجبة، وإن آل الخلل إلى أمر حاجي في حفظ العين المؤجرة فيندب إلى صيانتها، وإن كان الإصلاح تحسيني أو تكميلي للعين المؤجرة فإن الصيانة مباحة.

المطلب الثاني: تكييف عقد الصيانة وتطبيقاته على نظريَّة تغيُّر الأحكام

مما يستدعيه بحث مناطات تغيُّر الحكم الشرعي في عقد الصيانة؛ الوقوف على التكييف الفقهي لطبيعة العقد، وأثر العرف في ضبط مقدار أعمال الصيانة، ناهيك عن اختلاف الظروف والأحوال والحوادث الطارئة، كل هذه اعتبارات مرعيَّة عند التنزيل في الواقع، كما هو في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تكييف عقد الصيانة

اختلف الفقهاء حول تكييف عقد الصيانة، هل يكيَّف على أنه عقد مع أجير مشترك؟ أو أنه عقد جعالة؟ وسيأتي بيان ذلك، والإجابة عليه في الآتي:

أولًا: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد مع أجير مشترك

عندما نكيِّف عقد الصيانة على أنه عقد على عمل مبذول من الأجير المشترك؛ لابد من معرفة ماهية الأجير المشترك، والفرق بينه وبين الأجير الخاص، وما يلزم من ضمان.

أ/ المراد بالأجير المشترك

اختلفت عبارة العلماء في بيان من هو الأجير المشـــترك فقالوا: هو "مَنْ يقبل الأعمال مِن غير واحد"[1].

وقيل: هو "الذي يقع العقد معه على عمل معين، ... أو على عمل في مدة لا يسـتحق جميع نفعه فيها كالطبيب"[2]، أي أن المدة التي يبذل فيها العمل؛ تتســـع لعمل أخر مع طرف آخر.

وسمي أجير مشترك "لأن المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره، فكان له أن يتقبل من العامة؛ لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه سمي مشتركا"[3].

وقيل سمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته واستحقاقها، فسمي مشتركًا لاشتراكهم في منفعته[4].

فيستحق العامل الأجر في المدة المحددة التي يسلم بها نفسه لتقديم منفعة لرب العمل، وهو كذلك في عقد الصيانة؛ يستحق الصائن أجره مقابل الوفاء بالعمل المتفق عليه خلال المدة المحددة بالعقد، ويسـمى في الفقه الأجير المشـترك؛ لأنه يقدم خدمته لمن أرادها في مدة مخصوصة.

ب/ الفرق بين الأجير المشترك والأجير الخاص

للصائن أن يجمع عقودًا مع المؤسسات والأفراد وأرباب الصناعات، بكل ما يستطيع ويجد من الإمكانات والفرص المتاحة، ولا يحصـر نفسـه في عمل واحد، فإن ذلك يصـيِّره أجيرًا خاصًا.

---

(1) المبسوط: للسرخسي، 80/15.

(2) المغني: لابن قدامة، 388/5.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: للزيلعي، 134/5.

(4) المغني: لابن قدامة، 388/5.

ويراد بالأجير الخاص أو الواحد؛ من يكون العقد واردا على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة، أو بذكر المسافة، ومنافعه في حكم العين، فإن صارت مستحقة بعقد المعاوضة؛ لا يتمكن من إيجابها لغيره، والأجير المشترك من يكون عقده وارِدا على عمل هو معلوم ببيان محله؛ لأن المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة، ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره(1)، والأجير الخاص "لا يضمن بِالْإِجْمَاع"(2)، فما في يده يكون أمانة في قولهم جميعا(3).

ويستحق الأجير المشترك الأجر بالعمل لا بتسليم نفسه للعمل، والأجير الخاص: من يستحق الأجر بتسليم النفس، وبمضي المدة، ولا يشترط العمل في حقه لاستحقاق الأجر(4).

ويقع العقد في مسألة الأجير المشترك على العمل، بينما يقع العقد مع الأجير الخاص على المدة، "والإجارة على العمل إذا كان معلومًا؛ صحيح بدون بيان المدة، والإجارة على المدة لا تصح إلا ببيان نوع العمل"(5)، وإذا جمع بين العمل والمدة؛ كان المقصود الأساس هو العمل، فهو أجير مشترك(6).

ج/ ضمان الأجير المشترك

اختلف الفقهاء في تضمين الأجير المشترك على أقوال:

القول الأول: وهو قول أبي حنيفة وزفر(7)، وأصح الأقوال في المذهب الشافعي(8)، ورواية عن أحمد(9)، أن لا ضمان عليه لأن يده يد أمانة وقبضه كذلك.

دليلهم: استدل أصحاب القول الأول بأدلة منها؛ القياس على المودع، وهو الأصل والمبدأ الأصلي العام في كل من كانت يده يد أمانة، وهو أنه لا يجب الضمان إلا على المتعدي

(1) المبسوط: للسرخسي، 80/15.

(2) تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، 352/2.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 211/4.

(4) المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة: لابن مَازَةَ البخاري الحنفي، 586/7.

(5) المصدر السابق نفسه.

(6) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم، 30/8.

(7) تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، 352/2.

(8) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: للماوردي، 7/ 426.

(9) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: لابن بهرام المروزي الكوسج، كتاب: البيوع، مسألة رقم: 1862، 1863، 1906، والمغني: لابن قدامة، 388/5-389.

والمفرط، لقوله عز وجل: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: 193]، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه؛ قياسًا على عدم وجوب الضمان على المودع[1]، ولأنه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوبه؛ لأن القبض حصل بإذن المالك[2].

فتكون يده يد أمانة وقبضه لسلع الناس وحاجاتهم عن رضا منهم، ولم يصدر منه فعل يوجب الضمان كالتعدي أو التفريط والخيانة، فإن حصل شيء من ذلك؛ فالجميع متفق على وجوب الضمان.

القول الثاني: وهو قول أبي يوسف ومحمد[3] من الحنفية، ومذهب المالكية[4]، ورواية عن أحمد[5]، أنه يضمن، وإن لم يعتد أو يفرط، كأن هلك بغير صنعه، إِلَّا إِذا هلك بحرق غالب أَو غرق غالب أو سرقة غالبة ونحو ذلك؛ لأن يد الأجير على السلعة التي أسلمت إليه ولا يؤثر فيها بصناعة؛ يد ضمان، وذلك إذا انتصب للصنعة، سواء تلفت بصنعه، أم بغير صنعة، وكان هلاكه بما يستطاع أو بما لا يستطاع، وسواء عمل بأجر أم بغير أجر، وفي حانوته أو بيته، لأن قبضه قبض ضمانة.

دليلهم: استدل الفريق الثاني بأصل الاستحسان، ووجه دلالته أن مثل هذه الحوادث الغالبة يمكن العلم بها واستدراكها، فلم تكن موضع العذر.

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 210/4.

(2) المصدر السابق، 211/4.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي، 352/2، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي (المتوفى: 616هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط/1، 1423هـ- 2003م، 936/3.

(5) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: لابن بهرام المروزي الكوسج، كتاب البيوع، مسألة رقم: 1862، 1863، 1906، والمغني: ابن قدامة، 388/5-389.

وعلى الأصل فإن وجوب الضمان في الأجير المشترك ثبت استحسانا؛ صيانة لأموال الناس[1]، واستدلوا بما روي عن رسول الله -ﷺ- أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[2]، فلو عجز عن رد عينه بالهلاك، رد قيمته قائمًا مقامه.

وهو مذهب بعض الصحابة -رضي الله عنهم- فعن علي بن أبى طالب -رضي الله عنه- أنه «كَانَ يُضَمِّنُ الْقَصَّارَ وَالصَّوَّاغَ، وَقَالَ: لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إِلَّا ذَلِكَ»[3]، وروي أن عمر -رضي الله عنه- كان يضمن الأجير[4] المشترك احتياطا لأموال الناس، وهو المقصود والمعنى في المسألة، وذلك أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود؛ تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك[5]، مع تقصدهم للسطو على أمول الناس والتربص بها.

فلما استحق الأجير المشترك العوض مقابل العمل؛ كان مضمونًا عليه، وكل ما تولد منه يجب أن يكون في ضمانه.

سبب الخلاف: يعود سبب الخلاف في تضمين الأجير المشترك إلى اختلافهم في يده، هل يد أمانة أو يد ضمان وحفظ؟

فمن قال بأنها يد أمانة لم يقل بتضمينه، ومن قال بأنها يد ضمان وحفظ قال: بتضمينه.

ثم يؤول القول بأن يد الأجير المشترك يد أمانة؛ إلى ضياع المال والعبث به، وذهاب الكثير من الحقوق، لتغير الزمان وانخرام ذمم الناس وفساد أخلاقهم.

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 211/4.

(2) سنن أبي داود، كتاب: البيوع، باب: في تضْمين العاريَّة، رقم: 3561، وسنن الترمذي، أبواب البيوع عن رسول الله -ﷺ-باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم: 1266، وقال الترمذي: حديث حسن، والسنن الكبرى: للنسائي: كتاب العارية والوديعة، المنحية، رقم: 5751، وسنن ابن ماجه كتاب: الصدقات، باب: العارية، رقم: 2400.

(3) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، في القصار والصباغ وغيره، رقم: 21051، والسنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: الإجارة، باب: ما جاء في تضمين الأجراء، رقم: 11664، قال الألباني: ضعيف، وفي رواية بإسناد آخر صحيح: "أن عليا كان يضمن الأجير" ينظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للألباني، باب: الإجارة، رقم: 1496.

(4) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لابن أبي شيبة، كتاب: البيوع والأقضية، في القصار والصباغ وغيره، رقم: 21050، والسنن الكبرى: للبيهقي، كتاب: الإجارة، باب: ما جاء في تضمين الأجراء، رقم: 11665.

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 210/4.

ومن ثمّ أفتى الصحابة الكرام بتضمين الصناع مراعاة لمصالح الناس، وتحقيق ما فيه صلاحهم، إذ لا يصلحهم إلا ذلك.

خلاصة: إن القياس الذي استدل به أصحاب القول الأول غير مسلم به؛ لأن اختلاف اليد لا يصح علة لبناء الحكم.

ويكون الأصل في الضمان على المعتدي والمفرط، فلا يضمن الأجير المشترك إلا في هذه الحالة فقط، فإذا ادعى صاحب العين؛ فلا بد أن يأتي ببينة يثبت فيها اعتداء الأجير المشترك حتى يحكم بتضمينه، لقوله -ﷺ-: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»[1]، فبقي هذا الأصل معمول به زمن الرسول -ﷺ- حماية للأجراء من المخاطر التي قد تلحقهم، وتقديم لحقهم على حق المستأجرين، إلا أن هذا التقديم غير مطرد، وذلك لمَّا آل إلى هلاك الأموال وفسادها، والشارع الحكيم تَقَصَّدَ كليّ حفظ المال من جهة دفع أسباب الهلاك، وجلب أسباب النماء والغنى.

وذلك لما تغيَّرت أحوال الأجراء وطبائعهم، وكثر فيهم الشر وغلب عليهم الفساد، صعب على المستأجرين أن يثبتوا تعدي الأجراء وتفريطهم، وشق عليهم ذلك، وتسبب بذهاب أموالهم، وضياع حقوقهم، فقدم حقهم على حق الأجراء، وغُلِّب أصل التعدي والتفريط، ولزم بذلك مطالبة الأجير المشترك -لينجو من الضمان- بإثبات العكس، وهو إثبات عدم تفريطه وتعديه، فيكون بذلك قد منع تحايل الأجراء وإهمالهم، فتغيُّر الحكم لصالح حماية أموال المستأجرين، وحفظ حقوقهم ورعاية مصالحهم، بتحقيق مقاصد الشريعة، وذلك بإعمال أصل سد الذريعة، وأصل التهمة، واعتبار المآل.

ثانيًا: تكييف عقد الصيانة على عقد جعالة

يكيَّف عقد الصيانة على عقد جعالة؛ لأنه عقد على عمل سواء كان معلوما أم مجهولا بعوض، فقد اتفق جمهور الفقهاء؛ المالكية والشافعية والحنابلة على صحة عقد الجعالة على

(1) سنن الترمذي، تحقيق شاكر، أبواب الأحكام، باب: ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، رقم: 1341، وقال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، وقال الألباني صحيح، ينظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للألباني، كتاب: النكاح، رقم: 1938.

المجهول، وأن عقد الجعالة مشروع، ولا يشترط كون العمل معلوما تحصيل لمصلحة العقد[1]، وزاد ابن قدامة قوله: "ولا نعلم فيه مخالفا"[2]، إشارة إلى أنه الإجماع السكوتي.

فيكيَّف عقد الصيانة على أنه عقد الجعالة إذا كان العمل المراد إصلاحه مجهولا يعسر ضبطه، كأن تتعطل مركبة شخص فيقول للمتخصص في إصلاح أعطال المركبات: أصلح هذه المركبة ولك ألف ريال، فالعمل هنا مجهول يعسر ضبطه، فتكون الصيانة جعالة، وتأخذ أحكام الجعالة، ويشترط فيها ما يشترط في عقد الجعالة.

والضابط في كون عقد الصيانة إجارة أو جعالة هو أعمال الصيانة، وإمكانية ضبطها وتقديرها، فإذا كانت تلك الأعمال مما يسهل ضبطها وتقديرها، كما في صيانة العقارات، فإن عقد الصيانة يكون إجارة، ويأخذ أحكامها، أما إذا كانت أعمال الصيانة مما يصعب ضبطها وتقديرها كصيانة الآلات والمعدات؛ فتدخلها الجهالة نتيجة طبيعة التشغيل واختلاف كفاءة الكوادر الفنية التي تقوم به، وبذلك فإن عقد الصيانة يكون جعالة ويأخذ أحكامها[3].

فإذا اشترط المؤجر على المستأجر القيام بالصيانة مقابل مبلغ مالي محدد، فإنها تلزمه، وتكون من قبيل الجعالة، وإن كان مقدار العمل مجهولا فلا يؤثر على العقد، وإنما تكون من قبيل الجعالة على المجهول.

الفرع الثاني: مناط تغيُّر الأحكام في عقد الصيانة

إذا اختلت أعمال الصيانة، إما لتعقيداتها وتداخل مستلزماتها والجهل بمقدارها، وإما لسبب تعاقدي، أو لتغيُّر الظروف والأحوال والحوادث والطوارئ والأسباب القاهرة، وحصول كل ما يؤول بها النزاع وعدم الاتفاق، فإن ذلك الاختلالات والأسباب الداعية للاضطراب وعدم الانضباط؛ تشكل مناطات من شأنها أن تغيِّر الحكم الشرعي للصيانة، وتفصلها في الآتي:

أولًا: تدخل العرف في ضبط مقدار أعمال الصيانة

فإن كان الجهل بأعمال الصيانة يعود لأسباب تعاقديَّة كإطلاق العقد؛ فإنه يمكن ضبط أعمال الصيانة حال الإطلاق بالرجوع إلى العرف، وقد نص الفقهاء على ذلك، فالعرف

(1) الذخيرة: للقرافي، 8/6، ونهاية المطلب في دراية المذهب: للجويني، 495/8، والمغني: لابن قدامة، 93/6.

(2) المغني: لابن قدامة، 93/6.

(3) صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية: لمحمد عثمان شبير، طبع ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس- الأردن- ط/1، 1418هـ -1998م، 746/2.

عندهم الميزان للخروج من الإطلاق، والقيد عند عدم الاشتراط في العقد، وهو مخرج من النزاع والمشاحة.

وذلك أنه لا ينضبط مقدار التمكُّن من الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بالعرف، كما جاء عند الحنفية أن عمارة الحمام في صاروجه وحوضه ومسيل مائه، وإصلاح قدره على رب الحمام؛ لأن المنفعة المقصودة بالحمام لا تتم إلا بهذه الأشياء، وعلى المؤاجر أن يمكِّن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذي هو مقصوده، ولأن المرجع في هذا إلى العرف، وفي العرف صاحب الحمام هو الذي يحصل هذه الأعمال[1].

وجاز عند المالكية شرط كنس مرحاض على غير من قضى العرف بلزومه له من مُكْرٍ أو مُكْتَرٍ، وعرف مصر أن الدار الموقوفة على الْوَقْفِ، والمملوكة على الْمُكْرِي، وشرط مرمة على المكتري، أي إصلاح ما تحتاج إليه الدار أو الحمام مثلا من كراء وجب، وشرط تطيين لدار أي جعل الطين على سطحها إن احتاجت؛ على المكتري، بشرط أن يكون ذلك من كراء وجب على المكتري، إما في مقابلة سكنى مضت أو باشتراط تعجيل الكراء، أو يجري العرف بتعجيله[2].

قال النووي: والأصح في السرج اتباع العرف[3]، أي في الفرس المستأجر عند الإطلاق يقدم اتباع العرف قطعا للنزاع، هذا إن اطرد بمحل العقد، وإلا وجب البيان نظير ما مر ولو اطرد العرف، بخلاف ما نصوا عليه، فهل يعمل به؛ يظهر بناؤه على أن الاصطلاح الخاص هل يرفع الاصطلاح العام[4]؟ أي أن ما لم ينصوا عليه في العقد، فإذا نصوا عليه فلا اعتبار للعرف؛ لأن الاصطلاح الخاص مقدم على الاصطلاح العام.

لكن رجح ابن حجر الهيتمي اعتبار العرف هنا مع اختلافه باختلاف المَحَالِّ كثيرًا هو المستقل بالحكم فوجبت إناطته به مطلقا[5]، لاعتبار أن العرف ضابط عام؛ سواء أطلق العقد أم قيد.

---

(1) المبسوط: للسرخسي، 157/15.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدسوقي، 47/4

(3) منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: للنووي، ص: 161.

(4) تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لابن حجر الهيتمي، 167/6.

(5) المصدر السابق، 167/6.

وإذا نظرنا إلى موقف الحنابلة نجد أنهم لم يخالفوا، بل قالوا: يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب، وإن كان فرسا، فاللجام والسرج، لأن هذا هو العرف، فحمل الإطلاق عليه[1]، فيلزم المتعاقدين ما جرى به العرف والعادة، ويفسر به ألفاظهم المجملة، وعباراتهم المطلقة.

كما ينتج عن مراعاة العرف ضبط أعمال الانتفاع، حتى نحدد الطرف الذي تلزمه الصيانة لزومًا شرعيًا.

بهذا تجتمع كلمة الفقهاء على أن العرف ضابط في تحديد التزامات عقد الصيانة بين المؤجر والمستأجر، ويرجع إليه في رفع التنازع عند الإطلاق عن القيد أو الشرط.

ثانيًا: تغيُّر حكم الصيانة لتدخل ظروف وأحوال وحوادث طارئة وأسباب قاهرة

يعتبر كل ما يمنع التسليم والقدرة على اسيفاء من أسباب تغيُّر حكم الصيانة، فإذا هلكت العين المصانة أو وقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة، حتى لو كان المستأجر عبدا أو ثوبا أو حليا أو ظرفا أو دابة معينة فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة أو للقصارة؛ بطلت الإجارة لما قلنا، وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الإجارة، وعلى المؤاجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة، وإنما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته، فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه أن يعين غيرها[2].

قلت: أرأيت إن استأجرت ظئرا ترضع لي صبيين سنتين فأرضعتهما لي سنة، ثم مات أحدهما؟ قال: يوضع عن الأبوين بقدر ما بقي من رضاع هذا الميت، وذلك ربع الإجارة؛ لأن النصف قد أوفتهما في السنة التي أرضعت لهم وبقي نصف الإجارة فمات أحد الصبيين فبطل نصف النصف من الأجرة وهو ربع الجميع، وهذا رأيي، إلا أن يكون ذلك يختلف فيحمل على رخص الكراء وغلائه في إبان تلك السنتين، لعله يكون للشتاء كراء، وللصيف كراء، وأسواقه مختلفة، وللصغير كراء وللصبي إذا تحرك كراء آخر، فيحملون على ذلك بحال

(1) المغني: لابن قدامة، 381/5.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني، 223/4.

ما وصفت لك من الكراء أو الإجارة[1]، وعلى قول ابن قاسم هذا يكون لهم احتساب الفارق باختلاف الأزمنة من شتاء وصيف، واختلاف أحوال العين المؤجرة كبير وصغير.

وخلاصة قول المالكية في هلاك العين إن كان بأمر سماوي أو بأمر آخر؛ على قسمين: أحدهما: أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه، أو مما لا تقصد عينه، فإن كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل، وإن كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ الإجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك[2].

وإن كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببدله كما ذكرناه في الرد بالعيب، وإن كان العقد على عينه فإن لم يمض من المدة ماله أجرة؛ انفسخ[3]، لأنها مدة مغتفرة لا تؤثر في العقد.

قال الإمام أحمد في الجواب عن رجل استأجر سفينة فانكسرت أو غرقت: هذا مثل البعير إذا مات له بقدر ما حمل، وليس على الملاح ضمان[4]، وتنفسخ بتلف العين المعقود عليها، أو انقطاع نفعها[5].

وقد جاء في المعايير الشرعية أن المؤجر يتحمل مصروفات الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها وجود المنفعة[6].

وعليه؛ يتغيَّر الحكم الشرعي في عقد الصيانة، فلو تعاقد مع شركة على صيانة سفينة فغرقت واستحال التنفيذ فإن العقد ينفسخ، وللصائن أجرة ما صان في المدة المحددة، إذا مضى منها قدر معتبر.

بخلاف ما لو كان عقد الصيانة غير مخصوص بعين بذاتها، بل هو عقد مفتوح –من هذه الناحية– كعمل شركات الصيانة في الموانئ البحرية أو المطارات، فلو هلكت السفينة

(1) المدونة: للإمام مالك، 454/3.

(2) مَنَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل: للرجراجي، 362/7، وبداية المجتهد: لابن رشد، 15/4.

(3) المهذب في فقه الإمام الشافعي: للشيرازي، 262/2، وكفاية النبيه في شرح التنبيه: لابن الرفعة، 268/11.

(4) مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: لابن بهرام المروزي الكوسج، كتاب: البيوع، رقم: 1996.

(5) عمدة الفقه: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، تحقيق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، ط/1425هـ– 2004م، ص: 65.

(6) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الضمانات، رقم: 5، بند: 3/2، ص: 130–131.

أو الطائرة فإن عقد الصـيانة لا يفسـخ ويؤتى بسـفينة أو طائرة أخرى، هو مذهب المالكية وجمهور الفقهاء.

ويمكن تنزيل عقد الصيانة على صور تطبيقيَّة كثيرة، شأنها أن تبرز تغيُّر حكم عقد الصيانة، منها:

– ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي عقد صيانة غير مقترن بعقد آخر يلتزم فيه الصائن بتقديم العمل فقط، أو مع تقديم مواد يسيرة لا يعتبر العاقدان لها حسابا في العادة، هذا العقد يكيَّف على أنه عقد إجارة على عمل، وهو عقد جائز شرعا، بشرط أن يكون العمل معلوما والأجر معلوما[1]، وما يقدم من مواد يرجع في تقديرها إلى العرف، فينزل عليه حكمها من حيث القلة والكثرة.

أما إن كانت مشروطة في عقد الإجارة على المؤجر أو المستأجر، فهذا عقد اجتمع فيه إجارة وشرط، وحكم هذه الصورة أن الصيانة إذا كانت من النوع الذي يتوقف عليه استيفاء المنفعة فإنها تلزم مالك العين المؤجرة من غير شرط، ولا يجوز اشتراطها على المستأجر، أما الصيانة التي لا يتوقف عليها استيفاء المنفعة، فيجوز اشتراطها على أي من المؤجر أو المستأجر إذا عينت تعينا نافيا للجهالة[2].

– ويقاس على ما قرره الفقهاء؛ ما يستحق الصائن من أجرة الصيانة، حيث "يجوز تحديد مدة لضمان ... الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها الطرفان أو يجري بها العرف"[3]، وعند تنزيل هذه الأحكام والالتزامات على ما حصل من توقف للموانئ والمطارات أثناء جائحة الفيروس التاجي (كوفيد 19) كما في ملحقات عقد التوريد وعقود البوت، نموذج رقم: (3)، ورقم: (4)، ورقم: (6)، ورقم: (7)، فإن التكاليف المضافة بموجب قرارات الدولة صارت موضع إشكال، وأرى أنه لابد من احتساب مقدار الزيادة المترتبة على الإجراءات الاحترازية،

(1) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقد الصيانة، الدورة الحادي عشر بالمنامة –البحرين، 25–30 /7/ 1419هـ، 14–19 /1998/9م، قرار رقم: 94 (11/6)، ومجلس المجمع بشأن استكمال موضوع عقود الصيانة، قرار رقم: 189 (4/20).

(2) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقد الصيانة، الدورة الحادي عشر بالمنامة –البحرين، 25–30 /7/ 1419هـ، 14–1998/9/19م، قرار رقم: 94 (11/6)، ومجلس المجمع بشأن استكمال موضوع عقود الصيانة، قرار رقم: 189 (4/20).

(3) المعايير الشرعية: للأيوفي، معيار الاستصناع والاستصناع الموازي، رقم: 11، بند: 7/1/3، ص: 300.

أو مقدار النقص الحاصل بسبب الجائحة، ويتحملها مالك الأصل، وذلك إن كانت زيادة ذات بال في العادة.

– كما جاء في ملحق عقود الصيانة نموذج: (1)، مصاريف الترخيص وضرائب السير على الطريق تكون على المستأجر؛ لأنها ناتجة عن استعماله للعين المؤجرة، مثل ثمن الوقود والزيوت، وإذا اشترطت على المؤجر وكانت مقاديرها معلومة، فهو جائز، لأنه يُعدُّ في حكم الرضا منه بنقص معلوم من الأجرة المتفق عليها، فإن كان مقدارها غير ثابت، يزيد وينقص؛ زيادة لها بال، فلا يجوز اشتراطها على المؤجر؛ لأنه غرر يؤدي إلى جهالة الأجرة، إذ لا يدري في نهاية الأمر ما سلم له من الأجرة بعد دفع الضرائب[1].

وتعتبر النفقات التشغيلية واجبة على المستأجر مالك المنفعة، فعندما كانت مضبوطة ولا تحتمل الجهالة الآيلة إلى الغرر، فلا مانع من أن يتحملها مالك الأصل إن اشترط ذلك على نفسه، عن رضا وقناعة.

– ومن الصور التطبيقيَّة التي يتغير فيها الحكم؛ السابقة القضائية الحديثة في الصيانة الضرورية للعقار المستأجر في جمهورية السودان[2]، حيث حكمت المحكمة الابتدائية بتخلي المدعى عليها أصليًا، وهو العقار موضوع الدعوى فورًا، وأن تدفع المدعى عليها متأخرات الأجرة، تأييد هذا الحكم بواسطة محكمة استئناف.

وقد جاء الطعن في أن محكمتي الموضوع والاستئناف قد جانبهما الصواب حيث أفادت البينة أن العقار موضوع الدعوى يحتاج لصيانة ضرورية حتى تتمكن المدعى عليها من الانتفاع بالعقار، حيث إن الثابت إبرام عقد الإجارة في2014/3/11م على أن تسري الإجارة اعتبارًا من 2014/4/1م، وفقًا لنص المادة (316) من قانون المعاملات المدنية فإن المشرع والقانون قدَّر ضرورة استمتاع المستأجر بالمأجور واقتضاء المنفعة المتعددة منه كاملًا –وفق الاتفاق المبرم وللبينة المقدمة– فإن الصيانة بدأت بعد 2014/5/15م وانتهت في بداية أغسطس، وكل تلك الفترة كانت المدعى عليها في مقرها القديم، ولم تنتفع بالمبنى إلا في أغسطس 2014م، وعليه فقد أوجب القانون على المؤجر تسليم العين في حالة تصلح معها

(1) فتاوى وتحقيقات في مسائل فقهية تكثر الحاجة إليها: أ. د الصادق عبدالرحمن الغرياني، دار ومكتبة الشعب – مصراتة –ليبيا، ط/1، 2003م، ص: 187–188.

(2) ينظر: ملحق عقود الصيانة نموذج: (2)، في آخر البحث.

لاستيفاء المنفعة المقصودة، وتم تصريح الطعن ورد المطعون ضده مطالبًا بشطب الطعن وتأييد أحكام المحاكم الأدنى.

بعد المراجعة والاطلاع حكمت المحكمة العليا؛ أن الحكم المطعون فيه جاء مخالفًا لصحيح القانون، وأثبتت البينة أن العقار موضوع الدعوى يحتاج لصيانة ضرورية متعلقة بالمياه والكهرباء والصرف الصحي، وكذلك الأبواب والشبابيك غير المركبة حيث لا بد من القيام بهذه الصيانة حتى تتم المنفعة المقصودة كاملة من العقار، ولم يتم استلامه بغرض الصيانة إلا في 2014/5/15م، وهو تاريخ بداية العمل فيها، وقد ثبت انتهاؤها في بداية أغسطس 2014م، وهو التاريخ الذي انتقلت فيه الشركة المدعى عليها إلى العقار، ولذا لا يمكن القول بأن الإجارة بدأت بتاريخ إبرام العقد في 2014/3/11م، أو في التاريخ الذي حدد لسريان العقد بعد انتهاء الصيانة في 2014/4/1م؛ لأن الثابت أن الصيانة لم تنته إلا في بداية أغسطس 2014م.

وقد اقتضت القواعد العامة أن على المؤجر أن يقوم بتسليم العين المؤجرة خالية من العوائق التي تحول دون الانتفاع بها، وأن يمنع من التعرض للمستأجر ماديًا أو معنويًّا مبنيًا على سبب قانوني.

حيث نقضت المحكمة العليا الحكم الذي قضت به كل من المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، فالمحكمتان أناطتا الحكم بتأريخ توثيق العقد، وجعلته بداية لاستحقاق الأجرة، وإن لم تكن العين في وضع صالح لاحتياجها إلى الصيانة الضروريَّة، في حين أناطت المحكمة العليا الحكم بتأريخ الانتفاع بالعين والتمكن من استيفاء المنفعة، وألا عبرة بتوقيع العقد ما دامت العين بحاجة إلى صيانة ضرورية، وغير صالحة للانتفاع بها، أو لم تستوف.

وسبب تغيُّر الحكم القضائي في هذه المسألة يعود إلى الاختلاف في تحقيق المناط، حيث جعل فريقٌ العبرةَ بسريان العقد؛ أي بتأريخ كتابة العقد وتحريره وإن لم يؤد ذلك إلى انتقال المنفعة وحصول الانتفاع، في حين أناطها فريق آخر بتأريخ التمكُّن من العين وحصول الانتفاع بها، فمن قال العبرة بتأريخ كتابة العقد وتحريره جعل مدة الصيانة الضرورية للعين –محل التعاقد– معتبرة في حساب قيمة الأجرة وإن لم يقع الانتفاع، ومن جعل العبرة بالتمكُّن من العين وإمكانية الانتفاع بها؛ لم يحتسب المدة التي لم يحصل بها التمكُّن الذي تنتقل به العين؛ بحيث يحصل به الانتفاع.

خاتمـــة البحث

لا أجد بعد هذا التطواف في قضايا البحث وبذل الوسع ونفاذ الجهد في معالجة مسائله والإجابة عن إشكالاته وأسئلته إلا أن أقدم جملة من النتائج والآفاق على كافَّة المستويات المصطلحيَّة، والمنهاجيَّة والتطبيقيَّة، وذلك في الآتي:

أولا: نتائج البحث

– إن التغيُّر له مقاصد هي الإصلاح والمنفعة والتي ينبغي أن تتغياها عملية التغيُّر الحاصلة في الحكم المتغيِّر.

– إن مصطلح الحكم الشرعي مرَّ بثلاث مراحل، مرحلة التخلَّق عند الغزالي ومرحلة النشأة والنماء عند الرازي، ومرحلة الاستقامة والاكتمال عند ابن الحاجب، ومن جاء بعد إنما شرح أو اختصر.

– إن الذي يعطي الحكم مشروعية في التغيُّر على مستوى النص أو الواقع؛ تعلقه بالمصلحة الواقعة أو المتوقعة، وإن القوة المعيارية للتغيُّر هي الحاجة إذا نزلت، فتصير منزلتها وجوب تقديمها عما سواها من الحاجات المجردة عن التنزيل.

– تعتبر نظريَّة تغيُّر الأحكام نسق كلي من البناء المفاهيمي، ومبادئ النظر المنهاجي الأصوليَّة والمقاصديَّة، التي تنتظم الأسباب وفق الضوابط المرعيَّة والشروط العدميَّة، القائمة بالأركان الأصليَّة أو التبعيَّة، ويتجلى أثرها في التنزيل العملي للحكم الشرعي عامة، وأحكام المالية الإسلاميَّة خاصة.

– تمثلت ضوابط نظريَّة تغيُّر الأحكام في اعتبار مقام التصرفات من حيث ضرورة النظر في النص أولًا، ثم في التصرف النبوي بمقتضى الحكم الناشئ عن ذلك النص، وإنشاء حكم جديد انطلاقًا من الصلاحيات المتاحة للمتصرف، ولا يكون ذلك إلا وفق ضابط إعمال الكليات والجزئيات معًا.

– إذا تحققت الأسباب زمانًا أو مكانًا أو أحوالًا أو عرفًا أو عادةً، واعتبرت الشروط وتجلت الضوابط، واستقامت الأركان تعليلًا أو تنويطًا أو تقصيدًا أو تصحيحًا، أصالةً وتبعًا حالًا ومآلًا صح اعتبار نظريَّة تغيُّر الأحكام.

– إن تصحيح العقد الفاسد بعد التلبس أولى من إفساده، فيصحح العقد وفق نظريَّة تغيُر الأحكام بناء على النظر في وثوقيّة المصدر من حيث صحة المنهي عنه والمأمور به،

أو النظر في منزلة الحكم المصحح بين منظومة الأحكام الشرعية، أو النظر التفكيكي بين تلازميَّة الأصل والفعل الوصف المعلل به.

– إن كل عقد افتقر إلى إعمال مبدأ التصحيح؛ فإن عوضه يوزن بميزان المثل في صحيحه عرفًا وعادةً.

– كل نازلة مالية احتاجت الأمة إلى تطبيقها فقهيًا؛ لابدّ من محاكمتها واقعيًا وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام.

– إن الحاجة إلى تبيئة عقود المعاملات الماليَّة المعاصرة وأسلمتها مجردة عن الضرورة من حيث إنها يترتب على فواتها فساد بالظن لا بالقطع، والوقوع في المشقة والحرج وقوعًا لا يصل إلى فوات كلي من الكليات، إلا أنها تصير ضرورية إذا احتفت بها القرائن، واتسعت دائرة الحاجة إليها، فتكون من قبيل الحاجي ابتداء، والضروري انتهاء ومآلا.

– تحدث للناس من التحوطات بقدر ما أحدثوا من الفساد، فتتغيَّر العقود والالتزامات اطِّرادًا وامنعكاسًا بتغيُّر الشروط والمآلات.

– إذا خالفت الشروط والتحوطات المقاصد في العقود والالتزامات فلا عبرة بها مهما اتخذت من الألفاظ والمسميَّات.

– إن من أهم مناطات تغيُّر الحكم الشرعي في التطبيقات الفقهية ترجع ضابط القلة والكثرة، ونسبة الغرر الفاحش واليسير، ودرجة تأثير الجهالة.

– إن كل ما أثبته المانعون من العلل والأوصاف والمناطات في حكم العملات المشفرة عامة والبتكوين خاصة لا تصح تعديتها، لتوارد النقض عليها.

– إن علة الغطاء أو الضمان في العملات القانونية، لا يصح تعديتها إلى البتكوين ولا المطالبة بها لإثبات حكم التحريم، لعدم سلامتها من قادح العكس.

– ينتقض التعليل بأن البتكوين عملة ليس لها وجود فيزيائي؛ بقادح عدم التأثير وامتناع المناسبة.

– لا يصح اعتبار الإصدار الحكومي علةً ولا مناطًا للحكم بمنع تداول البتكوين، لأنَّ العلة وجدت في النبهرجة ولم يتخلَّف الحكم.

– لا يصح اعتبار عدم الاستقرار علة للحكم بمنع البتكوين؛ لقادح تخلف الحكم عن العلة في بعض الصور الفقهية الأخرى.

– إنَّ ما ذهب إليه المالكية في قولهم بجواز التبرع بالمجهول والمعدوم؛ يمكن القياس عليه في القول بجواز التبرع بالبتكوين والتصدق به وبذله في الأعمال الخيريَّة ووجوه البر والإحسان الصِرْفة.

– قبول الوصيَّة بعملة البتكوين؛ محتاج إلى قبول الموصى له، وإنَّ إجازتها وانتقال ملكها متوقف فيه حتى يأذن الإمام المسلم أو يجري بذلك عرف البلد.

– إذا تعلقت مصلحة تملك البتكوين وتعدينه بحق الدولة وحفظ النظام والأمن، فإن داعي الحاجة إلى قبولها ينتقل من مرتبة الحاجيَّات إلى مرتبة الضروريَّات، وتنتقل درجة المصلحيَّة فيه من درجة دنيا إلى درجة عليا، ومن مصلحة متوقعة إلى مصلحة واقعة، ومن مصلحة آجلة إلى كونها مصلحة عاجلة، وتصير بمنزلة الضرورة الخاصة الراجحة على درء مفسدة التعامل بالبتكوين، وتكون في حدود ما يرفع الضرر ويزيل الخطر الواقع أو المتوقع.

– يمكن التنبؤ بواقع جديد لتنزيل الحكم الشرعي في الحاجة إلى قبول التبرع بالبتكوين مستقبلًا، وانتقال درجة المصالح الحاجيَّة فيه إلى درجة الوسائل لمصالح ضروريَّة، وارتفاع رتبة المصلحيَّة، ومن متوقعة إلى واقعة، ومن آجلة إلى كونها عاجلة، للمساهمة في الحد من الفقر في العالم.

– لمَّا كانت الجهالة الفاحشة غير معتبرة في عقود التبرعات، فإن إمكانية التبرع والتصدق والإهداء والهبة والتصالح والإقرار بالبتكوين توجب تخلف العلة عن حكم المنع.

– إن الأصل الوحيد الذي يمكن الاستدلال به على تحريم تداول البتكوين؛ هو حق الدولة في مراعاة المصلحة العامة وتقديرها، من جهة الوسائل لا من جهة المقاصد اعتبارًا للمآل عند تنزيل الحكم انتهاءً، لا من حيث النظر في الدليل ابتداء.

– إذا جرى العمل القضائي بعرف أو عادة كان بمثابة المعيار الذي ترد إليه المطلقات، والمرجع في الضمانات والبراءة من المسؤوليات، وتتغَّير بتغيُّره العقود والالتزامات.

– يتغيُّر حكم عقد الصيانة بناء على ضابط اعتبار ما هو ذو بال وما لم ليس كذلك من الأعمال المقدمة من الصائن، واعتبار مقدار حد الانتفاع الذي يلزم به العقد.

– لا تنضبط العلة بكون الأجرة من عمل الأجير إلا بالعرف والعمل، لداعي الحاجة العامة، التي تتأسس عليها مبادئ تغيُّر الحكم الشرعي عند تنزيل عقد البوت.

– لا يراد بالعمل بعقد البوت ترك النص وتعطيله، وإنما يكون العمل به واردًا مورد تخصيص النص بالحاجة العامة المنزَّلة منزلة الضرورة الخاصة.

– إن يد الأجير المشترك يد أمانة، ولكن مراعاة ولي الأمر لمصلحة حفظ أموال الناس؛ مقصد كلي مقدم على القياس، وإعمال مقتضى التهمة، وهو مناط تغيُّر الحكم الشرعي يقتضي تضمين مدير الصكوك بقصده وبتوسله بشرط مباح، مع مراعاة ضابط عدم الاسترداد بالقيمة الاسمية.

– إن التضمين بالشرط؛ قول فاسد الوضع، وواقع في غير محل الاستدلال، للإجماع على منع ضمان رأس المال.

– إن مراعاة المآل الفاسد الذي يقلب الصكوك من المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار إلى قرض جر نفعًا تمنع الاسترداد بالقيمة الاسمية.

– إذا كانت صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك صكوكًا سياديَّة فإنَّ حكمها يتغيَّر بناء على قادح فساد الوضع، لتلقي التوسيع من التضييق.

– يقع بموجب القواعد العامة والمقاصد الكلية للشريعة الناظمة لنظريَّة تغيُّر الأحكام؛ أن الاختلالات الأمنية والحوادث الطارئة والظروف القاهرة تتسبب بتغيُّر أحكام المعاملات الماليَّة، وتؤول بها إلى الفسخ أو التصحيح أو تعديل الالتزام.

ثانيًا: الآفاق المستقبليَّة للبحث

يفتح البحث مجموعة من الاشكالات والاستشرافات المستقبليَّة، أهمها:

– التأسيس لنظريَّة التصرفات وأثرها في تفسير الخطاب النبوي وأركانها اللغوية –من خلال دلالات الخطاب اللفظي وغير اللفظي– وكلياتها المقاصديَّة.

– البناء لنظريَّة تغيُّر القيمة الشرائية في المعاملات الماليَّة وهي امتداد لرسالتي في سلك الماستر وأبحاث ومشاركات في ندوات ومؤتمرات دوليَّة خلال مرحلة الدكتوراه، ومشروعي لما يستقبل من المراحل العلميَّة.

– دراسة الإشكاليات التي تستدعي تدقيق النظر وتعميق البحث في علاقة المؤسسات الماليَّة والمصارف الإسلاميَّة بسياسة البنك المركزي –المتعامل بالربا– التي تشكل عائقا أمام كفاءتها، وموافقتها لتعاليم الشريعة.

– دراسة إسهام العملات المشفرة وخاصَّيتها اللامركزيَّة في رفع تحدي مركزية البنوك ومعالجة ذلك الإشكال.

والحمد لله رب العالمين

ملحقات الوثائق والنماذج التطبيقيَّة

أولاً: ملحق الصكوك الإسلامية

نموذج: (1) برنامج الصكوك الإسلامية الذي أصدرته دار أركان[1]

العربية Al Arabiya
دار-الأركان-إقفال-إصدار-صكوك-بنحو-1-9-مليار-ريال
http://ara.tv/ar/aswaq/companies/2017/04/06/دار-الأركان-إقفال-إصدار-صكوك-بنحو-1-9-مليار-ريال.html

دار-الأركان-إقفال-إصدار-صكوك-بنحو-1-9-مليار-ريال

دار الأركان
DAR AL-ARKAN

.أعلنت شركة "دار الأركان" عن الانتهاء من إقفال إصدار الشريحة الرابعة من برنامج الصكوك الاسلامية، بمبلغ 1.875 مليار ريال

.%يشار إلى أن موعد استحقاق هذه الصكوك في عام 2022 وبمعدل ربح سنوي يبلغ نحو 7

.وقاربت قيمة الطلبات على هذه الشريحة أربعة مليارات ريال، ما يعادل ضعف حجم الشريحة المصدرة

و بنك دبي الاسلامي و بنك الإمارات دبي Goldman Sachs و Deutsche Bank وقد عينت "دار الأركان" لإدارة هذا الإصدار كلا من الخير كابيتال و .الوطني وبنك نور وكيو إنفيست

جميع الحقوق محفوظة لقناة العربية ٢٠١٩ ©

(1) دار الأركان: إقفال صكوك بنحو 1.9 مليار ريال: موقع اقتصادكم، http://sabt.pro/News-7391.html?title= تحديث: 2017/4/6م، 11:00:00

نموذج: (2) برنامج الصكوك الإسلامية الذي أصدرته دار أركان[1]

الاقتصادية
جريدة العرب الاقتصادية الدولية

"دار الأركان" تكمل طرح إصدار صكوك بالدولار ذات أولوية وغير مدعومة وبمعدل ثابت بـ 1.5 مليار ﷼

الخميس 20 فبراير 2020



"الاقتصادية" من الرياض

أعلنت شركة دار الأركان للتطوير العقاري (DAAR) عن الإغلاق الناجح لإصدار الشريحة السابعة من الصكوك بموجب برنامج الصكوك الإسلامية المقومة بالدولار والذي تبلغ قيمته 1.5 مليار ﷼ (400 مليون دولار).

وتم فتح دفتر الطلبات للصكوك يوم الأربعاء 19 فبراير 2020 وأغلق في نفس اليوم. ومدة الاستحقاق على فترة طويلة سبع سنوات بمعدل ربح قدره 6.875 % سنويا.

ووصل دفتر الطلبات إلى 4.31 مليار ﷼ (1.150 مليار دولار (وقد عيّنت شركة دار الأركان كل من الخير كابيتال، سيتي، دويتشه بنك، بنك دبي الإسلامي، الإمارات دبي الوطني كابيتال، بنك المشرق، نومورا، بنك ستاندرد تشارترد وبنك وربة لإدارة الإصدار السابعة للشريحة.

وقالت الشركة إن العدد الإجمالي (للصكوك/ للسندات) بلغ 2,000، فيما كانت القيمة الاسمية (للصك/ للسند) 200,000 دولار، وبعائد (الصك/ السند) 6.875% سنوياً، كما تبلغ مدة استحقاق (الصك/ السند) 26 فبراير 2027،وبشروط أحقية الاسترداد الكامل عند الاستحقاق.

وستطبق قواعد الاستقرار الخاصة بهيئة السلوك المالي (FCA) ومؤسسة السوق المالية الدولية (ICMA) على الطرح. وسيتم إدراج السندات في السوق المالية الأيرلندية (يورونكست دبلن).

(1) دار الأركان تكمل طرح إصدار صكوك بالدولار ذات أولوية غير مدعومة بمعدل ثابت بـ1.5 مليار ريال: الاقتصادية، https://www.aleqt.com/2020/02/20/article_1766171.html تحديث: 2020/2/20، 03:39:00

نموذج: (3) البيانات التعريفية للإصدار الأولي للصكوك السيادية في البحرين[1]

بورصة البحرين
BAHRAIN BOURSE

البيانات التعريفية للإصدار الأولي في الصكوك Summary of Primary Sukuk Issuance		
Issuance Date:	٨ يناير ٢٠١٨ 8th January 2018	تاريخ الاصدار:
Expected Listing Date:	٢١ يناير ٢٠١٨ 21st January 2018	تاريخ الإدراج المتوقع:
Sukuk Code:	GILS25.SUK	رمز الصك:
Sukuk Name:	صكوك التأجير الاسلامية الحكومية – الاصدار ٢٥ Government Islamic Leasing Sukuk – Issue 25	اسم الصك:
Issuer:	حكومة مملكة البحرين Government of Kingdom of Bahrain	الجهة المصدرة:
ISIN Code:	BH0002141G66	تعريف ال ISIN:
Size of Issue:	١٠٠ مليون صك 100 million of Sukuk	حجم الإصدار:
Issue Value:	١٠٠ مليون دينار بحريني 100 million Bahraini Dinars	قيمة الإصدار:
Issue Price:	%١٠٠ 100%	سعر الإصدار:
Face Value:	١ دينار بحريني 1 Bahraini Dinar	القيمة الاسمية:
Currency:	الدينار البحريني Bahraini Dinar	العملة المستخدمة:
Allocation:	١٠،٠٠٠ صك اسلامي الأولي لكل مكتتب و سيتم تخصيص الطلبات المتبقية بآلية النسبة و التناسب First 10,000 of Islamic Sukuk for each subscriber and the remaining quantity will be allocated on a pro-rata basis	التخصيص:
Minimum subscription:	٥٠٠ صك 500 sukuk	الحد الأدنى للاكتتاب:
Coupon Rate / Expected Return:	٤,٨٠% معدل سنوي يدفع كل ستة اشهر من كل عام 4.80% annual coupon paid each six months (Semiannual)	الكوبون/ العائد المتوقع:
Duration:	٣ سنوات 3 years	الفترة:
Maturity Date:	٨ يناير ٢٠٢١ 8th January 2021	تاريخ الاستحقاق:

(1) البيانات التعريفية للإصدار الأولي للصكوك بورصة البحرين:
https://bahrainbourse.com/sysimages/marketingmessage/documents/SUKUK_20171231_GILSE.EN&AR.pdf
_32583.pdf?637471081338804885 تحديث: 12:2020/15، 01:37:00

تابع نموذج: (3)

بيانات إضافية بشأن الإصدار رقم ٢٥

(صكوك التأجير الإسلامية الحكومية - مملكة البحرين)

صكوك التأجير الإسلامية هي أداة مالية تمثل أصولاً حكومية (مبنى في ميناء سلمان) يصدرها مصرف البحرين المركزي نيابة عن حكومة مملكة البحرين بغرض إيجاد مجالات جديدة لاستثمار فائض الموارد المالية في المجتمع ولتمويل الإنفاق الرأسمالي لمشروعات التنمية المختلفة.

