

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر
كلية العلوم الإسلامية

التقعيد الفقهي وأثره في الإجتهاك المعاصر

المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة أنموذجا

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية

إعداد الطالب

يحيى سعدي

1427 هـ - 2006 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر
كلية العلوم الإسلامية

التقعيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر

المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة أنموذجاً

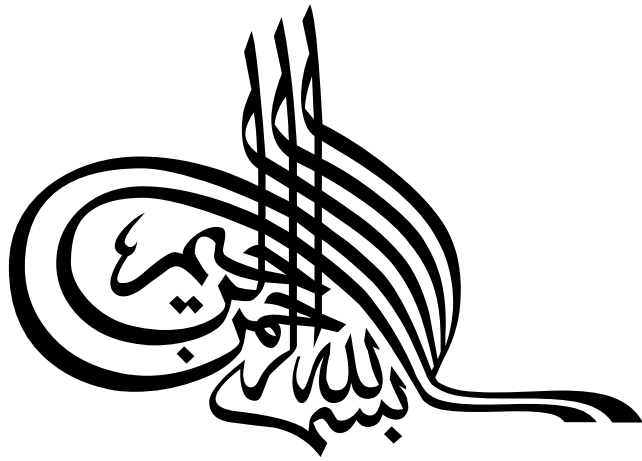
أطروحة مقدمة لتأيل درجة دكتوراه في العلوم الإسلامية

إعداد الطالب
يحيى سعدي

أعضاء لجنة المناقشة

عضوا	ا. الدكتور إ. يحيى رضوان	رئيسا	ا. الدكتور محمد علي فركوس
عضوا	الدكتور صالح بوشيش	مقررا	الدكتور محمد عيسى
عضوا	الدكتور نور الدين بوحزمة	عضوا	ا. الدكتور أبو بكر لشهب

1427هـ - 2006م



إهداء

❖ إلى التي شملتني بعطفها وحنانها وربتني صغيراً وكبيراً
الأم المربية جميلة تفرد لها الله برحمته وأجزل لها
المثوبة.

❖ إلى زوجتي أم عبد الودود الصابرة الشاكرة التي
كابدت معي وما زالت...

❖ إلى زملائي أستاذة كلية العلوم الإسلامية بجامعة
الجزائر

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

أتوجه بخالص الشكر وجزيل الامتنان وفائق التقدير وكامل الاحترام لأستاذي الفاضل الدكتور محمد عيسى الذي تفضل بالإشراف على البحث، ولم يدخر جهدا في إسداء النصيحة الخالصة والتوجيه القيم والرأي الحسن حتى تمت الرسالة على هذا الوجه.

كما أشكر أعضاء اللجنة المناقشة على قبولهم لمناقشة هذه الأطروحة، وما بذلوه من جهد في قراءتها وتقويمها، فجزاهم الله عني كل خير.

كما أشكر جميع الأساتذة الأفاضل والإخوة على اقتراحاتهم القيمة التي أضاءت لي طريق البحث وذللت أمامي الصعاب.

وأشكر أيضا إدارة كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر على تدعيمها للبحث العلمي وتشجيعها للطلبة الباحثين، وعلى التسهيلات التي كانت من الأسباب التي ساعدتني في إنجاز هذا البحث وإتمامه.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، وصلاة الله عليه وعلى آله وصحبه وإخوانه أجمعين إلى يوم الدين.

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (1)

﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (2)

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ (3) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ (3)
أما بعد:

فإن أعظم ما تزخر به الأمة الإسلامية هذا الدين العظيم وهذه الشريعة الإسلامية السمحة التي عنيت بحياة المسلم وكل ما يحتاج إليه إن في علاقته بربه أو علاقته بالناس، وقد تكفل الفقه الإسلامي - على مرّ العصور - ببيان كلا العلاقتين وضبطهما.

ولا يخفى على الدارس والممارس لعلموم الشريعة أن الفقه هو ثمرتها وغايتها وهدفها الأخير، وعليه مدارها ورحاها، إذ به يعرف الحلال من الحرام، ويفرق بين الحقائق والأوهام، وله يدين الخاص والعام، وفي فضله قول خير الأنام: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» (4).

