



جامعة دمشق
كلية الشريعة
الدراسات العليا
قسم الفقه الإسلامي وأصوله

تطبيقات القواعد الفقهية في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب

أحمد قيروز

إشراف الدكتور

محمد نجات محمد

الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله

١٤٤١ هـ / ٢٠٢٠ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر

أحمد الله تعالى المنعم المتفضل الكريم الجواد أن أكرمني بإتمام هذا البحث، وأسأله تعالى أن يُتِمَّ عليَّ فضله بالقبول والنفع الدائم والخير المتواصل في الدنيا والآخرة...
أتوجه بخالص الشكر والامتنان إلى **والديَّ الكريمين** الذين كانا سبب كل خيرٍ ومفتاح كل توفيق في حياتي...

أسأل الله تعالى أن يجزل لهما الأجر والثوبة، وأن يغفر لهما كما ربياني صغيراً، وأن يعلي قدرهما في الدنيا والآخرة...

كما أتوجه بجزيل الشكر إلى **فضيلة الدكتور محمد نجدات المحمد** الذي تفضّل عليّ بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وأفادني بملاحظاتهِ القيّمة وتوجيهاته النافعة... فجزاه الله عني كل خير ومثوبة.

وأتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى **أساتذتي الكرام في كلية الشريعة** الذين تربيت على أيديهم، ونهلت من معينهم، واستقيت من ينابيع علومهم.
أسأل الله تعالى أن يديمهم مفاتيح خير، مصابيح هدى .

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أكرمنا بالعقل، ونور عقولنا بالفهم، وحَبَّبَ إلينا الإيمان وزَيَّنَه في قلوبنا، وكرَّه إلينا الكفر والفسوق والعصيان.

وأفضل الصلاة وأتمُّ التسليم على معلِّم الناس الخير، وهادي البشرية من الظلمات إلى النور، سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله الطيبين الطاهرين، وأصحابه الغرِّ الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الله تعالى قد أراد لهذه الشريعة الخلود والبقاء على مدى الأزمان، ولما كانت نصوص الشريعة محدودة، والحوادث متجددة، فقد شرع سبحانه وتعالى الاجتهاد لمعرفة حكم الله في النوازل والوقائع.

ولقد بذل الفقهاء المجتهدون جهوداً كبيرة في سبيل تيسير أحكام الفقه الإسلامي، من ذلك أنهم استنبطوا عدداً غير قليل من القواعد الفقهية التي هي بمثابة قواعد كلية، وأصول جامعة، يندرج تحتها ما لا يحصى من المسائل الجزئية والفرعية.

وقد أضحت هذه القواعد الفقهية من أهم مسالك الاستدلال في التعرف على أحكام الوقائع والحوادث المستجدة في عصرنا، والذي اشتدت فيه الحاجة إلى معالجة كثير من القضايا المعاصرة، وضبط الاجتهاد في تلك الوقائع.

إلا أن عدداً غير قليل من الفتاوى المتصلة بالفقه المالي المعاصر، قد استند إلى قواعد فقهية بصورة قد تكون مغايرة لما وضعت له تلك القواعد، وفي غير سياقها الذي أوردتها الفقهاء فيه.

ومن أهم الفتاوى ذات الصلة بالمؤسسات المالية الإسلامية والفقه المالي المعاصر: الفتاوى الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والمسماة: المعايير الشرعية.

يتناول البحث دراسة فتاوى المعايير الشرعية التي تستند إلى قواعد فقهيّة، من حيث صحة إسنادها إلى تلك القواعد ودخولها فيها، وحدود تطبيق القواعد الفقهيّة وبيان ما تتسع له، وما لا ينضوي تحتها.

ويتناول كلّ فصل في هذا البحث جانبين:

الجانب الأول: النظري، وفيه أتناول القواعد الفقهيّة المتعلقة بهذا الفصل، من حيث تعريفها وأصلها وأدلتها وشرائط تطبيقها.

الجانب الثاني: التطبيقي، وفيه أتناول تطبيقات هذه القواعد في المعايير الشرعية، من حيث سلامة الاستدلال بالقاعدة الفقهيّة على التطبيق المتعلق بها، مع المقارنة بآراء الفقهاء المعاصرين فيما ورد في المعايير الشرعية من مسائل وتطبيقات مدرجة تحت قواعد فقهيّة.

أهمية البحث:

- ١ - المساهمة في تنقية عمل المؤسسات المالية الإسلامية، وإبعاد الشبهات حولها.
- ٢ - إن دراسة فتاوى "المعايير الشرعية"، من حيث سلامة إسنادها إلى القواعد الفقهيّة التي استندت إليها، يسهم في التأكيد على ما هو صواب، والمساهمة في تصويب ما هو توسّع في تطبيق القاعدة الفقهيّة في غير ما وضعت له، إن وجد.
- ٣ - يساهم في التطبيق الصحيح للقواعد الفقهيّة في الاجتهاد المالي المعاصر، وفق حدود تلك القواعد، وضمن سياقها الذي وضعت له، وبما لا يتجاوز مدلولاتها الفقهيّة.
- ٤ - بيان دور القواعد الفقهيّة في القضايا المستجدة في المؤسسات المالية الإسلامية.

مشكلة البحث:

إن المستند الشرعي لعدد من فتاوى المعايير الشرعية هو قواعد فقهيّة، بحيث تعدّ هذه الفتاوى تطبيقات لتلك القواعد الفقهيّة، إلا أنه قد يوجد توسّع في تطبيق هذه القواعد، وتحميلها ما لا تحتمل، وإدراج ما لا تتسع له من المسائل.

فيعالج هذا البحث الفتاوى الفقهيّة في المعايير الشرعية التي تمّ إسنادها إلى قواعد

فقهية، من حيث سلامة دخول هذه الفتاوى في القواعد الفقهية التي أسندت إليها، ومدى شمول القواعد الفقهية لها.

ويعالج أيضاً: حدود القواعد الفقهية الواردة في المعايير الشرعية، وضوابط تطبيقها.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى أمور أهمها:

- ١- التأكيد على سلامة الاستدلال بالقواعد الفقهية في المسائل والتطبيقات الواردة في المعايير الشرعية، إذا تبين صحة إسناد تلك المسائل إلى القواعد الفقهية التي أسندت إليها، لا سيما في المسائل التي وقع فيها خلاف بين المعاصرين.
- ٢- بيان عدم صحة الاستدلال بالقواعد الفقهية في المسائل والتطبيقات الواردة في المعايير الشرعية، إذا تبين أنها غير داخلة في القواعد الفقهية التي أسندت إليها.

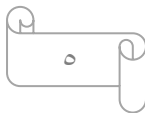
حدود البحث:

يشمل البحث:

- ١- دراسة القواعد الفقهية الواردة في المعايير الشرعية، وضوابط تطبيقها.
- ٢- دراسة فتاوى المعايير الشرعية التي يكون مستندها الشرعي قواعد فقهية، من حيث صحة إسنادها إلى تلك القواعد.
- ٣- عرض ودراسة آراء الفقهاء المعاصرين فيما ورد من تطبيقات للقواعد الفقهية في المعايير الشرعية، مع الأدلة والمناقشة.

ولا يشمل البحث:

- ١- فتاوى المعاملات المالية خارج إطار المعايير الشرعية.
- ٢- فتاوى المعايير الشرعية التي يكون مستندها الشرعي أدلة أخرى غير القواعد الفقهية.



الدراسات السابقة:

لم أجد - فيما رجعت إليه من المصادر - دراسة حول تطبيقات القواعد الفقهية في المعايير الشرعية.

إلا أنني وجدت عدداً من الدراسات المتعلقة بتطبيقات القواعد الفقهية في المعاملات المالية، أذكر منها:

أولاً - القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية/ عمر عبد الله كامل: وهي أطروحة دكتوراه في كلية الدراسات العربية والإسلامية بالقاهرة بجامعة الأزهر، ولم يتسنَّ لي معرفة سنة النشر.

وقد ذكر الباحث عدداً من القواعد الفقهية المتنوعة، مع شرحها في البابين الأول والثاني، ثم تحدث في باقي الأطروحة عن عدد من المعاملات المالية القديمة والمعاصرة.

وما يلاحظ حول هذه الأطروحة، مما يختلف عن موضوع دراستي:

١- لم يذكر الباحث شروط تطبيق القواعد الفقهية، وإنما اكتفى بذكر القاعدة مع شرح لها.

٢- لم يتناول الباحث تطبيقات القواعد الفقهية في المعايير الشرعية.

٣- إن تطبيقات القواعد الفقهية التي تعرض لها، إنما يندرج معظمها ضمن المعاملات المالية خارج إطار فتاوى المؤسسات المالية الإسلامية والمعايير الشرعية.

٤- إن دراسة تطبيقات القواعد الفقهية كان بمعزل عن القواعد التي تستند إليها، وقد يذكر المسألة وأحكامها، ثم يشير بعدها إلى القاعدة الفقهية المتعلقة بها، لكنه لم يدرس المسألة من حيث صحة إسنادها إلى القاعدة الفقهية، فلم يتناول المسألة المعروضة من حيث سلامة الاستدلال عليها بالقاعدة الفقهية.

٥- لم يتناول الباحث أهم التطبيقات المتعلقة بالمؤسسات المالية الإسلامية؛ فلم يتعرض لتطبيقات قواعد التبعية، ولم يتعرض لتطبيقات قواعد التيسير ورفع الحرج، وغير ذلك، وهذه القواعد وأمثالها من أهم القواعد الفقهية التي يستدل به في فتاوى المعايير الشرعية والمؤسسات المالية الإسلامية.

والخلاصة: إن أهم ما يتعلق ببحثي هو: دراسة فتاوى المعايير الشرعية التي يكون مستندها الشرعي قواعد فقهية، من حيث صحة دخولها ضمن هذه القواعد التي أسندت إليها، ومن حيث سلامة الاستدلال بالقاعدة الفقهية على المسألة المعروضة، وهو ما لم يتعرض له الباحث، لا من حيث التأصيل (شروط تطبيق القاعدة الفقهية)، ولا من حيث التطبيق (سلامة الاستدلال بالقاعدة الفقهية على المسألة المعروضة).

ثانياً- موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة/ عطية عدلان عطية رمضان: وهي رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة عين شمس، وقد قامت بطباعة الكتاب ونشره دار الإيمان- الإسكندرية، سنة ٢٠٠٧م. وقد تناول الباحث عدداً من القواعد الفقهية، مع ذكر عدد من الأمثلة والتطبيقات فيما يتعلق بالمعاملات المالية بشكل عام.

وما يلاحظ حول هذه الرسالة، مما يختلف عن موضوع دراستي:

- ١- لم يتناول الباحث فتاوى المعايير الشرعية التي تستند إلى قواعد فقهية.
- ٢- إن تطبيقات القواعد الفقهية التي تعرض لها، إنما يندرج معظمها ضمن المعاملات المالية خارج إطار المؤسسات المالية الإسلامية.
- ٣- إن تطبيقات القواعد الفقهية التي ذكرها الباحث كانت كأمثلة إيضاحية للقاعدة، فلم يتناول تأثير القاعدة الفقهية في المسألة المعروضة من حيث سلامة دخولها ضمن القاعدة.

٤- لم يتعرض لشرائط تطبيق القواعد الفقهية التي ذكرها.

٥- إن عدداً غير قليل مما ذكره الباحث على أنه قواعد فقهية، إنما هي ضوابط فقهية، وليست قواعد فقهية، مثل (النجش حرام)، (الديون إنما تقضى بأمثالها).

٦- لم يتناول الباحث أهم التطبيقات المتعلقة بالمؤسسات المالية الإسلامية، مثل تطبيقات قواعد الحاجة والتيسير ورفع الحرج، وغير ذلك، وهذه القواعد وأمثالها من أهم ما يستدل به في فتاوى المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها فتاوى المعايير الشرعية. والخلاصة أن الدراسات السابقة حول الموضوع لم تتعرض لدراسة الفتاوى الفقهية في المعايير الشرعية التي يكون مستندها الشرعي قواعد فقهية من حيث صحة دخولها في تلك القواعد أو عدمه، ومن حيث مدى اتساع القواعد الفقهية لها. كما أنها لم تبين حدود تلك القواعد الفقهية، وما يمكن أن ينضوي تحتها من التطبيقات.

وهناك عدد من الأبحاث الموجزة التي تحدثت عن بعض جوانب الموضوع، منها:

- قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً، د. عبد العظيم أبو زيد، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري - دبي، ٢٠٠٩م، (ثلاثون صفحة).

وتناول فيه بعض المسائل المتعلقة باختلاط الحلال بالحرام وتطبيقاتها في الفقه المالي المعاصر.

الجديد في البحث:

- ١- بيان ضوابط وشروط تطبيق القواعد الفقهية، وحدود ما يمكن أن تتسع له هذه القواعد التي يتم الاستناد إليها في فتاوى المعايير الشرعية.
- ٢- دراسة الفتاوى الفقهية في المعايير الشرعية التي يكون مستندها الشرعي قواعد فقهية، من حيث صحة دخولها في تلك القواعد التي أسندت عليها، ومن حيث سلامة شمول تلك القواعد الفقهية لها.

منهج البحث:

- ١- الاعتماد على المنهج الاستقرائي المقارن، كمنهج عام في البحث؛ وذلك من خلال استقراء فتاوى المعايير الشرعية، وتتبع مستنداتها الشرعية المتعلقة بالقواعد الفقهيّة، ثم ضبط تلك القواعد، وبيان أصلها الشرعي.
- ٢- الاعتماد على المنهج التحليلي، من خلال دراسة الفتاوى الفقهيّة في المعايير الشرعية التي يكون مستندها الشرعي قواعد فقهيّة، من حيث صحة دخولها في تلك القواعد التي استندت إليها.

خطة البحث:

تتضمن خطة البحث فصلاً تمهيدياً وستة فصول أساسية، وفق ما يلي:

الفصل التمهيدي: مدخل إلى القواعد الفقهية، والمعايير الشرعية.

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: أركان القاعدة الفقهية وشروطها.

المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها.

المبحث الرابع: أهمية القواعد الفقهية وحجيتها.

المبحث الخامس: لمحة موجزة عن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة

والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد، وتطبيقاتها.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد المقاصد في المعايير الشرعية.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة، وتطبيقاتها.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التبعية والغلبة في المعايير الشرعية.

الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج، وتطبيقاتها.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التيسير ورفع الحرج في المعايير الشرعية.

الفصل الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر، وتطبيقاتها.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد الضّرر في المعايير الشرعية.

الفصل الخامس : القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة، وتطبيقاتها.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد العرف والعادة في المعايير الشرعية.

الفصل السادس : القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية، وتطبيقاتها.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد الشروط الجعلية في المعايير الشرعية.

الخاتمة والنتائج والمقترحات

الفصل التمهيدي: مدخل إلى القواعد الفقهية والمعايير الشرعية

ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: أركان القاعدة الفقهية وشروطها.

المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها.

المبحث الرابع: أهمية القواعد الفقهية وحجيتها.

المبحث الخامس: لمحة موجزة عن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية والألفاظ ذات الصلة

يتناول هذا المبحث مفهوم القاعدة الفقهية، وتعريفها لغة واصطلاحاً، ويتناول أيضاً: العلاقة بين القاعدة الفقهية وما يتصل بها من ألفاظ ومفردات، مثل الضابط الفقهي، والقاعدة الأصولية، والنظرية الفقهية.

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية

قبل تعريف (القاعدة الفقهية) في الاصطلاح، لا بدّ من تعريف جزئها، وهما: (القاعدة) و (الفقه) في اللغة وفي الاصطلاح، ثم يأتي بعدها تعريف (القاعدة الفقهية) في الاصطلاح كونها علماً ولقباً، ثم أذكر بعض الملاحظات حول المفهوم الاصطلاحي للقاعدة الفقهية.

أولاً- تعريف جزأي (القاعدة الفقهية) في اللغة:

أ- القاعدة في اللغة:

هي أساسُ الشيء وأصله، فقواعد البناء: أساسه^(١)، وشاهد ذلك من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة: ١٢٧].

ويرد لفظ (القواعد) في الأشياء الحسية، مثل قواعد البيت، أي: أسسه، كما يرد في الأشياء المعنوية، مثل قواعد الدين، أي: دعائمه^(٢).

ب- الفقه في اللغة:

الفقه في اللغة: هو الفهم^(٣)، ومنه قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَشْعَبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا نَقُولُ﴾ [هود: ٩١].

ثانياً- تعريف جزأي (القاعدة الفقهية) في الاصطلاح:

(١) لسان العرب (قعد): ٣/ ٣٦١، المصباح المنير (قعد): ٢/ ٥١٠.

(٢) القواعد الفقهية (الندوي): ص ٣٩.

(٣) القاموس المحيط، باب الفاء، فصل الهاء، (الفقه): ص ١٢٥٠، المصباح المنير (فقه): ٢/ ٤٧٩.

أ- القاعدة اصطلاحاً:

ذكر العلماء في تعريف القاعدة في الاصطلاح عبارات متنوعة، منها:

- ١- عرف صدر الشريعة المحبوبي^(١) القواعد بأنها: "القضايا الكلية"^(٢).
- ٢- قال الفيومي^(٣): "والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته"^(٤).
- ٣- عرّف تاج الدين السبكي^(٥) القاعدة بأنها: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها"^(٦).
- ٤- قال سعد الدين التفتازاني^(٧): "القاعدة: حكم كلي ينطبق على جزئياته ليتعرف أحكامها منه"^(٨).

(١) المحبوبي [... - ٧٤٧ هـ]: هو عبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد، المحبوبي، الحنفي، صدر الشريعة الأصغر، فقيه، أصولي، محدث، مفسر. من تصانيفه: شرح الوقاية، النقاية، مختصر الوقاية، التنقيح، وشرحه "التوضيح" في أصول الفقه. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢/ ٣٦٥، الأعلام: ٤/ ١٩٧، معجم المؤلفين: ٦/ ٢٤٦.

(٢) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: ٣٥/ ١.

(٣) الفيومي [... - بعد ٧٧٠ هـ]: هو أحمد بن محمد بن علي، أبو العباس، الفيومي الحموي، فقيه شافعي لغوي، ولد بالفيوم بمصر، ورحل إلى حمه بسورية، اشتهر بكتابه: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. ينظر: الأعلام: ١/ ٢٢٤، الدرر الكامنة: ١/ ٣٧٢.

(٤) المصباح المنير (قعد): ٥١٠/ ٢.

(٥) ابن السبكي [٧٢٧ - ٧٧١ هـ]: هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تاج الدين، من كبار فقهاء الشافعية، ولد بالقاهرة، سمع بمصر ودمشق، تفقه على أبيه وعلى الذهبي، من تصانيفه: طبقات الشافعية الكبرى، جمع الجوامع. ينظر: شذرات الذهب: ١/ ٦٦، الأعلام: ٤/ ١٨٤.

(٦) الأشباه والنظائر (السبكي): ١/ ١١.

(٧) التفتازاني [٧١٢ - ٧٩٣ هـ]: هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، سعد الدين. نسبته إلى "تفتازان" من بلاد خراسان. فقيه وأصولي، قيل هو حنفي وقيل شافعي. كان أيضاً مفسراً ومتكلماً ومحدثاً وأديباً. من تصانيفه: "التلويح في كشف حقائق التنقيح" وحاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب. ينظر: الدرر الكامنة: ٦/ ١١٢، الأعلام: ٧/ ٢١٩، معجم المؤلفين: ١٢/ ٢٢٨.

(٨) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: ٣٤/ ١.

٥ - قال الجُرْجَانِي^(١): "القاعدة: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"^(٢).

وإن وصف القاعدة بـ (القضية) أولى من وصفها بأنها (أمر) أو (حكم)؛ لأن (الأمر) يشمل من المفردات الكلية ما هو ليس بقواعد، ففيه من التعميم ما ليس في (القضية)، وأما التعبير عن القاعدة بـ (الحكم) فإنما يصحُّ على سبيل التجوُّز، من باب إطلاق الجزء على الكل، فالحكم هو جزء من القاعدة، أما لفظ (القضية) فهو يتناول جميع الأركان على وجه الحقيقة^(٣).

ويلاحظ أن هذه التعريفات قد عرّفت القاعدة بوجه عام، بقطع النظر عن متعلّقها، فقهيّاً كان أم لغويّاً أم غير ذلك، فكلُّ منها يصدق على القواعد الفقهية وغيرها، مثل القواعد اللغوية، والقواعد الأصولية، وغيرها.

ب- الفقه في الاصطلاح:

للفقه في اصطلاح الفقهاء تعريفات متنوعة، أشهرها أنه: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلّتها التفصيلية"^(٤).

ثالثاً- تعريف (القاعدة الفقهية) في الاصطلاح، كونها علماً ولقباً:

وفيما يلي مختارات من تعريفات الفقهاء للقاعدة الفقهية بمعناها الخاص:

أ- ذكر المَقْرِي المالكي^(٥) تعريف القاعدة الفقهية، أنها:

(١) الجُرْجَانِي [٧٤٠-٨١٦ هـ]: هو علي بن محمد بن علي، المعروف بالسيد الشريف، أبو الحسن الجُرْجَانِي، من كبار علماء العربية، اشتغل بالفلسفة والمنطق، له ما يقارب الخمسين مصنفاً منها: التعريفات، رسالة في فن أصول الحديث، شرح مواقف الإيجي، حاشية على الكشف، وغيرها. ينظر: الضوء اللامع: ٣٢٨/٥، الأعلام: ٧/٥.

(٢) التعريفات، باب القاف: ص ٢١٩.

(٣) القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٣٣.

(٤) التعريفات، باب الفاء: ص ٢١٦.

(٥) المَقْرِي [٧٥٨-... هـ]: هو محمد بن أحمد بن أبي بكر، أبو عبد الله القرشي التلمساني، الشهير بالمقري، من علماء المالكية، ولد وتعلم بتلمسان، له مصنفات منها: القواعد، الحقائق والرقائق، وغيرها. ينظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج: ص ٤٢٠، الأعلام: ٣٧/٧.

"كلُّ كَلِّيٍّ هو أخصُّ من الأصول، وسائر المعاني العقلية العامة، وأعمُّ من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"^(١).

ب- عرّف الحموي^(٢) القاعدة عند الفقهاء بأنها: "حكم أكثرى لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"^(٣).

ج- عرّف الأستاذ مصطفى الزرقا القواعد الفقهية بأنها: "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعاتها"^(٤).

رابعاً- ملاحظات حول ما سبق من تعريفات للقاعدة الفقهية في الاصطلاح:

يمكن لنا أن نلاحظ من التعريفات السابقة عدة أمور:

١- القاعدة الفقهية أصل يندرج تحته عدد من المسائل والجزئيات من مختلف أبواب الفقه وفروعه.

٢- لا بدّ للقاعدة من موضوع تتناوله، وهو ما يطلب تحقق وجوده في الجزئيات المراد تطبيق حكم القاعدة عليها^(٥).

٣- من أهم ما يميز القاعدة الفقهية أنها (شرعية عملية) أي أنها تستند إلى أدلة شرعية، وأنها تختص بالأحكام الشرعية العملية التي تتعلق بأفعال المكلفين.

٤- إن ثمرة القاعدة الفقهية هو العلم بالحكم الشرعي لكل ما يندرج تحتها من فروع وجزئيات.

(١) القواعد (المقري): مقدمة التحقيق للدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد، القسم الأول: ٢١٢/١.

(٢) الحموي [...- ١٠٥٦ هـ]: هو أحمد بن محمد، شهاب الدين، الحموي، المصري، الحنفي، فقيه، مشارك في أنواع من العلوم. من تصانيفه: كشف الرمز عن خبايا الكنز في الفقه الحنفي، وحاشية اسمها "غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر لابن نجيم". ينظر: معجم المؤلفين: ٩٣/٢.

(٣) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: الفن الأول، القاعدة الأولى: ٥١/١.

(٤) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): الفصل التاسع والسبعون: ٩٦٥/٢.

(٥) قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي (الكيلاني): ص ٢٧.

٥- تصاغ القاعدة الفقهيّة بوجه عام بصياغة موجزة محكمة دقيقة^(١).

٦- ذكر بعض العلماء لفظة (الفقه) في تعريف (القاعدة الفقهيّة)، والصواب أن يحتز

عن تعريف الشيء بنفسه.

خامساً- التعريف المختار لـ (القاعدة الفقهيّة):

وأختار في تعريف القاعدة الفقهيّة في الاصطلاح أنها: (قضيّة كليّة شرعيّة عمليّة)، أو (قضيّة كليّة شرعيّة عمليّة تنطبق على جزئياتها)^(٢).

وفيما يلي شرح محتزات التعريف:

١- (قضيّة): القضية هي: "قول يصح أن يقال لقائله إنه صادق فيه أو كاذب"^(٣).

٢- (كليّة): أي المحكوم فيها على جميع أفرادها^(٤).

٣- (شرعيّة): وهذا القيد لإخراج القواعد غير الشرعيّة، مثل القواعد اللغويّة.

٤- (عمليّة): لأنها تختصّ بأعمال المكلفين، ولا تشمل قواعد العقائد.

٥- وأما زيادة قيد (تنطبق على جزئياتها) في التعريف الثاني، فهو للتأكيد والإيضاح؛ لأن

قيد (كليّة) يفيد هذا المعنى، وهو شمول حكم القضية وانطباقه على جميع أفرادها.

المطلب الثاني: العلاقة بين القاعدة الفقهيّة وما يتصل بها من ألفاظ

يتناول هذا المطلب العلاقة بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي، وكذلك توضيح

الفرق بين القاعدة الفقهيّة والقاعدة الأصوليّة، ويتناول أيضاً ما يميز القاعدة الفقهيّة عن النظريّة الفقهيّة.

(١) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): الفصل التاسع والسبعون: ٩٦٥-٩٦٦.

(٢) والتعريف الأول مقتبس من تعريف صدر الشريعة المحبوبي للقواعد بأنها: (القضايا الكليّة) وقد مرّ ص: ١٤، لكني قيّد التعريف بـ (شرعيّة عمليّة)؛ لأن المعرف هنا هو القاعدة الفقهيّة، والتعريف الثاني مقتبس من تعريف الجرّجاني للقاعدة أنها: (قضيّة كليّة منطبقة على جميع جزئياتها)، وقد مرّ أيضاً: ص ١٥، وقد أضفت القيد ذاته لنفس السبب، مع حذف كلمة (جميع).

(٣) تحرير القواعد المنطقيّة: ص ٨٢.

(٤) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: (المقدمة): ٣١ / ١.

أولاً- الفرق بين القاعدة الفقهيّة والضابط الفقهي:

تتشرك القاعدة الفقهيّة مع الضابط الفقهي في أن كلاهما أصل يندرج تحته عدد من الأحكام الفقهيّة، إلا أن معظم الفقهاء يميّزون بينهما بأن الضابط الفقهي يختصّ بباب فقهي واحد؛ بخلاف القاعدة التي تتسع لأبواب فقهيّة متنوعة:

جاء في حاشية البنّاني^(١): "والقاعدة لا تختصّ بباب بخلاف الضابط"^(٢)، وقال السيوطي^(٣): "لأن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمع فروع باب واحد"^(٤)، ويقول ابن نُجَيْم^(٥): "الفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى؛ والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل"^(٦).

ومن أمثلة الضوابط الفقهيّة:

أ- من السنة النبوية ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ"^(٧).

(١) البنّاني [... - ١١٩٨ هـ]: هو عبد الرحمن بن جاد الله البنّاني المغربي، فقيه أصولي، له: حاشية على شرح الجلال المحلي، في أصول الفقه، ينظر: الأعلام: ٣/ ٣٠٢، معجم المؤلفين: ٥/ ١٣٢.

(٢) حاشية البنّاني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: ٢/ ٢٩٠.

(٣) السيوطي [٨٤٩ - ٩١١ هـ]: هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، جلال الدين السيوطي، أصله من أسوط، نشأ بالقاهرة يتيماً، من علماء الشافعية، برع في مختلف العلوم، في الفقه والحديث واللغة والتاريخ، مؤلفاته تبلغ عدتها خمسمائة مؤلف، منها: الأشباه والنظائر، الحاوي للفتاوى، الإقتان في علوم القرآن. ينظر: شذرات الذهب: ١٠/ ٤٩، الضوء اللامع: ٤/ ٦٥، الأعلام: ٣/ ٣٠١.

(٤) الأشباه والنظائر في النحو (السيوطي): المقدمة: ١/ ٢٥.

(٥) ابن نُجَيْم [...] - ٩٧٠ هـ]: هو العلامة زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نُجَيْم الحنفي، من كبار علماء الحنفية وفضلائهم، من تصانيفه: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر، شرح المنار. ينظر: شذرات الذهب: ١٠/ ٥٢٣، الأعلام: ٣/ ٦٤.

(٦) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): الفن الثاني (الفوائد)، مقدمة كتاب الطهارة: ص ١٣٧.

(٧) أخرجه الترمذي، أبواب اللباس، باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت، رقم الحديث (١٧٢٨): ٤/ ٢٢١، وقال الإمام الترمذي: حديث ابن عباس حسن صحيح. وأخرجه أيضاً النسائي في السنن الصغرى، كتاب الفرع والعبرة، باب جلود الميتة، رقم الحديث (٤٢٤١): ٧/ ١٧٣، ابن ماجه، أبواب اللباس، باب لبس جلود الميتة إذا دبغت، رقم

- ب- "كل شيء يجوز للبائع أن يشتريه لنفسه، فهو جائز أن يشتريه لغيره إذا وَّكَّله" ^(١).
- ج- "كل ما أمكن ضبط صفته، ومعرفة مقداره جاز السلم فيه، وما لا يمكن ضبط صفته، ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه" ^(٢).
- د- "كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب" ^(٣).
- هـ- "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، إلا أربعة: أم مرضعة ولدك وبناتها ومرضعة أخيك وحفيدك" ^(٤).
- و- "ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى" ^(٥).
- فهذه مجموعة من الضوابط الفقهية، يختص كل منها باب فقهي واحد؛ فالأول يختص بطهارة جلد الميتة، والثاني يختص بالوكالة في الشراء، والثالث بعقد السلم، والرابع يختص بعيوب المبيع، والخامس بالرضاع، والسادس بالجمع بين امرأتين في النكاح.
- بخلاف القاعدة، حيث يندرج تحتها فروع من أبواب فقهية متنوعة، فقاعدة: (الأمور بمقاصدها) يندرج تحتها أحكام وفروع في العبادات، وفي المعاملات، وغير ذلك.
- ثانياً- الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:
- القاعدة الأصولية هي التي "يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية" ^(٦).
- وتشترك القاعدة الفقهية مع القاعدة الأصولية في أن كل واحدة منهما أصل كلي يندرج تحته عدد من الجزئيات.

الحديث (٣٦٠٨): ٤/٦٠٢، أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عباس، رقم الحديث (١٨٩٥): ٣/٣٨٢.

(١) المدونة، كتاب الآجال: ٣/١٦٨.

(٢) اللباب في شرح الكتاب: كتاب البيوع، باب السلم: ٢/٤٥.

(٣) الهداية، كتاب البيوع، باب خيار العيب: ٣/٣٧.

(٤) الأشباه والنظائر (السيوطي): كتاب النكاح، باب محرمات النكاح: ص ٤٧٦.

(٥) الهداية، كتاب النكاح، فصل في بيان المحرمات: ١/١٧٨.

(٦) رفع الحاجب: ١/٢٤٢.

إلا أن الفقهاء والأصوليين يميّزون بينهما في عدة أمور، ويعدُّ الإمام القَرَافِيُّ^(١) أول من ميّز بين القواعد الفقهيّة والقواعد الأصوليّة في مقدمة كتابه أنوار البروق في أنواء الفروق، ثم ظهر علماء وفقهاء آخرون اهتموا بالتفريق بين هذين النوعين من القواعد.

وفيما يلي نعرض لأهم الفوارق بين القواعد الفقهيّة والقواعد الأصوليّة:

١- إن القواعد الأصوليّة ناشئة في أغلبها من الألفاظ العربية وما يعرض لها من نسخ وترجيح وعموم وخصوص وأمر ونهي وغير ذلك، مثل: (الأمر للوجوب)^(٢)، أما القواعد الفقهيّة فناشئة من تتبع الأحكام والمسائل الجزئية، وجمع الأشباه مع أشباهها، والنظائر مع نظائرها، تحت معنى واحد تشترك فيه جميع هذه الفروع، مثل: (العادة مُحْكَمَة)^(٣).

٢- إن القواعد الأصوليّة متقدمة على القواعد الفقهيّة في وجودها الذهني والواقعي؛ لأن القواعد الفقهيّة هي جمع لأشتات الفروع وربط بينها، وهذه الفروع إنما تمّ التوصل إليها من خلال القواعد الأصوليّة، فتكون القواعد الأصوليّة سابقة للفروع ذاتها التي جاءت القواعد الفقهيّة لضبطها وجمع شتاتها^(٤).

ولهذا نجد أن تدوين القواعد الفقهيّة جاء متأخراً عن تدوين القواعد الأصوليّة.

٣- تعدُّ القواعد الأصوليّة من اختصاص المجتهد؛ حيث يعتمد عليها في استنباط الأحكام الشرعيّة من أدلتها، أما القواعد الفقهيّة فهي من اختصاص الفقيه والمقلّد^(٥).

(١) القَرَافِيُّ [.... - ٦٨٤ هـ]: هو الإمام أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، شهاب الدين أبو العباس، كان من كبار علماء المالكية، برع في الفقه والأصول والتفسير والحديث وغيرها، صنف الكثير من الكتب النافعة التي تدل على رسوخه وفضله وإتقانه منها: أنوار البروق في أنواء الفروق، الذخيرة، شرح المحصول للرازي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام. ينظر: الديباج المذهب: ٢٣٦/١، الأعلام: ٩٤/١.

(٢) أنوار البروق في أنواء الفروق: المقدمة: ٢/١.

(٣) سد الذرائع في الشريعة الإسلامية (البرهاني): ص ١٥٨ - ١٥٩.

(٤) مالك: حياته وعصره - آراؤه وفقهه (محمد أبو زهرة): ص ٢١٨.

(٥) القواعد الفقهيّة (الزحيلي): ٢٤/١، القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ١٣٦.

٤- إن القواعد الأصولية هي وسائل الاستنباط وضوابطه لدى المجتهد، التي يتوصل بها إلى معرفة الأحكام الشرعية، أما القواعد الفقهية فهي الضوابط الكلية لما توصل إليه المجتهد من فروع وأحكام، التي تعطي صورة واضحة عما انتهى إليه الاجتهاد، وترتبط بين فروع ومسائله الجزئية^(١).

٥- إن موضوع القواعد الأصولية هو الدليل السمعي، أو أعراض الدليل، أو أنواع تلك الأعراض، ومحمولها^(٢) مثبت.

فالقاعدة الأصولية (خبر الواحد يفيد الظن): موضوعها خبر الواحد، وهو من الأدلة السمعية، ومحمولها يثبت الظنية لخبر الواحد.

أما القواعد الفقهية فموضوعها أعمال المكلفين، ومحمولها حكم، مثل القاعدة الفقهية: (المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)، فالموضوع فيها هو فعل المكلف، ومحمولها حكم شرعي^(٣).

٦- إن الوصول إلى حكم الفروع والجزئيات من خلال القواعد الأصولية يتم بالواسطة، أما في القواعد الفقهية فيستخرج منها الحكم مباشرة بدون واسطة.

فالقاعدة الأصولية (الأمر للوجوب) تدل على وجوب الصلاة، ولكن بواسطة الدليل وهو قوله تعالى: ﴿وَأَقِمُوا الصَّلَاةَ﴾ (البقرة: ٤٣)، أما القاعدة الفقهية (الأمور بمقاصدها) فهي تفيد وجوب (النية في الصلاة) مباشرة ومن دون واسطة^(٤).

ثالثاً- الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:

يعد مفهوم "النظرية الفقهية" من الأمور المستحدثة التي لم يكن لها وجود في كتب الفقهاء القدامى، وإنما كانت الأحكام المتعلقة بكل نظرية متناثرة في مختلف أبواب الفقه وفروعه.

(١) مالك: حياته وعصره - آراؤه وفقهه (محمد أبو زهرة): ص ٢١٨.

(٢) المحمول هو: المحكوم به على الموضوع. تحرير القواعد المنطقية: ص ٨٦.

(٣) سد الذرائع في الشريعة الإسلامية (البرهاني): ص ١٦٠ - ١٦٢.

(٤) القواعد (المقري): مقدمة التحقيق للدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد، القسم الأول: ١/ ١٠٧ - ١٠٨.

ثم جاء عدد من الباحثين فاستخلصوا الأحكام المتشابهة والقواعد العامة التي تمثل جانباً من الجوانب الأساسية للفقه، والتي تندرج ضمن موضوع واحد، واستنبطوا شروطه وأركانه ومقوماته، وأطلقوا عليه اسم (نظرية)، مثل نظرية الملكية، ونظرية العقد، ونظرية الحق.

وتختلف النظرية الفقهية عن القاعدة الفقهية في أمور أهمها:

١- إن القاعدة هي أصل فقهي تندرج تحته عدد من الفروع والجزئيات، ويعتمد عليها الفقيه والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية، أما النظرية فهي نظام موضوعي متكامل يمثل جانباً من الجوانب الأساسية في الفقه^(١).

٢- تتضمن القاعدة الفقهية حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم ينتقل إلى جميع الفروع والجزئيات التي تندرج تحتها، مثل قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، فإنها تتضمن حكماً فقهياً واحداً، ينطبق على كل مسألة تندرج تحت القاعدة.

بخلاف النظرية الفقهية التي لا تتضمن في ذاتها حكماً فقهياً، مثل (نظرية العرف)^(٢).

٣- تشتمل النظرية الفقهية على تعريف موضوعها شروطه وأركانه ونحو ذلك، بخلاف القاعدة حيث لا تتضمن ذلك^(٣).

فنظرية العقد: تتناول دراسة العقود كافة من حيث تعريفها، وأنواعها، وشروطها، وأركانها، وآثارها، كما تتناول الشروط المقترنة بالعقود، والأحكام المتعلقة بالعاقدين، وشروطها، وغير ذلك من الأحكام التي لا تتناولها القاعدة الفقهية.

(١) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): القسم الثاني (النظريات الفقهية الأساسية): ٣٢٩/١ - ٣٣٠، والمصدر

نفسه: الفصل التاسع والسبعون: ٩٦٥/٢. القواعد الفقهية (الزحيلي): ٢٥/١ - ٢٦.

(٢) القواعد (المقري): مقدمة التحقيق للدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد، القسم الأول: ١٠٩/١ - ١١٠.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الثاني: أركان القاعدة الفقهية وشروطها

يتناول هذا المبحث مقومات القاعدة الفقهية التي لا تتحقق إلا بها، وهذه المقومات منها ما هو أركان ومنها ما هو شروط، وبيانه فيما يلي:

المطلب الأول: أركان القاعدة

لكل قاعدة ركنان أساسيان، لا تقوم القاعدة إلا بهما، وهما: الموضوع والحكم، وفيما يلي بيان موجز لهما^(١):

الركن الأول - الموضوع:

ويسمى (المحكوم عليه): وهو الذي يُحمَل عليه الحكم، ومثاله: اليقين، في قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، والمشقة في قاعدة: (المشقة تجلب التيسير)، والضَّرَر في قاعدة: (الضَّرَر يُزَال).

الركن الثاني - الحكم:

"ويعبر عنه بـ (المحمول)، أو (المحكوم به) وهو ما يُحمَل على الموضوع، أو أخبر به عنه، أو نُسب، أو أُسند إليه، وبواسطته ثبت أو نفى وصفاً أو صفات عن الموضوع. ولا بد أن يكون ذلك الوصف بياناً لحكم شرعي، أو ما له صلة بالحكم الشرعي، كإثبات التيسير للمشقة"^(٢). في قاعدة: (المشقة تجلب التيسير)، أو نفى إزالة الشك لليقين، في قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك).

المطلب الثاني: شروط القاعدة الفقهية

لدى الحديث عن شروط القاعدة الفقهية، فإن لدينا نوعين من الشروط؛ الأول: شروط الأركان، والثاني: شروط تطبيق القاعدة الفقهية، وفيما يلي بيان موجز لكل منهما^(٣):

(١) تحرير القواعد المنطقية: ص ٨٦، المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٧٩ - ٨٠.

(٢) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٨٠.

(٣) المرجع السابق: ص ٨١ وما بعدها.

أولاً- شروط أركان القاعدة الفقهية:

مرّ سابقاً أن كلّ قاعدة تقوم على ركنين، وهما: الموضوع و الحكم، وفيما يلي بيان لشرائط كل منهما:

أ- شروط الموضوع:

١- التجريد: ويقصد به "أن تكون القاعدة مبيّنة لأحكام أفعال الأشخاص بصفاتهم، لا بأعيانهم، فلا تتناول واقعة بعينها، ولا شخصاً لذاته؛ لأن تشخيص الموضوع يتنافى مع معنى القاعدة، وكلّيّة الموضوع فيها"^(١)، فقاعدة: (الضّرر يُزال) لا تعني ضرراً محدداً في واقعة خاصة، ولا شخصاً معيناً، وإنما تشمل كل شخص، وكل ضرر أمر الشارع بإزالته.

٢- العموم: والمقصود منه "أن موضوع القضية لا بدّ أن يتناول جميع أفراد الذين ينطبق عليهم معناه"^(٢)؛ وذلك لأن القاعدة قضيّة كلّيّة، فالمحكوم فيها يشمل جميع أفراد موضوعها.

ب- شروط الحكم:

١- أن يكون حكماً شرعياً: وقد سبق في تعريف القاعدة الفقهية أنها (شرعيّة عمليّة)، فلا بد أن يكون حكمها شرعياً، وهذا الشرط احترازاً عن الحكم اللغوي والعقلي ونحو ذلك.

٢- أن يكون حكماً باتّاً غير متردّد فيه: وذلك لأن التردّد يتنافى مع طبيعة القاعدة، ويفقدها قيمتها، فلا يصحّ أن تصاغ القاعدة بصياغة يكون الحكم فيها محتملاً لأمرين، مثل صيغة الاستفهام، ومنها قولهم: "الإقالة هل هي فسخ أم بيع"^(٣).

(١) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٨١ .

(٢) المرجع السابق: ص ٨٢ .

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٧٢ ، وما ذكره السيوطي إشارة إلى اختلاف العلماء في ذلك، فلا تعد بهذه الصياغة قاعدة فقهية، وإنما تتضمن قاعدتين فقهيتين تمثل كل قاعدة وجهة نظر فريق من العلماء؛ الأولى: (كل إقالة فسخ)،

ثانياً- شروط تطبيق القاعدة الفقهية:

لا بد في تطبيق القواعد الفقهية من مراعاة عدد من الشروط، أهمها^(١):

- أ- أن تتوفر في الحوادث والوقائع الشروط الخاصة للقواعد المراد تطبيقها: فلكل قاعدة شرائط خاصة، تذكر في بابها، وهذه الشرائط تختلف بين قاعدة وأخرى، فلا بد من مراعاة هذه الشرائط؛ ليتمّ الاهتداء من خلال القاعدة الفقهية إلى الحكم الصحيح.
- ب- السلامة من المعارض: فيشترط في تطبيق كل قاعدة فقهية أن لا يعارضها ما هو أقوى منها أو مثلها من الأدلة.
- ج- أن تخلو الواقعة المراد تطبيق القاعدة عليها من الدليل الثابت بالنص أو الإجماع؛ لأنه وقتئذ يصار إلى الدليل، إلا إذا كانت القاعدة موافقة للدليل، فتكون القاعدة من باب تعدد الأدلة.

والثانية (كل إقالة بيع). المفصل في القواعد الفقهية (الباحسن): ٨٥.

(١) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسن): ٩٢ - ٩٥.

المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها

يتناول هذا المبحث مصادر القواعد الفقهية، ولا نعني بمصادر القواعد مطلقاً وجودها في الكتب والمراجع، وإنما يراد بذلك مصادر تكوينها واستمدادها واستنباطها واستقائها.

كما يتناول هذا المبحث تعريفاً موجزاً بمراحل ظهور القواعد الفقهية وتطورها.

المطلب الأول: مصادر تكوين القواعد الفقهية

يعدّ مصدر تكوين القاعدة الفقهية من أهم ما يميّز القاعدة من حيث قوتها وأهميتها، وصلاحتها للاحتجاج، ورجحانها في الاستدلال.

والمصادر التي تستمدّ منها القواعد الفقهية متنوعة؛ منها النصوص الشرعية، ومنها ما هو منقول عن الصحابة والتابعين، ومنها ما هو ثمرة الاجتهاد والاستنباط.

وفيما يلي عرض موجز لهذه المصادر، مع عدد من الأمثلة^(١):

أولاً- النصوص الشرعية:

تعدّ النصوص الشرعية من أهم مصادر القواعد الفقهية، وإن القواعد المستمدة من القرآن الكريم أو السنة النبوية هي أقوى أنواع القواعد الفقهية في الاستدلال والاحتجاج والترجيح؛ لأنها تأخذ منزلة النصوص نفسها.

وقد يكون النص الشرعي نفسه قاعدة فقهية دون تغيير في الصياغة، وقد يكون النص أصلاً وأساساً لقاعدة فقهية، تم الاهتداء إليها بالاجتهاد والاستنباط، وفيما يلي بعض الأمثلة:

أ- قول الله تعالى: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ). [البقرة: ١٨٥].

وهذه الآية أصل لعدد من القواعد الفقهية؛ منها قاعدة (المشقة تجلب التيسير) التي

(١) القواعد الفقهية (الباحسين): ص ١٩٥ وما بعدها، والمرجع نفسه: ص ٢٩٧ وما بعدها، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية (شبير): ص ٤٠ وما بعدها.

نصّت عليها المادّة (١٧) من مجلة الأحكام العدلية، ومنها قاعدة (الأمر إذا ضاق اتسع) وهي نص المادة (١٨) من مجلة الأحكام العدلية.

ب- قول النبي صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات)^(١).

وهذا اللفظ هو جزء من حديث صحيح، وهو الأصل والأساس في القاعدة الفقهيّة المشهورة: (الأمر بمقاصدها)، والتي هي نصّ المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية.

ج- قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الخراج بالضمان)^(٢).

والحديث بهذا اللفظ هو نص قاعدة فقهيّة، نصّت عليها المادّة (٨٥) من مجلة الأحكام العدلية.

د- قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)^(٣).

وهذا الحديث أيضاً هو نص قاعدة فقهيّة، نصّت عليها المادّة (١٩) من مجلة الأحكام العدلية، وقد عبر عنها الفقهاء أيضاً بصيغة: (الضرر يُزال)، وهذه الصيغة هي نصّ المادّة (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(١) ونص الحديث بتمامه: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه). أخرجه البخاري، باب بدء الوحي، رقم الحديث (١): ٦/١، واللفظ له، وأخرجه مسلم، كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم (إنما الأعمال بالنية) وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، رقم الحديث (١٩٠٧): ٣/١١٥.

(٢) سنن أبي داود، أبواب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، رقم الحديث (٣٥٠٨): ٣/٢٨٤، سنن الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، رقم الحديث: (١٢٨٥)، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح: ٣/٥٧٣، سنن النسائي، كتاب البيوع، الخراج بالضمان، رقم الحديث (٤٤٩٠): ٧/٢٥٤، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، رقم الحديث (٢٢٤٣): ٣/٣٥٣، مسند أحمد، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق، رقم الحديث (٢٤٢٢٤): ٤٠/٢٧٢.

(٣) سنن ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث (٢٣٤١): ٣/٤٣٢، مسند أحمد، مسند عبد الله بن العباس، رقم الحديث (٢٨٦٥): ٥/٥٥، موطأ مالك، كتاب الأقضية، القضاء في المرفق، رقم الحديث (٦٠٠): ٤/١٠٧٨، المستدرک علی الصحیحین، كتاب البيوع، حديث معمر بن راشد، رقم الحديث (٢٣٤٥): ٢/٦٦. والحديث سنده حسن، وله طرق يقوي بعضها بعضاً، ينظر: جامع العلوم والحكم، الحديث الثاني والثلاثون: ٢/٢٠٧.

هـ- قول النبي صلى الله عليه وسلم: (وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)^(١).

وقد استنبط الفقهاء من هذا الحديث القاعدة الفقهية: (الميسور لا يسقط بالمعسور)^(٢).

ثانياً- القواعد والضوابط الفقهية من أقوال الصحابة رضي الله عنهم:

أ- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (لا عفو عن الحدود عن شيء منها، بعد أن تبلغ الإمام، فإن إقامتها من السنة)^(٣).

ب- وعنه أنه قال: (مقاطع الحقوق عند الشروط)^(٤).

ج- وعن علي رضي الله عنه أنه قال: (من قاسم الربح فلا ضمان عليه)^(٥).

د- وعنه أنه قال: (ليس على صاحب العارية ضمان)^(٦).

ثالثاً- القواعد والضوابط الفقهية من أقوال عدد من التابعين:

أ- عن شريح القاضي^(٧) أنه قال: (من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه)^(٨).

(١) وهو جزء من حديث صحيح، والحديث بتمامه: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (دعوني ما تركتكم، إنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم). أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث (٧٢٨٨): ٩/ ٩٤، واللفظ له، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب فرض الحج في العمر مرة، رقم الحديث (١٣٣٧): ٢/ ٩٧٥.

(٢) الأشباه والنظائر (السبكي): ١/ ٥٥، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٥٩.

(٣) المصنّف (عبد الرزاق)، كتاب الطلاق، باب الأب يفترى على ابنه، رقم (١٣٨١٦): ٧/ ٤٤١.

(٤) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح: ٧/ ٢٠.

(٥) المصنّف (عبد الرزاق)، كتاب البيوع، باب ضمان المقارض إذا تعدى، ولمن الربح، رقم (١٥١١٣): ٨/ ٢٥٣.

(٦) المرجع السابق، كتاب البيوع، باب العارية، رقم (١٤٧٨٦): ٨/ ١٧٩.

(٧) شريح [٧٨ هـ-...]: هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، من أشهر القضاة في صدر الإسلام. كان في

زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، كان ثقة في

الحديث، مأمونا في القضاء، له باع في الشعر والأدب، مات بالكوفة، ينظر: شذرات الذهب: ١/ ٣٢٠، الأعلام:

٣/ ١٦١.

(٨) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب (ما يجوز من الاشتراط ...): ٣/ ١٩٨.

ب- وعنه أيضاً قال: (ليس على المستعير، ولا على المستودع غير المغلّ ضمان)^(١)، وعنه أيضاً قوله: (لا يُقضى على غائب)^(٢).

ج- وعن إبراهيم النخعي^(٣) أنه قال: (كلّ قرض جرّ منفعة فهو ربا)^(٤).

رابعاً- القواعد والضوابط الفقهيّة من أقوال الأئمة المجتهدين:

أ- ومما نقل عن أبي يوسف رحمه الله قوله: (وليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحقّ ثابت معروف)^(٥).

ب- وعن الإمام مالك رضي الله عنه قال: (لا يرث أحد أحدًا بالشك)^(٦).

ج- وعن الإمام الشافعي رضي الله عنه قال: (لا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل، وإنما ينسب إلى كلّ قوله وعمله)^(٧)، وقول الإمام الشافعي هذا هو الأساس في القاعدة الفقهيّة: (لا ينسب إلى ساكت قول).

د- وعنه أيضاً قوله: (الحاجة لا تُحقّق لأحد أن يأخذ مال غيره)^(٨).

خامساً- بعض القواعد الفقهيّة التي تمّ التوصل إليها من خلال الاجتهاد:

ومن مصادر القواعد الفقهيّة ما هو ثمرة الاجتهاد والاستنباط، وقد يكون استنباط القاعدة من القرآن الكريم أو من السنة النبوية، وقد مرّ سابقاً ذكر بعض الأمثلة على ذلك،

(١) المصنّف (عبد الرزاق)، كتاب البيوع، باب العارية، رقم (١٤٧٨٢): ١٧٨ / ٨.

(٢) المصنّف (عبد الرزاق)، كتاب البيوع، باب لا يقضى على غائب، رقم (١٥٣٠٦): ٣٠٤ / ٨.

(٣) إبراهيم النخعي [٤٦ - ٩٦ هـ]: هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أبو عمران، من مذبح اليمن، من أهل الكوفة، ومن كبار التابعين، أدرك بعض متأخري الصحابة، كان فقيهاً. ينظر: شذرات الذهب: ٣٨٧ / ١، الأعلام: ٨٠ / ١.

(٤) المصنّف (ابن أبي شيبة)، كتاب البيوع والأقضية، من كره كل قرض جرّ منفعة، رقم (٢٠٦٩٠): ٣٢٧ / ٤.

(٥) الخراج (أبو يوسف)، باب في قسمة الغنائم إذا أصيب من العدو، فصل في موات الأرض في الصلح والعنوة وغيرهما: ص ٧٨.

(٦) المدوّنة: كتاب طلاق السنة، ميراث المفقود: ٣٣ / ٢.

(٧) الأم: كتاب الصلاة، باب (الساعات التي تكره فيها الصلاة): ١٧٨ / ١.

(٨) الأم: كتاب قسم الصدقات، باب (ضيق السهمان عن...): ٨٣ / ٢.

وقد يكون الاستنباط مستنداً إلى مصادر التشريع الأخرى مثل القياس^(١) أو الاستصحاب^(٢)، أو بالاعتماد على الاستقراء^(٣)، وفيما يلي بعض الأمثلة:

أ- قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان).

وهذه القاعدة هي نصُّ المادة رقم (٥) من مجلة الأحكام العدلية، وهي تستند إلى الاستصحاب^(٤)؛ لأن الأصل أن يكون الحكم على الشيء على ما كان عليه، ما لم يَقم دليل يثبت التغيير.

ب- قاعدة (مَنْ مَلَكَ التَّنْجِيزَ مَلَكَ التَّعْلِيقَ، وَمَنْ لَا فَلَا)^(٥).

وقد نصَّ الإمام السيوطي على هذه القاعدة في كتابه (الأشباه والنظائر)، وهذه القاعدة تستند إلى القياس الأولي^(٦)، فمن لا يملك التنجيز لا يملك التعليق من باب أولى.

ج- قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان).

وهي نص المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية، وهي تستند إلى امتناع الجمع بين الضدين، وذلك لأن الضمان إنما يكون بالتعدي ومخالفة الأحكام الشرعية، فإذا كان الفعل جائزاً شرعاً فلا يترتب عليه ضمان^(٧).

د- قاعدة (إذا سقط الأصل سقط الفرع).

وهذه القاعدة هي نصُّ المادة رقم (٥٠) من مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرها الفقهاء

(١) القياس هو: "إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علّة الحكم عند الميثب". نهاية السؤل، كتاب القياس: ص ٣٠٣.

(٢) الاستصحاب: "الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول". نهاية السؤل، كتاب (في دلائل اختلاف فيها)، باب (في المقبولة): ص ٣٦١.

(٣) الاستقراء: "هو الحكم على كليٍّ بوجوده في أكثر جزئياته". التعريفات: ص ٣٧.

(٤) المفصل في القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ١١٣.

(٥) الأشباه والنظائر (السيوطي): الكتاب الرابع، قاعدة: (من ملك التنجيز...)، ص ٣٧٨.

(٦) المفصل في القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ١١٤ - ١١٥.

(٧) المرجع السابق: ص ١١٥.

بعبارات متقاربة، منها: (الفرع يسقط إذا سقط الأصل)^(١).

ومستند هذه القاعدة: العقل؛ لأن الفرع مبني على الأصل، فسقوط الأصل يستلزم سقوط الفرع، وإذا لم يُعْتَدَ بالأصل لم يعتد بالفرع، وهذا مما يقتضيه العقل، وأيضاً فإن الحسن يستلزم ذلك، كابتناء السقف على الأعمدة والجدران، فإذا سقطت الأعمدة والجدران سقط السقف^(٢).

والقواعد الفقهية في ذلك كثيرة، وهي ثمرة الاستنباط والاجتهاد بطرقه المتنوعة.

المطلب الثاني: نشوء القواعد الفقهية وتطورها

إن البذور الأولى للقواعد الفقهية إنما وجدت في عصر النبوة والرسالة، إذ إن عدداً من أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم كانت قواعد فقهية، وكان عدد آخر من الأحاديث أساساً ومصدراً لقواعد فقهية، ثم الاهتداء إليها بطريق الاجتهاد والاستقراء. إلا أن نشوء القواعد الفقهية كعلم مستقل جاء في مرحلة متأخرة بعد نمو الفقه وازدهاره، وكثرة فروعه ومسائله، حيث ظهرت الحاجة إلى ربط الفروع والمسائل المتشابهة، وإلحاق النظائر بأشباهها ضمن قواعد عامة تسهل فهم الفروع الجزئية، وتساعد في معرفة الأحكام المستجدة^(٣).

وفيما يلي عرض موجز لأهم مراحل نشوء القواعد الفقهية وتطورها وازدهارها:

أولاً- القواعد الفقهية قبل التدوين:

وتمتد هذه المرحلة منذ صدر الإسلام حتى منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً، ولم يكن هناك تصنيف أو تدوين للقواعد الفقهية في هذه المرحلة، وإنما كانت متناثرة يتم الاعتماد عليها في الاستنباط والاجتهاد^(٤).

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٩.

(٢) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ١١٦، والمرجع نفسه: ص ٥٢٣.

(٣) القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٢٩٧-٢٩٨.

(٤) المرجع السابق: ص ٢٩٧-٢٩٨، ص ٣٢٧.

وكما ذكرنا فإن هذه المرحلة تمثل نشوء البذور الأولى للقواعد الفقهيّة من خلال السنة النبوية، والتي يُعدُّ كثير منها بمثابة نصوص قواعد فقهيّة أو أساساً لقواعد فقهيّة، وكذلك ما نقل من أقوال الصحابة رضي الله عنهم، وما نقل أيضاً عن التابعين ومن بعدهم من الفقهاء.

وقد سبق في المطلب السابق ذكر عدد من النماذج والعبارات التي نقلت في هذه المرحلة، والتي تُعدُّ قواعد فقهيّة أو ضوابط فقهيّة، أو أساساً وأصلاً لها، وفق المعنى الذي تم الاصطلاح عليه فيما بعد.

إذاً، لم يكن في هذه المرحلة تدوين للقواعد الفقهيّة ولا جمع لها، إلا أن هذه القواعد كان لها وجود ذهنيّ لدى فقهاء هذه المرحلة، كما أننا وجدنا في بطون كتبهم عدداً غير قليل من العبارات والمقولات المتناثرة، التي تشكل الأصل والأساس لكثير من القواعد والضوابط الفقهيّة.

ثانياً- القواعد الفقهيّة من بداية التدوين حتى نهاية القرن السادس الهجري^(١):

وهذه المرحلة هي مرحلة ظهور القواعد الفقهيّة كعلم مستقل، وتبدأ هذه المرحلة من منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً حتى عصرنا هذا.

وفيها ظهر الاهتمام بعلم القواعد الفقهيّة، حيث أقبل الفقهاء والباحثون على استنباط القواعد الفقهيّة واستخراجها وجمعها وترتيبها وتدوينها.

ويعدُّ كتاب (الأصول) لأبي الحسن الكرخي^(٢) أول جمع وتدوين للقواعد الفقهيّة بحسب ما نقل إلينا.

وقد احتوى هذا الكتاب على تسعة وثلاثين من القواعد والضوابط الفقهيّة الخاصة

(١) القواعد الفقهيّة (الندوي): ص ١٣٣ - ١٣٧، القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ٣٢٧ - ٣٣٣.

(٢) الكرخي [٢٦٠ - ٣٤٠ هـ]: هو عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي، فقيه حنفي، انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق، مولده بالكرك ووفاته ببغداد، من تصانيفه: رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، وشرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير. ينظر: الجواهر المضية: ١/ ٣٣٧، شذرات الذهب: ٤/ ٢٢٠، الأعلام: ٤/ ١٩٣.

بالمذهب الحنفي، وكان دورها بيان الأصول التي عليها مدار الفقه الحنفي.
ثم ظهر كتاب (تأسيس النظائر) لأبي الليث السَّمَرَقَنْدِي^(١)، وذكر فيه المصنّف أربعة وسبعين أصلاً.

هذا أشهر ما نقل إلينا عن هذا الدور، وقد كانت الكتب المؤلفة فيه قليلة العدد، غالبها حنفي المذهب.

ثالثاً- القواعد الفقهية من بداية القرن السابع الهجري حتى نهاية القرن العاشر^(٢):

وفي هذا الدور أخذت حركة التدوين بالانتساع والتطور والازدهار، وزاد الاعتناء بتصنيف القواعد والضوابط الفقهية، وفيما يلي أشهر المصنّفات في هذه المرحلة حسب التسلسل الزمني:

أ- في القرن السابع الهجري:

وفي هذا القرن ظهرت عدد من المصنّفات الجديدة في القواعد الفقهية، التي تمثل تطوراً جديداً في هذا المجال منها:

١- القواعد في فروع الشافعية لأبي حامد الجَاغَرْمِي^(٣).

٢- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: لعزّ الدين بن عبد السلام^(٤). وقد احتوى الكتاب على فوائد جليّة.

(١) السَّمَرَقَنْدِي [....- ٣٧٣ هـ]: نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السَّمَرَقَنْدِي، أبو الليث الفقيه الملقب بإمام الهدى، صاحب الأقوال المفيدة والتصانيف المشهورة، من كتبه: خزانة الفقه، النوازل، عيون المسائل، التفسير، تنبيه الغافلين. ينظر: الجواهر المضية: ٢/ ١٩٦، الأعلام: ٨/ ٢٧.

(٢) القواعد الفقهية (الندوي): ص ١٣٧، وما بعدها، القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٣٣٣-٣٥٨.

(٣) الجَاغَرْمِي [....- ٦١٣ هـ]: محمد بن إبراهيم بن أبي الفضل السهلي الجَاغَرْمِي، أبو حامد، فقيه شافعي، من أهل جَاغَرْم، توفي بنيسابور، من كتبه: بيان الاختلاف بين قولي الإمامين أبي حنيفة والشافعي، الكفاية، القواعد. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: ٨/ ٤٤، الأعلام: ٥/ ٢٩٦.

(٤) عزّ الدين بن عبد السلام [٥٧٧- ٦٦٠ هـ]: هو عبد العزيز بن عبد السلام أبي القاسم بن الحسن السُّلَمِي، يلقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي مجتهد، ولد بدمشق، وتولى التدريس بالجامع الأموي، ثم انتقل إلى مصر، من مصنفاته: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، الفتاوى، التفسير الكبير. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: ٨/ ٢٠٩، الأعلام:

ب- في القرن الثامن الهجري:

وفيه ازدهرت طريقة التأليف واستقرت، وظهرت مناهج واضحة في عرض القواعد وتصنيفها وترتيبها، فمنهج عرض القواعد الفقهية يكون إما وفق ترتيب الموضوعات الفقهية، أو وفق الترتيب الهجائي لحروف المعجم، أو وفق ترتيب القواعد الفقهية بالنظر إلى عمومها وخصوصها وموضوعها.

ومن أهم الكتب المصنفة في هذا القرن:

١- الأشباه والنظائر لابن الوكيل^(١): في قواعد المذهب الشافعي، ويمثل هذا الكتاب

تطوراً كبيراً في تدوين القواعد الفقهية، ويُعدُّ بداية عَنَوَنَة كتب القواعد باسم (الأشباه والنظائر).

٢- القواعد لأبي عبد الله المقرئ المالكي. ويُعدُّ هذا الكتاب أساساً لكثير من كتب

القواعد في الفقه المالكي، حيث جمع فيه المؤلف عدداً كبيراً من القواعد والضوابط في الفقه المالكي، وقد رتب كتابه على أبواب الفقه.

٣- الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، ويُعدُّ هذا الكتاب من

أهم الكتب المصنفة في هذا القرن، وقد رتبته حسب موضوعات القواعد الفقهية.

٤- المنشور في القواعد، لمحمد بن بهادر الزركشي^(٢). وفيه قواعد وضوابط فقهية،

وأحكام وفوائد فقهية وأصولية، وقد رتبته على حروف المعجم.

٢١/٤.

(١) ابن الوكيل [... - ٧٣٨ هـ]: محمد بن عبد الله بن عمر بن مكي، أبو عبد الله، زين الدين العثماني الدمشقي، ابن الوكيل، ويقال له ابن المرحل، فقيه شافعي، مولده ووفاته بدمشق، من كتبه: الأشباه والنظائر، خلاصة الأصول.

ينظر: الدرر الكامنة: ٥/ ٢٢٥، طبقات الشافعية الكبرى: ٩/ ٢٥٣، الأعلام: ٦/ ٢٣٤.

(٢) الزركشي [٧٤٥ - ٧٩٤ هـ]: هو محمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين الزركشي، فقيه شافعي أصولي، تركي الأصل، مصري المولد والوفاة، من تصانيفه: البحر المحيط، إعلام الساجد بأحكام المساجد، الديباج في توضيح المنهاج،

المنشور، ينظر: الدرر الكامنة: ٥/ ١٣٣، الأعلام: ٦/ ٦٠.

ج- في القرن التاسع الهجري:

والمؤلفات فيه تعتمد في معظمها عما سبق تصنيفه في القرن السابق، ومن أهم الكتب المؤلفة في هذا القرن: الأشباه والنظائر لعمر بن علي الشافعي المعروف بابن الملقن^(١)، وقد رتبته على أبواب الفقه، وأفاد ممن سبقه.

د- في القرن العاشر الهجري:

"ومنذ بداية القرن العاشر نضج التأليف في القواعد، واستقرت صيغته، ونظمت مباحثه"^(٢)، ومن أهم الكتب المؤلفة في هذا القرن: كتاب (الأشباه والنظائر) لجلال الدين السيوطي، ويعدّ هذا الكتاب من أهم ما صُنّف في القواعد والضوابط الفقهية، وقد سار على منهجه عدد كبير من العلماء.

رابعاً- القواعد الفقهية من بداية القرن الحادي عشر حتى يومنا هذا^(٣):

وفي هذه الفترة كثر التأليف في مجال القواعد الفقهية، وبذلت في ذلك جهود متنوعة، إلا أن غالب المصنّفات في هذه المرحلة كانت في شرح القواعد المدوّنة في المرحلة السابقة، أو اختصار لها أو نظمها.

وفيما يلي أهم المجالات التي دارت حولها الكتب والمصنّفات في هذه المرحلة:

- ١- المؤلفات حول كتاب الأشباه والنظائر للسيوطي.
- ٢- المؤلفات حول كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم.
- ٣- المؤلفات حول منظومة (المنهج المختب) وشرحها للمنجور^(٤).

(١) ابن الملقن [٧٢٣-٨٠٤ هـ]: هو عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي، سراج الدين، المعروف بابن الملقن: من أكابر العلماء بالحديث والفقه وتاريخ الرجال، أصله من الأندلس، ومولده ووفاته في القاهرة، له نحو ثلاثمائة مصنف، منها: التذكرة في علوم الحديث، إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال، طبقات المحدثين، الأشباه والنظائر، ينظر: الضوء اللامع: ٦/ ١٠٠، الأعلام: ٥/ ٥٧.

(٢) القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٣٥٢.

(٣) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ١٥٢-١٥٣.

(٤) المنجور [٩٢٦-٩٩٥ هـ]: أحمد بن علي بن عبد الرحمن، أبو العباس المنجور، فقيه مغربي، له علم بالأدب، أصله من

٤- المؤلفات حول قواعد مجلة الأحكام العدلية.

٥- المؤلفات المستقلة التي لم تلتزم بكتاب سابق.

وفي العقدين الأخيرين ظهر نشاط من قبل العلماء في مجال القواعد الفقهية، تمثل في جوانب متعددة، أهمها:

١- تحقيق طائفة من كتب القواعد الفقهية.

٢- استخلاص القواعد الفقهية من كتب الفقه.

٣- رصد القواعد الفقهية وإحصاؤها.

٤- تخصيص قواعد معينة في الدراسة.

٥- دراسة علم القواعد الفقهية، دراسة نظرية وتاريخية، مع التطبيقات في بعض الأحيان.

مكناسة، وسكناه ووفاته بفاس، من كتبه: شرح المنهج المنتخب في فقه المالكية، مراقي المجد لآيات السعد، حاشية على السنوسية الكبرى. ينظر: الأعلام: ١ / ١٨٠.

المبحث الرابع: أهمية القواعد الفقهية وحجيتها

يتناول هذا المبحث أهمية الاعتناء بعلم القواعد الفقهية وأبرز فوائده، كما يتناول مسألة الاستدلال بالقواعد الفقهية وصحة الاحتجاج بها في استنباط الأحكام الفقهية.

المطلب الأول: أهمية القواعد الفقهية

يعدّ علم القواعد الفقهية من العلوم الهامة في الشريعة الإسلامية، وله فوائد عظيمة جليلة، وقد نبه إلى ذلك عدد غير قليل من العلماء.

قال الإمام القرافي: "وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدّر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء"^(١).

وقال ابن نجيم مبيّناً أهمية القواعد الفقهية: "وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد، ولو في الفتوى"^(٢).

ويمكن أن نلخص أهمية القواعد الفقهية وفوائدها من خلال الأمور التالية:

١- تساعد القواعد الفقهية في ضبط الفروع الفقهية وحصرها وجمعها؛ لأن المسائل والفروع كثيرة لا تحصى، وهي تنمو وتزداد بتجدد الحوادث والوقائع، فعندما تردّ المسائل الجزئية إلى أصولها وقواعدها التي تندرج تحتها يسهل حصرها وحفظها. يقول الإمام القرافي: "ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات"^(٣).

٢- إن حفظ الفروع والمسائل الجزئية بعيداً عن إدراك أصولها وقواعدها الجامعة، قد يوهم الباحث تعارضاً بين الفروع المختلفة، وتناقضاً بين عللها، فتشتبه عليه الأمور

(١) أنوار البروق في أنواء الفروق: المقدمة: ٣/١.

(٢) الأشباه والنظائر (ابن نجيم): المقدمة: ص ١٤.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق: المقدمة: ٣/١.

وتختلط، لكن عندما تردّ الفروع إلى قواعدها، يظهر التناسق بين الأحكام، وتلحق الأشباه مع أشباهها والنظائر مع نظائرها، ويسهل فهم الاختلاف بين الفروع ويزول الإشكال.

يقول الإمام القرّافي: "ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع، واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت... ومن ضبط الفقه بقواعده... اتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب" (١).

٣- إن القواعد الفقهية تسهّل على رجال التشريع الوضعي فرصة الاطلاع على الفقه الإسلامي بروحه وأساسه ومقاصده وعظمته (٢)، وتيسر لهم سبيل الاستمداد منه.

٤- تكون القواعد الفقهية لدى دارسها ملكةً فقهيةً، تعينه على استنباط الأحكام الشرعية في المسائل المعاصرة، والحوادث المتجددة (٣).

٥- للقواعد الفقهية دور كبير في إدراك مقاصد الشريعة وغاياتها وأهدافها العامة؛ لأن هذه القواعد مشتقة من الفروع بمعرفة الرابط بينها، وإدراك مقاصدها الشرعية (٤).

المطلب الثاني: حجية القواعد الفقهية

ومع اتفاق الفقهاء حول أهمية القواعد الفقهية وفوائدها، إلا أنهم اختلفوا في مدى صلاحية هذه القواعد للاحتجاج بها في استنباط الأحكام الشرعية، أي في كونها دليلاً مستقلاً على الحكم الشرعي في المسائل والفروع التي تندرج تحتها.

فمن الفقهاء من يرى أن هذه القواعد على أهميتها غير صالحة للاحتجاج بها، ولا يمكن أن تكون دليلاً في استنباط الأحكام الشرعية.

ويرى بعض الفقهاء صلاحية القواعد الفقهية للاحتجاج والترجيح واستنباط

(١) أنوار البروق في أنواء الفروق: المقدمة: ٣/١.

(٢) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي (الصابوني): ١/٢٦١.

(٣) القواعد الفقهية (الزحيلي): ١/٢٨، القواعد الفقهية (الباحسين): ص ١١٦.

(٤) القواعد الفقهية (الباحسين): ص ١١٧، نقلاً عن مقدمة كتاب (مقاصد الشريعة الإسلامية) لابن عاشور.

الأحكام.

وقبل الشروع في بيان الأقوال والأدلة، لا بد من الإشارة إلى أن القواعد الفقهيّة التي هي نصوص شرعية ليست محلاً للخلاف؛ لأن الاستدلال بها هو استدلال بالنص الشرعي. إنما محل الخلاف هو القواعد الفقهيّة التي تم الاهتداء إليها من خلال الاستقراء والاستنباط والاجتهاد.

وفيما يلي نعرض لآراء الفقهاء وأدلتهم:
أولاً- عرض آراء الفقهاء في المسألة:

القول الأول: المنع.

يرى أصحاب هذا الرأي عدم جواز الاستدلال بالقواعد الفقهيّة في استنباط الأحكام، وأن غاية هذه القواعد أن تكون شواهد للاستئناس وتنبية القرائح، وذهب إلى ذلك عدد من الفقهاء منهم:

١- ابن دَقِيق العِيد^(١)، حيث أشار إلى أن استخراج الحكم من القاعدة منهج غير سليم، وقد نسب إليه ذلك ابن فَرْحُون^(٢) في ترجمة ابن بشير^(٣)، قال ابن فَرْحُون: "وكان

(١) ابن دَقِيق العِيد [٦٢٥ - ٧٠٢ هـ]: هو محمد بن علي بن وهب بن مطيع، تقي الدين القشيري، المعروف كآبيه وجده بابن دَقِيق العِيد، من أكابر العلماء بالأصول، قاض ومجتهد، وتوفي بالقاهرة، من تصانيفه: إحكام الأحكام في شرح عمدة الأحكام في الحديث، وأصول الدين، الإمام في شرح الإمام، الاقتراح في بيان الاصطلاح. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: ٢٠٧/٩، الدرر الكامنة: ٣٤٨/٥، الأعلام: ٢٨٣/٦.

(٢) ابن فَرْحُون [٧١٩ - ٧٩٩ هـ]: هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، فقيه مالكي، ولد بالمدينة، ونشأ بها، وتفقه وولي قضاءها، كان عالماً بالفقه والأصول والفرائض وعلم القضاء، من تصانيفه: تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات وهو شرح لمختصر ابن الحاجب، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، الديباج المذهب في أعيان المذهب. ينظر: شذرات الذهب: ٦٠٨/٨، الدرر الكامنة: ٥٢/١، الأعلام: ٥٢/١.

(٣) ابن بشير [كان حياً ٥٢٦ هـ]: هو إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير، أبو الطاهر، التنوخي، المالكي، فقيه عالم، من تصانيفه: الأنوار البديعة إلى أسرار الشريعة، التنبيه، جامع الأمهات. ينظر: الديباج المذهب: ٢٦٥/١، معجم المؤلفين: ٤٨/١.

رحمه الله (ابن بشير) يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه التنبيه، وقد نبّه الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد أنها غير مخلصّة، وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصوليّة^(١).

٢- ابن نُجَيم، حيث نسب إليه الحموي أنه قال في الفتاوى الزينيّة: "بأنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط؛ لأنها ليست كلّية بل أغلبيّة، خصوصاً وأنها لم تثبت عن الإمام، بل استخرجها المشايخ من كلامه"^(٢).

٣- أشار واضعو مجلة الأحكام العدلية إلى منع استنباط الأحكام من القواعد، فقد جاء في مقدمتها في معرض الحديث عن القواعد الفقهيّة: "فحكّام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح، لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد"^(٣).

القول الثاني: الجواز.

يرى أصحاب هذا القول أن القواعد الفقهيّة صالحة في الاستدلال والترجيح، والتعرف على أحكام المسائل المستجدة، والحوادث الطارئة.

ومن ذهب إلى هذا الرأي:

١- الإمام القرّافي، حيث بنى بعض أحكامه عليها؛ وذلك أنه قال بنقض قضاء القاضي إذا لم يوقع الطلاق في مسائل الدور^(٤)، وعلل ذلك بأنها تخالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض^(٥).

(١) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ٢٦٦/١، ويظهر أن مراد ابن فرحون بالقواعد الأصوليّة القواعد الفقهيّة؛ كما هو الشائع في زمانهم؛ ولأن استخراج الحكم من القواعد الأصوليّة أمر متفق على جوازه. أشار إلى هذا المعنى الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد في مقدمة تحقيق كتاب القواعد للمقري: ص ١١٧. هامش (١).

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: المقدمة: ٣٧/١.

(٣) درر الحكّام شرح مجلة الأحكام: ١١/١.

(٤) ومنها ما يسمى بـ (المسألة السُّريجيّة) وهي قول القائل لزوجته: إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً.

(٥) أي أن عدم إيقاع الطلاق في المسألة السُّريجيّة، يخالف القاعدة المعروفة أن من شرط الشرط إمكان اجتماعه مع المشروط، وشرط السُّريجيّة لا يجتمع مع مشروطه أبداً، لأن تقدم الثلاث يمنع لزوم الطلاق بعدها، وعليه فيلغى

٢- ابن بشير المالكي: فقد نُسب إليه: "وكان - رحمه الله - يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه وعلى هذا مشى في كتابه: التنبيه"^(١).

وسبق الإشارة إلى أن المراد بالقواعد هنا: القواعد الفقهيّة لا القواعد الأصوليّة^(٢).

٣- ابن عرّفة^(٣): حيث نقل عنه جواز نسبة القول إلى مذهب الإمام مالك، استنباطاً من القواعد الفقهيّة في المذهب المالكي.

"سئل ابن عرّفة: هل يجوز أن يقال في طريق من الطرق هذا مذهب مالك؟. فأجاب: بأن من له معرفة بقواعد المذهب ومشهور أقواله والترجيح والقياس، يجوز له ذلك بعد بذل وسعه في تذكره في قواعد المذهب، ومن لم يكن كذلك لا يجوز له ذلك.." ^(٤).