تقوم حكومة مملكة البحرين بموجب هذا الإصدار، بطرح تلك الأصول على المستثمرين لشرائهم لها من الحكومة ثم تأجيرهم إياها للحكومة بقسط تأجيري موضح أدناه، بموجب عقد إجارة منتهية بالتمليك بحيث تعد حكومة مملكة البحرين بإعادة شراء تلك الأصول في نهاية مدة الإصدار بثمن يمثل القيمة الأصلية تم شراءها من الحكومة.

ويقوم مصرف البحرين المركزي بإصدار هذه الصكوك نيابة عن حكومة مملكة البحرين، طبقا للضوابط والشروط التالية:

١. **ضمان الصكوك:**

تضمن حكومة مملكة البحرين هذه الصكوك ضماناً مباشراً وغير مشروط، وذلك بتعهدها بإعادة شراء الأصول المؤجرة عند تاريخ نهاية الإصدار بالقيمة الأصلية لهذه الأصول.

كما تضمن استمرارية استئجارها لتلك الأصول طيلة مدة الإصدار المحددة في هذه النشرة.

٢. **العائد المتوقع على الصكوك:**

يدفع عائد تأجير الأصول الممثلة لهذه الصكوك كل ستة أشهر في كل من ٨ يوليو ٨ يناير من كل عام خلال مدة الإصدار، ويسرى هذا العائد اعتباراً من بداية تاريخ الإصدار في ٨ يناير ٢٠١٨ وتتوقف عند تاريخ الاستحقاق.

وتصرف أول دفعة للتأجير في يوم ٨ يوليو ٢٠١٨ وآخر دفعة في يوم ٨ يناير ٢٠٢١م.

هذا ويبلغ العائد المتوقع ٤,٨% سنوياً. وفي حالة وقوع تاريخ استحقاق دفع الإيجار في يوم إجازة رسمية فإن هذه المبالغ سوف تدفع في يوم العمل التالي.

٣. **القانون المطبق:**

يخضع هذا الإصدار وكافة المستندات التابعة له لقوانين مملكة البحرين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

٤. **تأكيد شرعية الإصدار:**

بموجب الفتوى الصادرة في ١٩ شوال ١٤١٩هـ الموافق ٥ فبراير ١٩٩٩م عن هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين المركزي، فقد تم بيان شرعية هذا الإصدار وعدم تعارضه مع أصول الشريعة الإسلامية.

نموذج: (4) الأحكام الصادرة عن محكمـة التمييز في البحرين[1]

2019/7/17 elb-iis-web-303033976.eu-west-1.elb.amazonaws.com/Taan/Htm/File.aspx?p=1&i=330 M 2014 K 11

جلسة 10 من يناير سنة 2017

برئاسة : المستشار : طه عبدالمولى طه، وعضوية المستشارين : نادر السيد علي عبدالمطلب، إبراهيم محمد المرصفاوي ،عدنان عبدالله الشيخ هزيم الشامسي

(11)

الطعنان رقما 326،330 لسنة 2014

(4-1) اثبات. بيع. عقد. صورية.

(1) الإعذار لإعمال شرط فسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام. لا يكون إلا في غير المواد التجارية. م 141/ ب مدني. ثبوت قيام المطعون ضده بالاتفاق مع الطاعنة وهي شركة تجارية على منحها تسهيلات فإنه يعد عملا تجاريا طبقا لنص المادة الخامسة من قانون التجارة. مؤداه عدم تطلب الاعذار للقضاء بالفسخ لتحقق الشرط الفاسخ الصريح. ما تثيره الطاعنة غير منتج. غير مقبول.

(2) التكييف القانوني بحقيقة التعاقد. العبرة فيه طبقا للقانون لا بما يصفه به الخصوم.

(3) البيع مؤجل الثمن. للبائع اشتراط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع. للمتعاقدين أن يتفقا على استبقاء البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع في حالة دفع الثمن أقساطا إن لم توف جميع الأقساط. م 391 مدني. للقاضي تخفيض التعويض المتفق عليه. م 226/2 من ذات القانون. اعتبار ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع ما لم يتفق على غير ذلك إن وفيت جميع الأقساط. سريان الأحكام السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا.

(4) عبء أثبات الصورية. وقوعه على كاهل من يدعيها. خلو الأوراق من أي دليل مقبول قانونا على صورية سند تملك البنك المطعون ضده للأرض. ما ينعاه الطاعن في هذا الشأن على غير أساس.

1- ما تطلبه المشرع في المادة 141/ب من القانون المدني من ضرورة الإعذار لإعمال شرط فسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام لا يكون إلا في غير المواد التجارية.

2- المقرر أن العبرة في التكييف القانوني بحقيقة التعاقد طبقا للقانون لا بما يصفه به الخصوم.

3- النص في المادة 391 من القانون المدني على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي وفقا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة (226) فإذا وفيت جميع الأقساط اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع ما لم يتفق على غير ذلك. وتسري الأحكام السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا.

4- من المقرر أن عبء إثبات الصورية إنما يقع على كاهل من يدعيها.

المحكمـة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع التقرير الذي تلاه القاضي المقرر، وبعد المداولة.

حيث إن الطعنين استوفيا أوضاعهما الشكلية.

وحيث إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل في أن البنك المطعون ضده في الطعن رقم 326 لسنة 2014 أقام على الشركة الطاعنة فيه الدعوى رقم 12985 لسنة 2010 أمام المحكمة الكبرى المدنية

elb-iis-web-303033976.eu-west-1.elb.amazonaws.com/Taan/Htm/File.aspx?p=1&i=330 M 2014 K 11 1/3

(1) أحكام محكمـة التمييز: المجلس الأعلى للقضاء مملكة البحرين: https://www.sjc.bh/index_16.php تحديث: 2021/1/24م، 04:10:39

بطلب الحكم بفسخ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك المؤرخ 25/11/2007 وإخلاء الطاعنة من العين المؤجرة وإلزامها بأن تؤدي إليه مبلغ 82500 دينار قيمة الأجرة المتخلفة في ذمتها مع الغرامة التأخيرية المتفق عليها بواقع 15% سنويا، وقال شرحا لدعواه إنه بموجب ذلك العقد تم الاتفاق بينه وبين الطاعنة على أن يؤجر لها العقار المملوك له والمسجل بالوثيقة... لسنة 2007 بأجرة شهرية مقدارها 7966,670 دينارا وقد تخلفت عن سداد الأجرة عن المدة المطالب بقيمتها حتى 13/10/2010 فيكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه طبقا للبند الثامن منه لإخلال الطاعنة ويتحلل هو من تعهده بنقل الملكية فقد أقام دعواه. أجابت المحكمة البنك المطعون ضده إلى طلباته والفائدة بواقع 5% سنويا بحكم استأنفته الشركة الطاعنة لدى محكمة الاستئناف العليا المدنية بالاستئناف رقم 2136 لسنة 2011 وبعد أن ندبت المحكمة خبيرا وقدم تقريره قضت بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام الشركة الطاعنة بالأجرة المستحقة البالغة 82500 دينار والفائدة التأخيرية بواقع 5% سنويا من تاريخ المطالبة وبرفض هذا الطلب وبتأييد الحكم المستأنف فيما عدا ذلك. طعنت الشركة المحكوم ضدها بفسخ العقد في هذا الحكم بطريق التمييز بالطعن رقم 326 لسنة 2014 كما طعن فيه البنك المحكوم لصالحه بالطعن رقم 330 لسنة 2014 وقدم المكتب الفني مذكرة برأيه في الطعنين، وبجلسة المرافعة قررت المحكمة ضم الطعنين للارتباط وليصدر فيهما حكم واحد.

وحيث إن الطعن رقم 326 لسنة 2014 أقيم على سببين تنعى الطاعنة بالسبب الثاني منهما على الحكم المطعون فيه مخالفة الثابت بالأوراق حين أقام قضاءه بقبول طلب فسخ العقد المؤرخ 25/11/2007 لتحقق الشرط الفاسخ الصريح على أن البنك المطعون ضده قد قام بإعذارها رغم أن الأوراق قد خلت مما يفيد الإعذار مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير مقبول، ذلك أن ما تطلبه المشرع في المادة 141/ب من القانون المدني من ضرورة الإعذار لإعمال شرط فسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام لا يكون إلا في غير المواد التجارية وكان البين من الأوراق أن قيام المطعون ضده بالاتفاق مع الطاعنة على منحها تسهيلات بإجارة منتهية بالتمليك من خلال قيامه بشراء عقار التداعي من مالكه الأصلي بغرض إعادة بيعه لها ونقل ملكيته لها بعد سداد الأقساط المحملة بأرباحه فإنه يعد عملا تجاريا بطبيعته طبقا لنص المادة الخامسة من قانون التجارة فلا يتطلب وجوب الإعذار للقضاء بالفسخ لتحقق الشرط الفاسخ الصريح فإن ما تثيره الطاعنة من عدم اتصال علمها بالفاكس المرسل إليها من المطعون ضده الذي تضمن التنبيه عليها بالوفاء بمناظراته من الأقساط وأيا كان وجه الرأي فيه فيكون غير منتج ومن ثم غير مقبول.

وحيث إن ما ينعاه البنك الطاعن في الطعن رقم 330 لسنة 2014 بسبب الطعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق بإلغائه الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المطعون ضدها بالأجرة المستحقة في ذمتها والبالغة قيمتها 82500 دينار تأسيسا على تكييفه للعقد سند التداعي أنه عقد بيع وليس إجارة منتهية بالتمليك رغم أن نصوصه وعباراته قد جاءت واضحة المعنى والمقصد على أنه إجارة منتهية بالتمليك وهي من العقود غير المسماة ذات طبيعة خاصة فلا يجوز القياس معها على عقود الإيجارية العادية أو البيع ولا مخالفة فيها للقواعد الشرعية أو القانون وقد أقرتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وأجازها مصرف البحرين المركزي ولا يغير من ذلك الظروف السابقة والمعاصرة للتعاقد التي أثارتها المطعون ضدها وما قدمته من صور ضوئية مجحودة ولم تقدم أصلها ولم تقدم أي دليل كتابي على صورية العقد، بل أقرت في مراسلاتها بطبيعة العلاقة بينهما وأنها إجارة منتهية بالتمليك فضلا عما انتهى إليه الخبير المنتدب من إخلالها بسداد الأجرة المستحقة في ذمتها وأن ما ذهب إليه الخبير في تحديده لطبيعة العلاقة أنها نوع من التسهيلات التي منحها للمطعون ضدها وهي مسألة قانون لا يجوز للخبير التصدي لها مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث ان ما تنعاه الطاعنة في الطعن رقم 326 لسنة 2014 بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه بشأن تكييفه العلاقة بين الطرفين على أنها عقد بيع بالتقسيط رغم أن الثابت بتقرير الخبير أنها علاقة بنكية تمثلت في قيام البنك

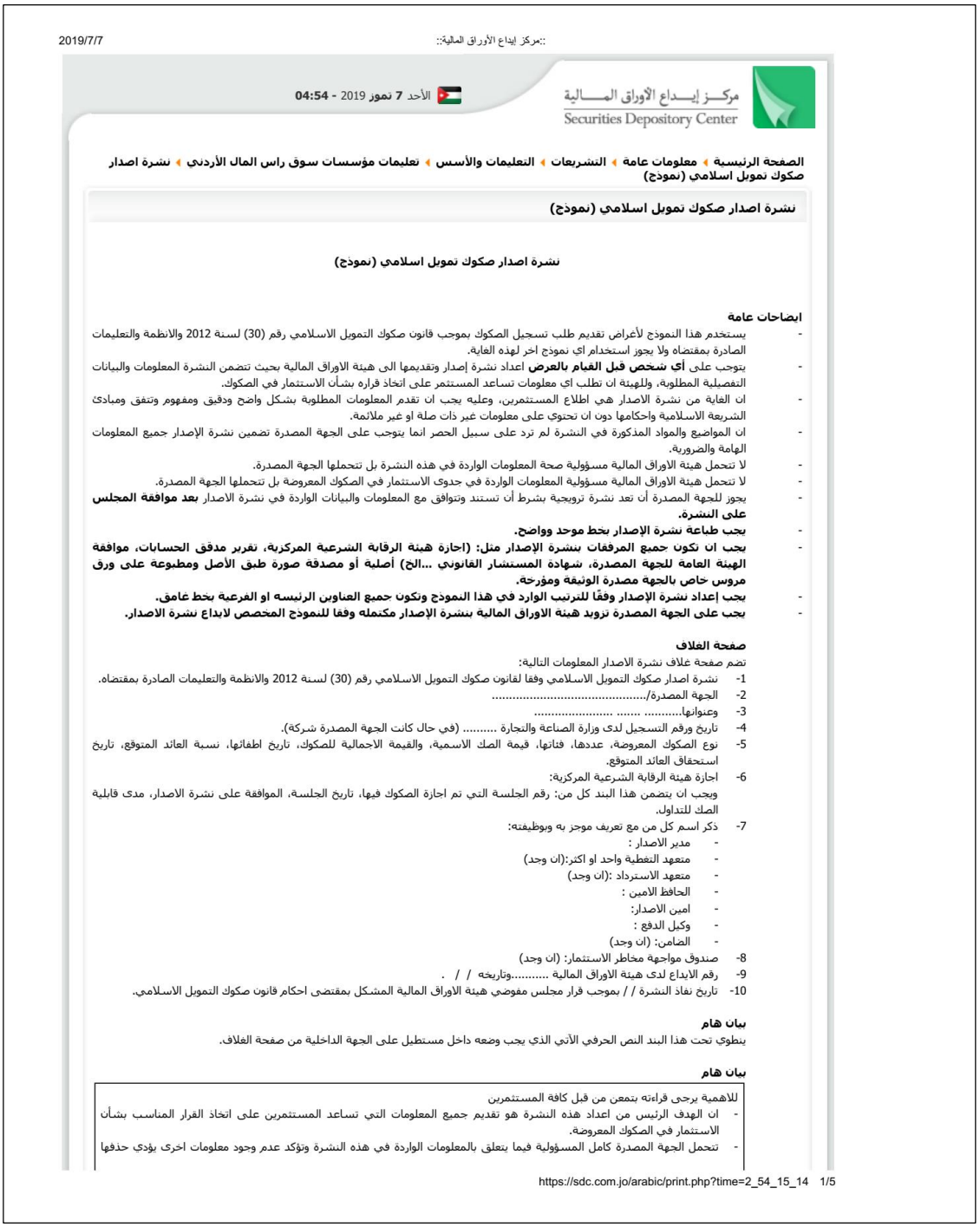
المطعون ضده بمنحها تسهيلات مصرفية وما ثبت من المستندات أنها قد اشترت العقار من مالكه الأصلي ودفعت مقدم الثمن ثم حصلت على التمويل اللازم لسداد باقي الثمن من البنك المطعون ضده فتكون العلاقة بينهما تمويل قرض مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث ان النعي في كلا الطعنين مردود، ذلك أنه لما كان من المقرر أن العبرة في التكييف القانوني بحقيقة التعاقد طبقا للقانون لا بما يصفه به الخصوم وكان النص في المادة 391 من القانون المدني على أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم البيع فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي وفقا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة (226) فإذا وفيت جميع الأقساط اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع ما لم يتفق على غير ذلك. وتسري الأحكام السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع ايجارا. لما كان ذلك وكان البين من نصوص كل من اتفاقية عرض التسهيلات والعقد المسمى إجارة منتهية بالتمليك الموقعة من الطرفين والمؤرخين في 25/11/2007 أنهما اتفقا على أن يقوم البنك بمنح الشركة تسهيلات عبارة عن إجارة منتهية بالتمليك وذلك بتمويل من البنك مقداره مبلغ 358800 دينار لشرائه قطعة الأرض محل التداعي بنسبة 5%ربحا يضاف على البايبور على أن يسدد على أقساط شهرية متساوية عن مدة 61 شهرا ونص في العقد على أن تظل العين المؤجرة ملكا للبنك المؤجر حتى يتم نقل ملكيتها إلى الشركة المستأجرة سواء بشرائها قبل انتهاء مدة الإجارة بسعر يعادل دفعه نقل الملكية أو في حالة وفائها بسداد الأقساط حتى آخر قسط. ونفاذا للعقد فقد قام البنك المؤجر بشراء الأرض بموجب عقد البيع الموثق برقم 48794 في 27/11/2007 وانتقلت الملكية إليه من المالك السابق فإن اتفاقهما على أن نقل الملكية للشركة موقوف على استيفاء كامل الثمن بسداد آخر قسط وهو ما يتوافر بشأنه أركان عقد البيع بالتقسيط كما هي معرفة به في القانون من رضاء وبيع وثمن ولا عبرة بما أطلقه الطرفان على العقد بتسميته أجارة منتهية بالتمليك وإذ وافق الحكم المطعون فيه هذا النظر منتهيا إلى أن الأجرة المنصوص عليها في العقد في حقيقتها أقساط الثمن فإن النعي عليه يكون على غير أساس ولا يغير من هذا النظر ما أوردته الشركة المطعون ضدها في الطعن الثاني في خطابها للبنك الطاعن عن طبيعة العلاقة العقدية بينهما فلا يعد ذلك إقرارا منتجا لأثره في الإثبات الذي يجب أن يكون منصبا على واقعة قانونية وليس تطبيقا لأحكام القانون على واقعة الدعوى، وهو ما تختص به المحكمة التي قامت بتكييف العقد باعتباره مسألة قانون فإن ما يثيره البنك من اعتمادها في ذلك على تقرير الخبير الذي لم يتطرق إلى هذا التكييف يكون غير صحيح.

وحيث انه لما كان من المقرر أن عبء إثبات الصورية إنما يقع على كاهل من يدعيها وكان ادعاء الطاعنة في الطعن رقم 326 لسنة 2014 أن العقد المقضي بفسخه هو في حقيقته عقد قرض بضمان العقار المملوك لها وأنه استجابة لطلبه بنقل ملكيته إليه نفاذا لهذا الضمان هو طعن بالصورية عليه، وهو ما كان يتطلب بطريق اللزوم الطعن بالصورية على عقد البيع الصادر لصالح البنك المطعون ضده الذي بموجبه تم نقل الملكية إليه من المالك الأصلي للعقار وهو ما لم يحدث وأن مجرد صدور عقد بيع ابتدائي من المالك لها من دون تسجيله لا يفيد ملكيتها له وإذ خلت الأوراق من أي دليل مقبول قانونا على صورية سند تملك البنك المطعون ضده للأرض فإن ما تنعاه الطاعنة في هذا الشأن يكون على غير أساس.

ولما تقدم يتعين رفض الطعنين.

نموذج: (5) صكوك المرابحة للآمر بالشراء السيادية بالأردن (1)



2019/7/7 ::مركز إيداع الأوراق المالية::

مركز إيداع الأوراق المالية
Securities Depository Center

الأحد 7 تموز 2019 - 04:54

الصفحة الرئيسية ‹ معلومات عامة ‹ التشريعات ‹ التعليمات والأسس ‹ تعليمات مؤسسات سوق راس المال الأردني ‹ نشرة اصدار صكوك تمويل اسلامي (نموذج)

نشرة اصدار صكوك تمويل اسلامي (نموذج)

نشرة اصدار صكوك تمويل اسلامي (نموذج)

ايضاحات عامة

- يستخدم هذا النموذج لأغراض تقديم طلب تسجيل الصكوك بموجب قانون صكوك التمويل الاسلامي رقم (30) لسنة 2012 والانظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه ولا يجوز استخدام اي نموذج اخر لهذه الغاية.
- يتوجب على **أي شخص قبل القيام بالعرض** اعداد نشرة إصدار وتقديمها الى هيئة الاوراق المالية بحيث تتضمن النشرة المعلومات والبيانات التفصيلية المطلوبة، وللهيئة ان تطلب اي معلومات تساعد المستثمر على اتخاذ قراره بشأن الاستثمار في الصكوك.
- ان الغاية من نشرة الاصدار هي اطلاع المستثمرين، وعليه يجب ان تقدم المعلومات المطلوبة بشكل واضح ودقيق ومفهوم وتتفق ومبادئ الشريعة الاسلامية واحكامها دون ان تحتوي على معلومات غير ذات صلة او غير ملائمة.
- ان المواضيع والمواد المذكورة في النشرة لم ترد على سبيل الحصر انما يتوجب على الجهة المصدرة تضمين نشرة الإصدار جميع المعلومات الهامة والضرورية.
- لا تتحمل هيئة الاوراق المالية مسؤولية صحة المعلومات الواردة في هذه النشرة بل تتحملها الجهة المصدرة.
- لا تتحمل هيئة الاوراق المالية مسؤولية المعلومات الواردة في جدوى الاستثمار في الصكوك المعروضة بل تتحملها الجهة المصدرة.
- يجوز للجهة المصدرة أن تعد نشرة ترويجية بشرط أن تستند وتتوافق مع المعلومات والبيانات الواردة في نشرة الاصدار **بعد موافقة المجلس على النشرة.**
- **يجب طباعة نشرة الإصدار بخط موحد وواضح.**
- **يجب ان تكون جميع المرفقات بنشرة الإصدار مثل: (اجازة هيئة الرقابة الشرعية المركزية، تقرير مدقق الحسابات، موافقة الهيئة العامة للجهة المصدرة، شهادة المستشار القانوني ...الخ) أصلية أو مصدقة صورة طبق الأصل ومطبوعة على ورق مروس خاص بالجهة مصدرة الوثيقة ومؤرخة.**
- **يجب إعداد نشرة الإصدار وفقًا للترتيب الوارد في هذا النموذج وتكون جميع العناوين الرئيسه او الفرعية بخط غامق.**
- **يجب على الجهة المصدرة تزويد هيئة الاوراق المالية بنشرة الإصدار مكتملة وفقا للنموذج المخصص لايداع نشرة الاصدار.**

صفحة الغلاف

تضم صفحة غلاف نشرة الاصدار المعلومات التالية:

1- نشرة اصدار صكوك التمويل الاسلامي وفقا لقانون صكوك التمويل الاسلامي رقم (30) لسنة 2012 والانظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه.
2- الجهة المصدرة/.....
3- وعنوانها..... ....
4- تاريخ ورقم التسجيل لدى وزارة الصناعة والتجارة ..... (في حال كانت الجهة المصدرة شركة).
5- نوع الصكوك المعروضة، عددها، فئاتها، قيمة الصك الاسمية، والقيمة الاجمالية للصكوك، تاريخ اطفائها، نسبة العائد المتوقع، تاريخ استحقاق العائد المتوقع.
6- اجازة هيئة الرقابة الشرعية المركزية:
ويجب ان يتضمن هذا البند كل من: رقم الجلسة التي تم اجازة الصكوك فيها، تاريخ الجلسة، الموافقة على نشرة الاصدار، مدى قابلية الصك للتداول.
7- ذكر اسم كل من مع تعريف موجز به وبوظيفته:
   - مدير الاصدار :
   - متعهد التغطية واحد او اكثر:(ان وجد)
   - متعهد الاسترداد :(ان وجد)
   - الحافظ الامين :
   - امين الاصدار:
   - وكيل الدفع :
   - الضامن: (ان وجد)
8- صندوق مواجهة مخاطر الاستثمار: (ان وجد)
9- رقم الايداع لدى هيئة الاوراق المالية .....وتاريخه / / .
10- تاريخ نفاذ النشرة / / بموجب قرار مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية المشكل بمقتضى احكام قانون صكوك التمويل الاسلامي.

بيان هام

ينطوي تحت هذا البند النص الحرفي الآتي الذي يجب وضعه داخل مستطيل على الجهة الداخلية من صفحة الغلاف.

بيان هام

للاهمية يرجى قراءته بتمعن من قبل كافة المستثمرين

- ان الهدف الرئيس من اعداد هذه النشرة هو تقديم جميع المعلومات التي تساعد المستثمرين على اتخاذ القرار المناسب بشأن الاستثمار في الصكوك المعروضة.
- تتحمل الجهة المصدرة كامل المسؤولية فيما يتعلق بالمعلومات الواردة في هذه النشرة وتؤكد عدم وجود معلومات اخرى يؤدي حذفها

https://sdc.com.jo/arabic/print.php?time=2_54_15_14 1/5

(1) نشرة إصدار تمويل إسلامي: مركز إداع الأوراق المالية، الأردن:
https://sdc.com.jo/arabic/print.php?time=2_54_15_14 تم التحديث: 2019/7/7، 04:54:00

الى جعل المعلومات مضلله.
على كل مستثمر ان يتفحص ويدرس بعناية ودقة نشرة الاصدار هذه ليقرر فيما اذا كان من المناسب ان يستثمر في هذه الصكوك، اخذاً بعين الاعتبار كل الحقائق المبينة في ضوء اوضاعه الخاصة.
- لا تتحمل هيئة الاوراق المالية اية مسؤولية لعدم تضمين نشرة الاصدار اية معلومات او بيانات ضرورية وهامة او تضمينها معلومات او بيانات غير صحيحة او غير دقيقة وانما يكون ذلك من مسؤولية الجهة المصدرة.

المعلومات الواجب تضمينها في نشرة اصدار صكوك التمويل الاسلامي

أولاً: وصف كامل للصكوك المعروضة

يتضمن هذا البند المعلومات التالية :

1- الاجراءات التي اتبعت للموافقة على هذا العرض وشرح الخطوات والاجراءات التي تم اتخاذها للموافقة على اصدار الصكوك.
2- يبين في نشرة الاصدار أن العائد في هذا المشروع يرتبط بالعائد المتوقع للمشروع ولكن ينص على أن العائد المتوقع غير ملزم, ويبين كل من تاريخ الاستحقاق وتواريخ اطفاء الصكوك وتداولها. كما وتبين الاجراءات التي يتم بموجبها تحويل الملكية وانتقالها والمكان الذي سيتم التداول فيه.
3- يبين في نشرة الاصدار طبيعة المشروع وماهيته وهل هو مشروع قائم ام سوف يقام.
4- الضمانات:
يجوز ان تكون الصكوك مضمونه من طرف ثالث مستقل استقلالاً تاماً عن الجهة المصدرة وفي هذه الحالة يجب بيان نوع الضمان والجهة الضامنة والاتفاقية المعقودة مع الجهة الضامنة.
5- لتعهدات المتخذة لحماية مالكي الصكوك:
يبين جميع التعهدات التي تلتزم بها الجهة المصدرة لحماية حقوق مالكي الصكوك.
6- النص على إلتزام الجهة المصدرة بمبادئ الشريعة الاسلامية واحكامها.
7- اطفاء الصك واستهلاكه وتسديده:
توضح الاجراءات التي ستتبعها الجهة المصدرة لغايات اطفاء الصكوك ومعالجة التعثر في حالة وقوعه وكيفية تسوية حقوق مالكي صكوك التمويل الاسلامي وتحديد آلية تسوية النزاعات.
8- حقوق مالكي الصكوك في حالة الاخلال بشروط العرض:
تذكر الحالات التي تشكل اخلال بشروط العرض، وكذلك بيان فيما اذا كان يتوجب على الجهة المصدرة ان تقدم الى مالكي الصكوك تقارير دورية او ادلة تظهر عدم وجود اي اخلال بالتزام الجهة المصدرة بالشروط الواردة في نشرة الاصدار.
9- سجلات ملكية الصكوك:
يبين السجل الخاص اسماء مالكي الصكوك واسماء الجهات المسؤولة عن مسك سجلات ووكيل الدفع وامين الاصدار.
10- حق مالكي الصكوك في حماية مصالحهم:
يبين حق مالكي الصكوك بموجب تعليمات هيئة مالكي الصكوك الصادرة بموجب قانون صكوك التمويل الاسلامي رقم (30) لسنة 2012.
11- بيان الحافظ الامين (ان وجد)
يوضح دور الحافظ الامين في عملية طرح هذه الصكوك، بالاضافة لأي معلومات اضافية اخرى.
12- مدير الاصدار:
يوضح دور مدير الاصدار في عملية طرح هذه الصكوك، بالاضافة لأي معلومات اضافية اخرى.
13- امين الاصدار
يوضح دور أمين الاصدار في عملية طرح هذه الصكوك، بالاضافة لأي معلومات اضافية اخرى.
14- متعهد التغطية (ان وجد)
يوضح الاجراءات التي ستتبع في حالة عدم تغطية الاكتتاب بشكل كامل من قبل المستثمرين ودور متعهد التغطية.
15- متعهد الاسترداد (ان وجد)
يوضح دور متعهد الاسترداد في عملية اطفاء هذه الصكوك، بالاضافة لأي معلومات اضافية اخرى.
16- الاشعارات والبيانات المتوجب ارسالها لمالكي الصكوك:
تحدد طريقة ارسال الاشعارات الدورية، والتقارير المالية الخاصة بالمشروع الى مالكي الصكوك وعدد المرات التي ترسل فيها.
17- على الجهة المصدرة وضع آلية التنضيض الحكمي لإطلاع مالكي الصكوك على العوائد المتوقعة خلال عمر المشروع.
18- درجة التصنيف الائتماني والجهة المرخصة التي قامت بالتصنيف (ان وجدت).
19- الضرائب
معاملات صكوك التمويل الاسلامي معفاة بموجب قانون صكوك التمويل الاسلامي رقم (30) لسنة 2012 من جميع الضرائب والرسوم بما في ذلك ضريبة الدخل والضريبه العامه على المبيعات ورسوم طوابع الواردات وكما لا تخضع العوائد الناشئة عن الاستثمار في الصكوك لضريبة الدخل.
20- ان مالك الصك يشارك في الغنم والغرم حسب نوع الصك وصيغته.
21- النفقات اللازمة لهيئة مالكي الصكوك.

ثانياً: شروط واجراءات الاكتتاب

1- تقديم طلبات الاكتتاب.
2- مكان الاكتتاب، ومدته وتاريخ بداية ونهاية الاكتتاب.
3- الشروط التي يخضع لها قبول الاكتتاب.
4- اسباب قبول او رفض طلب الاكتتاب.
5- تحديد مدة السماح اللازمة لتنفيذ المشروع وتاريخ بدء توزيع العوائد.
6- اسلوب وتاريخ اعادة الاموال الفائضة في حالة التخصيص او رفض الطلب.
7- الاجراءات المتبعة في حالة عدم كفاية الطلب على الاكتتاب بالصكوك المعروضة بما في ذلك المدد الزمنية التي بإنقضائها يتعين اعادة الاموال لمالكي الصكوك.
8- كيفية الحصول على نسخ من نشرة الاصدار، والمتطلبات المتعلقة بتعبئة طلب الاكتتاب.
9- تحديد الحد الادنى للاكتتاب الواحد بالصكوك.
10- اي شروط او اجراءات تفصيلية تتعلق بالاكتتاب بالصكوك المعروضة، بالاضافة لاي معلومات اضافية تتطلبها القوانين والانظمة والتعليمات المعمول بها.

ثالثاً: الغاية من الاصدار وكيفية استغلال حصيلته

يوضح التالي:-

1- القيمة الاسمية للاصدار.
2- الاغراض التي ستستخدم فيها هذه الاموال والمبالغ التقريبية اللازمة لكل غرض.

رابعاً: وصف الجهة المصدرة والمشروع واعمالهما

1- الجهة المصدرة ويبين ما يلي:

أ- النشاطات الرئيسه، واثرها على الانتاج والعمالة والمبيعات وغيرها.
ب- لمحة تاريخيه مختصرة تتضمن وصفاً عن:
1- البيانات المالية للجهة المصدرة تغطي فترة **الثلاث سنوات** الاخيرة او منذ تأسيس تلك الجهة، ايهما اقل وتبين ما يلي:
- المركز المالي للجهة.
- بيان الارباح والخسائر.
- قائمة التدفق النقدي.
- التقارير المالية السنوية.
- يجب ان تكون هذه البيانات المالية معدة وفق الاصول المحاسبية المعتمدة من الهيئة ومدعمة بالايضاحات، ومصدقة من قبل مدققي حسابات الجهة المصدرة.

2- البيانات المالية المرحلية المراجعة.
وهي البيانات المالية المرحلية مراجعة من قبل مدقق حساباته والتي تغطي الفترة من نهاية السنة المالية السابقة وحتى نهاية الربع الأخير الذي يسبق تاريخ طلب الاصدار.
3- البيانات المالية المجمعة للجهة المصدرة في حال وجود شركات تابعة:
وهي بيانات مالية مجمعة للشركات التابعة سواء البيانات السنوية او المرحلية ان وجدت وفي حالة عدم توفر مثل هذه البيانات، يتم اعداد جداول تعكس الوضع المالي للشركات.
4- المعلومات الاضافية:
تبين معلومات جوهرية ورئيسه حدثت في الفترة الواقعة بين آخر ميزانية معدة وتاريخ الاصدار ولها اثر على البيانات المالية.
5- حقوق المساهمين:
جداول تظهر البيانات المتعلقة بحقوق المساهمين في الجهة المصدرة، وذلك للسنوات الثلاث الاخيرة أو منذ تأسيسها أيهما اقل، بحيث توضح هذه البيانات التغيرات في حسابات رأس المال والاحتياطيات والارباح او الخسائر المدورة.
6- اي بيانات مالية اخرى اذا كان اخفاء هذه البيانات من شأنه ان يؤدي لتضليل مستخدم النشرة.
7- اي تغيرات او احداث جرت لدى الجهة المصدرة واثرت عليها من حيث طبيعتها او انواع منتجاتها والمصاريف الرئيسه التي تم انفاقها واوجه ذلك الانفاق او اعادة تنظيم الجهة المصدرة، أو بيع او اعادة شراء اصول هامة وفتح او اغلاق اي جزء من مصانعها او نوع من انواع انتاجها او خدماتها.
8- وصف لاهمية الامتيازات او براءات الاختراع او العلامات التجارية واي حقوق تجارية اخرى ومدتها وتأثيرها، وبيان اي تغييرات جرت عليها خلال السنوات الماضية او اي احداث متوقعه ذات علاقة بالموضوعات المذكورة.
9- بيان أية قضايا محكوم بها لصالح الجهة المصدرة او عليها او أي من شركاتها التابعة او مازالت منظورة لدى القضاء خلال السنوات الخمس السابقة، وكذلك القضايا المحالة للتحكيم.
10- بيان المشاريع المستقبلية والدراسات التي اجريت حولها (ان وجدت) مع بيان الفرضيات التي تستند اليها هذه الدراسات، كما ويجب بيان اي عقبات او صعوبات يمكن التكهن بها فيما يتعلق باعمال الجهة المصدرة.
11- بيان وضع الجهة المصدرة التنافسي وتوضيح الحجم التقديري لنشاطها قياسًا بمنافسيها، وبيان مدى تمتع منتجات الجهة المصدرة بالحماية واسلوبها حال توفر ذلك.
12- بيان مدى تمتع الجهة المصدرة بمزايا قانون تشجيع الاستثمار .
13- علاقة الجهة المصدرة بالشركات التابعة لها او الشركات الام او الحليفة او الشقيقة ان وجدت .
14- أية مطالبات أو حجوزات من قبل ضريبة المبيعات أو ضريبة الدخل أو أية جهة أخرى أو أية رهونات على أصول الشركة.

2- المشروع فيجب ان يبين ما يلي:

أ- دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع.
ب- بيان المنتجات والخدمات الرئيسه للمشروع.
ج- وصف مصادر المواد الخام الرئيسه وأماكن وجودها.
د- بيان موجز عن الاعتبارات البيئية الداخلة في مجال اعمال المشروع.
هـ- شرحٌ وافٍ للمخاطر التي قد تنجم عن الاستثمار في المشروع.

خامساً: ادارة الجهة المصدرة والمشروع

يبين التالي:
1- اسماء اعضاء مجلس الادارة واسماء ورتب الادارة العليا ذوي السلطة التنفيذية لكل من المشروع والجهة المصدرة وخبرات ومؤهلات كل شخص منهم **وجنسياتهم وعناوينهم المختارة للتبليغ والمراسلات للجهة المصدرة والمشروع**.
2- مساهمات اعضاء مجلس الادارة واقربائهم الزوج /الزوجة والاولاد القصر والادارة العليا في الجهة المصدرة وكذلك مساهمات اي شركات مسيطر عليها من اي منهم.
3- المزايا والمكافآت التي حصل عليها اعضاء مجلس الادارة والاداره العليا للجهة المصدرة .
4- المراكز الوظيفية لاعضاء مجلس الادارة والادارة العليا في الشركات التابعة للجهة المصدرة ان وجدت.
5- اي عقود او مصالح نفذت مع شركات مملوكة من قبل اي من اعضاء مجلس ادارة الجهة المصدرة اذا كان لهم مصلحة في تلك الشركات خلال السنوات الثلاث الاخيرة، في حال كانت قيمة مجموع العقود المنفذة مع هذه الشركات تزيد على عشرة الآف دينار في السنة الواحدة.
6- اسماء اعضاء مجلس الادارة او الادارة العليا لكل من الجهة المصدرة والمشروع الذين كانوا اعضاءً في مجالس ادارات شركات اخرى او في الادارات العليا، مع الاشارة للشركات التي تم تصفيتها او تعثرت خلال العشر سنوات الاخيرة واسباب ذلك.

سادساً: عدد المساهمين وتوزيع ملكية اسهم الجهة المصدرة (ان وجدت)

يبين التالي:
1- عدد المساهمين **وجنسياتهم** وتوزيع ملكية الاسهم.
2- اسماء المساهمين الذين يملك كل منهم (5%) من اسهم الجهة المصدرة فاكثر، وعدد الاسهم التي يمتلكها كل منهم ونسبتها.

سابعاً: المستشار الشرعي /اللجنة الشرعية

يبين معلومات عن المستشار الشرعي/ اللجنة الشرعية.

ثامناً: المستشار القانوني
التواقيع (مصادق عليها حسب الاصول)

نحن الموقعون أدناه نقر بمسؤليتنا الكاملة عن صحة المعلومات الواردة في هذه النشرة ودقتها واكتمالها ونؤكد عدم وجود أي بيانات أو معلومات أخرى قد يؤدي حذفها إلى جعل المعلومات مضللة أو قد يؤثر في أسلوب تسعير المستثمر للصكوك المعروضة أو التأثير على قرار المستثمر.
ونؤكد التزامنا بتزويد الراغب بالاستثمار بهذه النشرة قبل اكتتابه في الصكوك المعروضة وتزويد هيئة الأوراق المالية بأية بيانات أو معلومات قد تنشأ بعد تقديم هذه النشرة إلى هيئة الأوراق المالية أو بعد إعتماد مجلس المفوضين لها.

المدير المالي **الأسم والتوقيع**	**المدير العام** **الأسم والتوقيع**	**رئيس مجلس الإدارة** **الأسم والتوقيع**
المدير التنفيذي **الأسم والتوقيع**	**أعضاء مجلس الإدارة أو المؤسسون** **الاسم والتوقيع**	**رئيس هيئة المديرين** **الأسم والتوقيع**

شهادة مدقق الحسابات

نقر بصفتنا مدققي حسابات الجهة المصدرة ..... بأن البيانات المالية السنوية و/أو نصف السنوية المرفقة بهذه النشرة قد تم تدقيقها و/أو مراجعتها من قبلنا وفق معايير التدقيق المعتمدة من قبل هيئة الأوراق المالية وأن لا علم لنا بأية معلومات من شأنها التأثير على صحة المعلومات الواردة في هذه النشرة ودقتها واكتمالها.

الاسم الختم والتوقيع

شهادة المستشار القانوني

ان عرض الصكوك للجهة المصدرة .... متفق مع أحكام قانون صكوك التمويل الاسلامي وقانون الشركات وقانون هيئة الأوراق المالية والنظام الأساسي للجهة المصدرة، وأن جميع الإجراءات التي اتخذت تتفق والقوانين والانظمة السارية المفعول.
لا يوجد مطالبات قضائية للجهة المصدرة أو عليها منظورة أمام المحاكم.

المستشار القانوني
الاسم والتوقيع

مدير الإصدار

نقر بصفتنا مدير اصدار الصكوك المعروضة ضمن هذه النشرة بأننا قمنا بإعداد نشرة الإصدار إستنادًا الى المعلومات التي تم تزويدنا بها من قبل الجهة المصدرة وأن لا علم لنا بأية معلومات أخرى من شأنها التأثير على صحة المعلومات الواردة في هذه النشرة ودقتها وإكتمالها.

مدير الاصدار
الإسم التوقيع

المرفقات

يجب تقديم المرفقات التالية مع نشرة الاصدار ودون الحاجة الى تضمينها للنشرة:

1- صيغة الاعلان المتعلقة بعرض الصكوك بالاضافة الى ان الاعلان يجب ان يتضمن اية معلومات ومتطلبات هامة تقتضيها القوانين والانظمة المرعية.
والتي تتضمن المعلومات التالية:
أ- اسم الجهة المصدرة.
ب- الصكوك المعروضة: نوعها، مبلغ العرض، وسعر الصك، ومعدل العائد المتوقع.
ج- خلاصة عن الشروط المتعلقة بالعرض.
د- الضمانات والجهة الضامنه ان وجدت .
هـ- مكان الاكتتاب ومدته.
و- الغاية من الاصدار وكيفية استغلال حصيلته.
ز- يوضع النص التالي، وبشكل بارز وملحوظ، في اسفل صيغة الاعلان:

يعتبر هذا الإعلان دعوة الى عرض الصكوك وان عناصر هذا العرض تكتمل بنشرة الاصدار التي يتوجب على كل مستثمر مطالعتها وتفهمها بعمق، ويتم في ضوء هذه النشرة تقديم المستثمر لطلب الاكتتاب وفقًا للنماذج المعدة لهذه الغاية والموضوعة تحت تصرف الجمهور لدى البنوك الواردة أعلاه. يعتبر الاكتتاب بالصكوك إيجاباً ملزماً للمشتري إذا تسلم نسخة من نشرة الإصدار النافذة المفعول اذا لم ينص في نشرة الاصدار انها ايجابٌ. ويعتبر التخصيص للصكوك قبولاً، ويعتبر الاكتتاب بالصكوك قبولاً ملزماً للمشتري إذا تسلم نسخة من نشرة الإصدار النافذة المفعول في حال كونها ايجاباً.

وتمت الموافقة عليها من قبل مجلس المفوضين المشكل بمقتضى قانون الصكوك بموجب قراراه رقم ----- تاريخ / / ومجازة من قبل الهيئة

بموجب قرار رقم (.....) تاريخ / /

2- نموذج طلب الاكتتاب.
3- جميع القرارات والوثائق الرسمية التي تبين الموافقة على الاصدارات المتعلقة بالصكوك.
4- صورة مصدقة عن نسخ الامتيازات والتراخيص الممنوحة للجهة المصدرة وبيان التعديلات التي اجريت عليها.
5- المستندات التي بموجبها تم تأسيس الشركة ذات الغرض الخاص (ان وجدت).
6- الاتفاقيات المعقودة بين الجهة المصدرة ووكيل الدفع ومدير الاصدار وامين الاصدار والحافظ الامين (ان وجد) ومتعهد الاسترداد (ان وجد).
7- طلب تسجيل الصكوك وإعتماد نشرة الاصدار.
8- اية معلومات او بيانات تطلبها الهيئة.

إعلان عرض الصكوك

تعلن الجهة المصدرة .....
المسجلة لدى وزارة الصناعة والتجارة تحت رقم (...) بتاريخ ../../....ان وجد
عن إجازة هيئة الرقابة الشرعية المركزية رقم (...) والمتخذة في جلستها المؤرخة في (../../....) وعن موافقة مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية بقراره رقم (..../....) المتخذ في جلسته المنعقدة بتاريخ / / على تسجيل صكوك عددها (....) صك وفقًا لما يلي:-

1- نوع الصكوك:-
2- عدد الصكوك:-
3- فئة الصكوك:-
4- نسبة العائد المتوقع:-
5- تاريخ استحقاق العائد المتوقع:-
6- مدة السماح لبداية المشروع.
7- درجة التصنيف الائتماني والجهة المرخصة التي قامت بالتصنيف (ان وجدت).
8- يبدأ الاكتتاب اعتبارًا من صباح يوم ..... الموافق / / وينتهي بنهاية يوم ..... الموافق / / .
9- يتم تسديد قيمة الصكوك المكتتب بها كاملة عند تقديم الطلب لدى إدارة فروع البنك .
10-تاريخ الإطفاء.
11- الغاية من عرض الصكوك ..... .
12- مدير الإصدار، وكيل الدفع والحافظ الأمين وامين الاصدار.
13- متعهد التغطية (ان وجد)، ومتعهد الاسترداد (ان وجد).
14- اسماء الادارة العليا للمشروع (الشركة ذات الغرض الخاص).
15- أي شروط اخرى تراها الجهة المصدرة ضرورية ووفق شروط الإصدار الواردة في النشرة.

ثانيًا: ملحق عقود المزايدة والمناقصة

نموذج: (1) المزاد العلني جمارك دبي[1].



2019/10/12 شروط المزاد العلني

جمارك دبي DUBAI CUSTOMS (ar/)

حكومة دبي GOVERNMENT OF DUBAI http://www.dubai.ae/ar/pages/default.aspx)

دبي.امارات إكسبو EXPO 2020 (/https://www.expo2020dubai.com/ar) (http://www.dubai.ae/ar/pages/default.aspx)

مجلس محمد بن راشد الذكي (https://www.mbrmajlis.ae/ar/home)

الفرضة منتديات استطلاع (Al_Furdah/Arabic/book.swf/) (ar/Pages/SSAP.aspx/)

APP-AS.READSPEAKER.COM/CGI-BIN/RSENT?//) English
CUSTOMERID=6400&LANG=AR_AR&READCLASS=MAIN-CONTENT&URL=)
(/AR/CUSTOMERCARE/PAGES/CONTACTUS.ASPX) A A A

الرئيسية (/Ar/Pages/Default.Aspx) / اجراءات جمارك دبي (/Ar/Procedures/Pages/Default.Aspx) / المزاد العلني (/Ar/Procedures/PublicAuction/Pages/Default.Aspx) / شروط المزاد العلني

شروط المزاد العلني

سيتم إجراء المزاد طبقاً للشروط الاتية:

1. لا يسمح للعملاء بدخول ساحة المزاد العلني الا بعد ارتداء معدات السلامة وتشمل: الخوذة والسترة.
2. سيجري بيع كل مجموعة من البضائع على مجموعات أو كل مجموعة على حدة.