لذلك نال درجة كبيرة من الاهتمام سواء من الناحية التفريعية، أو من الناحية التقييدية، إلا أن الاهتمام انصب كثيراً على قواعد الفقه وأصوله، لأن معرفة ذلك يفتح مجالاً واسعاً للاجتهاد وإعطاء الحلول الملائمة لكل الوقائع والنوازل ومواكبة التطورات والتغيرات في كل زمان ومكان.

(1) سورة آل عمران الآية 102.

(2) سورة النساء الآية 1.

(3) سورة الأحزاب الآية 70 - 71.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه في باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (39/1) رقم: 71، ومسلم في صحيحه باب النهي عن المسألة (2/718) رقم 1037.

كما يربي الملكة الفقهية المؤهلة، ويكوّن العقل الفقهي المتطلع للقدرة على الاستنباط والترجيح والإلحاق والتخريج، وتفريع الجزئيات على الكلّيات.

وقد أدرك الفقهاء هذه الأهمية وقرروها ونبهوا عليها في كتبهم. فهذا الإمام القرافي⁽¹⁾ اعتبرها الأصل الثاني من أصول الشريعة والمنهج الوحيد الذي يخول للمجتهد ضبط النوازل والتحكم فيها لكثرتها وتشعبها وتعقدها، فقال رحمه الله: (قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل).

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح⁽²⁾ على الجذع وحاز قصب السبق من فيها برع، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواتمه فيها واضطربت، وضاعت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناهجها ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكلّيات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب. وأجاب الشاسع البعيد وتقارب وحصل طلبته في أقرب الأزمان وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان فبين المقامين شأو بعيد وبين المنزلتين تفاوت شديد)⁽³⁾.

والإمام الزركشي⁽⁴⁾ - رحمه الله - يرى أن القواعد الفقهية هي التي تضبط الفقه وأصول المذهب، وبها يقتدر الفقيه على الاطلاع على مآخذ الفقه، فيقول: (وهذه

(1) القرافي: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري، الإمام الحافظ عمدة أهل التحقيق، أخذ عن ابن الحاجب والعز ابن عبد السلام، وعنه محمد البقوري، وأبو العباس المقدسي، وتاج الدين الفاكهاني، وابن راشد القفصي، من مؤلفاته: الذخيرة في الفقه، والفروق، التنقيح في أصول الفقه، نفائس الأصول، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، كتاب شرح التهذيب، شرح الجلاب، العقد المنظوم في الخصوص والعموم وغير ذلك. انظر ترجمته في: الديباج (1/ 236 - 239)، شجرة النور ص (188)، وفيات ابن قنفذ، تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، ط3: 1400هـ - 1980م، ص (328).

(2) الجذع من الإبل: ما أوفى الستين. والقارح منها: ما أوفى خمس سنين، ومراد القرافي من ذلك: إنه لا يبرز في علم الفقه ويسبق غيره إلا إذا أحاط بقواعده الكلية.

(3) انظر: الفروق (1/ 2 - 3).

(4) الزركشي: هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي، العالم العلامة المصنف المحرر، أخذ عن جمال الدين الإسنوي والبلقيني وتخرج بمغلطاي في الحديث، له مصنفات كثيرة منها: البرهان في علوم القرآن، تكملة شرح المنهاج للإسنوي، البحر المحيط، شرح جمع الجوامع في الأصول، المنشور في القواعد، توفي سنة 794هـ. انظر ترجمته في طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة صححه عبد العليم خان، ط1: 1407هـ - 1987م عالم الكتب، بيروت، (3/ 167)، الدرر الكامنة (3/ 397)، شذرات الذهب (6/ 335)، الأعلام للزركلي (4/ 189)، معجم المؤلفين (10/ 205).