وإذا جاز استنباط مذهب الإمام مالك في المسألة من قواعد المذهب، جاز الحكم بهذه القواعد.

القول الثالث: التفصيل.

يرى الدكتور يعقوب الباحسين التمييز بين القواعد الفقهيّة وفق ما يلي^(٥):

١- القواعد التي هي نصوص شرعية:

هذا النوع من القواعد يعدّ حجة، ودليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعيّة، أو يرجح

الشرط غير الصحيح. أنوار البروق في أنواء الفروق: (الفرق بين الشرط اللغوي وغيره..)، المسألة الثالثة: ١ / ٧٤-

٧٥، والمصدر نفسه أيضاً: (الفرق بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة..): ٤ / ٤٠.

(١) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: ١ / ٢٦٦.

(٢) مرّ ذلك سابقاً: ص ١٥، هامش رقم (١).

(٣) ابن عرّفة [٧١٦-٨٠٣ هـ]: هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، إمام تونس وعالمها وخطيبها ومفتيها، كان من

كبار فقهاء المالكية، من تصانيفه: المبسوط، الحدود. ينظر: الديباج المذهب: ٢ / ٣٣١، الضوء اللامع: ٩ / ٢٤٠،

الأعلام: ٧ / ٤٣.

(٤) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: مقدمة الكتاب، فرع التقليد: ١ / ٣٨.

(٥) القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ٢٨٦-٢٨٨.

بعضها على بعض. وسواء أكانت صياغة القواعد كالنصوص، أم اختلفت عنها اختلافاً غير مؤثر في المعنى.

٢- القواعد الفقهية المستنبطة من النصوص الشرعية، وهي نوعان:

الأول: قواعد متفق عليها بين الفقهاء: فهذه تعدّ حجة ودليلاً صالحاً للاستنباط؛ لأن اتفاق الفقهاء على صحتها وسلامة ردها إلى النص الشرعي، دليل على إقرارهم بصلاحياتها لبناء الأحكام عليها، كالنص المستنبطة منه.

الثاني: قواعد مختلف فيها: وهذه حجة عند من استنبطها؛ لأنها مردودة إلى النص عنده، وحجيتها تكون من حجة النص، لكنها ليست حجة عند من لم يصحح الاستنباط.

٣- القواعد الفقهية المستنبطة من الاستقراء:

وهذه حجة في الترجيح والتخريج والاستنباط وتفريع الجزئيات، وإذا قام الدليل على إخراج بعض الجزئيات، يعمل بمقتضى الدليل في تلك الجزئيات، وتبقى القاعدة حجة فيما وراء ذلك.

والسبب أن القواعد الاستقرائية لا يقدح في كليتها خروج بعض الجزئيات منها.

٤- القواعد الفقهية المستنبطة، أو المخرجة من الطرق الأخرى كالقياس، أو المستنبطة بطريق الاجتهاد.

إن حجة هذه القواعد تتبع نوع الدليل، ومدى سلامة التخريج أو الاستنباط عليه.

ثانياً- الأدلة والمناقشة:

أ- أدلة الفريق الأول: وهم المانعون.

١- إن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية، حيث تكثر فيها المستثنيات، وقد يكون الفرع غير داخل في الأصل، وإنما مستثنى منه^(١).

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: المقدمة: ٣٧/١.

٢- إن عدداً غير قليل من القواعد الفقهيّة تم الاهتداء إليها من خلال الاستقراء وتتبع الفروع الفقهيّة، وقد يكون هذا الاستقراء غير كاف للحكم؛ لأنه ناتج عن تتبع فروع فقهيّة محدودة^(١).

٣- "أن هذه القواعد ثمرة للفروع المختلفة، وجامع ورباط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام الفروع"^(٢).
أي أن الاستدلال على حكم الفروع الفقهيّة من خلال القواعد الفقهيّة يلزم منه الدور الممنوع؛ لأن القواعد الفقهيّة إنما تم الاستدلال عليها وإثباتها من خلال الفروع، فكيف تكون تلك القواعد دليلاً على الفروع^(٣).

ب- أدلة الفريق الثاني: وهم المجيزون.

من يرى حجّة القواعد الفقهيّة فإنه يستند إلى كليّة هذه القواعد، وأن وجود الاستثناءات لا يقدر في الأصل^(٤).

ج- مناقشة أدلة المانعين:

١- أما القول بأن القواعد الفقهيّة أغلبيّة وليست كليّة، وأن الفرد المراد إلحاقه في الأصل قد يكون مستثنى منه، فيناقش ذلك بأن القاعدة الفقهيّة عندما تطبّق وفق شرائطها المحددة، يتبين عدم دخول كثير من هذه المستثنيات في القاعدة أصلاً؛ لعدم تحقق مناط القاعدة أو بعض شروطها، أو لقيام بعض الموانع.

٢- أما قولهم بأن القواعد الفقهيّة تم الاهتداء إليها من خلال الاستقراء الناقص، وهذا يجعلها ظنية محتملة، فيناقش ذلك بأن جمهور الفقهاء والأصوليين يرون أن الظنّ كاف في إثبات الأحكام الشرعيّة.

(١) القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ٢٨٠.

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكليّة (البورنون): ص ٣٩.

(٣) القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ٢٨١.

(٤) المرجع السابق.

٣- أما القول بأن القواعد الفقهيّة هي ثمرة الفروع الفقهيّة، فلا يصح أن تكون دليلاً عليها؛ منعاً من الدور، فيناقش ذلك بأن الفروع التي كانت دليلاً على القواعد الفقهيّة، غير الفروع التي كانت القواعد دليلاً عليها^(١).

ثالثاً- الترجيح:

لا بدّ أن أشير أولاً إلى أن القواعد الفقهيّة ليست على رتبة واحدة في الثبوت والقوة، وبالتالي فهي ليست على رتبة واحدة في الاستدلال والاحتجاج. فهناك قواعد فقهيّة هي نصوص شرعية، وقواعد أخرى هي في معنى النصوص الشرعيّة كما مرّ سابقاً، ولدينا قواعد ثبتت بالاجتهاد والاستنباط، منها ما نهض في إثباتها عدد كبير من الأدلة والفروع والجزئيات، ومنها ما هو مختلف في ثبوتها. فحجيّة القاعدة تعتمد على أدلة ثبوتها، كما تعتمد على انطباقها على الفروع والمسائل المراد إلحاقها بها في الحكم الشرعي.

والقواعد الفقهيّة بوجه عام يمكن الاعتماد عليها في سبيل الاهتداء إلى الحكم الشرعي الصحيح، إذا نهضت أدلة كافية لاعتبارها والأخذ بها، وإذا روعيت شرائطها ومستثنياتها، وسلمت من الموانع.

ويؤكد هذا أن كتب الفقه زاخرة بالقواعد والضوابط الفقهيّة، وأن الفقهاء استندوا إليها في كثير من أحكامهم، وإن الحكم بصحة القاعدة يتفرّع عنه الحكم بجواز الاستدلال بها.

وإن ما ذكره المانعون من محاذير، يمتنع عند تطبيق القاعدة الفقهيّة بضوابطها وحدودها وشرائطها، من قبل الفقيه الخبير الحاذق.

إلا أنه مما يجب التنبه له، فيما يتعلق بالقواعد الفقهيّة التي ثبتت بطريق الاستنباط والاجتهاد والاستقراء: أنه لا يصحّ الاستدلال بالقواعد الفقهيّة في غير سياقها الذي

(١) القواعد الفقهيّة (الباحسين): ص ٢٨٦.

أوردها الفقهاء فيه، وإنما يجب أن تفهم في ضوء التطبيقات الفقهية التي ذكرها الفقهاء؛ لأنها ليست كالنصوص الشرعية التي تفهم بعمومها.

"وإن من الخطأ المنهجي والعلمي أن تستقى القواعد الفقهية وتطبق أو تفهم في غير سياقها الذي أورده الفقهاء فيه... وليست هي أصولاً فقهية أو نصوصاً شرعية حتى يصح فهم العموم منها"^(١).

(١) قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً، عبد العظيم أبو زيد، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، ٢٠٠٩م، ص ١٣.

المبحث الخامس : لمحة موجزة حول المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

يتناول هذا المبحث عرضاً موجزاً حول المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وأبدأ أولاً بالتعريف بالهيئة التي أصدرت المعايير، ثم أنتقل إلى الحديث حول المعايير الشرعية.

المطلب الأول: التعريف بالهيئة

تعدُّ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إحدى أبرز المنظمات الدولية غير الربحية الداعمة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وفيما يلي عرض موجز حول تأسيسها، وأهدافها، وهيكلها التنظيمي.
أولاً- التأسيس^(١):

تأسست هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الإسلامية، بتاريخ: ١/٢/١٤١٠هـ، الموافق: ٢٦/٢/١٩٩١م، في الجزائر.

بعد ذلك تمَّ تسجيل الهيئة في دولة البحرين بصفتها هيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة غير هادفة للربح، بتاريخ: ١١/رمضان/١٤١١هـ، الموافق: ٢٧/٣/١٩٩٣م. وكان الاسم السابق للهيئة: "هيئة المحاسبة المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية"، ثم صار إلى اسمها الحالي.

وقد سبق تأسيس الهيئة جهود تحضيرية كبيرة، بدأت بورقة عمل تقدم بها البنك الإسلامي للتنمية في الاجتماع السنوي لمحافظة البنك في إسطنبول في آذار ١٩٨٧م.

(١) المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، النامة، ١٤٣٩ هـ، ٢٠١٧م: ص ٢١، وما

بعدها، الموقع الإلكتروني للهيئة: <https://aaoifi.com/>

بعد ذلك تكوّن لجان عدة للنظر في أفضل السبل لإعداد معايير محاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، وصدر عن تلك اللجان دراسات وتقارير.

ثانياً- الأهداف:

تسعى الهيئة إلى تحقيق أهداف عدة، وقد نصّت المادة الرابعة من النظام الأساسي المعدّل، على أن الهيئة تهدف في إطار أحكام الشريعة الإسلامية إلى^(١):

١- "تطوير فكر المحاسبة والمراجعة والمجالات المصرفية ذات العلاقة بأنشطة المؤسسات المالية الإسلامية.

٢- نشر فكر المحاسبة والمراجعة المتعلقة بأنشطة المؤسسات المالية الإسلامية وتطبيقاته عن طريق: التدريب، وعقد الندوات، وإصدار النشرات الدورية، وإعداد الأبحاث والتقارير، وغير ذلك من الوسائل.

٣- إعداد وإصدار معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وتفسيرها؛ للتوفيق ما بين الممارسات المحاسبية التي تتبعها المؤسسات المالية الإسلامية في إعداد قوائمها المالية، وكذلك التوفيق بين إجراءات المراجعة التي تتبع في مراجعة القوائم المالية التي تعدّها المؤسسات المالية الإسلامية.

٤- مراجعة وتعديل معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية؛ لتواكب التطور في أنشطة المؤسسات المالية الإسلامية والتطور في فكر وتطبيقات المحاسبة والمراجعة.

٥- إعداد وإصدار ومراجعة وتعديل البيانات والإرشادات الخاصة بأنشطة المؤسسات المالية الإسلامية فيما يتعلق بالممارسات المصرفية والاستثمارية وأعمال التأمين.

٦- السعي لاستخدام وتطبيق معايير المحاسبة والمراجعة والبيانات والإرشادات

(١) المعايير الشرعية: ص ٢٣- ٢٤.

المتعلّقة بالممارسات المصرفية والاستشارية وأعمال التأمين، التي تصدرها الهيئة، من قِبَل كُلِّ من الجهات الرقابية ذات الصلة، والمؤسسات المالية الإسلامية وغيرها ممن يباشر نشاطاً مالياً إسلامياً، ومكاتب المحاسبة والمراجعة."

ثالثاً- الهيكل التنظيمي^(١):

يتكون الهيكل التنظيمي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، من الأمانة العامة، ومجلس الأمناء، واللجنة التنفيذية، والجمعية العمومية، والمجلس الشرعي، ومجلس معايير المحاسبة والمراجعة.

وفيما يلي توضيح موجز حول كُلِّ واحد من هذه المكونات:

أ- الأمانة العامة:

تتكوّن الأمانة العامة من الأمين العام، والجهاز الفني والإداري بمقرّ الهيئة.

والأمين العام: هو المدير التنفيذي للهيئة، ومهامه:

١- تنسيق أعمال كُلِّ من: الجمعية العمومية، ومجلس الأمناء، ومجلس معايير المحاسبة والمراجعة، والمجلس الشرعي، واللجنة التنفيذية، واللجان الفرعية، ويقوم بدور المقرّر في اجتماعات هذه الأجهزة.

٢- تصريف أعمال الهيئة، والتنسيق، والإشراف على الدراسات والإجراءات الخاصة بإعداد البيانات والمعايير والإرشادات التي تصدرها الهيئة.

٣- توثيق الصلة بين الهيئة والجهات الأخرى ذات الهدف المماثل، وكذلك بين الهيئة والمؤسسات المالية الإسلامية.

٤ - تمثيل الهيئة في المؤتمرات والندوات واللقاءات العلمية.

ب- مجلس الأمناء:

يتكوّن مجلس الأمناء من تسعة عشر عضواً، يتمّ تعيينهم من قبل الجمعية العمومية

(١) المعايير الشرعية: ص ٢٧، وما بعدها، الموقع الإلكتروني للهيئة: <https://aaoifi.com/>

لمدة خمس سنوات، ومن مهامّ مجلس الأمناء:

١- تعيين الأمين العام للهيئة.

٢- تعيين أعضاء مجالس الهيئة وإعفاؤهم، وفقاً لأحكام النظام الأساسي للهيئة.

٣- تدبير المصادر المالية لتمويل الهيئة واستثمار أموالها.

٤- تعيين عضوين من بين أعضائه في تشكيل اللجنة التنفيذية.

ج- اللجنة التنفيذية:

تتكوّن اللجنة التنفيذية من ستة أعضاء، وهم: رئيس اللجنة، الأمين العام، رئيس مجلس معايير المحاسبة والمراجعة، رئيس المجلس الشرعي، عضوين من مجلس الأمناء، ومن مهام اللجنة التنفيذية:

١ - مناقشة خطة العمل والموازنة التقديرية السنوية.

٢ - مناقشة القوائم المالية وتقرير المراجع الخارجي.

٣ - اعتماد لائحة التوظيف واللائحة المالية.

د- الجمعية العمومية:

تعدّ الجمعية العمومية السلطة العليا في الهيئة، وتتكون من جميع الأعضاء؛ المؤسسين والمشاركين والمراقبين، وتجتمع الجمعية العمومية في السنة مرة على الأقل.

هـ- المجلس الشرعي:

يتكوّن المجلس الشرعي من أعضاء لا يزيد عددهم عن عشرين عضواً، يعينهم مجلس الأمناء لمدة أربع سنوات، ويتم اختيارهم من الفقهاء الذين يمثلون هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والبنوك المركزية، ومن أبرز مهام المجلس الشرعي:

١ - تحقيق التوافق أو التقارب في التصوّرات والتطبيقات بين هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.

٢ - السعي لإيجاد المزيد من الصيغ الشرعية التي تمكّن المؤسسات المالية الإسلامية من مواكبة التطور في الصيغ والأساليب، في مجالات التمويل والاستثمار والخدمات

المصرفية.

٣- النظر فيما يحال إلى المجلس من المؤسسات المالية الإسلامية، أو من هيئات الرقابة الشرعية لديها؛ لإبداء الرأي الشرعي، أو للفصل في وجهات الرأي المختلفة، أو للقيام بدور التحكيم.

٤- دراسة المعايير التي تعمل الهيئة على إصدارها، للتأكد من مراعاة هذه الإصدارات لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

و- مجلس معايير المحاسبة والمراجعة:

يتكوّن مجلس المعايير من عشرين عضواً بالإضافة إلى الأمين العام للهيئة، يعيّنهم مجلس الأمناء لمدة أربع سنوات، ومن أبرز مهام مجلس المعايير:

١- إعداد واعتماد بيانات ومعايير وإرشادات المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وتفسيرها.

٢- إعداد واعتماد معايير الأخلاقيات والتعليم المتعلقة بمجال نشاط المؤسسات المالية الإسلامية.

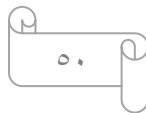
٣- إعادة النظر بغرض الإضافة أو الحذف أو التعديل في أي بيان من بيانات ومعايير وإرشادات المحاسبة والمراجعة.

٤- إعداد واعتماد الإجراءات التنفيذية لإعداد المعايير ولوائح وإجراءات عمل مجلس المعايير.

المطلب الثاني: المعايير الشرعية

أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ما يقارب مئة معيار حتى الآن، في مجالات المحاسبة والمراجعة وأخلاقيات العمل والحوكمة، بالإضافة إلى المعايير الشرعية^(١).

(١) الموقع الإلكتروني للهيئة: <https://aaofii.com/>



وفىما يلي تعريف موجز بالمعايير الشرعية، وكيفية إصدارها، ومدى إلزاميتها.

أولاً- تعريف المعايير الشرعية، وكيفية إصدارها:

المعيار في اللغة: هو ما توزن به الأشياء وتقاس، فهو المقياس والميزان^(١).

فالمعايير الشرعية: أحكام صادرة وفق ميزان الشريعة، في مجال عمل المؤسسات المالية الإسلامية.

تصدر هذه المعايير عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وقد بلغت حتى عام ٢٠١٩م أربعة وخمسين معياراً، تعالج جزءاً كبيراً من عقود الصناعة المالية الإسلامية ومنتجاتها (بما تشتمل عليه من مصرفية، وتكافل، ومصرفية استثمارية، وأسواق المال ومنتجاتها، وشركات تمويل وغيرها)^(٢).

ويتم إصدار المعيار بما يزيد على عشر مراحل، تبدأ بدراسة حول موضوع المعيار يعدها عالم أو خبير، ثم مناقشة هذه الدراسة مع إحدى اللجان المتفرعة عن المجلس الشرعي، ثم يتم تكليف العالم أو الخبير بإعداد مسودة المعيار، ثم عرضه ومناقشته وتنقيحه من إحدى لجان المجلس الشرعي، ثم عرضه ومناقشته وتحكيمه من قبل المجلس الشرعي، يلي ذلك عرض مشروع المعيار في جلسة استماع علنية على الصناعة المالية الإسلامية، لمناقشته مع الفقهاء والخبراء والمتخصصين والعاملين في المؤسسات المالية الإسلامية للتحقق من عمقه وجودته وتغطيته للجوانب العملية التطبيقية.

ثم يتم إعادة مناقشة ملاحظات جلسات الاستماع في المجلس الشرعي وتعديل ما يراه المجلس، ثم يتم عرضه على لجنة مختصة بالصياغة لإحكام شكله وألفاظه، ثم يتم نشره^(٣). ويقوم المجلس الشرعي بمراجعة المعايير التي أصدرها، حيث كَوّن لجنة خاصة

(١) الكليات، فصل العين: ص ٦٥٤، فصل الميم: ص ٨٧٤، المعجم الوسيط، باب العين: ٦٣٩ / ٢.

(٢) المعايير الشرعية، المقدمة، كلمة الأمين العام الدكتور حامد بن حسن ميرة: ص ١٠، وما بعدها، الموقع الإلكتروني

للهيئة: <https://aaofi.com/>

(٣) المرجع السابق.

لمراجعة أية ملاحظات ترد من العلماء أو الخبراء على المعايير شكلاً ومضموناً^(١). ويتضمن كل معيار شرعي: تمهيداً حول المعيار، يلي ذلك نص المعيار، ثم نطاق المعيار، وبعدها يتم عرض الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعيار، ثم يذكر تاريخ إصدار المعيار، وبيان اعتماده.

يلي ذلك بعض الملاحق المتعلقة بالمعيار، مثل: نبذة تاريخية عن إعداد المعيار، ومستند الأحكام الشرعية، وأهم التعريفات.

ثانياً- اعتماد المعايير الشرعية وإلزاميتها:

تم اعتماد المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية كمتطلبات تنظيمية إلزامية في العديد من الدول والسلطات القضائية مثل: البحرين، الأردن، كريغستان، موريشيوس، نيجيريا، قطر، مركز قطر المالي الدولي، عُمان، باكستان، السودان، سوريا، الإمارات العربية المتحدة، اليمن.

وبجانب المؤسسات التنظيمية، تتبع عدد من المؤسسات المالية الإسلامية ومؤسسات الاستشارات الشرعية والمؤسسات التعليمية والتدريبية وغير المصرفية في العديد من الدول معايير أيوفي الشرعية مثل كازاخستان.

وقد تم تطوير الأساس القانوني لدولة الكويت استناداً إلى المعايير الشرعية، كما أوصت بها كمبادئ إرشادية في السلطات القضائية أيضاً.

كما تُتبع المعايير الشرعية كذلك في مختلف شركات التدقيق، وشركات التأمين التكافلي، وشركات التمويل غير المصرفية، ومؤسسات سوق رأس المال، ومؤسسات التعليم والتدريب، وعلماء الشريعة والمتخصصين.

إذاً، المؤسسات المالية الإسلامية الرائدة في مختلف أنحاء العالم تقوم بتطبيق المعايير الشرعية باعتبارها إرشادية أو إلزامية^(٢).

(١) المعايير الشرعية: ص ١٠، وما بعدها.

(٢) الموقع الإلكتروني للهيئة: <https://aaofii.com/>

خاتمة الفصل التمهيدي:

تناولت في هذا الفصل تمهيداً حول القواعد الفقهية، من حيث تعريفها، لغة واصطلاحاً، وما يتصل بها من ألفاظ، مثل الضابط الفقهي والنظرية الفقهية، والقاعدة الأصولية.

كما تحدثت عن أركان القواعد الفقهية، وشرائط تطبيقها، ومصادرها، ونشأتها وتطورها، وتحدثت عن أهمية القواعد الفقهية، وحكم الاحتجاج بها في المسائل والوقائع. وتناولت بعرض موجز المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، من حيث التعريف بالمعايير الشرعية، والتعريف بالهيئة المصدرة لها، وآلية إصدار هذه المعايير، ومدى اعتمادها.

وسأتناول في الفصول الآتية أهم القواعد الفقهية التي تم الاستناد إليها في المعايير الشرعية، مع تطبيقاتها في المعايير الشرعية.

ويشمل كل فصل من الفصول التالية مبحثين:

المبحث الأول: ويتضمن الجانب النظري، وفيه أعرض أهم القواعد الفقهية المتعلقة بذلك الفصل، وشرح معناها، ومصادرها، وشرائط تطبيقها، وأهم تطبيقاتها.

المبحث الثاني: ويتضمن الجانب التطبيقي، وفيه أعرض أهم تطبيقات القواعد الفقهية المتعلقة بذلك الفصل في المعايير الشرعية، وأدرس المسألة من حيث صحة دخولها في القاعدة الفقهية التي تستند إليها، فأذكر رأي المعايير الشرعية، وأقارن ذلك بآراء الفقهاء المعاصرين - إن وجدت - مع الأدلة والمناقشة والترجيح.

* * *

الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد، وتطبيقاتها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد المقاصد في المعايير الشرعية.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد

يتناول هذا المبحث أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد، وشرح معناها، ومصادرها، وشرائط تطبيقها.

وفيه مطلبان؛ المطلب الأول يتناول القواعد الفقهية المتعلقة بقصد المكلف من تصرفاته القولية والفعلية، مثل أن يختلف قصد المكلف عن لفظه.

ويتناول المطلب الثاني القواعد الفقهية التي تفرّق بين ما هو مقصود لذاته من الأحكام، وبين ما هو وسيلة لغيره، مثل الذرائع.

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بقصد المكلفين من تصرفاتهم.

وفيه قاعدتان: الأولى: قاعدة (الأمر بمقاصدها)، والثانية: قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)، وفيما يلي بيان لهما:
أولاً- قاعدة (الأمر بمقاصدها).

تعدّ هذه القاعدة أصل القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد، وقد ذكرها السيوطي وابن نُجَيْم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(١)، وهي نصّ المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية، وفيما يلي معنى القاعدة، وأدلتها، وأهم تطبيقاتها.
أ- معنى القاعدة:

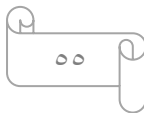
١- معنى مفردات للقاعدة:

في اللغة: الأمر جمع أمر، والأمر في اللغة يأتي بمعان متعددة، منها: الأمرُ ضد النهي، والأمر: الحال، والأمر: النماء والبركة، والأمر: المَعْلَم، والأمر: العَجَب^(٢)، وقيل: الأمر: "لفظ عام للأفعال والأقوال كلها"^(٣)، وهو المعنى الأقرب للقاعدة.

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٢٣.

(٢) معجم مقاييس اللغة (أمر): ١/ ١٣٧، المصباح المنير، مادة (ع م ر): ١/ ٢١.

(٣) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٤٧.



وأما المقاصد: فهي جمع مقصّد، وهو مصدر كالمقصد، والقصد يأتي بمعان متعددة، أشهرها: استقامة الطريق، والعدل، و طلب شيء بعينه^(١).

٢- والمعنى العام للقاعدة:

أن أحكام التصرفات القولية والفعلية للمكلفين، إنما تكون على مقتضى المقصود منها، فالحكم على فعل المكلف يكون مرتباً على حسب نيته وقصده، وذلك فيما يتعلق بالثواب والعقاب، والمؤاخذة وعدمها، والتملك والضمان، وغير ذلك^(٢).

ب- أدلة القاعدة وأهميتها:

استدل الفقهاء على هذه القاعدة بجملة من الأدلة، أشهرها: حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات"^(٣).

"قال أبو عبيدة: ليس في أخبار النبي صلى الله عليه وسلم شيء أجمع وأغنى وأكثر فائدة منه"^(٤)، وقد نقل عن عدد من العلماء - منهم الإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل - على أن هذا الحديث ثلث العلم، وأنه أحد القواعد الثلاث التي ترد إليها جميع الأحكام الشرعية، وقال أبو داود: مدار السنة على أربعة أحاديث، وذكر منها هذا الحديث^(٥).

وقال السيوطي: "اشتملت قاعدة: (الأمر بمقاصدها) على عدة قواعد، ... وقد أتينا على عيون مسائلها، وإلا فمسائلها لا تحصى، وفروعها لا تستقصى"^(٦).

ج- أركان القاعدة:

مرّ سابقاً أن كلّ قاعدة تقوم على ركنين؛ وهما: الموضوع والحكم، وفيما يلي بيان لهما^(٧):

(١) لسان العرب (قصد): ٣/ ٣٥٣، المصباح المنير (قصد): ٢/ ٥٠٤.

(٢) شرح المجلة (الأتاسي): ١٣/ ١.

(٣) سبق تخريجه ص ٢٧.

(٤) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق: ص ٤٩.

(٧) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ١٦٥.

١ - الركن الأول (الموضوع): إن موضوع هذه القاعدة هو: (الأمر)، وتشمل جميع الأقوال والأفعال والتصرفات الصادرة من المكلف.

٢ - الركن الثاني (الحكم) أو (المحمول): إن المحمول في هذه القاعدة محذوف لفظاً، وتقديره (الاعتداد)، والذي يدل عليه كلمة (بمقاصدها)، ويكون المعنى: أن الاعتداد إنما يكون بالمقاصد.

د- تطبيقات القاعدة:

لهذه القاعدة فروع ومسائل في جميع أبواب الفقه، أذكر منها^(١):

أ- العبادات: جميع العبادات المفروضة أو النافلة، لا ثواب عليها إلا بنية التقرب إلى الله تعالى، ومنه القاعدة الفقهية: (لا ثواب إلا بالنية)^(٢).

ب- إن هجر المسلم فوق ثلاث غير جائز إن قصد به الهجر، فإن لم يقصد الهجر فلا يأثم^(٣).

ج- من أخذ اللقطة بقصد حفظها وردها إلى أصحابها جاز ذلك، ومن أخذها بقصد تملكها واغتصابها أثم^(٤).

ثانياً- قاعدة: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

تعدُّ هذه القاعدة من القواعد الفقهية المتفرعة عن قاعدة (الأمر بمقاصدها)، وهي نصُّ المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرها السبكي بلفظ: "هل الاعتبار بألفاظ العقود أو بمعانيها؟"^(٥)، وذكرها ابن نُجَيْم بلفظ: "الاعتبار للمعنى لا للألفاظ"^(٦).

وقد وردت هذه القاعدة في كتب الفقه بألفاظ مشابهة، منها: "العبرة في العقود إلى

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩ - ١٠، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٢٣.

(٢) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ١٧.

(٣) روضة الطالبين: ٣٦٧/٧.

(٤) بدائع الصنائع: ٢٠٠/٦.

(٥) الأشباه والنظائر (السبكي): ١/ ١٧٤، وينظر أيضاً: الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٦٦.

(٦) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ١٧٤.

المعاني لا للألفاظ"^(١).

وفي معنى القاعدة، يقول الإمام الغزالي: "والشرع كثير الالتفات إلى المعاني، قليل الالتفات إلى الصور والأسمي"^(٢)، ويقول ابن القيم^(٣): "القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها"^(٤).

وفيما يلي معنى القاعدة وآراء الفقهاء حولها وأهم تطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

العقود جمع عقد، والعقد في الاصطلاح: "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً"^(٥)، والمعاني هي الصور الذهنية المرادة من الألفاظ^(٦).

والمعنى العام للقاعدة: إذا تعارضت النية والإرادة الباطنة للعاقد مع دلالة ظاهر ألفاظه، فإن المعتدّ به في الأحكام للقصد القلبي والإرادة الباطنة والنية، وليس لدلالة ظاهر الألفاظ؛ لأن اللفظ غير مراد لذاته، وإنما هو قالب للمعنى الذي هو المراد^(٧).

ب- آراء الفقهاء حول القاعدة:

يرى جمهور الفقهاء الأخذ بهذه القاعدة والعمل بها، فالحنفية نصوا على أن الاعتبار

(١) بدائع الصنائع: ٤/١٣٤.

(٢) معيار العلم في فن المنطق: ص ١٧١.

(٣) ابن القيم [٦٩١ - ٧٥١هـ]: هو الإمام الحافظ محمد بن أبي بكر بن أيوب، الشهير بابن قيم الجوزية، أحد علماء دمشق، تتلمذ على يد ابن تيمية وانتصر لآرائه، له مصنفات كثيرة منها: الفروسية، إعلام الموقعين، مدارج السالكين، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، الروح. ينظر: ذيل طبقات الحنابلة: ٥/١٧٠، الدرر الكامنة: ٥/١٣٧.

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٤/٤٩٦ - ٤٩٧.

(٥) التعريفات: ص ٣٢٦.

(٦) المرجع السابق: ص ٢٨١.

(٧) درر الحکام شرح مجلة الأحكام: ١/٢١، المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ١٩١.

للمعنى لا للفظ^(١)، وكذلك المالكية والحنابلة فقد أخذوا بهذه القاعدة وغلبوا المقاصد والمعاني على الألفاظ والمباني في أكثر العقود^(٢).

وأما عند الشافعية ففي تغليب المعنى على اللفظ خلاف، والترجيح مختلف عندهم في الفروع^(٣).

ج- أهم تطبيقاتها^(٤):

- ١- من قال: وهبتك هذا الشيء بألف، فهو بيع، ولا عبرة باللفظ.
- ٢- من قال اشتري منك الدار بمئة، على أن تهني ثوبك، فالدار والثوب مبيعان بمئة ولا يعتد بالتسمية.
- ٣- لو وهب الدين لمن عليه، كان ذلك إبراء.
- ٤- الكفالة بشرط براءة الأصيل تعد حوالة؛ اعتباراً للمعنى فيها لا للفظ^(٥).
- ٥- لو راجع زوجته بلفظ النكاح، صحّ.
- ٦- من اشترى سلعة، وقال للبائع ضع هذه السلعة عندك أمانة حتى أحضر لك الثمن، فالسلعة رهن وليس أمانة.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالتمييز بين ما هو مقصود لذاته من الأحكام، وبين ما هو وسيلة لغيره.

يميز الفقهاء في الأحكام الشرعية بين نوعين:

النوع الأول: أحكام شرعت قصداً، مثل الصلاة، ومثل تحريم الزنا.

(١) الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ١٧٤، البحر الرائق: ٦/ ٢٣٩.

(٢) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٣/ ١٤٣، إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٤/ ٤٩٦ - ٤٩٧.

(٣) المنشور في القواعد الفقهية: ٢/ ٣٧٤.

(٤) الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ١٧٤، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: ١/ ١٥٠، درر الحكم

شرح مجلة الأحكام: ١/ ٢١.

(٥) البحر الرائق: ٦/ ٢٣٩.

النوع الثاني: أحكام شرعت لأنها وسيلة لغيرها، مثل الوضوء، فهو مشروع لأنه وسيلة للصلاة، ومثل تحريم النظر؛ لأنه طريق الزنا^(١).

يتناول هذا المطلب القواعد الفقهية المتعلقة بالفرق بين هذين النوعين من الأحكام الشرعية.

أولاً- قاعدة: الوسائل تسقط بسقوط المقاصد.

ذكر هذه القاعدة العز بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام في مصالح الأنام^(٢)، كما ذكرها القرأفي بلفظ: "كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة"^(٣).

وقال الشاطبي: "وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل غير مقصودة لأنفسها وإنما هي تبع للمقاصد بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل"^(٤).

وقال المَقْرِي: "سقوط اعتبار المقصود يوجب سقوط اعتبار الوسيلة"^(٥).

ومعنى القاعدة:

الوسيلة: "هي ما يتقرب به إلى الغير"^(٦)، والمراد هنا ما يُتوصَّل بها إلى غيرها من المقاصد والغايات.

فيكون معنى القاعدة: لا يعتدُّ بالوسائل إذا بطلت المقاصد والغايات؛ لأن الاعتداد بالوسائل فرعٌ عن الاعتداد بالمقاصد والغايات، فإذا بطل الأصل بطل الفرع.

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٥٨، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: ٢٥١/٢ - ٢٥٢، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: ١/١٥٠، رد المحتار: ٣/٤٨٤، بداية المجتهد: ٢/٩٦، الأم: ٨/٣٩٤، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي (ابن العربي): ٨/٦١، مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٨/٥٩٣، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية: ٣/٣٩٧، ٣/٤٠٥.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١/١٢١.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٢/٣٣.

(٤) الموافقات في أصول الشريعة: ٢/٢١٢.

(٥) القواعد (المَقْرِي): القاعدة الخامسة بعد المئة: ١/٣٢٩.

(٦) التعريفات: ١٩٦.

وتعليل القاعدة: أن الوسائل تابعة للمقاصد في الحكم^(١)، فإذا سقط المتبوع سقط التابع.

ومن تطبيقاتها:

١- إذا علم أن الضرب غير المبرح لتأديب الصبي لا يصلحه، سقط الضرب الخفيف؛ لأنه مشروع لأجل التأديب، فإذا لم يحصل به التأديب، سقط؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد.

٢- من فاتته الجمعات، والجماعات سقط عنه السعي إليها.

٣- إذا علم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن أمره ونهيه لا يجديان ولا يفيدان شيئاً، أو غلب على ظنه، سقط الوجوب لأنه وسيلة ويبقى الاستحباب^(٢).

ثانياً- قاعدة: (يُغْتَفَرُ فِي الْوَسَائِلِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْمَقَاصِدِ).

نصّ على هذه القاعدة الإمام السيوطي في كتابه: (الأشباه والنظائر)^(٣).

وفي معناها ذكر ابن القيم: قاعدة (ما حرّم سداً للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد)^(٤)، وقاعدة (ما حرّم لسد الذرائع فإنه يباح عند الحاجة والمصلحة الراجحة)^(٥).

و الاغتفار في اللغة: هو الصفح والتسامح^(٦).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: يُتَسَامَحُ وَيُتَسَاهَلُ فِيهَا شَرَعٌ لغيره من الأحكام، ما لا يُتَسَامَحُ فِيهَا شَرَعٌ لِعَيْنِهِ، وكان مقصوداً لذاته.

ومن تطبيقاتها:

(١) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٣٣/٢.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١٢١-١٢٨.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٥٨.

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية: ٤٠٥/٣.

(٥) زاد المعاد: ٧١/٤.

(٦) المصباح المنير (غفر): ٤٤٩/٢.

- ١- اتفق الفقهاء على وجوب النية للصلاة، واختلفوا في وجوب النية للوضوء^(١).
- ٢- اتفقوا على منع توقيت الضمان، وجرى الخلاف في الكفالة؛ لأن الضمان التزام المقصود، وهو المال، وأما الكفالة فهي التزام الوسيلة، فيغتفر في الوسيلة ما لا يغتفر في المقصود^(٢).
- ٣- تحريم النظر إلى الأجنبية، مما حرم لغيره؛ لأنه طريق الزنا، ولذلك يباح عند الحاجة، مثل نظر الخاطب والطبيب والمعامل^(٣).
- ٤- تحريم الذهب والحرير على الرجال، مما حرم لأنه ذريعة للتشبه بالنساء، فيباح ما تدعوا إليه الحاجة، مثل العلاج^(٤).

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٥٨.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٥٨، تحفة المحتاج: ٥/ ٢٦٩، شرح منتهى الإرادات: ٢/ ١٣١.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٣/ ٤٠٨.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد المقاصد في المعايير الشرعية

يتناول هذا المبحث تطبيقات قواعد المقاصد في المعايير الشرعية، ومنها: بيع العينة وتطبيقاتها مثل إعادة الشراء، والتورق المصر في المنظم، والحيل والذرائع الربوية، ونحو ذلك مما يتصل بقصد المكلف من التصرفات، وتأثير قواعد المقاصد في ذلك.

المطلب الأول: بيع العينة وتطبيقاته في المعايير الشرعية

أولاً- تعريف بيع العينة وحكمه:

أ- تعريف العينة:

١- العينة في اللغة: هي السلف، يقال: اعتان الرجل: إذا اشترى الشيء بالشيء نسيئة^(١).

٢- والعينة في الاصطلاح: عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة، منها: "بيع العين بالربح نسيئة لبيعها المستقرض بأقل؛ ليقضي دينه"^(٢).

فبيع العينة: أن يشتري الرجل السلعة نسيئة، ثم يبيعها لمن اشتراها منه بثمن أقل حالاً، والغرض منه: الحصول على النقد حالاً ليرد أكثر منه نسيئة.

ب- حكم العينة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم بيع العينة^(٣)؛ لأنه ذريعة إلى الربا، فالمقصود منه استحلال الربا، وليس حقيقة البيع، وقال محمد بن الحسن من الحنفية: "هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال، ذميم، اخترعه أكلة الربا"^(٤).

وقال ابن رشد^(٥): "وأما إذا قال: أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه مني

(١) المصباح المنير مادة (عين): ٢/ ٤٤٠.

(٢) الدر المختار: ٥/ ٣٢٥.

(٣) رد المحتار: ٥/ ٣٢٥، حاشية الدسوقي: ٣/ ٨٨، المغني: ٤/ ١٣٢.

(٤) رد المحتار: ٥/ ٢٧٣.

(٥) ابن رشد القرطبي [٥٢٠ - ٥٩٥هـ]: هو الإمام محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ويلقب بالحفيد؛ تميزاً له عن جده، من الأندلس، برع في الفقه والأصول والفلسفة والطب. له أكثر من خمسين مصنفاً أشهرها: بداية المجتهد في الفقه،

إلى أجل، فهو عندهم لا يجوز بإجماع، لأنه من باب العينة^(١).

ومما استدل به الفقهاء على تحريم هذا البيع: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا - يعني ضنَّ الناس بالدينار والدرهم - تبايعوا بالعين، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلم يرفعه عنهم حتى يُراجِعُوا دينهم"^(٢).
وقد نقل عن الإمام الشافعي صحة هذا البيع، مع الكراهة^(٣).

ويفهم من مذهب الإمام الشافعي أن تصحيحه للعقد إنما هو بالنظر إلى تحقق شروط البيع في الظاهر، ولا يلزم من صحة العقد عند الإمام الشافعي حلُّه وجواز التعامل فيه، فقد يكون العقد صحيحاً مع حصول الإثم، مثل البيع وقت صلاة الجمعة، فالبيع صحيح عند جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على ترتب الإثم عليه^(٤).

يدل عليه قول الإمام الشافعي: "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر"^(٥).

وقال ابن القيم: "إنما جَوَّز الشافعي أن يبيع السلعة ممن اشتراها منه جَرِيّاً على ظاهر عقود المسلمين وسلامتها من المكر والخداع، ولو قيل للشافعي: "إن المتعاقدين قد تواطئا على ألفٍ بألفٍ ومئتين، وتراوضا على ذلك، وجعلا السلعة محللاً للربا" لم يجوز ذلك،

مختصر المستقصى في الأصول. ينظر: سير أعلام النبلاء: ٣٠٧/٢١. الأعلام: ٣١٨/٥.

(١) بداية المجتهد: ١٧٣/٣.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، رقم الحديث (٤٨٢٥): ٤٤٠/٨. وقد صحح الحديث ابن القطان. ينظر: نصب الراية: ١٧/٤.

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز: ١٣٥/٤، روضة الطالبين: ٤١٨/٣، نهاية المحتاج: ٤٧٧/٣.

(٤) جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يرون صحة البيع بعد النداء لصلاة الجمعة، مع ترتب الإثم، والصحيح من مذهب الحنابلة فساد هذا البيع. ينظر: رد المحتار: ١٠١/٥، حاشية الدسوقي: ٣٨٦/١، المجموع: ٥٠٠/٤.

الإنصاف: ٣٢٣-٣٢٤/٤.

(٥) الأم: ٧٥/٣.

ولأنكره غاية الإنكار"^(١).

وعليه فبيع العينة محرّم؛ لأنه تحايل للوصول إلى الربا المحرم، والسلعة فيه غير مقصودة للمتبايعين، إنما مقصودهما التعامل بالربا المحرم، ولا يمكن في الشريعة أن يحرم شيء، ثم يباح الوصول إليه بالتحايل، ولو جاز ذلك لأمكن اقتحام كلّ محرّم بمثل تلك الحيل.

ثانياً- تطبيقات بيع العينة في المعايير الشرعية:

أ- إعادة الشراء.

يقصد بإعادة الشراء: "بيع عين أو منفعة ثم شراء البائع لها ممن اشتراها أو من غيره ممن انتقل إليه ملكها بأي طريق من طرق التملك"^(٢).

والعينة في هذا النوع من البيوع إنما تكون في حال بيع السلعة نقداً ثم شرائها من البائع نفسه بثمن مؤجل يزيد على الثمن الأول.

وقد أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إعادة الشراء، إذا كان البيع حقيقياً، وكان الشراء اللاحق بعقد مستقل وغير مشروط في العقد الأول، وبشرط عدم وجود مواعدة ملزمة للطرفين بإبرام العقد الثاني، وعدم وجود مواطأة أو عرف بذلك، فإذا اختل أحد هذه الشروط، حرم البيع لأجل العينة^(٣).

والخلاصة أن بيع العينة المحرم - وفق المعايير الشرعية - إنما يقع إذا تحقق شرطان:

الأول: وجود مواطأة أو عرف على إعادة الشراء.

الثاني: أن يكون الثمن المؤجل هو الأكثر.

أما إذا خلا العقد عن مواطأة أو عرف فيجوز وإن كان الثمن المؤجل هو الأكثر.

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٢٣٣/٥.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء: ص ١٣٥٩.

(٣) المرجع السابق: ص ١٣٦٠.

ملاحظات على ما ورد في المعايير الشرعية:

الملاحظة الأولى: لم تتعرض المعايير الشرعية لتأثير قصد المتعاقدين في الحكم في هذه الصورة، أي إذا خلا العقد عن المواطأة والعرف، ولكن كان قصد المتعاقدين أو أحدهما التحايل للتعامل بالربا.

ويظهر: إذا كانت السلعة والتمن غير مقصودين للبائع والمشتري، وإنما كان القصد هو التحايل على الربا، كان عقد إعادة الشراء محرماً ديانة؛ تطبيقاً لقواعد المقاصد؛ لأن علة تحريم العينة هي القصد، وأما العرف أو التواطؤ فهو أمانة عليه، والفقهاء قد عللوا تحريم العينة بالقصد^(١).

الملاحظة الثانية: إن هذا النوع من التعامل إذا جرى العمل به في المؤسسات المالية، فإن ذلك سيكون مع مرور الوقت، وتكرار التعامل به، بمثابة العرف المانع من الجواز، وإلا فإن شرط عدم وجود العرف سيكون شرطاً نظرياً فقط.

فالمؤسسة المالية التي يُعلم أنها تتعامل بعقود إعادة الشراء، سيأتي من يرغب بالحصول على السيولة المالية، ويشتري السلعة بالأجل، ثم يبيعها للمؤسسة حالاً بربح أقل، وهو العينة المحرمة.

ب- الوعد الملزم بإعادة الشراء.

أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الوعد بإعادة الشراء وإن كان ملزماً لأحد الطرفين، وذلك بشروط، منها: تحقق شروط البيع الحقيقي، وأن يكون الثمن حالاً في كلا العقدتين^(٢).

وإذا نكل الواعد بالشراء فإنه يجوز للموعد له أن يطالب بمقدار الضرر الفعلي الذي يلحق به.

ويلاحظ على هذه الشروط:

(١) الإنصاف: ٣٣٥/٤، مطالب أولي النهى: ٦٠/٣، ١٥٦/٣.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء: ص ١٣٦٢.

١- إن الوعد الملزم بإعادة الشراء مناف لمقتضى عقد البيع، وهو التملك على وجه التأيد، والاستقرار.

٢- إن الإلزام بإعادة الشراء - وإن كان من جهة واحدة - يمكن أن يتخذ ذريعة إلى ربا النسيئة، وهو هنا: إعطاء المال إلى أجل، وتكون منفعة المبيع هي الزيادة. مثال: يقوم الطرف الأول بشراء عقار مع وعد من البائع بإعادة شراء العقار، بعد ذلك يقوم المشتري بالانتفاع من العقار، من خلال إيجاره أو غير ذلك، ثم يطالب الطرف الثاني بشراء العقار.

والنتيجة أنه قد استرد ماله مع زيادة الانتفاع بالعقار، وهي ربا، وأما كونه ضامناً للعقار، فهذا لا يؤثر على مضمون العقد وحقيقته.

٣- إن الإلزام بإعادة الشراء يشبه بيع الوفاء، وهو محرم عند جمهور الفقهاء^(١)، وكذلك فقد نص مجمع الفقه الإسلامي الدولي على تحريمه في قراره رقم: (٦٨/٤/٧).

ووجه الشبه بين بيع الوفاء وبين الوعد الملزم بإعادة الشراء، أو الوعد الملزم بإعادة البيع: أن مضمون كل من العقدين إلزام المشتري برد المبيع متى ردّ البائع الثمن، والعلة في التحريم أن ذلك حيلة ربوية.

وعليه: فإن الوعد الملزم بإعادة الشراء غير جائز؛ لأنه ذريعة إلى الربا.

ج- اتفاقية إعادة الشراء (الريو والريو العكسي).

اتفاقية إعادة الشراء هي: "اتفاق بين طرفين ببيع أصول مالية قابلة للتسييل بثمن حال ثم شراؤها من المشتري في تاريخ لاحق بثمن أعلى بما لا يترتب عليه آثار البيع غالباً"^(٢).

وقد منعت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية هذا النوع من

(١) بيع الوفاء: هو عقد بيع بشرط أن البائع متى ردّ الثمن، فإن المشتري ملزم برد المبيع، وهو محرم عند جمهور الفقهاء.

ينظر: حاشية الدسوقي: ٧١/٣، مواهب الجليل: ٣٧٣/٤، تحفة المحتاج: ٢٩٦/٤، كشاف القناع: ١٤٩/٣.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء: ص ١٣٦٥.

العقود؛ لأنها عقود بيع صورية، حقيقتها أنها قرض جر نفعاً، فالأصول المالية هي رهن في الحقيقة والمضمون، وليست محلاً للتعاقد، ويكون الفرق بين الثمن الأول والثمن الثاني هو الفائدة الربوية^(١).

د- العينة في الإجارة.

منعت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية العينة في عقد الإجارة، وذلك بأن يقوم المستأجر بإجارة العين إلى مالكها، مع تغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن يستأجر العين بمئة حالة، ثم يؤجرها بمئة وعشرة مؤجلة^(٢).

المطلب الثاني: التورق المصرفي المنظم وتطبيقاته في المعايير الشرعية

أولاً- تعريف التورق وحكمه.

أ- تعريف التورق:

١- التورق في اللغة: يقال: أَوْرَقَ الرجل: إذا صار ذا وَرَق، والوَرق: هي الدراهم

المضروبة من الفضة، وأَوْرَقَ الرجل: إذا كثر ماله^(٣)، فيكون التورق: طلب النقد.

٢- والتورق في الاصطلاح: أن يشتري السلعة نسيئة، ثم يبيعها نقداً لغير بائعها بثمان أقل^(٤).

ويسمى عند الشافعية بـ (الزرنقة): "أن يشتري الرجل سلعة بثمان إلى أجل ثم يبيعها من غير بائعها بالنقد"^(٥).

٣- ويختلف بيع التورق عن بيع العينة: أن السلعة في التورق تباع في العقد الثاني لغير بائعها الأول، بخلاف العينة.

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء: ص ١٣٦٥.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٩)، الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك: ص ٢٤٣.

(٣) القاموس المحيط، باب القاف، فصل الواو، (الورق): ص ٩٢٨، المصباح المنير مادة (ورق): ٦٥٥/٢.

(٤) كشاف القناع: ٣/١٨٦، الفروع: ٦/٣١٦.

(٥) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي: ص ١٤٣.

ب- حكم التورق:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب إلى جواز التورق؛ لعموم الأدلة التي تبيح البيع، ولعدم حصول الربا من خلال هذا البيع^(١)، ومنعه الحنابلة في رواية عنهم^(٢).

ثانياً- تعريف التورق المصرفي المنظم.

التورق المصرفي المنظم هو صيغة مستحدثة من العقود، ويختلف عن التورق المعروف لدى الفقهاء في بعض الجوانب، وفيما يلي بيان ذلك.

عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي التورق المنظم بأنه: "شراء المستورق سلعة من الأسواق المحلية أو الدولية أو ما شابهها بثمن مؤجل يتولى البائع (الممول) ترتيب بيعها، إما بنفسه أو بتوكيل غيره أو بتواطؤ المستورق مع البائع على ذلك، وذلك بثمن حال أقل غالباً"^(٣).

ويتبين مما سبق:

١- يختلف التورق المنظم عن التورق العادي: بوجود توافق بين الممول والمستورق

على تحصيل النقد في التورق المنظم، بخلاف التورق العادي.

٢- يختلف التورق المنظم عن العينة: باشتراك عدة أطراف في التورق المنظم، أما العينة

فتتم بين طرفين فقط.

وتتم عملية التورق المصرفي المنظم - في العادة - وفق ما يلي^(٤):

١- يقوم المصرف - بناء على طلب العميل (المستورق) - بشراء سلعة بثمن نقدي

(١) رد المحتار: ٣٢٥/٥، تبين الحقائق: ٥٥/٤، حاشية الدسوقي: ٧٦/٣، وما بعدها، كشف القناع: ١٨٦/٣،

الإنصاف: ٣٣٧/٤.

(٢) الإنصاف: ٣٣٧/٤.

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٧٩ (١٩/٥) بشأن التورق: حقيقته، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم).

(٤) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد: ص ١٧٧-١٧٨.

ويقوم بقبضها.

٢- ثم يبيع المصرف السلعة للعميل بثمن معلوم مؤجل.

٣- يقوم العميل بتوكيل المصرف ببيع السلعة بثمن معجل، فيبيع المصرف السلعة إلى شخص آخر - غير بائعها الأول - بثمن معجل.

والنتيجة يحصل العميل المستورق على مبلغ نقدي، ويترتب عليه مبلغ أكثر منه إلى أجل.

وهذه الخطوات تتم وفق آلية وترتيب متعارف عليه بين أطرافه، ولذلك سمي بـ (المنظم).

ثالثاً- حكم التورق المصرفي المنظم.

اختلف الفقهاء المعاصرون حول حكم التورق المنظم على أكثر من رأي، وفيما يلي بيان ذلك:

الرأي الأول: رأي "المعايير الشرعية".

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز التورق، وقد وضعت الهيئة بعض الضوابط لتمييزه عن بيع العينة، منها^(١):

١- أن يكون البيع حقيقياً تنطبق عليه شرائط البيع الصحيح وآثاره.

٢- قبض السلعة إما حقيقة أو حكماً.

٣- وجوب أن يكون بيع السلعة (محل التورق) إلى غير البائع الذي اشترت منه بالأجل؛ لتجنب العينة المحرمة، وألا ترجع إلى البائع بشرط أو مواطأة أو عرف.

٤- عدم توكيل العميل للمؤسسة أو وكيلها في بيع السلعة التي اشتراها منها، وعدم توكل المؤسسة عن العميل في بيعها، على أنه إذا كان النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه إلا بواسطة المؤسسة نفسها، فلا مانع من التوكيل للمؤسسة، على أن

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٠)، التورق: ص ٧٦٨.

يكون في هذه الحالة، بعد قبضه السلعة حقيقة أو حكماً.

٥- ألا تجري المؤسسة للعميل توكيلاً لطرف آخر يبيع له السلعة التي اشتراها من تلك المؤسسة.

٦- أن لا يبيع العميل السلعة إلا بنفسه، أو عن طريق وكيل غير المؤسسة.

وفيه من الضوابط السابقة للمعايير الشرعية جواز التورق المنظم عند الحاجة، ويدل عليه ما ورد في المعايير: "إذا كان النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه إلا بواسطة المؤسسة نفسها، فلا مانع من التوكيل للمؤسسة".
الرأي الثاني: الجواز.

ذهب بعض المعاصرين إلى جواز التورق المصرفي المنظم، ومن أجاز ذلك: الدكتور نزيه حماد^(١)، والدكتور أحمد إبراهيم عثمان^(٢).

وذلك بشرط أن تباع السلعة لشخص ثالث لا علاقة للمصرف به، وأن لا يؤدي إلى رجوع السلعة إلى بائعها الأول بثمن معجل أقل مما باعها به نسيئة^(٣).

ومن أجاز ذلك من المؤسسات المالية: البنك السعودي البريطاني، حيث ورد في بيان أحد منتجاته: "تقوم فكرة هذا المنتج على شراء العميل لمعادن يملكها البنك ملكاً تاماً، بسعر مؤجل، متضمناً هامش ربح متفق عليه، وبعد امتلاك المعادن، يمكن أن يقوم العميل بتوكيل خزانة البنك ببيعها نيابة عنه وبالتالي الحصول على ثمنها"^(٤).

الرأي الثالث: المنع مطلقاً، وهو رأي مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

ذهب مجمع الفقه الإسلامي الدولي إلى تحريم التورق المنظم، فقد جاء في قراره رقم

(١) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد: ص ١٧٧.

(٢) التورق، حقيقته وأنواعه، د. إبراهيم أحمد عثمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة: ١١/٣، وما بعدها.

(٣) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد: ص ١٧٧.

(٤) المعايير الشرعية، الملحق، الخدمات المصرفية الإسلامية في بنك ساب: ص ١٣٨٣.

١٧٩ (١٩/٥) بشأن التورق: حقيقته، أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم): "ثانياً: لا يجوز التورق (المنظم والعكسي) وذلك لأن فيهما تواطؤاً بين الممول والمستورق، صراحة أو ضمناً أو عرفاً، تحايلاً لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الذمة وهو ربا".
ومن ذهب إلى ذلك من الفقهاء المعاصرين: الدكتور وهبة الزحيلي^(١)، والدكتور علي السالوس^(٢).

رابعاً- الأدلة والمناقشة والترحيح.

أ- أدلة المجيزين، ومناقشتها:

استدل المجيزون للتورق المنظم بجملة من الأدلة، أهمها:

الدليل الأول: القياس على التورق العادي.

أن التورق المصرفي المنظم ما هو إلا صيغة مطورة من التورق العادي، والذي أجازته جمهور فقهاء المذاهب الأربعة، ولا يختلف من حيث المضمون عن التورق الفقهي المعروف، والفارق بينهما غير مؤثر^(٣).

ويناقش هذا الدليل بما يلي:

إن التورق المنظم يختلف عن التورق العادي بوجود التواطؤ بين أطرافه، وهذا الفارق جوهرى؛ مما يجعله حيلة واضحة للحصول على النقد عاجلاً بأكثر منه نسيئة، وهذا هو ضابط الربا.

والسلعة في التورق المنظم غير مقصودة للمتعاقدين، وإنما هي غطاء صوري لاستباحة الربا.

أما التورق العادي الذي أجازته الفقهاء، فهو بيع حقيقي، يحصل فيه انتقال الملك،

(١) التورق، حقيقته وأنواعه، د. وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة: ٣/ ٨١٢.

(٢) التورق حقيقته وأنواعه، علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة: ٣/ ٤٢٧، وما بعدها.

(٣) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد: ص ١٨٥.

ويتم فيه القبض، ويحصل التورق فيه من خلال عقدين مستقلين، دون أية صلة بين البيع الأول والبيع الثاني، بل إن المتورق قد يشتري السلعة ولا يجد من يشتريها منه بالأجل.

الدليل الثاني: الحاجة العامة.

إن الأزمات المالية المعاصرة التي تمر بها المؤسسات المالية، والأفراد، أوجدت الحاجة الماسة إلى توفير السيولة المالية لتسديد التزاماتهم المالية^(١).

ويناقش هذا الدليل: بأن قواعد الحاجة العامة لا تؤثر فيما حرم لذاته، كما سيأتي بيانه في الفصل المتعلق بقواعد الحاجة^(٢).

ب- أدلة المانعين:

استدل المانعون للتورق المصرفي المنظم بأنه يتضمن الربا؛ ويكون عقد بيع السلعة وشراؤها تغطية أو حيلة للممنوع شرعاً^(٣).

ج- الترجيح:

يترجح لدي تحريم التورق المصرفي المنظم، لأنه حيلة ربوية من أجل الحصول على النقد عاجلاً بأكثر منه نسيئة.

والسلعة فيه ليست إلا غطاء صورياً، فهي غير مقصودة لجميع الأطراف، وإنما مقصدهم الربا.

والغاية من التورق المنظم ظاهرة جلية حتى عند من يجيزه، يقول الدكتور نزيه حماد: "من أهم سمات وخصائص «التورق المصرفي المنظم» كونه معاملة مستحدثة ... ينضوي تحتها مجموعة عقود وعود مترابطة متوالية، لا تقبل التفكيك والتغيير الهيكلي، يجري

(١) التورق، حقيقته وأنواعه، د. إبراهيم أحمد عثمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة: ١١/٣، وما بعدها.

(٢) ينظر ص ١٨٢.

(٣) التورق، حقيقته وأنواعه، د. وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة: ٣/٧٩٤، وما بعدها، التورق حقيقته وأنواعه، علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة: ٣/٤٢٧، وما بعدها.

التواطؤ المسبق بين المصرف والعميل على إنشائها وإبرامها على نسق محدد، متتابع الأجزاء، متعاقب المراحل، يهدف إلى تحقيق غرض تمويلي محدد، اتجهت إرادة الطرفين، وقصدهما إليه" (١).

فالتورق المنظم لا يعد صيغة مطورة عن التورق الجائز لدى الفقهاء، بل هو صيغة مطورة لبيع العينة المحرم، وذلك من خلال إضافة أطراف أخرى، أما المضمون فواحد. ولو جاز هذا النوع من التعامل لما كان هناك فرق بين المصارف الإسلامية والمصارف الربوية.

وإن إعمال القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد، مثل قاعدة: (الأمور بمقاصدها)، وقاعدة: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) يؤدي بنا إلى إسقاط السلعة في هذا النوع من البيوع، والنظر إلى حقيقته وجوهره ومضمونه، وهو الحصول على النقد عاجلاً بأكثر منه نسيئة.

وقد ذكر ابن قدامة (٢) ضابط الحيل المحرمة: "وهو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً، مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، ونحو ذلك" (٣).

وبناء على ذلك: فالحالة التي أجازت فيها المعايير الشرعية التورق، وهي: "إذا كان النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه إلا بواسطة المؤسسة نفسها".
يترجح لدي أن هذه الحالة ممنوعة أيضاً؛ لأنها تدخل في التورق المنظم، وكون النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه: لا يعد سبباً تباح لأجله العينة المحرمة.

(١) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد: ص ١٧٨.

(٢) ابن قدامة [٥٤١ - ٦٢٠ هـ]: هو الإمام موفق الدين عبد الله بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجعافيلي، من أكابر فقهاء الحنابلة وفضلائهم، قال الذهبي: "كان من بحور العلم وأذكياء العالم"، له مصنفات كثيرة نافعة منها: المغني، روضة الناظر، الكافي. ينظر: سير أعلام النبلاء: ٢٢/١٦٥، الأعلام: ٤/٦٧.

(٣) المغني: ٤/٤٣.

المطلب الثالث: الذرائع والحيل الربوية

أولاً- المواطأة على الحيل الربوية.

المواطأة في اللغة: تعني التوافق^(١).

المواطأة في الاصطلاح: "تعهد طرفين بإجراء تصرفات أو الالتزام بشروط لتحقيق نتيجة معينة في المستقبل"^(٢).

ورد في المعايير الشرعية: "المواطأة على الحيل الربوية: مثل التماؤ على العينة وعكسها، وبيع الوفاء (بيع الرجاء)، والحيلة إلى ربا الفضل. وهي محظورة شرعاً ويترتب عليها فساد العقود التي يتوسل بها إلى ذلك"^(٣).

وقد جاء في مستند الأحكام الشرعية: "وحيث كان المقصد محرماً ممنوعاً كانت الوسيلة إليه كذلك، إذ (الوسائل تسقط بسقوط المقاصد)"^(٤).

وإنما كانت هذه العقود فاسدة محرمة؛ لأنها عقود صورية، ليس المراد منها حقيقة البيع والشراء، وإنما التحايل لأكل الربا؛ فكانت محرمة تطبيقاً لقواعد المقاصد.

ثانياً- المواطأة على الذرائع الربوية.

الذريعة في اللغة: الوسيلة المفضية إلى الشيء^(٥)، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي^(٦).

وفيما يلي بيان حكم المواطأة على الذرائع الربوية في المعايير الشرعية؛ تطبيقاً لبعض القواعد الفقهية.

(١) لسان العرب (وطأ): ١/ ١٩٨.

(٢) المواطأة على إجراء العقود والمواعدة المتعددة، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السابعة عشرة: ٣/ ٣٠٠.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢٥)، الجمع بين العقود، البند: (٦/ ٣/ ١): ص ٦٦٣.

(٤) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ٦٧٥.

(٥) لسان العرب (ذرع): ٨/ ٩٦.

(٦) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٢/ ٣٣.

أ- نص المسألة:

نصت المعايير الشرعية على تحريم المواطأة على الذرائع الربوية، ثم اشترطت تحقق شرطين لحصول التحريم، وفيما يلي بيان ذلك:

جاء في المعايير الشرعية: "المواطأة على الذرائع الربوية: مثل الاتفاق على الجمع بين القرض والمعاوضة، أو على دفع المقرض للمقرض هدية أو زيادة في القدر أو الصفة على المال المقرض.

١ / ٢ / ٣ / ٦ تعتبر المواطأة موجبة لمنع تلك الذرائع المباحة في الأصل، ومناطاً لحظرها شرعاً بشرطين: الأول: أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور في تلك المعاملة كثيراً بمقتضى العادة، وأن تقوى التهمة وتظهر على قصد ذلك المحظور وإرادته، الثاني: ألا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجحة إلى تلك المعاملة"^(١).

وعليه، إذا وجدت حاجة إلى تلك الذرائع الربوية أو مصلحة راجحة في تلك الذرائع، فإنه يجوز التعامل بتلك الذرائع الربوية، طبقاً لما ورد في المعايير الشرعية.

ب- الأدلة:

ورد الاستدلال في "المعايير الشرعية" على جواز التعامل بالذرائع الربوية عند الحاجة، بعدد من القواعد الفقهية^(٢)، منها قاعدة (ما حُرِّم سداً للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد)، وقاعدة (يُغْتَفَرُ في الوسائل ما لا يُغْتَفَرُ في المقاصد) وقاعدة (ما حُرِّم لسد الذرائع فإنه يباح عند الحاجة والمصلحة الراجحة).

ج- المناقشة وال ترجيح:

إن القواعد الفقهية السابقة تفيد أن المحرمات في الشريعة نوعان، نوع مقصود بالتحريم (محرم لذاته) مثل الزنا والقتل، ونوع غير مقصود بالتحريم، وإنما هو محرم لغيره، فيتساهل في النوع الثاني، ويباح عند الحاجة، مثل النظر إلى العورة، فهو محرم سداً للذريعة

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢٥)، الجمع بين العقود، البند: (٢ / ٣ / ٦): ص ٦٦٣.

(٢) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ٦٧٦.

الزنا.

لكن الاستدلال بذلك في مسألة الذرائع الربوية بدعوى أن الذرائع الربوية غير مقصودة في التحريم، لا يصح؛ لأن التعامل بالذرائع الربوية هو وقوع في ربا النسيئة، وهو مما حرم قصداً، إذ لا يتصور انفصال الوسيلة (الذريعة الربوية) عن المقصود بالتحريم (ربا النسيئة) في هذه المسألة، فلا يمكن أن يتم التعامل بالذريعة الربوية دون الوقوع في الربا، بخلاف النظر إلى المحرم - على سبيل المثال - فيتصور وقوعه دون وقوع الزنا، فيباح عند الحاجة.

فإباحة النظر للحاجة لا يفضي إلى الوقوع فيما حرم قصداً (الزنا)، أما إباحة الذرائع الربوية فيفضي إلى الوقوع فيما حرم قصداً (ربا النسيئة)، إذ إن الذريعة الربوية ليست إلا حيلة لاستباحة ربا النسيئة.

أي إن تحريم الوسائل إنما يباح عند الحاجة حيث لم يؤد إلى الوقوع فيما حرم تحريم المقاصد؛ وإن التخفيف والتساهل في أحكام الوسائل حيث كانت مستقلة عن المقاصد، وإلا لما كان أي معنى من التمييز بين أحكام الوسائل والمقاصد.

وإن الفرق بين الذرائع الربوية وبين الربا فرق صوري فقط، بخلاف الفرق بين النظر والزنا.

أما الاستدلال بالحاجة على إباحة الذرائع الربوية، فالحاجة لا تقوى على إباحة ربا النسيئة، ولا الذرائع الموصلة إليها، كما سيأتي مفصلاً - إن شاء الله - في الفصل المتعلق بقواعد التيسير ورفع الحرج^(١).

أضف إلى ذلك: أن التطبيقات والمسائل التي أدرجها الفقهاء تحت هذه القواعد، كانت مختلفة عما ورد في المعايير الشرعية.

ومما ذكر في تطبيق هذه القواعد: أن ربا الفضل محرم سداً لذريعة ربا النسيئة، ويباح ما

(١) ينظر: ص ١٥٠، ص ١٨٣.

تدعو إليه الحاجة، وأن النظر حرم سداً لذريعة الفعل، ويباح ما تدعو إليه الحاجة^(١). وهذا بخلاف الأمثلة التي وردت في المعايير الشرعية: "المواطأة على الذرائع الربوية: مثل الاتفاق على الجمع بين القرض والمعاوضة، أو على دفع المقترض للمقرض هدية أو زيادة في القدر أو الصفة على المال المقترض". ولو جازت هذه الذرائع للحاجة والمصلحة الراجحة لجازت العينة لذلك، وقد سبق بيان تحريمها.

لذا يترجح أن ما ورد في المعايير الشرعية بخصوص هذين الشرطين غير صحيح، وأن الاستدلال في هذه المسألة بقواعد الاغتفار في تحريم الوسائل، استدلال في غير محله. **المطلب الرابع: تطبيقات متفرقة لقواعد المقاصد في المعايير الشرعية** أولاً- قصد الضرر في المتاجرة في العملات.

ورد في المعايير الشرعية أن من شروط جواز المتاجرة في العملات: أن لا يكون القصد منه الإضرار: "ألا تكون عملية المتاجرة بالعملات بقصد الاحتكار، أو بما يترتب عليه ضرر بالأفراد أو المجتمعات"^(٢).

فالعقد وإن كان صحيحاً في الظاهر، ومستوفياً لشروطه، فإنه يكون محرماً إن قُصد به محرم، مثل الاحتكار، أو الإضرار بالناس؛ تطبيقاً لقواعد المقاصد، ومنها قاعدة: (الأمور بمقاصدها).

ثانياً- قصد (الانتفاع من المبيع أو تجنب تغير الأسعار) خلال مدة خيار الشرط. خيار الشرط: "ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ"^(٣)، وقيل: "بيع وقِفَ بَتُّهُ أولاً على إمضاءٍ يُتَوَقَّع"^(٤).

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية: ٣/ ٤٠٥، زاد المعاد: ٤/ ٧١.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١)، المتاجرة في العملات، البند: (٢/ ١/ ٤): ص ٥٦.

(٣) رد المحتار: ٤/ ٥٦٧.

(٤) شرح حدود ابن عرفة: ص ٢٦٦.

فهو خيار يثبت للعاقِد الحقَّ في فسخ البيع خلال مدة الخيار، وهو مشروع لكن ماذا لو قصد بخيار الشرط انتفاع المشتري بالمبيع خلال مدة الخيار؟
أي: أن لا يكون القصد من خيار الشرط حقيقة البيع بحصول المشتري على السلعة وحصول البائع على الثمن، وإنما يكون القصد انتفاع المشتري من المبيع، وقبض البائع الثمن، خلال مدة الخيار.

ورد في المعايير الشرعية: "لا يجوز استخدام خيار الشرط بقصد الانتفاع بمحلّه، مع دفع الثمن للبائع، بحيث يكون حيلة لمقابل عن القرض" (٢).

وهذا لأن خيار الشرط إنما شرع للتروي والنظر والتبصر، فإذا قصد به التحايل على الربا، صار العقد محرماً، تطبيقاً لقواعد المقاصد، ومنها قاعدة (الأمر بمقاصدها).

ومثل ذلك لو قصد بخيار الشرط تجنب تذبذب الأسعار خلال مدة الخيار:
ورد في المعايير الشرعية: "لا يجوز استخدام خيار الشرط لتجنب تذبذب الأسعار خلال مدته" (٣).

ثالثاً- صحة الفسخ بكل ما يدل عليه.

الفسخ هو: "حلُّ ارتباط العقد" (٤)، أو هو: رفع العقد من الأصل كأن لم يكن (٥).
وفسخ العقد له أسباب عدة، منها حصول الفسخ بالشرط، وهو أن يشترط أحد المتعاقدين إنهاء العقد.

وهل يتعين لفظ الفسخ في صيغة العقد؟.

ورد في المعايير الشرعية: "يصح اشتراط الفسخ بكل ما يدلُّ عليه، ولا يتعيّن لفظ

(١) المجموع: ٢٢٥/٩.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٢)، خيارات التروي، البند: (٢/٨/٤): ص ١٢٤٣.

(٣) المرجع السابق، البند: (٢/٨/٥): ص ١٢٤٣.

(٤) الأشباه والنظائر (السبكي): ١/٢٣٤.

(٥) بدائع الصنائع: ١٨٢/٥.

الفسخ" (١).

والمستند الشرعي في ذلك: قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) (٢).

والخلاصة:

- ١- الوعد الملزم بإعادة الشراء غير جائز؛ لأنه ذريعة إلى الربا، خلافاً لما ورد في المعايير الشرعية.
- ٢- لا تجوز اتفاقية إعادة الشراء (الريو والريو العكسي)، وقد نصت المعايير الشرعية على ذلك.
- ٣- الحالة التي أجازت فيها المعايير الشرعية التورق المنظم، وهي: "إذا كان النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه إلا بواسطة المؤسسة نفسها"، يترجح لدي أن هذه الحالة ممنوعة أيضاً.
- ٤- ورد في "المعايير الشرعية" الاستدلال على جواز التعامل بالذرائع الربوية عند الحاجة، بعدد من القواعد الفقهية المتعلقة بالوسائل والمقاصد، وقد ترجح أن الاستدلال بهذه القواعد استدلال في غير محله.
- ٥- لا تجوز المتاجرة في العملات بقصد الاحتكار، أو بما يترتب عليه ضرر بالأفراد أو المجتمعات.
- ٦- يحرم خيار الشرط إذا كان بقصد الانتفاع من المبيع أو تجنب تغير الأسعار، خلال مدة الخيار؛ تطبيقاً لقواعد المقاصد.



(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٤)، فسخ العقود بالشرط: ص ١٢٧١.

(٢) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ١٢٧٨.

الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة وتطبيقاتها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التبعية والغلبة في المعايير الشرعية.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة

يتناول هذا المبحث أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة، وشرح معناها، ومصادرها، واستثناءاتها، وشرائط تطبيقها.

ويتناول المطلب الأول القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية؛ ومنها قاعدة (التابع تابع)، بالإضافة إلى القواعد الفقهية المتفرعة عنها، مثل قاعدة (يُغْتَفَرُ في التوابع ما لا يُغْتَفَرُ في غيرها)، ويتناول أيضاً القواعد الفقهية المتعلقة بتبعية الوسائل للمقاصد في الأحكام الشرعية، مثل قاعدة (يغْتَفَرُ في الوسائل ما لا يغْتَفَرُ في المقاصد).

وفي المطلب الثاني يكون الحديث حول القواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة، مثل قاعدة (العبرة للغالب).

المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية

أولاً- قاعدة (التابع تابع):

تعدّ هذه القاعدة أصل القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية، وقد ذكرها السيوطي وابن نُجَيْم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(١)، وهي نصُّ المادة رقم (٤٧) من مجلة الأحكام العدلية، وفيما يلي شرحها وأدلتها وأركانها وشرائطها وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

١- التابع في اللغة: ما يكون لاحقاً بغيره، يقال: تَبَعَ زيدٌ عمراً: مشى خلفه، أو مرَّ به فمضى معه، والمصليُّ تَبَعَ لإمامه، وتَبَعَهُ: لحَقَهُ، وتَابَعَهُ على الأمر: وافقه، وتَتَابَعَ القوم: تَبَعَ بعضهم بعضاً^(٢).

٢- التابع في الاصطلاح: ما يكون "غير منفكٍّ عن متبوعه"^(٣).

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٧، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ١٠٢.

(٢) المصباح المنير (تبع): ٧٢/١، القاموس المحيط، باب العين، فصل التاء: ٧٠٦/١.

(٣) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: ٣٦١/١.

فالتابع: ما لا يستقل بنفسه بوجه من الوجوه، وإنما يكون مرتبطاً بغيره، لا ينفك عنه.

٣- المعنى الإجمالي للقاعدة: ما يكون تابعاً لغيره في الوجود - وفق أي صورة من الصور المعتد بها في الشرع - يكون تابعاً له في الحكم، فيسري على التابع ما يسري على المتبوع من أحكام.

٤- صور التبعية: للتبعية صور متنوعة؛ منها:

ما دلّ الشرع على تبعيته، مثل حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط المبتاع)^(١).

فقد دلّ الحديث بمفهومه: أن الثمر قبل التأبير يكون تابعاً للشجر، فيسري عليه ما يسري على المتبوع من أحكام، فمن باع شجراً قبل تأبيره، فإن الثمر يكون للمشتري كالشجر^(٢)، قال الحافظ ابن حجر^(٣): "الثمرة في بيع النخل تابعة للنخل"^(٤).

ومنها: أن يكون التابع جزءاً من متبوعه، سواء أكان مما يضر به انفصاله كالفص من الخاتم، أو كان مما لا يضر به انفصاله كاللبن في ضرع الحيوان.

ومنها: أن يكون المتبوع من ضرورات التابع، كالفتاح بالنسبة للقفل، وحق المرور في الأرض.

(١) صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم الحديث (٢٣٧٩): ١١٥/٣، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، رقم الحديث (١٥٤٣): ١١٧٢/٣. واللفظ لمسلم.

(٢) وهذا عند الجمهور، خلافاً للحنفية، الذين يرون - على الصحيح عندهم - أن الثمرة لا تدخل إلا بالشرط، وإن كانت غير مؤبّرة. الهداية: ٢٦/٣ - ٢٧، رد المحتار: ٤/٥٥٢ - ٥٥٣، منح الجليل: ٥/٢٨١ - ٢٨٢، أنوار البروق في أنواء الفروق: ٣/٢٨٥، أسنى المطالب شرح روض الطالب: ٢/١٠١، المغني: ٤/٥١.

(٣) ابن حجر [٧٧٣ - ٨٥٢ هـ]: هو شيخ الإسلام الإمام الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، من أوعية العلم، لقب بأمير المؤمنين في الحديث، أصله من عسقلان بفلسطين، ولد وتوفي في القاهرة، له مصنفات جليلة نافعة كثيرة منها: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لسان الميزان، التلخيص الحبير، الإصابة في تمييز الصحابة. ينظر: الضوء اللامع: ٢/٣٦، الأعلام: ١/١٧٨.

(٤) فتح الباري (ابن حجر): ٤/٤٠٣.

ومنها: ما دلَّ العُرف على تبعيته، مثل لفظ (الأرض) يدخل فيها البناء والأشجار، وكذلك لفظ (البيت) يدخل فيه الأبواب.

ومنها: أن تكون التبعية بالشرط: مثل أن يشترط أحد المتعاقدين على تبعية شيء لما تمّ التعاقد عليه^(١).

ب- ضابط التبعية:

يتحدد ضابط التبعية من خلال المعايير التالية:

- ١ - ما يتوجه إليه القصد غالباً فهو متبوع، وما لا يتوجه إليه القصد غالباً فهو تابع^(٢).
- ٢ - كلُّ ما يدخل في العقد من غير اشتراط فهو تابع، وكل ما لا يدخل في العقد إلا بالاشتراط فهو غير تابع^(٣).
- ٣ - كلُّ ما لا يصحُّ إفراده بالعقد فهو تابع، وكلُّ ما يصحُّ إفراده بعقد فهو غير تابع^(٤).
ففي بيع الشاة يدخل الحمل الذي في بطنها من غير اشتراط، فهو تابع، وكذلك لا يصحُّ إفراده بالعقد^(٥).
- وفي بيع الدار التي فيها متاع، لا يدخل المتاع في البيع من غير اشتراط، فهو ليس بتابع، وكذلك يصحُّ إفراده بعقد^(٦).