يجوز للدائرة إلغاء أو تأجيل المزاد لأي سبب تراه

(https://chat.dubaicustoms.ae/arabicchat.aspx)

(ar/Pages/HappinessMeter.aspx?type=application/)

2019/10/12 شروط المزاد العلني

4. يشترط على المستوردين ووكلاء الملاحة والتخليص، أن يتقدموا بالمطالبة بسحب أية بضاعة من البضائع المبينة في قائمة المزاد إلى هذه الدائرة قبل إتمام البيع.
5. لن تسحب أية بضائع من المزاد إلا إذا قام المستورد أو وكيل الشحن بتقديم وثائق تخليص البضائع إلى الجمارك ودفع جميع الرسوم التي لم تسدد بعد، وذلك قبل إتمام البيع.
6. بما أن البضائع سوف تباع على حالتها كما هي فعلى المزايدين أن يتأكدوا بأنفسهم من حالة وجودة ونوعية هذه البضائع.
7. أن لائحة البضائع المعروضة للمزاد ليست ضمانا للحالة أو الجودة أو الكمية.
8. على من يرسو عليه أي مزاد أن يقوم بتسديد القيمة فورا بعد الانتهاء من كل مزاد على حده.
9. تقبل الصكوك المصرفية للدفع ، إلا انه لن يتم تسليم البضائع إلا بعد أن تحصل قيمة الصك من البنك.
10. في حالة الدفع بالصك المصرفي، يجب دفع مبلغ 10% من قيمة البضاعة المرسا عليها نقداً مقدماً غير قابل للرد.
11. في حالة إعادة الصك من البنك دون تحصيل لن يسمح للمزايد بدخول أي مزاد من مزادات هذه الدائرة مستقبل.
12. لن يسمح لأي مزايد رسا عليه المزاد بسحب عطاءه أو الامتناع عن الدفع وإلا حرم من الاشتراك في أي مزاد للدائرة في المستقبل.
13. بعد أن يتم التسديد فان أي مطالبات من المشترين بإعادة ما دفع لن تكون مقبولة تحت أي ظرف من الظروف.
14. على من يرسو عليه المزاد القيام بنقل البضائع خلال 5 (خمسة) أيام من تاريخ المزاد وسوف يتم حجز أية بضائع وبيعها بالمزاد التالي إذا لم يتمكن من رسا عليه المزاد من إزالتها خلال المدة المحددة
15. على كل تاجر يود حضور المزاد وتفقد البضائع ولا يحمل بطاقة دخول الميناء، أن يطلبها من سلطة الميناء في أي يوم من يومي العمل السابقين للمزاد.
16. يشترط على الناقلين ووكلاء الملاحة تقديم المطالبة بإعادة دفع التكاليف المستحقة عن أي من البضائع التي تم بيعها في المزاد في غضون سنة واحدة من تاريخ المزاد، وسوف ترفض نهائياً أية مطالبات تقدم بعد هذه المدة.

(https://chat.dubaicustoms.ae/arabicchat.aspx)

(ar/Pages/HappinessMeter.aspx?type=application/) مشاركه

https://www.dubaicustoms.gov.ae/ar/Procedures/PublicAuction/Pages/AuctionConditions.aspx 2/5

(1) المزاد العلني: جمارك دبي، الإمارات العربية المتحدة، تحديث: https://www.dubaicustoms.gov.ae/ar/procedures/publicauction/Pages/default.aspx
2019/10/12، 06:25:09.

نموذج: (2) المزاد العلني لأمانة جدة[1]



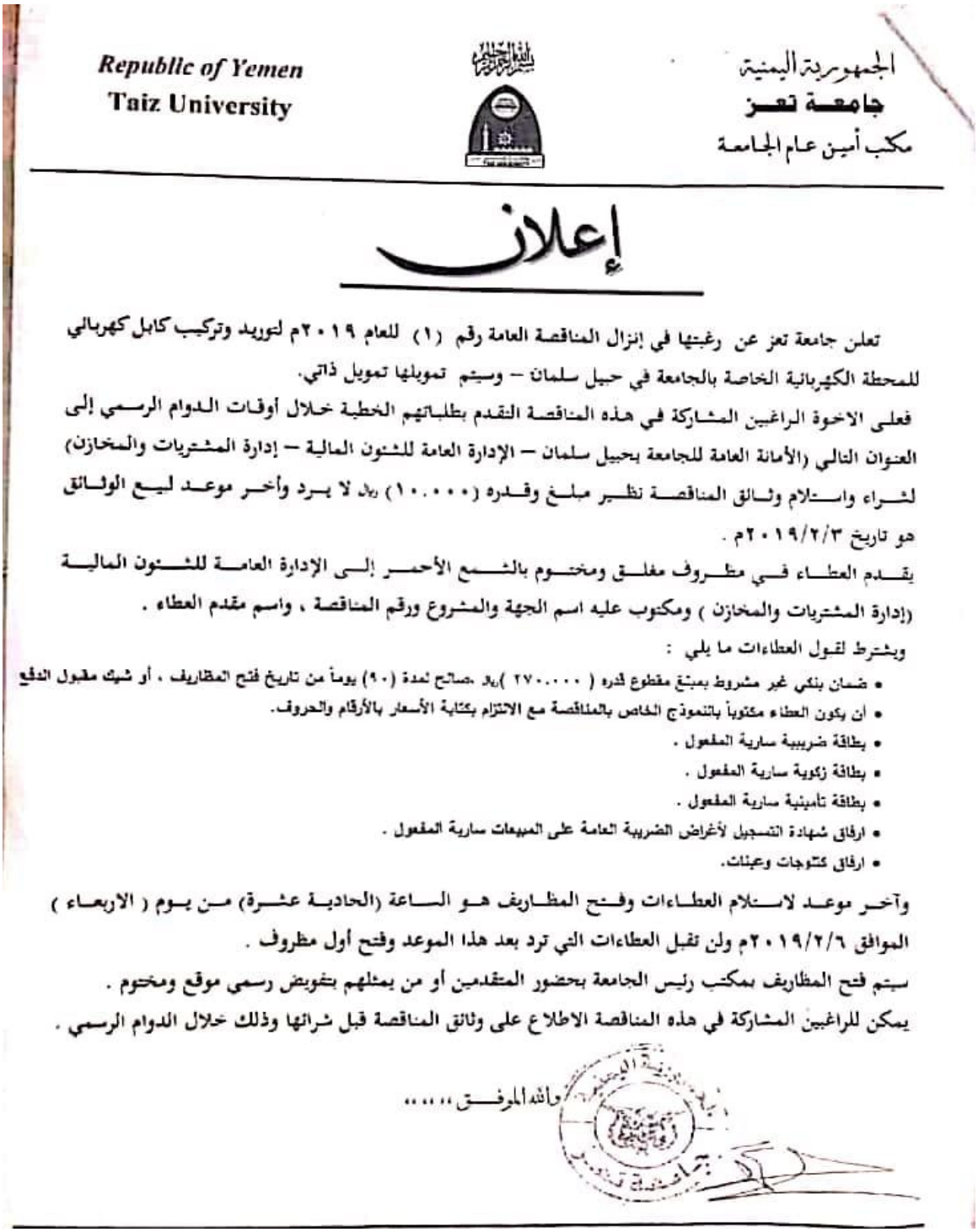
الشروط العامة للمزاد :

1- تقديم شيك بنكي مصدق بإسم / أمانة محافظة جدة بمبلغ (100.000)مائة الف ريال عن كل قطعة أرض (عند دخول المزايدة)
2- نتيجة المزاد غير ملزمة لأمانة جدة الابعد موافقة صاحب الصلاحية في وقت المزاد
3- يتم معاينة الاراضي الموضحة بالبر وشورات والكتيبات المعروضة للمزاد من حيث الموقع والحدود والمعالم والأوصاف معاينة تامة ونافية لكل جهالة وتعتبر هذه المعاينة موافقة على الشراء بالحالة الراهنة ويعتبر دخول المشتري المزاد إقراراً منه بذلك
4- البيع للاراضي كل ارض كوحدة واحدة منفصلة. ولايحق للشخص شراء أكثر من قطعة واحدة فقط
5- على المشتري مراجعة أمانة محافظة جدة وسداد المبلغ المتبقي من قيمة الارض خلال (15) يوم من تاريخ المزايدة
6- في حالة تأخر المشتري عن سداد المبلغ المتبقي من قيمة القطعة عن الموعد المقرر نظاماً يعتبر البيع لاغياً ويتم مصادرة المبلغ المدفوع
7- أن يكون المشتري شخصاً طبيعيا
8- تسديد عمولة السعي (2.5%) إثنان ونصف بالمائة من قيمة القطعة نقداً أو بموجب شيك بإسم(رئيس طائفة العقار بمحافظة جدة) في موقع المزاد

(1) المزاد العلني: أمانة جدة، http://www.jeddah.gov.sa/ تحديث: 2020/4/12، 15:43:00

نموذج: (3)

المناقصات العامة (1) بجامعة تعز 2019م[1]



Republic of Yemen
Taiz University

الجمهورية اليمنية
جامعة تعز
مكتب أمين عام الجامعة

إعلان

تعلن جامعة تعز عن رغبتها في إنزال المناقصة العامة رقم (١) للعام ٢٠١٩م لتوريد وتركيب كابل كهربائي للمحطة الكهربائية الخاصة بالجامعة في حبيل سلمان – وسيتم تمويلها تمويل ذاتي.

فعلى الاخوة الراغبين المشاركة في هذه المناقصة التقدم بطلباتهم الخطية خلال أوقات الدوام الرسمي إلى العنوان التالي (الأمانة العامة للجامعة بحبيل سلمان – الإدارة العامة للشئون المالية – إدارة المشتريات والمخازن) لشراء واستلام وثائق المناقصة نظير مبلغ وقدره (١٠.٠٠٠) ريال لا يرد وآخر موعد لبيع الوثائق هو تاريخ ٢٠١٩/٢/٣م .

يقدم العطاء في مظروف مغلق ومختوم بالشمع الأحمر إلى الإدارة العامة للشئون المالية (إدارة المشتريات والمخازن) ومكتوب عليه اسم الجهة والمشروع ورقم المناقصة ، واسم مقدم العطاء .

ويشترط لقبول العطاءات ما يلي :

- ضمان بنكي غير مشروط بمبلغ مقطوع قدره (٢٧٠.٠٠٠)ريال صالح لمدة (٩٠) يوماً من تاريخ فتح المظاريف ، أو شيك مقبول الدفع
- ان يكون العطاء مكتوباً بالنموذج الخاص بالمناقصة مع الالتزام بكتابة الأسعار بالأرقام والحروف.
- بطاقة ضريبية سارية المفعول .
- بطاقة زكوية سارية المفعول .
- بطاقة تأمينية سارية المفعول .
- ارفاق شهادة التسجيل لأغراض الضريبة العامة على المبيعات سارية المفعول .
- ارفاق كتلوجات وعينات.

وآخر موعد لاستلام العطاءات وفتح المظاريف هو الساعة (الحادية عشرة) من يوم (الاربعاء) الموافق ٢٠١٩/٢/٦م ولن تقبل العطاءات التي ترد بعد هذا الموعد وفتح أول مظروف .

سيتم فتح المظاريف بمكتب رئيس الجامعة بحضور المتقدمين أو من يمثلهم بتفويض رسمي موقع ومختوم .

يمكن للراغبين المشاركة في هذه المناقصة الاطلاع على وثائق المناقصة قبل شرائها وذلك خلال الدوام الرسمي .

والله الموفق ،،،،

(1) إعلان مناقصة: جامعة تعز، http://www.taiz.edu.ye/ تحديث: 2021/1/24م، 07:42:03.

نموذج: (4)

عقود المناقصة والمزايدة بجامعة قطر [1]

- يمكن الحصول على وثائق المناقصة من إدارة المشتريات والعقود بجامعة قطر خلال أوقات الدوام الرسمية، بموجب كتاب تفويض من الشركة و ذلك مقابل دفع قيمة الوثائق غير مسترجعه (حسب المذكور في الدعوة) تودع في حساب الجامعة رقم: (001-012075-0013)

QA03QNBA000000000013012075001

IBAN: لـدى بنك قطر الوطني (بعد التأكد من اســـتيفاء الشركة للشروط).

- يرفق مع العطاء الفني تأمين مؤقت باسم جامعة قطر، بشيك مقبول الدفع أو بموجب خطاب ضمان مصرفي صادر من أحد البنوك المحلية أو المعتمدة في دولة قطر، وساري لمدة (120) يوماً على الأقل من التاريخ المحدد لتسليم العطاء.
- **سيتم استبعاد الشركات التي لم تقدم ضمان إبتدائي يوم الاقفال ولن يتم إستلام أي ضمان بعد يوم الإقفال.**
- **سيتم استبعاد الشركات التي لم تقدم شهادة تصنيف محدثة يوم الاقفال ولن يتم إستلام أي شهادة بعد يوم الأقفال.**
- تكون مدة سريان العطاءات (90) يوماً من تاريخ انتهاء المدة المقررة لتقديم العطاءات.
- قيمة التأمين النهائي بما لا يقل عن (10%) من قيمة العقد، يتم إيداعه بموجب خطاب ضمان مصرفي مقبول من بنك محلي أو معتمد و يكون ساري المفعول لمدة (**7**) أيام بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد أو بعد انتهاء مدة الصيانة.
- يحق لجامعة قطر أثناء مدة العقد و بعد موافقة لجنة المناقصات و المزايدات في زيادة أو خفض مقادير الأصناف أو الأعمال أو الخدمات بما يعادل 20% من قيمة العقد وفقاً لشروطه وأسعاره.
- سيكون آخر موعد لتقديم العطاءات هو الساعة الثانية عشر والنصف ظهـراً من يوم الثلاثاء الموافق...../...../.....، ولن يلتفت إلى أي عطاء يرد بعد الموعد المحدد.
- تقدم العطاءات بنظام مظروفين فني ومالي في كل مظروف أصل وصورة موقعة ومختومة بختم الشركة، وتودع داخل مظاريف مغلقة معنونة باسم السيد/ رئيس لجنة المناقصات و المزايدات المختصة دون ذكر اسم الشركة على المظاريف، و تسلم لأمانة سر اللجنة بمقرها / إدارة المشتريات والعقود بجامعة قطر مبنى رقم (A05) الدور الأول.
- للحصول على وثائق المناقصة أعلاه، يجب إبراز الآتي: 1- كتاب تفويض من الشركة، 2- صورة من السجل التجاري ساري المفعول، 3- بطاقة شخصية سارية المفعول، 4- يجب أن تكون الشركة مصنفة لدى إدارة تنظيم المشتريات الحكومية.
- تقدم الاستفسارات المتعلقة بالمناقصة إلى الإدارة المختصة بإدارة المشتريات والعقود حتى تاريخ ...../...../..... .
- لمقدمي العطاءات أو مندوبيهم حضور جلسة فض المظاريف يوم الأربعاء الموافق ...../...../..... .
- للاستفسار، يرجى الاتصال على إدارة المشتريات و العقود على هاتف رقم: (44033222)، فاكس رقم: (44033201) أثناء الدوام الرسمي من الساعة 7:30 صباحاً و حتى الساعة 2:30 مساءً.، بريد إلكتروني: procurement@qu.edu.qa

(1) المناقصات والمزايدات: جامعة قطر، http://www.qu.edu.qa/ar/offices/procurement/tenders-and-auctions

تحديث: 2019/10/3م، 18:07:55

نموذج: (5)

مناقصة الصندوق الاجتماعي للتنمية بمحافظة تعز[1].

الجمهوريه اليمنيه
اللجنه المجتمعيه

الرقم :(١)
التاريخ : ١٨ /٣/ ٢٠١٩م

الاعلان عن المناقصات رقم (١)

موقع المناقصه (١) من المحطه (00 + 0) الي المحطة (860 + 0).
تعلن لجنة مشروع / استكمال طريق الصرح كشرار ـ محرقه عليا ـ محرقه ـ مغبنه للأخوه المقاولين و من لديهم الخبرة ة الكفاءة في أعمال المقاولات .
و للراغبين في الحصول على وثائق المناقصة الحضور الى العنوان التالي :
(مدرسة الحامد الاساسية محرقة)
لسحب الوثائق واخر موعد للسحب سيكون يوم (الأثنين) الموافق ٢٥/ ٣/ ٢٠١٩ م الساعة (١٠)
وسيتم فتح المظاريف يوم (الأثنين) الموافق ٢٥/ ٣/ ٢٠١٩ م الساعة (١١) صباحا
في مقر المشروع الكائن في (مدرسة الحامد الاساسية محرقة) و لن يقبل أي مظروف يأتي بعد هذا الميعاد المحدد .

مع العلم ان اللجنه غير ملزمه بقبول أقل الأسعار .

و يشترط للمتقدمين الآتي :
١) أرفاق صوره من البطاقة الشخصية الالكترونية أو بطاقه عائلية سارية المفعول أو جواز سفر ساري المفعول .
٢) المقاولين في نفس المشروع أن يكون قد تجاوز نسبة انجاز مناقصتهم النشطه (٧٥%)
٣) ارفاق صورة لعقود مماثله إن وجد .
٤) احضار الاصول للمطابقه .
٥) تكون هذه الوثائق داخل مظروف و مكتملة ولن ينظر الي المظروف الغير مكتمل .
٦) دفع ضمان التنفيذ مبلغ و قدره خمسون ألف ريال أو شيك مقبول الدفع بحيث يرد لمن لا ترسي عليه المناقصة .
٧) ألا يكون على صلة قرابة أو مصاهرة حتي الدرجه الرابعة مع أي احد من العاملين بالصندوق او اي احد من استشاري المشروع او اي احد من أعضاء اللجنة المجتمعية .

هذا والله من وراء القصد .....

منسق المشـــروع
طارق قائد عبد الوهاب

رئيس اللجنـــة
محفوظ عبد الغني فائد

للاستفسار الإتصال على ٧٧٧٩٧٥٢٢٠ / ٧١١٩٧٥٢٢٠

Scanned with CamScanner

(1) بواسطة المراسلة: أ. طارق قائد عبدالوهاب، 2019/3/18م، 06:06:10

تابع نموذج (5):

الشروط والمواصفات التكميلية لتنفيذ الأعمال الترابية والصخرية بالعمالة في الطرق الريفية[1]

1- يجب علي المقاول الالتزام الكامل بالضوابط الفنية والادارية (للمقاولات وتنفيذ المشاريع) والتعامل مع الاستشاري المكلف من الصندوق في كل مرحله من مراحل التنفيذ عن طريق (التعليمات الخطية المكتوبة) والاستلام والتسليم الموثق وطلب المهندس لتسليم الأعمال المطلوب تنفيذها والتوافق عليها بمحاضر خطيه وكذا استلام الأعمال المنفذة والملاحظات المتبقية أولا بأول خطيا(توجد استمارات مخصصه لذلك أضافه إلى دفتر الموقع) ويتحمل المقاول مخالفه ذلك

2-يلتزم المقاول بتوفير معدات بكفاءة جيدة وبالحجم المطلوب في المواصفات والتنفيذ بحسب البرنامج الزمني الذي يلزم المقاول مناقشته واعتماده من الاستشاري ثم تقديمه إلى ضابط المشروع فور استلامه لموقع المشروع مراعيا فترة السماحية المعتمدة من الصندوق والذي سيتم متابعة الانجاز بموجب ذلك البرنامج .

3- في حاله بند المسح أو التوسعة الجانبية يلزم المقاول تنفيذ المسح أو التوسعة بواسطة العمالة اليدوية مثل حالات القطع المرتفع أو لتهذيب الميول بما يمنع التساقطات من جوانب الطريق

4- يجب أن تنفذ بنود المسح وتحقيق الميول العرضية المطلوبة لجسم للطريق بكشط الطريق بأعماق تصل إلى 50 سم ويمنع المسح وتحقيق الميول بالردم والتعبئة نهائيا ما عدا المناطق الصخرية الصلبة ويتحمل المقاول مخالفه ذلك

5- تشمل بنود المسح والتوسعة في الطرق الريفية الضيقة تنفيذ وتوسيع مواقع التجنيب للسيارات كل 200 متر على الأقل (أو كلما أمكن ذلك في الطرق شديدة الوعورة) وذلك على طول الطريق وبما يسمح بمرور سيارتين بشكل مريح وأمن

6-أثناء عمل المسح والتوسعة في مواقع العبارات والسايله يجب على المقاول عدم دفع المخلفات إلى مجرى العبارة أسفل الطريق والذي يتسبب في ردم مواقع الأساسات الواضحة لأي جدران يراد تنفيذها وإذا حدث ذلك يتحمل المقاول وعلى نفقته الخاصة مسئولية إزالة وتنظيف تلك المخلفات.

7- أثناء التنفيذ يجب على المقاول التجهيز الكامل لكل ما هو مطلوب في مقاطع الطريق أولا بأول حيث تنفذ كل الأعمال المطلوبة في المقطع المحدد كاملة ليتم استلامها بواسطة الاستشاري ولا يحق للمقاول طلب اى مستخلص إلا في المقاطع المستلمة تماما بواسطة الاستشاري.

8-إذا قام المقاول بتنفيذ أي أعمال غير مكتملة (مثلا المسح والتوسعة بدون تنفيذ الميول وفتح الديتشات) ثم سقطت الأمطار وجرفت الطريق فسيتحمل المقاول إعادة تنفيذ تلك الأعمال على نفقته الخاصة وتحميله أي تأخير في البرنامج الزمني نتيجة عدم تجهيزه الأعمال بشكل نهائي أولا بأول.

(1) بواسطة المراسلة: أ. طارق قائد عبدالوهاب، 2019/3/18م، 06:06:10

9- القطع الصخري يتم باستخدام أدوات القطع اليدوية مثل الكمبريش والصبار وغيرها (يمنع منعا باتا استخدام أي مواد متفجرة في تنفيذ القطعيات) ويلتزم المقاول بمراعاة شـــروط الســـلامة والأمان لتلك الأعمال وبما لا يؤثر على البيئة المحيطة وسلامة السكان والعمال ويتحمل المقاول كامل المسئولية الناتجة عن مخالفته لما ذكر

10-بند القطع الصخري سواء للتوسعة أو في جسم الطريق اوالديتشات يشمل أعمال تنظيف مخلفات القطع وتسوية مقطع الطريق

11-يجب على المقاول دفع مخلفات القطع الصـــخري أو الترابي إلى أماكن بعيدا عن الأراضـــي الزراعية أو اى مكونات بيئية أخرى(منشـآت-عيون-آبار-مسـاقي...الخ) بمافي ذلك تكسـير الصـخور الكبيرة إلى أحجام صـغيرة لا يسـبب تدحرجها أضـرارا في المدرجات الزراعية البعيدة أو الممتلكات الخاصـة وعلى المقاول التنسـيق مع لجنة المسـتفيدين لإيجاد حلول عملية لكل ماذكر.

12- يلزم المقاول إعادة كتابة المحطات التي يتم إزالتها أثناء التوسعة أولا بأول برنج معتمد وفي أماكن واضحة واستلامها من الاستشاري ولن يستلم العمل إلا بعد تنفيذ ذلك

توقيع المقاول

تابع نموذج (5)

الشروط التكميلية لتنفيذ الأعمال الإنشائية للطرق الريفية[1]

ثانيا الأعمال الإنشائية :

1- لا يتم تنفيذ أعمال الرصف إلا بعد تجهيز سرير الطريق في المقاطع المطلوب رصفها بالقطع والتسوية اليدوية والرش والدك الجيد والحصول على وجه مستوي وموضع لسرير الطريق ويمنع إستخدام أي ردميات أسفل الرصف والتي تؤدي إلى هبوطه مستقبلاً، ولا يتم الرصف في أي مقطع من الطريق إلا بعد استلام إستقرارية مقطع الطريق ووزنيه الميول العرضية والطولية المطلوبة للرصف في ذلك المقطع من قبل الاستشاري أو من يمثله وبحسب الأبعاد والأشكال الموضحة في الرسومات وجداول الكميات وتعليمات المهندس المشرف .

2- يلزم أن تكون أحجار الرصف مربوعة ومنتظمة الحواف ومصندقة ومستقرة على مراقدها وبالسماكات والأبعاد المطلوبة ويشترط استلام الاستشاري لعينة الحجر قبل التنفيذ .

3- يشترط عمل عينة تنفيذية من الرصف المطلوب مع الأحزمة بعرض المقطع وبطول لا يقل عن 10متريتم استلامها من قبل المهندس المشرف قبل الشروع بتنفيذ أعمال الرصف ،كما يلزم في مقاطع الرصف الناشف استلام الاستشاري للمقطع المنفذ قبل تعبئة الفواصل بالتربة الزراعية.

4- ترصف المقاطع على شكل جالات حيث يتم البدء بتنفيذ الأحزمة الطولية والعرضية ومن ثم الرصف بين الأحزمة بسروع منتظمة وعمودية على محور الطريق وبفواصل منتظمة بين السروع بحيث لا يزيد عرض الفاصل عن 2سم ويشترط الترابط الكافي بين الأحزمة الطولية العرضية .

5- يتم تمييل المقطع المرصوف في الاتجاه العرضي نحو الداخل مع تختيم الرصف الى الجانب الصخري من جسم الطريق (في حالة عدم تنفيذ ديتشات تصريف) .

6- مراعاة أن يتم إنهاء بداية ونهاية أي مقطع للرصف بحزام ينفذ بشكل مائل مغروسا في جسم الطريق وبما يحقق حركة مريحة عند مدخل ونهاية الرصف ولتجنب انخلاع بداية ونهاية الرصف .

7- يمنع نهائيا أثناء الرصف تعويض نقص سماكة الأحجار بأن يقوم عامل البناء بتجميع أتربة تحت الحجر أو بوضع الشلف إما لكي يرفع مستواها لتتوازن مع باقي أحجار الرصف أو لتوضيع الأحجار الغير منتظمة حيث يجب آن يتم اختيار أحجار الرصف بعناية وبسماكات موحدة ومنتظمة الحواف وأوجه مستوية من الأسفل والأعلى وبالأحجام المطلوبة

8- عند الرصف بالمونة الاسمنية سواء للأحزمة أو للعبارات السطحية يجب على المقاول الاتفاق مع مالكي السيارات وبحضور الاستشاري ولجنة المشروع على آلية عمل تحدد الأوقات المسموحة لاستخدام الطريق بحيث يمنع تماما حركة السيارات على الرصف إلا بعد 72 ساعة على الأقل.

9- أثناء تنفيذ الأحزمة الطولية الخارجية وفي حالة تبقى من عرض الطريق إلى الخارج 40 سم وأكثر فيجب أن يكون الرصف مغروسا في جسم الطريق بحيث يكون مستوى سطح الرصف مطابقا لمستوى الكتف المتبقي من الخارج بحيث

(1) بواسطة المراسلة: أ. طارق قائد عبدالوهاب، 2019/3/18م، 06:06:10

تستطيع السيارات استخدام الكتف (عند مرور سيارتين في نفس الوقت مثلا) ما لم فسوف يتحمل المقاول وعلى نفقته أعمال الردم والدك للأكتاف وبالعمق الذي يتساوى مستوى الرصف المرتفع مع الأكتاف الخارجية

10- لن يتم استلام الأعمال بشكل نهائي من المقاول في مقطع محدد إلا بعد تنفيذ كل الأعمال المصممة لذلك المقطع واى أعمال ضرورية أخرى يقرر الاستشاري تنفيذها في ذلك المقطع .

11- بالنسبة للجدران يجب استلام الأساسات بعد الحفر(الأبعاد وصلاحية الأساس للتنفيذ) واى جدران مصممه لمرور المياه عليها يجب أن تنفذ أساساتها على أرضية صخرية صلبة ويتحمل المقاول مسئولية مخالفه ذلك .

12- لن يصرف للمقاول اى مستخلص إلا مرفقا بأستلامات الأعمال من الاستشاري أولا بأول وذلك لكل بند من بنود العمل.

توقيع المقاول

ثالثاً: ملحق عقود المقاولة والاستصناع والاستصناع الموازي[1]

نموذج: (1) عقد مقاولة

بنك سبأ الإسلامي

الشئون القانونية

الجمهورية اليمنية – صنعاء

بسم الله الرحمن الرحيم

نموذج/ عقد مقاولة

تم في هذا اليوم ----- في شهر ----- سنة ----- 14هـ الموافق ----- من شهر ----- سنة 2000م بين كل من :-

أ/ بنك سبأ الإسلامي ويمثله الأخ/ علي محمد الأسمر بصفته مديراً للاستثمار ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد **بالطرف الأول** .

ب/ غمدان للتجارة والخدمات ويمثله الأخ/ ناشر محمد هاشم بصفته المدير العام ويسمى فيما بعد لأغراض هذا العقد **بالطرف الثاني**.

الاتفاق على توريد وتركيب الأعمال الكهربائية والميكانيكية لمشروع صوامع الغلال ومطاحن الدقيق التابع للشركة اليمنية الدولية للصناعات الغذائية المحدودة في الصليف وذلك طبقاً للجداول المرفقة بهذا العقد والتي تعتبر جزء لا يتجزأ من هذا العقد مع مراعاة الأصول الفنية والمواصفات المتفق والمتعارف عليها في الإعداد والتنفيذ والتشغيل التجريبي والاختبار الأولي والنهائي لمثل هذه الأعمال وبحسب الشروط التالية :

1. يقوم الطرف الثاني بالمقاولة للطرف الأول لتوريد وتركيب الأعمال الكهربائية والميكانيكية لمشروع صوامع الغلال ومطاحن الدقيق التابع للشركة الدولية للصناعات الغذائية المحدودة في الصليف بموجب الجداول الموضحة للأعمال والمرفقة بهذا العقد وعددها (12) جدول وبقيمة إجمالية قدرها (359.334 $) ثلاثمائة وتسعة وخمسون ألف وثلاثمائة وأربعة وثلاثون دولار أمريكي.
2. يلتزم الطرف الثاني بتنفيذ الأعمال الموكلة إليه خلال فترة ثمانية أشهر ابتداء من تاريخ استلام الدفعة المقدمة المشار إليها في البند رقم (4) التالي بموجب جدول يقدم حال توقيع العقد ويعتبر جزء لا يتجزأ من هذا العقد وفي حالة تجاوز الفترة المتفق عليها للتنفيذ يتم تطبيق غرامات تأخير بمقدار (0،5%) (نصف الواحد في المائة) باليوم بحيث لا تتجاوز النسبة عن (10%) من قيمة العقد الكلية .
3. يلتزم الطرف الأول للطرف الثاني بدفع المبلغ المستحق بموجب الكشوفات المرفقة من رقم (1 – 12) المرفقة بهذا العقد والبالغ قيمتها (359.334 $) ثلاثمائة وتسعة وخمسون ألف وثلاثمائة وأربعة وثلاثون دولار أمريكي ويتم الدفع على مراحل بناء على المستخلص الشهري الذي سيقدم حسب ما يتم تنفيذه من أعمال بعد مصادقة الشركة الاستشارية والشركة اليمنية الدولية للصناعات اليمنية المحدودة على ذلك.
4. على الطرف الأول دفع نسبة 10% من قيمة المقاولة أعلاه أي مبلغ (40. 35.933$) خمسة وثلاثون ألف وتسعمائة وثلاثة وثلاثون دولار أمريكي وأربعون سنتاً للطرف الثاني لبدء التنفيذ وعلى الطرف الثاني تقديم ضمانة بنكية للدفعة المقدمة بمبلغ (40. 35.933$) خمسة وثلاثون ألف وتسعمائة وثلاثة وثلاثون دولار أمريكي وأربعون سنتاً ويتم تخفيض الضمان حسبما يتم تنفيذه من الأعمال الموكلة إليه أولاً بأول.
5. لا يجوز لأي من الطرفين أن يفسخ العقد أو يرجع عن الاتفاق أو أي من الشروط إذا تم البدء في التنفيذ

(1) ينظر: جميع نماذج عقود التمويل في المصارف الإسلامية في اليمن على الرابط:
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GnwLLqWbASIJ:iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2016/07/ تحديث: 2021/1/:25م، 11:95:00

وإذا طرأت زيادة في أسعار المواد عن الحد الذي تم الاتفاق عليه وقت إبرام هذا العقد فعلى الطرف الثاني أن يتحمل فارق السعر .

6. إذا طلب الطرف الأول إضافات إنشائية أو تحسينات فنية فتحسب قيمتها بحسب ما يتفق عليها الطرفان بموجب محضر اتفاق لاحق يوقعان عليه .
7. إذا نشأ خلاف بين الطرفين يتم حلة بالطرق الودية وفي حالة عدم الوصول إلى حلول مرضية يتم اختيار محكم من كل طرف وطرف ثالث محايد يرتضيه الطرفان للفصل في النزاع وتكون قراراتها نهائية وملزمة للتنفيذ بين الطرفين.
8. تلغى أية عقود متعلقة بهذه المقاولة قد تم إبرامها بين الشركة اليمنية الدولية للصناعات الغذائية وشركة غمدان للتجارة والمقاولات أو أية جهة أخرى .
9. تحرر من هذا العقد نسختين أصليتين موقعتين من الطرفين وبيد كل منهما نسخة للعمل بموجبها .

والله ولي التوفيق وهو خير الشاهدين.

وقع عليه كل من :-

الطرف الأول (صاحب العمل)	الطرف الثاني (المقاول)
بنك سبأ الإسلامي	غمدان للتجارة والخدمات.
يمثله الأخ/ على محمد الأسمر.	يمثله الأخ/ ناشر محمد هاشم.
التوقيع: ـــــ	التوقيع: ـــــ .

الشهود: 1- .....2-.....

نموذج: (2) عقد تنفيذ مقاولة

بنـك سبأ الإسلامي

الشئون القانونية

الجمهورية اليمنية – صنعاء

بسم الله الرحمن الرحيم

(وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً) قرآن كريم

رقم السجل:..... رقم الصفحة:.....

نموذج/ عقد تنفيذ مقاولة رقم ( )

إنـه فـي يـوم ..... الاتفـاق بـين الطـرفين:(1) بنـك سبأ الإسـلامي/ فـرع: ..... ويمثلـه فـي هـذا العقـد الأخ/ ..... بصـــــــــفته ..... الطـــــــــرف الأول.(2) الأخ/ ..... الطـرف الثـاني. اتفقـاً علـى مـا يلـي: أولاً : بنـاءً علـى وثيقـة اتفاقيـة عقـد مقاولـة بـين الطـرفين بتـاريخ ..... وحيـث أنـه قـد تـم إنجـاز جزء مـن هـذه الاتفاقيـة 1- فقـد نفـذ الطـرف الأول للطـرف الثـاني الجـزء المنجـز مـن هـذه الاتفاقيـة المحـددة قـدرا ونوعـا وصـفة بموجـب وثيقـة المسـتخلص رقـم ( ) الملحقـة بهـذا العقـد 2- ثمـن الجـزء المنفـذ شـاملة التكلفـة الكليـة والأربـاح لهـذا الجـزء مبلـغ وقـدره..... ثانيـا: طريقـة الدفـع: ..... يدفع على أقساط كالآتي :

م	المبلـــــغ	تاريخ الاستحقاق	م	المبلـغ	تاريخ الاستحقاق	م	المبلـغ	تاريخ الاستحقاق
1			5			9		
2			6			10		
3			7			11		

ثالثـاً:أقـر الطـرف الثـاني بأنـه اسـتلم الجـزء المنفـذ بعـد معاينتـه والرضـى بهـا وبـذلك أصـبح مسـؤولاً عنهـا مسـئولية كاملـة وبرئـت ذمـة الطـرف الأول مـن أي ضـياع أو هـلاك يلحـق بهـذا الجـزء مـن تـاريخ الاسـتلام **رابعـاً:** وإذا تـأخر الطـرف الثـاني عـن تسـديد أي قسـط فـي مواعيـده المحـددة دون عـذر يقبلـه البنـك فـإن كـل الأقسـاط تصـير حالـة الأداء دون قيـد أو شـرط وللبنـك الحـق فـي المطالبـة بتحصـيلها دفعـة واحـدة بكافـة الطـرق المشـروعة لاسـترداد حقـوق البنـك فـي العمليـة **خامسـاً:** إذا تقـاعس الطـرف الثـاني عـن سـداد المسـتحق عليـه فإنـه يلتـزم بتعـويض الطـرف الأول عـن كافـة التكـاليف والأضـرار الفعليـة التـي تلحـق بـه مـن جـراء ذلـك،علـى أن يـتم احتسـاب التكـاليف مـن واقـع الفـواتير والأضـرار الناجمـة والتعـويض وفـق الضـوابط الشـرعية التـي تصـدر عـن هيئـة الفـتوى والرقـابة الشـرعية لبنـك سـبأ الإسـلامي (الطـرف الأول).**سادسـاً:** قـدم الطـرف الثـاني للطـرف الأول مقابـل الأقسـاط المؤجلـة بذمتـه مـن قيمـة الصـفقة الضـمان التـالي رهـن..... **سـابعاً:**يفـوض الطـرف الثـاني الطـرف الأول فـي خصـم قيمـة مـا يسـتحق عليـه مـن أقسـاط عنـد تـأخيره ممـا قـد يكـون للطـرف الثـاني مـن حقـوق أو أسـهم أو أمـوال أو حسـابات جاريـة أو اسـتثمارية لـدى (بنـك سـبأ الإسـلامي) أو فـي أي فـرع مـن فروعـه أو بـأي جهـة تابعـة للبنـك أو سـاهم فيهـا البنـك وبغـض النظـر عمـا إذا كـان تـاريخ اسـتحقاق هـذه الأمـوال أو فـتح هـذه الحسـابات سـابقاً أو معاصـراً أو لاحقـا لتـاريخ هـذا العقـد.**ثامنـاً:** أي خـلاف ينشـأ بـين الطـرفين حـول تفسـير أو تنفيـذ شـروط هـذا العقـد أو مـا لـم ينـص عليـه فـي العقـد يجـري حلـه بـالطرق الوديـة فـي ضـوء أحكـام الشـريعة الإسـلامية ، إلا إذا اتفـق الطرفـان علـى تقـديم الخـلاف إلـى المحكمـة التجاريـة المختصـة **تاسـعاً :** يقـر الطـرف الثـاني بـأن موطنـه المختـار هـو ..... **عاشـراً:** يعتبـر هـذا العقـد سـنداً تنفيـذياً لا يجـوز فيـه الطعـن أمـام أي جهـة رسـمية أو المحـاكم القضـائية بكافـة درجاتهـا أنواعهـا تحـرر هـذا العقـد مـن نسـختين أصـليتين متماثلتين موقعتين من الطرفين ويد كل منهما نسخة للعمل بموجبها

الطـرف الأول	الطـــــــــرف الثاني
بنك سبأ الإسلامي/ فرع	الأخ / الأخوة .....
يمثله الأخ/	ممثلاً/ ممثلةً/ بالأخ .....
توقيعه/	توقيعه/.....
ختم البنك/	
البصمة/.....	

الشهـــــــــــــــود

(1)الاســم /..... التوقيع/.....

(2)الاسم / .....التوقيع/.....

نموذج: (3) عقد الاستصناع

بنك التضامن الإسلامي الدولي
Tadhamon International Islamic Bank

فرع:_____

رقم العقد:_____
التاريخ : / / 14هـ
الموافق : / / 20م

التاريخ: /
/ م

[وأحل الله البيع وحرم الربا]

ω (البقرة 275)

عقد إستصناع
(1)

انه في يوم تاريخ: / / هـ الموافق: / / م حرر هذا العقد بين كل من :

1- بنك التضامن الإسلامي الدولي فرع ----- ويمثله الأخ ---------- .

بصفته مدير فرع ----- ، ويسمى فيما بعد (الطرف الأول) .

2- الصانع / الأخوة/----------، يحمل بطاقة شخصية برقم (-----) سجل تجاري رقم(------)

صادر / صادرة من---------- بتاريخ: ---------- ويمثله الأخ /---------- .

بصفته --------- ويدعى فيما بعد (الطرف الثاني).

وقد أقر الطرفان بأهليتهما الشرعية والقانونية للتصرف والتعاقد ، واتفقا على ما يلي : .

1- يقوم الطرف الثاني بناءً على طلب الطرف الأول بتصنيع ------- بحسب المواصفات والكميات الواردة في العرض المرفق رقم ( ) والمؤرخ في / / م . ووفقاً للمواصفات الفنية والنوعية الموضحة في الملحق ---------- ---- والذي يعد جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد.

2- التزم الطرف الثاني بإستصناع وتسليم المنتج للطرف الأول بحسب اتفاقية العرض.
وستكون مدة التسليم (يوم) تبدأ من التوقيع على العقد وتنتهي في ----------.

3- يقوم الطرف الثاني بتوفير جميع مواد ومستلزمات عمليات التصنيع محل هذا العقد بشكل يكفل تسليم المنتج محل هذا العقد في المواعيد المحددة.

4 – تحدد قيمة هذا العقد وفقاً لعرض السعر المقدم من الطرف الثاني والذي يعتبر جزءاً من هذا العقد

وذلك بمبلغ إجمالي قدره/فقط ---------- لا غير.

وبعد الخصم التجاري يصبح صافي قيمة العقد مبلغاً وقدره (----------) .

فقط /---------- لا غير. على أن يتم دفع القيمة من الطرف الأول لصالح الطرف الثاني على ( ) دفعه ، قيمة كل منها (----------).

5 – اتفق الطرفان على أن يتم التسليم ابتداء من تاريخ -------، بعد تسليم الدفعة الأولى من قيمة المنتج ، والانتهاء خلال --- -------- من تاريخ تسليم أول دفعة.

6 – يتم الفصل في النزاع بالطرق الودية فإذا استمر النزاع يحق لكلا الطرفين عرض الخلاف على المركز اليمني للتدقيق والتحكيم ، وتسري قواعد المركز بالنسبة لإجراءات التحكيم والفصل في الخلاف.

7 – تسري أحكام القانون التجاري اليمني على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الطرفين في هذا العقد وبما لا يخالف قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية.

8 – يتحمل الطرف الثاني أية تبعات مادية أو أضرار ناتجة عن عدم الالتزام بتنفيذ مواد وشروط هذا العقد مع ملحقاته.

شروط خاصة إضافية : .

THB-O-12/5

يضـــــــــــــــــــــــمن حســـــــــــــــــــــــن التنفيـــــــــــــــــــــــذ الأخ / الأخـــــــــــــــــــــــوة:

.....

._____

._____

10- ملحقات هذا العقد : .

._____

._____

._____

11- حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة ويحتفظ كل طرف نسخة منه.

والله الموفق ،،،

الطـرف الثاني ***الطـرف الأول***

الإسم/ ..... **الإسم/**

.....

التوقيع / ..... **التوقيع /**

.....

الشاهد الأول **الشاهد الثاني**

الإسم/ ..... **الإسم/**

.....

التوقيع/..... **التوقيع/**

.....

نموذج: (4) عقد الاستصناع الموازي



فرع: _____

رقم العقد: _____
التاريخ : / / 14هـ
الموافق : / / 20م

التاريخ: /
/ م

[وأحل الله البيع وحرم الربا]

(البقرة 275)

عقد إستصناع
(2)

انه في يوم تاريخ / / هـ الموافق: / / م تم الاتفاق بين كل من :

1- *بنك التضامن الإسلامي الدولي فرع ..... ويمثله الأخ /* .

بصفته مدير ..... ، ويدعي فيما بعد (الطرف الأول) .

2- *طالب الاستصناع الأخوة/*----------، يحمل بطاقة شخصية برقم (----) سجل تجاري رقم (-----) -

صادر/ ---------- بتاريخ ---------- ويمثله الأخ / ---------- . بصفته--------

---- ويدعى فيما بعد (الطرف الثاني).

أقر الطرفان بأهليتهما للتعاقد والاتفاق.

المقدمة : .

تقدم الطرف الثاني الى الطرف الأول بطلب استصناع (----------) طبقاً للمواصفات والكميات الموضحة بعرض السعر المقدم من الأخوة / ---------- والمرفق بالطلب الموقع عليه ، وتمت موافقة الطرف الأول على ذلك الطلب وعلى ضمانة الأخ/ الأخوة/----------، وتم إبرام هذا العقد وفقاً للبنود التالية : .

4- يعتبر الطلب المقدم من الطرف الثاني ومقدمة هذا العقد جزء لا يتجزء منه.

5- يلتزم الطرف الأول باستصناع البضاعة أو المنتجات حسب المواصفات الواردة في عرض السعر المقدم من المصنع المشار إليه في المقدمة وبيعها للطرف الثاني بموجب هذا العقد خلال فترة لا تتعدى (-------- يوم) من توقيع العقد.

6- بموجب هذا العقد يكون الطرف الثاني ملزماً بشراء المواد أو البضاعة الموضحة كما يلي :

نوع الصنف	العدد	المواصفات	سعر الوحدة	الكمية	الاجمالي
القيمه النهائيه					

4 – قيمة هذا العقد مبلغ (----------) (فقط----------لا غير)

على أن يدفع الطرف الثاني المبلغ على أقساط وعددها ( ) تدفع كل ( ) قيمة القسط الأول منها مبلغ وقدره (-------

----) بالإضافة الى عدد ( ) أقساط متساوية ، قيمة كل قسط منها

TIIB-0-12/5-QF39

مبلغ (----------) فقط (---------- لا غير).

يستحق القسط الأول في تاريخ / / م ويستحق القسط الأخير بتاريخ / / م.

5 – يقوم الطرف الأول بالتعاقد مع طرف ثالث لتنفيذ عملية الاستصناع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني ، كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة الطرف الثالث للشروط المتفق عليها استبداله والتعاقد مع طرف آخر لإكمال تنفيذ عملية الاستصناع.

6 – في حالة تخلف الطرف الثاني عن تسديد أي قسط في موعده المحدد ، تعتبر جميع الأقساط الأخرى التي لم يحل اجل استحقاقها مستحقة وحالة الأداء ، ومن حق الطرف الأول المطالبة بها كاملة في مواجهة الطرف الثاني أو في مواجهة الضامن أو كليهما معاً.

7 – في حالة تأخر الطرف الأول عن إتمام تنفيذ الأعمال في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم تكن هناك أسباب قاهرة لم يتسبب فيها الطرف الأول وتكون خارجة عن إرادته.

8 – في حالة عدول الطرف الثاني عن الشراء بعد التوقيع على هذا العقد فإنه يتحمل كافة الأضرار والالتزامات والتكاليف التي تكبدها الطرف الأول .

9 – تبقى الضمانة المقدمة من الطرف الثاني سارية المفعول حتى يتم الوفاء بقيمة العقد بالكامل .

10 – يتم الفصل في النزاع بالطرق الودية فإن استمر النزاع يحق لكلا من الطرفين عرض الخلاف على المركز اليمني للتدقيق والتحكيم ، وتسري قواعد المركز بالنسبة لإجراءات التحكيم والفصل في الخلاف على أساس الشريعة الإسلامية .

11- شروط خاصة إضافية : .

._____

._____

._____

12- ملحقات هذا العقد : .

._____

._____

._____

حرر هذا العقد في مدينة صنعاء مشتمل على نسختين أصليتين بيد كل طرف نسخة منه.

والله الموفق ،،،

الطـرف الثاني	*الطـرف الأول*	
الأسم/	.....	الأسم/
.....		
التوقيع /	.....	التوقيع /
.....		
الشاهد الأول	الشاهد الثاني	
الاسم/	.....	الأسم/
.....		
التوقيع/.....	.....	التوقيع/
.....		

نموذج (5) عقد استصناع (مصرف اليمن والبحرين الشامل)

عقد استصناع

إنه في يوم ..... تاريخ / / هـ الموافق / / م حرر هذا العقد بين كلاً من :-

1- مصرف اليمن البحرين الشامل فرع : ..... ويمثله الأخ ..... بصفته مدير فرع ..... ويسمى فيما بعد بـ (الطرف الأول) .