قواعد تضبط للفقهاء أصول المذهب، وتطلعه من مأخذ الفقه على نهاية المطلب وتنظم عقده المنثور في سلك وتستخرج له ما يدخل تحت ملك⁽¹⁾.

والإمام السيوطي⁽²⁾ اعتبرها من الفنون العظيمة التي بها تدرك أسرار التشريع ومعرفة أحكام المسائل على مرّ الزمان فقال رحمه الله: (اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسارره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مرّ الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا، الفقه معرفة النظائر)⁽³⁾.

وابن نجيم⁽⁴⁾ رحمه الله اعتبر القواعد بمثابة أصول الفقه على الحقيقة فقال: (معرفة القواعد التي ترد إليها وفرعوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى)⁽⁵⁾.

ووصف الإمام ابن رجب⁽⁶⁾ - رحمه الله - القواعد الفقهية فقال: (تضبط للفقهاء أصول المذهب، وتطلعه من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب. وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد)⁽⁷⁾.

وهذا الأستاذ الكبير مصطفى الزرقاء - رحمه الله تعالى - يكشف عن منتهى الآخذ بالقواعد، المستثمر لها فيقول: (والطالب إذا تلقى هذه القواعد، وتفهم جيداً مدلولاتها ومدى تطبيقاتها: يشعر في ختام دراسته لها كأنما وقف فوق قمة من الفقه تشرف على آفاق مترامية الأطراف، من الفكر الفقهي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات)⁽⁸⁾.

(1) انظر: المنثور في القواعد للزركشي (66/1).

(2) السيوطي: هو الحافظ جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن الكمال الخضري السيوطي الشافعي الإمام المجتهد الحجة الزاهد صاحب التصانيف المفيدة التي بلغت نحو ستمائة مصنف في مختلف العلوم، ولد سنة 849هـ ومات سنة 911هـ. انظر: شذرات الذهب (51/8)، الأعلام (71/4).

(3) انظر: الأشباه والنظائر (13/1).

(4) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم الحنفي، ولد بالقاهرة سنة 926هـ، وتوفي سنة 970هـ، وقيل سنة 969هـ، من مؤلفاته: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، فتح الغفار في شرح المنار في أصول الفقه، الفتاوى الزينية. انظر: الكواكب السائرة للغزي (154/3)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (358/8)، معجم المؤلفين (192/4).

(5) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (10/1).

(6) هو أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي، من علماء الحنابلة المبرزين في القرن الثامن الهجري، كان محدثاً وفقهياً وأصولياً ومؤرخاً، ولد ببغداد ونشأ وتعلم في دمشق وتوفي بها سنة 795هـ، من مؤلفاته: القواعد، ذيل طبقات الحنابلة، جامع العلوم والحكم. انظر ترجمته في: الدرر الكامنة (108/3)، شذرات الذهب (339/6)، الأعلام (295/3)، معجم المؤلفين (118/5).

(7) انظر: قواعد ابن رجب الحنبلي ص2.

(8) من مقدمة شرح القواعد الفقهية لمصطفى الزرقاء ص7.

وأمام هذه الأهمية القصوى التي استحقتها القواعد الفقهية فقد اهتم بها العلماء قديماً وحديثاً، واتجهت أنظار الباحثين في ميدان القواعد الفقهية إلى التراث الفقهي، فاعتنوا به وأخرجوا ذخائر تفتخر بها المكتبة الإسلامية، ومن أمثلة هذه الأعمال التي كتب لها أن تخرج إلى الوجود كتاب القواعد للمقري⁽¹⁾، والفروق للقرافي، وكتاب المنشور في القواعد للزرکشي والأشباه والنظائر للسيوطي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وكتاب القواعد لابن رجب الحنبلي، وغيرها من كتب القواعد التي لا يسع المقام لذكرها.