ج- دليل القاعدة:

يُستدلُّ لهذه القاعدة من السنة بما يلي:

(١) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ٢٥٣ - ٢٥٤، المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٥٠٨ - ٥٠٩، رد المحتار: ٥٤٧/٤، أنوار البروق في أنواء الفروق: ٢٨٤/٣، مغني المحتاج: ٤٨٢/٢، كشف القناع: ٢٧٥/٣.

(٢) مغني المحتاج: ٣٧٦/٢.

(٣) الاستذكار: ٢٧٧/٦، شرح معاني الآثار، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن تنتهي: ٢٦/٤.

(٤) شرح معاني الآثار، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن تنتهي: ٢٦/٤.

(٥) المجموع: ٣٢٤/٩.

(٦) شرح معاني الآثار، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن تنتهي: ٢٦/٤.

١ - حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (زكاة الجنين زكاة أمه)^(١).

ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل زكاة الجنين تابعاً لزكاة أمه،
فَيَحُلُّ أَكْلَهُ إِنْ ذَكَّيَتْ أُمُّهُ^(٢).

٢ - حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (من باع نخلاً قد أُبْرِتْ فثمرتها للبائع، إلا أن يشترط
المبتاع)^(٣).

د- الحكمة من تشريع التبعية:

إن سريان أحكام المتبوعات على توابعها مما يحقق المصالح الحاجية للناس في تعاملاتهم
ويرفع المشقة عنهم؛ لأن استقلال التوابع في الأحكام يؤدي إلى فوات المصلحة من العقد،
أو حصول المشقة والخرج في التنصيص عليه في العقد.

وقد ذكر الإمام الشاطبي من الرخص التي يقصد منها رفع المشقة في المعاملات:
"إلقاء التوابع في العقد على المتبوعات، كثمرة الشجر، ومال العبد"^(٤).

هـ- أركان القاعدة وشرائط تطبيقها:

مرّ سابقاً أن كلّ قاعدة تقوم على ركنين؛ وهما: الموضوع والحكم، وفيما يلي بيان لهما:

١ - الركن الأول (الموضوع):

إن موضوع هذه القاعدة هو: (التابع)، وهو كلّ ما يكون تابعاً لغيره في أيّ صورة من
الصور التي يعتدُّ بها في التبعية، ويشترط في هذا الركن: التجريد والعموم، أي أن يكون

(١) سنن أبي داود، كتاب الأضاحي، باب ما جاء في أكل اللحم لا يدرى أذكر اسم الله عليه أم لا، رقم الحديث (٢٨٢٨): ٤/٤٤٩، سنن الترمذي، أبواب الأطعمة، باب ما جاء في زكاة الجنين، رقم الحديث (١٤٧٦)، وقال الترمذي هذا حديث حسن: ٤/٧٢، سنن ابن ماجه، أبواب الذبائح، باب زكاة الجنين زكاة أمه، رقم الحديث (٣١٩٩): ٤/٣٦٠، مسند أحمد، مسند أبي سعيد الخدري، رقم الحديث (١١٣٤٣): ١٧/٤٤٢.

(٢) وهذا عند الجمهور والصاحيين؛ خلافاً للإمام أبي حنيفة، وذلك ضمن شروط تنظر في مظانّها. رد المحتار: ٦/٣٠٣-٣٠٤، حاشية الدسوقي: ٢/١١٤، حاشية البجيري على الخطيب: ٤/٣٠٤، كشف القناع: ٦/٢٠٩-٢١٠.

(٣) وقد سبق تخريجه، وبيان وجه الاستدلال، عند الحديث عن صور التبعية، ص ٨٣.

(٤) الموافقات في أصول الشريعة: ٢/١١.

الحكم على كل تابع بالنظر إلى وصف التبعية، لا بالنظر إلى عين التابع وشخصه.

٢- الركن الثاني (الحكم) أو (المحمول):

إن الحكم في هذه القاعدة هو: أن يكون تابعاً في الحكم، أي أن يسري على التابع الحكم الذي يسري على المتبوع، وأن لا ينفرد التابع عن متبوعه في الحكم، ويشترط له أيضاً ما يشترط في حكم كل قاعدة فقهية: أن يكون باتاً لا تردّد فيه، وأن يكون شرعياً، كما مرّ^(١).
وأما شروط تطبيق هذه القاعدة فهي:

١- تحقّق التبعية في أي صورة من الصور التي يعتدّ بها. مثل النصّ الشرعي، والعرف،

والاشتراط في العقد، وكون التابع جزءاً من المتبوع، أو من ضروراته ولوازمه.

٢- السلامة من المعارض. وذلك أن لا يوجد نصّ شرعي يعارض تطبيق هذه القاعدة

على أيّ من التوابع محلّ تطبيق القاعدة.

و- تطبيقات القاعدة: لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، أذكر منها:

١- من أقرّ بخاتم، دخل فصّه في الإقرار^(٢).

٢- من باع داراً، فدخل في البيع كلّ ما كان متصلاً بها اتصال قرار، وإن لم ينصّ عليه،
مثل الأبواب والرفوف المثبتة^(٣).

٣- إذا بيعت الأرض فإن الأشجار التي غرست فيها للقرار تدخل في البيع، وكذلك ما فيها من بناء، وإن لم ينصّ على ذلك^(٤)، ويدخل في بيع الأرض تبعاً حق المرور وحق الشرب^(٥).

(١) ينظر ص ٢٤.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٥٩٨/٥.

(٣) مغني المحتاج: ٤٨٨/٢ - ٤٨٩، شرح منتهى الإرادات: ٧٩/٢.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٥٤٧/٤، حاشية الدسوقي: ١٧٠/٣.

(٥) الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ١٠٢.

٤- إذا بيعت الشاة، دخل الصوف في البيع، ودخل اللبن في الضرع، ويدخل في بيع الحيوان الجنين في بطنه^(١)، قال الإمام النووي^(٢): "أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن، وإن كان اللبن مجهولاً؛ لأنه تابع للحيوان"^(٣).

٥- إذا بيع الشيء، دخل في البيع كل ما هو من ضروراته، كالمفتاح في القفل^(٤).

٦- إن الزوائد في المبيع، التي تحصل بعد العقد وقبل القبض، تكون للمشتري^(٥)، وتعليل ذلك أن: "النماء تابع للملك"^(٦).

ثانياً- القواعد الفقهية المدرجة تحت قاعدة (التابع تابع):

يتفرّع عن قاعدة (التابع تابع) جملة من القواعد ذكرها الزركشي في المنشور^(٧)، والسيوطي وابن نجيم في كتابيهما الأشباه والنظائر^(٨)، وكذلك نصّت عليها مجلة الأحكام العدلية، أذكر منها:

أ- قاعدة: (التابع لا يُفرد بالحكم).

وقد نصّت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة في المادة رقم (٤٨).

ومعنى القاعدة:

أن ما لا يستقلُّ بنفسه في الوجود، لا يستقلُّ وحده في الحكم، بل يكون حكمه تابعاً

(١) المجموع: ٣٢٤/٩، المغني: ٥٨/٤.

(٢) النووي [٦٣١-٦٧٦هـ]: هو الإمام الجليل، يحيى بن شرف بن مري، محيي الدين أبو زكريا، كان بارعاً في الفقه والحديث، اشتهر بالزهد والورع، أثر العلم على الزواج، صنف الكتب الكثيرة النافعة منها: المجموع شرح المذهب، المنهاج في شرح صحيح مسلم، منهاج الطالبين. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى: ٣٩٥/٨، الأعلام: ١٤٩/٨.

(٣) المجموع: ٣٢٦/٩.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٥٤٨/٤.

(٥) مغني المحتاج: ٤٥٦/٢، كشف القناع: ٢٢٤/٣.

(٦) المغني: ٢٧١/١٠، شرح الزركشي لمختصر الخرقي: ٥٤٠/٣.

(٧) المنشور في القواعد الفقهية: ٢٣٤/١، وما بعدها.

(٨) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٧ وما بعدها، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ١٠٢ وما بعدها.

لحكم متبوعه.

يقول الإمام الشاطبي: "التوابع مع المتبوعات لا يتعلّق بها من حيث هي توابع أمر ولا نهي، وإنما يتعلّق بها الأمر والنهي إذا قُصدت ابتداءً، وهي إذ ذاك متبوعة لا تابعة" (١).

دليل القاعدة:

يمكن أن يُستدلّ للقاعدة بحديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: "نهى النبي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تُباع الثمرة حتى تبيّن صلاحها، أو يُباع صوف على ظهر، أو لبن في ضرع، أو سمن في لبن" (٢).

ومن تطبيقاتها:

١- أن الجنين في بطن الحيوان لا يباع مستقلاً عن أمه (٣)، وكذلك لا يُستثنى من البيع؛ لأن ما لا يصحّ أن يكون محلاً للعقد منفرداً لا يصحّ استثنائه من العقد، ومثل الجنين في الأحكام كلّ ما كان اتصاله خِلقة، كاللبن في الضرع، والصوف على ظهر الغنم (٤).

٢- إن حق المرور وحق الشرب يدخلان في بيع الأرض تبعاً، ولا يجوز إفرادهما في البيع في ظاهر الرواية عند الحنفية (٥).

٣- من أحيا شيئاً له حريم، فإنه يملك الحريم في الأصح تبعاً، فإذا باع الحريم دون

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ١٦٦/٣.

(٢) سنن الدارقطني، كتاب البيوع، رقم الحديث (٢٨٣٥): ٣/٤٠٠، سنن البيهقي الكبرى، جامع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب وغير ذلك، باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم ولبن في ضروع الغنم والسمن في اللبن، رقم الحديث (١٠٨٥٧): ٥/٥٥٥. قال البيهقي: "تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي... ورواه غيره موقوفاً"، ورجّح الدارقطني رواية الوقف، قال ابن حجر: "وقد وثقه - أي: عمر بن فروخ - ابن معين وغيره".
التلخيص الحبير، رقم الحديث (١١٣٠): ٣/١٤.

(٣) المجموع: ٣٢٤/٩، المشور في القواعد الفقهية: ١/٢٣٤، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٧.

(٤) الهداية: ٣/٤٤، المغني: ٤/١٥٧، شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٥٧.

(٥) رد المحتار: ٥/٨٠، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ١٠٢.

المملك، لم يصح^(١).

٤- إن صفات الحقوق لا تُفرد في الإسقاط؛ لأنها تابعة، فلو أسقط المدين الأجل في الدين المؤجل، لم يسقط الأجل في الأصح؛ لأن الأجل صفة تابعة، فلا تفرد في الإسقاط^(٢).

ويستثنى من هذه القاعدة بعض الصور، منها: جواز إفراد الحُمْل بالوصية دون أمّه بشرط أن يولد لأقل من ستة أشهر^(٣).

ب- قاعدة: (من مَلَكَ شيئاً، مَلَكَ ما هو من ضروراته).

وقد نصّت على هذه القاعدة مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم (٤٩).

ومعنى هذه القاعدة: أن من مَلَكَ عَيْناً أو تَصَرُّفاً، فإنه يمتلك لوازم ذلك.

مثال (في الأعيان): من مَلَكَ شيئاً فإنه يمتلك توابعه ولوازمه وإن لم ينص على ذلك، فمن اشترى داراً، مَلَكَ الطريق الموصل إليها، ما لم يكن مِلْكاً خاصّاً؛ لأن الدار لا يمكن الانتفاع بها بدون الطريق^(٤)، ومن اشترى قفلاً مَلَكَ مفتاحه، وإن لم ينص على ذلك.

مثال (في التصرفات): من وضع سلعة عند الدّلال لبيعها، فوضعها الدّلال عند صاحب محل، فأخذها التاجر وهرب بها، لا ضمان على الدّلال؛ لأنه يملك وضعها عند التاجر، فلا يضمّنها^(٥).

وهذه القاعدة مبنية على علاقة التلازم بين الشيء وبين ما هو من لوازمه وضروراته، وقد يثبت هذا التلازم بالعقل أو بالعرف^(٦).

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٧، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢١٢/٦.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٨، روضة الطالبين: ٤٠٢/٣، فتح العزيز شرح الوجيز: ١٠٧/٤.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٦/٦٥٣، كشاف القناع: ٤/٣٥٦.

(٤) درر الحكّام شرح مجلة الأحكام: ١/٥٣.

(٥) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٦١.

(٦) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٥١٦.

ج- قاعدة: إذا سقط الأصل سقط الفرع.

وهذه القاعدة هي نصُّ المادة رقم (٥٠) من مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرها الفقهاء بعبارات متنوعة، منها: (الفرع: الأصل فيه أنه يسقط إذا سقط الأصل)^(١)، (الفرع يسقط إذا سقط الأصل)^(٢)، (التابع يسقط بسقوط المتبوع)^(٣).

معنى القاعدة:

المراد بالأصل: ما بني عليه غيره، والفرع: هو ما بني على غيره؛ لأن "أصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه"^(٤)، فإذا لم يعتدَّ بالأصل لم يعتدَّ بالفرع.

ومستند القاعدة:

العقل؛ لأنه لما كان التابع لا يفرد بالحكم، فسقوط الأصل يستلزم سقوط الفرع، وهذا مما يقتضيه العقل، وأيضاً فإن الحسَّ يستلزم ذلك، كابتناء السقف على الأعمدة والجدران، فإذا سقطت الأعمدة والجدران سقط السقف^(٥).

ومن تطبيقاتها:

١- إذا أبرأ الدائن المدين، فلا يحقُّ له مطالبة الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل؛ لأنه فرعه^(٦).

٢- من فاتته صلاة أيام الجنون - وقلنا بعدم وجوب القضاء - لا يستحبُّ له قضاء رواتبها؛ لأن الفرض سقط، فكذلك تابعه^(٧).

(١) المنشور في القواعد الفقهية: ٢٢ / ٣.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٩.

(٣) المنشور في القواعد الفقهية: ٢٣٥ / ١، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٩، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ١٠٣.

(٤) المصباح المنير، (أصل): ١٦ / ١.

(٥) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسنين): ص ٥٢٣.

(٦) حاشية الدسوقي: ٣ / ٣٣٦، نهاية المحتاج: ٤ / ٤٥٩.

(٧) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٨ - ١١٩، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ١٠٣.

د- قاعدة: إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه.

نصّ على هذه القاعدة ابن نُجَيم في كتابه (الأشباه والنظائر)^(١)، وهي نصّ المادة رقم (٥٢) من مجلة الأحكام العدلية.

وقد سبق أن ورد مضمون هذه القاعدة في كتب الحنفية منسوباً إلى الإمام أبي يوسف: "الأصل عند أبي يوسف: أنه إذا لم يصح الشيء لم يصح ما في ضمنه"^(٢).

ومعنى القاعدة:

إذا بطل المتضمّن بطل المتضمّن^(٣)، أي: إذا ظهر أن الأساس والأصل كان باطلاً، فإنّ ما ينبنى عليه يكون باطلاً أيضاً.

ومن تطبيقاتها:

١- إذا أبرأ الدائن المدين، ثم فسد العقد، فإن الإبراء يكون فاسداً.

٢- إذا جدّد عقد الزواج على زوجته - للاحتياط - بمهر جديد، لا يلزمه؛ لأن العقد الثاني لم يصح، فلم يصحّ ما في ضمنه وهو المهر.

٣- لو قال رجل لآخر بعثك دمي بألف، فقتله، وجب القصاص على القاتل؛ لأنه لما بطل بيع الدم، بطل ما يتضمنه ملك الدم، وهو القتل، فوجب القصاص.^(٤)

هـ- قاعدة: (يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا).

هذه القاعدة هي نصّ المادة رقم (٥٤) من مجلة الأحكام العدلية، وقد نصّ عليها السيوطي وابن نُجَيم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(٥)، وقد أورد السيوطي صيغاً أخرى للقاعدة، قريبة منها، وهي:

(١) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيم): ص ٣٣٨.

(٢) تأسيس النظر: ص ٦٣.

(٣) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيم): ص ٣٣٨.

(٤) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيم): ص ٣٣٨-٣٣٩، رد المحتار: ٥٤٧/٦.

(٥) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٢٠، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيم): ص ١٠٣.

١- يُغْتَفَرُ فِي الشَّيْءِ ضَمْنًا مَا لَا يُغْتَفَرُ فِيهِ قَصْدًا.

٢- يُغْتَفَرُ فِي الثَّوَانِي مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي الْأَوَائِلِ.

٣- أَوَائِلُ الْعُقُودِ تَوَكَّدُ بِهَا لَا يُوَكَّدُ بِهِ أَوَاخِرُهَا^(١).

وقد وردت هذه القاعدة في الأصول التي عليها مدار كتب الحنفية لأبي الحسن الكرخي بصيغة: (الأصل أنه قد يثبت الشيء تبعاً وحكماً، وإن كان قد يبطل قصداً)^(٢).

معنى القاعدة:

الاغتفار في اللغة: هو الصفح والتسامح^(٣).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: يُتَسَامَحُ وَيُتَسَاهَلُ فِيهَا يَكُونُ لَاحِقًا وَتَابِعًا لِغَيْرِهِ، مَا لَا يُتَسَامَحُ فِيهَا يَكُونُ مُسْتَقْلًا عَنْ غَيْرِهِ.

ومستند القاعدة:

"قد يكون للشيء قصداً شروط مانعة، وإذا ثبت ضمناً أو تبعاً لشيء آخر يكون ثبوته ضرورة ثبوته لمتبوعه أو ما هو في ضمنه"^(٤).

ومن تطبيقاتها:

١- لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مفردة، لكن لو باعها مع أصلها جاز؛ لأنها إذا بيعت مع الأصل تكون تابعة، فيُغْتَفَرُ فِي الْغَرَرِ فِيهَا حَالُ كَوْنِهَا تَابِعَةً مَا لَا يُغْتَفَرُ حَالُ كَوْنِهَا مَقْصُودَةً^(٥).

٢- لا يجوز بيع الحمل في بطن الحيوان منفرداً؛ لأنه غرر، ويُغْتَفَرُ فِي ذَلِكَ إِذَا كَانَ تَابِعًا، فَلَوْ بَاعَ حَامِلًا بَيْعًا مُطْلَقًا صَحَّ الْبَيْعُ وَدَخَلَ الْحَمْلُ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا، وَمِثْلُ ذَلِكَ بَيْعُ

(١) قال السيوطي: والعبارة الأولى أحسن وأعم. الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٢٠.

(٢) تأسيس النظر: ص ١٦٦.

(٣) المصباح المنير (غفر): ٤٤٩/٢.

(٤) شرح المجلة (الأناسي): ١٣١/١.

(٥) رد المحتار: ٥٥٤/٤، حاشية الدسوقي: ١٧٦/٣، تحفة المحتاج: ٤٦٠/٤، المغني: ٦٣/٤.

اللبن في الضرع، فإنه لا يجوز بيعه مفرداً؛ للغرر، لكن لو بيع اللبن في الضرع مع الحيوان جاز؛ لأنه تابع^(١).

٣- لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع، ولو باعه مع الأرض جاز تبعاً^(٢).

٤- لو استأجر بئراً ليستقي منها لم يصح، ولو استأجر داراً ليسكنها وفيها بئر، جاز أن يستقي منها تبعاً^(٣).

٥- أن النسب لا يثبت ابتداءً بشهادة النساء، لكن لو شهدن بالولادة يثبت النسب تبعاً^(٤).

ثالثاً- القواعد الفقهية المتعلقة بتبعية الوسائل للمقاصد في الأحكام الشرعية:

ذكر الفقهاء جملة من القواعد الفقهية التي تفيد تبعية الوسائل للمقاصد في الأحكام، والتابع فيها هو: ما حرم لغيره؛ مثل النظر المحرم، لأنه يفضي إلى ما هو مقصود بالتحريم، والمتبوع في هذه القواعد هو: ما حرم لذاته، أي ما كان مقصوداً في التحريم، مثل الزنا. ومن هذه القواعد الفقهية:

١- قاعدة: (يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد).

٢- قاعدة (ما حرم سداً للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد).

٣- قاعدة: (الوسائل تسقط بسقوط المقاصد).

فهذه القواعد الفقهية تدل على أن الوسائل تابعة للمقاصد في الحكم^(٥)، وتتجلى هذه التبعية من خلال أمرين:

الأول: أنه يتساهل في التابع ما لا يتساهل في المتبوع في كثير من الأحكام الشرعية.

(١) المجموع: ٣٢٣/٩ - ٣٢٦، المنشور في القواعد الفقهية: ١/ ٢٣٤، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٧، كشف القناع: ١٦٦.

(٢) روضة الطالبين: ٣/ ٥٦٠، المغني: ٤/ ٦٤، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٢٠ - ١٢١.

(٣) المنشور في القواعد الفقهية: ٣/ ٣٧٧.

(٤) رد المحتار: ٣/ ٥٤٥، حاشية الدسوقي: ٤/ ١٨٨، المغني: ٦/ ١٣٤.

(٥) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٢/ ٣٣.

الثاني: أن سقوط المتبوع يعني سقوط التابع؛ لأن المتبوع أصل، والتابع فرع، فإذا سقط التابع، سقط المتبوع.

وقد سبق الحديث حول هذه القواعد الفقهية في الفصل المتعلق بقواعد المقاصد^(١)، إلا أن الإشارة إليها هنا من جهة صلتها بالتبعية.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة

أولاً- مفهوم الغلبة:

أ- الغلبة في اللغة: تطلق على معانٍ أهمُّها: ١- القهر والاستيلاء، ٢- الكثرة^(٢).

ب- وفي القواعد الفقهية: قد تأتي الغلبة بمعنى الكثرة، ويطلق عليها قواعد (القلة والكثرة)، وقد تأتي الغلبة بمعنى غلبة الصفات والمعاني لا كثرة العدد والقدر^(٣).

و(الغالب) قد يأتي بمعنى الكثير، وقد يأتي (الغالب) بمعنى غلبة الصفة والمعنى، كما أن الغالب قد يقصد به أنه أبلغ قدراً من الكثير، بحيث يصير المقابل (المغلوب) في حكم المعدوم لقلته وندرته^(٤).

ج- الفرق بين قواعد التبعية وقواعد الغلبة:

يقصد بالقواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة: تلك القواعد التي تتعلق باجتماع قليل مع كثير أو شائع مع نادر في سياق واحد، ومدى تبعية القليل النادر للكثير الشائع في الحكم. تشترك قواعد التبعية مع قواعد الغلبة في الإلحاق في الحكم، ففي قواعد التبعية يكون التابع ملحقاً بالمتبوع في الحكم، فيعطى التابع حكم المتبوع، وفي قواعد الغلبة يكون المغلوب ملحقاً بالغالب في الحكم، فيعطى المغلوب حكم الغالب.

(١) ينظر: ص ٥٩.

(٢) لسان العرب (غلب): ١/ ٦٥١، المفردات في غريب القرآن: ص ٦١١.

(٣) قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية، علي الندوي، دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد: ١٤، العدد: ١، ص ١٤.

(٤) المرجع السابق: ص ١٥.

وتختلف قواعد الغلبة عن قواعد التبعية بأن الاعتبار في قواعد التبعية: هو المقصود في العقد، فما كان مقصوداً في العقد فهو متبوع، وما كان غير مقصود فهو تابع، دون النظر إلى الكمية أو القدر.

أما في قواعد الغلبة بمعنى (الكثرة): فالاعتبار هو القلّة والكثرة (الكمية)، فما كان قليلاً يلحق في الحكم بالكثير.

أما في قواعد الغلبة بمعنى (غلبة الصفات والمعاني): فالاعتبار هو الصفة الغالبة فما كان نادراً يلحق في الحكم بالشائع.

وفيما يلي بيان أهمّ القواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة، وشرح معناها، وأدلتها، وتطبيقاتها، وأبدأ بالحديث عن القواعد المتعلقة بالغلبة بمعنيها بشكل عام، ثم أنتقل إلى قواعد اختلاط الحلال والحرام.

ثانياً- القواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة:

أ- أهم القواعد المتعلقة بالغلبة بمعنى (الكثرة):

١ - (معظم الشيء يقوم مقام كله)^(١).

٢ - (اليسير في الكثير كاليتبع)^(٢).

٣ - (القليل يتبع الكثير في العقود)^(٣)، و(القليل يتبع الكثير)^(٤).

٤ - (لأكثر حكم الكل)^(٥).

٥ - (الأقل تبع للأكثر، ولأكثر حكم الكل)^(٦).

(١) المنشور في القواعد الفقهية: ١٨٣/٣.

(٢) الموافقات في أصول الشريعة: ١٧٩/٣.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١٨٥/٢.

(٤) بدائع الصنائع: ٣١٨/٧، المختصر الفقهي: ١٠٩/٨، البيان في مذهب الإمام الشافعي: ٢٨٢/٧.

(٥) الهداية: ١/٧١، ١/١٧٤، ٤/٣٥٨، ٤/٤٩٩، ٤/٥٤٦، رد المحتار على الدر المختار: ٢/٥٢٠، ٣/٤٧٤، ٦/٢٥٩،

٦/٣٢٤، ٦/٥٣٨، ٦/٦٢٦، المبسوط: ٢/٥٤، الفروع: ٢/١٤٣.

(٦) المبسوط: ٣/٣٩.

٦- (الحكم للأكثر)^(١)، (الاعتبار بالأكثر)^(٢)، (يدخل الأقل في الأكثر)^(٣).

ب- أهم القواعد المتعلقة بالغلبة بمعنى (غلبة الصفات والمعاني):

١- (العبرة بالغالب)^(٤)، (العبرة للغالب)^(٥).

٢- (الحكم للغالب في القواعد الشرعية)^(٦).

٣- وقد نصّت المادة (٤٢) من مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة بلفظ: (العبرة

لـلغالب الشائع لا للنادر).

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قد يستعملون هذه القواعد في سياق القلة والكثرة أيضاً.

ج- المعنى الإجمالي لهذه القواعد:

إذا اجتمع القليل والكثير، أو الشائع والنادر، في عقد واحد، فإن الحكم يكون للكثير الغالب، ولا تأثير للقليل النادر في الحكم، فلا يؤثر القليل الفاسد في العقد، وإن كان هذا القليل مفسد للعقد لو انفرد.

قال القَرَائِي: "الأصل اعتبار الغالب، وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة"^(٧)، وقال الشاطبي: "فإن للقليل مع الكثير حكم التبعية، ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة"^(٨).

وتعليل القاعدة: أن الأحكام الشرعية لا تبنى على القليل النادر، وإنما تبنى على الكثير الغالب، قال الشاطبي: "العادة جارية بأن القليل إذا انضم إلى الكثير في حكم الملغى قصداً؛

(١) البحر الرائق: ١/١٧٢، الفواكه الدواني: ١/٢٩٩، المذهب: ٢/٤١٨.

(٢) المغني: ٢/٣٩٩.

(٣) المبدع في شرح المقنع: ٧/٣١٦.

(٤) تبين الحقائق: ٣/١٥٨، مجمع الأنهر: ١/٣٠، إعانة الطالبين: ٣/٤٠٤، المبدع: ٦/١٢٥.

(٥) بدائع الصنائع: ١/٥١، الهداية: ١/٢١٨، رد المحتار على الدر المختار: ١/٣٢٤، ٣/٨٣٩.

(٦) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: ٣/١٢٤.

(٧) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٤/١٠٤.

(٨) الموافقات في أصول الشريعة: ٣/١٨١.

فكان كالمُلغى حكماً^(١).

"فلو بني حكم على أمر غالب فإنه يبنى عاماً، ولا يؤثر على عمومته واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات"^(٢)، إلا في حالات استثنائية.

د- دليل القاعدة:

استدل الفقهاء لهذه القاعدة بعدد من الأدلة، منها:

١- قول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا آكَبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾. (البقرة: ٢١٩).

ووجه الاستدلال أنه لما كانت المفسد غالبية على المنافع، كان الاعتبار لها في الحكم، وهو التحريم، قال ابن بطال: "فلما جعل الغلبة للإثم علم أن ذلك محرم"^(٣).

٢- قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ (٨) وَمَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَئِكَ الَّذِينَ خَسِرُوا أَنْفُسَهُمْ بِمَا كَانُوا بِآيَاتِنَا يَظْلِمُونَ﴾ (الأعراف: ٨-٩).

استدل الإمام الشيرازي بهذه الآية: على أن الحكم على شخص بالعدالة أو سقوطها عنه، إنما يكون بالغالب من أفعاله، دون اعتبار النادر، قال الشيرازي: "ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر؛ لأن من استجاز الإكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور، فعلقنا الحكم على الغالب من أفعاله؛ لأن الحكم للغالب، والنادر لا حكم له، ولهذا قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ...﴾"^(٤). (الأعراف: ٨)، (المؤمنون: ١٠٢).

هـ- تطبيقات القاعدة:

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ٣/ ١٨١.

(٢) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٣٥.

(٣) شرح صحيح البخاري (ابن بطال)، كتاب الأشربة، باب قول الله تعالى: (إنما الخمر والميسر...)، ٦/ ٣٦.

(٤) المهذب: ٣/ ٤٣٧-٤٣٨.

- ١- إن أسواق المسلمين لا تخلو من بعض السلع المحرمة، مثل ما هو مسروق أو مغصوب، ومع ذلك يباح تناول؛ اعتماداً على الغالب^(١).
- ٢- ذكر الحنفية في مسألة الدراهم والدنانير المغشوشة: أن ما غلب ذهبه وفضته من الدراهم والدنانير، فحكمه حكم الذهب والفضة الخالصين، وأن ما غلب عليه الغش منهما فحكمه حكم العُروض؛ اعتباراً للغالب^(٢).
- ٣- مشروعية قصر الصلاة وإباحة الفطر في السفر؛ اعتباراً بغالب الحال، وهو المشقة^(٣).
- ٤- يرى المالكية أن زكاة الفطر تُخرج من غالب عيش البلد^(٤).
- ٥- عدّ الفقهاء الحكم للغالب في لبس الثوب المنسوج من الحرير وغيره^(٥).
- ٦- أجاز المتأخرون للدائن استيفاء حقه من غير جنس دينه؛ لغلبة العقوق^(٦).

و- مستثنيات القاعدة:

يستثنى من قواعد الغلبة عدد من الفروع الفقهية، يعمل فيها بالنادر، ويلغى الغالب؛ منها:

- ١- من جاءت بولد بعد ستة أشهر من زواجها، يثبت نسبه، مع أن الغالب أن النساء لا تضع لستة أشهر.
- ٢- لا يخلو طين الطريق من نجاسة في الغالب، ومع ذلك لا يعدُّ نجساً، تيسيراً على الناس^(٧).

ز- معيار القلة والكثرة:

(١) الهداية: ٤/ ٥٥٠، البحر الرائق: ٨/ ٥٤٥.

(٢) رد المحتار: ٥/ ٢٦٥-٢٦٦، المبسوط: ٩/ ١٣٨.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٤/ ١٠٤.

(٤) التاج والإكليل: ٣/ ٢٦٠، الذخيرة: ٦/ ٣٢١.

(٥) المغني: ١/ ٤٢٢.

(٦) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٣٥.

(٧) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٤/ ١٠٤.

من أهم ما يتعلق بقواعد (الغلبة) هو تحديد معيار القليل والكثير، وللفقهاء في ذلك اتجاهات متعددة، أذكر منها:

١ - معيار النصف: وهو أن ما كان دون النصف فهو قليل، وما كان فوق النصف فهو كثير، وهذا المعيار منقول عن أبي يوسف من الحنفية، "وأبو يوسف جعل الأكثر من النصف كثيراً، وما دون النصف قليلاً"^(١)، وتعليقه: "أن القليل والكثير من المتقابلات، فإنما تظهر بالمقابلة، فما كان مقابله أقل منه فهو كثير، وما كان مقابله أكثر منه فهو قليل"^(٢).

٢ - معيار الثلث: وهو أن الثلث كثير، وما دون الثلث قليل.

وهذا المعيار مأخوذ من حديث النبي صلى الله عليه وسلم في باب الوصايا: (الثلث كثير)^(٣). وقد وردت عبارات متنوعة في كتب عدد من الفقهاء تدل على أخذهم بهذا المعيار، أذكر منها:

(وما دون الثلث قليل)^(٤)، (واليسير ما دون الثلث)^(٥)، (التبعية بالثلث فأقل)^(٦)، (الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة)^(٧).

(١) بدائع الصنائع: ١١٧/١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المرضى، باب قول المريض إني وجع أو وأرأساه أو اشتد بي الوجع، رقم الحديث (٥٦٦٨): ١٢٠/٧، والحديث بتمامه: (عن عامر بن سعد، عن أبيه، قال: جاءنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي، زمن حجة الوداع، فقلت: بلغ بي ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» قلت: بالشطر؟ قال: «لا» قلت: الثلث؟ قال: «الثلث كثير، أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، ولن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها، حتى ما تجعل في في امرأتك».

(٤) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم: ٤٠٥/٤.

(٥) شرح الزرقاني على الموطأ: ٤٠٠/٣.

(٦) المرجع السابق: ٥٥١/٣.

(٧) المغني: ٨١/٤.

٣- معيار الخمس: ذكر الحنفية هذا المعيار في التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير في العقار، وأما في غير العقار فذكروا أن حد الغبن الفاحش في الحيوان العشر، وفي العُرُوض نصف العشر، وفي النقود ربع العشر^(١).

٤- معيار العرف: وهو أن تحديد القليل والكثير يردُّ إلى العرف. ومن العبارات الواردة في كتب الفقهاء التي تفيد أخذهم بهذا المعيار: (يرجع في الكثير واليسير إلى العرف)^(٢)، (الكثير ما كثر في العرف)^(٣). وقد اعتمد الفقهاء هذا المعيار في كثير من الأحكام، منها التمييز بين الغبن الكثير والغبن القليل، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغبن الكثير ما كان في العرف كثيراً، وكذلك الغبن القليل^(٤).

ثالثاً- القواعد المتعلقة باختلاط الحلال والحرام:

أ- قاعدة (إذا اجتمع الحلال والحرام، غلب الحرام):

نصَّ على هذه القاعدة السيوطي وابن نُجيم في كتابيهما الأشباه والنظائر^(٥)، كما ذكرها السبكي في كتابه (الأشباه والنظائر) بلفظ: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال)^(٦).

ومعنى القاعدة:

إذا اختلط شيء حلال مع آخر حرام، وكان من غير الممكن التمييز بينهما، فإن يترك الكل؛ تجنباً من الوقوع في الحرام.

(١) والصحيح عند الحنفية أن اليسير من الغبن: ما يدخل تحت تقويم المقيمين، وأن الفاحش من الغبن ما لا يدخل تحت تقويم المقيمين. ينظر: رد المحتار: ٤/٤٠٣، تبين الحقائق: ٤/٢٧٢.

(٢) المغني: ٢/١٨٣.

(٣) المبدع: ١/٤٨.

(٤) مغني المحتاج: ٣/٢٤٣، الإنصاف: ٤/٣٩٤.

(٥) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٠٥، الأشباه والنظائر (ابن نُجيم): ص ٩٣.

(٦) الأشباه والنظائر (السبكي): ١/١١٧.

وتعليل القاعدة: أن ترك المباح لا يجتناب الحرام أولى من عكسه^(١).

دليل القاعدة:

هذه القاعدة مأخوذة من حديث ابن مسعود: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال)^(٢)، والحديث موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه، وهو حديث ضعيف^(٣)، قال السبكي بعد أن ذكر ضعف الحديث: "غير أن القاعدة في نفسها صحيحة"^(٤)، ونقل عن الجويني قوله: (لم يخرج عنها إلا ما ندر)^(٥).

ويمكن أن يُستدلَّ للقاعدة بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (إنَّ الحلال بيِّن، وإنَّ الحرام بيِّن، وبينهما مُشْتَبِهَات لا يعلمهنَّ كثير من الناس، فمن اتقى الشُّبُهَات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشُّبُهَات وقع في الحرام...)^(٦).

ووجه الاستدلال: أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قد جعل الوقوع في الشُّبُهَات وقوعاً في الحرام، وهذا يشمل ما اختلط الحرام فيه مع الحلال، وتعدَّر التمييز بينهما، فيكون تغليب جانب الحرام مقدِّماً؛ دفعاً للشُّبُهَات ووقايةً منها.

تطبيقات القاعدة:

- ١- لو اشتبه لحم مذكَّى بلحم ميتة، لم يجز أكله.
- ٢- في الربا: الجهل بالتمائل كحقيقة التفاضل.
- ٣- في النكاح: لو اشتبهت من تحرم عليه بأجنبيَّات محصورات، يُغلب جانب التحريم في الجميع^(٧).

(١) المنشور في القواعد الفقهية: ١/ ١٢٦.

(٢) السنن الكبرى (البيهقي)، كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال، رقم الحديث (١٣٩٦٩): ٧/ ٢٧٥.

(٣) قال الحافظ العراقي: (ولا أصل له). الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٠٥-١٠٦.

(٤) الأشباه والنظائر (السبكي): ١/ ١١٧.

(٥) المرجع السابق: ١/ ١١٨.

(٦) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، رقم الحديث (١٥٩٩): ٣/ ١٢١٩.

(٧) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٠٦، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٩٣-٩٤.

ب- قواعد تغليب الحلال على الحرام:

في مقابل القاعدة السابقة، فقد نصَّ الفقهاء على قواعد فقهية، وذكروا عبارات تفيد تغليب الحلال على الحرام، ومنها:

١ - قاعدة (الحرام لا يحرّم الحلال)^(١) أو (لا يحرّم الحرام الحلال)، هذه القاعدة هي نص حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (لا يحرّم الحرام الحلال)^(٢)، والحديث ضعيف^(٣).

٢ - قال العزُّ بن عبد السلام: "وإن غلبَ الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة"^(٤).

٣ - روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه: "كل شيء أفسده الحرام، والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه"^(٥).

٤ - قال ابن تيمية: "فإن كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة... وإذا كان في ماله حلال وحرام، واختلط لم يحرم الحلال؛ بل له أن يأخذ قدر الحلال"^(٦).

ج- الجمع بين القواعد السابقة:

إن المتتبع لكلام الفقهاء وتطبيقاتهم لقواعد اختلاط الحلال بالحرام يجد أنهم يغلبون جانب التحريم إذا كان الحرام محصوراً أو أمكن اجتنابه، ويغلبون الحلال على الحرام، إذا كان الحرام نادراً، ولا يمكن اجتنابه.

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١١٥ - ١١٦، القواعد الفقهية (الزحيلي): ٧٠٢ / ٢.

(٢) سنن ابن ماجه، أبواب النكاح، باب لا يحرم الحرام الحلال، رقم الحديث (٢٠١٥): ١٧٧ / ٣، السنن الكبرى (البيهقي)، كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال، رقم الحديث (١٣٩٦٤): ٢٧٤ / ٧، سنن الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، رقم الحديث (٣٦٧٨): ٤٠٠ / ٤.

(٣) تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، (الذهبي): ١٨٨ / ٢ - ١٨٩، فتح الباري (ابن حجر): ١٥٦ / ٩ - ١٥٧.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٨٤ / ١.

(٥) بدائع الصنائع: ١٤٤ / ٥.

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٣٧٣ / ٢٩.

ولذلك فقد نص الفقهاء أن من اشتبهت من تحرم عليه بأجنبيّات غير محصورات، جاز له النكاح^(١)، ومن اشتبهت من تحرم عليه بأجنبيّات محصورات يحرم عليه الجميع^(٢). ولو اختلط لحم حيوان مأكول مذكّى بميتة، يحرم الجميع إن كان قليلاً، فإن كان كثيراً ويتعذّر تمييزه، حلّ التحريّ^(٣)، ومثله: "أو اختلطت ألف حمامة بريّة بحمامة بلدية فإن المعاملة صحيحة جائزة لندرة الوقوع في الحرام"^(٤).

ومثل ذلك ما ذكره الحنفية من تغليب الحلال على الحرام، إنما هو في حالة كون الحلال غالباً، ويتعذّر فصله عن الحرام، فأجازوا بيع التراب المختلط بنجاسة، إذا كان التراب غالباً^(٥).

وقد غلب الفقهاء الحلال على الحرام في التعامل الصحيح مع من اختلط ماله بحرام، بشرط عدم معرفة الحرام منه.

وقد وردت عبارات الفقهاء في تغليب الحلال في سياق دفع توهم صيرورة الحلال في ذاته حراماً. قال النووي: "وأما ما يقول بعض العوام: اختلاط الحلال بالحرام يحرمه، فباطل لا أصل له"^(٦).

وأشار ابن السبكي إلى هذا المعنى أيضاً: "أعطي الحلال حكم الحرام؛ تغليبا واحتياطاً لا صيرورته في نفسه حراماً"^(٧).

(١) المنشور في القواعد الفقهية: ١ / ١٧٧، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٦١.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٠٦، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٩٣ - ٩٤.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١ / ٨٤.

(٥) بدائع الصنائع: ٥ / ١٤٤.

(٦) فتاوى الإمام النووي: ص ٩٧.

(٧) الأشباه والنظائر (السبكي): ١ / ١١٨، أيضاً: ١ / ٣٨٠.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التبعية والغلبة في المعايير الشرعية

يتناول هذا المبحث أهم التطبيقات المتعلقة بقواعد التبعية والغلبة في المعايير الشرعية، مثل الأسهم المختلطة في الشركات، ومثل إصدار وتداول الأسهم والصكوك المشتملة على النقود أو الديون، دون التقيد بأحكام عقد الصرف، وأحكام التصرف في الديون، ويتناول أيضاً حكم الاغتفار في شرائط عقد الصرف حالة التبعية.

وذلك كله من خلال دراسة تأثير قواعد التبعية والغلبة في أحكام هذه المسائل والتطبيقات.

المطلب الأول: حكم التعامل بأسهم الشركات المختلطة

يتناول هذا المطلب حكم التعامل بأسهم الشركات المختلطة، وتأثير قواعد التبعية وقواعد الغلبة والاختلاط في الحكم المتعلق بها.

وأبدأ ببيان صورة المسألة وتحرير محل النزاع، ثم أنتقل لبيان حكم المسألة كما ورد في المعايير الشرعية مع ذكر آراء الفقهاء المعاصرين، ثم أنتقل إلى ذكر الأدلة والمناقشة وبيان ما يترجح من أحكام.

أولاً- بيان صورة المسألة وتحرير محل النزاع:

السهم في اللغة: هو النصيب أو الحظ، ويجمع على: أسهُم وسُهُم وسُهُمَان^(١).

وفي الاصطلاح الاقتصادي: "هو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة، المثبت في صك له قيمة اسمية، وتمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة، وتكون متساوية القيمة"^(٢).

وللأسهم أنواع وخصائص، أهمها أنها متساوية القيمة، وقابلة للتداول، وعدم قابلية السهم للتجزئة في مواجهة الشركة، وأن مسؤولية المساهم في الشركة بحدود قيمة أسهمه،

(١) المصباح المنير (سهم): ٢٩٣/١، القاموس المحيط، باب الميم، فصل الشين، (السهم): ١/١١٢٥.

(٢) شركة المساهمة، (صالح المرزوقي): ص ٣٣٣.

وهذا كله لأجل تسهيل عمل الشركة، وتوزيع الأرباح^(١).

الشركة المساهمة: هي عقد على مال بقصد الربح، مقسوم إلى أسهم متساوية القيمة، قابلة للتداول، وكل شريك مسؤول بمقدار أسهمه وحصته من رأس المال^(٢).

وتقسم الشركات من حيث استثمارها لأموالها، إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: شركات مباحة: وهي التي يكون غرضها مباحاً، وأنشطتها مشروعة، فتستثمر أموالها في أمور مباحة، وليس لها أنشطة محرّمة، مثل الاتجار في المواد الغذائية، أو صناعة الأدوية، ونحو ذلك. وهذا النوع من الشركات يجوز إنشاؤه، والاشتراك فيه، وتداول أسهمه.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: (٦٣: ١ / ٧): "أ: بما أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز".

النوع الثاني: شركات محرّمة: وهي التي يكون غرضها الأساسي محرّماً، حيث تستثمر أموالها في أمور محرّمة، مثل صناعة الخمر والمخدرات، أو إنشاء مشاريع لأغراض محرمة كالربا. وهذه الشركات لا يجوز المساهمة فيها، وكذلك يحرم تداول أسهمها، بلا خلاف.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: (٦٣: ١ / ٧): "ب: لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرّم، كالتعامل بالربا أو إنتاج محرّمات أو المتاجرة بها".

النوع الثالث: شركات مختلطة: غرضها الأساسي مباح، ولكن بعض أنشطتها محرمة، مثل الاقتراض من المصارف الربوية، أو إيداع أموالها لدى المصارف الربوية. وهذا النوع من الشركات هو محلُّ الخلاف بين المعاصرين.

ثانياً- آراء الفقهاء:

اختلف الفقهاء المعاصرون حول حكم التعامل بأسهم الشركات المختلطة، التي

(١) شركة المساهمة، (صالح المرزوقي): ص ٣٣٤.

(٢) شركة المساهمة، (صالح المرزوقي): ص ٢٥٩، المعايير الشرعية، المعيار رقم (١٢): ص ٣٣٧.

يكون عملها الأساسي مباحاً، وغرضها مشروعاً، إلا أن بعض تعاملاتها محرمة، مثل الإقراض والاقتراض بفائدة، وكان خلافهم على رأيين:

الرأي الأول: الجواز بشروط.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز التعامل بهذا النوع من الأسهم مع بعض الشروط، كما ورد في المعيار الشرعي رقم (٢١) المتعلق بالأوراق المالية (الأسهم والسندات)^(١).

وممن أجاز ذلك أيضاً: الشيخ مصطفى الزرقا^(٢)، والشيخ عبد الله المنيع^(٣)، والدكتور محمد رواس قلعه جي^(٤)، والدكتور علي القره داغي^(٥).

وممن ذهب إلى هذا الرأي أيضاً من الهيئات الشرعية: الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي^(٦)، والهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني^(٧)، والمستشار الشرعي لبنك البركة^(٨)، وندوة البركة السادسة^(٩).

ومما جاء في فتوى المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي: "إذا كانت معاملاتها الإقراض والاقتراض بفائدة، فهنا لا يجوز تداول أسهمها، ولكن إذا كانت هذه الأمور عارضة، وليست غالبية على معاملاتها، فهذا جائز شرعاً، لا بأس معه بتداول أسهمها"^(١٠).

(١) المعايير الشرعية: ص ٥٦٨ - ٥٦٩.

(٢) فتاوى مصطفى الزرقا: ص ٥٥٨.

(٣) بحوث في الاقتصاد الإسلامي (عبد الله المنيع): ٢١٩ وما بعدها.

(٤) المعاملات المالية المعاصرة (محمد رواس قلعه جي): ص ٥٩.

(٥) الاستثمار في الأسهم، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع: ٢ / ٨٥.

(٦) قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار رقم (١٨٢): ١ / ٢٨٣، وما بعدها، والقرار رقم (٤٨٥):

١ / ٧١٧، وما بعدها.

(٧) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، الفتوى رقم (١).

(٨) فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، الفتوى رقم (٣٧).

(٩) ندوة البركة السادسة، الفتوى رقم (٥)، الفتاوى الاقتصادية: ص ١٩.

(١٠) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، رقم السؤال (٣٣٤): ص ٢٢٤،

ومن أجاز ذلك أيضاً: ندوة (الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية) المنعقدة في الرباط بالمغرب^(١).

وقد اشترط أصحاب هذا الرأي لجواز التعامل بهذه الأسهم عدداً من الشروط والضوابط، أذكر منها ما ورد في المعايير الشرعية^(٢):

١- ألا تنص الشركة في نظامها الأساسي أن من أهدافها التعامل بالربا، أو التعامل بالمحرّمات كالخنزير ونحوه.

٢- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المقرض بالربا، سواء أكان قرضاً طويلاً أم قرضاً قصيراً الأجل ٣٠٪ من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة علماً بأن الاقتراض بالربا حرام مهما كان مبلغه.

٣- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المودع بالربا، سواء أكانت مدة الإيداع قصيرة أو متوسطة أو طويلة ٣٠٪ من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة علماً بأن الإيداع بالربا حرام مهما كان مبلغه.

٤- ألا يتجاوز مقدار الإيراد الناتج من عنصر محرّم ٥٪ من إجمالي إيراد الشركة، سواء أكان هذا الإيراد ناتجاً عن ممارسة نشاط محرّم أم عن تملك لمحرّم. وإذا لم يتم الإفصاح عن بعض الإيرادات فيجتهّد في معرفتها ويراعى جانب الاحتياط.

٥- يرجع في تحديد هذه النسب إلى آخر ميزانية أو مركز مالي مدقّق.

وينظر أيضاً: فتاوى بيت التمويل الكويتي، الفتوى رقم (٣٢).

(١) وثائق ندوة (الأسواق المالية من الوجهة الإسلامية) المنعقدة في الرباط بالمغرب بتاريخ: ٢٠ - ٢٤ / ٤ / ١٤١٠ هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس: ١٦٥٩ / ٢.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢١): ص ٥٦٨ - ٥٦٩، وينظر أيضاً: فتاوى مصطفى الزرقا: ص ٥٥٨، الاستثمار في الأسهم، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع: ٨٦ / ٢، المعاملات المالية المعاصرة (محمد رواس قلعه جي): ص ٦٠، الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشبيلي: ٢ / ٢٣٨ - ٢٣٩، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار رقم (٤٨٥): ١ / ٧١٧، وما بعدها.

٦- يجب التخلُّص مما يخص السهم من الإيراد المحرم الذي خالط عوائد تلك الشركات.

وخلاصة هذا الرأي: جواز التعامل بأسهم الشركات المُختلطة التي يكون نظامها الأساسي مشروعاً، إلا أنها تتعامل بالربا أحياناً، بشرط أن تكون الأنشطة المحرمة أقل من ثلث مجموع أنشطة الشركة، وأن لا يتجاوز إيراد السهم خمسة بالمئة من إجمالي إيراد الشركة، وأن يتم التخلص من الإيراد المحرم، ولو بالتقدير.

علماً أن أصحاب هذا الرأي لا يميزون للشركات التعامل بالربا مهما كانت نسبة التعامل، إلا أنهم يميزون شراء أسهمها وفق الشروط السابقة.

الرأي الثاني: التحريم.

يرى أصحاب هذا الرأي عدم جواز التعامل بهذا النوع من الأسهم، إصداراً وتداولاً، وقد ذهب إلى هذا الرأي عدد من الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور وهبة الزحيلي^(١)، والدكتور عبد الله بن بية^(٢)، والدكتور علي السالوس^(٣).

ومن ذهب إلى هذا الرأي أيضاً من الهيئات الشرعية: هيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي السوداني^(٤)، والهيئة الشرعية لبنك دبي الإسلامي^(٥).

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: (٦٣: ١/ ٧): "ج: الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة".

(١) المعاملات المالية المعاصرة (وهبة الزحيلي): ص ٢٦١.

(٢) المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام، عبد الله الشيخ محفوظ بن بية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع: ١/ ٤٢٢.

(٣) حكم أعمال البورصة في الفقه الإسلامي، علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس: ١٣٤٣/ ٢ - ١٣٤٤.

(٤) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية للبنك الإسلامي السوداني، الفتوى رقم (١٦).

(٥) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، فتوى رقم (٤٩).

وكلمة (الأصل) الواردة في قرار المجمع، تضيف على القرار نوعاً من الإبهام والغموض؛ لأن فيها إشارة إلى وجود مستثنيات تخرج عن دائرة الحرمة، وليس في القرار بيان لهذه المستثنيات.

ثالثاً- الأدلة:

أتناول من أدلة المانعين والمجيزين ما يتعلّق بموضوع البحث، وهو القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية، وقواعد الاختلاط، وقواعد الغلبة.

أ- أدلة المانعين:

استدل المانعون لتداول أسهم الشركات المختلطة بعموم أدلة تحريم الربا، وأن وجود القليل من الأنشطة الربوية مع الكثير من الأنشطة المباحة هو سبب لتحريم التعامل مع أسهم هذه الشركات؛ طبقاً للقاعدة الفقهية: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام). فهذه القاعدة تدلُّ صراحة أن اختلاط الحلال بالحرام يُغلب فيه جانب الحرام، فيحكم بالحرمة على المعاملة؛ تجنباً لبعض الحرام، وإن هذه الشركات تتعامل بالربا أحياناً، فالمساهمين فيها إما يتعامل بالربا، أو موكل بالتعامل بالربا، فيقع في الحرمة^(١).

ب- أدلة المجيزين:

استدل المجيزون بعدد من القواعد الفقهية، منها^(٢):

١ - قواعد التبعية:

ومنها: قاعدة (يُغتفر في التوابع ما لا يُغتفر في غيرها).

(١) المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام، عبد الله الشيخ محفوظ بن بية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع: ١/ ٤٢٢، المعاملات المالية المعاصرة (وهبة الزحيلي): ص ٢٦٠.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٢١): ص ٥٨١، قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار رقم (١٨٢): ١/ ٢٨٩، وما بعدها، الاستثمار في الأسهم، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع: ٢/ ٨٤، بحوث في الاقتصاد الإسلامي (عبد الله المنيع): ٢٣١، وما بعدها، المعاملات المالية المعاصرة (محمد رواس قلعه جي): ص ٦٠، الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشيبلي: ٢/ ٢٤٠، وما بعدها.

ووجه الاستدلال: أن هذه الشركات غرضها الأساسي مشروع، وغالب أنشطتها مباحة، فيكون الحرام القليل تابعاً للمباح الكثير، وإذا كان تابعاً كان مغتفراً فيه؛ إعمالاً لقواعد التبعية.

وقد استدلل المجيزون على تحقق التبعية في هذه الحالة، والاعتذار في الربا تبعاً في البيوع، بمسألة (بيع العبد وله مال)، وفيما يلي بيانها وآراء الفقهاء حولها:

إن أصل هذه المسألة هو حديث ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (... ومن ابتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع)^(١).

وبيانها: أن يتم بيع العبد، ويكون له مال، ويشترط المشتري مال العبد، فظاهر الحديث يدل على صحة الشرط.

ولكن قد يكون مال العبد من الذهب أو الفضة أو النقود أو الديون، فهل يتساهل في قواعد عقد الصّرف، وأحكام التصرف في الديون؛ كون الدّين والنقد في هذه الحالة غير مقصودين في العقد، وإنما تابعين للعبد الذي هو المقصود من البيع، فيكون الحكم للمتبع دون التابع؟.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، على قولين:

القول الأول: الجواز مطلقاً.

وهو رأي الإمام مالك رحمه الله، فيجوز عنده بيع العبد مع ما معه من مال، فإذا اشترط المشتري مال العبد، صحّ الشرط مطلقاً، حتى لو كان مال العبد ديناً أو نقداً؛ لأنه تابع للعبد، ويُغْتَفَر في التابع ما لا يُغْتَفَر في المتبوع.

قال الإمام مالك: "الأمر المجتمّع عليه عندنا، أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له،

(١) صحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم الحديث (٢٣٧٩):

١١٥/٣، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، رقم الحديث (١٥٤٣): ١١٧٣/٣. واللفظ

للبخاري.

نقداً كان، أو ديناً، أو عرضاً" (١).

وإلى مثل ذلك ذهب الحنابلة، فأجازوا هذه الصورة إذا كان مقصود المشتري العبد لا المال (٢).

وقد أخذ الإمام مالك بظاهر الحديث؛ لأن مال العبد قد يكون ديناً، وقد يكون نقداً، ومع ذلك أفاد الحديث أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فالشرط صحيح، والبيع جائز مطلقاً حتى ولو كان مال العبد ربوياً، دون النظر إلى قواعد عقد الصرف، ودون التقيّد بأحكام بيع الدّين، إذا كان المقصود من عقد البيع هو العبد، وأن ما معه من مال غير مقصود بالبيع، فيكون تابعاً، ويُغْتَقَر في التابع ما لا يُغْتَقَر في المتبوع.

وتعليل ذلك عند المالكية: أن مال العبد غير مقصود في العقد، فهو تبع، وكأنه ليس له حصّة في الثمن (٣)، وقال البغوي: "وعند مالك يصح بيع المال معه، وإن كان مجهولاً، أو ديناً على الغير، لأنه تبعٌ لرقبة العبد، فهو بمنزلة حمل الشاة ولبنها" (٤).

القول الثاني: المنع إذا كان مال العبد ديناً أو نقداً.

ذهب أبو حنيفة والشافعي في الجديد إلى عدم صحة البيع إن كان المال ربوياً، وأما تأويلهم للحديث فهم يرون صحة البيع في هذه الصورة في غير الديون وفي غير بيع النقد بمثله، أي بشرط الاحتراز عن الربا، فلا يصح البيع إذا كان مال العبد ديناً أو نقداً بمثله؛ بناء على الأصل المتفق عليه في تبادل الأموال الربوية.

وهم يرون أن العبد لا يملك شيئاً، وتكون الإضافة في الحديث (وله مال) للاختصاص والانتفاع لا للملك، فمال العبد للسيد، فإذا باع العبد فما في يده من مال هو

(١) الموطأ: ٨٨٣/٤.

(٢) المبدع: ١٤٢/٤، والمصدر نفسه: ١٦٩/٤، المغني: ٣٠/٤، والمصدر نفسه: ١٣٠/٤.

(٣) شرح الزرقاني على الموطأ: ٣٨٤/٣.

(٤) شرح السنة: ١٠٥/٨.

للبيع؛ لأنه ملكه، فإذا اشترطه المبتاع فيصح بشرط الاحتراز عن الربا^(١).
وقد جاء في طرح التثريب: "ولا يصح التمسك بهذا الحديث على الصحة في هذه الصورة؛ لأنه قد علم بطلانها من دليل آخر فلا بد من الاحتراز فيه عن الربا"^(٢).
وقد استدلل الشافعية أيضاً: أن مال العبد غير تابع هنا، لأنه لا يدخل في العقد إلا بالشرط، وقد نقل عن الشافعي قوله: "لما كان مال العبد لا يدخل في صفقة رأسه إلا بالشرط دلّ على أنه ليس تبعاً له؛ لأن ما كان تبعاً لا يحتاج إلى شرط في دخوله في الصفقة"^(٣).

والخلاصة:

إن الحديث السابق قد يعارض ظاهره قواعد عقد الصرف، وأحكام التصرف في الديون، فظهر في تأويل ذلك اتجاهاً فقهيان:
الأول: أن العمل بالحديث مقيّد بقواعد عقد الصرف، وأحكام التصرف في الديون؛ جمعاً بين الأدلة، وهو مذهب الحنفية والشافعية.

الثاني: حمل الحديث على الحالة التي يكون فيها المال (نقداً كان أم ديناً) غير مقصود في العقد، فيكون تابعاً، ويُغْتَفَر في التابع ما لا يُغْتَفَر في المتبوع، ويتم إعمال قواعد عقد الصرف، وأحكام التصرف في الديون في الحالة التي يكون فيها المال (دينياً أو نقداً) مقصوداً في العقد، وهو رأي المالكية والحنابلة.

وخلاصة الاستدلال بقواعد التبعية: أن المجيزين قد استدلوا على تحقق قواعد التبعية في التعامل بأسهم الشركات المختلطة برأي المالكية والحنابلة في مسألة (بيع العبد وله مال)،

(١) فتح القدير لابن الهمام: ٢٨١-٢٨٢، أسنى المطالب شرح روض الطالب: ١٠٠/٢، الحاوي الكبير: ٢٦٦/٥-

٢٦٩، بداية المجتهد: ٢٠٦/٣، فتح الباري (ابن حجر): ٥١/٥، شرح النووي على صحيح مسلم: ١٩٢/١٠،

طرح التثريب: ١٢٣/٦.

(٢) طرح التثريب: ١٢٣/٦.

(٣) الاستذكار: ٢٧٧/٦.

وقالوا بأن النشاط المحرّم في هذه الشركات يكون تابعاً للمباح المشروع؛ بناءً على غرضها الأساسي المشروع، وإذا كان النشاط الربوي المحرّم تابعاً للمباح المشروع، كان مغتفرّاً فيه؛ إعمالاً لقواعد التبعية.

٢- قواعد الغلبة:

ومنها: قاعدة (لأكثر حكم الكل)، وقاعدة (العبرة للغالب).
ومما ورد في المعايير الشرعية: "مستند استثناء التعامل بأسهم شركات أصل نشاطها حلال، ولكن تودع أو تقترض بالفائدة هو... ومراعاة قواعد الكثرة والقلة والغلبة" ^(١).
ووجه الاستدلال: أنه لما كان الغالب في عمل هذه الشركات مباحاً، والقليل محرّماً، فيكون اليسير الحرام مغموراً في الكثير المباح، فيسري حكم الأكثر على الكل، وهو الإباحة.

٣- قواعد اختلاط الحلال بالحرام:

ومنها (الحرام لا يحرم الحلال)، وقد نُقل عن كثير من الفقهاء تغليب الحلال على الحرام عند الاختلاط، إذا كان الحرام قليلاً والحلال هو الغالب ^(٢)، ومنها قول ابن نُجَيم: "إذا اختلط الحلال والحرام في البلد، فإنه يجوز الشراء، والأخذ إلا أن تقوم دلالة على أنه من الحرام" ^(٣).

وهذه الشركات قد اختلطت في أنشطتها الحرام مع الحلال، والحلال هو الغالب، فيكون الحكم له.

٤- قواعد الحاجة العامة، التي تنزل منزلة الضرورة.

ومما استدلّ به المجيزون: أن التعامل بأسهم الشركات المختلطة من الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة، فأجازوا التعامل بهذه الأسهم؛ سداً للحاجة، ورفعاً للحرّج.
وإن بيان هذا الاستدلال والقائلين به، ومناقشته، يأتي لاحقاً في الفصل المتعلق بقواعد

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢١): ص ٥٨١.

(٢) ينظر ص ١٠٢.

(٣) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيم): ص ٩٧.

الحاجة العامة، وتطبيقاتها في المعايير الشرعية^(١).

رابعاً- المناقشة والترجيح:

إن المانعين لهذا النوع من التعامل، إنما اعتمدوا على عموم أدلة تحريم الربا، وأن الربا يحرم قليله وكثيره، كما استندوا إلى القاعدة الفقهية: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام).

أما المجيزون فقد اعتمدوا على بعض القواعد الفقهية التي تدل على الاعتذار في التوابع، وأنَّ القليل يتبع الكثير في الحكم.

ويناقش استدلال المجيزين بما يلي:

١- لا يصحُّ الاستدلال بالقواعد الفقهية في غير سياقها الذي أوردها الفقهاء فيه، وإنما يجب أن تفهم في ضوء التطبيقات الفقهية التي ذكرها الفقهاء؛ لأنها ليست كالنصوص الشرعية التي تفهم بعمومها، وبيان ذلك فيما يأتي.

٢- أما قواعد التبعية، وحديث بيع العبد مع ماله، فهي لا تفيد المعنى الذي استدلل به المجيزون، وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: لا تدلُّ قواعد التبعية أن كلَّ ما هو ممنوع استقلالاً جائز تبعاً، ولا يصحُّ أن يفهم منها ذلك، وليس هذا هو مقصود الفقهاء من هذه القواعد. وبيان ذلك أن الفقهاء قد ميَّزوا بين نوعين من المحرَّمات^(٢):

النوع الأول: ما حرَّم لذاته أو لعينه: مثل تحريم القتل العدوان، والزنا، وأكل الميتة، وشرب الخمر، ومنه تحريم ربا النسيئة. وهذا النوع من المحرَّمات لا يباح قليله، ولا يُغتفر في اليسير منه، سواء أوقع تبعاً أم وقع استقلالاً.

(١) ينظر ص ١٦٢.

(٢) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: ٢/ ٢٥١- ٢٥٢، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: ١/ ١٥٠، رد المحتار: ٣/ ٤٨٤، بداية المجتهد: ٢/ ٩٦، الأم: ٨/ ٣٩٤، مجموع فتاوى ابن تيمية: ٢٨/ ٥٩٣، إعلام الموقعين عن ربِّ العالمين، ابن قيم الجوزية: ٣/ ٣٩٧.

النوع الثاني: ما حُرِّم لغيره: وهو ما يكون سبب التحريم فيه لعارض خارج عنه، لا لعينه، مثل تحريم ما يفضي إلى محرِّم لعينه، كتحريم النظر إلى الأجنبية؛ لأنه طريق إلى الفاحشة، ومنه تحريم البيع وقت الجمعة؛ لأنه يؤدي إلى فوات صلاة الجمعة.

وإن استقراء تطبيقات الفقهاء لقواعد التبعية يدل على اغتفارهم في التوابع فيما كان محرماً لغيره، مثل الجهالة والغرر؛ فيُغْتَفَر في اليسير منه، فالأصل تحريم بيع الجنين في بطن أمه؛ منعاً للغرر، ويجوز بيعه تبعاً مع أمه، وكذلك لا يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ويغتنر إذا كان تابعاً للأرض، فيجوز بيع الأرض مع الثمر قبل بدو صلاحه، وأيضاً عدم ثبوت النسب بشهادة النساء، لكن لو شهدن بالولادة يثبت النسب تبعاً^(١).

ولم ينقل عن أحد من الفقهاء الاغتفار فيما حُرِّم لذاته، سواء أكان تابعاً أم كان مستقلاً. إذاً، فإن التبع الذي يغتنر هو ما كان محرماً لغيره، أما ما كان محرماً لذاته، فلا يُغْتَفَر في تابعه، وإن تحريم ربا القرض هو مما حُرِّم لذاته^(٢)، فلا يباح قليله، ولا يغتنر يسيره، ولم ينقل عن أحد من الفقهاء الاغتفار في ربا النسئة، سواء كان تابعاً أو مستقلاً، قال ابن عبد البر^(٣): "الربا لا يجوز قليله ولا كثيره، وليس كالغَرَر الذي يجوز قليله ولا يجوز كثيره"^(٤)، وقال الماوردي^(٥): "الربا لا تصح إباحته في الشرع تبعاً"^(٦).

(١) ينظر: ص ٩٢.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية: ٣/ ٣٩٧.

(٣) ابن عبد البر [٣٦٨-٤٦٣هـ]: هو الإمام يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر الأندلسي، كان فقيهاً مالكياً ومحدثاً حافظاً، له الكثير من التصانيف النافعة منها: الاستذكار، التمهيد، الاستيعاب، الإنصاف، العقل والعقلاء. ينظر: سير أعلام النبلاء: ١٨/ ١٥٣، الأعلام: ٨/ ٢٤٠.

(٤) التمهيد: ١٤/ ٢١٣.

(٥) الماوردي [٣٦٤-٤٥٠هـ]: هو الإمام علي بن محمد بن حبيب، أبو الحسن الماوردي، ألقى قضاة عصره، له مصنفات كثيرة في الفقه والأصول والتفسير والأدب منها: الحاوي الكبير، الأحكام السلطانية، أدب الدين والدنيا، نصيحة الملوك. ينظر: سير أعلام النبلاء: ١٨/ ٦٤، الأعلام: ٤/ ٣٢٧.

(٦) الحاوي الكبير: ٥/ ٢٦٩.

الأمر الثاني: عدم سلامة الاستدلال بحديث بيع العبد مع ماله^(١).

مر سابقاً أن المالكية قد أخذوا بظاهر حديث بيع العبد مع ماله، فأجازوا هذا البيع مطلقاً، وإن كان مال العبد من النقود أو الديون، دون التقيّد بأحكام الصرف، إذا كان مال العبد غير مقصود بالعقد، وإنما هو تابع، وإلى مثل هذا ذهب الحنابلة، خلافاً للحنفية والشافعية، فاستدل المجيزون للتعامل بالأسهم المُختلطة على إباحتها برأي المالكية والحنابلة في هذه المسألة.

لكن رأي المالكية والحنابلة في الاغتفار في مسألة (بيع العبد مع ماله) لا يفيد المعنى الذي استدل به المجيزون، ولا يدل على جواز التعامل بالأسهم المُختلطة، وبيان ذلك: إن مدار الخلاف بين الفقهاء إنما هو في الاغتفار في ربا الفضل إذا وقع تبعاً، والخلاف حول الحديث السابق إنما هو في ربا الفضل، ولا علاقة له بربا النسيئة، أما تعامل الشركات المُختلطة بالفائدة فهو من ربا النسيئة، فقياس الاغتفار في ربا النسيئة على الاغتفار في ربا الفضل قياس مع الفارق.

ولم ينقل عن أحد من الفقهاء الاغتفار في ربا النسيئة التي ورد في التأكيد على حرمتها في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ربا إلا في النسيئة"^(٢).

الأمر الثالث: عدم تحقق التبعية في أسهم الشركات المُختلطة.

لا نسلم أن الأنشطة القليلة المحرمة في الشركات المُختلطة تابعة للأنشطة المباحة الكثيرة، فشرط التبعية غير متحقق هنا؛ لأن الأنشطة المحرمة وإن كانت قليلة بالنسبة لمجموع الأنشطة، إلا أنها مقصودة وتتم من خلال عقود مستقلة عن الأنشطة المباحة. وإذا كانت الأنشطة المحرمة قليلة بالنسبة إلى مجموع الأنشطة المشروعة، فهذا لا يضيف عليها صفة التبعية، وليس هذا معيار التبعية الذي أورده الفقهاء.

إن التبعية التي عنها الفقهاء إنما تكون عندما ينصبُّ العقد على شيء مقصود، فيدخل

(١) ينظر نص الحديث وتخرجه، ووجه الاستدلال به وآراء الفقهاء، ص ١١٠.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساء، رقم الحديث (٢١٧٨): ٣/ ٧٥.

في العقد ملحقاته التي لا تفرد بعقد مستقل، مثل بيع الشاة يدخل فيه (اللبن في الضرع) تبعاً، وكذلك الجنين في بطنه، مما هو غير مقصود في العقد، لكنه يدخل في البيع تبعاً، وكذلك زوائد المبيع بعد العقد وقبل القبض.

أما في الشركات المُختلطة فالأنشطة المحرمة مثل الإقراض والاقتراض بفائدة ربوية، هي أنشطة مستقلة، تتم بعقود منفصلة عن العقود الأخرى المشروعة، فلا تكون تابعة لها. وإذا انتفت تبعية تلك الأنشطة المحرمة لغيرها من الأنشطة المباحة، بطل الاستدلال بهذه القواعد الفقهية على جواز التعامل بأسهم الشركات المُختلطة.

٣- أما الاستدلال بقواعد اختلاط الحلال بالحرام، وقواعد الغلبة:

فيناقش بأن هذه القواعد أيضاً لا تفيد المعنى الذي استدل به المجيزون، وذلك لأمرين:

الأمر الأول: إن هذه القواعد إنما يشترط في تطبيقها: أن لا يكون المحرم مقصوداً، وأن يتعذر تمييزه؛ لأن الفقهاء الذين ذكروا هذه القواعد إنما ذكروا في تطبيقاتها نماذج وأمثلة تدل على ذلك؛ ومنها: لو اشتبهت من تحرم عليه بأجنيئات غير محصورات، وكما لو اختلط لحم حيوان غير مذكى، مع لحوم كثيرة مذكاة، ومثله لو اختلط شيء قليل نجس بكثير طاهر وتعذر فصله.

فيفهم من الأمثلة السابقة التي نصّ عليها الفقهاء في معرض تطبيق القواعد الفقهية: أنه لو اختلط قليل محرم عَرَضاً مع كثير مباح، وتعذر الفصل بينهما، فلا يكون القليل النادر من الحرام سبباً في تحريم الكثير المباح.

أما الشركات المساهمة التي تمارس بعض الأنشطة المحرمة، مثل الإقراض أو الاقتراض بفوائد، إن عملها هذا هو عمل مقصود ومعلوم ومميّز، ويمكن اجتنابه، فلا تنطبق تلك القواعد الفقهية على أنشطتها^(١).

(١) قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً، عبد العظيم أبو زيد، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، ٢٠٠٩م، ص ١٠ وما بعدها.

الأمر الثاني: لا يلزم من جواز التعامل مع من اختلط ماله بحرام من خلال عقود صحيحة، جواز الإسهام معه في معاملات بعضها محرم.

مرّ سابقاً عدد من العبارات الفقهية في تغليب الحلال على الحرام فيمن اختلط ماله بحرام، وكان الحلال هو الغالب^(١)، مثل قول العزّ بن عبد السلام: "وإن غلب الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة"^(٢)، وقول ابن تيمية: "فإن كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة..."^(٣).

وقد نقل الدكتور علي محيي الدين القره داغي هذه العبارات الفقهية وأمثالها، وزاد عليها أقوالاً أخرى تفيد جواز التعامل مع من اختلط ماله بحرام، بيعاً وشراءً، وتفيد جواز قبول هديته، وسائر أنواع التعامل، ومما ذكره: قول ابن نُجَيْم: "إذا كان غالب مال المهدي حلالاً فلا بأس بقبول هديته، وأكل ماله ما لم يتبين أنه من حرام، وإن كان غالب ماله الحرام لا يقبلها"^(٤)، وقول ابن نُجَيْم أيضاً: "إذا اختلط الحلال والحرام في البلد، فإنه يجوز الشراء، والأخذ إلا أن تقوم دلالة على أنه من الحرام"^(٥).

وقد استند إلى هذه النقولات الفقهية في إباحة التعامل والمساهمة في الشركات التي لها أنشطة محرمة، فقال: "وعلى ضوء هذا المبدأ نرى كثيراً من أهل العلم أجازوا التعامل مع من كان في ماله حرام، ولكن غالبه حلال، ومن هنا يمكن القول بإباحة التعامل في هذا النوع من الأسهم"^(٦).

وبناقش ذلك بالقول:

(١) ينظر ص: ١٠٢.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٨٤ / ١.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية: ٣٧٣ / ٢٩.

(٤) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٩٦.

(٥) المرجع السابق: ص ٩٧.

(٦) الاستثمار في الأسهم، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع: ٨٤ / ٢، وينظر أيضاً: ما ذكره الشيخ عبد الله المنيع: بحوث في الاقتصاد الإسلامي (عبد الله المنيع): ٢٣١، وما بعدها.

إن المتتبع لهذه العبارات الفقهية، وما ذكره الفقهاء من أمثلة وتطبيقات لقواعد اختلاط الحلال بالحرام، وما ذكره حول تغليب الحلال على الحرام، يجد أن كلامهم ورد في سياق إثبات جواز التعامل مع من اختلط بماله حرام من خلال عقود صحيحة كالبيع والشراء منه وقبول هديته، إذا تعذر تمييز الحلال عن الحرام، وهذا لا يفيد جواز مشاركته في معاملات بعضها محرّم.

فعبارة ابن تيمية مثلاً هي جواب منه حول مسألة الدخول في معاملة صحيحة مع من اختلط ماله بحرام، وكذلك غيرها من أقوال الفقهاء.

إذاً فالفقهاء قد أجازوا الدخول في معاملة صحيحة مع من كان غالب كسبه من الحلال، وإن دخل إلى ماله قليل من الحرام، إذا تعذر التمييز بين الحلال والحرام؛ إعمالاً لقواعد الاختلاط، وتطبيقاً لها.

لكن هذا لا يصلح دليلاً على ما ذهب إليه المجيزون؛ من إباحة الإسهام والدخول معه في تلك المعاملات، وفرق كبير بين إجراء عقد بيع صحيح مع من اختلط ماله بحرام، وبين مشاركته والإسهام معه في عقود بعضها محرم.

مثال توضيحي: رجل يمتلك متجرّاً غالب موجوداته من المواد الغذائية المباحة، مع بعض الخمر التي لا تتجاوز الربع، وقد علم أن ربع مبيعات المتجر وأنشطته وأرباحه من الخمر، وغالب أنشطته وأرباحه من المواد الغذائية المباحة.

في هذه الحالة يمكن الاستناد إلى ما ذكره الفقهاء - حول تغليب الحلال على الحرام حالة الاختلاط وتعذر التمييز - في القول بجواز التعامل مع صاحب المتجر بيعاً وشراءً، وكذلك قبول هديته التي لا يُعلم مصدرها؛ من جهة كون غالب أمواله متحصلة من الحلال، لكن لا يصح فهم كلام الفقهاء والاستناد إليه في إباحة الإسهام في هذا المتجر الذي تباع فيه المواد الغذائية المباحة مع بعض الخمر.

وعليه فإن جواز البيع والشراء الصحيح، أو قبول الهبة ممن اختلط ماله بحرام، لا يدلُّ على إباحة الإسهام معه فيما يقوم به من معاملات بعضها محرّم.

وإذا أردنا تطبيق كلام الفقهاء وقواعدهم في تغليب الحلال على الحرام، وجواز التعامل مع من اختلط ماله بقليل من الحرام، فنقول بجواز التعامل مع هذه الشركات من خلال شراء المنتجات أو الخدمات التي تقدمها، بخلاف شراء أسهمها؛ لأن شراء الأسهم يعني المساهمة بهذه العقود المحرمة.

إذاً، فالقواعد الفقهية التي نصَّ عليها الفقهاء، وما أدرجوه تحتها من تطبيقات ومسائل، لا يصلح شيءٌ من ذلك دليلاً على جواز المشاركة والمساهمة في معاملات بعضها محرَّم وإن كان أكثرها مباحاً، غاية ما في ذلك جواز الدخول في معاملة صحيحة مع من اختلط ماله بالحرام، إذا تعذَّر تمييز الحرام.

٤- ومما يؤكد ذلك أيضاً أن الفقهاء قد اشترطوا في مشاركة غير المسلم أن لا ينفرد غير المسلم بالتصرُّف؛ لأنه لا يتورع عن الربا، فمن أجاز من الفقهاء مشاركة غير المسلم، اشترط حضور المسلم وإشرافه على العقود^(١).

وإذا تبين عدم جواز مشاركة اليهودي والنصراني من غير إشراف المسلم على العقود؛ لأنه قد يتعامل بالربا، فكيف نجيز الإسهام في شركات يعلم المساهم فيها مسبقاً أن جزءاً من معاملاتها ربوية؟!.

