الدكتور
محمد فتحي الدريني
أستاذ في كلية الشريعة
جامعة دمشق

الفقه الإسلامي المقارن

مع المذاهب

الطبعة السادسة

حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق

منشورات جامعة دمشق

١٤١٩ - ١٤٢٠ هـ
١٩٩٨ - ١٩٩٩ م

الدكتور
محمد فتحي الدريني
أستاذ في كلية الشريعة
جامعة دمشق

الفقه الإسلامي المقارن
مع المذاهب

مزيدة ومنقحة

حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة لجامعة دمشق

منشورات جامعة دمشق

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة المؤلف

ـ يتجه البحث العلمي الجاد في الجامعات ، بخاصة ، ومراكز العلم في العالم المتحضر من حولنا ، بعامة ، ولاسيما في العلوم النظرية ـ ومنها التشريع الذي يعتبر بحق أعظم سمة من سمات الحضارة[1] ـ الى الدراسة المقارنة ، انتفاعا بالثمرات المبتكرة للفكر الانساني في الاجتهاد في التحليل ، والتعليل ، والتفريع ، والتأصيل ، متأثرا بالتقدم العلمي والحضاري في جميع نواحي الثقافة والفكر .

ـ والحق ، أن للفقه المقارن مفهوما عالميا تعقد من أجله المؤتمرات الدولية[2] بين الآونة والاخرى في عصرنا هذا ، قوام البحث فيه ، النظريات العامة ، والاصول الكبرى ، باعتبارها مباني العدل وموجهاته في كل تشريع .

غير أن البحث المقارن في المسائل والفروع ـ على الرغم من فوائده الجمة ـ لا يرتقي ـ فيما نرى ـ الى هذا المستوى ، اذ لا يتوخى منه تحديد معالم الحق ومباني العدل في التشريع كله .

ـ فالجدوى من المقارنة التي تثري الفكر الانساني ، انما تجتنى من تلك التي تعقد بين النظريات العامة لمفهوم الحق بوجه عام مثلا ، أو بين الاصول الكبرى التي تعكس لنا مباني العدل في التشريع .

ـ وهذا هو مدار الصراع بين التشريعات بل بين السياسات في العالم كله في عصرنا الحاضر ، لما تتباين هذه التشريعات فيه تباينا شاسعا .

ـ وفي يقيني ، أن ما ينطوي على التشريع الاسلامي من خصائص ومميزات ، وأصول ومعايير للحق ، ومقاصد تشريعية عامة مرسومة تتجه اليها أحكامه جملة ، أصولاً وفروعاً ، لا يتاح لها الظهور على وجه علمي محرّر ، وعلى الصعيد العالمي ، الا بهذا النوع من البحث الجاد المتعمق والمقارن بما عند أعظم الامم حضارة من تشريعات ، مما يقيم الدليل العلمي البيّن على سماوية هذا التشريع الخالد .

---

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

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

ـ وهذا ـ فيما نرى ـ أنجع سبيل لأداء الرسالة ، والدعوة الى تشريع الله، بالعلـم والحكمـة .

ـ نعم ! طبيعة البحث المقارن في الفروع تقتضي ردّ كلّ فرع الى دليله وأصله ، وذلك عند التعليل ، والتوجيه والمناقشة ، ثم الموازنة والترجيح ، لكـن ذلك يقصد تبعا لا أصالة ، وفي حدود هذه المسائل المقررة ، أو المعروضة .

ـ على ان الضرورة قائمة للبحث في الفقه الاسلامي بجميع اتجاهاته بحثا مقـارناً

ـ ومما يؤكد هذه الضرورة ، أن الشريعة الاسلامية ـ كتابا وسنة ـ نصوص مقدسة ، لا يسع اتجاها معينا من الاجتهاد في فهمها وفقهها ، أن يجلّي كلّ ما انطوت عليه من حقائق ، ومعان ، وأحكام ، أو ان يزعم لنفسه أن مجتهده فيها هو الذي يمثل هذه الشريعة الغراء ، أو أن ما أتى به هو الحق ، كل الحق ، لا يعدوه ، فمارأينا إماما من أئمة المذاهب الكبرى في الفقه الاسلامي يدعي لنفسه ذلك ، بل رأينا منهم ما ينقضه ، من مثل صنيع الامام مالك ـ رضي الله عنه ـ اذ عرض عليه أحد خلفاء الدولة العباسية اعتبار كتابه « الموطأ » مرجعا وحيدا للعمل به في أقطارها ، فرفض ذلك ، اعترافا منه بأن « الحق » قد يكون مـع غيره ، لان هذا مجرد اجتهاد .

ـ بل كان مجتهدو الصحابة من قبلهم ـ رضي الله عنهم أجمعين ـ لا يزيد أحدهم على ان يقول ـ وهو بصدد إبداء رأيه الاجتهادي في مسألة معروضـة عليه ـ « إن كان صوابا فمن الله ، وان كان خطأ فمن نفسي أو من الشيطان » .

ـ وأيضا ، التشريع الاسلامي ، إلهي المصدر ، فكان ـ لذلك ـ خالـدا ، ومعيناً ثرّاً لا ينضب ، يغترف منه كل مجتهد ما يسعه اغترافه منـه ، تبعـا لمدى قوة ما أوتي من ملكة ، وما تزوّد به من ثقافة يحددها مستوى عصره ، وبيئتـه ، وما يتراءى له باجتهاده أنه الحق في كل مسألة تعرض بظروفها وملابساتها .

ـ ولا جرم أنّ العقول والملكات متباينة ، فما ينجم عنها من ثمرات الاجتهاد متباين بالضرورة ، ومن ثم لا تتحدد الشريعة الاسلامية بمجتهدات عصر معين ، او مذهب فقهي واحد ، أو ثقافة محدودة في بيئة ما ، لانها أبعـد غورا ، وأوسع مدى ، من حيث مبادؤها الكبرى ، وأصولها العامة ، ومقاصدها التشريعية ، إذ هي

تنزيل من حكيم حميد ، ودين الله الى يوم القيامة ، يؤكد هذا قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « رُبَّ حاملِ فِقه ، الى مَنْ هو أفقهُ منه » .

ــ من هنا ، كانت دراسة جميع الاتجاهات ، دراسة مقارنة واجبة .

ــ على أن الاجتزاء بمذهب اجتهادي معين يتنافى وطبيعة الاجتهاد نفسه ، من حيث انه تصرف عقلي في مقررات الوحي ، وكل اتجاه من الاتجاهات الفقهية يمثل وجهة نظر معينة في هذه المقررات فهما أو تطبيقا ، ولكنه لا يمثل فقه الشريعة كاملة من حيث هي .

ــ ولا مراء أن الاجتهاد بالرأي ، تفهما واستنباطا او تطبيقا ، يحتمل الخطأ والصواب ، بل الشرع الحنيف هو الذي قرر هذا المقولة على لسان رسوله الامين ــ صلى الله عليه وسلم ــ بما يدل دلالة بينة على عجز الطاقة البشرية عن النفاذ الى تبيُّن ما هو « الحق » عند الله تعالى ، اذ يقول : « من أصاب فله أجران ، ومن أخطأ فله اجر » .

ــ اذن من نافلة القول أن نقرر أن الخطأ محتمل الوقوع في الاجتهاد ، ولاسيما في المسائل التي لم يرد فيها نص ، ومن هنا اتفق الاصوليون والفقهاء على أن لغلبة الظن في المعاملات ، حكم اليقين ، اذ لا تكليف بالمحال .

ــ فاتضح بجلاء أن الاجتزاء بمذهب فقهي معين في فهم الشريعة فهما كاملا متعمقا ، لا يتفق وما تقضي به طبيعة الاجتهاد نفسه ، لأن احتمال الخطأ في التزام اتجاه معين في البحث ، آكد من احتماله في البحث المقارن .

ــ وذلك ، لان قوام المقارنة نظر علمي شامل مستقص ، من شأنه أن يدني من الحق والعدل على نحو لا يقوى عليه الاجتزاء في حكم المسألة بما يقضي به اتجاه فقهي واحد غالبا ، بالبداهة .

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

وتأسيسا على هذا ، فان تجلية وجه الحق بحثا وتمحيصا ، لا يمكن أن يتم الا عن طريق البحث المقارن .

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

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

اولاهما : بما تستلزمه هذه الدراسة المقارنة من استقصاء وتعمق ، وشمول، وما قد تنتجه من اجتهادات مبتكرة ، فكانت هذه الدراسة ـ لذلك ـ مجالا للاجتهاد الخاص المتعلق بالمسألة موضوع البحث ، ومن شأنها أن تعين عليه .

الثانية : بما تتيح للباحث من الوقوف على وجوه التطبيق العلمي للاصول النظرية ، وكيفية تصرف المجتهد بتلك الاصول في مواجهة الوقائع المشخصة بظروفها الملابسة المتغايرة ـ كما يقول الامام المحقق الشاطبي ـ وتكييفه لهذه الوقائع في ظلها[1] ، وهذا من شأنه أن يمكّن الباحث من استخلاص « الخطط التشريعية » التي سلكها المجتهدون ابان استثمارهم عملا لتلك الاصول النظرية ، مما يقتضي أحيانا استثناء تلك الوقائع المائلة ، من العمومات أو الاطلاقات التي تتناولها بحكمها في الاصل ، لتطبق عليها أحكم دلائل تكليفية اخرى من التشريع نفسه ، نشأت عن تلك الظروف والاحوال ، اذا ما تحققت مناطاتها الخاصة فيها ،بما يقتضيه العدل والانصاف في كل منها على استقلال .

ـ ولهذا ، لا يتصور انقطاع الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي أبد الدهر[1] ، لصلته الوثقى بمعاني العدل والانصاف في الفروع ، كلٍّ وظروفه ، على استقلال ، كما أشرنا .

ـ فاذا انقطع الاجتهاد ، فقد العدل ما به يعرف ، وما به يتحقق .

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

ـ لا سبيل للوقوف على ثمرات هذا الاجتهاد على نحو شامل مستقص ، لتبين وجه الحق والعدل ، على نحو أكمل ، الا بالبحث المقارن .

ـ ويتضح من ذلك أيضا ، واقعية التشريع الاسلامي ، لما قدمنا ، من أن المجتهد لا يقتصر ابان الاجتهاد استنباطا أو تطبيقا على الاصول النظرية الذهنية

المجردة ، بل ينزل بها من أُفقها التجريدي المحض الـى عالم الوقائـع المشخصة بظروفها وأحوالهـا[1] ، ويبحث ويمحّص ذلك كله ، ثم يطبق على كل حالـة ما يناسبها مما يقتضيه العدل والانصاف ، والمصلحة المعتبرة شرعا ، كما أسلفنا .

ـ ويتفاوت في ذلك المجتهدون ، فلابد من الوقوف على اتجاهاتهم جميعا ، لتمحيص الحق ، وتبين وجه العدل .

ـ وأساس التشريع كله ـ كما يقول الامام ابن رشد ـ المصلحة والعدل[2] ، وهما المقصد الكلي للتشريع الاسلامي .

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

ـ ولا يدني من الوقوف على هذا الجانب الحيوي[3] العملـي للاصـول النظرية في التشريع الاسلامي ، على نحو أدق وأشمل ، الا البحث المقارن .

ـ وصدق قضية خلود الشريعة ، وصلاحيتها لكل زمن ومكان ، قد ثبتت بما هو واقع فعلا من اجتهادات الأئمة عبر العصور ، وفي مختلف البيئات والسلالات ، وهذا التراث الفقهي الاسلامي كله ـ وهو لا يدانيه أي تراث فقهي في العـالم بأسره ، غزارة وسعة ـ أكبر شاهد على ذلك .

ـ فلا ينبغي الاجتزاء ببعضه دون بعض ، تَخَتُّفا أو تحيزا .

ـ ونحن اذ ننهض بهذه البحوث المقارنة ، محاولة منا لأداء رسالة الله في الارض ، وتثقيف أجيالنا الخالفة ، انما نبتغي بذلك مرضاة الله تعالى ، وما أعده بفضل منه سبحانه ، على العلم النافع ، من المثوبة والاجر المستمر الذي لا تقطعه واقعـة المـوت .

والله ولي التوفيق .

الدكتور محمد فتحي الدريني

دمشق الجديدة ـ ١٢ من شعبان ١٣٩٩ هـ
ـ الموافق ٧ تموز ١٩٧٩ م

---

(١) المرجـع السـابق . (٢) بداية المجتهد ـ حـ ٢ ـ ص ١٥٤ .
(٣) سيأتي بحث الفائدة من الفقه المقارن وغايته .

مفردات المنهاج

ـ المقـدمة : التعريف بالفقه المقارن ، وفائدته ، وغايته .

١ ـ اسباب اختلاف الفقهـاء .

٢ ـ الاحتكـار .

٣ ـ التسعير الجبري .

٤ ـ حق الابتكار .

٥ ـ عقوبة التغريم بالمال .

٦ ـ الصيد والذبائح وحكم اللحوم المستوردة من البلاد الاجنبية

٧ ـ اختلاف المطالع واثره في ثبوت الأهلة .

٨ ـ الشروط المقترنة بالعقد .

٩ ـ انتفاع المرتهن بالعين المرهونة .

١٠ـ أ ـ خطبة النكاح وحكم التعويض عن العدول عنها .

ب ـ الولاية في عقـد الزواج .

مقدمة

الفقه المقارن

تتناول في هذه المقدمة البحوث التالية :

١ ــ التعريف بالفقه المقارن .

٢ ــ الغاية من دراسته .

أ ــ الفقه لغة :

الفقه هو الفهم مطلقاً ، وقيل هو الفهم العسير الذي يقتضي بذلاً للجهد العقلي ، والاول هو الصحيح[1]. قال تعالى : « ما نفقه كثيراً مما تقول » أي ما نفهم كثيراً مما تقول ، ظاهراً كان الكلام أم خفياً . قال تعالى : « انظر كيف نصرف الآيات لقوم يفقهون » .

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

ب ــ الفقه اصطلاحاً :

لم تكن كلمة « الفقه » يراد بها في العصر الاول ، المعنى الاصطلاحي المحدد

---

(١) ــ المصباح المنير ــ الفاء مع القاف ــ مختار الصحاح ــ القاموس المحيط .

الذي عرفة الأئمة الاربعة . من « العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسب من الادلة التفصيلية[1] » .

ـ ذلك ، لأن هذا المعنى انما نشأ بعد تمايز العلوم[2] .

ـ فالمراد بكلمة « الفقه » في ذلك العصر « العلم بأحكام الدين » جملة . كالعلم بالعقائد ـ وبسببه الإمام أبو حنيفة « الفقه الأكبر » ـ والعلم بالوجدانيات . والعبادات . والمعاملات بجميع فروعها . ومن ذلك قوله تعالى « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة . ليتفقهوا في الدين . ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم ، لعلهم يحذرون » .

ـ والفقه في الدين ، انما هو العلم بالشريعة كلها . لا الاحكام الشرعية التفصيلية العملية خاصة .

ـ على أن الإمام الغزالي . في كتابه : « إحياء علوم الدين » . يرى أن كلمة الفقه . انما كانت تطلق في العصر الاول على علم طريق الآخرة . مستدلاً على ذلك بقوله تعالى . « ليتفقهوا في الدين . ولينذروا قومهم » .

ـ والانذار ـ وهو التخويف ـ انما يكون في علم يتعلق بأمور الآخرة ، لا بالدنيا . وبقوله تعالى : « أم لهم قلوب لا يفقهون بها » على معنى أن تلك القلوب لا تفقه معاني الايمان بالله تعالى . وما يتصل بذاته سبحانه، وصفات الكمال.

ـ فالامام الغزالي ـ رضي الله عنه ـ يرى ان الفقه ، **الاصل فيه العلم بامور**

---

(١) وهذا التعريف « للفقه » هو المأثور عن الشافعية . أما الحنفية ، فقد اثر عن الامام ابي حنيفة تعريف له ، هو : « معرفة النفس ما لها وما عليها » ـ التوضيح ـ ج ١ ص ١٠ صدر الشريعة . ولما كان هذا التعريف ليس خاصاً بالاحكام الشرعية التفصيلية العملية ، بل يشمل ـ الى ذلك ـ ما يتعلق بالعقائد والوجدانيات من الاحكام ، أضاف الاصوليون كلمة « عملاً » على تعريف ابي حنيفة السابق ، ليخرج ماليس بحكم شرعي عملي ، غير أن تعريف الشافعية اوضح بياناً وادق تحديداً .

(٢) فقه القرآن والسنة ـ ص ـ للشيخ شلتوت .

الآخرة ، واما الفقه المتعلق بالمعاملات ، وشؤون الحياة الدنيا ، فيشمله الفقه **تبعاً لا اصالة**(١) .

فالفقه ، على هذا المعنى ـ هو **الاجتهاد** . لانه استنباط الاحكام الشرعية من دلائلها التفصيلية الخاصة بها ، نصاً او دلالةً ، ولا يتمكن من ذلك الا **المجتهد** .

ـ أما المقلِّد ، او حافظ الفروع ، فلا يعتبر فقيهاً على هذا المعنى .

ـ فالفقه هو الاجتهاد على ضوء قواعد استدلالية ، ومناهج أصولية ، وهو ما استقر له من مفهوم عند علماء الاصول .

ج ـ الفقه في إطلاق الفقهاء استعمالاً :

يطلق الفقه في عرف الفقهاء على معنيين :

١ ـ حفظ الفروع مطلقاً **او طائفة منها** .

٢ ـ **الاحكام الشرعية نفسها** ، قطعية كانت ام ظنية .

---

(١) لكن يتجه على ذلك ان كثيراً من الاحكام التي تتعلق بأمور الدنيا ، كالمعاملات ، قد ورد التهديد الشديد على مخالفة امر الله فيها ، مما يستوجب الانذار والحذر ايضاً ، من مثل أكل اموال اليتامى ظلماً ، في قوله تعالى : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ، إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً » . ومن مثل التعامل بالربا ، في قوله تعالى : « فأذنوا بحرب من الله ورسوله » . حتى قيل ان الله تعالى لم يهدد على شيء في القرآن الكريم كله بمثل ما هدَّد به على التعامل بالربا ، ومن مثل الاكل والشرب في آنية الذهب والفضة ، في قوله صلى الله عليه وسلم : (إنما يجرجرون في بطونهم نار جهنم) ، ومن مثل ما ورد في « **الاحتكار** » من وعيد شديد ، كقوله ـ صلى الله عليه وسلم : (من دخل في شيء من اسعار المسلمين ، ليغليه عليهم ، كان حقاً على الله ، ان يقعده بعظم ـ مكان عظيم ـ من النار) على ما سيأتي بحثه في هذا الموضوع ، وغير ذلك كثير . هذا ، ولا نرى مسوغاً للفصل والتمييز بين الاحكام ـ بل الاحكام المتعلقة بتوجيه النشاط الانساني في الدنيا ، هي التي يمهد امتثالها للنعيم في الآخرة .

د ـ موضوع علم الفقه :

ـ هو أفعال الانسان وتصرفاته من حيث وصفها بالاحكام الشرعية ، من الوجوب ، والندب ، والإباحة ، والكراهة ، والحرمة ، والصحة ، والفساد ، والبطلان[1] .

هـ ـ الشريعة والفقه :

الشريعة : هي ما انزل الله تعالى على نبيه ـ صلى الله عليه وسلم ـ وحياً ، من كتاب أو سنة . فهي **النصوص المقدسة** ، التي تضمنها الكتاب العزيز ، والسنة الثابتة المطهرة .

ـ **أما الفقه** ، فهو الفهم العميق لهذه النصوص ، والاجتهاد في ادراك معانيها وعللها ومراميها ، أو هو الاحكام المستنبطة من هذه النصوص اجتهاداً ، أو من معقول النصوص الجزئية[2] ، فيما لا نص فيه ، أو من معقول جملة نصوص ، تنهض بمعنى عام ، فتبنى عليه الاحكام فيما لا نص فيه أيضاً[3] ، وهذا هو الفقه بالمعنى الاصولي على ما قدمنا .

معنى كلمة المقارن لغة واصطلاحاً :

ـ أما كلمة « المقارن » لغة ، فهي من قرن ، بمعنى وصل[4] ، وقارن الشيء بالشيء ، قابله به ، ومن ذلك بيوت قرائن[4] ، أي متقابلات .

---

(١) ومعلوم أن الحكم على التصرف الشرعي بالصحة والفساد والبطلان ليس حكماً تكليفياً ، بل هو حكم شرعي وضعي ، كما تقرر في علم الأصول . موسوعة الفقه الاسلامي : ج ١ ، ص ١١ ـ ١٢ .

(٢) وهذا هو القياس الاصولي الخاص ، الذي يشهد لعلته بالاعتبار النص الوارد بالاصل وحكمه .

(٣) وهذا هو القياس ، بالمعنى العام ، أو قياس القواعد ، وهو شامل « للمصلحة المرسلة » و « الاستحسان » و « سد الذرائع » وغيرها .

(٤) مختار الصحاح ـ مادة قرن ـ ص ٥٣٣ ـ للشيخ محمد بن ابي بكر الرازي. أساس البلاغة ـ مادة ـ قرن ـ ص ٥٠٥ ـ للزمخشري .

ـ وفي الاصطلاح : مقارنة الرأي بالرأي ، مقابلته أو موازنته به، ليعرف مدى اتفاقهما أو اختلافهمـا ، وأيهما أقوى وأسد بالدليـل ، وهو لا يخرج عن أصـل المعنى اللغـوي .

ـ تعريف الفقه المقارن :

لم نعثر على تعريف للفقه المقارن عند الاقدمين ، غير أن ذلك لا يعني أنهم لم يضطلعوا بهذا النوع مـن البحث ، فقـد وجدت موسوعات في الفقه الاسـلامي المقارن ، لكن في المسائل الجزئية غالباً[1] .

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

« تقرير آراء المذاهب الفقهية الاسلامية في مسألة معينة ، بعد تحرير محـل النزاع فيها ، مقرونة بأدلتها ، ووجوه الاستدلال بها **وما ينهض** عليه الاستدلال من مناهج أصولية ، وخطط تشريعية ، وبيان منشأ الخلاف فيها ، ثم مناقشة هذه الادلة أصولياً ، والموازنة بينها ، وترجيح ما هو أقوى دليلاً ، أو أسلم منهجاً ، أو الاتيان برأي جديد ، مدعم بالدليل الارجح في نظر الباحث المجتهد » .

---

(١) من موسوعات الفقه الاسلامي المقـارن ما يأتي : ا ـ بدائع الصنائـع ـ للكاساني (الحنفي) ، ب ـ الهداية ـ للمرغيناني (الحنفي) ، جـ ـ تبيين الحقائق ـ للزيلعي (الحنفي) ، د ـ بداية المجتهد ـ لابن رشد (الحفيد) (المالكي) ، هـ ـ المغني ـ لابن قدامة (الحنبلي) ، و ـ المحلى ـ لابـن حزم الاندلسي (الظاهري) ، ز ـ المجموع شرح المهذب ـ للامام النووي، وغير ذلك كثير .
ـ هذا ، وكتاب بداية المجتهد ـ وهو جزءان ـ من انفس ما كتب في الفقه الاسلامي المقارن ، دقة علمية ، وموضوعيـة ، ونزاهة ، وتبدو عنايتـه واضحة في تحرير « مناشىء الخلاف » والموازنة بين الادلة اصولياً ، وكثيراً ما يرجّح الراي الاقوم ، وقد يأتي برأي جديد ، في حين اننا نجد في كتب الحنفية مثلاً نقلاً للآراء الضعيفة لفقهاء المذاهب الاخرى ، ثم يشرعون في الرد عليها ، متجاهلين الآراء القويـة لمخالفيهم ، مما يشعر بتجـافي « الحق العلمي » بدافع نزعة حب الانتصار على المذهب المخالف ، وهو لون من التعصب المذهبي الذي ينبغي ان يكون القضاء عليه غاية من غايـات الفقه المقـارن .

ـ إن المقارنة التي تعقد بين أحكام مجتهد فيها مسائل أو نظريات عامة في مذاهب أو مدارس فقهية . تستند في ذاتها الى أصول متحدة . كما هو الشأن في الشريعة الاسلامية ـ بما هي تابعة أصلاً من مصدر سماوي . هو القرآن الكريم . والسنة المطهرة ـ لا تجد فيها اختلافا جذريا في أصول تلك الاجتهادات ، وما بنيت عليه من قواعد يلتزمها كل مجتهد . تتجه هي بدورها الى تحقيق مقاصد أساسية عامة وثابتة بصورة قاطعة[1] استهدفها التشريع كله .

ـ ومن المعلوم بداهة . أن وحدة المصدر التشريعي ـ كما هو الحال في التشريع الاسلامي ـ تقتضي وحدة المنطق التشريعي الذي يحكمه . ويهيمن عليه . مصداقاً لقوله تعالى : «ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيراً[2] » .

مدى الاختلاف في المناهج الاصولية للاستنباط

هذا ، وقد يتعدى الاختلاف في أحكام المسائل الجزئية ، الى قواعد الاستنباط نفسها ومناهجه التي ينبغي أن يلتزمها كل إمام في مذهبه أو مدرسته ، كما هو الشأن في قاعدة « مفهوم المخالفة » مثلاً في أصول الفقه الاسلامي . أو قاعدة الذرائع . أو قاعدة الاستحسان أو خطة « المصالح المرسلة[3] » .

---

(١) الموافقات : ج ٢ ـ ص ٢ وما بعدها ، للشاطبي . يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد : « التعارض إما أن يعتبر من جهة ما في نفس الامر ، وإما من جهة نظر المجتهد . أما من جهة ما في نفس الامر ، فغير ممكن باطلاق ـ وقد مر آنفاً . . . في مسألة أن الشريعة على قول واحد ، وأما من جهة نظر المجتهد فممكن بلا خلاف . ـ المرجع السابق ـ جـ ٤ ، ص ٢٩٤ .

(٢) المرجع السابق . وراجع : « المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي ، ص ١٠ للمؤلف .

(٣) والواقع ان اختلاف الاصوليين والفقهاء في هذه الخطط التشريعية للاجتهاد بالراي لا يمس أصل حجيتها ، لانه :
آ ـ إما اختلاف لفظي ، ظاهري ، بحيث اذا تحدد مفهوم القاعدة محل النزاع ، لا تجد عندئذ الا اتفاقاً منعقداً عليه ، بل لا يملك أحد انكاره ، ولا يسع مناظراً المنازعة فيه ، كما في منهج « الاستحسان » و «الذرائع» .

ـ غير أن هذا لا يعتبر ـ في الواقع ـ اختلافاً جوهرياً في أصول التشريع الاساسية ، ولا في أصل هذه القواعد التي هي في الحقيقة « **خطط تشريعية** » أو قواعد تفسيرية تستمد حجيتها من أدلة تلك المصادر ، اذ لا بد في كل قاعدة منها ، لتكون حجة ، من دليل خاص ، أو أصل تشريعي عام يشهد لها بالاعتبار ، فهي ـ في واقع الامر ـ أنواع لتلك الادلة الاجمالية[1] ، فضلاً عن أن أدلة المخالف في بعضها قد تكون ضعيفة ، وقد لا يُعبأ بها .

ـ على أن أئمة المذاهب جميعاً قد أخذوا بأصل هذه القواعد التي تعتبر عند التحقيق الاصولي « **مناهج** » او « **خططا تشريعية** » يلتزمها المجتهد في الاستنباط ، لتسدد خطاه ، وليست مصادر تشريعية[2] كما سيأتي بيانه في البحوث .

ب ـ وإما اختلاف في الضوابط والشروط على النحو الذي الفينا في « قاعدة سد الذرائع » و « الباعث » واثره في التصرفات والعقود .
ـ وسيأتي تفصيل ذلك في قاعدة « تحقيق المناط » ان شاء الله تعالى .
ـ راجع الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٨٧ وما يليها ـ و ص ١٩٦ وما يليها للشاطبي ، اذ اشار الى ان الاختلاف بين الفقهاء ليس في اصل سد الذرائع ، بل فيما يتحقق به التذرع ، اي في تحقيق مناطه في الوقائع .

(١) يقصد بالادلة الاجمالية مصادر التشريع : كالكتاب والسنة والاجماع والقياس ، وثمة قواعد اصولية لغوية وتشريعية مشتركة ، تعتبر انواعاً لتلك الادلة الاجمالية ، من مثل قاعدة تفسير الامر والنهي ، وقاعدة مفهوم المخالفة ، ومفهوم الموافقة أو فحوى الخطاب ، والاجماع الصريح ، والاجماع السكوتي ، وقاعدتي الاستثناء : الاستحسان وسد الذرائع ، وهما متفرعتان عن اصل النظر في المآل ، باعتبار ان مآل التطبيق هو مستند الاستثناء ودليله . ـ راجع المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي ـ ص ٦٢ ـ للمؤلف .
ـ هذا ، واصل النظر في المآل ، متفرع عن اصل اعتبار المصالح في الاحكام .
ـ وتأسيساً على هذا ، فان الاجتهاد بالراي في التطبيق لا يقل خطراً وجدوى عن الاجتهاد في الاستنباط ـ راجع اصول التشريع الاسلامي ـ ص ٣٣ وما بعدها ـ للمؤلف .

(٢) راجع المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي ، ص ٦٢ وما بعدها للمؤلف . ـ الموافقات ـ جـ ٤ ، ص ١٩٦ وما يليها .

ـ لكن أخذهم بهذه القواعد كان على تفاوت ، مما نتج عنه سعة المدى في استثمارها في الفقه والاجتهاد ، وضيقه ، فثبت ما قلنا ، من أن الشريعة الاسلامية ترتد الى أصول مشتركة ، الامر الذي يحول دون وقوع اختلاف جذري يتفرع عنه تناقض في نظرياته العامة ، أو قواعده الاساسية ، أو مقاصده التشريعية العامة[1] .

ـ على أن مما يحدّ من تشعيب الخلاف في الفروع ، ويدني من الحق ، وروح العدل في التشريع ، أن تعقد المقارنات العلمية بين وجهات نظر الأئمة في « القواعد التفسيرية » للنصوص ، من مثل قاعدة « موجب العام » وقاعدة « تفسير النهي » و« الأمر » ومفهوم المخالفة[2] ، وغيرها ، لا على أساس أوضاعها اللغوية فحسب، بل وعلى ضوء ما عرف عن المشرع في الاستعمال ، ومقصده فيه أيضاً .

ـ هذا ، والتشريع ـ كما هو معلوم ـ إرادة" ومقصد ، وكثيراً ما يشتجر الخلاف بسبب التشبث بالمنطق اللغوي وحده ، في حين أن المشرع يكون قد خالف عنه ، بما يرسي في التشريع نفسه من أدلة تدل على هذا القصد[3] ، صراحة ، أو

---

(١) يذهب الامام الشاطبي الى أن أصول الفقه قطعية ، وانه ينبغي أن تكون كذلك ، ـ ولكنا لا نرى هذا الرأي ، فان الخلاف قد وقع في كثير من قواعد الاستنباط ، من مثل مفهوم المخالفة ، وموجب العام ، وموجب الامر والنهي ، والباعث على التصرف واثره فيه ، صحة وبطلانا ، وبم يثبت ، وشروط العمل بخبر الواحد ، والاجماع السكوتي ، وحجية أصل القياس ، وغيرها كثير ، مما ينقض أصل دعوى او نظرية قطعية أصول الفقه التي طرحها الإمام الشاطبي على الفكر الاصولي ، واخذ يقيم الادلة ـ عبثاً ـ على صحتها ، اذ من المعلوم ان « **غلبة الظن** » كافية في وجوب العمل في تشريع الفروع والمعاملات ، أصولاً وفروعاً ، وإلا ترتب على ذلك اهدار هذه القواعد جميعاً ، لانها لم تبلغ مبلغ القطع .

(٢) المناهج الاصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ـ بحث مفهوم المخالفة ـ للمؤلف .

(٣) يؤكد الإمام الشاطبي ان تحري مقصد الشارع باتباع ما نصبه من ادلة ، جملة وتفضيلاً ، لا يمكن أن يؤدي الى خلاف حقيقي في الواقع ونفس الأمر ـ على ما اسلفنا . ـ الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٢٢٢ .

"اشارة" وإيماء" ، وبما يستهدف من « مقاصد » تمثل مباني العـدل وموجهاتـه في التشريع ، وبهذا يمكن أن تكون نتائج هذه البحوث فيصل التفرقـة بين التفسير اللغوي الصرف ، « **والاجتهـاد التشريعي المنهجي** » وهو ما تقتضيه طبيعة التشريع نفسه ، فلا يقف الاصولي أو المجتهد على أرضية اللغة وحدها ، بل يرقى الى أفق « **المنطق التشريعي** » الرحب الذي يتيح للمجتهد تحقيق إرادة المشرع ومقصـده في أوسع مدى ، ويزيل مناشىء التشعب في الاختلاف ما أمكن ، ويدنى الى مفهوم الحق والعدل ، **تفهما وتطبيقا** ، كما ذكرنا .

ـ ولذا ، لا بد للمجتهد من أن يأخذ بأحد الدليلين في المسألة ولا يتركهمـا بدون ترجيـح ، لانه من الثابت قطعاً أن للمشرع في كل مسألة حكماً واحداً فقط ، يجب على المجتهد أن يتبينه ويتحراه .

ـ والترجيح إنما يكون بدليل قوي يجعل الاولوية في التقديم والعمل للحكم الذي ينهض به على أنه مقصد الشارع في غالب ظن المجتهد[1] .

هذا ، واذا كانت طبيعة العمـل الاجتهـادي ، أو الاجتهاد التشـريعي ذات مقومـات أربعـة :

اولا ـ **الواقعة** ، او **المسالة** المعروضة ، محتفة بظروفها وملابساتها ، والتي يراد معرفة حكم الشرع فيها ، سواء أكانت تلك الواقعة منصوصاً عليها ، أم لم تكن .

ثانيا ـ الدليل الذي يستند اليه المجتهد في استنباط حكم تلك الواقعة ، وقد يكون **نصا او استدلالا** بروح النص او العـدل في الشرع ، او قل **بالمصلحـة** المعتبرة شرعا[2] ، وهذا هو القياس ، أو بالمصلحة المرسلة ، التي لا تعدو أن تكون استدلالا

---

(١) الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٢٢٢ ـ الهامش .

(٢) يقصد بالمصلحة المعتبرة شرعا ، تلك التي شهد لها نص خاص بالاعتبار ، كالنص الوارد في تحريم شرب الخمر ، لعلـة الاسكار ، ولمصلحـة حفظ العقل ، خلافا للمصلحة المرسلة التي لا يشهد لها اصل خاص ، بل عام.

بمعقول جملة نصوص جزئية ، شهدت لها بالاعتبار ، أو شهد لها أصل كلي ، وإلا كانت غريبة عن الشرع[1] .

ثالثا ــ الملكة الاجتهادية الراسخة ، أو الطاقة الفكرية العلمية المتخصصة المتفهمة لكل أولئك ، تلك الملكة التي يفترض فيها توافر كافة عناصر الاجتهاد التشريعي ومقوماته ، وهي شرط أساسي للتصدي للاجتهاد .

رابعاً ــ التطبيق السديد ، مراعياً تلك الظروف والملابسات من حيث أثرها على نتائج التطبيق ، لِتَبَيُّنِ أدق مسالكه الذي يضمن سلامة النتائج ، اذ العبرة ــ كما يقول الإمام الشاطبي ــ بالمآلات والنتائج الواقعية[2] ، كما قدمنا .

---

(١) اقمنا الدليل على ان تصور الفقهاء المسلمين لمفهوم العدل ، لم يكن فلسفياً مجرداً يستعصي على التحديد ، بل كان واقعيا في التشريع الفروعي ، ومحدداً بل مجسداً في « المصلحة » التي يتغياها الحكم الشرعي العملي ؛ أو القاعدة العامة ، اذ لا يتصور أن يقصد المشرع من الحكم غير الحق والعدل ، وبذلك كان الفقهاء المسلمون عمليين بحكم طبيعة العمل الاجتهادي نفسه الذي نهضوا به ابتغاء استنباط الاحكام الشرعية العملية التي تقتضيها حياة الناس وشؤونهم المعاشية .

(٢) الموافقات : ج ٤ ، ص١٩٤ وما بعدها . يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد : « العبرة بمآلات الافعال ... » ويقول ايضاً : « اصل النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعاً ، سواء أكانت الافعال موافقة ــ مشروعة ــ أو مخالفة ــ وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الافعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام او بالإحجام ، إلا بعد نظره الى ما يؤول اليه ذلك الفعل ، (فقد يكون) مشروعاً ، لمصلحة فيه تستجلب ، أو لمفسدة تدرأ ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه ؛ وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه ، او مصلحة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك ، فاذا اطلق القول في الاول بالمشروعية ، فربما ادى استجلاب المصلحة فيه الى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من اطلاق القول بالمشروعية .

ــ الموافقات ــ جـ ٤ ــ ص ١٩٤ ، وما بعدها .

ــ وهذا الاصل من ابين الادلة على استجابة الشريعة لما يقتضيه تطور الحياة بالناس ، بما يلابس اوجه نشاطهم الحيوي فيها من ظروف ، الامر الذي يدعم صدق قضية عموم الشريعة وخلودها ؛ بلا مراء .

ـ أقول اذا كانت مقومات العمل الاجتهادي هي ما ذكرنا ، فان الغاية من الفقه المقارن بالمعنى الذي حددنا في الفروع والمسائل ، وعلى ضوء من طبيعة الاجتهاد في التشريع تتلخص فيما يأتي :

اولا ـ تبين **كيفية** تناول كل مجتهد المسألة المعروضة للبحث ، وتصوره لها ، او تكييفه اياها(١) ، **والدليل** الذي اعتمده اساسا في حكمها ، بما يتفق وذلك التكييف ، وبيان وجه استدلاله به .

ـ والفقهاء يختلفون في كيفية تناول المسائل في اجتهادهم ، وتكييفهم اياها ، أيما اختلاف .

ـ وبذلك يتبدّى للدارس وجوه من الاجتهاد في تكييف المسائل الاجتهادية لا تتاح له لولا هذه المقارنة .

ثانياً ـ إثراء مدارك الباحث نتيجة للتبحر وسعة الاطلاع على ما صدر في المسألة موضوع المقارنة ، من آراء اجتهادية .

ثالثاً ـ اقدار الباحث على الموازنة الموضوعية الدقيقة بين **الادلة** التي صدر عنها المجتهدون ، موازنة تعتمد النظر الاصولي في دليل كل منهم ، لتبين مدى قوته ، كما تعتمد على مدى صحة استدلاله به .

رابعاً ـ اقداره على تعمق تلك الآراء ، لتحديد « **منشا الخلاف** » او سببه ، وتركيز البحث في هذا « **المنشا** » لبيان موطن الضعف او القوة فيه ، ليكون ذلك عونا له كخطوة أولى أو مقدمة ، لترجيح الرأي الذي يستند الى السبب القوي ، وبيان

---

(١) راجع بحثنا في مسألة « التسعير الجبري » والتكييف الفقهي الذي ارتاه لها كل مجتهد ، وبنى على اساسه حكمه ، والدليل الذي اعتمده في ذلك الاستدلال ، ووجهه . ـ وراجع ايضا المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي ـ بحث التأويل ص ١٦٢ وما يليها .

وجه هذا الترجيح[1] .

خامساً ـ إقداره على التوفيق بين الادلة المتعارضة ـ ظاهرياً ـ دون تكلف أو اعتساف ، وذلك مما يضيق من هوة الخلاف بين المجتهدين، ويفضي الى تبين وجه «**الحق**» في غالب ظن الباحث المجتهد .

سادساً ـ تمكين الباحث من ابداء رأي اجتهادي جديد مدعّم بدليل يراه أقوى سنداً من كل ما عثر عليه من أدلة للمجتهدين ، لا سيما اذا لاحظ **اختلاف الظروف** ، لان مما لا شك فيه ان اختلاف الظروف ذو اثر بالغ في تشكيل علة الحكم ، برهان ذلك اختلاف نتائج التطبيق ، باختلاف ملابساته ، والمآل معتبر مقصود شرعاً في تشريع الحكم ، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على ضوئه ، بقطع النظر عن حكم أصل الفعل .

سابعاً ـ اجتثاث أصول الهوى أو التعصب المذهبي[2] ، وتكوين أصالة الفكر الاجتهادي ، وصقل الملكة الراسخة ، وتحقيق الشخصية العلمية النزيهة ،

---

(١) قدمنا انه لايجوز للمجتهد ان يأخذ باحد دليلين في مسألة ما دون ترجيح معتبر، اذ لا يجوز الترجيح بلا مرجح ، لانه تحكم ، بل لا بد ان يتحرى مقصد الشارع ، ومقصد الشارع أن له في كل مسألة او واقعة حكماً واحداً فقط على المجتهد ان يتحراه . الموافقات ـ جـ٤ ـ ص ٢٢٢ ـ للإمام الشاطبي.

(٢) منذ القدم ، وعلماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء ، يتحرون في بحوثهم ومناهجهم « الحق الشرعي » الذي يقصده الشارع ، بتوجيه من الشريعة نفسها ، وهي ما جاءت الا لتخرج الناس عن دواعي اهوائهم ، وحيثما وجد الهوى انتفى الحق ، وكان الضلال ، إذ ليس بعد الحق إلا الضلال ، ومن هنا كانت « البدعة » ـ وهي الامر المستحدث في الدين الذي لايستند الى دليل ، ضلالة ، فضلا عن أن الهوى يؤرث نار العداوة والبغضاء ، فتحري الحق الشرعي انما يكون باتباع مقتضى الادلة جملة وتفصيلا ، وذلك « الحق الشرعي » هو قصد الشارع ، حتى اذا خولف ذلك القصد خولف الشرع ، ومخالفة الشرع ليست من الشرع في شيء ، بل هي ضلال في الشرع . ـ الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٢٢٢ وما يليها ـ للإمام الشاطبي .

اظهاراً لحقائق الشرع ، ومحافظة على قصد الشارع ، وتحرياً له ، باتباع مقتضيات الادلة جملة وتفصيلا .

ثامناً ـ إحياء هذا التراث الاسلامي العتيد ، الذي يمثل أقوى سمات الحضارة ، وهو « التشريع » لنتمكن من الانتفاع به عملا في حاضرنا ومستقبلنا ، لان دراسة الحاضر يجب أن تكون فرصة للتفكير فيما ينبغي أن يكون عليه المستقبل .

ـ هذه أهم ثمرات المقارنة بين المذاهب الاسلامية .

★ ★ ★

البحث الاول

أسباب اختلاف الفقهاء

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

وذلك يقتضينا أن نتناول أهم المناهج الاصولية التي كانت منشأ الاختلاف.

غير أن التحقيق الاصولي قد أثبت أن الاختلاف لم يكن في أصلها ، وانما في مدى الأخذ بها ، أو في مجال تطبيقها . مما يؤكد أن هوة الخلاف ستضيق الى أقصى حد ممكن في الفقه الاسلامي مستقبلاً ، لانه لم يكن اختلافاً جذريا في الاصل ، كما أشرنا .

ومن هنا كان لا بد لنا من بيان **الصلة** التي أحكمها الاسلام بين العقل الانساني العلمي المتخصص ، والتشريع الإلهي ، وهي التي نوه بها الإمام الغزالي ، والإمام العز بن عبد السلام ، والإمام الشاطبي ، ومن قبل أولئك ، أئمة المذاهب الفقهية ، والمجتهدون في كل من تلك المذاهب ، على ما سيأتي بيانه .

اجماع الفقهاء على إحكام الصلة بين العقل الانساني(١) والتشريع الإلهي ، ولكنهم اختلفوا في تحديد مداها(٢) :

---

(١) نقصد بالعقل الانساني الملكة الاجتهادية التي تكونت بفضل توافر شروط الاجتهاد ومؤهلاته ، إذ لا يعقل أن يتصدى للاجتهاد في التشريع الاسلامي ، أو اي تشريع ، من لا يملك القدرة العلمية التي تتوافر بفضل الاختصاص ، وعلى ارفع مستوى علمي يحدده له عصره ، وقد وضع الاصوليون شروطاً علمية لبلوغ مرتبة الاجتهاد ، يضاف اليها ثقافة العصر العامة ، والخبرة .

(٢) لا نعبأ بخلاف الظاهرية الذين يرفضون أصل التعليل ، وبالتالي يرفضون القياس ، كخطة تشريعية اجتهادية ، هذا فضلاً عن انكارهم للخطط التشريعية الاخرى من الاستحسان والذرائع والمصالح المرسلة ، المتفرعة عن أصل التعليل ، واقتصارهم في الاحتجاج على ظواهر النصوص ، وافعال النبي ﷺ ، واصحابه .

قلنا إن الاجتهاد بالرأي هو **صلب التفقه** في التشريع الاسلامي ، بل وفي كل تشريع ، وهو في الشريعة الاسلامية مفروض **كفائياً** على من استجمع شرائط الاجتهاد أصولياً ، وأضحى ذا ملكة راسخة يقتدر بها على أن يتصدى للتشريع تفهماً واستنباطاً من النصوص على ضوء من **مناهج مرسومة ، تعصمه من الوقوع في الزلل او التعسف ، او الانصياع للهوى والغرض** ، كما يقتدر بها على استمداد احكام جديدة لوقائع مستحدثة لم يرد بها نص ، لا تخرج عن أغراض الشارع ، أو تناقض قطعيات النصوص ، وأساسيات الشريعة .

ـ وتقدره كذلك على التبصر بمسالك التطبيق السليم للنصوص في ضوء الظروف المحتفة بالواقعة المعروضة ، في كل عصر وبيئة ، وقد يقتضي ذلك تأويل النص بدليل قوي ، ينشأ عن تلك الظروف ويكشف عن غرض الشارع ومرماه ، وذلك بتعيين الحكم الذي يغلب على ظنه أنه مراد الشارع اذا كان النص محتملاً لعدة معان ، أو تخصيص النص العام ، أو تقييد اطلاقه ، أو حمله على المجاز ، أو تحديد مجال[1] تطبيقه ، أو توسيع أفق منطقه التشريعي على أساس ما يستهدفه من مقصد ، ارتقاءً به من أرضية منطوقه اللغوي .

ـ كل ذلك بأدلة قوية ، قد تكون الظروف الملابسة المتغيّرة بعض مناشئها .

اختلاف العلماء في تحديد صلة الطاقة الفكرية للمجتهد بالتشريع :

ـ معلوم أن الظاهرية الذين ذهبوا الى الوقوف عند ظواهر النصوص ، اصطنعوا منهجاً خاصاً بهم في تفسير الشريعة ، لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه ، ذلك أن التشريع ليس معنى حرفياً يؤخذ عن طريق قواعد النحو والصرف والمفاهيم اللغوية

---

(١) راجع ذلك في كتابنا « اصول التشريع الاسلامي » تحت عنوان « صلة الاجتهاد بالراي بمفهوم العدل » ص ٣٣ وما بعدها .

فقط ، كما أشرنا ، بل التشريع « **دلالات** »[1] ، **وقواعد** قامت على علل وأسباب ومصالح أو مقاصد اقتضت تشريعها .

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

ـ لذا ، كان لا بد من « التعليل » في غير الاحكام التعبدية[2] المحضة ، والمقدرات التي لا مجال للاجتهاد بالرأي فيها .

ـ هذا ، والتعليل ـ بما هو تبيين لعلة الحكم ـ يتسع مجاله ، ليشمل النصوص الظنية والقطعية على السواء ، بخلاف التأويل ، فلا يجوز في القطعيات .

---

(١) فاللوازم العقلية المباشرة للنص التشريعي مثلا ، وهو ما يسمى باشارة النص ، حجة ، فيما تفيده من حكم ، لان من المقرر اصولياً ومنهجياً ، ومنطقياً ايضاً ، ان النص الدال على الملزوم دال على لازمه ، فهو حجة فيهما ، ولا يظهر اثر التفاوت بين حجتيهما الا عند التعارض ، فما كان مدلولا عليه بعبارة النص ، مقدم على ما هو مدلول عليه باشارته .

ـ وايضاً ، العلة المستنبطة من النص الوارد بحكم الاصل ، امارة ودلالة على الحكم حيثما تحققت ، وهي عنصر خارج عن المنطوق ، وان كانت داخلة في منطقه التشريعي ، إلا اذا كانت منصوصة ، لانها مظنة المصلحة المعقولة التي يستهدفها الحكم ، لانه شرع من أجلها ، بغية تحقيقها ، وحمايتها ، فالتشريع دلالات ، ومنها اللوازم العقلية ، والعلل ، والمصالح .

(٢) مثل البحث عن السبب في جعل الصلاة بحركات وسكنات وقراءات معينة معلومة ، ومثل تقدير الحد الادنى من المال ـ وهو النصاب ـ لوجوب اخراج الزكاة منه ، أو البحث عن سبب جعل السهام المقدرة لاصحاب الفروض في الارث على هذا النحو ، أو جعل عقوبة الزنا لغير المتزوج مائة جلدة ، وغير ذلك .

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

ـ فالتعليل يوسع من أفق النص ويرتقي به من معناه اللغوي والحرفي المحدود الى منطقه التشريعي الرحب ، تحقيقاً لقصد الشارع ، وحماية لحكمة التشريع التي تمثل المصلحة أو الغاية الاجتماعية أو الاقتصادية التي شرع الحكم من أجلها .

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

ـ فاذا رفضنا « أصل التعليل » باعتباره منهجاً لتفسير الشريعة ، وتبين مقاصدها ، والتفريع على نصوصها ، وقواعدها ، أفضى ذلك بنا الى أحد أمرين[1] :

الاول : إما القول بعجز الشريعة عن إمداد الوقائع المتجددة بحكمها ، مما لم يرد فيه نص ، وذلك غير مقبول شرعاً ، لأنه يتنافى وكمال هذا الدين وشرعه ، كما أنه يتنافى وقضية عموم الشريعة . وأنها دين الله تعالى الى يوم القيامة . لأن نصوصها محدودة متناهية ، والوقائع لا تتناهى .

الثاني : وإما الحكم على تلك الوقائع التي لا تتناهى بأصل الحل العام ، أو الاباحة الاصلية ، في حين أنها قد تكون منطوية على علل تستوجب تحريمها ، وفي هذا مناقضة لمقصد الشارع واهدار للمصالح ، وقضاء على حكمة التشريع ، وكل ذلك باطل ، فما يؤدي اليه باطل بالبداهة .

ـ والحق ان رفض الظاهرية « للتعليل » اصلا من اصول التشريع الاسلامي ، كان رد فعل للاسراف في الاجتهاد بالراي ، والتعسف فيه .

ـ الإمام الشافعي يقصر مجال الاجتهاد بالراي على القياس :

حدد الإمام الشافعي تلك الصلة « بالقياس » فهو آخر مجال للاجتهاد بالرأي عنده ، اذ يقول « **والاجتهاد القياس** » .

---

(١) الموافقات ، ج ٢ ، ص ٢ وما بعدها ، للإمام الشاطبي .
الواقع ان الاصل في النصوص التعليل مقولة مجمع عليها ، غير ان الخلاف في كون الشريعة معللة بمصالح العباد جملة فحسب ، او جملة وتفصيلاً أيضاً . ـ الى الاول ذهب الظاهرية ، والى الثاني ذهب الجمهور .

ـ غير انه يبدو للمحقق في فقه الإمام الشافعي في كتابه « الأم » أن اجتهاده في الفروع لا يقف عند حد القياس الاصولي الخاص ، لا يجاوزه ، بل يأخذ بمنهج « **الاستحسان** » بمفهومه الاصولي المعروف . وهو الاستثناء من القواعد ، لدليل أقوى من القاعدة نفسها ، كما يأخذ بأصل سد الذرائع ، وبأصل المصلحة المرسلة ، ولكن بقدر .

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

فالتحقيق أن الإمام الشافعي يقول بأصل الاستحسان[1] ، وأصل الذرائع ، ولكن الاختلاف في الشروط ، أي في تحقيق المناط على ما أكد ذلك الإمام الشاطبي[2] .

ـ ويوضح الإمام الشافعي منهجه في الاجتهاد بأجلى عبارة في كتابه الرسالة اذ يقول : « فان قال قائل : فكيف الاجتهاد ؟ قلت : « ان الله جل ثناؤه منّ على العباد بعقول تدلهم بها على الفرق بين المختلف[3] ، وهداهم الى الحق نصاً ودلالة » .

يؤكد المحققون ان الإمام الشافعي يتخذ من مفهوم العدل والانصاف مبدأ اساسياً في اجتهاده :

ـ على أن ابن القيم الجوزية ، قد ذكر ان مبدأ « **الانصاف** » او **مفهومه** ، اوسع

---

(١) وبذلك يكون الإمام الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ قد اخذ بالقياس بالمعنى العام ، حتى يشمل (المصالح) المرسلة ، ولم يقتصر على القياس الاصولي الخاص الذي قوامه الحاق فرع بأصل لعلة مشتركة بينهما ؛ الأم ـ حـ ٢ ـ ص ٢٧٢ .
ـ هذا ، وفي اجتهاده الفروعي في كتابه « الأم » يأخذ بقاعدة « المصالح » غير انه لا يكثر من الاعتماد على هذا الاصل في الاجتهاد ، كالمالكية ، لان الفقه المالكي قد اتخذ من « المصالح » محوره في الاجتهاد ، فيما عدا القطعيات . ـ بل لا يسع الإمام الشافعي ان يرفض قاعدة الاستحسان والذرائع ، ذلك لان منهج الاستحسان الاصولي ، وقاعدة الذرائع ، كليهما لا يعدو ان يكون قاعدة للتنسيق بين المصالح المتعارضة ، فلا بد للمجتهد من ان يرجح احد الدليلين بمرجح قوي هو ـ في نظر المجتهد ـ محقق لمقصد الشارع ، ولا يجوز للمجتهد ان يأخذ بأحد دليلين في المسألة دون ترجيح ، لانه تحكم ، ولان في كل حادثة حكماً واحداً على المجتهد ان يتحراه ، كما اشرنا . ـ الموافقات ـ حـ ٤ ـ ص ٢٩٤ .

(٢) المرجع السابق . (٣) الرسالة ـ ص ٤٧٧ .

مدى من مفهوم القياس ، الاصولي هذا ، ويسنـد الى الإمام الشافعي القول بمبدأ **« الانصاف »** ، **ووجوب ان يلتزمه المجتهد اذا اعوزه النص فيما يجد من الوقائع ، كمنهج اصولي ، لانه الاصل العام الذي قامت عليه الشريعة الاسلامية جملة وتفصيلاً .**

وابن قيم الجوزية يقرر هذه القضية المنسوبة الى الإمام الشافعي ، نقلاً عن الخطيب البغدادي في كتابه « الفقيه والمتفقه » حكاية عن الإمام الشافعي ــ رضي الله عنه ــ اذ يقول : « لا يحل لأحد أن يفتي في دين الله إلا رجلاً **عارفاً بكتاب الله ، بناسخه ومنسوخه ، ومحكمه ومتشابهه ، وتاويله وتنزيله ، ومكيه ومدنيه ، وما اريد به ،** ويكون بعد ذلك بصيراً بحديث رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وبالناسخ والمنسوخ ، ويعرف من الحديث ما عرف من القرآن ، ويكون بصيراً باللغة ، بصيراً بالشعر ، وما يحتاج اليه للسنة ، والقرآن ، ويستعمل مع هذا **« الانصاف »** ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الامصار ، وتكون له قريحة بعد هذا »[1] . أي ملكة علمية ، أو حاسة تشريعية راسخة .

وهذه الصلة الوثقى أكدها الاسلام في جعله الاجتهاد بالرأي مفروضاً فرضاً كفائياً ، كسائر الفرائض ، كما يقول الإمام الشافعي نفسه في صدد تقسيمه للنصوص من حيث إن بعضها قطعي الدلالة على معناه لا مجال للاجتهاد فيه ، وبعضها ظني ، كما أن بعضها ورد مجملاً لا يمكن فهم معناه الشرعي المقصود ولا تفاصيله الا من قبل المشرع نفسه ، اذ يقول ــ رضي الله عنه ــ في أنواع البيان:

١ ــ « ما أبان الله لخلقه نصاً ــ مثل جمل فرائضه[2] في أن عليهم صلاة ، وصوماً ، وأنه حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن » .

٢ ــ « ما أحكم فرضه بكتابه[3] » ، وبين كيف[4] هو على لسان نبيه ــ صلى الله عليه وسلم ــ مثل عدد الصلوات والزكاة ووقتهما » .

---

(١) ابن القيم ــ اعلام الموقعين : جـ ١ ص ٤٦ .
(٢) كالصلاة والزكاة اذ ورد الامر بوجوبهما فقط دون بيان للتفاصيل .
(٣) بين الفرائض والمحرمات دون تفصيل .
(٤) بين تفاصيله وكيفية ادائه وتنفيذه .

٣ ــ « ما سن رسول الله مما ليس فيه نص حكم » .

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

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

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

قلت : هما اسمان لمعنى واحد .. كل ما نزل[1] بمسلم ، ففيه حكم لازم ، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة ، وعليه ، اذا كان فيه بعينه حكم ، اتباعه[2] ، واذا لم يكن فيه بعينه[3] ، طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد[4] ، **والاجتهاد القياس**[5] .

---

(١) من الوقائع والنوازل .

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

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

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

(٥) وحصر الاجتهاد بالراي في القياس ، فلا اجتهاد بالراي الا عن طريق القياس ، لكن قدمنا انه يقول باصل الاستحسان وبالذرائع والمصلحة المرسلة ــ الرسالة ــ ص ٤٧٧ .

الامام الغزالي وتحديده لمدى صلة العقل المتخصص بالتشريع الاجتهادي :

الاجتهاد بالرأي في نظر الإمام الغزالي ــ وهو شافعي المذهب ــ أوسع أفقاً ، وأبعد مدى مما حدده الإمام الشافعي نفسه ، اذ يقول : « وأشرف العلوم ما ازدوج فيه **العقل والسمع**(١) ، **واصطحب فيه الراي والشرع ، وعلم الفقه واصوله من هذا القبيل** ، فانه يأخذ من **صفو الشرع والعقل سواء السبيل** ، فلا هو تصرف **بمحض العقول** ، بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول ، ولا هو مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له **العقل بالتأييد والتسديد**(٢) .

ــ وهكذا لا يحدد الإمام الغزالي صلة العقل بالتشريع بالقياس . بل يراها صلة أبعد مدى ، لا يحدها الا الوقوع في التناقض بين مقررات العقل وقضايا الشرع .

ــ هذا ، وقد أخذ الإمام الغزالي « بالمصلحة المرسلة » قاعدة للاجتهاد فيما لا نص فيه ، بشرط واحد فقط ، هو ملاءمتها لجنس تصرفات الشارع(٣) .

الإمام العز بن عبد السلام لايحدد مدى الاجتهاد بالراي بالقياس الاصولي الخاص:

ــ ان قاعدة الاجتهاد فيما لا نص فيه عند الإمام العز بن عبد السلام الشافعي المذهب هي جلب المصلحة ، ودفع المضرة أو المفسدة ، فقاعدة الاجتهاد بالرأي في

---

(١) النصوص التشريعية كتاباً وسنة .

(٢) أي يناقض مبادىء الشرع وقواعده الاساسية ، واحكامه القطعية ومقاصده العامة . ــ المستصفى : المقدمة ، ص ٤ ــ ٥ .
ــ هذا ، وقد ذهب جمهور الاصوليين الى أن الإمام الغزالي يشترط في المصلحة المرسلة ، ثلاثة شروط ، من **القطعية ، والضرورية ، والكلية** ، والتحقيق انه لم يشترط الا شرطاً واحداً ، هو « **ملاءمة المصلحة لجنس تصرفات الشارع** » والملاءمة معناها اندراج المصلحة تحت اصل عام ، وهذا هو « الاستدلال المرسل » ــ المستصفى ــ ص ٣٠٥ .
ــ هذا ، وثمة أمثلة لا تحصى أوردها الإمام الغزالي في كتابه « شفاء الغليل » يستبين فيها الباحث ، أنه لا يشترط للعمل بالمصلحة المرسلة ، تلك الشروط ، ولا يتسع المقام لذكرها .

(٣) المرجع السابق .

نظره هي « **المصلحة** » حتى ولو لم يرد بها نص ولا اجماع ولا قياس خاص ، وبذلك يطلق الإمام العز بن عبد السلام الحرية للفكر الاجتهادي الاسلامي فيما لم يرد فيه نص،فيجاوز القياس الاصولي الخاص الى « **المصلحة** » **المطلقة** التي لم يرد نص خاص من الشارع باعتبارها أو الغائها بعينها ، بل يستمد حكم المصلحة هذه من **مبدا عام** او من **روح التشريع العامة** التي يتمثلها المجتهد الحق ، وهي التي تمثل « العدل والحق » ، الذي يطلق عليه الإمام « **نفس الشرع** » حيث يقول : « ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ، ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد[1] أو عرفان[2] ، بأن هذه المصلحة لا يجوز اهمالها ، وان هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وان لم يكن فيها اجماع ولا نص ولا قياس خاص ، فان فهم **نفس الشرع** يوجب ذلك[3] » .—

وحتى لا تكون « المصلحة » صدى للهوى الشخصي . أشار الامام ابن عبد السلام الى أن « المصلحة » المقصودة بالتشريع لها بحكم ايجابي أو سلبي[4] ، هي ما كانت متفقة وروح التشريع العام ، وان لم يرد بها نص خاص ، ولا ورد لها نظير ، أو انعقد على حكمها اجماع . وهذا تطور بعيد المدى في قواعد الاجتهاد في الفقه الشافعي .

فالاجتهاد بالرأي إذن في خدمة « المصالح »[5].

---

(١) اي العلم اليقيني . (٢) لعله يقصد ما يغلب على الظن من معرفة ، اي الظن الراجح ، وهو كاف في وجوب العمل — ويقصد بالمصلحة — جلب منفعة او درء مفسدة ، وهذه اشارة الى أن الظن الراجح كاف في حجية العمل بالاصول التي تتفرع عنها احكام المعاملات لا في الفروع فقط .

(٣) — وفهم نفس الشرع اي روح التشريع العامة ، التي تسري في جميع نصوصه وقواعده ، أي روح العدل والانصاف فيه — قواعد الاحكام — ح — ص .

(٤) نقصد بذلك المشروعية او عدم المشروعية — الوجوب او التحريم والمنع .

(٥) في عرف الاستعمال القرآني ان المصالح يعبر عنها بالحسنات ، والمفاسد يعبر عنها « بالسيئات » قال تعالى : « من جاء بالحسنة فله عشر امثالها، ومن جاء بالسيئة فلا يجزى الا مثلها » .
— كذلك النصوص النافية للحرج « وما جعل عليكم في الدين من حرج » .
— وفي السنة قاعدة نفي الضرر « لا ضرر ولا ضرار » . وهذا يستلزم عقلا رعاية المصلحة .

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

ومفاد هذا أن استدلاله على حكم الواقعة غير المنصوصة بالمصلحة ، يشترط فيها أن تشبه المصالح المعتبرة شرعاً ، بأن تكون من جنسها ، ولا يشترط أن يشهد لها نص خاص بالاعتبار ، كما هو الشأن في القياس الاصولي ، اذ يقول :

« ذهب الإمام الشافعي ، ومعظم أصحاب أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ الى اعتقاد « **الاستدلال** » [1] إن لم يستند الى حكم متفق عليه في أصل ، ولكنه لا يستجيز النأي والبعد والافراط ، وانما يسوغ تعليق الاحكام بمصالح شبيهة بالمصالح المعتبرة اتفاقاً ، وبالمصالح المستندة الى أحكام ثابتة الاصول ، قارة في الشريعة » .

ثم يضيف موضحاً ان هذا أصل عتيد في المذهب الشافعي ، فيقول :

« المعروف من مذهب الشافعي ، **التمسك بالمعنى ، وان لم يستند الى اصل ، على شرط قربه من معاني الاصول الثابتة** » .

ولا يقصد المحققون من الاصوليين بالمصلحة المرسلة الا هذا المعنى .

---

(١) **الاستدلال** هو قاعدة الاجتهاد بالمصلحة التي يقرها العقل ولا تضاد اصول الشرع ، والمقصود بالعقل هنا ، « ملكة الاجتهاد » وقد يفتقر الاجتهاد في طلب المصلحة وتقرير الحكم بناء عليها ، الى الاستعانة بالخبراء من ذوي الاختصاص في جميع المرافق وفروع العلم ، كما قدمنا ، فلا بد من عرض « المصلحة » على هؤلاء لتقرير كونها حقيقية عامة ، ترفع حرجاً عن الناس ، وتسد حاجة او تدفع ضرورة ، أو لتقرير كونها حقيقية **خاصة** جديرة بالاعتبار ، بأن تملي المصلحة العامة اعتبار تلك المصلحة الخاصة ، فضلاً عن ان الشارع قد يعتبرها في ذاتها مصلحة مرعية عدلاً وانصافاً .

(٢) راجع كتاب « البرهان » للإمام الجويني ـ مصور بدار الكتب المصرية .

الخطر كامن في التشريع بالمصالح المضادة لأصول الشرع الثابتة :

ان الخطر الذي كان أئمة الاصول منه على حذر ، هو الاسراف والافراط في التشريع على أساس مصالح مزعومة ، أو وهمية ، تضاد مقاصد التشريع الاسلامي وأصوله الثابتة ، بأن لم يشهد لها أصل معنوي عام مستقى من معقول عدة نصوص أو لفظي عـام .

ـ وذلك خشية العبث بمقررات الوحي الذي يتوخى تدعيم الحياة الانسانية بكل مقوماتها الاساسية ، تحت ستار « **المصلحـة** » .

ـ وحينئذ يصبح التشريع بالمصلحة المزعومة ذريعة لهدم واجب ، أو تحليل محرم . أو الافتئات على حـق ثابت ، أو وسيلة لأكل أمـوال الناس بالباطل ، أو تقويض دعائم العدل المطلق من القواعد .

ـ وهذا ما يقرره الإمام القرافي (المالكي) في تفسيره لرفض بعض الأئمـة الاجتهاد على أساس « المصلحـة » في عصره ، بأن مرد ذلك أسباب سياسيـة ، اذ يقول : « وانمـا فر أكثر علمـاء الأمة من تقرير هـذا الاصـل تقريراً صريحـاً ، **مع اعتبار كلهم له** « خوفاً من **اتخاذ ائمة الجور اياه حجة ، لاتباع اهوائهم ، وارضاء استبدادهم في اموال الناس ودمائهم ، فراوا ان ينفوا ذلك ، بإرجاع جميع الاحكام الى النصوص** ، ولو بضرب من الاقيسـة الخفية ، فجعلوا مسالة « **المصالح المرسلة** » **من ادق مسالك العلة** في القياس ، ولم ينيطوهـا باجتهـاد الامراء والحكام ، وهـذا الخوف في محله . ولكن لم يق الامة من أهواء الحكام كما ينبغي ، اذ كان يوجـد في عهد كل ظالم من علماء السوء من يمهد له ، ولو لبعض ما يريد من الهوى[1] » .

---

(١) ـ وراجع كتاب الشافعي لابي زهرة ـ ص ٣٠٢ .

الاجتهاد بالراي في تقدير مآل التطبيق واقعاً يقتضيه توثيق اصل المصلحة التي هي مقصود الشرع(١) :

ـ أشرنا الى أن الإمام الشاطبي يقرر أن مآل التطبيق ذو أثر في تكييف الفعل، ووصفه الشرعي ، فيصبح غير مشروع في ظل ظروف معينة بالنظر الى نتيجته غير المشروعة الواقعة أو المتوقعة ، ويصبح مشروعاً اذا كانت نتيجته مشروعة بل واجباً ايجادها وتحصيلها اذا اقتضت الحاجة الماسة للامة ذلك ، دون الافتئات على دليل أو أصل قطعي(٢) . ومن هنا نشأت قاعدتا الاستثناء : الاستحسان والذرائع .

إذن انبثقت هاتان القاعدتان من أصل عام في الشريعة الاسلامية هو أصل النظر في مآل التطبيق عملاً لمعالجة الواقع المعاش ، وضبطاً تحقيق أصل المصلحة المعتبرة شرعاً ، اذا كان تطبيق القواعد النظرية الاصلية الخاصة بالمسائل المعروضة يؤدي ، لاختلاف الظروف ، الى نتائج ضررية ، فلا تخرج واقعة من أصل قاعدتها تفادياً لسوء نتائج التطبيق ، الا لتدخل في قاعدة أخرى ، تكفل تحقيق العدل والمصلحة في حكمها .

---

(١) راجع الموافقات ـ للإمام الشاطبي ـ جـ ٤ ـ ص ٨٩ ـ حيث قسم الاجتهاد الى ضربين : الاول ـ في درك الاحكام ـ اي استنباطها نصاً او دلالة ـ الثاني : تحقيق المناط ـ وهو الاجتهاد بالراي في التطبيق ـ وسياتي تفصيل ذلك في مقامه .

(٢) جـ ٤ ، ص ١٩٦ وما بعدها .

(٣) فالمآل او النتيجة ، هو الدليل الذي يحكم على الفعل او التصرف بالمشروعية او عدمها ، بقطع النظر عن الوصف الشرعي الاصلي لذلك الفعل او التصرف ، فاساس تكييف الفعل هو المآل .

(٣) ذلك لان تدخل الظروف ، في نتائج التطبيق ، امر لا مرية فيه ، وقد تصبح مفسدة المآل، راجحة على مصلحة الاصل، فينشأ عن هذا المآل حكم، ويغدو الامر تعارضاً بين المصلحة والمفسدة ، فيجب عندئذ تحكيم قواعد الموازنة والتنسيق ، وقاعدة الاستحسان وسد الذرائع ، من هذه القواعد التي تحكم التعارض بين المصالح ، وترفعه ، فلا يتصور حجة مقبولة عقلاً وشرعاً لمن ينكرها .

وبذلك تفادى الاصوليون بهاتين القاعدتين ، التطبيق الآلي العشوائي الذي لا يقدر الظروف القائمة التي لها مدخل في تشكيل علة الحكم ، وبالتالي في نتائج التطبيق العملي ، لان الشريعة الاسلامية لا تعمل في فراغ ، وليست شريعة تقرر مجرد قواعد نظرية دون مراعاة لواقع المجتمع ، بل وضعت أصولاً عامة ورسمت مقاصد أساسية ، لمعالجة ذلك الواقع ـ ثم وضعت قاعدتي الاستثناء اللتين أشرنا اليهما ، وذلك الاستثناء يستند بدوره الى أدلة من الشرع ، ومن هنا ينشأ اختلاف واسع المدى لا في أصل القواعد النظرية ، بل في تحقيق مناطها[1] .

ـ وفي هذا المعنى يقول الإمام العز بن عبد السلام ما يلي :

« اعلم ان الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح **عاجلة وآجلة** ، تجمع كل قاعدة منها **علة واحدة** ، ثم **استثنى** منها ما في ملابساته مشقة شديدة ، او مفسدة تربى على تلك المصالح .

وكذلك شرع لهم السعي في درء مفاسد في الدارين ، أو في أحدهما ، تجمع كل قاعدة منها **علة واحدة** ، ثم **استثنى** ما في اجتنابه مشقة شديدة ، أو مصلحة تربى على تلك المفاسد ، وكل ذلك رحمة بعباده ، ونظر لهم ، ورفق بهم ، ويعبر عن ذلك كله بما يخالف القياس وذلك جار في **العبادات والمعاوضات ، وسائر التصرفات**[1].

---

(1) راجع الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٨٧ وما يليها ، و ص ١٩٦ وما يليها .
ـ المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي ـ ص ٢٠ وما يليها و ص وما يليها ـ للمؤلف .

(1) قواعد الاحكام ، جـ ٢ ، ص ١٣٨ . وراجع في هذا المعنى أيضاً ـ بداية المجتهد ـ جـ ٢ ـ ص ١٥٤ ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ـ ص ٤٠٧ ـ للمؤلف ـ طبع جامعة دمشق .

تحقيـــق المنـــاط

من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في الجزئيات والفروع « **تحقيق المناط** »(١) .

ـ وهو اثبات مضمون القاعـدة العامة ، أو الاصـل الكلي ، أو « العـلة »

---

(١) يطلق « المناط » على مضمون القاعدة التشريعية او الفقهيـة ، او معنى الاصل الكلي الذي ربط به حكم كل منها .
ـ كما يطلق « المناط » ايضاً على « علة » حكم النص التشريعي الجزئي اي المتعلق بمسألة خاصة معينة ، سواء أكانت ثابتة بالنص ، أو الاجماع أو الاستنباط ، وهي اساس القياس الاصولي الخاص ، الجامعة بين الاصل والفرع ، او المقيس عليه ، والمقيس .
فالاسكار مثلا « علة » حكم تحريم الخمر ، وهي متفق عليها في ذاتهـا ، من كونهـا مبنى لحكم التحريم واساسه ، واثبات وجود هـذه العلة في النبيذ او غيره من الاشربة ، بالاجتهاد والبحث ، من باب « تحقيق المناط » في الفروع ـ الموافقات جـ ٤ ـ ص ٨٩ .
وكذلك تطبيق الاصل الكلي ، او القاعدة العامة على الجزئيات ، واثبات وجود كل منهما كاملا في آحـاد الصور ، بالبحث والاجتهاد ، مـن باب « تحقيق المناط » ايضاً . ـ الموافقات ـ جـ ١ ـ ص ٣٥ ـ في الهامش ـ وانظر تعليق الشيخ عبد الله دراز ـ حيث يذكر ان « تحقيق المناط » من صناعة المجتهد الفقيـه ، لانه تطبيق اصل على جزئي مـن جزئياته ، وذلك بالبحث في ان هذا الجزئي مندرج في موضوعه ، ليأخذ حكمه .
ـ ويتجه عليه أن هذا نوع من « تحقيق المناط » لأنه مقصور على تطبيق القواعد والاصول الكلية ، ولا يشمل تحقيق المناط في القياس الاصولي الذي يقوم على اساس النظر والاجتهـاد في معرفة وجود علـة الحكم في الوقائع وآحاد الصور المستجدة ، وعلـة الحكم هي مدركة الشـرعي او امارته . ـ الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٩٤ . وانظر الهامش ايضاً .

في الجزئيات[1] والفروع إبّان التطبيق ، بشرط أن يكون كلٌ من المضمون والعلة متفقاً عليه ، فهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في **التطبيق** [1] الذي لا يمكن أن ينقطع حتى **فناء الدنيا**[2] .

---

(١) الجزئية لمفهوم كلي ، هي التي يتحقق فيهما مضمونه كَمَلاً ، مثال ذلك : « المؤمنون » لفظ عام ، يستغرق جميع افراده ، دفعة واحدة ، بلا حصر ، ولا استثناء ، وكل فرد من أفراده ، وهو « المؤمن » جزئي له ، لانه يتضمن معنى اللفظ العام ــ وهو الايمان ــ كاملاً ، بخلاف الجزء من الكل ، فلا يتحقق فيه معنى الكل ، ومثاله : الواحد بالنسبة للعشرة ، فهو جزء من أجزائها ، لانه لا يتضمن معنى العشرة ، فظهر الفرق بين الجزء والجزئي . والكل والكلي ، راجع المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي ــ ص ٤٩٦ ــ باب العام ، للمؤلف . هذا ، ويعرفه الإمام الشاطبي بقوله : « ومعنــاه ــ اي معنى تحقيق المناط ــ ان يثبت الحكم بمدركه الشرعي ، لكي يبقى النظر في تعيين محله » ــ الموافقات جـ ٤ ــ ص ٩٠ ، ويضرب مثالاً على ذلك بقوله : « وذلك ان الشــارع إذا قال : « واشهدوا ذَوَيْ عَــدْلٍ منكم » وثبت عندنا **معنى العدالة شرعاً** ، افتقرنا الى تعيين مــن حصلت (تحققت) فيه هذه الصفة ، وليس الناس في وصف العدالة على حــدّ سواء ، بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً وهذا من باب تحقيق المنــاط في الاشخاص ــ المرجع السابق .

وجاء في المنهاج : ان تحقيق المناط هــو « تحقيق **العلة** المتفق عليهــا في الفرع » غير ان هذا التعريف يشمــل القياس الاصولي ، دون ســواه ، فلا يشمل تطبيق الاصل العام اللفظي او المعنــوي على الجزئيات ، فكان تعريفــاً غــير جامــع .

(٢) يقول الإمام الشاطبي في هذا الصدد ما يلي : « الاجتهــاد على ضربين : **احدهما** لا يمكن ان ينقطع ، حتى ينقطع أصل التكليف ، وذلك عند قيام الساعة ، **والثاني** يمكن ان ينقطع . . .

ــ **فاما الاول** ، فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط ، وهو الذي لا خلاف بين الامة في قبوله » .

والإمام الشاطبي يرى ان « تحقيق المناط » يستلزمه القيام بالتكاليف ، وعلى هذا ، يكون متعلقاً بالمكلفين كافة ، سواء أكانوا من المجتهدين أم من العوام ، غير ان بحثنا هنا مقصور على تحقيق المناط الذي هو من عمــل الفقيه المجتهد .

وبيان ذلك ، أن تطبيق كلّ من القاعدة العامة[1] ، أو الاصل اللفظي العام ، أو الاصل المعنوي العام[2] ، المتفق على حجية كل أولئك بين الأئمة والمجتهديـن ،

---

(١) لانه يتعلق بتطبيق الاحكام الشرعية الذهنية المجردة على افعال المكلفـين عامة ، او تنفيـذ تلك الاحكام ، في الواقع العمـلي ، وذلك ليس خاصاً بالمجتهدين ، بل يشمل العـوام ايضاً ، لانه يجب عليهم تحقيـق مناط الاحكام التي هم بصدد تطبيقها أو امتثالها ، بحسب وسعهم ، أو باستفتاء اهل العلم ، كما في امور صلاتهم وصيامهم وزكاتهم وحجهم ، ومعاملاتهم . ـ الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٩٣ .
ـ ويشير الإمام الشاطبي الى ان الاجتهاد في تحقيق المناط ، لا بد منه لكل ناظر (مجتهد) وحاكم (قاض) ومفت ، بل بالنسبة الى كل (مكلف) في نفسه ـ المرجع السابق .

(٢) وذلك مـن مثـل « البينة على مـن ادعى ، واليمين على مـن انكر » ، ـ وقاعدة : « انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرىء ما نوى » ، ـ وقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ، ـ وقاعدة : « ولا تزر وازرة وزر اخرى » .
ـ فهذه قواعد تشريعية ، أو اصول لفظية عامة ، صاغها المشرع نفسـه بصيغة من عنده ، بخلاف القاعدة الفقهية ، فقد صاغها الفقهاء بعبارات من عندهم ، ومضمونها معنى عام مستقرأ من عدة مواقع نصوص خاصة تضمنت ذلك المعنى العام ، على ما سيأتي بيانه .

(٣) الاصل المعنـوي العام ، هو المستقرأ مـن مواقع معناه في عـدة نصوص خاصة ، لاحظه المشرع في تصرفاته ، في بناء احكام جزئية عديدة عليه ، بحيث امكن اعتباره مقصوداً شرعياً ثابتاً على سبيل القطع ، او على سبيل الظن الغالب ، تبعاً لنـوع الاستقراء ، ومعلوم ان الظـن الغالب كاف في الاحتجاج ، في المعاملات ، أصلاً وفرعاً ، فيتخذه المجتهد اساساً ودليلاً ، للنوازل والوقائع الطارئة التي لم يرد فيها نص ، اذا انطبق عليها مضمونه ومناطه ، لانه ، وان لم يرد من الشارع صيغة تقرره ، لكنه لكثرة ملاحظة الشارع اياه في تصرفاته ، اضحى بمنزلة الاصل اللفظي العام ، من حيث قوة الاحتجاج به ، لانه يرسم « خطة تشريعية » يلتزمها المجتهد في استنباطه للاحكام فيما لا نص فيه ، ولا ضرورة بعد ذلك للبحث عن دليـل خاص بالواقعـة الطارئـة كالقياس وغـيره ، لان هـذا الاصل المعنوي العـام الاستقرائي ، نهض بحجيته معقول عدة نصوص خاصـة بحيث اضحى الاحتجاج به ، احتجاجاً بمعقول تلك النصوص الخاصة جميعاً ، وهـذا بلا ريب ، اقوى من الاستدلال بالقياس الاصولي الخاص ، أو بغيره ، بل

على الجزئيات والفروع المستجدة ، أو المعروضة ، إذا تحقق معناه فيها **كاملا** والمجتهد والفقيه ـ لا الاصولي ـ هو الذي يثبت هذا التحقق والحصول ، بالبحث والاجتهاد ، كما يشمل مفهومه أيضاً ، اثبات وجود **« علة »** حكم النص الجزئي المتفق عليها في ذاتها ، في الفرع الذي لم يرد فيه نص ، عن طريق القياس الاصولي ،

قد يفيد القطع تبعاً لنوع الاستقراء الثابت به ، كما أسلفنا ، وهو ما قرره الإمام الشاطبي في موافقاته حيث يقول : « ان المجتهد اذا استقرى معنى عاماً من ادلة خاصة ، واطرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر بعد ذلك الى دليل خاص ، على خصوص نازلة تطرأ ، بل يحكم عليها بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى ، (بفتح الراء) من غير اعتبار بقياس او غيره ، اذ صار المستقرى من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك الى صيغة خاصة بمطلوبه » ـ الموافقات ـ جـ ٣ ـ ص ٣٠٤ .

ومن الاصول المعنوية العامة ايضاً ، **« المنع من الجائز المشروع ، اذا افضى الى مآل ممنوع »** اي اذا ادى ـ في ظروف معينة ـ الى نتائج هي على النقيض من المصلحة الشرعية التي قصدها الشارع من اصل مشروعية ذلك الفعل ، بأن افضى الى مفاسد واضرار لازمة مساوية لتلك المصلحة الاصلية ، او زائدة عليها ، وهو ما يطلق عليه « سد الذرائع » ، إذ لاحظ المشرع هذا الاصل المعنوي العام في نصوص جزئية عديدة ـ اعلام الموقعين ـ جـ ٣ ـ ص ١١٩ .

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

ـ ومن المقرر اصولياً ، ان الحكم على العام ، حكم على جزئياته التي تحقق فيها معنى ذلك العام كملاً ، كما اشرنا .

سواء أكان تعرف تلك العلة في ذاتها ، عن طريق النص[1] الشرعي ، أو الاجماع[2] ، أو الاستنباط .

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

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

وقد يحتفُّ بالواقعة أو الجزئية ـ محل البحث والاجتهاد ـ من الظروف والملابسات التي تؤثر في نتائج تطبيق القاعدة العامة عليها ، تلك النتائج التي قد تكون **ضَرَرِيَّة** ، لا تتفق والمصلحة التي شرع أصل القاعدة من أجلها ، أو بعبارة أخرى ، يرى المجتهد ـ حال التطبيق ـ تعارضاً متوقعاً بين مصلحة الاصل ، ومفسدة المآل ، وهذه الاخيرة مساوية للاولى ، أو راجحة عليها ، الامر الذي يستوجب استثناءها من عموم القاعدة أو الاصل العام ، والحكم عليها بحكم آخر مناسب ، بناء على دليل أقوى من شأنه أن يحول دون الإفضاء الى تلك النتائج غير المشروعة ، أو قد يوقف تطبيق تلك القاعدة أو النص العام ، ريثما تزول تلك الظروف ، تجنباً لتلك النتائج التي لم يقصدها المشرع قطعاً .

---

(١) من العلل المنصوص عليها ، قوله تعالى : « ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل . الا ان تكون تجارة عن **تراض** منكم » .
ـ فالعلة في امتلاك مال الغير ، أو الانتفاع به ، هو التراضي وهو منصوص عليه كما ترى .
ـ وكذلك قوله تعالى : « واشهدوا **ذَوَيْ عَدْلٍ** منكم » ، فإن العلة في الإلزام بالشهادة قضاءً ، هي **عدالة الشهود** ، وهي منصوصة ايضاً .

(٢) اجمع الفقهاء على ان « العلة » في الولاية على مال الصغير هي « الصغر » .

ب ــ أو قد يرى المجتهد ــ نتيجة البحث العلمي والاجتهاد ــ أن الفرع المقيس ، قد تحققت فيه « علة الاصل » المتفق عليها ، فيجرى القياس بين الاصل والفرع ، ويعدى حكم الاصل اليه ، لان « وحدة العلة » توجب « وحدة الحكم » عقلاً وشرعاً ، بينا يلحظ مجتهد آخر معنى دقيقاً في الفرع ينهض فارقاً بينه وبين الاصل المقيس عليه ، فيحول دون تحقيق مناط حكم الاصل فيه ، ومن ثم لا يجرى القياس ، بل يثبت له حكما آخر بدليل آخر .

ــ فالعلة أو المناط ــ كما ترى ــ أمر متفق عليه[1] ، ولكن جرى الاختلاف في مدي تحقيق هذه العلة في الفرع عند التطبيق .

ــ هذا ، والاختلاف في تحقيق المناط أمر معهود بين الفقهاء والاصوليين .

ــ ومن أمثلته عند الحنفية ، ما يسمونه بالاستحسان الذي سنده القياس الخفي ، وهو في حقيقته ضرب من تحقيق المناط في الفروع[2] .

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

ــ هذا ، ومما ينبغي الإشارة اليه ، أن الاتفاق على أصل القاعدة العامة ، لا يحول دون الاختلاف في « **شروط اعمالها** » .

ــ ولا ريب ان لهذه الشروط أو القيود أثراً على « **مضمون القاعدة** » ، **ومناطها** اطلاقاً وتقييداً ، الامر الذي ينعكس أثره بالتالي على مجال التطبيق ومداه ، ولكن لا ينقض أصلها ، وعلى هذا ، يجري تحقيق المناط في الفروع ، كما يجري في القواعد الاصولية .

---

(١) جاء في المنهاج : « تحقيق المناط هو تحقيق العلة المتفق عليها ، في الفرع »
(٢) التلويح مع التوضيح ــ جـ ٢ ــ ص ٨١ وما يليها .
اي اقامة الدليل على وجودها فيه . وهذا بلا شك من اختصاص الفقيه المجتهد ، نهاية السول ج ٤ ص ١٤٣ ــ مع سلم الوصول ــ للشيخ بخيت المطيعي ــ الموافقات ــ جـ ٤ ــ ص ٨٩ ــ ص ٩٠ .

امثلة توضيحية لاختلاف الأئمة في تحقيق المناط ، وتحليلها اصولياً :

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

ـ ثمة قاعدة تشريعية عامة من قواعد الاثبات في التشريع الاسلامي ، أرساها الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ بقوله : « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر »[1] وهي متفق عليها .

ـ ومقتضى هذا الاصل العام من أصول الاثبات[1] ، أو القواعد القضائية ، ان على المدعي يقع عبء الاثبات بالبينة ، فان أقامها حكم له بمدعاه ، حتى اذا عجز عن اقامتها ، فالمشتري (المدعى عليه) المنكر ، يصدق مع يمينه .

ـ هذا ، من حيث الحكم بمدركه الشرعي متصوراً في الذهن قبل التطبيق .

غير أن القاضي ـ عند التطبيق ـ لا يمكنه الحكم في واقعة معروضة لديه ، الا بعد التمييز بين المدعي والمدعى عليه فيها ، وهو أصل القضاء .

فليس الخلاف في حكم كل منهما ، بل قد يقع في تمايزهما[2] في التطبيق .

---

(١) الالف واللام في قوله ﷺ « البينة » و « اليمين » تفيد العموم ، لانها ليست للماهية ، اي للتعريف بحقيقة كل منهما ، وتحديد مفهوميهما ، ولا للعهد ، فلم يبق الا ان تكون صيغة من صيغ العموم ، وكذلك لفظ « مَنْ » في قوله ﷺ « من ادعى » و « من انكر » اسم موصول من صيغ العموم ـ راجع بحث « صيغ العموم » في كتابنا : المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ، ص ٥٠٤ وما يليها .
وظاهر عموم نص الحديث يفيد التوزيع ، بمعنى : ان جميع افراد البينة على جميع افراد المدعين ، وجميع افراد اليمين ، على جميع افراد المدعى عليهم ، المنكرين » .

(٢) قلنا ان الحنفية يطلقون على عموم الاصل الكلي ، او مقتضى القاعدة العامة ، أو اطراد عمومها ، اصطلاح « القياس » او سنن القياس (بفتح السين والنون) .

(٣) الموافقات : جـ ٤ ، ص ٩٢ ، وانظر التعليق في الهامش ، وما نقل فيه عن صاحب (تبصرة الحكام) في هذا المعنى .

هذا ، وتوزيع البينة واليمين أو تقسيمهما على الخصمين على هذا النحو ، أي بحسب كون أحدهما مدعياً ، والآخر مدعى عليه ، وهو منكر ، لا خلاف فيه ، لكن اختلف الأئمة في تطبيق مضمون هذه القاعدة على المسألة السابقة ، وهي حالة ما اذا اختلف المتبايعان في **مقدار الثمن ، والسلعة لم يقبضها المشتري ، والبائع لم يقبض الثمن ايضاً** ، على رأيين :

الراي الاول : ان مناط القاعدة متحقق في هذه المسألة ، فيحكم فيها بحكمها الذي بيناه آنفاً ، إذ البائع **يدعي** زيادة في الثمن ، فمقتضى القاعدة ، أن عبء الاثبات بالبينة يقع على عاتقه ، بينما المشتري **ينكر** هذه الزيادة ، والمنكر هو المدعى عليه ، فيصدق مع يمينه ، اذا عجز الاول عن الاثبات .

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

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

فوصف البائع هنا، بأنه مجرد مدع، والمشتري بأنه مجرد مدعى عليه ، فيه نظر!

ذلك لان المشتري **يدعي** على **البائع** استحقاق المبيع ، ويطالب بتسليمه اياه ، والبائع **ينكر** هذا الاستحقاق ، ويمتنع بالتالي عن التسليم ، فكلاهما ـ في الواقع ـ يدعي شيئاً ينكره الآخر ، أو بعبارة أخرى : كلٌ منهما مُدَّعٍ ، ومُدَّعى عليه في الوقت نفسه .

وتأسيسا على هذا ، لا ينطبق مناط القاعدة أي لا يتحقق مضمونها في هذه الحالة حتى يجري عليهما حكم التوزيع ، بل يطالب كل منهما بالبينة ، باعتباره مدعياً ، وعند انتفاء البينة من جانبهما ، **يتحالفان** .

ـ غير أن الحنفية يرون أن هذا من قبيل « الاستثناء » من عموم القاعدة ، أو هو خروج عن « **سَنَنِ القياس** » كما يقولون ، لملحظ دقيق قوي الاثر ، وهو

ما يطلقون عليه **« الاستحسان »** اصطلاحاً .

ـ في حين أن غيرهم يرى أن هذا ليس من باب الاستثناء ، بل هو في الواقع من باب **« تحقيق المناط »** في الجزئيات ، ولكن المؤدى واحد ، وانما الاختلاف في التسمية والاصطلاح ، ولا مشاحة فيه[1] .

ـ هذا ، ومحل النزاع في المسألة **قبل ان يقبض المشتري السلعة** والبائع الثمن ، كما أشرنا ، أما لو اختلفا في الثمن **بعد قبض المشتري للسلعة** ، فقد ورد في ذلك أثر من السنة ، ولا مجال للاجتهاد ، إذ يقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « اذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة ، **تحالفا وترادا** » . أي لا تطلب بينة من أي منهما .

مثال ثان : ان عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ قد منع حاطب بن أبي بلتعة من **إرخاص** سعر الزبيب **عن مستوى سعره العام في السوق** ، بمنعه من المكث فيها ، ظناً من عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أن إرخاص السعر هذا في السوق ، **قرينة** على قصد حاطب **للتذرع** بذلك الى مفسدة عامة راجحة متوقعة مستقبلاً ؛

---

(١) لا مشاحة (بتشديد الحاء) في الاصطلاح ، معناه لا حجر على أحد من الائمة او المجتهدين الباحثين في ان يطلق ما يشاء من الاسماء والاصطلاحات على مفهوم معين ، اذ لا عبرة باختلاف الاسماء ما دام المضمون واحدا .

(٢) هذا ، والحق ان هذه المسألة ليس فيها قياسان اصوليان متعارضان ، يقوم احدهما على علة ظاهرة ، والآخر على علة ادق واخفى ، بل هو من باب « تحقيق المناط » كما رايت . ـ راجع كتاب « ابو حنيفة » للشيخ ابي زهرة ، ص ٣٤٦ .

(٣) ابو حنيفة ـ ص ٣٤٦ للشيخ ابي زهرة ، ومع ذلك فان الحنفية يعتبرون هذا من باب الاستثناء (الاستحسان) من عموم القاعدة ، وسنده السنة ، وهو في حقيقته استثناء من قبل المشرع ، اي من القاعدة العامة التي ارساها ، وانما يطلق عليه « سنة » بالنسبة لثبوت هذا الحكم بالسنة ، فهو استثناء من حيث المفهوم ، وسنة من حيث المصدر والثبوت .

هي منافسة العير[1] القادمة بالزبيب الى المدينة ، فتمتنع عن الجلب الى سوقها ، وفي **هذا ضرر عام متوقع** . والمتوقع في حكم الواقع فعلاً .

ومن هنا ، كان هذا النوع من المنافسة غير مشروع ، بالنظر الى ذلك المآل ، لكن عمر رجع عن اجتهاده[2] هذا ، وأباح لحاطب أن يبيع كيف شاء ، ذلك ، لانه لم يتأكد من أن الإرخاص في حد ذاته ، يصلح قرينة على **قصد التذرع** الى المفسدة الراجحة المتوقعة ، أو الى افضائه اليها .

أو بعبارة أخرى أنه شك في أن هذا الفعل يشكل ذريعة لان تفضي الى ذلك المآل الممنوع ، فلم يطبق قاعدة الذرائع ، لان مناطها ومعناها لم يتحقق على وجه اليقين أو الغالب من الظن . في هذا الفعل ، وهو الإرخاص ، لكن هذا ، لا يقدح في أصل قاعدة الذرائع من حيث حجيتها . ولو تحقق عمر — رضي الله عنه — من الإفضاء الى المآل الممنوع ، أو غلب على ظنه ذلك ، لمنع المتسبب فيه ، كما فعل في منع التزوج بالكتابيات الاجنبيات إبان فتح بلاد فارس ، وكما منع الصحابة من مغادرتهم عاصمة « الخلافة » وكما حكم بتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت ، وكما نظم استهلاك اللحوم ، فمنع بيعها في أيام معينة من الاسبوع ، وغير ذلك من الوقائع الكثيرة التي تشهد بحجية هذه القاعدة في نظره واجتهاده[3] ، بدليل تطبيقه لها حين غلب على ظنه مناط الذريعة في كل منها .

---

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

(٢) سنن البيهقي — جـ ٦ ، ص ٢٩ .

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

تحقيق المناط قسمان :

١ ـ تحقيق المناط العام . **٢ ـ تحقيق المناط الخاص .**

١ ـ تحقيق المناط العام :

من المعلوم أن الحكم التكليفي يتسم **بالتجريد والعموم والجزاء** غالباً(١) ، اما كونه متسماً **بالتجريد ، فلانه يقع في الذهن متعقلاً** بمدركه(٢) ، واما كونه **عاماً ، فلأنه** لا يختص بواقعة معينة ، أو شخص معين بالذات ، بل يشمل المخاطبين على الإطلاق والعموم .

فالحكم التكليفي إذن ـ قبل مرحلة تطبيقه ، وتحقيق مناطه في الجزئيات ـ **عام ومجرد(٣)** .

حتى اذا جرى الاجتهاد في تطبيقه على متعلقه من واقعة معينة ، أو شخص

تحقيق المناط في الانواع ... » . الموافقات : جـ ٤ ، ص ٢٠٠ ـ ص ج.٢ وانظر الهامش . ـ وهذا كما ترى ـ من باب تحقيق المناط في القواعد الاصولية ، فالشافعي يشترط ظهور القصد صراحة ، والإمام مالك يرى **ان مناط** التذرع يتحقق ، ويثبت بالقرائن ، غير انهما متفقان على اصل القاعدة ، وهو أنه لا يجوز التذرع الى المحرم بحال .

(١) وانما قلت غالباً ، لان كلاً من المكروه تنزيها ، والمندوب ، لا يتعلق بمخالفته جزاء .

(٢) المدرك ، (بضم الميم وفتح الراء) هو الدليل الذي يدركه العقل مبنى للحكم ، وقد يكون نصاً ، أو علة والعلة امارة الحكم) أو اصلاً معنوياً عاماً مستقرى ، كما فصلنا .

(٣) وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي : « ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد (في تحقيق المناط) لم تنزل الاحكام الشرعية على افعال المكلفين الا في الذهن ، لانها مطلقات وعمومات ، وما يرجع الى ذلك ، منزلات على افعال مطلقات كذلك (اي ليست متحققة في الوجود الخارجي) والافعال لا تقع في الوجود مطلقة ، وانما تقع معينة مشخصة (اي بظروفها وعوارضها) فلا يكون واقعاً عليها الا بعد المعرفة بان هذا المعنى بشمله ذلك المطلق ، وهذا العام » ـ الموافقات : جـ ٤ ، ص ٩٣ .

معين ، فان تحقق مناطه في كلٍّ منهما ، كان الحكم التطبيقي ـ في هذه الحال ـ مساوياً للحكم التكليفي .

ولا مراء في أن المجتهد يبذل أقصى طاقاته العلمية في سبيل تحقيق هذه « **المساواة** » بين الحكم التكليفي العام المجرد ، وبين الحكم **التطبيقي الاجتهادي** او **الافتائي** . على الوقائع المعينة المعروضة ، التي يتعلق بها ذلك الحكم التكليفي العام[1] ، حتى اذا احتفت بالواقعة ظروف وملابسات ، نشأت عنها دلائل تكليفية أخرى ، لا يطبق عليها ذلك الحكم التكليفي العام ، لعدم تحقق مناطه فيها ، بل يحكم عليها بما تستدعيه تلك الدلائل من الاحكام المناسبة ، وهو ما يطلق عليه « تحقيق المناط الخاص » الذي نتناوله بالشرح الآتي :

ب ـ تحقيق المناط الخاص :

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

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

---

(١) سواء أكان حكماً تكليفياً اصلياً عاماً ، وهو ما شرع أولاً ، غير مبني على اعذار العباد ، أم كان حكماً تكليفياً شرع ثانياً مبنياً على اعذار العباد ، والاول ، يسمى (عزيمة) والثاني (رخصة) .

ـ والاول عام شرع الاحوال العادية الغالبة ، والثاني عام ايضاً ، ولكن بالنسبة لذوي الاعذار ، اي في غير الاحوال العادية ، وكلاهما مفتقر في تطبيقه الى تحقيق المناط ، اي اثبات وجود علته في الوقائع والاشخاص ، بالاجتهاد ، واقامة الدليل على هذا التحقيق .

وقد مثّل الإمام الشاطبي لذلك : بحكم الشرع في « **الزواج** » بالنسبة الى أشخاص قد اختلفت ظروف كل منهم ، سواء أكانت تلك الظروف **نفسية ، ام مادية** .

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

هذا ومن المعلوم ، أن الحكم التكليفي الاصلي العام المجرد في الزواج الذي لا يتعلق بشخص بعينه ، **وفي الاحوال العادية** ، انه « **مندوب اليه** » ومن شروطه اقامة العدل ، والقدرة على تكاليفه ، والمعاشرة بالمعروف ، حتى بالنسبة للزوجة الواحدة ، فمن كان في مثل هذه الحال ، فقد تحقق فيه « المناط العام » وكان الزواج في حقه مندوباً اليه ، وبذلك تساوى الحكم التكليفي والحكم التطبيقي الواقعي في هذه الحال .

أما اذا كان تائقاً للزواج مثلاً ، ويخشى العَنَتَ والوقوع في المحرم ان لم يتزوج ، وهو قادر على مؤونته ، ولكنه ممتنع عن الزواج ، دون مسوغ ، فالزواج بالنسبة الى مثل حال هذا الشخص **فرض** ، لدليل أو مناط آخر ، نشأ عن ظروفه الخاصة ، وتحقق فيه ، وهو أن تجنب الوقوع في الفاحشة واجب ، ولا يتم هذا الواجب الا بالزواج ، فكان الزواج واجباً لذلك ، في حقه ، لان من المقررات الشرعية ، ان « ما لا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب » وقد تحقق هذا المناط الخاص فيه ، أثراً لظروفه ، فيستثنى من عموم الحكم التكليفي الاصلي ، المجرد ، لعدم تحقيق مناطه العام فيه ، بسبب عوارضه الخاصة .

ومثال ثان : لو كان شخص آخر ، لا يخشى الوقوع في المحرم ، ولكنه غير قادر على مؤنة الزواج وتكاليفه ، فانه يمنع من الزواج في مثل هذه الحال ، لما يفضي الى ظلم الزوجة غالباً ، والظلم حرام ، فيجب منعه من التسبب فيه .

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

ومثال ثالث : ان مقتضى القياس العـام في « حق الملكيـة » **حرية التصرف** وفق مشيئة المالك . في حـدود الشرع ، لان جوهر حق الملكية هـو **« الحرية »** وهذا في الاحوال العادية . ودون قصد الى الاضرار ، أو دون أن يؤول تصرفـه في حد ذاته الى ضرر فاحش بجاره .

غير أن المالك لو تصرف في حـق ملكيته ــ وفي حدوده الموضوعيـة ودون تجاوز ــ على نحو أضر بجاره ضرراً فاحشاً غير مألوف ، بحيث منعه من الانتفاع بالمنافع المقصودة من عقاره ، أو أوهن بناءه مثلاً ، ففي مثل هذه الحال ، لا يطبق عليه القاعدة العامة وهي حرية التصرف ، إذ نشأ عن هذا الظرف ــ الضرر الفاحش ــ دليل تكليفي آخر ، هو منع التسبب في الضرر الراجح ، وعارض هـذا الدليل ، مقتضى القاعدة العامة من حرية التصرف ، هذا الدليل هو عموم قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا ضرر ولا ضرار » وأن دفع المفاسد الراجحة ، أو المساوية، مقدم على جلب المصالح المرجوحة ، وهذا من سنن الشارع في التشريع ، فتحقق في هذه الحال مناط قاعدة أخرى ، هي أولى بالتطبيق من القياس العام ، تحقيقاً للمصلحـة والعدل[1] ،وهو مناط خاص بمثل هذه الحال ، فيمنع المالك بالتالي ، من التصرف في حقه على ذلك النحو الضار ، استثناءً من القياس العام ، وهو حرية التصرف في الملك ، وبـذلك لم تتم المساواة بين الحكم التكليفي العـام ، والحكم التطبيقي في مثل هذه الحال[2] أيضاً ، نظراً للعوارض أو للظروف الملابسة وهو مايطلق عليه اليوم (منع التعسف في استعمال الحق) .

---

(١) وهكذا نرى ان المجتهد ، وهو بصدد الاجتهاد في « تحقيق المناط الخاص » يخرج الجزئية من عموم حكمها التكليفي الاصلي المجرد ، ليدرجها في دليل آخر تحقق فيها مناطه ، بالنسبة لمآلها اذ لا يجوز أن تبقى واقعة غفلاً عن حكم تشريعي ، لان الشريعة عامة خالدة ، والله تعالى لم يترك الناس سدى ، اذ لم يخلقهم عبثاً .

(٢) راجع تبيين الحقائق ، للإمام الزيلعي في هذه المسألة التي خالف فيها الإمام ابا حنيفة صاحباه : الإمام ابو يوسف ومحمد ، حيث أفتيا بالمنع قضاء ، استحساناً للمصلحة ، ولا مصلحة هنا تتصور الا دفع الضـرر الفاحش عن الجار ، ودفع الضرر مصلحة .

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

وفي هذه القاعدة الهامة في الاجتهاد في التطبيق ، بمراعاة الاحوال والعوارض للوقائع والاشخاص ، ومآلات التطبيق ، تحرياً للمصلحة والعدل ، يقول الإمام الشاطبي (١) : « وعلى الجملة ، **فتحقيق المناط الخاص ، نظرٌ في كل مكلف ، بالنسبة لما وقع عليه من الدلائل التكليفية** ... فهو (المجتهد) يحمل على كلّ نفس من احكام النصوص ما يليق بها ، بناءً على أن ذلك هو **المقصود الشرعي في تلقي التكاليف ، فكانه يخصّ عموم المكلفين والتكاليف ، بهذا التحقيق** » .

ـواذا كان للتشريع الاسلامي ، **سياسة** ذات قواعد محكمة ، ينهض بها المجتهد(٢) ، إبان التطبيق ، **تحقيقاً للعدل ، والمصلحة** ، في الواقع المعاش بظروفه الملابسة وعوارضه المتغيرة ، على النحو الذي أشار اليه الإمام الشاطبي آنفاً ، فان **للإفتاء ايضاً ، هذه السياسة عينها** ، لانها من معين الاجتهاد ، ولان العدل لا يتجزأ ، وحقائق المصالح الشرعية المعتبرة ، ومقاصد التشريع ، لا تتبدل ، وهذا ما اكده الإمام الشاطبي في موضع آخر ، بقوله :

« يجيب (المفتي) السائلَ على **ما يليق به في حالته على الخصوص**(٣) » اي

ويلاحظ ان الحنفية يطلقون على هذا الاستثناء اصطلاح « **الاستحسان** » ، وهو عند غيرهم من باب « **تحقيق المناط** » كما رايت ـ جـ ٢ ـ ص ١٦٢ ، ولا مشاحة في الاصطلاح . هذا ، والإمام ابو حنيفة يذهب الى أن المالك يجب ان يمتنع عن الاضرار بالجار **ديانة** ، ولكن صاحبيه ، حوّلا الحكم الديانى هذا الى حكم قضائي ، حين ضعف الوازع الديني ، لان الحكم القضائي ساهر ابداً على تنفيذ الحكم الديانى ، ويقوم مقامه ، اذا لم ينفذ طوعاً ، وسيأتي بحث ذلك في مؤيدات مقاومة الاحتكار .

(١) الموافقات ـ جـ ٤ ، ص ٩٨ و ص ١٩٨ .

(٢) الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٩٨ وما يليها .

(٣) المرجع السابق ـ جـ ٤ ـ ص ٢٣٢ . هذا ويطلق الإمام الشاطبي على المجتهد الذي بلغ هذه المرتبة الاولى من الاجتهاد في الاستنباط ، وتحقيق المناط الخاص في الوقائع ، وما يلابسها من احوال ، اسم « الشارع » المرجع السابق .

بمراعاة ظروفه وحالاته الخاصة ، وأخذها بعين الاعتبار ، ثم يجتهد في اصدار فتواه على أساسها .

ويقول أيضاً : « وأنه ـ المفتي ـ ناظر" في **المآلات** قبل الجواب عن السؤالات[1] » .

ـ ومفاد هذا الاصل في تحقيق الإمام الشاطبي ، أن أعلى مراتب الاجتهاد ، ـ لان البحث فيه ـ **إنّ في التشريع الاجتهادي ، او الإفتاء**[2] ، هو أخذ الظروف المحتفة بالواقعة المعروضة ، أو التي تلابس الشخص ، بعين الاعتبار ، كما ذكرنا ، ويطلق عليها « **الخصوصيات**[3] » تمييزاً لها عن « **الكليات** » التي لا تراعي ذلك .

ـ هذا ، ومراعاة « **الخصوصيات** » تستلزم النظر فيما **يؤول** اليه حال الشخص المستفتي قبل اجابته عن سؤاله ، فيما لو طبق مقتضى النصوص عليه .

ـ ويشير الإمام الشاطبي ، الى ان من لم يبلغ هذه المرتبة الاولى من الاجتهاد[3] ، **لا ينظر في ذلك ، ولا يبالي بالمآل** ، اذا ورد عليه امر او نهي ، او غيرهما ، بل كان في **مساقه كلياً**[4] » .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) يقيم الإمام الشاطبي الادلة على ان « المفتي » قائم في الامة مقام النبي ﷺ ـ الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٢٤٤ ـ وما يليها .

(٣) يقصد بالخصوصيات الظروف والاحوال والعوارض الطارئة التي تتعلق بأفعال المكلفين ، كلاً على استقلال ، لانها **محالّ** تلك الخصوصيات ، ـ والمجتهد من المرتبة الاولى يسمى : الربّاني" ، والحكيم ، والراسخ في العلم ، والعالم ، والفقيه ، المرجع السابق .

(٤) الموافقات ـ جـ ٤ ـ ص ٢٣٣ ـ وقد ضرب الإمام الشاطبي لذلك أمثلة في مواضع متفرقة في بحث الاستحسان ، ومسألة اعتبار المآل ، ويشير الى ان مذهب الإمام مالك غني بالتطبيقات لهذا الاصل . ومؤدى هذا ـ كما يقول الشيخ دراز في تعليقه : اي فلا بد من النظر في محال الخصوصيات ، وهي افعال المكلفين ، فلا يكونون عنده سواءً ، بل كلٌ وما يليق به » هامش المرجع السابق .

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

ـ فالنظر العام ، في النصوص ومعانيها المجردة ، ونقلها ، ثم تنزيلها على الوقائع التي تتناولها بمناطها العام ، **تنزيلاً عاماً** ، أيضاً ، دون اعتبار لخصوصيات **اشخاص المكلفين** ، أو خصوصيات **افعالهم** ، ودون تبصر في **مآل** المستفتي المتوقع ، من جراء تطبيق النصوص عليه ، هذا كله غير جائز ، لا في الاجتهاد التطبيقي ، ولا الافتائي ، لمجافاته للعدل ، والمصلحة ، ولمضادّة مقصد الشارع ، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي : « ان هذه المرتبة ـ الثانية لا الاولى ـ يلزمها ـ عقلاً ـ اذا لم يعتبر الخصوصيات ، الا **يعتبر محالّها ، وهي افعال المكلفين** ، بل كما يجري الكليات في كل جزئية على الاطلاق ، يلزمه **ان يجريها في كل مكلف على الاطلاق ، من غير اعتبار بخصوصياتهم ، وهذا لا يصح كذلك ، على ما استمر عليه الفهم في مقاصد الشارع** ، فلا يصح مع هذا(١) ، الا اعتبار خصوصيات الادلة ، فصاحب هذه المرتبة ـ الثانية ـ لا يمكنه التنزل الى ما تقتضيه رتبة المجتهد ، **فلا يستقيم مع هذا ان يكون من اهل الاجتهاد(٢)** .

هذا ، وقد ورد في السنة ، وفي إفتاء مجتهدي الصحابة ما يفيد حجية هذا الاصل :

أ ـ أما ما ورد في السنة ، فمن مثل دعائه ـ صلى الله عليه وسلم ـ لأنس ، بكثرة المال ، فبورك له فيه ، بينما قال ـ عليه السلام ـ لثعلبة بن حاطب ، حين ساله الدعاء بكثرة المال : « قليل تؤدّي شكرَه خيرٌ من كثير لا تطيقه(٣) » .

---

(١) الاشارة هنا الى اعتبار خصوصيات المكلفين ، اذ لا يصح مع هذا الاعتبار ، إلا اعتبار خصوصيات الادلة .

(٢) اي فلا بد من النظر في الجزئيات والخصوصيات ، وتفاصيل الادلة .

(٣) الموافقات ـ ج ٤ ـ ص ١٠٠ وما يليها ، ولكن ثعلبة لم يقبل ارشاد الرسول ﷺ لما يناسب حاله ، فنزل فيه قوله تعالى : « ومنهم من عاهد الله .. الآية » فكان ذلك من معجزات الغيب ، المرجع السابق .

ـ فكان دعاؤه وإرشاده ـ صلى الله عليه وسلم ـ لكلٍّ منهما بما يناسب نفسه وحاله .

ـ ومن ذلك ، نهيه ﷺ لأبي ذر الغفاري عن **الإمارة وكفالة اليتيم** ، اذ قال له : « يا أبا ذرٍّ ! إني أراك **ضعيفاً** ، وإني احب لك ما احب لنفسي ، **لا تأمرَنَّ** على اثنين ، ولا **تولَّيَنَّ** مالَ يتيم » ومن المعلوم ان **الإمارة وكفالة اليتيم** من افضل الاعمال ، واجزلها ثواباً ، لمن قام بحق الله فيهما ، لقوله ﷺ في الإمارة والحكم : « إن **المقسطين** عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن(١) » ولقوله ﷺ : « **أنا وكافلُ اليتيم ، كهاتين في الجنة(٢)** » ولكن الرسول ﷺ نهاه عنهما ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ لما علم له خصوصاً في ذلك من الصلاح(٣) . ويقول ايضاً : « ودل ـ عليه الصلاة والسلام ـ اناساً شتى على ما هو افضل الاعمال في **حق كل واحد**(٤) » .

ب ـ واما ما ورد من **إفتاء** مجتهدي الصحابة ، فمن مثل فتوى ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ حين ساله سائل ، « **لِمَنْ قتل مؤمناً متعمّداً ، توبةٌ** ؟ قال : **لا ، إلاّ النار** ، فقال له جلساؤه بعد ان ذهب الرجل : كنت تفتينا يا ابن عباس ، ان لمن قتلَ توبةٌ مقبولة ؟ قال : إني لاحسبه رجلاً **مغضَباً**(١) ، **يريد ان يقتل مؤمناً**(٥) » فأدرك ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ ببصيرته الثاقبة ، خصوص هذا العارض الذي

---

(١) اخرجه مسلم ، والنسائي ، مع اختلاف في اللفظ .

(٢) وفي رواية البخاري : « انا وكافل اليتيم في الجنة ، كهاتين ، واشار بالسبّابة والوسطى ، وكذلك رواه الترمذي .
ـ وفي رواية ابي داود : « كهاتين في الجنة » .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق ـ جـ ٢ ـ ص ٢٦٤ ـ ص ٢٦٥ ، وراجع ايضاً ـ جـ ١ ـ ص ١٧٧ ، والادلة على ذلك كثيرة لا تحصى .

ـ هذا ، ولفظ ، تأمرَنَّ ، وتولَّيَنَّ ، قد حذفت « تاء » المضارعة في كل منهما ، والاصل : تتأمرَنَّ ، وتتولَّيَنَّ .

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

الفتيا ـ ص ٤٦ ـ للاستاذ سليمان الاشقر ـ طبع الكويت .

يعتري الشخص المستفتي ، فنشأ عنه مناط أو دليل يستدعي حكماً آخر ، يختلف عن مناط حكم التوبة في الاصل . ذلك لان ظاهرة الغضب هذه تنم عن انطواء نفسه على نية الاقدام على اقتراف جريمة القتل في حق مؤمن ، فرأى ابن عباس باجتهاده أن توبة مثل هذا الشخص في خصوصية حاله وفعله ، لا يتحقق فيها مناط التوبة النصوح الصادقة التي تحمل صاحبها على الانابة الى الله تعالى ، لانه ينوي الاقدام على الاجرام ، ويبحث ــ في الوقت نفسه ــ عن المخلص مسبقاً ، فأجابه بما اقتضاه الدليل الناشىء عن حاله اقتضاءً تبعياً ، يختلف عن اقتضاء الدليل الاصلي لحكم التوبة النصوح[1] ، لعل ذلك يصده عن مآل الإجرام .

وعلى العكس من ذلك ، المستفتي الذي تعتريه حالة **اليأس والقنوط** من رحمة الله تعالى ، بأن كان يستعظم أن يتوب الله عليه ، وهو تائب فعلا ، منيب اليه تعالى ، فالمفتي يجيبه بما يليق بحاله ، مما يبث روح الطمأنينة في نفسه ، فيخبره بأن رحمة الله واسعة ، وأن عظيم توبته سبحانه لمن تاب ، وآمن ، وعمل صالحاً ، وأنه تعالى لا يتعاظمه ذنب " أن يَغفِرهُ " ، بالأدلة الواردة في الشرع ، وهي الأدلة التي تقتضي حكم التوبة اقتضاءً أصلياً ، اذ لا عوارض منافية طرأت .

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

وفي هذا المعنى يقول الشيخ دراز تعليقاً وتوضيحاً على قول الإمام الشاطبي السابق : « **المناط الخاص** ، المفروض فيه ، أنه يختلف حكمه عن العام **بسبب طرو عوارض** ، حتى يكون من الاقتضاء **التبعي** الذي يخالف حكم الاصل ، ويكون الحكم فيه مقصوراً عليه ، بحسب العوارض »[2] .

---

(١) الموافقات ــ جـ ٤ ــ ص ١٠٠ ــ ص ١٠١ ــ الفتيا ــ ص ٤٦ ــ للاستاذ سليمان الاشقر .

(٢) الموافقات ــ جـ ٣ ــ ص ٨٠ وما يليها . انظر الهامش .

ـ وأما المساق الكلي ، فيسوّي بينهما في الحكم ، لانه نظر عام ، لا يراعي الخصوصيات ، ولا مآل المستفتي المتوقع .

ـ ألا ترى ، أن « المفتي » لو أجاب السائل الاول بما أجاب به الثاني ، عن حكم التوبة ، لكان **المآل جراة** الاول على الإجرام ، وهو مآل محرم غير مقصود للشارع قطعاً، وهذا الاجتهاد لا يصح، بل لا يجوز، لمجافاته للعدل، ومقصدالشارع.

وهذا الاصل العظيم ، ليس مقصوراً تطبيقه على الحالات الشخصية أو الفردية الخاصة ، بل هو شامل بحكمه ، كلّ طائفة أو جماعة ، أو أهل بلد أو شعب أو أمة ، اذا اعترى كلاً منها حال أو طرأ عليه عارض واحد معين .

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

منشا قاعدة تحقيق المناط الخاص :

ـ ان منشأ تحقيق « المناط الخاص » هو كما قال **الإمام** الشاطبي ـ **اصل النظر في مآلات الافعال** . وتأسيساً على ذلك يندرج في هذه القاعدة ما يلي :

١ ـ التعسف في استعمال الحق(٢) .

٢ ـ مبدا سد الذرائع .

---

(١) ولكل حالة او واقعة مناط او دليل تكليفي ينهض بحكم خاص بها ، يناسبها ، ناشيء عن الظروف التي تلابسها ، وبذلك يختلف المناط ، تبعاً لاختلاف الظروف التي تلابس الحالات الواقعية ، فتختلف بالتالي احكامها المترتبة عليها ، كما راينا في حالات الزواج ، واذا اختلفت الدلائل والاحكام ، اختلفت الجزاءات عند المخالفة تبعاً لذلك ، في حين **ان تحقيق المناط العام** ، حكمه عام .

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

٣ ـ مبدأ فتح الذرائع .

٤ ـ مبدأ الاستحسان .

ـ ويقول الإمام الشاطبي في هذا المنشأ :

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

ـ غير أنه يشترط في الواقعة التي تحقق فيها مناط خاص بالنظر لما يلابسها من ظروف ، **ان تكون داخلة اصلاً في المناط العام**(١) .

ـ فالتطبيق النظري الآلي غير المستبصر ، لا يعرفه التشريع الاسلامي ، سواء في الاجتهاد **التشريعي** أم في الاجتهاد **الإفتائي** ، لمناقضته لمقتضى العدل ، بل لمنافاته للاصل العام الذي قام عليه التشريع الاسلامي كله ، من جلب المصالح ، ودرء الاضرار والمفاسد .

ـ فالاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي إذن مستمر أبد الدهر ، لصلته الوثقى بمفهوم العدل فيه .

* * *

(١) المرجع السابق .

التاويـــل والتعليـــل

ـ ومن أهم أسباب اختلاف الفقهاء **التاويل والتعليل** .

بينا ان «التعليل»(١)، لا يعدو كونه **عملاً عقلياً تقتضيه طبيعة التشريع نفسه**، من حيث إنه **إرادة الشارع** قد أفرغت في صيغة لغوية ، يستهدف معناها غايـة أو مقصداً شرعياً مرسوماً ، يتوخى الشارع الاجتهاد من أهله في تبينه علماً ، وتحقيقه وحمايته من المكلف واقعاً وعملاً ، وهذا **المقصد** هو روح النص ومعقولـه ، وإلا كان التشريع بلا غاية ، وذلك أمر لا يتصور وقوعه في التشريع الوضعي فضلاً عن التشريع السماوي ، وإلا كان العبث أو التحكم ، وكلاهما لا يشرع ، لمنافاة ذلك للأصل العام الذي قام عليه التشريع كله .

وأما وجه كونه سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء ، فلأن العلة أو حكمـة التشريع عنصر عقلي خارج عن منطوق النص ، وان كان داخلا في منطقه ، ولا مراء أن العقول والملكات متفاوتـة في مُدْرَكاتها ، والاختـلاف صدى أو أثر لهـذا التفاوت(٢) ، مثال ذلك اختلاف الفقهاء في علة الربا .

---

(١) التعليل ، بيان « العلة » التي بني عليها حكم النص ، وهي مظنة الحكمة وضابطهـا .

(٢) بحث الإمام الشاطبي في كتابه القيم « الموافقات » في أصول الشريعة ، في المجلد الثاني ، « مقاصد الشريعة » واقام الدليل القاطع على ان «التعليل» من سنن الشارع ، ومنهجـه في تصرفاتـه في التشريع ، وآيـة ذلك ، ان الشارع كثيراً ما يقرن الحكم بحكمـة تشريعه ، أو بالعلة التي شرع من اجلها حكم النص صراحة ، ليرشد المجتهدين الى هذا المنهج في التفسير والاجتهاد ، فضلا عن الاشارة الى « معقولية التشريع » جملة وتفصيلا .

أمـا « **التاويل** » فهـو الصخرة العاتيـة التي تكسرت عليها وحـدة الفكر الاسلامي ، وقد شمـل **الاقوال ، والافعال ، والاحداث** . وسيأتي تحديـد معناه أصوليـاً .

وجوه الاتفاق والاختلاف بين التاويل والتعليل :

يتفق التأويل والتعليل مـن حيث كونهمـا **منهجين اصوليين عقليين قويمين** ، من مناهج الاجتهاد بالرأي في تفسير النصوص[1] ،غير أنهما يختلفان **مفهوما ، ودورا ، ومجالا ، واثرا** .

ا ــ من حيث المفهوم :

ــ **فالتاويل** تغيير للمعنى اللغوي الظاهر من النص المتبادر من صيغته اللغوية ، لدى قراءته ، أو سماعه ، الى معنى آخر ، تحتمله الصيغة ، بوجه من وجوه الاحتمال المعتبرة ، على أنه هو مراد الشارع في غالب ظن المجتهد ، **بدليل** قوي مرجح[1] .

ــ وعلى هذا ، فالتعليل يعتمد ــ باديء ذي بدء ــ بيان المعنى الكامل الذي يشمله منطوق النص ، دون تغيير ، لكنه يرتقي بعـد ذلك من أرضية هـذا المعنى اللغوي الاول ، الى أفق **منطقه التشريعي** بتبيين علته ، ثم « تعدية » حكمه الى كافة مواقع هذه العلة ، حمايةً لحكمة التشريع ــ والعلة مظنتها وضابطهـا ــ وتحقيقاً لارادة الشارع في أوسع مدى ، وتفادياً للتناقض في الاجتهاد ، ولا نقصد بالمنطق التشريعي إلا هذا .

---

(١) ويعرفه الإمام الغزالي بقوله : « التاويل احتمال يعضده دليل ، يصير به اغلب على الظن ، من المعنى الذي يدل عليه الظاهر ــ المستصفى : جـ ١ ، ص ١٢٨ ــ ويقصد بالاحتمال ، وجهاً من وجوه المعاني الذي يغلب على ظن المجتهد انه مراد الشارع . راجع بحث « التأويل » مفصلاً في « المناهج الاصولية » من ص ١٦٣ ــ ص ٢٣٠ للمؤلف .

ـ وفي هذا مجال خصب للاجتهاد بالرأي ، ولاختلاف وجهات النظر .

واذا كان من معنى المنطق التشريعي . **تعميم الحكم على محال علته** ، فان النص يصبح **عاما** من حيث معقوله ، أو معنى معناه ، بعد أن كان **خاصا** بواقعته المنصوصة في منطوقه اللغوي المحض قبل التعليل ، كما سيأتي توضيحه بالمثال .

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

هذا اذا لم تكن العلة منصوصا عليها صراحة في النص ، وإلا كانت جزءاً من منطوقه[1] . فضلاً عن أنها قوام منطقه التشريعي الذي يمثل **المصلحة والعدل** ، ولهذا لا يتصور بَتْرُ الحكم عن حكمة تشريعه ، بل هما مقترنان ، وكلاهما من **وضع** الشارع الحكيم[2] .

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

ـ ومن المقرر أصولياً أنه اذا كان الاصل في النصوص التعليل ، كما قدمنا ،

---

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

(٢) الموافقات ـ جـ ٢ ـ ص ٣١٥ ـ نظرية التعسف ـ ص ١٧ ـ للمؤلف الطبعة الثانية .

فان الاصل عدم التاويل حتى يوجد موجبه (١) (بكسر الجيم) ومسوغه(٢) . كما سيأتي في دور كل منهما .

٢ ـ دور كل من التاويل والتعليل :

ـ أما أهم دور للتأويل ، فهو التنسيق بين المعاني المتعارضة للنصوص ، ليرفع هذا التعارض الظاهري(٣) إما بالتوفيق بين النصين ، أو ترجيح أحدهما ، اذا استحال ، اذ التشريع الاسلامي ، ليس من سماته التعارض أو التناقض .

ـ أو بعبارة أخرى ، إن التأويل تصرف في المعاني لا في الالفاظ ، ينسق بينها ، ليبين مراد الشارع منها ، كما في تخصيص العام ، وتقييد المطلق ، وصرف اللفظ عن معناه الحقيقي اذا استحالت ارادته الى معنى مجازي ، كل ذلك بموجب ومسوغ ، كما أسلفنا .

أما التعليل فقد بينا دوره ، وهو تبيين علة النص ، ثم تفسير النص في ضوئها ، ثم تعميم حكم النص على محال علته .

٣ ـ مجال كل من التاويل والتعليل :

ـ أما « التأويل » فمجاله فيما دون « القطعيات » وأساسيات الشريعة ، ذلك ،

---

(١) الموجب (بكسر الجيم) من أوجب يوجب اذا فرض والزم واقتضى ومن ذلك التعارض .

(٢) المسوغ هو الدليل الذي يجيز تغيير المعنى اللغوي ، وكل ما كان خلاف الاصل ، افتقر الى دليل يسوغه ، أما الجري على مقتضى الاصل ، فلا يفتقر الى دليل .

(٣) وإنما وصفت التعارض بكونه ظاهرياً ، لا حقيقياً ، لان المشرع لما نصب الدليل الذي يدل على مراده ، في كل نص من النصوص المتعارضة ، فقد غدا عمل المجتهد مقصوراً على اكتشاف هذا التنسيق الذي كان قائماً فعلاً ، قبل تاويل المجتهد ، ثم جاء تاويله ـ بعد البحث والاجتهاد ـ مؤكداً لهذا التنسيق ، ومقرراً ، والمجتهد مسترشد في ذلك بادلة الشرع ، لانها مسوغات التأويل ، ومؤكدات لمنطق التشريع .

لان النص القطعي أو **المفسّر** [1] ، إرادة الشارع فيه **بيّنة** والتأويل تغيير لهذه الارادة الواضحة ، وذلك لا يجوز ، لان الاجتهاد مهمته تبيين إرادة المشرع ، وتحريها ، لانها تمثل الحق والعدل ، وقد أفصح عنها الشارع بنص قاطع ، وتغييرها بالتأويل خروج عن الحق والعدل ، وذلك لا يجوز في جميع الشرائع ، لانه تشريع جديد ، وهو افتئات على حق المشرع في التشريع، ومضادة لشرعه ، وكل ذلك باطل ، فالنصوص المفسرة وكذلك المحكمة ، من النظام الشرعي العام ، لا مجال للتأويل فيها.

أما « التعليل » فيشمل **القطعيات والظنيات** على السواء ، ولا يستثنى من مجاله الا **التعبديات ، والمقدرات** ، اذ لا مدخل للعقل ولا للاجتهاد فيها .

٤ ــ اثر كل من التاويل والتعليل :

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

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

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

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

---

(١) بفتح السين ، وهو النص الواضح الدلالة على معناه الذي سيق له النص **اصالة** ، وهو من الوضوح بحيث لا يحتمل التأويل ، لان مراد الشارع فيه بين ، وكذلك المحكم . راجع بحث المفسر والمحكم ــ في « المناهج الاصولية » ص ٥٥ ــ ٦٢ للمؤلف . وراجع « النظام الشرعي العام » ص٤٥٥ وما يليها المرجع السابق .

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

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

ـ مثال توضيحي للتعليل والتاويل ، وبيان دورهما واثرهما :

أولا ـ قال عليه الصلاة والسلام : « لا يقضي القاضي وهو غضبان » .

ـ وفي رواية : « لا يقضِيَنَّ حَكَمٌ بين اثنين وهو غضبان »[1] .

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

وعلى هذا يغدو المقصود من « **الغضب** » في النص ، ليس هو ذات الغضب أو معناه اللغوي ، **بل اثره** ، ولا ريب أن حالات أخرى كثيرة تشترك مع الغضب من حيث هذا الاثر ، كالخوف ، والجوع ، والمرض ، والهمّ ، والحزن الشديد ، فهذه الامور وما شابهها يشملها النص بعلته ومعقوله ، وان كان لا يشملها بلفظه ومنطوقه ، فتأخذ حكمه ، فلا يجوز للقاضي بالتالي ، ان يقضي اذا اعترته حالة

---

(١) صحيح البخاري : جـ ٨ ، ص ١٠٢ ـ كتاب الاحكام .
ـ وراجع ايضاً شفاء الغليل ـ ص ٦٠ ـ للامام الغزالي .

منها ، ويصبح تخصيص « الغضب » بالذكر في النص على سبيل المثال ، لا على سبيل الحصر . تأكيدا لمنطق التشريع .

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

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

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

ـ لذا كان كلٌّ من **التاويل والتعليل** من أهم أسباب اختلاف الفقهاء .

★ ★ ★

القواعد الاصولية واللغوية

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

١ ـ موجَب النص العام (١)

ـ ان معظم نصوص القرآن الكريم المتعلقة بالتشريع **عامة ، ومطلقة** . وثمة عمومات واطلاقات في السنة أيضاً ، فوقع اختلاف بين أئمة المذاهب الفقهية في مدى قوة دلالة العام على معناه ، واستغراقه لجميع أفراده ، أهي قطعية أم ظنية ؟

ـ فمن ذهب الى أن العام المطلق قطعي الدلالة على معناه ، لم يجز تخصيص عام القرآن الكريم ابتداءً بالسنة الآحادية أو القياس ، أو المصلحة المرسلة ، وأجاز ذلك من قال بظنية العام ، بناء على كثرة تخصيص العمومات وقوعاً واستعمالاً من قبل المشرع ، حتى شاع قول الاصوليين **« ما من عام الا وخصص »** ، فأضحى للعام حقيقة شرعية .

ـ **ومنشأ الخلاف** هل يحمل اللفظ العام المطلق الذي لم يسبق تخصيصه فعلاً ، ولا قام دليل يؤكد عمومه(٢) ، على ما يفيده الوضع اللغوي ، وهو الدلالة القطعية على شموله لجميع أفراده ، أو على حقيقته الشرعية التي تعبّر عن ارادة الشارع وتفيد شموله لبعض أفراده بقرينة كثرة التخصيصات من قبل المشرع نفسه ؟

ـ بالاول قال جمهور الحنفية ، وبالثاني قال جمهور الشافعية ومن معهم .

---

(١) موجب العام (بفتح الجيم) : حكمه ، او الاثر الثابت به ، راجع في هذه المسألة بحثاً مفصلاً في كتابنا « المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ـ ص ٤٩١ وما يليها .

(٢) راجع أصول التشريع الاسلامي ـ ص ٤٩٣ ـ للمؤلف .

٢ ــ **مفهوم المخالفة** : ومدى حجيته في الاستنباط من النصوص التشريعية من الكتاب والسنة بوجه خاص ، أما في غير ذلك من النصوص فهو حجة بالاجماع . فهل يدل النص التشريعي المقيد بقيد من صفة أو شرط ، أو غاية أو عدد ، على نقيض حكمه عند انتفاء ذلك القيد المعتبر في تشريعه ، فيستفاد حينئذ من النص حكمان شرعيان : أحدهما عن طريق المنطوق ، والآخر عن طريق المفهوم المخالف ، أو لا يدل الا على حكم واحد فقط ، هو المنطوق ، وهو ساكت عن غيره ــ على الاباحة الاصلية ــ حتى يأتي دليل آخر فينهض بحكمه ؟

بالاول قال جمهور الشافعية ومن معهم . وبالثاني قال جمهور الحنفية ، وكان لذلك الاختلاف أثر بعيد المدى في الاستنباط في[1] الفروع .

٣ ــ **الحقيقة والمجاز** :

ــ وذلك ، كما في قوله تعالى : « لِلفُقَراء المهاجرين الذين أخْرِجوا من ديارهم وأموالهم » .

فهل المقصود بكلمة « الفقراء » معناها الحقيقي لغةً ، والفقير من لا يملك شيئاً ، وتكون اضافة الديار والاموال اليهم مجازاً مرسلاً ، باعتبار ما كان ، والقرينة لفظية ، وهي كلمة الفقراء ، ويلزم عن ذلك عقلاً ، بدلالة الاشارة ، أن ملكيتهم قد زالت عن ديارهم وأموالهم ، وانتقلت الى عدوهم الذي أخرجهم من تلك الديار والاموال عنوة وبقوة السلاح ، ذلك هو المعنى العقلي المنطقي اللازم لكلمة **الفقراء** اذا حملت على معناها الحقيقي .

---

(١) راجع بحثاً مفصلاً في هذه المسألة ــ المرجع السابق ــ ص ٣٨٧ ، وقد اقمنا هذا البحث على اساس من مفهوم « **الحق** » في الاسلام ، وما لذلك من صلة بأصول العدل فيه ، ولم نقتصر على بحثه لغوياً فقط ، كما جرى على ذلك معظم الاصوليين ، وانتهينا الى انه حجة يجب العمل بمقتضاه ، اذا تمحّض القيد لبيان التشريع ، لان المقام بيان شرع ، لا لغرض آخر .

أو المراد معناها المجازي ، بقرينة اضافة الاموال والديار اليهم ، والاضافة تقتضي التمليك ؟. والمعنى : أنهم لبعدهم عن ديارهم وأموالهم ، ولانحسار سلطان أيديهم عنها ، بسبب اخراجهم منها عنوة ، أصبحوا كأنهم فقراء ، لا فقراء حقيقة !

ـ واذا لم يكونوا فقراء حقيقة ، لزم عن ذلك بقاء ملكيتهم لاموالهم في ديارهم التي أخرجوا منها ، وهذا المعنى على النقيض من الاول كما ترى .

ـ ويرجح هذا المعنى الاخير ، أن القوة الغاشمة في الاسلام لا تعتبر سبباً شرعياً لكسب الملكية ، لانه ظلم ، والظلم تجب ازالته ، بل ما أنزلت الشرائع كلها الا لاقامة العدل والحق ، ولقوله تعالى : « وأخرجوهم من حيث أخرجوكم » .

ـ وأيضاً لا سلطان لكافرٍ على مسلمٍ بإطلاق ، أيّاً كان ذلك النوع من السلطة ، « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » ، لان كلمة سبيل نكرة في سياق النفي ، فتعم كافة وجوه السلطة والولاية وباطلاق .

٥ ـ **الحقيقة اللغوية والحقيقة العرفية** ، في متفاهم الناس ، وتخاطبهم ، وذلك كالالفاظ التي تستعمل في اليمين ، إذ تحمل على معناها العرفي الذي نقلت اليه ، لا اللغوي .

ـ فالحقيقة الشرعية أو العرفية مقدمة ، لان الاولى تعبر عن ارادة الشارع الحقيقية ، والثانية تعبر عن ارادة المتصرف الحقيقية . لكن قد يحصل الاختلاف ، لا في أصل هذه القاعدة ، بل في تحقيق مناطها في الوقائع المعروضة ، فيقع الاختلاف حينئذ من حيث التسليم بتمام النقل أو عدم تمامه ، وقرينة ذلك التبادر ، عند الاطلاق ، كما قدمنا ، وقد يكون المعنى الشرعي أو العرفي أعم أو أخص من المعنى اللغوي الاصلي .

٦ ــ الإشكال في النصوص لفظاً او اسلوباً :

ــ سواء أكان في الاشتراك اللفظي[١] أو التعارض الظاهري بين النصوص[٢]، أو الإشكال في الاسلوب[٣] .

٧ ــ قواعد حمل المطلق على المقيد ، وهي مما يتصل بمقاصد التشريع ؛ ولا يتسع المجال لتفصيله[٤] .

٨ ــ موجب الامر والنهي ، وأثر النهي في العبادات والمعاملات ، أو قواعد تفسير ذلك[٥] .

أما القواعد الاصولية التي تعتبر أنواعاً للادلة الاجمالية ، فمن مثل : الامر والنهي وما في معناهما قوام أحكام التشريع كله .

٩ ــ حجية القياس الاصولي ، والشروط المتعلقة بأركانه .

---

(١) ــ كالمثال التقليدي في لفظ « القرء » هل المراد به الحيض او الطهر ، ومن مثل حرف « أو » الوارد في آية المحاربة، هل المراد به التخيير او التوزيع. ــ راجع بحث « الإشكال » في كتابنا : اصول التشريع الاسلامي ــ طبع جامعة دمشق ــ راجع اسباب اختلاف الفقهاء ــ ص ١٤٣ ــ للدكتور عبد الله تركي .

(٢) ــ من مثل الحامل المتوفى عنها زوجها « فقد تناولها نصان متعارضان ، كل منهما يثبت لها حكماً في مدة عدتها يخالف الآخر ، وهما : قوله تعالى : « واولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن » وقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ، ويذرون ازواجاً يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشراً » . فهل تعتد بوضع الحمل فقط ، أو تعتد بأبعد الاجلين ، إعمالاً للدليلين ، على ما هو مقرر في كتب الفقه .

(٣) من مثل قوله تعالى : « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » هل هو الزوج او الولي ــ راجع المناهج الاصولية في بحث الاشكال ص ٨٧ ــ للمؤلف .

(٤) راجع أصول التشريع الاسلامي ــ ص ٥٤٩ ــ للمؤلف ــ طبع جامعة دمشق ــ المرجع السابق ــ ص ٥٥٧ ــ وراجع اسباب اختلاف الفقهاء ــ ص ٧٥٨ ــ ص ١٧١ ــ للدكتور عبد الله بن تركي .

(٥) اصول التشريع ــ ص ٧٥٨ ــ للمؤلف .

١٠ ــ الاختلاف في شروط اعمال قاعدة الاستحسان والمصالح ، وقاعدة سد الذرائــع .

١١ ــ الاستصحاب هل هو حجة مطلقاً ، أو في الدفع لا في الاستحقاق[١] ؟

١٢ ــ حجية الاجماع السكوتي .

١٣ ــ قول الصحابي أخذ به مالك وأبو حنيفة وأحمد وخالف الشافعي .

١٤ ــ عمل أهل المدينة هل يعتبر بمثابة السنة المتواترة التي تقدم على الحديث الآحــادي ، وعلى القياس عنــد التعارض ؟ قال بــذلك مالك وخالفه سائر الأئمــة .

١٥ ــ شرع من قبلنا ، هل هو حجة علينا ما لم يرد ناسخ ، أو ليس شرعاً لنــا حتى يرد في شرعنا ما يؤيده ؟[٢] .

اهم اسباب اختلاف الفقهاء الخاصة بالسنة :

١ ــ مدى حجية خبر الواحد في ذاته ، ولو كا نصحيحاً متصل السند .

ــ فالحنفية لا يحتجون به إلا اذا توافرت فيه شروط ثلاثة :

آ ــ أن يكون الحديث قد اشتهر بين الثقات من المحدثين .

ب ــ ألا يكون الراوي قد عمل أو تصرف أو أفتى بخلاف ماروى ، لانه لو فعل ذلك ، لكان عاصياً ، وذلك يسقط العدالة ، وعدالــة الراوي شرط في صحة روايته .

ج ــ ألا يكون موضوع الحديث الآحادي مما يكثر وقوعه ويتكرر ، وتعم به البلوى ، اذ يلزم عقلاً من تكرر وقوع موضوعه أن يروى تواتراً ، أو يشتهر على الاقل ، فكونه يروى آحادياً ، قادح في صحته .

---

(١) أسباب اختلاف الفقهاء ــ ص ١٣٦ ــ للدكتور تركي .

(٢) المرجع السابق ــ ص ١٢٣ ــ التوضيح ــ ج ٢ ــ ص ١٦ صدر الشريعة .

أما الإمام مالك ، فلم يشترط إلا شرطاً واحداً في الحديث الآحادي الصحيح هو ألا يخالف عملَ أهلِ المدينة،لان عملهم بمثابةالسنةالعملية **المتواترة او المشهورة**

أما الإمام الشافعي ، فلم يشترط سوى صحة الحديث واتصال سنده .

وأما الإمام أحمد بن حنبل فانه ــ فضلا عن اشتراطه اتصال السند ، وصحة الحديث ، يحتج بالحديث **الضعيف** ، وهو ما يطلق عليه عند غيره من المحدثين الحديث « **الحسن** » ويقدمه على القياس .

٢ ــ مدى حجية الحديث المرسل [١] : وهو الذي رواه التابعي عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ مباشرة ، دون ذكر الصحابي ، فهذه الحلقة مفقودة ، فلا يحتج به الشافعي ، اللهم إلا مراسيل سعيد بن المسيب ، لانه وجدها كلها مسانيد ، خلافاً للإمام أحمد ومالك وأبي حنيفة والثوري ، اذ يحتجون بالحديث المرسل .

ــ هل يصلح الآحادي حجة للزيادة به على الكتاب ، وهل تعتبر هذه الزيادة نسخاً[٢] .

٣ ــ تحكيم القواعد الفقهية في الحكم على صحة الحديث متناً او معنى :

ــ كما في حديث المصراة ، حيث رده بعض الحنفية ، لان معناه يخالف مقتضى القواعد الفقهية المستقرة ، من نواح ثلاث :

اولاً ــ أنه يقرر ضمان اللبن بالتمر ، والتمر ليس مثلاً للبن ، لان مقتضى القاعدة العامة في الضمان : أن المثليات تضمن بأمثالها ، حتى يتحقق التعويض العادل

---

(١) ويعرف المحدثون الحديث المرسل بانه ما سقط منه الصحابي، او ما سقط منه راو او اكثر .

(٢) التوضيح مع التلويح ــ جـ ٢ ــ ص ٣٦ ــ لصدر الشريعة .

صورةً ومعنى ، وأن القيمي يضمن بقيمته ، أي معنى لا صورة ، اذ لا مثـل له ، والتمر ليس مثلاً ولا معنى .

ثانياً ـ يخالف مقتضى القاعدة : أن الضمان انما يكون بقدر التالف ، وهنـا قدر الصاع دون نظر الى كمية اللبن .

ثالثاً ـ ان الاعيان انما تضمن عند هلاكها ، وهنا تضمن فيه بالتمر ، مع بقائه ، وبعضهم لا يشترط هذا الشرط[1] .

٤ ـ بلوغ الحديث فقيهاً وعدم بلوغه فقيهاً آخر ، فيلجأ هذا الاخير الى الاجتهاد بالرأي ، فيقع الاختلاف :

وذلك ، كما في توريث ابن الابن مع البنت عند ابن مسعود ، لحديث بلغه في ذلك ، وجهله أبو موسى الاشعري[2] .

هذا ، والصحابة الاعلام ، وكذلك التابعون ، وأئمة المذاهب ، منهم المقل ومنهم المكثر مـن السنة .

٥ ـ الاختلاف في تكييف السنة الواردة في امر معين قولاً ، او فعلاً ، او تقريراً، بانها تشريع ، او غير تشريع . (التمييز بين السنة التشريعية وغير التشريعية) ، واذا كانت تشريعاً ، فهل هو دائم ، أو مؤقت ؟ وذلك تبعاً « **للصفة** » التي يتصف بها النبي ﷺ إبّان صدور ذلك عنه ، من كونه **مبلغاً ورسولاً ، او قاضياً ، او مفتياً ، او رئيساً اعلى للدولة ، او بشراً عادياً** .

١ ـ فما صدر عن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ بوصفه رسولاً ، فذلك

---

(١) المرجع السابق ـ جـ ٢ ـ ص ٨ .

(٢) الإحكام في أصول الاحكام ـ لابن حزم الاندلسي : جـ ٢ ، ص ١٢٦ ـ ص ١٢٧ . وراجع الاسلام عقيدة وشريعة ـ ص ٥١٣ ـ للاستاذ الاكبر الشيخ محمود شلتوت .

تشريع عام دائم يجب اتباعه ، الى يوم القيامة ، لانه من البيان الشرعي ، عملاً بقوله تعالى : « وأنزلنا اليك الـذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » . ومـن ذلك تفصيل المُجْمَل ، أو تخصيص العام ، أو تقييد المطلق ، أو التشريع المبتدأ الذي يتفـق مع القرآن مبدأ ومقصداً .

٢ ــ ما صدر عنه ــ صلى الله عليه وسلم ــ بوصفه رئيساً أعلى للدولة ، أو قائداً عسكرياً ، فهذا يجب اتباعه فيـه ان تماثلت الظروف والبيئات ، واقتضتـه المصلحة الراهنة ، لانه قائم على اعتبارات زمنية وبيئية ، وذلك ممـا يتحكم فيـه اختلاف الظروف والمصالح ــ كقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « من قَتَلَ قَتيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ » فهذا حكم اقتضته الظروف والمصلحة القائمة آنذاك .

أو بعبارة أخرى ، ليس تشريعاً عاماً .

ومن مثل الخطط العسكرية التي وضعها الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ وترتيب المواقع الحربية ، مما سبيله الخبرة والدراية بفنون القتال ، لا الوحي[1] .

ومثل ذلك تنظيم المرافـق العامة للدولة ، كقوله ــ صلى الله عليـه وسلم ــ **« من احيا ارضاً ميتة فهي له »** .

اختلف في كونه تدبيراً مصلحياً سياسياً ، فيفتقر الى الاذن المسبق من رئيس الدولة ، أو هو تشريع عام وتبليغ محض ، فلا يفتقر الى ذلك .

٣ ــ ما صدر عنه ــ صلى الله عليه وسلم ــ بوصفـه **بشراً عادياً** لا بوصف كونه رسولاً .

فـذلك ما تقضي به الجِبلّة والفِطرة الآدميـة ، كطريقة اللباس ، وتهيئـة الطعام ، وبعض التقاليد ، مما لا صلة له بالتشريع .

٤ ــ ما صدر عنه ــ عليه السلام ــ بوصفه **قاضياً** ، فيجب تقـديم دعوى

---

(١) المرجع السابق .

قبل اصدار الحكم فيه ، كما في فرض النفقات وتقديرها ، ويجب في القضاء مراعاة الظروف والاحوال ، كما في الافتاء ، على ما قدمنا .

وجملة القول في ذلك ، أن ما جاء بـه النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بيانـاً لعقيدة ، أو تفصيلا لعبادة ، أو توجيهاً الى قربة ، أو ارشـاداً الى خلق ، أو أمراً بمعروف ، أو نهياً عن منكر ، أو تنظيماً لمعاملة ، أو درءاً لضرر ، أو تحذيراً من سوء ، يجب اتباعه لانه من السنة التشريعية ، وما عدا ذلك ، وقع الاختلاف في تكييفه .

الاحتكام الى علم « مقاصد الشريعة » يقضي على كثير من اسباب الاختـلاف ، ويفصل في مناشئه .

ـ هذا وعلم « مقاصد الشريعة » علم مستقل عن علم أصول الفقه .

ـ ونكتفي بهذا القدر حتى لا يجاوز هذا البحث عدد الصفحات المقررة لـه بمقتضى الانظمة الجامعية[1] .

* * *

(١) كان مـن المفروض ان نتناول هذه الاسباب بقدر مـن التفصيل ، ولكن لا يتسع المقام لذلك ، لما ذكرنا ـ راجع أسباب اختلاف الفقهاء ـ للشيخ علي الخفيف ـ وللدكتور عبد الله بن تركي .

منهج البحث

في اهم اسباب اختلاف الفقهاء

أ ـ المقـدمة .

ب ـ منهج القرآن الكريم في تقريره للأحكام ـ بما هو جارٍ على نحو كلّي غالبا ـ كان من أهم مناشيء اختلاف اجتهادات الفقهاء ، ان لم يكن هـو المنشأ الرئيسي فيه .

جـ ـ المنهج الكلي في تقرير الحكم القرآني نصا ، يؤكده أيضا « الأصول المعنوية العامة » التي يمكن تأصيلها ، اجتهادا ، وذلك باستقراء ما ورد فيه ، وفي السنة الثابتة نصاً من معانٍ جزئية ، بحيث يغدو الأصل المعنوي العام ـ عـلى حد تعبير الامام الشاطبي ـ كالأصل اللفظي العام ، من حيث قوة الاحتجاج به ، وبناء الحكم عليه ، مما يفتح المجال واسعا للاجتهاد بالـرأي ، في التأصيـل والتفريع ، على السواء ، وهما مِلاكُ الاجتهاد وقوامه .

د ـ الأحكام التفصيلية الواردة نصاً في القرآن الكريم ، محدودة ، وتتعلق بمصالح انسانية تفصيلية ثابتة ، فكان ايرادها على خلاف المنهج القرآني العـام ، استبعادا لها ، عن أن تكون مجالا للاجتهاد بالرأي واختلاف النظر فيها ، فكانت أركانا جزئية ثابتة ، كالأركان التشريعية العامة ، تشـكل بمجموعها « الاسس العامة الموحدة » التي تستند اليها « وحدة الامـة » بوحدة تصورها للنظـام الشـرعي العـام .

هـ ـ السُّنة لم تبين كثيرا من مضمون آي القرآن الكريم « توقيفـاً » وذلك ـ كما يقول الامام الشاطبي ـ ليتناوله المجتهدون باجتهادهم ، فكان هـذا سببا هاما ، من أسباب اختلاف الفقهاء ، قصدا من المشرع أيضا ، اذ لم يكلّف

الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ ببيانها ، ولو كلّف لتصدّع بأمر ربه ، فثبت أن اختلاف وجهات نظر الفقهاء ، فيما فيه مجال للاجتهاد ، وفيما لم تبينه السنة ، كان أمرا مقصودا من المشرع نفسه ، تيسيرا على الناس في تدبير أصول معايشهم ، ومن ثمّ لا يجوز اتخاذه سبباً ، أو مرتكزاً ، للتعصب ، والانشقاق ، لأن هذا محرم بقواطع الدين ، لما يفضي الى تحطيم وحدة المسلمين .

و ــ القرآن الكريم ــ في طبيعة نظمه البليغ المعجز ــ ذو وجوه في المعاني ، مما يتعين على المجتهدين بالرأي ، استقصاؤها ، وإعمال الرأي في ترجيح ما يناسب مصالح الناس في كل زمن ، من تلك المعاني ، أو الأحكام المحتملة ، وهذا سبب من أسباب اختلاف الفقهاء ، لما للظروف من مدخل في تشكيل دليل الحكم وعلته ، وهي متغايرة بالضرورة ، فضلا عن « كليات » القرآن الكريم ، وأصوله العامة ، كما بينا .

ز ــ التعليل ــ فضلا عن التأويل ــ بما تستلزمه طبيعة النص القرآني التشريعي بوجه خاص ، لكون « التعليل » ــ في الاصل ــ تصرفا عقليا في تبيين « علة » الحكم ، واستنباطها ــ وهي عنصر عقلي لا يتناوله النص التشريعي بمنطوقه غالبا ، وان كان من عناصر منطقيته ، ومعقوليته ، وقد التفت الشارع اليه ــ أقول : ان التعليل ــ وهو بهذه المثابة ــ سبب هام من أسباب اختلاف الفقهاء ، لتفاوتهم في المدارك ، والملكات ضرورة ، بل هو أصل فطري في التشريع ، لأن الأصل في نصوصه التعليل ، على ما هو المعتمد عند الاصوليين والفقهاء .

ح ــ تحقيق المناط ــ من أهم أسباب اختلاف الفقهاء ــ وهو ضرب من الاجتهاد بالرأي في تطبيق كلّ من « القاعدة العامة » ــ تشريعية أو فقهية ــ أو « الأصل المعنوي العام » أو « العلة » المستنبطة من النص الجزائي الخاص ، والمتفق على حجيته من كل أولئك بين المجتهدين ابتداء ، أقول : تطبيق مضامين كل أولئك على الفروع المستجدة والمعروضة على الاجتهاد والبحث ، لتبيّن ما اذا كانت تلك المضامين متحققة فيها كملا ، والمجتهد هو الذي يثبت بالأدلة الاصولية هذا « التحقق » و « الحصول » وفي هذا مجال للاجتهاد والاختلاف

في الرأي أي مجال ، على ما سنعرض له توضيحا ، وتأصيلا لمنشأ الخلاف فيهـا ـ على سبيل المثال ـ وبيان أن لا خلاف في الأصل ، وانما الاختلاف في الاجتهاد في التطبيق ، وهو أصل" عام من أصول الاجتهاد بالرأي ، ثابت" بالاجماع .

ط ـ من أهم أسباب اختلاف الفقهاء ايضا ، تعارض ظواهر القرآن الكريم بعضها مع بعض ، أو تعارض ظاهر القرآن الكريم ، مع الحديث ، أو الأثر ، أو تعارض القياس ، مع الأثر ، أو تعارض القياس مع ظاهر النص القرآني ، فلابد من اللجوء الى التوفيق والجمع بين الأدلة ما أمكن ـ تأويلا ـ أو الـى الترجيح ، على ما سيأتي توضيحه ، وتفصيله ، في هذا البحث .

* * *

تفصيل في اهم اسباب
اختلاف الفقهاء

إن الفقه الاسلامي ـ في مختلف مذاهبه ـ ثمرة للاجتهاد بالرأي في استنباط الأحكام الشرعية العملية ، مما فيه مجال للاجتهاد ، وفي تأصيل القواعد الفقهية ، باستقراء « الجزئيات » التي اشتمل عليها هذا الفقه ، اجتهادا مستقى من الكتاب والسنة ، وفقه الصحابة ، واجتهادات الفقهاء في الفروع ، وذلك بالتزام المنهج العلمي الأصولي في الاجتهاد التشريعي القائم على قواعد اللغة ، ومنطقها في البيان ، وأسلوبها ، وخصائصها في التعبير ، وعلى مقتضى أصول البلاغة فيها ، فضلا عن « مقاصد التشريع » في مراتبها الثلاث : الضرورية ، والحاجية ، والتحسينية ، مما لا يتسع المقام هنا ، لبسط القول فيه .

هذا ، ولابد من الاشارة الى التمييز بين القواعد التشريعية ، والقواعد الفقهية ، فالأولى قررتها نصوص الشريعة نفسها ، بخلاف القواعد الفقهية ، فهي مستنبطة ومصوغة باجتهاد الفقهاء والأصوليين[1] ، وبعباراتهم .

---

(١) ينبغي التمييز بين القواعد التشريعية ، وبين القواعد الفقهية . فالاولى : ما كانت ثابتة بنص تشريعي من الكتاب والسنة من مثل قاعدة : **المسؤولية الشخصية:** «ولا تزرُ وازرة وزرَ اخرى » و « **مبدا الرضائية في العقود** » : « إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم » وقاعدة : **تحريم ومنع الضرر والضرار دون وجه حق** » ، بقوله ـ صلى الله عليه وسلم : « لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ في الاسلام » بخلاف القواعد الفقهية ، فإنها مستنبطة ومصوغة اجتهاداً بالرأي ، وبعبارات الفقهاء انفسهم ، كالقاعدة الفقهية التي تنص على أن : « العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني » والقاعدة التي منطوقها : « **التصرف** على الرعية ، منوط بالمصلحة » وغيرها من القواعد .

هذا ، وتعتبر هذه القواعد بنوعيها من **اصول العدل ومباني الانصاف** في التشريع الاسلامي وفقهه .

أما قواعد اللغة ، وأساليبها في البيان ، وأصول البلاغة فيها ، فلأن القرآن الكريم قد اتخذ من كل أولئك أداة للتعبير عن معاني الوحي الالهي بكافة ما تشتمل عليه هذه اللغة من أساليبَ في البيان ، مصداقاً لقوله عز وجل : « نَزَلَ به الروح الأمين ، على قلبك ، لتكون من المنذرين **بلسانٍ عربي مبين** »[1] واللغة فيها التعبير الظني والقطعي ، وفيها الحقيقة والمجاز ، وما الى ذلك .

وتأسيسا على هذا ، **كان « المنطق اللغوي » هو الأصل المحكم في التفسير القرآني ، لأن دلالة القرآن الكريم على معانيه ـ في الأصل ـ « ذاتية »** لقوله عز وجل : « ولقد يَسَّرنا القرآن للذكر ، فهل من مُدَّكر »[2] وقوله تعالى : قرآنا عربياً غيرَ ذي عِوَجٍ[3] ، وقوله جل شأنه : « بلسان عربيٍ عربيٍّ مبين »[4] فلا يجوز بالتالي حَمْلُ ظاهره اللغوي على غير موجَبِهِ الأصلي الا بدليل من المشرع نفسه ، وهو ما يطلق عليه الأصوليون « **التاويل** »[5] لأن هذا منهج عقليٌّ لابد أن يقوم على موجبٍ ومسوغ ، لانه خلاف الاصل ، وفي هذا مجالٌ للاجتهاد بالرأي والاختلاف فيه .

أما « **مقاصدُ التشريع** » في مراتبها الثلاث ، من الضروريات الخمس ، وهي : حفظ « **الدين ، والنفس والعقل ، والنسل ، والمال** » فلأن الشارع قد قصد **تحقيقها ، وصونها ، وتنميتها** ، من خلال التشريع كله ـ كلياتٍ وجزئياتٍ ـ وكذلك الحاجياتُ ، والتحسيناتُ التي تأتي في المرتبتين التاليتين للأولى ، من **حيث القوة والاهمية** .

ويترتب على هذا ، أن هذه « **المقاصد الكلية** » مفاهيم كبرى ، وهي **قطعية** ، لاتجاه التشريع كله الى تحقيقها في واقع الحياة الانسانية ، ورعايتها ، وصونها ، وتنميتها ، وتحريم الاخلال بها ، فكانت غاية التشريع كله ، وهذا ما نعني به من **اصول العدل ومبانيه** .

---

(١) الشعراء ـ ١٩٣ .
(٢) القمر ـ ١٧ .
(٣) الزمر ـ ٢٨ .
(٤) الشعراء ـ ١٩٥ .
(٥) راجع كتابنا « المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي ـ بحث «التأويل» .

واذا كانت هذه هي مباني العدل ، لأنها تمثل المصالح الانسانية العليا الخالدة ، بحيث لا يمكن أن يقوم أي مجتمع انساني بدونها ، أو باختلال أي منها ، في أي عصر وبيئة[٦] ، فانها تعتبر « ضوىً » تهدي السالك في الاجتهاد بالرأي ، كيلا يتخطاها ، أو يحيد عنها ، وهو بسبيل استنباط الأحكام الاجتهادية الفرعية للوقائع التي لم يرد فيها نص،أو كان بسبيل تفسير النص.اذا لم يكن قطعيّ الدلالة،لأن هذه « المقاصد » تنعكس على معنى النص القرآني ، لتحدّد مراد الشارع منه ، فضلا عن انها تعتبر اساسا ، او اصلا عاما للاجتهاد فيما لا نص فيه ، لا يخرج عنه ، او يخالف عن مقتضاه ، لانها مقصود الشرع قطعاً ، وفي هذا مجال واسع للاجتهاد .

وعلى هذا ، فان ظاهر النص ، اذا كان يجافي المقصد العام من التشريع ،وجب « تأويله » على نحو يبين مراد الشارع منه ، لأن الظاهر اللغوي المتبادر ، قد لا يكون مرادا للشارع ، فيجب تأويله[١] على نحو يتفق ومقاصد التشريع ، بين الجزئي والاصل العام ، وهذا لا يتصور في تشريع الله ورسوله الا كان التنافي لقوله عز شأنه : « ولو كان من عند غير الله ، لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً »[٢] وهذا هو المراد بالاجتهاد التشريعي ، ليظهر الفرق بينه ، وبين التفسير اللغوي الصرف ، والتاويل من اهم مناشيء الاجتهاد بالراي .

ومن هنا ، لا يتصور انفصال التشريع الاسلامي ، عن الاجتهاد بالراي من اهله ، في تفهمه ، واستبطان معانيه ، واستشراف غاياته ومراميه ، باعتبار أن الاحكام الشرعية ، انما شرعت ـ في الاصل ـ لتحقيق تلك المقاصد التي تمثل « المصلحة والعدل » جملة وتفصيلاً ، ومن هنا وجب تحري مراد الشارع ، وتحديده ، في كلّ حكم شرعي عملي تفصيلي من أحكامه ، لأن المقام « بيان شرع » حكما و مقصدا .

---

(١) راجع الموافقات ، جـ ٢ صـ٥ وما يليها ـ للامام الشاطبي .

(٢) التاويل هو صرف اللفظ أو الكلام عن معناه اللغوي الاصلي المتبادر ، الى معنى آخر مجازي ، هو من محتملات النص ، بوجه من وجوه الاحتمال اللغوي .

على أن « **المقصد** » الشرعي من الحكم الفرعي ، هـو الذي يُمَثِّـل « **حكمة التشريع** » وهذا معنى قول الأصوليين : ان « **الأحكام معللة بمصالح العباد** » أي مفسرة ، ومُعَياة بها .

هذا ، ولا ريب ، أن « **حكمة التشريع** » التي يستهدفها كـل حكم شرعي عملي، تفتقر ـ بحكم طبيعتها ـ الى **الاجتهاد بالرأي ، أو إعمال العقل في استنباطها** ، باعتبارها « **عنصراً عقلياً** صرفاً في الغالب ، وغير منصوص عليها ، فكانت أمراً لا يتناوله منطوق النص الشرعي اللغوي ، وان كـان أساساً لمنطقه التشريعي ، **وفرق بين منطوق النص اللغوي ، « الظاهر » وبين منطقه ومعقوله الشـرعي ، « الباطن » وفي هذا الأخير مجال للاجتهاد بالرأي اي: مجال** ، وتفسير ذلك :

ان وجهات النظر في استنباط الأحكام الفقهية ، من أهم مناشيء الاختلاف فيها هو « **التعليل** » باعتباره عملا عقلياً يستخلص معقول النص وعلته التي هي ضابط « **حكمة التشريع** » **والأمور العقلية غالباً ، هي سبب رئيسي من اسباب اختلاف وجهات النظر في التفسير ، والتفريع ، والتاصيل .**

أضف الى ذلك سببا آخر ، هو في نظرنا أهم منشأ لاختلاف اجتهادات الفقهاء ، ذلكم هو :

ب ـ منهج القرآن الكريم ، في تقريره للأحكام ، بما هو جار على نحو كلـي غالباً ، كان من اهم مناشيء اختلاف اجتهادات الفقهاء ، ان لـم يكـن هو المنشأ الرئيس فيـه .

كثير من الأحكام العملية الفرعية التي اختلفت فيها اجتهادات الفقهاء ، في المذاهب الجماعية المعروفة ، انما كـان ذلك ، **أثراً لمنهج القرآن الكريم نفسه ، في تقريره للأحكام** ، إذ من المعلوم ، انه جاء على نحو **كلي غالباً ، لا جزئي ، ولا تفصيلي** ، أي يقـرر « **القواعد العامة** » **والأصول الكلية** ، في معظم أحكامه، ولاينزل الى التفصيلات الجزئية ، ، **كيلا يقيّد الأجيال القادمة باحكام فرعية ، إذ مـن الثابت ، ان الحكم الفرعي العملي الظني المتعلق بالمعاملات ، والمبني على « مصلحة متغيرة » ان كان صالحاً في زمن ، او ظرف معين ، قد لا يكون وافياً بحاجة الناس ،**

اذا تغير الظرف ، لتطور الحياة بالناس ، فتتجدد مطالبهم وحاجاتهم ـ نتيجة لذلك ـ بالنظر الى اختلاف ظروف معايشهم ، وهذا أمر ليس في الوسع انكاره ، او تجاهله ، بل قد يقتضي ذلك الحكم الفرعي المجتهد فيه ، منافياً لما تقتضيه مصلحة الناس في عصر ، أو بيئة معينة ، فتبيَّن بجلاء ـ فيما نحسب ـ سرّ « الحكمة الالهية » في صياغة هذا التشريع الالهي العظيم ، في صورة قواعد كلية ، وأصول عامة ، ليتمكن المجتهدون من استمداد ما يناسب عصرهم ، وبيئاتهم من تنظيم وأحكام ، من تلك القواعد بمفاهيمها العامة ، أي تشتق منها نظم فرعية ، بحيث لا تخرج عن مضمون تلك القواعد ، وتكون مناسبة للظروف الراهنة في كل عصر وبيئة ، وتفي بمطالبها المتجددة ، من أجل ذلك ، اتخذ القرآن الكريم ذلك « المنهج الكلي » في تقريره للأحكام ، غالباً ، **ضمانا لديمومة حكمه ، في تناوله للجزئيات ، دلالة ومضموناً ، مهما تكاثرت وتجددت ، وذلك آية كماله ، وخلوده !!**

ج ـ المنهج الكلّي في تقرير الحكم القرآني نصاً ، يؤكده ايضا « الاصول المعنوية العامة » التي يمكن تاصيلها ، باستقراء ما ورد فيه ، وفي السنة الصحيحة ايضا ، من معانٍ جزئية ، اجتهاداً ، بحيث يغدو « الأصل المعنوي العام ، من حيث قوة الاحتجاج به ، وبناء الحكم عليه ، مما يفتح المجال واسعاً للاجتهاد بالرأي ، في التاصيل والتفريع ، على السواء ، وهما ملاك الاجتهاد وقوامه ، او بالأحرى ، مما يفتح المجال واسعاً للاختلاف في الرأي . يقول الامام الشاطبي[٢] في هذا المعنى ، ما نصه : « انّ المجتهد اذا استقرى معنىً عاماً من أدلة خاصة ، وأفرد له ذلك المعنى ، لم يفتقر بعد ذلك ، الى دليل خاص على خصوص نازلة تعنّ[٣] ، **بل يحكم عليها ـ وان كانت خاصة ـ بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى ، من غير اعتبار بقياس ، او غيره ، إذ صار المستقرى من عموم المعنى ، كالمنصوص**

---

(١) الموافقات ـ جـ ٣ ـ ص ٣٠٤ ـ للامام الشاطبي .

(٢) المرجع السابق ـ وانظر كتابنا : الفقه المقارن ـ بحث تحقيق المناط ص ٢٠ وما يليها والهوامش .

(٣) تخطر ، او تعرا .

بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك ، الى صيغة خاصة بمطلوبه »[1] .

هذه الأصول التشريعية المعنوية العامة ، مستنبطة بالاجتهاد الاصولي من أهله ، عن طريق استقراء معانٍ جزئية فرعية ، كثيرة ، بل لا تحصى كثرة ، فكانت أصولا قطعية يشهد لها بالاعتبار تلك الجزئيات من الأدلة المستقرأة ، ويتضمن كل جزئيٍّ منها ، **معنى الأصل العام كملاً ، فغدا الأصل المعنوي العام ، كالأصل اللفظي العام ، من حيث قوة الاحتجاج به ، في كلّ ما يتفرع عنه ، او يندرج تحته ، من جزئيات لا تحصى**[2] .

د ـ الأحكام التفصيلية الواردة نصاً في القرآن الكريم محدودة ، وتتعلق بها مصالح انسانية تفصيلية ثابتة ، وكان ايرادها على خلاف الأصل من الكليّ استبعاداً لها عن ان تكون مجالا للاجتهاد بالراي ، واختلاف النظر الفقهي فيها ، فكانت اركاناً جزئية ثابتة كالأركان التشريعية العامة ، تشكل بمجموعها ، « الأسس العامة الموحدة » التي هي اساس النظام الشرعي العام للامة .

على أن القرآن الكريم ـ على الرغم من أنه اتخذ منهجا كليا في تقريره للأحكام ـ كما بينا ـ **قد وردت فيه احكام تفصيلية محدودة** ، وعند إمعان النظر في متعلّقاتها ، وموضوعاتها ، وما ترمي اليه من مصالح ، **يرى انها تتعلق بمصالحَ انسانية ثابتة لا تتغير ، ابدَ الدهر ، فاتجهت ارادة** المشرع الى تفصيلها ، استبعاداً لها عن أن تكون مجالا للاجتهاد بالرأي ، أو موطناً لاختلاف وجهات النظر في تحديد أحكامها ، ضمانا لثباتها ، وصونا للمصالح التي ترمي اليها ، أن يعتريها تبديلٌ أو تغيير .

وأيضا ، هذه الاحكام التفصيلية المحدودة الواردة في القرآن الكريم على خلاف منهجه الأصلي في تقريره للأحكام ، من كونه منهجا « **كليّاً** » قد جاءت تلك الاحكام التفصيلية « **تطبيقا لقواعده العامة** » **واحكامه الكلية ، ومقاصده**

---

(١) وراجع في هذا المعنى كتابنا : « أصول التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد بالراي ، ص ١٤ ـ مطبعة دار الكتاب .

(٢) المرجع السابق .

الأساسية ، وفي هذا المعنى يقول الامام الشاطبي : « تعريف القرآن بالاحكام الشرعية ، **اكثرهُ كلّي ، لا جزئي** وحيث جاء **جزئياً فمأخذهُ على الكلّية**(١) .

وانما قلنا ، ان ما ورد في القرآن الكريم من أحكام جزئية ، فهو تطبيق للاصول الكلية فيه ، لا يعدوها ، ذلك ، لأن تلك « **الكليات** » **هي** « **اصول العدل والانصاف** » فكانت لذلك أصولا مُحكَمة ، لا تقبل التبديل . « لا تبديل لكلمات الله ، ذلك الدِّين القيِّم » ولو فُرض تبديلها ، لانقلب العدل ظلما ، والمصلحة مفسدة ، والهدى غياً وضلالا ، لانقلاب المفاهيم ، وهذا لا يتصور في تشريع الله ورسوله ، بداهة .

لذا ، كانت تلك الاحكام الجزئية التفصيلية المحدودة الواردة في القرآن الكريم على خلاف منهجه المعهود في تعريفه للاحكام ، كانت ــ في حد ذاتها ــ « **اركانا** » في التشريع الاسلامي ، وأسسا ، شأنها شأن أصوله العامة ، سواء بسواء ، **ما دامت تستند الى مباني العدل والانصاف فيه**

ويترتب على هذا ، أمرٌ في غاية الأهمية والخطورة ، وهو أن هذه الأحكام القرآنية الجزئية التي تعتبر تطبيقا لأصوله الكلية المُحكَمة ، لا يطبق عليها ، مبدأ « **تغير الاحكام بتغير الازمان** » إذ ليس لعامل الزمن مَدْخل " في تغيير المصالح الانسانية الثابتة التي ترمي اليها ، واذا أدركنا أن هذه الأحكام تتعلق بنظام الأسرة ، وقواعد الارث ، والعقوبات النَّصّية على الجرائم الكبرى في المجتمع الانساني ، كما تتعلق بأمهات الفضائل ، أمكن أن تتصور ما يلحق هذه « النظم الأساسية » والقيم الانسانية من الاختلال ، وتضييع ما يتعلق بها من المصالح الحقيقية ، من جراء تطبيق مبدأ « **تغير الاحكام بتغير الازمان** » ، لما أسلفنا ، من أنه **مبدا يتعلق بالاحكام التفصيلية الفروعية الاجتهادية التي تستند الى مصالح متغيرة** .

وعلى هذا ، **فان الاحكام التفصيلية المحدودة** ، التي وردت في القرآن الكريم ، والمستندة الى **اصول كلية** ، **ومقاصد اساسية** ، تكوّن مع أصول

---

(١) الموافقات ــ جـ ٣ ــ ص ٣٦٦ وما يليها للشاطبي .

القرآن الكبرى ، ومفاهيمه العامة ، وأصوله اللفظية والمعنوية ، تكوّن كلها « **الوحدة التشريعية** » التي لايجوز للاجتهاد بالرأي أن يتخطاها ، **اصولاً وفروعاً** ، لما قدمنا ، من أنها تمثل « **وحدة اصول النظام الشرعي العام** » في كافة مجالاته : **السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، فضلا عن العقائدية ، والعبادية ، واصول النظام الأخلاقي فيه ، وهذه هي التي استقرت في نطاق المذاهب كافة ، وعلى السواء ، فالأصول العامة ، والقواعد الكلية التي هي قوام موجّهات العدل ، ومبانيه ، وكذلك ما ثبت بنص قاطع من التفصيلات التي وردت في القرآن الكريم ـ وهي محدودة ـ كل أولئك من « اساسيات الشريعة » لا خلاف فيها بين علمائها ، وفقهائها ، مما يشكل « الوحدة التشريعية »** في شتى مجالات الحياة ـ كما أسلفنا ـ وعليها تقوم « وحدة الأمة » في شتى أقطارها ، عملا بقوله تعالى : « واعتصموا بحبل الله جميعاً ، ولا تفرقوا »[1] وقوله تعالى : « ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم »[2] أي تتبدد قوتكم المادية والمعنوية التي هي مناط عزتكم ، وسيادتكم .

وعلى هذا ، فإن « **اسس الوحدة** » « **ثابتة** » **في اصول القرآن الكريم العامة ، وقواطع الدين فيه ، ولا يملك احد ان يبدلها ، او يؤولها ، او يتجاوز عنها ، لانها ليست مجالا للاجتهاد بالراي ، لثبوتها « اساسياتٍ » و « كلياتٍ » «واصولاً» بل يرجع الاجتهاد بالراي في الفروع اليها ،** وفي هذا المعنى يقول الامام الشاطبي ما نصه : « **فالقرآن على اختصاره «جامع» ولا يكون جامعاً الا والمجموع فيه امور « كليات » لأن الشريعة تمّت** » بتمام نزوله ، لقوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت لكم الاسلام ديناً »[3] .

هذا ، ومعنى « **الكلية** » أنه « **لا يختص بشخص دون شخص ، ولا بحال دون حال ، ولا زمانٍ دون زمان** » هذا فضلا عن أن « **الكلي** » يشمل « **المجمل** » الذي لا يمكن تبيين أركانه وشروطه ، وموانعه ، الا من قِبَلِ

(١) عمران ـ ١٠٣ .
(٢) الانفال ـ ٨ .
(٣) الموافقات : جـ ٢ ص ٣٦٧ ـ وانما ربط الامام الشاطبي تمام الشريعة وكمالها بكلياتها لانها هي الضابطة لشؤون الناس .

الشارع نفسه ، لا في العبادات وحدها ، بل في المعاملات أيضا ، من مثل الصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج ، ومن مثل « العَقد » و « الربا » فان السنة ــ وان كانت قد بينت ذلك ، فيما يتعلق بالمعاملات ــ لكنها لم تبينه بياناً كاملا ،وكما في « **الشروط المقترنة بالعقد** » مثلا ، وغير ذلك مما فتح مجالا للاجتهاد بالرأي واسعا ، ومن هنا ، تبدو « حاجة القرآن الكريم الماسة الى بيان السنة » فضلا عن الاجتهاد بالرأي فيما تركته السنة دون بيان .

غير أن السنة ــ وان كانت هي الموكول اليها ــ في الأصل ــ بيان الكتاب ، بمقتضى قوله تعالى : « وأنزلنا اليك الذكر ، لتبين للناس ما نُزِّل اليهم[٤] » **لكنها لم تبين كثيرا من مضمون القرآن الكريم توقيفا ، وهو ما نبحثه فيما يلي :**

هـ ــ السنة لم تبين كثيرا من مضمون آي القرآن الكريم ، توقيفا ، وذلك ــ كما يقول الامام الشاطبي ــ ليتناوله المجتهدون باجتهادهم ، فكان هذا سببا هاما من اسباب اختلاف الفقهاء ، قصدا من الشرع ، اذ لم يكلّف الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ ببيانها ، ولو كلّف لصدع بأمر ربه ، فثبت ان اختلاف وجهات نظر الفقهاء ، فيما فيه مجال للاجتهاد ، وفيما لم تبينه السنة ، أمر مقصود من الشرع نفسه ، تيسيرا على الناس في تدبير اصول معايشهم ، ومن ثم لا يجوز اتخاذه سببا ، او مرتكزا ، للتعصب ، والانشقاق ، لأن هذا محرم بقواطع الدين ، لما يفضي الى تحطيم وحدة الامة ، وبيان ذلك :

أنّ القرآن الكريم ــ على الرغم من بيان السنة له ــ لا يزال كثيرٌ من آيه ــ كما نوهنا ــ متروكاً لأهل الاجتهاد والبحث في كلّ عصر ، قصداً من الشرع[١] ، ليتولّوا بيانه ، واستمداد الأحكام منه ، باجتهادهم ، على وجه يمكن أن يفي بمصالح الأمة ، دون اعتساف ، أو تطويع .

يؤكد هذا ، أن علماء الأصول بوجه خاص ، قد قرروا ، أن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ لم يبينه بيانا كاملا أو شاملا ، وفي هذا المعنى ، يقول الامام الشاطبي،

---

(١) المرجع السابق ــ هامش ص ٣١٦ .
(٢) الموافقات : جـ ٣ ص ٣٦٦ وما يليها ــ و ص ٤٢١ وما يليها ــ للامام الشاطبي

حيث يقيم الأدلة على ذلك ما نصه: « **انه لو كان القرآن الكريم ، قد بيّن بيانا تاما ، حتى لم يبق لأحد مجال للاجتهاد بالراي في تبيينه ، للزم ان يكون الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ مبينا ذلك بالتوقيف ـ أي عن طريق الوحي ـ فلا يكون لأحد فيه نظر ، ولا قول ، والمعلوم ، انه ـ عليه الصلاة والسلام ـ لم يفعل ذلك ، فدل على انه لم يكلف به على ذلك الوجه ، بل بيّن منه ، ما لا يوصل الى علمه إلا به**(٢) ، **وترك كثيرا مما يدركه ارباب الاجتهاد باجتهادهم ، فلم يلزم في جميع تفسير القرآن « التوقيف »** .

هذا ، ولا ريب أن هذا من أهم مناشيء اختلاف الفقهاء والمفسرين في استنباط الأحكام ، بوجه خاص .

و ـ القرآن الكريم ـ في طبيعة نظمه البليغ المعجز ـ ذو وجوه في المعاني بوجه عام ، مما يتعين على المجتهدين بالراي ، استقصاؤها واعمال الراي في ترجيح ما يناسب مصالح الناس في كل زمن من تلك المعاني او الأحكام المحتملة ، وهذا سبب عام ، مما يتعين على المجتهدين بالراي ، استقصاؤها وإعمال الراي في ترجيح ما وعلته ، وهي متغاير بالضرورة ، هذا فضلا عن « كليات » القرآن الكريم ، واصوله العامة ، كما بينا .

ان القرآن الكريم نفسه ـ في طبيعة نظمه البليغ المعجز ـ ذو وجوه في المعاني ، مما **يستلزم الاجتهاد بالراي من اهله ، لاستقصائها ، وترجيح ما يتناسب والظروف الراهنة ، في كل عصر على حدة** ، من هذه المعاني ، والأحكام المحتملة ، بحيث يحقق المصلحة الحقيقية المعتبرة للأمة ، دون استكراه ، أو اعتساف ، أو تطويع ، وفي هذا المعنى ، قيل في الأثر : « **ان القرآن ذو وجوه ، فاحملوه على احسن وجوهه** » أي على ما يناسب مقتضيات العصر ، ويفي بمطالب الناس ، وحاجاتهم ، فضلا عن مراعاة « **اعرافهم** » التي دَرَجوا على الاحتكام اليها ، اذا لم يرد بخصوصها نص محرّم مانع ، ولهذا كان « **الاجتهاد في التطبيق** » من **مقتضيات طبيعة النص القرآني نفسه ، وفطرة نظمه المعجز .**

---

(١) الموافقات : جـ ٣ ص ٣٦٧ ـ للامام الشاطبي ـ ط ـ دار المعرفة ـ بيروت .

ز ـ التعليل ـ فضلا عن التاويل(١) ـ بما تستلزمه طبيعة النص القرآني التشريعي بوجه خاص ، ولكون التعليل ـ في الأصل ـ تصرفا عقليا في تبين « علة » الحكم ، واستنباطها ـ وهي عنصر عقلي لا يتناوله النص بمنطوقة ، وان كان من عناصر منطقيته ، ومعقوليته ، وقد التفت الشارع اليه ـ أقول : إن التعليل ـ وهو بهذه المثابة ـ سبب هام من أسباب اختلاف الفقهاء، **لتفاوتهم في المدارك والملكات ، ضرورة ، والتعليل اصل" فطري" في التشريع ، لأن المبدأ العام المعتمد لدى المحققين من الاصوليين والفقهاء ، ان نصوص التشريع ، الأصل فيها التعليل ، اي تبيين العلل التي بنيت عليها الاحكام ، اجتهاداً بالراي ، والعلل ، هي مظان الحِكَم التشريعية التي تشكل عناصر معقوليته ، وابتناءه على « المصالح » الحقيقية الجدّية المعتبرة » في كافة مناحي الحياة الانسانية ،** وتفصيل ذلك :

أنه بات من المقرر اجماعاً لدى المحققين من الأصوليين ـ فيما عدا الظاهرية الذين يتشبثون بحرفية النص ، والوقوف عند ظاهره اللغوي دون تعليل ـ أقول : قد بات من المقرر اجماعا ، أن **« الاحكام معلّلة" بمصالح العباد »** أو بالأحرى ، **مفسّرة" ومغياة"** بتلك المصالح ـ كما أسلفنا ـ بحيث لا تجد حكماً شرعيا عمليا واحداً ، دون أن يكون مقترنا تشريعه أصلا ، بالمصلحة التي تفسر معقوليته ، وتحدد **« الحكمة »** أو **« الغاية »** التي **من اجلها شرع** ، والا كان التشريع دون غايات يستهدف بلوغها وتحقيقها، من خلال تطبيق أحكامه،وهذا عبث" ، **او تحكّم** وهو ما لا يتصور في التشريع بوجه عام ، فضلا عن تشريع الله ورسوله ، فكانت تلك **« الغاية »** او **« الحكمة التشريعية »** هي مقصود الشارع من أصل تشريع الحكم ابتداء ، فكان استنباطها وتحقيقها ، كاستنباط الحكم الشرعي ، وتطبيقه ، سواء" بسواء ، من حيث الاعتبار ، ان لم تكن **« الغاية »** أولى اعتباراً من الوسيلة ، وسبيل ذلك هو الاجتهاد بالرأي ، كما بينا .

هذا ، ولا جرَمَ ، أنّ **« منطقية التشريع »** ومعقوليته التي قوامها

---

(١) راجع بحثا مستفيضا في « التعليل والتاويل » في كتابنا « المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي » ، وفي كتابنا هذا : « الفقه الاسلامي المقارن » في بحث اسباب اختلاف الفقهاء .

« **حكمة التشريع** » ـ وهي مقصود الشارع من أصل تشريع الحكم ـ كما أسلفنا ـ أقول : ان هذه « المعقولية » هي أساس" للاجتهاد في التشريع ، لسبب بسيط ، هو أن « **الحكمة الغائية** » من النص التشريعي ، **عنصر عقلي صرف** ، فلا مناص اذن ، **من إعمال العقل في تبيينه، واستخلاصه**، مما يضمن بالتالي تكوين « **قناعة المكلف** » بجدوى هذا التشريع وعدالته ـ فضلا عن وجوب الاعتقاد بحقيته وتنفيذه ، امتثالا لأمر الله تعالى ـ فما دامت هذه « **المنطقية** » عنصرا عقليا بحتا ، **فانها تستلزم حتما وبالضرورة الاجتهاد بالراي ، فلا ينعقل ـ والحالة هذه ـ ان ينفصل التشريع الاسلامي ، عن الاجتهاد بالرأي فيه ، بل هو من مستلزمات طبيعته ، على الدوام ، وعبر العصور .**

وتأسيسا على هذا ، فان مبدأ « اعتبار المصالح في الأحكام » ـ استنباطا وتطبيقا ومآلا ـ يُعتبر سببا رئيسا من أسباب اختلاف المذاهب ،لتفاوت المجتهدين في المدارك والملكات ، والمستوى العلمي والثقافي **على الرغم من افتراض بلوغهم رتبة الاجتهاد ، وهو اختلاف ناشيء عن طبيعة التشريع نفسه ـ منهجا ومقاصد ـ على النحو الذي بينا .**

واذا كانت طبيعة التشريع الاسلامي قد جمعت بين « **منطقية** » الأحكام ، وعدالتها ، من جهة ، وبين « **قناعة المكلف** » ثمرة" لذلك ، من جهة أخرى ـ وهما الأساس المكين لكل" تشريع صالح ، مهما امتد بالناس الزمن ، واختلفت البيئات ـ **فاختلاف المذاهب الفقهية اذن ، هو اختلاف في الاجتهاد بالراي في الفروع الذي هو أثر حتمي من آثار منهج القرآن الكريم في تقريره للأحكام ، تارة ، ولكون أحكامه العملية، معللة بمصالح العباد اجماعا على التحقيق ، طورا ، ولفتح القرآن الكريم نفسه الباب على مصراعيه للاجتهاد بالراي فيما تركه الرسول نفسه ـ صلى الله عليه وسلم ـ دون بيان ، اذ لم يكلفه المشرع نفسه بذلك، قصدا ، ليفسره المجتهدون باجتهادهم ،** فضلا عن طبيعة اللغة العربية نفسها ، وخصائصها في البيان آخر الامر .

ح ـ تحقيق المناط ـ من اهم أسباب اختلاف الفقهاء ـ وهو ضرب من الاجتهاد بالراي في تطبيق كل" من القاعدة العامة ـ تشريعية كانت ام فقهية ـ او

الاصل المعنوي العام ، أو « العلة » المستنبطة من النص الجزئي الخاص ، والمتفق على حجية كل اولئك بين الأئمة والمجتهدين ابتداءً ، اقول : تطبيق مضامين كل اولئك على الفروع المستجدة والمعروضة على الاجتهاد والبحث ، لِيتَبَيَّن ما اذا كان يتحقق معناها فيها كملاً ، والمجتهد هو الذي يُثبت هذا التحقق والحصول، بالأدلة الاصولية، ثمرة للبحث العلمي المتعمق ، وفي هذا مجال للاختلاف أي مجال : والامثلة على ذلك كثيرة ومتنوعة وسنعرض له **توضيحا وتاصيلا** ، وسيتبدى لنا **انه لا خلاف في الأصل، وانما الخلاف في التطبيق على الوقائع ، وهو اجتهاد مستمر ابدا الى يوم القيامة ، على حد تعبير المحققين من الأصوليين ــ و « تحقيق المناط » اصل عام من اصول الاجتهاد بالرأي ثابت بالاجماع**(١) . وتفصيل ذلك كما قدمنا في مقامه :

يقول الامام الشاطبي ، في هذا الأصل ، ما نصه : « الاجتهاد علىٰ ضربين » :

احدهما : لا يمكن أن ينقطع ، حتى ينقطع أصل التكليف ، وذلك الى قيام الساعة .

والثاني : يمكن أن ينقطع .

فأما الأول : فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط ، وهو الذي لا خلاف بين الامة في قبوله(٢) .

هذا ، ومن قبل الامام الشاطبي بمائتي عام(٣) ، تقريبا ، يقرر ابن رشد(٤) ، هذا المعنى في كتابه : « بداية المجتهد » في باب الصيد ــ على سبيل المثال ــ حيث يقول مانصه : « **وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ، ويختلفون في وجودها (تحققها) في نازلة** »(٥) **اي في الوقائع المتجددة والمعروضة**

---

(١) الموافقات : جـ ٤ ص ٨٧ وما يليها ــ للامام الشاطبي ، وراجع بحثا مستفيضا لنا في كتابنا هذا الفقه المقارن بين المذاهب ــ ص ٢٧ وما يليها .
هذا ، ومما يؤكد حجيّة هذا الأصل ، أن الحكم على العام ، هو حكم على جزئياته ، وان « العلة » تستوجب ما بني عليها من حكم في كافة مظانّها .
(٢) جـ ٢ ص ٨٧ وما يليها من كتابه « الموافقات في اصول الشريعة » .
(٣) توفي الامام الشاطبي سنة ٧٩٥ هـ ــ و اما ابن رشد فقد توفي سنة ٥٩٥ هـ .
(٤) بداية المجتهد : جـ ١ ص ٤٥٨ ص ٤٥٩ .
(٥) المرجع السابق .

للبحث والاجتهاد ، لتتبيّن حكمها ، ومثال ذلك : « اتفاق المالكية على أن من شرط «الفعل» الارسال للاصطياد[1]،أن يكون مبدؤه من الصائد ، واختلافهم ، اذا أفلت الجارح من يده ، أو خرج بنفسه ، ثم أغراه ، هل يجوز ذلك الصيد ، أم لا ؟ لتردد هذه الحال بين ان يوجد (يتحقق فيها هذا الشرط) أو لا يوجد » .

أما اتفاق المالكية ، فذلك في « **اصل الشرط** » وهو أن يكون مبدأ الفعل ــ من ارسال الجارح ، أو رمي السهم ــ من الصائد ، حتى يُنسب الاصطياد اليه لا الى الجارح المعلّم ، ولا الى الآلة الجامدة الحادة ، وانما اختلفوا في الحالات والوقائع المفترضة والمعروضة للبحث ، والتي أشار اليها ابن رشد في قوله : « واختلافهم فيما اذا أفلتَ الجارح من يده ، أو خرج بنفسه ، ثم أغراه ، هل يجوز ذلك ، بمعنىٰ هل وجد وتحقق أصل الشرط في هذه الحال ، فيحل المصيد ، أو لم يتحقق الشرط ، فلا يحل ، فالاختلاف اذن ــ كما ترى ــ في تحقيق مناط أصل الشرط في النوازل ، والوقائع ، **وليس الاختلاف في اصل الشرط ، لانه متفق عليه ، كما هو اصل المسألة .**

هذا ، والامامية ، على أن هذا الشرط غير متحقق في هذه الحال ، مصيرا منهم ، الى أن خروج الجارح بنفسه تلقائيا ، لا يُعتبر « **إرسالا** » **من الصائد ، وعليه ، فلا يعتبر الاصطياد منسوبا اليه ، وهو خلاف ما اشترطته السنة ،** من قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « اذا **ارسلت** كلبك » **فمناط الارسال لم يوجد ولم يتحقق .**

وكذلك ، اذا افلت الجارح من يد الصائد ، لم يكن مبدأ الفعل منه ، على ما هو أصل الشرط ، فلم يتحقق شرط « حِلّيّة » المصيد في هذه الحال ، **اذ الشيء لا يوجد بدون شرطه المتوقف عليه ، بداهة ، وبالتالي لا ينتسب الاصطياد الى الصائد ، ولو اغراه بعد الإفلات ، وازداد نشاط الجارح المعلّم ،** لأن «مبدأ الفعل» من الصائد ــ وهو أصل الشرط ــ أي الارسال ــ لم يتحقق ، وهو رأي الامامية أيضا ، اذ جاء في اللمعة الدمشقية ، ما نصه : « وأن **يرسله**

---

(١) الاصطياد ــ من ارسال الجارح المعلّم ، أو الرمي بالسهم .

(الصائد) للاصطياد ، فلو « استرسل » من نفسه ... لم يحلّ ، وان زاده إغـراءً »[1]

على أن هذا الخلاف قديم حيث ذهب عطاء بن أبي رباح ، وكذلك الاوزاعي ، الى أن معنى « **الارسال** » يتحقق من « **دلالة الحال** » ولو لم يرسله الصائد فعلا ، إذ بمجرد اخراج الصائد الجارح للصيد ، يُعَد « ارسالا » معنىً ودلالةً ، ودلالة الفعل كالفعل نفسه ، معنى ، والعبرة للمعنى ، فتحقق منـاط « **الارسال** » بالاخراج للصيد ، لأن الاخراج يقوم مقام « الارسال » من حيث الدلالة والقصد، وبالاخراج يتحقق الشـرط ، فكـذا هـذا ، فيحـل[2] أو بعبـارة أخـرى : **الاخراج ينجزيء عن الارسال** .

وهكذا نرى ، أن منشأ الخلاف هو « **تحقيق المناط** » فمن رأى ان « مناط الارسال » لا يتحقق بالاغراء ، ولا بالاخراج ، فلا يجزيء أيٌّ منهما عن الارسال، بل لابد من وجود حقيقة الارسال ، صورةً ومعنىً ،قال «لايَحِلّ» أكل المصيد، ومن رأى أن « **الارسال** » يتحقق معناه بدلالة الحال ، وهو الاخراج للصيـد ، قال الاخراج يُجزيء عن الارسال ، فيحل الصيد ، فليس الخلاف في أصـل الشرط ، وهو الارسال ــ كما ترى ــ بل في تحقيق معناه على الحالات والوقائع كما رأيت ، وفي هذا مجال للاجتهاد بالرأي ، وما فيه .

هذا ، وضرب لنا الامام ابن رشد ، مثالا آخر توضيحيا ، « **لتحقيق المناط** » وذلك أن من شرط حِلّ الصيد ، أنه اذا أدركه الصائد **غيرَ منفوذ المقاتِل** ــ أي لا يزال حياً ــ أن يُذَكّى ، اذا قَدَرَ عليه ، قبل أن يموت ، لأن الصيـد اذا أضحى « **مقدورا عليه** » بالجرح أو الاصابة أو الأخذ من قِبل الجارح المعلّم ، لا يحلّ،الا بالذكاة الشرعية التي هي الأصل ، وهذا شرط « متفق عليه » غـير أنهم اختلفوا في وجود هذا الشرط ، وتحققه في الوقائع والحالات .

---

(١) اللمعة الدمشقية (مع شرحها) الروضة البهية ــ للعاملي ــ دا راحياء التراث العربي ــ بيروت ــ ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م .
ومن المعلوم أن الارسال من الصائد للجارح المعلّم غير استرساله تلقائياً ، فانخرم الشرط فلا يحل .

(٢) تفسير القرطبي : ج ٦ ص ٦٨ .

ومن ذلك : « **تخليص المصيد حيا ، فيموت في يده ، قبل ان يتمكن من ذكاته**[1] » .

فالامام أبو حنيفة ، منع هذا ، وقال : انه لا يحل،بينما أجازه الامام مالك[2].

وسبب الاختلاف ، هو « **تحقيق المناط** » لتردد الحال بين أن يُعتبر « **منفوذَ المقاتل** » أي ميتا بالاصطياد نفسه ، فيحل ، أو أن الصائد أدركه **غير منفوذ المقاتل** ، فكان عليه أن يذبحه في موضع الذبح ، أي بالذكاة الشرعية، ولكنه قصّر في ذلك ، فيعتبر « **مفرطا** » حتى مات في يده ، لا بالاصطياد ، فلا يحل[3] .

ولو أنك أمعنت النظر في أصل الشرط ، المتفق عليه ، لألفيته كما يقول الأئمة ،أن يكون موت الحيوان مستندا الى جَرْحه ، وعَقْره ، من قبل الجارح المعلّم ، أو السهم المرمي به[4] .

فالشرط « متفق عليه » وانما الخلاف في « تحقيق مناطه » في الجزئيات .

حتى اذا اتسع الوقت لذبحه اذا وجده حياً ، ولم يفعل ، **كان مقصّرا** ، فلا يحل المصيد ، لأنه ميتة ، وان لم يتسع الوقت لذبحه ، ومات ، كان ذلك بفعل الجارح ، فيحل ، لأنه لم يكن مقصراً[5] .

وكذلك ، شرط « **عدم القدرة** » على الحيوان المتوحش ، « **متفق عليه** » فاذا تحقق ، كانت ذكاتُه بالعَقْر ، لا بالذبح ، فهل يتحقق هذا الشرط في الحيوان « **النادّ** » لأنه **اصبح بتمرده غير مقدور عليه** ، فيحل بالصيد ، ولو كان مستأنسا بطبعه ، كالبعير والشاة ؟

فترى الامام الكاساني يُفَرِّق بين حالين بالنسبة الى المستأنس ، من أن يكون في الصحراء ، أو في المصر (المدينة) ففي الحالة الاولى ، يعتبر « غير مقدور

---

(١) بداية المجتهد ـ جـ ١ ص ٤٥٨ ص ٤٥٩ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .
(٤) البدائع : جـ ٥ ـ ص ٤٣ وما يليها .
(٥) المرجع السابق .

عليه » فيحل بالصيد والعَقر ، أي بالجرح في أي موضع من جسده ، كما قدمنا ، بشرط أن يَسيل دمه ، ويموت منه ، فيقوم الجرح مقام الذكاة الشرعية ، لعدم القدرة عليه ، أو تعذر أخذه .

أما في الحالة الثانية ــ وهي ما اذا ندَّت الشاة في المصر (المدينة) مثلا ، لم يَجُز عَقرُها ، لانه يمكن اخذها ، إذ هي لا تدفع عن نفسها ، **فكان الذبح مقدورا عليه ، فلم يتحقق مناط العقر في هذه الحال ، وهو شرط عدم القدرة عليه ، او تعذر اخذه ، فلا يحل لذلك ، لأن « العقرَ خلَفٌ عن الذبح ، والقدرة على الأصل ، تمنعُ المصيرَ الى الخلَف(١) .**

هذا ، ويقاس على ذلك ، الحيوان « **الصائل** » أو « **الواقع في البئر** » أو نحوه ، هل يعتبر مقدوراً عليه ، فلا يحل الا بالذكاة الشرعية في موضعها من الحَلق أو اللَّبة(٢) ، ذبحاً أو نحرا ، حسب الحال ، أو يُعتبر غيرَ مقدورٍ عليه ، فيحلّ حينئذ بالعَقر ، بجرحه في أي موضع من جسمه ، كما أسلفنا .

فمنشأ الخلاف ــ كما ترى ــ « **تحقيق المناط** » .

وقصارى القول ، أنه اذا كان تعدد المذاهب الفقهية أمراً حتمياً ، بما هو أثر لطبيعة التشريع الاسلامي ، ولمنهج القرآن الكريم نفسه في بيانه للأحكام ، ولترك قسم من آي القرآن الكريم دون بيان من الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ ودون « **توقيف** » من الشارع ، وهو أمر مقصود من المشرع ، **لحكمة بالغة ، هي التوسعة على العباد ، وتحقيق مصالحهم المتغيرة عبر العصور ، وليتولى ذلك المجتهدون باجتهادهم ، ليستنبطوا ما يلائم مصالحهم في كل عصر ، دون خروج عن قواعد الشريعة ، ومقاصدها ، واقامة الدليل على كمال الشريعة ، وتمامها وصلاحيتها لكل زمان ومكان** ، هذا فضلا عن أن من طبيعة التشريع

---

(١) البدائع : جـ ٥ ص ٤٣ ــ للامام الكاساني .

(٢) الحلق : اعلى العنق ، واللبة ، اسفل العنق ، في الوهدة ــ وفي هذا المعنى يقول الامام الكاساني في الحيوان الصائل : « فجعل الصياد منه ، كنده ، لانه يعجز عن اخذه ، فيعجز عن نحره ، فيقام الجرح فيه ، مقام النحر ، كما في « الصيد » ــ البدائع ــ جـ ٥ ــ ص ٤٣ .

الاســـــلامي « التعليل » اي تبيين علل الاحكام المستهدفة من اصل تشريعها ، وهي عناصر عقلية تستلزم الاجتهاد بالراي ، فلابد أن يقع الاختلاف في وجهـات النظر ، في كل امر مجاله العقل ، مادام لم يرد فيه نص قاطع ، وكذلك « التاويل » الذي هو في أصله منهج عقلي يتعلق بالمعاني لا بالالفاظ ، ينسق بينها ، على ما بينا فيما سبق من الأمثلة التوضيحية ليرفع « التعارض » الظاهري بين ظاهر النص القرآني العام ، وبين الحديث ، أو الأثر ، أو القياس ، مما يكون سببا هاما من أسباب اختلاف الفقهاء ، ولا يتسع المقام لتفصيل القول في ذلك . أقول : اذا كان نشوء المذاهب الفقهية الاسلامية ــ كما نوهنا ــ أمرا حتميا لا اعتباطيا ، ولا مظهرا للتعصب ، أو الارتجال ، أو ولعاً بحب التفرد ، ومجرد المخالفة ، بل يرتـد هـذا الاختلاف ــ كما رأيت ــ الى الأسباب الحقيقية العلمية التي بينا ، فانا نضيف الى ذلك ، مبدأ « تحقيق المناط » الذي أجمع عليه العلماء اجتهاداً بالرأي في التطبيق الدقيق ، تحريا مخلصا ، وبحثا موضوعيا ، لتبيُّن حكم الله تعالى في الوقائع المتجددة ، وكثير من الأسباب الخلاف ترجع الى هذا الأصل .

على أن مبدأ « تحقيق المناط » الثابت باجماع الأصوليين والفقهاء ــ وهو مقتضى للتشريع نفسه ــ لايقل عـن الاجتهاد بالـرأي فيـه ، خطرا واثرا ، عن الاجتهاد بالراي في الاستنباط ، كما نوهنا ، اذ تتعلق بالتطبيق العملي ثمرات التشريع الاسلامي كله ، بل ومقصد الشارع من انزال الشريعة ، لتدبـير الحيـاة الانسانية على وجه الأرض ، والا فاستنباط الاحكام نظريا لا يغني عـن تطبيقها عمليـا ، واجتناء ثمراتها في مواقع الوجود .

على أن هناك مذاهب فقهية أخرى ذات شأن كبير في التفكير الاسلامي ، ولكن لم نظفر بها للأسف ، لعدم الاعتناء بها ، والعمل علـى حفظها ، وتناولها بالبحث ، تعصبا ، من مثل مذهب الامام الطبري في الفقه ، ومذهب الاوزاعي ، ومذهب الامام الليث بن سعد ، وغير ذلك كثير ، وهذا دليل بيِّن على أن التشريع الاسلامي ، كتابا وسنة ، بحر عباب زاخر لا ساحل له ، مصداقا لقوله تعالى : « قل لو كان البحر مدادا لكلمات ربي ، لنفـد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي ، ولو جئنا بمثله مددا » .

فوضح ـ بما لا يدع مجالا للشك ـ أن اطّراح أي مذهب مـن المذاهب الفقهية ، يعتبر عدوانا على « حق العلم » في شرع الله ورسوله ، فضلا عما يورث من التشتت ، والتنازع ، والشقاق ، والتعصب المقيت ، وهذا محرم قطعا ، بل هو « موقف من مواقف الاثم الكبرى » لكونه مضادا لقصد الشارع من انزال الشريعة كلها ، جملة وتفصيلا والله ولي التوفيق •

* * *

البحث الثاني

نظرية الاحتكار في الفقه الاسلامي

تعريفه اصطلاحاً(١) :

لم يتفق الفقهاء على تعريف الاحتكار ، ومنشأ ذلك ـ فيما إظهر ـ هو اختلافهم في شروطه .

ونعرض فيما يلي ، بعض التعاريف التي وردت في أهم مصادر الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة :

---

(١) أما تعريفه لغة ، فقد جاء في القاموس للفيروز آبادي : الحكر (بفتح الحاء وسكون الكاف) الظلم وإساءة المعاشرة، وبالتحريك (بفتحتين) ما احتكر . اي حبس انتظاراً لغلائه ، والحكر ، بضم الحاء ، اسم من الاحتكار .
وجاء في المصباح : احتكر فلان الطعام ، **إذا احتبسه إرادة الغلاء** ، والاسم الحكرة ، مثل الغرفة من الاغتراف ، والحكر (بفتح الحاء والكاف او اسكانها) بمعنى الاحتكار .

وجاء في مقاييس اللغة ، ما يقرب من هذا المعنى ـ ج ٢ ـ ص ٩٢ .
وفي مختار الصحاح للرازي : احتكار الطعام **جمعه وحبسه يتربص به الغلاء** . وفي اساس البلاغة ـ للزمخشري ـ فلان حكر (بفتح الحاء وكسر الكاف) وهو المحتجن للشيء ، المستبد به ـ واحتكر الطعام : **احتبسه للغلاء .**

ـ فالمفاهيم اللغوية للاحتكار وما اشتق منه ، لا تبعد عن المعنى الفقهي ، لان حبس الطعام انتظاراً لغلائه ، هو المضمون العام للمعنى الفقهي ، واما الاساءة والظلم ، والسوء ، فهي مآلات وثمرات للاحتباس ، إرادة الغلاء ، وتربصه بالناس .

١ ــ يقول الإمام الشوكاني : (الحُكْرة هي حبس السلع عن البيع)[١] .

٢ ــ ويقول صاحب كشاف القناع : (وهو ــ أي الاحتكار ــ في القوت ــ أن يشتريه للتجارة ، ويحبسه ، ليقل فيغلو)[٢] .

٣ ــ ويذهب الشافعية الى أن الاحتكار هو « اشتراء القوت ــ وقت الغلاء ــ لإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه »[٣] .

ويقول الإمام الغزالي في الاحتكار : « فبائع الطعام يدّخر الطعام ينتظر بـه غلاء الاسعار »[٤] .

٤ ــ ويقول ابن عابدين : « اشتراء طعام ونحوه وحبسه الى الغلاء »[٥] .

وجاء في الفتاوى الهندية : (وذلك ــ الاحتكار ــ أن يشترى طعاماً في مصر ويمتنع من بيعه)[٦] .

٥ ــ وفي المنتقى على موطأ الإمام مالك : « هو الادخار للبيع والربح بتقلب الاسواق ، فأما الادخار للقوت ، فليس من باب الادخار »[٧] .

وجاء في المدونة : أن « الحُكْرَةَ في كلِّ شيءٍ في السوق ، من الطعام ، والزيت والكتان ، وجميع الاشياء ، والصوف ، وكل ما أضر بالسوق»[٨] .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٥ ، ص ٢٢٠ ــ ص ٢٢١ . (٢) جـ ٣ ــ ص ١٥١ .

(٣) المهذب للشيرازي ــ جـ ١ ــ ص ٢٩٢ . (٤) احياء علوم الدين : جـ ٢ ، ص ٢٤ . (٥) حاشية الدر ــ جـ ٥ ، ص ٢٧٨ .

(٦) جـ ٣ ، ص ٢٣١ ، ص ٢١٤ .

(٧) المنتقى على موطأ مالك : جـ ٥ ص ١٥ وما يليها .

(٨) المدونة : جـ ١٠ ، ص ١٢٣ ــ واضرّ بالسوق اي باهله ورواده المشترين . ــ وفي شرح الزرقاني على الموطأ : « الحكرة ، اسم من احتكر الطعام ، اذا حبسه إرادة للغلاء » جـ ٣ ــ ص ١٢٤ .

ب ـ تحليل ومقارنة هذه التعاريف ونقدها اصولياً :

١ ـ أما تعريف الشوكاني ، فيرد عليه أنه بظاهره غير مانع ، اذ يدخل فيه حبس السلع والامتناع عن بيعها في الظروف العادية حيث لايضر بالناس هذا الحبس، وهو غير محرم ، اذ الاحتكار ـ بما هو ـ في الاصل ـ تصرف في حق الملكية ـ ليس محرماً لذاته ، بل لأثره ، نعم ! يستوي ـ في نظر الشارع ـ أن يكون الاحتكار وقت الغلاء ، استغلالا لهذه الازمة القائمة ، أو أن يكون الاحتكار حالة السعة والرخص ، فيؤدي الى نشوء أزمة لم تكن ، لوحدة الاثر في الحالين ، وهو علة الحكم ومناطه ، فكان ينبغي أن يشير الى ذلك الاثر ، قيداً في التعريف .

ـ هذا ـ وجعل الإمام الشوكاني « السلع »**متعلقاً** للحبس ، فان كان يقصد به التقييد ، أو الحصر ، لينفي حكم الاحتكار عما عداها ، فالتعريف يغدو غير جامع ، لان الاحتكار ـ منظوراً اليه من حيث الاثر وسوء النتائج ـ يستوي أن يكون **متعلقه** ، السلع وغيرها من الاعمال والمنافع، اذا اضطرت عامة المسلمين انيها ، أو مستهم الحاجة في معايشهم ، أو فيما تقوم به مصالحهم ، الى الانتفاع بها ، أو استيفائها ، ولا سيما أن الإمام الشوكاني يرى أن علة تحريم الاحتكار هو الضرر العام .

أما إن لم يقصد به التقييد ، أو لم يكن صالحاً له ، لانه لقب ، فإيراده من أجل تصوير كثرة احتكاره : وقوعاً ، أو لأهميته ، لا للتقييد به ، فيفيد التعميم حينئذ ، لعموم علته .

أغفل التعريف القيود التي تجعل الاحتكار أضيق مفهوماً ، قصداً الى الاطلاق ، وربطاً لحكم الاحتكار بمناطه ، وهو الضرر العام ، فلم يشترط مثلا ـ تحديداً لمفهومه ـ الشراء من السوق ، أو عدم استغلال المادة المحتكرة من ضيعته ، أو عدم جلبها واستيرادها من الخارج ، وعلى هذا ، فالاحتكار يشمل بحكمه كل أولئك ، وبذلك اتسم هذا التعريف بالشمول والاطلاق .

٢ ـ أما تعريف صاحب كشاف القناع ، فيبين جوانب من مفهوم الاحتكار في

تصوره : اذ يشير الى أنه الحبس بقصد الإغلاء ، وهذا « القصد » ـ هو ما جاءت به أدلة تحريم الاحتكار التي سنذكرها في موضعها ، لأن القصد السيىء يستوجب الإثم ، لكن لا بد أن يصحب هذا القصد فعل الاحتكار ، لينتج أثره ، وهو الضرر .

كما يجلّي ضرورة اتجاه توفر القصد من الشراء الى الاتجار ، لا توفيراً للمؤونة والقوت ، ولا شك أن شراء الاشياء وحبسها لإغلاء أسعارها ، يسبب قلتها في الاسواق ، وحاجة الناس اليها ، يستلزم عقلاً وقوع الضرر بعامة المسلمين ، وهو علة التحريم ، وكان الاولى أن يصرح بما علم من تعريفه التزاماً وضمناً .

ـ وفي قوله : « ليقل فيغلو » اشارة الى قانون العرض والطلب في الاقتصاد ، اذ بحبس السلع وقلة عرضها في السوق ، احتكاراً ، ترتفع أثمانها ، فيضار العامة ، بالغلاء .

على أن ظاهر التعريف يقصر الاحتكار على ما هو مشترى من المدينة ، ولا يشمل المجلوب (المستورد) من الخارج ، أو المستغل من قرية المحتكر .

هذا ، وواضح أيضاً أنه يقصر الاحتكار على ما يُتَقَوَّتُ به من الطعام ، وسيأتي البحث فيه .

٣ ـ وأما تعريف الغزالي[1] فهو وان كان يجعل قوام الاحتكار مجرد الادخار والاحتباس قصد التربص بالناس الغلاء ، وهو قصد غير مشروع ، لما يترتب عليه من الاضرار بالجماعة ، غير أن قصر الاحتكار على الطعام فيه نظر ، وهذا المعنى قرره ابن عابدين وصاحب الفتاوى الهندية ، أيضاً .

ـ هذا والإمام الغزالي ، لم يقيد الاحتكار بشرط الشراء من سوق المدينة ، بل اكتفى ـ كما قلنا ـ بمجرد الاحتباس ، وهو ما اعتمده الإمام الباجي وصاحب المدونة[2] .

---

(١) وهو شافعي المذهب .
(٢) الإمام الباجي من أعلام مجتهدي الفقه المالكي .

جـ ـ ما اتفقت عليه التعاريف :

يستنتج من كل ما ذكرنا من التعاريف ، أن الاحتكار قوامه حبس الطعام أو القوت لإغلاء سعره على الناس ، بسبب قلة وجوده أو انعدامه في الأسواق ، فيغلو سعره .

ـ كما اتفقت على ضرورة توفر قصد التربص بالناس الغلاء ، غير أن بعضها قد صرح به ، وبعضها فهم منه التزاماً .

ـ لم تحدد هذه التعاريف نسبة الغلاء ، أو مقدار جسامة الضرر ، فيردّ الى العرف .

ـ أما القيود التي اختلف فيها ، فنرجىء البحث فيها الى مقامها من شروط الاحتكار .

د ـ تعريفنا للاحتكار :

الاحتكار هو حبس مالٍ أو منفعةٍ أو عملٍ ، والامتناع عن بيعه ، أو بذله ، حتى يغلو سعره غلاءً فاحشاً غير معتاد ، بسبب قلته ، أو انعدام وجوده في مظانّه ، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان اليه .

هـ ـ ما يستخلص من هذا التعريف :

أولا ـ أوضح التعريف حقيقة الاحتكار من أنه حبس ما يحتاج اليه الناس مطلقاً ، سواء أكان طعاماً أم غيره ، مما يكون في احتباسه إضرار بالناس ، وتضييق الحياة عليهم ، وهذا باطلاقه شامل لكل شيء من المواد الغذائية ، والثياب ، ومنافع الدور ، والأرضين ، والادوية ، وآلات ومواد الانتاج الزراعي والصناعي كالمحاريث والاسمدة ، كما يشمل منافع وخبرات العمال ، وأهل المهن والحرف والصناعات ، والفنّيين ، واصحاب الكفاءات العلمية ، اذا احتاجت الامة الى مثل تلك السلع والمنافع والخدمات ، اذ « المناط » هو حقيقة الضرر من حيث هو بقطع النظر عن

نوع الشيء المحتكر ، فيجبر هؤلاء على بذل ما لديهم . رعايةً لحق الامة ، ودفعاً للضرر عنها في مثل هذه الظروف ، بالثمن أو أجر المثل العادل، اذا امتنعوا عن ذلك .

واساس ذلك ، **ان كل ما لا تقوم مصالح الامة أو الدولة ، إلا به ، فهو واجب تحصيله وبذله .**

ثانياً ــ لم يقيد التعريف ــ كما ترى ــ بما اذا كانت الاموال المحتكرة مجلوبة (مستوردة) من الخارج ، أو كانت موجودة في سوق المدينة فاشتريت وحبست ، أو كانت مستغلة من أرض المحتكر نفسه .

ثالثاً ــ شمل التعريف كلَّ ما أضر بالانسان والدولة والحيوان حبسه ، وذلك من مميزات الشريعة الاسلامية التي شملت أحكامها الرفق بالحيوان ، « في كل ذات كبـد رطبة أجر »[1] .

رابعاً ــ أبرز التعريف ظاهرة « الحاجة » التي هي منـاط تحريم الاحتكار ، وتشريع أحكامه ، اذ ليس كل ظرف يعتبر فيه حبس هذه الاشياء احتكاراً محرماً ، بل ظرف الحاجة الذي يوقع في الضرر ، هو « المناط » حتى اذا لم يتحقق هذا المناط كان اختزاناً ، أو ادخاراً مباحاً ، لانه تصرف في حق الملكية ، بل قد يكون واجباً اذا كان اختزانا احتياطياً ، كما سيأتي .

وأنت تعلم أن مبنى التقييد بالحاجة هو أن دفعها ، أو الوفاء بها من مقاصـد التشريع العامة (الحاجيات) فيشرع لها مـن الحكم ما يناسبها ، إيجاباً أو سلباً ، استثناء من قواعـد الشرع .

على أن الإمـام الغزالي ، والإمام مالك ، ذهبـا الى أن احتكار الاقوات في

---

(١) والواقع أن رعاية الحيوان وتامين حياته ، **مصلحـة غير مباشرة للانسان نفسه** ، فضلا عن المعنى الانساني من الرفق بالحيوان .

حالة السعة والرخاء مكروه[1] ، لان المواد الغذائية الاساسية يجب أن تبذل ويكثر عرضها على الدوام ، ليرخُص سعرها الى أكبر حد ممكن ، تيسيراً على الناس ، ولا سيما الفقراء .

اصول منع الاحتكار او الادلة التفصيلية الناهضة بتحريمه واردة في السنة وآثار الصحابة فحسب :

غير أن الادلة الإجمالية في القرآن الكريم[2] تؤيد مقتضى تلك الادلة التفصيلية .

آ ـ ادلة السنة في تحريم الاحتكار ومنعه :

اولا ـ عن سعيد بن المسيّب عن مَعْمَر بن عبد الله العدوي ، ان النبي ﷺ قال : « **لا يحتكرُ إلا خاطىء** »[3] .

ثانياً ـ عن مَعْقِل بن يسار قال : قال رسول الله ﷺ : « **من دخلَ في شيء من اسعار المسلمين ، ليغْلِيَهُ عليهم ، كان حقّاً على الله ان يقْعِدَهُ بِعظْم[4] من النار يومَ القيامة** » .

---

(١) نيل الأوطار ، جـ ٥ ، ص ٢٢١ للشوكاني ـ المنتقى على موطأ مالك ـ جـ ٥ ـ ص ١٥ ـ ١٧ ـ للباجي ـ احياء علوم الدين ـ المرجع المشار اليه سابقاً .

(٢) ذهب بعض الصحابة والتابعين الى ان الاحتكار ثابت تحريمه بالقرآن الكريم ، بقوله تعالى : « ومن يرد فيه بإلحاد بظلم ، نذقه من عذاب اليم » . والواقع ان مباشرة كل منهي عنه في مكة يعتبر الحاداً بظلم ، فالآية ليست نصاً في موضوعنا ـ تفسير ابن كثير ، جـ ٣ ص ٢١٥ .
ـ على أن مما ينهض بتحريم الاحتكار من عمومات القرآن الكريم ، كثير ، فمن ذلك قوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا ، كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط » وقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » وقوله سبحانه : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وكذلك من عمومات السنة مثل هذه المعاني .

(٣) اي آثم في فعله ـ نيل الأوطار ـ جـ ٥ ، ص ٢٢١ ، هذا الحديث اخرجه مسلم ، واحمد ، وأبو داود ، والترمذي ـ الترغيب والترهيب ـ للمنذري جـ ٢ ص ٥٨٢ ـ سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧ .

(٤) بكسر الباء وضم العين وتسكين الظاء ـ اي بمكان عظيم من النار ـ نيل الاوطار جـ ٥ ـ ص ٢٢٢ اخرجه الطبراني في الكبير والاوسط .

ثالثاً : وعن ابي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « **من احتكر حكرة يريد ان يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء** » (١) .

رابعاً ـ وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال : « **الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون** » (٢) .

خامساً ـ وعن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال : « **من احتكر الطعام اربعين ليلة ، فقد برىء من الله ، وبرىء الله منه** »(٣) .

بحث حكم الاحتكار مقارناً

ـ **اتفقت كلمة الفقهاء والاصوليين على ان الاحتكار غير مشروع .**

ـ يقول الشوكاني في هذا الصدد : « ولا شك أن أحاديث الباب تنتهض بمجموعها للاستدلال على عدم جواز الاحتكار ، ولو فرض عدم ثبوت شيء منها في الصحيح ، فكيف وحديث مَعْمَر المذكور في صحيح مسلم ؟ والتصريح بأن المحتكر خاطىء ، كافٍ في افادة عدم الجواز ، **لان الخاطىء المذنب العاصي**(٤) » .

اجتهادات الفقهاء في الحكم التكليفي للاحتكار في ضوء الادلة الواردة في السنة :

تتلخص اجتهادات الفقهاء في حكم الاحتكار في اتجاهين :

الاول : ان الاحتكار حرام . وهو مذهب الجمهور من الشافعية والمالكية ، والحنابلة والظاهرية ، والزيدية والاباضية ، وبعض الامامية ، والكاساني من الحنفية .

---

(١) بضم الحاء وتسكين الكاف وفتح الراء ـ اسم من الاحتكار ـ اخرجه الحاكم .
(٢) اخرجه ابن ماجه جـ ٢ ـ ص ٧ .
(٣) اخرجه ابن ماجه واحمد والبزار وابن ابي شيبة .
(٤) نيل الأوطار ـ جـ ٥ ـ ص ٢٢١ ـ وسبل السلام ـ جـ ٣ ـ ص ٣٢ .

الثاني: ان الاحتكار مكروه تحريماً [1] : وهو مذهب جمهور الحنفية[2] .

ونعرض فيما يلي لحكم الاحتكار في المذاهب الفقهية ، تفصيلاً .

اولا ـ المذهب الشافعي[3] :

ذهب الشافعية الى أن الاحتكار حرام . والاصل في ذلك عندهم ، حديث « معمر » في صحيح مسلم ، وهو قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا يحتكر إلا خاطىء » .

قالوا : « والخاطىء هو العاصي ، والعصيان لا يكون إلا في مباشرة فعل محرم .

ثانياً ـ مذهب الحنابلة :

ـ وذهب الحنابلة الى ما ذهب اليه الشافعية ، من تحريم الاحتكار ، جاء في المغني (لابن قدامة) « **الاحتكار حرام** » . لما روى الأثرم عن أبي أمامة قال : **« نهى رسول الله ان يحتكر الطعام »**

وما روي عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « من احتكر فهو خاطىء » .

وفي كشاف القناع : **« ويحرم الاحتكار في قوت الادمي فقط »** [4] .

---

(١) الكراهة اذا اطلقت في مذهب الحنفية ، انصرفت الى الكراهة التحريمية ، والواقع ان لا فرق بين التحريم ، والكراهة التحريمية ، من **الناحية العملية** ، لان كليهما يقتضي المنع ، غير أن الفرق بينهما من حيث **الاعتقاد** ، فمنكر المحرم كافر ، اما منكر المكروه تحريماً فلا يكفر ، بل يضلل .

(٢) الزيلعي ـ جـ ٦ ـ ص ٢٧ . الاختيار ـ جـ ٣ ـ ص ١١٥ . مجمع الانهر جـ ٢ ـ ص ٥٤٧ ـ الدر المختار ـ جـ ٥ ـ ص ٣١٥ .

(٣) مغني المحتاج ـ جـ ٢ ـ ص ٣٨ . المهذب ـ جـ ١ ـ ص ٢٩٢ .

(٤) المغني : جـ ٤ ، ص ٢٢٠ ـ لابن قدامة . ـ كشاف القناع : جـ ٣ ، ص ١١٥ .

ثالثا ـ اجتهاد الإمام الكاساني من الحنفية :

ـ ذهب الإمام الكاساني الى أن الاحتكار حرام ، مخالفاً بذلك جمهور الحنفية . جاء في كتابه « البدائع »[1] ما اعتمده من أدلة ، وتوجيهه للاستدلال بها ، ما يلي : « وأما حكم الاحتكار فنقول : يتعلق بالاحتكار أحكام : منها الحرمة، لما روي عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : « المحتكر ملعون ، والجالب مرزوق » ولا يلحق اللعن الا بمباشرة المحرم ، وري عنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ أنه قال : « من احتكر طعاماً أربعين ليلة ، فقد برىء من الله ، وبرىء الله منه » ومثل هذا الوعيد ، لا يلحق إلا بارتكاب الحرام ، ولان الاحتكار ، من باب الظلم ، لان ما يبع في المصر ، فقد تعلق به حق العامة ، فاذا امتنع البائع عن بيعه عند شدة حاجتهم اليه ، فقد منعهم حقهم،ومنع الحق عن المستحق ظلم ، وأنه حرام »[2].

ـ وعمدة الإمام الكاساني ـ كما ترى ـ نوعان من الادلة :

الاول : نقلي **الثاني : عقلي .**

أ ـ اما الدليل النقلي فقوامه أحاديث الباب ، ورأيت وجه استدلاله بها على « التحريم » عن طريق **اللوازم العقلية** لتلك الادلة ، اذ يلزم عقلاً ، من الوعيد الشديد بالنار ، ومن اللعن ، والبراءة من ذمة الله تعالى ، وذمة المسلمين أنه **حرام** .

هذا ، ومن المقرر أصولياً ، أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه ، وهو ما يسمى دلالة الاشارة[3] .

ب ـ واما الدليل العقلي ، فكان وجه الاستدلال به **منطقياً منحكماً** ، ذلك لانه احتكم الى ما ينهض على أصل النظر في المآل من حكم ، فالاحتكار أثره ومآله

---

(١) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ للكاساني . (٢) المرجع السابق .
(٣) راجع بحثاً مستفيضاً في « الدلالات » في « المناهج الاصولية للاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي » ص ٢٦٧ وما يليها ، للمؤلف ـ وراجع أصول التشريع الاسلامي بحث « اشارة النص » ص٢٧٩ومايليها للمؤلف.

الضرر بالعامة ، اذ يواجه إخلالاً بحقهم ، بل منعهم إياه ، والمنع من ايصال الحق الى مستحقه ظلم، والظلم حكمه معلوم من الدين بالضرورة، وهو **الحرمة شرعاً وعقلاً** .

ـ وهذه النتيجة المنطقية لم يصل اليها جمهور الحنفية ، على ما استقر عندهم من اجتهاد أصولي ، فيتطرق الى استدلالهم الوهن من حيث الربط بين المقدمة والنتيجة ، على ما سيأتي تفصيله .

ثالثاً ـ مذهب المالكية(١) :

ـ ذهب المالكية الى أن الاحتكار **ممنوع(٢)** .

ـ جاء في المنتقى شرح موطأ الإمام مالك ما يلي : « فالذي رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك ، أن الطعام وغيره ، من الكتان والقطن ، أو جميع ما يحتاج اليه ، في ذلك سواء ، فيمنع من احتكاره **ما اضر بالناس** ، ووجه ذلك ، أن هذا مما تدعو الحاجة اليه لصالح الناس ، فيجب أن **يمتنع** من إدخال **المضرة** عليهم باحتكاره كالطعام »(٣) .

وجاء في المدونة الكبرى : « قال : وسمعت مالكاً يقول : « الحكرة في كلّ شيء في السوق ، من الطعام والزيت والكتان ، وجميع الاشياء ، والصوف ،

---

(١) المنتقى : جـ٥ ، ص١٥ ، ص١٦ للباجي. المدونة الكبرى ـ جـ١، ص١٢٣ .

(٢) يعبر الإمام مالك بالمنع بدلاً من التحريم ، اتقاءً وتحرجاً من المنهي عنه في قوله تعالى : « ولا تقولوا لما تصف السنتكم الكذب ، هذا حلال وهذا حرام » . وايضاً لعلّ المالكية آثروا التعبير بالمنع هنا ، خروجاً من الخلاف بين من قال بالتحريم ومن قال بالكراهة التحريمية ، لان هذه التفرقة لا أثر لها من الناحية العملية ، اذ مؤدى الرأيين عملاً هو **المنع** ، والفارق بينهما من حيث الاعتقاد فقط كما أشرنا .