2- الصانع / الإخوة / ..... ويحمل بطاقة شخصية رقم (.....) سجل تجاري رقم (.....) صادر / صادرة من ..... بتاريخ : / / م ويمثله الأخ / ..... بصفته :..... ويدعى فيما بعد (الطرف الثاني) .

وقد أقر الطرفان بأهليتهما الشرعية والقانونية للتصرف والتعاقد ، واتفقا على ما يلي .

1) يقوم الطرف الثاني بناءً على طلب الطرف الأول بتصنيع .....بحسب المواصفات والكميات الواردة في العقد المرفق رقم ( ) والمؤرخ في : / / م . ووفقاً للمواصفات الفنية و النوعية الموضحة في الملحق ..... والذي يعتبر جزءً لا يتجزأ من هذا العقد .

2) التزم الطرف الثاني باستصناع وتسليم المنتج للطرف الأول بحسب اتفاقية العرض وستكون مدة التسليم (يوم) تبدأ من التوقيع على هذا العقد وتنتهي في .....

3) يقوم الطرف الثاني بتوفير جميع مواد ومستلزمات عمليات التصنيع محل هذا العقد بشكل يكفل تسليم المنتج محل هذا العقد في المواعيد المحددة .

4) تحدد قيمة هذا العقد وفقاً لعرض السعر المقدم من الطرف الثاني والذي يعتبر جزءً لا يتجزأ من هذا العقد وذلك بمبلغ إجمالي وقدره / فقط ..... لا غير ، وبعد الخصم التجاري يصبح صافي قيمة هذا العقد مبلغ وقدره (.....) فقط ..... لا غير وعلى أن يتم دفع القيمة من الطرف الأول لصالح الطرف الثاني على ( ) دفعة ، قيمة كلاً منها (.....) .

5) اتفق الطرفان على أن يتم التسليم ابتداءً من تاريخ / / م بعد تسليم الدفعة الأولى من قيمة المنتج ، والانتهاء خلال ..... من تاريخ تسليم أول دفعة .

6) يتم الفصل في النزاع بالطرق الودية فإذا استمر النزاع يحق لكلا الطرفين عرض الخلاف على المركز اليمني للتوثيق والتحكيم وتسري على الطرفين قواعد المركز بالنسبة لإجراءات التحكيم والفصل في الخلاف .

7) تسري أحكام القانون التجاري اليمني على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه صراحة بهذا العقد من اتفاق بين الطرفين وبما لا يخالف قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يتسنى ذلك ينعقد الاختصاص بالمحكمة التجارية.

8) يتحمل الطرف الثاني أية تبعات مادية أو أضرار ناتجة عن عدم الالتزام بتنفيذ مواد وشروط هذا العقد مع ملحقاته .

شروط خاصة إضافية :-

يضمن حسن التنفيذ الأخ / الإخوة /

.....

.....

.....

9) ملحقات هذا العقد :-

.....

.....

.....

10) حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة ويحتفظ كل طرف بنسخة منه .

والله الموفق،،،،

الطرف الثاني	الطرف الأول
الإسم /.....	الإسم / .....
التوقيع /.....	التوقيع /.....
الشاهد الأول	الشاهد الثاني
الإسم /.....	الإسم /.....
التوقيع /.....	التوقيع /.....

نموذج: (6) عقد الاستصناع الموازي (مصرف اليمن والبحرين الشامل)

عقد الاستصناع الموازي

إنه في يوم ..... تاريخ / / هـ الموافق / / م حرر هذا العقد بين كلاً من :-

1. مصرف اليمن البحرين الشامل فرع : ..... ويمثله الأخ ..... بصفته مدير فرع ..... ويسمى فيما بعد بـ (الطرف الأول) .
2. الصانع / الإخوة / ..... ويحمل بطاقة شخصية رقم (.....) سجل تجاري رقم (.....) صادر / صادرة من ..... بتاريخ : / / م ويمثله الأخ / ..... بصفته :..... ويدعى فيما بعد (الطرف الثاني) .

وقد أقر الطرفان بأهليتهما الشرعية والقانونية للتصرف والتعاقد ، واتفقا على ما يلي .

1) يقوم الطرف الثاني بناءً على طلب الطرف الأول بتصنيع .....بحسب المواصفات والكميات الواردة في العقد المرفق رقم ( ) والمؤرخ في : / / م . ووفقاً للمواصفات الفنية والنوعية الموضحة في الملحق ..... والذي يعتبر جزءً لا يتجزأ من هذا العقد .
2) التزم الطرف الثاني باستصناع وتسليم المنتج للطرف الأول بحسب اتفاقية العرض وستكون مدة التسليم (يوم) تبدأ من التوقيع على هذا العقد وتنتهي في .....
3) يقوم الطرف الثاني بتوفير جميع مواد ومستلزمات عمليات التصنيع محل هذا العقد بشكل يكفل تسليم المنتج محل هذا العقد في المواعيد المحددة .
4) تحدد قيمة هذا العقد وفقاً لعرض السعر المقدم من الطرف الثاني والذي يعتبر جزءً لا يتجزأ من هذا العقد وذلك بمبلغ إجمالي وقدره / فقط ..... لا غير ، وبعد الخصم التجاري يصبح صافي قيمة هذا العقد مبلغ وقدره (.....) فقط ..... لا غير وعلى أن يتم دفع القيمة من الطرف الأول لصالح الطرف الثاني على ( ) دفعة ، قيمة كلاً منها (.....) .
5) اتفق الطرفان على أن يتم التسليم ابتداءً من تاريخ / / م بعد تسليم الدفعة الأولى من قيمة المنتج ، والانتهاء خلال ..... من تاريخ تسليم أول دفعة .
6) يتم الفصل في النزاع بالطرق الودية فإذا استمر النزاع يحق لكلا الطرفين عرض الخلاف على المركز اليمني للتوثيق والتحكيم وتسري على الطرفين قواعد المركز بالنسبة لإجراءات التحكيم والفصل في الخلاف .
7) تسري أحكام القانون التجاري اليمني على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه صراحة بهذا العقد من اتفاق بين الطرفين وبما لا يخالف قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، فإذا لم يتسنى ذلك ينعقد الاختصاص بالمحكمة التجارية.
8) في حالة إخلال الطرف الثاني بأي من أحكام هذا العقد فيتحمل الطرف الثاني لصالح الطرف الأول الأغرام وفارق التكلفة التي سيدفعها الطرف الأول عند التنفيذ والتسليم للطرف الثاني الذي سيحل محله .
9) يقوم الطرف الثاني بدفع ضمان بنسبة 10 % من قيمة العقد يدفع فور توقيع هذا العقد أو يحجزها الطرف الأول من مستحقاته ولا يفرج عنها الا بعد الانتهاء من هذا العقد كضمان حسن تنفيذ .
10) يتحمل الطرف الثاني أية تبعات مادية أو أضرار ناتجة عن عدم الالتزام بتنفيذ مواد وشروط هذا العقد مع ملحقاته .

11) شروط خاصة إضافية :-

يضمن حسن التنفيذ الأخ / الإخوة /

.....

.....

.....

12) ملحقات هذا العقد :-

.....

.....

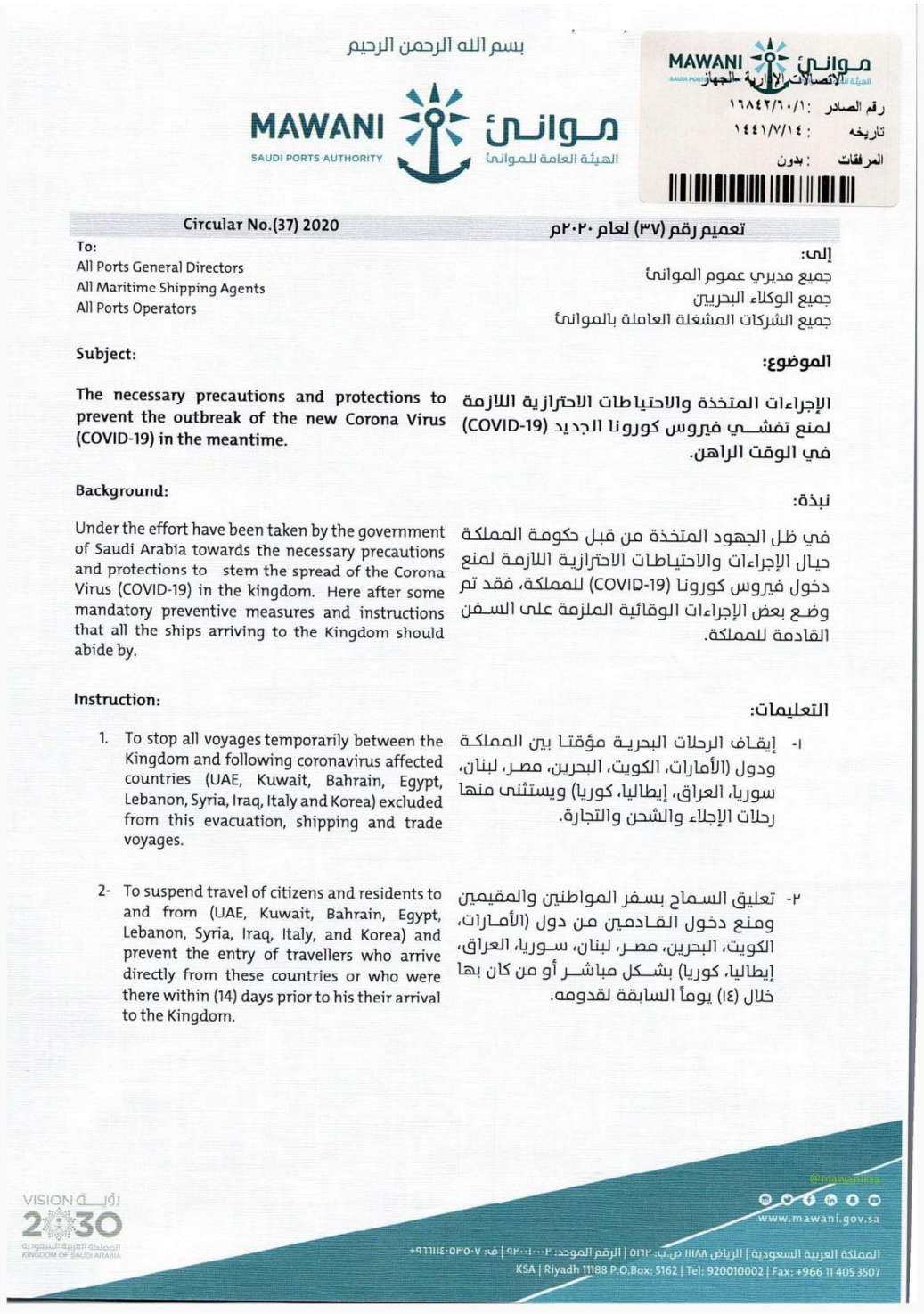
.....

13) حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة ويحتفظ كل طرف بنسخة منه .

والله الموفق ،،،،

الطرف الثاني	الطرف الأول
الإسم /.....	الإسم / .....
التوقيع /.....	التوقيع /.....
الشاهد الأول	الشاهد الثاني
الإسم /.....	الإسم /.....
التوقيع /.....	التوقيع /.....

رابعاً: ملحق عقد التوريد



بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI موانئ
SAUDI PORTS AUTHORITY
الهيئة العامة للموانئ

MAWANI موانئ
الهيئة العامة للموانئ
الاتصالات الإدارية - الجهاز
رقم الصادر : ١٦٨٤٢/٦٠/١
تاريخه : ١٤٤١/٧/١٤
المرفقات : بدون

Circular No.(37) 2020 | **تعميم رقم (٣٧) لعام ٢٠٢٠م**

To:
All Ports General Directors
All Maritime Shipping Agents
All Ports Operators

إلى:
جميع مديري عموم الموانئ
جميع الوكلاء البحريين
جميع الشركات المشغلة العاملة بالموانئ

Subject:

The necessary precautions and protections to prevent the outbreak of the new Corona Virus (COVID-19) in the meantime.

الموضوع:

الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن.

Background:

Under the effort have been taken by the government of Saudi Arabia towards the necessary precautions and protections to stem the spread of the Corona Virus (COVID-19) in the kingdom. Here after some mandatory preventive measures and instructions that all the ships arriving to the Kingdom should abide by.

نبذة:

في ظل الجهود المتخذة من قبل حكومة المملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا (COVID-19) للمملكة، فقد تم وضع بعض الإجراءات الوقائية الملزمة على السفن القادمة للمملكة.

Instruction:

التعليمات:

1. To stop all voyages temporarily between the Kingdom and following coronavirus affected countries (UAE, Kuwait, Bahrain, Egypt, Lebanon, Syria, Iraq, Italy and Korea) excluded from this evacuation, shipping and trade voyages.

١- إيقاف الرحلات البحرية مؤقتا بين المملكة ودول (الأمارات، الكويت، البحرين، مصر، لبنان، سوريا، العراق، إيطاليا، كوريا) ويستثنى منها رحلات الإجلاء والشحن والتجارة.

2- To suspend travel of citizens and residents to and from (UAE, Kuwait, Bahrain, Egypt, Lebanon, Syria, Iraq, Italy, and Korea) and prevent the entry of travellers who arrive directly from these countries or who were there within (14) days prior to his their arrival to the Kingdom.

٢- تعليق السماح بسفر المواطنين والمقيمين ومنع دخول القادمين من دول (الأمارات، الكويت، البحرين، مصر، لبنان، سوريا، العراق، إيطاليا، كوريا) بشكل مباشر أو من كان بها خلال (١٤) يوماً السابقة لقدومه.

VISION رؤية 2030
المملكة العربية السعودية
KINGDOM OF SAUDI ARABIA

@mawanisa
www.mawani.gov.sa

المملكة العربية السعودية | الرياض ١١١٨٨ ص.ب: ٥١٦٢ | الرقم الموحد: ٩٢٠٠١٠٠٠٢ | ف: ٠٥٣٥٠٧٠٠+٩٦٦١١٤٠٥٣٥٠٧
KSA | Riyadh 11188 P.O.Box: 5162 | Tel: 920010002 | Fax: +966 11 405 3507

بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI
SAUDI PORTS AUTHORITY

موانئ
الهيئة العامة للموانئ

3- To suspend the assigning in/off procedures for on board- seafarers to all types of ships that arrive at Saudi ports and those coming from (UAE, Kuwait, Bahrain, Egypt, Lebanon, Syria, Iraq, Italy, and Korea) directly or who were there within (14) days prior to his their arrival to the Kingdom.

٣- تعليق إجراء فصل وتعيين البحارة العاملين على السفن بكافة أنواعها التي تصل للموانئ السعودية والقادمين من دول (الأمارات، الكويت، البحرين، مصر، لبنان، سوريا، العراق، إيطاليا، كوريا) بشكل مباشر أو من كان بها خلال (١٤) يوماً السابقة لقدومه.

You are kindly obliged to these procedures in your respective areas of competence and to inform all shipping lines and companies accordingly.

للاعتماد واتخاذ الإجراءات اللازمة للبدء في تطبيق تلك الإجراءات كلا فيما يخصه، وإبلاغ كافة الخطوط والشركات الملاحية بذلك.

نائب الرئيس للسياسات والتشريعات
Vice President for Legislation and Policies

عبدالرحمن بن عبدالله الغامدي

رؤية VISION 2030 المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

@mawanisa
www.mawani.gov.sa

المملكة العربية السعودية | الرياض ١١١٨٨ ص.ب: ٥١٦٢ | الرقم الموحد: ٩٢٠٠١٠٠٠٢ | ف: ٠٥٣٥٠٧٠٠+٩٦٦١١٤٠٥٣٥٠٧
KSA | Riyadh 11188 P.O.Box: 5162 | Tel: 920010002 | Fax: +966 11 405 3507



بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI موانئ
SAUDI PORTS AUTHORITY الهيئة العامة للموانئ

Circular No.(35) 2020	تعميم رقم (٣٥) لعام ٢٠٢٠م
To:	إلى:
All Ports General Directors	جميع مديري عموم الموانئ
All Maritime Shipping Agents	جميع الوكلاء البحريين
All Ports Operators	جميع الشركات المشغلة العاملة بالموانئ

Subject: The necessary perceptions and protections to prevent the outbreak of the new Corona Virus (COVID-19) in the meantime.	الموضوع: الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن
Reference to the necessary precautions and measures to prevent its spread new Corona Virus (COVID-19) in the Kingdom please find attached necessary perceptions and protections to prevent the outbreak of the new Corona Virus (COVID-19) in the meantime.	في ظل الجهود المتخذة من قبل الجهات الحكومية بالمملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا (COVID-19) للمملكة، نرفق لكم الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن.
For your kind concern and to act accordingly in your respective areas of competence.	للاطلاع واتخاذ الإجراءات اللازمة للبدء في تطبيق تلك الإجراءات كلا فيما يخصه.

نائب الرئيس للتشريعات والتراخيص
Vice President for Legislation and Licensing

عبدالرحمن بن عبدالله الغامدي
Abdulrhman Abdullah Alghamdi

www.mawani.gov.sa
@mawaniksa
المملكة العربية السعودية | الرياض ١١١٨٨ ص.ب: ٥١٦٢ | ت: ٠٠٠٥-٩٦٦١١٤٠٥٠٠٥+ | ف: ٠٥٠٣٠٥٠٠٧+٩٦٦١١٤٠٥٠٣٠٥٠٠٧+
KSA | Riyadh 11188 P.O.Box : 5162 | Tel : +966 11 405 0005 Fax : +966 11 405 3507 | info@ports.gov.sa

رؤية VISION 2030 المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI SAUDI PORTS AUTHORITY
موانئ الهيئة العامة للموانئ

الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن

المرجع:
المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية لنظام مزاولة المراقبة الصحية في منافذ الدخول والتي تنص على: " على كل ربان سفينة تصل إلى أحد الموانئ بالمملكة: أن يمنع أي اتصال بالسفينة وأي شحن إليها أو تفريغ منها إلى أن تتم الإجراءات الصحية نحوها ويرخص لها بحرية الاتصال).

نبذة:
في ظل الجهود المتخذة من قبل الجهات الحكومية بالمملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا الجديد (COVID-19) للمملكة، فقد وجب التنبيه على بعض الإجراءات الوقائية الملزمة على السفن والبواخر القادمة للموانئ السعودية.

التعليمات:

١- التزام الوكلاء الملاحيين بإبلاغ مراكز المراقبة الصحية بالموانئ عن وصول البواخر إلكترونياً، وأن يرفق بالبلاغ الالكتروني الوثائق التالية:
- نموذج الإقرار الصحي البحري (مرفق ٨ من اللوائح الصحية الدولية) يحمل توقيع وختم ربان السفينة.
- قائمة بآخر موانئ عبرت خلالها السفينة (PORT OF CALL).
- شهادة الإعفاء من المراقبة الإصحاحية / شهادة مراقبة الإصحاح للسفن.

٢- في حال وصول البلاغ الإلكتروني المتضمن على الوثائق الموضحة أعلاه إلى مركز المراقبة الصحية بالميناء مع عدم وجود مؤشرات على وجود مخاطر صحية على السفينة (الإقرار الصحي البحري يفيد بخلو السفينة من المخاطر، قائمة آخر موانئ تفيد بعدم عبور السفينة خلال ميناء مصنف كميناء موبوء، وجود شهادة إعفاء من المراقبة الإصحاحية/شهادة مراقبة الإصحاح سارية الصلاحية) يتم منح السفينة حرية الاتصال (FREE PARTIQUE) إلكترونياً بدون الحاجة إلى تفتيشها، ويمكن بدء عمليات التفريغ فور وصول السفينة، مع احتفاظ مركز المراقبة الصحية بالميناء بحق تفتيش السفن عشوائياً للتأكد من مطابقة المعلومات المتضمنة في البلاغ للوضع الفعلي للسفينة.

٣- أما في حال وصول البلاغ الإلكتروني المتضمن على الوثائق الموضحة أعلاه إلى مركز المراقبة الصحية بالميناء مع وجود مؤشرات على وجود مخاطر صحية على السفينة (الإقرار الصحي البحري يفيد بوجود مخاطر على السفينة، قائمة آخر موانئ تفيد عبور السفينة خلال ميناء مصنف كميناء موبوء، عدم وجود شهادة إعفاء من المراقبة الإصحاحية / شهادة مراقبة الإصحاح أو انتهاء صلاحيتها) فإنه لا يتم منح حرية الاتصال (FREE PARTIQUE) حتى يتم تفتيش السفينة وفسحها من قبل الفريق الصحي المختص.

www.mawani.gov.sa
@mawaniksa
المملكة العربية السعودية | الرياض ١١١٨٨ ص.ب : ٥١٦٢ | ت: ٥٠٠٠-٤٠٤٦٦+ | ف: ٠٣٥٠٠٧٠٤+
KSA | Riyadh 11188 P.O.Box : 5162 | Tel : +966 11 405 0005 Fax : +966 11 405 3507 | info@ports.gov.sa

VISION رؤية 2030 المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation

رقم الصادر
١٤٤١/١١٩٦/٤
المرفقات :
التاريخ:
١٤٤١/٠٧/١٣
٢٠٢٠/٠٣/٠٨

رؤية 2030
المملكة العربية السعودية
KINGDOM OF SAUDI ARABIA

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation
(٢٥٦)
قطاع السياسات الاقتصادية والنقل الجوي

تعميم عاجل جداً

GACA Urgent and Immediate Circular

To: All air carriers operating from/to the airports of Saudi Arabia.

إلى: جميع شركات الطيران العاملة (من/إلى) مطارات المملكة العربية السعودية.

Subject:

The necessary precautions and protections to prevent the outbreak of the new Corona Virus COVID-19) in the meantime.

الموضوع:

الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن.

Reference:

- Article No. (23) of the Civil Aviation Law.

المرجع:

- المادة رقم (٢٣) من نظام الطيران المدني.

Background:

Under the efforts which have been taken by the government entities of Saudi Arabia toward the necessary precautions and protections to prevent the entrance of the Corona Virus (COVID-19) to the Kingdom. Therefor some mandatory preventive measures are compelling on all air carries coming to the kingdom airports.

تمهيد:

في ظل الجهود المتخذة من قبل الجهات الحكومية بالمملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا (COVID-19) للمملكة، فقد تم وضع بعض الإجراءات الوقائية الملزمة على شركات الطيران القادمة للمملكة.

Instructions:

1- Suspending the travel permissions for Saudi citizens and residents living currently in the kingdom of Saudi Arabia to the following countries:(UAE, Kuwait, Bahrain, Lebanon, Egypt, Syria, Iraq, Italy, Korea).

2- Suspending the arrival of all passengers from any one the following countries airports (Emirate, Kuwait, Bahrain, Lebanon, Egypt, Syria, Italy, Korea) to any of the kingdom of Saudi Arabia airports or any passengers who have been in any of the mentioned countries above in last (14) days prior to his arrival to the kingdom.

3- suspension of all flights temporarily to and from the countries mentioned in items (1,2).

التعليمات:

١- تعليق السماح بسفر (المواطنين والمقيمين) للدول التالية: (الإمارات، والكويت، والبحرين، ولبنان، ومصر، وسوريا، والعراق، وإيطاليا، وكوريا).

٢- منع دخول القادمين من أي من مطارات الدول التالية: (الإمارات، والكويت، والبحرين، ولبنان، ومصر، وسوريا، والعراق، وإيطاليا، وكوريا) إلى أي من مطارات المملكة العربية السعودية. أو من كان في إحدى تلك الدول خلال الـ (١٤) يوماً السابقة لقدومه.

٣- إيقاف جميع الرحلات الجوية من وإلى الدول المذكورة في الفقرتين (٢،١) مؤقتاً.

Attachment(s):

Nil.

المرفقات:

لا يوجد.

مساعد رئيس الهيئة العامة للطيران المدني
للسياسات الاقتصادية والنقل الجوي

A.P of the President of General Authority of Civil Aviation for Economic Policies and Air Transport

محمد بن عبيد العتيبي

Mohammad O. Al-Otaibi

المملكة العربية السعودية، ص.ب ٤٧٣٦٠ الرياض ١١٥٥٢ هاتف: ٣٣٣٣ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+ فاكس: ٣٢٢٢ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+
Kingdom of Saudi Arabia, P.O Box 47360 Riyadh 11552 Tel: +966 11 525 3333 Fax: +966 11 525 3222
gaca.gov.sa

خامسًا: ملحق عقود البوت (B.O.T)[1]

نموذج: (1)

نموذج موحد
لعقد امتياز تجاري
FRANCHISING

إنه في يوم الموافق / / بمدينة:
تم الاتفاق بين كل من:
1 – ومقره (أو مركزه الرئيسي):
سجل تجاري تاريخه / / مدينة:
ويمثله في هذا العقد: وجنسيته: (طرف أول مانح الامتياز)
2 – ومقره (أو مركزه الرئيسي):
سجل تجاري تاريخه / / مدينة:
ويمثله في هذا العقد : (طرف ثاني صاحب الامتياز).

تمهيد:
بناء على رغبة الطرفين في إيجاد علاقة فيما بينهما لخدمة مصالحهما المشتركة وتحديد حقوق والتزامات كل طرف تجاه الآخر.
ولما كان لدى الطرف الأول منتجات يود ترويجها أو انتاجها وتوزيعها في بلاد أخرى.
وبناء على رغبة الطرف الثاني القيام بتجميع المنتجات أو تقديم الخدمات الخاصة بالطرف الاول بصفته صاحب امتياز فقد تم الاتفاق بين الطرفين على ما يلي:
بند(1): يعتبر التمهيد السابق جزء لا يتجزأ من هذا العقد .
بند(2):اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الثاني بصفته صاحب امتياز عن الطرف الأول بانتاج وتوزيع المنتجات والقيام بالخدمات موضوع العقد وذلك باسمه ولحسابه الشخصي.
بند (3): موضوع هذا الامتياز المنتجات والخدمات الخاصة بالطرف الأول والمبينة فيما يلي:

ونوعية المنتجات أو الخدمات المشمولة بهذا العقد هي:

بند (4): يتحدد النطاق المكاني لسريان هذا العقد بـ:

(يوضح ما إذا كان عاماً للمملكة العربية السعودية أو خاصاً بمنطقة معينة فيها)
بند (5): مدة سريان هذا العقد سنوات تبدأ من وتنتهي في: قابلة للتجديد لمدد مماثلة ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر كتابة بخطاب مسجل بعدم رغبته في التجديد قبل انتهاء المدة الأصلية أو المجددة بثلاثة أشهر على الأقل.
بند (6) يقوم الطرفان بتنفيذ العقد طبقاً لأحكامه وبما يتفق وقواعد العرف التجاري وبطريقة تلائم ما يتطلبه حسن النية ويشمل هذا الالتزام ما يعتبر من مستلزمات العقد طبقاً للتعامل التجاري.
بند (7) : يلتزم الطرف الأول بأن يضع اسمه التجاري وإشاراته ورموزه وعلاماته التجارية والصناعية كذلك خبراته ومهاراته تحت تصرف الطرف الثاني (صاحب الامتياز) كما يسمح له بتجميع المنتجات أو تقديم الخدمات بصفة دورية على سبيل الاحتكار في المنطقة محل العقد وكذل مساعدته في كلم ما يعاونه على الانتاج واعداد مواد الدعاية.

(1) نموذج موحد لعقد امتياز تجاري، https://pbs.twimg.com/media/C4UhcRFUMAAJGF2.jpg:large تحديث: 2021/1/25م، 01:57:52. وتعميمات: الهيئة العامة للموانئ، المركز الإعلامي، https://mawani.gov.sa/ar-sa/eservices/pages/Circulars.aspx تحديث: 20 :2020/21م، 21:30:46، وقواعد التنفيذية لتنظيم المنطقة الخاصة:
https://gaca.gov.sa/scs/Satellite?c=GACA_Media_C&cid=1440409789142&pagename=GACA%2FGACA_Media_C%2FGACA_LinkDocument_PT، تحديث: 2021/1/2م، 02:53:07

بند (8) يضمن الطرف الأول جودة مواد الانتاج التي قد يحتاج اليها صاحب الامتياز و مطابقتها للمواصفات القياسية المعتمدة في المملكة ، واذا ثبت لدى الجهات المعنية وجود مخالفة للمواصفات فيتم ارجاع البضاعة إلى الطرف الأول وعلى نفقته فضلاً عن حق الطرف الثاني في المطالبة بالتعويض المناسب عما أصابه من أضرار.

بند (9) : يقع على الطرف الثاني عبئ توفير المقر الذي يباشر فيه تجميع الانتاج والبيع أو التوزيع وممارسة العمل بجهازه الخاص بعناية الرجل الحريص، وله الاستعانة بالمهارات والخبرات الفنية من قبل الطرف الأول.

بند (10) : يستحق الطرف الثاني قبل الطرف الأول عمولة مقدارها من قيمة الأشياء المباعة في منطقة العقد.

بند (11): يلتزم الطرف الأول بالآتي :

(أ) مساعدة الطرف الثاني في كيفية تنظيم مشروعاته والأسس التي تقوم عليها تجارته

(ب) امداد الطرف الثاني بمواد الانتاج والدعاية والخبرات والمهارات الفنية وتدريب موظفيه.

(ج) تمكين الطرف الثاني من استعمال علامة المنتج أو السلعة أو الخدمات محل التعاقد.

بند (12): للطرف الثاني الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار طبقاً للعقد أو العرف التجاري في الحالات الآتية:

أ –إذا سحب الطرف الأول الامتياز في وقت غير مناسب أو بسبب لابد للوكيل فيه.

ب إذا رفض تجديد مدة عقد امتياز بعد نهاية مدته الأصلية . بالرغم من كل اتفاق مخالف . إذا أثبت الوكيل أن نشاطه قد أدى إلى نجاح ظاهر في انتاج وتوزيع الطرف الأول أو في زيادة عملائه ما لم يثبت الطرف الأول أن عدم التجديد يعود لأسباب قوية تبرر ذلك .

ج– إذا أخل الطرف الأول بأحد الالتزامات المنصوص عليها في نظام الوكالات التجارية أو في هذا العقد .

بند (13) : للطرف الأول الحق في المطالبة بالتعويض عما اصابه من أضرار طبقاً للعقد أو العرف التجاري .

بند (14) : تتم تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد والتي يتعذر حلها ودياً بين الطرفين عن طريق التحكيم أمام جهة تحكيم محلية أو خارجية يتم الاتفاق عليها.

بند (15) : تسري على هذا العقد أحكام الأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية (1).

بند (16) : حرر هذا العقد من ثلاث نسخة احتفظ كل طرف بنسخة منها للعمل بموجبها ويتولى الطرف الثاني تقديم النسخة الثالثة لوزارة التجارة لاتمام إجراءات القيد في سجل الوكالات التجارية .

الطرف الاول (مانح الامتياز) الطرف الثاني (صاحب الامتياز)

الاسم:

التوقيع:

(1) يحذف هذا البند اذا كان مانح الامتياز مشروعاً وطنيا

نموذج: (2)

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation

رقم الصادر: ١٤٤١/١٢٣١/٤
المرفقات:
التاريخ: ١٤٤١/٠٧/١٩ / ٢٠٢٠/٠٣/١٤

رؤية VISION 2030 المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation
(٢٥٦)
قطاع السياسات الاقتصادية والنقل الجوي

تعميم عاجل جداً
Top Urgent Circular

To:
All air carriers operating from/to the airports of Saudi Arabia.

إلى:
جميع شركات الطيران العاملة (من/إلى) مطارات المملكة العربية السعودية.

Subject:
The necessary precautions and protections to prevent the outbreak of the new Corona Virus COVID-19) in the meantime.

الموضوع:
الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن.

Reference:
• Article No. (23) of the Civil Aviation Law.

المرجع:
• المادة رقم (٢٣) من نظام الطيران المدني.

Background:
Under the efforts which have been taken by the government entities of Saudi Arabia toward the necessary precautions and protections to prevent the entrance of the Corona Virus (COVID-19) to the Kingdom. Therefor some mandatory preventive measures are compelling on all air carries coming to the kingdom airports.

نبذة:
في ظل الجهود المتخذة من قبل الجهات الحكومية بالمملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا (COVID-19) للمملكة، فقد تم وضع بعض الإجراءات الوقائية الملزمة على شركات الطيران القادمة للمملكة.

Instructions:
1- Suspending all international flights from/to the kingdom of Saudi Arabia airports for two weeks starting Sunday1100h of the 15th of Mar.

التعليمات:
١- تعليق كافة الرحلات الجوية **(الدولية)** من وإلى مطارات المملكة العربية السعودية لمدة أسبوعين اعتباراً من الساعة الحادية عشر صباحاً من يوم الأحد الموافق ١٥/٣/٢٠٢٠م.

Attachment(s):
Nil.

المرفقات:
لا يوجد.

مساعد رئيس الهيئة العامة للطيران المدني
للسياسات الاقتصادية والنقل الجوي
A.P of the President of General Authority of Civil Aviation
for Economic Policies and Air Transport

محمد بن عبيد العتيبي
Mohammad O. Al-Otaibi

المملكة العربية السعودية، ص.ب ٤٧٣٦٠ الرياض ١١٥٥٢ هاتف: ٣٣٣٣ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+ فاكس: ٣٢٢٢ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+
Kingdom of Saudi Arabia, P.O Box 47360 Riyadh 11552 Tel: +966 11 525 3333 Fax: +966 11 525 3222
gaca.gov.sa

نموذج: (3)

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation

رقم الصادر
١٤٣٩/٦١٢٣/٢
المرفقات :
التاريخ : ١٤٣٩/٠٩/٠٧

رؤية VISION 2030 المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation
مكتب الرئيس

تعميم
GACA Circular

To: All airlines operating at the Kingdom of Saudi Arabia's airports.

إلى: كافة شركات الطيران العاملة في مطارات المملكة العربية السعودية .

Subject: Implementation of the self-service initiative for passengers at Saudi airports, which has been approved by the International Air Transport Association (**IATA**)

الموضوع: تنفيذ مبادرة الخدمات الذاتية للمسافرين بالمطارات السعوديه، والمعتمده من قبل الاتحاد الدولي للنقل الجوي (**IATA**).

Reference:

- Referring to our order No.(4688/2) dated in 17/4/1439H,which aimed to adopt and implement the self-service initiative (**IATA-FAST SMART TRAVEL**).

المرجع:

- أمرنا رقم (٤٦٨٨/٢) وتاريخ ١٤٣٩/٤/١٧هـ،القاضي باعتماد وتنفيذ مبادرة الخدمات الذاتيه (**IATA-FAST SMART TRAVEL**).

Background:

Based on The General Authority of Civil Aviation(GACA) vision to give a great attention to develop and modernize the digital infrastructure at airports in the Kingdom of Saudi Arabia. GACA is seeking to implement the highest standards approved by the ICAO and IATA, the following self-service has been provided:-

(1) SELF CHEK-IN "KIOSK".

(2) SELF BOARDING GATE.

(3) SELF BAGGAGE DROP.

(4) DOCUMENT CHECK.

(5) ELCTRONIC GATE.

(6) BAG SCANNING SYSTEM.

نبذة:

على ضوء ماتوليه الهيئه العامه للطيران المدني من اهتمام بالغ في تطوير وتحديث البُنى التحتيه الرقميه في مطارات المملكه العربيه السعوديه ولحرص الهيئه على تطبيق أعلى المعايير المعتمده من منظمة الطيران المدني (**ICAO**) ومنظمة الاتحاد الدولي للنقل الجوي (**IATA**) تم توفير الخدمات الذاتيه التاليه:-

(١) أجهزة إصدار بطاقات صعود الطائرة المشتركة.

(٢)الخدمة الذاتية لبوابات الصعود إلى الطائرة.

(٣)أجهزة الإجراءات الذاتية للحقائب.

(٤)أجهزة المسح الضوئي للوثائق.

(٥)البوابات الإلكترونيه.

(٦)أجهزة المسح الذاتي للحقائب.

Instructions:

All airlines operating at the Kingdom of Saudi Arabia's airports, shall comply to activate and operate the self-service,which is described above through its own flights systems. Then, activate and operate the self-service designated equipment at all airports of the Kingdom.

التعليمات:

جميع شركات الطيران العاملة في مطارات المملكة العربية السعودية ملزمه بتفعيل وتشغيل الخدمه الذاتيه الموضحه أعلاه وذلك من خلال أنظمة الرحلات الخاصه بها، وبالتالي تفعيل وتشغيل الخدمات الذاتية على الأجهزة المخصصه بجميع مطارات المملكة.

Attachment(s): Nil.

المرفقات: لا توجد

رئيس الهيئة العامة للطيران المدني
President of the general authority of civil aviation

عبدالحكيم بن محمد التميمي
Abdulhakim M. Altamimi

المملكة العربية السعودية، ص.ب ٤٧٣٦٠ الرياض ١١٥٥٢ هاتف: ٣٣٣٣ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+ فاكس ٣٢٢٢ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+ (رمز الهيئة: ٢٥٦)
Kingdom of Saudi Arabia, P.O Box 47360 Riyadh 11552 Tel: +966 11 525 3333 Fax: +966 11 525 3222
gaca.gov.sa

نموذج: (4)

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation

رقم المعاملة: 1441/2449/5
المرفقات:
التاريخ: 1441/11/09 2020/06/30

رؤية 2030 VISION 2030
المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation
(٢٥٦)
قطاع معايير الطيران

تعميم

GACA Circular

To: All Operators of Saudi Arabian Registered Aircraft (Commercial and Non-Commercial issued) Certificates of Airworthiness.

إلى: جميع مشغلي الطائرات المسجلة بالمملكة العربية السعودي و المصدر لها شهادات صلاحية طيران (المشغلين التجاريين و الغير تجاريين).

Subject: Mandatory Reporting of Statistical data by each owner/operator of Saudi Arabian Registered Aircraft with issued Certificates of Airworthiness.

الموضوع: البيانات الإحصائية الإلزامية على كل مالك/مشغل للطائرات المدنية المسجلة بالمملكة العربية السعودية والمصدر لها شهادات صلاحية طيران.

Reference:
GACAR Part 4 SUBPART C – REPORTING OF STATISTICS.

المرجع:
الجزء ٤ من اللائحة التنفيذية للهيئة العامة للطيران المدني حيال رفع وتقديم المعلومات والبيانات الإحصائية.

Instructions:
All operators of Saudi Arabian Registered Aircraft (Commercial and Non-Commercial) with issued Certificates of Airworthiness, must submit the statistical data specified in Subpart-C of GACAR Part-4 to GACA with the required details and periodicities.

التعليمات:
على جميع مشغلي الطائرات المسجلة بالمملكة العربية السعودي و المصدر لها شهادات صلاحية طيران (المشغلين التجاريين و الغير تجاريين) الالتزام بإرسال المعلومات و البيانات الإحصائية المحددة في لائحة سلامة الطيران (GACAR) الجزء(٤) الى الهيئة العامة للطيران المدني بالمعلومات و البيانات و التزامن المحدد في اللائحة

The statistical data must be sent to the unified GACA email address :
(AS-ROS@GACA.GOV.SA)

يتم ارسال المعلومات و البيانات الاحصائية المطلوبة الى البريد الالكتروني الموحد :
(AS-ROS@GACA.GOV.SA)

Attachment(s): (1)
GACA Aviation Safety Regulation GACAR Part 4 is available on the GACA official website at the following link www.gaca.gov.sa .

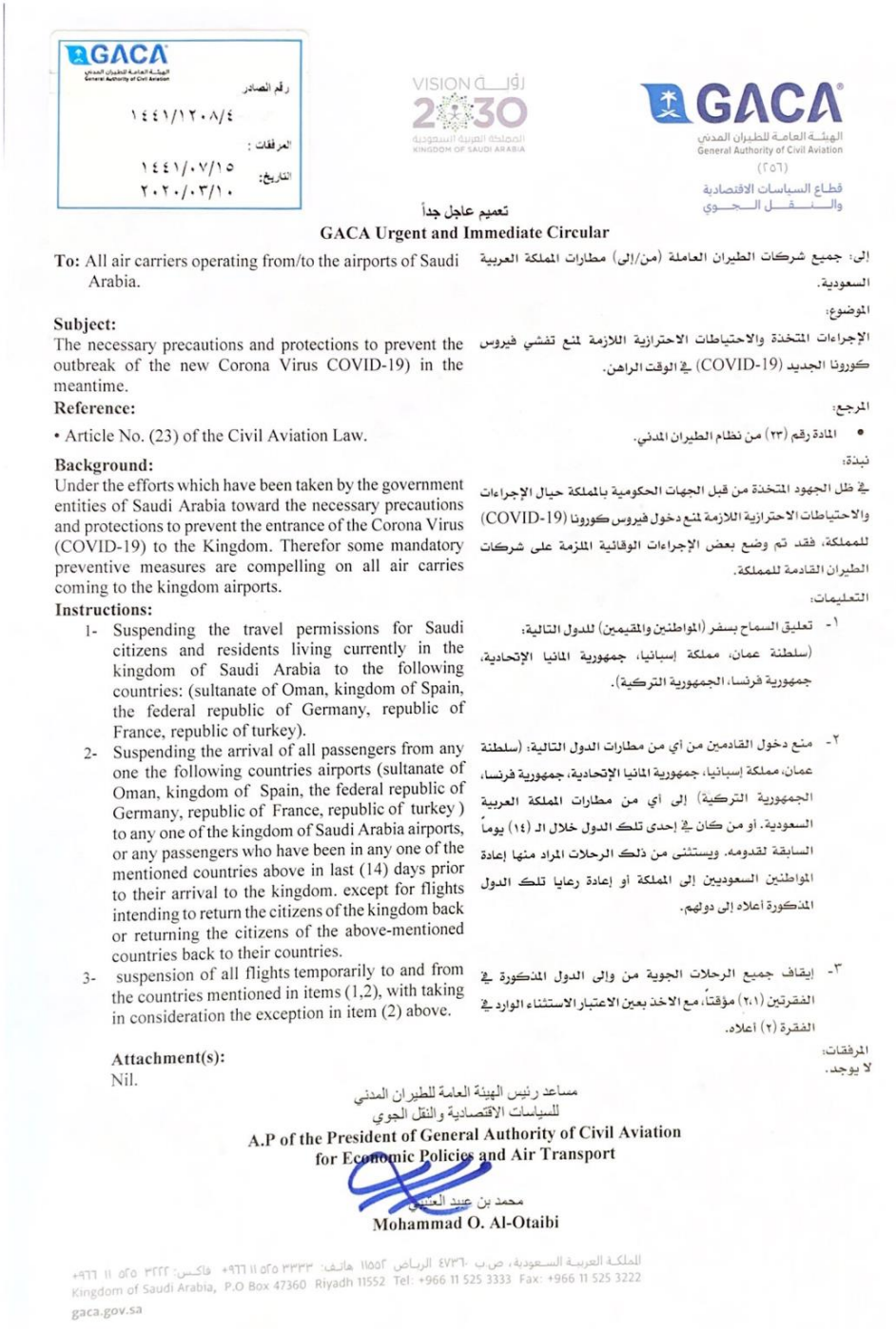
المرفقات: (١)
لائحة سلامة الطيران (GACAR) الجزء ٤ وهي متاحة على موقع الهيئة الرسمي www.gaca.gov.sa

مساعد الرئيس لمعايير الطيران
GACA - Assistant President for Aviation Standards

الكابتن/ سليمان بن صالح المحيميدي
Captain/ Sulaiman Saleh Almuhaimedi

المملكة العربية السعودية، ص.ب ٤٧٣٦٠ الرياض ١١٥٥٢ هاتف: ٣٣٣٣ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+ فاكس: ٣٢٢٢ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+
Kingdom of Saudi Arabia, P.O Box 47360 Riyadh 11552 Tel: +966 11 525 3333 Fax: +966 11 525 3222
gaca.gov.sa

نموذج: (5)



GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation

رقم الصادر
١٤٤١/١٢٠٨/٤

المرفقات :
التاريخ: ١٤٤١/٠٧/١٥
٢٠٢٠/٠٣/١٠

رؤية VISION 2030 المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation
(٢٥٦)
قطاع السياسات الاقتصادية والنقل الجوي

تعميم عاجل جداً

GACA Urgent and Immediate Circular

To: All air carriers operating from/to the airports of Saudi Arabia.

إلى: جميع شركات الطيران العاملة (من/إلى) مطارات المملكة العربية السعودية.

Subject:
The necessary precautions and protections to prevent the outbreak of the new Corona Virus COVID-19) in the meantime.

الموضوع:
الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن.

Reference:
• Article No. (23) of the Civil Aviation Law.

المرجع:
• المادة رقم (٢٣) من نظام الطيران المدني.

Background:
Under the efforts which have been taken by the government entities of Saudi Arabia toward the necessary precautions and protections to prevent the entrance of the Corona Virus (COVID-19) to the Kingdom. Therefor some mandatory preventive measures are compelling on all air carries coming to the kingdom airports.

نبذة:
في ظل الجهود المتخذة من قبل الجهات الحكومية بالمملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا (COVID-19) للمملكة، فقد تم وضع بعض الإجراءات الوقائية الملزمة على شركات الطيران القادمة للمملكة.

Instructions:

1- Suspending the travel permissions for Saudi citizens and residents living currently in the kingdom of Saudi Arabia to the following countries: (sultanate of Oman, kingdom of Spain, the federal republic of Germany, republic of France, republic of turkey).

التعليمات:
١- تعليق السماح بسفر (المواطنين والمقيمين) للدول التالية: (سلطنة عمان، مملكة إسبانيا، جمهورية المانيا الإتحادية، جمهورية فرنسا، الجمهورية التركية).

2- Suspending the arrival of all passengers from any one the following countries airports (sultanate of Oman, kingdom of Spain, the federal republic of Germany, republic of France, republic of turkey) to any one of the kingdom of Saudi Arabia airports, or any passengers who have been in any one of the mentioned countries above in last (14) days prior to their arrival to the kingdom. except for flights intending to return the citizens of the kingdom back or returning the citizens of the above-mentioned countries back to their countries.

٢- منع دخول القادمين من أي من مطارات الدول التالية: (سلطنة عمان، مملكة إسبانيا، جمهورية المانيا الإتحادية، جمهورية فرنسا، الجمهورية التركية) إلى أي من مطارات المملكة العربية السعودية. أو من كان في إحدى تلك الدول خلال الـ (١٤) يوماً السابقة لقدومه. ويستثنى من ذلك الرحلات المراد منها إعادة المواطنين السعوديين إلى المملكة أو إعادة رعايا تلك الدول المذكورة أعلاه إلى دولهم.

3- suspension of all flights temporarily to and from the countries mentioned in items (1,2), with taking in consideration the exception in item (2) above.

٣- إيقاف جميع الرحلات الجوية من وإلى الدول المذكورة في الفقرتين (١،٢) مؤقتاً، مع الاخذ بعين الاعتبار الاستثناء الوارد في الفقرة (٢) أعلاه.

Attachment(s):
Nil.

المرفقات:
لا يوجد.