٥- إن القواعد الفقهية التي استدل بها المجيزون، معارضة بقواعد فقهية تفيد المنع والتحريم، مثل قاعدة (إذا اجتمع الحلال والحرام، غلب الحرام).

وقد مرَّ أن الجمع بين (قواعد تغليب الحرام على الحلال) و (قواعد تغليب الحلال على الحرام): بأن الحرام يغلب في الحكم إذا كان محصوراً، أو أمكن اجتنابه، ويغلب الحلال على الحرام إذا تعذَّر اجتنابه وكان غير محصور^(٢).

وإن الأنشطة المحرَّمة في الشركات المختلطة معلومة ومميَّزة ويمكن اجتنابها.

٦- وأما تحديد نسبة الأنشطة المحرمة:

(١) مواهب الجليل: ١١٨/٥، المغني: ٣/٥.

(٢) ينظر ص ١٠٢.

مرّ سابقاً أن المجيزين قد اشترطوا لصحة التعامل مع الشركات ذات الأنشطة المختلطة: أن لا تتجاوز الأنشطة المحرمة نسبة محددة من مجموع الأنشطة الأخرى المباحة، وقد اختلفوا في تحديد هذه النسبة، فأكثرهم اشترط الثلث أو ثلاثون بالمئة، مثل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين^(١).

ودليلهم في ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم في باب الوصايا: (الثلث كثير)^(٢). ففهموا منه أن ما دون الثلث قليل، وأن الثلث وما فوقه كثير، فيُغتفر في القليل وهو ما دون الثلث.

ويؤخذ عليهم: أن الحديث وارد في الوصية وهي من التبرعات، وموضوعنا هو في مجال المعاوضات، فقياس المعاوضة على التبرع قياس مع الفارق.

كما أن الكثرة والقلة أمر نسبي، فما يكون كثيراً في باب الوصية، قد لا يكون كثيراً في غيرها، وما يكون قليلاً في باب الوصية قد لا يكون كذلك في غيرها^(٣).

والخلاصة:

إن جميع القواعد الفقهية التي استدلل بها المجيزون، لا تدلُّ على ما ذهبوا إليه من جواز الاشتراك والمساهمة في الشركات التي لها أنشطة محرمة، وإن كان غرضها وعملها الأساسي مشروعاً؛ لما يلي:

- إن الاعتفار في التوابع إنما يكون فيما حرم لغيره، وإن ربا النسيئة مما حرم لذاته، فلا يُغتفر في القليل واليسير منه.

- إن حديث بيع العبد مع ماله، وخلاف الفقهاء حول الاستدلال به، إنما هو وارد في الاعتفار في ربا الفضل، أما تعامل الشركات المختلطة بالربا أحياناً، فهو من ربا

(١) ينظر: ص ١٠٧.

(٢) سبق تخريجه: ص ٩٩.

(٣) فتح الباري (ابن حجر): ٣٦٥ / ٥، قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً، عبد العظيم أبو زيد، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، ٢٠٠٩م، ص ٢١.

النسيئة، ولا يصح قياس الاغتفار في ربا النسيئة على الاغتفار في ربا الفضل، إذ أن ربا النسيئة مما حرم قصداً، ولم ينقل عن أحد من الفقهاء الاغتفار في ربا النسيئة، وإنما خلافهم حول الاغتفار في ربا الفضل إذا كان تابعاً.

- إن الأنشطة المحرمة في الشركات المختلطة وإن كانت قليلة، فهي ليست تابعة للأنشطة المشروعة الأخرى، فشرط التبعية غير متحقق فيها.
 - ولأن قواعد الاختلاط إنما تطبق في الاختلاط غير المقصود، والذي يتعذر تمييز الحرام من الحلال فيه، ولا يصح الاستدلال بقواعد الاختلاط، وقواعد القلة والكثرة، فيما إذا كان الاختلاط معلوماً ومقصوداً ومميزاً ويمكن اجتنابه.
 - يفهم من القواعد الفقهية السابقة جواز التعامل المشروع مع من اختلط ماله بالحرام، مثل البيع والشراء وقبول الهدية، إذا كان الحلال غالباً وتعذر التمييز والفصل بين الحلال والحرام، ولا تدلُّ أبداً على جواز مشاركته في معاملات مالية بعضها محرّم.
- وعليه فلا يجوز تداول أسهم الشركات المختلطة؛ لأنها تتعامل أحياناً بالربا، ولا يصح الاستدلال بالقواعد الفقهية السابقة في إباحتها.

مسألة مشابهة: قليل الحرام في الاستثمار العقاري.

أولاً- بيان صورة المسألة:

تمارس بعض المؤسسات المالية أنشطة استثمارية تتمثل في الاستثمار العقاري بيعاً وشراء وإجارة، لعقارات موجودة غرضها الأساسي مشروع، لكنها تمارس بعض الأنشطة المحرمة، مثل الفنادق التي تقدم الخمور، والمحلات التجارية التي تقدم سلعاً محرمة.

ويشمل ذلك أيضاً الاستثمار لعقارات تشاد مستقبلاً، غرضها الأساسي مشروع، لكنها تمارس بعض الأنشطة المحرمة.

ثانياً- آراء الفقهاء:

أجازت بعض الهيئات الشرعية^(١) في المؤسسات المالية الإسلامية هذا النوع من التعامل إذا كان النشاط المحرّم لا يتجاوز نسبة محددة، قدرتها بعض الهيئات بخمس القيمة، فاشتُرط أن يكون العائد الإيجاري المحرم أقل من عشرين بالمئة من العائد الإيجاري العام. وعند عدم إمكانية تقدير نسبة العائد الإيجاري المحرم، يصار إلى التقدير بالمساحة، فيشترط أن لا تتجاوز المساحة المستغلة في أنشطة محرمة عشرين بالمئة من مجموع المساحة العامة للعقار.

ثالثاً- الأدلة المناقشة والترجيح:

يظهر أن اعتماد بعض الهيئات الشرعية لمعيار خمس القيمة في العقارات، مأخوذ مما ذكره الحنفية في التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير في العقود، حيث اغتفر الحنفية في الغبن ما دون الخمس من قيمة العقار^(٢).

ويناقش هذا الاستدلال: بأن اغتفار الحنفية لما دون الخمس في العقار، لا يقصد به جواز الغبن، فالغبن المتعمّد في العقود محرم، قلّ ذلك أم كثر، والحنفية وغيرهم من الفقهاء لا يجيزون الحرام وإن كان قليلاً.

إنما أراد الحنفية بيان حدود الغبن المؤثر في صحة العقود، فإذا كان الغبن في العقار دون خمس قيمته في السوق، لا يحق للمشتري المطالبة بفسخ العقد. وبناء على ذلك:

لا يصح الاستدلال بما ذكره الحنفية حول معيار فسخ العقود بالغبن لاغتفار القليل الحرام في الأنشطة الاستثمارية العقارية وغيرها.

(١) ومن هؤلاء: مجلس التوريق الماليزي. ينظر: قرارات مجلس التوريق الماليزي المتعلقة بمحافظ الاستثمار العقاري: ص ١٢٦-١٤٨، نقلاً عن: قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً، عبد العظيم أبو زيد، ص ٩-٥.

(٢) ينظر ص ١٠٠.

المطلب الثاني: إصدار وتداول الأسهم المشتملة على النقود أو الديون

يتناول هذا المطلب الأسهم التي تشتمل موجوداتها على ديون أو نقود، من حيث تأثير قواعد التبعية، وقواعد الغلبة، في أحكام إصدارها وتداولها، من غير التقيد بأحكام عقد الصرف، وأحكام التصرف في الديون.

وأبدأ ببيان حكم تداول الأسهم التي تحتوي على أعيان ومنافع فقط، أو على نقود محضة أو ديون محضة، ثم أنتقل إلى بيان حكم تداول الأسهم التي تحتوي على خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون، وحكم جعل الدين حصة في رأس مال الشركة، وتأثير قواعد التبعية والغلبة في ذلك.

أولاً- تداول الأسهم التي تشتمل على أعيان ومنافع فقط، أو على نقود محضة أو ديون محضة:
أ- أن تكون موجودات الشركة من الأعيان والمنافع فقط:

١- الأعيان: ويعبر عنها بـ (الأصول الحقيقية)، وتشمل: الأصول الثابتة: مثل العقارات (كالمباني والأراضي)، والمنقولات (مثل السيارات المعدة للاستخدام، والأثاث)، وتشمل أيضاً: الأصول المتداولة غير المالية: وهي العروض المعدة للبيع، مثل المنتجات الزراعية والصناعية والطبية.

٢- المنافع: وهي "الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها، كسكنى المنازل، وركوب السيارة، ولبس الثوب، وعمل العامل"^(١).

٣- حكم تداول الأسهم التي تشتمل على أعيان ومنافع فقط.

إذا كانت موجودات الشركة من الأعيان والمنافع فقط مثل العقارات والعروض والبضائع والمنافع ونحو ذلك، جاز بيع السهم وشراؤه عند تحقق شروط البيع؛ لأن بيع السهم المشتمل على أعيان أو منافع هو تنازل عن حصته من الأعيان والمنافع بعوض، حيث إن السهم يمثل حصة شائعة من موجودات الشركة.

(١) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء: ص ٤٤٧.

ب- أن تكون موجودات الشركة من النقود فقط:

ويكون هذا في حالة كون حصيلتها لم تستخدم بعد في شراء أعيان أو منافع، أو في حالة التصفية، حيث يتم تحويل موجودات الصكوك والأسهم إلى نقود، من خلال بيع الأعيان، وتحصيل الديون المستحقة، وسداد الديون الواجبة.

وفي هذه الحالة فإن تداول الأسهم والصكوك هو بيع للنقد بالنقد، فلا بد من تحقيق شروط عقد الصرف، وهي التقابض، والتماثل بين سعر البيع والقيمة الاسمية للصك أو السهم؛ تجنباً لوقوع الربا، الذي دلّت عليه جملة من الأحاديث النبوية، منها حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد"^(١).

وعليه فلا يجوز للملكي الأسهم أو الصكوك تداولها في حالة كونها تمثل نقوداً محضة إلا بشرط التقابض والتماثل.

ومما جاء في المعايير الشرعية، المعيار الشرعي للأوراق المالية، رقم (٢١)، البند: ١٧/٣: "لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها نقوداً فقط، سواء في فترة الاكتتاب، أو بعد ذلك، قبل أن تزاوّل الشركة نشاطها أو عند التصفية، إلا بالقيمة الاسمية وبشرط التقابض".

وهذا ما نصّ عليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم: ٣٠ (٤/٥)، حيث جاء في العنصر الثالث، الفقرة (أ) ما نصّه: "إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً، فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبّق عليه أحكام الصرف".

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم (١٥٨٧): ٣/ ١٢١١.

ج- أن تكون موجودات الشركة من الديون فقط:

وتشمل ما للشركة، وما عليها من مستحقات مالية، فلا بد أن ينضبط تداول أسهمها

بأحكام بيع الدَّين، والأصل في بيع الديون المنع، وهو ما يسمَّى بتوريق الديون.

وتداول الأسهم والصكوك في هذه الحالة لا يجوز؛ لأنه بيع للدَّين بالنقد من غير

المدين، وهو يفضي إلى الربا بنوعيه، الفضل والنسيئة، فلا يجوز بيع الدَّين المؤجل من غير

المدين بنقد معجل، من جنسه أو من غير جنسه؛ لأنه يفضي إلى الربا، ولا يجوز بيع الدَّين

المؤجل من غير المدين بنقد مؤجل، من جنسه أو من غير جنسه؛ لأنه من بيع الكالئ

بالكالئ^(١)، وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"^(٢)،

والمراد به: النسيئة بالنسيئة، أو بيع الدَّين بالدَّين^(٣).

وسند الحديث ضعيف^(٤)، إلا أن العلماء قد اتفقوا على العمل به، قال ابن عَرَفَة:

"تلقي الأئمة هذا الحديث بالقبول يغني عن طلب الإسناد فيه"^(٥)، وقال ابن المنذر: "أجمع

أهل العلم على أن بيع الدَّين بالدَّين لا يجوز"^(٦).

ومما جاء في المعايير الشرعية، المعيار الشرعي للأوراق المالية، رقم (٢١)، البند:

١٨/٣: "لا يجوز تداول أسهم الشركات إذا كانت موجوداتها ديوناً فقط، إلا بمراعاة

أحكام التصرف في الديون".

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٣٠ (٤/٥)، حيث جاء في العنصر

الثالث، الفقرة (أ) ما نصّه: "إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٩٢ (٤/١١)، وقرار المجمع رقم: ١٥٨ (٧/١٧).

(٢) المستدرك على الصحيحين، كتاب البيوع، رقم الحديث (٢٣٤٢): ٦٥/٢، سنن الدارقطني، كتاب البيوع، رقم

الحديث (٣٠٦٠): ٤٠/٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٥/٢٠٢، أنوار البروق في أنواء الفروق: ٣/٢٩٠، مغني المحتاج: ٢/٤٦٦.

(٤) التلخيص الخبير: ٣/٧٠، ٧١.

(٥) التاج والإكليل: ٦/٢٣٢.

(٦) المغني: ٤/٣٧.

المقارضة أحكام التعامل بالديون".

ثانياً- التأصيل الفقهي لتطبيقات قواعد الغلبة وقواعد التبعية في اختلاط الأعيان والمنافع بالنقود والديون.

قبل أن أنتقل إلى حكم تداول الصكوك والأسهم التي تمثل خليطاً من الأعيان والمنافع والديون والنقود، لا بد من بيان أصل هذا النوع من التعامل لدى فقهاءنا القدامى.

وتأصيل ذلك إنما هو في مسألتين؛ الأولى: مسألة (مُدَّ عَجْوَة)، والثانية: مسألة (بيع العبد الذي له مال)؛ لأن تطبيق قواعد التبعية وقواعد الغلبة فيما يتعلق بتداول هذا النوع من الأسهم والصكوك، إنما يرجع إلى هاتين المسألتين.

أ- مسألة (مُدَّ عَجْوَة):

صورة المسألة: وهي أن يبيع مالاً ربوياً بجنسه، ومعها أو مع أحدهما من غير جنسهما، مثل أن يبيع مُدَّ عَجْوَة ودرهم بمُدَّين، أو بدرهمين، أو بمُدَّ ودرهم^(١).

محل الخلاف: قبل عرض آراء الفقهاء حول هذه المسألة، لا بد من الإشارة إلى أن محل الخلاف فيها هو حالة كون كل من المالين الربويين مقصوداً في العقد، أما إذا باع ما فيه من الربا بغير جنسه، ومعه من جنس ما يبيع به، إلا أن الربوي غير مقصود، وكان يسيراً، فالبيع جائز، قال ابن قدامة: "لا أعلم فيه خلافاً"^(٢).

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد اليسير الذي يُغْتَفَر فيه في الصفقة؛ فالشافعية اشترطوا أن يكون يسيراً تابعاً غير مقصود في العقد كبيع حنطة بشعير، وفيها أو في أحدهما حبات من الآخر يسيرة، بحيث لا يُقصد تمييزها لتستعمل وحدها^(٣)، وقريب منه مذهب الحنابلة، فقد اشترطوا أن يكون الربوي التابع يسيراً غير مقصود كالملاح فيما يعمل فيه، وحبات الشعير في الحنطة، أو كثيراً غير مقصود، إلا أنه لمصلحة المقصود، كالماء في خلٍّ

(١) رد المحتار: ٥/٢٦٠، منح الجليل: ٤/٤٩٤، مغني المحتاج: ٢/٣٧٤، المغني: ٤/٢٨.

(٢) المغني: ٤/٣٠.

(٣) مغني المحتاج: ٢/٣٧٦.

التمر^(١)، أما المالكية فأجازوا بيع المحلّي بذهب إذا بيع بنقد من غير جنسه، بشروط وهي: أن تكون التحلية مباحة كتحلية السيف والخاتم، وأن تكون الحلية مُسمّرة، بأن يكون في نزعها فساد، وأن يكون البيع معجلاً من الجانبين، فإذا بيع المحلّي بجنسه فيشترط أيضاً: أن تكون الحلية بقدر الثلث، أو دون ذلك^(٢).

آراء الفقهاء وأدلتهم: اختلف الفقهاء في مسألة (مُدَّ عَجْوَة) على قولين:

الأول - المنع: يرى جمهور الفقهاء من المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة في الرواية المشهورة^(٥)، تحقّق الربا في مسألة مُدَّ عَجْوَة، واستدلوا بما يلي:

١ - من السنة: ما رواه فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: "أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيها خَرَزٌ وذهب، وهي من المغام تَبَاع، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القِلَادَة فنزَعَ وحده، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الذهب بالذهب وزناً بوزن»^(٦)، وفي رواية: "لا تَبَاع حتى تُفَصَّل"^(٧).

والحديث يدل بظاهره على عدم جواز بيع الذهب مع غيره في صفقة واحدة؛ لأنه أمر بنزع الخرز وإفراد الذهب ليتمكن بيعه، ثم قال صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب وزناً بوزن"، فنبّه إلى أن علّة إفراده بالبيع أن يتحقّق فيه الوزن بالوزن^(٨).

٢ - من جهة المعنى: حصول الربا لوجود التفاضل، أو الجهل بالتماثل: وذلك لأن اشتغال أحد طرفي العقد على مالين مختلفين، ثم توزيع العوض الآخر عليهما؛ اعتباراً بالقيمة، إن هذا

(١) المغني: ٣١ / ٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤٠ / ٣، بلغة السالك: ٦٢ / ٣.

(٣) منح الجليل: ٤٩٤ / ٤، المنتقى شرح الموطأ: ٢٧٧ / ٤.

(٤) الحاوي الكبير: ١١٣ / ٥، نهاية المحتاج: ٤٤٠ / ٣ - ٤٤١.

(٥) المغني: ٢٨ / ٤، كشاف القناع: ٢٦٠ / ٣.

(٦) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب، رقم الحديث (١٥٩١): ١٢١٣ / ٣.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المنتقى شرح الموطأ: ٢٧٧ / ٤.

التوزيع يعتمد على التخمين، والتخمين إما أن يؤدي إلى المفاضلة، أو إلى عدم العلم بالمماثلة، ففي مبادلة مدّ ودرهم بمدين إن زادت قيمة المدّ على الدرهم الذي معه أو نقصت لزم المفاضلة، وإن ساوته لزم الجهل بالمماثلة وكلاهما مفسد للعقد^(١).

الثاني: الجواز: يرى الحنفية جواز بيع الربوي بجنسه ومعه من غير جنسه، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسهما^(٢).

واستدلوا على ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة فلا يحمل على الفساد، فيجعل الربوي في مقابلة ما يساويه من الربوي الآخر، ويجعل الزائد من العوض الأول في مقابلة ما زاد عن القدر المماثل، فمن باع درهم ومدّ بدرهمن، فيجعل الدرهم بالدرهم والمدّ بدرهم^(٣).

ويظهر أن حديث القلادة ليس فيه ما يمنع مسألة (مدّ عَجْوَة)؛ لأن غاية ما في الحديث أنه يشترط مقابلة الجنس بجنسه، وفي مسألة (مدّ عَجْوَة) يمكن أن تتحقق مقابلة الجنس بجنسه؛ لأن الحديث لا يشترط المقابلة بالقيمة، وإنما يشترط المقابلة بالوزن، بدليل صحة بيع الربوي الرديء بما يساويه وزناً من الجيد من جنسه^(٤).

وبناء على رأي الحنفية، فإن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد أجاز مبادلة مقدار من الذهب بمقدار آخر أقلّ منه مضموم إليه جنس آخر^(٥).

ب- مسألة (بيع العبد وله مال).

وقد سبق الحديث عن هذه المسألة^(٦)، وخلاصتها: إذا بيع العبد وكان له مال،

(١) المنتقى شرح الموطأ: ٢٧٧/٤، المغني: ٢٩/٤.

(٢) المبسوط: ١٨٩/١٢، رد المحتار: ٢٦٠/٥، الهداية: ٨٣/٣.

(٣) بدائع الصنائع: ١٩١/٥، فتح القدير لابن الهمام: ١٤١/٧.

(٤) فقه الربا، عبد العظيم أبو زيد: ٢٤٢-٢٤٣.

(٥) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٨٤ (٩/١)، بشأن تجارة الذهب، في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي،

١٤١٥هـ، ١٩٩٥م.

(٦) ينظر: ص ١١٠.

واشترط المشتري مال العبد، وكان مال العبد ديناً، أو نقداً، فهل يتساهل في قواعد عقد الصَّرف، وأحكام التصرُّف في الديون؛ كون الدَّين والنقد في هذه الحالة غير مقصودَيْن في العقد، وإنما تابعين للعبد الذي هو المقصود من البيع، فيكون الحكم للمتبوع دون التابع؟. اختلف الفقهاء في هذه المسألة، على قولين؛ القول الأول: الجواز مطلقاً، وهو رأي المالكية والحنابلة؛ استدلالاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (... ومن ابتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع)^(١).

وقد أخذ المالكية والحنابلة بظاهر الحديث؛ فالبيع جائز مطلقاً حتى ولو كان مال العبد نقداً أو ديناً، دون النظر إلى قواعد عقد الصرف، ودون التقيُّد بأحكام بيع الدَّين، إذا كان المقصود من عقد البيع هو العبد، وأن ما معه من مال غير مقصود بالبيع، فيكون تابعاً، ويُعْتَقَر في التابع ما لا يُعْتَقَر في المتبوع، والعلة: أن مال العبد غير مقصود في العقد، فهو تبع. القول الثاني: المنع إذا كان مال العبد ديناً أو نقداً.

ذهب أبو حنيفة والشافعي في الجديد إلى عدم صحة البيع إن كان المال ربوياً، وأما تأويلهم للحديث فهم يرون صحة البيع في هذه الصورة في غير الديون وفي غير بيع النقد بمثله، أي بشرط الاحتراز عن الربا، فلا يصح البيع إذا كان مال العبد ديناً أو نقداً بمثله؛ بناء على الأصل المتفق عليه في تبادل الأموال الربوية، أي أن العمل بالحديث عندهم مقيد بأحكام عقد الصَّرف، وأحكام التصرُّف في الديون؛ جمعاً بين الأدلة.

ثالثاً- تداول أسهم الشركات التي تشتمل موجوداتها على أعيان ومنافع وديون ونقود: إذا كانت موجودات الشركة خليطاً من النقود والديون والمنافع والأعيان، فقد اختلف الفقهاء المعاصرون حول حكم تداول هذه الأوراق المالية، وفق اتجاهات متعددة: الاتجاه الأول: الاعتماد على قواعد التبعية، وضابط تحقق المتبوع هو: غرض الشركة ونشاطها الأساسي، وهذا رأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

(١) سبق تخريجه ص ١١٠.

وعلى هذا الاتجاه إذا كان غرض الشركة ونشاطها الأساسي هو التعامل في الأعيان والمنافع، فيجوز تداول أسهمها دون مراعاة أحكام الصرف، أو أحكام التصرف في الديون، شريطة أن لا تقل نسبة الأعيان والمنافع عن الثلث من إجمالي موجودات الشركة. أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الذهب والفضة أو النقود، فيشترط لصحة تداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف، وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الديون فيجب عند تداول أسهمها مراعاة أحكام التصرف في الدين.

ومما جاء في المعايير الشرعية: "إذا كانت موجودات الشركة مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو غرض الشركة ونشاطها المعمول به، فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً). بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذ تابعة"^(١).

واشترطت الهيئة: "ألا يُتخذ ذريعة لتصكيك الديون وتداولها بضمّ جزء من الأعيان والمنافع إلى الديون حيلة لتصكيك الدين"^(٢).

ويستند هذا الاتجاه إلى قواعد التبعية^(٣)، ومنها قاعدة (التابع تابع)، وقاعدة (يُغتفر في التوابع ما لا يُغتفر في غيرها)، فإذا كان الأصل المتبوع هو التعامل بالأعيان والمنافع، فتكون الديون والنقود تابعة له، فلا يشترط مراعاة أحكام الصرف، أو أحكام التصرف في الديون.

(١) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٢١): ص ٥٧٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٢١)، مستند الأحكام الشرعية: ص ٥٨٤.

وأما اشتراط أن لا تقلّ المنافع والأعيان عن الثلث؛ فلأن الأعيان والمنافع في هذه الحالة ستكون قليلة، فلا يمكن اعتبار النقود والديون تابعة لها، فتكون مقصودة في العقد أصالة، فيشترط فيها الشروط التي تشترط فيها لو كانت مفردة^(١).

الاتجاه الثاني: الأخذ بمبدأ الغلبة والتبعية.

أي أن الحكم للأغلب؛ إعمالاً للقواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة، مثل قاعدة (العبرة بالغالب)، وقاعدة (لأكثر حكم الكل)، كما يستند أيضاً إلى قواعد التبعية، ومنها قاعدة (التابع تابع)، وقاعدة (يُعْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُعْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا).

ومن أخذ بذلك مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، وقد ميّز المجمع بين حالتين^(٢):

الحالة الأولى: كون الأوراق المالية لا تمثل نشاطاً تجارياً تقلب فيه الأموال، وإنما هي عبارة عن الملكية الشائعة في بعض التمويلات المقدمة من قبل مؤسسة مالية: وفي هذه الحالة يتم الاعتماد على قواعد الغلبة، وضابط تحقق ذلك: أن تزيد المنافع والأعيان عن النصف.

فيجوز أن يتم تداول الورقة المالية التي تشتمل موجوداتها على النقود والديون والمنافع والأعيان، دون مراعاة أحكام عقد الصرف، وأحكام التصرف في الديون، بشرط أن تكون نسبة المنافع والأعيان أكثر من النصف.

الحالة الثانية: وجود النشاط والعمل والكيان المسؤول (المؤسسة أو الشركة) عن تقلب المال:

وفي هذه الحالة يتم الاعتماد على قواعد التبعية، "فيجوز حينئذ تداول الورقة المالية بدون اعتبار لنسبة النقود والديون ضمن موجوداتها؛ إذ هي تعدّ تابعة في هذه الحالة للأصل

(١) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٢١)، مستند الأحكام الشرعية: ص ٥٨٤.

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي: رقم ٢٢٦ (٢٣/١٠) بشأن الغلبة والتبعية في المعاملات المالية، حالاتها وضوابطها وشروط تحققها.

المتبوع وليست مستقلة، مع مراعاة أن يظل الأصل المتبوع قائماً في جميع مراحل التداول^(١). تنويه: اشترط المجمع في قراره السابق أيضاً: أن لا يتخذ ذلك ذريعة لتصكيك الديون وتداولها: "رابعاً: لا يجوز أن يُتخذ القول بجواز تداول الأوراق المالية - بناء على قاعدة التبعية - ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن تكون مكونات الورقة المالية ديوناً ونقوداً أضيفت إليها أعيان ومنافع لجعلها غالبية للتمكن من توريقها".

الاتجاه الثالث: الأخذ بمبدأ الاختلاط.

وهو أن مجرد اختلاط النقود والديون بغيرها من الأعيان والمنافع، فإن الحكم للأعيان مطلقاً، فلا يشترط مراعاة قواعد الصرف، ولا التقيّد بأحكام التصرف في الديون، ولو كانت الديون والنقود هي الغالبة.

وإلى هذا الرأي ذهب ندوة البركة الثانية، في الفتوى رقم: (٥)^(٢).

ويناقش هذا الاتجاه بما يلي:

١- مخالفته لحديث القلادة السابق^(٣)، حيث دلّ على وجوب مراعاة أحكام عقد الصرف، ولو حصل الاختلاط بالأعيان.

٢- إذا كانت الديون والنقود هي الأكثر، أو كانت الديون والنقود مقصودة في العقد، فإن جعل الغلبة للأعيان مطلقاً لا دليل عليه، وهو مخالف للقواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة، وقواعد القلة والكثرة، ومخالف للقواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية.

الاتجاه الرابع: الأخذ بمبدأ الشخصية الاعتبارية.

وعلى هذا الاتجاه فإذا كان للمنشأة التي تمثلها الأوراق المالية شخصية اعتبارية، فيجوز تداول هذه الأوراق المالية، دون مراعاة أحكام الصرف، أو أحكام التصرف في الديون، ولو كانت النقود والديون هي الغالبة؛ لأن هذه الموجودات تكون تابعة للشخصية

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي: رقم: ٢٢٦ (١٠/٢٣) بشأن الغلبة والتبعية في المعاملات المالية.

(٢) الفتاوى الاقتصادية: ص ١٥، صناديق الاستثمار الإسلامية: ص ٤٨.

(٣) ينظر: ص ١٢٨.

الاعتبارية للمنشأة، والحكم يكون للمتبوع وهو الشخصية الاعتبارية، ولا عبرة بالتابع وهو الموجودات؛ استناداً إلى قواعد التبعية.

ويناقش هذا الاتجاه بأن ربط الحكم بالشخصية الاعتبارية لا دليل عليه، وإن مفهوم الشخصية الاعتبارية لا يمثل وصفاً شرعياً منضبطاً، وإنما هو مصطلح قانوني، وهو محل خلاف عند القانونيين^(١).

الاتجاه الخامس: الأخذ بمبدأ الحقوق المعنوية.

وعلى هذا الاتجاه يجوز تداول الأسهم والصكوك، دون مراعاة أحكام الصرف، أو أحكام التصرف في الديون، ولو كانت النقود والديون هي الغالبة؛ لأنه يفترض أن ضمّ الحقوق المعنوية إلى موجودات المنشأة يؤدي إلى كون النقود والديون هي الأقل، فتكون تابعة في الحكم لغيرها من الموجودات التي يجوز تداولها مطلقاً.

ويناقش هذا القول بأنه لا يلزم أن لكل شركة حقوقاً معنوية تزيد من قيمتها حتى تجعل النقود والديون هي الأقل، فقد تكون النقود والديون هي الغالبة على قيمة موجودات الشركة، حتى بعد ملاحظة الحقوق المعنوية للمنشأة وضمّها إلى سائر الموجودات^(٢).

الترجيح:

يظهر مما سبق أن أقرب الاتجاهات إلى الصواب: الاتجاهان الأول والثاني.

فالالاتجاه الأول (المعايير الشرعية): اعتمد على قواعد التبعية، وضابط تحقق المتبوع أن يكون غرض الشركة ونشاطها الأساسي هو التعامل بالأعيان والمنافع، على أن لا تقل قيمة الأعيان والمنافع عن الثلث بالنسبة لمجموع موجودات الشركة. والمستند الشرعي لتحقيق التبعية في هذه الصورة هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم:

(١) إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية،

يوسف الشيبلي، ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم): ص ١٤.

(٢) المرجع السابق: ص ١٥.

(...) ومن ابتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع^(١)، والاستدلال به على الاغتفار في هذه الصورة من التبعية هو مذهب المالكية والحنابلة، كما مر سابقاً^(٢).

والاتجاه الثاني (مجمع الفقه الإسلامي الدولي): اعتمد على قواعد الغلبة حالة كون موجودات الشركة أصولاً ثابتة، فاشتراط أن تزيد قيمة الأعيان والمنافع عن نصف موجودات الشركة؛ لتكون الغلبة لها.

كما اعتمد على قواعد التبعية حالة وجود النشاط والعمل والكيان المسؤول (المؤسسة أو الشركة) عن تقليب المال، فلا ينظر إلى نسبة النقود والديون؛ لأنها تابعة.

ولعل الأولى هو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي؛ لأنه ميّز بين حالة كون موجودات الشركة من الأصول الثابتة، فأعمل قواعد الغلبة، فاشتراط أن تكون الغلبة للمنافع والأعيان، (أكثر من النصف).

أما إذا كانت موجودات الشركة ليست من الأصول الثابتة، فالنظر هنا إلى النشاط والعمل، فيُعمل بقواعد التبعية، من خلال النظر إلى مقصود الشركة وغرضها الأساسي. لكن المجمع لم يبين الحد الأدنى لنسبة وجود الأصل المتبوع (المنافع والأعيان)، وإنما اكتفى بأن يكون الأصل المتبوع قائماً في جميع مراحل التداول، بخلاف المعايير الشرعية التي تشترط أن لا تقل النسبة عن الثلث، وهذا الاشتراط سداً لذريعة تصكيك الديون وتداولها، وما ذهبت إليه المعايير الشرعية في هذه الحالة هو الأولى.

رابعاً- جعل الدين حصة في رأس مال الشركة:

تمهيد: الأصل في شركة الأموال أن يكون رأس مال الشركة من الأثمان^(٣)، وأجاز بعض الفقهاء أن يكون رأس مال الشركة من العروض، إذا اتفق على تقييمها بالنقود^(٤).

(١) سبق تخريجه ص ١١٠.

(٢) ينظر: ص ١١٠.

(٣) المغني: ١٢/٥.

(٤) المرجع السابق: ١٣/٥.

أما إذا كان رأس مال أحد الشركاء ديناً، فلا تصح الشركة^(١)؛ لأن ذلك يتنافى مع مقصود الشركة، وهو حصول الربح، والربح إنما يحصل بالمال الحاضر، ولا يحصل بالمال الغائب مثل الدين^(٢)؛ ولأنه قد يؤدي إلى أن تكون الشركة حيلة للوقوع في الربا، وذلك إذا كان الشريك هو المدين، فيشارك الدائن بدينه، وتكون الزيادة الحاصلة للدائن هي مقابل تأخير أداء الدين^(٣).

إذاً، فلا يصح إنشاء الشركة إذا كان رأس مال أحد الشركاء أو أغلبه من الدين. **وصورة المسألة محل البحث:** أن يشكل الدين جزءاً صغيراً من رأس مال الشركة، ويكون غالب رأس المال من غير الدين، مثل تقديم مصنع رأس مال للشركة بما له وما عليه، فهل يكون الدين القليل تابعاً لسائر المال من غير الدين، فيُغْتَفَر فيه؟. ورد في (المعايير الشرعية)، المعيار رقم (١٢)، (الشركة، المشاركة، والشركات الحديثة)، البند رقم: (٤ / ٢ / ١ / ٣): "لا يجوز أن تكون الديون وحدها حصة في رأس مال الشركة إلا في الحالات التي تكون فيها الديون تابعة لغيرها مما يصح جعله رأس مال للشركة مثل تقديم مصنع رأس مال للشركة بما له وما عليه"^(٤). **والمستند الشرعي في ذلك هو قواعد التبعية، ومن أهمها قاعدة (يُغْتَفَر في التوابع ما لا يُغْتَفَر في غيرها).**

ووجه الاستدلال: أن الديون هنا غير مقصودة، وإنما هي تابعة لما يجوز إنشاء الشركة به من المال الحاضر، فيسري حكم المتبوع على التابع، وهو الإباحة.

(١) التاج والإكليل: ٤٤٤ / ٧، روضة الطالبين: ١١٧ / ٥ - ١١٨، المغني: ١٤ / ٥، وعند الحنفية: يصح إذا كان الدين على غير العامل وكان الدين حالاً، كما لو قال لرجل: اقض مالي على فلان من الدين، واعمل به مضاربة؛ لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض، فكان رأس المال عيناً لا ديناً. بدائع الصنائع: ٨٣ / ٦. والحاصل: أنه لا تصح المضاربة بدين مؤجل عند الحنفية وعند غيرهم.

(٢) المغني: ١٤ / ٥.

(٣) حاشية الدسوقي: ٥١٨ / ٣.

(٤) المعايير الشرعية: ص: ٣٢٨. وينظر أيضاً: ص: ٣٥٤، ٣٥٥.

ويلاحظ في نصّ المعايير الشرعية السابق: أنه لم يحدد ضابط تحقق التبعية في هذه المسألة، أي نسبة الديون بالنسبة إلى مجموع رأس المال الحاضر المقدم إلى الشركة.

والأولى أن يحدّد ذلك بأن يكون غالب رأس المال (المراد جعله حصة في رأس مال الشركة) من غير الدّين، وإنما من المال الحاضر الذي يصحّ أن يكون وحده رأس مال للشركة؛ استناداً إلى قواعد الغلبة، وقواعد القلّة والكثرة؛ ولأنّ الديون إذا كانت هي الغالبة لا تكون تابعة لغيرها من المال الحاضر.

لا سيما وأنّ "المعايير الشرعية" قد حددت ضابط التبعية في حالة مشابهة، وهي الحالة السابقة: (تداول أسهم الشركات المشتملة على أعيان ومنافع وديون ونقود):

"إذا كانت موجودات الشركة مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون ... فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقلّ القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية ..."^(١).

المطلب الثالث: تأثير قواعد التبعية في الاغتفار في شرائط عقد الصرف

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط التقابض في عقد الصرف، وكذلك التماثل عند اتحاد الجنس^(٢)، وقد دلت على ذلك جملة من الأحاديث النبوية: ومنها قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة ... مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد"^(٣).

لكن ماذا لو كان الذهب غير مقصود في عقد البيع وإنما هو تابع لغيره، مثل بيع سلعة دخل فيها شيء من الذهب تبعاً بنقود؟.

(١) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٢١): ص ٥٧٣.

(٢) رد المحتار: ٢٥٧/٥، حاشية الدسوقي: ٢٩/٣، المجموع: ٤٠٣/٩، المغني: ٤١/٤.

(٣) سبق تخريجه ص ٢٤٢.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى أن الذهب إذا كان تابعاً غير مقصود في العقد فلا يشترط في العقد التقيد بأحكام عقد الصرف.^(١) جاء في المعايير الشرعية: "إذا كان الذهب تابعاً لموجودات أخرى في منشأة تجارية نشاطها غير الاتجار في الذهب والفضة والنقود، ووقع البيع على تلك المنشأة، أو على حصة منها، بما فيها الذهب التابع، فلا يشترط لجوازه تطبيق أحكام الصرف.." ^(١). والمستند الشرعي في ذلك: عدد من القواعد الفقهية، ومنها قاعدة (يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا) ^(٢).

وهذه الصورة من التبعية جائزة على مذهب المالكية والحنابلة، ودليلهم في ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (... ومن ابتاع عبداً وله مال، فماله للذي باعه، إلا أن يشترط المبتاع) ^(٣)، وقد سبق تفصيل هذه المسألة سابقاً ^(٤).

والخلاصة:

- ١- إن استدلال "المعايير الشرعية" بقواعد التبعية على إباحة التعامل بالأسهم الْمُخْتَلِطَة، هو استدلال خارج حدود تلك القواعد، فقواعد التبعية لا تفيد ذلك.
- ٢- إن استدلال "المعايير الشرعية" بقواعد الغلبة وقواعد القلة والكثرة، وقواعد اختلاط الحلال بالحرام، على إباحة التعامل بالأسهم الْمُخْتَلِطَة، هو أيضاً استدلال في غير محله، فهذه القواعد الفقهية لا تفيد ذلك.
- ٣- يصح الاعتماد على قواعد التبعية وقواعد الغلبة في الاغتفار في شرائط عقد الصرف، وشرائط التصرف في الديون، في تداول أسهم الشركات التي تتكون

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٧)، الذهب وضوابط التعامل به، (٣/١/٢): ص ١٣٣٠.

(٢) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ١٣٤٧ - ١٣٤٨.

(٣) سبق تخريجه ص ١١٠.

(٤) ينظر ص ١١٠.

موجوداتها من منافع وأعيان ونقود وديون، إذا كان غرض هذه الشركات المنافع والأعيان، لا النقود ولا الديون، بشرط أن تزيد قيمة الأعيان والمنافع عن نصف موجودات الشركة إذا كانت هذه الموجودات أصولاً ثابتة، ويكتفى بالثلث في حالة وجود النشاط والعمل والكيان المسؤول (المؤسسة أو الشركة) عن تقليب المال.

والمعايير الشرعية اشترطت نسبة الثلث في الحالتين، بخلاف مجمع الفقه الإسلامي الذي ميز بين الحالتين، وهو الأولى.

٤- يصح الاعتماد على قواعد التبعية في الاغتفار في شرائط عقد الصرف، إذا كان الذهب غير مقصود في عقد البيع وإنما هو تابع لغيره، مثل بيع سلعة دخل فيها شيء من الذهب تبعاً، وهو مذهب المالكية والحنابلة.



الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيشير ورفع الحرج وتطبيقاتها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيشير ورفع الحرج.

**المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التيسير ورفع الحرج في المعايير
الشرعية.**

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج

يتناول هذا المبحث أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج، وشرح معناها، ومصادرها، واستثناءاتها، وشرائط تطبيقها.

المطلب الأول: قاعدة (المشقة تجلب التيسير)

تعدّ هذه القاعدة أصل القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج، وقد ذكرها السيوطي وابن نجيم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(١)، وهي نص المادة رقم (١٧) من مجلة الأحكام العدلية، وقد عبر عنها الإمام الشافعي بلفظ: "إذا ضاق الأمر اتسع"^(٢).

وتعدّ هذه القاعدة من أمهات قواعد الفقه الإسلامي، وقد قال العلماء فيها: "يتخرّج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته"^(٣)، وقال السيوطي: "يرجع إليها غالب أبواب الفقه"^(٤).

أولاً- معنى القاعدة:

أ- المعنى اللغوي للقاعدة: المشقة في اللغة: الجهد والعناء والشدة^(٥)، ومنه قوله تعالى:

﴿لَمْ تَكُونُوا بِبَلْعِيهِ إِلَّا بِشَقِّ الْأَنْفُسِ﴾ {النحل: ٧}، والتيسير: هو التسهيل والتسامح^(٦).

ب- والمعنى العام للقاعدة: أن الشدة تكون سبباً في التسهيل والتوسيع^(٧)، فإذا وجد المكلف شدة وعناء وحرماً في تطبيق حكم شرعي، كانت تلك الشدة سبباً في التخفيف ورفع الحرج.

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٧٦، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٦٤.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٣.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٧٧، المنشور في القواعد الفقهية: ١ / ١٢٠.

(٤) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٠.

(٥) لسان العرب، باب القاف، فصل الشين، (شقق): ١٠ / ١٨٣.

(٦) المرجع السابق، باب الراء، فصل الياء، (يسر): ٥ / ٢٩٥.

(٧) درر الحكّام شرح مجلة الأحكام: ١ / ٣٥.

ثانياً- أدلة القاعدة:

إن الأدلة على هذه القاعدة كثيرة، منها ما ورد في القرآن الكريم، ومنها ما ورد في السنة، وفيما يلي بيان بعض هذه الأدلة:

١- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [الحج: ٢٨٦]، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

٢- من السنة النبوية: عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما خُيِّرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا أخذ أيسرهما، ما لم يكن إثماً"^(١)، وعنهما أيضاً: "كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمرهم، أمرهم من الأعمال بما يطيقون.." ^(٢)، وأيضاً: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ"^(٣).

بالإضافة إلى الأدلة الواردة في الوقائع الجزئية، وهي كثيرة في السنة النبوية، حيث تفيد أن الأحكام الشرعية إنما بُنيت على التيسير ورفع الحرج.

ثالثاً- أركان القاعدة وشروط تطبيقها:

مرّ سابقاً أن كلّ قاعدة تقوم على ركنين؛ وهما: الموضوع والحكم، وفيما يلي بيان لهما:

١- الركن الأول (الموضوع): إن موضوع هذه القاعدة هو: (المشقة)، وهي كلّ جهد وعناء زائد عن المعتاد.

٢- الركن الثاني (الحكم) أو (المحمول): إن الحكم في هذه القاعدة هو: (تجلب التيسير).

(١) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: (يسروا ولا تعسروا): رقم الحديث (٦١٢٦):

٨/ ٣٠، صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب مباحته صلى الله عليه وسلم للأثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه

لله عند انتهاك حرّماته، رقم الحديث (٢٣٢٧): ٤/ ١٨١٣. واللفظ لمسلم.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أنا أعلمكم بالله» وأن المعرفة فعل القلب رقم

الحديث (٢٠): ١٣/ ١.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، رقم الحديث (٣٩): ١٦/ ١.

هذا من الناحية النظرية، أما من الناحية التطبيقية، فلا بدّ من وجود مكلف وعمل، وحصول مشقّة زائدة عن المعتاد تقع على المكلف عند قيامه بالعمل، فتطبّق القاعدة ويحصل التيسير^(١).

وأما شروط تطبيق هذه القاعدة فهي:

١ - أن تكون من المشاق التي ينفكُّ عنها التكليف غالباً؛ لأن المشاق التي لا ينفكُّ عنها التكليف غالباً لا أثر لها في التخفيف، مثل مشقة الصوم في شدّة الحرّ وطول النهار؛ لأن هذه التكاليف الشرعية إنما شرعها الله تعالى على ما فيها من المشقّة لمصالح يعلمها، فيكون إسقاطها إلغاء لما اعتبره الشارع^(٢).

٢ - أن تكون المشقّة خارجة عن المعتاد، أما المشقة المعتادة فلا يخلو منها تكليف شرعي^(٣).

٣ - أن تكون المشقة حقيقية لا توهميّة، والمشقة الحقيقية هي ما وجد فيها سبب الترخيص مثل السفر والمرض والجنون والنسيان والصغر والإكراه، أو أن تندرج المشقة ضمن الضوابط الشرعية الجالبة للتيسير، أما المشقة التوهميّة التي لا يوجد فيها سبب الترخيص، ولم تكن مندرجة فيما ضبطه الشارع سبباً للتيسير، مثل أن تفطر المرأة الطاهرة ظناً منها أن حيضتها ستأتي في هذا اليوم؛ بناء على عاداتها، فهذه لا يعتدُّ بها ولا تكون سبباً للترخيص^(٤).

٤ - أن يكون لها شاهد من جنسها في أحكام الشرع، فمثلاً يجوز للمستحاضة أداء الصلاة مع وجود الدم وهو نجس، بشرط الوضوء لكل صلاة، فيسري هذا الحكم على كل خروج مستمر للنجاسة من البدن، مثل من به جرح لا يرقأ^(٥).

(١) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٢٠٤.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٩/٢ - ١٠، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٤/٢٣٣ - ٢٣٤.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة: ٢/١٢٠.

(٤) المرجع السابق: ١/٣٣٣.

(٥) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٢٠٧.

٥- أن لا تؤدي المصلحة المجلوبة بالتيسير إلى تفويت مصلحة أعظم منها^(١)، ومن هنا وضع العلماء قواعد للموازنة بين المصالح، منها: (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما)، (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)^(٢).
رابعاً- ضوابط التعرف على المشاق التي تعدُّ جالبة للتيسير: إن المشاق التي تؤثر في التخفيف على نوعين^(٣):

النوع الأول: المشاق التي ضبطها الشارع بأسباب معينة، وقام الدليل أنها سبب للتخفيف، وهي^(٤): المرض، والسفر، والإكراه، والنسيان، والجهل، والخطأ، والنقص، وعموم البلوى.
النوع الثاني: المشاق التي لم يرد عن الشارع ضبط لها:

وهذا النوع من المشاق لم يرد في الشريعة ضبط لها ولا تحديد، فاجتهد الفقهاء في وضع ضوابط لها، فذكروا أن المشاق التي لا تنفك العبادة عنها غالباً لا أثر لها في التخفيف، وأما المشاق التي تنفك العبادة عنها غالباً فهي على ثلاثة أقسام؛ القسم الأول: مشاق عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفوس أو الأطراف ومنافعها، فهي سبب للتخفيف والترخيص، والقسم الثاني: مشاق خفيفة كالم في الجسم يحتمل عادة، فهذه المشقة لا أثر لها في التخفيف والترخيص؛ لأن تحصيل مصالح الطاعة أولى من دفع تلك المشاق.

القسم الثالث: مشاق متوسطة بين المشقتين السابقتين، فما دنا من المشقة العليا كان سبباً في التخفيف، وما دنا من الدنيا فلا أثر له في التخفيف والترخيص، وما توسط بين الربتين السابقتين قد يرجح بأمر خارج عنها^(٥).

(١) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٢٠٧.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٧، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٧٦.

(٣) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٢٠٩.

(٤) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٧٧، وما بعدها، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٦٤، وما بعدها.

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١٠ / ٢.

المطلب الثاني: قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)

تعدّ هذه القاعدة من القواعد المتفرّعة عن قاعدة (المشقة تجلب التيسير)، وقد ذكرها السيوطي وابن نُجَيْم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(١)، وهي نصُّ المادة رقم (٢١) من مجلة الأحكام العدلية، وفيما يلي معناها وأدلتها وأركانها وشرائطها وتطبيقاتها.

أولاً- معنى القاعدة:

الضرورات جمع ضرورة، وهي في اللغة: اسم من الاضطراب، وهو الاحتياج الشديد^(٢).

أما في الاصطلاح: فالضرورة هي "بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب"^(٣)، وقيل: "النازل مما لا مدفع له"^(٤).

والمباح شرعاً: ما أذن الشارع بفعله، والإباحة: هي الإذن بإتيان الفعل^(٥)، والمحظورات: الممنوعات، وعرف الحظر بأنه: "ما يثاب بتركه ويعاقب على فعله"^(٦).

والمعنى العام للقاعدة: أن الاحتياج الشديد يكون سبباً للترخيص والتيسير إذا بلغ حداً يخشى معه فوات إحدى المصالح التي جاءت الشريعة للحفاظ عليها، وهي: الدين والعقل والنفس والعرض والمال.

ثانياً- أدلة القاعدة:

الأصل في هذه القاعدة ما ورد في القرآن الكريم من عدّ حالات الضرورة مستثناة من التحريم، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٤، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٧٣.

(٢) لسان العرب (ضرر): ٤/ ٤٨٢، المصباح المنير (ضرر): ٢/ ٣٦٠، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٨/ ١٩١.

(٣) المنشور في القواعد الفقهية: ٢/ ٣١٩،

(٤) التعريفات: ص ١٨٠.

(٥) المرجع السابق: ص ٢٠.

(٦) المرجع السابق: ص ١٢٠.

[الأنعام: ١١٩]، ومن ذلك أيضاً - بعد أن ذكر طائفة من المحرمات - قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣]، وأيضاً: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

فدلّت هذه الآيات على مشروعية العمل بمقتضى الضرورة واعتبارها في الأحكام؛ لأنها استثنت حالة الضرورة من التحريم حفاظاً على مقصود الشارع في حفظ المصالح الضرورية ومنها حفظ النفس.

ثالثاً- أركان القاعدة وشرائط تطبيقها:

تقوم هذه القاعدة على ركنين، وهما:

- ١- الركن الأول (الموضوع): إن موضوع هذه القاعدة هو: (الضرورات).
 - ٢- الركن الثاني (الحكم) أو (المحمول): إن الحكم في هذه القاعدة هو: (تبيح المحظورات).
- وأما شروط تطبيق هذه القاعدة فهي:

- ١- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، فإذا كانت متوقعة غير قائمة فلا يرتفع بها حكم المحظور، وعليه فقد اشترط الفقهاء لتحقيق الإكراه خوف المكره إيقاع ما هدد به بغلبة ظنه في الحال، أما لو قال المكره: (لأقتلنك غداً)، فلا يتحقق به الإكراه^(١).
- ٢- أن لا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى سوى مخالفة الحكم الشرعي، أي أن لا تندفع ضرورته إلا بارتكاب المحرم، فمن اضطر إلى أكل الميتة، يشترط له أن لا يجد غيرها، أو أن يكره على أكلها بشرائط الإكراه المعتد بها شرعاً^(٢).
- ٣- أن ما جوّز للضرورة يكون على قدرها، فيباح المحظور على قدر ما تندفع به الضرورة، فالمضطر إلى أكل الميتة لا يأكل إلا بمقدار ما يسدُّ الرمق، ومن هنا نصَّ الفقهاء على القاعدة

(١) رد المحتار: ١٢٩/٦، مغني المحتاج: ٤٧١/٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص: ١٥٩/١.

الفقهية (الضرورات تقدر بقدرها)، أو (ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها)^(١).

٤ - أن لا يترتب على ارتكاب المحظور ضرراً أعظم من الضرر حالة الضرورة.

وعليه نصّ الفقهاء على وجوب مراعاة درء الأكثر فساداً ثم ما دونه حالة عدم القدرة على درء المفسد كلاً، فمن أكره على قتل مسلم، لا يجوز له قتله؛ لأن الاستسلام للقتل أولى من القتل؛ لأن القتل محرّم بالإجماع أما الاستسلام للقتل فمختلف فيه^(٢)، ولأن حفظ نفس المكره ليس بأولى من حفظ غيره من المسلمين؛ ولأن مفسدة إقدامه على القتل متيقّنة، وأما مفسدة استسلامه للقتل مظنونة.

٥ - ألا يكون المحظور مما لا تلحقه الرخصة بحال، مثل القتل والزنا، فهذا النوع من المحظورات لا يباح عند الاضطرار^(٣).

رابعاً - مجالات الضرورة:

يذكر الفقهاء عدداً من مجالات الضرورة وحالاتها، أهمها^(٤):

١ - الاضطرار إلى تناول المحرّم: لا خلاف بين الفقهاء في إباحة أكل الميتة وسائر المحرّمات عند الاضطرار، ويباح ما يسدُّ الرمق ويأمن معه الموت بلا خلاف، ويحرم ما زاد على الشبع^(٥).

٢ - الاضطرار إلى النظر واللمس للتداوي: فيجوز كشف العورة، والنظر إليها للتداوي^(٦).

٣ - الاضطرار إلى إتلاف نفس أو فعل فاحشة: اتفق الفقهاء على أن من أكره على قتل غيره،

(١) نصّ على هذه القاعدة السيوطي وابن نجيم في كتابيهما الأشباه والنظائر، وهي نص المادة (٢٢) من مجلة الأحكام

العدليّة. الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٤، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٧٣.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٩٣/١.

(٣) رد المحتار: ١٣٣/٦، بدائع الصنائع: ١٧٧/٧.

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٢/٢٢٥، أحكام القرآن لابن العربي: ٨١/١، الموسوعة الفقهية الكويتية:

١٩٦/٢٨.

(٥) رد المحتار: ٣٣٨/٦، القوانين الفقهية: ص ١١٦، مغني المحتاج: ١٥٩/٦، المغني: ٤١٥/٩.

(٦) مغني المحتاج: ٢١٥/٤، المغني: ١٠١/٧.

لا يجوز له الإقدام على قتله، ولا يحلُّ له أن يفدي نفسه بغيره^(١)، وكذلك لا يحلُّ له أن يقتل نفسه إن أكره على ذلك^(٢)، ويباح القتل لضرورة الدَّفْع، إن تعذَّر الدفع بغير ذلك^(٣)، وأيضاً لا يحلُّ للرجل الزنى بالإكراه، وإن كان تاماً^(٤).

٤- الاضطرار إلى أخذ مال الغير وإتلافه: يجوز أخذ مال الغير أو إتلافه لمن كان مضطراً، سواء أكان طعاماً لغيره ولم يجد سواه، أو كان مكرهاً على ذلك، ويشترط أن لا يكون صاحب المال مضطراً إلى ماله أيضاً، وإلا فهو أحقُّ به، لكن هذا لا ينفي الضمان^(٥).

٥- الاضطرار إلى قول الباطل: يباح لمن أكره على الكفر حتى خشي على نفسه الهلاك أن يتلفَّظ به، ولا يأثم ولا تبين منه زوجته، إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء^(٦)، لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]، وأما ما دون الكفر كالكذب فإباحته بالإكراه من باب أولى.

المطلب الثالث: قاعدة (الحاجة تُنزِّل منزلة الضرورة، عامّة كانت أو خاصّة)

تعُدُّ هذه القاعدة من القواعد المتفرّعة عن قاعدة (المشقة تجلب التيسير)، وقد ذكرها السيوطي وابن نُجَيْم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(٧)، وهي نصُّ المادة رقم (٣٢) من مجلة الأحكام العدلية، وفيما يلي معناها وأدلتها وأركانها وشرائطها وتطبيقاتها.

أولاً- معنى القاعدة:

أ- الحاجة في اللغة: تطلق الحاجة في اللغة على ثلاثة معانٍ، الأول: الحاجة هي المأربة^(٨)،

(١) تبين الحقائق: ١٨٦/٥، بلغة السالك: ٢٤٩/٢، نهاية المحتاج: ٢٥٨/٧، المغني: ٢٦٦/٨ - ٢٦٧.

(٢) تبين الحقائق: ١٩٠/٥، نهاية المحتاج: ٢٦٠/٧، الإنصاف: ٤٥٥/٩.

(٣) بدائع الصنائع: ٩٢-٩٣، مغني المحتاج: ٥٢٧/٥، مواهب الجليل: ٣٢٣/٦، الإنصاف: ٣٠٣/١٠.

(٤) تبين الحقائق: ١٨٦/٥، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٤.

(٥) المبسوط: ٩٦/٢٤، أنوار البروق في أنواء الفروق: ١٩٦/١، مغني المحتاج: ١٦٢/٦، ٤٢١/٩.

(٦) رد المحتار: ٤٢١/٢، منح الجليل: ٥٤/٤، روضة الطالبين: ٧٢/١٠، كشف القناع: ١٨٥/٦.

(٧) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٨، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٧٨.

(٨) تاج العروس (حوج): ٤٩٥/٥، لسان العرب (حوج): ٢٤٢/٢.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلْتَبْلُغُوا عَلَيْهَا حَاجَةً فِي صُدُورِكُمْ﴾ [غافر: ٨٠]. الثاني: تطلق الحاجة على الفقر، وتفيد أيضاً: الافتقار إلى الشيء^(١). الثالث: الحاجة هي الضرورة^(٢).

ب- وأما الحاجة في الاصطلاح: فقد تنوّعت عبارات الفقهاء في تعريف الحاجة، أختار منها تعريف الإمام الشاطبي: "فمعناها أنها - أي الحاجة - مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراخ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة"^(٣).

أي أن الحاجة هي الافتقار إلى الشيء بما يؤدي فواتها إلى حصول المشقة والضيق دون الهلاك والتلف.

ج- الفرق بين الحاجة والضرورة: إن الفقهاء كثيراً ما يذكرون لفظ الحاجة ويريدون به الضرورة، ويطلقون لفظ الضرورة ويريدون به الحاجة، من ذلك قول الدردير: "واغتفر غرر يسير) إجماعاً (للحاجة) أي للضرورة"^(٤)، إلا أن استقراء الفروع الفقهية يدلُّ على أن الفقهاء قد ميّزوا بين الحاجة والضرورة تمييزاً دقيقاً، وأن إطلاق أحد اللفظين مكان الآخر إنما هو من باب المجاز^(٥).

وتشترك الحاجة والضرورة في معنى الافتقار إلى الشيء، وحصول الجهد والمشقة والعناء في كلٍّ منهما، إلا أن بينهما فوارق أهمّها^(٦):

١ - الضرورة أعلى رتبة من الحاجة:

إن الافتقار إلى تحقيق الضرورة أشدُّ من الافتقار إلى تحقيق الحاجة، وإن مفسدة عدم

(١) تاج العروس (حوج): ٤٩٥ / ٥.

(٢) المرجع السابق (ضرر): ٣٨٨ / ١٢.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة: ١١ - ١٠ / ٢.

(٤) حاشية الدسوقي: ٦٠ / ٣.

(٥) ضوابط الحاجة الشرعية، د. عبد الرحمن السعدي: ص ١٨١.

(٦) المرجع السابق: ص ١٨١، وما بعدها.

تلبية الضرورة أعظم من مفسدة عدم تلبية الحاجة؛ لأن فوات ما هو ضروري يفضي إلى زوال المصالح التي جاءت الشريعة لحفظها، وهي الدين والنفس والعقل والعرض والمال، أما فوات المصالح الحاجة فيفضي إلى المشقة الزائدة لكنه لا يؤدي إلى زوال مصالح الدين والدنيا بالكلية، فالمضطر إلى الطعام هو الذي يخشى الهلاك، أما المحتاج إلى الطعام فلا يخشى الهلاك^(١).

إذًا، فمشقة الضرورة مهلكة أو متلفة، ومشقة الحاجة مُخرجة مضيقة، لكنها غير مهلكة ولا متلفة.

٢- الضرورة أصل والحاجة فرع عنها:

فالضروريات هي أصل المصالح كلها، وتعدُّ الحاجيات متممة للضروريات، يقول الإمام الشاطبي: "الضروري أصل لما سواه من الحاجي والتكميلي"^(٢).

وعليه، فإن اختلال الضروري يلزم منه اختلال الحاجي مطلقاً، لكن لا يلزم من اختلال الحاجي اختلال الضروري، ويتوجب المحافظة على الحاجي صيانة للضروري؛ لأنه قد "ثبت أن الضروري هو الأصل المقصود، وأن ما سواه مبني عليه كوصف من أوصافه أو كفرع من فروعه"^(٣)، مثال: منع الغرر والجهالة في البيوع هو من الحاجي وهو مكمل لضرورة حفظ المال^(٤).

٣- نوع المحرّم الذي يباح للضرورة أو للحاجة:

لقد ميّز الفقهاء بين نوعين من المحرّمات^(٥):

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ٨/٢، وما بعدها، المستصفى: ص ١٧٤ - ١٧٥، قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ٦٨/١.

(٢) الموافقات في أصول الشريعة: ١٦/٢.

(٣) المرجع السابق: ١٨/٢.

(٤) المرجع السابق: ١٧/٢.

(٥) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، التفتازاني: ٢/٢٥١ - ٢٥٢، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية: ١/١٥٠، رد المحتار: ٣/٤٨٤، الأم: ٨/٣٩٤، مجموع فتاوى ابن تيمية: ٥٩٣/٢٨، إعلام الموقعين عن ربِّ

الأول: ما حُرِّم لذاته أو لعينه: وهو ما كان مقصوداً في التحريم، مثل تحريم القتل العدوان وشرب الخمر وأكل الميتة، ومثل تحريم ربا النسبة.

الثاني: ما حُرِّم لغيره: وهو ما يكون سبب التحريم فيه يعود إلى شيء خارج عنه، لا لعينه، مثل تحريم ما يتخذ وسيلة إلى محرّم، ومن أمثلة ذلك: تحريم النظر إلى الأجنبية؛ لأنه طريق إلى الفاحشة، ومنه النهي عن البيع وقت الجمعة؛ لأنه يؤدي إلى فوات صلاة الجمعة. ولا خلاف بين الفقهاء في أن الضرورة تحلّ المحرّم أيّاً كان نوعه، إلا ما ثبت استثنائه مما لا تلحقه الرخصة بحال^(١).

أما الحاجة فهي لا تقوى على التأثير في كلّ محرّم، وإن استقراء الفروع الفقهية، وما ذكره الفقهاء تطبيقاً لهذه القاعدة يدلّ على أن النوع الأول من المحرّمات لا تؤثر فيه الحاجة، ولا يباح إلا في حالة الضرورة، وعليه يحمل قول الشافعي: "وليس يحلّ بالحاجة محرّم إلا في الضرورات من خوف تلف النفس..."^(٢).

أما النوع الثاني فهو ما تؤثر فيه الحاجة، ويباح عند تحقّقها^(٣)، يقول ابن القيم: "ما حرّم سدّاً للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة... كما أبيع النّظر للخاطب والشاهد والطبيب والمعامل من جملة النّظر المحرم، وكذلك تحريم الذهب والحرير على الرجال حرّم لسدّ ذريعة التشبيه بالنساء... وأبيع ما تدعو إليه الحاجة"^(٤)، وقال ابن العربي^(٥): "إذا نهي عن الشيء

العالمين: ٣/ ٣٩٧.

(١) ينظر: ١٤٧.

(٢) الأم: ٣/ ٢٨.

(٣) ضوابط الحاجة الشرعيّة، د. عبد الرحمن السعدي: ص ١٤٨، وما بعدها، وأيضاً: ص ١٨٨، ١٨٩.

(٤) إعلام الموقعين عن ربّ العالمين: ٣/ ٤٠٨.

(٥) ابن العربي [٤٦٨ - ٥٤٣ هـ]: هو محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر، المعروف بابن العربي، حافظ متبحر، وفقهه، من أئمة المالكية، بلغ رتبة الاجتهاد، من تصانيفه: عارضة الأحوذى شرح الترمذي، أحكام القرآن، المحصول في علم الأصول. ينظر: الديباج المذهب: ٢/ ٢٥٢، الأعلام: ٦/ ٢٣٠.

بعينه لم تؤثر فيه الحاجة، وإذا كان لمعنى في غيره أثرت فيه الحاجة"^(١).

د- أقسام الحاجة:

تقسم الحاجة في المنظور الفقهي إلى قسمين، الأول: الحاجة العامة، والثاني: الحاجة الخاصة، وفيما يلي بيان لهما^(٢):

١ - الحاجة العامة:

وهي ما يكون الافتقار فيها شاملاً لجميع الناس أو معظمهم، فالاختياج هنا لا يختص بفرد محدّد ولا بطائفة معينة من المسلمين، ولا يشترط في الحاجة العامة أن يعمّ الاختياج كل الناس بحيث يكون متحققاً في كل فرد، وإنما أن يتعلّق الاختياج بالمصالح العامة للمسلمين من زراعة وصناعة وتجارة.

ومن أمثلة ما أبيع للحاجة العامة: عقد السّلم، وعقد الاستصناع، فهذه العقود جوّزت على خلاف القياس للحاجة العامّة؛ لأنّ المعقود عليه فيها معدوم، فالسّلم: "عقد على موصوف في الذمّة ببدل يُعطى عاجلاً"^(٣)، قال الشيخ زكريا الأنصاري: "السلم عقد غرر جوّز للحاجة"^(٤)، وكذلك الاستصناع فأبيع للحاجة على خلاف القياس؛ لأنّ محلّ العقد معدوم وقت العقد، فأبيع للحاجة العامّة^(٥).

٢ - الحاجة الخاصة:

اختلف الفقهاء المعاصرون في ضبط الحاجة الخاصة على ثلاثة آراء^(٦):

الأول: هي ما يكون الافتقار فيها متعلّقاً بطائفة من الناس كأهل بلد أو أهل حرفة،

(١) عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي (ابن العربي): ٦١ / ٨.

(٢) المنشور في القواعد الفقهية: ٢ / ٢٤ - ٢٥، ضوابط الحاجة الشرعيّة، د. عبد الرحمن السعدي: ص ٨٥، وما بعدها.

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز: ٣٩١ / ٤.

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب: ١٢٢ / ٢.

(٥) بدائع الصنائع: ٣ / ٥.

(٦) ضوابط الحاجة الشرعيّة، د. عبد الرحمن السعدي: ص ٨٨.

فلا يعدُّ من الحاجة الخاصَّة الافتقار والاحتياج الفردي، وممن ذهب إلى هذا الرأي الشيخ مصطفى الزرقا^(١).

الثاني: الحاجة الخاصة هي ما يكون الافتقار فيها متعلِّقاً بفرد معيَّن، أما إذا كانت الحاجة متعلّقة بطائفة من الناس فهي حاجة عامة، وممن ذهب إلى هذا الرأي أحمد كافي^(٢).

الثالث: الحاجة الخاصة هي ما يكون الافتقار والاحتياج فيها متعلِّقاً بطائفة من الناس، أو بأفراد محصورين، أو بفرد معيَّن، وممن ذهب إلى هذا الرأي الدكتور وهبة الزحيلي^(٣)، والدكتور الصديق محمد الأمين الضير^(٤).

ويبدو أن الرأي الثالث هو الأرجح؛ لأنَّ المعتبر هو وجود مناط الحكم في التيسير المؤدي إلى رفع الحرج، سواء وجد في فرد معيَّن، أو وجد في أفراد محصورين، أو وجد في طائفة من الناس، فالحكم يبنى على وجود الحاجة المعتبر بها شرعاً، دون اعتبار كونها متعلّقة بفرد واحد، أو بأفراد محصورين، أو بطائفة محدَّدة من الناس.

ومن أمثلة ما أبيح للحاجة الخاصَّة: لبس الحرير لمن به مرض جلدي من الرجال^(٥).

هـ- معنى إنزال الحاجة منزلة الضرورة:

أي أن الحاجة إذا تحقَّق حصولها فإنها كالضرورة في كونها تثبت حكماً^(٦)، يدفع المشقَّة ويرفع الحرج، قال ابن العربي: "اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرَّم"^(٧).

على أن اشتراك الحاجة والضرورة في رفع الحظر لا يعني تماثلها من كل وجه، وقد مرَّ

(١) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ٢/ ١٠٠٧.

(٢) الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها: ص ١٧٨.

(٣) نظرية الضرورة الشرعية: ص ٢٥٦.

(٤) العَرَر وأثره في العقود: ص ٦٠٤.

(٥) المنشور في القواعد الفقهية: ٢/ ٢٥.

(٦) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٠٩.

(٧) القبس شرح الموطأ: ٢/ ٧٩٠.

سابقاً أهمّ ما يميّز بينهما^(١).

ويكون المعنى العام للقاعدة: أن الاحتياج والافتقار إذا كان عاماً يحتاج إليه جميع الناس أو معظمهم فيما يمسّ مصالحهم وشؤون حياتهم، أو كان خاصاً بطائفة منهم أو بعدد من أفرادهم، فإنه يقوم مقام الضرورة في رفع المحذور؛ دفعاً للمشقة والخرج عنهم.

ثانياً- أدلة القاعدة:

دلّت نصوص كثيرة من القرآن والسنة على مراعاة الحاجة في الأحكام الشرعية، وقد سبق ذكر بعضها سابقاً لدى الحديث عن أدلة القاعدة الفقهية (المشقة تجلب التيسير)^(٢)، فهذه الأدلة بوجه عام هي ذاتها أدلة قاعدة الحاجة؛ لأن قاعدة (الحاجة تُنزل منزلة الضرورة) متفرّعة عن قاعدة (المشقة تجلب التيسير).

أضف إلى ذلك الأحكام الفقهية الكثيرة التي أجيّزت على خلاف القياس للحاجة العامة، مثل جواز عقد الإجارة وعقد الاستصناع وعقد السلم.

وكذلك الأدلة الخاصّة الواردة في حالات معيّنة، والتي تفيد تأثير الحاجة الخاصّة في رفع المشقة والخرج، ومنها: حديث أنس رضي الله عنه قال: "رخص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير، لحكمة بهما"^(٣).

فدلّ الحديث على جواز لبس الحرير لمن به مرض جلدي من الرجال، وهذا يثبت تأثير الحاجة الخاصّة في دفع الخرج ورفع المشقة.

ومنها: حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "حرّم الله مكة فلم تحلّ لأحد قبلي، ولا لأحد بعدي، أُحِلَّت لي ساعة من نهار، لا يُحتلّ

(١) ينظر: ص ١٤٩.

(٢) ينظر: ص ١٤٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب ما يرخّص للرجال من الحرير للحكمة، رقم الحديث (٥٨٣٩): ١٥١/٧، صحيح مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكة أو نحوها، رقم الحديث (٢٠٧٦): ١٦٤٦/٣. واللفظ للبخاري.

خَلَاَهَا وَلَا يُعْصَدُ شَجَرَهَا، وَلَا يُنْفَرُ صَيْدَهَا، وَلَا تُلْتَقَطُ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمَعْرِفٍ". فقال العباس رضي الله عنه: إِلَّا الْإِذْخِرَ لَصَاغَتَنَا وَقُبُورَنَا؟ فقال صلى الله عليه وسلم: "إِلَّا الْإِذْخِرَ"^(١).

فدلَّ الحديث على الاعتداد بالحاجة في أحكام الشريعة.

ثالثاً- أركان القاعدة وشرائط تطبيقها:

تقوم هذه القاعدة على ركنين، وهما:

١- الركن الأول (الموضوع): إن موضوع هذه القاعدة هو: (الحاجة).

٢- الركن الثاني (الحكم) أو (المحمول): إن الحكم في هذه القاعدة هو: (تُنَزَّلُ منزلة الضرورة).

وأما شروط تطبيق هذه القاعدة فهي:

١- ألا يعود اعتبار الحاجة على أصلها بالإبطال.

وذلك أن الضروريات هي أصل المقاصد كلّها، فهي أصل للحاجيات التي تعد مكملة للضروريات، فلا يصح اعتبار الحاجة إذا كان اعتبارها مؤدّياً إلى هدم أصلها؛ لأن هدم الأصل هدم للمكمل، فإبطال الأصل إبطال للتكملة، فلا يصح اعتبار الحاجة إذا كان اعتبارها هدم لأصلها وهو الضرورة.

أيضاً: إذا كان تحقيق الحاجي مؤدّياً إلى فوات الضروري، فإن حفظ الضروري الذي هو الأصل أولى من حفظ الحاجي الذي هو مكمل له.

مثال: حفظ النفس مصلحة ضرورية، وتحريم الميتة مكمل لها، فإن دعت ضرورة حفظ النفس إلى تناول الميتة، فهو مقدّم على مصلحة التنزه عن النجاسة، والذي يعدّ مكملًا لحفظ النفس^(٢).

٢- أن تكون الحاجة قائمة لا منتظرة^(٣).

(١) أخرجه البخاري، كتاب الجنائز، باب الإذخر والحشيش في القبر، رقم الحديث (١٣٤٩): ٩٢/٢.

(٢) الموافقات في أصول الشريعة: ١٣/٢، وما بعدها.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٥٣/١٦.

أي أن تكون الحاجة واقعة أو متوقَّعة، أما إذا كانت الحاجة متوهَّمة فلا يعتدُّ بها، وذلك لأن الأحكام الثابتة بالحاجة، إنما ثبتت استثناءً دفعاً للمشقة والخرج، فإذا لم يوجد السبب الباعث على رفع المشقة، وهو الحاجة، فيعمل بالحكم الأصلي.

والحاجة الواقعة هي التي وجدت بالفعل، ولا يمكن التخلص منها إلا بتحصيلها وقضاءها، مثل الحاجة إلى التيمم لمن به مرض يضُرُّ استعمال الماء.

والحاجة المتوقَّعة هي ما غلب على الظن وقوعها؛ نظراً لحصول أسبابها، أو لأن العادة جرت بذلك، أو لوجود قرائن أخرى تدلُّ على تحقق وقوعها غالباً، مثل من يغلب على ظنه حصول المرض بسبب الصيام، فيباح له الفطر^(١).

وقد ألحق الفقهاء الحاجة المتوقَّعة بالحاجة الواقعة في الحكم، قال ابن حجر الهيتمي^(٢): "وينبغي الاكتفاء في الحاجة بالتوقُّع"^(٣)؛ إعمالاً لبعض القواعد الفقهية مثل: (غلبة الظن كاليقين)^(٤).

أما الحاجة المتوهَّمة فهي التي لم تقع بعد، ولم يوجد من القرائن ما يفيد وقوعها إلا الشكوك، فهذه الحاجة لا يعتدُّ بها؛ لأن مستندها الوهم، والقاعدة الفقهية تنصُّ على أنه: (لا عبرة للتوهم)^(٥)، ومثالها: من نوى السفر في رمضان، لا يجوز له الفطر قبل أن يشرع في السفر^(٦).

ولا بد من الإشارة إلى أن هذا الشرط إنما يختصُّ بالحاجة الخاصة، أي فيما شرعه الله

(١) الحاجة وأثرها في الأحكام، أحمد الرشيد: ١٢٨/١ - ١٣٣، ١٨٤/١.

(٢) ابن حجر الهيتمي [٩٠٩ - ٩٧٤هـ]: هو الإمام الفقيه شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ولد بمصر وتوفي بمكة، له مصنفات كثيرة منها: تحفة المحتاج، كف الرعاع عن المحرمات، الفتاوى الهيتمية، الزواجر عن اقتراف الكبائر. شذرات الذهب: ١٠/٥٤١، الأعلام: ١/٢٣٤.

(٣) تحفة المحتاج: ٧/١٤٢.

(٤) رد المحتار: ٢/٤٠٥.

(٥) نصَّت على هذه القاعدة الفقهية مجلة الأحكام العدلية في المادة رقم: (٧٤).

(٦) الموافقات في أصول الشريعة: ١/٣٣١، الحاجة وأثرها في الأحكام، أحمد الرشيد: ١٢٨/١ - ١٣٣، ١٨٤/١.

من الرخص في بسبب الأعذار الطارئة، أما ما شرع في الأصل للتيسير ورفع الحرج عن العباد، (الحاجة العامة)، كعقد الإجارة، والمساقاة، والقرض، فلا ينطبق عليه هذا الشرط، إذ لا يشترط وجود الحاجة والمشقة أصلاً^(١)، وذلك لأن "الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له حاجة"^(٢).

٣- ألا يكون الأخذ بمقتضى الحاجة مخالفاً لقصد الشارع.

أي أن لا يتخذ ما أبيع للحاجة ذريعة لمخالفة مقاصد الشريعة في الأحكام، وذلك لأن الشريعة موضوعة لمصالح العباد، وليس للمكلف أن يخالف مقاصد العقود التي أبيحت للحاجة، يقول الإمام الشاطبي: "إذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروع فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها"^(٣).

مثل عقد القرض، فهو مشروع لحاجة الناس، فإذا خرج عن باب المعروف، وقصد به تحصيل منفعة المقرض امتنع^(٤).

وكذلك الزكاة، فإن المقصود منها رفع رذيلة الشح، وتحقيق مصلحة الفقير، فمن وهب ماله آخر الحول؛ هرباً من وجوب الزكاة عليه، ثم استوهبه في الحول التالي، فعمله هذا مناف لقصد الشارع من الهبة - وهو الإحسان إلى الموهوب له والإرفاق به - وهادم لقصد الشارع من الزكاة؛ لأن فيه تقوية لصفة الشح، ورفعاً لمصلحة الفقير^(٥).

وأيضاً: لا يجوز أن يتحیل المكلف لإيجاد سبب يترخص بمقتضاه، كمن أنشأ سفراً في

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ٣٠٣/١، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٥٣/١٦، الحاجة وأثرها في الأحكام، أحمد

الرشيدي: ١٨٧/١.

(٢) المغني: ٢٠٤/٢.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة: ٣٨٥/٢.

(٤) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٢/٤.

(٥) الموافقات في أصول الشريعة: ٣٨٥/٢.

رمضان ليباح له الفطر، أو كان له مال يقدر به على الحج، فوهبه حتى لا يجب عليه الحج^(١).

٤- أن تكون الحاجة بالغة درجة المشقة غير المعتادة.