(٣) المنتقى ـ جـ٥ ـ ص ١٥ ـ ص ١٦ للباجي . وقوله : « فيمنع من احتكاره ، **ما اضرّ بالناس** » تصريح بعلة المنع ، ومناطه .

وكل ما أضر بالسوق[1] ... قال مالك : يمنع من يحتكره » .

ما يستخلص من فقه المالكيـة في حكم الاحتكار ، وأثره ، على مفهوم حـق والحريـات العامـة .

أولاً ـ منع الاحتكار بسلطان الدولة .

ثانياً ـ وجوب رفع الضرر عن المجتمع ولو كان منشؤه استعمال حق مشروع في الاصل ، وبذلك يتقيـد المالك بما لا يضر بعامة المسلمين ، وهـذا مفهوم من تعليلهم ، ووجوه استدلالهم بالادلة ، الامر الذي ينتفي معه عن الحق المعني الفردي المطلق الذي يبيح لصاحبه التصرف فيه كيف شاء ، على ما يقضي به المذهب الفردي في الفقه الوضعي ، كما يبيح للفرد أن يؤثّل الثروات ، من أي طريق كان ، ولو أضر بالمجتمع ، بل نرى الفقه المالكي يضمّن الحق[2] معنى اجتماعياً يتقيد صاحب الحق بمراعاته،وهو **عدم الإضرار بالعامة** ، عملا بالمبدأ العام الذي يرد قيداً على الحقوق الفردية كلها : « **حق الغير محافظ عليه شرعاً** »[3] .

ثالثاً ـ ذكر أنواعاً من المـواد الغذائية وغيرهـا ، كالكتان والصوف ، ممـا لا يترتب على ارتفاع أسعارها بلوغ الناس مستوى الضرورة ، بل إيقاعهم في حرج ومشقة ، وهذه هي « **المصلحة الحاجية** » التي يخصص بهـا المالكية العمومات ، ومقتضى القواعد ، والاقيسة العامة .

---

(١) المراد بالسوق اهله وروّاده المشترون .

(٢) والمعنى الاجتماعي للحق قد ظهر ايضاً في تعليل الحنفية ، اذ قالوا : إن المحتكر **تعلق** حق العامة بما احتكره ، اذا تسبب في إغـلاء السعر عـلى النـاس ، وتعـدى فيـه تعدياً فاحشاً ، بمعنى ان تصرفـه فيما يملك ، أضحى **مقيداً بمراعاة حق عامة المسلمين** ، لانه ـ في هذه الظروف ـ لم يعد حقاً خالصاً له ، ولا يقصد بالتعلق الا هذا ، ـ راجع كتابنا : نظرية التعسف في استعمال الحق مقدمـة الطبعة الثانية . ـ طبـع مؤسـسة الرسالة ١٩٧٧ م . (٣) الموافقات جـ ٢ ـ ص ٣٢٢ .

رابعاً ـ مذهب الظاهرية :

ـ ذهب الظاهرية الى أن **الاحتكار حرام** .

جاء في المحلّى لابـن حزم : « والحَكْرة المضرة بالنـاس حرام ، سـواء في الابتياع ، أو في **إمساك ما ابتـاع** ، ويمنع من ذلك ، والمحتكر في وقت رخـاءٍ ليس آثماً ، بل هو محسـن »[1] .

تتعلق الحرمة ـ في فقه الظاهرية ـ بحرية التجارة أو حق التملك[2] اذا أدى الى الاضرار بعامة المسلمين ، بشراء ما يحتاجونه ، حتى يقل فيغلو ، كمـا تتعلق أيضاً بتصرفه فيما امتلك فعلاً ، تصرفاً سلبياً ، على وجه ضار بالمسلمين .

ويقول أيضاً : « كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يحبس نفقة أهلـه سنة .. فصح أن إمساك ما لا بد منه مباح ، والشراء مباح ، والمذكور بالذم ، هو غير المباح بلا شك »[3] .

ـ فابن حزم يحمل الاحتكار على ضربين من التصرف :

اولهما ـ الشراء ، وقت الحاجة والغلاء بما يزيد عن القوت لمدة سنة ، سواء أكان المشتري تاجراً ، أم غير تاجر ، واستدل على جواز شراء وامساك القوت لمـدة سنة ، بما صح من فعله ـ صلى الله عليه وسلم .

---

(١) المحلى : جـ٩ ، ص ٦٤ وما يليها ـ لابن حزم الاندلسي .

(٢) فرق بين حرية التجارة أو حق التملك من جهة ، وبين حق الملكية ، مـن جهة اخرى ، **لأنّ من ملكَ أن يَملك لا يُعدُّ مالكاً** ، فحق التملك مكنة أو مجرد إباحة ، حتى اذا ملك **فعلاً** بسبب مـن أسباب كسب الملكيـة المعهـودة في الشـرع ، كان مالكاً ، وثبت له بمقتضى هذا الحـق سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال فيما يملك ، وكان في مركز ممتاز قبـل الكافة ، بما يتمتع به من ميزة الاستئثار والاختصاص .

(٣) المرجع السابق .

الثاني ــ امتناع التجار عن بيع ما يملكونه فعلاً وقت الغلاء،إضراراً بالمسلمين.

هذا ، وأكد ابن حزم ، أن الاحتكار ليس محرماً **لذاته** ، بل **لمآله**،والمآل يختلف باختلاف الظروف التي تؤثر في تشكيله ، وهو علة حكمه ، ومناطه الخاص[1] .

وتأسيساً على هذا ، فالاحتكار وقت الرخاء ــ في نظر ابن حزم ــ إحسان ، إما لان الشراء من الجالبين المستوردين يحفزهم ويشجعهم على كثرة الجلب والاستيراد ، فيحول ذلك دون نشوء الأزمات ، وإما لان الادخار وقت الرخص والرخاء ، يقصد به التوسعة على الناس وقت الحاجة ، وذلك بإخراج المدخَر ، وعرضه في السوق[2] ، على النحو الذي كان عليه صنيع سعيد بن المسيب .

ــ فاختلف حكم الاحتكار باختلاف القصد والظرف ، لما في ذلك من أثر على مآل هذا التصرف ، والتصرفات محكومة بنتائجها .

خامساً ــ مذهب الزيدية :

ــ ذهب الزيدية الى أن الاحتكار **حرام** .

---

(١) لا نعني بالمناط الخاص ، انه خاص بالاحتكار ، وانما نقصد انه دليل تحريمه الناشيء عن مآله ، تمييزاً له عن « المناط العام » الاصلي الذي يقضي بمشروعية التصرف في الملك ، قبل طروء عارض الاحتكار واثره .

(٢) وسيأتي ان بعض الفقهاء ، يرى أنّ على ولي الامر ان يحتكر وقت الرخاء ما عسى أن يحتاج اليه الناس مستقبلا ، في مخازن الدولة ، أو يستورده ويختزنه على سبيل الاحتياط ، حتى اذا احتاج الناس اليه ، أخرجه ، تفريجاً لأزمتهم ،وتفادياً لآثار احتكار التجار إن استغلوا هذه الأزمة . وهذا النوع من الاحتكار **واجب لا جائز فحسب** ، وهو يشبه ادخار الرسول ﷺ القوت لعياله ، لمدة سنة ، وادخار رب الاسرة كذلك قياساً ، **والدولة عائلة كبيرة ، وولي الامر راعيها** . « كلكم راعٍ ، وكلكم مسئول عن رعيته » . ــ شرح صحيح مسلم ــ للإمام الأبي المالكي جـ ٤ ، ص ٤-٣ . وهذا معقول ، لانه على النقيض من الاحتكار المحرم، **قصداً واثراً** .

قالوا : والاغلب في دفع الضرر عن العامة ، إنما يكون في منع احتكار كل ما يضر بهم[1] .

سادساً ـ مذهب جمهور الحنفية :

ذهب الحنفية ـ ما عدا الإمام الكاساني[2] ـ الى أن الاحتكار **مكروه تحريماً**[3] .

جاء في تبيين الحقائق : «**ويكره** الاحتكار في القوت اذا كان يضر بأهل البلد ، لقوله : « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون » **ولانه تعلق به حق العامة** ، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم ، وتضييق الامر عليهم **فيكره**[4] اذا كان يضر بهم ذلك ، بأن كانت البلدة صغيرة ، بخلاف ما اذا لم يضر . بأن كان المصر **كبيراً ولانه** حابس ملكه من غير إضرار بغيره »[5] .

---

(١) البحر الزخار : جـ ٣ ، ص ٣١٩ ـ هذا ، وقد ذهب الإباضية الى تحريم الاحتكار ايضاً ، قالوا : والنهي عن الاحتكار اشد من النهي عن غيره من البيوع الممنوعة ، **لانتظار** المحتكر اللعنة بالاحتكار ، لحديث « **المحتكر ينتظر اللعنة** » . شرح النيل ، جـ ٤ ، ص ١٠٢ .
اما الشيعة الإمامية ، فقد ذهبوا الى كراهة الاحتكار ، غير ان بعض فقهائهم يرى ان الاحتكار يختلف حكمه تبعاً لمدى قوة تاثيره على العامة ، فيكون الاحتكار **مكروهاً** او **حراماً** ، بالنظر لتفاوت الاثر قوة وضعفاً ، وهذا تفقه جيد . (٣) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ .

(٢) تبيين الحقائق : جـ ٦ ، ص ٢٧ حاشية الدر : جـ ٥ ، ص ٢٧٨ ، لابن عابدين ، الاختيار : جـ ٤ ، ص ٢٢٦ للموصلي . الخراج : ص ١٠٥ ، لابي يوسف . (٤) وانظر ايضاً في الفتاوى الهندية : جـ٣، ص٢١٤ .

(٥) في هذا اشارة الى ان اصل الفعل مشروع ، وانما انصب النهي على الاثر ، فتعارض حكم الاصل وحكم الاثر ـ كما ترى ـ فوجب على المجتهد الموازنة والترجيح ، اذ لا يجوز ان يترك المجتهد التعارض قائماً دون رفعه ، وتحري مقصد الشارع من هذين الحكمين ، بما وضع في مناهج البحث من قواعد للتنسيق ، فينـاط الحكم سلباً وايجاباً بما غلب من الضرر او النفع .

ـ غير أن جمهور الحنفية ، ـ على التحقيق ـ لا يطلقون القول بالكراهة التحريمية لجميع حالات الاحتكار وظروفه ، بل يذهبون الى التفاوت في الحكم تبعاً للحالات المختلفة من حيث الشدة والضيق ، اذ يقولون : « ثم يقع التفاوت بين أن يتربص للغلاء ، وبين أن يتربص للقحط ، فوبال الثاني أعظم من وبال الاول »[1] .

والفلسفة الاصولية التي ينهض عليها اجتهاد جمهور الحنفية في حكم الاحتكار هذا ، مستخلصة من النص السابق ، تبدو فيما يلي :

اولا : ان الاحتكار يتعاوره اصلان تعارضا .

ـ أما الاصل الاول ، فهو حِلُّ البيع والشراء بمقتضى حق الملكية ، أو حرية التملك ، بناءً على أصل الحل العام ، أو الإباحة الاصلية .

والاصل الثاني : ما جاء من النهي عن الإضرار ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » ، لكن النهي هنا لا لذات الفعل (الاحتكار) ، بل لعارض مجاور منفك ، وهو الضرر الذي ينشأ عن الاحتكار ، ومن المتصور أن ينفكَّ عنه ، اذ يمكن أن يتم البيع والشراء على وجه لا يلحق ضرراً بالغير ، فلا تلازم ، ومن ثم لا يتسرب النهي الى أصل الفعل ، اذ ما دام التصرف والضرر متجاورين منفكين ، فلا يعتبران بالتالي وحدة كاملة ، بحيث يتسرب النهي من أحدهما الى الآخر ضرورة .

وتأسيساً على هذا ، فلمكان مشروعية أصل الفعل من حيث هو تصرف في حق

ـ واذا كان حكم الاحتكار من باب **سد الذرائع** ، وهو قائم على اساس تعارض اصلين أو دليلين ـ كما رايت ـ ولا بد من ترجيح احدهما على الآخر بقوة الدليل ، فكيف يسوغ لباحث ، فضلا عن الاصولي ، ان يسند الى بعض الائمة عدم الاخذ بقاعدة الذرائع هذه ، وهي **لا تتعدى قاعدة التنسيق بين دليلين متعارضين في التطبيق** ؟ بل قد ورد ذلك في السنة فيما نحن بصدد البحث فيه .

(1) ـ اشارة الى ان **حكم الفعل منوط باثره كما اشرنا .**

الملكية ، لا يقال بالتحريم ، لان هذه شبهة تحول دون الحكم بذلك ، فقالوا بالكراهة التحريمية .

وأيضاً التحريم بمقتضى أصول الحنفية ـ ما يثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ، وأحاديث الباب آحادية لا تفيد الا الظن الراجح لا القطع .

إذن القول بالكراهة التحريمية ـ في اجتهاد الحنفية ـ اقتضاه أمران :

الاول : التوفيق بين الاصلين المتعارضين ما أمكن .

الثاني : أن أحاديث الباب آحادية لا تفيد القطع .

والتحريم ـ بمقتضى أصول فقههم ـ لا بد أن يكون إما لذات الفعل ، أو لأمر لازم له ، ولا ينفك عنه ، وبدليل قطعي لا شبهة فيه ، وكل ذلك لم يتوفر في الاحتكار ، فقالوا بكراهته التحريمية ، أو بعبارة أخرى مناط التحريم ـ في اجتهادهم ـ لم يتحقق في الاحتكار[1] .

ـ بينما لا يشترط جمهور الفقهاء ما اشترطه الحنفية ، لثبوت مناط التحريم .

ـ ومن ثم كان مرد الاختلاف بين الفريقين « تحقيق المناط » في قواعد الاصول ، كما ترى .

---

(١) راجع بحث « أثر النهي في العبادات والمعاملات » ـ أصول التشريع الاسلامي ص ٥٦٥ ، ص ٥٧٢ للمؤلف .

(٢) أما الإمام الكاساني ، فقد رأى تحقق مناط التحريم في الاحتكار ، لانه ظلم والظلم حرام قطعاً .

جملة ادلة الجمهور :

استدل الجمهور **بالسنة وآثار الصحابة والمعقول** .

آ ــ أما السنة فما أوردنا من أحاديث الباب .

ــ كما استدلوا باللوازم العقلية[1] لنصوصها .

فالخاطىء هو متعمد ارتكاب الاثم ، والاثم محرم بالنص ، قال تعالى : « قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن ،**والاثم** » . هذا فضلا عن ورود النهي عن الاحتكار صراحة ، والنهي ــ في اجتهاد الجمهور ــ يقتضي التحريم .

وأيضاً « اللَّعْن » لا يكون على أمر مباح أو مكروه ، لان اللعن ــ في الاصل ــ هو الطرد من رحمة الله ، وهذا المعنى وان لم يكن مراداً بالنسبة للمؤمن، فلا أقل من أن يراد به أشد الذم والقبح ، وهو يقتضي التحريم لزوماً .

وأيضاً ، يلزم عقلاً وشرعاً من الوعيد الشديد بجعل جزاء المحتكر الالقاء في مكان عظيم من النار ، يوم القيامة ، أن يكون محرماً بلا ريب ، لان هذا الوعيد ، أشد مما ورد في سائر البيوع الممنوعة ، وكذلك « البراءة » من ذمة الله وذمة المسلمين ، تستلزم ذلك .

هذا ، وقد اشرنا الى ان الإمام الكاساني يستند في استدلاله على **الادلة القاطعة في تحريم الظلم ، وتحريم الضرر العام** ، إيقاعاً ، وهذا يستلزم منع **التسبب** في ذلك ،

---

(١) اللازم العقلي هو المعنى الذي يحكم العقل بالتلازم المنطقي بينه وبين المعنى اللغوي تلازماً لا انفكاك له ، فدلالة النص على هذا اللازم العقلي يسمى دلالة الاشارة ، وهي حجة إجماعاً ــ كما اشرنا ــ .

ووجوب ازالته اذا وقع ، بالحديث المشهور الذي أرسى قاعدة عامة تشهد لها جزئيات في الشريعة وكليات : « لا ضرر ولا ضرار »[1] .

وهذه القاعدة القطعية المضمون[2] ، حاكمة على التشريع كله ، إلا ما استثني بدليل من الشارع نفسه ، كجزاء أو عقوبة ، تقتضيها أصول العدل في الاسلام .

ـ وايضاً في الاحتكار ظلم العامة ، لان حقهم متعلق بما احتكر وقت الازمات ، ومنع الحق عن مستحقه ظلم ، والظلم محرم قطعاً ، فمناط التحريم قد تحقق في اجتهاد الإمام الكاساني على هذا النحو القاطع .

ب ـ ادلة الجمهور من آثار الصحابة :

نهى أئمة الاجتهاد من الصحابة ، ولا سيما الخلفاء الراشدون ، عن الاحتكار ، بل قاوموه فعلاً .

فقد أُثِرَ عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : « **لا حكرة في سوقنا** ، لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب[3] الى رزق الله ، نزل بساحتنا ، فيحتكرونه

---

(١) نيل الاوطار ـ جـ ٥ ، ص ١٦١ وما يليها ، للإمام الشوكاني .

(٢) إذ لا تعني المصلحة شرعاً جلب النفع فحسب ، لان هذا هو وجهها الايجابي ، بل تعني ايضاً ، دفع المضرة ، وهذا هو وجهها السلبي .

(٣) جمع ذَهَب ، أي يملكون ثروات وأموالا نقدية طائلة ـ فائضة عن حاجاتهم ، يستخدمونها في التأثير على السوق ، وتقلب اسعاره ، تضييقاً على الناس ، واحداثاً للأزمات ، ليستغلوها جشعاً ، بديل أن يكون موقفهم ـ بما هم فيه من مركز اقتصادي ومالي قوي ـ العمل على تيسير الحياة على الناس ، وهم قادرون على ذلك ، لكان ما اشار اليه الإمام عمر بصفتي الجمع : **فضول واذهاب** .
ثم ان عمر بن الخطاب ـ وهو الخليفة يومئذ ـ أصدر هذا المنشور ، لا ليحرم الاحتكار فقط ، ويؤكد المعنى الديني الذي صاغه الرسول ﷺ في احاديث الباب ، بل ليعقد مقارنة بين من يبذل جهده ، ويتجشم مشقات السفر في ذلك العصر ، ليحمل على عمود كبده في الشتاء والصيف ما يجلبه من خارج البلاد ، ليوسع على الناس ، ويسد حاجاتهم ، وبين الغني غنىً فاحشاً ، وهو مقيم في بلده ، لا يقوم بأي عمل سوى التلاعب باسعار السوق ، بفضل ذهبه الفائض !

علينـا[1] » .

وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أيضاً أنه قـال : « لا تحتكروا الطعـام بمكة ، فانه إلحاد بظلم »[2] .

وروي عن عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ أنه كان ينهي عن الاحتكار[3] . كما روي عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أنه أمر بطعـام كان قد احتكر بشط الفرات فاحترق[4] .

جـ ـ ادلة الجمهور من المعقول :

ـ من المؤكد أن ليس من سمات هذه الشريعة السماوية التخالف أو التناقض ـ كما أسلفنا ـ لانها كل متسق لا يتعارض فيها جزئي وكلي ، وانما ينبغي أن يفهم الجزئي في ضوء هذا الكلي .

وفيما نحن فيه ، الاحتكار تصرف في حق الملك ، وهو في الاصـل مشروع . وهذا حكم جزئي ، ولكن نشأت عنه أزمة جديدة ، أو استغلت أزمة قائمة ، وضرر عام ، فنهض على أساس طروء هذا العارض ، دليل تكليفي كلي جديد[5] ، وهو قوله

---

(١) المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٧ ـ للباجي . (٢) الاختيار : جـ ٣ ص ١١٥ .
(٣) المنتقى : جـ ٥ ص ٧ ـ شرح الزرقاني على الموطا ، جـ ٣ ، ص ١٢٤ .
(٤) كنز العمال : جـ ٥ ، ص ١٠٣ ـ الروض النضـير : جـ ٣ ، ص ٥٨٥ ـ المحلى لابن حزم الاندلسي : جـ ٩ ، ص ٦٥ .
(٥) وهذا هو المناط الخاص بهذه الحالة ، وهي حالة الاحتكار .
فالتعارض إذن قائم بين جزئي وكلي ـ كمـا ترى ، ولا يجوز وقوعـه في الشرع ، بل لا يتصور ، فلا بد من التنسيق بينهما ، وذلك بمنع الاحتكار ، وجبر المحتـكر على اخراج السـلع ، او بذل المنافـع ، بالسعر او الاجر العادل ، وهو سعر المثل ، صيانة لحق المسلمين ، بايصال حقوقهم اليهم في الحصول على ما يحتاجون اليه وهو ما جاءت به السنة .
ـ فالحق المطلق لا وجود له في الشرع ، بـل تجب مراعاة حق الغير مـن الفرد والمجتمع إبان استعماله كسباً وانتفاعاً .

ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا ضرر ولا ضرار » اذ الشريعة لا تقف مكتوفة الايدي أمام الظروف الاجتماعية المتغيرة ، لانها حقائق راهنة ، فلكل حالة حكم ، فتعارض حكمان في مسألة الاحتكار ، أصل المشروعية مع حكم الضرر العام ، اذ الدليل التكليفي الكلي يقضي بوجوب دفع الضرر ، ومنع التسبب فيه ، ولا سيما اذا كان عاماً ، تحقيقاً لمصلحة عامة المسلمين ، وصيانةً لحقهم ، وسداداً لحاجاتهم ، وهو أمر مقطوع به شرعاً .

ـ او بعبارة اخرى ، نشأ عن هذا الظرف ـ وهو الاحتكار ـ **حق** لعامة المسلمين **تعلق**(١) بما **يملكه** المحتكرون ، ويحتبسونه ، وهو ما صرح به ائمة المذاهب والفقهاء جميعاً : من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، والشافعية(٢) وغيرهم ، ولا سيما الإمام الكاساني ، كما رأيت ، ولولا هذه الازمة العارضة لما كان هذا التعلق ، فوقع التعارض بين حكم جزئي ـ وهو مشروعية تصرف المالك في ملكه ـ ، ومقتضى أصل كلي عام قطعي ، وهو وجوب دفع الضرر عن العامة رعاية لحقهم ، ولا يجوز إغضاء الطرف عنه ، والاجتزاء بالحكم الجزئي وحده ، لان هذا نظر مبتسر ، واخلال بأصل عام مقطوع به ، هو أولى بالاعتبار ، فوجب التوفيق بينهما : بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، وهو ما جاءت به السنة .

---

(١) ومنشأ هذا « **التعلق** » هو نشوء الازمة ، وعارض الشدة ، وكلما اشتدت وطأة الازمة ، ازداد تعلق حق المسلمين بما عند المحتكرين ، وهذا ابلغ دليل على تحقيق التكافل الاجتماعي بين الفرد والمجتمع ، بالتشريع الملزم ، في الاسلام ، بل اعتبر الاخلال بمقتضى هذا التكافل جريمة عظمى تستوجب العذاب العظيم في النار ، وهو ما تضافرت على تقريره السنة الواردة في الاحتكار .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ ـ للإمام الكاساني . ـ تبيين الحقائق : جـ ٦ ، ص ٢٧ ـ للزيلعي . المنتقى على الموطا ـ جـ ٥ ص ١٧ ـ للباجي . ـ المدونة : جـ ١٠ ، ص ١٢٣ . مغني المحتاج : جـ ٢ ص ٣٨ . المهذب : جـ ١ ، ص ٢٩٢ للشيرازي ـ نهاية المحتاج : جـ ٣ ، ص ٤٥٦ . المغني : جـ ٤ ، ص ٢٨٣ لابن قدامة الحنبلي .

مناقشة ادلة من اتجه الى ان الاحتكار مكروه تحريماً (جمهور الحنفية) :

ـ يتجه على هؤلاء ما يلي :

آ ـ أن الحنفية وحدهم هم الـذين احتجوا بأن النهي اذا كان لأمر مجاور منفك لا يفيد التحريم ، وهذا امر غير متفق عليه بين الأئمة ، فلا يصح الاحتجـاج به على غيرهم .

ب ـ لا يصار الى الاحتجاج بقاعدة أصولية خاصة ، أصلوها هم وحـدهم ، ليعارضوا بها مقتضى أحاديث صحيحة انتهضت بمجموعها على تحريم الاحتكار ، بل مفادها أنه كبيرة من الكبائر ، بالنظر لما قررته من الوعيد الشديد ، والبراءة من الله تعالى، واللعن ، والاثم .

ولا يقال انها أحاديث آحادية لا تفيد القطع ، حتى تفيد التحريم ، لان هـذا من أصول فقههم ، فلا يحتج به على غيرهم .

جـ ـ إن موضوع المسألة ـ محل البحث ـ هو « الضرر العام » فاذا تناولنا المسألة منظوراً الى موضوعها ، بقطع النظر عن أحاديث الباب ، فان الادلة المقطوع بها تتناوله بالتحريم قطعاً ، على ما ذهب اليـه الجمهور ، والسنة جاءت مؤكـدة لمقتضاها ، وبذلك يتم اتساق المنطق التشريعي بين الجزئي والكلي في الاسلام .

د ـ قاعدة « لا ضرر ولا ضرار »[1] نصٌ في موضوعنا ، لانها صدرت عـن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في قضية سمرة بـن جندب[2] ، حيث أسـاء

---

(١) سبق ان ذكرنا ، ان هذه القاعدة مؤصلة في الدين ، وحاكمة على التشريع كله ، لان مضمونها قطعي تشهد له في الشرع جزئيات وكليات . نيل الاوطار ـ جـ ٥ ، ص ٢٦١ ـ للشوكاني .

(٢) وذلك حين اشتكى انصاري الى النبي ﷺ تأذيه من سمرة بن جندب ، باستطراق بستانه ، وصولاً الى نخلته التي يملكها ، فعرض عليه الرسول ﷺ ان يبيعها للانصاري ، دفعاً للضرر ، فابى سمرة ، فعرض عليه ان يهبها له ، ولسمرة مثلها في الجنـة ، فابى ايضاً ، فامر الرسـول ﷺ **باستئصال شافة نخلته** ، وقال له : **إنما انت مضار ، ولا ضرر ولا ضرار.**

استعمال حقه في نخلة كان يملكها في بستان لأنصاري . والقصة معروفة في كتب السنن والفقه[1] .

هـ ـ ان تحريم الاحتكار يقضي به مبدأ سد الذرائع . وهو أصل مقطوع به ، لان أحداً من الأئمة لا يقول بجواز التذرع الى المحرم ، بحال[2] .

و ـ ولا يقال إن الناس مُسَلَّطون على أموالهم ، يتصرفون فيها كما يشاؤون ، وأن مبدأ « التراضي »[3] في العقود . أساس حل انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر . لان كل ذلك مقيد بأدلة الشرع الاخرى ، التي توجب مراعاة حق الغير عدلاً . إبان التصرف في الحق كسباً وانتفاعاً ، على نحو لا يلحق ضرراً بالغير راجحاً . ولا سيما بعامة المسلمين ، كما أسلفنا ، وهو ما يطلق عليه « درء التعسف في استعمال الحق » .

ز ـ **الاحتكار كالربا** ، بجامع ان في كل منهما كسباً خبيثاً **بالانتظار ، والتربص** بالناس الحاجة ، ولذا توعد الشارع على الاحتكار بمثل ما توعد على الربا .

وبذلك يترجح لديك القول بالتحريم القاطع ، للادلة التي نهضت به ، من عمومات القرآن الكريم ، والسنة ، وقواعد الشريعة العامة ، وآثار الصحابة ، والمعقول ، سالمة عن النقض والمعارضة .

---

(١) سنن ابي داود ـ باب القضاء . راجع كتاب « نظرية التعسف في استعمال الحق » ص ١٤٩ طبع مؤسسة الرسالة للمؤلف .

(٢) مسلم الثبوت ـ جـ ٢ ، ص ٢٦٤ .

(٣) المرجع السابق ـ وفي هذا المعنى ، يقول ابن تيمية : « لا بد في صحة التصرف ، من رضا المتصرف ، **وموافقة الشرع** » ـ الفتاوى : جـ ٣ ، ص ٨٠ ـ نظرية التعسف في استعمال الحق ـ ص ٣٢٧ ـ طبع جامعة دمشق ـ للمؤلف .

شـــروط الاحتـكار

الشروط في المادة المحتكرة :

اختلف الفقهاء في المادة التي يجري فيها الاحتكار المحرم على اتجاهات :

الاتجاه الاول : أن الاحتـــكار انما يجرى في **قوت الآدمي** فقط ؛ والى هـــذا الرأي ، ذهب الحنابلة المتقدمون في أرجح أقوالهم ، جاء في المغني ، أنه يشترط في الاحتكار ثلاثة شروط : وذكر في الشرط الثاني : **ان يكون المشترى قوتا**(١)

الاتجاه الثاني : أن الاحتكار يشمل **قوت الآدمي وعلف الحيوان** ، وهو مذهب الهادوية والشافعية(٢) والحنفية ، خلافاً لأبي يوسف ، وجـاء في تبيين الحقائق : « واحتكار **قوت الآدمي والبهيمة**، في بلـد يضر بأهلـه (أي ويكره الاحتكار في القوت في بلد اذا كان يضر بأهله) ، وقيل هو رأي الجمهور(٣) .

---

(١) جـ ٤ ، ٢٨٤ وما يليهـا ، والمشترى اي المبيع ، امـا الإدام ، والعســل ، والحلواء ، والزيت ، وعلف البهائم ، فلا يجرى فيها الاحتكار .

(٢) المهذب : جـ ١ ، ص ٢٩٢ ــ سبل السلام ــ جـ ٣ ، ص ١٢٥ ــ ونيل الاوطار ، جـ ٥ ، ص ٢٢١ وما يليها .

(٣) جـ ٦ ، ص ٢٧ ــ حاشيـة الـدر ــ ابن عابـدين ــ جـ ٥ ، ص ٢٧٨ . الاختيار ــ جـ ٤ ، ٢٢٦ ، نيل الاوطار جـ ٢ ، ص ٢٢١ . تبين الحقائق : جـ ٦ ، ص ٢٧ للزيلعي ــ البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ ــ كتاب الخراج : لابي يوسف ص ١٠٥ .
هذا واشترط الحنفية ، الإضرار باهل البلد ، بقولهم : « اذا كـان يضر باهله » اشارة الى ان « الاحتكار » ليس محرما **لذاته** ، بل لهـذا **الاثر** ، وهو مناط حكم المنع .

الاتجاه الثالث : (القول بالتعميم) .

ان الاحتكار يجرى في كل شيء ، من طعام او غيره ، والى هـذا ذهب متأخرو الحنابلة ، وأبو يوسف من الحنفية ، وابن عابدين ، والشوكاني ، وبعض المالكية .

ونفرد بالبحث ، التعميم في الاحتكار ، في اجتهاد متأخري الحنـابلة ، وبعض المالكية ، والظاهرية ، واجتهاد أبي يوسف من الحنفية .

آ ـ التعميم في اجتهاد متاخري الحنابلة :

جاء في الحسبة لابن تيمية : « أن لولي الأمر أن يجبر أهل الصناعـات على ما يحتاج اليه الناس من صناعاتهم ، كالفلاحة ، والحياكة ، والبناية ، فانه يقدر أجرة المثل، فلا يمكّن المستعمل (رب العمل) من نقص أجرة الصانع عن ذلك، ولا يمكّن الصانع من المطالبة بأكثر من ذلك ، حيث تعين عليه العمل »[1] .

ويقول ابن قيم الجوزية في هذا الصدد ما يلي : « ومن هنا منع غير واحد من العلماء ـ كأبي حنيفة وأصحابه ـ القسّامين الذين يقسمون العقار وغيره بالاجرة ، أن يشتركوا ، فانهم اذا اشتركوا ، والناس يحتاجون اليهم ، أغلوا الاجرة عليهم ، قلت : (أي ابن القيم) : كذلك ينبغي لوالي الحسبة ، أن يمنـع مغسلي الموتى ، والحمالين لهم **من الاشتراك** ، لما في ذلك من اغلاء الاجر عليهم ، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الى منافعهم ، كالشهود والدلالين وغيرهم[2] .

الاحتكار المزدوج (احتكار الشـراء والبيـع او احتكار (الصنف) في اجتهـاد متاخري الحنابلة ، وهو شبيه بالاحتكار الدولي الذي تمارسه الدول الاستعماريـة في العصر الحاضر[3] .

---

(١) الحسبة : ص ١٤ ، ص ٢٥ . (٢) الطرق الحكمية ص٢٨٧ومايليها .
(٣) المرجع السابق ـ هذا ، ومن المعلوم في التاريخ السياسي الحديث ، ان الاستعمـار السياسي ، وما يقوم عليه من احتـلال عسكري ، انما كان

يرى ابن قيم الجوزية ، أن هناك نوعاً من الاحتكار المزدوج لأي صنف من أصناف السلع التي يحتاجها الناس ، وسواء أكان في وقت الرخاء ، أم في وقت الغلاء ، ويصفه بأنه ظلم وفساد في الارض ، يمنع به الله قطر[1] السماء ، وحقيقته : أن تختص طائفة معينة من الناس بشراء وبيع صنف معين ، أو أصناف معينة من الطعام أو غيره ، أي لا تباع تلك السلع الا لهم ، ولا تشترى الا منهم ، بما يفرضون من الثمن ، تحكماً واستغلالاً .

وقد أشار ابن خلدون في مقدمته ، الى أن الاحتكار « **المزدوج** » من أهم الاسباب التي تؤدي الى الظلم والفساد في الارض ، وانهيار الحضارة والعمران ، وسقوط الدولة ، بقوله : « وأعظم من ذلك في الظلم وافساد العمران ، والدولة ، **التسلط** على أموال الناس ، بشراء ما بين أيديهم بأبخس الاثمان ، ثم فرض البضائع عليهم ، بأرفع الاثمان ، على وجه الغصب ، والاكراه في الشراء والبيع »[2].

ـ ووجوه الظلم في « احتكار الصنف » أو الاحتكار المزدوج تتلخص فيما يلي:

للاستغلال الاقتصادي ، فإبّان استعمار بريطانيا لمصر مثلا ، في القرن التاسع عشر واوائل القرن العشرين ، احتكرت اهم انتاج زراعي في مصر وهو « **القطن** » **احتكاراً مزدوجاً** ، أو كما يسميه ابن قيم الجوزيه (**احتكار الصنف**) اذ كانت بريطانيا تمنع المنتجين المصريين من أن يبيعوا انتاجهم من القطن ـ وهو من أجود انواع القطن في العالم ـ الى غير بريطانيا من دول العالم ، لتتحكم هي في تقدير ثمنه ، فتقدر له ابخس الاثمان ، ثم تمنع من اقامة مصانع الغزل والنسيج في مصر ، لتصنيعه ، بحجة أن جوها الحار لا يساعد على ذلك ، لان خيوط النسيج ـ في زعمها ـ يؤثر فيها الجو الحار في مصر ، فتتقطع ، إيهاماً للمصريين بأن افضل جو لغزله ونسيجه هو جو انكلترا ، في مصانع لانكشير ومانشيستر وما اليهما ، فتصدره الى هناك ، ثم تعود به الى مصر منسوجاً ، وتبيعه بأثمان فاحشة ، لانها تمنع الاستيراد من غير مصانعها .

ـ وهذا نوع من الاحتكار الدولي ـ كما ترى ـ في البيع والشراء معاً ، فلا تباع المادة الا للدولة المستعمرة ، ولا تشترى الا منها ، تحكماً واستغلالا لثروات الشعوب المستضعفة .

(١) يمنع الله بسببه نزول المطر . (٢) المقدمة : ص ٢٨٩ ، الطبعة الرابعة.

اولا ــ منع غيرهم من الاتجار في هذه السلع ، وهذا هو **احتكار الشراء** .

ثانيا ــ ظلمهم للبائعين المالكين الذين ينتجون تلك السلع ، لان أحداً من دون هذه الطائفة المحتكرة ، لا يستطيع أن يشتريها منهم ، لتسلط هذه الطائفة ، وقوة نفوذها في السوق ، فيشترونها بأبخس الاثمان ، اذ لا منافس لهم في الشراء .

ثالثا ــ ظلم هذه الطائفة المحتكرة للمستهلكين الذين يشترون منهم ، لتحكمهم في الاسعار ، اذ لا يوجد ذلك الصنف عند غير تلك الطائفة ، وهذا هو **احتكار البيع** فاجتمع في احتكار الصنف ــ كما يقول ابن القيم ــ احتكار البيع والشراء ، معاً ، كما رأيت .

هذا ، والاحتكار المحرم ــ في فقه متأخري الحنابلة ، يشمل أقوات الناس ، وقوت الحيوان ، والسلع ، ومنافع الدور ، والارض ، وخبرات العمال ، والفنيين ، وذوي الاختصاص من أصحاب المهن الحرة ، والمثقفين الاكفياء ، والصناعة ، والبناية ، والنساجة ، والفلاحة ، ويشمل المحاماة ، والصيدلة ، والطب ، والهندسة ، قياساً ، والولايات العامة والخاصة ، **بل وكل ما يضر بالناس احتكاره واحتباسه**

وتأسيساً على هذا يتعيّن على أربابه كلٌ فيما يملك ، وفيما يختص به ، أن يبذله ، وبثمن أو أجر المثل ، عدالة ، لان من قضايا العقل والدين ، أن « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » ، وهو فقه يتصل بمبدأ سياسة التشريع ، ويطلق عليه

---

(١) ومما هو جدير بالذكر ، أن هذا التعميم ، يشمل جميع وجوه الحضارة ، **المادية والمعنوية** ، على الدولة ان تعمل على اعداد المتخصصين ، ثم اجبارهم على اداء ما تحتاجه الامة إن تقاعسوا ، بثمن او اجر المثل ، نهوضاً بمرافقها العامة ، فالقى التشريع الاسلامي على الامة ممثلة في الدولة بمسئوليتها العامة ، كما القى بالمسئولية الخاصة على القادرين من ابنائها ، وبذلك التقت المسئولية العامة والخاصة في آن معاً ، تكافلاً ملزماً ــ راجع بحث انواع العام في اصول التشريع ص ٤٩٣ للمؤلف .

المالكية « فقه الاحتياط »[1] .

وقد أشار ابن القيم الى إعداد من يقومون بأعمال الولايات العامة والخاصة[2]،

---

(١) فاذا كان إجبار « مغسلي الموتى » على القيام بعملهم ، بأجر المثل ، واجباً ، ولا يجوز لهم أن يشتركوا ، لحاجة الناس الى منافعهم ، وكذلك إجبار الدلالين والقسّامين وغيرهم ، كما يقول ابن القيم ، فمن باب أولى ، أن يجبر من يتوقف على **علمه أو عمله** ، ومنافعه وخبراته ، مصلحة عامة المسلمين ، أو تسيير الشئون الهامة في الدولة ، علمياً ، واقتصادياً ، وثقافياً ، وعسكرياً ، وما الى ذلك ، لان الحاجة الى مثل هذه الامور أظهر وأمس ، وأثرها أعظم بالبداهة ، ولذا ، كان **التخصص** في هذه الفنون والصناعات ، والمهن ، والعلوم المختلفة ، النظرية والتجريبية ، **فرض كفاية** على الأمة شرعاً ، وهو من **صميم وظائف الدولة الاسلامية** ، لانها قائمة مقامها ، حتى يتمكن المتخصصون في النواحي الاجتماعية والاقتصادية ، والعلمية ، والفنية ، والسياسية ، والعسكرية ، من تحقيق مرافق الدولة ، واقامة مصالحها العامة الشاملة لجميع أسباب الحضارة ، مادياً ومعنوياً ، مما تحتاج الامة اليه ، وعلى الوجه الاكمل ، ونحن نعلم ان الحاجة العامة **حق من حقوق الله تعالى** ، لا يجوز إهمالها او الاستهانة بشأنها ، لان عدم الوفاء بها **ضرر عام** ، وهو مدفوع في الدين « وما جعل عليكم في الدين من حرج » « ولا ضرر ولا ضرار » ، ولذا كانت الحاجة العامة دليلاً تخصص به الاقيسة والعمومات ، اذ من المقررات الفقهية **ان الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت ام خاصة** ، فمواقع الضرورة والحاجة الماسة مستثناة من قواعد الشرع وعموماته ، واطلاقاته . فالاحتكار المحرم إذن ، شامل لكل ما تحتاج اليه الامة من الاقوات ، والسلع ، والعقارات من الاراضي والمساكن ، وكذلك الاعمال والخبرات العلمية ، والمنافع ، لتحقق **مناطه** ، وهو الضرر اللاحق بعامة المسلمين ، من جراء احتباسه ، وإغلاء سعره .

(٢) الحسبة ص ص ١٤ ــ ٢٥ ابن تيمية . الطرق الحكمية ــ في السياسة الشرعية ــ لابن قيم الجوزية ــ ص ٢٨٩ ، وبذلك يتبدى لك **ان مفهوم الدولة في الاسلام** ليس مقصوراً على كونها مجرد **حارسة** ، بل هي ذات **وظائف** تتعلق بمرافق الدولة الضرورية في كل عصر ، مهما ازدادت وتعقدت بتقدم الحضارة وتطورها ، وهي من الفروض الكفائية ، بل من وظائفها الاشراف على تصرفات التجار وأرباب المهن والحرف والكفاءات العلمية ومن اليهم . ــ راجع بحثاً مطولاً في اصول التشريع : صيغة عامة يراد منها العموم ويدخلها الخصوص ، وهو مراد أيضاً ص ٤٩٤ للمؤلف.

فرضاً على الكفاية ، ثم اجبارهم على أداء خدماتهم للأمة اذا احتاجت اليها بأجر لا وكس فيه ولا شطط ، وهذا من وظائف الدولة الاسلامية .

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم : إن تعلم هذه الصناعات **فرض على الكفاية** ، لحاجة الناس اليها ، وكذلك تجهيز الموتى ودفنهم ، وكذلك أنواع الولايات العامة والخاصة[1] التي لا تقوم مصلحة الأمة إلا بها »[2] .

واكدوا هذا المعنى بقولهم : « اذا احتاج الناس الى **فلاحة** قوم ، او **نساجتهم** او **بنائهم**[3] ، صار هذا العمل واجباً **يجبرهم** ولي الامر عليه بعوض المثل اذا امتنعوا عنه ، ولا يمكّنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ، ولا يمكّن الناس من ظلمهم ، بأن يعطوهم دون حقهم [4] » فحرية التصرف في حق الملك مقيدة بعدم الضرر العام . والتوازن ، والتوفيق بين الحقين ، حق العمال ، وحق المجتمع ، دون افتئات أحدهما على الآخر ، هو العدل بعينه ، في التشريع الاسلامي ، فلا افتئات ، ولا استغلال ، ولا محاباة ، وهو المعنى الذي أشار اليه المالكية أيضاً[5] .

وما أشار اليه ابن القيم من الفلاحة ، والنساجة . والبناية ، شامل لاسباب الحضارة في بعض وجوهها المادية ، من الزراعة ، والصناعة ، والعمارة ، وهذا على سبيل المثال ، فيقاس عليه غيره ، لوحدة العلة ، وهي الحاجة العامة .

---

(١) المراجع السابقة . (٢) وفي هذا المعنى يقول العز بن عبد السلام : « ان من **يتعين** للولاية العامة ، ولا يوجد من يقوم مقامه ، لا يقبل عزله ولا انعزاله » قواعد الاحكام ـ للعز بن عبد السلام جـ ٢ ، ص .

(٣) ويقاس على ذلك غيره من **الاعمال** ، لان المناط هو دفع الضرر العام ، وما ذكره ابن القيم شامل للزراعة ، والصناعة ، والعمران .

(٤) الحسبة : ص ١٤ ، ص ٢٧ لابن تيمية ـ الطرق الحكمية ، ص ٢٦٧ .

(٥) وذلك حين رأوا باجتهادهم وجوب التسعير على هذا الاساس بعينه ، حيث قالوا : « ولا يمنع البائع ربحاً (أي معقولاً هادلاً) ولا يسوغ (أي الإمام) له ما يضر بالناس ـ المنتقى على الموطأ : جـ ٥ ، ص ١٦ للباجي ـ فلا يلتقي التشريع الاسلامي في أصوله مع المذهب الفردي الذي يجعل الحق الفردي المطلق هو محور التشريع ، ولا مع المذاهب المتطرفة التي تجعل من حق المجتمع وحده محور التشريع ، لمجافاة كليهما **للعدل** في نظر الاسلام .

ب ـ التعميم في الفقه المالكي :

جاء في المدونة الكبرى : « قال : وسمعت مالكاً يقول : « الحكرة في كل شيء في السوق ، من الطعام ، والزيت ، والكتان ، وجميع الاشياء ، والصوف ، **وكل ما اضر بالسوق** ... قال مالك : يمنع من يحتكره ، قال : فإن كان ذلك لا يضر بالسوق ، قال مالك : فلا بأس بذلك » .

ـ وفي رواية المطرف عن ابن الماجشون عن الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ « أن جميع القطاني والحبوب هي للقوت والعلوفة ـ للحيوان ـ يتعلق بها هذا المنع » .

وجاء في المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك : « فالذي رواه ابن المواز ، وابن القاسم عن مالك،أن الطعام وغيره من الكتان والقطن **وجميع ما يحتاج اليه في ذلك سواء** فيمنع من ذلك ما أضر بالناس[1] » . فيما عدا المجلوب ، وما استغله المحتكر من قريته[2] وسيأتي القول فيه .

جـ ـ التعميم في اجتهاد الإمام ابي يوسف ، وفقه الظاهرية :

وجاء في الفتاوى الهندية في فقه الحنفية : « **والاحتكار في كل ما يضر بالعامة في** قول ابي يوسف[3] » . ولو كان **ذهباً ، او فضة او ثياباً**[4] .

راجع مقدمة « نظرية التعسف في استعمال الحق » الطبعة الثانية ، طبع مؤسسة الرسالة للمؤلف ١٩٧٧ . ـ واصول التشريع الاسلامي ـ النظام الشرعي العام : ص ٢٥٧ للمؤلف .

(١ و ٢) المدونة الكبرى : جـ ١٠ ، ص ١٢٣ ـ وراجع في التعميم مقدمات ابن رشد : جـ ٣ ص ٢٩٠ .

ابن رشد : جـ ٣ ص ٢٩٠ . (٣) المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٦ وما يليها ـ عون المعبود في سنن ابي داود ـ جـ ١٠ ، ص ٣١٤ .

(٣) الفتاوى الهندية : جـ ٣ ، ص ٢١٣ ، ص ٢١٤ . تبيين الحقائق : جـ ٦ ، ص ٢٧ للزيلعي . البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ للكاساني .

(٤) بحث للشيخ ابي زهرة في نظرية التعسف السابق الاشارة اليه .

والتعميم قال به الظاهريـة أيضاً ، جاء في المحلى لابـن حزم[1] : « والحكرة المضرة بالناس حرام » . هكذا باطلاق . دون تقييد .

ادلة الاتجاه الاول : (الاحتكار مقصور على قوت الادمي فقط) .

اولا : إن بعض أحاديث الباب قد ورد **مطلقـا** دون تقييـد للمادة المحتكرة بكونها من الاقوات أو غيرها . كقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « من احتكر فهو خاطىء » وكقول عمر ـ رضي الله عنه ـ : « لا حكرة في سوقنا » وبعضهـا ورد **مقيـدا** بكونه من الطعام كقوله ـ صلى الله عليه وسلم : « من احتكر طعاماً .. » . قالوا : ومـن المقرر أصولياً أن المطلق يحمل على المقيد اتفاقاً اذا اتحـد الحكم والموضوع والسبب[2] .

ثانيا : سلطة المالك . وولايته في التصرف فيما يملك ، ثابتة بأدلة **مقطوع بها** ولا تسلب هذه السلطة أو تقيد إلا عند الضرورة أو الحاجـة . ولا حاجة ماسة في غـير القوت .

ثالثا : إن تحريم الاحتكار انما يتعلق بأثره لا بذاته اجماعاً ، والاثر هنا هو الضرر العام ، غير أن مراد الشارع . نوع معين مـن الضرر ، وهـو ذلك الضرر الغالب والمتعارف وقوعه ، والناشىء عن حبس الاقوات بخصوصها[3] . لا مطلق الضرر من حيث هو . حتى يشمل كل ضرر أياً كان سببه . أو منشؤه ، ويؤيد هذا المعنى ما يأتي :

آ ـ ما ورد من أحاديث الباب مقيداً بالطعام ، والتقييد لا يكون لغير غرض ،

---

(١) المحلى : جـ ٩ ، ٦٤ ـ المسالة ١٥٦٧ .

(٢) اما وحدة الحكم فهي التحريم ، واما وحدة الموضوع فهي الاحتكار ، واما وحـدة السبب ، فهي الاضرار بالناس . ـ راجع المناهج الاصوليـة في الاجتهاد بالرأي في بحث حمل المطلق على المقيد ص ٦٧٦ ـ ٦٩٥ للمؤلف .

(٣) نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢١ وما يليها للشوكاني

والغرض هنا بيان شرع ، فالقيـد إذن معتبر وأساس في تشريع الحكم ، واذا كان لغرض تشريعي ، كان له مفهوم ، وهذا ما صرنا اليه .

ب ـ ما ورد عن أئمة الفقه من مثل الأوزاعي حيث قال : « ان المحتكر مـن يعترض **السوق** ، ليشتري منها **الطعام** الذي يحتاجون اليه ليحتكره »[1] .

جـ ـ وما روي عن الإمام أحمد ، فيما روى الاثرم ، قال : سمعت أبا عبد الله ـ يعني الإمام أحمد ـ يسأل في أيّ شيء الاحتكار ، فقال : **اذا كان قوت الناس**[2] فهو الذي يكره ، أي يحرم .

وقال أبو داود : سألت أحمد : «ما الحكرة » ؟ قـال ما فيه عيش الناس ، أي قوتهـم .

د ـ قالوا : وهذا هو قول ابن عمر من الصحابة ، ورأي الصحابي حجـة ، لانه أفهم لمراد الكتاب والسنة[3] .

هـ ـ ما روي عن سعيد بن المسيب ـ إمام أهل الأثر[4] ـ ومَعْمَر ، من ، أنهما كانـا يحتكران الزيت ، وهمـا من رواة أحاديث الاحتكار ، فـدل على أن الاحتكار المحرم مقصور على القوت ، ولا يجري في كل شيء .

ولعل هذا عمدة قدامى الحنابلـة وغيرهم في استثناءهـم الإدام ، والزيت ، والعسـل ، والحلواء ، وعلف البهائم من الاحتكار ، مفهوماً وحكماً .

---

(١) المرجع السابق. (٢) عون المعبود : جـ ١٠ ، ص ٣١٤ وما يليها .

(٣) المرجع السابق ـ على أن حجية قول الصحابي مختلف فيها ـ والحنابلة والحنفية يذهبون الى التخصيص بقول الصحابي ـ انظر مناهج العقول على المنهاج ـ جـ ٢ ، ص ١٣٠ .

(٤) إمام مدرسة الحديث في المدينة في العصر الاموي ـ وابرز مميزاتها الاخذ بالنصوص لوفرة مذخورهم مـن السنة النبوية ، ـ على أن سعيد بـن المسيب كان يجتهد بالرأي على أساس المصلحة المرسلة ، كمـا سنرى في تاويله لحديث التسعير ، ولكن بقدر .

ادلة الاتجاه الثاني : (الاحتكار يشمل حكمه حبس علف الحيوان أيضا) .

قالوا[1] : إن الشريعة الاسلامية قد حرمت الاضرار بالحيوان ، وجعلت المحافظة على حياته **حقاً** من حقوق الله تعالى ، فأوجبت على مالكه الانفاق عليه ، حتى اذا عجز كان واجباً على المسلمين رعايته ، وحفظ بقائه ، وفي ذلك مصلحة غير مباشرة للانسان ، لانتفاعه به في شتى وجوه الانتفاع ، ثم هو مال ، بل منه ماهو من أنفس الاموال ، فلا يجوز اهماله ، للنهي عن اضاعة المال .

ـ ادلة الاتجاه الثالث (من قال بالتعميم) :

أولاً ـ إن« **العلة** » اذا كانت هي الاضرار بعامة المسلمين ، فكل ما يؤدي الى ذلك ، يمنع التسبب فيه ، لوحدة الأثر أو المآل ، وهو الضرر العام .

ثانياً ـ حقيقة الضرر من حيث هو ، بقطع النظر عن منشئه ، محرم بالنص ، إلا أن يكون جزاءً عادلاً قرره الشارع بنص خاص ، أو التزاماً فرضه الشارع بنص آمر ، أو بدليل شرعي معتبر ، وليس ثمة في فقه مسألتنا ما ينهض بالتفرقة بين ما هو متعارف من الضرر ، وغير متعارف ، من الادلة ، وليس أدل على ذلك من من عموم قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا ضرر ولا ضرار » باطلاق .

ثالثاً ـ نعم ! ورد من الاحاديث ما هو مقيد بالطعام ، لكن ورد أيضاً ما هو مطلق ، والقاعدة ، وان كان مسلّماً أصلها ، لكن مناطها الاصولي غير متحقق في هذه المسألة ، فلا تطبق بالتالي ، وبيان ذلك :

أن حمل المطلق على المقيد ـ كما هو معلوم ـ تأويل ، **وهو** خلاف الاصل ، فلا يصار اليه الا بموجب وسوغ ، كما ذكرنا، والموجب **هو التعارض** ، ولاتعارض هنا ، اذ التعارض انما ينشأ أن لو كان للقيد « الطعام » مفهوم مخالف ، لكن

---

(١) المغني : جـ ٤ ، ص ٢٨٣ لابن قدامة . المهذب : جـ ١ ، ص ٢٩٢ للشيرازي ـ تبيين الحقائق ـ جـ ٦ ، ص ٢٧ للزيلعي .

« الطعام » لقب ، واللقب لا مفهوم له عنـد الجمهور . فلا يدل بالتـالي على نفي الحكم فيما وراء القيد . وبالتالي لا تعارض ، فلا موجب إذن للتأويل ، أو حمـل المطلق على المقيد ، فوجب إعمـال الدليلين . المطلق والمقيد ، وهـذا يعني التعميم . وهو ما اتجهنا اليـه .

رابعاً ـ إذ تخصيص « الطعـام » بالـذكر . **إنما اخرج مخرج الغالب** لكثرة وقوع الاحتكار فيه . لا لتقييد الحكم به . اذ لا يصلح لذلك ، لانه « لقب » كما أشرنا . فانهار شرط إعمال القاعدة .

خامساً ـ من المقرر في علم الاصول، **« ان إفراد فرد من العام بحكمه لا يخصصه »** فيبقى النص على عمومه ، وهو ما نقول به .

سادساً ـ (وهو دليل عقلي) ان دفع الضرر العام . والتنسيق بين المصلحـة العامة والخاصة ، هو الحكمة التشريعية من تحريم الاحتكار ، وهو العدل بعينه . والعدل لا يتجزأ ، فوجب تحريم التسبب في احداث هذا الضرر ، في كل صورة من صور الاحتكار ، لا احتكار الطعام خاصة ، منعاً من التناقض في التشريع .

النقد العام لأدلة الآراء الثلاثة ، والمقارنة فيما بينها ، والترجيح :

يتجه على من ذهب الى التقييد بقوت الآدمي والحيوان ما يلي :

اولاً : ان مناط قاعدة حمل المطلق على المقيد لم يتحقق في أحاديث الباب ، فضلا عن أنه لا مفهوم للقب عنـد الجمهور ، وأن إفراد فرد من العـام (الطعام) بحكمه ، لا يفيد التخصيص والتقييد عند الاصوليين ، كما أشرنا .

يؤكد ذلك عموم قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : من احتكر **حكرة** يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء » .

ويؤيده أيضاً حديث معقل بن يسار : « من دخل في شيء من أسعار المسلمين ، ليغليه عليهم ، كان حقاً على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة » . والنكرة في سياق الشرط تعم .

ثانياً : ان العلة في التحريم ليست هي ذات الاحتكار ، بل أثره من الضرر العام ، فيعتبر حقيقة الضرر ، لا المتعارف الناشىء عن احتكار الطعام بخاصة .

يقول الشوكاني في هذا : « والحاصل أن العلة اذا كانت هي الإضرار بالمسلمين ، لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضر بهم ، ويستوي في ذلك القوت وغيره ، لانهم يتضررون بالجميع »[1] .

ان التنسيق بين المصلحة الخاصة والعامة عدل في نظر الاسلام ، ودفع الضرر العام مصلحة حقيقية مؤكدة ، فيجب دفعه أياً كان منشؤه ، من الطعام ـ أو غيره ـ لان العدل **لا يتجزأ** . كما أسلفنا .

على أنّا نود أن نناقش من قال بالتقييد ، ما قولهم في احتكار السلاح وقت الجهاد . على فرض أنه مباح الاتجار به ، والامتناع عن بيعه ، والتحكم في سعره ؟[2] . أيقولون بجواز ذلك ، لانه ليس من القوت ! وفيه من الخطر الذي يلحق بالانفس والاموال والاوطان ما لا يخفى ؟ وهل هذا القول يتفق ومقاصد الشريعة الاسلامية في المحافظة على النفس والدين والمال والعرض والعقل ؟

وما قولهم أيضاً في جواز احتكار **الثياب** مثلاً والناس في عوز ، لشدة البرد ، ولا سيما في المناطق الباردة ؟ وهل يقولون بجواز احتكار العقاقير والادوية ، استغلالاً **لحاجة المرضى** ، وقد تكون حاجة هؤلاء الى الدواء أمس وأشد من حاجتهم الى الطعام ، ونسبة المرضى في المجتمع قد تبلغ **الثلث** على أقل تقدير بالاحصاء ؟

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢١ وما يليها .

(٢) كان الاتجار في السلاح قديماً مباحاً حراً ، فلو فرض انه لا يزال الى اليوم كذلك ، كما كان في عهد الائمة المجتهدين ، هل يجوز احتكاره وقت الازمات والحروب ، والمسلمون في حالة حرب مع اعدائهم ؟

وهل يقولون بجواز احتكار منافع الدور والمساكن والناس في العراء بلا مأوى؟

ويتجه على احتجاجهم باحتكار سعيد بن المسيب ومعمر غير الاقوات ، فـدل على أنه جائز فيما عدا القوت ، أنه لا حجة لهم فيه، لانه ليس احتكاراً على التحقيق، اذ لم يتحقق فيه مناطه ، بل هو ادخار للتوسعة على الناس وقت الحاجة ، فهو من حيث الاثر على **النقيض** من الاحتكار المحرم ، كما في رواية أبي الزناد في المهذب[1]: « قال : قلت لسعيد بن المسيب : بلغني عنك أنك قلت بأن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : « لا يحتكر إلا خاطىء » وأنت تحتكر ! قال : ليس هذا الـذي قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ انما قال رسـول الله ــ صلى الله عليـه وسلم : أن يأتيَ الرجلُ السلعةَ عنـد غلائها، فيغالي بهـا ، فأما أن يأتي وقـد **اتضـع** [2]، فيشتريه ، ثم يضعه[3] فان احتاج الناس اليه أخرجه ، فذلك خير[4]».

فهذا ــ كما ترى ــ ادخـار للتوسعة ، وهو رفـق واحسان ــ كمـا يقول ابن حزم ــ لا استغلال فيـه أو إضرار ، فلم يتحقق فيـه مناط الاحتكار المحرم المنظور اليه من حيث أثره ومآله ، كما أشرنا .

ــ هذا ، ويمكن أن نطلق عليه « **الاختزان الاحتياطي** » وهو ما تقوم به الدول الآن لمصلحة مواطنيها اذا توقعت الحاجة العامة اليه ، فيكون عندئذ واجباً لا حراماً.

فهو وانْاتفق مـع الاحتكار صورة ، لكنه على النقيض منـه أثراً ومآلاً ، والعبرة بالمـآل .

هذا ، واحتكار **وسائل** انتاج الاقوات ، والسلع ، زراعية كانت أم صناعية ، كآلات الحراثة ، وآلات الصناعة ، والاسمدة الكيماوية ، وما اليها ، وكذلك مواد

---

(١) المهذب ــ جـ ١ ، ص ٢٩٣ ــ للشيرازي .
(٢) انخفض سعره لكثرة عرضه، وقلة الطلب عليه . (٣) يختزنه او يدخره.
(٤) المرجع السابق .

البناء اللازمة لانشاء المساكن ، لانها وسائل انتاج الزراعة ، والصناعة ، وتشييد العمران ، توفيراً للانتفاع بها ، اذا استحكمت أزمتها بالناس ، كل أولئك وما في معناه من الوسائل يأخذ احتكارها عين حكم احتكار الاقوات ، أو السلع ، أو المنافع الضرورية ذاتها ، شرعاً ، عملاً بمبدأ سد الذرائع .

ـ وقد ذكرنا آنفاً ، أن من مقررات الشرع الاسلامي التي أشار اليها الفقهاء في أكثر من موضع ، انه كلما اشتدت الازمة وطأة ، نتيجة للاحتكار ، ازداد تعلق حق عامة المسلمين بما عند المحتكرين وثاقة وقوة .

والأئمة القدامى ـ رضي الله عنهم ـ وان لم يفصلوا هذا التفصيل ، فذلك مرده الى آثار بيئاتهم في فقههم ، اذ لم تكن هذه الحالات والازمات قائمة في عصرهم ، حتى يوجدوا لها حلولاً ، لبساطة الحياة يومئذ والفقه صدى البيئة .

ـ غير أن قدامى الفقهاء قد وضعوا أصولاً تشتق من استدلالاتهم ، هي الكفيلة بامداد المجتهد بالحكم في كل نازلة تطرأ ، ألا ترى الى قول أبي يوسف : **كل ما اضرّ بالناس حبسه فهو احتكار ؟** وقول الإمام ابن حزم : « الحكرة المضرة بالناس حرام » ، أضف الى ذلك ، أن **الاصوليين** ، قد بنوا حكم الاحتكار لا على النصوص الجزئية التفصيلية الخاصة به فحسب ، بل على أصول معنوية عامة أيضاً ، ثبتت بالاستقراء قطعيتها ، وبنوا عليها أحكام صور أخرى من الاحتكار ، مهما تطورت بالناس الظروف والاحوال ، على النحو الذي رأينا في اجتهاد الإمام الكاساني ، سلطان العلماء .

هذا ، ولا تخفى قوة أدلة تحريم احتكار علف الحيوان ، لان رعايته حق من حقوق الله تعالى ، كما ذكرنا ، وبذلك يترجح لديك القول بتعميم حكم الاحتكار على كل ما أضر بالناس والحيوان والدولة احتباسه ، من مثل الاراضي[1] والمساكن

---

(١) يعمد كثير من الاثرياء ، والمقاولين ، ومن اليهم ، ممن لديهم فضول ثروات طائلة واذهاب فائضة ـ كما قال الإمام عمر ـ رضي الله عنه ـ الى شراء

والمنافع ، والسلع ، والثياب ، والدواء ، ومواد البناء ، والاسمدة ، وخبرات الاطباء وغيرهم ، اتساقاً مع مراد الشارع ، وحماية لحكمة التشريع التي تمثل العدل في جميع مظانّه[1] ، وتدفع الضرر العام .

الشرط الثاني :

ألا تكون المادة مجلوبة (مستوردة) بل مشتراة من سوق المدينة ، لتحتكر على أهلها .

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على اتجاهين :

الاتجاه الاول : يشترط **الشراء** من المدينة ، أما الجالب (المستورد) اذا احتبس ما استورده ، فلا يكون محتكراً ، وهو اتجاه جمهور الحنفية ، وجمهور المالكية . والشافعية ، وقدامى الحنابلة ، والاباضية ، والأوزاعي .

اما جمهور الحنفية فقد جاء في البدائع : « ولان **ما بيع في المصر** ، فقد **تعلق** به حق العامة »[2] خلافاً للبابرتي والشرنبلالي ، اذ لم يشترطا الشراء ، بل عرفا الاحتكار بأنه « حبس الاقوات للغلاء »[3] ، هكذا باطلاق .

واما جمهور المالكية : فقد نص الإمام الباجي على أنه « لا يمنع (**الجالب**)

الاراضي ، والمساكن ، واحتكارها ، ثم التحكم في اسعارها ، والناس في حاجة ماسّة اليها ، استغلالاً وجشعاً ، كما يرى في زمننا هذا ، وهذا محرّم قطعاً ، لضرره البالغ بعامة المسلمين ، ولا سيما الفقراء .

(١) والعدل لا يتجزأ .

(٢) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ للكاساني . العناية على الهداية : جـ ٨ ، ص ١٢٦ ، أما الحصكفي وابن عابدين ، فقد اشترطا **الشراء** بقولهم : « **اشتراء الطعام** ونحوه ... » . وجاء في الاختيار أيضاً للموصلي مايؤكد هذا المعنى : « أن **يبتاع** طعاماً من المصر ، أو من مكان يجلب طعامه الى المصر ، ويحبسه الى وقت الغلاء .

(٣) رد المحتار : جـ ٥ ، ص ٣٥١ ـ الكفاية على الهداية : جـ ٨ ، ص ٤٩١ .

احتكاره ولا إمساكه ، ما شاء ، كان ذلك عن ضرورة أو غيرها ، وقد روي ذلك عن ابن المواز عن مالك[1] ، فهو كحابس غلته »[2] .

وكذلك الشافعية فيما جاء في نهاية المحتاج : « **ان يشترى** الاقوات وقت الغلاء .. »[3] .

وقدامى الحنابلة اشترطوا الشراء ، كما جاء في المغني : « أن يَشْتَرِي (المال المحتكر) فلو جلب شيئاً ، فادخره ، لم يكن محتكراً » ، وقالوا في تعليل ذلك : ولان الجالب **لا يضيق على احد ، ولا يضر به** بل ينفع ، فان الناس اذا علموا عنده طعاماً معداً للبيع ، كان ذلك **اطيب لقلوبهم** من عدمه »[4] .

ادلة هذا الاتجاه :

أولا ــ ظاهر أحاديث الباب ، اذ نهضت بالتفرقة بين الجالب والمحتكر ، من مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون » فذم

---

(١) وجاء في المنتقى ايضا ، تاكيداً لما قدمنا : « اما ما يمنع من الاحتكار ، فان الناس في ذلك على ضربين :

آ ــ ضرب صار اليه بزراعته او جلابه (استيراده) فهذا **لا يمنع** من احتكاره ولا من استدامة إمساكه ، ما شاء ، كان ذلك عن ضرورة او غيرها .

ب ــ والضرب الثاني : من صار اليه الطعام **بابتياع البلد** ، فان المنع يتعلق به . ــ المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٧ ــ للباجي .

هذا ، والإباضية تشترط **شراء مقيم** او ان يكون مسافراً يتجر بمال مقيم ــ شرح النيل ــ جـ ٤ ، ص ١٠١ ، ص ١٠٢ .

(٢) المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٦ للباجي .

(٣) نهاية المحتاج : جـ ٣ ، ص ٤٥٦ للرملي ــ مغني المحتاج ــ للشربيني جـ ٢ ، ص ٢٨ .

(٤) المغني : جـ ٤ ، ص ٢٨٣ ــ والشرح : جـ ٤ ، ص ٤٧ .

الثاني ، لانه آثم بإضرار الناس ، والتضييق عليهم ، ومدح الاول لانه من شأنه أن يوسع عليهم .

ثالثاً ــ ان حق عامة المسلمين يتعلق وقت الازمات بما هو موجود فعلا ، في المصر ، أو بما جلب الى فنائها من مكان قريب يجري الجلب اليه منه عادة ، والاحتكار المحرم ، إنما يكون بحبس هذا ، لانه حينئذ يعتبر منعاً لحق العامة ، أو ظلماً ، وهو علة التحريم .

أما المجلوب من بلد بعيد ، فلا يتعلق به حقهم أصلاً ، فكيف يتصور منعهم منه ؟ اذ المنع فرع التعلق أو الوجود ، ولا وجود للحق أصلاً .

رابعاً ــ الجَلَبُ مباح في الاصل ، فاذا كان للجالب ألا يجلب ، فله ألا يبيع !

خامساً ــ ان الاحتكار المحرم مناطه الضرر والظلم ، والجالب لا يضر أحداً ، بل ينفع ،لان الناس اذا علموا أن عنده طعاماً ، كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه[1].

الاتجاه الثاني : يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجالب اذا احتكر ما جلبه ، وأضر بالناس ، كان في معنى المحتكر ، بالنظر لأثر تصرفه فيما يملك .

وهو مذهب بعض الحنفية وبعض المالكية ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، وما يومىء اليه تعليل الحنابلة .

أما بعض الحنفية : من مثل الإمام أبي يوسف ، فيرى أن احتكار الجالب مكروه تحريماً ، لعموم النهي ، وأما البابرتي والشرنبلالي ، فقد رأيت أنهما لا يشترطان الشراء من المصر ، وعلى هذا ، فيجري الاحتكار في المجلوب أيضاً ؛

---

(١) راجع في هذه الادلة ، البدائع للكاساني : جـ ٥ ، ص ١٢٩ . تبيين الحقائق : جـ ٦ ، ص ٢٧ ، ص ٢٨ للزيلعي . المغني : جـ ٤ ، ص ٢٢٠ . الانصاف : جـ ٤ ، ص ٢٣٩ .

بالنظر الى مآلـه ، من الضرر[1] . وابن عابدين يرى أنه يأثم ديانة بانتظار الغلاء أو القحط لنية السوء للمسلمين[2] .

وأما بعض المالكية ، فمن مثل الأبّي[3] حيث يقول في حق الجالب : «إلا أن ينزل بالناس حاجة ، ولا توجد عند غيره ، فيؤمر ببيعه ، لدفع الضرر عن الناس » وهـذا تفقه جيـد .

أما تعليل بعض الحنابلة فهو مشعر باعتبار الجالب محتكراً اذا أضر بالناس ، كما جاء في المغني : « ولأن الجالب لا يضيـق على أحد ، ولا يضر بـه ، بل ينفع ، وبنحو هذا جاء في كشاف القناع[4] .

فالمفهوم المخالف ، أنه اذا أضر ، كان هو والمحتكر سواء ، تصرفا وأثراً ، أما مجرد اطمئنان القلوب الذي أشاروا اليه ، فلا يعد نفعاً على التحقيق ، ولا يكشف ما بالمسلمين من ضُرٍّ .

واما الظاهرية ، فلم يعرفـوا هذه التفرقـة ، اذ قالـوا : « والحكرة المضرة بالناس حرام ، سواء في الابتياع ، أو في امساك ما ابتاع » ولم يقيدوه بالمصر[5]

وكذلك **الزيدية** ، لم يشترطوا سوى أن تكون المادة المحتكرة فائضة عـن

---

(١) اما الكاساني ، فلا يتسق تعليله مع ما يرى من كراهـة احتكار الجالب تنزيهاً ، اذ يقول : « ولكن الافضل له ، ألا يحبس ويبيع ، لان في الحبس ضرراً بالمسلمين » !!!
ومنطق التشريع يقتضي ان يكون ذلك حراما . البدائع : جـ٥ ، ص١٢٩، وهذ عين ما يتجه على صاحب كتـاب الانصاف من الحنابلـة ، اذ قال : « ويكره ان يتمنى الجالب الغلاء » الانصاف : جـ ٤ ، ص ٣٣٩ . وعـلى جمهور الحنفية كذلك .

(٢) الفتاوى الهندية : جـ ٣ ، ص ٢٢٣ ، ص ٢١٤ .

(٣) من ائمة الفقه المالكي ، وقد شرح صحيح مسلم .

(٤) المغني : جـ ٤ ، ص ٢٢١ لابن قدامة .

(٥) المحلى : جـ ٩ ، ص ٦٤ .

كفايته ومن يمونه سنة كاملة ، وأن يكون متربصاً بها الغلاء ، وأن يكون مع حاجة الناس اليهـا .

فقد جاء في الروض النضير : « قالوا ـ أي فقهاء المذهب الزيدي ـ ولا فرق بين أن يكون الطعام من **زرعه ، او شرائه** ، من المصر أو من السواد ، خلافاً لأبي حنيفة ، فيما كان من رزعه أو شرائه ، ولا وجه له »[1] .

واما الإمامية فقد عرفوا الاحتكار بأنه : « جمع الطعام وحبسه يتربص بـه الغلاء »[2] . وهذا لا يفيد قيد الشراء ـ كما ترى .

مناقشة هذين الاتجاهين :

١ ـ يتجه على الاول : أن التفرقة ـ بين الجالب والمحتكر معقولة المعنى ، مفهومة العلة ، لان الجالب المستورد ، انما كان ميسراً له رزقه ، ومباركاً له فيه ، لانه يخالف المحتكر في **قصده وفعله** ، فاختلف عنه مفهوما وحكماً ، أما قصده ، فهو التوسعة على الناس ، وأما فعله ، فلأن صنيعه بذل ما جلب ، لا حبسه ، وإلا كان التناقض في منطق الحديث الشريف ، اذ يصبح معناه : « الجالب المحتكر مرزوق ، والمحتكر ملعون » وهو منطق متهافت كما ترى ، ينبغي أن يصان عنه كلام رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأن يحمل على معنى يتحقق به التنسيق ، ويرتفع هذا التخالف .

٢ ـ يؤيد هذا ، أن بعض الاحاديث جاء مطلقاً : « لا يحتكر إلا خاطىء » أياً كان ، فيشمل باطلاقه الجالب اذا احتكر .

٣ ـ لا يقال : إن له ألا يجلب فله ألا يبيع ، لان الناس كانوا يتوقعون هذا الجلب ، **والتوقع كاف لتعلق الحق** ، ووقوع الضرر عند حبسه ، ألا ترى أنه لو لم

---

(١) الروض النضير : جـ ٣ ، ص ٣٠٦ ـ ص ٣٠٨ . البحر الزخار : جـ ٣ ، ص ٣١٩ .

(٢) المختصر النافع : ص ١٢٠ .

يجلب لانطلق غيره ، أو لانطلق الناس يجلبون لانفسهم ، فكان جبسه لمجلوبه تغريراً بالناس ، ومنعاً لوصول الحق الى مستحقه ، وهو ظلم .

٤ ــ وأيضاً : « العلة » هي حقيقة الضرر ، من حيث هو ، أياً كان منشؤه ، لعموم قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا ضرر ولا ضرار » وهو غير مشروع بيقين ، إيقاعاً ، أو وقوعاً .

وعلى هذا ، فكل تسبب في إحداثه ممنوع شرعاً ، قصد ذلك المتسبب أو لم يقصد[1] .

وعلى ضوء هذه الحقيقة ينبغي أن يحمل اشتراط وقت الغلاء أو الرخص[2] .

٥ ــ على أن مبدأ سد الذرائع، وهو أصل معنوي عام في الدين ، ومقصد شرعي قطعي قاض بمنع كل ما يتذرع به للاضرار بالمسلمين ، لان هذا المآل ــ في ذاته ــ ممنوع المصير اليه شرعاً ، بكل وسيلة ، كما أسلفنا .

٦ ــ منطق التشريع يتجافى وما صدر عن المجيزين من اجتهاد في التعليل والتوجيه ، اذ يستوجب تعليلهم من أن الجالب لا يضر بالناس بل ينفعهم ، بأن يعتبر محتكرا ، اذا أضر ، عملاً بالمفهوم المخالف ، والقيد معتبر ، وله مفهوم في

---

(١) يقول الإمام الشاطبي في هذا المعنى : « إيقاع السبب ، بمنزلة إيقاع المسبَّب ، **قصد ذلك المتسبب او لا** ، لانه لما جعل مسبِّباً عنه في مجاري العادات ، عدَّ كانه فاعل له مباشرة » . الموافقات : جـ ٣ ، ٢٤٩ .
ويقول ايضا : « ولا مصلحة تتوقع مطلقا ، مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عنها » . ولا ريب أن المفسدة اللازمة عن الاحتكار غلبت مصلحة الاصل ، وهي مصلحة طائفة التجار المحتكرين ، بل وزادت ، لانه يضر بالعامة ــ المرجع السابق .

(٢) اشترط بعض الفقهاء ، أن يكون الشراء **وقت الغلاء** ، وليس لهذا الشرط من معنى يجعل له مدخلا في تحديد مفهوم الاحتكار المحرم شرعاً ، اذ هو منوط مفهوماً وحكماً بالمآل ، كما قدمنا ، فسواء استغل المحتكر ازمة قائمة وقت الغلاء ، **أم انشأ ازمة لم تكن** ، فالمآل واحد ، وهو علة حكم التحريم .

المصنفات والمؤلفات اجماعاً ، اذ هو لازم[1] عقلي ملحوظ ومقصود .

على أن تعليلهم مقدمة تنتج تحريم احتكار المجلوب لا الكراهة فحسب .

٧ ــ قالوا بالتفرقة ، واشترطوا أن يكون البلد **بعيداً** لم تجر العادة بالاستيراد منه ، حتى لا يتعلق حق العامة بالمجلوب ، ويتجه على منطقهم هذا ، بأن كثرة الاستيراد في أيامنا هذه ، ونشاط التجارة الخارجية ، لسرعة النقل المذهلة ، وسهولة وسائل المواصلات ، ولمكان الحاجة الماسة الى تبادل السلع والمنافع ، مع جميع أقطار العالم ، حتى غدا **امراً معتاداً** فيما بينها ، سداً لحاجة كل دولة مما يفيض من انتاج دولة أخرى ، وهي ظاهرة لا يمكن اغضاء الطرف عن أهميتها وضرورتها ، مما جعل العالم كله ــ في عصرنا هذا ــ وحدة اقتصادية متكاملة ، لا تباعد بين أقطارها ، حتى لا تستطيع دولة اليوم أن تعيش بمعزل عن هذا التبادل ، اذ لا يمكنها أن تكتفي ذاتياً في جميع مقتضيات حياتها ومرافقها ، حتى في المواد الغذائية الاساسية ، على ما هو واقع ومشاهد ، أقول ان كثرة الاستيراد وضرورته ، لسهولة المواصلات وسرعتها الفائقة بالتقدم العلمي والحضاري جعلت **المستورَد** متحققاً فيه مناط الاحتكار المحرم اذا احتبس ، بمقتضى ما وضعوه هم من شرط الاعتياد الذي يستوجب تعلق حق العامة به . فأصبح الخلاف **ظاهرياً** لا حقيقياً ، لتغير الظروف ، لا لاختلاف الحجة والدليل .

ــ وهكذا ترى ما للتقدم العلمي ، ولا سيما التجريبي أو ما يسمى (التقني) من أثر كبير في تغيُّر الاحكام الاجتهادية عما كان منها في القرون الماضية ، مع أن الضابط الفقهي واحد ، والمقصد الشرعي ثابت لم يتغير .

ومن هنا ، انهارت التفرقة ، لانهيار أساسها ، بل أضحى خطر حبس المستورَد على الأمة اليوم ، أشد من ضرر احتكار ما يشترى من المدينة ؛ أو ما يستغل

---

(١) اي للقيد الوارد في المنطوق .

من الارض ، فكان محرماً من باب أولى ، لتغير الظروف التي يجب أن يكون لها اعتبار في التطبيق ، كما بينا ، لما لذلك من أثر من حيث المآل .

وحكم محتكر المُسْتَغَلّ من الارض: هو حكم الجالب المحتكر، اذ علل من قال بالتفرقة بين محتكر ما اشترى من المدينة وبين محتكر غلة أرضه بأنه في معنى الجالب ، والرد هو الرد ، لعموم النهي . واطلاق النص ، وعلة الضرر .

وبذلك يترجح لديك المذهب الثاني ، لقوة أدلته ، الجزئية والكلية ، وسلامة منطقه من التناقض ، واتساقه مع روح التشريع ، ولمراعاته لمبدأ أثر تغير الظروف في الاجتهاد التشريعي في الفروع ، بعامل التقدم العلمي والحضاري .

التصدير من البلاد يعتبر في معنى الاحتكار اذا اضر بالناس :

إن تصدير ما يحتاج الناس اليه ، خارج البلاد ، يعتبر في معنى الاحتكار ، اذا أضر بالناس ، لوحدة الاثر والمآل .

يقول التلمساني في تحفة الناظر : « من معنى الاحتكار ، نقل الطعام من بلد الى آخر ، فيمنع منه اذا أضر ، ويسوغ اذا لم يضر في المشهور »[1] .

هذا اذا كان النقل في حدود الدولة الاسلامية ، فالتصدير الى خارجها يكون أولى بالمنع .

احتكار القوت لمدة سنة (تنظيم الاستهلاك) :

ذلك مشروط جوازه بما اذا لم يضر ، أي في وقت السعة والرخاء ، حتى اذا أضر يمنع الناس من احتكار أقواتهم لمدة سنة . جاء في المنتقى : « إن المنع من الاشتراء من الاسواق ، وأنه ان كان في وقت ضيق الطعام ، فلا يجوز ، بل يشتري

---

(١) ص ١٢٠ ـ للتلمساني ـ المالكي .

ما لا يضيق على المسلمين ، كقوت أيام أو أشهر ، وان كان وقت سعة اشتري قوت سنة »[1] .

فيحمل فعل الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ من أنه كان يدخر لعياله قوت سنة ، على حالة الرخص ، وانتفاء الضرر بالناس ، مما يؤكد ، أن تعلق حق العامة غير مشروط بمدة معينة ، بل يتبع الظروف التي يختلف فيها مدى الضرر ضيقاً وسعة ، كما لا يتعلق بالتجار وحدهم ، بل بالناس جميعاً ــ كما ترى ــ وهذا من باب ما يطلق عليه اليوم **تنظيم الاستهلاك**[2] .

قال التلمساني : « ومن أراد في الغلاء أن يشتري **عوْلة** « مؤنة » سنة ، **لم يتمكنْ** من ذلك ... ولو رخص السعر ، ولم يضر بالسوق ، **خلّيَ** بين الناس والشراء ، ويدخرون ويشترون ، من الفنادق والدور حيث أحبوا »[3] .

وصرح الشافعية ، بأن من عنده زائد على كفايته ومؤنته سنة ، يجبر على بيعه في زمن الضرورة ، بل قالوا : إنه اذا اشتدت الضرورة ، يجبر على بيع ما عنده، ولو لم يبق له كفاية سنة »[4] ولا نعلم أحكاماً **ملزمة** لتحقيق « التكافل الاجتماعي » تشريعاً ، أبلغ من هذه الاحكام ، فالحق المطلق في الملك ، لا وجود له في التشريع الاسلامي ، والانفصال بين الفرد والمجتمع غير معهود في الشرع الحنيف.

يؤكد هذا ما جاء في التيسير في فقه المالكية :**من احتكر في الرخاء ، اجبر على بيعه في الغلاء** ، اذا لم يوجد سواه ، فإن أبى حُجِرَ عليه ، وليس له بيعه في الدور،

---

(١) جـ ٥ ، ١٧ وما يليها ، ويقصد بكون التصدير في معنى الاحتكار ، اشتراكهما من حيث الاثر والمآل ، وهو علة الحكم بالتحريم ، وهذا يذكرنا بقول الإمام القرافي حيث يقول : « إن **الجمود** على المنقولات ــ اجتهادات السابقين ــ أبداً ، ضلال في الدين » اذ يؤدي الى المخالفة عن المقصد الشرعي ، اذا لم يراع اختلاف الظروف والاحوال .

(٢) المنتقى : جـ ٤ ، ص ٢٢٨ ــ للباجي .

(٣) تحفة الناظر : ص ١٢٨ ــ للتلمساني .

(٤) الموسوعة : جـ ٣ ، ص ١٩٨ .

بل يخرج الى السوق »[1] .

شرط مدة الاحتكار :

ـ ذهب بعض الفقهاء الى اشتراط مدة ، « أربعين يوماً » علـى الاحتكار ، ليعتبر محرماً ، وآخرون اشترطوا مُدداً أقل .

ونرى أنّ لا دليل ينهض بهذ االشرط يتصل بحكمـة التشريع ، نعم ورد في بعض الاحاديث تحديد للمدة بأربعين يوماً ، وهو ومحسول على الفترة التي يغلب على الظن تحقق الضرر فيها لا للتقييد ، لان العلة هي حقيقة الضرر ، كما قدمنـا ، فاذا وقع استـ "ـكم ، طالت المدة أم قصرت ، اذ لا مدخل للمدة في أصل مفهـوم الاحتكار ، ولا في التعليل بالضرر ، وهو ما ذهب اليه الجمهور .

مدى تدخل ولي الأمر في اصل حق الملكية بسبب الاحتكار :

وبذلك يبدو لك أن نطاق تدخل ولي الامر في أصل حق الملكية ، يختلف تبعاً لاختلاف الأئمة في مفهوم الاحتكار الذي تحدده شروطه .

* * *

(١) التيسير في أحكام التسعير : ص ٧٢ ـ للمجيلدي ، طبع الشركة الوطنية للنشر والتوزيع : الجزائر ـ تقديم وتحقيق موسى لقبال .

المؤيدات

تمتاز الشريعة الاسلامية ، بترتيب جزاء أخروي على البواعث والنوايا غير المشروعة ، اذا اتخذت مظهراً من الافعال والتصرفات المشروعة في ظاهرها ، لتحقيق غرض غير مشروع مآلاً ، سواء أكان هذا المآل الممنوع قد وقع فعلاً ، أو كان متوقعاً لزومه وجدوثه في غالب ظن المجتهد ، شريطة أن يكون مساوياً لمصلحة أصل الفعل المتذرع به ، أو راجحاً عليه ، فيمنع من التسبب في ذلك ، حتى ولو كان القصد حسناً ، بالنظر لذلك المآل الممنوع في حد ذاته ، كما يقول الإمام الشاطبي : « إيقاع السبب ، بمنزلة إيقاع المُسبَّب ، (النتيجة والمآل) قصد ذلك المُتسبَّب أو لا ، لانه لما جُعِل مسبَّباً عنه (ناتجاً عنه) في مجاري العادات[1] ، عُدَّ كأنه فاعل له مباشرةً »[2] .

ولا ريب أن الإثم الذي يترتب على مخالفة قصد المكلف في التصرف ، لقصد الشارع في التشريع ، يستلزم عقاباً أخروياً يناسب أثر المخالفة ودرجتها ، والعقاب الاخروي أعظم وقعاً ، وأشد تنكيلاً ، وهو الاصل ، باعتبار أن الشريعة الاسلامية ترتكز أساساً على عقيدة دينية ، تجعل لفكرة الحلال والحرام ، وطهارة النية ، وشرف الباعث ، المقام الأول في تشريعها[3] .

ومن هنا ، لا تجد في أحاديث الاحتكار عقوبات دنيوية ، أو أحكاماً قضائية زاجرة ملزمة تقاوم الاحتكار بسلطان الدولة ، على الرغم من ان الاحتكار من الكبائر[4] .

---

(١) اي في تقدير الشخص العادي . (٢) الموافقات : جـ ٣ ، ص ١٤٩ .
(٣) راجع كتابنا نظرية التعسف في استعمال الحق ـ ص ٢٩١ ـ طبع مؤسسة الرسالة ١٩٧٧ . (٤) الزواجر : ص ٢١٦ ـ لابن حجر العسقلاني.

وهكذا يرتقي التعسف في استعمال حق الملكية ، أو الحرية العامة في التملك ، بنية الاضرار بعامة المسلمين ، فيما يحتاجون اليه من مرافق معايشهم الى أن يبلغ مستوى **الكبائر** [1] ، كما ترى ، وإلا فلم كان الوعيد الشديد بالإلقاء في مكان عظيم من نار جهنم ، وغير ذلك من أنواع التهديد .

الفلسفة الاصولية التي يقوم عليها المؤيد القضائي او الدنيوي الاجتهادي للوازع الديني في التشريع الاسلامي :

قلنا إن الاصل في تكاليف الشريعة هو **الوازع الديني** ، لان امتثال التكليف اختياراً وبملء الحرية والإرادة ، لا يكون إلا بدافع عَقَدِيٍّ ، ليتم الابتلاء في حسن العمل الذي جعله الله تعالى الحكمة الغائيّة من خلق الموت والحياة : قال تعالى : « الذي خلق الموت والحياة ، ليبلوكم أيكم أحسن عملاً »[2] .

ـ فأساس الوازع الديني خشية الله تعالى .

غير أن على ولاة الامور مراقبة هذا الوازع الديني والسهر على استقامته ، ولا سيما في التعامل . والاساس الفقهي لذلك ، أن مقتضى النداءات الإلهية الموجّهة الى المؤمنين ، اذ يحتمل فيها التوزيع على كل مكلف ، لينهض بمقتضاها ، يحتمل أيضاً اعتبارها موجهة الى الامة عامة ، **مما يوميء بالتكليف العام الملزم** الذي تنشأ عنه المسئولية العامة ، عن أدائه ، وهذا يستلزم بالتالي ايجاد جماعة منهم مؤهلة لتحمل هذه المسئولية عن تنفيذ هذه التكاليف نيابة عن الامة ، ومن ذلك الاشراف والسهر على الوازع الديني لدى الافراد ، مسئولية منشؤها ـ كما ذكرنا ـ الخطابات الإلهية العامة ، بل قد تأكد هذا بقوله سبحانه صراحة : « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ، ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » .

---

(١) الزواجر : جـ ١ ، ص ٢١٦ ـ لابن حجر ـ ومن اعظم « المؤيدات » العملية عن طريق سلطة الدولة ، لمقاومة الاحتكار ، والتغالي في الاسعار ، وقمع الغش ، وغيره من المنكرات ، ما أوجده عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ من « نظام الحسبة » الذي يقوم على قواعد سياسة التشريع ، ويستهدف رعاية المصلحة العامة ، واقامة العدل في التعامل ، والاشراف الفعلي الدقيق الصارم على تنفيذ ذلك .

(٢) سورة الملك : آية ١ .

لا يقال إن الحكم التكليفي الديانى من الحل ، والحرمة ، والكراهة ، والندب والوجوب . ينحصر في العلاقة بين المؤمن وربه ، فالمسئولية فردية ديانية فحسب ، لان إهمال الوازع الديني ، أو ضعفه لدى الافراد ، يؤدي الى تعدّي أثر التصرف الى الاخلال **بحق الغير** من الفرد أو الامة ، في الواقع الاجتماعي ، فوجب حينئذ **مواجهة هذا الأثر** ، عملا بمقتضى الاصل العام : « حق الغير محافظ عليه شرعاً »[1] وهو ثابت في الشرع قطعا ، حفظاً لكيان المجتمع ، ولهذا كان ــ كما يقول الإمام الشاطبي ــ حقّ الله تعالى في كل حق فردي ، ولا خِيَرَةَ فيه للعبد .

وتأسيساً على هذا ، يتعين على ولي الامر ونوابه وموظفيه ، بمقتضى هذا التكليف العام الثابت بايماء النداءات الإلهية العديدة ، حراسة هذا الوازع الديني لدى الافراد ، والاشراف عليه ، وهو الاصل ، واجبارهم على تنفيذه كرها إن لم يقوموا به اختياراً ، محافظة على حق الله تعالى .

وحق الله تعالى لا يجوز اهماله أو التهاون فيه .

هذا فضلاً عن ثبوته بمقتضى صريح قوله تعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ، ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » .

حتى اذا ضعف هذا الوازع أو رقّ ، أو أسيء استعماله ، كان لزاماً على ولاة الامور والمجتهدين ، أن يعيّنوا مواقع التصرفات الضارة ، لتسلب من أصحابها أمانة التكليف فيها ، وان يجتهدوا ــ متعاونين ــ لمواجهة هذا الواقع ، في استنباط الاحكام الشرعية التي تعتبر تدابير واجراءات وقائية أو علاجية تنفيذية أو ادارية ، أو قضائية أو حسبية[2] ، مما يكون ضرورياً وملائماً ، وناجعاً ، وملزماً ،

---

(١) الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٢٢ ــ للشاطبي .

(٢) نسبة الى نظام « الحسبة » الذي نوهنا عنه آنفاً .
والاساس الاصولي الخاص بنظام الحسبة ، هو ان من المصالح ما لا يكون متعلقاً بفرد بعينه ، حتى يقوم لدى القضاء يطالب برفع الضرر او الغبن عنه ، بل يشمل طائفة أو أفراد الامة ، ومن هنا أحدث عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ نظام الحسبة ، وهو من صميم **السياسة الشرعية** .

ليقوم مقام الوازع الديني الذي ضعف . في تنفيذ الاحكام الديانية ،بسلطان الدولة، رعاية للصالح العام ، ولو لم يرد بتلك التدابير أو الاحكام والمؤيدات ، نصوص خاصة بها ، ولا كان لها نظير ، ما دامت تقتضيها سياسة التشريع [1] ، لان من مقررات الشرع ، أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

فالغش في التعامل مثلاً ـ وفيه افتئات على مال الغير وصحته ظلماً ـ حكمه ـ في الاصل ـ ديني ، كالاحتكار « **من غشنا فليس منا** » لكن اذا فشا الغش ، أو عمت ظاهرة الاحتكار ، والتغالي في الاسعار ، بفعل من التجار ، واستحكم أثرها في التعامل ، لضعف الوازع الديني ، جشعاً واستغلالاً . وجب حينئذ على ولاة **الامور والمجتهدين** ، ألا يتركوا هذا النوع من التصرف أو ذاك ، موكولاً الى الوازع الديني لدى الافراد ، لانه قد ضعف أو عجز ، بل تسلب أمانة التكليف ـ كما قلنا ـ في مثل هذا التصرف **من اصحابه** ، ويُجتهد في اتخاذ المناسب والملائم

---

(١) ومبدأ سياسة التشريع هو الذي تستند اليه الاحكام والتصرفات والتدابير الاجتهادية : الادارية ، والدستورية ، والمدنية ، والاقتصادية، والقضائية، والأمنية ، التي يتم بها تدبير شؤون الامة داخلا وخارجا مما يتصل بالعلاقات الخارجية التي تربطها بغيرها من الدول ـ راجع السياسة الشرعية والفقه الاسلامي ص ٧ وما يليها ـ لفضيلة الاستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج ـ شيخ الجامع الازهر سابقا .
ويقول ابن عقيل من ائمة الفقه الحنبلي في تعريف السياسة الشرعية اصطلاحاً : « السياسة ما كان فعلاً (تدبيراً او نظاماً) يكون معه الناس اقرب الى الصلاح ، وابعد عن الفساد ، **وان لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحي** » . الطرق الحكمية ـ ص ٣ وما بعدها ـ ابن قيم الجوزية .
ويقصد بما لم ينزل به وحي : اي من النصوص الجزئية التي تشهد بالاعتبار للتدبير او الاجراء او الحكم الشرعي السياسي ، وإلا فانه لايعتبر إلا اذا استند الى مبدأ من المبادىء الكلية المحكمة في الشريعة ، ولم يناقض حكما تفصيليا يثبت انه تشريع عام ودائم بالكتاب او السنة .
وعلى هذا ، فلكل حكم أو تدبير او نظام اجتهادي ، تقتضيه حاجة الامة ، وصيانة كيانها ، هو من السياسة الشرعية ، متى كان مستنداً الى احد المبادىء الكلية الثابتة المحكمة ، او روح التشريع ، ولم يناقض حكماً تفصيلياً ثابتاً ودائماً ، كما قلنا ، لان تلك المبادىء الكلية المحكمة ، لايقصد بها الشرع ، الا تحصيل المصالح، ودفع الاضرار والمفاسد. المرجع السابق.

والزاجر من الاجراءات والتدابير والوسائل : **قضاء او حسبة** ، ولو لم يكن منصوصاً عليها بعينها ، ولا كان لها نظراء ، لقمع الغش ، وكسر الاحتكار ، ومقاومة الغلاء ، ليستقيم أمر التعامل ، على النصح والعدل والتعاون على البر ، ويحفظ حق الغير الذي قوامه مصالح الناس في مرافق معايشهم ، وصحتهم وأموالهم ، وهو مقصد شرعي قطعي ، والا فلم وجد القضاء ، والحسبة والدولة ؟

وهذا مؤدى قول عثمان بن عفان ــ رضي الله عنه ــ : « إن الله يَزَعُ بالسلطان ما لا يزع بالقرآن »[1] .

وكذلك قول عمر ــ رضي الله عنه ــ : « لا ينفع تَكَلُّم بحق لا نفاذ له » .

إذن ، كل مؤيد اجتهادي ، لحراسة الوازع الديني ، وتنفيذ مقتضاه ، يستند أساساً الى **مبدأ سياسة التشريع** ، وبذلك يمكن أن تتحول الاحكام الديانية الى قضائية أو نظم ادارية ، لتنفذ بسلطان الدولة ، رعاية للصالح العام ، عند الاقتضاء .

وهو مبدأ عظيم يستند بدوره الى القواعد الكلية المحكمة في الشريعة ، تمده بالاحكام والنظم الاجتهادية التي يتم بها تدبير شؤون الامة في كافة نواحي حياتها .

ولا ريب أن قاعدة الذرائع ، من أهم القواعد التي تُثْري ذلك المبدأ ، وتكسبه مرونة وحيوية .

ومؤدى هذه القاعدة الثابتة قطعا ، ان « **كل فعل في الاصل مشروع ، يصبح غير مشروع ، اذا ادى الى مآل ممنوع** » .

---

(١) قدمنا ان ابا حنيفة كان يرى ان المالك مامور **ديانة** ــ لا قضاءً ــ الا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، حتى اذا تغير الظرف ، ووهن الوازع الديني ، راينا صاحبيه ، ابا يوسف ومحمداً ، يفتيان بوجوب ذلك **قضاء** لا ديانة فحسب ، ويعلل الإمام الزيلعي ذلك بقوله : « استحسانا ولاجل المصلحة » ــ تبيين الحقائق : جـ ٢ ، ص ١٩٦ .

ومما ينهض بمبدأ سياسة التشريع أيضاً ، ويجعل منه خطة تشريعية اجتهادية عملية واقعية في تدبير شئون الأمة داخلاً وخارجاً ، ومواجهة الوقائع والظروف المتجددة ، قاعدة الاستحسان عند الحنفية ، وقاعدة : « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » وهي أساس « فقه الاحتياط » عند المالكية ، كما ذكرنا ، اذ يقول الإمام الشاطبي : « إن هذه الشريعة تقوم على أساس التحرز والاحتياط ، ودرء كل ما يؤدي الى مفسدة »[1] . فضلاً عن مبدأ سدّ الذرائع .

وكذلك قاعدة : « **تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة** »[2] وتصرف نوابه وموظفيه ، ولذا صيغت هذه القاعدة صياغة مطلقة على وجه لا يقيد التصرف بالإمام وحده ، فقيل (**التصرف على الرعية منوط بالمصلحة**) باطلاق ، وقاعدة : « المصلحة العامة مقدمة »[3] ومبدأ الاكراه على التعاقد بحق ، ومبدأ المثلية ، أو مقاربة التساوي بين البدلين في التعامل ، تحقيقاً للتوازن بينهما ، وهو أصل من أصول العدل في تشريع المعاملات في الاسلام ، ولا سيما عند طروء الأزمات ، وغير ذلك .

فرعاية المصلحة العامة هي أساس الولاية على الرعية .

هذا ، ونظام « الحسبة » من أهم النظم التي تستند الى مبدأ سياسة التشريع ، كما ذكرنا .

قلنا إن مؤيدات منع جريمة الاحتكار ، ومقاومتها ، في الفقه الاسلامي ، جاءت على نوعين أساسيين :

الاول : الوازع الديني ، وهو الاصل . **الثاني** : وازع السلطة الدنيوية .

---

(١) الموافقات : جـ ٤ ، ص ١٩٦ وما يليها . الفتاوى : جـ ٣ ، ص ١٣٩ وما يليها ـ ابن تيمية . ـ شفاء الغليل : ص ١٩٩ ـ ٢٠٣ للإمام الغزالي.

(٢) الاشباه والنظائر ـ للسيوطي .

(٣) الموافقات : جـ ٤ ، ص ١٩٦ وما يليها .

أما الوازع الديني فيغرسه ما جاء في أحاديث تحريم الاحتكار من تهديد ووعيد بالعذاب الشديد . وهو ينبع من أصل العقيدة .

اما الثاني : فهو أكبر مظهر لتدخل[1] ولي الامر . من أجل رعاية المصلحة العامة التي هي أساس ولايته على الرعية ، كما أسلفنا .

ـ ونعرض الآن اجتهادات الأئمة التي تستند أساسا الى مبدأ سياسة التشريع في الاجراءات والتدابير . لتتخذها سلطة الدولة الاسلامية في مقاومة الاحتكار . تأييداً لمنعه .

أولاً : جبر المحتكر على اخراج المادة المحتكرة المخزونة . وطرحها في السوق. ليبيعها هو بالسعر التلقائي الحر الذي كان سارياً قبل الاحتكار . مع زيادة يتغابن الناس في مثلها عادة[2] ، إزالة للظلم عن الناس . وتحقيقاً للربح المعقول للتاجر . توفيقاً وتنسيقاً بين المصلحتين[3] ، وهو اتجاه الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة . وغيرهم .

جاء في البدائع : « يؤمر المحتكر بالبيع ، **إزالة للظلم** ، لكن انما يؤمر ببيع

---

(١) يطلق الفقهاء على « التدخل » كلمة « **التعرض** » فيقال مثلاً فيما يتعلق بالتسعير ممن لا يراه : « ولا ينبغي للإمام أن يسعر ، ولا يجوز **التعرض** لحقهم » اي التدخل في حقوق التجار ، ونشاطهم الاقتصادى ـ رد المحتار جـ ٥ ، ص ٣٥٢ .

(٢) يسبق هذا الاجراء عند بعض الفقهاء وعظ الحاكم للمحتكر ، وتهديده ، وزجره ، اولا وثانيا ، ثم حبسه وتعزيره ، حتى يمتنع عن الاحتكار ، واخيرا جبره على بيع ما زاد عن مؤونته وعياله مدة سنة ، بل يبيع عليه اذا تمرد ـ تبيين الحقائق : جـ ٦ ، ص ٢٨ للزيلعي ـ البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ للكاساني .

(٣) وهو ما تقضي به مباني العدل وموجهاته في التشريع الاسلامي ـ اصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي ـ بحث موجهات العدل ومبانيه ـ ص ٢٥٦ و ص ٢٦٨ و ص ٢٩٢ و ص ٢٩٨ ـ للمؤلف .

ما فضل عن قوته ، وقوت أهله[1] واذا أصرّ على الاحتكار ، يعظه الإمام ويهدده ويزجره ، ويعزره ويحبسه ويأمره بالبيع ، وهذا باتفاق أئمة الحنفية[2] ، هذا والإمام أبو حنيفة وان كان لا يرى الحجر على البالغ العاقل . غير أنه يرى الحجر عليه في مثل هذه الحال دفعاً للضرر عن العامة .

وجاء في الدر : « اذا احتكر الانسان رزقاً ، يأمره القاضي ببيع ما فضل عن قوته، وقوت أهله، فان لم يبع،**عزّره** القاضي بما يراه رادعاً له، **وباع عليه طعامه** ، (أي كرّها) وفاقاً على الصحيح[3] .

وقد بينت الغاية أو المصلحة التي يستهدفها الامر بالبيع ، أو البيع عليه وتعزيره بالوسيلة التي يراها الإمام ناجعة ، اذ صرحوا بأنه لإزالة الظلم ، فهو إذن اكراه على التعاقد بحق وعدل ، **فيؤخذ به** ، وتترتب عليه آثاره .

وهو ما صرح به أئمة المالكية أيضاً[4] ، فمبدأ الاكراه على التعاقد بحق وعدل يستند الى سياسة التشريع ، كما ترى .

اما المالكية : « فقد جاء في المنتقى ، قال ابن حبيب : « يخرج من يده الى أهل السوق ، يشتركون فيه بالثمن ، فان لم يعلم ثمنه ، فيسعره يوم احتكاره » .

ويوجه الإمام الباجي هذ الاجراء بقوله : « إنه لما كان هذا الواجب عليه ،

---

(١) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ للكاساني .

(٢) حاشية ابن عابدين : جـ ٥ ، ص ٣٥٢ ـ ملتقى الابحر : جـ ٢ ، ص ٥٤٧ ـ الهداية : جـ ٤ ، ص ٧٤ ـ الاختيار : جـ ٣ ، ص ١١٦ .
هذا ، ويرى الإمام علي ـ كرم الله وجهه ـ ان يوقّع على المحتكر عقوبة تعزيرية بدنية ، اذا لم يقلع عن الاحتكار بعد نهي الحاكم إياه ، بقوله في رسالته الى النخعي ، عامله على مصر : « فمن قارف حكرة بعد نهيك إياه ، فنكّل به ، وعاقبه في غير اسراف » .

(٣) الدر المختار : جـ ٥ ، ص ٢٧٨ .

(٤) الاعتصام : جـ ٢ ، ص ١٢٠ للشاطبي .

فلم يفعله . أجبر عليه ، وصرف الحق الى مستحقه »[1] ، فالاكراه على التعاقد إذن الزام بأداء الواجب كرهاً . وأداء الواجب عدل ، وإلا لما كان واجباً ، أو بعبارة أخرى إن ايصال الحق الى مستحقه عدل . ومنعه ظلم .

فمبدأ التراضي . إنما يتسق مع ما تقتضيه آمانة التكليف عملاً ، من تجنب الظلم والترفع عن التسبب في الضرر . حتى اذا ضعف الوازع ، **كان الإكراه على ما يقتضيه العدل** ، سياسةً ، لان إعمال مبدأ الرضائية في مثل هذه الحال لا يجدي ، بل قد يفضي الى الظلم العام . مما يرفضه الشرع قطعاً .

اما الشافعية : فقد جاء في نهاية المحتاج :

« **ويجبر** من عنده زائد عن ذلك ــ أي عن مؤنة عياله ــ على بيعه[2] ــ » .

والحنابلة ــ متقدموهم ومتأخروهم ــ لا يخرجون عن مبدأ الجبر على البيع دفعاً للظلم . وقياماً بالواجب ، جاء في كشاف القناع : « **ويجبر** المحتكر على بيعه ، كما يبيع الناس ــ أي بالسعر العام في السوق ــ دفعاً للضرر ... وكذا السلاح ان احتاجوا اليه » .

وجاء في فقه متأخري الحنابلة ما يلي : « ان لولي الأمر أن **يجبر** أهل الصناعات[3] على ما يحتاج اليه الناس من صناعاتهم كالفلاحة ، والحياكة ،

---

(١) المنتقى : جـ٥ : ص ١٧ للباجي ــ الاعتصام : جـ٢ ، ص ١٢٠ ــ للشاطبي .

(٢) نهاية المحتاج : جـ ٣ : ص ٤٥٦ ــ للرملي . ــ هذا ، ويفرق الإمام الشاطبي بين الاكراه بطريق غير مشروع ، وبين الاكراه بطريق مشروع ، ويعد من الاول الاكراه على طلاق الزوجة ، اما اذا اكره بطريق صحيح ، فانه يؤخذ به ــ المرجع السابق للشاطبي ــ وارى ان هذا من باب تعارض المصلحة الخاصة مع العامة ، وهذه الاخيرة قاضية على الاولى شرعاً وعدلاً ، فيجب التوفيق ، بمقتضى قواعد الشرع ، ولا يلتفت الى رضا المتعاقدين او احدهما .

(٣) الحسبة لابن تيمية : ص ١٤ ــ ٢٥ .
وحكم الاجبار ــ كما ترى ــ شامل **للعامل** الاجير في الفلاحة ، كما يشمل

والبناية[1] ... فانه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك ... »[2] ، وهذا تفقه عميق ودقيق لروح التشريع .

هذا ، وان سلب سلطة التصرف في الحق ، ممن يثبت أنه ليس أهلاً له ، **مقصد شرعي** ، [3] وهو المقصود بسلب أمانة التكليف من الافراد في مواقع تصرفاتهم الضارة ، وفيه اشارة الى ما للحق في التشريع الاسلامي من وظيفة اجتماعية ، يجب على صاحبه أداؤها ، ويجبر على ذلك إن تقاعس ، استثناءً من القواعد ، درءاً لتعسفه .

٢ ـ البيع على المحتكر اذا تمرد :

اذا أصر المحتكر ـ تعنتاً وتمرداً ـ على الامتناع عن البيع بالسعر التلقائي في السوق الذي يحدده قانون العرض والطلب ، تولى الحاكم ـ أو نوابه ـ بيع سلعه نيابة عنه ، وبالسعر الذي كان سارياً قبل الاحتكار ، عدلاً ، حتى لا يُضارَّ هو ، ولا الناس .

ـ هذا ، ولا يترك « **العدل** » لإرادات الناس اذا تهاونوا في تنفيذ مقتضاه ، لان اطّراح العدل ظلم محرم شرعاً ، وكل اجراء يؤدي الى تحقيق الحق والعدل فهو من الشرع .

المالك للارض ، ايضا ، من باب اولى ، فلا يجوز للمالك ان يمتنع عن فلاحة ارضه واستثمارها بدون عذر معقول ، بالنظر لما يترتب على موقفه السلبي هذا ، من ضرر بالناس عامة ، وبالفقير بوجه خاص ، اذ يحرم من زكاة الزروع والثمار المقررة له شرعاً ، فاستثمار الارض والمال بوجه عام ـ كما يقول الشاطبي ـ من ضروري الحفظ ، اي من المقاصد الضرورية في حفظ المال ـ الموافقات ـ بحث السنة ـ جـ٤ ، هامش ص٣١ .

(١) تفادياً لأزمة المساكن ، ولا ريب انها اذا استحكمت اضرت بالناس ضرراً فاحشاً يؤثر على وضعهم الاقتصادي والاجتماعي ايما تأثير .

(٢) الطرق الحكمية : ص ٢٨١ وما يليها ـ ابن القيم .

(٣) مقاصد الشريعة : ص ١٦٤ ـ الشيخ الطاهر بن عاشور .

وهذا الإجراء[1] اتفق عليه الحنفية[2] ، والمالكية[3] ، والشافعية[4] ، والحنابلة[5] ، والزيدية[6] ، والامامية[7] ، كما أشرنا ، وأتينا بالنصوص الدالة على ذلك من واقع مصادر فقههم .

٣ ـ حرمان المحتكر من الربح ، واخذه منه ، عقوبة ، ومعاملة له بالنقيض :

هذا ضرب من التغريم بالمال عقوبة تعزيرية على معصية الاحتكار .

جاء في المنتقى للإمام الباجي : « وأما اذا اختزنوا ، (احتكروا) وأضروا بالسوق ، فانه يباع عليهم ، فيكون لهم رؤوس أموالهم ، والربح يؤخذ منهم ، فيتصدق به ، أدباً لهم « عقوبة لهم » وينهون عن ذلك[5] » ، فالمالكية ـ كما ترى ـ يجعلون لولي الامر حق التدخل فوراً ومن أول الامر ، ليبيع مال المحتكر كرها ، دون أن يسبقه اجراء جبره ، على أن يتولى هو البيع بنفسه أولا .

أما المعاملة له بالنقيض ، فلأن نيته السيئة في الاستغلال ، ونزعته المفرطة في الربح[6] تقتضي ذلك . وهذه العقوبة قررها بعض الفقهاء سياسة إذ لم يرد نص

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ١ ، ص ٧ وما يليها .
(٢) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ ، تبيين الحقائق : جـ ٦ ، ص ٢٨ .
(٣) القوانين الفقهية : ص ٢٨١ ، لابن جزيء ، المنتقى : جـ ٥ ص١٧ للباجي.
(٤) نهاية المحتاج : جـ ٣ ، ص ٤٥٦ . (٥) الحسبة لابن تيمية : ص ١٤ـ ٢٥ . الانصاف : جـ ٤ ، ص ٣٣٩ . (٦) البحر الزخار : جـ ٣ ، ص ٣١٩ . (٦) المختصر النافع : ص ١٤٨ .
(٥) جـ ٥ ، ص ١٧ وما يليها ـ والى هذا ذهب « الإباضية » ايضاً ، والحرمان من الربح ضرب من التغريم بالمال على معصية الاحتكار تعزيراً .
ـ وجاء في فقه الإباضية : « ولا يترك المحتكر يبيع بأكثر مما اشترى ، بل يجبر على البيع **كما اشترى** ... وقيل : إن أخذ منه (صودر) حين الفراغ من العقد قبل الانتظار (التربص للغلاء) أجبر على البيع ، ولو بربح ، وان قبضوا عليه **بعد الانتظار** ، أجبر على ان يبيع بمثل ما اشترى، **وقد يمنع من الربح مطلقاً** ، لسوء نيته « موسوعة جمال عبد الناصر » جـ ٤ ص ١٩٩ نقلا عن شرح النيل جـ ٤ ص ١٠٤ .
(٦) وجاء في القوانين لابن جزيء : « ان من اشترى الطعام من الاسواق ، واحتكره واضر بالناس ، فان الناس يشتركون فيه بالثمن الذي اشتراه به » ، ص ٢٤٧ ، جـ ٢

بخصوصها ، منعاً للاستغلال المحرم ، لانه من الكبائر ــ كما علمت ــ فهو كالربا ، كسب خبيث بالانتظار والتربص .

٤ ــ مصادرة الحاكم للمال المحتكر اذا خيف الهلاك على اهل البلد ، وتفريقه عليهم[١] للضرورة :

ــ مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع[٢] ، لقوله تعالى : « وقد فصّل لكم ما حرم عليكم ، إلا ما اضطُررتم اليه » . ولقوله تعالى : « فمن اضطُرّ في مخمصة غير متجانف لإثم ، فان الله غفور رحيم » ، قالوا : للمضطر أن يأكل من مال الغير جبراً عنه ، لسد الرمق بثمن المثل[٣] ، وهو قدر متفق عليه بين أئمة المذاهب اذا بلغت الحال بالناس حدّ الضرورة[٤] والمجاعة ، والاحتياج العام يأخذ حكمها ، من حيث الاستثناء ، كما قدمنا .

٥ ــ تنظيم الاستهلاك ، بتوزيع المواد الغذائية وغيرها بالقسطاس المستقيم عدلا:

ذهب المالكية الى أنه لا يجوز لأحد أن يشتري من السوق ــ وقت الضيق ــ ما يضيق به على المسلمين ، فلا يشتري إلا قوت أيام أو أشهر ، أو أقل حسب الاحوال .

وأما فعل الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ من أنه كان يدّخر لعياله قوت سنة ، فمحمول على حال السعة . وهذا ما نقله القاضي عياض عن أكثر العلماء[٥].

---

(١) المراجع السابقة : في فقه المذاهب الآنفة الذكر .

(٢) والقاعدة الفقهية المحكمة مؤداها ان « الضرورات تبيح المحظورات » .

(٣) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ . هذا بالنسبة لفرد ، دفعاً للضرر عنه ، وابقاء على حياته ، وهو مقصد شرعي قطعي ، فبالنسبة للامة ، من باب أولى .

(٤) الاشباه والنظائر ــ القاعدة الخامسة ــ للسيوطي .

(٥) المنتقى : جـ ٤ ، ص ٢٢٨ .

وهو ما أكده التلمساني بقوله : « ومن أراد في الغلاء ، أن يشتري عَوْلة (مؤنة) سنة ، لم يمكّن من ذلك .. »[1] .

وهذا بظاهره يشمل التجار وغيرهم ، كما أشرنا .

فالشريعة تراعي حق أفراد الأمة كافة على السواء ، وبالقسطاس المستقيم ، اذا اقتضت الحاجة ذلك ، لاسيما حق الضعفاء والفقراء الذين لا يملكون امكانية اختزان أقوات سنة كاملة ، أو لم يكن القوت من الوفرة بحيث يستطيع الناس ذلك . يؤيد هذا حديث الاشعريين[2] .

ويشير الإمام الشاطبي الى هذا المبدأ العام في مثل هذه الحال بقوله : « **إسقاط الاستبداد ، والدخول في المواساة ، على سواء ، وهو محمود جداً** »[3] .

٦ ـ الاحتكار الواجب ، او الاختزان الاحتياطي ، الذي يجب ان تقوم به الدولة، للسلع التي ثبت ان الناس يحتاجون اليها ، لحل الازمات عند الاقتضاء ، مقاومة لاحتكارها ، عن طريق المنافسة الحرة ، مما تقتضيه سياسة التشريع .

هذا اجراء قرره الفقيه المالكي « الأبّي» في شرحه على صحيح مسلم ، واقعاً تاريخياً ، بما قام به بعض الخلفاء المسلمين ، ومن شأنه أن يبقي على المنافسة الحرة ، ويقاوم الاحتكار في الوقت نفسه اذ يقول : « إنه كان اذا غلا السعر ، ترفق

---

(١) تحفة الناظر : ص ١٢٨ . وهو اجراء وقائي قبل الوقوع ، كما ترى . وهذا ما صرح به الشافعية : « ان من عنده زائد على كفايته ومؤنته سنة، يجبر على بيعه في زمن الضرورة ، بل قالوا : إنه اذا اشتدت الضرورة يجبر على بيع ما عنده ، ولو لم يبق كفاية سنة » . وهذا اجراء علاجي بعد الوقوع . والنص العام ـ كما ترى ـ يشمل التاجر وغيره .

(٢) روي عن الرسول ﷺ انه قال : « إن الاشعريين اذا ارملوا في الغزو ، او قل طعام عيالهم بالمدينة ، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ، ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد ، فهم مني ، وأنا منهم » . ـ الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٥٣ .

(٣) المرجع السابق : جـ ٢ ، ص ٢٤٧ .

(الخليفة) بالمسلمين : **فامر بفتح مخازنه، وأن يباع بأقلّ مما يبيع الناس ، حتى** يرجع الناس (المحتكرون) عن غلوّهم في الاثمان ، ثم يأمر مرة أخرى ، أن يباع بأقل من ذلك ، حتى يرجع السعر الى أوله[٢] ، أو القدر الذي يصلح بالناس ، حتى يغلب الجالب والمحتكرين بهذا الفعل ، وكان ذلك من حسن نظره »[١] أي سياسته وتقديره وحكمته ، ورعايته للمصلحة العامة .

ـ ويلاحظ ، أن الإمام الأبّي لم يفرق بين الجالب والمحتكر ، اذا تغاليا في الاسعار ، اذ اعتبر صنيع الخليفة هذا ، مقاومة لهما .

٧ ـ الاستيراد لمقاومة الاحتكار :

قد ترى الدولة أن خير وسيلة لكسر الاحتكار ، هو استيراد المادة التي يتعلق بها الاحتياج العام ، وإفاضتها على السوق ، ليكثر عرضها ، فينخفض سعرها ، وهو ضرب من المنافسة الحرة المشروعة أيضاً ، كما ترى ، وقد علمت أن المستورد هو من عبر عنه في الحديث بالجالب ، والرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد اعتبر الجالب الذي يوسع على الناس ، ويحل أزماتهم ، مرزوقاً ميسراً عليه في الربح ، وهو على النقيض من المحتكر ، قصداً وفعلاً ، والحديث بإطلاقه شامل لكل جالب ، ولو كان الدولة ، بخلاف ما اذا احتكر وضيق على الناس .

هذا ، وعلى الدولة ـ في الاصل ـ حل الأزمات ، اذ هي المنوط بها أساساً

---

(١) الى ما كان عليه قبل الاحتكار والتحكم ، وهو شبيه بما تقوم به بعض الدول اليوم من اقامة المؤسسات الاستهلاكية ، او الجمعيات الاستهلاكية، لكسر الاحتكار ، ومقاومة التغالي في الاسعار .

(٢) ج ٤ ، ص ٣٠٤ ـ ٣٠٥ ـ المنافسة الحرة المشروعة اذا كانت وسيلة ناجعة لكسر الاحتكار على الوجه الذي بينا ، كانت واجبة ، وهي ـ في تقدير المشرع ـ افضل من التسعير الجبري ، لمكان الاكراه فيه ، ولكونه سبباً لإخفاء السلع في كثير من الاحيان ، إلا اذا كانت الازمة قد تعين لحلها التسعير .

رعاية الصالح العام . وعدم ترك ذلك لمحض ارادة الافراد من الجالبين . واختيارهم . ليحلّوا الأزمات . اذ قد يطمعون . وأيضاً الاستيراد يجب أن يكون موقوتاً ، حتى تعمل الدولة على تحقيق اكتفائها الذاتي ما أمكن ، لان الحاجة في أصلها ضعف وسببها تخلّف . ولا يجوز للدولة أن تُبقي الامة على ذلك . أو أن تعمل على اضعافها بالاعتماد على غيرها دائماً . فيما تحتاج اليه ، الا عند الضرورة ، كما يشترط أيضاً ألا تنقلب الدولة نفسها محتكرة ولو كانت جالبة ، اذ الضرر لا يزال بضرر مثله . وقد يكون الضرر منها أشد .

٨ ـ منع التصدير(١) اذا اضر بالناس :

ـ لا يجوز للدولة أن تصدّر أي مادة أساسية ضرورية تمس حاجة الناس اليها ، ولا سيما ما يتعلق منها بالغذاء والكساء ، لان التصدير اذا أضر بالعامة كان في **معنى الاحتكار ، من حيث الاثر** ، وقد جاء في تحفة الناظر للتلمساني ، ما يؤكد هذا المعنى ، حيث يقول : « **من معنى الاحتكار نقل الطعام من بلد الى بلد آخر ، فيمنع منه ، اذا اضر ، ويسوغ اذا لم يضر في المشهور** »(٢) ، ونقول بل يجب اذا ازداد وفرة بحيث يغطي أضعاف حاجات الناس ، حفظاً على المال الذي هو من ضروري

---

(١) التصدير للمادة الفائضة عن حاجة الدولة ، واجب شرعاً محافظة على المال ، وسداً لحاجاتها من السلع الاخرى المستوردة ، بأثمان الصادرات التي تحصل عليها ، والتصدير انما يكون لحصول تمتاز الدولة بوفرة انتاجه بالنظر لجغرافيتها الاقتصادية ، وقد ترى الدولة تصدير انتاج آخر ليس اساسياً لحياة الناس ، بأن كان من المرفهات ، أو الكماليات اذا كانت في حاجة الى أثمان هذه الصادرات لسد حاجاتها الاخرى الاكثر اهمية ، والوفاء بمصالحها الحيوية ، مما يفرضها عليها وضعها السياسي مثلا ، كشراء الاسلحة ، فيوازن حينئذ بين المصالح من حيث الاهمية ، ويقدم الاهم على المهم دائماً .
وهكذا ترى ، أن التصدير يختلف حكمه شرعاً ، من الحل والحرمة ، باختلاف ظروف الدولة ، وأحوالها ، من الوضع السياسي أو الجغرافي الاقتصادي . كما يختلف حكمه تبعاً لنوع المادة المصدرة ، ومدى قوة الحاجة اليها .

(٢) تحفة الناظر : ص ١٣١ ـ التلمساني ـ المغني : جـ ٤ ، ص ٤٧ ابن قدامة ، الانصاف : جـ ٤ ، ص ٣٣٩ علاء الدين المرداوي .

الحفظ . كما يقول الإمام الشاطبي . ولا يلقى في البحر . كما تفعل بعض الدول الاجنبية . فاذا كان النقل أو التصدير من بلد الى آخر . داخل حدود الدولة . في معنى الاحتكار ، فان هذا المعنى متقرر بصورة آكد . اذا صدّر الى خارج البلاد ، فيتقرر حكم المنع من باب أولى .

٩ ـ إحراق المادة المحتكرة عقوبة ونكالا :

روي أن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أحرق طعاماً محتكرا بمائةألف . وروي عن طريق ابن أبي شيبة أن علي بن أبي طالب أحرق بيادر[1] بالسواد كانت محتكرة[2] .

ـ ويتجه على هذا الاجراء . أنه ـ في الاصل ـ مناف لمقتضى الاصول العامة . من حرمة اضاعة المال في غير مقصد شرعي ، ولا سيما وقت الأزمات والغلاء ، لان تحريم اضاعة المال من حق الله تعالى ، فكان متعيناً أن يوزع على الناس ، ليسدوا حاجتهم . ومن الثابت أن المحافظة على المال من المقاصد الضرورية الخمسة القاطعة[3] .

ويمكن أن يجاب عن تصرف علي ـ رضي الله عنه ـ على هذا الوجه ، بأنه قد يحقق مقصداً شرعياً ، ـ في اجتهاده ـ وهو الردع والزجر ، اذ عقوبة التغريم على هذا الوجه من شأنها أن تترك أثرها البالغ في نفوس المحتكرين ، فتردعهم . وهي مصلحة تربو على مصلحة المحافظة على هذا القدر من المال المحرّق .

وسياسة التشريع تقوم على هذه الموازنة بين المصالح المتضاربة ، ويتخذ من الاجراءات ما من شأنه أن يحقق مقاصد التشريع .

---

(١) البيادر : المكان الذي تجمع فيه الحبوب ، والمقصود هو الحبوب نفسها .
(٢) المحلى : جـ ٩ ، ص ٧٨ ـ ص ٨٠ ، معالم القربة في أحكام الحسبة ص ١٢٢ لابن الاخوة .
(٣) الموافقات : جـ ٤ ص ٢٨ للشاطبي .

وأيضاً روي تأويل" لهذه الواقعة : مؤداه ، أن البيادر انما أحرقت لما اعتراها من الفساد ، دفعاً لضررها ، باتخاذها طعاماً ، لا لاحتكارها .

وأياً ما كان ، فنحن نرى ، أن سياسة الإحراق هذه لم تتمحّض أو تتعين إجراءً للردع ، ما دام ثمة اجراءات أخرى خير منها ، تقوم مقامها ، دون تضييع للمال . ولا سيما وقت الحاجة الماسة اليه ، فيجب الموازنة بين الوسائل من حيث الصلاحية ، وخفة الضرر ، والافضاء الى المقصود الشرعي ، فلم لا يكون رادعاً نزعُ المال من المحتكر ، ومصادرته ، وتوزيعه على الناس على أن يردوا قيمته بلا ربح ، دون أن يستضر المحتكر **في اصل ماله** ،وهو ما أشار اليه الإمام الشاطبي مبدأً يجب التزامه في مثل هذه الحال بقوله : « وأما المحتكر ، فانه خاطىء باحتكاره ، مرتكب للنهي . مضر بالناس ، فعلى الإمام أن يدفع إضراره بالناس على وجه لا يستضر هو به »[1] ، جمعاً بين الحقين ما أمكن ، والعقوبة هي حرمانه من الربح اصلاً معاملة له بنقيض قصده ، كما بينا .

١٠ ــ منع المنافسة غير المشروعة التي تفضي الى الاحتكار والتحكم في الاسعار ، مآلا (منع إرخاص الاثمان من قبل طائفة من التجار عن مستوى السعر العام في السوق) :

ــ قد تعمد طائفة من التجار ذات مركز اقتصادي قوي الى إرخاص الاثمان عن السعر العام في السوق الذي يحدده ما يسمى بقانون العرض والطلب ، فتمنع من ذلك ، دفعاً لضرر عام **متوقع غالبا** ، نتيجة لما تسفر عنه هذه المنافسة التي تعمد اليها تلك الطائفة من تحول سائر التجار عن السوق ، فتنفرد هي بالسوق ، لتتحكم بالسعر آخر الامر ، وهذا تدبير وقائي سياسي ، يحول دون التسبب في الضرر العام مستقبلاً .

أما ما روي عن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ من أنه قال لحاطب بن أبي بلتعة : « بع كيف تشاء » فذلك لعدم تحقق مناط التذرع لهذا المآل في

---

(١) الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٥٣ ــ للشاطبي .

اجتهاده ، كما أسلفنا ، وهذا المنع مقرر في الفقه المالكي[1] .

١١ ـ المنع من الهجرة الداخلية :

ـ هجرة القرويين الى المدن اذا أدت الى ضرر عام بأهلها ، يتخذ مظهر ارتفاع الاسعار ، وغلاء المعيشة، أو نشوء أزمة المساكن ، أو الاضرار باقتصاد الدولة، يجب منعها ، بالنظر الى هذا المآل الممنوع شرعاً ، اذ من الملاحظ أن هذه الهجرة تؤدي الى اهمال استثمار الارض الذي يؤثر بدوره في حجم الانتاج الزراعي والحيواني نقصاً ، والاهمال والنقص سبب من أسباب الغلاء بلا ريب .

أضف الى ذلك ، أن ازدحام المدن نتيجة لهذه الهجرة مما يؤدي الى نشوء أزمة السكن ، واستحكامها ، وشيوع البطالة في المدن ، وهو ضرر بالغ ينبغي ألا يستهان به من الناحية الاقتصادية والاجتماعية ، وعلى ولي الامر ، أن يجبر مالك الارض على استثمار أرضه ، وألا يبرحها عند الاقتضاء ، حتى لا يكون الاستثمار الى اختياره ، دفعاً للاحتياج العام ، أو الوفاء بالحاجة العامة التي هي حق لله تعالى ، كما علمت .

وأيضاً ، اهمال الاستثمار الزراعي أو استثمار المال بوجه عام ضرب من تضييع المال ، وهو محرم شرعاً[2] ، والتحريم حق الله تعالى ، ولا خيرة فيه للمالك ، أضف الى ذلك ، أن اهمال الاستثمار ينافي حكم الملكية في الاسلام ، من أنه يستهدف تحقيق مصلحة اجتماعية واقتصادية ، وهو ما يطلق عليه اليوم« **الوظيفة الاجتماعية للحق** » . فاذا كانت الملكية حكماً شرعياً ، أو ثابتة به ، فكل حكم مُعَيَّا بمصلحة ، اذ لا تجد في الشرع حكماً في تشريع المعاملات ، مسلوب الحكمة التشريعية ، أو

---

(١) المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٧ ، رسالة تعليل الاحكام ، ص ٦٤ ، للشيخ مصطفى شلبي .

(٢) ورد في الحديث ، ان النبي ﷺ نهى عن قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال ، والنهي يقتضي التحريم .

المصلحة التي شرع من أجلها . وإلا كان العبث والتحكم . كما أسلفنا . وكلاهما غير مشروع .

ولا ريب أن اهمال الاستثمار . أو الموقف السلبي من حق الملكية . من أوكد الاسباب المفضية الى الغلاء . لقلة المحصول . والى هذا يشير الإمام الشاطبي بقوله:

« ان **التنمية** من ضروري حفظ المال . خشية الا يفي ، **او ان يفنى** »[1] .

ـ ومن المقررات الشرعية أن تصرف الفرد ينبغي أن يكون ضمن ما تقتضيه المصلحة العامة .

هذا ، وقد تقتضي أوضاع الدولة الاقتصادية استثمار أنواع معينة من المحصول . لشدة الحاجة اليها بالذات . ولا ريب ان ترك الاختيار للفلاحين[2] . قد لا يساعد على سد هذه الحاجة . لجهلهم بها . فدفعا لهذا الضرر المتوقع ، أو اللجوء الى الاستيراد لهذه الانواع ، بأثمان مرتفعة ، يتعين على ولي الامر أن يحدد المناطق التي **يجبر** أصحابها على زراعة نوع معين من المحصول ـ الغلات أو الخضر ـ بناء على ما يقتضيه الصالح العام . بعد الاستعانة بالخبرة العلمية من حيث صلاحية الارض لنوع المحصول المقترح . ومدى وفرة انتاجه[3] وجودته .

---

(١) الموافقات : جـ ٤ ، ص ٣١ في الهامش . فقد اعتبر الإمام الشاطبي ان **التنمية** من الضروريات ـ وهي أعلى وأقوى مقاصد التشريع مستوى واعتبارا.

(٢) هذا ، وسياسة الدولة الاموية في عهد الخليفة عبد الملك بن مروان . اتجهت الى منع الهجرة الداخلية ، اذ اقتضت ذلك المصلحة العامة ، من توفير المال لتغطية نفقات الفتوح في السند ، وما وراء النهر في المشرق ، وشمال افريقية في المغرب ، وعلى تخوم الدولة البيزنطية في آسيا الصغرى ، وذلك لا يتأتى الا بابقاء الفلاحين في اراضيهم ، يستثمرونها سداً لحاجة الامة والدولة ، ونشر الدعوة الاسلامية . وكان الحجاج ـ وهو من ابرز ولاة الدولة الاموية ـ يمهر ذراع القروي بخاتم يترك اثرا لا يمحى ، يتضمن اسم الشخص ، وقريته التي ينتمي اليها ، ويعمل فيها ، منعاً من هروبه أو تحايله ، حتى اذا وجد يعمل في المدينة ، ارجع الى قريته وعوقب . ـ تاريخ الاسلام السياسي : جـ ٢ ، الدكتور حسن ابراهيم حسن .

(٣) نظرية المصلحة : ص ٢٣٤ ـ للدكتور حسان ـ الموافقات : جـ ٣ ص٢٠٦ .

وهذا من باب قضاء المصلحة العامة على الخاصة ، وتقييدها بها ، أو تقديمها عليها . عند الاقتضاء ، تحقيقاً لمبدأ التعاون ، والواقع أن لا تقديم هنا ، وانما هو توفيق بينهما .

١٢ ـ توزيع الدولة الاراضي التي تملكها هي على الناس ، وتوفير مواد البناء لهم ، بالثمن المعقول ، تمكيناً لهم من انشاء الابنية ، سداً لحاجتهم الماسة ، وحلاً لأزمة السكن ، وذلك من المقاصد الضرورية في التشريع الاسلامي ، اذ الواقع أن منافع الدور والمساكن ومحالّ التجارة وما اليها ، لا تقل أثراً وخطراً في حياة الناس ، عن أزمة المواد الاساسية الاخرى ، فارتفاع أجرها أو أثمانها ، ارتفاعاً فاحشاً يجاوز حد المعقول ، مما يؤثر على وضع الفرد بوجه خاص ، والأمة بوجه عام ، اقتصادياً واجتماعياً ، حاضراً ومستقبلاً ، وقد رأينا فقه متأخري الحنابلة ، والمالكية ، والإمام أبي يوسف من الحنفية ، **على تعميم حكم الاحتكار** ضرورة مجابهة مثل هذ الواقع بما يناسبه من اجراء ناجع ، وفي ضوء ما تقضي به سياسة التشريع ، لاجتثاث أصول الأزمة من منابتها ، ثم ناطت ذلك كله بولي الامر رأساً ، بما أولاه الاسلام من سلطات تقديرية واسعة ، مستعيناً بالخبرة العلمية المتخصصة ، والاجتهاد التشريعي معاً ، ضماناً لتحقيق ما تقتضيه المصلحة العامة التي هي أساس ولايته ، ومن ذلك كسر احتكار الاراضي المملوكة ملكية[1] خاصة من قبل طائفة من الافراد الاثرياء ، يتحكمون في أثمانها ، وكسر احتكار المقاولين للابنية ، المتغالين في أثمانها تغالياً غير معقول ، أيضاً ، فتدخل الدولة منافسةً لهم ، بتوزيع ما تملكه هي من أراضٍ على الناس ، بسعر عادل معقول ، وقدمنا ان الإمام أبا يوسف ، يرى أن الاحتكار في كل شيء حتى الذهب والفضة ، والثياب ، والارض أثمن من الذهب والفضة ، من حيث كونها مصدراً للخير والانتفاع ، زراعة وعمراناً ،

---

(١) راجع بحث الاستاذ المرحوم الشيخ ابي زهرة « التعسف في استعمال الحق » الذي القاه في اسبوع الفقه الاسلامي الذي انعقد في دمشق ، ونشر في كتاب اصدره المجلس الاعلى للعلوم والفنون والآداب بالقاهرة ص ٦٥٧ ـ سنة ١٩٦٠ .

فاحتكارها أشد ضرراً بالبداهة[1] .

على أن الاراضي التي تملكها الدولة انما هي ـ في واقع الامر ـ ملك للعامة ، ثم يملكها الافراد إما بالإحياء ، وإما بالشراء بالسعر المعقول ، تحقيقاً لصالحهم ، وذلك حسب ما يقتضيه وضع الدولة وأحوالها المالية والاقتصادية ، لان مردّ ذلك كله الى الامة ، بما يحقق مصالحها ومرافقها العامة في شتى مناحي حياتها .

وأيضاً : اذا كان للعامة حق يتعلق بملكية الافراد في ظروف الاحتكار والغلاء بالاجماع ، فلان يتعلق حقهم بما يملكونه هم ، ملكية عامة ، من باب أولى ، فيقتطعون منه ، كل حسب حاجته ، بالثمن المعقول ، وعلى حسب ما يراه الإمام محققاً للمصلحة الحقيقية المعتبرة شرعاً ! !

وأيضاً ، نص الفقهاء ـ كما قدمنا ـ على أنه لا يجوز أن يُبقي أحد في ملكيته ، وحوزته ، ما يزيد عن حاجته من القوت الضروري الذي به بقاء حياته وعياله ، عند الاحتياج العام ، بل يباع عليه جبراً ، فلأن يمتنع عليه أن يُبقي في ملكيته وحوزته ما يزيد عن حاجته من الاراضي الشاسعة ، في هذه الحال اذا كان يمتلكها ويتحكم في أسعارها ، أو يحبسها تربصاً بالناس الغلاء من باب أولى[2] ، فإما أن يبيع بثمن المثل ،

---

(١) المرجع السابق .
يؤكد هذا ، المبدأ العام ، من وجوب رعاية الحقين ، بقطع النظر عن نوع المادة المحتكرة ، لان دفع الضرر الناشيء عن فقدان المأوى ، لعدم تيسر الارض التي يشاد عليها الا بثمن فاحش ، مقصد شرعي ، وكذلك بالنسبة للفلاحين الذين لا يجدون الارض التي يستثمرونها ، ليسدوا حاجتهم ومن يعولونهم ، والاراضي الشاسعة بيد طائفة من الاثرياء ، يتحكمون في أسعارها ، ولا يستثمرونها ، الا ترى الى الإمام أبي يوسف حيث قال : « الاحتكار في كل شيء حتى الذهب والفضة والثياب » .

(٢) هذا ايضاً ، قول الإمام ابن تيمية : « اذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه ، فهنا يؤمرون بالواجب ، ويعاقبون على تركه ، وكذلك من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل ، فامتنع أن يبيع الا بأكثر منه ، فهنا يؤمر بالواجب (يجبر عليه) ويعاقب على تركه ، بلا ريب » ، الحسبة ص ٣٥ . وبنحوه الطرق الحكمية : ص ٢٧٨ ، لابن قيم الجوزية .

لا وكس ولا شطط . وإما أن يباع عليه جبراً . دفعاً للضرر العام ، وأداءً للواجب ويعاقب على تركه .

ـ وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن تيمية : « اذا امتنع الناس . من بيع مايجب عليهم بيعه . فهنا يؤمرون **بالواجب ، ويعاقبون** على تركه ، وكذلك من وجب عليه ان يبيع بثمن المثل . فامتنع أن يبيع إلا بأكثر منه . فهنا يؤمر بالواجب (يجبر عليه) ويعاقب على تركه . بلا ريب »[1] .

ـ ويقصد بالواجب هنا « **العدل** » اذ لا يجوز شرعاً أن يؤمر أحد بظلم . وهذا هو « النظر الشرعي » الذي يجب على ولي الامر المسلم أن يحمل الناس عليه . لان « ثمن المثل » ينطوي على تنفيذ مقتضى مبدأ رعاية الحقين ، في ظرف الاحتياج العام،أو عارض الأزمات الاقتصادية الحادة،مما نعاني اليوم من ارتفاع أثمان الاراضي والمساكن وغيرها ارتفاعاً غير معقول ، فلا تقف الشريعة مكتوفة الايدي أمام عارض[2] سوء تصرف المالكين ، وتحكمهم ، وتفاقم الضرر واستفحاله دون حل ، مهما كان نوع المادة المحتكرة ، لان دفع الضرر عن عامة المسلمين ، أيا كان منشؤه . مقصد شرعي قطعي .

١٢ ـ التسعير الجبري :

وهو ما نفرد له بحثاً خاصاً لكونه موضوعاً خصباً للاجتهادات الفقهية ، ومبدأ هاماً من مبادىء النظام الاقتصادي في الاسلام .

---

(١) الحسبة : ص ٣٥ ـ وبنحوه قال ابن قيم الجوزية ـ الطرق الحكمية ـ ص ٢٧٨ .

(٢) قدمنا ، ان كل عارض يطرأ ينشأ عنه مناط خاص ، او دليل تكليفي ، يعارض دليل حكم الاصل ، فتجب الموازنة ، والترجيح ، تبعاً للمآل : من المفسدة أو المصلحة الراجحة ـ وهذا من باب تحقيق المناط الخاص .

التسعير الجبري

١ ـ مقدمة :

قدمنا أن من المؤيدات الناجعة التي وضعتها الشريعة في يد ولي الامر ، لمقاومة الاحتكار « التسعير الجبري » بمشورة أهل الخبرة ، ضماناً لعدم الإجحاف بحق التجار وحق المستهلكين على السواء ، وسداداً لمقتضيات مرافق الدولة .

ـ وهو بحث اجتهادي يستمد أحكامه من قواعد سياسة التشريع ، ومعقول نصوص السنة المتعلقة به .

ـ هذا ، ولم نر أحداً من الفقهاء القدامى أو المحدثين ، من تولاه بما هو جدير به من البحث الفقهي الاصولي الشامل المتعمق .

وقد بينا ، أن سياسة التشريع ، وما يبنى عليها من أحكام ، تحتكم فيها « مقاصد الشريعة ومبادؤها العامة » ـ وهي أصول العدل ـ وعلى ضوئها ينبغي أن يجري تقدير كل دليل يدلي به المجتهد ، فيما لم يرد فيه نص ، كما تعتبر معياراً فقهياً أصيلاً في وزن كل توجيه استدلالي يعبر به الفقيه عن فهمه لدليله الخاص ، ومستنده الجزئي ، ولا سيما اذا كان نصاً[1] ، لمعرفة مدى مطابقة ذلك التوجيه

---

(١) قد يكون الدليل الجزئي غير نص ، كالعلة الجزئية المستنبطة من نص خاص في واقعة معينة ، ينبنى على اساسها حكم القياس في واقعة غير منصوصة ، اذا تحققت فيها تلك العلة ، لان « العلة » هي مبنى الحكم حيثما وجدت .

لما تقضي به تلك المقاصد القطعية ، لأنا قررنا في أكثر من موضع أن التشريع الاسلامي كل متسق لا تتناقض جزئياته وكلياته ، أو مع ما تقتضيه مباني العدل فيه[1] .

٢ ـ الفرق بين السعر والثمن :

ـ قبل أن نشرع في تحديد معنى التسعير فقهاً ، نرى أن نعرض اجتهاد بعض فلاسفة الفقهاء ، في التمييز بين السعر والثمن .

أ ـ « فالسعر ـ في اجتهاد هؤلاء الأئمة ـ هو ما تقع عليه المبايعة بين الناس ، بينما الثمن هو الشيء الذي يستحق في مقابلة المبيع »[2] .

ومعنى هذا ، أن السعر ، هو ما يكون نتيجة للمساومة ، أو القدر الذي يتحدد في السوق أثراً لما يسمى بقانون العرض والطلب .

وأما الثمن فهو القدر الذي يساوي قيمة المبيع في الواقع .

ب ـ للسعر معنيان في الفقه الاسلامي :

هذا ، ويرى هؤلاء الفقهاء ، أن الذي يوصف بالرخص والغلاء هو السعر لا الثمن ، غير أنهم يميزون بين نوعين من السعر :

احدهما : ما يكون أمراً حتمياً طبعياً ، دون افتعال أو تحكم من أحد من الناس ، وهذا المعنى هو المشار اليه في الحديث الشريف ، بقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « إن الله هو المسعّر » .

---

(١) راجع موجهات العدل ومبانيه في مؤلفنا ـ اصول التشريع الاسلامي ـ ص ٢٦٨ .

(٢) شرح الاصول الخمسة لقاضي القضاة عبد الجبار بن احمد ـ تحقيق المرحوم الدكتور عبد الكريم عثمان ، ص ٧٨٨ ، طبع مكتبة وهبة بالقاهرة ١٩٦٥ ـ التسعير في الاسلام ـ ص١١ ومابليها ، للاستاذ بشرى الشوربجي .

الثاني : ما يكون من قِبَل السلطان (الدولة) .

وفي هذا المعنى يقول القاضي عبدالجبار : « ثم إن الغلاء والرخص ــ السعر ــ ربما يكون من قبل الله تعالى ، وربما يكون من قبل السلطان » .

ثم يبين ما يؤثر في تحديد كلٍّ منهما بقوله : « أما ما يكون من قبل الله تعالى ، فهو أن يقلّ ذلك الشيء ، وتكثر حاجة المحتاجين اليه ، أو يكثر ذلك الشيء ، وتقل حاجة المحتاجين اليه »[1] . وهذا هو القانون الطبيعي الذي يسيطر على تحديد الاسعار ، رخصاً وغلاء ، ويسمى بالسعر التلقائي الحرّ .

أما النوع الثاني ، فهو « ما يكون من قبل السلطان (الدولة) ، بأن يسوم رعيته أن لا يبيعوا الا بقدر معلوم »[1] .

والخلاصة ، أن الاول سعر تلقائي حرّ ، والثاني تسعير مفروض محدد .

هذا ، وأشار الإمام التفتازاني الى سبب نشوء نوعي السعر أيضاً بقوله : « ويكونان ــ الرخص والغلاء ــ بما **لا اختيار** فيه للعبد ، كتقليل ذلك الجنس . وتكثير الرغبات فيه ، وبما له فيه **اختيار** ، كإخافة السبل ، ومنع التبايع ، وادخار الاجناس »[2] ولا يخرج هذا المعنى عن مضمون سابقه .

وأياً ما كان ، فان بحثنا مقصور على ذلك النوع من التسعير الذي يكون من قبل الدولة .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) يقصد بادخار الاجناس ، حبسها واحتكارها . شرح المقاصد ــ المجلد الثاني ص ١٦٢ ، المبحث الخامس ــ طبعة ١٣٠٥ ــ هـ ، بمصر .
ــ يسوم رعيته على الا يبيعوا الا بكذا ، يريدهم عليه . المصباح المنير .

٣ ـ اهمية التسعير الجبري :

الواقع أنه اذا كان تحريم الاحتكار بأدلة تكاد تبلغ القطع ، وما شرع الفقهاء له من مؤيدات اجتهاداً ، على النحو الذي رأيت ، من أهم مبادىء النظام الاقتصادي في الاسلام ، فان التسعير الجبري ، بما هو من أنجع مؤيدات مقاومة الاحتكار عملاً ، يعتبر مبدأ أساسياً في هذا النظام ، لان سياسة مقاومة الاحتكار ترتبط بسياسة التسعير الجبري ارتباطاً وثيقاً ، لوحدة الغاية ، فكان لذلك حرياً بالبحث المقارن .

أضف الى ذلك ، أن المقصد الاساسي في تشريع المعاملات في الاسلام ، هو تحقيق المصلحة والعدل ، والتسعير الجبري ، يقوم على أساس مكين منهما معاً ، وبرهان ذلك أمران :

احدهما : أن أهم دليل شرعي يستند اليه التسعير الجبري في اجتهاد الفقهاء القائلين به ، هو « **المصلحة المرسلة** » المتعلقة بحق العامة ، بالاجماع ، وبعض المحققين من الاصوليين قد أشار اليها صراحة في تعريف التسعير، كالإمام الشوكاني،[1] والإمام الباجي ، بصريح قوله : « ووجهه ـ أي ووجه التسعير الجبري ، أو مستنده ـ هو ما يجب من النظر في **مصالح العامة** » وقوله أيضاً : « وانما يُمنعون من البيع بغير السعر الذي يحدده الإمام على حسب ما يرى **من المصلحة فيه** »[2] .

الثاني : أن الفقهاء ، إذ علّلوا مشروعية الإلزام بالتسعير الجبري الذي يحدده الإمام ، بناءً على **المصلحة** ، قالوا : إنه إلزام بالعدل ، ومنعٌ من الظلم » . يقول الإمام ابن تيمية في هذا الصدد : « اذا تضمن ـ التسعير الجبري ـ **العدل** بين الناس ، ـ وهذا هو مناط التسعير الجبري ـ مثل **اكراههم** على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، **ومنعهم** مما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢٠ للشوكاني .
(٢) المنتقى شرح الموطا : جـ ٥ ، ص ١٨ .

المثل . فهو جائز بل **واجب** »[1] أي لان الالتزام بالعدل واجب طوعاً أو كرهاً . واذا كان الالزام بالعدل ، والمنع من الظلم ، يدخلان في مفهوم « **المصلحة** » التي هي أساس التسعير الجبري . في اجتهاد المحققين من الاصوليين والفقهاء ، كما رأيت ، دل ذلك قطعاً ، على أنهم يتصورون معنى « **العدل** » عملاً ، متمثلاً في المصلحة العامة الحقيقية المتوقعة[2] ، أو الواقعة فعلاً ، ولم يتخيلوه معنى فلسفياً مجرداً ، لذا تبدو لك أهمية هذا البحث من حيث صلته الوثقى بالمصلحة والعدل ، كما رأيت ، وهما أساس التشريع الاسلامي كله[3] .

٤ ـ تعريف التسعير فقهاً :

آ ـ جاء في كشاف القناع في الفقه الحنبلي في تعريف التسعير : « وهو ـ أي التسعير ـ أن يسعر الإمام ، أو نائبه ، على الناس سعراً **ويجبرهم** على التبايع به »[4] أي بما يسعره .

ب ـ وجاء في نيل الاوطار للشوكاني : « التسعير هو أن **يامر** السلطان ، أو نوابه ، أو كل من ولي من أمور المسلمين أمراً، أهل السوق، أن لا يبيعوا أمتعتهم

---

(١) الحسبة : ص ١٨ ، ص ١٩ . وانما كان التسعير الجبري منعاً من الظلم، لان الاحتكار محرم ، لما فيه من ظلم العامة ، كما يقول الإمام الكاساني ، والتسعير لمنع هذا الظلم . والواقع ان كلاً من تحريم الاحتكار وايجاب التسعير ذريعة شرعية لمنع الاستغلال ، حال الشدة وظروف الضيق ، والأزمات ، من اجل تحقيق المصلحة العامة ، وهي العدل في الشرع واقعاً وعملاً ، غير ان هاتين الذريعتين الشرعيتين وان كانتا مختلفتين حكماً ، اذ الاولى محرمة والثانية واجبة ، إلا انهما متحدتان هدفاً ، وهو تحقيق الصالح العام . وايضاً الاولى ثابتة في الشرع نصاً ، والثانية استدلالاً واستنباطاً .

(٢) راجع كتابنا : المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي ، ص ٣٢ وما يليها ، طبع دار الرشيد ـ دمشق .

(٣) بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ١٥٤ .

(٤) جـ ٣ ، ص ١٥٠ .

الا يسعر كذا ، فيمنعوا من الزيادة عليه ، أن النقصان ، **لمصلحة** »[1] .

جـ ـ وجاء في التيسير في أحكام التسعير : قال ابـن عرفة المالكي : « حـدّ التسعير ، تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قـدراً للمبيع المعلوم ، بدرهـم معـلوم »[2] .

د ـ وجاء في المغني[3] لابن قدامة الحنبلي : وهو ـ أي التسعير ـ أن يقدر السلطان أو نائبه سعراً للناس ، **ويجبرهم** على التبايع بما قدره » .

٥ ـ مناقشة ما ورد عن بعض الأئمة من تعاريف ونقده اصولياً :

آ ـ يلاحظ على تعريف كشاف القناع ما يلي :

اولا ـ عرف التسعير بالتسعير ، حيث يقول : « التسعير هو أن يسعر..الخ»، حيث أخذ في التعريف المعرّف ، فتوقف فهم التعريف على سابق معرفة بالمعرّف ، في حين أن هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف ، وهذا هو « **الدَّوْر** » الذي يعتبر أكبر عيب في التعريف ، فضلاً عن أنه ممنوع ، لانه لا يمكن أن يوصل الى الكشف عن حقيقة المعرف وكنهه ، فهو دوران في حلقة مفرغة لا تصل منه الى شيء .

---

(١) جـ ٥ ، ص ٢٢٠ .
أما التسعير لغة ، فهو الاتفاق على سعر ، أو تقديره ، والسعر هو الذي يقوم عليه الثمن ـ وسعّر النار : الهبها وهيجها ، ومنه قولـه تعالى : « وإذا الجحيم سعّرت » ، وسمّي الثمن المقدر سعراً ، لانه على ارتفاع غالباً ، مختار الصحاح ص ٢٩٦ للرازي ـ اساس البلاغـة ـ ص ٢٩٦ للزمخشري ، وفي المصباح المنير : سعّرت الشيء تسعيراً ، اذا جعلت لـه سعراً ينتهي اليه ، غير أن بعض الفقهاء قد فرق بـين السعر والثمن ، كما رأينا . هذا **والمصلحة** التي اشار اليها الإمام الشوكاني وغيره ، دليلا على ايجاب التسـعير ، ومسوغاً لتدخل ولي الامر شرعاً ، لتقييد حقوق التجار ، بما يقتضيه العدل في النشاط الاقتصادي ، تصلح دليلا أيضـا لتدخله في حقوق الافراد بوجه عام ، اذ لا فرق ، ما دام الغرض متحداً .

(٢) ص ٤١ ، طبع الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ـ الجزائر ـ للمجيلدي ـ تحقيق موسى لقبال ـ وابن عرفة من ائمة فقهاء المالكية .

(٣) جـ ٤ ، ص ٢٨٠ .

ثانياً ـ أظهر التعريف عنصر الإجبار ، وهو أساس في التسعير الشرعي ، من حيث هو مؤيد عملي ، لمنع التغالي في الاسعار .

ثالثاً ـ أطلق التعريف « المُسَعَّر عليهم » فلم يخصهم بأهل السوق بقوله : « على الناس » وبذلك يطابق مفهوم الاحتكار من حيث الشمول ، وهو منطق يتَّسق مع كون التسعير مؤيداً وقائياً لمنع وقوع آثار الاحتكار ، أو علاجياً بعد الوقوع .

رابعاً ـ بيَّن مصدر التسعير ، ليسبغ عليه صفة المشروعية ، وهو السلطان أو نوابه ، ولم يخصه بحاكم السوق .

ب ـ أما تعريف الإمام الشوكاني فيرد عليه ما يأتي :

اولا ـ أنه تفادى ما وقع فيه صاحب كشاف القناع من « الدور » فعرف التسعير بأنه أمر السلطان أو نوابه ، بألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا » ، ولو قال إلا بقدر معين من الدراهم ، لكان أدق من قوله بسعر كذا ، حتى لا يدخل المعرف بلفظه في التعريف .

ثانياً ـ أشار الى « **الاجبار** » الذي يقتضيه الامر ضمناً ، لان أمر السلطان أو نوابه واجب التنفيذ بسلطان الدولة ، لما له من حق الطاعة على الرعية شرعاً .

ثالثاً ـ قصر متعلَّق التسعير على **الامتعة** ، في حين أنه أوسع شمولاً ، اذ يتعلق بكل ما يضر بالناس احتباسه أو المغالاة في ثمنه أو أجره ، إلا أن يقال ، إنه أوردها تصويراً لما يغلب وقوعه في التبايع ، لا للتقييد ، فيتطابق حينئذ مفهوم هذا المؤيد ، والتعميم في المادة المحتكرة ، اذ التسعير مؤيد لمنع الاحتكار ، وهذا التفسير غير بعيد ، لانه يتفق وما ذهب اليه الشوكاني نفسه من التعميم في المادة المحتكرة .

رابعاً ـ ذكر غاية التسعير أو الدافع اليه أو مستنده ، وهو **المصلحة** ـ وهي من قواعد سياسة التشريع ـ والتعاريف وان كانت تصان عن ذكر غاية المعرف،

لان الغاية ليست جزءاً منه . غير أن ذكرها هنا ، يوحي بظرف التسعير ومآله ، وهو دفع الضرر العام ، وهو الدليل الموجب للتسعير .

خامساً ـ ذكر أن التسعير لا يجيز البيع بالزيادة ولا بالنقصان ، أما **الزيادة** فظاهر منعها ، للضرر العام ، وأما **النقصان** ، فلا نرى وجهاً لعدم جوازه في أوقات الشدة، بل نرى أن جوازه مما يتفق وحكمة التسعير نفسه، وهي نفع الناس وتخفيف الشدة عنهم ، بالوفاء بحاجاتهم ، بعوض المثل ، إلا اذا تحقق في هذا النقص مناط التذرع الى مآل ممنوع ، وهو الاحتكار ، فيصبح حينئذ منافسة غير مشروعة .

يؤيد هذا ، أن ثمة سياسة اقتصادية أخذ بها المالكية ، ومقتضاها : عدم جواز إنقاص أسعار السوق من قبل فرد أو طائفة ، لمضاربة اخوانهم التجار ، والاضرار بهم ، وهو نوع من المنافسة غير المشروعة ، ـ في فقههم ـ سواء أكان هذا في الظروف العادية أم في ظروف الشدة والغلاء التي اقتضت التسعير .

سادساً ـ بيّن التعريف من لهم صلاحية اصدار قرارات التسعير ـ وهم السلطان أو رئيس الدولة ـ أو نوابه وموظفوه ـ يدل على ذلك قوله : « أو من يلي من أمور المسلمين أمراً » ولم يخصه بحاكم السوق ، لعموم المسعر عليهم ، كما أشرنا .

جـ ـ أما تعريف ابن عرفة ، فقد بين مشروعية التسعير من حيث كونه صادراً عن الموظف المختص المسئول في الدولة ، وهو حاكم السوق المعين خصيصاً لشئونها، فخرج بذلك التسعير الصادر عن جماعة أو لجنة غير مسئولة ، اذ لا يكتسب مثل هذا التسعير صفة المشروعية والإلزام شرعاً ، كما هو ظاهر التعريف .

وعنصر « المشروعية » من حيث المصدر ، عنصر أساسي من مقومات مفهومه شرعاً .

أضف الى ذلك ، أن امتثال أحكام التسعير الاجتهادية ونفاذها ، لا يجب شرعاً على الرعية اذا صدرت عن شخص غير مسئول ، أو جماعة غير مسئولة ، لقوله تعالى:

« وأطيعوا الله ، وأطيعوا الرسول ، وأولي الامر منكم » أو من ينوب عنهم بتفويض منهم .

فعنصر المشروعية إذن منوط بالصلاحية المسئولة ، كفاءة ، وأمانة ، وعدالة ، لمن توليه الشريعة إياها ، ومن هنا ، **لم يضع التشريع الاسلامي اساساً لطاعة غير المسئول ، حتى ولو كان عدلاً** ، خلافا لما ذهب اليه بعض الإمامية ، من ان التسعير يصبح « من حق عدول المسلمين عند عدم التمكن من الوصول الى الحاكم »[1] اللهم الا اذا اختارتهم الامة نفسها أو أهل البلد ، للنيابة عنهم في التصرف في هذا الشأن عند الضرورة ، لتعلق حقهم به ، في الاصل .

هذا ، واذا كان المالكية قد أباحوا أن تتولى شئون التسعير لجنة من أهل السوق ، ومن الخبراء من خارج السوق ، خشية التواطؤ على سعر غير عدل ، فقد اشترطوا أن يكون تعيين هذه اللجنة من قبل ولي الامر نفسه ، أو أحد نوابه « الوزراء » ، وتحت اشرافه ، وبذلك لا تكون الصلاحية تلقائية ، بل مكتسبة من ولي الامر الذي يضفي على ما يصدر عنهم من أحكام عامة اجتهادية مصلحية ، صفة المشروعية التي تستلزم وجوب التنفيذ .

لا اساس لطاعة غير المسئول شرعاً ، ولو كان عدلاً ، فيما يتعلق بشئون الامة :

وعلى هذا فلا أساس لوجوب طاعة غير المسئول شرعا فيما يتعلق بالامة ، اذ لا يجوز التصرف في شئون الغير ، وحقوقهم ، دون ولاية منهم ، أو ولاية يقرها الشارع ، منعاً للافتئات والتحكم والفوضى التي لا يستقيم معها أمر المجتمع ، ان لم يصبه في مقدراته وحياته ضرر بالغ ، وبشرط أن يكون تصرفه عليهم محققاً لمصلحتهم واقعاً ، وعلى مقتضى النظر الشرعي[2] ، وما عهد في الشرائع ترك مصالح

---

(١) مفتاح الكرامة : ص ١٩ .

(٢) ولذا كانت تولية ولي الامر في الامة ، مقصداً اساسيا من مقاصد التشريع في الاسلام ، ثابتا بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول ، ولا يتسع المقام لبحث ذلك ، لانه موكول اليه ، حراسة الدين ، وسياسة الدنيا بالدين ، ـ راجع الاحكام السلطانية : ص ٣ وما بعدها ـ للماوردي .

الامة لشخص غير مسئول ، ولا لغير ذي ولاية شرعية ، ولو كان عدلاً وكفؤاً ، بل ليس لموظف آخر مسئول ، ولكنه غير منوط به خصوص أمر السوق ، أو أمر التسعير ، أن يتولى شئون التسعير ، وهو ما أشار اليه شارح كتاب ابن عرفة اذ يقول : « وقوله : حاكم السوق ، أخرج به : غير الحاكم ، وغير المسئول عن السوق ، اذ هو مسئول عن غيرها »[1] ، وهذا من باب توزيع الصلاحيات والسلطات حسب الكفاءات ، في شئون كل وزارة ، كما ترى .

ب ـ يومىء هذا التعريف الى أن تولي حاكم السوق التسعير ، للمصلحة العامة ، اذ لا معنى لتدخله ، الا من أجل رعايتها ، ولان تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة .

جـ ـ أما قوله « لبائع المأكول » فهو صريح في قصر التسعير على « المواد الغذائية » عامة ، دون التخصيص بالقوت ، فيشمل العسل والزيت ونحوه ، ويظهر لي أن ابن عرفة يميل الى قصر مفهوم الاحتكار على المواد الغذائية وما يعين عليها ، لذا جاء تعريفه للتسعير متسقاً مع ذلك المفهوم ، ويؤخذ عليه عدم التطابق بين هذا المفهوم الخاص ، ومفهوم الاحتكار العام .

د ـ يومىء التعريف أيضاً ، الى عنصر « الاجبار » لان صفة الحاكمية تقتضي هذا .

آ ـ أما تعريف الحنابلة القدامى (ابن قدامة) للتسعير ، فيتسم بكونه أكثر تعميماً من حيث متعلقه ، فلم يقصره على ما هو موجود في السوق ، اذ « التبايع » قد يكون فيما هو خارج عنها ، كبيع غلة الضيعة ، أو انتاج مصنع ناءٍ ، أو السلع المستوردة ، يؤيد هذا التعميم أيضاً ، التعميم على من يسعّر

---

(١) عن الرصاع : ص ٢٥٨ ـ ص ٢٥٩ . التيسير في احكام التسعير : ص ٤١ وراجع ايضا ، المنتقى على الموطأ للإمام مالك : جـ ٥ ، ص ١٨ وما يليها .

عليهم ، وهم « الناس » فلم يقصر التسعير على خصوص أهل السوق ، كما هو صريح في بعض التعاريف السابقة .

ب ـ لم يشر هذا التعريف الى تسعير الاعمال والمنافع .

جـ ـ صرح بعنصر الإجبار ، وعنصر المشروعية ، وهما مقومان أساسيان في التسعير الجبري ، كما تعلم .

٦ ـ ما اتفقت عليه هذه التعاريف في بيان حقيقة التسعير شرعاً :

أولا ـ أظهرت هذه التعاريف مصدر الامر بالتسعير ـ وهو الإمام أو موفقوه المختصون ، ليكتسب صفة المشروعية ، والإلزام .

ثانياً ـ بينت هذه التعاريف « ظرف التسعير » أو الموجب له ودليله ، وهو حاجة الناس ، بل شدتها[1] ، على سبيل التصريح ، كما في تعريف الشوكاني ، بقوله « لمصلحة » أو ضمناً ، كما في تعريف كشاف القناع ، وتعريف المغني ، من الحنابلة ، وابن عرفة من المالكية .

ثالثاً ـ صرح كلٌ من الاول ، والثاني ، والرابع ، بعنصر « الاجبار » وأومأ الثالث اليه ، وهو عنصر أساسي في مفهوم التسعير ، لان التسعير الاختياري أو الودّي انما يقصد به مجرد التبصير والتوعية بالاسعار العادلة ، لا الالزام بها ، وهذا غير ناجع في مقاومة الاحتكار .

رابعاً ـ صرح التعريف الثاني والثالث بقصر متعلّق التسعير على ما في السوق من أمتعة وسلع ، دل على ذلك التنويه بأن أمر السلطان أو حاكم السوق موجه الى أهل السوق خاصة ، بخلاف التعريف الاول والرابع ، كما بينا .

---

(١) والحاجة الماسّة في حكم الضرورة الملجئة شرعاً .

وعلى هذا ، فلم تشمل بعض تلك التعاريف المنافع والاعمال ، مما يفتقر اليه الناس والدولة في شتى مناحي الحياة .

خامساً ـ لم تتضمن قيد استشارة الخبراء ، تحقيقاً للعدالة في التسعير . وحفظاً للتوازن بين حق أرباب السلع والمنافع والكفاءات في ثمن أو أجر المثل من ناحية ، وحق الناس والدولة ، من ناحية أخرى .

٧ ـ تعريفنا للتسعير الجبري شرعاً :

هو : « أن يُصدر موظف عام مختص بالوجه الشرعي ، أمراً ، بأن تباع السلع ، أو تبذل الاعمال أو المنافع التي تفيض عن حاجة أربابها ، وهي محتبسة أو مغالى في ثمنها ، أو أجرها ، على غير الوجه المعتاد ، والناس أو الحيوان أو الدولة في حاجة ماسة اليها ، بثمن أو أجر معين عادل[1] بمشورة أهل الخبرة » .

٨ ـ العناصر الاساسية في هذا التعريف :

آ ـ بين التعريف شرعية الأمر ، وأنه صادر من موظف مسئول ، وبناء على قواعد الشريعة ، بقولنا : بالوجه الشرعي .

ب ـ أظهر شمول متعلقات التسعير لكل ما يحتاج اليه الناس[1] والحيوان والدولة .

جـ ـ بين حقيقة التسعير الشرعي الجبري بقيود متعلقات التسعير ، وهذه وان كانت محترزات[2] أو شروطاً للتسعير ، لكن قصدنا الى ذكرها بغية جلاء معنى التسعير ، وتحديد حقيقته الشرعية .

---

(١) الناس : المقصود بهم جميع المسلمين ، او اهل قطر او بلد ، او طائفة منهم .

(٢) من هذه الشروط : شدة الحاجة ، وبالتالي في السعر ، وان تفيض عن حاجة اربابها ، وقد تقتضي الظروف تسويتهم بغيرهم في مقدار الوفاء بهذه الحاجات ، اولاً باول ، تحقيقاً للمواساة والتسوية كما بينا . اضف الى ذلك العدل في تحديد السعر .

د ــ أبرز عنصر الجبر باعتباره مؤيداً عملياً لمنع التغالي في الاسعار ، بسلطة ولي الامر ، بقولنا « أمراً » .

هـ ــ لم يقصر التعريف « المُسَعَّر عليهم » على خصوص أهل السوق ، بل أطلق ، ليشمل كل من يحتبس أمراً تتعلق به حاجة الامة أو البلاد ، وليتسق مع شمول مفهوم الاحتكار .

٨ ــ ادلة احكام التسعير واردة في السنة غير المتواترة :

كل ما ورد من أدلة تنهض بأحكام التسعير على وجه الخصوص ، انما جاء في السنة غير المتواترة ، ولم يرد شيء من ذلك في القرآن الكريم .

اصول احكام التسعير كما وردت في السنة :

أولا ــ عن أنس ــ رضي الله عنه ــ قال : « غلا السِّعرُ في المدينة على عهد الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقال الناس : يارسول الله ، غلا السعر ، فسعِّر لنا ! فقال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : ان الله هو المُسَعِّرُ ، القابضُ الباسطُ الرازقُ ، وإني لأرجو أن ألقى الله ، وليس أحدٌ يَطلُبني بِمَظْلَمَةٍ ظلمتها إياه ، في دمٍ ولا مالٍ »[1] .

ثانياً ــ عن أبي هريرة : أن رجلاً جاء فقال : يارسول الله سَعِّر . فقال : بل ادعوا ، ثم جاء رجل ، فقال : يارسول الله « سَعِّرْ » ! فقال : بل الله يَخفِضُ ويَرفعُ ، وإني لأرجو أن ألقى الله ، وليس لأحدٍ عندي مَظلَمة" »[2] .

---

(١) سنن ابي داود : جـ ٣ ، ص ٢٦٩ ــ ٢٧٢ . والترمذي : جـ٣ ، ص٦٠٦. سبل السلام : جـ ٣ ، ص ٢٥ . مسند الإمام أحمد ــ العزيزي على الجامع الصغير : جـ ١ ، ص ٣٣٧ .

(٢) راجع السنن الكبرى للبيهقي : جـ ٦ ، ص ٢٩ ، ونيل الاوطار للشوكاني: جـ ٥ ، ص ٢٢٠ . وسبل السلام : جـ ٣ ، ص٢٥ . الترغيب والترهيب: جـ ٢ ، ص ٥٨٢ .

ثالثاً ــ وروى البيهقي ، أثراً عن عمر ــ رضي الله عنه ــ جاء فيه : أنه قد أمر بائع زبيب أن يرفع سعره ، أو يدخله بيته ، فيبيعه كيف شاء ، ثم رجع اليه وقال له : إن الذي قلت ليس بعزمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد . فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع »[1] .

٩ ــ ما يستنبط من ظاهر هذه الادلة :

آ ــ أما الحديثان ، فكل منهما يصف التسعير بأنه « مظلمة » والظلم حرام ، فالتسعير حرام .

ب ــ هذا ، والرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ قد امتنع عن التسعير ، مع سؤالهم إياه ، ووجود الداعية اليه ، بل اعتبره « ظلماً » بقوله : ولا يطلبني أحد بمظلمة ظلمتها إياه في دم ولا مال ، ويقرن الحديث الشريف بين الظلم في المال ، وبين الظلم في جريمة القتل عدواناً بغير حق ، كما ترى .

جـ ــ أبان أنه تعالى هو الذي يخفض السعر ويرفعه ، فليتجهوا إليه سبحانه بالدعاء ، ليكشف ما بهم من ضر ، بقوله ــ صلى الله عليه وسلم : « إن الله هو المسعّر القابض الباسط ، الرازق » وقوله أيضاً : « بل ادعوا » بل الله يخفض ويرفع » .

وفي هذا اشارة الى أن تخفيض الاثمان بالتسعير متعذر .

د ــ وأما أثر عمر ــ رضي الله عنه ــ فيدل بظاهره على وجوب ترك التجار يبيعون على ما يختارون ، دون تعرض من ولي الامر ، لحرية هؤلاء ، في نشاطهم الاقتصادي ، بدليل نكوله عن ذلك ، لانه كان رأياً ارتآه باجتهاده أول الامر ، بدافع المصلحة العامة ، ولم يكن فرضاً منه ولا إلزاماً ، كما جاء صريحاً في نص الاثر .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي : جـ ٦ ، ص ٢٩ . وروي ان بائع الزبيب هو حاطب بن ابي بلتعة ، اي فعل ذلك استجابة لما يقضي به الصالح العام الذي كان اساس تصرفه الاجتهادي كما هو واضح . ــ والعزمة هي الفرض او الواجب .

حكم التسعير الجبري

في الفقه الإسلامي المقارن

ـ ذهب جمهور الفقهاء ، ومنهم فقهاء التابعين ، والزيدية ، والإمامية والظاهرية وغيرهم ، الى أن الاصل في التسعير هو الحرمة[1] .

وذهب الحنفية الى أنه مكروه تحريماً[2] .

ـ غير أن الحرمة ، والكراهة التحريمية ، كليهما يقتضي المنع .

واختلفوا بعد ذلك ، فيما اذا دعت اليه الحاجة العامة ، مؤيداً لمقاومة الاحتكار ، أو محاربة تغالي التجار أو المالكين ، في الاسعار ، على رأيين :

---

(١) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٢٩ ـ الزيلعي : جـ ٦ ، ص ٢٨ ـ الدر المختار : جـ ٥ ، ص ٣٥٢ ـ الاختيار : جـ ٣ ، ص ١١٦ ـ نهاية المحتاج : جـ ٣ ، ص ٤٥٦ ـ الام مع حاشية المزني : جـ ٢ ، ص ٢٠٩ ـ المهذب : جـ ١ ، ص ٢٩٢ ـ المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٨ ـ الدردير وحاشية الدسوقي : جـ ٣ ، ص ٦٩ ـ كشاف القناع : جـ ٣ ، ص ١٥٠ ـ المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ، ص ٤٤ وما يليها ـ الحسبة : ص ١٧ وما يليها لابن تيمية ـ الطرق الحكمية : ص ٢٨٥ وما يليها ، لابن قيم الجوزية ـ البحر الزخار : جـ ٣ ، ص ٣١٨ ـ سبل السلام : جـ ٣ ص ٢٥ ـ نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٣٣ ـ المختصر النافع : ص ١٤٨ ـ مفتاح الكرامة : ص ١٠٩ .

(٢) قال بالكراهة التحريمية الحنفية ، ذهاباً منهم الى ان حديث التسعير آحادي لا يفيد التحريم ، اذ لا يثبت التحريم الا بقطعي ، في أصول مذهبهم . هذا ، وممن منع التسعير باطلاق ، من الصحابة والتابعين وتابع التابعين : عبد الله بن عمر ، وسالم بن عبد الله بن عمر ، والقاسم بن محمد ، والامام مالك في رواية عنه . وممن قال بالتسعير : الليث بن سعد ، وربيعة الراي ، وسعيد بن المسيب وغيرهم .

الاول : انه محرّم باطلاق، أي في جميع الظروف والحالات ، والى هـذا ذهب الظاهريـة[1] ، والشـوكاني[2] ، ومتقدمـو الحنابلـة[3] ، والشافعيـة في قول لهم[4] ، وهو قـول للإمام مالك في رواية ابـن القاسم[5] ، لا فرق بين حالـة السعة أو الغلاء .

الثاني : انه جائز مشروع ، بل واجب عند بعضهم ، والى ذلك ذهب الإمـام مالك في رواية أشهب عنه ، وبعض أئمة المذهب المالكي ولا سيما متأخريهـم[6] ، والحنفية[7] ، وهو قول في الفقـه الشـافعي[8] ، ومذهب متأخري الحنابلة[9] ، وبعض الزيدية[10] ، وبعض الإمامية[11] .

وبما أن أدلة من ذهب الى تحريم التسعير باطلاق ، هي غير أدلة القائلين بأن الاصل فيه التحريم ، لذا ، سنتناول هذه الادلة ، عرضاً ، واستدلالاً ، ومناقشة .

---

(١) المحلى : جـ ٩ ، ص ٦٢٧ .

(٢) نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢٠ وما يليها .

(٣) كشاف القناع : جـ ٣ ، ص ١٥٠ ـ والمغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ، ص ٤٤ وما يليها .

(٤) نهاية المحتاج : جـ ٣ . ومغني المحتاج : جـ ٢ ، ص ٣٨ . نهاية الرتبة في طلب الحسبة ص ١٢ للشيزري . الاقناع : جـ ١ ، ص ٢٥٠ .

(٥) التيسير في احكام التسعير : ص ٤٨ ، ص ٥٣ .

(٦) المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٧ وما يليها ـ المواق : جـ ٤ ، ص ٣٨٠ ـ تحفة الناظر : ص ١٣٤ وما يليها . (٧) الزيلعي : جـ ٦ ، ص ٢٨ ـ رد المحتار على الور المختار : جـ ٥ ، ص ٣٥٢ .

(٨) الاختيار : جـ ٣ ، ص ١١٦ . (٩) الحسبة : ص ١٧ وما يليها ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : ص ٢٧٨ وما يليها .

(١٠) البحر الزخار : جـ ٣ ـ نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢٠ وما يليها .

(١١) المختصر النافع : ص ١٤٨ ـ المبادىء العامة للفقه الجعفري : ص ١٧٨ .

ادلة من ذهب الى تحريم التسعير باطلاق(١) :

يقول الإمام الشوكاني(٢) : « إن الناس مُسَلَّطون على أموالهم ، والتسعير حَجْرٌ عليهم ، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين ، وليس نظره في مصلحة المشتري برخص الثمن ، أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن ، واذا تقابل الامران(٣) ، وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم(٤) ، وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به ، منافٍ لقوله تعالى : « إلا أن تكونَ تجارة عن تراض منكم »(٥) .

وجاء في نهاية المحتاج(٦) ما نصه : « **ويحرم** على الإمام أو نائبه ، ولو قاضياً ، التسعير في قوت أو غيره ... **إذ الحجر على شخص في ملك نفسه غير معهود** »(٧) .

---

(١) تناول هذه الادلة وزاد عليها ابن قدامة في كتابه المغني (مع الشرح الكبير) جـ ٤ ، ص ٤٤ وما يليها ، وهو من مصادر الفقه الحنبلي .

(٢) الإمام الشوكاني يعتبر من فقهاء الزيدية ، غير انه يربط السنة بالفقه الاسلامي المقارن في كتابه نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٠ وما يليها ـ الام مع حاشية المزني : جـ ٢ ، ص ٢٠٩ .

(٣) تقابل الامران : تعارضا ، اي تعارضت مصلحة البائع مع مصلحة المشتري .

(٤) التمكين للفريقين : اعطاؤهما حرية المساومة والتعاقد ، دون تدخل من قبل الدولة ، اذ كل فريق ادرى بمصلحته الخاصة ، واحسن تقديرا لها .

(٥) اي مناقض لمبدا التراضي في العقود والتصرفات التبادلية ، وهو اساس حل انتفاع كل من المتعاقدين بمال الآخر شرعا بالنص .

(٦) جـ ٣ ، ص ٤٥٦ ـ للرملي ويطلق عليه : الشافعي الصغير .
ـ جاء في كتاب الاختيار في الفقه الحنفي ما نصه : « قال محمد : اجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ، ولا اسعر ، ويقال له : بع كما يبيع الناس ، وبزيادة يتغابن في مثلها ، ولا اتركه يبيع باكثر » اي الزمه بالسعر العام في السوق ، لا بموجب سعر محدد من قبل الإمام اذ قرر ذلك من قبل بقوله : « ولا ينبغي للسلطان ان يسعر » ـ ثم يتابع ، لبيان ان التسعير الجبري لا يترتب عليه حل الانتفاع : « ولو سعر السلطان على الخبازين الخبز ، فاشترى رجل منهم بذلك السعر ، والخباز يخاف إن نقصه ، ضربه السلطان ، **لا يحل اكله** ، لانه في معنى المكره » (بفتح الراء) : جـ ٤ ، ص ٢٢٧ .

(٧) حتى لو بلغت الحالة الدرجة القصوى من الضرورة ـ لا الحاجة فحسب ـ

وفي الفقه المالكي[1] : « روى ابن القاسم عن مالك أنه قال : **« لا خير** في التسعير ، ومن حَطَّ عن السعر أقيم » أي أُخرج من السوق .

ـ وفي الفقه الحنبلي : « ويحرم التسعير على الناس ، بل يبيعون أموالهم على ما يختارون ، لحديث أنس ... »[2] .

ما يستخلص من عناصر الادلة في هذه الاجتهادات ، وتوجيه الاستدلال بها ، وتحليلها اصوليا :

١ ـ حق الملكية الفردية ـ في التشريع الاسلامي ـ أصل ثابت قطعاً ، وثمرة هذا الحق هي حرية التصرف الممنوحة لصاحبه شرعاً ، وهي سلطة لا تملك الدولة المساس بها أو التعرض لها ، الا بحق في الشرع ، **وليس التسعير منه** ، لانه حَجْر يعود على أصل الحرية بالنقض ، اذ لا معنى للملكية الا حرية التصرف ، وذلك محرم ، ولظاهر حديث أنس ، وهذا معنى كون الناس مسلطين على أموالهم . يقول

لا يباح التسعير عندهم ، وانما تجوز المصادرة للارزاق المحتكرة (الطعام) من قبل ولي الامر ، لتفريقها على الناس ، دفعاً للضرورة ، على ان يردوا مثلها وقت السعة ، وينفي الحنفية أن يكون مثل هذا التصرف حجراً على التجار ، لانهم يتبراون من كل معاني الحجر على المالك ، بل هو نوع من **القرض** المضمون فقهاً ، الجأت اليه ضرورة دفع المخمصة والهلاك ، وهذا مؤدى قول صاحب كتاب الاختيار : « اذا خاف الإمام على اهل مصر الضياع والهلاك ، اخذ الطعام من المحتكرين ، وفرقه عليهم ، فاذا وجدوا ردوا مثله ، وليس هذا حجراً ، وانما هو للضرورة ، كما في المخمصة » . الاختيار : جـ ٤ ، ص ٢٢٧ . ـ غير ان الحنفية يرون انه يجوز الحجر على العاقل البالغ للمصلحة العامة ، ـ هذا والحنفية يجيزون التسعير في حالة واحدة فقط ، هي ما اذا تعدى التجار تعدياً فاحشاً في الثمن ، ولكنه تسعير غير ملزم ، كما سيأتي .

(١) التيسير في احكام التسعير : ص ٤٨ ـ ص ٥٢ ، والتعبير بكلمة « لا خير » للدلالة على عدم المشروعية .

(٢) كشاف القناع : جـ ٣ ، ص ١٥٠ .

صاحب كشف الرموز والاسرار : « ولا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه »[1] ، أي لحق المالك .

٢ ــ ان البيع والشراء ــ في اجتهاد هؤلاء الأئمة ــ تتعارض فيه مصلحتان فرديتان هما : مصلحة البائع ، ومصلحة المشتري ، وكلاهما على قدم المساواة في الاعتبار شرعاً ، فليست مصلحة المشتري بإرخاص الثمن ، بأولى من مصلحة البائع باغلائه ، وأيضاً ، ليس بوسع الدولة أن ترعى مصلحة المشتري بأكثر مما يرعاها هو ، حتى تسعر ، لانه أدرى بها[2] ، فعلى الدولة ألا تتدخل بالتسعير ، لان في ذلك ترجيحاً ومحاباةً لإحدى المصلحتين الفرديتين على حساب الاخرى ، بدون مرجح ، وهو تحكم وإجحاف يجب على ولي الامر أن يتجنبه ، لانه مأمور برعاية مصلحة المسلمين كافة بالقسطاس والعدل ، وذلك انما يكون ــ في نظرهم ــ بتمكين الفريقين من حرية المساومة ، أو حرية التعاقد التي نهض بها أصل الحل العام . وقواعد الملكية ، اذ الحجر على الحر العاقل البالغ في ملك نفسه غير معهود شرعاً .

٣ ــ إن إجبار البائع على بيع سلعته بسعر معين ، يتنافى ومبدأ التراضي في العقود ، وهو المبدأ الذي أرساه القرآن الكريم : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فالتراضي الحر بين المتبايعين هو الاصل في حلّ انتفاع كل منهما بمال الآخر ، بالنص ، ولقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا يحل مال امرىء إلا عن طيبة من نفسه » ، فاذا ارتفع التراضي ، انتفى الحل ، ويقول صاحب الاختيار في ذلك[3] : « واذا سعر السلطان على الخبازين الخبز ، فاشتري رجل منهم بذلك السعر ، والخباز يخاف ان نقصه ضربه السلطان ، لا يحل أكله ، لانه في معنى المكره » .

---

(١) التعرض هنا بمعنى **التدخل** ، وباعتبار ان الإمام يمثل الشخصية الحكمية للدولة ، فعدم التعرض من قبل ولي الامر ، معناه عدم جواز تدخل الدولة في تقييد حقوق التجار ، ونشاطهم الاقتصادي إلا بحق ينهض به دليل معتبر .

(٢) يقيم اعتباراً لرغبات المشترين التي تؤثر في قانون العرض والطلب .

(٣) جـ ٤ ، ص ٢٢٧ ، الام مع حاشية المزني : جـ ٣ ، ص ٢ للشافعي ــ الاقناع : جـ ١ ، ص ٢٥٠ ــ المحلى : جـ ٩ ، ص [illegible]

ـ وقالوا : فاذا انتفى الرضا بالإجبار ، افتقد العقد أساس انعقاده . وأصبح باطلا ، والباطل لا يترتب عليه أثر ، لانه غير موجود شرعاً ، ولا يملك أحد أن يجيزه ، فلا يحل بالتالي لأحد من المتعاقدين أن يأكل أو يمتلك مال أخيه على أساس هذه المعاوضة الاجبارية ، بالتسعير الجبري ، لذا كان التسعير غير جائز شرعاً . وهو ما جاءت به السنة .

٤ ـ ظاهر الحديث الاول ، أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ يصف التسعير بأنه مظلمة ، ويورد هذا الوصف « مورد التعليل »[١] لحكم التسعير . وما كان ظلماً أو سبباً للظلم ، فهو محرم لا محالة .

٥ ـ يسوي هذا الحديث الشريف بين مظلمة التسعير وبين مظلمة الدم ، وهو قتل النفس المعصومة بغير حق ، وكلاهما ظلم ، وإلا ما كان لهذا الاقتران من وجه ، والظلم محرم بالضرورة ، فالتسعير محرم ، ومنع المحرم واجب ، فالتسعير واجب منعه .

ـ ويؤكد هذا أيضاً ، أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ يرجو الله تعالى ، ألا يقع في مثل هذا الظلم[٢] .

---

(١) المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ، ص ٤٤ وما بعدها ـ لابن قدامة المقدسي. وراجع تفصيل ذلك في بحث « التأويل » في كتابنا « اصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالراي » ص ١٨٦ وما يليها ـ طبع جامعة دمشق ١٩٧٦ ـ ١٩٧٧ ـ عون المعبود شرح سنن ابي داود : جـ ٩ ، ص ٣٢٠ ـ سبل السلام : جـ ٣ ، ص ٢٥ .

(٢) وفي هذا رد على من ذهب الى ان الرسول ﷺ قد انتحى باصحابه في الرد على سؤالهم ، منحى التورع والاحتياط ، دون الاشعار بالوعيد الشديد ، فاي تهديد اعظم تنفيراً للنفس المؤمنة ، من مظلمة الدم بغير حق « ومن قتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم » ؟ ؟ ! ـ مجلة القانون والاقتصاد ، عدد ٣ سنة ٣٦ ـ للاستاذ سلام مدكور . ـ التاج الجامع للاصول ـ للاستاذ منصور علي ناصف ، جـ ٤ ، ص ٢٠٤ .

الادلة الاخرى التي اوردها الإمام ابن قدامة المقدسي الحنبلي بما تنطوي عليه من حجج اقتصادية :

يقول ابن قدامة : « الظاهر أنه ــ التسعير ــ سبب الغلاء ، لان الجالبين اذا بلغهم ذلك ، لم يقدموا بسلعهم بلداً يُكْرَهُون على بيعها فيه بغير ما يريدون ، ويطلبها المحتاج ، ولا يجدها ،ويكتمها(١) ، ومن عنده البضاعة ، يمتنع من بيعها ، إلا قليلا ، فيرفع في ثمنها ليحصلها(٢) ، فتغلو الاسعار ، ويحصل الاضرار بالجانبين: جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه من الوصول الى غرضه ، فيكون **حراماً** »(٣) .

تحليل الحجة الاقتصادية لابن قدامة في تحريم التسعير :

آ ــ ان التجار في السوق ــ وكذلك المنتجون والجالبون ــ **يكتمون** السلع والبضائع الضرورية ، ويخفونها عادةً ، فراراً من أسباب التضييق عليهم بالتسعير الجبري ، فيطلبها الناس ، فلا يجدونها ، فيضطرون عندئذ الى **رفع** أثمانها ، ليحصلوا عليها ، وهذه هي « السوق السوداء » التي تروج عادة عقب التسعير الرسمي ، ومن الثابت أن السوق السوداء أكبر عامل يهدم اقتصاد الدولة .

وبذلك يصبح التسعير الرسمي الجبري **صورياً ، بل ضاراً ضرراً عاماً وبالغاً** ، لان الناس يتعاملون ــ في واقع أمرهم ، لسد حاجتهم من السلع الضرورية ، أو التي ليس لها بديل يُستغنى بها عن تلك ــ على أساس السعر **الواقعي** الخفي ، **لا الرسمي** المعلن ، اذ المشتري العادي ــ في هذه الحال ــ يقبل هذا السعر ، مهما كان تحكمياً أو مغالى فيه ، بل هو يرفعه مضطراً ، ونتيجة لهذا الوضع الاقتصادي الذي أنشأه التسعير الرسمي الجبري نفسه ، يضارّ البائع والمشتري كلاهما على السواء ، وفي آن معاً ، كما أشرنا .

---

(١) يخفيه . (٢) وهذا ما يعبر عنه في ايامنا بالسوق السوداء .
(٣) المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ، ص ٤٤ ص ٤٥ .

ـ أو قد يُعرض في السوق سلع من نوع رديء بالسعر الرسمي ، ويختفي النوع الجيد ، فلا يحصل على هـذا الاخير الا القـادرون ، وبالتواطؤ على سعر خفي تحكمي فاحش اضطراراً ، كما ذكرنا ، وهذا واقع مشهود .

أما التجار والمنتجون ومن اليهم ـ فبما يساور نفوسهم من خشيـة الوقوع في قبضة السلطة التي تتربص بهم أن يزداوا في السعر المحدد ـ لا يملكوُن الحرية أو الجرأة لعرض سلعهم وبيعها أو تصريفها على ما يختارون ، خشية إدانتهم بالغرامة المالية الباهظـة على أدنى مخالفـة ، فتتعثر بذلك حركة التجـارة ، ويفتر النشاط الاقتصادي ، وينقطع المنتجون عن الاستمرار في انتاجهم وصناعاتهم ، توقياً مـن تحمل خسارة فادحة .

وكذلك **الجالبون** ، يحجمون عن الاستيراد ، اذا حُدِّد لهم سعر معين للسلع المستوردة يكرهون عليـه ، اذ يرون فيه غبناً لحقهـم ، ولا يستطيعون استزادة الاثمان بما يجاوز تلك الاسعار ، فتزداد الازمة بذلك تفاقماً[1] ، ويضارّ الجالبون، كما يضار العامة ، على السواء ، ولا سيما اذا كانت السلع أو البضائع المستوردة ، لا تنهض البلاد بانتاجها أو صناعتها محليـاً ، حتى يكون لها بديل يُستغنى بهـا عـن المستورَد[2] .

وعلى هذا ، فليس التسعير ـ في نظر هذا المذهب ـ وسيلة غير كفيلة بتحقيق السعر العـدل ، فحسب ، بل هو سبب مباشـر لضرر عام جسيم يحـل بالبائع ، والجالب ، والمنتج والمشتري المستهلك ، وباقتصاد الدولة آخر الامر .

---

(١) المغني والشرح الكبير : جـ ٤ ، ص ٤٤ وما يليها . نتائج الافكار في كشف الرموز والاسـرار : جـ ٨ ص ٤٩٢ . تبيين الحقائـق : جـ ٦ ، ص ٢٧ وما يليها . نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢١ وما يليها . مغني المحتـاج : جـ ٢ ص ٣٨ .

(٢) لا سيما اذا كانت من الآلات الصناعية التي تستخدم في الانتاج الزراعي أو الصناعي وما يماثلها .

ولا ريب أن وسيلة هذا مآلها ، وهذه نتائجها من الاضرار الجسيمة ، محرمة مطلقاً . فيمنع التسبب في اتخاذها .

تلك هي الخلاصة التحليلية لعناصر هذه الادلة بما يكشف عن الفلسفة الفقهية ، لأئمة المذاهب ، وهو يَسْمُ على بعد نظر من جهة ، وعن الصلة الوثقى التي كانت تربط المجتهد بالواقع المعاش في عصره ، وبالاعراف السائدة فيه ، وعمق خبرته به ، وصدوره في اجتهاده على أساسه ، لان التشريع للواقع ، كما أسلفنا .

ـ ادلة من ذهب الى جواز التسعير ، بل وجوبه عند الحاجة ، ووجوه الاستدلال بها :

اولا ـ اجتهادات الحنفية القائلين بالجواز فقط لا الوجوب ، وفي حالة معينة :

آ ـ جاء في نتائج الافكار : « فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدّون عن القيمة تعدياً فاحشاً ، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين ، الا بالتسعير ، فحينئذ لا بأس به[1] ... فاذا فعل ذلك ، وتعدّى رجل عن ذلك ، وباع بأكثر منه ، أجازه القاضي ، ومن باع منهم بما قدره الإمام ، صح ، لانه غير مُكرَه على البيع »[2] .

ب ـ وجاء في الاختيار : « ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس ، لما بينا » قال : « إلا أن يتعدى أرباب الطعام تعدياً فاحشاً في القيمة ، فلا بأس بمشورة أهل الخبرة ، **لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع** »[3] .

ـ وبنحو هذا ، جاء في الفتاوى الهندية ، وفي الدر المختار[4] .

---

(١) هذا التعبير الذي يفيد **الاباحة** ، لا يتفق والمقدمات التي اتوا بها ، لان تلك المقدمات تنتج الوجوب لا الجواز ، لان صيانة حق المسلمين من الضياع واجب لا جائز فحسب ، ولا يتم هذا الا بالتسعير الواجب بداهة .

(٢) جـ ٨ ، ص ٤٩٢ . (٣) الاختيار : جـ ٤ ، ص ٢٢٧ .

(٤) المراجع السابقة لفقه الحنفية .

ثانياً ـ ما يستخلص من مذهب الحنفية في التسعير :

١ ـ ان التسعير وسيلة تشريعية استثنائية لحالة استثنائية ، يجوز اللجوء اليها اذا تعيَّنت ، لدفع الضرر العام ، وذلك عند التعدي في أسعار السلع تعدياً فاحشاً (ضعف القيمة) محافظة على حق العامة من الضياع[1] ، ولا يجوز في غير هذه الحال .

٢ ـ ليس التسعير ملزماً للتجار ، بل هو للتوعية والتبصير ، فلو باع التاجر بأكثر مما سعر الإمام ، جاز بيعه ، ومن باع بما قدر الإمام من الثمن ، جاز بيعه كذلك[2] .

٣ ـ إن حالة الاحتياج العام ، قد أنشأت للأمة حقاً يتعلق بما عند التجار والمالكين من سلع ومواد غذائية ضرورية .

٤ ـ هذا التقييد ـ في اجتهاد الحنفية ـ يظهر في وجوب الالتزام بالسعر الحر العام في السوق ، لا بما يحدده تسعير الإمام .

٥ ـ إن استعمال حق الملكية ـ في اجتهاد الحنفية ـ أوسع مدى وحرية مما سنراه في اجتهاد من ذهب الى وجوب التسعير الجبري الملزم .

٣ ـ عمدة الحنفية في هذا الاجتهاد :

آ ـ اعتمد الحنفية في استدلالهم على أن الاصل في التسعير هو التحريم ، الادلة عينها التي اعتمدها من ذهب الى تحريم التسعير باطلاق .

ب ـ استدلوا على جواز التسعير الودّي غير الملزم في الحالة الاستثنائية بالقواعد والمبادىء العامة التي تنهض بسياسة التشريع ، دون اي دليل تفصيلي من الكتاب او السنة .

---

(١) و (٢) المراجع السابقة ، وهذا معنى قول فقهاء الحنفية « **اجازه القاضي** » بمعنى ان العقد صحيح نافذ ، لا بمعنى ان عقد البيع بالثمن الزائد عن التسعيرة **موقوف** على اجازة القاضي .

ـ فقد استدلوا بقاعدة مقدمة الواجب ـ وهي من قواعد مبدأ سياسة التشريع ـ ويظهر لي أنه استدلال غير محكم ، لما يلي :

اولاً ـ جاء اجتهاداً مستقلاً ، يواجه أصل هذه المسألة ـ في حد ذاتها ـ بقطع النظر عن مقتضى معقول الاحاديث الواردة في التسعير أصلا ، أو ما تستهدفه من غاية وحكمة ، مما يشعر بأن « مناط » الحكم في هذه الاحاديث ـ في نظرهم ـ غير متحقق في هذه الحالة الاستثنائية ، لا نصاً ولا روحاً ومعقولاً ، وهو قصور في الاجتهاد في تفسير النص الشرعي ، أو في[1] منهجه الاصولي ، لانه اذا كان من مقتضى سياسة التشريع : أن « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب »[2] ، فالتسعير ـ على هذا ـ ينبغي أن يكون واجباً ، اذ المفروض أنه وسيلة متعينة لصيانة حق المسلمين من الضياع ، ولمنع الظلم عنهم ، وهذا واجب شرعاً ، فوسيلته التي تفضي اليه ، ينبغي أن تكون واجبة بالضرورة ، لا جائزة فحسب ، والحنفية قد أخلوا بهذا المنطق التشريعي الذي يوجب الربط والتلازم بين المقدمة ونتيجتها ، اذ بعد أن أقروا مبدأ تدخل ولي الامر بالتسعير ، رعاية لحق العامة[3] ـ على حد تعبيرهم ـ عادوا فاعتبروه أمراً جائزاً (لا باس به)[4] وغير ملزم أيضاً ، بدليل أنهم أجازوا للتجار أن يخالفوا عنه ، وبذلك وقع التناقض بين حكم الوسيلة ومقتضى الغاية ، فانتفى بذلك كل أثر عملي للتسعير ، ما دام قد أضحى لمجرد التبصير والتوعية ، كما انتقض التلازم بين حكم كل من الوسيلة والغاية .

ـ هذا ، ومن البدهي ، أن تحكيم مبدأ سياسة التشريع ـ في مثل هذه الحال ـ يقضي بأن « ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب » كما علمت ، ولكن منطقهم قاض بأن : « ما لا يتم الواجب إلا به فهو جائز » ؟ ؟ !

---

(١) من أن النص التشريعي يجب ان يفسر ويحدد مجال تطبيقه ، في ضوء حكمة تشريعه .

(٢) وهذه هي « مقدمة الواجب » عند الاصوليين والفقهاء .

(٣ و ٤) المصادر والمراجع السابقة .

ثانياً ـ أما استدلالهم بمبدأ حرية التعاقد . فذلك لانهم لم يروا « الاجبار » في التسعير الرسمي ، لا من حيث أصل تشريعه . ولا من حيث ما يقضي به ، (أي من حيث الالزام) وانما رأوا « الاجبار » في الزام التجار بالسعر الحر العام في السوق الذي كان سارياً فيها قبل إحداث الغلاء . وافتعاله ، إذ هو الذي يقرر الثمن العدل في اجتهادهم ، غير أن هذا أمر صعب المنال عملاً ، لانه يشترط فيه ألا تكون السوق احتكارية من جهة . وأن يكون للوازع الديني هيمنته وسؤدده على النفوس ، من ناحية أخرى ، وكلاهما غير متحقق في مثل هذه الحال . فهو إذن اجتهاد نظري مجرد يحلّق في أفق من التصور الذهني للاطلاقات والعمومات . دون تنزيلها على الواقع الماثل بظروفه ، وهذا ما نبّه الى خطئه الفادح الإمام الشاطبي[1] . كما أشرنا .

ويبدو لنا ، أن الفقه الحنفي في هذا الصدد ، أقرب ما يكون الى مفهوم « الاقتصاد الحر » الذي يعتبر الثمن العادل هو ما يستقر عليه سعر السوق نتيجة لقانون العرض والطلب، خلافاً للفقه المالكي، ومتأخري الحنابلة وغيرهم كما سيأتي.

ثالثاً ـ نعم ! حرية التعاقد تقتضي منع تدخل الدولة في التسعير الجبري ، لكنها تقتضي أيضاً منع الاحتكار وافتعال الأزمات .

ـ أما أن يؤخذ بمبدأ حرية التعاقد في هاتين الحالتين المتغايرتين ، على السواء، فذلك نظر اجتهادي غير سديد ، لان لاختلاف الظروف أثراً في مآل تطبيقه ، مما قد يوقع في الظلم المنهي عنه شرعاً[2] .

---

(١) راجع بحث « تحقيق المناط » العام والخاص ، سبباً هاماً من أسباب اختلاف الفقهاء .

(٢) ذكرنا اكثر من مرة ، ان تطبيق مبدأ واحد على مسائل معينة ، يفترض التشابه في ظروفها ، ضمانا لوحدة النتائج ، اذ العبرة بالمآلات ، أما عند طروء العوارض المتغايرة ، والظروف الملابسة المختلفة ، فيختلف النظر الاجتهادي ، على ما قدمنا ، اذ لا بد ان تؤخذ هذه الظروف بعين الاعتبار، في كل مسألة على حدة .

والخلاصة : أن المذهب الحنفي ، وان اتجه الى جواز التسعير غير الملزم ، غير أنه من الناحية العملية يلتقي مع من قال بتحريمه باطلاق ، أو يمكن أن يعتبر مذهباً وسطاً بين القائلين بالمنع والقائلين بالوجوب .

ثانياً ـ اجتهادات متاخري الحنابلة :

ذهب متأخرو الحنابلة الى أن التسعير نوعان :

اولهما : ظلم محرم . **الثاني :** عدل جائز بل واجب .

ـ يقول ابن تيمية : « التسعير منه ما هو ظلم ، ومنه ما هو عدل جائز بل واجب »[1] . ويبين تلميذه ابن القيم ، مناط كلٍّ منهما بقوله : « فاذا تضمن ظلم الناس واكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام ، واذا تضمن العدل بين[2] الناس ، مثل اكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم ، من أخذ الزيادة على عوض المثل ، فهو جائز ، بل واجب »[4] .

ـ ادلة متاخري الحنابلة على جواز التسعير بل على وجوبه وتحليلها اصولياً :

١ ـ دليلهم على النوع الاول المحرم هو ظاهر حديث أنس : « غلا السعر على عهد رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ .. الحديث » وهو محمول على الحالة العادية التي يتبايع الناس فيها على الوجه المألوف من غير أن يظلم بعضهم بعضاً ، لان غلاء السعر ، إما أنه كان بسبب قلة المعروض ، أو كثرة الخلق ، أو زيادة تكاليف النقل، أو غير ذلك، مما لم يكن للتجار أو غيرهم فيه يد، فهذا أمره الى

---

(١) الحسبة : ص ١٤ . (٢) وهذا اشارة الى مناط التسعير المحرم .
(٣) وهذا اشارة الى مناط التسعير الواجب .
(٤) المرجع السابق ص ١٤ ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ـ ص ٢٨٥ وما يليها .

الله تعالى ، ومن ثم كان التسعير عليهم ، والزامهم في مثل هذه الحال ، بقيمة بعينها ، اكراهاً لهم بغير حق ، فحكمة تشريع الحديث ـ على هذا ـ واضحة ، وهي دفع الضرر والظلم عن التجار ، كما ترى ، لان التسعير في مثل هذه الحال مظنة للظلم بالنسبة اليهم ، ولا مسوّغ لـه شرعاً ، أو على حـد تعبيرهم **ليس ثمة من وجه يقتضيه** ، ولهذا **امتنع** الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن التسعير .

ـ ذلك هو « مناط » تشريع حكم الحديث الذي ينبغي على ضوئه أن يحدد معناه ، وأن يكشف عن الروح التي تهيمن على حكمه .

٢ ـ أما عمدتهم في النوع الثاني من التسعير ، وهو الواجب ، فكما يلي :

اولا : استدلوا « بحكمة تشريع الحديث نفسه » الـذي استند الى ظاهره المانعـون .

ووجه الاستدلال ، أن مناط الحـديث ـ كما نوهنا ـ هـو دفع الظلم عـن التجار ، بدليل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « وإني لأرجو أن ألقى الله ، وليس أحد يطلبني **بمظلمة** في دم ، ولا مال » اذ لم يكن لهم يد" في غلاء السعر على عهـد الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ [٢] حتى اذا **وقع الظلم** منهم ، إما بإغلاء السعر افتعالاً وتحكماً ، أو عن طريق الاحتكار أو غير ذلك من الوسائل ، وجب دفعـه أيضاً ، إعمالاً لحكمة تشريع الحديث التي هي « **دفع الظلم** » أياً كان موقعه : التجار أو العامة ، اذ العدل لا يتجزأ في شرع الإسلام .

---

(١) راجع بحث « التعليل والتأويل » منهجاً اصولياً علمياً في تفسير النصوص بحث اسباب اختلاف الفقهاء .

(٢) وهذا هو النوع الاول من السعر الذي اشار اليه القاضي عبد الجبار ، كما ذكرنا ، فيكون امتناعه عن التسعير في مثل هذه الحال ، لكونه مظنة للظلم ـ التاج الجامع للاصـول ـ ج ٢ ، ص ٢٠٤ ـ الشيـخ منصور علي ناصيف .

فاذا كان الظلم ــ في ذاته ــ واجب الدفع شرعاً ، عن أيٍّ كان ، وكان لا يتم ذلك إلا بالتسعير ، وجب التسعير حينئذ ، عملاً بمقدمة الواجب : « ما لا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب » .

وأيضاً ، اذا كانت علة امتناع الرسول ﷺ عن التسعير في تلك الحال ، هي دفع الظلم عن التجار ، وهم طائفة ، فان دفع الظلم عن عامة المسلمين ، اذا كان واقعاً ، أو متوقعاً ، واجبٌ من باب أولى ، اذ الضرر في هذه الحال أعظم بداهة ، عملاً بروح الحديث ومعقوله[1] ، لا بمنطوقه . وإلا كان التناقض في التشريع ، بتحريم الظلم في موقع ، وإباحته في موقع آخر هو أولى بالتحريم من سابقه ، لان الضرر فيه أشد ، وهذا لا يتصور وقوعه في تشريع الله تعالى .

ــ هذا ، وليس أشدَّ ايقاعاً في التناقض ــ فهماً وتطبيقاً ــ من التشبث بظواهر النصوص ، دون النفاذ الى معقولها ، والحكمة التشريعية التي شرعت أحكامها من أجلها ، لانها تمثل العدل ، والمصلحة المعتبرة شرعاً في أقوى صورها ، أو كما يقول الإمام البزدوي ، الحكم المبني عليها ، هو شرع الله يقيناً[2] .

ــ غير أن التسعير ــ كما ترى ــ قد اختلف حكمه في الحالين ، لانه **محرم** اذا أوقع بالتجار ظلماً ، **وواجب** ، اذا تعين وسيلة لدفع الضرر عن العامة ، ولا ضير في ذلك ، ما دام المقصد التشريعي متحداً ، وهو دفع الظلم ، ودفع الظلم **عدل** ، والتشريع الاسلامي يوجب تحقيق العدل بكل وسيلة ، وحيثما وجد العدل ، فثمَّ شرع الله ودينه .

إذن لا ضير اذا اختلفت الوسيلة حكماً ، ما دامت قد اتحدت **مقصداً** وغاية ، لاختلاف الحال ، أو الجهة ، بل هذا أصل في التشريع الاجتهادي الفروعي ،

---

(١) اي بدلالة النص ، حيث العلة فيها متبادرة من المنطوق ، يفهمها كل من يعرف اللغة ، ولا تفتقر الى اجتهاد في تبينها ، كما تعلم .

(٢) كشف الاسرار : جـ ١ ، ص ٧٤ ــ وراجع اصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي : ص ٣٦٠ وما يليها ــ للمؤلف .

التطبيقي ، لان وسيلة الواجب واجبة ، ووسيلة المحرم محرمة ، بالاجماع ، فالوسيلة تأخذ حكم غايتها[1] .

ـ مبدأ الإكراه على التعاقد ، بحق :

وبيان ذلك :

أن الشريعة الاسلامية ، وفقهها ، قد ورد فيهما من الشواهد والتطبيقات في الفروع ، ما يجعل من هذا المبدأ أصلاً **معنوياً** عاماً ، قد لاحظه المشرع في أحكام تلك الجزئيات ، واعتبره « مناطاً » للعدل في مثلها ، بما يحتف بها من ظروف واقعية تقتضي ذلك .

لذا ، كان هذا المبدأ من المقومات الاساسية لسياسة التشريع ، في مجابهة ظروف الواقع ، لما يقضي به من استثناء تلك الفروع التي تحقق فيها مناطها الخاص ، من الاقيسة العامة ، تحقيقاً للعدل ، والمصلحة ، ودفعاً للضرر الراجح ، وايصالاً للحق الى مستحقه .

وإليك طرفاً من ذلك ، من السنة ، وفقه الصحابة ، واجتهادات الأئمة :

١ ـ أخْذُ الشفيع المبيعَ المشفوع فيه ، كرهاً عن المالك البائع ، بالثمن الذي رضي به المشتري ، وما قام عليه من التكاليف ، دفعاً للضرر عن الشريك أو الجار ، استثناء من مبدأ التراضي في العقود .

٢ ـ بيع الغراس والبناء في ملك الغير ، فان لربّ الارض أن يأخذه بقيمة المثل **جبراً** عن صاحبه ، دفعاً للضرر عنه .

٣ ـ بيع مال المدين المماطل . **جبراً** عنه ، لقضاء الدين الواجب عليه ، دفعاً لظلم مماطلته « مطل الغني ظلم » .

---

(١) الفروق : جـ ٢ ، ص ٣٢ للقرافي ـ اعلام الموقعين : جـ ٣ ، ص ١٢٠ لابن القيم ـ وراجع الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : ص ٤٠٧ ، طبع جامعة دمشق ـ للمؤلف ـ تنقيح الفصول : ص ٢٠٠ للقرافي ـ السياسة الشرعية : ص ٧٣ ـ للاستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج .

٤ ــ أخذ المضطر طعام الغير الزائد عن حاجته ، جبراً عنه ، بقيمة مثله .

٥ ــ إجبار الرسول ﷺ سمرة بن جندب على بيع نخله ، ولما أبى ، أمر الرسول ﷺ باستئصال شأفتها ، عقوبة ، وذلك دفعاً للضرر عن الانصاري صاحب البستان ، كما سيأتي تفصيل وجه استدلالهم .

كل ذلك انما كان لمصلحة خاصة ــ كما ترى ــ في مقابل مصلحة مثلها ، فاذا كان الامر من أجل مصلحة عامة ، فان تطبيق مبدأ الاكراه على المعاوضة يكون واجباً من باب أولى ، دفعاً لضرر أشدّ ، ومن ذلك : [1]

آ ــ نزع ملكية الارض كرْهاً عن صاحبها ، ورصدها حِمىً لخيول الجهاد ، وَنَعَمِ الصدقة بقيمة مثلها ، وقد تم ذلك بفعل عمر ــ رضي الله عنه .

ب ــ أخذ الصحابة بعض ما حول المسجد الحرام ، من الاراضي ، كَرْهاً عن أصحابها ، بقيمة مثلها ، وأدخلوها في المسجد لتوسيعه[2] .

ــ قرر الإمام الغزالي وغيره أنه اذا خلا بيت المال ، بحيث لم يكن فيه ما يكفي رواتب الجند ، وخيف دخول الكفار بلاد الاسلام ، أو خيف ثوران الفتنة الداخلية ، فانه « يجوز للإمام أن يوظف على الاغنياء مقدار كفاية الجند ، لأنا نعلم ، أنه اذا تعارض شران أو ضرران ، قصد الشرع دفع أشد الضررين ، وأعظم الشرّيْن »[3] .

قالوا ، وهذا تقييد لحق الملك ، ومن ذلك حالة تواطؤ التجار على إغلاء الاسعار أو إخفاء السلع واحتكارها ، لا غلاء أثمانها على الناس ، فيجب ــ دفعاً

---

(١) الطرق الحكمية : ص ٢٧٨ وما يليها ــ القواعد : ص ١٤٠ ــ ابن رجب .
(٢) المعاملات الشرعية ــ نقلا عن حاشية أبي السعود ــ ص ٧٣ ــ للاستاذ الشيخ احمد ابراهيم .
(٣) المستصفى : جـ ١ ، ص ٣٠٧ ــ الاعتصام : جـ ٢ ، ص ١٢١ ــ للشاطبي نظرية المصلحة : ص ٤٥٧ ــ الدكتور حسان .

للضرر الاشد ألا تباع إلا بثمن المثل[1] .

ـ على أن الإمام سحنون[2] المالكي ـ قد استنبط « المناط »[3] في قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » فقال : « إن المناط في منع اعتبار آثار الاكراه ، هو أن الاكراه ظلم من المكرِه ، حتى اذا كان الاكراه بحق ، فان آثاره تترتب عليه ، لانه أصبح مناطاً للعدل »[4] .

وهكذا ترى ، أن الأئمة ـ رضوان الله عليهم ـ لا يتشبثون بظواهر النصوص ، بل يفسرون النص ، ويحددون مجال تطبيقه ، على ضوء من حكمة تشريعه التي هي مقصد الشارع منه ، ومناط حكمه وعدله ، ويجتهدون وُسْعَهم في تحقيق هذا المناط في واقعة التطبيق المعروضة ، وهذا أصل عتيد من أصول مناهج الاجتهاد في تفسير النصوص ، كما يقول الإمام الغزالي[5] ، ولا ريب أن هذا المناط ، يكون أشد اقتضاء لحكمه ، كلما كان تقريرُه في واقعة التطبيق بصورة أقوى وآكد ، كما هو الشأن فيما نحن بصدده ، من دفع الضرر العام .

---

(١) الحسبة : ص ١٤ وما يليها ـ لابن تيمية ـ وراجع كتابنا : « اصول التشريع الاسلامي ومناهج الاجتهاد بالراي ، ص ٤٠٦ في الهامش .

(٢) من ائمة فقهاء المالكية ، وصاحب « المدونة » في الفقه المالكي .

(٣) والمناط هنا هو العلة التي هي مظنة حكمة التشريع وضابطها .

(٤) نظرية المصلحة : ص ١٧١ ، للدكتور حسان .

(٥) شفاء الغليل : ص ٦٠ ، ص ٧٠ وص ٥٥٦ ، المستصفى : جـ ٢ ، ص ٢٩٨ للامام الغزالي ، واليك نص قوله : ـ رضي الله عنه ـ : « الشرط الرابع ، الا يتغيّر النص الذي منه الاستنباط بالتعليل ، بل يبقى على ما كان عليه قبل التعليل ، اما اذا كان اللفظ **عاماً** ، او **ظاهراً** ، لم يبعد ان يتغير بالتعليل ظهوره ، وعمومه ، فيتطرق اليه تخصيص ، وتأويل » ، شفاء الغليل : ص ٥٥٦ .

ـ ومفاد قوله هذا ، ان المصلحة او حكمة التشريع المتبادرة او المستنبطة من النص ، تهيمن عليه ، فتخصص عمومه ان كان عاماً ، وتؤول ظاهره على ضوء منها . وهذا نوع من الاجتهاد في التخصيص والتأويل ، يختلف عن التأويل بمصلحة خارجة عن النص .

ثالثاً : القياس الاولوي :

استدلوا بفحوى **حكمه القضائي** ﷺ في قضية سمرة بن جندب ، على وجوب المعاوضة ، أو التبرع بمحل حق الملك ، دفعاً للضرر عن الانصاري ، وقالوا في تعليل ذلك :

« وصاحب الشرع ــ أي الرسول ــ ﷺ **اوجب عليه** ، اذا لم يتبرع بها ــ بالنخلة ــ **ان يقلعها** ، لما في ذلك من مصلحة صاحب الارض ، بخلاصه من تأذّيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة ، بأخذ القيمة ، وان كان عليه في ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الارض ببقائها في بستانه **اعظم** ، فان الشارع الحكيم ، **يدفع اعظم الضررين بايسرهما**(١) ، فهذا هو الفقه والقياس ، والمصلحة ، وان أباه من أباه »(٢) .

ــ وأنت تعلم ، أن القياس الاولوي(٣) ، يعمل عمل النص نفسه(٤) ، لان علته قطعية متبادرة من منطوق النص ، فيكون الحكم الثابت بالفحوى ثابتاً بالنص الشرعي نفسه . ويوضح ابن القيم وجه الاستدلال بالقياس الاولوي هذا بقوله :

« وبيانه ، أن إجبار سمرة على المعاوضة بثمن المثل ، انما كان لدفع الضرر عن فرد ، وهو الانصاري صاحب البستان ، رعاية لمصلحته الخاصة ، فلأن تجب المعاوضة والإجبار عليها بثمن المثل عند حاجة الناس الى السلع والمنافع ، من باب

---

(١) هذه القاعدة تعتبر اصلا من اصول نظرية التعسف في استعمال الحق ، راجع كتابنا « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » ص ٤٥٨ .

(٢) الطرق الحكمية : ص ٢٨٩ ، جامع العلوم والحكم : ص ٢٢٣ ، والقواعد : ص ١٤٠ ــ لابن رجب الحنبلي .

(٣) ويطلق عليه ايضا اصطلاح « دلالة النص » او « فحوى النص » عند الاصوليين .

(٤) كشف الاسرار : جـ ١ ، ص ٧٤ ــ للبزدوي .
ــ هذا ، واجتثاث النخلة من اصولها ، انما كان عقوبة ، اقتضتها سياسة التشريع ، وثبتت بالسنة .

أولى »[1]. أي بالتسعير الجبري .

فوجوب الإجبار على المعاوضة بثمن المثل مشمول بنص حديث سرة السابق، روحاً ومعقولاً ، لا منطوقاً ، وهو حجة قطعاً .

هذا ولا تجد حكماً واحداً في تشريع المعاملات ، مسلوب الحكمة التشريعية ، أو المصلحة التي شرع من أجلها .

ـ وقالوا ـ استدلالاً بالفحوى أيضاً ـ إن عدم التسعير اذا تعيَّن ، أو مخالفته . أشد ضرراً من الضرر المنهي عنه في تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، وهما ثابتان بالسنة[2] .

رابعاً ـ الاستدلال بقواعد الشريعة ، ومباني العدل فيها ، على وجوب التسعير الجبري :

آ ـ حق العامة ، « او المصلحة العامة » اي المصلحة المرسلة التي تتعلق بمصلحة عامة :

يوضح ابن القيم مبنى وجوب التسعير وعلته ، وأنه مصلحة الامة بقوله :

وجماع الامر أن **مصلحة الناس** ، اذا لم تتم إلا بالتسعير ، سعر عليهم تسعير عدل **لا وكس فيه ولا شطط** ، واذا اندفعت حاجتهم بدونه ، لم يفعل »[3] فهو إذن تشريع استثنائي اقتضته الضرورة .

والمصلحة العامة أقوى دليل يتمسك به القائلون بوجوب التسعير .

---

(١) بنوع تصرف ـ الطرق الحكمية : ص ٢٨٩ وما يليها ـ القواعد لابن رجب ص ١٤٠ .

(٢) المرجع السابق : لابن القيم . ومؤدى ذلك ، ان التسعير الجبري ثابت بفحوى السنة .

(٣) اي لا وكس (بخس) على البائع ، ولا شطط (مغالاة) على المشتري ، رعاية للحقين عدلاً ، كما ترى .

ما يستخلص من فقه جمهور المالكية ـ متقدميهم ومتاخريهم ـ تحليلا وتاصيلا :

اولاً : مبدا التراضي ـ في اجتهادهم ـ شرط مراعى ، على الرغم من ايجاب التسعير من قِبَل ولي الامر ، وفي هـذا المعنى يقول الإمام الباجي : « ويُسعِّر ـ الإمام ـ بما فيه **رضاهم ، ورضا** العامة »[1] .

والواقع ، أن الظفر بتحقيق هذا التراضي قد يبـدو ـ بادي الرأي ـ عزيز المنال ، لتضاد النزعتين ، غير أن فقهاء المالكية ، قد لاحظوا هذا في تعليلهم لفلسفة فقههم في المسألة ، فحددوا معنى هـذا « التراضي » تقريباً لـه الى حيِّز الامكان والوقوع ، والى معنى العدل الـذي هو أساس التسعير ، ففسروا رضـا التجار بتمكينهم مـن الربح المعقول ، دون بخسهم حقهم ، أو منعهم مـن الربح أصلاً كمـا ذكرنـا .

ويوضح الإمام الباجي هذا المعنى بقوله : « فاذا سعَّر عليهم من غير رضا ، بما فيه إجحاف لهـم ، ولا ربح فيـه ، أدى ذلك الى افساد الاسعـار ، واخفـاء الاقـوات ...»[2] .

ـ فليس المقصود اذن ، الرضا المطلق ، بل المقيد بالربـح المعقول (العادل) الذي تنتهي اليه استشارة الخبرة المتمثلة في لجنة التسعير ، مما ينفي تفسير رضـا التجار بالاستجابة المطلقة ، لنزعتهم المفرطة في الربح الـذي فيه شطط ومغالاة على الناس ، يوضح هذا أيضاً ، قول الإمام الباجي بعد ذلك : « أن يُحضرَ ـ الإمام ـ غيرهم[3] ، استظهاراً عـلى صدقهم ، فيسألهم كيف يشترون ، وكيف يبيعـون ،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) رواج السوق السوداء .

(٣) اي من الخبراء من خارج السـوق ، ليتبين له صدق خبراء السـوق ، ودفعاً لشبهة التواطؤ على سعر غير عدل ، مجحف بحق الناس .

فينازلهم[1] الى ما فيه لهم وللعامة سداد »[2] أي صواب ومصلحة للفريقين ، أو بعبارة أخرى ما فيه حفظ الحقين معاً .

ـ ولو كان المقصود رضاهم المطلق ، لما كان ثمة وجه لتأليف لجنة التسعير أصلاً . والمنازلة الى ما فيه سداد لهم وللعامة .

وبذلك يلتقي هذا الفقه . مع فقه متأخري الحنابلة الذين اشترطوا الربح المعقول ، حيث قالوا : « لا وكس ، ولا شطط »[3] .

شرط الربح المعقول الذي فيه سداد للعامة والتجار معاً ، دون وكس او شطط، يدحض[4] اصل الحجة الاقتصادية التي اعتمدها ابن قدامة ، لمنع التسعير .

ـ وإذ يضع المالكية هذا الشرط ، فانما يتجهون فيه الى إبطال الحجة الاقتصادية التي اعتمدها الإمام ابن قدامة لمنع التسعير ، مؤداها ، أن التسعير يفضي الى افساد الاسعار ، واخفاء الاقوات (السوق السوداء) ذلك ، لان المالكية قد احتاطوا للامر بما يحول دون ذلك على ما فهم من تعليل الإمام الباجي في النصوص السابقة .

ـ فالمالكية يرون ، أن رواج السوق السوداء ، ليس منشؤه التسعير العادل المدروس الذي تنتجه الخبرة النزيهة ، بل منشؤه الارتجال والتسرع[5] في التسعير ، مما يؤدي الى الاجحاف بالتجار أو عدم تقدير ربح مجزٍ ومعقول لهم ، أو الى

---

(١) يجادلهم في تكاليف السلعة وقدر الربح ، ويحاورهم ليصل الى سعر تتحقق فيه المصلحة المشتركة للفريقين ـ جاء في المصباح ـ نازله ـ اي وقفا كل واحد منهما في مقابلة الآخر ـ والمقصود الجدال والمناقشة .

(٢) السداد : الصواب والحق والعدل ، ومنه الرأي السديد ـ المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٧ وما يليها .

(٣) مصادر مصادر فقههم السابقة .

(٤) يبطل .

(٥) • اما اذا قصد بالتسعير الاضرار بالتجار فهذا محرم من باب أولى .

حرمانهم من الربح أصلاً ، وهذا محرم قطعاً ، وفرق بين هذين النوعين من التسعير.

فلا وجه إذن لما تخوف منه الإمام ابن قدامة من رواج السوق السوداء ، لان منشأ ذلك انما هو التسعير المجحف لا العادل المدروس ، كما رأيت .

ـ والاساس الفقهي للتسعير العادل في اجتهاد المالكية ، أنه وسيلة للمنع من الزيادة على ما سعره الإمام عدلاً ، لانها ظلم[1] ، والمنع من الظلم واجب ، **فالتسعير العدل واجب** ، وهذا هو جوهر فقه الإمام الباجي في قوله : « ووجهه ـ التسعير الجبري ـ ما يجب من النظر في مصالح العامة ، والمنع من إغلاء السعر عليهم ، والافساد عليهم »[2] وفي قوله أيضاً **« ولا يسوغ لهم ما يضر الناس »**[3] لان الضرر ظلم محرم ، وواجب منعه ، ولا ضرر هنا يتصور الا الاستغلال .

ـ وهذا صريح في أنه ينبغي على الإمام ألا يستجيب لهوى التجار أو المالكين في المغالاة ، وألا يعتد برضاهم المطلق ، منعاً من الاستغلال الذي أطلق عليه الإمام الباجي « ما يضر الناس » .

ثانياً ـ انه يحقق « التوازن » بين مصلحة الفريقين على السواء ، « حتى لا يضر بأي منهما .

واقامة التوازن من صميم مفهوم « العدل » في المبادلات المالية في التشريع الاسلامي ، وهو ما اتجه اليه فقه متأخري الحنابلة أيضاً ، كما قدمنا .

ثالثاً ـ نظم كيفية التسعير عملاً ، بتشكيل لجنة من الخبراء من أهل السوق ، ومن خارج السوق ، تنزيهاً للخبرة العلمية ، من شبهة التواطؤ والمحاباة ، وضماناً لعدالة التحديد على أكمل وجه ، حفظاً للحقين .

---

(١) اي غبن غير معتاد ، وهذا هو الاستغلال بعينه ، ولو كان التعبير عنه بلفظ آخر ، لان العبرة بالمضمون .

(٢) المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٧ وما يليها .

(٣) المرجع السابق ـ اي لا يجيز الإمام للتجار أن يضروا الناس .

وبذلك كانت **الخبرة العلمية** النزيهة من أهم مقومات « العدل » في التشريع الاسلامي ، وتحقيق الصالح العام .

رابعاً ـ قضى الفقه المالكي بتنظيم التسعير على ما يدفع بعض **الدول** أحياناً من نزعة الى التسعير **« المرتجل »** غير المدروس ، واجتثت أصول التفرد بالرأي فيه أو التسرع في تحديده ، أو القصد الى الافتئات على حق التجار والمالكين ، إضراراً بهم .

ومثل هذا يتصور في التسعير الجزافي المجحف بأي من الفريقين ، سواء أكان مفروضاً من قبل الدولة ، أم نتيجة للاحتكار المزدوج ، من قبل طائفة ذات امتياز منحته الدولة إياها ، وهذا ـ كما يقول ابن خلدون ـ من أكبر العوامل على انهيار الاقتصاد ، وفساد الدولة ، كما أشرنا[1] .

خامساً ـ مناط التسعير هو **المصلحة العامة** ، لقوله : « ولا يسوّغ ـ الإمام ـ له ـ للتاجر ـ ما يضرّ الناس[2] ، وقوله : « ووجهه ما يجب من النظر في مصالح العامة »[3] .