مساعد رئيس الهيئة العامة للطيران المدني
للسياسات الاقتصادية والنقل الجوي
A.P of the President of General Authority of Civil Aviation for Economic Policies and Air Transport

محمد بن عبيد العتيبي
Mohammad O. Al-Otaibi

المملكة العربية السعودية، ص.ب ٤٧٣٦٠ الرياض ١١٥٥٢ هاتف: ٣٣٣٣ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+ فاكس: ٣٢٢٢ ٥٢٥ ١١ ٩٦٦+
Kingdom of Saudi Arabia, P.O Box 47360 Riyadh 11552 Tel: +966 11 525 3333 Fax: +966 11 525 3222
gaca.gov.sa

نموذج: (6)



الرقم: ١/٦٠/١٦٦١٢ التاريخ: ١٤٤١/٠٧/١٠ عدد المرفقات: (١) لفه صفحة : ١ - ٣

MAWANI موانئ
الهيئة العامة للموانئ
الاتصالات الإدارية الجهاز
رقم الصادر : ١/٦٠/١٦٦١٢
تاريخه : ١٤٤١/٧/١٠
المرفقات : (١) لفه

بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI موانئ
SAUDI PORTS AUTHORITY الهيئة العامة للموانئ

تعميم رقم (٣٦) لعام ٢٠٢٠م
Circular No. (36) 2020

إلى:
جميع منسوبي الهيئة العامة للموانئ
All Employees of Saudi Ports Authority

To:
جميع الشركات المشغلة العاملة بالموانئ
All Ports Operators

الموضوع: الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الوقت الراهن

Subject: The necessary perceptions and protections to prevent the outbreak of the new Coronavirus (COVID-19) in the meantime.

في ظل الجهود المتخذة من قبل الجهات الحكومية بالمملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا (COVID-19) للمملكة، نرفق لكم الإجراءات الوقائية للموظفين والمنشآت بالموانئ.

Reference to the necessary precautions and measures to prevent its spread new Corona Virus (COVID-19) in the Kingdom please find attached the precautions for employees and facilities in the ports.

للاطلاع واتخاذ الإجراءات اللازمة للبدء في تطبيق تلك الإجراءات كلا فيما يخصه وتوفير الاحتياجات اللازمة.

For your kind concern and to act accordingly in your respective areas of competence and provide the necessary needs.

نائب الرئيس
للخدمات المشتركة والأعمال المساندة
Vice President
Business Support and Shared Services

مساعد بن عبدالرحمن الدريس
Musaad Abdulrahman AlDrees

www.mawani.gov.sa
@mawaniksa
المملكة العربية السعودية | الرياض ١١١٨٨ ص.ب ٥١٦٢ | ت: ٠١١٤٠٥٠٠٠+٩٦٦ | ف: ٠١١٤٠٥٣٥٠٧+٩٦٦
KSA | Riyadh 11188 P.O.Box : 5162 | Tel : +966 11 405 0005 Fax : +966 11 405 3507 | info@ports.gov.sa

VISION 2030 رؤية المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

الرقم: ١/٦٠/١٦٦١٢ التاريخ: ١٤٤١/٠٧/١٠ عدد المرفقات: (١) لفه صفحة : ٣ - ٣

بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI موانئ
SAUDI PORTS AUTHORITY الهيئة العامة للموانئ

الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد (COVID-19) في الهيئة العامة للموانئ

نبذة:

في ظل الجهود المتخذة من قبل الجهات الحكومية بالمملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا للمملكة، فقد وجب التنبيه على بعض الإجراءات الوقائية للموظفين والمنشآت بالموانئ.

التعليمات:

١- الاحترازات الصحية للمنشأة:
- توفير المعقمات عند المدخل الرئيسي للمنشأة.
- تعليق استخدام البصمة حتى زوال الخطر.
- تكثيف النظافة للأسطح الخارجية مثل المكاتب ومقابض الأبواب والمصاعد وغيرها.

٢- الوقاية الشخصية لموظفين الإدارات:
- تجنب الاتصال المباشر مع أي شخص تظهر عليه اعراض أمراض الجهاز التنفسي.
- غسل اليدين جيدا بالصابون او بالمعقم.
- لا يجب لبس الكمامة إلا إذا كنت تشكو من اعراض تنفسية أو تعتني بشخص لديه اعراض تنفسية.
- عدم لمس الأشياء والأسطح الملوثة والتقليل من حمل المعاملات الورقية والاعتماد على المحتوى الرقمي.
- إيقاف الانتدابات إلى الدول المنتشر بها الوباء وفق تقارير وزارة الصحة.
- عدم إثارة القلق والهلع والارباك فيما يتعلق بالمرض.

٣- الوقاية الشخصية للموظفين الذين لهم احتكاك مباشر بالمنافذ (المرشدين أو المفتشين):
- ارتداء معدات الوقاية الشخصية المناسبة (الألبسة الواقية، الأقنعة الطبية، النظارات الطبية الواقية).
- البقاء على بعد متر واحد أو أكثر من الطاقم مالم يرتدوا معدات الوقاية الشخصية المناسبة.
- يقتصر تواصل الأشخاص مع الطاقم الاساسي على متن السفن قدر الإمكان.
- استبدال الأقنعة إذا أصبحت رطبة أو متسخة.
- غسل الايدي بشكل متكرر أثناء التواجد على متن السفينة بالصابون والماء، أو استخدام مطهر اليدين القائم على الكحول.
- إذا علم بوجود أي شخص مصاب على متن السفينة اتباع الإجراءات المتخذة في مثل هذه الحالات حسب تعليمات مركز المراقبة الصحية بالميناء.

www.mawani.gov.sa
@mawaniksa
المملكة العربية السعودية | الرياض ١١١٨٨ ص.ب : ٥١٦٢ | ت: ٩٢٠٠٠٥٠٠٥ | ف: ٩٦٦١١٤٠٥٠٣٥٠٧+
KSA | Riyadh 11188 P.O.Box : 5162 | Tel : +966 11 405 0005 Fax : +966 11 405 3507 | info@ports.gov.sa

رؤية VISION 2030 المملكة العربية السعودية KINGDOM OF SAUDI ARABIA

نموذج رقم: (7)

الرقم: ١/٦٠/١٧٢٧٤ التاريخ: ١٤٤١/٠٧/١٩ عدد المرفقات: ٢ لفه صفحة : ١ - ٦

MAWANI موانئ
رقم الصادر: ١/٦٠/١٧٢٧٤
تاريخه: ١٤٤١/٧/١٩
المرفقات: ٢ لفه

بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI موانئ
SAUDI PORTS AUTHORITY الهيئة العامة للموانئ

Circular No.(39) 2020 — **تعميم رقم (39) لعام ٢٠٢٠م**

To:
All Ports General Directors
All Maritime Shipping Agents
All Ports Operators

إلى:
جميع مديري عموم الموانئ
جميع الوكلاء البحريين
جميع الشركات المشغلة العاملة بالموانئ

Subject:

Further to Circular No. (38) 2020 regarding The necessary precautions and protections to prevent the outbreak of the new Corona Virus (COVID-19) in the meantime and the temporary suspension of the voyages between the Kingdom and some coronavirus affected countries.

الموضوع:

إلحاقاً للتعميم رقم (٣٨) للعام ٢٠٢٠ بشأن الإجراءات المتخذة والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا الجديد(COVID-19) في الوقت الراهن، والمتضمن إيقاف الرحلات البحرية مؤقتاً بين المملكة وعدة دول.

Reference:

Article No. (18) Of the International Health regulations.

المرجع:

المادة(١٨) من نظام اللوائح الصحية الدولية

Background:

Under the effort have been taken by the government of Saudi Arabia towards the necessary precautions and protections to stem the spread of the Corona Virus (COVID-19) in the kingdom. Here after some mandatory preventive measures and instructions that all the ships arriving to the Kingdom should abide by.

نبذة:

في ظل الجهود المتخذة من قبل حكومة المملكة حيال الإجراءات والاحتياطات الاحترازية اللازمة لمنع دخول فيروس كورونا (COVID-19) للمملكة، فقد تم وضع بعض الإجراءات الوقائية الملزمة على السفن القادمة للمملكة.

Instruction:

1. To stop all passenger vessels voyages temporarily between the Kingdom and following coronavirus affected countries (China ,UAE, Kuwait, Bahrain, Egypt, Lebanon, Syria, Iraq, Korea, Sultanate of Oman, Sudan , European Union countries, Swiss Confederation, Turkey, India, Pakistan, Eritrea, Ethiopia, Kenya, SriLanka, South Sudan, Djibouti, Somalia and Philippines) with the **exception of cargo vessels and evacuation.**
2. **To suspend travel of citizens and residents to from** (China, UAE, Kuwait, Bahrain, Egypt, Lebanon, Syria, Iraq, Korea, Sultanate of Oman, Sudan , European Union countries, Swiss Confederation, Turkey, India, Pakistan, Eritrea, Ethiopia, Kenya, SriLanka, South Sudan, Djibouti, Somalia and Philippines) and prevent the entry of travellers who arrive directly from these countries or who were there within (14) days prior to his their arrival to the Kingdom.

التعليمات:

١- إيقاف الرحلات البحرية مؤقتا بين المملكة ودول (الصين، الأمارات، الكويت، البحرين، مصر، لبنان، سوريا، العراق، كوريا، سلطنة عمان، جمهورية السودان، دول الاتحاد الأوروبي، الاتحاد السويسري، تركيا، الهند، باكستان، إريتريا، إثيوبيا، كينيا، سريلانكا، جنوب السودان، جيبوتي، الصومال، الفلبين) **ويستثنى منها رحلات الإجلاء والشحن والتجارة.**

٢- **تعليق السماح بسفر المواطنين والمقيمين ومنع دخول القادمين** من دول (الصين، الأمارات، الكويت، البحرين، مصر، لبنان، سوريا، العراق، كوريا، سلطنة عمان، جمهورية السودان، دول الاتحاد الأوروبي، الاتحاد السويسري، تركيا، الهند، باكستان، إريتريا، إثيوبيا، كينيا، سريلانكا، جنوب السودان، جيبوتي، الصومال، الفلبين) بشكل مباشر أو من كان بها خلال (١٤) يوماً السابقة لقدومه.

www.mawani.gov.sa
@mawaniksa
المملكة العربية السعودية | الرياض ١١١٨٨ ص.ب : ٥١٦٢ | ت: ٠٠٩٢٠٠٠٥٠٥ | ف: ٠٥٥٠٧٠١١١٠+
KSA | Riyadh 11188 P.O.Box : 5162 | Tel : +966 11 405 0005 Fax : +966 11 405 3507 | info@ports.gov.sa

VISION رؤية 2030

الرقم: ١/٦٠/١٧٢٧٤ التاريخ: ١٤٤١/٠٧/١٩ عدد المرفقات: ٢ لغه صفحة : ٢ - ٦

بسم الله الرحمن الرحيم

MAWANI SAUDI PORTS AUTHORITY

موانئ الهيئة العامة للموانئ

٣- تعليق إجراء فصل وتعيين البحارة العاملين على السفن بكافة أنواعها التي تصل للموانئ السعودية والقادمين من دول (الصين، الأمارات، الكويت، البحرين، مصر، لبنان، سوريا، العراق، كوريا، سلطنة عمان، جمهورية السودان، دول الاتحاد الأوروبي، الاتحاد السويسري، تركيا، الهند، باكستان، إريتريا، إثيوبيا، كينيا، سريلانكا، جنوب السودان، جيبوتي، الصومال، الفلبين) بشكل مباشر أو من كان بها خلال (١٤) يوماً السابقة لقدومه.

3. To suspend the assigning in/off procedures for on board- seafarers to all types of ships that arrive at Saudi ports and those coming from (China ,UAE, Kuwait, Bahrain, Egypt, Lebanon, Syria, Iraq, Korea, Sultanate of Oman, Sudan , European Union countries, Swiss Confederation, Turkey, India, Pakistan, Eritrea, Ethiopia, Kenya, SriLanka, South Sudan, Djibouti, Somalia and Philippines) directly or who were there within (14) days prior to his their arrival to the Kingdom.

للاعتماد واتخاذ الإجراءات اللازمة للبدء في تطبيق تلك الإجراءات كلا فيما يخصه، وإبلاغ كافة الخطوط والشركات الملاحية بذلك.

You are kindly obliged to these procedures in your respective areas of competence and to inform all shipping lines and companies accordingly.

نائب الرئيس للسياسات والتشريعات
Vice President for Legislation and Policies

عبدالرحمن بن عبدالله الغامدي

نموذج رقم: (8)

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation
(٢٥٦)

رؤية VISION 2030
المملكة العربية السعودية
KINGDOM OF SAUDI ARABIA

GACA
الهيئة العامة للطيران المدني
General Authority of Civil Aviation

رقم المعاملة: 1441/1391/4
المرفقات: جدول
التاريخ: 1441/10/05
2020/05/28

تعميم
GACA Circular

To:

All Air carriers operating including general aviation operating from / to the airports of Saudi Arabia, air navigation services company, Kingdom airports and ground handling companies.

Subject:

Resuming domestic flights in the airports of the Kingdom of Saudi Arabia.

Reference:

Article 23 of the Civil Aviation Act.

Background:

In preparation for gradual operation phase of the air flights after suspending all air flights, and taking mandatory preventive measures on all air carriers.

Instructions:

All airlines must comply with the following:

1. Resumption of all (domestic) air flights in the airports of the Kingdom of Saudi Arabia as detailed in attached ducoment starting on Sunday 31/05/2020.
2. First flight departs at 8 am every day.
3. Last flight departs at 6 pm every day.
4. PAX boarding and disembarking must be through jetways. This condition is only applicable in airports that have jetways.

إلى:

جميع شركات الطيران العاملة بمطارات المملكة العربية السعودية بما يشمل الطيران العام العاملة (من/ إلى) مطارات المملكة العربية السعودية، شركة خدمات الملاحة الجوية، مطارات المملكة وشركات الخدمات الأرضية.

الموضوع:

استئناف الرحلات الجوية (الداخلية) بمطارات المملكة العربية السعودية.

المرجع:

المادة ٢٣ من نظام الطيران المدني.

نبذة:

استعداداً لمرحلة التشغيل التدريجي للرحلات الجوية بعد تعليق كافة الرحلات الجوية واتخاذ بعض الإجراءات الوقائية الملزمة على شركات الطيران.

التعليمات:

يجب على جميع شركات الطيران التقيد بالآتي:

1. استئناف الرحلات الجوية (الداخلية) بمطارات المملكة العربية السعودية حسب المرفق، وذلك بداية من يوم الأحد الموافق ٢٠٢٠/٠٥/٣١م.
2. تغادر الرحلة الأولى الساعة ٨ صباحًا من كل يوم
3. تغادر الرحلة الأخيرة الساعة ٦ مساءً من كل يوم
4. يجب تصعيد وإنزال الركاب الإجباري من خلال جسور الأركاب فقط في جميع المطارات التي لديها جسور أركاب. ولا ينطبق ذلك على المطارات التي لا يوجد بها جسور إركاب.

5. During this phase of restarting domestic travel, all flights to use only Terminal 1 in JED, with continued suspension of utilizing the southern or northern terminal at this time.

5. خلال هذه المرحلة من إعادة تشغيل الرحلات الداخلية، يجب على جميع الرحلات استخدام مبنى الركاب رقم ١ بمطار الملك عبد العزيز الدولي بجدة فقط، مع استمرار تعليق استخدام الصالة الجنوبية أو الشمالية في هذا الوقت.

6. In accordance with Ministry of Health and GACA mandatory requirements on clean, disinfecting, and sterilizing the aircrafts between flight:
   - Minimum 100 minutes turnaround for narrow body aircrafts.
   - Minimum 145 minutes turnaround for wide body aircrafts.

6. تحتاج الطائرات بناءً على المتطلبات الإلزامية لوزارة الصحة والهيئة العامة للطيران المدني بشأن تنظيف وتعقيم وتطهير الطائرات بين الرحلات الجوية إلى ما يلي:
   - ١٠٠ دقيقة على الأقل لتحويل مسار الطائرات ذات الهيكل الضيق.
   - ١٤٥ دقيقة على الأقل لتحويل مسار الطائرات ذات الهيكل الواسع.

General Note:

During passenger flights, there must be an empty seat between each two seats in economy class in order to maintain social distancing, giving the aircraft a range between 50% to 70% load factor. First and business class does not require seat separation.

ملاحظة عامة:

يجب أن يكون هناك مقعد فارغ بين كل مقعدين في الدرجة السياحية أثناء الرحلة من أجل الحفاظ على المسافة الاجتماعية، مما يمنح الطائرة نطاقًا يتراوح بين ٥٠٪ إلى ٧٠٪. ولا ينطبق ذلك على درجتي الأولى ودرجة رجال الأعمال.

Attachment(s):

The schedule of airports operations

المرفقات:

الجدول الزمني لتشغيل المطارات

مساعد الرئيس للسياسات الاقتصادية والنقل الجوي
Assistant President Economic Policies and Air Transport

مساعد الرئيس للسياسات الاقتصادية والنقل الجوي
Assistant President of Economic Policies and Air Transport

سادسًا: ملحق عقود الصيانة

نموذج: (1) فتاوى التطبيقيَّة من الواقع في ليبيا[1]:

سائل يقول إن لديه سيارة يريد أن يؤجرها لشركة تأجير السيارات، بأجرة قدرها ثلاثون دينار في اليوم، على أن يتحمل المؤجر كل المصاريف المترتبة عليها من تصليح أعطال، وحوادث وتأمين وترخيص وضرائب وغير ذلك، فهل يجوز عقد الإيجار على هذا النحو؟

الجواب:

إيجار السيارة بثلاثين ديناراً في اليوم على نحو ما جاء في السؤال جائز، لأنها أجرة معلومة لمدة معلومة، أما المصاريف ففيها التفصيل:

المصاريف الناتجة عن استهلاك السيارة، كتعطل بعض قطعها عن العمل بسبب قدمها، وكذلك المصاريف الناتجة عن حوادث ليست عن تقصير أو إهمال من المستأجر فهذه واجبة على مالك السيارة المؤجر، ولا يجوز له أن يشترطها على المستأجر، لأن المستأجر أمين والأمين لا يضمن إلا ما فرط فيه، أو استعمله على وجه غير صحيح، كأن يزيد في الحمولة على المعتاد فتتكسر السيارة، أو يقودها بالليل دون إضاءة فتُصدم، فالضمان والتصليح في هذه الحالة عليه.

مصاريف الترخيص وضرائب السير على الطريق هذه على المستأجر، لأنها ناتجة عن استعماله للعين المؤجرة، مثل ثمن الوقود والزيوت، وإذا اشترطت على المؤجر وكانت مقاديرها معلومة، فهو جائز، لأنه يُعدُّ في حكم الرضا منه بنقص معلوم من الأجرة المتفق عليها، فإن كان مقدارها غير ثابت يزيد وينقص زيادة لها بال، فلا يجوز اشتراطها على المؤجر، لأنه غرر يؤدي إلى جهالة الأجرة، إذ لا يدري في نهاية الأمر ما سلم له من الأجرة بعد دفع الضرائب.

---

1 فتاوى وتحقيقات في مسائل فقهية تكثر الحاجة إليها: الصادق عبدالرحمن الغرياني، دار ومكتبة الشعب – مصراتة –ليبيا، ط/1، 2003م، ص: 187-188.

نموذج رقم: (2) سابقة قضائية حديثة في الصيانة الضرورية للعقار المستأجر[1]

المحكمة القومية العليا

القضاة:

سعادة السيدة/ أثيلات سليمان محمد أبوصالح، قاضي المحكمة العليا رئيساً

سعادة السيدة/ مها عبد الرحمن المبارك، قاضي المحكمة العلياعضواً

سعادة السيد / قاسم محمد الخضر، قاضي المحكمة العلياعضواً

الأطراف: شركة السواعي للأنشطة المتعددة الطاعنة

// ضد // حافظ مصطفى المطعون ضده

الرقم م ع/ط م/2016/2436م.

قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م – المادة 306(1) – حساب سداد الأجرة – الصيانة الضرورية.

المبدأ:

إذا أثبتت البينة أن العقار موضوع الدعوى يحتاج لصيانة ضرورية ولم يتم استلامه في تاريخ بداية العقد، فإن حساب سداد الأجرة يبدأ من تاريخ انتهاء الصيانة، حيث إن العبرة في سريان عقد الإجارة بتاريخ بداية الانتفاع، وليس بتاريخ إبرام العقد.

المحامون:

الأستاذ/ طه عثمان إسحق عن الطاعنة

الحكم القاضي: أثيلات سليمان محمد أبو صالح

التاريخ: 2017/5/2م

أمام محكمة الخرطوم الجزئية في الدعوى رقم 2014/2294م تقدم المدعون بدعواهم بأنهم الملاك المسجلون للعقار رقم (27) مربع (3) المقرن الخرطوم وأن المدعى عليها (الطاعنة) تستأجر الطابق الأول من العقار المذكور بأجرة شهرية قدرها 3,500 جنيه تدفع عند نهاية كل شهر وذلك بموجب العقد المرفق ... فشلت المدعى عليها في سداد الأجرة المستحقة لشهر نوفمبر2014م والبالغ قدرها 3,500 جنيه ... طلب الادعاء الحكم لهم بالإخلاء والمتأخرات ورسوم الدعوى وأتعاب المحاماة البالغ قدرها 1,500 جنيه، ردت المدعى عليها معترفة بالملكية والإجارة والأجرة وأن الانتفاع بالإجارة بدأ في أغسطس 2014م وأنكرت بقية الدعوى مضيفة بأنها قامت بدفع مقدم ستة أشهر تنتهي في فبراير 2015م وطلبت شطب الدعوى ... كما تقدم الدفاع بعريضة دعوى فرعية بأنها استأجرت العقار المذكور بتاريخ 2014/3/11م وأنها قامت بإجراء إصلاحات بالمبني في حدود مبلغ 48,183,35 بعلم وموافقة المدعى عليه ولم يمكن المدعى عليه المدعية من الانتفاع بالعقار إلا في أغسطس 2014م ... طلبت المدعية فرعياً الحكم لها بسداد قيمة الإصلاحات المذكورة وأتعاب المحاماة البالغ قدرها 500 جنيه ... بعد سماع الدعوى أصدرت المحكمة حكماً يقضي بالآتي:

تخلى المدعى عليها أصلياً العقار موضوع الدعوى فوراً، وأن تدفع المدعى عليها متأخرات الأجرة البالغ قدرها 3,500 جنيه.

---

[1] مراسلة مع القاضي د. إيهاب منصور علي أحمد الصلوي، 2019/1/14م، 01:24:33.

يدفع المدعى عليهم فرعياً بالتضـامن والانفراد للمدعية فرعياً مبلغ 33,908,6 جنيه قيمة الإصـلاحات مع تحملهم الرسوم في حدود المبلغ المحكوم به وأتعاب محاماة قدرها 2,000 جنيه.

تأيد هذا الحكم بواسطة محكمة استئناف الخرطوم بمذكرتها بالرقم م ا/ا س م/2016/220م قدم إلينا طعن بالنقض لهذا الحكم قبلناه شـــكلاً لتقديمه خلال الحاجز الزمني المنصـــوص عليه بموجب المادة (190) من قانون الإجراءات المدنية لسـنة 1983م تعديل 2009م كما حاز إجراءات القبول المنصـوص عليها بموجب المادة (189) من ذات القانون لحصول الطاعن على الإذن من السيد قاضي المحكمة العليا المفوض.

وموضوعاً يتلخص الطعن في الآتي:

أن محكمتي الموضـوع والاسـتئناف قد جانبهما الصـواب حيث أفادت البينة أن العقار موضـوع الدعوى يحتاج لصـيانة ضـرورية حتى تتمكن المدعى عليها من الانتفاع بالعقار حيث إن الثابت إبرام عقد الإجارة في2014/3/11م على أن تسري الإجارة اعتباراً من 2014/4/1م. وفقاً لنص المادة (316) من قانون المعاملات المدنية فإن المشرع والقانون قدر ضـرورة اسـتمتاع المسـتأجر بالمأجور واقتضـاء المنفعة المتعددة منه كاملاً وفق الاتفاق المبرم .. ووفقاً للبينة المقدمة فإن الصـيانة بدأت بعد 2014/5/15م وانتهت في بداية أغسـطس وكل تلك الفترة كانت المدعى عليها في مقرها القديم ولم تنتفع بالمبنى إلا في أغســطس .. عليه فقد أوجب القانون على المؤجر تســليم العين في حالة تصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة. استندت المحكمة في قرارها على اليمين المتممة على الرغم من وجود دليل كافٍ. حكمت المحكمة للمدعية فرعياً بجزء من مبلغ الصـــيانة ولم تحكم ببقية التكلفة رغم أنها من الضـــروريات للانتفاع بالمبني ... وطلب لما تقدم إلغاء قرار محكمة الاستئناف والحكم للمدعية فرعياً بطلباتها.

تم تصريح الطعن ورد المطعون ضده مطالباً بشطب الطعن وتأييد أحكام المحاكم الأدنى.

بعد المراجعة والاطلاع ... أرى أن الحكم المطعون فيه جاء مخالفاً لصـحيح القانون في الفقرة الأولى والثانية منه والخاصــة بالدعوى الأصــلية ... حيث أثبتت البينة أن العقار موضــوع الدعوى يحتاج لصــيانة ضــرورية متعلقة بالمياه والكهرباء والصرف الصحي وكذلك الأبواب والشبابيك غير المركبة حيث لا بد من القيام بهـذه الصيانة حتى تتم المنفعة المقصودة كاملة مـــن العقار ... وقد نصت المادة: (306) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م على الآتي: "على المؤجر تسليم المأجور وتوابعه في حالة تصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة) ... وحيث ثبت أن العقار يحتاج لصيانة ضرورية ولم يتم استلامه بغرض الصيانة إلا في 2014/5/15م وهو تاريخ بداية العمل فيها وقد ثبت انتهاؤها في بداية أغســطس 2014م وهو التاريخ الذي انتقلت فيه الشــركة للعقار ... لذلك لا يمكن القول بأن الإجارة بدأت بتاريخ إبرام العقد في 2014/3/11م أو في التاريخ الذي حدد لسريان العقد بعد انتهاء الصيانة في 2014/4/1م ... لأن الثابت أن الصــيانة لم تنته إلا في بداية أغســطس 2014م حيث إن العبرة في ســريان عقد الإجار بتاريخ بدايــة الانتفاع به ... وقـد أرست سابقة سالم أحمد سالم/ /ضد// عطا المنان عبد السلام بالرقم م ع/ط م/1981/40م بمجلة الأحكام القضائية لسنة 1981م (ص) "233" ما يأتي:

مجرد تحرير عقد الإيجار بين المالك والمســتأجر لا يؤدي في حد ذاته إلى نقل حيازة العقار المســتأجر وإنما يتعين على المؤجر وفقاً للقواعد العامة أن يقوم بتســـليم العين المؤجرة خاليه من العوائق التي تحول دون الانتفاع بها... بل أن عليه أن يمنع الغير من التعرض لها سواء كان هذا التعرض مادياً أو مبنياً علـــى سبب قانوني مادام قد حدث قبل التسليم ...

عليه وطالما أن الشــركة قامت بســداد أجره ســتة أشــهر مقدماً فإن بدايتها تبدأ ببداية الانتفاع بالعقار في أغطس 2014م ... وتكون بذلك غير مخلة بسداد أجرة الشهر المدعى به وبالتالي لا يوجد سبب يستوجب إخلاءها ...

أما بالنسبة للدعوى الفرعية أرى صحة الحكم للمدعية فرعياً بقيمة الإصلاحات وأرى أن ما حكم به جاء مناسباً وفقاً لما اقتضته الضرورة وما ثبت بالبينة ... عليه أرى تأييد الحكم الصادر بالدعوى الفرعية بالفقرة (3) و(4) من الحكم .... وإلغاء الحكم الصادر بالدعوى الأصلية الفقرة (1) (2) من الحكم وإصدار حكم يقضي بشطبها ...

القاضي: قاسم محمد الخضر، التاريخ: 2017/5/8م، أوافق.

القاضي: مها عبد الرحمن المبارك، التاريخ: 2017/5/23م، أوافق.

الأمر النهائي:

- إلغاء الحكم الصادر بالدعوى الأصلية الفقرة (1) و(2) من الحكم وإصدار حكم يقضي بشطبها.

- تأييد الحكم فيما عدا ذلك والمتعلق بالدعوى الفرعية الفقرة (3) و(4) من الحكم.

أثيلات سليمان محمد أبو صالح قاضي المحكمة العليا ورئيس الدائرة 2017/5/29م.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم: رواية حفص، خط مصحف المدينة المنورة، رقم: (2).

أولًا: كتب التراث الإسلامي:

إبطال الحيل: لأبي عبد الله عبيد الله بن محمد بن محمد بن حمدان العُكْبَري المعروف بابن بَطَّة العكبري (المتوفى: 387هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي – بيروت، ط/2، 1403هـ.

الإبهاج في شرح المنهاج: لتقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيي السبكي وولده تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، دار الكتب العلمية – بيروت، 1416هـ - 1995م.

أثر الأدلة المختلف فيها مصادر التشريع التبعيَّة في الفقه الإسلامي: د. مصطفى ديب البغا، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه، دار الامام التجارية، دمشق.

الإجتهاد وتغيُّر الفتوى بتغيُّر االزمان والمكان: بحث منشور بكتاب الإجتهاد الفقهي أي دور؟ وأي تجديد؟: لأبي جميل الحسن العلمي من منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط.

إجمال الإصابة في أقوال الصحابة: لخليل بن كيكلدي العلائي، تحقيق: د. محمد سليمان الأشقر، جمعية إحياء التراث الإسلامي – الكويت، ط/1، 1407هـ.

الأجوبة المرضية فيما سئل السخاوي عنه من الأحاديث النبوية: لشمس محمد بن عبد الرحمن السخاوي (المتوفى: 902 هـ)، تحقيق: د. محمد إسحاق محمد إبراهيم، دار الراية للنشر والتوزيع، ط/1، 1418هـ.

إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام: للإمام العلامة الحافظ الفقيه المجتهد تقي الدين ابن دقيق العيد (المتوفى: 702هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، ومراجعة أحمد محمد شاكر، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.

إحكام الفصول: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (المتوفى: 474)، تحقيق: عبدالمجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، ط/2، 1415هـ - 1995م.

الأحكام الفقهية المتعلقة بالعملات الإلكترونيَّة (Bitcoin): أ. د عبدالله بن محمد بن عبدالوهاب العقيل، وحدة البحوث والدراسات العلمية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة –المملكة العربية السعوديَّة، 2018م.

أحكام القرآن: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي– بيروت، 1405هـ.

أحكام القرآن: لعلي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري، الملقب بعماد الدين، المعروف بالكيا الهراسي الشافعي (المتوفى: 504هـ)، تحقيق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/2، 1405هـ.

أحكام القرآن: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/3، 1424هـ- 2003م.

أحكام أهل الذمة: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري، وشاكر بن توفيق العاروري، رمادى للنشر – الدمام، ط/1، 1418هـ – 1997م.

أحكام ضمان الصكوك وعوائدها: د. محمد علي القري، بحث مقدم لندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم وتوصياتها المنعقدة في رحاب جامعة الملك عبد العزيز بجدة، خلال الفترة 10–11 جمادى الآخرة 1431هـ، الموافق 24–25 مايو 2010م، بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية.

الإحكام في أصول الأحكام: لأبي الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: 631هـ)، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت – دمشق – لبنان.

الإحكام في أصول الأحكام: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684 هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط/2، 1416هـ - 1995م.

أحكام محكمة التمييز: المجلس الأعلى للقضاء مملكة البحرين: https://www.sjc.bh/index_16.php تحديث: 2021/1/24م، 04:10:39.

الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز في البحرين جلسة 10/يناير/2017م، الطعنان رقما 330، 326 لسنة: 2014م.

إحياء علوم الدين: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (المتوفى: 505هـ)، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ط/1، 1426هـ- 2005م.

اختلاف الحديث "مطبوع ملحقا بالأم للشافعي": للإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار المعرفة – بيروت، 1410هـ- 1990م.

الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي- القاهرة، دار الكتب العلمية- بيروت.

الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ)، تحقيق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي – القاهرة، 1356هـ- 1937م.

الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية لدى تلاميذه: لسامي بن محمد بن جاد الله، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، مكة المكرمة- المملكة العربية السعودية، ط/1، 1435هـ.

آداب الفتوى والمفتي والمستفتي: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، دار الفكر – دمشق، ط/1، 1408هـ – 1988م.

أدب الطلب ومنتهى الأدب: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق: عبد الله يحيى السريحي، دار ابن حزم– لبنان – بيروت، ط/1، 1419هـ– 1998م.

أدب المفتي والمستفتي: لأبي عمرو، عثمان بن عبد الرحمن، تقي الدين المعروف بابن الصلاح (المتوفى: 643هـ)، تحقيق: د. موفق عبد الله عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم – المدينة المنورة – السعودية، ط/1، 1407هـ – 1986م.

الأدب المفرد: للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: 256هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط/3، 1409هـ – 1989م.

الأذكار: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط/2، 1414هـ– 1994م.

إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني: تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق– كفر بطنا.

إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: لمحمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: 1420هـ)، المكتب الإسلامي– بيروت، ط/2، 1405هـ– 1985م.

أساس البلاغة: لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1419هـ– 1998م.

الأساس في القياس: لأبي حامد الغزالي الشافعي (المتوفى: 505)، تحقيق: فهد بن محمد السدحان، مكتبة العبيكان– الرياض، 1413هـ– 1993م.

الاستخراج لأحكام الخراج: لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1405هـ– 1985م.

الاستذكار: لابن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية– بيروت، ط/1، 1421هـ– 2000م.

الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة: لسليمان محمد الطماوي، مصر: مطبعة عين شمس، ط/4، 1984م.

أسنى المطالب في شرح روض الطالب: لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي.

الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 1419هـ– 1999م.

الأشباه والنظائر: لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1411هـ – 1991م.

الأشباه والنظائر: لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1411هـ– 1990م.

الأشباه والنظائر: لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1411هـ– 1990م.

اشتراط الإجارة في عقد البيع وأهم تطبيقاتها المعاصرة: لعبدالله بن موسى العمار، ضمن أبحاث الملتقيات الفقهية، ط/1، من إصدارات مصرف الراجحي، دار إشبيليا، الرياض، 1434هـ– 2013م.

اشتراط الإجارة في عقد البيع: لعبد الله بن موسى العمار، بحث مقدم إلى الملتقى الفقهي الرابع الذي نظمته شركة الراجحي المصرفية للاستثمار المنعقد في الرياض في الفترة 23-10/24/ 1424هـ -17-2003/12/18م.

الإشراف على مذاهب العلماء: لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: 319هـ)، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة- الإمارات العربية المتحدة، ط/1، 1425هـ- 2004م.

الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ)، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط/1، 1420هـ- 1999م.

أصل اعتبار المآل بين النظرية والتطبيق: أ. د عمر جديَّة، دار ابن حزم، بيروت – لبنان، ط/1، 1430هـ – 2010م.

الأصل: للإمام محمد بن الحسن الشيباني (المتوفى: 189 هـ)، تحقيق ودراسة: محمد بوينوكالن، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر- دار ابن حزم، لبنان- ط/1، 1433هـ – 2012م.

أصول السرخسي: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، لجنة المعارف العثمانية، حيدر أباد الهند، ط/1، 1414هـ – 1993م.

أصول الفقه الإسلامي: أ. د. وهبة الزحيلي، دار الفكر – دمشق – ط/1، 1406هـ – 1986م.

أصول الفقه المسمى إجابة السائل شرح بغية الآمل: للإمام المحدث محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، (المتوفى: 1182هـ)، تحقيق: القاضي: حسين بن أحمد السياغي والعلامة الدكتور: حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط/2، 1408هـ – 1988م.

أصول الفقه: لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.

الاعْتِصَام: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، تحقيق: محمد بن عبد الرحمن الشقير، سعد بن عبد الله آل حميد، هشام بن

إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1429هـ- 2008م.

أعلام الحديث شرح صحيح البخاري: لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي (المتوفى: 388هـ)، تحقيق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، جامعة أم القرى، مركز البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، ط/1، 1409هـ- 1988م.

الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، تحقيق: عبد العزيز بن أحمد بن محمد المشيقح، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1417هـ - 1997م.

الأعلام: لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي (المتوفى: 1396هـ)، دار العلم للملايين، ط/15، 2002م.

إعلام الموقعين عن رب العالمين: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية (المتوفى: 751 هـ)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1423هـ.

إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية.

اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، تحقيق: ناصر عبد الكريم العقل، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط/7، 1419هـ- 1999م.

الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات- دار الفكر، بيروت.

الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا (المتوفى: 968هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت– لبنان.

الأم: للإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، دار المعرفة –بيروت، 1410هـ- 1990م.

أمالي ابن بشران: لأبي القاسم عبد الملك بن محمد بن عبد الله بن بشْران بن محمد بن بشْران بن مهران البغدادي (المتوفى: 430هـ)، تحقيق: أحمد بن سليمان، دار الوطن للنشر، الرياض، ط/1، 1420هـ- 1999م.

الأموال لابن زنجويه: لأبي أحمد حميد بن مخلد بن قتيبة بن عبد الله الخرساني المعروف بابن زنجويه (المتوفى: 251هـ)، تحقيق: شاكر ذيب فياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، 1406هـ- 1986م.

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء التراث العربي، ط/2.

إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: لأحمد بن يحيى الونشريسي (المتوفى: 914 هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت– لبنان، ط/1، 1427هـ- 2006م.

إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسى، تحقيق: أحمد بو طاهر الخطابي، دراسة جامعية لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية بالرباط، مطبعة فضالة المحمدية –المغرب- 1400هـ- 1980م، بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة.

البتكوين نظام الدفع الإلكتروني (الند للند) وحكمه في الشريعة الإسلامية: د. مثنى عبدالله النعيمي، كتاب شبكة الألوكة، 1439هـ –2018م.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ)، دار الكتاب الإسلامي، ط/2، بدون/ت.

البحر المحيط في أصول الفقه: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، دار الكتبي، ط/1، 1414هـ- 1994م.

بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي: لأبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (المتوفى: 502 هـ)، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، ط/1، 2009م.

بحوث فقه البنوك الإسلامية؛ دراسة فقهية واقتصادية: أ.د علي القرة داعي، الكتاب السادس ضمن الحقيبة الاقتصادية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية- دولة قطر، ط/1، 1431هـ-2011م.

بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: فتحي الدّريني، مؤسسة الرسالة، سوريا -دمشق، ط/2، 1429هـ- 2008م.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، دار الحديث- القاهرة، 1425هـ-2004م.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية، ط/2، 1406هـ- 1986م.

البدر الطالع في حل جمع الجوامع: لجلال الدين أبي عبدالله محمد بن أحمد المحلي الشافعي (المتوفي: 864هـ)، تحقيق: لأبي الفداء مرتضى علي بن محمد المحمدي الداغستاني، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط/1، 1426هـ- 2005م.

البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير: لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (المتوفى: 804هـ)، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع- الرياض- السعودية، ط/1، 1425هـ- 2004م.

البرهان في أصول الفقه: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، ط/1، 1418هـ– 1997م.

بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير "الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ": لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد علي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1372هـ– 1952م.

البناية شرح الهداية: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ)، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية– بيروت، لبنان، ط/1، 1420هـ– 2000م.

البنوك التشاركيَّة الإسلاميَّة بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة: للشيخ عبدالله ابن الطاهر التناتي السوسي، مطبعة النجاح الجديدة (CTP)– الدار البيضاء، ط/1، 1439هـ– 2018م.

البهجة في شرح التحفة "شرح تحفة الحكام": لعلي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (المتوفى: 1258هـ)، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1418هـ– 1998م.

بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني (المتوفى: 749هـ)، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط/1، 1406هـ– 1986م.

البيان في مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: 558هـ)، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج – جدة، ط/1، 1421هـ– 2000م.

بيان منتدى الاقتصاد بشأن مشروعيَّة البتكوين، الرقم: (2018/1)، بتأريخ: 2018/01/11، أعده للنشر أ. د عبدالباري مشعل.

البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق: سعيد أعَراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط/2، 1408هـ- 1988م.

بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية: لمحمد سليمان الأشقر، دراسة شرعية قدمت إلى المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي، المنعقد في الكويت، من 6-8 جمادى الثانية/1403هـ الموافق: 12 – 23 /3/ 1983م.

التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1416هـ- 1994م.

تأويل مختلف الحديث: لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: 276هـ)، المكتب الاسلامي – مؤسسة الإشراق، ط/2، 1419هـ – 1999م.

تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط/1، 1406هـ- 1986م.

التبصرة في أصول الفقه: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر- دمشق، ط/1، 1403هـ.

التبصرة: لعلي بن محمد الربعي، أبي الحسن، المعروف باللخمي (المتوفى: 478 هـ)، دراسة وتحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط/1، 1432هـ- 2011م.

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ: لعثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743هـ)، عليه الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط/1.

التجريد: لأحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (المتوفى: 428 هـ)، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية؛ أ. د محمد أحمد سراج، أ. د علي جمعة محمد، دار السلام، القاهرة، ط/2، 1427هـ- 2006م،

تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي: لتاج الدين بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري (المتوفى: 803 هـ)، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب . د. حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط/1، 1434هـ- 2013م.

التحبير شرح التحرير في أصول الفقه: لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين، وآخرون، مكتبة الرشد –السعودية- الرياض، ط/1، 1421هـ- 2000م.

تحرير الكلام في مسائل الإلتزام: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط/1، 1404هـ- 1984م.

التحرير والتنوير "تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد": محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ)، الدار التونسية للنشر – تونس، 1984هـ.

تحفة الحبيب على شرح الخطيب "حاشية البجيرمي على الخطيب": لسليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، دار الفكر، 1415هـ- 1995م.

تحفة الفقهاء: لمحمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/2، 1414هـ- 1994م.

تحفة المحتاج في شرح المنهاج: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357هـ- 1983م.

تحفة الملوك "في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان": لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط/1، 1417هـ.

تحفة الملوك "في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان": لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط/1، 1417هـ.

تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء: د. عبدالرحمن إبراهيم الكيلاني.

التحوط في المعاملات المالية: د. عبد الله بن محمد العمراني، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الحادية والعشرون، الرياض، 15-21المحرم 1435هـ، الموافق: 18-24 نوفمبر-2013م.

تخريج الفروع على الأصول: لمحمود بن أحمد بن محمود بن بختيار، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني (المتوفى: 656هـ)، تحقيق: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط/2، 1398هـ.

تداول العملات الإلكترونية وكيفيَّة تحديد البائع والمشتري، دراسة فنيَّة وشرعيَّة للعملات الرقميَّة والمشفرة بالتركيز على البتكوين: د. عبدالباري مشعل، بحث مقدم لندوة مجمع الفقه الإسلامي، العملات الإلكترونيَّة -جدة المملكة العربية السعودية- 9-11 /2019/9م.

ترتيب المدارك وتقريب المسالك: للقاضي أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (المتوفى: 544هـ)، تحقيق: ابن تاويت الطنجي، وآخرون، مطبعة فضالة – المحمدية، المغرب، ط/1، 1984م.

التسهيل لعلوم التنزيل: لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، تحقيق: د. عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم- بيروت- ط/1، 1416هـ.

تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي (المتوفى: 794هـ)، دراسة وتحقيق: د سيد عبد العزيز – د عبد الله ربيع، المدرسان بكلية الدراسات الإسلامية والعربية بجامعة الأزهر، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث– توزيع المكتبة المكية، ط/1، 1418هـ– 1998م.

تصحيح العقود الفاسدة وآثره في استقراء التعاملات وتطبيقاته الفقهيَّة: لأفلح بن أحمد الخليلي، ضمن أبحاث مؤتمر أيوفي السابع عشر للهيئات الشرعيَّة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 2 – 3 شعبان 1440هـ، الموافق: 7 – 8 إبريل 2019م.

التضخم النقدي: آثاره والحلول الشرعيَّة والاقتصاديَّة لمعالجته: أ. د. إلهام عبدالله باجنيد، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، خلال الفترة من: 07– 09 ربيع أول 1441هـ، الموافق: 04– 06 نوفمبر 2019م، ط/دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري– دبي– الإمارات العربية والمتحدة.

التطبيق المعاصر لعقد السلم في المصارف الإسلامية، لمحمد عبد العزيز حسن زيد، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مكتب القاهرة، ط1، 1417هـ– 1997م.

تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية: سامي أحمد حسن أحمد حمود، مكتبة الشرق، عمَّان– الأردن، ط/2، 1402هـ– 1982م.

التعريفات الفقهية: لمحمد عميم الإحسان المجددي البركتي، دار الكتب العلمية، 1407هـ– 1986م، ط/1، 1424هـ– 2003م.

التعيين في شرح الأربعين: لسليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: 716 هـ)، تحقيق: أحمد حَاج محمّد عثمان، مؤسسة الريان، بيروت– لبنان، والمكتَبة المكيّة، مكّة– المملكة العربية السعودية، ط/1، 1419هـ– 1998م.

التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: لعبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (المتوفى: 378هـ)، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1428هـ - 2007م.

تفسير مقاتل بن سليمان: لأبي الحسن مقاتل بن سليمان بن بشير الأزدي البلخى (المتوفى: 150هـ)، تحقيق: عبد الله محمود شحاته، دار إحياء التراث –بيروت، ط/1، 1423هـ.

تقريب المذهب والعقيد والسلوك: د. عبدالله معصر، سلسة أبحاث ودراسات الرابطة المحمدية للعلماء ومركز دارس بن إسماعيل، دار أبي رقراق، الرباط، ط/1، 1433هـ- 2012م.

التقرير والتحبير: لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي (المتوفى: 879هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/2، 1403هـ- 1983م.

التقنية المالية ومستقبل الصناعة المالية الإسلامية: د. علي السرطاوي، بحث مقدم لمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي AAOIFI) الثامن عشر، البحرين، 26-2020/10/27م.

تقويم الأدلة في أصول الفقه: لأبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدّبوسيّ الحنفي (المتوفى: 430هـ)، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، ط/1، 1421هـ - 2001م.

التلقين في الفقه المالكي: لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، ط/1، 1425هـ - 2004م.

التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط/1.

التنظير الفقهي: د جمال الدين عطية، مطبعة المدينة، ط/1، 1987م.

التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص: لهاني صلاح سرى الدين، ط/1، 2001م، دار النهضة.

تهذيب اللغة: لأبي منصور محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، (المتوفى: 370هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط/1، 2001م.

التهذيب في فقه الإمام الشافعي: لمحيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516 هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط/1، 1418هـ- 1997م.

توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام: لعثمان بن المكي التوزري الزبيدي، المطبعة التونسية، ط/1، 1339هـ.

توضيح الأحكام على تحفة الأحكام: لعثمان بن المكي التوزري، المطبعة التونسيَّة – تونس، ط/1، 1339هـ، 1921م.

التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: 776هـ)، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط/1، 1429هـ – 2008م.

التوقيف على مهمات التعاريف: لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، عالم الكتب- القاهرة، ط/1، 1410هـ- 1990م.

تيسير التحرير: لمحمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفى: 972هـ)، دار الفكر – بيروت، 1417هـ – 1996م.

الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية: لعابد بن محمد السفياني، مكتبة المنارة، مكة المكرمة- المملكة العربية السعودية، ط/1، 1408هـ- 1988م.

جامع الأمهات: لعثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي (المتوفى: 646هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1421هـ – 2000م.

جامع البيان في تأويل القرآن: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1420هـ- 2000م.

الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المشهور بصحيح البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة مصورة عن السلطانية – جدة المملكة العربية السعودية، ط/1، 1422هـ.

جامع بيان العلم وفضله: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1414هـ - 1994م.

الجامع لأحكام القرآن المبيِّن لما تظمَّنه من السنة وآي الفرقان: لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ)، تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط/1، 1427هـ -2006م.

الجامع لمسائل المدونة: لأبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (المتوفى: 451 هـ)، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي- جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعها)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط/1، 1434هـ - 2013م.

جدلية الخطاب والواقع: ليحيى محمد، أفريقيا الشرق، المغرب- الدار البيضاء، 2012م.

جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي، (المتوفى: 771هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت لبنان، ط/3، 2011م.

جهود المالكية في تصنبف التصرفات النبويَّة: سعد الدين العثماني، دار الكلمة، مصر – القاهرة، ط/1، 1434هـ، 2013م.

جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: لشمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي (المتوفى: 880هـ)، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، ط/1، 1417هـ – 1996م.

الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لمحيي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد بن نصر الله بن سالم بن أبي الوفاء القرشي الحنفي (المتوفى: 775هـ)، تحقيق: د عبدالفتاح بن محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1413هـ–1993م.

الجوهرة النيرة: لأبي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي (المتوفى: 800هـ)، المطبعة الخيرية، ط/1، 1322هـ.

الجيم: لأبي عمرو إسحاق بن مرّار الشيباني بالولاء (المتوفى: 206هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، القاهرة، 1394هـ- 1974م.

حاشية التسولي على سيدي محمد التأودي "لامية الزقاق"، المطبعة التونسية، ط/1، 1303هـ.

حاشية الخلوتي على منتهى الإرادات: لمحمد بن أحمد بن علي البهوتي الْخَلْوَتي (المتوفى: 1088 هـ)، تحقيق: د. سامي بن محمد بن عبد الله الصقير، د. محمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان، أصل الكتاب: أطروحتا دكتوراه للمحققَيْن، دار النوادر، سوريا، ط/1، 1432هـ- 2011م.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر.

حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح: لأحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي (توفي 1231 هـ)، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان، 1418هـ- 1997م.

حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: لأبي الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، (المتوفى: 1189هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر– بيروت، (بدون ط)، 1414هـ- 1994م.

حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: لحسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي (المتوفى: 1250هـ)، دار الكتب العلمية.

الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني: لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 1414هـ - 1994م.

حجة الله البالغة: لأحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بالشاه ولي الله الدهلوي (المتوفى: 1176هـ)، تحقيق: السيد سابق، دار الجيل، بيروت– لبنان، ط/1، 1426هـ- 2005م.

الحجة على أهل المدينة: لأبي عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (المتوفى: 189هـ)، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب – بيروت، ط/3، 1403هـ.

الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة: لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، تحقيق: د. مازن المبارك، دار الفكر المعاصر– بيروت، ط/1، 1411هـ.

الحدود في الأصول "مطبوع مع: الإشارة في أصول الفقه": لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474 هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1424هـ- 2003م.

الحرب الحضاريَّة الأولى مستقبل الماضي وماضي المستقبل: المهدي المنجرة، دار عيون، الدار البيضاء – المغرب، 1994م.

حركة التأريخ في القرآن الكريم: لعامر الكفيشي، دار الهادي، بيروت – لبنان، ط/1، 1424هـ - 2003م.

الحسبة في الإسلام، أو وظيفة الحكومة الإسلامية: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان – ط/1.

حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT): ناهد علي حسن السيد، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، الإمارت العربية المتحدة.

حُكمُ التعامُل بالعُملة الإلكترونيَّة المُشفَّرة: (البتكُوين) وأخواتها: د. هيثم بن جواد الحداد، 7/جمادى الأولى 1439هـ.

الحكم الشرعي بين العقل والنقل: الصادق الغرياني، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1989م.

حول النقود المشفرة، ورقة مقدمه لحلقة بحثية بعنوان: "النقد الافتراضي": أ. د سامي بن إبراهيم السويلم، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود، المملكة العربية السعودية، 23/1/1440هـ.

الحكم القضائي الصادر عن محكمة التمييز في البحرين، بشأن الايجار المنتهي بالتمليك، رقم: 3/129/15/2010102.

الخروج من خلاف الفقهاء في المعاملات المالية: أ.د حسن علي الشاذلي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي للتنمية، ط/1، 1427هـ – 2006م.

خلاصة الأفكار شرح مختصر المنار: لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قُطْلُوْبَغَا السُّوْدُوْنِي الجمالي الحنفي (المتوفى: 879هـ)، تحقيق: حافظ ثناء الله الزاهدي، دار ابن حزم، ط/1، 1424هـ – 2003م.

درء تعارض العقل والنقل: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، تحقيق: محمد رشاد سالم، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط/2، 1411هـ– 1991م.

الدراسات المستقبليَّة ومشروع مصر 2020: لإبراهيم العيسوي، منتدى العالم الثالث – القاهرة، سبتمبر 2000م.

الدراسات المستقبلية: الأسس الشرعيَّة والمعرفيَّة والمنهجيَّة لاستشراف المستقبل: لفؤاد بلمودن، المركز الثقافي العربي، مؤمنون بلا حدود، الدار البيضاء – المملكة المغربية، ط/1، 2013م.

درر الحكام شرح غرر الأحكام: لملا– أو منلا أو المولى– خسرو، (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء الكتب العربية.

درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ)، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط/1، 1411هـ– 1991م.

دعوى المساواة في الإرث: للعلامة محمد التأويل، إعداد: أ.د امحمد العمراوي، مطبعة آنفو برانت، الليدو– فاس.

دفاع عن الشريعة: لعلال الفاسي، مكتبة الاسكندريَّة – مصر، 2010م.

دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، ط/1، 1414هـ– 1993م.

الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى: 799هـ)، تحقيق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر: لعبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون أبو زيد، ولي الدين الحضرمي الإشبيلي (المتوفى: 808هـ)، تحقيق: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط/2، 1408هـ – 1988م.

الذخيرة: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي – بيروت، ط/1، 1994م.

الذريعة إلى مكارم الشريعة: لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى (المتوفى: 502هـ)، تحقيق: د. أبو اليزيد أبو زيد العجمي، دار السلام – القاهرة، 1428هـ – 2007م.

رأي اللجنة الشرعيَّة للمالية التشاركيَّة رقم: 7، الصادر بتاريخ 25/شوال/1438هـ-2017/7/20م، بشأن مشروع نموذج الوعد الأحادي الجانب بالشراء في إطار عملية المرابحة للآمر بالشراء، الخاص بالبنوك التشاركية.

رد المحتار على الدر المختار: لابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار الفكر – بيروت، ط/2، 1412هـ – 1992م.

رسالة في أصول الفقه: لأبي علي الحسن بن شهاب بن الحسن بن علي بن شهاب العكبريّ الحنبلي (المتوفى: 428هـ)، تحقيق: د. موفق بن عبد الله بن عبد القادر، المكتبة المكية- مكة المكرمة، ط/1، 1413هـ- 1992م.

الرسالة: للإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: 204هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، مكتبه الحلبي، مصر، ط/1، 1358هـ – 1940م.

رَفْعُ النِّقَابِ عَن تنقِيح الشّهابِ: لأبي عبد الله الحسين بن علي بن طلحة الرجراجي ثم الشوشاوي السِّمْلالي (المتوفى: 899هـ)، تحقيق: أَحْمَد بن محمَّد السراح، وعبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 1425هـ- 2004م.

روح البيان: لإسماعيل حقي بن مصطفى الإستانبولي الحنفي الخلوتي، المولى أبو الفداء (المتوفى: 1127هـ)، دار الفكر –بيروت.

روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: لشهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (المتوفى: 1270هـ)، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1415هـ.

روضة الطالبين وعمدة المفتين: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت – دمشق – عمان، ط/3، 1412هـ- 1991م.

روضة المستبين في شرح كتاب التلقين: لأبي محمد، وأبي فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيزة (المتوفى: 673 هـ)، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، ط/1، 1431هـ- 2010م.

روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1423هـ – 2002م.

الروضة الندية شرح الدرر البهية: لأبي الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي (المتوفى: 1307هـ)، دار المعرفة.

رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام: لأبي حفص عمر بن علي بن سالم بن صدقة اللخمي الإسكندري المالكي، تاج الدين الفاكهاني (المتوفى: 734هـ)، تحقيق: نور الدين طالب، دار النوادر، سوريا، ط/1، 1431هـ – 2010م.

زاد المعاد في هدي خير العباد: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعبدالقادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/3، 1418هـ/1998م.

زهرة التفاسير: محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة (المتوفى: 1394هـ)، دار الفكر العربي.

سبل السلام: لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: 1182هـ)، دار الحديث.

سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها: لأبي عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط/1.

الُسنَّة: لأبي عبد الله محمد بن نصر بن الحجاج المَرْوَزِي (المتوفى: 294هـ)، تحقيق: سالم أحمد السلفي، مؤسسة الكتب الثقافية – بيروت، ط/1، 1408هـ.

سنن ابن ماجه: لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ) ماجه اسم أبيه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمَّد كامل قره بللي، عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط/1، 1430هـ- 2009م.

سنن ابي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: 275هـ)، تحقيق: شعَيب الأرنؤوط – محَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط/1، 1430هـ – 2009م.

السنن الالهية في الأمم والأفراد والجماعات: أ. د. بكر أبوزيد، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان – 1993م.

سنن الترمذي: لمحمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي– مصر، ط/2، 1395هـ- 1975م.

سنن الدارقطني: لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط/1، 1424هـ – 2004م.

السنن الصغير للبيهقي: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، البيهقي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي-باكستان، ط/1، 1410هـ- 1989م.

السنن الكبرى: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، إشراف: شعيب الأرناؤوط، تقديم: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط/1، 1421هـ- 2001م.

السنن الكبرى: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنات، ط/3، 1424هـ - 2003م.

سنن سعيد بن منصور: لأبي عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني الجوزجاني (المتوفى: 227هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية- الهند، ط/1، 1403هـ- 1982م.

سير أعلام النبلاء: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1405هـ - 1984م.

السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، دار ابن حزم، ط/1.

شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: لمحمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (المتوفى: 1360هـ)، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط/1، 1424هـ- 2003م.

شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (المتوفى: 837هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط/1، 1428هـ- 2007م.

شرح التلقين: لأبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: 536هـ)، تحقيق: الشيخ محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 2008م.

شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (المتوفى: 793هـ)، مكتبة صبيح- مصر.

شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني: لعبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (المتوفى: 1099هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط/1، 1422هـ- 2002م.

شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، ط/1، 1424هـ - 2003م.

شرح الزركشي على مختصر الخرقي: لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (المتوفى: 772هـ)، دار العبيكان، ط/1، 1413هـ- 1993م.

الشرح الصغير مطبوع مع بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير "الشرح الصغير": للشيخ الدردير، لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ: لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف.

شرح العقيدة الأصفهانية: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، تحقيق: محمد بن رياض الأحمد، المكتبة العصرية- بيروت، ط/1، 1425هـ.

شرح العمدة في بيان مناسك الحج والعمرة المؤلف: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728 هـ)، تحقيق: صالح بن محمد الحسن، مكتبة الحرمين – الرياض، ط/1، 1409هـ - 1988م.

شرح القواعد الفقهية: لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا (1285هـ- 1357هـ)، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق/ سوريا، ط/2، 1409هـ- 1989م.

الشرح الكبير على متن المقنع: لشمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (المتوفى: 682 هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة- جمهورية مصر العربية، ط/1، 1415هـ- 1995م.

شرح الكوكب المنير: لتقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (المتوفى: 972هـ)، تحقيق: أ.د محمد الزحيلي، وأ.د نزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط/1، 1418هـ- 1993م.

الشرح الممتع على زاد المستقنع: للعلامة محمد بن صالح بن محمد العثيمين (المتوفى: 1421هـ)، دار ابن الجوزي، ط/1، 1428هـ.

شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لابن المنجور أحمد بن علي المنجور (المتوفى 995هـ)، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، أصل الكتاب: أطروحة دكتوراه في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة"، دار عبد الله الشنقيطي.

شرح تنقيح الفصول: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط/1، 1393هـ - 1973م.

شرح صحيح البخارى لابن بطال: لابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد – السعودية، الرياض، ط/2، 1423هـ- 2003م.

شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمَام الحنفي (المتوفى: 861هـ)، على الهامش شرح بداية المبتدي: شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني (المتوفى: 593هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط/1، 1423هـ- 2003م.

شرح مختصر الروضة: لسليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: 716هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1407هـ - 1987م.

شرح مختصر الطحاوي: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370 هـ)، تحقيق: د. عصمت الله عنايت الله محمد، وآخرون، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، ط/1، 1431هـ- 2010م.

شرح مختصر خليل: للخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت، بدون ط، وبدون ت.

شرح مشكل الآثار: لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: 321هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1415هـ، 1994م.

شرح معاني الآثار: لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي (المتوفى: 321هـ)، تحقيق: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، ط/1، 1414هـ - 1994م.

شرح منظومة عقود رسم المفتي: السيد محمد أمين الشهير بابن عابدين (المتوفى: 1252هـ)، مركز توعية الفقه الإسلامي، حيدرأباد- الهند- ط/2، 1422هـ- 2000م.

شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505 هـ)، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه، تحقيق: د. حمد الكبيسي، مطبعة الإرشاد - بغداد، ط/1، 1390هـ- 1971م.

الشفاء بتعريف حقوق المصطفى ﷺ: للقاضي عياض أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي، (المتوفى: 544هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوى، دار الكتاب العربي، الدار البيضاء، 1404هـ- 1984م.

الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت، ط/4، 1407هـ- 1987م.

صكوك الإجارة دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية: د. حامد بن حسن ميرة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء –المملكة العربية السعودية.

الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها: لمحمد علي القري بن عيد.

الصكوك قضايا فقهية واقتصادية: د. معبد علي الجارحي، ود. عبدالعظيم جلال أبو زيد، إدارة الهيكلة والتنسيق الشرعي مصرف الإمارات الشرعي.

صيانة الأعيان المؤجرة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية: لمحمد عثمان شبير، طبع ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس- الأردن- ط/1، 1418هـ -1998م.

ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي: لمحمد الأمير المالكي، بحاشية: حجازي العدوي المالكي، تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين- مكتبة الإمام مالك –موريتانيا –نواكشوط، ط/1، 1426هـ- 2005م.

ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية نحو مراجعة مقاصدية للمناهج الاجتهادية في الفقه الإسلامي: أ. د عبد الرزاق أورقية، – Noor publishing Germany 2017م.

الضوابط التي تحكم عقد صيانة الأعيان المؤجرة: لمحمد سليمان الأشقر، بحث مقدم إلى الندوة الفقهية الثالثة لبيت التمويل الكويتي المنعقدة بتأريخ: 6-8 ذي القعدة 1414هـ – 27-29 /1993/4م، طبع ضمن بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس- الأردن- ط/1، 1418هـ -1998م.

ضوابط الفتيا في النوازل المعاصرة: الدكتور مسفر بن علي القحطاني، https://ketabpedia.com تحديث: 2021/2/12م، 10:34:56.

ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: للعلامة أ. د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة.

طبقات الحنابلة: لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد (المتوفى: 526هـ)، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة– بيروت.

طبقات الشافعية: لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي، تقي الدين ابن قاضي شهبة (المتوفى: 851هـ)، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب– بيروت، ط/1، 1407هـ.

طبقات الشافعية الكبرى: لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1413هـ.

طبقات الشافعيين: لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ)، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، 1413هـ- 1993م.

طبقات الفقهاء: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت – لبنان، ط/1، 1970م.

الطبقات الكبرى، القسم المتمم لتابعي أهل المدينة ومن بعدهم: لأبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (المتوفى: 230هـ)، تحقيق: زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم – المدينة المنورة، ط/2، 1408هـ.

الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، مكتبة دار البيان.

طرق الكشف عن مقاصد الشارع: د نعمان جغيم، دار النفائس، الأردن، ط/1، 1422هـ – 2002م.

طرق توقي مخاطر الملكية في التَمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك: محمد علي القري، بحث مقدم لمؤتمر الأيوفي السابع عشر، البحرين، 7-2019/4/8م.

طرق توقي مخاطر الملكية في التَمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك: محمد علي القري، بحث مقدم لمؤتمر الأيوفي السابع عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 7-2019/4/8م.

عارضة الأحْوذي شرح سنن الترمذي: للإمام الحافظ القاضي أبو بكر ابن عربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1.

عجالة المحتاج إلى توجيه المنهاج: لسراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد المعروف بابن النحوي والمشهور بابن الملقن (المتوفى: 804 هـ)، تحقيق: عز الدين هشام بن عبد الكريم البدراني، دار الكتاب، إربد – الأردن، 1421هـ- 2001م.

العدة في أصول الفقه: للقاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: د أحمد بن علي بن سير المباركي، ط/2، 1410هـ-1990م.

العرف والعادة في رأي الفقهاء عرض نظريَّة في التشريع الإسلامي: لأحمد فهمي أبو سنة، رسالة حصل بها على الشهادة العالميَّة في الشريعة جامع الأزهر، 1941م، ط/الأزهر 1947م.

العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب: أ. د عمر جيدي، مطبعة فضالة المحمدية – المغرب، 1982م.

عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة: كاسب عبدالكريم البدران، ط/2، 1404هـ- 1984م.

عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة: أ. د عبدالستار أبو غدة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة: التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي (المتوفى: 616هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط/1، 1423هـ- 2003م.

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T) من الناحية الشرعية: للقاضي محمد تقي الدين العثماني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة: التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.

عقود البوت "B.O.T " الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية للدولة: لعصام أحمد البهجى، دار الجامعة الجديدة، 2008م.

عقود البوت "B.O.T " في القانون المقارن: لعبدالفتاح بيومي حجازي، دار الكتب القانونية، مصر –المحلة الكبرى– 2008م.

عقود التشييد والاستغلال والتسليم "B.O.T ": دراسة في إطار القانون الدولي الخاص: لمحمد الروبي، دار النهضة الربية، القاهرة، 2004م.

العقود الذكية في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات: رؤية تحليلية: د. قطب مصطفى سانو، كتاب بحوث مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 2019م، الدورة الرابعة والعشرون، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي– الإمارات العربية المتحدة.

العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلاميَّة: خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، دار كنوز إشبيليا، المملكة العربية السعودية – الرياض ط/1، 1434هـ– 2013م.

العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية: حفيظة السيد الحداد، درا الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001م.

عمدة الفقه: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، تحقيق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، ط/1425هـ– 2004م.

عمدة القاري شرح صحيح البخاري: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ)، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

العملات الرقمية الالكترونية –بين الحل والتحريم –بين الواقع والمشهود –دراسة فقهية اقتصادية مع بيان البدائل المقبولة شرعا: أ.د علي القره داغي، خزانة المعرفة في المالية الإسلامية: I–FIKR، 2018م.

عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته: لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/2، 1415هـ.

غاية الوصول في شرح لب الأصول: لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، ط/2.

الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، المطبعة الميمنية.

غمز عيون النظائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم: شرح أحمد محمد الحنفي الحموي – دار الكتب العلمية – بيروت البنان – ط1/1405هـ 1985م.

الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، ط/2، 1401هـ.

الغيث الهامع شرح جمع الجوامع: ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (المتوفى: 826هـ)، تحقيق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية، ط/1، 1425هـ– 2004م.

الفتاوى الفقهية الكبرى: لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: 974هـ)، جمعها: تلميذ ابن حجر الهيتمي، الشيخ عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي المكي (المتوفى 982هـ)، المكتبة الإسلامية.

الفتاوى الكبرى: لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1408هـ– 1987م.

فتاوى وتحقيقات في مسائل فقهية تكثر الحاجة إليها: أ. د الصادق عبدالرحمن الغرياني، دار ومكتبة الشعب – مصراتة –ليبيا، ط/1، 2003م.

فتح الباري شرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي (المتوفى: 852هـ)، ترقيم: محمد فؤاد عبدالباقي، تحقيق: محب الدين الخطيب، تعليق: عبدالعزيز بن باز، المكتبة السلفية – بيروت، 1379هـ.

فتح الباري شرح صحيح البخاري: لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، حقيق: محمود بن شعبان بن عبد المقصود، وآخرون، مكتبة الغرباء الأثرية– المدينة النبوية، ط/1، 1417هـ–1996م.

فتح العزيز بشرح الوجيز ويسمى "الشرح الكبير" وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي لأبي حامد الغزالي (المتوفى: 505 هـ): للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (المتوفى: 623هـ)، تحقيق: الشيخ: علي أحمد معوَّض، والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية –بيروت – لبنان، ط/1، 1417هـ–1997م.

فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: لأبي عبدالله الشيخ محمد عليش (المتوفي: 1299هـ)، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت –لبنان.

فتح القدير: لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، دار الفكر، بدون ط، وبدون ت.

فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب "هو شرح للمؤلف على كتابه هو منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي": لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، 1414هـ– 1994م.

فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام: للعلامة محمد بن صالح العثيمين، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان، أم إسراء بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، القاهرة- مصر، ط/1، 1427هـ - 2006م.

فتوى حكم التعامل بالعملات الإلكترونية المشفرة، موقع الدرر السنية، رقـــم: 26: تأريخ: 07 /3/ 1441هـ الموافق 2019/12/04م، https://dorar.net/article/1982/، تحديث 22/1/2021، 09:48:00.

قرار دار الإفتاء الفلسطينية، رقم: (16/2017/297)، قرار: (158/1)، 1439/3/25هـ -2017/12/14م، http://www.darifa.org/majles2014/showfle/show.php?id=307.

فتوى دار الإفتاء المصرية، بتأريخ 1/1/2018:

http://dar-alifa.org.eg/AR/Viewstatement.aspx?sec=media&ID=5617 تحديث: 2018/8/9م، 01:12:54.

فتوى الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف، فتوى رقم: 89043، للعام: 2018/1/30م، الإمارات العربية المتحدة، https://www.awqaf.gov.ae، تحديث 20/2/2018، 12:39:08.

فتوى من المجلس العلمي الأعلى في موضوع إغلاق المساجد مؤقتا http://www.habous.gov.ma آخر تحديث: 2020/3/16م، 23:08:41.

الفروق "أنوار البروق في أنواء الفروق": لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، وبحاشيته: إدرار الشروق على أنوار الفروق» وهو حاشية الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط (723هـ)، تحقيق: عمر حسن القيَّام، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط/1، 1424هـ- 2003م.

الفروق اللغوية: لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو 395هـ)، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر.

فصول البدائع في أصول الشرائع: لمحمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الفناري أو الفَنَري، الرومي (المتوفى: 834هـ)، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 2006م– 1427هـ.

الفصول في الأصول: لأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط/2، 1414هـ– 1994م.

فصول في الفكر الإسلامي بالمغرب: أ. د عبدالمجيد عمر النجار، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط/1، 1992م.

الفقه الإسلامي وأدلته "الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهم النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها": أ. د وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، دار الفكر – دمشق، ط/4.

فقه المعاملات المالية: لرفيق يونس المصري، دار القلم، دمشق، ط/4، 1433هـ– 2012م.

الفقيه والمتفقه: لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي (المتوفى: 462هـ)، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار ابن الجوزي – السعودية، ط/2، 1421هـ.

الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: محمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الثعالبي الجعفري الفاسي (المتوفى: 1376هـ)، دار الكتب العلمية– بيروت– لبنان، ط/1، 1416هـ– 1995م.

الفكر المقاصدي: قواعده وفوائده: أ. د أحمد الريسوني، منشورات جريدة الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999م.

الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين: محمد عبدالسلام عوام، المعهد العلمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، ط/1، 1435هـ – 2014م.

فلسفة التشريع في الإسلام: صبحي محمصاني، دار العلم للملايين، ط/4، 1975م، 241/1.

الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غانم أو غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: 1126هـ)، دار الفكر، بدون/ط، 1415هـ- 1995م.

فيض الباري على صحيح البخاري: (أمالي) محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميري الهندي ثم الديوبندي (المتوفى: 1353هـ)، تحقيق: محمد بدر عالم الميرتهي، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط/1، 1426هـ- 2005م.

فيض القدير شرح الجامع الصغير: لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (المتوفى: 1031هـ)، دار المعارف، بيروت - لبنان، ط/2، 1391هـ- 1972م.

القاموس المحيط: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى- تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان- ط/8، 1426هـ- 2005م.

القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق: د/ محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 1992م.

قرار مجمع البحوث الإسلامية: مصر، في المؤتمر الثاني، التأمين التعاوني، 1965م.

قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي: لمجموعة دلة البركة، بشأن عقد الامتياز وتكييفه الشرعي، الدورة: الثالثة عشرة، -جدة- اللمملكة العربية السعودية، 6-7/رمضان/1417هـ- 15-1997/1/16م، قرار رقم: 2/13.

قرارات وتوصيات ندوة البركة، بشأن عقد الامتياز وتكييفه الشرعي، قرار رقم: 2/13.

القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية "حسابات الاستثمار": أ. د عبد الستار أبو غدة.

قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد: أ.د نزيه حماد، دار القلم -دمشق، والدار الشامية -بيروت، ط/1، 1421هـ- 2001م.

قواطع الأدلة في الأصول: لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ- 1999م.

قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: 660هـ)، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية – القاهرة، ط/1، 1414هـ - 1991م.

قواعد الفقه لأبي عبدالله محمد بن أحمد المقري (759هـ)، تحقيق: محمد الدردابي، دار الأمان – الرباط - 2012م.

القواعد الفقهية المبادئ المقومات المصادر الدليلية التطور، دراسة نظريَّة تحليليَّة تأصيليَّة تاريخيَّة: ليعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط/1، 1418هـ-1998م، ص: 148.

القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: د. محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر – دمشق - ط/1، 1427هـ - 2006م.

القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها: علي بن أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط/3، 1414هـ- 1994م.

القواعد: لأبي عبدالله محمد بن محمد بن أحمد المقّري (المتوفى: 758هـ)، تحقيق: أحمد بن عبدالله بن حميد.

القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية: لأبي القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت –لبنان، ط/1، 1434هـ-2013م.

قيم الإسلام الحضارية نحو إنسانية جديدة: لمحمد عبدالفتاح الخطيب، كتاب الأمة، دورية تصدر كل شهرين، السنة: 30، العدد: 139، قطر: 1431هـ.

الكافي شرح البزودي: للحسين بن علي بن حجاج بن علي، حسام الدين السِّغْنَاقي (المتوفى: 711 هـ)، تحقيق: فخر الدين سيد محمد قانت (رسالة دكتوراه)، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ط/1، 1422هـ- 2001م.

الكافي في فقه الإمام أحمد: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1414هـ- 1994م.

الكافي في فقه أهل المدينة: لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط/2، 1400هـ- 1980م.

كتاب التعريفات: لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط/1، 1403هـ- 1983م.

كتاب التلخيص في أصول الفقه: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية– بيروت.

كتاب العين: لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ)، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

كتاب الفتاوى الشرعية: البنك الإسلامي الأردني عضو مجموعة البركة المصرفيَّة، 1438هـ- 2017م، فتاوى الاستصناع، رقم: 1.

كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي: لمحمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (المتوفى: 763هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1424هـ- 2003م.

الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: لأبي بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد – الرياض، ط/1، 1409هـ.

كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ)، تحقيق: أبو عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط/1، 1418هـ – 1997م.

الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل: لأبي القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، دار الكتاب العربي– بيروت– ط/3، 1407هـ.

كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: لعبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي (المتوفى: 730هـ)، دار الكتاب العربي – بيروت لبنان.

كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقي الدين الشافعي (المتوفى: 829هـ)، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير – دمشق، ط/1، 1994م.

كفاية النبيه في شرح التنبيه: لأحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: 710هـ)، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط/1، 2009م.

الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية: لأيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: 1094هـ)، تحقيق: عدنان درويش– محمد المصري، مؤسسة الرسالة– بيروت.

كنز الدقائق: لأبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: 710هـ)، تحقيق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط/1، 1432هـ– 2011م.

اللباب في الفقه الشافعي: لأحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعيّ (المتوفى: 415هـ)، تحقيق: عبد الكريم بن صنيتان العمري، دار البخارى، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1416هـ.

اللباب في شرح الكتاب: لعبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (المتوفى: 1298هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت– لبنان.

لسان العرب: لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، دار صادر – بيروت، ط/3، 1414 هـ.

اللمع في أصول الفقه: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية، ط/2، 1424هـ – 2003م.

لوامع الأسرار في شرح مطالع الأنوار: لقطب الدين محمد بن محمد الرازي التحتاني (المتوفى: 766هـ)، مطبعة الحاج محرم أفندي البسنوي، 1303هـ.

لوامع الدرر في هتك أستار المختصر: لمحمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي (1206–1302هـ)، تصحيح وتحقيق: دار الرضوان، راجع تصحيح الحديث وتخريجه: اليدالي بن الحاج أحمد، المقدمة بقلم حفيد المؤلف: الشيخ أحمد بن النيني، دار الرضوان، نواكشوط– موريتانيا، ط/1، 1436هـ– 2015م.

ما جرى به العمل نموذج من تراثنا القضائي: لعبدالكبير العلوي المدغري، الدروس الحسنية، 5/رمضان/1416هـ – 1996/1/26م، القصر الكبير – بالرباط.

مالك: حياته وعصره وآراءه الفقهية: لأبي زهرة، دار الفكر العربي، ط/2.

المبادئ والقرارات الصادرة عن الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى المحكمة العليا، من عام 1391هـ إلى عام 1437هـ، مركز البحوث بوزرة العدل– الرياض، ط/1، 1438هـ– 2017م.

المبدع شرح المقنع: لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين (المتوفى: 884هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1418هـ– 1997م.

المبسوط: لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة – بيروت، ط/1، 1409هـ - 1989م.

متن الخرقى على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني: لأبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي (المتوفى: 334هـ)، دار الصحابة للتراث، ط/1، 1413هـ-1993م.

متن الرسالة: لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: 386هـ)، دار الفكر.

المجتبى من السنن "السنن الصغرى للنسائي": لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب، ط/2، 1406 – 1986م.

مجلس المجمع بشأن استكمال موضوع عقود الصيانة، الدورة العشرين بوهران –الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية– خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433هـ، الموافق 13–18 /2012/9م، قرار رقم: 189 (4/20).

مجلس المجمع بشأن استكمال موضوع عقود الصيانة، الدورة العشرين بوهران –الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية– خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433هـ، الموافق 13–18 /2012/9م، قرار رقم: 189 (4/20).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي: بشأن العقود الذكيةSMART CONTRACTS) (وكيفية تفعيلها والإقالة منها "دراسة العقود الذكية ومدى ارتباطها بموضوع العملة الرقمية"، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، خلال الفترة من: 07– 09 ربيع أول 1441هـ، الموافق: 04 – 06 نوفمبر 2019م، قرار رقم : 230، (24/1).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي: بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكيفه صوره، الدورة الرابعة عشرة بالدوحة –دولة قطر– 8 – 13 ذو القعدة 1423هـ ، الموافق 11 – 16 كانون الثاني (يناير) 2003م، قرار رقم: 129، 3/14.

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي: الدورة الحادي عشر بالمنامة –البحرين، 25–30 رجب 1419 هـ (14–19 نوفمبر1998)، قرار رقم:94 (11/6) بشأن عقد الصيانة، وقرار رقم: 189 (4/20).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلاميَّة، المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433هـ، الموافق 13–18 /2012/9م، قرار رقم: 188(3/20).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن الأسواق المالية بخصوص بطاقة الائتمان، والبَيَان الخِتامي وَالتّوصيَات، الندوة الثانية، المنعقدَة بدولة البحرين، في الفتَرة: في 7 – 12 /11 /1412هـ الموافق: 19–21 جَمَادى الأولى 1412هـ– 25–27 نُوفمبر 1991م، قرار رقم: 65 (7/1).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن التضخم وتغيُّر قيمة العملة، المنعقد في دورته الثانية عشرة –الرياض – المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ، 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 /2000/9م، قرار رقم: 115 (9/12).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن الوفاء بالوعد، والمرابحة للآمر بالشراء، المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1– 6 جمادى الأولى 1409هـ الموافق: 10 – 15 /1988/12م، قرار رقم: 40 – 41 (2/5– 3/5).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن بيع العربون، الدورة الثامنة، بندر سيري بيجوان– بروناي دار السلام من 1 – 7 محرم 1414هـ، الموافق 21 – 27 /1993/6م، قرار رقم: 72، (8/3).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، الدورة: التاسعة عشرة في إمارة الشارقة –دولة الإمارات العربية المتحدة– من 1 إلى 5 /1430/5هـ، الموافق 26–30 /2009/4م، قرار رقم: 182، (19/8).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقد الصيانة، الدورة الحادي عشر بالمنامة – البحرين، 25–30 رجب 1419 هـ (14–19 نوفمبر 1998)، قرار رقم: 103(11/6)، وقرار رقم: 94 (11/6).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عقود التوريد والمناقصات، الدورة الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ– 1 رجب 1421هـ الموافق 23 – 28 /2000/9م، قرار رقم: 107، (1/12).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن عمليات التحوط في المؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد في دورته الرابعة والعشرين بدبي، خلال الفترة من: 07– 09 ربيع أول 1441هـ– الموافق: 04– 06 نوفمبر 2019م، رقم: 238 (9/24).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن مسؤولية الطبيب عن الأخطاء الطبية غير العمدية من منظور إسلامي، الدورة الثالثة والعشرين المنعقدة بالمدينة المنورة، خلال الفترة من: 19–23 صفر 1440هـ، الموافق: 28 /10/، 2018/11/1م، قرار رقم: 223(7/23).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، الدورة: التاسعة عشرة في إمارة الشارقة –دولة الإمارات العربية المتحدة– من 1 إلى 5 جمادى الأولى/ 1430هـ، الموافق 26–2009/4/30م، قرار رقم: 182، (19/8).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية: بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار، الدورة الثالثة المنعقدة في الفترة من 6– 1408/1/9هـ الموافق: 30/8/ – 1988/9/2م، بجدة– المملكة العربية السعوديَّة– قرار رقم: 30 (3/4).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، في دورته التاسعة عشرة المنعقدة بإمارة الشارقة– دولة الإمارات العربية المتحدة، 5 – 1/جمادى الأولى/1430هـ الموافق: 26– 30 /2009/4م، القرارات رقم: 178(4/19).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1 إلى 6 جمادى الأولى 1409هـ، 10- 15 /12/ 1988م، 40-41 (2/5 و 3/5).

مجلس مجمع الفقه الإسلامي: بشأن عقد الاستصناع، الدورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 /ذي القعدة/ 1412هـ الموافق 9 – 14 أيار (مايو) 1992م، قرار رقم: 65 (7/3).

مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، قرار رقم: (51) وتأريخ 1397/4/4هـ، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي: بشأن لتأمين وإعادة التأمين، دورة انعقاد مؤتمر الثاني بجدة من 10 – 16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق 22 – 28 /12/1985م، قرار رقم: 9 (2/9).

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: لأبي الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (المتوفى: 807هـ)، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ-1994م.

مجمع الفقه الإسلامي: المنعقد في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1398هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي وقرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه.

مجموع الفتاوى: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، حقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية،1425هـ -2004م.

المجموع شرح المهذب "مع تكملة السبكي والمطيعي": لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار الفكر.

مجموعة رسائل الإمام ابن عابدين الحنفي: للسيد أمين أفندي ابن عابدين الحسني الحنفي (1198هـ)، تحقيق: محمد عبدالرحمن الشاغول، المكتبة الأزهرية للتراث، والجزيرة للنشر والتوزيع، مصر- ط/1.

المحصول في أصول الفقه: لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط/3، 1418هـ- 1997م.

المحصول في أصول الفقه: للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق: حسين علي اليدري، وسعيد فودة، دار البيارق – عمان، ط/1، 1420هـ- 1999م.

المحكم والمحيط الأعظم: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1421هـ – 2000م.

المحلى بالآثار: لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، تحقيق: عبدالغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية– بيروت، ط/3، 1424هـ- 2003م.

المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة –رضي الله عنه–: لأبي المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي (المتوفى: 616هـ)، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط/1، 1424هـ- 2004م.

المخارج في الحيل: لمحمد بن الحسن الشيباني (المتوفى: 189 هـ)، مكتبة الثقافة الدينية– القاهرة، ط/ بدون، 1419هـ- 1999م.

المخاطر في الصكوك وموقف الشريعة منها: أ. د عبدالستار أبو غدة، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي لتنمية، جامعة الملك عبدالعزيز- جدة، 10-11/جماد الآخرة/1431هـ، 24-2010/5/25م.

مختار الصحاح: لزين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية- الدار النموذجية، بيروت- صيدا، ط/5، 1420هـ- 1999م.

مختصر العلامة خليل: للشيخ خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (المتوفى: 776هـ)، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث/القاهرة، ط/1، 1426هـ/2005م.

المختصر الفقهي: لمحمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (المتوفى: 803 هـ)، تحقيق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط/1، 1435هـ- 2014م.

المخصص: لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط/1، 1417هـ 1996م.

المدخل الفقهي العام: لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم- دمشق، ط/1، 1418هـ- 1998م.

مدخل إلى الرقابة الشرعيَّة "دليل علمي وعملي للفتوى والتدقيق الشرعي في المؤسسات المالية الإسلامية": محمد أحمين، دار ابن حزم- بيروت- لبنان، ط/1، 1437هـ- 2015م.

المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية: أ.د على جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام- القاهرة، ط/2، 1422هـ- 2001م.

المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لعبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم بن محمد بدران (المتوفى: 1346هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة –بيروت، ط/2، 1401هـ.

المدخل: لأبي عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج (المتوفى: 737هـ)، دار التراث، القاهرة- مصر.

مدونة الفقه المالكي وأدلته: أ. د الصادق عبدالرحمن الغرياني، مؤسسة الريان، لبنان- بيروت، ط/1، 1423هـ- 2002م.

المدونة: للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، دار الكتب العلمية، ط/1، 1415هـ- 1994م.

مراجعة جديدة للخطيط الاستراتيجي: منظور مستقبلي، الاستشراف والابتكار والاستراتيجيَّة نحو مستقبل أكثر حكمة: كونواي ماري، بحوث ألقيت في الاجتماع السنوي لجمعيَّة مستقبل العالم، تحرير سنثياج واغنر، ترجمة صباح صديق الدملوجي، المنظمة العربية للترجمة، بيروت – لبنان، ط/1، 2009م.

مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح: لحسن بن عمار بن علي الشرنبلالي المصري الحنفي (المتوفى: 1069هـ)، تحقيق: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، ط/1، 1425هـ – 2005م.

مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله: للإمام لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي– بيروت، ط/1، 1401هـ 1981م.

مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: لإسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج (المتوفى: 251هـ)، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1425هـ- 2002م.

المستدرك على الصحيحين: لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: 405هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1411هـ – 1990م.

المستصفى: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط/1، 1413هـ- 1993م.

مستقبل الأمة العربيَّة التحديات والخيارات، التقرير النهائي لمشروع استشراف مستقبل الوطن العربي: لحسيب خير الدين وآخرون، مركز دراسات الوحدة العربية، ط/1، 1988م، بيروت – لبنان.

المستقبليَّة والمجتمع المصري: لهاني عبدالمنعم خلاف، دار الهلال – القاهرة – مصر بدون تأريخ.

مسند أبي يعلى: لأبي يعلى أحمد بن علي بن المثُنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي (المتوفى: 307هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث– دمشق، ط/1، 1404هـ– 1984م.

مسند الإمام أحمد ابن حنبل: لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط– عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1421هـ– 2001م.

مسند الإمام الشافعي: لأبي عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي (المتوفى: 204هـ)، تحقيق: السيد يوسف علي الزواوي الحسني، وآخرون، بولاق الأميرية– الهند، 1400هـ.

المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم: لأبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774 هـ)، تحقيق: إمام بن علي بن إمام، دار الفلاح، الفيوم – مصر، ط/1، 1430هـ– 2009م.

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ)، المكتبة العلمية– بيروت.

المصطلح الأصولي عند الإمام الشاطبي: أ. د فريد الأنصاري، دار السلام، مصر –القاهرة، ط/2، 1435هـ – 2014م.

المصطلح الأصولي ومشكلة المفاهيم: علي جمعة محمد عبد الوهاب (مفتي مصر)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي– القاهرة، ط/1، 1417هـ– 1996م.

مصطلح ما جرى به العمل وأثره على تغيُّر الفتوى في المدرسة المالكية بالغرب الإسلامي: لعبدالفتاح الزنيفي، من منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية – الرياض– 1431هـ 2010م.

مصطلحات البيئة والتنمية المستدامة معجم عربي فرنسي: المملكة المغربية، كتابة الدولة المكلفة بالماء والبيئة.

المصنف: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني (المتوفى: 211هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي– الهند، المكتب الإسلامي – بيروت، ط/2، 1403هـ.

مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ)، المكتب الإسلامي، ط/2، 1415هـ– 1994م.

معالم أصول الدين: لأبي عبدالله محمد بن عمر الحسين التيمي الرازي (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، دار الكتاب العربي، بيروت.

معالم السنن شرح سنن أبي داود: لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي (المتوفى: 388هـ)، المطبعة العلمية –حلب، ط/1، 1351 هـ– 1932م.

المعاملات المالية أصالة ومعاصرة: لأبي عمر دُبْيَانِ بن محمد الدُّبْيَانِ، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض– المملكة العربية السعودية، ط/2، 1432 هـ.

المعايير الشرعيَّة: لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي AAOIFI)، النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر/1439هـ– نوفمبر/2017م.

معايير سوق دبي المالي المتوفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية: الهيئة الفتوى والرقابة الشرعية، معيار رقم: 3، حول التحوط من مخاطر الاستثمار والتمويل.

المعتمد في أصول الفقه: لمحمد بن علي الطيب أبو الحسين البَصْري المعتزلي (المتوفى: 436هـ)، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية – بيروت، ط/1، 1403م.

المعجم الأوسط: لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين– القاهرة.

معجم الفروق اللغوية: لأبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: 395هـ)، تحقيق: الشيخ بيت الله بيات، ومؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بـ «قم»، ط/1، 1412هـ.

معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ط/1، 1429هـ– 2008م.

معجم اللغة العربية المعاصرة: د أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، ط/1، 1429 هـ – 2008م.

معجم المصطلحات الماليَّة والاقتصاديَّة في لغة الفقهاء: أ. د نزيه حماد، دار القلم، دمشق– سوريا، ط/1، 1429هـ– 2008م.

معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط/2، 1408هـ– 1988م.

معجم مصطلحات العلوم الشرعيَّة، مدينة الملك عبدالعزيز للعلوم والتقنية (KACST)، ووزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، الرياض، ط/2، 1439هـ– 2017م.

معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: 395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ– 1979م.

معرفة السنن والآثار: لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي – باكستان، ط/1، 1412هـ– 1991م.

المُعْلم بفوائد مسلم: لأبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: 536هـ)، تحقيق: فضيلة الشيخ محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر، المؤسّسة الوطنية للكتاب بالجزائر، والمؤسّسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدّراسات بيت الحكمة، ط/2، 1988م.

معلمة الفقه المالكي: لعبد العزيز بنعبد الله، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط/1، 1403هـ - 1983م.

المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق: حميش عبد الحقّ، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة، أصل الكتاب: رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، ودار قرطبة، بالجزائر، 1433هـ- 2012م.

المعونة في الجدل: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، تحقيق: د. علي عبد العزيز العميريني، جمعية إحياء التراث الإسلامي- الكويت، ط/1، 1407هـ.

المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب: لأحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني، أبو العباس المالكي (المتوفى: 914هـ) تحقق: بإشراف د. محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية 1401هـ.

معين الحُكَّام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: لأبي الحسن، علاء الدين، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي (المتوفى: 844هـ)، دار الفكر.

المغني: لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، دار الفكر – بيروت، ط/1، 1405هـ.

مفاتيح الغيب "التفسير الكبير": لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط/3، 1420 هـ.

المفهِم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: لأبي العباس احمد بن عمر بن ابراهيم القرطبي (المتوفى: 656هـ)، تحقيق: محي الدين ديب مستوا وآخرون، دار ابن كثير دمشق- بيروت، ط/1، 1417هـ- 1996م.

مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: لعلال بن عبدالله الفاسي، دار الغرب الإسلامي، ط/5، 1993م.

مقاصد الشريعة الإسلامية: لمحمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ- 2004م.

مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية: أ. د. عز الدين بن زغيبة، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، دبي – الإمارات العربية المتحدة، ط/1، 1422هـ - 2001م.

مقاصد المعاملات ومراصد الواقعات: عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بَيَّه، منشورات مركز الموطَّأ، المجلس الوطني للإعلام، دبي- الإمارات العربية المتحدة، ط/5، 1438هـ- 2018م.

المقدمات الممهدات: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1408هـ- 1988م.

ملكية حملة الصكوك وضماناتها: د. حامد حسن ميرة، منشور ضمن بحوث ندوة البركة الثانية والثلاثين لاقتصاد الإسلامي، المنعقدة 10- 11/رمضان/1432هـ 10- 2011/8/11م، ط/1، البحرين: إدارة البحوث والتطوير، مجموعة البركة المصرفية، 1432هـ- 2011م.

الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية: لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي.

الملل والنحل: لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبى بكر أحمد الشهرستاني (المتوفى: 548هـ)، تحقيق: عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي، القاهرة، 1968م.

الممتع في شرح المقنع: لزين الدين المُنَجَّى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى التنوخي الحنبلي (631- 695هـ)، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي- مكة المكرمة، ط/3، 1424هـ- 2003م.

مناظرات فخر الدين الرازي في بلاد ما وراء النهر: تحقيق: فتح الله خليف، دار المشرق بيروت.

منَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها: لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي (المتوفى: بعد 633هـ)، اعتنى به: أبو الفضل الدّميَاطي- أحمد بن علي، دار ابن حزم، ط/1، 1428هـ - 2007م.

مناهج الدراسات المستقبليَّة وتطبيقاتها في العالم العربي: لوليد عبدالحي، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجيَّة، أبو ظبي - الإمارات العربية المتحدة، ط/1، 2007م.

منتجات صكوك الإجارة: أ. د سامي السويلم، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ومركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو مجموعة البنك الإسلامي لتنمية، جامعة الملك عبدالعزيز- جدة، 10-11/جماد الآخرة/1431هـ، 24-2010/5/25م.

المنتقى شرح الموطأ: لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: 474هـ)، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة- ط/2.

المنتقى من السنن المسندة: لأبي محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة (المتوفى: 307هـ)، تحقيق: عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية- بيروت، ط/1، 1408هـ- 1988م.