إن المشقة الباعثة على مخالفة الحكم الشرعي الأصلي، ليست على درجة واحدة، ولا يباح الترخّص لأدنى حاجة، فلا يخلو حكم شرعي من نوع مشقة، ولذلك قسم العلماء المشقة إلى ثلاثة أقسام^(٢):

القسم الأول: المشقة الفادحة: وهي المشقة غير المعتادة التي لا يتحمّلها الناس عادة، كمشقة المرض الشديد، فهذا القسم من المشاق يكون سبباً للتخييص، والحاجة المترتبة عليه حاجة شرعية معتد بها.

القسم الثاني: المشقة الخفيفة: وهي المشقة المعتادة التي يتحملها الناس غالباً، كمشقة الوضوء في البرد، فهذا القسم من المشاق لا يكون سبباً للتخييص، والحاجة المترتبة عليه لا يعتد بها شرعاً.

القسم الثالث: المشقة المتوسطة: وهي المشقة التي تكون بين المرتبتين، فما دنا من المشقة العليا كان سبباً في التخفيف، وما دنا من الدنيا فلا أثر له في التخفيف والتخييص، وما توسط بين الرتبتين السابقتين قد يرجح بأمر خارج عنها.

بقي أن أشير إلى أن هذا الشرط إنما يتعلّق فيما شرع لأجل (الحاجة الخاصة)، أما ما شرع لأجل (الحاجة العامة) فلا يشترط فيه وجود المشقة أصلاً، كما مرّ سابقاً^(٣).

٥- أن يتعيّن العمل بالحاجة لرفع المشقة.

أي أن لا يوجد سبيل لدفع الحاجة والمشقة سوى مخالفة الحكم الشرعي الأصلي، فإذا

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ٣٧٩/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٥٥/١٦.

(٢) الموافقات في أصول الشريعة: ١١٩/٢، وما بعدها، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٠، قواعد الأحكام في

مصالح الأنعام: ٩/٢، وما بعدها، الحاجة وأثرها في الأحكام، أحمد الرشيد: ١٨٢/١ - ١٨٣.

(٣) ينظر: ص ١٥٦.

وجد طريق شرعي يرفع الحرج والضيق، فلا تكون الحاجة في هذه الحالة سبباً للترخيص^(١).
وقد أشار الفقهاء القدامى إلى مضمون هذا الشرط من خلال بعض الفروع الفقهية،
مثل ما ذكره المالكية - في المشهور عندهم - حول جواز لبس الحرير لمن به مرض جلدي،
فبعد أن نصوا على الأصل وهو التحريم، استثنوا إذا تعيّن لدفع المرض: "إلا أن يتعيّن طريقاً
للمرض وإلا جاز"^(٢).

ومثله ما ذكره الشافعية: "ويؤخذ من قوله للحاجة أنه متى وجد مغنياً عنه من دواء
أو لباس لم يجز له لبسه"^(٣).

وموطن هذا الشرط - كما في الشرط السابق - إنما هو فيما يتعلّق بـ (الحاجة الخاصّة)،
أما (الحاجة العامة) فلا يشترط لها ذلك.

٦ - أن تقدّر الحاجة بقدرها ووقتها.

ذكر الفقهاء مضمون هذا الشرط من خلال بعض الفروع الفقهية، ونصّ عليه
بعضهم صراحة، قال ابن حجر الهيتمي: "ما جاز لحاجة يتقدّر بقدرها"^(٤).
ومعناه: أن الأخذ بالرخصة يجب أن يكون مقتصرأً على القدر الذي تندفع به الحاجة،
وتزول المشقة، وإذا زالت الحاجة رفعت الإباحة، وعاد العمل بالحكم الشرعي الأصلي
العام.

فالطبيب الذي يحتاج إلى النظر إلى عورة المريض لا يجوز له النظر زيادة على حاجته،
والنظر إلى المرأة الأجنبية بقصد الخطبة لا يجوز فيها زاد على الحاجة، والمسافر لا يحلُّ له قصر
الصلاة إذا تحوّل إلى الإقامة^(٥)، وكذلك تباح الغيبة لغرض المشاورة في مصاهرة رجل، لكن

(١) نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي: ص ٢٦٩.

(٢) الفواكه الدواني: ٣٠٨ / ٢.

(٣) تحفة المحتاج: ٢٣ / ٣.

(٤) الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي: ٣ / ٣٤٨.

(٥) الموافقات في أصول الشريعة: ٣٠٣ / ١، تهذيب الفروق: ١٣٩ / ٢، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام: ١٦٥ / ٢.

إن حصل المقصود بذكر بعض المساوي، لا يجوز الزيادة عليها^(١).

وموطن هذا الشرط أيضاً - كما في الشرط السابق - إنما هو فيما يتعلّق ب (الحاجة الخاصّة)، أما ما شرع لأجل (الحاجة العامة) فلا يشترط له ذلك؛ لأن له صفة الاستمرار، ويستفيد منه المحتاج وغيره.

٧- أن يكون المحظور الذي يباح للحاجة مما حرّم لغيره، لا مما حرّم لذاته.

وذلك أن الحاجة لا تقوى على إباحة ما حرّم لذاته، وقد سبق الحديث عن هذا الشرط^(٢).

(١) الأذكار، النووي: ص ٣٤١.

(٢) ينظر: ص ١٥٠.

المبحث الثاني : تطبيقات قواعد التيسير ورفع الحرج في المعايير الشرعية

يتناول هذا المبحث أهم التطبيقات المتعلقة بقواعد التيسير ورفع الحرج في المعايير الشرعية، ومنها: إباحة التعامل بالأسهم المُختلطة للحاجة العامة، وكذلك تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات إعادة التأمين التقليدي، وعمليات تحول المصرف التقليدي إلى إسلامي، وكذلك القروض المتبادلة بالشرط، وأيضاً: المواعدة الملزمة للطرفين في بعض العقود.

ويتناول إباحة التورق المنظم للحاجة العامة، وكذلك إباحة المواطأة على الذرائع الربوية للحاجة العامة.

المطلب الأول: التعامل بأسهم الشركات المُختلطة أولاً- بيان صورة المسألة:

مرّ سابقاً^(١) أن أسهم الشركات تقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: شركات مباحة: وهي التي يكون غرضها مباحاً، وأنشطتها مشروعة، فتستثمر أموالها في أمور مباحة، وليس لها أنشطة محرّمة، وتبيّن أن هذا النوع جائز.

النوع الثاني: شركات محرّمة: وهي التي يكون غرضها الأساسي محرّماً، حيث تستثمر أموالها في أمور محرّمة، مثل صناعة الخمر والمخدرات، أو إنشاء مشاريع لأغراض محرّمة كالربا، وتبيّن أنه لا يجوز المساهمة في هذه الشركات، وكذلك يحرم تداول أسهمها، بلا خلاف.

النوع الثالث: شركات مختلطة: غرضها الأساسي مباح، ولكن بعض أنشطتها محرّمة، مثل الاقتراض من المصارف الربوية، أو إيداع أموالها لدى المصارف الربوية. وهذا النوع من الشركات هو محلّ الخلاف بين المعاصرين.

(١) ينظر: ص ١٠٥.

وسبق الحديث أن الفقهاء قد اختلفوا حول هذا النوع من الشركات على رأيين؛ فمنهم من منع ذلك مطلقاً، ومنهم من أجاز التعامل بهذه النوع من الأسهم بشروط؛ منها أن يكون غرض الشركة ونشاطها الأساسي مشروعاً، وأن لا يتجاوز الحرام نسبة مئوية معينة، وأن لا يباشر المسلم إجراء العقود المحرمة بالشركة، مهما قلّت نسبة الأنشطة المحرمة، وأن على المساهم في هذه الشركات أن يبذل جهده في منع الأنشطة المحرمة، وأن يعارض الممارسات المخالفة للشريعة بصوته في الجمعية العمومية للشركة، وأنه يجب على المساهم في هذه الشركات أن يتخلّص من كسب الجزء المحرّم من السهم، والذي تحصّل عليه من التعاملات غير المشروعة لهذه الشركات.

وسبق عرض أدلة الفريقين، وتبيّن أن الراجح هو حرمة الإسهام في هذه الشركات، وعدم جواز تداول أسهمها^(١).

لكن هل يمكن الاستناد إلى قواعد التيسير ورفع الحرج في إباحة التعامل مع هذا النوع من الشركات؟ وهل يمكن أن نعدّ الحاجة إلى التعامل مع هذا النوع من الأسهم من الحاجة العامة التي تنزّل منزلة الضرورة؟ أحاول أن أتناول هذا الجانب من الاستدلال بالقواعد الفقهية فيما يأتي.

ثانياً- حكم إباحة تداول الأسهم المختلطة للحاجة العامة:

أ- بيان وجه الاستدلال بقواعد (التيسير ورفع الحرج) على إباحة تداول الأسهم المختلطة. ورد في المعايير الشرعية الاستدلال بقواعد رفع الحرج والحاجة العامة على إباحة التعامل بأسهم الشركات المختلطة: "مستند استثناء التعامل بأسهم شركات أصل نشاطها حلال، ولكن تودع أو تقترض بالفائدة هو تطبيق قاعدة رفع الحرج والحاجة العامة..."^(٢). وموطن الحرج عندهم في الامتناع عن التعامل بالأسهم المختلطة، من خلال ما

(١) ينظر: ص ١٠٤.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢١): ص ٥٨١.

يلي^(١):

١- أن المسلمين بحاجة إلى استثمار أموالهم فيما لا يستطيعون الاستقلال باستثماره، فإذا مُنعوا من التعامل بهذا النوع من الشركات، سيجدون أنفسهم عاجزين عن استثمار مدخراتهم.

٢- إن الدولة بحاجة إلى استثمار مدخرات الناس في مشاريع نافعة، وإن تحريم التعامل بأسهم الشركات المُختلطة، قد يدفع الدولة إلى اللجوء إلى البنوك الربوية لتمويل مشروعاتها العامة.

٣- وأنهم إذا امتنعوا عن التعامل بهذه الأسهم، لأدى ذلك إلى تعطيل المشروعات الحيوية والنافعة في المجتمع.

٤- إن منع التعامل بهذه الأسهم سيؤدي إلى غلبة غير المسلمين على إدارة هذه الشركات، لكن لو أقدم المسلمون على التعامل مع هذه الشركات، فربما أمكنهم ذلك من التأثير في قراراتها، ومنع ما فيها من حرام.

ب- مناقشة الاستدلال بقواعد (التيسير ورفع الحرج) في إباحة التعامل بالأسهم المُختلطة. استدل المجيزون للتعامل بأسهم الشركات المُختلطة، بقواعد (التيسير ورفع الحرج)، وفي مقدمتها قاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة)، ويناقش استدلالهم بتلك القواعد بما يلي:

١- سبق القول أن الحاجة لا تقوى على إباحة المحظور إذا كان مما حرّم لذاته، وإنما يختص تأثيرها فيما حرّم لغيره^(٢).

إن الشركات المُختلطة وإن كان غرضها مباحاً، ونشاطها الأساسي مشروعاً، إلا أنها

(١) بحوث في الاقتصاد الإسلامي (عبد الله المنيع): ص ٢٣٠، المعاملات المالية المعاصرة (محمد رواس قلعه جي):

ص ٦٠، الاستثمار في الأسهم، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع: ٨٣/٢ - ٨٥،

قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، القرار رقم (١٨٢): ١/٢٨٨.

(٢) ينظر: ص ١٥٠.

تتعامل أحياناً بالربا إقراضاً واقتراضاً، فالمحرّم فيها إنما هو ربا النسيئة، وهو مما حرّم لذاته، فهو الربا السائد في الجاهلية، والذي جاءت النصوص بتحريمه، قال ابن القيم: "الربا نوعان: جليّ وخفي، فالجليّ حرّم لما فيه من الضّرر العظيم، والخفي حرّم لأنه ذريعة إلى الجلي، فتحرّيم الأول قصداً، وتحرّيم الثاني وسيلة، فأما الجليّ فربا النسيئة، وهو الذي كانوا يفعلونه في الجاهلية.." (١).

إذاً، فالحاجة إلى التعامل بأسهم الشركات المختلطة - إن وجدت - فهي لا تقوى على رفع المحذور، وهو ربا النسيئة؛ لأنه مما حرّم لذاته.

٢- إن من شرائط العمل بمقتضى الحاجة لرفع المحذور، أن تكون الحاجة متعيّنة (٢)، أي أن لا يمكن دفع الحاجة ورفع الحرج إلا بارتكاب المحذور، لكن الحاجة إلى التعامل بأسهم الشركات المختلطة، حاجة غير متعيّنة، وإن الإسهام في هذه الشركات لم يتعيّن طريقاً للكسب؛ لوجود البدائل المشروعة لاستثمار المال وتنميته، والتي تغني عن غيرها من الطرائق المحرّمة، والأفراد لم تغلق أمامهم أسباب الكسب الشرعي، ولم تسد في وجوههم الطرائق الشرعية لاستثمار المال.

٣- إن تعامل الأفراد مع هذا النوع من الشركات سيكون مشجعاً لها في الاستمرار في التعامل بالربا، لكنهم إن امتنعوا عن التعامل معها سيكون له تأثير في إلزام عدد منها في اجتناب الربا.

٤- إن إقامة المشروعات النافعة في المجتمع غير متوقف على التعامل مع شركات تتعامل بالربا.

إذاً، فلا يصحّ الاستناد إلى قواعد التيسير ورفع الحرج، وقواعد الحاجة العامة، في إباحة التعامل مع الشركات التي تتعامل بالربا إقراضاً واقتراضاً، وإن كان غرضها مشروعاً، ونشاطها الأساسي مباحاً؛ لأن الحاجة العامة لا تقوى على إباحة ما حرّم لذاته، وهو هنا ربا

(١) إعلام الموقعين عن ربّ العالمين: ٣/ ٣٩٧.

(٢) ينظر شرائط تطبيق قاعدة الحاجة: ص ١٥٥.

النسيئة، كما أن الحاجة إلى التعامل مع هذا النوع من الشركات حاجة غير متعيّنة؛ لوجود البدائل المشروعة الكثيرة.

المطلب الثاني: تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات إعادة التأمين التجاري

يتناول هذا المطلب دراسة تأثير قواعد (التيسير ورفع الحرج) في تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات التأمين التجاري.

ولن أفصّل القول في أحكام عقد التأمين بنوعيه التجاري والتعاوني، فهذا ليس محلّ البحث هنا، إنما سأتناول بعرض تمهيدي موجز أهم المصطلحات المتعلقة بالموضوع، ثم أنتقل لأبين تأثير قواعد (التيسير ورفع الحرج) في أحكام هذا النوع من التعامل.

أولاً- مدخل إلى التأمين وإعادة التأمين:

أ- تعريف التأمين التجاري، وحكمه:

عقد التأمين هو: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك لقاء قسط، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"^(١).

والمراد به هنا عقد التأمين التجاري، وهو الذي تنصرف إليه كلمة التأمين عند إطلاقها.

إذاً، فعقد التأمين التجاري يتم بين طرفين: الأول هو المؤمن، ويكون في العادة شركة تتعامل مع عدد كبير من المستأمنين، يمثل كل واحد منهم الطرف الثاني.

ويدفع كل مستأمن مبلغاً من المال على شكل أقساط دورية أو دفعة واحدة، لقاء ضمان الشركة بالتعويض عند وقوع الحادث المبيّن في العقد.

(١) القانون المدني السوري، المادة رقم (٧١٣).

وتقوم الشركة بدفع التعويض من الأقساط المالية لمجموع المستأمنين، ويمثل ربح الشركة الفرق بين ما تحصل عليه من أقساط المستأمنين، وما تدفعه من تعويضات عن الأخطار والحوادث الواقعة والمؤمن عليها.

ومن التعريف يظهر أهم ما يميز هذا العقد، وهو: أنه قائم على المعاوضة، وأنه عقد ملزم للجانبين، وأنه قائم على الخطر والغرر.

وأما حكم التأمين التجاري: فقد ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى تحريمه؛ لأنه يشتمل على محاذير شرعية عديدة أهمها؛ الغرر الفاحش، والقمار، والربا.

وقد صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، حيث جاء في دورة مؤتمره الثاني، القرار رقم: ٩ (٢ / ٩) بشأن التأمين وإعادة التأمين ما يلي: "أولاً: أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعاً".

ب- تعريف التأمين التعاوني، وحكمه:

يطلق على النوع من التأمين مصطلحات أخرى منها: التأمين التكافلي، والتأمين التبادلي، والتأمين الإسلامي.

وقد عرّف مجمع الفقه الإسلامي الدولي عقد التأمين التعاوني بأنه: "اشتراك مجموعة أشخاص يتعرضون لخطر أو أخطار معينة على أن يدفع كل منهم مبلغاً معيناً على سبيل التعاون لصندوق غير هادف للربح؛ لتعويض الأضرار التي قد تصيب أيّاً منهم إذا تحقق الخطر المعين، وفقاً للعقود المبرمة والتشريعات المنظمة"^(١).

وقد نصّ مجمع الفقه الإسلامي الدولي على أهم الفروق بين التأمين التعاوني والتأمين التجاري^(٢):

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٢٠٠ (٢١ / ٦) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني.

(٢) المرجع السابق.

وأهم هذه الفوارق أن التأمين التعاوني الإسلامي تعاون بين مجموعة أو عدة مجموعات من أفراد المجتمع من خلال الاشتراك في تحمل المخاطر ولا يهدف إلى الربح، لذلك فلا يعد من عقود المعاوضة، والغرر فيه مغتفر. أما التأمين التجاري فهو عقد معاوضة يستهدف الربح من المعاوضة على نقل المخاطر من المؤمن إلى شركة التأمين، وتنطبق عليه أحكام المعاوضات المالية التي يؤثر فيها الغرر.

وأن أطراف العلاقة في التأمين التعاوني هم: مجموع المشتركين في صندوق التأمين التعاوني، والجهة الإدارية، أما في التأمين التجاري فهم الشركة وحملة الوثائق. وأن الإدارة في التأمين التعاوني لا تملك أقساط التأمين (الاشتراكات)؛ لأن الأقساط مملوكة لصندوق المشتركين (حملة الوثائق)، أما الشركة في التأمين التجاري فإنها تملك الأقساط في مقابل التزامها بمبلغ التعويض.

وأن الشركة في التأمين التعاوني ملتزمة بأحكام الشريعة الإسلامية وفتاوى هيئاتها الشرعية، أما التأمين التجاري فهو على خلاف ذلك.

وأما حكم التأمين التعاوني: فقد ذهب أكثر الفقهاء المعاصرين إلى جوازه إذا كان قائماً على التبرع، لا على المعاوضة.

ومما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الثاني، بشأن التأمين وإعادة التأمين ما يلي: "أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون".

كما جاء أيضاً في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٢٠٠ (٦ / ٢١) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني ما نصّه: "التأمين التعاوني عقد جديد أساسه مبدأ التعاون المنضبط بضوابطه الشرعية المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية".

ج - مفهوم إعادة التأمين:

قد تعجز شركة التأمين عن الوفاء بالتزاماتها تجاه المستأمنين (المؤمن لهم)، وذلك إذا حصلت مخاطر تفوق توقعاتها؛ ولذلك فهي تلجأ - في العادة - إلى الارتباط بشركة تأمين

أخرى بهدف التأمين في مواجهة هذه المخاطر، وهو ما يسمى بإعادة التأمين.

إعادة التأمين: "عقد تقوم بموجبه شركة التأمين بنقل جزء من الأخطار التي تعهدت بتأمينها إلى شركة إعادة التأمين، وتلتزم بمقتضاه بدفع حصّة من أقساط التأمين المستحقّة لها من المستأمين لشركة الإعادة مقابل التزامها بتحمّل حصة من المطالبات وفق الاتفاقية الموقعة بينهما"^(١).

إذاً، فهو عقد تأمين بين شركة التأمين وشركة إعادة التأمين، يصير فيه الطرف المؤمن مؤمناً له، ويكون المؤمن المعيد فيه مؤمناً.

وحكمه أنه تسري عليه أحكام عقد التأمين ذاتها، وإعادة التأمين التجاري محرّم كالتأمين التجاري نفسه، وللأسباب ذاتها، والقائلون بجواز التأمين التعاوني يجيزون إعادة التأمين التعاوني، بالشروط ذاتها^(٢).

ثانياً- تأثير قواعد (التيسير ورفع الحرج) في تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات إعادة التأمين التجاري:

الأصل أن تقوم شركات التأمين التعاوني بإعادة التأمين مع شركات إعادة التأمين التعاوني؛ لأن الحرمة في التأمين التجاري تسري إلى شركات إعادة التأمين التجاري، للأسباب ذاتها.

لكن ماذا لو لم يتوافر أمام شركات إعادة التأمين التعاوني إلا شركات إعادة التأمين التقليدية، فهل تعدّ حاجة شركات إعادة التأمين التعاوني إلى إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية من الحاجة العامّة التي تنزل منزلة الضرورة، فترفع الحظر؟.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز ذلك، فأباحت إعادة التأمين من قبل شركات التأمين التعاوني لدى شركات إعادة التأمين التقليدية ضمن

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم: (٤١)، إعادة التأمين الإسلامي: ص ١٠٥٢.

(٢) ينظر: عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ٦٠٢/٢، وما بعدها.

ضوابط قاعدة (الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، عامّة كانت أو خاصّة).

جاء في المعايير الشرعية: "يحرم قيام شركة التأمين الإسلامية بإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية إلا كإجراء مرحلي على أساس الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة"^(١).

ومما نصّ عليه مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم: ٢٠٠ (٢١ / ٦) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني: "تلتزم شركات التأمين بأن تكون إعادتها للتأمين مع شركات إعادة تأمين إسلامية، وفي حال تعذر ذلك ولأسباب مبررة، فإن لها أن تعيد التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية بقدر الحاجة، ووفقاً للضوابط التي تضعها هيئة الرقابة الشرعية. وأي ضوابط أخرى تراها مناسبة".

وذهبت إلى جواز ذلك أيضاً عدد من الهيئات الشرعية، ومنها هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني^(٢).

وقد استند الفقهاء المعاصرون إلى قول الخبراء في مسألة تحقق حاجة شركات التأمين إلى التعامل مع شركات إعادة التأمين التقليدية، حيث يرى الخبراء أن شركات التأمين سوف تقع في حرج ومشقة إذا لم تتعامل مع شركات إعادة التأمين، وأنه بدون هذا التعامل لا يمكن لها أن تقوم ولا أن تزدهر^(٣).

يقول الدكتور الصديق الضير: "لأنه ليست هناك شركة إسلامية يمكن أن يعاد فيها التأمين، وتبين لنا من أقوال المتخصصين في التأمين أنه لا يمكن قيام شركة تأمين من غير أن تعيد التأمين في شركات أخرى لأنه سيكون مصيرها الفشل والخسارة"^(٤).

وقد وضع الفقهاء المعاصرون عدداً من الضوابط لجواز هذا النوع من التعامل، وهي

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٤١)، إعادة التأمين الإسلامي: ص ١٠٣٦.

(٢) ينظر: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، الفتوى رقم (٣)، الفتوى رقم (٥).

(٣) المرجع السابق، الفتوى رقم: (٣).

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني، ٢ / ٦٨٣.

ضوابط تحقق شروط الحاجة، ومن أهم هذه الضوابط^(١):

١- تعذر إعادة التأمين لدى شركات إعادة تأمين إسلامية، أو عدم كفاية شركات

إعادة التأمين الإسلامي، على أن تبدأ شركات التأمين الإسلامي بالتأمين لدى شركات إعادة التأمين الإسلامي بأكبر قدر ممكن.

٢- أن يكون عقد إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية على قدر الحاجة؛

وذلك بأن يكون الاتفاق مع تلك الشركات لأقصر مدّة ممكنة، وأن تكون نسبة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية بأقل قدر ممكن.

٣- "ألا تدفع شركة التأمين التعاوني أية فوائد ربوية عن المبالغ المحتفظ بها لدى

شركات إعادة التأمين التقليدي، ولا تأخذ فوائد ربوية عن المبالغ التي تحتفظ بها

لديها، على أن يكون الاحتفاظ لدى شركات التأمين التعاوني وليس شركات

الإعادة"^(٢).

٤- "أن تحصل شركات التأمين الإسلامية على موافقة واعتماد هيئات الرقابة الشرعية

لاتفاقيات إعادة التأمين قبل إبرامها"^(٣).

ويظهر مما سبق أن قواعد التيسير ورفع الحرج، وقواعد الحاجة العامة، يصحّ إعمالها

في إباحة تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات إعادة التأمين التقليدي، وذلك بشرط

مراعاة شرائط تطبيق قواعد الحاجة في هذا التعامل، والتي سبق ذكرها؛ وذلك لأن العامل

الأساسي في تحريم التأمين التجاري هو الغرر الفاحش، وهو مما يباح للحاجة العامة، وأيضاً

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم: (٤١)، إعادة التأمين الإسلامي: ص ١٠٣٧-١٠٣٨، قرار مجمع الفقه

الإسلامي الدولي رقم: ٢٠٠ (٢١/٦) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني، فتاوى هيئة

الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، الفتوى رقم: (٣)، الفتوى رقم: (٥)، التأمين وإعادة التأمين،

الدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، ٢/ ٥٥٣-٥٥٤.

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٢٠٠ (٢١/٦) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين

التعاوني.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم: (٤١)، إعادة التأمين الإسلامي: ص ١٠٣٨.

فإن شركات التأمين التعاوني لا تقوم إلا بوجود شركات إعادة تأمين، فإذا لم توجد شركات تأمين تعاوني، فتكون حاجتها إلى شركات إعادة التأمين التجاري متعيّنة.

وهذا كله عند من يرى إباحة التأمين التعاوني، وهم أكثر الفقهاء المعاصرين^(١).

المطلب الثالث: عمليات تحويل المصرف التقليدي إلى مصرف إسلامي

حققت المصارف الإسلامية في الآونة الأخيرة نجاحاً كبيراً، يدل على ذلك الازدياد المطرد والانتشار الواسع لهذه المصارف في مختلف دول العالم، وكذلك الحجم الكبير لتعاملاتها المالية، وإقبال عدد كبير من الناس على التعامل معها.

وهذا الأمر دفع عدداً من المصارف التقليدية إلى التحول إلى مصارف إسلامية، مما دفع الباحثين إلى وضع آليات وأسس هذا التحوّل بما يتفق مع الشريعة الإسلامية.

لكن عملية تحويل المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي قد تواجه عقبات شرعية وواقعية، مما يقتضي البحث عن حلول شرعية من خلال قواعد التيسير ورفع الحرج، وقواعد الحاجة العامة، في سبيل تذليل هذه العقبات.

وفي هذا المطلب أتناول دراسة تأثير قواعد التيسير ورفع الحرج، وقواعد الحاجة العامة في تيسير تحويل المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي.

أولاً- التأخر في التخلص المرحلي من العمليات غير المشروعة.

عندما يقرر المصرف التقليدي التحول إلى مصرف إسلامي، ويصدر قراره بذلك، فإن ذلك يعني أنه سيلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية في جميع تعاملاته.

من ذلك أنه يجب على المصرف أن يتخلص من العمليات غير المشروعة والمبرمة قبل قرار التحول، فوراً، ولا يجوز تأخير التخلص منها؛ لأن التخلص من التعامل المحرم واجب على الفور.

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الثاني بشأن التأمين وإعادة التأمين، وأيضاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ٢٠٠ (٦/ ٢١) بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني.

لكن ماذا لو تعذر التخلص الفوري من بعض العمليات غير المشروعة التي أبرمت قبل قرار التحول، أو ترتب على التخلص الفوري منها أضراراً بالغة مثل انهيار المصرف؟. نصّت المعايير الشرعية على جواز التأخر في التخلص من هذه العمليات عند تعذر التخلص الفوري؛ استناداً إلى قواعد الضرورة، وقواعد الحاجة العامة. ومما جاء في المعايير الشرعية: "أما العمليات غير المشروعة المبرمة قبل قرار التحول فالأصل التخلص منها فوراً، ولا يجوز التأخير إلا فيما تقتضيه الضرورة أو الحاجة؛ مراعاة للظروف الواقعية للبنك، لتجنب خطر الانهيار، أو حالات التعثر، على أن يتم التخلص من آثارها وفقاً لهذا المعيار"^(١).

ويناقد ذلك:

١- أما الاستناد إلى قواعد الحاجة في إباحة الاستمرار مؤقتاً في العمليات الربوية التي أبرمت سابقاً، والتخلص منها على مراحل، فغير دقيق؛ لأن قواعد الحاجة لا تبيح ربا النسيئة، كما مر سابقاً^(٢).

٢- أما الاستناد إلى قواعد الضرورة، فيشترط فيه تحقق شرائط الضرورة، ومنها أن الضرورة التي تبيح المحرم هي المشقة التي تؤدي إلى الهلاك أو ما قاربه، وهي التي تؤدي إلى فوات مصالح الدين أو الدنيا بالكلية، أما المشقة الشديدة التي لا تؤدي إلى الهلاك أو نحوه فإنما تندرج ضمن الحاجيات دون الضروريات.

وبناء على ذلك، إذا أدى التخلص الفوري من العمليات غير المشروعة، والمبرمة قبل التحول، إلى توقف أرباح البنك، أو تعطل أنشطته، فلا يعد ذلك ضرورة تبيح الاستمرار في تلك الأنشطة والعمليات الربوية، ولو مؤقتاً، وإنما يجب التخلص منها فوراً؛ لأن استمرار المصرف لا يعد ضرورة وفق المعنى الشرعي.

على أنه يجب أن لا يفهم الكلام السابق أنه عقبة أمام تحول المصرف التقليدي إلى

(١) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٦): ص ١٥٥-١٥٦.

(٢) ينظر: ص ١٥٠.

إسلامي؛ لأننا نقول أن التخلُّص المرحلي من العمليات غير المشروعة هو أفضل من الاستمرار فيها، فالتدرج في ترك الحرام أقلُّ إثماً من الاستمرار فيه.

وإن تشجيع المصارف التقليدية على التحول - ولو تدريجياً - إلى مصارف إسلامية أمر محمود، لكن هذا لا يعني أن تعاملها الربوي خلال فترة التحول التدريجي أصبح مباحاً للحاجة العامة، فربما القرض لا يباح للحاجة العامة، وإنما يباح للضرورة فقط، وإن شرائط الضرورة غير متوافرة هنا.

ثانياً - دفع الفوائد الربوية السابقة بعد تحول البنك إلى مصرف إسلامي.

الأصل أنه يجب على المصرف أن يمتنع عن الالتزامات غير المشروعة المترتبة على المصرف، ومنها الفوائد المترتبة على العقود الربوية؛ لأنه يحرم إعطاء الربا، والشرط الربوي المبرم فاسد شرعاً، ولا يجوز الالتزام به.

لكن قد يضطر المصرف لدفع هذه الفوائد لأسباب قانونية، وعليه فقد أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دفع هذه الفوائد استناداً إلى قاعدة الضرورة الشرعية.

ومما جاء في المعايير الشرعية بخصوص الالتزامات غير المشروعة المترتبة على البنك قبل قرار التحول، ومنها الفوائد الربوية: "ولا يدفع الفوائد إلا إذا اضطر إلى ذلك"^(١)، وأيضاً: "ومستند الخضوع لأداء الفوائد إذا لم يتمكن البنك من الامتناع لعدم الحماية القانونية، بل ربما لوجود عقوبات تحول دون الامتناع هو قاعدة الضرورات"^(٢).

ولا شك أن إعمال قواعد الضرورة هنا صحيح؛ إذا لم يجد المصرف خياراً آخر ولو بكلفة، وكان ملزماً بدفع هذه الفوائد بقوة القانون.

(١) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٦): ص ١٦٢.

(٢) المرجع السابق، المعيار رقم (٦): ص ١٧١.

المطلب الرابع: القروض المتبادلة

أولاً- بيان صورة المسألة:

يراد بالقروض المتبادلة: القرض بشرط القرض^(١)، وهو ما يسمى لدى الفقهاء القدامى بمسألة: (أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفْكَ)، أو (أُسْلِفْنِي أُسْلِفْكَ).

وقد أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية القروض المتبادلة سواء أكانت هذه القروض بين المؤسسات المالية، أم بين المؤسسة المالية وعملائها.

ورد في المعايير الشرعية اقتراح التعامل بالقروض المتبادلة كبديل شرعي عن بعض المعاملات المحرمة، ونص المقترح: "القروض المتبادلة من خلال حساب النقاط، بأن يحسب لصالح الرصيد الدائن نقاط دائرة يراعى فيها مقدار الرصيد ومدة بقائه فقط، وفي المقابل يحسب على الرصيد المدين نقاط مدينة يراعى فيها المقدار والمدة فقط..."^(٢).

وواضح من نص المعايير الشرعية أنهم يعنون بالقروض المتبادلة ما كان منها على سبيل الشرط، لا ما كان على سبيل التبرع، وهو محل البحث هنا. وفيما يلي بيان الأدلة مع المناقشة والترجيح.

ثانياً- الأدلة والمناقشة:

الدليل الأول: القياس على السَّفْتَجَةِ.

السَّفْتَجَةُ: "إِقْرَاضٌ لِسُقُوطِ خَطَرِ الطَّرِيقِ"^(٣)، أي: أن يقرض الرجل مالا في بلد ويستوفيه في بلد آخر؛ ليأمن خطر الطريق.

وحكمها: أنها ممنوعة عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية؛ لانتفاع

(١) يراد بالقروض المتبادلة هنا، وفي المعايير الشرعية: ما كان على سبيل الشرط، أي: القروض المتبادلة بالشرط، ولا يراد ما كان على سبيل التبرع غير المشروط.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء، البند: (٥/٦/٣/٢): ص ١٣٦٦ - ١٣٦٧.

(٣) رد المحتار: ٣٥٠/٥.

المُقَرَض من القرض^(١)، وهي جائزة في الراجح من مذهب الحنابلة؛ لأن انتفاع المُقَرَض إنما هو من غير ضرر بالمقترض، فالنفع مشترك بينهما، من غير ضرر بواحد منهما^(٢).

وقد ورد الاستدلال في المعايير الشرعية على جواز القروض المتبادلة بالقياس على السَّفْتَجَة^(٣).

ووجه القياس: وجود النفع المشترك للطرفين في كل من أن القروض المتبادلة، وكذلك في السَّفْتَجَة.

ويناقد ذلك:

إن قياس القروض المتبادلة على السَّفْتَجَة قياس مع الفارق؛ لأن انتفاع المُقَرَض في السَّفْتَجَة بدفع خطر الطريق، لا يضرُّ بالمقترض.

وهذا بخلاف القروض المتبادلة حيث يجزُّ القرض إلى المُقَرَض منفعة تضر بالمقترض، وهي إلزامه بالإقراض، أي أنه يُلْزَم بأن يقدم قرضاً مماثلاً للقرض الأول في المقدار والمدة، في فترة لاحقة، وهذا الإلزام هو وهو ضرر به؛ لأنه حبس لماله عن الانتفاع به مدة القرض^(٤).

وبعبارة أخرى: في القروض المتبادلة يشترط المقرض حصوله على قرض مماثل في فترة لاحقة، وهذا الشرط يحقق مصلحة المقرض، ويضر بالمقترض من جهة إلزامه بالإقراض في فترة لاحقة، فتؤول المسألة إلى: (قرض جر منفعة)، وهي ربا، وهذا بخلاف السَّفْتَجَة، التي يكون فيها انتفاع المقرض من جهة أخرى لا علاقة بها بالمقترض، وهي أمن الطريق، فلا تلحق الضرر به.

الدليل الثاني: التفريق بين القروض المتبادلة، وبين مسألة: (أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفُكَ).

(١) رد المحتار: ٣٥٠/٥، حاشية الدسوقي: ٣/٢٢٥-٢٢٦، نهاية المحتاج: ٤/٢٣٠.

(٢) المغني: ٤/٢٤٠-٢٤١.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء، مستند الأحكام الشرعية: ص ١٣٧٨.

(٤) القروض المتبادلة، عبد العظيم أبو زيد، مجلة إسراء الدولية للمالية الإسلامية، ٢٠١٠م، المجلد ١، عدد ١.

ورد في المعايير الشرعية في معرض الاستدلال على جواز القروض المتبادلة: أنها لا تدخل في مسألة (أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفُكَ)^(١)، وفيما يلي بيان ذلك ومناقشته:

أ- بيان مسألة (أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفُكَ) وحكمها:

السَّلَف هو القرض^(٢)، وأُسْلِفْنِي: أقرضني، فالمسألة تعني: أقرضني وأقرضك، أي القرض مقابل القرض، وفيما يلي آراء الفقهاء حولها:

نص الحنفية على حرمة الشروط في القرض: قال ابن عابدين: "القرض بالشَّرْط حرام، والشَّرْط لغو"^(٣).

وذهب الشافعية إلى عدم جواز اشتراط القرض مقابل القرض؛ وعلَّلوا المنع: "لأنه حينئذ يجزُّ نفعاً للمقرض فلا يصح"^(٤).

ونص المالكية: "أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفُكَ وهو سلف جرَّ منفعة"^(٥)، وفي مواهب الجليل: "ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصاً ليسلفه بعد ذلك"^(٦).

وعند الحنابلة: "وإن شرط في القرض ... أن يقرضه المقرض مرة أخرى، لم يجز"^(٧)، وأيضاً: "...أو شرط أحدهما على الآخر أن يبيعه أو يؤجره أو يقرضه لم يجز ذلك"^(٨).

ب- مناقشة التفريق بين القروض المتبادلة، وبين مسألة: (أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفُكَ):

ورد في المعايير الشرعية أن القروض المتبادلة تختلف عن مسألة (أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفُكَ)،

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء، مستند الأحكام الشرعية: ص ١٣٧٩، وأيضاً: المرجع ذاته: المعيار الشرعي رقم (١٩)، القرض، مستند الأحكام الشرعية: ص ٥٣٧.

(٢) لسان العرب، مادة (سلف): ١٥٨/٩.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ١٦٦/٥.

(٤) حاشية البَجَرَمِي على شرح المنهج: ٣٥٦/٢.

(٥) حاشية الدسوقي: ٣٦٤/٣.

(٦) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: ٣٩١/٤.

(٧) المغني: ٢٤١/٤.

(٨) كشاف القناع: ٣١٧/٣.

من جهة أن (أُسْلِفْنِي وَأُسْلِفُكَ) معاملة واحدة فيها شرط لمصلحة المقرض، أما القروض المتبادلة منظومة عقدية تهدف إلى تحقيق التعاون بين طرفين، إذا احتاج أحدهما للنقد أقرضه الآخر، دون مزية لأحدهما على الآخر، فالشرط يمكن أن يكون مرة لصالح الأول، ومرة لصالح الثاني^(١).

ويناقش ذلك: إن ما أسمته المعايير الشرعية بـ (منظومة عقدية) هي عقد واحد يتكرر باستمرار، فإن كان هذا العقد جائزاً، كان التعامل وفق هذه المنظومة جائزاً، وإن كان محرماً كانت تلك المنظومة محرمة، وهذا العقد هو (القرض بشرط القرض) وهو من ربا القرض، كما سبق بيانه.

كما أن عقد القرض من عقود التبرعات، فلا يتصور حصوله من غير مزية لأحدهما على الآخر، وإلا تحول إلى عقد معاوضة.

الدليل الثالث: الحاجة العامة.

ورد في المعايير الشرعية الاستدلال على جواز القروض المتبادلة بالحاجة العامة^(٢). ويناقش أن سبب التحريم في مسألة القروض المتبادلة، هو دخولها في ربا القرض المحرم، وهو الربا الذي كان سائداً في الجاهلية الذي نزلت النصوص بتحريمه، وقد مر سابقاً أن الحاجة العامة لا تقوى على إباحة ما حرم قصداً، مثل ربا القرض^(٣).

ثالثاً- الترجيح:

يترجح مما سبق تحريم القروض المتبادلة بالشرط؛ لأن عقد القرض عقد إحسان وإرفاق وتبرع، فاشتراط المقرض حصوله على قرض مماثل، هو شرط يجعل عقد القرض عقد معاوضة، وهو شرط فيه منفعة للمقرض، وضرر بالمقترض، بإلزامه بالإقراض في فترة لاحقة، بما يماثل القرض الأول، وهو الربا، وربا القرض لا تباح للحاجة العامة.

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥٨)، إعادة الشراء، مستند الأحكام الشرعية: ص ١٣٧٩.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١٩)، القرض، مستند الأحكام الشرعية: ص ٥٣٧.

(٣) ينظر ص ١٥٠.

المطلب الخامس: المواعدة الملزمة للطرفين

يتناول هذا المطلب أثر الحاجة في إباحة المواعدة الملزمة للطرفين في بعض العقود، مثل الاعتماد المستندي.

وأبدأ بتعريف الوعد والمواعدة، ثم بيان الحكم الأصلي للمواعدة الملزمة للطرفين، ثم بيان أثر الحاجة في إباحة المواعدة الملزمة.

أولاً- تعريف الوعد والمواعدة، وبيان الفرق بينهما.

أ- الوعد: "الإخبار عن فعل المرء أمراً في المستقبل يتعلق بالغير، سواء أكان خيراً أم شراً"^(١).

ب- المواعدة: المواعدة على العقد هي: "إعلان شخصين عن رغبتهما في إنشاء عقد في المستقبل تعود آثاره عليهما"^(٢).

فالفرق بين الوعد والمواعدة: أن الوعد إنما يكون من طرف واحد، أما المواعدة فتكون من الطرفين، وكلٌّ من الوعد والمواعدة قد يكون ملزماً وقد يكون غير ملزم.

ثانياً- حكم المواعدة الملزمة للطرفين في العقود.

الأصل في المواعدة الملزمة للطرفين في العقود المنع؛ لأن المواعدة إذا كانت ملزمة للطرفين فهي تتفق مع العقد في أمرين جوهريين، الأول: الإلزام، الثاني: يترتب على كل طرف حقوق والتزامات.

ومع هذا التشابه بين المواعدة الملزمة وبين العقد إلا أن تسليم البدلين يكون فيها مؤجلاً، وبذلك تشبه المواعدة الملزمة إبرام عقد مع تأجيل البدلين، وتأجيل البدلين في العقد ممنوع بلا خلاف، قال ابن رشد: "فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع، لا في العين، ولا في الذمة"^(٣).

(١) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء: ص ٤٥١.

(٢) المرجع السابق: ص ٤٥١.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ١٤٤/٣.

ولذلك فإن الأصل في المواعدة الملزمة للطرفين المنع، ولو أجازت لأمكن من خلالها اقتحام البيوع المنهي عنها، مثل (بيع ما لا يملك) و (البيع مع تأجيل البدلين).
وقد صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٥٧ (١٧/٦): "أولاً: الأصل في المواعدة من الطرفين أنها ملزمة ديانة، وليست ملزمة قضاء".
ومما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٤٠ - ٤١ (٥/٢ و ٥/٣): "ثالثاً: المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المربحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المربحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكا للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده"^(١).
ثالثاً- أثر الحاجة في إباحة المواعدة الملزمة للطرفين في بعض العقود.

بعض العقود الحديثة لا يمكن إنجازها إلا إذا سبقها مواعدة ملزمة للطرفين، وذلك بسبب القوانين والأعراف التجارية الدولية، ومن هذه العقود:
الاعتماد المستندي وهو: "تعهد مكتوب من بنك (يسمى المصدر) يسلم للبائع (المستفيد)، بناءً على طلب المشتري (مقدم الطلب أو الأمر) مطابقاً لتعليماته، أو يصدره البنك بالأصالة عن نفسه يهدف إلى القيام بالوفاء (أي بوفاء نقدي أو قبول كمبيالة أو خصمها) في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة شريطة تسليم مستندات البضاعة مطابقة للتعليمات."^(٢).

(١) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل سلفٌ وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربحٌ ما لم يُضْمَنْ، ولا بيعٌ ما ليس عندك». أخرجه الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث (١٢٣٤): ٥٢٧/٣، وقال الإمام الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح. وأخرجه أيضاً: أبو داود في السنن، أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث (٣٥٠٤): ٢٨٣/٣، النسائي في السنن الصغرى، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم الحديث (٤٦١١): ٢٨٨/٧، أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو، رقم الحديث (٦٦٧١): ٢٥٣/١١.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١٤)، الاعتمادات المستندية، البند (١/٢): ص ٣٩٥.

فالاعتماد المستندي هو دخول البنك كوسيط بين البائع والمشتري، بحيث يكفل البنك الثمن للبائع، ويكفل للمشتري مواصفات البضاعة.

وقد تتحول صيغة الاعتماد المستندي إلى عقد مرابحة، وذلك إذا كان المشتري لا يملك ثمن البضاعة، فيتحول البنك من ضامن إلى مالك، حيث يقوم البنك بشراء البضاعة لنفسه، بناء على وعد من العميل بشرائها منه لاحقاً، وبعد امتلاك البنك للبضاعة، يقوم ببيعها مؤجلاً للعميل^(١).

وهذا النوع من العقود لا يمكن أن يتم إلا من خلال مواعدة ملزمة للطرفين؛ وذلك لأنه يشترط لفتح الاعتماد وجود اتفاقية بيع ملزمة للطرفين^(٢).

ولذلك أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المواعدة الملزمة في هذا النوع من العقود.

ورد في المعايير الشرعية: "المواعدة بفعل مباح غير واجب شرعاً يجب إيفاؤها على الطرفين ديانة، وهي غير لازمة في القضاء، إلا في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز معاملة تجارية حقيقية بدون مواعدة ملزمة، إما بحكم القانون، أو بحكم الأعراف التجارية العامة، وليس لأغراض التمويل فقط، مثل: ١/٢/٤ المواعدة في التجارة الدولية عن طريق الاعتماد المستندي." ^(٣).

والمستند الشرعي لذلك: هو الحاجة العامة.

مناقشة الاستدلال بالحاجة العامة في إباحة المواعدة الملزمة للطرفين في الاعتماد المستندي:

إن سبب التحريم في المواعدة الملزمة هو كونها شبيهة بالعقد مع تأجيل تسليم البديلين،

(١) في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حامد: ص ٨٤، الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشبيلي: ٢/ ٤٧٠ - ٤٧١.

(٢) أحكام الوعد والمواعدة في العقود، محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة عشرة: ٣/ ٣٣٩ - ٣٤٠.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٤٩)، الوعد والمواعدة، البند: (٢/٤): ص ١١٩١ - ١١٩٢.

وتأجيل البدلين لا يصح في عقد البيع؛ لإفضائه إلى الغرر، أي أن المنع هو من جهة وجود الغرر.

قال القرافي في بيان سبب المنع من تأجيل البدلين: "إذا اشتملت المعاملة على شغل الدمتين توجهت المطالبة من الجهتين، فكان ذلك سبباً لكثرة الخصومات والعداوات، فمنع الشرع ما يفضي لذلك وهو بيع الدين بالدين"^(١).

وأشار الرافعي إلى أن اشتراط التعجيل في رأس مال السلم "كيلا يعظم الغرر في الطرفين"^(٢).

لكن الغرر إنما يباح للحاجة العامة، قال النووي: "الأصل أن بيع الغرر باطل... فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه... فهذا يصح بيعه بالإجماع"^(٣).

وقال ابن قدامة: "ولا يجوز بيع اللبن في الضرع... وأما لبن الطئر فإنما جاز للحضانة؛ لأنه موضع حاجة"^(٤).

وعليه فيظهر جواز المواعدة الملزمة للطرفين في هذا النوع من العقود؛ إعمالاً لقواعد الحاجة العامة، وذلك لأن الحاجة إلى مثل هذه العقود أصبحت ماسة، ومتعينة، إذ لا يوجد نظام بديل يؤدي نفس الغرض، ويحقق ذات الغاية، فتعين اللجوء إلى تلك المعاملة، لا سيما أن أصل المنع فيها بسبب الغرر، والغرر يباح للحاجة.

ولا بد من الإشارة إلى أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد أجاز المواعدة الملزمة للطرفين فيما تدعو إليه الحاجة مثل: (فتح الاعتماد المستندي).

فقد جاء في قرار المجمع رقم ١٥٧ (١٧/٦): "ثالثاً: في الحالات التي لا يمكن فيها إنجاز عقد البيع لعدم وجود المبيع في ملك البائع مع وجود حاجة عامة للإلزام كل من

(١) أنوار البروق في أنواء الفروق: ٢٩١/٣.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز: ٣٩١/٤.

(٣) المجموع: ٢٥٨/٩.

(٤) المغني: ١٥٧/٤.

الطرفين بإنجاز عقد في المستقبل بحكم القانون أو غيره، أو بحكم الأعراف التجارية الدولية، كما في فتح الاعتماد المستندي لاستيراد البضاعات، فإنه يجوز أن تجعل المواعدة ملزمة للطرفين إما بتقنين من الحكومة، وإما باتفاق الطرفين على نص في الاتفاقية يجعل المواعدة ملزمة للطرفين".

المطلب السادس: تطبيقات متفرقة لقواعد التيسير ورفع الحرج في المعايير الشرعية أولاً- إباحة التورق المصرفي المنظم للحاجة العامة

مر سابقاً أن بعض الفقهاء المعاصرين قد أجازوا التورق المصرفي المنظم؛ للحاجة العامة^(١).

وقد جاء في المعايير الشرعية: "التورق ليس صيغة من صيغ الاستثمار أو التمويل، وإنما أجاز للحاجة بشروطها"^(٢).

ويناقش استدلالهم هذا بأمرين:

الأمر الأول: بأن سبب التحريم في التورق المنظم هو كونه تحايلاً على الربا، فالتحريم فيه لأنه يتضمن ربا النسيئة.

وقد سبق القول أن الحاجة لا تقوى على إباحة المحظور إذا كان مما حرّم لذاته، وإنما يختص تأثيرها فيما حرّم لغيره^(٣).

وعليه لا يجوز إباحة التورق المنظم للحاجة؛ لأن الحاجة لا تبيح ما حرّم لذاته، ومن ذلك ربا النسيئة.

الأمر الثاني: إن من شرائط العمل بمقتضى الحاجة لرفع المحظور، أن تكون الحاجة

(١) ينظر ص ٧٣.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٠)، التورق: ص ٧٦٩، وما ورد في المعايير إنما هو حول التورق العادي لا المنظم.

(٣) ينظر: ص ١٥٠.

متعيّنة^(١)، أي أن لا يمكن دفع الحاجة ورفع الحرج إلا بارتكاب المحذور، لكن الحاجة إلى التورّق المصرفي المنظم، حاجة غير متعيّنة؛ لوجود البدائل المشروعة الكثيرة في الحصول على السيولة المالية، والتي تغني عن غيرها من الطرائق المحرّمة، والأفراد لم تغلق أمامهم أسباب الكسب الشرعي، ولم تسد في وجوههم الطرائق الشرعية للحصول على السيولة المالية بطرق مشروعة.

ثانياً- إباحة المواطأة على الذرائع الربوية للحاجة

مر سابقاً^(٢) أن "المعايير الشرعية" نصت على تحريم المواطأة على الذرائع الربوية، ثم اشترطت لحصول التحريم: ألا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجحة إلى تلك المعاملة^(٣)، وعليه فإذا وجدت حاجة إلى تلك الذرائع الربوية فتباح للحاجة.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن ربا النسيئة مما حرم لذاته، فهو مقصود بالتحريم، وقد مر سابقاً أن الحاجة العامة لا تقوى على إباحة ما حرّم قصداً، مثل ربا النسيئة^(٤).

وعليه فإن الاستدلال بقواعد الحاجة لا يصح في إباحة الذرائع الربوية.

ثالثاً- فسخ الإجارة للأعذار الطارئة

الإجارة في لغة الفقهاء: "عقد على المنفعة بعوض"^(٥).

والإجارة عقد لازم عند عامة الفقهاء، فلا يفسخ إلا بإرادة الطرفين^(٦).

لكن ماذا لو حدث عذر بأحد المتعاقدين، مثل أن يفلس المستأجر فلا ينتفع بالمستأجر، أو يضطر إلى سفر، وغير ذلك؟.

(١) ينظر شرائط تطبيق قاعدة الحاجة: ص ١٥٥.

(٢) ينظر ص ٧٥.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢٥)، الجمع بين العقود، البند: (٢/٣/٦): ص ٦٦٣.

(٤) ينظر ص ١٥٠.

(٥) المبسوط: ٧٤/١٥.

(٦) بدائع الصنائع: ٢٠١/٤، المغني: ٣٣٢/٥.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز فسخ الإجارة للأعذار الطارئة.

ورد في المعايير الشرعية: "يجوز فسخ عقد الإجارة باتفاق الطرفين، ولا يحق لأحدهما فسخه إلا لعذر طارئ أو لظروف قاهرة..."^(١).

والمستند الشرعي في ذلك: الحاجة ورفع الحرج، والعرف^(٢).

وأصل هذه المسألة لدى الفقهاء:

١- ذهب الحنفية إلى جواز فسخ الإجارة للعذر، واستدلوا بأن الحاجة تدعو إليه عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد^(٣).

٢- ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز فسخ الإجارة للعذر؛ لأن الإجارة عقد لازم، كالبيع، فلا يملك أحد المتعاقدين فسخه، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه^(٤).

والخلاصة: أن أعمال قواعد التيسير ورفع الحرج، وقواعد الحاجة العامة، في فسخ الإجارة بالعذر الطارئ؛ يصح تخريجاً على مذهب الحنفية.

والخلاصة:

١- ما كان سبب المنع فيه مما حرم لذاته (قصداً) مثل ربا النسيئة، لا يباح للحاجة العامة، مثل التعامل بأسهم الشركات المختلطة، ومثل التأخر في التخلص من العمليات غير المشروعة حالة تحول المصرف الربوي إلى إسلامي، ومثل القروض المتبادلة بالشرط، والتورق المصرفي المنظم، ومثل الذرائع الربوية.

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٤)، إجارة الأشخاص، البند: (٢/٢/٨): ص ٨٦٠.

(٢) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ٨٧١.

(٣) بدائع الصنائع: ٤/١٩٧، الهداية: ٣/٢٤٧، المبسوط: ٢/١٦.

(٤) منهاج الطالبين: ص ١٦٣، المغني: ٥/٣٣٣.

٢- ما كان سبب المنع فيه مما حرم لغيره، مثل الغرر، فإنه يباح للحاجة العامة إذا تحققت شرائطها، مثل تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات إعادة التأمين التقليدي، ومثل المواعدة الملزمة للطرفين في بعض العقود التي لا يمكن إنجازها من غير المواعدة الملزمة.



الفصل الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر وتطبيقاتها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد الضرر في المعايير الشرعية.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر

يتناول هذا المبحث أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالضرر، وشرح معناها، ومصادرها، وشرائط تطبيقها، مثل قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، والقواعد الفقهية المتفرعة عنها.

المطلب الأول: قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)

تعدّ هذه القاعدة من القواعد الفقهية الأساسية التي عليها مدار الفقه كله^(١)، وهي نصّ المادة رقم (١٩) من مجلة الأحكام العدلية.

وإن أغلب كتب القواعد الفقهية قد عبّرت عن القاعدة بلفظ (الضرر يزال)، وجعلت الحديث (لا ضرر ولا ضرار) دليلاً على القاعدة^(٢)، أما مجلة الأحكام العدلية فقد اختارت الصيغتين، ففي المادة (١٩) نصّت على صيغة (لا ضرر ولا ضرار)، وفي المادة (٢٠) نصّت على صيغة (الضرر يزال)، وهو ما سوف أسير عليه إن شاء الله.

أولاً- معنى القاعدة:

أ- المعنى اللغوي للقاعدة:

الضرر: اسم مأخوذ من الضرّ، وهو: النقصان، وهو ضدّ النفع، يُقال: ضرّه يضرّه إذا فعّل به مكروهاً، وقيل: كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضرّ بالضم، وما كان ضدّ النفع فهو ضرّ بفتحها^(٣).

ب- الفرق بين الضرر والضرار:

ذكر العلماء في التفريق بين الضرر والضرار عدة آراء، أهمها:

١- أن الضرر هو ابتداء فعل الضرر، أي أن يضرّ الرجل غيره ابتداءً، أما الضرار فهو مقابلة الضرر بالضرر على وجه غير جائز.

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٧.

(٢) الأشباه والنظائر (السبكي): ١ / ٤١، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٣، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٧٢.

(٣) القاموس المحيط، باب الرءاء، فصل الضاد: ١ / ٤٢٨، المصباح المنير (ضرر): ٢ / ٣٦٠.

٢- أن الضَّرَرَ يكون بإدخال الضرر على غيره مع حصول النفع له، أي أن يضرَّ الرجل صاحبه بما ينتفع به هو، أما الضَّرَار فهو أن يضرَّ الرجل صاحبه بما لا يعود عليه بالنفع.

٣- أن الضَّرَرَ والضَّرَار بمعنى واحد، وأن التكرار في الحديث للتأكيد^(١).

ج- المعنى العام للقاعدة:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي للقاعدة عن المعنى اللغوي لها، ويكون المعنى العام للقاعدة:

لا يجوز شرعاً أن يلحق أحد مفسدة بغيره، سواء أكانت مفسدة مادية أم معنوية، ومهما كان نوع المفسدة، سواء كانت في دينه أو في بدنه أو في ماله أو في عرضه أو في عقله، واستثنى الفقهاء من ذلك ما أذن فيه الشارع من الضرر، مثل المعاقبة على التعدي^(٢).

قال الشاطبي: "فإن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كلييات... ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغضب والظلم، وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرر، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال"^(٣).

ثانياً- أدلة القاعدة:

أ- من القرآن الكريم:

دلّت عدد من الآيات القرآنية على تحريم الضرر والضَّرَار بغير حقٍّ، منها:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ

بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْدُوْا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ (البقرة: ٢٣١).

فقد دلت الآية على تحريم إلحاق الضرر بالمرأة، من خلال إطالة مدة العدة، وقد ورد

(١) لسان العرب (ضرر): ٤/٤٨٢، جامع العلوم والحكم: ٢/٢١٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ١٦٥، المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٣٣١-٣٣٣.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة: ٣/١٦-١٧.

في تفسيرها: "يطلقها، حتى إذا كادت تنقضي راجعها، ثم يطلقها، فيدعها، حتى إذا كادت تنقضي عدتها راجعها، ولا يريد إمساكها: فذلك الذي يضار ويتخذ آيات الله هزواً" (١).

٢- قوله تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرْ وَلَدَةً يُؤَلِّدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولِّدُهَا﴾ (البقرة: ٢٣٣).

وقد دلت الآية صراحة على تحريم إلحاق الضرر بالوالدة، من خلال انتزاع ولدها منها وهي ترغب في إرضاعه، وكذلك تحريم إلحاق الضرر بالوالد بأن تقذف به إلى أبيه؛ إضراراً له (٢).

ب- من السنة النبوية:

إن هذه القاعدة هي نص حديث النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) (٣)، وهذا الحديث سنده حسن، وله طرق يقوي بعضها بعضاً (٤)، قال المناوي: "وقال العلائي: للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به" (٥).

ولهذه القاعدة شواهد أخرى من السنة، منها: قول النبي صلى الله عليه وسلم: (ملعون من ضار مؤمناً أو مكر به) (٦)، وفي إسناده ضعف (٧).

وأيضاً: قوله صلى الله عليه وسلم: "بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كلُّ

(١) جامع البيان في تأويل القرآن (الطبري): ٨/٥.

(٢) المرجع السابق: ٤٩/٥.

(٣) سنن ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث: (٢٣٤١): ٣/٤٣٢، مسند أحمد، مسند عبد الله بن العباس، رقم الحديث: (٢٨٦٥): ٥/٥٥، موطأ مالك، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث: (٦٠٠): ٤/١٠٧٨، المستدرک على الصحيحين، كتاب البيوع، رقم الحديث: (٢٣٤٥): ٢/٦٦.

(٤) جامع العلوم والحكم، الحديث الثاني والثلاثون: ٢/٢٠٧، وما بعدها، المجموع: ٨/٢٥٨.

(٥) فيض القدير، رقم الحديث (٩٨٩٩): ٦/٤٣١.

(٦) سنن الترمذي، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في الخيانة والغش، رقم الحديث (١٩٤١): ٤/٣٣٢. قال الترمذي: هذا حديث غريب.

(٧) جامع العلوم والحكم: ٢/٢١١، التمهيد: ٢٠/١٦٢.

المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه"^(١). فهو يدلُّ على تحريم إلحاق الضرر والأذى بالمسلم.

ثالثاً- أركان القاعدة وشرائط تطبيقها:

مرَّ سابقاً أن كلَّ قاعدة تقوم على ركنين؛ وهما: الموضوع والحكم، وفيما يلي بيان لهما:

- ١- الركن الأول (الموضوع): إن موضوع هذه القاعدة هو: (الضَّرَر والضَّرَار).
 - ٢- الركن الثاني (الحكم) أو (المحمول): إن الحكم في هذه القاعدة هو: (نفي الضَّرَر والضَّرَار)، ومحل الحكم هو: ما يمكن أن يقع عليه الضَّرَر^(٢).
- وأما شروط تطبيق هذه القاعدة فهي:

- ١- أن يكون الضَّرَر حقيقياً ومحققاً: بأن يتحقق فيه معنى الضرر، وأن يكون واقعاً بالفعل أو أنه سيقع حتماً، بخلاف ما إذا كان الضرر نادراً، فلا يعتدُّ به في الأحكام؛ لأن الأحكام لا تبنى على النادر، بل تغلب فيها المصلحة الراجحة على المفسدة النادرة، فيؤخذ بالشهادة في القضاء، مع احتمال الكذب والوهم والغلط^(٣).
- ٢- أن لا يترتب على إزالة الضرر ضرر مثله: وهو معنى القاعدة الفقهية: (الضرر لا يزال بمثله)، وهي نصُّ المادة (٢٥) من مجلة الأحكام العدلية؛ لأنه لو أزيل الضرر بضرر مثله، لما زال في الحقيقة، ولذلك لا يحلُّ للمضطر أن يأكل طعام مضطر آخر^(٤)، ولا يحلُّ لمن أكرهه على قتل غيره أن يفدي نفسه بغيره^(٥).

(١) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم، وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، رقم الحديث (٢٥٦٤): ٤/١٩٨٦.

(٢) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٣٣٧.

(٣) الموافقات في أصول الشريعة: ٢/٣٥٨ - ٣٥٩، القواعد الكليَّة والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية (شبير): ص ١٧١.

(٤) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٦.

(٥) تبين الحقائق: ٥/١٨٦، بلغة السالك: ٢/٢٤٩، نهاية المحتاج: ٧/٢٥٨، المغني: ٨/٢٦٦ - ٢٦٧.

٣- أن يكون الضرر بغير حق: يشترط في تطبيق القاعدة أن يكون حصول الضرر بغير حق شرعي، مثل التعدي أو الإهمال، بخلاف ما إذا كان وقوع الضرر بحق، وهو ما أذن فيه الشارع، مثل ما شرعه الله تعالى من الحدود والقصاص، ومثل تضمين الناس ما أتلّفوه من أموال^(١).

٤- أن لا يكون الضرر يسيراً: لأن الضرر اليسير الذي يشقُّ الاحتراز عنه مغتفر فيه^(٢).

رابعاً- تطبيقات القاعدة:

لهذه القاعدة تطبيقات متنوعة في مختلف أبواب الفقه^(٣):

أ- في العبادات: تشرع الرخصة في كل موضع يؤدي فيه الأخذ بالعزيمة إلى حصول الضرر، مثل مشروعية المسح على الجبيرة، والتيمم، لمن يضره الوضوء، والصلاة قاعداً للمريض، وكذلك إفطاره.

ب- في المعاملات: نهى الشارع عن البيع على البيع، وشرع الخيار للمشتري؛ دفعاً لضرر الغبن، وشرع رد السلعة بالعيب؛ دفعاً للضرر عن المشتري، وكذلك مشروعية الشفعة؛ لدفع ضرر الجوار ومؤونة القسمة، ومشروعية ضمان المتلفات؛ دفعاً للضرر عن أصحابها، وشرع الحجر على الصغير والسفيه والمجنون؛ دفعاً لضرر ضياع المال.

(١) جامع العلوم والحكم: ٢/ ٢١٢.

(٢) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية (شبير): ص ١٧٢.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٤، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٧٣، الأشباه والنظائر (السبكي): ١/ ٤١،

المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٣٥٢، وما بعدها.

المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتفرّعة عن قاعدة (لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ)
أولاً- قاعدة (الضرر يزال).

نصّ على هذه القاعدة عدد من الفقهاء منهم: السيوطي وابن نُجَيم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(١)، وهي نصّ المادة رقم (٢٠) من مجلة الأحكام العدلية.
أ- معنى القاعدة:

سبق الحديث عن معنى الضرر، فيكون معنى هذه القاعدة: وجوب إزالة الضرر؛ لأن القاعدة جاءت بلفظ الخبر، وهو يدلُّ على الوجوب في كلام الفقهاء^(٢)، وتختصُّ هذه القاعدة بالضرر الواقع بالفعل.

وأما شرائط تطبيق القاعدة فتؤخذ من القاعدة الأصلية (لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ)، وكذلك أدلتها، وقد مرَّ ذلك سابقاً.

ب- تطبيقات القاعدة: لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة، منها^(٣):

١- الرد بالعيب؛ دفعاً للضرر عن المشتري.

٢- مشروعية حق الشفعة؛ دفعاً للضرر عن الجيران.

٣- تضمين الناس ما أتلّفوه من أموال.

ثانياً- قاعدة (الضرر يدفع بقدر الإمكان).

نصّت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة في المادة رقم (٣١)، وفيما يلي معناها وأدلتها وأهم تطبيقاتها:

أ- معنى القاعدة:

سبق الحديث عن معنى الضرر، وأما الدّفع فهو التنحية^(٤)، والإمكان: القدرة

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٣، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيم): ص ٧٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ١٧٩.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٤، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيم): ص ٧٣، الأشباه والنظائر (السبكي): ٤١ / ١.

(٤) المصباح المنير، (دفع): ١٩٦ / ١.

والاستطاعة والتيسير^(١).

ويكون المعنى العام للقاعدة: يجب إبعاد الضرر وإزالته بالكلية، وذلك بمنع وقوعه ابتداءً، أو برفعه بالكلية بعد وقوعه، فإن تعذر ذلك فيرفع على قدر الاستطاعة، وإن كان مما يجبر بعوض جبر به^(٢).

وأما شرائط تطبيق القاعدة فتؤخذ من القاعدة الأصلية (لا ضرر ولا ضرار).

ب- أدلة القاعدة:

يستدل لهذه القاعدة بأدلة القاعدة الأساسية (لا ضرر ولا ضرار)، بالإضافة إلى بعض الأدلة الخاصة بهذه القاعدة، ومنها^(٣):

١ - قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ (التغابن: ١٦)، ووجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر بالتقوى على قدر الاستطاعة، وإزالة الضرر واجبة، فإذا تعذر دفع الضرر بالكلية، فيدفع على حسب الاستطاعة، وعلى قدر الإمكان.

٢ - حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيذان»^(٤).

ووجه الاستدلال: أن المنكر ضرر، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم رفعه على حسب الاستطاعة، فدلّ هذا على أن الضرر يدفع بقدر الإمكان.

ج- تطبيقات القاعدة:

١ - لو غصب رجل مال غيره واستهلكه، أو أتلّفه، فقد تعذر ردُّ عين المال، فيجب تضمين

(١) المصباح المنير، (مكن): ٥٧٧/٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٠٧، شرح المجلة (الأتاسي): ٧١/١، المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٣٦٠.

(٣) المتمتع في القواعد الفقهية (الدوسري): ص ٢٢٨-٢٢٩.

(٤) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان، رقم الحديث (٤٩): ٦٩/١.

الغاصب مثل المال إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً.

٢- يجوز للمضطر أكل مال غيره، لكنه يضمن؛ لأن دفع الضرر بقدر الإمكان.

٣- إذا حدث عيب في المبيع عند المشتري، ثم ظهر عيب قديم قبل القبض، فالأصل دفع الضرر برد المبيع، لكن العيب الحادث يمنع الرد، فيدفع الضرر بقدر الإمكان، وهو هنا أن يرجع المشتري على البائع بمقدار النقص القديم في المبيع^(١).

ثالثاً- قاعدة (الضرر لا يزال بمثله).

نصت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة في المادة رقم (٢٥)، وذكرها الإمام السيوطي بلفظ: (الضرر لا يزال بالضرر)^(٢)، وفيما يلي معناها وأهم تطبيقاتها:

أ- معنى القاعدة:

المعنى العام للقاعدة: أن الضرر وإن كان يجب دفعه وإزالته، إلا أن ذلك يجب أن يكون من غير ضرر، وإلا فبضرر أقل منه، ولا يجوز أن يزال الضرر إذا ترتب على إزالته ودفعه حدوث ضرر مساو له؛ لأن ذلك من العبث، ولأنه لو أزيل الضرر بضرر مثله لم تصدق قاعدة (الضرر يزال)، وكذلك يمتنع إزالة الضرر بضرر أعظم منه، من باب أولى^(٣).

ب- تطبيقات القاعدة:

١- لا يحل للمضطر تناول طعام مضطر آخر؛ لأن الضرر لا يزال بمثله.

٢- لو وقعت جوهرة في محبرة، ولم تخرج إلا بالكسر، فتكسر، وعلى صاحب الجوهرة الضمان.

٣- جوزت القسمة بين الشركاء في المال المشترك؛ دفعاً للضرر عن الشركاء، لكن إن كان المال المشترك مما يضر به القسمة، وطلب أحد الشركاء القسمة ورفض الباقيون، فلا يجاب إلى

(١) درر الحكّام شرح مجلة الأحكام: ٤٢/١، شرح المجلة (الأتاسي): ٧٢/١-٧٣.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٦.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٦، شرح المجلة (الأتاسي): ٦٣/١.

طلبه؛ لأن إزالة ضرر الشركة لا يكون بضرر مثله أو أشد منه^(١).

رابعاً- قاعدة (يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص لدفع ضرر عام).

نصت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة في المادة رقم (٢٦)، وذكرها ابن نجيم بلفظ: (يُتَحَمَّلُ الضَّرَرُ الْخَاصُّ؛ لأجل دَفْعِ ضَرَرِ الْعَامِ)^(٢).

وفيا يلي معناها ودليلها وأهم تطبيقاتها:

أ- معنى القاعدة:

الضرر العام: ما يصيب جميع الناس أو أغلبهم، والضرر الخاص: ما يصيب أفرادهم، أو فئة منهم^(٣).

وتعدُّ هذه القاعدة بمثابة قيد للقاعدة السابقة (الضرر لا يزال بمثله)، والمعنى أن الضرر لا يزال بضرر مثله، إذا كان مساوياً له من كلِّ الوجوه، أما إذا كان ممثلاً له من حيث الشدة، ومخالفاً له من حيث العموم والخصوص، فيُدفع الضرر العام بالضرر الخاص^(٤).

ب- دليل القاعدة:

دليل هذه القاعدة أن الأحكام بنيت على المقاصد، وأن الشريعة جاءت لحفظ المصالح الضرورية، فكلُّ ما يضر هذه المصالح يجب دفعه بالكلية إن أمكن، وإلا فيقدم حفظ المصلحة العامة على حفظ المصلحة الخاصة^(٥).

ج- تطبيقات القاعدة:

١- إذا وجد حائط مائل إلى طريق العامة، فيجب على مالكة هدمه؛ دفعاً للضرر العام.

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٦، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام: ٤٠ / ١، شرح المجلة (الأتاسي): ٦٤ / ١.

(٢) الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٧٤.

(٣) المفصل في القواعد الفقهية (البا حسين): ص ٣٧٥.

(٤) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ١٩٧.

(٥) شرح المجلة (الأتاسي): ٦٦ / ١.

٢- جواز بيع الطعام المحتكر جبراً عن مالكه، إذا احتاج الناس إليه؛ دفعاً للضرر العام.

٣- جواز الحجر على الطبيب الجاهل، دفعاً للضرر العام^(١).

خامساً- قاعدة (إذا تَعَارَضَ مفسدتان روعي أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بارتكاب أَخَفِّهِمَا).

نصّت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة في المادة رقم (٢٦)، وقد ذكرها السيوطي وابن نُجَيْم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(٢).

وهذه القاعدة تماثل في المعنى قاعدة (يُخْتَارُ أَهْوَنُ الشَّرِّينِ)^(٣)، ومثلها أيضاً قاعدة (الضرر الأشدُّ يُزال بالضرر الأخفُّ)^(٤)، فهذه القواعد الثلاث ذوات معنى واحد.

والمعنى العام لهذه القاعدة:

يراد بالمفسدة هنا: الضَّرَر، ويراد بالمراعاة الإزالة؛ لأن مراعاة المفسد تكون بإزالتها، ومراعاة المصالح بإثباتها^(٥).

فيكون معنى القاعدة: إذا تقابل ضرران، وتعدّر إزالتها معاً، وتحتمّ الإقدام على أحدهما، فإنه يُتَجَنَّبُ الأعظم منهما، ويختار الأقلُّ ضرراً وفساداً^(٦).

ومن أهم تطبيقاتها:

١- يجوز شقُّ بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته^(٧).

٢- يجوز الكذب لضرورة الإصلاح بين الناس^(٨).

(١) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٧٥، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام: ٤٠ / ١.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٧، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٧٦.

(٣) وهي نصُّ المادة رقم (٢٩) من مجلّة الأحكام العدلية.

(٤) وهي نصُّ المادة رقم (٢٧) من مجلّة الأحكام العدلية.

(٥) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٠١.

(٦) المفصل في القواعد الفقهية (البا حسين): ص ٣٧٣.

(٧) رد المحتار على الدر المختار: ٢ / ٢٣٨.

(٨) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٨.

- ٣- يجوز السكوت على المنكر إذا ترتب على إزالته ضرر أعظم^(١).
- ٤- من هُدد بالقتل على أن يلقي بنفسه من مكان مرتفع، يحتمل معه النجاة، يختار الثاني لاحتمال النجاة^(٢).

(١) شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٠١.

(٢) شرح المجلة (الأتاسي): ٦٩ / ١.

المبحث الثاني : تطبيقات قواعد الضرر في المعايير الشرعية

يتناول هذا المبحث أهم التطبيقات المتعلقة بقواعد الضرر في المعايير الشرعية، ومنها:
الضرر الناتج عن المماطلة في أداء الدَّين، والضرر الناتج عن النكول في الوعد، وغيرها.
ودراسة تأثير قواعد الضرر في الحكم المتعلق بهذه المسائل.

المطلب الأول: الضرر الناتج عن المماطلة في أداء الدَّين

تعدُّ مشكلة التأخُّر في أداء الديون من أبرز التحديات التي تواجه المصارف الإسلامية؛ لأن هذه المصارف إنما أقيمت على أساس تجنُّب الربا، فالأصل في تعاملاتها أنها لا تأخذ زيادة على مقدار الدَّين، بخلاف المصارف التقليدية التي لا تقع في هذه المشكلة؛ لأنها تأخذ فوائد مالية مقابل التأخر في السداد.

وإن عدم وجود جزاء مالي في المصارف الإسلامية تجاه المماطلة، يغري عدداً من العملاء، فيدفعهم إلى المماطلة في أداء الدَّين أو عدم السداد، وإن كانوا موسرين؛ بهدف الانتفاع من الدَّين الذي عليهم.

والمشكلة أن مصدر الربح في المصارف الإسلامية يكون - في الغالب - من الأثمان المؤجلة التي تحصل من العقود الآجلة، مثل المرابحة، حيث يكون فيها المصرف مديناً للعملاء، فإذا تأخر العملاء عن أداء الديون، أدى ذلك إلى حرمان المصرف من استثمار هذه الأموال خلال تلك المدة، فتفوت عليه عائداتها، ويزداد الضرر عندما يمتنع العميل عن السداد كلياً أو جزئياً.

وهذا كله دفع المصارف الإسلامية إلى البحث عن حلول تلزم المتعاملين على أداء التزاماتهم في وقت الاستحقاق؛ بغية رفع الضرر عنها.

وقد تنوعت هذه الحلول، فبعض المصارف فرضت على المدين المماطل تعويضاً مالياً لصالح المصرف، وبعضها فرضت عليه الالتزام بالتبرع للجهات الخيرية، وغير ذلك.
وفي هذا المطلب أتناول تأثير قواعد رفع الضرر في الحلول المقترحة لتجنُّب أضرار

التأخر في أداء الدين.

أولاً- أخذ تعويض مالي من المدين المماطل:

أ- بيان صورة المسألة:

لا خلاف بين الفقهاء في حرمة التأخر في سداد الدين للموسر^(١)، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ"^(٢)، والمراد بالمطل: تأخير ما استحقَّ أدائه بغير عذر، والغني: من كان قادراً على أداء الدين^(٣).

ولا خلاف بين الفقهاء في عدم إلزام المدين المعسر بتعويض بسبب التأخر في أداء الدين^(٤)؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ فِي شَكٍّ مِنْهُ فَبِأَيِّ ذُنُوبٍ مُنْتَبِهِينَ﴾ (البقرة: ٢٨٠).

ولا خلاف بين الفقهاء أيضاً في حرمة الزيادة المشروطة على مقدار الدين عند التأخر في السداد؛ لأن ذلك هو الربا الذي كان سائداً في الجاهلية، والذي نزل القرآن بتحريمه، قال ابن المنذر: "أجمعوا على أن المُسَلَّفَ إذا شرط على المُسْتَسَلِّفِ زيادة أو هدية، فأُسْلِفَ على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا"^(٥).

وإنما محلُّ الخلاف حول مشروعية حصول المصرف الإسلامي على تعويض مالي عن الأضرار اللاحقة به من جرّاء تأخر المدين الموسر عن أداء الدين، وهو ما يسمى (الأرباح الفائتة)، وهي العائدات المفترضة للمستحقّات المالية للمصرف التي فاتت بسبب التأخر في أداء الدين.

أي أن المماطل الموسر قد فوّت على المصرف فرصة استثمار مقدار الدين والانتفاع به،

(١) بدائع الصنائع: ١٧٣/٧، حاشية الدسوقي: ١٨١/٤، مغني المحتاج: ١١٥/٣، المغني: ٣٤١/٤.