ولا جرم أن معظم **« فقه المصالح »** متفرع عن مبدأ سياسة التشريع ، بدليل أنك لا ترى في هذا الاستدلال المالكي تعريجاً على دليل تفصيلي ، مما ورد في حكم

---

(١) أشرنا آنفاً ، الى قول ابن خلدون في مقدمته : « ومن اعظم الظلم المفسد للعمران (للحضارة) والدولة ، التسلط على اموال الناس بشراء ما بين ايديهم ، بابخس الاثمان ، ثم فرض البضائع عليهم ، بأرفع الاثمان » المقدمة ـ ج ٢ ، ص ٢٨٤ .
ـ راجع بحث الاحتكار المزدوج او احتكار الصنف ، ص .

(١) ويقول المجليدي : « يجب على صاحب السوق الموكل بمصلحته، ان يجعل لهم من الربح **ما يشبه ، ويمنعهم من الزيادة عليه** ، ويتفقدهم في ذلك **ويلزمهم إياه . . . ومن عصاه يعاقبه** » ص ٤٩ .

(٢ و ٣) المرجع السابق للباجي .

التسعير من أحاديث على النحو الذي رأينا عند متأخري الحنابلة ، اذ طبق هؤلاء ، نصوص أحاديث امتناع الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن التسعير بروحها ، بل ترى الفقه المالكي يبني استدلاله على أساس ما يقتضيه صون المجتمع من ذرائع الفساد المؤدي الى التهافت اقتصادياً واجتماعياً ، وهو « المصلحة المرسلة » المتعلقة بالحق العام .

وبذلك قضى على معاذير من ذهب الى تحريم التسعير باطلاق .

ولو أنك تتبعت الفقه المالكي بوجه عام ـ فيما عدا التعبديات ، وما ثبت بدليل قاطع ، وما علم من الدين بالضرورة ، مما ليس للاجتهاد فيه مجال ـ لألفيته فقهاً يتخذ من المصلحة المرسلة « قطب الرحى »[1] سواء أكانت متعلقة بحق خاص ، أم بحق عام .

وقوام هذا المبدأ **المصلحة والعدل ، وسد الذرائع** التي تفضي الى نقيضيهما ، من الفساد والظلم .

واذا تبينت ، أن درء المفسدة مصلحة ، فانك لا تكاد تفرق حينئذ بين المصلحة وسد الذريعة من هذا الوجه .

هذا ، وقد أثر عن الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ قوله: **« الاستحسان تسعة اعشار العلم »**[2] .

سادساً ـ تغير الزمن وكثرة التحايل على قواعد الشرع ، يقتضي الإجماع على وجوب التسعير اذا تعين اجراء مصلحياً ، كما نوه بذلك متأخرو المالكية[3] .

---

(١) كتاب « مالك » للشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٩ وراجع كتابنا : « أصول التشريع الاسلامي » ومناهج الاجتهاد بالرأي ص ٢٢٤ ـ وقاعدة « تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة » وإلا ما أوجب إناطة تصرفه بها . المادة /٥/ الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٧ .

(٢) الاعتصام : جـ٢ ، ص ١٣٨ للإمام الشاطبي .

(٣) التيسير في أحكام التسعير ، ص ٤٩ و ص ١٠٧ وما يليها .

سابعاً ـ لا يشترط الفقه المالكي ـ كما رأيت ـ أن يتعدّى التجار في القيمة تعدياً فاحشاً (ضعف القيمة) ، بل ما يعتبر ضرراً عاماً في عرف أهل الخبرة ، كافٍ ـ في اجتهاده ـ لإيجاب التسعير العدل ، ولا شك أن هـذا النظر ، أدق فقهـاً ، وأدفـع ضـرراً .

ثامناً ـ لا يبسط حكم التسعير على المادة المستوردة .

نقد وتقدير هذا المذهب اصولياً ، وفي ضوء فلسفة التشريع :

١ ـ يتجه على هذا الفقه ، أن تحقيق التراضي في التسعير ، لا حاجة اليه ، ما دام الإلزام بالواجب مبدأً مستقراً في التشريع ، وبمشورة أهل الخبرة ، وما دام قد تحدد مفهومه بالربح المعقول .

٢ ـ وضع من الشروط ما يجعل التسعير وسيلة متعينة عملية ناجعة في اقامة العدل ، ورعاية الصالح العام ، مما ينبىء عن الدقة والواقعية في الاجتهاد .

٣ ـ اشترط تعيّن التسعير وسيلةً أو تدبيراً استثنائياً لدفع الاحتياج العام .

٤ ـ ينطلق في اجتهاده من قاعدة « **المصلحة المرسلة** » ويواجه المسألة في حد ذاتها ، فلم يَعرّج على الاستدلال بروح أحاديث الباب .

٥ ـ تصوره للمسألة قائم على أساس تعارض مصلحة خاصة ـ هي مصلحة فئـة التجار أو المالكين ـ مع الصالح العـام ، لا على أساس تعارض مصلحتـين فرديتـين .

٦ ـ احتكم الى مبدأ رعاية الحقين[1] ، واقامة التوازن بينهما .

---

(١) لم يجز الفقه المالكي ـ تأسيساً على هذا ـ ان يمنع البائع ربحاً معقولاً عادلاً من ناحية ـ كما رأيت ـ كما انه لم يجز للإمام من ناحية اخرى ، أن يمكّن الناس من ظلم التجار ـ المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٤ وما يليها .

٧ ــ ويتجه عليه أيضاً ، أنه لا يبسط حكم التسعير على المستورَد ، وقد بينا أن الجالب ، اذا تصرف فيما استورده على نحو يجعله في معنى المحتكر ، وجب أن ينسحب حكم الاحتكار ومؤيداته عليه ، ومنها التسعير الجبري ، تأكيداً لمنطق التشريع ، ولا سيما أنه ينطلق من قاعدة المصلحة .

وهذه المبادىء كلها ، مما تقوم به سياسة التشريع .

مناقشة اجتهادات من ذهب الى تحريم التسعير باطلاق ، ونقدها اصولياً :

أولا ــ يتجه على الإمام الشوكاني من النقد ، أن منشأ تصوره للمسألة من أنها تقوم على أساس تعارض مصلحتين فرديتين ، وما تفرع عن هذا الاعتبار ، من أحكام ، هو أساس غير صحيح ، وتكييف غير واقعي ، واذا بطل الاصل ، انهار ما بني عليه من أحكام ، خلافاً للجمهور الذي أقامها على أساس تعارض مصلحة خاصة ومصلحة عامة ، كما رأيت . فتغير وجه المسألة تكييفاً ، والاصل الذي يتفرع عنه حكمها ، اذ يحكم ظاهرة التعارض هذه ــ في اجتهاد الجمهور ــ مبدأ رعاية الحقين ، واقامة التوازن بينهما ، كما بينا ، لان حق الخاصة ، وحق العامة ، هما مدار التشريع الاسلامي كله ، ومبنى العدل فيه .

بينما يقوم تكييف الإمام الشوكاني لمسألة التسعير على أساس تعارض مصلحتين فرديتين ــ كما رأيت ــ ومن ثم كانتا متساويتين في الاعتبار ، فلا يجوز محاباة إحداهما على حساب الاخرى ، بالتسعير ، لانه في مصلحة المشتري دون البائع ، فكان حراماً ، لانه ــ على هذا النظر ــ وسيلة هذه المحاباة ، والمحاباة ظلم ، وما يفضي الى الظلم ظلم .

ــ فاختلف حكم التسعير ــ كما ترى ــ باختلاف تكييف المسألة في اجتهاد كلٍّ من الفريقين ، اذ لكل تكييف قاعدة تحكمه .

ثانياً ــ ويتجه على قولهم : إن إلزام البائع ألا يبيع إلا بما يحدده ولي الامر من الثمن ، إكراه معنوي ، لا تصح معه العقود ، لمنافاة الاكراه لمبدأ التراضي المقرر في قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » أقول يتجه على ذلك أن الاكراه على التعاقد ، لا يمنع صحة البيع ، لحق العامة ، أي لمصلحة الامة ، في الفقه الاسلامي ، كما فصلنا ، لانه « مناط العدل » في مثل هذه الحال ، أو لمصلحة خاصة جديرة بالاعتبار ، كما أشار الى ذلك الإمام سحنون من المالكية ، ومتأخرو الحنابلة ، وغيرهم[1] .

ثالثاً ــ ويتجه عليهم أيضاً ، أن ظروف الاستغلال والتحكم ، إبان الأزمات الاقتصادية ، ولا سيما المفتعلة من قبل التجار والمالكين ، تجعل مبدأ التراضي **صورياً اجوف** ، بل **سبباً لا يحقق المقصد الشرعي الذي شرع حكمه[2] من اجله ، والعبرة بالمقاصد** ، وبيان ذلك : أن الجري على مقتضى مبدأ التراضي ــ في مثل هذه الظروف ــ يفضي الى الضرر العام ، لان الواقع أن الحرية أو الرضا ، يتمتع بهما البائع وحده[3] ، دون المشتري ، اذ البائع يستأثر بالسلعة ، ويتحكم في

---

(١) الطرق الحكمية : ص ٢٧٨ ــ ابن القيم ــ وفي هذا المعنى يقول الاستاذ الزرقاء : « التراضي هو الاساس الدستوري لكل عقد ، ولم يقر الشرع الاسلامي عقداً يلزم شخصاً بتكليف لم يرض به رضى بيّناً ، إلا فيما توجبه: آ ــ **قواعد العدالة** ب ــ **مصلحة الجماعة** فيما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة ، لإحقاق الحق » .
ــ ثم سرد امثلة على ذلك ، من بيع اموال المدين المماطل كرها ، وبيع الاموال المحتكرة ، والاستملاك للمصالح العامة ، ثم قال حفظه الله : « فهذه العقود الجبرية ، هي من المؤيدات الضرورية للتشريع العادل ، والغاية من قيام حكومة في دولة ، وقد اخذت بها الشرائع الوضعية الحديثة التي اخذت بمبدأ الإرادة العقدية المطلق » ــ المدخل الفقهي : جـ ١ ، ص ٤٩٩ــ٥٠٠ .
ــ هذا ــ وقولنا : مصلحة خاصة جديرة بالاعتبار ، كأن تكون احقاقاً للحق ، أو ايصالا له الى مستحقه .

(٢) حكم التراضي ، هو حل انتفاع كلٍّ من المتعاقدين بمال الآخر ، أو امتلاكه .

(٣) اشرنا آنفاً ، الى ان البائع في مركز اقتصادي قوي ممتاز بالنسبة للمشتري ، واذا لم يتساويا من حيث المركز الاقتصادي ، كان التحكم من قبل القوي في الضعيف ، وهو ما ينكره التشريع الاسلامي اشد الانكار ، فضلا عن أن يسوغه ، أو يعين عليه .

الثمن ، بخلاف المشتري ، فان الحاجة الماسة تدفعه الى أن يقبل **مرغما** بالسعر الذي يفرضه البائع ، مهما كان تحكمياً ، أو مغالى فيه ، كما قدمنا ، ولا ريب أن هذا **قبول ظاهري ، لا رضا حقيقي** ، اذ الغبن الفاحش لا يرضى به أحد ، واذا لم يتحقق مناط الرضا الحقيقي ، فلا ينتقل الملك ، شرعاً ، ولا يحل بالتالي انتفاع أحد المتعاقدين بمال الآخر .

ـ فقد وجد السبب ـ وهو التراضي ـ صورةً ، لكن تخلف عنه حكمه الشرعي ، واقعاً ، لصورية سببه ، والحكم ـ وهو انتقال الملك وحل الانتفاع ـ هو المقصود الشرعي من السبب ، لذا بطل السبب شرعاً ، لتخلف حكمه واقعاً .

ـ وفي هذا المعنى يقول الاصولي المحقق الإمام الغزالي ـ رضي الله عنه ـ : « كلُّ سببٍ منصوبٍ لحكم ، اذا أفاد حكمه المقصود منه ، يقال انه **صح** وان تخلف عنه مقصوده ، يقال انه **بطل** » (١) .

فقد **بطل** التراضي الصوري ـ كما ترى ـ لتخلّف مقصوده وحكمه فلا يصح احتجاج الإمام الشوكاني به مبدأً في هذه الحال ، لمنع التسعير .

رابعاً ـ ان التشبّث بهذا المبدأ في مثل هذه الحال ، والاحتجاج به ، يفضي حتماً وبالضرورة الى اعانة المستغل على الامعان في الظلم ، وهو إثم وعدوان على أموال الناس ، وذلك محرم بالنص ، قال تعالى : « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » . وقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيما يرويه عن ربه : « فلا تَظَّالموا » .

---

(١) المستصفى : جـ ١ ، ص ٦١ .
هذا ، ولا يقال ان الحكم الشرعي ، من انتقال الملكية ، وحل الانتفاع ، منوط بالسبب الذي هو الايجاب والقبول ، لان الرضا امر نفسي خفي ، لانا نقول ، ان السبب الظاهر او الارادة الظاهرة ، تبقى معتبرة ، اذا لم يقم دليل قوي او قرينة على فساد الاصل ، وهو التراضي ، وظروف الاستغلال والاحتكار ، والازمات الاقتصادية ، من ادل القرائن على بطلان هذا السبب .
ـ او بعبارة اخرى ، قد قامت الادلة الناشئة عن الظروف على ان السبب (الايجاب والقبول) لم يعد صالحاً للتعبير عن التراضي الحر .

وهل يعتقد أحد ، فضلاً عن المجتهد ، أن التعامل في ظل ظروف الاحتياج العام ، أو فيما يسمى بالسوق السوداء ، بأسعارها الباهظة ، وغبنها الفاحش ، يقوم على أساس الرضا والاختيار الحر؟ ما نظن !

ـ واذا كان إعمال مبدأ التراضي يفضي الى اعانة التاجر المستغل على إثمه وعدوانه ، في هذه الحال ، وجب قطع التسبب في ذلك ، واستثناء هذه المسألة من حكم هذا المبدأ ، وتطبيق مبدأ آخر هو أقرب الى تحقيق العدل ، وهو « مبدأ الاكراه على التعاقد بحق » لانه من مؤيدات التشريع العادل[1] كما بينا .

إذن ، على أساس مثل هذه الظروف تنشأ قاعدة الاستحسان (الاستثناء) عند الحنفية والمالكية[2] وهو منهج من مناهج الاجتهاد بالرأي القائم على أساس المصلحة المرسلة ، وسد الذرائع في آن معاً ، لأنا أشرنا آنفاً ، أن سد التذرع الى المفسدة مصلحة .

خامساً ـ التعسف في استعمال حق التراضي محرم شرعاً ، فلا يصلح حجة لمنع التسعير :

من المعلوم أن التعسف هو استعمال الحق في غير ما شرع له .

وحق التراضي مشترك بين المتعاقدين ، وهو كسائر الحقوق في الشرع ، مقيد بعدم القصد الى الإضرار بالغير ، فرداً كان أم جماعة ، اذ لم تشرع الحقوق وسيلة للاضرار أصلاً ، والا كان التعسف في استعمال الحق ، بالنظر لقصد الاضرار ، لذا كان التعسف سبباً في **سلب المشروعية عن التصرف** ، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي : « المجتهد اذا سُئِلَ عن الفعل الذي شُرع لتحقيق مصلحة معينة ،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) يقول الإمام مالك : الاستحسان تسعة أعشار العلم ـ الاعتصام ـ ج ٢ ، ص ١٣٨ ـ للشاطبي .

يقصد به فاعله. ماياناقض هذه المصلحة، فانه يُفتي **بحرمة** هذا الفعل[1]: بناء على **المقصد الكلي** »[2] .

ـ والمقصد الكلي : أي المبدأ العام ، وهو أن مصالح العباد معتبرة في الاحكام ، ومعللة بها ، لانه غرض غير مشروع يتنافى ومقتضى ذلك المقصد الكلي . وهو هنا الضرر العام ، بل شرع كل حق فردي ، على العكس من ذلك : لصيانة الصالح العام من جهة . وهذا هو **المقصد الشرعي الموضوعي** ، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي ، كما علمت ، ولتحصيل مصلحة ذاتية لصاحبه من ناحية أخرى، وهذا هو **الغرض الشخصي للحق** ، بما يحفظ التوازن في **مقصديه** معا . موضوعياً وشخصياً .

ـ وتأسيساً على هذا ، لا يجوز لأحد المتعاقدين ـ وهو هنا التاجر أو المالك بوجه عام ـ أن يتمسك بحقه هذا ، تعسفاً وإعناتاً لمن يتعاقد معه ، واستغلالاً لضعفه وحاجته ، اذا تفاوتا في المراكز الاقتصادية قوة ، اذ ليس هذا الضرب من التعامل مشروعاً في الاسلام ، لما ينطوي عليه **من قصد الإضرار** ، لمكان الاستغلال فيه ، والاستغلال غَبْن" ، والغَبْن ظلم ، فيجب شرعاً قطع التسبب فيه .

ـ هذا ، وقد أكد حرمة التعسف في استعمال حق التراضي الناشيء عن حق التصرف في الملك ، عند المغالاة في الاسعار ، بعض كبار المحققين من الباحثين المُحْدَثين[3] بقوله : « ومن هذا ـ أي من الاساءة[4] في استعمال الحق التي تؤدي الى التشديد قضاءً على صاحبه[5] ـ تسعير الحاكم على التجار بضائعهم ، اذا

---

(١) راجع التكييف الفقهي للتعسف ـ كتابنا الحق ومدى سلطان الدولة ـ ص ٢٨١ .
(٢) الموافقات : جـ ٣ ، ص ٢٩٨ و ص ٣٠٤ .
(٣) الاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ـ رحمه الله ـ استاذ الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة سابقاً .
(٤) بعض الفقهاء يستعمل كلمة الاساءة بدل التعسف .
(٥) على حد تعبيره .

غالوا في أثمانها على ما قاله الإمام مالك[1] ـ رحمه الله ... ومن المعلوم أن البيع والشراء : لا يكونان إلا عن تراضٍ ، لكن لما آساء التجار استعمال حقهم الممنوح لهم شرعاً في طلب الثمن[2] ، والناس في حاجة الى ما بأيديهم ، جعل الشارع للحاكم التسعير ، بما لا يضر البائع والمشتري ، لما له من ولاية ازالة الضرر العام »[3] .

ـ والخلاصة ، أنه لا يجوز التعسف في استعمال حق التراضي ، بقصد الاستغلال والإضرار ، لانه ضرب من التحيّل على إبطال مصلحة عامة معتبرة شرعاً ، لان الاستغلال لا يعدو كونه استثماراً للحاجة عند التعاقد **بالغبن الفاحش** ، أو تربصاً لها ، كالربا ، وهذا محرّم شرعاً ، والا فلم حرّم الاحتكار ؟ وبيع **المضطر** وشراؤه ؟ وغبن المسترسل[4] ؟!

هذا ، والحاجة الماسة في حكم **الاضطرار** بالاجماع .

ـ وفي هذا المعنى يقول ابن حزم : « فصح أن البيع بذلك ـ أي بالغبن ـ أكل مال الناس بالباطل »[5] .

فاذا تحدد مضمون « حق التراضي على النحو الذي قرره القرآن الكريم ، فان التعسف في استعمال هذا الحق ، يترتب عليه حكمان يتعلقان بالتسعير الجبري شرعاً :

اولهما : ان عدم التسعير ، في ظروف الغلاء والاستغلال ، سبيل الى أكل أموال الناس بالباطل ـ كما رأيت ـ وهو محرم شرعاً ، فثبت نقيضه ، وهو

---

(١) ليس هذا القول مقصوراً على الإمام مالك ، كما رأيت .
(٢) لان تحديد الثمن ، وطلبه ـ في الاصل ـ حق للبائع ، ولا يجوز ان يتحدد له ثمن بغير رضاه .
(٣) مجلة كلية الحقوق : عدد ٣ السنة ٢ وما يليها ـ القاهرة .
(٤) هو الذي لا يحسن المساومة ، الطرق الحكمية : ص ٢٨٣ .
(٥) المحلى : جـ ٩ ، ص ٤٥٣ .

وجوب التسعير . اذا تعين طريقاً للعدل ، وحفظ أموال الناس ، والوفاء بحاجاتهم ، سداً للذريعة الى المحرم ، لان ما يفضي الى الواجب واجب بالضرورة .

الثاني : ان مخالفة التسعير العدل الواجب ، بعد فرضه بالوجه الشرعي ، يعتبر محرماً شرعاً أيضاً ، لانه ـ كما يقول الشيخ شلتوت بحق ـ يعتبر سبيلاً لأكل أموال الناس بالباطل[1] .

ـ فتلخص ، أن « مبدأ التراضي » حجة للقائلين بوجوب التسعير لا للقائلين بمنعه ، بل هو حجة عليهم .

ـ من هذا التحليل الاصولي ، ومما أدركه المحققون من الفقهاء ، يبدو لنا أن وجوب التسعير ، يَرِدُ قيداً على مبدأ التراضي نفسه ، ليدرأ التعسف فيما يقوم عليه من تصرف ، وذلك في حال استعماله بقصد الاضرار بالناس ، وتربص الغلاء بهم ، دون ما شرع له أصلاً ، من تحقيق مقصديه ، الموضوعي والشخصي ، أو تحقيق العدل والتوازن بينهما .

ـ هذا ، وانما كان التعسف **محرماً ، وسبباً** في سلب المشروعية عن التصرف ، أو تقييده بما لا يضر ، لانه مناقضة للمشرع في مقصده الكلي . والمناقضة باطلة ؛ فما يؤدي اليها باطل بالاجماع ، ولذا وجب قطع التسبب فيه .

ـ على أن المحققين من الاصوليين قد رأوا أن التعسف يتحقق أيضاً في واقعة الضرر نفسها ، بقطع النظر عن توفر قصد الاضرار[2] لدى صاحب الحق ، بحيث

---

(١) توجيهات الاسلام : ص ١٨٠ ـ هذا ، ويلاحظ ان الفقهاء المسلمين ، يعبرون عن الاستغلال احياناً بالغبن او بالضرر ، او بأكل اموال الناس بالباطل ، بينما هو سبب من اسبابه .

(٢) توفر قصد الاضرار لدى صاحب الحق ، يعتبر معياراً شخصياً للتعسف. واما حصول واقعة الضرر الراجح ، في حد ذاتها ، فيعتبر معياراً موضوعياً له .

اذا لزم عن التصرف في الحق الفردي ضرر عام ، ولو كان القصد حسنا ، مُنِعَ صاحبه منه . لان مصلحته الشخصية قد أصبحت ـ بالضرر العام ، وهذا يخالف سَنَنَ المشروعات ، من اناطة الحكم بالمصلحة الراجحة ، فهذا في نظر الشريعة تعسف ، ولو كان غير مقصود ، اذ العبرة بالنتيجة الضررية من حيث ذاتها ، يؤكد هذا المعنى الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول الشريعة بقوله : « ولا مصلحة تتوقع مطلقاً ، مع إمكان وقوع مفسدة **توازيها ، او تزيد** عنهـا »[1] .

ـ فالعبرة إذن بالنتيجة الضررية أو المتوقعة ، في حد ذاتها ، وهي هنا الضرر العام . فيمنع التاجر أو المالك من التسبب فيه ، ولو كان قصده حسناً ، فلا وجه اذن لمن اعتمد حق التراضي حجة في مثل هذا الظرف ، لان الشارع الحكيم يربط الحكم ايجاباً وسلباً ، بالمصلحة الراجحة[2] ، كما أسلفنا .

سادساً ـ وأما قولهم ، انه لم يعهد شرعاً الحجر على البالغ العاقل في ملك نفسه ، فهو منقوض بالاحتكار ، فقد حجر الشارع على المحتكر في ملك نفسه ، بل اعتبره جريمة عظمى ، ومن الكبائر ، كما علمت ، وكذلك حَجَرَ عليه في بيع المسترسل الذي اعتبره ربا[3] ، منعاً لاستغلال ضعفه أو جهله بالاسعار أو بالمساومة[4] ، كما حجر عليه في تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ـ كما تعلم ـ مما هو سبيل الى التملك ، دفعاً للغبن ، أو للضرر العام ، وهو ما يطلق عليه الإمام

---

(١) الموافقات : جـ ٢ ، ص ١٩٦ ـ وراجع مؤلفنا : « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » في تعريف التعسف ، وتكييفه ، وتأصيله عند الاصوليين والفقهاء ، ص ٢٨١ .

(٢) ودفع الضرر العام مصلحة راجحة بلا ريب ، فاذا تعين التسعير وسيلة لدفعه ، كان واجباً .

(٣) جاء في الحديث الشريف : « غبن المسترسل ربا » و « بيع المضطر وشراؤه حرام » .

(٤) جاء في تفسير المسترسل . انه الجاهل بالاسعار ، او الذي لا يحسن المساومة .

الشاطبي « **جهة التعاون** »(١) فمن أين أتوا بهذه المقولة « إنه لم يعهد شرعاً ، الحجر على البالغ العاقل في ملك نفسه » ؟ بل هي منقوضة بما رأيت .

إذن حَجَرَ الشارع في الملك بل وفي الامتلاك على السواء رعاية لجهة التعاون ، ولم يعتبر رضاه ، ولا حريته ، لا فيما يملك ، ولا فيما عسى أن يملك ، مع أنه في الاصل مسلَّط على ماله شرعاً ، فلم لا يجوز منعه أيضاً من اغلاء الاسعار، والافراط في الربح ، والاضرار بالناس ، في ظروف الاحتياج العام ، بالتسعير عليه عدلاً ، لوحدة العلة أو المقصد الشرعي ، وهو دفع الضرر العام ، أو رعاية جهة التعاون ؟

ـ ونحن نعلم أن رعاية المصلحة العامة(٢) ركن العدل المكين ، بل هي حق

---

(١) الموافقات : ج ٣ ، ص ٢٥٩ وما يليها ـ وهذا الاصل مشتق من قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وهذا المبدأ ليس نظرياً فقط ، بل هو عملي مطبق في الفروع تشريعاً ملزماً ـ المرجع السابق .

(٢) في التشريع الاسلامي أصول ثابتة ، لا تتغير بتغير الزمن ، لانها مباني العدل وموجهاته ، من مثل : مبدأ رعاية الحقين ، ومبدأ المصلحة العامة ، ومبدأ سد الذرائع ، لانه توثيق للاصل العام الذي قام عليه التشريع كله ، من جلب المصالح ودرء المضار والمفاسد ، ومبدأ تغير الاحكام بتغير الازمان ، ومبدأ الاكراه على التعاقد بحق ، ومبدأ دفع اشد الضررين بأيسرهما ، ومبدأ سعر المثل ، الى غير ذلك من المبادىء الثابتة .
ـ ومن شواهد السنة على تأثير الظروف المتغيرة في **تكييف الوسائل** ، ووصفها الشرعي ، بالمشروعية وعدمها ، والمصلحة التي تستهدفها ثابتة : مسالة إجارة الارض ، فقد نهى الرسول ﷺ عنها اذ قَدِم المدينة مهاجراً هو واصحابه المهاجرون بقوله : « من كان له ارض ، فليزرعها ، أو ليمنحها أخاه » ، ذلك لان الثروة كلها كانت متمثلة في الارض ، وهي بيد الانصار وحدهم ، وكان احدهم يملك من الاراضي الشاسعة ما يعجز عن زراعته واستثماره ، فيؤجر ما زاد عن حاجته الى غيره ، فراى النبي ﷺ ان المصلحة العامة في ظروف الهجرة ـ وهي حق الله تعالى ـ تقتضي النهي عن إجارة الارض ، واشار على من عنده فضل من الاراضي ، أن يمنحها أخاه دون اجر ، ليزرعها ويستثمرها ، توسعة على الفقراء المهاجرين ، ولايجاد عمل لهم ، يرتزقون منه ، والثروة كلها كانت محصورة في الاراضي ، كما ذكرنا .
ـ حتى اذا تغيرت الظروف ، واستقرت الامور ، واصبح المهاجرون الفقراء يجدون لهم مصدراً للرزق ، أباح الرسول ﷺ لاصحاب الاراضي أن يتصرفوا في الزائد عن حاجتهم منها ، إجارة لغيرهم ، كما كان الحال من قبل » ـ الملكية ـ ص ١٢٨ للشيخ علي الخفيف .

الله تعالى الذي لا يعلو عليه حق ، وبذلك يتأكد منطق التشريع في تحريم الاستغلال في الشرع الاسلامي .

سادساً ـ ثم ما أثر تحريم الاحتكار شرعاً ، اذا لم ينفذ ، لضعف وازع الدين؟ لا بد من مؤيد عملي واقعي عادل وناجع ، وهو التسعير الجبري اذا تعين ، وينبغي أن تسلب أمانة التكليف من المحتكرين في مواقع تصرفاتهم في المال المحتكر ، لإساءتهم استعمالهم حق الملك . كما بينا[1].

سابعاً ـ ويتجه عليهم ، فيما تفرع عن تصورهم ، من وجوب تمكين كلٍّ من البائع والمشتري من الاجتهاد لنفسه ، ومن حرية المساومة ، وبالتالي منع التسعير ، أن هذا[2] صحيح . بل هو الاصل . ولكن في غير هذه الحال[3] .

ـ ولكل حال[4] أدلة تنشأ عنها ، وتنهض بأحكامها المناسبة لها ، كما قدمنا .

ذلك ، أن المتبايعين ، وان كانا متساويين من حيث المراكز الشرعية ، أي الاهلية الكاملة ، فذلك غير كافٍ في تحقيق التوازن والعدل فيما بينهما من حيث الحقوق والالتزامات في مضمون العقد اقتصادياً ، في مثل هذا الظرف ، أو بعبارة أخرى ، المهم في الامر أن يكونا متساويين من حيث القوة الاقتصادية أيضاً ، كما بينا ، وهذا مُنتفٍ بداهةً ، ذلك ، لان البائع في مركز اقتصادي ممتاز ، فهو مستأثر بالسلعة أو المنفعة ، أو العمل ، والمشتري أو المستأجر ، في مركز اقتصادي **ضعيف ، بحكم الحاجة** ، فهو **مرغم لا متمكن** ، وهذا واقع ومشهود ، كما في إجارة المساكن ، أو بيعها ، أو بيع الاراضي وغيرها ، فالقواعد النظرية ينبغي أن تلاحظ هذا الواقع ، ليُرى مدى تحقق مناطها فيه .

---

(١) راجع مؤيدات مقاومة الاحتكار ، ص ١١١ .
(٢) الإشارة راجعة الى التمكين وحرية المساومة .
(٣) حال التغالي والاستغلال ، أي في الاحوال العادية ، حيث الاصل حرية التعاقد والمساومة ، على أساس التراضي ، أو الحرية الاقتصادية .
(٤) راجع بحث تحقيق المناط الخاص : ص ٣٧ .

ـ وعلى هـذا ، فالعمل بمقتضى « مبدأ التمكين أو الحريـة الاقتصادية » في هذا الظرف ـ وهو المبدأ النظري الاصلي ـ عـلى الرغم من عدم تحقق مناطه العام ، لان المتمكن هنا ، في الواقع ، هو البائع وحدَه ، لقوته الاقتصادية ، دون المشتري ـ يؤدي الى اعانة البائع على **الامعان** في التغالي والاستغلال ، والظلم ، وذلك محرم بالنص « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » .

ـ أما بالنسبة الى المشتري ، أو المستأجر ، فتمكينه مـن الاجتهـاد لنفسه ـ كما يقول الإمام الشوكاني وغـيره ـ متعذر ، لانـه **مقهور الارادة ،ومضطر** لا متمكّن ، فرأي الشوكاني في وجوب تطبيق « مبـدأ التمكين » نظري محض لا واقعي .

ـ وينتج عـن ذلك مآلاً ، أن مثل هـذا التصـرف لا اختيار فيـه ، وكل تصرف لا اختيـار فيه ، فهو غير صحيح ، فكيف يقال ـ والحالة هـذه ـ انـه ينبغي أن يترك الناس يبيعون ويشترون على ما يختارون !

ثامناً ـ لا يحل للبائع ، الزائد عن ثمن المثل ، في مثل هذه الحال ، لانه ربـا محرم ، وكسب خبيث ، بدليل الوعيد الشديد على الاحتكار ، ولقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « بيع المضطر ، وشراؤه ربا »[1] لكان الإغلاء والاستغلال فيهما ، والحاجة في حكم الاضطرار ، كما علمت .

تاسعاً ـ حكم وجوب التسعير من تطبيقات مبدأ سد الذرائع ، وهو أصـل معنوي عام ، مجمع عليه ، قد لاحظه المشرع ، في جزئيات لا تحصى[2] ، كما أسلفنا .

ـ ونظير ذلك ـ فيما نرى ـ تشريح جثث الموتى الذي تعيَّن طريقاً لفائدة طبٍّ الاحياء ، فالاصل في التشريح التحريم ، محافظة على أصل الخلقة من التشويه

---

(١) سنن ابي داود : جـ ٢ ، ص ٨٩ ، ص ٩٠ ـ إعـلام الموقعين : جـ ٣ ، ص ١٤٣ ـ ط ـ ١٣٢٥ هـ ـ الدر المختـار وحاشية ابن عابدين : جـ٤ ص ١٤٦ ـ ط ـ ١٣٢٤ هـ .

(٢) إعلام الموقعين : جـ ٣ ، ١٢٠ .

والتشيل ، اذ المُثْلَة حرام ، لكن يترتب على الامتناع عن التشريح ، مفسدة عظمى ، هي اهمال علم الطب ، فأجيز التشريح ، بل وجب ، دفعاً للضرر العام[1] .

عاشراً ــ إن الإمام الشافعي ــ رحمه الله ــ قد استشهد من السنة ، بما يثبت أن **الذرائع** الى الحلال والحرام ، تشبه **معاني الحلال والحرام** ، فقد جاء في كتابه الأم « وفي منع الماء ، ليمنع به الكلأ الذي هو من رحمة الله ، عام يحتمل معنيين :

أحدهما : أن ما كان ذريعة الى منع ما أحل الله ، لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة الى احلال ما حرم الله ، (قال الشافعي) فان كان هذا هكذا ، ففي هذا ما يثبت **ان الذرائع الى الحلال ، تشبه معاني الحلال والحرام** »[2] .

ــ ومعنى هذا ، ان الذريعة تأخذ حكم ما تفضي اليه .

ــ وتخريجاً على هذا الاصل ، أن ما كان ذريعة متعينة الى الواجب المفروض ، يشبه أن يكون في معناه ، من باب أولى ، لان « المصلحة » فيه آكد من الإباحة ، والتسعير الجبري من هذا القبيل ، لانه ذريعة الى صيانة حق المسلمين من الضياع ، ومنع الظلم عنهم ، وهذا واجب مفروض قطعاً .

ــ وفي هذا ردٌ كاف على بعض الشافعية ، الذين قالوا بمنع التسعير ، وهو رد مستمد من أصول مذهب إمامهم ــ رضي الله عنه ــ كما رأيت .

---

(١) الموافقات : جـ ٣ هامش ص ٢٥٩ . ــ ويقول الشيخ دراز في تعليقه على اعتبار جهة التعاون : « هذا ، وباب الحكم على الخاصة لأجل العامة واسع ، ومنه نزع الملكية الخاصة للمنافع العامة ، ومنه ما وقع في زمن معاوية ــ رضي الله عنه ــ من نقل قتلى أحد من مقابرهم ، الى جهة اخرى ، لإجراء العين الجارية بجانب أحد ، وكان ذلك بمحضر الصحابة ، ولم ينكروا عليه ... » المرجع السابق .
فاذا كان تقديم المصلحة العامة على الخاصة واجباً شرعاً عند التعارض ، فان التوفيق بينهما ان أمكن ، يكون واجباً من باب أولى، كما في التسعير ، اذ لا يجوز التقديم اذا أمكن التوفيق .

(٢) جـ ٣ ، ص ٢٧٢ للشافعي .

حادي عشر ــ على أن أئمة مدرسة الحديث في المدينة ، قد قالوا بوجوب التسعير ، دفعاً للضرر عن العامة ، من مثل الإمام سعيد بن المسيب[1] ، وربيعة الرأي ، شيخ الإمام مالك ، ويحيى بن سعيد ، فما هو عمدتهم في ذلك ، هو عمدتناه

ثاني عشر ــ يتجه على الحنفية ، أن منطقهم الفقهي في الاجتهاد غير مُحكم ، لانتفاء التلازم بين الوسيلة ومقصدها الشرعي الثابت ، كما أسلفنا .

ــ وأيضاً قد أخذوا بمبدأ سد الذرائع ، رعاية لمصلحة خاصة ، وسَمَّوْهُ « استحساناً » في مسألة تصرف المالك اذا أضر بجاره ضرراً فاحشاً[2] ، ومنعوه من التصرف على هذ االوجه ، استثناءً من القياس العام ، وهو حرية التصرف في الملك ، فيلزمهم أن يأخذوا بالاستثناء في مسألتنا هذه ، رعاية لمصلحة عامة ، من باب أولى ، وإلا وقعوا في التناقض ، لان علة الحكم في الاولى متقررة هي بعينها ، وبصورة أقوى ، في الثانية .

ثالث عشر ــ وأما احتجاجهم بنكول الإمام عمر ــ رضي الله عنه ــ عن اجتهاده في تقييد حاطب بن أبي بلتعة بالسعر العام في السوق ، اذ لم يُجز له أن ينتقص عنه ، مما يدل على عدم جواز تدخل ولي الامر بالتسعير ، فلا حجة لهم فيه ، ذلك لان نكوله لم يكن ناشئاً عن اعتقاده بتحريم التسعير ــ كما وهموا ــ بل لعدم تحقق مناط التذرع ــ في هذه الواقعة ــ الى الضرر العام ، فلم يتحقق بالتالي مناط التسعير الواجب .

ــ فهذا من باب « تحقيق المناط » في الوقائع ، مما لا علاقة له بأصل وجوب

---

(١) وهو إمام مدرسة الحديث ، واحد رواة حديث النهي عن الاحتكار . نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢٠ وما يليها .

(٢) تبيين الحقائق : جـ ٢ ، ص ١٦٢ ــ وراجع ايضا نقد مذهب الحنفية ص ١٥٧ وما يليها .

التسعير الذي يستند الى مبدأ سد الذرائع[1] .

رابع عشر ـ ومما يؤكد وجوب التسعير أيضاً « **مبدأ تغير الحكم بتغير الزمن** » في الفروع ، لانه ـ كما علمت ـ يدور مع المصلحة الراجحة المعتبرة شرعاً ، نتيجة للاجتهاد والبحث والخبرة ، وهذا المبدأ مستقر في الفقه الاسلامي ، يتم على أساسه تخريج أحكام الفروع المناسبة للمصالح التي تختلف تبعاً للظروف والاحوال ، فما يعتبر مصلحة في حال ، قد لا يعتبر كذلك في ظرف آخر ، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي[2] : « ان الشأن في معظم المنافع والمضار ، أن تكون إضافية (نسبية) **لا حقيقية ، فهي منافع ومضار في حال دون حال ، وبالنسبة الى شخص دون شخص ، او وقت دون وقت** » .

ويؤكد هذا المعنى ، الشيخ عبد الوهاب خلاف ، في كتابه : السياسة الشرعية ، اذ يقول ما نصه : « إنما تربط جميع الاحكام بالمصالح ، اذ الغاية منها (من الاحكام) جلب المنافع ، ودرء المفاسد ، حتى ان الرسول كان ينهي عن الشيء لمصلحة تقتضيه ، ثم يبيحه اذا تغيرت الحال ، وصارت المصلحة في إباحته ، فغاية الشرع هو المصلحة »[3] .

---

(١) قد اخذ الإمام عمر في كثير من وقائع اجتهاداته ، بمبدأ سد الذرائع ، عندما تحقق مناط التذرع في الواقعة المعروضة ، كما في منعه التزوج بالكتابيات الاجنبيات ، وتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت ، ومنع بيع اللحوم الا في بعض أيام الاسبوع ، وغير ذلك كثير ، مما يوفر الحق والعدل ، والمصلحة العامة ، كما أسلفنا ـ الجامع لاحكام القرآن ـ جـ ٢ ص ٥١ ـ للقرطبي .

(٢) الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٠ ـ اعلام الموقعين : جـ ٣ ص ١

(٣) السياسة الشرعية : ص ٦ ـ ٧ ، المطبعة السلفية ـ القاهرة ١٣٥٠ هـ وراجع بحث تغير الاحكام بتبدل المصالح ـ تعليل الاحكام ـ ص ٣٠٧ للشيخ مصطفى شلبي ـ وراجع المادة ٣٩ من مجلة الاحكام العدلية .

ولا شك أن المصلحة المعتبرة شرعاً ، هي مقصود الشرع ، كما يقول الإمام الغزالي ، فيجب الاجتهاد في تحريه ، لانه مبنى العدل في الفروع عملاً .

ـ وهذا المبدأ ـ مبدأ تغير الحكم بتغير الزمن ـ من مقومات سياسة التشريع أيضاً ، اذ يواجه الوقائع بظروفها ، بما يحقق المصلحة والعدل في كل عصر وبيئة .

ـ وبذلك يترجح لديك ، اجتهاد من ذهب الى وجوب التسعير عند الاقتضاء ، اذا تعين وسيلة لدفع الضرر العام ، بأدلة تكاد تفيد بمجموعها القطع واليقين .

* * *

شروط التسعير الجبري

في الفقه الاسلامي

آ ــ شروط التسعير في الفقه الحنفي :

١ ــ تعدّي التجار في القيمة تعدياً فاحشاً ، وفسروا التعدي الفاحش بما يساوي ضعف القيمة .

٢ ــ ظهور الاحتياج العام الى السلع المغالى في أثمانها .

٣ ــ أن يتعين اجراءً أو نظاماً لمقاومة الاحتكار وكسره ، أو لمحاربة الغلاء ، وذلك ، بأن يعجز القاضي والدولة عن معالجة هذه الظاهرة ، وصيانة حق العامة إلا به .

٤ ــ أن يكون الإمام عدلاً .

٥ ــ استشارة أهل الخبرة[1] ، دون اشتراط تشكيل لجنة على نحو معين ، كما هو الشأن عند المالكية .

---

(١) اشرنا آنفاً الى ان عنصر الخبرة العلمية النزيهة من قبيل الثقات العدول ، مقوّم اساسي في تحقيق معنى العدل في الوقائع ، أو تحقيق الصالح العام واقعاً ؛ وقد نص الفقهاء في كثير من المواطن على ذلك ، ولا سيما في « نظام الحسبة » في الاسلام . فاذا كان هذا النظام العملي قائماً اساساً على تطبيق مبدأ الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، اذا رقّ وازع الدين ، فانه يشترط فيه « القدرة » أو « **القوة** » لحمل الناس على **مقتضى النظر الشرعي** ، ولهذا قالوا ان الدولة هي التي تنهض به ، وعلى ذلك جرى الخلفاء المسلمون منذ القدم ، ولا سيما في عهد عمر بن الخطاب الذي كان أول من انشأ هذا النظام ، غير ان « القوة » قد تكون غاشمة تجافي العدالة ، أو قد تتسم بطابع الارتجال والتسرع ، لذا نرى الفقهاء

ب ـ شروط التسعير في فقه المالكية ومتاخري الحنابلة :

١ ـ ظهور الحاجة العامة الى السلع أو المنافع أو الخدمات التي غـلا سعرها ، أو أجرها ، أو توقع ظهورها ، وهذا بالاجماع .

٢ ـ تشكيل لجنة التسعير على النحو الذي بينا ، ضماناً للعدالة ، ورعايةً للحقين .

٣ ـ تعيُّن التسعير وسيلة الى ذلك ، وهذا متفق عليه كذلك ، لان التسعير خـلاف الاصل ، ولا يثبت الا عند الحاجة الماسة ، أو توقع حدوثها في غالب الظن .

٤ ـ أن تكون السلع من المكيل أو المـوزون أي من المثليات ، لان قيمتهـا تعرف بالوزن أو الكيل ، وما يلحق بها ، بخلاف القيميات .

٥ ـ أن تستوي من حيث الجَوْدَة [1] ، لان للجودة حظاً في الثمن كالمقـدار ، نوه بذلك المالكية .

يشترطون في المحتسب الثقة والامانة والعلم بالاسباب او الحيل التي تضر بالصالـح العـام ، أيا كانت : مـن الغش ، او التدليس ، او التلاعب بالاسعار ، او غير ذلك ، ليحول دون التسبب فيها ، ولما كان المحتسب يعجز عن الاحاطة بكل ذلك ، نشأ ما يسمى بنظام « **العرفاء** » ، وهـم الخبراء العدول الامناء الذين يستعين بهم المحتسب في التعرف على احوال السوق ، وارباب **الصناعات** وما يجرى فيها ، وغير ذلك مما يمس حـق المسلمين وصالحهم ، ومن هنا كانت الاستعانة بالخبرة في التسعير .
وفي هذا المعنى يقول صاحب كتاب « نهاية الرتبةفي طلبالحسبة » مانصه: « ولما لم تدخل الإحاطة بافعال السوقة ـ اهـل السوق ـ تحت وسـع المحتسب ، جاز له ان يجعل لاهـل كل صنعة **عريفاً** من صالح اهلها ، **خبيراً** بصناعتهم ، **بصيراً** بغشوشهـم وتدليساتهـم ، مشهوراً بالثقـة والامانة ، يكون مشرفاً على احوالهم ، ويطالعـه باخبارهم ، وما يجلب سوقهم من السلع والبضائع ، وما تستقر عليه من **الاسعار** ، وغير ذلك من الاسباب التي يلزم المحتسب معرفتها ، فقد روي ان النبي ﷺ قال : « **استعينوا على كل صنعـة بصالح اهلهـا** » ص ١٢ للإمـام الشيزري الشافعي ـ تحقيق ومراجعة الدكتور السيد الباز العريني ـ طبـع دار الثقافة ـ بيروت ـ لبنان ١٩٦٩ م . ـ الطرق الحكمية : ص ٢٧٦ـ٢٧٧ .

(١) قال ابن حبيب : « وهذا في المكيل والموزون ، ماكولا كان او غير ماكـول ـ اي المثليات ـ من المبيعات التي لا تكال ولا توزن » ـ اقـول : ويلحق بهذا « **المقدّرات** » التي لا تتفاوت بين افرادها تفاوتاً فاحشـاً يؤثر في

ويقاس على هذا : المصنوعات ، والاعمال ، والمنافع ، والخبرات ، لوحدة العلة ، فينبغي أن تسعّر على أساس التفاوت في **معيار الجودة** : صنعةً . ومهارةً . وكفاءة علمية ، لأن التفاوت في الكفاءات ، يستلزم ـ عدلاً ـ التفاضل في العطاء[1] . فلا يكون العطاء **على اساس الوظيفة** ، بل على أساس كلٍّ من المؤهل العلمي (الشهادة) والخبرة بالممارسة والقدم ، والانتاج المبتكر .

٦ ـ أن يكون الغلاء بفعل التجار وتحكمهم[2] ، لا لكثرة الخلق (التضخم السكاني) أو قلة الانتاج بسبب الجدب ، أو لغير ذلك من الاسباب ، مما ليس لأحد فيه يد .

٧ ـ أن يكون الإمام عدلاً .

٨ ـ أن يكون تحديد الاسعار قائماً على أساس رضا التجار ورضا العامة ، وقد حددنا المعنى المقصود من الرضا ، وهو أن يحقق ربحاً معقولاً للتجار والمنتجين والمالكين بوجه عام بلا وكس ولا شطط .

القيمة عادة ، والمصنوعات التي يثبت التماثل بين آحادها من حيث اصل المادة الخام ، والصنعة ، وكذلك الاعمال والمنافع ، مهارة ودقة وخبرة وجودة . . حسبما تقرره الخبرة العلمية في كل نوع .
هذا ، « ونظام الحسبة » من اهم النظم التي تقوم على قواعد سياسة التشريع في الاسلام ، مؤيدا لمقاومة الاحتكار ، وحمل الناس على الالتزام بالتسعير الجبري ، ومنع التغالي ، ومنع الغش ، والتدليس ، وما اليه بسلطان الدولة .

(١) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : ص ١٠٧ وما يليها ـ للمؤلف ـ طبع مؤسسة الرسالة ـ طبعة ثانية ـ في موضوع « مبدأ العدل المطلق » .

(٢) الحسبة : ص ٣٣ لابن تيمية ـ والطرق الحكمية : ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧ . ـ ويقول ابو الوليد الباجي في اشتراط « الجودة » وان يكون من المثليات : « هذا اذا كان المكيل أو الموزون متساوياً في الجودة ، فاذا اختلف صنفه ، لم يؤمر من باع الجيد ان يبيع بمثل سعره ما هو ادون ، لان الجودة لها حصة في الثمن كالمقدار » .
ـ هذا وكثير مما كان يعتبر قيمياً ، اصبح مثلياً ، او قريباً منه ، بفضل التقدم الصناعي ، حتى الدجاج واللحوم ، ولان عدم اجراء التسعير عليها حرج بالغ ـ المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٧ وما يليها .

هذه الشروط في جملتها ، تتوقف عليها عدالة التسعير ، وتوفر الثقة بأحقيته ، ضماناً لسرعة الاستجابة والامتثال .

جـ ـ النقد العام لشروط التسعير :

يتجه على الحنفية وعلى متأخري الحنابلة أيضا ، أنهم لم يبينوا النظام الذي يتم به تحديد الاسعار عملاً ، على النحو الذي رأينا عند المالكية ، من تشكيل لجنة على نحو خاص ، وهذا ـ بلا ريب ـ أضمن لتحقيق العدل والتوازن بين الحقين ، وأبعد عن المحاباة أو الارتجال والتحكم ، وسوء العاقبة .

ويتجه على الحنفية ، أن شرط « التعدي الفاحش » أو مجاوزة ضعف القيمة ، ليس من شأنه أن يحقق رعاية الصالح العام غالباً ، ولا سيما حق الفقراء ومتوسطي الحال ، وهؤلاء يشكلون الغالبية العظمى من المجتمع ، فاشتراط أن يجاوز التاجر ضعف القيمة ، بما يزيد عن مائة في المائة ، ربحاً في المواد الضرورية (القوت) التي يكثر بيعها ، ويستمر يومياً ، مما يلحق ضرراً بالغا بمعظم الناس .

على أنا لم نقف لهذا التحديد على أساس شرعي ينهض به ، ولم يشيروا هم الى مستندهم في ذلك ، وهذا ميل منهم الى محاباة التجار ـ كما هو ظاهر ـ بتوسيع نطاق حريتهم في التصرف والاستغلال .

وأيضاً ، التاجر المستغل لا يطمع أن يحقق ربحاً في المواد الاساسية أكثر من ضعف القيمة (١٠٠ ٪) فهو شرط لا يقيده ، بل يحقق جشعه ، وبذلك أضحى التسعير غير ذي جدوى ، فضلا عن أن التسعير عند الحنفية للتوعية لا للالزام ، بل نرى أن مثل هذا الشرط في التسعير يضفي على الاستغلال صفة المشروعية ، بينا هو محرم في الاسلام على سبيل القطع ، وإلا فلم حرم الاحتكار ؟

ونرى أن يكتفى بأن يجاوز الحد المألوف في الاسعار الذي كان سارياً قبل التحكم والاحتكار .

ويتجه على المالكية : أن اشتراطهم توافر التراضي فيما تحدده اللجنة من سعر. لا داعي اليه ، مادام الإلزام بحق مبدأ مستقراً في التشريع ، لانه أضحى مناطاً للعدل. في ظرف الاحتياج العام ، كما أسلفنا .

ـ على أن رضا التجار ليس مطلقاً ، بل مقيد بالربح المعقـول . ولا يسوّغ الإمام لهم ما يضر الناس .

وأما اشتراط تعيّن الوسيلة بالاجماع ، فذلك يوضح اتجاه التشريع الاسلامي الى المحافظة على « حرية التجارة » ما أمكن ، وحرية المالك في التصرف في ملكه : ولكن دون تعسف أو لستغلال .

فالاستغلال اذن ظاهرة لاتستوجب ـ في أصول التشريع الاسلامي ـ استئصال شأفة حق الملكية الفردية من أصول النظام الاقتصادي الاسـلامي . بل تستوجب تقييدها بما يلزمها بالعدل جبراً ، ان لم يتحقق اختياراً .

وهذا أدنى الى تحقيق العدل والمصلحة اقتصادياً واجتماعياً ، والى الاعتراف بشخصية الفرد في هذا التشريع ، من النظام الذي يلغي حق الملكية الفردية أصلاً . لان هذا ـ في نظر الاسلام ـ ظلم عظيم .

ـ ومما يؤكد ذلك ، أن الاصل في التسعير ـ ودون مقتضٍ هو التحريم ، على ما جـاءت به السنـة .

واذا علمت أن التسعير الجبري ضرب من « **تدخل الدولة** » في حقوق الافراد ، ونشاطهم الاقتصادي ، رأيت أن الشريعة تضيق من نطاق هذا التدخل ، حتى تقتضيه ضرورة رعاية الصالح العام ، وتحقيق العدل ، وايصال الحق الى مستحقه .

أما شرط الربح العادل ، فهذا يقتضينا أن نفرد له بحثـاً في السعر العادل في الفقه الاسلامي المقـارن .

السعر العـادل

في الفقه الإسلامي المقارن

المبدأ الثابت(١) في التشريع الاسلامي ـ كتاباً وسنة ـ أن التسعير العادل هـو ما لا يكون ضاراً أو مجحفاً بأيٍّ من المتبايعين :

١ البائع أو المنتج(٢) ـ زراعة أو صناعة ـ أو المالك .

٢ ـ المشتري أو المستهلك(٣) ومن في معناه .

وهذا **المبـدأ** ـ في منطق هذا التشريع الخالد ـ متفرع عن المبدأ العام الذي هو مدار التشريع الاسلامي كله ، وهو : « رعاية الحقين » والتوفيق بينهما ما أمكن عنـد التعارض(٤) .

---

(١) المبدأ العام ، هو **المفهوم التشريعي الكلي المجرد** الذي يستهدف بحكمه تحقيق العدل في موضوعه ، والمقصد الشرعي القطعي الذي شرع من اجله ، وهو يتميز عن الإجراء او النظام او القانون الاجتهادي الذي يتخذ لتطبيقه، وتحقيق مقصده من المصلحة والعدل .

(٢) البائع قد يكون افراداً ، او شركات ، او الدولة .

(٣) والمشتري ، قد يكون من صغار الباعة ، وقد يشتري لا ليبيع ، ولا ليستهلك ، بل ليستخدم ما يبتاعه في انتاج ارضه او مصنعه ، من ادوات وآلات ذات اهمية بالغة ، او مواد خام ، او مواد مساعدة على تحسين انتاجه ، كالاسمدة الكيمياوية وما اليها .

(٤) التعارض هنا قائم بين رغبة صاحب السلعة في تحقيق اكبر قدر من الربح ، لصالحه ، زائداً عن نفقات انتاجها ، وتسويقها ، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك حتى وصلت الى المشتري او المستهلك ، وبين اجتهاد المشتري لنفسه ، في ان يحصل على السلعة بادنى قدر ممكن من الثمن ،

وقد نهض بمبدأ السعر العادل قوله تعالى : « ولا تبخسوا الناس أشياءهم[1]، وقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في الحديث القدسي : « يا عبادي ! إني حرمت الظلم على نفسي ، وجعلته بينكم محرماً ، فلا تظالموا »[2] وقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

وفي قول علي ــ كرم الله وجهه ــ : « يجب أن يكون البيع بأسعار لا تجحف بالفريقين من البائع والمبتاع »[3] .

وجه الدلالة في الآية الكريمة ، أنها تنهى عن نقص الناس حقوقهم[4] ، بأن ينقص بعضهم حقوق بعض ؛ وليس هذا خاصا بالكيل والميزان فحسب . بل يشمل بعمومه نقص القيمة ، والمخادعة عنها ، كما يكون البخس في السلعة بالتعييب والتزهيد فيها ، وكل ذلك ضرب من أكل مال الناس بالباطل[5] ، كما يشمل البخس، المماكسة والغش ، والحيل التي تُنتَقَصُ بها الحقوق[6] ، فالآية الكريمة شاملة بعمومها البائع والمبتاع ، كما ترى ، كما تشمل تحريم البخس في الحقوق المعنوية ،

بالنسبة لقيمة منفعة تلك السلعة لمصلحته ، فتعارضت المصلحتان . ــ هذا ، ومن مقومات العدل فيما لا نص فيه مبدأ « اعطاء كل ذي حق حقه » والرسول ﷺ قد أشار الى ذلك بقوله في شأن الإرث دون افتئات او غبن او اجحاف ، كما اسلفنا ، ولا جرم ان من حق البائع ، ان لا يمنع ربحاً معقولاً كما قال فقهاء المالكية ، ودون وكس في حقه ، كما يقول متأخرو الحنابلة ، ومن حق العامة الا يضاروا في حرمانهم حاجاتهم الضرورية ، بل يجب ان يوفوها دون غبن فاحش او شطط عليهم .

(١) الاعراف : ٨٥ . (٢) رواه مسلم .

(٣) الاسلام واوضاعنا الاقتصادية : ص ٩٤ للشيخ محمد الغزالي ــ نهج البلاغة : جـ ٥ ، ص ٣٤٢ . وانظر تفسير : « لا ضرر ولا ضرار » والاوجه التي يحتملها في كتابنا : « نظرية التعسف في استعمال الحق » ص ١١٧ طبعة ثانية .

(٤) تفسير « المنار » للشيخ محمد عبده : جـ ٨ ، ص ٥٢٥ ــ ٥٢٦ .

(٥) تفسير القرطبي : الجامع لاحكام القرآن : جـ ٧ ص ٢٤٨، طبع دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ، ١٣٨٧ هـ و ١٩٦٧ م بالقاهرة .

(٦) تفسير المنار : جـ ٨ ، ص ٥٢٥ ــ ٥٢٦ .

بأن يكفر الناس بعضهم حق بعض في العلم والفضل »[1] .

ووجه الدلالة من الحديث القدسي : « أنه نهى الناس عن **ان يظلم بعضهم بعضاً** لان الظلم في ذاته محرم ، أياً كان **منشؤه ، وموقعه** ، كما أسلفنا ، والنهي بعمومه شامل تحريم الظلم بين المتبايعين .

والخلاصة أن البخس ــ بما هو انتقاص للحق ــ ظلم محرم ، أياً كان مصدره، وموقعه ، سواء أكان محل الحق مادة ، أم معنى .

وعلى هذا ، لا يجوز للعامة أيضاً ، أن ينقصوا التجار حقهم ، فيماكسوا في السلعة ، أو يخادعوا عن قيمتها في التعييب فيها ، أو أن يستغلوا ظروفاً سيئة حاقت بالبائع ، من افلاس ونحوه ، أو بسبب سلع أو مواد يتسارع اليها الفساد والعطب ، أو لا تحتمل التخزين أمداً طويلاً ، حتى اذا لم يتم تصريفها خلال أيام أو أسابيع ، لحقت به خسارة فادحة ، أو غير ذلك من الاسباب ، فيأخذ الناس يتربصون بـه قرب وقوع المضرة ، أو ظروفه السيئة ، ليشتروا أمواله بأبخس الاثمان ، ويلحقوا به خسارة جسيمة[2] ، وفي هذا المعنى يقول ابن القيم :

---

(١) المرجع السابق .

(٢) روي عن علي ــ كرم الله وجهه ــ انـه قال : « سيأتي على الناس زمـان عضوض ، يَعَضُّ الموسر على ما في يديه ، ولم يؤمَر بذلك ، قال الله تعالى : « ولا تنسوا الفضل بينكم » **ويُبايَعُ المضطرون** ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيـع **المضطر** . والعلـة ظاهرة في هـذا النهي ، وهي حالـة الاضطرار لا ذات البيع ، كما ذكرنا ، سنن ابي داود ــ جـ ٣ ص ٨٩ ــ ٩٠ ويورد ابن قيم الجوزية ، نقلا عن مسند الإمام احمد ، حديثاً عن حذيفـة ابن اليمان ــ رضي الله عنه ــ يؤكد هذا المعنى عن النبي ﷺ اذ يقول : « إن بعد زمانكم هذا ، زماناً عضوضاً ، يعض الموسر على ما في يديه ، ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى : « وما انفقتم من خير ، فهو يخلفه » ، وهـو خير الرازقين » وينهر شرار خلق الله ، فيبايعون كل مضطر ، **الا إن بيع المضطر حرام** ، المسلم اخو المسلم ، لا يظلمه ، ولا يخونه ، ان كان عندك خير ، فَعُدْ به على اخيك ، ولا تزده هلاكاً الى هلاكه » ــ اعلام الموقعين : جـ ٣ ص ١٨٢ تحقيق الاستاذ الشيخ محمد محي الدين عبد الحميـد : ١٣٧٤ هـ ١٩٥٧ م الطبعة الاولى ــ المكتبة التجارية الكبرى ــ القاهرة .

« وكذلك يمنع والي الحسبة « **المشترين** » من الاشتراك (التواطؤ) في شيء لا يشتريه غيرهم ، لما في ذلك من ظلم البائع »[1] ويقول أيضا : « فاذا كانت الطائفة **تشتري** نوعاً من السلع ، أو تبيعها ، قد **تواطئوا** على أن يهضموا ما يشترونه ، **فيشتروه بدون ثمن المثل** ، ويبيعوا ما يبيعونه ، بأكثر من ثمن المثل[2] ، ويقتسموا ما يشتركون فيه من **الزيادة** [3] ، كان إقرارهم على ذلك ، معاونة لهم على الظلم والعدوان ، ولا ريب أن هذا أعظم إثماً وعدواناً ، من تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، ومن النجش » .

ـ وهذا استدلال بروح أو معقول ما ثبت تحريمه بالسنة من البيوع الممنوعة.

كما لا يجوز للدولة أن تمكّن العامة ـ محاباة لهم ـ من الإضرار والإجحاف بالمالكين ، بتسعير ظالم ، أو جزافيّ مرتجل ، اذ العلة في الحالين واحدة ، ولان التصرف على الرعية (جميعاً) منوط بالمصلحة ، والمصلحة المعتبرة شرعاً هي مناط العدل .

ـ هذا المبدأ ثابت في التشريع ، كتاباً وسنة ، كما ذكرنا ، وهو أصل كلي شرعي متفق عليه ، وأما في الاجتهاد التطبيقي لهذا المبدأ ، فقد اختلفت وجهات النظر في وسائل واجراءات هذا التطبيق على النحو الآتي :

آ ـ راي الحنفية :

يرى الحنفية ، أن السعر التلقائي الحر في السوق ، أو في ميدان التعامل بوجه عام ، هو الذي يحقق مبدأ العدل بين الفريقين ، لانه نتيجة طبعية لحرية المساومة ، والتعاقد ، وهو ما يطلق عليه اليوم « قانون العرض والطلب » حتى اذا نشأت « معوقات » وجب ازالتها ، كأن يتدخل التجار ، فيحتكروا السلع الضرورية ، أو

---

(١) الطرق الحكمية : ص ٢٨٨ . (٢) المرجع السابق .
(٣) والمقصود بالزيادة هنا ، حصيلة المغالاة في الاسعار ، او هو الاستغلال بعينه.

يتخذوا أي وسيلة أخرى لإغلاء الاسعار ، أو أن تتدخل الدولة نفسها بالتسعير الجبري ، فتعكر على هذا السعر التلقائي صفو مساره ، ولذا أجمع فقهاء الحنفية ، القدامى منهم والمتأخرون ، على عدم جواز التسعير ، فقالوا : « لا ينبغي للإمام أن يسعر[1] .. » ويقال للمحتكر المغالي : **« بع كما يبيع الناس ، وبزيادة يتغابن الناس في مثلها »[2]** .

ويذهب الإمام مالك ــ في رواية ابن القاسم عنه[3] ــ الى عدم جواز النقص عن هذا السعر العام ، اذا أفضى ملاً ــ في غالب الظن ــ الى افساد سعر السوق . حيث يقول : **« ومن حط في السعر أقيم »** وأما عدم جواز الزيادة فمن باب أولى ، وكل ذلك محافظة على السعر الطبعي العام ، الذي يحقق ــ في اجتهادهم ــ المبدأ العام ، يرشدك الى هذا ، أن الحنفية ــ كما علمت ــ اتخذوا من الاجراءات ما يعيد السوق الى حالتها الاولى ، لإزالة المعوقات ، ولم يلجأوا الى التسعير الجبري ، حتى بعد استنفاد الإمام لجميع الوسائل[4] ، وعجزه عن منع التجار من التغالي في الاسعار عن طريق الاحتكار ، فقالوا بإجبار أهل السوق على اخراج سلعهم ، وعرضها ، وبيعها بالسعر العام الذي كان ساريا فيها قبل التحكم ، حتى اذا تعنتوا ، باع عليهم الإمام جبراً بالسعر العام للسوق ، لتعلق حق العامة بتلك الاموال ، ولم يسعّر عليهم ، لانهم يرون السعر الحر العام هو السعر العادل ، وهو ما ذهب اليه متقدمو الحنابلة ، وجمهور الشافعية .

يؤكد هذا ، أن التسعير ــ عند الحنفية ــ للتبصير ، لينطلق الناس الى الاشتراء أو التعامل عن وعي ، ثم يجتهدوا لانفسهم بأنفسهم في المساومة ، والدولة بمنأى عن ذلك ، لانهم أدرى بمصلحتهم من الدولة ، وهذا هو ما يسمى اليوم **بالاقتصاد الحر** ، كما ذكرنا .

---

(١) لا يجوز ولا يصح شرعاً .
(٢) مصادر ومراجع الفقه الحنفي المشار اليها سابقا .
(٣) وهي الرواية التي تفيد ان الإمام مالك حرم التسعير الجبري باطلاق ــ المراجع السابقة للمالكية .
(٤) اي ولو في حال الضرورة ، او الحاجة التي تكاد تبلغ مبلغها .

ب ـ راي متاخري الحنابلة وجمهور المالكية :

يرى هؤلاء أن « السعر العادل » لا يتحقق تلقائياً في السوق ، وقت الأزمات ، بل يحدده الإمام باشرافه ، واستشارة أهل الخبرة .

ـ ويفهم من هذا أمران :

اولهما : أنه لا يجوز التسعير جزافاً أو ارتجالاً ، أو محاباة لأحد الجانبين .

الثاني : أن السعر يتحدد على اساس نفقة السلعة ، وتكاليفها ، وظروف تسويقها ، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك ، مع زيادة نسبية معقولة من الربح ، ومن ثم لا يكون لحاجة المشتري أو اضطراره ، أثر في هذا التحديد ، خلافاً لما رأينا عند الحنفية ، اذ اشترطوا ـ كما تعلم ـ تعدي التجار ضعف القيمة ، ولحاجة المشتري أثر في ذلك ، على النحو الذي بينا ، فليس السعر العام التلقائي الحر في السوق إذن هو السعر العادل في اجتهاد هذا الفريق ، لانه ـ في نظرهم ـ ليس كفيلاً بتحقيق مبدأ العدالة في الواقع ، أو مبدأ المثلية غالباً ، نظراً للحيل ، وضروب المخادعة التي يلجأ اليها التجار عادة ، مما له أثر في رفع مستوى هذا السعر العام من ناحية ، ولاضطرار المشتري أن يقبل ظاهرياً بهذا السعر العام المفتعل ، ولو بلغ ضعف القيمة ، ثمناً للسلعة أو المنفعة ، على ما اشترطه الحنفية ، من ناحية أخرى .

واذا كان لاضطرار العامة أثر في تحديد هذا السعر العام ، أو رفعه ، لم يكن تلقائياً عادلاً ، لان الاضطرار هو سبب الارتفاع الذي هو منشأ الاستغلال .

ويرى المالكية أيضاً ، أنه يجب ـ والحالة هذه ـ عدم ترك أمر « العدالة » في المبادلات وقت الأزمات الاقتصادية ، لحرية التجار واختيارهم ، بدليل كثرة إساءتهم التصرف فيما مُنحوا من حق الملك ، وتأثيرهم في الاسعار ، بالإغلاء ، غالباً ، والمجتهد الحق ينبغي أن يأخذ هذ االواقع بعين الاعتبار في التشريع الاجتهادي التطبيقي .

إذن ، المنافسة الحرة ، وحرية التعاقد ، والمساومة ، مبدأ مستقر في التشريع

الاسلامي ، بل هـو الاصل ، ولكن في غـير الاسواق الاحتكاريـة ، أو ظروف الاساءة[1] والتعسف في استعمال حق الملك جشعاً واستغلالاً .

تقدير الاتجاهين ونقدهما اصولياً ، وفي ضوء فلسفة التشريع :

لا شك أن مبدأ « رعاية الحقين » اذا تحقق تلقائياً مـن قبل الفريقين ، دون تدخل من التجار أو الدولة ، أي عن طريق المنافسـة الحرة المشروعة ، فذلك هـو الاصل ، أو القياس ، كما قلنا ، لان الوازع الديني كفيل بتحقيق ذلك لو استقام ، ولكن رعاية الحقين لا تكون عند التعدي الفاحش ، كما يراه الحنفية ، ولا سيما في المواد الضرورية الاساسية ، والمنافع والخدمات التي لا يستغني الناس عنها .

على أن فقهاءهم قد نصوا على **ان المساواة هي مبنى المعاوضة**[2] ، فأين المساواة والتعاون في مثل هذا التفاوت الفاحش ؟

والواقع أن ليس لهذا الاجتهاد أساس من العدل ، نظهور محاباته للتجـار أو المنتجين ، أو المالكين بوجه عام ، هذا فضلاً عـن أن حكم التسعير ـ في نظرهم ـ لا يجعله اجراءً ناجعاً لتحقيق السعر العادل ، لان الفريقين ليسا متساويين من حيث القوة الاقتصادية ، كما أسلفنا ، فتحكّم القوي في الضعيف ، أمر واقع ومشاهد ، وينتج عن ذلك حتماً ، أن تحديـد السعر العام الذي رأوه عـادلاً ، انما يتم على **اساس عامل اضطرار المشتري وشدة حاجته ، لا على اساس قيمة السلعة وتكاليفها مع زيادة نسبية تمثل الربح المعقول .**

ثم ما الفائدة من استشارة أهل الخبرة ـ كما يقـول الحنفية ـ اذا أصبحت

---

(١) وظروف الإساءة والتعسف ، هي منشأ دليل وجوب إزالة الضرر العام ، وهذا منوط بولي الامر الذي له الولاية العامة على الرعية ، وهي اساس التصدي لواقع الاساءة ، او التدخل في شئون التجار ، وحقوقهم ، منعاً للظلم قبل وقوعه ، أو إزالة له بعد الوقوع .

(٢) البدائع : جـ ٤ ، ص ٢٠٣ ، العناية : جـ ٧ ، ص ١٤٧ .

غير ذات أثر مباشر في معالجة التحكم ، وأنت تعلم ، أن حرمة بيع المضطر ، وشرائه ، لا لذات البيع والشراء ، بالبداهة ، بل للاضطرار ، وما ينشأعنه من استغلال ، وغبن فاحش ، اذ هو العلة في التحريم ، فكيف يُقبل سعر ، ويوصف بأنه عادل ، اذا كان عامل الاضطرار أساساً في تكوينه ؟؟ بل كيف يتسق في منطق التشريع الاسلامي أن يكون عامل" أو ظرف" علة" في النهي والتحريم ، ثم يكون هو نفسه عاملاً ومقوماً من مقومات العدل فيه ؟ لا يعقل هذا ، للتناقض !!

أما الاتجاه الثاني ، فنحن نرى ، أنه أدنى الى تحقيق العدل عملاً ، لان التسعير يُدرس موضوعياً من كافة جوانبه وأسبابه ، ضماناً لعدالته ، ولا يمكن أن يكون « العدل » موضع انتقاد من أحد ، وهو ما أخذت به بعض التشريعات المعاصرة.

ومبدأ المنافسة الحرة في الاقتصاد ، نظري بحت ، لانه لا يتحقق معناه أو مناطه العام شرعاً في الواقع المعاش ، ولا يؤتي ثمراته ، من تحقيق السعر **المتوازن** العادل غالباً ، لتفاوت القوى الاقتصادية بين الفريقين ، وقت الازمات ، وهذا دليل بيّن على أن الفقه الاسلامي **واقعي عملي** .

فالمبدأ ثابت ، ولكن الوسائل والطرق أو النظم الاجتهادية التي يتم بها تحقيق غايته من العدل ــ غالباً ــ مختلفة ، كما رأيت . وفي هذا المعنى يقول الشيخ علي الخفيف : « وانه ليُرى أن التشريع الاسلامي ... اكتفى بوضع **الاصول** ،والمبادىء العامة التي يجب أن تتخذ أساساً لتخيّر **النظم الملائمة** للامم على اختلافها ، عصراً ، وثقافةً ، وعرفاً ، وبيئة »[1] وأقول : وأحوالاً وظروفاً[2] .

ــ التسعير العادل في الاعمال :

يقرر القرآن الكريم مبدأً عاماً في الجزاء على العمل في آياتٍ عدة ، من مثل :

---

(١) التصرف الانفرادي : ص ٥ .

(٢) راجع كتابنا أصول التشريع الاسلامي ــ ص ٢٧٢ وما يليها ، في المبادىء والاصول التي تعتبر من النظام الشرعي العام .
اذ لا ينكر تغير الحكم الاجتهادي بتغير الزمن ، ويقصد بالزمن ظروف الناس واحوالهم ــ راجع المادة ٣٧ من مجلة الاحكام العدلية .

١ ــ قوله تعالى : « وأنْ ليس للانسان إلا ما سعى » أي إن الأجر على قدر الجهد الذاتي ، أو المساواة والمعادلة بين الجهد والأجر ، نوعاً وأثراً .

٢ ــ وقوله تعالى : « ولكلٍّ درجاتٌ مما عملوا » فالاجر يتفاوت تبعاً لنوعية العمل ، وأهميته ، وأثره .

٣ ــ وأكد القرآن الكريم على **التعادل ، والوفاء الحق** بين العمل والاجر ، دون بخس أو غبن ، بقوله تعالى : « ولا تبخسوا الناس أشياءهم » ولقوله سبحانه: « ومن يعمل من الصالحات ، وهو مؤمن ، فلا يخاف ظلماً ولا هضماً » وقوله عز وجل : « هل تجزون إلا ما كنتم تعملون » .

ــ ولا جرم أن عدل الله تعالى في الآخرة ، هو عين عدله في الدنيا ، اذ « العدل الإلهي » واحد ، لا يتجزأ .

٤ ــ هذا ، وفي القرآن الكريم حافز على الابتكار أو الإبداع في الاعمال ، والوفاء بحقه ، كقوله تعالى : « ومن يعمل مثقال ذرة خيراً يره » فيوفى حقه في ذلك ، مهما قل أو صغر ، ولقوله تعالى : « وَلِيُوَفِّيَهُمْ أعمالهم ، وهم لا يظلمون »[1] .

ــ فلا ينبغي أن يُنتقص أمرٌ أو يُماطل في أداء حقه إليه كاملاً ، ولقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « **اعطوا** الاجير **حقه** ، قبل أن يجفّ عرقه » .

ــ ولا ريب ، أن تفاوت الاعمال حسب أهميتها ونوعها وأثرها ، منوط **بالعلم ، والخبرة ، والاتقان** ، ولا نقصد بذلك الخبرة العامية أو البدائية ، فلهذه اعتبارها الخاص أيضاً ، لانها ضئيلة الشأن والاثر ، وانما نقصد تلك الخبرة التي

---

(١) ولا سيما اذا بخست وانتقصت اجورهم في الدنيا .

أساسها العلم والاختصاص ، وذلك بدوره منوط بالمؤهلات العلمية ؛ وهي متفاوتة ، إن في العلم النظري المجرد ، أو التجريبي العملي التطبيقي ، أو المخبري .

ـ وتأسيساً على هذا ، لا تقاس قيمة العمل نوعاً وأثراً وجودة ، بالوظيفة ، بل بالمؤهل العلمي ، والخبرة العملية الناشئة عنه ، ولا شك أن لتعدد المؤهلات العلمية المتجانسة أو المتقاربة في موضوعها ، اعتباراً في تقدير العطاء ، لانها مظنة سعة الافق ، وتفتح الذهن ، وغزارة العلم .

ـ ويتفرع عن ذلك ، أن التفاوت في الكفاءات يستلزم التفاوت في العطاء ، عدلاً[1] . قال تعالى : « قل هل يستوي الذين يعلمون ، والذين لا يعلمون » مكانةً وحقاً ، حتى اذا تساووا في أصل الكفاءات ، كان التفاوت بينهم في العطاء والاجر ، على قدر الجهد المبذول ، ومدى اتقانهُ ، وتجويده ، أو على أساس مبلغ الابتكار فيه .

ـ ونرى ، أن مجرد « **الاقدمية** » لا تصلح مظنةً للحق في زيادة الاجر ، حتى يقوم الدليل على كونها كذلك ، من الجهد المبذول ، وإلا كانت « الاقدمية » في حد ذاتها ، باعثاً على الركون الى الكسل والاهمال ، والعمل الرتيب على مر الزمن ، وهو مشاهد محسوس . فاذا انتفى الجهد الزائد ، نوعية وأثراً ، لم يكن ثمة أساس للحق في أجر زائد ، اذ المبدأ العام الذي قرره القرآن الكريم صراحة ، أن الاجر على قدر الجهد الذاتي ، كمّاً أو كيفاً ، أو هما معاً ، ورتيب العمل يستلزم رتيب الاجر ، هذا فيما يتعلق بأرباب الكفاءات .

ـ وعلى هذا ، فان **ظرف الاضطرار ، او الحاجة** الذي يحيق بأيٍّ من الفريقين : العامل أو رب العمل ، لا يصلح أساساً لتحديد الاجر ، لان ذلك مناف

---

(١) راجع بحث « مبدأ العدل المطلق » في التشريع الاسلامي ـ كتابنا : « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » ص ١٠٣ ـ ص ١٠٧ ـ الطبعة الثانية ـ مؤسسة الرسالة ـ لبنان ـ بيروت ـ ١٩٧٧ .

لاصل العدل الذي يقضي بأن يكون الاجر العادل منوطاً بالعمل ذاته ، كمّاً ، وكيفاً، وأثراً ، وبذلك تتفادى مشكلة « فائض القيمة » في علم الاقتصاد التي كانت سبباً في نشوء مذاهب اقتصادية متطرفة اتخذت من هـذه المشكلة حجة لإلغاء أصـل الملكية الفردية ، على اعتبار ان هذه الملكية أصل نشوء صور الاستغلال ، والأزمات الاقتصـادية .

ـ وإلغاء أصل الملكية الفردية ـ في نظر التشريع الاسـلامي ـ ظلم عظيم ، لانها ثابتة من الدين بالضرورة ، ولهذا عَمِل على ابقائها ، حماية لمصلحـة الفرد وشخصيته العاملة الحرة المسئولة المنتجة ، وحارب الاستغلال محاربة لا هـوادة فيها ، كما حمى مصلحة المجتمع ، بل جعل منهما محور التشريع كله ، ونسق بينهما عند التعارض ، حفظاً للحقين معاً ، كما رأيت .

التزام الدولة العمرية بتامين تموين الناس ، بالمواد الغذائية الضرورية ، فضـلا عن فرض اموال نقدية لكل منهم :

ثبت أن عمر ـ رضي الله عنه ـ قد أمر ـ في خلافته ـ باتخاذ دفاتر عائلية ، تكتب فيها أسماء أفراد العائلة ، ومواليدها ، ذكراً كان أم أنثى ، مسلماً كان أم غير مسلم ، وفرض لكل محتاج منهم مائة درهم ، ونصيباً معلوماً كافياً مـن الطعام في كل شهر[1] ، من الخبز والزيت والخل ، وهذا يفوق تدعيم الدول الحاضرة لبعض المواد الغذائية الضرورية ، كالخبز ، والسكر ، والارز ، والزيت ، اذ تتحمل الدولة المعاصرة ما يقرب من خمسين في المائة أو يزيد من قيمتها الحقيقية ، وهـو يساوي الفرق ما بين القيمة الحقيقية لهذه السلع ، وبين أسعارها التي تباع بها فعلاً بموجب بطاقات تموينية ، مساعدة للطبقة الفقيرة .

---

(1) انظر بحثاً للدكتور بلتاجي بعنوان : التزام الدولة الاسلامية بارزاق الناس في خلافة عمر بن الخطاب ـ مجلة الوعي الاسلامي ـ السنة الثامنـة ـ غرة جمـادى الاولى سنـة ١٣٩٢ هـ ـ التسعـير الجبري ـ ص ٤٦ ـ للأستاذ الشوربجي .

ـ وعلى هذا ، فان التسعير العدل للمواد الغذائيـة الضرورية الذي يساوي نفقات السلعة مع قدر من الربح المعقول ، مرهق للطبقة الفقيرة ، وأصحاب الدخل المحدود ، فتلجأ الدول اليوم الى مثل هذا التدعيم .

وقد رأيت أن سياسة عمر الاقتصادية قد سارت في هذا الطريق الى مـدى أبعد ، فضلاً عن النصيب النقدي المفروض لكل فرد محدود الدخل في الدولة .

* * *

مؤيدات التسعير الجبري

العقوبة التعزيرية :

إن مخالفة التسعير بما يزيد عن المحدد أمر محرم شرعاً ، لما في هذه المخالفة من إضرار بالمصلحة العامة ، ولذا كانت العقوبة عليها حق الشرع .

هذا ، وليس ذلك مقصوراً على المواد « التموينية » بل هو شامل لكل ما يحتاج اليه الناس ، ويوقعهم حرمانهم منه ، أو التغالي في سعره ، فيضيق أو حرج غير معتاد ، كما بينا .

ـ وعلى هذا المعنى ، اتفقت كلمة الباحثين المحققين[1] ، ونسوق اليك نص الفتوى التي أصدرها مفتي الديار المصرية سابقاً ، وعضو جماعة كبار العلماء[2] : « إن تسعير المواد التموينية في وقت الضائقة ، عمل ضروري تقتضيه **المصلحة العامة** ، لتيسير العيش لجميع الافراد على سواء ، ولمنع التهارج والتغالب عليها ، ويدخل ذلك في باب السياسة الشرعية التي تجعل لولي الامر في مثل ذلك حق التخصيص ، والتحديد ، والتسعير ، استناداً الى قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وقاعدة « الضرر مدفوع » وتجعل طاعته فيما يجريه في ذلك حتماً[3] ، ومخالفته إثماً ، **والعقوبة عليها حقاً** [4] ، والسياسة العادلة الرشيدة من الدين الحنيف »[5] .

---

(١) الشيخ محمد ابو زهرة ـ ابن حنبل ـ ص ٣٠١ ـ فقرة ١٠٩ ـ الشيخ مصطفى شلبي ـ تعليل الاحكام : ص ٧٨ و ٧٩ ـ الشيخ محمد الغزالي : الاسلام المفترى عليه ـ ص ١٠٥ ـ الدكتور حسين حامد ـ المصلحة ـ ص ١٨٠ .

(٢) فتاوى شرعية : جـ ٢ ، ط ٢ ، ص ١٥٠ ، الشيخ حسنين مخلوف .

(٣) ملزماً ، وأمراً مفروضاً .

(٤) ثابتاً في الشرع .

(٥) ولو لم يرد بخصوصها نص ، او قياس خاص .

ولم تقصر الفتوى حكم التسعير ومؤيداتـه على **المواد التموينية** - بل جعلت ذلك شاملاً لكل ما يحتاج اليه الناس ، بقولها :

« **وكذلك الحكم في غيرها** ـ غير المواد التموينية ـ مما يحتاج اليه، كالملابس.. ومواد البنـاء ، وغيرها ، ومـن البيِّن أنه يحرم بيعها بأزيـد مما سعِّرت به ـ والله أعـلم »[1] .

ممثل السلطة في الدولة الاسلامية ينهض بالعقوبة التعزيرية تقديراً وتوقيعاً (تنفيـذاً) : [2]

ينهض بهذه العقوبة في الاسلام تقديراً وتوقيعاً الإمام ، أو من يعيِّنه لذلك ، وهو المحتسب غالبـاً[3] ، فيصبح ممثلاً لسلطة الدولـة ، ومفروضاً عليه ذلك ، بتفويض من رئيسها الاعلى ، وبالتفويض تثبت المسئولية والاختصاص .

العقوبة التعزيرية على انواع : صفة وقدراً :

هذا ، والعقوبة التعزيرية على أنواع، صفةً ، وقدراً ، منها : العقوبة المالية[4]،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) العقوبة التعزيرية ليست مقدرة من الشارع ، بل تخضع لتقدير الامـام ، **او من يعينه لذلك** ، وتوقع على كل معصية : من ترك واجب ، او فعل محرم ، مما لم يرد فيه **حدٌ او كفارة** ، وينقصد بهـا الردع ، والزجر ، والتاديب ـ الحسبة : ص ١٢ ، للامام ابن تيمية .

(٣) ويقول ابن خلدون في مقدمته : « الحسبة وظيفة دينيـة ، من باب الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر الذي هو **فرض** على القائم بامور المسلمين ، يعيِّن لذلك من يراه أهـلا له ، **فيتعيَّن فرضه عليه** ، ويتخـذ الاعوان (العرفاء) على ذلك ، ويبحث عن المنكرات ، ويعزِّر ، ويؤدِّب على قدرها، ويحمل الناس على **المصالح العامة** في المدينة » المقدمة : جـ ٣ ، ص ٢٠١ مطابع الشعب بمصر ـ الطرق الحكمية ـ ص ٢٧٨ .
ـ هذا ، وقد ولّى النبي ﷺ على الحسبة ، سعيد بن العاص ، في سوق مكة بعـد الفتح ، وولّى عمر بـن الخطاب ـ امّ الشفاء الانصاريـة على السوق ، وعبد الله بن عتبـة ، بل كان يتولاها هو احيانـاً ـ القضاء في الاسلام ـ ص ١٤٧ ـ الاستاذ مذكور ـ الطرق الحكمية ـ ص ٢٧٧ .

(٤) وتسمى عقوبة التغريم بالمال ، وسيأتي بحثها مفصلا مقارنا على استقلال.

والعقوبة البدنية ، وعقوبة تقييد الحرية (الحبس) ، وعقوبة نفسية محضة ، كالتوبيخ[1]، والنظر بوجه عبوس .

ـ وسائر هذه الانواع تستهدف غرضاً واحداً هو « الإيلام » زجراً[2] وردعاً .

يخضع تقدير العقوبة التعزيرية لمبدأ المماثلة في الجزاء ، ومبدأ المناسبة التي تفضي بها غالباً الى تحقيق الصالح العام :

يقول ابن تيمية : « إن عقوبات التعزير تختلف مقاديرها وصفاتها ، بحسب كبر الذنوب ، وصغرها ، وبحسب **حال المذنب** ، وبحسب **حال الذنب ، قلة وكثرة** »[3] .ـ

ويؤكد هذا المعنى ابن القيم بقوله : « يتغير التعزير بحسب **اقتضاء المصلحة** له **زماناً او مكاناً ، او حالاً ، ويختلف تقدير** العقوبة فيه ، حسب **خطر الجريمة ، وتاصلها** في نفس المجرم »[4] .

ـ ويلاحظ أن كلاً من مبدأ المثلية في الجزاء ، ومبدأ المناسبة ، يقوم على

---

(١) الطرق الحكمية ـ ص ٣١١ .

(٢) ومعنى الزجر : ردع الجاني ومنعه من أن يعود الى اقتراف الجريمة ، وحمل غيره على الاعتبار والعظة ، فيمتنع من ذات نفسه على مقارفتها ، رهبة مما اصاب غيره من العقاب ، فالشأن في العقوبة أن تفضي الى الزجر غالباً ، اذ هي **مظنة** لذلك .
والإيلام اثر تتركه العقوبة التعزيرية بجميع انواعها وصفاتها ، في نفس المجرم ، سواء منها العقوبة البدنية ، أم الغرامة المالية ، أم العقوبة المقيدة للحرية ، أم العقوبة النفسية ، ويختار منها ما يكون مناسباً وناجعاً ، لكل حال على حدة بظروفها الموضوعية والشخصية ، كما بينا ، تحقيقاً للعدل والمصلحة العامة ، في التشريع العقابي ، باستشارة الخبراء والمتخصصين في هذا الشأن .

(٣) الحسبة : ص ٤٦ ، ابن تيمية .

(٤) والطرق الحكمية : ص ١١٧ ـ وقوله : بحسب اقتضاء المصلحة له : اي للتعزير ، و ص ٢٧٦ ـ ٢٧٧ ، ابن القيم .

اعتبارات موضوعية من حيث خطورة الجريمة ـ في حد ذاتها ـ وأثرها على المجتمع ، واعتبارات شخصية أيضاً ، من حيث حال المتهم ، ووضعه الاجتماعي ، وأخرى مكانية وزمانية ، كما رأيت ، فلا بد من تطوير تشريعها قدراً ووصفاً في كل زمن .

وأما المناسبة فتعني ، أن من شأن ترتيب الحكم بالعقوبة على الجريمة ، أن يفضي الى المقصد الشرعي من أصل تشريع العقاب ، وهو الزجر والردع ، وحماية المجتمع ، وتحقيق المصلحة العامة .

هذا ، ومبدأ المثلية[1] ، والمناسبة[2] من مباني العدل ، وموجهاته في التشريع العقابي الاسلامي .

ـ وتأسيساً على ذلك، لا يتجاوز في العقاب ما يتحقق به المقصد الشرعي منه ، في كل حال على حدة ، اذ التجاوز ظلم ، فلا تُوقّع عقوبة ما ، بما يجاوز ما تقتضيه الضرورة[3] ، صفة ومقداراً ، اذ لا يصار الى دفع الظلم ، بارتكاب ظلم مثله .

---

(١) اما مبدأ المثلية في الجزاء ، فقد قرره القرآن الكريم في مواطن عدة ، من مثل قوله تعالى : « وجزاء سيئة سيئة **مثلها** » وقوله سبحانه : « فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه **بمثل** ما اعتدى عليكم » ، وقوله عز وجل : « ولكم في **القصاص** حياة يا أولي الالباب » ، وهو المساواة ـ راجع مباني العدل وموجهاته في كتابنا : « أصول التشريع الاسلامي » ص ٢٧٧ وما يليها .

(٢) واما المناسبة فمبناها **المقصد الكلي** في التشريع ، وهو ان الاحكام معللة بمصالح العباد ، فلا تجد حكماً في المعاملات والجزائيات ، مسلوب الحكمة التشريعية ، كما قدمنا ، وإلا لزم العبث او التحكم ، وكلاهما لا ينشرع ، ومن هنا وجب أن يكون تشريع الحكم وتنفيذه ، مفضياً الى مقصد الشارع منه . فالحكم وحكمة تشريعه مقترنان تشريعاً وتطبيقاً . راجع بحث التغريم بالمال .

(٣) الاصل عصمة الانسان عن الاضرار به وإيلامه ، لان ذلك محرم شرعاً ، وانما شرع استثناءً للضرورة على سبيل الجزاء الوفاق ، فتقدر بقدرها .

منشأ صفة مخالفة التسعير الجبري ، من كونها معصية او من المنكرات شرعاً

إن منشأ صفة هـذه المخالفة من كونها معصيـة أو منكراً ، هو أن تحديـد التسعير ، انما ثبت بالوجـه الشرعي من قِبَلِ ولي الامر ، أو من يُعيِّنه لذلك ، كما قدمنـا .

أما كونه قد تحدد بالوجه الشرعي فمن ناحيتين :

اولاهما : من حيث الدلائل الشرعية التي نهضت بوجوب التسعير .

الثانية : من حيث مصدر الامر بهذا التحديـد ، وهو ولي الامر أو أحـد نوابه ، لما له من الولاية الشرعية التي تتعلق بالصالح العام ، ومن هنا وجبت طاعته ، والمعاقبة[1] على مخالفة أمره ، لقوله تعالى : « وأطيعوا الله ، وأطيعـوا الرسول ، وأولي الامر منكم » حتى عند القائلين بأن التسعير غير ملزم .

أو بعبارة أخرى ، ثبت كون تحديد السعر بالوجه الشرعي، شكلاً وموضوعاً .

---

(١) هذا ، والعقوبة التعزيرية ـ بما هي في الاصل غير مقدرة من قبل الشارع، كالحدود والكفارات ـ قد ترك امر تقديرها الى من ينيبهم ولي الامر في هذا التقدير تعييناً ، كالقاضي ، او المحتسب او الوالي، وسلطة من يُعيِّن لذلك ، وان كانت واسعة ، غير انها **مقيدة** بمراعاة الظروف **الشخصيـة** للمتهم ، والظروف **الموضوعية** للجريمة نفسها ، والمكانية والزمانية ، وذلك قصـداً الى تحقيق « المثلية » و « المناسبة » بين العقوبـة والجريمة ، **مقداراً ونوعاً واثراً** ، وهـذه شروط جوهرية في تحقيق « **العـدل** » في العقاب التعزيري ، لتغدو مظنة للوصول به الى غرض الشارع من الردع والزجر والتأديب ، كما بينا .

اما الظروف الشخصية ، فمن مثل مراعاة حال المتهم ، ومدى اثر توقيع العقوبة المقدرة اجتهاداً على شخصيته بوجه خاص ، واعتبار سوابقـه ، واما الموضوعية ، فمن مثل تقدير اثرها في المجتمع ، وقد تكون «المناسبة» في توقيع اكثر من عقوبة ، او في التنفيذ ، او ايقافه ، حسب الاحوال . الحسبة ـ ص ٤٦ ـ ٤٩ ـ ابن تيمية ـ الحسبة : ص ١٤٦ ـ للشهاوي ـ وراجع البحث المفصل في التغريم بالمال في هذا الكتاب .

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية : « **مخالفة التسعير معصية من المنكرات التي** يناط بالمحتسب[1] انكارها ، والنهي عنها ، **والعقاب عليها** »[2] .

هذا ، ويجمع بين الاحتكار ومخالفة التسعير علة واحدة ، وهي الاستغلال ، فيتحد الحكم ، وهو التحريم ، ضرورةً .

مؤيدات الإلزام بالتسعير في الواقع التاريخي :

وفي الواقع التاريخي ، يذكر المقريزي في خططه ، أن من أهم اختصاصات المحتسب ، **رقابة الاسعار** ، والاشراف على السوق ، **والتعزير والتاديب** لمن يتلاعب بها ... **ويعاقب** من يرفع الاثمان[3] .

ويذكر المقريزيُّ وغيره من المؤرخين ، أن المحتسب كان يقوم بتسعير السلع ، وإلزام الباعة بالاعلان عن أسعارها كتابةً[4] ، وهو يشبه ما تتخذه الحكومات من اجراءات التسعير في عصرنا الحاضر .

هذا . وقد أجمع الفقهاء ـ كما رأيت ـ على تعزير المحتكر ، اذا خالف السعر العام في السوق ، وأوجب الجمهور إلزامه بالتسعير المحدد من قبل الإمام أو نوابه ، وأيدوا ذلك باجراءات عدة[5] .

---

(١) ليس تخصيص المحتسب بالذكر يفيد الحصر ، أو قصر هذه المهمة عليه ، بل لان الغالب أن يكون هو المنوط به ذلك .

(٢) الحسبة : ص ٤٦ ـ ٤٩ ، وانظر في هذا المعنى ايضا ، من توجيهات الاسلام ـ ص ١٨٠ ، لاستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت ، شيخ الجامع الازهر سابقا .

(٣) المواعظ والاعتبار ـ جـ ١ ص ٦٣ .

(٤) نفح الطيب : جـ ١ ، ص ٢ ، الحسبة : ص ١٥٣ للشهاوي ـ النظم الاسلامية : ص ٣١٤ ، للدكتور حسن ابراهيم حسن ، الحلل السندسية : جـ ١ ، ص ١٥٢ ، شكيب ارسلان .

(٥) راجع بحث مؤيدات منع الاحتكار : ص ١١١ .

ـ ونستعرض الآن اجتهادات الائمة في **التعزير على مخالفة التسعير** :

آ ـ في الفقه الحنفي :

البيع الجبري ـ لا التسعير الجبري ـ هو المؤيد للسعر العام في السوق الذي يراه الحنفية عدلاً ، بعد أمر البائع باخراج ما احتكره ، وبعد التعزير أو الحبس ، كسراً للاحتكار ، ومقاومة للغلاء المفتعل .

غير أن الفقهاء من الحنفية والشافعية ، قد رأوا عدم جواز مخالفة الإمام إن سعر ، ولو للتبصير ، لان ذلك ضرب من المجاهرة بالخروج على طاعة ولي الامر ، والاستخفاف بأوامره ، فيعاقب لذلك[1] ، لا لكون التسعير ملزماً ، ولكن البيع صحيح ، ولا يملك الإمام فسخه ، بل لا يملك إلا إجازته ، والعقد نافذ غير موقوف عليها .

هذا ، وذهب الحنفية الى أن البائع اذا كان يخشى بطش الإمام ، إن باع بأزيد مما سعره ، لا يحل للمشتري شراؤه ديانة ، لانه في معنى المكره[2] ، وهذا

---

(١) نهاية المحتاج : جـ ٢ ، ص ٤٥٦ ـ للرملي ، تبيين الحقائق : جـ٦،ص٢٨ .

(٢) المرجع السابق .
ـ هذا ويرى الإمام احمد ، ان من ينقص السعر إضراراً بصاحبه ، فهو آثم بقصده وفعله ، لان القصد الى الإضرار من حيث هو إضرار ، ممنوع، على الرغم من انه تذرع بفعل مباح في الاصل ، وليس تصرفه باطلا باطلاق. ويرى بعض الفقهاء المحدثين ، أن هذا الفعل ، قد يؤدي الى النفع العام والخاص ، فضلا عن انتفاع المرخص باقبال الناس عليه ، ورواج تجارته ، ويتجه على ذلك ، أن هذا لا يتم في جميع الظروف والحالات ، فالنية اذا كانت متجهة الى الشر ، وكان الظاهر ـ على عكس ما افترضه ـ وسيلة الى الضرر العام ، بأن افسد على اهل السوق اسعارهم المعقولة ، فانه يمنع ، بل يقام من السوق في اجتهاد الإمام مالك ، كما رأيت ، اذ البيزة بالمال من حيث **المنع القضائي** ـ ابن حنبل : ص ٣١٧ ـ للشيخ ابو زهرة. هذا ، وكل منافسة بالإرخاص من قبل فرد او بعض افراد ، كشركة مثلا ، بقصد افساد اسعار السوق ، وتحطيم سائر التجار في سلعة او سلع معينة ، تعتبر منافسة غير مشروعة ، ويجب اتخاذ الاجراءات المناسبة لمنعها ، كما سيأتي .

يؤكد أن التسعير غير ملزم في اجتهادهم .

ـ على أنه جاء في الفتاوى الأنقروية ، أن الإمام أبا حنيفة ، سئل عن « متولي الحسبة ، اذا سعّر البضائع بالقيمة ، وتعدى بعض السوقية ، فباع بأكثر من القيمة، هل له أن يعزره على ذلك ، فأجاب : يعزره على ذلك »[1] .

ـ فالاجتهاد الحنفي يُقرّ التعزير على مخالفة التسعير ، لكن على أساس مخالفة الإمام وعصيانه ، كما أشرنا .

ب ـ راي جمهور المالكية ، ومتاخري الحنابلة ، والليث بن سعد ، وغيرهم :

يرى هؤلاء الأئمة ، معاقبة المخالف للتسعير ، لانه ـ في اجتهادهم ـ ملزم ، ويعزره الإمام بما يراه زاجراً له ، هذا ، ان زاد عن السعر .

أما ان باع بأنقص من السعر المحدد ، أقيم من السوق في رأي الإمام مالك[2]، حتى لا يضر بسائر أهلها .

مؤيد الإخراج من السوق ، او منع الزيادة او النقص في السعر في سلعة او سلع معينة ، من قبل فرد او افراد اذا اضر بالسعر العام في السوق ، او بالجالبين :

---

(١) الفتاوى الانقروية : جـ ١ ، ص ١٥٩ ـ طبع بولاق ـ والمراد بالسوقية ، التجـار .

(٢) وفلسفة الإمام مالك الاصولية في هذا ، تقوم على اساس اعتبار البيع بانقص من السعر العام ، مظنة (قرينة) قصد الإضرار بعامة اهل السوق، فيصلح مناطا للمنع ، ووجوب الرفع من السوق ، او ان مثل هذه الحطيطة من شانها أن تفضي في حد ذاتها الى افساد الاسعار في السوق ، ولو لم يتوافر القصد اذا كثر اللجوء اليها ، حذراً وحزماً واحتياطاً ـ الموافقات : جـ ٤ ، ص ٢٠٠ وما يليها .
وهذا من باب « فقه الاحتياط » المعروف في المذهب المالكي ، الذي يعتبر الكثرة مظنة وقرينة كافية في تحقيق مناط الذرع ، ولا يشترط الغلبة ، احتياطا .

ذهب العلماء في مشروعية هذا المؤيد مذهبين :

اولهما ـ عدم مشروعيته ، فلا يجوز الاخذ به .

ثانيهما ـ انه مشروع ، يجب الاخذ به .

ـ ومنشأ الخلاف هو تأويل حديث[1] عمر ـ رضي الله عنه ـ مع حاطب ابن أبي بلتعة .

ـ فذهب الشافعي ، وابن حزم ، وابن رشد المالكي ، الى أن عمر ـ رضي الله عنه ـ منع حاطباً من **الزيادة** عن سعر مثل ما يبيع السوق ، لا عن النقص ، وأوّلوا قوله : « إما أن تزيد في السعر ، أي في **المكاييل ، لا في الثمن** .

وأما القول بأنه مَنعَهُ من **النقص** عن سعر المثل ، فقد علق عليه ابن رشد ، كما جاء في الزرقاني على الموطأ ، بأن هذا التأويل « غلط ظاهر ، اذ لا يُلام أحد على المسامحة في البيع ، والحطيطة فيه ، بل يُشكر على ذلك ، ان فعله لوجه الناس ، ويُؤجر ان فعله لوجه الله تعالى »[2] .

---

(١) عن سعيد بن المسيب ، ان عمر بن الخطاب مر بحاطب بن ابي بلتعة ، وهو يبيع زبيباً له بالسوق ، فقال له عمر : « إما ان تزيد في السعر ، وإما أن **ترفع** من سوقنا » الزرقاني على الموطأ : جـ ٣ ، ص ٢٩٩ ، المكتبة التجارية ـ مصطفى محمد ـ ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١ م .
ـ وفي حاشية المزني على الأم من رواية داود بن صالح التمار عن القاسم ابن محمد عن عمر : « انه مر بحاطب بن ابي بلتعة بسوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب ، فساله عن سعرهما ، فسعّر له **مدّين** بدرهم ، فقال عمر : لقد حدّثت بغير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً ، وهم (**يفترون**) **او يعتبرون بسعرك** ، فاما ان ترفع في السعر ، واما ان تدخل زبيبك البيت ، فتبيعه كيف شئت ، فلما رجع عمر ، حاسب نفسه ، ثم اتى حاطباً في داره ، فقال له : ان الذي قلت لك ، ليس بعزيمة مني ولا قضاء ، انما هو شيء اردت به **الخير لأهل البلد** ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع » جـ ٢ ، ص ٢٠٩ ـ كتاب الشعب ـ الطرق الحكمية : ص ٣٠٠ ، المحلى : جـ ٩ ، مسالة ١٥٥٤ ـ ص ٤٠٠ .

(٢) الزرقاني على الموطأ : جـ ٣ ، ص ٢٩٩ .

وأكد هذا المعنى الإمام الشافعي بقوله : « وبه أقول[1] ، لان الناس مسلطون على أموالهم ، ليس لأحد أن يأخذها ، ولا شيئا منها ، بغير طيب أنفسهم ، إلا في المواضع التي تلزمهم ، وهذا[2] **ليس منها** » .

وهذا الفهم لا يتسق الا على أساس التأويل بأن عمر ـ رضي الله عنه ـ نهى حاطباً عن **الزيادة** في السعر ، **لا عن النقص منه** .

ـ وأما ابن حزم ، فقد أسقط الاحتجاج بأثر عمر ـ رضي الله عنه ـ أصلا ، حيث يقول : « إنه لا يصح عن عمر ، لان سعيد بن المسيب ، لم يسمع عن عمر »[3] ثم خطّأ من تأوّله بالنهي عن النقص ، وأوله بالنهي عن الزيادة ، بقوله : « وأنه لو صح ، لكانوا قد أخطأوا فيه على عمر ، فتأولوه بما لا يجوز[4] ، وانما أراد عمر بذلك ـ لو صح عنه ـ بقوله : إما أن تزيد في السعر ، يريد أن تبيع من المكاييل أكثر مما تبيع بهذا الثمن ، وهذا خلاف قولهم » فالنقص في المكيال لا في الثمن .

وأيد ابن حزم تأويله هذا الذي يتفق وتأويل ابن رشد المالكي ، والإمام الشافعي ، برواية لأثر عمر من طريق آخر ، وبعبارة صريحة ، اذ يقول : « كما روينا هذا الخبر عنه من طريق عبد الرزاق ، عن ابن جريج ، عن عمرو بن شعيب ، قال : « وجد عمر حاطب بن أبي بلتعة ، يبيع الزبيب بالمدينة ، فقال : كيف تبيع يا حاطب ؟ فقال مُدّين ، فقال عمر : تبتاعون[5] بأبوابنا ، وأفنيتنا ، وأسواقنا ، تقطعون في

---

(١) اي بما روي عن عمر ، من انه حاسب نفسه ، ثم رجع عن التصدي لحقوق التجار بالتسعير عليهم .

(٢) اي التسعير ليس من المواضع التي يجوز ان تؤخذ فيها اموال الناس بغير طيب من انفسهم ، بل ينبغي ان يبيعوا على ما يختارون ـ الام : جـ ٢ ، ص ٢٠٩ ـ كتاب الشعب ـ حاشية المزني .

(٣) المحلى : جـ ٢ ـ مسألة (١٥٥٤) ـ ص ٤٠ ـ منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت ـ تصويراً .

(٤) اي بالنهي عن نقص السعر .

(٥) اي تشترون السلع من اسواقنا ومدينتنا ، وتستولون على رزقنا ، ثم تعمدون الى الإغلاء علينا .

رقابنا ، ثم تبيعون كيف شئتم ! بع صاعاً ، وإلا فـلا تبع في أسواقنـا[1] ، وإلا فسيبوا[2] في الارض ، ثم اجلبوا[3] ، ثم بيعوا كيف شئتم » .

ـ ثم ما لبث ابن حزم أن انتقد تأويل الفريق الآخر الذي يرى أن في النقص ضرراً بأهل السوق ، فرد على ذلك ، بأن في النقص مصلحة لاهل البلد ، ولا سيمـا المساكين ، وأما أهل السوق فلهم أن يسيروا في نقص الاسعار على نهجه ، اذ يقول : « بل في قولكم أنتم[4] الضرر على أهل البلد كلهم ، وعلى المساكين ، وعـلى هذا المحسن[5] الى الناس ، ولا ضرر في ذلك على أهل السوق ، لانهـم ان شـاؤوا أن يرخصوا كما فعل هذا ، فليفعلوا ، وإلا فهم أملك بأموالهم ، كما هذا أملك بمالـه »[6] .

ومفاد هذا ، أن كلاً منهما حرٌ في التصرف فيما يملك ، ولا يجوز لأيٍ منهما أن يتعرض للآخر بما يقيد تصرفه .

ـ هذا بشأن الإرخاص ، ولكن عمر ـ كما يرى ابن حزم ومن معـه ـ نهى حاطباً عن الاغلاء ، وأمره أن يبيع صاعاً بدل مدّين ، بالثمن نفسه ، والصاع أربعة أمداد ، ثم رجع عمر عن ذلك ، وترك الناس يبيعون عـلى ما يختارون ، زيادةً أو نقصاً ، فدل ذلك على أن ولي الامر ، أو نوابه ، لا يملكون أن يتعرضوا للتجـار بالتقييد والتسعير .

ـ وعلى هذا ، فليـن في خبر عمر بروايتيه ، تأويـلاً أو تصريحاً ـ في نظر ابن حزم ـ ما يصلح حجة على مشروعية الاخراج من السوق ، حال الزيادة ، فضلاً عن النقص عن مثل سعر السوق ، ومن ثَمّ لا يجوز الاخذ بهذا المؤيـد .

---

(١) وهذا هو مناط الاستدلال على مؤيد الاخراج من السوق .
(٢) اي سيحوا فيها .
(٣) اي من خارج المدينة ، استيرادا ، او جلبا من القرى والمدن الاخرى .
(٤) من عدم جواز نقص فرد أو أفراد عن مثل سعر السوق ، والا فانه يقام من السوق حتى لا يضر بهم .
(٥) وهو من ارخص السعر .
(٦) المحلى : جـ ٦ ، ص ٤١ .

ـ أما الفريق الآخر ، فقد اتجه الى وجوب الاخذ به ، ومنع الإرخاص أو الزيادة ، من قبل فرد أو أفراد ، عن أسعار السوق ، ومنهم الإمام مالك[1] ، رحمه الله ، اذ أخذ بخبر عمر ـ رضي الله عنه ـ على تأويل أنه نهي عن **النقصان** ، لا عن الزيادة ، ولذا يرى، أن من حطّ عن السعر العام أُقيم من السوق، استدلالاً بقول عمر : « إما أن تزيد في السعر ، **وإما ان ترفع من سوقنا** »[2] . ويقول الإمام مالك[3] : « لو أن رجلاً أراد إفساد السوق ، فحطّ عن سعر الناس[4] ، لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس ، وإما **رفعت** »[5] ولم يثبت في رواية الموطّأ رجوع عمر عن ذلك .

ـ وهذا تأكيد لإبقاء السعر العام الحر التلقائي في السوق ، في الاحوال العادية ، كما ترى .

ـ أما الزيادة ، أي الإغلاء ، فقد علمت أن الإمام مالك يوجب به التسعير العادل .

حكم هذا المؤيد ـ في راينا ـ فرع عن الحكم على سياسة عمر الاقتصادية بوجه عام :

مؤدّى سياسة عمر هذه ، أنه لا يجوز لفرد أو أفراد ـ كشركة مثلاً ـ أن يعبثوا بسلامة السوق[6] ، أو أن يضروا بالمصلحة العامة ، **حالاً او مآلاً** ، ذلك ، لانه نظر الى أن هؤلاء قد يُرخصون سعر سلعة ، أو سلع معينة الى أقل من مستوى

---

(١) وهذا ما ذهب اليه الإمام الشوكاني ايضاً ، على ما جاء في تعريفه للتسعير نيل الاوطار : جـ ٥ ، ص ٢٢٠ .
(٢) الزرقاني على الموطأ : جـ ٣ ، ص ٢٩٩ .
الشيخ محمد محيي الدين عبد الحميد ، ومراجعة عبد الحليم العسكري ـ طبع المؤسسة العربية للطباعة والنشر ـ ١٣٨٠ هـ ـ ١٩٦١ م .
(٣) فيما نقله ابن القيم ـ الطرق الحكمية : ص ٢٩٨ وما يليها ـ تقديم
(٤) يقصد الجمهور من تجار السوق .
(٥) المرجع السابق ـ وراجع المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٤ للباجي ـ والمغني : جـ ٤ ، ص ٢١٧ ـ لابن قدامة ، الطرق الحكمية : ص ٢٩٨ وما يليها .
(٦) المنتقى : جـ ٥ ، ص ١٤ وما يليها ـ المغني : جـ ٤ ، ص ٢١٧ .

تكاليفها ونفقاتها ــ أي قد يتكبدون خسارة فادحة بادىء الامر ــ من أجل أن تكسد تجارة غيرهم في هذا الصنف من السلع أو ذاك ، فيضطر هؤلاء الى ترك الاتجار فيه ، أو اغلاق محالهم ، وحينئذ يستأثر المُرخِصون بالسوق ويأخذون في التسلط والاستبداد ، أو **الحكرة والتغلية** ، لِتَكْفُرَ بِهِم بالاتجار فيه ، بعد تحطيم غيرهم من التجار ، فهذه « المنافسة » غير مشروعة في الاسلام ، لانها صورة من صور التذرع أو التسبب في الاحتكار من حيث المآل ، وأنت تعلم سياسة عمر في مقاومة الاحتكار ، بل سياسته الاقتصادية العامة ، اذ هو الذي أنشأ نظام الحسبة لتنظيم السوق ، ومراقبة الاسعار ، والغش ، والتدليس ، ومنع بيع اللحوم إلا في أيام معينة من الاسبوع ، حتى لا يَضارَّ الفقراء ، وبالجملة يمنع كل تسبب في الضرر العام ، ويشرف على تنفيذ ذلك بدقة وحزم عن طريق من يوليه أمر مراقبة السوق ، أو يتولى ذلك بنفسه أحياناً ، كما في مسألتنا هذه .

ــ وعلى هذا ، فان مؤيد الإخراج من السوق ــ منعاً للنقص ــ يتفق ومقتضى هذه السياسة العامة ، ترجيحاً لتأويل الخبر على أنه نهي عن النقص في السعر . يدلك على ذلك ، أن المنع من النقص ــ كما ورد في الخبر ــ انما كان لعلة دفع الضرر العام عن الجالبين ، وأهل السوق ، والناس آخر الامر ، بدليل ما جاء في القصة نفسها ، « قال له عمر : حُدِّثْتُ بعيرٍ من الطائف تحمل زبيباً ، وهم يغترون(٢) بسعرك ، فإما أن ترفع في السعر ، وإما أن تدخل زبيبك البيت ، فتبيعه كيف شئت » .

فالعلة إذن هي اغترار الجالبين بهذا السعر الرخيص ، وفيه من الاضرار بهم ما فيه ، اذ يحجمون عن قدوم المدينة بِجلَبِهم ، تحت تأثير اغترارهم ، ويستضرُّ هل البلد ، آخر الامر ، اذ تعزُّ السلع ، فتغلو .

---

(١) العير : القافلة ــ ويعني الجالبين للرزق .

(٢) اغترَّ به : خدع أو ظن فيه الامن والخير ، ولم يتحفظ ــ المصباح .

غير أن عمر ــ رضي الله عنه ــ حاسب نفسه ، ثم رجع عن رأيه الاجتهادي هذا ، وقال لحاطب : « أنت حرٌ فيما تملك ، وأن ما قلتُه لك ليس إلزاماً ، بل هو شيء أردت به الخير لاهل البلد » أي **المصلحة العامة** ، لان ما كان يغلب على ظنه من وقوع الضرر العام الذي كان يتوقعه وقت المنع ، لم يتحقق ، أو بعبارة أخرى ، إن مناط التذرع الى الضرر العام لم يتحقق في صنيع حاطب هذا ، لا يقيناً ، ولا ظناً غالباً ، فرجوعه اذن لم يكن لعدم مشروعية أصل هذا المؤيد ، بل لعدم تحقق مناطه في تلك الحادثة ، وعلى هذا ، فلا يملك ولي الامر ، أو نوابه ، ولا أهل السوق التعرض لمن لا يضر بالصالح العام .

ــ وفي ضوء هذه السياسة العامة ، يمكن أن يُفسر الخبر على **تاويل الزيادة** في السعر أيضاً ، **بالنظر للمآل** .

والخلاصة : أن عمر ــ رضي الله عنه ــ حين غلب على ظنه ، أن المصلحة في المنع ، زيادة أو نقصاً ، قال به ، لان مصلحة حاطب الفردية ــ زاد أو أرخص ــ تعارضت ومصلحة أهل البلد ، أو مصلحة أهل السوق والجالبين حسب الاحوال ، ثم لما تبين له ، أن حاطباً لم يكن ليبغي الإضرار بالجالبين ، أو منافستهم منافسة غير مشروعة ، أو لم يؤد إرخاصه أو زيادته للسعر من **حيث ذاته** الى ذلك المآل ، من **الكثرة والتغلية** [1] ، أجاز له ذلك ، وأن يبيع على ما يختار ، لانه علّل حكمه بالمصلحة (الخير) اذ هي مدار الإذن ، وفواتها هو مدار المنع .

ــ ولا شك أن هذا التفات ذكي من عمر ــ رضي الله عنه ــ الى أساس التعامل ، والنشاط الاقتصادي ، وهو **المصلحة العامة** ، وأن تصرفات الافراد فيما يملكون ــ ينبغي أن تكون في إطارها ، وألا تتصادم معها ، وأن على ولي الامر أن يشرف على ذلك اشرافاً دقيقاً .

---

(١) اي بقطع النظر عن قصد حاطب من الإرخاص .

ـ وعلى هذا ، فلا تناقض في تبدل اجتهاده ، لانه تبدل" يدور على غلبة الظن بتحقق المصلحة العامة ، وانتفائها .

ـ والاصل ـ كما رأيت ـ هو المحافظة على السعر العام الحر في السوق في الاحوال العادية ، وهو مدار اجتهادات الائمة ، لان به حفظ الحقين : حق المالكين والمستهلكين أو المشترين ، شريطة ألا يكون ثمة **معوّقات** تعكر صفو مساره ، من التحكم ، أو الاستغلال ، أو الظلم ، لأيٍّ منهما ، وحينئذ يكون التعرض والتدخل لدفعه .

ـ هذا من حيث مشروعية هذا المؤيد .

أما من حيث الاستدلال بهذا الخبر على منع تصدي ولي الامر أو نوابه للتسعير ، بدليل رجوع عمر ـ رضي الله عنه ـ عن ذلك ، فتذكرك بما يلي :

اولا ـ أنه لا حجة فيه على عدم جواز التسعير ، اذ ورد في قضية معينة بظروفها الخاصة ، فلا يعم ، أي لا يصلح هذا الخبر لان يتخذ منه **قاعدة تشريعية عامة** لجميع الحالات بإطلاق[1] ، اذ ليس فيه لفظ عام يفيد ذلك ، ولا ما يفيد العموم ولو إشارة وتلميحاً ، فهو كحديث امتناع[2] الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن التسعير ، وقد طلب الصحابة منه ذلك حين غلا السعر .

ثانياً ـ أنه خبر صحابي في مسألة **مجتهدٍ فيها** ، اذ لم يرد بخصوص النقص

---

(١) وعلى هذا ، لا يحتج بالقاعدة الاصولية التي تقضي بان « العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب » اذ ليس في هذا الخبر لفظ عام ، كما ذكرنا ، فلم يتحقق اذن مناط القاعدة فيه .

(٢) فرق بين **المنع والامتناع** ، لان المنع تشريع عام وملزم . واما الامتناع فقد يكون بسبب ظروف معينة تلابس واقعة خاصة ، اقتضت ذلك الامتناع ، وحينئذ لا يكون تشريعا عاما ، أو قاعدة كلية تطبق على جميع الوقائع وباطلاق ، ولو كان التسعير محرما في ذاته ، لبينه الرسول ﷺ اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وقد وجدت الداعية الى ذلك حين غلا السعر ، وسأل بعض الصحابة الرسول ﷺ ان يسعر لهم .

عن السعر ، دليل معين من كتاب أو سنة ، أو قياس خاص ، أو إجماع ، ورأي الصحابي في مثل هذا ليس بحجة على الراجح ، ولا يعتبر مصدراً للتشريع .

ثالثاً ـ ان هذا الخبر يحتمل معاني متناقضة ـ كما رأيت ـ ومن المقرر أصولياً أن الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال ، سقط به الاستدلال .

رابعاً ـ أن رجوع عمر ـ رضي الله عنه ـ انما كان لعدم تحقق مناط التذرع الى الضرر العام ـ كما علمت ـ لا لعدم مشروعية التسعير ، فلا يصلح دليلاً على عدم جوازه ، هذا على فرض أن رأي الصحابي حجة .

خامساً ـ إن سياسة عمر الاقتصادية العامة التي بيناها ، تؤيد التسعير الجبري ، فينبغي أن يفسَّر خبره بتأويليه : النقص أو الزيادة ، في ضوء هذه السياسة ، اذا تعين التسعير لمقاومة الاستغلال ، واتساقاً مع سياسته في مقاومة الاحتكار بوجه خاص ، والمدار هو منع الاستغلال ، وحماية المصلحة العامة .

هذا ، وللإمام أن يتخذ من مؤيدات مقاومة الاحتكار[1] ، ما يراه مناسباً للحمل على الالتزام بالتسعير العدل ، وناجعاً في مكافحة التغالي في الاسعار ، لما ثبت من أن « **الاستغلال** » كسب خبيث ، بالانتظار والتربص ، وانتهاز الفرص السانحة كالربا ، بدليل ما ورد فيه من الوعيد الشديد بعذاب الآخرة[2] ، فسياسة التشريع قاضية بأن يتعين منعه بكل اجراء اجتهادي يحقق ذلك ، لان منع الاستغلال مقصد شرعي قطعي .

---

(١) راجع مؤيدات منع الاحتكار : ص ١١١ .

(٢) ومن الوعيد الذي جاءت به السنة على جريمة الاحتكار ـ كما علمت ـ **براءة الله تعالى من المحتكرين** ، ولم يرد في القرآن الكريم ، اعلان براءة الله ورسوله ، إلا لجماعة **المشركين** ، في قوله تعالى : « وأذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر ، **أن الله بريء من المشركين ورسوله** » والشرك من الكبائر ، فكذلك الاحتكار ، لوحدة **الجزاء** . وبما أن **مخالفة** التسعير الجبري ، تؤدي الى **الاستغلال** ، وهو عين العلة في تحريم الاحتكار وجزائه ، اذ الاحتكار لم يحرم لذاته ، فقد اتحدا علة ، فوجب أن يتحدا حكماً ، في الدنيا والآخرة ، لان عدل الله تعالى لا يتجزأ فيهما ـ من توجيهات الاسلام ـ ص ١٨٠ ـ الشيخ شلتوت .

الخلاصة الجامعة لبحث نظرية الاحتكار

١ ــ اختلف الفقهاء في تحديدهم لمفهوم الاحتكار شرعاً ، تبعاً لاختلافهم في شروطه .

على أن بعضهم قد ضيق من مفهومه بحيث جعله يقصر عن استيعاب مقومات مفهوم الاحتكار الاساسية ، من مثل ظاهرة الاحتياج العام ، إبّان الأزمات ، كالشوكاني ، وآخرون قد قصروا من شموله ، اذ جعلوا متعلقه القوت ، أو السلع ، مما جعل علة حكم الاحتكار ــ في اجتهادهم ــ هي خصوص الضرر المتعارف الناشيء عن الطعام أو السلع ، لا مطلق الضرر العام ، أيّاً كان منشؤه ، من الاعمال ، والمنافع ، وغيرها ، مما له أثر بالغ في حياة الامة ، اذا اشتدت حاجتها اليه .

وبعضهم أظهر عنصر « **القصد** » الى التربّص والتغالي ، لينفي صفة الاحتكار عن الادخار للمؤنة .

غير أن الضرر العام اذا كان متوقعاً أو واقعاً فعلاً ، اتجه النظر الشرعي الى دفعه أو رفعه ، بقطع النظر عن القصد ، ولو كان حسناً ، واذا اشتدت الازمة تفاقماً ، ازداد تعلق حق العامة شرعاً بما عند المالكين ، حتى بالمدّخر للمؤنة ، وانسحب حكم الاحتكار عليه ، ليكون الناس **اسوة** فيه ، **والاسوة عدالة** . وأيضاً ، هذه التعاريف لم تحدّد نسبة الغلاء ، أو مقدار جسامة الضرر ، فيرجع ــ في ذلك ــ الى العرف .

ولا جرم أذا اختلاف اجتهاداتهم في تصورهم لحقيقة الاحتكار ، انعكاس لمقتضيات بيئاتهم ، والمستوى الحضاري الذي بلغوه في عصرهم ، فضلا عن تفاوتهم في الملكات الذهنية .

٢ ــ عرّفنا الاحتكار بأنه : « احتباس كلّ ما يحتاج اليه الانسان والدولة والحيوان ، على وجه يضر بهم ، ويوقعهم في مشقة وعسر ، من مواد غذائية وفاكهة وكسوة ومنافع المساكن ، وأدوات زراعية وصناعية وحربية وأدوية ووقود ، ومنافع

وأعمال فنية . مما يحتاجون اليه في كافة مرافقهم . والامتناع عن بيعه أو بذله ، أو القيام به عند حاجة الناس اليه الا بسعر فاحش .

وأساس ذلك ، ان كلَّ ما لا تقوم مصالح الامة والدولة إلا به ، فهو واجب تحصيله وبذله . بثمن أو أجر المثل .

أبرز التعريف ظاهرة الاحتياج العام .

٣ ــ هذا . والاختلاف الاجتهادي في مفهوم الاحتكار ــ على النحو الذي أوردنا عند الفقهاء ــ يعكس لنا اختلافهم في تقدير مدى « **الحرية العامة** » في التجارة، أو حرية التصرف في حق الملكية ومداه . في الشريعة الاسلامية .

٤ ــ والواقع ، أن مدى هذه الحرية يختلف ضيقاً وسعة ، تبعاً لظروف الجماعة ، ومدى حاجتهم ، مما يؤكد « **مبدأ التكافل** » الاجتماعي بين الفرد ومجتمعه تشريعاً ملزماً ينفذه ولي الامر ، لا حكماً أخلاقياً فحسب ، موكولاً الى اختيار الفرد ، الامر الذي ينأى بفكرة الحق عن الفردية المطلقة قطعاً .

٥ ــ أما المادة المحتكرة أو موقع الاحتكار ، فالاصل في **التعميم** ، قوله ﷺ : « من احتكر حُكْرَةً يُريد أن يُغْلِيَ بها على المسلمين ، فهو خاطىء » باطلاق ، دون تقييد بنوع من المواد التي يقع عليها الاحتكار، وكذلك قوله ــ عليه السلام ــ : « من احتكر فهو خاطىء » .

فالحديثان الشريفان ــ كما ترى ــ صريحا الدلالة على أن كل ما أضر بالناس احتباسه ومنعه فهو احتكار ، للاطلاق والعموم ، اذ « العلة » مطلق الضرر العام في حد ذاته .

نعم ! ورد من أحاديث الاحتكار ما هو مقيد بالطعام (**من احتكر طعاماً ..**) لكنا نرى أنْ لا تعارض بينها حتى يُحمل المطلق على المقيَّد ، ومعلوم أن الموجب لهذا الحمل أو التأويل ، هو **التعارض** ، فاذا انتفى ، كان إعمال الدليلين خيراً من اهمال أحدهما ، فيبقى المطلق على اطلاقه ، والمقيَّد فرد من أفراد المطلق ، والى هذا ذهب المالكية والزيدية ومتأخرو الحنابلة والامام أبو يوسف من الحنفية ، كما رأيت.

وأيضاً تقرر في علم الاصول : أن « **إفراد فرد من العام بحكمه ، لا يخصصه**

أي يبقى العام على عمومه . ويحمل تخصيص الطعام بالذكر هنا ، على أنه أظهر أو أغلب ما يتضرر الناس بمنعه وقوعاً ، لغلبة وقوع الاحتكار فيه . لا لنفي الحكم عما عداه ، أي انما أورده الشارع على سبيل المثال فخصّه بالذكر لأهميته ، لا على سبيل التقييد أو الحصر ، ولان الطعام لقَبَ" ، ولا مفهوم للقب عند الجمهور . فلا يدل بالتالي على نفي حكم الاحتكار عما سوى الطعام . بل يشمله بحكمه .

وأيضاً الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً . على ما هو مقرر أصولياً ، وهذا هو قانون « **التلازم المنطقي** » في التشريع ، طرداً وعكساً ، فحيثما وجد الضرر العام من جراء احتكار مادةٍ ما ، وجد الحكم وهو المنع ، تحقيقاً لمراد الشارع ، لان الضرر العام ، هو العلة الوحيدة والحقيقية للاحتكار ، لا خصوص الضرر المتعارف الذي ينشأ عن منع القوت خاصة .

٦ ــ أصول منع الاحتكار واردة في السنة ، وآثار الصحابة .

٧ ــ أما حكم الاحتكار :

فقد اتفق جمهور الفقهاء ، على أن الاحتكار حرام وممنوع ، وهو في نظر الشريعة **جريمة**" ، بل **كبيرة**" ، والا ما كان حقاً على الله تعالى أن يُقْعِدَ المحتكر بمكان عظيم من النار يوم القيامة ، كما ورد في الحديث ــ وأنه خاطىء أي عاصٍ آثم .

واعتمد الامام الكاساني في تحريمه ، على معنى « الظلم » في حد ذاته ، اذ هو محرم قطعاً ، والظلم هنا هو منع الحق عن مستحقه ، لأن حق العامة قد تعلق بما عند المحتكرين ، وقت الحاجة ، شرعاً .

هذا ، ويلزم عقلاً بدلالة الاشارة ، أنه حرام ، لما رتب الشارع عليه من التهديد والوعيد الشديد ، بل ان لفظ « البراءة » لم يرد في القرآن الكريم الا في شأن المشركين ، مما يدل على عِظَمِ جريمة الاحتكار ، كعِظَمِ جريمة الشرك ، بل قيل في حق المحتكر : « **فكأنما قتل نفساً** »(١) ، وقتل النفس من أعظم الجرائم .

---

(١) معالم القربة : ص ١٢١ ــ لابن الاخوة ــ الزواجر : جـ١ ص٢١٦ لابن حجر .

وهكذا نرى ، أن استعمال حق الملكية أو الحرية العامة في التجارة على نحو يضر بالمجتمع ، جريمة" بل كبيرة" تستوجب العذاب الاليم يوم القيامة ، ولا يقل هذا الوعيد على الاحتكار عن الوعيد القرآني على الربا ، فكلاهما استغلال بالانتظار والتربص ، وضرر عام محرم .

ـ أما جمهور الحنفية القائلون بالكراهة التحريمية التي تقتضي المنع أيضاً .. فذلك بناء على أصل فقهي عندهم لا يلزمون به غيرهم ، على أنْ لا خلاف بين الفريقين عملاً ، لانهم متفقون على المنع .

٨ ـ ليس النهي عن الاحتكار لذاته ، بل لما ينشأ عنه من ضرر عام ، وما يفضي اليه من ظلم مآلاً . وذلك الضرر العام اللاحق بالمسلمين هو الذي يشير اليه قوله ﷺ : « من احتكر حُكرةً يريد ان يغلي بها على المسلمين فهو خاطىء » .

والمقصود بالمسلمين هنا ليس كافتهم فحسب . بل يكفي ـ ليتحقق حكم الاحتكار ـ أن يَلحق الضرر بجماعة منهم ، كأهل قرية ، أو مدينة ، أو قطر من أقطارهم . أو طائفة أو أهل مهنة أو حرفة منهم .

وعلى هذا ، فالاحتكار محرم وممنوع ، لا لذاته ، بل لأثره ومآله .

٩ ـ الازمات والظروف الاقتصادية الحادة تجعل للعامة حقاً يتعلق بما عند المالكين . وحكم الاحتكار يعم التجار وغيرهم في الظروف الاستثنائية ، كالحروب والكوارث والمجاعة . والغلاء ، فاذا جاز للشخص أن يدخر مؤنة عياله سنة كاملة ، عملاً بما ثبت من فعل الرسول ﷺ فذلك محمول على الاحوال العادية حيث لا ضرر فيها على أحد . أما في الظروف الاستثنائية ـ وهي متفاوتة في الشدة ـ فلا يجوز له ذلك ، لانه يُعتبر محتكراً ، ويُجبر على اخراج ما احتكره الى السوق ، ليستوي هو وغيره في أخذ كفايته كلَّ يوم ، وهو ما ذهب اليه المالكية ، هذا فضلا عما يجب أن تتخذه الدولة الاسلامية من التدابير والاجراءات الاقتصادية ، لتفريج الازمة وكسر الاحتكار ، كالاستيراد والمنافسة المشروعة ، وغير ذلك من الاجراءات الناجعة ، التي تقتضيها سياسة التشريع .

ـ ولهذا ، لا يقال ـ كما ورد في المغني وكشاف القناع في الفقه الحنبلي ـ إنه يجوز للفرد أن يدخر مؤنة عياله مدة سنة ، ولا يمنع من ذلك ، لان الضرر لا يزال بالضرر ، لأنا نقول ، إن اختزان المواد الغذائية للمؤنة مدة سنة ، انما يجوز في الاحوال العادية حيث لا يكون ثمة من تضييق على الآخرين ، تبعاً للظروف ، وعلى هذا ، يجب أن يحمل فعل الرسول ﷺ في اختزانه التمر لعياله مدة سنة ، على وقت الاتساع والرخص .

على أن المالكية والامام الغزالي ـ كما رأيت ـ يرون كراهة ذلك في المواد الغذائية حتى في حالة الرخاء والرخص .

وأيضاً لا ضرر على من يريد ادخار المؤنة اذا مُنعوا وقت الأزمات ، لانهم سيأخذون كفايتهم يوماً بعديوم، أو شهراً بعدشهر،كسائرالناس،**والاسوة عدالة**(١) . هذا اذا اقتضت الظروف ذلك ، ولكل ظرف اجراء عادل يناسبه .

١٠ ـ أصل ذلك أن : حقّ الغير محافظ عليه شرعاً إبان ممارسة الحق ، كسباً وانتفاعاً .

ذلك الاصل العام الذي أصّلته الشريعة في كل تصرف فردي ـ إباحة كان أم حقاً ـ هو وجوب ملاحظة حق الغير ، وهو حق الله تعالى في كل حق فردي على ما قرره الامام الشاطبي ، وهو **« محافظ عليه(٢) شرعاً »** ولا خِيَرَةَ فيه للعبد ، فهو من النظام الشرعي العام ، والفقه الثابت الذي لا يجوز التهاون فيه ، أو الاتفاق والتصرف على خلاف مقتضاه ، وقد رأيت المالكية يجعلون للعامة في هذا الظرف ، حقاً يتعلق بما يختزنه الفرد من الطعام ، ويجبر على اخراجه ، وبدون ربح ، اذا كان المحتكر تاجراً متربصاً ، ايصالاً للحق الى مستحقه ، عدلاً وتكافلاً ملزماً، ومعاملةً له بنقيض قصده .

---

(١) الموافقات : جـ ٢ ص ٣٥٣ حيث اتى بحديث الاشعريين ـ تحت عنوان : **« إسقاط الاستبداد ، والدخول في المواساة على سواء ، وهو محمود جدا»** واذا كان هذا من مكارم الاخلاق ، أو من الاحكام الديانية الموكولة الى أمانة المكلف في الاصل ، فانه يصبح حكما شرعيا ملزما اذا مس الصالح العام .

(٢) **الموافقات** : جـ ٢ ص ٣٢٢ للامام الشاطبي .

كما نرى الحنفية أيضاً ، يثبتون للعامة ـ في مثل هـذا الظرف ـ هـذا الحق متعلقاً بحق المالكين ، كما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي[1] وغـيره ، حتى لا يكون حق الملك الفردي خالصاً لصاحبه يتصرف فيه كيف يشاء ، لتعلق حق العامة به وقت الأزمات الاقتصادية ، بل يحد من حريته في هذا التصرف ويقيده على وجه لا يذهب بحق الجماعة ويضر بهم ، عملاً بمبدأ « **حق الغـير** » وأنه محافظ عليه شرعاً ، وهذا المبـدأ هـو **قِـوام** تقييد الاباحات والحقوق الفردية في التشريع الاسلامي إبـان استعمالها كسباً وانتفاعاً ، درءاً للاعتساف والظلم ، وتحقيقاً للصالح العام ، وهو مظهر للتكافل الاجتماعي الملزم ، بين الفرد وأمته .

١١ ـ من حيث تطبيق القواعد الاصولية على حكم الاحتكار ، فالمقرر في علم الاصول أن : « المصلحة العامة مقدمة »[2] والقواعـد الفقهيـة ناهضة بذلك[3] ، وبيانه فيما يلي :

١٢ ـ أن الضرر اللاحق بالناس ـ بسبب احتكار التجار وغيرهم لما يحتاجونه ـ واجب الدفع ، ودفعه[4] ، مصلحة حاجية ، وان لم تبلغ مبلغ الضرورة .

هذه المصلحة الحاجية ـ وهي من صميم مباني العدل ـ **مخصصـة** للنصوص الناهضة بالاصل العام ، وهو أن الفرد في الشريعة ـ حر التصرف ـ ايجاباً وسلباً ـ في التجارة والملك على الوجه الذي يحقق مصلحته الخاصة ، وكذلك مخصصة للنصوص الناهضة بمبدأ الرضائية في العقود ، ومقيدة لها ، بما لا يلحق ضرراً بالجماعة ، إزالةً للظلم العام . والواقع أن التخصيص انما هو بالادلة التي نهضت بحجية هذه المصلحة .

---

(١) يعلل الزيلعي عدم جواز الاحتكار بقوله : « **ولانه تعلق به حق العامة ، وفي الامتناع عن البيع ، إبطال حقهم ، وتضييق الامر عليهم** » تبيين الحقائق ، الزيلعي جـ ٦ ص ٢٧ . رد المختار : جـ ٥ ص ٢٧٨ . الاختيار : جـ ٤ ص ٢٢٢ .

(٢) الموافقات ـ للشاطبي : جـ ٢ ص ٣٥٠ وما بعدها .

(٣) من مثل « يختار أهون الشرين » ومن مثل : « يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر عام » .

(٤) الاحتكار حرام ، والمنع من فعل الحرام واجب . معالم القربة : ص ١٢٣ لابن الاخوة .

فالمالكية والحنفية والحنابلة يقولون **بتخصيص النص العام بالمصلحة الحاجية** ـ وهو ما يسمى بالاستحسان ـ بأن تشتد الحاجة اليها ، ويعم بلواها ، ويغلب عسر الانفكاك عنها ، بحيث لو لم تدفع ، لوقع الناس في حرج وضيق شديدين غير مألوفين . وهي المعروفة عند الفقهاء جميعاً ، **بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة** ، والضرر اللاحق بالجماعة من جراء احتكار ما يحتاجون اليه ، والامتناع عن عرضه وبيعه بسعر المثل ، من أفراد المصلحة الحاجية ، ودفعه من مقتضى العدل ، اذن تخصيص العمومات يقتضيه العدل .

والواقع أن الشافعية يقولون بتخصيص المصلحة الحاجية للنص العام أيضاً ، يرشدك الى هذا ، ما جاء في كتاب الاشباه والنظائر للسيوطي ـ وهو شافعي المذهب ـ من القاعدة المحكمة السابقة : « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة » وقد طبقها الشافعية فعلاً في موضوع الاحتكار ، اذ قالوا **بحرمته ومنعه** ، والحد أو التقييد من حرية التاجر أو المالك في التصرف في الملك .

١٣ ـ والواقع أيضاً ، أن تخصيص العمومات بالمصلحة الحاجية أمر مجمع عليه ، لا يسع مجتهداً مخالفته ، لانه يؤول الى تعارض أصلين ، يتعين توجيح أقواهما ، تحرياً لمراد الشارع الذي هو مقتضى العدل والمصلحة ، اذ من المعلوم ، أن الاصل حرية المالك في التصرف في ملكه ، أو الحرية في التجارة ، وهذا هو **« المناط العام »** الثابت بأصل مقطوع به شرعاً ، غير أن المالك حين أساء التصرف ، أو تعسف في حقه ، بأن احتكر ، فاحتكاره قد ترك أثراً هو الضرر بعامة الناس ، فنشأ عن هذا الاثر دليل تكليفي آخر ، **او اصل قطعي يقضي بتحريم** ومنع التسبب في هذا الضرر العام ، ايقاعاً أو وقوعاً ، كما ينفي ايقاع الناس في الحرج والمشقة غير المألوفة ، وهذا هو « المناط الخاص » في هذه المسألة .

وتأسيساً على هذا الاصل ، نهض اعتبار المصلحة العامة .

اذن تنازع هذا التصرف ـ وهو الاحتكار ـ أصلان شرعيان قطعيان :

احدهما : يتعلق بأصل التصرف في الملكية أو حرية التجارة ، فيبيحه ، تحصيلا للمصلحة الفردية الخاصة ، كسباً وانتفاعاً ، وهذا هو المناط العام .

ثانيهما : يتعلق **بأثر** التصرف **لا باصله** . وهو التحريم والمنع . وهذا هو المناط الخاص ، ومعلوم أن التعارض لا يقع بين أصلين قاطعين ، بل بين جزئياتهما الواقعة . وكلاهما مقطوع به . فلا بد من الموازنة والترجيح . اذ لا يسع المجتهد أن يترك المسألة يتعاورها حكمان متدافعان ظاهراً ، دون أن ينسّق بينهما .

وبالموازنة بين مقتضى الاصل الذي يثبت حرية التصرف ، وبين الاصل الآخر الذي نشأ عن أثر هذا التصرف . والذي يقضي بالمنع من التسبب في ضرر عام ، يترجح حكم هذا الاخير ، فيمنع المالك أو الفرد من التصرف في حق الملك على نحو ضارّ بعامة المسلمين ، تخصيصا لهذه الحالة من عموم الاصل الاول ، بمعنى ان الفرد حرّ في التملك والتصرف في ملكه مبدئيا ، أي بمقتضى الاصل العام ، إلا في مثل هذه الحال ، لانه عارضه أصل آخر أقوى من الاول ، فكان أولى بالتقدم والتطبيق ، اذ به تتحقق ارادة المشرع الحقيقية ، في مثل هذه المسألة .

ـ ذلك . لان مفسدة المآل قد غلبت مصلحة الاصل .

ومن هنا ، قلنا ، **إن التخصيص مجمع عليه** .

وهذا ضرب من الاجتهاد في « تحقيق المناط الخاص » في التطبيق ، في ضوء الظروف الملابسة ، رعاية للمصلحة العامة التي تعتبر من أقوى صور العدل في الاسلام .

١٤ ـ شروط الاحتكار :

آ ـ الارجح أنه لا يشترط الشراء من السوق ولا شرط ظرف الغلاء ، ليتحقق الاحتكار ، فسواء أكان الشراء من سوق المدينة في مثل هذا الظرف ، أو في وقت الرخاء ، وأدى احتباس المُشترَى الى ضرر عام ، اعتبر ذلك احتكاراً محرماً ، ويمنع ، اذ العبرة بالمآل والنتيجة في حد ذاتها .

والحنابلة قد أخذوا بهذا الشرط في فقههم في موضوع الاحتكار هذا ، يقول صاحب المغني : (فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص ، على الوجه الذي لا يضيق على أحد ، فليس بمحرم) .

فانظر كيف قيد الاحتكار بالشراء من السوق في وقت الرخص والاتساع على الوجه الذي لا يضيق على الناس[1] ، وهذا نظر الى المآل ، بلا ريب ، اذ المفهوم المخالف انه اذا ضيق كان محرماً .

ونرى أن العبرة بالضرر العام في حد ذاته ، لانه العلة التي يدور عليها حكم الاحتكار .

والاجتهاد المالكي ، هو الذي قرر كراهة الاحتكار للمواد الغذائية حتى في وقت الرخاء والرخص ، وهو ما ذهب اليه الامام الغزالي[2] أيضاً ، ويؤيد هذا الاجتهاد ، اجتهاد متأخري الحنابلة الذي قدمنا لك طرفاً منه في فقههم في هذا البحث، من مثل ابن تيمية وابن القيم .

ب ـ كذلك لا نرى **للتفرقة** بين **الجالب والمحتكر** من اساس فقهي معقول ينهض بها سوى ما ورد في الحديث من أن « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وهو معقول المعنى ، فيجب حمله على الجالب الذي يؤثر بيع ما جلبه بما يصادفه من السعر ، أو بما تيسر له من الربح ، ليجلب غيره ، وهذا هو المعنى الذي استقر عليه اجتهاد عمر ـ رضي الله عنه ـ حيث جعله ضيفه ، وفي رعايته ، وحماية الدولة ، لانه ـ رضي الله عنه ـ مطمئن الى أن الجالب لا يسيء فهو اذن الجالب الذي من شأنه أن يوسّع على الناس ، غير مبال بما يصيبه هو من نَصَب وارهاق . أما اذا قصد **الإضرار والتحكم**[3] ، بالاحتباس والامتناع ، بحيث يؤدي الى الاضرار بالناس ـ والضرر مدار حكم الاحتكار ـ فينبغي أن **يعتبر محتكراً** ، اذ يجب أن يُفهم النص الشرعي ويطبق في ضوء من حكمة تشريعه، حماية لها، وتحقيقاً لمراد الشارع منها[4].

---

(١) ومفهومه المخالف ، أنه اذا أدّى الى التضييق على الناس ، يعتبر ذلك الشراء احتكارا ، ولو كان في حال الاتساع والرخص ، لوحدة الاثر والعلة ، فيمنع من ذلك ، ويطبق عليه مؤيدات كسر الاحتكار .

(٢) الإحياء : جـ ٢ ص ٧٤ .

(٣) المنتقى : شرح الموطأ ـ للباجي : جـ ٥ ص ١٧ وما بعدها .

(٤) شفاء الغليل : ص ١٩٩ ، ص ٢٠٣ للامام الغزالي . وراجع بحث التعليل والتأويل : ص ٤٨ .

هذا، والجالب اذا قدم المدينة بما جلبه ، فقد تعلق به حق العامة ، وحقهم محافظ عليه شرعاً ، فلم يَعُدّ ثمة من فرق بينه وبين غيره من المحتكرين اذا احتكر وتغالى وتحكّم ، وفي هذا ردٌ على من قال : إن له ألا يجلب ، فله ألا يبيع .

على أن هذا « المعنى » هو ما نهضت بـه أحاديث الاحتكار الاخرى التي لم تفرق في الحكم بين جالبٍ وغـيره اذا احتكر ، من مثل قولـه ﷺ : « من احتكر حُكرة ... الحديث » لأن « مَنْ » من ألفاظ العموم ، كما تعلم .

وأيضاً ، لو لم يكن معنى الجالب هـو ما ذكرنا ، لأصبح معنى الحـديث الشريف « الجالب المحتكر مرزوق ، والمحتكر ملعـون » وهو محتوى متهـافت ، لا يظهر فيه معنى معقول ينهض بالتفرقة بينهما ، حكماً ومقصداً ، وينزه عنـه قول الرسول ﷺ .

جـ ــ ولا وجه للتفرقة أيضاً بين جالب ومستغلٍ لارضه ، أو مشترٍ من المدينة، اذا احتكر هؤلاء فعلاً ، ونجم عن ذلك ايقـاع الناس في الحرج الذي هـو مناط التحريم ، أو المعنى المناسب لتشريع حكمه .

على أن من قال بالتفرقة،اشترط في الجالب أو المستغل« **الا يضيق على الناس** » ــ كما رأيت ــ وهذا المعنى مآل الفعـل وأثره ، اذ لا تناقض في أحكام الشريعة ، ولا تهافت في معقوليتها[1] .

يقول صاحب كشاف القناع من الحنابلة في فقه هذه المسألة :

(إن من جَلَب شيئاً ، أو استغلّه من ملكه ، أو استغله ممـا استأجره ، أو

---

(١) يقول الامام الشاطبي : « ان المعنى المناسب اذا كان جليا سابقا للفهم عند ذكر النص ، صح تحكيم ذلك المعنى ــ العلة أو حكمة التشريع ــ في النص، بالتخصيص له ــ أي بتحديد مجال تطبيقه ــ أو الزيادة عليه ــ عن طريق القياس ــ ... فانت ترى أئمة الاصول ، قد تصرفوا بمقتضى العقـل في النقل من غير توقيف .. وبالجملة فانكار تصرفات العقول بامثال هـذا ، انكار للمعلوم في أصول الفقه » .
ــ الموافقات : جـ ١ ص ٨٩ .

اشترى زمن الرخص - **ولم يضيق على الناس آذن)** ، وهذا الشرط هو إكسير أو روح فقه المسألة الذي يقضي على كل تفرقة بين جالب وغيره ، لوحدة الأثر أو المآل، وهو مناط الحكم ، أو معناه المناسب ، لان مفهومه المخالف : أنه اذا ضيق على الناس بما جلب واستغل اعتبر محتكراً .

د ــ كذلك التقييد **بالبلد الصغير** لا يقوم على أساس فقهي ، أو منطق شرعي ، إلا لكون صغر البلد مظنة الضرر ، لقلة الاستيراد والجلب ، بعكس الثغور والبلاد الكبيرة ، حيث يكثر استيرادها وجلبها ، فلا يتصور عادة وقوع الاحتكار المؤدي الى التضييق على أهلها ، وهذه مسألة واقع يتغير حكمه الشرعي باختلاف الزمن والظروف البيئية والزمانية .

وأنت عليم بأن أحاديث الاحتكار لم تشر الى ذلك ، وانما هو محض اجتهاد قائم على واقع كان يعيشه بعض الأئمة ، فالمدن الكبيرة لم يكن يعتورها العوز والحاجة عادة ، لكثرة الجلب ،بخلاف الصغيرة ، فالعبرة بأثر الاحتكار لا بصغر البلد وكبرها .

لكن اذا قام ما يدل على نقيض هذا الواقع ، أي وقوع أثر الاحتكار ، وهو الضرر اللاحق بأهل المدن الكبيرة ، فينبغي أن يتحد الحكم في جميع المدن : الصغيرة منها والكبيرة على السواء ، لاتحاد العلة ، وهي الضرر العام ، وهذا هو الفقه الدقيق .

هـ ــ لا يشترط في الاحتكار ــ ليمنع ــ قصد الاضرار بالناس ، فالمحتكر ، سواء قصد الاضرار أم لم يقصد ، يمنع اذا أدى احتكاره الى التضييق فعلا على الناس ، وايقاعهم في الحرج ، لان الضرر العام لا يشترط في تحريمه ودفعه أن ينظر الى قصد المتسبب فيه ، بل يدفع ولو كان قصده حسناً ، لان العبرة بالنتيجة في حد ذاتها[1] ، لا الباعث عليها ، غير أن الفارق ان الباعث السيء يأثم صاحبه

---

(١) الموافقات : جـ ٣ ص ١٤٩ للشاطبي .

بقصده وفعله ، اذ لا إشكال في منع القصد الى الاضرار من حيث هو إضرار ، لقيام الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ، فيمنع من التسبب فيه .

و ـ يحافظ الاسلام على السير التلقائي لحرية التجارة ما أمكن ، ويمنع التجار من تعكير صفوه الطبعي ، تحقيقاً للمصلحتين اللتين قام التشريع الاسلامي كله على أساسهما . وهما المصلحة الخاصة والعامة ، على السواء ، دون افتئات احداهما على الاخرى[1] . وبعبارة أخرى ، يحافظ التشريع الاسلامي على ما يسمى قانون « **العرض والطلب** » حتى اذا تلاعب التجار بالاسعار ، وافتعلوا بذلك أزمة اقتصادية، منعوا ، دفعاً للظلم والتحكم ، فضلا عن أن الضرر الفادح يلحق هذه الطبقة الفقيرة المحرومة ، فمقتضيات « الأخوة » تتنافى ومثل ذلك الموقف الاستغلالي[2] المقيت تجاههم .

وعلى هذا ، اذا غلا السعر لا بفعل التجار ، ولا بسبب كثرة اختزان الناس للمؤن ، لمدة طويلة ، فلا يوجب ذلك شرعاً تطبيق أحكام الاحتكار ، لان المفروض أن الغلاء كان طبعياً وتلقائياً ، لا مفتعلاً ، وعلى الدولة حينئذ أن تعمل على حل هذه الازمات الاقتصادية بالاجراءات العلمية المدروسة العادلة ، بناء على سياسة التشريع ، وعن طريق استشارة الخبراء ، وهذا من أهم وظائف الدولة .

ز ـ غير أن الظروف الاستثنائية الطارئة من مثل المجاعة والكوارث والحروب وأعقابها ، يوجب على الدولة أيضا التدخل لمنع الاحتكار اذا وقع ، لان الغلاء في هذا الظرف غير طبعي أيضاً ، فلا يجوز انتهازه للتحكم على الناس .

---

(١) مقدمة نظرية التعسف ـ للمؤلف ـ طبع مؤسسة الرسالة ـ بيروت .

(٢) كلّ مال نبت من حرام ، فهو سحت ، لا يجوز اكله ، ولا الانتفاع به ، فالمال الذي مصدره الغش مثلا أو الاحتكار ، أو الربا ، أو الرشوة ، أو غبن الغافلين عن الاسعار (المسترسلين) ، أو استغلال النفوذ بسلطان الوظيفة او الجاه ، أو مصدره القمار ، أو السرقة ، او الغصب ، وما الى ذلك من وسائل الكسب غير المشروع ، فهو محرم ، ويجب رده الى بيت المال أن لم يعرف مالكه ، أو يتصدق به .

على ان الاحتكار في مثل هذه الظروف أشد قبحاً ، وأعظم اثماً لشدة وطأة الازمة ، مما ينبيء عن شدة تعلق حق العامة بحق المالكين .

ح ــ يتدخل ولي الامر سياسة[1] ، وللمصلحة العامة ، دفعاً للضرر العام ، وتحقيقاً للعدل بين التجار والمستهلكين،لان المصلحة العامة هي **اساس ولايته العامة** ، فقد جاء في قواعد الفقه المحكمة أن « تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة »[2] .

ط ــ هذا ، وأشار ابن القيم وابن خلدون الى الاحتكار المزدوج ، أو احتكار « الصنف » ويقع داخل الدولة ، كما تمارسه الدول الاستعمارية على الصعيد الدولي . تحكماً واستغلالاً لثروات الشعوب المستضعفة التي تقع تحت سلطانها . وهو ظلم في الارض ، وفساد كبير .

١٥ ــ أما مؤيدات مقاومة الاحتكار فنوعان :

١ ــ الوازع الديني ، وهو الاصل . ٢ ــ سلطان الدولة .

فاذا ضعف الوازع الديني ، قام مقامه وازع السلطة في الدولة ، تأييداً للاول ، وسلبت أمانة التكليف في مواقع التصرفات التي ثبت أن المكلف قد فقد هيمنة وازع الدين ــ وهو خشية الله تعالى ــ على نفسه ، فيجبر على أدائها اضطراراً بعد أن نكص عنها اختياراً .

هذا ، ولم يرد من مؤيدات الاحتكار في التشريع الاسلامي ، الا الوازع الديني فقط ، وهو ما اقترن بفعله من الوعيد الشديد ، والوصف بالعصيان ، والإثم ، والبراءة من ذمة الله ورسوله .

أما سائر المؤيدات فاجتهادية ينهض بها « مبدأ سياسة التشريع » وهي أكبر

---

(١) وسياسة التشريع تقتضي استنباط احكام واجراءات اجتهادية لمواجهة الواقع بظروفه الملابسة ، بالاستناد الى قواعد التشريع ومقاصده .
(٢) الاشباه والنظائر : لابن نجيم . وللسيوطي : القاعدة الخامسة ص ١١٨ .

مظهر لتدخل ولي الإمر ، من أجل رعاية الصالح العام الذي هو أساس ولايته العامة على الرعية ، كما ذكرنا .

ونلخص المؤيدات الاجتهادية فيما يلي :

آ ـ جبر المحتكر على اخراج المادة المحتكرة ، وعرضها في السوق .

ب ـ أمره بالبيع بالسعر الذي كان سارياً قبل الاحتكار ، إزالة للظلم الذي تسبب فيه[1] .

ج ـ البيع عليه جبراً اذا تمرّد .

د ـ حرمانه من الربح ، وأخذه منه ، عقوبة مالية على جريمة الاحتكار . ومعاملة له بنقيض قصده .

هـ ـ مصادرة الحاكم للمال المحتكر ، اذا خيف الهلاك على أهل البلد ، وتفريقه عليهم ، للضرورة ، بثمن المثل قبل احتكاره .

و ـ تنظيم الاستهلاك .

ز ـ الاختزان الاحتياطي للمواد الاساسية من قبل الدولة ، وطرحها في الاسواق ، بسعر معقول ، منافسة للمحتكرين ، كما يقول الامام الأبيّ .

ح ـ استيراد مثل المواد التي وقع عليها الاحتكار ، اذا كان سعرها أخفض ، وطرحها في السوق ليكثر عرضها ، وتسد حاجة الناس اليها .

ط ـ منع التصدير للمواد التي تمس الحاجة اليها اذا أضر بالناس ذلك .

ي ـ إحراق المادة المحتكرة عقوبة ونكالاً .

ك ـ منع المنافسة غير المشروعة اذا أدت الى الاحتكار في المآل .

---

(١) حاشية الحمل : جـ ٣ ص ١٨ ، الاختيار : جـ ٣ ص ١١٥ ، البدائع : جـ ٥ ص ١٢٩ .

ل ــ المنع من الهجرة الداخلية .

م ــ توزيع الدولة الاراضي التي تملكها هي على الناس ، بسعر معقول ، وتوفير مواد البناء لهم بسعر عادل .

ن ــ وجوب استثمار الاموال حلاً للازمات الاقتصادية ، وتوجيه هذا الاستثمار على ضوء ما تقتضيه ظروف عامة المسلمين ، تحقيقاً للوظيفة الاجتماعية التي خلقت الاموال من أجلها ، جبراً وبتكليف من ولي الامر ، لان المالك مسئول شرعاً عن أداء تلك الوظيفة ، وولي الامر مسئول كذلك عن أداء وظيفة الاموال الخاصة ، والعامة غير المملوكة ، إحياءً واستثماراً ، وتنمية .

وفي هذا المعنى يقول بعض الباحثين المحدثين : « أما كيف يكون تنفيذ ولي الامر لهذا التكليف ــ ضرورة القيام باستثمار الاموال ــ فهذا أمر تعالجه السياسة الشرعية في كل بلد اسلامي على ضوء ظروف هذا البلد ، وطبيعة الموارد المعطلة ، وتحديد مدة التعطيل التي تجيز تدخل ولي الامر ، اذ لا بد أن تتفاوت هذه المدة بحسب طبيعة المورد ، من أرض قابلة للزراعة ، أو منجم ، أو مصنع ، أو متجر ، وعلى ضوء الاسباب التي أدت الى هذا التعطيل ، هل كانت مجرد عناد واستكبار من المالك ، أو كانت لاسباب قهرية ، لا قِبَلَ له وحده بالتغلب عليها ؟ »[1] .

ووجوب استثمار الاموال هو ما أشار الى أساسه الفقهي الامام الشاطبي في قوله إنه من « ضروري الحفظ » خشية **الا يفي ، او ان يفنى ،** [2] بمعنى أن حفظ المال عن طريق استثماره ، واقع في مرتبة مقاصد التشريع الاساسية ، وهي « **الضروريات** » وبذلك تتفادى الازمات الاقتصادية من قلة المواد الاساسية التي تدفع التجار الجشعين الى احتكارها ، كما تتفادى الاجراءات الاستثنائية التي تقتضيها سياسة التشريع ، كالتسعير الجبري .

---

(١) بحث قدمه الى المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الاسلامية في الزهر الشريف : ص ١٢٦ ــ الدكتور محمد عبد الله العربي ، الملكية ــ آخر ج ٣ ــ للدكتور العبادي .

(٢) الموافقات : ج ٤ ص ٥ وما يليها .

ص ـ التسعير الجبري .

وآخر الامر ، ينبغي أن يلاحظ ، بل أن يؤخذ بعين الاعتبار ، أن تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته على التجار ، والناس ، في الظروف الاستثنائية ، والازمات الاقتصادية ، يفتقر الى احتياط وحذر شديدين ، اذ ليست العبرة بمعرفة القواعد الاصولية والفقهية النظرية المجردة ، في موضوع معين فحسب ، بل العبرة بتنزيلها على الوقائع المشخصة ـ كما يقول الامام الشاطبي ـ وتطبيقها بدقة وخبرة ، وتبصّر بالمآل في ضوء الظروف الملابسة ، فمن الذي يقدّر أن الحالة قد وصلت بالناس الى درجة المشقة ، أو الضرر الحقيقي الواقعي الذي يقتضي تطبيق أحكام الاحتكار ومؤيداته ؟؟ كل ذلك موكول الى العلماء والخبراء المختصين المؤمنين ، المتبصرين بعواقب الامور ، وإلا كان الظلم ، ومصادرة حريات الناس في أملاكهم ومقدراتهم دون مسوغ شرعي ، وهو محرم قطعاً .

فالمدار على تحقيق المناط الخاص لحكم الاحتكار إبان الاجتهاد في تطبيقه على الوقائع والجزئيات .

---

(١) الموافقات : جـ ٤ ص ٨٩ وما يليها .

الخلاصة الجامعة لبحث التسعير الجبري

١ ــ بينا الفرق بين **السعر والثمن** في اجتهاد بعض فلاسفة الفقهاء ، وقلنا إن السعر هو : « **ما تقع عليه المبايعة بين الناس** » أما الثمن فهو : « **الشيء الذي يستحق في مقابلة المبيع** » .

وبينا كذلك، ان للسعر معنيين، باعتبار انه هو الذي يوصف **بالرخص والغلاء** :

احدهما : ما يكون أمراً حتمياً طبعياً ، دون افتعال أو تحكم من أحد من الناس، وهو المشار اليه بقوله ﷺ : « ان الله هو المسعر .. الحديث » وهذا هو السعر التلقائي الحر .

الثاني : ما يكون محدداً ومفروضاً من قبل ولي الامر في الدولة أو نوابه ، منعاً للتغالي والاستغلال ، **ومحل النزاع** هو هذا الاخير .

٢ ــ أشرنا الى أهمية التسعير ، باعتبار أن أهم دليل يستند اليه شرعاً ، هو المصلحة المتعلقة بحق العامة ، اجماعاً ، وقد استمدت أهميته من تعليل الفقهاء لاساس مشروعيته بقولهم : « إنه إلزام بالعدل ، ومنع من الظلم » .

والمقصود بالظلم هنا هو « **الزيادة** » في السعر ، نتيجة للمغالاة ، او **نتيجة للاستغلال** .

واذا كان الاستغلال ظلماً ، فالسعر المعقول الذي يرعى الحقين ، عدل .

٣ ــ وباعتبار أن أساسه المصلحة العامة ، كان « **العدل** » في تصور الفقهاء ، متمثلاً في « **المصلحة** » الواقعة أو المتوقعة المستقبلة ، اذا كانت متعلقة بحق خاص ، وهي تمثل « العدل » من باب أولى ، اذا كانت متعلقة بالمصلحة العامة ، فليس « العدل » في التشريع الاسلامي مفهوماً ذهنياً فلسفياً مجرداً ، بل هو مدلول واقعي

يجد موقعه في **الحكم والمصلحة**، الواقعة أو المتوقعة، أو قل في « مقاصد التشريع » جملة وتفصيلا، وفي الاحكام كذلك، مبادىء وقواعد، وجزئيات، باعتبارها وسائل لم تشرع لذواتها، بل لمعان أُخَرَ، هي تلك المقاصد[1].

والتشريع كله، حكم ومقصد.

٤ ــ عرضنا للتعاريف التي صدرت عن فقهاء المذاهب المختلفة، فلم نظفر بتعريف جامع مانع، يرتبط مفهومه بمفهوم الاحتكار على الراجح في الفقه المقارن، باعتبار أن الاول مؤيد لمقاومة الثاني.

٥ ــ بينا « حقيقة التسعير الجبري » شرعاً، بما لا يتطرق اليه غموض أو نقص أو تزيد، فعرّفناه بأنه: تحديد للثمن أو الاجر، لارباب السلع أو الكفاءات أو الخدمات أو المنافع الفائضة عن حاجتهم، واجبارهم على بيعها به، بموجب أمر يصدره موظف عام مختص بالوجه الشرعي، وباستشارة أهل الخبرة، عند شدة حاجة الناس أو البلاد اليها ».

شمل التعريف العناصر الاساسية من ماهية المعرَّف، ومن عنصر الجبر، وشرعية الامر، بمقتضى أصول الشريعة وقواعدها العامة، واستشارة الخبراء، وظاهرة الاحتياج العام.

وأطلق التعريف متعلقات التسعير حتى شمل كل ما أضر بالناس أو البلاد حبسه، وعمّ المُسعَّر عليهم من المالكين، فتناول بذلك كل من يملك سلعاً أو منافع أو خبرات فنية أو غير فنية يحتاجها الناس أو الدولة، فلم يقصر حكم التسعير على خصوص التجار، وهذا **الاطلاق والتعميم** قد سبق أن أقمنا الدليل الشرعي عليهما في بحث الاحتكار، وهو ما يتفق والتعميم في **المادة المحتكرة**، لان التسعير وسيلة كسر الاحتكار، ومؤيد لمنعه، فوجب ربط سياسة التسعير بسياسة الاحتكار، متعلقاً، وحكماً مناسباً.

٦ ــ أدلة التسعير تحريماً وايجاباً، مستفادة من السنة **نصاً وروحاً** ــ لا من

---

(١) الموافقات: جـ ٢ ص ٣٨٥ ــ ص ٣٨٧.

القرآن الكريم ، لان نصوص التسعير معللة ، لا تعبدية ــ فضلا عن الاجتهاد التشريعي في ضوء مقاصد الشريعة ، وقواعدها ، لا سيما ما تعلق منها بسياسة التشريع .

٧ ــ أما التحريم فمستفاد من ظاهر النصوص محمولة على الحالة المعتادة التي يكون السعر فيها تلقائياً ، وهو النوع الاول منه ، في عهد الرسول ﷺ ، وهذا التخصيص قد نهضت به الحكمة أو المقصد الشرعي من حكم التحريم ، حيث لم يكن ثمة ما **تستوجبه**(١)، وبينّا علة امتناع الرسول ﷺ عن التسعير ، وهي دفع الظلم عن التجار .

٨ ــ واما ايجاب التسعير الجبري ، فاقوى اساس شرعي له هو ، **المصلحة العامة** التي نهض بوجوب اعتبارها ، القاطع من الادلة في الشريعة وقواعدها العامة . وهي هنا دفع الضرر العام والظلم عن الناس او الدولة ، ويطلق عليها الامام الشاطبي : « جهة التعاون » ، او بعبارة اخرى ، إن وجوب التسعير انما يقتضيه **رفع التعارض بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة** ، والتنسيق او التوفيق بينهما ، فهو **محرم** اذا اوقع ظلماً بالتجار ، **وواجب** اذا تعين وسيلة لدفع الضرر عن العامة .

ودفع الضرر عن العامة ، مصلحة عامة ، وتحقيقها من أقوى صور العدل في الاسلام ، وهي ــ في مسألتنا ــ أقوى دليل تستند اليه مشروعية التسعير الجبري .

على أن التسعير الجبري لا يتنافى ومقتضى الحديث بروايتيه ، لانه وارد في **حادثة معينة** ، فلا يعم ، بل يتفق وروحه ومقصده على النحو الذي بينا ، فيكون وجوب التسعير ثابتاً **بروحه ومعقوله** .

٩ ــ في التسعير العادل **رعاية للحقين ، وتحقيق التوازن بينهما** ، وهو اصل من أصول العدل في التشريع الاسلامي ، والعدل واجب تحقيقه ، والتسعير اذا تعين طريقاً الى هذا الواجب ، كان واجباً بالضرورة ، كما يقضي بذلك العقل والدين ، وهذه القضية : « ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب » من صميم مبادىء السياسة الشرعية القائمة على العمل بمقتضى المصلحة المعتبرة شرعاً .

ــ ورعاية الحقين هي «القيمة المحورية» التي يدور عليها التشريع الاسلامي كله.

---

(١) ما يستوجب التسعير .

١٠ ــ التسعير تدبير تشريعي اجتهادي مصلحي ضروري يضطلع به من أنيط به توجيه السياسة الاقتصادية في الامة حالة تعارض المصلحتين : الخاصة والعامة ، ويفسح مجالاً لتدخل ولي الامر في توجيه حرية العمل أو التجارة ، أو تقييد ممارسة حق الملكية ، والعمل ، على وجه لا يضر بجماعة المسلمين وأوطانهم ، سواء أكان ذلك وقت الازمات والظروف الاستثنائية القائمة ، أم في الاحوال العادية اذا أسيء التصرف في حق الملك ، الى حد **يخلق مثل تلك الازمات** ، أو يوجدها بعد أن لم تكن ، وهذا التدخل تكليف **مفروض** على ولي الامر ، لان تصرفه على الرعية **منوط بالمصلحة** التي هي أساس ولايته العامة .

١١ ــ والتسعير تدبير وقائي يحول دون استغلال حاجة الناس ، ويمنع التسبب في هذا الاستغلال ، قبل الوقوع ، بمنع الاحتكار ، وفرض التسعير الجبري ، كما أنه في الوقت نفسه تدبير علاجي أيضاً ، يعالج الازمة إبان وقوعها ، وذلك بفرض التسعير اذا عجز أولياء الامر عن المحافظة على حقوق الناس والبلاد والامة ، إلا به ، وبذلك كانت المصلحة **المتوقعة كالواقعة** ، من حيث جلب المنافع ، ودرء الاضرار والمفاسد ، عملا بقاعدة : « الضرر يدفع بقدر الامكان » وقاعدة « الضرر يزال » ، وقاعدة « درء المفاسد أولى من جلب المصالح » وغيرها من القواعد .

١٢ ــ أما الادلة الاخرى ، لمن قال بوجوب التسعير ، فنلخصها فيما يلي :

آ ــ مبدأ الاكراه على التعاقد بحق . ب ــ القياس الأولوي .

جـ ــ القواعد التشريعية[1] . د ــ القواعد الفقهية .

هـ ــ مبدأ تغير الحكم بتغير الزمن .

١٣ ــ أما **حكم التسعير** في اجتهادات المذاهب الفقهية المختلفة في ضوء أدلته من السنة فكما يلي :

---

(١) فرق بينهما ، اذ الاولى قد نص عليها الشارع ، والثانية قد صاغها الفقهاء بعباراتهم استقراءً من الجزئيات التي تتعلق بموضوعها .

أولا ــ اتفق المالكية وبعض الشافعية ، ومتأخرو الحنابلة ، والشيعة الجعفرية، وغيرهم ، على أن التسعير العادل واجب على ولي الامر ، وملزم للسالكين ، اذا تعين طريقاً لدفع الظلم العام ، ومستندهم في ذلك ، القاعدة المحكمة في الشريعة ، ومؤداها : أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ، وقاعدة : « يتحمل الضرر الخاص ، في سبيل دفع ضرر عام » وقاعدة مقدمة الواجب ، وقاعدة : « يدفع أشد الضررين بأيسرهما » وقاعدة نفي مشروعية الضرر ايقاعاً أو وقوعاً ، أياً كان منشؤه وموقعه ، وكلها من قواعد سياسة التشريع في الاسلام التي تعالج بأحكامها ما لا نص فيه . والظروف الملابسة للوقائع المتجددة ، ولا سيما الاستثنائية منها ، بما يحقق مقاصد التشريع فيها .

ثانياً ــ وقالوا : ليس في التسعير اكراه على البيع حتى يكون العقد قابلا للابطال . لفقدان عنصر الارادة الباطنة (الرضا) ، بل فيه منع من الظلم ، **وهو البيع بازيد من ثمن المثل ، والمنع من الظلم واجب .**

ثالثاً ــ في التسعير رعاية للحقين . كما نوهنا ، وهو **توفيق** عادل يجب المصير اليه عند التعارض ما أمكن ، لانه أدنى الى مفهوم العدل ، وأقوم في الحق ، وأحفظ للصالح العام الاقتصادي والاجتماعي .

رابعاً ــ على **ان الاكراه على البيع بحق جائز** . بل هو مبدأ مستقر في التشريع الاسلامي ، وأوردوا لذلك نظائر وجزئيات ، وفي بعضها جاز الاكراه لمصلحة فردية ، فجوازه للمصلحة العامة من باب أولى ، كما يقول ابن القيم ، وأتوا بأصول من السنة ، وهو قضاء الرسول ﷺ في قضية سَمُرَة بن جندب ، والشفعة ، وغيرهما من الفروع ، تشهد لهم .

خامساً ــ لا يجوز التعسف في استعمال « حق التراضي » .

وتنتج عن ذلك أمران :

١ ــ أن عدم التسعير الجبري في ظروف الاستغلال ، سبيل الى أكل أموال الناس بالباطل ــ أي الاستغلال ــ وهو محرم بالنص ، فثبت نقيضه ، وهو وجوب التسعير ، لانه تعين وسيلة لمنع الاستغلال .

٣ ــ أن مخالفة التسعير محرمة ، للعلة نفسها ، ومعصية تستوجب العقوبة التعزيرية المناسبة .

سادساً ــ ووجهوا استدلالهم على الوجوب من طريق القواعد التشريعية لا الفقهية فحسب ، من مثل القاعدة التشريعية العامة المؤصّلة في الدين ، والتي تشهد لها في الشرع كليات وجزئيات : « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام » أرساها الحديث النبوي الشريف ، لتكون حاكمة على العمومات والاطلاقات في الكتاب والسنة ، ومخصصة لها أو مقيدة ، بغير مواقع الضرر ، والحرج .

فهي **قوام** الحقوق والاباحات تقييدا .

١٤ ــ التسعير الجبري قد وضعت له الشريعة **ضمانا لعدالته** ، وهو أن يكون أساسه مشورة أهل الخبرة ، أو من لهم بصر بالشؤون التجارية والصناعية والاقتصادية بوجه عام ، حسب الاحوال ، وبتموّجات الاسعار ، وأسبابها ، من أهل السوق ومن غيرهم ، استظهاراً على صدق الاولين ، ونفياً لتهمة المحاباة[1] ، وتحقيقاً للتراضي بين الطرفين ما أمكن ، ولكيلا يستبد ولي الامر بالحكم في شيء يجهله ، فيعود حكمه حينئذ على أساس التسعير ــ وهو العدل ــ بالنقض أو بالظلم والتحكم ، مما يؤدي الى رواج « السوق السوداء » التي تهدم اقتصاد البلاد مآلاً ، وهذا من المحاذير التي دفعت بعض الفقهاء الى تحريم التسعير باطلاق ، كابن قدامة في مغنيه ، والماوردي في حاويه[2] .

---

(١) محاباة اي من الفريقين : التجار او العامة .

(٢) يقول ابن قدامة : « التسعير سبب الغلاء ، لان الجالبين اذا بلغهم ذلك ، لم يقدموا بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ، ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ، ويكتمها ، ويطلبها أهل الحاجة فلا يجدونها الا قليلا ، فيرفعون في ثمنها ليصلوا اليها ، فتغلوا الاسعار ... » .
ويقول الماوردي بما لا يختلف عن المعاني التي قررها ابن قدامة ، فهو يقرر ان القول بأن في التسعير مصلحة ، غلط ، بل فيه فساد ، وغلاء الاسعار ــ الحاوي ــ جـ ٦ ص ١٦٢ .

فليس العدل آذن في السعر الذي يستقر عليه قانون العرض والطلب في الظروف الاستثنائية . وحالات الاحتكار والتحكم . اذ لا يمكن تحقيق مبدأ « اعطاء كل ذي حق حقه » في مثل هذه الحال . لاختلاف طرفي العقد قوة وضعفاً . لذا وجب تحديد السعر العادل جبراً ، حماية للطرف الضعيف من الاستغلال .

١٥ ــ واذا توقف تحقيق العدل في التشريع على عنصر « الخبرة العلمية المتخصصة » الى جانب الاجتهاد الفقهي ، أدركنا مدى صلة الشريعة بالتقدم العلمي في تقدير المصلحة موضوعياً ، فان العلم والخبرة من مقومات العدل في التشريع الاسلامي ، وهي صلة لا تنفصم .

١٦ ــ وكذلك الشأن في السياسة والحكم والاقتصاد والقضاء[1] وغير ذلك من الشؤون .

١٧ ــ الاصل في التسعير هو **الحرمة** ، بالاجماع ، غير ان التسعير يصبح واجبا عند وجود ما يقتضيه ، وهو تعارض المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ، بشرط أن يتعين وسيلة لدفع الضرر العام .

وهذا منطق تشريعي سديد ، لان الوسيلة لم تشرع لذاتها ، بل لغايتها ، فاذا فاتت المصلحة التي شرعت من أجلها ، لم يبق لمشروعية الوسيلة وجه ، فتبطل الوسيلة بفوات مقصدها الذي من أجله شرعت ، سواء أفضت الى نقيض مقصودها أم لم تفض اليه أصلا ، بأن كان التسبب فيها عبثاً ، والعبث لا يشرع ، بناء على القول بأن أحكام الشريعة معللة بمصالح العباد ، أما اذا أفضت الى نقيض مقصودها ، كانت محرمة قطعاً ، سداً للذريعة .

١٨ ــ نظر الفقه المالكي ــ ومن معه ــ في مسألة التسعير نظرة كلية الى الشريعة ، فلم يقتصر على المبدأ العام في حق الملكية ، وهو حرية التصرف ، وعدم

---

(١) عملا بقوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » وقوله تعالى : « فاسألوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون » .

(٢) المستصفى : جـ ١ ص ٦١ ــ للغزالي ــ الفروق : جـ ٣ ص ١٧١ للقرافي.

جواز التدخل أو التقييد . صيانة لهذا الحق كما قضت بذلك العمومات على النحو الذي رأيناه في اجتهاد غيرهم . بل نظر ــ مع ذلك ــ الى الاصــول الاخرى التي تقيد حق المالك في التصرف بما يمنع الضرر عن جماعة المسلمين، وهي **قطعية في الدين** ، وهذه نظرة **عامة شاملة توفق** بين **الجزئي والكلي** عند التعارض بما يمنع الضرر عــن أي من الفريقين على أساس من الحق والعدل في مواقع الوجود ، والتطبيق العملي.

١٩ ــ وقالوا : ليس في التسعير ضرر حقيقي بالتجار أو المالكين . لانه يقدر لهم ربح معقول . لا وكس فيه ولا شطط .

٢٠ ــ وأجاب المالكية ومتأخرو الحنابلة على من تمسك بظواهر من نصوص السنة في تحريم التسعير . وهي الظواهر التي تمسك بها من حرم التسعير باطلاق ــ بأنها واردة في قضية معينة فلا تعم ، اذ لم يكن الغلاء بفعل التجار يومئذ .

ومن المحتمل أيضاً ، أن الغلاء على عهده ﷺ كان نتيجة ــ كما يقول ابن تيمية وابن القيم ــ لقلة المعروض ، وكثرة الطالبــين ، لذا أسنــد الرسول ﷺ الغــلاء والرخص الى الله تعالى ، لا الى التجار ، حيث يقول : « إن الله هو القابض الباسط الرازق ... الحديث » .

ومن المحتمل كذلك ، أن يكون الغلاء بسبب ارتفاع نفقات وتكاليف النقل ، أو الآفات الزراعية ، أو الجوائح السماوية القهرية ، الى غير ذلك من الاحتمالات .

فالظروف التي اجتهد الأئمة في ايجاب التسعير في ضوئها ، لم تكن قائمــة في عصر النبــوة .

ــ وهذا هو النــوع الاول من السعر الــذي أشرنا اليــه ، وهو ليس مــن محل النزاع .

٢١ ــ وأيضاً ليس في حديث التسعير « لفظ عام » يفيد شمول حكم التحريم لجميع الحالات ، فلا وجه لتعميم النهي ، مما يفيد **ان التسعير ليس محرماً لذاته** .

٢٢ ــ وأيضاً ، اذا كان تحريم التسعير لدفع الظلم عن التجار حالة الغلاء دون تسبب منهم فيه ، فليكن وجوب التسعير لدفع ظلم التجار أنفسهم عن المستهلكين ، لان الظلم في ذاته ، حرام شرعاً وعقلاً ، فيجب دفعه أيا كان منشؤه ، اذ العدل لا يتجزأ .

فاذا تعين التسعير أو تمحّض وسيلة لدفع الظلم عن الناس ، لظروف استثنائية ، فرض ، حتى اصبح وسيلة لايقاع الظلم على التجار دون مسوغ ، منع ، استجابة لمقتضى العدل في الحالين .

وعلى هذا ، فتحريم التسعير ووجوب التسعير حسب الاحوال ، كلاهما قد اتحد مقصدهما ، ولا تناقض في ذلك ، لاختلاف الجهة ، أو انفكاكها ، واختلاف الظروف .

ــ فاختلف حكم الوسيلة ، ولكن المقصد متحد ، لما ذكرنا .

وأما شروط التسعير في اجتهادات الفقهاء ، فكما يلي :

٢٣ ــ لم يشترط المالكية ومن معهم « التعدي الفاحش » في القيمة ، بل اكتفوا بالامتناع عن البيع ، والتغالي في السعر على نحو غير مألوف ، وظهور الاحتياج بالعام ، وعدالة الامام ، واستشارة أهل الخبرة عن طريق تأليف لجنة على نحو معين ، وأن يتعيّن التسعير وسيلة لدفع الظلم العام ، وعلى أساس التراضي بين الفريقين ، بما لا يجحف بحق أيٍّ منهما .

٢٤ ــ أما الحنفية ، فقد اشترطوا أن يتعدى أرباب المال والمالكون في القيمة تعدياً فاحشاً ، أي يبلغوا بسعر الشيء ضعف قيمته ، والناس في حاجة ماسة اليه ، واستشارة أهل الخبرة ؛ ولكن التسعير ــ في اجتهادهم ــ غير ملزم ، وأيضاً ، لم يعينوا طريقة تأليف لجنة التسعيرة ، واما اشتراط عدالة الإمام ، فأمر بدهي .

هذا ، وقد قصَروا التسعير على « القوت » خلافاً لجمهور المالكية ومتأخري الحنابلة .

٢٥ ــ مبدأ العدل في التسعير ثابت ، وانما الخلاف في النظام أو الاجراء الذي يتحقق به هذا المبدأ في التطبيق .

آ ــ فالسعر العادل ، هو السعر التلقائي العام الذي هو نتيجة ما يسمى بقانون العرض والطلب ، عند الحنفية وغيرهم ، لا في السعر المحدّد المفروض من قِبَل الامام .

حتى اذا نشأت معوّقات مفتعلة تعكر صفو سير السعر التلقائي الحر هذا، وجب ازالتها ، باجراءات ومؤيدات ، من مثل جبر المحتكرين على اخراج السلع واجبارهم على بيعها بالسعر المعتاد ، أو بيع السلع جبراً عليهم ، والتسعير غير واجب على ولي الامر ، ولا ملزم للتجار ، وهذا أشبه بما يطلق عليه **مبدا الاقتصاد الحر** .

ب ــ ويرى آخرون أن السعر العادل يجب أن يُحدّد واقعياً ، بأمر الدولة على الوجه الشرعي ، بناء على تكاليف السلعة ، ونفقاتها ، والجهود التي بذلت في سبيل ذلك ، ثم تعيين نسبة معينة من الربح المعقول ، بحيث لا يكون لاضطرار المشتري أي دخل في هذا التحديد ، ولا يُترك تحقيق « العدل » لمشيئة التجار أو المالكين ، والتسعير الجبري واجب على ولي الامر أن ينهض به ، ويفرضه على المالكين ، ويعاقب مخالفيه بما يراه مناسباً من العقوبة .

فالمبدأ ثابت ــ كما ترى ــ ولكن الاختلاف ناشىء عن الاجتهاد في تخيُّر النظام أو الاجراء الذي يراه الامام محققاً لتطبيق ذلك المبدأ في الفروع والجزئيات ، على الوجه الذي يفضي الى العدل والمصلحة فيها واقعاً وعملاً .

وأما السعر العدل في الاجور على الاعمال ، فان المبدأ العام يقضي بان **« التفاوت في الكفاءات يستلزم التفاوت في العطاء»(١)** ، وان الجزاء على قدر الجهد الذاتي . لذا ، فان مجرد **« الاقدمية »** ليس مظنة للحق في زيادة الاجر ، حتى يقوم الدليل على ذلك من

---

(١) راجع بحث « مبدأ العدل المطلق » في مؤلفنا الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ١٠٣ للمؤلف .

الجهد المبذول ، اتقانا وتجويدا(٢) ، لقوله تعالى : « وأن ليس للانسان الا ما سعى ».

٢٦ ــ على أن الدولة العمرية كانت تعالج ظاهرة الغلاء بالتزامها تأمين تموين الناس بما يسد حاجتهم من المواد الغذائية الضرورية ، **دون عوض** ، فضلا عن فرض أموال نقدية لمن لا يكفيه دخله المحدود ، فلم يكن ثمة ما يدعو الى التسعير .

وهذه السياسة التي تنم على رخاء في الموارد المالية للدولة ، تفوق ما تقوم به الدول المعاصرة ، من سياسة « **تدعيم** » المواد الغذائية الضرورية ، رعاية للطبقة الفقيرة ، اذ تؤمّن لهم الحد الادنى من هذه المواد شهرياً بسعر لا يكاد يبلغ نصف قيمتها الحقيقية ، وبذلك تتحمل الدول الحاضرة ، ما يربو على خمسين في المائة أو يزيد من تلك القيم ، بينما كانت الدولة العمرية تتحمل العبء كاملاً .

٢٧ ــ أما مؤيدات التسعير ، فثمة عقوبات تعزيرية أساسها الشرعي صفة منشأ مخالفة التسعير الجبري ، من كونها « **معصية** » ومن **المنكرات** شرعاً .

آ ــ فالحنفية ، لم يروا جواز مخالفة الامام ان سعر ، وعلى ذلك يعاقب المخالف لانه استخف بأوامره ، لا لان التسعير ملزم .

ب ــ وأما جمهور المالكية ، ومتأخرو الحنابلة ، وغيرهم ، فيرون معاقبته لمخالفة التسعير ذاته ، زيادة ، بما يراه الامام زاجراً له ، لكونها معصية .

أما ان نقص عن السعر ، وأضر بالسوق والجالبين ، فالمالكية يرون مؤيد الاخراج من السوق ، واستدلوا بحديث حاطب بن أبي بلتعة .

جـ ــ غير أن بعضهم أوّله على معنى أن منع حاطب انما كان للزيادة لا للنقص .

د ــ هذا ، ومؤيد الاخراج من السوق اذا غلب على الظن تحقق « مناط » التذرع بالانقاص الى الضرر العام ، يتفق وسياسة عمر الاقتصادية .

---

(١) راجع بحث مباني العدل وموجهاته في التشريع الاسلامي ــ اصول التشريع ــ ص ٢٦٨ ــ للمؤلف .

٢٨ ــ أما منافسة الدولة للتجار ، لمنع التغالي في الاسعار . عن طريق انشاء مؤسسات ، فمشروعة ، على ما رأينا من اجتهاد بعض المالكية ، ما لم يضر بالتجار ، أو المصلحة العامة ، وتعتبر هذه المنافسة بديلا عن التسعير الجبري ، اذا اندفع بها الضرر العام ، عملا بمبدأ السعر التلقائي الحر ، ولان التسعير لا يلجأ اليه الا عند الضرورة ، وذلك في حال تعينه وسيلة لمقاومة الاحتكار ، أو الغلاء المفتعل ، وتعذر أي اجراء آخر لذلك .

٢٩ ــ ترجح لدينا اتجاه الفقهاء القائلين بالتسعير الجبري . بما ثبت لديك من أن « حق الملك » في التشريع الاسلامي ، ليس سلطة مطلقة، بل هو مقيد ــ كغيره من الحقوق ــ بأصل معنوي عام ثابت بالاستقراء قطعاً ، ولا خيرة فيه للعبد ، كما يقول الامام الشاطبي ، مؤداه أن : « حق الغير محافظ عليه شرعاً » إبان التصرف في الحق كسباً وانتفاعاً ، سواء كان ذلك الغير فرداً أم جماعة ، وان على المالك أن يراعيه ، ويلتزمه ، ويعمل بمقتضاه إبان تصرفاته في كل ما منح من حق ، وهذا مما يحدّ من سلطان الارادة ، بلا ريب ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فان على ولي الامر ــ مستعيناً بالمجتهدين وأهل الخبرة ــ أن يشرع من الاحكام الاجتهادية الملزمة ، ما يحقق مقتضى ذلك الاصل عملا ، ولا سيما في كل ما لم يرد فيه نص ، اذا اقتضت ذلك المصلحة العامة ، تحقيقاً للتوازن والعدل ، لان التشريع الاسلامي لم يترك الامر للتعاقد الحر في مثل هذه الظروف والازمات الاقتصادية ، لان مبدأ حرية التعاقد ــ في ظلها ــ عاجز عن تحقيق مقتضى العدل من « اعطاء كل ذي حق حقه» لاختلاف طرفي العقد قوة وضعفاً من الناحية الاقتصادية ، فيجب فرض التسعير العادل اذا تعين ، درءاً لاستغلال القويّ الطرفَ الضعيف ، وحماية للمصلحة العامة.

البحث الرابع

حق الإبتكار

في الفقه الإسلامي المقارن

مقدمة :

إن أحداً من الفقهاء القدامى ، أو أئمة المذاهب الفقهية ، لم يتناول هذه المسألة بالبحث الموضوعي المحرر ، تعمقاً واستقصاء ، اللهم إلا ما عثرنا عليه من أقوال مقتضبة للإمام القرافي المالكي في كتابه الفروق[1] تتعلق بالاجتهادات الفقهية فحسب ، مما لا يغني عن التفصيل والتحليل والاحاطة بالموضوع من جميع جوانبه ، لتكوين تصور واقعي دقيق وشامل لفقه المسألة ، مرتبطاً بآثارها العملية ، من الناحيتين : العلمية النظرية ، والتجريبية .

والسر في ذلك : أن هذه المسألة لم يكن لها وجود في القرون الماضية على النحو الذي نراه اليوم ، بما تمخّض عنه التطور العلمي والصناعي والاقتصادي ، من وسائل النشر والتوزيع ، اذ كان العلم يُدوَّن في مخطوط من نسخ معدودة ، فضلا عن أن الابتكار العلمي ، لم يكن له من الاثر والنضوج على النحو الذي نراه اليوم في الجامعات ، والمراكز الثقافية ، والمختبرات العلمية ، وفي التطبيق العملي ، في العالم أجمع .

---

(١) جـ ٢ ، ص ٢٠٨ وما يليها .

لذا ، كان هـذا الموضـوع حريّاً ـ في عصرنا هـذا ـ أنْ يُفرَد بالبحث التشريعي ، بما يقتضيه العدل والمصلحة ، ليكون مجالاً واسعاً للاجتهاد بالقـدر الـذي يوازي أثره الظاهر في الحيـاة العلمية والثقافيـة والاقتصاديـة ، بـل والحضارية بعامـة .

أما الباحثون المحدثون ، فما صدروا عنه من آراء ، لا يمكن اعتباره وليـد الاجتهاد ، فلا يغني عـن البحث العلمي في شيء ، حيث اكتفى بعضهـم بالتعليق عليه ، واحالة بحثه على المصلحة المرسلة المتعلقة بالحقوق الخاصة[1] .

فالموضوع حيوي وواقع في عصرنا ، وعلى نطاق عالمي ، فلا يجوز أن يكون مصيره هذا الاقتضاب ، لذا رأينا تناوله بالبحث من عـدة وجوه ، على ضوء مـن أصول كل مذهب ، وعلـى مقتضى أصول التشريع ، تحرياً لما هـو الحق عند الله تعـالى ، وذلك على النحو التالي :

اولا : تحديد مفهوم الابتكار في الانتاج الذهني .

ثانياً ـ التكييف الفقهي لطبيعة هذا الانتاج .

ثالثا : موقع الابتكار الذهني من مفهوم المال شرعاً في اجتهادات المذاهب الفقهية، مع المقارنة والمناقشة .

رابعاً : منشأ حق الملك فيه .

خامساً : حق الملك في الانتاج الذهني المبتكر ، حق عيني مالي متقرر ، لا مجرد.

سادساً : مدى قابلية هذا الحق للانتقال ، معاوضة ، او إرثا ، او ايصاء .

سابعاً : مقارنة ومناقشة وردود .

---

(١) المدخـل الى نظريـة الالتزام ـ للاستـاذ الزرقاء ، ص ـ الملكيـة في الشريعـة الاسلاميـة ص ١٠ للشيخ علي الخفيف . احكام المعامـلات الشرعية ـ للمؤلف ، الطبعة السابعة ، ص ٢٨ وما يليها .

اولا : تحديد مفهوم الابتكار في الانتاج الذهني

يقصد بالانتاج الذهني المبتكر : « الصور الفكرية التي تفتقت عنها المَلَكة الراسخة في نفس العالم أو الاديب ونحوه ، مما يكون قد أبدعه هو ، ولم يسبقه اليه أحد » .

تحليل التعريف واستخلاص عناصره :

١ ــ الانتاج المبتكر هو « الصور الفكرية » وليس هو العين التي استقر فيها ، من كتاب ونحوه، لان هذه العين مَجْلى لتلك الافكار، ووسيلة لاستيفاء منفعتها، ومعيار تقديرها من حيث **النوعية والاثر** ، فالصور الذهنية لا تدرك باحدى الحواس ، بل بالعقل وحده ، لانها صور معنوية مجردة ، ومنافع عرَضية .

٢ ــ يتسم بعنصر الابداع ، بحيث لا يكون تكراراً ولا محاكاة ولا انتحالاً لصور أخرى سابقة .

على أنه ينبغي أن يلاحظ ، أن الانتاج المبتكر لا يشترط فيه ليكون كذلك ، أن يتسم كله بالابتكار والابداع ، اذ لا بد في كل مبتكر ذهني من أن يكون مؤصَّلاً على ثقافة ساهم في تكوينها ابتكارات سابقة ، وتراث علمي ، فيختلف الابتكار اذن نوعية وأثراً بمدى القدر المستحدث فيه ، وجودته ، تبعاً لمبلغ الجهد المبذول فيه ، ومستواه ، فالابتكار نسبي لا مطلق .

هذا . **والترجمة** فيها جهد علمي مبذول ، لكن لا في أصل الصور الفكرية ابتكاراً ، لانها للمؤلف في اللغة المنقول عنها ، بل يتبدى الابتكار النسبي فيها ، في دقة الفهم للمعاني المترجمة ، وفي الاسلوب والصيغ التي أبدعها المترجم في في اللغة المنقول اليها، وأفرغ فيها تلك المعاني ، بحيث يكون ذلك انعكاساً وأثراً لملكته الذهنية التي قوامها قدرة بارعة على تفهم خصائص اللغة الاجنبية وأساليبها وفنونها في البيان ، واللغة المنقول اليها كذلك .

وعلى هذا ، فابتكار المترجم يتجلى في ناحيتين :

أولاهما ــ في دقة الفهم للمعنى المنقول من اللغة الاجنبية ، وتعمقه ، والوقوف على مرامي المؤلف منه .

ثانيهما ــ في أسلوب وصيغ اللغة المنقول اليها ، وهي مظهر لتلك المعاني ، ووسيلة لأدائها ، واستيفائها ، فضلا عن أنها انعكاس لشخصية المترجم المعنوية .

٣ ــ الصور الفكرية المبتكرة أثر للملكة الراسخة .
وهذا ملحظ دقيق تجب مراعاته في الاجتهاد في تأصيل الاحكام .

٤ ــ قولنا العالم أو الاديب ونحوه ، تعميم ليشمل انتاج سائر العلوم التجريبية بفروعها المختلفة ، والآداب والعلوم الانسانية .

ثانيا : التكييف الفقهي لطبيعة الابتكار الذهني

أشرنا سابقاً ، الى أن الابتكار الذهني ، صور معنوية مجردة ، ولكنها اثر للملكة الراسخة في ذات المفكر ، وتأسيساً على ذلك ، فهي تشبه منافع الثمرات[1] ، بعد انفصالها عن أصولها التي كانت قائمة عليها ، فكذلك الانتاج المبتكر ، بعد انفصاله عن المؤلف ، واستقراره في كتاب أو عين ترتسم فيها مظاهر هذه الصور الفكرية .

غير أن ثمة فارقاً جوهرياً بين منافع الانتاج المبتكر ، ومنافع الثمرات والاعيان من العقارات والمنقولات ، من حيث النوعية والاثر .

١ ــ أما من حيث النوع ، فمنافع العقارات من الارضين والدور ، وكذلك منافع المنقولات من الثمرات ، والاثاث ، والسيارات والحيوانات وما اليها .

---

(١) نقصد بالتكييف هنا ، ما يشمل الوصف الفقهي للشيء مطلقاً ، تشبيها أو بياناً لطبيعته ، فضلا عن بيان ماهية العقد ، او التصرف بوجه عام .

مصدرها هذه الاعيان ، بخلاف المبتكرات الذهنية ، فمصدرها الانسان الحي العاقل المفكر بملكته العلمية الراسخة ، أو العقل الانساني المبدع ، على الرغم من أن الاثرين يجمع بينهما جنس مشترك هو كونهما أمورا معنوية ، ومنافع عَرَضية .

٢ ــ أما من حيث الاثر ، فلا جرم أن منافع الاعيان من العقارات والمنقولات والثمرات ــ وان كانت ــ كما يقول الإمام العز بن عبد السلام ــ هي « **الغرض الاظهر من جميع الاموال** »[١] بل هي **المعيار** في تقييم مصادرها، لكنها ــ على أهميتها ــ لا تسمو في نظرنا ــ الى مستوى الانتاج الفكري من حيث الاثر الذي يَرى في توجيه الحياة الانسانية ، وتدبير أمرها ، بما يُيَسِّر من أنجع الوسائل العلمية للانتفاع بكل ما في الكون من مصادر النفع ، وإلا رجعنا القهقرى الى حالة وظروف الانسان البدائي الاول ، حيث المصادر هي المصادر ، والارض هي الارض، وما فيها وما عليها كذلك ، وانما الذي اختلف هو « الفكر » فاختلف التدبير ، وقامت الحضارات .

اذن منافع[٢] الاعيان ــ بما هي المقصودة قصداً أولياً منها ، بدليل انها الغرض الاظهر منها ، وانها المعياز في تقييمها ــ لا ترقى ــ من حيث أثرها وجدواها ــ الى مستوى الانتاج الفكري المبتكر الذي هو معيار التفاضل بين الانسان والانسان ، والامة والاخرى ، شرعاً ، لقوله تعالى : « قل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون »[٣] .

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ٢ ، ص ١٧ .

(٢) من الفقهاء المحدثين من اشار الى تكييف طبيعة « المبتكرات الفكرية » من انها لا تعدو كونها من « **المنافع** » تكتسب عند قراءتها في محالها من الكتب والمصادر بقوله : « واذا ما أردت القراءة في كتاب، فلا توجد ــ المنافع المقروءة ــ الا إذا فتحت الكتاب ، ونظرت فيه ، وتكون قراءتك فيه عند ذلك ، غير قراءتك فيه بعد ذلك ، لاختلاف المقروء ، واختلاف الوقت ، وهكذا ترى ان **المنافع اعراض** تحدث ساعة فساعة عند طلبها واكتسابها. المعاملات الشرعية ، ص ٢٨ ، للشيخ علي الخفيف .

(٣) قلنا : إن المبتكرات الفكرية والادبية هي السبيل للارتقاء بالحياة إنسانياً وحضارياً ، ، اذ من المعلوم ، أن جميع اوجه الحضارة **المادية** المتطورة ، انما هي ــ في الواقع ــ صورة مجسمة لتطبيق نظريات علمية ، او هي

ومما يؤكد كون الانتاج الفكري ـ في نظر الاسلام ـ من قبيل المنافع ، قوله ـ صلى الله عليه وسلم : « اللهم ارزقني علما نافعاً » وقوله عليه السلام : « اذا مات ابن آدم ، انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، **وعلم ينتفع به** ، وولد صالح يدعو له » .

فالحديث الشريف صريح الدلالة على أن العلم عمل ، وأنه مصدر الانتفاع . وأن بالانتفاع المستمر بانتاج العالم . يكون استمرار عمله الصالح أبدا ، بحيث لا تقطعه واقعة الموت ، فالعلم اذن عمل هو مصدر للمنفعة شرعاً ، يبقى أثراً خالداً بعد وفاة المؤلف ، وانهدا مملكته العلمية بالموت .

ما يسمى اليوم بالتكنولوجيا (التقنية) ، يكمل بعضها بعضا ، بحيث تكون سابقتها مقدمة للاحق منها ، أو تكون اللاحقة تصحيحا لسابقتها . ولعظم هذا الاثر ، كان العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة ، بل هو من مقتضيات الفطرة ، والدين هو الفطرة . « فطرة الله التي فطر الناس عليها ، لا تبديل لخلق الله » . غير ان الاسلام اذ يقرر ان العلم من مقتضيات الفطرة الانسانية السليمة ، بقوله سبحانه : « الرحمن ، علم القرآن ، خلق الانسان ، علمه البيان ، **« ولا بيان بلا فكر »** ، ولقوله تعالى : « علم الانسان ما لم يعلم » **بخلق القوة المفكرة فيه** ، يحدد في الوقت نفسه **نوعية** « العلم » الذي يجب إعمال الذهن في تحصيله وابتكاره ، وذلك بأن يكون **« نافعاً »** لقوله ﷺ : « اللهم ارزقني علما نافعا » باطلاق ، بالنسبة للعالم ولغيره ، ولقوله تعالى : « ولا تفسدوا في الارض بعد اصلاحها » وليس المقصود الاصلاح العقدي فحسب ، بل الإصلاح المادي والمعنوي في جميع شؤون الحياة ، ولا يتم ذلك الا عن طريق العلم وانتاج الفكر .

ويستخلص من هذا ، ان الاسلام حريص على تحقيق « الوجود المعنوي للمسلمين على ارقى مستوى حضاري ، وفي كل عصر ، ضعفاً في درجات الكمال ، لان الوجود المادي المجرد ـ على اهميته ـ ليس هو المقصد الاهم ، والا ما انزلت الشرائع ، وأرسل الرسل والانبياء ، هذا ، والعلم المبتكر الضار المدمر لا يستقيم مع هذا القصد الجلل .

(١) راجع مؤلفنا : « المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي » بحث أنواع العام ، ص ٥١٨ وما يليها ـ وأصول التشريع الاسلامي ص ٤٩٣ وما يليها ـ طبع جامعة دمشق .

لا معارض من جهة الشرع لتقييم الانتاج المبتكر عرفا ، لكونه مقصدا شرعيا قطعيا يجب تحقيقه :

وأيضاً ، اذا لاحظنا أن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة ، لان المناط وصف الاسلام ، كان العلم مقصداً شرعياً قطعياً[1] ، وهو مصلحة معتبرة مؤكدة شرعاً ، وذلك منفعة بلا ريب ، **فالعلم منفعة خالصة** ، أو سبب لها ، وإلا ما كان فرضاً مطلوباً تحصيله على وجه القطع واليقين ، واعتباره ـ في نظر الاسلام ـ أساساً للتفاضل بين الافراد والامم ، كما قدمنا .

ولا بد من الاشارة الى أن الانتاج العلمي ، اذ ينفصل عن مؤلفه ليطبع في كتاب أو نحوه ، فان الكتاب يصبح هو المصدر المادي الذي لا يسع القارىء أن يستوفي منافع هذا الانتاج إلا عن طريقه ، ولهذا نرى أن الانتاج العلمي المبتكر ، بانفصاله عن صاحبه ، يكون أقرب شبهاً بالثمرة المنفصلة عن أصلها ، ونرى الإمام ابن تيمية ، يشبه هذه الثمرة المادية ـ ثمرة الشجر وما اليه ـ بالمنفعة[2] ، من

---

(١) على ان فروع الاختصاص العلمي ، مما تقتضيه مصلحة الامة ، وتنهض به مرافقها ، هي من فروض الكفاية ، بمعنى ان التكليف بها ـ موجه ـ بادىء الامر ـ الى الامة كافة ، لتنعد لكل فرع طائفة من المكلفين ، تصبح مسؤولة عن اقامته وتحقيقه على الوجه الاكمل ، على وجه الخصوص. فهنالك اذن وجهان من التكليف في فروض الكفاية : وجه العموم ، لتحقيق الاكتفاء الذاتي للامة عامة ، وقوامه تكليف الامة عامة ممثلة في الدولة ، باعداد المتخصصين ، وتأهيلهم ، وامدادهم بما يعينهم على التحصيل العلمي من مظانه ، وتزويدهم بالوسائل الملائمة والناجعة التي تقدرهم على اداء ما أنيط بهم من مهام ـ ووجه الخصوص ، وهو يتجه الى المتخصصين فعلا في كل فرع علمي ، تحصيلا وتنفيذا وافادة .
هذا ، ولا تناقض بين التكليف العام والخاص ، ولو كان مصدرهما خطابا واحدا ، لاختلاف الجهة ، ونوعية التكليف ، وهذا معنى قول الإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ : « صيغة وردت عامة ، ويراد منها العموم ، ولكن يدخلها الخصوص ، وهو مقصود ايضا » . ـ الرسالة ـ ص ٥٢ ، و ص ٣٦٦ ـ تحقيق الاستاذ احمد محمد شاكر ـ وكتاب الشافعي : ص ١٩٤ ، للشيخ ابي زهرة ـ واصول التشريع : ص ٤٩٣ ، ص ٤٩٩ ، للمؤلف ـ طبع جامعة دمشق .
(٢) القياس : ص ٢٩ وما يليها ، ابن تيمية .

حيث إن المنفعة تستوفى كالثمرة مع بقاء الاصل ، ونحن بدورنا نشبه الانتاج الفكري المبتكر بالثمرة التي تستوفى مع بقاء أصلها ، مع ملاحظة فارق أساسي بينهما ، هو أن الثمرة المنفصلة عن أصلها ، لا يبقى لها بذلك الاصل صلة ، بينما الانتاج العلمي ــ بما هو ابتكار ناتج عن عقلية المؤلف العلمية المتخصصة ، يبقى انعكاساً لشخصيته المعنوية ، فصلته به قائمة بدليل تَقَرُّر مسئوليته عما أنتج ، دينياً ، واجتماعياً ، وسياسياً[1] ، بل يبقى معياراً لتقديره أدبياً ، وهذا هو « **الطابع الادبي** »[2] للانتاج الفكري ، فضلاً عن كونه عنصراً تكوينياً لتراث الامة عبر القرون .

أما الاعيان فلا يمكن انفصال منافعها عنها .

وهذا الفارق الجوهري ، جعل الانتاج المبتكر بعد انفصاله عن المؤلف أشبه بالثمرات منه بمنافع الاعيان ، كما أن له أثراً على **تعيين الوسيلة** التي تتخذ لتقديره **نوعاً وكماً** ، على ما سيأتي تفصيله .

على أن « **الطابع الادبي** » الذي يمثل شخصية المؤلف العلمية ، لسنا بصدد البحث فيه ، لان بحثنا منصب أساساً على الجانب الآخر ، وهو « **الحق المالي** » للمؤلف في انتاجه الفكري[3] ، لكنا رأينا وجوب الاشارة الى ذلك ، بغية التأكيد على هذا الفارق الهام من حيث التكييف الفقهي بين خصائص منفعة الاعيان المادية

---

(١) اما المسئولية الدينية ، فعن انتاج من تصدى للقول في الدين عن هوىً وعصبية او عن الابتداع في الدين بما لا يقوم على أصل مقرر فيه ، او عن التأويل المستكره لاصول ومبادىء ونصوص ، لغرض غير شرعي ، أو عن القول في العلم جهلاً ، او عن ابتكار علم ضار مدمّر .

(٢) وهذا الطابع الادبي او التقديري بين العلماء ، لا يرى في المنافع المادية المحضة.

(٣) هذا ، والمبتكرات الذهنية ، **نسبية** ، بمعنى ان ما يعتبر انتاجا فكريا مبتكرا بالنسبة الى عصر ، قد يصبح امرا مألوفا في عصر لاحق ، او يظهر خطؤه بنظرية لاحقة ، وبذلك يثبت ان « العقل الانساني » ينبغي أن يهضم جميع المبتكرات الذهنية السابقة على عصره ، فيما اختص فيه من

التي تستمد من الاعيان ذاتها ، كالارضين والدور والحيوانات وما اليها ، وخصائص الانتاج الفكري المبتكر التي تستمد من العقل الانساني[1] . العلمي ، نوعاً وأثراً .

ـ والخلاصة ، أن طبيعة الانتاج الفكري المبتكر ذات خاصتين :

اولاهما : أن الانتاج الفكري انعكاس للشخصية العلمية للمؤلف المبتكر ، كما أشرنا ، وهي خاصة لصيقة بالذات ، بل هي الذات المعنوية نفسها . وهي **منشأ صلته به ، ومسئوليته عنه** ، فهي بمثابة الاصل الذي ينتج الثمرات ، ولكنه أصل معنوي ، أو ما يعبر عنه بالملكة الراسخة في النفس الانسانية ، وهي التي عبر عنها الاصوليون من علماء المسلمين ، بالعقل أو الفريحة[2] ، واشترطوا توفرها في المجتهد ، أيا كان العلم الذي تخصص فيه .

فروع العلم ، ليمكنه ان يبتكر شيئا جديدا ذا قيمة خاصة في ميدان هذا العلم ، فلا بد من تمثل المدركات العلمية السابقة ، ليملك القوة على اضافة لبنة الى صرح العلم الشامخ الذي يزداد شموخا بتقدم التفكير العلمي ، سواء اكان تجريبيا ام نظريا ، فكلاهما يستقي من التجارب الانسانية عامة ، ولذا كان من المقرر ، أن حصيلة الانتاج الفكري في عصرنا ، مدينة للتراث الانساني السابق ، لانه لم ينشأ من العدم ، أو لم يوجد في خواء أو فراغ .

ـ وعلى هذا ، فاصالة الفكر المبتكر ، **نسبية لا مطلقة** ، كما اشرنا .

(١) على أن معظم منافع الاعيان مردها الى الانتاج الفكري ، لانها تعتبر تطبيقا له ، أو تجسيدا للصور الذهنية فيه ، كما يرى في الآليات والمصانع ، والابنية ، والجسور ، ووسائل الزراعة الحديثة ، والاجهزة الطبية وما اليها .
ولولا هذا الانتاج الفكري في كل ميادين الحياة ، تجريبيا ونظريا ، لبقيت مصادر المنافع بدائية على حالتها الاولى ، ولما فتحت سبل اصلاح الحياة الانسانية ، لتيسير وسائل العيش على وجه الارض ماديا ومعنويا .
فالانتاج الفكري المبتكر اذن هو اصل المنافع ومصدرها عملا وواقعا . بل هو اصل ما ينتفع به من وسائل مادية مستحدثة في كل عصر ، وحينئذ يثور التساؤل ، كيف يكون لهذه الوسائل المادية للمنافع ، قيمة مالية . ولا يكون لمصدرها الذي كانت تطبيقا له ، أو تنفيذا مجسدا لصورته الذهنية المجردة ، أية قيمة مالية ؟ ؟ وبدهي ان الجهد المبذول في انتاج الاصل ، لا يوازي الجهد المبذول في مجرد التطبيق او التصنيع ؟

(٢) المستصفى : ج ١ ص ٥ للإمام الغزالي ـ الفقيه والمتفقه ص للبغدادي . اعلام الموقعين : ج ١ ص ٤٦ ابن قيم الجوزية .

والثانية : أنه ثمرة لجهود ذهنية مبذولة ، **انفصلت** عن تلك الشخصية المعنوية التي هي الاصل ، واتخذت لها حيزاً ومحـلاً ، أو مصدراً ماديـاً مُشخَّصاً بحيث أصبح لهـا **وجود مستقل ، واثر ظاهر ،** لايمكن استيفاؤهـا أو تقديرها ، كمّـا وكيفاً ، إلا عن طريقـه .

وفرق بين الاصل والثمرة ، من حيث الاحكام على ما سيأتي بيانه .

واذا أمكن التمييز اعتباراً وواقعاً بين الاصل والثمرة ، فانه لا يجـوز الخلط بينهما في البحث الاجتهادي ، من حيث تأصيل الاحكام . ومدى تقبُّل طبيعة كـل منهما لها . على ما سيأتي تفصيله ، وعلى أساس هذا التكييف يكون الاجتهـاد في ذلك التأصيـل .

ثالثاً : موقع الانتاج الفكري المبتكر والمنافع جملة من مفهوم المال شرعـاً في الاجتهادات والمذاهب الفقهية

الجمهور من المالكية والشافعيـة والحنابلـة أن المنافع أموال متقوّمـة في ذاتها ، كالاعيان ، سواء بسواء ، اذا كان مباحاً الانتفاع بها شرعاً .

وتأسيساً على ذلك ، ترد عليها العقود الناقلة للملكية ، وتُستردّ من غاصبها عيناً ، ان كانت قائمة . أو ضماناً (تعويضاً) إن هلكت أو استهلكت ، بمعنى أنـه تتقرر مسئولية غاصب مصادرها أو محالّها ، ويجري فيها الإرث على الجملة .

وأما متقدمو الحنفية ، فتعتبر المنافع ــ في اجتهادهم ــ أموالاً متقوّمةأيضاً ، بورود عقد الاجارة عليها ، استثناءً ، مراعاة للمصلحة العامة ، وحاجـة الناس الى المنافع في حياتهم ، بدليل ما لها من موقع في تعاملهم عرفاً **والعرف مستنده المصلحة والحاجة ،** ونزع الناس عن أعرافهم إيقاع لهـم في الحرج ، والحرج مدفـوع في الدين « ولو شاء الله لأعنتكم » ولكنـه سبحانه لم يشأ ، « وما جعـل عليكم في

الدين من حرج » . وذلك منطق الاجتهاد في مالية المنافع لدى متقدمي الحنفية[1] .

وعلى هذا ، فالعقد ـ في نظر هؤلاء ـ هو الذي يكسب المنافع والمعنويات خصائص المال المتقوم شرعاً ، لورود الشرع بذلك استثناء من القياس العام الذي أصلوه هم باجتهادهم في « مالية الاشياء شرعاً » وهو وجوب توافر عنصري « العينية » و « القيمة » بشرط التقوم .

ـ هذا ، ومعنى « العينية » أن يكون الشيء ذا كيان مادي ، ووجود خارجي حسّي يمكن معه احرازه ، والسيطرة عليه ، وبقاؤه[2] .

أما التقوم ـ في اجتهادهم ـ فمعناه أن يكون مباحاً الانتفاع به شرعاً[3] .

مناط مالية الاشياء ـ المادية والمعنوية ـ في اجتهادات المذاهب الفقهية :

اولا ـ في الفقه الشافعي :

« ان المال ما كان منتفعاً به ... وهو إما أعيان أو منافع[4] . .الخ » .

ويؤكد الإمام السيوطي عنصر « العرف »[5] في اعتبار المالية ، اذ يقول :

---

(١) الاشباه والنظائر مع شرح الحموي : جـ ٢ ، ص ٢٠٩ و ص ٣٥٤ . المبسوط : جـ ١١ ، ص ٧٨ وما يليها ـ للامام السرخسي .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) يلاحظ ان التقوم ، شرط للمالية عند الحنفية ، وليس عنصرا ذاتيا فيها.

(٤) انظر قواعد الزركشي ـ الشافعي ـ ص ٣٤٣ .

(٥) العرف في الشرع الاسلامي ـ بما هو مصدر من مصادر التشريع ـ هو منشأ الحق هنا حيث لم يرد نص ، ما دام لا يصادمه نص خاص في موضوعه ، او قاعدة عامة قطعية ، او اجماع ،كما اشرنا ، ذلك ، لان مستند العرف غالبا هو « المصالح الحاجية » التي هي من مقومات العدل في التشريع الاسلامي ، اذ راعى الشارع تحقيقها وصيانتها في كثير من الجزئيات ، ثبت ذلك بالاستقراء ، وهي تلي « المصالح الضرورية » من

« لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة ، يباع بها . وتلزم متلفه ، وان قلت ، وما لا يطرحه الناس .. »[1] .

ومفاد هذا ، أن « العرف » هو أساس ثبوت مالية الاشياء شرعا ، لقوله : « لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة » أي بين الناس عرفاً ، بحيث أضحى محلاً للمعاوضة « يباع بها » .

وأما قوله : « وتلزم متلفه » فهذا أثر لاعتباره ذا قيمة في العرف ، وهو التعويض عن الاتلاف .

ويلزم عقلاً من كون الشيء ذا قيمة ، أن يكون له منفعة ، اذ لا قيمة لما لا نفع فيه ، فلا يكون مالاً ، ولهذا يطرحه[2] الناس .

ومقتضى هذا التعميم المستفاد من قوله : « ما له قيمة » لان « ما » من ألفاظ

حيث الاهمية الذاتية ، ولكنها ـ في الوقت نفسه ـ تعتبر **سياجا منيعا للمحافظة على اساسيات الشريعة** من المصالح الضرورية الخمس المعروفة ، وهي : الدين والنفس والعقل والنسل والمال .
راجع مقاصد الشريعة ـ الموافقات : جـ٢ ، ص ٢ وما يليها ـ للامام الشاطبي .
ـ وانما اطلق عليها مصالح حاجية ، لان في مراعاتها دفع حرج بالغ ومشقة غير معتادة ، أو بمعنى آخر ، لانها حاجات اساسية للناس في تعاملهم ، لولاها لوقع الناس في حرج شديد ، والحرج مدفوع في الدين .
ـ وقد اشار الائمة من فقهاء المسلمين الى كون العرف مناطا لمالية الاعيان والمنافع والحقوق ـ كما رايت .

(٣) الاشباه والنظائر : ص ١٩٧ ـ للسيوطي ـ وهو شافعي المذهب ـ وقوله وان قلت اي قلت قيمة ما أتلف .

(٢) ومفاد هذا ، أن ما لا يطرحه الناس ، أي يتمولونه ، لمنفعته الباقية فيه . اما ما يطرحه الناس ، فلا قيمة له عرفاً ، وما كان كذلك ، لا يجري فيه التعامل ، ومن ثم لا يكون مالا شرعا ، إما لانه لا منفعة فيه اصلا ، أو فيه منفعة ولكن محرمة ، وإما لانه كان ذا منفعة ، ولكن عينها قد بليت من كثرة الاستعمال حتى ذهبت منفعتها جملة .

العموم ، أن يشمل هذا التعريف المنافع والامور المعنوية ، اذا تعورف تقييمهـا ، بين الناس ، وجرى ابتياعها ، بأن أضحت محلاً للاعتياض عنها .

واذا أدركنا أن « القيمة » هي مناط المالية الثابتة عرفاً ، وأن القيمة أساسها المنفعة ، تتج عن ذلك أن « المنفعة » هي الاصل في التقييم والاعتبار ، وهذا ما أكده الإمام العز بن عبد السلام فيما نقلنا لك من قوله : « ان المنافع هي المقصود الاظهر من جميع الاموال[1] .

وأما قوله : « وما لا يطرحه الناس » فإشـارة الى أن الاعيان ، وان نقصت منافعها ، بكثرة الاستعمال ، لما يصيبها من البلى ، فان عدم طرح الناس لها ، دليل على بقاء شيء من منافعها ، وان قلّ ، فتبقى ماليتها قائمة بقدر منفعتها الباقية ، مما يدل قطعاً على أن المالية منوطة بالمنفعة وجوداً وعدماً ، لا بالعين ذاتها .

ابن خلدون يصرح بان الاعمال من المتموّلات :

الاعمال اليدوية او **الهندسية** وما اليها ، ليست أعياناً ، ولكنها **من المتموّلات** ، ويعتبر ابن خلدون اغتصاب قيمتها ، تسخيراً للمعتملين ، من أسباب فساد العمران ، والانتقاض على الدولة ، حيث يقول : « تكليف الاعمال ، وتسخير الرعايا بغير حق ، من أشـد الظلامات وأعظمها في فسـاد العمران ، وذلك أن الاعمـال من قبيـل المتموّلات ، ... فان الرعية المعتملين في العمارة[2] ، انما معاشهم ومكاسبهم من اعتمالهم ذلك ، فاذا كلفوا العمل في غير شأنهم ، واتخـذوا سُخريّاً في معاشهم ، بطل كسبهم ، واغتُصِبُوا قيمة عملهم ذلك ، وهو مُتَمَوَّلُهم »[3] .

ـ ويلاحظ أن الانتاج العلمي المبتكر ، عمل ذهني ، بل قد ثبت في السنة كونه عملاً ، فيكون متموّلاً[4] .

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ٢ ، ص ١٧ .
(٢) وهذا على سبيل المثال لا الحصر ، ويقاس عليه غيره .
(٣) المقدمة : جـ ٢ ، ص ٢٨٦ وما يليها .
(٤) ثبت ذلك ، بقوله ﷺ : « اذا مات ابن آدم ، انقطع عمله إلا مـن ثلاث ، صدقةٍ جاريةٍ ، وعلم ينتفع به ، ... الحديث » .

ثانياً ـ وفي فقه الحنابلة :

« ان المال ، ما فيه منفعة مباحة ، لغير حاجة أو ضرورة ، كعقار ، وجمل ، ودود قز ، وديدان لصيد ، وطير لقصد صوته ، كبلبل ، وببغاء ... أما ما لا نفع فيه ، كالحشرات ، وما فيه نفع محرم ، كالخمر ، وما لا يباح إلا لضرورة ، كالميتة ، وما لا يباح اقتناؤه إلا لحاجة ، فليس مالاً »[1] .

ويستنتج من اجتهاد الفقه الحنبلي في مناط المال ، ما يلي :

آ ـ ان المنظور اليه في مالية الاشياء ، ليس هو « عينية » الشيء المادي ، بل منفعته وأثره ، بدليل قولهم : « ان ما لا منفعة فيه ، فليس بمال » أي ولو كان شيئاً عينياً .

فمناط المالية اذن هو « المنفعة » لا « العينية » في حد ذاتها وهو ما اتجه اليه الفقه الشافعي ، كما رأيت .

فأما مصادرها أو محالها ، من الاعيان المادية ، فهي التي بها يمكن أن تستوفي أو تحاز ، أو تقدر ، اذ لا قيام لها بنفسها .

يوضح هذا ، أن « الديدان » أعيان في ذاتها ، ولكنها ليست أموالاً ، على الرغم من عينيتها ، اذ لا نفع فيها ، حتى اذا صارت تتخذ طعماً في أشراك الصيد مثلاً ، غدت حينئذ ذات قيمة مالية ، لا بالنظر لعينيتها أو ماديتها ، بل بالنظر لهذه المنفعة التي ظهرت لها ، ولولا ذلك لبقيت من المحقرات التي يطرحها الناس .

وفي اجتهاد الحنفية ـ وهم أكثر الفقهاء اعتداداً بالعينية عنصراً مقوماً وحيداً للمالية ـ أن « هَوَامّ » الارض تصبح مالاً ، وبالتالي محلاً للملك ، اذا ظهرت

---

(١) الاقناع : جـ ٢ ، ص ٥٩ ، المغني مع الشرح الكبير : جـ ٥ ، ص ٤٣٩ لابن قدامة .

منافعها في الدواء ، ويلزم متلفها بالضمان (التعويض) وغاصبها بالردّ عيناً اذا كانت قائمة ، لانها ذات قيمة مالية عرفاً[1] .

ـ وفي الواقع أن ذلك انما كان نتيجة للانتاج الفكري المبتكر أولاً ، ثم جرى تطبيقه واقعاً في المختبرات الطبية ، وفي العلاج عملاً ، فأوجدت هذه المنافع العظيمة .

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا ، كيف يُتصور عقلاً ومنطقاً ، أن يكون لهذه الديدان أو الهوام ، قيمة مالية ، ثم لا يكون « للعلم » الذي أنتجها أي قيمة مالية ؟ !

فالقيمة اذن منوطة بالمنفعة التي هي أصلها ومستندها ، بل ومعيارها ، ولا ريب ان المنفعة أمر معنوي لا يدرك إلا بالعقل وحده ، فحيث تكون المنفعة تكون القيمة ، أي تكون المالية .

وتأسيساً على هذا ، يتسع هذا المناط أو القياس العام ، ليشمل « كل نفع ذي قيمة بين الناس » اذا لم يكن محرماً الانتفاع به شرعاً ، مما استلزم بالتالي جريان المعاوضة فيه عرفاً ، أو كما يقول الفقهاء : « يجرى فيه البذل والمنع » أي محل للمعاوضة .

بل يتسع هذا « المناط » أو القياس العام ، ليشمل كل شيء لم يكن مالاً في الاصل ، أو كان محرماً لضرره من وجه ، اذا ظهرت له منفعة فيما بعد من وجه آخر ، أثراً لاكتشاف علمي ، ما دام حكم المالية شرعاً ، يدور على ما للشيء من أثر ظاهر يتعلق بالنفع الانساني العام ، مما جعل الناس يتواضعون على تقييمه محلاً في مبادلاتهم المالية .

فأمصال اللقاح مثلاً ، قوامها ـ في الاصل ـ جراثيم ضارة فتاكة ، لكنها

---

(١) مجمع الانهر : جـ ٢ ، ص ١٠٨ .

أصبحت اليوم « أموالاً ذات قيمة عالمية » بعد أن ظهر نفعها في مقاومة الاوبئة اذا جرى تصنيعها لتخفيف سمومها ، بما تحدث من أثر في الاجسام يكسبها مناعة ضد الاصابة بتلك الاوبئة ، كالهَيْضَة (الكولـيرا) والجَدَري ، والطاعون ، وما اليه ، وهو نفع عظيم يتعلق بحفظ حياة الانسان ووقايته من الفناء ، والموتان[1]، وهو مقصد شرعي من الضروريات ، وتُبنى عليه الاحكام قطعاً .

وكذلك الدم الآدمي ، هو في الاصل محرم الاتجار به لمجرد الاتجار والكسب، صيانة للكرامة الانسانية التي أرساها القرآن الكريم مبدأ دستورياً أصيلاً بقوله سبحانه : « ولقد كرمنا بني آدم » لكن لما ظهر نفعه العظيم ـ علماً وواقعاً ـ في انقاذ حياة جرحى الحروب الذين استُنزفت دماؤهم أثراً لجراحاتهم البالغة ، واعتاد الناس تداوله دولياً ، لما أضحى له من قيمة ، كان مالاً متقوماً شرعاً ، تخريجاً على هذا المناط العام ، في مالية الاشياء في الفقه الاسلامي .

ومن هنا قرر الفقهاء : ان ملك المنفعة يستوجب حيازة العين التي تَقُومُ بها تلك المنفعة ، ولا يقدح في هذا الاصل أن تكون المنافع غير قائمة بنفسها ، بل بغيرها ، ما دام ممكناً إحرازها باحراز مصادرها ، واستيفاؤها منها ، كالدور والكتب ، وما اليها .

جريان الملك في الاعيان والمنافع يستلزم ماليتها شرعاً :

وعلى هذا ، تقرر أصل آخر في مالية المنافع شرعاً ، يقضي ، بأن جريان الملك في الاعيان يستلزم ماليتها ، ما دام الانتفاع بها مباحاً شرعاً .

وجريان الملك في المنافع ، يستلزم ماليتها شرعاً أيضاً على الراجح في الفقه الاسلامي المقارن . والمعاوضة أساسها الملك ، وهي جارية عرفاً في الابتكار الذهني كما هو واقع ومشهود ، فكان الابتكار الذهني مالاً لذلك .

---

(١) الموتان : الموت الذريع أثراً لوباء مثلا .