وهذه الذخائر اعتنت بتخريج الفروع الفقهية على القواعد بعد تعييدها، لأنه لما كثر الاستبحار في التفريع، وكثرت المسائل واتسعت وأصبح استقصاؤها في كل باب ليس ميسوراً في كل حين، ظهرت فكرة التععيد، وذلك بربط مجموعة أحكام بزمام، يعرف بالقاعدة إذا كان متسعاً لعدة أبواب، وبالضابط إذا كان مقتصراً على باب معين. وهذا العمل يسّر تناول أحكام الفقه وفهم الكثير من مقاصده، وساعد على نمو الفقه بشكل واسع وسريع.

وتثميناً لجهود الأئمة السابقين، وجهود من اعتنوا بتحقيق مآثرهم، وكذا اعتنائهم بفن القواعد الفقهية واهتمامهم بالقضايا الفقهية المعاصرة، تولّد في ذهني فكرة مفادها إظهار أثر التععيد الفقهي في العمل الاجتهادي المعاصر، وزاد اهتمامي حينما طالعت أطروحة الدكتور محمد الروكي الموسومة بـ: نظرية التععيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، فوجدت من بين توصياته ضرورة الاهتمام بتنزيل القواعد الفقهية على التطبيقات الفقهية المعاصرة، حيث يقول: (...على أن تنزيل هذه النظرية على التطبيقات الفقهية المعاصرة مرحلة أخرى في غاية الأهمية والخطورة والسعة، وهي المرحلة المستهدفة من مشروع القواعد الفقهية كله، وإنجازها يفتقر إلى بحوث ودراسات عديدة)⁽²⁾.

وجمعا بين فكري السابقة وعملاً بالتواصل العلمي الذي يوصي بالاستفادة من نتائج الدراسات السابقة وتوصياتها، وجعل ذلك كله منطلقاً لأبحاث مستقبلية، فقد صرح عزمي وانشرح صدري للبحث في موضوع أردت أن يكون موسوماً بـ:

التععيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر

المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة نموذجاً

(1) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن يحيى بن عبد الرحمن القرشي التلمساني المشهور بالمقري، قاضي الجماعة بفاس، وأحد مجتهدي المذهب الأنبات، أخذ عن الأبلي وعمران المشدالي وابن عبد السلام، وعنه جماعة منهم الإمام الشاطبي ولسان الدين بن الخطيب وابن خلدون، له مؤلفات عديدة منها "القواعد" في أصول المذهب المالكي، حاشية على مختصر ابن الحاجب، عمل ما طب لمن حب، توفي سنة 756هـ.

انظر في ترجمته في: نيل الابتهاج ص (420)، شذرات الذهب (6/193)، شجرة النور (232).

(2) نظرية التععيد الفقهي لروكي هامش ص 24.

أهمية البحث في هذا الموضوع

لا يخفى على الباحثين في علوم الشريعة ما للموضوع من أهمية وذلك أنه يزاوج بين صرح من صروح الفقه الإسلامي وهو فن القواعد الفقهية، وبين التحديات الكبرى التي يواجهها الفقه الإسلامي في عملية استجابته لمستجدات الحياة المعاصرة.

وهنا تظهر أهمية التععيد الفقهي في إيجاد الحلول الملائمة والأحكام الشرعية المناسبة لمثل هذه القضايا والنوازل المعاصرة، ولمزيد بيان أذكر بعض المسائل المستجدة في هذا العصر:

1 - ما يتعلق بفتح الاعتماد المستندي، فعلى سبيل المثال: إذا أصرّ الموكل (في مسألة فتح الاعتماد) على الامتناع عن الدفع بغير حق وتعذر الاستيفاء منه، كان للمصرف حق التصرف في البضاعة، ليستوفي حقه بأن يبيع منها بقدر الحاجة بناءً على قاعدة «الظفر بالحق»⁽¹⁾.

2 - الوديعة الادخارية (المعروفة بشهادة الاستثمار) وهي نوع من الإقراض حيث تقوم الجهة المصدرة لها باجتذاب القروض من أصحاب الأموال تحت إغراء الفائدة، وحقيقتها تعتبر قروضاً شُرطت على الزيادة.

والقاعدة الفقهية: «أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»⁽²⁾.