(٢) صحيح البخاري، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب مطل الغني ظلم، رقم الحديث

(٢٤٠٠): ١١٨/٣، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا

أحيل على ملي، رقم الحديث (١٥٦٤): ١١٩٧/٣.

(٣) فتح الباري (ابن حجر): ٤٦٥/٤.

(٤) بدائع الصنائع: ١٧٣/٧، حاشية الدسوقي: ٢٨٠/٣، نهاية المحتاج: ٣٣٠/٤، المغني: ٣٣٩/٤.

(٥) المغني: ٢٤٠/٤.

فهل يصح تغريمه بقيمة تلك الأرباح الفائتة؟. أبين فيما يلي آراء الفقهاء وأدلتهم.

ب- آراء الفقهاء:

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة على رأيين، وفيما يلي بيان ذلك:

١- رأي المعايير الشرعية: المنع

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى عدم جواز أخذ أي تعويض مالي من المدين المماطل، بسبب التأخر في سداد الدين، سواء أتم ذلك بشرط سابق في العقد، أم بدون شرط، وإن كان موسراً.

جاء في المعايير الشرعية: "٢ / ١ / ٢ لا يجوز اشتراط التعويض المالي نقداً أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر في سداد الدين، سواء نصَّ على مقدار الدين أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت (الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة. ٣ / ١ / ٢ لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين" (١).

وأيضاً فإن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد نصَّ على تحريم ذلك، فقد جاء في قراره رقم: ٥١ (٦ / ٢): "إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرّم".

٢- المجيزون:

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز حصول المصرف الإسلامي على تعويض من المدين المماطل الموسر بسبب التأخر في أداء الدين، ومن ذهب إلى ذلك: الشيخ مصطفى الزرقا، والدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، والشيخ عبد الله بن المنيع (٢)، وبعض الهيئات الشرعية لعدد من المصارف الإسلامية (٣).

(١) المعايير الشرعية، المعيار رقم (٣)، المدين المماطل: ص ٩٣.

(٢) بحوث في الاقتصاد الإسلامي (عبد الله المنيع): ص ٤٠٤، وما بعدها.

(٣) ينظر: الفتوى رقم: (١٢٨٩) لهيئة فتوى المصرف الإسلامي الدولي بمصر، والفتوى رقم: (٩٩٣) لهيئة فتوى البنك

يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "إنني أرى أن مبدأ تعويض الدائن عن ضرره نتيجة لتأخر المدين عن وفاء الدَّين في مواعده هو مبدأ مقبول فقهاً، ولا يوجد في نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها العامة ما يتنافى معه، بل بالعكس يوجد ما يؤيده ويوجبه" (١).

ويقول الدكتور الصديق الضير: "يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل في الأداء، وهو قادر على الوفاء بتعويض الدائن عن ضرر الناشئ عن تأخر المدين في الوفاء دون عذر مشروع" (٢).

وقد جاء في فتاوى ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، الفتوى رقم (٢/٣): "يجوز شرعاً إلزام المدين المماطل في الأداء وهو قادر على الوفاء بتعويض الدائن عن ضرره الناشئ عن تأخر المدين في الوفاء دون عذر مشروع" (٣).

ج- الأدلة والمناقشة:

١- استدل المانعون بعموم أدلة تحريم الربا، ووجه الاستدلال عندهم أن فرض تعويض مالي تجاه المدين المماطل، هو الربا الذي كان سائداً في الجاهلية، والذي نزل القرآن بتحريمه؛ لأنه يفضي إلى تحميل المدين زيادة على أصل الدَّين، وهو معنى ربا النسئته، ولأن الإجماع منعقد على أن الزيادة على مقدار الدَّين، بالشرط أو بالعُرف، تعدُّ من الربا المحرَّم (٤).

٢- استدل المجيزون بعدد من الأدلة منها:

الإسلامي الأردني، نقلاً عن بحث: مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل، علي محيي الدين القره داغي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة عشرة: ٤/٤٩٦.

(١) بحث: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص ١١٢.

(٢) مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد (١)، المجلد (٣): ص ١١٢، نقلاً عن: بحوث في الاقتصاد الإسلامي (عبد الله المنيع): ص ٤٢٢، وما بعدها، وينظر أيضاً: مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد (١)، المجلد (٣): ص ١١٨.

(٣) قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي: ص ٥٥.

(٤) المغني: ٤/٢٤٠.

الدليل الأول: القاعدة الفقهية (الضرر يزال)، ومستندها حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"^(١).

ووجه الاستدلال: أن الدائن قد لحقه ضرر بسبب تأخير الدَّين، وقد دلَّ الحديث النبوي على نفي الضرر، كما صرَّحت القاعدة الفقهية بوجوب إزالة الضرر، لكن إزالة الضرر عن الدائن لا تحصل إلا بالتعويض عليه، أما الاقتصار على معاقبة المدين فهو لا يفيد الدائن، ولا يزيل الضرر عنه^(٢).

ويناقش هذا الدليل: بأن إعمال القواعد الفقهية؛ ومنها قاعدة (الضرر يزال) مشروط بألا يصادم نصاً شرعياً، وقد ثبت بالقرآن والسنة والإجماع تحريم كل زيادة مشروطة يأخذها الدائن من المدين، وأنها من الربا المحرَّم، وقد انعقد الإجماع على ذلك^(٣). وعليه فلا يجوز رفع الضرر وإزالته عن الدائن بأكل الربا، بل إن حرمة الربا أشد من حرمة المhapلة.

وإن قواعد رفع الضرر لا تفيد أن كل ضرر يقع ظلماً يقابل بتعويض مالي، وليس في حديث (لا ضرر ولا ضرار) ما يفيد مقابلة كل ضرر بتعويض مالي.

الدليل الثاني: حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ"^(٤)، وحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "يُؤْتَى الْوَاجِدَ يُحْلَى عِرْضُهُ وَعُقُوبَتُهُ"^(٥).

(١) سبق تخريجه: ص ١٨٩.

(٢) بحث: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المhapل بالتعويض على الدائن؟. مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص ١٠٧.

(٣) ينظر ص: ١٩٩.

(٤) سبق تخريجه: ص ١٩٩.

(٥) سنن أبي داود، أول كتاب الأفضية، باب في الحبس في الدَّين وغيره، رقم الحديث (٣٦٢٨): ٥/٤٧٣، سنن النسائي، كتاب البيوع، مطل الغني، رقم الحديث (٤٦٨٩): ٧/٣١٦، سنن ابن ماجه، أبواب الصدقات، باب الحبس في الدَّين والملازمة، رقم الحديث (٢٤٢٧): ٣/٤٩٧، مسند أحمد، مسند الشاميين، حديث الشريد بن سويد الثقفي، رقم الحديث (١٧٩٤٦): ٢٩/٤٦٥، المستدرک على الصحيحين، كتاب الأحكام، رقم الحديث (٧٠٦٥): ٤/١١٤. قال ابن حجر: "وإسناده حسن". فتح الباري (ابن حجر): ٥/٦٢.

واللّي: المَطْل، والواجد: الغني، ويُحْل عِرْضَه: يُجَوِّز وصفه بالظالم، وعقوبته: الحبس^(١).

ووجه الاستدلال لا يختلف - من حيث المضمون - عما ذكر في الدليل الأول، حيث دلت هذه الأحاديث على أن تأخير الدّين بدون عذر ظلم وضرر، يجب إزالته ورفعه، ورفع الظلم لا يتحقق إلا بتعويض الدائن^(٢).

ويناقش هذا الدليل: إن الحديث السابق يفيد تحريم الماطلة في أداء الدّين لمن كان قادراً على الوفاء، وهذا أمر مسلّم به، لكن لا يلزم من تحريم الماطلة للموسر جواز أخذ زيادة على مقدار الدّين، وليس كلُّ ضرر يقع ظلماً يوجب تعويضاً مالياً، بل إن النبي صلى الله عليه وسلم بيّن حدود فعل الدائن تجاه المدين الغني الماطل بحقه في شكاية المدين وصفه بالظلم ورفع الأمر للقضاء لاسترداد حق الدائن، وحبس المدين وإجباره على أداء ما عليه، ولم يرد في الحديث حقاً للدائن في الحصول على شيء من مال المدين.

الدليل الثالث: قياس الماطلة في أداء الدين على الغصب.

استدل المجيزون أيضاً بما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من أن منافع المغصوب مضمونة على الغاصب، كعين المال المغصوب، سواء استوفى الغاصب هذه المنافع أو عطلها^(٣).

وقالوا بأن تأخير المدين الموسر يشبه الغصب من جهة أن كلاهما ظلم، ومن جهة أن كلاهما حجب للمال عن صاحبه، وعليه فيكون تأخير المدين الموسر أداء الدّين عن صاحبه الموسر كالغصب، فيجب أن يأخذ حكمه، وإذا كانت منافع المغصوب مضمونة على

(١) فتح الباري (ابن حجر): ٦٢/٥.

(٢) بحث: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين الماطل بالتعويض على الدائن؟. مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص ١٠٧.

(٣) مغني المحتاج: ٣/٣٥٣، المهذب: ٢/١٩٦، كشف القناع: ٤/١١١، المغني: ٥/٢٠٩.

الغاصب، فكَذلك الأرباح الفائتة من الدَّيْن تكون مضمونة على المدين الموسر^(١).
ويناقش هذا الدليل: إن قياس الماطلة في الأداء على الغصب قياس مع الفارق^(٢)،
وذلك لأن الفقهاء الذين أجازوا تضمين الغاصب منافع المغصوب قد اشترطوا في
المغصوب أن يكون من الأعيان التي يصحُّ إجارتها مثل الدار والدابة^(٣).
ففي المبدع: "وإن كانت للمغصوب أجرة، أي: مما تصحَّ إجارتها، فعلى الغاصب أجرة
مثله مدة بقائه في يده"^(٤)، وفي فتح العزيز: "فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها، يضمن
منفعتها إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجرة"^(٥).

بخلاف ما إذا كان المغصوب من النقود، فقد ذكر الفقهاء المجيزون لتضمين الغاصب
منافع المغصوب: أن من غصب دراهم وانَّجَر بها، فالربح للغاصب، ولا يضمن الغاصب
زيادة على الدراهم المغصوبة^(٦).

والفرق بين الحالتين أن من غصب عيناً فقد فوّت على مالِكها منفعتها خلال مدّة
الغصب، وهي منفعة مُتَقَوِّمة ومتحقِّقة، فهي منفعة ذاتية، وهي مما تقابل بهال في عقد
الإجارة، فوجب عليه ضمان منفعة المغصوب، أما من غصب نقوداً فقد فوّت حقَّ الانتفاع،
أما منفعة النقود فهي مظنونة وغير محققة، والنقود لا يرد عليها عقد الإيجار باتفاق؛ لأن
إجارة النقود هو الربا المحرَّم، وعليه فلا يضمن غاصب النقود منفعتها.
يضاف إلى ذلك أن النقود من الأموال الربوية، بخلاف غيرها من الأعيان التي

(١) بحث: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين الماطل بالتعويض على الدائن؟. مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد
الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص ١٠٨ - ١١٠.

(٢) بحث: المؤيدات الشرعية لحمل المدين الماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر الماطلة. نزيه كمال
حماد، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثالث، ص ١٠٧ - ١١٥.

(٣) فتح العزيز شرح الوجيز: ٤١٦/٥، المهذب: ١٩٦/٢، كشاف القناع: ١١١/٤، المبدع: ٤٥/٥.

(٤) المبدع: ٤٥/٥.

(٥) فتح العزيز شرح الوجيز: ٤١٦/٥.

(٦) روضة الطالبين: ٥٩/٥.

أوجب بعض الفقهاء تضمين الغاصب منافعتها.

والحاصل: أن الشافعية والحنابلة إنما أوجبوا ضمان منافع المغصوب إذا كان من الأعيان التي يصح إجارتها، ولم يرد عن أحد من الفقهاء القول بجواز أخذ العوض عن منافع النقود المغصوبة، بل نصّوا على المنع.

الدليل الرابع: الفرق بين تعويض ضرر التأخير وبين الفوائد الربوية.

استدلوا بأن تعويض الدائن عن ضرر تأخير الدّين يختلف عن الفوائد الربوية من جهتين:

الأولى: أن أخذ الدائن المرابي زيادة على مقدار الدّين هو استغلال لجهود المدين، فيضمن الدائن أصل دينه مع ربح ثابت زيادة على مقدار الدّين، دون النظر إلى ظروف المدين، أما تعويض ضرر التأخير فهو إزالة ضرر أوقعه إنسان متهاون بأداء واجبه، طامع بحقوق غيره، فوجب على المدين المماطل تعويض الدائن ما فوّته عليه من منافع حقه.

الثانية: إن الفوائد الربوية في المداينات تعقد المداينة على أساسها من البداية، فهي طريقة استثمارية يلجأ إليها المرابون، أما تعويض ضرر التأخير فلا تكون المداينة قائمة عليها من البداية، وقد يتحقق سببها (التأخير) وقد لا يتحقق^(١).

ويناقش هذا الدليل: بأن تعويض الدائن عن ضرر تأخير الدّين لا يختلف عن الفوائد الربوية في جوهر الأمر وحقيقته؛ لما يلي:

١- إن تحريم الربا في الشريعة الإسلامية عام، يستوي فيه حالة كون المدين موسراً أو معسراً، وسواء كانت الزيادة الربوية مشروطة في الابتداء أم مطالب فيها في الانتهاء، ففي الحالتين يلزم المدين بدفع زيادة مالية لصالح الدائن بسبب تأخره في السداد، فتكون هذه الزيادة منفعة حصل عليها الدائن بسبب دينه، فيقع في الربا.

٢- إذا فرض على المدين المماطل تعويضاً مالياً أفضى ذلك إلى أن الدائن قد أخذ ربحاً

(١) بحث: هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟. مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ص ١١١.

زائداً ثابتاً على مقدار دينه، كالمراي تماماً.

٣- أما القول بأن الفوائد الربوية في المداينات تعقد المداينة على أساسها من البداية، وأن تعويض ضرر التأخير لا تكون المداينة قائمة عليها من البداية، فهو تفريق صوري؛ لأننا إذا أجزنا للدائن حصوله على تعويض مالي لقاء التأخير، فإن الأمر سيؤول إلى وجود شرط جزائي يكون قائماً ومعلوماً للطرفين، ومتفقاً عليه عند التعاقد.

د- الترجيح:

يتبين لديّ مما سبق عدم جواز أخذ الدائن أي تعويض مالي من المدين المماطل الموسر؛ لما يلي:

- ١- إن إعمال القواعد الفقهية ومنها قاعدة (الضرر يزال) مشروط بأن لا يصادم نصاً شرعياً، فإزالة الضرر عن الدائن لا تكون بفرض زيادة ربوية على المدين.
- ٢- إن قاعدة (الضرر يزال) مقيدة بقاعدة فقهية أخرى، وهي (الضرر لا يزال بمثله)، فإزالة الضرر لا يجوز أن يكون بضرر مثله أو بما هو فوقه، مثل ربا النسيئة، فضرر ربا النسيئة أعظم من ضرر المماطلة في أداء الدين، وحرمتها أشد.
- ٣- ليس كل ضرر يقع ظلماً يوجب تعويضاً مالياً، وإنما يجب التعويض المالي على من ألحق بغيره ضرراً مالياً محققاً مُتَقَوِّماً، وهذا غير متحقق في تفويت منفعة النقود كما مر.

٤- إن من أوجب ضمان منافع المغصوب من الفقهاء، إنما شرط أن يكون المغصوب من الأعيان التي يصحُّ إجارتها، بخلاف النقود.

٥- لا يوجد فرق جوهري بين ربا النسيئة وبين تعويض الدائن بزيادة يأخذها من المدين الموسر المماطل، ففي كلتا الحالتين تفرض زيادة يحصل عليها الدائن من المدين، فينتفع الدائن من دينه، فيكون مرايياً.

ثانياً- الحلول والبدائل الأخرى لدفع ضرر المماطلة في أداء الدَّين في ضوء القواعد الفقهية المتعلقة برفع الضرر.

أ- إلزام المدين المماطل بالتصدُّق:

من الحلول التي تلجأ إليها بعض المؤسسات المالية الإسلامية، لمعالجة التأخُّر في أداء الالتزامات المالية، إلزام المدين المماطل بالتصدُّق، أي أن يفرض المصرف على المدين المماطل غرامة مالية، لكن لا يأخذها المصرف لصالحه، وإنما يصرفها في وجوه الخير.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون حول حكم هذه الغرامة المالية، ومن أجاز ذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، فقد جاء في المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣)، (٢/ ١ / ٨): "يجوز أن ينصَّ في عقود المداينة؛ مثل المrabحة، على التزام المدين عند المماطلة بالتصدُّق بمبلغ أو نسبة من الدَّين بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة"^(١).

ومما استند إليه المجيزون^(٢) ما ذهب إليه بعض المالكية: أنَّ المدين إذا التزم أن يدفع صدقة لغير الدائن إن تأخَّر في أداء الحقِّ، فإنه يلزمه ذلك ويقضى به عليه، لكن المشهور عند المالكية أنه لا يلزمه ذلك^(٣).

ويناقش هذا النوع من التعامل مع المدين المماطل بما يلي:

- ١- إن قواعد الشريعة واضحة في عدم تحميل المدين المماطل أي زيادة على مقدار الدَّين، حتى ولو كانت الزيادة لصالح غير الدائن؛ لأن الأمر يؤول إلى دفع زيادة بسبب التأخير، وأما الاستدلال بالمذهب المالكي، فالمشهور في المذهب عدم جواز ذلك^(٤).
- ٢- إن إلزام المدين المماطل بصدقة في وجوه البر، قد يكون ذريعة لحصول المصرف

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣): ص ٩٤.

(٢) المرجع السابق، المعيار الشرعي رقم (٣): ص ١٠٤.

(٣) تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص ١٧٦.

(٤) المرجع السابق.

(الدائن) على هذه الزيادة بطريقة غير مباشرة، يقول الدكتور علي القره داغي: "فقد استطاع أحد البنوك تحصيل الموافقة من الهيئة الشرعية على اشتراط التعويض عن التأخير، وعلى غرامة التأخير، فوافقت الهيئة على أن تصرف في وجوه الخير، ولكن الإدارة كانت ذكية فأخذت موافقة أخرى من الهيئة على اقتطاع جزء من هذه الغرامة في مقابل الإجراءات الإدارية، وحينئذ كلفت الإدارة أحد موظفيها باحتساب مقدار التكلفة الإدارية حيث بلغت قريباً من الغرامة المحصّلة وبالتالي دخلت في جيب البنك"^(١).

٣- قد يكون المدين معسراً ولا يتمكن من إثبات إعساره، حيث إن بعض المصارف تتعامل مع المدين المماطل أنه موسر حتى يثبت العكس. ولهذا ينبغي للمصارف أن تبحث عن حلول أجدى نفعاً وأبعد عن الربا وشبهها، من هذا النوع من التعامل.

ولكن لا يقال بأن إلزام المدين الموسر المماطل بالتصدق ربا؛ لأن الربا هي زيادة في مال الدائن ونقص في مال المدين، وهنا لا تحصل زيادة في مال الدائن، فهي أقرب إلى العقوبة.

ب- التشهير بالمدين المماطل:

ومن الحلول التي تقوم بها المصارف الإسلامية لدفع ضرر المماطلة، التشهير بالمدين المماطل؛ وذلك من خلال التحذير منه وتعميم اسمه بين المؤسسات والمصارف المالية مما يجرمه من التعامل مع هذه المؤسسات والمصارف.

جاء في المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣)، (٤ / ٢): "يحقُّ للمؤسسة إدراج اسم المدين المماطل في قائمة العملاء غير المرغوب في التعامل معهم (القائمة السوداء)، وتحذير المؤسسات الأخرى منه، سواء عند استفسارها عنه أم مباشرة بتبادل المؤسسات

(١) بحث: مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل، علي القره داغي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة عشرة: ٥٠٤ / ٤.

لتلك القوائم" (١).

والمستند الشرعي (٢) لهذا النوع من التعامل مع المدين المוסر المماطل هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لِيُؤْجِدَ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ" (٣).

والمراد بقوله "يُحِلُّ عِرْضَهُ" أي يبيح للدائن أن يقول عنه: ظلمني ومَظَلَّنِي (٤).

وهذا مما يفيد في دفع ضرر المماطلة، ويمكن أن يسهم في الحد منها من خلال تعاون المؤسسات فيما بينها للامتناع عن التعامل مع المماطل مما يؤدي إلى تقليل عدد المماطلين من بين المتعاملين مع هذه المؤسسات، كما أن بعض المماطلين سوف يدفعهم إلى السداد حرصهم على عدم التشهير بهم، وخشيتهم من حرمانهم من التعامل مع المؤسسات المالية المتعاونة مع المؤسسة الدائنة.

ج- تحميل المدين الموسر المماطل المصروفات المتعلقة بضرر المماطلة.

ومما تقوم به المصارف الإسلامية لدفع ضرر المماطلة أن تقوم بتحميل المدين المماطل كافة النفقات المتعلقة بالمطالبة بالدين، من دعاوى قضائية وغيرها.

جاء في المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣)، (٢ / ١ / ٤): "يتحمل المدين المماطل مصروفات الدعوى، كما يتحمل المصروفات التي غرمها الدائن من أجل تحصيل دينه" (٥).

ولا شك أن قواعد رفع الضرر وإزالته توجب على المدين المماطل بلا عذر تحمُّل هذه الأعباء المالية؛ لأنه هو المتسبب فيها، وقد نص بعض الفقهاء على ذلك، قال في الإنصاف:

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣): ص ٩٥.

(٢) المرجع السابق، المعيار الشرعي رقم (٣): ص ١٠٦.

(٣) سبق تخريجه: ص ٢٠٢.

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي: ١٠ / ٢٢٧، فتح الباري (ابن حجر): ٥ / ٦٢.

(٥) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣): ص ٩٤.

"لو مَطَّلَ غَرِيْمُهُ حتَّى أحوجه إلى الشكاية، فما غَرِمَهُ بسبب ذلك يَلْزَمُ الماطل" (١).

د- حلول جميع الأقساط:

وإن مما يحدُّ من ضرر الماطلة أن يشترط الدائن حلول جميع الأقساط عند التأخر في السداد، وهذا ما تشترطه المصارف الإسلامية، فإذا تأخَّر المدين عن السداد دفعتين متتاليتين فإن المصرف يطالبه بجميع الأقساط؛ لأن إجراءات المرافعة القضائية تأخذ في العادة وقتاً غير قصير، فإذا حلَّت الأقساط جميعها قبل موعدها فيمكن للمصرف أن يحصل على حقه في الوقت المتعاقد عليه.

جاء في المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣)، (٢/١/٦): "يجوز اشتراط حلول الأقساط جميعها إذا تأخَّر المدين الماطل عن سداد قسط منها" (٢).

والمستند الشرعي في ذلك أنه شرط صحيح، يدفع الضرر عن الدائن ولا يوجد في الشرع ما يمنع منه.

وفي الفقه الحنفي: "ولو قال كلِّما دخل نَجْمٌ ولم تؤدِّ فالمال حالٌّ صَحَّ، والمال يصير حالاً" (٣).

المطلب الثاني: الضرر الناتج عن النكول بالوعد

أولاً- بيان صورة المسألة:

إن عقد الماربة للآمر بالشراء، كما تجرّيه المصارف الإسلامية، يقوم على وعد من العميل بشراء السلعة المتفق عليها، ثم يقوم المصرف بشرائها وتملُّكها أولاً، ثم يقوم بعد ذلك ببيعها إلى العميل.

ولكن يحدث أن يمتنع العميل عن شراء السلعة من المصرف بعد أن قام المصرف بشرائها ودفع ثمنها، وهنا يلحق المصرف ضرراً بسبب نكول العميل وتخلُّفه عن شراء

(١) الإنصاف للمرداوي: ٢٧٦/٥، وينظر أيضاً: كشف القناع: ٤١٩/٣.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣): ص ٩٤.

(٣) البحر الرائق: ١٣٣/٦، حاشية الشُّلبي على تبين الحقائق: ١٣٢/٤.

السلعة.

والمصارف الإسلامية في التعامل مع هذه المسألة على اتجاهين:

الاتجاه الأول: لا يأخذ بلزوم الوعد، فلا يلزم العميل بشراء السلعة، وهنا يتحمّل المصرف تبعات نكول العميل، فيبيع السلعة مجدّداً، ويتحمّل الخسارة إن حصلت.

وقد يلجأ المصرف إلى إجراءات يدرأ بها الخسارة عن نفسه، مثل أن يقوم بشراء السلعة مع شرط الخيار له، فإذا نكل العميل عن الشراء قام المصرف بردّ السلعة.

الاتجاه الثاني: يأخذ بلزوم الوعد، فيحصل المصرف على وعد مع العميل قبل الشراء، يتعهد العميل بموجبه أن يتحمّل الضرر الذي يلحق بالمصرف إن هو نكل عن الشراء^(١).

وأصحاب الاتجاه الثاني، والذين يلزمون العميل بتحمّل تبعه نكوله، ينقسمون إلى قسمين في تقدير التعويض المالي؛ قسم يحمّل العميل الضرر الفعلي الذي لحق بالمؤسسة من جرّاء نكول العميل فقط، وقسم يأخذ تعويضاً مالياً زائداً عن الضرر الفعلي، والذي يسمى تعويض الفرصة الفائتة، وفيما يلي بيان كل حالة.

ثانياً- التعويض عن الضرر الفعلي فقط:

وفي هذه الحالة إذا نكل العميل عن شراء السلعة من المصرف بعد أن قام المصرف بشرائها، يقوم المصرف ببيع السلعة بسعر السوق السائد، ويرجع على العميل بالفرق إن كان الثمن الذي بيعت به السلعة أقل من ثمنها الأول، أما إذا بيعت السلعة بثمن أعلى من ثمنها الأول فتكون الزيادة لصالح المصرف؛ لأنه هو المالك للسلعة.

وهذا ما ذهبت إليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية حيث أجازت حصول المؤسسة الدائنة على تعويض مالي من العميل عند نكوله عن الشراء، على أن يكون هذا التعويض بمقدار الضرر الفعلي الذي لحق بالمؤسسة بسبب النكول؛ لأن العميل هو المتسبب بهذا الضرر.

(١) بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، عبد العظيم أبو زيد: ص ٢٢٧.

جاء في المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٨)، (٤ / ٢): "يحقُّ للمؤسسة الحصول على التعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن نكول العميل في حال الوعد الملزم، وذلك بتحميل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المباعة للغير وبين الثمن الأصلي المدفوع من المؤسسة للبائع الأول"^(١).

ولضمان حقَّ المؤسسة الدائنة أجازت الهيئة أن تحصل المؤسسة على مبلغ من المال مسبقاً يسمى (هامش الجدية) على أن يبقى أمانة لدى المؤسسة، حتى إذا نكل العميل أخذت المؤسسة من هذا المبلغ بمقدار الضرر الفعلي الذي لحق بها^(٢).

والمستند الشرعي في ذلك^(٣): رفع الضرر الواقع على المؤسسة، والذي تسبب به العميل وذلك بإدخاله المؤسسة في أمر لم تكن لتدخل فيه لولا الوعد بالشراء من قبل العميل.

وذهب إلى هذا الرأي أيضاً مجمع الفقه الإسلامي الدولي، حيث جاء في قراره رقم: ٤٠ - ٤١ (٢ / ٥ و ٣ / ٥): "ثانياً: الوعد (وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الوعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر."

وهذه المسألة مبنية على مسألة الإلزام بالوفاء بالوعد، والوفاء بالوعد غير لازم قضاء عند الشافعية والحنابلة^(٤)، وذهب المالكية في الرأي المشهور والراجح عندهم إلى وجوب يجب الوفاء بالوعد قضاءً إذا كان مرتبطاً بسبب، ودخل الموعد فيه^(٥).

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٨)، (المراجعة)، البند رقم (٤ / ٢): ص ٢١٣.

(٢) المرجع السابق، البند رقم (٢ / ٥ / ٣): ص ٢٠٨، وأيضاً: المعيار الشرعي رقم (٥)، الضمانات، (٦ / ٨ / ٢): ص ١٣٧.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٨)، (المراجعة)، مستند الأحكام الشرعية: ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٤) روضة الطالبين: ٣٩٠ / ٥، كشاف القناع: ٦ / ٢٨٤.

(٥) تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص ١٥٥، البيان والتحصيل: ٨ / ١٨، أنوار البروق في أنواء الفروق: ٤ / ٢٥.

وفي مسألتنا يكون المصرف قد اشترى السلعة بناء على وعد من العميل، فإذا نكل يلحق الضرر بالمصرف، ولذلك أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، برأي المالكية، في لزوم الوفاء بالوعد، فإذا نكل فيطالب بالتعويض عن الضرر الفعلي؛ استناداً إلى القواعد الفقهية المتعلقة برفع الضرر، ومنها قاعدة (الضرر يزال). ومذهب المالكية إنما هو وارد في الإلزام بالوعد في التبرعات، فقاوسا عليه عقود المعاوضات.

ثالثاً- التعويض عن الأرباح الفائتة:

وفي هذه الحالة إذا نكل العميل عن شراء السلعة من المصرف، فإن المصرف يأخذ زيادة عن الضرر الفعلي الذي لحق به، وهذه الزيادة المالية هي مقابل فوات الكسب خلال مدة احتجاز المال في صفقة المربحة التي نكل عنها العميل. ويتم حساب هذا التعويض المالي على أساس متوسط أرباح المصرف من هذا المقدار من المال خلال تلك المدة^(١).

وهذا التعويض المالي لا وجه لإباحته؛ لأن قواعد رفع الضرر وإزالته إنما تكون مقابل الضرر الفعلي المتحقق، أما التعويض هنا فهو مقابل التسبب في حبس المال عن المصرف مدة من الزمن، أي حرمان المصرف من استثمار المال خلال تلك المدة، وقد مرّ سابقاً عدم جواز أخذ العوض مقابل مطل المال عن صاحبه؛ لأنها زيادة مالية مقابل الأجل، فتكون من الربا^(٢).

وقد جاء في المعايير الشرعية: المعيار الشرعي رقم (٨)، (٢/٥/٤): "...وينحصر حقها في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، وهو الفرق بين تكلفة السلعة وثمان بيعها لغير الأمر بالشراء. ولا يشمل التعويض ما يسمى بالفرصة الضائعة"^(٣).

(١) بيع المربحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، عبد العظيم أبو زيد: ص ٢٢٧-٢٢٨.

(٢) ينظر: ص ١٩٩، وما بعدها.

(٣) المعايير الشرعية، المربحة: ص ٢٠٨.

وبعض المصارف الإسلامية سوَّغت أخذ تعويض مالي عن الفرصة الضائعة؛ استناداً إلى بيع العُربُون الذي قال به بعض الفقهاء^(١)، وفيما يلي مناقشة ذلك، ولن أفصّل في أحكام بيع العُربُون وأدلته، إنما أذكر تعريفه وحكمه، ثم أبين وجه الخلاف بين بيع العُربُون وبين هامش الجدية.

أ- بيع العُربُون: أن يشتري الرجل السلعة، فيدفع شيئاً من المال إلى البائع، على أنه إن أتمّ البيع كان ما دفعه جزءاً من الثمن، وإن لم يتمّ كان للبائع^(٢).

ب- حكم بيع العُربُون: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية عدم صحة هذا البيع^(٣)، ويرى الحنابلة صحة هذا النوع من البيوع^(٤).

ج- حكم أخذ تعويض مالي من العميل مقابل الفرصة الضائعة في حالة نكوله عن الشراء؛ استناداً إلى بيع العُربُون:

لو أخذنا برأي الحنابلة القائلين بصحّة بيع العُربُون، فلا يصحّ الاستناد إلى ذلك في إباحة الحصول على تعويض مالي من العميل حالة نكوله عن الشراء لقاء الفرصة الضائعة، أو الأرباح الفائتة، بجامع أن كلاهما تعويض عن ضرر النكول، فهو قياس مع الفارق، لأن النكول في بيع العُربُون هو نكول عن عقد مبرم، أما النكول عن الشراء في المراجعة، فهو نكول عن وعد، ولا يصحّ قياس الوعد على العقد؛ لاختلافهما من وجوه متعددة؛ أهمها أن العقد ينقل الملكية من البائع إلى المشتري، بخلاف الوعد الذي لا أثر له في نقل الملكية. ولو صحّ هذا الاستدلال لوقع المصرف في النهي الوارد عن (بيع ما لا يملك).

المطلب الثالث: تطبيقات متفرقة لقواعد الضرر في المعايير الشرعية

أولاً- التعويض عن الضرر الناتج عن الاعتداء على المواقع الإلكترونية.

(١) بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، عبد العظيم أبو زيد: ص ٢٢٧-٢٢٨.

(٢) المصباح المنير (عرب): ٢/٤٠٠، المغني: ٤/١٧٥.

(٣) الشرح الكبير للدردير (مطبوع مع حاشية الدسوقي): ٣/٦٣، تحفة المحتاج: ٤/٣٢١.

(٤) الإنصاف: ٤/٣٥٧، المغني: ٤/١٧٥.

أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية التعويض عن الأضرار الناتجة عن الاعتداء على المواقع الإلكترونية، وهذا التعويض يشمل الأضرار الفعلية، كما يشمل أيضاً المكاسب الفائتة.

ورد في المعايير الشرعية: "التعويض المستحق في حال الاعتداء يشمل الضرر المالي المباشر، وما فات من كسب فعلي" (١).

والتعويض عن الضرر الفعلي إنما يستند إلى قواعد رفع الضرر، ومنها قاعدة (الضرر يزال)، ولأن هذه المواقع الإلكترونية أصبحت لها قيمة مالية معتبرة، وقد صدر بذلك قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي (٢).

وأما التعويض عن المكاسب الفائتة فهو يستند إلى مذهب الشافعية والحنابلة في جواز تضمين الغاصب منافع المغمصوب إذا استوفى الغاصب منافع المغمصوب أو عطلها (٣). وهذا يختلف عن التعويض عن المكاسب الفائتة من جراء تأخير الدين، فهي محرمة، بلا خلاف؛ لأنها من الربا.

والفرق بين الحالتين: أن الحالة الأولى هي ضمان منافع المكاسب الفائتة في الأعيان التي يصح إجارتها، وهي منافع متحققة، وذاتية، بخلاف النقود؛ إذ لا يصح إجارتها، ومنافعها مظنونة، لأنها تنشأ من الاتجار بها، فيكون أخذ العوض عن منافعها من الربا المحرم، وقد سبق بيان ذلك (٤).

وعليه يجوز أخذ التعويض عن الأضرار الفعلية، وكذلك يجوز أخذ التعويض عن المكاسب الفائتة في كل اعتداء على الأعيان، ومنها المواقع الإلكترونية؛ استناداً إلى قواعد رفع الضرر.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٨)، (التعاملات المالية بالإنترنت)، البند (٨ / ١ / ٥): ص ٩٦٦.

(٢) ينظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، القرار رقم: ٤٣ (٥ / ٥)، بشأن الحقوق المعنوية.

(٣) مغني المحتاج: ٣ / ٣٥٣، المهذب: ٢ / ١٩٦، كشف القناع: ٤ / ١١١، المغني: ٥ / ٢٠٩.

(٤) ينظر: ص ٢٠٤.

ثانياً- الإلزام في عقد الاستصناع.

عقد الاستصناع: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"^(١).

وذلك بأن يقول الرجل للصانع اصنع لي الشيء بكذا، فإذا قبل الصانع انعقد استصناعاً^(٢).

مشروعيته: عقد الاستصناع مشروع - كعقد مستقل - عند أكثر الحنفية^(٣).

وهل عقد الاستصناع ملزم للطرفين، بعد انعقاده؟.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى أن عقد الاستصناع ملزم للطرفين، إذا توافرت فيه شروطه^(٤).

والمستند الشرعي في ذلك: منع الضرر الواقع على الصانع؛ لأن الصانع قد أنفق أموالاً منه، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه، لكان ذلك إضراراً به^(٥).

وأصل المسألة لدى الفقهاء:

يرى الحنفية أن عقد الاستصناع غير لازم من الجانبين قبل العمل، وأما بعد الفراغ من العمل، فإذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة، فقد سقط خيار الصانع، وبقي الخيار للمستصنع عند أكثر الحنفية.

ويرى أبو يوسف من الحنفية أن الاستصناع ملزم للمستصنع إذا جاء الصانع بالعين على الصفة المشروطة^(٦).

(١) بدائع الصنائع: ٢/٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع: ٢/٥، فتح القدير لابن الهمام: ١١٤/٧.

(٤) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١١)، (الاستصناع والاستصناع الموازي)، البند (١/٢/٢): ص ٢٩٨.

(٥) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ٣١٢.

(٦) بدائع الصنائع: ٣/٥ - ٤، فتح القدير لابن الهمام: ١١٤/٧.

ودليل جمهور الحنفية أن المستصنع قد اشترى ما لم يره، فهو بالخيار، بخلاف الصانع الذي سقط خياره بالإحضار^(١).

ويناقش ذلك: بأن الصانع إذا أتى بالعين على الصفة المشروطة، فإن ذلك يقوم مقام الرؤية بالنسبة للمستصنع، وأن في إثبات الخيار للمستصنع إضراراً بالصانع الذي أنفق ماله في المصنوع.

ودليل أبي يوسف هو أن الصانع قد أنفق ماله وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه إضراراً بالصانع^(٢).

وهذا ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية، فقد جاء في المادة / ٣٩٢ / : "وإذا انعقد الاستصناع؛ فليس لأحد العاقلين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً".

وإن القواعد الفقهية المتعلقة برفع الضرر ترجح أن عقد الاستصناع ملزم للطرفين؛ منعاً من الضرر.

ثالثاً- قيام الدولة بالرقابة على عقود الإذعان المبرمة بالإنترنت.

تتسم بعض العقود المبرمة عبر الإنترنت بصفة الإذعان، حيث ينفرد الموجب بتحديد شروط العقد، ويكون الإيجاب فيها موحداً وموجهاً للجمهور، وقد يتعلق العقد بسلع ومنافع يحتاجها الناس كافة، مما قد يعرضهم للاستغلال، من خلال قيام الموجب بالاحتكار وفرض شروط مجحفة.

لذلك ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى وجوب قيام الدولة بالرقابة على هذه العقود.

ورد في المعايير الشرعية: "يجب شرعاً خضوع عقود الإذعان المبرمة بالإنترنت لرقابة الدولة قبل طرحها للتعامل، وذلك حماية للمتعاملين بإقرار ما يحقق العدالة منها وإلغاء ما

(١) بدائع الصنائع: ٤/٣ - ٤.

(٢) المرجع السابق.

فيه ظلم بالطرف المذعن" ^(١).

والمستند الشرعي لذلك هو عموم النصوص الآمرة بدفع الضرر وتحقيق العدالة ^(٢).

والخلاصة:

- ١ - لا يصح الاستناد إلى قواعد رفع الضرر في التعويض عن الأرباح الفائتة في عقود المداينات، وهذا ما ذهبت إليه المعايير الشرعية.
- ١ - يصح التعويض عن الضرر الفعلي إذا تسبب به أحد الأطراف، وتحققت شروط قواعد رفع الضرر.



(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٨)، (التعاملات المالية بالإنترنت)، البند (٢ / ٣ / ٨): ص ٩٦٧.

(٢) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ٩٧٦.

الفصل الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة وتطبيقاتها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد العرف والعادة في المعايير الشرعية.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة

يتناول هذا المبحث أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة، وشرح معناها، ومصادرها، واستثناءاتها، وشرائط تطبيقها، مثل قاعدة (العادة مُحْكَمَة)، والقواعد الفقهية المتفرعة عنها.

المطلب الأول: قاعدة (العادة مُحْكَمَة)

تعدُّ هذه القاعدة من القواعد الفقهية المهمة، وهي إحدى القواعد الأربع التي ردَّ إليها القاضي حسين مذهب الإمام الشافعي^(١)، وقد ذكرها السيوطي وابن نُجَيْم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(٢)، وهي نصُّ المادة رقم (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية.

أولاً- معنى القاعدة:

أ- المعنى اللغوي: العادة من العود، أو المَعَاوَدَة، وهي الدَّيْدَن يُعَادُ إليه، فهي التكرار والرجوع إلى الشيء مرة بعد الأخرى.^(٣)

ب- المعنى الاصطلاحي: "العادة عبارة عما يستقرُّ في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"^(٤)، وقيل: "ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"^(٥).

ج- الفرق بين العادة والعرف:

العرف في اللغة هو: ضِدُّ النُّكْر، وهو ما تعرفه النَّفْس من الخير، والعرف والمعروف: الجود^(٦).

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٧.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٨٩، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٧٩.

(٣) لسان العرب، مادة (عود): ٣/ ٣١٥ - ٣١٦، القاموس المحيط (العود): ص ٣٠٢، المصباح المنير (عود): ٢/ ٤٣٦.

(٤) الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٧٩.

(٥) التعريفات، باب العين: ص ١٨٨.

(٦) لسان العرب، مادة (عرف): ٩/ ٢٣٩، المصباح المنير (عرف): ٢/ ٤٠٤.

والعُرف في الاصطلاح: "هو ما استقرَّ في النَّفوس من جهة شهادات العقول وتلقَّته الطباعُ السليمةُ بالقَبُول" (١).

وأما الفرق بين العُرف والعادة:

١- يرى بعض العلماء أن العادة والعُرف بمعنى واحد، يقول ابن عابدين (٢): "فالعادة

والعُرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وإن اختلفا من حيث المفهوم" (٣).

٢- يرى آخرون أن العادة تختصُّ بالفعل، فهي العُرف العملي، أما العُرف فيختصُّ بالقول (٤).

٣- وفرق بعضهم بين العُرف والعادة: بأن العادة قد تكون فردية، وقد تكون من

جماعة، أما العُرف فلا يكون إلا من جماعة، فالعُرف هو عادة الجماعة (٥).

ويظهر أن هذا الرأي هو الراجح؛ لأن العُرف لا يطلق إذا تكرر من شخص واحد، بخلاف العادة، فيقال هذه عادة فلان، ويقال هذه عادة الناس في هذا البلد.

وعلى هذا الرأي: تكون العلاقة بين العادة والعُرف هي العموم والخصوص المطلق، فالعادة أعم، والعُرف أخص، وكلُّ عرف عادة، وليست كلُّ عادة عرفاً.

د- والمعنى العام للقاعدة: يُرجع إلى العُرف والعادة في كثير من الأحكام الشرعية، ويُستند إليهما في كلِّ ما لا ضابط له شرعاً من الأحكام العمليَّة واللفظيَّة.

ثانياً- أقسام العادة:

(١) الكُلِّيَّات (فصل العين): ص ٦١٧.

(٢) ابن عابدين [١١٩٨ - ١٢٥٢ هـ]: هو الفقيه الحنفي محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، إمام الحنفية في عصره، ولد وتوفي بدمشق، نبغ في مختلف علوم الشريعة، وصار كتابه رد المحتار أشهر مرجع في الفقه الحنفي عند المتأخرين، وعليه المعتمد في الفتوى، وقد صنف كتباً أخرى منها: نسبات الأسحار على شرح المنار، الرحيق المختوم في الفرائض، وغيرها. ينظر: الأعلام: ٤٢/٦.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٢/٢.

(٤) تيسير التحرير: ٣١٧/١، التقرير والتحرير: ٢٨٢/١.

(٥) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا)، الفصل السابع والستون: ٨٦٧/٢.

تقسم العادة إلى أقسام وفق اعتبارات متنوعة:

أ- أقسام العادة باعتبار مصدرها: تقسم العادة باعتبار مصدرها إلى^(١):

١- عادة شرعية: وهي العادة التي أقرّها الشارع أو نفاها، أي أن يكون الشارع قد أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً، وهذه العادات ثابتة لا تتبدّل وإن اختلفت آراء الناس حولها؛ لأنها داخلية تحت أحكام الشرع، ومن هذا النوع: الأمر بستر العورات.

٢- عادة بشرية: وهي العادة الجارية بين الخلق التي لم يرد في الشرع ما يدلّ على نفيها أو إثباتها، ومع ذلك فهي أسباب تترتب عليها أحكام، وهذه العادات قد تكون ثابتة كشهوة الطعام والشراب، وقد تكون متبدّلة.

ب- أقسام العادة باعتبار وقوعها: تقسم العادة باعتبار وقوعها إلى^(٢):

١- العادة العامة: وهي العادة التي تفشو في جميع البلاد، وتنتشر بين جميع الناس.

٢- العادة الخاصة: وهي العادة التي تختصّ ببلد معين، أو فئة من الناس، مثل ما يصطلح عليه أهل الحرف، بحيث يكون خاصاً بهم دون غيرهم.

ثالثاً- أقسام العرف:

يقسم العرف باعتبارات متعددة، أهمها:

أ- العرف القولي والعرف العملي:

١- العرف القولي: "أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى"^(٣)، مثل إطلاق لفظ الدرهم على النقد الغالب.

ويشترط في العرف القولي أن ينقل اللفظ عن معناه اللغوي، أو يُخصّصه ببعض

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ٢/ ٢٨٣- ٢٨٤.

(٢) الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٧٩، المنشور في القواعد الفقهية: ٢/ ٣٦٢، مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف: ٢/ ١١٢، وما بعدها.

(٣) التقرير والتحجير: ١/ ٢٨٢.

أفراده، أما إذا شاع اللفظ وفق معناه اللغوي ذاته، فلا يسمى عرفاً قولياً^(١).

٢- العُرف العملي: ما جرى عليه الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم، مثل البيع بالتعاطي والاستصناع^(٢).

ب- العُرف العام والعُرف الخاص:

١- العُرف العام: هو ما شاع بين جميع الناس في مختلف البلدان، كمن حلف أن لا يضع قدمه في دار فلان، فالمراد في العُرف الدخول، ماشياً كان أو راكباً.

٢- العُرف الخاص: هو ما كان خاصاً ببلد من البلدان، أو فئة من الناس، مثل ما يصطلح عليه أهل الحرف^(٣).

ج- العُرف الصحيح والعُرف الفاسد:

١- العُرف الصحيح: هو ما لم يكن فيه مخالفة لنص شرعي، ولا تفويت مصلحة ولا جلب مفسدة، مثل تبادل الهدايا بين الخاطبين.

٢- العُرف الفاسد: هو ما تضمن مخالفة شرعية أو تفويت مصلحة أو جلب مفسدة، مثل تعارف الناس على بعض العقود الربوية^(٤).

د- اعتبار العُرف: يقسم العُرف من حيث اعتباره إلى ثلاثة أقسام:

١- العُرف المعتبر: هو الذي قام الدليل الشرعي على اعتباره والأخذ به، ومنه مراعاة الكفاءة في النكاح.

٢- العُرف الملغى: هو الذي قام الدليل الشرعي على نفيه وإلغائه، مثل عادات الجاهلية

(١) أنوار البروق في أنواء الفروق: ١/ ١٧١.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العُرف في بناء بعض الأحكام على العُرف: ١١٢/ ٢، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٥٥/ ٣٠.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١/ ١٨٦، الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٧٩، الموافقات في أصول الشريعة: ٢/ ٢٩٧.

(٤) مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العُرف في بناء بعض الأحكام على العُرف: ١١٤/ ٢، الموافقات في أصول الشريعة: ٢/ ٢٨٣، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٥٦/ ٣٠.

في التبرُّج.

٣- العُرف الذي لم يرد في الشرع دليل على اعتباره، ولا على إلغائه، وهو موضع نظر الفقهاء^(١).

رابعاً- أدلة القاعدة:

أ- من القرآن الكريم:

١- قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ (الأعراف: ١٩٩). ووجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر بالعرف، فدلّ على اعتباره في الشرع، وقد استدلل القرافي بهذه الآية بشأن الاختلاف بين الزوجين حول متاع البيت، فقال: "فكل ما شهد به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة"^(٢).

٢- قوله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ ۚ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَأْءَاتَهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ (الطلاق: ٧).

قال أبو بكر بن العربي: "أنه [الإنفاق] ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام"^(٣).

ب- من السنة النبوية:

١- عن عائشة رضي الله عنها: أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجلاً شحيحٌ وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٤).

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين: ٤٤/١، ١١٣/٢ - ١١٤، فتح الباري (ابن حجر): ٥١٠/٩، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٥٧/٣٠.

(٢) أنوار البروق في أنواء الفروق: ١٤٩/٣.

(٣) أحكام القرآن (ابن العربي)، سورة الطلاق، الآية الخامسة، مسألة هل النفقة مقدرة شرعاً: ٢٨٩/٤.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث (٥٣٦٤): ٦٥/٧، واللفظ له، وأخرجه الإمام مسلم، كتاب الأفضية، باب قضية هند، رقم الحديث

ووجه الاستدلال: أن الحديث قد أفاد اعتماد العُرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع^(١).

٢- ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما: "...فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسنٌ"^(٢).

وقد ذكر العلماء أن هذا النص يثبت حجية العُرف^(٣).

ب- الإجماع:

ذهب الفقهاء إلى اعتبار العُرف والعادة، وقد بنوا على ذلك كثيراً من الأحكام، ولم ينكر أحد منهم^(٤).

قال الشاطبي: "العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعاً، [سواء] كانت شرعية في أصلها، أو غير شرعية"^(٥).

خامساً- أركان القاعدة وشرائط تطبيقها:

مرّ سابقاً أن كلّ قاعدة تقوم على ركنين؛ وهما: الموضوع والحكم، وفيما يلي بيان لهما:

١- الركن الأول (الموضوع): إن موضوع هذه القاعدة هو: (العادة)، وهذا الركن إنما يقوم على ثلاثة أمور:

الأول- المعتاد: وهو الشخص في العادات الفردية، و الجماعة في العادة الجماعية.

(١٧١٤): ٣/ ١٣٣٨.

(١) فتح الباري (ابن حجر): ٩/ ٥١٠.

(٢) مسند أحمد، مسند عبد الله بن مسعود، رقم الحديث (٣٦٠٠): ٦/ ٨٤، المستدرک على الصحيحين، كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم، رقم الحديث (٤٤٦٥): ٣/ ٨٣، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، كتاب العلم، باب في الإجماع، رقم الحديث (٨٣٢): ١/ ١٧٧ - ١٧٨، وقال الهيثمي: "رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير ورجاله موثقون".

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ١٧٦، فتح القدير لابن الهمام: ٧/ ١٥.

(٤) مجموعة رسائل ابن عابدين: ١/ ٤٤، ٢/ ١١٣ - ١١٤، فتح الباري (ابن حجر): ٩/ ٥١٠.

(٥) الموافقات في أصول الشريعة: ٢/ ٢٨٦.

الثاني- محل الاعتیاد: وهو المعتاد علیه، سواء كان لفظاً استعمل في معنى آخر غير المعنى اللغوي، أو كان فعلاً متعارفاً علیه.

الثالث- الاعتیاد: أي التكرار.

٢- الركن الثاني (الحكم) أو (المحمول): إن الحكم في هذه القاعدة هو: (محكمة)، أي تحكيمها وإعمالها في الأحكام عند تحقق شرائط العمل بها^(١).

وأما شروط تطبيق هذه القاعدة فهي:

الشرط الأول: الاطراد أو الغلبة.

يشترط في العرف أو العادة الاطراد أو الغلبة، ومعنى الاطراد: أن يكون مستمراً لا يتخلف في جميع الحوادث، والمراد بالغلبة: أن يكون العمل بالعادة أو العرف غالباً في أكثر الحوادث، لا يتخلف إلا قليلاً^(٢)، قال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا"^(٣)، فمن باع شيئاً بدراهم وأطلق، انصرف إلى النقد الغالب، فإذا اضطربت العادة فيه بطل البيع^(٤)، ولا يقدح في اعتبار العادة انخراقتها أحياناً ما بقيت عادة في الجملة^(٥).

الشرط الثاني: العموم.

جمهور الفقهاء يرون أن العرف المعتبر في بناء الأحكام هو العرف العام دون الخاص، وهو العرف الذي يعمُّ بلاد المسلمين، نصَّ على ذلك الحنفية والشافعية^(٦).

إلا أن هذا ليس على إطلاقه، فالحنفية قد اعتدوا بالعرف الخاص في كثير من الأحكام،

(١) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسن): ص ٤٠٤، وما بعدها.

(٢) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): الفصل السابع: ٨٩٧/٢.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٢، وينظر أيضاً: الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٨١.

(٤) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٢.

(٥) الموافقات في أصول الشريعة: ٢٨٨/٢.

(٦) تبين الحقائق: ١٣٠/٥، مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٣/٢، ١١٤، ١٣٠، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٥،

الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٨٨، الفتاوى الفقهية الكبرى: ٥٨/٤.

مثل ما ينصرف إليه يمين الخالف^(١)، ومثل الاختلاف في متاع البيت، وفي حكم دخول العلو في بيع البيت، وذكروا أنه يعتبر في كل إقليم عرف أهله^(٢).

وكذلك الشافعية فقد أخذوا بالعرف الخاص في الموضع الذي يَعْمُ فيه^(٣)، ومما جاء في مغني المحتاج: "يعتبر في كل ناحية عرفها، وفي كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم"^(٤).

وقد ذكر السيوطي ضابطاً في ذلك، وهو: أن العرف الخاص إن كان محصوراً لم يؤثر في الأصح، وإن كان غير محصور كان مؤثراً في الأصح^(٥).

وقد أشار ابن عابدين إلى أن عدم اعتبار العرف الخاص في الحكم العام هو في حالة وجود نص بخلافه، فلا يصلح مقيداً له^(٦).

وعليه فلا يشترط العموم في كل عرف، إنما يشترط العموم في العرف المخصص للأدلة، أي يشترط العموم للعمل بالعرف عند معارضته للأدلة فقط^(٧).

الشرط الثالث: عدم مخالفة النص الشرعي.

يشترط في العرف المعتبر شرعاً أن لا يكون مخالفاً للنصوص الشرعية، فإذا خالف العرف النص كان العرف غير معتبر، فيؤخذ بالنص ويترك العرف، مثل تعارف الناس على بعض المعاملات الربوية، وذلك لأن النص أقوى من العرف، ولا يُترك الأقوى بالأدنى^(٨).

الشرط الرابع: أن لا يعارض العرف أو العادة تصريح مخالف.

يشترط في تطبيق العرف أو العادة عدم وجود تصريح مخالف، أي أن العرف لا يعتبر

(١) الأشباه والنظائر (ابن نجيم): ص ٨٣.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العرف: ص ١٣٠.

(٣) الفتاوى الفقهية الكبرى: ١٨٥ / ٢.

(٤) مغني المحتاج: ٥٧٤ / ٣.

(٥) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٥.

(٦) رد المحتار على الدر المختار: ٥١٩ / ٤.

(٧) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسنين): ص ٤١٠، وما بعدها.

(٨) فتح القدير لابن الهمام: ١٥ / ٧، مجموعة رسائل ابن عابدين: ١١٤ / ٢، فتح الباري (ابن حجر): ٥١٠ / ٩.

إذا وجد قول صريح بخلافه، مثل أن يذكر في العقد ما يخالف العُرف، فيؤخذ بما نصَّ عليه المتعاقدان ويترك العُرف؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة، قال العزُّ بن عبد السلام: "كلُّ ما يثبت في العُرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحَّ" (١).

الشرط الخامس: أن يكون العُرف قائماً عند إنشاء التصرف.

وذلك بأن يكون العُرف سابقاً لإنشاء التصرف أو مقارناً له، ولا يُعتدُّ بالعُرف الطارئ بعد التصرف، قال القرافي: "العوائد الطارئة بعد النطق لا يُقضى بها على النطق، فإن النطق سالمٌ عن معارضتها" (٢)، وقال السيوطي: "العُرف الذي تُحمَّل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر" (٣).

سادساً - تطبيقات القاعدة:

قال الإمام السيوطي: "اعلم أن اعتبار العادة والعُرف رُجع إليه في الفقه، في مسائل لا تُعدُّ كثرة" (٤).

ومن التطبيقات التي أدرجها الفقهاء تحت هذه القاعدة:

تُحكَّم هذه القاعدة في أقلِّ سنِّ الحيض والبلوغ، وأقلِّ مدَّة الحيض والنفاس والطهر، وغالبها وأكثرها، وفي حرز المال المسروق، وفي ضابط القليل والكثير في الضَّبة من الذهب والفضة، وطول الزمان وقصره عند موالاة الوضوء، وفي كثرة الأفعال المنافية للصلاة، وفي التأخير المانع من الردِّ بالعيب، وفي الشُّرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إذا كان ذلك لا يضير مالكها، وتناول الثمار الساقطة من الأشجار المملوكة، وفي إحراز المال المسروق، وفي المعاطاة، وفي رد ظرف الهدية وعدمه، وفي وزن أو كيل ما جهل حاله في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيراعى فيه عادة بلد البيع، وفي القبض، وفي تناول الطعام

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام: ١٨٦/٢.

(٢) شرح تنقيح الفصول: ص ٢١١.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٦.

(٤) المرجع السابق: ص ٩٠.

المقدّم ضيافة بلا لفظ، وفي ألفاظ الواقع والموصي، وفي الأيَّان^(١).

المطلب الثاني: القواعد الفقهية التي تدرج ضمن قاعدة (العادة مُحْكَمَة)

يتفرّع عن قاعدة (العادة مُحْكَمَة) جملة من القواعد الفقهية، أذكر منها:

أولاً - قاعدة (إنما تُعْتَبَرُ العادة إذا اطَّردت أو غَلَبَتْ).

وردت هذه القاعدة في كتب القواعد الفقهية كقيد في قاعدة (العادة مُحْكَمَة)، ذكر ذلك السيوطي وابن نُجَيْم في كتابيهما (الأشباه والنظائر)^(٢)، وهي نصُّ المادة رقم (٤١) من مجلة الأحكام العدلية.

أ - معنى القاعدة:

أن العادة التي تبنى عليها الأحكام هي العادة المستمرة التي لا تتخلّف، أو هي العادة التي تتكرر غالباً بحيث يكون تخلُّفها قليلاً، وقد سبق بيان ذلك عند الحديث عن شرائط تطبيق العُرف والعادة^(٣).

ب - تطبيقات القاعدة: أذكر من تطبيقات هذه القاعدة:

١ - من باع شيئاً بألف ولم يبيّن، فإن البيع ينصرف إلى النقد الغالب في البلد، فإن

اضطربت العادة بطل البيع.

٢ - من استأجر خيَّاطاً ليخيط الثوب، فإن الخيَّط على الخياط؛ عملاً بالعادة

والعُرف^(٤).

ثانياً - قاعدة (المعروف عُرفاً كاملاً مشروط شرطاً).

هذه القاعدة هي نصُّ المادة رقم (٤٣) من مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرها ابن

(١) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٠، المنشور في القواعد الفقهية: ٣٥٦/٢، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٧٩،

نهاية المحتاج: ٤٣٣/٣، المغني: ١٦/٤.

(٢) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٢، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٨١.

(٣) ينظر: ص ٢٢٦.

(٤) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ٩٢، الأشباه والنظائر (ابن نُجَيْم): ص ٨١.

نُجِّيم في كتابه (الأشباه والنظائر)، بلفظ: "المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً"^(١)، وقد وردت عبارات في كتب الفقهاء في معنى هذه القاعدة، منها: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"^(٢). كما وردت قاعدة مشابهة لها في مجلة الأحكام العدلية، وهي نصُّ المادة رقم (٤٥) ولفظها: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص". وفيما يلي معنى القاعدة وأهم تطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

أن الشروط المتعارف عليها بين الناس في تعاملاتهم وتصرفاتهم، تنزل منزلة الشروط المنصوص عليها في تلك المعاملات والتصرُّفات. ويشترط في تطبيق هذه القاعدة عدم وجود نص صريح يخالف ما هو متعارف عليه، كما مرَّ في شرائط قاعدة (العادة مُحْكَمَة).

ب- تطبيقات القاعدة: أذكر من تطبيقات هذه القاعدة:

١- يشترط في عقد الإجارة أن يكون الانتفاع بالعين المؤجرة على الوجه المعتاد في العرف^(٣).

٢- إذا قام رجل بعمل لآخر، ولم يبين أن كان العمل بأجر أو بدون أجر، ينظر إلى العرف، فإن كان هذا العامل يأخذ أجره في العرف والعادة، يجبر صاحب العمل على دفع أجر المثل^(٤).

ثالثاً- قاعدة (لا يُنكَّرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ).

هذه القاعدة هي نصُّ المادة رقم (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية، وقد أشار الإمام

(١) الأشباه والنظائر (ابن نُجِّيم): ص ٨٤.

(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٤/٣٦٤، المبسوط: ٩/٤، ١٩/٤١.

(٣) نهاية المحتاج: ٥/٢٨٦.

(٤) الأشباه والنظائر (ابن نُجِّيم): ص ٨٤، درر الحُكَّام شرح مجلة الأحكام: ١/٥١.

الشاطبي إلى معنى هذه القاعدة في كتابه الموافقات^(١)، وفيما يلي معنى القاعدة وأهم تطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

لا يُستنكر تبدُّل الأحكام الشرعية بتبدُّل الزمان، والأحكام التي تتبدَّل بتبدُّل الزمان هي الأحكام المبنية على العادات والأعراف، فتتغيَّر إذا تغيَّرت هذه العادات والأعراف^(٢). قال ابن عابدين: "فكثيرٌ من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغيُّر عُرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان"^(٣).

وقد يكون تغيُّر الأحكام بسبب فساد الأخلاق وضعف الأمانة، وقد يكون بسبب تغيُّر المصالح وحدوث أوضاع تنظيمية جديدة^(٤).

ب- شرائط تطبيق القاعدة: يشترط في تطبيق هذه القاعدة - بالإضافة إلى الشروط العامة في تطبيق قواعد العُرف - ما يلي:

١- أن تكون الأحكام المراد تغييرها من الأحكام التي مناطها عادات وأعراف تتغيَّر بتغير الزمان وتطوره، بخلاف الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة الناهية^(٥).

٢- أن لا تكون الأحكام المراد تغييرها من العادات الشرعية، ولا مناطاً لها^(٦).

ج- تطبيقات القاعدة: أذكر من تطبيقات هذه القاعدة:

(١) الموافقات في أصول الشريعة: ٢/ ٢٨٤.

(٢) درر الحكّام شرح مجلة الأحكام: ١/ ٤٧، شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٢٢٧، المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٤٦٠-٤٦١.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العُرف في بناء بعض الأحكام على العُرف: ٢/ ١٢٣.

(٤) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا)، الفصل السادس والسبعون: ٢/ ٩٤٢-٩٤٣.

(٥) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا)، الفصل السادس والسبعون: ٢/ ٩٤٢-٩٤٣، المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٤٦٣.

(٦) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٤٦٣.

١- تضمين الصنّاع أو الأجير المشترك: فالأصل أن الأموال التي في أيدي الصنّاع أمانة عندهم، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، لكن لما ضعفت الأمانة عند الناس، أفتى الفقهاء المتأخرون بتضمين الصنّاع ما تلف عندهم من أموال^(١).

٢- كانت الدور تُبنى في السابق على نسق واحد، فيكتفى برؤية بعض بيوت الدار لسقوط خيار الرؤية وصحة البيع، ولما حدث التفاوت في البيوت، صار لا بدّ من رؤية جميع بيوت الدار^(٢).

٣- أفتى المتقدمون من الحنفية بعدم جواز أخذ الأجرة على الأذان والإمامة وتعليم القرآن؛ لأن العمل الواجب شرعاً لا يصح أخذ الأجرة عليه، ولما قلّ المتبرعون، وانقطعت عطاياهم من بيت المال، أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجرة على مثل هذه الأعمال؛ خشية ضياع هذه الواجبات^(٣).

(١) بدائع الصنائع: ٤/٢١٠، تبيين الحقائق: ٥/١٣٤، الفتاوى الهندية: ٤/٥٠٠، حاشية الدسوقي: ٤/٢٨، المهذب:

٢/٢٦٧، الإنصاف: ٦/٧٢-٧٣، المغني: ٥/٣٨٩.

(٢) الهداية: ٣/٣٥.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين، نشر العُرف في بناء بعض الأحكام على العُرف: ٢/١٢٣-١٢٤، رد المحتار على الدر

المختار: ٦/٥٥.

المبحث الثاني : تطبيقات قواعد العرف والعادة في المعايير الشرعية

يتناول هذا المبحث أهم التطبيقات المتعلقة بقواعد العرف والعادة في المعايير الشرعية، ومنها: القبض الحكمي وتطبيقاته في المعايير الشرعية، مثل القيد المصرفي، وقبض الشيك، والبطاقة الائتمانية.

كما يتناول تطبيقات القبض الحكمي في غير عقد الصرف، مثل تسلم مستندات المقبوض، والتسجيل القانوني له، ويتناول أيضاً تطبيقات أخرى لقواعد العرف والعادة في المعايير الشرعية، مثل المواطأة بين العقود.

وأبدأ بتمهيد حول القبض وأهم الأحكام المتعلقة به، ومنها القبض الحكمي.

تمهيد: تعريف القبض وأنواعه وأهم الأحكام المتعلقة به

أولاً- تعريف القبض:

أ- القبض في اللغة: يطلق القبض في اللغة على معانٍ متعددة؛ منها: الأخذ والحيازة، ودخول الشيء في ملك الرجل وتصرفه، ويطلق القبض على تناول الشيء بجميع الكف، ومنه قبض السيف، كما يطلق القبض على الإمساك عن الشيء^(١).

ب- القبض في الاصطلاح:

هو حيازة الشيء والتمكُّن منه^(٢)، قال الكاساني^(٣): "معنى القبض هو التمكين، والتخلّي، وارتفاع الموانع عرفاً وعادةً حقيقة"^(٤).

(١) لسان العرب (قبض): ٢١٣/٧، وما بعدها، المصباح المنير (قبض): ٤٨٧/٢.

(٢) شرح حدود ابن عرفة: ص ٤١٥، القوانين الفقهية: ص ٢١٣، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٥٧/٣٢.

(٣) الكاساني [٥٨٧هـ-...]: هو الإمام العلامة أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، فقيه حنفي حلي، أشهر مصنّفاته كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، وهو شرح لكتاب تحفة الفقهاء لشيخه علاء الدين السمرقندي، وله أيضاً:

السلطان المين في أصول الدين. ينظر: الجواهر المضوية: ٢/٢٤٤، الأعلام: ٧٠/٢.

(٤) بدائع الصنائع: ١٤٨/٥.

وقال العزُّ بن عبد السلام في معنى القبض: "الاستيلاء والتمكُّن من التصرف"^(١)، وفي المعايير الشرعية: "القبض حيازة الشيء وما في حكمها بمقتضى العرف"^(٢).

ثانياً- أنواع القبض:

ذكر الفقهاء في كيفية القبض نوعين أساسيين:

- ١- القبض الحقيقي: هو ما كان متحققاً حساً في الواقع، مثل التناول باليد^(٣).
- ٢- القبض الحكمي: وهو ما يتحقق فيه معنى القبض تقديرًا وحكمًا، لا حسًا، ويقوم مقام القبض الحقيقي في أحكامه وآثاره، وله صور متنوعة، منها:

الصورة الأولى: التخلية.

قال ابن عابدين: "التخلية قبضٌ حُكْمًا"^(٤)، والمراد بالتخلية: رفع الحائل بين المشتري والمبيع على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه^(٥)، أو: "أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع، مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري إياه"^(٦).

الصورة الثانية: القبض بالنية.

إذا اتحدت يد القابض والمقبض، مثل أن يكون للمدين حق في يد ربِّ الدَّين، فيأمره بقبضه من يده لنفسه، فيحصل الإقباض بمجرد الإذن، ويكون قبضه له بالنية، مثل قبض الأب من نفسه لنفسه مال ولده إذا اشتراه منه^(٧).

الصورة الثالثة: اعتبار الدائن قابضاً حُكْمًا وتقديرًا للدَّين إذا كانت ذمَّته مشغولة بمثله

(١) الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، الباب الثاني (باب المجاز)، الفصل الرابع والأربعون (في مجاز التشبيه)،

النوع الأربعون (القبض والبسط): ص ١٠٦.

(٢) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١٨)، (القبض): ص ٤٩٧.

(٣) الذخيرة: ١/١٦٠، المجموع: ٩/٢٧٦، كشاف القناع: ٣/٢٤٧.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٤/٥٦٢.

(٥) بدائع الصنائع: ٥/٢٤٤.

(٦) مجلة الأحكام العدلية: المادة رقم (٢٦٣).

(٧) شرح تنقيح الفصول: ص ٤٥٦.

للمدين:

وذلك إذا استحقَّ المدين قَبْضَ مِثْلِ الدَّيْنِ الثَّابِتِ فِي ذِمَّتِهِ مِنَ الدَّائِنِ، بِأَحَدِ مَوْجِبَاتِ الدَّيْنِ، فَإِنَّهُ يَعُدُّ مَقْبُوضاً حَكْماً مِنَ الْمَدِينِ، وَلِهَذَا الْحَالَةُ أَمْثَلَةٌ مُتَنَوِّعَةٌ، مِنْهَا^(١):

المثال الأول: اقتضاء أحد النقيدين من الآخر.

وهو عقد صرف بنقد وذمة، أي أن يكون أحد النقيدين في الذمة، والآخر حاضراً، فيصح - عند أكثر أهل العلم - أن يصرف ما في الذمة بنقد آخر إذا تم القبض في المجلس بسعر يومه^(٢).

جاء في المغني: "ويجوز اقتضاء أحد النقيدين من الآخر، ويكون صرفاً بعين وذمة، في قول أكثر أهل العلم"^(٣).

واستدلوا على ذلك بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: "كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم، وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء»"^(٤).

وقد أفاد الحديث: جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بنقد حاضر من غير

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٦٣ / ٣٢.

(٢) المَدَوَّنَةُ، كتاب الصرف: ٣ / ٣، المغني: ٣٧ / ٤.

(٣) المغني: ٣٧ / ٤ - ٣٨.

(٤) سنن أبي داود، أول كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق، رقم الحديث (٣٣٥٤): ٥ / ٢٤١، سنن النسائي، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، رقم الحديث (٤٥٨٢): ٧ / ٢٨١، مسند أحمد، مسند عبد الله بن عمر، رقم الحديث (٥٥٥٥): ٩ / ٣٩٠. وقد نقل ابن حجر إعلاله بالوقف عن جماعة من العلماء، ينظر: التلخيص الحبير، رقم الحديث (١٢٠٣): ٦٩ / ٣.

جنسه، بشرط التقابض في المجلس^(١).

لكن ذلك قد يُشكل بوجود تعارض بين حديث ابن عمر السابق، وحديث أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "... ولا تبيعوا منها غائباً بناجز"^(٢).
وقد قال ابن عبد البرّ في إيضاح الإشكال: "وليس الحديثان بمتعارضين عند أكثر الفقهاء؛ لأنه ممكن استعمال كل واحد منهما، وحديث ابن عمر مفسر، وحديث أبي سعيد الخدري مجمل، فصار معناه لا تبيعوا منها غائباً ليس في ذمة بناجز، وإذا حملا على هذا لم يتعارضاً"^(٣).

المثال الثاني: المقاصّة.

وهي: "اقتطاع دَيْنٍ من دَيْنٍ"^(٤)، وقيل: "إسقاط ما لك من دَيْنٍ على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه"^(٥).

فإذا انشغلت ذمة الدائن للمدين بمثل ما له عليه من الدَيْن، في الجنس والصفة ووقت الأداء، برئت ذمة المدين، من غير حاجة إلى التقابض، ويسقط الدينان إذا كانا متساويين في المقدار، ويكون ما في الذمة مقبوضاً حكماً، فإن تفاوتتا في القدر، وقعت المقاصّة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مديناً للآخر بما زاد^(٦).

المثال الثالث: تطرح الدينين صَرَفاً.

وهي أن يكون لرجل في ذمة آخر نقود، ويكون للآخر عليه نقود من جنس آخر،

(١) نيل الأوطار: ١٨٦/٥.

(٢) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة، رقم الحديث (٢١٧٧): ٧٤/٣، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الربا، رقم (١٥٨٤): ١٢٠٨/٣.

(٣) التمهيد: ١٢/١٦.

(٤) القوانين الفقهية: ص ١٩٢.

(٥) الشرح الكبير للدردير (مطبوع مع حاشية الدسوقي): ٢٢٧/٣.

(٦) رد المحتار على الدر المختار: ٢٢٦/٥، بدائع الصنائع: ٢٣٤/٥، الهداية: ٨٣/٣، حاشية الدسوقي: ٢٢٧/٤، مواهب الجليل: ٥٤٩/٤.

فيصطرفان بها في ذمَّتيهما.

ذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية إلى صحة هذا الصرف، من غير حاجة إلى التقابض الحقيقي، وذلك لوجود التقابض الحكمي الذي يقوم مقام التقابض الحقيقي، وقد عللوا ذلك بأن: "الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة"^(١)، وبأن: "الدَّيْن في الذمة كالمقبوض"^(٢).

إلا أن المالكية قد اشترطوا أن يكون الدينان قد حلَّلاً معاً^(٣).

ثالثاً- كيفية القبض بالنظر إلى نوع المقبوض:

ذكر الفقهاء أن القبض المعتد به شرعاً يختلف باختلاف الشيء المقبوض:

أ- في العقار: يكون القبض بالتخلية والتمكين من التصرف، بلا خلاف^(٤).

ب- وفي المنقول: ذهب الحنفية والإمام أحمد في رواية عنه إلى أن قبض المنقول يكون بالتناول باليد أو بالتخلية على وجه التمكن^(٥).

إلا أن الحنفية استثنوا من ذلك عقد الصرف، فاشترطوا فيه القبض الحقيقي، أي المبادلة باليد، جاء في الدر المختار، في باب الصرف: "والتقابض بالبراجم لا بالتخلية قبل الافتراق"^(٦).

وأما جمهور الفقهاء فقد ميزوا في قبض المنقول بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون مما يتناول باليد عادة كالنقود والثياب، فهذا يكون قبضه

(١) المغني: ٣٧/٤.

(٢) التمهيد: ٢٩١/٦.

(٣) رد المحتار على الدر المختار: ٢٦٥/٥، مواهب الجليل: ٣١٠/٤، طبقات الشافعية الكبرى (ابن السبكي): ٢٣١/١٠.

(٤) رد المحتار على الدر المختار: ٥٦١-٥٦٢/٤، مواهب الجليل: ٤٧٧/٤، روضة الطالبين: ٥١٧/٣، كشف القناع: ٢٤٧/٣.

(٥) الفتاوى الهندية: ١٦/٣، مجلة الأحكام العدلية: المادة رقم (٢٧٤)، المغني: ٨٥/٤.

(٦) رد المحتار على الدر المختار: ٢٥٧/٥، وينظر أيضاً: فتح القدير لابن الهمام: ٢٥٧/٥.

بتناوله باليد^(١).

الحالة الثانية: أن يكون مما لا يتناول باليد عادة، ولا يعتبر فيه تقدير في العقد، من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، مثل الأمتعة والعروض والدواب والصُّبْرَة جزافاً، ففي هذه الحالة يرجع في قبضه إلى العُرف عند المالكية^(٢)، وعند الشافعية والحنابلة يكون القبض فيه بنقله وتحويله^(٣).

الحالة الثالثة: أن يكون مما يعتبر فيه تقدير في العقد، من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، كمن اشترى حنطة مكايلة، أو متاعاً موازنة، أو ثوباً مذارعة، ففي هذه الحالة يكون قبضه باستيفائه بما يُقدَّر فيه من كيل أو وزن أو ذرع أو عد^(٤).

الأدلة:

دليل الجمهور: استدلل جمهور الفقهاء على أن قبض غير المقدَّرات من المنقولات إنما يكون بالنقل والتحويل، بالسنة والعُرف.

أما السنة: فحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: " .. وكنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه " ^(٥)، وقيس على الطعام غيره^(٦).

وأما العُرف: فلأن أهل العُرف لا يعدُّون احتواء اليد عليه قبضاً من غير تحويل^(٧). وقد استدلل الجمهور على أن قبض المقدَّرات من المنقولات إنما يكون بالاستيفاء بما

(١) الذخيرة: ١/ ١٦٠، المجموع: ٩/ ٢٧٦، كشاف القناع: ٣/ ٢٤٧.

(٢) الشرح الكبير للدردير (مع حاشية الدسوقي): ٣/ ١٤٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: ٥/ ١٥٨.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٤٦٨، روضة الطالبين: ٣/ ٥١٧، كشاف القناع: ٣/ ٢٤٧، المغني: ٤/ ٨٥، ٤/ ٢٥٠.

(٤) الشرح الكبير للدردير (مع حاشية الدسوقي): ٣/ ١٤٤، مغني المحتاج: ٢/ ٤٦٩ - ٤٧٠، روضة الطالبين: ٣/ ٥١٧،

مطالب أولي النهى: ٣/ ١٤٩، المغني: ٤/ ٨٥، ٤/ ٢٥٠.

(٥) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم الحديث (١٥٢٧): ٣/ ١١٦١.

(٦) مغني المحتاج: ٢/ ٤٦٨، المغني: ٤/ ٢٥٠.

(٧) المجموع: ٩/ ٢٨٢.

يُقَدَّر به من كيل أو وزن أو ذرع أو عد، بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: "نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري"^(١).

واستدلوا أيضاً: بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من ابتاع طعاماً فلا يَبِعه حتى يكتاله"^(٢)، وقد دلَّ الحديث على أن القبض لا يحصل فيما يُكال إلا بالكيل، فقيس عليه غيره مما يباع بالوزن أو الذرع أو العد من المقدرات^(٣).

أما الحنفية: فقد استدلوا على حصول القبض الشرعي في المنقولات بالتخلية مع التمكين من التصرف، بأن القبض هو التسليم، والتسليم في اللغة جعل الشيء سالماً خالصاً، وهذا يحصل بالتخلية، ولأن التسليم واجب، ومن عليه الواجب ليس له سبيل لأدائه إلا من خلال التخلية ورفع الموانع، فأما الإقباض فليس في وسعه؛ لأن القبض بالبراجم فعل اختياري للقباض، فلو تعلَّق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لا يجوز^(٤).