وقد صرح بعض الباحثين من الفقهاء المحدثين ، عن وجهة نظر الجمهور في « صفة المالية » في الفقه الاسلامي ، ومناطها ، بقوله : « ومن الفقهاء من صرح بأن « المالية » ليست الا صفة للاشياء ، بناءً على تمول الناس ، واتخاذهم اياها مالاً ومحلاً لتعاملهم ، وذلك لا يكون الا اذا دعتهم حاجتهم الى ذلك ، فمالت اليه طباعهم ، وكان في الامكان التسلط عليه ، والاستئثار به ، ومنعه من الناس ، وليس يلزم لذلك أن يكون مادةً تدخر لوقت الحاجة[1] ، بل يكفي أن يكون الحصول عليها ميسوراً عند الحاجة اليها غير متعذر ، وذلك متحقق في المنافع ، وفي كثير من الحقوق ، فاذا ما تحقق ذلك فيها ، عُدّت من الاموال ، بناء على عرف الناس وتعاملهم »[2] .

ـ وهذا رأي وجيه وتفقه جيد .

وجرياً على مقتضى مناط المالية في الفقه الحنبلي ، من أن « ديدان الصيد » تعتبر مالاً ، بالنظر لمنفعتها المحدودة ، من جعلها طعماً لاقتناص طائر ، أو اصطياد سمك ، فان « المنافع الخالصة » ذات الاثر البالغ في حياة البشر ، كالابتكار الذهني ، ينبغي أن تكون مالاً من باب أولى ، لان من المقرر أصولياً أن الحكم يتأكد شرعاً ، بمدى قوة تقرر مناطه فيما يشمله من وقائع[3] .

والتفاوت شاسع بين الاثرين بداهة ، بل لا يخفى ذلك على من له أدنى مِسْكَةٍ من عقل ، اذ النفع في الحشرات والديدان أثرٌ محدود لمخلوقات تافهة ، بخلاف الانتاج الفكري المبتكر ، فهو أثر لمجهود عقلي شاق ومضن ، يبذله الانسان الحي العاقل المفكر العالم ، لتقويم وتدبير الحياة الانسانية الفاضلة ، باعتباره مُسْتَخْلَفاً عن الله في الارض .

---

(١) وهذا رد على مذهب متقدمي الحنفية .

(٢) الملكية : ج ١ ، ص ١٣ ، الهامش ـ للشيخ علي الخفيف .

(٣) اصول التشريع : ص ٣٥٥ وما يليها ـ للمؤلف ـ طبع جامعة دمشق ١٩٧٧

ـ سلمنا أن لها أثراً بالغاً، لكن ذلك نتيجة للبحث العلمي، والابتكار الذهني.

والخلاصة : أن المنفعة ـ في فقه الحنابلة ـ تعتبر أساساً للقيمة ، والمالية ، ولو كانت ترفيهية يسيرة الشأن ، كما في تغريد بلبل ، أو تصويت ببغاء ، وهل هذا يقارن بالانتاج الفكري المبتكر لجهابذة العلماء من حيث النوعية والاثر ؟ !

الشريعة الاسلامية معقولة المعاني والدلالات ، ولا سيما في فقه المعاملات ، والتفقه الاصيل ما كان صادراً عن تلك الدلالات والمعقولية في كل ما لم يرد فيه نص خاص ولا إجماع ، ولا نظير يقاس عليه ، لانها روح التشريع ومقاصده التي أشار اليها الإمام العز بن عبد السلام باعتبارها أصلاً عاماً قوامه جلب المصالح ، ودرء المضار والمفاسد ، اذ يقول : « ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ، ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك ، اعتقاد أو عرفان ، بأن هذه المصلحة لا يجوز اهمالها ، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وان لم يكن فيها اجماع ، ولا نص ، ولا قياس خاص ، فان فهم نفس الشرع يوجب ذلك »[1] .

ـ ونفس الشرع هي روح العدل والمصلحة المعتبرة فيه ، والانتاج العلمي المبتكر مصلحة عامة حقيقية مؤكدة ، بلا ريب ، فتبنى عليها الاحكام ، تحقيقاً لها ، وصوناً لحقوق أصحابها فيها .

ثالثاً ـ في فقه المالكية :

يقول الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات في اصول الشريعة : « **المال ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك** »[2] .

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ٢ ، ص ١٦٠ . وراجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ١١٩ ، طبع مؤسسة الرسالة ـ المغني والشرح الكبير ـ في فقه الحنابلة ـ جـ ٥ ، ص ٤٣٩ ، لابن قدامة .

(٢) الموافقات : جـ ٢ ، ص ١٧ ـ الشاطبي .
ـ هذا ، والاستبداد هو الاختصاص والاستئثار بالمال ، والاستحواذ عليه ماديا ، ان كان المال بطبيعته قابلا لذلك ، وإلا فان الاختصاص أو الانتماء

فالفلسفة التشريعية التي يقوم عليها مفهوم المال عند الإمام الشاطبي ــ وهو من أئمة أصول المذهب المالكي ــ أنه مجرد اعتبار أو وصف شرعي ، لان الملك في اجتهاد جمهور الائمة ، مجرد علاقة اختصاص يقرها الشارع بين المالك ومحل الملك ، وهذا ما صرح به القدسي في حاويه ، حيث عرف الملك بأنه : **« اختصاص حاجز »** .

ومن ذهب من الفقهاء والاصوليين الى تعريف الملك بأنه: **« حكم شرعي مقدر وجوده في العين او المنفعة ..** لم يخرج عن المعنى الذي قال به الإمام الشاطبي ، من قبل أن الملك مجرد اعتبار شرعي ، يقره الشارع ، ومعلوم أن إقرار الشارع انما يكون بحكم[1] .

ــ وهذه العلاقة التي أقرها الشارع بين المالك ومحل الملك ، تورثه التمكين الشرعي من التصرف في الملك ، فيصبح المالك متمكناً مما يملك لتمكين الشارع اياه، فالتمكين اذن هو مناط السلطات الثلاث ، من التصرف والاستعمال والاستغلال ، وبذلك يصبح بوسعه أن يمنع غيره من التجاوز أو الاعتداء على ماله ، أو التصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا باذنه ، أي ان العلاقة الشرعية (الملك) منحته القدرة على

يقوم مقام الحيازة المادية المباشرة ان كانت طبيعة المال تأباها ، وحينئذ يكتفى بالحيازة غير المباشرة ، وهي حيازة **مصادر** المال المعنوي الذي يقوم بها ، اذ لا قيام له بنفسه .
الواقع أن الاستبداد على هذا الوجه يورث صاحب المال سلطة تقتدره على منع الغير من التجاوز على ماله ، والاعتداء عليه ، والتصرف فيه تصرفا نافذاً إلا باذنه .

ــ هذا ، ويتم الاستبداد أو الاختصاص بالابتكار الذهني اليوم ، بتسجيله على اسم صاحبه ، في ارقام مسلسلة ، وايداعه لدى الجهات المختصة في الدولة ، وبذلك يحفظ حق مؤلفه فيه ، وتثبت الحماية القضائية له ، ولا جرم ، أن هذا اقوى اثرا في تحقق معنى الاختصاص الذي يمنع الغير من التجاوز على الحق ، من الحيازة المباشرة في الماديات .

(١) الفروق : جـ ٢ ، ص ٢٠٨ ، للإمام القرافي ــ الاشباه والنظائر ــ الفن الثالث ــ لابن نجيم مع حاشية الحموي ــ باب الملك ــ ص ٣٤٦ .

التصرف ايجاباً وسلباً ، ومن عرفه من الفقهاء[1] بأنه قدرة شرعية ، فتعريفه بالاثر لا بالحقيقة ، لان الواقع أن القدرة أثر الملك لا عينه .

وانما قيدت التصرف بكونه نافذاً ، لإخراج الفضولي ، اذ قد يتصرف في مال غيره بدون اذن منه ولا ولاية، ولكن نفاذ تصرفه موقوف على إجازة المالك عند بعض الفقهاء كالحنفية .

وهذا الاعتبار الشرعي الذي يقوم عليه مفهوم المال ـ في اجتهاد المالكية ـ هو مناط الصفة المالية للاشياء ، مادية كانت أم معنوية ، وبذلك يشمل الاعيان والمنافع وسائر الامور المعنوية كالحقوق[2] ، لان الحقوق كلها تقوم على أساس الملك ، اذ الحق جوهره الاختصاص ـ كما علمت ـ والاختصاص جوهر الملك وحقيقته ، وإلا ما كانت حقوقاً بالمعنى الدقيق ، بل مجرد إباحات[3] ، واذا كانت الحقوق من قبيل الملك ، فالحقوق أموال ، اذ المال مرادف للملك في فقه المالكية ، كما رأيت .

---

(١) فتح القدير : جـ ٥ ، ص ٧٣ وما يليها ـ الكمال ابن الهمام .

(٢) الفقه المالكي اكثر المذاهب الفقهية اعتبارا لكون الحقوق من المال ، إلا ما كان لا يقبل التجزيء كالولاية وما اليها ، كما سيأتي بيانه .

(٣) الفرق بين الحقوق والاباحات ، ان الاولى تقوم على خاصة الانتماء والاختصاص ، بحيث تحجز وتمنع غير صاحب الحق ، من ان ينتفع به او يتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا باذنه . ـ اما الاباحات ـ وهي ما يطلق عليها اليوم « الحريات العامة » فهي ليست حقوقا ، اذ لا تقوم على عنصر الاختصاص ، بل هي مجرد ترخيص واذن عام بالانتفاع المشترك بين الناس ، وعلى قدم المساواة ، ولا يجري فيها التعامل ، اذ ليس احد من المباح لهم مالكا حتى يتصرف فيما يملك ، اي ليس في مركز ممتاز قبل الكافة ، كما هو الشأن في صاحب الحق ، بل للمباح له أن ينتفع بالشيء المباح إباحة عامة ، هو وغيره على السواء ، اذ لا يملك احدهم في المباح اكثر مما يملك الآخر ، وانما يُملك المباح بالاستيلاء والحوز مع **القصد** الى التملك ، اذا كانت طبيعته لا تابى ذلك ، كالكلأ ، والحطب في الغابة ، والماء ، والطيور ، والحيوانات ، من كل ما هو موجود في الطبيعة ، ولم يسبق عليه ملك لاحد .

هذا ، ومن المعلوم أن الانتاج العلمي المبتكر ، تجري فيه المعاوضة عرفاً . **والمعاوضة اساسها الملك** ، فكان مالاً ، لانه وقع عليه الملك بالمعاوضة ، على حد تعريف الإمام الشاطبي الذي يفيد هذا التعميم في مفهوم المال حتى شمل الاعيان والمنافع والمعاني والحقوق عنده ، لان لفظ « ما » في قوله : « ما يقع عليه الملك » من ألفاظ العموم ، كما تعلم .

هذا والاختصاص أو الاستبداد الذي ورد في التعريف ، لا يعني الحيازة المادية بداهة ، وان كان يقوم مقامها فيما تأبى طبيعته الاستحواذ المادي المباشر ، لان هذا لا يتصور في الحقوق والمعنويات ، بل مجرد « **الانتماء** » كاف في ثبوت حق الملك في الانتاج المبتكر ، وذلك بتسجيله على اسم مؤلفه ، تحت رقم متسلسل لدى المراجع المختصة في الدولة ، وايداعه ، وبذلك يحفظ حقه فيه ، وتثبت الحماية القضائية له .

تعميم معنى الملك على مفهوم المال عند الإمام الشاطبي ، مخالف لما استقر عليه فقه المالكية في مالية بعض الحقوق :

ليس كل حق ـ وأساسه الملك ـ مالاً بالاجماع ، وعند المالكية بوجه خاص .

فاذا ما أطلق الحق على ما ليس محله مالاً ، وما لا تعلق له بالمال ، كما أشار الإمام القرافي ، أو على ضرب من الحقوق الشخصية المحضة ، كالوكالة والولاية والوظيفة ، مما لا يقبل التجزّي ، فلا يكون مالاً ، اذ لا تعلق له بالمال أصلاً[1] ، على الرغم من جريان الملك فيه .

---

(١) وقد يرد علينا « حق القصاص » فهو حق متقرر في محله ، وليس حقاً ماليا بالبداهة ، لان محله ـ وهو ذات القاتل ـ ليس بمال ، ولا متعلقاً بمال ، ومع ذلك جاز اسقاط القصاص نظير عوض مالي (الدية) بالنص ، لقوله تعالى : « فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف ، وأداء اليه باحسان » .

ـ ويجاب عن ذلك ، بأن العوض المالي هنا انما كان نظير الاسقاط ، لحمل

فهذا التعميم في تعريف الإمام الشاطبي لا يتفق وواقع المذهب المالكي ، بل ولا مع الاجماع .

تعريف الإمام ابن عرفة للمال ، وتفسيره له ، ينطبق على الانتاج العلمي المبتكر ، ويؤكد معنى المالية فيه :

ـ على أنا نرى الإمام ابن عرفة يفسر « المنافع » بأنها أمور عقلية معنوية مجردة ، لا حسية ، وهي مال" كالاعيان ، ورأينا هذا الإمام ـ وهو من مجتهدي المالكية الاعلام ـ يحدد مفهوم المال تحديداً بحيث يشمل الابتكار الذهني ، ويؤكد هذ االشمول بوجه قاطع بما أتى به من تفسير لهذا التحديد ، اذ يقول : « ظاهر المال اذا أُطلق ، يشمل **العين والعَرَض** » .

ـ وفسر « **العَرَض** » بكونه « **منفعة" او معنى لا يمكن عقلاً الاشارة اليه (١) حساً ، الا اذا اضيف الى مصدره ، وامكن استيفاؤه** » .

يقصد بذلك أن « المنافع أو المعاني » من حيث ذاتها ، لا يمكن عقلاً أن يشار اليها حساً ، الا اذا نسبت الى مصادرها التي تقوم فيها ، كأن تقول : منفعة" السيارة ، أو منفعة الارض ، أو منفعة الدار ، ويمكن استيفاؤها ، بالاستعمال أو الاستغلال عن طريق ذلك المصدر .

هذا المناط متحقق في الابتكار الفكري ، كما ترى ، لانه صور ذهنية أو معانٍ عقلية مجردة ، لا قيام لها بنفسها ، ولا يمكن الاشارة اليها حساً ، من حيث

ولي القتيل عليه ، **مكافاة له ، لا ثمناً للحق ذاته** ، لانه ليس بمال ، كما قدمنا ، ونظيره **حق التطليق** ، لانه حق متقرر في محله ، وهو الزوجة ، وهي ليست بمال بداهة ، وانما جاز أخذ فدية نظير اسقاطه بالمخالعة ، لا ثمناً لذات الحق ، دفعاً للضرر عن الزوجة .
وعدم قبول التجزيء لا يعني عدم امكان تمييزه وفرزه بل عدم تنصيفه مثلا . الحق واللمة : ص ٣٧ ، ص ٢٤ لاستاذنا المرحوم الشيخ علي الخفيف ، بداية المجتهد : جـ ٢ ، ص ٢٤٠ لابن رشد .

(١) شرح حدود ابن عرفة ـ ص ٣٨٠ .

ذاتها ، الا بعد اضافتها الى صاحبها ومصدرها الذي اتخذته حيزاً مادياً لها من كتاب ونحوه ، فتقول مثلاً ، هذا ابتكار خالد ، أو تضيفها الى الكتاب نفسه عنواناً له ، بعد نسبته الى المؤلف ، وتشير اليه ، فتقول : وهذه رسالة الشافعي في الاصول. أو هذا أدب العقاد ، أو هذا تصميم مشروع هندسي للمهندس فلان ، أو هذا كتاب الفيزياء للمؤلف فلان ، وهكذا .

وبدهي أن الابتكار الفكري بعد إمكان الاشارة اليه حساً ، لانفصاله عن صاحبه ، واستقلاله عنه ، واستقراره في كتاب أو عين ، **يمكن استيفاؤه** ، عن طريق الدراسة أو القراءة ، شيئاً فشيئاً ، كما هو واقع مشهود ، لان منافع الابتكار الذهني ، تستوفى عن هذه الطريق ، وكذلك الرسوم الهندسية ، مثلاً ، يمكن أن تستوفى عن طريق الدراسة ، ثم التطبيق والتنفيذ ، بعد انفصالها عن عقلية المهندس في خرائط وما أشبه ، فتحقق مناط المالية فيها كما حدده الإمام ابن عرفة ، دون لبس ولا ابهام ، كما ترى[1] .

ويشير ابن عرفة الى **الفرق** بين المنفعة القائمة بالعين ، بحيث يمكن الاشارة اليها حساً ، ويمكن استيفاؤها ، وبين ما لا يمكن استيفاؤه ، فلا يعتبر بالتالي مالاً ، اذ لا بد من امكانية الاستيفاء ، شرطاً لاعتبار المنفعة مالاً .

فالصفة العلمية القائمة بالعالم ، من **الملكة الذهنية** ، أو قوة الادراك العلمية ، ليست مالاً ، اذ لا يمكن استيفاؤها في حد ذاتها ، لانها مجرد قوة أو قدرة عقلية قائمة في ذات العالم ، وهو ما كنا أشرنا اليه ، من أنها لا يمكن انفصالها ، ولا استيفاؤها ، وبالتالي لا تورث للاستحالة ، ولانها تنهدم بموته ، بخلاف « **اثر** » هذه القوة العلمية ، أو الملكة ، من الانتاج العلمي ، كما بينا .

ولا ريب ، أن **اثر الشيء ليس هو عين الشيء** ، كما نوهنا .

---

(١) شرح حدود ابن عرفة : ص ٣٨٠ .

اذن يدخل الانتاج الذهني المبتكر في مفهوم المال الشامل للمعاني العقلية دخولاً أولياً ، كما حدده ابن عرفة ، ولِمَا أتى به من تفسير لهذا التحديد .

والإمام الشاطبي ، أكد هذا المعنى بأسلوب آخر ، اذ جعل الملك « أساس المالية » ومعلوم أن الملك لا يجري الا فيما فيه نفع ، وما له قيمة عرفاً بداهة ، لانه اختصاص ، ولا معنى للاختصاص بشيء لا نفع فيه ولا قيمة له ، والملك معنى شرعي ، أو مجرد علاقة معنوية شرعية .

فتلخص ان « **الملك والمنفعة** » كليهما **معنيان شرعيان** : احدهما **حق**،والآخر **مال**.

وتبين **ان لا اثر لاختلاف طبيعة محل الملك** ، على **حقيقة معنى الملك شرعاً** ، في فقه الجمهور ، بما فيهم متأخرو الحنفية ، على ما سيأتي ، فكانت كلها أموالاً إلا ما استثنى من ذلك ، مما يحرم الانتفاع به شرعاً ، أو كبعض الحقوق التي لا تقبل التجزّي .

ـ هذا ، وطبيعة سلطة المالك الممنوحة له شرعاً بمقتضى حق الملك[1] ، على ابتكاره العقلي أو الادبي ، **كطبيعة سلطته على امواله العينية** ، سواء بسواء ، مع الاختلاف في مداها ، نظراً لطبيعة محلها ، لا لذاتها ، كما سنفصله قريباً .

رابعاً ـ منشأ حق الابتكار :

حق الابتكار منشؤه **العرف ، والمصلحة المرسلة** المتعلقة بالحق الخاص أولاً ، وبالحق العام ثانياً ، لان إقرار الشارع للحق ، انما يكون بحكم ، والحكم مستمد

---

(١) اي اثراً لثبوت حق الملك ، وهي سلطة الانتفاع والتصرف في محل الملك ، وهذا اثر للإباحة او التمكين الممنوح للمالك من قبل الشارع ، بمقتضى حق الملك ، كما ذكرنا ، اذ لا قيمة لاقرار الشارع لهذا الحق لصاحبه ، وحمايته ، اذا لم **يمكنه** من التصرف ، **فالتمكين** اثر ثبوت الحق شرعاً ، وهو مناط ثبوت سلطات المالك في التصرف والانتفاع .

من مصادر التشريع التي منها العرف والمصلحة[1] .

ـ أما العرف ، فواقع ومشهود ، وهو عرف عالمي لا اسلامي فحسب ، والعرف مصدر لنشوء الحق ، أي مصدر للتشريع ، فيما لا نص فيه على الخصوص ، اذا لم يصادمه دليل خاص بموضوعه من جهة الشرع ، يحرمه ، ولم يوجد ، بل الذي وُجد ، أن الشرع يفرضه ، بل ويجعله[2] ميزاناً للتفاضل بين الافراد ، والشعوب ، والامم ، بعضها قِبَلَ بعض ، كما أشرنا .

ـ وأما **المصلحة المرسلة** ، فهي حجة شرعاً ، لانها ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ **مقصود الشرع** ، ولا ريب ، أن « العلم النافع » سبب لنفع عظيم شامل ، فكان مقصداً شرعياً قطعياً ينبغي أن تبنى على مثله الاحكام التي تقرر الحقوق الخاصة

---

(١) المصلحة ـ في الواقع ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ **مقصود الشرع** ، وغاية الحكم ، او حكمة تشريعه ، مما يجلب نفعاً ، او يدفع ضرراً . وسميت **مُرْسَلة** ، لانه لم يرد في الشرع نص خاص بها ، يعتبرها ، او يلغيها ، ولم تكن مستنبطة من نص خاص ورد في نظير لها ، ولم ينعقد عليها ذاتها اجماع ، فبقيت هكذا « **مطلقة** » عن النصوص والاحكام الخاصة بها ، وهذا هو معنى الارسال . غير انه لا بد ان يشهد لها نص عام ، او معنى عام ، بالاعتبار ، لتكون من الشرع ، وإلا كانت غريبة لا يُعتد بها .
ـ هذا ، والاصوليون ، يطلقون « المصلحة المرسلة » ويريدون سببها ، لا عينها ، مجازاً ، ومعلوم ان سبب المصلحة ، هو **الفعل** ، او **التصرف** الذي من شانه ان يحققها ، والحكم الشرعي الذي يُبنى على المصلحة باعتبارها ثمرة الحكم وغايته ، هو في الحقيقة متعلق بالفعل او التصرف ، لان الاحكام تتعلق بافعال المكلفين .
ـ وعلى هذا ، فالانتاج المبتكر ، عملٌ ذهني ، او تصرف عقلي ، يستمد حكمه شرعاً من المصلحة او المنفعة التي تترتب عليه ، وهي هنا النفع الانساني العام ، فكان واجباً بوجوب تحقيق هذه المصلحة العامة ، ولذا سمي هذا الانتاج مصلحة .

(٢) ولا يرد علينا ، ان ما يفرضه الشرع ، قد ورد فيه نص ، فلا يكون حينئذ مصلحة مرسلة ، لانا نقول ، ان كون « العلم » بوجه عام ، مفروضاً تحصيله شرعاً ، او انتاجه ، شيء ، وتقرير الشرع « **للحق المالي** » للمؤلف شيء آخر ، وهذا الاخير هو ما نحن بسبيل البحث فيه ، ولم يرد فيه نص خاص به .

لمن أنتجه ، وهو حق العالم ، وهذه « المصلحة » هي التي اعتبرها الإمام العز بن عبد السلام : « **نفس الشرع** »(٢) أي روحه ومعقوله ، وأساس العدل فيه .

ـ وأما كون هذه « المصلحة » متعلقة بالحق العام أيضاً ، فلأن العلم تتعلق به مصلحة عامة ، ونفع حقيقي مؤكد للامة ، بل للمجتمع الانساني كله ، بلا مراء .

وبالمقارنة بين الحقين : **حق المؤلف المبتكر ، وحق الامة** في العلم النافع ، يبدو لنا ، أن الاول ، لا يعدو أن يكون مالياً من وجه ، وأدبياً اعتبارياً لشخصية المؤلف العلمية ، من وجه آخر ، كما قدمنا ، بخلاف الثاني ، فانه حق متعلق بالنفع العلمي المعنوي الخالص .

وتأسيساً على هذا ، لم يعد حق المؤلف فيما ابتكره ، حقاً فردياً خالصاً له ، لا يَشْرَكُهُ فيه أحد ، بل هو مشوب بحق عامة المسلمين ، بل والناس أجمعين ، وهذا هو حق الله تعالى(٢) في كل حق فردي .

والواقع ، أن المصلحة المرسلة المتعلقة بالحق العام والخاص ، هي مستند العرف الصحيح شرعاً ، لان الناس بطبيعتهم لا يتعارفون ، ولا يتعاملون الا فيما فيه نفع ومصلحة لهم ، والشرع يُقرُّ ذلك ما دام لا يتعارض وتعاليمه ، تحقيقاً لمصالحهم .

اذا تقرر هذا ، فان عدم اعتبار « مالية الانتاج العلمي » وما يترتب على هذه « المالية » من حق الملك فيه ، للعالم الذي ابتكره ، يفضي غالباً الى انقطاع العلماء عن الاستمرار في الابتكار والانتاج ، وهذا مآل ممنوع شرعاً ، لانه إهدار للصالح العام ، فضلاً عن الصالح الخاص ، ولانه مقصد شرعي قطعي ، وهدمه مناقضة

---

(٢) قواعد الاحكام : جـ ٢ ، ص ١٦٥ .

(٢) حق الامة انما سمي « حق الله تعالى » ونسب اليه سبحانه ـ كما يقول الاصوليون ـ لعظيم خطره ، وشمول نفعه ، لان الله تعالى لا مصلحة له في هذا الحق ، بل منزه عن المنافع ، وغني عن العالمين ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ـ ص . ٧ ـ للمؤلف .

لارادة المشرع الحقيقية ، وهذا باطل ، لا يجوز المصير اليه بحال ، فوجب أن تسد الذريعة الى هذا المآل ، وذلك باعتبار ماليته ، تأكيداً لتحقيق هذا « المقصد » في واقع المجتمع الاسلامي ، بل وللصالح الانساني العام . فيتأكد حكم الحق المالي للمؤلف ، بمدى قوة تقرر المصلحة التي بني عليها هذا الحق .

وأيضاً ، انتفاء « الحق المالي » للمؤلف ، يناقض مقتضى الاصل العام في التشريع الاسلامي ، من أن « **لكل انسان حقه** الكامل في ثمرة مجهوده الذاتي » لا يجوز بخسه ، ولا المماطلة في أدائه ، فضلاً عن هضمه ، والافتئات عليه ، لان هذا ضرب من أكل أموال الناس بالباطل ، وهو محرم بالنص ، وقد سبق أن بينا ، أن الشرع يعتبر العلم النافع عملاً ، بل ومن أجل الاعمال[1] ، وحق الانسان في عمله أمر ثابت من الدين بالضرورة .

خامساً ـ حق الملك في الانتاج العلمي المبتكر ، حق عيني مالي متقرر لا مجرد :

حق المؤلف في انتاجه الفكري المبتكر حق عيني مالي متقرر ، وليس حقاً مجرداً ، ذلك لان علاقة المؤلف بانتاجه الفكري علاقة **مباشرة وظاهرة** من ناحيتين :

احداهما : كونه انعكاساً للشخصية العلمية للمؤلف ، وهي منشأ مسئوليته عنه ، وهذا هو الطابع الادبي للانتاج العلمي ، كما بينا .

---

(١) لقوله ﷺ : « اذا مات ابن آدم ، انقطع **عمله** إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به . . . الحديث » .

(١) لقوله تعالى : « وأن ليس للانسان إلا ما سعى ، وان سعيه سوف يرى ، ثم يجزاه الجزاء الاوفى » ولا يلزم من نوال الانسان اجره في آخرته ، حرمانه من حقه في دنياه ، وإلا أدى ذلك الى انقطاع الحقوق ، واختلال نظام المعايش .

ـ ولقوله سبحانه : « ولا تبخسوا الناس اشياءهم » فاكل الحق جملة محرم من باب أولى ، والشيء أعم من أن يكون مادة أو معنى ، كما علمت .

ـ ولقوله ﷺ : « اعطوا الاجير حقه ، قبل ان يجف عرقه » ، والبائع **كالاجير** ، لان مناط حكم المبادرة الى اعطاء الحق كاملا ، هو تقرر لكل منهما .

الثانية : كونه ثمرةً منفصلة عن شخصيته المعنوية هذه ، حتى اتخذت لها حيِّزاً مادياً ، كالكتاب ، ونحوه ، به تُستوفى ، وتُقدَّر ، ويظهر أثرها ، ووجودها المستقل .

أما كونها **علاقة مباشرة** ، فلانه لا يتدخل فيها شخص آخر معين ، كما يُرى في حق الدائنية مثلاً ، بل هي علاقة منصبة مباشرةً على الانتاج ذاته ، فكانت لذلك حقاً عينياً متقرراً ، وفي هذا المعنى يقول بعض الباحثين : « أما الحقوق المعنوية ــ حقوق الابتكار ــ فهي التي تَرِدُ وتنصبُّ مباشرةً على أشياء معنوية ــ صور ذهنية ــ لا تدرك بحاسة من الحواس بل بالعقل وحده »[1].

وأما كون حقه مالياً ، فلان محله مال ، في فقه الجمهور ، ولا سيما المالكية .

وأما كونه حقاً متقرراً لا مجرداً ، فلان من المعلوم ، أن الحق المجرد ، لا يتغير حكم محله بالاسقاط ، والنزول عنه ، وهنا يتغير ، ألا ترى أن المؤلف اذا أسقط حقه المالي في انتاجه قِبَلَ الناشر أو غيره ، أصبح الانتاج مباحاً بعد أن كان ملكاً حاجزاً لا يحق لأحد الانتفاع به ، والتصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا بإذنه ؟

اذن تغير حكم محل الحق شرعاً بالاسقاط ، هو دليل التقرر [2] ، فضلاً عن أن محلّه مال .

هذا ، وحق الملك في المنقول[3] يقبل الاسقاط عند بعض الفقهاء من الحنفية والمالكية والإمام أحمد .

---

(١) الملكية : للشيخ علي الخفيف ــ جـ ١ ، ص ١٦ ــ وقوله : تنصبُّ مباشرة ، اشارة الى انها حق عيني .

(٢) والتقرر قد يكون في محل هو مال أو في محل ليس بمال ، فحق القصاص مثلا متقرر في رقبة القاتل ، وهو ليس بمال ، **وباسقاط الحق ، يتغير حكم المحل** ، فيصبح القاتل معصوم الدم بعد ان كان مهدَرَه .

(٣) المرجع السابق .

سادساً ـ مدى قبول حقوق الابتكار ـ للانتقال بالمعاوضة او الارث او الايصاء شرعاً ، والاساس الفقهي لذلك :

واذا ثبت أن حق المؤلف في انتاجه الفكري المبتكر هو حق عيني مالي متقرر ، فان من أبرز خصائص الحـق المالي ، **قبوله الاعتياض عنه ، وجريان الإرث فيه ،** وإلزام مغتصب محله برده عيناً ، ان كان قائماً ، أو متلفه بالتعويض والضمان .

فتخريجاً على هذا القياس العام في فقـه الجمهور ، ولا سيما فقـه المالكية ، يدخل حق الانتاج العلمي المبتكر ، دخولاً أولياً ، في المفهوم العام للحق المالي ، وما يترتب عليه من أثر ، من ناحيتين :

اولا هما : من ناحية كونه مالاً ، اذ هو منفعة من أعظم المنافع ، لان مصدرها الانسان العالم المفكر المبدع ، وهي منفعة قد جرى العرف الانساني العام ، ولاسيما الاسلامي،باعتبارها ذات قيمة،بدليل جريانالمعاوضة فيها، **والمعاوضة اساسها الملك .**

فكانت بذلك محلاً للملك ، والملك مال في فقه المالكية ، كما علمت .

وهذا هو عين ما اتجه اليه الفقه الحنبلي والشافعي ، باعتبار أن كل ما له قيمة بين الناس عرفاً ، فهو مال ، ما دام لم يصادمه دليل خاص من جهة الشرع .

الثانيـة : من ناحية كونه حقاً تنهض به هذه العلاقة المباشـرة الظاهرة التي أقرها الشارع بين المؤلف وانتاجه المبتكر ، بدليل تقرر مسئوليته عنه ، ولا يسأل شخص عما لا علاقة له به ، سواء أكانت تلك المسئولية دينية أم سياسية أم اجتماعية أم علمية ، **باعتباره ثمرة لجهوده الفكرية ، وانعكاساً لشخصيته العلمية** التي قضى في تكوينها معظم سني حياته ، وأنفق من أجلها نفيس أمواله .

واذا تقررت علاقته بانتاجه مباشرة ، ومسئوليته عنه ، واختصاصه به ، فالحق علاقة اختصاصية مباشرة يقرها الشارع ، كما علمت ، واقراره بحكم ، ومصـدر حكم الشارع هنا هو العرف المعتبر ، لان العرف من مصادر الشريعـة ، وأساس هذا العرف هو المصلحة ، كمـا بينا .

فبالنظر لكون العلاقة مباشرة ، أقرها الشارع ، كان الحق عينياً[1] .

وبالنظر لكون محله مالاً أي منفعة ذات قيمة عرفاً ، كان حقاً مالياً متقرراً ، فنتج عن ذلك أن حق التأليف حق عيني مالي[2] .

على أن الحقوق المالية المتقررة في محل هو مال هي في ذاتها منافع أيضاً ، والمنافع أموال ، تجري فيها المعاوضة[3] ، ما عدا ما استثني ، كما قدمنا .

ومن هنا يرى ، أنه يستوي في الوضع الشرعي ـ في فقه المالكية ، والحنابلة ، والشافعية ـ أن يكون محل الحق العيني المالي ، عيناً أو منفعةً ، أو معنىً ، أو حقاً ، لان كل أولئك منوط بالمنفعة المتقوّمة شرعاً .

واختلاف طبيعة محل الحق من كونه مادة أو معنى ـ ليس بذي أثر على كنْه وحقيقة العلاقة الاختصاصية بين صاحب الحق ومحله ، والتي تنهض بمعنى الملك ، فالملك يجري في كل أولئك .

فمعنى الملك لا يتغير باختلاف طبيعة محله .

---

(١) يتحقق مفهوم الحق العيني في الفقه الاسلامي لا في خصوص الاعيان المالية فحسب ، بل في المعاني ، كما في ملك المنافع ، وفي الاعيان غير المالية ، كحق الطلاق ، لان محله الزوجة ، وحق الحضانة ، لان محله القاصر ، وبذلك يرى ان ليس كل حق عيني في الفقه الاسلامي حقا ماليا ، بخلاف القانون .

(٢) ثمة حق عيني غير مالي كحق الحضانة ، لانه علاقة مباشرة بين الحاضن والطفل ، وهو ليس بمال ، فضلا عن كونه حقا لا يقبل التجزّي .

(٣) يطلق فقهاء القانون الوضعي على العلاقة المباشرة بين الشخص والشيء الذي هو مال ، بحيث تورثه سلطة مباشرة عليه ، يقرها القانون ، اسم الحق العيني ، وهو في اجتهادهم ـ لا يكون إلا حقا ماليا ، او ذا قيمة مالية ، فضلا عن انه يشترط أن يكون محله عينا ، اي شيئا ماديا . بخلاف الفقه الاسلامي ، فان الحق العيني قد لا يكون ماليا ، اذا لم يكن محله مالا كحق الحضانة ، كما انه لا يشترط في الحق العيني المالي ان يكون محله عينا بل قد يكون منفعة او معنى .

(٣) الميراث المقارن : ص ٧٤ ـ للشيخ عبد الرحيم الكشكي .

السلطات الثلاث ـ من الانتفاع الشخصي (الاستعمال) والاستغلال ، والتصرف (المادي والقولي الشرعي) ثمرة حق الملك لا عينه :

ثمرة الشيء ليست ذاته ، وان كانت هذه السلطات الثلاث مظهراً مادياً للملك، لا كنهه ، ذلك ، لان العلاقة الاختصاصية التي هي جوهر الملك ، أمر اعتباري ثبت بحكم الشرع ، ولا يدرك إلا بالعقل ، ولكن ظهور المالك في ممارسته لهذه السلطات الثلاث على ملكه ، مظهر مادي ، لكن ثبوتها ليس مناطاً لوجود الحق نفسه ، بل العكس هو الصحيح ، اذ الحق مناط وجودها ، أثراً له .

على أن التمكين من التصرف هو ـ في الواقع ـ مناط لثبوت السلطات الثلاث ، كما بينا ، والتمكين أثر حق الملك ومقتضاه كما يقول القرافي[1]، فالسلطات الثلاث ، هي أثر الاثر .

هذا ، ويطلق الفقه الوضعي على هذه السلطات لفظ : « **مضمون الحق او مزاياه او مكناته** »[2] .

عدم تغير معنى الملك شرعاً ، من حيث هو علاقة اختصاص يقرها الشارع ، باختلاف طبيعة محله ، مما يؤكد معنى الملك كملاً في الانتاج المبتكر لمؤلفه :

ان مما يؤكد معنى الملك كملاً في الانتاج الفكري المبتكر لمؤلفه ، أن اختلاف طبيعة محله ، لا يؤثر على معنى الملك فيه ، سواء أكان محله عيناً أم منفعة أم أموراً معنوية ، ما دامت قائمة في عين يمكن استيفاؤها منها ، وتقديرها

---

(١) الفروق : جـ٢ ، ص ٢٠٨ ، للقرافي. الاشباه والنظائر : ص ٣٤٠ للسيوطي.

(٢) يعرف الدكتور السنهوري ـ رحمه الله ـ الملكية بانها : حق الاستئثار باستعمال الشيء واستغلاله ، والتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك في حدود القانون ـ وهذا تعريف ينصب على اثر الملك اكثر مما يحدد حقيقته ، فالاستئثار بالسلطات التي هي مزايا الملك ، آثاره المترتبة على وجوده وثبوته ، لان علاقة الملك ، وهي علاقة معنوية اختصاصية بمحله ـ كما علمت ـ توجب بدورها اختصاصا واستئثارا بمزاياه وسلطاته ، لأن الاختصاص الحاجز يقضي ان يكون المالك مستأثراً بسلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وهي سلطات تثبت مقتضى للملك ، كما ذكرنا ، ـ الوسيط جـ ٨ ص ٤٩٣ .

بها ، لوجود المقتضي ، وانتفاء المانع[1] ، فمعنى الملك ومناطه ثابت كملاً ، ولا مانع من جهة الشرع في الاعتياض عنه .

ويرى أن الشارع الحكيم ـ بالنسبة للاشياء التي لا توجد إلا على وضع معين ـ لا يشرع أحكاماً أو يضع شروطاً لا تتفق وهذا الوضع ، لان الحكم الشرعي لا يغير من طبائع الاشياء ، بل الاحكام الشرعية أوصاف واعتبارات معنوية شرعية تتعلق بالافعال لا بالذوات[2] ، ولذا لم يجيء التشريع الاسلامي ضداً عليها ، اذ لا يتعلق بذلك مقصد شرعي ، إن لم يكن ذلك ضرباً من العبث ، والعبث لا يشرع ، بناء على القول بالمصالح ، أو سبباً في اهدار المصالح ، لان اهدارها مفسدة ، والشريعة انما جاءت لجلب المصالح ، ودرء المضار والمفاسد ، بل يَرى الخبير بأسرار التشريع الاسلامي ، أن فلسفته تقوم على امكانية تطبيق أحكامه ، وتحقيق مقاصده في الوجود ، فلا تكليف الا بمقدور ، وما جعل عليكم في الدين من حرج ، ولا يمكن تطبيق أحكام تضادّ طبائع الاشياء .

ومن هنا ، كانت « مالية » المنافع ، والامور المعنوية جارية على سَنَن القياس لا على خلافه[3] ، أو استثناءً منه ، لان المنافع والمعنويات بحكم طبيعتها ، لا توجد الا على ما هي عليه ، والشارع الحكيم إنما يُسبغ عليها وصفاً شرعياً في المعاملات ، تحقيقاً لمصالح الناس فيها ، فلا يتطلب ولا يشترط أن تكون على غير حقيقتها ووضعها الذي تقوم به ، وتتحقق في مواقع الوجود ، وهذا ما ذهب اليه الجمهور .

ـ فالحكم الشرعي في الخمر مثلاً ، لا يغير من طبيعتها ، وكونها مُنكرة ، بل يُسبغ عليها وصف الحرمة التي تتعلق بالفعل .

---

(١) والمانع من مثل الغرر ، والربا ، وأسباب المنازعة ، وانتفاء منثروعية المحل .

(٢) لان الحكم اصوليا هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين .. لا بالذوات كما تعلم .

(٣) سنن القياس ، بفتح السين والنون ، هو مقتضى القاعدة العامة المطردة المرجع السابق ..

مناط الملك يثبت ولو انتفت احدى سلطاته ، اثراً لطبيعة محله :

على أنه قد يقال ، إن « حق التأليف » بما هو ملك ، أو حق مالي متقرر ، يورث صاحبه السلطات الثلاث ، من الاستعمال والاستغلال والتصرف ، كما أسلفنا، وهي شعب متغايرة في مفاهيمها تصوراً ووقوعاً ، فان المؤلف لا يتصوّر أن ينتفع باتتاجه الفكري استعمالاً ، أو انتفاعاً شخصياً معنوياً ، فاذا سقط عنصر من مضمون الملك ، أو سلطة من سلطاته ، فهل يبقى قائماً ؟

والرد على هذه الشبهة سهل ميسور ، اذ الملك في جوهره ــ كما قدمنا ــ علاقة اختصاصية ، أو حكم شرعي مقدّر في العين أو المنفعة ، كما يقول الإمام القرافي[1] في فروقه ، والإمام السيوطي في نظائره[2] ، ذلك هو مناط الملك ، وأما السلطات فآثار الملك ، لا عينه ، كما قدمنا ، والشأن في الملك أن تكون له هذه الآثار جميعاً ، لكن ثبوت هذه الآثار جميعها ليس مناطاً لثبوت الملك نفسه ، فالملك يثبت بأحدها ما دام قد تحقق مناطه وهو الاختصاص ، ألا ترى الى حق المرور ، هو حق متقرر لمنفعة عقار على عقار آخر ، يورث صاحبه سلطة الاستعمال فقط ، دون الاستغلال ، وكذلك الموقوف عليهم للسكنى ، يثبت لهم حق الاستعمال دون الاستغلال ، وهذا لا ينفي أن يكون لهم حق في ملك المنفعة على هذا الوجه ، فلا أثر اذن لتخلف ثمرة من ثمرات الملك على ثبوت معنى الملك نفسه كاملاً ، فاذا كان الشأن في الملك أن تثبت سلطاته الثلاث جميعاً ، لكن ذلك ليس من مستلزماته[3] .

وبذلك يثبت للمؤلف حق الملك في انتاجه المبتكر ، على الرغم من تخلف سلطة من سلطاته بالنظر لطبيعة محله .

---

(١) الفروق للقرافي : جـ ٢ ، ص ٢٠٨ ــ ٢٠٩ .
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي : ص ٣٤٠ وما يليها ..
(٣) لان الملك سبب يمكن صاحبه من التصرف استعمالا واستغلالا ومعاوضة بحسب طبيعة محله ، فالتمكين اثر الملك ، والتمكين هو علة ثبوت السلطات الثلاث ، كما اشرنا .

حق المؤلف في انتاجه الفكري نوع خاص من الملك ذو خصائص ذاتية مستمدة من طبيعة محله باعتباره افكاراً ذهنية مجردة :

١ ــ ودليل ذلك ما يلي : ان حق الملك في الاعيان دائم ، وفي المنفعة الاصل فيه التوقيت .

٢ ــ ان الملك في الاعيان مطلق ، وفي المنافع يتقيد بالزمان[1] ، لانه معيار من معايير تعيين مقدارها ، وبالمكان ، والصفة ، والنوع ، للتعريف بما يملك من المنفعة ، ونوعها ، وكيفية استيفائها ، لعدم قيامها بنفسها .

بخلاف ملك العين ، فانه **دائم مطلق ، ومتميز محدد ، ومستجمع لصفاته ، لانه قائم بنفسه .**

وتتلخص الفروق بين الحق العيني الذي محله عين ، وبين حق الابتكار الذهني الذي محله صور ذهنية مجردة ، فيما يلي :

١ ــ من حيث طبيعة المحل . وقد سبق القول فيه .

٢ ــ من حيث الديمومة ، فملك العين دائم ومطلق ، وذلك مؤقت ، وسنأتي على تفصيل ذلك ، وبيان أساسه .

٣ ــ من حيث السلطات ، تثبت لملك العين سلطاته الثلاث مبدئياً ، وتتخلف سلطة الاستعمال ، في حقوق الابتكار ، بالنظر للطبيعة الخاصة لمحل هذه الحقوق .

لذا،أمكن القول بأن**مناط المال ، وجوهر الحق** ، متحققان في حق الابتكار ، مع ملاحظة الفروق التي نشأت عن الطبيعة الخاصة لمحل هذا الحق .

وهكذا ترى أن الشارع يسير في تشريعه **وفق طبائع الاشياء ،** ويشرع شروطاً

---

(١) وقد تتقيد بالمسافة مثلا ، او بتحديد نوع العمل ، او بغير ذلك ، على ما يقضي به العرف .

وأحكاماً متفقة معها ، فينشأ لها خصائص ذاتية ، تبعاً لطبيعة ذلك الشيء ، وإلا فلم كان التقييد بما ذكر في ملك المنفعة دون ملك العين ؟

وتأسيساً على ذلك ، لا يطبق القياس العام في ملك العين ، على ملك المنفعة ، على ما اتجه اليه متقدمو الحنفية دون مراعاة الفروق الاساسية بين طبيعة كل من محليهما ، لان التشريع كما قلت ، لا يكون ضداً على طبائع الاشياء ، اذ لا يتحقق بذلك مقصد شرعي ، بل فيه اهدار للمصالح والحقوق ، وهذا لا يتصور من الشارع الحكيم .

وعلى ضوء ذلك ، يمكنك تقدير القياس العام في المال عند متقدمي الحنفية ، وأن تدرك لم أخذوا يخالفون عن مقتضاه بالاستثناءات[1] بالنسبة للمنافع ، على النحو الذي أشرنا اليه ؟

السبب في ذلك هو التعميم التجريدي دون مراعاة الفروق الجوهرية الواقعية.

هذا ، وعلى الرغم من كون ملك المنفعة يتقيد بالزمان ، لكنه يقبل ــ عند الجمهور ــ الانتقال بالارث ، كملكية الاعيان سواء بسواء[2] ، وبالايصاء ، لان الايصاء تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، كالوصية بالمنفعة ، وهذا ملك محله مال، والمال يورث ، ويجوز فيه التصرف حالاً او مآلاً .

---

(١) المرجع السابق ــ المبسوط : جـ ١١ ، ص ٧٨ .

(٢) القياس العام ، ان المال لا يكون إلا عيناً يمكن احرازها وبقاؤها وادخارها لوقت الحاجة ، وان المنافع لا تتقوم إلا بالعقد عليها ، عند الحنفية ، ويتفرع عن هذا ان المنافع ليست اموالا في ذاتها ، فلا تضمن بالغصب ، واستثنوا من ذلك ، غصب مال اليتيم ، والمعد للاستغلال ، وغصب مال الوقف ، استثناء اقتضته المصلحة . ــ المبسوط : جـ ١١ ص ٧٨ للسرخسي ، مجمع الانهر ، جـ ٢ ص ٨٢ للداماد ــ رد المحتار : جـ ٤ ص ٣ و ص ١٠٥ ــ البحر الرائق : جـ ٥ ص ٢٥٦ ــ ٢٥٧ ــ الاشباه والنظائر : لابن نجيم مع شرحه للحموي : جـ ٢ ص ٢٠٩ .

الملك الذي يجري في منافع الانتاج الـذهني اقرب شبهاً بالملك الـذي يجري في الثمرات المادية والاعيان ، منه بالمنافع :

على أن الملك الذي يجري في منافع الانتاج الذهني ، هو أدنى شبهاً ، بالملك الذي يجري في الاعيان والثمرات المادية منه بمنافع العقارات من الدور والارضين ، وسائر المنقولات ، لان هذه الاخيرة ليست منافعها قائمة بنفسها ، بل تقوم بأعيانها ، ولا يتصور انفصالها عنها ، بينما يُرى الانتاج الفكري ينفصل عن صاحبه ، ويتخذ مظهراً له في النماذج المطبوعة من الكتب والمجـلات ، والرسومات ، والاعيـان ، فاصبح أقرب شبهاً بالثمرات المادية المنفصلة عن أصولها ، ولهـذا التكييف أثر في تحديد نوعية الحق ، وتعيين وسيلة تقدير محله ، وتحديد ماهية العقد الـذي يرد عليه ، على ما سيأتي تفصيله .

ايجاب الفقهاء حيازة العين التي تقوم بها المنفعة ، حيث لا يكون ثمة سبيل الى استيفائها إلا عن طريق تلك العين دليل بين على مراعاتهم لطبيعة المنفعة ، ولوضعهـا الذي وجدت عليه في مواقع الوجود :

قرر الفقهاء أن « ملك المنفعة » **يستوجب** حيازة العين التي تعلق بها ، عندما لا يكون ثمة سبيل الى استيفائها إلا بالعين[1] ، وهذا انسياق مع الوضع الـذي وجدت عليه المنفعة بطبيعتها من حيث هي أمور معنوية ، ثم هي حيازة غير مباشرة للمنافع التي تقوم بها ، وهو فقه أصيـل .

منشا شبهة الإمام القرافي في طبيعة حق المؤلف والرد عليها :

يرى الإمام القرافي أن« **الاجتهادات** »[2] التي هي نتاج العقل ، أو التفكير

---

(١) نهاية المحتاج : جـ ٥ ص ١٢٤ . كشاف القناع : جـ ٢ ، ص ٣٠٩ .

(٢) « الاجتهادات » اصطلاح اصولي يطلق على الانتاج الفكري المستنبط من نصوص الشريعة ، وقواعدها ، ومقاصدها ، وروحها العامة ، وقوامه آراء علمية للمجتهدين الذين توفرت فيهم عناصر الاجتهاد التي اشترطها علماء الاصول ، وهي آراء مبتكرة ، لم يسبق اليها ، وإلا كانت ضرباً من التقليد ، والاصوليون يفرقون بين الاجتهاد والتقليد من حيث المفهوم والاحكام .

العلمي ، وان كانت حقاً لمؤلفها ، لكنه حق غير مالي ، بل لا تعلق له بالمال أصلاً ، وبالتالي لا يورث ، وأيد دعواه هذه ، بأن الوارث لا يرث « **الاصل** » وهو العقل ، فلا يرث **الفرع** ، أو ما يتعلق بالاصل ، وهو الاجتهادات ، أو الانتاج العلمي المبتكر .

وأيضاً ، « الاجتهادات» أعمال دينية ، أو متعلقة بالدين ، والدين لا يورث ، فكذا ما يتعلق به[1] .

واليك نص قوله : « إعلم أنه يُروى عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : « من مات عن حق فلورثته » وهـذا اللفظ ليس على عمومه ، بل متن **الحقـوق** ما ينتقل الى الوارث ، ومنها ما لا ينتقل ... وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله ... لا ينتقل ، بل **الضـابط** لما ينتقل اليه ، **ما كان متعلقا بالمال** . وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله ، لا ينتقل للوارث ، والسر في الفرق : أن الورثة يرثون المال ، فيرثون ما يتعلق به تبعـاً ، ولا يرثون عقلـه .. وما لا يورث ، لا يرثـون ما يتعلق به ... ومناصبهُ وولاياته ، واجتهاداته ، وأفعاله الدينية ، فهو دينـه ، ولا ينتقل شيء من ذلك للوارث ، لانه لم يرث مستنده وأصله »[2] .

وبتحليل مضمون اجتهاد الإمام القرافي الوارد في النص السابق ، يمكن أن يُستخلص منه العناصر الاصولية التالية :

آ ـ ان للمؤلف حقاً في انتاجه العلمي المبتكر (وهـو ما أطلـق عليـه اسم الاجتهادات) يدل على هذا ، استثناؤه هذا الحق من عموم الحقوق التي ورد نص الحديث الشريف بحكم جريان الإرث فيها : « من ترك مالاً أو حقاً ، فلورثته » .

ب ـ ان هذا الحق في الانتاج العلمي المبتكر ، (الاجتهادات) ، هو ـ في نظر

---

(١) هذا الدليل ، قاصر عن عموم الدعوى ، كما ترى ، لانه خاص بالاجتهادات الدينية ، فلا يشمل الابتكار الذهني بوجه عام ، كما في العلوم الانسانية النظرية ، والتجريبية ، العملية .

(٢) الفروق : جـ ٣ ، ص ٢٧٥ وما يليها ـ للامام القرافي المالكي .

القرافي ــ حق مجرد[1] لان محله ليس مالاً ، بل لا تعلق له بالمال أصلاً ، ولأنه جعله نظيراً لحق الوظيفة والولاية ، وهي حقوق مجردة .

أو بعبارة أخرى : ان حق الولاية أو المنصب ، مبناه المميزات الشخصية ، والكفاءة العلمية : وهي صفات ذاتية راسخة في النفس الانسانية ، لا يتصوَّر انتقالها ، فضلاً عن أنها ليست بمال، ولا متعلقة به أصلاً ، فكذلك حق الاجتهادات.

جـ ــ « **الضابط العام** » الذي وضعه الإمام القرافي مؤداه ، أن ما كان أصله مالاً ، أو متعلقاً بالمال ، فهو ذو قيمة مالية ، ويجري فيه الارث ، تبعاً لاصله ، وما لا فلا .

فالتلازم ــ كما ترى ــ قائم بين الاصل والفرع ، أو بين الاصل وما ينتج عنه ، أو يتعلق به ، وهو ــ في نظره ــ تلازم لا انفكاك له .

وتطبيقا لهذا « الضابط العام » يرى أن « الاجتهادات » أو الابتكار الذهني. لا يتقوَّم بمال ، ولا يجري فيه الارث ، لان أصلها الذي نتجت عنه كذلك .

د ــ إن « الاجتهادات » ــ وقد قصرها الإمام القرافي على الاجتهادات الفقهية أو ما يتعلق بالدين جملة ــ أفعال دينية ، لانها متعلقة به ، والدين أصل الطاعات : فكذلك ما يتعلق به . فالاجتهادات **طاعات** ، لا تتقوَّم بمال ، ولا يجري فيها الإرث ، ولا تقبل التمامل ، تبعاً لاصلها .

---

(١) الحق المجرد هو ما لم يقم بمحل يدرك بالحس ، كحق الشورى ، وكحق الوظيفة ، والمنصب ، والولاية ، وحق التملك ، بخلاف الملكية ، فانه حق متقرر ، لانه حق قائم بالمال محل الملك ، ويدرك بالحس .
ــ ومن هنا لم يكن الحق المجرد ماليا ، او ذا قيمة يعتاض عنها بالمال كحق التملك . لانه مجرد ولاية ثبتت اثراً لإذن عام من الشارع . فكان من **المباحات** ، وهي لا تقبل المعاوضة ، لان الاباحة العامة لا تفيد تمليكا في المباح العام . بل مجرد رخصة في ان يتملك .

سادسا ـ مناقشة الامام القرافي في عناصره الاصولية السابقة ، ونقدها :

اولا ـ يتجه على الإمام القرافي من النقد ـ بادىء ذي بدء ـ أنه نظر الى المسألة المعروضة من وجه دون وجه ، وكان ينبغي ـ وفاءً للبحث المستقصي ـ أن يتناول المسألة من جميع جوانبها ، ولا سيما الجانب **العملي الواقعي** ذي الاثر الظاهر. لان التشريع الاسلامي واقعي ، تتعلق أحكامه ومقاصده بالآثار الواقعة أو المتوقعة . وبيان ذلك :

أن الإمام القرافي قد اتجه الى « الصفة العلمية » أو « الملكة الذهنية » الراسخة في ذات العالم ، وهي التي سماها « **العقل** » وباعتبار أن « الاجتهادات » انعكاس لها . فانها تأخذ حكمها ، اذ « العقل » هو الاصل ، بل هو منشأ الصلة الحقيقية المباشرة بين العالم وانتاجه المبتكر ، ومن هنا كانت شبهة الإمام القرافي في تصوره للحقوق الذهنية ، وتكييفه لها ، وبناء حكمه عليها .

أما أن الانتاج العلمي أثر للعقل ، وناتج عنه ، فهذا لا نزاع فيه ، لكنا نعلم أن للانتاج العلمي وجهاً آخر ، ما كان ينبغي اغفاله ، لأهميته وآثاره البالغة والظاهرة من الناحية الواقعية التي تتعلق بها الاحكام ، ذلك هو كون هذا الابتكار ـ في حد ذاته ، وبقطع النظر عن أصله ـ ثمرةً لمجهود وعمل ذهني **انفصل** عن المؤلف ليستقر في كتاب أو عين ، فكان بذلك ذا كيان مستقل ، وأثر ظاهر ، وبذلك خالف الاصل الذي يستحيل استقلاله وانفصاله عن ذات مؤلفه ، ومن هنا نشأت « قيمته المالية » اذ أمكن تداوله عرفاً ، واتخاذه محلاً للتعامل والمعاوضة ، لكيانه المستقل وأثره الظاهر .

ثانيا ـ لا نسلم انتفاء « الصفة المالية » عن الانتاج العلمي ، بناءً على انتفائها في الأصل ، بل الواقع أنه توافر في الانتاج المبتكر مقومان من حيث **الوقوع والاثر** ، لا من حيث التصور فحسب ، وهما : « **القيمة والعرف** » ، ولا معارض لهذا العرف من جهة الشرع .

وهذا هو الوجه الثاني الذي أغفله الإمام القرافي ، ولا شك أن هذين العنصرين هما « مناط المالية » شرعاً ، على الراجح ، كما أسلفنا .

واذا ثبت أن للانتاج العلمي « **قيمة مالية عرفا** » على الصعيد العالمي ، لزم عن ذلك أن يكون « منفعة » أو مصلحة عامة حقيقية مؤكدة ، ما دام لا يصادمها معارض من جهة الشرع . ولم يوجد ، اذ لم يرد دليل لا في الكتاب ولا في السنة ، ولا في سائر الدلائل الشرعية المستمدة منهما ، ان المنفعة ليست بمال ، بل لم يرد فيها دليل واحد يحدد مفهوم المال بوجه عام أصلاً ، ومعلوم ، أنه اذا اتفت « الحقيقة الشرعية » للشيء المتعامل فيه، وجب الاحتكام فيه الى « **الحقيقة العرفية** » التي تواضع الناس عليها من أجل مصالحهم ، لان مراد الشارع من إغفال التحديد هو التنبيه للرجوع الى ذلك ، ولان أصل التعامل قائم على تحقيق مصالح الناس في معايشهم ، **والعرف مظنة ذلك** ، لان مستنده هذه المصالح ، كما بينا .

فالصفة المالية اذن . انما هي للانتاج العلمي في حد ذاته ، بعد انفصاله عن مؤلفه ، في وجود مستقل ، وأثر ظاهر ، بقطع النظر عن أصله ، أو ما يتعلق به .

وهذا الإنتاج ، وان كان صوراً عقلية لا يمكن الاشارة اليها حساً ، لكن يمكن استيفاؤها عن طريق ما استقرت فيه من كتاب ونحوه ، وبذلك يتحقق مناط المالية فيها لا سيما عند فقهاء المالكية ، كابن عرفة .

فمنشأ حكم الصفة المالية شرعاً للانتاج الذهني المبتكر اذن هو « العرف »[1] الذي يستند الى المصلحة المرسلة ، كما بينا .

ثالثا ـ يلزم عن ذلك بداهة ، أن حق المؤلف على انتاجه العلمي **حق متقرر** لا مجرد ، **لانه متقرر في مال** ، أو بعبارة أخرى ليس هذا الحق مجرد مكنة أو ولاية تملك ، بل هو حق منصب على مال فعلاً[1] .

---

(١) راجع منشأ حق الابتكار في الفقه الاسلامي .

ونحن نعلم ، أن من خصائص الحق المالي ، قبوله الاعتياض عنه بالمال ، والزامه متلف محله بالضمان والتعويض ، وجريان الارث فيه ، فبطل ما ذهب اليه الإمام القرافي من اعتباره حقاً مجرداً غير مالي ، ولا تعلق له بالمال، وبالتالي لا يورث ، بدليل تنظيره بحق الولاية والمنصب .

ومن هنا يبدو لك ، أن الاجتزاء في تصور المسألة وتكييفها ، بوجه دون وجه، لا يغني عن وجوب الاعتداد بالوجه الآخر للمسألة ، وهو الجانب الوقوعي العملي ، والاحكام تناط بالآثار التي تتعلق بها مقاصد التشريع ، صيانةللحق والعدل والمصلحة.

نظير ذلك في الاجتزاء في التصور بوجه دون وجه ، « **حق الخيار** » في عقد البيع ، فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في تصور هذا الحق ، ومنشأ ركيزه ، فمن نظر الى « حق الخيار » على أنه صفة قائمة بالعاقد نفسه ، من حيث كونه **إرادةومشيئة**، ذهب الى أنه لا يورث ، لان ما هو صفة قائمة بالشخص نفسه من الارادة والمشيئة يبطل بموته ، ومن نظر الى « حق الخيار » على أنه صفة للعقد الذي انفصل عن العاقد ، فأصبح له كيان مستقل ، وأثر ظاهر ، قال بتوريثه ، لان ما كان صفة للعقد ينتقل معه ، فاختلاف الحكم ــ كما ترى ــ فرع عن اختلاف التكييف .

رابعاً ــ جاءت السُّنَّة تؤكد انفصال الاثر العلمي عن صاحبه واستقلاله ، في نظر الشرع ، بدليل انه لا يبطل بعد وفاته ، بل يستمر أجره عليه ، باستمرار نفعه وأثره ، في قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « اذا مات ابن آدم ، انقطع عمله إلا من ثلاث ، صدقة جارية ، وعلم ينتفع به ، وولد صالح يدعو له » ، فصار الانتاج المبتكر أصلاً في ذاته ، والمؤلف تابع لأثره ومثاب عليه .

خامساً ــ ان أصل النظر في المآل ، وما تفرع عنه ، من مبدأ سد الذرائع ــ والمذهب المالكي من أكثر المذاهب الفقهية إعمالاً له ــ يجب تحكيمه في المسائل الاجتهادية العملية ، لا سيما اذا تعلقت بالمصلحة العامة ، وهو أصل عتيد في توثيق أصل المصالح .

فاهمال النظر الى « الصفة المالية » للابتكار الذهني ، ذريعة تفضي ــ من

حيث المآل ـ الى اغتيال حقوق المؤلفين والعلماء ، مما يؤدي بالتالي الى انقطاعهم عن مواصلة البحث والابتكار ، وحرمان الامة ، بل والمجتمع الانساني كله من مصلحة حقيقية مؤكدة ، وهو ما لا يجوز المصير اليه بحال ، بالنظر الى هذا المآل الممنوع ، كما أسلفنا .

سادساً ـ أضف الى ذلك ، أن مثل هذه المصلحة الانسانية الحقيقية الكبرى ، **تعتبر حقاً من حقوق الله تعالى قطعاً**[1] ، ونحن نعلم ، أن حق الله تعالى يتعلق به حكمان :

احدهما : أنه لا يجوز اسقاطه ، أو التهاون فيه ، **بل يجب تحقيقه** .

والثاني : انه تجب حمايته ، والدفاع عنه من العدوان عليه ، وسد جميع الذرائع المفضية الى تضييعه واهداره .

وبدهي أن عدم اعتبار الانتاج الذهني المبتكر مالاً ، يؤدي الى تضييعه ، بالانقطاع عنه ، وهذا المآل باطل ، فبطل ما أدى اليه .

سابعاً ـ من المقرر أصولياً وبالاجماع ، ان « الحق » انما يتقرر في شيء ، بمدى قوة تقرر المصلحة التي يحميها[2] ، فكان تفاوت الاحكام طلباً ـ وهي مناشيء الحقوق ـ منوطاً بمدى تفاوت المصالح قوة ، لان تلك المصالح انما شرعت الاحكام وسائل لتحقيقها وحمايتها ، أو بالاحرى إن قوة طلب الحكم ، منوطة بمدى قوة المصلحة التي يحميها .

---

(١) حق الله تعالى يطلق على ما لله تعالى من حق خالص ، كالعبادات والجهاد ، كما يطلق ايضا على ما فيه **حماية** المجتمع ، كالحدود ، وعلى ما تعلق به **نفع عام** للامة دون اختصاصه بأحد بعينه ، كالبحوث العلمية ، اذ نفعها شامل ، واثرها عام ، ولذا اسند اليه تعالى .

(٢) المناهج الاصولية : ص ٣٠٧ . اصول التشريع الاسلامي : ص ٣٥١ وما يليها ـ للمؤلف .

فينتج عن ذلك ، أن المصلحة العامة الحقيقية المؤكدة ـ ومنها المصلحة الناجمة عن الابتكار الذهني في شتى الفروع العلمية التي نحن بصدد البحث فيها ـ من آكد المصالح ، وأقواها أثرا ، وأعمها نفعا ، فيتقرر الحكم بطلبها وايجادها ، بصورة آكد ، وذلك لا يتم الا باعتبارها مالاً .

ثامنا ـ ويتجه عليه فيما ذهب اليه من أن « الاجتهادات » بتعلق بالدين ، ان هذا لا نزاع فيه ، لكن دعوانا أعم ، لان موضوعنا شامل للابتكار في شتى العلوم ، فالدليل قاصر عن اثبات عموم الدعوى .

على أن المتأخرين من المجتهدين قد أفتوا بجواز أخذ الاجر على **الطاعات** خشية الانقطاع عنها ، للحاجة ، وهذا منها ، اذ المدرك واحد .

تاسعا ـ « خصوص الاجتهادات الفقهية » التي لا يرى الإمام القرافي فيها للعالم حقاً مالياً يقبل الاعتياض عنه بالمال ، لمكان « المعنى الديني » فيها ، بحيث ارتقى بها الى مستوى الطاعة ، أقول : يتجه عليه في ذلك ، ما قرره هو نفسه في كتابه الفروق من أن « **المعنى الديني** » [1] لا ينفصل ـ في شرع الاسلام ـ **عن كل عمل دنيوي** يصدر عن المسلم ، **عقليا كان أم مادياً ، بل لا ينفصل عن كل حق** ، وهو عين ما ذهب اليه الإمام الشاطبي ـ رضي الله عنه ـ اذ الاصل أن لله تعالى **حقا**[2] في كل حق فردي مهما كان نوعه ، فكل حق فردي اذن مشوب بحق الله تعالى ، وهذه هي الصفة الدينية التي أسبغها الاسلام على النشاط الانساني كله ، مادياً ومعنوياً ، وأكد هذا الإمام الشاطبي في صدد بحثه في « مصدرية الحق » بقوله ـ رضي الله عنه ـ « فان ما هو لله ـ أي من الحقوق ـ فهو لله ، وما كان للعبد ـ للانسان الفرد ـ فراجع الى الله من جهة حق الله فيه » [3] وهذا بيّن .

---

(١) راجع مؤلفنا « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » ص ٧٠ وما يليها و ص ٢٣٠ ـ الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٢٢ للامام الشاطبي .

(٢) الفروق : جـ ٢ ، ص للامام القرافي . الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٢٢ للامام الشاطبي .

(٣) الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣١٦ ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ـ ص ٧١ للمؤلف .

أقول : يتجه على الإمام القرافي ، أن « الصفة الدينية » لعمل الانسان لو كانت علة في حرمانه من حقه المالي فيه ـ كما فهم من تعليله ـ لما استحق انسان في الدنيا عن أي عمل أو جهد عوضاً ، وهذا باطل . وليس مراداً للشارع قطعاً ، لانه ظلم ، ولانه يؤدي الى انقطاع الناس عن العمل جملة . وتضييع المصالح ، ولا يقول بهذا أحد ، فضلاً عن مجتهد[1] .

عاشرا ـ على أن قوله هذا ، منقوض بالجهاد في سبيل الله ، اذ هو من العبادات المحضة إجماعاً ، لانه حق خالص لله تعالى . كالصلاة والصيام . وعلى الرغم من ذلك ، فانه تعالى قد رتب للمجاهدين حقاً في أربعة أخماس الغنائم . عملاً بقوله تعالى : « اعلموا أنما غنمتم من شيء ، فأن لله خُمُسَه[2] ... الآية » .

والاصوليون جعلوا حق الغانمين هذا ، من حقوق الله تعالى ، غير أنهم اعتبروه حقاً قائماً بنفسه ، لا يقوم على سبب الجهاد ، لان الجهاد عبادة خالصة ، ثم ما لبثوا أن اعتبروا حق المجاهد في الغنيمة[3] . معونة من الله تعالى له ، أو مكافأة ، **لتمكينه من الاستمرار في الجهاد** ، وأيا ما كان التكييف لهذا الحق : بكونه حقاً قائماً بنفسه ، أو أنه معونة أو مكافأة ، فالذي يعنينا من تقريره هنا ، أمران :

أولهما ـ أن المكافأة قد رتبها الشارع على الجهاد ، حتى لا ينقطع المجاهد في سبيل الله ، فقد اعتبر المآل ، لان للجهاد مؤنة لا يقوم بدونها .

وما نحن بصدد البحث فيه ، لا يساوي الجهاد في سبيل الله . اذ لا يرقى الى مستوى الطاعة المحضة كالصلاة ، ولكنه من فروض الكفاية ، فيستحق المؤلف

---

(١) الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٢٢ للشاطبي .

(٢) صحيح ان عمر بن الخطاب منع تقسيم اراضي سواد العراق بين الغانمين كما هو معلوم ، ولكن بقيت المنقولات ، وللغانمين حق في أربعة اخماسها . التوضيح مع شرحه التلويح : جـ ٢ ، ص ١٥١ وما يليها ـ للامام صدر الشريعة .

كمكافأة للمعونة ، وخشية الانقطاع ، من باب أولى ، لعدم خلوص حق الله تعالى في الانتاج المبتكر كالجهاد ، وان كان العالم المخلص المجتهد ، يعتبر كالمجاهد في سبيل الله .

الثاني ـ أن الدرجة العالية الرفيعة التي بوّأها الله تعالى المجاهد في الجنة ، يوم القيامة ـ وهي مثوبة عظمى ـ **لم تكن علة في حرمانه من حقه في الغنائم في الدنيا ، معونة له، لتمكينه من الاستمرار في الجهاد في سبيل الله، فمثوبة الآخرة اذن لا تنقض الحق في الدنيا شرعاً**

حادي عشر ـ لا نتازع أن الورثة لايرثون « **عقل** » **مورثهم أو شخصيته** العلمية ، لانها قائمة بذاته ، وتنهدم بموته ، فانتقالها محال ، وهذا هو الوجه الاول للمسألة ، ولسنا بصدد البحث فيه ، لكنا ننظر الى الوجه الثاني ، وهو ما ينفصل عن المؤلف من مجهوده وعمله الذهني ، واستقلاله في عين من كتاب ونحوه ، ليكون لـه **كيان مستقل ، واثر ظاهر ، وهذا لا ينهدم ولا ينقطع بموته** ، بل على العكس ، يستمر أثراً بعد وفاة المؤلف ، بدليل استمرار أجره عليه ، كما جاء في السنة ، وذلك لإمكان استيفاء ذلك الاثر ، والانتفاع به .

فثبت أن لا تعارض بين ما يستحقه المرء عوضاً عن مجهوده وعمله في دنياه ، وبين ما يتقرر له من أجر ومثوبة ، لامتثاله أمر الله تعالى في ذلك المجهود ، واجتناب نهيه ، في الآخرة .

على أن الانسان مأمور بألا ينسى نصيبه من الدنيا ، ومن ذلك حقه في ثمرات جهده وسعيه ، كما قدمنا .

ثاني عشر ـ إن « ضابط » الإمام القرافي منقوض أيضاً بالعمل اليدوي والمهني الذي يصدر عن الأجير الخاص أو المشترك ، فانه « مال متقوم » شرعاً ، مع أن مصدره الانسان أو العقل وهذا ليس بمال ، وكان مَن مقتضى ما وضعه من ضابط باجتهاده ، من أن الفرع تابع للاصل في حق المالية والارث ، ألا يكون عمل أيّ منهما مالاً ، وهو خلاف الإجماع ، فما هو جوابه عن ذلك ، هو جوابنا !

ثالث عشر ـ اذا ثبت أن عمل الأجير مال متقوم بقطع النظر عن أصله بالاجماع ، فان الابتكار الذهني ـ وهو عمل لا ينقطع أثره وتفعه بنص الحديث ـ مال ، من باب أولى ، ذلك لان الاحكام الشرعية لا تتعلق بالاعمال من **حيث صورها** ومصادرها ، بل من حيث **آثارها** ، يرشدك الى هذا ، أن الله تعالى اذ حرّم التأفف بالنسبة للوالدين ، براً بهما ، فالضرب محرم من باب أولى ، ولو لم يرد تحريمه صراحة بالمنطوق ، ذلك ، لان حكم التحريم متعلق بأثر الفعل ، وهو الأذى ، وهذا متحقق في الضرب والتجويع مثلاً بصورة أقوى ، فاشترك التأفف والضرب والتجويع من حيث الاثر ، لا من حيث الصورة أو المدلول اللغوي ، والاثر هو الذي يتعلق به الحكم ، وهو مناطه الذي يرتبط به وجوداً وعدماً .

وعلى هذا ، فعمل الاجير لا يرقى الى مستوى الابتكار العلمي من حيث الاثر بداهة ، فكان حكم المالية متقرراً شرعاً في العمل الذهني بصورة أقوى وآكد ، للتفاوت الشاسع بين نوعية النفع في كلٍّ منهما ، والاحكام منوطة بالآثار ،[1] والنتائج ، ولذا كانت هي الاصل ، لا مصادرها ، أو أصولها .

ولقد أشار ابن خلدون الى قيمة أثر الاعمال من الناحية الاقتصادية في التشريع الاسلامي ، وأن العدوان عليها ، وتسخير الناس فيها ، **دون عوض** ، من أشدّ أنواع **الظلم** ، بقوله : « ومن أشدّ الظلامات ، وأعظمها في افساد العمران ، تكليف الاعمال ، وتسخير الرعايا بغير حق ، وذلك أن الاعمال من قبيل المتموّلات »[2] .

---

(١) الأذى الذي هو اثر التأفف ، هو علة الحكم بالتحريم ، وهذه العلة تنطوي على حكمة التشريع ، وهي تحقيق بر الوالدين ، وكلما كانت هذه العلة ـ وهي الأذى ، نفسياً كان ام حسياً ـ متقررة في الواقعة بصورة اقوى ، كانت اشد اقتضاءً لحكم التحريم فيها ، حمايةً لتلك الحكمة ، وهو تأكيد بر الوالدين .
ـ وقصارى همنا ، أن نثبت ، أن الاحكام متعلقة بالآثار لا بالذوات والاعيان وصور الافعال .
ـ مصادر التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد بالرأي : ص٣٥١ للمؤلف .

(٢) مقدمة ابن خلدون : ص ٢٨٦ ، ص ٢٩٠ .

والخلاصة : أن العمل الذهني ، كالعمل اليدوي أو الحرفي ، كلاهما عمل مصدره الانسان ، فاذا كان هذا الاخير[1] مالاً بالاجماع ، اعتباراً لأثره ونفعه ، في حق « الصفة المالية » بقطع النظر عن أصله ومصدره ، وهو الانسان ، فالابتكار الذهني كذلك ، للاعتبار عينه ، بل ومن باب أولى ، لانه أعظم نفعاً ، وأدوم أثراً ، بنص الحديث[2] ، والتفرقة تحكّم .

ـ إذن ، الاعتبار الشرعي ، أو مناط « الصفة المالية » **للعمل** ، انما هو **الأثر في حد ذاته** ، لا مصدره وأصله ، فلا إلحاق[3] كما ترى ، فانتقض بذلك ضابط الإمام القرافي الذي يقوم على **الإلحاق** ، في اعتبار المالية وقابلية الارث لآثار الاعمال ، من القواعد .

ـ واذا ثبتت المالية للابتكار الذهني ، ثبت حق الارث فيه ، بداهة ، لان من خصائص الحق المالي ، قبوله الاعتياض عنه ، وجريان الارث فيه .

رابع عشر ـ على أن « الضابط » الذي وضعه الإمام القرافي ، باجتهاده ، وعمم حكمه على كل أصل وفرع ، بأن جعل الفرع تابعاً في حق الصفة المالية ، والارث ، غير مُسَلَّم[3] ، وفيه نظر وبحث من وجه آخر .

ذلك ، لان الفرع قد يكون مخالفاً في طبيعته للاصل ، مما ينشأ معه فارق جوهري يفسد اعتبار هذا الإلحاق شرعاً ، لان الحاق الفرع بالاصل في الحكم ، يفترض فيهما وحدة الخصائص الجوهرية (العلة) التي هي مبنى الحكم ، **والفوارق** تقضي على وحدة هذه الخصائص ، لانها ذات أثر في تشكيل علة الحكم ،

---

(١) العمل اليدوي او الحرفي .
(٢) « اذا مات ابن آدم ، انقطع عمله الا من ثلاث ... الحديث » .
(٣) أي إلحاق الأثر أو الفرع ، بمصدره ، وأصله ، في حق الصفة المالية ، اذ الفرع تابع لاصله ، فيها ، كما يقول الامام القرافي ، ولو أخذ بمقتضى هذا « الضابط » لانتفت الصفة المالية عن العمل اليدوي او الحرفي ، تبعا لانتفائها في الاصل ، وهو الانسان ، وهذا خلاف الاجماع .

فاذا اختلفت العلة ، فلا يتحد الحكم ، لان اختلاف العلة يوجب اختلاف الحكم ، عقلاً وشرعاً ، فبطل الالحاق لتخلف شرطه ، أو انتفاء سبب اقتضائه .

على أن الشارع الحكيم ـ كما أشرنا ـ قد راعى هذه الفوارق ، ألا ترى الى الشارع كيف شرع للمنفعة أحكاماً في المعاوضات لا تجدها في الاعيان ؟ ومنشأ ذلك الطبيعة الخاصة للمنفعة ، هذا سَنَنٌ المشرع في التشريع .

ـ وأيضاً ، قد يتحد الفرع والاصل ، في نوع من الحكم الشرعي ، بناءً على موقع من مواقع وجودهما ، ولا يلحق أحدهما بالآخر في حكم شرعي آخر لا يتفق وطبيعتهما في مواقع أو جوانب أخرى .

فالاصل والفرع في مسألتنا هذه ، **وهما العقل وما نتج عنه** ، يتحدان في حق **الانتماء او النسبة** ، اذ كلاهما للمؤلف ، لان هذا واقع لا ينكره الشرع .

اما في حق المالية والارث ، فالامر مختلف، واقعاً وشرعاً، تبعاً لاختلافهماطبيعة.

فالاصل بطبيعته ـ وهو العقل أو الملكة الذهنية ـ **مما يستحيل** معها أن تتعلق به الصفة المالية ، أو أن يجرى فيه الارث ، في حين أن تعلق هذين الحكمين ، بالنسبة لما ينتج عنه ، وهو الفرع ، أمر ممكن ، بالنظر لطبيعته الخاصة .

ـ **ولا ادل على هذا الامكان من الوقوع** ، وبيان ذلك :

ـ أن ميراث « العقل » محال ، والمحال لا يتعلق به حكم شرعي تكليفي ، اذ لا تكليف الا بمقدور ، كما لا يتصوَّر جريان الملك فيه حكماً وضعياً[1] ، على أساس المعاوضة أو غيرها ، لعدم امكان **الانفصال والاستيفاء** ، بخلاف الانتاج الذهني المبتكر ، فمن الممكن أن يورث اذا انفصل عن صاحبه ، واستقل في عين ، بحيث يتضحي له وجود مستقل ، وأثر ظاهر ، وكذلك من الممكن ، أن يكون ذا

---

(١) الحكم الشرعي نوعان : تكليفي ووضعي ، كما تعلم .

قيمة مالية يتعامل الناس فيها ، كما هو واقع فعلاً ومشهود ، **لاستقلاله ، واثره ، وامكان استيفائه** ، ومن ثم لا يلحق الممكن بالمحال في حق هذين الحكمين : « **المالية والارث** » بل يفرد كل منهما بالحكم الذي يناسبه شرعاً .

خامس عشر ـ ويتجه على الإمام القرافي أيضاً ، أنه لا يلزم من كون الشيء أصلاً في الواقع ، أن يكون كذلك في **اعتبار الشارع** ، اذا كان النظر اليه ـ من حيث ذاته ـ لا يتعلق به مصلحة ، ولا مقصد شرعي .

فالعين أصل لمنفعتها واقعاً ، لقيامها بها ، اذ لا قيام للمنفعة بنفسها ، غير أنه ـ على الرغم من ذلك ـ فان المنفعة هي الاصل المقصود في اعتبار الشارع ، لا العين في حد ذاتها ، بدليل أن ما لا نفع فيه من الاعيان ، لا قيمة له ، ولا اعتبار ، فالمنفعة اذن هي التي تتعلق بها المقاصد والمصالح ، والمصالح ـ كما تعلم ـ هي مباني الاحكام ، فضلا عن كون المنفعة هي المقصودة ، واقعاً ، وعرفاً ، وتعاملاً .

ـ ولا ريب أن العبرة باعتبار الشارع قطعاً .

ومقتضى هذا ، أنه ينبغي ألا تجعل المنفعة تابعة للعين في أحكام الشرع ، من حيث المالية والارث ـ على ما رأى الإمام القرافي ـ لان المنافع هي الاصل ، بل والمقصود الاظهر من الاعيان شرعاً[1] ، كما يقول الإمام العز بن عبد السلام ، بل ينبغي أن تفرد المنفعة بالحكم ، ويكون اعتبار العين ـ من حيث ذاتها ـ بالقصد الثاني ، أي على أنها مجرد وسيلة لامكان استيفاء ما يقوم بها من منفعة ، أو لتعيين تلك المنفعة نوعاً ، أو مقداراً ، فحسب ، على حسب الاحوال .

اذا تقرر هذا ، فان ما نحن بسبيل البحث فيه ، كذلك ، اذ الانسان أصل هذا الانتاج ، بمميزاته الشخصية ، واقعاً ، ولكن المقصود أساساً من خلقه ووجوده ، هو عمله الذي يتم به ابتلاؤه ، ولا ريب أن الانسان تابع لعمله شرعاً ،

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ٢ ، ص ١٧ .

وان كان هو أصلاً لعمله واقعاً ، واذا تردد النظر بين **الواقع والشرع** أخذ باعتبار الشرع قطعاً .

ـ ولا مراء أن اعتبار ما كان أصلاً في الواقع ، فرعاً في الشرع ، لا يغير من طبائع الاشياء اطلاقاً ، بل يقيم اعتباره على أساس ما يتفق وطبيعة التشريع نفسه ، من حيث إنه يتعلق بالمنافع والمصالح دون مساس لطبائع الاشياء في ذاتها ، لان تغييرها محال ، كما أسلفنا ، ولا يتعلق بذلك مقصد شرعي .

أما أن العمل هو الاصل ، فلأنه أساس تقييم الانسان شرعاً ، فهو مَجْزِيٌّ به خيراً أو شراً ، وإلا فالوجود المادي الحسي المجرد للانسان من حيث هو ، ودون عمل ، لا يتعلق به مقصد شرعي .

ـ ولا بد من تحكيم مقاصد التشريع في مناشئ الخلاف .

وتأسيساً على هذا ، يبدو لك **انهيار الضابط** الذي وضعه الإمام القرافي ، حيث اعتبر ما هو تابع في التشريع ، أصلاً فيه ، اذ المقصود أصالة في بناء الاحكام ، هو **الاعمال والآثار والمنافع** ، لانها أصول المصالح وأسبابها ، والمصالح مباني الاحكام ، كما تعلم .

لذا ، وجب إفراد الانتاج الذهني المبتكر بالحكم ، كما ذكرنا ، **لانه الاصل اعتبارا ومقصدا** ، ويشرع له من الاحكام ما تتعلق به المصالح ، وتصان الحقوق ، ويتحقق العدل ، جرياً على سَنَن المشرع ، ولا يُجعل هذا تابعاً لما لا يتعلق به ـ من حيث ذاته ـ مقصد شرعي .

سادس عشر ـ أما الولايات والمناصب والوظائف ـ وهي حقوق مجردة[1]

---

(١) لان الحق المجرد ـ كما قلنا ـ لا يتعلق بمحل هو مال ، **كحق التملك ، لانه نوع ولاية ، او رخصة ، بخلاف حق الملك** ، فانه متعلق بالمال محل الحق ، وأيضا ، حق الوظيفة مجرد ، اذ لا تعلق له بالمال ، فأساسه ميزات شخصية ، وكفاءات قائمة بصاحبه .

لصيقة بالشخصية الانسانية ـ فيتجه عليه فيها ، انه لا يصح تنظير حقوق الابتكار بها ، لما قدمنا من أدلة تنهض بأن هذه الاخيرة حقوق مالية متقررة في محل هو مال شرعاً وعرفاً ، ويُورَثُ بالبداهة ، ويلزم متلف محله بالضمان ، كما يلزم غاصبه رد عينه ان كانت قائمة .

سابع عشر ـ على ان اجتهاد متاخري الحنفية قد اتجه الى **جواز النزول والاعتياض عن حق الوظيفة بالمال** ، لجريان **العرف** بذلك ، بعد ان كان محرماً ، لانه كان يُعَدُّ من الرشوة في مذهب المتقدمين منهم ، فكلاهما يُعد الانتاج المبتكر ـ وهو حق مالي متقرر ـ مالاً من باب أولى .

ـ هذا ، وقد رأينا المذهب المالكي ، أكثر المذاهب الفقهية قبولاً لمبدأ « ميراث الحقوق » تبعاً لماليتها ، فالاصل في الحقوق ـ في اجتهاد المالكية ـ أنها أموال ، لان أساسها الملك ، ما عدا الحق الذي لا يقبل التجزّي ، كولاية النكاح ، والوظيفة ، والوكالة ، وحق الحضانة ، وحق التطليق[1] .

ثامن عشر ـ ويتجه على الإمام القرافي أيضاً ، أن « الملك » ـ كما يحدده هو نفسه ـ حكم شرعي مقدر وجودُه في العين أو المنفعة **يقتضي تمكين** من أضيف اليه من الانتفاع بالعين أو **بالمنفعة ، والاعتياض عنها** ،، ما لم يوجد مانع من ذلك »[2] .

وبتحليل مضمون هذا التعريف للملك ، واستخلاص عناصره ، يتبين لنا مدى موقع حقوق الابتكار منه ، في اجتهاد الإمام القرافي نفسه .

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه : جـ ٤ ، ص ٤٥٧ ـ مطبعة صبيح ـ وقبول التجزي ، ان يقال لفلان النصف ، ولفلان الربع .

(٢) الفروق : جـ ٢ ، ص ٢٠٨ وما يليها ـ للامام القرافي . الشرح الكبير : جـ ٤ ، ص ٤٥٧ ، وقريب منه تعريف الامام السيوطي ـ الاشباه والنظائر : ص ٣٤٠ . يقصد بالمانع انعدام الاهلية أو نقصانها ، فينوب عن المالك عديم الاهلية او ناقصها حينئذ وليه ، لانه محجور عليه ، فالمانع يتعلق بالاهلية .

أولاً ـ الملك حكم شرعي أو وصف شرعي :

والواقع أن الحكم الشرعي ليس هو عين الملك . بل مصدر وجوده شرعا ، أو اقراره ، اذ لا يثبت حق في الشرع الا باقرار الشارع واعتباره ، وهو ما يؤكده الإمام الشاطبي[1] . فالشارع يقر الملك بعد وجوب سببه الشرعي ، بحكم .

الحكم الشرعي المقدّر وجوده في منافع الانتاج الفكري المبتكر ، منشؤه العرف[2] ، ومستند العرف المصلحة المرسلة المتعلقة بالحقوق الخاصة ، وبالحقوق العامة :

الواقع أن الانتاج الفكري المبتكر ـ تطبيقاً لتعريف القرافي ـ يستند من حيث حكمه الشرعي المقدّر فيه الى نوعين من المصلحة المرسلة ، لكن من جهتين :

---

(١) يوضح الامام الشاطبي أن الشريعة هي أساس الحقوق ، اعتبارا واقرارا ، نصاً أو دلالة ، بقوله : « لان ما هو حق للعبد ـ الانسان الفرد ـ انما ثبت كونه حقاً ، باثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الاصل » . الموافقات : جـ ٢ ص ٣١٦ ـ وكتابنا « الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده » ص ٧١ ـ الطبعة الثانية ـ مؤسسة الرسالة .
وبقوله في موضع آخر : « فان ما هو لله ـ اي من الحقوق ـ فهو لله ، وما كان للعبد ، فراجع الى الله ، اذ **كان لله الا يجعل للعبد حقاً اصلاً** » المرجع السابق . وبذلك يتضح أن شرع الله تعالى هو مصدر الحقوق.
ويؤكد الامام العز بن عبد السلام ـ وهو شافعي ـ أن مصادر الشريعة هي مصادر الحقوق ، وهي ليست محصورة في الدلائل النقلية من الكتاب والسنة ، بل الاجماع والقياس « **والاستدلال الصحيح** » الذي يشمل المصالح المرسلة ، وسد الذرائع ، والاستحسان ، والعرف ، بقوله : « فان خفي شيء منها ـ اي من المصالح المعتبرة ـ طلب من **ادلة الشرع** ، وهي الكتاب والسنة والاجماع والقياس المعتبر ، والاستدلال الصحيح » قواعد الاحكام : جـ ٢ ، ص ٨ . اصول التشريع الاسلامي : ص ٢٥ ، ص ٢٩١ للمؤلف .
والاستدلال الصحيح ليس الا اخذا **بالعرف وبالمصالح المرسلة** وغيرها من الدلائل المعتبرة التي هي مبان للحكم فيما لم يرد فيه نص ، سواء أكانت متعلقة بالحقوق الخاصة أم العامة .

(٢) غير أن الشريعة ، وان كان للعرف عندها اعتبار تبنى على اساسه الاحكام فيما لا نص فيه ، ليست محكومة بالاعراف ، بل هي **الحاكمة** على العرف ، وذلك من حيث إن العرف لا يعتبر الا على اساس أن ما يستند اليه من

احداهما : كونه **ملكا** منصباً على مال ، بدليل جريان المعاوضة فيه ، والمعاوضة أساسها الملك ، أي كونه حقاً عينياً مالياً خاصاً ، اذ المصلحة فيه عائدة الى المؤلف أولا ، وهذا ظاهر .

فالمصلحة المرسلة هنا متعلقة بحق خاص ، كما ترى .

هذا فضلاً عما للمؤلف من مصلحة أدبية ، تتصل بشخصيته العلمية ، وهي ليست محل بحثنا .

الثانية : أن فيه مصلحة **عامة** مؤكدة راجعة الى المجتمع الانساني كله ، وهو الانتفاع بما فيه من قيم فكرية ذات أثر بالغ في شتى شئون الحياة ، وهو بهذه المثابة حق من حقوق الله تعالى في نظر الاسلام ، كما قدمنا ، **لشمول نفعه وعظيم خطره** .

هذا ، والمصلحة المرسلة ، **بنوعيها : الخاصة والعامة ، مرعية في الدين** ، تبنى عليها الاحكام ، ولا سيما في الفقه المالكي ، لانها من مباني العدل والحق ، وهي مستند للعرف ، كما أشرنا ، اذ لا عرف بدون مصلحة .

فالمناط العام للملك الذي وضعه الإمام القرافي باجتهاده ، متحقق في الانتاج الفكري المبتكر ، كما ترى ، لانه لا يعدو أن يكون حكماً شرعياً مقدراً في منافعه الظاهرة ، وأقر الشارع حكم كونه **حقا بالمصلحة والعرف** ، وكلاهما حجة تثبت بهما الاحكام ، ما دام لا معارض لهما من جهة الشرع ، اذ لم يرد دليل خاص من الكتاب أو السنة أو غيرهما ، يدل على التحريم، **وعدم التحريم دليل على الحل والمشروعية ، وإلا كان التحريم بلا دليل** ، وهو لا يجوز قطعاً ، لانه افتئات على حق الله تعالى في التشريع .

مصلحة مرسلة معتبرة ، لا تصادم نصا خاصا في موضوعها ، والا كانت ملغاة ، او كانت لا يشهد لها أصل كلي في الدين ، فتكون حينئذ غريبة خارجة عن الشرع أصلا ـ أصول التشريع الاسلامي : ص ٥٢٦ للمؤلف ، طبع جامعة دمشق ١٩٧٧ .

ومعلوم أيضا ، ان الحق العيني الذي محله مال يجري فيه الارث .

وبذلك ناقض الإمام القرافي نفسه ، من حيث انه لم يعتبر ما تحقق فيه مناطه العام في الملك الذي يقتضي تمكين من أُضيف اليه من الانتفاع[1] به ، **والمعاوضة عنه** ، كما يقول هو ، لم يعتبره ملكاً ولا مالاً ، وبالتالي لا يجري فيه الارث ، وهو تناقض ظاهر .

ـ اضف الى ذلك ، ان « **المصلحة المرسلة** » **بنوعيها** ، **هي قطب الرحى** في الفقه المالكي ، ما عدا الادلة القطعية[2] .

هذا من حيث « الحكم الشرعي » ومنشؤه ، وثبوته ، وتقدير وجوده في منافع الابتكار ، حتى كان ملكاً ، والملك مال .

ثانياً ـ ليس عنصر « العينية » من مقومات مفهوم الملك أو المال عند القرافي خاصة ، فضلاً عن المذهب المالكي ، فكون الشيء عيناً ليس مناطاً لثبوت كونه ملكاً ، أو مالاً ، بل المنفعة اذا قدّر وجود الحكم الشرعي فيها ، كانت ملكاً ومالاً معاً ، لان كل ملك مال ، وحقوق الابتكار ليست محالّها الا منافع ذات أثر ظاهر ، وتجرى فيها المعاوضة ، وأساس المعاوضة الملك ، اذ لا تجرى في المباحات ، فكان هذا الابتكار مالاً .

ثالثاً ـ قول الإمام القرافي : « يقتضي تمكين من أُضيف اليه من الانتفاع به ، **والمعاوضة** عنه » يستنبط منه عنصران .

---

(١) يقصد الامام القرافي **بالانتفاع والمعاوضة ، السلطات الثلاث** التي هي ثمرة الملك ، بدليل قوله : « يقتضي » فهي من مقتضيات الملك وآثاره ، وذلك ، لان الانتفاع يشمل الاستعمال والاستغلال ، كما يشمل **التصرف** الذي عبر عنه بالمعاوضة ، اذ المعاوضة ليست الا ضرباً من الانتفاع ، لكنه نوه بها ، لاهميتها .

(٢) « مالك » ص ٤١٩ لاستاذنا المرحوم الشيخ محمد ابو زهرة .

اولهما : عنصر الاختصاص ، وهو **جوهر الملك** ، كما علمت ، وقد عبر عنه بقوله: من « **اضيف اليه** » **والاضافة نسبة واختصاص** بلا ريب ، وذلك **آية الملك** ، وهو عين ما عرف به القدسي في حاويه : « الملك اختصاص حاجز » وما عرفه به الإمام الشاطبي بقوله : « **ويستبد** به المالك » .

ثانيهما : آثار الملك ، وهي **سلطاته الثلاث** ، مما يطلق عليه الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وقد عبر عنها بقوله : « يقتضي التمكين من الانتفاع والمعاوضة » وفي كلٍّ من هذه الثلاث ضرب من الانتفاع حتى المعاوضة التي نوه بها ، كما ذكرنا .

ـ والخلاصة ، أن الملك جوهره الاختصاص[1] ويثبت مناطه ومعناه كَمَلاً ،

---

(١) على أن بعض الفقهاء يفرق بين حق الاختصاص ، وحق الملك .

فحق الاختصاص في نظرهم لا يكون شاملا لجميع وجوه الانتفاع ، ولا تجري فيه المعاوضة ، وان كان لا يملك احد مزاحمة صاحب حق الاختصاص هذا ، ولا يفيد هذا الحق الا الانتفاع .

وهو مؤدى تعريف ابن رجب الحنبلي لهذا الحق بقوله : « هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ، ولا يملك احد مزاحمته ، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات » . القواعد : ص ١٩٢ .

فالملك يجري في الاعيان والمنافع ، اما حق الاختصاص فلا يكون محله إلا الانتفاع . على ان الاختصاص يجري فيما هو محرم لا يملك ، كعصير العنب اذا تخمر عند مالكه ، فيثبت له حق اختصاص لا ملك ، وسبيله التخليل او الاراقة ، وكجلد الميتة ، وما تنجس من السوائل ، كالسمن والزيت والخل ونحوه .

هذا ، والإختصاص قد يثبت في بعض المباحات في الاصل ، فيفيد « حق الاولوية » بفعل معين ، كما في تحجير الارض الموات ، فالتحجير لا يفيد ملكا بل حق أولوية في الاحياء ، مدة معينة ، يمنع غيره من مزاحمته طوال هذه المدة .

الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع : جـ ٢ ، ص ٢٥ وما بعدها ـ نهاية المحتاج للرملي : جـ ٥ ص ٣٣٦ ، المغني : جـ ٥ ص ٤٢ لابن قدامة .

وكذلك السبق الى بعض المباحات ، كمقاعد الاسواق ، والمساجد ، قواعد

ولو تخلفت سلطة من سلطاته ، كما في ملك المنفعة بالنسبة لحق المرور ، والموقوف عليهم للسكنى (الاستعمال) دون الاستغلال .

ـ ذلك لان « التمكين » مناط لثبوت السلطات الثلاث ، اذ يثبت بالتمكين التمكّن للمالك ، أثراً لـه ، وبالتمكّن يمارس المالك سلطات الانتفاع ، وهي **مظهر الملك** ، ولكنها ليست **مناطاً** لثبوت عين الملك ، اذ هي ـ السلطات ـ أثر للملك ، والاثر لا يكون علة في وجود المؤثر ، بل العكس هو الصحيح .

وتأسيساً على هذا ، فان تَخلّف سلطة من هذه السلطات ، لا يؤثر على ثبوت معنى الملك كَمَلاً ، لانه تخلّف أثر من آثاره ، كما قدمنا .

وقوله « يقتضي » يشير الى ذلك ، لان المقتضى ـ بفتح الضاد ـ هو الاثر الثابت للملك ، كما تقول مقتضى العقد ، أي حكمه الاصلي الثابت به .

ـ غير أن ثمة نوعاً من التصرف **المادي** في الانتاج المبتكر ، يعود على صاحبه بضرب من الانتفاع العائد على شخصيته العلمية أصالةً ، من التعديل المادي ، والتصحيح ، والالغاء لبعض الافكار التي يتبين له خطؤها في قوام انتاجه المبتكر ، وهذا نتيجة اختصاصه به ، ونسبته اليه ، وما تفرع عن ذلك من سلطته عليه ، ومسئوليته عنه .

وهكذا ترى ، أنه يستوي في الوضع الشرعي ـ وفي اجتهاد الإمام القرافي بالذات ـ أن يَجري الملك والاختصاص الذي يُورِث هذه السلطات الثلاث ، في

ابن رجب ص ١٣٩ ـ مغني المحتاج : جـ ٢ ص ٣٦٥ وما يليها ـ باب احياء الموات .

لكنا نعني بالاختصاص في موضوعنا اختصاص الملك الذي يجري كَمَلاً في الاعيان والمنافع على السواء ، ويفيد صاحبه وحده التمكين من التصرف والانتفاع به ، أصالة وابتداءً ، ويحجز غيره عن التصرف فيه إلا باذنه ؛ ومحله مال في حكم الشرع . وهذا ما يطلق عليه « الملك » او «حق الملكية» .

الاعيان ، أو في المنافع والحقـوق[1] على السواء ، فاختلاف طبيعة محـل الملك ، لا يؤثر على تمام معنى الملك فيه .

رابعاً ــ يُستخلص من تعريفه ، أن الملك الذي محله مال من عين أو منفعة[2] أو حق ، أو معنى ، من أبرز خصائصه ، قبولُه المعاوضة ، وهي لا تكون الا في المال.

خامساً ــ ونتيجة لعنصر الاختصاص ، وآثاره الثابتة به ، وما ينهض بذلك من علاقة مباشرة ظاهرة ، وواقعية بين المؤلف وحقوقه الابتكارية ، أن ليس لأحد غير المؤلف من سلطة على انتاجه المبتكر ، أو التصرف فيه تصرفاً نافذاً إلا باذنه ، وهذا مؤدى قول القدسي في حاويه « اختصاص حاجز » ، أي مانع للغير مـن التصرف والانتفـاع .

سادساً ــ يلزم عقلاً من ثبوت الحق بحكم شرعي مقدّر في منافع حقـوق الابتكار ، ومن اقتضائه تمكين صاحبه من الانتفاع به ، والمعاوضة عنه ، أقول يلزم عن ذلك عقلاً **حماية الشارع لهذا الحق ، كسائر الحقوق الخاصة** ، مـن العـدوان عليه ، وإلا لم يكن لهذا الحق من معنى ، بل لا يتصور ، للتناقض .

وأيضاً ، حق المعاوضـة يؤذِن بذلك ، لانـه يقوم علـى التراضي الحر ، والتراضي هو أساس حل انتفاع كلٍّ من الطرفين بمال الآخر ، فاذا انتفى التراضي بالعدوان والغصب ، انتفى أصل الحل ، وكان المتعدي مسئولا بالرد أو الضمان ، حسب الاحوال ، وذلك آية الحماية .

---

(١) لان الحق اساسه « الملك » ولا يخلو من نوع من الانتفاع ، لكن ليس كـل حق مالا ، فالحق اعم .

(٢) على ان المذهب المالكي ، يتجه ــ كمـا علمت ــ الى أن « **ظاهر المال** » اذا اطلق يشمل العين والعَرَض ؛ وهو المنفعة او الفائدة التي لا تمكن الاشارة اليهـا حسـاً ، الا اذا اضيفت الى مصـدرهـا ، كمـا قدمنـا ، وامكن استيفاؤها ، والمنفعة العلمية ــ بامعان النظر في حقيقتها ــ يتحقق فيهـا مناط المالية هنا ــ شرح حدود ابن عرفة ص ٣٨ .

ـ وبذلك ، يتحقق **مناط الملك** في اجتهاد المالكية ، ولا سيما القرافي نفسه ـ في الاتـاج المبتكر ، باعتباره حكماً شرعياً مقدراً وجوده فيه ، وما يستلزمه من مقتضيات ، وكل ملك مال .

٤ ـ مفهوم « المال » عند متاخري الحنفية :

خالف متأخرو الحنفية متقدميهم في عنصر **« العينية »** مقوماً من مقومات مفهوم المال ، فقد جاء في الدر المنتقى شرح الملتقى في تعريف المال : « ويطلق المال على **القيمة** ، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوّم من الدراهم والدنانير »[1] .

فمناط المالية ، اذن هو **« القيمة »** التي تقدر بالدراهم والدنانير عند متأخري الحنفية .

وعلى هذا ، كلّ مالهُ « قيمة » بين الناس عرفاً ، فهو مال شرعاً ، وهو عين ما اتجه اليه فقه الحنابلة ، والشافعية ، والمالكية ، اذا كان الشيء يباح الانتفاع به شرعاً ـ كما رأيت ـ لان « القيمة المالية » تستلزم المنفعة ، كما أشرنا ، ولا يتعارف الناس على تقييم ما ليس له منفعة بداهة ، ولا يجرى فيه التعامل ، والعرف هو الاساس ، وبذلك يمكن القول ، أن متأخري الحنفية ، يضعون **ضابطاً** عاماً للمال ، هو : **« كل ما له قيمة مالية عرفاً »** فالعرف هو « المُحكّم » ، ويتفق هذا الضابط وما عرف من أحدث الضوابط في الفقه العالمي بوجه عام ، من أن المال هو : **« كل حق ذي قيمة مالية بين الناس »** ، وبذلك ، يندرج الانتاج الفكري في هذا الضابط العام عند متأخري الحنفية ، لما له من قيمة مالية بين الناس عرفاً ، لا تنكر ، وبما يبذل الناس من نفيس أموالهم في سبيل تَمَوّلِ مصادره ، ما دام لا يصادمه دليل من جهة الشرع .

---

(١) الحصكفي : راجع رد المحتار : جـ ١ ، ص ١١ .

الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية ـ اذا استحالت ـ في كثير من احكام الشرع:

هذا ، والحق ـ بما يمتاز عن **الإباحة** بميزة الاختصاص ـ يغدو بوسع صاحبه أن **يستحوذ** على انتاجه في الابتكار الذهني ، فيمنع غيره من نشره أو استغلاله[1] بدون اذنه ، والشرع أو القضاء يحميه ، دون أن يتوقف ذلك على الحيازة المادية لهذا الانتاج ، ألا ترى الى حق الدين ـ وهو مال حكماً ـ أمر اعتباري ، أو وصف ثابت في الذمة ، يقوم الاختصاص فيه مقام الحيازة المادية ، لأن طبيعته تأبى قبولها ، والشرع بالنسبة لكل شيء لا يوجد إلا على وضع معين ، لا يتطلب ، ولا يشترط شروطاً تضادّ هذا الوضع ، لان ذلك من المحال الذي لا يتحقق بالتكليف به مقصد شرعي ، فكذلك ما نحن فيه ، كما بينا ، فينبغي تحكيم مقاصد التشريع في الاجتهادات الفقهية .

على أن الدول الحديثة ، قد وضعت « **نظام حماية** » لهذا النوع من الملكية ، وهو نظام **التسجيل والإيداع** ، بأرقام متسلسلة ، تحقيقاً للاختصاص ، وحفظاً للحقوق ، والشريعة تقر مثل هذا النظام أو الاجراء الذي يحفظ الحق لصاحبه ، كما فرضت عقوبات على اغتياله أو انتحاله ، كمؤيد لحماية هذا الحق ، وهو اجراء تنهض بقبوله سياسة التشريع في الاسلام ، لان مقصدها صيانة الحق ، واقامة العدل ، وتحقيق المصلحة المشروعة ، وهذا أبلغ في حماية الملك من الاستحواذ المادي ، ولا سيما فيما تأبى طبيعته ذلك .

ـ وبذلك توافرت في الانتاج الفكري الخصائص التالية :

١ ـ **الاختصاص** : وهو جوهر الملك (حق الملكية) وهو لا يكون الا فيما له

---

(١) وهذا المعنى اشار اليه التفتازاني صاحب كتاب التلويح على التوضيح في الاصول ، بأن الملك يصدق على كل شيء ـ مادي او معنوي ـ من شأنه أن يتصرف فيه صاحبه على وجه **الاختصاص** .
ـ جـ ٢ ص ٩٨ ، ولم يشترط الحيازة المادية كمتقدمي الحنفية ، اذ لا يتعلق بهذا الشرط مقصد شرعي في الصفة المالية للاشياء ، والمقصد الشرعي محكم في الاختلاف يفصل فيه .

قيمة بين الناس ، اذ لا معنى للاختصاص بشيء لا قيمة له ، لا شرعا ولا عرفا ، ولا تشترط فيه الحيازة المادية فيما تأبى طبيعته ذلك .

٢ ـ **المنع** : وهو نتيجة حتمية للخصيصة الاولى ، أي الاختصاص الذي يمنع الغير .

٣ ـ **جريان التعامل** فيه ، والمعاوضة عنه عرفاً ، وهذا من مقتضيات الملك شرعاً ، اذ المعاوضة أساسها الملك ، ولا تجري في المباحات .

٤ ـ **حق المطالبة القضائية** ، وهي نتيجة للحماية الشرعية للحق .

متاخرو الحنفية يجيزون النزول عن حق الوظيفة بالمال :

على أن متأخري الحنفية ، قد أجازوا النزول عن حق الوظيفة بالمال[1] ، وهو حق مجرد ، لا متقرر ، كما تعلم ، ومُدْرَكهم الشرعي في هذا ، هو الاستحسان ، ودليله هو العرف ، أو المصلحة ، أو **الحاجة** ، يفهم هذا من تعليلهم ، بأنه : « لما جرى به **العرف** في المعاوضة ، أصبح **يعد مالاً** » خلافاً لما كان عليه متقدموهم ، الذين كانوا « لا يجيزون ذلك ، لشبهة الرشوة »[2] .

وكأن متأخري الحنفية ، استندوا في اعتبار هذا الحق مالاً ، الى « مناط المالية » عند الجمهور الذين يعتبرون مالاً كل ما له قيمة بين الناس عرفاً ، عيناً كان أم منفعة أم حقاً ، والمعاوضة عنه بالمال ، قرينة على ذلك .

فهذا ـ كما ترى ـ تطور بالغ المدى في مفهوم المال شرعاً في اجتهاد متأخري الحنفية .

---

(١) رد المحتار : جـ ٤ ، ص ٢٠٥ ـ أول باب البيوع ـ مطلب في النزول عن الوظائف بالمال . الاشباه والنظائر : ص ٣٢٧ ، للسيوطي . كشاف القناع : جـ ١ ، ص ٧ . شرح منتهى الارادات : جـ ٢ ، ص ٢٤٨ . الموافقات : جـ ٢ ، ص ١٧ .

(٢) المراجع السابقة .

وتأسيسا على هذا الاصل ، يمكن القول بأن الانتاج الفكري المبتكر بالنظر الى كونه منفعة ظاهرة الاثر ، وبما هـو ثمرة لجهد الصفوة المختارة مـن العلماء لميزة الابتكار فيه ، وبما أضحى له من قيمة مالية عالميـاً لا يمكن تجاهلها ، وبمـا يتحقق فيه من حاجات الناس وضروراتهم في معايشهم ، يكون مالاً من باب أولى ، لان هذا « المناط » متحقق فيه بصورة آكد[1] ، في اجتهاد أئمة المذاهب الاربعة ، ما عدا متقدمي الحنفيـة .

الرد على متقدمي الحنفية :

أما الرد على متقدمي الحنفية الذين اشترطوا لتحقق صفة المالية توفر عنصرين: **« العينية والقيمة »** بحيث اعتبروهما المقوّمين لمفهوم المال ومناطه ، فيَرِدُ عليهم مـن النقد ما يلي :

اولاً ـ ان « العينية » [2] لم يوافقهم على اشتراطها أحد مـن فقهاء المذاهب الاخرى ، فضلاً عن أن المتأخريـن منهم ، لم يأخذوا بهـذا الشرط حين أجـازوا الاعتياض عن الحقوق المجردة بالمال ، كحق الوظيفة ، بل وحين حددوا مناط المالية على النحو الذي رأيت .

ثانياً ـ اشتـراط « العينيـة » انما كان منهـم بقصـد امكان تحقيـق **« الحيازة المادية »** التي يتحقق بها الاختصاص ـ في نظرهم ـ وهو جوهر الملك ، ولما كانت هذه « الحيازة المادية » لا تتصور الا في الاعيان ، لذا اشترطوا في المـال أن يكون عينـاً ، لكن هـذا النظر أقرب الى الصناعة الفقهية منـه الى النظر في **المفاهيم الشرعية ، ودلالات التشريع** ، أو ربما يكون أقرب الى المفهوم اللغوي منه

---

(١) راجع : رد المحتار على الدر المختار ، لابن عابدين : جـ ٤ ، ص ٥١٩ . الموافقات : جـ ٤ ، ص ٢٠٥ .

(٢) المبسوط : جـ ١ ، ص ٧٨ للسرخسي . التلويح مع التوضيح : جـ ٢ ، ص ٩٨ للتفتازاني . رد المحتار : جـ ٥ ، ص ٥٠ .

الى المفهوم الشرعي ومقصد الشارع ، اذ يتحقق الاختصاص دون الحيازة ، أو الاستحواذ المادي ، كما رأيت .

ثالثاً ـ اشتراطهم « امكانية **الادخار** » لتحقيق صفة المالية في الاعيان ، يُخرج من مفهوم المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته ، كالخضر والفواكه ، مع أنها مال عرفاً ، لجريان التعامل فيها ، لعظيم نفعها ، وبالغ أثرها .

رابعاً ـ قالوا ، ان المنافع ، انما تُقَوَّم بعقد الاجارة عليها ، على خلاف القياس ، أي استثناءً ، لاجل **المصلحة** ، وهذا المُدْرَك أو العلة متحقق في أصل المنافع ، سواء ورد عليها العقد أم لم يرد ، مما يقضي بوجوب اعتبار أصل المنافع أموالاً ، لاتحاد العلة ، وهو المصلحة .

خامساً ـ لم يُعهد شرعاً أن العقد يغير من خصائص الاشياء ، فيجعل مالاً ما لم يكن كذلك ، لان وظيفة العقد انما هي انشاء حقوق والتزامات بين طرفيه في محله ، كما هو معلوم ، لا تغيير طبيعة هذا المحل ، بل يُشترط أن يكون محل العقد مالاً متقوماً ابتداءً ، حتى يصح ورود العقد عليه ، ويترك أثره فيه .

فما ليس بمال ، لا يصح أن يكون محلاً للعقد أصلاً ، والعقد لا يبدل طبيعته ، بل العقد عليه باطل .

فكيف يستقيم في منطق الشرع اذن ، أن يكون ما هو شرط في انعقاد العقد ، أو صحته ، أن يصبح العقد شرطاً في تقومه واعتباره ؟

وكيف يستقيم في منطق الشرع والعقل أيضاً ، أن يكون ما هو وسيلة الى المنفعة ، مالاً ، ولا يكون المقصد من تلك الوسيلة مالاً ؟ منطق عجيب لم نعهده في فقه وضعي ، فضلاً عن التشريع الإلهي .

---

(١) المبسوط : جـ ١١ ، ص ٧٨ ، للامام السرخسي .

سادساً ـ على أن ما اشترطوه من ضرورة « الحيازة المادية » متحقق في المنافع ، والامور المعنوية ، ومنها الانتاج الفكري المبتكر ، اذ يمكن أن تتحقق الحيازة المادية للمنافع ، ولكن بطريق **غير مباشر** ، وذلك عن طريق حيازة مصادرها، كما قدمنا ، فحيازة مصادرها حيازة لها ، فيجب أن يتوسع في مفهوم الحيازة ليشمل **المنافع والحقوق** ، اذ الحيازة ينبغي أن تكون **في كل شيء بحسبه** ، وهذا معهود في الشرع ، مجاراةً لطبائع الاشياء ، وخصائصها الذاتية ، ألا ترى الى اشتراط الشارع رؤية المبيع للزوم العقد ، حيث قالوا ان الرؤية ليست هي خصوص الرؤية البصرية ، بل تكون في كل شيء بحسبه ، وكما في القبض والحِرْز ، فكذا ما نحن فيه .

ونظير ذلك أيضاً ، ما ذهب اليه جمهور الفقهاء في تحديد **« مفهوم الإحياء »** الذي هو سبب الملك في الارض المَوات ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « من أحيا أرضاً مَيْتَةً فهي له » من أن الإحياء هو « ما تعارفه الناس إحياءً في مثل المَحْيا » لان الشارع لم يحدد صفة ولا كيفية له ، فيصار الى « العرف » فكذلك الحيازة ، متروك أمر تحديد مفهومها الى العرف الذي يقوم عليه التعامل ، وتتحقق به المصالح .

سابعاً ـ أن هذه **الاستثناءات** التي أوردوها على ضابطهم العام في المال ، دليل على فساد النظر فيه ، فقد استثنوا « منافع مال اليتيم » فاعتبروها أموالاً متقوّمة في ذاتها قبل ورود العقد عليها ، أي على خلاف القياس ، ونتج عن ذلك أنها تضمن بالغصب ، محافظةً على حقه ، وكذلك « منافع الاعيان التي يملكها بيت المال » أو منافع الاعيان « المُعَدّة للاستغلال » من مثل دور السكن ، والحوانيت ، وسيارات الاجرة ، وما اليها .

وعلى أساس هذا **المدرك** الاخير لمتقدمي الحنفية، يمكن اعتبار الانتاج الفكري للمؤلف ، والذي طبع في كتاب ، أو استقر في عين **مالاً مُعَدّاً للاستغلال ، واقعاً** وعلى ذلك ، فان غصبه يلزم بالضمان والتعويض .

وهكذا ، يمكن القول بأن ما تقضي به أصول التشريع ، وقواعده العامة ، وما عثرنا عليه من اجتهادات الأئمة فيما يتعلق بمناط المالية[1] ، وخصائصها ، والملك وخصائصه ، من حيث إن الملك مال[2] ، انها تقضي بأن ينهض بالمال مقومان اثنان هما :

١ ـ العرف ٢ ـ القيمة .

رد شبهات :

١ ـ تحريم كتمان العلم ، لا يستلزم نفي ما للمؤلف من حق مالي في انتاجه الفكري المبتكر :

آ ـ أما مسألة « كتمان العلم » الذي دل الحديث الشريف على تحريمه لزوما من التهديد والوعيد عليه : « من كتم علماً يَعْلَمُهُ ، جاء يوم القيامة مُلْجَماً بلجام من نار » فلا ينقض ما تأصل في التشريع الاسلامي من أصل عتيد قطعي ، هو ما يقضي به للانسان من « حق الملك » في كل ثمرات جهده ، والله تعالى يقول : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ـ ويقول تعالى : « ولا تبخسوا الناس أشياءهم » .

ب ـ هذا ، وكتمان العلم كاحتكار المنافع ، والخبرات ، والسلع ، حيث يُخفيها أربابها تغالياً في أثمانها ، والناس في حاجة ماسة اليها ، ولم يقل أحد ، إن حرمة الاحتكار تستلزم شرعاً بذل المادة المحتكرة **مجانا ودون عوض** ، وبالسلع قوام الابدان ، وبالفكر قوام الارواح والعقول ، بل قوام المدنية والحضارة وعمارة الكون ، فتحريم الكتمان لا يستلزم نفي المالية ، بل على العكس من ذلك ، قد رأيت أن الفقهاء قد أجمعوا على أن يكون بيع المادة المحتكرة بأثمان معقولة تحفظ الحق للفريقين ، دون وكس ولا شطط .

---

(١) في فقه الجمهور ، ولا سيما تحديد الإمام ابن عرفة المالكي .
(٢) من حيث إن **الملك** مال ، كما حدده الامام الشاطبي المالكي .

جـ ــ على أن تحريم كتمان العلم ، يحتمل الدلالة على معانٍ عدة ، تسقط حجية الاستدلال بالحديث على موضوعنا ، لكثرة هذه الاحتمالات التي منها :

١ ــ ان كتمان العلم يعني اظهار الزيف ، واخفاء الحقائق أو تحويرها ، مجاراة لسياسة قائمة ، أو خوفاً من بطش ظالم ، أو كفراً بالدين الحق[1] ، وهو أمر لا يتصل بموضوعنا ، من قريب أو بعيد ، ولا يستلزم بالضرورة نفي حق المؤلف في ثمرات مجهوده الشاق المضني .

فليس مناط حكم الحديث اذن متعلقاً باقتضاء المؤلف حقه في المعاوضة عن انتاجه العلمي المبتكر .

وبذلك يتفق مضمون هذا الحديث الشريف على أحد احتمالاته ، مع قوله ــ صلى الله عليه وسلم : « أفضل الجهاد ، كلمة حق عند سلطان جائر » . ولا ريب أن حمل الحديث على هذا ، خير من مصادمته لاصل قطعي عام في القرآن والسنة ، من أن للانسان حقا ثابتا مؤكدا في **ثمرات جهده وعمله** ، ولا سيما في الاعمال المبتكرة التي لم يُسبَق اليها ، وقد استغرقت جهده وعمره ، والحديث الآحادي الظني ــ ولو لم تكن فيه هذه الاحتمالات ــ لا يقوى بداهة على معارضة القطعي ، فضلا عما في ذلك من هضم للحق ، وظلم لصاحبه ، والظلم عدو الاسلام الاول .

ــ فيجب التوفيق بين النصوص عند التعارض ما أمكن .

٢ ــ كما يحتمل الدلالة على وجوب اجابة المستفتي عن فتواه ، وتوعيته فيما يلم به من شأن ، باخلاص وتجرد ، ولو كانت الفتوى **نقلا وتقليدا** للعلماء ، ولا ابتكار فيها ، ولا اجتهاد ، وهو لا يتصل بخصوص موضوعنا ، كما ترى .

---

(١) ومن ذلك صنيع علماء اليهود ، حيث كانوا يكتمون ما بيّنه الله تعالى في كتابهم ــ التوراة ــ مما يتعلق بأمر محمد ﷺ وبنبوته ، وصفته ، ومبعثه ، والهدى الذي جاء به ، حيث يقول سبحانه : « ان الذين يكتمون ما انزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس في الكتاب ... الآية » ــ الكبائر ــ ص ١٤٦ للذهبي .

٣ ــ ويحتمل أيضا الدلالة على **حرمة احتكار العالم للعلم** ، والحيلولة دون نشره وتوزيعه ، حتى لا يرى غيره عالماً ، أو حرمة جعله حِكْراً بين طائفة معينة على النحو الذي كان معهوداً بين رجال الاكليروس ، استئثاراً برياسة العلم ، واستغلالاً للمنافع المادية الدنيوية لتلك الرياسة .

٤ ــ وفيه احتمال الدلالة أيضا على رفض القيام بمهمة التعليم والتثقيف والتدريس ، والنكول عنها ، مما يُعَدُّ امتناعا عن تلقين أمور مقررة ليس فيها اجتهاد ، ولا ابتكار ، مع القدرة على التعليم ، والتفرغ له ، وحاجة الناس اليه .

ومع هذه الاحتمالات لا يكون الحديث نصاً في خصوص موضوعنا ، فلا يصح الاحتجاج به .

٥ ــ على أن الحديث منصوص العلة ، وهو « **الكتمان** » لا « **المعاوضة** » بقوله عليه السلام : « من كتم علماً[1] .. » ، وما نحن فيه ليس فيه كتمان ، بل فيه نشر وتوزيع ، واذا انتفت العلة في المعاوضة ، انتفى الحكم ، وهو التحريم .

واذا لوحظ أن هذا العالم أو الباحث قد وقف حياته كلها على هذا الجهد ، فكيف تستقيم حياته اذا حُرم من حقه فيه ؟ أيعيش على الصدقات ، وما تجود به أنفس المحسنين ؟ وحقه في عمله ثابت له شرعاً ؟

٦ ــ على أنا رأينا الفقهاء الاعلام ، يُقَوِّمون جهود الحيوانات لاصحابها ، ومنافع الهوامّ والحشرات والديدان ، وأصوات الببغاوات ، وتغريد البلابل ، ومنفعة الكلاب في الحراسة ، أفلا يكون للجهد العقلي الانساني المبتكر ــ في منطق هذا الفقه ــ مكان في هذا التقويم الشرعي ! ؟

الشرع الاسلامي عدل كله ، ومعقول المعاني والمقاصد ، فثبتت المالية للابتكار الذهني بالاقيسة الاولوية .

---

(١) ومن المقررات الاصولية في مسالك العلة ، ان تعليق الحكم على المشتق يؤذن ايذانا وايماء بعِلِّيَّة ما منه الاشتقاق ، وهو المصدر (الكتمان) .

٧ ــ ألم يجز الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ جعل تعليم بعض من آيات القرآن الكريم مهراً ، ومعلوم أن **المهر لا يكون إلا مالاً**(٢) ، فثبت أن « التعليم » يتقوم بالمال شرعاً ، بدليل جعله مهراً وعوضاً ، وتعليم القرآن الكريم طاعة بلا ريب ، وهو جهد محدود ، لا يعدو أن يكون مجرد ترديد لآيات من القرآن الكريم ممن يحفظها ويتلوها تعليما ، أو تحفيظاً لغيره ، فلا يرقى مثل هذا الجهد الى مستوى الجهد العقلي للعلماء بالبداهة ، بما يتسم به من الابتكار الذي هو مظهر الثقافة الواسعة ، والتعمق الفكري ، بل لا سبيل الى المقارنة بينهما ، فاذا كان التعليم جهداً مقوماً بالمال ، فالانتاج المبتكر من باب أولى .

٢ ــ العدل في الجزاء الاخروي اصل يستلزم وجوب إقامة العدل في الجزاء الدنيوي ، اذ العدل لا يتجزأ :

على أن ما وعد الله تعالى به المؤمنين العاملين من ثواب أخروي ، جزاءً وفاقاً، فيه اشارة وارشاد للناس الى « العدل » الذي يجب أن يستقر مبدأً يعملون بمقتضاه فيما بينهم في الدنيا ، اذ العدل لا يتجزأ ، فما هو عدل في الآخرة ، هو عدل في الدنيا في شرع الله ، وقد وردت آيات كثيرة تقرر هذا **الاصل** الذي يقضي بأن يكون « **الجزاء على قدر الجهد الذاتي** » بقوله سبحانه : « هل تجزَوْن إلا ما كنتم تعملون » وأن مراتب الجزاء ، انما تكون تبعاً لمدى أثر العمل وجدواه ، أي مدى نفعه ، وقوة المصلحة فيه ، لقوله تعالى : « ولكلٍّ درجات مما عملوا » ، وأما قوله تعالى بعد ذلك : « وليُوَفّيهم أجورهم » ففيه اشارة الى أن العامل اذا ما بخس حقه في دنياه ، فسيوفى حقه كاملا عند الله تعالى في آخرته ، وهكذا ترى أن الترابط قائم بين الحقين أو الاجرين في الدنيا والآخرة ، ولا تناقض ، والكل طاعة ، ما دام يبتغي بعمله وجه الله تعالى ، مخلصاً فيه ، متقناً إياه ، متوخياً نفع الامة به .

---

(٢) لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم » .

ـفتلخص ، أن لا تناقض بين إقرار المثوبة في الآخرة ، ووجوب الحق في الدنيا ، ودليل ذلك الجهاد ، وأن حديث « الكتمان » لا حجة فيه ، لانه منصوص العلة ، وهي الكتمان ، لا المعاوضة ، ولو كانت ، « الطاعة » هي « العلة » في حرمان العامل من حقه في دنياه ، لسقطت الحقوق جميعاً ، وأهدرت المنافع ، وظلم العاملون ، وانتقض شرع الله تعالى ، ولا يقول بهذا أحد .

حقوق المؤلف قِبَلَ الناشر والمستفيد :

آ ـ معيار تقدير منفعة العمل الفكري المبتكر بالنسبة للناشر :

يتحدد مقدار هذه المنفعة **بعدد النسخ** المتفق على طبعها ، أو تصويرها ، أو النماذج التي تم التعاقد على صنعها ، حتى اذا نفدت ، عاد الحق في أصل المنفعة الى المؤلف ، أي في بيع مقدار آخر منها على هذا الاساس ، وهو حق مقصور على صاحبه .

وهذا المعيار في التقدير متفرع عن اعتبار منفعة العمل الفكري أشبه بالثمرات منه بمنافع العقارات ، كما أسلفنا ، لسبب بسيط ، هو أن منفعة العقار التي تحدد مقدارها بالزمن أو بالمسافة ، أو غير ذلك من الوسائل المتعارفة ـ كما علمت ، أقول اذا تعين مقدار المنفعة الذي تم استيفاؤه ، باحدى تلك الوسائل ، عاد للمالك حقه في بيع مقدار آخر منها ، أما محل المنفعة ، وهو العقار ، فلم يَزُلْ عن ملكه ، وهذه هي الاجارة التي لاتعدو أن تكون بيعاً للمنافع بعوض ، والعين المؤجرة أمانة في يد المستأجر .

وكذلك الشأن في منافع الاعيان المنقولة اذا حددت مقاديرها بالزمن والمسافة ، كالطائرات والسفن وما اليها .

أما فيما نحن فيه ، فالامر مختلف ، اذ الناشر ، ومن تلقى الملك عنه من المستفيدين ، **يملكون العين ذاتها** التي قام بها الانتاج ، سواء أكان ملك العين

مجردة في الاصل للمؤلف . ثم انتقلت عنه بعقد البيع ، أم كانت ملكاً للناشر في الاصل . ثم انتقلت الى المستفيد ، ومن هنا ، كانت منفعة العمل الفكري أشبه بالاعيان القائمة بذاتها ، كالثمرات ، منها بمنافع العقار ، بجامع الانفصال والاستقلال في كل ، **فيختلف معيار التقدير تبعاً لذلك ، كما تختلف حقيقة العقد ، وتكييفه ، فيغدو عقد بيع لا اجارة .**

ولا يغير من حقيقة هذا العقد ، أن تكون النماذج المجردة في الاصل ملكاً للمؤلف أو الناشر ، لانها بمثابة « وعاء » يحتوي الثمرات ، ولذلك اعتباره في حساب ثمن المبيع ، ولا أثر له في حقيقة العقد من حيث كونه عقد بيع ، كما ذكرنا .

أو بعبارة أخرى ، لا يخرج العقد الذي تم ابرامه بين المؤلف والناشر ، عن كونه عقد بيع ، أن تكون ملكية النماذج مجردة ، للمؤلف أو للناشر ، لانها بمثابة وعاء ، ولملك الوعاء أثر في ثمن المبيع زيادة أو نقصاً حسب الاحوال لا في حقيقة عقد البيع نفسه .

ـ والخلاصة : أن اعتبار منافع العمل الفكري المبتكر بالثمرات ، وقياسه عليها ، يجعل العقد الوارد عليه عقد بيع لا عقد اجارة ، حيث يملك المشتري أو المستفيد المبيع ـ وهو النسخة ـ **عيناً ومنفعة** ـ ويتحدد مقدار المبيع ـ وهو المنفعة ـ بعدد النسخ ، أو بالنسخة المشتراة حسب الاحوال ، وتكون حيازة المشتري للنسخة حيازة ملك لا حيازة أمانة .

ب ـ العلاقة التي ينشئها عقد بيع النماذج بين الناشر والمستفيد ، ومدى الحقوق المكتسبة بهذا العقد :

أما العلاقة التي ينشئها العقد بين الناشر والمستفيد، مثل أصحاب المكتبات التجارية والعلمية ، أو القراء ، بوجه عام، فمقدار المنفعة محدد بالنسخة ذاتها ، أيضا ، كما بينا ، ينتفع في حدودها ، لانه ملك هذا المقدار من المنفعة ، واستوجب ملك المنفعة ، حيازة العين التي تقوم بها ، ولكنها حيازة ملك لا حيازة أمانة ، كما

أشرنا ، فتحدد مقدار المنفعة بأصلها ومحلها ، كالكتاب ونحوه ، وهذا فارق أساسي بين منفعة الكتاب ، ومنفعة العقار ، أو المنقول في **عقد الاجارة** .

وتأسيسا على ذلك لا يملك المشتري الذي تلقى الملك من الناشر ، أصل المنفعة التي يملكها المؤلف ، لان الناشر نفسه ـ وهو المَمْلَك ـ لا يملك أصل المنفعة ، بل مقداراً معيناً منها ، وتحدد بعدد النسخ ، ومن المقررات في الفقه ، أن المالك لا يستطيع أن يَمْلَك[1] أكثر مما يَمْلِك ، والا كان متعدياً غاصباً وضامناً .

واذ اكان الناشر لا يجوز له أن يملك الا المقدار المحدد من النسخ المتفق عليها ، فكل عقد تمليك صادر منه يجاوز هذا العدد ، يعتبر تصرفاً باطلاً وحراماً ان لم يجزه المؤلف ، لانه تصرف في ملك الغير ، دون اذن منه ، ولا ولاية .

هذا ، **ولا سبيل الى تحديد مقدار المبيع الا على هذا الوضع ، فلا ينهى عنه** ، كما يقول الإمام ابن تيمية ، بل يكون جائزاً ، شرعاً ، لوجود المقتضي وانتفاء المانع .

وبغير هذا المعيار تتسرب الجهالة الى تعيين المبيع ومقداره ، وهي جهالة مفسدة لعقد البيع اجماعاً ، ومن ثم لا يحل لأيٍّ من طرفي العقد أن ينتفع بمال الآخر على هذا الوجه .

وقد قدمنا ، أن الشارع الحكيم ، لا يشرع من الاحكام ، ويضع من الشروط ، ما لا يتفق والاوضاع المعينة التي لا توجد الاشياء بطبيعتها إلا عليها ، **تعارفاً وتعاملاً** لان ذلك لا يقع في التكليف بداهة ، اذ لا يتعلق به مقصد شرعي غير تعجيز المكلفين ، وايقاعهم في الحرج والعسر ، وهو خلاف مقتضى الاصول الشرعية القاطعة .

ومن هنا جرى « العرف » على هذا الوضع بالنسبة لحقوق الابتكار ، وللعرف

---

(١) بتشديد اللام وكسرها .

اعتبار في التشريع ، ولا سيما في فقه المعاملات الذي يقوم أساسا على تحقيق المصالح ، ودفع حاجة الناس ، ما دام لا يوجد في الشرع ما يصادمه بوجه خاص ، وكل حكم فرعي يعود على أصله بالنقض باطل .

اذا تقرر هذا ، فان القارىء المستفيد ، او المكتبة التجارية ، أو العامة ، لا يملك أي منهم من المنفعة الا المقدار الذي تحدد بعدد النسخ أو النماذج المشتراة، اذ لا يمكن أن تتقدر الا بذلك ، ولا أن تباع الا على هذا الوجه ، بدليل جريان التعامل في العالم على هذا الوضع .

ومن ثم ، لا يجوز للمستفيد أن يطبع أو يصور نسخاً أخرى على نسخته **للاستغلال** ، أو للاعارة ، أو للاباحة الخاصة للغير ، **لانه لا يملك اصل المنفعة ،** بل مقداراً محدداً منها ، فتحدد حقه في التصرف في حدود هذا المقدار ، استعمالا أو استغلالا ، أو اباحة خاصة للغير ، أو اعارة .

ومن ثم كان له أن يبيع ما اشترى من النسخ ، أو أن يؤجرها أو يعيرها ، أو يبيح لغيره الانتفاع بها اباحة خاصة دون عوض .

ومعلوم ان الاباحة الخاصة انما تكون في حدود ملك المبيح ، وهي لا تفيد المباح له ملكاً ، بل مجرد مكنة الانتفاع[1] الشخصي فحسب .

جـ ـ المكتبات العامة العلمية ، والجامعة ، والمراكز الثقافية ، والتجارية ، وما اليها ، حقها المكتسب كالمستفيد الفرد ، إنْ في مقدار البيع ، أو وجوه التصرف في حدوده :

وكذلك الشأن في المكتبات العامة ، والجامعية ، والمراكز الثقافية ، اذ تملك أن

---

(١) ثمة فروق بين ملك المنفعة ، وحق الانتفاع ، عند الحنفية ، فالاول لا يكون الا بعقد ملك كالاجارة والاعارة ، أما حق الانتفاع فهو مجرد اذن وترخيص بالانتفاع الشخصي دون تمليك .
والاعارة مختلف في موجبها ـ بفتح الجيم ـ هل هو تمليك للمنافع بدون عوض ، أو هو مجرد حق في الانتفاع دون تمليك ؟

تبيح لروادها ، الانتفاع بالكتب أو النماذج انتفاعاً شخصياً ، وفي حدود ما تملك من نسخ ، أو اعارتها ، باذنها ، وقد تبيع هذه النسخ المشتراة اذا لم يعد لها بهـا حاجة ، ولكنها لا تملك حق الطباعة أو التصوير دون ترخيص من المؤلف بعوض أو بـدون عوض .

على أنه يُشترط في الترخيص لهؤلاء أو لغيرهم ، ألا يكون على وجه يتعارض وما يكون قد التزم به المؤلف من شروط قِبَلَ ناشر سابق، حتى لا يؤدي الى الاخلال بحق مكتسب ثابت للغير وسابق على هذا التصرف، لان « مقاطع الحقوق عند الشروط » كما يقول الإمام عمر ــ رضي الله عنه ــ ، ولوجوب الوفاء بالعقود شرعاً عـلى وجه لا يؤدي الوفاء بأحدها الى نقض حق ثابت مقرر بعقد آخر سابق عليه .

د ــ الانتفاع العلمي باقتباس افكار المؤلف او صِيَغِهِ وعباراته ، تأييداً لفكرة علمية ارتآها المقتبس ، او من اجل التوسع فيها ، والبناء عليها ، جائز شرعاً ، شريطة ان يَعْزُوَ الافكار الى مؤلفيها ، اداءً للحق العلمي لمؤلفه :

ومن نافلة القول أن نشير الى أن للمستفيد ــ اذا كان عالماً ــ أن ينتفع مـن الكتاب في اقتباس بعض أفكار المؤلف ، في انتاج فكري مبتكر يقوم بـه الباحث المقتبس ، لان هذا ضرب من الانتفاع الشخصي المباح له شرعاً ، دون اخلال بحق لأحد ، ولا استغلال فيه ، مع وجـوب العزو[1] ، لكن لا يجوز انتحال الكتـاب جملةً ، أو فصلٍ من فصوله ، لينسبها المنتحل الى نفسه زوراً ، لان هذا اغتيـال لحق المؤلف ، وعدوان على جهده ، كالاعتـداء على عينٍ مالية من أعيـان أمواله سواء بسواء ، وهو محرم بالنص ، لقوله تعالى : « ولا تأكـلوا أموالكم بينكم بالباطل » ، وقوله عليه السلام : « لا يحل مال امرىء الا عن طيبة من نفسه » ، ولو لم يكن ذلك الانتحال بقصد الاستغلال .

- كذلك يجوز للمراكز الثقافية ، والجامعات ، أن تستفيد من الكتب المقتنـاة

---

(١) إضافة او نسبة الفكرة الى مبتكرها ، اداءً للامانة العلمية.

على النحو الذي ذكرنا من باب أولى ، لما لها من حق الملك عليها ، ولان النفع أشمل ، ولان الانتفاع بالمصادر العلمية لا يكون الا على هذا الوجه ، فهو جائز لداعية المصلحة : الاجتماعية ، والعلمية العامة .

وهذا يختلف عن « الاستغلال المادي » على وجه الطبع أو التصوير للتجارة ، وهو بيّن .

هـ ـ لا يملك المؤلف منع اباحة الانتفاع العلمي بمبتكراته ، لانه حق الله في كل حق فردي ، ولكنه يملك ان يمنع استغلالها ماديا بدون اذن منه ولا ولاية ، ويمنع انتحالها زورا :

وعلى هذا ، لا يملك المؤلف منع إباحة الانتفاع العلمي بمؤلفه على هذا الوجه ، لان للمجتمع حقاً في كل حق فردي في التشريع الاسلامي ، وهو ما يعبّر عنه بحق الله في كل حق فردي[1] ، كما أسلفنا ، والا كان كتماناً للعلم ، وهو منهي عنه بالنص ، ولكن يملك أن يمنع استغلال الغير لكتابه مادياً بوجه أو بآخر .

اذن يقوم حق المراكز الثقافية ، والجامعات ، والمكتبات العامة ، وما اليها ، والمستفيدين من روادها ، من العلماء ، وطلبة العلم ، وسائر المثقفين ، في الانتفاع بالانتاج الفكري المبتكر ، على أصل مقرر في التشريع الاسلامي ، وهو حق الله تعالى ، وهو ثابت في كل حق فردي ، ولا معنى لحق الله هذا الا المصلحة العامة[2].

فلا يملك المؤلف أن يمنع المجتمع حقه هذا ، ولكن في حدود الانتفاع العلمي لا الاستغلال المادي ، كما أشرنا .

---

(١) الموافقات : جـ ٢ ص ٣٨٥ للشاطبي . الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : ص ١٤٨ .

(٢) اصول التشريع الاسلامي . بحث النظام الشرعي العام ـ للمؤلف ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : ص ١٤٨ للمؤلف . الموافقات : جـ ٢ ، ص ٣٨٥ للامام الشاطبي .

و ـ مبدأ مقاربة التساوي بين العوضين ـ كما يقول الإمام ابن رشد ـ من مباني العدل في تشريع المعاملات ، وهو يقتضي توقيت حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال انتاجه العلمي المبتكر(١) :

على أن مبدأ آخر يحكم المبادلات المالية ، وهو مبدأ « مقاربة التساوي » بين البدلين ، تحقيقاً للعدل في التعامل ، أو « التوازن » في مضمون العقد ، أي بين التزاماته المتقابلة ، كما يقول ابن رشد(٢) .

ولما كان حق استغلال الانتاج الفكري بالنسبة للمؤلف ولورثته من بعده ، أجيالاً متعاقبة ، قد يؤدي الى الاخلال بهذا « التوازن » الذي هو مبدأ العدل في المعاملات في التشريع الاسلامي ، كما ذكرنا ، يرى تحديد أمد حق الاستغلال هذا ، ولا سيما اذا لاحظنا ، أن الاصل في المنفعة هو « **التاقيت** » .

ونرى أن يتولى تنظيم ذلك لجنة من العلماء والخبراء بكل فرع من فروع العلم والادب ، من حيث مقدار عنصر المنفعة ، وجودتها ، وأثرها ، وما يقابل ذلك من عوض عادل .

ز ـ اقصى مدة استغلال الورثة لحق الانتاج العلمي المبتكر ستون عاماً ، من تاريخ وفاة المؤلف مورثهم :

وعلى أيّ حال ، فانا نرى ألا تزيد أقصى مدة الاستغلال عن ستين عاماً ، من تاريخ وفاة المؤلف ، اعتباراً بأقصى مدة للانتفاع عرفها الفقه الاسلامي في **حق الحكر** ، وهو حق القرار على الارض الموقوفة ، للغرس أو البناء ، بطريق الاجارة الطويلة .

ذلك ، لان أصل هذا الاعتبار(٣) هو كون الانتاج العلمي نسبي الابتكار ،

---

(١) بداية المجتهد : جـ ٢ ، ص ١٢٣ لابن رشد .
(٢) المرجع السابق .
(٣) اي القياس الاصولي الخاص بين الاصل والفرع ، لعلة جامعة بينهما .

لاعتماده على تراث السلف ، وهو حق عام للامة ، بمثابة الموقوف على جهة بر عامة.

هذا ، ويصبح الانتاج الفكري المبتكر بعد ذلك **حقا مشتركا للامة** ، وعنصراً من تراثها على مر القرون .

ويمثل الامة مؤسسة أو جهة خيرية تنشأ لتنظيم حق الاستغلال هذا . والاشراف عليه ، أو الدولة .

وللمؤسسة أن تستغل بدورها هذا الانتاج بعد انقضاء المدة المعينة ، ليصرف ريعه في وجوه الخير العام ، كطلبة العلم مثلاً لاتمام تحصيلهم ، أو بناء المساجد ، والمشافي والمدارس ، ودور اليتامى والعجزة ، وغير ذلك من وجوه البر العام .

كما أن للمؤسسة أن تنشره هي وتعاوض عنه ، ولكن في نظير تكاليفه فقط ، شريطة ألا تدع مجالاً لأحد لاستغلال حق مؤلفه مادياً ، اذ لا يجوز بحال ، أن ينتقص حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال انتاج مورثهم ، ليرثه غيرهم ، لاستغلاله استغلالا خاصا ، دون وجه حق .

ذلك ما لا يبيحه منطق ولا شرع .

ـ هذا ، وللورثة حق مخاصمة المستغل لانتاج مورثهم ، عدواناً ، في القضاء.

ح ـ منع ورثة المؤلف من استغلال انتاجه المبتكر بعد انتهاء المدة المعينة ، لا يعني حرمان ناشره من نسبة معينة معقولة من الربح زائدة عن اصل التكاليف.

منع استغلال الورثة لحق المؤلف بعد مضي المدة ، يوجب إسقاط حقه المالي ، وبيع النسخ على أساس أصل التكاليف ، مع زيادة نسبة معقولة معينة من الربح لمن يتولى نشره ، نظير أتعابه ، فلا يجوز اذن أن يحل أجنبي محل الورثة في تقاضي الحق المالي للمؤلف مورثهم ، لانه ضرب من أكل أموال الناس بدون وجه حق ، فاذا منع الوارث مع قيام سبب التوريث ، فالاجنبي أولى .

ط ـ حق الناشر في النماذج المجردة اذا ملكها بعوض من ماله الخاص :

قد تكون النماذج ملكاً للمؤلف ، والطبع على حسابه الخاص ، وحينئذ يملك حق التأليف وأوعيته وما تم به اخراجها .

فاذا ورد عقد البيع على مقدار معين من الانتاج مُحَدَّدِ النُّسَخ ، شاملا لها وَلِما تمَّ به اخراجها ، ملكها الناشر جميعاً .

وقد يشترط المؤلف في صلب العقد ألا يشمل إلا مقدار المنفعة والنماذج مجردة ، فيبقى للمؤلف حينئذ الحق فيما تم به اخراج هذه النماذج من الحروف والصور والرسوم والعناوين التي نهض بها فنيون على حساب المؤلف . فتبقى على ملكه بالشرط .

هذا اذا كانت النماذج ملكاً للمؤلف ، والطبع والاخراج على حسابه الخاص .

أما اذا كانت النماذج مجردةً ملكاً للناشر ، وكانت طباعتها ، واخراجها على حسابه الخاص ، فانه يملك كل أولئك ملكاً خاصاً بالاضافة الى قدر من الانتاج المبتكر مُحَدَّدٍ بعدد النسخ ، دون أصل الابتكار ، كما ذكرنا .

وعلى هذا ، فلا يملك المؤلف في هذه الحال الا اصل المنفعة التي انتقلت ملكية مقدار منها الى الناشر بعقد البيع ، وما سوى ذلك فهو ملك خاص للناشر .

أما المستفيد ، فيملك النموذج ورقاً ، ومقدار المنفعة الذي تحدد به ، ولا يملك ما تم به اخراجه من الحروف والصور والعناوين وما اليها ، مما يدرك بالحس ، لما قدمنا ، فضلا عن أنه لا يملك أصل المنفعة .

ومن ثم لا يجوز لأحد ، حتى المؤلف نفسه أن يصورها أو يقلدها ، الا باذن من الناشر نفسه ، لانها ملك خاص خالص له ، كما قدمنا .

هذا مبلغ أقصى وسعنا من الاجتهاد في هذا الموضوع الجديد الهام ، الذي لم يخدمه البحث العلمي في القديم ولا في الحديث ، والله أسأل التوفيق والسداد ، وهو الهادي الى الحق ، والى صراط مستقيم .

البحث الخامس

عقوبة التغريم بالمال

في الفقه الإسلامي المقارن

تمهيد :

من المقرر في التشريع الاسلامي ، أن **العقوبات** فيه على أضرب ثلاثة[1] :

احدها : عقوبات قدّرها الشارع بالنص عليها نصاً صريحاً بيّناً ، كما نص على المعاصي التي شرعت تلك العقوبات النصية المحددة من أجلها ، فلا يزاد عليها ، ولا ينقص منها ، كحد الزنا ، وحد القذف ، وحد المحاربة وقطع الطريق .

الثاني : ما لا تقدير فيه ، كالتعزير ، وهو عقوبة على كل معصية لا توجب حداً ولا كفارة[2] ، مما يكون أصل تقديره وتوقيعه منوطاً بولي الامر ونوابه .

الثالث : التأديب ، كضرب الزوج لزوجته ، أو تأديب الآباء والامهات لاولادهم ، لورود النص به[3] ، مما يكون أصل توقيعه منوطاً بهؤلاء ، لا بولي

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ٢ ص ٧٤ وما يليها ـ للامام العز بن عبد السلام .
(٢) الشرح الكبير مع المغني : جـ ١٠ ص ٣٤٧ .
(٣) قواعد الاحكام : جـ ٢ ص ٧٤ وما يليها .
هذا ، والتاديب بالضرب قد ورد به النص بالنسبة للزوجة ، تقويما لها عند النشوز ، اذا لم تجد اي وسيلة اخرى اخف منها من الوعظ او الهجر في المضاجع ، لقوله تعالى : « فعظوهن ، واهجروهن في المضاجع ، واضربوهن » والنشوز معصية .
واما ضرب الاولاد اذا بلغوا العاشرة من السن ، وكانوا متهاونين في اداء

الامر ، أو من يعيّنهم لذلك[1] .

والى هذا التفصيل جنح بعض الفقهاء في تعريف التعزير[2] ، اذ قالوا إنه : « اسم لما يختص بفعله الإمام أو نائبه في غير الحدود ، والتاديب »[2] .

وعلى هذا ، فالتأديب عند هؤلاء الفقهاء ، ليس قسماً من التعزير ، بل هو قسيم له ، وملحظه في ذلك ، أن « التأديب » لا يكون على جريمة يتعدى أثرها الى المجتمع مباشرة ، بل غالباً ما يكون على مخالفات شرعية في محيط الاسرة ، أو المدرسة ، كما هو الشأن في تاديب الزوجة ، والاولاد الصغار ، قصداً الى تقويمهم ، واستصلاحهم ، دينياً وخلقياً وثقافياً ، ولا سيما تعويدهم فعل الطاعات ، ليسهل عليهم أداؤها حين وقوع التكليف بها ، من أداء فرائض الصلوات اذا بلغوا النكاح راشدين .

فريضة الصلاة ، فقد ورد به من السنة قول الرسول ﷺ : « مروهم لسبع ، واضربوهم عليها لعشر » حملاً لهم على اداء الصلوات في اوقاتها ، وتعويداً على الطاعة ، على الرغم من انهم غير مكلفين بها شرعاً ، لعدم بلوغهم سن الرشد ، اذ العقل والبلوغ هما مناط التكليف .
ـ هذا ، وجعل بعض الفقهاء تاديب الحيوان نوعاً من العقوبة الجائزة شرعا ، لتقويمه ورده عن الجماح ، ولكن لم يطلق عليه اسم التعزيز .

(١) راجع عقوبة التعزير على مخالفة التسعير ـ ص ٢٠٩ وما يليها .

(٢) المرجع السابق : جـ ٢ ص ٧٤ وما بعدها ـ تحت عنوان « الباب الحادي عشر ـ التاديب والزجر على الضرب » ـ ومعالم القربة : ص ٢٨٤ لابن الاخوة وانما جعل « التعزير » الى الامام او نائبه لا للمضرور المعتدى عليه ، دفعاً للمظالم بين الناس ، بالمجاوزة والاعتداء ، والغلو ، اذ لو وكل امر التعزير الى الناس ، لدفعهم حب الانتقام والتشفي الى الظلم ، ولا يفضي الظلم بالجاني الى تقويمه واستصلاحه ، وزجره ، بل ربما جرأه ذلك على معاودة العصيان ، غالباً ، وفيه من التهارج والفساد ما لا يخفى . هذا ، والمعاصي او الجنايات التي تستوجب التعزير من حيث تعلقها بالمال وعدمه ، على انواع ثلاثة : ١) معصية قائمة بالمال نفسه ، كفش اللبن ، مثلا ٢) معصية واقعة على المال كالسرقة لما لا يوجب الحد ، لان شروطه لم تتوافر فيها ، ٣) ومعصية لا تعلق لها بالمال اصلا ، كالضرب على السن ، بحيث يحدث ألما لا خللا ، ففي الالم حكومة ، وهي غرامة مالية ، فالغرامة عقوبة على الالم ، كما ترى ـ البحر الزخار : جـ ٦ ص ٢٨٢ .

وأيضاً ، نصوا على جواز « تقويم الحيوان » قصداً الى منعه من الجِماح ، ورده عنه ، ليتيسر استخدامه ، والتمكّن من الانتفاع به ، في مأمن ممن آذاه وضرره ، وهو مشعر بأن الاصل تحريم الإضرار بالحيوان وإيلامه ، إلا لمثل هذه الضرورة .

وليس شيء من ذلك في اجتهاد هؤلاء يصلح أن يطلق عليه اسم « التعزير » .

فقد جاء في « معالم القربة » ما نصه : « والدليل على جواز التعزير ، ما روي عن عمرو بن شُعيب، أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : « لا قَطْعَ في ثمرٍ ولا كَثَرٍ ، حتى يؤوِيَهُ الجَرِين ، فاذا أواه الجرين ،وبلغ ثمنه ثمنَ المِجَنِّ ، ففيه القطع ، وان كان دون ذلك ، ففيه غرمُ مِثليه (١) ، وجلداتٌ نكالاً »(٢) .

---

(١) الكَثَر : جمّار النخيل ، وقيل طلعها ـ وجمّار النخلة ـ وزان رمان ـ قلبها ، ومنه يخرج الثمر والسعف ، (بفتح العين) وتموت النخلة بقطعه . وقيل الجُمّار شحم النخلة ـ المصباح المنير ـ ص ٦٣٥ ـ ومختار الصحاح ٥٦٤ ـ والطلع ما يطلع من النخلة فيصير تمراً ـ المرجع السابق ـ نيل الاوطار ـ جـ ٧ ص ١٣٥ وما يليها .

الجرين : وجمعه جُرُن ـ مثل بريد وبُرُد ، الموضع الذي يجفف فيه التمر عادة ـ ويعتبر حرزاً بالنسبة للتمر ، وهو كالبيدر بالنسبة للحنطة ـ المرجع السابق ـ المصباح المنير .

ـ المِجَنّ : الترس ، لان صاحبه يتستر به ـ المصباح المنير او يتقي به المحارب ضربات العدو .

ويلاحظ أن الحديث الشريف يفرق بين سرقة ما فيه قطع ، بأن بلغ نصابا، وقدره ثمن الترس ، وكان من حرز ، وهو هذا الجَرين ، فتكون العقوبة حداً ، وهو قطع اليد ، لا تعزيراً ، والحد عقوبة نصية ، كما ذكرنا ، وبين **سرقة ما لا قطع فيه** ، لعدم استكمال شروط الحد ، بأن لم يبلغ المسروق النصاب ، من حيث قيمته ، أو لم تكن السرقة من حرز مثل المسروق ، فهي اذن معصية لا تستوجب الحد ، بل عقوبة تعزيرية ، وقد نص الحديث على ان العقوبة **غرامة مثلي المسروق ، وضرب السارق جلدات ، نكالاً** ، وايضا فيه دليل على الجمع بين **عقوبة المال ، وعقوبة البدن** ، كما ترى ، نيل الاوطار ـ جـ ٧ ص ١٣٥ للشوكاني .

(٢) اخرجه الحاكم ، وصححه ـ وحسنه الترمذي ـ نيل الاوطار : جـ ٧ ص ١٣٥ للشوكاني ـ معالم القربة : ص ٢٨٤ لابن الاخوة ، تحقيق

أما الفريق الآخر من الفقهاء ، فقد اعتبر « التأديب » هـو المعنى الجوهري للتعزير الذي به قوامة وتحققه ، ولعل ملحظه في ذلك ، أن التعزير بما هو عقوبة على معصية لا توجب حداً ولا كفارة ، فان مضمونه لا يعدو أن يكون تأديباً ؛ لتقويم المخالف ، أو الجاني ، فهو يشترك مع الحد في هذا المعنى ، وانِ خالفه من عدة نواح ، أهمها عدم تحديد أو تقدير العقوبة نصاً من قبل الشارع ، ما عدا ما ورد في الشرع من أدلة جزئية في بعض المعاصي .

ومن هؤلاء بعض فقهاء الحنابلة ، وبعض الحنفية وبعض الشافعية ، ممن يمثلون هذا الاتجاه[1] .

فقد جاء في الشرح الكبير لابن قدامة (أبي الفرج) في تعريف التعزير ما نصه: « وهو ـ التعزير ـ التاديب » وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ، ولا كفارة »[2] .

فالتأديب اذن هو عين التعزير ، مدلولاً ، وليس قسيماً له[3] ، في اجتهادهم .

د. محمد محمود شعبان وصديق احمد عيسى المطيعي ، طبع الهيئة العامة المصرية للكتاب .

ـ الخَبْنة : من خَبَنَ الطعام ، اذا خبأه وغيبه للشدة ، والمراد ما تحمله في حضنك او تحت إبطك ، او في إزارك ـ القاموس المحيط ـ مختار الصحاح .

ـ والحديث فيه **دليل على جواز التاديب بالمال** ، بل فيه **دليل على جواز الجمع بين عقوبة المال وعقوبة البدن** ـ نيل الاوطار : جـ ٧ ص ١٣٥ .

(١) الشرح الكبير مع المغني : جـ ١٠ ص ٣٤٧ ـ لابن قدامة ـ ابي الفرج ـ السياسة الشرعية : ص ١٠٢ ـ ابن تيمية ـ الاحكام السلطانية ـ للماوردي ص ٢٠٦ ـ تبيين الحقائق : جـ ٣ ص ٢٠٧ للزيلعي وغيرهم .

(٢) المغني مع الشرح الكبير : جـ ١٠ ص ٣٤٧ .

(٣) قارن ذلك بما ورد من تعريف للتعزير في معالم القربة في الفقه الشافعي لابن الاخوة ـ ص ٢٨٤ .

ونحن نرى أن « التأديب » هو الحكمة الغائية للتعزير ، وثمرة تشريعه ، فهو تعريف بالغاية لا بالحقيقة ، اذ التعزير عقوبة هدفها التأديب والزجر والتقويم .

يرشدك الى هذا ، أن الفريق الاول القائل بالتفريق بين التعزير والتأديب مدلولاً[1] ، لم يغفل عن اعتبار الزجر والتأديب غايةً للتعزير كالحد ، اذ يقول: « وهو ــ التعزير ــ تأديب استصلاح وزجر » وهذه كلها معانٍ غائية للتعزير ، تمثل حكمة التشريع العقابي بوجه عام .

ولا شك ان التعزير والحد يتفقان غاية ، وان اختلفا حقيقة ومدلولا ، في الشرع .

هذا ، ويبدو لنا أن القائل بالفصل بين التعزير والتأديب ، لم يقصه على أساس التغاير بين مدلوليهما ، اذ التعزير شامل للتأديب ، مدلولاً ، لاتحاد معنى العقوبة فيهما ، من الإيلام والأذى ، انما على أساس اختلاف « المكلف » القائم بتوقيع كلٍّ منهما ، فالاول الإمام ، أو من يُعيِّنه لذلك ، والثاني ، الزوج ، أو الآباء والامهات ، والمعلمون ، بالنسبة للصغار .

على أن النص على أصل العقوبة أو نوعها ، كما في النشوز ، وكما في سرقة الثمر المعلّق ، وغيرهما ، لا يخرجها عن كونها نوعاً من التعزير ، ما دامت العقوبة لم تبلغ حداً ، ولا كانت كفارة ، ولذا كانت تلك النصوص ، ووقائع أقضيته ــ صلى الله عليه وسلم ــ من الادلة الجزئية التي تنهض بمشروعية أصل التعزير .

هذا ، وينبغي أن يُلاحظ ، أن نشوز الزوجة اذا كان معصية ، فان تقاعس الاولاد عن أداء الصلاة اذا بلغوا سن العاشرة ، ليس بمعصية قطعاً ، لعدم التكليف ،

---

(١) اعتمد ابن الاخوّة على الامام الماوردي في بحث « التعزير » حتى ليكاد أن يكون متأثرا بالفاظه نفسها ، قارن بينهما في معالم القربة : ص ٢٨٤ وما يليها ــ والاحكام السلطانية ص ٢٠٦ وما يليها ــ الطبعة الاولى ١٩٠٩ م مطبعة دار السعادة بمصر .

اذ هو منوط بالعقل والبلـوغ ، فتحتّمت عقوبتهم تعويدا وحملاً على فعـل الطاعات قبل التكليف بها ، ولا معصيـة دون تكليف ، أو تقويماً خلقياً في سـن الحداثة ، وليس شيء من ذلك يعتبر جزاء على جناية أو معصية ، فكان اطـلاق اسم التعزير على ذلك من حيث صورة الفعل ، لا من حيث السبب ، لذا كان لمن قال بالفصل بين التعزير والتأديب وجه .

تعريفنـا للتعزير :

من المتفق عليه ، ان التعزير عقوبة على معصية ، **لا حدّ فيها ولا كفارة**(١) .

ـ غير أنا نود أن نبين حقيقة التعزير تبيينـاً مشتقاً من تفاصيل أحكامـه ، وتصور الفقهاء لمفهومه ، فيما أوردوا من أدلة ، وتطبيقات ، فنعرفه بأنه : « عقوبة مفوضٌ أمر تقديرها ، نوعاً ، وقـدراً ، الى الإمام(٢) ، حسبما يرى من المصلحـة الملائمة لسَنَن الشرع وتصرفاته في التشريع ، على كل معصية : من ترك واجب ، أو فعل محرم ، مما لم يرد فيه حدٌ ، ولا كفارة ، سواء أكانت المعصية متعلقة بحق من حقوق الله تعـالى ، بما يمس الجماعـة ، وأمنها ، ونظامها العـام ، أو بحق الانسان الفرد » .

أما العقوبة التعزيرية من حيث النوع ، فمن مثل العقوبة البدنية ، كالضرب ، أو المقيدة للحرية ، كالحبس ، أو المالية ، كالتغريم ، أو النفسية المحضة ، كالتوبيخ ، وغـير ذلك .

وأما المصلحة ، فهي قاعدة الاجتهـاد في التشريع العقابي التعزيري ، وعلـى أساسها يتم تخيّر الإمام للعقوبة المناسبـة ، نوعاً ، ومقداراً ، شـدة وتخفيفاً ،

---

(١) الشرح الكبير مـع المغني : جـ ١٠ ص ٣٤٧ ـ لابي الفرج ابن قدامـة ـ السياسة الشرعيـة : ص ١٠٢ ـ ابن تيميـة ـ الاحكام السلطانيـة : ص ٢٠٦ ـ معالم القربة : ص ٢٨٤ ـ لابن الاخوّة ـ تبيين الحقائـق : جـ ٣ ص ٢٠٧ ـ البحر الزخار : جـ ٦ ص ٢٨٢ .

(٢) أو من يعينه لذلك ـ راجع منشأ صفة مخالفة التسعير : ص ٢٠٩ .

تنفيذاً أو ايقافاً للتنفيذ[1] ، أو توقيعاً لأكثر من عقوبة ، مراعياً في ذلك الظروف الشخصية للجاني ، والموضوعية للجريمة نفسها ، وظروف المجتمع وأحواله ، حتى يكون من شأن هذه العقوبة ــ في غالب ظن المجتهد ــ إفضاؤها الى الغرض الذي شرعت من أجله ، من الردع والزجر ، وحسم مادة الفساد ، وتحقيق أمن الجماعة ، وحراسة نظامها العام .

هذا ، والعقوبة التعزيرية ، قد تكون « حقاً للشرع » اذا كانت متعلقة بالصالح العام ، وقد تكون « حقاً للانسان الفرد »[2] ، كالهجر ، والضرب على النشوز .

ولهذا التمييز ثمرة تتصل بحكم جواز النزول عن الحق من قبل المجني عليه ، أو عدم جوازه ، وغير ذلك من الاحكام .

على أن معظم العقوبات التعزيرية متعلقة بحق الشرع ، من مثل مؤيدات مقاومة الاحتكار ، وعقوبات مخالفة التسعير الجبري ، ومصادرة مال المرتد ، لخروجه على النظام العام في الدولة الاسلامية ، والتغريم على معصية الامتناع عن أداء الزكاة .

أما ما ورد فيه حدٌ أو كفارة ، فلا مجال للاجتهاد فيه ، أو تغيير أحكامه ، لانه شَرْعٌ ثابت واجبٌ تنفيذه على النحو الذي وردت به النصوص العقابية ، تحقيقاً لارادة المشرع البينة الحقيقية الثابتة على سبيل القطع .

---

(١) اذ يكتفى في بعض الحالات بالحكم بالعقوبة مع ايقاف تنفيذها ، لما يرى القاضي من حصول الزجر بمجرد التهديد ، بالنسبة لوضع المحكوم عليه ، وان توقيع العقوبة يغدو تجاوزاً وشططاً لا تقتضيه الضرورة ــ راجع منشأ صفة مخالفة التسعير ــ هامش ــ ص٢٠٩ .(٢)الطرق الحكمية٣١٤

صور من المعاصي التي تستوجب التعزير :

هذا ، وقد أورد الإمام ابن تيمية[1] طائفة من المعاصي التي لا تستوجب حداً ولا كفارة بقوله : « **المعاصي** التي ليس لها حدٌّ مقدر ولا كفارة ، كالذي يقبّل الصبيان ، ويقبل المرأة الاجنبية ، أو يباشر بلا جماع ، أو يأكل ما لا يحلّ ، كالدم والميتة ، أو يقذف الناس بغير الزنى ، أو يسرق من غير حِرْز ، أو شيئاً يسيراً[2] ، أو يخون أمانته ، كولاة أموال بيت المال ، أو الوقوف ، ومال اليتيم ، ونحو ذلك اذا خانوا فيها ، وكالوكلاء والشركاء اذا خانوا ، أو من يغش[3] في معاملته ، كالذين يغشون في الاطعمة والثياب ، ونحو ذلك ، أو يطففون المكيال والميزان ، أو يشهد الزور ، أو يلقّن شهادة الزور ، أو يرتشي في حكمه ، أو يحكم بغير ما أنزل الله ، أو يعتدي على رعيته ، أو يتعزّى بعزاء الجاهلية ، أو يلبي داعي الجاهلية ، أو غير ذلك من **انواع المحرمات** ، فهؤلاء يعاقبون **تعزيرا وتنكيلا وتاديبا** بقدر **ما يراه** الوالي ، على حسب **كثرة الذنب في الناس**[4] وقلته ، فاذا كان كثيرا ، زاد في العقوبة ، بخلاف ما اذا كان قليلا ، **وعلى حسب حال المذنب**[5] ، فاذا كان من المدمنين على الفجور ، زيد في عقوبته ، بخلاف المقِلّ من ذلك ، وعلى **حسب كثرة الذنب وصغره** ، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم ، بما لا يعاقب به من يتعرض إلا لامرأة واحدة » .

ويستخلص من هذا النص تفهماً واستنباطاً ، القواعد الاجتهادية التي يستند اليها تشريع العقوبة التعزيرية اجتهاداً ، كما يلي :

---

(١) السياسة الشرعية : ص ١١٢ وما يليها .

(٢) اي دون النصاب ـ وعلى الجملة المعاصي التي لا تتوفر فيها شروط الحدّ ، ولا تستوجب الكفارة .

(٣) غش من باب قتل ، والاسم الغش (بالكسر) ، لم ينصحه ، وزيّن له غير المصلحة ، ولبن مغشوش ، مخلوط بالماء ـ المصباح المنير .

(٤) في هذا ، مراعاة لظروف المجتمع ، في تقدير العقوبة نوعاً ، وقدراً .

(٥) المرجع السابق ، وفي هذا رعاية لحال الجاني ، وتقدير للجريمة في حد ذاتها ، خطورة او ضآلة شأن ، فضلا عن ظروف المجتمع .

١ ــ أن « المعاصي » التي أوردها ابن تيمية ، مستحقة للعقوبة التعزيرية ، منها ما ثبت في الشرع ، نصاً أو دلالة[1] ، أو ثبت بالاجماع ، كشهادة الزور ، والرشوة ، وخيانة الأمانة ، والحكم القضائي بغير ما أنزل الله ، وأكل ما لا يحل ، كالميتة والدم ولحم الخنزير ، والغش في التعامل ، ونحو ذلك ، ولكن لم ينص على ما تستحقه من عقوبات ، فضلا عن بيان أنواعها .

وقد تكون واقعة على الافراد ، بعضهم قبل بعض ، أو من قبل ولاتهم ، أو على أمن الجماعة ، وآدابها ، ونظامها العام ، كما قدمنا .

٢ ــ المثلية بين المعصية والجزاء ، أو بين الجريمة والعقوبة ، قدراً وأثراً اذا تعذّرت نوعاً ، وتقدر شدة وضعفاً ، كثرة وقلة ، خطورة أثر ، وضآلة شأن ، بحسب حال المقترف أو الجاني أيضاً ، وطبيعة المعصية في حد ذاتها ، وظروف المجتمع ، ومآل التطبيق : عملا بالاصول العامة التي هي من مباني العدل ووجهاته في الاسلام : لقوله تعالى : « وجزاء سيئة سيئة" مثلها » وقوله سبحانه : « فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه ، بمثل[2] ما اعتدى عليكم » نفياً للظلم والتجاوز والشطط ، في تشريع العقاب[3] وتوقيعه ، أو بعبارة أخرى ، ينبغي مراعاة كافة الظروف الشخصية والموضوعية الملابسة للجريمة ، فضلا عن طبيعتها ، ومآل توقيعها ، وهذه هي « المناسبة » ، كما سيأتي .

واذا كانت العقوبة ضرراً وإيلاماً ، بدنياً أو نفسياً أو مالياً ، فالاصل مصونية المسلم عن الاضرار به وايلامه **إلا بحق ، وبقدر ما تقتضيه الضرورة** ، ويندفع به الضرر ، وتنحسم المفسدة ، ويستقيم الامر .

وكل ما لا تقتضيه الضرورة ، ولا يفضي الى الردع ، واستصلاح الجاني ، فمحرم

---

(١) كثبوت حرمة النبيذ مثلا قياسا على الخمر ، لعلة الإسكار المشتركة بينهما.
(٢) ولقوله تعالى : « وإن عاقبتم ، فعاقبوا **بمثل** ما عوقبتم به » .
(٣) راجع بحث التعزير على مخالفة التسعير ص ٢١١ .

ايقاعه عملا بالاصل العام « لا ضرر ولا ضرار » في الاسلام[1] .

٣ ــ الملاءمة أو المناسبة ، بمعنى أن تقدير العقوبة التعزيرية على النحو الذي بينا ، على معصية معينة ، يشترط أن يكون ما تفضي اليه من خير ونفع ، يربو على ما يترتب على ايقاعها من ضرر ، لان هــذا هو الاصل العام الذي يقوم عليــه وضع المشروعات ، فما غلب نفعه شرع ، وما غلب ضرره ، لا يشرع ، فالحكم ــ ايجابــاً

---

(١) يقول ابن الاخوة في كتابه معالم القربة : « فان قلت هــل للسلطان زجر الناس عــن المعاصي ، باتلاف اموالهــم ، وتخريب دورهــم التي فيهــا يشربون ، ويعصون ، واحراق اموالهم التي يتوصلون الى المعاصي بها ؟ فاعلم ان ذلك ــ لورود الشرع به ــ لم يكن خارجا عــن سنن المصالح ، لكنا لا نبتدع المصلحة ، بل نتبع فيها ، وكسر ظروف الخمر قد ثبت عند شدة الحاجة (اي بالنظر لظروف المجتمع ، ومدى انتشار هذه الجريمة فيه) فلا يكون نسخا ، بل الحكم يزول بزوال العلة ، ويعــود بعودها ، فانما جوزنا ذلك بحكم الاتباع » ص ٢٨٨ وما يليها .

ــ ويقصد بذلك ، أن ما قرروه باجتهادهم ، فيما يتعلق بتشريع العقوبة التعزيرية ، واساسها ، وشروطها ، جار على سَنَن المشرع في المصالح ، لا ابتداع فيه ، اذ قد وقع ذلك بفعل النبي ﷺ وصحابته من بعده .

ــ واما قوله : « فلا يكون نسخاً ، بل الحكم يزول بزوال العلة ، ويعود بعودها » فإشارة الى تغير الحكم بتغــير الظرف **والمصلحة** التي اقتضت ذلك ــ وهي اساس العقاب التعزيري بتفويض من الشارع نفسه ــ **فشدة الحاجة** مثلا ــ وهي قرينة على تأصّل الجريمة في المجتمع واستشرائها ــ كشيوع شــرب الخمر ، واصــرار شاربيهــا علــى معصيتهم ، اقتضت « تغليظ » العقوبة ، لتؤتي ثمرتها في مثل هذا الوضع ، وذلك **بكسر** دنان الخمر ، واوعيتها ، فضــلا عن إراقتها واتلافهــا ، ولولا ذلك لمــا تحقق الغرض منها ، حتى اذا زال السبب ، وتبدلت هذه الظروف العامــة ، تبدل الحكم تبعاً لذلك ، الى ما هو اخف ، اذ يحصل المقصود به ، دون داع الى تشديد العقوبة ، اذ الضرورة تقدر بقدرها ، بل هــو محرم ، وهذا ما نعني به من **المثلية والمناسبة** ، وهذا **التبدل** ليس نسخــا للحكم السابق ، وانما هو نتيجة لقانون **التلازم المنطقي** بين **الحكم وعلته** ، طردا وعكسا ، اذ يدور الحكم مع علته وجودا وعدما لان النسخ معناه ابطال العمل بالحكم المنسوخ مطلقا ، وانهاء امد العمل به ، من قبل الشارع ، وهذا ليس كذلك ، اذ يعود العمــل بالحكم السابق اذا عادت علتــه الى الوجــود ، ولا شك ان للظروف والاحــوال اثرا في تشكيل هــذه العلة وغودها ، فيعود الحكم .

وسلباً ــ منوط بما غلب واقعاً وعملاً ، وأن يغلب على الظن ، تحصيل مقصودها بالنسبة للجاني ، وللمجتمع على السواء ، ردعاً وزجراً ، وأمناً وعدلاً .

المثليـة في الحقوق والواجبات ، كالمثليـة في الجزاء ، مبنى للعدل في التشريـع الاسـلامي :

واذا كان الاصل في « المثلية » أن تكون مـن جميع الوجوه[1] ، صـورة ومعنى ، في التعويض المدني ، تحقيقاً للعـدل كاملاً ، فان ذلك قد يتعذر في بعض العقوبات ، ولذا ، فان ثمة من العقوبات الاخرى ما يحل محلها ، فلا تشترط النوعية أو العينية ، لتحقيق المثلية ، ولا يقدح هذا في أصل العدل ، بشرط أن تكون العقوبة « **مناسبة** » أو ملائمة للمعصية والجريمة ، وناجعة من حيث الاثر ، أي في الزجر والتقويم ، ما دام الامر في فصل مجتهد فيـه ، وما دام الإمام مفوضاً في تقديرهـا حسبما يراه محققاً للمصلحة المعتبرة شرعاً .

ألا ترى الى قوله تعالى : « ولهن **مثـل** الذي عليهـن بالمعروف » أي في الحقوق والواجبات المدنية المتبادلة بين الزوجين ، « **فالمثلية** » هنا أساس العدل ، كالمثلية في الجزاء ، ولكنها لا تعني مطلقا أن تكون واجباتُ كلٍّ من الزوجين هي عين ما كلف به الآخر ، بل هو متعذر ، اذ لا يستقيم أمر الاسرة بهذا التعيين بداهة ، لان واجبات الزوجة تختلف نوعاً عن واجبات الزوج ، وانكـان عبءُ التكليف أو قدره بينهما ، ينبغي أن يكون متكافئاً ، **فالمساواة في العبء لا في النوع** ، فعلى كلٍّ منهما من **انواع** الواجبات ما يناسبه ، لتعذر المثلية ، فكذا في بعض العقوبات .

ولذا قلنا إن « المثلية » هي الاصل ، صورة ومعنى ، فان تعذرت ، فلا بـد من المساواة من حيث القدر والاثر ، ولا بد من الموازنة ، ومن المناسبة التي تجعـل

---

(١) الا ترى الى قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها ــ على اليهود في التوراة ــ ان النفس بالنفس والعين بالعين ، والسن بالسن ، والجروح قصاص » وشرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يرد ناسخ .

العقوبة من شأنها أن تحقق العدل ، وتفضي الى المقصد الشرعي العام من التشريع العقابي التعزيري الاجتهادي ، حتى لا يعود مبدأ « المثلية » على أصل تشريعه بالنقض.

٥ ــ تَنَوُّع العقوبة بتنوع الجريمة ، من حيث جنسها ، وأثرها ، وهذا نتيجة لاصل المثلية والمناسبة، وهو ما أشار اليه الإمام ابن تيمية[1]، في تعداده لذوات المعاصي ومقاديرها ، وآثارها ، من حيث الكثرة والقلة ، وخطورة الاثر وضآلته ، وبحسب حال الجاني ، وحال الناس أيضاً ، وظروفهم المكانية والزمانية ، وهذا الاصل يعتبر نتيجة للاصل السابق كما ذكرنا ، وتوثيقاً له ، اذ بمراعاة ذلك يكون تشريع العقاب اجتهاداً أدنى الى العدل ، وأنجع في تحقيق المصلحة ، ولا ريب أن تماثل الظروف شرط في تحقيق وحدة النتائج ، بوحدة الحكم بالعقوبة على معصية معينة[2] ، اذا ثبت هذا ، فليس شيء من ذلك يقتضي قصر العقوبة التعزيرية على الإيلام البدني ، أو المساس بالاعتبار الانساني ، بل قد يتعدى ذلك الى

---

(١) السياسة الشرعية ــ ص ١٠٠ وما يليها .

(٢) قد أشرنا الى انه ينظر في تقدير العقوبة التعزيرية ، نوعاً ، وقدراً ، واثراً ، الى حال الجاني ، وحال الذنب ، وحال الناس أيضاً ، وظروفهم الزمانية والمكانية ، ومدى غلبة المعصية فيهم ، وفي هذا الصدد يقول ابن الاخوة : « واقول له ــ للوالي ــ أن يكسر الظروف التي فيها الخمور زجراً ، وقد فعل في زمن الرسول ﷺ تأكيدا للزجر ، ولم يثبت نسخه ، ولكن كانت « **الحاجة** » الى **الزجر والفطام شديدة** ، واذا رأى الوالي باجتهاده **مثل** تلك « الحاجة » ، جاز له مثل ذلك » وهذه العقوبة منظور فيها الى شيوع معصية شرب الخمر بين الناس ، كما يشير بذلك الى **اتحاد المصلحة** ، فيما تقتضيه احوال الناس في كل عصر ، وبيئة ، وهذا فقه في غاية الجودة ــ معالم القربة : ص ٢٨٨ .
واما فيما يتعلق بضرورة النظر الى حال الجاني من حيث نوعية العقوبة ومقدارها ، فقد اشار الفقهاء الى ذلك بما نصه : « اما اذا صار الجاني مبؤوساً من توبته ، فان للحاكم ان يصرف هذا المال ــ الذي أخذ منه عقوبة على المعصية ــ فيما يرى فيه من المصلحة ــ عن فصول الاستروشيني ص ٨ ــ التعزير ــ ص ٣٢٦ عبد العزيز عامر .
وهذا نظر الى شرط « المناسبة » اذ ما دام أخذ ماله مؤقتا ، وايداعه ، عقوبة لم تفض الى زجره ، بدليل اصراره ، فقد تبين انها غير مناسبة ، ومن هنا كان التشديد فيها بنزع ملكيته عن ماله ، والتصرف فيه بما تقتضيه المصلحة عند **الياس** من توبته .

العقوبة بأخذ المال ، بجامع الإيلام ، والزجر والتقويم بالحرمان في كلٍّ ، اذا غلب على ظن المجتهد ضرورة ذلك ، وتعيُّنه .

اخذ المال عقوبة ، قد يتعين جزاءً بالنظر لحال الجاني ، وتحقيق المقصد الشرعي منها ، دون غيره من العقوبات :

وعلى هذا ، فقد يكون العقاب المناسب بدنياً ، أو معنوياً ماساً بالاعتبار الانساني ، أو تقييداً للحرية ، أو أخذاً للمال عقوبة ، أو إتلافاً له ، إغاظة للجاني وتنكيلاً[1] ، وردعاً ، اذا غلب على الظن ان ذلك أنجع في الزجر والاستصلاح ، حسب الاحوال ، وقواعد الشرع« **والمصلحة المرسلة** »[2] **لا تاباه ،** لا سيما اذا كان له **شواهد** في قضاء النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ والصحابة والتابعين ومن بعدهم من الأئمة ، واجتهاداتهم ، وسيأتي تفصيله .

أما اذا ثبت لذلك شواهد في السنة ، فتلك أصول وموجّهات يُستهدى بها في الاجتهاد ، ويثبت بها أصل مشروعية أخذ المال في العقوبات التعزيرية على المعاصي المستجدة ، جرياً على سَنَن الشارع في التشريع ، مع مراعاة تماثل الظروف ، لما لها من أثر في تشكيل علة الحكم بالتغريم على وجه الخصوص .

ويشترط في قاعدة « المصلحة المرسلة » التي تستوجب « العقوبة التعزيرية » المناسبة ، أن تكون مما اعتبر الشارع جنسها ، وأن تكون مما لا تصطدم مع نص آمر وارد بخصوصها بعينها ، أي لا يوجد في الشرع ما ينافيها **عيناً** ، لان المناقاة هي علة **انتفاء** المشروعية .

---

(١) الا ترى انه يجوز قطع اشجار العدو ، واحراق ماله ، إغاظة له ، اذا قضت الظروف بذلك ، مع انه في الاصل محرم ، او اغتنام سلاح البغاة ، اذا كان في ذلك كسر لشوكتهم مع ان اسلامهم يوجب عصمتهم .

(٢) « المصلحة المرسلة » سماها صاحب كتاب معالم القربة « **الحاجة** » لان دفع « الحاجة » او تلبيتها ، مصلحة ـ وعدم الوفاء بها ضرر عام ، او ايقاع الناس في الحرج ، والحرج ضرر غير مألوف ، وهو غير مشروع بالنص .

المعاصي التي عددها الإمام ابن تيمية ، وغيره من الائمة ، المختلفة نوعاً . وموقعاً ، وخطورة ، تكاد تشمل من حيث مواردها جميع وجوه الحياة ، من التجارة ، والاقتصاد ، والسياسة ، والاجتماع ، والقضاء ، والافتاء ، والتشريع ، والآداب ، والصحة العامة ، مما يتعلق بالحقوق العامة والخاصة على السواء ، فاتسع بذلك نطاق التشريع العقابي التعزيري حتى شمل كل أولئك ، من مثل :

آ ــ السرقة من غير حِرْز ، أو سرقة شيء يسير لا يبلغ النصاب ، وهذه لا توجب حداً ، ولكنها تشكل عدواناً مباشراً على أموال الافراد **وتهدد حق المجتمع في امنه** في الاموال والانفس غالباً[1] ، وان كان فيها حق الفرد ، ولكن حق الله غالب .

ب ــ الاعتداء على أموال الدولة ، من قِبَلِ ولاة بيت المال (الخزينةالعامة)، وهي حق عامة المسلمين .

جـ ــ الجرائم التي تقع على أقوات الناس ، وما به قوام عيشهم ، وصحة أبدانهم ، كالاحتكار ، والغش في المواد الغذائية ، والثياب ونحوها ، مما يضر بالصحة العامة ، ويؤدي الى أكل أموال الناس بالباطل ، ومنها مخالفة التسعير الجبري ، كما قدمنا .

د ــ بخس الناس أشياءهم ، بتطفيف الكيل والميزان ، وحرمانهم من أخذهم كامل حقهم ظلماً ، وخيانة أمانة .

هـ ــ جميع صور خيانة الامانة ، في الحكم ، والمعاملات .

---

(١) يؤكد هذا ، أن حدّ القطع شرعاً على سرقة ما يساوي ثمن المجن ــ اي الترس ــ منظور فيه معنى الاعتداء على المجتمع كله ، في ماله وامنه ، والا فان العقوبة النصية هذه ــ قطع اليد ــ اعظم اثرا بالمقارنة مع قيمة المال المسروق ، اذ بلغ ثمن المِجَنّ ، وهو التَرس ، ومن هنا قلنا ، إن «المثلية» ينبغي أن ينظر اليها من خلال **المناسبة** ايضا ، من حيث الخطورة ، وتحقيق مقصد الشارع من العقوبة التي تترتب على كل معصية على حدة.

و ــ المعاصي التي تتعلق بالاخلاق والآداب العامة ـ مما لا يوجب حداً ، كتقبيل المرأة الاجنبية ، أو التعرض للنساء في الطرقات .

ز ــ ما يكون سبباً في تضليل العدالة ، وتضييع الحق ، كالرشوة ، وشهادة الزور ، أو تلقينها .

ح ــ ما يتعلق بالانحراف عن التشريع الإلهي ، **قضاء ، او إفتاء ، او حكماً** ، وذلك بتطبيق أحكام غريبة عن الاسلام ، لهوى ، أو تسلط ، أو عداء ، مما يفسد على الناس دينهم ، ويعبث بميزان العدل فيما بينهم ، وولي الامر يوقع العقوبة التعزيرية المناسبة على ضوء ذلك .

ط ــ الاتصال بالعدو ، وإنهاء أسرار الدولة اليه ، واطلاعه على مدى قوتها ، واستعدادها ، خيانة عظمى ، كالجاسوسية ، والعقوبة التعزيرية على ذلك الاعدام حقاً للشرع[1] .

ي ــ ما يتعلق بالرجوع القهقرى الى **عادات وتقاليد الجاهلية الاولى** ، مما ينقض أو يحد من هيمنة الاسلام عقيدة وتشريعاً ونظماً ، في الدولة .

ك ــ ترك ما أمر الشارع به ، مما هو واجب الأداء اذا تحقق شرطه ، تهاوناً واستهتاراً ، كالامتناع عن أداء الزكاة ، والمجاهرة بالفطر في رمضان .

هذا ، والتغريم بالمال على الامتناع عن اداء الزكاة ــ في الواقع ــ عقوبة تعزيرية منظور فيها الخروج **على نظام الدولة ، وليس تعويضاً عما اتلف ، او تحصيلاً للواجب من الزكاة** ، فهي حق للشرع ، لان حق الله فيها غالب ، ولذا حارب أبو بكر مانع الزكاة كمحاربته للمرتد .

واذا كان التشريع العقابي التعزيري يشمل بنطاقه كافة هذه المواقع وغيرها من حياة المجتمع ، فيجب أن يتنوع أثراً ، تبعاً لتنوع طبيعة هذه المعاصي وتفاوت آثارها ، على نحو يحقق العدل في المثلية والمناسبة[2] ، بين آثار كل من العقوبة

---

(١) السياسة الشرعية ــ ص ١١٤ ــ ابن تيمية .

(٢) وقد اورد الائمة امثلة للمعاصي التي تستوجب التعزير ، وعقوباتها ،

والجريمة ، مع مراعاة الظروف الملابسة للافراد والمجتمع[1] ، زماناً ومكاناً، كما بينا.

٧ ـ طبيعة المعاصي التي تستوجب العقوبة التعزيرية ، بعضها ايجابي وقوعي ، والآخر سلبي عدمي :

وقد يؤدي اطّراح أساس « المناسبة » في الاجتهاد في التشريع العقابي التعزيري الى النقيض من أصل تشريعه ، فيغدو حينئذ مجلبةً للشر والفساد ،

ولا تقصر من حيث شمولها ، عما أورده الامام ابن تيمية ـ تبيين الحقائق: جـ ٣ ، ص ٢٠٨ ـ للزيلعي ـ المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٨ للنووي ـ الطرق الحكمية : ص ٣١٢ وما يليها ـ ابن قيم الجوزية ، طبع المؤسسة العربية للطباعة ١٩٦١ مراجعة احمد العسكري ـ تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢١٣ ـ ابن فرحون المالكي ـ وقد اورد ابن فرحون طائفة من المعاصي وعقوباتها فمن ذلك :

١ ـ امره ﷺ بتحريق متاع الذي غلّ من الغنيمة .
٢ ـ إضعاف الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر والكثر، كما اسلفنا.
٣ ـ إضعاف الغرم على كاتم الضالة .
٤ ـ أخذه شطر مال مانع الزكاة ، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى.
٥ ـ امره ﷺ لابس خاتم الذهب ، بطرحه ، فطرحه ، فلم يعرض له احد .
٦ ـ امره ﷺ بقطع نخيل اليهود ، إغاظة لهم ، وتنكيلا .
٧ ـ تحريق عمر ـ رضي الله عنه ـ قصر سعد بن ابي وقاص بالكوفة لما احتجب فيه عن الرعية ، وصار يحكم في داره .
٨ ـ مصادرة عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ عماله ، باخذ شطر اموالهم فقسمها بينهم وبين المسلمين ـ وغير ذلك كثير .

ويقول ابن فرحون : « وهذه قضايا صحيحة معروفة ، قال ابن قيم الجوزية ، واكثر هذه المسائل شائعة في مذهب احمد ـ رضي الله عنه ـ وبعضها شائع في مذهب مالك ـ رضي الله عنه ـ ومن قال ان العقوبة المالية **منسوخة** فقد غلط على مذاهب الائمة ، **نقلاً واستدلالاً** ، وليس بمسلم دعواه نسخها ، وفعل الخلفاء الراشدين واكابر الصحابة لها بعد موته ﷺ مبطلٌ لدعوى نسخها ... الخ ـ المرجع السابق : جـ ٢ ص ٢١٣ ـ ٢١٤ .

(١) قدمنا أن حد السرقة ـ وهو قطع اليد ـ لم ينظر في تشريعه وإلزام الشارع به ، الى مجرد قيمة النصاب ، في حد ذاته ، بل المنظور فيه هو مدى اثر هذه « الجريمة » على المجتمع في ماله وامنه ، وهذا هو مقتضى مبدأ « المثلية » و « المناسبة » اللذين لاحظهما المشرع في تشريع العقوبة نوعا وقدرا واثرا .

بديلٌ أن يكون إجراءً وجزاءً عقابياً لاستئصال شأفة المعصية والإجرام، ودرء الشر والفساد والظلم ، وتحقيق أمن وسلامة الجماعة ، ونظامها .

ـ هذا التقسيم ليس مجرد تقسيم افتراضي ، ذهني، بل هو **تقسيم بياني واقعي** يكشف عما هو **واقع** في الوجود الخارجي ، فلا اختلاف فيه .

فمن الاول : التطفيف في الكيل والميزان، والغِش في الاقوات ، وفي الصناعات، والمعاملات بوجه عام ، والاعتداء على الحرمات ، وممارسة الولاة ظلم الرعية ، وغير ذلك ، مما هو وقوعي إيجابي .

ومن الثاني ، ترك أداء الصلاة أو الصوم ، أو المجاهرة بالفطر في شهر رمضان، أو عدم ايتاء الزكاة اذا استحق أداؤها ، أو الامتناع عن أداء الدَّين عند حلول أجله مع القدرة عليه « ليُّ الواجد ظلم يُحِلُّ عقوبته » .

فالعقوبة في الاول هي جزاء الوقوع في المعصية زجراً عن الاستمرار فيها ، أو العود اليها ، وردعاً للغير عن التفكير في اقترافها ، عظة وعبرة .

والعقوبة في الثاني ، للحمل على **اداء الواجب قهراً**، وقطع التمادي والاستمرار في الامتناع ، وزجراً له ولغيره عن التهاون في أداء الفريضة ، أو حمله على أداء الحق الى مستحقه عند حلول أجله ، مع القدرة عليه ، أو احترام نظام الدولة ، والانصياع لامتثال تشريعها .

هذه مقدمة تمهيدية بين يدي البحث تيسر فهمه ، والاحاطة به .

٨ ـ تحرير محل النزاع :

السلف من الفقهاء ـ رضي الله عنهم ـ سواء المجيزون منهم للعقوبة بأخذ المال على معصية غير مقدرة ، والمانعون ـ لم يفرقوا في هذا الصدد ، بين المعصية

القائمة بالمال[1] وبين الواردة عليه[2] ، أو المعصية التي يُتخذ المال مادة لصنعها منه وتجسيدها ، مما يتعلق التجريم الشرعي **بالفعل ، والمادة المصنوعة** معاً ، كالخشب تُصنع منه التماثيل والاصنام ، وآلات اللهو ، أو العنب تتخذ منه الخمر ، أو الجريمة التي تتعلق بالتصرف في المال ـ سلباً أو إيجاباً ـ على نحو يشكل اعتداءً على نظام الدولة ، فضلاً عن التأثير في مُقدَّراتها ومواردها المالية ، كالامتناع عن أداء الزكاة ، فقد كان هذا سبباً في حرب مجلّية شنها الخليفة أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ على الممتنعين كمحاربته للمرتدين سواء بسواء ، أو يشكل عدواناً على تأمين المجتمع في عناصر ومقومات حياته الأساسية المعاشية ، كالاحتكار[3] ، أو الجناية الكبرى على وجود الدولة نفسها ، وسيادتها ، كالجاسوسية[4] ، والخيانة العظمى ، أو على قِيَمها ومُثُلها ، وعقائدها ، ونظامها الاساسي كله ، كجريمة **الارتداد** عن الاسلام ـ والعياذ بالله ـ حيث يوجب الشرع **مصادرة** مال المرتد[5] على الراجح في فقه المذاهب ، أو جناية الزوجة على **زوجها** ، أو على **نفسها** بالقتل **قبل الدخول** ، فيسقط مهرها ، ولا يتقرر بالموت ، **استثناءً** من عموم القاعدة ، **في الحالين** ، وتعزيراً بالتغريم مالياً على هذه الجناية ، وما اورثت من **ضرر بالغ** ، ومعاملةً لها بنقيض قصدها ، وسداً للذريعة ، كما يقول

---

(١) من مثل خلط اللبن بالماء غشاً ، فالمعصية قائمة بالمال نفسه ، أو احتياز الخمر في الظروف والدنان ونحوها .

(٢) كسرقة ما لا قطع فيه .

(٣) ومن مؤيدات مقاومة الاحتكار العقوبات التعزيرية التي يراها الامام ، ومنها الحرمان من الربح تغريماً ، ص ١٢١ .

(٤) تبلغ العقوبة التعزيرية حدَّ القتل ، سياسةً ، ومصادرة اموال الجاسوس ، حسبما تقضي به المصلحة العليا للدولة في ضوء خطورة كل حالة من حالات التجسس او الخيانة العظمى ، وهذا الاجتهاد المصلحي السياسي في الفقه الاسلامي ، يعتمد الظروف الموضوعية والشخصية وحال الجاني ، وخطورة الجناية ـ السياسة الشرعية ـ ص ١١٤ ـ ابن تيمية .

(٥) هذا فضلا عن عقوبة الاعدام بالنسبة للرجل لقوله ﷺ : « من بدَّل دينه فاقتلوه » وعقوبة الحبس الدائم للمرأة ، اذا لم يتوبا .

المالكية ، فضلا عن عقوبة حرمانها من الارث في الحال الاولى[1] .

ولا ريب أن حرمانها من مهرها ــ وهو حق مالي مكتسب ثابت لها شرعاً ، بمقتضى عقد سابق ، وهو عقد الزواج ــ ضرب من عقوبة التغريم بالمال .

اذن « واقعة الموت » هذه ، لم يرتب الشارع عليها الحقوق المالية ، بالنسبة للجاني ، تغريماً مالياً لعلة الجناية ، سواء في ذلك حق المهر ، أم حق الارث ، وهذه العلة معنى ملحوظ للشارع في الحرمان من حق الارث ــ كما تعلم ــ فينتظم الحرمان من المهر ، قياساً أولوياً ، لمعقوليته ، بدليل اعتباره أساساً للاجتهاد التعزيري في فقه الجمهور في هذه المسألة .

أو معصية من لا يحضر صلاة الجماعة ، بأخذ المال منه عقوبة ، أو ايجاب درهم على من أتى امرأته وهي حائض[2] ، أو تغريم الجاني على ما أحدث من مجرد الالم في السن ، أو مجرد اصفرارها ، أثراً للضرب ، ولو لم يورث ألماً فيها ، أو خللاً ، لتغيّر لونها ، أو من تشويه الجمال ، بقص الشعر مثلاً[3] ، أو التغريم على معصية المساس بالكرامة الانسانية ، ولا سيما لذوي المكانة ، كالاهانة باغلاظ القول ، والتشنيع بفحش الكلام ، بما دون الرمي بالزنا[4] ، على نحو ما وجّه

---

(١) أي في حال ما اذا قتلت زوجها ــ التغريم المالي على راي زفر ، من الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ــ البدائع : جـ ٢ ص ٢٩٤ ــ وجاء في حاشية الدسوقي : « ويبقى النظر في قتل المرأة زوجها ، هل تعامل بنقيض مقصودها ، ولا يتكمل صداقها ، او يتكمل ؟ والظاهر انه لا يتكمل لها بذلك ، لاتهامها ، ولئلا يكون ذريعة لقتل النساء ازواجهن » جـ ٢ ص ٢٧٨ ــ شرح قانون الاحوال الشخصية : جـ ١ ص ٢٤٤ ــ د. عبد الرحمن صابوني .

(٢) الفتاوى البزازية : جـ ٢ ص ٢٥٧ ــ تبيين الحقائق : جـ ٣ ص ٢٠٨ ــ التعزير ــ ص ٣٢٦ ــ د. عبد العزيز عامر .

(٣) البحر الزخار : جـ ٦ ص ٢٨٠ .

(٤) لان الرمي بالزنا قذف يوجب عقوبة الجلد حداً بالنص ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا باربعة شهداء ، فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً ، واولئك هم الفاسقون » ويستوي في هذه العقوبة قاذف الرجل والمرأة على السواء ، اذ معنى المعصية ينتظم الحالين .

المَددِي[1] لخالد بن الوليد ، حيث أمر الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ بحرمان المعتدي من حقه المالي ، سلب قتيله[2] ، عقوبة ، بقوله : « لا تعطه يا خالد ! ــ مرتين ــ ثم هبَّ الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ مغضباً ، وقال : « هلاَّ تركتم لي أمرائي ؟ ! » [3] أو من مثل معصية التعرض للنساء في الطرقات ، مما لا علاقة له بالمال أصلاً ، ولا شبهة فيه لتعويض عن مال أُتلف .

وبعض هذه التطبيقات وارد في السنة ، مما يؤكد صحة نظر المجيزين في عدم التفرقة ، وهذه ليست من التعبديات التي لا يدرك معنى لحكمها ، بل معقولة المعنى ، تبادراً لغوياً[4] ، يستهدي بها المجتهد ، في تقدير العقوبات المالية ، على ما يستجد من وقائع المعاصي والجنايات .

أقول : لم يفرق السلف من الفقهاء ــ المجيزون منهم والمانعون ــ بين كل أولئك ، حيث أقام كلٌّ منهما أدلته على مُجتَهَدِه ، دون تفصيل .

وعلى هذا ، تحرر لدينا « محل النزاع » من أنه : « العقوبة **المحضة** التي ألزم الشارع بها نصاً أو دلالة ، بأخذ المال تعزيراً ، على معصية لا توجب حداً ولا كفارة ، بترك ما أمر الله تعالى ، أو بفعل ما نهى عنه ، مما ليس فيه شبهة التعويض المالي عن الضرر المالي الذي يمس حقاً من حقوق شخص معين ، **بإنقاص** ماله ، تعمداً أو تقصيراً » .

---

(١) المددي صفة اطلقت على من ارسله الرسول ﷺ مَدَداً من الجند ، وَرِدءاً للجيش في واقعة مؤتة ــ صحيح مسلم : جـ ٥ .

(٢) وقد استكثره خالد على المددي ، فاخذه منه ، فاغلظ القول لخالد حينئذ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) يقصد بذلك ان « العلة » مفهومة لغة ، دون اجتهاد ، لتبادرها من منطوق النص . فيصح بناء الحكم عليها حيثما وجدت ، وهذا هو القياس الاولوي ، أو دلالة النص ، في الاصول .

تحليل محل النزاع :

١ ــ المراد بالعقوبة المحضة تلك التي ليس فيها معنى التعويض المدني ، أو التسوية الحقوقية ، عن مال أتلف ، جبراً ، اذ لا علاقة لمثل هذه بالعقوبة المالية التعزيرية ، فالمقصود أخذ المال **تعزيراً لا تعويضاً** .

٢ ــ اطلاق القول بأخذ المال ، دون بيان لكيفيته ، ومصيره ، ليَصْدُق على كلٍّ من **التغريم والمصادرة**(١) ، وسواء أكان مصيره الاتلاف ، أو ضمّه الى بيت المال (٢) ، أو التصدق به ، أو تمليكه للغير ، حسبما تقضي به المصلحة الراجحة التي يراها الإمام ، بموجب ما منح من تفويض في ذلك ، وسلطة تقديرية واسعة ، مستعيناً بأهل الخبرة ، ومقيداً بقواعد الشرع ، لان هذه الكيفيات ذات أثر واحد بالنسبة للجاني ، وهو حرمانه من ماله كلاً أو بعضاً ، ونزع ملكيته عنه ، سواء أكان على سبيل التغريم أم المصادرة .

٣ ــ وأما قولنا : على معصية لا توجب حداً ، ولا كفارة ، فليشمل كل معصية ، سواء أكانت متعلقة بالمال ، أو واردة عليه ، أو لا تعلق لها بالمال أصلاً ، ولو ورد فيها نص خاص يحدد عقوبتها صراحة ، كما بينا .

٤ ــ أما المراد بقولنا : مسّ حقاً من حقوق شخص معين ، فأطلاق الشخص يفيد

---

(١) قد فرق بينهما الفقه الوضعي ، فقد عرفت المادة (٢٢) من قانون العقوبات المصري ، **الغرامة** بانها : « إلزام المحكوم عليه ، بان يدفع الى خزينة الحكومة ، المبلغ المعتمد في الحكم .
ــ وعرفت المادة (٣٠) منه ، **المصادرة** بانها عقوبة مالية ، بالحكم بها تنتقل لجانب الحكومة ، ملكية الاشياء التي تحصل من الجريمة ، او التي استعملت ، او كان من شانها ان تستعمل فيها » ــ التعزير : ص ٣٣٨ ، ص ٣٤١ ــ د. عبد العزيز عامر .
ــ فالغرامة اذن مبلغ من المال ، يثبت ديناً في ذمة الجاني ، بموجب حكم ، واما المصادرة ، فهي حكم بنزع ملكية اشياء معينة ، واضافتها الى ملكية الدولة جبراً عن مالكها ، دون مقابل .

(٢) اذا جاز اتلاف المال المصادر ، جاز تمليكه لبيت المال من باب اولى .

صدقه على الشخص الحقيقي ، أو الحكمي ، كالدولة ، ومؤسساتها العامة ، ومرافقها[1] .

٥ ــ هذا ، وإلزام الشارع بالعقوبة ، شرط لمشروعيتها ، اذ العقوبة لا تثبت الا بحكم ، والحكم مصدره الشرع ، وثبوت الحكم شرعاً بالعقوبة قد يكون نصاً ، كالحدّ ، والكفارة ، والقصاص ، والدية في القتلى ، وقد يكون دلالةً ، أي مدلولاً عليه بدلالات التشريع ، من مثل العلة المتبادرة من النص منطوقاً[2] ، كما في القياس الاولوي ، وهو حجة في اثبات أحكام العقوبات ، كما قدمنا ،أو من مثل « المعنى العام » المستنبط من عدة نصوص جزئية ، وقد يكون مبنياً على قاعدة « المصلحة المرسلة » المتعلقة بحق عام ، أو خاص ، كما أشرنا ، شريطة أن يشهد لها أصل عام في التشريع ، وذلك بأن اعتبر الشارع جنسها ، ليكون ترتيب حكم العقوبة على أساسها ، فيما لم يرد فيه نص ، جارياً على وفق تصرفات الشارع ، وسَننَه في التشريع، فالحكم حينئذ يكون بالزام الشارع دلالة ، لا بمحض ارادة المجتهد « إن الحكم إلا لله » وان كان المجتهد يبين ، أو يكشف ــ باجتهاده ــ حكم الله تعالى في الواقعة المعروضة ، لكنه لا ينشئه إنشاءً ، لما قدمنا .

وقد يرد فيها نص ، ولكنه لا يوجب حدًا ولا كفارة ، كأقضية الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ في التغريم .

الدليل الذي اعتمده السلف في عدم التفصيل لانواع عقوبة التغريم ، ووجوه التصرف فيها بعد اخذها ، هو اثرها المتحد بالنسبة للجاني ، وهو الانقاص من ماله ، ولسلطة الإمام التفويضية المقيدة بالمصلحة :

إن السبب الذي حمل السلف من الفقهاء ، ولا سيما المجيزين ، على عدم

---

(١) قد توجب الجريمة نوعين من العقوبة ، كجريمة الاعتداء على أموال بيت المال ، **أولاهما** : التعويض المالي المكافىء جبراً لما أتلف ، وهذه تسوية مدنية ، كما أسلفنا . **والثانية** : التغريم المالي ، زائداً عن التعويض ان وجد ، وقد تكون غير ذلك ، كالسجن ، فالاولى ليست من موضوع بحثنا ، كما تعلم .

(٢) وهو ما يطلق عليه ، دلالة النص ، في علم الاصول .

التفصيل بين أنواع العقوبة المالية تعزيراً على معصية غير مقدرة ، كما يبدو من وجوه استدلالهم ، أنهم اعتبروا أخذ المال عقوبة على سبيل التعزير ، انقاصاً من مال الجاني ، وهو معنى ينتظم سائر أنواع عقوبات التغريم بالمال ، فالمصادرة ، وهو نزع ملكية المال المصادر وامتلاكه من قبل الدولة ، كمصادرة بعض أموال الولاة جزاء استغلالهم للولاية ، أو تغريم الجاني بمبلغ يثبت في ذمته ديناً بحكم ، يجب أداؤه ، أو وجوه التصرف في هذا المال المصادر ، أو المغرَّم به ، من مثل ضمه الى بيت المال ، أو تقسيمه بين المسلمين ، أو التصدق به على المساكين ، أو تمليكه من شخص معين ، كمن وجد من ينتهك حرمة حرم المدينة ، بالصيد فيه ، فان له سلبه ، تمليكاً ، أو اتلافه ، اذا كان مادة محرمة ، أو داخلها الغش خلطاً أو صناعة ، كاللبن ، والثياب ، كل ذلك يعتبر ذا أثر متحد بالنسبة للجاني ، وهو إنقاص من ماله ، والانقاص في معنى الاتلاف ، كما يقول فقهاء المالكية .

ـ هذا ، ويؤثر المالكية ـ ان كانت المعصية قائمة بالمال الكثير ـ التصدق على الاتلاف ، للنهي عن اضاعة المال بوجه عام[1] ، كالمال الكثير الذي داخله الغش .

تعريف العقوبة بوجه عام ، شرعاً :

العقوبة شرعاً ، هي **جزاء** وضعه الشارع ، **نصاً او دلالة** ، والزم به ، على معصية : من ترك مأمور به ، أو فعل منهي عنه .

وما يدخل في موضوعنا ، هو العقوبات الثابتة في الشرع دلالة ، كما علمت ، والعقوبات النصية التي لم تبلغ حداً ولا كفارة .

الفرق بين الجريمة والجناية شرعاً ، وايهما يتصل بعقوبة التعزير :

هذا ، وبعض الفقهاء يسمي كل مخالفة للشارع فيما أمر به ، أو نهى عنه ، بترك الاول ، وفعل الثاني ، يسميه جرماً ، او جناية[2] .

---

(١) تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢١٣ ـ ٢١٤ ، لابن فرحون .
(٢) الاحكام السلطانية : ص ٢١٩ للماوردي ـ تبصرة الاحكام جـ ٢ ص ٢١٣ لابن فرحون .

يقول الماوردي : إن الجرائم « محظورات شرعية زجر عنها بحد ، أو تعزير »•

واعتبر من الجرائم موجبات القصاص •

وكذلك سمى ابن فرحون هذه الجرائم « جنايات » اذ يقول في تعريفها الجنايات : هي الجناية على النفس ، والجناية على العقل ، والجناية على المال ، الجناية على النسب ، والجناية على العِرْض » •

وعلى هذا ، فالجناية مرادفة للجريمة مدلولاً عند هؤلاء •

أما جمهور الفقهاء ، فقد فرق بينهما ، اذ ذهب الى أن « الجرائم » خاصة موجِبات الحد • والتعزير ، وخص الجنايات بموجِبات القصاص لا غير •

وسبب التفرقة بينهما ، أن موجِب القصاص يجوز فيه العفو والنزول عنه ، ما ببدل مالي ، أو بدون بدل ، ولو رفع للقاضي ، خلافاً لموجب الحد ، فانه لا عفو يه بعد رفعه للقاضي •

وأيضاً ، القصاص يورَث ، والحد لا يورَث •

والقصاص يثبت باشارة الاخرس ، والحد لا يثبت بشيء من ذلك[1] •

حكمة تشريع العقوبة ، او المقصد الشرعي من اصل تشريعها بوجه عام :

العقوبة إنما شرعت ليكون من شأنها المنع من الاقدام على الجريمة أو الجناية نبل الوقوع (الوقايـة) •

ـ وأن يكون من شأنها الزجر عنها بعد الوقوع •

فالعقوبات من شأنها أن تكون موانع أو زواجر •

---

(١) الاشباه والنظائر ـ قاعدة « الحدود تدرأ بالشبهات » ـ للسيوطي : الاسلام عقيدة وشريعة ص ٢٦٠ للشيخ محمود شلتوت .
ـ هذا ، وتجدر الاشارة الى أن « **الدية** » ـ بدلا عن القصاص ـ ليست عوضاً مالياً عن القتل خالصاً ، لان الانسان ليس مالاً ، وانما هي **مكافأة** من الشارع لولي القتيل ، لينزل عن حق القصاص .
ـ الحق والذمة ـ الشيخ علي الخفيف ـ ص .

ومن شأنها كذلك ، استصلاح حال الجاني ، وتقويمه .

هذا فضلاً عن صيانة أمن الدولة ، وحمايتها ، والحفاظ على نظامها العام .

وذلك ما يطلق عليه « حق الشرع » أو حق الله تعالى ، كما أشرنا .

ما يوجب التعزير يسمى جريمة او جناية :

وعلى هذا ، ففي الرأي الاول ، أن ما يوجب التعزير ، قد يطلق عليه جريمة أو جناية .

أما على الرأي الثاني ، فما يوجب التعزير هو ما يطلق عليه جريمة فقط ، لانها خاصة بما يوجب الحد أو التعزير ، دون ما يوجب القصاص .

والخلاصة ان كل عقوبة لم يرد فيها نص يحددها نوعاً ومقداراً ، تثبت في الشرع بناء على اصل معنوي عام ، او قاعدة « المصلحة » او قياس اولوي ، فيثبت الزام الشارع بها دلالة ، بشرطين : المثلية والمناسبة .

على أن السنة قد ورد بها من **الادلة التفصيلية** التي تتعلق بوقائع جزئية ، تتضمن أحكاماً شرعية تفرض عقوبات مالية ملزمة على الجناة ، كما ورد بها قضاء الصحابة وغيرهم ، في وقائع من هذا القبيل ، مما يمكن أن يُستخلص منه الاصل المعنوي العام الذي ينتظم كل أولئك ، ويحكّم تحكيماً أصولياً في الوقائع المستجدة ، وهذا هو **« القياس العام »**(١) الذي يُبنى عليه أحكام تلك الوقائع

---

(١) القياس العام قال به الشافعية على ما سياتي في مناقشة ادلة المانعين ، والرد عليهم من واقع ادلة الائمة واصولهم ، وهو لا يخرج عن **تحكيم المعنى الشرعي العام ، او المعنى المشترك المستخلص من عدة ادلة جزئية من الكتاب والسنة واجتهاد الصحابة وغيرهم** ، والذي ينتظمها جميعاً . هذا ، وتحكيمه في الوقائع الجزئية المستجدة ، وبناء الحكم على اساسه ، واجب شرعا ، لان الشارع قد لاحظه واعتبره في كثير من الجزئيات التي استخلص منها ، فكان لذلك حجة ـ اصول التشريع الاسلامي ـ ص ٥ وما يليها ـ للمؤلف ـ معالم القربة : ص ٢٨٩ ـ ابن الاخوة ـ وهو شافعي المذهب .

بحيث يجعل هذ االعمل التشريعي متفقاً وما يقتضيه ذلك المعنى العام ، القطعي ، أو قل لا يخرج عن تصرفات الشارع وسَنَنَه في التشريع العقابي بوجه عام ، لتبادر معناه وعلته دلالةً ، ومن ثمَّ لا تكون المصلحة التي استندت اليه غريبة عن الشرع.

والاصل المعنوي العام كالاصل اللفظي العام ، من حيث قوة الاحتجاج به ، وصحة بناء الحكم عليه .

١ ـ ما صدر في القرآن الكريم ، والسنة الثابتة ، قضاءً ، وقولاً ، وفعلاً من صور التغريم بالمال :

ما ألزم به الشارع الحكيم ، في كفارة القتل خطأً ، وكفارة الظهار ، وكفارة الحِنْث في اليمين ، في خصالها المالية ، اذ لا تعدو كونها ضرباً من التغريم بالمال على معصية : من فعل ما نهى الله عنه ، أو ترك ما أمر الله تعالى به .

وهذا دليل بيِّن على مشروعية أصل التغريم بالمال شرعاً ، والمعنى التعبدي انما هو في تحديد العقوبة مقداراً ، لا في أصل تشريعها ، عقوبةً وجزاءً ، لانه معقول المعنى .

٢ ـ صور من قضائه ـ صلى الله عليه وسلم ـ بالتغريم بالمال :

ـ أما قضاؤه ـ صلى الله عليه وسلم ـ مما يثبت مشروعية أصل عقوبة التغريم بالمال ، فنورد طرفاً منه ، ونوه بأهم وقائعه :

---

(١) راجع في هذه الصور : تبصرة الحكام : ج ٢ ص ١٣٨ ـ ١٣٩ ـ نيل الاوطار : ج ٧ ص ١٣٤ ـ إعلام الموقعين : ج ٢ ص ٩٨ ـ الحسبة ـ لابن تيمية ـ ص ٤٩ ـ ٥٠ ـ التعزير في الشريعة الاسلامية : ص ٣٣٥ ـ ٣٣٨ ـ سنن البيهقي : ج ٥ ص ١٩٩ و ج ٩ ص ١٠٢ـ١٠٣ ـ المجموع شرح المهذب : ج ٥ ص ٢٨٤ ـ الهداية مع فتح القدير : ج ٢ ص ٢٨٥ ـ الاموال ـ القسم الثاني ـ ص ٢٤ ـ مذكرة للاستاذ الكتاني ـ التيسير في أحكام التسعير ـ ص ٨٥ .

١ ــ تغريم كاتم الضالة ، أن يردّها « **ومثلها** »عقوبةً على **معصية الكتمان** ولم يضعف الحديث أحد .

٢ ــ فيما رواه مسلم من قضائه ــ صلى الله عليه وسلم ــ **بعدم رد السَّلب الى القاتل** وكان خالد بن الوليد قد أخذه منه ، حين استكثره عليه ، وذلك عقوبة على **إغلاظ القول لخالد**(١) ، كما قدمنا .

لا يقال إن هذا وارد على خلاف القياس ، فكان حكماً قاصر العلة ، لأنا نقول : ان هذا الحكم معقول المعنى ، ومعناه قرب المأخذ ، فاذا أدرك المجتهد العلة ، لشخوصها ، وتبادرها ، وقرب مأخذها ، كانت متعدية لا قاصرة ، فصح قياس غيرها عليها ، ولو كان الحكم مستثنى ، اذ الاصل في النصوص التعليل ، سواء أكان النص وارداً في حكم أصلي أم مستثنى ، بل وتخصّص العمومات بمقتضى هذا القياس في الوقائع المتجددة التي يتحقق فيها مناطه ، لانه في الحقيقة قياس أولوي ، (دلالة النص) وهو حجة ، لانه في معنى النص .

على أن المجيزين لا يعتمدون هذا القياس الجزئي الاولوي على أنه الاصل الوحيد العام لاجتهاداتهم في هذه المسألة على ما علمت ، وانما هو دليل من أدلتهم .

---

(١) صحيح مسلم : جـ ٥ مطبعة الشعب ــ القاهرة .
وخلاصة القضية : ان رجلا ممن أرسلهم الرسول ﷺ من اليمن من جيش مؤتة لامداده ، قد قتل خصما له من الاعداء ، وأخذ سَلَبه ، ولكن خالدا ــ رضي الله عنه ــ استكثر هذا السلب على الرجل القاتل ، وأخذه منه ، فأبلغ عوف بن مالك ذلك الى رسول الله ﷺ فأمر خالدا برد السلب الى الرجل القاتل ، ولكن عوف بن مالك اغلظ لخالد القول ، فغضب رسول الله ﷺ وقال : « لا تعطه يا خالد ، لا تعطه يا خالد » وكررها مرتين ؛ ثم خاطب الرسول ﷺ عوف بن مالك قائلا : « هل أنتم تاركون لي أمرائي ؟ » المرجع السابق .

٣ ــ اباحته ــ صلى الله عليه وسلم ــ سَلَبَ من يصيد في حَرَم المدينة ، عقوبة « لهتك حرمتها » لا تعويضاً عن مال أُتلف ، فكان ذلك عقوبة محضة

ــ كما أسلفنا ــ الزمَ بها الشارع ، لمخالفة أمر ديني لا علاقة له بالمال أصلاً ، ومَلَّك الغرامة للواجد .

ــ ودليل كونها عقوبة محضة ، لا تعويضاً ، أنه لو اشترك في هذا الصيد جماعة ، للزم كلاً منهم الجزاء كاملاً ، ولو كان تعويضاً مالياً ، في مقابل ضرر مالي ، للزم كلَّ واحد منهم نصيبٌ نسبي منه ، لا الجزاء كاملاً ، فدل ذلك على أن هذا التغريم ، محض عقوبة ، للاشتراك في جريمة ، لا تعويض فيها عن مال أُتلف[1] .

فقد جاء في الهداية : « أن هذا يعتبر غرامة تشبه غرامات الاموال »[2].
وأيضاً ، لو كان ذلك « فدية » لنص الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ على ذلك . على أنه لم يَعهد في الشرع اعتبار السَّلبَ فدية .

ــ وأيضاً مما يؤكد كونه عقوبة لا تعويضاً ، قوله تعالى في صيد الحرم: « ليذوق وبال أمره »[3] .

---

(١) والحديث رواه سعد بن ابي وقاص عند مسلم قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : من وجدتموه يصيد فيه ــ يعني حرم المدينة ــ فخلوا سلبه » وقد روي أن سعيد بن المسيب ــ رضي الله عنه ــ اخذ سَلَبَ رجل قتل صيدا بالمدينة ، وقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من راى رجلا يصطاد بالمدينة ، فله سلبه » ــ معالم القربة ص ٣٨٨ ابن الاخوة .
وهذه عقوبة مالية محضة على هتك حرمة المدينة ، او على مخالفة امر ديني ، لا علاقة له بالمال اصلا ، الزم بها الشارع وملكها للواجد ، كما رايت .

(٢) الهداية مع فتح القدير : جـ ٢ ص ٢٨٥ للمرغيناني ــ والكمال بن الهمام.

(٣) المرجع السابق ــ الضمان ص ٥ ــ ١٠ ــ للشيخ علي الخفيف ــ الطرق الحكمية ص ٣١٥ .

٤ ــ إضعافه الغرْمَ على كاتم الضالة[1] على صاحبها .

٥ ــ أمره ــ صلى الله عليه وسلم ــ بكسر دنان الخمر ، وكسر القدور التي طبخت فيها لحوم الحُمُر الاهلية ، دون الاكتفاء بإراقة أو إكفاء ما تقوم به المعصية، من الخمر واللحم ، إتلافاً ، بل باتلاف ما تتعلق به من الاوعيـة والظروف ، تغليظاً للعقوبة ، تبعاً لمقتضيات أحوال الجماعة .

٦ ــ منعه ــ صلى الله عليه وسلم ــ الغالَّ من الغنيمة ، سهمَه ، وحرقَ متاعه ، جزاء معصية الغلول .

٧ ــ تحريقه أمكنة المعصية ، وهدمها ، كما فعل في مسجد الضِّرار .

٨ ــ مصادرته ــ صلى الله عليـه وسلم ــ لشطر مال[2] أو إبل الممتنع عـن أداء الزكاة ، زيادة عن المقدار الواجب أداؤه ، عقوبة على معصية الامتناع هذه ، باعتبارها خروجاً على النظام العام للدولة ، لا مجرد منع الحق عن مستحقه ، كمـا أسلفنـا .

٩ ــ إضعافه الغرم على سارق ما لا قطع فيه من الثمر المعلق[3] .

١٠ ــ حرمان القاتل من الميراث ، وهو حق مالي ، أثراً لجناية القتل ، فضلاً عـن عقوبة القصاص ، وهي جناية غير واردة على المال أصلا .

١١ ــ حكم رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في حَرِيسة[1] الجبل (الشاة)

---

(١) كتمان الضالة ، اخفاء الضائعة من الابل والغنم ونحوها .

(٢) روى ابو داود والنسائي انه ﷺ قال : « من أعطاها مؤتجراً ، فله اجرها ، ومن منعها فإنّا آخذوها ، وشطرَ إبله عزْمة من عزمات ربنا » .
ــ هذه رواية النسائي ــ واما رواية أبي داود ، فقد جاءت بلفظ : وشطر ماله . ــ نيل الاوطار : جـ ٣ ص ١٣٤ وما يليها ــ المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٩ للنووي ــ زاد المعاد : جـ ٣ ص ١١ لابن القيم .

(٣) نيل الاوطار : جـ ٧ ص ١٣٤ وما يليها .

(٤) وقد قاس الفقهاء على ذلك ، قتل الموصى له الموصي ، لعلة الجنايـة ، وهي متبادرة لا تفتقر الى اجتهاد في تبينها ، كما قاس جمهور الفقهاء على ذلك حرمان الزوجة مـن مهرها الثابت لها بمقتضى عقـد الزواج ، اذا قتلت زوجها قبل الدخول ، معاملة بالنقيض ، ولان من المقرر شرعا ، ان من استعجل شيئا قبل الاوان ، عوقب بالحرمان .

تؤخذ من مراتعها ، **بثمنها مرتين** ، وضربِ نكالٍ ، ولـو سرقت من الحِرْز (مَعْطِنِها) لكان فيها القطع .

ـ فقد روي أن رجلاً من مُزَيْنَة ، سأل رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن الحريسة التي توجد في مراتعها ، قال : « فيهـا **ثمنهـا مرتين** ، وضربُ نكالٍ »[1] .

ـ فدل اضعاف الثمن على ثبوت مشروعية التغريم بالمال عقوبةً على سرقة ما لا قطع فيه ، كما مر في سرقة الثمر المعلَّق .

ـ قال الشوكاني : فيه دليل على جواز التأديب بالمال[2] .

ـ وفيه دليـل أيضاً على « جواز الجمـع بين **عقوبة المال والبدن** »[3]

أي في سرقة ما لا قطع فيه ، فكان ذلك أصلاً عاماً .

١٢ ـ هَمُّه ـ صلى الله عليه وسلم ـ بتحريق بيوت المتخلفين عـن الجماعـة ، ومعلوم أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ لا يهم إلا بأمر جائز ومشروع .

ـ وفي هذا إتلاف للمال الذي تقـوم به معصيـة التخلف ، وهو معصيـة لا عدوان فيها على المال أصلاً ، ولا علاقة لها به .

ـ وهكذا ، تبين لنا ، من وقائع قضائه ـ صلى الله عليه وسلم ـ في العقوبة المالية ، أنا لا نجد فيها تفرقة ، بين صور التغريم بالمال ، أخذاً أو اتلافاً ، أو مصادرة ،

---

(١) الحريسة من الغنم ، قيل هي التي ترعى وعليهـا حرس ، اي المحروسة نفسها ، وقيل هي السيّارة التي يدركها الليل قبل أن تصل الى ملواها ـ وفي القاموس ـ الحريسة المسروقة ـ جمعها حرائس .
ـ وانما قال من مراتعها ، لا من « معاطنها » لان المرتع ليس موضع حرز لها ، بل الحرز هو المعطن ، اي مأوى الابل والغنم ـ وجاء في المصباح : حريسة الجبل : الشاة يدركها الليل قبل رجوعها الى مأواها ، فتسرق من الجبل ، أي مسروقة الجبل .
ـ وقال ابن فارس : ليس فيما يحرس بالجبل قطع ، لانه ليس بموضع حرز (٢) نيل الاوطار : جـ ٧ ص ١٣٤ وما يليها .
(٣) المرجع السابق .

والسبب متحد ، وهو المعصية ، سواء أكانت متعلقة بالمال ، أم قائمة فيه ، أم ليس لها تعلق بالمال أصلاً ، فالتفرقة تحكم ، اذ لا دليل عليها ، بل الدليل ـ كما ترى ـ قائم على نفيهـا .

٣ ـ اجتهادات بعض الصحابة ومن بعدهم في التغريم بالمال :

آ ـ تغريم عمر ـ رضي الله عنه ـ حاطب بن أبي بلتعة **ضعف** قيمـة الناقـة التي سرقها مواليه ، جزاءً على معصية تجويعهم ، كما أسلفنا .

ب ـ مصادرته شطر أموال بعض ولاته التي اكتسبوها ثمرةً للولاية .

جـ ـ إحراق علي ـ رضي الله عنه ـ **المال المحتكر** ، جزاء على جريمة الاحتكار .

د ـ مصادرة **مال المرتد** ، وضمه الى بيت المال ، عقوبةً على ارتداده ، عند الجمهور ، وخروجه على النظام العام في الدولة الإسلامية ، وتفصيل ذلك في كتب الفقه[1] .

هـ ـ إراقة اللبن المغشوش ، إتلافاً على صاحبه ، أو التصدق به على المساكين ، كما في اجتهاد المالكية[2] وغير ذلك كثير .

و ـ ويرى المالكية وغيرهم ، تغريم المحتكر ، بحرمانه من الربح[3] ، كما علمت ، معاملة له بنقيض قصده ، من نزعته المفرطة في الاستغلال ، فقـد جاء في التيسير : « أن يحيى بن عمرو ، قد سُئل عن احتكار الطعام اذا كان فيه ضرر على الناس في أسواقهم ، فقـال : أرى أن يكون لهم ـ للمحتـكرين ـ رأس مالهم ، والربـح يُتَصدق به ، أدباً ـ عقوبة ـ لهم »[4] .

---

(١) المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٩٥ وما يليها ـ المغني مع الشرح الكبير جـ ٩ ص ٩ وما يليها ـ نهاية المحتاج : جـ ص ٤٢٠

(٢) تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢٠٠ وما يليها ـ التيسير في احكام التسعير : ص ٨١ ـ ٨٥ .

(٣) راجع مؤيدات مقاومة الاحتكار : ص ١١١ .

(٤) التيسير في احكام التسعير : ص ٨١ ـ ٨٥ للمجيلـدي المالكي ـ تبصرة الحكام : جـ٢ ص ٢٠٠ وما يليها .

اتجاهات الفقهاء في مسالة اخذ المال عقوبة ، على معصية ، او كبيرة ، او جناية لا حدّ فيها ولا كفارة :

اولا ــ اتجاه المانعين وادلتهم :

ذهب هذا الفريق الى أن العقوبة بأخذ المال علـى المعاصي التي لا تستوجب حداً ولا كفارة ، غير مشروعة ، وعمدتهم في ذلك ، أدلة من الكتاب ، والسنـة ، والاجماع ، والمعقول .

أولا ــ ان العقوبة بالمال كانت مشروعة بالسنة ، في أول الاسلام، ثم نُسِخَت.

هذا ، واختلفوا في الناسخ ، فقال بعضهم : هو حديث ناقة البَراء بن عازب[1]، وزعم آخرون ، أنه حديث : « ليس في المال حق سوى الزكاة »[2] .

---

(١) وقد ورد هذا الحديث في نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٣٦٤ ــ وهذا نصه : « وعن حرام بن مُحَيِّصة ، أن ناقة البَراء بن عازب ، دخلت حائطاً فأفسدت فيه ، فقضى نبي الله ﷺ ان على اهل الحائط حفظها بالنهار ، وان ما افسدت المواشي بالليل **ضامن** على اهلها » رواه احمد، وابو داود، وابن ماجه ــ وقوله ضامن : اي **مضمون** على اهلها . . . المرجع السابق . اما ثبوت مشروعية العقوبة باخذ المال ، فبالسنة من حديث بَهز بن حكيم ، فيما رواه عن ابيه عن جده ، قال : « سمعت رسـول الله ﷺ يقول : « في كل إبل سائمة ، في كل اربعين ابنة لبون ، لا يفرق إبل عـن حسابها ، من اعطاها مؤتجرا ، فله اجرها ، ومن منعها ، فإنّا آخذوهـا ، وشطرَ إبله » وفي رواية « وشطر ماله » والاولى رواية النسائي ، والثانية رواية ابي داود ــ وادّعوا انها نسخت . المرجع السابق ــ المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٩ ــ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٥ ــ ١٣٩ .