3 - المرضى الميؤوس من شفائهم الذين يعيشون في غرف العناية المركزة فيقوم جهاز بوظيفة القلب وآخر بوظيفة الرئة، ويظل الجسم ممداً لا حراك به ويستمر على هذا مدة أطول، ولو فصلت عنه هذه الأجهزة المساعدة لفارق الحياة فهذه تندرج تحت قاعدة (الحياة المستعارة كالعدم)⁽³⁾.

4 - مياه المجاري بعد تنقيتها وتعقيمها، فهذه تندرج تحت قاعدة: (الحكم بالنجاسة مشروط باتصاف المحكوم بنجاسته بالأعراض المخصصة لتمائل الأجسام)⁽⁴⁾.

5 - الصائم المسافر من الغرب إلى الشرق جواً، فمع تطور وسائل السفر تطوراً مدهلاً، يكون الصوم بالنسبة إليه ثلاث ساعات أو أقل، وربما في السنوات القادمة يصبح النهار في هذه الحالة أقل من ساعة، فحكم صيامه يندرج تحت قاعدة: (تعلق الحكم بالمحسوس على ظاهر الحس لا على باطن الحقيقة) فإذا أمسك عند طلوع الفجر وجب عليه أن يستمر حتى تغرب الشمس، ولو غربت بعد نصف ساعة⁽⁵⁾.

(1) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور الندوي (1/358).

(2) المرجع نفسه (1/530).

(3) انظر: قواعد المقرّي (2/482).

(4) انظر: نفس المرجع (1/263).

(5) قواعد المقرّي (2/391).

والأمثلة على ذلك كثيرة، ومن رجع إلى الكتابات الفقهية المعاصرة، أدرك الأثر البارز للتقعيد الفقهي في الاجتهاد الفقهي المعاصر، فلا تخلو مسألة من الاعتماد على قاعدة أو جملة من القواعد.

والوجه الآخر لأهمية الموضوع أنه يمكن أن يكون خطوة في مسيرة تقويم الاجتهاد المعاصر ونقده، ولهذا التقييم وهذا النقد وجوه مختلفة وشعب متعددة، منها ما يعنى بالجانب الأصولي البحث، ومنها ما يعنى بأهمية الموضوعات المدروسة وأولوياتها، ومنها ما يعنى بالمقارنة بين الآراء المختلفة، ومنها ما يعنى بمدى تأثير العلماء المعاصرين بفتاوى العلماء المتقدمين تحت عملية تخريج الفروع على الفروع، ومنها ما يعنى بالعلاقة بين التقعيد الفقهي والاجتهاد المعاصر، وهذا الجانب الأخير هو الذي توجهت رغبتى إليه، وسأوضح في إشكالية البحث جوانب النقد والتقويم المتعلقة به.

إشكالية البحث

سعيًا مني إلى بيان إشكالية البحث في صورة واضحة جلية، فإنني سأعتمد إلى اختصارها في النقاط الآتية:

- 1 - هل للقواعد الفقهية صفة الحجية في استنباط الأحكام الشرعية؟ وإذا كانت لها هذه الصفة فهل ينسحب هذا على كل القواعد أم أن الاحتجاج مقصور على بعض القواعد؟
ذلك أن القواعد أقسام منها ما هو من قبيل القواعد الشرعية العامة كقاعدة: «الخروج بالضمان»، و«الضرر يزال»، ومنها ما هو من قبيل القواعد الكلية كقاعدة «الأمور بمقاصدها»، ومنها ما هو من قبيل القواعد الأغلبية كقاعدة «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» وقاعدة «المعاملة بنقيض المقصود» ومنها ما هي من قبيل الضوابط كقاعدة «المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً»...
- فما منزلة كل قسم من حيث الاحتجاج وعدمه؟ وما هي الضوابط والشروط التي تتحكم في الاحتجاج بالقواعد الفقهية؟
- 2 - ما مدى تطبيق هذه الحجية في الاجتهادات الفقهية المعاصرة.
- 3 - هل للقاعدة الفقهية أركان وشروط خاصة؟ وهل تكفي هذه الشروط لإعمال القاعدة الفقهية والتطبيق عليها أم يتعين توفر شروط أخرى للتطبيق والتنزيل؟
- 4 - وما الفرق بين التطبيق على القاعدة الفقهية والتخريج عليها؟
- 5 - وما هي شروط المطبق أو المخرّج ومؤهلاته؟
- 6 - إن المتتبع للمسائل المعاصرة يجد فيها اختلافاً بين الشخصيات والهيئات العلمية.. فما هي أسباب الاختلاف المتعلقة بالقواعد الفقهية؟