ويرى الحنفية أن اليد في قول النبي صلى الله عليه وسلم: "يداً بيد" ليس مراداً بها اليد بمعنى الجارحة، وإنما المراد بها التعيين؛ ولذلك لا يشترط عندهم التقابض باليد في تبادل الأموال الربوية، وإنما يكفي فيها التعيين؛ لكن النقود عندهم لا تتعين بالتعيين، فوجب فيها التقابض باليد، فهو شرط التعيين في تبادل النقود^(٥).

والخلاصة:

١ - اتفق الفقهاء على أن عقد الصرف لا بد فيه من التقابض الحقيقي، ولا تكفي فيه

(١) سنن ابن ماجه، أبواب التجارات، باب النهي عن بيع الطعام قبل أن يقبض، رقم الحديث (٢٢٢٨): ٣/ ٣٤٠، وقد أشار ابن حجر إلى ضعف الحديث، ونقل عن البيهقي أنه قواه بطرقه. ينظر: التلخيص الحبير، رقم الحديث (١١٩٩): ٣/ ٦٧.

(٢) صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم الحديث (١٥٢٥): ٣/ ١١٦٠.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٤٧٠.

(٤) بدائع الصنائع: ٥/ ٢٤٤.

(٥) المرجع السابق: ٥/ ٢١٩.

التخلية.

٢- اتفق الفقهاء على أن التقابض في غير المنقول، إنما يكون بالتخلية مع التمكين من التصرف.

٣- القبض عند الحنفية يحصل بالتخلية مع التمكين من التصرف في كل شيء باستثناء التقابض في عقد الصرف، وهو رواية عند الحنابلة.

٤- المقدّرات من المنقولات: يكون قبضها عند جمهور الفقهاء باستيفائها بما تقدّر به.

٥- ما يتناول باليد عادة مثل الثياب، يكون قبضه بالتناول باليد عند جمهور الفقهاء.

٦- سائر المنقولات من غير المقدّرات: يكون قبضها عند الشافعية والحنابلة بالنقل والتحريك، وعند المالكية يكون قبضها بحسب العرف والعادة.

الترجيح:

يترجّح أن ما ورد فيه نصّ صحيح، مثل قبض المقدّرات، يتوقّف فيه على النص، وما لم يرد فيه نصّ فيرجع فيه إلى العرف والعادة؛ لأن شرط العمل بالعرف أن لا يخالف النص. فما يباع بالكيل أو الوزن يكون قبضه باستيفائه بما يقدر به، وما يباع جزافاً يكون قبضه بالنقل والتحريك، وما سوى ذلك يرجع فيه إلى العرف والعادة.

رابعاً- تأثير العرف في القبض الشرعي:

يتبيّن لنا من الصور السابقة التي ذكرها الفقهاء حول كيفية القبض، أن العرف له دور أساسي في تحديد القبض الشرعي في كثير من صور القبض، وقد نصّ الفقهاء على ذلك، قال الإمام النووي: "فقال أصحابنا الرجوع في القبض إلى العرف"^(١). ويقول الخطيب الشَّرِينِي^(٢): "لأن الشارع أطلق القبض وأناط به أحكاماً، ولم يبينه،

(١) المجموع: ٩/ ٢٧٥.

(٢) الشَّرِينِي [٩٧٧هـ - ...]: محمد بن أحمد، الخطيب الشَّرِينِي، من فقهاء الشافعية، مفسر نحوي، أجمع أهل مصر على صلاحه ووصفوه بالعلم والعمل والزهد والورع، وانتفع به خلق كثير، له تصانيف منها: السراج المنير، مغني المحتاج، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. شذرات الذهب: ١٠/ ٥٦١، الأعلام: ٦/ ٦.

ولا له حدٌ في اللغة، فيرجع فيه إلى العُرْف" (١).

وقال المالكية: "وقبض غيره، أي: غير العقار، من عروض وأنعام ودواب، بالعُرْف الجاري بين الناس" (٢).

وقال ابن قدامة: "ولأن القبض مطلقٌ في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العُرْف" (٣). ويقول الخطّابي (٤): "القبوض تختلف في الأشياء حسب اختلافها في أنفسها، وحسب اختلاف عادات الناس فيها" (٥).

إذاً، فالفقهاء متفقون على تأثير العُرْف والعادة في تحديد القبض الشرعي للأشياء، وإن اشترطوا كيفيات محددة في بعض الحالات.

خامساً- العقود التي يشترط فيها القبض:

يختلف حكم اشتراط القبض بين عقد وآخر:

١- قد يكون القبض شرطاً في صحة العقد، بحيث يبطل العقد إذا تفرّق العاقدان قبل القبض، مثل: عقد الصرف، وبيع الأموال الربوية ببعضها، حيث يشترط تقابض البديلين قبل التفرّق، وأيضاً عقد السَّلَم، حيث يشترط قبض رأس المال قبل التفرّق، على تفصيل لدى الفقهاء، ونحو ذلك من العقود.

٢- وقد يكون القبض شرطاً في نقل الملكية في عقود التبرعات، مثل عقد الهبة والقرض، والعارية.

٣- وقد يكون القبض شرطاً لزوم العقد، مثل عقد الرهن والهبة والقرض.

(١) مغني المحتاج: ٤٦٧/٢.

(٢) الشرح الكبير للدردير (مع حاشية الدسوقي): ١٤٥/٣.

(٣) المغني: ٨٥/٤.

(٤) الخطّابي [٣١٩-٣٨٨ هـ]: هو الإمام الحافظ حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البُستي، كان محدثاً فقيهاً لغوياً، من أهل بُست (أفغانستان) له مصنفات جليلة منها: معالم السنن في شرح سنن أبي داود، بيان إعجاز القرآن، غريب الحديث. ينظر: سير أعلام النبلاء: ٢٣/١٧، الأعلام: ٢٧٣/٢.

(٥) معالم السنن: ١٣٦/٣.

وهذا الاشتراط هو محل اتفاق الفقهاء في بعض العقود، ومحل اختلافهم في عقود أخرى، ولا يدخل تفصيل ذلك في موضوع هذا البحث، وإنما يُرجع فيه إلى مظانّه في كتب الفقه.

سادساً- آثار القبض في العقود:

إن أهم آثار القبض في العقود هي:

١- انتقال ضمان المقبوض إلى القابض.

٢- تسلط القابض على التصرف في المقبوض.

٣- وجوب بذل العوض من قبل القابض.

هذه هي أهم آثار القبض، ويختلف تفصيلها بين عقد وآخر، وتفصيل ذلك يُرجع فيه إلى مظانّه في كتب الفقه.

وفيا يلي أهم تطبيقات القبض الحكمي في المعايير الشرعية.

المطلب الأول: تطبيقات القبض الحكمي في عقد الصرف

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب التقابض في مجلس العقد في عقد الصرف، قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا، أن الصرف فاسد"^(١).

وقد استدلل الفقهاء على ذلك بجملة من الأحاديث النبوية؛ منها: حديث عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواءً بسواءٍ، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد"^(٢).

وقد مر سابقاً أن القبض قد يحصل حقيقة بالحس، وقد يحصل حكماً واعتباراً من

(١) المغني: ٤/ ٤١.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم (١٥٨٧): ٣/ ١٢١١.

خلال التمكين من التصرف، وفيما يلي بيان لصور القبض الحكمي في المعايير الشرعية وتأثير قواعد العرف والعادة في تحقق القبض الحكمي فيها:

ورد في المعايير الشرعية، عدة صور للقبض الحكمي في بيع العملات^(١)، وهي: القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل، قبض الشيك، القبض من خلال البطاقة الائتمانية، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل:

عرف القيد المصرفي بأنه: "عملية آلية تتم بتدخل مصرف أو أكثر، فيتحقق عن طريق التسجيل لديه نقل النقود أو القيم المالية، وذلك بتفريغها من حساب مودع إلى حساب آخر، قد يكون للأمر ذاته أو لمستفيد آخر دائن له"^(٢).

وفي القيد المصرفي لا يحدث نقل حسي للنقود، وإنما يترتب عليه نقل ملكية المبلغ المقيد حكماً إلى الطرف المستفيد، وتستقر ملكية المستفيد لهذا المبلغ من تاريخ قيده في حسابه^(٣).

ومشكلة القيد المصرفي: عدم وجود قبض فعلي للنقود محل العقد في نفس اليوم الذي يجري فيه التعاقد، وإنما يقتصر الأمر وقت التعاقد على تقييد الحقوق حسابياً لدى كل من المتعاقدين، أما التسليم والاستلام الفعلي للنقود، فإنه يتأخر لمدة يومين - في العادة - بعد تنفيذ العملية^(٤).

وهذا التأخر مخالف في الظاهر لقواعد عقد الصرف، حيث يشترط فيها التقابض الفعلي وقت العقد، وأن تأخير التقابض مفسد للعقد.

وقد ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى صحة القبض في

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١)، (التجارة في العملات)، البند (٢/٦/٥): ص ٥٧-٥٨.

(٢) الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشبيلي: ٣٦٩/٢، نقلاً عن: النقل المصرفي لسليمان أبو ذياب، والعقود التجارية لمحمد الجبر.

(٣) الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشبيلي: ٣٦٩/٢.

(٤) المرجع السابق.

عقد الصرف من خلال القيد المصرفي، وأنه يقوم مقام القبض الحقيقي للنقود.
جاء في المعايير الشرعية: "...ومن صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وحكماً ما يأتي:
أ- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل... ويغتنر تأخير القيد المصرفي - بالصورة
التي يتمكن المستفيد بها من التسلم الفعلي - إلى المدة المتعارف عليها في أسواق التعامل، على
أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد
المصرفي بإمكان التسليم الفعلي"^(١).

ومن أجاز ذلك أيضاً: مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في قراره رقم: (٦/٤/٥٥)
بشأن القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها، وهذا هو رأي أكثر الفقهاء المعاصرين^(٢).
ويرى بعض المعاصرين^(٣) بأن القيد المصرفي لا يقوم مقام القبض الحقيقي في الصرف،
وقد استدلو بالنصوص الواردة في وجوب التقابض الحقيقي باليد في عقد الصرف، ومنها
حديث عبادة بن الصامت، وفيه لفظ: "يداً بيد"^(٤).

ومما استدل به المجيزون: العُرف، وذلك بأن المرجع في تحديد القبض الشرعي هو
العُرف، وأن العُرف الحالي يقضي بأن القيد المصرفي في قوة القبض الحقيقي^(٥).
ويناقش هذا الاستدلال بأن من شروط إعمال العُرف: أن لا يخالف النص، وقد ورد
النص السابق باشتراط التقابض باليد.

وقد أجاب المجيزون بأن بالتقابض المطلوب لا يقتصر على المناولة الحسية، وإنما المراد

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١)، (التجارة في العملات)، البند (٥/٦/٢): ص ٥٧-٥٨.

(٢) ومنهم: د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص ٣١٦، د. نزيه حماد، د. علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع
الفقه الإسلامي الدولي، العدد السادس، المجلد الأول، ص ٧٣٣، ص ٥٨٥، د. يوسف الشبيلي، الخدمات
الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي: ٣٧٣/٢.

(٣) الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشبيلي: ٣٧٢/٢.

(٤) سبق تخريجه: ص ٢٤٢.

(٥) بحث: القبض: صوره، وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،
العدد السادس: ٥٨٨/١.

هو إثبات اليد، وهو غاية القبض، وهذا حاصل في القيد المصرفي، وأن "التقابض - سواء كان يدوياً بالمناولة أو حسابياً (بالقيود الدفترية) - مبنيٌّ على إثبات الحق المنجز بالنسبة إلى الطرفين المتبايعين"^(١).

ودليلهم على أن المراد هو ثبوت اليد: حديث ابن عمر رضي الله عنهما في جواز اقتضاء الدراهم من الدنانير التي في الذمة^(٢).

ووجه الاستدلال أن المصارفة الواردة في الحديث ليس فيها تقابض باليد بمعنى إبراز كل طرف ما يريد مصارفته، وإنما تم التقابض على أساس الحق القائم بهيئة دنانير في الذمة مقابل دراهم بسعر يوم التقابض، وهذا يدلُّ على أن المطلوب في القبض هو إثبات اليد، وهو حاصل في القيد المصرفي^(٣).

ويناقش ذلك: بأن المصارفة الواردة في الحديث تختلف عن المصارفة بالقيد المصرفي، من جهة أن الأولى مبادلة عوض حاضر بعوض مستقر في الذمة في وقت سابق، بخلاف الثانية حيث ينشأ الدينان بعقد الصرف ذاته^(٤).

ومما استدللَّ به المجيزون: قواعد الحاجة ورفع الحرج، ووجه الاستدلال: وجود أمور تنظيمية وإدارية تمنع حصول التقابض الفعلي في مجلس العقد، وتفرض تأخر التسليم الفعلي للنقود عن وقت القيد المصرفي لمدة قد تصل إلى يومين، وهذا الأجل في عمليات الصرف العاجل يسير، وغير مقصود لذاته ولا يمكن الاحتراز عنه^(٥).

الترجيح:

يترجح لدي ما ذهب إليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: بأن

(١) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية (سامي حمود): ص ٣١٧.

(٢) الحديث سبق تخريجه: ص ٩٩.

(٣) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية (سامي حمود): ص ٣١٤.

(٤) الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشبيلي: ٣٧١ / ٢.

(٥) بحث: المضاربات في العملة والوسائل المشروعة لتجنب أضرارها الاقتصادية، د. أحمد محيي الدين أحمد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الحادي عشر، ١/ ٤٥٣ - ٤٥٥.

القيد المصرفي يعدُّ قبضاً صحيحاً في عقد الصرف، وأنه بمثابة القبض الحقيقي للنقود، لما يلي:

١- إن العُرف الحالي يقضي بأن القيد المصرفي في قوة القبض الحقيقي في أحكامه وآثاره، إذ به يحصل انتقال المال حكماً إلى الطرف المستفيد، وتثبت يده عليه، وتبرأ ذمة الآخر منه، وهذا هو المقصود من القبض.

٢- إن حديث ابن عمر رضي الله عنهما، يدل على جواز التقابض الحكمي في عقد الصرف، وأن المطلوب في عقد الصرف هو تفريغ الذمتين في مجلس العقد، وانتقال المال من ذمة الأول إلى ذمة الثاني، وهو حاصل من خلال القيد المصرفي. وقد اشترط بعض الباحثين المعاصرين ثلاثة شروط لصحة القبض بالقيد المصرفي، وهي^(١):

الأول: أن يكون في حوزة البنك من العملات بقدر المبلغ المقيّد للطرف الآخر، وذلك لئلا يكون من بيع ما لا يملك.

الثاني: أن يتم التقييد قبل مفارقة أحد طرفي العقد الآخر.

الثالث: ألا يكون التسليم الفعلي للنقود مؤجلاً بأجل مقصود.

ومما لا شك فيه أن مراعاة هذه الشروط ضرورية لصحة عقد الصرف؛ لأنها تنفّرع عن شرط التقابض في عقد الصرف، إذ لا يصحُّ هذا العقد مع غياب أحد البديلين، أو مع وجود الأجل، وكذلك لا يصح مع التفرق قبل التقابض.

حالات القبض الحكمي من خلال القيد المصرفي:

ورد في المعايير الشرعية ثلاث حالات للقبض الحكمي من خلال القيد المصرفي، أبينها فيما يلي^(٢):

الحالة الأولى: إذا أودع في حساب العميل مبلغٌ من المال، مباشرة أو بحوالة مصرفية.

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف الشبيلي: ٣٧٥-٣٧٦.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١)، (التجارة في العملات)، البند (٢/٦/٥): ص ٥٧-٥٨.

مثال: رجل مدين لآخر بمبلغ من المال، فإذا قام المدين بإيداع هذا المبلغ في حساب الدائن، فإن القيد المصرفي لهذا المبلغ من المال في حساب الدائن، يعدُّ قبضاً حكماً من الدائن، وتبرأ ذمّة المدين به.

والقبض الحكمي المعتبر شرعاً متحقق في هذه الحالة؛ لأن القيد المصرفي لهذا المال في حساب الدائن، يعني انتقال ملكية المال وحيازته وضمانه والتمكن من التصرف فيه، ودخوله في حوز الدائن في العُرف والعادة، وهو معنى القبض الشرعي، كما مر سابقاً. ولا فرق بين أن يتم الإيداع مباشرة أو من خلال حوالة مصرفية؛ لتحقيق حقيقة القبض الحكمي في الحالتين.

الحالة الثانية: إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المؤسسة في حالة شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

وفي هذه الحالة يكون للعميل حساب في مؤسسة بعملة ما، فيأمر المؤسسة بقيد مبلغ منه في حسابه بعملة أخرى؛ بناءً على عقد صرف ناجز تمّ بينه وبين المؤسسة. والقبض الحكمي هنا يحصل من جهتين، الأولى: قبض المؤسسة للبدل المستحق لها، من خلال الاقتطاع الناجز من حساب العميل، الثانية: قبض العميل للبدل المستحق له، من خلال القيد المصرفي الناجز بالعملة المشتراة في حساب العميل، ويُعدُّ مجموع ذلك بمثابة التقابض بين البدلين في المؤسسة^(١).

وقد يُشكّل هنا أن المؤسسة تتولى طرفي القبض، فتقبض لنفسها، وتقبض عن العميل، وبذلك تكون يد القابض والمقبض واحدة.

ولكن بعض الفقهاء أجاز ذلك في صورة مشابهة، وهي أن المدين إذا وكل الدائن في بيع داره واستيفاء ثمنها، فإن باعها بغير جنس الدين، وأذن له في استيفاء دينه من ثمنها (وهو من غير جنس الدين) جاز ذلك، قال البهوتي: "فإن أذن له في ذلك - أي في مصارفة

(١) بحث: القبض الحقيقي والحكمي، قواعده وتطبيقاته من الفقه الإسلامي، نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،

نفسه - جاز، فيتولى طرفي عقد المصارفة" (١).

الحالة الثالثة: إذا اقتطعت المؤسسة - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له لتضمّنه إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المؤسسة نفسها أو غيرها، لصالح العميل أو لمستفيد آخر، وعلى المؤسسة مراعاة قواعد عقد الصرف في الشريعة الإسلامية.

وهذه الحالة تشتمل على صيغتين من العقود:

الأولى: إذا اقتطعت المؤسسة - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له لتضمّنه إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المؤسسة نفسها أو في مؤسسة أخرى لصالح العميل.

وهذه الصيغة من العقود هي عقد صرف ناجز بين العميل وبين المؤسسة التي يمتلك حساباً فيها، ويتم تبادل البدلين من خلال التقابض الحكمي.

وكيفيته: أن تقوم المؤسسة باقتطاع ما تستحقه - بموجب عقد الصرف بينها وبين العميل - من حساب العميل لديها من العملة الأولى، وهو بمثابة القبض الحكمي من المؤسسة.

وتقوم المؤسسة أيضاً بإيداع ما يستحقه العميل من العملة الثانية في حسابه لديها، أو في حساب له في مؤسسة أخرى، وهو بمثابة القبض الحكمي من العميل، ويُعدّ مجموع ذلك بمثابة تقابض البدلين بين المؤسسة والعميل.

الثانية: إذا اقتطعت المؤسسة - بأمر العميل - مبلغاً من حساب له لتضمّنه إلى حساب آخر بعملة أخرى، في المؤسسة نفسها أو في مؤسسة أخرى لمستفيد آخر.

وهذه الصيغة من العقود هي عقد صرف ناجز أولاً، وعقد حوالة ثانياً، فيتم عقد الصرف أولاً بين العميل وبين المؤسسة التي يمتلك حساباً فيها، ويتم تبادل المالكين من خلال التقابض الحكمي، كما في الصيغة السابقة، إلا أن ما يستحقه العميل بموجب عقد الصرف لا يودّع في حسابه، وإنما يودّع في حساب آخر؛ بناء على رغبة العميل، وهو ما يسمى

(١) كشف القناع: ٢٦٧/٣.

بالحوالة، ويتم إقباض المستفيد (المَحَال إليه) من خلال القبض الحكمي أيضاً، وذلك من خلال الإيداع في حسابه.

والخلاصة: أن القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل، يعدُّ قبضاً حكماً، في حالتين:

- ١- إذا أُودِع في حساب العميل مبلغ من المال، فيعدُّ العميل قابضاً له.
 - ٢- إذا اقتطعت المؤسسة مبلغاً من المال من حساب العميل بأمره، فيعدُّ ذلك قبضاً حكماً من المؤسسة لهذا المبلغ من المال.
- والمستند الشرعي في الحالات السابقة لاعتبار القيد المصرفي قبضاً كافياً في صرف العملات، هو العُرف، كما مر سابقاً.
- ثانياً- قبض الشيك:

الشيك: "هو أمرٌ مكتوب وفقاً لأوضاع معيّنة حدّتها الأنظمة المختصة، يطلب به شخص يسمى الساحب من شخص آخر يسمى المسحوب عليه أن يدفع بمقتضاه أو بمجرد الاطلاع عليه مبلغاً معيناً من النقود للساحب أو لشخص معين أو لحامله"^(١).

والغالب على الشيك أن يشتمل على ثلاثة أطراف، هي: الساحب: وهو الذي يصدر الشيك ويوقعه، والمسحوب عليه: وهو الشخص الموجه إليه أمر السحب، والمستفيد: وهو الذي يُدفع إليه مبلغ الشيك، ويجوز اقتصاره على طرفين، هما: الساحب وهو المستفيد، والمسحوب عليه.

ويقوم الشيك بصورة رئيسية في وفاء الديون ونقل النقود، ولذلك يشترط في إصداره وجود رصيد في المصرف لمن أصدره، بما لا يقلُّ عن قيمة الشيك.

ومن خصائص الشيك أنه لا يفقد قيمته بفقده، وإنما هو سند بدين يثبت بإحدى طرق الإثبات المعتدّ بها، ومن خصائصه أيضاً: أنه لا يبرئ صاحبه إبراءً تاماً من قيمته حتى

(١) بحث: حكم قبض الشيك، وهل هو قبض لمحتواه، عبد الله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس:

يتم سداده^(١).

وأما التكليف الفقهي للشيك: فقد عدَّ الفقهاء المعاصرون الشيك بمثابة "وثيقة بدين تقضي بإحالة محتواه من ذمة صاحبه إلى ذمة المسحوب عليه، مع بقاء مسؤولية صاحبه حتى سداده"^(٢).

والسؤال: هل يعدُّ قبض الشيك قبضاً لمحتواه شرعاً؟.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى أن قبض الشيك يعدُّ من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً في تبادل العملات، جاء في المعايير الشرعية: "تسلَّم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه، وتمَّ حجز المؤسسة له"^(٣).

وهذا ما ذهب إليه أيضاً مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في قراره رقم: (٦/٤/٥٥) بشأن القبض: صوره وبخاصة المستجدة منها، حيث أكد على مشروعية القبض الحكمي في هذه الصورة.

وهذا هو رأي جمهور الفقهاء المعاصرين^(٤)، فيصحُّ عندهم في التقابض أن يحلَّ الشيك محلَّ أحد البدلين في العقود التي يشترط فيها التقابض قبل التفرق، مثل عقد الصرف.

ويرى بعض المعاصرين أن قبض الشيك لا يعدُّ قبضاً شرعياً لمحتواه^(٥)، وعليه فلا

(١) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (شبير): ص ٢٤٣-٢٤٤، بحث: حكم قبض الشيك، وهل هو قبض لمحتواه، عبد الله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس: ٦٧٢/١، وما بعدها.

(٢) حكم قبض الشيك، وهل هو قبض لمحتواه، عبد الله بن منيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس: ٦٧٩/١.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١)، (المتاجرة في العملات)، البند (٥/٦/٢): ص ٥٨.

(٤) ومنهم: د. علي السالوس، النقود واستبدال العملات: ص ١٦٩، وأيضاً: د. علي محيي الدين القره داغي، د. نزيه حماد، والشيخ عبد الله بن المنيع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الأول: ص ٥٩١، ص ٧٣٣، ص ٦٨٥.

(٥) ينظر: النقود واستبدال العملات، علي السالوس: ص ١٦٩، بحث: التطبيقات المعاصرة المتعلقة بقبض الشيك

يصحُّ في التقابض أن يحلَّ الشيك محلَّ أحد البدلين في العقود التي يشترط فيها التقابض قبل التفرق، مثل عقد الصرف.

استدل المانعون بما يلي^(١):

- ١- أن الشيك قد يكون بلا رصيد، فلا يحصل قبض.
 - ٢- يمكن أن يتوقف صرف الشيك على شرط وصول إخطار للبنك من صاحب الرصيد، فيتأخر القبض، وهذا مفسد لعقد الصرف.
 - ٣- وقد يعارض صاحب الرصيد في صرف الشيك، فلا يتم القبض، أو يتأخر.
- وقد أجب على هذه الاعتراضات بأن مخاطر وجود الشيك من غير رصيد لا تقل عن مخاطر النقود المزيفة، فلا يؤثر ذلك على صحة القبض، كما أن حامل الشيك محمي بقوة القانون تجاه محرر الشيك إذا أعطاه الشيك بسوء نية، مثل عدم وجود رصيد للشيك، أو إذا أمر المسحوب عليه بعدم الدفع^(٢).
- أما فيما يتعلق بالشرط الثاني: فهو بمثابة الأجل في الشيك، وهو ممنوع شرعاً، لذلك يشترط لصحة القبض من خلال الشيك في عقد الصرف عدم وجود الأجل.
- أما جمهور الفقهاء المعاصرين الذين يرون أن قبض الشيك قبض لمحتواه، فالمستند الشرعي لديهم هو العُرف؛ وذلك لأن الشيكات أصبحت في عرفنا المعاصر بمثابة النقود الورقية، وهي محمية في قوانين جميع الدول، ويجري تداولها كالنقود تظهيراً وتحويلاً^(٣).
- ويترجح ما ذهب إليه جمهور الباحثين المعاصرين من أن قبض الشيك يعدُّ قبضاً

وتكييفها في الفقه الإسلامي، د. محمد نجيدات المحمد، مجلة الأحمدية، الإمارات، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.

(١) بحث: التطبيقات المعاصرة المتعلقة بقبض الشيك وتكييفها في الفقه الإسلامي، د. محمد نجيدات المحمد، مجلة

الأحمدية، الإمارات، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م، النقود واستبدال العملات، علي السالوس: ص ١٦٩.

(٢) المرجع السابق: ص ١٦٩ - ١٧١.

(٣) النقود واستبدال العملات، علي السالوس: ص ١٦٤، حكم قبض الشيك، وهل هو قبض لمحتواه، عبد الله بن منيع،

مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس: ١/ ٦٧٩، بحث: التطبيقات المعاصرة المتعلقة بقبض الشيك وتكييفها

في الفقه الإسلامي، د. محمد نجيدات المحمد، مجلة الأحمدية، الإمارات، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.

لمحتواه؛ استناداً إلى العُرف.

إذ أن العُرف الحالي يفيد أن قبض الشيك بمثابة القبض الحقيقي لمحتواه، من جهة انتقال ملكية النقود إلى المستفيد، وثبوت يده عليها، وتمكُّنه من التصرف فيها بالبيع والشراء والهبة ونحوها، وهو معنى القبض الشرعي.

وهذا كله بشرط وجود رصيد للشيك بمقدار المبلغ المكتوب عليه، وأن يكون مصدّقاً، أي أن يكون رصيده قابلاً للسحب بالعملة المكتوب بها. ثالثاً- القبض من خلال بطاقة الحسم الفوري وبطاقة الائتمان:

من صور القبض الحكمي المعاصرة: القبض عن طريق بطاقة الحسم الفوري وبطاقة الائتمان، وفيما يلي تفصيل ذلك وبيان حكمه.

أ- تعريف بطاقة الحسم الفوري (Debet Card):

لا تقدم هذه البطاقة تمويلاً لصاحبها، وإنما تكون لمن له رصيد في المؤسسة المصدرة للبطاقة، وتحوّل صاحبها تسديد أثمان السلع والخدمات بقدر رصيده فقط، ويتم الحسم منه فوراً^(١).

ب- تعريف بطاقة الائتمان:

عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي بطاقة الائتمان بأنها: "مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري - بناء على عقد بينهما - يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالاً، لتضمنه التزام المصدر بالدفع"^(٢).

إذاً، فبطاقة الائتمان هي وسيلة لشراء السلع والخدمات، تغني حاملها عن حمل النقود، يصدرها المصرف لعملائه، حيث يتمكنون من خلالها من الحصول على ما يرغبون من السلع والخدمات من التجار الذين يتعاملون بهذه البطاقة، ثم يقوم التاجر باستيفاء الثمن من المصرف المصدر للبطاقة، ويقوم المصرف بخصم قيمة الفاتورة من حساب العميل، أو

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢)، (بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان)، البند (٤ / ٤): ص ٧٧، وما بعدها.

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٦٣ (١ / ٧)، بشأن الأسواق المالية.

إقراض العميل المبلغ المسحوب، ويحصل المصرف على فائدة أو عمولة، وهذا كله بحسب اختلاف نوع البطاقة.

ج- أنواع بطاقة الائتمان:

تنوع بطاقات الائتمان إلى أنواع كثيرة، تبعاً لطريقة وشروط استخدامها، أهم هذه الأنواع^(١):

١ - بطاقة الائتمان غير المتجدد، أو ذات الحسم الآجل (Charge Card).

وتعدُّ هذه البطاقة أداة ائتمان في حدود سقف معين ولفترة محددة، وهي أداة وفاء أيضاً، وتستعمل هذه البطاقة في تسديد أثمان السلع والخدمات، وفي الحصول على النقد، ولا يتيح نظام هذه البطاقة تسهيلات ائتمانية متجددة لحاملها، وإنما يجب عليه تسديد ثمن مشترياته خلال فترة محددة، فإن تأخر في تسديد التزاماته بعد الفترة المسموح بها، فبعض المؤسسات تلزمه بدفع فوائد ربوية.

وتلتزم المؤسسة المصدرة للبطاقة بسداد أثمان السلع والخدمات للجهة القابلة للبطاقة، في حدود سقف الائتمان.

٢ - بطاقة الائتمان المتجدد (Credit Card).

تعدُّ هذه البطاقة أداة ائتمان في حدود سقف متجدد، على فترات يحددها مصدر البطاقة، وهي أداة وفاء أيضاً.

وتستعمل هذه البطاقة في تسديد أثمان السلع والخدمات، وفي الحصول على النقد في حدود سقف الائتمان الممنوح، ويمنح حاملها - بعد استخدام البطاقة في شراء السلع أو الخدمات - فترة سماح يسدد ما عليه من مستحقات بدون فوائد، فإن تجاوز فترة السماح يترتب عليه فوائد ربوية، أما في حالة السحب النقدي فلا يعطى حامل البطاقة فترة سماح. وتلتزم المؤسسة المصدرة للبطاقة بسداد أثمان السلع والخدمات للجهة القابلة للبطاقة،

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢)، (بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان)، البند (٤ / ٤): ص ٧٧، وما بعدها.

في حدود سقف الائتمان الممنوح.

د- أطراف بطاقات الائتمان: يوجد ثلاثة أطراف أساسية فاعلة في بطاقات الائتمان، وهم^(١):

١- مصدر البطاقة: وهو الجهة التي تقدم تسهيلات ائتمانية إلى عملائها، وقد يكون

مصرفاً، أو شركة تجارية تصدر بطاقات ائتمانية لزبائنهم، لتسهيل شراء منتجاتها.

٢- حامل البطاقة: وهو المستفيد من الائتمان، الذي يمنحه إياه مصدر البطاقة،

٣- التاجر: وهو الجهة القابلة للبطاقة.

هـ- العلاقة الأساسية بين أطراف بطاقات الائتمان^(٢):

١- العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها:

وهذه العلاقة مبنية على العقد المبرم بينهما، حيث يلتزم مصدر البطاقة مع حاملها بالسداد الفوري لكل دين ينشأ عن استخدامها، مقابل التزام حامل البطاقة بالسداد في وقت محدد، وبزيادة عند التأخر في الدفع في العادة، ما عدا بطاقة الحسم الفوري حيث يقتطع المصرف المبلغ المستحق فوراً من رصيد حامل البطاقة.

٢- العلاقة بين مصدر البطاقة والقابل لها:

وهو اتفاق يقوم بموجبه مصدر البطاقة بسداد المبالغ المستحقة للتاجر، وهي أثمان السلع والخدمات، وقد يتم ذلك بوجود وسيط (المصرف المحصل).
ويأخذ مصدر البطاقة عمولة من التاجر، وهي نسبة معينة من قيمة المبيعات، لكونه يمنح حامل البطاقة تمويلاً يشجعه على الشراء، في حين أن التاجر يستفيد بزيادة نسبة مبيعاته.

٣- العلاقة بين حامل البطاقة والقابل لها:

(١) بطاقات الائتمان، قضايا اقتصادية وشرعية معاصرة، د. عبد العظيم أبو زيد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد

الإسلامي، العدد الثالث، م: ٢٨، ص ١٩٥-١٩٦.

(٢) المرجع السابق، قضايا فقهية معاصرة، نزيه حماد: ص ١٤٤، وما بعدها.

وهو اتفاق يحصل بموجبه حامل البطاقة على ما يرغب من السلع (عقد بيع)، أو الخدمات (عقد إجارة)، ويستحق التاجر الحصول على الثمن أو الأجرة من مصدر البطاقة على الفور.

و- حكم إجراء عقد الصرف عن طريق بطاقة الحسم الفوري وبطاقة الائتمان.
وصورة المسألة:

من المعلوم أن من شروط عقد صرف حصول تقابض البدلين قبل تفرق العاقلين، وإلا كان العقد فاسداً.

لكن حامل البطاقة عندما يقوم بشراء الذهب أو الفضة أو العملات من خلال البطاقة، فإن التاجر لا يقبض من حامل البطاقة البدل النقدي في مجلس العقد، وإنما يحصل على مستند يخوله الحصول على الثمن من مصدر البطاقة.

فهل يعد القبض من خلال هذه البطاقات قبضاً شرعياً، وهل يصح في التقابض المطلوب شرعاً أن تحل قسيمة الدفع الموقعة من قبل حامل البطاقة محل أحد البدلين في عقد الصرف؟.

لدراسة هذه المسألة لا بد من التمييز بين نوعين من البطاقات، النوع الأول: البطاقة المغطاة، والنوع الثاني: البطاقة غير المغطاة، وفيما يلي بيان ذلك.

١ - حكم إجراء عقد الصرف عن طريق البطاقة المغطاة:

البطاقة المغطاة هي بطاقة الحسم الفوري، حيث يكون لحامل البطاقة رصيد لدى مصدر البطاقة لا يقل عن مقدار المبلغ المستحق دفعه بواسطة البطاقة.

اختلف الباحثون المعاصرون في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: الجواز، وهو رأي المعايير الشرعية.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى صحة القبض بواسطة البطاقة المغطاة، فيصح إجراء عقد الصرف من خلال هذه البطاقة.

جاء في المعايير الشرعية: "يجوز شراء الذهب أو الفضة أو النقود ببطاقة الحسم

الفوري"^(١).

وكذلك فإن مجمع الفقه الإسلامي الدولي قد أجاز شراء الذهب والفضة والعملات عن طريق البطاقات المغطاة، فقد جاء في قراره رقم: ١٣٩ (٥ / ١٥) بشأن بطاقات الائتمان: (ج- يجوز شراء الذهب أو الفضة أو العملات بالبطاقة المغطاة).

القول الثاني: المنع.

يرى بعض الفقهاء المعاصرين عدم صحة القبض بواسطة بطاقة الائتمان، وإن كانت مغطاة، فلا يصح إجراء عقد الصرف من خلال هذه البطاقة، وممن يرى ذلك: الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير^(٢).

الأدلة والترجيح:

استدل المانعون بوجود الأجل في تقابض البديلين، إذ إن التاجر لا يحصل على البديل النقدي في مجلس العقد، وإنما يحصل عليه لاحقاً من مصدر البطاقة، وهذا مفسد لعقد الصرف.

يقول الدكتور الصديق الضيرير: "الفورية المطلوبة شرعاً في شراء الذهب والفضة غير متحققة في الشراء بالبطاقة؛ لأن حامل البطاقة عندما يقدم البطاقة للتاجر يتسلم الذهب ويوقع على القسيمة لا يدفع الثمن للتاجر، والذي يدفع الثمن للتاجر هو بنك التاجر، أو البنك المصدر للبطاقة عندما يقدم التاجر إليهما القسيمة بعد فترة يتفق عليها، وهذه الفترة في حالة بنك التاجر تصل إلى ثلاثة أيام من تسلمه قسيمة البيع"^(٣).

واستدل أيضاً: "وحتى لو صح ما في الفتوى من أن بنك التاجر يدفع ثمن الذهب

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢)، (بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان)، البند (٤ / ٤): ص ٨١.

(٢) بحث: بطاقات الائتمان، الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر: ٢٨ / ٣ - ٢٧.

(٣) بحث: بطاقات الائتمان، الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر: ٢٨ / ٣ - ٢٧.

فوراً عندما تقدم إليه القسيمة، فإن شرط التقابض في المجلس لا يكون متحققاً؛ لأن المجلس الذي يجب أن يتحقق فيه التقابض هو مجلس الشراء الذي يتم بين حامل البطاقة والتاجر الذي يبيع الذهب، وليس مجلس تقديم القسيمة لبنك التاجر.

وقياس بطاقة الائتمان على الشيك، لأن كلاهما أداة وفاء، قياس مع الفارق، والفارق هو أن الشيك أداة وفاء في الحال، فيكون قبضه حكماً لمحتواه، وبطاقة الائتمان أداة وفاء في المال، لأن التاجر لا يستطيع أن يحصل على ثمن الذهب الذي اشترى بها إلا بعد فترة من الزمن، وهذا هو المآخذ الشرعي^(١).

وقد استدل المجيزون: بأن قبض التاجر قسيمة الدفع الموقعة من حامل البطاقة هو قبض حكمي لقيمتها، فهو يقوم مقام قبض البدل النقدي، كالشيك، بل هي أقوى منه كما أفاد الفنيون، لأنها ملزمة للتاجر وتبرأ بها ذمة حامل البطاقة من الدين حالاً، وليس له الاعتراض على الوفاء بقيمتها^(٢).

كما استدلو أيضاً: "أنه عند تمرير البطاقة على الجهاز الآلي، يقوم على الفور بقراءة شريط المعلومات فيها، وتوصيل هذه المعلومات إلى الحاسب الآلي في البنك المصدر، الذي يتولى في الحال قيد المبلغ على حساب العميل، وتحويل المبلغ إلى حساب التاجر"^(٣).

ويترجح ما ورد في المعايير الشرعية من جواز شراء الذهب والفضة من خلال البطاقة المغطاة؛ استناداً إلى قواعد العرف والعادة، وذلك لأن العرف الحالي يقضي بأن تسلّم التاجر لقسيمة الدفع الموقعة هو بمثابة القبض الحكمي.

فالقبض من خلال البطاقة المغطاة تحصل به جميع أحكام القبض الحقيقي، وتترتب

(١) بحث: بطاقات الائتمان، الدكتور الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر: ٢٨-٢٧/٣.

(٢) بحث: بطاقات الائتمان، تصورها، والحكم الشرعي عليها، عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر: ٣/٤٩١، قضايا فقهية معاصرة، نزيه حماد: ص ١٦٠.

(٣) قضايا فقهية معاصرة، نزيه حماد: ص ١٦٠.

عليه جميع آثاره، من انتقال ملكية النقود حكماً إلى التاجر، وبراءة ذمة حامل البطاقة، وكل ذلك محمي بقوة القانون.

٢- حكم إجراء عقد الصرف عن طريق بطاقة الائتمان غير المغطاة:

بطاقة الائتمان غير المغطاة هي البطاقة التي تمنح قرضاً لحاملها، حيث لا يكون لحاملها رصيد كاف، وهي تشمل النوعين الثاني والثالث من أنواع البطاقات الائتمانية التي سبق التعريف بها، وهما (بطاقة الائتمان غير المتجدد أو ذات الحسم الآجل، وبطاقة الائتمان المتجدد).

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز شراء الذهب والفضة والنقود من خلال بطاقة الائتمان ذات الحسم الآجل شريطة دفع مصدر البطاقة الثمن بدون أجل.

جاء في المعايير الشرعية: "يجوز شراء الذهب أو الفضة أو النقود ببطاقة الحسم الفوري، كما يجوز ذلك ببطاقة الائتمان والحسم الآجل في الحالة التي يمكن فيها دفع المؤسسة المصدرة المبلغ إلى قابل البطاقة بدون أجل"^(١).

ويؤخذ على ما جاء في المعايير الشرعية: أن حامل بطاقة الحسم الآجل لا يملك البدل النقدي وقت التعاقد، وهذا مفسد لعقد الصرف.

ولا يعدُّ القبض من خلال البطاقة غير المغطاة من قبيل القبض الحكمي؛ لأن القبض الحكمي يفيد أن قبض قسيمة الدفع قبض لمحتواها، وهذا غير متحقق؛ لأن هذه البطاقة لا رصيد لها، فكيف يُقبَض حامل البطاقة محتواها (المفترض) للتاجر وهو غير مملوك له أصلاً؟!.

والقبض الحكمي هو انتقال البدل النقدي من ذمة أحد الطرفين إلى الآخر حكماً، لكن الطرف الأول، لا يمتلك هذا المبلغ وقت التعاقد.

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢)، (بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان)، البند (٤/٤): ص ٨١.

وعليه فلا يمكن الحكم على قبض القسيمة بأنه قبض حكمي للثمن.
وقد يقال: بأن مصدر البطاقة يكون وكيلاً عن حاملها في الدفع، والتوكيل في عقد الصرف جائز.

والجواب عليه: بأن شرط صحة القبض بالوكالة في عقد الصرف، هو أن يتم التقابض مع الوكيل، قبل تفرق العاقدان، وهو غير متحقق، لأن حصول التاجر على الثمن من مصدر البطاقة يستغرق مدة من الزمن، فالتاجر لا يصرف القسيمة في مجلس العقد.
وأما اشتراط فتوى المعايير الشرعية عدم وجود الأجل، فالمقصود به أن يقوم مصدر البطاقة بدفع الثمن فوراً عندما تقدم إليه القسيمة، ومع وجود هذا الشرط فإن التقابض في المجلس لا يتحقق؛ لأن المجلس هو مجلس المتعاقدين وهما (حامل البطاقة والتاجر)، وصرف القسيمة يتم بعد مدة من قبض التاجر لها.
إذاً، فالتقابض من خلال البطاقة غير المغطاة هو إحالة للدَّين، أو توكيل بالقبض، وكلاهما مفسد لعقد الصرف.

وقد منع مجمع الفقه الإسلامي الدولي شراء الذهب والفضة والنقود بواسطة البطاقة غير المغطاة، فقد جاء في قراره رقم: ١٠٨ (٢/١٢) بشأن بطاقات الائتمان غير المغطاة: "رابعاً: لا يجوز شراء الذهب والفضة وكذا العملات النقدية بالبطاقة غير المغطاة".

المطلب الثاني- القبض الحكمي في العقود غير الصرف.

أولاً- تسلّم مستندات المقبوض:

من صور القبض الحكمي في عقد المrabحة، أن تقوم المؤسسة أو وكيلها بتسلّم مستندات الشحن عند شراء البضاعة من السوق الخارجية، وذلك: "لأن هذا السند يمثل البضاعة في العُرف التجاري"^(١).

(١) بحث: القبض: صوره، وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس: ٤٨٨/١.

فاستلام المؤسسة لسندات الشحن يمثل في العُرف والقانون: انتقال ضمان السلعة إلى المؤسسة، وتحمل المؤسسة تبعة هلاكها، وخروج السلعة من ذمة البائع ودخولها في ذمة المشتري، وهو المقصود من القبض.

وقد ورد في المعايير الشرعية، المراجعة، (٣/٢/٤): "يعتبر قبضاً حكماً تسلم المؤسسة أو وكيلها لمستندات الشحن عند شراء البضائع من السوق الخارجية"^(١).

ومثل ذلك أيضاً: جميع المستندات التي يعدّ تسليمها في الأعراف والقوانين تسليماً وقبضاً لما تمثله من بضائع وبيع، مثل بوليصة الشحن وشهادات المخازن العمومية، فقد جرى العُرف أن تسليم هذه المستندات بمثابة القبض لما تمثله من سلع وبضائع، وقد سبق بيان أن المالكية قالوا بأن قبض المنقول من غير المقدّرات يرجع إلى العُرف"^(٢).

وقد ورد في المعايير الشرعية: "يعتبر قبض المستندات الصادرة باسم القابض أو المظهرة لصالحه قبضاً حكماً لما تمثله إذا كان يحصل بها التعيين للسلع والبضائع والمعدّات، وتمكين القابض من التصرف بها، مثل بوليصة الشحن، وشهادات المخازن العمومية"^(٣).

ثانياً- القبض الحكمي في المعاملات المالية عبر الإنترنت:

من صور القبض الحكمي في بيع البرامج وما في حكمها عبر الإنترنت، استئصال البرامج والبيانات إلى الحاسوب الشخصي، وقد جاء في المعايير الشرعية: "يتحقق القبض شرعاً إذا كان محلُّ البيع البرامج وما في حكمها بقيام المشتري بعد إبرام العقد باستئصال البرامج أو البيانات أو نحوهما من الموقع إلى حاسوبه الشخصي"^(٤).

وتعدُّ هذه الصورة من القبض من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً؛ لأنه يتحقق بها التخلية مع التمكين من التصرف، ولأن قبض الأشياء يختلف باختلاف العُرف فيما يعدُّ

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٨)، المراجعة: ص ٢١٢.

(٢) ينظر: ص ٢٣٨.

(٣) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١٨)، (القبض)، البند (٣/٥): ص ٤٩٨.

(٤) المرجع السابق، المعيار الشرعي رقم (٣٨)، (التعاملات المالية بالإنترنت)، البند (٧/٢): ص ٩٦٥.

قبضاً لها، والعُرف يقضي بحصول القبض في هذه الصورة، وترتّب أحكامه وآثاره.

المطلب الثالث: تطبيقات متفرقة لقواعد العُرف والعادة في المعايير الشرعية

أولاً- أعمال المضارب ونفقته:

١- أعمال المضارب:

الأصل في تصرفات المضارب وأعماله هو العقد المبرّم مع ربّ المال، فيما لا يخالف الشريعة، وأما ما لم ينصّ عليه في العقد فيرجع فيه إلى العُرف والعادة. فالأعمال التي يقوم بها المضارب مما لم ينصّ عليه في العقد، إن كانت مما يدخل في دائرة أعماله بحسب العُرف والعادة، فعليه أن يقوم بها بلا أجر، فإن استأجر من يقوم بها، فالأجرة من ماله الخاص، بخلاف ما يحتاج إليه من الأعمال ولا يدخل في دائرة أعماله بحسب العُرف والعادة.

جاء في المعايير الشرعية: "يتولى المضارب بنفسه كلّ الأعمال التي يتولاها المستثمرون مثله بحسب العُرف. ولا يستحقُّ أجراً على ذلك؛ لأنها من واجباته، فإذا استأجر من يقوم له بذلك فأجرته من ماله الخاص، وليس من مال المضاربة، ويجوز أن يستأجر غيره بأجر المثل لأداء ما لم يجب عليه من الأعمال بحسب العُرف على حساب المضاربة"^(١).

والمستند الشرعي في ذلك: قواعد العُرف والعادة، مثل: قاعدة (العادة مُحكّمة) و قاعدة (الثابت بالعُرف كالثابت بالنص)، و قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً).

وتأصيل هذه المسألة:

أن الفقهاء قد استندوا إلى قواعد العُرف والعادة في كثير من تصرفات المضارب، مما لا يتنافى مع عقد المضاربة.

قال الكاساني: "وتصرف المضارب مبنيٌّ على عادة التجار"^(٢)، وفي الشرح الكبير

(١) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١٣)، (المضاربة)، البند (٤/٩): ص ٣٧٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٨٨/٦.

للدردير: "وعليه، أي: على العامل ما جرت العادة أن يتولاه... وعليه الأجر في ماله إن استأجر على ذلك" ^(١).

وقال الشيرازي: "وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه ... لأن إطلاق الإذن يحمل على العُرف ... فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الأجرة في ماله، فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه لأن العُرف في هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه" ^(٢)، وقال البهوتي: "ويملك الإيداع؛ لأنه عادة التجار" ^(٣).

٢ - نفقة المضارب:

ورد في المعايير الشرعية أن المضارب إذا احتاج إلى السفر لصالح المضاربة، فله النفقة، وتكون من مال المضاربة، ويكون مقدارها بحسب العُرف، إن لم تحدد بالنص. جاء في المعايير الشرعية: "للمضارب النفقة في السفر لصالح المضاربة بحسب العُرف" ^(٤).

والمستند الشرعي في تحديد النفقة: قواعد العُرف والعادة، مثل: قاعدة (الثابت بالعُرف كالثابت بالنص)، وقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) ^(٥).

وتأصيل هذه المسألة:

نصّ الحنفية والمالكية على أن المضارب يستحق النفقة في السفر من مال المضاربة ^(٦)، ومثل ذلك في مقابل الأظهر عند الشافعية ^(٧)، وعند الحنابلة يستحق المضارب النفقة في

(١) الشرح الكبير للدردير (مطبوع مع حاشية الدسوقي): ٥٢٢/٣.

(٢) المهذب: ٢٢٩/٢.

(٣) كشف القناع: ٥٠١/٣.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (١٣)، (المضاربة)، البند (٧/٩): ص ٣٧٦.

(٥) المرجع السابق، المعيار الشرعي رقم (١٣)، (المضاربة)، مستند الأحكام الشرعية: ص ٣٨٨.

(٦) رد المحتار: ٦٥٧/٥، بدائع الصنائع: ١٠٥/٦، حاشية الدسوقي: ٥٣١/٣.

(٧) مغني المحتاج: ٤١٢/٣.

السفر بالشرط أو العُرف^(١).

وأما مقدار النفقة فإنه يكون بحسب العُرف.

قال الكاساني: "وأما قَدْر النفقة فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غير إسراف"^(٢)، وفي المَدَوَّنة: "ونفقة العامل في المال، وطعامه وكسوته في سفره، وما يصلحه بالمعروف"^(٣)، وفي مختصر المزني: "وإذا سافر - المضارب - ... وله النفقة بالمعروف"^(٤).

ثانياً- المواطأة بين العقود:

مر سابقاً تعريف المواطأة بأنها: "تعهد طرفين بإجراء تصرفات أو الالتزام بشروط لتحقيق نتيجة معينة في المستقبل"^(٥).

وقد عدَّت المعايير الشرعية المواطأة على العقود بمثابة الشرط المتقدم عليها.

ورد في المعايير الشرعية: "أن المواطأة إذا نص في العقد على أنها جزء منه تعتبر بمثابة الشرط المتقدم على تلك العقود، وتسري على العقد أحكام الشريعة، من حيث الحل والحرمة، والصحة والفساد، واللزوم والنفاد."^(٦)

وأيضاً: "تعتبر المواطأة المتقدمة في الجمع بين العقود واجبة المراعاة، وملزمة للطرفين، تطبيقاً للعرف التجاري والمصرفي المعاصر المعتبر شرعاً، إذا نص العقد على أنها جزء منه."^(٧)

والمستند الشرعي في ذلك: العرف.

وذلك أن حقيقة المواطأة في العرف والاصطلاح بمثابة الشرط المتقدم، وأن الشرط

(١) كشف القناع: ٥١٦/٣، المغني: ٣٠/٥.

(٢) بدائع الصنائع: ١٠٦/٦، وينظر: كشف القناع: ٥١٧/٣.

(٣) المَدَوَّنة: ٦٣٥/٣.

(٤) مختصر المزني: ٢٢١/٨.

(٥) ينظر: ص ٧٥.

(٦) ينظر: المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٢٥)، (الجمع بين العقود)، البند (٦/٢/٢): ص ٦٦٣.

(٧) ينظر: المرجع السابق، البند (٧/٢): ص ٦٦٥.

المتقدم كالشرط المقارن في تعارف الناس، من حيث وجوب الالتزام به^(١).
ومن تطبيقات ذلك: تحريم المواطأة على الحيل والذرائع الربوية مثل العينة، وكذلك
الجمع بين العقود التي يترتب على الجمع بينها محذور شرعي.

والخلاصة:

١- يرجع إلى العُرف والعادة في قبض الأشياء التي لم يحدد الشارع كيفية محددة في قبضها.

٢- يعدُّ القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل قبضاً حكماً صحيحاً، وهو بمثابة القبض الحقيقي في الحكم؛ وذلك استناداً إلى قواعد العُرف والعادة.

٣- يعدُّ قبض الشيك قبضاً حكماً صحيحاً لمحتواه؛ استناداً إلى قواعد العُرف والعادة.

٤- يجوز شراء الذهب والفضة من خلال البطاقة المغطاة؛ استناداً إلى قواعد العُرف والعادة، ولا يجوز شراء الذهب والفضة من خلال البطاقة غير المغطاة.

٥- يعدُّ من القبض الحكمي: تسلُّم جميع المستندات التي يعدُّ تسليمها في الأعراف والقوانين تسليماً وقبضاً لما تمثله من بضائع وبيع؛ استناداً إلى قواعد العُرف والعادة.

٦- يعدُّ من صور القبض الحكمي بيع البرامج وما في حكمها عبر الإنترنت، استئصال البرامج والبيانات إلى الحاسوب الشخصي؛ استناداً إلى قواعد العُرف والعادة.

٧- كل ما لم ينصَّ عليه في العقد المتعلق بتصرُّفات المضارب وأعماله، فيرجع فيه إلى العُرف والعادة.

٨- تتحدد نفقة المضارب في سفره بحسب العُرف والعادة، إذا لم ينصَّ عليها في العقد.

وهذه النتائج متفقة مع ما ورد في المعايير الشرعية ما عدا حالة: شراء الذهب والفضة من خلال بطاقة الحسم الآجل، فقد أجازت المعايير الشرعية ذلك، وترجع لدي المنع.



(١) المعايير الشرعية، مستند الأحكام الشرعية: ص ٦٧٥.

الفصل السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية وتطبيقاتها

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد الشروط الجعلية في المعايير الشرعية.

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية

يتناول هذا المبحث أهم القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية، وشرح معناها، ومصادرها، واستثناءاتها، وشرائط تطبيقها، وهما قاعدتان؛ الأولى: قاعدة (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)، والثانية: قاعدة (ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط).

المطلب الأول: قاعدة (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)

هذه القاعدة هي نص المادة رقم (٨٣) من مجلة الأحكام العدلية، وفيما يلي بيان معناها، وأدلتها وشرائطها وأهم تطبيقاتها.

أولاً- معنى القاعدة:

أ- الشرط في اللغة: "إلزام الشيء والتزامه"^(١).

ب- الشرط في الاصطلاح: "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"^(٢)، وقيل: "ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده"^(٣).

فالوضوء شرط لصحة الصلاة؛ لأن الصلاة لا وجود لها من غير الوضوء، ولا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة، والوضوء لا يدخل في ماهية الصلاة.

ج- المعنى العام للقاعدة: يجب الوفاء بما تمّ الالتزام به، على قدر الاستطاعة، وليس على المكلف ما فوق ذلك^(٤).

والمراد بالشرط في هذه القاعدة الشرط الصحيح الجائز، ويأتي تفصيل ذلك، إن شاء

الله.

(١) القاموس المحيط، باب الطاء، فصل الشين، (الشرط): ص ٦٧٣، لسان العرب (شرط): ٣٢٩ / ٧.

(٢) شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: ٥٥ / ٢، أنوار البروق في أنواء الفروق: ٦٢ / ١، وقد أضاف الإمام القرأفي قيد: "ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره".

(٣) التعريفات، باب الشين: ص ١٦٦.

(٤) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٥٤٧، شرح القواعد الفقهية (أحمد الزرقا): ص ٤١٩.

ثانياً - تقسيمات الشرط:

يقسم الشرط عند الفقهاء إلى نوعين، وهما:

أ- الشرط الشرعي: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء بحكم الشرع^(١)، فهو الشرط الذي اشترطه الشارع للأحكام والتصرفات، مثل اشتراط البلوغ لوجوب الأمور التكليفية، ومثل اشتراط الطهارة لصحة الصلاة، ونحو ذلك^(٢).

ب- الشرط الجعلي: وهو الذي يشترطه المكلف في العقود والتصرفات^(٣)، مثل أن يشترط المشتري تأجيل الثمن لوقت معلوم.

والمراد بالشرط في هذه القاعدة الشرط الجعلي، ويقسم الشرط الجعلي إلى:

- ١- شرط تعليلي: يعرف الفقهاء التعليق بأنه: "ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى"^(٤)، والشرط التعليلي: هو ما يترتب عليه الحكم ولا يتوقف عليه، مثل الطلاق المعلق على دخول الدار، فيترتب الطلاق على دخول الدار، لكن لا يتوقف وقوع الطلاق على دخول الدار، بل قد يقع الطلاق بسبب آخر^(٥).
- ٢- شرط تقييدي: وهو "التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة"^(٦)، وقيل: "ما جزم فيه بالأصل، وشرط فيه أمر آخر"^(٧)، والمعنى: أنه شرط يرد على عقد فيقيده.

والمراد بالشرط في هذه القاعدة الشرط التقييدي دون الشرط التعليلي.

(١) التقرير والتحرير: ٣/ ٢١٤، إرشاد الفحول: ١/ ٣٧٦، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٤/ ٣٠٥.

(٢) الموافقات: ١/ ٢٧٣، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: ٢/ ٢٨٩، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي (محمد الزحيلي): ١/ ٤٠٨.

(٣) التلويح إلى كشف حقائق التنقيح: ٢/ ٢٨٩، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي (محمد الزحيلي): ١/ ٤٠٨.

(٤) الدر المختار: ٣/ ٣٤١.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٤/ ٣٠٥.

(٦) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر: ٤/ ٤١.

(٧) المنشور في القواعد الفقهية: ١/ ٣٧٠.

إذاً، فالشرط في هذه القاعدة هو الشرط الجعلي التقييدي، وتقسم الشروط الجعلية من حيث اعتبارها إلى ثلاثة أقسام:

الأول- شرط لا ينافي الشرع: كما لو اشترط المُقرض كفيلاً.

الثاني- شرط غير ملائم للمشروط: بل هو مناف لمقتضاه، كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج أن لا ينفق على زوجته.

الثالث- شرط لا ينافي الشرع ما شرط فيه، وفيه مصلحة لأحد العاقلين أو كليهما أو لغيرهما، ولكن العقد لا يقتضيه، وذلك كما لو باع منزلاً على أن يسكنه فلان الأجنبي.^(١)

وهذا القسم الأخير هو محل الخلاف بين الفقهاء، وبيانه فيما يلي.

ثالثاً- آراء الفقهاء في الشروط الجعلية:

مرّ سابقاً أن الشرط الجعليّ ما يكون مشروطاً من قبل المكلفين في عقودهم وتصرفاتهم، لكن ما هي حرية المتعاقدين في الاشتراط؟.

اختلف الفقهاء في ضوابط الشروط الجعلية، وفي سلطة المتعاقدين في تعديل الآثار الأصلية للعقد، إلى اتجاهين^(٢):

الاتجاه الأول: يرى أن الأصل في حرية الاشتراط في العقود هو التقييد، وهذا الاتجاه يتمسك بنظرية مقتضى العقد^(٣).

الاتجاه الثاني: يرى أن الأصل في حرية الاشتراط في العقود هو الإطلاق.

وفيما يلي تفصيل آراء الفقهاء في ذلك:

(١) بدائع الصنائع: ١٧٠/٥، حاشية الدسوقي: ٦٥/٣، المجموع: ٣٦٤/٩، كشاف القناع: ١٩٠/٣، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٧-٦/٢٦.

(٢) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ٥٤٩/١.

(٣) مقتضى العقد: "ما يجب بالعقد من غير شرط". رد المحتار: ٨٥/٥، وهو مجموعة الالتزامات التي نظمها الشارع آثاراً في العقد، ويعد العاقد مكلفاً بها دون حاجة إلى اشتراطها من قبل العاقد الآخر، مثل التزام البائع بتسليم المبيع. المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ٥١٩/١-٥٢٠.

أ- المذهب الحنفي:

ذهب الحنفية إلى أن الأصل في العقود التقييد، وإلى وجوب التمسك بمقتضى العقد، فيرون أن كل شرط يتضمن منفعة زائدة على مقتضى العقد، يعد ذلك مخالفاً ومفسداً لعقد المعاوضة المالية، وأما في العقود الأخرى غير المعاوضات المالية، فيلغو الشرط، ولا يؤثر على العقد.

واستثنى الحنفية من المنع ثلاثة أنواع من الشروط:

- ١- الشرط الذي ورد الشرع بجوازه، مثل اشتراط ثمن المبيع.
- ٢- الشرط الذي يلائم العقد^(١)، مثل اشتراط البائع على المشتري تقديم رهن بالثمن المؤجل.

- ٣- الشرط الذي جرى به العرف، كما لو تعارف الناس في بيع البضاعة أن يكون حملها على البائع^(٢).

ب- المذهب المالكي والشافعي:

ذهب الشافعية وأكثر المالكية إلى قريب مما ذهب إليه الحنفية، فأوجبوا التمسك بمقتضى العقد، ومنعوا اشتراط ما يخالفها، ثم اختلفوا في بعض التفاصيل. فقد أجاز المالكية اشتراط ما يلائم مقتضى العقد ولا ينافيه^(٣). وأجاز الشافعية اشتراط ما لا يقتضيه العقد، لكنه ملائم له ومحقق لمصلحة العاقد، كما لو باع بشرط أن يعطيه كفيلاً بالثمن، والكفيل حاضر^(٤).

ج- المذهب الحنبلي:

(١) الشرط الملائم للعقد: هو ما يؤكد موجهه. رد المحتار على الدر المختار: ٨٥ / ٥.

(٢) بدائع الصنائع: ١٧٠ / ٥، وما بعدها، رد المحتار على الدر المختار: ٨٥ / ٥، وما بعدها، ٢٤٢ / ٥، المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ١ / ٥٥٠ - ٥٥١.

(٣) حاشية الدسوقي: ٦٥ / ٣.

(٤) المجموع: ٣٦٤ / ٩، شرح السنة (البغوي): ١٤٧ / ٨ - ١٤٨.

يعدُّ المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية في حرية الاشتراط، وهو يقوم على أن الأصل في العقود والشروط الإطلاق، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزم به المتعاقدان من شروط^(١).

قال الزَّركَشِيُّ: "قاعدتنا أن الأصل في العقود والشروط الصحة، ما لم يدل دليل على المنع"^(٢).

فأجاز الحنابلة اشتراط ما لا يقتضيه العقد، وفيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو كليهما، مثل أن يشترط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معلومة^(٣).

والشرط الممنوع عند الحنابلة على ثلاثة أنواع:

١- شرط ورد النهي عنه، مثل أن يشترط أحد المتعاقدين على الآخر عقداً آخر، كبيع أو قرض أو سلم، فهذا الشرط فاسد؛ لأنه بيعتان في بيعة، وقد ورد النهي عنه^(٤).

٢- شرط ينافي مقتضى العقد: مثل أن يشترط أن لا خسارة عليه، أو أن يشترط المشتري أن لا يبيع المبيع.

٣- شرط يعلّق فيه البيع، مثل أن يقول: بعتك إن جاء فلان^(٥).

د- الأدلة والمناقشة:

دليل الحنفية على أن الأصل في الشروط هو المنع والتقييد ما يلي^(٦):

(١) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ٥٥٢/١.

(٢) شرح الزَّركَشِيِّ لمختصر الخَرَقِي: ٤٧٠/٧.

(٣) المغني: ٧٣/٤، كشف القناع: ١٩٠/٣.

(٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة". سنن الترمذي، كتاب: أبواب البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، رقم الحديث: (١٢٣١): ٥٢٥/٣، وقال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح"، سنن النسائي (المجتبى)، كتاب البيوع، باب سلف وبيع، رقم الحديث: (١٢٣١): ٢٩٥/٧، مسند أحمد، مسند أبي هريرة، رقم الحديث: (٩٥٨٤): ٣٥٨/١٥.

(٥) كشف القناع: ١٩٣/٣.

(٦) رد المحتار على الدر المختار: ٨٤/٥، بدائع الصنائع: ١٧٥/٥، المبسوط: ١٣/١٣.

١- حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "... من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل..."^(١).

٢- واستدلوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن بيع وشرط"^(٢).
والحديثان يدلان في الظاهر على أن الأصل في الشروط المقرنة بالعقد هو المنع، إلا
ما ورد الدليل بجوازه.

ونوقش الاستدلال بالحديث الأول: بأن المراد به: النهي عن كل شرط يخالف حكم الله تعالى، والمراد بـ (كتاب الله) في الحديث حكم الله تعالى، وليس المراد أن كل شرط لم يرد في كتاب الله فهو باطل؛ لأن كثيراً من الشروط الصحيحة وردت في السنة ولم ترد في القرآن الكريم^(٣).

ونوقش الاستدلال بالحديث الثاني: بأن الحديث لا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم، فلا يحتجُّ به^(٤).

دليل الحنابلة على أن الأصل في الشروط هو الإطلاق^(٥):

١- عموم النصوص التي تأمر بالوفاء بالعهد، ومنها: قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة: ١).

٢- حديث النبي صلى الله عليه وسلم : "الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حَرَّمَ حلالاً، أو أحلَّ حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حَرَّمَ حلالاً، أو أحلَّ

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، رقم الحديث (٢١٥٥): ٧١/٣.

(٢) أخرجه الطبراني، المعجم الأوسط، باب العين، رقم الحديث (٤٣٦١): ٣٣٥/٤، والحديث ضعيف. ينظر:

التلخيص الحبير، رقم الحديث (١١٥٠): ٣/ ٣٢، نصب الرأية: ٤/ ١٧-١٨.

(٣) المغني: ٩٣/٧، كشف القناع: ٩١/٥، إعلام الموقعين عن رب العالمين: ١٠٨/٣، وما بعدها.

(٤) المغني: ٧٣/٤، التلخيص الحبير، رقم الحديث (١١٥٠): ٣/٣٢، نصب الرأية: ١٧/٤-١٨.

(٥) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٣/ ١٠٨، وما بعدها، المغني: ٤/ ٣٩٤.

حراماً" (١).

هـ- الترجيح:

يترجح مما سبق: أن الأصل في العقود والشروط الإطلاق، إلا ما ورد الدليل على منعه؛ وأما ما لم يرد دليل على منعه، فلا وجه لتحريمه، بل الواجب هو الوفاء به؛ لعموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود، ولعموم الأدلة التي تفيد رفع الحرج عن العباد، ولعموم الأدلة التي تفيد أن الأصل في المعاملات المالية هو التراضي، ومنها قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحَكُّرَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (النساء: ٢٩).

وأما أدلة المانعين فلم تسلم من المناقشة، فالحديث الأول لا يدل على منع جميع الشروط، وإنما يدل على منع الشروط المخالفة لحكم الله وشرعه، والحديث الثاني لا يثبت. قال ابن قيم الجوزية: "الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح؛ فإن الحكم بطلانها حكم بالتحريم والتأثير، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرّمه الله ورسوله" (٢).

رابعاً- شروط تطبيق القاعدة:

يشترط في تطبيق هذه القاعدة - فضلاً عن الشروط العامة في تطبيق القواعد الفقهية - أن يكون الشرط الواجب مراعاته من الشروط الصحيحة الموافقة لنصوص الشريعة وقواعدها، وقد سبق بيان ذلك.

خامساً- أهم تطبيقات القاعدة:

١- أن يشترط البائع على المشتري أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن، أو كفيلاً، والكفيل

(١) أخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم الحديث (١٣٥٢): ٦٢٦/٣، وقال الإمام الترمذي: حديث حسن صحيح. قال الصنعاني: "وأنكروا عليه، لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف، وكأنه اعتبره بكثرة طرقه، وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة". ينظر: سبل السلام، باب الصلح: ٨٣/٢.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ١٠٧/٣.

حاضر.

٢- اشترط المشتري تأجيل الثمن، بعضه أو كله، إلى وقت معلوم، فالشرط صحيح لازم^(١).

المطلب الثاني: قاعدة (ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط)

نصّ على هذه القاعدة الزركشي في المنشور^(٢)، والسيوطي في كتابه (الأشباه والنظائر)^(٣)، وذكرها السبكي في كتابه (الأشباه والنظائر)، بلفظ: "ما ثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط"^(٤)، وفيما يلي بيان معنى القاعدة، ودليلها، وأهم تطبيقاتها.
أولاً- معنى القاعدة:

من التزم بأمر مخالف لما ثبت في النصوص الشرعية، فإن ما جاء في دين الله تعالى مقدّم على ما ألزم به نفسه، ولا يعتدّ بما يخالف الشريعة^(٥).
ثانياً- أدلة القاعدة:

ومما استدل به على هذه القاعدة^(٦)، حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "... من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل..^(٧)".
ثالثاً - أهم تطبيقات القاعدة:

١- إذا اشترط رب الوديعة على المودّع ضمانها، فالشرط باطل، ولا ضمان عليه إلا بالتعدي أو التقصير؛ لأن يد المودّع يد أمانة^(٨).

(١) بدائع الصنائع: ٥/ ١٧١، حاشية الدسوقي: ٣/ ٦٥، المجموع: ٩/ ٣٦٤، كشاف القناع: ٣/ ١٨٩.

(٢) المنشور في القواعد الفقهية: ٣/ ١٣٤.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٤٩.

(٤) الأشباه والنظائر (السبكي): ١/ ١٤٩.

(٥) المفصل في القواعد الفقهية (الباحسين): ص ٥٥٠.

(٦) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية (البورنوني): ص ٣٩٩.

(٧) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، رقم الحديث (٢١٥٥): ٣/ ٧١.

(٨) الدر المختار: ٥/ ٦٦٤، شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦/ ١١١، المهذب: ٢/ ١٨١، المغني: ٦/ ٤٣٧.

٢- إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع المبيع، أو أن لا يهبه، فالشرط باطل؛ لأنه مناف لمقتضى العقد^(١).

٣- إذا قال لزوجته: طلقتك بألف، على أن لي الرجعة، سقط قوله "بألف"، ويقع رجعيًّا؛ لأن المال ثبت بالشرط، والرجعة بالشرع؛ فكان ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط^(٢).

٤- لا يصحُّ نذر الواجب، مثل أداء الصلوات الخمس، وصوم رمضان؛ لأن هذه الواجبات ثابتة بالشرع، فلا يصح التزامها بالنذر؛ لأن ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط^(٣).

(١) بدائع الصنائع: ١٧٠/٥، المهذب: ٢٣/٢، الشرح الكبير للدردير (مطبوع مع حاشية الدسوقي): ٦٦/٣، كشاف القناع: ١٩٣/٣.

(٢) الأشباه والنظائر (السبكي): ١٤٩/١، الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٤٩.

(٣) الأشباه والنظائر (السيوطي): ص ١٤٩، رد المحتار: ٧٣٧/٣، بدائع الصنائع: ٩٠/٥، الفواكه الدواني: ٤١٥/١، نهاية المحتاج: ٢٢٣/٨، المغني: ٨/١٠.

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد الشروط الجعلية في المعايير الشرعية

لا يستهدف هذا المبحث دراسة جميع التطبيقات المتعلقة بقواعد الشروط الجعلية؛ وذلك لأنها كثيرة جداً، وإنما يستهدف دراسة عدد من هذه التطبيقات بما يكفي لإيضاح القواعد الفقهية المتعلقة بها، وكيفية تطبيقها وإعمالها.

المطلب الأول: الشرط الجزائي

أولاً- معنى الشرط الجزائي، وأحكامه:

أ- معنى الشرط الجزائي:

عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي الشرط الجزائي في القانون، بأنه: "اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه مَنْ شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه"^(١).

فالشرط الجزائي يُثبت لأحد المتعاقدين أو كلاهما الحق في الحصول على تعويض محدد، في حالة نكول الطرف الآخر، أو مماطلته في تنفيذ الالتزامات المتعلقة به.

ب- تأصيل الشرط الجزائي:

يعد الشرط الجزائي من الشروط المستجدة في عصرنا، وقد ظهر في القوانين الغربية، ثم انتقل إلينا.

وقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين البحث عن جذور له في تراثنا الفقهي، من خلال بعض المسائل الفقهية القديمة التي تتشابه مع الشرط الجزائي في المضمون، أذكر من هذه المسائل:

١- بيع العُربُون:

والعُربُون في الاصطلاح الفقهي: "أن يشتري السلعة ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر،

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٠٩ (٣/ ١٢).

على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فهو للبائع"^(١).
وجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية على أن بيع العُربون لا يصح^(٢)،
وأجازه الحنابلة^(٣).

ويتفق الشرط الجزائي مع بيع العُربون في وجوب التعويض عند الإخلال في تنفيذ العقد.

ويختلف الشرط الجزائي عن بيع العُربون في عدة أمور، وهي^(٤):

- أن العُربون يستحقه البائع مقابل عدول المشتري عن العقد، أما الشرط الجزائي فهو تقدير للتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن بسبب إخلال المدين عن التنفيذ.

- حق البائع في الحصول على العُربون لا يتوقف على حدوث ضرر له، بخلاف الشرط الجزائي فهو مرتب على حدوث ضرر على الدائن.

- لا سلطة للقاضي في تعديل العُربون، بخلاف الشرط الجزائي.

ويرى الدكتور مصطفى الزرقا أن طريقة العُربون هي "أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار"^(٥)، أي أن العُربون هو الأساس الفقهي للشرط الجزائي في الفقه القانوني الحديث.

٢- مذهب القاضي شريح في الشروط:

أخرج البخاري في صحيحه عن ابن سيرين، قال رجل لِكُرَيْبٍ: أَرِحْ رِكَابَكَ، فَإِنْ لَمْ أَرَحْ مَعَكَ يَوْمَ كَذَا وَكَذَا فَلَاكَ مِائَةُ دِرْهَمٍ، فَلَمْ يَخْرُجْ، فَقَالَ شُرَيْحٌ: «مَنْ شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ

(١) الشرح الكبير على المقنع: ٢٥١/١١.

(٢) الشرح الصغير (مطبوع مع حاشية الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك): ١٠٠/٣، منهاج الطالبين: ص ٩٨.

(٣) المغني: ١٧٥/٤.

(٤) بحث: الشرط الجزائي، الدكتور الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر، ٥٦/٢.

(٥) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ٥٦٦/١.

طائعاً غير مُكْرَهٍ فهو عليه»^(١).

استدل بعض الفقهاء المعاصرين بقول القاضي شريح على صحة الشرط الجزائي، يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار هو ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي"^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال بأن جمهور الفقهاء قد خالفوا القاضي شريح فيما ذهب إليه^(٣)، كما أن هناك بعض الفوارق بين الشرط الجزائي وبين هذه المسألة، كالفرق بين العُربون والشرط الجزائي^(٤).

ج- أحكام الشرط الجزائي:

١- الحكم الأصلي للشرط الجزائي:

ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين^(٥) إلى أن الأصل في حكم الشرط الجزائي هو الجواز، ما لم يخالف حكماً شرعياً ثابتاً؛ بناء على أن الأصل في الشروط هو الجواز.

٢- العقود التي تقبل الشرط الجزائي:

إن العقود المالية التي يجوز أن يُشترط فيها الشرط الجزائي هي العقود التي لا يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

أما في عقود المداينات التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، مثل البيع بالتقسيط، فلا

(١) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب (ما يجوز من الاشتراط ...): ١٩٨/٣. (لكريه): الذي أكرهه، (ركابك):

الإبل التي يسافر عليها. المرجع ذاته، تعليق الشيخ مصطفى البغا.

(٢) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ٥٦٦/١.

(٣) فتح الباري: ٣٥٤/٥.

(٤) الشرط الجزائي، الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر، ٥٧/٢ - ٥٨.

(٥) المدخل الفقهي العام (مصطفى الزرقا): ٥٦٦/١، الشرط الجزائي، الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه

الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر، ٥٩/٢، وينظر أيضاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم: ١٠٩ (١٢/٣)

بشأن موضوع الشرط الجزائي.

يجوز الشرط الجزائي فيها؛ لأن ذلك الاشتراط يعد من الربا الصريح^(١).

٣- شروط تطبيق الشرط الجزائي^(٢):

يشترط في تطبيق الشرط الجزائي عدد من الشروط، وهي:

الشرط الأول: أن لا يترتب على العمل بالشرط الجزائي محرم، مثل الربا، وقد سبق بيانه.

الشرط الثاني: أن يكون التعويض عن الضرر الفعلي الحقيقي الذي لحق بالمضرور، دون اعتبار الضرر الأدبي أو المعنوي.

الشرط الثالث: أن يكون من شرط عليه التعويض مسؤولاً عن النكول في تنفيذ العقد، أو التأخر في أداء الالتزام، أما إذا أثبت أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، فلا يعمل بالشرط الجزائي.

الشرط الرابع: وجود ضرر مالي حقيقي بسبب الإخلال في تنفيذ العقد، أما إذا ثبت أن من شرط له، لم يلحقه أي ضرر بسبب الإخلال بالعقد، فلا يعمل بالشرط الجزائي.

ثانياً- تطبيقات الشرط الجزائي في المعايير الشرعية:

أ- الشرط الجزائي في حالة المماطلة في أداء الديون:

ورد في المعايير الشرعية عدد من الشروط الجزائية في حالة المماطلة في أداء الديون، وقد تم دراستها سابقاً، إلا أن إيرادها هنا بإيجاز لبيان تطبيق الشرط الجزائي فيها.

وأبرز هذه الشروط:

١- حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في سداد بعضها^(٣).