المنثور في القواعد الفقهية: لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، وزارة الأوقاف الكويتية، ط/2، 1405هـ- 1985م.

منح الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر - بيروت، بدون ط، 1409هـ- 1989م.

المنخول من تعليقات الأصول: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ)، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر- بيروت لبنان، دار الفكر دمشق- سورية، ط/3، 1419هـ- 1998م.

منشور والي بنك المغرب رقم: 17/1 صادر في 2017/1/27 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء.

منشور يتعلق بالموصفات التقنية لمنتجات المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء: بنك المغرب، الرباط 2017/1/27م.

منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط/1، 1425هـ/2005م.

المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار إحياء التراث العربي- بيروت، ط/2، 1392هـ.

منهج الدرس الدلالي عند الإمام الشاطبي: أ.د عبدالحميد العلمي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربيَّة، 1422هـ - 2001م.

المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لأبي الحسن علي بن قاسم بن محمد التُّجيبي، المعروف بالزقاق (المتوفى: 912هـ)، نسخة الشيخ أحمد بن سيدي بن محمد بن مود الجكني، مقابلة على نسخة الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن محمد بن عبدالفتاح الجكني الشنقيطي، 23-25/ربيع ثاني/1433هـ.

منهجية عمر بن الخطاب في الاجتهاد مع النص، للعلامة: محمد التأويل، مطبعة آنفو – الليدو – فاس.

المهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، دار الكتب العلمية، لبنان – بيروت، ط/1، 1416هـ - 1995م.

الموافقات: للإمام إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط/1، 1417هـ/1997م.

مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، دار الفكر، ط/3، 1412هـ - 1992م.

الموسوعة الفقهية الكويتية: لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط/2، 1427هـ.

مُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة: لمحمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط/1، 1424هـ- 2003م.

موسوعة المعرفة: مطبعة داغر، بيروت – لبنان.

مؤشر اللايبور وانعكاسات إلغاءه على المصارف الإسلامية دراسة في التأثير والبدائل معدل العائد الإسلامي (Islamic Rate of Return) نموذجاً: د عزنان حسن، د أنور حسن، د عبدالمجيد عبيد، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الأيوفي الثامن عشر، البحرين، 26-2020/10/27م.

الموطأ: للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية –أبو ظبي– الإمارات، ط/1، 1425هـ- 2004م.

ميزان الأصول في نتائج العقول: علاء الدين شمس النظر أبو بكر محمد بن أحمد السمرقندي (المتوفى: 539 هـ)، تحقيق: محمد زكي عبد البر، مطابع الدوحة الحديثة، قطر، ط/1، 1404هـ- 1984م.

النتف في الفتاوى: لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي، الحنفي (المتوفى: 461هـ)، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، ومؤسسة الرسالة – عمان الأردن، بيروت – لبنان، ط/2، 1404هـ- 1984م.

نحو نظام نقدي عادل: دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقديَّة في ضوء الإسلام "الكتاب الحائز على جائزة الملك فيصل العالميَّة": محمد عمر شَابْرا، ترجمة: سيّد محمد سُكّر،

مراجعة: رفيق يونس المصري، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ودار البشير للنشر والتوزيع، عمان– الأردن– ط/2، 1410هـ– 1990م.

نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار: لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى: 855هـ)، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية– قطر، ط/1، 1429هـ– 2008م.

الندوة الفقهية الطبية الثانية بعنوان: فيروس كورونا المستجد (كوفيد – 19) وما يتعلق به من معالجات طبية وأحكام شرعية، التي ينظمها مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، عن بُعد، بتاريخ 23 شعبان 1441هـ، الموافق 16 أبريل 2020م.

نظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T): المعهد العربي للتخطيط، الكويت– سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد: 5، 2004/11/30م، السنة: 2.

النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T " وتطبيقاته في الجزائر: لصبوع صهيب، أصل الكتاب رسالة ماجستير، من جامعة: الإخوة منتوري – قسطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تحن إشراف أ. د: زهية موسى، 2012م – 2013م.

النظام القانوني لعقد البوت (BOT): لماهر محمد حامد، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق – فرع بنها –مصر، 2004م.

نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي: لعبدالسلام العسري، وزاراة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية – 1417هـ – 1996م.

نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية: أحمد الريسوني، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر، ط/1، 1431هـ– 2010م.

نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: أ.د محمد الروكي، من منشورات كلية الآداب والعلوم الانسانية– الرباط– دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط/1، 1994م.

نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أ.د أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط/2، 1412هـ– 1992م.

نفائس الأصول في شرح المحصول: لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت 684هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط/1، 1416هـ- 1995م.

نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، وذكر وزيرها لسان الدين بن الخطيب: لشهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني (المتوفى: 1041هـ)، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر – بيروت– لبنان، 1997م.

نهاية الزين في إرشاد المبتدئين: لمحمد بن عمر نووي الجاوي، دار الفكر– بيروت، ط/1.

نهاية السول شرح منهاج الوصول: لعبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (المتوفى: 772هـ)، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، ط/1، 1420هـ- 1999م.

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، ط/أخيرة، 1404هـ- 1984م.

نهاية المطلب في دراية المذهب: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، جدة –المملكة العربية السعودية، ط/1، 1428هـ- 2007م.

النهر الفائق شرح كنز الدقائق: لسراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (المتوفى: 1005هـ) تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، ط/1، 1422هـ- 2002م.

النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ: لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (المتوفى: 386هـ)، تحقيق: عبد الفتّاح محمد الحلو، ومحمَّد حجي، ومحمد عبد العزيز الدباغ، ومحمد الأمين بوخبزة، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/1، 1999م.

نور البصر في شرح خطبة المختصر للعلامة خليل: العلامة أبي العباس سيدي أحمد بن عبدالعزيز بن الرشيد الهلالي الفلالي مفتي المالكية في شمال افريقيا والمغرب العربي، مراجعة وتصحيح، محمد محمود ولد محمد الأمين، دار يوسف ابن تاشفين، ومكتبة

الإمام مالك، الجمهورية الإسلامية المريتانية – والإمارات العربية المتحدة، ط/1، 1428هـ – 2007م.

نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط/1، 1413هـ- 1993م.

الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية: "شرح حدود ابن عرفة للرصاع": لمحمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: 894هـ)، المكتبة العلمية، ط/1، 1350هـ.

الهداية في شرح بداية المبتدي: لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي- بيروت –لبنان.

الوجود بين السببية والنظام: أ. د إلياس بلكا، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا- الولايات المتحدة الأمريكية، ط/1.

الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: للشيخ د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط/2، 1416 هـ – 1996م.

الورقات: لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، تحقيق: عبد اللطيف محمد العبد.

الوسيط في المذهب: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى: 505هـ) تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام- القاهرة، ط/1، 1417هـ.

ثانيًا: المجـلات:

الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطلة: د. الصديق محمد الضَّرير، بحث في مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد: 3/1.

إجارة العين المشتراة لمن باعها (صراحة وضمناً): أ.د نزيه حماد، مجلة: العدل، 1428/7هـ، العدد: 35.

إجارة العين لمن باعها هل يختلف عن بيع الوفاء: د. رفيق يونس المصري، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد الاسلامي، 2006م، العدد: 2.

الأدوات المالية الإسلامية: أ. د. حسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 6.

إطفاء أو استرداد صكوك الاستثمار في الفقه الإسلامي عن طريق البيع: دراسة مقارنة، لحسام الدين خليل فرج محمد، وعارف علي عارف، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، 1437/3هـ- 2016/12م، العدد: 2.

بَطاقات الائتمان المصرفيّة والتكييف الشرعي المعمُول به في بَيت التمويل الكويتي: مركز تطوير الخدمة المصرفيّة بيت التمويل الكويتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد: 13.

بيع المرابحة للآمر بالشراء: د. رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 5.

بيع المزايدة: محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي: منظمة المؤتمر الإسلامي – جدة – المملكة العربية السعودية، العدد: 8.

التأمين الصحي واستخدام البطاقات الصحية: لمحمد جبر الألفي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 13.

التأمين: مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، أعمال الدورة الرابعة، العدد: 9.

التسعير في نظر الشريعة الإسلامية: لمحمد بن أحمد الصالح، مجلة البحوث الإسلامية: الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.

التوجيه الشرعي للتعامل بالعملات الافتراضيَّة، البتكوين نموذجا: منير ماهر أحمد وآخرون، مجلة بيت المشورة، دولة قطر، تأريخ 2018/1/24م العدد: 8.

توصيات مجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي: بشأن الأسواق المالية، منظمة المؤتمر الاسلامي – جدة– المملكة العربية السعودية، العدد: 7/ 422.

ثائق مقدمَة للمؤتَمر التأمين وَإعادة التأمين: الشَيخ عبّد الله بن زيد آل مَحمُود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 2.

الخروج من الخلاف حقيقته وأحكامه: لمحمد بن عبدالعزيز المبارك، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد: 151.

سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية: أ.د منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، العدد: 1، 1409هـ– 1989م.

ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة: أ. د حسين حامد حسان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 4.

عقد البوت دراسة للتنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية: لعارف صالح مخلف، وعلاء حسين علي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، الرمادي، العدد: 1.

عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية: لعبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 12.

عقود التوريد والمناقصات: لحسن الجواهري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 12.

عقود التوريد والمناقصة: للقاضي محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 12.

العملة الرقمية (البتكوين نموذجا) ومدى توافقها مع الضوابط الفقهية في الإسلام: باسم أحمد عامر، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، ج/16، العدد: 1، 1440هـ– 2019م.

فقه الواقع والاجتهاد: عبدالرزاق وورقية، مجلة دعوة الحق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية، السنة: 59، 1437/6هـ– 2016/4م العدد: 416.

القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية "حسابات الاستثمار": أ. د عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 13.

مجلة الأحكام العدلية: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.

المجلة الرسمية المملكة المغربية، العدد: 6548، 1438/6/3هـ- 2017/3/2م.

مجلس مجمع الفقه الإسلامي، والبنك الإسلامي للتنمية باستضافة بنك البحرين الإسلامي، توصيات الندوة الثانية بشـــأن الأســـواق المالية، المنعقد بتأريخ 19 – 21 جمادى الأولى 1412هـ الموافق 25 – 27 /1991/11م بالمنامة.

المرابحة في المصارف الإسلامية، وحديث "لا تبع ما ليس عندك": أ.د بكر بن عبد الله أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بجدة، العدد: 5.

مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة: لرفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز بجدة، العدد: 9.

المؤتمر الإسلامي بجدة العدد: 7، والبضائع "سوق الأوراق المالية والبضائع البورصة، الاربعاء 12 شعبان 1432 الموافق 13 /2011/7م.

موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار: للقاضي: عبد الله بن سليمان بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة: منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، العدد: 5.

النقود الرقمية من جهة الفقه الإسلامي: البتكوين نموذجا، أ.د هشام العربي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد: 56، 12/2018، دبي.

النقود الورقية: علي أحمد السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي- بجدة،11 – 16 /1986/10م، العدد: 884/3.

هل يقبل شرعًا الحكم على المدين المماطل بالتَّعويض على الدائن: لمصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، 1405هـ- 1985م، العدد: 2.

ثالثًا: المصادر القانونية والتعميمات واللوائح التنظيمية:

الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية "مذكرة من الأمانة": لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرون، 1996/5/28م، 1996/6/14م، نيويورك، الفقرة: 4، https://undocs.org/ar/A/CN.9/424 تحديث: 2021/1/24م، 03:13:36

البلاغ الصحفي المشترك حول استعمال العملات الافتراضية: وزارة الاقتصاد والمالية وبنك المغرب والهيئة المغربية لسوق الرساميل، الرباط: 2017/11/21م، http://www.ammc.ma/fr/node/28936 تحديث: 27/7/2020، 06:32:19.

البيانات التعريفية للإصدار الأولي للصكوك بورصة البحرين
https://bahrainbourse.com/sysimages/marketingmessage/documents/SUKUK_20171231_GILSE.EN&AR.pdf_32583.pdf?637471081338804885
تحديث: 12:2020/15، 01:37:00

تعميم البنك المركزي الأردني للبنوك والمؤسسات المالية الأخرى، رقم: 2014/1م، والتعميم رقم: 2018/2م، والتأكيد عليه بتأريخ: 2019/11/24م، العملات المشفرة (Cryptocurrencies)، البنك المركزي الأردني، دائرة الإشراف والرقابة على نظام المدفوعات الوطني، آذار/2020م،
https://www.cbj.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/8f23f11e-de4c-4538-91f7-82aab2d7bf04 تحديث: 20/6/2020، 23:49:09.

تعميمات: الهيئة العامة للموانئ، المركز الإعلامي، https://mawani.gov.sa/ar-sa/eservices/pages/Circulars.aspx تحديث: 2020/12/21م، 21:30:46.

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: العدد: 2017/12/7628م، 1439/4/9هـ، قانون المالية لسنة: 2018م.

الظهير الشريف رقم 1.14.193 صادر في 1436/3هـ- 2014/12/24م، بتنفيذ القانون رقم103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الجريدة الرسميَّة، العدد: 6328.

عقود التمويل في المصارف الإسلامية في اليمن:
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GnwLLqWbASIJ: iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2016/07/ تحديث: 2021/1/:25م، 11:95:00

قانون الالتزامات والعقود المغربي، رقم: ظهير 1331/9/9هـ- 1913/8/12م، صيغة محينة بتاريخ 2016/2/11م.

القانون المدني المصري رقم: 131، الصادر: 1948/7/27م، وفق أخر تعديلات 2018/1/31م.

القانون المصري: قانون رقم: 2013/10م، بشأن إصدار قانون الصكوك، الجريدة الرسمية، العدد: 18، مكرر: "ب" 2013/5/7م.

القانون اليمني المدني: وزارة العدل، الأربعاء 2014/6/25م.

قانون صكوك التمويل الإسلامي رقم: 30، لسنة: 2012م، المملكة الأردنية الهاشمية.

مرسوم بقانون رقم (19) لسنة 2002 بشأن التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة، صدر في مملكة البحرين، قصر الرفاع، بتاريخ 1423/5/8هـ، الموافق 2002/7/18م.

القواعد التنفيذية لتنظيم المنطقة الخاصة:
https://gaca.gov.sa/scs/Satellite?c=GACA_Media_C&cid=1440409789142&pagename=GACA%2FGACA_Media_C%2FGACA_LinkDocument_PT
تحديث: 2021/1/2م، 02:53:07

المزاد العلني: جمارك دبي، الإمارات العربية المتحدة،
https://www.dubaicustoms.gov.ae/ar/procedures/publicauction/Pages/default.aspx تحديث: 2019/10/12، 06:25:09.

المزاد العلني: أمانة جدة، http://www.jeddah.gov.sa/ تحديث: 2020/4/12، 15:43:00.

مناقصة: جامعة تعز، http://www.taiz.edu.ye/ تحديث: 2021/1/24م، 07:42:03.

المناقصات والمزايدات: جامعة قطر،
http://www.qu.edu.qa/ar/offices/procurement/tenders-and-auctions
تحديث: 2019/10/3م، 18:07:55.

نشرة إصدار تمويل إسلامي: مركز إداع الأوراق المالية، الأردن:
https://sdc.com.jo/arabic/print.php?time=2_54_15_14 تحديث: 7/7 /2019، 04:54:00

نشرة إصدار صكوك إسلامية وفقا لقانون صكوك التمويل الإسلامي رقم: 30، لسنة 2012م، مركز إداع الأوراق المالية، الأردن:
https://sdc.com.jo/arabic/print.php?time=2_54_15_14 التحديث: 2019/7/7، 04:54:00.

نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد: أحمد حشمت أبو ستيت، مطبعة مصر، 1954م.

الوسيط في شرح القانون المدني، "نظرية الالتزام بوجه عام": عبدالرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت –لبنان.

نموذج موحد لعقد امتياز تجاري،
https://pbs.twimg.com/media/C4UhcRFUMAAJGF2.jpg:large تحديث: 2021/1/25م، 01:57:52.

رابعًا: المقالات الإلكترونية:

أخبار الأمم المتحدة: https://news.un.org/ar/story/2020/07/1058721 تحديث: 2021/2/17م: 01:03:25.

أخبار البتكوين: http://usebitcoins.info/index.php/news تحديث: 17/9/2020، 17:09:31

الأسئلة الشائعة- البيتكوين: https://bitcoin.org/ar/faq#is-bitcoin-legal تحديث: 2018/1/2م، 11:01:00

الأسترالي رايت يؤكد أنه مخترع عملة بِتْكُويْن: موقع الجزيرة، http://www.aljazeera.net/news/scienceandtechnology تحديث: /2019/3/5م، 12:30:00.

أسوأ مخاطر التكنولوجيا الطبية https://www.medscape.com/features/slideshow/tech-dangers تحديث: 2020/7/15م، 03:18:57.

اشتراط الإجارة في عقد البيع: عبدالله المنيع، جريدة الرياض، العدد: 15100، 1430/11/8هـ، في الملحق الاقتصادي.

أكبر بورصة رقمية في الشرق الأوسط https://www.bitoasis.net/en/home تحديث: 2021/1/20م، 12:49:00:

أول عملة لامركزية في العالم: تأريخ البيتكوين: http://www.historyofbitcoin.org/ تحديث: 2018/3/15م، 20:23:00.

بتكوين ليس هو الملاذ الآمن https://motherboard.vice.com/en_us/article/5337kd/bitcoin-isnt-the-criminal-safe-haven-people-think-it-is تحديث: 02/1/2018، 40:19:43

تأريخ البتكوين: موقع مرصد المستقبل، http://mostaqbal.ae/images/ تحديث: 2018/3/15م، 20:15:38.

التنمية الرقمية: البنك الدولي،
https://www.albankaldawli.org/ar/topic/digitaldevelopment/overview
22/5/2021، 5:20:00.

ثورة البتكوين: تقدير وتقييم الأوصاف المؤثرة في الحكم الشرعي رقم: "1" أ. د عبدالباري مشعل، https://assabeel.net/article، تحديث: 2/10/2019، 9:41:27.

وثورة البتكوين: تقدير وتقييم الأوصاف المؤثرة في الحكم الشرعي رقم: "2"، أ. د عبدالباري مشعل، https://assabeel.net/article تحديث: 2019/10/9م، 11:28:12.

دار الأركان: إقفال صكوك بنحو 1.9 مليار ريال: موقع اقتصادكم،
http://sabt.pro/News-7391.html?title تحديث: 2017/4/6م، 11:00:00

دار الأركان تكمل طرح إصدار صكوك بالدولار ذات أولوية غير مدعومة بمعدل ثابت بـ1.5 مليار ريال: الاقتصادية،
https://www.aleqt.com/2020/02/20/article_1766171.html تحديث: 2020/2/20، 03:39:00

سعر البتكوين يفقد 25% في يومٍ واحد، الحكومات تحاصرها وأصحابها يتخلصون منها، أسواق واشنطن، شريف عثمان، www.alaraby.co.uk/البيتكوين-تفقد-25-من-قيمتها-في-يومٍ-واحد تحديث: 2018/1/18م، 8:08:00.

عالم الجريمة الإجرامي يسقط بتكوين مقابل عملة أخرى: أخبار ومقالات،
https://www.bloomberg.com/news/articles/ تحديث: 02/1/2018، 40:23:00 .

العقود الذكية JAKE FRANKENFIELD

https://www.investopedia.com/terms/s/smart-contracts.asp تحديث 2019/10/8م، 10:43:00

العقود الذكية ماهي؟ وكيف تعمل؟ محمد سلمون، https://arabfolio.com تحديث: 2018/8/31، 02:34:19

مؤشر استهلاك طاقة البتكوين https://digiconomist.net/bitcoin-energy-consumption/ تحديث: 2019/5/18م، 04:47:09.

مخطط المواصفات للبتكوين مقابل الدولار الإمريكي:

https://ar.tradingview.com/chart/?symbol=BITSTAMP%3ABTCUSD تحديث: 2020/10/13م، 20:31:34.

مخطط المواصفات للبتكوين مقابل الدولار الإمريكي:

https://www.tradingview.com/x/GX5ehFAO/ 2021/1/19م، 20:40:58.

مخططات البلوكيشن: www.blockchain.info/charts تحديث: 2019/2/13م، 09:28:39.

المراجعات الفقهيَّة عند الإمام مالك نماذج تطبيقية: أ.د عبدالله معصر، الرابطة المحمديَّة للعلماء، مركز دارس بن إسماعيل لتقريب المذهب والعقيدة والسلوك،

https://www.arrabita.ma/blog/المراجعات-الفقهية-عند-الإمام-مالك-نم/ تحديث: 2021/4/15م، 6:22:00.

مستكشف بلوكيشن:

https://www.blockchain.com/btc/payment_request?address=3QKpHfTpJSJbJoanzNnp6oPFTfVG87ZecJ تحديث: 2021/1/20م، 03:15:36.

خامسًا: المراجع الأجنبية:

Basic concepts about virtual currencies, Vejacka, Martin, Journal of Economy, Business and finance, 2017.

Beware of the middleman, Moore T., Christin N. Empirical Analysis of bitcoin-exchange risk. In, Sadeghi AR. (eds) Financial Cryptography and Data security, 2013.

Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System :Satoshi Nakamot https://bitcoin.org/bitcoin تحديث: 2018/1/1، 02:29:11.

Bitcoin: Questions, Answers, and analysis of the legal issues, Elwell & Murphy & Seitzinger, Congressional Research service, Dec 2013.

Black's Law Dictionary 5th Edition, MA Henry Compbell Blac, West Publishing Co, St. Paul, Minn. 1979.

Katherine Stewart, Salil Gunashekar, Catriona Manville Europe RAND, 2017.

Regulatory issues and challenges presented by Virtual currencies, Caytas, Jonna, Columbia business law review, 2017.

The impact of DDoS and other security shocks on Bitcoin Currency exchanges, Moore, Feder & Gander, Evedence from Gox, 2016.

What Factors Give Cryptocurrencies Their Value, Hayes, Adam, An Empirical Analysis, university of Wisconsin, 2017, Department of economic.

فهـارس البحث

أولًا: فهرس الآيات القرآنية

الآيـــــــة	رقمها	السورة	رقم الصفحة
﴿بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾	1	الفاتحة	377-377
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾	104	البقرة	289
﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلۡنَٰكُمۡ أُمَّةٗ وَسَطٗا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيۡكُمۡ شَهِيدٗاۗ﴾	143	البقرة	139
﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ﴾	173	البقرة	108
﴿وَءَاتَى ٱلۡمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾	177	البقرة	488
﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ﴾	183	البقرة	216
﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ﴾	185	البقرة	324
﴿رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلۡنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦۖ﴾	186	البقرة	73
﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِۗ﴾	187	البقرة	90
﴿فَلَا عُدۡوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾	193	البقرة	743
﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ﴾	194	البقرة	362
﴿ٱلۡحَجُّ أَشۡهُرٞ مَّعۡلُومَٰتٞۚ﴾	197	البقرة	69-57
﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ﴾	223	البقرة	331
﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾	231	البقرة	249
﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾	233	البقرة	249
﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾	241	البقرة	121
﴿ٱللَّهُ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ﴾	255	البقرة	34
﴿يُؤۡتِي ٱلۡحِكۡمَةَ مَن يَشَآءُۚ وَمَن يُؤۡتَ ٱلۡحِكۡمَةَ فَقَدۡ أُوتِيَ خَيۡرٗا كَثِيرٗاۗ﴾	269	البقرة	245

﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾	275	البقرة	170-463-468-463
﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡ﴾	280	البقرة	103
﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞ﴾	282	البقرة	249
﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾	286	البقرة	656
﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا﴾	29	البقرة	204
﴿كُنتُمۡ خَيۡرَ أُمَّةٍ أُخۡرِجَتۡ لِلنَّاسِ تَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَتَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَتُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِۗ﴾	110	آل عمران	148
﴿وَٱعۡتَصِمُواْ بِحَبۡلِ ٱللَّهِ جَمِيعٗا وَلَا تَفَرَّقُواْۚ﴾	113	آل عمران	149
﴿وَلَمۡ يُصِرُّواْ عَلَىٰ مَا فَعَلُواْ﴾	135	آل عمران	98
﴿وَشَاوِرۡهُمۡ فِي ٱلۡأَمۡرِۖ﴾	159	آل عمران	182
﴿فَأَمَّا ٱلَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمۡ زَيۡغٞ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَٰبَهَ مِنۡهُ ٱبۡتِغَآءَ ٱلۡفِتۡنَةِ وَٱبۡتِغَآءَ تَأۡوِيلِهِۦۖ﴾	7	آل عمران	165
﴿إِنَّكَ أَنتَ ٱلۡوَهَّابُ﴾	8	آل عمران	488
﴿لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ﴾	92	آل عمران	516
﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلۡبَيۡتِ مَنِ ٱسۡتَطَاعَ إِلَيۡهِ سَبِيلٗاۚ﴾	97	آل عمران	102
﴿وَإِذَا ضَرَبۡتُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَن تَقۡصُرُواْ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ إِنۡ خِفۡتُمۡ أَن يَفۡتِنَكُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْۚ إِنَّ ٱلۡكَٰفِرِينَ كَانُواْ لَكُمۡ عَدُوّٗا مُّبِينٗا﴾	101	النساء	81
﴿وَإِذَا كُنتَ فِيهِمۡ فَأَقَمۡتَ لَهُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَلۡتَقُمۡ طَآئِفَةٞ مِّنۡهُم مَّعَكَ وَلۡيَأۡخُذُوٓاْ أَسۡلِحَتَهُمۡۖ فَإِذَا سَجَدُواْ فَلۡيَكُونُواْ مِن وَرَآئِكُمۡ وَلۡتَأۡتِ طَآئِفَةٌ أُخۡرَىٰ لَمۡ يُصَلُّواْ فَلۡيُصَلُّواْ مَعَكَ وَلۡيَأۡخُذُواْ حِذۡرَهُمۡ وَأَسۡلِحَتَهُمۡۗ وَدَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ لَوۡ	102	النساء	81

تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُم مَّيْلَةً وَاحِدَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن كَانَ بِكُمْ أَذًى مِّن مَّطَرٍ أَوْ كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَن تَضَعُوٓا۟ أَسْلِحَتَكُمْ ۖ وَخُذُوا۟ حِذْرَكُمْ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَٰفِرِينَ عَذَابًا مُّهِينًا﴾			
﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ ۖ وَسَآءَتْ مَصِيرًا﴾	115	النساء	148
﴿مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ﴾	123	النساء	157
﴿مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ﴾	123	النساء	157
﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ ۚ﴾	128	النساء	652
﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾	24	النساء	485
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ﴾	29	النساء	251-269-681-692-285-680-681
﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُوا۟﴾	3	النساء	296
﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ﴾	58	النساء	157-649
﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾	6	النساء	103-121
﴿وَمَنْ أَصْدَقُ مِنَ ٱللَّهِ حَدِيثًا﴾	87	النساء	161
﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا﴾	9	النساء	339
﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾	1	المائدة	170

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾	1	المائدة	157-567
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَسۡـَٔلُواْ عَنۡ أَشۡيَآءَ إِن تُبۡدَ لَكُمۡ تَسُؤۡكُمۡ﴾	101	المائدة	727
﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ﴾	3	المائدة	174
﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾	38	المائدة	84-217
﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾	49	المائدة	194
﴿وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۖ﴾	8	المائدة	649
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾	90	المائدة	692
﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيۡطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيۡنَكُمُ ٱلۡعَدَٰوَةَ وَٱلۡبَغۡضَآءَ فِي ٱلۡخَمۡرِ وَٱلۡمَيۡسِرِ وَيَصُدَّكُمۡ عَن ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِۖ فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾	91	المائدة	270
﴿أُحِلَّ لَكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَحۡرِ وَطَعَامُهُۥ﴾	96	المائدة	170
﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ﴾	108	الأنعام	296-306
﴿وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ﴾	119	الأنعام	463-567-569
﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾	152	الأنعام	629
﴿وَلَقَدۡ خَلَقۡنَٰكُمۡ ثُمَّ صَوَّرۡنَٰكُمۡ﴾	11	الأعراف	34
﴿وَٱتَّبِعُوهُ لَعَلَّكُمۡ تَهۡتَدُونَ﴾	158	الأعراف	198
﴿وَلَا تُفۡسِدُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ بَعۡدَ إِصۡلَٰحِهَا﴾	56	الأعراف	157
﴿إِن تَتَّقُواْ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّكُمۡ فُرۡقَانٗا﴾	29	الأنفال	245

﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ﴾	60	الأنفال	336
﴿خُذۡ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ صَدَقَةٗ تُطَهِّرُهُمۡ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾	103	التوبة	327-216
﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَبَشِّرۡهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٖ﴾	34	التوبة	241
﴿وَلَوۡ أَرَادُواْ ٱلۡخُرُوجَ لَأَعَدُّواْ لَهُۥ عُدَّةٗ﴾	46	التوبة	336
﴿وَإِذَا تُتۡلَىٰ عَلَيۡهِمۡ ءَايَاتُنَا بَيِّنَٰتٖ قَالَ ٱلَّذِينَ لَا يَرۡجُونَ لِقَآءَنَا ٱئۡتِ بِقُرۡءَانٍ غَيۡرِ هَٰذَآ أَوۡ بَدِّلۡهُۚ قُلۡ مَا يَكُونُ لِيٓ أَنۡ أُبَدِّلَهُۥ مِن تِلۡقَآيِ نَفۡسِيٓۖ إِنۡ أَتَّبِعُ إِلَّا مَا يُوحَىٰٓ إِلَيَّۖ إِنِّيٓ أَخَافُ إِنۡ عَصَيۡتُ رَبِّي عَذَابَ يَوۡمٍ عَظِيمٖ﴾	15	يونس	141
﴿وَإِلَّا تَصۡرِفۡ عَنِّي كَيۡدَهُنَّ أَصۡبُ إِلَيۡهِنَّ وَأَكُن مِّنَ ٱلۡجَٰهِلِينَ﴾	33	يوسف	340
﴿قَالَ تَزۡرَعُونَ سَبۡعَ سِنِينَ دَأَبٗا فَمَا حَصَدتُّمۡ فَذَرُوهُ فِي سُنۢبُلِهِۦٓ إِلَّا قَلِيلٗا مِّمَّا تَأۡكُلُونَ﴾	47	يوسف	338
﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾	72	يوسف	451
﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوۡمِهِۦ لِيُبَيِّنَ لَهُمۡۖ﴾	4	إبراهيم	129
﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾	90	النحل	157
﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۗ﴾	15	الإسراء	285-157
﴿وَيَوۡمَ نُسَيِّرُ ٱلۡجِبَالَ﴾	47	الكهف	34
﴿لِنَبۡلُوَهُمۡ أَيُّهُمۡ أَحۡسَنُ عَمَلٗا﴾	7	الكهف	219
﴿فَهَبۡ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيّٗا﴾	5	مريم	488
﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ﴾	78	الأنبياء	126
﴿لِّيَشۡهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمۡ وَيَذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ فِيٓ أَيَّامٖ مَّعۡلُومَٰتٖ﴾	28	الحج	216

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ﴾	78	الحج	642_73- 226-286-
﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾	2	النور	217-84
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسۡتَـٔۡذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ وَٱلَّذِينَ لَمۡ يَبۡلُغُواْ ٱلۡحُلُمَ مِنكُمۡ ثَلَٰثَ مَرَّٰتٖۚ مِّن قَبۡلِ صَلَوٰةِ ٱلۡفَجۡرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعۡدِ صَلَوٰةِ ٱلۡعِشَآءِۚ ثَلَٰثُ عَوۡرَٰتٖ لَّكُمۡۚ لَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ وَلَا عَلَيۡهِمۡ جُنَاحُۢ بَعۡدَهُنَّۚ طَوَّٰفُونَ عَلَيۡكُم بَعۡضُكُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلۡأٓيَٰتِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ﴾	58	النور	114
﴿فَسۡـَٔلۡ بِهِۦ خَبِيرٗا﴾	59	الفرقان	106
﴿قَالَتۡ إِنَّ ٱلۡمُلُوكَ إِذَا دَخَلُواْ قَرۡيَةً أَفۡسَدُوهَا وَجَعَلُوٓاْ أَعِزَّةَ أَهۡلِهَآ أَذِلَّةٗۚ وَكَذَٰلِكَ يَفۡعَلُونَ﴾	34	النمل	342
﴿صُنۡعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ أَتۡقَنَ كُلَّ شَيۡءٍۚ﴾	88	النمل	623
﴿تِلۡكَ ٱلدَّارُ ٱلۡأٓخِرَةُ نَجۡعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوّٗا فِي ٱلۡأَرۡضِ وَلَا فَسَادٗاۚ﴾	83	القصص	157
﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَۖ إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ تَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِۗ﴾	45	العنكبوت	289-216
﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةٗ لِّلنَّاسِ ﴾	28	سبأ	25
﴿وَٱللَّهُ خَلَقَكُمۡ وَمَا تَعۡمَلُونَ﴾	96	الصافات	34
﴿وَخُذۡ بِيَدِكَ ضِغۡثٗا فَٱضۡرِب بِّهِۦ وَلَا تَحۡنَثۡۗ﴾	44	ص	321
﴿ٱللَّهُ خَٰلِقُ كُلِّ شَيۡءٖۖ﴾	62	الزمر	34
﴿ٱللَّهُ لَطِيفُۢ بِعِبَادِهِۦ يَرۡزُقُ مَن يَشَآءُۖ وَهُوَ ٱلۡقَوِيُّ ٱلۡعَزِيزُ﴾	19	الشورى	680
﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثٗا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾	49	الشورى	488
﴿أَوَمَن يُنَشَّؤُاْ فِي ٱلۡحِلۡيَةِ وَهُوَ فِي ٱلۡخِصَامِ غَيۡرُ مُبِينٖ﴾	18	الزخرف	243
﴿وَأَنۡهَٰرٞ مِّن لَّبَنٖ لَّمۡ يَتَغَيَّرۡ طَعۡمُهُۥ﴾	15	محمد	35

﴿وَلَتَعۡرِفَنَّهُمۡ فِي لَحۡنِ ٱلۡقَوۡلِۚ﴾	30	محمد	142
﴿وَمَا خَلَقۡتُ ٱلۡجِنَّ وَٱلۡإِنسَ إِلَّا لِيَعۡبُدُونِ﴾	56	الذاريات	205
﴿كُلَّ يَوۡمٍ هُوَ فِي شَأۡنٖ﴾	29	الرحمن	53
﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾	10	الحشر	251
﴿ فَٱعۡتَبِرُواْ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَبۡصَٰرِ ﴾	2	الحشر	26
﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمۡ عَنۡهُ فَٱنتَهُواْۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ﴾	7	الحشر	250-250 251-270
﴿لِلۡفُقَرَآءِ ٱلۡمُهَٰجِرِينَ﴾	8	الحشر	251
﴿وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلۡإِيمَٰنَ مِن قَبۡلِهِمۡ ﴾	9	الحشر	251
﴿رَبَّنَا لَا تَجۡعَلۡنَا فِتۡنَةٗ لِّلَّذِينَ كَفَرُواْ﴾	5	الممتحنة	42
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾	9	الجمعة	57-357
﴿ فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ ﴾	16	التغابن	26
﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ﴾	6	الطلاق	249
﴿وَمَن يَعۡمَلۡ مِثۡقَالَ ذَرَّةٖ شَرّٗا يَرَهُۥ﴾	8	الزلزلة	157

ثانيًا: فهرس النصوص الحديثية

الحـــديث	رقم الصفحة
ابْتَعْ لِي هَذَا الْبَعِيرَ بِنَقْدٍ، حَتَّى أَبْتَاعَهُ مِنْكَ إِلَى أَجَلٍ، فَسُئِلَ عَنْ ذَلِكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ –رضي الله عنه– فَكَرِهَهُ وَنَهَى عَنْهُ	595
«أتعطين زكاة هذا؟»، قالت: لا، قال: «أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار؟»، قال: فخلعتهما، فألقتهما إلى النبي ﷺ وقالت: هما لله عز وجل ولرسوله»	242
أَحْلَلْتَ بَيْعَ الصِّكَاكِ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللهِ –ﷺ– عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يُسْتَوْفَى	524
إذا اشتد الحر، فأبردوا عن الصلاة، فإن شدة الحر من فيح جهنم	75
إذا بايَعْتَ فقُلْ: لا خِلابَةَ	284
إِذَا وُضِعَ عَشَاءُ أَحَدِكُمْ وَأُقِيمَتِ الصَّلاَةُ، فَابْدَءُوا بِالعَشَاءِ وَلاَ يَعْجَلْ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْهُ	101
اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَى جَارِكَ	180
أَنَّ النَّبِيَّ –ﷺ– اشْتَرَى عَبْدًا بِعَبْدَيْنِ	472
اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها	260
أُعطيت خمسًا لم يُعطَهن أحدٌ قبلي	25
أُعطيت خمسًا لم يُعطَهن أحدٌ قبلي	25
اكتبوا لأبي شاه	156
أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا	465
الْإِثْمُ مَا حَاكَ فِي صَدْرِكَ	370
مَا حَاكَ فِي نَفْسِكَ	370
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما	253
البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه	745
الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ	658

الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ، يَدًا بِيَدٍ، فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ	461
الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَهُوَ رِبًا	465
لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، إِلَّا وَزْنًا بِوَزْنٍ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ	465-465
الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ	217
الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَقِيءُ، ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ	501-491
الْعَبْدُ خَيْرٌ مِنْ الْعَبْدَيْنِ وَالْأَمَةُ خَيْرٌ مِنْ الْأَمَتَيْنِ، وَالْبَعِيرُ خَيْرٌ مِنْ الْبَعِيرَيْنِ، وَالثَّوْبُ خَيْرٌ مِنْ الثَّوْبَيْنِ، فَمَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ، إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسَاءِ إِلَّا مَا كِيلَ أَوْ وُزِنَ	466
الفخذ عورة	369
أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ قَوْمَكِ لَمَّا بَنَوْا الكَعْبَةَ اقْتَصَرُوا عَنْ قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ؟»، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَلاَ تَرُدُّهَا عَلَى قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ؟ قَالَ: «لَوْلاَ حِدْثَانُ قَوْمِكِ بِالكُفْرِ لَفَعَلْتُ	297
المُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ	393
الْمَدِينَةُ خَيْرٌ لَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ، لَا يَدَعُهَا أَحَدٌ رَغْبَةً عَنْهَا إِلَّا أَبْدَلَ اللهُ فِيهَا مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ، وَلَا يَثْبُتُ أَحَدٌ عَلَى لَأْوَائِهَا وَجَهْدِهَا إِلَّا كُنْتُ لَهُ شَفِيعًا، أَوْ شَهِيدًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ	383
الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا	736-567
أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة	254
النهي عن بيع الطعام قبل قبضه	285
النهي عن قفيز الطحان	721
أَمَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوْلاَ أَنْ أَتْرُكَ آخِرَ النَّاسِ بَبَّانًا	539
أَنَّ النَّبِيَّ -ﷺ- أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ	657-607

أُمِرْتُ بِقَرْيَةٍ تَأْكُلُ القُرَى، يَقُولُونَ يَثْرِبُ، وَهِيَ المَدِينَةُ، تَنْفِي النَّاسَ كَمَا يَنْفِي الكِيرُ خَبَثَ الحَدِيدِ	383
إِنَّ أَبَا بَكْرٍ كَانَ نَحَلَهَا جُذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَة	490
إن الله كتب الإحسان على كل شيء	157
إن الله هو الخالق القابض، الباسط الرازق، المسعر، وإني لأرجو أن ألقى الله ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال	680
نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد	71
إِنَّ رِجَالًا مِنَ العَرَبِ يُهْدِي أَحَدُهُمُ الهَدِيَّةَ فَأُعَوِّضُهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مَا عِنْدِي ثُمَّ يَتَسَخَّطُهُ فَيَظَلُّ يَتَسَخَّطُ فِيهِ عَلَيَّ، وَايْمُ اللَّهِ لَا أَقْبَلُ بَعْدَ مَقَامِي هَذَا مِنْ رَجُلٍ مِنَ العَرَبِ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ أَوْ دَوْسِيٍّ	494
إِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَيَدَعُ العَمَلَ، وَهُوَ يُحِبُّ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ خَشْيَةَ أَنْ يَعْمَلَ بِهِ النَّاسُ، فَيُفْرَضَ عَلَيْهِمْ	296
نَهَى رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- أَنْ يَبِيعَ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، إِلَّا الْغَنَائِمَ وَالْمَوَارِيثَ	672
أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ يُقِيمُ بَيْنَ أَظْهُرِ المُشْرِكِينَ	87
أُنْزِلَتْ فِي وَلِيِّ الْيَتِيمِ، أَنْ يُصِيبَ مِنْ مَالِهِ، إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا، بِقَدْرِ مَالِهِ، بِالْمَعْرُوفِ	121
إِنَّكَ امْرُؤٌ فِيكَ جَاهِلِيَّةٌ	91
إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ	230-339
إنكم تختصمون إلي، ولعلَّ بعضَكم أن يكون ألحنَ بحُجَّتِه من بعض	99-196
إنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا، فلا يأخذه	144
إنما الأعمال بالنيات	157-279-726
إنما البيع عن تراض	269
إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلاَ يَأْخُذْ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ	99

إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ الَّتِي دَفَّتْ، فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا	228
إِنَّمَا يَلْبَسُهَا مَنْ لاَ خَلاَقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ	514
إنها ليست بنجس، إنها من الطوافين عليكم والطوافات	114-114-114
إِنّي أَرَى لَوْ جَمَعْتُ هَؤُلاَءِ عَلَى قَارِئٍ وَاحِدٍ، لَكَانَ أَمْثَل	332
إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرمًا، فلا تظالموا	157
يا أيها الناس، إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا	227
إِنّي كُنْتُ أَلْبَسُ هَذَا الخَاتِمَ، وَأَجْعَلُ فَصَّهُ مِنْ دَاخِلٍ	635
أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ	365-351
أَيُّمَا رَجُلٍ ابْتَاعَ عَلَى رَجُلٍ بَيْعَةً فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا عَنْ مَكَانِهِمَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ	253
أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ؟	301-284
بل الله يخفِضُ ويرفع، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مَظْلِمَةٌ	680
بم يأخذ أحدهم مال أخيه من ابتاع مال أخيه بغير حق	77
نَهَى رَسُولُ اللهِ -ﷺ- عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ	645-480
تَهَادُوا تَحَابُّوا	489
نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ، وَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُ ثَمَنَ الْكَلْبِ فَامْلَأْ كَفَّهُ تُرَابًا	357
حَدِّثُوا النَّاسَ بِمَا يَعْرِفُونَ أَتُحِبُّونَ أَنْ يُكَذَّبَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ	128-100
حسر النبي ﷺ عن فخذه	369
يَا أَيُّهَا النَّاسُ، خُذُوا مِنَ الأَعْمَالِ مَا تُطِيقُونَ، فَإِنَّ اللَّهَ لاَ يَمَلُّ حَتَّى تَمَلُّوا، وَإِنَّ أَحَبَّ الأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ مَا دَامَ وَإِنْ قَلَّ	299
خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ	121
خذي ما يكفيك وولدك، بالمعروف	255
خَيْرُ الْقُرُونِ قَرْنِي ثُم الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُم	59

دَعُوا الناسَ يَرْزُقُ اللهُ بعضَهم من بعض	249
دعي إلى دار فيها كلب فامتنع، وإلى أخرى فيها سنور فأجاب، فقيل له، فقال: السنور سبع	229
رَأَيْتُ عَلِيًّا بَنَى لِلضَّوَالِّ مِرْبَدًا، فَكَانَ يَعْلِفُهَا عَلَفًا لَا يُسَمِّنُهَا وَلَا يُهْزِلُهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ	260
رَجُلًا اشْتَرَى صَاعًا مِنْ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ فَقَالَ ﷺ أَرْبَيْت هَلَّا بِعْت تَمْرَكَ بِالسِّلْعَةِ ثُمَّ ابْتَعْت بِسِلْعَتِك تَمْرًا	321
رَحِمَ اللَّهُ رَجُلًا سَمْحًا إذَا بَاعَ، وَإِذَا اشْتَرَى، وَإِذَا اقْتَضَى	652
رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ	627
على اليد ما أخذت حتى ترده	744
أنه سئل رسول الله -ﷺ- عن العربان في البيع فأحله	694
عن تلقي الركبان والنهي عن البيع حاضر لباد	290
فَأَخْبِرْهُمْ أَنَّ اللَّهَ قَدْ فَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ	46
فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم	189
فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللَّهَ افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً فِي أَمْوَالِهِمْ تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ وَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ	102
فَإِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ، وَأَعْرَاضَكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا	468
فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا	351
فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا	73
فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين	376
فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ، فَلَمْ يَجِدْ مِنْهُ رِيحَ خَمْرٍ، قَالَ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَزَنَيْتَ؟» فَقَالَ: نَعَمْ، فَأَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ	105
فَمَا لِمَنْ جَاءَ بَعْدَكُمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؟	580-250

فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه، وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام	370-381-379
فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالعُيُونُ أَوْ كَانَ عَثَرِيًّا العُشْرُ، وَمَا سُقِيَ بِالنَّضْحِ نِصْفُ العُشْرِ	258
قَتَلُوه قَتَلَهُمُ اللهُ، ألم يكن شِفاءُ العِيِّ السُّؤالَ	74
قَدْ رَأَيْتُ الَّذِي صَنَعْتُمْ وَلَمْ يَمْنَعْنِي مِنَ الخُرُوجِ إِلَيْكُمْ إِلَّا أَنِّي خَشِيتُ أَنْ تُفْرَضَ عَلَيْكُمْ وَذَلِكَ فِي رَمَضَانَ	297
قَدْ رَأَيْتُ النَّاسَ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ -ﷺ- إِذَا ابْتَاعُوا الطَّعَامَ جِزَافًا، يُضْرَبُونَ فِي أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِمْ، وَذَلِكِ حَتَّى يُؤْوُهُ إِلَى رِحَالِهِمْ	543
قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ	656
كَانَ إِذَا أُتِيَ بِطَعَامٍ، سَأَلَ عَنْهُ، فَإِنْ قِيلَ: هَدِيَّةٌ، أَكَلَ مِنْهَا، وَإِنْ قِيلَ: صَدَقَةٌ، لَمْ يَأْكُلْ مِنْهَا	489
كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ والمؤمنين، كانوا مشركي أهل حرب، يقاتلهم ويقاتلونه، ومشركي أهل عهد، لا يقاتلهم ولا يقاتلونه	85
كَانَ يُضَمِّنُ الْقَصَّارَ وَالصَّوَّاغَ، وَقَالَ: لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إِلَّا ذَلِكَ	744
كَانَتْ قِيمَةُ الدِّيَةِ عَلَى عَهْدِ رسول الله -ﷺ-: ثَمَانَ مِائَةِ دِينَارٍ أَوْ ثَمَانِيَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ، وَدِيَةُ أَهْلِ الْكِتَابِ يَوْمَئِذٍ النِّصْفُ مِنْ دِيَةِ الْمُسْلِمِينَ	434
كل ممَّا يليك	188
كُنَّا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللهِ -ﷺ- نَبْتَاعُ الطَّعَامَ، فَيَبْعَثُ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْتِقَالِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي ابْتَعْنَاهُ فِيهِ، إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ، قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ	544
كُنَّا مُحَاصِرِينَ قَصْرَ خَيْبَرَ، فَرَمَى إِنْسَانٌ بِجِرَابٍ فِيهِ شَحْمٌ، فَنَزَوْتُ لِآخُذَهُ، فَالْتَفَتُّ، فَإِذَا النَّبِيُّ ﷺ، فَاسْتَحْيَيْتُ مِنْهُ	104
كنا نخرج زكاة الفطر صاعا من طعام، أو صاعا من شعير، أو صاعا من تمر، أو صاعا من أقط، أو صاعا من زبيب	257
كيف وقد قيل	381
لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا، وبينكما شيء	435
لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ	459