(٢) المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٤ ــ نيل الاوطار : جـ ٣ ص ١٣٩ . وهذا الحديث ــ كما يقول النووي ــ ضعيف جـدا لا يُعرف . وقـال البيهقي : لا احفظ فيه إسناداً ــ رواه ابن ماجه ، لكن بسند ضعيف . ــ غير ان الترمذي والبيهقي رويا عن فاطمـة بنت قيس ، ان النبي ﷺ قال : « إن في المال حقا سـوى الزكاة » ثم ضعفاه ــ المرجـع السابق ، وسياتي البحث في ذلك .

أما وجه استدلالهم بحديث ناقة البراء بن عازب ، فقد قالوا ، إنه صلى الله عليه وسلم ـ لم يحكم بالعقوبة المالية ولا بإضعافها ، ولا نُقِل ذلك عنه ، فدل على تحريم العقوبة المالية لزوماً .

ثم ادّعوا أن هذا الحديث ـ بما هو لاحق ـ ينسخ ما كان مشروعاً في أول الاسلام ، من عقوبة المال التي كانت ثابتة بالسنة أيضاً من حديث بهز بن حكيم وغيره[1] ، على ما سيأتي بيانه .

ثم علّلوا النسخ ، بأنه لسد ذريعة امتداد أيدي الظلمة من الحكام الى أخذ أموال الناس بغير حق[2] .

أما من ذهب الى أن الناسخ قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « ليس في المال حقٌ سوى الزكاة » فوجهوا استدلالهم ، بأن الحديث بعمومه شامل لنفي كون ما يفرضه الإمام على الجاني من العقوبة المالية ، حقاً ، لكونه زائداً عن أصل مقدار الواجب في الزكاة ، اذ لا حق سواها ، وبذلك نسخ ما كان من ذلك مشروعاً من قبل .

واذا لم يكن حقاً ، كان باطلاً ، اذ لا واسطة ، فالتغريم بالمال شيء لم يرد به الشرع .

ثانياً ـ استدلوا بالعمومات من الكتاب العزيز ، من مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ، لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ومن مثل قوله تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، وتدلوا بها الى الحكام »[3] أي بغير سبب مشروع .

وقالوا : والحكم على الجاني في معصية ، بالأخذ من ماله عقوبة ، لا يقوم على دليل شرعي ، فكان أخذاً أو أكلاً للمال بغير حق ، وهو باطل ، ومحرم بالنص .

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٣ ص ١٣٩ ـ المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٤ وما يليها .
(٢) المرجع السابق : ونيل الاوطار : جـ ٣ ص ١٣٥ .
(٣) البقرة ـ آية ١٨٨ .

ثالثاً ــ واستدلوا بالسنة ، من مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في حَجَّة الوداع : « إن دماءكم ، وأموالكم ، عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا ، في شهركم هذا ، في بلدكم هذا ، الى يوم تلقونه »[1] .

ــ ومن مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا يَحِلُّ مال امرىء ، إلا بطيبة من نفسه » .

وأخذ المال بغير سبب مشروع ، قهراً ، واعتــداءً ، محرم بالحديث الاول[2]، وأيضاً القهر تنتفي معه ارادة التبرع أو النزول عن حق المال عن رضا من صاحبه ، فلا يحل بمقتضى الحديث الثاني ، وبغيره من النصوص .

قالوا ، وأخذ المال قهراً من صاحبه ، عقوبة على معصية ، لو كان على سبيل التخصيص من النص العام ، فلا بد من الدليل المخصِّص ، ولا دليل ، فلا يجوز ، فبقي التغريم على مقتضى الاصل العام من عدم المشروعية .

رابعاً ــ واحتجوا أيضاً ، بأن ما ورد عن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ في سنته القولية والفعلية والقضائية بوجه خاص ، مما يثبت أصل مشروعية عقوبة اخذ المال ، على فرض انها محكمة غير منسوخــة ، انما ورد في **وقائع معينــة**[3] **على سبيل الاستثناء ، فلا يتوسع فيهــا** ، لانها تشتمــل على **علل قاصرة غير متعديــة** ، فتكون واردة على سبيل **الحصر لا المثال** ، ومن ثَمَّ ــ لقصور علتها ــ لا يصح القياس عليها[4] اذ من شرط صحة القياس أن تكون علته « متعدية » ، أي توجد في غــير الواقعة التي ورد فيها النص .

---

(١) اخرجه البخاري .

(٢) نص الحديث الشــريف الاول « ان دماءكم واموالكم ... » فيه مقتضى محذوف ، لا بد من تقديره ، ليستقيم معنى الكلام شرعا ، وهو **الاعتداء** ، لان المحرم ليس هو ذات المال ، او الدم ، بل **الاعتداء** عليهما ، لان الاحكام الشرعية تتعلق بالافعال ، لا بالذوات ، كما تعلم .

(٣) نيل الاوطار : جـ ٣ ص ١٣٥ للشوكاني .

(٤) المرجع السابق .

ـ وبعبارة أخرى ، ان ما ورد على خلاف القياس ، فغيره عليه لا يقاس .

خامساً ـ ما ثبت بالسنة المشهورة ، من أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد أقرَّ أعرابياً على **عدم الزيادة** عن حق الزكاة ، بعد أداء الصلاة والصوم ، وعبادة الله تعالى وحده ، ولو كان ثمة حقٌ في الشرع سواها ، لأعلمه ، اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، والحاجة الى التشريع قائمة ، اذ سأل الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن الاعمال التي تدخله الجنة ، فدل ذلك على أن الحق في التغريم بالمال أمر لا وجود له في الشرع .

فقد روى أبو هريرة ، أن أعرابياً قال للنبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « دُلَّني على عمل اذا عملته أدخل الجنة » قال : « تعبد الله ، لا تشرك به شيئاً ، وتقيم الصلاة ، وتؤدي الزكاة ، وتصوم رمضان » قال : والذي بعثك بالحق **لا ازيد** على هذا . فلما أدبر ، قال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « من أراد أن ينظر الى رجل من أهل الجنة ، فلينظر الى هذا »[1] .

سادساً ـ ادَّعوا **الإجماع** على حرمة التعزير بأخذ المال عقوبة[2] .

سابعاً : واستدلوا **بالمعقول** .

١ ـ قالوا « **الزكاة** » عبادة كسائر العبادات ، من الصلاة والصوم ، ولم نعهد أن الشارع قد شرع جزاء على الممتنع عن أدائهما أخذ شطر ماله تغريماً ، فكذلك لا يجب شيء من الغرامة المالية على الممتنع عن أدائها ، يرشدك الى هذا ، أن

---

(١) اخرجه البخاري ومسلم ـ وقد ورد في معنى هذا الحديث ، ما يبلغ حد الشهرة ـ المجموع شرح المهذب ، جـ ٥ ص ٣٠١ .

(٢) والحق ، ان دعوى الإجماع هذه لم تثبت ، لسبب بسيط ، هو وجود المخالفين الذين اتجهوا الى القول بالمشروعية ، كما سيأتي ـ الاعتصام : جـ ٢ ص ١٠٥ ـ للشاطبي .

هذه الغرامة لو دفعها مالكها الى الفقراء ، **واستقرت ملكيتهم لها** ، ثم سرقها ، لا يجوز أخذ شيء من ماله نظير ما سرق ، فلان لا يجب عليه شيء قبل استقرار ملكهم فيها ، من باب أولى[1] .

٢ ــ إن أبا بكر ــ رضي الله عنه ــ قد حارب الممتنعين عن أداء الزكاة ، وهو خليفة ، ولم ينقل أنه أخذ من أحدهم شطر ماله زيادة عن القدر الواجب أداؤه ، عقوبة ، ولم يؤثر عن الصحابة فعل ذلك من بعده ، أو القول به ، فدل ذلك على أن التعزيم بالمال غير مشروع ، لا في معصية الامتناع عن أداء الزكاة ، ولا في غيرها[2] ، اذ لم يرد الشرع بشيء من ذلك عمن يقتدى به[3] .

٣ ــ قد بيّن أئمة الفقه ، بم يكون التعزير ، وطرقه المشروعة ، فذكروا منه الضرب ، والحبس ، والنظر شزراً ، أو بوجه عبوس ، ونحو ذلك مما يتصل بالعقوبات البدنية ، أو الإيلام المعنوي ، ولكنهم لم ينصوا على التعزير بالاخذ من مال الجاني عقوبة[4] ، بل على العكس من ذلك ، صرح بعضهم بأنه محرم ، لانه لا يتفق ومقتضى الاصول العامة في الشرع ، ولا دليل تستند اليه مشروعيته تخصيصاً من هذه العمومات .

٤ ــ ان ما يدعيه المجيزون من « **مصلحة** »[5] سنداً للمشروعية فى اجتهادهم ،

---

(١) الإشراف على مسائل الخلاف : جـ ١ ص ١٦٦ ــ المغني : جـ ٢ ص ٤٢٨

(٢) الملكية : جـ ٢ ص ٣٢١ ــ للدكتور العبادي .

(٣) الاحكام السلطانية : ص ٢٩٥ ــ للماوردي .

(٤) تبيين الحقائق : جـ ٢ ص ٢٠٨ .

(٥) ان جمهور الفقهاء من الشافعية ، والحنابلة ، والمالكية ، قد أجازوا اعتماد المصلحة المرسلة أصلا يبنى عليه الحكم العقابي المالي ، واطلقوا على هذه « المصلحة » اسم الحاجة ، وهي وان لم يورد الشارع الا صورا معدودة منها ، فانه يصبح القياس على المعنى العام المستخلص منها ، وهذا هو القياس العام ــ معالم القربة : ص ٢٨٤ ــ الاعتصام : جـ ٢ ص ١٠٥ للشاطبي ــ تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢٠٠ لابن فرحون .

هي ــ في الواقع ــ غريبة[1] ، لا توافق مقتضى الادلة ، كما ذكرنا .

ــ هذا ، وممن منع مشروعية عقوبة التغريم بالمال ، الإمام الغزالي ــ رضي الله عنه ــ فقد جاء في كتابه « شفاء الغليل »[2] ، ما نصه :

« فان قال قائل : اذا رأى الإمام جمعاً من الاغنياء ، يسرفون في الاموال ، ويبذرون ، ويصرفونها الى وجوه من الترفه ، والتنعم ، **وضروب من الفساد** ، فلو راى المصلحة في **معاقبتهم : باخذ شيء من اموالهم** ، **وردّه الى بيت المال** ، **وصرفه الى وجوه المصالح** ، فهل له ذلك ؟ قلنا : **لا وجه له** ، فان ذلك عقوبة **بتنقيص الملك** ، **واخذ المال** ، والشرع لم يشرع **المصادرة في الاموال** ، **عقوبة على جناية** ، مع كثرة الجنايات والعقوبات ، وهذا إبداع امر **غريب** لا عهد به ، وليست المصلحة فيه **متعيّنة** ، فان العقوبات ، **والتعزيرات** ، مشروعة بإزاء الجنايات ، وفيها **تمام الزجر** ، فاما المعاقبة **بالمصادرة** ، **فليس من الشرع** ... والزجر حاصل بالطرق المشروعة ، فلا يُعْدَلُ عنها مع امكان الوقوف عليها » .

ــ « فان قيل : روي أن عمر ــ رضي الله عنه ــ **شاطر خالد** بن الوليد على ماله ، حتى أخذ رسوله فردّةَ نعلِه ، وشطر عِمامته »[3] .

« قلنا : المظنون بعمر ــ رضي الله عنه ــ : انه **لم يبتدع العقاب باخذ المال** ، على خلاف المألوف من الشرع ، وانما ذلك ، لعلمه باختلاط ماله بالاموال المستفادة من الولاية ، وإحاطته بتوسّعه فيه[4] ، ولقد كان عمر ، يراقب الولاة بعين كالئة[5] ساهرة ، فلعله خمّن الامر ، فرأى شطر ماله[6] من فوائد الولاية وثمراتها ، فيكون

---

(١) شفاء الغليل : ص ٢٤٣ ــ للامام الغزالي . تحقيق الدكتور حمد الكبيسي : ص ٢٤٣ ــ ٢٤٥ ــ مطبعة الارشاد ــ بغداد ــ ١٣٩٠ هـ ــ ١٩٧١ م .

(٢) ص ٢٤٣ ــ ٢٤٥ .

(٣) تاريخ الطبري : جـ ٤ ص ٢٠٥ ــ ٢٠٦ ــ الكامل : جـ ٢ ص ٢٢٧ لابن الاثير ــ الاصابة : جـ ١ ص ٤١٤ ــ سيرة عمر : ص ١٣٥ ــ ١٣٦ ــ ابن الجوزي ــ النظم الاسلامية : ص ٢٢٥ ــ الدكتور حسن ابراهيم حسن .

(٤) كان عمر ــ رضي الله عنه ــ اذا بعث عاملا على مدينة كتب ماله ، وقد قاسم غير واحد منهم » الطبقات : جـ ٣ ص ٢٨٢ ــ ابن سعد ــ وانظر شفاء الغليل : ص ٢٤٤ ــ تعليق الدكتور احمد الكبيسي .

(٥) حارسة يقظة .

(٦) مال الوالي .

ذلك **كالاسترجاع** للحق بالرد الى نصابه ، فأما أخذ المال المستخلص للرجل عقاباً على جناية ـ شرع الشرع فيها عقوبات سوى أخذ المال ـ فهو مصلحة **غريبة لا تلائم** قواعد الشرع » .

« فتبين بهذا المثال : أن إبداع أمر في الشرع ـ لا عهد به ـ **لا وجه له** ، وأنّا ـ في اتباع المصالح ـ نتردد على ضوابط الشرع ومراسمه ، وقد ذهب الى تجويز ذلك ذاهبون ، **ولا وجه له** »[1] ، وستأتي مناقشة ذلك كله .

هذه جملة ما اعتمده المانعون من الادلة ، ومنهم الإمام الشافعي في الجديد[2]، وأبو حنيفة ، ومحمد[3] ، وبعض الحنابلة ، وبعض المالكية ، وغيرهم ، وستأتي مناقشة ذلك كله .

ثانياً ـ اتجاه المجيزين وادلتهم :

١ ـ استدلوا بالسنة وإجماع الصحابة ، والمعقول .

أما السنة ، فقد استدلوا بما يأتي :

آ ـ ما رواه بَهْزُ بن حكيم ، عن أبيه ، عن جده ، قال : سمعت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول : « في كلِّ إبلٍ سائمة [4] ، في كل أربعين ابنةُ

---

(١) المرجع السابق .

(٢) ذهب الشافعي في القديم الى مشروعية التغريم بالمال ـ المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٤ وما يليها .

(٣) تبيين الحقائق : جـ ٢ ص ٢٠٨ .
ـ ومعنى قوله « نتردد » : أي نرجع المرة تلو المرة الى ما وضعه الشارع من **ضوابط** للمصلحة المعتبرة شرعاً ، حتى لا نبتدع في الشرع ما ليس منه ، أو نعتمد مصالح غريبة عنه ، نقيمها أساساً لبناء الاحكام عليها ، في التشريع الاجتهادي لما لا نص فيه .

(٤) يدل على أنه لا زكاة في العلوفة .

لبون ، لا تُفرَّقُ إبلٌ عن حسابها ، من أعطاها مؤتجراً ، فله أجرُها ، ومن منعها ، فإنّا آخذوها ، وشطرَ مالِه عزمةٌ من عزَمات ربنا ، تبارك وتعالى ، لا يحلُّ لآل محمد منهـا شيء »[1] .

ووجه الاستدلال ، أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد أوجب عقوبة أخذ المال على من امتنع عن أداء الزكاة ، فقد فرض عليه أنْ يؤخذ منه حق الزكاة قهراً ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « فإنّا آخذوها » وأن يؤخذ شطر ماله عقوبةً ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « عزمة من عزمات ربنا » والعزائم الفرائض[2] **وهو غرامة زائدة عن اصل الواجب** ، كما ترى وهي عقوبة على معصية الامتناع عن أداء الواجب ، أو اخفاء المال[3] ، أو الخروج على نظام الدولة .

وهذا ، للإمام أو نائبه[4] اذ له ولاية أخـذ الزكاة ، وقبضها ، بدليـل قوله

---

(١) رواه احمد والنسائي ، وأبو داود ، والحاكم ، والبيهقي ، وقال يحيى بن معين : اسناده صحيح اذا كان من دون بهز ثقة .
ـ وفي رواية ابي داود « شطر ماله » وفي رواية النسائي « شطر إبله » ـ المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٤ . الاموال : لابي عبيد : ص ٥٢٠ تحقيق محمد خليل هراس ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ ـ وقال احمد : صالح الإسناد ـ وقد وثقه (بهز بن حكيم) ، جماعة من الائمة ، وقال ابن عدي : لم ار لـه ـ لبهز ـ حديثا منكرا ، وقال الذهبي : ما تركه عالم قط ، وقد تكلّم فيه انه كان يلعب بالشطرنج ، قال ابن القطان : وليس ذلك بضائر له ، وقال الحاكم : حديثه صحيح ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ ـ الطبعة الاخيرة ـ طبع مصطفى البابي الحلبي .
هذا ، والعزمة ، بمعنى الجد في الامر ، وفيه دليل على ان ذلك واجب مفروض ـ اذ العزائم بمعنى الفرائض . ـ المرجع السابق : ص ١٤٠
ـ وقوله ﷺ : لا تفرق إبل عن حسابها : أي يفصل شريك ملكه عن ملك صاحبه تهربا من الزكاة .
(٢) المرجع السابق ـ تبصرة الحكام : ص ٢١٣ .
(٣) المجموع : جـ ٥ ص ٢٨٨ : قدمنا ان الامتناع عن اداء الزكاة يشكل خروجا على نظام الدولة ، ولذا جاز قتالهم ، حملا لهم على الانصياع لتشريع الدولة ، واحترام نظامها العام .
(٤) نيل الأوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ .

ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « **فإنا آخذوها** » كما ذكرنا ، وفسّر « شطر المال » بالنصف ، فيما نقله الإمام النووي عن الإمام أحمد ، أنه قال : « تؤخذ منه الزكاة ، **ونصف ماله عقوبة**(١) ، وذهب بعضهم الى تفسيره ببعض ماله .

ـ وفيه دلالة على أن العقوبة لا تثبت إلا بحكم ، والحكم هنا صريح صادر من الشارع ، وهو ملزم ، لان العزمة هي **الفريضة** ، أو الحق الذي لا بد منه(٢) ، ويقول الإمام الشوكاني : وقد استدل به على أنه يجوز للإمام أن « **يعاقب باخذ المال** » ، اذ يقول : « وفيه دليل على أن أخذ ذلك واجب مفروض »(٣) .

ب ـ وبما روي عن عَمْرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ سُئل عن الثمر المعلّق ، فقال : « من أصاب بفيه(٤) من ذي حاجة ، غير متخذ خُبْنَةً ، فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه ، فعليه **غرامة مثليه** ، **والعقوبة** ومن سرق(٥) منه شيئاً بعد أن يؤويه الجَرين ، فبلغ ثمن المِجَنّ ، فعليه القطع ، ومن سرق دون ذلك ، فعليه **غرامة مثليه** ، **والعقوبة** »(٦) .

ووجه الاستدلال ظاهر ، وهو أن من أخرج غير ما يأكل من الثمر المعلق ، أو سرق

---

(١) المجموع : جـ ٥ ص ٢٨٩ ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ .

(٢) يقول ابن فرحون في كتابه تبصرة الحكام : ص ٢١٣ ما نصه : « ومنها ـ أي مما وردت به السنة من العقوبة التعزيرية ـ أخذه ـ ﷺ شطر مال مانع الزكاة ، عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى » **اي الحق المفروض الذي لا بد منه** » ـ المرجع السابق والطرق الحكمية : ص ٢٤٥ .
ـ وفي بعض الروايات « **عزيمة** » وهما بمعنى واحد ـ المرجع السابق .

(٣) نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ . ويقول : العزائم الفرائض ، كما في كتب اللغة .

(٤) رواه ابو داود وابن ماجه ، وروى نحوه النسائي ، والحاكم ، وصححه ـ ورواه الامام احمد . وقوله : أصاب بفيه ، أي أكل بفمه .

(٥) اي من الثمر بعد أن يؤويه الجرين .

(٦) تغريم الجاني ـ جعله غارماً ـ أي مدينا بما عوقب به من المال .

من الجرين ما لا قطع فيه ، فعليه غرامة مثلي ما سرق أو أخرج[1] من الثمر المعلق ، وقد عبَّر الحديث عن ذلك صراحة بلفظ الغرامة .

والاصل ردّ عين المسروق أو مثله ، أو قيمته ، حسب الاحوال ، اذا هلك أو استهلك ، فكان التغريم بالمثل الزائد عن مقدار الواجب ، عقوبة مالية ، **فضلا عن العقوبة البدنية** ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « فعليه غرامة مثليه والعقوبة » فقد جمع الحديث الشريف ، بين **عقوبة المال وعقوبة البدن** ، لمعصية السرقة ، فيما لا قطع فيه .

وإلزام الشارع بهذه العقوبة صريح، لقوله عليه السلام: « **فعليه غرامة مثليه** » لان هذا التعبير بلفظ « على » يفيد الوجوب ، والالزام .

وقد ذكرنا أن العقوبة حكم لا يثبت الا من قبل الشارع ، وبإلزامه .

قالوا : وليس لهذه العقوبة المزدوجة من سبب آخر غير ما نص عليه في الحديث الشريف ، وهو معصية اخراج غير ما يأكل من الثمر المعلق ، أو من السرقة من الثمر بعد أن يؤويه الجرين ، فيما لا يوجب القطع (الحدّ)[2] ، وهو معقول المعنى ، وليس أمراً تعبدياً خالصاً .

وهذا ثابت بالسنة ، فكان ذلك دليلاً على ثبوت أصل مشروعية أخذ المال من الجاني عقوبة ، وهو ما نذهب اليه .

جـ ـ واستدلوا بقضائه ـ صلى الله عليه وسلم ـ من إضعاف الغرم على كاتم ضالّة الإبل ، وقضى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ **بردها ومثلها** .

والمِثْل ـ أي مثل قيمة الإبل الضالة ـ **غرامة مالية** زائدة عن أصل الحق ،

---

(١) جامع الاصول : جـ ٤ ص ٣١٩ ابن الاثير .

(٢) تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢١٣ ابن فرحون المالكي ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ وما يليها . السياسة الشرعية : ص ١٠٠ .

ثبت بحكم رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ دَيناً في ذمة الجاني مطلوباً منه أداؤه بالزام الشارع إياه ، وليس لذلك من سبب الا **جريمة الكتمان** ، كما هو نص الحديث ، اذ ليس ثمة من سبب آخر تضاف اليه هذه العقوبة المالية .

د ــ واستدلوا بأمره ــ صلى الله عليه وسلم ــ بكسر دنان الخمر ، وشق ظروفها : اتلافاً للمادة المحرمة ذاتها ، ولِما تعلق بها من الاوعية[1] أيضاً .

وقد كان القدر الواجب في العقوبة ، **إراقة الخمر ذاتها** ، لانها هي المادة المحرمة التي تقوم بها المعصية ، إعداماً لها ، لكن ما بال الدِّنان تكسر ، والظروف تشق ، هو تغليظ العقوبة على الجاني ، بتضييع ماله ، بما يزيد عن القدر الواجب ، إمعاناً في التنكيل ، والاغاظة ، والزجر ، إما نظراً لظروف الجاني ، أو لظروف الجماعة التي شاعت فيهم هذه المعصية ، وقد أشرنا الى أن الظروف الشخصية والموضوعية تعتبر من معايير تقدير العقوبة التعزيرية .

فثبت بالسنة ، مشروعية إضعاف العقوبة المالية ، وتغليظها ، للزجر والردع .

ــ ويلاحظ ، أن من شأن هذا ، **الاضعاف**[2] ، على القدر الواجب أداؤه في الاصل ، أن يؤدي الى تحقيق حكمة مشروعية العقوبة غالباً ، اذا اقتضت الظروف ذلك ، وهي الإيلام والزجر واستصلاح الجاني ، وهذه هي « **المناسبة** » بين المعصية وعقوبتها التعزيرية ، نوعاً ومقداراً ، تبعاً للظروف ، وتجب مراعاتها أساساً في التشريع العقابي التعزيري .

إذن ، للظروف الاجتماعية أثر كبير في تضعيفها ، فضلاً عن ظروف الجاني .

ــ يرشدك الى هذا ، بل ويؤكده ، أن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ بعد

---

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : ص ٣١٣ ــ ابن قيم الجوزية ــ الحنبلي ــ تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢١٣ ابن فرحون ــ المالكي .
(٢) الاضعاف والتضعيف ، **زيادة المثل او اكثر** .

أن أمر يوم خيبر ــ بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الاهلية ، عقوبة ، عاد فأذن **بعدم كسرها** ، والاكتفاء بغسلها ؛ بعد أن استأذنه الصحابة في ذلك ، مما يدل على جواز الامرين حسب الاحوال ، ومقتضيات الظروف ، اذ قد سبق أن أمر بكسر دنان الخمر ، وشق ظروفها ، فضلاً عن اراقتها ، وذلك دليل المشروعية في الحالين ، وترجح احدى العقوبتين المغلظة أو المخففة ، بمقتضيات الاحوال .

ــ ولا تعليل لتغليظ العقوبة ، وعدمه على الرغم من **وحدة السبب** ، وهو المعصية ، ووحدة المادة المحرمة ، إلا أن الاقتصار على اتلاف عين المادة المحرمة ، والاكتفاء بذلك ، في خيبر كان ــ في نظر الشرع وتقديره ــ عقوبة ناجعة ، لتحقيق الغرض الشرعي من توقيعها ، بالنظر لظروفهم وأحوالهم ، اذ لم تكن تستدعي ذلك التغليظ ، بدليل « توسلهم » الى الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ أن يكتفي بعقوبة إراقة الخمر ، دون كسر الدنان ، وذلك آية ازدجارهم ، وصلاحهم ، وعدم اصرارهم .

ــ والخلاصة ، أنه يستنبط من مجموع أقواله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وقضائه ، مبدأ تشريعي يعتبر أصلاً في التشريع العقابي التعزيري ، يقضي بأن العقوبة انما تشرع نوعاً ومقداراً ، وتغليظاً وتخفيفاً ، بقدر ما يتحقق الغرض أو المقصد الشرعي منها ، وذلك بمراعاة الظروف الاجتماعية فضلاً عن الظروف الخاصة بالجاني ، وخطورة المعصية في حد ذاتها ، اذ الشطط في العقوبة غير مشروع ، فلا تغلظ عقوبة ما ، اذا لم يكن ثمة مقتضٍ لها ، لانها شرعت للضرورة ولا ضرورة فيما يزيد عما تندفع به ، كذلك « **القصور** » في تشريع العقوبة التعزيرية ، لان من شأن هذا القصور فيها ، ألا يجعلها « **مناسبة** » للجريمة ، فلا يتحقق بالتالي الغرض المقصود لا من تشريعها ولا من توقيعها ، وذلك ضرر محض ، لا يشرع .

ــ إذن كلٌ من **الشطط والقصور** يُعدم المناسبة ، الامر الذي يترتب عليه تفويت مقصد الشارع في الحالين .

ومن هنا ، قد يكون المناسب ، توقيع العقوبة المالية ، بأخذ المال من الجاني ،

اذا اقتضت الظروف ذلك ، دون العقوبة البدنية ، اذا لم يكن لها مقتضٍ ، أو كان فيها الشطط والاسراف المنهي عنه شرعاً .

هـ ـ اباحته ـ صلى الله عليه وسلم ـ امتلاك سَلَب الصائد في المدينة وحرمها لمن وجده[1] .

قالوا : وهذا حكم بأخذ مال الجاني عقوبة على معصية هتك حرمة المدينة وحرمها بالصيد ، وهو مدعانا .

و ـ وقضية « المددي » الذي اغلظ من أجله الكلام ، عوف بن مالك ، على خالد بن الوليد ، لما أخذ سلبه ، وقال النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا ترده اليه » ، وقد أوردنا بعضاً من صور قضائه ـ صلى الله عليه وسلم ـ في عقوبة التغريم بالمال[2] .

٢ ـ اجماع الصحابة :

واستدلوا بما أثر عن الخلفاء الراشدين ، من أقضية وأحكام ، وكذلك عن أكابر فقهاء الصحابة تتعلق بالعقوبات المالية أخذاً واتلافاً ، دون نكير ، فكان ذلك اجماعاً لزومياً ، وهو حجة تخصص به العمومات[3] .

---

(١) تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢١٣ لابن فرحون ، المالكي ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية : ص ٣١٣ وما يليها ـ ابن قيم الجوزية .

(٢) راجع صور قضائه ﷺ في عقوبة التغريم بالمال ص ٣٢٢ .

(٣) والواقع ان « الاجماع » لا بد له من مستند من كتاب او سنة ، فكان التخصيص بالمستند لا بالاجماع ذاته ، على ما هو مقرر في علم الاصول . هذا ، ولا يطالب المجمعون باظهار المستند ، لان الاصوليين اعتبروا الاجماع ذاته قائما مقام مستنده ، وقرينة شرعية قاطعة على الحق الشرعي . هذا ، ويفترض اعتمادهم على مستنده لزوما عقليا ، اذ لا يُعقل صدورهم عن حكم موحّد في مسألة مجتهد فيها ، على اختلاف بيئاتهم ، ومشاربهم ، وثقافاتهم ، وتفاوتهم ، ذكاءً وفطنة ، دون أن يكون مردّ ذلك دليلاً شرعياً اعتمدوه .

فمن ذلك :

١ ــ تغريم عمر ــ رضي الله عنه ــ لحاطب بن أبي بلتعة مثل قيمة الناقة ، زيادة على القدر الواجب في الضمان والتعويض ، وقد غصبها عبيده ، وانتحروها[1] ، وأكلوها ، اذ كانوا جياعاً ، وكانت العقوبة على مولاهم الذي تسبب في تجويعهم .

هذا ، ومعصية حاطب في التجويع ، لا علاقة لها بالمال أصلاً ، فكان تغريمه بالمال عقوبة على فعل منهي عنه ، وهو اساءة معاملة مواليه .

٢ ــ تغليظ عمر ، وابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ « الدية » على من قتل في الشهر الحرام ، في البلد الحرام[2] ، عقوبة مالية على الإجرام في هذا الظرف **الزماني والمكاني** .

٣ ــ إحراق عليٍّ ــ رضي الله عنه ــ المال المحتكر عقوبة ونكالاً .

٤ ــ تحريق عمر للمكان الذي يباع فيه الخمر[3] .

٥ ــ تحريق عمر ــ رضي الله عنه ــ قصر سعد بن أبي وقاص ، لما احتجب عن الرعية ، وصار يحكم في داره[4] .

هذا ، وأخذ المال عقوبة كإتلافه ، كلاهما مفسدة وضرر في حق صاحبه الجائي ، بجامع نزع ملكيته ، وحرماته منه .

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ص للعز بن عبد السلام .

(٢) المرجع السابق ــ من تبصرة الحكام ــ والطرق الحكمية ــ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ وما يليها .
ــ ويلاحظ انه قد روعيت الظروف « المكانية والزمانية » في تشريع هذه العقوبة نوعا ومقدارا .

(٣) تبصرة الحكام : جـ ٢ ص ٢١٣ ــ الطرق الحكمية : ص ٣١٣ .

(٤) المرجع السابق .

وهذا النظر الاصولي من المحقق الإمام العز بن عبد السلام ينفي التفرقة بين أخذ مال الجاني واتلافه ، كما قدمنا ، واذا جاز الاتلاف ، جازت المصادرة للمال ، واضافته الى بيت مال المسلمين ، من باب أولى .

٦ ــ مصادرة عمر عماله ، **باخذ شطر اموالهم** ، حيث قسمها بينهم وبين المسلمين ، عقوبة لما اكتسبوا من أموال الناس بغير حق ، بسلطان الولاية[١] ، زائداً عما فرض لهم من عطاء .

٧ ــ أراق عمر اللبن المغشوش[٢] ، وهذا من باب اتلاف المال الذي تقوم[٣] به المعصية .

٨ ــ حرمان المحتكر من الربح ، ببيع المال المحتكر عليه ، بقيمته يوم اشتراه .

٩ ــ أخذ عمر طعام السائل ، واطعامه إبل الصدقة ، حين رآه يسأل ، وقد وجد معه ما يكفيه ، فهو أخذ للمال ، وتصدق به ، فيما يرى الامام من المصلحة .

٣ ــ استدلالهم بالمعقول :

واستدلوا بالمعقول ، فقالوا ، إن أساس العقوبة المالية ــ فضلاً عما ورد في السنة من شواهد تثبت أصل مشروعيتها ، وإجماع الصحابة ، واجتهادات أئمة الفقهاء ــ هو « **المصلحة** » وكفى بها سبباً شرعياً ، تنهض به مشروعيتها ، لانها جاءت على وَفْق تصرفات الشارع في **قوله ، وقضائه** ، وَوَفْق اجتهادات الخلفاء

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) وكذلك اتلاف ما ينعصى به الله ، من الصلبان ، والاوثان ، والملاهي ، والخمر ، واللبن المغشوش ، ونحوه ، قواعد الاحكام : ج ٢ ص ٧٤ وما يليها ــ للامام العز بن عبد السلام .

اما اتلاف ما يتعلق بالمادة المحرمة ، من الاوعية والاواني ، وما الى ذلك ، فتغليظ للعقوبة ، كما قدمنا .

(٣) راجع ص ١٢١ .

الراشدين ، وهم أفهم لكتاب الله تعالى ، ولسنة نبيه ، واتباعهم سنة[1] .

وقالوا قد تتحقق المناسبة بين هذه العقوبة والمعصية غير المقدرة ، بل قد تتعين تبعاً للظروف ، ويكون توقيع غيرها شططاً في العقوبة غير مشروع ، اذا لم يكن ثمة مقتضٍ لها ، لان الاصل فيها التحريم ، وانما شرعت للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، ردعاً وعدلاً .

واذا كان بناء حكم العقوبة على المصلحة المرسلة التي تشهد لها الاصول العامة ، من شأنه أن يفضي الى مقصد الشارع ، في الزجر والاستصلاح ، فهذا هو أساس المشروعية في الواقع الشرعي .

وحرمان الجاني من ماله قهراً ، يفضي غالباً الى إيلامه وزجره ، لانه ثمرة جهده ، ولا سيما اذا عرف أنه شحيح .

هذا ، على فرض عدم ورود نصوص في الشريعة تنهض بمشروعيتها ، فكيف وقد ورد في السنة أدلة كثيرة قد عرضنا بعضها ، وآثار مستفيضة عن أكابر الصحابة وغيرهم .

فكان بناء الحكم العقابي على« المصلحة » اذاً ، ليس تشريعاً بالابتداع ، أو بالهوى ، ولا بناءً على أساس ملغى شرعاً ، بل كان بناء الحكم عليها ، جارياً على سَنَنِ المشرع في التشريع ، وموافقاً لتصرفات الشارع في كثير من نصوصه الجزئية في وقائع شتى ، وذلك آية الاعتبار[2] ، وسيأتي فضل بيان وتفصيل عند مناقشة الادلة ، ان شاء الله تعالى .

---

(١) للحديث الشريف : « عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي » وقوله عليه السلام : « أصحابي كالنجوم ، بأيهم اقتديتم اهتديتم » ، وغير ذلك من الاحاديث .

(٢) هذه وجهة نظر المجيزين ، بنوع تبسيط وتصرف ، كما فهمت من موسوعاتهم الفقهية .

مناقشة المانعين وتقديرها اصوليا :

أولا ــ يتجه على المانعين في دعوى النسخ أنها لم تثبت [1] ، لا بدليل من الكتاب ، ولا من السنة ، للامور التالية :

١ ــ اختلافهم في الناسخ .

٢ ــ الجهل بالتاريخ الذي به يعلم المتقدم من المتأخر ، فلا تقبل مع الجهل بذلك دعوى النسخ بداهة ، واذا انهارت دعوى النسخ ، ثبتت مشروعية التغريم بالمال بما ادعي أنه منسوخ ، وهو أدلة من السنة الثابتة .

٣ ــ قضاء الخلفاء الراشدين فيما نقل عنهم من آثار مستفيضة ، بعقوبة أخذ المال على المعاصي التي لا توجب حداً ، ولا كفارة ، سواء منها ما له علاقة بالمال ، أو ما لا علاقة له به أصلاً ــ كما رأيت ــ وذلك بعد وفاته ــ صلى الله عليه وسلم ــ مما يقطع ببطلان دعوى النسخ ، اذ لا نسخ بعد أن لحق الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ بالرفيق الاعلى .

هذا ، ومن المحال أن يقع النسخ ولا يعلم به أحد من الصحابة ، بل الواقع أنهم كانوا يشهدون قضاء الخلفاء الراشدين ــ رضوان الله عليهم ــ بها ، ولم يؤثر أنه أنكر على الخلفاء منهم أحد ، فكان « **اجماعا** » **لزوميا** على جواز أخذ المال عقوبة على المعاصي غير المقدرة .

وبذلك يتبين مدى صحة دعوى الإمام الغزالي ــ رضي الله عنه ــ الاجماع على النسخ ، وهو ما تفاه الإمام النووي ــ من أئمة فقهاء الشافعية أنفسهم ، وضعّف هذه الدعوى ــ كما يقول ــ لوجهين :

« **احدهما** : أن ما ادعوه من كون العقوبة كانت بالاموال في أول الاسلام ، ليس بثابت ولا معروف » .

---

(١) معالم القربة : ص ٢٨٨ ــ ابن الاخوة ــ المجموع : جـ ٥ ص ٢٨٨ .

« **الثاني** : أن النسخ انما يصار اليه اذا علم التاريخ ، وليس هنا علم بذلك »[1] .

أما وجه الضعف الاول الذي أشار اليه الإمام النووي ، فيتجه عليه من النقد ، أن العقوبة بالاموال في أول الاسلام ثابتة ، بما أوردنا من أدلة من السنة الصحيحة ، القولية منها والفعلية ، ومن قضائه ـ صلى الله عليه وسلم ـ في وقائع كثيرة ، كما بينا[2] ، وهي تتضافر كلها لتثبت أصل مشروعية عقوبة أخذ المال ، وانكار ذلك مكابرة ، بل غير جائز ، لما فيه من اطّراح[3] العمل بالسنة الثابتة .

هذا ، وتلمح ضعف دعوى النسخ هذه ، فيما انطوى عليه تعليله ، في نظر من ادّعَوْه ، إذ عللوه بأنه : **لسد الذريعة ، امام الظلمة من الحكام(4) ، كيلا تمتد ايديهم الى اخذ اموال الناس بغير حق ، لانفسهم ، باسم(5) العقوبة**، فلما تَخَوّفوا من ذلك ، ورغبوا في نفي العقوبة بالمال إطلاقاً ، ادّعَوا النسخ ، وكثيراً ما نرى فريقاً من الفقهاء يدعون نسخ كل دليل لا يوافق دعواهم ، أو مذهبهم ، اذا عجزوا عن نقض ذلك بالدليل ، لكن قضية النسخ لا تثبت بالادعاء ، بل بدليل من كتاب أو سنة ، لان من بيده سلطة التشريع ، له وحده الحق في نسخ ما كان قد شرّع .

ثانياً ـ أما استدلالهم بحديث « ليس في المال حق سوى الزكاة » فعلى فرض صحته ، لا يسعفهم في دعوى النسخ ، لانه محمول على الزيادة عن القدر الواجب على سبيل **الفريضة لا العقوبة** ، اذ الحديث « موضوعه » تحديد « الفريضة » فهل يقتصر الإمام على جباية أصل الواجب ، أو له أن يزيد عنه اذا اقتضت الحاجة ذلك ، وهذا لا علاقة له **بالعقوبات** اطلاقاً ، وانما هو محض تمحّل لاثبات دعوى النسخ .

---

(1) المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٨ ـ للامام النووي .
(2) راجع أدلة المجيزين من السنة ـ معالم القربة : ص ٢٨٨ لابن الاخوة .
(3) اطراح مصدر الفعل ـ اطرح ـ بهمزة ثم طاء مشددة مفتوحة بمعنى نبذ
(4) رد المحتار : جـ ٤ ص ٦١ وما بعدها ـ لابن عابدين .
(5) المرجع السابق .

وعلى فرض عمومه ، فانه عام في موضوعه ، أو مخصوص بالسنة القولية والفعلية ، توفيقاً بين النصوص المتعارضة ظاهرياً .

على أن القاعدة الاصولية القاضية بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، غير واردة هنا ، لان المراد **عموم اللفظ في موضوعه** ، وهو في تحديد الحق الواجب أداؤه ، لا في العقوبة على الامتناع .

ثالثاً ـ على أنه يرد على هؤلاء ، ما روي عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : « **إن في المال لحقاً سوى الزكاة** » أخرجه الترمذي عن فاطمة بنت قيس ، وقال الشوكاني : **وحديثها هذا ثابت** .

ويقال لهم جدلاً ، رداً على احتجاجهم بالحديث الاول ، اذا صح عندكم حمل معنى الحديث الاول : « ليس في المال حق سوى الزكاة » على نفي أي حق باطلاق ، سوى الزكاة ، حتى يشمل النفي حق العقوبة بالمال ، فان هذا الحديث الثاني « في المال حق سوى الزكاة » يعارضه ، بل يناقضه ، اذ يثبت ما ينفيه الاول ، واذا تعارضا ، أو تناقضا ، فلا بد من **التوفيق او الترجيح** ، لا سبيل الى التوفيق ، كما ترى ، لانهما **متناقضان** ، اذن بقي الترجيح ، ونرجح الثاني ، لانه تأيد بقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وفعله ، وقضائه في وقائع شتى ، وبقضاء الخلفاء الراشدين دون نكير من الصحابة ، هذا على فرض صحة الاول ، لكنه ضعيف .

على أنا نرى ، أن هذا الحديث وسابقه لا علاقة لهما بالعقوبة المالية أصلاً ، فلا يتناولانها بحكميهما ، وانما هما واردان على « موضوع واحد » نهياً واثباتاً ، هو ما يفرضه الإمام على ذوي الفضول من الاموال ، أي الاغنياء ، لسد الحاجة ، اذا لم تف حصيلة الزكاة بها ، وهذا أمر لا علاقة له بالعقوبات .

---

(١) الاموال : للاستاذ المنتصر الكتاني : ص ٦٩ ـ ٧١ مطبوع على الآلة الكاتبة .

قال عليه السلام : « فرضت للفقراء في مال الاغنياء ما يسعهم » أخرجه ابن النجار عن أنس .

واليك طرفاً مما يؤيد هذا المعنى من أقوال الصحابة وأكابر الفقهاء والمفسرين ـ رضي الله عنهم أجمعين .

ـ فسر ابن عباس قوله تعالى : « وفي أموالهم حق معلوم » قال : **سوى الزكاة** يصل بها رحماً ، أو يقري بها ضيفاً ، أو يعين بها محروماً .

وقال مجاهد : « وفي أموالهم حق » قال : سوى الزكاة .

وقال ابراهيم النخعي : كانوا يرون في أموالهم حقاً سوى الزكاة .

وقال ابن حزم ، « فرض على الاغنياء من كل أهل بلد ، أن يقوموا بفقرائهم ، **ويجبرهم** السلطان على ذلك ، **إن لم تقم الزكوات بهم** ، ولا في سائر أموال المسلمين بهم ، فيقام لهم بما يأكلون ، من القوت الذي لا بد منه ، واللباس للشتاء والصيف .. الخ » .

وقال ابن رجب الحنبلي : « يجب بذل فضل الاموال في مواضع » وهذا ـ كما ترى ـ لا علاقة له بمسألة التغريم بالمال عقوبة على معصية غير مقدرة ، فلا يصح الاحتجاج بهذا الحديث على نفي هذه العقوبة في الشرع .

رابعاً ـ على أن حديث : « ناقة البَرَاء بن عازب » لا يصلح ناسخاً ، على فرض تأخره في الورود ، اذ لا يلزم من اقتصار الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ على الحكم بضمان ما أتلف في هذه الواقعة ، تعويضاً مكافئاً ، دون إضعاف العقوبة ، أقول لا يلزم من ذلك ، عدم جواز المعاقبة بالمال مطلقاً ، **لان الامتناع**(1)

---

(1) قد بينا الفرق بين **المنع والامتناع** ، فالامتناع قد يكون في قضية معينة ، لا تستدعي ظروفها واحوالها ، تشريع العقوبة المالية ، أو توقيعها ، وعلى هذا ، فلا يعتبر الامتناع قاعدة شرعية عامة ملزمة ، أما المنع فتشريع عام أو قاعدة تشريعية عامة ملزمة ـ راجع ص ٢١٩ ـ الهامش .

لا يستلزم المنع وعدم المشروعية ، اذ قد يكون الامتناع لعدم وجود ما يقتضيه ، كما في امتناعه ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن التسعير .

ـ وفي هذا المعنى يقول الإمام الشوكاني : « وزعم الشافعي ، أن الناسخ حديث ناقة البَرَاء ، لانه ـ صلى الله عليه وسلم ـ حكم عليه بضمان ما أفسدت ، ولم ينقل أنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ في تلك القضية أضعف الغرامة ، ولا يخفى أن تركه ـ صلى الله عليه وسلم ـ للمعاقبة بأخذ المال في هذه القضية ، لا يستلزم الترك مطلقاً ، ولا يصلح للتمسك به على عدم الجواز ، وجعله ناسخاً ، البتة »[1] .

ـ ورد دعوى النسخ ابن القيم بقوله : « وليس يسهل دعوى النسخ ، وفعل الخلفاء الراشدين ، وأكابر الصحابة بعد موته ﷺ مبطل لدعوى نسخها . . . والمدعون لدعوى النسخ ليس معهم كتاب ، ولا سنة ، ولا إجماع يصحح دعواهم ، إلا أن يقول أحدهم : مذهب أصحابنا لا يجوز[1] ، فمذهب أصحابه عنده عيار على القبول والرد »[2] .

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٩ .
ـ هذا ، وممن قال بالنسخ البيهقي في سننه ـ جـ ٤ ص ١٠٥ ، اذ يقول: « وقد كان تضعيف الغرامة على من سرق ، في ابتداء الاسلام ، ثم صار منسوخاً » ـ المرجع السابق .

(٢) إشارة الى التقليد المطلق ، والتعصب المذهبي ، اذ لم يات بدليل صحيح يؤيد به دعواه سوى ان مذهبه لا يجيز التغريم بالمال ، فكأن مذهبه هو القول الفصل في الشرع ، وأن الحق الشرعي لا يعدوه ، فقوله : « مذهب اصحابنا لا يجوز » اي ان القول بعد مشروعية التعزير بالمال هو مذهب اصحابنا ، اذ اعتبروه « معياراً » للقبول والرد ، دون نظر الى الدليل ، او اعتبار له ، وهذا لون من التهكم ـ الطرق الحكمية ـ ص ٣١٤ .
ـ وقوله : عيار من عايرت المكيال والميزان معايرة وعيارا ، امتحنته بغيره لمعرفة صحته ، وعيار الشيء ما جعل نظاما له ، ـ المصباح المنير ـ وفي مختار الصحاح ـ ان العيار بالكسر ، هو « المعيار » اي الذي توزن به الاشياء او تكال ، او تمتحن ، ليعرف مقدارها ، او صدقها وحقيتها ، او زيفها وبطلانها .
ـ وقوله : ليس معهم كتاب ، ولا سنة ، ولا اجماع ، اي دليل شرعي معتبر من مصادر التشريع ، فهو قول بالهوى والتشهي .

وقال أيضاً قبل ذلك : « ومن قال إن العقوبات المالية منسوخة ، وأطلق ذلك لقد غلط على مذاهب الأئمة ،نقلاً واستدلالاً »[1] .

خامساً ــ أما دعوى « الاجماع » فقد أتينا بالادلة التي تقطع ببطلانها ، فالآثار المستفيضة عن الخلفاء الراشدين[2] في أقضيتهم بعقوبة المال ، على المعاصي غير المقدرة ، بعد وفاته ــ صلى الله عليه وسلم ــ فضلا عن أقضية واجتهادات الأئمة من بعدهم[3] من واقع مصادرهم الفقهية التي تدحض هذه الدعوى ، كما تدحض دعوى النسخ على السواء .

ــ هذا ، ونحن نرى أن الامر على العكس من ذلك تماماً ، فالإجماع العملي اللزومي قد انعقد في عهد الصحابة ــ رضي الله عنهم ــ على مشروعية أصل عقوبة المال ، إتلافاً ، أو مصادرة ، أو تغريماً ، اذ لم يثؤثر أن أحداً من الصحابة أنكر على الخلفاء الراشدين أقضيتهم في هذه العقوبة .

ــ وأما كون هذا الاجماع لزومياً ، فلأنه يلزم من عدم الإنكار ، الإجماع على المشروعية ، ولا ندري من أين أتوا بقضية الاجماع على عدم المشروعية ؟

مناقشة الإمام الغزالي في اصولية هذا النوع من الإجماع الذي نسبه الى الصحابة:

ونحن نرى أن هذا النوع من الإجماع الذي نسبه الإمام الغزالي ــ رضي الله عنه ــ الى الصحابة ، لم يرد له مفهوم في علم الاصول ، ولا عرفه أئمة الفقهاء ، ولا قال به أحد ، حتى الامام الغزالي في تحديده لمفهومه ، في كتبه الاصولية[4] ، لأنا نعلم ، أن الاجماع أصولياً ، نوعان :

---

(١) المرجع السابق ــ وقد رد دعوى النسخ أيضا ، الامام ابن تيمية ، الحسبة : ص ٥٠ وما يليها .
(٢) راجع اجتهادات بعض الصحابة ، ومن بعدهم ، في التغريم بالمال ، فضلا عن أقضيته ﷺ في ذلك ــ ص ٣٢٢ و ٣٢٧ .
(٣) على ما سيأتي بيانه .
(٤) من مثل المستصفى ، والمنخول ، وشفاء الغليل .

١ ــ قولي صريح ، يتحقق باتفاق كافة المجتهدين في عصر معين ، على حكم شرعي لمسألة معينة مجتهد فيها ، بعد وفاته ــ صلى الله عليه وسلم .

٢ ــ إجماع سكوتي ، بأن يصرح **بعض المجتهدين** برأيهم في حكم المسألة ، **ويسكت الباقون** ، فيفسر سكوتهم بأنه موافقة بشروط معينة معروفة في علم الاصول ، وهو إجماع مختلف في حجيته ، كما تعلم .

أما أن يسكت المجتهدون كافة عن مصلحة واقعة[1] في عصرهم ، ولا يرتبوا عليها حكماً تقتضيه ، فلم نر أحداً من الاصوليين ، ولا من الفقهاء من سمى ذلك **إجماعاً على عدم مشروعية تلك المصلحة !**

ــ وأيضاً ، لو كان مثل هذا إجماعاً معتبراً ، كما يرى الامام الغزالي ــ رحمه الله تعالى ــ لامتنع على المجتهدين من بعدهم ، أن يتناولوا المسألة بالاجتهاد والبحث ، ليصدروا فيها عن حكم شرعي ، وهذا لم يقل به أحد ، لانه يستلزم سدّ باب الاجتهاد ، ويوقع في مآزق تشريعية ، الامر الذي يتنافى وكمال هذه الشريعة السمحة الغراء ، وخلودها ، وصلاحيتها لكل زمان ومكان .

موقف الإمام مالك من هذا النوع من الاجماع ، ومدى اصوليته :

ــ على أن الامام مالك ــ رحمه الله تعالى ــ قد خالف الامام الغزالي في أصولية هذا الاجماع ، فقد نص الامام الشاطبي[2] ، على أن الامام مالك يأخذ بالمصلحة المرسلة التي كانت قائمة في عهد الصحابة ، أو في عصر غيرهم ، ولو سكت عنها مجتهدو ذلك العصر ، فلم يبنوا عليها ما تقتضيه من حكم شرعي ، بدليل أنه اجتهد في كثير من المسائل من هذا القبيل[3] .

---

(١) المنخول ــ ورقة ١ ٨ــ ٨٢ ، نظرية المصلحة : ص ٤٣٨ ــ للدكتور حسان .

(٢) الاعتصام : جـ ٢ ص ١٢٣ .

(٣) المرجع السابق .

ـ والخلاصة ، أن عدم حكم الصحابة ـ كما يقول الامام الغزالي ـ بالعقوبة المالية ، لا يستلزم عدم مشروعيتها[1] .

أو :

منشأ الخلاف في هذا النوع من الاجماع :

فمنشأ الخلاف اذن في هذا النوع من الاجماع ، يتركز فيما يلي : هل المصلحة التي كانت قائمة في عصر معين ، وتقتضي ترتيب عقوبة تعزيرية عليها ، ولم يصدر المجتهدون عما تقتضيه من حكم شرعي ، هل يعتبر ذلك « إجماعاً » على نفي مشروعيتها ؟ بهذا قال الامام الغزالي في احتجاجه على عدم مشروعية العقوبة بالمال ، وخالفه في ذلك الامام مالك ، رضي الله عنهما .

ـ ولا ريب ، أن الراجح هو ما ذهب اليه الامام مالك ، لما بينا[2] .

ـ على أن هذا النوع من الاجماع فضلاً عن غرابة نوعيته أصولياً ، ينفيه الواقع ، اذ الصحابة قد صدروا في اجتهاداتهم ، عن مشروعية العقوبة بالمال ، في آثار مستفيضة لا سبيل الى نكرانها ، وبهذا يُردّ أيضاً على الامام الطحاوي الذي لم يستطع انكار هذا الواقع ، فاضطر الى القول بأن التغريم بالمال كان ثابتاً ومشروعاً ، في أول الاسلام ، ولكنه نسخ ، وقد رأيت ما ورد على دعوى النسخ هذه ، فضلاً عن رفض جمهور الفقهاء لها .

سادساً : وأما تمسكهم **بالعمومات** ، من مثل قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » فقد علمت أنها خُصِّصت بالسنة المتضافرة في وقائع كثيرة ، وهي في مجموعها يقوّي بعضها بعضاً ، فتفيد الصحة والثبوت ، وغلبة الظن ،

---

(١) هذا ، والواقع ان الصحابة قد اجتهدوا رأيهم فيها ، والاخبار في ذلك مستفيضة ـ راجع ص ٣٢٧ .

(٢) وتذكرك ، انا بينا ، أن هذا النوع من الاجماع ، لم يرد له مفهوم في علم الاصول ، ولا عند ائمة الفقهاء ، وانه يستلزم سد باب الاجتهاد في تلك المسائل .

وهي كافية في وجوب العمل ، وتخصيص العمومات[1] .

ـ وتأيد هذا التخصيص أيضاً ، باجماع أكابر الصحابة ، وعلى رأسهم الخلفاء الراشدون .

ـ كما تأيد « **بالمصلحة المرسلة** » **الملائمة** ، التي تبنى عليها الاحكام في الوقائع التي لم يرد فيها نص ، اذا شهد لها أصل عام في التشريع على ما سيأتي بيانه .

ـ وعلى هذا بطل استدلال المانعين بالعمومات ، لانها غير مرادة للشارع في هذه المسألة ، لما قدمنا من الادلة الشرعية المعارضة لمقتضى تلك العمومات ، والتخصيص توفيق بين المتعارضين ، وإعمال للدليلين ، كما تعلم ، وستأتي مناقشة مشروعية هذه المصلحة .

سابعاً ـ على أن استدلال المانعين على عدم مشروعية عقوبة المال ، بأنها « أخذ مال بغير حق » أو « بغير سبب شرعي » استدلال غير صحيح ، لانه « **مصادرة** » .

ـ والمصادرة ـ في اصطلاح علماء البحث والمناظرة ـ « **اخذ الدعوى في الدليل** » وبيان ذلك :

أن الدعوى : « **هل المصلحة** التي تترتب عليها عقوبة المال ، ملائمة لتصرفات الشارع ، فتعتبر سبباً شرعياً لهذه العقوبة ، أو أنها « **غريبة** » أو غير ملائمة؟ وقبل ذلك لا يصح الاستدلال بغرابتها ، وإلا كانت المصادرة .

ـ أو بعبارة أخرى : إن غرابة المصلحة ـ بما هي موضع النزاع ، أو هي الدعوى ـ لا تصلح دليلا ، لان هذه الدعوى نفسها تفتقر الى دليل يثبتها .

---

(١) راجع بحث « التخصيص » و « المخصصات » في كتابنا « أصول التشريع ومناهج الاجتهاد بالرأي » ـ ص ٥٠٩ ـ ص ٥٣٣ .

ـ وقد بينا أن التخصيص ـ أصولياً ـ هو « **إرادة** المشرع قصر العام على بعض أفراده ، **منذ بدء تشريعه** ، **بدليل** شرعي معتبر يدل على هذه الارادة » .

اذن ، ينبغي أن ينصب الاستدلال أولاً على اثبات كون هذه المصلحة سبباً شرعياً يصح الاحتجاج به ، أو انها غريبة ، فلا تصلح سبباً شرعياً لذلك .

ثامناً ــ أما ما ادعاه المانعون، من ضعف حديث « بهز بن حكيم »[1]، وحديث « عمرو بن شعيب » فيتجه عليهم في الاول ، أنه قد وثقه جماعة من أئمةالحديث[2].

وأما الثاني ، فقد أخرج نحوه النسائي ، والحاكم ، وصححه ، كما رواه أحمد ، وأبو داود ، وروى ابن ماجه معناه[3] ، وحسنه الترمذي .

وقال الشوكاني : « **الحديث دليل على جواز التاديب بالمال** »[4] .

وقد اعتضد هذان ، بأحاديث منها حديث« **الحريسة** » وهي من الغنم السيارة التي يدركها الليل قبل أن تصل الى مأواها ، اذا سُرقت ، ففيها : « **ثمنها مرتين** » أي إضعاف العقوبة .

وفي هذا دليل أيضاً ــ كما يقول الشوكاني ــ على « **جواز التاديب بالمال** » في معصية السرقة التي لا قطع فيها ، لعدم توافر شرط الحدّ .

---

(١) الحديث اخرجه ، احمد ، والنسائي ، وابو داود ، وقال : « وشطر ماله » كما اخرجه البيهقي ، والحاكم .

(٢) وقد وثقه ابن معين ، والحاكم ، والذهبي ، والبيهقي ، وسئل عنه الامام احمد ، فقال : صالح الإسناد ، وقال ابن عدي : لم ار له حديثا منكراً ، وقال الذهبي : ما تركه عالم قط ، وقد تكلّم فيه ، وانه كان يلعب بالشطرنج ، قال ابن القطان : وليس ذلك بضائر له ، فان استباحة (الشطرنج) مسالة فقهية مشتهرة ، وقال الحاكم : حديث صحيح ، وقد حسّن الترمذي له عدة احاديث ، ووثقه ، واحتج به اسحق ، والبخاري ، وروي عن ابي داود : انه حجة عنده ــ نيل الاوطار ــ جـ ٤ ص ١٣٨ وما يليها .

(٣) المرجع السابق : جـ ٧ ص ١٣٤ .
وجاء في رواية النسائي : « وما لم يبلغ ثمن المجنّ ، (لم يبلغ النصاب) ففيه غرامة مثليه ، وجلدات نكال » .

(٤) المرجع السابق .

ـ وفي هذا رد كاف على من ذهب الى تضعيف حديث بهز ، وحديث عمرو بن شعيب هذيـن .

ـ على أن بعض المانعين التمسوا سبيل « التأويل » بعد أن رأوا أن التضعيف لا يجديهم ، ولكنه ـ فيما يبدو ـ تأويل مُستكرَه ، فقد قالوا : إن راوي حديث « بَهْز » قد وَهِم ، فذكر لفظ « وإنّا آخذوها وشطر ماله » وانما هو : « وإنّا آخذوها من شطر ماله ، وذلك بجعل ماله شطرين ، ويتخيَّر **المُصدِّق** »[1] ويأخـذ الصدقة من خير الشطرين عقوبة ، على منع الزكاة .

ولكنه تأويل ناجم عن التصرف في ألفاظ الرواية على نحو يخالف الروايـة الصحيحة الثابتة التي نصها : « وإنا آخذوها ، وشطر إبله ، أو شطرَ مالِه »[2] .

فهو تأويل لا يستند الى دليل ، فيكون باطلا .

على أن هذا التأويل لا يسعفهم ، بل هو حجة عليهم ، ذلك : لان « المُصدِّق » اذا تخير على الممتنع أنفسَ الشطرين ، وأجودَهمـا ، كانت الزيادة في الجـودة عقوبة مالية ، لان للجودة حصة في الثمن كالمقدار .

وأيضاً ثبوت مشروعية عقوبة المال ، لا تستند الى هذيـن الحديثين فحسب ، بل الى كثير من وقائع قضائه وأقواله وأفعاله ـ صلى الله عليه وسلم ـ واجتهادات الصحابة والتابعين ، فضلا عن « المصلحة » المعتبرة ، وهي مقصود الشرع ، كما بينا .

تاسعاً ـ أما قولهم فيما نقلوه عن الماوردي « من أن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عمن يُعْتَدُّ به ، أو يُقتدى به »[3] .

---

(١) المصدق : هو الذي يأخذ صـدقات النعَم (يجبي زكـاة النعم من الابل والبقر والغنم) المصباح المنير .
(٢) كما في روايتي النسـائي وابي داود ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٣٨ .
(٣) المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٢٨٨ للنووي ـ الاحكام السـلطانيـة : ص ١٢١ وما يليها .

فيجاب عنه ، بأنه كفى برسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ **قدوة** ، وبالخلفاء الراشدين من بعده !

عاشراً ــ وأما قولهم : إن **أئمة الفقه** ، قد بينوا بم يكون التعزير ، وفصّلوا القول فيه ، ولم يذكروا شيئاً من العقوبة المالية ، فمنقوض بما يلي :

آ ــ ذهب الامام أبو يوسف من الحنفية ، الى جواز العقوبة بالمال ، فقد جاء في تبيين الحقائق للزيلعي ما نصه : « وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ المال جائز للإمام »[1] .

هذا ، وعلق الشلبي في حاشيته على ذلك بقوله : « وما في الخلاصة ، سمعت من ثقة ، أن التعزير بأخذ المال ، إنّ رأى القاضي ذلك ، أو الوالي ــ أي رأى المصلحة في ذلك ــ جاز ، ومن جملة ذلك ، جواز التعزير بأخذ المال ممن لا يحضر الجماعة[2] ، وكذلك ممن يحضر مجالس الشرب ، دون أن يشرب[3] ، فهذه عقوبة مالية محضة على معصية لا علاقة لها بالمال أصلاً ، كما ترى .

ــ وأما في فقه الحنابلة المتقدمين ، فقد جاء في كشاف القناع : « التعزير بالمال سائغ ، **إتلافاً ، وأخذاً** »[4] .

ــ وأما تعليل ابن قدامة لقوله بعدم المشروعية ، بالنظر **الى ما يفعله الحكام الظلمة** ، فهذا حكم سياسي ، أي اقتضته مبادىء سياسة التشريع ، استجابة لمقتضيات الظروف ، ويزول بزوالها ــ كما علمت ــ ونحن لا نتازع في هذا ، ولكنا نبحث المسألة في الفقه العام الثابت ، وفي هذا المعنى يقول ابن عابدين :

---

(١) تبيين الحقائق : جـ ٢ ص ٢٠٨ وما يليها . (٢) المرجع السابق .
(٣) التعزير : ص ٣٢٥ ــ د. عبد العزيز عامر . فتاوى البزازية : جـ ٢ ص ٤٥٧ .
(٤) جـ ٤ ص ٧٤ وما يليها ــ للبهوتي ــ والمرجع السابق .

« لا أن يأخذه الحاكم لنفسه ... كما يتوهمّه الظلمة »[1] .

ـ وأما في فقه متأخري الحنابلة ، من مثل ابن تيمية[2] ، وابن القيم[3] ، فقد أوردنا طائفة من العقوبات المالية : أخذاً ، ومصادرة ، واتلافاً ، وكذلك في فقه الامام مالك[4] نفسه ، فضلا عن المجتهدين في مذهبه ، وفقه الزيدية[5] مما يُدخض دعوى ، أن أئمة الفقه لم ينصوا على العقوبة المالية ، ولا ندري من أين أتوا بهذه الدعوى ؟ ؟

ـ ويقول الامام الشاطبي ـ مبيناً اتجاه الامام مالك نفسه ـ رضي الله عنه ـ الى الاخذ **بمشروعية عقوبة المال ، مصادرة** ، اذا كانت الجناية **قائمة بالمال ، او عوضه ،**

---

(١) رد المحتار : جـ ٤ ص ٦١ وما يليها .
ـ وهذا مشعر بأن بعض ائمة الحنفية قالوا بمنع العقوبة المالية ، سداً لهذه الذريعة .

(٢) الحسبة : ص ٤٧ . (٣) الطرق الحكمية : ص ٣١٤ وما يليها .

(٤) تبصرة الحكام : ص ٢١٣ لابن فرحون المالكي ـ الاعتصام : جـ ٢ ص ١٢٤ ـ للشاطبي .
ـ هذا ، ويقول ابن القيم في عقوبة المال غير المقدرة من قبل الشارع ـ وهي موضوع البحث ـ ما يلي : « وأما النوع الثاني غير المقدر ، فهذا الذي يدخله اجتهاد الائمة بحسب المصالح ، ولذلك لم تات فيه الشريعة بامر عام ، وقدر لا يزاد فيه ، ولا ينقص ، كالحدود ، ولهذا ، اختلف الفقهاء فيه ، هل حكمه منسوخ او ثابت ؟ والصواب انه يختلف باختلاف المصالح ، ويرجع فيه الى اجتهاد الائمة في كل زمان ومكان ، بحسب **المصلحة ، اذ لا دليل على النسخ** ، وقد **فعله الخلفاء الراشدون** ، ومن بعدهم من الائمة » ـ إعلام الموقعين : جـ ٢ ص ٩٨ .

(٥) وجاء في التاج المذهب (فقه زيدي) أن للإمام أن يعاقب **باخذ المال او إفساده** » جـ ٤ ص ٤٤٥ ـ ٤٤٧ .
ـ كما اجاز الزيدية مصادرة اموال البغاة عقوبة ، في تفصيل في مصادر فقههم ، على الرغم من ان إسلامهم يستوجب عصمتهم ، وذلك لعلة معصية البغي والخروج على الامام العادل ، وكذلك بعض الامامية ـ شرائع الاسلام : جـ ١ ص ١٥٧ .

فالعقوبة فيه عنده ثابتة ، فانه قال في الزعفران المغشوش ، اذا وُجد بيد الذي غشه(١) إنه يُتصدق به على المساكين ، قلَّ أو كثر ، وذهب ابن القاسم، ومطرف ، وابن الماجشون ، الى أنه يُتصدَّق بما قل منه ، دون ما كثر »(٢) .

هذا ، والعقوبة على الغش حق الشرع ، لا حق العبد .

ـ ثم أشار الى أن هذا الاجتهاد قائم على أصل شرعي ، أرساه الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ نفسه ، حيث أمر بإكفاء القدور التي أُغليت بلحوم الحُمُر قبل أن تُقسم ، وحديث العتق ـ وهو تغريم مالي ـ **بالمثلة** ، من ذلك أيضاً»(٣) أي ضرب من عقوبة المال .

ـ وبيَّن كذلك ، أن صنيع عمر ـ رضي الله عنه ـ من إراقته للَّبن المغشوش بالماء ، انما هو قياس متبادر العلة ، على الاصول الشرعية الثابتة بالسنة .

ـ ويستخلص الامام الشاطبي ، « الاصل المعنوي » الذي ينتظم مثل هذه الوقائع من أقضية الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ واجتهاد الصحابة من بعده ، ويقرره بقوله : « أن هذا من باب « **الحكم على الخاصة ، من اجل العامة** ». وهذا أصل معنوي عام يشهد للمصلحة المرسلة التي بنيت عليها مشروعية عقوبة المال مطلقاً بالملائمة(٤) .

وبيان ذلك : أن تغريم الجاني مضرَّة في حقه ، لكنها مصلحة بالنسبة للأمة ،

---

(١) ليكون اخذه منه إتلافا بالنسبة اليه ، بخلاف ما لو وجد في يد غيره من المشترين ، اذ الغش لم يكن من جانبهم .

(٢) لان في الكثير مجاوزة لمبدأ « المثلية » في العقوبة ، وهو شطط يتنافى ومقتضى العدل في العقاب ، وايضا يترتب على ذلك اضاعة المال ، في غير ما ضرورة ، وهو منهي عنه ، فيقتصر في الاخذ على ما تقتضيه الضرورة ، والمثلية ، والعدل، لقوله تعالى : « وإن عاقبتم فعاقبوا **بمثل** ماعوقبتم به».

(٣ و ٤) الاعتصام : ج ٢ ص ١٢٤ ـ فكيف يستقيم مع هذا ، اجتهاد الامام الغزالي ، في أن هذه المصلحة غريبة عن الشرع ؟ ولا تلائم تصرفات الشارع ؟ !

فتعارضت المصلحتان : الخاصة والعامة ، لكن إزالة الضرر عن العامة واجب ، وهو مصلحة ، وذلك **بالتغريم** ، فكان واجباً ، تقديماً للمصلحة العامة على الخاصة .

ـ غير أن هذا « الاصل العام » ينتظم بعمومه ومقصده ، العقوبة المالية بإطلاق ، سواء أكانت الجناية قائمة بالمال ، أم بغيره ، مما لا يتعلق بالمال أصلاً ، اذا تعينت ، تقديماً للمصلحة العامة ، على ما وجّه الشاطبي استدلاله ، اذ المنطق التشريعي يقتضي هذا ، والا كان التناقض ، وهو ما قال به ابن العطار حيث ذهب الى ثبوت العقوبة المالية بإطلاق[1] .

حادي عشر ـ أما تأويل الفقهاء ، لمعنى العقوبة المالية أخذاً ، بأن ذلك محمول على معنى احتباس القاضي أو الوالي مال الجاني مدة ، ثم اعادته اليه ، فتأويل بعيد[2] . ومستنكره ، ولعل ما حملهم عليه هو الرغبة في الالتزام برأي الامام أبي حنيفة ومحمد ، لان هذا ليس من معنى العقوبة أو التغريم الذي ينقص من مال الجاني على سبيل سلب ملكيته ، ونزعها عنه ، ومن شأنها ألا تترك أثرها في نفس الجاني من الإيلام بالحرمان ، والردع ، لانه يكون حينئذ على اطمئنان وثقة من مصير عود ماله اليه ، كما لا يترك أثراً في الناس ، اذ لا يحملهم مثل هذا الاحتباس المؤقت للمال على التبصّر بالعاقبة ، أو على الارتداع ، أو الازدجار ، فلا يتحقق بالتالي المقصد الشرعي من هذا الاجراء ، فيكون باطلاً ، لما هو مقرر شرعاً ، من أن **« كلّ تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل »** .

ويقول ابن عابدين : **« لان المقصود الزجر »**[3] وهذا تصرف غير زاجر بداهة ، فيكون عبثاً ، والعبث لا يشرع ، اذ الاحكام معللة بمصالح العباد .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) رد المحتار : جـ ٤ ص ٦١ لابن عابدين ـ تبيين الحقائق : جـ ٣ ص ٢٠٨ وما يليها ـ للزيلعي .

(٣) المرجع السابق .

ـ هـذا ، والمعنى المستقر في تصور الفقهاء الذي بنوا عليه اجتهاداتهم ، وما يتبادر الى الذهن من العقوبة المالية عند اطلاقها ، هو معنى « **الانقاص** » من مال الجاني ، وقطع ملكيته عن المال المأخوذ ، فيُحرم منه ، ويُسلب حقّه فيه ، وهذا هو محل النزاع بين الفقهاء .

ـ على أنه يمكن أن يحمل هذا التأويل المستكره ، من أخذ المال من الجاني ، وتأخير ارجاعه اليه ، على معنى **العقوبة** لما فيه من حرمان صاحب المال من **منفعته** فترة مصادرته ، وقد تطول وقد تقصر ، والحرمان من منفعة المال ، سلب للمال جزئياً ، فلا حجة لهم في هذا التأويل .

أضف الى ذلك ، أن هؤلاء الذين أوّلوا معنى العقوبة المالية على النحو الذي رأيت ، لم يرد في قضاء رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ولا في آثار الصحابة ومن بعدهم ، ما يُسعف على تقرير هذا المعنى ، أو تأييد هذا التأويل ، وانما هو نظر مصلحي مجرد من قبل بعض مجتهدي الحنفية .

ـ على أن بعض الحنفية الذين قالوا بهذ االتأويل ، عادوا فقالوا بجواز العقوبة بالمال ، وعدم إرجاعه الى الجاني ، اذا وقع **اليأس** [1] من توبته ، ويتصرف الإمام فيه ، بما يرى من وجوه المصلحة ، مما يدل على أنهم آثروا « **التدرج** » في توقيع هذه العقوبة المالية ، فبدأوا بالأخف ، حتى اذا لم يتحقق شرط « **المناسبة** » وهو الإفضاء الى المقصود من الازدجار[2] ، والردع ، أوقعوا الاشد ، وهو التغريم ، إنقاصاً لماله عقوبة .

ـ ونحن يعنينا هذه العقوبة **الاخيرة** ، فقد آل الاجتهاد في مذهب الحنفية الى القول بعقوبة المال ، كما ترى ، فما هو عمدتهم في ذلك ، هو عمدة المجيزين .

---

(١) فتاوى البزازية : جـ ٢ ص ٤٥٧ ـ رد المحتار : جـ ٤ ص ٥١ .
(٢) لانهم اشترطوا أن يكون الجاني ميؤوسا من توبته ، وذلك دليل اصراره ، وعدم ازدجاره

وأغلب الظن ــ كما ذكرنا ــ أنهم لما رأوا الإمام أبا يوسف يخالف الإمام أبا حنيفة ومحمداً ، جنحوا الى التأويل البعيد ، إيثاراً منهم لرأي الإمام ، اذ لم يأتوا بدليل يستند اليه هذا التأويل، أو يشهد بأن الإمام أبا يوسف ــ رضي الله عنه ــ قد قصد هذا المعنى ، **والتاويل لا بد له من دليل ،** لانه خلاف الاصل ، وإلا كان منطَرَحاً لا يُعبأ به ، ويكون بالتالي تقوّلاً على الإمام أبي يوسف ؛ لا قولاً له .

هذا ، ونرى أنه لا يشترط تحقق اليأس من استصلاح الجاني في هذه العقوبة، لما في ذلك من مظنة حمل الجناة على الاجتراء على الجرائم ، وهو مفسدة أيما مفسدة ، لا يصار الى فتح بابها ، باشتراط تحقق اليأس .

ثاني عشر ــ ويتجه على المانعين في قولهم ، إن ما ورد من أقضية الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ واجتهادات الصحابة ، وغيرهم ، كان على **خلاف القياس ،** فلا يتوسع فيه ، لان ما ورد على خلاف القياس ، فغيره عليه لا يقاس .

ــ ويجاب عن ذلك بما يلي :

١ ــ أن العقوبة بالمال ، تثبت بالقياس العام ، أو الاصل المعنوي على ما قرره الإمام الشاطبي ، لا القياس الاصولي الخاص ، من الحاق فرع بأصل ، لعلة مشتركة بينهما .

٢ ــ سلمنا أنه من القياس الخاص ، لكنه قياس أولوي ، أو ما يسمى « دلالة النص » وهي حجة في اثبات العقوبات ، لانها في معنى النص ، لتبادر العلة ، وقرب مأخذها ، مما ينتفي في ادراكها غير الوسائط اللغوية ، أي ان العلة مفهومة من **المنطوق** ، وليست مستنبطة عن طريق **الاجتهاد ،** وما يثبت بدلالة النص ، ثابت بشرع الله يقيناً ، فكيف يقال انه لا يقاس على مثل هذا .

---

(١) أصول التشريع : بحث دلالة النص ــ ص ٣٥١ وما يليها ــ للمؤلف .

٣ ــ على أن ما ثبت على خلاف القياس ، اذا كان ممكناً ادراك علته ، جاز القياس عليه ، على **الراجح** ، لان الاصل في النصوص التعليل ، كما قدمنا ، سواء أكان الحكم على مقتضى القياس ، أم مستثنى ، اذ العلة مبنى الحكم ، فحيثما تحققت ، اقتضت الحكم شرعاً ، تحقيقاً لارادة الشارع .

٤ ــ يؤيد هذا ، اجتهاد الصحابة ، ومن بعدهم ، في تشريع العقوبة المالية ، باعتماد أقضية الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ أصولاً تشريعية ــ كما رأيت ــ وقد نص على ذلك الإمام الشاطبي بقوله : « على أن أبا الحسن اللخمي ، قد وضع له « لتأديب الغاش بالمال » **اصلاً شرعياً** ، وذلك ، أنه ــ عليه الصلاة والسلام ــ أمر **بإكفاء القدور** التي أُغليت بلحوم الحُمُر ...[1] وحديث **العتق بالمثلة** »[2] .

فموقف الفقهاء من هذه الاقضية والاجتهادات ، يدل على أنهم لم يعتبروها **« قضايا معينة »** واردة على خلاف القياس[3] ، بل أصولاً شرعية بيّنة العلة ، يبنى عليها غيرها مما هو في **معناها** اذا **تماثلت الظروف** ، واقتضت ذلك « المصلحة العامة » و « حقُّ الشرع » بل قد رأينا الإمام الشاطبي قد استخلص من كل أولئك أصلاً معنوياً عاماً يشهد للمصلحة ــ مبنى هذه العقوبة ــ بالملائمة والاعتبار ، كما قدمنا[4] .

---

(١) الاعتصام : جـ ٢ ص ١٢٤ .

(٢) اي من ضرب عبده حتى احدث فيه تشويها ، او مثلة ، فجزاء هذه الجناية ، أنه يعتق عليه جبرا ، بحكم الشرع ، ويصبح حرا ، دون رضا مالكه ، فقد اهدر الشارع ماليته ، وهو من باب التغريم بالمال على معصية المثلة ، لان العبد قبل العتق مال ، وبالعتق تسقط صفة المالية ، وتهدر ، ويعود الى الاصل ، وهو الحرية والانسانية ، والحر ليس بمال .

(٣) مما يدل على ان الفقهاء اعتمدوا تلك الاقضية **اصولاً شرعية** يبنى عليها غيرها ، مما هو في معناها ، قول ابن القيم : « من ذلك تحريق رسول الله ﷺ امكنة المعصية ، وهدمه لها ، كما فعل في مسجد الضرار . **وكل مكان هذا شانه** ، فواجب على الامام تعطيله ، إما بهدم أو تحريق ، وإما بتغيير صورته واخراجه عما وضع له .. وكذلك **محال** المعاصي والفسوق ، كالحانات ... » زاد المعاد : جـ ٣ ص ١٧ .

(٤) المرجع السابق .

هذه « **المصلحة** » هي التي تجب حمايتهـا ، بترتيب الحكم المناسب عليها ، اذا تحققت الملاءَمة ، وغلب على الظـن إفضاؤه الى مقصود الشـرع ، **ولا يجوز إهمالها** ، كما يقـول الإمام المحقق العز بن عبـد السلام ، ولو لم يرد بهـا نص خاص ، ولا قياس خاص ، ولا انعقد عليها إجمـاع ، لان فهم نفس الشرع يوجب ذلك[1] ، ونفس الشرع هو العدل والمصلحة ، وَلِما في اطِّراحها من تفويت لمقصد الشـارع **في حماية الدين والدنيا** ، بجلب المصالح ، ودرء الاضرار ، فكيف وقـد ورد لهـا في السنـة نظائر قولاً وقضـاءً ، وانعقـد عـلى أصل مشروعيتهـا إجماع الصحابة في اجتهاداتهم وأقضيتهم ، دون نكير .

ـ ومن ثَمَّ ، فلا وجه لمنع اعتبارها ، ما دامت مستجمعـة شرائِطَه ، حتى عند الإمام الغزالي نفسه[2] ، اذ لم يشترط في « **المصلحة** » إلا « **الملاءمة** » وكونهـا مـن **الضروريات** او الحاجيات ، وما نحن فيه كذلك[3] .

ـ واذا كانت هذه « المصلحة » عـلى « وَضْع المشروعات » فان دعـوى امتداد أيدي الظَّلَمة من الحكام الى أخـذ حصيلة الغرامات الماليـة لأنفسهم ، لا ينقض أصل مشروعيتها الثابت ابتداءً بالفقه العام ، بل توجب هذه الحال تشريع أحكام اجتهادية **موقوتة ، فقهاً او إفتاءً** ، مستمدة من قواعـد سياسة التشـريع ، لسد الذريعـة ، ولكنهـا ليست أحكاماً أصلية ، بـل تزول بزوال الظروف التي

---

(١) قواعد الاحكام : جـ ٢ ص ١٦٠ .
يقول الامام العز : « ومن تتبع **مقاصد** الشرع ، في جلب المصالح ، ودرء المفاسد ، حصل له من مجموع ذلك **اعتقاد** ، أو **عرفان** ، بان **هذه المصلحة لا يجوز اهمالها** ، وان هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وان لم يكن في ذلك نص ، ولا اجماع ، ولا قياس خاص ، فان **فهم نفس الشرع ، يوجب ذلك** » ونفس الشرع هو العدل والمصلحة .

(٢) شفاء الغليل : ص ٨١١ وما يليهـا ـ المنخول ـ ورقـة ٨١ وما يليها ـ المستصفى : جـ ١ ص ٣٠٧ .

(٣) لان دفع او ازالة آثار الاجرام والجنايات عن الامة ، من الضرر اللاحـق بالاموال ، والانفس ، والاعراض ، وترويع الآمنين ، والخروج على نظام الدولة ، من المصالح الضرورية او الحاجية ، بلا ريب .

استوجبتها ـ كما يقول الإمام ابن الاخوة ـ وتعود بعودها[1] ، لانها انما شرعت لهذا العارض الموقوت ، كما أشرنا ، وهـذا من باب المناط الخاص ، لا العـام ، وبحثنا في هذا الاخير ، لا الاول .

على أن المجيزين ، اشترطوا ـ **احتياطـا** وبوجه عام ـ أن لا يترتب على تطبيق أي حكم اجتهـادي اقتضته المصلحة « **تفويت مصلحة اكبر ، او حصول ضرر اشـد** فلا وجه لهذا التخوف ، فاذا توقع الإمام ذلك ، انخرمت[2] (بطلت) ملاءمة هذه المصلحة لسنن المشرع ، فانهارت حجيتها لذلك ، فلا يترتب عليهـا بالتالي حكم التغريم بالمال ، لعلة ذلك المآل ، هذا ، وقد نوهنا أكثر من مرة ، أنـه يجب التفريق بين أحكام الفقه العام الثابت ، وبين أحكام اقتضتها سياسة التشريع ، في مناطاتها الخاصة ، لعوارض موقوتة[3] .

ومعيـار « **الملاءمـة** » في قبول « المصلحـة المرسلـة » ورفضهـا ، شـرط أساسي لحجيتها في أصول الإمام الغزالي نفسـه[4] ، حتى لا تكون « المصلحة » أصلاً مستقلاً عن الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، بل راجعة اليها ، محافظة علـى مقصود الشرع ، اذ يقول : « واذا فسرنا المصلحة **بالمحافظة على مقصود الشرع ، فلا وجه للخلاف في اتباعها ، بل يجب القطع بكونها حجة** ، وحيث ذكرنا خلافا ، فذلك

---

(١) معالم القربة : ص ٢٨٤ وما يليها .

(٢) مسلم الثبوت : جـ ٢ ص ٢٦٤ ـ « هل تنخرم مناسبة الوصف ـ العـلة او المصلحة ـ بمفسدة تلزم ، مساوية او راجحة ـ وراجع ايضا : « نظرية التعسف في استعمال الحق » : ص ١٢٢ ـ الطبعـة الثانية ـ للمؤلف ـ وهذا البحث يتعلق بالفعل او التطبيق لحكم ، اذا نتج عنه مآلان متعارضان اثراً للظروف والعوارض .

(٣) راجع بحث تحقيق المناط العام ، والمناط الخاص : ص ٣٧ .

(٤) وقد اشترطه الامام الغزالي نفسه ، فضلا عن سائر الاصوليين ، فلا داعي اذن الى القول بمنـع مشروعية العقوبـة المالية ، مع هـذا التحفظ ـ المستصفى : جـ ١ ص ٣٠٧ ـ مسلم الثبوت : جـ ٢ ص ٢٦٤ .

عند تعارض **مصلحتين ، ومقصودين** ، وعند ذلك يجب **ترجيح الاقوى** »[1] .

وما نحن فيه كذلك ، لان « المصلحة » التي اتخذها الصحابة وجمهور الفقهاء أساساً للتغريم بالمال ، قد ثبتت ملاءمتها لتصرفات الشارع في أقضيته وأقواله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وأن العمل بها ، كان ترجيحاً لأقوى الدليلين ، لانه من باب تعارض المصالح ، بين الخاصة والعامة ، فأُخِذَ بالاقوى ، تقديماً للمصلحة العامة ، وهو عين ما اتجه اليه الإمام الشاطبي في قوله : انّ هذا من باب « الحكم على الخاصة من أجل العامة »[2] .

مقارنة بين اتجاه الإمام الغزالي ، واتجاه الإمام مالك ، من حجية المصلحة :

ان موقف الإمام الغزالي من حجية « المصلحة » كموقف الإمام مالك ، مع فارق بينهما ، هو امتناع الصحابة عن القضاء بمقتضاها على الرغم من وقوعها ، يعتبر ــ في اجتهاد الإمام الغزالي ــ إجماعاً[3] على عدم مشروعيتها ، خلافاً للإمام مالك .

هذا هو منشأ الخلاف الذي تفرع عنه تضادُّ اتجاه الإمامين من مشروعية العقوبة بالمال ، والراجح هو ما اتجه اليه الإمام مالك ، من اعتبار كونها حجة ، كما أشرنا ، لما يأتي :

---

(١) شفاء الغليل : ص ١٨٤ ــ نظرية المصلحة : ص ٤٥١ ــ للدكتور حسان . هذا ، وقد قلنا إن « **الملاءمة** » معناها ، أن تكون المصلحة من جنس ما اعتبره الشارع في التشريع ، وأن يكون ترتيب الحكم عليها على وفق تصرفاته فيه .

(٢) الاعتصام : جـ ٢ ص ١١٣ وما يليها .
المنخول : ورقة ٨١ ، وشفاء الغليل : ص ١٨٤ .

(٣) يقول الامام الغزالي في هذا الصدد : « فان قيل : ما الفرق بين **مذهبكم** ، وبين مذهب **مالك** في المصلحة ، حيث انتهى الامر في اتباع المصالح الى القتل في النفوس ، والضرب لمجرد التهَم ، وقتل ثلث الامة لاصلاح ثلثيها ، **ومصادرة اموال الاغنياء ، عند المصلحة** ، وكل مصلحة يعلم على القطع **وقوعها** في زمن الصحابة ، **وامتناعهم** عن القضاء بموجبها ، فهي **متروكة** » المنخول : ورقة ٨١ .

أولا ــ أن هذا النوع من الإجماع الذي ادعاه الإمام الغزالي ، ليس له مدلول في علم الاصول ، فضلاً عما يلزم عن اعتباره ، من سد باب الاجتهاد في كثير من القضايا التي تقوم على هذا الاساس ، وفي ذلك مفسدة عظمى .

ثانياً ــ أن الإمام الغزالي يستمسك بالاصل المعنوي العام الذي يقضي بالأخذ بأهون الشرين ، **عند تعارض المصالح**(١) ، والحكم على الخاصة من أجل العامة ، كما يقول الإمام الشاطبي(٢) ، من مشمولاته ، وهذا يقضي باستثناء المصلحة الخاصة من العمومات التي تندرج تحت حكمها ، وإعطائها ما تقضي به المصلحة العامة من حكم يوجب حمايتها ، ويزيل الضرر العام عن الامة ، أثراً لمعصية الجاني .

وما نحن فيه كذلك ، أي من باب تعارض المصالح ، اذ معاقبة الجاني مالياً ، ضرر أو شر في حقه بلا ريب ، وعدم معاقبته ضرر أو شر في حق المجتمع ، لإخلال أثر معصية الجاني ، بأمنه ، ونظامه ، ومصونية الاموال والانفس ، فقد تعارض ضرران أو شران ، كما ترى ، فيؤخذ بأخفهما أو أهونهما ، وهو معاقبة الجاني ، استثناءاً أو تخصيصاً من النص العام ، « لا ضرر ولا ضرار » وغيره من النصوص العامة ، دفعاً لأثر ضرر الجاني عن المجتمع ، كما قلنا . فكون الإمام الغزالي يمنع العمل بمقتضى هذا الاصل المقطوع به ، والذي يقول هو به ، يشبه أن يكون في اتجاهه هذا شيء من التناقض الذي خالفه فيه الإمام مالك ، والإمام الشاطبي ، كما رأيت .

ولعل هذا ، هو مدرك الإمام الشاطبي في اتجاهه الى قياس أخذ المال عقوبة ، على أخذ المال من الاغنياء اتفاقاً أو ضريبة(٣) ، لسد حاجة الجند ، عند خلو بيت المال .

---

(١) المستصفى : جـ ١ ص ٣٠٤ . (٢) الاعتصام : ص ١١٣ وما يليها .
(٣) إيجاب الانفاق على الاغنياء لحاجة الجند ، اذا خلا بيت المال ، أمر لا خلاف فيه بين الامام الغزالي ، والامام مالك ، والشاطبي ، وانما الخلاف في أخذ المال عقوبة ــ شفاء الغليل : ص ٢٤٣ وما يليها ــ الاعتصام : ص ١١٢ وما يليها .

ـ اذن ترتيب الحكم على ما تقتضيه المصلحة العامة تصرف ملائم ، للاصول العامة ، كما ترى ، وجارٍ على سنن الشارع ، ولا غرابة فيه ، ولا ابتداع ، لان تقديمها ورعايتها ، مقصد شرعي قطعي ، ازالة للضرر العام ، فهي مصلحة تحفظ **مقصود الشرع** .

هذا ، ولا يشترط الإمام الغزالي في حجية هذا الاصل ، إلاّ أن يكون مايفضي اليه تطبيقه من مصلحة ، يربو على ما فيه من مضرة ، بقوله : « ما لم تكن في ازالة هذا الضرر ، فوات[1] مصلحة أهم ، أو حصول ضرر أكبر[2] » كما أشرنا . ولكنه لم يطبق هذا الاصل في هذه المسألة ، على الرغم من تحقق مناطه وشروطه فيها .

ثالثاً ـ يُخصِّص الإمام الغزالي العمومات « **بالمصلحة الملائمة** » ومقتضى هذا ، أن تجوز العقوبة المالية تخصيصاً ، اذ يقول : « لا يُقال إن هذه المصلحة ـ اي الملائمة ـ **تعارض النص** ، فهذا لو قضينا به ، فحاصله : **استعمال مصلحة في تخصيص عموم ، وذلك لا ينكره احد** »[3] .

ـ لكن الإمام الغزالي ـ رضي الله عنه ـ قد أنكره على الرغم من تحقق شروط هذه المصلحة عنده كما يلي :

آ ـ أنها عامة حقيقية ، لا موهومة .

ب ـ أنها تجلب نفعاً أكبر مما ينشأ عن توقيعها من ضرر ، غالباً ، لاشتراطه المثلية والمناسبة ، ومراعاة الظروف .

جـ ـ أن تتعين ، بحيث لا يقوم غيرها مقامها الا بشطط ، أو مجافاة العدل ، أو ارتكاب ضرر أشد[4] .

---

(١) ضياع (٢) المستصفى : جـ ١ ص ٣٠٤ وما يليها .
(٣) المستصفى : جـ ١ ص ٢٩٨ ـ ص ٣٠٤ .
(٤) القواعد : جـ ٢ ص ٧٥ ـ لابن رجب .

د ـ ملاءمتها لتصرفات الشارع ، بأن كانت على وفق طرائق العقوبات المالية التي قضى بها الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وخلفاؤه من بعده ، ولم يكن ثمة من جهة الشرع ما يلغيها بعينها ، بنص خاص بها يصادمها .

خامساً ـ أن يكون الإمام عدلاً .

إذن ، تعارُض المصلحة المرسلة مع نص عام ، لا يلغيها ، بل ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ تعتبر مخصصة لعمومه ، بالقدر الذي تعارضا فيه ، فتحكم هي عليه بالتخصيص ، ولا يحكم هو عليها بالإلغاء ، على ما هو مقرر أصولياً ، توفيقاً بينهما ، والإمام الغزالي ـ رضي الله عنه ـ قد قرر أن هذا لا ينكره أحد . ولكنه هو نفسه قد أنكره في هذه المسألة ، كما أسلفنا .

على أن المجيزين ـ كما تعلم ـ لم تكن عمدتهم في مشروعية عقوبة المال ، هذه المصلحة المرسلة وحدها ، على الرغم من قوة حجيتها ، بل كانت من جملة عناصر أدلتهم ، كالسنة ، وآثار الصحابة المستفيضة ، واجتهادات كثير من الاصوليين والفقهاء ، فتأكدت بذلك موافقتها لتصرفات الشارع ، فما وجه قول الإمام الغزالي بعد ذلك : « فأما أخذ المال المستخلص للرجل ، **عقاباً على جناية** ـ شرع الشرع فيها عقوبات سوى أخذ المال ـ فهو مصلحة غريبة لا تلائم قواعد الشرع »(١) .

ـ وأيضاً ، ألا ترى الى « **الكفارات** » في خصالها المالية ، لا تعدو كونها عقوباتٍ ماليةً ، مقصود الشرع منها « الزجر على الراجح ، يقول الإمام الشاطبي : « **الكفارة مقصود الشرع منها الزجر** »(٢) فاذا ثبت أن قصد الشرع بالتغريم بالمال ، كفارةً ، الزجرَ ، فما الفرق حينئذ بين ثبوت الزجر بالكفارة ، وبين ثبوته بعقوبات مالية اجتهادية ، ما دام المقصد الشرعي واحداً ؟ والشارع فوض ولي الامر في عقوبات التعزير ؟ نعم ! الكفارة تعبدية في مقدارها ، لا في أصل مشروعيتها ، بمعنى

---

(١) شفاء الغليل : ص ٢٤٤ .
(٢) الاعتصام : جـ ٢ ص ١١٣ ـ الهداية : جـ ١ ص ١١٢ وما يليها .

أنْ لا مدخل للعقل في ادراك مقدار العقوبة ، لا في ادراك أصلها ، وحكمة مشروعيتها ، فالعلة واضحة ، وإلا فكيف فهم الاصوليون والفقهاء أن مقصود الشرع من التغريم بالمال كفارةً ، هو الزجر ؟ وهل مقصود الشرع إلا حكمة التشريع ، والمصلحة التي بني على أساسها الحكم ، لتكون بعد التنفيذ غاية له .

وأيضاً ، الكفارة ـ في خصلتها المالية ـ عقوبة مقدرة بنص ، وعلى معصية معينة بالنص أيضاً ، وليس كذلك الغرامة المالية ، فهي ليست مقدرة شرعاً ، ولا عيَّن الشارع معصية لكل غرامة بعينها ، بل فوض ذلك كله لتقدير الإمام ، على ضوء من المصلحة الملائمة ، وهو ما اتجه اليه الإمام مالك ، وأبو يوسف ، والشاطبي ، وابن الاخوة ، ومتأخرو الحنابلة ، والزيدية ، وغيرهم .

ـ إذن ، التغريم بالمال ثابت أصل تشريعه في القرآن الكريم ، فضلا عن السنة ، واجماع الصحابة ، فليثبت هذا القدر ، فيما فوض الشارع للإمام من العقوبات نوعاً ومقداراً ، جرياً على هذا السَّنَن في التشريع ، فلا غرابة ـ كما يقول الإمام الغزالي ـ ولا ابتداع .

ـ وفي هذا المعنى يقول ابن الاخُوَّة : « فان قلت هل للسلطان زَجْرُ الناس عن المعاصي ، باتلاف أموالهم ... التي يتوصلون الى المعاصي بها ؟ فاعلم أن ذلك ـ **لورود الشرع به ، لم يكن خارجاً عن سَنَنِ المصالح** »[1] .

لا يجيز الإمام الغزالي قياس اخذ المال عقوبةً ، على اخذ المال انفاقاً ، من الاغنياء على الجند ، لسد حاجتهم ، اذا خلا بيت المال :

ويتجه عليه في هذا ، أن الاصل المعنوي العام ، ينتظم الحالين ، لتحقق مناطه فيهما ، كما يقول الإمام الشاطبي[2] ، وهو أصل مقطوع به ، ومؤداه « **قضاء**

---

(١) معالم القربة : ص ٢٨٤ ـ هذا ، وإذا جاز الاتلاف ، جاز التغريم والمصادرة من باب أولى ، لان المصادرة انفع للامة .

(٢) ويقول الامام الشاطبي في تطبيق أصل قضاء المصلحة العامة على الخاصة ، التي تندرج تحت قاعدة الاخذ باهون الشرين ما نصه : « إنا اذا قررنا إماماً مطاعاً مفتقراً الى تكثير الجنود ، لسد الثغور ، وحماية الملك المتسع

العامة على الخاصة » كما اشرنا ، فقد اتحد الحالان في جنس المصلحة ، وهو المصلحة العامة ، فاقتضى ذلك جنس الحكم ، وهو مطلق الاخذ ، بنوعيه :

١ ــ الاخذ إنفاقا .

٢ ــ الاخذ عقوبة .

ــ وتأثير جنس المصلحة في جنس الحكم ، معتبر عند جمهور الاصوليين ، حتى عند الحنفية فثبتت الملاءمة لهذه المصلحة ، وهو ما يسميه الشافعية « قياس القواعد » .

ــ على أنا تعليل الإمام الغزالي ، لدعواه ، بأن ذلك قياس مع الفارق ، لا يسعفه في نفي مشروعية أصل العقوبة المالية ، بل يؤكدها ، اذ يقول : « فان الاموال ، مأخوذة بطريق ايجاب الانفاق منهم على جند الاسلام ، **لحماية الدين والدنيا** »(١) .

وهذه العلة عينها تقتضي مشروعية أخذ الاموال عقوبة ، لحماية الدين والدنيا ، كذلك ، أي بطريق العقاب ، لا بطريق الانفاق العام ، وقد وجد له في الشرع ، والفقه ، نظائر .

ألا ترى الى كثير من الفقهاء ، كيف أجازوا مصادرة أموال المرتد ؟ وأموال البغاة ؟ لجناية الاول على النظام الاسلامي ، كله ، عقيدة وشريعة ، وخروج البغاة على الإمام العادل ، على تفصيل في المذاهب الفقهية .

ــ والعلة في الاول ، جناية الارتداد ، والعياذ بالله .

الاقطار ، وخلا بيت المال ، وارتفعت حاجات الجند الى ما لا يكفيهم ، فللإمام ــ اذا كان عدلا ــ ان يوظف (يفرض) على الاغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال ، الى ان يظهر مال بيت المال ، ثم **اليه النظر** في توظيف ذلك على **الغلات والثمار ، وغير ذلك** ... فانه لو لم يفعل ذلك بطلت شوكة الامام ، وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار » الاعتصام : ج٢ ص١٢ .

(١) شفاء الغليل : ص ٢٤٣ .

ـ والعلة في الثاني . معصية البغي ، والخروج على الإمام العادل ، مع بقائهم على الاسلام ، على الرغم من أن اسلامهم ، يوجب عصمتهم !

ـ والعقوبة المالية ، إنما شرعت ـ في الحالين ـ لحماية الدين والدنيا ؟!

فالعلة في إيجاب المال على الاغنياء . للاتفاق العام ـ في اجتهاد الغزالي ـ هي بعينها علة مشروعية العقوبة بالمال !

ـ ألا ترى أيضاً ، الى حرمان « القاتل من الميراث » الثابت بالسنة ، وحرمانه من الوصية الثابت بالاجتهاد قياسا ، وحرمان الزوجة التي قتلت زوجها قبل الدخول ، من مهرها الثابت بعقد الزواج ، ويجمعها كلها حرمان من حق مالي وغرامة مالية ثابتة بالشرع والاجتهاد . لحماية الدين والدنيا .

هذا ، وقد نص فقهاء الزيدية أيضا ، على أن « للإمام . أو غيره من أهل الولاية ، **المعاقبة باخذ المال ، وانه يتصرف في المصالح ، وله المعاقبة بافساده** » (١) كما أسلفنا ، وغيرهم من الفقهاء الذين ذهبوا مذهبهم .

ـ وأما قوله ـ رضي الله عنه ـ إنّ مسالك الانفاق مقيدة بالشرع . بخلاف مسالك عقوبة المال ، فيجاب عنه : بأن هذه المسالك تأيدت بطرائق أقضية الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وخلفائه . وصحابته من بعده ، واجتهادات كثير من الاصوليين ، والفقهاء . من مختلف المذاهب ؛ كما تأيدت ـ أصولياً ـ بالمصلحة الملائمة التي يعترف بحجيتها الإمام نفسه . والمتعلقة بحق الشرع « مصلحة الامة » وبالاصول المعنوية فيه ، كما فصلنا .

مشاطرة الخليفة عمر ـ رضي الله عنه ـ ولاته أموالهم التي امتلكوها بسلطان الولاية ونفوذها ، انما كان على سبيل العقوبة المالية ، لا على سبيل محض الاسترجاع والتعويض المالي :

---

(١) التاج المذهب : جـ ٤ ص ٤٤٦ ـ ٤٤٧ ـ واذا جاز أخذ المال وافساده باطلاق ، جازت مصادرته والتصرف فيه لمصلحة المسلمين ، لان المصادرة خير من الاتلاف . ولان الاتلاف منهي عنه بالنص ، لانه تضييع للمال ، وانما أجازوه هنا للاغاظة والتنكيل ؛ استثناء من عموم النص المحرّم .

يتجه على الإمام الغزالي ــ رضي الله عنه ــ في تأويله لصنيع عمر في مشاطرة ولاته أموالهم ، بأن ذلك انما كان على سبيل الاسترجاع ، أو رد الغصوب ، (التعويض المدني) لا على سبيل العقاب ، أقول يتجه عليه ، أنه تأويل بعيد ، فضلاً عن أنه لا يستند الى دليل يسوغ هذا التأويل .

ذلك ، لان معنى العقوبة في صنيعه متحقق ، بدليل أخذه فردة نعل خالد . وشطر عمامته ، كما رأيت ، حتى غدا برجل حافية . وكان ذلك على مرأى من الجيش ، والتعويض المالي ، أو الاسترجاع ، أو رد الغصوب ، لا يقتضي أن يكون على هذا الوجه من التنكيل .

ثم ان هذا الاسترجاع ، كان على خلاف قواعد الشرع التي تقضي برد المغصوب عيناً ، ان كان قائماً ، وهل كانت فردة نعل خالد بن الوليد ، وشطر عمامته ، مغصوبين على وجه اليقين ، حتى يستردهما ؟؟

هذا ضرب من سياسة التشريع في العقاب ، بلا مراء .

ومعنى العقوبة يظهر ويتأكد ، ويغلب ، اذ تم هذا الاسترجاع على مرأى من الجيش ، فلا عبرة اذن بتأويل الإمام الغزالي أمام هذه الوقائع التاريخية ، انتصاراً لرأي ارتآه ، وكل تأويل لا يستند الى دليل يؤيده ، فهو بعيد[1] .

شرط تعيّن العقوبة المالية :

وأما قول الإمام الغزالي : « وليست المصلحة فيه[2] **متعيّنة** » فيتجه عليه ، أن المصلحة في التغريم قد **تتعين** في كثير من الظروف ، اذا حصل مقصود

---

(١) راجع بحث التأويل : حقيقته ، واساسه ، ومجاله ، وشروطه ، اصول التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد بالراي : ص ١٦٩ ص ٢٤٢ ــ طبع جامعة دمشق ــ للمؤلف .

(٢) وقوله فيه ، الضمير راجع الى التغريم بالمال ، او تنقيص الملك على حد تعبيره ــ شفاء الغليل : ص ٢٤٣ .

الشرع بها ، دون اشتطاط الى ما هو أشدّ ، كالعقوبات البدنيـة ، أو الحبس ، أو القتل ، والشطط في العقاب محرّم .

على أن « **العقوبة البدنية** » قد لا تكون مناسبـة في بعض الظروف ، فـلا يتحقـق مقصود الشرع من توقيعها في غالب ظن المجتهد بأن كان الجاني **شحيحـاً** مثلاً ، على الرغم من وفرة المال لديه ، فان العقوبة المالية بالنسبة الى مثله أردع ، بخلاف ما اذا كان مسرفاً مبذراً ، فان عقوبـة الحبس ربما تكون أنسب لحالـه ، من حيث مدى قوة الردع فيه ، ولهـذا كان التعزير في الشرع عقوبةً تفويضيـة ، مراعاة لاختلاف الظروف الشخصية ، والعامـة ، والمكانية ، والزمانيـة ، يتخيّر الإمام من أنواعها ومقدارها ، ما تقتضيه المصلحة المعتبرة .

ولا ريب ان **حال الجناة** ـ في الواقع ـ يختلف باختلاف **المنزلة الاجتماعيـة ، والسنّ ، والثروة ، والفقر ، والمهنة** ، وهذا يستلزم **تنوع العقوبات بداهةً** (١) ، فقد **تتعين** عقوبة « **الحبس** » مثلا بالنسبة للتاجر الغني ، لكونه اردع له من مجرد الغرامة المالية ، لما فيه من اعدام نشاطه الاقتصادي ، وقطعه عن عملائه ، وقد يرى الإمـام الجمع بين نوعين من العقوبة ، اذا اقتضت المصلحة ذلك ، كما فعل الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في سرقة ما لا قطع فيه ، تبعاً للظروف ، وتحقيقاً لمقصـود الشرع في الردع ، فليس غرض الشارع اذن « حَصْر » العقوبات في نوع معين ، وتطبيقها كيفما اتفق ، بل لا بد من دراسة كلّ موقف بظروفه ، تحقيقاً للمناسبـة والمثلية ، ومقصود الشرع في العقاب .

وإذاً ، لاحظنا أن « العقوبة » ـ أياً كان نوعها ـ ضرر محض ، فلا يجـوز توقيعها ، نوعاً وقدراً ، الا على الوجـه الذي يحقق المصلحة والعـدل ، وإلا كان الضرر بدون مسوّغ شرعي ، وهو محرم قطعاً ، اذ الاصل في العقوبـة التحريم ، حتى ينشأ سبب شرعي يسوّغها ، ويعيّن نوعها ، ومقدارهـا ، تخفيفاً أو تغليظاً ،

---

(١) الهداية : جـ ٢ ص ١١٦ ـ ١١٧ .

ولا يصار الى الاشد عند حصول المقصود بالاخف ، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن رجب الحنبلي ما نصّه :

« ومهما حصل التأديب بالاخف ، من الافعال والاقوال[1] ، والحبس والاعتقال ، لم يُعْدَل عنه الى الاغلظ ، اذ هو مفسدة لا فائدة فيه ، لحصول الغرض بما دونه »[2] .

فقول الإمام الغزالي ـ رضي الله عنه ـ : « وليست المصلحة فيه[3] متعيّنة » هكذا باطلاق ، ينافي مقتضى المصلحة والعدل في بعض الاحوال التي تقتضي التخفيف ، والعدول عن العقوبة البدنية الى المالية ، منعاً للشطط في العقاب ، دون ضرورة ، وإلا فما وجه أقضية الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأقضية خلفائه ، وأصحابه من بعده ، واجتهادات كثير من الاصوليين والفقهاء من المذاهب المختلفة ؟ ؟

إذن ، قد يتعين التغريم بالمال في بعض المعاصي ، أو الاحوال ، كيلا يصار الى العقوبة الاغلظ دون مسوغ وهو مفسدة ، كما يقول الإمام ابن رجب .

قياس المانعين ، الزكاة على الصلاة والصوم ، بجامع ان كلاً منها عبادة ، لا تجب العقوبة المالية بالامتناع عن ادائها :

حجتهم في هذا القياس ، داحضة[4] ، اذ من المقرر أصولياً ، أن « **لا قياس في مورد النص** » والزكاة قد ورد نص عقابي في خصوص الامتناع عن أدائها ، من

---

(١) وهذا بعمومه شامل للعقوبات البدنية ، والاضرار المعنوية بالتوبيخ . والاحكام القضائية بالتغريم والمصادرة .

(٢) والمفسدة محرم التسبب فيها ، واذا حصل الغرض بالاخف ، كان الاغلظ شططا في العقاب ـ القواعد : ج ٢ ص ٧٥ .

(٣) في التغريم بالمال .

(٤) باطلة .

قضاء الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ فلا وجه لاستنباط حكمه عن طريق القياس ، اذ لا قياس مع النص[1] .

سلمنا جدلاً أن الزكاة لم يرد في خصوص الامتناع عن أدائها عقوبة مالية ، بنص شرعي . لكنه **قياس مع الفارق** ، لان الزكاة عبادة فيها معنى **المؤنة** ، (ضريبة مالية)وليس كذلك الصلاة والصيام ، لان كلاً منهما ، عبادة **شخصية خالصة** ، فافترقا .

وتأسيسا على هذا ، فالمتنع عن أداء الزكاة ، قد منع حقاً مالياً معلوماً واجب الاداء ، فتعدى أثر هذه المعصية الى مصارف الزكاة ، ومرافق الدولة ، لذا اعتبره الخلفاء ، خروجاً على نظام الدولة ، لا مجرد منع للحق عن مستحقه فحسب ، يؤكد هذا ، أن الزكاة حق الله[2] .

والامتناع عن أداء الواجب معصية توجب التعزير المناسب ، ولذا رأى الشارع أن يعامل الممتنع بالنقيض من قصده ، وهو التغريم المالي ، لشح الممتنع وحرصه على المال ، لان امتناعه ينم عن ذلك .

على أن الصيام قد ورد فيه عقوبة مالية ولكن مقدرة من الشارع ، وهي الكفارة في خصلتها المالية[3] ، على من تعمد هتك حرمته ، إما بالوقاع في نهار رمضان ، أو بأي من الوقاع والإفطار فيه ، على خلاف في المذاهب الفقهية[4] ، فكيف يقال ان الممتنع عن الصيام ، لا يغرم بالمال ؟؟

---

(١) إذ الحكم المستنبط عن طريق القياس ، اجتهادي ، يفيد الظن ، ويحتمل الخطأ ، بخلاف النص الصريح من المشرع نفسه ، فحكم الله تعالى فيه بيّن.

(٢) جاء في الهداية : « ... لما عرف ان الزكاة حق الله » الهداية : باب الزكاة.

(٣) جاء في الهداية : « ولان السبب جناية الإفساد ، لا نفس الوقاع » وجاء فيها أيضا : « ان **الكفارة** تعلقت بجناية الافطار في رمضان ، فتكون **عقوبة** » وبدليل تنظيرها بكفارة **الظهار** ، وهو معصية أيضا ، فكانت عقوبة لذلك ، حيث يقول : « الكفارة مثل كفارة الظهار » ـ جـ ١ ص ١٢٤ ص ١٢٥ ـ فضلا عن وجوب القضاء بعدد ما أفطر .

(٤) وقال الشافعي : لا تجب إلا بالوقاع نهارا في رمضان ، لان السبب هو خصوص الوقاع ـ المرجع السابق .

ـ وأما في معصية المجاهرة بالإفطار في رمضان . فتتميز عن معصية الإفطار نفسه . ولا مانع شرعاً من توقيع العقوبة التعزيرية عليها فضلاً عن كفارة الافطار في نهار رمضان، حماية للدين وشعائره . ومنعاً من تحدّي المؤمنين . وأذيّتهم في شعورهم الديني . فقد تكون عقوبةً بدنية ، أو بتقييد حريته بالحبس طوال الشهر المبارك ، أو بتغريمه بالمال ، ألا ترى أن الفقهاء قد أفتَوا بتغريم من لا يحضر صلاة الجماعة وان الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد همّ بتخريب بيوتهم ، وكل ذلك تبعاً للمصلحة التي يقدرها الإمام العدل ، وهي كلها عقوبات تَمتّ الى التغريم بسبب .

يقول ابن تيمية في هذا الصدد : « وينعاقب تارك الصلاة ، والزكاة ، وحقوق الآدميين ، حتى يؤدوها . فالتعزير في هذا الضرب (النوع) أشد منه في الضرب الاول[1] . ولهذا يجوز أن يضرب هذا مرة بعد مرة ، حتى يؤدي الصلاة الواجبة ، أو يؤدي الواجب عليه »[2] .

واذا جازت العقوبة البدنية ، جاز التغريم بالمال ، وتقدير ذلك مفوض الى الإمام ، لان العصمة في النفس ، مقدمة على العصمة في المال ، فاذا أهدرت في الاولى ، أهدرت في الثانية من باب أولى ، بسبب الجناية ، لان شأن المال أهون من النفس ، شريطة أن تكون مناسبة مؤدية الى تحقيق مقصود الشرع من الزجر .

امتناع الخليفة ابي بكر عن تغريم الممتنعين عن اداء الزكاة في عهده ، اكتفاءً بمحاربتهم ، لا يستلزم عدم مشروعية التغريم بالمال على معصية الامتناع عن ادائها :

وأما استدلال المانعين بعدم تغريم الخليفة أبي بكر للممتنعين عن أداء

---

(١) السياسة الشرعية ص ١١٦ .

(٢) ليُّ الواجد ظلم ، يحل عِرضه ، وعقوبته » اي تسويف المدين الواجد القادر على الأداء ظلم يوجب معاقبته .
ـ وقد بحث ابن تيمية هذا تحت عنوان : « العقوبة لتادية حق واجب ، وترك محرم في المستقبل » ـ المرجع السابق .

الزكاة[1] ، مع قيام المصلحة ، ووجود الداعية الى ذلك ، فيتجه عليهم ، أن المحاربة ضرب من العقوبة الاشد ، لما فيها من القتل وسفك الدماء . وكان ذلك أمراً يقتضيه العصيان العام ، وقد تمّ بالحرب مقصود الشرع . حيث قضى على تمردهم ، وأجاءهم[2] الى حظيرة الاسلام ، وأدّوها كرْهاً ، فكانت الحرب العامة ـ في اجتهاده بعد الاستشارة ـ طريقاً متعينةً وناجعة ومناسبة ، من طرق العقاب ، للتمرد العام ، اذ الامتناع لم يكن فردياً ، ولم ير ثمة داعياً الى الجمع بين هذه العقوبة الاشد تغليظاً وبين التغريم بالمال ، ما دام قد حصل المقصود .

وأيضاً ، هذه العقوبة تفويضية ، تخييرية ، فلا يستلزم شرعها ايجاب توقيعها ، على ولي الامر ، في كل حال من أحوال الامتناع ، بل ذلك مرهون بما تقتضيه المصلحة ، في كل حال على حدة ، فتخيُّر أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ هذه الطريق الاشق من العقاب ، لا يدل على عدم مشروعية غيره ، اذ الواجب تخييري ، فضلاً عن أن مشروعية التغريم بالمال على الامتناع عن أداء الزكاة ، ثابتة بالسنة[3] .

وأما قول المانعين بأنه لم يُنقل عن الصحابة ، أنهم غرّموا بالمال الممتنع عن أداء الزكاة ، فالجواب عن هذا ، أنه بعد عهد أبي بكر ، لم يؤثر أن أحداً امتنع عن أدائها ، لغلبة التقوى فيهم ، بعد تمكُّن الايمان من قلوبهم .

وأما استدلال المانعين بقصة الاعرابي الذي قال : «**لا ازيد**» فيجاب عنه ، أنه لا دليل فيه، ولا حجة، اذ لم يرد في القصة أن الاعرابي قد **امتنع عن اداء الزكاة** ، وبحثنا في حكم الامتناع هذا ، لا في الاستفسار عن أصول العبادات المفروضة ، وأدائها ، وما يرتب الشارع على ذلك من المثوبة ، فالقصة في غير محل النزاع .

وبذلك **يترجح** لديك ، مشروعية التغريم بالمال ، على **بعض** الجرائم والجنايات

---

(١) المغني : جـ ٢ ص ٤٢٨ . (٢) الجاهم .
(٣) المجموع شرح المهذب : جـ ٥ ص ٣٠١ .

غير المقدرة[1] ، اذا اقتضت ذلك المصلحة المعتبرة، لان ذلك علم من مقصود الشرع، **قبل النظر في الشواهد** ، كما يقول الإمام الشاطبي[2] ، شريطة أن يكون الإمام عدلا ، لما ثبت أصله في القرآن الكريم ، بادراك حكمة تشريعه ، وأقضية الرسول صلى الله عليه وسلم — وأقواله ، وباستفاضة آثار الخلفاء والصحابة في اقضيتهم ، واجتهادات كثير من الاصوليين والفقهاء في المذاهب المختلفة ، **وبالمعقول**[3] ، حماية **للدين والدنيا** ، والله ولي التوفيق .

---

(١) اي غير المقدرة عقوبتها ، نوعا ومقدارا ، من قبل الشارع ، والمفوض امر تقديرها والنظر فيها ، الى ولي الامر العادل ، حسبما يراه من المصلحة في حماية الدين والدولة .

(٢) الاعتصام : جـ ٢ ص ١٢١ وما يليها .

(٣) من ذلك ما يقوله الامام الشاطبي ، بعد أن قرر حق ولي الامر العدل ، في توظيف اموال كافية على الاغنياء ، لتكثير الجند ، لسد الثغور ، وحماية الملك المتسع الاقطار ، وتوظيف ذلك ايضا على الغلات والثمار ، على حسب ما يرى من المصلحة حتى لا يستولي الكفار على ديار المسلمين ، يقول الامام الشاطبي في دليله العقلي الذي فهمه من مقصود الشرع ، قبل النظر في الشواهد الخاصة ، ما نصه : « فاذا عورض (قوزن) هذا الضرر العظيم (يعني استيلاء الكفار على ديار المسلمين) بالضرر اللاحق لهم (للاغنياء واصحاب المزارع الشاسعة) بأخذ البعض من اموالهم ، **فلا يتمارى** (لا يشك ولا يجادل) في ترجيح الثاني (أي التوظيف والاخذ) على الاول ، (على مصلحة الاغنياء واصحاب المزارع والغلات والثمار) وهو ما يعلم من **مقصود الشرع** ، قبل النظر في الشواهد » اي قبل النظر في الادلة الخاصة — الاعتصام : جـ ٢ ص ١٢١ وما يليها .
— ومقصود الشرع يطلق عليه روح التشريع العامة .
— وهذا تطبيق للاصل المعنوي العام ، من انه اذا تقابل شران او ضرران ، أخذ باخفهما ، وهو ما يقول به الامام الغزالي ، ولكنه لا يطبقه في مسالة التغريم ، خلافا للامام الشاطبي .

منهج البحث
في الصيد

أولا : معنى الصيد لغة وشرعا .

ثانيا : تحليل التعريف الشرعي للصيد ، وبيان عناصره ، ومحترزاته .

أ ـ وصف الحيوان بكونه « متوحشا » بالطبع ، قيد أساسي في التعريف ، لاخراج المستأنس طبعا (الاليف) وكذلك الحيوان الذي طرأ عليه التوحش ، عند بعضهم (المالكية) خلافا للجمهور والامامية .

ب ـ علة حل الحيوان المتوحش المأكول اللحم ، بالصيد أو العقر ـ كذكاة له ـ هي « **عدم القدرة عليه** » وهو مذهب الجمهور .

جـ ـ الامام مالك ، والليث بن سعد ، يريان : أنه لا يحل الاكل لما توحش الا بالذكاة الشرعية في الحلق أواللبة ، حسب الاحوال ، ولا يحل بالصيد عقرا .

د ـ سبب الاختلاف هو معارضة الاصل للخبر .

هـ ـ الحيوان الوحشي بطبعه ، المأكول اللحم ، اذا استأنس ، لا يحل أكله الا بالذكاة الشرعية ، دون العقر والاصطياد ، لتحقق القدرة عليه ، بزوال صفة التوحش والامتناع ، والحكم يدور مع علته ، وجودا وعدما .

و ـ الحيوان الوحشي بطبعه ، إذا زال بالرمي ، أو بأخذ الجارح له ، امتناعه ، ولم يزفع حياته ، وأدركه الصائد ، وفيه حياة مستقرة ، أو حياة فوق حياة المذبوح ، لم يجز أكله الا بالذكاة الشرعية ، لتحقق القدرة عليه ، بزوال امتناعه ووحشيته ، اجماعا .

ثالثا ـ مشروعية الصيد

ثبتت مشروعية الصيد بالكتاب والسنة ، والاجماع ، والمعقول .

١ ـ اما الكتاب:

١ ـ فلقوله تعالى : « يسألونك ماذا أحِلَّ لهم ، قل أحل لكم الطيبات ، وما علّمتم من الجوارح مكلّبين ، تعلمونهنّ مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكنَ عليكم ، واذكروا اسم الله عليه ... » ووجه الاستدلال بها .

٢ ـ وقوله تعالى : « أحلّت لكم بهيمة الانعام ، الا ما يتلى عليكم ، غير محلّي الصيدِ وأنتم حرُم . إلى قوله تعالى : **« واذا حللتم فاصطادوا »** ووجه الاستدلال بها .

٣ ـ وقوله تعالى : « أحِلَّ لكم صيد البحر وطعامه ، متاعا لكم ، وللسيارة ، وحرّم عليكم صيد البر ما دمتم حرُما ... » .

ثانيا ـ ادلة مشروعية الصيد من السنة مع بيان وجوه الاستدلال بها

أ ـ حديث عدي بن حاتم في رواياته المتعددة .

ب ـ حديث أبي ثعلبة الخشني ـ ورواياته ، وحديث رافع بن خديج .

ـ وجه الاستدلال بهذه الروايات على أن **الصيد مشروع** .

ـ ما يستنبط من هذه الروايات من أحكام تتعلق بالصيد ، وحِلّه ، والصائد ، وآلة الصيد ، والشروط التي تتعلق بكل أولئك .

ثالثا ـ القياس .

رابعا ـ حكم الصيد ، أو وصفه الشرعي في الاحوال المتغايرة ـ تعتريه الاحكام الخمسة ، من الاباحة ـ وهي الاصل ـ والفرض ، والندب ، والكراهة ، والتحريم .

خامسا ـ شروط حل الاكل من المصيد ، وهي نوعان :

أ ـ شروط تتعلق بحل الاكل من المصيد بالآلة الحادة .

ب ـ شروط تتعلق بحل الاكل من المصيد بالجارح المعلّم .

ـ أما شروط النوع الاول فهي كما يلي :

أولا ـ (وهو شرط مشترك) أن يكون الصيد **غير مقدور عليه** .

ثانيا ـ أن تجرحه الآلة المحددة من السهم ، أو الرمح ، أو السيف ، وما يجري مجراها ، فيدميه ، ويموت من هذا الجرح ، لا بسبب آخر ، حتى يكون موته بالاصطياد المنسوب الى الصائد ، لا بالخنق ، ولا بالوقذ ، ولا بالصدمة ، ولا بالرعب من الجارح ، أو بالغرق في الماء .

ـ آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس **اذا توحش** ، بم تكون ذكاته وكذا اذا استعصى وتعسر ذبحه .

ـ اجتهاد « الامامية » في كل حيوان ، ولو مستأنسا ، اذا تعذر ، أو تعسر ذبحه أو نحره ، **توحشا ، او استعصاء** ، فان العقر ذكاته ، للضرورة التي مردها ، عدم القدرة عليه ، وهو « العلة » في **ذكاة الضرورة** ، وان لم يصادف العقر موضع التذكية الشرعية ، دفعا للحرج ، وعدم اضاعة المال ، وسدا للحاجة .

ـ حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الاسلحة الحديثة المعروفة في أيامنا .

ـ **وجوب تذكية الحيوان** الوحشي بطبعه ، أو المتوحش ، أو المستعصي ، بعد اصابته برصاص البندقية النارية ونحوها ، وجرحه ، اذا أدركه الصائد حيا ، **غير منفوذ المقاتل ، للاحتياط** .

ـ القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الفقهاء .

ثالثا ـ أن يكون الحيوان الوحشي أو المتوحش ، او المستعصي ، مأكول اللحم شرعا .

رابعا ـ ذكر اسم الله تعالى ، أو (التسمية) عند ارسال الجارح المعلّم ، أو الرمي بالسهم ونحوه ، أو اطلاق الرصاص ونحوه من البندقية النارية ، أو ما يشبهها .

ا ـ موضع التسمية في الصيد ، على الآلة الجمادية الحادة ، او على الجارح المعلّم ، عند الرمي او الارسال ، لا على الحيوان الذي يُراد صيده ، لانه غير مقدور عليه ، بخلاف الذكاة الشرعية الاختيارية ، **فموضع التسمية على الحيوان الذبيح نفسه ، لا على الآلة ، لانه مقدور عليه ،**

ب ـ حكم التسمية في الاصطياد ، والادلة التي تنهض به في فقه المذاهب .

* * *

بحث الصيد

في الفقه الاسلامي المقارن

اولا ـ معنى الصيد لغة وشرعا

أ ـ أما لغة ، فالصيد ، مَصدر صاد يصيد ، ويَصاد ، صيدا ، اصطاده ، والصيد : المصيد ، تسمية لاسم المفعول بالمصدر ، والجمع صُيود[1] .

هذا ، وقد جاء في المغرب ، تعريف للمصيد بأنه : كل ممتنع متوحش طبعا ، لا يمكن أخذه الا بحيلة[2] وهو قريب من المعنى الشرعي[3] .

ب ـ أما تعريفه شرعا ، فهو : اقتناص حيوان **متوحش بالطبع ، ممتنع عن الآدمي ، غير مقدور عليه .**

ثانيا ـ تحليل التعريف الشرعي للصيد بالمعنى المصدري

أ ـ ان وصف الحيوان بكونه « متوحشا » قيد أساسي في التعريف ، لاخراج الحيوان «**المستانس**» كالغنم ، والبقر ، والإبل ، ونحوها ، فهذه **لا يجوز اصطيادها** ، لانها ما دامت مستأنسة ، **فهي مقدور عليها** تؤخذ باليد ،

---

(١) مختار الصحاح : للرازي ـ ص ٣٧٥ ـ ط ـ دار المعرفة ـ بيروت ـ اساس البلاغة ـ للزمخشري ـ ط ـ دار بيروت ـ ص ٣٦٧ .

(٢) هذا التعريف للمصيد ، هو ما نقله صاحب كتاب اللباب في شرح الكتاب : جـ٣ ص ٢١ تأليف الشيخ عبد الغني الغنيمي الميداني الدمشقي ـ ط ـ المكتبة العلمية ـ بيروت .

(٣) المرجع السابق : ص ٢١٧ وما يليها .

فيتعين **ذبحها بالذكاة الشرعية** ، لانها هـي الاصـل في حِلّ الذبيحة ، ولان « الصيد » بجميع آلاتـه المشروعة التـي سيأتي تفصيلها ، يُعتبر عقـرا ، أي **ذكاة ضرورية** ، لا اختيارية ، لعدم القدرة على المصيد ، ولا تكليف الا بالوسع ، يقـول ابـن رشـد : « **واتفقوا على ان الذكاة المختصة بالصيد هي العقر** »(١) فلذلك ، كانت هذه الرخصة على سبيل الاستثناء بالنسبة الى الحيوان المتوحش طبعا دون « المستأنس » اذ لا ضرورة الى اللجوء الى « الصيـد » ما دام مقدورا عليه ، ولا يُلجأ الى البدل أو الرخصة الا اذا تعذرت العزيمة ، أو تعسرت ، عملا بمقتضى الاصل العام : « لاتكليف الا بمقدور » .

وقولنا ، متوحش بالطبع ، تمييزا للمستأنس الذي طرأ عليه « التوحش » كالبعـير النـادّ ، أو الشـاة الشاردة ، لكنـه يشبه المتوحش طبعـا ، مـن **حيث امتناعه ، وعدم القدرة عليه** في هـذه الحال ، وهذا فصل اختلف فيـه الفقهاء ، فمنهم من ألحقه بالمتوحش طبعا من حيث عدم القدرة عليه ، فأجـاز اصطياده الذي يعتبر ذكاة ضرورية له . يقول ابن رشد في هذا المعنى ما نصه : « وذلك أن « العلـة » في كون « العقـر » ذكاة في بعض الحيوان ، ليـس شيئا أكثر من عدم « القدرة عليه » لا لانه وحشي فقط »(٢) .

بينما فريق آخر من الفقهاء نظـر الى « **فطرة التوحش** » فاعتبرها هـي « العلـة » في حِلّ الاصطياد ، ولم يعتبر الطارىء ، وبالتالي لم يحل الاصطياد في مثل هذه الحال(٣) الطارئة .

غير أنه يشهد للرأي الاول ، حديث رافع بن خديج قال(٤) : « كنا مع رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في سفر ، فنَدَّ بعير من إبل القوم ، ولم يكـن

---

(١) بداية المجتهد ــ جـ ١ ــ ص ٤٥٥ .
(٢) بداية المجتهد ــ جـ ١ ــ ص ٤٥٥ .
(٣) والامامية ، والحنفية والشافعية والحنابلة ، على الراي الاول ، كما سيأتي بيانـه .
(٤) البدائع : جـ ٥ ص ٤٣ ــ للكاساني ــ قوله : « وأمـا الشاة فان ندّت في الصحراء ، فذكاتها العقر ، لانه لا يقدر عليها ، وان ندت في المصر (المدينة) لـم يجـز عقرهـا .

معهم خيل ، فرماه رجل بسهم ، فحبسه ، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ **ان لهذه البهائم اوابد كاوابد الوحش ،فما فعل منها هذا ، فافعلوا به هكذا»**(١) رواه الجماعة .

ووجه الاستدلال ، أن قوله ـ صلى الله عليه وسلم : « ان لها أوابد » أي إن لها «**توحشا**» وهو توحش طارىء ، لانها ـ في الاصل ـ مستأنسة »(٢) .

ب ـ علة حل الحيوان المتوحش المأكول اللحم بالصيد او العقر ، كذكاة له ـ هي عدم القدرة عليه ، وهو مذهب الجمهور .

هذا وظاهر الحديث يدل على « جواز أكل ما رمي بالسهم ، فجرح ، في أي موضع كان من جسده ، بشرط ان يكون وحشيا أو متوحشا(٣) ، وهو رأي الجمهور ، لعلة عدم القدرة عليه ، كما ذكرنا

وذهب الامامية الى عين ما ذهب اليه الجمهور .

ج ـ هذا ، وروى عن الامام مالك ، والليث بن سعد ، وسعيد بن المسيب ، وربيعة ، انه : « لا يحل الاكل لما توحش، الا تذكية في حلقه ،أو لبته (٤) » . ويقصد بذلك « الذكاة الشرعية » التي هي الاصل .

ويقول ابن رشد في الحيوان المستأنس اذا توحش ، فلم يقدر على أخذه ، ولا ذبحه أو نحره ، تعبيرا عن رأي الامام مالك : « لا يؤكل الا أن ينحر من ذلك ، ما ذكاته النحر ، ويذبح ما ذكاته الذبح ، أو يفعل به أحدهما ، ان كان مما يجوز فيه الامران جميعا »(٥) .

---

(١) اصابه السهم فوقف ـ نيل الاوطار ـ جـ ٨ ص ١٤٩ ـ للشوكاني ـ ط ثالثة ـ مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة ـ ١٩٦١ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .
(٤) نيل الاوطار : جـ ٨ ص ١٥٠ .
(٥) بداية المجتهد : جـ ١ ص ٤٥٤ لابن رشد ـ من المعلوم ان الحيوان منه ما لا تجوز تذكيته الا بالذبح في اعلى العنق ؛ ومنه ما لايجوز ذلك الا بنحره كالابل في أسفل العنق .

غير أن ما جاء في كتاب « المسوى شرح الموطأ » للامام مالك ، وذلك فيما نصه : « انه ـ أي الامام مالك ـ بلغه أن سعيد بن المسيب ، **كان يكره ان يقتل الانسية بما يقتل الصيد من الرمي واشباهه**[1] فيقول الامام الدهلوي على هذا تعليقا: « قلت : هذا مخصوص **بما اذا لم يتوحش ، وامكن ذبحه ، فاذا توحش صار بمنزلة الصيد** ، لحديث رافع بن خديج[2] » .

على أن كل حيوان لا يقدر عليه ، لوحشيته طبعا ، أو توحشه ، أو رديه في بئر حتى تعذر ذبحه في محل الذبح من الحلق[3] أو اللبة[4] ، لاستعصائه ، فان «عقره ذكاته» **والعقر هو : طعن الحيوان في اي موضع من جسمه كالفخذ ونحوه ، شريطة ان يجرحه ، ويسيل دمه ويقتله .**

وسبب الاختلاف هو معارضة الاصل للخبر :

١ ـ أما الاصل ، فهو أن الحيوان الإنسي الاليف لا يَحِلُّ أكله الا بالذكاة الشرعية ، ذبحا أو نحرا ، كالشاة والابل ، وما اليها ، وان الوحشي انما يحل أكله بالعقر ، أي بالطعن بآلة حادة في أي موضع من جسمه ، بشرط أن يسيل دمه ، ويموت من ذلك الجرح ، هذا هو الاصل .

٢ ـ أما الخبر المعارض لمقتضى هذا الاصل ، فحديث رافع بن خديج الذي رويناه آنفا[5] .

هذا ، وانما اعتبر « العقر »[6] في مثل هذه الاحوال « ذكاة » في حكم

---

(١) المسوى ـ شرح الموطأ ـ تأليف الامام ولي الدين الدهلوى : جـ٢ ص ٣٤٥ ـ طبع دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ لبنان .
(٢) المرجع السابق .
(٣) بداية المجتهد ـ جـ١ ـ ص ٤٥٤ .
(٤) الوهدة التي في اسفل العنق .
(٥) بداية المجتهد : جـ ١ ص ٤٥٤ ـ نيل الاوطار : جـ ٨ ص ١٣٨ـ١٤٠ للشوكاني.
(٦) العَقْر : هو الجرح بسهم ونحوه ، في اي موضع من بدن الحيوان ، بشرط أن يريق دمه ، وان يقتله بهذا الجرح ، وان يقصد تذكيته ، وان يكون اهلا للتذكية ـ الفقه على المذاهب الاربعة : جـ ٢ ص ١٩ . يصادف العقر موضع التذكية ، او لا يصادف ، وسقطت شرطية الذبح والنحر .

الشرع ،لمكان«الضرورة»في كل منها ،حتى ولو كان الحيوان مستأنسا أصالة[1] ، وفي هذا المعنى جاء في كتاب تحرير الوسيلة أيضا مانصه:«كل ما يتعذر ذبحه أو نحره (في محل الذبح) اما لاستعصائه ، أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الانسان من الوصول الى موضع ذكاته ، ليذبحه أو ينحره ، كما لو تردى في البئر ، أو وقع في مكان ضيق ، وخيف موته : **جاز ان ينعقر بسيف ، او سكين او رمح ، او غيرها ، مما يجرحه ويقتله ، ويحل اكله،** وان لم يصادف العقر موضع التذكية ، وسقطت شرطية الذبح والنحر[2] » وهذا شامل لكل حيوان ، وحشيا كان أو متوحشا ، أو انسيا تعذر ذبحه ونحره[3] .

على أن هذا هو ما أكدته السنة فيما روي عن أبي العشراء ، عن أبيه ، قال : « قلت يا رسول الله ، أما تكون الذكاة الا في الحلق واللبة ؟ قال : لو طعنت في فخذها ، لأجزأك »[4] رواه الخمسة .. وعلق عليه الامام الشوكاني بقوله : « وهذا فيما لم يقدر عليه »[4] . والجرح لابد منه لتحقيق معنى الذكاة[5] .

و ـ الحيوان الوحشي المأكول اللحم اذا استانس ، لا يحل الا بالذكاة الشرعية ، دون العقر او الاصطياد ، لتحقق القدرة عليه ، والحكم يدور مع علته ، وجودا وعدما .

هذا ، وقولنا في التعريف : « **متوحش بالطبع ، ممتنع عن الآدمي ..** » لاخراج المستأنس بالطبع من الحيوان الذي **يالف الآدمي** ، فكان بذلك **مقدرا عليه ، فلا يجوز اصطياده ، ولا يحل اكله الا بالذكاة الشرعية ، في الحلق ، او اللبة ، حسب الاحوال** ، على ما سيأتي تفصيله في بحث الذبائح ، وهذا بالاجماع .

---

(١) راجع البدائع : جـ ٥ ص ٤٣ وما يليها ـ للكاساني ـ وراجع المسوى شرح الموطأ جـ٢ ص ٣٤٥ . وراجع مغني المحتاج جـ٤ ص٤٦٨ للخطيب الشربيني .
(٢) تحرير الوسيلة جـ ٢ ص ١٣٣ .
(٣) المرجع السابق ـ وشرائع الاسلام جـ ٣ ص ٢٠٢ .
(٤) نيل الاوطار : جـ ٨ ص ١٤٨ـ١٤٩ .
(٥) المرجع السابق .
وجاء في اللباب في شرح الكتاب في فقه الحنفية « وما توحش من النعم ـ فذكاته العقر والجرح : جـ ٣ ص ٢٢٨ ـ للغنيمي الدمشقي المدني .

وكذلك الحكم اذا استأنس الصيد ، لوحدة المناط، جاء في اللباب شرح الكتاب في هذا المعنى ما نصه : « **وما استانس من الصيد ، وصار مقدورا عليه ، فذكاته الذبح ، لان ذكاة الاضطرار ، انما ينصار اليها ، عند العجز عن ذكاة الاختيار ، ولا عجز اذا استانس ، وصار مقدورا عليه** »[1] .

وعلى هذا « فالحيوانات المستأنسة بطبيعتها ، كالجمال والبقر ، والغنم ونحوها من الطيور والحيوانات الاليفة ، لا تحل بالصيد ، بل لابد في حِلِّ أكلها من ذكاتها الذكاة الشرعية[2] .

ومعنى هذا ، انه اذا انتفى **التوحش ، والامتناع** ، وتحققت القدرة على الحيوان ، **فلا يحل الصيد** ، كالحيوانات الداجنة من البط ، والاوز ، والحمام البيتي دون الجبلي أو البري ، وكذلك كل حيوان وحشي تأنس ، وصار مقدورا عليه ، أو توحش ثم عاد الى تأنسه ، لوحدة «العلة» وهو القدرة على ذبحه ، كما بينا .

ز ـ الحيوان الوحشي اذا زال بالرمي ، أو بالاخذ من الجارح ، امتناعه ، ولم يرفع حياته ، وادركه الصائد ، وفيه حياة مستقرة ، لم يجز اكله الا بالذكاة الشرعية ، لتحقق القدرة عليه .

يرشدك الى هذا ، أن الصيد اذا رمي بسهم ، فأصابه ، ولكن **لم يبلغ مقاتله ، فادرك الصائد فيه حياة مستقرة ، لم يحل بالصيد** ، ولو جرحه ، وأراق دمه ، بل لابد من تذكيته **الذكاة الشرعية** ، لانه بعد الرمي صار « **مقدورا عليه** » **حيث ازال الرمي امتناعه ، ولكن لم يرفع حياته ، وبالتالي لم يقتل**

---

(١) المرجع السابق ـ هذا ، والعقر هو الجرح بسهم ، ونحوه ، في اي موضع من بدنه ، بشرط ان يريق دمه وان يقتله بهذا الجرح ، وان يقصد تذكيته بهذا العقر . بداية المجتهد جـ ١ ص ٤٥٤ .

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة : جـ ٢ ص ١٩ ـ قسم المعاملات للاستاذ عبد الرحمن الجزيري ط ـ سادسة ـ ط ـ المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة .

بجرحه ، لا حقيقة ولا حكما(١) ، فيصار الى الاصل ، وهو « الذكاة الشرعية » للقدرة عليه،كما بينا(٢)، وهذا بالاجماع،فقد جاء في اللباب ما نصه : « وان أدرك المرسل أو الرامي .... **الصيد حيا ، وجب عليه أن «يذكيه» لانه قدر على الذكاة الاختيارية ، فلا تجزىء الاضطرارية ، لعدم الضرورة ،** فان ترك التذكية حتى مات ، وكان فيه حياة فوق حياة المذبوح ، بأن يعيش مدة ، كاليوم أو نصفه ... **لم يؤكل ، لانه مقدور على ذبحه ، ولم يذبحه ، فصار كالميتة** »(٣) وهـذا ما أكـده حديث عدي بن حاتم عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ حيث قال : « فاذا أمسك عليك ، **فادركته حيا ، فاذبحه** »(٤) نخلص من هذا التحليل لتعريف الصيد شرعا ، لنبحث في **الوصف الشرعي للصيد ، والادلة التي تنهض به .**

غير أنا نود ــ بادىء ذي بدء ــ أن نقرر أن الاصل في الاصطياد هـو « الاباحة » اجماعا ، سواء أكان الحيوان المصيد مأكول اللحم ، أم غيره .

أما الاول ، فالغرض من اصطياده ، الانتفاع بأكله ، في المقام الاول ، وهذه نعمة كبرى من نعم الله تعالى .

وأما الثاني ، فللانتفاع بجلده ، وشعره ، وقرنه ، أو لدفع شره ، بل يباح قتله لذلك ، ما لم يكن حيوانا نجس العين ، كالخنزير ، فيجب اجتنابه مطلقا .

ثالثا ــ مشروعية الصيـد

ثبتت مشروعية الصيد ، بالكتاب والسنة والاجماع والقياس ونعرضها فيمـا يلي مع بيان وجوه الاستدلال بها .

---

(١) الموت الحكمي للمصيد أن ينتهي به الرمي ، أو اخذ الجارح ، الـى حركة او حياة المذبوح ، اي حياة غير مستقرة .

(٢) اللمعة الدمشقية مع شرحها : جـ ٧ ص ٢٠٧ ــ اللباب في شرح الكتاب ــ جـ ٤ ص ٢١٨ــ٢١٩ ط ــ المكتبة العلمية ــ بيروت ــ للغنيمي الدمشقي .

(٣) المرجع السابق : البدائع ــ ٥ ــ ص ٤٣ ــ للكاساني ــ المسوى جـ ٢ ــ ص ٣٤٤ للامام الدهلوى ــ فقد جاء فيه : « باب اذا وجد الصيد حيا ، تعيـن الذبح » نيل الاوطار : جـ ٨ ص ١٣٥ ــ للشوكاني .

(٤) وقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فاذا أمسك عليك ، اي اذا صاد الكلب المعلم المصيد من اجلك ، ولم يأكل منه ، وادركته حيا ، فاذبحه في محل الذبح ، ذكاة شرعية ــ المرجع السابق ــ وراجع مغني المحتاج ــ جـ ٤ ص ٤٦٨ ــ للشربيني.

أولا ــ أما **الكتاب** ، فلقوله تعالى :

١ ــ « يسألونك ماذا أحِلَّ لهم ، قل أحل لكم **الطيبات** ، **وما علّمتم من الجوارح ، مكلّبين ، تعلّمونهنّ مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكن عليكم ، واذكروا اسم الله عليه** ، واتقوا الله ، ان الله سريع الحساب »[1] .

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة ، أن الله تعالى **احلّ للمسلمين الطيبات ، واحل لهم أيضا ، صيد ما علّموا من الجوارح** ، والخطاب الالهي موجه اليهم خاصة .

وتفصيل ذلك : أن قوله تعالى : « **وما علّمتم من الجوارح** » فيه إضمار يقتضيه استقامة معنى الكلام شرعا ، فكان من باب « **دلالة الاقتضاء** » عند الاصوليين ، ولولا هذا « **الاضمار** » لما استقام معنى الكلام ، اذ يكون معناه ، ان الله تعالى ، أحل لكم الطيبات ، **واحل لكم الجوارح المعلمة ، من الكلاب ونحوها ، وهذا ليس مذهبا لاحد**[2] ، فكان هذا «**الاضمار**» لابد منه ، وهذا هو مقصود الاصوليين من « دلالة الاقتضاء » بما يستقيم به الكلام شرعا .

وأيضا ، مما يؤكد وجوب هذا « الاضمار » قوله تعالى بعد ذلك : « فكلوا مما أمسكن عليكم » فكان هذا دليلا وقرينة على تقدير هذا « المضمر » وهو كلمة «**صيد**» فكان هذا «**المقدّر**» أو ما يطلق عليه الاصوليون «**المقتضى**»[3] **ملحوظا** ، بما دلت عليه القرينة اللفظية في سياق الآية الكريمة نفسها التي تلونا ، ومن القواعد المقررة أصوليا ، ان « **الملحوظ كالملفوظ** »[4] من حيث قوة الاحتجاج .

أضف الى ذلك ، أن مما يؤكد هذا « الاضمار » أيضا ، من السنة ، رواية

---

(١) المائدة ــ ٤ .

(٢) راجع تفسير القرطبي : جـ ٦ ص ٦٥ــ٦٦ ــ ط دار الكاتب العربي للطباعة والنشر القاهرة ١٣٨٧ ــ ١٩٦٧ م .

(٣) راجع كتابنا : المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي ، في التشريع الاسلامي بحث « المقتضى » .

(٤) المرجع السابق .

عدي بن حاتم وزيد بن مهلهل ، في **سبب النزول** ، حيث قالا : « يا رسول الله : **انا قوم نصيد بالكلاب والبزاة ، وان الكلاب تاخذ البقر ، والحمر ، والظباء** (أي الوحشية) فمنه ما ندرك ذكاته ، ومنه ما تقتله فلا ندرك ذكاته ، وقد حرّم الله « الميتة » فماذا يحل لنا ؟ فنزلت الآية[1] .

هذا ، ولا ريب ، أن سبب النزول ، يلقي ضوءا على معنى الآية الكريمة ، وان كان لا يقضي على عموم اللفظ فيها كما هو معلوم ، فكان السؤال منصبا على **ما ناخذه** الكلاب والبزاة المعلمة ، **اي تصيده** .

اذا تقرر هذا ، فان معنى الآية الكريمة على النحو الذي بينا كما يلي : « أحل لكم الطيبات ، واحل لكم **صيد** ما علمتم من الجوارح[2] بتقدير كلمة «صيد» ولا ريب ، أن لفظ « الحِل » منصب على **الصيد** أي أكله ، **وهو من ابلغ وجوه التعبير عن الاباحة ، اصوليا ، ولذا اجمع الصحابة ومن بعدهم من العلماء على ذلك ، الى يومنا هذا .**

تفسير « الطيبات » المسؤول عنها في الآية الكريمة ، يتعين حملها على معنى ما تستلذه النفس بفطرتها الصافية النقية ، وهو معناها اللغوي ـ تجنبا للتكرار ، وتحصيلا لجدوى افادة السائل بما يطابق مضمون استفساره ، ومن الطيبات ما احله الله تعالى بالصيد ، دون ما تستقذره النفس من الخبائث ، كالميتة ، والمنخنقة ، والموقوذة ، وما اليها .

على أن بعض المفسرين ، قد ذهب الى أن المراد بالطيبات ـ في الآية الكريمة التي تلونا ـ «**الحلال**» وهو المعنى الشرعي لهذه الكلمة ، لا اللغوي ، غير أن حمل الطيبات على هذا المعنى ، يورث «**ركاكة**» في معنى النظم القرآني ، من حيث كونه جوابا لسؤال ذي مضمون خاص ، اذ يغدو معنى الآية الكريمة على هذا النظر « **أحلّ لكم الحلال** » وهذا تكرار لا جدوى منه للسائل ، وبيان ذلك :

أن السؤال في صريح الآية الكريمة ، منصب على **تبين الحلال ، ما هو ؟**

---

(١) الجامع لاحكام القرآن : جـ ٦ ص ٦٥ـ٦٦ للقرطبي ـ ط دار الكتاب العربي ـ القاهرة .

(٢) فتح القدير ـ بشروح الهداية : جـ ٨ ص ١٧٢ ـ ط ـ دار صادر .

« يسألونك ماذا أحل لهم » فلا يكون الجواب ، **احل لهم الحلال ؟ لانه لايفيد** السائل شيئا ، ولانه انما يستفسر عن **«ماهية الحلال»** فالاجابة ينبغي أن تكون مفيدة لمعنى جديد يجهلونه ، فكانت تكرارا غير ذات جدوى .

أما لو كان الجواب : « أحل لكم ما تستطيبه النفس الصافية بفطرتها ، أو تستلذه الفطرة الانسانية النقية ، وهو ما جاء به الشرع تلبية لها ، لكان أولى ، وأجدر ، اذ به يتسق النظم القرآني في السؤال والجواب .

وعلى هذا كان تفسير القرطبي[1] ، لكلمة **«الطيبات»** بالحلال ، حملا لها على المعنى الشرعي ، دون اللغوي ، يفتقر الى اعادة النظر ، لتصحيح المعنى الذي يتسق ومفهوم النص القرآني ، كما يتسق به موقع الاجابة التي ينبغي أن تأتي بما يفيد السائل عن مضمون سؤاله ، خشية التكرار ، ولكيلا يغدو الجواب على نحو ما قيل قديما ، **« فسر الماء بعد الجهد بالماء »** .

وعلى هذا ، فان صيد الجوارح المعلّمة التي تمسك على صاحبها ، هي من مضمون **«الطيبات»** وفي هذا اشارة الى أن « أحكام الصيد انما شرعت ، هداية لكم ، وتوجيها الى ما تستطيبه أنفسكم ، لتجتنبوا « الخبائث » وما تستقذره النفس الانسانية ، وهو ما أنتم عاكفون عليه من أكل الميتة ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة !!

هذا ، ومما يؤكد ما ذهبنا اليه ، أن هذا التوجيه الالهي الحكيم ، في هذا الصدد ، من اباحة الطيبات ـ ومنها الصيود ـ التي تستغيسها ، بل تلتذها النفس

---

(1) قريب من هذا المعنى ، ما أكده الامام الشافعي ، في قوله تعالى : « ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث » سورة الاعراف ـ ١٧٥ ـ اذ يقول : « ما لم يرد فيه نص تحريم ، ولا تحليل ، ولا أمر بقتله ، ولا نهي عن قتله ، فالمرجع فيه الى **«العرب»** من سكان البلاد والقرى (أي لصفاء فطرتهم) دون أجلاف البوادي ، فان « استطابته» العرب ، أو سمته باسم حيوان حلال ، فهو حلال ، وان استخبثته ، أو سمته باسم حيوان حرام ، فهو حرام » ـ وعلى هذا ، فالمرجع ـ كما ترى ـ استطابة أو استخباث النفس الانسانية النقية ـ ولو لم ينزل شرع ، **وان الشرع ما جاء ضدا على طبائع الاشياء** ، مطلقا. هذا ، وما تستقذره ، وتستخبثه ، هو الذي حرم : المسوى : شرح الموطا : ج ٢ ص ٣٣٩ .

الانسانية بفطرتها ، أقول : هذا التوجيه الالهي ، انما يرمي الى الارتقاء « **بالذات الانسانية** » وذلك ، بافهامها ، أن تناول الانسان «**الطيبات**» واجتنابه «**الخبائث**» ــ فضلا عن كونه امتثالا لامر الله تعالى ــ هو أمارة بيّنة على صفاء فطرته ، ونقاوة سريرته ، وسمو نفسه ، قبل أن ينزل في ذلك شرع ، وأن القرآن الكريم انما جاء ليؤكد حقيقة ما تقتضيه أصالة هذه الفطرة ، وان الشرع انما أُنزل على قدرها ، فكان ما تستطيبه النفس الانسانية النقية ، هو الذي أحِلَّ ، وهو الذي سمي « الطيبات » واما « الخبائث » التي تعافها النفس الانسانية بطبيعتها ، أيضا ، كما ذكرنا ــ فهي التي جاء الشرع بتحريمها ؛لانها تحمل في طياتها ، بذور فسادها ، فعلى تقدير أن الشرع لم ينزل بتحريمها ، **فان الفطرة النقية تحرمها على نفسها ، فكانت « حكمة التشريع » ــ وهي عنصر عقلي ــ متساوقة مع مقتضى الفطرة السليمة** ــ كما ترى ــ ومن هنا **وجب تحكيم « حكمة التشريع » في تفسير النص القرآني ، ليتعاضد الشرع مع العقل** ، ومع مراد الشارع ، وقد رأيت **انا رجحنا المعنى اللغوي « للطيبات » في قوله تعالى: « احل لكم الطيبات »**[1] وهو ما تستطيبه النفس الطاهرة وتستلذه ــ كما ذكرنا ــ رجحناه على المعنى الشرعي ، وهو « الحلال » ترجيحا مرده بلاغة النظم ، وحكمة التشريع ، واتساق المعنى بين السؤال والجواب ، كما فصلنا .

٢ ــ قوله تعالى : « أُحلّت لكم بهيمة الانعام ، الا ما يُتلى عليكم ، غيرَ مُحِلّي الصيد ، وأنتم حُرُم[2] .. **واذا حللتم فاصطادوا** »[3] .

ووجه الاستدلال : ان الله تعالى أحل ما كان صيدا في حالة الاحلال لا الاحرام[4]،ثم جاء الامر صريحا **باباحة الصيد معلقا على الاحلال** ، بعد قوله تعالى: « **غير مُحِلّي الصيد** » **اذ الامر بعد النهي ، يرفع ما كان محظورا ، ليفيد اباحته** ،

---

(١) المائدة ــ ٤ .
(٢) المائدة ــ ١ .
(٣) المائدة ــ ٢ ــ وقوله تعالى : غير مُحلي الصَيد وانتم حرم ، كلمة حرُم جمع حرام ــ ورجل حرام اي احرم بالحج ــ الجامع لاحكام القرآن جـ ٦ ص ٣٦ ــ للقرطبي .
(٤) المائدة ــ ٩٦ ــ وطعام البحر ، ما يرمي به على **الشاطىء** .

وهي مسألة معروفة في علم الاصول ، وان كان قد وقع فيها اختلاف : أيفيد الاباحة أي « اصل المشروعية » أو « الوجوب » كما هو مقتضى الامر ، أو موجبه الاصلي ، والاباحة مستفادة من القرائن ، وأيا ما كان ، فان قوله تعالى : « واذا حللتم فاصطادوا » يفيد « اصل المشروعية حالة الاحلال » وهو الاصل ويفيد « حرمة الاصطياد حالة الاحرام » وهو استثناء ، وهذا بالاجماع .

هذا ، وقوله تعالى : « فاصطادوا » يفيد اباحة الاصطياد مطلقا في البر والبحر حالة الاحلال ـ وهي الاصل ـ لاطلاق النص ، وهو المطلوب .

٣ ـ قوله تعالى : « أحل لكم صيد البحر وطعامه ، متاعا لكم ، وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما » .

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة ، ان الحل والحرمة ـ كسائر الاحكام الشرعية ـ يتعلقان بالافعال دون الاعيان ، كما هو معلوم ، وعلى هذا ، فان «فعل الصيد» وهو «الاصطياد» حلال في البحر مطلقا ، سواء أكان الصائد محرما ام غير محرم ، لاطلاق النص ، أما الاصطياد في البر ، فهو حرام على المحرم ، فقط ، وهو عين ما دلت عليه الآية الكريمة السابقة ، وان تحريم الصيد على المحرم استثناء من اصل الحل العام ، فدل بذلك ، على أن « الصيد » الاصل فيه الحل والمشروعية ، وهو المطلوب .

على أن كلمة «الصيد» في الآية الكريمة ، يحتمل أن يراد بها «المصيد» من باب تسمية اسم المفعول بالمصدر ـ كما قدمنا ـ ويكون متعلق الحكم ، من الحل والحرمة ، هو « الفعل » اي اصطياد المصيد ، فهو حلال مطلقا في البحر ، وحرام على المحرم في البر ، فالمؤدى واحد ، كما ترى .

غير أن تفسير « الصيد بالمصيد » لا يقتصر الحكم فيه على الاصطياد ، بل يشمل ايضا سائر أنواع التصرفات ، فلا يجوز للمحرم الاصطياد في البر ، كما لا يجوز له قبول المصيد هبة ، ولا شراؤه ، ولا استحداث ملك فيه[1] ، لعموم

(١) المرجع السابق ـ ص ٣٢١ .

قوله تعالى : « وحُرِّم عليكم صيدُ البر ما دمتم حُرُماً » الا ما يأكله المُحرِم من الصيد ، فقد اختلف العلماء فيه ، وليس هنا مقام بحثه .

فتلخص ، أن الاستدلال بالآيات الكريمة الثلاث ، قد نهض به **اصل مشروعية الصيد** ، بل هو القاعدة العامة في التشريع ، وان التحريم انما هو **استثناء** في صيد البر بالنسبة الى المحرم خاصة .

ثانيا ـ اما ادلة مشروعية « الصيد » من السنة ، فنعرضها فيما يلي ، مع بيان وجوه الاستدلال بها :

أ ـ عن أبي ثعلبة الخشني قال : « قلت يا رسول الله : أنا بأرض صيد ، أصيد بقوسي ، وبكلبي المعلم ، وبكلبي الذي ليس بمعلم ، فما يصلح لي ؟ فقال : ما صدت بقوسك ، فذكرت اسم الله عليه ، فكل ، وما صدْتَ بكلبك المعلَّم ، فذكرت اسم الله عليه ، فكل ، وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته ، فكل »[1] .

وجه الاستدلال بهذا الحديث : أن أبا ثعلبة ، قد بين للرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه يتخذ وسائل ثلاثا يصيد بها الصيد الذي في أرضه ، فاستفسر عن أي منها يحل له الاكل منه ، أصيد السهم ؟ أو صيد الكلب المعلم ؟ أو غير المعلم ؟ فأجابه الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ ان ما صاده بقوسه فحلال أكله، **اذا سمى الله تعالى عليه عند الرمي به** ، وأن ما صاده بكلبه المعلم ، فحلال أيضا، **اذا ذكر الله تعالى عند ارساله** ، وهذا الحكم باطلاقه ، شامل لحِلِّ الاكل من صيد الكلب المعلم ، **سواء اكل منه ، ام لم يأكل** .

أما ما يصطاده بالكلب غير المعلم ، فلا يحل الا بالتذكية الشرعية ، اذا أدركه الصائد حيا ، **اما اذا ادركه ميتا ، او ادركه حيا ، ولم يذكه حتى مات ، فلا يحل** ، مما يدل على أن «**تعليم**» **الكلب ونحوه من الجوارح ، شرط في حلِّ ما يصيد** ، وهو ما جاء به ظاهر الآية الكريمة ، أو بعبارة أخرى ،

---

(١) رواه مسلم ـ وانظر نيل الاوطار : جـ ٨ ص ١٣٥ ـ للشوكاني ـ ط ـ مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة .

ان الاصطياد بالكلب غير المعلم ، لا يقوم مقام الذكاة الشرعية ، لفوات شرط «التعليم» حتى اذا توفر شرط « التعليم » أجزأ عنها .

هـذا ، وموطـن الاستدلال ، هـو أن الاصطيـاد **حلال ، ومأذون فيه شرعا ، اذا توافرت شرائطه .**

فتلخص ، من فقه الحديث الذي روينا آنفا : أن الصيد بالقوس ونحوه من الآلات الحادة ومن أي نوع من الفلزات صنعت ، حلال أكله مطلقا ، وأن مصيد الكلب المعلم ، حلال أكله كذلك ، اكل منه الكلب ، أم لم يأكل ، للاطـلاق ، بخلاف الكلب غير المعلم ، فلا يحل ، الا اذا أدركه الصائد حيا وذكاه التذكيـة الشـرعية .

ب ــ حديث عدي بن حاتم ، قال : قلت يا رسول الله اني أرسل كلبي المعلم، واذكر اسم الله ، قال : اذا **ارسلت كلبك المعلم ، وذكرت اسم الله عليه ، فكـل ما امسك عليك ، قلت : وان قتلنَ ، قـال : « وان قتلن ، مالم يشركها كلب ليس معها ،** قلت له : فاني أرمي **بالمعراض** الصيـد فأصيد ، قال : اذا رميت بالمعراض ، **فخزقَ ، فكلهْ ، وان اصابه بعرضه ، فلا تاكله »** .

جـ ــ وفي رواية ثانية : أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : « **اذا ارسلت كلبك ، فاذكر اسم الله عليه ، فاذا امسك عليك ، فادركته حيا ، فاذبحه ، وان ادركته قد قتل ، ولم ياكل منـه ، فكلـه ، فان « اخذَ الكلـب ذكـاة »**(١) متفـق عليـه .

د ــ وفي رواية أخرى ثالثة : عن عدي بن حاتم ، أن رسول الله ــ صلى الله عليـه وسلم ــ قـال : « **ما علّمت من كلب او باز ، ثم ارسلته ، وذكـرت اسم الله عليه ، فكل ما امسـك عليـك** ، قلت : وان قتـل ؟ قـال : وان قتل ، **ولم ياكل منه شيئا ، فانما امسكه عليك »**(٢) .

---

(١) اي ان صيده ، والاستيلاء عليه ، بمثابة الذكاة الشرعية ، فيحل اكله . وهذا الحديث متفق عليـه .

(٢) رواه احمد وابو داود ــ وراجع نيل الاوطار ــ جـ ٨ ص ١٣٥ .

هـ ــ وفي رواية لمسلم عن عدي بن حاتم أيضا ، أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : « اذا رميت بسهمك **فاذكر اسم الله** ، فاذا وجدته ميتا ، فكل ، **الا ان تجده قد وقع** في الماء ، فمات ، فانك لاتدري ، الماء قتله ، أو سهمك »[1] ؟؟.

وجه الاستدلال بهذه الروايات الاربع ، لحديث عدي بن حاتم ، على « **مشروعية الصيد** » وما يستنبط منها من أحكام تتعلق به .

أولا ــ دلت هذه الروايات بظاهرها على أن **الصيد مشروع** .

ووجه الدلالة ، قوله ــ صلى الله عليه وسلم : «**فكل ما امسك عليك**» وقوله « ان أدركته **قد قتل ، ولم يأكل منه شيئا ، فكله** » مما يدل على أن **قتل الجارح المعلم للصيد يقوم مقام ذكاته الشرعية** ، وتأكد هذا ، في قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في الرواية الاخيرة التي رواها مسلم: « **فاذا وجدته ميتا ، فكل** » ولاجابته ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن استفصال عدي ، واستفساره ، عن حكم الصيد ، اذا قتله الجارح المعلم ، وأجهز عليه حتى مات ، بقوله « وان قتلن »[2] فقال له الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ « **وان قتلن** » مبينا القاعدة العامة في حل الصيد بالجارح المعلم ، من قوله ــ عليه السلام ــ « **فان اخذ الكلب ذكاة** »[3] أي استيلاءه على الصيد ، حبسا ، واثباتا ، وجرحا ، وقتلا ، **بمنزلة الذكاة الشرعية** ، لاطلاق النص .

يفسر ذلك أيضا ، قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « **وان قتل ، ولم يأكل منه شيئا ، فانما امسكه عليك** » .

---

(١) نيل الاوطار ــ جـ ٨ ــ ص ١٣٥ــ١٤٥ .

(٢) رواه البخاري ومسلم ــ وراجع نيل الاوطار ــ جـ ٨ ــ ص ١٣٥ــ١٤٥ .

(٣) قوله : صلى الله عليه وسلم : « فان أخذ الكلب ذكاة » مقيد بالا يدركه الصائد حيا ، حتى اذا ادركه ، وفيه حياة مستقرة ، على مذهب الشافعية ، والامامية ، او ادركه وفيه حياة فوق حياة المذبوح ، فان صيد الكلب في هذه الحال ، لا يجزيء ولا يقوم مقام تذكيته الشرعية في موضع الذبح ، بل لابد من الرجوع الى الاصل ، وهو الذكاة الشرعية .

هذا ، وقد انعقد الاجماع على « **مشروعيه الصيد** » **سلفا ، وخلفا** ، من لدن عصر الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ حتى يومنا هذا ، وهو ما استقرت عليه المذاهب الجماعية المعروفة .

ثانيا ـ ما يستنبط من هذه الروايات من أحكام وشروط ، تتعلق بالصيد ، وحلّه ، والصائد ، وآلة الصيد .

أ ـ أما ما يتعلق بالمصيد ، **فان كان مما لا يقدر عليه ، وهو متوحش طبعا ، جاز اصطياده ، لانه هو مورد السؤال في الروايات كلها ، وسواء اكان ماكول اللحم ، ام لا ،** لاطلاق النص .

ـ أما ماكول اللحم ، فظاهر ، لصريح الاذن منه ـ صلى الله عليه وسلم ـ كما رأيت ، وان لم يكن ماكول اللحم ، فاصطياده جائز أيضا ، **لدفع شره ، بل يجوز قتله ، لذلك ، او للانتفاع بشعره ، وجلده ، وسنه ، وقرنه ،** كما بينا .

ب ـ إن « المصيد » اذا أدركه الصائد حيا حياة مستقرة ، أو فوق حياة المذبوح ، على الخلاف بين الشافعية والحنفية ، وجب عليه ذبحه ، ليحلّ أكله ، **لانه اصبح مقدورا عليه ، فيرجع الى الاصل ،** وهو « التذكية » الشرعية ، لفوات الشرط ، وهو « عدم القدرة عليه » ولا يحل اذا تركه ليموت دون ذبح ، **لانه حينئذ « ميتة » يحرم تناولها ، اذ ارتفعت حياته بالموت لا بالاصطياد ،** وهو الذكاة الضرورية ، ولا بالذكاة الشرعية ، بخلاف ما اذا وجده « **ميتا** » **بفعل** الجارح المعلم نفسه مباشرة ، فانه حينئذ « **مقتول بالاصطياد** »(أي بالذكاة الضرورية) على ما هو صريح في الروايات كلها ، فيحل حينئذ ـ أكله ، لان اصطياد الكلب ، أو الجارح المعلم ، واستيلاءه على الصيد ، وجرحه ، وقتله له ، يقوم مقام « الذكاة الشرعية » بنص الحديث فان « **اخذ الكلب ذكاة** » وهذا الحديث متفق عليه ، كما بينا .

جـ ـ لابد من **ارسال** الكلب المعلم ونحوه من الجوارح **قصدا** الى اصطياد المصيد ، وانعقاد «النية» على التذكية ، وعلى حل أكله ، فلو استرسل

الجارح وحده ، أي انبعث من تلقاء نفسه ، دون ارسال ، واصطياد ، فلا يحل المصيد ، لان الفعل ــ وهو الاصطياد ــ يجب أن يكون منسوبا الى الصائد ، لا الى الكلب ، وذلك بارسال الكلب دون استرساله .

د ــ الا يأكل الجارح المعلم من الصيد شيئا ، وذلك آية كونه « معلما » وانه انما امسك على صاحبه ، ومن اجله ، والا كان الامساك على نفسه ، وهو خلاف النص ، لقوله تعالى : « **فكلوا مما امسكن عليكم** » أي من أجلكم .

هـ ــ ذكر اسم الله تعالى على **الآلة عند الارسال** وذكر اسم الله تعالى أعم من التسمية ، والاختلاف في كونه **واجبا** ، أو **مستحبا** ، سيأتي تفصيل القول فيه .

هذا ، وظاهر الروايات يفيد ، ان ذكر اسم الله تعالى في الاصطياد ، على « **الآلة** » لان هذا هو المقدور عليه ، **لا على المصيد** ، بخلاف الذكاة الشرعية ، فان التسمية فيها على الذبيحة ، لانها مقدور عليها ، لا على الآلة ، كما هو معلوم ، ويتفرع عن هذا الاصل أحكام سنأتي على ذكرها .

هذا ، وتعليل الامر بذكر اسم الله تعالى ، أن « **الاصطياد** » **فعل يتعلق به الحل** ، فكان ضربا من « **العبادة** » ، لان الاصطياد منسوب الى الصائد ، والجارح مجرد وسيلة في يد صاحبه ، وكان الامر بذكر اسم الله تعالى عند **الارسال** ، **اشارة الى معنى « التعبد » في الاصطياد الذي هو السبب الموصل الى حل المصيد** .

أما فيما يتعلق بآلات ووسائل الاصطياد ، فيستخلص من الروايات ما يأتي :

ا ــ ان صيد الجارح المعلم ، كصيد الكلب المعلم ، ذلك ، لان السؤال قد ورد في احدى الروايات للحديث عن « **الكلب** » وعن « **البازي** » أيضا ، والاول من سباع الحيوان ، والثاني من سباع الطير ، وكلاهما من « **الجوارح** » فكانت الاجابة بالحل **في كليهما** ، دون **تمييز** ، فدل ذلك ، على أن مراد الشارع ، « **كل جارح مكلب** » أي معلم ومؤدب ، وليس خصوص « **الكلب المكلب** »

لان الجوارح المعلمة في معناه[1] ، ولا ريب ، أن **وحدة المعنى أو «العلة»** تقتضي « وحدة الحكم » وهو « المشروعية » .

يؤكد هذا ، اطلاق النص القرآني في قوله تعالى : « وما علّمتم **من الجوارح ، مكلّبين** » ومعنى مكلبين أي مؤدبين ومعلمين ، وأطلق لفظ التكليب ، لان أكثر ما يكون « التعليم » في الكلب ، **لا لتخصيصه به** ، فيكون معنى الآية الكريمة :« **واحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح** » حال كونكم معلمين لها ومؤدبين، تصيد لاصحابها لا لانفسها ، وان تقصد «الصيد» **اي تعلمونها ان تقصد الصيد** بارسال صاحبها ، وأن تنزجر بزجره ، وأن تمسك الصيد ، ولا تأكل منه[2] ، وهذا معنى الإمساك على صاحبه ، في قوله تعالى[3] : « فكلوا مما أمسكن عليكم » أي صِدْنَ لكم ، ومن أجلكم .

على أن لفظ « **الجوارح** » شامل بمعناه اللغوي لكل كاسبٍ وساع على نفسه ، من سباع الطير ، او سباع الحيوانات ذوات الصيد ، وذلك مشتق من جَرَحَ واجترح ، أي كسب واكتسب ، ولا ريب أن « **الجوارح** » تكتسب بصيدها ، وقد ورد هذا اللفظ « جَرَحَ » و « اجترح » في معنى الكسب والاكتساب ، في قوله تعالى : « وهو الذي يتوفاكم بالليل ، ويعلم **ما جَرَحتم** بالنهار[4] » أي ما كسبتم ، وقوله تعالى : « أم حسب الذين **اجترحوا** السيئات .... » أي **اكتسبوها** .

على أن هذا الفصل ، مختلف فيه بين الفقهاء ، فالجمهور على أن «الجوارح» من سباع الطير أو الحيوانات ذوات الصيد ، كلها سواء في **حِلّ الاصطياد بها** ،

---

(١) بداية المجتهد : ـ ١ ص ٤٥٦ ـ ابن رشد .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المائدة ـ ٤ .
(٤) شرائع الاسلام : جـ ٧ ص ١٩ ـ روي عن ابن عباس قوله : « ان ما قبل التعليم من جميع الجوارح ، فهو آلة لذكاة الصيد » بداية المجتهد : جـ ١ ص ٤٥٦ .
وذهب الامامية الى انه « لا اصطياد بجارح ما عدا الكلب ، لاباز ، ولا صقر ، ولا غير ذلك ، الا ما ادركت ذكاته » وهو قول مجاهد تلميذ ابن عباس .

وخالف في ذلك الامامية ومجاهد[1] ، حيث ذهبوا ، الى أن المراد « **خصوص الكلب المعلم** » فلا يجزىء غيره من الجوارح ، ولو كانت معلمة ، وسيأتي تفصيل القول في ذلك .

هذا ، وقد دلت الاحاديث التي روينا ، على أن الصيد يحل بالآلات المحددة القاطعة من القوس ، والسهم ، والسيف ، والرمح ونحوها[2] .

ب ـ أما « **المعراض** » الذي ورد السؤال عن الاصطياد به ، في احدى الروايات السابقة ـ وهو عصا في طرفها حديد على الراجح ـ فان الصيد به يحل ، شريطة **ان ينفذ في جسمه ، بطرفه المحدد** ، بخلاف ما اذا أصابه بعرضه ، فلا يحل ، لانه «**وقيذ**» **كالمضروب بالعصا ، بدون حد** ، ولانه قتل بثقل المعراض ، أو بصدمه لا بحده ، الا أن يدركه الصائد حيا ، غير منفوذ المقاتل ، ويذكيه ، فيحل ، لانه حينئذ **ذكي لا وقيذ** .

وكذلك لو رماه بحجر ، أو خشبة ، لا حد لها ، لانهما في معنى «المعراض» والنهي يفيد التحريم .

ـ **على أن ما جاء في الرواية الاخيرة** ، يفيد أيضا ، انه لابد من « **التحقق** » أن المصيد قد مات **بنفاذ الآلة في جسمه (بالعقر) لا بسبب آخر ، ولو على سبيل المشاركة ، من الغرق او الخنق ، او التردي من شاهق ، او الوقذ** ، وما الى ذلك ، **مما لا يحل به الصيد** ، وهو ما أشار اليه قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « **الا ان تجده قد وقع في الماء ، فمات ، فانك لا تدري « الماء**

---

(١) المرجع السابق .

(٢) هذا ، والمحدد من الآلات ، من مثل الرماح ، والسيوف والسهام ، فمتفق عليه ، للنص عليها في الكتاب ، والسنة لفظا او معنى ، وكذلك مما يجري مجراها ، مما يعقر « انه يعمل عملها ، فكان في معناها ، ويحصل به عين أثرها ، وذلك من مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشيء من الصيد ، تناله أيديكم ، ورماحكم » المائدة ـ٤ـ . وفي هذا المعنى يقول الدهلوي : « قال (مالك) : « فكل شيء يناله الانسان بيده ، **او برمحه ، او بشيء من سلاحه ، فانفذه ، وبلغ مقاتله ، فهو صيد** ، كما قال الله تعالى » ـ المسوى ـ جـ ٢ ص ٣٤٥ ـ للدهلوي .

قتله ، او سهمك » . فقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ **فانك « لا تدري »** **اي « يساورك الشك »** فلابد اذن من **«التحقق» او «اليقين»** أنه قد مات **بتمزيق او تخريق الآلة المحددة لجسمه وحدها ،** شرطا في الحل ، وهذا هو معنى **« الخزق »** الذي ورد في بعض ألفاظ الحديث ، كي ينتفي الشك في مشاركة سبب آخر للآلة في قتل المصيد ، فلا يدرى أكان موته بالاصطياد ، أو بغيره ؟ فلابد من التيقن ، فلا يحل بالاحتمال والشك .

وخلاصة القول ، ان « المعراض » ونحوه ، اذا نفذ في جسم المصيد : **خزقا ،** بطرفه المحدد ، **حل اكله** وكان ذلك **ذكاة له ، بحكم الشرع على سبيل الترخيص ،** بخلاف ما اذا أصابه بعرضه ، فلا يحل ، لانه لم يصبه بطرفه المحدد ، فلم ينفذ الى جسمه ، وهذا هو رأي الجمهور ، وهو مذهب الامامية أيضا[1] .

على أن بعض الفقهاء ، قد خالف هذا الرأي ، حيث ذهب الى **حل اكل «المصيد» بالمعراض مطلقا ، ومن هؤلاء الامام الاوزاعي ،** على ما سيأتي تفصيله .

هذا ، ومنشأ الخلاف . هو **« معارضة الادلة بعضها لبعض »** ونتناولها بالبحث فيما يلي :

ان الاجماع منعقد على أن **« الوقيذ »** محرّم أكله : لقوله تعالى : **« والمُنْخَنِقَةُ والموقوذة »** وهو قاطع في دلالته على التحريم ، غير أن الدليل

---

(١) نيل الاوطار : ج ٨ ص ١٤٣ ـ وهذا ما جاء في حديث عدي بن حاتم من قوله ـ صلى الله عليه وسلم : **« ولا تاكل من المعراض الا ما ذكيت »** وذلك ، لان الله تعالى ، أباح الصيد على **صفة** ، فقال عز شأنه : **« تناله أيديكم ورماحكم »** والصيد بالمعراض ونحوه : اذا كان بعرضه ، ليس منه . المرجع السابق .
على أن الامامية . يجيزون اكل صيد قتل بسهم اصابه . وليس فيه حديد . ولو اصابه **«معترضا»** ، فقتله ، جاز أكله ـ النهاية ـ في مجرد الفقه والفتاوى ـ لابي جعفر الطوسي ص ٥٧٩ ط ـ دار الكتاب العربي ـ بيروت : فتح القدير : ج ٨ ص ٨٥ للكمال بن الهمام ـ حيث جاء فيه ما نصه : « وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل . وان جرحه يؤكل » لقوله عليه السلام : « ما اصاب بحده . فكل . وما اصاب بعرضه ، فلا تاكل ، لانه وقيذ ـ وراجع مغني المحتاج : ج ٤ ص ٢٧٣ـ٢٧٤ .

قائم أيضا ، على أن « **العقر** » هو ذكاة الصيد ، وهو جرح المصيد في أي موضع من جسمه بالسهم أو السيف ونحوهما من الآلات الحادة ـ كما بينا ـ وهذا من « **ذكاة الضرورة** » فنشأ الخلاف من تعارض هذين الاصلين ، في الحيوان الـذي أصيب بالمعراض ، أتتناوله آية تحريم الموقوذ ، أو يشمله الدليل الثاني الـذي يقضي أن العقر ذكاة الصيد ، فيعتبر **معقورا لا موقوذا ؟**

فمن ذهب الى أنه « **وقيـذ** » حرم أكله ، ومن ذهب الى أن اصابة المعراض الصيد ، **نوع من العقر** ، بالنسبة اليه ، **لم يحرمه مطلقا** .

وعلى هذا ، فالخلاف ـ كما تـرى ـ في «**تحقيق المناط**»(١) كمـا يقـول الاصوليون ، وهو من أهم أسباب اختلاف الفقهاء .

هذا ، والنظر الاجتهادي المختلف في حكم المسألة الواحدة ، لابد فيه مـن ترجيح الرأي الاقوى ، ومما لاشك فيه ، أن المرجّح هنا ، لرأي الجمهور ، حديث عدي بن حاتم ، حيث يقول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « قلت له : فاني أرمي بالمعراض الصيد ، فأصيد ، قال : اذا رميت بالمعراض فخزق ، فكله ، وان أصابه بعرضه ، فلا تأكله » . وهذا نص صريح في المسألة ، ولا اجتهاد في مورد النص .

وأيضا ، هذا ضرب من الصيد بالمثقّل ، كالحجر ، والخشب ، والبندقة(٢) من الطين اليابس ، وما كان كذلك ، فلا يحل أكله الا اذا أدركه الصائد حيا ، غير منفوذ ، وذكّاه تذكية شرعية ، فيحل بها لا بالرمي بالمثقّل الذي ليس فيه ما يشبه الذكاة ، ولا معناها .

ثالثا ـ أما دليل القياس على اباحة الصيد ، فلأنه كسب" مباح في الاصل(٣) ، ومن سبق الى شيء امتلكه .

---

(١) راجع بحثا مستفيضا في تحقيق المناط كسبب هام من أسباب اختلاف الفقهاء في كتابنا الفقه المقارن ، مع المذاهب .

(٢) البندقة كرة من الطين يابسة ، ومعنى الخزق هو النفاذ الى جسم المصيد وإسالة دمه .

(٣) التحفة ـ في الفقه المالكي : جـ ٢ ص ٨٦ ـ هذا وقد جاء في النهاية في الفقه الامامي : « ولا يؤكل من الطير ما يصاد بسائر أنواع آلات الصيد ، الا ما ←

رابعا ــ حكم الصيد ، او وصفه الشرعي في الاحوال المتغايرة .

يعتري الصيد من حيث « وصفه الشرعي » أحكام شرعية خمسة ، بحسب الاحــوال :

أولا ــ **انه مباح ، وماذون فيه شرعا ،** لما بسطنا من الادلة مــن الكتاب والسنة ، ولما بينا من وجوه الاستدلال بها ، والاباحة يستوي فيها طرفا الفعــل والترك ، وهذا ، في الاحوال العادية .

ثانيا ــ **انه مندوب اليه** ، بمعنى أن **جانبَ الفعل ارجح** ، ولكنه لا يرتقي الى مستوى الالزام ، كما هو معلوم ، وهذا **في حال التوسعة على العيال .**

ثالثا ــ أنه **« واجب عند الضرورة » لاحياء نفس .**

رابعا ــ انه **« مكروه »** اذا قُصد به التلهي والترويــح[1] عــن النفس ، والمكروه جانب الترك فيه أرجح .

خامسا ــ **حــرام** اذا كان عبثا لغير قصد ، وكرِهَه الامام مالك ، اسرافا ، والحرمة هنا منظور في حكمة تشريعها الى « تعذيب الحيوان » دون غرض جدي أو منفعة حقيقية[2] فضلا عن انه اتلاف للحيوان ــ وهو مال ــ دون حاجة ، وقد نهى الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن قتل الحيوان الا لمأكله .

← ادرك ذكاته ، الا ما يقتله سهم ، يكون مرسله قد سمى عند ارساله ، فــان لم يكن صاحبه سمى ، أو صيد بالبندق ، أو المعراض ، او الحجارة ، وما اشبه ذلك ، فمات فيه ، **لم يحل أكله** . النهاية ــ ص ٥٧٩ للطوسي .

(١) راجع في هذه الاحكام التي تعتري الاصطياد ، بحسب اختلاف الحالات ، بداية المجتهد : جـ ١ ص ٤٥٣ وما يليها : تفسير القرطبي : جـ ٦ ص ٦٦ .

(٢) القوانين الفقهية ص ١٧٢ ــ رد المحتار : جـ ٥ ص ٤٥٧ــ٤٥٨ ــ وراجع كتاب الفقه الاسلامي ــ ص ٨٤ ــ للدكتور فوزي فيض الله ــ تفسير القرطبي : جـ ٦ ص ٧٦ وما يليها .
هذا ويقرر ابن رشد ما يعتري الصيد من الاحكام الشرعيــة تبعــا للحالات المتغايرة ، فيقول في بداية المجتهد : « وللمتاخرين من أصحاب (مالك) فيــه تفصيل : محصول قولهم فيه : أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم حرام ، وفي حق بعضهم مندوب ، وفي حق بعضهم مكــروه » ــ بداية المجتهد : جـ ١ ص ٤٥٣ .

هذا ، وقد قدمنا ، أن من فقهاء المالكية من ألحق المتوحش بالوحش من سباع الحيوان أو الطير ، فأجاز اكله بالصيد[1] وهو الرأي الذي ينبغي المصير اليه.

ثانيا ـ أن تجرحه الآلة المحددة كالسهم ونحوه ، فيدميه ، ويموت من هذا الجرح ، حتى يكون في معنى « الذكاة الشرعية » الاختيارية ، ليقوم مقامها ، وان لم يكن في موضعها ، ولا بقدرها .

ويتفرع عن هذا ، أنه إن لم يمت من هذا الجرح ، وأدركه الصائد حيا : حياة مستقرة أو حياة فوق حياة المذبوح[2] ، فلا يحل حينئذ الا بالتذكية الشرعية الاختيارية .

هذا ، ويرى بعض الامامية عدم اعتبار استقرار الحياة ، بل اعتبار أصل الحياة كاف .

وتعليل ذلك : أن الحيوان المصيد بعد اصابته بالجرح الدامي ، وادراك الصائد له حيا ، على النحو الذي بينا ـ قد أصبح **« مقدورا عليه » وارتفع امتناعه ، فزال بذلك سبب ذكاة الضرورة ، وهو «الصيد»** فوجب الرجوع الى الأصل ، وهو « الذكاة الشرعية الاختيارية » في محل الذبح ، **فلا يحل الا بها** في مثل هذه الحال ، **اجماعا** .

وبهذا التعليل الفقهي ، يتبين أن **« عدم القدرة »** على المصيد **لكونه وحشيا بطبعه** ، ولامتناعه أو لتوحشه ، هو « علة حكم ذكاة الاضطرار » وهي الصيد ، حتى اذا زال ذلك بالجرح الدامي الذي يبطل منعته ، فقد صار مقدورا على ذبحه ، اذ العلة تدور مع الحكم ، وجودا وعدما ، **والمقدور عليه من الحيوان الماكول اللحم ، لا يحل الا بالذكاة الشرعية** .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ١٧٢ لابن جزىء المالكي .
(٢) هذا عند الشافعية .
(٣) وهو مذهب الحنفية ـ ومعنى الحياة المستقرة شدة حركة الحيوان المذبوح بعد قطع الحلقوم والمرىء ـ الوجيز : جـ١ ص١٠ ـ تحرير الوسيلة : جـ٢ ص ١٣٢ ـ اللمعة الدمشقية : جـ٧ ص ٢٠٢ وما يليها ـ الوجيز : جـ٢ ص ٢١٠ ـ الدر المختار ـ وشرحه المحتار : جـ٥ ص ٤٦٤ ص ٤٦٥ ـ فتح القدير : جـ٨ ص ١٧٨ وما يليها ـ القوانين الفقهية ـ ص ١٧٢ لابن جزىء .

هذا ، وانما اشترطنا : **ان يموت من الجرح الدامي بالآلة المحددة ، ليكون موته بالاصطياد** لا بغيره من الاسباب ، كالخنق ، أو التردي من جبل ، أو الوقذ : أو الحذف بحصاة من مقلاع ونحوه ، أو من وقوعه في الماء وغرقه ، أو من صدمة بمستقل من حجر غير محدد ، أو خشب ، أو معراض اصابه بعرضه ، لا بحده ، أو مات من رعب ، أو غير ذلك ، مما يثبت **انه مات بغير الاصطياد المنسوب الى الصائد مباشرة** ، على ما سيأتي بيانه ، فلا يحل أكله ، لانه « ميتة » في كافة هذه الاسباب والصور .

يدل على هذا ، حديث عدي بن حاتم ، حيث اشترط « الجرح » قال ، قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ «اذا رميت ، **فخزقت ، فكل ، وان لم تخزق فلا تاكل ، ولا تاكل من المعراض** ، الا ما ذكيت ، ولا تأكل من البندقة ، الا ما ذكيت »[٢] .

هذا ، ووجه الاستدلال ظاهر ، وهو أن « الخزق » بمعنى الطعن بآلة حادة ، تنفذ في أي مكان من جسم المصيد ، وتدميه ، بحيث يسيل دمه منه ، ويموت : ليكون بمعنى الذكاة الشرعية ، من هذا الوجه ، وبدون ذلك ، من « الوقذ » أو

---

(١) جاء في النهاية للطوسي ، ص ٥٧٠ ما نصه : « ولا يؤكل من الطير ما يصاد بسائر انواع آلات الصيد الا ما ادرك ذكاته ، الا ما يقتله السهم ويكون مرسله قد سمى عند ارساله ، فان لم يكن صاحبه سمى ، او صيد بالبندق (حصى من طين يابس) او المعراض او الحجارة وما اشبه ذلك ، فمات فيه ، لم يجز أكله » ـ راجع بداية المجتهد : جـ١ ص٥٠ ، هذا ، ويحدد الامام الطوسي ادنى ما يكون معه لحاق الذكاة ، ان تطرف عينه ، او يتحرك ذنبه ، او تركض رجله ، وهو قول سعيد بن المسيب ، المرجع السابق .

(٢) رواه الامام احمد ـ نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٣ للشوكاني ـ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٥٥ ـ وراجع اللمعة الدمشقية : جـ٧ ص١٩٦ وص٢٠٤ ـ فتح القدير : جـ٨ ص١٧٨ ـ مغني المحتاج : جـ٤ ص٢٦٩ ـ للخطيب الشربيني ـ وفي هذا المعنى يقول : « ويكفي في النادّ والمتردي ، جرح يفضي الى الزهوق » اي الموت .

راجع فيما تقدم ايضا ، اللباب ، شرح الكتاب : جـ٣ ص٢٢٠ وما يليها ـ للغنيمي الدمشقي ، وراجع الهداية مع فتح القدير : جـ٨ ص١٧٢ وما يليها ـ للمرغنياني ـ والكمال بن الهمام هذا وقوله : «فخزقت » اي انفذت السهم ونحوه الى جسم الحيوان المصيد ، واسلت دمه .

« الصدمة » أو السقوط من شاهق ، أو الخنق ، أو الغرق ، وما أشبه ، لا يكون في معنى الذكاة الشرعية بحال ، اذ لا يسيل منه الدم الخبيث في هذه الاحوال ، لذا كان محرما أكله ، ولانه ميتة ، الا اذا أدركه حيا غير منفوذ المقاتل ، وذكاه تذكية شرعية ، كما أسلفنا ، فتتحقق حينئذ «حكمة التشريع» من انفصال الدم الخبيث ، فيطهر الذبيح ، ويحل ، لانه ذكيّ .

آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس ، اذا توحش بم تكون ذكاته ؟ وكذا اذا استعصى وتعسر ذبحه .

اذا كان الحيوان مستأنسا في الاصل ، كالشاة ، والبعير ، ثم « توحش » حتى أصبح غير مقدور عليه ، الا بعسر شديد ، كانت ذكاته **بالعقر** ، وهذا هو مذهب الجمهور ، والامامية[1] .

هذا ، ويلحق به الحيوان المستأنس[2] اذا تردى في بئر ، فاستعصى على الذبح ، أو النحر[3] وكذا الجاموس الصائل[4] ونحوه ، لعدم القدرة على ذبحه في المكان المخصوص .

والعقر هو الطعن بالرمح أو السيف[5] ونحوه ، في أي مكان من جسم الحيوان ــ كما أسلفنا ــ **ايجابا للتكليف بقدر الطاقة ، وسدا للحاجة ، وحفظا للمال من الضياع .**

---

(١) نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٩ ــ وروى عن الامام مالك والليث بن سعد ، وربيعة الراي (شيخ الامام مالك) انه لا يحل الاكل لما توحش ، الا بتذكية في حلقه ، او لبته ــ المرجع السابق . وقد اشرنا الى ان من فقهاء المالكية من قال بالعقر في هذه الحال .

(٢) راجع في مذهب الامامية : تحرير الوسيلة ــ ص١٢٢ ــ ص١٣٣ ــ اللمعة الدمشقية مع شرحها : جـ٧ ص٢٠٤ وما يليها .

(٣) المرجع السابق (تحرير الوسيلة) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) نيل الاوطار : جـ ٨ ص ١٤٩ ــ يقول الامام الشوكاني في تفسير قوله صلى الله عليه وسلم ــ في حديث ابي العشراء : «لو طعنت في فخذها لاجزاك» اي فيما لا يقدر عليه ، يقول الشوكاني : « قال اهل العلم بالحديث : **هذا عند الضرورة** ، كالتردي في البئر واشباهه » المرجع السابق .

على أنه لا يشترط «التعذر» أو استحالة الذبح ، في « حالة التوحش » أو « حالة الاستعصاء » بل يكفي «التعسر» أو « المشقة البالغة » لما رواه البخاري ومسلم ـ من حديث رافع بن خديج ، قال : كنا مع رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في سفر ، فندَّ بعير من إبل القوم ، ولم يكن معهم خيل ، فرماه رجل . فحبسه ، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم : ـ ان لهذه البهائم أوابد . كأوابد الوحوش ، فما فعل منها هذا ، فافعلوا به هكذا »[٢] وكان من الممكن أن يدركوه ، ويحبسوه ، بجماعة منهم ، ولكن بمشقة غير معتادة .

يقول الامام الشوكاني : وفي الحديث **جواز أكل ما رُمي بالسهم ، فجرح في اي موضع كان من جسده ، بشرط أن يكون وحشا او « متوحشا »** وهو مذهب الجمهور .

هذا ، وانما قلنا : جرحه في أي موضع من جسمه ، شريطة أن يدميه : ويموت منه ، ليقوم ذلك مقام الذبح في حلقومه ، أو وَدَجَيْهِ .

هذا ، **والعقر ذكاة الضرورة ، اي هو ذكاة سببها حالة الضرورة[١] ، من اضافة الشيء الى سببه .**

ومن حالات الضرورة : خوف فَوْتِ حياة الحيوان المأكول اللحم ، كما اذا تردى من جبل ، وكان فيه حياة مستقرة ، أو وقع في بحر وخيف عليه الغرق ، فيجزىء عقره ، في مثل هذه الحال ، ليحل أكله ، لان هذا هو « المقدور عليه » ولا تكليف الا بقدر الوسع ، تيسيرا على العباد ، وعدم اضاعة المال ـ كما ذكرنا ـ .

قال أبو داود : هذا لا يصح الا في **المتردية ، والمتوحش[٣]** .

قال الترمذي : وهذا في حال الضرورة ، كالحيوان الذي تمرد ، او شرد ،

---

(١) اي من كل ما يجرح وينفذ في جسده .
(٢) نيل الاوطار : جـ٨ ص ٤١٩ بداية المجتهد : جـ١ ص٢٨ .
(٣) المرجع السابق : وراجع فقه السنة : جـ٣ ص٣٠٥ ـ للشيخ سيد سابق : ط دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ مغني المحتاج ـ جـ ٤ ص٢٦٩ ـ للشربيني .

فلم يقدر عليه ، أو وقع في بحر ، وخفنا غرقه ، فنضربه (نطعنه) بسكين أو سهم ، فيسيل دمه ، فيموت ، فهو حلال(١) .

وأنت لو أمعنت النظر في « مشروعية » ذكاة « الضرورة » هذه ، لرأيت سببها « عدم القدرة على ذبح الحيوان بالذكاة الشرعية التي هي الاصل »(٢) والقاعدة المقررة شرعا انه **لا يصار الى البدل ، الا اذا تعذر الاصل ، أو تعسر** ، وقد أشرنا الى أن العقر ــ وهو الطعن بمجدد في أي موضع من جسم الحيوان ، طعنا مدميا له يفضي الى موته منه ــ يقوم مقام « **العزيمة** » في الحالات التي بيناها ، وهو مذهب الجمهور ، ما عدا ما روي عن الامام مالك في « المتوحش **وانه لا يحل الا بالذكاة الشرعية دون العقر** (١) ، وقد أشرنا الى أن شارح الموطأ الامام الدهلوي ، قد علق على هذا ، ورأى أن ذلك في « المقدور عليه » الذي يمكن أن يُذبح بتلك الذكاة(٤) ، دون ما نحن فيه من الحالات .

على أن فقهاء المالكية من ألحق المتوحش : بالوحش وسباع الطير ، فأجاز أكله بالصيد(٥) كما أسلفنا .

---

(١) راجع ما تقدم ــ وفقه السنة : جـ٣ ص ٣٠٥ . هذا ــ والامامية ــ فيما يبدو ــ مختلفون في تصورهم للحد الادنى من الحياة التي يدرك الصائد الحيوان عليها بعد جرحه بالصيد بالآلة الجامدة ، أو الكلب الجارح المعلم . والتي تستوجب تذكيته الذبيحة ، ليحل ، فبينما تجدها في النهاية محددة بكون عين المصيد تطرف ، ورجله تركض ، وذنبه يتحرك ، اذا هي في اللمعة الدمشقية وشرحها ، محددة بالحياة المستقرة .

(٢) بداية المجتهد : جـ١ ص٤٥٠ .

(٣) بداية المجتهد : جـ١ ص٤٥٠ .

(٤) جاء في المسوى شرح الموطأ : « انه ــ اي مالك ــ بلغه . ان سعيد بن المسيب . كان يكره أن يقتل الانسية بما يقتل به الصيد ، من الرمي واشباهه . قلت (الدهلوي) هذا مخصوص بما اذا لم يتوحش ، وامكن ذبحه ، **فاذا توحش صار بمنزلة الصيد** » جـ٢ ص٢٤٥ .

(٥) جاء في مغني المحتاج ، ما نصه : « ولو ترد بعير ونحوه في بئر ، ولم يمكن قطع حلقومه فكناد ، قلت : **الاصح لا يحل بارسال الكلب** » جـ٤ ص٢٦٩ ــ وراجع رد المحتار : جـ٥ ص ٢٦٤-٢٦٩ . ــ هذا ، وفيما يتعلق بالامام مالك ــ فضلا عما تقدم من تعليق شارح موطئه (الدهلوي) ــ فقد جاء في القوانين الفقهية ــ لابن جزيء ، أن من فقهاء المالكية من الحق المتانس الذي توحش ، بالوحش وسباع الطير ، **فاجاز اكله بالصيد** » ص ١٧٢ .

هذا وتجدر الاشارة الى أن تلك الحالات التي يجوز فيها « العَقر » كذكاة ضرورية لا يجوز فيها « الصيد » عن طريق « ارسال الجارح المعلم » لاقتصار النصوص على «**العقر**»(١) **بالمحدد** ، من مثل حديث أبي العشراء ، عن أبيه ، قال : « قلت يا رسول الله أما تكون الذكاة الا في الحلق ، واللبة ؟ قال **لو طعنت في فخذها ، لاجزأك** » وعلق عليه الامام الشوكاني بقوله : « وهذا فيما لم يقدر عليه »(٢) فوجب الوقوف عند هذه الوسيلة .

اجتهاد الامامية في كل حيوان ـ ولو مستأنسا ـ اذا تعذر أو تعسر ذبحه او نحره ، فان العقر ذكاته ، للضرورة التي مردها ، عدم القدرة عليه ، وان لم يصادف العقر موضع التذكية الشرعية ، دفعا للحرج ، وعدم اضاعة المال ، وسدا للحاجة .

على أن هذا هو اجتهاد الامامية ، فقد جاء في تحرير الوسيلة ما نصه : « كل ما « يتعذر » ذبحه أو نحره ، اما لاستعصائه ، أو لوقوعه في موضع لا يتمكن الانسان من الوصول الى موضع ذكاته ، ليذبحه ، أو لينحره ، كما لو تردى في البئر ، أو وقع في مكان ضيق ، وخيف موته ، جاز أن يعقر بسيف ، أو سكين ، أو رمح ، او غيرها ، **مما يجرحه ، ويقتله ، ويحل اكله ، وان لم يصادف «العقر» موضع التذكية ، وسقطت شرطية الذبح والنحر** » (٣) . أي لهذه الضرورة ، وهذا بعمومه شامل كل حيوان ، ولو كان مستأنسا .

هذا ، وأشار الفقهاء الى انه يكفي جرح النادّ ، أو المتردي ، جرحا يفضي الى «**الزهوق**» وقيل يشترط أن يكون « **مذففا** » أي يسرع للقتل ، ويقول مغني المحتاج ما نصه : « ويكفي في النادّ ، أو المتردي ، جرح يفضي الى **الزهوق** (٤) **اي الموت** .

---

(١) رواه الخمسة .
(٢) نيل الاوطار : جـ٨ ص ١٤٩ .
(٣) تحرير الوسيلة : جـ٢ ص ١٣٣ «اللمعة الدمشقية» مع شرحها : جـ٧ ص٢١٦ في سقوط شروط التذكية الشرعية ، ومنها استقبال القبلة .
(٤) مغني المحتاج : جـ٢ ص٣٦٩ .

غير أن بعض الفقهاء ، قيّد الجرح الذي يؤدي الى الموت أن يكون «مذفّفا» أي يسرع للقتل[1] ، والاصح الاول .

حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الاسلحة الحديثة المعروفة في ايامنا

نخلص مما سبق ، الى أن « المصيد » لا يحل أكله اذا أصابه « المعراض » أو السهم بعرضه ، أو صيد بالحذف ، برميه بحصاة او بالمقلاع ، او ببندق الطين[2] اليابس ، لان هذا ، ونحوه ، قد ورد النص بتحريمه ، اذ يقتل بثقله ، لا بجرحه ونفاذه الى جسم المصيد ، فلا يحل لذلك ، الا اذا أدركه الصائد حيا ، وذكاه ، بذبحه في موضع الذبح .

أما الصيد بالبندقية النارية ونحوها بما تطلق من الرصاص على الصيد الذي ينفذ الى جسم المصيد ، ويدميه ، بفعل نار البارود أيضا ، ويقتله ، أن الصيد بهذه الآلة جائز أكله على الراجح ، لانه يثنهر الدم ، وينجهز على الصيد ، أي يسرع في قتله واتمامه ، بل هو أكثر نفاذا وتذفيفا واجهازا من السهم ، فتحققت بذلك التذكية الشرعية ، ولا سيما انه يقتل **بحدّه ، لا بصدمه** ، والا فما سبب « انهار الدم » في المقتول من الصيد برصاص البندقية .

وجوب تذكية الحيوان الوحشي أو المتوحش المستعصي بعد الاصابة برصاص البندقية النارية ، وجرحه اذا أدركه الصائد حيا ، غير منفوذ المقاتل ، للاحتياط .

غير أننا نرى ، أن على الصائد ــ ما أمكن ــ اذا أدرك المصيد بالبندقية النارية حيا ، غير منفوذ المقاتل[3] ، أو فوق حياة المذبوح[4] ــ على حد تعبير

---

(١) المرجع السابق .

(٢) وهو ما يصنع من الطين باليد على شكل النواة ، ولعل تسمية « البندقية » التي تقذف الرصاص بقوة نار البارود ، مأخوذة مما كان يعرفه الاقدمون من **بندقة الطين اليابس** ، وحكم الصيد شرعا ، يختلف بالنسبة الى كل منهما ، فالاول يحل اكل المصيد به ، لما عللنا في المتن ، اذ به يتحقق معنى الذكاة الشرعية ، ومناطها ، بخلاف الثاني ، فلا يحل لعدم تحقق هذا المناط ــ فالخلاف ــ كما ترى ــ في **«تحقيق المناط»** .

(٣) المقاتل خمسة : قطع النخاع الشوكي ، بتر الدماغ ، نثر الحشو ، فري الودج ، ثقب مصير .

(٤) اي حياة مستقرة ، يمكن ان يعيش معها المصيد ، وهو ما ذهب اليه الشافعية والامامية . راجع مغني المحتاج : جـ٤ ص٢٦٩ وما يليها ــ وراجع شرائع الاسلام : جـ٣ ص٢٠٢ اذ يقول مؤلفه : ويذكي ما بقي ان كانت حياته مستقرة .

الفقهاء ــ وبعد اصابتهُ برصاصِ هذه البندقية وجرحه ، وسيلان دمه ، أقول : **عليه ان يذكيه في مثل هذه الحال ، والا فلا يحل ،** لأمريــن .

الاول : لانه اصبح مقدورا عليه ، فيجب الرجوع حينئذ الى الاصل ، ما امكن، قياسا على المصيد بالسهم ، أو بالجارح المعلم اذا أدركه الصائد حيــا غــير منفوذ المقاتل ــ كما ذكرنا ــ ــ **لانتفاء علة ذكاة الضرورة** ــ وهي « عدم » القدرة عليه ــ اذ الحكم يدور مُعها وجودا وعدما ، والا فلا يحل ، لانه ميته .

الثاني : للاحتياط في حِلِّ أكل الصيود ، لان «الصيد» لا يعْرى عن مَعنى التعبــد ، وأكبر مظهر لتحقق الاحتياط ، هو الخروج من الخلاف ، في حلِّ المصيد بالبندقية النارية ، على النحو الذي بينا .

اجتهاد الامامية في حكم الصيد بالآلة المعروفة المسماة بالبندقية النارية ونحوها، مع توفر الشرائط الاخرى ، لحل المصيد ، واجتهادهم في الرمي بالبندقة من الحديد.

اتجه الفقه الامامي الى حِلِّ أكل المصيد بهذه الآلــة ، لتحقق « مناط » التذكية الشرعية ، أو معناها ، من انهار الدم ، وموت الصيد من اصابتها ، اذا توفرت سائر الشروط .

غير أن فقهاء الامامية ، قد فرقوا بــين الصيد **بالبندقية النارية المعروفــة ونحوها ، والصيد بالبندقة من الطين اليابس ، او حتى من الحديد غير المحــدد ، فنوهوا بحرمة مقتولها ، والاختلاف في الحكم بينهما ، كان تبعا لتحقيق المنــاط ، وعدمه ــ في اجتهادهم ــ .** فقد جاء في تحرير الوسيلة في هذا الشأن ما نصــه : **« لا يبعد حِلِّيَّة ما قتل بالآلة المعروفة المسماة بالبندقية ،** مع اجتماع الشرائط ، بشرط « أن تكــون البندقة **محددة نافذة بحديتها ، على الاحوط » فيجتنب مــا قتل بالبندق الذي ليس كذلك ، وان جرح ، وخزق بقوته »**(١) .

على أن هذه التفرقة في الحكم ، مردها التمييز بينهما ، مــن حيث الاصابة بالحــدة أو الصــدمة أو الثقــل ، فالاول مصيــد **بالحدة النافذة ،** والثانــي

---

(١) تحرير الوسيلة ــ المسألة ــ ٨ ج ٢ ص ١٢٣ .

مصيد بالصدمة ، وان خرق ، لانه ــ في اجتهادهم ــ يشبه « الوقذ » فكان الاحتياط في تجنبه ، وهو ما أشار اليه المؤلف بقوله : « والبندقة التي قلنا في المسألة السابقة بحرمة مقتولها ، غير هذه النافذة الخارقة بحدتها »(١) وهذا بيِّن.

راينا في اجتهاد الامامية في هذه المسالة

ونحن نرى ، أن البندق من الرصاص ، أو الحديد ، مما يكون على شكل كرات أو كريات ، اذا اخترق جسم الحيوان ونفذ ، وانهر دمه ، وقتل من جراء ذلك ، بأن نفذ الى مقاتله ، وصرعه . انه يحل ، ولو لم يكن محددا ، لان معنى الذكاة قد تحقق بأمرين : بالاختراق اولا ، وانهار الدم ثانيا ، يؤيد هذا ، قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « يحل لكم ما ذكيتم ، وما ذكرتم اسم الله عليه ، وخزقتم ، فكلوا منه » في رواية عدي بن حاتم .

هذا ، وفي رواية أخرى عن عدي ، قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « اذا رميت فسميت « فخزقت » فكل ، وان لم تخزق ، فلا تاكل(٢) » .

وكذلك ما روي عن رافع بن خديج ، عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ من قوله : « ما انهر الدم ، وذكر اسم الله عليه ، فكلوا ، ما لم يكن سنا او ظفرا »(٣) .

هذا ، واذا تحقق هذان الامران ، مع سائر الشرائط ، كان ذلك سببا شرعيا موصلا الى حل المصيد ، بنصوص السنة ، ومعقولها .

وأيضا ، ان البندق من الحديد ، أو الرصاص الذي يكون على شكل كرات ، أو كريات ، مما يندفع بعنف شديد ، ويخترق جسم المصيد ، وينهر دمه ، ويقتله ، أشد إزهاقا وتذفيقا ، بما يحدث من الجرح السائل ، على ما هو مشاهد ، بنفوذ

---

(١) النهاية ــ ص ٥٨٠ وما يليها .
(٢) راجع نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤١ وما يليها ــ للشوكاني .
(٣) المرجع السابق ــ وراجع المجموع شرح المهذب : جـ٥ ص٨٠ ، فاذا كان قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « ما انهر الدم » في الذكاة الشرعية ، ففي الضرورية يحل من باب أولى .

مقاتله ، وسيلان دمه ، لا بالصدمة التي تكون بعرض المعراض ، أو عرض السهم ، كما هو معلوم ، ويخالف فعل البندقة من الطين بالبداهة ، **فالعبرة بالأثر ، لا باتفاق الاسم .**

على أن تعليلات فقهاء المذهب الامامي ، لحل أكل المصيد بالآلة الجمادية الحادة ، اشترطوا فيها « التخزيق » حتى اذا لم تخزق ، فلا يحل ، فظهر أن **« التخزيق » لا مجرد الحدية ـ هي الشرط ،** وهذا متحقق بالكريات من الحديد ، ومن هذه التعليلات ، قول بعض فقهاء المذهب ، فيما نصه : **« واذا لم يكن مع الصائد سهم فيه حديدة ، ومعه سهم حاد ينفذ ويخزق ، جاز اكل ما يصيد به ، اذا خرق ، فاذا لم يخرق ، لم يجز أكله »(١) .**

والثابت أن الكريات من الحديد ، أو الرصاص أو اي نوع من الفلز ، والمنطلقة بعنف شديد ، تحقق هذا المعنى على أتم وجه ، فلم يعد ثمة **« للحدية »** أي تأثير على الحل وعدمه ، ما دامت العبرة « بالتخزيق » وقد وجد ، لانه في معنى التذكية .

على أن الفقه الامامي ، يجيز أكل المصيد بسهم فيه حديدة ، اذا أصابه **«معترضا» فقتله(٢) والاعتراض قد لا يتاتى معه النفاذ والتخزيق ، ولو كان فيه حديدة .**

هذا ، ومن المعقول ، أن يكون **« التخزيق » هو شرط الحل في الآلة الجمادية،** لان المقصود **انهار الدم ،** وهذا حاصل بيقين ، فيكون محققا للذكاة الضرورية في معناها الشرعي .

على أن فريقا من الفقهاء قد ذهب الى أن **متثقل الحديد ، وغير الحديد ، سواء ، ان خرق حل ، والا فلا »(٣) .**

---

(١) النهاية : ص٥٨٠ ـ للطوسي .
(٢) المرجع السابق : وتحرير الوسيلة ـ جـ٢ ص١٢٢ وما بعدها ، قارن هذا بكتاب رد المحتار : جـ٥ ص ٤٦٧ ـ لابن عابدين .
(٣) رد المحتار : جـ٥ ص ٤٦٧ ـ نقلا من قاضيخان .
(٤) انظر الفقه الاسلامي ص٩٧ ـ للدكتور فوزي فيض الله .

القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من اجتهادات الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في حل المصيد :

هذا ، والقاعدة العامة التي يمكن استخلاصها من فقه الأئمة في حل أكل المصيد ، ومما ورد من الروايات التي روينا آنفا ، ولا سيما رواية رافع بن خديج ، وعدي بن حاتم ، هي قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : **« ما انهر الدم ، وذكر اسم الله عليه ، فكل »** فانه مندرج في عمومه، **كل ما يحقق مناط هذه القاعدة ، ومضمونها التشريعي ، من كل وسيلة مستحدثة ، ولا سيما الاسلحة النارية ، او تلك التي تستخدم للصيد خاصة ،** مما يختلف تماما عن وسيلة الصيد بالبندق من إلطين اليابس التي كانت معروفة في القديم ، لورود النهي عنها صراحة ، بنص الحديث : « ولا تأكل **من البندقة الا ما ذكيت ، لانها لا تخزق ولا تخرق ،** ولانها تشبه **الحذف ، او الرمي بالحصاة ، « فلا تصيد صيدا ولا تنكا عدوا ، ولكنها تكسر السن ، وتفقا العين »** على ما ورد في الحديث المتفق عليه[1] ، أي لا تخرق الجسم ولا تسيل الدم ، ولا ريب أن كريات الرصاص أو الحديد ونحوه مما ينطلق بعنف شديد ، ليست كذلك بالبداهة ، كما هو معلوم ومشاهد ، فالارجح حِل المصيد بها ، ولانها أصبحت الوسيلة الشائعة بين الناس للاصطياد ، مما يوقع تحريمها في الحرج الشديد ، وهو مدفوع في الدين .

ثالثا ـ أن يكون الحيوان مأكول اللحم شرعا ، وهذا شرط بدهي ، لان غير مأكول اللحم ، لا يؤثر في حِلّه الذكاة الشرعية ، فضلا عن الذكاة الضرورية ، من العقر ، ما دام ـ في الاصل ـ محرما أكله ، وان كان للصيد ، أو الذكاة الذبحية ، تأثير في **« طهارة لحمه »** وجلده ، وشعره ، **لانفصال الدم الخبيث عن جسمه .**

هذا ، وطهارة اللحم ، غير حل اكل اللحم ، الا أن يكون الحيوان « نجس العين » كالخنزير ، فلا يطهر شيء منه بالصيد ، أو الذبح ، بحال من الاحوال ، كما لا يجوز الاصطياد بالخنزير ، ولو كان معلما ـ على الراجح ـ تجنبا له ، اكلا واستعمالا ، لنجاسته العينية[2] كما ذكرنا .

---

(١) نيل الاوطار : جـ٨ ص ١٤٢ وما يليها ـ للشوكاني .
(٢) فتح القدير : جـ٨ ص ١٧٢ .

رابعا ــ ذكــر اســم الله تعالى ، **او التسمية ، عند ارسال الجارح المعلم او الرمي بالسهم ونحوه ، او اطلاق الرصاص من البندقية النارية ، او ما يشبهها .**

وتفسير ذلك :

اننا قلنا آنفا ، ان « الصيد » ــ في الاسلام ــ لا يَعــرى عــن معنــى **« التعبد » ولذا كان فعل الاصطياد منسوبا الى « الصائد » لا الى الحيوان الجارح المعلم المرسل ، ولا الى الآلة المحددة الجمادية المرمي بها ، ولا الى البندقية الناريــة التي يطلق منها الرصاص المحدد المندفع بعنف بفعل البارود ، اقول : « لكان معنى التعبد في الصيد » اشترط ذكر اسم الله تعالى ابتداء عند الارسال ، او الرمي ، او الاطلاق ، شرطا للحل ، وقصدا الى تحقيق معنى التعبد هذا ، اذ لا عبادة بدون قصــد ونيــة .**

موضع التسمية في الصيد ، على الآلة الجمادية الحادة ، او على الجارح المعلم عند الرمي ، او الارسال ، لا على الحيوان الذي يراد صيده ، لانه غير مقدور عليه ، بخلاف الذكاة الشرعية ،فالتسمية على الحيوان الذبيح نفسه ، لانه مقدور عليه .

غير أنه ينبغي أن يُلاحظ ، أن ذكر اسم الله تعالى ــ وان كان يتعلق بمعنى في الصائد نفسه ــ وهو العقيدة ــ فان موضع هذا الذكر أو التسمية ، يختلف في حال الاصطياد عن حال الذكاة الشرعية ، فالتسمية حال الاصطياد ، انما تكون على الآلة الحادة أو « الجارح المعلّم » لا على المصيد ، لان هذا الاخير ، غــير مقدور عليه حين الارسال ، في حين أن « التسمية » في حال الذبح ، بالذكــاة الشرعية ، انما تكون على **الذبيحة نفسها** ، لان الذبيحة مقدور عليها عند الذبح ، ويتفرع عن هذا الاحكام التالية :

حكم التسمية في الاصطياد عند الارسال او الرمي ، شرطا للحل ، والادلــة التي تنهض به ، في فقه المذاهب .

اختلفت آراء الفقهاء في « **حكم التسمية** » شرطا لحل أكل المصيد ، علــى الوجــه الآتــي :

أولا ــ ذهب **الحنفية ، والمالكية**(١) في الصحيح من مذهبهم ، **والامامية** ، الى أن « **التسمية** » شرط يتوقف عليه حِلّ أكل المصيد، **حالة الذكر دون النسيان** ، فكان متروك التسمية عمدا ، محرما عندهم ، **بخلاف ما لو تركت نسيانا** ، وهو قول الثوري ، **وسعيد بن جبير وعطاء** .

ثانيا ــ وذهب « **الشافعية** » الى أن التسمية « **سنة مؤكدة** » وليست فرضا .

وعلى هذا ، فمتروك التسمية ــ في اجتهادهم ــ حلال مطلقا ، وهو رواية ضعيفة عن مالك ، والى هذا ، ذهب أشهب من المالكية ، غير أنها مندوب اليها ، أو سنة مؤكدة .

ثالثا ــ وذهب الامام أحمد الى «**التمييز**» بين «**الصيد**» و «**الذكاة الشرعية**»

أما في الصيد ، فالتسمية فرض مطلقا ، يتوقف عليها حل المصيد ، فسواء تركها عمدا أو نسيانا ، فالمصيد ميتة ، لا يحل أكله .

وأما في الذكاة الشرعية ، فالذبيحة لا تحل ان ترك التسمية عليها عمدا .

وأما ان تركها نسيانا ، فثمة روايتان عنه : أنها تحِل ، والاخرى : انها لا تحل .

رابعا ــ وذهب « الظاهرية » الى أن التسمية فرض مطلقا ، حالة الذكر والنسيان على السواء .

هذا جملة ما بين أيدينا من المذاهب ، ونعرض فيما يلي أدلة كل مذهب ، ووجوه الاستدلال بها .

أولا ــ استدل المذهب الاول ، من الحنفية وجمهور المالكية والامامية ، على **أن التسمية فرض حال الذكر دون النسيان ، في كل من الذكاة الشرعية ، وعند الارسال للصيد** بالكتاب والسنة والمعقول :

---

(١) نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤١ــ١٤٨ ــ فتح القدير : جـ٨ ص٥٢ وما يليها ــ الكتاب ، جـ٣ ص٢١٨و٢٢٤ ــ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٨ ــ المغني : جـ١ ص٣٣ لابن قدامة .

أ ــ أمـا الكتاب ، فقوله تعالى : « **ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق** »[1] .

ووجـه الدلالة ، **ان النهي للتحريم ، وهذا هو موجَبُه الاصلي ، ولا صارف عنه الى الكراهة ، « لكونه يتناول في بعض مقتضياته الحرام المحض ، ولا يجوز ان يتبعّض ، ليراد به التحريم أو الكراهة معا »**[2] .

وأما الناسي ، فلا يتوجه اليـه خطاب ، اذ **يستحيل خطابه حال النسيان** ، فلم يكن الخطاب بالنسبة اليه يفيد وجوب التسمية ، واذا لم يكن الخطاب متوجها اليه ، لنسيانه ، فلا وجوب عليه[3] .

ب ــ أن الآية الكريمة التي تلونا مـن قولـه تعالى : « **ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق** » تدل بظاهرها علـى **تحـريم تـرك التسمية باطلاق** ، وهو يشمل تركها **عمدا ونسيانا معا ، فتكون التسمية فرضا ، في كلتا الحالتين** ، عملا بمقتضى العموم ، غير أن النسيان عـذر سماوي قهري ، لا يـد للانسان في تجنبه ، فسقط الوجوب ، عن الناسي ، رفعا للحرج[4] .

وأيضا ، لهذا المذهب أن يستدل بمقتضى قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « رفع عن أمتي الخطأ ، **والنسيان** ، وما استكرهوا عليه » والاستدلال بهـذا الحديث يستقيم على مذهب الحنفية في «المقتضى» لانهم يرون أن المرفوع هـو الاثم الاخروي ، لا الحكم الدنيوي ، وما نحن بسبيل البحث فيه ، **هو الاثـم** والحرمة ، فيكون الاثم مرفوعا ، ورفع الاثم هو رفع للحرمة ، بالضرورة ، ولا فرضية حيث لا حرمة ، ولا اثم في الترك .

---

(١) الانعـام ــ ١٢١ .
(٢) الهداية : جـ٤ ص٤٧ ــ مواهب الجليل : ص٢١٩ .
(٣) المحلى : جـ٧ ص٤٦١ لابن حزم ــ اللمعة الدمشقية مع شرحها : جـ٧ ص٢٠٤ ــ النهاية : ص٥٨٢ وما يليها للطوسي ــ مغني المحتاج : جـ٤ ص٧٢ (فقـه شـافعي) شرائع الاسلام : جـ٣ ص ٢٠٤ (فقه امامي) .
(٤) الجامع لاحكام القرآن : جـ٧ ص ٧٦ للقرطبي .
(٥) بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٩ ــ يقول ابن رشد في استدلال من فرّق بين حال الذكر ، وحال النسيان في حكم التسمية ، ما نصه : « واما من اشترط الذكر في الوجوب (وجوب التسمية) فمصيرا الى قوله عليه السلام : « رُفـع عـن أمتي الخطأ ، **والنسيان** ، وما استكرهوا عليه) .

أما الجمهور ، فاستدلالهم بهذا الحديث على سقوط التسمية حال النسيان ، أقوى ، لان الرفع شامل للحكم الدنيوي والاخروي ، معا ، بمقتضى أصولهم .

جـ ـ ان الشارع الحكيم ، قد أقام « الملـة » ـ وهي الاسلام ـ مقام الذكر باللسان ، بالنسبة الى الناسي ، دفعا للحرج ، او اعتبارا « للعذر » القائم في جهته ، وهو النسيان ، ونظير ذلك معهود في الشرع ، الا ترى ان الشارع قد اقام الاكل نسيانا ، مقام الامساك في الصوم(١) ؟

وعلى هذا ، لم يكن الناسي للتسمية عند الارسال أو الرمي ، داخلا أصلا في عموم قوله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » لان الناسي ذاكر لله تعالى ، حكما واعتبارا ، فلا تخصيص ولا استثناء ، فلا ينطبق بالتالي ، حكم الآية الكريمة ـ وهو التحريم ـ على صيده ، فيكون حلالا أكله .

وأيضا ، ان الناسي ، لا يسمى فاسقا(٢) بالاجماع ، فلا يكون مشمولا أصلا بحكم الآية الكريمة ، لقوله تعالى « وانه لفسق » .

على ان اقامة « الملة » مقام الذكر في حق الناسي ، لا يظهر في حق المتعمد لترك التسمية ، فلا تقام « الملـة » هنا ، مقام الذكر والتسمية ، فيكون حكم التحريم شاملا لصيده ، بمقتضى الآية الكريمة ، وتفسير ذلك : أن اقامة «الملـة» مقام «التسمية» في حق الناسي ، لمكان العذر القهري أو المساوي الذي لا يد له في احداثه ، ولا في تجنبه ، فلم يكن لهذه الاقامة وجه بالنسبة الى المتعمد ، اذ لا عذر يقوم في جانبه ، والعذر هو مناط الحكم بالترخيص ، وحيث ينتفي العذر ينتفي الترخيص ، فلا يحل صيده .

على ان اقامة « الملـة » في قلبه الذي هو مقر معتقده ، أمر مفترض فيه ، بل هو الاصل ، وليس كذلك المتعمد لترك التسمية ، ولا سيما اذا تركها استخفافا واستهانة ، لان هذا دليل على نفي ما افترض انه قائم في قلبه ، صراحة ، اذ التصريح اقوى في الدلالة من الافتراض ، فلا وجه اذن لاعتباره

---

(١) تفسير القرطبي : جـ٦ ص٧٦ وما يليها .
(٢) المرجع السابق .

ذاكرا حكما ، بل هـو مضـاد ، أو منـاف لهـذا الافتراض ، **فلم تعد اقامة « الملـة » مظنة للذكر** في حقه ، لقيام الدليل الصريح على انتفائها ، كما ذكرنا ، وهذه « المظنة » مدلول عليها بقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « تسمية الله في قلب كل مسلم » وقد نفاها تعمدا وصراحة .

وعلى هـذا ، **لا يلحق العامد بالناسي ، بجامع « اقامة الملة » مقام التسمية باللسان »** لما بينا .

على أن هذا التفسير ، لم يكن مجرد استنتاج عقلي ، أتينا به من عندنا ، بل هـو صريح قولـه ـ صلى الله عليـه وسلم ـ : **« ذبيحة المسلم حلال ، وان لم يسم ، ما لم يتعمد »** (١) وفي هذا الحديث اشارة الى سبب الحِلّ على الرغم من عدم التسمية ، وهو « الاسلام » لقوله صلى الله عليه وسلم : ذبيحة **المسلم** ، ولا نقصـد بالملـة الا هـذا : **فلا يكون صيد او ذبيحة تارك التسمية عمدا** ، حلالا ، بنص الحديث .

ومفاد هذا المذهب ، ان التسمية عند الارسال او الرمي ، لابد منها ، شرطا للحل ، حقيقة ، او حكما ، ما لم يدل الدليل على انتفائها حكما ، أي عند تركها تعمـدا .

ثانيا ـ أما الادلة على وجوب التسمية من السنة حال الذكر ـ كما أسلفنا ـ في كل من الصيد ، والذبيحة ، لعدم الفرق ، فمن مثل ما روي :

أولا ـ عن عدي بن حاتم ، من قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « **يحِل لكم ما ذكيتم ، وما ذكرتم اسم الله عليه** »(٢) .

ثانيا ـ وفي روايـة أخـرى عـن عدي : « اذا **ارسلت كلابـك المعلمة ، وذكرت اسم الله ،** فكل مما أمسكن عليك »(٣) .

---

(١) نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٠ .
(٢) المرجع السابق : ص١٣٨ .
(٣) المرجع السابق .

ثالثا ــ وفي رواية ثالثة عن عدي أيضا ، قال ــ صلى الله عليه وسلم : « ان ارسلت كلبك ، وسميت ، فأخذ ، فقتل ، فكل »[1] .

وفي رواية رابعة عن عدي ، أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال : « اذا رميت سهمك ، **فاذكر اسم الله ..** »[2] بصيغة الامر .

خامسا ــ وفي رواية خامسة عن عدي ، قال : اني أرسل كلبي ، أجد معه كلبا آخر ، لا أدري أيهما اخذه ، قال ــ صلى الله عليه وسلم ــ : **فلا تاكل ، فانما سميت على كلبك ، ولم تسم على غيره** »[3] .

وجه الاستدلال بهذه الروايات على « **وجوب التسمية** » عند الارسال ، أو الرمي :

أ ــ أن « **الحل قد علق على التسمية** » ولا ريب أن المعلق على شيء ، **لا يوجد الا عند وجود المعلق عليه ، ولا يوجد عند انتفائه ، والا ما كان الشرط شرطا** ، وفي هذا المعنى يقول الامام الشوكاني ما نصه : « وفي حديث الباب ، **ايقاف**[4] **الاذن في الاكل ، عليها**(على التسمية) **والمعلق بالوصف ينتفي عند انتفائه، عند من يقول بالمفهوم،والشرط اقوى من الوصف** »،**اي في الدلالة بالمفهوم المخالف**[5] .

ب ــ على أنه قد جاء في الرواية الرابعة صيغة « **الامر** » بذكر اسم الله **تعالى عند الرمي** ، والامر ــ في الاصل ــ يفيد الوجوب ، ولا يحمل على غير موجبه الاصلي هذا ، الا بدليل ، ولا دليل .

---

(١) المرجع السابق ص١٣٩ .
(٢) المرجع السابق ص١٣٩ .
(٣) المرجع السابق ص١٤٠ .
(٤) اي تعليق ، بدليل قوله بعد ذلك ، والمعلق على شيء ، لا يوجد عند انتفائه « المرجع السابق » .
(٥) ستاتي مناقشة هذا الدليل ــ راجع فتح القدير : جـ٨ ص ١٧٤ ــ وراجع نيل الاوطار جـ٨ ص ١٤٠ .
وهذا الوجه من الاستدلال يصح اعتماده عند غير الحنفية من القائلين بحجية المفهوم المخالف .