وهذا الشرط لا يتضمن تعويضاً مالياً، إلا أنه يعطي الدائن حق الانتفاع من المال قبل

(١) بحث: الشرط الجزائي، الدكتور الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر،

٢ / ٧١، ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجات المحمد: ص ٤٩٨.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، رقم: ١٠٩ (٣ / ١٢) بشأن موضوع الشرط الجزائي.

(٣) ينظر: ص ٢١٠.

حلول أجله، ولا يترتب عليه محرم.

٢- أخذ تعويض مالي من المدين الماطل^(١).

وهذا الشرط غير جائز، فقد مرّ في أحكام الشرط الجزائي، أنه لا يصح إعماله في العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، والالتزام الأصلي هنا إنما هو من الديون، فيكون الشرط الجزائي من الربا الصريح المحرم.

ب- الشروط الجزائية في عقود المقاولات^(٢) والتوريد^(٣) والاستصناع^(٤):

أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الشرط الجزائي في عقود المقاولات، والتوريد والاستصناع، فقد ورد في المعايير الشرعية: "يجوز النص على الشرط الجزائي في عقود المقاولات وعقود الاستصناع وعقود التوريد"^(٥).

والمستند في جواز تطبيق الشرط الجزائي في هذه العقود، أن الالتزام الأصلي فيها ليس ديناً، فلا يترتب عليه الوقوع في الربا، فينطبق عليه القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط، وهي وجوب مراعاة الشرط ما أمكن، وأن الأصل في الشروط المقترنة بالعقود الجواز، ما لم يرد دليل بالمنع.

ولا بد من الإشارة إلى أن الشرط الجزائي الجائز هنا هو مقابل الإخلال في تنفيذ

(١) ينظر: ص ١٩٩.

(٢) عقد المفاولة: "عقد بين طرفين، يصنع فيه أحدهما (وهو المفاول) شيئاً لآخر، أو يقدم له عملاً، في مقابل مبلغ معلوم." ينظر: مناقصات العقود الإدارية. عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع: ٢/٢٠٢. وتعد المفاولة عقد استصناع إذا شملت عمل المفاول وتقديم المواد منه، أما إذا اقتصر على العمل فهي إجارة. ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (١١)، (الاستصناع والاستصناع الموازي)، التعريفات: ص ٣١٩.

(٣) عقد التوريد: "عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة، مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه." ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠٧ (١/١٢) بشأن موضوع عقود التوريد والمناقصات.

(٤) سبق تعريفه: ص ٢١٦.

(٥) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣) (المدين الماطل)، (٣/٢): ص ٩٥.

العقد، ولا يشمل ذلك التأخر في سداد الالتزامات النقدية، فلا يجوز الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه، لأن هذا من الربا الصريح.

وقد ذكر الدكتور علي محيي الدين القره داغي خلاف ذلك، فقال: "وكذلك لو اشترط أحد العاقلين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال المال المطلوب المستصنع في ورقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه، وترتب على التأخير ضرر، فإن للمتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره"^(١).

فقد ساوى في الشرط الجزائي بين تأخر الصانع في أداء ما عليه، وتأخر المستصنع في أداء ما عليه، وهذا غير جائز^(٢)؛ لأن الشرط الجزائي في حالة تأخر المستصنع في السداد هو من الربا الصريح، لأن التزام المستصنع من الدين النقدي الذي لا تجوز الزيادة عليه عند التأخر في السداد، بخلاف التزام الصانع الذي هو أداء عمل.

ج- فسخ البيع المؤجل للإخلال بأداء الثمن.

أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، أن يشترط البائع أن له الحق في فسخ البيع إذا لم يؤد المشتري الثمن خلال مدة محددة.

فقد ورد في المعايير الشرعية: "يحق للبائع أن يشترط على المشتري بالأجل أنه إذا لم يسدد الثمن خلال مدة معلومة بعد حلول الأجل، فله فسخ العقد؛ حماية لحقه دون الرجوع للقضاء"^(٣).

ومثل ذلك في عقد الإجارة: "يجوز اشتراط المؤجر فسخ العقد؛ لعدم سداد المستأجر الأجرة، أو تأخيرها"^(٤).

(١) عقد الاستصناع، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع: ٣٦٦/٢.

(٢) نبه إلى ذلك الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير في بحثه: (الشرط الجزائي)، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر، ٦٦/٢.

(٣) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٥) (الضمانات)، (٢/٥): ص ١٣٤.

(٤) المرجع السابق، المعيار الشرعي رقم (٩) (الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك)، (٢/٢/٧): ص ٢٥٢.

والمستند الشرعي في ذلك: القواعد الفقهية المتعلقة بحرية الاشتراط، ما لم يرد دليل بالمنع.

وتأصيل هذا الشرط في الفقه: هو خيار النقد، وهو أن يشترط البائع على المشتري: إن لم تدفع الثمن في موعد كذا، فلا بيع بيننا^(١).

وهذا الخيار جائز عند الحنفية والحنابلة، والمالكية في قول، وبعض الشافعية^(٢).

ودليلهم في ذلك:

١- بعض الآثار المروية عن الصحابة والتابعين: ومن ذلك ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد أخذ به، وأن عمرو بن دينار أثبتته، وقضى به شريح في واقعة^(٣).

٢- قياس خيار النقد على خيار الشرط، بجامع التروّي في كل منهما، ففي خيار الشرط يتروى المشتري في مناسبة البيع له، وفي خيار النقد يتروى البائع في حصول الثمن له^(٤).

المطلب الثاني: تطبيقات متفرقة لقواعد الشروط في المعايير الشرعية

أولاً- ترديد الأجرة:

الأجر في اللغة والفقه هو: بدل المنفعة^(٥)، والإجارة في لغة الفقهاء: "عقد على المنفعة بعوض"^(٦).

والأجرة في عقد الإجارة بمثابة الثمن في عقد البيع، ويشترط لها ما يشترط في الثمن،

(١) الدر المختار (مطبوع مع حاشية ابن عابدين): ٤/ ٥٧١، بدائع الصنائع: ٥/ ١٧٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٥/ ١٧٥، حاشية الدسوقي: ٣/ ١٧٥-١٧٦، المجموع: ٩/ ١٩٣، المغني: ٣/ ٥٠٤.

(٣) المغني: ٣/ ٥٠٥، المصنّف (عبد الرزاق)، كتاب البيوع، باب الاشتراء على الرضا...، رقم (١٤٢٧٩): ٨/ ٥٣،

والمرجع نفسه: كتاب البيوع، باب الشرط في البيع، رقم (١٤٢٩٩): ٨/ ٥٨.

(٤) بدائع الصنائع: ٥/ ١٧٥، المغني: ٣/ ٥٠٥.

(٥) لسان العرب، مادة (أجر): ٤/ ١٠، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١/ ٣٢٠.

(٦) المبسوط: ١٥/ ٧٤.

ومن أهم هذه الشروط أن تكون الأجرة معلومة، بلا خلاف بين الفقهاء^(١).

وصورة المسألة:

أن يتم الاشتراط في عقد الإجارة: أن تكون الأجرة مترددة بين مقدارين مختلفين من المال، بناء على حصول أمر أو عدمه، مثل أن يشترط أن تكون أجرة العامل ألفين إن أنجز العمل خلال شهر، وإن أنجزه خلال شهر ونصف فأجره ألفاً.

ذهبت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية إلى جواز هذا الشرط، جاء في المعايير الشرعية: "يجوز ترديد الأجرة وجعلها مبلغاً محدداً في حالة تعجيل الأجير بإنجاز عمله في زمن محدد، وجعلها مبلغاً أقل في حالة إنجازه في زمن آخر أطول من الزمن الأول، وكذلك الحال إذا ربطها بمكانين، أو بنوعين مختلفين، أو بتخصيصين مختلفين"^(٢).

والمستند الشرعي لهذه الصورة أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الجواز، ما لم يرد دليل بالمنع.

وتأصيل هذه المسألة لدى الفقهاء القدامى:

أن الفقهاء قد ميّزوا في هذه المسألة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الأجر متردداً بين الوجود والعدم، مثل أن يقول له: إن خطت الثوب اليوم فلك كذا، وإن خطته غداً فلا شيء لك.

وقد اتفق الفقهاء على تحريم هذه الصورة؛ لأنها من القمار^(٣).

الحالة الثانية: أن يكون الأجر متردداً بين الزيادة والنقصان: مثل أن يقول له إن خطت الثوب اليوم فلك درهمان، وإن خطته غداً فلك درهم، وهذه الحالة هي محل البحث. وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

(١) الفتاوى الهندية: ٤/٤١١ - ٤١٢، الشرح الصغير (مطبوع مع حاشية الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك):

٩/٤، المهذب: ٢/٢٥١، المغني: ٥/٣٢٧.

(٢) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٤) (إجارة الأشخاص)، البند: (٥/٢/٩): ص ٨٥٧.

(٣) المبسوط: ١٥/١٠٠.

القول الأول: المنع.

وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية المشهورة، وزفر من الحنفية^(١).

ودليلهم في ذلك: الجهالة في تعيين الأجرة، والجهالة تفسد العقد^(٢).

ونوقش: بأن العامل مخير بين عمليْن، لكل واحد منهما أجر معلوم، كما لو قال له اعمل ولك بكل دلو تمر، أو قال: ثمن هذا الثوب مئة، وثمر هذا الثوب مئتان.^(٣)

القول الثاني: الجواز.

وهو رأي الصاحبين من الحنفية، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد^(٤)، وذهب إلى ذلك أيضاً ابن قيم الجوزية^(٥).

ودليلهم في ذلك: أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقد الصحة والجواز، ما لم يرد دليل في المنع، والجهالة والغرر منفيان؛ لأنه تخيير بين عمليْن لكل واحد منهما أجر معلوم^(٦).
ويترجح: القول بالجواز؛ استناداً إلى أن الأصل في الشروط الصحة، وأنه لم يرد دليل في المنع، وأما الجهالة فممنفية، كما سبق بيانه.

كما أنه يتضمن تحفيز العامل على إنجاز العمل، ورفع مضرة تأخير إنجاز الالتزام عن صاحب العمل.

ثانياً – اشتراط البراءة من العيوب في عقد المراجعة:

أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أن تشترط المؤسسة في

(١) بدائع الصنائع: ١٨٦/٤، المدوّنة: ٤١٩/٣، نهاية المحتاج: ٢٢٧/٥، روضة الطالبين: ١٧٥/٥، المغني: ٣٧٦/٥، الإنصاف: ١٨/٦.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المغني: ٣٧٦/٥، إعلام الموقعين: ٣٩٤-٣٩٥.

(٤) بدائع الصنائع: ١٨٦/٤، المغني: ٣٧٦/٥، الإنصاف: ١٨/٦.

(٥) إعلام الموقعين: ٣٩٤/٥.

(٦) المغني: ٣٧٦/٥، إعلام الموقعين: ٣٩٤-٣٩٥.

عقد المراجعة البراءة من العيوب.

ورد في المعايير الشرعية: "يجوز للمؤسسة أن تشترط في عقد المراجعة أنها بريئة من جميع عيوب السلعة، أو من بعضها، دون التلف أو نقص كمية المبيع قبل القبض..."^(١).
ومستند ذلك أن المطالبة بضممان العيب الخفي حق للمشتري متعلق بالمبيع، فيجوز له التنازل عنه^(٢).

وقد أجاز هذا النوع من الاشتراط جائز في المذهب الحنفي^(٣).

والخلاصة:

١- يترجح أن الأصل في العقود والشروط الجعلية الإطلاق، إلا ما ورد الدليل على منعه.

٢- الأصل في حكم الشرط الجزائي هو الجواز، ما لم يخالف حكماً شرعياً ثابتاً؛ بناء على أن الأصل في الشروط هو الجواز.

٣- لا يجوز الشرط الجزائي في عقود المداينات التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

٤- يشترط في تطبيق الشرط الجزائي أن يكون التعويض عن الضرر الفعلي الحقيقي الذي لحق بالمضرور، دون اعتبار الضرر الأدبي أو المعنوي.

٥- لا يصح تطبيق الشرط الجزائي إذا ثبت أن من أخل بالعقد كان إخلاله لسبب خارج عن إرادته، وكذلك لا يصح تطبيق الشرط الجزائي إذا ثبت أن من شرط له، لم يلحقه أي ضرر بسبب الإخلال بالعقد.

٦- الأصل جواز الشرط الجزائي في عقود المقاولات وعقود الاستصناع، ويستثنى من ذلك في عقد الاستصناع: الشرط الجزائي بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما

(١) المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٨) (المراجعة)، البند: (٤/١٠): ص ٢١٤.

(٢) المرجع السابق، مستند الأحكام الشرعية: ص ٢٣١.

(٣) بدائع الصنائع: ٥/٢٧٦، رد المحتار على الدر المختار: ٤/٥٩١.

عليه؛ لأن هذا من الربا الصريح.

٧- يجوز للبائع أن يشترط على المشتري بالأجل أن له الحق في فسخ العقد، إذا لم يسدد الثمن خلال مدة معلومة بعد حلول الأجل؛ بناء على أن الأصل في الشروط هو الجواز.

٨- يجوز في عقد الإجارة ترديد الأجرة وجعلها مبلغاً محدداً في حالة تعجيل الأجير بإنجاز عمله في زمن محدد، وجعلها مبلغاً أقل في حالة إنجازه في زمن آخر أطول من الزمن الأول؛ استناداً إلى أن الأصل في الشروط الصحة والجواز.

وهذه النتائج متفقة مع ما ورد في المعايير الشرعية



الخاتمة

الحمد لله على عظيم فضله، وواسع جوده وكرمه، وتوفيقه وتسديده، ومعونته في إتمام هذا البحث الذي اشتمل على دراسة تطبيقات القواعد الفقهية في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

وفيما يلي أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث، يلي ذلك بعض التوصيات والمقترحات.

أسأل الله البرّ الرحيم أن يتفضل عليّ بالنفع والقبول، والتجاوز عن الزلل والتقصير في القصد والقول، إنه سميع مجيب.

والحمد لله رب العالمين.

نتائج الدراسة

١ - يصح الاعتماد على القواعد الفقهية بوجه عام في سبيل الاهتداء إلى الحكم الشرعي، فيما لا نص فيه من المسائل، إذا نهضت أدلة كافية لاعتبارها والأخذ بها، وإذا روعيت شرائطها ومستثنياتها، وسلمت من الموانع، وأن يكون ذلك في ضوء التطبيقات الفقهية التي ذكرها الفقهاء.

٢ - لا يجوز الوعد الملزم بإعادة الشراء، أو إعادة البيع، كما ورد في المعايير الشرعية؛ لأنه ذريعة إلى الربا المحرم، حتى وإن كان الإلزام من طرف واحد؛ تطبيقاً لقواعد المقاصد.

٣ - إن الجمع بين قواعد (تغليب الحرام على الحلال) و قواعد (تغليب الحلال على الحرام) إنما يكون بتغليب جانب التحريم إذا كان الحرام محصوراً أو أمكن اجتنابه، وتغليب جانب الحلال على الحرام، إذا كان الحرام نادراً، ولا يمكن اجتنابه.

٤ - ورد في المعايير الشرعية الاستدلال بقواعد التبعية في إباحة تداول أسهم الشركات المُخْتَطِطَة، وتبين أن هذا الاستدلال غير صحيح، وأن القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة لا تفيد إباحة التعامل بأسهم الشركات المُخْتَطِطَة.

٥ - لا يصح الاستدلال بقواعد الغلبة، وقواعد اختلاط الحلال بالحرام، في إباحة تداول أسهم الشركات المُخْتَطِطَة، وقد ورد في المعايير الشرعية الاستدلال بهذه القواعد، وتبين أن هذا الاستدلال في غير محله.

٦ - يجوز تداول أسهم الشركات التي تتكون موجوداتها من منافع وأعيان ونقود وديون، دون التقيد بأحكام عقد الصرف، ودون التقيد بأحكام بيع الديون، إذا كان غرض هذه الشركات المنافع والأعيان، لا النقود ولا الديون، وذلك استناداً إلى قواعد التبعية وقواعد الغلبة، بشرط أن تزيد قيمة الأعيان والمنافع عن نصف موجودات الشركة إذا كانت هذه الموجودات أصولاً ثابتة، ويكتفى بالثلث في حالة

وجود النشاط والعمل والكيان المسؤول (المؤسسة أو الشركة) عن تقليب المال.

٧- ورد في المعايير الشرعية الاستدلال بقواعد الحاجة العامة، في إباحة تداول أسهم الشركات المختلطة، وتبين أن هذا الاستدلال غير صحيح؛ لأن ربا القرض مما حرم لذاته، فلا يباح شيء منه للحاجة.

٨- يجوز لشركات التأمين التعاوني إعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين التقليدية، إذا تعذر إعادة التأمين لدى شركات إعادة تأمين تعاوني، وذلك ضمن ضوابط قاعدة (الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة)، وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية.

٩- ورد في المعايير الشرعية جواز التخلص المرحلي من العمليات غير المشروعة عند تحول المصرف التقليدي إلى إسلامي، إذا كان التخلص الفوري منها سيؤدي إلى توقف أنشطة المصرف أو انهياره؛ استناداً إلى قواعد الحاجة العامة؛ وتبين أن قواعد الحاجة العامة لا تبيح ذلك.

١٠- ورد في المعايير الشرعية إباحة التورق المنظم عند الحاجة؛ استناداً إلى قواعد الحاجة العامة؛ وتبين أن قواعد الحاجة العامة لا تبيح ذلك.

١١- ورد في المعايير الشرعية إباحة المواطأة على الذرائع الربوية إذا وجدت حاجة إلى تلك الذرائع الربوية، وتبين أن قواعد الحاجة العامة لا تبيح ذلك.

١٢- ورد في المعايير الشرعية إباحة القروض المتبادلة بالشرط للحاجة العامة لها، وتبين عدم جواز ذلك، وأن قواعد الحاجة العامة لا تبيح ذلك.

١٣- ورد في المعايير الشرعية جواز المواعدة الملزمة للطرفين في العقود التي لا يمكن إنجازها من غير مواعدة ملزمة للطرفين، مثل الاعتماد المستندي؛ إعمالاً لقواعد الحاجة العامة، وتبين أن الاستدلال بقواعد الحاجة العامة في هذه المسألة صحيح.

١٤- لا يصح الاستناد إلى قواعد رفع الضرر لإباحة التعويض عن الأرباح الفائتة، التي تسبب بها المدين المماطل الموسر، وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية.

١٥- يجوز أخذ التعويض عن الأضرار الفعلية، وكذلك يجوز أخذ التعويض عن المكاسب الفائتة في كل اعتداء على الأعيان، ومنها المواقع الإلكترونية؛ استناداً إلى قواعد رفع الضرر، وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية.

١٦- عقد الاستصناع عقد ملزم للطرفين، إذا تحققت شروطه؛ استناداً إلى قواعد رفع الضرر.

١٧- يعدُّ القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل قبضاً حكماً صحيحاً، وهو بمثابة القبض الحقيقي في الحكم؛ وذلك استناداً إلى قواعد العرف والعادة.

١٨- يعدُّ قبض الشيك قبضاً حكماً صحيحاً لمحتواه؛ استناداً إلى قواعد العرف والعادة.

١٩- يجوز شراء الذهب والفضة من خلال البطاقة المغطاة؛ استناداً إلى قواعد العرف والعادة، وهذا ما أخذت به المعايير الشرعية.

٢٠- لا يجوز شراء الذهب والفضة من خلال البطاقة غير المغطاة، خلافاً لما ورد في المعايير الشرعية.

٢١- يترجح أن الأصل في العقود والشروط الجعلية الإطلاق، إلا ما ورد الدليل على منعه.

٢٢- لا يجوز الشرط الجزائي في عقود المداينات التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً.

التوصيات والمقترحات

(ترتيب المقترحات هنا بحسب ورودها في المعايير الشرعية، لا بحسب ورود مسائلها في البحث)

١ - تعديل المعيار الشرعي رقم (٢) (بطاقة الحسم وبطاقة الائتمان)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم (٤ / ٤) والذي ينص على:

"يجوز شراء الذهب أو الفضة أو النقود ببطاقة الحسم الفوري، كما يجوز ذلك ببطاقة الائتمان والحسم الآجل في الحالة التي يمكن فيها دفع المؤسسة المصدرة المبلغ إلى قابل البطاقة بدون أجل".

والتعديل المقترح هو: منع شراء الذهب أو الفضة أو النقود ببطاقة الحسم الآجل، وحصر ذلك بالبطاقة المغطاة.

٢ - البحث عن حلول شرعية أجدى نفعاً وأبعد عن الربا وشبهها، من مسألة إلزام المدين المماطل بالتصدق، وذلك فيما يتعلق بالمعيار الشرعي رقم (٣) (المدين المماطل).

٣ - تعديل المعيار الشرعي رقم (٦) (تحويل البنك التقليدي إلى مصرف إسلامي)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم (١ / ٢) والذي ينص على:

"...أما العمليات غير المشروعة المبرمة قبل قرار التحول فالأصل التخلص منها فوراً، ولا يجوز التأخير إلا فيما تقتضيه الضرورة أو الحاجة؛ مراعاة للظروف الواقعية للبنك، لتجنب خطر الانهيار، أو حالات التعثر، على أن يتم التخلص من آثارها وفقاً لهذا المعيار".

والتعديل المقترح هو: حذف الاستثناء المتعلق بجواز تأخير التخلص من العمليات غير المشروعة، والمبرمة قبل قرار التحول، استناداً إلى الحاجة ومراعاة للظروف الواقعية للبنك، لتجنب خطر الانهيار، أو حالات التعثر.

٤ - تعديل المعيار الشرعي رقم (٢١) (الأوراق المالية، الأسهم والسندات)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم (٤ / ٣) والذي يجيز (بشروط) المساهمة والتعامل في أسهم شركات أصل نشاطها حلال، لكنها تودع أو تقترض بفائدة. ليصير الحكم بعد التعديل هو: تحريم المساهمة والتعامل في أسهم هذا النوع من الشركات بيعاً وشراءً.

٥ - تعديل المعيار الشرعي رقم (٢١) (الأوراق المالية، الأسهم والسندات)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم (١٩ / ٣)، والذي ينص على: "إذا كانت موجودات الشركة مشتملة على أعيان ومنافع ونقود وديون فيختلف حكم تداول أسهمها بحسب الأصل المتبوع وهو غرض الشركة ونشاطها المعمول به، فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً). بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذ تابعة".

ليصير الحكم بعد التعديل هو: ".... شريطة أن تزيد القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٥٠٪ من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها، إذا كانت موجودات الشركة أصولاً ثابتة، وألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠٪ من إجمالي موجودات الشركة حالة وجود النشاط والعمل والكيان المسؤول (المؤسسة أو الشركة) عن تقليب المال..".

٦ - تعديل المعيار الشرعي رقم (٢٥) (الجمع بين العقود)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم (٢ / ٣ / ٦) والذي ينص على: "المواطأة على الذرائع الربوية: مثل الاتفاق على

الجمع بين القرض والمعاوضة، أو على دفع المقترض للمقرض هدية أو زيادة في القدر أو الصفة على المال المقترض

١ / ٢ / ٣ / ٦ تعتبر المواطأة موجبة لمنع تلك الذرائع المباحة في الأصل، ومناطقاً لحظرها شرعاً بشرطين: الأول: أن يكون التوسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور في تلك المعاملة كثيراً بمقتضى العادة، وأن تقوى التهمة وتظهر على قصد ذلك المحظور وإرادته. الثاني: ألا يكون هناك حاجة أو مصلحة راجحة إلى تلك المعاملة".

والتعديل المقترح هو: حذف الشرطين، الأول والثاني.

٧- تعديل المعيار الشرعي رقم (٣٠) (التورق)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم (٧ / ٤) والذي ينص على: "عدم توكيل العميل للمؤسسة أو وكيلها في بيع السلعة التي اشتراها منها، وعدم توكل المؤسسة عن العميل في بيعها، على أنه إذا كان النظام لا يسمح للعميل ببيع السلعة بنفسه إلا بواسطة المؤسسة نفسها، فلا مانع من التوكيل للمؤسسة، على أن يكون في هذه الحالة، بعد قبضه السلعة حقيقة أو حكماً".

والتعديل المقترح هو: حذف الفقرة التي تجيز للمستورق توكيل المؤسسة في بيع السلعة التي اشتراها منها.

٨- تعديل المعيار الشرعي رقم (٥٨) (إعادة الشراء)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم (١ / ٥) والذي ينص على جواز الوعد الملزم من البائع وحده، أو من المشتري وحده.

والتعديل المقترح هو: منع الوعد الملزم مطلقاً في مسائل إعادة الشراء.

٩- تعديل المعيار الشرعي رقم (٥٨) (إعادة الشراء)، وذلك فيما يتعلق بالبند رقم: (٢ / ٣ / ٦ / ٥)، والذي يقترح التعامل بالقروض المتبادلة كبديل شرعي عن بعض المعاملات المحرمة، ونص المقترح: "القروض المتبادلة من خلال حساب النقاط، بأن يحسب لصالح الرصيد الدائن نقاط دائنة يراعى فيها مقدار الرصيد ومدة بقائه فقط، وفي المقابل يحسب على الرصيد المدين نقاط مدينة يراعى فيها المقدار والمدة

فقط...".

والتعديل المقترح هو: منع القروض المتبادلة بالشرط.

* * *

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

فهرس الأعلام المترجم لهم

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المحتويات

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

الآية	اسم السورة ورقمها	الصحيفة
﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾	البقرة: ٤٣	٢٢
﴿وَإِذْ رَفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾	البقرة: ١٢٧	١٣
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾	البقرة: ١٨٥	١٤٢ + ٢٦
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾	البقرة: ٢١٩	٩٧
﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنَّ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيُعْنَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾	البقرة: ٢٣١	١٨٨
﴿لَا تُضَاكِرْ وَلِدَةً يُوَلِّدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُوَلِّدُهُ﴾	البقرة: ٢٣٣	١٨٩
﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾	البقرة: ٢٨٠	١٩٩
﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾	النساء: ٢٩	٢٧٢
﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائدة: ١	٢٧١
﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾	المائدة: ٣	١٤٦
﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾	الأنعام: ١١٩	١٤٥
﴿فَمَنْ ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿٨﴾ وَمَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَئِكَ الَّذِينَ خَسِرُوا أَنْفُسَهُمْ بِمَا كَانُوا بِآيَاتِنَا يَظْلِمُونَ﴾	الأعراف: ٨ - ٩	٩٧
﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾	الأعراف: ١٩٩	٢٢٤

الآية	اسم السورة ورقمها	الصحيفة
﴿قَالُوا يَشْعِيبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ﴾	هود: ٩١	١٣
﴿لَمْ تَكُونُوا بِأَلْفِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ﴾	النحل: ٧	١٤١
﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ﴾	النحل: ١٠٦	١٤٦
﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	الحج: ٧٨	١٤٢
﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	الحج: ٢٨٦	١٤٤
﴿وَلِتَبْلُغُوا عَلَيْهَا حَاجَةً فِي صُدُورِكُمْ﴾	غافر: ٨٠	١٤٩
﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾	التغابن: ١٦	١٩٣
﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾	الطلاق: ٧	٢٢٤



فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

رقم الصفحة	طرف الحديث
١٢٨	١- أُتِيَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ بِخَيْبَرِ بَقْلَادَةَ
٦٤	٢- إِذَا ضَنَّ النَّاسُ بِالدينارِ والدرهم
١٠١	٣- إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ، وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ
١٤٢	٤- إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ
٢٧	٥- إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ
١٨	٦- أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ
١٨٩	٧- بِحَسَبِ امْرِئٍ مِنَ الشَّرِّ أَنْ يَحْقِرَ أَخَاهُ الْمُسْلِمَ
٩٩	٨- الثُّلُثُ كَثِيرٌ
١٥٤	٩- حَرَّمَ اللَّهُ مَكَةَ فَلَمْ تَحُلَّ لِأَحَدٍ قَبْلِي، وَلَا لِأَحَدٍ
٢٧	١٠- الْخِرَاجُ بِالضَّمَانِ
٨٥	١١- ذِكَاةُ الْجَنِينِ ذِكَاةُ أُمِّهِ
١٢٩	١٢- الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوزنِ
١٢٥	١٣- الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرُّ
١٥٤	١٤- رَخَّصَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلزَّبِيرِ
٢٧١	١٥- الصَّلَحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صَلَحًا حَرَّمَ
٢٤٠	١٦- فَنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه
١٤٢	١٧- كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا أَمَرَهُمْ
٢٣٥	١٨- لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَفْتَرَقَا
١١٦	١٩- لَا رَبَّ إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ
١٨٩	٢٠- لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ

رقم الصحيفة	طرف الحديث
١٠٢	٢١- لا يَحْرَمُ الحرام الحلال
١٧٩	٢٢- لا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ
٢٠٢	٢٣- لِيُؤْجِدَ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ
١٤٢	٢٤- مَا خَيْرٌ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا
١٩٩	٢٥- مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ
١٨٩	٢٦- مَلْعُونٌ مَنْ ضَارَّ مُؤْمِنًا أَوْ مَكَّرَ بِهِ
٢٣٩	٢٧- مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ
٢٧١	٢٨- مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ..
٨٣	٢٩- مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرَتْ فَثَمَرَتَهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ
١٩٣	٣٠- مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مَنكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ
٨٨	٣١- نَهَى أَنْ تُبَاعَ الثَّمَرَةُ حَتَّى تَبَيَّنَ صِلَاحُهَا..
٢٣٩	٣٢- نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ
١٢٦	٣٣- نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ
٢٧١	٣٤- نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ
٢٨	٣٥- وَإِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ
٢٣٦	٣٦- وَلَا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ
١١٠	٣٧- وَمَنْ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ

فهرس الأعلام المترجم لهم

اسم العلم	رقم الصحيفة
١- إبراهيم النخعي	٢٩
٢- ابن بشير	٣٩
٣- البناني	١٨
٤- التفتازاني	١٤
٥- الجاجرمي	٣٣
٦- الجرجاني	١٥
٧- ابن حجر العسقلاني	٨٣
٨- ابن حجر الهيتمي	١٥٦
٩- الحموي	١٦
١٠- الخطابي	٢٤١
١١- ابن دقيق العيد	٣٩
١٢- ابن رشد القرطبي	٦٣
١٣- الزركشي	٣٤
١٤- ابن السبكي	١٤
١٥- السمرقندي	٣٣
١٦- السيوطي	١٨
١٧- الشربيني	٢٤٠
١٨- شريح	٢٨
١٩- ابن عابدين	٢٢١
٢٠- ابن عبد البر	١١٥
٢١- ابن العربي	١٥١

اسم العلم	رقم الصحيفة
٢٢- ابن عَرَفَة	٤١
٢٣- عز الدين بن عبد السلام	٣٣
٢٤- ابن فَرْحُون	٣٩
٢٥- القَيُّومِي	١٤
٢٦- ابن قُدَامَة	٧٤
٢٧- القَرَّافِي	٢٠
٢٨- ابن القيم	٥٨
٢٩- الكاساني	٢٣٣
٣٠- الكَرَّخِي	٣٢
٣١- المَاوَزْدِي	١١٥
٣٢- المحبوبي	١٤
٣٣- المَقْرِي	١٥
٣٤- ابن المُلَقَّن	٣٥
٣٥- المَنْجُور	٣٥
٣٦- ابن نُجَيْم	١٨
٣٧- النَوَوِي	٨٧
٣٨- ابن الوكيل	٣٤



فهرس المصادر والمراجع

(رتبت كل مجموعة من الكتب حسب الترتيب الهجائي لاسم الكتاب بدون (أل) التعريف)

أولاً- كتب التفسير وعلوم القرآن:

- أحكام القرآن، (الخصاص) أحمد بن علي أبو بكر الرازي، ت: ٣٧٠ هـ، تحقيق: محمد صادق القمحاي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د. ط، ١٤٠٥ هـ.
- أحكام القرآن، (ابن العربي) محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري المالكي، ت: ٥٤٣ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.
- الإشارة إلى الإيجاز في بعض أنواع المجاز، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي، ت: ٦٦٠ هـ، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ١٤١٤ هـ، ١٩٩١ م.
- الجامع لأحكام القرآن، (القرطبي) أبو عبد الله محمد بن أحمد، ت: ٦٧١ هـ، تحقيق: أحمد البردوني، إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.
- جامع البيان في تأويل القرآن، (الطبري) محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري، ت: ٣١٠ هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- المفردات في غريب القرآن، (الراغب الأصفهاني) أبو القاسم الحسين بن محمد، ت: ٥٠٢ هـ، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ.

ثانياً - كتب الحديث النبوي الشريف :

أ- كتب المتون.

- سنن البيهقي الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، ت: ٤٥٨ هـ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثالثة: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
- سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي الترمذي، ت: ٢٧٩ هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر - محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية: ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م.
- سنن الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني، ت: ٣٨٥ هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ت: ٢٧٥ هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى: ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
- سنن ابن ماجه، (ابن ماجه) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت: ٢٧٣ هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى: ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م.
- سنن النسائي (المجتبى)، (النسائي) أبو عبد الرحمن أحمد بن علي بن شعيب، ت: ٣٠٣ هـ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة الثانية: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.

- صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري، ت: ٢٥٦ هـ، تحقيق: محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى: ١٤٢٢ هـ.
- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ت: ٢٦١ هـ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- المستدرک علی الصحیحین، (الحاکم) أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، ت: ٤٠٥ هـ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ، ١٩٩٠ م.
- مسند أحمد، (أحمد بن حنبل) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، ت: ٢٤١ هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومجموعة من الباحثين، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م.
- المصنّف، (عبد الرزاق) أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ت: ٢١١ هـ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- المصنّف، (ابن أبي شيبة) أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان العسبي، ت: ٢٣٥ هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٠٩ هـ.
- الموطأ، مالك بن أنس الأصبحي، ت: ١٧٩ هـ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان - أبو ظبي، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
- المعجم الأوسط، (الطبراني) سليمان بن أحمد بن أيوب اللخمي، أبو القاسم الطبراني، ت: ٣٦٠ هـ، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.

ب- كتب شروح الحديث وغريبه.

- التمهيد، (ابن عبد البر) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ الأندلسي، ت: ٤٦٣ هـ، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د. ط، ١٣٧٨ هـ.
- الاستذكار، (ابن عبد البر) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ الأندلسي، ت: ٤٦٣ هـ، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
- جامع العلوم والحكم، (ابن رجب الحنبلي) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، ت: ٧٩٥ هـ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة السابعة: ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠١ م.
- شرح الزرقاني على موطأ مالك، (الزرقاني) محمد بن عبد الباقي، ت: ١١٢٢ هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣ م.
- شرح السنة، (البغوي) الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، ت: ٥١٦ هـ، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ، ١٩٨٣ م.
- شرح صحيح البخاري، (ابن بطل) أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، ت: ٤٤٩ هـ، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الثانية: ١٤٢٣ هـ، ٢٠٠٣ م.
- شرح صحيح مسلم، (النووي) أبو زكريا يحيى بن شرف، ت: ٦٧٦ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية: ١٣٩٢ هـ.

- شرح معاني الآثار، (الطحاوي) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري، ت: ٣٢١ هـ، تحقيق: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، الطبعة الأولى: ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م.
- طرح التثريب في شرح التقريب، عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن بن أبي بكر بن إبراهيم العراقي، ت: ٨٠٦ هـ، الطبعة المصرية.
- عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، ابن العربي، محمد بن عبد الله بن أحمد الأندلسي المالكي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥ هـ، ١٩٩٥ م.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، (ابن حجر العسقلاني) أحمد بن علي، ت: ٨٥٢ هـ، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩ هـ.
- فيض القدير شرح الجامع الصغير، (المنائي) عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين، ت: ١٠٣١ هـ، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة الأولى: ١٣٥٦ هـ.
- القبس في شرح الموطأ، ابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي المالكي، ت: ٥٤٣ هـ، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى: ١٩٩٢ م.
- معالم السنن، (الخطّابي) أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطّابي، ت: ٣٨٨ هـ، المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى: ١٣٥١ هـ، ١٩٣٢ م.
- المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، (القرطبي) أبو العباس أحمد بن عمر ابن إبراهيم، ت: ٦٥٦ هـ، تحقيق: محيي الدين ديب مستو، أحمد محمد السيد، يوسف علي بديوي، محمود إبراهيم بزال، دار ابن كثير - دمشق، دار الكلم الطيب - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ، ١٩٩٦ م.

- المنتقى شرح الموطأ، (الباجي) أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد القرطبي، ت: ٤٧٤هـ، مطبعة السعادة - مصر، الطبعة الأولى: ١٣٣٢هـ.
- نيل الأوطار، (الشوكاني) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ت: ١٢٥٠هـ، تحقيق: عصام الدين الصبابي، دار الحديث - مصر، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.

ج- كتب تخريج الحديث والحكم عليه.

- التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، (ابن حجر العسقلاني) أحمد بن علي، ت: ٨٥٢هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٩هـ، ١٩٨٩م.
- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، (الذهبي) محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، ت: ٧٤٨هـ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن - الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- سبل السلام شرح بلوغ المرام، (الصنعاني) محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، ت: ١١٨٢هـ، دار الحديث، د. ط، د. ت.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، (الهيثمي) أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان، ت: ٨٠٧هـ، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي - القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، (الزيلعي) جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، ت: ٧٦٢هـ، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.

ثالثاً - كتب فقه السيرة:

- زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، الطبعة السابعة والعشرون: ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.

رابعاً - كتب الفقه:

أ- الفقه الحنفي:

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (ابن نُجَيم) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ت: ٩٧٠ هـ، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، د. ت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (الكاساني) علاء الدين أبو بكر بن مسعود، ت: ٥٨٧ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦م.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (الزيلعي) عثمان بن علي بن محجن البارعي، ت: ٧٤٣ هـ، المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ.
- حاشية الشُّلبي على تبين الحقائق، (الشُّلبي) شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس، ت: ١٠٢١ هـ، المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣ هـ.
- الحُرَّاج، (أبو يوسف) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، ت: ١٨٢ هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد - سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث. د. ط، د. ت.
- رد المحتار على الدر المختار، (ابن عابدين) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، ت: ١٢٥٢ هـ، دار الفكر - بيروت، الطبعة الثانية: ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م.

- شرح فتح القدير، (ابن الهمام) كمال الدين محمد بن عبد الواحد، ت: ٨٦١ هـ، دار الفكر - بيروت، د. ط، د. ت.
- اللباب في شرح الكتاب، (الغنيمي) عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم، ت: ١٢٩٨ هـ، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية - بيروت، د. ط، د. ت.
- المبسوط، (السرخسي) محمد بن أحمد بن سهل، ت: ٤٨٣ هـ، دار المعرفة - بيروت، د. ط، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٣ م.
- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكوّنة من عدد من علماء وفقهاء الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، دار نور محمد، كراتشي.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (شيخ زاده) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، ت: ١٠٧٨ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د. ط، د. ت.
- مجموعة رسائل ابن عابدين، (ابن عابدين) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، ت: ١٢٥٢ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- مراقبي الفلاح شرح متن نور الإيضاح، (الشرنبلالي)، حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي، ت: ١٠٦٩ هـ، اعتنى به: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م.
- الهداية شرح بداية المبتدئ، (المرغيناني) علي بن أبي بكر الفرغاني، ت: ٥٩٣ هـ، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د. ط، د. ت.

ب - الفقه المالكي:

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ابن رشد) محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، (الحفيد)، ت: ٥٩٥ هـ، دار الحديث - القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.

- بلغة السالك لأقرب المسالك، (الصاوي) أحمد بن محمد الخلوتي، ت: ١٢٤١هـ
دار المعارف، د. ط، د. ت.
- البيان والتحصيل، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد)، ت:
٥٢٠هـ، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة
الثانية، ١٤٠٨ هـ، ١٩٨٨ م.
- التاج والإكليل في شرح مختصر خليل، (المواق) محمد بن يوسف بن أبي القاسم
الغرناطي، ت: ٨٩٧ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى:
١٤١٦هـ - ١٩٩٤ م.
- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، (الخطاب) محمد بن محمد بن عبد الرحمن
المغربي، ت: ٩٥٤ هـ، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي
- بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤ م.
- حاشية الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ت: ١٢٣٠ هـ، تحقيق:
محمد عlish، دار الفكر - بيروت، د. ط، د. ت.
- الذخيرة، (القَرَافِي) شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت: ٦٨٤ هـ، تحقيق: محمد
حجي وسعيد أعراب ومحمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة
الأولى: ١٩٩٤ م.
- شرح الخرشي على مختصر خليل، (الخرشي) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي،
ت: ١١٠١ هـ، دار الفكر - بيروت، د. ط، د. ت.
- الفواكه الدواني، (النفرواني) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، ت: ١١٢٦ هـ،
دار الفكر - بيروت، ١٤١٥ هـ، ١٩٩٥ م.
- القوانين الفقهية، (ابن جزي) محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي
الكلبي الغرناطي، ت: ٧٤١ هـ، دار القلم - بيروت، د. ط، د. ت.

- المختصر الفقهي، (ابن عَرَفَة) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، ت: ٨٠٣ هـ، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى: ١٤٣٥ هـ، ٢٠١٤ م.
- المَدَوَّنة الكبرى، مالك بن أنس الأصبحي، ت: ١٧٩ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- منح الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عlish، ت: ١٢٩٩ هـ، دار الفكر - بيروت، د. ط: ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (الخطاب) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، ت: ٩٥٤ هـ، دار الفكر - د. م، الطبعة الثالثة: ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.

ج - الفقه الشافعي:

- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، ت: ٩٢٦ هـ، دار الكتاب الإسلامي، د. ط، د. ت.
- الأم، (الشافعي) محمد بن إدريس، ت: ٢٠٤ هـ، دار المعرفة - بيروت، د. ط، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، ت: ١٣٠٢ هـ، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، (العمراني) أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، ت: ٥٥٨ هـ، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠ م.
- تحفة المحتاج، (ابن حجر الهيتمي) أحمد بن محمد بن علي، ت: ٩٧٤ هـ، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، د. ط، ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.

- حاشية البُجَيْرَمِي على الخطيب، (البُجَيْرَمِي) سليمان بن عمر بن محمد، ت: ١٢٢١ هـ، دار الفكر - بيروت، د. ط، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
- حاشية البُجَيْرَمِي على شرح المنهج، (البُجَيْرَمِي) سليمان بن عمر بن محمد، ت: ١٢٢١ هـ، مطبعة الحلبي، د. ط، ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م.
- الحاوي الكبير، (المَاوَرِدِي) علي بن محمد بن حبيب، ت: ٤٥٠ هـ، تحقيق: علي معوض. عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، (النووي) أبو زكريا يحيى بن شرف، ت: ٦٧٦ هـ، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة: ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م.
- فتح العزيز شرح الوجيز، (الرافعي) عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني، ت: ٦٢٣ هـ، تحقيق: علي معوض. عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
- المجموع، (النووي) أبو زكريا يحيى بن شرف، ت: ٦٧٦ هـ، دار الفكر - بيروت، د. ط، د. ت.
- المختصر، (المزني) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، ت: ٢٦٤ هـ، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠ هـ، ١٩٩٠ م.
- مغني المحتاج، (الشَّرْبِينِي) محمد بن محمد الخطيب، ت: ٩٧٧ هـ، تحقيق: علي معوض. عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- منهاج الطالبين، (النووي) أبو زكريا يحيى بن شرف، ت: ٦٧٦ هـ، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م.

- المذهب، (الشيرازي) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، ت: ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية - بيروت.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ابن شهاب الرملي) محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، ت: ١٠٠٤هـ، دار الفكر - بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- الوسيط في المذهب، (الغزالي) أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، ت: ٥٠٥هـ، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.

د- الفقه الحنبلي:

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (المرداوي) علاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان، ت: ٨٨٥هـ، تحقيق: محمد حامد الفقى، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- شرح الزَّرْكَشِيِّ لمختصر الخِرَقِيِّ، (الزَّرْكَشِيُّ) شمس الدين محمد بن عبد الله الزَّرْكَشِيُّ المصري الحنبلي، ت: ٧٧٢هـ، دار العبيكان، الطبعة الأولى: ١٤١٣هـ، ١٩٩٣م.
- الشرح الكبير على المقنع، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قُدَامَةَ المقدسي الجماعيلي، ت: ٦٨٢هـ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. عبد الفتاح الحلو، دار هجر - القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- شرح منتهى الإرادات، (البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس، ت: ١٠٥١هـ، عالم الكتب، الطبعة الأولى: ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
- الفروع، (ابن مفلح) أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، ت: ٧٦٣هـ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

- كشف القناع عن متن الإقناع، (البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس، ت: ١٠٥١هـ، دار الكتب العلمية- بيروت.
- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح، ت: ٨٨٤هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى بن سعد السيوطي الرحباني، ت: ١٢٤٣هـ، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية: ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م.
- المغني، (ابن قدامة) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت: ٦٢٠هـ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. عبد الفتاح الحلو، دار هجر- القاهرة، الطبعة الأولى: ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.

هـ- الفتاوى الفقهية:

- الفتاوى الفقهية الكبرى، (ابن حجر الهيتمي) أحمد بن محمد بن علي، ت: ٩٧٤هـ، جمعها: عبد القادر بن أحمد بن علي الفاكهي، المكتبة الإسلامية، د. ط، د. ت.
- فتاوى النووي، (النووي) أبو زكريا يحيى بن شرف، ت: ٦٧٦هـ، تحقيق: عبد القادر أحمد عطا، مطبعة حسان - القاهرة، د. ط، د. ت.
- الفتاوى الهندية، مجموعة من علماء الهند، دار الفكر، الطبعة الثانية: ١٣١٠هـ.
- مجموع فتاوى ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، ت: ٧٢٨هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة النبوية: ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.

خامساً- كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

- الأشباه والنظائر، (تاج الدين السبكي) تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، ت: ٧٧١ هـ، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود- علي محمد عوض، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ، ١٩٩١ م.
- الأشباه والنظائر، (ابن نُجَيم) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ت: ٩٧٠ هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٩ هـ- ١٩٩٩ م.
- الأشباه والنظائر، (جلال الدين السيوطي) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، ت: ٩١١ هـ، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ، ١٩٩٠ م.
- الأشباه والنظائر في النحو، (جلال الدين السيوطي) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد، ت: ٩١١ هـ، دار الكتاب العربي- بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٤ هـ، ١٩٨٤ م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى: ١٤٢٣ هـ.
- أنوار البروق في أنواء الفروق، (القَرَافِي) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، ت: ٦٨٤ هـ، عالم الكتب- بيروت، د. ط، د. ت.
- تأسيس النظر، (الدبوسي) عبيد الله عمر بن عيسى الدبوسي، ت: ٤٣٠ هـ، تحقيق: مصطفى محمد القباني، دار ابن زيدون - بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، د. ط، د. ت.
- تحرير القواعد المنطقية، (الرازي) محمود بن محمد، ت: ٧٦٦ هـ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية: ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ م.
- التقرير والتحبير، (ابن أمير الحاج) شمس الدين محمد بن محمد بن محمد، ت: ٨٧٩ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الثانية: ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.
- التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، (التفتازاني) سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله، ت: ٧٩١ هـ، مكتبة صبيح - القاهرة، د. ط، د. ت.

- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، محمد علي بن حسين، ت: ٩٧٢ هـ، عالم الكتب - بيروت، د. ط، د. ت.
- تيسير التحرير، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، ت: ٧٩١ هـ، مصطفى البابي الحلبي - مصر، ١٣٥١ هـ، ١٩٣٢ م.
- حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، (البناني) عبد الرحمن ابن جاد الله، ت: ١١٩٨ هـ، مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣١ هـ، ١٩١٣ م.
- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، حسن بن محمد بن محمود العطار، ت: ١٢٥٠ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، د. ط، د. ت.
- درر الحکام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، دار الجيل - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١١ هـ، ١٩٩١ م.
- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، ت: ٧٧١ هـ، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد عوض، عالم الكتب - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م.
- سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني، مطبعة الريحاني - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٦ هـ، ١٩٨٥ م.
- شرح تنقيح الفصول، (القَرَافِي) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، ت: ٦٨٤ هـ، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى: ١٣٩٣ هـ، ١٩٧٣ م.
- شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقا، ت: ١٣٥٧ هـ، دار القلم - دمشق، الطبعة الثانية: ١٤٠٩ هـ، ١٩٨٩ م.
- شرح المجلة، (الأتاسي) محمد خالد، مطبعة حمص، ١٣٤٩ هـ، ١٩٣٠ م.

- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، (الحموي) شهاب الدين أحمد بن محمد مكي، ت: ١٠٩٨ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م.
- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، ت: ١٢٢٥ هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨ م.
- القواعد، (المَقْرِي) أبو عبد الله محمد بن محمد، ت: ٧٥٨ هـ، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي - مكة المكرمة.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي، ت: ٦٦٠ هـ، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ١٤١٤ هـ، ١٩٩١ م.
- القواعد الفقهية، يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الثانية: ١٤٢٠ هـ، ١٩٩٩ م.
- القواعد الفقهية، مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها. علي أحمد الندوي، دار القلم - دمشق، الطبعة الرابعة: ١٤١٨ هـ، ١٩٩٨ م.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٢٧ هـ، ٢٠٠٦ م.
- القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، محمد عثمان شبير، دار الفرقان - عمان، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ هـ، ٢٠٠٠ م.
- قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، عرضاً ودراسة وتحليلاً، عبد الرحمن إبراهيم الكيلاني، دار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠ م.

- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م.
- المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، عبد الرحمن الصابوني، المطبعة الجديدة - دمشق، ١٣٩٨/١٣٩٩ هـ، ١٩٧٨/١٩٧٩ م.
- المستصفى من علم الأصول، (الغزالي) أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، ت: ٥٠٥ هـ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٣ هـ، ١٩٩٣ م.
- المفصل في القواعد الفقهية، يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، دار التدمرية - الرياض، الطبعة الثانية: ١٤٣٢ هـ، ٢٠١١ م.
- الممتع في القواعد الفقهية، مسلم بن محمد بن ماجد الدوسري، دار زدني، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ، ٢٠٠٧ م.
- المنثور في القواعد الفقهية، (الزركشي) أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، ت: ٧٩٤ هـ، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية: ١٤٠٥ هـ، ١٩٨٥ م.
- الموافقات في أصول الشريعة: (الشاطبي) أبو إسحق إبراهيم بن موسى، ت: ٧٩٠ هـ، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة - بيروت.
- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول، (الإسنوي) جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، ت: ٧٧٢ هـ، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.
- الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، محمد الزحيلي، دار الخير، دمشق، الطبعة الثانية: ١٤٢٧ هـ، ٢٠٠٦ م.
- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة: ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م.

سادساً - كتب الأذكار والآداب :

- الأذكار، (النووي) أبو زكريا يحيى بن شرف، ت: ٦٧٦ هـ، تحقيق: عبد القادر الأرنبوط، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.

سابعاً - كتب المنطق :

- معيار العلم في فن المنطق: (الغزالي) أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد، ت: ٥٠٥ هـ، تحقيق: سليمان دنيا، دار المعارف - مصر، ١٩٦١ م.

ثامناً - كتب اللغة والمعاجم :

- تاج العروس من جواهر القاموس، (الزبيدي) محمد بن محمد بن عبد الرزاق، ت: ١٢٠٥ هـ، مجموعة من المحققين، دار الهداية.
- التعريفات، (الجرجاني) علي بن محمد بن علي، ت: ٨١٦ هـ، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، ت: ٣٧٠ هـ، تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدني، دار الطلائع.
- شرح حدود ابن عرفة، المسمى: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (الرصاص) محمد بن قاسم الأنصاري الرصاص المالكي، المكتبة العلمية، ت: ٨٩٤ هـ، الطبعة الأولى: ١٣٥٠ هـ.
- القاموس المحيط، (الفيروز آبادي) مجد الدين محمد بن يعقوب، ت: ٨١٧ هـ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، دار مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة السادسة: ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

- الكليات، (الكفوي) أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي، ت: ١٠٩٤ هـ، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة- بيروت.
- لسان العرب، (ابن منظور) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، ت: ٧١١ هـ، دار صادر- بيروت، الطبعة السادسة: ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
- المصباح المنير، (الفَيَّومِي) أحمد بن محمد بن علي، ت: ٧٧٠ هـ، المكتبة العلمية- بيروت، د. ط.
- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨ م.
- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس القزويني الرازي، ت: ٣٩٥ هـ، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ، ١٩٧٩ م.
- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.

تاسعاً- كتب التراجع:

- الأعلام، خير الدين الزركلي، ت: ١٣٦٩ هـ، دار العلم للملايين- بيروت، الطبعة الخامسة: ١٩٨٠ م.
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر القرشي، ت: ٧٧٥ هـ، طبع حيدر آباد بالهند: ١٣٣٢ هـ.
- الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة، (ابن حجر العسقلاني) أحمد بن علي، ت: ٨٥٢ هـ، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر آباد/ الهند، الطبعة الثانية، ١٣٩٢ هـ، ١٩٧٢ م.

- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (ابن فرحون) برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم، ت: ٧٩٩ هـ، تحقيق: محمد الأحدي أبو النور، دار التراث - القاهرة.
- ذيل طبقات الحنابلة، (ابن رجب الحنبلي) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، ت: ٧٩٥ هـ، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٢٥ هـ، ٢٠٠٥ م.
- سير أعلام النبلاء، (الذهبي) محمد بن أحمد بن عثمان، ت: ٧٤٨ هـ، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الحادية عشر: ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن العماد العكري الحنبلي، ت: ١٠٨٩ هـ، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٠٦ هـ.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، (السخاوي) شمس الدين محمد بن عبد الرحمن، ت: ٩٠٢ هـ، دار مكتبة المقدسي - القاهرة، ١٣٥٣ هـ - ١٩٣٥ م.
- طبقات الشافعية الكبرى، (ابن السبكي) تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، ت: ٧٧١ هـ، تحقيق: عبد الفتاح الحلو - محمود الطناحي، دار هجر - القاهرة، الطبعة الثانية: ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م.
- معجم المؤلفين، عمر بن رضا كحالة، ت: ١٤٠٨ هـ، مكتب المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- نيل الابتهاج بتطريز الديباج، أحمد بابا بن أحمد بن الفقيه الحاج أحمد بن عمر بن محمد التكروري التنبكتي السوداني، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب - ليبيا، الطبعة الثانية: ٢٠٠٠ م.

عاشراً - كتب فقهية واقتصادية معاصرة:

- بحوث في الاقتصاد الإسلامي، عبد الله بن سليمان المنيع، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
- بيع المربحة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، عبد العظيم أبو زيد، دار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، مطبعة الشرق ومكتبتها، عمان، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.
- الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها، أحمد كافي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.
- الحاجة وأثرها في الأحكام، أحمد بن عبد الرحمن الرشيد، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م.
- الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م.
- شركة المساهمة في النظام السعودي، صالح بن زابن المرزوقي البقمي، جامعة أم القرى، ١٤٠٦هـ.
- صناديق الاستثمار الإسلامية، عز الدين خوجة، مجموعة دله البركة، إدارة التطوير والبحوث، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م.
- ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجات المحمد، دار المكتبي، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٧م.
- ضوابط الحاجة الشرعية وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة، عبد الرحمن السعدي، رسالة ماجستير - كلية الشريعة، جامعة دمشق، ١٤٣٣هـ، ٢٠١٢م.
- عائد الاستثمار في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ، ٢٠٠٠م.

- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الصديق محمد الأمين الضرير، الدار السودانية للكتب - الخرطوم، دار الجليل - بيروت، الطبعة الثانية: ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- الفتاوى الاقتصادية، إصدارات مجموعة دلة البركة، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ.
- الفتاوى الشرعية، البنك الإسلامي الأردني، مطبعة الشرق، ١٤٠٨هـ.
- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، الطبعة الثانية.
- فتاوى مصطفى الزرقا، مصطفى الزرقا، دار القلم - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- فتاوى ندوات البركة، جمع وتنسيق: عبد الستار أبو غدة - عز الدين خوجة، مجموعة دلة البركة، الطبعة الخامسة: ١٤١٧هـ.
- فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني.
- فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، جمع وتنسيق: عبد الستار أبو غدة - عز الدين خوجة، مجموعة دلة البركة، الطبعة الأولى: ١٤١٨هـ.
- فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، دار البشائر الإسلامية - بيروت.
- فقه الربا دراسة مقارنة وشاملة للتطبيقات المعاصرة، عبد العظيم أبو زيد، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الأولى: ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
- في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم / ٨٤ / تاريخ: ١٩٤٩/٥/١٨. وتعديلاته، إعداد وتنسيق: ممدوح عطري، مؤسسة النوري - دمشق، ٢٠٠٤م.

- قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع - الرياض، الطبعة الأولى: ١٤٣١هـ، ٢٠١٠م.
- قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، جمع وتنسيق: عبد الستار أبو غدة - عز الدين خوجة، مجموعة دلة البركة، الطبعة السادسة: ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- مالك (حياته وعصره - آراؤه وفقهه)، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي - القاهرة، د. ط، د. ت.
- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، دار النفائس - عمان، الطبعة السادسة: ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.
- المعاملات المالية المعاصرة. بحوث وفتاوى وحلول، وهبة الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة الأولى: ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشرعية، محمد رواس قلعه جي، دار النفائس - عمان، الطبعة الأولى: ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، ١٤٣٩هـ، ٢٠١٧م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
- نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي، مكتبة الفارابي، دمشق.
- النقود واستبدال العملات، دراسة وحوار، علي السالوس، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

حادي عشر - المجلات والأبحاث:

- أحكام الوعد والمواعدة في العقود، محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة عشرة.
- الاستثمار في الأسهم، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع.
- إصدار وتداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية المشتملة على النقود أو الديون وضوابطها الشرعية، يوسف الشبيلي، ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم)، المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز في جدة، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠م.
- بطاقات الائتمان، الدكتور الصديق محمد الأمين الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر.
- بطاقات الائتمان، تصورها، والحكم الشرعي عليها، عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر.
- بطاقات الائتمان، قضايا اقتصادية وشرعية معاصرة، د. عبد العظيم أبو زيد، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد الثالث.
- التأمين وإعادة التأمين، الدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.
- التطبيقات المعاصرة المتعلقة بقبض الشيك وتكييفها في الفقه الإسلامي، د. محمد نجدات المحمد، مجلة الأحمدية، الإمارات، ١٤٣٢هـ، ٢٠١١م.
- التورُّق، حقيقته وأنواعه، د. إبراهيم أحمد عثمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة.

- التورُّق، حقيقته وأنواعه، د. علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي،
الدورة التاسعة عشرة.
- التورُّق، حقيقته وأنواعه، د. وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي،
الدورة التاسعة عشرة.
- حكم أعمال البورصة في الفقه الإسلامي، علي السالوس، مجلة مجمع الفقه
الإسلامي، العدد السادس.
- الشرط الجزائري، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه
الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر.
- عقد الاستصناع، علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،
العدد السابع.
- عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي،
الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني.
- القبض الحقيقي والحكمي، قواعده وتطبيقاته من الفقه الإسلامي، نزيه كمال
حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.
- القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، الصديق محمد الأمين
الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.
- القبض: صورته، وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، علي محيي الدين القره
داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.
- قراءة فقهية نقدية للمعايير الشرعية في المختلط حلالاً وحراماً، عبد العظيم أبو
زيد، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة
الشؤون الإسلامية والعمل الخيري - دبي، ٢٠٠٩م.
- القروض التبادلية، عبد العظيم أبو زيد، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية،
٢٠١٠م، المجلد ١، عدد ١.

- قواعد التبعية ومدى أثرها في العقود المالية، علي الندوي، دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد: ١٤، العدد: ١.
- المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء وبطلان الحكم بالتعويض المالي عن ضرر المماطلة. نزيه كمال حماد، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الأول، المجلد الثالث، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.
- مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل، علي محيي الدين القره داغي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الرابعة عشرة.
- المضاربات في العملة والوسائل المشروعة لتجنب أضرارها الاقتصادية، د. أحمد محيي الدين أحمد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الحادي عشر.
- مناقصات العقود الإدارية. عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة، رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع.
- المواطأة على إجراء العقود والمواعدة المتعددة، د. عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السابعة عشرة.
- هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن؟، مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد الثاني، المجلد الثاني، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

ثاني عشر - مواقع الإنترنت:

- الموقع الإلكتروني لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: (الأيوبي):

<https://aaoifi.com/>

فهرس المحتويات

٢	كلمة شكر.....
٣	مقدمة.....
٤	أهمية البحث:.....
٤	مشكلة البحث:.....
٥	أهداف البحث:.....
٥	حدود البحث:.....
٦	الدراسات السابقة:.....
٨	الجديد في البحث:.....
٩	منهج البحث:.....
١٠	خطة البحث:.....

١٢ الفصل التمهيدي: مدخل إلى القواعد الفقهية والمعايير الشرعية.....

١٣ المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية والألفاظ ذات الصلة.....

١٣ المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية.....

- ١٣ أولاً- تعريف جزأي (القاعدة الفقهية) في اللغة:.....
- ١٣ ثانياً- تعريف جزأي (القاعدة الفقهية) في الاصطلاح:.....
- ١٥ ثالثاً- تعريف (القاعدة الفقهية) في الاصطلاح، كونها علماً ولقياً:.....
- ١٦ رابعاً- ملاحظات حول ما سبق من تعريفات للقاعدة الفقهية في الاصطلاح:.....
- ١٧ خامساً- التعريف المختار لـ (القاعدة الفقهية):.....

١٧ المطلب الثاني: العلاقة بين القاعدة الفقهية وما يتصل بها من ألفاظ.....

- ١٨ أولاً- الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي:.....
- ١٩ ثانياً- الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:.....
- ٢١ ثالثاً- الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية:.....

٢٣ المبحث الثاني: أركان القاعدة الفقهية وشروطها.....

٢٣ المطلب الأول: أركان القاعدة.....

- ٢٣ الركن الأول- الموضوع:.....
- ٢٣ الركن الثاني- الحكم:.....

٢٣ المطلب الثاني: شروط القاعدة الفقهية.....

- ٢٤ أولاً- شروط أركان القاعدة الفقهية:.....
- ٢٥ ثانياً- شروط تطبيق القاعدة الفقهية:.....

٢٦ المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها.....

٢٦ المطلب الأول: مصادر تكوين القواعد الفقهية.....

- ٢٦ أولاً- النصوص الشرعية:.....
- ٢٨ ثانياً- القواعد والضوابط الفقهية من أقوال الصحابة رضي الله عنهم:.....
- ٢٨ ثالثاً- القواعد والضوابط الفقهية من أقوال عدد من التابعين:.....

٢٩	رابعاً- القواعد والضوابط الفقهية من أقوال الأئمة المجتهدين:
٢٩	خامساً- بعض القواعد الفقهية التي تم التوصل إليها من خلال الاجتهاد:
٣١	المطلب الثاني: نشوء القواعد الفقهية وتطورها
٣١	أولاً- القواعد الفقهية قبل التدوين:
٣٢	ثانياً- القواعد الفقهية من بداية التدوين حتى نهاية القرن السادس الهجري:
٣٣	ثالثاً- القواعد الفقهية من بداية القرن السابع الهجري حتى نهاية القرن العاشر:
٣٥	رابعاً- القواعد الفقهية من بداية القرن الحادي عشر حتى يومنا هذا:
٣٧	المبحث الرابع: أهمية القواعد الفقهية وحجيتها
٣٧	المطلب الأول: أهمية القواعد الفقهية
٣٨	المطلب الثاني: حجية القواعد الفقهية
٣٩	أولاً- عرض آراء الفقهاء في المسألة:
٤٢	ثانياً- الأدلة والمناقشة:
٤٤	ثالثاً- الترجيح:
	المبحث الخامس: لمحة موجزة حول المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية
٤٦	المطلب الأول: التعريف بالهيئة
٤٦	أولاً- التأسيس:
٤٧	ثانياً- الأهداف:
٤٨	ثالثاً- الهيكل التنظيمي:
٥٠	المطلب الثاني: المعايير الشرعية
٥١	أولاً- تعريف المعايير الشرعية، وكيفية إصدارها:
٥٢	ثانياً- اعتماد المعايير الشرعية وإلزاميتها:
٥٣	خاتمة الفصل التمهيدي:
٥٤	الفصل الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد، وتطبيقاتها
٥٥	المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالمقاصد
٥٥	المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بقصد المكلفين من تصرفاتهم
٥٥	أولاً- قاعدة (الأمر بمقاصدها).
٥٧	ثانياً- قاعدة: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).
٥٩	المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالتمييز بين ما هو مقصود لذاته من الأحكام، وبين ما هو وسيلة لغيره.
٦٠	أولاً- قاعدة: الوسائل تسقط بسقوط المقاصد
٦١	ثانياً- قاعدة: (يُعْفَرُ في الوسائل ما لا يُعْفَرُ في المقاصد).
٦٣	المبحث الثاني: تطبيقات قواعد المقاصد في المعايير الشرعية
٦٣	المطلب الأول: بيع العينة وتطبيقاته في المعايير الشرعية
٦٣	أولاً- تعريف بيع العينة وحكمه:
٦٥	ثانياً- تطبيقات بيع العينة في المعايير الشرعية:
٦٨	المطلب الثاني: التورق المصرفي المنظم وتطبيقاته في المعايير الشرعية

٦٨	أولاً- تعريف التورق وحكمه
٦٩	ثانياً- تعريف التورق المصرفي المنظم
٧٠	ثالثاً- حكم التورق المصرفي المنظم
٧٢	رابعاً- الأدلة والمناقشة والترجيح
٧٥	المطلب الثالث: الذرائع والحيل الربوية
٧٥	أولاً- المواطأة على الحيل الربوية
٧٥	ثانياً- المواطأة على الذرائع الربوية
٧٨	المطلب الرابع: تطبيقات متفرقة لقواعد المقاصد في المعايير الشرعية
٧٨	أولاً- قصد الضرر في المتاجرة في العملات
٧٨	ثانياً- قصد (الانتفاع من المبيع أو تجنب تغير الأسعار) خلال مدة خيار الشرط
٧٩	ثالثاً- صحة الفسخ بكل ما يدل عليه

٨١ الفصل الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة وتطبيقاتها

٨٢	المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية والغلبة
٨٢	المطلب الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتبعية
٨٢	أولاً- قاعدة (التابع تابع):
٨٧	ثانياً- القواعد الفقهية المندرجة تحت قاعدة (التابع تابع):
٩٣	ثالثاً- القواعد الفقهية المتعلقة بتبعية الوسائل للمقاصد في الأحكام الشرعية:
٩٤	المطلب الثاني: القواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة
٩٤	أولاً- مفهوم الغلبة:
٩٥	ثانياً- القواعد الفقهية المتعلقة بالغلبة:
١٠٠	ثالثاً- القواعد المتعلقة باختلاط الحلال والحرام:

١٠٤ المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التبعية والغلبة في المعايير الشرعية

١٠٤	المطلب الأول: حكم التعامل بأسهم الشركات المختلطة
١٠٤	أولاً- بيان صورة المسألة وتحرير محل النزاع:
١٠٥	ثانياً- آراء الفقهاء:
١٠٩	ثالثاً- الأدلة:
١١٤	رابعاً- المناقشة والترجيح:
١٢١	والخلاصة:
١٢٢	مسألة مشابهة: قليل الحرام في الاستثمار العقاري
١٢٢	أولاً- بيان صورة المسألة:
١٢٢	ثانياً- آراء الفقهاء:
١٢٣	ثالثاً- الأدلة المناقشة والترجيح:
١٢٤	المطلب الثاني: إصدار وتداول الأسهم المشتملة على النقود أو الديون
١٢٤	أولاً- تداول الأسهم التي تشتمل على أعيان ومنافع فقط، أو على نقود محضة أو ديون محضة:
١٢٧	ثانياً- التأصيل الفقهي لتطبيقات قواعد الغلبة وقواعد التبعية في اختلاط الأعيان والمنافع بالنقود والديون
١٣٠	ثالثاً- تداول أسهم الشركات التي تشتمل موجوداتها على أعيان ومنافع وديون ونقود:
١٣٥	رابعاً- جعل الدين حصة في رأس مال الشركة:
١٣٧	المطلب الثالث: تأثير قواعد التبعية في الاغتفار في شرائط عقد الصرف

١٤٠ الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج وتطبيقاتها

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالتيسير ورفع الحرج ١٤١

المطلب الأول: قاعدة (المشقة تجلب التيسير) ١٤١

أولاً- معنى القاعدة: ١٤١

ثانياً- أدلة القاعدة: ١٤٢

ثالثاً- أركان القاعدة وشروط تطبيقها: ١٤٢

المطلب الثاني: قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) ١٤٥

أولاً- معنى القاعدة: ١٤٥

ثانياً- أدلة القاعدة: ١٤٥

ثالثاً- أركان القاعدة وشروط تطبيقها: ١٤٦

رابعاً- مجالات الضرورة: ١٤٧

المطلب الثالث: قاعدة (الحاجة تُنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) ١٤٨

أولاً- معنى القاعدة: ١٤٨

ثانياً- أدلة القاعدة: ١٥٤

ثالثاً- أركان القاعدة وشروط تطبيقها: ١٥٥

المبحث الثاني: تطبيقات قواعد التيسير ورفع الحرج في المعايير الشرعية ١٦١

المطلب الأول: التعامل بأسهم الشركات المُختلطة ١٦١

أولاً- بيان صورة المسألة: ١٦١

ثانياً- حكم إباحة تداول الأسهم المُختلطة للحاجة العامة: ١٦٢

المطلب الثاني: تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات إعادة التأمين التجاري ١٦٥

أولاً- مدخل إلى التأمين وإعادة التأمين: ١٦٥

ثانياً- تأثير قواعد (التيسير ورفع الحرج) في تعامل شركات التأمين التعاوني مع شركات إعادة التأمين

التجاري: ١٦٨

المطلب الثالث: عمليات تحول المصرف التقليدي إلى مصرف إسلامي ١٧١

أولاً- التأخر في التخلص المرحلي من العمليات غير المشروعة: ١٧١

ثانياً- دفع الفوائد الربوية السابقة بعد تحول البنك إلى مصرف إسلامي: ١٧٣

المطلب الرابع: القروض المتبادلة ١٧٤

أولاً- بيان صورة المسألة: ١٧٤

ثانياً- الأدلة والمناقشة: ١٧٤

ثالثاً- الترجيح: ١٧٧

المطلب الخامس: المواعدة الملزمة للطرفين ١٧٨

أولاً- تعريف الوعد والمواعدة، وبيان الفرق بينهما: ١٧٨

ثانياً- حكم المواعدة الملزمة للطرفين في العقود: ١٧٨

ثالثاً- أثر الحاجة في إباحة المواعدة الملزمة للطرفين في بعض العقود: ١٧٩

المطلب السادس: تطبيقات متفرقة لقواعد التيسير ورفع الحرج في المعايير الشرعية ١٨٢

أولاً- إباحة التورق المصرفي المنظم للحاجة العامة: ١٨٢

ثانياً- إباحة المواطأة على الذرائع الربوية للحاجة: ١٨٣

ثالثاً- فسخ الإجارة للأعداء الطارئة: ١٨٣

الفصل الرابع: القواعد الفقهية المتعلقة بالضّرر وتطبيقاتها ١٨٦

المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالضّرر ١٨٧

المطلب الأول: قاعدة (لا ضرر ولا ضرار).....	١٨٧
أولاً- معنى القاعدة:.....	١٨٧
ثانياً- أدلة القاعدة:.....	١٨٨
ثالثاً- أركان القاعدة وشرائط تطبيقها:.....	١٩٠
رابعاً- تطبيقات القاعدة:.....	١٩١
المطلب الثاني: القواعد الفقهية المنفردة عن قاعدة (لا ضرر ولا ضرار).....	١٩٢
أولاً- قاعدة (الضرر يزال).....	١٩٢
ثانياً- قاعدة (الضرر يدفع بقدر الإمكان).....	١٩٢
ثالثاً- قاعدة (الضرر لا يزال بمثله).....	١٩٤
رابعاً- قاعدة (يُتَحَمَّلُ الضرر الخاص لدفع ضرر عام).....	١٩٥
خامساً- قاعدة (إذا تَعَارَضَ مفسدتان روعي أُعْظِمُهُمَا ضَرَرًا بارتكاب أخفهما).....	١٩٦
المبحث الثاني: تطبيقات قواعد الضرر في المعايير الشرعية	١٩٨
المطلب الأول: الضرر الناتج عن المماطلة في أداء الدين.....	١٩٨
أولاً- أخذ تعويض مالي من المدين المماطل:.....	١٩٩
ثانياً- الحلول والبدائل الأخرى لدفع ضرر المماطلة في أداء الدين في ضوء القواعد الفقهية المتعلقة برفع الضرر.....	٢٠٧
المطلب الثاني: الضرر الناتج عن النكول بالوعد.....	٢١٠
أولاً- بيان صورة المسألة:.....	٢١٠
ثانياً- التعويض عن الضرر الفعلي فقط:.....	٢١١
ثالثاً- التعويض عن الأرباح الفائتة:.....	٢١٣
المطلب الثالث: تطبيقات متفرقة لقواعد الضرر في المعايير الشرعية.....	٢١٤
أولاً- التعويض عن الضرر الناتج عن الاعتداء على المواقع الإلكترونية:.....	٢١٤
ثانياً- الإلزام في عقد الاستصناع.....	٢١٦
ثالثاً- قيام الدولة بالرقابة على عقود الإذعان المبرمة بالإنترنت.....	٢١٧
الفصل الخامس: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة وتطبيقاتها	٢١٩
المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف والعادة	٢٢٠
المطلب الأول: قاعدة (العادة مُحْكَمَةٌ).....	٢٢٠
أولاً- معنى القاعدة:.....	٢٢٠
ثانياً- أقسام العادة:.....	٢٢١
ثالثاً- أقسام العرف:.....	٢٢٢
رابعاً- أدلة القاعدة:.....	٢٢٤
خامساً- أركان القاعدة وشرائط تطبيقها:.....	٢٢٥
سادساً- تطبيقات القاعدة:.....	٢٢٨
المطلب الثاني: القواعد الفقهية التي تندرج ضمن قاعدة (العادة مُحْكَمَةٌ).....	٢٢٩
أولاً- قاعدة (إنما تُعْتَبَرُ العادة إذا اطَّرَدَتْ أو غَلَبَتْ).....	٢٢٩
ثانياً- قاعدة (المعروف عُرْفًا كالمشروط شرطاً).....	٢٢٩
ثالثاً- قاعدة (لا يُنْكَرُ تَغْيِيرُ الأحكام بتغيُّر الأزمان).....	٢٣٠
المبحث الثاني: تطبيقات قواعد العرف والعادة في المعايير الشرعية	٢٣٣
تمهيد: تعريف القبض وأنواعه وأهم الأحكام المتعلقة به.....	٢٣٣

٢٣٣	أولاً- تعريف القبض:
٢٣٤	ثانياً- أنواع القبض:
٢٣٧	ثالثاً- كيفية القبض بالنظر إلى نوع المقبوض:
٢٤٠	رابعاً- تأثير العُرف في القبض الشرعي:
٢٤١	خامساً- العقود التي يشترط فيها القبض:
٢٤٢	سادساً- آثار القبض في العقود:
٢٤٢	المطلب الأول: تطبيقات القبض الحكمي في عقد الصرف
٢٤٣	أولاً- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل:
٢٤٩	ثانياً- قبض الشيك:
٢٥٢	ثالثاً- القبض من خلال بطاقة الحسم الفوري وبطاقة الائتمان:
٢٥٩	المطلب الثاني- القبض الحكمي في العقود غير الصرف
٢٥٩	أولاً- تسلّم مستندات المقبوض:
٢٦٠	ثانياً- القبض الحكمي في المعاملات المالية عبر الإنترنت:
٢٦١	المطلب الثالث: تطبيقات متفرقة لقواعد العُرف والعادة في المعايير الشرعية
٢٦١	أولاً- أعمال المضارب ونفقته:
٢٦٣	ثانياً- المواطأة بين العقود:
٢٦٥	الفصل السادس: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية وتطبيقاتها
٢٦٦	المبحث الأول: القواعد الفقهية المتعلقة بالشروط الجعلية
٢٦٦	المطلب الأول: قاعدة (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)
٢٦٦	أولاً- معنى القاعدة:
٢٦٧	ثانياً- تقسيمات الشرط:
٢٦٨	ثالثاً- آراء الفقهاء في الشروط الجعلية:
٢٧٢	رابعاً- شروط تطبيق القاعدة:
٢٧٢	خامساً- أهم تطبيقات القاعدة:
٢٧٣	المطلب الثاني: قاعدة (ما ثبت بالشرع مقدّم على ما ثبت بالشرط)
٢٧٣	أولاً- معنى القاعدة:
٢٧٣	ثانياً- أدلة القاعدة:
٢٧٣	ثالثاً - أهم تطبيقات القاعدة:
٢٧٥	المبحث الثاني: تطبيقات قواعد الشروط الجعلية في المعايير الشرعية
٢٧٥	المطلب الأول: الشرط الجزائي
٢٧٥	أولاً- معنى الشرط الجزائي، وأحكامه:
٢٧٨	ثانياً- تطبيقات الشرط الجزائي في المعايير الشرعية:
٢٨١	المطلب الثاني: تطبيقات متفرقة لقواعد الشروط في المعايير الشرعية
٢٨١	أولاً- ترديد الأجرة:
٢٨٣	ثانياً- اشتراط البراءة من العيوب في عقد المراجعة:
٢٨٦	الخاتمة
٢٨٧	نتائج الدراسة
٢٩٠	التوصيات والمقترحات

٢٩٤	الفهارس العامة
٢٩٥	فهرس الآيات القرآنية الكريمة
٢٩٧	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة
٢٩٩	فهرس الأعلام المترجم لهم
٣٠١	فهرس المصادر والمراجع
٣٢٧	فهرس المحتويات