لا تبيعوا الطعام بالطعام	240
لا تجتمع أمتي على ضلالة	149-636
لَا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللَّهِ بِأَدْنَى الْحِيَلِ	316
لاَ تُزْرِمُوهُ	298
لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو	84
لا تقربها، وفيها شرط لأحد	569-570
لا تكتبوا عني، ومن كتب عني غير القرآن فليمحه	26-155
لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ، وَلاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلاَ تَنَاجَشُوا، وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلاَ تُصَرُّوا الغَنَمَ، وَمَنِ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ	69
لا تنكح المرأة على عمتها وخالتها	184
لا تنكحوا المرأة لجمالها	187
لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ	121
لا ضرر ولا ضرار	54-157-606-249-649
لا هجرة بعد الفتح، ولكن جهاد ونية، وإذا استنفرتم فانفروا	86
لا يبع حاضر لباد	70-248
لاَ يَبْلُغُ العَبْدُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُتَّقِينَ حَتَّى يَدَعَ مَا لاَ بَأْسَ بِهِ حَذَرًا لِمَا بِهِ البَأْسُ	368
لا يبولن أحدكم في الماء الدائم	217
لا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه	260
سَأَلْتُ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ لَا يَجْمَعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ فَأَعْطَانِيهَا	149
لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ تَضْمَنْ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ	592
لاَ يَحِلُّ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلاَّ الوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ	495
لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ	495-680
لَا يَسُمِ الْمُسْلِمُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ	672

لا يصلح الناس إلا ذلك	653
لا يقض القاضي وهو غضبان	264
لاَ يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ	102
لا يمشين أحدكم في نعل واحدة لينعلهما جميعا أو ليحفهما جميعا	187
لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالصلاة هذه الساعة	259
لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ، أَوْ نَظَرْتَ	105
لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم	188
لَوْ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَأَى مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنَعَهُنَّ الْمَسْجِدَ كَمَا مُنِعَتْ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ	90
لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ؟	608-657
لَوْلاَ آخِرُ المُسْلِمِينَ، مَا فَتَحْتُ قَرْيَةً إِلَّا قَسَمْتُهَا بَيْنَ أَهْلِهَا، كَمَا قَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْبَرَ	299
لولا أن أشق على أمتي أو على الناس لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة	259
لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله، لكتبت آية الرجم بيدي	260
ليس على المسلم صدقة في عبده ولا في فرسه	242-242-242
ليس في الحلي زكاة	242
ليس فيما أقل من خمسة أوسق صدقة، ولا في أقل من خمسة من الإبل الذود صدقة، ولا في أقل من خمس أواق من الورق صدقة	258
لَيْسَ مِنْ مَالِكِ مَا كَانَ فِيهِ مَشُوبَةٌ لِغَيْرِكَ	570
مَا أَنْتَ بِمُحَدِّثٍ قَوْمًا حَدِيثًا لَا تَبْلُغُهُ عُقُولُهُمْ، إِلَّا كَانَ لِبَعْضِهِمْ فِتْنَةً	100-128
مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا، لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ	568
مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلًا، ثُمَّ يُمْسِكُونَهَا	490
مَا خُيِّرَ النَّبِيُّ -ﷺ- بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَأْثَمْ	503

ما رآه المسلمون حسنا	127
ما من صاحب ذهب ولا فضة، لا يؤدي منها حقها	242
ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص المال أو هلك لَضَمِنَّاهُ	559-572
فَالْتَفَتُّ، فَإِذَا رَسُولُ اللهِ ﷺ مُتَبَسِّمًا	104
مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا، فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ	543-544
من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر؛ فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع	256
مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ	285
مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ فيه فَهُوَ رَدٌّ	357
من أحيا أرضا ميتة فهي له	301
مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ	121
من أعمر أرضا ليست لأحد فهو أحق	301
مَنْ أَكَلَ مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ، فَلَا يَقْرَبَنَّ مَسْجِدَنَا، وَلَا يُؤْذِيَنَّا بِرِيحِ الثُّومِ	101
مِنَ الْكَبَائِرِ شَتْمُ الرَّجُلِ وَالِدَيْهِ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ، وَهَلْ يَشْتِمُ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ؟ قَالَ: «نَعَمْ يَسُبُّ أَبَا الرَّجُلِ فَيَسُبُّ أَبَاهُ، وَيَسُبُّ أُمَّهُ فَيَسُبُّ أُمَّهُ	298
مَنْ أَمْسَكَ كَلْبًا، فَإِنَّهُ يَنْقُصُ كُلَّ يَوْمٍ مِنْ عَمَلِهِ قِيرَاطٌ	68
من خرج من الطاعة، وفارق الجماعة، ثم مات مات ميتة جاهلية	149
من فارق الجماعة شبرا، فمات، فميتة جاهلية	149
مَنْ هَمَّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا، كُتِبَتْ لَهُ حَسَنَةً	382
مَنْ يَشْتَرِي هَذَيْنِ؟	672
منعت العراق قفيزها ودرهمها، ومنعت الشام مديها ودينارها، ومنعت مصر إردبها ودينارها، ثم عدتم من حيث بدأتم	250
نَادِ فِي النَّاسِ، فَيَأْتُونَ بِفَضْلِ أَزْوَادِهِمْ	261
نَضَّرَ الله امرأ سَمِعَ منَّا حديثًا فحفِظَه حتى يُبَلِّغَهُ،	178
نَضَّرَ الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها	190
نِعْمَتِ الْبِدْعَةُ هَذِهِ	379
نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ	460
أَنَّ رَسُولَ اللهِ -ﷺ- نَهَى عَنِ النَّجْشِ	676

أَنَّ رَسُولَ اللهِ -ﷺ- نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى تُزْهِيَ	608
نهى عن بيع العربان	373
نهى عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ، وَعَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ	720
نهيتكم عن الظروف، وإن الظروف -أو ظرفا- لا يحل شيئا ولا يحرمه، وكل مسكر حرام	259-228
نهيتكم عن زيارة القبور، فزوروها، ونهيتكم عن لحوم الأضاحي فوق ثلاث، فأمسكوا ما بدا لكم، ونهيتكم عن النبيذ إلا في سقاء، فاشربوا في الأسقية كلها، ولا تشربوا مسكرا	259-228
هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ	231
هو لك يا عبد بن زمعة، واحتجبي منه يا سودة	367-360
وددت أن رسول الله ﷺ لم يفارقنا حتى يعهد إلينا عهدا: الجد، والكلالة، وأبواب من أبواب الربا	301
وذكر أنه صحب رسول الله ﷺ فرأى من تيسيره	287
وَزَعَمَ رَسُولُكَ أَنَّ عَلَيْنَا حَجَّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا، قَالَ: صَدَقَ	102
وَكُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا، فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ -ﷺ- أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ	544
وما سكت عنه فهو مما عفا عنه	569-567
وَمَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ، فَذَرْهَا حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا	104
وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ؟ أَصَبْتُمْ، اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ	452
وَيْحَكَ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللهَ وَتُبْ إِلَيْهِ	105
يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ يَدْعُو الرَّجُلُ ابْنَ عَمِّهِ وَقَرِيبَهُ: هَلُمَّ إِلَى الرَّخَاءِ	384
نَهَى رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ، صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي	544
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب	184
نهى رسول الله ﷺ أن يطرق أهله ليلا	187
كَانَ رسولُ اللَّه -ﷺ- يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا	488

ثالثًا: فهرس القواعد الفقهيَّة

القـاعـــدة	رقم الصفحة
اعتبار جهتي الواحد فيقدر اثنين	630
الجهل يقدح	100
الزيادة توجب الرد إلى العادة	19-606-606
العبادة تلزم بالشروع كما تلزم بالنذر	94
العبرة في التعاقد لا بالتقابض	240
الغنم بالغرم	528
القضاء ملزم	196
المكلف لا يجوز له أن يقدم على فعل حتى يعلم حكم الله فيه	100
النسيان في العبادات لا يقدح	100
الوعد غير لازم إلا أن يدخل الموعود في خطر أو يترتب عليه تعليق	593
اليد الواحدة هل تكون قابضة دافعة أو لا	630
تبدل اليد كتبدل الذات	231
تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات	231
كل جهل يمكن المكلف دفعه لا يكون حجة للجاهل	100
كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده	352-456
كل من التزم شيئا أو اعتقده لزمه حكمه	94
كل هبة ونحلة وصدقة غير محرمة فهي كلها من العطايا التي لا يؤخذ عليها عوض ولا تتم إلا بقبض المعطى	495
لا ضرر ولا ضرار	19-270- 695-606
للعبادة بعد التلبس بها من الحرمة ما ليس لها قبله	96
ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال	382
ما خرج من اليد عاد إليها لغو	537
ما قارب الشيء أعطى حكمه	78

ما يجب بخطاب الشرع لا يثبت حكمه في حق المخاطب قبل علمه به	88
من التزم شيئًا فقد لزمه	96
هل الدوام كالابتداء	63
هل ما قارب الشيء له حكمه؟	63

رابعًا: فهرس القواعد الأصوليَّة

القاعـدة	رقم الصفحة
إذا اجتمع خاص وعام يقدم الخاص	569
إِذَا تَعَارَضَ الْخَاصُّ وَالْعَامُّ قُدِّمَ الْخَاصُّ عَلَى الْعَامِّ	194
إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما	686-127
الأحكام الثابتة بالنص لا تتغيَّر بتغيُّر الظروف والزمان والمكان	144
الأصل في الأشياء الإباحة	697
الأصل في العبادات ملازمة أعيانها وترك التعليل	216
الأصل في المعاملات الإباحة	666
الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي	122
الحقيقة تترك بدلالة العادة	123
العادة محكَّمة	503-122
المعروف عرفا كالمشروط شرعا	122
المندوب يجوز تركه ويجوز إتمامه	95
كل شيء سكت عنه الشارع فهو عفو	727
كل مأمور يشق على العباد فعله سقط الأمر به، وكل منهي شق عليهم اجتنابه سقط النهي عنه	74
لا اجتهاد في القطعيات	144
لا اجتهاد في مواطن الإجماع	16-149-146
لا اجتهاد مع النص	143-137-143
لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيُّر قرائن الأحوال	11

ما جاء به القرآن من شرائع، وما نص عليه من فرائض وأحكام، لا حق لأحد في تبديلها أو تعديلها	141
ما لا يعقل معناه تلزم صورته وصفته	216
هل النهي يقتضي الفساد	18-354-354
ويجري مجرى القاعدة الكلية كثرة الجزئيات	157

خامسًا: فهرس القواعد المقاصديَّة

القاعـدة	رقم الصفحة
إذا انضمت إلى قطعية المتن قوةُ ظنية الدلالة تسنّى لنا أخذ مقصد شرعي منه	286
أصل العادات الالتفات إلى المعاني	219
اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم	335-518
الأصل في الأحكام المعقولية	223
الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعاني	219
الأصل في المعاملات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني	578
الحاجة إذا عمت قامت مقام الضرورة الخاصة	724
العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني	459-599
العبرة بالمقاصد والغايات لا بالألفاظ والعبارات	639
العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني	530
المشقة تجلب التيسير	503
المعاملات تُبنى على مقاصد الخلق، لا على صيغ الألفاظ	123
المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات	160-279
تصرُّف الإمام على الرَّعِيَّةِ مَنُوطٌ بالمصلحة	677
تغيُّر الأحكام عند تغيُّر الأسباب ليس خروجًا عن المشهور، بل فيه جريٌ على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتبرة شرعا	404

كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع	484
كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل	275
كل ما انقدح فيه معنى مخيل، مناسب، مطرد، لا يصدمه أصل من أصول الشرع؛ فهو معلل	215
لا بد في فهم الشريعة من اتِّبَاعِ معهود الْأُمِّيِّينَ	129
لا تكليف بما لا يطاق	503
مراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل أبدًا	275
نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه	330
يُقَدَّمُ فِي كُلِّ وِلَايَةٍ مَنْ هُوَ أَقْوَمُ بِصَلَاحِهَا	198

سادسًا: فهرس الموضوعات

إهداء 1
شكر وتقدير 2
مقدمـــــــــة البحث 4
أولًا: أهمية البحث 7
ثانيًا: أسباب اختيار البحث 9
ثالثًا: الدراسات السابقة للبحث 10
رابعًا: إشكالية البحث 13
خامسًا: أهداف البحث 14
سادسًا: منهاج البحث 14
سابعا: خطوات إنجاز البحث 15
ثامنًا: خطة البحث 15
تاسعًا: صعوبات البحث 21
القسم الأول: نظريَّة تغيُّر الأحكام 22
مدخل تمهيدي: نظريَّة تغيُّر الأحكام مقدمة مفهوميَّة ومنهجيَّة 23
أولًا: مدخل مفاهيمي: دراسة حول النظريَّة الفقهيَّة ونظريَّة تغيُّر الأحكام 27
ثانيًا: مدخل منهاجي: دراسة حول مسالك النظر في تغيُّر الأحكام 39
الباب الأول: نظريَّة تغيُّر الأحكام بين الأسباب والشروط والضوابط 51
الفصل الأول: أسباب تغيُّر الأحكام 52
المبحث الأول: اعتبار تغيُّر الزمان والمكان سببًا في تغيُّر الأحكام 57
المطلب الأول: اعتبار تغيُّر الزمان وأثره على تغيُّر الأحكام 57
الفرع الأول: اعتبار تغيُّر الزمان 57
الفرع الثاني: أثر تغيُّر الزمان على تغيُّر الأحكام 58
أولًا: اعتبار فساد الزمان 59
ثانيًا: اعتبار تقادم الزمان 60
ثالثًا: اعتبار الفور والتراخي 61
رابعًا: اعتبار الدوام والابتداء 63
خامسًا: اعتبار التطور والتقدم العلمي 64
أ/ اعتبار التطور 64
ب/ اعتبار التقدم العلمي 65
المطلب الثاني: اعتبار تغيُّر المكان وأثره على تغيُّر الأحكام 69
الفرع الأول: اعتبار تغيُّر المكان 69
الفرع الثاني: أثر تغيُّر المكان على تغيُّر الأحكام 72

أولًا: حرمة المكان وقداسته..... 73
ثانيًا: اعتبار حالة البرد والحرّ على تغيُّر الأحكام..... 74
ثالثًا: أثر اعتبار نظريَّة الجائحة على تغيُّر الأحكام..... 77
رابعًا: أثر اعتبار القرب والبعد المكانيين على تغيُّر الأحكام..... 78
خامسًا: أثر اختلاف مطالع البلدان على تغيُّر الأحكام..... 79
سادسًا: أثر اختلال حالة السِّلْم على تغيُّر الأحكام..... 80
أ/ أثر اعتبار الخوف على تغيُّر الأحكام..... 80
ب/ أثر اعتبار حالة الحرب على تغيُّر الأحكام..... 82
سابعًا: أثر اعتبار اختلاف الدار على تغيُّر الأحكام..... 85

المبحث الثاني: اعتبار أحوال المكلفين وأعرافهم في تغيُّر الأحكام..... 90
المطلب الأول: اعتبار أحوال المكلفين وأثرها على تغيُّر الأحكام..... 90
الفرع الأول: اعتبار أحوال المكلفين..... 92
أولًا: اعتبار أحوال المكلفين في ضوء عوارض الأهلية..... 92
ثانيًا: اعتبار حال المكلف في ضوء العوارض المختلفة..... 94
أ/ اعتبار حال المكلف في تمكُّنه من التَّدين..... 94
ب/ اعتبار القدرة العلميَّة للمكلف..... 99
ج/ اعتبار الأحوال النفسيَّة للمكلف..... 101
د/ اعتبار الأحوال الاقتصاديَّة للمكلف..... 102
ثالثًا: طرق الكشف عن أحوال المكلفين..... 103
أ/ التوسل بالقرائن الظاهرة..... 104
ب/ استنطاق المكلف واستجوابه..... 105
ج/ الاستعانة بالخبراء..... 106
الفرع الثاني: أثر اعتبار الأحوال على تغيُّر الأحكام..... 107
أولًا: اعتبار المشقة من حيث كونها جالبة للتَّرخص..... 107
أ/ إلزاميَّة حصول المشقة خارج المعتاد..... 107
ب/ مراعاة المشقات الميسرات..... 109
ج/ شروط اعتبار المشقة ترفع الحرج عند التنزيل..... 112
ثانيًا: اعتبار عموم البلوى..... 113
المطلب الثاني: اعتبار العرف والعادة وعلاقتهما بتغيُّر الأحكام..... 116
الفرع الأول: اعتبار العرف والعادة..... 117
أولًا: المراد بالعرف والعادة والعلاقة بينهما..... 117
أ/ المراد بالعرف والعادة..... 117
ب/ العلاقة بين العرف والعادة..... 120
ثانيًا: أدلة العرف وأقسامه، ومدى اعتباره في ضوء البحث الاجتماعي..... 120
أ/ الأدلة على اعتبار العرف وأقسامه..... 120
ب/ اعتبار العرف والعادة في ضوء البحث الاجتماعي..... 124

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف والعادة وأثرهما على تغيُّر الأحكام 125
أولًا: شروط اعتبار العرف والعادة..... 125
ثانيًا: أثر العرف والعادة على تغيُّر الأحكام..... 129
الفصل الثاني: شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام وضوابطها..... 135
المبحث الأول: شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام..... 137
المطلب الأول: شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام في سياق سلطة النص..... 137
الفرع الأول: ألا يكون المجتهَد فيه معلومًا من الدين بالضرورة..... 138
الفرع الثاني: مراعاة قاعدة لا اجتهاد مع النص 143
المطلب الثاني: شروط نظريَّة تغيُّر الأحكام في سياق سلطة الإجماع..... 146
الفرع الأول: مراعاة قاعدة لا اجتهاد في مواطن الإجماع في سياق الحجيَّة..... 146
أولًا: المراد بالإجماع..... 146
ثانيًا: حجيَّة الإجماع..... 147
أ/ حجيَّة الإجماع في القرآن..... 148
ب/ حجيّة الإجماع في السنة..... 149
الفرع الثاني: مراعاة قاعدة لا اجتهاد في مواطن الإجماع في سياق المكانة..... 149
المبحث الثاني: ضوابط نظريَّة تغيُّر الأحكام 155
المطلب الأول: ضابط اعتبار النظر الكلي والجزئي لنظريَّة تغيُّر الأحكام..... 155
الفرع الأول: الدليل الشرعي بين النظر الكلي والجزئي..... 156
أولًا: معرفة تلازمية الكليات والجزئيات معا 156
أ/ الكليات النصية..... 156
ب/ الكليات المعنوية..... 157
ج/ الكليَّات المنهاجيَّة..... 158
ثانيًا: فهمُ الجزئيات والكليات وتنزيلُها في ضوء النظر المقاصدي 159
أ/ إعمال المقاصد وتفعيلها في ضوء استجماع الأدلة بعضِها إلى بعض..... 161
ب/ إجراء الأدلة وتنزيلها في اعتبار مقاصدها 162
ثالثًا: إخضاع الأدلة الجزئية لرقابة الأدلة الكلية..... 162
أ/ إشكالية الدليل الظني بين الإعمال والإهمال..... 162
ب/ المنهاج المتبع في أخذ الدليل للدلالة على الحكم..... 164
- مسلك الافتقار والتَفَكُّر والاعتبار 164
- مسلك الاستظهار والانتحال..... 164
رابعًا: الجمع بين الدليل الكلي والدليل الجزئي..... 165
الفرع الثاني: تلازمية النظر الكلي والجزئي في الحكم التكليفي 169
أولًا: تغيُّر حكم الإباحة باعتبار الكليَّة والجزئية 170
ثانيًا: تنزيل الكلية من كليات الشرعية مكان أخرى..... 172
ثالثًا: الدليل الكلي والجزئي في ضوء اعتبار الواجب الكفائي 174

المطلب الثاني: ضابط اعتبار التصرفات النبوية لنظريَّة تغيُّر الأحكام 178
الفرع الأول: التصرفات النبويَّة بين الأهمية ودواعي التنزيل 178
أولًا: أهمية التصرفات النبوية 179
ثانيًا: دواعي التنزيل في الواقع 182
الفرع الثاني: أنواع التصرفات..... 184
أولًا: التصرفات في ضوء مقام الارشاد والتأديب 186
ثانيًا: التصرفات في ضوء مقامي التبليغ والفتيا..... 190
أ/ التصرف من مقام التبليغ 190
ب/ التصرف من مقام الفتيا..... 191
ثالثًا: التصرفات في ضوء مقام الحكم والقضاء والإمامة 193
أ/ التصرف من مقام الحكم..... 193
ب/ التصرف من مقام القضاء 195
ج/ التصرف من مقام الإمامة..... 197
الباب الثاني: أركان نظريَّة تغيُّر الأحكام 201
الفصل الأول: الأركان الأصليَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام 202
المبحث الأول: مبدأي التعليل وتحقيق المناط: دراسة في سياق ركنيَّة تغيُّر الأحكام 204
المطلب الأول: مبدأ التعليل: ركن في تغيُّر الأحكام 204
الفرع الأول: إشكاليَّة المنهاج في تعليل الأحكام 204
أولًا: نظرة في تعليل المتكلمين 204
ثانيًا: مسلك المانعين من التعليل 206
ثالثًا: حكاية الإجماع على القول بالتعليل 207
رابعًا: سبب الخلاف..... 209
الفرع الثاني: ميزان التعليل في الأحكام الشرعية..... 215
أولًا: ما جرى فيه التعليل 215
ثانيًا: تعليل الأحكام إلى أقصاه..... 217
ثالثًا: أنواع التعليل في الأحكام الشرعية..... 219
رابعًا: تمييز الأحكام المعللة وغير المعللة 224
خامسًا: أثر العلة في إنتاج الأحكام 227
المطلب الثاني: مبدأ تحقيق المناط: ركن في نظريَّة تغيُّر الأحكام 232
الفرع الأول: تحقيق المناط "تعريفه وأهميَّته وأقسامه"..... 232
أولًا: تعريف تحقيق المناط وأهميَّته 232
أ/ تعريف تحقيق المناط..... 232
ب/ أهميَّة تحقيق المناط..... 236
ثانيًا: أقسام تحقيق المناط..... 239
أ/ باعتبار أنواعه 239

ب/ باعتبار وضوحه وخفائه 240
ج/ باعتبار مراتبه 243
د/ تحقيق المناط المصطلحي 245
الفرع الثاني: مسالك تحقيق المناط 247
أولًا: مسالك نقليَّة 247
أ/ الكتاب 247
ب/ السنة 248
ج/ الإجماع 249
د/ تحقيق المناط باجتهاد الصحابي 250
ثانيًا: مسالك عقلية 251
أ/ اللغة 251
ب/ الحس 254
ج/ الطبيعة 255
د/ العرف 255
هـ/ العقل 256
و/ القياس 257
ز/ العدد 258

المبحث الثاني: مبدأ اعتبار الحِكم والمقاصد 259
المطلب الأول: اعتبار الحِكَم في تعليل الأحكام 261
الفرع الأول: الحكمة بين الاعتبار والإهمال 261
أولًا: معنى الحكمة 261
ثانيًا: الخلاف الأصولي في التعليل بالحكمة 266
ثالثًا: ضابط اعتبار التعليل بالحكمة 272
الفرع الثاني: الأثر المترتب على التعليل بالحكمة 273
المطلب الثاني: مراعاة النظر المقاصدي وتفعيله في الفهم والتنزيل 276
الفرع الأول: مقاصد الشريعة بين الاعتبار وضوابط الإعمال 277
أولًا: اعتبار مقاصد الشريعة في تعليل الأحكام 277
ثانيًا: ضوابط إعمال المقاصد وتفعيلها 280
الفرع الثاني: إثبات المقاصد والتعليل بها 281
أولًا: طرق إثبات المقاصد 281
ثانيًا: التعليل بالمقاصد 288
الفصل الثاني: الأركان التبعيَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام 291

المبحث الأول: مبدأ اعتبار المآل في سياق الركنيَّة لنظريَّة تغيُّر الأحكام 293
المطلب الأول: مبدأ اعتبار المآل؛ حقيقته والاعتبار المؤطر له وعلاقته بتغيُّر الأحكام 293

الفرع الأول: مبدأ اعتبار المآل تعريفه وأهميته..... 293
أولًا: تعريف مبدأ اعتبار المآل 293
ثانيًا: أهميَّة مبدأ اعتبار المآل..... 294
ثالثًا: أدلة مبدأ اعتبار المآل 296
الفرع الثاني: علاقة مبدأ اعتبار المآل بتغيُّر الأحكام..... 300
الفرع الثالث: اعتبار سدّ الذرائع وعلاقته المؤطرة للمآل 303
أولًا: اعتبار سد الذرائع..... 303
ثانيًا: العلاقة بين سد الذرائع واعتبار المآل..... 308
المطلب الثاني: الاعتبارات الخادمة لمبدأ اعتبار المآل..... 311
الفرع الأول: اعتبار الحيل وعلاقته الخادمة للمآل..... 311
أولًا: اعتبار الحيل الخادمة للمآل..... 311
ثانيًا: علاقة الحيل باعتبار المآل..... 315
الفرع الثاني: الاستحسان وعلاقته بتغيُّر الأحكام 321
أولًا: الاستحسان تعريفه وأقسامه..... 324
أ/ تعريف الاستحسان..... 324
ب/ أقسام الاستحسان..... 326
أ/ الاستحسان بالنص 327
ب/ الاستحسان بالإجماع..... 327
ج/ الاستحسان بالضرورة والحاجة..... 328
د/ الاستحسان بالقياس الخفيّ 329
هـ/ الاستحسان بالعرف 330
و/ الاستحسان بالمصلحة المرسلة..... 331
ثانيًا: علاقة الاستحسان بتغيُّر الأحكام..... 332
الفرع الثالث: اعتبار المستقبليات في خدمة مبدأ اعتبار المآل، وأثرها على تغيُّر الأحكام..... 336
أولًا: حقيقة المستقبليات ومنهجيَّة النظر في المستقبل 337
أ/ حقيقة المستقبليات..... 337
ب/ منهجيَّة النظر في المستقبل..... 340
ثانيًا: أثر اعتبار المستقبليات على تغيُّر الأحكام 344

المبحث الثاني: ركنيَّة مبدأ اعتبار التصحيح في تغيُّر الأحكام دراسة لإعمال الأدلة في سياق البدلية 349
المطلب الأول: مبدأ التصحيح وقاعدته الأصليَّة 349
الفرع الأول: مبدأ التصحيح المراد والحجية 349
أولًا: المراد بمبدأ التصحيح..... 349
ثانيًا: حجية مبدأ التصحيح..... 351

الفرع الثاني: القواعد الأصلية لمبدأ التصحيح وعلاقته بتغيُّر الأحكام..... 354
أولًا: قاعدة هل النهي يقتضي الفساد 354
ثانيًا: مراعاة الخلاف..... 358
أ/ حقيقة مراعاة الخلاف 359
ب/ ضابط مراعاة الخلاف..... 362
ج/ موضع مراعاة الخلاف 363
ثالثًا: علاقة مراعاة الخلاف بتغيُّر الأحكام..... 363
المطلب الثاني: القواعد التبعيَّة لمبدأ التصحيح وعلاقتها بتغيُّر الأحكام..... 367
الفرع الأول: أصل الخروج من الخلاف وعلاقته بتغيُّر الأحكام..... 367
أولا: الخروج من الخلاف..... 367
أ/ المراد بأصل الخروج من الخلاف..... 367
ب/ مناط الخروج من الخلاف..... 370
ج/ أقسام الخروج الخلاف 371
د/ شروط الخروج من الخلاف 374
ثانيًا الفرق بين مراعاة الخلاف والخروج من الخلاف: 377
ثالثًا: علاقة الخروج من الخلاف بتغيُّر الأحكام 378
أ/ إشكالات حول الخروج من الخلاف 378
ب/ الاحتياط المعتبر للخروج من الخلاف 381
الفرع الثاني: أصل اعتبار عمل أهل المدينة وأثره في تغيُّر الأحكام..... 383
أولًا: أصل اعتبار عمل أهل المدينة: حجيَّته وأقسامه 383
أ/ أصل اعتبار عمل أهل المدينة والاستدلال عليه 383
ب/ أقسام عمل أهل المدينة 387
ثانيًا: حقيقة عمل أهل المدينة عند الإمام مالك..... 390
ثالثًا: أثر عمل أهل المدينة في تغيُّر الأحكام..... 393
الفرع الثالث: اعتبار ما جرى به العمل، وآثره على تغيُّر الأحكام 395
أولًا: المراد باعتبار أصل ما جرى به العمل وشروط اعتباره 395
أ/ المراد باعتبار أصل ما جرى به العمل..... 395
ب/ شروط اعتبار ما جرى به العمل..... 396
ثانيًا: الترجيح بما جرى به العمل..... 399
ثالثًا: أثر ما جرى به العمل في تغيُّر الأحكام..... 403
القسم الثاني: دراسة تطبيقية لنظريَّة تغيُّر الأحكام في المعاملات الماليَّة المعاصرة 406
الباب الأول: دراسة تطبيقية للعملات المشفرة والصكوك الإسلامية على نظرية تغيُّر الأحكام 407
الفصل الأول: دراسة تطبيقية للعملات المشفرة وفق نظرية تغيُّر الأحكام..... 408

المبحث الأول: العملات المشفرة بين تحقيق المناط والتكييف الفقهي..... 410
المطلب الأول: العملات المشفرة وتحقيق مناطها..... 410
الفرع الأول: تأريخ العقود الذكيَّة..... 410
الفرع الثاني: ماهية العملات المشفرة وتعدينها 413
أولًا: تعريف العملات..... 413
ثانيًا: التعريف المركب للعملات المشفرة 416
ثالثًا: نماذج من العملات المشفرة..... 417
رابعًا: تأريخ العملات المشفرة..... 418
خامسًا: تصوير عملية التعدين (التنقيب) عن البتكوين: 423
الفرع الثالث: طبيعة تداول العملات المشفرة 426
أولًا: عوامل القوة 426
ثانيًا: عوامل الضعف..... 426
أ/ مخاطر اقتصادية وقانونية..... 427
ب/ المخاطر التقنية..... 429
ثالثًا: طبيعة المحفظات الإلكترونية..... 431
أ/ تكييف المحفظات الإلكترونية 431
ب/ شكل المحفظات الإلكترونية: 433
أ/ المحفظة العامة..... 433
ب/ المحفظة الخاصة..... 434
الفرع الرابع: التداول والاعتراف الحكومي بالعملات المشفرة 434
أولًا: الإشكال المشترك بين العملات أثناء التداول..... 434
أ/ تداول العملات في الشريعة الإسلامية..... 434
ب/ إشكاليَّة الاضطراب وعدم الاستقرار 436
ثانيًا: الاعتراف الحكومي وأثره على العملة المشفرة..... 438
أ/ الضمان في العملات المشفرة..... 439
ب/ الاعتراف الحكومي بالعملة المشفرة..... 439
ج/ أثر الاعتراف الحكومي على العملة المشفرة 442
الفرع الرابع: تحقيق مناط العملات المشفرة 444
أولا: تحقيق المناط بالإصدار الحكومي 445
ثانيا: تحقيق المناط بالرواج..... 446
ثالثًا: تحقيق المناط بالشكل الفيزيائي للعملة..... 448
المطلب الثاني: التكييف الفقهي للعملات المشفرة وعملية تعدينها..... 449
الفرع الأول: التكييف الفقهي لعملية التعدين..... 449
أولًا: تعريف الجعالة 450
ثانيًا: مشروعية عقد الجعالة على المجهول..... 451
ثالثًا: مخاطر الشروع في عقد التعدين على جعالة..... 455

رابعًا: ضوابط تخريج عقد الجعالة على عملية التعدين 456
الفرع الثاني: التكييف الشرعي للعملات المشفرة..... 457

المبحث الثاني: اعتبار العلل المالية وأثرها في تغيَّر حكم تداول العملات المشفرة..... 461
المطلب الأول: اعتبار العلل والمقاصد في ماليَّة العملات المشفرة 461
الفرع الأول: جريان الربا في العملات المشفرة: 461
الفرع الثاني: مركزيَّة علة الرواج في العملات المشفرة 474
الفرع الثالث: اعتبار الأوصاف المآلية في تداول العملات المشفرة 477
أولًا: الغرر في العملات المشفرة..... 478
ثانيًا: علة النهي عن بيع الغرر 479
المطلب الثاني: أثر العلل والأوصاف والمقاصد في تغيَّر حكم تداول العملات المشفرة 482
الفرع الأول: ما يجوز وما لا يجوز اعتبار الغرر والجهالة فيه 482
أولًا: مذهب الجمهور..... 482
ثانيًا: مذهب المالكية..... 483
ثالثًا: مذهب الشافعية 486
الفرع الثاني: حكم هبة العملات المشفرة..... 487
أولًا: الهبة بلا ثواب 487
ثانيًا: هبة الثواب..... 492
الفرع الثالث: حكم جهالة العوض في الخلع على العملات المشفرة 496
الفرع الرابع: حكم نقوط الأفراح بالعملات المشفرة..... 498
أولا: تعريف النقوط لغةً واصطلاحًا 499
ثانيًا: حكم النقوط 499
الفرع الخامس: حكم الوصيَّة بالعملات المشفرة 504
الفرع السادس: حكم الإقرار بالعملات المشفرة..... 506
الفرع السابع: التعامل مع غير المسلمين بالبتكوين وأخواتها..... 514
الفرع الثامن: إعمال مقصد توسيع الموارد المالية في التبرعات 516
الفصل الثاني: دراسة تطبيقيَّة للصكوك الإسلامية وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام 522
المبحث الأول: دراسة تطبيقيَّة لتغيُّر الأحكام في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك 529
المطلب الأول: إشكاليَّة تغيُّر الأحكام في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك..... 529
الفرع الأول: الإشكالات الفنية في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك..... 529
أولًا: شراء صكوك الإجارة بعد انتهاء العقد..... 530
ثانيًا: ارتفاع الأجرة عن القيمة السوقية وأثرها في تغيُّر الأحكام..... 534
ثالثًا: تضمن صكوك الإجارة للبيع الصوري وأثره في تغيُّر الأحكام..... 536
رابعًا: أثر تحقق القبض الحقيقي والحكمي في تغيُّر الأحكام..... 541
خامسًا: إشكالية تحقيق مناط صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك 545

الفرع الثاني: إشكاليَّة الضمان في صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك 547
أولًا: ضمان مدير الصكوك بموجب دراسة الجدوى 548
أ/ يد مدير الصكوك وأثرها في الضمان 548
ب/ أسباب منع الضمان بدراسة الجدوى..... 551
ثانيًا: ضمان مدير الصكوك بالتهمة والقصد 555
أ/ التهمة وأثرها في تغيُّر حكم الضمان 556
ب/ أثر النيَّة في تغيُّر حكم الضمان 559
ثالثًا: ضمان الطرف الثالث 560
رابعًا: استرداد الصكوك 561
أ/ التعهد باسترداد الصكوك..... 562
ب/ التعهد باسترداد الصكوك بالقيمة الاسميَّة..... 563
المطلب الثاني: دراسة لنموذج صكوك الإجارة المنتهية بالتمليك..... 575
الفرع الأول: محددات الإصدار كما جاء في النشرة..... 575
الفرع الثاني: إشكاليات تغيُّر الحكم في صكوك التأجير الحكومية في البحرين ... 577
أولًا: صوريَّة العقد وتفريغه من محتواه..... 577
ثانيًا: تغيُّر المقصد موجب لتغيُّر الحكم..... 578
الفرع الثالث: إشكالية وضع اليد على الممتلكات السيادية للدولة..... 579
أولا: دليل ما جرى به العمل القضائي في البحرين..... 579
ثانيًا: التعليل بالمصلحة العامة 580

المبحث الثاني: صكوك المرابحة للآمر بالشراء وإشكاليَّة تغيُّر الأحكام..... 581
المطلب الأول: صكوك المرابحة للآمر بالشراء دراسة تطبيقيَّة 581
الفرع الأول: صكوك المرابحة دراسة في التصور..... 581
أولًا: المرابحة تعريفها وصورها..... 581
أ/ المرابحة لغة واصطلاحا: 581
ب/ صور المرابحة..... 582
ثانيًا: المراد بصكوك المرابحة..... 585
ثالثًا: أطراف صكوك المرابحة 585
للصكوك المراباحة أطراف عديدة تتمثل في الآتي 585
الفرع الثاني: نموذج صكوك المرابحة للآمر بالشراء السيادية بالأردن..... 586
أولًا: وصف الصكوك..... 586
ثانيًا: بيان طبيعة المحل الذي تمثله الصكوك 586
ثالثًا: محددات الاصدار..... 587
المطلب الثاني: إشكاليات تغيُّر حكم صكوك المرابحة للآمر بالشراء 588
الفرع الأول: الوعد وإشكالية الإلزام في المرابحة..... 588
أولًا: المراد بالوعد الملزم..... 588
ثانيا: حكم الوفاء بالوعد..... 591

ثالثًا: الاختلاف في الإلزام 592
رابعًا: إشكالية الوعد الملزم في المرابحة 594
الفرع الثاني: تغيُّر حكم صكوك المرابحة بتغيُّر المآل والمقصد 596
أولًا: أثر مآل التواعد والتعاقد بين الطرفين في تغيُّر حكم صكوك المرابحة.. 596
ثانيًا: أثر المقصد في تغيُّر حكم صكوك المرابحة 599
أ/ ضمان العائد ضمانا تاما 600
ب/ التعهدات المتخذة لحماية مالكي الصكوك 602
الفرع الثالث: اعتبار نظريَّة الطوارئ في تغيُّر حكم الصكوك 604
أولا: مواجهة الحالات الطارئة 604
أ/ التخريج على رفع مشقة المشاركة 605
ب/ إعمال قاعدة الزيادة توجب الرد إلى العادة 606
ج/ قاعدة: لا ضرر ولا ضرار 606
ثانيًا: إعمال مقام الولاية واعتباره في تغيُّر أحكام الصكوك 607
أ/ ثبوتية حق الفسخ للحاكم والقاضي 607
ب/ الفسخ بسبب عذر 608
ج/ تصحيح العقود وتعديل الالتزامات الماليَّة 609
ثالثًا: ضمان المصدِّر لشركة التأمين وأثره في تغيُّر حكم صكوك 611
أ/ التأمين التعاوني 612
ب/ أسباب التأمين التعاوني 614
ج/ الغاية من التأمين 614
الباب الثاني: عقود الالتزامات الإداريَّة: دراسة تطبيقيَّة على نظريَّة تغيُّر الأحكام 617
الفصل الأول: تطبيقات عقود المقاولة والاستصناع والمزايدة والمناقصة على نظريَّة تغيُّر الأحكام 618
المبحث الأول: دراسة تطبيقيَّة لعقود المقاولة والاستصناع وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام 619
المطلب الأول: عقد المقاولة وعقد الاستصناع 619
الفرع الأول: عقد المقاولة 619
أولا: تعريف المقاولة لغة واصطلاحًا 620
ثانيًا: الفرق بين المقاولة الاستصناع 620
الفرع الثاني: تعريف عقد الاستصناع وحكمه 623
أولًا: تعريف عقد الاستصناع 623
ثانيًا: أركان عقد الاستصناع 625
الفرع الثالث: حكم الاستصناع والاستصناع الموازي 635
أولًا: حكم الاستصناع 635
ثانيًا: الاستصناع الموازي 643
المطلب الثاني: عقد الاستصناع بين شروط الاعتبار واللُّزوم وترتب الأثار 644

الفرع الأول: شروط عقد الاستصناع..... 644
الفرع الثاني: التعويض عن الضرر في عقد الاستصناع..... 648
أولًا: الشرط الجزائي..... 648
ثانيًا: تضمين الصناع..... 652
الفرع الثالث: اللُّزوم في عقد الاستصناع وأثره في الحركة الإنتاجية والتمويليَّة.. 654
أولًا: ثبوت الخيار في عقد الاستصناع..... 654
ثانيًا: أثر الظروف الطارئة على عقد الاستصناع 656
ثالثًا: أثر الاستصناع في الحركة الإنتاجية والتمويليَّة 660

المبحث الثاني: دراسة تطبيقية لعقود التوريد والمزايدة والمناقصة وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام 663
المطلب الأول: تحقيق مناط عقود التوريد والمزايدة والمناقصة 663
الفرع الأول: تحقيق مناط عقد التوريد 663
أولًا: تعريف عقد التوريد..... 663
ثانيًا: الغرض من عقد التوريد 665
ثالثًا: مناط تغيُّر الحكم الشرعي في عقد التوريد..... 666
الفرع الثاني: تحقيق مناط عقد المزايدة..... 669
أولًا: تعريف المزايدة..... 669
ثانيًا: حكم بيع المزايدة وصوره..... 671
ثالثًا: مناط تغيُّر الحكم الشرعي في بيع المزايدة..... 674
رابعًا: مخاطر بيع المزايدة..... 676
خامسًا: التسعير وعلاقته بالمزايدة..... 677
أ/ تعريف التسعير في اللُّغة والاصطلاح..... 677
ب/ اختلف الفقهاء في حكم التسعير 679
ج/ علاقة التسعير بالمزايدة..... 686
الفرع الثالث: تحقيق مناط عقد المناقصة..... 686
أولا: تعريف المناقصة 686
ثانيًا: حكم بيع المناقصة..... 687
ثالثًا: بيع العربون وعلاقته بعقود المناقصات..... 688
أ/ تعريف بيع العربون 689
ب/ آراء الفقهاء في حكم بيع العربون..... 691
المطلب الثاني: نماذج تطبيقيَّة لعقود التوريد والمزايدة والمناقصة على نظريَّة تغيُّر الأحكام..... 699
الفرع الأول: تطبيقات المزاد العلني..... 699
أولًا: نموذج تطبيقي على المزاد العلني المعمول به بجمارك دبي..... 699
ثانيًا: نموذج تطبيقي على المزاد العلني الصادر عن أمانة جدة..... 699

الفرع الثاني: تطبيقات على عقود المناقصات..... 700
أولًا: نموذج تطبيقي على المناقصة العامة لجامعة تعز 700
ثانيًا: نموذج تطبيقي على المناقصة العامة لجامعة قطر 701
ثالثًا: نموذج تطبيقي على المناقصة العامة للصندوق الاجتماعي للتنمية بتعز 701
الفرع الثالث: أثر التدابير الاحترازية لمنع تفشي الفيروس التاجي (كوفيد 19) على عقد التوريد..... 702
الفصل الثاني: دراسة تطبيقيَّة لعقود البناء والتشغيل وإعادة التمليك (B.O.T) والصيانة وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام..... 703
المبحث الأول: عقد البناء والتشغيل وإعادة التمليك (B.O.T): دراسة في تغيُّر حكمه الشرعي 704
المطلب الأول: تحقيق مناط عقد البوت..... 704
الفرع الأول: حقيقة عقد البوت..... 705
أولًا: تعريف عقد البوت..... 705
ثانيًا: تسمية عقد البوت بهذا الاسم..... 707
ثالثًا: أطراف عقد البوت 709
رابعًا: اعتبار جهة مستخدمين المشروع 712
الفرع الثاني: عقد البوت بين التخريج والتكييف 713
أولًا: التخريج الفقهي على المذهب المالكي 713
ثانيًا: التكييف الفقهي لعقد البوت..... 714
المطلب الثاني: حكم عقد البوت وإشكالات ومبادئ تغيُّره..... 717
الفرع الأول: إشكالات تغيُّر حكم عقد البوت..... 717
أ/ إشكاليَّة المدة 717
ب/ إشكالية اعتبار ثمن الاستصناع منفعة المستصنَع 719
الفرع الثاني: مبادئ تغيُّر الحكم الشرعي في عقد البوت..... 724
أولًا: مبدأ مسيس الحاجة إلى التعامل بعقد البوت..... 724
ثانيًا: مبدأ التسعير 725
ثالثًا: مبدأ التصحيح..... 726
رابعًا: مبدأ حسن النية 726
المبحث الثاني: دراسة تطبيقيَّة عقد الصيانة وفق نظريَّة تغيُّر الأحكام 729
المطلب الأول: ماهية عقد الصيانة 729
الفرع الأول: تعريف عقد الصيانة وأسبابه وشروطه 729
أولًا: تعريف عقد الصيانة..... 729
ثانيا: أسباب الصيانة ومظاهرها..... 731
ثالثًا: شروط عقد الصيانة 733

الفرع الثاني: أقسام الصيانة 734
أولًا: الصيانة من حيث تعلقها بالمنفعة أو بالعين 734
أ/ الصيانة التشغيلية 734
ب/ الصيانة الهيكلية 735
ثانيًا: صيانة العين المؤجرة من حيث التقييد والإطلاق 736
أ/ الصيانة المشروطة 736
ب/ الصيانة المطلقة عن الشروط 737
المطلب الثاني: تكييف عقد الصيانة وتطبيقاته على نظريَّة تغيُّر الأحكام 740
الفرع الأول: تكييف عقد الصيانة 740
أولًا: تكييف عقد الصيانة على أنه عقد مع أجير مشترك 741
أ/ المراد بالأجير المشترك 741
ب/ الفرق بين الأجير المشترك والأجير الخاص 741
ج/ ضمان الأجير المشترك 742
ثانيًا: تكييف عقد الصيانة على عقد جعالة 745
الفرع الثاني: مناط تغيُّر الأحكام في عقد الصيانة 746
أولًا: تدخل العرف في ضبط مقدار أعمال الصيانة 746
ثانيًا: تغيُّر حكم الصيانة لتدخل ظروف وأحوال وحوادث طارئة وأسباب قاهرة 748

خاتمـــة البحث 753

أولا: نتائج البحث 754
ثانيًا: الآفاق المستقبليَّة للبحث 758

ملحقات الوثائق والنماذج التطبيقيَّة 759

أولاً: ملحق الصكوك الإسلامية 760

ثانيًا: ملحق عقود المزايدة والمناقصة 772

ثالثاً: ملحق عقود المقاولة والاستصناع والاستصناع الموازي 781

رابعاً: ملحق عقد التوريد 791

خامسًا: ملحق عقود البوت (B.O.T) 796

سادسًا: ملحق عقود الصيانة 808

قائمة المصـادر والمراجع 812
أولًا: كتب التراث الإسلامي:..... 813
ثانيًا: المجـلات:..... 872
ثالثًا: المصادر القانونية والتعميمات واللوائح التنظيمية:..... 875
رابعًا: المقالات الإلكترونية: 878
خامسًا: المراجع الأجنبية:..... 881

فهـارس البحث..... 882
أولًا: فهرس الآيات القرآنية..... 883
ثانيًا: فهرس النصوص الحديثية 890
ثالثًا: فهرس القواعد الفقهيَّة 900
رابعًا: فهرس القواعد الأصوليَّة..... 901
خامسًا: فهرس القواعد المقاصديَّة 902
سادسًا: فهرس الموضوعات 904

****