جـ ــ جاء في الرواية الثالثة : « اذا أرسلت كلابك المعلمة ، وسميت .. » تعليق الاذن بالاكل على ثلاثة أمور :

احدها ــ الارسال للجارح المعلم .

والثاني ــ تعليم الكلب المرسل .

الثالث ــ التسمية ، أو ذكر اسم الله تعالى عند الارسال .

ــ أما تعليم الكلب ، فشرط واجب تحصيله اجماعا ، ليحلّ أكل صيده ، لقوله تعالى : « وما علّمتم من الجوارح » أي أحلّ لكم صيد ما علمتم من الجوارح ، كما بينا . فكذلك « التسمية » والا ما صح هذا القران بين **شرط واجب ، وشرط غير واجب** ، لان هذا خلاف المعهود في أسلوب اللغة ، والعرف ، ومنطق العقل ، اذ المعلق على شروط ينتفي بانتفائها ، أو بانتفاء أحدها ، عند القائلين بالمفهوم .

د ــ على أن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ قد فرّق بين حكمين متنافيين ، بوصفين مختلفين ، فدل ذلك ايماءً **على أن اختلاف الوصف قد توقف عليه اختلاف الحكم** ، ألا ترى الى قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « **فلا تاكل ، فانما سميت على كلبك ، ولم تسم على غيره** » فالنهي مترتب على عدم التسمية ، فكانت التسمية شرطا يتوقف عليه الحل ، والا ما كان ثمة من معنى للفصل بين الحكمين بوصفين مختلفين ، كما ترى .

هـ ــ أما ما ورد على استدلال الحنفية ومن معهم ، من حديث : « أن قوما يأتوننا باللحم ، لا ندري ، أذكروا اسم الله عليه ، أم لا ؟ فقال ــ صلى الله عليه وسلم ــ « سموا عليه أنتم ، وكلوا »[1] **مما يدل على عدم فرضية التسمية ، والا ما نابت عنها التسمية عند الاكل** ، فأجاب الحنفية ، عن هذا الحديث بأنه « **منسوخ** » لانه كان في بدء الاسلام ، وان الناس كانوا حديثي عهد بالكفر ، والناسخ قوله تعالى : « **ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق** » وستأتي مناقشة دعوى النسخ هذه في مقامها .

---

(١) رواه البخاري .

ثالثا ــ هذا ، **واستدلوا بالمعقول ، فقالوا :**

١ ــ ان الجارح المعلَّم : من **الكلب والبازي هو « آلة » والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال،** وذلك فيهما بالارسال ، **فنزّل(١) منزلة الرمي(٢) وامرار السكين(٣) ، فلابد من التسمية عنده(٤) .**

ولا يخفي أن هذا الدليل العقلي يستند الى قياس الصيد على الذكاة الشرعية، والحكم ، وجوب التسمية .

٢ ــ ومن استدلالهم بالمعقول أيضا ، قولهم :

ان الاصل تحريم الميتة ، وما أُذن فيه منها ، **تراعى صفته ، فالصيد ، او الذبيح المسمى عليه ، قد وافق الوصف ، فبقي غير المسمى عليه ، على أصل التحريم ، لعدم مراعاة الوصف فيه .**

ادلة الشافعية (القائلين بعدم وجوب التسمية ، وأنها سنة مؤكدة) .

استدل الشافعية على مذهبهم من أن التسمية ليست فرضا ــ لا في الصيد ، ولا في الذكاة الشرعية ــ من الكتاب ، والسنة .

أولا ــ أما الكتاب ، فقوله تعالى : « حُرِّمت عليكمُ المَيتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهِلَّ لغير الله به ، والمنخنقةُ ، والموقوذةُ ، والنطيحة ، وما أكلَ السَّبُعُ **الا ما ذكيتم** »(٥) .

ووجه الاستدلال ، أن الله تعالى ، لم يعلِّق الحِلَّ **الا على مجرد**

---

(١) اي عند الارسال .
(٢) اي الرمي بالسهم .
(٣) اي عند الذبح في الذكاة الشرعية .
(٤) اي عند الارسال للكلب المعلَّم ، هذا ، وانما اشترط «الارسال» حتى يكون الفعل منسوبا الى الصائد لا الى الكلب المعلم ــ كما بينا ــ فلو انبعث الكلب من تلقاء نفسه ، اي استرسل ، لا يحل الصيد ، لان الفعل عندئذ منسوب الى الكلب لا الى الصائد ، **والكلب دون ارسال لا يحل صيدا** . راجع فتح القدير : جـ٨ ص ١٧٤ .
(٥) المائدة ــ ٣ .

التذكية ، ترتيبا للمعلول على علته المؤثرة في الحل، **ولم يشترط التسمية قيدا للحل** ، فدل على أن **«متروك» التسمية ، ولو عمدا(١) يحل أكله ، سواء اكان صيدا أم ذبيحا .**

على أن « **التسمية** » لم تكن أمرا مفروضا يتوقف عليه الحل ــ أي ليست شرطا ــ فهي أيضا ، ليست جزءا او عنصرا تكوينيا في مفهوم **«التذكية» التي هي «علة الحل»** ، بل « **التذكية** » **في حد ذاتها** ، « **علة** » **كاملة للحل** ، مجردون التسمية ، وهذا لا ينفي عنها ، أنها « **سنة مؤكدة** » لورود الآثار بها على سبيل « **الندب** » **لا الفرضية** ، وذلك بحمل الامر بالتسمية فيها على هذا المعنى ، والصارف ما ذكرنا .

٢ ــ قوله تعالى : « وطعام الذين أوتوا الكتاب ، حل لكم »(٢) والمقصود **بطعامهم هنا « ذبائحهم »** ومعلوم أن أهل الكتاب **قد يسمون على ذبائحهم ، وقد لا يسمون(٣) ، لانهم لا يلتزمون بأحكام الاسلام ، والفرضية لا تثبت مع الشك والتردد** ، فدل ذلك ، على أن **متروك التسمية باطلاق ، حلال أكله شرعا .**

٣ ــ واستدل الشافعية أيضا بقوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه ، الا أن يكون ميتة ، الآية » ومتروك التسمية لم يكن داخلا فيها ، فلا يكون محرما .

اذا ثبت هذا ، فان حكم « متروك التسمية » من قبل المسلم ، حلال من باب أولى ، لاقامة « الملة » مقامها كما بينا(٤) ، هذه أدلة الشافعية من الكتاب .

ثانيا ــ أما أدلة الشافعية من السنة (على عدم وجوب التسمية) ، فنوردها على الوجه الآتي :

أ ــ ما روي أن قوما قالوا : يا رسول الله ، ان قوما يأتوننا باللحم ،

---

(١) مغني المحتاج جـ٤ ص٢٧٢ .
(٢) المائدة ــ ٥ .
(٣) مغني المحتاج جـ٤ ص ٢٧٢ .
(٤) تفسير القرطبي : جـ٧ ص٧٦ــ٧٧ .

لا ندري ، أذكروا اسم الله عليه أم لا ؟ فقال سموا أنتم وكلوا ..»[1] .

ووجه الاستدلال ، أن « التسمية » لو كانت شرطا في حِلّ الذبيحة ونحوها، لما أذن لهم الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ بالاكل منها، **لكان الشك في وقوعها ، والفرضية لا تثبت بالشك** والتردد ، كما أسلفنا .

هذا ، والرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد أفهمهم ، **ان التسمية عند الاكل ، تنوب مناب التسمية عند الذبح ونحوه ، ولو كانت التسمية فرضا عند الذبح ، لما نابت التسمية عند الاكل منابها ، بل لم تحل الذبيحة اصلا ، لتخلف شرط « الحلية » ولا يثبت الشيء مع تخلف شرطه ،** والا ما كان شرطا ، فدل هذا الحديث على أن « **التسمية ليست فرضا** » بل قام الدليل على عدم شرطيتها للحل ، غير أن تعمد تركها مكروه[3] .

هذا ، ويقول الخطابي مؤكدا عدم شرطية التسمية عند الذبح ونحوه : « في الحديث دليل على أن التسمية ، غير شرط على الذبيحة ، لانها لو كانت شرطا ، لم تستبح الذبيحة بالامر المشكوك فيه ، كما لو عَرَض الشك في نفس الذبيحة : فلم يُعلَم هل وقعت الذكاة المعتبرة أم لا ؟ وهذا هو المتبادر من سياق الحديث ، حيث وقع الجواب فيه : « **سموا انتم** » كأنه **قيل لهم : «لا تهتموا بذلك ، بل الذي يهمكم انتم ، أن تذكروا اسم الله وتاكلوا »**[4] .

الشافعية يسلكون مسلك الجمع والتوفيق بين الادلة المتعارضة ، فانتهى بهم ذلك الى حمل الامر بالتسمية ، على الندب ، كما سيأتي بيانه .

هذا ، وأجاب الشافعية عن استدلال القائلين بالوجوب بالآية الكريمة :

---

(١) رواه البخاري والنسائي وابن ماجه ـ وراجع نيل الاوطار : جـ٨ ص١٣٦ـ١٤٠ ويقول الامام الشوكاني ـ وهو ـ اي هذا الحديث ـ دليل على أن التصرفات والافعال تحمل على حال الصحة والسلامة الى أن يقوم دليل الفساد : المرجع السابق جـ٨ ص١٤٤ .

(٢) نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٥ـ١٤٦ للشوكاني : ويقول : ان هذا الحديث اصل في عدم وجوب التسمية .

(٣) مغني المحتاج : جـ٤ ص٢٧٢ ـ للشربيني .

(٤) نيل الاوطار ـ جـ٨ ص١٤٤ .

« **ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله** ، وانه لفسق »[2] بأن هذه الآية في غير محل النزاع ، وبيان ذلك :

أن الآية الكريمة : « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » وان كان ظاهرها العموم ، ليشمل النهي فيها ، **كل ما لم يذكر اسم الله عليه ، من متروك التسمية عمدا او نسيانا ، كما يشمل ما ذبح للاصنام ، وذكر عليه اسمها ،** حجة للاستدلال بها على تحريم متروك التسمية ، عمدا أو نسيانا ، غير أن المراد منها ، هو « **خصوص ما ذبح على الاصنام من قبل المشركين ، بذكر اسم غير الله** » واذا كان مرادا بها هذا الخصوص ، أو كان يتطرق اليها هذا الاحتمال،فلا يصلح حجة للاستدلال بها على تحريم متروك التسمية،عمدا أو نسيانا، من قبل المسلم ، على ما يتوهم من أنها **توجب عليه تسمية الله تعالى على « الصيد » عند الارسال او الرمي ، شرطا في الحل ، او تسميته سبحانه على الذبيحة ، عند التذكية الشرعية ، اذ لا علاقة للآية الكريمة بشيء من ذلك .**

هذا ، والقرائن والادلة التي تؤيد هذا النظر الاجتهادي من حمل عموم الآية الكريمة على هذا الخصوص فضلا عن سياقها ، ما يلي :

أن ــ أن قوله تعالى : « **وانه لفسق** » ، **ليس «عطفا » على قوله تعالى « ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، بل « الواو للحال » « فتكون الجملة « حالية » لا معطوفة ، بمعنى انها ترد قيدا على النهي المستفاد من صدر الآية : « ولا تاكلوا »** ويكون معناها على هذا: **ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، حالة كونه فسقا ، اي في هذه الحال فقط ، والقرآن الكريم قد فسر هذا بحال ذكر اسم الاصنام على الذبائح ، على نحو ما كان يفعل الجاهليون ، وهذا محرم اجماعا ،** فالفسق ، اذن ، مُفَسَّر بما أهِلَّ لغير الله به على الخصوص ، لان القرآن يفسر بعضه بعضا ، وهو في أعلى مراتب التفسير حجة ، تجد هذا صريحا في قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحي اليَّ محرما على طاعم يطعمه ، الا أن يكون

---

(١) بداية المجتهد : جـ١ ص ٤٥٠ ــ لابن رشد .

(٢) البدائع : جـ٥ ص ٤٦ـ٤٧ ــ للامام الكاساني .

ميتة ، أو دما مسفوحا ، او لحم خنزير ، فانه رجس ، او فسقا ، أهِلَّ لغير الله بـه »[1] .

ب ـ هذا ، ومما يرجح أن قولـه تعالـى : « **وإنه لفسق** » **جملة حالية « ترد قيدا على النهي » في قوله تعالى : « ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم اللهعليه** فتخصصيه بتلك الحالة ، أي حالة ما اذا ذكر عليه اسم الاصنام ، أقول يرجح هذا المعنى ، على معنـى « العطف » أن الجملـة « **وانه لفسق** » ـ كمـا تـرى ـ **خبرية ، وليست معطوفة على الجملة الانشائية « ولا تاكلوا »** بل لا يصـح ذلك لغة ، كما هو معلـوم وكذلك في علم البلاغة ، **لا يعهـد عطف الخبر عـلى الانشاء ،** فكانت الجملة «**حالية** » ، مقيدة للنهي ، بخلاف ما لو اعتبرت «**معطوفة**» اذ تكون الآية مقررة للتحريم ، واضفاء سمة الفسق على جميع الحالات .

جـ ـ وأيضا ، ان ما أُهلَّ به لغير الله « نـص في تحريـم **ما ذكر عليه اسم (الاصنام والنصب)** وهو تفسـير «**الفسق**» كمـا بينـا ، **وليس نصـا في متروك التسمية عمدا ،** بدليل الاختلاف الذي عرضنا .

د ـ على أن سياق الآية الكريمة التي هي مناط استدلال القائلين بوجوب التسمية ، من قوله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه . وانه لفسق ، وانالشياطين ليوحون الى أوليائهم.ليجادلوكم. **وان اطعتموهم ، انكم لمشركون** »[2] أقول ان سياقها العام ـ كما ترى ـ يرجح أن المراد تحريـم ما ذكر عليه اسـم الاصنام خاصة ، ذلك ، لان اطاعة المسلم للمشرك الوثني ، ورضاه بذبيحته التي ذكر اسم الصنم عليها ، **يعتبر مشاركة في الاشراك** ، وهو ما حرص الشارع علـى **تذييل** الآيـة بـه .

هـ ـ على أن الآية التي تلونا ، من قوله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يذكر

---

(١) الانعـام ـ ١٤٥ .

(٢) الانعام/١٢١ ـ ومما ينبغي ان تلفت الذهن الى ان الطاعة او الرضا هنا ، ليس مقصورا على تحليل أكل الميتة ، كما أشار الى ذلك الامام القرطبي ـ جـ٦ ص ٧٦ .

اسم الله عليه[1] على فرض انها عامة تتناول متروك التسمية بظاهرها ، غير أن هذا الظاهر قد خصّص منه « الناسي » **« لان الناسي ليس فاسقا بالاجماع »** فأصبحت هذه الآية الكريمة ـ بعد هذا التخصيص ـ **ظنية الدلالة على تحريم متروك التسمية عمدا، فيصح تخصيصها[2] بعدئذ بالاحاديث الآحادية الصحيحة الدالة على عدم وجوب التسمية المعارضة لها** ، ومن هنا آثر الامام الشافعي **«الجمع»** بين هذه الآية ، وبين الادلة المعارضة لها من السنة التي روينا آنفا ، حيث ذهب الى أن « التسمية » **سنة مؤكدة ، ويكره تركها عمدا .**

وعلى هذا ، تبين لك ، أن سبب الخلاف هو معارضة بعض أحاديث الباب لعموم الآية الكريمة التي تلونا .

ز ـ هذا ، ولا جَرَم ، أن المتابعة الطوعية هنا للمشرك الوثني ، محلها **« الاعتقاد الباطل »** لا مجرد الفعل ، من أكل الميتة ، والموقوذة ، والمتردية ، وما اليها ، فكانت **« الطاعة »** في هذا الاعتقاد الباطل ، مشاركة في الاشراك والوثنية ، بلا ريب ، ولو كانت « المتابعة » في مجرد الفعل ، مع سلامة المعتقد ، لكانت عصيانا ، لا اشراكا ، وهذا النقد يتجه على الامام القرطبي نفسه ، اذ جعل الطاعة أو الرضا ، في تفسيره لقوله تعالى : **« وإن اطعتموهم ، انكم لمشركون » مقصورا على تحليل الميتة خاصة** ، أي أكلها ، وفي هذا نظر ، لان الامر أعمق معنى، بل أعظم جرما، **اذ يتصل بالاعتقاد بتعدد الآلهة التي يذكر اسمها على الذبائح** وهذا العمق المعنوي يفسره اسلوب الآية الكريمة ، في « تأكيد الخبر » بأمرين :

اولا ـ بإن وبادخال لام التاكيد عليه : « انكم لمشركون » هذا من جهة

ثانيا ـ وصفهم بالشرك المتعلق بالاعتقاد ، لا بالعصيان الذي يفيد عدم الامتثال ، مع سلامة الاعتقاد ، من جهة أخرى .

---

(1) واما آية «قل لا اجد فيما اوحى الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ..» اي لم يكن شيء محرما إبان نزولها غير ما ذكر ، وهي مكية ، ثم نزلت سورة المائدة بالمدينة ، وزيد في المحرمات : المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اليها ، وحرم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في المدينة أكل كل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير .

(2) راجع بحث « العام » في مصادر علم الاصول .

فتبدى لك ــ فيما أحسب ــ أن لا علاقة لهذه الآية بوجوب التسمية من قِبَل المسلم ، أو بتحريم متروكها ، عمدا أو سهوا ، على الصحيح ، بما يرجحه سياقها من حيث معناها العام ، كما رأيت .

ز ــ وأيضا من المقرر أصوليا أن خصوص السبب الوارد في نزول الآية، لا يقضي على عموم اللفظ ، ولكن في « موضوعه » لا فيما هو خارج عنه ، أي في كافة صور ذكر اسم غير الله **من الاصنام والنصب التي هي من مظاهر الشرك والوثنية ، لما قدمنا من القرائن والادلة ،** ولا سيما ما ذُيِّلت به الآية ، من قوله تعالى « **وان اطعتموهم ، انكم لمشركون** » على سبيل التأكيد بأداتين : « **إن ، واللام الداخلة على خبرها ،** مما لا يصح معه قصرُ « الطاعة » على **الرضا بحل اكل الميتة على الخصوص** ــ كما ذهب اليه الامام القرطبي [1] ــ **متابعة للمشركين ،** بل لا تعلق له بذلك على ما هو الراجح من السياق العام للآية ، وانها ــ على التحقيق ــ معنية بتحريم **مظاهر الشرك والوثنية ،** مما يتعلق بالاعتقاد : لا بحلِّ أكل الميتة الذي قد **يحصل من المسلم عصيانا ، لا شركا ، والآية تشير الى الاشتراك في الشرك لا في العصيان ،** الذي يعني عدم الامتثال ، مع صدق الاعتقاد ، بخلاف الشرك الذي يقوم أصلا على الاعتقاد الباطل ، بتعدد الآلهة .

بيد أن هذا لا يعني أن «التسمية» أو ذكر اسم الله تعالى ، في «الصيد» ، عند الارسال ، أو الرمي ، أو على الذبيحة عند تذكيتها ، غير واجبة ، فهذا فصل له أدلته سوى هذه الآية ذات الموضوع المختلف ، مما سيأتي القول فيه .

رابعا ــ مذهب الظاهرية ان التسمية ، او ذكر اسم الله تعالى ، فرض على الاطلاق في الصيد ، والتذكية الشرعية ، حال الذكر ، وحال النسيان على السواء .

استدل الظاهرية بعين ما استدل به الحنفية والمالكية والامامية ، ومن معهم ، من القائلين بالوجوب حال الذكر دون النسيان ، **والادلة هي الادلة ، من الكتاب والسنة والمعقول .**

---

(١) تفسير القرطبي : جـ٦ ص٧٦ .

غير أن الظاهرية ــ تعلقا منهم ، بظاهر لغوية النص ــ ذهبوا الى الوجوب حال النسيان ، أيضا ، لان الادلة لم تفصّل أو تميز بين الحالين ، كما يقولون .

والرد على هؤلاء ، أن الادلة ناطقة بأن النسيان عذر لا يتأتى معه توجه الخطاب الى الناسي ــ كما بينا ــ فلم يكن مكلفا أصلا في هذه الحالة ، ولا مشمولا بحكم الآية الكريمة من قوله تعالى : **« ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق »** .

هذا ، وعلى افتراض أنه مشمول بحكمها ، فقد خصصته الادلة التي ترفع حكم الوجوب عن المخطيء ، والناسي ، والمستكره ، من مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » كما أسلفنا .

الذبح أو الذبائح[1]

تعريف الذبح لغة :

الذبح في الوضع اللغوي : **الشق والنحر** ، ويبدو أن أهل اللغة ، لايفرقون بين الذبح والتذكية ، فقد جاء في القاموس المحيط : **« والتذكية الذبح »**[2] كما جاء في لسان العرب : « جَدْيٌ ذكيٌ أي ذبيح » غير ان التذكية تكمل معاني أخر ، فكانت أعم ،

---

(١) درج الفقهاء على اتخاذ كلمة **« الذبائح »** عنوانا لبحث موضوع **« التذكية الشرعية »** أو **« الذبح والنحر »** غير ان «فقه الامامية» قد اتخذ كلمة **« الذباحة »** عنوانا على هذا الموضوع ، والواقع ، ان «الذبائح» لغة ، جمع ذبيحة ، بمعنى مذبوحة ، واما «الذباحة» فاسم مصدر ، وسواء اتخذنا الذبائح او الذباحة عنوانا لهذا البحث فان مفهوم أي منهما **«أخص»** من «التذكية» ، لما يندرج في مفهومها «الذبح» وهو فري الاوداج . بالنسبة الى الحيوان البري . كما يندرج فيه **اخراج** الحيوان البحري ، حيا من الماء ، كالسمك ، فانه ذكاة له ، فالتذكية اعم .
راجع اللمعة الدمشقية ــ جـ٧ ص٢٢٣ــ٢٣٠ .

(٢) القاموس : جـ٤ ص٣٣ .

ذلك ، لان التذكية تأتي بمعنى «التطييب» ولذا وصفت بها «الرائحة» فيقال «رائحة ذكية». وتذكية الحيوان بذبحه،من هذا المعنى بسبب، لانه عملية فصل للدم الخبيث النجس ، عن اللحم الطيب ، ففيه تطهير وتطييب ، وهذا المعنى اللغوي أشار اليه الامام القرطبي في تفسيره حيث يقول : « ذكيت الذبيحة ، وأذكيتها ، مشتقة من «التطييب» .. « فالحيوان اذا اسيل دمه ، فقد طيّب » لانه يتسارع اليه التجفيف »(٢) .

هذا ، والامام النووي ، يشير الى معنى لغوي آخر « للذكاة » وهو « التتميم »(٣) أو « الاتمال » وعلى هذا ، فان « الذكاة » هي كمال الذبح ، واتمامه(٤) ، ولعل هذا المعنى يصلح سندا لمن اشترط فَرِيَ أو قطع الاوداج والعروق كافة ، على ما سيأتي بيانه ، وهذا هو المعنى اللغوي الذي اعتمده الامام القرطبي للذكاة ابان تفسيره لقوله تعالى : « الا ما ذكيتم » أعني « الاتمام » سواء أكان هذا الاتمام في الذبح ، أم في غيره ، ومنه قولهم : « جرى المذكيات غلاب" » أي المذكيات من الخيل ، وهي التي « تغالب الجري غلابا »(٥) هذا في الخيل .

أما الذكاة في الذبح ، فقد فسر القرطبي قوله تعالى : « الا ما ذكيتم » أي أدركتم ذكاته على « التمام » أخذا منه بهذا المعنى اللغوي .

وعلى هذا ، كانت الذكاة أعم من الذبح ، والذبح أو النحر قسم من أقسامها.

هذا ، وقد تأثر المعنى الشرعي للذكاة ، بمعناها في اللغة ، حيث استعملها فيما يشمل « الذبح » وغيره ، فقد عرفها الفقهاء بقولهم : « الذكاة : انهار الدم ، وفري الاوداج في المذبوح ، والنحر في المنحور(٦) والعقر في غير المقدور عليه ،

---

(١) لسان العرب : جـ١٨ ص٣١٥-٣١٦ .
(٢) تفسير القرطبي : جـ٦ ص ٥٢-٥٣ .
(٣) كفاية الاخيار : جـ٢ ص٢٢٢ .
(٤) وهذا ما جاء في المصباح المنير وغيره من المعاجم .
(٥) تفسير القرطبي : جـ٦ ص ٥٢-٥٤ .
(٦) النحر في الابل ، في موضع اللهزمة فوق الصدر ، اي في «الوهدة بين اسفل العنق ، واعلى الصدر ، وهو المسمى «اللبة» موضع القلادة من العنق ، وذلك لطول رقبتها ، ولان في ذبحها في موضع الحلق ، تعذيبا لها ، ومثل الابل الزرافة .

مقرونا بنية القصد لله ، وذكره عليه »[1] ومعلوم أن « العقر » ليس بذبح ، وانما هو طعن للحيوان بمحدد في أي موضع من جسده ، بحيث يسيل دمه ويموت منه ، حتى اذا لم يمت من العقر هذا ، وأدركت حياته ، فلا يحل حينئذ الا بالذبح أو النحر ، حسب الاحوال ، لان هذا هو الاصل في الحيوان المأكول ، ليصير حلا ذكيا .

فتلخص ، أن المعنى الشرعي للذكاة ، مشتق من أصل المعنى اللغوي ، من حيث التعميم ، فليست الذكاة اذن مرادفة للذبح ، كما ترى ، لا لغة ولا شرعا ، وان كان الذبح أو النحر ، قسما من أقسامها ، فكل ذبح ذكاة ، ولا عكس .

يرشح هذا ، أن اخراج السمك من الماء حيا ، ذكاة له شرعا ، واماتة الجراد بأي وسيلة ، من النار ، أو ضرب العصا ، حتى يموت ، ذكاة له شرعا في فقه المالكية ، وليس ذلك من الذبح أو النحر في شيء بالبداهة ، على ما سيأتي بيانه .

ويؤكد هذا المعنى ، سائر المعاجم اللغوية[2] .

على أن لسان العرب قد انفرد بتفسير لمعنى الذبح لغة ، اذ يقول : هو

---

(١) القرطبي : جـ٦ ص ٥٢ـ٥٤ .

(٢) فقد جاء في المصباح المنير للفيومي : « ذكيت البعير ونحوه تذكية ، والاسم ـ اي اسم المصدر ـ ذكاة جـ١ ص٢٤٨ ـ وعلى هذا المعنى : يفسر قوله تعالى : « الا ما ذكيتم » معناه : « الا ما أدركتم ذكاته وهو حي » أي ذبحه على الصفة الشرعية ـ و « شاة ذكيّ » ـ اي فعيل ، بمعنى مفعول ، مثل « **امراة قتيل وجريح** » اذا أدركت ذكاتها ـ المرجع السابق ـ وراجع ايضا : مختار الصحاح ص٢١٩ ط : دار الكتاب العربي ـ بيروت .

على أن كلمة «الذبيحة» تطلق ايضا على ما يذبح ، وكذلك «الذّبح» (بكسر الذال المشددة) يطلق على ما أعد للذبح ـ المرجع السابق ـ وراجع في هذا المعنى : اساس البلاغة ص ٢٠٤ ـ للزمخشري ـ ط ـ دار صادر ـ ولسان العرب ـ فصل الدال والذال ـ حرف الحاء ، جـ٣ ص ٢٦١ ـ ط : الدار المصرية للنشر والترجمة . هذا ، والقرآن الكريم اذ يستعمل «التذكية» في معنى الذبح ، ايثارا لها على كلمة الذبح ، فانما يشير الى « **اتمام الفعل** » لان هذا المعنى مدلول عليه بلفظ «الذكاة» وضعا ـ فقد جاء في المصباح المنير ـ جـ١ ص٢٤٨ : «الذكاة» في اللغة : «اتمام الشيء» وهذا المعنى اللغوي يشهد لمن ذهب الى أن الذكاة الشرعية انما تتحقق بفري الاوداج جميعا ـ لانه كمال الذبح اتفاقا .

« **قطع الحلقوم من باطن** » وهو ما لا يتفق مع المعنى الشرعي للذبح في أي من المذاهب الفقهية ، بل لم يذهب الى هذا المعني أحد من الفقهاء ، على ما سيأتي تفصيل القول فيه .

تعريف الذكاة شرعا في المذاهب الفقهية :

أ ـ عرف بعض المالكية « **الذكاة الشرعية** » بأنها « عبارة عن انهار الدم » ، وفَري الاوداج في الذبح ، والنحر في المنحور[1] ، والعقر في غير المقدور[2] . مقرونا بنية التقصد لله ، وذكره عليه[3] .

ب ـ وعرفها البعض الآخر من المالكية ، بأنها **السبب الموصل الى حلّ أكل الحيوان البري ، اختيارا** »[4] وهذا تعريف للذكاة الاختيارية بمعناها العام ، ما عدا العقر في غير المقدور عليه ، لانها ذكاة اضطرارية ، لمكان العجز عن الذبح أو النحر في المكان المخصوص .

جـ ـ على أن ابن رشد المالكي ، في كتابه « بداية المجتهد » يحرر مذهب المالكية في « صفة الذكاة » ويخصصها بالذبح ، حيث يقول : « فان المشهور عن مالك في ذلك ، هو قطع الودجين ، والحلقوم (على التعيين) وانه لا يجزىء أقل من ذلك »[5] وهذا خاص بالذبح من حيث الصفة والعدد ، وهو الذي يجزىء من الذبح في **حده الادنى** عند المالكية ، ويؤثر في حِل المذكى .

هذا ، وابن رشد ، يحكي خلافا في المذهب المالكي ، حيث يشير الى الرأي القائل : « ان قطع الودجين فقط ، يجزىء » ولكن تعبيره بلفظ « **قيل** » مؤذن بضعف هذا الرأي في المذهب[6] .

---

(١) اي من الابل وما اليها .
(٢) اي من الحيوان الوحشي لنفوره وامتناعه .
(٣) القرطبي : جـ٦ ـ ص٥٣ .
(٤) الفقه على المذاهب الاربعة : جـ١ ص ٧٢٧ ـ ط : دار احياء التراث العربي ـ بيروت .
(٥) المرجع السابق .
(٦) بداية المجتهد ـ جـ١ ـ ص٤٤٨ وما يليها .

ب ــ وجاء في فقــه الامامية : « **الذبح هو قطع الاوداج الاربعة جميعا ، دون استثناء اي منها ، حتى اذا لم يقطع اي منها ، او قطعت كلهـا ، دون استيفاء ، لم تحل الذبيحة** »[1] .

ولا ريب أن هذا من معنى الاتمام في الذكاة بسبب .

هذا ، ويقصد بالاوداج : **الحلقوم ، والمرىء ، والودجان** .

أما الحلقوم : فهو مجرى التنفس ، والمريء : مجـرى الطعام والشراب ، والودجان : هما العرقان الغليظان المحيطان بالحلقوم أو المريء[2] وانما عبـروا بالقطع احترازا عن «الشـق» لان هذا غير كاف في حلّيّة المذبوح عنـدهم ، ذهابا منهم الى أن « كمال التذكية » لا يتم الا بقطع الاربعة جميعا ، انهارا للدم ، وازهاقا للروح ، واراحة للذبيحة من التعذيب .

وليس مجرد ازهاق روح الحيوان دون انهار دمه بمجزىء في حلية الذبيح .

جـ ــ أما الحنفية ، فقد عرفوا «الذبح» بأنه « فَرْيٌ (قطع) الاوداج » حتى اذا استوفى قطعها ، فذلك « **كمال التذكية** » وان فرى بعضها دون بعض ، فان قطع ثلاثة منها دون تعيين ، وترك واحدا ، حـل الذبيح عنـد أبـي حنيفـة ، **اعطاءً للاكثر حكم الكلّ** .

وأما أبو يوسف ، فيرى انه لابد من قطع **الحلقوم والمرىء ، واحد الودجين** ، عـلى التعيين .

وذهب محمد الى أن حلّيّة الذبـح ، **لا تتم الا بقطع الاربعة ، ويكتفى من قطع كل واحد منها باكثره**[3] .

---

(١) اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية ــ للشهيد العاملي ــ جـ٧ ص٢٢١ ــ حيث جاء فيها « فلو قطع بعض هذه ، لم يحل ، وان بقي شيء يسير ــ اي شيء قليل من الاوداج » ــ راجع ايضا ــ تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٢٩ ــ للامام الخميني .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) البدائع : جـ٥ ص٤١ ــ للامام الكاساني .

د ــ أما الشافعية والحنابلة ، فذهبوا الى « وجوب قطع الحلقوم والمريء بشرط استيعاب قطعها ، واما قطع الودجين ، فمستحب[1] عندهم .

محل النزاع :

وعلى هذا ، فالاتفاق ــ كما يبدو ــ منعقد على أصل القطع للاربعة جميعا ؛ في الذبح ، أو النحر[2] ، ومحل النزاع « فيما يكتفى به من القطع » أي الحد الادنى منه ، كما ترى .

هذا وتؤثر تحليل تعريف المالكية ، لضبطه وايجازه .

تحليل التعريف الثاني للذكاة في معناه الشرعي عند المالكية ، مع المقارنة

نشير ــ بادىء ذي بدء ــ الى أن المذاهب قد اتفقت وجهاتها على وجوب « **انهار الدم** » في « **التذكية** » فصلا للدم الخبيث عن اللحم الطيب ــ كما ذكرنا ــ عملا بقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في رواية رافع بن خديج : « **ما انهر الدم ، وذكر اسم الله عليه ، فكلوا**[3] .. » (رواه الجماعة) ، ولقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ في رواية عدي بن حاتم : « أَمِرِ الدم بما شئت »[4] (رواه الخمسة الا الترمذي) ، وفي رواية « أفرِ الاوداج بما شئت » والفري هو القطع للاصلاح[5] .

---

(١) مغني المحتاج : جـ٤ ص٢٧٠ ــ للشربيني ــ ط : دار احياء التراث العربي ــ ومنهاج الطالبين ص١٤٠ للنووي ــ الفقه على المذاهب الاربعة جـ١ ص٧٢٥ .

(٢) الذبح غير النحر ؛ اذ محل الذبح ما بين الحلق واللبة ؛ بخلاف النحر ؛ فيكون بالطعن في الوهدة مابين أسفل العنق ومبدأ الصدر ؛ كما في الابل ؛ لانه مجتمع العروق .

(٣) بداية المجتهد : جـ١ ص١٤٤ .

(٤) نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٦ ــ للشوكاني ــ ط ثالثة ــ مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٠ هـ ــ ١٩٦١ م .

(٥) المرجع السابق : جـ٨ ص١٤٤ ــ وكلمة (أَمِرِ) بفتح الهمزة ، وكسر الميم ، وبالراء المخففة اي اجر الدم ، وهو بمعنى **الإنهار** ــ ورويت بالراء المشددة ــ (أمر) انظر تفصيل ذلك في المرجع السابق .

(٦) فتح القدير على الهداية جـ٨ ص ٥٧ .

غير أنهم اختلفوا في الطريق الامثل الموصِّل الى اسالة دم الذبيح واراقته ، والاكثر كفاءة من غيره في ذلك ، ودون تعذيب للحيوان ، وملحظهم في ذلك ، قوله[1] ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم ، فأحسنوا القِتلة ، واذا ذبحتم فأحسنوا الذبح[2] ، وليُحِدَّ[3] أحدكم شفرته[4] وليرح ذبيحته » .

ومفاد هذا ، أن الذبح عملية تطهير ، وتطييب ، بفصل الدم النجس الخبيث ، وهو المشار اليه بقوله تعالى : « أحِلَّ لكم الطيبات » وهذا يتصل بمعنى « التذكية » الذي هو من معنى « التطييب بسبب » ـ كما بينا ـ ومشار اليه أيضا بقوله تعالى ـ بعد ذكر « المحرمات » التي هي أنواع من الميتة التي انحبس او احتقن الدم فيها ـ حيث استثنى « المذكّى » من المحرمات : « حُرِّمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير وما أهِلَّ لغير الله ، والمنخنقة والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع ، **الا ما ذكيتم** »[5] ومعلوم أن المستثنى مخالف في الحكم للمستثنى منه[6] ، والآية الكريمة تعلّق حكم الحِلّ على « **التذكية** » التي تعني الذبح بانهار الدم واراقته ، فكانت «التذكية» هي علة الحكم في الحل ، أو هي شرط في معنى العلة ، لما تقرر في علم الاصول ، من ان « تعليق » الحكم بالمشتق (ذكيتم) مؤذن بعلية ما منه الاشتقاق (أي المصدر وهو الذكاة) على ما سيأتي تفصيله .

ذلك ما وددنا أن نشير اليه ـ بادىء ذي بدء ـ بين يدي تحليل تعريف المالكية للذكاة شرعا .

---

(١) رواه احمد ومسلم والنسائي ، وابن ماجه ـ نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٧ـ١٤٨

(٢) وفي رواية الذِّبحة (بكسر الذال المشددة) اشارة الى الهيئة والحالة .

(٣) أي جعلها اكثر مضاء وارهافا لتصبح أسرع في الذبح .

(٤) الشفرة ـ السكين العظيمة ـ شرح النووي على مسلم : جـ١٣ ص١٠٦ .

(٥) المائدة / ٣ .

(٦) يقول ابن رشد في هذا المعنى : « أما المنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع ، فانهم اتفقوا ـ فيما اعلم ـ انه اذا لم يبلغ الخنق منها ، أو الوقذ الى حالة لا يرجى فيها ، ان الذكاة عاملة فيها (أي الحل) اعني اذا غلب على الظن ، انها تعيش » ـ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٣٩ .

التحليل الاصولي لتعريف المالكية للذكاة شرعا

قدمنا أن تعريف المالكية للذكاة **الشرعية** بأنها : **السبب الموصل الى حل أكل الحيوان البري اختيارا** » .

ومفاد هذا ، أن الذكاة الشرعية ـ كما قدمنا ـ أعم من الذبح ، اذ الذبح قسم منها ، يدلك على هذا ، أن «السبب» لفظ عام ، يشمل كل وسيلة تفضي الى الحل شرعا ، اذا توافرت شروطها .

معنى هذا ، أن السبب الموصل الى الحل ، هو الوسيلة أو الطريق الذي يؤدي الى رفع حياة الحيوان البري المذكى حالة السعة والاختيار ، (لا حالة الاضطرار) بدليل قوله «اختيارا» وذلك انما يكون في الحيوان المستأنس الاليف المقدور على تذكيته الذكاة الشرعية ، في محلها ، وبشروطها ، وذلك يختلف باختلاف طبيعة الحيوان :

أ ـ من كونه ذا دم سائل ، فتكون تذكيته بفصل الدم الخبيث النجس المحرم ، عن اللحم الطاهر الطيب الحلال ، بالذبح أو النحر ، تبعا لكون الحيوان مما يذبح أو ينحر[1] .

ب ـ أو كونه **لا دم** له سائلا ، من مثل الجراد ، والسمك ، فان السبب الموصل الى حله ـ في فقه المالكية ـ **هو الفعل المميت** الذي يرفع الحياة الثابتة بأي وسيلة ، بمعنى أن « **ذكاته اماتته** » لا فصل دمه ، لان الفرض ، أن لا دم له يفصل ، وهذا عند المالكية ، خلافا للجمهور الذي يرى : أن الجراد يحل أكله ميتا ، « دون فعل يميته » لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « احلت لنا **ميتتان** ودمان ، أما **الميتتان** ، **فالسمك والجراد** ، وأما الدمان ، فالكبد والطحال »[2] وأما السمك فيعتبر مجرد اخراجه من الماء حيا . اما «العقر» وهو طعن او جرح الوحشي غير المقدور عليه ، في أي موضع من جسمه ، **بمحدد** ، بحيث يسيل دمه ويموت من ذلك الجرح ، وهذه تذكية شرعية اقتضتها الضرورة بالنسبة الى هذا

---

(١) من سنة الضان والمعز والبقر والدواجن الذبح ، ومن سنة الابل النحر .

(٢) سبل السلام ـ ج ـ ص

الحيوان الوحشي الممتنع النفور غير المقدور على ذبحه ، في موضع الذبح ، أو الحيوان المستأنس الذي طرأ عليه التوحش عند الجمهور[1] . بأن شرَد أو ندَّ أو استعصى في مكان ضيق ، او تردى في بئر ، او كان صائلا ، بحيث يتعسر ــ ان لم يتعذر ــ ذبحه في المحل المخصص له شرعا .

هذا ، وانما عمموا «الوسيلة» بالنسبة الى الجراد فقالوا « اماتته بأي وسيلة » ليشمل ــ فيما يشمل ــ «النار» و «ضرب العصا» و «تهشيم الرأس»[2] وما الى ذلك ، دون تخصيص بفعل معين أو على صفة محددة ، وانما المدار على الفعل المميت .

على أن في قول المالكية في تعريفهم للذكاة الشرعية بأنها : « السبب الموصل الى حِلّ الحيوان البري .. » اشارة الى اخراج الحيوان البري الذي لا تؤثر فيه الذكاة الحلّ ، وهو الحيوان المحرم لعينه ، كالخنزير وغيره من الحيوانات المحرم أكلها من كل ذي ناب من السباع ، أو مخلب من الطير ، فالخنزير ، يبقى نجسا ، لا يطهر ، ولا يحل ، ولو ذكي ذكاة شرعية ، وكذلك سائر الحيوانات المحرم أكلها ، كما سيأتي تفصيله ، فضلا عن اخراج الوسيلة التي لم تتوفر فيها الشروط .

وعلى هذا ، فالذكاة الشرعية ، أعم من الذبح ، لانها تشمل ــ عند المالكية ــ الفعل المميت ، بالنسبة الى نوع من الحيوان البري .

وأما « الذبح » ــ وهو قسم من الذكاة الشرعية ــ كما قدمنا ــ فانه الوسيلة المتعينة للحل دون سواها ، بالنسبة الى الحيوان البري المأكول اللحم ، اذا كان مستأنسا أهليا ، مقدورا عليه ، كالضأن ، والماعز ، والبقر ، والطيور

---

(١) خلافا للامام مالك الذي لا يعتبر طروء التوحش ، مبيحا للعقر ، بل اقتصر في اعتبار العقر ذكاة على الحيوان الوحشي طبعا ، وبأصل خلقته .

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة ــ جـ١ ص ٧٢٧ــ٧٢٨ .
هذا ، وقد اشرنا آنفا ، الى ان الجمهور ، لا يشترط في حل الجراد ، الاماتة ، بأي فعل مميت ، يزيل الحياة ، بل يحل ولو كان ميتا ــ لما روينا ، من قوله ــ صلى الله عليه وسلم : أحلت لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان ، فالسمك والجراد .. الحديث » .

الدواجن ، بخلاف الابل ، فوسيلة تذكيتها النحر .

أما ان الذبح أو النحر هو الوسيلة الوحيدة « المتعينة » فلأنها ذات الكفاءة الفائقة والمثلى ، في انهار الدم ، واسالته ، وتسريع ازهاق روح الحيوان ، دون تعذيب،وهو ما أكده قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « ما أنهر الدم ، وذكر اسم الله عليه ، فكل » فقد علق حكم حل التناول على أمرين : هما **انهار الدم ، والتسمية .**

ومعلوم ــ أصوليا ــ أن تعليق الحكم على شرطين يفيد انتفاء الحكم اذا انتفى ما علّق عليه احدهما ، أو كلاهما ، فكان الحل اذن منوطا بانهار الدم ، بالنسبة الى الحيوان المقدور عليه ، ولا نقصد بفصل الدم الخبيث الا هذا ، وهو المقصود بالتذكية في قوله تعالى : « الا ما ذكيتم »[1] . فتلخص : ان الذبح أو النحر ، هو عملية فصل ، وهما سببان من الاسباب الموصلة الى الحل شرعا ، اذا توفرت سائر الشروط ــ على اختلاف المذاهب فيها ــ وهذا مقصود للشارع قطعا ، وتفصيل ذلك :

ان « الدم » محرم تناوله بالنص القاطع ، اجماعا ، لقوله تعالى : « حرّمت عليكم الميتة والدم » . وقوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحي اليّ محرما على طاعم يَطعَمُه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا »[2] . وذلك لكونه مرتعا للجراثيم الفتاكة ، بدليل سرعة فساده ، وتغير لونه وريحه ، بعد اراقته ، فضلا عن أن النفس تستقذره بطبيعتها ، وهذا من «الخبائث» في حكم القرآن الكريم ، ومن هنا ندرك أمرين هما :

اولهما : يتصل بحكمة التشريع .

والثاني : يتصل بالحكم الشرعي ، وهو الحل والحرمة .

أما **حكمة التشريع** ، فتبدو في تعيّن الذبح أو النحر ، وسيلة للذكاة

---

(١) المائدة / ٣ .
(٢) الانعام / ١٤٥ .

الشرعية في الحيوان المستأنس المأكول اللحم ، صونا لحياة الانسان ، وصحته ، فضلا عن الحفاظ على « **معنوياته** » اذ من الثابت ، أن هذه « **المعنويات** » تتأثر بنوع المادة التي يتغذى بها الانسان ، ولا ريب أن « **الدم** » من الخبائث ، وذلك سر تحريمه .

على أن الممعن في النص القرآني المحرم للميتة ، بسائر صورها التي تعددت بتعدد أسبابها ، في قوله تعالى[1] : « حرّمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله ، والمنخنقة[2] ، والموقوذة[3] والمتردية[4] ، والنطيحة ، وما أكل السبع[5] ، الا ما ذكيتم » أقول : ان الممعن في هذا النص القرآني ، ومقصد الشارع من تعداد صورها ، يرى انه يعالج « عادات أهل الجاهلية فيما كانوا يطعمون ، بل فيما كانوا يستمرئون من هذه **الخبائث** ، على ما أشار اليه المفسرون[6] ، ومن هنا يشتق أمران :

احدهما : أنه لا يقصد بتعدادها « **الحصر** » بل **بيان الواقع** ،

---

(١) المائدة / ٣ .

(٢) المنخنقة هي التي تموت خنقا ، وهو حبس النفس ، سواء فعل بها ذلك آدمي او اتفق لها ذلك في حبل ، او بين عودين أو نحوه .
وذكر قتادة : ان أهل الجاهلية كانوا يخنقون الشاة وغيرها ،**فاذا ماتت اكلوها.**
تفسير القرطبي : جـ٦ ص٤٨ ــ وهذا يوحي بأن هذا النص القرآني يعالج عادات جاهلية كانت قائمة ، للقضاء عليها قضاء مبرما ، ومن هنا كان التحريم القاطع .

(٣) هي التي تضرب بحجر او عصا ، حتى تموت **من غير تذكية** ــ وعن ابن عباس والحسن وقتادة والضحاك والسدي ، يقال منه : وَقَذَهُ يَقِذه فهو وقيذ . الوقذ : شدة الضرب ، وفلان وقيذ ، اي مثخن ضربا ، وقال قتادة : كان اهل الجاهلية يفعلون ذلك ، ويأكلونه .

(٤) المتردية : هي التي تتردى او تسقط من العلو الى السفل ، فتموت ، سواء وقعت من جبل او من بئر ونحوه ، وسواء تردّت بنفسها ، او رداها غيرها ــ **وكانت الجاهلية تاكل المتردي ولم تكن تعتقد ميتة الا ما مات بالوجع ونحوه ، دون سبب يعرف** ، فأما هذه الاسباب فكانت عند الجاهليين **كالذكاة** .

(٥) النطيحة : وهي الشاة تنطحها أخرى ، فتموت ، قبل أن تذكى .

(٦) اي التي افترسها ذو ناب واظفار من الحيوان كالاسد والنمر والثعلب ، وكانت العرب في الجاهلية اذا **اخذ السبع شاة ثم خلصت منه اكلوها** . القرطبي : جـ٦ ص٤٩ــ٥٠ .

(٧) تفسير القرطبي جـ٦ ص٤٨ .

لانها أنواع من الميتة كان الجاهليون لا يجدون بأسا في أكلها ، وهي من « الخبائث » الضار تناولها بالصحة قطعا .

وعلى هذا ، فلا يعترض على تحريم كل ذي ناب من السباع[٢] ، أو مخلب من الطير ، وغيرهما ، مما ثبت تحريمه بالسنة ، بحجة ان النص القرآني تناول المحرمات على سبيل «الحصر» والسنة لا تقوى على الزيادة على الكتاب ، لايقال هذا ، لما بينا ، ان تعدادها كان لبيان الواقع الجاهلي ، لا للحصر ، فتعدادها لايفيد حكم التحريم عما عداها .

الثاني : ان أنواع الميتة التي تناولها النص القرآني الآنف ، والمقرونة بأسباب موتها : من الانخناق الذاتي ، أو الخنق ، أو الوقذ ، أو النطح ، او اكل السباع ، سبب التحريم ، هو « انحباس الدم » الخبيث فيها ، دون أن يجد السبيل المعين ، لانفجاره وتدفقه وسيلانه ، وهذا الانفجار أو السيلان بطريق الذبح أو النحر ، هو الاصل في الحل ، وهو ما نصت عليه الآية الكريمة .

ـ أما ما استثناه الشارع في حالات الضرورة ، بالنسبة الى الحيوان الوحشي ، خلقة وطبعا ، مما يكون سبب تعذر أو تعسر ذكاته في موضعها ووصفها الشرعي ، لعلة عدم القدرة عليه بسبب التوحش ، والامتناع ، والعَدْو ، أو مما يكون سبب تعسر ذكاته ، طروء هذا التوحش عليه أو الشرود ، بعد أن كان أليفا مستأنسا ، على ما اشارت اليه السنة ، او بسبب الاستعصاء ، أو الصيال ، أو يكون من الطير ، لطيرانه ، وذلك لمكان الضرورة ، بجامع عدم القدرة عليه .

أما الوحشي طبعا ، أو المتوحش ، أو الطير ، مما يكون نفورا ممتنعا غير مقدور عليه ، فهذا مما يطلق عليه « **الصيد** »[١] وفعل الاصطياد **هو الفعل الموصل الى حله** .

---

(١)

(٢) يطلق « **الصيد** » اسما على كل ما يتوحش ويمتنع ، ولا يمكن اخذه ، الا بحيلة ، إما لطيرانه ، أو لعدوه ، ولان معنى «**الصيد**» ـ في الاصل ـ هو

وأما المستعصي ، أو الصائل ، فذكاته بالعقر[1] ــ كما أشرنا ــ اعتبارا بالمتوحش ، كأنه يُقتل كالصيد ، خلافا لمالك ، وهو ما وردت به السنة[2] **والعلة ليست شيئا أكثر من « عدم القدرة عليه »**[3] .

هذا في حيوان البري حيث يعيش[4] في البر .

وأما حيوان البحر ، فلا يحل منه الا السمك عند الحنفية[5] ، خلافا للجمهور، على ما سيأتي بيانه ، والطريق الموصل الى حله ، أي ذكاته ، هو اخراجه من

التوحش والامتناع ، والدليل على ذلك ،انه عطف عليه قوله عز شأنه **« وحرّم عليكم صيدُ البر ، ما دمتم حرما »** .
والمراد منه الاصطياد من المحرم ، لا أكل الصيد ؛ لان أكل الصيد للمحرم مباح اذا لم يصطده بنفسه ، ولا صاده غيره بأمره ــ راجع بدائع الصنائع ــ جـ٥ ص٣٥ ــ للامام الكاساني .

(١) بداية المجتهد ــ جـ ١ ص ٤٥٤ لابن رشد .

(٢) من قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « ان لهذه البهائم اوابد ، كأوابد الوحش ، فما ندّ عليكم فاصنعوا به هكذا » .
وفي هذا المعنى يقول ابن رشد ما نصه : « اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد ، فانه يقتل (عقرا) كالصيد . . » ثم يقول : « وذلك ، أن العلة في كون العقر ذكاة في بعض الحيوان **ليس شيئا أكثر من عدم القدرة عليه ، لا لانه وحشي فقط** » البداية جـ١ ص٤٥٤ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) يقول الامام الكاساني في هذا الصدد ما نصه : « أما الذي يعيش في البحر ، فجميع ما في البحر من الحيوان ، محرم الاكل الا السمك خاصة ، فانه يحل أكله الا ما طفا منه » . وبهذا اخذ الامامية ، فقد جاء في النهاية للطوسي : « صيد السمك **اخذه ، واخراجه** من الماء حيا » ص٥٧٦ ــ وراجع اللمعة الدمشقية وشرحها : جـ٧ ص٢٣٨ .
وقال الشافعي ــ رحمه الله ــ « يحل جميع ذلك ، من غير ذكاة ، **واخذه ذكاته ، ويحل** اكل السمك الطافي » .
واما المالكية ، فقد جاء في المسوى شرح الموطأ ، ان ما يلفظه البحر ، أو مات صردا ــ اي من البرد ــ انه لا باس بأكله ، وهو رواية عن ابن عمر .
وكذا ، اذا ماتت الحيتان من حر او برد ، أو قتل بعضها بعضا ، فلا باس باكلها ، فاذا ماتت بنفسها ، وطفت ، فهذا يكره من السمك ، فاما ما سوى السمك فلا باس به » وبذلك خالف الامام مالك الشافعية في الطافي ووافقه في حل غير السمك ، كما خالف الحنفية والامامية فيهما .

(٥) راجع ــ المسوى ــ شرح الموطأ ــ جـ٢ ــ ص٣٤٠ــ٣٤١ للامام ولي الله الدهلوي ــ ط : دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان .

الماء حيا[1] وأخذه ، اما بفعل الآدمي ، حيث يموت ، اذ لا حياة له الا بالماء . واما بفعل البحر نفسه ، بأن دسكره وأخرجه الى الشاطيء[2] ، بخلاف **الطافي** على وجه الماء ، فانه لا يحل ــ في مذهب الحنفية[3] ــ والامامية ، خلافا للشافعية ، لانه مات حتف أنفه ، لا بسبب آخر ، وهذا ــ في نظر الحنفية ــ مشمول بقوله تعالى : **حرمت عليكم الميتة** ، والدم ... الآية » .

على أن مقصد الشارع من تشريع الطرق الموصلة الى الحل ، في غير المقدور عليه ، اعتبارا لمكان الضرورة ، أمران :

الاول : دفع الحرج عن الناس ، وتيسير سبل الحصول على **« نعمة الانتفاع بلحوم الحيوان البري النفور الممتنع » وما في حكمه** ، حيث أجاز **الاقتناص والصيد ، ولو لم تتحقق فيه كافة شروط التذكية الشرعية التي هي الاصل** ، لان ذلك متعذر أو متعسر ، ولا تكليف بما يجاوز حدّ السّعة ، أو يوقع في العنت .

الثاني : عدم التسبب في اهدار الثروة الحيوانية ، وهي ثروة عظمى ، وذلك بتضييق سبيل الانتفاع بها ، فيما لو وقع التكليف بالذكاة الشرعية على أصولها المعروفة في الحيوان غير المقدور عليه ، وتضييع المال ، لا يقع في الشرع .

لهذا ، وقع الاستثناء عن طريق تشريع أحكام الصيد التي تنهض بالطرق الميسرة للوصول الى حِلّها ، وقد فصلنا القول في بيان هذه الطرق في بحث الصيد .

---

(١) وفي هذا المعنى يستأنس الحنفية ايضا بما روي عن ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ من قوله : « **ما دسره البحر ، فكله ، وما وجدته يطفو على الماء ، فلا تأكله** » البدائع ــ جـ٥ ص٣٦ . هذا « والطافي اسم لما مات في الماء من غير آفة ، وسبب حادث » المرجع السابق .

(٢) راجع في مذهب الامامية ــ النهاية ــ ص٥٧٦ . وراجع ايضا اللمعة الدمشقية مع شرحها الروضة الندية ــ جـ٧ ص٢٣٨ ــ ط : دار احياء التراث العربي ــ ويقول صاحب اللمعة ما نصه : « ذكاة السمك الماكول ، اخراجه من الماء حيا ، **بل اثبات اليد عليه خارج الماء حيا** » وهذا هو معنى **«الاخذ»** في فقههم ــ المرجع نفسه .

(٣) البدائع ــ جـ٥ ص ٣٥ــ٣٦ .

ـ أما ما يتعلق بالمحرمات في النص القرآني الذي تلونا ، اذا ماتت بالاسباب المذكورة ، من الخنق ، أو الانخناق ، أو الوقذ ، وما اليه ، فقد جاء الاستثناء « **الا ما ذكيتم** » ليحل منها ، **ما ادركت حياته** ، حتى تكون الذكاة هي السبب الرافع لحياتها الثابتة دون الاسباب المذكورة ، فتحل حينئذ ، لان ما وقع بعد الاستثناء ، مخالف في الحكم لما قبله ـ كما أسلفنا ـ وفي هذا قضاء مبرم على ضرب من العادات الجاهلية فيما كانوا يتناولون من مطعومات ، مما كان مصدرا للامراض الفتاكة ، فضلا عن الارتقاء بالمجتمع انسانيا ، بتخليصه ، مما تستقذره الفطرة الانسانية النقية ، بطبعها ، لترجع الى أصل جوهرها .

على أن النص القرآني باطلاقه ، شامل **للحيوان الذي ادركت حياته** ، سواء أكان **مستانسا ، ام وحشيا** ؛ أما المستأنس المقدور عليه ، فلا يحل الا بالذكاة الشرعية التي هي الاصل ـ كما بينا ـ .

ـ وأما الوحشي بطبعه ، فلأنه بعد الانخناق أو الوقذ ، او اكل السبع منه ، وما الى ذلك ، قد **اصبح مقدورا عليه ، لزوال امتناعه بتلك الاسباب** ، فيصار حينئذ الى الاصل من حيث الذكاة الشرعية ، وهو ما جاء به صريح النص « **الا ما ذكيتم** »(١) ، لانتفاء علة ذكاة الضرورة ، وهو عدم القدرة ، لا لمجرد التوحش ، كما بينا(٢) .

شروط الذبح ، او التذكية الشرعية في الفقه الاسلامي المقارن :

بينا في بحث « الصيد » آراء العلماء في « حكم التسمية » شرعا ، وهل هي « **شرط وجوب** » لحلّية « **المصيد** » او « **الذبيح** » أو ليست بشرط ، بل هي « **سنة مؤكدة** » ؟

---

(١) المائدة / ٣ .
(٢) راجع بداية المجتهد ـ جـ١ ص٤٣٩ وما يليها ـ لابن رشد .

وقلنا ، ان الجمهور[1] ـ ومنهم الامامية[2] ـ ذهب الى الاول بالنسبة الى المسلم ، وبالثاني ، قال الشافعي[3] وغيره ، حيث رأوا « حل متروك التسمية عمدا ، او سهوا ، أو خطا من باب اولى .

هذا ، ونوهنا ، ان الجمهور نفسه ، قد انقسم الى فريقين :

أ ـ فريق ذهب الى أن التسمية واجبة مطلقا ، عند الذبح ، أو عند الارسال في الصيد ، حال الذكر (التذكر) أو النسيان ، على السواء ، فالحل متوقف على تحقق هذا الشرط ، ولا حل بدونه ، أخذا بظاهر الكتاب ، وهو قوله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق »[4] وقوله عز وجل « أو فسقا أهل لغير الله به »[5] وبهذا أخذ الظاهرية[6] ، وهو مروي عن الحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، وغيرهم[7] .

هذا ، وقد أكدوا وجه هذا الاستدلال بقوله تعالى : « وإن أطعتموهم ، انكم لمشركون » أي إن أطعتم الجاهليين المشركين في تحليلهم الحرام ، وتحريمهم الحلال ، وذكر اسم أصنامهم ونصبهم وأوثانهم على ذبائحهم ، تقربا اليها ، وعدم

---

(١) بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٨ـ٤٤٩ ـ نيل الاوطار : جـ٨ ص١٣٩ للشوكاني ـ المغني والشرح الكبير : جـ١١ ص٣٣ ـ الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف : جـ١ ص ٣٩٩ ـ شرح غاية المنتهى : جـ٦ ـ مطالب اولي النهى ـ المحتاج : جـ٤ ص ٢٧٢ـ٢٧٣ للخطيب الشربيني ـ المسوى شرح الموطأ : جـ٢ ص ٣٣٠ـ٣٣١ للامام الدهلوي .

(٢) تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٣١ وجاء في كتاب تحرير الوسيلة ما نصه : « التسمية من الذابح ، بأن يذكر اسم الله عليها حينما يتشاغل بالذبح .. فلو اخل بها ، فان كان عمدا ، حرمت ، وان كان نسيانا ، لم تحرم » جـ٢ ـ ص١٣١ وما يليها .

(٣) مغني المحتاج : جـ٤ ص ٢٧٢ـ٢٧٣ ـ للخطيب الشربيني ـ بداية المجتهد : جـ١ ص ٤٤٨ـ٤٤٩ ـ المجموع شرح المهذب : جـ٩ ص ٨٠ للنووي .

(٤) البقرة / ١٧٣ .

(٥) الانعام / ١٤٥ ويقول تعالى : « وما أهل لغير الله به » سورة النحل ١١٥ .

(٦) المحلى : جـ٨ ص١٨٦ لابن حزم .

(٧) راجع تفسير القرطبي : جـ٦ ص ٧٦ وما يليها .

(٧) المرجع السابق .

ذكر اسم الله تعالى عليها ، فانكم حينئذ مشركون مثلهم ، لان طاعتكم لهم ، بالهوى لا بالدليل ، والحجة والبرهان القوي .

وفي هذا اشارة الى أن عادات الجاهلية وتقاليدهم ، ينبغي ألا تؤخذ ميزانا ، أو معيارا للحل والحرمة ، فلا يجوز تحكيمها فيهما ، لان تلك العادات من مخلفات الشرك ، أو مقتضياته ، ومن تشبّه بقوم في عاداته وموازينه ، فهو منهم ، بل يجب تحكيم العقل والمنطق والعقائد الصحيحة .

واذا كان النص القرآني قد جاء مطلقا ، فان من قواعد تفسير النص ، أن « المطلق يجرى على اطلاقه » ولا يقيد الا بدليل ، فكان ذكر اسم الله تعالى واجبا ، وهو شرط في الحل ، واذا علمنا أن «التسمية» واجبة في حق المسلم ، فهي أمر واجب أيضا في حق الكتابي ، من باب أولي ، لأمور :

الاول : لنفي ظاهرة الشرك ، بالاهلال لغير الله تعالى ، وبذكر أسماء الاوثان ، أو الاصنام ، أو بعض الانبياء ، أو العظماء ، كل أولئك من « **شعائر الوثنية ، والشرك** » وهو ما يحرّم اكل الذبيحة ، بصريح النص القطعي ، لان بعض شروط الذبح ، أو الصيد في الاسلام **يتصل بالمعنى الديني وهو عقيدة التوحيد .**

الثاني : لان النص شامل باطلاقه للمسلم والكتابي ، على السواء ، وهذا جار على ان غير المسلم مخاطب بفروع الشريعة ، وان ذكر اسم الله تعالى من قِبَل غير المسلم ، صارف له عن ذكر اسم غيره سبحانه على ذبيحته .

وعلى هذا ، فان « التسمية » شرط وجوب عند الذبح ، ليحل الذبيح ، مسلما كان الذابح ، أو كتابيا ، اجراءً للنص على اطلاقه وهو الاصل في تفسير النص المطلق .

ب ـ ومذهب الحنفية ، والمالكية ، واجبة حال الذكر ، دون النسيان ، بل

---

(١) المحلى : جـ٨ ص١٨٦ لابن حزم ـ بداية المجتهد : جـ١ ص ٤٤٨ وما يليها لابن رشد ـ حاشية ابن عابدين : جـ٥ ص١٩٢ ـ شرح المحلى على المنهاج : جـ٤ ص ٢٥٩ .

ذهب المالكية الى أن «التسمية» ليست بواجبة أصلا على الكتابي، وان كانت واجبة في حق المسلم[1] ، فقد جاء في المسوى ، شرح الموطأ : تحل ذبيحة أهل الكتاب ، قال تعالى : « وطعامُ الذين أوتوا الكتاب ، حلٌّ لكم ، وطعامكم حلٌّ لهم »[2] هكذا باطلاق ، دون قيد التسمية ، ولا أبلغ في التعبير عن معنى الاباحة ، من لفظ « الحِلّ » .

وأجيب عن ذلك ، **بأن القرآن الكريم يقيد بعضه بعضا ، ويفسر بعضه بعضا ،** فاذا كان قوله تعالى : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حِلٌّ لكم »[3] مطلقا ، لكنه مقيد بالآيات ، والاحاديث الصحيحة التي توجب « التسمية » وتحرم ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة، لان ارادة المشرع في تشريعه ، واحدة ، ومن ذلك ، قوله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه » والنهي للتحريم ، لانه يدل بصريحه على فساد المنهى عنه ، فيدل بالمفهوم المخالف ، على أن التسمية واجبة مطلقا .

على أن « التسمية » قد جاءت في القرآن الكريم بصيغة الامر الصريح ، قال تعالى : « **فاذكروا اسم الله عليها ، صوافّ** » .

وأما السنة الصحيحة ، فذلك مثل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في كيفية الصيد : « فانما سميت على كلبك ، ولم تسم على كلب آخر » ، **ولا فرق بين الصيد والذباحة ،** فالفارق في الحل والحرمة ـ كما ترى ـ هو التسمية وعدمها .

وكذلك ، ما روي عن أبي ثعلبة الخشني : قال : قلت يا رسول الله : انا بأرض صيد ، أصيد بقوسي ، وبكلبي المعلم ،وبكلبي الذي ليس بمعلم ، فما يصلح لي ؟ فقال : ما صدت بقوسك ، فذكرت اسم الله عليه ، فكل »[4] .

---

(١) المسوى ، شرح الموطأ : جـ٢ ص٣٣١ ـ للامام ولي الله الدهلوي .
(٢) المائدة / ٤ .
(٣) اخرجه الستة ـ نصب الراية : جـ٤ ص ١٨٤ .
(٤) نيل الاوطار : جـ٨ ص ١٣٠-١٣٣ ـ للشوكاني .

ويبيّن من منطوق الحديث ، أن حِلّ التناول : ، معلق على شرطين ، وينتفي الحل باتتفائهما ، أو انتفاء أحدهما ، وهما :

أ ــ التسمية ، لقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « فذكرت اسم الله عليه »[1] .

ب ــ التعليم « للحيوان الجارح في الصيد »[2] .

ومن مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « فاذكروا اسم الله عليه »[3] فقد جاء وجوب التسمية بلفظ الامر ، أو بهيئته وصيغته «فاذكروا» وهو صريح في الوجوب ، اذ هو الاصل فيه .

الراجح ان شرط الحل بالنسبة الى ذبيحة الكتابي ، الا يذكر اسم غير الله تعالى عليها ، مما ينافي عقيدة التوحيد الخالص .

على أنه اذا كان بعض الائمة يجيز تناول ذبيحة الكتابي ، **ولو لم يذكر اسم الله عليها** ــ كما سيأتي ــ غير أن الاجماع يكاد يكون منعقدا ، على أن ذبيحته لا تحل ، اذا وقف موقفا ايجابيا من «الاشراك» ــ كما قدمنا ــ **بان ذكر اسم غير الله تعالى** ، من الاصنام ، أو النصب ، أو الاوثان ، أو الانبياء ، أو العظماء ــ كما قدمنا ــ لمكان **الاشراك** في هذا الموقف ، والاسلام ما جاء الا لمحاربة الشرك ومحق ظاهرته من الوجود البشري دون هوادة ، ولذا اتجه الى شعائر الشرك في الذبح ، أو الاصطياد ، فكرر التحذير والنهي عن ذكر اسم غير الله تعالى على الذبائح في أكثر من آية كريمة ، تأكيدا لمحاربة الشرك ، وتأييدا لعقيدة التوحيد الخالص ، فمن غير المعقول ، أن يُحِلّ ذبيحة الكتابي اذا جنح الى شعائر الشرك ، في الذبائح ، بل شرع من الوسائل العملية ، والمؤيدات التشريعية ، ومن ذلك « التحريم » وهو كفيل بانجاح هذه المحاربة ، ووصف هذا الصنيع « **بالفسق** » من مثل ما تلونا آنفا من قوله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم

---

(١) نيل الاوطار ــ جـ٨ ــ ص١٣٠ وما يليها .
(٢) وقد مر ذلك في بحث الصيد مفصلا .
(٣) الانعام / ١٤٥ .

يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق »[1] ، وقوله سبحانه : « **أو فسقا أهلّ لغير الله به** »[2] وهذا بيّن ، من قِبَل أنه ينهى عنه ، والنهي يقتضي التحريم ، ومن قِبَل أنه وصفه بالفسق ، ولا يوصف بالفسق **الا ما كان محرّما** .

وأيضا ، جاء قوله تعالى : « وما أهلّ لغير الله »[3] معطوفا على «المحرمات» في قوله تعالى : « حرّمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهلّ لغير الله ، والمنخنقة ... الآية » **فكان المعطوف على المحرم ، محرما بالضرورة ، وبلفظ التحريم « حرّمت »** الذي هو أصرح لفظ في القرآن الكريم، **وفي اللغة العربية ، لافادته على وجه قاطع ، ودون احتمال .**

وعلى هذا ، فلم يبق وجه للاقوال الضعيفة ، في اباحة ذبيحته ، ولو ذكر عليها اسم غير الله تعالى ، مما ذهب اليه «مكحول» والحسن البصري ، وعامر الشعبي ، وسعيد بن المسيب ، والاوزاعي ، والليث بن سعد ، وأشهب من المالكية ، لما قدمنا من الادلة الصريحة القاطعة[4] ، لمكان « **المعنى** » الذي ينافي أصل عقيدة التوحيد ، وهو « **الشرك** » وهذه الآيات قد قيّدت ظاهر الكتاب العزيز ، من قوله تعالى : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم » أي بشرط ألا ينافي في ذبحه ، عقيدة التوحيد الخالص .

ويدل على هذا ، أيضا ، بل يؤكده ، أن مطلق الآية السابقة ، مقيد أيضا ـ كما سيأتي ـ **بالا تكون ذبيحة الكتابي مما حرمته شريعتنا ، لذات**

---

(١) تفسير القرطبي ـ جـ٦ ـ ص٧٦ وما يليها .
(٢) المرجع السابق .
(٣) على أنه ينبغي أن يلاحظ : أن الشافعية ، وان قالوا بعدم وجوب التسمية ، في حق المسلم ، ولا في حق الكتابي ، غير انهم لا يجيزون ذكر اسم احد من الاصنام ، او الاوثان أو اسم غير الله تعالى ، على الذبائح ، بل يحرمون الذبيحة ان ذكر عليها اسم غيره تعالى : يقول الامام النووي : « ذبيحة اهل الكتاب حلال ، سواء ذكروا اسم الله عليها أم لا ، لظاهر القرآن (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم) ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ؟؟ وحكاه ابن المنذر عن علي والنخعي ، وحماد بن سليمان (استاد ابي حنيفة) وابي حنيفة ؟! المجموع شرح المهذب : جـ٩ ص٨٠ وهذا غير محرر .
(٤) بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٨ وما يليها ـ احكام القرآن ـ لابن العربي ، جـ٢ ص ٥٥٣ ـ الجصاص : جـ١ ص ١٢٥ .

الحيوان ، او لمعنى فيه ، كالخنزير ، والمنخنقة ، والميتة ، والمتردية ، وما الى ذلك من المحرمات ، اذ ليس لشخص الذابح من أثر في رفع التحريم ، **فلا يكون الشيء حراما علينا ، حتى اذا قدمه لنا غيرنا ، حلّ لنا ، لان معنى** التحريم ، أو علته ، قائم في الحالين ، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، فيكون «الحكم» واحدا فيهما على ما هو معلوم أصوليا ، **لا مع اختلاف المالك للشيء ،** وفي هذا المعنى ، يقول أستاذنا الشيخ محمود شلتوت ـ شيخ الجامع الازهر سابقا ـ ما نصه : « وإن الناظر في «المعنى» الذي لأجله حرم ما حرم على المؤمنين ، وهو الابتعاد عما اتصل به ، مما ينافي « التوحيد » كذكر اسم غير الله ، أو الذبح على النصب[1] ، وعما كان تحريمه لمعنى في نفسه ، كالميتة ، وما عطف عليها ، ان الناظر في هذا ، **لا يرى بدا من الحكم بأن ذلك التحريم ، لا يرفعه ان كان الحيوان (الذبيح) ملكا لغير المسلم ،** أو طعاما له ، فانه لم يُعهد (شرعا) ، **أن يحرم شيء لمعنى على طائفة ، ثم يباح لها ، اذا كان لغيرها ، مع وجود « معنى التحريم » (علته) فيه »**[2] .

ثم يضيف ـ رحمه الله ـ الى ذلك قوله : « واذا نظرنا الى أن « **التكاليف الاسلامية** » وما تضمنته من تحليل وتحريم ـ هي في واقعها ، وفيما أراد الله من جعل الرسالة المحمدية ، وشرائعها عامة « لجميع الناس ، **وان الناس جميعا مكلفون بها** (مخاطبون بفروع الشريعة) ـ يظهر لهذا الرأي قوة فوق قوته »[3] .

ثم يضيف الاستاذ الاكبر الى ذلك قوله أيضا : « أما قول المرجحين للاباحة (أي على الاطلاق دون قيد) إن الله أباح طعام أهل الكتاب للمؤمنين ، وهو يعلم ما يقولون ويفعلون ، فيقابله[4] ، أن الله سبحانه أباحه للمؤمنين ، وهو أيضا يعلم ما حرمه عليهم ، ويعلم انهم يعلمونه ، ويعلمون أن تحريمه ،

---

(١) الذبح على النصب ـ اي من اجلها ، لان كلمة «على» في هذه الآية الكريمة ، للتعليل ، اي من اجل . والنصب بمعنى الاوثان .
(٢) تفسير القرآن الكريم : ص ٣٠٣ـ٣٠٤ للاستاذ الكبير الشيخ محمود شلتوت .
(٣) المرجع السابق .
(٤) يجاب عنه بالمقابل .

لم يكن لانه ملك لهم ، بل لمعنى (علة) متصل به ، ومتحقق فيه ، ولا تاثير لصفة المالك عليه (١) » . وهـذا واضـح .

ان منشأ الخلاف في حكم ذبيحة الكتابي ، اذا « علم » انه ذبح بذكر اسم غير الله تعالى ، هو **تعارض عمومي القرآن الكريم** ، في هذا الصدد ، وهو أولا : عموم قوله تعالى : «وطعام الذين اوتوا الكتاب ، حِلٌ لكم» ، حيث يتطرق اليه احتمال أن يكون مخصصا لقوله تعالى : « وما أهِلَّ به لغير الله » كما يحتمل أن يكون قوله تعالى : « وما أهل لغير به لغير الله » مخصصا لقوله تعالى : «وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم» اذ يصح أن يكون كلٌ منهما مخصصا للآخر(٢) .

فمن ذهب الى الاحتمال الاول ، أجاز ذبيحة الكتابي التي أهل بها لغير الله تعالى ، ولو علمنا يقينا أنه فعل ذلك ، لانه مستثنى اي مخصَّص من حكم قوله تعالى : « وما أهل به لغير الله » وهذا هو معنى التخصيص .

ومن ذهب الى الاحتمال الثاني ، **لم يجز** ، اذا علم ذلك منه ، لان عموم قوله تعالى : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حِلٌ لكم » استثنى منه (خَصَّص) : وما أهل به لغير الله «فهو حرام لا حلال» .

ونحن نرى ، ترجيح الثاني ، لما قدمنا من **« المقصد الاساسي »** من العقائد الاسلامية ، وهو محو ظاهرة الاشراك من الوجود البشري كله .

وعلى هذا ، أقام بعض الفقهاء ، هذا « المقصد الاساسي » في المكان الاول ، حيث ذهب الى أن العبرة في الحِل ، تحقيق هذا « المناط » وهو ذكر اسم الله تعالى ، وفي الحرمة ، ذكر اسم الاصنام ، أو الاوثان ، أو أن يكون الذبح من **« اجل النصب(٣) ، تقربا اليها »** بقطع النظر عن شخص الذابح ، ولو كان لا يؤمن بدين سماوي(٤) ، لان « علة التحريم » ليست هي مجرد كفر الذابح أو

---

(١) المرجع السابق .
(٢) بداية المجتهد : جـ١ ص٤٥١ لابن رشد .
(٣) لان كلمة «على» في قوله تعالى « وما ذبح على النصب » للتعليل لا للاستعلاء . بمعنى من اجل النصب ، تقربا اليها ، وكما اشرنا في المتن .
(٤) الفقه الاسلامي ـ ص ٦٣٤ـ٦٣٥ للدكتور محمد فوزي فيض الله ـ طبع جامعة دمشق ١٩٧٧ ـ راجع فتح القدير مع الهداية : جـ ص٥٧ للكمال بن الهمام ـ رد المحتار جـ٦ ص ٢٩٧ وما يليها .

اشراكه ، بل ما يقترن بصنيع أمثاله في العادة ، من الالفاظ الدالة على معاني الشرك والوثنية ، وفرق بينهما ، فالمحرم لفظه ، لا شخصه ؟ ولا ملته الكامنة في نفسه .

ويتجه على هؤلاء ، أن الحِلّ ، منوط بأهل الكتاب بالنص ، بالنظر الى (دينهم السماوي) فالاعتبار الشخصي ـ كما ترى ـ قائم ، والمنظور اليه ، هو قيام « الملة » المستكنة في نفسه ، ألا ترى أن ذبيحة المسلم الذي ترك التسمية نسيانا ، تحل ، لقيام ملته مقام تسميته ؟؟ وكذلك الذي تركها عمدا ، على المذهب الشافعي ، فالاعتبار الشخصي لا يمكن قطع النظر عنه ، والقرآن الكريم يقول : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حِلّ لكم » والا لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر أي معنى .

هذا ، ويضيف هؤلاء الى ذلك ، قولهم : « ان الحكمة من الذبح ، أو العلة المبيحة له ، هي اراقة الدم ، بقطع الاوعية المخصوصة ، فاذا تحقق هذا ، ولم ينضم اليه ما يدل على قصد التقرب ، لغير الله ، كان المذكى حلالا .

ويتجه على هذا النظر أيضا ، أن «الحكمة» أو «العلة» عنصر عقلي ، يختلف العلماء عادة في تحديدها ، ويترجح النظر في هذا التحديد ، بقوة الدليل والبرهان ، وهذا يدعونا بالضرورة الى بحث هذه «العلة» أو «الحكمة» واستنباطها ، غير أنه لابد ـ بادىء ذي بدء ـ من أن نقف على تكييف « ماهية الذبح » شرعا ، وهو أمر معقول المعنى ، من حيث كونه مجرد عمل آلي، لاراقة الدم ، وفصله عن اللحم ، أي لازالة هذه المادة النجسة الرطبة الخبيثة ، عن اللحم الطيب ، وهو من مفهوم «التذكية» الذي يفيد معنى «التطهير» ؟؟ أو هو أمر « تعبدي » محض ، غير معقول المعنى ، ولا يمكن بالتالي ادراك حكمته ، ولذا تشترط فيه «التسمية» والاهلال بذكر الله تعالى ، والاتجاه بالذبيحة الى القبلة[1]، وعدم ذكر اسم غير الله تعالى ، وكون الذابح من أهل « ملة التوحيد » التي هي

---

(١) وهذا واجب عند الامامية ، ومشروع عند غيرهم ، ويرجع ابن رشد ، ان ذلك ليس له أصله في الشرع ، بل هو مبني على قياس مرسل ، وهو دليل ضعيف : جـ١ ص ٤٤٩ .

الاصل في الاديان السماوية كافة ؟؟ ومن ثم ، كان **للاعتبار الشخصي** دخله في حِلِّيَّة الذبيحة .

اختلف النظر الفقهي في ذلك اختلافا بعيدا ، على الوجه التالي :

أ ـ ذهب فريق ـ كما قدمنا ـ الى أن الذبح هو **مجرد عمل آلي ، لفصل الدم النجس عن اللحم الطيب الطاهر** ، فكان ـ لذلك ـ معقول المعنى ، يمكن ادراك حكمته ، وهي مجرد الفصل والازالة للنجاسة ، أعني اراقة « الدم » وانهاره .

وعلى هذا ، رأى هذا الفريق ، أن «الذبح» يتم شرعا ، **ايا كان الذابح** ، مادام لم يذكر على الذبح اسم غير الله تعالى ، اذ مقصود الشرع الذي يدركه العقل ، يتم بأمرين :

أ ـ بالفصل التام بين الدم واللحم ، أو بازالة المادة النجسة ، وهي الدم ، وذلك هو المراد بالتذكية ، في قوله تعالى : « **الا ما ذكيتم** » .

ب ـ **بعدم ذكر اسم غير الله تعالى اثناء عملية الذبح** .

حتى اذا تحقق هذان الشرطان ، لم يعد ثمة من وجه لاعتبار شخص الذابح ، **لان العبرة بالتذكية الشرعية في حد ذاتها** ، بقطع النظر عمن يقوم بها ، وقد تمت ـ في حد ذاتها ـ على الوجه الشرعي ، وقالوا في تنظير ذلك : ألا ترى ، أنه لو أصاب ثوب المسلم نجاسة عينية ، فأزال عينها « **غير المسلم** » **وبغير الماء** ، أنه يطهر الثوب ، فكذلك ما نحن فيه ، لمعقولية المعنى ، وانه مجرد عملية تطهير معقولة المعنى .

هذا ، ولو كان تطهير الثوب من النجاسة العينية أمرا « تعبديا » محضا ، غير معقول المعنى ، لما طهر الا من قبل المسلم ، ولما كان جائزا الا بالوسيلة التي عينها الشارع ، وهي «الماء» دون غيره من المزيلات والقالعات ،

---

(١) بداية المجتهد : جـ١ ص٤٥١ لابن رشد .

لعدم معقولية المعنى ، اذ لا محل للاجتهاد فيما لا تدرك حكمته ، أو علته ، من « التعبديات » .

والراجح عندي ، أن معنى «التعبد» في « التذكية الشرعية » ليس من السهل انكاره ، لما قدمنا من الادلة التي نهضت بوجوب التسمية والاهلال بذكر اسم الله تعالى في أكثر من موضع من الكتاب العزيز ، وتحريم ذكر اسم الاصنام والاوثان عليها ، وبوجوب « القصد » الى الذبح ، اعتقادا منه ، انه هو الذي يحل الذبيح ، وهو غير النية ، **وبالاتجاه بالذبيحة** الى القبلة[1] ، على ما رسمته تعاليم السنة الصحيحة ، طاعة لله تعالى ، وامتثالا لأمره ، وتحقيقا لما تقضي به « عقيدة التوحيد » التي حاربت مظاهر الشرك ، والوثنية دون هوادة ، تلك المظاهر التي كانت عادات شائعة في الجاهلية ، ولا سيما في ذبائحهم ، وقرابينهم ، كما نعلم ، ومن هنا تدرك سر قوله تعالى : « فاذكروا اسم الله عليه صوافّ »[2] حيث جاء أمره تعالى لنا ، بذكر اسمه سبحانه على الذبيحة أثناء الذبح ، والاصل في الامر الوجوب والتحتيم ، وذلك لهدم أهم مظهر من مظاهر الشرك ، وهو الاهلال على الذبح لغير الله تعالى .

هذا ، ومما يعين هذا « القصد »[3] أيضا ، شرعا في حِلّ الذبيحة ، أن ذكر اسم الله تعالى ، في قوله سبحانه : « فاذكروا اسم الله عليها صواف » وبصيغة الامر ، اما أن يكون **مقصودا ، او غير مقصود** ، فان كان غير مقصود ، فلا يعتد به ، فيتعين القصد شرطا في حل الذبيحة ، وان القول بأن « الذبح » مجرد عمل آلي لفصل الدم ، غير سديد ، من قِبَل أن معنى « التعبد » فيه ظاهر ، لما بينا[4] .

---

(١) واوجبه الامامية : تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٢٩ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) سيأتي بحث «القصد» في موضعه من بحث «حكم اللحوم المستوردة» .

(٤) راجع في هذه المعاني ، واتجاه كل فريق ، وادلته : « بداية المجتهد : جـ١ ص ٤٤٥ وما يليها ـ احكام القرآن : جـ٢ ص٥٣٣ لابن العربي ـ احكام القرآن : جـ١ ص١٢٥ للجصاص ـ حاشية ابن عابدين : جـ٦ ـ ص ٢٩٧ وما يليها ـ فتح الباري : جـ١٢ ص٥٧ ـ المجموع شرح المهذب : ص٢٢٥ للشيرازي ـ تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٢٩ وما يليها ـ للامام الخميني ـ شرح النووي على مسلم : جـ١٣ ص ١٤١ ـ تفسير القرآن : ص٣٠١-٣٠٣ للاستاذ الاكبر الشيخ محمود شلتوت ـ المسوى شرح الموطأ : جـ٢ ص٣٣١ للامام ولي الله الدهلوي ـ وراجع فيه تفسير قوله تعالى « وانه لفسق » .

غير أن هذا «القصـــد» ــ فيما نرى ــ غير واجب في حق الكتابي ، بـل يكتفى منه بعدم ذكر اسم غير الله تعالى ، رفعا للحرج عن المسلمين ، ولا سيما اذا احتاجوا الى ذبائحهم في ظروف العسرة ، والازمات الحادة ، ولامكان التعايش السلمي مع كل من يستظل براية الاسلام ، أو على الصعيد الدولي .

٢ ــ قطع الاوداج وانهار الدم

لا خلاف بين الفقهاء ، أنه اذا قطع المذكـي أو الذابح **الاوداج جملة** ، مـن **الحلقوم والمرىء ، والودجين**(١) ، أن الذبيحـة **تحل**(٢) ، لانـه **تمام التذكية ، والتمام او « الاتمام » هو « معنى التذكية »** كمـا أسـلفنا .

وانما اختلفوا في « **الحد الادنى** » من هذا الذبح أو القطع ، كما ذكرنا ، ذلك الحد الادنى الذي يعتبر **مجزئا** في الذبح ، فلا نعيده هنا ، وانما الذي يعنينا في هذا المقام أن نبين وجهة نظر كل فقيه فيما اشترط .

لا ريب ، أن الفقهاء ، قد اتجهوا الى أن « مقصد الشارع » هو فصل الدم النجس ، وأن ذلك واجب شرعا ، وان الذبيحة لا تحل ، ان لم يتم هذا الفصل ، عملا بقوله تعالى : « الا ما ذكيتم » وأن « الذبح أو النحـر » ــ في الحالـة الاختيارية ــ هو المتعين لذلك ، حسب الاحوال .

محل النزاع

غير أن الفقهاء ، اختلفوا في صفة هذه الذكاة ، من حيث العدد المخصص من الاوداج الذي يكفي قطعـه ، ليتحقق به انهـار الـدم ، وازهاق الـروح

---

(١) الحلقوم : مجرى التنفس ، والمرىء : مجرى الطعام .
(٢) الودجان : عرقان في صفحة العنق يحيطان بالحلقوم «الوريدان» .
(٣) مغني المحتاج : جـ٤ ص٧٢ وما يليها للشربيني ــ فتح القدير : جـ٨ ص٥٧ وما يليها ــ تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٢٩ وما يليها ــ المغني مع الشرح الكبير : جـ١١ ص٣٣ لابن قدامة ــ المحلى : جـ٨ ص١٨٦ وما يليها لابـن حـزم ــ المجموع شرح المهذب : جـ٩ ص٨٠ للنووي ــ البدائع : جـ٥ ص٤١ وما يليها للكاساني : اللباب شـرح الكتاب : جـ٣ ص٢٠٢٦ وما يليها للغنيمي ــ نيـل الاوطار : جـ٨ ص١٤١ وما يليها للشوكاني ــ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٤ .

(التذكيـة) وفي « **الآلة** » المتعينـة وفي « **الموضع** » المخصوص ، لان هـذه الامـور مـن **العدد ، والصفة ، والآلة ، والموضع** ، اختلف في أيها هو الأكمأ ، والانجـع ، وأيها الاسرع ، في انهار الدم وانفجاره ، وتدفقه ، والاكثر تسـريعا أيضا في رفع حياته ، وازهاق روحه ، دون ايلام أو تعذيب[1] ؛ وبأقل قدر ممكن من القطع ، لان زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب التحرز عنه[2] ، وهـذه نزعة انسانية ينبغي ألا نغض الطرف عنها .

الحد الادنى من عدد الاوداج الذي يكتفى بقطعه (ذبحه) لتحقيق معنـى التذكية شرعا ، من انهار الدم ، وتفجيره ، وازهاق الروح ، دون تعذيب ، في اجتهاد الفقهاء .

يُفهم من أقوال الفقهاء ، أن محل النزاع انما هو في « **الحد الادنى** » الذي يشترط للحِل ، ويكتفى به في «التذكية» لتحقيق معناها الشرعي ، دون مجاوزة لما تستدعيه الضرورة ، أو لما يتحقق به مقصد الشارع من التذكية ، ونعرض فيما يلي آراء الفقهاء ، وتوجيهاتهم ، مع المقارنة .

اتفق الفقهاء على أن قطع الاربعة يتحقق به كمال التذكية ، وهو مبيح للاكل، واختلفوا بعد ذلك في مواضع :

أ ـ ذهب الحنفية الى أن الواجب في «التذكية» ـ ليتحقق معناها ـ هو قطع ثلاثة أوداج من الاربعة من غير تعيين ، لقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ « أفر الاوداج بما شئت »[3] ـ والاوداج أربعة كما علمت:الودجان ، والحلقوم ،

---

(١) فتح القدير مع الهداية : جـ٨ ص٥٩ ـ للكمال بن الهمام (فقه حنفي) .
(٢) عبر بالقطع احترازا عن الشق لانه لايجزىء اجماعا ـ المرجع السابق .
(٣) فتح القدير : جـ٨ ص٥٧ ـ للكمال بن الهمام ، جاء في الهـداية ما نصه : « ولابي حنيفة ان الاكثر ، يقوم مقام الكل ، في كثير من الاحكام ، واي ثلاثـة قطعها ، فقد قطع الاكثر منها ، وما هو المقصود يحصل منها ، وهو انهـار الدم ، والتوحية في اخراج الروح (الاسراع في ازهاقها ، لانه لايجيا بعد قطع مجرى النفس او الطعام ، ويخرج الدم ، بقطع احد الودجين ، فيكتفى به ، تحرزا عن زيادة التعذيب » الهداية مع فتح القدير : جـ٨ ص ٥٨ـ٥٩ ـ بداية المجتهد : جـ١ ص ٤٤٤ـ٤٤٥ لابن رشد ـ بـدائع الصنائـع : جـ٥ ص٤١ للكاساني ـ تبيين الحقائق : جـ٥ ـ ص٢٩٦ للزيلعي ـ اللباب في شرح الكتاب: جـ٣ ص٢٢٦ للغنيمي ـ وراجع نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٦ وما يليها للشوكاني. وهذا ، ويستخلص من كلام الفقهاء : « ان كل حياة » رفعتها الذكاة ، يباح أكل حيوانها المذكى .

والمريء » فيكفي من الاربعة ثلاثة ، لان للاكثر حكم الكل ، فان قطع ودجا واحدا ، وقطع معه الحلقوم والمريء ، كفى . وكذلك ان قطع الودجين والحلقوم وحده ، كفى ، وان قطع المريء مع الودجين ، كفى أيضا ، وان قطع الاربعة جميعا ، فذلك كمال التذكية ، وتمامها .

غير ان المشهور في المذهب الحنفي ، ان هذا هو رأي أبي حنيفة وحده[1] .

وذهب الصاحبان الى أنه لابد في تحقيق «كفاية» **التذكية الشرعية** ، من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين[2] ، فذلك مجزىء في الحِلّ .

ووجه الكفاية ، أن الحلقوم هو مجرى النفس ، والمريء مجرى الطعام ، حتى اذا قطعا ، فقد أزهقت الحياة ، وارتفعت ، لكن بقي انهار الدم واراقته ، ولا ريب أن قطع أحد الودجين ، كاف لتحقيق هذه الاراقة . وبذلك اجتمع في « التذكية » الامران معا :

أ ـ رفع الحياة ، أو ازهاق الروح .

ب ـ انهار الدم ، وانفجاره من أحد الوريدين .

---

(١) فتح القدير مع الهداية : جـ٨ ص ٥٦ـ٥٩ ـ الكمال بن الهمام .

(٢) المرجع السابق : اللباب في شرح الكتاب : جـ٣ ص٢٢٦ .

هذا . وأعيد الى ذاكرتك ، أن اشتراط عدد الاوداج . والصفة ، واشتراط النية أو التسمية والقصد ـ كما سياتي ـ مما يرجع كون «التذكية» عبادة بالنسبة الى المسلم ، خلافا لمن لم يوجب «النية» في حقه . ذهابا منه الى أن «الذبح» فعل معقول المعنى يحصل عنه ـ كما يحكي ابن رشد ـ فوات النفس الذي هو المقصود منها (الحكمة) فوجب الا تشترط النية فيه ـ أي بالنسبة الى المسلم ، وفي حق الكتابي أولى ـ كما يحصل من غسل النجاسة ، ازالة عينها » بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٩ .

ومفاد هذا الراي الاخير ، ان الطهارة تحصل بازالة عين النجاسة ، دون نية ، فكذلك ما نحن فيه ، من ازالة عين النجاسة ، وهي الدم ، لكي يرد على هذا الراي ، أن «التذكية» عمل ، ولابد في العمل شرعا ، من النية ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « انما الاعمال بالنيات » ، وان «التذكية» طهارة ، والطهارة عبادة أيضا ، كالوضوء ، ولابد في العبادة من النية على الراجح .

على أن المشهور ، أن هذا قول ابي يوسف وحده[1] .

ـ **أما الامام محمد** ، فيرى ، أنه **يعتبر قطع اكثر كل عرق من الاربعة** ، ووجهة نظره : أن كلا من هذه الاوداج **الاربعة ، أصل قائم بنفسه** ، وليس مندرجا **في مفهوم غيره** ، بدليل أنه منفصل عنه تمام الانفصال خِلقة[2] .

جاء في فتح القدير في بيان وجه استدلال الامام محمد على مذهبه ما نصه :

« أنه يُعتبر أكثر كلّ فرد ... لان كل فرد منها ، أصل قائم بنفسه ، لانفصاله عن غيره ، ولورود الامر بفريه ، فيعتبر أكثر كل فرد منها »[3] .

ومفاد هذا ، **انه قد ورد الامر بفري كل عرق على الخصوص ، فيعتبر اكثر كل واحد منها ، في القطع** ، ولا يشترط «الاستيعاب» لان للاكثر حكم الكل في كل عرق ، **وقطع اكثره كقطعه كله** ، والصحيح في المذهب هو قول أبي حنيفة .

ب ـ **اما الامامية**[4] ، فذهبوا الى **ان شرط الحل ، رهن بقطع الاربعة جميعا ، وباستيعاب القطع لكل ودج على حدة** ، لان هذا هو معنى «التمام» الذي هو معنى جوهري في مفهوم[5] التذكية ، على ما قدمنا[6] .

جاء في تحرير الوسيلة ما نصه : « فلو قطع بعض هذه لم يحل ، وان بقي شيء يسير »[7] ـ أي شيء قليل من كل ودج دون قطع ، بحيث لا يبلغ القطع آخره ، ولا يستوعبه ، لم يحل أيضا .

وعلى هذا ، فلابد من **قطع الاوداج جميعا ، مع استيعاب هذا القطع ، واستيفائه** ، لان هذا هو معنى « **التمام** » في التذكية الشرعية .

---

(١) اللباب شرح الكتاب : جـ٣ ص٢٢٦ ـ للغنيمي ـ تصوير المكتبة العلمية ـ بيروت ، لبنان سنة ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م .
(٢) فتح القدير : جـ٨ ص٥٨ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٢٩ ـ للامام الخميني ـ اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية : جـ٧ ص٢١١ للشهيد العاملي .
(٥) المراجع السابقة .
(٦) تعريف «التذكية» لغة ، وشرعا .
(٧) تحرير الوسيلة : جـ٢ ص ١٢٩ .

ج ـ أما الشافعية والحنابلة ، فقالوا : ان ما يجزىء في الذكاة الشرعية الاختيارية[1] ، قطع كل الحلقوم والمريء استيعابا ، ويستحب قطع الودجين[2] .

ووجهة النظر في استحباب قطع الودجين ، انهما قد يسلان من الحيوان فيبقى ولا يموت ، مما يدل على أن ليس بقطعهما تأثير في رفع حياة الحيوان ، بخلاف الحلقوم والمريء ، لان قطعهما ، مفض الى الموت لا محالة .

وفي هذا التوجيه نظر ، لان قطع الودجين ، مفض الى انهار الدم بغزارة . وفيه تصفية للجسم منه ، عملا بالسنة : « **أفر الاوداج بما شئت** » « **ما انهر الدم** » وقطع الحلقوم والمريء ، وان قطع النفس ومجرى الطعام ، فذلك مفض الى **رفع الحياة ، لا الى انهار الدم** ، وتدفقه بغزارة ، على النحو الذي يرى في قطع الوريدين ، وهو شرط الحل .

على ان تحكيم الخبرة ، هو الاساس في زيادة اليقين .

هذا ، والذي يبدو لنا ، أن الشافعية ومن معهم ، رأوا **ان التذكية ازالة للحياة** ، أي ازهاق الروح ، ولا يجب ، أن الحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمريء ، لان الاول مجرى النفس ، والثاني مجرى الطعام والشراب ، ولا تستقر الروح بعد قطعهما ، وقد تبقى بعد قطع الودجين ، بزعمهم ، ولهذا قالوا باستحباب قطعهما ، وقد قدمنا ، ان الذبح ليس لرفع الحياة فحسب ، والا فالموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع ، قد رفعت حياتها ، ومع ذلك فهي محرمة ، مما يدل ، على ان رفع الحياة ، ليس وحده سبب الحل ، بل لابد ان يكون معه انهار الدم أيضا ، وذلك لا يتم على الوجه الاكمل **الا بقطع الودجين ، ولانه يسرع في الازهاق** ، وعدم تعذيب الحيوان ، **ولان للودجين اتصالا باكثر عروق البدن** ، بل وبالدماغ أيضا ، فكان أسرع في انهار دم الحيوان بغزارة ، ولان

---

(١) وصفت الذكاة بانها اختيارية ، أي في حال السعة والاعتياد احترازا عن حال الاضطرار ـ وذلك انما يكون بالصيد ، او العقر ، دون الذبح أو النحر : المجموع شرح المهذب : جـ٩ ص٨٦ . الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف : جـ١ ص٣٠٢ ـ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٤ وما يليها .

(٢) مغني المحتاج : جـ٤ ص٢٧٠ . هذا ، والودجان بالنسبة للآدمي هما الوريدان . المرجع السابق .

الدم هو سبب الحرمة ، حتى اذا زال هذا السبب ــ وذلك بقطع الودجين ــ كان الحل بزوال سبب الحرمة .

على أن الشافعية ، أوجبوا انهار الدم ، ولكنهم رأوا ان ذلك يتم بقطع الحلقوم والمريء .

ج ــ وذهب مالك ، الى انه لابد من قطع الحلقوم ، والودجين ، ولا يجزىء أقل من ذلك .

هذا ، والامام مالك ، قد جمع ــ كما ترى ــ بين رفع الحياة ، وذلك بقطع الحلقوم ، وهو مجرى النفس ، وبين قطع الودجين ، انهارا للدم ، ولا جرم أن ذلك مجزىء في « التذكية » .

د ــ مذهب الثوري ، انه يكتفى بقطع الودجين ، لان مقصود الشرع « انهار الدم » بنص الحديث ، ويتم ذلك بقطعهما .

ويرد على ذلك ، قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « أفر الاوداج بما شئت » ، فلم يقتصر الامر بالافراء ، على اثنين منهما ــ كما ترى ــ وهو نص صريح ، ولا اجتهاد في مورد النص القاطع ، نعم ، لو قال : للاكثر حكم الكل ، لكان له وجه ، أو لو اشترط قطع الحلقوم مع الودجين ، تسريعا لازهاق الروح ، وتجنيبا للحيوان ألم التعذيب ، لطول الزهوق ، بقطع الودجين وحدهما ، لكان متجها .

وعلى هذا ، فان الفقهاء قد اتفقوا على انه **لابد من انهار الدم ، بفزارة ، ولكنهم اختلفوا في السبب او الطريق الموصل الى ذلك ، أو المجزىء في تحقيق ذلك** ، والاسراع في ازهاق الروح ، على النحو الذي رأيت .

هذا ، والذي يتبدى لنا ، ان الكل متفق على أن قطع « الاربعة » هو **تمام التذكية** ، وان المجزىء في تحقيق رفع الحياة ، انهار الدم ، (الحد الادنى) هو قول من ذهب الى **قطع الحلقوم والودجين** ، ازهاقا للروح ، وتخلصا من المادة النجسة التي هي سبب التحريم ، والاسراع في ذلك ، تفاديا للتعذيب ، فضلا عن ان قطعهما ، أكفأ من غيرهما ، وأسرع في اسالة الدم وانهاره ، وهو مقصود

الشرع ، واكثر تحقيقا لمعنى « التذكية » أي لناط الحـل ، دون الاكتفاء بقطع واحـد منهمـا .

محل الذبح ، او موضع القطع

اتفق الفقهاء ، على انه لا يجزىء الذبح في غير « الحلق واللبّة »[1] للحديث : « الذكاة في الحلق واللبة » أي ما بينهما[2] .

غير أن الفقهاء اختلفوا في تحديد هذا الموضع تحديدا يتفق مع « الحكمة » من مشروعية الذبح شرعا .

أ ـ فذهـب الحنفيـة الـى أن **«قصبة العنق كلها ، محل للذبح»** فان قطع الجوزة جاز ، وان لم يقطعها ، جاز أيضا ، مادام «الذبح» بين الحلق[3] واللبـة .

والحنفية ـ كما يبدو ـ منطقيون مع مذهبهم في « صفة الذبح » وموضعه ، ذلك ، لانك عرفت أن المجزىء في التذكية في المشهور من مذهبهم ـ قطع ثلاثـة أوداج غير معينة ، من أربعة ، اعطـاء للاكثر حكـم الكـل ، وعلـى هـذا ، يجوز قطع أي ثلاثة شاء ، فليس قطع[4] الحلقوم اذن ، أمرا متعينا في مشروعية التذكية ، في المشهور من المذهب الحنفي ، اذ يكتفى بالثلاثة الاخرى ، دونه ، ومادام قطع «الحلقوم» ليس أمرا متعينا في التذكية الشرعية على المفتى به ، لـم يجب بالتالي قطع الجوزة (جوزة الحلقوم) لانها لا تقطع الا اذا قطع الحلقوم ، اذ هي ملتصقة به ، بل هي في أعلاه ، ولهذا لو اشترطوا قطع الجوزة[5] للزم قطـع الحلقوم ، وهم لا يشترطون ذلك ، كما علمت .

---

(١) اللبـة (بفتح اللام المشددة ، والباء المشددة) وهي الوهدة ، أو الثغرة التـي في أسفل العنق ، نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٢ .

(٢) البدائـع : جـ٥ ص٤١ وما يليها للكاساني .

(٣) الحلق ، ويسمى «الحلقوم» .

(٤) البدائع : جـ٥ ص٤١ ـ بداية المجتهـد : جـ١ ص٤٤٦ وما يليها : تبيين الحقائق : جـ٥ ص٢٩٦ للزيلعي ـ رد المحتار : جـ٥ ـ ص ٢٠٧ الجوزة هي العقدة التي في اعلى الحلق . هذا ، وقد روى الحديث الدار قطني ، وفيـه مقـال .

(٥) عبر بالقطع ـ كما ذكرنا ـ احترازا عن الشق ، لانه لايجزىء اجماعا .

ب ــ وذهب المالكية[1] الى أن ما حيزت « جوزتها » بالذبح الى البدن ، هي « **المفاصلة** » وهذه **محرمة** لاتؤكل،فيشترط ــ لتحل ــ **ان تقطع الجوزة نصفين :** نصفها الى جهة الرأس ، ونصفها الآخر الى جهة البدن ، لان قطع «الجوزة» على هذا النحو ، شرط في « شرعية الذكاة » في مذهبهم .

وقدمنا ، أن « **المالكية** » يكتفون بقطع ثلاثة عروق على التعيين : قطع الحلقوم كله ، ولا يتم الا بقطع الجوزة نصفين[2] ــ وقطع الودجين : لانهار الدم ، كحد أدنى .

وأما قطع المريء ، فذلك مستحب في فقه المالكية[3] ، وليس أمرا واجبا .

وجهة نظر الفقه الامامي في تحديد محل الذبح[4]

يذهب الفقه الامامي ، الى **تحكيم العلم ، والخبرة ،** في هذه المسألة ، أو العلم بالواقع المشاهد ، فان كان أهل الخبرة يقررون ، انه لابد من قطع الجوزة ، وصولا الى قطع العروق الاربعة جميعا ، استتماما للتذكية ، وجب ذلك ، لان ما لا يتم الواجب الا به ، فهو واجب .

وعلى هذا ، فما تقرره الخبرة ، فهو الذي يجب اتباعه ، في مذهب الامامية[5] .

وكذلك ان قررت الخبرة ، انه لابد أن تكون « الجوزة » الى جهة الرأس ، بتمامها ، حتى تقطع العروق الاربعة .

---

(١) الشرح الكبير : جـ٢ ص٩٩ ــ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٤ وما يليها .
(٢) جوزة الحلقوم ، وهي العقدة في أعلى الحلق .
(٣) المرجع السابق .
(٤) جاء في تحرير الوسيلة ما نصه : « محل الذبح في الحلق ، تحت اللحيين على نحو يقطع به الاوداج الاربعة ، واللازم وقوعه تحت العقدة ، المسماة في لسان أهل هذا الزمان بالجوزة ، وجعلها في الراس دون الجثة والبدن ، بناء على ما يدعى من تعلق الحلقوم ، أو الاعضاء الاربعة بتلك العقدة ، وعلى وجه لو لم تبق في الراس بتمامها ، ولم يقع الذبح من تحتها ، لم تقطع الاوداج بتمامها ، **وهذا امر يعرفه اهل الخبرة** ، فان كان الامر كذلك ، أو لم يحصل العلم بقطعها بتمامها ، بدون ذلك ، **فاللازم مراعاته** » جـ٢ ص١٢٩ ــ للامام الخميني .
(٥) المرجع السابق .

وأيضا ، يجب العلم بالواقع المشاهد ، من الذبح ، فان حصل العلم بقطعها بتمامها ، حلّت ، والا فلا[1] ، لان المدار في حلية الذبيح على قطع الاوداج الاربعة كافة ، ولذا كان ذلك القطع هو الواجب في مذهبهم[2] ، مع استيعاب قطع هذه الاوداج .

هذا ، والجمهور يرى ـ مع المالكية ـ انه لابد ان يبقى من الجوزة **تدويرتان كاملتان** : احداهما من اعلى ، والثانية من اسفل ، **والا لم تحل الذبيحة** ، لانه حينئذ ليس « **ذبحا** » ، بل **نزعا** ، وفرق بينهما ، والمطلوب شرعا « **التذكية** » لقوله تعالى : « الا ما ذكيتم » وهو الذبح على النحو الذي فصلنا .

فمنشأ الاختلاف ـ كما ترى ـ **تحديد مفهوم الذبح شرعا** ، فمنهم من ذهب الى **ان الذبح موضعه ما بين الحلق واللبة ، ولو لم يصادف الجوزة** ، والآخرون ذهبوا الى أنه ان جاوزها ، فذلك **مزع لا ذبح** ، ومن ثم فلا يحل .

حكم ابانة راس الحيوان بالذبح (قطع النخاع الشوكي) :

هذا ، ولو ابان راس الحيوان الماكول بالذبح ، او بسيف ، ابيح مطلقا ، في مذهب الحنابلة ، خلافا للمالكية ، أخذا بفتوى الامام علي ـ كرم الله وجهه ـ وعمران بن حصين بأكله[4] ، وهذا يستلزم قطع النخاع الشوكي[5] .

ويؤخذ من هذا ، أن ابانة الرأس ، بقطعه بآلة حادة ، وفورية فائقة ، جائز في بعض المذاهب الاسلامية ، كما ترى .

---

(١) المرجع السابق .
(٢) المرجع السابق .
اللباب شرح الكتاب ـ في مذهب الحنفية : جـ٣ ص٢٢٥ ـ رد المحتار : جـ٥ ص٢٠٧ ـ كشاف القناع : جـ٦ ص٢٠٥ ـ مغني المحتاج : جـ٤ ص٢٧٠ وما يليها ـ الشرح الكبير : جـ٢ ص٩٩ ـ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٤ وما يليها .
(٣)
(٤) كشاف القناع : جـ٦ ص٢٠٥ وما يليها للبهوتي ـ الشرح الكبير : جـ٢ ص١٠٧ .
(٥) يقال نخع الذبيحة ، اي قطع نخاعها الشوكي ، وهو الخيط الابيض الممتد من عظم الرقبة حتى الظهر .

وكذلك الذبح من « الخلف » جائز في أكثر المذاهب الاسلامية ـ كما أسلفنا ـ شريطة **ان لا يأتي على مقتل من مقاتله ، فيموت قبل الذبح ،** فان الذبيحة في مثل هذه الحال، **لاتحل اجماعا ،** لان موت الحيوان، منسوب الى **القتل ، لا الى الذبح ، فكان ميتة .**

وجهة نظر المالكية : ان الذبيحة اذا نخعت (قطع نخاعها الشوكي) لاتؤكل ، لان القاطع للعروق (الاوداج) **من « القفا »** لا يصل اليها ، الا بعد **قطع النخاع الشوكي ، وهو مقتل من المقاتل ، فيكون قد قتل الذبيحة واماتها ، قبل ذبحها ،** والحيوان الذي أصيب في مقتل من مقاتله ، قبل الذبح ، ميتة ، لان موته بسبب القتل ، لا بسبب الذبح الذي هو السبب الموصل الى الحل شرعا ـ كما علمت ـ فان تفسير رأي المالكية هذا ، انه سدٌ للذريعة ، كما أسلفنا .

أما جمهور الفقهاء ـ ماعدا الحنابلة والمالكية ـ فذهبوا الى انه **مكروه(١) ، من قبَل ان الذبح من القفا ، او من صفحة العنق ، فيه تعذيب للحيوان ، وهو معصية ،** غير أن المعصية **قد تجتمع مع المشروعية ، ومع الكراهة ايضا** من باب أولى ، ولا تقتضي التحريم المطلق ، ألا ترى ان البيع وقت النداء ، معصية ، لكان النهي ، ولكن اذا صلى الجمعة ، كانت **مجزئة وصحيحة ،** فالمشروعية ، قد تجامع المعصية ـ كما ترى ـ لانفكاك الجهة ، ولا تناقض .

والجواب عن هذا ، أن البيع شيء مجاور للصلاة ، وليس جزءا من ماهيتها ، أو حقيقتها ، فلم تكن المعصية متمكنة فيها ، وما نحن فيه من الذكاة وموضعها ليس كذلك ، فهما أمران متلازمان ، لا ينفك احدهما عن الآخر ، اذ لا يتصور

---

(١) المقاتل عند المالكية خمسة : قطع النخاع (الشوكي) وهو الخيط الابيض الذي يبدأ من العنق ويسير في سلسلة الظهر حتى اسفلها ، اي خلف العنق والظهر ، ويطلقون عليه لفظ المخ ايضا . بتر الدماغ الذي في الجمجمة ، فاذا انشدخ الراس دون نثر الدماغ فلا بأس به . ٣ ـ نثر الحشو ، وهو الذي يحويه البطن من الامعاء ، والكبد والطحال ، واما شق البطن دون ظهور الحشو ، فلا يضير ٤ ـ فري الودج ، وهو ابانة بعض عن بعض . ٥ ـ ثقب مصير لا مجرد شقه .

الذبح بدون موضع أو محل ، ولكن يمكن أن تتصور صلاة الجمعة دون بيع . فافترقا ، فكانت المعصية متمكنة في حقيقة الذبح وماهيته ، فلا يحل الذبيح .

وجهة نظر الفقه الامامي في الذبح من « القفا »

لا يجيز الفقه الامامي ، الذبح من «القفا» مطلقا ، حتى ولو أسرع في الذبح ، فقطع العروق ، قبل زهوق الروح ، فهو مع « المالكية » سدا للذريعة ، فالذبيحة اذا نخعت من القفا ، حرمت مطلقا . حتى ولو كان **موتها بسبب الذبح** ، تأكيدا لاشتراط الذبح من الامام ، مراعاة للمعنى التعبدي في الذبح ، ويؤكد هذا ، اشتراطهم قطع الاربعة جميعا ، شرطا في الحل .

جاء في تحرير الوسيلة ما نصه : « يشترط أن يكون الذبح من **القدام** ، فلو ذبح من القفا **وأسرع الى قطع ما يعتبر قطعه من الاوداج ، قبل خروج الروح**(١) **، حرمت** »(٢) . وهذا نظر الى « التذكية » على انها أمر تعبدي ، فيجب الالتزام بالجهة ، شرطا في الحل . ولو تحققت التذكية شرعا . والجمهور ذهب الى التفصيل الذي بينا .

هذا ، والراجح عندي ، ان الذبح من القفا ، جائز شرعا . بشرطين :

الاول : بالسرعة الفائقة ، ومن هنا اشترط بعض الفقهاء « الفورية » في الذبح .

الثاني : عدم نفوذ اي مقتل من مقاتله قبل الذبح ، وذلك ممكن أن يتصور في الآلات الحديثة التي تقطع الرأس في ثوان معدودات ، وبسرعة مذهلة ، وهو رأي الجمهور الذي قال به في عصر كانت الآلات المستخدمة فيه عادية بدائية .

---

(١) قوله « قبل خروج الروح » أي ولو لم تمت من النخع . يتهتك النخاع الشوكي ، بل بقيت الروح فيها ، حتى ازهقت ، بالذبح ، وقطع الاوداج الاربعة ، وهذا نظر الى الذبح على انه امر تعبدي . يجب الالتزام فيه بالجهة ، ولو تحققت التذكية شرعا

(٢) تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٣٠ .

لا ترتقي من حيث الفاعلية والاثر والسرعة الى كفاءة الآلات الحديثة المستخدمة على النحو الذي نراه اليوم . فكان ذلك جائزا من باب أولى .

وهكذا نرى ، أن « المالكية » قد سدوا الذريعة بمؤيد تشريعي . هو « التحريم والمنع » ؛ بينما الجمهور ، قد سد الذريعة بشرط الفورية ، ونميل الى رأي الجمهور الذي احتاط باشتراطه هذا الشرط الذي ينطبق بوجه قوي على ما تنتجه اليوم المصانع الآلية الضخمة[1] ، دون أي معارضة لتعاليم الاسلام .

٤ ـ الفورية :

ذهب الجمهور الى أن « **الفورية** » أو الاسراع في الذبح ، وازهاق الروح ، شرط في الحلية ، فان رفع يده قبل تمام الذبح ، ثم أعادها فورا ، تؤكل الذبيحة **فان تباعد ذلك ، لم تؤكل** ، واستندوا في اجتهادهم هذا ، الى أن «الذكاة» **طرات على « منفوذة المقاتل »** أي التي **« نفذ فيها أثر القتل قبل كمال الذبح »** فصارت ميئوسة ، أو مقطوعا بموتها[2] الطارىء ، قبل تمام الذبح ، **فلا تحل .**

وقال الحنفية والشافعية يُستحب **« الاسراع »** وسموه **« التذفيف »** في قطع الاوداج للحديث : « وليرح ذبيحته » والاسراع نوع من أسباب اراحة الذبيحة[3] .

غير ان ابن رشد ، يفصّل في حالات الرفع ، والاعادة . حسب الغرض الذي ينشده المذكي ، فان رفع يده للاختبار والتحري ، هل تمت الذكاة أم لا ؟ فأعادها

---

(١) وابن الماجشون مالكي . وخالف مذهب امامه ، وقال بالتحريم ان تعمد قطع النخاع وتحل ان قطعه جاهلا أو ساهيا ـ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٦ وما يليها .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) رد المحتار : جـ٥ ص٢٠٧ ـ الشرح الكبير : جـ٢ ص٩٩ـ١٠٧ ـ تبيين الحقائق : جـ٥ ص٢٩٦ ـ مغني المحتاج : جـ٤ ص٢٧٠ وما يليها ـ بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٦ـ٤٤٧ ـ وفي هذا المعنى يقول ابن رشد : هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد ؟ فان المذهب المالكي ـ لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة ؛ وانه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم اعادها ، ان ذلك لا يجوز » المرجع السابق .

على الفور ، فان تبين أنها **لم تتم ، اكلت** ، وهو المعنى الذي حمل عليه رأي سحنون من المالكية ، بمعنى انه ان رفع يده وهو يظن أن الذكاة ، قد تمت ، فتبين له أن هذا الظن فاسد ، أو كان وهما ، فأعاد يده ، ليتم الذكاة ، انها تؤكل[1] .

مذهب الامامية في الفورية والتتابع ، والعرف محكم

هذا ، وذهب الامامية الى انه **يجب الذبح في فور واحد ، وبالتتابع ، دون فصل يعتد به عرفا** ، وذلك بقطع الاوداج الاربعة جميعا قبل زهوق الروح ، مرة واحدة ، فلو قطع بعضها ، وأرسل الذبيحة حتى انتهت الى الموت ، ثم قطع الباقي **حرمت ، لانه ذبح في مرتين ، ويعد في العرف عملين** .

وتعليل ذلك ظاهر ، وهو ان كمال الذبح لم يتم ، بل جاء بعضه قبل الموت ، وبعضه بعد الموت ، **فلم تتحقق حقيقة الذبح كاملة** ، ومعلوم أن **حكم الحل منوط بكمال الذبح ، لا ببعضه** ، لان من معنى « التذكية » التمام .

غير ان الفقه الامامي ، يوجب « الاحتياط » في الذبح أيضا ، لان الاحتياط أصل عام ، يجب أن يلتزم في الشريعة ، لانها قائمة على **الاحتياط والحزم ، والتحري** ، فيرى انه **لا يجوز ان يفصل بين الفروق من حيث قطعها ، بما يخرج عن المتعارف وما تقضي به العادة** ، بل يتابع **احتياطا** ، حتى يتعد الذبح عملا واحدا ، **عرفا** .

أما اذا عد الذبح بالفصل **عملين في العرف والعادة** ، **وان استوفى تمام الذبح قبل زهوق الروح ، فلا يحل ، تأكيدا للموالاة والتتابع ، والفورية** .

---

(١) وتعليل ذلك ، ان الاول وقع عن ظن او شك ، أو وهم ، وهذا عن اعتقاد ظنه يقينا ، **وهذا مبني على أن شرط الذكاة قطع اعضاء الذكاة كافة** ، فاذا رفع يده قبل أن تستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة ؛ فلا تؤثر فيها العودة «لانها بمنزلة ذكاة طرات على منفوذة المقاتل » بداية المجتهد : جـ١ ص٤٤٦ـ ٤٤٧ .

هذا ما يوجبه الاحتياط لتحقيق معنى التعبد في الذبح من جهة ، وابعادا عن التسبب في تعذيب الحيوان[1] ، من جهة أخرى .

---

(1) جاء في تحرير الوسيلة ما نصه : « يجب التتابع في الذبح . **بأن يستوفي قطع الاعضاء** قبل زهوق الروح . فلو قطع بعضها ، وارسل الذبيحة حتى انتهت الى الموت ، ثم قطع الباقي ، **حرمت ، بل لا يترك الاحتياط ، بان لا يفصل بينها بما يخرج عن المتعارف ، ولا يعد عملا واحدا عرفا ، بل يعد عملين ، وان استوفى التمام قبل خروج الروح منها** » .

ويفهم من هذا ـ كما قدمنا في المتن ـ ان الفقه الامامي يعتد بالذبح الكامل عملا واحدا ، ولا يعتد به عملين منفصلين بمقتضى العرف ، ولو قبل **زهوق الروح ، احتياطا** ، كيلا تتعدد عملية الذبح ويعاني الحيوان من ذلك الالم والتعذيب ، لانه معصية . المرجع السابق : ج٢ ص١٣٠ ـ مسألة ـ٧ .

هذا ، ومما يؤكد معنى «التعبد» في الذبح كالصلاة : في الفقه الاسلامي ، انه يوجب استقبال القبلة بالذبيحة ، فلو ترك ذلك عمدا ، حرمت ، ولو استوفى كمال الذبح الشرعي : ج٢ ص١٣١ مسألة ـ١١ .

حكـم
اللحوم المستوردة من البلاد الاجنبية
معلبـة ، أو مثلجة ، أو مجففـة
في الفقـه الاسلامي المقـارن

بسطنا القول آنفـا ، في الطـريق أو **السبب الموصل الـى حـل الحيوان البري المذكى ،** ما كان منه مستأنسا ، أو متوحشا بالطبع ، أو غير مقدور علـى ذبحه في محل الذبح ، وأوردنا تفصيل احكام **« الذكاة الشرعية »** التـي هـي الاصل ، وأحكام **« الصيد »** التي هي **« الاستثناء »** ، ونبحث فيما يلي ـ اجتهادا بالرأي ـ أحكام اللحوم المستوردة في الفقه الاسلامي المقارن ، لأمرين :

الاول : ان الفقهاء القدامى ، لم يبحثوا هذا الموضوع أصلا ، لانه لم يكـن واقعا في عصرهم ، فكان لابد من الاجتهاد بالرأي على ضوء ما تقرر في هـذا التشريع الالهي من مبادىء وأحكام ، لتطور وسائل ذبح الحيوان ،و إماتته ، بغية تحصيل لحمه للطعام ، وهي وسائل فنية متطورة ذات قدرة فائقة على الانتـاج الكبير وتصنيعه ، وتعليبه ، أو تثليجه ، أو تجفيفه في المصانع الحديثة .

الثاني : مساس الحاجـة الـى معرفـة **« حكـم الشـرع »** فـي هـذه **« اللحوم المستوردة من البلاد الاجنبية »** على ضوء الوسائل التي يتخذها كل بلد منها ، في ذبح الحيوان ، وكيفية الوصول الى اماتته ، وتحصيل لحمه للطعام .

وعلى هذا ، فسنتناول **« طـرق الذبـح في البلاد الاجنبية »** وفي مقدمتهـا **« البلاد الاوروبية »** والطريقة الاسلامية في الذبح ، على النحو الذي بينا آنفا ، ثم نعقد المقارنة بينهما ، للخروج بنتيجة علمية ، لهذه المقارنة .

ا ـ الطريقة الاسلامية

ـ أما الطريقة الاسلامية ، فقد بسطنا القول فيها ، وبينا وجهة نظر كل مذهب ، من المذاهب الفقهية ، وقد اتفقوا على انه لابد من « **انهار الدم** » تخلصا منه ، لكونه من « **الخبائث** » ولذا كان تحريمه بالنص القاطع ، بقوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة **والدم**(١) ... » أي بصريح لفظ « **التحريم** » كما ترى .

وعلى هذا ، **فالدم محرم تناوله** ، سواء أكان **مسفوحا** سائلا ، وهذا ما جاء تحريمه في النص الصريح ، من مثل قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرّما على طاعم يطعمه ، الا أن يكون ميتة ، أو دما **مسفوحا** .. »(٢) أم كان الدم محتقنا باقيا في جسم الحيوان ، لم يجد سبيلا لان يتدفق ، او يتفجر ، أو يسيل من العروق ، أو لم يتم **فريها** ـ على حد تعبير المشرع ـ حتى ينفصل الدم عن اللحم ، كما هي الحال في الحيوان المنخنق ، أو الميت حتف أنفه ، أو الميت بسبب آخر ، سوى الذبح او النحر ، من التردي من شاهق ، أو في منحدر ، أو كان أكيل سبع ومات ، أو غير ذلك من اسباب الموت وصوره التي لا يتم فيها خروج الدم ، وسيلانه ، بدليل تعليق حل الحيوان بالتذكية ، في قوله تعالى : « **الا ما ذكيتم** » على ما فصلنا ، فدل على أن « **التذكية** » التي بينا الطرق التي تتم بها ، هي « علة » حكم حل الحيوان المذكى بها ، في المذاهب الاسلامية كافة ، مع اختلاف يسير في العدد ، والصفة ، والموضع .

شروط الذبح على الطريقة الاسلامية

اتفق الفقهاء على ثلاثة منها ، **واختلفوا** في الشرط الرابع ، وهي كما يلي :

الاول : أن يكون الذبح على الطريقة الاسلامية ، صفة ، وعددا ، ومحلا(٣) ، وقد تقدم ذلك كله في تعريف الذبح شرعا .

---

(١) المائدة ـ ٣ .
(٢) الانعام ـ ١٤٥ .
(٣) المجموع شرح المهذب : جـ٩ ص ٨٠ .

الثاني : أن يكون الحيوان المذبوح « مأكول اللحم » وليس مما حرمه الله بحيث لا يؤثر الذبح فيه الحل .

الثالث : ألا يذكر اسم غير الله عليه ، من الاوثان ، والاصنام ، لصريح النص القرآني في قوله تعالى : « وما أهل لغير الله »[1] .

الرابع : « وجوب التسمية » عند الذبح ، أي « ذكر اسم الله عليه » وهو شرط مختلف في وجوبه ، فبعضهم ذهب الى أن «التسمية» عند الذبح **« واجبة »** وآخرون ذهبوا الى أنها **« مشروعة » لا** واجبة ، أي **« سنة مؤكدة »**[2] .

وقد بسطنا القول في ذلك كله آنفا ، وفي بحث «الصيد» مع الادلة ، والمقارنة بين المذاهب ، فارجع اليه ان شئت .

وعلى هذا ، فاذا اختل شرط من هذه الشروط الواجبة ، أو تخلّف ، فلا يحل الذبيح ، أيان كان الذابح ، مسلما أو كتابيا .

وتطبيقا لذلك ، فان « اللحوم المستوردة من البلاد الاجنبية » اذا ثبت انها **من لحوم حيوانات محرمة في الاسلام ، لا يحل تناولها بحال** ، الا عند الضرورة .

هذا ، ولا يقال : ان قوله تعالى : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حِلٌّ لكم » عام ، والنص بعمومه شامل لكل أنواع اللحوم التي يقدمونها الينا ، أو يصدرونها ، لا يقال هذا ، لان النص وان كان ظاهره العموم ، غير أنه **مقيد بالنصوص القاطعة في تحريم انواع من الحيوان** ، كالخنزير ، والمنخنقة ، والموقوذة ، وما اليها ، لان نصوص القرآن الكريم ، **يقيد بعضها بعضا** ، ويفسر بعضها بعضا ، **إذ ارادة الشرع واحدة في تشريعه كله ، دون تناقض .**

---

(١) المائدة ـ ٣ .

(٢) بداية المجتهد : جـ١ ـ ص ٤٦٨ ـ الاختيار تعليل المختار : جـ٥ ـ ص٩ ـ المحلى جـ٨ ـ ص١٦٥ ـ مطالب اولي النهى ـ جـ٦ ـ ص٣٣٣ ـ الشرح الصغير على اقرب المسالك : جـ٧ ـ ص١٧٠ ـ بغية المسالك : جـ١ ـ ص٦٦٣ ـ الشرح الصغير : جـ٢ ص ١٥٨ ـ تحرير الوسيلة ـ جـ٢ ـ ص١٢٩ وما يليها ـ للامام الخميني ـ وممن قاله بالوجوب الامامية ـ على ما سيأتي تفصيله .

هذا ، وليس من المعقول ، أن يحرم الله تعالى نوعا من الحيوان لعلة ، أو سبب يوجب التحريم،بحيث لا تؤثر في حلّه الذكاة، **ثم يحله ، اذا قدمه لنا غيرنا ، لان مثل هذا «تناقض» لايقع في الشرع .**

وفي هذا المعنى يقول أستاذنا المرحوم الشيخ محمود شلتوت ما نصه : « وان الناظر في «المعنى» الذي لأجله حرم ما حرم على المؤمنين ، وهو الابتعاد عما اتصل به مما ينافي التوحيد ، كذكر اسم غير الله ، أو الذبح على النُّصب ، وعما كان تحريمه لمعنىفي نفسه ، كالميتة ، وما عطف عليها ، ان الناظر في هذا ، ولا يرى بُدّا من الحكم ، بأن ذلك التحريم ، لا يرفعه ، ان كان الحيوان ملكا لغير المسلم ، أو طعاما له ، فانه لم يتعهد أن يحرم شيء «لمعنى» على طائفة ، ثم يباح لها ، **اذا كان لغيرها ، مع وجود معنى التحريم فيه »**[1] .

وهذا الحكم شامل للمستورَد من طعام أهل الكتاب ، من اللحوم **المعلبة ، او المثلجة ، او المجففة ،** بشرط **أن « نعلم »** أنها من الحيوانات المحرم اكلها ، **كما يشمل غير المستورد ، لوحدة العلة .**

على أن المقصود بقوله تعالى : «وطعام الذين أوتوا الكتاب ، حِلٌّ لكم»[2] ذبائحهم[3] بالاجماع .

ونورد فيما يلي ، فتويين صادرتين عن لجنة الفتوى بالازهر ، ولكن في عهدين مختلفين :

اولاهما : ـ وهي مبنية على رأي الجمهور ـ ومؤداها : « أن اللحوم المستوردة من بلاد أهل الكتاب ، **« حلال اكلها »** ، **« ما لم يعلم »** انهم سموا عليها **اسم غير الله تعالى ، او ذبحت بغير الذكاة الشرعية ، وما لم يعلم ايضا ،** انها من الخنزير،أو الميتة،أو المنخنقة،بفعل من الحيوان نفسه ، **او مخنوقة بفعل الآدمي ،**

---

(١) تفسير القرآن الكريم : ص ٣٠٣ـ٣٠٤ ـ ط دار العلم القاهرة ـ للشيخ محمود شلتوت شيخ الازهر سابقا ـ ورئيس لجنة « التقريب بين المذاهب » في القاهرة .

(٢) انظر القرطبي : جـ٦ ـ ص٧٦ وما يليها ـ المائدة ـ ٥ .

(٣) المرجع السابق .

أو ما الى ذلك من الحيوانات المحرم اكلها على المسلمين التي وردت في قوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع ، **الا ما ذكيتم** »(١) .

فان هذه الآية الكريمة ، جاءت **حاكمة ، ومقيدة ،** لقوله تعالى : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم »(٢) لوحدة ارادة المشرع في تشريعه ، كما ذكرنا .

الثانية : أن « اللحوم المستوردة ، حلال أكلها » **معلبة ، أو مثلجة ، أو مجففة ــ « ما لم تتحقق** انها من المحرم لذاته . وهي الحيوانات التي نصت عليها آية التحريم السابقة ، **وكل ما وراء ذلك حلال ، وان تحققنا (علمنا) انه قد اهل لغير الله ، او لم يذك بالذكاة الشرعية »**(٣) .

هذا ، والذي يبدو لنا ، أن الفتوى الاولى هي الراجحة ، رفعا **« للتناقض »** في التشريع ــ على ما أشرنا ــ اذ **ليس لاختلاف مالك الحيوان من أثر على التحريم ، ليرفعه ، مادام « المعنى »** الذي من أجله حرم ، متحققا فيه **اذ لا علاقة « للمالك » وتغيره ، في « الحرمة »** وانما الحرمة ، حكم الله تعالى المبني أصلا على «معنى» أو «علة» تستوجب حكم التحريم ، ومن المعلوم أصوليا ، ان الحكم يدور مع علته وجودا وعدما ، فحيثما وجدت العلة ، وجد الحكم ، والعكس صحيح ، ولاسيما اذا علمنا ، أن بعض الحيوان ، قد حرم تناوله على المسلمين ، **لمعنى قائم في نفس الحيوان ، ولذاته ،** بقطع النظر عن كون الذابح مسلما أو غير مسلم ، كالخنزير ، والميتة ، وما اليها .

---

(١) المائدة : ٣ ــ التذكية هي الذبح أو النحر ، والاسم الذكاة . والمذبوح ذكي ، ذلك ، لان الذبح يطهره ، وفي الحديث : « ذكاة الارض يبسها ، يريد طهارتها من النجاسة الرطبة ، بمنزلة تذكية الشاة في الاحلال» النهاية في غريب الحديث: جـ١ ص ١٦٤ .

(٢) المائدة : ٥ .

(٣) تفسير القرآن ــ ص ٣٠٣ وما يليها للشيخ محمود شلتوت .

التحريم الذي يرجع الى طريقة الذبح ، او الآلة التي تتخذ لذلك :

يجرى الذبح في أوروبا ، بقطع الرقبة بكاملها عادة ، وبسرعة فائقة ، فان كان هذا القطع يأتي على العروق الاربعة التي أطلقت الشريعة عليها اسم «الاوداج» ، وهي « **الحلقوم والمريء ، والودجان** » ــ على ما بينا ــ فلا خلاف في حل أكل الحيوان المذبوح بهذه الطريقة ، سواء أكان قطع الرقبة من الامام ، أم من الخلف ، شريطة أن ينسب موته الى **الذبح ، لا الى نفوذ المقاتل** ، بمعنى ان يكون قطع الاوداج قد تم قبل نفوذ أي مقتل من مقاتله ، لان المقصود الشرعي قد تم ، وهو « فري الاوداج » وهي طريقة ناجعة في استنزاف الدم ، وأشار الفقهاء الى هذه الطريقة ، ولكن بأدوات الذبح التي كانت معروفة في زمنهم ، ونستعرض ــ في هذا المقام ــ آراء الفقهاء في جواز « **قطع الرقبة من الخلف** » اذا لم تنفذ مقاتله قبل قطع الاوداج الاربعة التي ذكرنا ، حتى اذا نفذت مقاتله أو واحد منها ، قبل قطع العروق ، كان « **ميتة** » فلا يحل حينئذ ، ولكن الطريقة الحديثة في قطع رقبة الحيوان ــ لسرعتها الفائقة ، وفي ثوان معدودات ــ كفيلة بقطع العروق قبل نفوذ المقاتل ، أي قبل « **الموت** » فتنسب الذكاة حينئذ الى قطع العروق ، وهذه هي « **الذكاة الشرعية** » .

أما أن الفقهاء قد نصوا على ان ذبح الحيوان من الخلف ، جائز ، ويحل به الحيوان المذكى ، شريطة ألا تنفذ مقاتله قبل قطع العروق او واحد منها ، كما ذكرنا ــ فنورد طرفا من اقوالهم في المذاهب المختلفة .

يقول الامام النووي الشافعي : « ولو ذبحه من قفاه عصى ، فان أسرع ، فقطع الحلقوم ، والمريء ، **وبه حياة مستقرة** ، حل ، والا فلا »[1] وهو مذهب الحنابلة،على مافي شرح المقنع لابن قدامةالحنبلي، **وهذا هو مذهب الحنفية ايضا .**

جاء في فتح القدير : « فان ذبح الشاة من قفاها ، فبقيت حية ، حتى قطع العروق ، حل »[2] .

---

(١) قليوبي ، وعميرة ــ جـ٤ ص٢٤٢ . نذكر ان الشافعية يرون ان الحد الادنى للذبح هو قطع الحلقوم والمري .

(٢) فتح القدير : جـ٨ ص١٧٢ للكمال بن الهمام الحنفي .

واما « المالكية » فقد خالفوا جمهور العلماء ، فذهبوا الى أن قطع الرقبة من القفا ، ليس طريقا او سببا موصلا الى الحل ، فلا تعتبر ذكاة شرعية .

جاء في تفسير القرطبي المالكي ، ما نصه : « لو ذبحها من القفا ، واستوفى القطع ، وأنهر الدم ، وقطع الحلقوم ، والودجين **لم تؤكل** »(١) ، وكذلك جاء في قوانين الاحكام الشرعية ــ وهو فقه مالكي ــ : **« لا يؤكل ما ذبح من القفا ، ولا في صفحة العنق** ، اذا وصل من ذلك الى قطع ما يجب في الذكاة »(٢) .

وعلى هذا ، فالمالكية لا يجيزون الذبح من القفا ، ولو تحققت فيه الذكاة الشرعية التي اشترطوا فيها « قطع الحلقوم والودجين » وانه يكتفى بذلك في الحل كحد أدنى ، غير أن «الكيفية» التي يتم فيها هذا القطع ، أي من القفا ، لا يقرونها . ولعلهم **سدوا بذلك ذريعة** موت الحيوان بها ، قبل قطع اوداجه . ولو ان « المالكية » شاهدوا اليوم الآلات الحديثة في القطع ، وسرعته المذهلة ، لما اتخذوا هذا الموقف !

هذا ، ويتجه على المالكية ، أن المقصود هو « انهار الدم » بقطع العروق ، وقد تم ذلك على الوجه المشروع ، فلم يبق لهم من وجه لمخالفة رأي أو اجتهاد جمهور الفقهاء الذين **سدوا الذريعة بالشرط** ، حيث قالوا : انه يشترط **ان تقطع العروق ، وفي الحيوان حياة مستقرة ، حتى يكون رفع حياته بالذبح ، لا بالموت ، او الخنق** ، فلم يبق لدى المالكية من دليل ، يوهنون به أدلة الجمهور ، فكان رأي الجمهور هو الراجح في رأينا .

وعلى هذا ، فالطريقة الاوربية اذا ثبت **انها تقطع رقبة الحيوان مرة واحدة ، وبسرعة فائقة** ، كلمح البصر ، **فان** قتل الحيوان ينسب الى **« الذبح »** قطعا ، لا الى الخنق **او الموت** ، فيحل الاكل منه حينئذ بلا ريب .

---

(١) تفسير القرطبي : المالكي : جـ٦ ص٥٤ .

(٢) القوانين الفقهية : ص١٩٤ ــ لابن جزيء المالكي ــ راجع في مذهب الحنابلة ــ شرح المقنع ــ جـ٣ ــ ص٥٢٨ لابن قدامة الحنبلي ــ والمغني جـ ٨ ص ١٧١ .

طريقة الصعق الكهربائي

ليس من شك ، أن **« الصعق الكهربائي » لا يدمي الحيوان ، ولا ينسيل دمه ، وانما يحدث « صدمة »** قد تحدث بدورها شللا في الحيوان قبل موته ، وهنا ، اذا كان الحيوان « نفورا ممتنعا ، فأصبح بعد الصدمة الكهربائية » هذه ، مقدورا عليه ، فلا يحل حينئذ الا بالذبح اتفاقا وفي محله ، وبشروطه التي قدمنا ، لانه بالصعق الكهربائي ، قد ارتفع امتناعه وتفوره . **فلا يحل الا بالذكاة الشرعية التي هي الاصل في الحل .**

ـ أما اذا **«مات» بالصعق الكهربائي** ، نفسه ، فلا يحل ، من قبل أن **« الدم »** الخبيث المحرّم ، لم يتم فصله عن اللحم ، بالصعق ، فلابد من « إنهار الدم ، ليحل ، اذ الدم نجس خبيث ، محرم تناوله ، بالنص القاطع ، فبقي في جسم الحيوان مختلطا بلحمه ، أو متجمدا ، اثرا للصعق ، والحديث الشريف صريح في تعليق حل التناول ، على انهار الدم : **« ما انهر الدم »** وذكر اسم الله عليه فكل » ولا يتم ذلك الا بآلة حادة تقطع عروق الحيوان قطعا حادا عميقا ، يستنزف دمه .

الصعق الكهربائي نوع من التدويخ

ان الصعق الكهربائي المميت ، طريقة لاماتة الحيوان بصورة سريعة ، ويهيء ـ **في الوقت نفسه** ـ عددا كبيرا من الحيوان ، إثر قتله ، لتصنيع لحمه : من تعليبه ، أو تثليجه ، أو تجفيفه ، وبكميات كبيرة جدا : في المصانع الضخمة ، **ولكن هذه الطريقة لا يقرها الشرع اطلاقا** ، لسبب بسيط ، هو أن «شرط الحل» وهو «انهار الدم» منتف في هذه الطريقة ، بل ان **« الدورة الدموية »** التي تبارع في تزيف الدم حالة الذبح ، تقف (هذه الدورة) عند أول صدمة بالصعق الكهربائي، فلا يتم انهار الدم الذي هو شرط الحل : كما أشرنا .

هذا ، والصعق نوع من «التدويخ» أيضا ، وقد كان قديما بما يشبه «البلطة» تهوي على رأس الحيوان ، فيفقد الوعي ، ويضعف القوى إثر ذلك ، وهذه **« الطريقة البدائية »** كانت تستخدم بالنسبة الى الحيوان الكبير ، كالثور مثلا ،

والتدويخ ــ في الواقع ــ خطوة تمهيدية للاقتدار على ذبح الحيوان ، وليس التدويخ نفسه هو ذبحه ، أو ذكاته .

ومن آلات التدويخ التي تفقد الحيوان الكبير وعيه ، وتوهن قواه « **المسدس** » للتمكن من ذبح أعداد كبيرة جدا من مثل هذا الحيوان ، وفي وقت قصير ، استجابة لمطلب المصانع الضخمة ، لتصنيع لحمه ، من التعليب ، أو التجفيف ، أو التبريد .

وعلى هذا ، فالصعق الكهربائي ، كعملية تدويخ شديد واماتة ، لا يحل الحيوان شرعا من حيث انها طريقة لتحصيل لحمه ، وأكله ، أي ليقوم مقام « **التذكية الشرعية** » ، لما قدمنا .

وأما مجرد التدويخ ، بالآلة الحادة ، أو المسدس ، أو الصعق الكهربائي بدرجة خفيفة لا تميت ، كخطوة اولى لذبح الحيوان ، وانهار دمه ، فهذا جائز ، ولا بأس به ، لانها طريقة **لاضعاف قوى الحيوان** ، وانهاكه ، **لا لقتله** ، شريطة الا تحدث فيه شللا أو تغيرا في طعم لحمه ، أو ريحه ، او لونه .

ح ــ حكم طريقة اماتة الحيوان ، والحصول على لحمه للطعام ، بغاز ثاني اكسيد الكربون

أما طريقة افقاد الحيوان وعيه ، بغاز ثاني أكسيد الكربون ، مما هو متبع في بعض البلاد الاجنبية ــ على ما سيأتي تفصيله ــ فقد ثبت أنها طريقة تأتي على الحيوان ، فتميته خنقا ، في الغالب ، **واذا غلب جانب التحريم ، في طريقة ما ، لم يحل الحيوان بالطريقة التي تفضي الى ذلك ، فهو الخنق بمادة « كيميائية » والمنخنقة محرمة بصريح النص ، أيا كانت الوسيلة ، ومعلوم ، ان « الانخناق » او « الخنق » هو « حقن الدم في العروق » لا انهاره** ، وهو سر تحريم الميتة ، والموقوذة ، والمتردية ، وما اليها .

فثبت ــ بما لا يدع مجالا للشك ــ ان الذبح أو النحر ، هو أمثل ، وأكفأ طريقة ، لفصل الدم عن اللحم ، ولا يتم ذلك الا بالآلة الحادة التي تقطع العروق

التي يتفجر منها الدم ، ولذا لايجيز الامامية الا بالآلة من الحديد ، اذا كان ثمة آلات معها من غير الحديد ، وأن الدورة الدموية تنشط عند أول عملية الذبح، ويتجه الدم بدورته النشيطة هذه ، لينفجر ويشخب من العروق التي قطعت بالذبح أو النحر ، قطعا حادا عميقا وفوريا ، وهو ما اشترطه الفقهاء ، **وان كان اختلافهم منحصرا في الحد الادنى من الذبح ، كما اشرنا .**

هل تجب التسمية ، شرطا في حل ذبيحة الكتابي ، ولا سيما اذا كان اجنبيا ، يصدّرها الى بلادنا ؟

لم تتفق كلمة الفقهاء في هذه المسألة .

ــ فالمالكية يرون أن « الكتابي » اذا سمى على ذبيحته اسم غير الله ، **تبركا ، لا تاليها ،** لم تكن ذبيحته محرمة ، بل مكروهة[1] .

وذهب عطاء ، ومكحول ، والزهري ، وربيعة ، والشعبي ، الى انه يجوز لنا أكل ذبيحة الكتابي ، ولو ذكر اسم غير الله تعالى عليها !

ودليل هذا الرأي ، هو **« اطلاق النص »** في قوله تعالى : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم »[2] والمطلق يجرى على اطلاقه .

غير أن هذا وذاك ، مردود ، بقوله تعالى : **«وما اهل لغير الله به »** [3] فآية الحل مقيدة بهذه الاخيرة ــ كما ذكرنا ــ ويقدم هذا ، تأكيدا لوحدة منطق التشريع ، عقيدة ، وعبادة ، ومعاملة .

وعلى هذا ، فالشرط ، **« الا يذكر اسم غير الله تعالى »** وهذا معنى يتصل بعقيدة التوحيد الخالص ، أو هو مشتق منها ، ومحكوم بها ، وبذلك **يتسق التشريع الالهي ، عقيدة ، وعبادة ، ومعاملة ، بسلكه نظام عقائدي واحد ،** كما أشرنا .

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : جـ٢ ص ١٠١ .
(٢) المائدة ــ ٤ .
(٣)

ـ أما « عدم ذكر اسم الله تعالى » على الذبيحة ، فهو موقف عقائدي « سلبي » ولكنه يختلف عن الموقف العقائدي « الايجابي » بالبداهة ، لان مؤدى هذا الاخير « ذكر اسم غير الله تعالى » مما يوحي بالوثنية ، أو الاشراك ، وقد فصلنا القول فيه ، مع استعراض الادلة ، فلا نعيده هنا .

مدى اتساق الذبح على الطريقة الاسلامية مع علم وظائف الاعضاء (فسيولوجيا)

مما لا ريب فيه ـ بالنظر الى « علم وظائف الاعضاء » ـ أن «عملية الذبح» بقطع الاوداج (العروق) أو أكثرها ، **تحدث « صدمة نزيفية دموية »** من خلالها يتدفق الدم في الجسم الى « دورة دموية » **يتدفق** عن طريق تلك العروق المقطوعة بالذبح ، من الودجين ، والحلقوم ، والمريء ، الى خارج الجسم ، في غير ايلام . وهي **الطريقة الطبيعية المثلى التي يمكن ان يحصل** الانسان من خلالها ، على اللحم المستخلص من الدم ، واللحم اذا خلص من الدم الخبيث المفعم «بالميكروب» والجراثيم الضارة الفتاكة ، صار « طيبا » لذيذ المذاق والطعم ، شهيا ، شريطة أن يخلص تماما من خبث الدم ، منذ أول القطع (الذبح) حتى ينزف الدم كله ، من خلال العروق المقطوعة ، ويتوقف قلب الذبيح ، ويموت أثرا للذبح ، واستنزاف الدم .

افتراق طريقة الذبح الاسلامية ، عن طريقة تذويخ الحيوان

اذا كان من المؤكد ، أن طريقة الذبح الحيوانية على الطريقة الاسلامية التي بينا ، هي الكفيلة باستنزاف دم الحيوان ، واستصفائه ، لمكان الخبث فيه ، وهي « الاكثر كفاءة » من حيث تخليص لحم الحيوان مما يخالطه من الدم المحرم ، الا ما عسر تخليصه منه عادة ، فيتسامح فيه ، رفعا للحرج عن الناس ، أقول : اذا كان الامر كذلك ، فان موت الحيوان **بالذبح** يغدو أمرا غير مشكوك فيه ، اذ لا يمكن أن يضاف موته الى غير الذبح في هذه الحال ، وعلى خلاف ذلك « التذويخ » .

وبيان ذلك : أن « التذويخ » عملية قد درجت عليها الدول الغربية ، بوجه

خاص ـ كما ذكرنا ـ وأغلب الظن ، أنها مأخوذة عن «الرومان الوثنيين» وليست طريقة مسيحية ، لأنا لم نجد في «الانجيل» ولا فيما قبله ، نصا ينهض بهذه الطريقة ، بل وجدنا ان «الدم» محرم أكله عند الموسويين .

على أن كثيرا من العادات ، والتقاليد التي تجري في دول الغرب خاصة ، حتى أيامنا هذه ، هي « رومانية الاصول » وليست « مسيحية المنبت » . ومكان الشك في «كفاءة» ، طريقة «التدويخ بالصعق» أو «بالمسدس» أو «البلطة» ـ والطريقتان للتدويخ ، غير ان الاولى حديثة والثانية قديمة ـ أقول : مكان الشك في طريقة « التدويخ » ان اضافة الموت اليه غير متقينة ، بل ان ادماء الحيوان «بالتدويخ» ، ليس أمرا مكفولا ، اذ من المحتمل جدا ، أن يكون «موت الحيوان» ، لا بالادماء ، والاستنزاف ، بل « بالسكتة القلبية » وحينئذ لا يتم « فصل الدم الخبيث عن اللحم الطيب الطاهر » وهو « الحكمة الالهية » من شريعة الذبح ، حتى اذا كان هذا محتملا ، بل ومحتملا جدا ، انتفى أن يكون ثمة تيقن بالحل من خلال هذه الطريقة ، «التدويخ» ، فكانت « طريقة الذبح الاسلامية» أظهر ، وأنقى ، وأكفأ في الادماء او الاستنزاف ، واقل ايلاما للحيوان الذبيح ، فضلا عما اثبته علم وظائف الاعضاء (الفسيولوجيا) ، من كفاءتها ، وملاءمتها ، كما قدمنا .

أضف الى ذلك ، ان « التدويخ » يطول أمد النزيف فيه ، بخلاف «الذبح» فالنزيف يحصل بغزارة عند قطع أول عرق من عروق الحيوان المنصوص عليها في السنة الصحيحة الثابتة ، كما هو مشاهد .

هذا ، وليس من المستبعد ـ كما يقول علماء وظائف الاعضاء ـ ان يحدث عقب «التدويخ» مباشرة « صدمة عصبية » لا « صدمة دموية نزيفية » ، فيرتكس الدم في الجسم ، ويتوقف ، ويفقد بذلك «دورته الدموية» التي عن طريقها ينزف من خلال العروق ، فيما لو تم قطعها عن طريق الذبح الاسلامي ، ومعلوم ، أن فقدان الدم دورته ، هو توقف منه ، وجمود في العروق ، واحتقان ، وهو على العكس تماما من «طريقة الذبح الاسلامية» التي تجتذبه الى «الدورة الدموية» ـ كما أسلفنا ـ فيتمكن الدم حينئذ من التدفق والنزيف (الادماء) من خلال

العروق المقطوعة ، أو المذبوحة ، وهذا أمر على غاية من الاهمية التي تتصل **بالحكمة الغائية من اصل مشروعية الذبح في الاسلام** .

وعلى هذا ، فينبغي التمييز دوما بين « **الصدمة العصبية** » نتيجة للتدويخ ، ولا سيما غير المتحكم فيه ، وبين «الصدمة النزيفية» أثرا للذبح على الطريقة الاسلامية ، نظرا الى أيهما الانجع والاكفأ في تخليص اللحم الطيب من الدم الخبيث ، من جهة ، والاقل ايلاما للحيوان الذبيح ، من جهة أخرى ، والاعمق اعتقادا بالله تعالى ، ووحدانيته ، من جهة ثالثة .

عود الى تحرير حكم استعمال غاز ثاني اكسيد الكربون ، في عملية التدويخ

أشرنا آنفا ، الى أن «التدويخ» مفقد للوعي الحقيقي للحيوان ، على النحو الذي نراه بالبلطة ، أو المسدس ونحوهما ، غير ان استعمال المسدس ونحوه في «التدويخ» كآلة مستحدثة ، ولقتل اكبر عدد ممكن من الحيوانات في أقصر وقت، انما يتم ذلك ، من أجل امداد المصانع الضخمة لتعليب لحم الحيوان ، أو تجفيفه ، أو تثليجه ، غير ان بعض هذه المصانع ، وفي كثير من بلاد الغرب ، قد اخذت تستخدم « **غاز ثاني اكسيد الكربون** » للتدويخ ، كما بينا ، وهو أسلوب مستحدث قد ابتكرته «الكيميائيات الحديثة» ، بدلا عن «المسدس» أو «البلطة» التي هي أداة بدائية قديمة ، أو «المطرقة» الضخمة ، على ما فيها من إحداث الالم الشديد ، وافقاد الوعي الحقيقي للحيوان ، وكلها أدوات متحدة « **الغرض** » ولكنها مختلفة من حيث التطوير التقني .

هذا ، ومن الملاحظ ــ على ما يراه الخبراء والكيميائيون ــ ان استعمال « غاز ثاني أكسيد الكربون » في «التدويخ» من شأنه أن يؤدي الى «**الاختناق**» غالبا ، وهو «اختناق كيميائي» حديث ، فقد ظن أنه يحدث «تدويخا» يفقد الوعي ، ولكنه «خنق» ــ على كل حال ــ والله تعالى ، قد حرم «المنخنقة» من تلقاء نفسها ، أو بفعل «الغازات الكيميائية» أو بأي سبب آخر يؤدي الى «الخنق» أو «الاختناق» لقوله تعالى : « حرمت عليكم الميتة والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، و «المنخنقة» والموقوذة والمتردية .. الآية » فانقلب «التدويخ»

انخناقا كيميائيا ، فكان ذلك سببا في «تحريم الحيوان» بصريح النص ، لان «الموت» في هذه الحال ، لم يكن باستنزاف الدم وانهاره ، بل كان بانحباسه في جسم الحيوان ، أو احتقانه ، وهو ــ كما ترى ــ على النقيض من مقصد الشارع، وكل ما ناقض الشارع في شرعه ، فهو باطل ، للمناقضة ، فهذا الاسلوب الحديث في «التذويخ» من شأنه أن يجعل الموت مضافا الى الانخناق ، وليس الى استنزاف الدم ، وهو سبب التحريم ــ بالنص الصريح .

على أن «الخنق» بأي سبب كان ، من وجهة النظر الانسانية ، أسلوب مقيت، فكيف اذا أضيف مقته الى الشرع ؟

الفرق بين افقاد الوعي الحقيقي ، وبين افقاد الشعور بالالم ، وايهما يجيء اثرا للطريقة الاسلامية في الذبح ؟

ذكرنا آنفا ، أن «افقاد الوعي» الحقيقي يتم بالتذويخ ، أيا كانت الآلة المستخدمة له ، بدائية كانت أم حديثة ، فالمؤدى واحد ، وان كان الخلاف فيما بينها ، في السرعة .. فالآلة الحديثة أسرع تذويخا ، وتنتظم أكبر عدد من الحيوانات ، واستجابة لحاجات ولمطالب المصانع الكبيرة ، بخلاف البدائية القديمة ، كالشاكوش ، والبلطة ، وما اليها .

غير أن «الطريقة الاسلامية» في الذبح ، لا تفقد الوعي ، بل تفقد الشعور بالالم ، وفرق بينهما ، اذ «فقدان الوعي» قد يعقب «السكتة القلبية» ــ كما ذكرنا ــ فيبقى الدم الخبيث ساكنا ، أو محتقنا في شرايينه ، وحينئذ لا تتحقق « **الحكمة الغائية** » من مشروعية الذبح ، وهي استخلاص « اللحم الطيب من الدم «الخبيث» فكانت لذلك طريقة غير صحيحة ، أولا ، فضلا عما تورث من ألم شديد للحيوان ، وكفاها إيلاما ، أنها تسكت القلب فجأة ، وتمنع الدم من دورته الدموية ، فلا ينهر الدم من مخارج الشرايين المقطوعة بالذبح ، متدفقا ، وهذا «التدفق» أو «انهار الدم» هو علة حكم الحل شرعا ، بصريح قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « ما أنهر الدم ، وذكر اسم الله عليه ، فكل »[1] بخلاف

(١) نيل الاوطار ــ جـ٨ ص ١٤٧ــ١٤٨ .

الطـريقة الاسلامية ، فانهـا تنهـر الـدم أولا ، وذلـك بمـا تحدثـه مـن « الصدمة الدموية النزيفية » التي تجتذب الـدم ، لان يدور دورته الدموية ، ليخرج من الاوردة أو الاوداج المقطوعة بتدفق غزير ، وهو المقصود «بانهار الدم» الذي هو علة حكم الحل ، في الاسلام ، وأيضا لا يسعب ألما شديدا للحيوان ، فهي اذن طريقة صحية ، فضلا عن كونها انسانية .

الطريقة الانجليزية في الذبح ، وهي ابرع طريقة في نظر الاوروبيين ، ما قوامها ؟ وما حكمها في الشريعة الاسلامية ؟

لا يحصل نزيف الدم بهذه الطريقة الانجليزية البارعة ، ومن ثم فلا تحـل الذبيحة شرعا ، لأن «الحل» يتعلق بانهار الدم ، على ما روينا ، وبيان ذلك :

أن الطريقة الانجليزية التي زُعم انها بارعة في الذبح ـ في نظـر الاوروبيين كافة ـ هي خرق جدار الصدر بين الضلعين : الرابع والخامس ، ومن خلال هذا «الخرق» يُنفخ بمنفاخ أو «كـير» فيختنق الحيوان ، نتيجه لضغط هواء المنفاخ على الرئتين ، وهذا « الاختناق » يحول دون «نزيف الدم» وانهاره ، فلا ينفصل عن لحم الحيوان .

وأرى ، أن لا حاجة الى بيان حكم الشرع في هذه الطريقة التي لا ينفصـل فيها الدم الخبيث عن لحم الحيوان ، بفعل « الاختناق » فكانت لذلك ، غـير شرعية ، لانها غير صحية ، وهو أساس التحريم ، ولأن موت الحيوان في مثـل هذه الطريقة ، مضاف الـى « الاختناق » لا الى « الذبح والتذكية » او انفصال الدم او انهاره ، والاختناق صورة من صور الميتة المنصوص عليها في الآية الكريمـة التـي تلونـا آنفـا .

تلك هي الطريقة البارعة في نظر الاوربيين ؟ ومآلها «الاختناق» المعـروف حكمه في التشريع الاسلامي ، بكافة مذاهبه .

الصعقة الكهربائية المدوخة تسرع في بدايـة تعفن اللحـم ، على النحو الذي نـراه اسلوبا لاماتة الحيوان في بلاد « الدانيمارك » .

من الواقع الثابت في بعض البلاد الاوروبية (الدنيمارك) أن سكانها قـد

رفعوا شكواهم الى الدولة ، لتتوقف عن اتخاذ أسلوب « **التدويخ الكهربائي** » لما يفضي اليه من «تعفن اللحم» و «تغير طعمه» أثرا « **للصعقة الكهربائية** » وهذه الشكوى تنطوي على تأييد لطريقة «الذبح الاسلامية» التي تمتاز بكفاءتها ، ونجاعتها ، لسرعة فصلها الدم ، عن طريق قطع « **الاوداج** » دون ايلام للحيوان يُذكر ، ودون « تفاعلات » في الدم واللحم ، نتيجة «**للصعق الكهربائي**» وبقاء الدم المتفاعل في جسم الذبيح ، مما يغير لونه ، وطعمه ، وريحه ، فكانت غير صحية ، وقد يؤدي الصعق الكهربائي الى «الشلل قبل فقد الوعي الحقيقي ، اذا كان خفيفا[1] .

وحتى لو كان ثمة «نزيف» أثرا لاختلاجات الصدمة ، فانه من المستحيل التفريق بين هذا النزيف الناتج عن «الصدمة الكهربائية» وبين النزيف المتسبب عن المرض ، فكان نزيفا أشبه بكونه مرضيا ، منه ان يكون نزيفا طبيعيا ناشئا عن الذبح .

واذا ثبت أن كافة صور « **التدويخ** » تنتج « **صدمه عصبية** » تمنع «الدم» من أن يدور دورته الدموية الطبيعية على النحو الذي نراه في «الذبح» كما تمنعه بالتالي أن يشخب من خلال العروق المقطوعة بالذبح ، كانت «طريقة الذبح» الاسلامية ، هي المثلى ، والاكثر نجاعة في احداث «صدمة دموية نزيفية» وذلك باستخدام «سكين» حادة ونحوها — كبيرة أو صغيرة ، آلية أو يدوية — عميقة القطع ، سريعته ، استخلاصا للدم من اللحم ، ودون ايلام ، فضلا عن أن «الدم» — في هذه الحال — لا يتفاعل كيمائيا مع أي عامل آخر خارجي ، مما يغير طعمه ، أو لونه ، أو ريحه ، وهذا هو المدلول عليه بقوله تعالى : « يسألونك ماذا أحِلّ لهم ، قل أحل لكم الطيبات » .

هذا ، ومما يؤكد ان طريقة « الصعق الكهربائي » لاتحلّ الحيوان المصعوق شرعا ، لعدم تذكيته ، وانهار دمه ، قوله تعالى : « **الا ما ذكيتم** » والمراد « الا ما ذبحتم »[2] أو أدركتم ذكاته ، ومعلوم أن الصعق الكهربائي ، لا يؤدي

---

(١) المرجع السابق .
(٢) تفسير القرطبي — جـ٦ — ص ٧٦ .

وظيفة الذبح الشرعي ، ولا ينتهي الى آثاره ، ومن هنا ، امكن الحكم على مدى صحة ما ذهب اليه الشيخ محمد رشيد رضا ـ رحمه الله ـ من أن المقصود هو « ازهاق روح الحيوان »[1] دون تعذيبه .

والحق أن مجرد « ازهاق الروح » مما لا يفيده معنى «التذكية» الكاملة التي تفيد معنى «التطييب» بالذبح لغة ، وهو لا يتأتى الا بفصل الدم النجس الخبيث المحرم ، عن اللحم الطيب الطاهر ،والصعق لا ينتهي بالحيوان المصعوق الى ذلك ، بداهة ، فلم تتحقق بالتالي **علة حكم الحل شرعا** .

وأيضا ، ان الميتة ، والمنخنقة والمخنوقة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع ، وما اليها ، كلها صور للميتة التي **ازهقت** روحها ، وقد يكون من صور هذا «الازهاق» ما لا تعذيب فيه ، ومع ذلك «حرمت» فلم تطرد علة «الازهاق» هذه ، أي لم يثبت الحكم طردا ، حيث تحققت علته ، فانتقضت ، وانخرمت ، في بعض الصور ، وهو دليل عدم « العليّة» اذ من شرط «العلة» ـ أصوليا ـ ان تكون ثابتة ، ومنطقية ، طردا وعكسا ، وهنا ليست كذلك ، فلم يكن مجرد ازهاق روح الحيوان ، هو العلة ، كما يقول الشيخ محمد رشيد رضا .

وأيضا « لا اجتهاد في مورد النص » ألا ترى أن «العلة» هي «التذكية» وهي منصوص عليها ، ولان تعليق الحكم ـ وهو الحل ـ بالمشتق «ذكيتم» يؤذن بعِلّيّة ما منه الاشتقاق (أي بعلية المصدر ، وهو التذكية) والتذكية بالاجماع ، هي الذبح في الموضع المخصوص ، وعلى صفة مخصوصة ، وبقطع عدد من العروق مخصوص ، وهذا بالاتفاق ، ليتم انهار دم الحيوان ، وليس شيء من هذه المعاني، متحققا في «الصعق الكهربائي» الا ازهاق الروح بالصعق لا بالذبح ، ومعلوم ، أن الشارع ، قد رسم طريقة الذبح الشرعي في الكتاب والسنة ـ على ما بينا ـ وليس الصعق الكهربائي منها ، لا لفظا ، ولا معنى ، ولا دلالة ، ولا واقعا ، ولا أثرا ، فلم يكن بالتالي سببا موصلا الى حل الحيوان المصعوق شرعا .

أضف الى ذلك ، أن « حكمة التشريع» لا تتحقق فيه ، بل تحققت فيه علة «التحريم» لعدم انهار دمه الخبيث المحرم ، وهذا بيّن .

---

(١) حكم اللحوم المستوردة ـ ص٤٨ وما يليها ـ للدكتور محمد عبد القادر أبو فارس .

وعلى هذا ، فان المطلوب شرعا ، ليس هو مجرد ازهاق الروح ، والا فلم حرمت المنخنقة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع ، وكلها صور للميتة التي أزهقت روحها ، ولكن المطلوب شرعا على التحقيق ، ما نص عليه القرآن الكريم ، من قوله تعالى « الا ما ذكيتم » أي أدركتم **ذبحه قبل زهوق الروح ، او نفوذ المقاتل ، او احدها ، اي بالتذكية الكاملة** ، ولا يتم ذلك بالصعق الكهربائي الذي تزهق به الروح بداهة .

على أن المحققين المعنيين بتفسير «مفردات القرآن» وتحديد معانيها على وجه التحرير والدقة ، قد أكدوا ، أن المراد من قوله تعالى : « الا ما ذكيتم » اي ما يفيد **ازهاق الروح بانهار الدم ، لا الازهاق وحده** ، يقول الراغب الاصفهاني في هذا المعنى ما نصه : « حقيقة التذكية ، اخراج الحرارة الغريزية ، لكن خص في الشرع ، بابطال الحياة على وجه دون وجه ، أي وهو قطع الحلقوم ، والمريء ، بنهر للدم ، من سكين ، وسيف ، وزجاج ، وحجر ، وقصب »[1] فتقرر ان المطلوب شرعا ، هو ازهاق الروح **بانهار الدم** ، من خلال فري الاوداج[2] المعروفة ، وهي **التذكية الكاملة** ، ومعلوم أن ذلك لا يتم بالصعق الكهربائي بداهة ، ومن ثم فلا يحل الحيوان الذي ازهقت روحه من خلال الصعق ، لبقاء الدم النجس في جسمه ، فضلا عن تغير طعم لحمه ، وريحه ، ولونه ، كما أسلفنا .

وأما عدم تعذيب الحيوان ، فقد وجه الشارع ـ لتحقيق هذا الغرض ـ الى أمرين :

اولهما : احداد الشفرة ، وهي السكين العظيمة ونحوها ، ليتم القطع الحاد العميق .

الثاني : الفورية والاسراع في الذبح ، تلافيا لتعذيب الحيوان ، وهو ما اشترطه جمهور المالكية ، وليس هذا من قبيل الاستحباب والندب ، لان الرحمة

---

(١) مفردات القرآن ـ للراغب الاصفهاني ـ الفعل « ذكى » .
(٢) البدائع : جـ٥ ص ٤١ وما يليها للكاساني ـ حاشية ابن عابدين : جـ٦ ص ٣٩٧ .

بالحيوان ، والرفق به ، واجب شرعا[1] ، لانه من آداب الذبح في الاسلام[2] التي تعبر عن نزعته الانسانية .

طرق «التخدير» لا «التدويخ» وقبل الادماء وانهار الدم ، جائزة ، للسيطرة على الحيوان الكبير الحجم ، غير المقدور عليه ، لرفع تمرده ، واعناته ، وامتناعه .

قدمنا ، أن «التدويخ» ــ خفيفا كان أو قويا ــ من شأنه أن يغير من طعم اللحم ، ولونه ، وريحه ، اذا كان « **تدويخا** » **بالصعق الكهربائي** ، على ما هو متبع في بعض البلاد الاوروبية الغربية ، والشرقية ، نتيجة **لتفاعلات الدم واللحم** ، مع الصعق الكهربائي ، وثمرة لاحداثه « صدمة عصبية » لا « صدمة نزفية دموية » .

وقدمنا أيضا ، أن التدويخ بغير « الصعق الكهربائي » كالبلطة ونحوها ، أو «المسدس» الذي يطلق منه النار على رأس الحيوان ، من شأنه ان يحدث ألما شديدا للحيوان ، اذ أثر «المسدس» كأثر «البلطة» ونحوها من حيث الالم الشديد ، وهي طريقة «بدائية» مغرقة في القدم ، فان مما يرفع «امتناع الحيوان» لضخامته ، أو يسهل القدرة عليه ، لذبحه في محل الذبح المخصوص ، وعلى شروط الذكاة الشرعية ، كل اولئك يمكن ان يتم عن طريق اخرى ، وهي « **التخدير** » وقد تقدم العلم في ذلك تقدما كبيرا ، والاسلام لا يحول **دون استخدام الوسائل العلمية الحديثة المتقدمة ، مادام ثمة محافظة على طريقته التي شرعها ، ومقاصده في الذبح التي رسمها .**

هذا ، وقد ثبت علميا ، ان « **التخدير** » **غير** « **التدويخ** » من حيث « **الوسائل العلمية** » ومن حيث «الاثر» في الذبيح ، **فالتخدير** ــ كما قلنا ــ **مجرد « افقاد الشعور بالالم » بخلاف « التدويخ » فهو « افقاد الشعور بالوعي الحقيقي الكامل »** فضلا عن أن « **التدويخ** » قد يصحبه شلل في بعض صوره ، لما

---

(١) حكم اللحوم المستوردة ص٤٨ ، للدكتور محمد عبد القادر ابو فارس .
(٢) المجموع شرح المهذب : جـ٩ ص٧٨ ــ مغني المحتاج ــ جـ٣ ص٢٦٧ ــ بداية المجتهد ــ جـ١ ص٤٦٠ .

يحدث من «صدمة عصبية» لا نزيفية ، ولا دموية ، ويغير من طعم اللحم ولونه وريحه اذا كان صعقا بالكهرباء ـ كما أسلفنا ـ وقد يوقف القلب فجأة فيموت الحيوان بالسكتة القلبية ، لا بانهار الدم .

هذا ، وقد يحول دون نزيف الدم نزيفا ناتجا عن الدورة الدموية الطبيعية في الحيوان ، وفي هذا هدم لمقصد الشرع في الذبح .

لذا ، كان «التخدير» بطرقه العلمية المختلفة ، جائزا شرعا ، مادام ليس له من «المعقبات» على النحو الذي رأينا في التدويخ .

غير أن تكاليف «التخدير» باهظة جدا ، وهو وان استعمل في **« العمليات الجراحية للانسان » لافقاده الشعور بالالم ، غير انه لم يستعمل في الحيوان ، لاستخلاص لحمه** ، للطعام ، لما ذكرنا من تكاليفه الباهظة[1] .

هذا ، وليس في الشرع ما يمنع من استخدام «التخدير» المؤقت لمجرد رفع امتناع الحيوان ، وتمرده ، أو استعصائه على الذبح ، دونما ايلام له ، أو استخدام لوسائل وحشية بدائية أخرى .

خصائص الطريقة الاسلامية في الذبح :

يستخلص مما سبق ان «الطريقة الاسلامية» للذبح ، تمتاز بما يلي :

١ ـ أنها تعترف بشرعية «الذبح» من الامام ، أو من الخلف ، عند الجمهور، شريطة أن يكون بسرعة فائقة ، تضمن ان يكون موت الحيوان منسوبا الى «الذبح» لا الى نفوذ مقتل من مقاتله ، حتى لايكون حينئذ ميتة ، فلا يحل .

٢ ـ انها تقيم وزنا « للوسائل العلمية الحديثة المتقدمة » التي **تفقد الشعور بالالم « كالتخدير » وهذه نزعة انسانية ، ولا تعترف بالطرق العلمية التي تفقد الوعي الحقيقي للحيوان** ، وقد يصيبه **« شلل »** قبل الموت ، بما يحدث من « صدمة عصبية » لا نزيفية ، ويبقي على الشعور بالالم الشديد ، كما أسلفنا .

---

(١) الطريقة الاسلامية في ذبح الحيوانات للطعام ـ للدكتور غلام مصطفى خان ـ مترجم .

٣ ــ انها تتلافى سائر الطرق التي تتسم بالبدائية ، والوحشية **منعا من تعذيب الحيوان ، واشقائه قبل ذبحه** ، بقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « اذا قتلتم فأحسنوا القِتلة، واذا ذبحتم فأحسنوا الذِّبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته »[1] .

٤ ــ أنها طريقة تتلاءم مع « **علم وظائف الاعضاء** » (الفسيولوجيا) الذي يقوم على « **فطرة الخلقة الحيوانية** »: لانها تجتذب الدم من سائر الانسجة ، وتدفعه الى أن يدور دورته الدموية ، ليجد له منفذا من خلال العروق المقطوعة بالذبح الشرعي ، يتدفق من خلالها ، فيتم بذلك «استنزاف» الدم ، أو تخليص اللحم منه من خلال العروق المذبوحة ، دون تفاعل كيميائي مع أي عامل خارجي ، فيغدو ــ كما قال العلي الخبير ــ من « **الطيبات** » ولهذا ، كانت هذه الطريقة التي سماها القرآن الكريم « **التذكية** » في قوله تعالى : « **الا ما ذكيتم** » وكان هذا «التطابق» الفريد ، بين « **المعنى القرآني** » و « **الطريق الشرعي** » للذبح ، المتفق بدوره مع «طبيعة وظائف الاعضاء» في الحيوان الذبيح التي تنتج «لحما» سماه القرآن وبحق من «الطيبات» .

٥ ــ تحاشت الطريقة الاسلامية ، أسباب المرض ، والخبائث ، ومنها «الدم» الذي هو مرتع «الجراثيم الفتاكة» ولهذا لم تسبح أي طريقة ، لا يتم من خلالها فصل الدم الخبيث عن اللحم الطيب ، **والا كان حراما ، لمكان الخبث فيه** ، الا ما بقي في العروق قسرا ، وعسّر على الانسان استخلاصه ، رفعا للحرج .

٦ ــ اتسمت بالانسانية ، والا فما معنى قوله تعالى: « **الا ما ذكيتم** » فلا نرجع القهقرى الى عهد الجاهلية الاولى ، فنأكل الميتة ، وأكيلة السبع ، والمنخنقة ، والمتردية ، والموقوذة ، والنطيحة ، وسائر صور الميتة ، وان تعددت أسبابها وصورها ، هذا فضلا عن ان الطريقة نفسها ، هي المثلى ، لعدم تعذيبها الحيوان ، من جهة ، وعدم حقن الدم في العروق ، حبسا له ، أو احداثا للصدمات العصبية التي لا تساعد على انهار الدم ، وتخليص جسم الحيوان منه .

---

(١) شرح النووي على مسلم ــ جـ١٣ ص١٠٦ ــ نيل الاوطار : جـ٨ ص١٤٧ .

٧ ــ ان ذبيحة الكتابي حلال أكلها ، **ما لم يذبح لنفسه ، ما هو محرم علينا في شريعتنا ، لان اختلاف «المالك» او «الذابح» لايؤثر في حليّة المحرم علينا ، لمعنى في نفس الذبيح ،** أو لما يمس «أصالة عقيدة التوحيد» بأن **يذكر على الذبيح « اسم غير الله تعالى » من الاوثان ، او الآلهة ،** وقد علمنا ذلك .

٨ ــ ان منطوق الآية الكريمة : « وطعام الذين أوتوا الكتاب ، حل لكم ، وطعامكم حل لهم » قد جاء مطلقا من حيث **الزمان ، والمكان ،** ولكن الآية الكريمة ، ليست مطلقة من حيث **« طريقة الذبح »** بل هي مقيدة بتعاليم الكتاب والسنة ، ذلك ، لان طعام الذين أوتوا الكتاب المقصود منه **« ذبائحهم »** بالاجماع ، وتلك **« الذبائح »** جاء النص القرآني باباحة تناولها ، بقوله تعالى « حِلٌ لكم » وهو أصرح تعبير في القرآن الكريم عن معنى « الاباحة » **ولكن هذا « الحل » ليس مطلقا ، بل هو مشروط ان يكون « الذبيح » من الحيوان الماكول الحلال شرعا في ذاته اولا ، وان يكون ذبحه على الطريقة الاسلامية ثانيا ،** من قطع «الحلقوم ، والمريء ، والودجين على اختلاف في المذاهب في عددها ، **وان كان الفقه الامامي قد ذهب الى وجوب قطع الاربعة جميعا(١)** وهو الافضل في فقه سائر المذاهب ــ كما أسلفنا ــ ذهابا منه ، الى «كمال التذكية» فضلا عن وجوب التسمية ، بذكر اسم الله تعالى عليها(٢) .

على انه اذا شك المسلم في أن «الكتابي» لم يسم على الذبيحة ، ولم يذكر اسم الله عليها ، فان من اجتناب الشبهات ورعا ، الا يأكل منها ، لقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « ومن اتقى الشبهات ، فقد استبرأ لدينه ، وعرضه ، ومن وقع في الشبهات ، وقع في الحرام ، كالراعي يرعى حول الحمى ، يوشك أن يرتع فيه »(٣) ولكن لا على سبيل التحريم الحتمي ، لان هذا سبيله العلم واليقين ، لا الشك أو الوهم .

---

(١) اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية ــ للشهيد العاملي : جـ٧ ص٢٢١ . تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٢٩ للامام الخميني .
(٢) المرجع السابق .
(٣) رواه البخاري ، ومسلم ، وانظر الاحكام في الاحكام ، شرح عمدة الاحكام ــ لابن دقيق العيد : جـ٤ ص١٨٣ .

وهذا من باب التنزيه ، واتقاء الشبهات عند الشك ، ورعا .

هـذا ، ويمكن أن **يستوحى من جملة أحكام «التذكية الشرعية أو الذباحة» ان قواعدها** وشروطها ، أمر يتعلق بالعبادة على الراجح ، بدليل قوله تعالى : **« ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق »** وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « ما أنهر الدم ، **وذكر اسم الله عليه ، فكل »** الى غير ذلك من الاحاديث التي تأمر بالتسمية ، محوا لظاهرة الاشراك ، ولما كان عليه الامر في الجاهلية ، من الوثنية ، حيث كان اسم الآلهة يذكر عليها ، بل كان يتقرب بها اليها ، لذبح هذه الذبائح على النصب ، وهو ما نوه به القرآن الكريم : « وما ذبح على النصب » أي من أجلها .

غير أن الاسلام ، قد ترك « اهل الذمة وما يدينون » اذ «لا اكراه في الدين» وسحب الحكم على الذبائح تعبدا ، وقد مال الى جانب « التسامح الديني والاجتماعي » مع أهل الكتاب ، ترجيحا منه لجانب استقرار التعامل والتعايش السلمي معهم في جميع أقطار الارض ، للاشتراك في أصل العقائد السماوية ؛ اقول : رجح جانب الاستقرار ، واستتباب الامن في الدولة على جانب **« مصلحة الدين »** في هذه الجزئية ، فقال عز شأنه : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حِلٌّ لكم »[1] أي «ذبائحهم» بالاجماع ـ فضلا عن حل التزوج منهم ، على الرغم من أن **« التذكية » او « الذباحة »** وكذلك «ذكاة الضرورة» في الصيد وما في معناه ، أمر يتعلق بالعقائد ، حتى كان معنى «التعبد» فيه ظاهرا ، بدليل اشتراط «التسمية» على الذبيحة ، في الذباحة ، وعلى السهم ، أو الآلة ، او الجارح المعلّم في الصيد ، وما اليه ، كما بينا .

على أننا قد أشرنا ، الى أنّ ليسر لشخص الذابح ، **ودينه دخل في تحليل ما حرم الله ،** فلايجوز بالتالي ، ان يبغي الكتابي لنفسه ، تحليل ما حرم الله علينا في شريعتنا **والا فان ذبيحته لا تؤكل شرعا ، كما بينا ، لمكان التحريم القاطع فيه ، فلا يرفعه تغير المالك .**

---

(١) هذا ما ذكره البخاري في صحيحه عن ابن عباس ـ فتح الباري جـ١٢ ص٥٧ ـ وراجع تفسير الشيخ شلتوت ص٢٩٤ـ٢٩٥ .

وثمة ملحظ لا ينبغي أن نغضي الطرف عنه ، ذلك : ان « من مناط حل طعام أهل الكتاب ، وذبائحهم ، هو « **عقيدة التوحيد** » السماوية التي جاءت بها الشرائع المنزلة ، وقلنا إن الاسلام قد تسامح مع اهل الكتاب اذ قبل منهم هذه «العقيدة» ولو زعما وادعاء ، فكان ذلك الجزء من «المناط» **منظنة لا متيقنة** ، وحقيقة ، وهو ــ لاريب ــ معنى قائم في شخص الذابح ، حتى اذا قام الدليل القوي على انتفاء هذا المناط من نفسه أصلا ، أو سلك طريقة مخالفة لاسلوب شريعتنا في الذبح ، لم تعد ذبيحته مما أحل الله ، لترجيح جانب معنى «التعبد» في الذبح،بالدليل القوي،فضلا عن أن **شخص الذابح من اهل الكتاب ، ليس بذي اثر على تحليل ما حرم الله علينا من الحيوان المحرم لذاته ، او لمعنى في نفسه** ، كالخنزير أو المنخنقة ، أو الميتة ، ولو كان من ذبائح أو طعام اهل الكتاب ، لما ذكرنا من تقييد مطلق منطوق هذه الآية ، بتعاليم الكتاب الاخرى ، منعا من « **التناقض** » في الاحكام ، والقرآن الكريم ــ بلا ريب ــ يقيد بعضه بعضا ، ويفسر بعضه بعضا ، **لان ارادة المشرع فيه واحدة** .

وعلى ذلك ، فينبغي أن يكون « طعام أهل الكتاب » من الحيوان مأكول اللحم ابتداء ، أي مما أحل تناول لحمه على المسلمين ، وفي هذه المعاني ، يقول استاذنا الكبير الشيخ محمود شلتوت ــ شيخ الجامع الازهر سابقا ــ قولا يتضمن ردا على المبيحين لطعامهم باطلاق ، ما نصه : يقولون « ان الله أباح طعام أهل الكتاب ، للمؤمنين ، وهو **يعلم ما يقولون ، ويفعلون ، فيقابله** ، انه سبحانه أباحه للمؤمنين **وهو ايضا يعلم ما حرمه عليهم ، ويعلم انهم يعلمونه ، ويعلمون ان تحريمه لم يكن لانه ملك لهم ، بل لمعنى متصل به ، ومتحقق فيه ، ولا تاثير لصفة المالك عليه** »[1] وهذا واضح .

هل ذكر اسم غير الله تعالى ، يكتفى بشانه عدم العلم به ، او يجب التاكد والتيقن من عدم ذكر اسم غير الله تعالى ، عند الذبح من قبل الكتابي ؟

---

(١) تفسير القرآن الكريم ــ للاستاذ الكبير الشيخ محمود شلتوت ــ شيخ الجامع الازهر ص٢٩٤ــ٢٩٥ .

يقول الله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ، وانه لفسق » **هذه الآية الكريمة ، تضمنت في منطوقها شرطا ، مفاده : أنه يجب لتحل ذبيحة الكتابي — الا يذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة عند الذبح ، فهل يكتفى بعدم العلم ، أو ينبغي التيقن أو العلم من عدم ذكر اسم غير الله تعالى ، على الذبيحة بالنسبة الى الكتابي ؟**

لا نجد الجمهور يشترطون « **التيقن** » أو « **العلم** » بل يكتفون **بعدم العلم**، بخلاف المالكية ، حيث يشترطون **التيقن والعلم** بأن الكتابي **لم يذكر اسم غير الله تعالى** على الذبيحة عند الذبح ، فقد جاء في الشرح الصغير ما نصه : «**فالشرط في جواز أكل ذبيحته ، الا يغيب حال ذبحه عنا ، بل لابد من حضور مسلم عارف بالذكاة الشرعية ، خوفا من كونه قتلها ، او نخعها ، او سمى عليها غير الله** »(١) .

ويتجه على المالكية ، انه لم يتفق معهم في اشتراط هذا الشرط ، أحد من الفقهاء ، كما يرد عليهم ، أن النبي — صلى الله عليه وسلم — لم يثبت انه ورد عنه من سنة صحيحة ثابتة تفيد أن « **العلم** » بعدم وقوع ذكر اسم الله تعالى على ذبيحة الكتابي ، من قبله ، عند الذبح ، هو شرط في حلها ، وانما الذي ثبت ، أن النبي — صلى الله عليه وسلم — قد أكل من «الشاة المصلية» التي أهدتها له يهودية من خيبر ، وكانت قد وضعت فيها السم ، ولم يتحر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن كونها قد ذكر اسم غير الله عليها ، ولا أرسل من الصحابة من يتحرى عن ذلك ، ولا من يشهد ذبحها ، ولو كان ذلك واجبا ، لفعل ، أو لأرسل من يفيده علما بذلك ، لان النبي — صلى الله عليه وسلم — لا يترك واجبا .

وأيضا ، من غير المعقول ، ان يكون قد فعل ذلك ، ولم تنقله السنة الصحيحة الثابتة الينا .

---

(١) الشرح الصغير : جـ٢ — ص١٥٨ ، وحاشية العدوي على الرسالة : جـ٢ ص ٥١٨—٥١٩ .

وأيضا ، من المتيقن ، أن ذبيحة الكتابي حلال بصريح النص : « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » ، ولا ينقض هذا اليقين الا بيقين مثله اذ لا يقوى « الشك » على نقض اليقين ، للقاعدة الفقهية التي مؤداها : « اليقين لا يزول بالشك » حتى اذا علمنا يقينا ان الكتابي قد ذكر اسم غير الله تعالى على ذبيحته ، فقد نقض حينئذ يقين حل ذبيحته ، بيقين مثله ، وهو انه ذكر اسم الله تعالى عليها ، اشراكا ، او وثنية ، فيصبح تناولها محرما حينئذ بهذا اليقين .

وعلى هذا ، فالاصل « يقين الحل » حتى يطرأ المغيّر الذي هو في قوة اليقين ، ولعل «الحكمة الالهية» في ذلك ، عدم تكليف المسلم بما يعسر الوقوف عليه ، والتيقن منه ، رفعا للحرج ، وهو ما جاءت به النصوص ، وعلى هذا الاصل يحكم على اللحوم المستوردة من البلاد الاجنبية .

على أن التشريع الاسلامي ، قد اتجه في تقريره لحكم حل ذبيحة الكتابي ، أقول اتجه الى ما يذكيه ، لا الى ما ياكله ، فقد قال ابن حزم في هذا المعنى مانصه : « وقد اتفقنا على أن المراد بذلك ، ما ذكوه ، لا ما أكلوه ، لانهم يأكلون الخنزير ، والميتة ، والدم ، ولا يحل لنا شيء من ذلك ، باجماع منهم ومنا »[1] .

مذهب الامامية في ذبيحة الكتابي

الاقوى في مذهب الامامية ، أنه يشترط ان يكون الذابح «مسلما» ولا تجوز ذبيحة غيره .

وعلى هذا ، فالكتابي لا تحل ذبيحته ، وكذلك من لا دين له ، من باب أولى ، جاء في تحرير الوسيلة ما نصه : « يشترط في الذابح ، أن يكون مسلما ، أو بحكمه ، كالمتولد منه ، فلا تحل ذبيحة الكافر مشركا كان ام غيره ، حتى الكتابي ، على الاقوى »[2] .

---

(١) المحلى : جـ٨ ص٨١٦ لابن حزم .
(٢) تحرير الوسيلة : جـ ٢ ص ١٣٠ .

ويتجه على الفقه الامامي ، أن ظاهر الكتاب العزيز « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » صريح في الدلالة على الحل ، وهي دلالة صريحة ، لا سبيل الى نقضها بالاجتهاد ، فكان الاقوى ، بل الصريح القاطع ، أنه الحل ، حتى يثبت النقض من المشرع نفسه ، ونعني به النسخ بالدليل ، ولا دليل ، فبقي أصل الحكم مؤبدا ، بشروطه .

وأيضا ، قد جاءت الاباحة في النص القرآني الذي تلونا ، بلفظ «الحل» وهو أصرح الاساليب التي اتخذها القرآن الكريم في الدلالة على هذا المعنى ، دلالة قاطعة لا احتمال فيها ، مما لا يسعفهم شيء من دليل نصي على ماذهبوا اليه من حكم ، ووصفه بالاقوى ، اذ الفقه هو ايراد الحكم مستندا الى الدليل ، فضلا عن بيان وجه الدلالة .

هذا ، والاسلام — بما هو دين قائم على «عقيدة التوحيد الخالص» يرى ، أن ذكر اسم غير الله تعالى على الذبيحة ، هو انتماء واضح الى الشرك ، أو الوثنية ، أو الكفر ، فاعتبر ذلك من « **الجرائم الكبرى** » ولذا حرم تناول شيء من الذبيحة التي ذكر عليها اسم غير الله ، واعتبرها **كالميتة حكما** ، يؤكد هذا ، ما رواه مسلم في صحيحه ، عن علي بن أبي طالب — رضي الله عنه — قال : سمعت رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يقول: « **لعن الله من ذبح لغير الله** » .

ولا ريب أن «اللعن» انما يكون على أمر قبيح اجترح ، فاستوجب هذا العقاب الذي يوحي بشدة القبح ، لعظم الجريمة ، ومن هنا ، تجد تبريرا تشريعيا واضحا في القرآن الكريم ، لتكرار مثل قوله تعالى: «**ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله**» وقوله تعالى : « **وما اهل به لغير الله** »(١) مما يؤكد حرص الشارع على أمرين :

أ — تخليص الحيوان المذبوح من الدم الخبيث ، فصلا له عن اللحم الطيب ، وسماه «الذكاة» أو «التذكية» .

---

(١) ففي سورة المائدة — ٣ قوله تعالى : « وما اهل لغير الله به » وفي سورة البقرة — ١٧٣ قوله تعالى : « وما أهل به لغير الله » وفي سورة النحل — ١١٥ قوله تعالى : « وما اهل لغير الله به » وفي سورة الانعام ، قوله تعالى : « **او فسقا ، اهل لغير الله به** » .

ب ــ الحرص على « أصالة عقيدة التوحيد » بهدم كافة مظاهر الشرك والوثنية التي كان من شعائرها ، ذكر أسماء أربابها ، واصنامها ، وهو معنى « **الاهلال** » والتقرب بالذبائح اليها ، والى أحجارها ، واوثانها ، وهذا امر ديني قد جعله القرآن الكريم اصلا لحل الذبائح ، بقطع النظر عن طريقة الذبح ، أو حل الحيوان المذبوح ، ولو كانت على الطريقة الاسلامية .

٤ ــ القصد :

وهو شرط يتصل بشخص الذابح ،ولا يعرف الا من جهته ، أو من القرائن الخارجية .

هذا ، والقصد غير النية ، من قبيل أن القصد هو الاتجاه النفسي بما يتضمن العزم على الذبح ، والاعتقاد ، بأن الذبيحة ، لا تحل الا بهذا الذبح ، ولا يشترط ذلك في «النية» بل يكفي في النية «عقد العزم على الذبح» .

يقول ابن رشد في هذا المعنى : « **اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية** »(١) .

ولا جرم ان اشتراط هذا الشرط يفتقر الى دليل ، لان من ذهب الى وجوبه ، لا يرى حل ذباح أهل الكتاب ، اذا لم يتوفر ، والغالب عدم توفره فيهم ، لانهم « لا يعتقدون تحليلها بالتذكية »(٢) .

وذهب آخرون الى عدم اشتراط هذا الشرط ، وتمسك بعموم الآية المحللة ، واجاز ذبيحة الكتابي ، ولو لم يتوفر لديه هذا القصد(٣) .

ومنشا الخلاف معارضة عموم الآية الكريمة « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » أقول : **معارضته لاشتراط القصد .**

ويتفرع عن اشتراط «القصد» هذا ، حكم ذبيحة الصبي ، والمجنون ، والسكران ، وغيرهم مما هو مبسوط في كتب الفقه .

---

(١) بداية المجتهد ، جـ١ ص٤٥١ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .

على أن ممن تمسك بهذا الشرط ، يفرع عنه مثالا توضيحيا اذ يقول : « ولو كان بيده سكين ، فسقط ، وانجرح به صيد ، ومات ، أو احتكت به شاة ، وهو في يده ، فانقطع حلقومها ، ومريئها ، لم تحل »[1] .

والراجح ، عدم اشتراط هذا الشرط ، في حق الكتابي ، رفعا للحرج عن المسلمين ، وتحقيقا للتعايش ، وتيسيرا للحصول على اللحوم المستوردة ، عند الحاجة الماسة ،لان انتفاء هذا الشرط لا ينافي عقيدة المسلمين، ولا يمس أصلا من أصولهم ، ولا يخل بمعنى «التعبد» في التذكية .

النزعة الانسانية في الشريعة الاسلامية ، فيما شرعت من طرق التذكية ، والادلة التي تنهض بها .

هذا ، أما ما يدعى من أن البلاد الاجنبية ، قد استحدثت طرق الذبح أو القتل التي فصلنا القول فيها ، وبينا حكم الشرع في تكييفها ، تخفيفا لآلام الحيوان ، واتقاء تعذيبه ، ورحمة به ، فقد تبين أن الواقع لا يحقق ذلك مطلقا ، بل يحقق العكس منه ، وهو شدة الالم ، والتعذيب ، وقد يفضي ذلك الى «الشلل» أحيانا ، أو الحيلولة دون الدورة النزيفية الدموية ، اثرا للصدمة العصبية ، ونود هنا أن نبين طرفا من مظاهر رحمة الشريعة الاسلامية بالنسبة الى الحيوان ، والطير، ورفقها به ، **ونزعتها الانسانية** فيما شرعت من طريقة الذبح ، أو النحر ، أو الصيد وآدابها ، فيما يلي :

أولا ــ قال ــ صلى الله عليه وسلم ــ « ان الله تعالى ، عز شأنه ، كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فأحسنوا القِتلة ، **واذا ذبحتم ، فاحسنوا الذبحة ، وليحدّ احدكم شفرته ، وليرح ذبيحته** » .

فان مما يستنبط من الحديث الشريف،هو **احداد الشفرة ، وهي السكين العظيمة،** أو السيف ، أو ما الى ذلك من الآلات الحادة ــ لسهولة القطع ، وسرعته ، بحيث

---

(١) شرح المحلى على المنهاج : جـ٤ ص٢٥٩ ــ وراجع «الفقه الاسلامي» ص٦٦٢ للدكتور فوزي فيض الله .

يفقد الشعور بالالم ، ويسرع في ازهاق الروح ، ولذا ، نرى «الطير» يقف على قائمتيه ، ويركض برجليه ، محاولا الطيران بعد الذبح ، وكأن شيئا لم يحصل ، وكذلك الحيوان ، ويلاحظ ان «الشفرة» ينبغي أن تكون من الحديد ، ولذا يكره أن يكون الذبح بغير الحديد ، ولو كان حادا .

على أن **الامامية ، لا يجيزون الذبح بغير الحديد حالة الاختيار والسعة** ، وأما في حالة الاضطرار ، وذلك عند عدم وجوده ، ووجود غيره من الآلات المنطبعة من النحاس ، والصُفر ، و الفضة ، فيجوز الذبح بها ، **شريطة خوف فوات الذبيحة** ، فقد جاء في تحرير الوسيلة ، ما نصه : « لا يجوز الذبح بغير الحديد ، مع الاختيار ، فان ذبح بغيره مع التمكن منه ، **لم يحل** ، وان كان من المعادن المنطبعة ، كالصفر ، والنحاس ، والذهب ، والفضة ، وغيرها ، نعم لو لم يوجد الحديد ، **وخيف فوت الذبيحة ، بتاخير ذبحها ، او اضطر اليه** ، جاز بكل ما يفرى أعضاء الذبح ، ولو كان قصبا ، أو لِيطة[1] أو حجارة حادة او زجاجة ، أو غيرها »[2] .

هذا ، وقد جاء في بعض الروايات « وليشد قوائمه ، وليلقه على شقه الايسر ، وليوجهه نحو القبلة[3] ، وليسم الله تعالى عليه[4] ، وهو مما يريح الحيوان ، ويخفف من الشعور بالالم ، فضلا عن المعنى الديني في التوحيد الخالص ، والطاعة لله تعالى ، في التوجيه الى القبلة ، وذكر اسم الله تعالى .

هذا ، **والامامية يوجبون استقبال القبلة بالذبيحة عند الذبح ، تاكيدا للمعنى** الديني « فان اخل **بذلك عامدا** ، حرمت الذبيحة ، وان كان ناسيا أو جاهلا ، او مخطئا في القبلة ، لم تحرم »[5] .

وخالف في هذا ابن رشد ، ولم يعتبر ذلك واجبا ، بل مشروعا[6] .

ثانيا ـ الاسراع ـ ما أمكن ـ في عملية الذبح ، وهو ما يطلق عليه

---

(١) اللبطة : قشر القصب . ـ تحرير الوسيلة جـ٢ ص١٢٩ للامام الخميني .
(٢) تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٢٩ .
(٣) تحرير الوسيلة : جـ٢ ص١٣١ .
(٤) المرجع السابق .
(٥) بداية المجتهد : جـ١ ص ٤٥١ وما يليها .

الفقهاء ، كلمة « التذفيف » اي « الفورية » دون توقف ، أو تريث أو ابطاء ، ليتم قطع الاوداج فورا وبسرعة فائقة ، تريح الحيوان المذبوح ، في ازهاق روحه ، وفقا لقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « وليرح ذبيحته » آي باحداد الشفرة والاسراع في عملية الذبح ، والموالاة فيها ، وقطع الاوداج ، قطعا حادا ، وعميقا .

ثالثا ــ الاقتصار في عملية الذبح على قطع «الاوداج» الاربعة ، دون مجاوزة ذلك الى «النخاع الشوكي» اتقاء شدة الالم ، واحداث صدمات عصبية في الذبيح ، ويقال « نَخَعَ الذبيحة » اذا بلغ بالقطع النخاع الشوكي الذي هو عرق أبيض يمتد من عظم الرقبة الى الظهر ، اذ الذبح ينبغي ألا يتعدى «مواضع الضرورة» وهي الاوداج التي يفضي قطعها أو فريها الى « انهار الدم » **ولا حاجة بعد ذلك الى أن يبلغ الذبح النخاع ، لما فيه من شدة الالم والتعذيب .**

رابعا ــ اقتصارا على **ما تقتضيه «الضرورة»** في الذبح ، وتفاديا للايلام والتعذيب ، وتسريعا في ازهاق الروح ، فقد كره الشارع ، ان يجرّ الذبيح برجله الى مكان الذبح ، لان جره على هذه الشاكلة ، اشعار له بالالم النفسي ، وهو ما لا تقتضيه عملية الذبح ، ولا حاجة اليه ، وقد روي عن ابن سيرين عن سيدنا عمر ــ رضي الله عنه ــ أنه رأى رجلا يسوق شاة له سوقا عنيفا الى المذبح ، فضربه بالدرة ، ثم قال له : « سقها الى الموت ، سوقا جميلا » .

وأنت ترى ، ان هذا تدبير شرعي ، قبل عملية الذبح ، مما يدل على أن الشريعة ، تقي الحيوان من الالم النفسي ، فضلا عن الالم الجسمي ، اذ الحيوان ذو روح ، ونفس ، يشعر بما يشعر به الانسان ، على السواء ، ولاسيما في الامور المحسة ، والمشاهدة ، ويدرك بدائه الامور ، كما يدركها الانسان ، بالغريزة .

يؤكد هذا ، أن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ قد نهى ، **ان ينحدّ الرجل شفرته امام الحيوان ، وعلى مرأى منه ،** لما يورث ذلك من « هلع » الذبح والموت ، فينبغي أن يكون ذلك ، على غير مرأى منه ، ابعادا له ، عن أسباب «الهلع» و «الترويع» وهو معنى انساني بلا ريب ، فقد روي عنه ــ صلى الله عليه وسلم ــ انه رأى رجلا ، أضجع شاة ، واخذ يحد شفرته ، على مرأى منها ،

فقال عليه الصلاة والسلام : أوددتَ ان تميتها موتات ؟؟ هلا حددت الشفرة قبل أن تضجعها ؟ أي في غيبة عنها ـ وقبل اشعارها بتهيئتها للذبح .

وايضا ، قد روي ان سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله تعالى عنه ـ رأى رجلا ، وقد اضجع شاة ، **ووضع رجله على صفحة وجهها ، وهو يحد الشفرة** ، فضربه بالدرة ، فهرب الرجل ، وشردت الشاة !

وفيما قدمنا ، أدلة كافية ، على **« النزعة الانسانية »** التي تختص بها الشريعة الاسلامية ، **سواء قبل الذبح ، ام اثناءه** .

أما بعد الذبح ، فان من المعلوم ، أن تعاليم الشريعة تنهى عن **سلخ الحيوان قبل ان يبرد** ، لان في ذلك تعذيبا شديدا ، يضاهي قطع أعضاء الحيوان ، وهو حي[1] ، وهو ما حرمته الشريعة تحريما قاطعا ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « ما قطع من البهيمة ، وهي حية ، فهو[1] ميت[2] » . أي في حكم الميت ، من حيث التحريم ، ليقطع دابر هذه العادة .

وأيضا ، مما يدل على تحريم السلخ قبل أن تبرد الذبيحة ، أي قبل ان تزهق روحها ، تجنبا لايلامها ، وتعذيبها ، قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : **« لا تعجلوا الانفس قبل ان تزهق »**[3] .

وكذلك ، يكره كسر عنق الحيوان ، بعد ذبحه ، وقبل زهوق روحه ، لما

---

(١) حياة الحيوان : للدميري : جـ١ ص٣٩٠ . بدائع الصنائع : جـ٦ ص للكاساني ـ أحكام القرآن : جـ٦ ص٥٦ ـ المغني لابن قدامة جـ٨ ص٥٧ ـ وانظر كتاب المطعومات والاعذار الشرعية : ص٩٢ وما يليها للدكتور رمضان علي .
اي المقطوع ميت لا يؤكل ، وقد كان من عادة الجاهلية ان يقطعوا من الشاة ، قطعة من البتها ، او ذراعها ، ويأكلوها ، ثم يتركوها هكذا ، تعاني آلام القطع
(٢) الشديدة ، فحرم الاسلام ذلك ، لما فيه من الوحشية ، وقسوة القلب ، وعدم الاكتراث بآلام الحيوان الشديدة المستمرة ، واعتبر الجزء او العضو المقطوع كالميتة لا يحل .
(٣) نيل الاوطار ـ جـ٨ ـ ص١٤٢ وما يليها .

فيه من الايلام الشديد[1] .

ويقاس على ذلك ، كل تصرف في الذبيحة ، قبل زهوق روحها ، مما يورثها الالـم والتعذيب .

هذا ، والله الهادي الى سواء السبيل .

* * *

(١) فقه السنة : جـ٣ ص ٣٠٣ ، رواه الدار قطني .

البحث السابع

اختلاف المطالع
وأثره في ثبوت الأهلّة
في الفقه الإسلامي المقارن

تمهيد :

آ ـ اتفق الفقهاء على أن اختلاف مطالع[1] القمر ، ظاهرة كونية محسوسة ومشاهدة ، ناجمة عن تحرك الكواكب : من الشمس والقمر والأرض ، فلا يسع أحداً إنكارها ، لانه جهل أو مكابرة .

يقول ابن عابدين[2] في هذا الصدد : « إعلم أن نفس اختلاف المطالع ، لا نزاع فيه ، بمعنى أنه قد يكون بين البلدتين بُعد" ، بحيث يطلع الهلال ليلة كذا في احدى

---

(١) المطالع : جمع « مطلع » بفتح الميم ، وسكون الطاء ، وكسر اللام وفتحها ـ المصباح المنير .
والمقصود هنا ، مكان طلوع القمر بطرفه الهلالي المنير على أهل الارض عند الغروب او إثره ، في أول ليلة من الشهر القمري .

(٢) رد المحتار على الدر المختار : جـ ٢ ص ٣٩٣ ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة البابي الحلبي بمصر ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ م .
الرسائل : جـ ١ ص ٢٤٩ ـ ويقول ابن عابدين : « واختلاف المطالع واقع مشاهد » ـ المرجع السابق .

البلدتين ، دون الاخرى ، **وكذا مطالع الشمس** »[1] .

ويعلل الإمام الزيلعي اختلاف مطالع القمر كظاهرة كونية ، بقوله : « وانفصال الهلال عن شعاع الشمس ، يختلف باختلاف الاقطار ، كما أن دخول الوقت وخروجه ، يختلف باختلاف الاقطار[2] ، حتى اذا زالت الشمس في المشرق ، لا يلزم أن تزول في المغرب ، وكذا طلوع الفجر ، وغروب الشمس ، بل كلما تحركت الشمس درجة ، فتلك طلوع فجر لقوم ، وطلوع شمس لآخرين ، وغروب لبعض ، ونصف ليل لغيرهم »[3] .

واتفقوا كذلك على أن الحاكم الاعلى المسلم اذا أصدر أمراً بثبوت هلال رمضان وبدء الصوم ، وكان يرى أن لا عبرة باختلاف المطالع ، في اجتهاده ، وثقل

---

(١) وفي رسالته « تنبيه الغافل الوسنان على احكام هلال رمضان » ما نصه : « فتلخص تحقق اختلاف المطالع ، **وهذا مما لا نزاع فيه ، وانما النزاع في انه هل يعتبر أم لا ؟** » . ج ١ ص ٢٥٠ من مجموعة رسائل ابن عابدين : تصوير عالم الكتب ـ بيروت .

(٢) **يجنح** الامام الزيلعي الى **المقايسة بين هاتين الظاهرتين الكونيتين** على أساس تصوره الخاص لحركة كل من الشمس والقمر ، ووضعهما الكوني المتحد ، غير ان هذه المقايسة ينقض صحتها الوضع الكوني المختلف لكل منهما فلكيا ، كما سيأتي .

(٣) هذا مسلّم بالنسبة للشمس ، نتيجة لحركتها في وضعها الكوني الخاص ، من حيث مواجهتها للارض مباشرة ، كل يوم ، ولكن للقمر وضع آخر مختلف ، سنفصل القول فيه في مقامه ، فالقياس مع الفارق .
تبيين الحقائق : ج ١ ص ٢١٣ للزيلعي .
وانما اوردنا هذا النص للامام الزيلعي ، للدلالة على ان الفقهاء القدامى ، كانوا يصدرون في اجتهاداتهم الفقهية عن بحث ودراسة للواقع ، كونيا كان ام ارضيا ، تنتج تصورا خاصا عندهم ، يبنون على اساسه احكامهم . على النحو الذي رأيت ، اما ان هذا التصور الاجتهادي يقبل النقد اليوم او لا يقبله ، فهذا شأن آخر ، ولا ضير عليه لو وجه اليهم نقد ، ذلك لان تصورهم للظواهر الكونية كان محدودا بمستوى ثقافة عصرهم ؛ وانما يعنينا المدأ من حيث هو .
واختلاف المستويات الثقافية عبر العصور نعتبره من باب اختلاف الظروف والازمان المؤثرة في اختلاف الاحكام الفرعية العملية .

أمره هـذا الى جميـع الاقطار الاسلامية الخاضعة لولايته ، نقـلاً صحيحـاً ، **وجب الصوم في حقهم كافة ، ولا عبرة عندئذ باختلاف المطالع بالاجماع ، لانها مسالة منجتهد" فيها ،** والقاعدة الشرعية المقررة ، أن حكم الحاكم ، يرفع النزاع ، ويترجح به أحد النظرين الذي يراه أدنى الى الحق والمصلحة في اجتهاده ، ويجب انفاذه ، وطاعة أمره فيه على المسلمين كافة ممن هم خاضعون لولايته .

وعلى هذا ، فاذا ثبتت رؤية الهـلال في قطر ، ولم تثبت في مطالـع الاقطار الاخرى ، **لزم هؤلاء ثبوت الهـلال برؤية غـيرهم** ووجب الصـوم عليهـم ، بحكم الحاكم ، باتفاق الأئمة الاربعة ، كما قدمنا ، سواء تقاربت الاقطار أم تباعدت ، اذا وصلهم الخبر ، ولو كان بعضهم في آخر جزء من الليل[1] .

واتفقوا ايضا ، على **اعتبار اختلاف مطالع الشمس في مواقيت العبادات ، يومياً ،** فتختلف تبعاً لاختلاف وقت شروق الشمس وزوالها وغروبها ، في حـق كل بلد ، **فلكل بلد مواقيته** في الصلوات الخمس والإفطار والسحور ، وهذا لا خلاف فيه منذ عهد النبوة ، وتوالى عبر القرون الى يومنا هذا ، فانعقد الاجماع على ذلك .

وعلى هذا ، فتوحيد مواقيتها في الاقطار المختلفـة باطل ، بل لا يتصـور ، لاختلاف مواقع الاقطار على الكرة الارضية ، جهةً وقـدراً ، في خطوط الطـول والعرض . وهذا بالاجماع[2] .

---

(١) المجموع : شرح المهذب : جـ ٦ ص ٢٢٦ ــ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ وما يليها للشوكاني . أما اذا وصلهم الخبر بعد طلوع الفجر او في النهار ، فان أفطروا فعليهم **قضاء** هذا اليوم بعـد رمضان ؛ لتـأخر الخبر ، اذا شاركوا سـائر الاقطار في جزء من الليل وقت ثبوت الرؤية .
ويقول ابن عابدين : « **لا عبرة باختلاف المطالع في الاقطار** ، الا عندالشافعي ذي العلم الزخار ، ما لم يحكم به حاكم يراه ، فيلزم الجميع العمل بمـا امضاه ، كما ذكره ابن حجر وارتضاه ، وقـال : **لانه صار مـن رمضان عندنا ، بموجب ذلك الحكم ومقتضاه** » . مجموعة رسـائل ابن عابديـن : جـ ١ ص ٤٥٣ .

(٢) رسائل ابن عابدين : جـ ١ ص ٣٥٠ .

وايضاً ، **لان الشمس تواجه الارض مباشرة ، كل يوم** ، وتتدرج في طلوعها ، بسبب كروية الارض ، ودورانها حول نفسها ، فتختلف مواقيت شروقها وزوالها وغروبها ، بهذا التدرج واقعاً وحساً .

هذا ، والشارع الحكيم ، قد أناط أحكام وجوب أداء الصلوات والإفطار في رمضان ، والإمساك ، **بوجود هذه الاوقات بعينها** ، كقوله تعالى : « أقمِ الصلاةَ لدلوكِ الشمس » وقوله تعالى : « وكلوا واشربوا ، حتى يَتبيَّنَ لكم الخيطُ الابيضُ من الخيطِ الاسودِ ، من الفجر » .

ذلك ، **لاختلاف مطالع الشمس** ، ومن ثمَّ ، فلا يجب أداء الصلوات ، ولا يجب الافطار والإمساك ، على قوم الا عند تحقق مواقيتها في بلدهم على استقلال ، ولا يلزمون بتحققها في غيره .

د ـ **واختلف الفقهاء** بعد ذلك في مسالة « **اعتبار اختلاف مطالع القمر ، او عدم اعتباره** في ثبوت الأهلّة ، وما يتعلق بها من الاحكام الشرعية ، كثبوت بدء الصوم في رمضان ، وبدء الفطر في شوال ، وغيرها من الشهور .

تحرير محل النزاع :

أما محل النزاع ، فيتحدد بما يلي : هل اختلاف مطالع القمر في الاقطار الاسلامية ، معتبر في ثبوت الأهلة ، وما يتعلق بها من أحكام ، أو ليس بمعتبر في ذلك ؟ (٢) .

توضيحه :

وتوضيح ذلك ، أنه اذا كانت العبرة باختلاف المطالع ، فان مقتضى ذلك ، الا يلزم أهل بلد لم يروا الهلال في مطلعهم ، برؤية أهل بلد الرؤية ، سواء تقاربا

---

(٢) يقول ابن عابدين : « فتلخص تحقق اختلاف المطالع ، وهذا لا نزاع فيه ، وانما النزاع في أنه هل يعتبر ام لا ؟ ـ الرسائل : جـ ١ ص ٢٥٠ .

ام تباعـدا ، **فلكل قـوم مطلعهم ، ورؤيتهم ، كمـا ان لكل قطر مطـلع شمسـه ، وزوالها ، وغروبهـا .**

فاذا اختلفت مواقيت أداء الصلوات في كل بلد ، تبعاً لاختلاف مطالع الشمس فيه ، فكذلك يختلف يوم بدء وجوب الصوم في الاقطار ، تبعاً لاختلاف مطالع الهلال في كل منها على انفراد .

ومؤدى هذا ، **ان رؤية الهلال في المشرق ، لا يلزم بها اهل المغرب .**

اما اذا ذهبنا الى عدم اعتبار اختلاف المطالـع ، فان مقتضى ذلك ، **ان رؤيـة الهلال في المشرق يلزم بها اهل المغرب ، ولو لم يروه** ، فيعم حكم وجوب الصوم جميع هذه الاقطار الاسلامية تبعاً لذلك ، وكـذلك حكم الفطر بثبوت هـلال شوال ، وغيرهما من الشهور[1] .

أو بعبـارة أخرى ، يكتفى بثبوت رؤية الهلال في بعض[2] البـلاد ، ليعتبر ثابتاً في حق سـائر الاقطار ، ولـو لم تتم رؤية القمر فعـلا في مطالعـه لديهـا ، **فيعمهم الحكم الشرعي** من وجوب الصـوم ، أو وجوب الافطار في بـدء شوال ، أو ميقات الحج والأضحية ، بناء على أنْ لا عبرة باختلاف المطالع .

بعد أن حررنا محل النزاع ، ووضحنا مضمونه ، وما تفرع عنه مـن أحكام ، نشرع في عرض اتجاهات الفقهاء في هذه المسألة ، وما اعتمدوه مـن أدلة ، ووجوه استدلالهم بها ، ثم نتناولها بالمناقشة ، ونرجح ما هو أقوى دليلاً .

اتجاهات الفقهاء في حكم اختـلاف مطالع القمر ، واثره على ثبـوت الأهلّة ، وما يتعلق بها من الاحكام الشرعية ، وعرض ادلتهم ووجوه استدلالهم بها :

---

(١) جاء في رسائل ابن عابدين : جـ ١ ص ٢٣٤ «**وهلال الاضحى وغيره كالفطر**».

(٢) يقول العلامة الكمال ابن الهمام في فتح القدير في هذا المعنى : « واذا ثبت في مصر ـ بلد ـ لزم سائر الناس ، فيلزم أهل المشرق ، برؤية أهل المغرب في ظاهر المذهب » أي الحنفي : جـ ٢ ص ٥٣ .

• **الاتجاه الاول : العبرة باختلاف المطالع :**

اتجه فريق من فقهاء المذاهب[1] الى أن اختلاف مطالع القمر معتبر كاختلاف مطالع الشمس، غير أن بعضهم اشترط تباعد البلدان [2] ، فان تقاربت فلا اعتبار[3]، اذ بالتقارب تتحد المطالع غالباً ، ويصبح حكم البلاد المتقاربة حكم بلد واحد .

يقول الإمام النووي : « اذا رأوا الهلال في رمضان في بلد ، ولم يروه في غيره ، فان تقارب البلدان ، فحكمها حكم بلد واحد[4] ، ويلزم أهل البلد الآخر الصوم ، بلا خلاف ، وان تباعدا[5] ، فوجهان مشهوران[6] ... **اصحهما ، لا يجب الصوم على اهل البلد الآخر** ، والثاني يجب »[7] .

---

(١) وهو اجتهاد بعض الشافعية ، وبعض الحنفية ، وبعض المالكية ، والامامية والزيدية .

(٢) لم ينهض على هذا الشرط دليل شرعي ، انما هو مجرد اجتهاد عقلي ، بدليل اختلافهم في ضبطه اختلافا كثيرا ، كما سياتي .

(٣) المجموع شرح المهذب : جـ ٦ ص ٢٢٦ ـ البدائع : جـ ٢ ص ٨٣ ـ تبيين الحقائق : جـ ١ ص ٣٢١ . ويقول الامام الزيلعي في هذا الصدد تاكيدا لما جاء في مجموع النووي ما نصه : « ولا عبرة باختلاف المطالع » **وقيل يعتبر** ... فان **كان بينهما تقارب بحيث لا تختلف المطالع ، يجب ، وان كان بحيث تختلف لا يجب** ، واكثر المشايخ على انه **لا يعتبر** ، اي سواء تقاربت ام تباعدت » .
وبنحو هذا قال الكاساني : « اذا كانت المسافة بين البلاد ، **قريبة ، لا تختلف فيها المطالع** ، فاما اذا كانت بعيدة ، فلا يلزم احد البلدين حكم الآخر ، لان مطالع البلاد عند المسافة الفاحشة تختلف ... » .
ـ البحر الزخار : جـ ٣ ص ٢٤٢ وما يليها للمرتضى .
ـ الروض النضير : جـ ٣ ص ٧٧ وما يليها للسياغي .

(٤) اذ بالتقارب يتحد المطلع .

(٥) بالتباعد تختلف .

(٦) دليل على ان الوجهين صحيحان مشهوران ، غير ان الارجح في المذهب الشافعي هو اعتبار المطالع ، فلا يجب ، والثاني يجب، لعدم اعتبار المطالع.

(٧) اذن عدم اعتبار المطالع قول صحيح مشهور عند الشافعية ايضا كما ترى ، وهو المتفق مع راي الجمهور ، لان التعبير بالاصح ، يقتضي المشاركة في اصل الصحة ، واحدهما يتميز بالافضلية ، وهو الذي عبر عنه بالاصح ، فالشافعية ـ كما ترى ـ اختلفوا حتى في حالة التباعد .

وهذا ما اتجه اليه بعض فقهاء الحنفيـــة ، وجمهور الشافعية ، وهـــو مذهب الإمامية والزيدية[1] وبعض المالكية[2] .

اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد :

وقد اختلف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد اختلافاً شديداً ، نأتي منه على بعض الوجوه[3] .

الاول : أن التباعد يختلف باختلاف المطالع ، كالحجاز ، والعراق ، وخراسان .
ـ والتقارب أن لا يختلف ، كبغداد ، والكوفة ، والري ، وقزوين .

الثاني : الاعتبار باتحاد الاقليم واختلافه .
فان اتحدا فمتقاربان ، وإلا فمتباعدان .

---

(١) المراجع السابقة ـ ونيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ وما يليها ـ المجمـوع شرح المهذب : جـ ٦ ص ٢٢٦ .

(٢) مواهب الجليل : جـ ص للحطاب المالكي ـ القوانين الفقهية : ص لابن جزي المالكي ، ونيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ وما يليها .
غير أن بعض المالكية يرى أن اختلاف المطالع يعتبر اذا ثبتت الرؤية عنـد حاكم خاص ، فانه لا يعم الحكم إلا مَن في ولايته « وهو خلاف المشهـور عند المالكية » المراجع السابقة .
ـ وهذا ـ في الواقع ـ تخريج على قاعدة فقهية مؤداها : « ان حكم الحاكم في كل فصل مُجْتَهَد فيـه ـ كمسألتنا هـذه ـ يرجح أحـد النظرين ، وباعتبـار ان حكم الحاكم واجب النفـاذ ، لوجوب طاعتـه ، فان حكمه ـ بطبيعة الحال ـ لا يسري الا على من في ولايته ، لان المفروض انه حاكم خاص بولاية أو قطر معين ، بخلاف الحاكم العام الاعلى (الخليفة) ، فان حكمه يسـري على المسلمين كافة ، لعمـوم ولايته ، ولوجوب طاعتـه ، وإمضاء احكامه ، على الكافة .
ـ والحاكم الخاص كالقاضي ، والوالي ، وامير البلد .
فتح القدير : جـ ٢ ص ٥٢ ـ ٥٣ ـ بحث للشيخ علي السايس في مجلـة مجمع البحوث الاسلامية بالازهر ـ المؤتمر الثالث : ص ٨٥ .

(٣) المجموع : جـ ٦ ص ٢٢٧ للنووي .

الثالث : أن التباعد مسافة القصر ، والتقارب دونها ، وبهذا قال إمام الحرمين ، والإمام الغزالي[1] .

الرابع : **انه يلزم** كل بلد لا يتصور خفاؤه ـ القمر ـ عنهم بلا **عارض** ، دون غيرهم[2] .

الخامس : **انه يلزم** اذا اختلفت الجهتان **ارتفاعاً** وانحداراً ، كان يكون احدهما سهلاً والآخر جبلاً ، أو كان كل بلد في اقليم ، وهو قول الهادوية ، والزيدية[3] .

هذا ، ويرى الإمام النووي ، أن كلاً من ضابط البعد والقرب يَطَّرد حكمه ، ولا يتخلف .

أما التباعد فظاهر ، لانه به تختلف المطالع واقعاً ، وعلى نحو مشاهدومحسوس .

وأما التقارب ، فلأن به تتحد مطالع البلاد المتقاربة ، حتى كانت ـ كما يقول ـ في حكم بلد واحد ، والاصل أن تقع الرؤية فيها جميعاً في زمن متحد أو متقارب ، لوحدة المطلع ، حتى اذا رؤي الهلال في بعضها دون بعض ، لم يرجع ذلك الى سبب كوني يتعلق بسير الكواكب بحيث يحجب الهلال عن الرؤية في بعض المطالع دون بعض ، وانما مرد ذلك بالنسبة لمن لم يَرَ الهلال من أهل البلاد المتقاربة ، الى أحد أمرين :

آ ـ إما تقصير أو اهمال في التحري والتأمل .

ب ـ وإما لعارض جوي من غيم أو قتام .

---

(١) المرجع السابق ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٨ .
وقد جاء الامام السرخسي بضوابط أخرى في اعتبار القرب والبعد ، لا يتسع المقام لتفضيلها ـ المبسوط : جـ ٣ ص ٥٤ وما يليها .

(٢) المرجع السابق : نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٨ .

(٣) المرجع السابق ـ البحر الزخار : جـ ٣ ص ٢٤٢ وما يليها ـ الروض النضير جـ ٣ ص ٧٧ وما يليها .

وهذا لا يؤثر في « **وحدة الحكم** » بالنسبة اليها ، « لوحدة المطلع » كما أسلفنا[1] . وفي هذا المعنى ــ يقول الإمام النووي ما نصه :

« انه اذا لم يختلف المطلع للتقارب ، فان عدم رؤية بعضهم للهلال ، انما يكون عن تقصيرهم في التأمل ، أو لعارض من غَيْم أو قَتَام ، بخلاف مختلفي المطالع للتباعد »[2] .

ثم جزم بأن الضابط الاصح للبعد والقرب ، **هو الوجه الاول**[3] .

وقوع الشك في القرب او اتحاد المطلع ، تطبيقا وعملا ، يوجب ــ عند الشافعية ــ الرجوع الى الاصل ، وهو اعتبار اختلاف المطالع ، ولان الاصل ايضا ، وجوب الصوم بالرؤية :

أما اذا وقع الشك في التقارب ، أو اتحاد المطلع ، فلا يلزم الذين لم يروا الهلال ــ في اجتهاد الشافعية ــ برؤية البلد الذي وقع الشك في قربه من الرؤية ، أو بعبارة أخرى ، اذا وقع الشك في اتحاد مطلعه ، وتعليل ذلك :

آ ــ ان الاصل عدم الوجوب .

ب ــ لان الصوم ــ في الاصل ــ انما يجب بالرؤية ، لقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « **صوموا لرؤيته ، وافطروا لرؤيته** » .

---

(١) بشيء من التصرف الايضاحي. (٢) المجموع : جـ ٦ ص ٢ ــ للنووي.
(٣) المرجع السابق .
ولا اراني في حاجة الى ان اشير الى ان عمدة من ذهب الى اعتبار اختلاف المطالع بالتباعد على الاختلاف في ضابطه ــ هو حديث « كُرَيْب » ــ بضم الكاف وفتح الراء ــ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ وما يليها .
وفي الحديث : أن ابن عباس لم يلتزم برؤية أهل الشام ، وفي اجتهاده ان لكل مطلعه .
غير ان المسافة بين الشام والمدينة ــ فيما ارى ــ ليست من البعد بحيث توجب اختلاف المطالع بينهما ، بناء على الضابط الاصح عند النووي .

وما دامت الرؤية لم تثبت في حق هؤلاء ، **لا يقيناً ولا ظناً** [1] ، لم يثبت بالتالي وجوب الصوم عليهم .

فتلخص انه : **عند وقوع الشك في القرب ، يرجع الى الاصل .**

الاختلاف الواسع المدى بين الفقهاء ـ ولا سيما الشافعية ـ في ضابط التباعد الذي يوجب اختلاف المطالع ، دليل بيّن على أن « التباعد » لا سند له من الشرع ، بل يقوم على محض استدلال عقلي :

يدلك على هذا ، ما أتوا به من وجوه الضبط ، دون التنويه بمستند شرعي لكل وجه ، والا فما دليل من ذهب الى أن اختلاف المطالع معتبر حتى في البلد أو الاقليم الواحد ، بين السهل والجبل ، أو العلو والانحدار ؟؟

هذا في معيار البعد الذي اعتبروه شرطاً بما لا دليل عليه شرعاً .

أما ذهابهم الى أن اختلاف المطالع معتبر في ثبوت الأهلّة ، فعمدتهم فيه حديث « كُرَيْب » كما سيأتي .

ادلة هذا الاتجاه (اعتبار اختلاف المطالع) :

اولاً ـ استدلوا بالسنة من حديث كُرَيب .

آ ـ عن « كُرَيْب » أن أم الفضل ، بعثته الى معاوية بالشام ، فقال : فَقَدِمتُ الشام ، فقضيت حاجتها ، واسْتُهِلَّ عليَّ رمضان ، وأنا بالشام ،

---

(١) أما أن الرؤية لم تثبت يقيناً في حق البلد القريب من بلد الرؤية ، فظاهر ، لان الفرض أن الرؤية لم تتم عندهم ، وأما أن الرؤية لم تثبت في حقهم ظناً ، فلأن مظنة الرؤية هي وحدة المطلع ، وهذه انما تكون بالقرب ، والقرب قد وقع الشك فيه ، ولا يقين ولا ظن مع الشك .

(٢) بضم التاء وكسر الهاء ـ مبني للمفعول ، ومنهم من يجيز بناءه للفاعل ، وهَلَّ ـ بتشديد اللام ـ من باب ضرب ، لغة أيضاً ، اذا ظهر ـ المصباح المنير .

فرأيت الهلال ليلة الجمعة ، ثم قدمت المدينة في آخر الشهر ، فسألني عبد الله بن عباس ، 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 ، ألا تكتفي[1] برؤية معاوية وصيامه ؟ فقال لا : **هكذا امرنا رسول الله** — صلى الله عليه وسلم »[2].

ووجه الاستدلال ، أن ابن عباس — رضي الله عنه — رفض الالتزام برؤية أهل الشام .

قالوا : ورفض ابن عباس هذا ، امتثالاً لما أمر به رسول الله — صلى الله عليه وسلم — دليل بيّن على أن الزام أهل بلد لم يروا الهلال ، برؤية بلد آخر ، مخالف لما أمر به الشارع ، من وجوب أن يلتزم كل بلد بمطلعه ، فان تمت الرؤية ، وإلا فيجب إكمال الثلاثين .

---

(١) وقع شك عند أحد الرواة في لفظ « تكتفي » هل هو خطاب لابن عباس ، فيكون بالتاء ، أو هو لجمع المتكلمين ، فيكون بالنون ، غير أن المعنى العام للحديث لا يختلف ، ذلك لان المعوّل عليه هو الاجابة ، اذ هي **مناط** الاستدلال ، سواء أكان السؤال موجها الى ابن عباس بالخطاب ، أم بنون الجمع للمتكلمين . نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ — فتح القدير جـ ٢ ص ٥٢ — ٥٣ .

(٢) رواه الجماعة الا البخاري ، وابن ماجه — المرجع السابق .
— وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح غريب . المغني مع الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٧ . وانظر الشرح الكبير في الهامش ايضا ، للامام شمس الدين ابي الفرج . وانظر فتح القدير : جـ ٢ ص ٥٢ — ٥٣ للكمام بن الهمام .

(٣) المنهاج : جـ ص — المجموع شرح المهذب : جـ ٦ ص ٢٢٦ وما يليها — المغني : جـ ٣ ص ٧ — المبسوط : جـ ٣ ص ٥٤ وما يليها وص ٧٨ — مجموعة الرسائل : جـ ١ ص ابن عابدين — رد المحتار : جـ ص — نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ وما يليها .
— وقد ذكرنا آنفاً ، أن اصحاب هذا الاتجاه ، قد اشترطوا « **التباعد** » وان اختلفوا في ضابطه .

وعلى هذا ، فلا يثبت الهلال في حق كلّ بلد الا بأحد أمرين :

احدهما : برؤية الهلال في مطلعه .

ثانياً : او بإكمال الثلاثين من شعبان(١) .

وقالوا : الظاهر أن هذا ليس اجتهاداً من ابـن عباس ، حتى يقال انـه اجتهاد صحابي لا تقوم به حجة ، لانه انما فعل ذلك امتثالاً لما أمر به رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ على ما جاء في النص صراحة : **« هكذا امرنا رسول الله »** .

ومثل هذا التعبير يفيد **« الرفع »** الى النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ عنـد أهل الحديث ، ولا يرفعه الا عن دليل يحفظه ، وان لم يصرح به .

ولعل هذا الدليل الذي حفظه ، وأومأ اليه ، هو قوله ــ صلى الله عليه وسلم : « لا تَصوموا حتى تروا الهلال ، ولا تفطروا حتى تروه » على ما سيأتي تفصيله .

على أنا نرى ، أن في رد ابن عباس على كُرَيْب ، تأكيداً لأمرين :

احدهما : وجوب استقلال أهل المدينة بالرؤية عن أهل الشام ، حتى لا يلزم أحدهما برؤية الآخر ، اذ أفهمه ، أن اكمال الثلاثين هو الذي تتم به **« رمضانية »** الشهر ، ان لم تثبت رؤية الهلال عندهم ، وفي مطلعهم .

الثاني : أفهمه أيضاً ، أن احصاء الثلاثين انما يبدأ اعتباراً من واقع رؤية أهل المدينة هلال رمضان ، وهو يوم السبت ، لا من يوم الجمعة الذي استهـلّ فيه في الشـام .

فتلخص ، ان **المعوّل عليه** شرعاً في ثبوت هلال رمضان ، وشوال ، وغيرهما ، في

---

(١) وهذا معنى قول الرسول ﷺ : « فان غُمّ عليكم ، فاقدروا لـه » أي فقدّروا ، أو اكملوا تمام الثلاثين ، واللام في «له» زائدة، اي فاقدروه، اي اتموه ثلاثين ــ شرح الدسوقي : جـ ١ ص ٥٠٩ ــ ٥١٠ .

حق كل بلد ، **هو رؤيتهم هم للهلال في مطلعه لديهم ، على استقلال** ، استدلالاً بحديث كُرَيْب على الوجه الذي بينا .

ب ــ واستدلوا أيضاً ، بقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا تَصوموا حتى تَرَوْا الهلال ، ولا تفطروا حتى تَرَوْهُ ، فان غُمَّ عليكم ، فأكملوا العِدَّة ثلاثين »[1] .

ووجه الاستدلال ، أن الشارع قد علق الحكم على رؤية كلٍّ من المخاطبين ، غير أنَّ السنة قد اعتبرت الشهادة الصحيحة ، مُنَزَّلة منزلة رؤية الكل ، ولولا ذلك ، لكان مناط وجوب الصوم في حق كل مكلف رؤيته هو ، فبقي سائر البلاد البعيدة على مقتضى عموم حكم الحديث الذي يقضي بأن وجوب الصوم منوط برؤيتهم على انفراد[2] .

هذا ، والسنة اذ جعلت وجوب التماس الهلال **فرضاً على الكفاية**[3] ، فقد اكتفت ــ في الوقت نفسه ــ برؤية الواحد العدل وشهادته ، أو برؤية عدلين ، على الخلاف في ذلك ، حتى تثبت في حق أهل البلد جميعاً .

وأما من عداهم من أهل البلاد البعيدة ، فهم باقون على الاصل[4] ، من عدم وجوب الصوم ، حتى تثبت رؤيتهم لهلال رمضان في مطلعه ، فثبت أن لكل قوم مطلعهم ، وهو ما نقول به .

وما يقال في هلال رمضان ، منسحب كله على سائر الأهلة ، اذ لا فرق .

ولقائل أن يقول : ان قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا تصوموا حتى

---

(١) متفق عليه .
(٢) والواقع أن وجوب التماس الرؤية ليلة التاسع والعشرين من شعبان فرض، ولكن **على الكفاية** ، ويثبت برؤية الواحد العدل ، وقيل لا يثبت الا برؤية عدلين فأكثر ــ فتح القدير : جـ ٢ ص ٥٢ ــ ٥٣ المبسوط : جـ ٣ ص ٥٤ وما يليها .
(٣) المرجع السابق .
(٤) الفقه المقارن : للدكتور البوطي ــ ص ٢٢ .

تروا الهلال ، ولا تفطروا حتى تروه ، فـذلك نهي مغيًا بالرؤية ، وهـذا لا يفيد الامر ، فكيف صح لابن عباس أن يقول : « هكذا أمرنا رسول الله ؟

ويجاب عن ذلك ، أن الواقع أن الاشارة في قول ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ هكذا أمرنا ، تشمل الامر باكمال الثلاثين عند عدم رؤية هلال شوال ، كمـا تشمل الامر بالصيام عند ثبوت رؤية هلال رمضان ، ووجوب الافطار عنـد رؤية هـلال شوال ، أقول تشمل كل أولئك بقول ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ : « هكذا أمرنا رسـول الله » .

غير أن قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا تصومـوا حتى تروا الهـلال ، ولا تفطروا حتـى تروا الهـلال » وان كان كل منهما نهياً مغيًا بالرؤيـة ، **لكنه في قوة الامر عند ثبوتها** ، اذ من المقرر أصوليا ، في قواعد تفسير النصوص ، أن المنطوق اذا ورد فيه حكم ــ أمراً كان أو نهياً ــ وكان هذا الحكم مقيداً بقيد معتبر في تشريعه[1] ، فانه ينتفي بانتفاء القيد ، **ويثبت نقيضه** ، عملا بمفهوم المخالفة .

وما نحن فيه ، الحكم هو النهي ، مقيد بغايـة ينتهي عندها ، وهي الرؤيـة ، فحكم النهي عن الصيام يستمر ما دامت رؤية الهلال لم تقع ، حتى اذا وقعت الرؤية وثبتت ، ثبت نقيض الحكم ، ونقيض النهي أمر ، فكأن الرسول ــ صلى الله عليـه

---

(١) نقصد بكونه معتبرا في تشريعه ، أي أورده المشرع لغرض التشريع بوجه خاص ، لا لغرض آخر ، أي لتحديد مجال تطبيقه بحالـة دون أخرى ، لا لتقرير الواقع مثلا ، من مثـل قولـه تعالى : « يا أيها الـذين آمنوا ، لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة » فان قيد « أضعافا مضاعفة » لا لغرض التشريع ، بل للتشنيع على الجاهليين في أمر واقع وغالب في مجتمعهم ، وهو أنهم كانوا لا يقرضون الا اذا كان (الربا) أضعافاً مضاعفة ، فلا يدل هذا القيد على نقيض الحكم عند انتفائه ، حتى يقال ان الربا اذا لم يكن أضعافا مضاعفة جاز ، لا يقال هذا ، لان القيد هنا ليس معتبرا في تشريع الحكم ، فوجوده وعدمه سواء .
راجع مفهوم المخالفة ، في كتابنا المناهج الاصولية في الاجتهـاد بالراي في التشريع الاسلامي .

وسلم ـ قال : « لا تصوموا حتى تروا الهلال ، فاذا رأيتم الهلال فصوموا » .

إذن يستفاد من النص حكمان : أحدهما عن طريق المنطوق ، والثاني (وهو حكم النقيض من الاول) عن طريق مفهوم المخالفة ، وذلك تبعاً لثبوت القيد وانتفائه.

والقيد هنا هو « **حتى تروا** » فحكم ما قبل الغاية ، مخالف لحكم ما بعدها ، والا[1] ما كانت الغاية مقطعاً .

وهذا المعنى الثابت بالمفهوم المخالف ، قد جاء التصريح به من الرسول ـ بفعله ـ ﷺ : « صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته » فاتحد مآل مضمون الحديثين = كما ذكرنا ـ وصار مؤداه « **اذا رئي الهلال فصوموا** » .

فصح ما قلنا ، من أن قول ابن عباس : « هكذا أمرنا رسول الله » شامل للحديثين ، ولو كان منطوق أحدهما هو النهي ، لانه يدل على الامر عن طريق **مفهوم الغاية** .

هذا ، وقالوا أيضاً ، الدليل على امتثال ابن عباس ـ لا اجتهاده ـ في تصور أصحاب هذا الاتجاه ـ ما يستفاد من اشارة قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « هكذا أمرنا رسول الله » اذ المشار اليه هو قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « فلا نزال نصوم حتى نكمل الثلاثين ، أو نراه »[2] .

٢ ـ واستدلوا بالمعقول :

آ ـ فقالوا : ان اختلاف المطالع سبب لتفاوت ميقات ولادة الشهر ، تبعاً لكل مطلع على انفراد ، والشهر هو السبب في وجوب أداء الصوم . « فانعقاده في حق قوم للرؤية ، لا يستلزم انعقاده في حق آخرين ، مع اختلاف المطالع ، وصار ، كما لو زالت

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المرجع السابق .

أو غربت الشمس على قوم دون آخرين »[1] .

وهذا مؤدى اجتهاد الامام الزيلعي في قوله : « والأشبه أن يعتبر ـ أي اختلاف المطالع ـ لان كل قوم مخاطبون بما عندهم ، وانفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الاقطار »[2] .

ب ـ واستدلوا **بالقياس** على مطالع الشمس ، فهي معتبرة اجماعاً من عهد النبوة ، حتى يومنا هذا ، اذ تختلف مواقيت وجوب أداء الصلوات ، والافطار في رمضان ، والامساك ، تبعاً لاختلاف مطالع الشمس في **الاقطار ، فيقاس مطالع القمر على مطالع الشمس ،** بجامع أن كلاً منهما أوضاع كونية ، تؤثر في اختلاف أوقات العبادات وانعقاد الأهلة .

ويشير الى هذا المعنى فريق من فقهاء الشافعية ، والحنفية ، والحنابلة ، والمالكية .

فيقول الامام الزيلعي ـ على سبيل المثال ـ في هذا الصدد : « وانفصال الهلال عن شعاع الشمس ـ ولادة الهلال ـ يختلف باختلاف الاقطار ، كما أن دخول الوقت ـ وقت الصلاة ـ وخروجه ، يختلف باختلاف الاقطار »[3] .

« اذا ثبت هذا ، فان كل قوم قد خوطبوا بمطلعهم ومغربهم ، وبما ثبت من رؤيتهم ، لاختلاف مطالعهم بتباعد أقطارهم »[4] .

---

(١) هذا ، واذا كان ثبوت الشهر سببا لوجوب اداء الصوم ، فان قوله تعالى : « كتب عليكم الصيام » يفيد شغل الذمة بوجوب الصوم ، وفرق بين الوجوب ، ووجوب الاداء ، على ما هو مقرر في علم الاصول، السرخسي: المبسوط : جـ ٣ ص ٥٤ وما يليها ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ . هذا الدليل مستنتج استنتاجا من وجوه استدلالهم .

(٢) المرجع السابق : المجموع شرح المهذب : جـ ٦ ص ٢٢٧ .

(٣) تبيين الحقائق : جـ ١ ص ٣٢١ ـ القوانين الفقهية ص ابن جزيء .

(٤) الواقع ان شرط التباعد الذي قال به فريق من فقهاء المذاهب المختلفة على النحو الذي بينا ، هو شرط انتجه الدليل العقلي ، كما اسلفنا ، اذ يحكم العقل بأن اختلاف المطالع بالنسبة للاقطار ، انما يكون ـ في الواقع ـ ناجما عن تباعدها ، اذ البلاد المتقاربة تتحد مطالعها غالبا .

جـ ـ واستدل السبكي[1] على أن اختلاف المطالع معتبر ، بعمل الخلفاء الراشدين . اذ لم يثبت أنهم كانوا يكتبون الى الآفاق اذا رؤي الهلال في أفق من الآفاق الاسلامية ، حتى يلزموهم بها . فدل ذلك على **عدم لزوم اهل بلد لم يروا الهلال برؤية غيرهم** ، ولو كان لازماً لهم ، لأبلغوهم ، اذ لا يتصور إهمالهم لأمور الدين »[2] .

الاتجاه الثاني ـ « لا عبرة باختلاف المطالع »

ادلتهم :

أولا ـ قوله ﷺ : « صوموا لرؤيته . وأفطروا لرؤيته » .

فقد علق الشارع الخطاب العام ـ عموم الحكم ـ في قوله ـ عليه السلام ـ « صوموا » **بمطلق الرؤية** .

ومن المقرر أصولياً : أن« **المطلق يجرى على إطلاقه** »[3] ما دام لم يرد ما يقيده ، والمطلق يتحقق في أي فرد من أفراده الشائعة في جنسه ، بمعنى ، أنه اذا تمت رؤية قوم أو عدل أو عدلين للهلال في آي مطلع من مطالعه في الاقطار الاسلامية،

---

(١) رسالة العلم المنشور في اثبات الشهور ـ وراجع بحث المرحوم الشيخ علي السايس ـ في مجلة البحوث الاسلامية بالازهر ـ المؤتمر الثالث ص ٩٥ وما يليها .

(٢) والواقع أن هذا الاستدلال العقلي على الاجماع اللزومي ، لا يثبت في مواجهة مخالفة جمهور الفقهاء صراحة ، فهو استنتاج لا يقوى على مجابهة الاستدلال السديد بالكتاب والسنة .

(٣) يجرى ـ بضم الياء وسكون الجيم وفتح الراء ـ مبني للمجهول ـ من أجرى ، ومعنى القاعدة : أن اللفظ المطلق ، يفسر ويفهم ويطبق على اطلاقه دون تقييد الا بدليل ، اذ التقييد خلاف الاصل ، فالشارع اذ لم يورد دليلا على التقييد ، فقد أراد تحكيم المنطق اللغوي .

فقد تحقق **مسمى الرؤية** ، فثبت ما تعلق به من **عموم الحكم**(١) . فيعم الوجوب المسلمين في سائر أقطارهم ، دونما اعتبار لاختلاف مطالعهم ، **مهما تباعدت** ، وصار معنى الحديث الشريف « **صوموا اذا تحققت رؤية الهلال** » أياً كان موقعها ، عملا بالإطلاق .

وفي هذا المعنى يقول الحطاب في مواهب الجليل (في الفقه المالكي) ما نصه : « إن الحكم بثبوت رمضان ، يعم كل من نُقل اليه ، اذا نقل بشهادة عدلين ، أو باستفاضة ، وسواء كان ثبوته عند حاكم عام كالخليفة ، أو خاص ، كالامير والقاضي على المشهور »(٢) .

ـ وهذا هو المشهور أيضاً عند الحنفية والحنابلة .

فقد جاء في رد المحتار : لابن عابدين (في فقه الحنفية) : « وظاهر الرواية ، الثاني ـ أي الرأي الثاني الذي لا يعتد باختلاف المطالع ـ **وهو المعتمد عندنا** ، وعند المالكية والحنابلة(٣) ، **لتعلق الخطاب عاما بمطلق الرؤية** في حديث : « صوموا لرؤيته »(٤) .

---

(١) رد المحتار : جـ ٢ ص ٢٩٣ لابن عابدين : الطبعة الثانية ـ مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م بالقاهرة .
هذا ، وذهب بعض الفقهاء الى أنه لا بد من شهادة عدلين فأكثر لثبوت الرؤية ، بينما اكتفى بعضهم بشهادة العدل الواحد ـ الشرح الكبير للدسوقي : جـ ١ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠ .

(٢) الشرح الكبير : جـ ١ ص ٥٠٣ ـ ٥١٠

(٣) وأشرنا آنفا الى أن الكاساني والزيلعي من ائمة الحنفية قد **خالفا** جمهورهم ، حيث قالا **باختلاف المطالع** ـ البدائع : جـ ٢ ص ٨٣ ـ تبيين الحقائق : جـ ١ ص ٣٢١ ؛ واما قول الحطاب : اذا نقل بشهادة عدلين أو باستفاضة ، فذلك عمل بالاصل العام الذي يقضي بأن الاقطار الاسلامية يجب ان يعامل بعضها بخبر بعض في الاحكام الشرعية ، ومن جملتها الرؤية ، كما يقول الامام الشوكاني ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٨ وما يليها .

(٤) رد المحتار : جـ ٢ ص ٣٩٣ .

وجاء في رسائله قوله : « لكنَّ المعتمد الراجح عندنا **انه لا اعتبار به** ـ باختلاف المطالع ـ وهو ظاهر الرواية، وعليه المتون، كالكنز وغيره، وهو الصحيح عند الحنابلة ، كما في الانصاف ، وكذا هو مذهب المالكية »[1] .

ويقول العلامة الكمال : « واذا ثبت في مصر ـ بلد ـ لزم سائر الناس . **فيلزم اهل المشرق برؤية اهل المغرب ،** في ظاهر المذهب »[2] .

وصرح بذلك ابن قدامة الحنبلي بقوله : « واذا رأى الهلال أهل بلد ، لزم جميع البلاد الصوم » .

وقال : « وهو قول الليث ، وبعض أصحاب الشافعي[3] ومذهب جمهور المالكية »[4] .

هذا ، واذا كان معنى الحديث ـ كما فهمه أصحاب هذا الاتجاه ـ صوموا اذا **تحققت رؤية الهلال ،** أيا كان مطلعه ، للاطلاق ، فان أصحاب الاتجاه الاول ، قد قيدوه **بالدليل العقلي ،** وهو أن تباعد الاقطار ، يقضي ـ في الواقع ـ باختلاف

---

(١) رسائل ابن عابدين : جـ ١ ص ٢٥١ ـ ٢٥٢ ؛ فتح القدير : جـ ٢ ص ٥٣ وما يليها . وجاء في الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ما نصه : « او برؤية عدلين الهلال ـ اي يثبت وجوب الصوم ـ وعمَّ الصوم سائر البلاد قربا او بعدا ، ولا يراعى في ذلك مسافة قصر ، ولا اتفاق مطالع ، ولا عدمها ، فيجب الصوم على كل منقول اليه ، ان ثقل ثبوته بالعدلين » الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : جـ ١ ص ٥١٠ .

(٢) المغني : جـ ٣ ص ٧ .

(٣) والواقع ان للمالكية اقوالا ثلاثة منها : **المعتمد** ، وهو ما قدمنا ـ والثاني : انه اذا ثبتت الرؤية عند حاكم خاص ، فانه لا يعم الحكم الا من في ولايته فقط ، وهو راي لابن الماجشون ـ والثالث : يعتبر اختلاف المطالع بالنسبة للبلاد البعيدة . وهو الاصح عند جمهور الشافعية ، وبعض الحنفية ، وبعض الإمامية والزيدية . وعليه الصنعاني .

(٤) مواهب الجليل : جـ ص للحطاب ـ القوانين الفقهية ص ابن جزيء . المجموع شرح المهذب : جـ ٦ ص ٢٢٦ وما يليها للنووي ـ تبيين الحقائق : جـ ١ ص ٣٢١ ـ البدائع : جـ ٢ ص ٨٣ .

المطالع ، دون تقاربها عادة ، ولكن . هل يصلح هذا الدليل العقلي لتخصيص العام . أو تقييد المطلق ، أصولياً ؟

وستأتي المناقشة في ذلك .

على أن بعضهم يرى ، أن اطلاق الحديث السابق « صوموا لرؤيته » مقيد بحديث آخر ، هو قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا تصوموا حتى تروا الهلال ... الحديث » . وسنرى أن مآل الحديثين متحد مضموناً ، على ما تقضي به القواعد الاصولية في تفسير النصوص .

ثانياً ـ واستدل ابن قدامة من الحنابلة بقوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر ، فليصمه » .

فقال : « وقد ثبت أن هذا اليوم من الشهر ، بشهادة الثقات ، فوجب صومه على جميع المسلمين » .

ومضى في الاستدلال الى مدى أبعد ، فقال : اذا كان المفروض هو صوم الشهر في حق المسلمين ، وهو ثابت بالنص والاجماع ، فاذا ثبت أن هذا اليوم منه ، كان ثابتاً وجوب صومه في حق المسلمين بالنص والاجماع أيضاً »[1] .

شهود الشهر في قوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » ليس مقصوداً به خصوص رؤية الهلال من المكلف ، بل اقامته وحضوره في بلده وبين اهله ، والعلم به :

هذا ، ومن المعلوم ، أن ليس المراد بقوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » خصوص رؤية الهلال ، بل المراد هنا العلم بالشهر ، وحضوره .

---

(١) المغني : جـ ٣ ص ٧ ـ ٨ ـ بنوع تصرف للايضاح .
وراجع في هذا المعنى ايضا ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للدردير ، في الفقه المالكي ، اذ ذهب الى عدم اعتبار اختلاف المطالع .

وعلى هذا ، فمعنى الآية الكريمة ، مـن حَضَر شهر رمضان[1] مقيماً في بلده ، بين أهله ، وعلم بثبوته ، فعليه أن يصوم متى كان صحيحاً معافى ، وأهلاً للتكليف بالصوم ، بدليل ما اقترن به مباشرة من قوله تعالى : « ومن كان مريض أو على سفر ، فعدة من أيام أُخَر » .

وحاصل الاستدلال عند ابن قدامة ، **أن العبرة بثبوت الشهر نفسه ، من اي مطلع كان** ، ذلك ، لان الشارع أناط عموم الحكم ـ وهو وجوب الصوم ـ بثبوت الشهر نفسه ، بشرط **العلم به[2] وحضوره[3]** ، لما قدمنا . من أن شهود الشهر في الآية الكريمة ، ليس المقصود به خصوص رؤية الهلال مـن كل مكلف على انفراد . اجماعاً ، لان وجوب التماس الرؤية **على الكفاية** ، ولا من خصوص قوم أو أهـل ناحية على الصحيح[4] .

ونرى أن مآل هذا الاستدلال ، هو عين ما ذهب اليه جمهور الحنفية والمالكية ، بمعنى ان ثبوت هلال رمضان **(الرمضانيـة) لا يتعـدد بتعدد المطالـع** ، بـل يثبت **بمطلق الرؤيـة** .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) اكد القرطبي هذا المعنى في تفسيره ، فجعله عنوانا لمسألة : « قد تقرر ان فرض الصوم مستحق ، بالاسلام ، والبلوغ ، والعلم بالشهر » .
الجامع لاحكام القرآن : جـ ٢ ص ٣٠٠ ـ الطبعة الثالثة ـ دار الكتاب العربي .

(٣) وكذلك « الحضور » بمعنى اقامة المكلف في بلده واهله ، قال علي ابن ابي طالب ، وابن عباس ، وسويد بن غفلة ، وعائشة ـ اربعة من الصحابة ـ من شهد ـ اي من حضر دخول الشهر . وكان **مقيما في اوله في بلده ، واهله** » ـ المرجع السابق : جـ ٢ ص ٢٩٩ . وجاء في تفسير الطبري ـ جامع البيان ـ : « **من دخل عليه شهر رمضان ، وهو صحيح عاقل بالغ ، فعليه صومه** » وهذا قول ابي حنيفة واصحابه .
وعن السدي : « فمن دخل عليه رمضان ، **وهو مقيم في اهله ، فليصمه** » جـ ٣ ص ٤٥٠ ـ ٤٥٤ للطبري ـ تحقيق محمود محمد شاكر ـ طبع دار المعارف بمصر .

(٤) وراجع ايضا كتيبا اصدرته مجلة الازهر ، تضمن بحثا في اختلاف المطالع ، للشيخ عبد الرحمن تاج ـ شيخ الازهر سابقا ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ١٦٢ وما يليها .

ـ فالرؤية **الممكنة**(١) اذن ـ في اجتهادهم ـ **مطلقة لا نسبية**(٢) ، وهي التي اناط الشارع بها عموم الخطاب ؛ فيثبت بها عموم الحكم المتعلق بها ، وهو الوجوب على المسلمين ، كما اسلفنا(٣) .

ثالثا ـ واستدلوا بالمعقول :

آ ـ قالوا : إن شهر رمضان بين هلالين(٤) ، وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان **بشهادة الثقات** (٥) . بل قد ثبت أنه منه في سائر الاحكام ، من حلول الدَّيْن ، ووقوع الطلاق(٦) ، والعتاق ، ووجوب النذر ، وغير ذلك من الاحكام ، فليكن كذلك في حق وجوب الصوم على المسلمين » أي والتفرقة تحكُّم ، لا تقوم على دليل .

---

(١) وانما قلنا ، ان « **المناط** » هو « امكانية الرؤية » اذ « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » فقد تكون رؤية الهلال **غير ممكنة** ، في بعض الاقطار ، بينما الهلال قد ولد فعلا ، بتحركه عن مركز « **المحاق** » وهو الوضع الذي يوجد فيه القمر على مستوى افقي يصل مركز محيطه بمركزي الشمس والارض ، ولكن لا تمكن رؤيته في بعض البلاد ، لاسباب منها : سرعة اختفائه وراء الافق الغربي ، إثر مكثه بعد الغروب بدقائق معدودة ، او لاسباب اخرى من الظواهر الكونية ، اثرا لسير الكواكب وتحركها، وسياتي فضل بيان لهذا في المناقشة .

(٢) اما الرؤية « **المطلقة** » فهي التي تتم في اي مطلع من مطالع القمر في الاقطار الاسلامية ، فحيثما تثبت الرؤية تثبت رمضانية الشهر ، ويثبت وجوب الصوم على المسلمين كافة ، وهذا هو محط استدلال الحنابلة والجمهور من الحنفية والمالكية .
واما « **النسبية** » ، فهي الرؤية التي تثبت بالنسبة لكل بلد من البلاد المتباعدة على انفراد ، ويختلف ميقاتها ، ويلزم عن ذلك تعددها بتعدد المطالع المختلفة ، فلكل قوم مطلعهم . (٣) المراجع السابقة .

(٤) اي وليس بين عدة اهلة حتى يقال بتعدد المطالع .

(٥) والاصل العام ان الاقطار الاسلامية يجب ان يعمل بعضها بخبر بعض وشهادته ، اذا نقل اليها بطريق مامون موثوق به ، في حق الاحكام الشرعية، والرؤية من جملتها ، كما اشرنا . والتفرقة تحكم ، وليس ثمة من دليل يوجب تخصيص الرؤية من هذا الاصل العام الا حديث كُرَيْب ، وستاتي المناقشة فيه ـ نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ وما يليها ـ للشوكاني .

(٦) اذا كان معلقا على دخول رمضان .

ومفاد هذا ، **ان الشهر قد ثبتت ولادته برؤية الثقات للهلال في اول ليلة منه ،** في أي مطلع من مطالع الاقطار الاسلامية ، فثبتت « **رمضانيته** » فوجب الصوم في حق المسلمين كافة ، لتعلق الوجوب بثبوت انعقاد الشهر ، كما تعلق به سائر الاحكام الشرعية الاخرى .

ب ـ أن « العلة » اذا كانت هي « **مطلق الرؤية** » استوى بعد ذلك القرب والبعد[1] بين الاقطار ، اذ اشتراط التباعد تقييد ، ولا دليل عليه ، لكونه زيادة على النص .

فالعبرة بانعقاد الشهر ، وهو يثبت **برؤية هلاله ، لا بتعدد مطالعه** ، اذ الشهر **بين هلالين** ، هلال أول ليلة من رمضان ، وهلال أول ليلة من شوال ، وليس بين مجموعة من الأهلة في مطالع متعددة ، فولادة الشهر لا تتعدد .

تلك أهم عناصر الادلة التي اعتمدها ، أصحاب هذا الاتجاه الثاني .

منشأ الخلاف :

ـ علمت أن الفقهاء قد اتفقوا على أن اختلاف المطالع ـ في حد ذاته ـ ظاهرة كونية واقعية ومحسوسة ، لا سبيل الى إنكارها .

واتفقوا كذلك ، على ان « الرؤية » قد تكون « **ممكنة** » بالنسبة لبعض الاقطار ، و « **غير ممكنة** » بالنسبة الى البعض الآخر .

واتفقوا أيضاً على أن الشارع ، أناط الحكم العام بوجوب الصوم ، بالرؤية الممكنة ، اذ لا تكليف الا بمقدور ، وبقدر السّعة ، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في « صفة الرؤية الممكنة » الى اتجاهين .

---

(١) وهذا هو الذي ينبغي ان يلحظ في استدلالهم ، وليس المراد **قياس البعد على القرب** كما ذهب الى ذلك بعض الكاتبين المحدثين .

فمنشأ الخلاف اذن هو : « **صفة الرؤية الممكنة التي ينعقد بها الشهر شرعا ، هل هي نسبية او مطلقة ؟** » .

ومعنى كونها « **مطلقة** » أنها حيثما ثبتت بشهادة الثقات العدول ، بل برؤية عدل واحد في بعض المذاهب أو عدلين[1] ، في أي مطلع من مطالع الهلال في الاقطار الاسلامية ، فقد ثبتت **ولادة الهلال** في حق المسلمين كافة .

ـ وتتناول فيما يلي هذين الاتجاهين بالنقد العام ، والمناقشة والترجيح .

أ ـ ما وجه الى الاتجاه الثاني من النقد الاصولي :

يرد على هذا الاتجاه من النقد ، أن مطلق الرؤية في حديث : « صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته » مقيد برواية أخرى في البخاري ومسلم : « لا تصوموا حتى تَرَوا الهلال ، ولا تفطروا حتى تروا الهلال ... » حيث علق الحكم في هذا الاخير ، **على رؤية كلّ مخاطب** ، والسنة هي التي جعلت رؤية البعض وشهادتهم ، قائمة مقام رؤية الكلّ ، فيعمل بهذا القدر في البلاد المتقاربة ، فتخصص من عموم الحديث .

وأما ما عداها من البلاد المتباعدة ، فتبقى على مقتضى عمومه ، من وجوب أن يلتمس أهل كل بلد ، رؤية الهلال في مطلعه عندهم ، فمناط وجوب الصوم في كلّ منها ، هو رؤيتهم للهلال في مطلعهم على الخصوص ، للتباعد .

هذا أهم نقد وجه الى الاتجاه الثاني ، وستأتي المناقشة فيه[2] .

ب ـ مناقشة ادلة الاتجاه الاول وتقديرها اصوليا :

أولا ـ يتجه من النقد على هذا الاتجاه ، أن « التباعد » الذي اشترطه ،

---

(١) المغني : جـ ٣ ص ٧ وما يليها ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير : جـ ١ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠ .

(٢) راجع أدلة الاتجاه الاول التي تضمنت هذا المعنى من النقد للاتجاه الثاني.

لا سند له من الشرع ينهض به ، وانما أنتجه الدليل العقلي المحض ، بدليل اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في « **ضابطه** » اختلافاً شديداً على النحو الذي رأينا ، مما يوهن من أصل الاحتجاج به ، والتعويل عليه .

وعلى هذا ، فاختلاف **ميقات** ثبوت هلال رمضان بتباعد البلدان ، أمر لا دليل عليه شرعاً .

نعم ! اختلاف المطالع ـ في ذاته ـ أمر ثابت وقوعاً ، باعتباره من الظواهر الكونية المشاهدة كما أسلفنا ، غير أنا نبحث في حكمه ، ومدى اعتباره شرعاً ، أو عدم اعتباره ، في ثبوت الأهلة ، وما يتعلق بها من أحكام شرعية .

ففرق بين الامر الواقع وبين حكمه شرعاً .

ثانياً ـ لا يقال إن التباعد يوجب اختلاف المطالع ، وهو بالتالي يوجب اختلاف ميقات الرؤية في البلدان المتباعدة ، لان هذا هو أصل النزاع ، **والدعوى لا تؤخذ في الدليل ، والا كانت المصادرة** ، والمصادرة ينهار بها الاستدلال . **لان الدعوى ليست دليلا** ، وانما هي موضوع البحث الذي يفتقر الى الدليل(١) .

ثالثاً ـ ويتجه عليهم في حديث «كُرَيْب» أنه لا متمسك لهم فيه من قِبَلِ(٢) **ان الشارع قد ربط عموم الخطاب بمطلق الرؤية** ، في قوله ﷺ صراحة : « صوموا لرؤيته » فحيثما ثبتت الرؤية في أي مطلع من المطالع في الاقطار الاسلامية ، فقد تحقق مسمى الرؤية(٣) ، **عملا بالاطلاق ، وثبت بالتالي ولادة الهلال فعلا ، فثبت**

---

(١) المصادرة ـ عند علماء البحث والمناظرة ، اخذ الدعوى في الدليل . والاستدلال بطريق المصادرة متهافت لا يصلح به الاستدلال ـ كإثبات حجية السنة بالسنة .

(٢) قِبَلِ ـ بكسر القاف وفتح الباء ـ اي من جهة ، من حيث .

(٣) ويقول ابن عابدين في هذا الصدد ، ناقضا الاتجاه الاول في استدلاله بحديث كريب : « ووجه الاول ـ اي اتجاه القائلين بان لا عبرة باختلاف المطالع ـ عموم الخطاب ـ في قوله ﷺ : « صوموا » معلقا بمطلق الرؤية في قوله : « لرؤيته » وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية ، فيثبت ما تعلق به من عموم الحكم ، فيعم الوجوب اي جميع المسلمين في اقطارهم المختلفة تباعدت أم تقاربت ـ مجموعة الرسائل : ج ١ ص ٢٥١ .

ما تعلق بها من عموم الحكم . وهو وجوب الصوم على المسلمين كافة ، **لتحقق مناطه** .

رابعا ـ لا يقال إن مطلق هذا الحديث « صوموا لرؤيته » مقيد بقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا تصوموا حتى تروا الهلال » لانه هذا الاخير ، يصلح قيداً لو كان الخطاب فيه يختص بكل قوم في بلدهم . ولكن الخطاب الشرعي عام[1] ، موجه الى عموم المخاطبين ، فمآل مضمون الروايتين متحد كما بينا ، فلا اختلاف بين نص الروايتين من حيث الاطلاق ، **والاستدلال بهذا الاخير على التعميم اظهر منه على الخصوص ، ويصبح المعنى فيهما : « صوموا اذا رئي الهلال » او « لا تصوموا حتى تقع منكم رؤية للهلال »** دون تخصيص الرؤية بكل قوم في بلدهم على انفراد ، ولا الى فرد بخصوصه ، اذ من المقرر اجماعاً أنْ ليس كل فرد من المسلمين مكلفاً برؤية الهلال ، ولا معلقاً وجوب صومه على رؤيته هو بمفرده ، بل التماس الرؤية فرض على الكفاية[2] ـ كما أسلفنا ـ ولذا يثبت وجوب الصوم ، برؤية وشهادة[3] عدل واحد منهم ، أو عدلين على الخلاف في ذلك[4] .

وأما قوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » فقد علمت أن شهود الشهر هنا بمعنى حضوره والعلم به ، لا رؤية هلاله .

والخلاصة : ان الخطاب في الحديثين **عام** ، وهما مما حفظه ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ وليس أيٌ منهما موجها الى كل قوم في بلدهم ، أو كما يقول الامام الشوكاني: **« لا يختص باهل ناحية على جهة الانفراد ، بل هو خطاب لكل من يصلح له من المسلمين ، فالاستدلال به على لزوم رؤية اهل بلد لغيرهم من اهل البلاد ، اظهر من الاستدلال به على عدم اللزوم »**[5] .

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ للشوكاني .
(٢) فتح القدير : جـ ٢ ص ٢١٧ .
(٣) بعض الفقهاء اشترطوا شهادة اكثر من واحد عدل ، كما اشرنا .
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : جـ ١ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠ .
(٥) نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٨ ـ فتح القدير : جـ ٢ ص٥٣ للكمال بن الهمام.

فتبين لنا ، أن استدلال ابن عباس بقوله : « **هكذا أمرنا رسول الله** » هو محض اجتهاد منه . وفهم الصحابي ليس بحجة ، الا أن يكون اجماعاً من الصحابة ، رضوان الله عليهم ، ولم يقع ، ولو وقع لما اختلف الفقهاء هذا الاختلاف الشديد .

خامساً ــ أما استدلال السبكي بما يومىء أن يكون ثمة اجماع الصحابة على اعتبار اختلاف المطالع ، بقوله : « لان عمر بن الخطاب وسائر الخلفاء الراشدين ، لم ينقل أنهم كانوا اذا رأوا الهلال يكتبون الى الآفاق . ولو كان لازماً لهم لكتبوا اليهم ، لعنايتهم بأمور الدين » فلا يصلح دليلاً ، لانه مجرد استنتاج عقلي في مقابلة النص[1] ، وأيضاً عدم توفر سبل المواصلات كان حائلاً مادياً دون ذلك ، اذ كان يستغرق الاتصال بالاقطار الاسلامية النائية يومئذ ، ثلاثة أشهر أو أكثر . فلا يتحقق الاتصال بها الا بعد رمضان بزمن طويل ، فكيف يتأتى التكليف بمثل هذا شرعاً ؟

فكان ذلك عائقاً مادياً جديراً باعتبار أثره ، ومحال" أن يقع التكليف بمثله . اذ لا يتحقق به القصد الشرعي ، وكل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل .

سادساً ــ على أن الاتجاه الاول يشترط « البعد » ــ كما علمت ــ لانه هو الذي يتصور معه اختلاف المطالع ، وهم وان اختلفوا في ضابطه ، الا أن الاصح عندهم ، ما كان شاسعاً ، وقد رأوه ما بين الحجاز والاندلس ، فلا يصلح اذن الاحتجاج بحديث « كُرَيْب » وبما فهمه ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ بقوله : « هكذا أمرنا رسول الله » لان شرط البعد لم يتحقق فيه ، فكان هذا الحديث خارجاً عن محل النزاع في اجتهادهم ، لان موقع المدينة من الشام قريب .

هذا ، وعلى فرض تمسكهم به مع تخلف شرطهم ، يلزمهم القول باعتبار المطالع على القرب ، وهو خلاف مذهبهم ، هذا شيء .

---

(١) اعني قوله تعالى : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » وقد رأيت وجه الاستدلال به عند ابن قدامة في كتابه المغني ــ وقوله ﷺ : « صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ... » .

سابعاً ــ وشيء آخر ، هو أن هذا القرب فيما بين المدينة والشام بما لا يوجب اختلاف المطالع واقعاً ، دليل" علـى أن رفض ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ **كان لا مسوغ له ، ولا موجب** ، ومحال" أن تأتي السنة بمثل هذا المعنى الذي يوجب اعتبار اختلاف المطالع ، مع القرب[1] ، فثبت أنه كان محض اجتهاد منه في فهم الحديث ، واجتهاد الصحابي ليس حجة على نصوص الشرع ، ولا على إلزام المكلفين بهذا الاجتهاد الخاص ، والا كان الصحابي مشرعاً ، ولانقطع الاجتهاد من بعده ، ولا يقول بهذا أحد .

ثامناً ــ فان قال قائل ، ان مراد ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ أن الالتزام برؤية أهل الشام مخالف لعمل أهل المدينة ، وعملهم أولى أن يتبع ، أجيب عن هذا ، بأن الحجة ــ كما تعلم ــ في كتاب الله ، وسنة رسوله ، فيما روي عنه ــ صلى الله عليه وسلم ــ من الثابت الصحيح .

تاسعاً ــ أن الاصل العام الثابت الذي نهضت به الادلة ، قاض بوجوب أن يعمل أهل الاقطار بعضهم بخبر بعض ، وشهادته ، في جميع الاحكام الشرعية ، **والرؤية من جملتها** [2] ، سواء أكانت متقاربة أم متباعدة .

ولو سلم تخصيص حديث « كريب » لهذا العموم ، فحينئذ يجب الاقتصار على مورد النص ، لانه على خلاف القياس[3] ، فلا يجوز إلحاق غير أهل المدينة بها ، وعند ذلك لا تفهم الحكمة الإلهية ، من هذا التخصيص ، فتكون « العلة » غير معقولة المعنى ، لان مؤدى ذلك ألا تلتزم المدينة وحدها ، دون غيرها من الاقطار ، برؤية أهل الشام ، وهو أمر شديد على العقل أن يسلم به .

ولو سلم الإلحاق ، بقياس سائر الاقطار على المدينة ، فمقتضى ذلك ،

---

(١) اذ لا قائل به اجماعا . (٢) نيل الاوطار : جـ ٤ ص ٢١٧ ــ ٢١٨ .
(٣) وذهب ابن ابي ليلى ، الى ان ما ثبت على خلاف القياس ، يجوز القياس عليه ــ السرخسي : جـ ٣ ص ٥٤ وما يليها .

أنه يجب أن يكون بينها من البعد ما بين المدينة والشام ، أو أكثر ، وحينئذ يقال : ما دليل من ذهب الى اعتبار الناحية ، أو مسافة القصر في المنع من العمل بالرؤية[1] ؟

عاشراً ــ على أن حديث « كريب » **ورد بصيغة مجملة** ، اذ لم يورد ابن عباس فيه لفظ النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ ولا معنى لِلَفظه ، روايةً بالمعنى ، حتى ينظر في عمومه وخصوصه ، فأنىّ يصلح الاحتجاج بمثل هذا في تقييد مطلق ، أو تخصيص عام ؟

ثامناً ــ حديث « كريب اذن بما هو **فهم صحابي ، وباجماله ، لا يعتد به** من حيث مخالفته لمقتضى النص الصريح ، في قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته » حيث علق عموم الحكم على مطلق الرؤية[2] ، والحجة في صريح قول النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ لا بما فَهِم منه الصحابي ، وقد علمت أن جمهور الفقهاء قد نازعوه هذا الفهم .

تاسعاً ــ ويتجه عليهم في المعقول ، من احتجاجهم بأن ظهور الهلال في مطلع قوم ، لا يستلزم ظهوره ، في مطلع قوم آخرين ، لان انفصال الهلال عن الشمس يختلف باختلاف الاقطار ، فكانت مطالع القمر كمطالع الشمس ، فاذا أوجبت هذه الاخيرة اختلاف مواقيت العبادة في الاقطار المتباعدة إجماعاً ، فكذلك مطالع القمر ، أقول يتجه على هذا النظر ، **انه قياس مع الفارق ، لأمرين** :

أحدهما : للواقع الوجودي الكوني للكواكب الذي تنشأ عنه الظواهر الكونية الفلكية ، مما يجعل لأحدهما وضعاً كونياً مطلقاً ، ويجعل لغيرها وضعاً نسبياً ، بالنسبة لأهل الارض .

الثاني : لدفع الحرج في الدين .

---

(١) المرجع السابق .
(٢) الرسائل : جـ ١ ص ٢٥١ ابن عابدين .

ـ بيان الاول : أن الشمس في وضعها الفلكي تواجه الارض مباشرة كل يوم ، ولكنها تواجهها بالتدريج ، بالنظر لكروية الارض ، ودورانها حول نفسها ، فيكون مشرقها ووزالها ومغربها نسبياً ، يختلف باختلاف مواقع الاقطار على الكرة الارضية، من حيث خطوط الطول أو العرض ، مما يترك أثره في اختلاف مواقيت العبادة ، في هذه الاقطار ، اجماعاً .

ـ اذن مطلع الشمس نسبي .

ـ وليس كذلك القمر .

ـ اذ من المقرر فلكياً ، ان مولد القمر يبدأ بخروجه من المحاق[1] ، أي يبدأ بتحركه بعد أن كان متوسطاً بين الشمس والارض ، ينتظم كلاً منهما خط أفقي يصل بين مراكزها ـ مراكز محيطاتها ـ الثلاثة **وهو وضع كوني مطلق ، لا يختلف** باختلاف الاقطار ، وظاهرة كونية لا تتأثر باختلاف أجزاء الارض ، تباعداً أو تقارباً ، فلا معنى اذن لافتراض النسبية .

اذن تبتدىء ولادة القمر ـ كما قلنا ـ بتحركه من مركز المحاق ، فتبدو بهذا التحرك حافتُه الهلالية المنيرة ، فاذا أمكنت رؤيتها في أي مطلع من الاقطار الاسلامية ، فقد ثبتت ولادة القمر شرعاً ، وانعقد الشهر في حق المسلمين جميعاً .

اذن ، ولادة القمر ليست نسبية ، بل مطلقة[2] بخلاف الشمس .

وعلى هذا ، يمكن ادراك موطن الضعف في اجتهاد الإمامين الزيلعي والكاساني، وغيرهما ، من حيث تصورهم لمطلع القمر ، كمطلع الشمس ، في حين أنهما مختلفان **وضعاً كونياً ، بالنسبة لأهل الارض ،** الامر الذي جعل أحدهما مطلقاً ، والآخر نسبياً ، كما بينا .

---

(١) هو الوضع الذي يكون فيه القمر مظلماً في الليلة الثامنة والعشرين وما يليها.
(٢) الفتاوى الواضحة : جـ ١ ص ٥٠٨ وما يليها للاستاذ محمد باقر الصدر.

هذا ، ولو كان مطلع القمر كمطلع الشمس : أمراً نسبياً ، كما تصوروا ، لما وقع اختلاف شديد بين الأئمة ، لان مطلع الشمس نسبي بالاجماع .

ومن هنا يبدو الإعجاز البياني والعلمي ، للكتاب العزيز ، حيث أناط عموم الخطاب بمطلق الرؤية ، تبعاً لوضع القمر الذي تحدد على نحو مطلق أيضاً « سنريهم آياتنا في الآفاق ، وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق » .

- **الرد على الإمام الزيلعي :**

على أن الإمام الزيلعي ، أقر بأنه قد خالف في اجتهاده هذا ـ نتيجة لتصوره وضع القمر كوضع الشمس فلكياً ـ أقول قد خالف في اجتهاده جمهور فقهاء المذهب الحنفي بوجه خاص ، فضلا عن جمهور فقهاء المسلمين ، ففي متن الكنز الذي يشرحه ما نصه : « ولا عبرة باختلاف المطالع » ثم جاء الإمام الزيلعي نفسه بلفظ يشعر بضعف القول[1] بما يخالف ذلك ، بقوله : « وقيل يعتبر » ثم قال ... وأكثر المشايخ على أنه لا يعتبر ، حتى اذا صام أهل بلدة ثلاثين يوماً ، وأهل بلدة أخرى تسعة وعشرين يوما ، **يجب عليهم قضاء يوم** »[2] .

ويشير ابن عابدين الى أن ظاهر المذهب ، وما عليه المتون في المذهب الحنفي ، أن لا عبرة باختلاف المطالع بقوله : « لكن المعتقد الراجح عندنا ، أنه **لا اعتبار به ، وهو ظاهر الرواية ، وعليه المتون** ، كما في الكنز ، وغيره ، وهو الصحيح عند الحنابلة ، كما في الانصاف[3] .

وكذا هو مذهب المالكية ...[4] .

ويتجه عليهم في القياس[5] أيضاً ، أن الشارع الحكيم ـ فيما يتعلق بثبوت

---

(١) اذ جاء مبنياً للمجهول ، مما يشعر بضعف المقول .
(٢) تبيين الحقائق : جـ ١ ص ٣٢١ .
(٣) المغني وغيره . (٤) الرسائل : جـ ١ ص ٢٥١ ـ حاشية الدسوقي : جـ ١ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠ .
(٥) أي قياس مطلع القمر على مطلع الشمس ، بجامع ان كلا منهما كوكب ذو وضع كوني يؤثر في اختلاف المطالع ، على مواقيت العبادة وثبوت الاهلة .

الهلال ، وانعقاد الشهر ـ قد علق الخطاب بمطلق الرؤية ، على ما بينا ، بخلاف مطلع الشمس ، من حيث شروقها وزوالها وغروبها ، « لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه » في خطاب من خطابات الشارع ، ولو تعلق عموم الخطاب بمطلق مسمى الاوقات ، لزم الحرج ، لتكررها كل يوم ، بخلاف الهلال فانه في السنة مرة[1].

الثابت في علم الفلك ، ان اقصى مدة بين مطلع القمر في اقصى قطر اسلامي ، ومطلعه في اقصى قطر اسلامي آخر ، في قارتي ، آسيا وافريقيا ، لا تزيد عن تسع ساعات[2] :

على أن علماء الفلك قد أثبتوا ، أن أقصى مدة للتباعد بين قطرين اسلاميين في قارتي آسيا وافريقيا ، لا تزيد عن تسع ساعات ، مما جعل توحيد البدء بالصوم بينهما في يوم معين أمراً ممكناً ، اذ يكونان مشتركين في أجزاء من الليل عند ثبوت الرؤية ، والتبليغ بها ، فيتمكنان من أداء الفريضة معاً ، بدءاً من الليلة الاولى بنية الصوم ، وتناول السحور قبل الفجر .

غير أنه اذا كان التباعد بين قطر اسلامي وآخر[3] نائياً جداً ، بحيث تستغرق المسافة الزمنية يوماً أو تزيد ، وجب عندئذ اعتبار اختلاف المطالع بينهما ، لهذا الوضع الخاص ، ذلك لان توحيد يوم البدء بالصوم في مثل هذه الصورة محال ، اذ لا يتم ثبوت رمضانية الشهر بالنسبة لاحدهما الا وهم في رائعة النهار ، أو في ضحاه ، فأوجب هذا الوضع استثناء مثل ذلك القطر من عموم الحكم حتماً ،

---

(١) هذا فضلا عما بينا من اختلاف وضعيهما الكوني ، بحيث جعل القمر ذا وضع مطلق ، والشمس ذات وضع نسبي ، بالنسبة لاهل الارض ومواقع اقطارهم ـ الفتاوى الواضحة : جـ ١ ص ٥٠٨ للاستاذ محمد باقر الصدر . الرسائل : جـ ١ ص ٢٥٦ ص ٢٥٢ .

(٢) بحث المرحوم الاستاذ الشيخ محمد علي السايس ، في مجلة مجمع البحوث في الازهر ، المؤتمر الثالث : ص ٩٥ وما يليها .

(٣) قد يكون غير اسلامي ، وان كان يقيم فيه بعض المسلمين .

لاستحالة التكليف بالأداء قبل ثبوت الوجوب في ذمتهم ، وشغلها به ، لعدم انعقاد الشهر في حقهم .

اجماع الأئمة الاربعة على وجوب بدء الصوم في يوم معين ، في حق المسلمين جميعاً في اقطارهم ، اذا امر الحاكم الاعلى المسلم بثبوت رمضانية الشهر في ذلك اليوم، ولو كان ثبوت رؤية الهلال في مطلع من مطالع تلك الاقطار دون سائرها :

من المقرر شرعاً ، ان أمر الحاكم الاعلى المسلم في كل فصل مجتهد فيه ـ كمسألة اختلاف المطالع ـ يرفع النزاع ، ويرجح أحد النظرين ، اذا كان يعتقد بأحقيته ورجحانه ، وحينئذ يجب على المسلمين جميعاً الامتثال لحكمه ، والعمل بمقتضاه ، ولا تجوز مخالفته شرعاً ، توحيداً لأمر المسلمين ، وهذا بالاجماع .

فاذا تقرر هذا ، فانه يصبح من اليسير توحيد يوم بدء الصوم بالنسبة لجميع المسلمين ، في اقطارهم ، ويرتفع الخلاف ، اذا صدر بذلك حكم موحد من قبل حكامهم ، لوجوب نفاذه في حق من هم في ولايتهم[1] ، كما أسلفنا .

وبذلك يترجح لديك الاتجاه الثاني ، وهو اتجاه جمهور الفقهاء من المذاهب الاربعة القائل ، بأن : **« لا عبرة باختلاف المطالع » وان ثبوت عموم الحكم بوجوب أداء الصوم منوط بمطلق الرؤية** ، للامور الآتية :

وآلا ـ لقوة أدلته من الكتاب والسنة ، ودقة وجوه الاستدلال بها ، على النحو الذي بينا .

ثانياً ـ تعليق الشارع عموم الحكم بمطلق الرؤية ، على ما علمت .

ثالثاً ـ ولان الشارع الحكيم يعلم أن رؤية الهلال ، غير مسكنة » بالنسبة

---

(١) المغني : جـ ٣ ص ٧ وما يليها ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : جـ ١ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠ رسائل ابن عابدين : جـ ١ ص ٢٥١ وما يليها .

لجميع الاقطار ، لاسباب متعددة ، فاكتفى بالرؤية **الممكنة المطلقة** ، تيسيراً .

رابعاً ــ لان ولادة الشهر لا تتعدد .

ولعل هذا مضمون تعليل ابن قدامة في مغنيه ، في قوله : « ولان شهر رمضان ما بين هلالين » وقوله أيضا : « وقد ثبت أن هذا اليوم[1] من شهر رمضان بشهادة الثقات ، فوجب صومه على جميع المسلمين » .

خامساً ــ الاصل العام الثابت الذي نهضت به الادلة ، **يقضي بان الاقطار الاسلامية يجب ان يعمل بعضها بخبر بعض ، وشهادته ، في الاحكام الشرعية ، والرؤية من جملتها** ، وهو المعنى الذي اشار اليه ابن قدامة في قوله : « وقد ثبت ان هذا اليوم ــ يوم ولادة الشهر الثابت بمطلق الرؤية في بعض الاقطار الاسلامية ــ **من شهر رمضان، بشهادة الثقات المسلمين » اي عملا بالاصل العام الذي يقضي بذلك شرعاً ، اذا نقل اليهم خبر ثبوته بطريق موثوق به (٢)** .

سادساً ــ حديث كُرَيْب ــ وهو عمدة المخالف ــ مجمل ، اذ ليس فيه ــ كما يقول الشوكاني ــ لفظ النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ ولا معنى لِلَفْظه حتى يحكم بعمومه أو خصوصه ، فلا يصلح دليلاً يخصص به ذلك الاصل **العام** .

وما فهمه ابن عباس ــ رضي الله عنه ــ مما يحفظ من الاحاديث **لا يصلح** حجة ليعمل به ، أو ليخصص به ذلك الاصل العام ، اذ لا يعدو كونه فهمَ صحابي ، وهو ليس بحجة ، بدليل مخالفة جمهور الفقهاء له .

على أن الروايتين قد أناط الشارع بهما عموم الخطاب بمطلق الرؤية ، كما ذكرنا ، **فلا تعارض** .

---

(١) يقصد بهذا اليوم ، اي يوم ولادة الشهر التي ثبتت بمطلق الرؤية ، وشهد بها الثقات ــ المغني مع الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٧ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : جـ ١ ص ٥٠٩ وما يليها .

سابعاً ـ ان التباعد الذي اعتبره المخالف موجباً لاختلاف المطالع ، هو مجرد واقع كوني لا يسع أحداً انكاره ، وليس محلاً للنزاع ، **وانما النزاع في اعتباره شرعاً او عدم اعتباره** في ثبوت الاهلة وما يتعلق به من أحكام .

ولو اتخذ هذا التباعد دليلاً للتخصيص ، لقصر عن ذلك ، اذ هو محض استدلال عقلي ، حتى اختلف الفقهاء في ضابطه اختلافا شديدا .

وعلى فرض صحة هذا الاستدلال العقلي ، فكيف يتأتى اعتماده مستنداً للتخصيص من الاصل العام ، مع هذا الاختلاف الشديد في ضابطه ؟

ثامناً ـ ان ولادة القمر ـ كما علمت ـ انما هي نتيجة لتحركه عن مركز المحاق الكائن بين الشمس والارض ،وهو موضع كوني محدد" ثابت مطلق،لا يختلف باختلاف الاقطار .

بقيت « **امكانية الرؤية** » نسبية(١) هي او مطلقة ، وهذا هو منشأ الخلاف .

تاسعاً ـ هذا الاتجاه **تطابق فيه المفهوم الشرعي مع الوضع الكوني** ، اذ الكل من عند الله تعالى ، ولا تخالف **ولا تناقض بين احكام شرعه ، ونظام كونه** ، فكان ذلك آية صدق من آيات الاعجاز البياني والعلمي لهذا الكتاب العزيز .

الخلاصة الجامعة لهذا البحث تتركز في النقاط التالية :

آ ـ اختلاف المطالع ، من حيث هو ظاهرة كونية محسوسة ، لا سبيل الى انكاره .
لكن لا عبرة به في ثبوت الأهلة ، وما يتعلق بها من أحكام شرعاً ، على الاصح، عند الجمهور .

---

(١) كونها مطلقة ، اي يكتفى بثبوتها في مطلع اي قطر من الاقطار الاسلامية . واما كونها نسبية ـ اي لا يكتفى بثبوت رؤية الهلال في مطلع قطر ما ، بل لا بد من ان يرى في مطلع كل قطر على انفراد حتى يثبت انعقاد الشهر في حق اهله ، وبذلك يختلف حكم بدء الصوم باختلاف المطالع .
ـ الفتاوى الواضحة : جـ١ ص ٥٠٨ ومابليها ـ للاستاذ محمدباقر الصدر

ب ــ عمدة المخالف ، حديث « كريب » وهو مبهم ، أو مجمل ، اذ ليس فيه لفظ النبي ـ صلى الله عليه وسلم ــ ولا معنى للفظه ، ليفهم منه الخصوص أو العموم ، فضلا عن أن ما جاء فيه ، لا يعدو كونه فهماً خاصاً لصحابي لا تقوم به الحجة ، بدليل منازعة الجمهور من الأئمة لهذا الفهم الخاص .

جـ ــ خالف حديث « كريب » مضمون السنة الصحيحة الثابتة : « صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته » حيث علق الشارع عموم الخطاب بمطلق الرؤية .

د ــ ان حديث « لا تصوموا حتى تروا الهلال ، ولا تفطروا حتى تروا الهلال » مآل مضمونه بالمفهوم المخالف ــ وهو حجة عند الجمهور ــ في قوة الامر عند ثبوت الهلال بالرؤية المطلقة ، أي « صوموا عند الرؤية » وهو عين مضمون الحديث الاول ، ولا اختلاف في دلالات الشرع ، ومنطقه العام .

اذن هما متفقان من حيث الاطلاق ، وليس الثاني مقيداً للاول ، كما زعم المخالف .

هـ ــ والاستدلال بهذا المضمون المتحد ــ **مطلق الرؤية الممكنة** ــ **أظهر من الاستدلال على الرؤية النسبية الممكنة** التي تختص بكل قوم في مطلعهم ، كما يقول الإمام الشوكاني .

و ــ ليس بين المدينة والشام من البعد ما يوجب اختلاف المطالع ، فلا يصح استدلال المخالف بحديث « كريب » على مدعاه ، لعدم تحقق شرطه في اجتهاده ، حيث قال : ان التباعد الفاحش ، كالبعد بين الحجاز والاندلس ، هو هو الذي يوجب اختلاف المطالع في النظر الاصح عنده ، والا لزمه القول باختلاف المطالع على القرب ، وهو خلاف مذهبه .

ز ــ لا يقوى حديث « كريب » في إبهامه واجماله ، وما جاء فيه من اجتهاد خاص بصحابي ، على تخصيص الاصل العام الذي نهضت به الادلة ، من أن الاقطار الاسلامية يجب أن يعمل بعضها بخبر بعض ، وشهادته ، في الاحكام الشرعية ، والرؤية من جملتها .

ـ هذا ما أشار اليه الإمام ابن قدامة[1] ، من انه يجب على المسلمين كافة العمل بخبر الثقات، وكذلك الإمام الشوكاني بل سائر الأئمة، كما قدمناه.

ح ـ هذا فضلا عن ان مآل الحديثين مضموناً متحد ، وهو **تعليق عموم الخطاب بمطلق الرؤية الممكنة** .

ط ـ لا حجة في الآية الكريمة : « فمن شهد منكم الشهر فليصمه » على الرؤية النسبية الممكنة الخاصة بكل بلد على انفراد ، لان شهود الشهر في الآية الكريمة معناه الاقامة في البلد ، وبين الاهل ، أو حضور الشهر ، والعلم به ، لا خصوص رؤية هلاله ، على ما بينا ، عند أئمة المفسرين من الإمام الطبري ، والقرطبي وغيرهما .

والمعنى : من أدركه الشهر ، وهو مقيم في بلده وأهله ، مكلفاً صحيحاً معافى ، عالماً بدخول الشهر ، وجب عليه الصوم ، ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أُخر ، وبذلك يتسق منطق الآية ومنطوقها[2] .

ولا علاقة لهذا بالرؤية ، مطلقة أو نسبية ، كما ترى .

ي ـ الادلة العقلية للمخالف ، لا سند لها من الشرع ، لانها محض استدلال عقلي ، بدليل وقوع الاختلاف الشديد فيما بينهم في ضابط شرط التباعد .

ك ـ وأيضاً قياس مطلع القمر على مطلع الشمس ، لا يصح ، لاختلاف كل منهما وضعاً كونياً .

ل ـ القول باختلاف المطالع ، واعتباره ، يقضي **بتعدد « اهلة » شهر رمضان** ، والواقع ، أن شهر رمضان ـ كما يقول العلامة ابن قدامة ـ بين هلالين ، هلال أول ليلة من رمضان ، وهذا مبتدؤه ، وهلال أول ليلة من شوال ، وهذا

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : جـ ١ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠ .
(٢) أي لفظها ومعناها .

منتهاه . وجاءت السنة مؤكدة هذا المعنى ، صوموا لرؤيته ، أي صوموا عند ثبوت هلال مبتدئه ، وأفطروا عند ثبوت هلال منتهاه .

م ــ منشأ الخلاف : هل الرؤية الممكنة ، التي تثبت بها رمضانية الشهر ، وانعقاده ، مطلقة أو نسبيــة ؟

ن ــ القول بالرؤية المطلقــة يوجب التوافق بين **أحكام الشرع ، وأوضاع الكون ،** والكل من عند الله تعــالى ، وتلك آية بينــة على الاعجاز البيــاني والعلمي للقرآن الكريم .

ص ــ البلاد النائية جداً التي تبعد المسافة الزمنية فيها بعداً يزيد عــن يوم ، بحيث تكون في نهار عندما تكون سائر الاقطار الاسلاميــة ، في أجزاء مــن الليل ، **تختص برؤيتها استثناء ،** لوضعهــا الكوني الخاص على الكرة الارضيــة ، لاستحالة اشتراكها مع الاقطار الاسلامية ، في أي جزء من الليل ، مما يوجب الاستحالة في تحقيق وحدة بدء الصوم وأداء الفريضة في ذلك اليوم بالنسبة اليهم ، قبل ثبوت الوجوب في ذمتهم ، لعدم انعقاد الشهر في حقهم .

والاستحالة لا يتأتى معها التكليف شرعاً .

ن ــ من المقرر شرعاً ، أن كل فصل مُجْتَهَدٍ فيه[1] ، اذا أصدر فيه الحاكم المسلم الاعلى حكماً ، يرجح أحد النظرين ، لاعتقاده بأحقيتــه ، في اجتهاده ، وجب على المسلمين كافة انفاذه ، ولا تجوز مخالفته شرعاً ، وهذا **بالاجمــاع .**

وعلى هذا ، اذا أصدر الحكام المسلمون الاعلون[2] في أقطارنا أمراً بتوحيد

---

(١) أي كل مسألة مختلف فيها .

(٢) الحاكم المسلم الاعلى ، يقصد به ذو الولاية العامة ، بخلاف القاضي ، أو الوالي ، فان ولاية كل منهمــا خاصة ، فلا يخضع لحكمه الا مــن كان في ولايتــه .

بدء الصوم في يوم معين ، تعيّن على المسلمين كافة انفاذه شرعاً ، وبذلك ترتفع الفوضى والبلبلة التي يعانيها العالم الاسلامي كل عام ، في ثبوت رمضانية هذا الشهر العظيم[1] .

والله الهادي الى سواء السبيل .

---

(١) هذا فضلا عن أن ما يجري في العالم الاسلامي اليوم من الاخذ بمبدأ اختلاف المطالع ، مخالف لما عليه جمهور الفقهاء .

البحث الثامن

الشروط المقترنة بالعقد تقييداً

في الفقه الاسلامي المقارن

مجال سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي :

من المقرر اجماعاً ، أن مجال سلطان الإرادة العقدية في الفقه الاسلامي ، مقصور على انشاء العقد أو التصرف ، بحيث لا تتعداه الى ترتيب آثاره ، فالشارع الحكيم هو الذي يرتب على كل عقد أو تصرف آثاره[1] ، وذلك حفظاً للتوازن ، أو تحقيقاً لمقاربة التساوي بين الالتزامات في مضمون عقد المعاوضة بين طرفيه فيما يجب لكل منهما من حق ، وما عليه من التزام ، وهذا من مباني العدل في التشريع الاسلامي .

ولا ريب أن التوازن أو المساواة في العقود المالية التبادلية ـ فضلاً عن كونها مبنى للعدل ـ هي مقصود المتعاقدين ، يؤكد هذا الاصل ما جاء في بداية المجتهد : « .. يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا ـ ومعظم الشروط المقترنة بالعقد

---

(١) ويقول الامام عبد العزيز البخاري ـ صاحب كشف الاسرار على اصول البزدوي في هذا الصدد ما يلي : « إن العلل الشرعية ـ ومنها العقود ـ غير موجبة بانفسها ... وانما الموجب للاحكام ـ المعلول والاثر ـ هو الله تعالى » ـ كشف الاسرار ص ١٢٩١ .
ويقول الامام الغزالي : « إن الله هو الذي اضاف ـ الآثار ـ الى اسبابها ، لان الاسباب لا توجب الحكم لذاتها ، بل بايجاب الله تعالى ، فالسبب هو ما يحصل الحكم عنده ، لا به » . المستصفى ج ، ص ٩٣ ـ ٩٤ .

علة بطلانها معنى الربا ــ انما هو لمكان **الغبن الكثير** فيه ، وأن العدل في المعاملات ، انما هو **مقاربة التساوي** ، ولذلك لما عسر ادراك التساوي في الاشياء المختلفة الذوات ، جعل الدرهم والدينار لتقويمها ، أعني تقديرها »[1] .

وكما حرص الشارع بتحديد **مقتضى العقد** ، على تحقيق التعادل بين الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد في العقود المالية التبادلية ، نهياً للربا أو الغَرَر ، فقد قصد بذلك التحديد أيضاً ، نفي أسباب الجهالة المفضية الى النزاع ، أما غير ذلك من العقود غير المالية كعقد النكاح مثلاً ، أو عقود الالتزامات أو التوثيقات كالكفالة ، أو عقود التبرع كالهبة ، فقد جعل من مقتضى كلٍّ منها ، نظاماً شرعياً أساسياً له ، لا يجوز المساس به أو مناقضته بالارادة التعاقدية ، اذ لا يتصور التعادل بين الالتزامات المالية في مثل هذه العقود ، وان كان لمشروعية الباعث اعتبار ، في عقود التبرع ، كعقود المعاوضة ، سواء بسواء[2] .

فالعقود اذن شرعت أسباباً لمُسبَّباتها ، أو شرعت لتكون مفضية الى نتائجها في العمل ومواقع الوجود ، بجعل الشارع ، وبذلك كانت أسباباً **جعلية لا عقلية**[3] طبعية ، تفضي الى آثارها بذواتها .

ويوضح الإمام ابن تيمية هذا المعنى بقوله : « إن الاحكام الثابتة بأفعالنا . كالملك الثابت بالبيع ... **نحن احدثنا اسباب تلك الاحكام** ــ أي ابرام العقود ، وانشاء التصرفات ــ **والشارع اثبت الحكم** ، لثبوت سببه منا »[4] .

---

(١) جـ ٢ ص ١٢٣ ــ ابن رشد .
(٢) وذلك كما في الهبة والوصية والوقف ، لانها تصرفات انفرادية .
(٣) الموافقات : جـ ١ ص ١٣١ ، للشاطبي . أصول التشريع الاسلامي : ص ٢٨٥ للمؤلف . وراجع بحث الاسباب الشرعية في الموافقات للشاطبي : جـ ١ ، ص ١٩٤ .
(٤) ونفي كون العقد سببا عقليا أو طبعيا ، لا يعني نفي صفة المعقولية عنه ، بحيث لا يستقل العقل بادراك كونه سببا شرع لغاية معينة : اقتصادية أو اجتماعية مرسومة له شرعا ، ومعقولة في حد ذاتها ، وتعتبر الحكم الاصلي الذي شرع العقد من اجله ، بل المقصود ، أن العقد لا ينتج اثره بذاته ، بل بجعل الشارع له منتجا تلك الآثار عند انشائه . رد المحتار : جـ ٤ ص ١٣٦ لابن عابدين .

فصوناً للتصرفات من أن تصبح نتائجها رهنـاً بالارادة الانسانيـة **المطلقـة** التي كثيراً ما تطغى وتتنكب جادة الحق في التعامل ، بدافـع من الانانية والهـوى والجشع ، ولا سيما اذا كانت في مركز أقوى ، تولى الشارع بنفسه ترتيب هـذه الحقوق التي يطلق عليها أحياناً **احكام العقد** .

على أن لكل عقد **حكماً اصلياً** شرع من أجله ، هو المقصود الاصلي من شرعية العقد ، ويطلق عليه **« مقتضى العقد »** ، **او غايته النوعية** ، كانتقال ملكية المبيع الى المشتري تلقائياً فور انشاء عقد البيع ، وثبوت حق احتباس المرهون للمرتهن في عقد الرهن ، توثيقاً لدينه واستيفائه من ماليتـه ، اذا عجز المدين عن الوفاء عنـد بلوغ الدَّين مَحِلَّه[1] أو حلول أجله ، وثبوت ملكية منفعة العقار للمستأجر في عقـد الإجارة ، وحقه في استيفائها ، وغير ذلك من المقتضيات الاصلية للعقود التي تتنوع بحسب طبيعة كل عقد .

أما أحكام العقد الاخرى ، مـن مثل تسليم الثمن ، وأداء بـدل المنفعة ، أو الاجرة ، ووجوب ضمان العين المرهونـة على المرتهن ، فليست أصليـة ، وانما هي التزامات وتكاليف تابعة .

واذا كانت آثار العقد جعلية ــ ومنها مقتضاه أو حكمه الاصلي ــ فانها غالباً ما تكون هي مقصود المتعاقدين ، حتى اذا بدا لهما أو لاحدهما أن يُعدِّل من آثار هذا العقد ، زيادةً أو نقصاً ، كان له ذلك عن طريق **الشروط العقدية التقييدية المقترنة** عند جمهور الفقهاء[2] .

هذا ، وجمهور الفقهاء، قد اختلفوا في « مدى سلطان الارادة العقدية في تحديد آثار العقد » تبعاً لاختلافهم ، في **« ضابط »** الشرط الجائز ، أو الشرط غير الجائز ،

---

(١) المحل : بفتح الميم وكسر الحاء ، الاجل المضروب المسمى لاداء الدين المؤجل .
(٢) ما عدا الظاهرية الذين لا يجيزون اشتراط أي شرط الا اذا ورد به نص بعينه ، أو انعقد عليه اجماع ، كما سيأتي .

مما جعلهم بالتالي مختلفين في أنواع هذه الشروط التقييدية ، ومدى آثارها على التصرف القولي ، صحة وبطلانا ، وهو موضوع هذا البحث المقارن .

آ ـ تعريف الشرط التقييدي المقترن بالعقد اصطلاحاً(١) (تحرير محل النزاع)
هو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه ، زائد عن اصل مقتضاه شرعاً :

تحليل هذ التعريف :

يبيّن التعريف أن الشرط يوجب تكليفاً في تصرف قولي ، سواء أكان عقداً بين طرفين من عقود المبادلات المالية أم غير المالية ، أم كان تصرفاً انفرادياً ، كالهبة ، والوصيـــة .

وقولنا وارد في التصرف القولي **عند تكوينه** ، يفيد التعبير عنه في صلب العقد إبّان انشائه ، بحيث يصبح من بنوده وأجزائه التي تم التراضي على أساسها ، وهذا معنى الاقتران .

فخرج بذلك الشرط السابق على التصرف واللاحق له ، ولـو تضمن تكليفاً ، لانه غـير مقترن .

أما كونه زائداً ، فلإخراج الشرط الذي يتضمن التزاماً هو من مقتضى العقد ، لان مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط ، فلا يفيد التزاماً زائداً عما يقرره العقد من حقوق وواجبات ، بل يؤكدها ، فوجوده وعدمه سواء ، في حين أن مجال بحثنا انما هو في **الشروط التي تعدّل من آثار العقد وليست من مقتضاه .**

وقولنا : يفيد **التزاماً زائداً** ، يشمل ما اذا كان فيه نفع لأحد المتعاقـدين ، أو لغيرهما ، أو لا منفعة فيه لأحد .

---

(١) أما تعريف الشرط لغةً ، فقد ورد بمعان متعددة ، أقربها لما نحن فيه ، هو « الزام الشيء والتزامه ، في البيع ونحـوه » ـ لسان العرب : جـ ٩ ص ٢٠٢ ـ وما يليهـا .

ب ـ الفرق بين كلٍّ من الشرط التقييدي ، والتعليقي والاضافي :

بهذه القيود يخرج الشرط **التعليقي** والشرط **الاضافي** .

أما الشرط التعليقي ، فلا يوجب تكليفاً زائداً عن مقتضى التصرف ، وانما هو شرط يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر ، أو كما يقول الاصوليون : « ربط حصول مضمون جملة ، بحصول مضمون جملة أخرى »[1] كلاهما غير موجود في الحال .

فلو علق تصرفه على حصول أمر مستقبل متوقع الحدوث بأداة من أدوات التعليق ، كقوله : « اذا جاء ولدي من السفر فقد بعتك داري بثمن قدره كذا » فهذا شرط **تعليقي** لا يكون معه التصرف منعقداً في الحال ، ولا يفيد التزاماً زائداً عن مقتضى العقد ، ولو كان مقارناً له ، قولاً وزمناً .

اما الشرط **الاضافي** فيفيد « **ارجاء اثر التصرف المنعقد الى زمن مستقبل معين** » كقولك : « آجرتك هذه الدار اعتباراً من أول الشهر القادم » فالعقد منعقد ، ولكن آثاره لا يبدأ سريانها الا بدءاً من الزمن المستقبل المعلوم الذي أضيف التصرف اليه .

فهو شرط وان كان مقارناً للتصرف ، غير أنه لا يوجب التزاما زائدا عن آثار العقد الاصلية .

والخلاصة : أن الشرط التقييدي المقترن هو الذي يعدّل من آثار العقد زيادةً أو نقصاً ، بخلاف الشرط التعليقي ، والشرط الاضافي ، اذ كلٌّ من هذين الشرطين يقترن بالعقد ، غير أنه مختلف عن الشرط التقييدي المقترن **مفهوماً واثراً** ، كما قدمنا ، ونتناول فيما يلي اتجاهات الفقهاء في الشرط التقييدي المقترن .

---

(١) المدخل : ج ١ ، ص ٥٤٤ للاستاذ الزرقاء .

أولا : اتجاهات الفقهاء في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد :

١ ــ لا نزاع بين الفقهاء جميعاً في أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز ، كاشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن ينفق عليها ، أو أن يدفع لها مهراً محدداً ، أو أن يعاشرها بالمعروف ، أو يشترط المشتري أن يتصرف في المبيع ، بيعاً أو إجارة أو رهناً ، لان هذا يثبت بمطلق العقد، كما ذكرنا، **فاشتراطه وعدمه سواء** ، اذ لا يزيد ولا ينقص شيئاً من أحكام العقد التي رتبها الشارع ، لانه من مقتضى العقد ، **فصح اجماعاً** .

وهذا النوع من الشروط ــ في الواقع ــ ينبغي ألا يُدرج في الشروط التقييدية، لان ما يوجبه يثبت بالعقد قبل الاشتراط ، ولانه زائد صورةً ، لا معنى .

٢ ــ ولا نزاع أيضاً في أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ، باطل ، ويُبطل العقد أيضاً اذا كان من عقود المعاوضات ، لانه شرط يُلغي الحكم الاصلي للعقد ، أو ينسخ غايته النوعية الاقتصادية أو الاجتماعية التي من أجلها شرع العقد سبباً لها ، فيصبح العقد صورياً .

هذا فضلاً عن مناقضته لقصد الشارع رأساً ، ومناقضة قصد الشرع باطلة ، فما يؤدي اليها من الوسائل باطل بالضرورة .

وذلك ــ كما يقول الإمام الشاطبي : « كما اذا اشترط ــ البائع على المشتري في عقد البيع ــ أن لا يتصرف بالمبيع ، أو شرط الصانع على المستصنع ، أن لا يضمن المستأجَر عليه إن تلف ، وأن يُصَدَّقه في دعوى التلف .. أو اشترط في النكاح ألا ينفق عليها .. وما أشبه ذلك ، فهذا القسم لا إشكال في إبطاله ، لانه مناف لحكمة السبب »[1] ــ أي لحكمة تشريع العقد .

---

(١) الموافقات : جـ ١ ص ٢٨٤ وما بعدها ، لان عدم انفاق الزوج على زوجته يقطع اسباب المودة ، ويفضي الى الفراق ، وهو ينافي حكمة تشريع الزواج. غير أنه ينبغي أن يلاحظ ، أن عقد الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، لانه ليس عقد معاوضة ، بل يبطل الشرط وحده ، ويبقى العقد صحيحا منتجا لآثاره ، كما سيأتي .

٣ ــ هذا ، والاصل أن « **ما يثبت بالشرع ، مقدم على ما يثبت بالشرط** »[١] أي عند التعارض .

وتعليل ذلك ، أن ما يثبت بالشرع هنا هو من **نظامه الشرعي العام** في التعامل ، فيرتقي الى مستوى الشرع **الملزم** التي تتمثل فيه الارادة الحقيقية للمشرع ، قطعاً .

وأما ما ثبت بالشرط ، فهو محض تصرف بالارادة الانسانية ، فكانت « **المنافاة** » بين الشرع الملزم ، والتصرف الارادي ، وهذه هي المناقضة أو المضادة للمشرع ، والمناقضة باطلة بالاجماع ، فكذلك ما يؤدي اليها باطل بالاجماع ضرورة[٢] ، كما أشرنا .

فالمنافاة هي علة فساد الشرط .

٤ ــ ومن هنا يقول الإمام ابن تيمية : « لا بد في التصرف من رضا المتعاقدين ، **وموافقة الشرع** »[٣] أي موافقة التصرف للشرع ، **اركانا وشروطا ومقتضى** ، وقواعد ومقاصد ، فالتراضي مقيد بالشرع لا مطلق .

ثانياً ــ منشأ اختلاف العلماء هو ضابط الشرط المشروع :

أما ما عدا ذلك من أنواع الشروط ، فقد اختلف الفقهاء فيه ، تبعاً لاختلافهم في « الضابط » للشروط المشروعة ، وغير المشروعة ، اذ لم يرد من الشارع معيار محدد لمشروعية الشرط ، بل استخلص اجتهاداً من نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها . فكان ذلك هو منشأ اختلافهم ، واتسع مجال اجتهادهم بالرأي في هذا « الضابط » على النحو التالي :

---

(١) الاشباه والنظائر : للسيوطي ، ص ١٠٢

(٢) الموافقات : جـ ٢ ص ٣٣١ للشاطبي .

(٣) الفتاوى : جـ ٣ ، ص ٢٢٩ وما يليها .

آ ـ اتجاه الظاهرية :

الشرط الصحيح عندهم : **ما ورد النص بجوازه بعينه ، او انعقد عليه الاجماع .**

ذهب الظاهرية الى أن الاصل في الشروط هو الحَظْر ، فليس لأحد المتعاقدين أن يشترط في العقد ، الا ما ورد النص بجوازه بعينه ، أو انعقد على جوازه اجماع.

وينتج عن ذلك ، أن ليس للارادة الانسانية ـ في نظر الظاهرية ـ أي سلطان في اشتراط أي شرط في صلب العقد وصيغته ، الا ما أجازه الشرع نصاً ، أو أيده الاجماع[1] .

ـ وكذلك ليس للارادة العقدية سلطان ولا حرية في انشاء عقود جديدة لم يرد من الشارع تسمية لها بعينها ، وتنظيم لاحكامها .

ادلة الظاهريـة :

واستدل ابن حزم على هذا ، بما يأتي :

آ ـ قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « من عمل عملاً ليس عليه أمرُنا ، فهو ردّ » اذ يقول في وجه استدلاله به : « فصح بهذا النص ، بطلان كل عقد عقدَه الانسان ، والتزمه ، الا ما صح أن يكون عقداً ، جاء النص أو الاجماع بالزامه باسمه ، أو وباباحة التزامه بعينه »[2] .

وينتهي الى القول بأن : « شروط المسلمين ليست كل شرط بلا خلاف ،

---

(١) والاجماع ـ كما تعلم ـ لا بد له مستند في الواقع ، من الكتاب او السنة ، أو من كليهما ، فرجع الامر الى أن يكون الدليل نصا .

(٢) الاحكام في أصول الاحكام : جـ ٥ ، ص ٣٢ .
والظاهرية لا يقولون بالقياس ولا بالمصلحة المرسلة ، لانهم لا يقولون بأصل تعليل المنصوص .

بل انما هي الشروط المأمور بها ، أو المباحة بأسمائهـا ، في القرآن وصحيـح السنن »[1] .

ب ـ بما ورد في الصحيحين من قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، وما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، وان كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق»[2].

ووجه استدلاله بهذا الحديث الشريف ، أن كل شرط او عقد لم يرد بمشروعيته بعينه نص في كتاب الله ، او السنة ، او الاجماع ، باطل ، **فـاذا اقترن بالعقـد بطل كذلك .**

جـ ـ ويستدل أيضا بعموم قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ، أوفو بالعقود » ووجه استدلاله به ، أن الله تعالى ، أمر بالوفاء بالعقود عامة ، والشروط عقود ، فلو أجزنا كل شرط ، للزم الوفاء به بمقتضى هذا النص ، فيؤدي الى الالتزام بما هو محرم ، وهو ما لا يجوز المصير اليه بحال .

وعلى هذا ، فالشرط ـ في راي الظاهرية ـ نوعان : **صحيح وباطل** ولا واسطة.

والشرط الباطل **يبطـل** العقد اذا اقترن به[3] ، فان لم يقترن به كان العقد صحيحـا[4] .

---

(١) المحلى : جـ ٨ ، ص ٤١٢ . (٢) الإحكام : جـ ٥ ، ص ٣٢ .

(٣) المرجع السابق . الإحكام في اصول الاحكام : لابن حزم، جـ ٥ ص٦ ومايليها.

(٤) ويعدد ابن حزم الشروط الصحيحة التي ورد فيها نص كما يلي :
١ ـ اشتراط الرهن فيما تبايعاه الى اجل مسمى .
٢ ـ اشتراط تأخير الثمن ان كان دنانير او دراهم الى اجل مسمى .
٣ ـ اشتراط اداء الثمن الى الميسرة ، وان لم يذكر اجلا .
٤ ـ اشتراط صفات المبيع التي بتراضيانها معا ، ويتبايعان ذلك الشيء على أنه بتلك الصفة .
٥ ـ اشتراط أن لا خلابة .

هذا ، وانما حدد الظاهرية ضابط الشرط الصحيح بما ورد به نص من كتاب او سنة ، أو أيده اجماع ، لانهم لا يعتبرون « القياس » خطة في التشريع الاجتهادي ، ولا الاستحسان ، ولا المصالح المرسلة ، بل ينكرون حجية « الرأي » جملة ، وأصل التعليل[1] .

ولا ريب أن هذا « الموقف » من مبدأ سلطان الارادة العقدية ، أو حرية التعاقد والاشتراط ، يضيق على الناس في معاملاتهم تضييقاً شديداً ، بل يوقعهم في الحرج ، ومعلوم أن أصل مشروعية التعامل ، لرفع الحرج ، لتستقيم أمور الناس ، وتتحقق مصالحهم المشروعة في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي ، فكان هذا الموقف عائداً على أصل مشروعية المعاملات بالنقض ، وهو ما لا يصح التسليم به .

ب ـ اتجاه الحنفية :

وضع الحنفية ضوابط أربعة للشرط الصحيح يتحقق في أيٍّ منها :

أولا ـ أن يكون من مقتضى العقد ، كاشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، أو اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، وهذا بمطلق العقد يثبت ، كما أسلفنا .

ثانياً ـ أو يكون ملائماً لمقتضاه ، كاشتراط كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، لان هذا الشرط مؤكد للمقتضى معنىً .

ثالثا ـ **أو يكون مما ورد به نص .**

---

٦ ـ بيع أصول النخل فيها ثمرة قد أبّرت قبل الطيب او بعده ، فيشترط المشتري ثمرَه لنفسه ، أو جزءاً معينا منها ، أو مسمّى مشاعا في جميعها .
٧ ـ بيع العبد أو الأمة .. الخ .
ثم يقول : فهذه ولا مزيد عليها ، **وسائرها باطل** ـ المحلى : جـ٨ ص٤١٢ .

(١) راجع أسباب اختلاف الفقهاء : ص ١٤ .

كاشتراط الخيار ، واشتراط خيار الرؤية ، ولو كان هـذا الاشتراط مخالفاً لمقتضى العقد[1] .

رابعاً ـ **او يكون مما جرى به عرف التعامل**[2] كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم باصلاح المبيع لمدة معينة .

الاصل في الاشتراط عند الحنفية هو الحظر :

والممعن في هذه الضوابط التي يتحقق جواز الشرط المقترن بالعقد بأحدها ، يرى أن الحنفيـة يذهبون الى أن الاصـل في الاشتراط ، وحريـة التعاقد عامة ، هـو « الحظر » .

غير أنهم يختلفون عن الظاهرية ، مـن حيث ان أصول التشريع عنـدهم التي يجوز الاشتراط على أساسها ، لا تقف عند حد الاجماع ، بل تشمل ـ الى ذلك ـ القياس ، والمصالح المرسلة ، والاستحسان ، والعرف ، فاتحدا في الاصل ، واختلفا في مدى حرية الاشتراط .

الاستحسان العرفي الذي تنهض على اساسه مشروعية الشرط المقترن بالعقـد تقييداً عند الحنفية ، منهج عقلي واقعي ، لتحقيق الخطأ والصواب إبّان تطبيق القواعد على الجزئيات ، توصلاً الى المصلحة ، والعدل مآلاً[3] :

والواقع أن الاستحسان ـ كما سيأتي بيانه ـ أكسب الفقه الحنفي بعامة ، سلطان الارادة في الاشتراط ، وحرية التعاقد ، بوجه خاص ، مرونة عجيبة .

---

(١) لان مقتضى العقد ان تثبت آثاره فور انعقاده لازمة .

(٢) المبسـوط : جـ ١٣ ص ١٤ ، تبيين الحقائـق : جـ ٤ ص ١٣١ ـ البحر الرائق : جـ ٦ ، ص ١٩٤ .

(٣) الواقع ان ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن صفقتين في صفقـة ، او عن بيع وشرط ، او ما في معناهما ، **محمول على الشرط الفاسد** ، لعلـة شبهه الربا ، او الغرر الكثير ، او الجهالة ، حتى اذا انتفت العلة ، جاز كما سنرى في البحوث القادمة ، فهو عام مخصوص .

ذلك أن « العرف » ـ وهو سند الاستحسان ـ قد فتح باب حرية الارادة العقدية في الاشتراط في المعاملات على مصراعيه ، شريطة ألا يكون هذا العرف مصادماً لنص خاص ، أو أصل قطعي وارد في موضوع العرف عيناً .

على أن « العرف » يمكن أن يعارض قياساً عاماً ، فيستثنى من عموم هذا القياس الشرط الذي جرى به العرف ، فيصح ولو كان من مقتضى العقد عدم جوازه ، وهذا ما يطلق عليه الاستحسان[1] الذي سنده العرف ، أو الاستحسان العرفي .

وكذلك صحّحوا الشرط الذي لا يقتضيه العقد اذا كان ملائماً ، استحساناً .

وقد وضع الحنفية قاعدة العرف **التشريعية والتفسيرية** التي مؤداها أن : « الثابت بالعرف ، كالثابت بالنص »[2] .

هذا ، ويمكن اعتبار الاستحسان الذي ينهض على أساسه الشرط الملائم ، أو المؤكّد لمقتضى العقد معنىً ـ كما يقول الحنفية ـ **صورة من صور تحقيق المناط** .

وبيان ذلك ، أنه لدى تحليل الشرط الملائم مفهوماً وغرضاً ، يتبين أنه يحقق مقتضى العقد على وجه آكد ، فهو داخل في المقتضى معنى ، لان المؤكّد لا يخرج عن معنى المؤكّد[3] ، وبذلك يبدو ـ نتيجة للتحليل والبحث الاجتهادي ـ أن زيادة هذا الشرط في صيغة العقد ، زيادة صورية لا حقيقية مؤثرة في التزامات العقد زيادة أو نقصاً ، فيجوز ، لتأكيده للمقتضى الذي هو المصلحة والعدل ، شرعاً .

ومن هنا ، كان الاستحسان في بعض صوره منهجاً اجتهادياً عقلياً ، للنفاذ الى الحقائق ، أو **لتحقيق معنى الخطا والصواب** في التطبيق على الجزئيات ، توصلا الى

---

(١) يقول ابن رشد في كتابه بداية المجتهد : « الاستحسان التفات الى المصلحة والعدل » جـ ٢ ص ١٥٤ .

(٢) الاشباه والنظائر ، لابن نجيم بحاشية الحموي . (٣) بفتح الكاف المشددة .

العدل والمصلحة المعتبرة شرعاً ، لأن **مقتضى العقد شرع** ، اذ هو من ترتيب الشارع ، والشرع عدل ومصلحة بلا مراء .

والخلاصة : أن الاستحسان الاجتهادي ، قد أثبت أن عدم الاقتضاء الصوري ، لا ينافي تأكيد معنى المقتضى الحقيقي ، والعبرة بالحقائق والمسميات التي تناط بها الاحكام .

هذا فضلاً عن أنه تبين بالتحليل الاجتهادي لمفهوم الشرط الملائم وغرضه ، أنّ ليس فيه معنى الغَرَر ، أو شبهة الربا ، أو الجهالة المفضية الى المنازعة ، وهو وان كان فيه اضافة صفقة الى صفقة العقد المقترن به[1] : بحيث يكونان عقدين في عقد ، جائز ، لان النهي عن ذلك ، منصب على الشرط الفاسد لا الملائم ، بل فيه تأكيد لمضمون المقتضى : **فكان من مصلحة العقد نفسه ، ومما تدعو الحاجة اليه .**

وعلى هذا . فاذا تحقق في الشرط « **الملائم** » تأكيد معنى المقتضى ، أو مناطه ، أخذ حكمه من **الصحة والالزام** ، لانه أصبح جزءاً من المقتضى ، والمقتضى شرع ، والشرع ملزم .

ضوابط الشرط الفاسد عند الحنفية :

وعلى هذا : فالشرط الفاسد عند الحنفية ، هو ما لا يتوافر فيه أي ضابط من الضوابط السابقة ، وذلك :

١ ـ بأن لا يكون من مقتضى العقد .

---

(١) الواقع ان ما ورد عن الرسول ﷺ من النهي عن صفقتين في صفقة ، أو عن بيع وشرط ، أو ما في معناهما ، **محمول على الشرط الفاسد** ، لعلة شبهة الربا ، أو الغرر الكثير ، أو الجهالة ، حتى اذا انتفت العلة ، جاز ، كما سنرى في البحوث القادمة ، فهو عام مخصوص .

٢ ــ ولا ملائماً له .

٣ ــ ولا ورد به نص .

٤ ــ ولا مما جرى به العرف .

٥ ــ وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين[1] ، أو لغيرهما ، لانها منفعة خالية عن عوض ، فتمكنت في هذا الشرط شبهة الربا .

ــ غير أن هذا ، لا يُغني عن أن نُفرد « **الشرط الملائم** » بالبحث .

الشرط الملائم عند الحنفية :

قلنا ان الشرط اذا كان مما لا يقتضيه العقد صورةً ، ولكن يؤكد مقتضاه معنى ، فهو جائز استحساناً لا قياساً ، وسَمّوه ملائماً ، لانه يفيد التوكيد والتوثيق لمقتضى العقد . فأُلحق بالشرط الذي يقتضيه العقد ، لاتحاد المعنى فيهما . وأجيز استثناء ، كما ذكرنا .

كما اذا اشترط تقديم كفيل أو رهن عند تأجيل الثمن .

فنظرية الحنفية في « مقتضى العقد » واضحة ، اذ يرون وجوب الوقوف عند أحكام العقد التي وضعها الشارع أثراً للعقد ، وأن الاشتراط ينبغي أن يكون مما يقتضيه هذا العقد ، دون زيادة ، لانها زيادة خالية عن عوض ، وهذا هو الربا ، وان يكون مما لا ينافيه من باب أولى .

فالاصل العام اذن هو الاقتضاء ، الا ما استثني على النحو الذي قررنا .

فثبت مما قررناه آنفاً من أن الاصل في الاشتراط ــ عند الحنفية ــ هو الحظر .

---

(١) وهذا قيد يحترز به عن الشرط الباطل الذي لا منفعة فيه لاحد ، بل هو لمجرد التقييد ، أي الاضرار ، ولذا أطلق عليه شرط المضرة ، كما سيأتي .

غير أن الاستثناء من هذا الاصل عن طريق **العرف والملاءمة** لمقتضى العقد ، استحساناً ، قد فتح باب حرية الاشتراط على مصراعيه ، كما قدمنا .

أما ما ورد به نص ، فهو ثابت بالشرع رأساً ، وللشارع أن يورد ما يشاء على خلاف مقتضى العقد والقياس .

واذا كان « العرف » أصلاً يبنى عليه الشرط الصحيح عند الحنفية ، ولو خالف القياس العام ، أي لم يكن ــ في الاصل ــ جزءاً من مقتضى العقد ، فان الفقه الحنفي بمعيار الاستحسان هذا قد جعل لسلطان الارادة أثراً بيّناً في التعديل من آثار العقد ، مجاراة لاحتياجات التعامل ، أو مقتضيات المعاملات التجارية المتطورة ، والنشاط الاقتصادي بوجه عام ، وهي معظمها تقوم على **الاعراف السارية** التي تسود تلك المعاملات بأحكامها ، وأصبح الاصل عندهم عملا هو **الاباحة لا الحظر** .

على أن الشرط العرفي وان عدّل من آثار العقد ، لكنه لا يخل بالتوازن في مضمونه ، ولا يوجب ما ينافي الشرع ، كما قدمنا .

ــ وقد أشرنا الى أن العرف الذي يخالف القياس العام جائز ، وعندئذ تستثنى الجزئية التي يجري بها العرف من عموم القياس استحساناً ، **لدليلها الاقوى** ، ويُعطى لها حكماً مخالفاً[1] لحكم القياس .

وبذلك ظهر لك ، أن الشروط المقترنة بالعقد عند الحنفية أنواع ثلاثة :

١ ــ الشرط الصحيح ٢ ــ والشرط الفاسد ٣ ــ والشرط الباطل .

أما الصحيح والفاسد فقد بيناهما .

وأما الباطل ، فهو ما ليس فيه مصلحة لاحد المتعاقدين ، أو لغيرهما[2] .

وقد علمت أن الظاهرية لا يعرفون هذا التقسيم ، اذ الشروط عندهم نوعان : إما صحيح ، وإما باطل ، ولا واسطة[3] .

---

(١) رسائل ابن عابدين .
ــ وقوله الدليل هنا هو المصلحة العامة التي ينهض عليها العرف التجاري أو غيره من الاعراف العامة .

(٢) راجع فتح القدير : جـ ٥ . ص ٢١٧ وما يليها . الزيلعي : جـ ٤ ص ٣١ وما يليها .

(٣) المراجع السابقة .

ج ـ اتجاه الشافعيـة :

نسارع الى القول بأن الشافعية[1] لا يعتبرون « العرف » أصلاً تبنى عليه الشروط المقترنة بالعقد صحةً والزاماً ، على النحو الذي رأينا عند الحنفية .

والواقع أن الشافعية لا يذهبون الى أن الاصل في الاشتراط الاباحة ، بل الحظر هو الاصل عندهم ، ولكنهم يعمدون الى الاستثناء من هذا الاصل على نطاق ضيق .

فالشرط الصحيح عندهم ينبغي أن يتوافر فيه ما يلي :

١ ـ أن يكون من مقتضى العقد . وهذا بيِّن .

٢ ـ أو يكون ملائماً لمقتضى العقد ، ويطلقون عليه اسم **«الشرط الذي في مصلحة العقد»**.

ويعللون ذلك ، بأنه مما تدعو الحاجة اليه ، وهو من مصلحة العقد ، والعاقد ، ولا معارض له من جهة الشرع[2] .

وهو عين ما ذهب اليه المالكية والحنابلة في تعليلهم .

٣ ـ والشرط الذي ورد فيه نص .

٤ ـ الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، ولا ينافي مقتضاه ، وليس فيه مضرة ، كاشتراط الراهن أن لا يأكل المرهون إلا كذا[3] .

٥ ـ شرط وصف خاص للمبيع .

---

(١) تحفة المحتاج : جـ ٤ ، ص ٢٩٧ . الاشباه والنظائر : ص ٤٥٣ للسيوطي.

(٢) المرجع السابق ـ مصادر الحق : جـ ٣ ، ص ١٢٥ للسنهوري .
ـ ويقصد بكون الشرط الملائم تدعو الحاجة اليه ، اي حاجة المتعاقدين ، فيكون من مصلحتهما ، او حاجة التعامل بوجه عام ، وذلك كاشتراط البائع على المشتري تقديم رهن أو كفيل بالثمن المؤجل ، تأمينا لدينه .

(٣) تحفة المحتاج : جـ ٥ ، ص ٥٣ .

الشرط الباطل عند الشافعية :

وبذلك كان مذهب الشافعية من أضيق المذاهب الفقهية في حرية اشتراط الشروط التقييدية لآثار العقد أثناء انشائه ، بعد الظاهرية .

أما العرف ، فلا يعتبرونه ضابطاً للشرط الصحيح اذا جرى به[1] ، كما أسلفنا .

وبذلك يبدو لك ، أن الشرط الباطل عندهم ، هو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، وليس من مصلحته . والشرط الذي يوجب الربا . أو يورث غرراً ، أو جهالة تفضي الى التنازع ، أو يوجب منعاً لمقتضى العقد .

وذلك كاشتراط قرض في بيع ، أو اشتراط ألا يتصرف المشتري في المبيع . ومثل هذا الشرط يبطل العقد .

أما الشرط الذي لا مصلحة فيه لأحد ، وهو شرط المضرة ، فيبطل وحده ، ويصح العقد[2] إجماعاً .

د ـ اتجاه المذهب المالكي :

على الرغم من أن الاصل في الاشتراط عند المالكية هو الحظر ، كالحنفية والشافعية ، غير أنهم توسعوا في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى الى مذهب متأخري الحنابلة الذين يرون أن الاصل في الشروط **الاباحة** ، كما سيأتي .

---

(١) بل لا يعتبرون الشرط العرفي كالشرط اللفظي ، اذ يقولون : لو عم الناس اعتياد منافع الرهن للمرتهن ، فهل يُنَزَّل ذلك منزلة الشرط ، حتى يفسد الرهن ، قال الجمهور لا ، وقال القفال نعم .
وقالوا : لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما أخذ ، فهل ينزل منزلة الشرط ، فيحرم اقراضه ؟ وجهان ، أصحهما لا .

(٢) راجع نظرية الشروط المقترنة بالعقد ـ للشيخ زكي الدين شعبان: ص٤٤ .

ضابط الشرط الصحيح عند المالكية في عقود المعاوضات :

الواقع أن المالكية يستخلصون ضابط الشرط الصحيح على ضوء من مدى اشتماله على معنى الغرر ، أو الربا ، أو الجهالة ، كثرة وقلة ، أو المناقضة والمنافاة لمقتضى العقد .

فاذا ظهر اشتمال الشرط على غرر فاحش[1] ، أو ربا كثير واضح ، أو جهالة تفضي الى النزاع ، أو ناقض مقتضى العقد مناقضة ظاهرة ، فالشرط باطل ، ويبطل العقد به أيضاً .

فالمعاني التي يبطل بها العقد المقترن بالشرط التقييدي ، من **الغرر الكثير**[2] **والربا ، والجهالة** اذا كثرت ، والمناقضة اذا اتضحت ، كانت هي العلة في بطلان الشرط والعقد معاً ، لمكان عدم العدل فيها ، وانتفاء المصلحة المشروعة لطرفيه ، والعدل والمصلحة هما مقصود الشارع .

---

(١) بداية المجتهد : جـ ٢ ص ١٢٥ ـ اذ جاء فيه تطبيقات لضابط الشرط الصحيح والفاسد بناء على الغرر الكثير أو اليسير ، ما يلي : « ان يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك ، وهذا ينقسم الى ثلاثة أقسام : إما ان يشترط في المبيع ، منفعة لنفسه ، وإما ان يشترط على المشتري ، منعاً من تصرف عام أو خاص ، وإما ان يشترط ايقاع معنىً في المبيع ، وهذا ايضا ينقسم الى قسمين : احدهما : ان يكون من معاني البرّ ، والثاني : أن يكون معنى ليس فيه من البرّ شيء ، فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في اصل البيع ، مثل : ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة ، مثل الشهر ، وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر ، وإما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز ، لانه من **الثُنْيا** ... وعند الامام مالك ، ان استثناء السكنى لمدة قليلة جائز ، لانه من الغرر اليسير ، ولم يجز في الكثير ، خلافا لابي حنيفة الذي منع ذلك ـ المرجع السابق .

(٢) بداية المجتهد : جـ ٢ ص ١٩٣ ، لابن رشد .
فالشرط ، اذا أوجب غررا كثيرا ، كمن باع دارا واشترط سكناها مدة طويلة حتى يعود هذا الشرط بالمنع على أصل التصرف ، فذلك باطل ، لمكان الغرر الكثير فيه ، بخلاف ما لو اشترط سكناها شهرا او ستة ، أو مدة قليلة ، فذلك جائز ، لان الغرر يسير ، كما اسلفنا .
المرجع السابق : جـ ٢ ص ١٥٩ لابن رشد .

أما اذا كانت بقدر **وسط** . فالشرط باطل والعقد صحيح .

واذا كانت بقدر **ضئيل** غير واضح ، فكل من الشرط والعقد صحيح ، اذ يتسامح في هذا القدر ، تغليباً للصالح العام في تصحيح المعاملات ، وعملاً على استقرارها .

وهكذا ترى ، أن « الضابط » عند المالكية مرن ، فيه مجال للاجتهاد واسع، لكنه فيه تيسيراً للتعامل لا يُنكر .

وهذا ما قرره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد ، حيث يقول : « وأما مالك ، فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام :

١ ــ شروط تبطل هي والبيع معاً .
٢ ــ وشروط تجوز هي والبيع معاً .
٣ ــ وشروط تبطل ويثبت البيع .

ثم يشير الى مرونة ضابط الإمام مالك ،بقوله : « وإعطاء فروق بيّنة في مذهبه بين هذه الاصناف ... عسير » .

ــ ثم يبيّن الإمام ابن رشد مرجع هذه الاقسام ، فيقول : « وانما هي راجعة الى كثرة ما تتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يُخِلّ بصحة البيوع ، وهما : **« الربا والغرر »** والى قلّته ، والى التوسط بين ذلك ، أو الى ما يفيد نقصاً في الملك ، فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيراً ، من قبل الشرط ، أبطله ــ أي الإمام مالك ــ وأبطل الشرط ، وما كان قليلاً أجازه ، وأجاز الشرط فيهما ، وما كان متوسطاً **ابطل الشرط ، واجاز البيع** »[1] .

على أن المالكية يرون أن الشرط الصحيح هو ما كان :

---

(١) المرجع السابق : جـ ٢ ، ص ١٥٩ .

١ ــ مما يقتضيه العقد .

٢ ــ أو يلائم مقتضاه ، وهو جائز قياساً عندهم لا استحساناً واستثناء كما يقول الحنفية[1] .

٣ ــ أن يكون مما جرى به العرف والتعامل ، فيصح من باب أولى ، غير ان العرف ليس اساسا لتصحيح الشرط .

٤ ــ ألا ينافي مقتضى العقد ، وان كان العقد لا يقتضيه ، ولا يلائمه .

ولا ريب أن هذا الضابط جعل الفقه المالكي أكثر تصحيحاً للشروط التقييدية المقترنة بالعقد .

٥ ــ **الا يخلّ بالثمن** ، بأن يورثه جهالة ، **كبيع الثنيا** ، إلا ان يكون الغرر يسيراً .

وذلك ، كأن يبتاع السلعة ، على أنه متى ردّ الثمن له ، أخذ السلعة ، وهو بيع الوفاء ، وكبيع بشرط أنه اذا باع المشتري السلعة ، فالبائع الاول أحق بها بالثمن الذي باع به المشتري ، فهو شرط غير جائز عند المالكية ، وان كان جائزاً عند الحنابلة ، كما سيأتي .

والعلة في فساد هذا الشرط هي جهالة الثمن ، ذلك لان فيه مصلحة للبائع ، أو المشتري ، حسب الاحوال ، فاذا روعي في الشرط نقض الثمن بقدر غير معلوم ، كان الشرط لمصلحة المشتري ، أو زيادة الثمن ، كان فيه مصلحة للبائع ، وانتفاء معلومية الزيادة أو النقص جهالة .

٦ ــ الا يكون الشرط **متضمناً إلزاماً بالاقراض في عقد بيع** ، للنهي الصريح عن « **بيع وسلف** » .

---

(١) ذلك ، لان الحنفية رأوا ، أن الشرط الصحيح هو ما يقتضيه العقد مبدئيا ، والملائم ، لا يقتضيه ظاهرا ، فجاز استحسانا ، أما المالكية ، فلكونهم لا يشترطون في الشرط الصحيح ان يكون من مقتضى العقد ، جاز عندهم الملائم أصالة ، **اذ المنافاة هي التي تبطل الشرط لا عدم الاقتضاء ، وعدم الاقتضاء لا يستلزم المنافاة .**

وبذلك لم يجاوز المالكية «**مبدأ تعدد الصفقة**» في هذه الصورة الاخيرة ، اذ ورد بها نهي صريح خاص بها ، يحرمها ، والتحريم يستلزم البطلان في فقه المالكية ، وعلة النهي هنا ، معنى الربا أو شبهته .

والواقع ، أن الاصل في الاشتراط ، وان كان هو الحظر عندهم ، لكن كثرة الاستثناءات التي نهضت بها ضوابط الشرط الصحيح ، جعلت هذا الاصل محدود الاثر عملاً ، فآل الامر في التطبيق الى **ان يكون الاصل هو الاباحة** ، ولا سيما أنهم **لا يشترطون الاقتضاء ، ولا الملائمة ، ولا العرف** ، ضابطاً للشرط الصحيح .

ويمكن القول ، ان الشرط الفاسد عند المالكية ، هو ما اتصف بأحد أمور ثلاثة:

١ ــ بأن كان مناقضاً أو منافياً لمقتضى العقد ــ وهذا باطل بالاجماع ، فيبطل هو والشرط المقترن به ، لانه كما يقول الخطابي ، **لا يتحقق به مقصود العقد** ، بل يلغيه .

٢ ــ اذا كان الشرط يخل بالثمن ، فيورثه جهالة ، **كبيع الثنيا** .

٣ ــ اذا كان شرطاً بالاقراض في عقد بيع ، لورود النهي الصريح عنه بالذات ، وكل شرط ورد النص الشرعي بالنهي عنه ، فهو باطل اجماعاً .

هذا ، ولا بد أن نقف على اجتهاد الإمام الشاطبي في شأن الشروط التقييدية المقترنة ، لانه يمثل الاتجاه الاصولي للفقه المالكي ، اذ يقول : « ان الشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام :

احدها : ان يكون مكملاً لحكمة المشروط ، وعاضداً لها ، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال ، كاشتراط الإمساك بالمعروف ، والتسريح بإحسان في النكاح ، واشتراط الرهن ، والكفيل ، والنقد ، أو النسيئة في الثمن .

وهذا القسم يشمل الشرط الذي هو من مقتضى العقد ، والشرط الملائم .

وهو لا إشكال في صحته شرعاً لانه **مكمل** لحكمة كل سبب يقتضي حكماً .

الثاني : ان يكون **غير ملائم لمقصود المشروط** ، ولا مكمل لحكمته ، بل هو على الضد من الاول ، كما اذا اشترط في النكاح ، ألا ينفق عليها ، أو شرط في البيع ، أن لا ينتفع بالمبيع ، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض ، أو شرط الصانع على المستصنع ، أن لا يضمن المستأجَر عليه إن تلف ، وأن يصدَّقه في دعوى التلف، وما أشبه ذلك .

فهذا القسم **لا إشكال في إبطاله ، لانه مناف لحكمة السبب**(١) ، فلا يصح ان يجتمع معه ، لان فيه جمعاً بين النقيضين ، أو ما ينافي قواعد الشرع .

الثالث : ان **لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ، ولا ملاءمته** ، وهو محل نظر ، هل يلحق بالاول من جهة عدم المنافاة ، أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً ؟

والقاعدة المستمرة في امثال هذا ، **التفرقة بين العبادات والمعاملات** ، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة ، لان الاصل فيها التعبد دون الالتفات الى المعاني ، والاصل ألاَّ يُقدَم عليها الا بإذن ، اذ لا مجال للعقل في اختراع التعبُّدات ، فكذلك ما يتعلق بها من شروط .

وما كان فيها من العاديَّات (المعاملات) يكتفى فيها بعدم المنافاة ، لان الاصل فيها الالتفات الى المعاني دون التعبد ، والاصل فيها الاذن ، حتى يدل الدليل على خلافه »(٢) .

وعلى ما قرره الإمام الشاطبي ، أن الاصل في الشروط التقييدية هو الاذن والاباحة ، خلافاً لما قررنا من أن المذهب المالكي يجعل أساس ذلك الحظر ، ثم يبين بوضوح ، أن الشرط الصحيح هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد ، أو ملائماً له ، أو لم يكن ملائماً ما دام غير مناف .

---

(١) أي التصرف القولي او العقد .

(٢) الموافقات : جـ ١ ص ٢٨٣ ـ ٢٨٥ .

وأنت عليم ، بأن شرط « **عدم المنافاة** » كافٍ في عدم الاعتداد بالاقتضاء أو الملاءمة ، فضلا عن أنه لم يعتدّ بضرورة جريان الشرط في العرف والتعامل اذا لم يكن من مقتضى العقد أو ملائماً له ، بل اكتفى بعدم المنافاة[1] ، كما بينا .

وبذلك كان متفقاً ومذهب الحنابلة أيّما اتفاق ، وان كان هذا الاخير أوسع مجالا بأدلة الآثار والسُّنَن .

هذا ، من حيث الاصول العامة .

ـ وعلى فرض أن المالكية يذهبون الى أن الاصل هو الحظر ، فلا يصح الشرط الا بدليل ، لكنهم يتوسعون في هذا **الدليل** ، فقد يكون استحساناً ، أو مصلحة مرسلة ، ومن باب أولى اذا جرى به العرف .

والمصلحة المرسلة هي أمر يتقبله العقل بالقبول ، ويكون سبباً في تحصيل مصلحة ، أو درء مفسدة ، ولم يرد من الشرع دليل خاص به بعينه يشهد له بالاعتبار أو الالغاء ، كما قدمنا .

فكل شرط لم يرد من الشارع دليل خاص به ، يشهد له بالاعتبار أو المنع والالغاء ، وهو سبب الى تحقيق مصلحة مشروعة للمشترط ، وكان معقولا في ذاته يتلقاه العقل بالقبول ، فهو شرط صحيح ، عملا بقاعدة المصالح هذه ، ما دام لا يلغي مقتضى العقد بالمنافاة ، أو يورث غرراً كثيراً ، أو ينطوي على ربا واضح ، أو على جهالة فاحشة ، أو يخلّ بالثمن ، أو يوجب قرضاً ، وقد قدمنا أن المصلحة المرسلة هي قطب الرحى في الفقه المالكي فيما عدا القطعيات .

فرجع الاصل الى الاباحة عملاً ، كما أسلفنا ، وبذلك يستجيب الفقه المالكي لكل ما يقتضيه التعامل ، مهما تطور به الزمن ، ويقترب الى اتجاه متأخري زلفى .

على أن المالكية لا يحكمون بفساد العقد لعلة فساد الشرط باطلاق ، فالشرط

---

(١) على ما قرر الامام الشاطبي .

الذي يُخل بالثمن ، أو يوجب غرراً أو جهالة ، أو ربا ، يصح معه العقد **اذا تنازل عنه المشترط** ، لانه ـ في اجتهادهم ـ من قبيل « **المانع** » والقاعدة تقضي بانه : « **اذا زال المانع عاد الممنوع** » .

أما من حيث التفاصيل ، فقد أوردنا ضوابط الشرط الصحيح عند المالكية على النحو الذي بينا ، مشتقة من فروعهم .

هـ ـ اتجاه الحنابلة :

يعتبر تحديد مجال الارادة الانسانية في انشاء الشروط المقترنة بالعقد تقييداً ، متعلقاً بمبدأ حرية التعاقد ، أو بمبدأ سلطان الارادة بوجه عام ، كما أسلفنا .

والحنابلة أكثر الأئمة عملاً بهذا المبدأ ، ومن هنا ، كانوا أكثر الفقهاء تصحيحاً لهذه الشروط .

ويرون أن الشارع الحكيم هو الذي أذن أو فوّض للارادة أن تنشىء من العقود والشروط ما تشاء ، وذلك بأن جعل « **الرضا** » **مناطاً للحل والمشروعية** ، سواء في العقود التبادلية (المعاوضات) أم التبرعات[1] ، بحكم الشرع .

ولا يَفْسد الشرط الا اذا أوجب أمراً يحرمه الشارع بدليل شرعي بأن كان مشتملاً على معنى الربا ، أو الغرر ، أو أوجب ما ينقض الحكم الاصلي للعقدويلغيه (ينافي مقتضاه) ، أو ينافي الشرع نفسه في قواعد مقاصده .

ونقض الحكم الاصلي للعقد بالشرط ، هو ما أشار اليه ابن تيمية من « **الجمع بين المتناقضين** »[2] .

---

(١) لقوله تعالى : « إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم » ولقوله تعالى : « فإن طِبْنَ لكم عن شيء منه نَفْساً ، فكلوه هنيئاً مريئاً » .

(٢) يقرر هذا الاصل الامام ابن تيمية بقوله : « ان العقود انما وجب الوفاء بها ، لايجاب الشارع الوفاء بها مطلقا ، الا ما خصه بدليل » .
ـ ويقول ايضا : « الاصل في العقود ـ والشروط عقود ـ رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على انفسهما بالتعاقد » .

فالاصل الاباحة ، والمنع استثناء[1] .

ونورد بعضاً من تطبيقات هذا الاصل العام في الفقه الحنبلي .

١ ــ أجاز الإمام أحمد ــ رضي الله عنه ــ أن يقيد الملك المطلق عند مباشرة سببه ، بقيود تمنع التصرف المطلق ، أو تقيد طريق الانتفاع ؛ فأجاز تقييد المالك في أصل مقتضى العقد ؛ اذا كان **لجهة بر عام** ، بأن اشترط البائع على المشتري ، **ان يقف المبيع** .

٢ ــ وأقر أيضاً اشتراط البائع على المشتري ، أنه اذا استغنى عن المبيع ، وأراد بيعه، **فهو بثمنه**[2] ، **وهو ما لم يجزه المالكية** ، لانه من بيوع الثنيا ، كما علمت .

٣ ــ وأجاز أيضا للبائع أن يبيع ، ويشترط منفعة المبيع له مدة معلومة ، ولو لم يَجْرِ بها عرف ، كأن يبيع داراً ويشترط سكناها مدة معينة ، اعتباراً بحديث جابر ــ رضي الله عنه ــ لكنه يشترط **الا تطول هذه المدة** ، حتى لا تورث غرراً أو جهالة في الثمن على قدر كبير ، وهو ما يتفق مع اجتهاد المالكية .

٤ ــ يقر انتقال الملكية التامة **مقيدة بالشروط** ، اذ الشروط عنده على أصل الاباحة[3] لانها من باب العادات والمعاملات ، والاصل فيها الالتفات الى العلل والمعاني ومصالح العباد ، وهو ما أشار اليه الإمام الشاطبي آنفا[4] .

٥ ــ اجاز الإمام احمد ، **البيع بما ينقطع به السعر** ، من **غير تقدير الثمن وقت انشاء العقد** ، وهو شرط يوجب **جهالة** في الثمن ، كما ترى ، ولكن اجازه للحاجة ، ولمكان العسر والحرج في التعاقد على ما يتم شراؤه يومياً من الخبّاز أو

---

(١) الفتاوى : جـ ٣ ص ٢٣٩ . (٢) المرجع السابق .
(٣) فتاوى ابن تيمية : جـ ٣ ص ٢٣٩ وما يليها .
(٤) وهذا النظر يتفق وما أشار اليه الامام الشاطبي ، فيما اوردناه آنفا من اقسام الشروط مع مشروطاتها : جـ ١ ص ٢٨٤ الموافقات .

البقال أو الجزّار ، من قِبَلِ من يعاملونهم[1] .

٦ ـ هذا واجاز كل شرط في النكاح ، عملا بقوله ﷺ : « **إن احقّ الشروط ان تُوفُوا به ما استحللتم به الفروج** »[2] الا ما ورد الدليل بتحريمه ، او كان ينافي حكمه الاصلي .

ويرى أن الوفاء بشروط النكاح أولى وآكد ، للحديث السابق ، ولقوله ﷺ « **المسلمون عند شروطهم** » .

ويؤكد هذا المعنى اجتهاد عمر ـ رضي الله عنه ـ وهو نص في الموضوع : « **مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولكِ ما شرّطتِ** »[3] .

فأجازوا أن تشترط الزوجة في عقد النكاح ، ألا ينقلها زوجها من بلدها ، أو ألا يسافر بها ، وعللوا ذلك بأنه لا ينافي المقصود الاصلي من النكاح ، وفيه مصلحة مشروعة للزوجة ، ولها حق الفسخ ، ان لم يَوفِّ بالشرط ، بل تجد لهم تفسيراً

---

(١) إعلام الموقعين : جـ ٤ ص ٦ لابن القيم .
ويقول ابن القيم في هذا ما نصه : « اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر ، من غير تقدير وقت العقد ، وصورته : البيع ممن يعامله من خباز او لحام ، او سمان ، او غيرهم ، يأخذ منه كل يوم شيئا معلوما ، ثم يحاسبه عند راس الشهر او السنة على الجميع ويعطيه « ثم يحكي عدم جواز هذا البيع عند فريق من الفقهاء ، ولا تنتقل به الملكية ، ولا يحل الانتفاع بالمبيع .. الخ » .
ثم يقول : « والقول الثاني ـ وهو الصواب المقطوع به ، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر ، على جواز البيع بما ينقطع به السعر ، وهو منصوص الامام احمد ... » . المرجع السابق .

(٢) رواه البخاري . (٣) اعلام الموقعين : جـ ٣ ، ص ٣٣٨ .
وانما قلنا ان قولة عمر ـ رضي الله عنه ـ نص في الموضوع ، لانها وردت في حادثة رفعت اليه ، تتعلق بالشروط المقترنة بعقد الزواج ، من ان رجلا شرط لزوجته ان تكون سكناها في دارها ، ولما اراد نقلها الى بيته ، رفضت ، وطلبت اليه الوفاء بما اشترط على نفسه ، فترافعا الى عمر ، فقال : « **لها شرطها** » فقال الزوج : « **اذن يطلقننا** » فقال له عمر : « **مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولكِ ما شرطتِ** » . المرجع السابق .

دقيقاً لمقتضى العقد ، لا يتفق وتفسير الجمهور له ، ذلك ، لانهم يرون هذا المقتضى ، يتمثل في الغاية النوعية الاساسية التي شرع العقد من أجلها ، فاذا كان الشرط منافياً لتلك الغاية بحيث اذا أخذ بالشرط أصبحت لغواً ، فالشرط باطل ، ومبطل للعقد أيضاً ، **لان الغاية شرع ، والشرط تصرف ، ولا يجوز للتصرف ان يلغي الشرع ، ولانه جمع بين متنافيين** ، كما قدمنا ، **ومنافاة الشرع باطلة ، فما يؤدي اليها باطل بالاجماع** ، وأيضاً : « ما يثبت بالشرع مقدّم على ما يثبت بالشرط » عند التعارض .

أما اذا لم يمس الشرط ناحية أساسية في العقد بحيث تنتقض به غايته ، وحكمه الاصلي ، فالشرط صحيح ، مراعاةً لمصلحة المشترط .

اذ الاصل الإباحة بتفويض من الشارع ، كما أشرنا ، فليس كلّ شرط لا يوجبه العقد يعتبر منافياً لمقتضاه . لان عدم الاقتضاء لا يستلزم المنافاة ، ولهذا قالوا : لو اشترط في عقد الزواج ، ألا تَحِلّ به المتعة الزوجية ، بطل الشرط والعقد معاً ، اذ لا يبقى للعقد من معنى ، لكن لو اشترط عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي[1] ، فان النكاح صحيح ، ويلغو الشرط وحده لفساده ، اذ لا يُعقل أن يكون الاستمتاع حلالاً بالعقد شرعاً ، وممنوعاً بالتصرف شرطاً .

هذا ، ويرجع السبب في خصب فقه الإمام أحمد في حرية التعاقد ، شروطاً وعقوداً ، الى غزارة علمه بالفقه الاثري[2] ، والسنة الصحيحة[3] .

---

(١) المدخل الفقهي : جـ ١ ص ٥٢٢ للاستاذ الزرقاء .

(٢) يقول الامام ابن تيمية في هذا المعنى : « ليس في الفقهاء الاربعة ، اكثر تصحيحا للشروط ، من أحمد ، وان عامة ما يصححه من العقود والشروط ، له دليل شرعي **خاص** ، من اثر او قياس ، فلا يعارَض ذلك ، بانه مخالف لمقتضى العقد ، وقد بلغه في العقود والشروط ، من الآثار عن النبي ﷺ وعن الصحابة ، ما لم نجده عند غيره من الائمة » ـ الفتاوى : جـ ٣ ص ٢٢٩ وما يليها .

(٣) اشار الى هذا الشيخ ابو زهرة بقوله : « ... نرى ان احمد اخصب الائمة فقها ، في باب العقود والشروط ، واوسعها رحابا لها ، وان علمه بالآثار كان يسعفه بآثار تفتح الباب للاشتراط في عقود ظنّ غيره ممن لا يعلم السنة كما يعلمها ، انه لا اثر فيه . وان دراسته للآثار جعلته يفهم ان منطق الفقه الاثري ، يوجب الاطلاق دون التقييد ، والاباحة دون المنع ، حتى يقوم دليل به » ابن حنبل : ص ٣٣٨ .

هذا ، ويبدو لنا ، أن متقدمي الحنابلة لا يتوسعون في حرية الاشتراط على النحو الذي رأينا عند متأخريهم ، كابن تيمية وابن القيم ، اذ يجعلان للشرط أثراً على مقتضى العقد نفسه ، وذلك كما في تحديد طرق الانتفاع بالملك ، الامر الذي لا يجيزه أصل هذا المذهب ، اذ يعتبرون مثل هذا الشرط فاسداً[1] .

وأيضاً ، فان متقدمي الحنابلة ، لا يجيزون **شرطين في عقد** ، أو شرطاً يوجب عقداً في عقد ، أخذاً بمبدأ **« وحدة الصفقة »**[2] ، كما سيأتي بحثه .

ثالثاً ـ اجتهادات الائمة وموقفهم من مبدأ وحدة الصفقة :

نهى رسول الله ﷺ عن اقتران عقد بعقد آخر ، أو اقتران عقد بشرط ، بأن يشترط أحد المتعاقدين في صيغة العقد شرطاً يوجب عقداً آخر ، أو التزاماً زائداً ، وقد ورد النهي في صيغ منها :

١ ـ **نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط .**
٢ ـ **ونهى عن بيعتين في بيعة ، أو عن صفقتين في صفقة .**
٣ ـ **ونهى عن بيع وشرط** ، وهذا الحديث قد تكلم في صحة إسناده .
٤ ـ **ونهى عن بيع سلف .**
٥ ـ **ونهى عن شرطين في بيع .**

وبذلك أخذ التشريع الاسلامي بمبدأ وحدة الصفقة ، أو وحدة العقد .

غير أن اجتهادات الأئمة في الاخذ بهذا المبدأ مختلفة المدى .

---

(١) المغني : ابن قدامة : جـ ٤ ص ١٧١ .

(٢) من المعلوم ان ليس كل شرط مقترن بالعقد ، يؤدي الى وجود عقدين في عقد هذا ، وقد اشرنا الى ان الفقه الحنبلي القديم ، قد اختلف فيه الراي في مسالة اشتراط شرطين في عقد ، فبعضهم حمل ذلك على الشرطين الفاسدين ، وآخرون اطلقوا ، وفي هذا نظر ، اذ كيف يحكم بفسادهما اذا كانا صحيحين ؟ ـ المرجع السابق .

فالحنفية أخذوا بمبدأ وحدة الصفقة أصلاً عاما . ولكنهم أجازوا الشرط الملائم ، لانه ــ في الواقع ــ لم يُفسِد صفقة جديدة ، فالتعدد صوري ، كما أسلفنا .

كما أجازوا الشرط الذي جرى به التعامل ، لان ما يوجبه من مصلحة لأحد في الواقع ، فبقي العقد صحيحا ، ذلك ، لان كلاً من الشرط **الباطل او الملائم** ، ما دام لا يوجب صفقة حقيقية جديدة ، فالصفقة واحدة ، فلا يَجِدُ النهي له عندئذ محلاً ، أي لم يتحقق مناطه ، فبقي صحيحا ، ويعمل بالملائم لانه مؤكّد ، ويلغو الباطل وحده ، وبذلك نكون قد أعملنا روح الحديث ، واحتكمنا الى مقصده ومعقوله .

كما أجازوا الشرط الذي جرى به التعامل ، لان ما يوجبه من مصلحة لاحد المتعاقدين ، داخل في حساب الثمن عرفاً ، فانتفى بذلك معنى الربا الذي هو من علة النهي عن صفقتين في صفقة ، وهو لا يتصور الا في عقود المعاوضات ، فضلاً عن أن الشرط الذي جرى به العرف ، تنتفي معه مظنة التنازع عند تنفيذه .

وأيضاً اعتبروا كل شرط مقترن بالعقد ، صفقتين في صفقة ، ولو لم يوجب عقداً ، بخلاف الحنابلة .

أما المذهب الشافعي ، فلم يجاوز مبدأ تحريم تعدد الصفقة الا في الشرط الملائم الذي يطلق عليه « الشرط الذي تقتضيه حاجة التعامل ، أو الذي فيه مصلحة للعقد » ولم يجاوز نظرية مقتضى العقد الى العرف ، كما علمت .

وبذلك تمسك بنظرية مقتضى العقد ، وبمبدأ تحريم تعدد الصفقة على مدى أبعد .

أما المالكية ، فقد جاوزوا مبدأ تحريم تعدد الصفقة الى مدى أبعد ، فيما عدا « الشرط الذي يوجب القرض في عقد بيع » **(بيع وسلف)** حيث قالوا بسقوط الصفقتين « القرض والبيع معاً » اذ ورد النص بالنهي عنهما صراحة وبالذات ، « والشرط الذي يوجب جهالة في الثمن » كبيع الثُنْيا ، أو غرراً فاحشاً ، أو ربا ظاهراً ، أو مناقضةً لغاية العقد الانسانية .

أما فيما عدا ذلك ، فقد جاوزوا نظرية مقتضى العقد ، فأجازوا الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، وأجازوا الشرط الذي لا يلائمه أيضاً ، وما اشترطوا في الشرط الصحيح الا **عدم المنافاة اوالمناقضة** ، أو عدم ورود نص خاص به يحرمه ، كما أسلفنا .

ومتأخرو الحنابلة قد تَخَطَّوا مبدأ وجوب وحدة الصفقة ، فأجازوا اقتران عقدين في عقد يوجب أحدَهما شرط" تقييدي مقترن ، ما لم يكن الشرط منافياً لمقتضى العقد الذي أُدرج الشرط في صيغته ، أو ورد به نص يحرمه بعينه ، فكانوا أوسع مدى من الحنفية والشافعية في ذلك ، اذ لم يشترطوا الاقتضاء ، ولا الملاءمة ، ولا جريان التعامل .

اذن ، اجاز متاخرو الحنابلة كل شرط ، إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد ، او كان منافيا للشرع نفسه(١) :

وبذلك أمكن اعتبار المالكية ومتأخري الحنابلة مذهبين مقتربين في الموقف الاجتهادي من مبدأ وحدة الصفقة .

فمبدأ وجوب وحدة الصفة اذن عام مخصوص ، ولكن التخصيص قد جرى فيه على تفاوت في اجتهادات الأئمة .

أما الظاهرية ، فقد علمت أنهم أكثر المذاهب تمسكاً بنظرية مقتضى العقد ، وبوحدة الصفقة أو العقد ، ولم يجيزوا من الشروط ، الا سبعة ورد النص بكل واحد منها بعينه ، أو انعقد عليه اجماع .

والواقع ان العلة في النهي عن تعدد الصفقة ، إما **الربا** ، او **الغرر** ، او **الجهالة**

---

(١) هذا ، وقد اختلف في المراد من الشرطين اللذين نهي عنهما في بيع أو عقد ، فذهب ابن قدامة الى ان المراد بهما الشرطان الفاسدان ، وقيل : أي شرطين ، سواء أكانا فاسدين أم صحيحين ، ولا يظهر لهذا وجه معقول ، المغني : جـ ٤ ص ١٦٩ .

المفضية الى النزاع الذي يتعذر معه تنفيذ العقد، او **إلغاء مقتضاه** والمقصود الاصلي منه، أو منافاته للشرع نفسه بنص خاص به ؛ أو اتخاذه ذريعة لتحليل محرم ، او اسقاط واجب ، تنفيذا **لباعث** غير مشروع[1]، **تحايلا** على مقاصد التشريع وقواعده ، **لان** القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي ، ومناقض له . او **لمجرد المضرة والعبث** ، حتى اذا خلا من كل أولئك . كان صحيحا رغم التعدد ، اذ النهي عن التعدد لا لذاته. بل هو معقول المعنى. ومعلل بالمعاني التي أشرنا اليها. تحقيقاً للمصلحة والعدل . كما يقول الإمام مالك[2] .

الشرط الصحيح عند متاخري الحنابلة :

أولا ــ ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد بحيث يلغيه ، وهذا ضابط مجمع عليه.

فاذا كان الحنفية والشافعية يرون أن شرط الصحة هو **الاقتضاء** . فان عدم المنافاة شرط للصحة من باب أولى . وهو ما ذهب اليه المالكية أيضا .

ثانيا ــ الا يرد بشأنه نص خاص به يمنعه . او يصادم قاعدة عامة قطعية في موضوعه .

وعلى هذا . فالشرط الصحيح عند الحنابلة هو ما لا ينافي مقتضى العقد . سواء أكان يقتضيه ، أم لا يقتضيه . بأن كان زائداً عليه ، وسواء أكان مما يلائمه . أم لا ، ولو كان فيه مصلحة أو منفعة مطلوبة لاحد المتعاقدين . وسواء أجرى به العرف أم لم يجر .

وبعبارة أخرى ، ان الشرط الصحيح عند متأخري الحنابلة ، هو ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد ، ولا منافياً للشرع . وهو ما أشار اليه ابن تيمية بقوله : « لا بد في العقد من رضا المتعاقدين ، وموافقة الشرع » .

---

(١) اتفق الفقهاء على ان الباعث غير المشروع محرم ديانة ، وانه اذا كان شرطا مقترنا بالعقد صراحة ، ابطله . واختلفوا بعد ذلك فيما اذا لم يكن صريحا ، بان امكن استخلاصه عن طريق القرائن . ايبطل به التصرف او لا ؟ وسيأتي بحثه مفصلا .

(٢) بداية المجتهد : جـ ٢ ص ١٩٣ ــ ابن رشد .

الشرط الصحيح في الفقه الوضعي :

"استقر في الفقه الوضعي أن كل شرط صحيح" ، ما لم يكن منافياً لموجب العقد ، أو القانون ، أو للنظام العام والآداب ، أو كان مستحيلا ، فيكون باطلا[1] .

ويتفق هذا النظر مع الاجتهاد الحنبلي[2] ، فقد قرر الإمام ابن تيمية ، القاعدة السابقة : « لا بد في كل تصرف من رضا المتعاقدين ، وموافقة الشرع » فكل شرط لا يخالف شيئاً في كتاب الله ، أو سنة رسوله ، أو لم يثبت من قواعد التشريع المنع فيه ، فهو صحيح[3] .

هذا ، والشرط المستحيل غير معتبر شرعاً ، للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن **« ما لا يصح في حكم العقل ، لا يقع في الشرع »** .

الشرط الباطل او شرط المضرة ، مدلولاً وحكماً :

أما الشرط الباطل ، فهو الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، بل هو أمر زائد عليه ، ولا يلائمه ، ولا ورد به نص ، ولا جرى به العرف ، **ولا منفعة فيه لاحد** .

وحكم الشرط الباطل المقترن بالعقد تقييداً ، **انه لا يؤثر على العقد ، بل يبطل وحده** ، ويبقى العقد صحيحاً ، سواء اكان من عقود المعاوضات ام التبرعات ام التوثيقات ام غيرها ، ويطلق عليه **شرط المضرة** .

---

(١) مصادر الحق : جـ ٣ ص ١٩٤ ـ وهو ما اخذ به القانون المدني العراقي في المادة (١٣١) .

(٢) ويقول الشيخ ابو زهرة في هذا المعنى : « فدراسة احمد للآثار جعلته يفهم ، ان منطق الفقه الاثري ، يوجب الاطلاق والاباحة ، حتى يقوم دليل التقييد والمنع » ـ كتاب ابن حنبل : ف ٢٢٨

(٣) المرجع السابق ـ ص ٢٣٧ .
وبذلك غلب الحنابلة القاعدة العامة التي تقضي بوجوب الوفاء بالعقود والشروط بتفويض من الشارع الذي جعل مناط الصحة هو التراضي ـ المرجع السابق ص ٢٢١ .

ويتفرع حكم الشرط الباطل هذا ، عن أصل عام في التشريع الاسلامي ، مفاده : أن الحكم الذي لا مصلحة فيه لأحد لا يشرع ، بناء على الأصل العام من أن الاحكام معللة بمصالح العباد ، والشرط الباطل مناف لاصل التعليل بالمصالح ، لانه اما عبث ، أو الزام بضرر محض ، وكلاهما باطل ، لا يشرع .

وتأسيساً على أنه لا منفعة فيه لأحد ، أنه لا تصح المطالبة به قضاء ، اذ المطالبة القضائية فرع عن سبق وجود المصلحة ، وهذا لا منفعة فيه لأحد .

ويتفرع عن أنه لا تصح المطالبة به ، أنه لا يتمكن حقاً في صلب العقد ، ولا يصبح جزءاً من مقتضاه .

ويتفرع أيضاً عن كونه غير متمكن حقاً أو بنداً في صلب العقد ، انه يسقط وحده ، فلا يسري بطلانه الى العقد ، بل يبقى العقد صحيحاً .

ومن أمثلة الشرط الباطل ، اشتراط البائع على المشتري ما يقيده في تصرفه في المبيع ، على نحو لا يدفع ضرراً ، أو يجلب مصلحة لأحد ، بل لمجرد التقييد والإضرار ، كأن يشترط عليه ألا ينتفع بالمبيع مدة معينة من الزمن ، أو ألا يبيعه ، أو لا يستعمل السيارة المبيعة الا بكيفية خاصة ، دون أن يكون في ذلك مصلحة لأحد ، بل لمجرد التقييد الضار ، كما ذكرنا[1] .

حكم الشرط الصحيح :

أما الشرط الصحيح ، فقد أصبح جزءاً من مقتضى العقد ، اذ لم يتم التراضي بين العاقدين الا على أساسه ، فيلزم ، ويجب الوفاء به على المشترط عليه .

---

(١) الفروق : جـ ١ ص ٢٧٥ ـ ٢٧٦ ، للامام القرافي . فتح القدير : جـ ٥ ص ٢١٤ ـ ٢١٨ للكمال بن الهمام .

رابعاً ـ اجتهادات الفقهاء في الشرط الملائم المؤكد لمقتضى العقد معنى :

قلنا ان الحنفية أجازوا الشرط الملائم الذي لا يقتضيه العقد ، ولكن يؤكد معنى موجَبِه ، استحساناً أو استثناءً من القياس العام الذي يقضي بعدم جواز كل ما لا يقتضيه العقد من الشروط ، في اجتهادهم .

اما الشافعية والمالكية والحنابلة ، فقد اجازوا الشرط الملائم **اصالة وقياساً لا استحساناً** ، ذلك لان القياس العام عندهم ، ان الشرط الصحيح هو ما لم يكن منافياً لمقتضى العقد ، سواء أكان مما يقتضيه العقد أم لا يقتضيه .

ولما كان الملائم مما لا يقتضيه العقد ، لانه زائد ، ولكن لا ينافيه ، فقد جاز هذا النوع من الشروط عندهم أصالة وقياساً ، لا استثناء ، لان العلة هي كونه من مصلحة العقد ، ومصلحة التعامل ، ولا معارض له من جهة الشرع .

فالشافعية يرون أن الملائم هو ما لا يقتضيه العقد ، ولكن فيه مصلحته ، ومصلحة العاقد ، وتدعو الحاجة اليه ، والمقصود بالحاجة ، حاجة المتعاقدين أو حاجة التعامل عامة[1] .

وأما المالكية ، فيرون أن الملائم هو شرط لا يقتضيه العقد ، ولا ينافيه ، وهو من مصلحة العقد ، لانه يوثّق موجَبَهُ ، ويساعد على تنفيذه .

ويقولون أيضاً ، انه لا معارض له من جهة الشرع فكان صحيحاً ، متمكناً في صلب العقد ، وجزءاً منه ، فيصبح لازماً يجب الوفاء به ، لان التراضي قد تم على أساسه .

٣ ـ وأما الحنابلة فيرون « الملائم » شرطاً من مصلحة العقد نفسه ، لانه يساعد على تنفيذه ، ولانه تتعلق به مصلحة عاقديه ، ولا معارض له من جهة الشرع[2] .

---

(١) نهاية المحتاج : جـ ٣ ص ٤٣٣ وما يليها .
(٢) بداية المجتهد : جـ ٢ ص ١٣٣ وما يليها . الدسوقي على الدردير : جـ ٢ ص ٦٥ وما يليها .

فالآراء كما ترى متفقة .

وبذلك يبدو لك ، أن أضيق المذاهب في الشرط الملائم من الناحية النظرية ، هو المذهب الحنفي الذي يتمسك بنظرية مقتضى العقد لتحقيق التوازن في مضمونه، لانه يجيز استثناء . لا أصالة ، ويليه المذهب المالكي[1] ، توسعاً . ثم المذهب الحنبلي ، أوسع المذاهب الفقهية في الشروط ، لكثرة ما استند اليه من الآثار التي تصححها .

وإنما قلت من الناحيه النظرية ، لانه من الناحية العملية : تتفق الآراء على جواز الشرط الملائم .

خامساً ـ ادلة الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الحنابلة :

استدلوا أيضا بالنقل والعقل .

١ ـ اما **النقل** فلعموم قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفو بالعقود » والشرط عقد ، فالإلزام بالشرط التقييدي واجب شرعاً بمقتضى عموم الآية الكريمة، لكن هذا الالزام بالعقود عامة ، قد يؤدي الى احلال محرم ، أو تحريم ما أحل الله . اذا لم يكن صحيحاً ثابتاً بدليل من مصادر الشريعة ابتداءً ، نصاً أو دلالة . لذا قالوا : الاصل المنع حتى ينهض بالشرط الدليل المبيح .

وبذلك لا يبقى وجه للإلزام بالشروط المقترنة المقيدة عامة ، على ظن أن الاصل فيها الاباحة . اذ تشمل ـ في الواقع ـ الباطل المردود ، لقوله ﷺ : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » ، فقالوا بالحظر حتى يرد المبيح ، فالعموم في الآية الكريمة مخصوص .

---

(١) الموافقات : جـ ٣ ص ٢٨٣ للامام الشاطبي .

ب ــ ثبت أن النبي ﷺ : قد « نهى عن صفقتين في صفقة » وعن « شرطين في عقد » كما « نهى عن بيع وشرط »[1] ولا شك أن الشرط التقييدي المقترن بالعقد داخل في عموم النهي ، فثبت **ان الاصل هو الحظر** ، حتى يثبت الحل بدليل من الشارع نفسه ، استثناء من هذا العموم ، منعاً للشطط والتعدي على حدود الله تعالى وأحكامه التي حددها في مقتضى العقد .

ــ أما المعقول :

آ ــ فلأن مقتضى العقد شرع ثابت ، كما أشرنا ، لانه من وضع الشارع أثراً للعقد ، فليس للارادة الانسانية العقدية أن تتصرف في تغيير هذه الحدود والاحكام ، زيادة أو نقصاً ، لانه تغيير شرع ، يمس مبنى العدل والحق في تشريع المعاملات ، وهو « **التوازن** » الا ما يبيحه الشارع من ذلك بدليل من عنده ، تفياً لما قد يوجبه الشرط من معاني الظلم ، أو ما يسببه من تنازع .

ب ــ ان لكل عقد غاية نوعية قد شُرع هو وسيلة لتحقيقها ، كنقل الملكية في المبيع ، وملك المنفعة في الإجارة ، وحق الاحتباس في المرهون ، وما الى ذلك ، فلو أطلقت للارادة حريتها في الاشتراط لجاوزت حدود الحق ، ولأتت على تلك الغاية بالنقض والالغاء ، وبذلك يصبح العقد بلا معنى من جهة ، ويتحقق التعدي على حدود الله فيما أقام سبحانه من مبنى للعدل ، من جهة أخرى ، وما فيه تعدٍ على حدود الله ، فهو غير مشروع ، لانه ظلم ، ومن ثَمَّ لا يباح شرط الا اذا ثبتت صحته **اولاً** بدليل مستمد من مصادر الشريعة .

جـ ــ ان « التراضي » وحده غير كاف من حيث اعتباره مناطاً للحِلِّ والمشروعية في العقود والشروط ، لتنتج آثارها الملزمة ، بل لا بد ــ مع ذلك ــ من موافقة الشرع أيضاً ، اذ قد يتم الاتفاق على مخالفة النظام الشرعي للعقد ، أو للنظام

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ١٧١ للشوكاني ، تكلم المحدثون في حديث النهي عن بيع وشرط ، لضعف في إسناده .

الشرعي العام ، وهو ما أشار اليه ابن تيمية .

د ــ لا ريب ان اقوال المتعاقدين وإراداتهم **ليس لها بذاتها قوة الالزام** شرعاً ، بل انما تستمد هذه القوة من الشارع ، اذ هو الذي يرتب الآثار ؛ وما لا يقره الشارع بدليل من عنده ، لا يترتب عليه أي أثر ، فثبت ما قلنا ، من أن الاصل المنع ، حتى تثبت صحة الشرط بالدليل المسوغ .

هـ ــ ولا يقال إن الاصل الاباحة ، لان هـذا دليل عقلي سلبي ، لا شـرعي إيجابي ، اذ هو رجوع الى ما كان عليه الحال قبـل نزول الشريعة ، والحقوق ليس مصدرها أصل الاباحة ، بل الشريعة هي مصدر كل حق ، كما قدمنا .

و ــ قد يوجب الشرط جهالة فاحشة ، أو ربا محرمـاً ، أو غرراً كبـيراً ، أو يوجب ما ينقض الملك ، أو يثير النزاع الذي يتعذر معه تنفيذ العقد ، وما شـرع التعامل لهذا ، فكانت حرية الاشتراط راجعة على أصل تشريع المعاملات بالنقض ، وما كان كذلك لا يشرع ، فلا ندحة لنا اذن من القول بأن الاصل المنـع حتى يثبت التفويض من المشرع نفسه ، بالدليل الشرعي المسوغ .

ز ــ وأيضاً لا ندري حكمة معقولة من أن يتولى الشارع ترتيب آثار العقـد عند نشوئه ، ثم لا يكون له الاشراف ابتداءً على كل تصرف يعدّل من هذه الآثار بالارادة والاشتراط ؟

هذه هي جملة أدلة الجمهور الذين تمسكوا بنظرية مقتضى العقد ، في شيء من التبسيط والتفصيل[1] .

غير أن الجمهور اختلفوا بعد ذلك في الدليل المسوغ ، ما هو ؟

---

(١) راجع هذه الادلة في البدائع : جـ ٥ ص ١٧٢ للكاسـاني . فتح القـدير : جـ ٥ للكمال بن الهمام . المبسوط للسرخسي : جـ ١٣ ص ١٨ ومايليها . المحلى : جـ ٨ ص ٤١٢ ، لابـن حزم . تحفـة المحتـاج : جـ ٥ ص ٥٣ وما يليها ، نهاية المحتاج : جـ ٣ ص ٤٣٣ وما يليها .

أما الظاهرية فيرونه في النص الخاص الوارد في الشرط بعينه أو الاجماع ، دون سواهما ، كما علمت .

وأما الحنفية والشافعية والمالكية ، فيرونه ـ فضلا عن النص والاجماع ـ في مصادر الشريعة الاخرى ، على تفاوت بينهم .

فالحنفية يرون « **العرف** » الذي جرى بالشرط ، ضابطاً من ضوابط الشرط الصحيح ، اذا لم يعارضه نص في موضوعه ، على سبيل الاستحسان[1] خلافا لزفر[2] .

هذا ، فضلا عن « الملاءمة » التي تؤكد مقتضى العقد معنى ، فاعتبروها ضابطاً للشرط الصحيح ، استثناء أيضا .

والمالكية لم يشترطوا الا عدم المنافاة للحكم الاصلي للعقد ، وعدم المصادمة لنص خاص ، أو قاعدة قطعية .

فلم يشترطوا الاقتضاء ، ولا الملاءمة ، ولا العرف ، وانما اعتمدوا **الاستحسان ، والمصالح المرسلة** ، دليلاً لصحة الشرط ، فضلا عن النص ، اذا ورد مبيحاً لشرط بعينه ، وبذلك اقتربوا من مذهب متأخري الحنابلة .

سادساً ـ ادلة الحنابلة على ان الاصل حرية التعاقد :

استدلوا بالنقل والعقل .

---

(١) الدر المختار : جـ ٤ ص ١٣٦ ، المبسوط : جـ ١٣ ص ١٤ .

(٢) أما زفر ، فلم يقر الشرط الذي جرى به العرف ، لانه لا يقتضيه العقد ، وفيه نفع زائد لاحد العاقدين ، خال عن العوض ، وهذا هومعنى الربا ـ بدائع الصنائع ـ جـ ٥ ص ١٧٢ .
أما متاخرو الحنفية ، فيرون ان العرف الحادث اذا جرى بالشرط ، ولم يؤد الى النزاع ، وجب اعتباره ، ولو لم يتعامل الناس به من قبل ، لان نزع الناس عن اعرافهم ، ايقاع لهم في الحرج ، وهو مدفوع في الدين بالنص ـ رد المحتار : جـ ٤ ص ١٣٦ .

آ ــ أما النقل فلعموم قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقـود » وهو عين ما استدل به الاولون .

ثانياً ــ بعموم قوله تعالى : « وبعهد الله أوفوا » وبقوله سبحانه : « والذيـن هم لأماناتهم وعهدهم راعون » . وسائر الآيات التي توجب الوفاء بالعهد ، وتـذم النكث فيه ، فضلا عما ورد من مثل ذلك في السنة .

والشرط عهد ، لانه يتضمن تعهداً بالوفاء بمـا اوجبه مـن التزام ، لمصلحـة العاقـد الآخر .

ووجه استدلالهم بالآيات الكريمة ، أن الله تعالى أمر بالوفاء بكل ما يصـدق عليه أنه عقد ، أو عهد ، أو شرط ، أمراً عاماً ، ومطلقاً ، دون تفصيل ، أو تخصيص ، أو تقييد ، فدل ذلك على أن كل عقد أو شرط ، واجب الوفاء به ، بمقتضى هـذا العموم[1] ، وهو لا يكون كذلك الا اذا كان صحيحاً ، وإلا بطل العمل بالعمومات ، فثبت أن الاصل أن كل عقد أو شرط صحيح ، وإلا لما أوجب الله تعالى الوفاء بـه بوجه عام ، ما لم يدل دليل على المنع والتحريم .

بل يثبت هذا الحكم العام ــ وهو وجوب الوفاء ــ ولو لم يكن الله تعالى قد أمر بأصل العقد أو الشرط قبل انشائـه ، لانه تعالى انما أمر بالوفـاء بالعقود أو أو الشروط بعد انشائهـا .

قالوا ، ولو كان الاصل الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع ، لم يجز أن يأمر بالوفاء بها أمراً عاماً ، ويذم من نقضها أو غدر بها ، باطلاق !

جـ ــ تحريم شيء من الشروط التي يتعامل بها الناس فعلا ، تحقيقا لمصالحهم .

---

(١) الاصل المتفق عليه بين الاصوليين ان العام يجرى على عمومـه ، ما لم يرد الدليل المخصص .
ــ راجع بحث العام ، في اصول التشريع : ص ٥٠٠ ــ ٥٠٦ للمؤلف .

وسداً لحاجاتهم ، بغير دليل شرعي ، **هو تحريم لما لم يحرمه الله ورسوله ، وهو تعدٍّ** على حدود الله ، وذلك لا يجوز المصير اليه بحال ، فضلا عن ايقاع الناس في الحرج.

د ــ من الثابت أن الاصل في الاشياء الحِلّ ، لقوله تعالى : « وقد فَصَّلَ لكم ما حرم عليكم ، الا ما اضطُررتُم اليه » فما لم يفصّل ويبيّن تحريمه من الاشياء بنص ، أو دليل خاص به ، فهو حلال . والنص عام كما ترى ، في الافعال والتصرفات . **فليستصحب** هذا الاصل على كل شرط يشترطه المتعاقدان ، تقييداً لآثار العقد : لانه أصل الحِلّ العام ، حتى يرد المنع المغيّر ، لان التحريم أو المنع هو مناط الفساد ، ومنشأ البطلان[1] .

هـ ــ بقوله ﷺ : « الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً حرم حلالا ، أو أحل حراماً ، والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً حرم حلالا ، أو أحل حراماً »[2] .

ووجه استدلالهم بهذا الحديث ، ان ليس للعاقد أن يشترط ما يحرّم الحلال ، أو يَحلّ الحرام ، لان هذا تشريع مبتدأ ، وانشاء كلّية شرعية لم يؤذن له بها ، بل هو افتئات على حق الله في التشريع ، « إنِ الحكم إلا لله » .

هذا ، ولا يجوز للمشترط ان يُسقط بالشرط ما أوجبه الله تعالى ، وانما **للمشترط ان يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً ولا حراما** ، فمقصود الشروط اذن ، إيجاب ما لم يكن واجباً ولا حراماً[3] ، وعدم الايجاب ليس نفياً للايجاب حتى يكون الشرط مناقضاً للشرع ، فالشرط الصحيح لا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً[4] ولا حراماً .

لا يقال ان تحريم الحلال الوارد في الحديث الشريف شامل لتحريم المباح ، بأن يلتزم بالشرط ترك المباح ، لان هذا المعنى يجعل الحديث متناقضاً أوّلُه مع

---

(١) الفتاوي : جـ ٣ ص ٣٣٤ للامام ابن تيمية .
(٢) رواه الترمذي ، وقال انه حسن صحيح .
(٣) الاشباه والنظائر : ص ١٠٢ للسيوطي .
(٤) وهو المباح .

منتهاه ، اذ ينفي آخره ما يثبته منتهاه ، فأوله يثبت أن المسلمين ملتزمون بشروطهم ، واقفون عند حدودها ، موفون بها ، وهذا يفيد صحة كل ما يلتزمون به من شروط ، ويرتبطون به من فعل ، أو ترك فعل ، فلو كان قوله ﷺ : « إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً محمولاً على بطلان كل شرط يوجب فعل المباح ، أو يوجب تركه ، لما صح اشتراط شرط على الاطلاق ، ولفسدت الشروط كلها ، من قبَل أن الشرط انما يرد على مباح ، لا على واجب ، لانه لا يفيد ، ولا على محرم ، اذ الالتزام بالمحرمات إحلال لها ، وذلك باطل ، لانه عصيان ، بل يقصد بالشروط **وجوب شيء لم يكن واجباً من قبل ولا حراماً** ، وهذا هو المباح[1] .

ألا ترى أن « النَّذْر » في شيء مباح في الاصل ، يصبح بالنذر واجباً ، فكذلك الشرط ، لان عدم إيجابه شرعاً ، لا يقتضي نفي ايجابه شرطاً .

ومعلوم أن المباح هو ما استوى فيه طرفا الفعل والترك ، وجعلت الخِيَرة فيه للمكلف ، ان شاء أقدم ، وان شاء أحجم ، على ضوء من مصلحته الذاتية وتقديره الشخصي .

ألا ترى أيضاً ، أنه يجوز للحالف أن يلتزم بالامتناع عن شيء مباح بيمينه ؟

اذا تقرر هذا ، فان المتعاقد له أن يُلزم نفسه بنفسه ، وبارادته الحرة ، بأحد طرفي المباح ، فيوجب الفعل على نفسه ، بعد أن لم يكن واجباً ، أو يوجب الترك ، ومثال ذلك « الناذر » كما ذكرنا ، له أن يوجب على نفسه ما لم يكن واجباً عليه في الاصل ، ويعتبر ملتزماً شرعاً بنذره ، لقوله تعالى ، « وليوفوا نذورهم » بينما لم يكن ملتزماً بذلك قبل النذر ، فكذلك الشرط .

ولا مناقضة هنا ، لان كل ما في الامر ، **ان الشارع لم يوجب المباح** ، وقدمنا ان **« عدم الايجاب لا يدل على نفي الايجاب »**[2] ، حتى يكون المشترط مناقضاً لارادة الشارع ، كما اشرنا .

---

(١) الفتاوى : جـ ٣ ص٣٣٤ .
(٢) المرجع السابق : جـ ٣ ص ٣٢٩ وما يليها ـ للامام ابن تيمية .

على أن ابن القيم ، يرى أن الشرط في حقوق العباد (المعاملات) أوسع من الشروط في حق الله تعالى الخالص (العبادات) بمعنى أن الانسان ليس له أن يوجب على نفسه في العبادات ما لم يكن واجباً اذا كان من جنس العبادات المقررة ، بخلاف المعاملات[1] .

فاذا كان الالتزام بالنذر خالصاً لوجه الله تعالى ، لا يبطل منه الا ما خالف حكم الله في شرعه ، فان الالتزام بالشرط في المعاملات أولى بالصحة والإلزام ،لماذكرنا[2] .

ح ــ وبقوله ﷺ : « **الناس على شروطهم ، ما وافقت الحق** » .

وهذا ما يشهد له الكتاب والسنة[3] ، وتتم **الموافقة** بعدم وجود ما ينافي الشرط شرعاً ، أو عدم ما ينافيه من مقتضى العقد أيضاً .

ط ــ واستدلوا بالاثر عن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ فيما رواه البخاري ، أنه قال : « **مقاطع الحقوق عند الشروط** » .

فهذا الاثر يفيد بظاهره ، أن **الحقوق تتحدد وتلزم من كانت عليه** ، بالشروط ، وهو بعمومه شامل لكل شرط الا ما خصّ بدليل[4] .

ي ــ **واستدلوا بالمعقول :**

١ ــ إن العقود والشروط المقترنة بها ، من العادات (المعاملات) لا العبادات ، فاذا كانت العبادات لا بد أن يَرِدَ بكل منها نص خاص بها ، يُقر أصله ، ويُكيّف

---

(١) إعلام الموقعين : جـ ٣ ص ٣٤٠ ، ابن قيم الجوزية .
(٢) المرجع السابق . (٣) الفتاوى : جـ ٣ ص ٣٢٩ وما يليها لابن تيمية .
(٤) روي أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها ، بأن تكون سكناها في دارها ، ولما اراد نقلها الى داره ، رفضت ، فتقاضيا الى عمر ــ رضي الله عنه : فقال : « **لها شرطها** » فقال الرجل : اذن يطلقنا ، فاجابه عمر بقوله: « **مقاطع الحقوق عند الشروط ، ولها ما شرطت** » . إعلام الموقعين : جـ ٣ جـ ٣٢٨ . كشاف القناع : جـ ٣ ص ٥٣ .

فعله ، ويرسم طريقة أدائه ، ويعدّد أركانه ، وشروط صحته ، ومقداره ، ووقته ، وما الى ذلك ، فلأن الأصل ، أن الله تعالى « **لا يُعبد إلا بما شرَع** » وعلى النحو الذي يريد ، ثمّ هي مفروضة على المسلم خاصة ، فلا يؤديها الا هو ، ولا تقبل الا منه .

أما العادات (المعاملات) فيمارسها المسلم وغيره ، والأصل فيها الالتفات[1] الى المعاني والمصالح ، ودفع الحرج ، وتحقيق اليسر . والنصوص التي تنظمها ، الاصل فيها التعليل ، لتعيين وجه المصلحة ، ومن هنا كان للاعراف مُدخَل في بناء الاحكام لاستنادها في الاصل الى المصالح ، اذ لولاها لما كان للعرف حاكمية بين الناس ، شريطة ألا تصادم نصاً خاصاً في موضوعها .

لذا ، كان من المقررات الفقهية ، أن « **المعاملات طلق حتى يَرِدَ المنع** » ، اي الاصل فيها الاباحة والحِلّ ، فما لم يرد من الشارع ما يحرم العقد أو الشرط ، أو يصطدم مع العرف بنص خاص في موضوعه ، فهو باق على أصل الحل العام ، تحقيقاً لمصالح الناس التي ما شرعت أصول المعاملات الا من أجلها .

٢ ــ لم يثبت في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط الا ما ثبت حله وصحته بعينه ، كما يزعم الظاهرية .

٣ ــ على أن مما يدل على أن الاصل العام في المعاملات ــ عقوداً وشروطاً ــ الاباحة ، هو وجودها قبل ورود الشرع ، فيحكم على كل عقد مستحدث ، أو شرط يقترن به ، بالاباحة ، **استصحاباً** للاصل ، حتى يرد الدليل المغيِّر ، فالاصل في المعاملات اذن هو الحل العام ، والمنع استثناء بالدليل .

يرشد الى هذا ، أن الله تعالى قد بين ما حرمه تفصيلاً ، لقوله سبحانه : « وقد فصّل لكم ما حرّم عليكم » فبقي ما عداه على أصل الاباحة ، دون تفصيل ، لان المباح لا حصر له .

---

(١) جامع العلوم والحكم : ص ٢٠٠ ، لابن رجب الحنبلي .

واذا انتفى دليل التحريم ، **كان ذلك دليلا على عدم التحريم** ، او دليلا على الحل والمشروعية ، والا كان التحريم بلا دليل ، والتحريم بلا دليل ، تحريم لما أحل الله ، وهو منهي عنه بالنص ، لانه افتئات" وتعدٍ على حق الله في التشريع ، ولا يقول بذلك أحد .

وبانتفاء التحريم، يصح الشرط، لان التحريم هو آية الفساد ومناطه،كماأشرنا.

٤ ــ ان الله تعالى قد جعل مناط الحل في التجارة والمعاملات ، وانتفاع أحد المتعاقدين بمال الآخر ، هو « التراضي » لقوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » ، كما علّق جواز الانتفاع بمال الغير الممنوح هبةً على طيب نفسه ، بقوله تعالى : « فان طِبْنَ لكم عن شيء منه نفساً ، فكلوه هنيئاً مريئاً » .

فاذا كانت « العلة » في انعقاد العقد والشرط ، هي الرضا ، باذن الشارع ، وتفويض منه ، ونتيجة ذلك **ما اوجب المتعاقدان على انفسهما بالتعاقد** ، كما يقول ابن تيمية ، فليثبت هذا القدر ، ولا يحرم من الشروط الا ما ينافي مقتضى العقد ، أو يتضمن ما حرم الله ورسوله[1] .

وعلى هذا ، فلا يحكم على العقد المستحدث[2] ، أو الشرط التقييدي المقترن بالعقد ، بالمنع ، الا بأحد الشرطين التاليين ، أو كليهما .

الاول : مناقضة شرع الله ورسوله ، ونظامه الشرعي العام . وذلك بأن يحل ما حرم الله ورسوله ، أو العكس .

الثاني : منافاة الشرط لمقتضى العقد .

والواقع أن مقتضى العقد ينهض به أحكام عامة تشمل العقد بوجه عام ، وأحكام خاصة بكل عقد ، قد حددها الشارع .

---

(١) الفتاوى : جـ ٣ ص ٣٢٩ وما يليها ــ للامام ابن تيمية .

(٢) استحدثت عقود جديدة في عصرنا هذا ، من مثل عقد التأمين على الحياة ، ومن مثل عقود الشركات المساهمة . فما لم يرد من الشارع ما يحرم شيئا منها كان جائزا . وتطبق عليه أحكام نظرية العقد . اي الاحكام العامة مبدئياً .

سابعاً ـ رأينا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة ، وتفسير الشريعة بعامة ، ومناقشة ادلتهم ، وادلة القائلين بان الاصل في الشروط الحظر :

١ ـ ان الاصل الذي بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد ، بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام ـ وهو الوقوف عند ظواهر النصوص ، والجمود على ظاهر لغويتها ، وسد باب الاجتهاد في « التعليل » ـ لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه ، أيّ تشريع كان ، والا ما كان ثمة من فرق بين الدرس اللغوي ، والاجتهاد التشريعي ، كما أسلفنا .

٢ ـ إن القرآن الكريم ناطق بأن المحرّم هو الذي فصّلت أحكامه ، لا المباح أو المشروع « وقد فصّل لكم ما حرم عليكم » ، لان المباح لا حصر له ، كما أسلفنا ، فالقول بأن الاصل في الافعال والتصرفات بل وفي الاعيان ، الحظر والتحريم ، خلاف ما تقضي به الآية الكريمة ، بل وأصول التشريع العامة .

٣ ـ يلزم عقلاً من قوله تعالى : « خَلَقَ لكم ما في الارض جميعاً » أنّ هذا الخَلْق انما كان بقصد الانتفاع ، والا ما كان للامتنان بما خلق الله في الارض ، من معنى ، فاذا ثبت حل الانتفاع **بالإذن العام** في هذه الآية الكريمة لزوماً عقلياً ، أو بدلالة الاشارة في اصطلاح الاصوليين ، كان الاشتراط مباحاً في الاصل ، لانه تعامل يتوسل به الى الانتفاع بمال الغير شرعاً ، فما لم يرد دليل محرّم للشرط ، فالاصل فيه الحِل بمقتضى الآية الكريمة ، وهي حجة تنهض بهذا اللازم العقلي ، لان الاصل أن النص الدال على الملزوم دال على لازمه[1] ، فثبت ان الاصل حرية الاشتراط ، باشارة النص .

٤ ـ ان ما استدل به الظاهرية من قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود » بقولهم : انه لو جاز الالتزام بالوفاء بكل شرط ، بناء على أن الاصل

---

(١) راجع بحث دلالة الاشارة تفصيلا في مؤلفنا : اصول التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد بالراي ، ص ٣٢٧ وما يليها .

الاباحة ، لتضمن هذا النص بعمومه الالزام بالشرط الباطل الذي يوجب ما حرم الله ، وهو ما لا يقول به أحد ، نقول :

هذا الدليل حجة عليهم لا لهم ، لان من المقرر أصولياً ، أن العام يدل على معناه قطعاً أو ظناً غالباً[1] ، ومن المتفق عليه بين الاصوليين ، أن الاصل وجوب العمل بالعام حتى يرد دليل التخصيص ، فلو لم يكن الإصل في الشروط الاباحة ، لما جاز أن يورد المشرع نص الآية الكريمة بصيغة العموم ، ويوجب الوفاء بالشروط عامة ، وإلا لزم التغرير بالمكلفين ، وهو ما لا يتصور وقوعه من المشرع ، فضلاً عن الله ورسوله ، فبطل استدلالهم بالآية الكريمة على اثبات أصلهم ، وأنه الحظر .

ـ وأيضاً ، لو أخذنا برأي الظاهرية هذا ، لبطل العمل بالعمومات جملة ، وهو باطل .

٥ ـ أما قولهم بأنه لا يجوز اشتراط شرط في العقد ، الا أن يرد نص أو اجماع بجوازه عيناً ، مستدلين بقوله ﷺ : « كل شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل » ، فهو استدلال متهافت ، لان المقصود بكتاب الله في الحديث هو « شرع الله تعالى » كتاباً وسنة ، وما اشتملا عليه من قواعد ، وما أحالا عليه من أصول تشريعية أخرى ، كالقياس والمصالح والاستحسان والعرف ، لا خصوص القرآن الكريم ، أو نصوص صحيح السنن ، أو اجماع الصحابة ، فحسب .

يؤكد ذلك ، قوله عليه السلام : « **من عَمِلَ عملاً ليس عليه امرُنا ، فهو رَدٌّ** » أي ما عليه أمرنا من حكم الله تعالى في الكتاب والسنة ، وما يرجع اليهما قياساً واستنباطاً ودلالة .

أما أن يُراد بكتاب الله النص الخاص بالشرط الذي يراد اشتراطه في العقد

---

(١) غاية ما في الامر ، ان بعض القائلين بظنية دلالة العام ، قالوا ينبغي البحث عن المخصص قبل العمل بالعام احتياطاً ـ المرجع السابق : بحث العام ، والتخصيص ، ص ٥٠٩ وما يليها ـ للمؤلف .

بعينه . عند انشائه ، فذلك ما لا يتفق ومنهج القرآن الكريم نفسه في بيان الاحكام وتشريعها . فقد جاء على نحو كلي دون تفصيل ، الا في موضوعات معينة[1] قصد بها الثبات ، لتعلقها بمصالح ثابتة ، وليس منها هذه الشروط ، لانها لا تتناهى ، اذ المصالح المرتبطة بها مما يتجدد بتجدد البيئات والعصور وتطور الحضارات .

ـ كما لا يقتصر في الشروط الصحيحة على ما ورد بعينه في صحيح السنن ، أو اجماع الصحابة ، لما قدمنا .

ـ وأيضاً ، في الاقتصار على شروط محددوة معينة في القرآن الكريم والسنة ، بالنص عليها بعينها ، ايقاع للناس في الحرج ، وتقييد لحركة التعامل المتجددة التي لا تتناهى ، وهذا يتنافى ومقاصد التشريع نفسه ، من حيث انه شَرَع المعاملات لتحقيق مصالح الناس ، ورفع الحرج عنهم ، وجعل قواعد النشاط الاقتصادي بوجه خاص تتسم باليسر لا بالعسر ، لانها وسائل معايش الناس ، وطرق كسبهم ، وتبادل منافعهم ، وهذا أصل معنوي عام ثابت بالاستقراء الذي يفيد القطع ، مصداقاً لقوله تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » ولقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ولقوله تعالى : « ويضع عنهم إصرهم والاغلال التي كانت عليهم » ولقوله سبحانه : « ولو شاء الله لأعنتكم » .

وهذا ما يجب أن يعتبر ملحظاً قوياً[2] في استدلال المبيحين على ما أصّلوه من أصل الحل العام .

٦ ـ واما استدلالهم بحديث النبي ﷺ : « **من عَمِلَ عملاً ليس عليه امرنا ، فهو ردّ** » فنحن نقول به أيضاً ، لان المقصود « بأمرنا » شرع الله تعالى ، أو نظامه

---

(١) كالعقوبات او الحدود النصية ، على جرائم معينة ، والارث ، ونظام الاسرة ، والعقائد .

(٢) الفتاوى : جـ ٣ ص ٣٤٣ وما يليها ، الامام ابن تيمية .

الشرعي العام الذي يقوم على المصالح الثابتة التي لا تختلف باختلاف الازمان ، كما أسلفنا .

وعلى هذا ، فكل شرط يناقض ما هو ثابت في الشرع بالضرورة ، وبوجه قاطع ، مردود ، وباطل ، لان المصلحة التي ينطوي عليها مثل هذا الشرط ، ويراد تحقيقها عن طريقه ، ليست مصلحة معتبرة في نظر الشارع ، بدليل تصادمها والمصالح الثابتة شرعاً ، فالنظام الشرعي العام هو الفقه الثابت الذي لا يتغير بتغير الازمان والمصالح ، ومفهوم هذا الحديث ، يتفق ومدلول الحديث السابق « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » فكلمة « **كتاب الله** » و « **امرنا** » كلتاهما متحدتا المفهوم، وهو شرع الله تعالى ، وبذلك يتم التنسيق بين الادلة جميعاً ، وهو ما يقضي به منطق التشريع الذي يجب أن يُحتكم اليه في الجمع بين النصوص مدلولاً وحكماً ومقصداً[1] .

ـ وعلى هذا ، فليس من معنى الحديث ـ كما فهم الظاهرية ـ أنه يجب أن يَرِدَ من المشرع نص خاص يتعلق بالعقد ، أو الشرط بعينه حتى يُحلّه ويُجيزه ، فعدم ورود دليل التحريم ، كافٍ في الدلالة على الحل والمشروعية ، والا كان التحريم بلا دليل ، وهو باطل ، كما قدمنا .

٧ ـ هذا ، واذا كان « الاصل » ان الشارع قد منح الانسان « **حرية التصرف فيما يملك** » من مال أو حق ، واعتبره نافذاً شرعاً ، وكان العقد أو الشرط في الوقت نفسه ضرباً من التصرف ، نتج عن هذه المقدمة ، أن الشارع أباح له حرية التعاقد عقوداً ، وشروطاً ، بمقتضى هذا الاصل ، وليس لأحد ولايةُ الحجر على المالك فيما يملك ، الا اذا أضر بغيره من الفرد أو المجتمع ، ضرراً فاحشاً ، أو صادم نصاً خاصاً آمراً ، أو ألغى مقتضى العقد ، أو اتخذ من العقد أو الشرط وسيلة لتحليل محرم ، أو هدم واجب .

---

(١) راجع ادلة الظاهرية في كتاب ابن حزم « المحلى » جـ ٨ ص ٤١٢ وما يليها.

٨ ــ وأيضاً . اذا كان الاصل أن العقد أو الشرط ضرب" من التصرف في الملك، كما قلنا ، والتصرف في الملك **نافذ شرعاً** ، فلا يمكن أن يكون التصرف كذلك الا اذا **اباح** للمالك أن يتصرف فيما يملك عن طريق العقد أو الشرط ، والا لم يكن لهذا النفاذ من وجه[1] ، بل لم يكن للملك أو الحق من معنى ، فلا يتسق منطق التشريع أصولاً" وفروعاً الا بالقول بأصل حرية الاشتراط .

مناقشة ادلة الجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة :

آ ــ يتجه على الحنفية والمالكية ، ذأ تمسكهم بنظرية « مقتضى العقد » أو أن الاصل هو المنع ، أضحى صورياً ، لان توسعهم في تفسير **« الدليل المسوغ »** بحيث يشمل العرف ، والاستحسان ، والمصالح المرسلة ، جعل الاستثناء في الواقع أكثر عملاً" وتطبيقاً من مقتضى الاصل ، فيؤول الامر عملاً" الى أن الاصل الاباحة .

ب ــ ويتجه على الحنفية بوجه خاص ، في تعليلهم لاتخاذ العرف ضابطاً للشرط الصحيح ، أو مسوغاً لصحته بعد فساده ، ومنعه ، من أن ما يوجبه الشرط الذي جرى به العرف من التزام ، يكون مقدّراً في حساب الثمن غالباً ، وبذلك يكون العرف عاملاً" قوياً على تحقيق التوازن ، يتجه عليهم في هذا ، أنه ما من عاقل يشترط عليه أي شرط يوجب عليه التزاماً ما ، الا ويقدّر له حسابه في العوض ، سواء أجرى به العرف أم لا ، فلا معنى لاشتراط جريان العرف ، وعلى ذلك يكتفى **بشرط عدم المنافاة** لمقتضى العقد ، على ما ذهب اليه المالكية ومتأخرو الحنابلة ، فضلاً" عن موافقة الشرع التي تتحقق بعدم ورود الدليل المحرم .

جـ ــ أما استدلالهم بعموم آية وجوب الوفاء بالعقود والشروط ، فقد سبقت مناقشة هذا الاستدلال في الرد على الظاهرية .

د ــ وأما استدلالهم بعموم النهي عن بيع وشرط[2] ، وعن صفقتين في صفقة ،

---

(١) احكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ و ٢٤٠ ومايليها ــ للشيخ علي الخفيف.
(٢) هذا الحديث قد تكلم العلماء في ضعف سنده : نيل الاوطار ج ص .

وعن شرطين في عقد ، وما الى ذلك ، فمحمول على الشرط الفاسد ، فهو عام مخصوص ، لانه معقول المعنى ، حتى اذا انتفت علة الفساد ، صح الشرط والعقد ، ولذا وقع الخلاف في النهي عن الشرطين في عقد ، أهما الفاسدان أو الصحيحان؟ والراجح انهما الفاسدان خاصة[1] ، والا فلا تدرى الحكمة من تحريم شرط صحيح ، أو شرطين صحيحين في عقد ، على نحو لا يورث ربا أو غرراً أو جهالة ، أو منافاة ؟؟؟!

وأيضاً يرد عليهم حديث جابر ، اذ أجاز الرسول ﷺ شرطه في عقد البيع ، كما علمت .

ويتجه عليهم في استدلالهم بالمعقول ما يلي :

١ ــ لا وجه للقول بأن الشرط يغير مقتضى العقد . أو ينقضه ، لان هذا هو الشرط الفاسد، ولا عبرة به، بل يفسد عقد المعاوضة، **ونحن لم نقل بصحة مطلق الشرط .**

٢ ــ كما لا وجه لقولهم ان الرضا وحده ليس مناطاً للحل والمشروعية ، لانا اعتبرناه كذلك لا لذاته ، بل لاذن الشارع وتفويضه الذي أورث أقوال المتعاقدين وارادتيهما قوة الالزام ــ لذا ، فان التراضي على شرط فاسد غير معتبر ، اذ لا بد من موافقة الشرع ، وهي تتحقق بعدم الدليل المحرم ، فلا وجه اذن لاشتراط الدليل المعين المبيح للشرط بعينه ، كما يقول الظاهرية .

٣ ــ لا نسلم أن الاباحة الاصلية مجرد دليل سلبي عقلي ، أو عدم أصلي ، بل هي أصل شرعي ثابت باشارات النصوص ، وهي حجة على اللوازم العقلية . كقوله تعالى : « خلق لكم ما في الارض جميعاً » وهذا يفيد الاذن العام بالانتفاع ، وهو يستلزم اباحة وسائله من العقود والشروط حتى يرد الدليل المحرم .

---

(١) المغني : جـ ٤ ص ١٦٩ و ١٧١ .

٤ ــ وأيضاً، لا وجه لما قالوا من انتفاء الحكمة المعقولة من ترتيب الشارع آثار العقد عند انشائه ، اذا لم يكن له الاشراف على تعديلها بالشروط ، لان هذا يلزمنا ، لو قلنا بصحة الشروط باطلاق ، ولكنا لم نقل بذلك ، بل وضعنا ضوابط للشرط الصحيح ، وأوجبنا النظر في الادلة الشرعية قبل الحكم على الشرط ، والعمل به ، حتى يتبين لنا وجه صحته أولا ، حتى اذا انتفى الدليل المحرم ، حكمنا بصحته ، ووجوب الوفاء بموجبه ، عملاً ، ولو لم يرد دليل يبيحه بعينه ، لان انتفاء دليل التحريم ، يدل على الحل والصحة ، سواء سمى ذلك إباحة أم عفواً[1] والا كان التحريم بلا دليل ، وبذلك لا ينقطع اشراف الشارع، لا عند إنشاء العقد ، ولا أثناء الاشتراط فيه .

٥ ــ وأيضاً ، لم يثبت أن المباحات قد فُصِّلت في الكتاب والسنة ، بل العكس هو الصحيح ، اذ الذي فُصِّل لنا هو المحرَّم بنص الآية الكريمة ، « وقد فصَّل لكم ما حرَّم عليكم » فيلزم عقلاً أن ما عداه مباح ، فأصل اباحة الاشتراط ثابت باشارة النص[2] ، والحكمة في ذلك ، أن المباحات لا حصر لها، لتجددها وتنوعها ، باختلاف البيئات والعصور ، فلا يمكن أن تتناولها النصوص الجزئية بعينها وباسمها تفصيلاً وتعييناً .

٦ ــ دل الاستقراء للادلة الشرعية على أنه ليس فيها ما يدل على تحريم جنس الشروط الا ما يثبت حله بعينه .

وبذلك يترجح لديك ، أن الاصل في التعاقد عقوداً وشروطاً هو الاباحة ، لقوة أدلته . وان الضابط الشرعي « للشرط الصحيح » هو « **عدم المنافاة** »

---

(١) الشيخ زكي الدين شعبان ــ الشروط المقترنة بالعقد : ص ٦٨ .

(٢) المعنيان المتلازمان عقلاً ، اذا عبر الشارع عن احدهما بالنص ، كان هذا النص الوارد في الملزوم حجة على اللازم ، ذلك لان المشرع لم يعبر عن هذا الاخير ، الا اعتمادا على مقتضى المنطق الانساني العام ، وهذا يرجح مذهب الامام صدر الشريعة من ان المعنى المستفاد بدلالة الاشارة مقصود تبعا ، خلافاً لما ذهب اليه الجمهور من انه غير مقصود لا اصلاً ولا تبعا .

لمقتضى العقد ، أو للنظام الشرعي العام ، في قواعده ، ومقاصده ، جملة وتفصيلا ، من مثل الجهالة والربا والغرر ، وأن التحريم ، هـو الاستثنـاء الـذي فصّلت مواقعه ، لانحصارها ، ومـا عداها ، فعلى أصـل الحل العـام ، بمقتضى اشارات النصوص التي تدل على اللوازم العقلية التي لا تنفك عن المعاني العبارية فيها ، وفي هذا تيسير على الناس في نشاطهم الاقتصادي والاجتماعي ، فيما يفتقرون اليه مـن الوسائل الشرعية لتبادل منافعهم ، وتحقيق مصالحهم المتجددة ، ولعدم امكان حصر مواقع المباحات ، وهذا ما قرره المالكية ، ومتأخرو الحنابلة ، منذ أمد بعيد ، وهو ما اتجه اليه الحنفية من اعتبار العرف أصلاً في تصحيح الشروط وما وصل اليـه الفقه الوضعي في هذا العصر . والله ولي التوفيق .

البحث التاسع

انتفاع المرتهن بالعين المرهونة

في الفقه الإسلامي المقارن

مقدمة في حكمة تشريع الرهن :

شرع الله تعالى « **المداينة** » عند افتقار الانسان الى المال ، لقضاء حاجاته الحالّة ، فاذا كان أصل تشريع المعاملات لدفع الحرج عن الناس ، وتحقيق مصالحهم، حتى اعتبر الاسلام تلك المصالح من المقاصد الحاجية للتشريع الاسلامي ، فقد شرع

---

(١) قال تعالى : « يا ايها الذين آمنوا ، اذا **تداينتم بدين** الى اجل مسمى **فاكتبوه** ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب ان يكتب كما علمه الله ، فليكتب ، وليملل الذي عليه الحق ، وليتّق الله ربّه ، ولا يبخس منه شيئاً ، فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً ، أو لا يستطيع أن يملّ هو ، فليملل وليّه بالعدل ، **واستشهدوا** شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين ، فرجلٌ وامرأتان ، ممن ترضون من الشهداء ، أن تضلّ احداهما ، فتذكر احداهما الاخرى، ولا يأبَ الشهداء اذا ما دُعوا، ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً ، الى اجله ، ذلكم اقسط عند الله ، واقوم للشهادة ، وادنى الاّ ترتابوا ، إلا أن تكون تجارةً حاضرةً تديرونها بينكم ، فليس عليكم جناح الا تكتبوه ، **واشهدوا اذا تبايعتم** ، ولا يضارّ كاتبٌ ولا شهيد ، وان تفعلوا ، فانه فسوقٌ بكم ، واتقوا الله ، ويعلّمكم الله ، والله بكل شيء عليم . وان كنتم على سفر ، ولم تجدوا كاتباً ، **فرهانٌ مقبوضة** ، فإن أمِنَ بعضكم بعضاً ، فليؤدِّ الذي اؤتمِنَ امانته، وليتق الله ربّه ، ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فانه آثمٌ قلبُه ، والله بما تعملون عليم » البقرة : ٢٨٢ ـ ٣٨٢ .

أيضاً « **التوثيقات** » تأكيداً للثقة بين الناس في ميدان التعامل ، وتنشيطاً للحركة التجارية والاقتصادية بوجه عام ، ليطمئن المتعامل الى نتيجة تعامله ، وصون ماله ، خشية الجحود ، أو الضياع ، بالنسيان ، أو الموت المفاجيء ، فكان الرهن أهمّ وثيقة شرعها الاسلام لذلك ، فضلا عن **الإشهاد ، والكتابة**(١) .

هذا ، والرهن كان معروفاً في الجاهلية ، غير أنه كان على وضع يلحق ظلماً بالمدين ، اذ كان المرتهن يمتلك الرهن كله بالدين عند محلّه ، حالَ عجز المدين عن الوفاء ، وغالباً ما تكون مالية الرهن أوفى من الدّين قدراً ، لذا جاء النبي ﷺ فقضى على هذا الوضع الظالم ، وهو « **غلق الرهن** » محافظة على مال المدين ، وحماية له من انتهاز المرتهن فرصة سوء حالته المالية ، فيزيده بذلك هلاكاً الى هلاكه ، استغلالاً ، فقال ﷺ : « لا يَغلَقُ الرّهنُ من صاحبه الذي رهنه ، له غُنْمُه ، وعليه غُرمُه »(٢) .

يؤكد هذا ما جاء في المغني لابن قدامة : « أن رجلاً رهن داراً بالمدينة الى أجل مسمى ، فمضى الاجل ، فقال الذي ارتهن : « منزلي ! » فقال النبي ﷺ : « لا يَغْلَقُ الرهن »(٣) .

وبذلك يبدو لك ، أن الرهن لم يتمحّض وسيلة استيثاقٍ لمال الدائن، يستوفي منه ديْنه عندعجز المدين، ضماناً لحقه فحسب ، بل هو أيضاً **وسيلة للمحافظة على مال المدين ، من وجوه ثلاثة :**

---

(١) الهداية : جـ ٤ ص ٩٤ .

(٢) والغُنْم هو منافع المرهون وزوائده ، والغُرْم ، الهلاك والنقصان والنفقة التي بها بقاؤه ــ ولا يغلق الرهن ، اي لا يستحقه المرتهن ، ولا يملكه في نظير دينه ، حتى اذا عجز المدين عن **الوفاء** ، بيع المرهون ، واستوفى الدائن من ثمنه ، مقدماً على سائر الغرماء ، وعلى هذا ، فحق المرتهن متعلق بمالية المرهون لا بعينه .

(٣) يقال : غلق الرهن ، اذا خرج عن ملك الراهن ، واستولى عليه المرتهن ، بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه ــ سبل السلام : جـ ٣ ص ٥٢ــ المغني: جـ ٤ ص ٣٦٨ لابن قدامة .

الاول : أنه تشريع يَسَّر لغير الواجد الاستدانة ، سداً لحاجته الحالّة عند افتقاره ، فلا يضطر الى بيع عقاره أو منقوله بثمن بخس ، بل يحتفظ بهما عن طريق الرهن ، أملاً في يساره مستقبلا .

الثاني : تحريم غَلَق الرهن ، قطعاً للتوسل الى الاستغلال بتملكه من قِبَل المرتهن ، نظير « **الدين** » عند حلول الاجل ، انتهازاً لفرصة افتقار المدين ، وعجزه عن الوفاء .

الثالث : عدم جواز انتفاع المرتهن بالمرهون دون عِوَض ، ولو أذن الراهن[1] على الراجح .

وهذا هو « **التوازن** » في تشريع المعاملات ، محافظة على الحقين معاً ، حتى لا تطغى مصلحة على أخرى ، فيكون الظلم والاستغلال ، والربا ، أو شبهته ، وهو محرم قطعاً باطلاق .

أما من الناحية الاقتصادية ، ففي الرهن دفع" لحركة التعامل بتوفير الثقة، فكأن المرتهن بما يحتبس من مرهون نظير الدين ، يحتفظ بماله ، فكأنه في حوزته ، على الرغم من كون ماله قد أصبح ديْناً شُغلت به ذمة المدين ، وهو من **اقوى صور التامينات او التوثيقات** .

ونتناول الآن بالبحث والمقارنة ، آراء المجتهدين والفقهاء ، في هذا الموضوع .

مواطن اتفاق آراء المجتهدين :

اولا ــ اتفق الفقهاء على ان عقد الرهن لا يوجب إلا **مجرد استيثاق الدين** ، ضماناً لحق الدائن ، ليتسكن من استيفائه من مالية المرهون عند حلول الاجل ، وعجز المدين عن الأداء[2] .

---

(١) جاء في المغني : « ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء ، الا ما كان مركوبا او محلوبا ، فيركب ويحلب بقدر النفقة » .
« فان شرط في الرهن ان ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسد » المرجع السابق ص ٤٣٢ .

(٢) المرجع السابق : ص ٤٢٩ .

ومن ثمّ ، فلا يوجب عقد الرهن تمليك الدائن عين الرهن ، ولا منفعته وزوائده ، بحال ، لا عند انشاء العقد ، ولا عند حلول الاجل ، بل تبقى هذه العين ومنافعها وزوائدها على ملك الراهن ، ذلك هو مقتضى عقد الرهن شرعاً بالاجماع.

نعم : يوجب للمرتهن حقّ الاولوية والتقدم على سائر الغرماء[1] .

كما يوجب له حق تتبع العين المرهونة في أي يد وقعت ، ضماناً للاستيثاق ، وهذا ما يعبّر عنه في الفقه الوضعي **بالحق العيني التبعي** .

وتفرع عن هذا ، أن منافع العين وزوائدها **المتصلة والمنفصلة ، المتولدة وغير المتولدة** ، مملوكة لمالك العين وهو الراهن ، لانها نماء ملكه

وتفرع عن هذا أيضاً ، أن نفقة العين ، ومؤنتها وما به بقاؤها ، على مالكها ، لان **الغرم بالغنم** ، وهذا المبدأ من أهم مباني العدل في الاسلام .

غير أنهم اختلفوا بعد ذلك فيما يتحقق به الاستيثاق[2] .

---

(١) المغني : جـ ٤ ص ٤٥٢ ـ بداية المجتهد : جـ ٢ ص ٢٧٥ .

(٢) فقال الحنفية ، انه لا يتحقق الا بالحبس الدائم ، بما لا يدع للراهن سلطة في الانتفاع بالرهن ، أو التصرف فيه تصرفا شرعيا ، الا اذا اذن له المرتهن بشيء من ذلك ، ولكنه يخرج حينئذ عن كونه رهنا ، بفوات الاحتباس المادي الذي هو جوهر المقصود من الرهن وغايته ، اذ لا يتحقق الاستيثاق ـ في اجتهادهم ـ الا بالاحتباس والحيازة المادية . رد المحتار : جـ ٥ ص ٤٧٨ ـ البدائع : جـ ٦ ص ١٤٥ ـ الهداية : جـ ٤ ص ٩٥ ـ تبيين الحقائق : جـ ٦ ص ٦٧ وما يليها .
اما الشافعية ، فذهبوا الى أن الاستيثاق يتحقق بكون الرهن في « **سلطة المرتهن وولايته** » وهذا **الاختصاص** لا يتعارض وامكان انتفاع الراهن بالمرهون ، الا اذا كان تصرفه فيه على نحو يزيل ملكه عنه بعقد ناقل للملكية ، أو باستهلاكه واتلافه ، أو بما ينتقص من قيمته ، كالبناء والغراس في الارض المرهونة ، ولا يشترط **الحبس الدائم** .
ذلك لان « **رعاية الحقين** » اصل من اصول العدل في المعاملات .
فالمرتهن لا يتضرر بانتفاع الراهن بحقوقه المشروعة ، وفي حرمانه منها ضرر

وهذا يتصل بموضوع انتفاع الراهن بالعين ، ملكه ، لا المرتهن ، وهو خارج عن محل النزاع .

ثانياً ــ واتفقوا كذلك على أن المرتهن كالاجنبي بالنسبة الى الانتفاع بالمرهون، اذا لم يكن من حيوان الدرّ أو الركوب ، فلا يَحلّ له أن ينتفع بشيء منها ، اذا لم يأذن له مالكها .

مواطن اختلاف آراء المجتهدين (تحرير محل النزاع) :

أولا ــ واختلفوا فيما اذا **اذن الراهن** للمرتهن أن ينتفع بالمرهون ، عقاراً كان أم منقولاً ، من حيوان الدر أو الركوب ، أو غيره ، **وبدون عوض** .

ثانياً ــ كما اختلفوا فيما اذا لم يأذن للمرتهن بالانتفاع ، والمرهون من حيوان الدر أو الركوب[1] .

راجع لا يقتضيه حق الاستيثاق الذي توفر للمرتهن بمنع الراهن من التصرف على نحو يمس أصل ملكية المرهون بالإزالة أو الانتقاص ، وهذا ضرب من الجمع بين المصلحتين ، وهو ما يقتضيه العدل في التشريع، كما ذكرنا ــ الوجيز : جـ ١ ص ١٦٤ .

بل ان حرمان الراهن من الانتفاع بملكه المرهون ، دون مسوغ ، اشد ضررا عليه من الربا ، فلا ينزال عنه ضرر هو أيسر ، لتحميله ضررا اشد ، قد يعجزه عن وفاء دينه ، فعاد هذا الحكم على أصل مشروعية الرهن بالنقض . والاختلاف فيما يتحقق فيه الاستيثاق كان **منشأ لاختلاف** الآراء في فروع اخرى لا يتسع المقام لبسطها ، اذ لا تتصل ببحث موضوع المقارنة ــ الهداية : جـ ٤ ص ٩٤ وما يليها .

ــ هذا ، وجاء في المغني : جـ ٤ ص ٤٣٨ « ومؤنة الرهن على الراهن » .
ــ « والمرتهن احق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى ، حيا كان الراهن او ميتا » .

(١) بأن يكون حيوانا ، أو غير حيوان ، فما غير الحيوان فمن مثل المنزل المرهون اذا انقض او تهدم ، فان انفق المرتهن على عمارته ، فهو متبرع ، ولا يجوز له ان ينتفع به بعد عمارته ، لان الراهن ليس مطالباشرعا بعمارته اصلا، فلا يحل المرتهن محله في اداء ما لا يجب عليه ــ المغني : جـ٤ ص٤٥٢ .

ونتناول بالبحث والمقارنة آراء المجتهدين في هاتين المسألتين على التوالي :

آ ــ آراء المجتهدين في انتفاع المرتهن بالعين المرهونة باذن الراهن وبدون عوض :

اختلف العلماء في هذه المسألة على آراء :

١ ــ **عدم الجواز مطلقا** ، سواء اكان قد اشترط الانتفاع في صلب العقد وصيغته، أم لا ، وسواء أكان الدين ناشئاً عن قرض ، أم غيره ، وهو قول للحنفية[١] .

٢ ــ **الجواز مطلقا** : سواء اكان الدين ناشئا عن قرض ، ام غيره ، وسواء اكان قد شرط الانتفاع في صلب العقد ، أم لا ــ وهو قول آخر للحنفية[٢] .

٣ ــ عدم الجواز ، اذا كان الرهن بدين ناشيء عن قرض ، والجواز اذا كان بدين ناشيء عن غير القرض (معاوضة) كعقد البيع ، بشرطين :

الاول : أن يشترط الانتفاع في صلب العقد ، مقترناً به .

الثاني : أن تكون المنفعة معلومة بتحديد مدتها .

وهو رأي المالكية[٣] ، والحنابلة[٤] وهو قول الامام الشافعي[٥] .

---

(١) رد المحتار : جـ ٥ ص ٤٧٨ ــ ابن عابدين . بدائع الصنائع : جـ ٦ ص ١٤٥ للكاساني . تبيين الحقائق : جـ ٦ ص ٦٨ للزيلعي .

(٢) رد المحتار : جـ ٥ ص ٤٧٨ ابن عابدين . الهداية : جـ ٤ ص ٩٦ للمرغيناني . وثمة روايات أخرى عن الحنفية اقتصرنا منها على الروايتين المذكورتين في المتن ، منها : انه اذا شرط الانتفاع في صلب العقد فلا يجوز ، لانه فضل خال عن عوض ، وهو الربا بعينه ، ويجوز اذا لم يتضمن العقد شرطا ، لانه ضرب من الاهداء .
وجاء في الهداية : « ليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام، ولا بسكنى، ولا لبس ، الا ان يأذن له المالك ــ الراهن ــ » جـ ٤ ص ٩٦ .

(٣) الشرح الكبير على متن سيدي خليل : جـ ٣ ص ٢٤٧ وحاشية الدسوقي عليه ــ القوانين الفقهية : ص ٣١١ ــ جاء في الشرح الكبير : « وجاز للمرتهن شرط منفعة الرهن لنفسه مجانا بشرطين : أن عينت مدتها ؛ للخروج من الجهالة في الاجارة ، والثاني ، وكان في عقد بيع فقط لا في عقد قرض، لانه في عقد بيع ، بيع واجارة، وهو جائز، وفي القرض ، سلف جر نفعاً ، وهو لا يجوز ، فيمنع شرطها ، والتطوع بها في القرض ، عينت ام لا ــ المرجع السابق .

(٤) المغني : جـ ٤ ص ٤٣١ .

(٥) الأم : جـ ٣ ص ١٤٧ .

يقول ابن رشد في كتابه بداية المجتهد : « والجمهور على أنْ ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن »[1] .

وجاء في المغني لابن قدامة : « فان شرط في الرهن ، أن ينتفع به المرتهن ، **فالشرط فاسد ، لانه ينافي مقتضى الرهن** »[2] .

ـ وجاء في الشرح الكبير أنه : « لا يجوز شرط منفعة الرهن للمرتهن إلا بشرطين : أن يكون في عقد معاوضة ، لا عقد قرض ، وأن تكون معينة »[3] .

ويفرق ابن قدامة بين دين القرض ودين غير القرض فيقول : « فان أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغيرعوض،وكان دين الرهن من قرض، لم يجز، **لانه يحصّل قرضاً يجرّ منفعة ،** وذلك حرام ... وان كان الرهن بثمن مبيع ، أو أجر دار ، أو دين غير القرض ، فأذن له الراهن في الانتفاع ، جاز ذلك » روي ذلك عن الحسن وابن سيرين ، وبه قال اسحاق[4] ، والظاهر ـ كما ترى ـ **الجواز مطلقا** ، ولكن سيأتي اشتراطهم عند عرض أدلتهم .

ادلة الراي الاول ووجوه الاستدلال بها (عدم الجواز مطلقا) :

استدلوا بالسنة ، فيما رواه أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال : (لا يَغْلَقُ الرهنُ من صاحبه الذي رهَنَهُ ، له غُنْمُه ، وعليه غُرْمه)[5] .

---

(١) جـ ٢ ص ٢٧٦ وما يليها .
(٢) المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ص ٤٣٢ . (٣) جـ ٣ ص ٢٤٧ .
(٤) المرجع السابق : ص ٤٣١ ، هذه الرواية عن الامام أحمد، ولكنها مشروطة بشرطين ، كما سيأتي .
(٥) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٦٥ . سبل السلام : جـ ٣ ص ٥١ . الأم : جـ ٣ ص ١٤٧ . والحديث اخرجه الحاكم ، والبيهقي وابن حيان ، في صحيحه، واخرجه ابن ماجه من طرق اخرى ، غير انه روي من بعض الطرق مرسلا ـ وقال في بلوغ المرام ، ورجاله ثقات .
هذا ، وقال ابو داود في المراسيل ، قوله : « له غنمه وعليه غرمه » من كلام سعيد بن المسيّب ، نقله عنه الزهري ، وقوله : لا يغلق الرهن ، يحتمل ان تكون « لا » نافية ، ويحتمل أن تكون ناهية . ـ نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٦٥ وما يليها .
ـ الغنم : المنافع والزوائد ، والغرم ، النفقة والهلاك .

ووجه الاستدلال بالحديث[1] ، أنه صريح في أن نماء الرهن ، ومنافعه وزوائده ، ملك للراهن على سبيل الحصر المستفاد من تقديم الجار والمجرور « له غنمه ، وعليه غرمه » وانتفاع المرتهن بمال الراهن ، وبدون عوض ، ربا محض ، لانه فضل" خالٍ عن عوض ، وحرمة الربا من حقوق الله تعالى ، ونظامه الشرعي العام، **والإذن لا يحل؛ الحرام ،** بل لا يجوز الاتفاق على تحليله أو الاذن به ، أو التعامل فيه ، اذ لم يعهد في الشرع أن الاذن أو التراضي يسقط حق الله في التحريم ، بل المعهود والمقرر في الشرع قطعاً ، **وجوب اعدام الحرام ، ومنع التسبب في ايجاده ،** بأي وجه من وجوه التصرف ، اذ من المعلوم بداهة ، أن مجرد التصرف القولي ، لا يتضمن بذاته قوة لانشاء الحقوق والالتزامات ، بل الشارع هو الذي يكسبه هذه القوة ، كما أسلفنا ، وبدهي أنه لا يكتسب هذه القوة ، الا اذا كان موافقاً لشرع الله ، والاذن بالربا مناقض له ، فبطل الاذن للمناقضة ، والباطل لا أثر له شرعاً ، ومن ثمّ لا يحل للمرتهن أن ينتفع بشيء من المرهون ولو أذن له الراهن .

سلمنا أن مناط حل الانتفاع بملك الغير هو رضاء المالك ، وطيب نفسه ، واختياره الحر ، لكن الاذن هنا ــ في واقع الامر ــ صوري لا حقيقي ، فالظاهر أن الراهن انما أذن تحت ضغط الاضطرار والحاجة ، ولانه يعلم أنه لو لم يأذن للمرتهن بالانتفاع ، لما رضي بتأجيل الدين ، أو بالاقراض ، فتعين المنع[2] ، لعدم تحقق مناط الحل ، وهو الرضا الحر .

هذا ، وقد أشار النبي ﷺ صراحة الى أن القرض الذي يجرّ نفعاً للمقرض ، يعتبر ربا ، بقوله : « **كل قرض جر نفعاً فهو ربا** »[3] . ولا فرق بين دين ناشيء عن قرض وغيره ، لان ظرف الحاجة والاضطرار ، قرينة على فساد الاذن والاختيار ، في الحالين ، فهو نوع من **هدية مديان** ، وذلك منهي عنه ، لما فيه من معنى الاستغلال المحرم ، والامور بمقاصدها ، خلافاً للمالكية في غير دين القرض ، على ما سيأتي .

---

(١) وقد اختلف في هذا الحديث ، في وصله ، وارساله ، ورفعه ، ووقفه ، لكن الشافعي رواه وكذلك الدارقطني ، وقال : اسناده حسن متصل ــ المرجع السابق .
(٢) رد المحتار : جـ ٥ ص ٤٧٨ .
(٣) المغني : جـ ٤ ص ٣٦٠ وما يليها لابن قدامة .

وهكذا ترى ، أن النفع الزائـد دون عوض ، قرينة على ارادة الاستغـلال ، والباعث على الربا ، فاذا انتفع المرتهن بما ليس حقاً له ، وجب أن يوضع عن الراهن بقدر ذلك ، في مذهب الامام أحمد ، اذ يصبح ديناً في ذمته ، فتقع المقاصّة بين قيمة المنفعة ، وما يساويها من الدين .

ادلة الراي الثاني ووجوه الاستدلال بها (الجواز مطلقاً) :

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس .

١ ــ أما الكتاب فقوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

٢ ــ وأما السنة فلقوله ﷺ : « لا يَحِلُّ مالُ أمرىءٍ مسلمٍ إلا عن طيبة من نفسه »[1] .

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة والحديث الشريف ، أن الله تعالى قد جعل مناط انتقال الملكية ، وحل الانتفاع بمال الغير ، بعوض أو بغير عوض ، هو الرضا والاختيار الحر ، **بتفويض من الشارع نفسه ، وقد وُجد المقتضي وانتفى المانع** ، فيحل للمرتهن الانتفاع ، ولا فرق بين أن يكون الرهن بدين قرض أو غيره[2] .

٣ ــ واستدلوا بالقياس على **الاجنبي** غير المرتهن ، فانتفاعه بمال الغير باذنه جائز اجماعاً ، فكذلك المرتهن .

ويتجه على هذا الرأي ، أن قرينة الاضطرار قد جعلت هذا الاذن الصادر عن الراهن

---

(١) رواه البخاري : نيل الاوطار : جـ ٥ ص ١٩٩ .

(٢) الهداية : جـ ٤ ص ٩٦ .
وقد جاء فيها ما نصه : « وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ، ولا بسكنى ، ولا لبس ، الا أن يأذن له المالك ، **لان له حق الحبس دون الانتفاع** » .

صورياً ، لا ينبيء عن اختيار حر ، بل يدل على **ارادة الاستغلال من جانب المرتهن** غالباً ، كما أسلفنا ، بدليل النهي عن كل قرض جر نفعاً ، ولا فرق بين دين ودين ، ما دام قد اتحد أثر ظرف الاضطرار ، ومناط الاحكام هي الآثار والمآلات .

وعلى هذا ، فقد انتفى المقتضى ، وهو المناط ، فانتفى الحكم ، وهو الاباحة ، لوجود المانع ، وهو الإضطرار والحاجة ، وأثرهما ، وهو الإستغلال من جانب المرتهن ، وانعدام الرضا من جانب الراهن ، والاثر هنا يقتضي التحريم ، وهذا هو الذي يتفق وروح الشريعة .

وأما استدلالهم بالقياس ، فيرد عليهم أنه **قياس مع الفارق** ، اذ شبهة الربا قائمة في جانب المرتهن ، وليس كذلك الاجنبي ، لانتفاء ظرف حاجة المالك بالنسبة للاجنبي[1] ، أو علاقة الدائنية .

على أنّ هذا القياس فاسد الاعتبار ، من قِبَلِ أنه في مقابل نص ، اذ ورد النهي عن القرض الذي يجر نفعاً ، **وكل دين في معنى القرض** .

وأيضاً ، لا يقال ان دين غير القرض يحل الاذن فيه للمرتهن الانتفاع بالمرهون ، عملا بالمفهوم المخالف ، اذ لا مفهوم للّقب على ما ذهب اليه جمهور الاصوليين[2] .

سلمنا أنه قيد ، لكنه غير معتبر في تشريع الحكم ، اذ أخرج مُخرَج الغالب ، لا لتتييد الحكم به ، فاستوى في حكم التحريم ، أن يكون الرهن بدين قرض ، أو بدين ناشيء عن غير قرض .

والحديث صريح في اعتبار المنفعة الزائدة الخالية عن عوض علة للتحريم ،

---

(١) فانتفى اثر الحاجة الذي ينعدم الرضا ، وهو مناط الحل ، وبانتفاء الاثر الذي ينعدم الرضا ، يتحقق الرضا ، وهو مناط الحل بالنسبة للاجنبي دون المرتهن ، فتبين الفارق بينهما .

(٢) المناهج الاصولية : جـ ١ ص ٣٨٧ وما يليها ـ مفهوم المخالفة ـ للمؤلف .

لانها قرينة على ارادة الاستغلال والربا ، ولا يصرف عن حقيقة هذه الارادة ، بل وحقيقة الربا ، تغيّر صفة منشئه[1] ، اذ العبرة بالحقائق والمآلات .

على أن تضعيف هذا الحديث من قبل المجيزين ، لا يفيدهم ، **لانه تواتر معنى** اذ روي من عدة طرق يقوي بعضها بعضاً ، فضلاً عن أنه قد عمل به الصحابة والسلف الصالح ـ رضوان الله عليهم ـ دون نكير ، فكان اجماعاً[2] لزومياً ، وذلك كاف لصحة الاحتجاج به ، والعمل بمقتضاه .

ادلة الراي الثالث ووجوه الاستدلال بها (القائل بالتفصيل) :

استدل أصحاب هذا الرأي من المالكية والشافعية والحنابلة على عدم جواز الانتفاع اذا كان الرهن بدين ناشىء عن قرض ، بما روينا من « القرض الذي جر نفعاً » لانه متواتر معنوياً ، ومجمع عليه لزومياً ، كما أسلفنا .

واستدلوا على جواز انتفاع المرتهن بشرط تعيين مدته ، واشتراطه في صلب العقد اذا كان الرهن بدين غير قرض بما يلي :

أولا ـ بأن النهي ورد في **خصوص القرض** ، فبقي ما عداه على أصل الاباحة[3] .

وهذا هو رأي الشافعي[4] وأحمد[5] والمالكية[6] .

ثانيا ـ ان اشتراط الاذن بالانتفاع في صلب العقد، يجعل العقد **عقد بيع وإجارة** ،

---

(١) تغير صفة منشأ الربا ، من كونه ناشئا عن دين قرض او غيره .
(٢) الاجماع اللزومي ، هو الاجماع الذي يحكم العقل بوقوعه نتيجة لعرف التعامل بموضوع الاجماع ، اذ لم يصرحوا بحجية هذا الحديث قولا . فجريان العمل بالحديث ـ دون القول ـ كاف في استخلاص هذا الاجماع عقلا ولزوما .
(٣) الشرح الكبير : جـ ٣ ص٢٤٧ وما يليها .
(٤) الأم : جـ ٣ ص ١٤٧ ـ المغني : جـ ٤ ص ٣٦٢ .
(٥) المغني : جـ ٤ ص ٤٣٣ .
(٦) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٣٤ وما يليها ـ الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٢٤٧ .

وهو جائز[1] ، لان الانتفاع حينئذ يكون بالاجارة لا بالقرض ، فتكون المنفعة جزءاً من الثمن ، فتنتفي شبهة الربا الذي هو مناط التحريم ، واعتباراً بحديث جابر .

ثالثاً ــ وأما اشتراط وجوب تعيين مدة الانتفاع ، فذلك لنفي الجهالة عن مقدار الثمن وبدل المنفعة ، اذ الجهالة فيهما تفسد العقدين ، ومع فساد العقدين لا يحل الانتفاع على الرغم من اذن الراهن ، فلا بد من تعيين المدة نفياً للجهالة[2] .

ويتجه على هذا الرأي ، أن الجهالة لا زالت متمكنة في مقدار الاجرة والثمن، ما دام التحديد لم يتم لكل منهما على حدة ، والجهالة المتمكنة في كل من الثمن وبدل المنفعة ، مفسدة للعقدين معاً ، اذ المفروض في هذه المسألة أن الانتفاع بدون عوض .

وتقييد اشتراط الانتفاع بمدة معينة في صلب العقد غير كاف ، لانه لا يقوم مقام بيان مقدار العوض في كل من الثمن وبدل المنفعة ، وتحديده ، للشيوع ، وهي علة فساد العقدين معاً ، وعدم الحل .

سلمنا أن لا جهالة ، لكن الاذن بالانتفاع ــ ولو كان مشروطاً في صلب العقد ، ولمدة معينة ــ ليس اذناً حقيقياً صادراً عن اختيار حر ، لقرينة الحاجة والاضطرار ، فانتفى أصل الحل ، لانتفاء تحقق مناطه .

هذا،ولانرى معنى للتقييد بكون الانتفاع مشروطاً في صلب العقد، اذ لا فرق بين أن يكون كذلك ، أو لاحقاً على العقد، ما دام الاذن صورياً ، أو الجهالة متمكنة

---

(١) خلافا للحنفية الذين لا يجيزون هذا الشرط ، ما لم يجر به عرف ، لانه صفقتان في صفقة ، وذلك منهي عنه بالنص ، أما اذا جرى بذلك العرف ، فيجوز عندهم ، لانه يصبح للمنفعة في هذه الحال ، حساب في تقدير الثمن ، فتنتفي المحاباة او شبهة الربا .

(٢) الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٢٤٧ .
هذا ، ويعتبر الحنفية مطلق اقتران الشرط بالعقد التقييدي صفقتين في صفقة ، ولو لم يوجب الشرط عقداً ، بينما يرى الحنابلة ، أن اقتران الشرط بالعقد ، لا يعتبر صفقتين في صفقة الا اذا اوجب عقدا آخر .

في الحالين ، فلا ينهض بالتفرقة بينهما ما قالوا من أن الاذن بالانتفاع اذا كان لاحقاً على العقد، ودون عوض، فشبهة الربا متمكنة، لانه يكون حينئذ هديّة مِدْيان[1].

أقول لا فرق بين الحالين ، لقرينة الاضطرار التي يكون معها الاذن مفتعلاً مقهوراً غير حقيقي ، سواء أكان في صلب العقد عند انشائه ، أم لاحقاً له، لان الشرط في هذه الصورة الاخيرة ملحوظ عند التعاقد ، وإبان انشاء العقد ، والملحوظ كالملفوظ في حكم الشرع ، فانهدم بذلك أساس استدلالهم من القواعد .

سلمنا أنه لا يكون ملحوظاً عند التعاقد ، لكن هذا أمر من الندرة بمكان ، اذ واقع حال الدائنين أو الغالب من أمرهم ، بل عرفهم الجاري قائم على ارادة الاستغلال التي يلحظها الراهن ، ولا يغير من هذا الواقع صوريّة الاذن ، ولا صورية الاشتراط في صلب العقد ، وتعيين المدة ، لان الامور بمقاصدها ، ولان التشريع ــ كما تعلم ــ لا يقوم على النادر من الحالات ، ولا على الصور الذهنية المجردة ، بل على الامر الغالب الوقوع في حياة المجتمع ، والنادر لا حكم له .

واذا كان ذلك عرفاً ، فان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، فيتعين المنع[2] ، في الحالين ، اذ لا فرق ، كما أسلفنا .

على أن شرط الانتفاع في صلب العقد ، ولو باذن الراهن ، ولمدة معينة ، هو شرط ينافي مقتضى عقد الرهن ، وعقد القرض ، معاً .

ويقول ابن قدامة في ذلك : « ولنا أنه شَرَطَ في الرهن ما ينافيه ، فلم يصح ، كما لو شرطه في القرض »[3] .

وبيان ذلك : أن مقتضى عقد الرهن شرعاً ، هو احتباس عين تحت يد المرتهن ،

---

(١) هدية المدين لدائنه في مقابل انتظاره لوفاء دينه ، منفعة زائدة خالية عن عوض ، لان هذا هو الربا بعينه ، ولولا الدَّين لما كانت الهدية .
(٢) رد المحتار : جـ ٥ ص ٤٧٨ .
(٣) المغني : جـ ٤ ص ٤٣٢ .

استيثاقاً لدَيْنه ، للاستيفاء من ماليتها عند تعذر الوفاء ، فاشتراط المنفعة الزائدة بدون عوض تنافي هذا المقتضى ، فيفسد الشرط لهذه العلة ، أعني علة المنافاة .

وأيضاً ، هو شرط مناف لمقتضى عقد القرض ، اذ مقتضاه شرعاً ، تمليك مال مثلي على أن يرد مثله ، دون زيادة أو نفع ، ابتغاء وجه الله تعالى ، والشرط المنافي فاسد اجماعاً، فضلاعن ورود النص بتحريم موجَبه « **كل قرض جرّ نفعاً ، فهو ربا** »(١)

واذا كان هذا وارداً في دين القرض ، فيلحق به غيره من الديون بدلالة مفهوم الموافقة(٢) ، أو دلالة النص ، اذ العلة متبادرة منه لغة ، لا استنباطاً ، حتى تكون دلالة قياسية ، وهي المنفعة الزائدة الخالية عن عوض في كل منهما ، لان الحالة الاضطرارية قرينة على ارادة الاستغلال الملحوظة عند التعاقد فضلا عن العرف الجاري بذلك ، كما أسلفنا

يؤكد هذا ما جاء في المغني : « فانّ شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسد ، لانه ينافي مقتضى الرهن »(٣) ، وهذا واضح .

فترجح لديك الرأي القائل بعدم جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض : باطلاق ، ولو باذن الراهن ، وسواء أكان الدين عن قرض أم غيره ، وسواء أكان مشروطاً في صلب العقد ، أم لاحقاً له ، لوحدة العلة التي تقتضي وحدة الحكم ، وصورية الاذن في جميع هذه الحالات ، وذلك لقوة أدلة هذا الرأي التي لا يستطاع نقضها ، اذ تقوم اساساً على **الحقائق** . لا على **الظواهر** ، **والامور بمقاصدها** ، وانما **الاعمال بالنيات** ، وهي في تحريها للواقع ، تبني أحكامها على ما تبين من حقيقة ارادة المتعاقدين ، ودلالة العرف ، ومدى مطابقة ذلك لمقصد المشرع في التشريع .

ونورد فيما يلي ـ تأييداً لما رجحناه ـ نص فتوى العلامة الشيخ يوسف

---

(١) المغني : ج ٤ ص ٤٣٢ .
(٢) راجع بحث دلالة النص في « المناهج الاصولية للاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي » للمؤلف : ص ٣٠٧ وما يليها .

الدجوي ــ رحمه الله ــ عضو جماعة كبار العلماء في الازهر الشريف في هذا الموضوع ، لأهميتها ، اذ يقول :

« قد دلّ الكتاب ، والسنة ، واجماع الامة ، على تحريم « الربا »[1] بسائر أقسامه ، واتفق العلماء ، من السلف والخلف ، على أن منها[2] « ربا القرض » وقد اشتهر في ذلك قولهم : « **كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا** » بحيث صار كالضروري[3] بين أهل العلم ، وهذا النوع من المعاملة الوارد في السؤال ، وهو أن يعطي شخص شخصاً آخر ، مائة جنيه مثلاً ، في نظير أن يحبس قطعة من الارض على سبيل الرهن ، ويكون للمرتهن بمجرد العقد ، **الانتفاع بالمرهون** ، بوجه من الوجوه التي ذكرها السائل ــ فيه **ربا القرض من غير شك** .

« ومما يوضح ذلك ، أن شرط الانتفاع بالمرهون ، شرط باطل **ينافي مقتضى القرض** ، اذ هو تمليك مال على أن يردّ مثله فقط ، ابتغاء الثواب الاخروي ، طلباً لمرضاة الله تعالى ، **وينافي ايضاً مقتضى الرهن**[4] ، اذ هو شرعاً ، جَعلُ عينٍ مُتَموَّلة تحت يد الدائن ، بدينه . يستوفى منها عند تعذر الوفاء[5] ، واذن فلا سبيل لِحِلّ انتفاع المقرض المرتهن بالمرهون ، فهو حرام ، لكن «الزيادة» التي لا حق له فيها .

« والربا ــ في الاصل ــ الزيادة ، وقد تقرر بالاتفاق ، التحريم لكل قرض اشترط فيه أن تكون منفعة المرهون للمقرض مطلقاً من غير تفصيل ــ الا ما يذكر عن الشافعية من أن محل التحريم ، وقوع الشرط الباطل في صلب العقد . ولكن

---

(١) يطلق الفقهاء الربا على الاستغلال في مواطن عدة .
(٢) أي من أقسام الربا .
(٣) المعلوم ضرورة وبداهة للخاص والعام ، مما لا يفتقر الى دليل .
(٤) فتمكنت علة بطلان الشرط من منافاته لمقتضى العقدين .
(٥) يتعلق حق المرتهن بمالية المرهون ، لا بعينه ، ولا بمنافعه وزوائده .
(٦) بقصد الزيادة الخالية عن العوض .

من المقرر عندهم أيضاً ، أن المجلس حريم[1] العقد ، فله حكمه ، فان تواطأ المتعاقدان على ذلك قبل العقد ، فلا حرمة[2] ، على ما يراه كثير منهم ، لكن قال المحققون منهم أيضاً ، هذا من حيث الظاهر[3] ، وأما من حيث الباطن[4] ، فحرام إنما الاعمال بالنيات ، وانما لكل امرىء ما نوى) .

« هذا ، وقول الحنفية ، نماء المرهون يتبعه ، ليس معناه : أن المرتهن يستحقه ملكاً ، كما قد يتوهم بعض الناس ، بل المعنى : أن النماء يكون مرهوناً كالاصل ، فالدائن المرتهن لا يستحق شيئاً من المنفعة[5] ، ولا يحل[6] له ذلك ، حيث ان الزيادة لا يقابلها شيء من المقرض ، ولكن هل لنا حالة يمكن أن يكون للمرتهن حق الانتفاع ، باعتبار آخر » ؟

« .. قال الامام ابن رشد في بداية المجتهد : « والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن »[7] اهـ .

حكم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة ، باذن الراهن ، وبعوض :

قد يكون العوض رمزياً أو صورياً ، تحايلاً على تحليل الربا ، فالشرط فاسد ، اذ لا يجوز « الربا » تحت ستار البيع ، أو الشرط ، لانه من باب التصرف المشروع

---

(١) الحريم هو ما يكون محيطا بالشيء لتمام الانتفاع به ، كحريم البئر ، ويقصد به هنا مجلس العقد ، فيكون تابعا للعقد في الحكم ، حتى ينقضي.

(٢) لانه خارج عن العقد وحريمه ، وما كان خارجا عن حريم العقد ، لا يأخذ حكمه ، ولا يكون تابعا له .

(٣) اي من حيث الحكم القضائي .

(٤) اي من حيث النية التي تنهض بالعلاقة بين المؤمن وربه وهو ما يطلق عليه « الحكم الديانى » . (٥) قضاءً . (٦) ديانةً .

(٧) مجلة نور الاسلام : جـ ١ ـ المجلد الثاني ـ شوال ١٣٥٠ هـ ، وهذه المجلة كان يتولى اصدارها مشيخة الازهر الشريف .
ـ على أن هذه الفتوى قد تناولت ايضا ، حكم انتفاع المرتهن بالمرهون اذا كان من حيوان الدَّرّ والركوب ، وستورد الجزء المتعلق به في مقامه من عرض آراء العلماء في هذه المسألة .

في الظاهر ، ولكنه ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع مآلاً في الباطن ، فيفسد التصرف لعدم مشروعية الباعث عليه ، كما علمت ، والقرينة الدالة على الباعث هي صورية العوض ، أو رمزيته .

أما اذا كان العوض أجرَ مثلِ المنفعة ، فقد انتفت شبهة الربا ، والاستغلال ، فيجوز ، ويصبح المرتهن في ذلك كما لو كان أجنبياً ، ويحل له الانتفاع ، سواء أكان دينُ قرضٍ أم غيره[1] ، **لان الانتفاع بالاجارة لا بالقرض ، وباجر المثل** ، وهذا لا شيء فيه .

وجاء في المغني مما يؤكد هذا المعنى ما نصه : « فأما ان كان الانتفاع بعوض ، مثل إن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها ، من غير **محاباة** ، جاز في القرض وغيره ، لكونه ما انتفع بالقرض بل بالاجارة ، وان حاباه في ذلك ، فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض ، ولا يجوز في القرض ، ويجوز في غيره »[2] .

وعلى هذا ، فكما لا يجوز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بدون عوض، ولو باذن الراهن ، لا يجوز للمرتهن كذلك ان ينتفع بها ، **بعوض رمزي ، او دون اجر المثل ، لكان الربا او الاستغلال** الذي يطلق عليه الفقهاء القدامى لفظ « **المحاباة** »[3] ايضا ، كما رأيت ، سداً للذريعة ، ومحافظة على مال الراهن بالقدر الذي يحافظ فيه على حق المرتهن ، على السواء ، دون محاباة أو استغلال ، أو هضم لحق أيٍّ منهما ، وهو العدل الذي قامت على أساسه هذه الشريعة الغراء ، والعدل لا يتجزأ .

وبهذا يتأكد لك ، أن مبدأ تحريم « الربا » أو الاستغلال ، مطبق في الفروع الفقهية ، والوقائع العملية ، حتى لا تجد في أحكامها تناقضاً بين الجزئي

---

(١) المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ص ٤٣١ لابن قدامة الحنبلي ـ بلاحظ انه عبر عن الاستغلال بلفظ « المحاباة » .

(٢) المرجع السابق ، وقد وجهنا المناقشة والرد على جواز الانتفاع باذن الراهن ، اذا كان في دين غير قرض ، بأن الراجح المنع مطلقا .

(٣) لا عبرة باختلاف الاسماء اذا اتحد المضمون .

والكُلّي (المبدأ العام) والاختلاف الـذي رأيت ليس منصباً على أصل المبـدأ ، بل على تحقيق مناطه في الفروع ، في نظر كل مجتهد .

ب ـ انتفاع المرتهن بالمرهون اذا لم يأذن له الراهن بالانتفاع ، وهو من حيـوان الدَرّ ، او الركوب(١) :

هذه هي المسألة الثانية التي اختلف فيها المجتهدون على أربعة اتجاهات :

الاتجاه الاول : لا يحل مطلقاً ، بدون اذن الراهـن ، سواء أكان الانتفـاع ، لتعنت الراهن ، وامتناعه بدون عذر ، وهو قادر وحاضر ، أم كان غائباً ، وسـواء أكان الانتفاع بقدر النفقة ، أم كان زائداً عنها .

وهو مذهب الجمهور : من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، ورواية مرجوحة عن الإمام أحمد ، ومذهب الزيدية ، ورواية عن الإمامية ، وهو رأي ابن مسعود ، والشعبي ، وشريح .

الاتجاه الثاني : جواز الانتفاع ، بشرط أن يكون بقدر نفقة المرهون ، تحريـاً

---

(١) اتفق الائمة على ان انتفاع المرتهـن بالعين المرهونة ، لا يجـوز بدون اذن الراهن وتسليط منه ، اذا كانت العين مما لا يحتاج الى مؤنة ، لضرورة حفظ بقائه ، لانه ضرب من الاستغلال او اكل مال الغير بالباطـل ، فيجب الضمان ، كالارض او الدار من العقارات ، او المتاع ، ما دام سليماً ، لانه ملك للراهن ، فكذلك منافعه ونماؤه ، وان الرهن عقد مقتضاه مجرد حق الاحتباس للاستيثاق ، كما اسلفنا .

وحق الملكية حق استشاري لصاحبه، لانه في مركز ممتاز قِبَلَ الكافة،وهو يوجب التزاما عاما شرعيا في مواجهة الناس كافة بعدم جواز التصرف او الاستعمال او الاستهلاك ، او الانتفاع بنماء الملك وزوائده ، وهذا الالتزام العام يستوي فيه المرتهن والاجنبي لقوله ﷺ : « كلُّ المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه » ولقوله عليه السلام : « لا يَغلَقُ الرهن . . . » ـ الهداية : جـ ٣ ص ٩٣ وما يليها .

للعدل[1] ، **ويتقاصّان** ، وما زاد فهو حق للراهـن ، سواء أكان بسبب امتنـاع الراهن وتعنته ، أم لا .

وهو مذهب الحنابلة واسحاق[2] .

الاتجاه الثالث : يحل الانتفاع بشرطين :

١ ــ أن يكون الانتفاع بقدر النفقة دون زيادة ، ويتقاصّان ، والزيادة حق للراهن.

٢ ــ أن يتعذر الحصول على الاذن أو النفقة من مالكها الراهن ، لامتناعه وتعنته ، أما اذا لم يتعذر ، فلا يحل ، اذ لا موجب لذلك .

وهذا الشرط هو فيصل التفرقة بين هذا الرأي وسابقه .

الاتجاه الرابع : لا يحل الانتفاع الا بشرطين :

١ ــ أن يكون المرهون من حيوان الدر والركوب دون سواهما .

٢ ــ أن يمتنع الراهن عن الانفاق .

ولا يشترط التساوي بين النفقة والمنفعة ، فيحل مهما بلغ مقدار المنفعة ، دون مقاصة . وهو مذهب ابن حزم[3] ، وبعض الإمامية .

---

(١) المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ص ٤٣٢ . وقال ابن مسعود لرجل ركب فرسا رهنت عنده : « **ما اصبت من ظهرها فهو ربا** » .
وقال شريح حين سئل عن رجل ارتهن بقرة فشرب من لبنها : « **ذلك شرب الربا** » .

(٢) المغني : جـ ٤ ص ٤٣٣ ــ نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٣٤ ــ وقد جاء تقرير الرأي الاول في المغني : « وعن احمد رواية اخرى ، لا يحتسب له بما انفق ، وهو ــ المرتهن ــ متطوع بها ، ولا ينتفع من الرهن بشيء ، وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي ، لقول النبي ﷺ : «الرهن من راهنه». هذا ، وحيوان الدر كالناقة والشاة ، وحيوان الركوب كالحصان والجمل.
ــ كتاب الخلاف للطوسي : جـ ١ ص ٢٣٥ . المختصر النافع : ص ١٣٨
ــ البحر الزخار : جـ ٤ ص ١٢٠ وما يليها.

(٣) المحلى : جـ ٨ ص ٩٠ ــ ٩١ ــ المختصر النافع : ص ٢٣٨ .

يخالف هذا الرأي سابقيه ، بعدم اشتراط التساوي .

أدلة الجمهور (عدم الجواز مطلقاً) :

استدلوا بالكتاب والسنة والقياس والمعقول .

أما الكتاب ، فلقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارةً عن تراض منكم » .

ووجه الاستدلال ، أن هذا انتفاع بنماء ملك الغير وزوائده دون اذنه ، وعموم الآية الكريمة شامل له ، وحكمه التحريم .

وأما السنة ، فلقوله ﷺ في الرهن خاصة : « **لا يَغلَقُ الرَّهنُ من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه** » . ولقوله ﷺ « **إنما البيع عن تراض** ».

ووجه الاستدلال ، أن الحديث صريح في أن غُنْمَ[1] المرهون حق مقصور على المالك الراهن ــ ومنه المنافع ــ باطلاق ، دون فصل بين ما اذا كان المرهون حيواناً للدر أو الركوب أو غير ذلك ، ومن ثَمَّ ، لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بملك غيره دون اذنه ، كما لا يجوز لغيره ، بل جاء نص الحديث بأسلوب الحصر المستفاد من **تقديم الجار والمجرور** ، كما أشرنا .

والحديث يوجب تحقق الرضا في البيع والمعاوضة .

وأما القياس[1] ، فالمرهون ملك الراهن كغير المرهون ، فكما لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشيء غير مرهون من ملك الراهن دون اذنه اجماعاً ، فكذلك المرهون ، اذ لا فرق ، لعموم الادلة التي تحرم الانتفاع بملك الغير بدون اذنه باطلاق ، مرهوناً كان أم غير مرهون .

---

(١) غنم المرهون : منافعه وزوائده المتصلة والمنفصلة .
(١) المغني : جـ ٤ ص ٤٣٢ .

أما المعقول ، فلأن انتفاع المرتهن بملك الراهن دون اذن منه ، غصب محرم ، وحكمه وجوب الضمان والإثم .

هـذا ، وذوو الرأي الاول (وهم الجمهور) قـد ناقشوا عمـدة المبيحين في استدلالهم ، وهو حديث « الظهر يركب بنفقته ، ولبن الدر يشرب بنفقته ... » .

فادّعَوا أن هذا الحـديث **منسوخ** ، لانه ورد قبـل تحريم الربـا ، ونسخ بحديث : « كل قرض جر نفعاً فهو ربا »[1] .

وقالوا يعارض هذا الحديث قوله ﷺ فيما رواه ابن عمر في البخاري وغيره : « لا تحلب ماشية امرىء بدون اذنه » اذ يحرم الانتفـاع دون اذن المالك ، فهـو بعمومه يعارض الاول المبيح ، واذا تعارض الحاظر والمبيح ، قدّم الحاظر .

ثم طعنوا في حـديث : « الظهر يُركب بنفقتـه .. » **بالانقطاع الباطـن**[2] ، فضلا عن طعنهم فيه من حيث السنـد ، بالارسـال والوقف ، فقالوا : انـه يخالف القواعد من وجهين :

١ ــ ان الاصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون اذنه ، لقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ولقوله ﷺ : « لا تحلب ماشية امرىء الا باذنـه » وهذا الحديث يبيحه .

٢ ــ أن الاصل في الضمان ، أن يكون بالمثل في المثليات ، أو بالقيمة في القيميات ، وهذا الحديث يجعل **الضمان بالنفقة** .

---

(١) المبسوط : جـ ٢١ ص ١٠٨ ــ نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٣٤ .

(٢) نقد الحديث من وجهين : من ناحية السند ، وهو سلسلة الرواة ، ومـن ناحية المتن اي من حيث معناه . والحديث ينقطع باطنا ، اي من حيث معناه اذا كان لا يتفق والقواعد التشريعية القاطعة ، أو الاحكام القاطعة في القرآن والسنة الصحيحة .
ــ نيل الاوطار ــ للشـوكاني : جـ ٥ ص ٢٣٤ . التوضيح مـع التلويح : جـ ٢ ص ٥ صدر الشريعة .

وخلصوا الى القول بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج، لكونه **منسوخاً**، فضلا عن كونه مرسلاً أو موقوفاً، ومنقطعاً انقطاعاً باطناً، أو معارضاً للاصول الشرعية الثابتة التي لا خلاف فيها.

وستأتي مناقشة أدلة الجمهور، والرد عليهم فيما طعنوا به، بالتفصيل.

ادلة الراي الثاني (حل الانتفاع بقدر النفقة) :

استدلوا بالسنة والقياس :

اما السنة، فلقوله ﷺ : « **الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب، النفقة** »(١).

وجه الدلالة، أن« **الباء** » في نص هذا الحديث الشريف للعوض، فهو صريح في جعل منفعة المرهون في **نظير النفقة، باطلاق**، دون تقييد بالتساوي بينهما، ودون الاشارة الى اذن الراهن أو امتناعه، كما ترى.

غير أن هذا الاطلاق قد ورد في الشرع ما يقيده من حيث وجوب التساوي، فيما روي أن النبي ﷺ قال : « اذا ارتهن شاة، شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها، فان استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف، **فهو ربا** »(٢) وهذا دليل بيّن على أن المعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين.

وجاء في المغني لابن قدامة ما نصه : « فأما المحلوب والمركوب، فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب ويحلب **بقدر** نفقته، متحرياً العدل في ذلك، نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم، واختاره الخرقي، وهو قول

---

(١) رواه البخاري والترمذي وابو داود.

(٢) المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ص ٤٣٣، نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٣٤ للشوكاني.

إسحق ، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن ، لغيبته ، أو امتناعه عن الانفاق ، أم مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه[1] .

أما القياس : فمؤداه أن المرتهن يقاس على المرأة التي يجوز أخذُ نفقتها من مال زوجها عند امتناعه ــ دون اذنه ، متى أمكنها ذلك ، لتنوب عنه في القيام بالواجب الذي كان من المفروض أن يؤديه هو من تلقاء نفسه ، بوازعه الديني ، فلما تخلف عن أداء هذا الواجب المقرر عليه شرعاً ، جاز لزوجته أن تقوم مقامه في هذا الانفاق على نفسها وأولادها بالمعروف ، فكذلك المرتهن ، يجوز له أن ينوب عن الراهن في الانفاق الواجب عليه شرعاً على المرهون «وعليه غرمه» عند الحاجة الى ذلك ، لبقاء حياته ، والاصل المقيس عليه ثابت بالسنة ، لقوله ﷺ : « خُذي من مالِ زوجكِ ما يكفيكِ وولدك بالمعروف » . والحديث صريح في جواز أن تنتصف[2] المرأة لنفسها من مال زوجها ان ظفرت به بمقدار حقها ، بدون اذنه .

والعلة المشتركة ، هي امتناع كل من الزوج والراهن عن أداء ما وجب عليه شرعاً ، بحيث يفضي الى تلف صاحب الحق .

وأيضاً ، للمرتهن حق الاستيثاق في المرهون ، ولو لم ينفق عليه نيابة عن الراهن عند الحاجة ، لذهب حقه بفوات المرهون ، فهو معذور في هذا الانفاق ، بل مضطر ، محافظة على حقه في الاحتباس ، لاستيفاء دينه من ماليته ، فالمرهون وان كان ملكاً للراهن ، لكن تعلّق به حق الغير ، ومن ثم ، فلا يجوز للمالك ــ الراهن ــ أن يتصرف في ملكه على نحو يبطل حق الغير ، بما يؤدي الى تلف المرهون ، لا سيما اذا كان الملك في يد هذا الغير وولايته .

---

(١) المغني : جـ ٤ ص ٤٣٢ .
على أن الانفاق على الحيوان لبقاء حياته حق من حقوق الله تعالى ، لا يجوز التهاون في أداء هذا الحق ، فليس المالك مخيّراً فيه .
(٢) انتصف لنفسه : أخذ حقه بنفسه من غريمه عدلا وانصافا .

غير أن دليل القياس هذا ، انما يصلح حالة امتناع الراهن . لكن المُدَّعَى أعم، اذ الرأي الثاني قائم على جواز الانتفاع باطلاق ، أي حالة الامتناع وعدمه[1] ، فصلح دليلاً للحالة الاولى دون الثانية[2] . كما ترى . وهو ما ذهب اليه الرأي الثالث ، أو بعبارة أخرى ان الدليل قاصر عن عموم الدعوى .

لا يقال ان المرتهن لا ينفق على المرهون في هذه الحال من مال الراهن ، وانما ينفق من ماله الخاص على سبيل **المعاوضة** ، وليس كذلك الزوجة التي تنفق من مال زوجها جبراً عنه ، لا من مال الغير ، لأنا نقول : « ان الزوجة اذا لم تظفر بمال زوجها الممتنع ، استدانت من الغير على حساب زوجها ، باذن القاضي ، فسلم المُدَّعَى ، وهو النيابة في أداء الواجب عمن تقرر عليه شرعاً . بدون اذنه ، عند تعنته ، أو امتناعه بدون عذر ، من مال الغير ، محافظة على حياة وبقاء ما كان أداء هذا الواجب لصالحه ، ولا سيما اذا كان في ولاية من ينهض بهذا الواجب ، كالمرتهن .

يقول صاحب المغني : « **ولكن للمرتهن ولاية صرفها الى نفقته ، لثبوت يده عليه وولايته** »[3] .

بقي أن يقال ، ان هذا الرأي الثاني ، لا يتقيد بوجوب اذن الحاكم ، بل يجيز انتفاع المرتهن ، واتفاقه على المرهون على سبيل المعاوضة باطلاق ، دون التقيد بوجوب سبق الحصول على اذن الحاكم ، وسيأتي القول فيه .

ادلة الراي الثالث (حِلّ الانتفاع بقدر النفقة عدلاً ، وبشرط تعنت الراهن) .

قالوا : قد ورد من السنة ما هو نص[4] في موضوعنا ، وهو ما رواه البخاري، وأبو داود ، والترمذي ، عن أبي هريرة ، أن الرسول ﷺ قال : « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهوناً ، ولبن الدَّرّ يُشرب بنفقته اذا كان مرهوناً ، وعلى الذي

---

(١) المغني : جـ ٤ ص ٤٣٣ .
(٢) فالدليل قاصر عن عموم الدعوى .
(٣) المرجع السابق .

يركب ويشرب النفقة »**فجعل منفعته بنفقته معاوضة ، وهـو** نص في محل النزاع ، وخاص به عينـاً .

نعم ! ورد من السنة ما هو عام ، وهو قوله ﷺ : « لا تحلب ماشية امرىء بغير اذنه»وحديث « لا يَغلَقُ الرَّهن ..» **لكن العـام يبنى على الخاص ، ويخصص به ،** جمعاً بين الدليلين المتعارضين ظاهراً ، وإعمال الدليلين خير من إهدارهما ، أو إهدار أحدهما ، صوناً لكلام الشارع عن البطلان ما أمكن ، والتخصيص ضرب من التأويل، كما علمت ، فموجب التأويل اذن ، هو هذا التعارض الظاهري .

ومقتضى الجمع بينهما ، أن يبقى العام معمولاً به ، وساريا فيما وراء الخاص ، أي على حالة عدم امتناع الراهن عن الانفاق ، فلا يحل حينئذ للمرتهن أن ينتفع ، بدون اذن الراهن ، عملاً بقوله ﷺ : « لا تحلب ماشية أمرىء بغير اذنه » ولقوله عليه السلام : « لا يَغلق الرهن ، لصاحبه غنمه وعليه غرمه » وعملاً بالعمومات التي تحرم الانتفاع بمال الغير بدون اذنه ، ويعمل بالخاص ، حالة الامتنـاع والتعنت ، فيحل الانتفاع دون اذنه ، وبهذا التخصيص ، يرتفع التعارض .

كما يُقيَّد اطلاق الحـديث « الظهر يركب بنفقتـه .. » بحـديث « فان استفضل من اللبن شيء بعد ثمن العلف فهو ربا » فيجب تحري العدل بين العوض والمعوَّض عنه ، لان هذا الحديث الاخير ، صريح في **تقييد الانتفاع بأن يكون مساوياً للنفقة** ، وأن الزيادة محرمة ، لانها فضل خال عن عوض ، وهو ربا ، وفي هذا دليل بيِّن على أن **المعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين** ، كما ذكرنـا .

وبذلك يتم الجمع بين الاحاديث المتعارضة جميعها ، فالعام يحمل على الخاص ،

---

(١) النص في اصطلاح الاصوليين : هو اللفظ الذي يدل على معنـاه المقصـود للمشرع من سوقه اصالة ـ راجـع اصول التشريع : ص ٨٧ وما يليهـا للمؤلف ـ او بعبارة اخرى : وارد في محل النزاع - وخاص بموضوعه عينا .

والمطلق على المقيد[1] ، بالدليل القوي .

هذا ، وأورد الجمهور اعتراضاً على استدلال الرأي الثالث على حل انتفاع المرتهن بحديث : « الظهر يُركب بنفقته .. » بأنه مجمل ، اذ يحتمل أن يكون نائب الفاعل ــ أي المنتفع ــ هو الراهن أو المرتهن ، ومع هذا الاحتمال يسقط الاستدلال به على حل انتفاع المرتهن في نظير نفقته ، اذ ليس الحديث نصاً فيه .

ويجاب عن ذلك ، بأن مجرد الاحتمال العقلي لا يؤخذ به الا اذا كان ناشئاً عن دليل ، والدليل هنا مرجّح لان يكون المنتفع هو « **المرتهن** » لا الراهن ، لأمرين :

الاول : ان الراهن انما **ينتفع بمقتضى حق الملكية لا عوضاً عن النفقة** ، اما المرتهن ، فلأنه ليس مالكاً ، كان انتفاعه على سبيل **المعاوضة** [2] ، وهو المعنى الذي

---

(١) وهذا التأويل ــ بما هو تصرف بالاجتهاد بالرأي في المعاني لا في الالفاظ ــ ينسّق بين المعاني المتعارضة ظاهرا على نحو يؤكد منطق التشريع الذي كان قائما متسقا قبل الاجتهاد ، حتى كان الاجتهاد بالرأي ــ استنادا الى هذه الادلة المقيّدة والمخصّصة المنصوبةفي الشرع ــ مظهراً له ، لا مؤسسا ومنشئاً ، اذ لا تناقض ــ في الواقع ــ في تشريع الله ورسوله،على ماأسلفنا. راجع بحث التأويل والتعليل ، من اسباب اختلاف الفقهاء ــ ص ٤٨ . راجع بحث التأويل ــ المناهج الاصولية ــ ص ١٦٣ ــ ص ١٩١ للمؤلف . هذا ــ وحمل المطلق على المقيد واجب اجماعا في هذه الحال ، لاتحاد الحديثين ، موضوعا وسببا وحكما ــ راجع بحث المطلق والمقيد ص ٥٤٩ اصول التشريع ــ للمؤلف .

(٢) وفي هذا المعنى يقول ابن قدامة : « فان قيل : المراد به ــ اي بحديث الظهر يركب بنفقته ... » أن الراهن ينفق وينتفع ، قلنا لا يصح لوجهين: **احدهما** : انه قد روي في بعض الالفاظ ، اذا كانت الدابة مرهونة ، فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدرّ يشرب ، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته ، فجعل المنفق المرتهن ، فيكون هو المنتفع » اي فلا إجمال ولا إبهام . **الثاني** : ان قوله « **بنفقته** » يشير الى أن الانتفاع عوض النفقة ، وانما ذلك حق المرتهن ، اما الراهن ، فانفاقه وانتفاعه ، لا بطريق المعاوضة لاحدهما بالآخر » . ــ المغني مع الشرح الكبير : جـ ٤ ص ٤٣٣ ــ سبل السلام : جـ ٣ ص ٥١ ــ ٥٢ .

أفاده نص الحديث « **بنفقته** »، فالقرينة لفظية ــ كما ترى[1] ــ لان «الباء» للعوض.

الثاني : أنه ورد حديث آخر هو نص في هذا الموضوع ، يفصّل هذا المجمل ، ويزيل إبهامه ، وهو قوله ﷺ : « اذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها ..».

وتعليل ذلك ، أن الراهن ينتفع **لانه مالك ، لا لانه ينفق** ، لان نفقة الحيوان واجبة عليه ، سواء انتفع به أم لم ينتفع[2] .

فالنص صريح في أن المنفق هو المرتهن ، فيكون هو المنتفع ، فجاء بياناً للحديث المجمل ، لانهما نص في موضوع واحد .

واعترض على هذا ،بأن حل انتفاع المرتهن بحيوان الدر والركوب بنفقته ، وبدون اذن الراهن المالك ، جاء على خلاف القياس ، لان مقتضى القياس العام (القاعدة العامة) أنه لا يجوز لأحد أن ينتفع بمال غيره بدون اذنه ، ولما جاء على خلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره .

وأجيب عن ذلك ، بأن هذا قياس جلي لا أصولي ، أي من باب دلالة مفهوم الموافقة ، أو دلالة النص وفحواه ، وهي دلالة لغوية ، لتبادر العلة من النص لغة ، لا اجتهاداً ، وهذه الدلالة ليس لها من القياس الا صورته ، على نحو دلالة نص الآية الكريمة الواردة بتحريم التأفيف على تحريم ايذاء الوالدين بشتى صنوف أو أسباب الأذى .

---

(١) والواقع ان الجمهور انما ادعى الاجمال في الحديث ، لينسقط الاستدلال به ، وذلك بحمل المنتفع على الراهن ، لكن القرينة اللفظية ، وقواعد الشريعة ، وما ورد من السنة المفصلة ، لا يساعدهم على ذلك ــ نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٣٤ .

(٢) حتى اذا امتنع الراهن المالك للحيوان عن الانفاق وهو في حيازته ، بما يؤدي الى هلاكه ، بيع عليه ، اذ المحافظة على حياة الحيوان من حقوق الله تعالى .

• ولان دلالة النص تعمل عمل النص[1] ، فيصح الالحاق عن طريقها بما جاء على خلاف القياس ، في حكمه : اذ الممنوع هو التوسع عن طريق القياس الاصولي • وهذا ليس منه[2] •

وهذا الرأي الثالث لمتقدمي الحنابلة ، وقد انتصر له ابن قدامة في المغني ، ولذا اعتمدنا في بيان أدلته ووجوه الاستدلال بها عليه[3] ، وهو رأي ابي ثور ، والليث ابن سعد ، والأوزاعي[4] •

• **ادلة الراي الرابع :** (حل الانتفاع بحيوان الدر والركوب دون مساواه ، في مقابل النفقة بالغاً ما بلغ الانتفاع ، دون تحري المساواة ، بشرط امتناع الراهن) •

قالوا : الاصل أن انتفاع الانسان بملك غيره بدون اذنه مجرم ، لعموم قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » •

ولقوله ﷺ : « لا يحل مال امرىء الا عن طيبة من نفسه » •

ولقوله ﷺ : « لا تحلب ماشية امرىء بدون اذنه » •

لكن ورد من السنة ما يفيد حل انتفاع المرتهن بحيوان الدر والركوب بوجه خاص ، على خلاف هذا الاصل ، **محافظة على حياة الحيوان من جهة**، وعلى حق المرتهن

---

(١) راجع بحث « دلالة النص » المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي في التشريع الاسلامي : ص ٣٠٧ ، ص ٣٤٣ للمؤلف .

(٢) على ان « المغني » يعتبر من اهم مصادر الفقه المقارن ، لانه لا يقتصر على فقه الحنابلة ، بل يتناول آراء المذاهب الاخرى وادلتهم ، بامانة علمية ، ويقارن بينها ، ويبين وجهة نظره ، ويؤيدها بالدليل .

(٣) هذا ، ومسالة عدم جواز القياس على ما جاء على خلافه ، ليست مسلمة ، بل مختلف فيها ، ونرى انه يجوز القياس في هذه الحال ، اذا كان الحكم معقول المعنى ، اذ الاصل في النصوص التعليل ، وهو مذهب شريح القاضي ، وابن ابي ليلى ـ كما اسلفنا .

(٤) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٣٤ .

فيه ، من جهة أخرى ، وهو قوله ﷺ : « الظهر يركب بنفقته ، ولبن الدر يشرب بنفقته » .

والحديث مطلق في مقدار الانتفاع ، اذ لا يوجب التساوي ، فيجب اجراء المطلق على اطلاقه ، فليثبت هذا القدر ، وليبق ما عداه على أصل المنع والتحريم .

غير أنا نسارع الى الرد على هذا الرأي ، بأن الاطلاق هنا غير مراد للشارع ، اذ ورد من السنة ما يبين ارادته الحقيقية ، وهو التقييد بالمساواة ، تحرياً للعدل .

لكن ابن حزم رد هذا الحديث المقيّد ، اذ ادعى أن الزيادة من رواية ابراهيم النخعي ، ويجاب عن ذلك :

إن الضرورة اذا اقتضت الخروج عن سَنَنِ القياس في حلّ الانتفاع بدون اذن المالك ، على سبيل المعاوضة ، فان المعاوضة أصلها التساوي والعدل، ولا ضرورة تفضي بالخروج عن قاعدة العدل ، اذ الضرورة تقدر بقدرها ، ولا سيما ان الراهن **ضعيف الحال** ، فلا يُستغلّ ضعفه المادي استغلالاً يُعجزه عن أداء الدين ، وعن تخليص ملكه المرهون ، حتى لا يزاد هلاكاً الى هلاكه .

فاطلاق الحديث الذي لا يوجب التساوي مقيد بقواعد الشريعة التي توجب العدل في المعاوضات ، فضلا عن الحديث الخاص الذي لم يأخذ به ابن حزم[1] .

مناقشة ادلة الآراء السابقة اصولياً ، وعلى ضوء من فلسفة التشريع ، وترجيح اقواها بالدليل :

يتجه على ذوي الاتجاه الاول القائلين بتحريم الانتفاع باطلاق (الجمهور) ان الحديث الذي جعل الغُنم للراهن ، والغُرم عليه ، **على سبيل الحصر** على الرغم

---

(١) ابن حزم لم يأخذ برواية : « يشرب المرتهن من لبنها **بقدر ثمن علفها** ، فان استفضل من اللبن بعد ثمن العلف ، فهو ربا » اذ يقول : « هذه الزيادة من ابراهيم النخعي ، لا تقول بها ، وعموم قول النبي ﷺ احب الينا من تفسير ابي عمران ـ رحمه الله ـ برأيه » . المحلّى : ج ٨ ص ٩١ .

من ارساله ووقفه ــ لا يقوى على معارضة ما رواه البخاري وأبو داود والترمذي ، من قوله ﷺ : « **الظهر يركب بنفقته ...** »[1] .

ويتجه عليهم في استدلالهم بالقياس ، بأنه فاسد الاعتبار[2] ، ذلك لان الانتفاع بما ليس مرهوناً ، ولا حيواناً للدر والركوب ، من ملك الراهن ، باقٍ على أصل التحريم ، فلا يحل الا باذنه ؛ فلا يقاس عليه حيوان الدر والركوب ، لانه ورد نص خاص بحل انتفاع المرتهن به ، فهو قياس في مورد النص ، فلا يجوز الاحتجاج به ، لانه فاسد الاعتبار .

وتحليل ذلك أصولياً ، أن القياس طريق ظني في الاستدلال ، اذ العلة اجتهادية ، ظنية ، وما بني على الظني ، فهو ظني ، فارادة المشرع في حكم القياس **اذن مفترضة** ، أي مستنتجة عقلياً ، وليست حقيقية واضحة ، أما النص فهو صريح يبين ارادة المشرع الحقيقية ؛ فهذه الاخيرة أقوى بداهة .

وعلى هذا ، فالحكم القياسي الاستنتاجي ، لا يقوى على معارضة الحكم المنصوص الصريح ، ذلك هو مؤدّى القاعدة الاصولية ، أن « لا قياس في مورد النص » .

ويتجه عليهم أيضاً من النقد على قولهم بنسخ حديث « الظهر يركب بنفقته.. » من أنه كان قبل ورود تحريم الربا ، فلما ورد حديث « كل قرض جر نفعاً فهو ربا[3] نَسَخَهُ ، أنه مجرد دعوى لم تثبت ، اذ لم يعلم التاريخ .

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٣٤ وما يليها .
وأجيب عن الإرسال ، بأنه من مراسيل سعيد بن المسيب ، وهي مقبولة ، لانه بعد البحث تبين انها كلها مسانيد ، اذ كان لا يرسل الا عن الثقات . هذا فضلا عن انه روي من طرق متعددة يقوي بعضها بعضا .

(٢) القياس في مورد النص غير معتبر ، اذ لا قياس مع النص .

(٣) المبسوط : جـ ٢١ ص ١٠٨ ــ نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٣٤ ــ ٢٣٥ .
وأجاب الشوكاني عن دعوى الجمهور مخالفة هذا الحديث للاصول الشرعية ، وعن دعوى النسخ بما خلاصته : ان دعوى المخالفة غير صحيحة ، لان السنة الثابتة الصحيحة من الاصول الشرعية ، فلا يجوز

على أن النسخ انما يكون عند التعارض ، وعدم امكان التوفيق ، وهنا قد أمكن على النحو الذي بينا .

كما يتجه على قولهم أن حديث « الظهر يركب بنفقته .. » يعارضه حديث ابن عمر في البخاري ، من قوله ﷺ : « لا تحلب ماشية امرىء بغير اذنه » ، وهذا الحديث حاظر ، والاول مبيح ، واذا تعارض الحاظر والمبيح ، قدم الحاظر ، يتجه عليهم في هذا ، **ان لا معارضة مع امكان التوفيق** ، وقد تم ذلك بحمل العام على ماعدا المرهون من حيوان الدر والركوب،لورود نص خاص بحِلِّ انتفاع المرتهن به،والعام يُبنى على الخاص ، جمعاً بين الدليلين ، كما أسلفنا .

وعلى هذا ، تُخصَّص سائر العمومات التي تحرِّم الانتفاع بملك الغير دون اذنه ، بهذا الحديث .

أما قولهم بان عُمدة أدلة المبيحين للانتفاع ، حديث « الظهر يركب بنفقته.. » وهو مخالف للقياس ، والقواعد العامة من وجهين :

أولاً ــ أن الاصل تحريم الانتفاع بملك الغير بدون اذنه ، والحديث يجيز ذلك .

ثانياً ــ ان الاصل في الضمان والتعويض أن يكون بالمثل في المثليات ، والقيمة في القيميات ، وهنا التضمين بالمنفعة .

فيجاب عن ذلك ، **بان السنة من اصول التشريع** ، وللمشرع أن يورد أحكاماً

ردها الا بما هو ارجح منها ، ان لم يمكن التوفيق ، واما حديث ابن عمر ــ رضي الله عنه ــ فهو عام ، وحديث أبي هريرة خاص ، ويمكن التوفيق بينهما ، بالتخصيص . اما النسخ فلا بد من معرفة التاريخ وتعذُّر الجمع، وما نحن فيه التاريخ مجهول ، فلا يثبت النسخ بمجرد الاحتمال مع الامكان ــ المرجع السابق .

خاصة لحكمة ومصلحة يراها هو جديرة بالاعتبار ، وهي أحكام أصليـة ، وليست مستثناة ، كحديث المُصَرَّاة ، مثلا .

والسنة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الاسلامي ، فلا ترد الا بمـا هـو أرجـح .

ويؤكد ابن القيم هذا المعنى ، بما يوضح وجوه الحكمة التشريعية من هذا الحديث الشريف في كتابه إعلام الموقعين حيث يقـول : « والصواب ما دل عليه الحديث ، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضي سواه ، فان الرهن اذا كان حيوانا ، فهو محترم في نفسه ، لحق الله سبحانه ، وللمالك فيه حق الملك ، وللمرتهن حق الوثيقة ، وقد شرع الله تعالى الرهن مقبوضا بيد المرتهن ، فاذا كان بيده ، فلم يركبه ، ولم يحلبه ، ذهب نفعـه باطلا ، وان مكّن صاحبه من ركوبه ، خرج عن يده وتوثيقه ، وان كلّف صاحبه كل وقت أن يأتي ليأخذ لبنه ، شقّ عليه غاية المشقة ، ولا سيما مع بعد المسافة ، وان كلّف المرتهن بيع اللبن ، وحفظ ثمنه للراهن ، شقّ عليه ، فكان مقتضى العدل ، والقياس ، ومصلحة الراهن ، والمرتهن والحيوان ، أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب ، ويعوض عنهما بالنفقة ، ففي هـذا جمع بين المصلحتين ، وتوفير للحقين ، فان نفقة الحيوان واجبة على صاحبه ، والمرتهن اذا أدى واجبا ، وله فيه حق ، فله أن يرجع ببدله ، ومنفعة الحلب والركوب تصلح لان تكون بدلا ، وان قيل للمرتهن « لا رجوع لك » كان في ذلك اضرار به ، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان ، فكان ما جاءت بـه الشريعة ، هو الغاية التي ما فوقها ـ في العدل ، والحكمة ، والمصلحة ـ شيء يختار »[1] .

ويتجه على الرأي الرابع ، وبه أخذ ابن حزم ، أنه وان لم يثبت لديه الحديث الذي يوجب التساوي ، وينفي الزيادة ويحرمها ، لانها ربا ، فان قواعد التشريع في المعاوضات تقتضي هذا ، فيجب تحكيمها .

هذا ، ومن يشترط اذن الحاكم ، يغفل عن الاحوال التي لا يتيسر فيها ذلك ، كما في القرى المتباعدة والصحارى ، أضف الى ذلك ، أن الاجراءات المعقدة في أيامنا ،

---

(١) إعلام الموقعين : جـ٢ ص ٢٣ ابن قيم الجوزية .

لاستصدار هذا الاذن ، قد تضيع معها مصلحة الحيوان ، بل حياته المتوقفة على قوته اليومي ، وفي هذا ، اهدار لحق الله تعالى في وجوب الانفاق على الحيوان وحفظ بقائه ، وتضييع للمال ، ولحق المرتهن ، ولحق الراهن في أصل ماله ومنافعه، على السواء ، لذا كان الراجح هو الرأي الثالث الذي تجنب هذه المآلات الضارة، وجمع بين الادلة ، فلم يهمل أيا منها ، وجعل المعاوضة تقوم على التساوي والعدل الذي هو أساس المعاوضات ، ووفق بين هذه المصالح جميعا ، وهو الذي يجب المصير اليه ، بما يتفق وأصول التشريع ، ومقاصده .

واليك الجزء الثاني من نص الفتوى السابقة الذي يتعلق بهذا الموضوع[1] ، مما يؤيد ما انتهى اليه بحثنا من الترجيح ، على خلاف رأي الجمهور ، فيما يلي :

« وقال قوم : اذا كان الرهن حيوانا ، فللمرتهن أن يحلبه ويركبه ، بقدر ما يعلفه ، وينفق عليه ، وهو قول أحمد واسحاق ، بما رواه أبو هريرة عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : « الرهن محلوب ومركوب » .

« وهذا الحديث روي أيضا بغير هذا اللفظ ، قال ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة »[2] .

« ورأي الجمهور أنه يخالف أصولا مجمعا عليها ، وآثارا ثابتة لا يختلف في صحتها ، كما في شرح البخاري ، ونيل الاوطار ، وغيرها ، فقال بعضهم : انه منسوخ ، ويدل لذلك حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ عن البخاري وغيره : « لا تحلب ماشية امرىء بغير اذنه » .

---

(١) ويقول ابن القيم : « اذا انفق المرتهن على الرهن صارت النفقة دينا على الراهن ، لانه واجب اداه عنه ، ويتعسر عليه الاشهاد على ذلك في كل وقت ، وكذلك استئذان الحاكم .. وخاصة اذا لوحظ ان رهن الشاة ونحوها انما يقع غالبا بين اهل البوادي » .

(٢) خصوص مسألة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة اذا كان من حيوان الدر والركوب ـ وهي فتوى العلامة الشيخ يوسف الدجوي ـ رحمه الله تعالى ـ التي سبقت الاشارة اليها .

(٣) اخرجه الدارقطني ، والحاكم ، والبيهقي ، وابن حبان .

« وتعقب[2] بأن التاريخ لا يعرف حتى يقال بالنسخ » لذلك ذهب الاكثر الى التأويل ، فيتعين حمل الحديث على ما اذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون ، فيباح حينئذ للمرتهن ، وهو قول الاوزاعي ، والليث ، وأبي ثور ، رحمهم الله تعالى » .

« ومما يدل للجمهور أيضا ، حديث أبي هريرة عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا يَغلَقُ الرهن من صاحبه الذي رهنه : له غنمه ، وعليه غرمه » .

« قال في منتقى الاخبار : رواه الشافعي ، والدارقطني ، وقال : اسناده حسن متصل .. ومن هنا يظهر أنه صالح للاحتجاج به للجمهور ، بل الحديث اذا روي من طريق صحيح ، وآخر ضعيف ، كان أقوى مما اذا روي من طريق صحيح فقط » .

« والخلاصة : ان التحريم متفق عليه ، في غير مسألة المركوب والمحلوب ، أما فيها ، فقد قيل بالحل ، ولكن الجمهور على خلافه ، ولا شك أن الارض المرهونة ، ليست كالحيوان حتى تقاس عليه ، فلا يجوز أن يكون القرض على رهنها ، سببا في الانتفاع بها اتفاقا ، فان محل الخلاف بين الجمهور وغيرهم ، انما هو الحيوان ، كما علمت »[3] والله أعلم .

❖

(١) أي اتبعه العلماء بالنقد .
(٢) مجلة نور الاسلام : جـ ١٠ ـ المجلد الثاني ـ شوال ١٣٥٠ هـ .

البحث العاشر

الخطبة في عقد الزواج

ومساله (التعويض عن العدول عنها)

في الفقه الاسلامي المقارن

(١)

تمهيد :

ليست الخطبة[١] ـ بحكم طبيعتها وتكييفها الشرعي ـ الا مقدمة من مقدمات[٢] عقد الزواج ، ومرحلة ممهدة له ، وسابقة على ابرامه ، يؤذن تشريعها بأمرين :

اولهما : خطورة عقد الزواج ، وعظيم شأنه ، وجليل أثره ، وكل عقد من هذا القبيل ، تسبقه مقدمات ومفاوضات في المطالب والرغبات ، ولانه متعلق بذات الانسان ، ومستقبل حياته الاجتماعية ، وحياة الامة ، فكان ـ كما يقال ـ **عقد العمر** ، فضلا عن أن الزواج استجابة لحقائق الفطرة . وأما جلالة أثره ، فلانه متعلق بالاعراض ، وأنه مناط الشرف ، وعن طريقه يتم تحصين النفس ، وتحصيل النسل ، وبقاء النوع الانساني على نحو يليق بكرامته ، وثبوت نعمة النسب

---

(١) الخطبة ـ بكسر الخاء ـ لغة ، طلب يد امراة معينة للتزوج بها ، وقد يوجه الطلب اليها ، مباشرة ، او الى ذويها ، والعادة جرت أن تخطب المراة من اوليائها ـ هذا ، والمعنى الشرعي لايختلف عن المعنى اللغوي ، كما سيأتي ـ المصباح المنير ـ لسان العرب : جـ٣ ص ٤٦٠ .

(٢) من مقدمات عقد الزواج عادة ـ قراءة الفاتحة بعد الاتفاق المبدئي على الخطبة، او دفع المهر ، او بعض منه ، او تقديم الهدايا وقبولها في المناسبات والاعياد ، تأكيدا للخطبة ، وللرغبة في الزواج ، وكل هذا قبل ابرام عقد الزواج النهائي ، على ان « الفاتحة » انما تقرأ عادة بعد اتفاق الخاطبين وأوليائهما ، واتماما للخطبة ، وتأكيدا لها ، وعزما على ابرام عقد الزواج ، فكانت من المقدمات والمؤكدات ، لكنها لا تعني انشاء العقد ، كسائر المقدمات ، كما ذكرنا.

الذي يترتب عليه تعهد الآباء بالابناء ، وكفالة رعايتهم وتنميتهم وتنشئتهم النشأة الصالحة ، وتأسيس القرابات والمصاهرات ، وتحقيق التكافل الاجتماعي الملزم في نطاق الاسرة ، بايجاب النفقات بين الاقارب ، وجريان الارث ، بحكم القرابة والزوجية ، وغير ذلك من الآثار الباقية على الزمن ، وفي ظل الحياة الزوجية تتوافر المعاني الانسانية من المودة ، والرحمة ، والسكن ، والاطمئنان النفسي ، مما يعين على تحمل أعباء الحياة ، وأداء الواجبات ، ومن هنا جاء متميزا عن سائر العقود بمقدمة الخطبة،تقديرا للعلاقة الزوجية حق قدرها،بل وتقديسها[1] ، بما رتب على الخطبة من أحكام خاصة بها ، فضلا عن أحكام عقد الزواج نفسه ، حتى اذا روعيت ونفذت[2] ، كانت ضمانا كافيا للحرية الكاملة في ابرام عقد الزواج ، بعد اختيار حر ، وتعرف ، واطمئنان ، مما يوفر أسباب دوام الألفة ، والعشرة الطيبة ، والوفاق بين الزوجين ، تمكينا لهما من القيام بواجباتهما الزوجية في تدبير شؤون الاسرة ، ورعاية الاولاد ، باعتبارهم قوام الجيل الجديد ، وعناصر البناء الاجتماعي للامة ، ولهذا تعتبر الخطبة وسيلة ضرورية وحيوية للغاية المنشودة ، وهي قيام الحياة الزوجية على أسس ثابتة ومتينة ، لا على الصدفة العمياء العابرة .

وبدهي ، أن الاصل في الزواج ان يكون **مؤبدا** ، ولذا ، كان التوقيت يفسده ، لانه مخالف لمقتضاه ، فلابد أن تنصرف النية فيه ـ منذ انشائه ـ الى أن يكون مؤبدا ، ما عاش الزوجان ، ذلك ، لان آثاره الاجتماعية والانسانية الرفيعة التي أشرنا اليها ، لا يمكن أن تتحقق الا اذا كان مؤبدا ، وهي آثار يتم بها تكوين الاسرة ، وانجاب الذرية ، مما يتسرب أثره الى بناء المجتمع ،

---

(١) ولهذا ، اطلق القرآن الكريم على عقد الزواج ، وصف العقد والميثاق الغليظ ، اشارة الى المعاني التي قدمنا .

(٢) اعني أحكام الخطبة وآدابها ، جاء ذلك صريحا في سياق الآية الكريمة التي تستنكر على من طلق زوجته أن يأخذ مما آتاها من مهرها شيئابقوله تعالى: « وان أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ، أتأخذونه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض ، وأخذن منكم ميثاقا غليظا » سورة النساء آية ٢١ـ٢٢ .

مآلا بالضرورة ، ومن هنا يتبدى لك ، أن أهمية الخطبة مستمدة من أهمية عقد الزواج نفسه ، لان الوسيلة تأخذ حكم غايتها شرعا وعقلا .

التخير سابق على الخطبة

على أن مما تجدر الاشارة اليه ، أن الفقه الاسلامي ، قد جعل ما يقع في نفس مريد الزواج أو الخاطب ، من دواعي واسباب اختيار الفتاة ـ مما يروقه ويعجبه منها ، ويجعلها صالحة في نظره لتكون شريكة حياته ـ هو المبيح للنظر اليها ، بعد أن كان محرما ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « اذا ألقى الله في قلب امرىء ، خطبة امرأة ، فلا بأس أن ينظر اليها »[1] أي ما أثار الرغبة في خطبتها ، وهذا قبل التقدم اليها ، فالتخير اذن مرحلة سابقة على الخطبة ، يؤكد هذا ايضا ، قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « اذا خطب أحدكم المرأة ، فان استطاع أن ينظر الى **ما يدعوه الى نكاحها ، فليفعل**[2] » ومفاده ، انه اذا عزم[3] على خطبتها ، ورأى ما يروقه منها ، فليفعل ، ليكون اقدامه عن رغبة نفسية ، أكيدة ، ونية صادقة ، وميل قلبي ، وهو قوام الحياة الزوجية .

اذن ، أرشد الفقه الاسلامي الى ضرورة، **«التخير» قبل الاقدام على الخطبة**، في مثل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « **تخيروا لنطفكم** » فانكحوا الاكفاء ، وانكحوا اليهم »[4] .

هذا ، ويستحسن أن يكون النظر الى المخطوبة في مرحلة الاختيار هذه **دون علمها** ،حتى اذا اطمأن الى صلاحيتها ، أقدم ، والا أحجم ، دون أن تعلم ،

---

(١) رواه احمد والحاكم والبيهقي .

(٢) رواه ابو داود والحاكم .

(٣) على نحو قوله تعالى : « اذا قمتم الى الصلاة » اي اذا عزمتم على اقامتها ، او اردتم القيام اليها ، وهذا معنى تقتضيه استقامة منطق الكلام ، فكان واجب الاضافة ، وهو ما يطلق عليه في علم الاصول «المقتضى» ـ راجع بحث الدلالات ـ في كتاب التوضيح مع حاشية التلويح ـ للامام صدر الشريعة ـ وراجع كتابنا : « المناهج الاصولية في الاجتهاد بالراي » بحث المقتضى .

(٤) رواه ابن ماجه والحاكم والبيهقي .

فلا يمس كرامتها ، ولا يؤذي مشاعرها ، الانصراف عنها ، وهذا أدب عال ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « **اذا خطب** أحدكم امرأة[1] ، فلا جناح عليه أن ينظر اليها ، اذا كان انما ينظر اليها **لخطبة ، وان كانت لا تعلم** »[2] وهو ما جاء في حديث جابر ، من أنه كان يتخبأ لمن يريد خطبتها في أصول النخل ، ليتمكن من رؤيتها دون أن تعلم ، ومفاد هذا ، أن التقدم للخطبة ينبغي أن يكون بعد توافر عنصر النية الصادقة ،والاطمئنان التام الذي لا يعتريه تردد في مرحلة الاختيار ، حفاظا على حرمات الأسر أن تنتهك باستعراض فتياتها ، دون رغبة أكيدة في الخطبة ، مما أشار الحديث السابق الى وجوب توافرها شرطا في جواز النظر ، في قوله : « **اذا كان انما ينظر اليها لخطبة** » فالغاية بينة .

على أن حق النظر الممنوح للخاطب حالة التخير ، لا يسقط حقه في النظر اليها حالة الخطبة،تأكيدا لما وقع في نفسه من دواعي الرغبة الصادقة في التزوج بها ، كما يجوز له النظر اليها ، والتحدث معها ، بعد الخطبة أيضا ، لهذا الغرض ، ولكن بحضور محرم .

وعلى هذا ، فالخاطب يتخير أولا ، ثم يقدم على الخطبة بناء على اطمئنانه الى سلامة تخيره ، للتعرف **حسا ومعنى** عن طريق الرؤية والحديث ، حتى اذا صادفت خطبته موافقة صريحة ، وركونا[3] تاما اليه ، كانت الخطبة تامة ، وهكذا ترى أن الخطبة مرحلة وسطى بين التخيير وبين ابرام عقد الزواج .

هذا ، وينبغي للولي ألا يأذن للخاطب في التقدم والنظر الا بعد التأكد من صلاحيته ، دينا وخلقا ، وبعد أن يستطلع رأي الفتاة فيه ، حتى اذا لم يكن كذلك ، أو لم تكن الفتاة راغبة فيه منذ البداية ، لم يجز الاذن له بالتقدم والنظر ،

---

(١) والمراد ـ كما تقدم ـ اذا عزم على أن يخطب ، أي قبل التقدم للخطبة ـ بدليل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ اذا كان انما ينظر اليها لخطبة ، اي بقصد أن يخطبها ، وأن كانت لا تعلم .

(٢) رواه ابو داود .

(٣) يقصد بالركون الموافقة الصريحة من الفتاة وذويها ، ولا يكتفى ـ لتحقيقه ـ أن يكون بالتعريض .

لانه لم يعد مقصودا به الخطبة ، ولا جدية المصلحة المشروعة ، فكان ذلك حراما ، على ما هو الاصل ، فضلا عن أن ذلك مما يأباه الخلق والمروءة ، والغَيْرة على العـرض .

المعاني والصفات التي ينبغي اتخاذها اساسا في اختيار الزوجة

اذا كانت حقائق القيم الانسانية ، والمقاييس الاخلاقية ، ذات وزن كبير في الفقه الاسلامي ، بدليل ترجيحه لها ، وتقديمه اياها على سائر الاعتبارات المادية المجردة عند التعارض فيما بينها ، في ميدان التعامل بوجه عام ، فان هذه المعاني الرفيعة يراها واجبة الرعاية ومن باب أولى ، فيما يتعلق باختيار الزوجة ، رفيقة العمر ، وشريكة الحياة ، لان الضرر في اهمالها ، أشد وأدوم ، لذا حذر مـن ذلك،اكتفاء بالمظاهر المادية،وايثارا لها علىالصفات الجوهرية التي تعتبر المقومات الاساسية للحياة الزوجية بالنسبة الى الخاطب والمخطوبة على السواء .

هذا ، والفقه الاسلامي يقرر ما تعارف الناس عليه أساسا في الاختيار ، من الجمال ، والمال ، وعراقة النسب ، ورفعة الجاه والمنزلة الاجتماعية ، ممـا هو متعارفعليه منذ القدم[1]، وقائم في واقعنا الاجتماعي حتى يومنا هذا ، والاسلام لا ينكره ، ولا يصرف الناس عن مصالحهم فيه ، بل لا يتأتى منه ذلك ، لما فيه من مضادة لطبائع الاشياء ، لان مطلب الجمال أمر فطري ونفسي ، بـل هو سبب رئيسي في عفة الزوج ان يتشوف الى غير زوجته ، وعامـل فعال في السعادة الزوجية واستقرارها ، ودوام الألفة بين الزوجين ، لكن الاسلام يحذر الناس من الاغترار بجمال المظهر بحيث يصرفهم عن حقيقة المَخْبَر ، أو مع علمهم بفساده ، اكتفاء ببهاء الخلقة ، فالجمال لا يستلزم الخلق دائما ، وكذلك الثراء والجاه ، وكم من فاتنة الجمال قد نشأت في منبت السوء ، فالاسلام لا ينكر على الناس مطامحهم في المطالب المادية ، شريطة أن يتوافر أولا وقبل كل شيء عنصر الديـن

---

(١) فتح القدير : جـ٢ ص٣٤٣ ــ للكمال ابن الهمام ــ نيل الاوطار : جـ٦ ص١٠٥ للشـوكاني .

والخلق ، والمعاني الانسانية ، لانها ملاك[1] الامر كله في الحياة الزوجية ، ولا سيما في شخصية الزوجة الصالحة التي يعتبرها الاسلام كنز الحياة الدنيا ومتاعها . تجد هذا صريحا في مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا تزوجوا[2] النساء لحسنهن ، فعسى حسنهن ان يرديهن ، ولا تزوجوهن لأموالهن ، فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين » والدين جماع[3] الفضائل ، والاخلاق العالية ، وقد آكد هذا المعنى أيضا ، مع الاشارة الى واقع حياة الناس ، وما جرى عليه عرفهم في الاختيار ، منذ القدم ، قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ « تنكح المرأة لأربع[4] : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين ، تربت يداك »[5] .

فالفقه الاسلامي ــ كما ترى ــ واقعي ، اذ لم يسقط من حسابه عنصر الجمال في اختيار الزوجة ، ولا ينكر ما له من أثر في النفس الانسانية بحكم دواعي الفطرة ، وما للثراء من أثر في تفادي ضنك العيش ، وفي رفع مستوى الحياة اقتصاديا ، لتتمكن من الوفاء بمطالبها المتعددة ، وكذلك ما للاسرة العريقة من مكانة في الحياة الاجتماعية ، كل ذلك أمر واقع لا سبيل الى تجاهله ، لكن الاسلام ، واقعي ومثالي معا ، فتراه يرتفع بالمجتمع الى المستوى الانساني الذي تنهض به حقائق القيم ، ومقاييس الخلق ، فينكر الاكتفاء بالمظاهر المادية ، من دون الخلق والدين ، أما اذا اجتمعت المزايا المادية مع الدين والخلق الكريم ، كان ذلك هو الكمال المنشود بما توافر فيه من عناصر الواقعية والمثالية في وقت معا ، يرشدك الى هذا قوله ــ صلى الله عليه وسلم : « ألا أخبرك بخير ما يكنز

---

(١) ملاك الامر ، بكسر الميم ، اي قوام الشيء ، وما يتحقق به كيانه .

(٢) لا تزوجوا ، أصلها لا تتزوجوا حذفت تاء المضارعة الاولى تخفيفا .

(٣) جماع ــ بكسر الجيم وفتح الميم ــ اي جمع الفضائل ــ ويقال الخمر جماع الاثم ــ مختار الصحاح ــ المصباح المنير .

(٤) اي اربع خصال .

(٥) تربت يداك اي لصقتا بالتراب ، اشارة الى خسرانك ان لم تظفر بذات الدين ، وآثرت عليها ذات الجمال والمال والحسب ــ المرجع السابق . وفي رواية « ذات حسن وجمال ونسب ومنصب ومال » ــ فتح القدير : جـ٢ ص٣٤٣ .

المرء ، المرأة الصالحة التي اذا نظر اليها سرته ، واذا امرها اطاعته ، واذا غاب عنها حفظته في نفسها وماله »(١) .

ومفاد الحديث ، ان من عناصر الخيرية في النساء : الجمال ، وحسن السمت ، والنظافة ، والاناقة ، لانها مظاهر مادية حسية هي مناط السرور وبعثه عند النظر ، وكذلك الاخلاص والعفة ، حيث كني عنهما بالطاعة لأمر الزوج ، وبحفظ نفسها وماله ، في غيبته .

وفلسفة التشريع التي تنهض بهذه التوجيهات ، ان جمال المرأة اذا كان يستر نفسا خبيثة ، فانه يطغيها ، بل يرديها ، نتيجة لاغترارها بحسنها وفتنتها ، فيوقعها في مزالق تشينها ، ويصمها بما لا يمحي أبد الدهر ، وان ثراءها قد يدفعها الى النشوز ، والتعالي على زوجها اذا لم يفائها في هذا الثراء ، فيفقد بذلك مكانته الطبيعية من «القوامة» وحق الاشراف على شؤون الاسرة وتوجيهها ، كما يفقد حقه في الطاعة ، فيصبح تابعا مؤتمرا مما يكون سببا مفضيا الى النفرة والشقاق ، وكذلك ذات الجاه ، من شأنها أن لا تلين لزوجها الذي هو أقل منها مستوى ، فلا تكن له الاحترام والتقدير ، مما يكون مآله استصغار الشأن ، ما لم يصدها عن ذلك كله ، خلق ودين .

فوضح اذن ، ان اشتراط توافر عنصر الخلق والدين في الزوجة ، بوجه خاص ، انما كان ضمانا لدفع غائلة فتنتها بجمالها ، وطغيانها لثرائها ، وتعاليها وتفاخرها بجاهها ونسبها ، وهو ما أشارت اليه جملة الاحاديث التي رويناها(٢) .

---

(١) وفي رواية الطبراني : « خير النساء من تسرك اذا ابصرت ، وتطيعك اذا امرت ، وتحفظ غيبتك في نفسها ومالك » ـ ورواه مسلم والنسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ « الدنيا متاع ، وخير متاعها المراة الصالحة » ـ ورواه ابو داود عن ابن عباس بلفظ « الا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المراة الصالحة ، اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا امرها اطاعته » وراجع نيل الاوطار : جـ٦ ص١٠٤ـ١٠٨ للامام الشوكاني .

(٢) وقد جاء في الاحاديث ما ينذر بسوء المصير ، وبنقيض ما طمح اليه المرء من نيل ثمار الثراء والجاه والجمال في المراة ، مع علمه بفساد خلقها ، من مثل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « من تزوج امراة لعزها لم يزده الله الا ذلا ، ومن تزوجها لمالها ، لم يزده الا فقرا ، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله الا دناءة » .

على أن التزوج بالمرأة طمعا في ثروتها ، مما تأباه نفوس اصحاب المروءات ، لما ينبىء عن دناءة في النفس ، وخسة في الطبع ، وهبوط في الهمة .

هذا ، ومما تجدر الاشارة اليه ، ان من المعاني التي ينبغي اتخاذها أساسا في اختيار الزوجة ـ فضلا عما قدمنا ـ التقارب في السن، لان التفاوت الفاحش فيها ، مما يتعذر معه التفاهم ، وكذلك التقارب في المستوى الثقافي والاجتماعي على ما هو مقرر في بحث « الكفاءة » في عقد الزواج .

أضف الى ذلك ، ايثار الفتاة البكر الولود ، تحقيقا لمقاصد الزواج من الاستمتاع والانجاب ، والاستمتاع ليس مقصودا لذاته ، بل لأثره من التناسل ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « تزوجوا الودود الولود ، فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة »[1] وقد أكد هذا المعنى منذ القدم المحققون من الفقهاء ، من مثل الامام السرخسي حيث يقول : « وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، وانما المقصود به ما بيناه من أسباب المصلحة ، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ، ليرغب فيه المطيع والعاصي ، المطيع للمعاني الدينية ، والعاصي لقضاء الشهوة ، وذلك بمنزلة الامارة ، ففيها قضاء شهوة الجاه ، والنفوس ترغب فيها أكثر من الرغبة في النكاح ، حتى تطلب ببذل النفوس ، وحشر العساكر ، ولكن ليس المقصود فيها قضاء شهوة الجاه، بل المقصود اظهار الحق والعدل»[2].

ويتبين من هذا التحليل الفقهي ، ان الوسيلة والغاية كلتاهما مقصودة ولا غنى لاحداهما عن الاخرى ، غير أن الغاية مقصودة قصدا أوليا ، فكانت أشد طلبا، وان ما يتوصل به الى المقصود الاولي ، لا يصح الاقتصار عليه حتى يكون غاية في ذاته ، ولهذا وجب الانصراف عن العقيم ، اذ لا يؤدي الاستمتاع به الى الغرض الاصلي منه ، وهو الانجاب والذرية ، وكل وسيلة لا تفضي الى غايتها لا تتخذ ، على أن الزواج دون ذرية ، لا تتحقق فيه المعاني الاجتماعية والانسانية .

---

(١) رواه أبو داود .
(٢) السرخسي : المبسوط : جـ٤ ص١٩٤ .

هذا ، وتعرف «الولود» من نساء أسرتها ، كأخواتها وعماتها ، وعلى أساس هذا المقصد من انجاب الذرية ، جاء التوجيه النبوي في النهي عن تزوج العقيم صراحة ، في جوابه ـ صلى الله عليه وسلم ـ معقل بن يسار حين سأله عن تزوجه بامرأة أصابها ، ولكنها لاتلد ، حيث نهاه مرات ثلاثا ، ثم أمره بتزوج الودود[1] الولود ، كما أسلفنا[2] ، وفي رواية « لا تَزَوجَنَّ عجوزا ولا عاقرا، فاني مكاثر بكم الامم »[3] .

أما البكر ، فلأنها ادعى الى الوفاق ، اذ ليس لها سابق تجربة ، مما لا يحملها على الموازنة والتفضيل بين زوج سابق ولاحق ، فضلا عن المزايا المعروفة التي لا تتوافر في الثيب بوجه عام .

غير ان الفقه الاسلامي ، بواقعيته ، يرى أن الضرورة قد تقتضي الزواج بالثيب ممن لهن سبق خبرة بتربية الاولاد اذا كان من يريد التزوج بها في حاجة الى مثلها ، لتقوم برعاية شئون أولاده ، من زوجة سابقة .

---

(١) المراة الودود هي التي تتودد الى زوجها ، وتستجيب ، وتسعى جهدها لارضائه، وتلبية رغائبه ، ويعرف ذلك من معاشرة امها لزوجها .

(٢) رواه الطبراني والحاكم .

(٣) جاء في الحديث : « عليكم بالابكار ، فانهن اعذب أفواها ، وانتق ارحاما ، واقل خبا ، وارضى باليسير » رواه ابن ماجة والبيهقي ، والطبراني .
وعذوبة الافواه فضلا عن معناها الحسي ، تحتمل ما تتحلى به البكر بفضل ما فطرت عليه من حياء وخفر ، من عفة اللسان ـ وعذوبة المنطق ، لصفاء نفسها ، وسذاجتها عادة ؛ واما انها انتق رحما ، اي أكثر قوة على الانجاب لحداثة سنها ، واما انها لاتعرف الخب والخداع ، والمكر ، فذلك لسذاجتها ، وعدم سبق تجربة مرت بها ؛ ورضاها باليسير ، لحيائها ، فلا تحمل زوجها فوق طاقته .

تعريف الخطبة

لا يختلف المعنى الشرعي للخطبة عن معناها اللغوي[1] ، فالخطبة اصطلاحا «طلب الرجل يدا امرأة معينة تحل له شرعا في الحال ،للتزوج بها»أو بعبارة أخرى : « ابداء مريد الزواج رغبته الى امرأة معينة خالية من الموانع ، أو الى أوليائها ، في التزوج بهـا » .

هذا ، والاصل في الخطبة ، أن تكون باللفظ الصريح الذي لا يحتمل غـير معناها ، كقوله « أريد التزوج منك » وأما التعريض بالخطبة ، فهو ما كان بلفظ يحتمل معنيين أو أكثر ، منها معنى الخطبة ، والقرائن هي التي تعـين المعنـى المقصود ، كقوله : «انك امرأة صالحة» أو قوله : «اذا انقضت عدتك فأعلميني» والتعريض بالخطبة قد جاء استثناء من قاعدة التصريح في حالات خاصة ، سيأتي بيانهـا .

هذا ، ومعلوم أن هذا العَرْض المبتدأ قد يلقى استجابة أو رفضا ، حتى اذا صادف موافقة صريحة ، فقد تمت الخطبة حينئذ،وعلى هذا يمكن أن يُحدَّد معنى الخطبة التامـة بأنها : « توافق او تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة ، تحـل له شرعا في الحال[2] ، أو بين من ينوب عنهما من الاولياء ، بابرام عقـد الزواج مسـتقبلا .

الخطبة التامة انما تتحقق بالموافقة الصريحة من جانب المخطوبة

ولا تعتبر الخطبة تامة الا بالموافقة الصريحة من جانب المخطوبة ، ولو كانت

---

(١) الخطبة لغة ـ بكسر الخاء ـ من خطب المراة الى القوم ، اذا طلب ان يتزوج منهم ـ ويقال اختطبها ايضا ، والاسم الخطبة ـ المصباح المنير ومختار الصحاح ـ وانظر في هذا المعنى ايضا : لسان العرب ـ ج٣ ص ٤٦٠ ـ ويقال للرجل طالب الزواج ، خاطب وخطب ، بكسر الخاء ـ وللمراة خطبة ـ ومفاد هذا ، ان الخطبة لغة « طلب التزوج بامراة معينـة وهـذا عـين المعنـى الشـرعي .

(٢) اشارة الى انها لم تكن تحل له شرعا عند الخطبة ، بأن كانت معتدة من طـلاق رجعي مثلا ، فلا تجوز خطبتها أصلا ، لان العلاقة الزوجية بينها وبين مطلقها لـم تنقطـع .

بكـرا ، ويطلق الفقهاء على ذلك لفظ « الركـون »[1] فتترتب عليها أحكامها الخاصـة بهـا .

هذا ، واذا كانت الاحاديث قد اسندت الخطبة الى الرجل ، فلأن هذا هو الشأن الغالب ، فضلا عما في ذلك من اشعار المرأة برفعة قدرها ، وانه يسعى الى التزوج بها ، غير ان الاسلام يجيز للمرأة أن تعرض نفسها على رجل صالح اذا رغبت التزوج به[2] في حدود الآداب ، اذ قد حدث هذا بالنسبة الـى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ ولم ينكر عليها ذلك ، ولكن حياءها الفطري ، أو خشيتها من أن يفسر عَرْضها هذا بأنه استهانة منها بعزة أنوثتها ، يأبى عليهـا ذلك ، فضلا عن العرف والتقاليد السائدة ، وعلى هذا يمكن تعريف الخطبة ، بأنها « **طلب التزوج** » سواء أكان ذلك من جانب الرجل أو المرأة .

والواقع ، ان الخطبة انما تتم بالموافقة الصريحة ، كما ذكرنا ، نتيجة لتلاقي وجهات النظر في كل ما يتعلق بالخاطب والمخطوبة ، بعد المفاوضات التي تكون قد جرت بشأن مطالب كل منهما ، وشروطه .

وهكذا ترى ، ان الخطبة ـ في الواقع ـ تمر بمرحلتين :

اولاهما : مرحلة العرض ، و الطلب ، أو الاعراب عن الرغبة في التـزوج بالمخطوبـة .

الثانية : مرحلة الموافقة الصريحة الحاسمة ، دون تردد أو ارجاء .

الحكمة البالغة لمشروعية الخطبة في الفقه الاسلامي

هذا ، ومما يؤكد كون الخطبة ـ بطبيعتها ، وفي نظر الشارع ـ وسيلة متعينة الى تحقيق مقاصد الزواج ، بتوفير أسباب الزواج ، ودوام الألفة ، وبقـاء المـودة ، أمـران :

---

(١) يقال ركنت اليه : اذا وافقت على خطبته صراحة : ودون تردد .

(٢) راجع صحيح البخاري ـ كتاب النكاح ـ باب عرض المراة نفسها على الرجل الصـالح .

أولهما : ان السنة قد اشارت الى هذه **الحكمة** ، بالنص عليها صراحة في الاحاديث التي أجازت النظر الى المخطوبة ، بل حثت عليه ، في مثل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « انظر اليها ، فانه احرى ان **يؤدم**(١) بينكما » ومعناه ان النظر الى المخطوبة اجدر أن يكون داعيا وسببا مفضيا الى **الوفاق بينكما** .

أما كون الخطبة ـ في الفقه الاسلامي ـ ذات حكمة بالغة ، فذلك لانها الطريقة الحسية المتعينة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة ، بما يتيح من خلالها الوقوف على ما يروقه من صفاتها وسماتها ، مما لا يمكن التعرف عليه ، وتبينه الا بالرؤية،وليس ثمة أبلغ منها مما يؤصل هذا العنصر النفسي،والميل القلبي في كل من الزوجين ، اذ الزواج بطبيعته ـ وهو الغاية من الخطبة ـ أمر يقوم على العناصر النفسية أولا ، وليس عقدا ماليا أو مصلحيا عارضا موقوتا ، مما يكون أساسه المنافع المادية أو الحسية العاجلة ، على ما سيأتي بيانه في مقامه .

الثاني : ان احكام الخطبة الخاصة بها جاءت توكيدا للغاية من أصل تشريعها ، من التعرف أو التحقق لمدى توافر الصفات والمعاني التي هي المقومات الحقيقية للحياة الزوجية ، فالغاية من الخطبة ـ كما ترى ـ شرعت توثيقا لمقاصد الزواج نفسه ، وسبيلا متعينا لامكان تحقيقها ، ومن هنا اكتسبت أهميتها ـ كما أشرنا ـ .

هذا ، وعلى الرغم من الاستجابة للخطبة ، والموافقة الصريحة من جانب المخطوبة ، وأوليائها وذويها على رغبة الخاطب في التزوج بها ، فان هذا الاتفاق المبدئي الكامل في وجهات النظر ، **لا يسبغ على الخطبة صفة العقد الملزم الذي ينشيء التزامات على عاتق كل من الخطيبين ، كيلا يكون ذلك ضربا من الاكراه على ابرام عقد الزواج الذي يجب ان تتوافر فيه الحرية الكاملة ، لخطورة آثاره** ، فالعلاقة التي أنشأها هذا التوافق المبدئي ، أو التواعد المتبادل على ابرام

---

(١) يعني ان تدوم المحبة والوفاق بينكما ـ من الادم ؛ وهو الالفة والوفاق ـ يقال : ادم الله بينهما : اذا اصلح والف ـ مختار الصحاح ـ والمصباح المنير ـ ورواه النسائي والترمذي عن المغيرة بن شعبة ـ وراجع نيل الاوطار جـ٦ ص١٠٩ وما يليها .

عقد الزواج مستقبلا ، ولـو كان كامـلا ، لا يخرج الخطبة عن طبيعتها ، من كونها مجرد وعد ، بوضع الشارع نفسه ، والوعد غير ملزم قضاءً ، وهذا ما يدعونا الى البحث في طبيعة الخطبة وتكييفها الفقهي .

طبيعة الخطبة ، وتكييفها في الفقه الاسلامي

بعد الذي عرفت من تحديد مفهوم الخطبة في مرحلتيها ، من كونها وسيلة للتعرف أو التبيّن أولا ، ثم موافقة صريحة مبدئية ، لا تردد فيها ولا ارجاء ، بما ينهض بتواعد متبادل كامل على انشاء عقد الزواج مستقبلا ، يتبدى لك ، ان تكييفهاووصفهاالفقهي، انها ليست عقدا ، وحيث لا عقد ، فلا الـزام ولا التـزام ، ولو اعتبرت عقدا ملزما باجراء عقد الزواج مستقبلا ، لفقدت وظيفتها ، والغايـة من أصل تشـريعها ، لانهـا ما شرعت الا ضمانا كافيـا لحـرية الزواج ، لا للالتزام به ،ولا للاكراه عليه،كيلا يفاجأ أي من المتواعدين ، بالتزوج بمن لا يطمئن اليـه . ومـن هنـا تـدرك ، ان تكييفها الفقهي مستمد من غايتها ، ولولا هذا التكييف لما أمكن ان تفضي الوسيلة الى غايتها ، والمفروض انها شرعت لذلك .

وأيضا ، لو كانت الخطبة التامة منشأ للالتزام باجراء عقد الزواج الموعود ، لفقد هذا العقد نفسه أساس انعقاده ، وهو التراضي ، فيغدو باطلا لا تترتـب عليه آثار العقد الصحيح .

وعلى هذا ، فليست الخطبة جزءا من عقد الزواج ، ولا ركنا فيه ، ولا شرطا لانعقاده أو نفاذه أو لزومه .

أما انها ليست جزءا من ماهية عقد الزواج ، فلأن عقد الزواج لو تم دون خطبة ، لكان صحيحا ، تترتب عليه كافة آثاره ، والعقد لايوجد بدونه ركنه ، بل لو كانت الخطبة محرمة وممنوعة ، كخطبة المعتدة ، فانها لا تؤثر على صحة عقد الزواج لو تم ابرامه بعد انقضاء العدة ، لتوافر أركانـه وشروط صحته ، ونفاذه.ولزومه ، وان كان الخاطب آثما ، لانه خطبها قبل انتهاء عدتها .

واما انها ليست شرطا في صحته ،فللأدلة عينها التي قدمناها علـى عـدم ركنيتها ، فلو تخلف شرط الصحة ، لفسد العقد ، ووجب فسخه ، ولم يقل بذلك

أحد ، ولو كان الشرط فاسدا ، بأن كانت محرمة ، لما صح العقد ايضا مع كون شرط صحته فاسدا ، لكنه يصح فالخطبة اذن أمر مستقل ، وسابق على العقد ، ليس ملازما له ، ولا عنصرا من مكوناته .

على أن هذا **التكييف للخطبة** يدل دلالة واضحة على أن المشرع يرى ، **أن الفشل في الخطبة بالعدول عنها ، وفسخها ، خير من الفشل في الزواج ، لخطورة آثاره** ، لذا كانت ـ بوضع الشارع ـ **مجرد وعدم غير ملزم**(١) ، وبذلك يتبين أن خطورة عقد الزواج هي التي اقتضت ـ منطقيا ـ ان تكون الخطبة غير ملزمة ، **ضمانا للحرية الكاملة في ابرامه** ، كما أشرنا ، وبهذا يستقيم منطق التشريع ويتسق .

على انه لابد من الاشارة الى أن **الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة ، الا اذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول ، والوفاء بالوعد التزام خلقي** وديانى ، لا قضائي ، حفظا للكرامة ان تهدر ، والمشاعر أن تمس ، وللشبهات أن تثور ، وللسمعة ان تنال منها الاقاويل(٢) .

وعلى أساس ما قدمنا من التكييف للخطبة ، والتنسيق مع غايتها ، **نشأ حق العدول كاملا لكل من طرفيها ، حتى ولو كانت تامة ، ومؤكدة ، بان تحققت فيها « المراكنة » و « التواعد »** وقبض المهر،كلا أو بعضا ،وتم قبول الهدايا فيه ، الا اذا ألحق ضررا ماديا أو أدبيا بالغا بأي منهما،دون وجه حق،على ماسيأتي بحثه.

وتأسيسا على هذا ، لايجيز الفقه الاسلامي في أرجح الاجتهادات فيه ، أي لون من ألوان الاكراه ، للفتى أو للفتاة ، على تزويجه **بمن لم يره ، ولم يكن على بينة من أمره ، أو لم يرض به** ، لما لذلك من أثر قوي متوقع في نقض

---

(١) وهذا قدر متفق عليه ، بتقريره في سائر مصادر الفقه المعتبرة ، وفي مختلف المذاهب الجماعية ، وأما ما ورد عن الامام مالك في أحد أقواله أن الوعد ملزم ، فذلك في غير الخطبة ـ الزواج وآثاره ـ ص٣٢ ـ الشيخ أبو زهرة .

(٢) هذا ، ولا ينبغي أن يكون الغنى والثراء من مقتضيات العدول ، اذ لا يصلح مسوغا له معقولا في نظر أهل الفضل والمروءة ، فلا يرفض الرجل الخلوق الصالح المتوسط الحال ، بعد الموافقة الصريحة عليه ، والركون اليه ، من اجل تقدم آخر واسع الثراء ، كيلا تصبح المرأة اشبه بسلعة يؤول رسوها على من يزيد .

عرى الزوجية التي كان من المفروض أن تتأكد وتقوى وتستمر ، تحقيقا لمقاصدها الاجتماعيـة والانسـانية[1] .

هذا ، وينبغي الا تطول فترة الخطبة اذا تمت ، كيلا يطرأ عليها ، أو يتطرق اليها من العوامل والظروف ما يفسدها ، ويحمل على فسخها .

حكم النظر الى المخطوبة شرع استثناء من أصل التحريم ، بالنص عليـه صراحة ، للضرورة ، فضلا عن انه يستفاد ضمنا من غاية الخطبة ، وحكمة تشريعها .

لا سبيل الى التعرف على المخطوبة ، جمالا وقواما ومعنى الا بالرؤية ، لانها أبلغ وسائل التبين ، والوصف لا يُغني غناءها ، ولان جمال الصفات الخلقية أمور نسبية ، وأيضا قسمات الوجه تنم على الخصائص النفسية ، غالبا ، كما يسفر الحديث عن مبلغ الذكاء ، ومستوى الثقافة ، واستقامة المنطق العقلي ، وعذوبة الكلام ، فكانت رؤية الخاطب وسيلة متعينة لذلك ، لانها من دواعي الاختيـار والرغبة والاعجاب ، فتؤول بذلك الى أن تكون سببا من أسباب دوام الوئام ، وبقاء الالفة التي عبر عنها الحديث صراحة ، بقوله ـ صلى الله عليـه وسلم ـ :

« فانه احرى ان يؤدم بينكما » .

من أجل هذه «الحكمة» أبيح النظر ، استثناء من أصل التحريم ، واذا كانت هذه «الحكمة» مقصودة للشارع ، بدليل النص عليهـا صراحة ، كانت الوسيلة اليها مقصودة ايضا ، وهو النظر ، **لان الوسيلة تأخذ حكم غايتها** ، كما أسلفنا ، **اذ لا سبيل الى تحقيق الغاية كملا الا بها** ، ومـن هنـا كـان النظر **الى المخطوبة مستفادا جوازه ضمنا من حكمة التشريع** ، فضلا عـن النص عليـه ، فحكمـة التشريع هي التي استوجبت الاستثناء من أصل التحريم للضرورة ، اذ من المعلوم

---

(١) هذا ، وظاهرة تدخل الاولياء والاقارب في شـأن زواج فتيانهـم وفتياتهـم لاغراض خاصة ترجع الى ذواتهم لا الى مصلحة الخطيبين ، لاتزال سائدة في كثير من اقطارنا ومجتمعاتنا ، جهلا وأنانية ، ومجافاة هذه الظاهرة لتعاليم الاسلام ، ونظامه المحكم في الزواج بينة ، فضلا عما تورثه من فشل مثل هـذه الزوجية في كثير من مواقعها .

ان المخطوبة مازالت أجنبية بالنسبة الى خاطبها ، ما لم يعقد عليها ، فلا يجوز غير النظر ، لورود النص عليه بخاصة ، ويبقى ما عداه على أصل التحريم .

النظر الى المخطوبة مقيد بامرين : حضور محرم ، وعدم تجاوزه الوجه والكفين(١)

أما حضور مَحرَم أمين ، كأبيها وأخيها وعمها ، فلأنه بحضوره تؤمن مغبة اجتماعهما ، بما يجري فيه من تبادل النظر ، وتجاذب أطراف الحديث ، اذ يحول حضور المحرم دون ما عسى أن يكون سبيلا مفضيا الى مقارفة المعصية والاثم ، أو سببا يؤدي الى التفريط في حق المخطوبة ، بوجه خاص .

أما عدم مجاوزة النظر « الوجه والكفين» فلأن النظر شرع استثناء للضرورة كما أشرنا ، لان المخطوبة مازالت أجنبية ، **والضرورة تقدر بقدرها ، والنظر الى الوجه والكفين ، تحصل به الكفاية ، وتندفع الضرورة ، اذ الوجه جماع المحاسن ، وقسماته وملامحه تنم عن الحالة النفسية ، كما قدمنا ، والكفان يستدل بهما على امتلاء الجسم وهزاله ، وخصوبة البدن ، ورخاصته ونعومته ، او غير ذلك.**

وأما ماعدا ذلك من الخصال النفسية ، والصفات المعنوية ، فيمكن الوقوف عليها عن طريق من يخالط أسرتها ، وسؤال الثقات من أقرب الناس اليها ، أو العارفين بشئونها واحوالها ، وما يقال في المخطوبة هو مقول في الخاطب على السواء .

غير أن بعض الفقهاء ، قد توسع في مواضع النظر ، فأجازه الى ما يشمل الرقبة والقدمين(٢) ، وأجاز الظاهرية(٣) النظر الى قوام المخطوبة كله ، عملا باطلاق النص : « انظر اليها ... » كما أجاز الجعفرية(٤) النظر الى **الشعر والمحاسن** .

ومنشأ الخلاف في ذلك ، ان النص الذي أجاز النظر لم يحدد مواضعه ، فكان امرا مجتهدا فيه ، والراجح عندي، انه يجوز النظر الى قوام المخطوبة،لانه

---

(١) راجع الخلاف في هذا الموضوع : المغنى ـ جـ٧ ص ٤٥٣ لابن قدامة .
(٢) البدائع : جـ٥ ص١٢٢ للكاساني ـ نهاية المحتاج : جـ٦ ص١٨٣ .
(٣) المحلى : جـ١٠ ـ ص ٣٠-٣١ .
(٤) المختصر النافع : ص ١٧٢ .

مما يظهر منها كالوجه والكفين ، فيلحق بهما ، ولان هذا مما يدعو الخاطب الى الزواج ، والنص قد جاء بهذا ، حيث يقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم : « فان استطاع أن ينظر الى ما يدعوه الى نكاحها ، فليفعل »[1] وهذا هو الحكم الفقهي ، غير أن معظم الفتيات ـ في أيامنا هذه ـ يبدو من محاسنهن ما جعل هذا التقييد غير ذي موضوع ، وتعاليم الاسلام انما جاءت لتحصين الفتاة ، والمحافظة على حيائها الفطري ، وابعادها عن أسباب التبذل ، باعتبارها مناط الشرف والعرض ، فكان ذلك في مصلحتها أولا ، حفظا لذاتها ، وكيانها المعنوي من الصون والعفة .

هذا ، ويجوز ترديد النظر الى المخطوبة ، ومداومته عند الاقتضاء ، تأكيدا للرغبة ، وتحقيقا لما يروقه ويدعوه الى الزواج بها .

جواز نظر المخطوبة الى خاطبها ، لعين الحكمة ، بل هي أولى ، على ما يقرره الفقهاء .

استنتاجا من حكمة تشريع الخطبة ، قرر الفقهاء حق المرأة في النظر الى خاطبها ، لتكون على بينة من أمره ، ولانه يعجبها منه ، ما يعجبه منها ، فالحكمة مشتركة ، وجاء في الفقه الاسلامي في هذا الصدد ما نصه : « وتنظر المرأة الى الرجل ، اذا عزمت على نكاحه ، لانه يعجبها منه ، ما يعجبه منها » بل هي أولى ، لانها اذا تزوجته دون أن تراه ، ولم يصادف قبولا في نفسها ، فانها لا تملك الخلاص منه ، اذ ليس الطلاق بيدها ، في حين أنه اذا تزوجها دون أن يراها ، ولم تصادف هوى في نفسه ، أمكنه التخلص منها ، اذ الطلاق بيده »[2] .

هذا ، وانما ورد النص بالنظر بالنسبة الى الرجل ، لا لتخصيصه به ، بل لان الشأن في المرأة التستر .

---

(١) رواه ابو داود والحاكم عن جابر بن عبد الله ـ وراجع نيل الاوطار : جـ ٦ ص ١٠٩ وما يليها ـ وراجع المغني : جـ٦ ص٥٥٢ لابن قدامة ـ وراجع السنن الكبرى جـ٧ ص٩١ للبيهقي .

(٢) كشاف القناع : جـ٥ ص٦ ـ وانظر ايضا نهاية المحتاج جـ٥ ص١٥١ ـ فقد جاء فيه « وندب نظرها اليه ، للخطبة ـ كهو اليها » أي كنظره هو اليها ، تسوية بينهما في حق النظر ، لوحدة الغرض ، وعين الحكمة .

الخلوة بالمخطوبة محرم شرعا(١)

قدمنا آنفا ، ان جواز النظر الى المخطوبة ــ وكذلك نظرها اليه ــ انما ورد به النص استثناء من الاصل العام الذي يقضي بالتحريم ، للضرورة ، ومعلوم ان الاستثناء ، لا يتوسع فيه ، ولا يقاس عليه ، فبقي ما عدا النظر على أصل التحريم ، ولا ضرورة في الخلوة ، فكانت على اصل التحريم ، اذ لم يجزها نص ولا حكمة ، بل الحكمة تحرمها ، لانها ذريعة الى الوقوع فيما حرم الله ، فلا تؤمن مغبة الخلوة دون حضور محرم ، اذ يحول حضوره دون التجانف الى الاثم ، ومقارفة المعصية ، كما قدمنا . وبذلك تسد الذريعة الى المحرم .

وعلى هذا ، فلا يجوز غير النظر من الخلوة أو التقبيل ، أو الذهاب منفردين الى المنتزهات ودور اللهو ، أو ما الى ذلك ، لان هذا خروج عن حدود آداب الخطبة التي شرعها الاسلام ، تفاديا للعواقب الوخيمة التي تترتب على مثل تلك المحاذير ، والوقائع تتحدث عن نفسها .

وأما الحجة التي يستند اليها فريق من الناس ، في استباحتهم الانفراد والخلوة ، تفريطا وتهاونا ، من أن تمام التعارف والتفاهم يقتضي ذلك ، فهي حجة واهية ، اذ كلٌ من الخاطبين ــ كما نعلم ــ يعمد عادة الى التكلف والتظاهر بما ليس فيه حقيقة ، ولذا قيل « كل خاطب كاذب » ولان مثل تلك الامور المحظورة ، مدعاة الى الوقوع في المعصية والاثم ، والخطبة ليست ملهاة ، أو فرصة للتنفيس عن منازع الرغبات،بل شرعت وسيلة جدية لمصلحة حقيقية ومعقولة ، ليكون كلٌ منها على بينة من أمر الآخر ، تحقيقا للتقارب والائتلاف ، فمغبة التفريط اذن واقعة على الفتاة بوجه خاص ، فالشارع لم يكن متزمتا ، اذ أباح النظر والاجتماع بحضور محرم ، ولم يكن مفرطا ، اذ منع الخلوة والخروج عن حدود الآداب ، بل كان وسطا بين التزمت والتفريط ، وهو موقف في غاية الحكمة والرشد وسداد التوجيه .

---

(١) قال ــ صلى الله عليه وسلم ــ « لا يخلون رجل بامراة الا مع محرم » سبل السلام : جـ٣ ص٣٢٨ ــ وفي رواية « لا يخلون احدكم بامراة ، فان الشيطان ثالثهما » السنن الكبرى : جـ٧ ص٩١ للبيهقي .

على أن التبذل يورث الشك في مبلغ الحصانة والعفة ، الامر الذي يستدعي العدول ، وفسخ الخطبة غالبا ، فكان هذا التوجيه في مصلحة المرأة أولا ، ابعادا لها عن مظانّ التهم وسوء الاقاويل .

حكم العدول عن الخطبة

نقصد بحكم العدول ، أثره المترتب عليه من المسئولية ، وهذه مسألة لم يتناولها الفقهاء القدامى بالبحث ، لعدم وقوعها في عصرهم .

بينا آنفا أن «التكييف» الفقهي للخطبة مستمد من غايتها ، بما ترمي اليه من كفالة الحرية الكاملة في ابرام عقد الزواج ، لكل من طرفيها ، ليقوم على أسس ثابتة ، وعلى أساس هذا «التكييف» — من كونها تواعدا غير ملزم — نشأ حق العدول ، بفسخها ، **وهذا وضع شرعي انشاه المشرع نفسه ، ولكن النظر يتجه الآن الى أن مجرد حق العدول هذا هل هو مطلق او مقيد ؟**

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على آراء ثلاثة[1] :

الاول : ذهب فريق من الفقهاء الى أن لكل من طرفي الخطبة أن يفسخها في الوقت الذي يشاء ولا مسئولية اطلاقا ، للاسباب الآتية :

أ — ان الشارع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا خاضعا لاعتبارات خاصة بكل منهما ، وهي أمور نفسية يرتد اليه تقديرها ، ولا سلطان للقضاء عليه ، ذلك لان الزواج من أخص شئونه ، فينبغي أن تترك له الحرية الكاملة في الاقدام أو الاحجام ، اذ هو أدرى بمصالحه الخاصة في هذا العقد الخطير ، وينبغي أن يكون لهوى النفس مدخل في العدول .

---

(١) هذه المسألة لم يبحثها الفقهاء القدامى ، لانها لم تقع في عصرهم ، وانما هي امر مستحدث كثيرا ما يقع في ايامنا هذه ، ولم يرد فيه نص ، ولا نظير يقاس عليه ، فكان محلا للاجتهاد بالرأي من قبل الفقهاء المعاصرين — الاحوال الشخصية — ص٣٢ وما يليها للشيخ ابو زهرة — الاحوال الشخصية ص ٥٤ للدكتور محمد يوسف موسى — الوسيط — نظرية الالتزام — مصادر الالتزام — فقرة ٥٥٠ ص٨٢٧ وما يليها للدكتور السنهوري — وغيرهم .

ب ــ ان كلا من طرفي الخطبة ، يعلم مسبقا أن «حق العدول» مقـرر لـه شرعا ، فكان لزاما عليه أن يتوقع هذا العدول من جانب الطرف الآخر في كل وقت ، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له ، وليس فيه اعتداء على حق أحـد ، واذا كان الامر كذلك ، فينبغي أن يتريث حتى تتبين له جلية الامر ، ولا يتسرع في شراء جهاز البيت مثلا ، أو الاستقالة من الوظيفة ، لتتفرغ لشؤون الاسرة ، قبل أن يبت في أمر العقد ، لان هذا تهور أو تقصير في حق النفس ، وعلى المقصر تقع تبعة تقصيره ، فما يصيبه من ضرر انما كان بسبب منه ، اغترارا او طيشا ، وليس منشؤه محض العدول .

ج ــ من المقرر في الفقـه الاسلامي ، ان « **الجواز الشرعي ينافي الضمان** » أي أن من يمارس حقا مشروعا له ، أو اباحة ، لايكون مسئولا عما يترتب علـى ذلك من ضرر ، لان الجواز ينافي المسئولية ، وانما تنشأ المسئولية عن المجاوزة والاعتداء ، والخاطب لا يعتبر معتديا اذا استعمل حقه في العدول .

ثانيا ــ وذهب فريق آخر الى ان حق العدول مجردا لا تترتب عليه مسئولية غير انه **اذا صاحب هذا العدول افعال أخرى ضارة** ، كالتغرير مثـلا ، نشـأت المسئولية والتعويض عن هذا الفعل الضار المقارن للعدول ، لا عن مجرد العدول . وذلك بأن أغراها بالاستقالة من وظيفتها مثلا بعد أن أكد لهـا انه مقدم علـى الزواج بها ، وان تأخره عن ابرام العقد انما كان لاسباب مالية ، أو حثها علـى شراء جهاز البيت،وزين لها ذلك، بعد أن طمأنها على ابرام العقد ، أو جاء بأقوال مختلقة ليبرر عدوله ، مما يمس سمعتها ، ولم تثبت ، فأضر بها ضررا أدبيا بليغا ، فمثل هذه الافعال الضارة المصاحبة للعدول هي منشأ المسئولية والتعويض ، لا مجرد العدول ،لانه حق مقرر شرعا لا اعتداء فيه ، ولا مسئولية ، تطبيقا للقاعدة السابقة المشار اليها .

ثالثا ــ وذهب فريق ثالث الى أن العدول اذا أدى الى الحاق الضرر البالغ بالطرف الآخر ، ولو مجردا عما يلابسه من أفعال ضارة ، يوجـب المسئولية ،

---

(١) المـادة ــ ٢٠ ــ من مجلة الاحكام العدلية .

والتعويض عن الاضرار المادية أو الادبية الناجمة عنه ، لانه ضرب من التعسف في استعمال الحق ، ونحن مع هذا الرأي ، ونؤيده بما يلي :

أولا ــ ليس في الفقه الاسلامي حق مطلق ، بحيث يتصرف فيه صاحبه كيف يشاء دون رعاية لحق الغير ، أو دون استهداف للغاية النوعية المرسومة التي شرع من أجلها هذا الحق ، لان الشارع يرسم لكل حق غاية معينة ، على المكلف أن ينغياها ابان استعماله لحقه ، فينبغي ان يكون قصد ذي الحق في الفعل ، موافقا لقصد المشرع في التشريع[1] ، والا كان استعمال الحق لغير غاية أو للضرر ، وهو عبث أو تحكم ، فضلا عن أنه مناقض لقصد الشارع ، وكل ذلك غير مشروع يستوجب المسئولية عما ينجم عن هذا التعسف في استعمال الحق من ضرر يلحق بالغير ، ومن ثم لا تحمي الشريعة حقا الا بقدر ما يحقق صاحبه من الغرض الذي شرع من أجله ، وتظل حمايتها للحق مبسوطة مادام صاحبه يستعمله على الوجه الذي من شأنه أن يحقق غايته ، لا ينحرف عنها ، **فالحق اذن مقيد بالغرض الذي شرع من اجله ، وليس مطلقا .**

وتأسيسا على هذا ، فان الشارع ، اذ منح حق العدول ، فلا يبرر هذا المنح استعماله على وجه ضار ، بباعث غير مشروع ، أو قصد سيء ، لالحاق الاذى بالغير ، تحت شعار الحق ، اذ الحق لم يشرع أصلا ليتخذ وسيلة للاضرار بالغير ، بل شرع لمصلحة جدية حقيقية مشروعة ومعقولة ، تحقق غرضا اجتماعيا انسانيا مقصودا للشارع تحقيقه ، وهو هنا **تمكين كل من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر ، ليكون على بينة من أمره ، لينشأ عقد الزواج على اساس متين** حتى اذا استعمله وهو ينوي غير هذا الغرض ، أو مارسه في ظرف غير مناسب بحيث أفضى ذلك الى الاضرار بالطرف الآخر ، ولو دون قصد منه الى ايقاعها ، بل لزمت ووقعت نتيجة حتمية لعدوله في مثل ذلك الظرف ، كأن سافر الى بلد أجنبي لطلب العلم ، ومكث عدة سنوات التقى خلالها بأخرى أجنبية ، من ذلك البلد ، وتزوج بها ، وفسخ خطبة الاولى ، ولم يكن قد صدر منه أفعال ضارة من التغرير ، أو قصد الاضرار بها ، ولكن تصرفه على هذا الوجه ، يحتمل أنه

---

(١) الموافقات ــ جـ٢ ــ ص ٣٨٥ ــ للامام الشاطبي .

قد فوت عليها الفرصة لتقدم الخطاب اليها ، اذ قد تكون تقدمت في السن ، أو أثيرت حولها الشكوك من جراء هذا العدول ، بعد فترة غير قصيرة ، حتى اذا وقع هذا ، اتجهت عليه المسئولية عما لحق بها من ضرر .

فالضرر هنا ـ كما ترى ـ انما كان نتيجة حتمية لازمة للتأخر في فسخ الخطبة ، ولو لم يكن يقصد ايذاءها ، حتى اذا أسر في نفسه هذا الايذاء ، ونهضت بذلك القرائن ، كانت المسئولية أوجب وألزم ، لتحقق تعسفه في استعمال حقه من حيث الباعث ، فضلا عن المآل .

وعلى هذا ، فان العدول اذا كان معيبا في باعثه ، أو نتيجته ومآله **يوجب المسئولية اذا لحق بالطرف الآخر ضرر محقق ، مادي او ادبي .**

هذا ، وكل من الباعث غير المشروع ، أو النتيجة الضررية اللازمة أو اللاحقة بالغير من جراء العدول ، ليس هو الغاية التي شرع من أجله حق العدول ، فهو اذن تعسف وانحراف عنها ، **وهذا هو منشأ المسئولية ، والحكم بالتعويض .**

كل هذا ما لم يكن هناك أسباب معقولة تسوغ هذا العدول ، فتسقط المسئولية حينئذ ، ولو وقع الضرر ، لان هذه المسوغات المعقولة ، تنفي صفة التعسف عن العدول ، وبانتفاء صفة التعسف ، تنتفي المسئولية ، لانه علتها ، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما .

فتبين أن التعسف هو استعمال الحق أو الاباحة في غير الغاية التي تمثل وظيفته الاجتماعية ، وهو منشأ المسئولية عن الضرر الناجم عن هذا التعسف ، قصدا أو مآلا ، ولو لم يكن ثمة تغرير أو أفعال ضارة مستقلة مصاحبة ، لان المسئولية في هذه الاخيرة تقصيرية لا تعسفية ، وفرق بينهما ، من قبل ان الفعل في المسئولية التقصيرية غير مشروع أصلا ، بخلاف الفعل في المسئولية التعسفية ، فهو مشروع في الاصل ، لانه استعمال حق ، وهذا فارق حاسم ، فلا ينبغي التخليط بينهما ، وكلاهما من حقائق التشريع التي تبنى عليها الاحكام .

هذا ، ونظرية التعسف في الفقه الاسلامي مدعمة الاصول[1] ، منبسطة

---

(١) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ـ ص ٢٤ للمؤلف ـ طبع مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ طبعة ثانية ـ ١٩٧٧ .

الظل على كافة أنواع الحقوق ، لاتصالها بمفهوم العدل فيه ، ولا يشفع لـذي الحق ـ اذا أضرّ بغيره ـ ادعاؤه انه يستعمل حقه ، وهو أمر جائز ، والجـواز ينافي الضمان والمسئولية ، كل هذا مقبول ما لم يكن ثمة تعسف ، وانحراف عن الغاية التي وضعها المشرع المخطبة ، ولا ريب أن الضرر والاذى دون وجه حق ، أمر خارج عن تلك الغاية ، وانحراف عنها ، ولا نقصد بالتعسف الا هذا ، وغاية الحق تمثل الوظيفة اجتماعية التي ينبغي أن يحققها صاحب الحق ابان استعماله لحقه ، والا كانت الحقوق معاول للهدم ، ووسائل للضرر ، وليست ذات وظائف اجتماعية ، ولا يقول بذلك عاقل ، فضلا عن الشارع الحكيم .

هذا ، والضرر ـ في حد ذاته ـ ممنوع في الفقه الاسلامي ايقاعا ووقوعا ، بقطع النظر عن منشئه ، اذا كان بغير حق ، لعموم قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : **«لا ضرر ولا ضرار» وهذا من «حقائق التشريع الثابتة» بل هو اصل عام حاكم على التشريع كله** ، وتؤيده جزئيات وكليات لا تحصى كثرة[1] ، فكل حق ـ في الفقه الاسلامي ـ مقيد بمنع الضرر ، قصدا أو مآلا ، أيا كان منشئوه ، كما أسلفنا ، عملا بعموم القاعدة « لاضرر ولا ضرار » أما الاضرار التي تلحق بالمخطوبة ، وقد تسببت هي في نشوئها ، كخروجها هي عن تعاليم الشريعة وآدابها ، فمثـل هـذا لايوجب المسئولية في التعويض ، لأنها افعال محرمة ، بل توجب مسئوليتها هي ديانة عن التفريط في حق نفسها ، والخروج علـى حدود الاخلاق والآداب ، فالشريعة لا تحمي من ينتهك حرمة تعاليمها .

والواقع ، ان العدول عن الخطبة ـ بما هو استعمال لحق في الاصل ـ يتعلق به دليلان : احدهما خاص ، والآخر عام[2] .

---

(١) جامع العلوم والحكم ـ ص ٢٦٧ ـ لابن رجب الحنبلي .

(٢) هذا ، ولا يقال ان العدول عن الخطبة دون مسوغ ، ضرب من الاخلاف في الوعد ، وهو مناف للاخلاق والفضائل ، ومذموم عند اهل المروءات ، فكـان حكما خلقيا ادبيا لا قضائيا ملزما ، فلا وجه بالتالي للحكم بالتعويض عـن الضرر الناجم عنه ، لايقال هذا لأمرين :
اولا : ان الاخلاف في الوعد دون مسوغ ، وان كان في الاصـل امـرا ←

اما الخاص : فهو ما قدمنا من الادلة التي تنهض بكونه أمرا مباحا ، لانه استعمال لحق شخصي تقديري ، ناشيء عن طبيعة الخطبة ذاتها ، بوضع الشارع ، ولا يمس حقا لأحد .

واما العام : فهو قاعدة كلية حاكمة على التشريع كله ، نظرا وتطبيقا ، ومقيدة لاحكامه ، اذ الاحكام انما شرعت لمصالح المكلفين ، لا للاضرار بهم . وهذه القاعدة قررها قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لاضرر و ضرار » ومقتضاها ، ان كل من تسبب في الاضرار بغيره،دون وجه حق ـ مباشرة أو بطريق غير مباشر ، أي عن طريق استعمال الحقوق والحريات ـ ملزم بازالة هذا الضرر عينا ان أمكن[1] ، أو رفعه معنىً بالتعويض ، اذا تعذر أداء الواجب العيني[2] ،

→

خلقيا ، وهو منهى عنه ديانة ، لان الاحكام الخلقية موكول الى الضمير والوازع الديني امر تنفيذها ، لا الى القضاء، لتميزها عن احكام التشريع الملزم ـ غير انه ـ وان صح هذا التمييز ـ فان الفارق بينهما ـ في نظر الفقه الاسلامي ـ ينهار اذا ماتعدى الفعل الى الواقع الاجتماعي، بأن مس للغير حقا ، واصابه بالضرر ، اذ لابد حينئذ من مواجهة هذا الاخلال بحق الغير ، لان من المقرر فقها ، ان « حق الغير محافظ عليه شرعا » وذلك بتحويل هذا الحكم الخلقي الى قضائي ملزم ، ازالة للضرر عينا ان امكن ، أو معنى بالتعويض ، جبرا للضرر بقدر الامكان ، اذا كان لامسوغ له ، ودون وجه حق .

ثانيا : ان الحكم الخلقي او الديني يظل متروكا لحرية المكلف ووازعه الديني ، لتحقيقه والالتزام به ، مادام هذا الوازع قويا كافيا في الردع والمنع عن الايذاء والضرر ، حتى اذا خف أو ضعف ، وجب أن يقوم مقامه ـ مؤيدا له ـ وازع السلطة والقضاء ، ولا يترك لحرية المكلف الذي ثبتت اساءته لامانة التكليف ، والا كان الظلم والضرر والفوضى ، مما لاتستقيم به الحياة ، وهذا لا يرضى به عاقل ، فضلا عن المشرع الحكيم .

هذا ، ولا تجد حكما تشريعيا في الفقه الاسلامي ، الا ويستند اساسا الى قاعدة خلقية ، مما يؤذن بمشروعية هذا التحويل ، واذا كان الفقه الاسلامي غنيا جدا بالقواعد الخلقية ، لمكان العقيدة فيه ، امكنك ان تتصور هذه الثروة الهائلة التي تنجم عن تلك القواعد الخلقية ، فيما اذا تحولت الى

---

(١) [illegible] اذا امكن ، أو [illegible]

(٢) عملا بقاعدة « اذا تعذر الاصل يصار الى البدل » .

جبرا للضرر بقدر الامكان[1] ، ولو كان ذلك الضرر نتيجة لاستعمال حق ، كيلا تتخذ الحقوق ذرائع للاضرار ، ولم تشرع لذلك بداهة ، لان الضرر ــ في حد ذاته ــ ممنوع ايقاعا أو وقوعا دون وجه حق ، للقاعدة العامة التي نوهنا بها ، فواقعة الضرر تستوجب المسئولية ، تجاه من تسبب في احداثها ، أيا كان منشؤها فعلا ضارا في الاصل ، او فعلا مشروعا ، تخوله احدى سلطات الحق الثلاث ، او مكنة من الحريات ، ومسألتنا من هذا النوع الاخير .

هذا ، ولابد من اعمال الدليلين في الواقع العملي ، فلا يجوز اهمال احدهما ، لما تقرر ان اعمال الدليلين خير من اهمال احدهما ، ولان حقائق التشريع وحدة كاملة لا تتجزأ ، فلا يجوز الاجتزاء أو الاكتفاء ببعض الحقائق التشريعية ، دون بعض ، لمنافاة ذلك لمقتضى العدل ، ولانه لا تخالف في التشريع بين الجزئي والكلي ، اذ ليس ذلك من سماته ، والاجتزاء هو منشأ الخطأ في اجتهاد كثير من الكاتبين في مسألة حكم العدول ، فمن ذهب الى أن العدول في حد ذاته ، لا يوجب المسئولية بأي حال من الاحوال ، لم يراع وجه التعسف فيه ، وهو منشأ المسئولية ، كما لم يلتفت الى أن الحق في التشريع الاسلامي مقيد لا مطلق ، وانه مقيد بغايته ، ومن ذهب الى أن العدول المصاحب بفعل ضار ، يوجب المسئولية في التعويض ، أثرا لذلك الفعل غير المشروع ــ وهذه في الواقع مسئولية تقصيرية ــ يشير الى انه أغفل المسئولية التعسفية التي استقرت أصولها في التشريع الاسلامي ، وكانت المصدر لنظرية التعسف التي أخذ بها القانون المدني السوري وأصله المصري[2] في الباب التمهيدي ، وقد فرقنا بين المسئوليتين ، وان احداهما لا تغني عن الاخرى .

الحكم بالتعويض ، جزاء للتعسف في حق العدول ، وجبرا للضرر الذي نجم عنه ، لا يقيد حرية الزواج مطلقا .

---

(١) وهذه القاعدة وان كانت تقوم بدور وقائي وهو دفع الضرر قبل وقوعه ، غير انها لا تصلح لان تطبق على ازالة الضرر معنى اذا تعذر عينا ، لانه هو الممكن .

(٢) انظر المادة ــ ٦ من القانون المدني السوري والمادة ــ ٥ من القانون المدني المصري .

ولا يَرِدُ علينا ، ان الحكم بالتعويض عن الضرر الناشيء عن اساءة استعمال حق العدول ، يقيد حرية الزواج ، مما يعود على الغاية من مشروعية الخطبة كلها بالنقض ، وهذا لا يجوز المصير اليه بحال ، لسبب بسيط ، هو أن تلك الحرية قد كفلها الشارع ، وحرص عليها ، بجعله الخطبة غير ملزمة ، ليكون ابرامه على أساس متين ، أقول لايرد علينا ذلك ، لما نورد من الادلة الآتية :

أولا ـ ان الحكم بالتعويض يستند أساسا ـ كما قدمنا ـ الى التعسف الذي نجم عنه الضرر ، والغرض منه ازالة الضرر اللاحق بالطرف الآخر ، دون وجه حق ، وهو ما تقتضيه العدالة ، ولا علاقة لهذا ـ كما ترى ـ بحرية الزواج أصلا ، اذا لم يقل أحد بأن من عدل عن الخطبة متعسفا ، ملزم بانشاء عقد الزواج مستقبلا ، فهما أمران منفصلان ، فبقيت حرية الزواج مكفولة بعد الحكم بالتعويض كما كانت مكفولة قبله ، اذ ليس الالزام بالتعويض جبرا للضرر وجزاء للتعسف ، يتضمن الالزام بابرام عقد الزواج مطلقا .

هذا ، واذا كانت حرية الزواج قد منحت في الشرع لكل انسان ، عدلا ، فان الالزام بالتعويض بالنسبة لمن ألحق ضررا بغيره تعسفا ، مما يقتضيه العدل أيضاً ، وكلاهما واجب الانفاذ ، لأن العدل لا يتجزأ ، والا كان الظلم لاحقا بالمضرور دون مسوغ ، وهو ما لا يقره الشرع بحال ، اذ ليست رعاية الحق والعدل في أحدهما ، مما يجوز أن يكون صارفا لرعاية الحق والعدل في الآخر ، فالانصاف حق لكل منهما كملا ، وعلى سواء .

ثانيا ـ ان لمن عدل من أحد طرفي الخطبة ، ملء الحرية في أن يعود الى الآخر ، ويتفقا على ابرام عقد الزواج ، ولا مانع يحول دون ذلك ، اذا ما تراضيا بينهما ، سواء أكان ذلك قبل الحكم بالتعويض أم بعده .

ثالثا ـ ان الحرية في أصل العدول مكفولة ايضا ، ولا يؤثر الحكم بالتعويض جزاء للتعسف في استعماله على هذه الحرية مطلقا ، لان الجهة منفكة ، فلا تناقض ولا تقييد ، اذ التعويض منشؤه التعسف في استعمال حق العدول ، وليس منشؤه أصل حق العدول ، وفرق بين أصل الحق ، وبين التعسف في استعماله ، فبقي الاول مكفولا .

وهكذا ترى ، ان المسئولية التعسفية التي أوجبت التعويض عن الضرر عدلا ، لم تمس اصلا ، أيا من مبدأ الحرية في العدول ، ولا من مبدأ الحرية في الزواج ، وهذا مما ينبغي أن يتجه نقدا للرأيين السابقين[1] .

---

(1) التعسف امر عارض على ممارسة الحق،ويكون التعسف اما من حيث«الباعث» غير المشروع ، كالقصد السيء ، ونية الاضرار ، وهذا هو « المعيار » الشخصي له ، واما من حيث «النتيجة» اللازمة المترتبة على استعمال الحق ، وهذا هو « المعيار الموضوعي » حيث ينظر الى واقعة الضرر في حد ذاتها ، بقطع النظر الى البواعث والعوامل النفسية ، فالحقوق لم تشرع اصلا لهذه النتائج من الضرر الراجح الواقع في المجتمع ، وايا ما كان ، فالتعسف من فعل المكلف ، لا من فعل الشارع ، بداهة ، لكن الشارع يواجه هذا العارض الطارىء من فعل المكلف الملابس لاستعمال الحق ، بقواعد عامة ، لتدرأ آثار التعسف قبل الوقوع ، للقاعدة التي مؤداها : «يدفع الضرر بقدر الامكان» . وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف ، أو لازالة الضرر ورفعه ، بعد الوقوع ، لقاعدة«الضرر يزال » ولقوله ـ صلى الله عليه وسلم : « لاضرر ولا ضرار في الاسلام » وهذا ما يقتضيه العدل ، لان الحاق الضرر بالغير دون وجه حق ، محرم وممنوع في الفقه الاسلامي ، أيا كان منشؤه ، سواء كان عن طريق مباشر كالاعتداء ، أو غير مباشر ، عن طريق استعمال اباحة أو حق ، لان العبرة بالنتيجة ، لانه ظلم ، والظلم يجب دفعه أو رفعه ، عدلا ، ودرءا للتعسف ، وسدا للذريعة .

هذا ، وليس من شان الشارع العادل الحكيم ، ان يترك الظروف الطارئة ، والعوارض الناشئة بسبب من المكلف اذا أحدثت ضررا بالغير ، ان يتركها دون حكم ، فلكل حادث يطرا له في الشرع حكم يتناوله ، والا كان الظلم والفساد والضرر ، وهذا لا يتصور في تشريع الله ورسوله .

أما اذا كان التصرف في حق على الوجه الذي يحقق غايته ، دون انحراف أو تعسف ، فمن غير المتصور ان يفضي الى اضرار باحد ، وهذا معنى القاعدة التي احتج بها من منع التعويض ومفادها : «ان الجواز الشرعي ، ينافي الضمان» ولكنهم استدلوا بها في غير هذا الموضوع ، وهذا تجاهل منهم لموضوعها ، اذ يعارض هذه القاعدة في حكمها ،نظرية التعسف،حيث تحكم بالتعويض ، فكان التوفيق بينهما ، ان نظرية التعسف تحكم العوارض الطارئة على ممارسة الحق، بفعل من المكلف ، وتسببه في احداث الاضرار بالغير ، واما قاعدة « الجواز الشرعي ينافي الضمان » فمجال تطبيقها في غير مجال التعسف ، جمعا بين الدليلين ، وعملا بحقائق التشريع دون اهمال لاي منهما ، كيلا يختل ميزان العدالة .

راجع الموافقات : جـ٤ ـ ص٨٩ وما يليها .

الولاية في عقد النكاح

في الفقه الاسلامي المقارن

(٢)

مقدمة

يتحدد موضوع البحث في « **الولاية في عقد النكاح** » من حيث كونها شرطا في صحة العقد ، أو ليست بشرط ، وهو ما أشار اليه ابن رشد ، في كتابه «بداية المجتهد» حيث حدد «محل النزاع» في هذه المسألة ، اذ يقول ما نصه : « اختلف الفقهاء ، هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح ، أم ليست بشرط »[1] ؟

وقبل أن نتناول هذه المسألة بالبحث ـ وهي مسألة اختلفت فيها أنظار المجتهدين اختلافا واسعا ـ نعرض المواطن أو المسائل التي اتفق على حكمها الفقهاء ، مما يتعلق بولاية المرأة ، لنستبعده عن مواطن النزاع .

المسائل التي اتفق الفقهاء على حكمها مما يتعلق بولاية المرأة فيها ، وانها ولاية صحيحة تنتج آثارها كاملة ، ولا تفتقر الى ولاية احد يتفرد بالامر دونها ، او يشاركها فيها ، ليصح التصرف ، وهذه المسائل نعرضها على الوجه التالي :

اولا ـ للمرأة الاهلية الكاملة في ابرام كافة عقود المعاملات ، فيما عدا النكاح ، وأن توليها بنفسها اتفاقا ، وهي صحيحة منتجة لآثارها .

واذا كان لها الولاية الكاملة في ابرام ما تشاء من العقود المالية ، عنى استقلال ، فانها تملك أن توكل فيها غيرها ، لان من ملك شيئا ، جاز له أن

---

(١) بداية المجتهد ـ جـ٢ ص٨ .

يوكل فيه غيره ، وليس لاحد حق الاعتراض على تصرفها المستقل في أموالها .

ثانيا — ان عقد النكاح لو باشره الولي الشرعي ، وباذن المرأة البالغة العاقلة ، وتمام رضاها ، فالعقد صحيح ونافذ .

تحديد موضوع البحث او محل النزاع

واختلفوا[1] فيما اذا باشرت البكر البالغة العاقلة عقد زواجها بنفسها ، أو وكلت غيرها بمباشرته — أي ماعدا وليها الشرعي — ماأثر ذلك على صحة العقد، أو نفاذه ، أو لزومه ؟؟

اختلف الفقهاء في ذلك على آراء :

آ — فذهب مالك[2] — في رواية أشهب عنه — الى أن الولي في النكاح ، **شرط في الصحة** ، وبه قال الشافعي ، وأحمد[3] ، فلا يصح عقد الزواج بعبارة النساء أصلا ، أصيلة او وكيلة ، وهو رأي الزيدية ، وابن حزم .

— وثمة رواية اخرى عن مالك — رواها ابن القاسم — أن الولي **شرط تمام ، لا شرط صحة** ، فاشتراط الولاية سنة لا فرض .

والمعروف في فقه المالكية ، أنهم يفرقون بين المرأة الشريفة ذات الجاه أو المال أو الجمال او الشأن المرغوب فيها ، وبين غيرها من عامة الناس ، أو كانت فقيرة ، فلابد من الولي بالنسبة الى الاولى ، أما الثانية ، **فيجوز** لها ان تستخلف من تشاء من الرجال على انكاحها[4] .

---

(١) نيل الاوطار — جـ٦ ص ١٣٦ للشوكاني — المحلى جـ١١ ص ٣٠ .

(٢) بداية المجتهد — جـ٢ ص٨ لابن رشد — ط ثالثة — مصطفى البابي الحلبي — القاهرة — ١٣٧٩ هـ — ١٩٦٠ م.

(٣) المرجع السابق . وراجع ايضا الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي — جـ٢ ص٢٢٥ — وراجع في مذهب الظاهرية — جـ٩ ص٤٥٥ . وراجع في مذهب الامام احمد — المغني — جـ٦ ص٤٤٦ .

(٤) المغني — جـ٦ — ص٤٤٦ — البحر الزخار — جـ٢ ص٢٣ — على ان مذهب الزيدية اشترط اذن الولي . فيجوز ان تباشر المرأة عقد زواجها بنفسها ،ولكن بشرط اذن الولي — جـ٣ ص٢٥ .

وهكذا ترى أن شرط الولي في عقد النكاح في المذهب المالكي ، دائر بين كونه شرط صحة ، أو شرط تمام ، فضلا عن تفرقتهم بين المرأة ذات المكانة والشأن وغيرها ، بالنسبة الى حكم الولاية في عقد زواجها .

فتلخص ان هذا القول من ان «عقد النكاح» اذا باشرته المرأة بنفسها ، كان غير صحيح ، ولا ينتج أثرا ، سواء أكانت أصيلة عن نفسها ، أم وكيلة عن غيرها ، أو وكلت غيرها بابرام عقد زواجها ، فالعقد باطل ، حتى ولو اذن لها وليها باجرائه ، وسواء اكانت المرأة بكرا أم ثيبا ، صغيرة أم كبيرة ، وسواء زوجت نفسها من كفء ، أم غير كفء ، وهو رأي الجمهور ، اذ ليس للمرأة ان تعقد عقد النكاح بعبارتها اصلا ، اصيلة كانت ام وكيلة[1] ، ولا ان تتولى توكيل احد بتزويجها غير وليها ، اقول : هذا القول ليس على اطلاقه ، في مذهب المالكية خاصة.

ب ــ وذهب أبو حنيفة ، وزفر ، والصاحبان في رواية ، الى ان المرأة البالغة العاقلة اذا وليت هي عقد نكاحها بنفسها من دون وليها ، جاز العقد ، اذا كان الزوج كفؤا ، وليس لاحد حق الاعتراض على هذا العقد .

واذا جاز لها أن تزوج نفسها أصالة ، جاز لها أن توكل بتزويجها من تشاء[2]،أو تتولى هي تزويج غيرها من النساء وكالة ، للقاعدة « من ملك شيئا،جاز له أن يوكل فيه غيره »[3] ، فيصح عقد الزواج بعبارتها ، لنفسها أصالة ، ولغيرها وكالة .

وهذا هو قول الزهري ، والشعبي ، وابن سيرين ، وقتادة[4] .

---

(١) نيل الاوطار ــ جـ٦ ــ ص١٣٦ ــ بدائع الصنائع جـ٣ ص١٣٦ ــ المهذب جـ٢ ص٣٥ ــ المغني جـ٦ ص ٤٤٨ .

(٢) ما عدا وليها ، اذ توكيل وليها بتزويجها ، جائز اجماعا ، اما تزويج غير وليها لها ، وكالة عنها ، فهو موضع نزاع ، مرده ، هل تملك هي ان تزوج نفسها من دون وليها أو لا ؟ فمن ذهب الى ان ذلك من حقها ، أجاز لها توكيل غيرها بتزويجها ، ومن ذهب الى أن ذلك ليس من حقها ، وعقدها باطل ، فكذلك توكيلها ، لانها توكل غيرها في امر لا تملكه هي .

(٣) البحر الرائق ــ جـ٣ ص١١٧ .

(٤) بداية المجتهد جـ٢ ص٨ لابن رشد .

جـ ــ وذهب محمد بن الحسن الى اشتراط اذن الولي فقط ، دون مباشرته العقد بعبارته ، فيصح بعبارة المرأة البالغة العاقلة ، غير انه عقد موقوف على اذن الولي ، ان اجازه نفذ ، وان لم يجزه بطل ، وفي حالة امتناع الولي عن الاجازة في الكفء ، يكون عاضلا ، فيجدد القاضي العقد ، ولكن روى رجوعه الى ظاهر الرواية[1] .

د ــ مذهب الامامية[2] ، ان المرأة الثيب الرشيدة ، لا ولاية عليها من أب أو جد ، او سواهما من الاولياء ، من باب أولى .

واما المرأة البكر الرشيدة ، ان لم يكن لها أب ، او جد ، فهي كالثيب الرشيدة ، لا ولاية لاحد عليها ، واما ان كان لها أب أو جد ، فثمة روايات ثلاث في فقه الامامية :

الاولى : انها كالثيب ، ولكن يستحب لها أن تنيب أباها ، أو جدها ، ليتولى عقد نكاحها .

الثانية : ان الامر مشترك بينهما ، فلا يستقل احدهما بالعقد ، فاذا تولته المرأة ، فلابد من اذن الولي .

هـ ــ مذهب أبي ثور[3] : أمر عقد الزواج مشترك بين المرأة ووليها ، لا يستقل احدهما بابرامه ، دون اذن الآخر ، والا كان باطلا ، فاذا اذن الولي لها أن تعقد نكاحها بنفسها ، فالعقد صحيح ، واذا باشره الولي باذن المرأة ، فالعقد صحيح كذلك ، واذا باشره أحدهما دون اذن الآخر ، فالعقد باطل .

غير ان ثمة رواية اخرى تنقل رأيا آخر للثوري ، مفاده ، ان زوجها رجل مسلم آخر ، جاز ، لان المؤمنين إخوة ، وبعضهم اولياء بعض ، واما ان تولت هي

---

(١) تبيين الحقائق ــ جـ٢ ص١١٧ للزيلعي ــ البدائع جـ٣ ص ١٦٣ ــ للكاساني .

(٢) المختصر النافع ــ ص١٩٧ للحلي ــ كتاب العروة الوثقى للطباطبائي ــ ص٧٨٣ ط ــ ايران ــ كتاب الخلاف ــ جـ٢ ص٥٦ للطوسي .

(٣) البحر الرائق ــ جـ٣ ص١١٧ ــ المهذب جـ٢ ص٣٥ .

عقد زواجها ، أو عقد زواج غيرها ، فالعقد باطل[1] .

و ــ المذهب الظاهري[2] يفرق بين البكر والثيب ، فأما الاولى ، فلا يصح نكاحها الا بولي .

وأما الثيب ، فتولي من شاءت من المسلمين زواجها ، وليس للولي في ذلك اعتراض[3] .

ونكتفي بهذا القدر من بيان وجهات نظر المذاهب الفقهية ، لنتناول أدلة كل مذهب ، ووجوه الاستدلال بها ، ثم اجراء المقارنة بينها ، لننتهي منها الى الرأي الذي نراه هو الراجح في هذه المسألة .

اولا ــ ادلة المذهب الاول : المالكية والشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبهم (الجمهور)

(الولي شرط في صحة عقد النكاح) .. استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

١ ــ أما الكتاب ، فاستدلوا بآيات ثلاث :

اولا : قوله تعالى : « وأنكحوا الايامى منكم ، والصالحين من عبادكم ، وإمائكم »[4] .

ثانيا : قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا »[5] .

ثالثا : قوله تعالى : « واذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن ، فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن »[6] .

---

(١) المرجع السابق .
(٢) المحلى ــ جـ٩ ص٤٥٥ .
(٣) المحلى ــ جـ٩ ص٤٥٥ لابن حزم ، فقد جاء فيه ، ما نصه : « واما ابو داود فقال : « أما البكر ، فلا يزوجها ، الا وليها ، وأما الثيب ، فتولي من شاءت من المسلمين ، ويزوجها ، وليس للولي في ذلك اعتراض » .
(٤) النور ــ ٣٢ .
(٥) البقرة ــ ٢٢١ .
(٦) البقرة ــ ٢٣٢ .

أما وجه الاستدلال بالآية الاولى ، **فقالوا** : ان الخطاب فيها موجه الى الاولياء ، فلو لم يكن حق الولاية لهم ، لما خوطبوا بوجوب انكاح الايامى[1] من النساء ، أي من لا أزواج لهن ، فدل ذلك على ان ولاية عقد النكاح للاولياء ، لا للنساء ، فليس للمرأة ولاية في عقد الزواج اصلا ، وان تولته ، كان باطلا .

وأما وجه الاستدلال بالآية الثانية ، فهو ان الخطاب موجه الى الاولياء أيضا ، بالنهي عن تزويج المشركين ، حتى يؤمنوا ، ولا يوجه الخطاب بالنهي عن شيء لمن لا يملكه ، فدل ذلك على ان ولاية التزويج لا يملكها الا الاولياء ، والا ما صح توجيه الخطاب اليهم أصلا ، ولكان توجيهه خلوا من الفائدة .

وأما وجه الاستدلال بالآية الكريمة الثالثة ، فهو ان الخطاب موجه الى الاولياء ، ينهاهم عن منع تزويج من تحت ولايتهم من النساء ، أو التصرف فيما منحهم الله من ولاية ، على وجه غير مشروع يترتب عليه ضرر بهن ، إذ لم تشرع لهم الولاية للتصرف بها على هذا الوجه من الضرر ، وقالوا : ان الخطاب بالنهي عن المنع ، انما يتجه الى من بيده الشيء الممنوع ، وهو «الولاية» ولو كان للمرأة ان تستقل بتزويج نفسها ، دون وليها ، لما كان لنهيهم عن العضل والمنع ، أي معنى ، فدل ذلك على ان «الولاية» حق للاولياء ، ولا يصح عقد الزواج اذا لم يباشر الولي الشرعي حقه فيه ، وان المرأة ليس لها حق الولاية على تزويج نفسها ، فضلا عن غيرها وكالة .

يؤيد هذا ، ما ورد في سبب نزول آية : « واذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن ، فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن .. » .

فقد روى البخاري في صحيحه ، وأبو داود ، والترمذي ، وصححه ، عن معقل بن يسار ، انه زوج أختا له رجلا من المسلمين ، فطلقها طلقة ، وبعد انقضاء عدتها ، جاء يخطبها من وليها ، فقال له : زوجتك وأفرشتك ، وأكرمتك ،

---

(١) الايامى ـ جمع « أيم » بالياء المشددة المكسورة ـ وهي المرأة التي لا زوج لها ، بكرا كانت أم ثيبا .

فطلقتها ، ثم جئت تخطبها !؟ لا والله ! لاتعود اليها أبدا ، وكان رجلا لابأس به ، وكانت تريد أن ترجع اليه ، فعلم الله حاجته اليها ، وحاجتها اليه ، فأنزل الله هذه الآية ، فقال : الآن أفعل يا رسول الله ، فزوجها اياه[1] » .

ووجه الاستدلال بسبب النزول هذا ، بما يؤكد المذهب القائل باشتراط الولي لصحة عقد النكاح ، انه لو كان للمرأة ان تزوج نفسها دون ولاية الولي ، لفعلت ، مع شدة رغبتها في زوجها ، ورغبته فيها ، فثبت أن الولاية شرط في صحة عقد النكاح .

وأيضا ، بيّن سبب النزول[2] ، معنى قوله تعالى في الآية نفسها « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » انه الولي لا الزوج ، مما يؤيد هذا المذهب في اشتراطه الولي ، وهذا يدحض القول بأن المراد من الذي بيده عقد النكاح هو الزوج ، حتى يكون الخطاب موجها الى الازواج لا الى الاولياء ، فلا يصح بالتالى الاستدلال بالآية على اشتراط الولي ، يدحض هذا ، سبب النزول الذي ألقى ضوءا على المقصود من قوله تعالى : « الذي بيده عقدة النكاح » وهو الولي ، فصح الاستدلال ، وتأيد المذهب القائل باشتراط الولي بهذه الآية الكريمة .

٢ ــ أما استدلالهم بالسنة ، فمن مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ :

« لا نكاح الا بولي ، وشاهدي عدل »[3] .

وفي هذا الحديث دلالة على أن الولي شرط لصحة عقد الزواج ، فاذا انتفى الشرط انتفت الصحة ، اذ لا يصح الشيء بدون شرطه المعلق عليه ، والا ما كان

---

(١) لباب النقول في اسباب النزول ــ ص٤٦ للسيوطي ــ وراجع ايضا ــ مقارنة المذاهب ــ « بحث انعقاد النكاح بعبارة النساء » للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد السايس .

(٢) نيل الاوطار ــ جـ٦ ص١٢٩ .

(٣) رواه الامام احمد ، واصحاب السنن ، الا النسائي ، وصححه ابن حبان ، والحاكم ، وقال صحت فيه الرواية عن ازواج النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ عائشة وام سلمة ، وزينب بنت جحش ، ثم سرد تمام ثلاثين صحابيا .

ثمة من وجه لتعليقه عليه،والنفي هنا في قوله ـصلى الله عليه وسلمـ « لا نكاح » ينصب على الصحة ، فيرفعها ، لانها أقرب شيء الى نفي الذات .

هذا ، والحديث مطلق ، اذ لم يفرق بين الصغيرة والكبيرة ، ولا بين البكر والثيب .

٢ ـ قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فيما روته عائشة ـ رضي الله عنها ـ : « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل »[1] .

وفي الحديث ـ كما ترى ـ دلالة صريحة على ان النكاح بدون ولي باطل .

٣ ـ ما روي عن أبي هريرة ، قال : قال ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، والزانية هي التي تزوج نفسها »[2] .

ووجه الاستدلال ، أن وصف المرأة التي تلي انشاء عقد الزواج لنفسها ، أصالة ، أو لغيرها ، وكالة ، ان وصفها بما ذكر من «المعصية» يدل على **نهاية القبح** ، وهو دليل التحريم البات ، فدل ذلك ، أن ولاية عقد النكاح «حق للاولياء» لا للنساء ، ولا جَرَمَ أن نهاية القبح في الوصف دليل على بالغ الاثم ، وعظم المعصية ، ومعلوم ان المعصية البالغة ، لا تلابس عقد النكاح الذي يتضمن معنى التعبد شرعا ،على الصحيح، **للتنافي بين التعبد ومعنى المعصية** ، فيبطل العقد رأسا ، رفعا للمعصية ، وللحيلولة دون الوقوع في الاثم الكبير ، واذا اتفت المشروعية فيما فيه معنى التعبد ، كان البطلان ، ذلك ، لان الفساد في عقد النكاح في مثل هذه الحال ، وقبل الدخول ، مرادف للبطلان ، اجماعا ، وان كان يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، بعد الدخول ، عند الحنفية وبعض المالكية ، وليس هنا مقام بحثه .

---

(١) رواه احمد ، وابو داود ، والترمذي ، وقال هو عندي حسن ، وابن ماجه ، والسيوطي ، ورمز له بعلامة الصحيح .

(٢) سنن ابن ماجه ـ جـ٢ ص٦٠٦ ـ نيل الاوطار جـ٦ ص ١١٨ـ١١٩ ـ المطبعة العثمانية المصرية ـ طبعة اولى ـ ١٣٥٧ هـ ـ القاهرة .

على أن هذا المعنى ، قد تأكد بأحاديث أُخَر ، تنفي عن النساء باطلاق ، ان يكون لهن حق في مباشرة عقد زواجهن بأنفسهن أصالة ، أو تزويج غيرهن وكالة ، من مثل قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « ألا لا يزوج النساء الا الاولياء »[1] فدل هذا على بطلان عقد النكاح بعبارة النساء ، باطلاق ، أصالة أو وكالة .

ووجه الدلالة ، أن ولاية انشاء عقد الزواج قد حصره منطوق الحديث الشريف في « الاولياء » دون النساء ، وجاء باداة « التنبيه » «ألا» للدلالة على أهمية هذا الامر ، وخطورته ! ثم جاء باداة الحصر[2] ، وكذلك قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : «لابد في النكاح من أربع: الزوج ، والولي ، وشاهدين »[3].

ووجه الدلالة ، ان كلمة «لابد» تعني «لا مناص» لقيام الذات الشرعية للعقد ، أو لا محيد ، لصحة العقد ، من توفر هذه الاربع جميعا ، وسواء أكانت هذه الاربع أركانا ، أم كانت شروط صحة،فعدم توفرها كلها،أو تخلف أي منها ، يجعل العقد باطلا شرعا ، وهذا دليل الفرضية ، اذ لا يوجد الشيء بدون كنه ، او بتخلف احد اركانه ، أو شروطه المتوقف عليه وجوده ، أو تحقق ذاته الشرعية ، أو صحته .

٤ ــ أما أدلة الجمهور من **المعقول** في اشتراط الولي ، لصحة عقد النكاح ، فنوردها على الوجه التالي :

١ ــ ان من فطرة النساء « **الحياء** » والحياء من مكارم الاخلاق ، ولاسيما بالنسبة الى النساء خاصة ،وقد راعى الشارع الحكيم أمر هذا « **الحياء الفطري** » في المرأة ، ومنع عنها كل ما يخدشه ، أو يثلمه ، أو يجعلها تجاوزه الى الوقاحة والرعونة ، فاذا ولّى عليها الشرع في أمر نكاحها الاولياء من العصبات ، كان هذا

---

(١) رواه البيهقي والدارقطني .
(٢) وهي قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « ألا لا يزوج النساء الا الاولياء » وهذا اقوى من قولك : « يزوج النساء الاولياء » .
(٣) رواه الدارقطني .

تساوقا مع طبيعة « **الحياء** » الذي هو من فطرة النساء ، ولاريب ان الوقاحة والرعونة ، أمران يخرجان بالمرأة عن ان تكون مرغوبا فيها من قِبَل الرجال ، أو مطمحا لاتخاذها زوجة ، فضلا عن انهما قد توقعانها في وخيم العواقب ، لقلة خبرتها ، وسرعة تأثرها ، واغترارها .

٢ ــ على ان شدة ميل المرأة الى الرجل ــ بحكم كون نفوس النساء طوامح الى الرجال فطرة ــ قد يُسرع بها الى التهور ، والرضا بكل من يسبق اليها ، دون تمحيص ، أو تروٍّ ، لذا ، كانت **خِطبة النساء الى اهلهن** .

٣ ــ ان المرأة في الغالب ، لا تحضر مجالس الرجال ، ومن هنا ، كان منشأ عدم الخبرة المؤدي الى الاغترار ، في أمر يتصل بالعرض والشرف ، فضلا عن أن النكاح « **عقد العمر** » فلا ينبغي ان يُتساهَل في ابرامه ، تفاديا من ضياع مستقبل المرأة ، وتنغيص حياتها عليها ، فكانت الولاية عليها ، صونا لها ، وحرصا على مستقبلها ، وليس انتقاصا من شأنها .

٤ ــ هذا ، والامام الشافعي يحلل مضمون عقد الزواج **معنى ، ووظيفة ، ومقصدا** ، ليستنبط الدليل على وجوب اشتراط الولي ، لصحة عقد النكاح ، نورده فيما يلي : حيث يقول :

« **لان النكاح من جانب النساء ، عقد إضرار ، بنفسه ، وحكمه ، وثمرته** » :

١ ــ « **اما نفسه** ، فانه رقٌّ وأسرٌ ، قال النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « اتقوا الله في النساء ، فانهن عندكم « **عوانٌ** » ــ أي أسيرات ــ والإرقاق إضرار » ، **أو كالاسيرات** .

٢ ــ « **واما حكمه**(١) ، **فانه** « **ملك** » **فالزوج يملك** التصرف في منافع بُضعها ، « **الاستمتاع** » استيفاء بالوطء ، واسقاطا بالطلاق ، **ويملك** حجرها عن الخروج والبروز ، **وعن التزوج بزوج** » .

---

(١) بدائع الصنائع ــ حـ٢ ص٢٤٢ و ص٢٤٨ للكاساني .
(٢) أي أثره الثابت به .

٣ ــ « **واما ثمرته** » فالاستفراش كرها ، وجبرا ، ولاشك أن هذا إضرار ، الا انه قد ينقلب « **مصلحة** » وينجبر ما فيه من الضرر ، اذا وقع وسيلة الى المصالح الظاهرة والباطنة ، ولا يستدرك ذلك الا بالرأي الكامل ، ورأيها ناقص ، لنقصان عقلها[١] (لغلبة عاطفتها بحكم الامومة) فبقي النكاح مضرة ، فلا تملكه »[٢] وستأتي مناقشة هذا التحليل .

٥ ــ ان العقد اذا باشره المكلف ، وكان لغيره حق الاعتراض عليه ، **كان فاسدا**[٣] .

٦ ــ لانها مُوَلّى عليها في النكاح ، فلا يصح أن تَلِيَهُ ، كالصغيرة .

٧ ــ « ان الولي يملك على المرأة قبل البلوغ حق الكفاءة ، وحق تولي العقد ، ولا يسقط حقه في الكفاءة بالبلوغ ، فكذا حقه في مباشرة العقد »[٤].

ونؤثر ان نشرع في مناقشة ادلة الجمهور من القرآن الكريم على اشتراط الولي ، لصحة عقد النكاح .

اولا : يتجه على الجمهور ــ وفيهم مالك والشافعي ، وأحمد ، وغيرهم من الصحابة[٥] ــ أن الآيات الكريمة التي أسندت أمر التزويج الى الاولياء ، مما يتبادر الى الذهن ــ بحكم المنطق اللغوي ــ أنهم هم الذين يملكون ولاية انشاء عقد الزواج ، حقا ثابتا لهم ، لا لغيرهم من النساء ، لان اسناد النكاح الى

---

(١) البدائع ــ جـ٢ ص ٢٤ للكاساني ــ المقصود بنقصان العقل ؛ غلبة عاطفتها المشبوبة على حكمة العقل ، واحكامه ، ومنطقه ؛ وذلك واقع ؛ بل وفطري ، بحكم انوثتها التي هي منبع مشاعر الامومة المفطورة عليها ، فلا يُعترض علينا بكمال عقلها ، لان هذا لاينكره أحد ؛ بدليل كمال التكليف ، ولكنه كثيرا ما يكون عقلها مغلوبا على امره ، بسلطان العاطفة المهيمنة .

(٢) دفعا للضرر عنها ، فلابد ان يملكه الاولياء ، لينقلب عقد منفعة .

(٣) المغني ــ جـ٦ ص ٤٤٥ .

(٤) دراسات في الفقه المقارن ، ص١٤٧ للدكتور محمد عقلة .

(٥) ومنهم عمر ، وعلي ، وابن عباس ، وابن مسعود ، وابو هريرة ، وعائشة ــ وفي نيل الاوطار عن ابن المنذر انه لايعرف عن احد من الصحابة خلاف ذلك ــ جـ٦ ص١١٨ وما يليها .

الاولياء ، في مثل قوله تعالى : «**وانكحوا** الأيامى منكم »[1] .

والانكاح هو تولي انشاء عقد النكاح ، ومباشرة ابرامه ، وقد خاطب الله تعالى الاولياء به ، وأضافه اليهم ، والاصل في الاسناد ان المسند اليه هو الفاعل الحقيقي ، هذا الاسناد يدل على ان «الحق» لهم ، ولا يتولاه غيرهم[2] ، بل لا يصار الى غيرهم الا مجازا ، والاصل في الكلام الحقيقة ، والمجاز خلاف الاصل ، وهو تأويل لا يصح الا بدليل ، ولا دليل ، والا ارتفع الامان عن اللغة .

واذا ثبتت الولاية ــ بمقتضى منطوق الآية الكريمة وغيرها التي تسند الانكاح الى الاولياء ــ حقا للولي على موليته في تزويجها ، انتفى أن يكون للمرأة حق في أن تباشر عقد زواجها لنفسها أو لغيرها ، فلا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا ، اقول يتجه على الجمهور في استدلالهم هذا ، ما يلي :

اولا : ان الخطاب في الآية الكريمة التي تلونا ، من قوله تعالى : «وأنكحوا الأيامى منكم »[3] يحتمل أن يكون موجها الى عامة المسلمين[4] ، أو الى أولي الامر فيهم[5] ، أي الى الولي العام ، لا الى الولي الخاص للمرأة من عصباتها ، حتى يكون مأمورا بمباشرة عقد الزواج على موليته ، واذا كان هذا محتملا ، فمن المقرر اصوليا ، ان الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال ، سقط به الاستدلال ، فلا حجة للجمهور اذن في هذه الآية الكريمة التي استدلوا بها على مدعاهم ، من كون الولي الخاص ، شرطا في صحة عقد النكاح ، لمكان الاحتمال الذي يسقط به الاستدلال ، كما رأيت .

وما يقال في هذا الدليل ، يقال في غيره أيضا ، اذا احتمل ان يكون الخطاب

---

(١) الايامى من لا زوج لها من النساء ، بكرا كانت ام ثيبا ــ وكذلك من لا زوجة له من الرجال ــ البدائع ــ جـ٢ ص٢٤٨ للكاساني ــ احكام الاسرة للشيخ مصطفى شلبي ص ٢٦٢ــ٢٦٣ ــ الهامش .

(٢) المرجع السابق .

(٣) سورة النور آية (٣٢) .

(٤) اي ليقوموا بمهمة الانكاح حسبة لله تعالى .

(٥) تكليفا ــ بداية المجتهد ــ جـ٢ ص١٠ وما يليها لابن رشد .

فيه موجها الى المسلمين عامة ، أو أولي الامر في الامة ، لا الى الاولياء خاصة[1] .

ومفاد هذا الاحتمال ، ومسوغه ، أن المسلمين ـ بما فيهم أولو الامر ـ مأمورون باعفاف النساء المسلمات اللائي لا أزواج لهن مطلقا ـ ثيبات وأبكارا ـ وذلك بتيسير سبل تزويجهن من الاكفياء ، واعانتهن على ذلك ، لان من مصلحة المجتمع الحقيقية المعتبرة ، أن يتم هذا « الاعفاف » تطهيرا للمجتمع من أسباب الفساد ، ودواعيه[2] ، والا يدعوا أسباب هذا الفساد تستشري ، ودواعي الفاحشة تشيع ، لان هذا منهي عنه بالنص القاطع ، بل مهدد عليه بأشد العذاب في الدنيا والآخرة ، في مثل قوله تعالى : « ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا ، لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة ، والله يعلم وأنتم لا تعلمون »[3] والنهي عن الشيء أمر بضده ، وهو الاعفاف .

على أن هذا النص القرآني الذي تلونا ، مما يرجح ـ في نظرنا ـ ان يكون الخطاب في قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » موجها الى المسلمين عامة ، أو الى أولي الامر ، لانه مؤيد لقانون الاعفاف العام ، من جهة ، وموجب للتكافل الاجتماعي الملزم ، في تحقيق هذا الاعفاف واقعا في الامة ، منعا لشيوع الفاحشة فيها ، من جهة أخرى ، والقرآن الكريم كل متسق في معانيه ، وأحكامه ، ومقاصده .

ثانيا : ان الخطاب فيما تلونا ـ كما قد يقال ـ شامل بعمومه للولي العام، وللولي الخاص للمرأة من عصباتها ، على سبيل الاشتراك والتسوية ، لكن يقضي اثبات أن الارجح أو الاظهر هو توجه الخطاب الى الولي الخاص ، وهو ما يفتقر الى الدليل ، والا كان الترجيح بلا مرجح ، وحيث يعوز الدليل ، فلا وجه للقول بأن الاظهر أن يكون الخطاب موجها الى الولي الخاص ، لانه ـ كما

---

(1) بداية المجتهد ـ جـ٢ ص١٠ وما يليها لابن رشد .

(2) وهذا يتسق وتوجيهات الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في هذا الشان ، حيث يقول : « اذا جاءكم ، من ترضون دينه ، وخلقه ، فزوجوه ، إلا تفعلوا ، تكن فتنة في الارض ، وفساد كبير » .

(3) سورة النور ، الآية ٣٠ .

أشرنا ــ ترجيح بلا مرجح ، وهذا ضرب من التحكم في الاستدلال الذي لايجوز المصير اليه بحال اجماعا .

ثالثا : على أن الاستدلال بقوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم » لا يستقيم على أيٍّ من المذهبين المختلفين ، الا باجراء تأويل ، اما في لفظ **« وانكحوا » او لفظ « الايامى »** فاذا حمل أحد اللفظين على حقيقة معناه ، فلا بد أن يحمل الآخر على التأويل ، إذ حمل الكلمتين على حقيقتيهما اللغويتين ، لا يتفق والمقررات الشرعية في نظام الزواج في الاسلام .

وبيان ذلك :

أن كلمة «وأنكحوا» اذا حملت على حقيقة معناها ، وهو **« تولي انشاء عقد الزواج »** وأريد بالثانية **« الايامى »** حقيقة معناها أيضا ، **ممن لا زوجة له ، من الذكور ، كبارا أو صغارا ، أو من لا زوج لها من النساء ، ثيبات وابكارا ، صغارا او كبارا أيضا ،** فان المعنى يغدو على هذا التفسير ، ان الناس مأمورون أن يزوجوا **« الايامى »** وفيهم الرجال الكبار العقلاء البالغون ، في حين أن من المقرر شرعا ، في نظام الزواج في الاسلام ، أن لا ولاية لاحد عليهم ، فكان هذا التنافي موجبا للتأويل ، بحمل الايامى ، على بعض أفرادها دون بعض ، تنسيقا بين معنى الآية الكريمة ، من حيث ظاهرها ، وبين مقررات الشرع في نظام النكاح .

وإذا أجرينا « التأويل » في كلمة « الايامى » على النحو الذي بينا ، بقيت كلمة **« وانكحوا »** على حقيقة معناها اللغوي أي « تَوَلَّوا » انشاء عقد النكاح بالنسبة الى الأيامى من النساء كبارا وصغارا ، وثيبات وأبكارا ، والصغار من الذكور غير البالغين ، وهذا هو مذهب الجمهور ، والاظهر أن الخطاب متجه اليهم .

وإما أن نجري «التأويل» في كلمة **« وانكحوا »** بما هو أعم من معناها الحقيقي ، وهو **الاعانة** على الزواج ، وتيسير سبله ، وبذل المساعدة لاتمامه ، وهو معنى مجازي للكلمة ، لان المعنى الحقيقي «للانكاح» هو تولي انشاء عقد النكاح ، كما أشرنا ، وتبقى كلمة «الايامى» على حقيقة معناها العام .

وتأسيسا على هذا التأويل الاخير ، لا حجة للجمهور في هذه الآيـة ، لان معنى بذل العون ، والمساعدة لمن يرغبون في الزواج ، وتحقيق مصالحهم ، في الحال ، أو المآل ، أمر يرجح توجه الخطاب الى المسلمين عامة ، أو الى أولـي الامر ، لانهم هم القادرون على تحقيق ما اسميناه « قانون الاعفاف العام » وقد يكون المجتمع احوج ما يكون الى تطبيقه ، وتحقيقه ، في كثـير مـن الظروف والاحوال ، فيصلح بالتالي مرجّحا .

على أن مما يرجح هذا التوجه ايضا ، سياق الآية الكريمة نفسها ، ذلـك السياق الذي يفيد الترغيب في النكاح الحلال ، بعد النهي عن الزنى ودواعيه القريبة والبعيدة ، من النظر وابداء الزينة ، ودخول البيوت بغير استئذان ، وهذا يستدعي ابقاء الايامى على معناها الحقيقي وهو العموم .

ومما يؤكـد هـذا التوجه أيضا مـن السياق ، قولـه تعالى بعـد ذلك : « والصالحين من عبادكم وإمائكم » .

ومفاد هذا الخطاب الالهي ، وتوجهه الـى الناس كافة ، وترجيح السياق لهذا التوجه ، أن مؤداه : يسروا سبيل الزواج للنساء والرجال ، اعفافا لهم كافة ، وسدا لذرائع الفساد والفاحشة ، وينبغي ألا يقف عائقا دون ذلك ، الفقر ، فان أمر المال سهل ، لان الفقر والغنى بيد الله « ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضلـه » .

وعلى هذا ، فلا حجة للجمهور في هذه الآيـة على مدعاهم ، بعد ما تبيّن الدليل المرجح لتوجه الخطاب الى المسلمين عامة ، أو الى أولي الامر ، دون أولياء المرأة من العصبات[1] ، وهذا الذي رجحه الامام ابن رشـد في كتابه بدايـة المجتهد[2] ، على ما سيأتي تفصيله في تفسيره لقوله تعالى : «ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا »[3] .

---

(١) راجع في هذا المعنى ، نظام الاسرة في الاسلام ص ٢٦١-٢٦٢ ـ الهامش ـ ط. دار النهضة العلمية للطباعة والنشر ـ بيروت ـ الطبعة الثانيـة ١٣٩٧ هـ ـ ١٩٧٧ م .

(٢) بدايـة المجتهـد ـ جـ٢ ص١٠ .

(٣) سورة البقرة آيـة (٢٢١) .

رابعا : ان استدلال الجمهور بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » على وجوب اشتراط الولاية في عقد الزواج ، لا يستقيم ، من قِبَلِ ان منطوق الآية الكريمة جاء بالنهي الذي موجبه التحريم والمنع ، اذ لا صارف عن موجَبِهِ الاصلي هذا ، ولا ريب أن المنع والتحريم بالشرع ، وهـذا يوجب أن يستوي فيه الاولياء وغيرهم ، فانتفى بذلك ان يكون في هـذه الآيـة مستند للجمهور في التدليل على مدعاهم ، فضلا عن أن ينتهض منها ما يرجح ان يكون الخطاب موجها الى أولياء النساء خاصة ، فلا يكون لهم بالتالي سبيل ، أو حق من الولاية على من يلونهم من النساء في عقود زواجهن ، ومن ثم لا وجـه لاشتراط الولي الخاص للمرأة في صحة عقد زواجها .

خامسا : على ان الاظهر والاحرى ــ كما يقول ابن رشد ــ ان يكـون الخطاب موجّها الى جميع المسلمين ، أو الى أولي الامـر فيهم ، مـن أن يكون موجها الى أولياء النساء خاصة ، حيث يقول ما نصه : « وكذلك قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » هو أن يكون خطابا لأولي الامر مـن المسلمين ، أو لجميع المسلمين ، احـرى منه ، ان يكون خطابا للاولياء »[1] .

سادسا : على افتراض ان الخطاب في الآيـة الكريمة « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » موجه الى الاولياء خاصة ، أو التسليم جدلا بذلـك ، فانه يلزم عنه « محظور » ذلك لان نص الآيـة الكريمة ، جاء « مجمـلا » غـير مفصل ، ومن المقرر أصوليا ، انـه لا يصح العمل بالمجمل قبل البيان ، فالشارع لم يبين فيه أصناف الاولياء ، ولا صفاتهم ، ولا مراتبهم[2] ، والبيان ــ كما هو معلوم ــ لايجوز تأخيره عن وقت الحاجة ، لاسيما ما نحن بصدد البحث فيه ، من مثل حكم الولاية في عقد الزواج ، لانه أمر تعم به البلوى ، ويكثر وقوعه ، وفي هـذا ــ ولا ريب ــ دلالة على ان الخطاب ليس موجهـا الى الاولياء خاصة على الاظهر ، رفعا لذلك المحظور ، وتفاديا للوقوع فيه .

---

(١) بداية المجتهد ــ جـ٢ ص١٠ .
(٢) المرجـع السـابق .

سابعا : على أن الآية الكريمة لا علاقة لها بحكم الولاية في عقد الزواج أصلا ، اذ الموضوعان مختلفان ، اذ موضوع الآية الكريمة « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » هو تحريم انكاح المشركين ، وتحريم نكاح المشركات أيضا : « ولأمة مؤمنة خير من مشركة ، ولو أعجبتكم » . ولا مراء أن هذا من اختصاص أولياء الامور تكليفا ، وبالنظم الآمرة ، لتحقيق مقتضاه في المجتمع ، بسلطان الدولة .

ثامنا : ويتجه على الجمهور أيضا ، انه لو كان في اشتراط الولاية الخاصة، لصحة عقد الزواج « شرع معروف » لنقل الينا توترا ، أو ما هو قريب من التواتر، لانه ـ كما أشرنا ـ يتعلق بأمر تعم به البلوى ، ويكثر وقوعه ، وما كان كذلك ، يكثر النقل فيه عادة ، لشدة الحاجة الى تبين حكمه ، لكنه لم ينقل الينا تواترا ، ولا قريبا منه ، من حديث مشهور مستفيض ، فدل ذلك على ان الولاية الخاصة في عقد الزواج ، ليس فيها شرع معروف[1] ، وهو استدلال للحنفية مبني على أصل عندهم في مدى الاحتجاج بالحديث الآحادي فيما تعم به البلوى ، ويكثر وقوعه .

تاسعا : أما استدلال الجمهور بقوله تعالى : « فلا تعضلوهن **أن ينكحن** أزواجهن ، اذا تراضوا بينهم »[2] ـ على النحو الذي أسلفنا ـ فيوهنه ، أن **منع** المرأة من نكاح من ترضى به وتختاره ، ويرضى هو بها ، وكان كفؤا ـ وهو ما يسمى ـ بالعضل ـذو صور متعددة ، ولا يفهم منه ، بأي دلالة من دلالة العبارة ،أو دلالة الاشارة ، أو غيرهما، أن « **ولاية التزويج شرط في صحة العقد** »[3] أو ان « الاذن » بالتزويج من قبل الولي الخاص ـ دون مباشرته ـ شرط لصحته ، بل كل ما يفيده ، هو تحريم « **المنع** » الذي قد يكون « **منعا حسيا** » ـ ولو باستعمال القوة ـ من الاقدام عليه ابتداء ، لا رفضا ،

---

(١) المرجع السابق .

(٢) البقرة ـ ٢٣٢ .

(٣) بداية المجتهد ـ جـ٢ ص١٠ .

أو نهيا يتصل بمقتضى شرط صحة العقد ، لا من جهة المنطوق ، ولا من ظاهر النص !

وعلى هذا ، فلا صلة لهذا « النهي » في قوله تعالى : « ولا تعضلوهن .. » بموضوع **حكم الولاية في عقد الزواج اصلا** .

على انه ليس ببعيد ، ان يفهم من قوله تعالى . **« ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن »** نقيض ماذهب اليه الجمهور،وهو **لا « حق » للاولياء في الولاية على عقد زواج مولياتهم** ، فيكون النهي هنا ، مناهضة تشريعية حاسمة ، لما كان سائدا من «العرف» الجاهلي الذي كان يخول الاولياء العصبات سلطة التحكم في زواج مولياتهم ومصيرهن ، بحيث يحول الولي بين المرأة وبين الزواج ممن ترضاه وتختاره ، ولو كان كفؤا ، يحول بينهما وفق رغبته، وهواه ، والعرف يؤيده ، دون أن يكون لذلك سبب معقول ، غير الانفة ، والكبر، وأخذ العزة بالاثم ، وقد يجبرها على الزواج ممن تكرهه ، لمصلحة عائدة اليه هو ، لا الى موليته ــ على التحقيق ــ فاقتلع الاسلام هذا «العرف الجائر» من جذوره ، بهذا **التشريع العام** الملزم الذي يتوجه الخطاب فيه الى المسلمين عامة ، بالنهي **ان يكون بينهم «عضل» او «منع»** للنساء ، أن يتزوجن ممن يرغبن في التزوج منه من الرجال ، ويرشح هذا المعنى ، اسناد النكاح اليهن ، لا الى خصوص أوليائهن ، في قوله تعالى : « ولا تعضلوهن **« ان ينكحن »** أزواجهن اذا تراضوا بينهم » والاصل في الاسناد ــ كما أشرنا ــ ان يكون الى الفاعل الحقيقي ، وبذلك استأصل الاسلام ، بهذا التشريع العام الملزم ــ كما اشرنا ــ ما كان **« مألوفا »** في الجاهلية ، أو عرفا مهيمنا سائدا فيما بينهم ، من تحكم الاولياء في مولياتهم ، والحجر عليهن في أن يباشرن عقد زواجهن بأنفسهن ممن يرضونه ويخترنه من الاكفياء ، ويستخلص من هذا أمران :

الاول : ان للمرأة حقا ثابتا شرعا في ان تلي عقد زواجها بنفسها ، تمارسه بمقتضى **اهليتها الكاملة الثابتة لها** ، وبمقتضى خطابات التكاليف العامة ايضا ، ان في العبادات ، أو المعاملات المالية ، وليست **« الانوثة »** مما ينقص هذه الاهلية شرعا ، بدليل اسناد النكاح اليها **« ان ينكحن ازواجهن »** .

ـ واذا ثبت لها ظاهرا هذا الحق كملا ، كان لها أن تأذن به ، أو توكل فيه .

الثاني : ان « المنع » من التزويج تعنتا ، وهو ما يسمى « العضل » يتنافى وقانون « **الاعفاف العام** » الذي أرساه قوله تعالى : « وأنكحوا الايامى منكم »[1] وبدليل أن القرآن الكريم قد أكد جعله عاما ، حيث اوجب ان يشمل بعمومه حتى « **العبيد والإماء** » على السواء ، اذ يقول سبحانه : « وأنكحوا الايامى منكم ، **والصالحين من عبادكم وإمائكم**[1] » .

وتفسير ذلك ، أن « **الاعفاف** » ـ بما هو أصل خلقي وديني عام ، من شأنه أن يطهر المجتمع من اسباب الفساد ، ودواعي الفاحشة ـ لا يتسق وطبيعة هذا الاصل ، ان يكون مقصورا على « الحرائر » وحسب ، فكان هذا مرشحا ، ان يكون الخطاب في قوله تعالى : « ولا تعضلوهن أن ينكحن ازواجهن » موجها الى المسلمين كافة ، ينهاهم جميعا عن أن يكون فيما بينهم عَضْل لنسائهم ، وحجر عليهن ، أن يتزوجن ممن يخترن من الرجال .

غير انه يَرِد على هذا النظر ، ويعكر عليه ، أمران :

الاول : ما أثاره المفسرون من احتمالات في تفسير هذه الآية الكريمة التي تلونا ، من ذلك : الاحتمال الذي أثاره الفخر الرازي في تفسيره ، من ان الخطاب في قوله تعالى : « **ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** » ، موجه الى « **الازواج** » **لا الى المسلمين عامة ، ولا الى خصوص الاولياء** ، وعززوا رأيهم ، بأن هذا يقع كثيرا في الحياة العملية ، وذلك بأن يطلقها زوجها ، ثم يحجر عليها الزواج من غيره ، بما تأخذه العزة بالاثم ، والأنفة ، والكبر ، وقد يكون له من النفوذ ، والجاه ، ما يُقْدِرُه على هذا « المنع » وعلى أن يحول دون أن ترفع أمرها الى القضاء لينصفها ، فتبقى هكذا ، متروكة كالمعلقة ، لا هي ذات زوج ، ولا مطلقة تطليقا حاسما يسمح لها بالتزوج فعلا من حيث المعنى والاثر والواقع .

هذا ، والامام الفخر الرازي ، يدعم هذا الاحتمال بسياق الآية الكريمة نفسها ، وبيان ذلك : أن الخطاب الالهي ، بدءا من صدر الآية الكريمة ، موجه

---

(١) « سورة النور » ، آية (٣٢) .

الى خصوص الازواج،بدليل قوله تعالى: « **واذا طلقتم النساء ، فبلغن اجلهن ، فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن ، اذا تراضوا بينهم** »(١)؛ ومن البيّن،أن مافي حيز الشرط ، خطاب للازواج ، لأن الطلاق لا يتأتى من غيرهم شرعا ، فوجب أن يكون ما في حيز جواب الشرط ، خطابا للازواج أيضا ، أي ان يستمر توجه الخطاب اليهم ، حتى نهاية الآية الكريمة ، في الشرط والجزاء على السواء ، لانها جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء . أما أن يكون الخطاب موجها الى الازواج في صدر الآية ، وموجها الى الاولياء في شطرها الآخر ، فذلك تفكيك للنظم تسمو عنه بلاغة القرآن الكريم ، وأسلوب بيانه المعجز ، فلابد ان يسلكها وحدة الخطاب فيما بين الشرط والجزاء .

هذا ، ولا يرد على هذا النظر من أن الخطاب للازواج من أول الآية ، وحتى منتهاها ، شرطا وجزاء ، لا يرد على هذا النظر ، القول بأنه من الجائز لغة ، ألا يكون الفاعل في الشرط والجزاء ، **واحدا ، اي لا يشترط وحدة الفاعل فيهما** ، لأنا نقول : ان هذا الجواز في التعدد ، مشروط ايضا بألا يكون «الفاعل» في الشرط والجزاء ، ضميرين من جنس واحد ، حتى اذا جاءا ضميرين من جنس واحد ، على ما هو الحال في الآية الكريمة ، فقد انخرم شرط جواز تعدد الفاعل،فوجب حينئذ **ان يكون الفاعل واحدا ، في الشرط والجزاء ، وهو هنا «الازواج» لا خصوص الاولياء ، ولا المسلمون عامة** ، لأن تعدد الفاعل في الشرط والجزاء ، لم يتحقق شرطه ، وهذا نقد علمي وارد على مذهب الجمهور الذين رأوا الخطاب موجها الى الاولياء خاصة ، وهو مما يوقع في الإشكال بين هذه الآية ، وبين غيرها من الآيات التي استدل بها الجمهور .

الثاني : غير أن الاشكال الذي أورده الامام فخر الدين الرازي في تفسيره، من ان الخطاب موجه الى « الازواج » بَدْءاً ونهاية ، أي في الشرط والجزاء ، يعكر عليه « سبب النزول » الذي يلقي ضوءا على المعنى المراد من لآية الكريمة ، ـ كما قدمنا ـ فقدروى البخاري ، وأبو داود ، والترمذي ، وصححه ، عن

---

(١) البقرة ـ ٢٣٢ .

معقل بن يسار[1] ، قال : زوجت أختا لي ، فطلقها زوجها ، حتى اذا انقضت عدتها ، جاء يخطبها ، فقلت له : زوجتك ، وأفرشتك ، وأكرمتك ، فطلقتها ، ثم جئت تخطبها ، لا والله ! لا تعود اليك ابدا ، وكان رجلا لابأس بـه ، وكانت تريد ان ترجع اليه ، فعلم الله حاجته اليها ، وحاجتها اليه ، فأنزل هذه الآيـة الكريمة : « واذا طلقتم النساء .. » فقلت : الآن أفعل يا رسول الله ، قـال : فزوجها ايـاه »[1] .

وهكذا ترى ، أن سبب النزول يشير الى أن الخطاب موجه الى الاولياء ، لان معقل بن يسار ولي شرعي لاخته ، وقد منعها من أن تعود الى زوجها .

وعلى هـذا ، فالادلـة والقرائن ، متعارضـة ، فوقـع الاشـكال بـين سبب النزول ، وأسلوب الآية الكريمة ، ومعلوم انـه لايجمع بين الادلـة الا « التاويل » الذي يرفع هذا الاشكال في الاسلوب ، لينسق بين المعاني ــ وهـو اشكال ظاهري ــ كما ترفع التعارض البادي أيضا ــ وذلك ، بأن يجعل الخطاب عاما الى المسلمين جميعا ، بما يشمل **الازواج ، والاولياء ، وولاة الامور ، وغيرهم** ، وهو تأويل له ما يوجبه ، وله ما يسوغه ايضا .

آ ــ أما ما يوجبه ، فهو الإشكال في الاسلوب ، على ما بينا ، والاشكال لابد من رفعه بالأدلة ، لأنه اشكال ظاهري لا حقيقي ، ولا يرتفع الا بالتأويل المعتمد على الدليل ، من المشرع نفسه .

وأيضا ، ان ما يوجب التأويل ، هذا التعارض الظاهري بين الادلة التـي تسند النكاح الى الاولياء ، تارة ، والى النساء أخرى ، والى عامة المسلمين ، فلابد من «التأويل» جمعا بين هذه الادلة ومقتضياتها .

ب ــ واما ما يسوغه ، فهو **الادلـة** مما نصبه الشارع نفسه ، والتي منها ما ينهض بالاعفاف العام الذي أرساه القرآن الكريم بالآيات الكريمة التي يتجه

---

(١) وهو وليها الشرعي لانه اخوها .
(٢) أسباب النزول ــ للسيوطي ص٤٦ .

الخطاب فيها الى المسلمين عامة ، أو الى أولي الامر في الامة ، خاصة ـ كما اسلفنا ـ اذ بيدهم مقاليد الامور ، فكانوا بذلك أقدر على تحقيقه ، وتنفيذ مضمونه ، وذلك بألا يكون « عضل » للنساء فيما بينهم .

« هذا » ويسوغه ايضا ، الادلة الناهضة بكمال « أهلية المرأة » وان « الانوثة » لم تعهد في الشرع علة أو عاملا في نقص أهليتها ، بدليل توجه « الخطابات الالهية العامة اليها » بالتكليف العام كالرجال ، انْ في العبادات ، أو المعاملات المالية وغيرها ، أو السلوك الشخصي العام ، دون استثناء ، فضلا عن وحدة المسئولية والجزاء ، فكان ذلك مسوغا لوجوب التأويل ، جمعا بين الادلة .

ـ ومما يؤيد هذا النظر أيضا ، ويرد نقدا على الجمهور ، انه لم يثبت أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ كان يتولى انشاء عقد نكاح مَنْ لا ولي له ـ واقعا وعملا ـ في المدينة ـ وهم كثر ـ أو ينصّب من يتولى ذلك ، نيابة عنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ ولو كان هذا واجبا ، أو شرطا في صحة العقد شرعا ـ كما يقول ابن رشد ـ لما توانى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن النهوض به ، أصالة ، أو استنابة ، تنفيذا لحكم الشرع[1] ! لكنه لم يفعل !

هذا ، ولا يحتج على هذا النظر بسبب النزول ، اذ جاء به ـ كما علمت ـ « خبر آحادي » لا يقوى على القضاء على وحدة النظم القرآني من جهة ، ولا على وحدة المعنى المتسق الذي نهضت به الادلة المعتبرة ، بعد الجمع بينها تأويلا ، استخلاصا لمراد الشارع منها ، على ما سيأتي تفصيله في مناقشة الجمهور فيما استدل به من السنة والمعقول .

ب ـ مناقشة ما استدل به الجمهور من السنة :

اولا : يتجه على الجمهور في استدلالهم بحديث : « لا نكاح الا بولي »[2] أنه مختلف في وصله وارساله[3] ، ومعلوم ان الحديث المرسل مختلف

---

(١) بداية المجتهد ـ جـ٢ ص١٠ .
(٢) نيل الاوطار ـ جـ٦ ص١١٨ للشوكاني ـ المطبعة العثمانية المصرية ـ صفر ١٣٥٧ هـ ـ الطبعة الاولى .
(٣) نيل الاوطار ـ جـ٦ ص١١٨ للشوكاني .

في الاحتجاج به ، أو في شروط هذا الاحتجاج ، ولا سيما في مذهب الامام الشافعي ـ وهو من الجمهور ـ غير أن الامام الشوكاني ، قد اشار الى ان ابن حبان ، والحاكم ، قد صححاه ، بل قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وسرد تمام ثلاثين صحابيا[1] .

هذا ، وحكي عن بعض النقلة ، أن ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وعدّ من جملتها ، حديث : « لانكاح الا بولي » ولهذا لم يخرج في الصحيحين[2] .

ووجه استدلال الجمهور بحديث : « لا نكاح الا بولي ، وشاهدي عدل » قد فصلناه سابقا ، ومؤداه بايجاز : أن النفي في قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « لا نكاح » يتوجه الى « الذات الشرعية »[3] التي هي الايجاب والقبول (العقد) ونفي الذات الشرعية ، يعني انتفاء الوجود الشرعي للتصرف ، فيبقى الوجود الحسي (صورة العقد) وهذا لا قيمة له ، ولا اعتبار ، اذ قيمة العقد ـ في نظر الشارع ـ مشروعيته التي تنهض بها أركانه وشروطه ، وقد انتفت ، بسبب انتفاء شرط منها ، وهو مباشرة الولي ، فكان معدوما شرعا ، والمعدوم شرعا ، كالمعدوم حسا ، وهذا هو البطلان ، وهو ما أكده حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ : « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل ، باطل ، باطل » هذا اذا انصبّ النفي على الذات الشرعية للتصرف[4] .

أما اذا اعتبرنا «النفي» منصبا على وصف « الصحة »لا على «الذات» كان العقد «فاسدا» وأنت تعلم ، ان الفساد في عقد الزواج خاصة ، يرادف

---

(١) الحديث مروي عن ابي موسى ، عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ واخرجه ايضا ـ كما جاء في نيل الاوطار ـ ابن حبان والحاكم ، وصححاه ، وذكر له الحاكم طرقا ، قال : « وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : عائشة ، وام سلمة ، وزينب بنت جحش ، وسرد تمام ثلاثين صحابيا ، وقد اختلف في وصله ، وارساله .

(٢) المرجع السابق ـ وراجع البدائع ـ جـ٢ ص٢٤٨ـ٢٤٩ .

(٣) البدائع ـ جـ٢ ص٢٤٨ـ٢٤٩ .

(٤) بداية المجتهد ـ جـ٢ ص٨ وما ليها .

البطلان[1] على الصحيح ، لمكان معنى التعبد فيه ، فلا أثر له قبل الدخول ، ولكن يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، اذا تم الدخول عند بعض الفقهاء ، لاعتبارات تتعلق بحق الحمل ، وحق المرأة ، وحق النسب ، وليس هنا ، مجال بحثها .

هذا ، واذا كان الاصل ، ان الحديث الذي يتعارض فيه الوصل والارسال ، يقدم الوصل ، فيصح الاحتجاج حينئذ بحديث « لا نكاح الا بولي » فيرد على الجمهور في احتجاجهم هذا ، انه مع التسليم بمقتضى هذا الاصل ، غير ان هذا الحديث لا يرقى الا الى مرتبة « **الحَسَن** » نتيجة لهذا التعارض بين الوصل والارسال ، وهو لا يقوى — في نظر الحنفية — على معارضة الحديث الصحيح ، بل المتفق على صحته[2] : « الثيب أحق بنفسها من وليها »[3] .

ويرد على الجمهور أيضا ، أن عائشة التي روت حديث « لا نكاح الا بولي » قد فعلت هي نفسها بخلاف مقتضاه ، حيث زوجت ابنة أخيها (حفصة) وهو غائب في الشام ، واذا تعارض فعل الراوي مع روايته — كما يقول الحنفية — **قدم فعله** ، وهذا أصل مقرر عندهم ، لانه — في نظرهم — يعتبر **عدولا من الراوي عن روايته** ، فيوهن من الاحتجاج به .

ولان عائشة نفسها لم تر في ذلك أمرا باطلا .

هذا ، ومما يدل على أن هذا النكاح صحيح ، أن أخاها عبد الرحمن ، حين حضر من الشام ، أنفذه وامضاه ، فكان صحيحا موقوفا على اذنه ، قبل حضوره ، والعقد الموقوف صحيح في أصله ، غير انه ليس نافذا .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) راجع نيل الاوطار — جـ٦ ص١١٨ للشوكاني — حيث أفرد بابا خاصا ، لحديث : « لا نكاح الا بولي » وبسط القول فيه ، من حيث الاسناد والمضمون — طبع المطبعة العثمانية — الطبعة الاولى — ١٣٥٧ هـ .
— وراجع بداية المجتهد — جـ٢ ص٨—١٠ وما يليها لابن رشد .

(٣) المرجع السابق ، حيث يقول ابن رشد : « واما السنة ، فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته » .

وأما احتجاج الجمهور بحديث : « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل »[1] فيرد عليهم أن الزهري الذي رواه ، قد أنكره فلم يعرفه[2] فضلا عن أنه أعلّ بالارسال[3] .

والظاهر ــ ان ابن رشد ــ قد استند الى أصل مقرر في هذا الشأن ، مفاده : **أن كل حديث مختلف في صحته ، لايجب العمل به** ، يقول ابن رشد في هذا المعنى ما نصه : « والاظهر ، **ان ما لا يتفق على صحته ، انه ليس يجب العمل به** »[4] .

هذا ، ويتجه على الجمهور ، ان المفهوم المخالف للحديث « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل ... » انها لو نكحت نفسها باذن وليها ، فنكاحها صحيح نافذ ، والجمهور ــ كما هو معلوم ــ يقول بحجية مفهوم المخالفة.

وعلى هذا ، فلا دلالة في الحديث ــ بمقتضى مفهوم المخالفة ــ على ان شرط صحة النكاح ، مباشرة الولي نفسه لصيغة عقد زواج موليته ، بل يكتفى باذنه فقط ، على ما يدل عليه مفهومه المخالف ، وهو حجة !

ومفاد هذا ، ان المرأة البالغة العاقلة الراشدة ، اذا باشرت عقد زواجها بنفسها ، كان عقدها صحيحا ، ولكنه موقوف على اذن وليها ، فان أجازه نفذ مستندا الى وقت ابرامه ، كما هو الشأن في كل عقد موقوف ، وان لم يجزه ، بطل ، ومعنى هذا ، انه لابد أن يرضى بالعقد ، كل من المرأة والولي ، فالامر مشترك ، حتى اذا **رضيا به** ، فسواء بعد ذلك ، ان يتولى صيغة العقد بنفسه ، أم تتولاه المرأة بنفسها ، فهذا أمر وراء ذلك ، وهو رأي الامام محمد من الحنفية ، لان المدار على **تراضيهما** كليهما . ، فالامر شورى بينهما .

على ان الزهري الذي روى هذا الحديث ، قد أفتى حين سئل عن الرجل

---

(١) رواه احمد ، والترمذي ، وابن ماجه ، والسيوطي في الجامع الصغير .
(٢) المحلى ــ جـ١١ ص٢٤ لابن حزم ــ بداية المجتهد جـ٢ ص٨ وما يليها .
(٣) نيل الاوطار ــ جـ٦ ص١١٨ وما يليه ، والحديث المرسل قد اختلف في الاحتجاج به ، وما كان كذلك ، لا يجب العمل به .
(٤) البداية ــ جـ٢ ص١٠ لابن رشد .

الـذي يتـزوج بغـير رلـي (أي يعقـد بغـير ولـي المـرأة) فقـال : **ان كان كفؤا لها ، لم يفرق بينهما** »[1] بمعنى ، ان العقـد صحيح نافذ بـدون ولي المرأة ، فالولي ليس شرطا في صحة العقد ، في رأي الزهري ، مع انه مـن رواة حديث «أيما امرأة نكحت نفسها ، **بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل** .. »[2] .

على ان ابن رشد ، قد استخلص هـذا المعنى بالنسبة الى **كل امراة** ، حيث يقـول مـا نصـه :

« ان سلمنا بصحة هذا الحديث[3] ، فليس فيـه الا **اشتراط اذن الولي وانه عام في كل امراة** ، أعنـي المـولى عليهـا ، وان سـلمنا **لمن لها ولي** ، « **ايما امراة ..** » فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها ، أعني ان لا تكـون هـي التـي تلـي العقـد ، بـل **الاظهر منه ، انه اذا اذن الولـي لها ، جاز ان تعقد على نفسها** ، دون ان تشترط في صحة النكاح اشهاد (احضار) الولـي معهـا »[4] .

ثانيا ــ أما استدلالهم بحديث : «لاتزوج المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها ، والزانيـة هـي التـي تزوج نفسـها »[5] وفـي لفـظ آخـر للدارقطني : «**كنا نقول : التي تزوج نفسها هي الزانية**»[4] فان مما يتجه على الجمهور فـي استدلالهم بهـذا الحديث ، أنـه استـدلال ضعيف ، يوهنـه ، أن عبـارة « **ان الزانية هي التي تزوج نفسها** » من كلام أبي هريرة الذي رواه ، وليست من كلام الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ وانما زادها من عنده ، بغية اظهار شدة الاستقباح على مخالفة العرف الصحيح السائد ، وتنفيرا للمرأة نفسها ، ان

---

(١) المحلـى ــ جـ١١ ص٢٥ لابن حزم .
(٢) بداية المجتهد ــ جـ٢ ص١٠ ــ نيل الاوطار ــ جـ٦ ص١١٨ وما يليها .
(٣) حديث « ايما امراة نكحت بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل .. » .
(٤) بداية المجتهد ــ جـ٢ ص١٠ لابن رشد ــ البدائع ــ جـ٢ ص٢٤٨ــ٢٤٩ ــ تفسير الجصاص ــ جـ٢ ص١٠٣ .
(٥) نيل الاوطار ــ جـ٦ ص١١٨ وما يليها ــ سنن ابن ماجه ــ جـ٢ ص٦٠٦ ــ ورواه الدارقطني ــ نيل الأوطار ــ جـ٦ ص١١٩ .

تستبد بعقد زواجها ، دون اذن وليها ، واستطلاع رأيه في امر زواجها ، على ما هو المتعارف ،فضلا عن أن استقلالها في ذلك ، واستبدادها به ، مما ينسبها الى الوقاحة عادة ، أو التجرد عن فطرة الحياء أو الخفر التي فطرت عليها المرأة ، فالعرف السائد هو مصدر هذا الاستقباح ، لا الشرع ، بدليل رواية الحديث بلفظ آخر عند الدارقطني : « كنا نقول .. » فهو عرف قولي لا شرع سماوي ، ومخالفة العرف تستوجب الكراهة لا البطلان .

هذا ، وعلى فرض ان هذه العبارة مرفوعة الى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ فانما تدل على «استقباح» أن تستبد المرأة بمباشرة عقد زواجها بنفسها ، وهو أدب من الآداب الاسلامية ، بل قد وردت آثار كثيرة من الصحابة بهذا المعنى .

وأيضا ، مما يدل على عدم اتساق معنى هذا الحديث ، ان التي تباشر عقد زواجها بنفسها ، لا تعد زانية بالاجماع ! بل العقد يغدو فاسدا ، لا باطلا ، وفساد العقد يستوجب التفريق ، قبل الحمل أو الولادة ، كما هو معروف ، ولا أثر له كالباطل ، واما بعد الدخول ، فيستوجب المهر والعدة[1] .

وخلاصة ما يفيده الحديث ، هو استقباح أن تخرج المرأة على العرف الصحيح ، وتنفيرها من أن تغشى مجالس الرجال ، حياء ، وخفرا ، مما تقتضيه فطرة أنوثتها ، وكراهة ان تستبد بعقد زواجها ، دون اذن وليها ، وليس فيه ما يدل على بطلان نكاحها فيما لو باشرته بنفسها ، وباذن وليها ، أو رضيت به وباشره وليها ، لحصول تراضيهما ، فيصح .

ج ـ مناقشة ادلة الجمهور من المعقول ،

ـ اما ادلة الجمهور من المعقول ، فيتجه عليهم فيها ، ان عقد الزواج قد شرعه الاسلام سبيلا الى تحقيق المصالح الاجتماعية والانسانية ، فضلا عن ان فيه تلبية لنداء الفطرة ، وهو أمثل طريق لبقاء النوع ، بما يتفق وكرامة الانسان ، اذ به تحفظ الانساب ، حتى لا ينقطع تعهد الآباء بالابناء ، والاسرة الكريمة هي التي يترعرع فيها القادة ، والزعماء ، والمفكرون ، والساسة ، والمصلحون ،

---

(١) المراجع السابقة .

فليس شيء من الضرر بالذي يلحق أحدا من الزوجين ، وانما فيه التزامات ، وشروط ، من شأنها أن تؤمن الوصول الى تحقيق أغراضه ، والحكمة من تشريعه، ومن ذلك رضا المرأة ، ورضا وليها ، باعتبار ان عقد الزواج ليس مجرد عقد بين فردين ، بل الاسرة التي تنشأ عنه ممتدة ، لا قاصرة ، لانه يدخل في اسرة الزوجة رجل غريب عنها ، هو صهر لها ، فلابد ان يكون للولي رأي فيه ، حتى يتم الانسجام والتآلف بين آفراد الاسرتين جميعا ، وتظفر الاسرة الجديدة الناشئة بالنجاح في استمرارها ، وقطف جنّي ثمراتها ، وتلك مصلحة اجتماعية تقع في اعتبار الشارع موقع التقدير !

ثانيا : ادلة الحنفية ، ومناقشتها :

قدمنا آنفا ، ان الحنفية بوجه عام ، قد أثبتوا للمرأة البالغة العاقلة ، « **الحق** » في أن تتولى عقد زواجها بنفسها أصالة ، وان تتولى ايضا عقد زواج غيرها ، وكالة ، بموجب أهليتها الكاملة .

غير انه يشترط ــ اذا كان لها ولي عاصب على قيد الحياة ــ ان يكون الزوج كفؤا ، وان يكون مهرها مهر المثل ، لان «كفاءة» الزوج ، من حق الولي ، وحق المرأة على السواء ، حتى اذا نزلت هي عن حقها ، بقي حق الولي ، وذلك ، تفاديا من دخول رجل في الاسرة ليس كفؤا لها .

وعلى هذا ، فاذا عقدت نكاحها بنفسها ، مستبدة به ، فالعقد صحيح ، ونافذ ، ولكنه **غير لازم** ، اذ للولي أن يعترض على هذا الزواج ، وان يطلب من القضاء فسخه ، لعدم توفر كفاءة الزوج ، شريطة الا تكون الزوجة قد حملت ، أو وضعت حملها ، فيسقط حقه عندئذ ، حفاظا على حق الولد ، وهو أقوى من حق الولي في الكفاءة ، غير أنه يستحب للمرأة ان تأخذ رأي وليها ابتداء فيمن اختارته لها زوجا .

أما اذا لم يكن لها ولي ، وزوجت نفسها على استقلال ، متفردة به ، فالعقد صحيح ، نافذ ، ولازم ، **ولو كان الزوج غير كفء ، لانها نزلت عن حقها في**

الكفاءة باختيارها ، ومن ملك حقا،جاز له أن ينزل عنه برضاه ، والفرض أن° ليس لها من ولي يطالب بحقه في هذه الكفاءة ، فيسقط .

هذا ، والضرر الذي كان متوقعا ان يلحق الولي ، لا يتصور ـ في هذه الحال ـ وقوعه ، لموته ، أو عدم وجوده !

على أن الفتوى والعمل في المذهب الحنفي برواية الحسن عن أبي حنيفة ، ومفادها : أن المرأة البالغة العاقلة ، اذا زوجت نفسها ، وكان لها ولي لم يأذن به ، ان « **العقد فاسد** » يستوجب الفسخ ، وليس «موقوفا» على اذن الولي ، بل لو أذن به الولي بعد ان ابرمته المرأة بنفسها ، **لا ينقلب صحيحا ، لان العقد الفاسد ، لا تلحقه الاجازة** ، بل يجب فسخه ، بمقتضى النظام الشرعي العام[٢] ، ليحول دون استبداد المرأة بعقد الزواج .

هذه هي رواية الحسن عن أبي حنيفة ، والمعمول بها ، والتي عليها الفتوى. غير أنا أشرنا ، الى ان الامام محمد ، ذهب الى أن هذا العقد « **موقوف** » لا فاسدة ، حتى اذا أذن الولي ، وأجاز ، ولو اجازة لاحقة بعد ابرام المرأة للعقد ، كان صحيحا نافذا ولازما ، فالولاية في عقد الزواج في اجتهاده « **ولاية شركة** » **لابد فيه من رضى المرأة** ، ورضى الولي ، معا ، فلا يستقل احدهما بابرام العقد ، دون اذن الآخر ، حتى اذا تراضيا على الزواج ، فليتول انشاء العقد حينئذ من يتولاه[٣] .

وعلى هذا ، فان للمرأة حقها في ابرام عقد زواجها ، ورضاها به ، غير أن هذا الحق ، مشروط بشروط ، حفاظا على حق الاولياء ، وضمانا لاستقامة امر الاسرة ، واستمرارها ، فالجانب الاجتماعي ـ كما ترى ـ مراعى في هذا العقد الخطير الشأن .

---

(١) البحر الرائق ـ جـ٣ ص١٣٩ ـ الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية ـ ص ٢٠٦ للاستاذ زكي الدين شعبان ـ طبع النهضة العربية ١٩٦٧ .
(٢) البحر الرائق ـ جـ٣ ص ١٣٩ ـ المبسوط ـ جـ٥ ص ١٢ ـ الاحكام الشرعية ـ ص٢٧٠ ـ زكي الدين شعبان .
(٣) فتح القدير ـ جـ٢ ص٤١٢ للكمال .

ونورد فيما يلي أدلتهم ، ومناقشة هذه الادلة أصوليا ، بحثا عن الحقيقة ، وتجليـة لهـا .

استدل الحنفية على مذهبهم بالكتاب والسنة ، والمعقول .

أ ـ ادلة الحنفية من الكتاب

آ ـ اما القرآن الكريم ، فقد استدلوا بقوله تعالى : « فان طلقها ، فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجا غيره »[1] هذا في المطلقة ثلاثا اذا أرادت العودة الى زوجها الاول .

ووجه الاستدلال ، أن القرآن الكريم ، قد أسند النكاح الى المرأة « فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجا غيره »[2] والاصل في الاسناد ، أن يكون الى الفاعل الحقيقي ، وهو هنا المرأة المسند اليها ، فدل هذا على ان للمـرأة الحق أن تتولى عقد النكاح ، وان ذلك جائز ، لانه جعل غاية للحرمة ، ورافعـا لها ، ولو لم يكن ذلك جائزا ، لما كان له هذا الاثر في انهاء الحرمة ورفعها .

ب ـ وبقوله تعالى : « **فلا جناح عليهما ، ان يتراجعا** »[3] .

ووجه الاستدلال ، أن «التراجع» هنا بمعنى « **التناكح** » وقد اضافه اليهما ، والاصل في الاضافة ان تكون الى الفاعل الحقيقي ـ كما ذكرنا ـ وهو هنـا الزوج وزوجته ، فدل ذلك على ان النكاح يجوز ان تتولى انشاءه وعقـده ، المرأة ، كالرجل ، سواء بسواء ، لان الآية الكريمة ـ كما ذكرنا ـ قد اضافته اليهما ، فيجوز أن يقوما بابرامه ، بل اسند القرآن الكريم فعل النكاح اليهـن على الخصوص ، من مثل :

ـ قوله تعالـى : « فـاذا بلغـن أجلهـن ، فلا جنـاح عليكـم فيمـا **فعلن في انفسهن بالمعروف** »[4] .

ـ وقوله تعالى : « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن »[5] .

---

(1) البقـرة ـ ٢٣٠ .
(2) البقـرة ـ ٢٣٠ .
(3) البقـرة ـ ٢٣٤ .
(4) البقـرة ـ ٢٣٧ .

هذه الآيات الكريمة ـ كما ترى ـ قد اسندت النكاح الى المرأة نفسها ، دون وليها ، بل ان آية (العضل) ـ وهو المنع من تزويج المرأة ـ قد نهت الاولياء عن أن يمنعوا المولى عليهن من أن يتزوجن بمن يخترنهم من الرجال ، ويتراضين فيما بينهم .

على أن آية «العضل» تحتمل أن لا يكون للاولياء سلطة أو ولاية اصلا على النساء في أمر زواجهن ، مناهضة لما كان عليه الامر في الجاهلية ، من استبداد الاولياء وتحكمهم في شأن النساء اللاتي كن يخضعن لولايتهم[1] ، كما أسلفنا .

مناقشة أدلة الحنفية من القرآن الكريم

يَرِد على الحنفية في استدلالهم بالآيات الكريمة التي يفيد ظاهرها اسناد النكاح الى النساء ، ان آيات أخرى ، قد اسندت النكاح ايضا الى الاولياء ، ولا دليل يرجح أحدهما على الآخر . هذا ، وان المقصد الشرعي من الآية الكريمة ينبغي أن يُحكَّم في تفسيرها ، ففي قوله تعالى : « فلا جناح عليهما ان يتراجعا » المقصد الشرعي ، هو انهاء الحرمة التي ثبتت بالطلاق الثلاث ، وليس المقصد منها ، اسناد النكاح اليهما ، اذ لم تتجه الآية الى هذا المعنى ، ولم تَسَق له عبارتها .

وعلى هذا ، فارادة الشارع من منطوق الآية ، انها اذا تزوجت زوجا غيره بعد الطلاق الثلاث ، فلا تثريب عليهما أن يتزوجا من جديد ، بعقد جديد ، وهذا لا يفيد بعبارة النص ، ان للمرأة حقا في ان تتولى صيغة عقد النكاح بنفسها ، لان هذا موضوع آخر ، له أدلته من الكتاب والسنة ، وردت فيه على الخصوص . وايضا ، يحتمل ان يراد بقوله تعالى « ان يتراجعا » أي الطرفان ، طرف الزوج الاول ، وطرف المرأة ، وهو وليها بعد اذنها في ذلك .

ـ أما استدلال الحنفية ، بقوله تعالى : « فلا جناح عليكم ، فيما فعلن في

---

(١) بداية المجتهد ـ جـ٢ ص٨ـ١١ .

(٢) احكام الاسرة ـ هامش ص٢٦٢ ـ الشيخ مصطفى شلبي ـ مطبعة دار النهضة العربية ـ بيروت ١٩٧٧ ـ الطبعة الثانية .

أنفسهن بالمعروف »[1] فلا يفيد ان للمرأة ان تستبد بعقد زواجها ، من غير ولي ، لان كلمة « المعروف » تشير الى ان المرأة يجب ان تستأذن وليها ، لان هذا هو الامر المعروف ، فتتلاقى ارادتاهما في العقد .

هذا ، وقوله تعالى : « فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف »[1] أي لا تثريب عليهن في اختيارهن للازواج الذين يرضونهم ، تفاديا لتحكم الاولياء في أمر زواجهن ، واكراههن على تزويجهن بمن لا يرضونه ، وليس في هذا ما يدل على عدم استبداد الولي في اختيار الزوج ، أو في عقد الزواج .

فتلخص ، ان ليس ثمة من نص قاطع من القرآن الكريم ، يفيد ثبوت حق المراة في مباشرة عقد زواجها : على استقلال ، استبدادا به ، من دون اذن وليها ، ولا للولي حق ابرام عقد زواج موليته ، على استقلال واستبداد به ، من دون اذنها ، وانما الحق بينهما مشترك ، ولابد لصحة العقد من تراضيهما .

ادلة الحنفية من السنة ، ومناقشتها

آ ــ استدل الحنفية من السنة ، بما رواه الجماعة ، الا البخاري ، بقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن ، واذنها صماتها[2] .

وفي رواية : « الايم أحق بنفسها من وليها »[3] .

وفي رواية ثالثة : « ليس للولي مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر ، وأمرها اقرارها »[4] .

ب ــ واستدلوا ايضا ، بقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : « لا تنكح الايم ، حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا يا رسول الله ! وكيف

---

(١) البقرة ــ ٢٣٤ .
(٢) نيل الاوطار ــ جـ٦ ص١١٩ وما يليها للشوكاني .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المرجع السابق .

اذنها ، قال أن تسكت »[1] .

جـ ـ وبما روي عن عائشة قالت : قلت يا رسول الله ، تستأمر النساء في أبضاعهن ؟ قال : نعم ! قلت ان البكر تستأمر ، فتستحي ، فتسكت ، قال : سكاتها اذنها »[2] .

د ـ واستدلوا بما روي عن ابن عباس : « ان جارية بكرا ، أتت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فذكرت أن أباها زوجها ، وهي كارهة ، فخيرها النبي ـ صلى الله عليه وسلم[3] .

وفي رواية ابن ماجة أنه « جاءت فتاة الى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت : ان أبي زوجني ابن أخيه ، ليرفع بي خسيسته ، قال : فجعل الامر اليها ، فقالت : أجزت ما صنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء ، أن ليس للآباء من الامر شيء »[4] .

هذه جملة ما عثرنا عليه من الادلة من وجوب استئذان البكر ، عند الحنفية . هذا ، ووجه استدلالهم بحديث : « الأيم احق بنفسها من وليها » أنه جعل للولي حقا ، ولكن الايم أحق منه ، ولما كان حق الولي مقصورا على مباشرة عقد النكاح ، كانت الايم ـ من لا زوج لها ، بكرا كانت أم ثيبا ـ أحق منه في ذلك .

ويتجه على الحنفية في هذا الاستدلال ، أن المراد بالأيم في الحديث ، هي الثيب ، بدليل مقارنتها بالبكر ، في الشطر الثاني من الحديث ، ويكون معناه ، ان الثيب لا تمنع من الزواج بمن اختارته ، زوجا ، وليس للولي ولاية اجبار

---

(١) المرجع السابق ـ رواه الجماعة عن ابي هريرة .
ـ الأيم لغة هي المراة التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ـ او هي المراة التي فارقها زوجها بطلاق او موت ، بكرا كانت ام ثيبا .

(٢) نيل الاوطار ـ جـ٦ ص١١٩ وما يليها ـ والحديث متفق عليه .

(٣) المرجع السابق ـ ورواه احمد ، وابو داود ، وابن ماجه ، والدارقطني .

(٤) نيل الاوطار ـ جـ٦ ص١١٩ وما يليها .

عليها ، اذا رفضت ، وليس هذا مما نحن فيه ، لان البحث في موضوع المرأة ، هل لها ان تستبد بعقد زواجها ، من دون اذن الولي ؟ .

وبامعان النظر في منطوق الحديث ، يتبين انه يميز بين الثيب والبكر ، في الوسيلة التي تعبر كل منهما ، عن رضاها ، فلابد من التصريح بالنسبة الى الثيب ، ويكتفى بالسكوت أو الصمت ، بالنسبة الى البكر ، لخفرها وحيائها ، وهذا شيء وراء استبداد المرأة البالغة العاقلة ، بانشاء عقد زواجها ، كما ترى .

نعم ، يفيد انه لابد من أخذ رضاء كل منهما ، وهذا ما نقول به ، ولا تنكره.

وأما استدلالهم بحديث : « ليس للولي مع الثيب أمر » لا يعني انه ليس له شأن في التزويج ، بل ليس له اجبار موليته على الزواج بمن لاترضاه .

واما حديث ابن عباس ، في روايتيه ، فليس من معناه ، ولا من مقتضاه ، ان المرأة تستبد بعقد زواجها ، دون وليها ، بل جل ما يدل عليه ، أنْ ليس للولي اكراه موليته على الزواج بمن تكره ، اذ لابد من اخذ رأيها فيه ، لانها ستعيش معه طوال عمرها ، وهذا لا يتصل بموضوعنا الذي هو استبداد المرأة بعقد زواجها .

هذا ، ومعنى الاستئمار والاستئذان فيما استدل به الحنفية ، لا يخرج عن نطاق وجوب رضا المرأة في الزواج لا ان تستقل به .

جـ ـ استدلال الحنفية بالمعقول : على انها اذ تقوم بانشاء عقد زواجها ، فانما تتصرف في خالص حقها ، وهو ما تقتضيه قواعد الاهلية الكاملة الثابتة للمراة شرعا ، كما تتصرف في اموالها ، على استقلال ، ولا يعترض عليها احد ، لانه خالص حقها ، قياسا ، وليست ((الانوثة)) ـ في الشرع ـ عاملا مؤثرا في نقص الاهلية ، حتى يكون للولي ، ولاية الاجبار ، والاستبداد ، عليها .

نعم ! اذا أساءت التصرف فيما منحت من حق الولاية على نفسها ، فاختارت زوجا غير كفء ، وانشأت عقد زواجها به ، من دون اذن الولي ، ولا مباشرته

العقد ، كان له حق الاعتراض على هذا الزواج ، دفعا للمضرة عن الاسرة ، فيطالب بحق الفسخ ، قبل الحمل ، وقبل الولادة ، كما ذكرنا ، رعاية لحق الطفل .

ويتجه على الحنفية في هذا الوجه من الاستدلال ، انه مع التسليم بكمال الاهلية ، لكن المرأة غالبا ، بحكم وضعها الشرعي ، قليلة الاختلاط بالرجال ، فتعوزها الخبرة ، فكان لابد من أخذ اذن الولي ، واستطلاع رأيه ، جبرا لهذا النقص .

ثم هي ـ الى ذلك ـ مشبوبة العاطفة ، بحكم غريزة الامومة فيها ، ولذا كانت سريعة الاغترار ، فكان لابد من اخذ رضا الاولياء بالعقد ، تجنبا من الوقوع في التغرير ، استغلالا لعاطفتها ، ولا سيما ان نفوس النساء طوامح الى الرجال ، فتأمينا لمصلحتها ، واقامة لبنيان الاسرة على أسس مكينة ، كان لابد من استئذان الولي ، حتى يكون اذنه ، شرطا لصحة عقد الزواج ، ولابد من اذنها أيضا ، ليتم عن رضاها بالزوج الذي ستعيش معه ، طوال عمرها ، وبذلك نوفق بين الادلة التي احتج بها كل فريق .

انتهى الكتاب ، والحمد لله أولا وآخرا .

* * *


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

المصادر والمراجع

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

التفسير

جامع البيان في تفسير القرآن ـ الطبري

احكام القرآن ـ لابن العربي

المنار محمد رشيد رضا

الحديث

نيل الاوطار ـ شرح منتقى الاخبار	الشوكاني	الطبعة الاخيرة ـ مصطفى البابي ـ القاهرة ـ بدون تاريخ
سنن البيهقي	البيهقي	مؤسسة الحلبي ـ ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٨ م ـ القاهرة
نصب الراية لاحاديث الهداية	الزيلعي	الطبعة الثانية ـ المكتب الاسلامي ـ ١٣٩٣ هـ ـ بيروت
شرح صحيح مسلم	النووي	تصوير دار احياء التراث العربي ـ بيروت
فتح الباري ـ شرح صحيح البخاري	ابن حجر	المكتبة السلفية ـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ـ تصوير بيروت
جامع الاصول	ابن الاثير	مطبعة الملاح ـ ١٣٩٣ هـ ـ ١٩٧٣ م
سبل السلام	الصنعاني	الطبعة الاخيرة ـ مصطفى البابي ـ ١٣٧٩ هـ ـ ١٩٦٠ م
كنز العمال	علاءالدين الهندي	طبع مكتبة التراث الاسلامي ـ ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١ م

الفقــه الحنفي

فتح القدير ـ شرح الهداية	الكمال بن الهمام	المطبعة الاميرية ـ ١٣١٦ هـ
بدائع الصنائع	الكاساني	الطبعة الثانية ـ ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م
تبيين الحقائق ـ شرح كنز الدقائق	الزيلعي	الطبعة الاولى ـ بولاق ـ ١٣١٣ ـ ١٣١٥ هـ
المبسوط ـ شرح الكافي	السرخسي	مطبعة السعادة ـ ١٣٢٤ ـ ١٣٣١هـ
الهدايـة	المرغيناني	مطبعة مصطفى البابي الحلبـي ـ ١٣٥٥ ـ ١٣٥٦ هـ
الاشباه والنظائر وحاشية الحموي	ابن نجيم	الآستانة ـ ١٢٩٠ هـ
مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر	شيخ زاده	الآستانة ـ ١٣٠ هـ
الدر المنتقى شـرح الملتقى، هامش مجمع الانهر	الحصكفي	الآستانة ـ ١٣٠ هـ
مختصر الطحاوي	الطحاوي	مطبعة دار الكتاب العربي ـ القاهرة ١٣٧٠ هـ
البحر الرائق شرح كنز الدقائق	ابن نجيم	مطبعة الحلبي ـ ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٨م
الاختيار لتعليل المختار	الموصلي	مطبعة صبيح ـ مصر
رد المحتار على الدر المختار	ابن عابدين	مطبعة عيسى البابي ـ الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٩ م
درر الحكام شرح مجلة الاحكام	علي حيدر ترجمة الحسيني	منشورات مكتبة النهضة ـ بيروت
الفتاوى الهندية (العالمكيرية)	علماء الهند	المطبعة الاميرية
الفتاوى الانقروية		المطبعة الاميرية ـ بولاق
الفتاوى البزازية	الكردري	المطبعة الاميرية ـ بولاق
رسائل ابن عابدين	ابن عابدين	تصوير بيروت

الفقــه المالكي

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير	لسيد أحمد الدردير	طبع دار احياء الكتب العربية ـ مطبعة عيسى البابي ـ القاهرة
مواهب الجليل لشرح مختصر سيدي خليل	الحطاب	مطبعة السعادة ١٣٢٨ ـ ١٣٢٩ هـ القاهرة
شرح حدود ابن عرفة	الرصاع التونسي	الطبعة الاولى ـ تونس ـ ١٣٥٠ هـ
تبصرة الحكام	ابن فرحون	مطبعة مصطفى البابي ـ ١٣٧٨ هـ ـ ١٩٥٨ م
القوانين الفقهية	ابن جزىء	طبع تونس
المنتقى شرح موطأ الامام مالك	الباجي	تصوير دار الكتاب العربي
الزرقاني على موطأ الامام مالك	الزرقاني	طبع المكتبة التجارية الكبرى ـ ١٣٩١ هـ ـ ١٩٧١ م
بداية المجتهد	ابن رشد	الطبعة الاولى ـ شركة المطبوعات العربية
الفواكه الدواني على رسالة ابي زيد القيرواني	احمد بن غنيم	مطبعة مصطفى البابي ـ ١٩٧٤ هـ ـ ١٩٥٥ م
المدونة الكبرى (رواية سحنون)	الامام مالك	طبع مكتبة المثنى ـ بغداد ١٩٧٠ م
المقدمات الممهدات	ابن رشد (الجد)	مطبعة السعادة ـ ١٣٢٥ هـ القاهرة
التيسير في احكام التسعير	المجيلدي	تحقيق موسى لقبال ـ طبع الجزائر

الفقــه الشافعي

تحفة المحتاج	ابن حجر الهيثمي	المطبعة الميمنية ـ ١٣١٥ هـ القاهرة
الام	الشافعي	تصوير دار المعرفة ـ بيروت
مغني المحتاج	الشربيني	تصوير دار احياء التراث العربي ـ بيروت

الحـاوي	الماوردي	مخطوط ـ فقه شافعي (٢٤٠٧٢)
الوجيـز	الغزالي	مطبعة الآداب والمؤيد ـ ١٣١٧ هـ
نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي	الرملي	مطبعة البابي الحلبي ـ ١٣٥٧ هـ ـ ١٩٣٨ م
الاحكام السلطانية	الماوردي	الطبعة الاولى ـ مطبعة السعادة ـ القاهرة ـ ١٣٢٧هـ ـ ١٩٠٩ م
الاشباه والنظائر	السيوطي	الطبعة الاخيرة ـ مصطفى البابي الحلبي ـ ١٣٥٦هـ ـ ١٩٣٨ م
المجموع شرح المهذب	النووي	مطبعة الارشاد ـ جدة ـ تحقيق واكمال محمد نجيب المطيعي
المهـذب	الشيرازي	مطبعة عيسى البابي الحلبي ـ مصر ١٩٥٩ م
الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع	الشربيني	تصوير دار المعرفة ـ بيروت
نهاية الرتبة في طلب الحسبة	الشيزري	تحقيق الدكتور الباز العريني ـ الثقافة ـ بيروت ـ ١٩٦٩ م
الجمل على شرح المنهج	سليمان الجمل	تصوير دار احياء التراث العربي ـ بيروت
احياء علوم الدين	الغزالي	تصوير دار المعرفة ـ بيروت
الزواجـر	ابن حجر	تصوير بيروت
معالم القربة		طبع الهيئة العامة المصرية للكتاب ـ تحقيق د. محمد شعبان
	لابي عبيد	تحقيق محمد ليل هراس ـ مكتبة الكليات الازهرية

الفقـه الحنبلي

اعلام الموقعين	ابن قيم الجوزية	تحقيق محمد محيي الديـن عبـد الحميد ـ مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤ هـ ـ ١٩٥٥ م

المبدع في شرح المقنع	ابن مفلح	طبع المكتب الاسلامي ـ ١٣٩٤ هـ ـ ١٩٧٤ م
الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف	للمرداوي	تحقيق محمد حامد الفقي ـ الطبعة الاولى ـ مطبعة السنة المحمدية القاهرة
زاد المعاد	ابن القيم	مطبعة مصطفى البابي ١٣٩٠ هـ ـ ١٩٧٠ م
الفتاوى الكبرى	ابن تيمية	تصوير دار المعرفة ـ بيروت
كشاف القناع	البهوتي	نشر مكتبة النصر الحديثة ـ الرياض
المغني مع الشرح الكبير	ابن قدامة	تصوير دار الكتاب العربي ـ بيروت
جامع العلوم والحكم	ابن رجب	الطبعة الثالثة ـ مصطفى البابي ـ ١٣٨٢ هـ ـ ١٩٦٢ م
السياسة الشرعية	ابن تيمية	مكتبة انصار السنة المحمدية ١٣٨١ ـ ١٩٦١
الحسبة	ابن تيمية	مكتبة انصار السنة المحمدية ـ ١٣٨١ هـ ـ ١٩٦١ م
الطرق الحكمية	ابن القيم	المؤسسة العربية للطباعة والنشر ـ راجعه وصححه أحمد العسكري ١٣٨٠ هـ ـ ١٩٦١ م

الفقه الزيدي

البحر الزخار	احمد بن يحيى المرتضى	مؤسسة الرسالة ـ بيروت
الروضة الندية شرح الدرر البهية	صديق خان	المطبعة السلفية
الروض النضير	للسياغي	الطبعة الثانية ـ مطبعة المؤيد ـ الطائف ـ ١٢٢١ هـ
التاج المذهب لاحكام المذهب	احمد بن قاسم الصنعاني	مطبعة عيسى البابي ـ ١٣٦٦ هـ ـ ١٩٤٧ م

الفقــه الظاهري

المحلـى	ابن حزم	منشورات المكتب التجاري ـ بيروت (مصوّر)

الفقــه الامامي

المختصر النافع	ابوالقاسم جعفر الحلّي	مطبعــة وزارة الاوقاف ـ الطبعــة الثانية ١٣٧٧ هـ ـ القاهرة

الفقــه الاباضي

شرح النيــل		محمد بن طفيش مطبعة السلفية ـ ١٣٤٣هـ القاهرة

اصول الفقــه

الموافقات في أصول أصول الشريعة	الشاطبي	طبــع المكتبة التجاريــة الكبرى ـ مصطفى محمد ـ مع شرح الشيخ عبد الله دراز
الاعتصــام	الشاطبي	طبــع المكتبة التجاريــة الكبرى ـ مصطفى محمد ـ بدون تاريخ
التوضيح على التنقيح بحاشيةالتلويح		مطبعة صبيح ـ بدون تاريخ
الإحكام في أصول الأحكام	للآمدي	مطبعة صبيح ـ ١٣٧٨ هـ ١٩٥٨م
سلم الوصول شرح نهايــة الســول شرح منهاج الاصول	الشيخ بخيت	طبع جمعية نشر الكتب العربيــة ـ ١٣٤٣ هـ ـ القاهرة

الرسالة	الشافعي	تحقيق أحمد محمد شاكر ـ الطبعة الاولى ـ مطبعة مصطفى البابي ـ ١٣٥٨ هـ ـ ١٩٤٠ م
قواعد الاحكام	للعز بن عبد السلام	مكتبة الكليات الازهرية ـ ١٣٨٨ هـ ـ ١٩٦٨ م ـ القاهرة
القواعد	ابن رجب	مكتبة الخانجي ـ ١٣٥٢هـ ـ ١٩٣٣م
كشف الاسرار ، شرح اصول فخر الاسلام البزدوي	عبد العزيز البخاري	مطبعة الصنايع ـ الآستانة ١٣٠٧هـ
مسلّم الثبوت مع شرح فواتح الرحموت	ابن عبد الشكور	طبع بولاق ـ مصر ١٣٢٢ هـ
الفروق	القرافي	طبع دار احياء الكتب العربية ـ ١٣٤٤ هـ ـ القاهرة
المستصفى مع سلم الثبوت	الغزالي	طبع بولاق ـ مصر ـ ١٣٢٢ هـ
شفاء الغليل	الغزالي	تحقيق حمد الكبيسي ـ مطبعة الارشاد ـ بغداد ـ ١٣٩٠ هـ ـ ١٩٧١ م
شرح الاصول الخمسة	القاضي عبد الجبار	تحقيق الدكتور عبد الكريم عثمان
تنقيح الفصول	القرافي	

المراجع الحديثة
في
الفقه الاسلامي واصوله

احكام المعاملات الشرعية	علي الخفيف
الملكية ونظرية العقد	محمد ابو زهرة
الملكية في الشريعة الاسلامية	علي الخفيف
الملكية في الشريعة الاسلامية	عبد السلام العبادي

ابو حنيفة	محمد ابو زهرة
مالك	محمد ابو زهرة
ابن حنبل	محمد ابو زهرة
الشافعي	محمد ابو زهرة
الوقف والوصية	محمد مصطفى شلبي
الحسبة	ابرهيم الشهاوي
الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده	فتحي الدريني
نظرية التعسف في استعمال الحق	فتحي الدريني
المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي	فتحي الدريني
أصول التشريع الإسلامي	فتحي الدريني
حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن (مع فئة من العلماء)	فتحي الدريني
فقه القرآن والسنة	محمود شلتوت
الاسلام عقيدة وشريعة	محمود شلتوت
من توجيهات الاسلام	محمود شلتوت
مقارنة المذاهب	محمود شلتوت
التسعير الجبري	بشرى الشوربجي
الفتيا	سليمان الاشقر
اسباب اختلاف الفقهاء	علي الخفيف
اسباب اختلاف الفقهاء	عبد الله بن تركي
مقاصد الشريعة	الطاهر بن عاشور
نظرية المصلحة	الدكتور حسين حامد
السياسة الشرعية	عبد الرحمن تاج
المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقاء
مصادر الحق في الفقه الاسلامي	عبد الرزاق السنهوري
الاسلام واوضاعنا الاقتصادية	محمد الغزالي
التصرف الانفرادي	علي الخفيف
فتاوى شرعية	حسنين مخلوف

المدخل الى نظرية الالتزام	مصطفى الزرقاء
الحق والذمة	علي الخفيف
الميراث المقارن	عبد الكريم الكشكي
التعزير	عبد العزيز عامر
الاحوال الشخصية	عبد الرحمن الصابوني
محاضرات في الفقه المقارن	محمد سعيد البوطي
الفتاوى الواضحة	محمد باقر الصدر
نظرية الشروط المقترنة بالعقد	زكي الدين شعبان
منهج عمر بن الخطاب في التشريع الاسلامي	محمد البلتاجي

المعاجم

لسان العرب	ابن منظور
القاموس المحيط	الفيروز ابادي
المصباح المنير	الفيومي
مختار الصحاح	الرازي
اساس البلاغة	الزمخشري
النهاية في غريب الحديث	ابن الاثير

Damascus University

المصـــادر والمراجـــع

للبحوث المزيدة في الطبعة الثانية

- المسوى شرح الموطأ (فقه مالكي) للامام ولي الدين الدهلوي
  طبع دار الكتب العلمية ـ بيروت
- اللمعة الدمشقية بشرح الروضة الندية الشهيد العاملي
  (فقه امامي)
- شرح المقنع (فقه حنبلي) ابن قدامة
- النهاية في مجرد الفقه والفتاوى (فقه امامي) للطوسي
  طبع دار الكتاب العربي ـ بيروت
- تحرير الوسيلة (فقه امامي) للامام الخميني
- الفقه على المذاهب الاربعة (قسم المعاملات عبد الرحمن الجزيري
  ج ٢)
  طبع المكتبة التجارية الكبرى ـ القاهرة
- فقه السنة الشيخ سيد سابق
  طبع دار الكتاب العربي ـ بيروت
- الفقه الاسلامي . الدكتور محمد فوزي فيض الله
- شرح المقنع ابن قدامة المقدسي (الحنبلي)
- حكم اللحوم المستوردة الدكتور محمد عبدالقادر أبو فارس
- الطريقة الاسلامية في ذبح الحيوانات الدكتور غلام مصطفى خان
  للطعام ـ مترجم

- اللباب شرح الكتاب — عبد الغني الغنيمي الميداني الدمشقي
  طبع المكتبة العلمية ـ بيروت
- تفسير القرآن الكريم — الشيخ محمود شلتوت
- الجامع لاحكام القرآن — للقرطبي
  طبع دار الكتاب العربي ـ بيروت
- مفردات غريب القرآن — للراغب الاصفهاني
- حيـاة الحيـوان — للدميري

جامعة دمشق Damascus University

المؤهلات العلمية للمؤلف

١ ــ دكتوراه في الفقه الاسمي وأصوله ــ درجة الامتياز بمرتبة الشرف الاولى من كلية القانون والشريعة ــ جامعة الازهر ١٩٦٥ .

٢ ــ دبلوم العلوم السياسية ــ دراسات عليا ــ قسم الدكتوراه ــ كلية الحقوق ــ جامعة القاهرة (سنتان دراسة عليا متخصصة) ١٩٥٤ .

٣ ــ دبلوم في العلوم القانونية (سنتان دراسة عليا متخصصة) من معهد البحوث والدراسات القانونية التابع لجامعة الدول العربية ــ القاهرة ١٩٦٣ .

٤ ــ العالمية مع اجازة في تخصص القضاء الشرعي ــ كلية القانون والشريعة ــ جامعة الازهر (سنتان دراسة عليا متخصصة في الاحوال الشخصية)١٩٥١ .

٥ ــ العالمية مع الاجازة في التدريس ــ من كلية اللغة العربية ــ جامعة الازهر سنتان دراسة عليا متخصصة في التربية وعلم النفس) ١٩٥٢ .

٦ ــ دبلوم في التربية وعلم النفس (سنتان دراسة عليا متخصصة) من كلية التربية ــ جامعة عين شمس ــ ١٩٥٢ ــ القاهرة .

٧ ــ ليسانس في الآداب (قسم اللغة العربية) ــ بتفوق ــ من كلية الآداب ــ جامعة القاهرة ــ ١٩٥٠ .

٨ ــ ليسانس في الشريعة ــ كلية القانون والشريعة ــ جامعة الازهر ١٩٤٧ .

من آثار المؤلف

١ ــ المناهج الاصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي ــ طبع دار الرشيد ــ دمشــق ــ ١٩٧٥ •

٢ ــ أصول التشريع الاسلامي ــ طبع جامعة دمشق ١٩٧٦ ــ مقرر على الصف الرابع مــن كليــة الحقوق •

٣ ــ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ــ طبع مؤسسة الرسالة ١٩٧٧ ــ طبعة ثانية (رسالة دكتوراه نالت درجة الامتياز بمرتبة الشرف الاولى) •

٤ ــ نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ــ طبــع مؤسسة الرسالة ــ ١٩٧٧ ــ طبعة ثانيــة •

٥ ــ حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن (مع فئة من العلماء) ــ طبــع مؤسسة الرسالة ــ ١٩٧٩ •

٦ ــ الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب ــ طبع جامعة دمشق ــ ١٩٧٩ •

٧ ــ أصول المعاملات في الفقه الاسلامي ــ طبع كلية الحقوق ــ جامعة الجزائر (مؤسسة الامالي) ١٩٧٢ •

٨ ــ أصول الفقه الاسلامي ــ طبع مؤسسة الامالي ــ جامعة دمشق ١٩٦٧ ــ مقرر على الصف الثالث من كلية الشريعة •

٩ ــ أصول الفقه الاسلامي ــ طبع مؤسسة الامالي ــ جامعة دمشق ١٩٦٧ ــ مقرر على الصف الثاني •

١٠ ــ الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب ــ طبع المطبعة الجديدة بدمشق١٩٨٦ •

١١ ــ خصائص التشريع الاسلامي في السياسة والحكم ــ طبعة ثانية ــ طبع مؤسسة الرسالة ــ بيروت ١٩٨٢ •

١٢ ــ بحوث ودراسات في الفكر الاسلامي ــ طبع دار قتيبة بدمشق ١٩٨٧ •

١٣ ــ النظريات الفقهية ــ طبع جامعة دمشق (مقرر على الصف الرابع ــ كلية الشريعة) •

من البحوث المقارنة للمؤلف

١ ــ مبادىء نظام الحكم في الاسلام •
(بحث مقارن بالفقه الوضعي)
ــ ألقي محاضرات في كلية الآداب ــ جامعة الجزائر ــ ١٩٧١ــ١٩٧٤ •

٢ ــ بحث في (التكافل الاجتماعي في الاسلام)
مقدم الى أسبوع الفقه الاسلامي المنعقد في القاهرة ــ طبع المجلس الاعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية بالقاهرة ــ ١٩٦٧ •

٣ ــ بحث (الحضارة الانسانية في الاسلام)
مقدم الى المؤتمر الاسلامي المنعقد في الخرطوم ــ السودان ــ طبع جامعة أم درمان الاسلامية ــ بمناسبة مرور أربعة عشر قرنا على نزول القرآن الكريم •

٤ ــ بحث (أثر نظرية التعسف في استعمال الحق في التقنين المدني الجزائري مقارنا بقوانين البلاد العربية) ألقي محاضرات على طلبة قسم الدكتوراه في كلية الحقوق ــ جامعة الجزائر ١٩٧٩ •

الفهرس

الموضوع	الصفحة
كلمة المؤلف	
مقدمة	١ ـ ١٣
التعريف بالفقه المقارن لغة واصطلاحا	١ ـ ٤
الشريعة والفقه	٤ ـ ٥
تعريف الفقه المقارن	٥ ـ ٦
مدى الاختلاف في المناهج الاصولية للاستنباط	٦ ـ ١٣
البحث الاول	
اسباب اختلاف الفقهاء	١٤
اجماع الفقهاء على احكام الصلة بين العقل الانساني (الملكية الاجتهادية) وبين التشريع الالهي	١٤ ـ ٢٦
رفض الظاهرية التعليل اصلا من اصول التشريع	١٧
تحديد الامام الشافعي مفهوم الاجتهاد بالقياس	١٨

الموضوع	الصفحة
الامام الشافعي يتخذ من مفهوم الانصاف مبدأ اساسيا في اجتهاده في نظر المحقق	١٨ ـ ٢٠
تحديد الامام الغزالي لمدى صلة العقل المتخصص بالتشريع الاسلامي	٢١
موقف الامام العز بن عبد السلام من تحديد تلك الصلة	٢١ ـ ٢٢
الامام الجويني يفسر المنهج الاصولي للامام الشافعي بالقياس العام او قياس القواعد ، فيما لا نص فيه	٢٣ ـ ٢٤
تفسير الامام القرافي لرفض بعض الائمة الاجتهاد على اساس المصلحة	٢٤
الامام الشاطبي وموقفه من الاجتهاد بالراي في تقدير مآل التطبيق توثيقا لاصل المصلحة	٢٥ ـ ٢٦
تحقيق المناط	٢٧ ـ ٤٧
تعريفه	٢٧ ـ ٣١
المناط العام والمناط الخاص	٣٧ ـ ٤٦
منشأ قاعدة تحقيق المناط الخاص	٤٦ ـ ٤٧
التأويل والتعليل	٤٨ ـ ٥٤
وجوه الاتفاق والاختلاف بين التأويل والتعليل	٤٩
من حيث المفهوم	٤٩ ـ ٥١
دور كل من التأويل والتعليل	٥١
مجال كل من التأويل والتعليل	٥١ ـ ٥٤
القواعد الاصولية اللغوية	٥٥ ـ ٥٩
اهم اسباب اختلاف الفقهاء الخاصة بالسنة	٥٩ ـ ٦٣
من اهم اسباب اختلاف الفقهاء	٦٤ ـ ٨٥

الموضـــوع	الصفحة

البحث الثاني

نظرية الاحتكار في الفقه الاسلامي ٨٦ ـ ١٥٤

تعريف الاحتكار اصطلاحا ٨٦

تحليل تعاريف الفقهاء للاحتكار ونقدها اصوليا ٨٨ ـ ٩٠

تعريفنا للاحتكار في مفهومه المحرر شرعا ٩٠

حكم الاحتكار قارنا بين المذاهب الاسلامية ٩٣ ـ ١٠٢

مناقشة اتجاهات المذاهب الفقهية في حكم الاحتكار ١٠٣ـ١٠٨

شروط الاحتكار ١٠٩

الشرط الاول : (المادة المحتكرة بين التخصيص والتعميم) ١٠٩ـ١٢٣

الشرط الثاني : الاشتراء من السوق التي يجري الاحتكار فيها ١٢٢ـ١٣٢

الشرط الثالث : (مدة الاحتكار) ١٣٢

المؤيـــدات ١٣٣

الفلسفة الاصولية التي يقوم عليها المؤيد الدنيوي أو وازع السلطة في التشريع الاسلامي ١٣٤ـ١٣٨

الوازع الديني والوازع الدنيوي ١٣٨ـ١٣٩

انواع المؤيدات الاجتهادية لمقاومة الاحتكار بسلطان الدولة ١٣٩ـ١٥٤

البحث الثالث

التسعير الجبري ١٥٥ـ٢٤٢

الفرق بين السعر والثمـن ١٥٦

للسعر معنيان في الفقه الاسلامي ١٥٦ـ١٥٧

اهميـة التسعير الجبري ١٥٨ـ١٥٩

تعريف التسعير الجبري فقها ١٥٩ـ١٦٠

الموضوع	الصفحة

مناقشة تعاريف الفقهاء للتسعير ونقدها اصوليا	١٦٠–١٦٦
تعريفنا للتسعير وعناصره الاساسية	١٦٦–١٦٧
اصول احكام التسعير كما وردت في السنة	١٦٧–١٦٨
حكم التسعير الجبري في الفقه الاسلامي المقارن	١٦٩–١٩٥
ادلة من ذهب الى تحريم التسعير الجبري باطلاق	١٧١–١٧٧
ادلة من ذهب الى جواز التسعير بل وجوبه	١٧٧–١٩٥
اتجاه الحنفية	١٧٨–١٨١
اتجاه متاخري الحنابلة	١٨١–١٩٥
مناقشة اجتهادات من ذهب الى تحريم التسعير باطلاق نقدها أصوليا	١٩٥–٢٠٩
شروط التسعير الجبري	٢١٠–٢١٤
السعر العادل	٢١٥
راي الحنفية والمالكية	٢١٨–٢١٩
راي متاخري الحنابلة	٢٢٠–٢٢١
تقدير الاتجاهين ونقدهما اصوليا	٢٢١–٢٢٢
التسعير العادل في الاعمال	٢٢٢–٢٢٧
مؤيدات التسعير الجبري	٢٢٧–٢٤٢
الخلاصة الجامعة لبحث نظرية الاحتكار	٢٤٣–٢٥٨
الخلاصة الجامعة لبحث نظرية التسعير	٢٥٩–٢٧٠

البحث الرابع

حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن	٢٧١–٣٤٦
تحديد مفهوم الابتكار في الانتاج الذهني	٢٧٣–٢٧٤
التكييف الفقهي لطبيعة الابتكار الذهني	٢٧٤–٢٨٠

الموضوع	الصفحة

موقع الانتاج الفكري والمنافع جملة من مفهوم المال شرعا في الاجتهادات والمذاهب الفقهية ٢٨٠–٢٩٧

حق الملك في الانتاج العلمي المبتكر حق عيني مالي متقرر لا مجرد ٢٩٧–٢٩٨

مدى قبول حق الابتكار للانتقال بالمعاوضة ، او الارث ، او الايصاء ٢٩٩–٣٠٠

السلطات الثلاث من التصرف والاستعمال والاستغلال ثمرة حق الملك لا عينه ٣٠١–٣٠٢

مناط الملك يتحقق ولو انتفت احدى سلطاته ٣٠٣

حق المؤلف في انتاجه الفكري المبتكر نوع خاص من الملك ٣٠٤–٣٠٦

منشأ شبهة الامام القرافي في طبيعة حق المؤلف والرد عليها ٣٠٦–٣٢٨

مفهوم المال في اجتهاد متأخري الحنفية ٣٢٨

الاختصاص يقوم مقام الحيازة المادية في كثير من أحكام الشرع في الملك ٣٢٩–٣٣١

الرد على متقدمي الحنفية في تحديدهم لمفهوم المال شرعا ٣٣١–٣٣٤

رد شبهات من قال بالتلازم بين تحريم كتمان العلم وانتفاء الحق المالي للمؤلف في ابتكاره الذهني ٣٣٤–٣٣٧

العدل في الجزاء أصل يستلزم وجوب اقامة العدل في الجزاء الدنيوي ٣٣٧–٣٤٤

حقوق المؤلف قبل الناشر والمستفيد

مبدأ مقاربة التساوي بين العوضين يقتضي توقيت حق المؤلف وورثته من بعده في استغلال انتاجه المبتكر ٣٤٤–٣٤٦

البحث الخامس

عقوبة التغريم بالمال ٣٤٧

تمهيد ٣٤٧–٣٥٢

تعريفنا للتعزير ٣٥٢–٣٥٣

صور من المعاصي التي تستوجب التعزير ٣٥٤–٣٥٧

المثلية في الجزاء كالمثلية في الحقوق والواجبات المدنية ، مبنى للعدل في التشريع الاسلامي ٣٥٧–٣٦٣

الموضـــوع	الصفحة
تحريـــر محـــل النـــزاع	٣٦٣–٣٦٦
تحليـــل محـــل النـــزاع	٣٦٧–٣٦٩
الفرق بين الجريمة والجناية شرعا	٣٦٩–٣٧٢
ما صدر في القرآن الكريم ، والسنة الثابتة ، قولا ، وقضاء ، وفعلا ؛ من صور التغريم بالمال	٣٧٢–٣٧٧
اجتهادات بعض الصحابة ومن بعدهم في التغريم بالمال	٣٧٧–٣٧٧
اتجاهات الفقهاء في مسألة أخذ المال عقوبة على معصية ، او كبيرة ، او جناية ، لا حد فيها ولا كفارة	٣٧٨
اتجـــاه المانعـــين وادلتهـــم	٣٧٨–٣٨٤
اتجاه المجيزين وادلتهم	٣٨٤–٣٩٣
مناقشة ادلة المانعين وتقديرها اصوليا	٣٩٤–٤٢٧
البحث السادس	
الصيد والذبائح وحكم اللحوم المستوردة في الفقه الاسلامي المقارن	٤٢٨–٥٥٠
منهج البحث في الصيد	٤٢٨–٤٣١
بحث الصيد في الفقه الاسلامي المقارن	٤٣٢–٤٧٩
اولا ــ معنى الصيد لغة وشرعا	٤٣٢
ثانيا ــ تحليل التعريف الشرعي للصيد بالمعنى المصدري	٤٣٢–٤٣٨
ثالثا ــ مشروعية الصيـــد	٤٣٨–٤٥٢
رابعا ــ حكم الصيد ، او وصفه الشرعي في الاحوال المتغايرة	٤٥٣
آراء الفقهاء في حكم الحيوان المستأنس اذا توحش بم تكون ذكاته ، وكذا اذا استعصى وتعذر ذبحه	٤٥٦–٤٦٠
حكم الصيد بالبندقية النارية ونحوها من الاسلحة الحديثة المعروفة فـــي ايامنـــا	٤٦٠–٤٦٣
القاعدة العامة التي يمكن استخلاصها مـــن اجتهادات الفقهاء علـــى اختلاف مذاهبهم في حل الصيد	٤٦٤

الموضـــوع	الصفحة
حكم التسمية في الاصطياد عند الارسال أو الرمي ، شرطا للحـل ؛ والادلة التي تنهض به في فقه المذاهب	٤٦٥ـ٤٧٩
بحث الذبح او الذبائح	
تعريف الذبح لغـة	٤٨٢ـ٧٤٩
تعريف الذبح شرعا في المذاهب الفقهية	٤٨٢ـ٤٨٤
تحليل تعريف الذكاة في معناها الشرعي عند المالكية مع المقارنة	٤٨٤ـ٥١٧
حكم اللحوم المستوردة من البلاد الاجنبية معلبـة ، او مثلجة ، او مجففة في الفقه الاسلامي المقارن	
الطـريقة الاسـلامية	٥١٩
شروط الذبح على الطريقة الاسلامية	٥١٩
التحريم الذي يرجع الى طريقة الذبح ، او الآلة التي تتخذ لذلك	٥٢٣ـ٥٢٤
طريقة الصعق الكهربائي	٥٢٥
حكم طريقة اماتة الحيوان ، والحصول على لحمه للطعام ، بغاز ثاني اكسـيد الكـربون	٥٢٦ـ٥٢٨
افتراق طريقة الذبح الاسلامية عن طريق تدويخ الحيوان	٥٢٨ـ٥٣٠
الفرق بين افقاد الوعي الحقيقي ، وبين افقاد الشعور بالالم ؛ وايهما يجيء اثرا للطريقة الاسلامية في الذبح	٥٣١ـ٥٣٢
الطريقة الانجليزية في الذبح ، ما قوامها ، وما حكمها في الشريعـة الاسـلامية	٥٣٢ـ٥٣٦
طرق التخدير لا التدويخ وقبل الادماء وانهار الدم ، جائزة	٥٣٦ـ٥٣٧
خصائص الطريقة الاسلامية في الذبح	٥٣٧ـ٥٤٠
هل ذكر اسم غير الله تعالى ، يكتفى بشانه عدم العلم به ، أو يجب التاكد والتيقن من عدم ذكر اسم غير الله تعالى عنـد الذبـح مـن قبـل الكتـابي	٥٤١ـ٥٤٥
النزعة الانسانية في الشريعة الاسلامية ، فيما شرعت مـن طـرق التذكية ، والادلة التي تنهض بها	٥٤٦ـ٥٥٠

الموضـــوع	الصفحة

البحث السابع

اختلاف المطالع واثره في ثبوت الاهلة ٥٥١–٥٨٩

تحريـر محـل النـزاع ٥٥٤
اتجاهات الفقهاء في حكم اختلاف مطالع القمر ٥٥٥
الاتجـاه الاول ٥٥٦
اختلاف فقهاء هذا الاتجاه في ضابط القرب والبعد ٥٥٧
ادلة الاتجاه الاول (اعتبار اختلاف المطالع) ٥٦٠
الاتجاه الثاني (لا عبرة باختلاف المطالع) وادلته ٥٦٧
ما وجه الى الاتجاه الثاني من النقد الاصولي ٥٧٤–٥٨٥
الرد على الامام الزيلعي
الخلاصة الجامعة لبحث اختلاف المطالع ٥٨٥–٥٨٩

البحث الثامن

الشروط المقترنة بالعقد تقييدا ٥٩٠–٦٤١

مجال سلطان الارادة العقدية في الفقه الاسلامي ٥٩٠–٥٩٣
تعريف الشرط التقييدي المقترن بالعقد اصطلاحا ٥٩٣
الفرق بين كل من الشرط التقييدي والتعليقي والاضافي (تحريـر محـل النـزاع) ٥٩٤
اتجاهات الفقهاء في الشروط التقييدية المقترنة بالعقد ٥٩٥
منشأ اختلاف العلماء في ضابط الشرط المشروع ٥٩٦
اتجـاه الظاهريـة ٥٩٧–٥٩٩
اتجـاه الحنفيـة ٥٩٩–٦٠٤
اتجـاه الشـافعية ٦٠٥–٦٠٦

الموضـــوع	الصفحة

اتجـاه المالكيـة ٦٠٦-٦١٣
اتجـاه متأخري الحنابلـة ٦١٣-٦٢٠
الشرط الصحيح في اجتهاد متأخري الحنابلة ٦٢٠
الشرط الصحيح في الفقه الوضعي ٦٢١
الشرط الباطل او شرط المضرّة ٦٢١
اجتهادات الفقهاء في الشرط الملائم ٦٢٣
ادلة الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية وبعض الحنابلة ٦٢٤-٦٢٧
ادلة متأخري الحنابلة ٦٢٧
مناقشة ادلة الجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة ٦٢٨-٦٤١

البحث التاسع

انتفاع المرتهن بالعين المرهونة ٦٤٢

مقدمة في حكمة تشريع الرهن ٦٤٢-٦٤٤
مواطن اتفاق آراء المجتهدين ٦٤٤-٦٤٦
مواطن اختلاف آراء المجتهدين ٦٤٦-٦٤٧
آراء المجتهدين في انتفاع المرتهن بالعين المرهونة باذن الراهن وبدون عوض ٦٤٧-٦٤٨
ادلة الراي الاول (عدم الجواز مطلقا) ٦٤٨-٦٥٠
ادلة الراي الثاني ووجوه الاستدلال بها (الجواز مطلقا) ٦٥٠-٦٥٢
ادلة الراي الثالث ووجوه الاستدلال بها (القائل بالتفصيل) ٦٥٢-٦٥٧
حكم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة باذن الراهن ، وبعوض ٦٥٧-٦٥٩
انتفاع المرتهن بالمرهون اذا لم يأذن الراهن بالانتفاع ، وهو من حيوان الدر او الركوب واتجاهات الفقهاء في ذلك ٦٥٩-٦٦١
ادلـة الجمهـور ٦٦١-٦٦٣
٦٦٣-٦٦٥

الموضـــوع	الصفحة
ادلة الراي الثالث ..	٦٦٥–٦٦٩
ادلة الراي الرابع ..	٦٦٩–٦٧٠
مناقشة ادلة الآراء السابقة ، وعلى ضوء من فلسفة التشريع ،وترجيح أقواهـا بالدليـل	٦٧٠
البحث العاشر	
آ ـ الخطبة في عقد الزواج ومسالة التعويض عن العدول عنها	٦٧٦–٧٠٢
التخير سابق على الخطبة	٦٧٨–٦٨٠
المعاني والصفات التي ينبغي اتخاذها أساسا في اختيار الزوجة	٦٨٠–٦٨٤
تعريف الخطبـة	٦٨٥–٦٨٦
الحكمة البالغة لمشروعية الخطبة في الفقه الاسلامي	٦٨٦–٦٨٨
طبيعة الخطبة ، وتكييفها في الفقه الاسلامي	٦٨٨–٦٩٢
الخلوة بالمخطوبة محرم شرعا	٦٩٣–٦٩٤
حكم العدول عن الخطبة	٦٩٤–٧٠٢
ب ـ الولاية في عقد النكاح في الفقه الاسلامي المقارن	٧٠٣–٧٣٧
مقدمـة	٧٠٣–٧٠٤
تحديد موضوع البحث او محل النزاع	٧٠٤
آراء الفقهاء في ذلك	٧٠٤–٧٠٧
اولا ـ ادلة المذهب الاول : المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ومـن ذهب مذهبهم (الجمهور)	٧٠٧
ـ ادلتهم من الكتاب ووجوه استدلالهم بها	٧٠٧–٧٠٩
ـ ادلتهم من السنة ، ووجوه استدلالهم بها	٧٠٩–٧١١
ـ ادلتهم من المعقول	٧١١–٧١٣

الموضـــوع	الصفحة
آ ـ مناقشة أدلة الجمهور من الكتاب	٧١٣ـ٧٢٤
ب ـ مناقشة أدلة الجمهور من السنة	٧٢٤ـ٧٢٩
جـ ـ مناقشة أدلة الجمهور من المعقول	٧٢٩ـ٧٣٠
ثانيا ـ أدلة الجمهور ومناقشتها	٧٣٠ـ٧٣٢
آ ـ أدلة الحنفية من الكتاب	٧٣٢ـ٧٣٣
مناقشة أدلة الحنفية من الكتاب	٧٣٣ـ٧٣٤
ب ـ أدلة الحنفية من السنة	٧٣٤ـ٧٣٦
جـ ـ استدلال الحنفية بالمعقول ومناقشته	٧٣٦ـ٧٣٧
التوفيق بين الادلة التي احتج بها كل فريق	٧٣٧

■ ■ ■



Damascus University

صدر بإشراف لجنة الإنجاز

سعر المبيع للطالب (٢٠٠) ل.س

مطبعة ابن حيان بدمشق