- هل هو راجع إلى اختلافهم في الاحتجاج بالقواعد الفقهية من حيث المبدأ؟
- أو هو راجع إلى الاختلاف في حجّة آحاد القواعد؟
- أو هو راجع إلى اختلافهم في فهم القاعدة؟
- أو راجع إلى اختلافهم في تحقيق مناط القاعدة، ومدى إمكانية إسقاطها على النازلة؟
- أو هو راجع إلى شروط وضوابط العمل بتلك القاعدة؟
- أو هو راجع إلى مدى التوسع والتضييق في أعمال بعض القواعد؟
- 7 - إن المتبع للنوازل المعاصرة، وأجوبة المختصين في شأنها يجد أن أثر تخريج الفروع على القواعد الفقهية يظهر بوجه بارز في عملية الاستنباط واستخراج الأحكام والاستدلال عليها، يكاد يضاهي عملية تخريج الفروع على القواعد الأصولية.
- وهذه ظاهرة تدفع إلى التساؤل:
- ما هي طبيعة الاعتماد على التقعيد الفقهي في الاجتهادات المعاصرة؟
- هل هو عمل يساوي الاعتماد على القواعد الأصولية؟
- أم هو عمل يكمل عملية الاستنباط المبنية على القواعد الأصولية؟
- أم يلجأ إليه عند تعذر توظيف القواعد الأصولية أو تعسر ذلك؟
- 8 - إلى أي مدى وفق الفقهاء المعاصرون في الاستجابة إلى متطلبات العصر؟ وهل أحسنوا توظيف مصادر الاجتهاد في عملية الاستنباط وخاصة القواعد الفقهية التي هي موضوع البحث؟

أسباب اختيار الموضوع

- بالإضافة إلى أهمية الإشكاليات المطروحة في البحث، فإن ثمة دوافع أخرى حفزني إلى اختيار هذا الموضوع للدراسة والبحث، أذكر منها:
- 1 - اهتمامي البالغ بالنوازل والقضايا الفقهية المعاصرة، من منطلق أن الباحث في الفقه ابن بيته، يعيش بين الناس ويحتك بهم، ويهتم بما يقع لهم، ويبحث عن حكم الشرع في مثل هذه المسائل.
 - 2 - تجسيد حقيقة أن (الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ولكل مكان)، ولا يكون ذلك إلا بإعطاء الأحكام الشرعية المناسبة لكل الأحداث والوقائع المستجدة في جميع الميادين.
 - 3 - أهمية القواعد الفقهية، فدراستها تساعد على حفظ وضبط المسائل المتناثرة، حيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام دون كبير عناء.
 - 4 - الاستعانة بالتقعيد الفقهي في بيان الضوابط التي تحكم عملية الاجتهاد المعاصر، أمام صنفين من الناس: صنف يدعو إلى فتح الباب على مصراعيه أمام كل جديد وحديث دون

ضابط أو قيد بدعوى الضرورة والمصلحة وما يشبه ذلك من الحق الذي يراد به الباطل، وهدف هؤلاء تميع الشريعة وتجريدها من أصولها وضوابطها.

وصنف يغلق الباب أمام كل جديد بدعوى الاحتياط والتحفظ وسدّ الذرائع ونحو ذلك، فيضيق على الناس شؤون دينهم ودنياهم، وفي ذلك من الضرر والخرج ما لا يخفى.

5 - المساهمة في تنشيط الحركة الفقهية بصفة عامة لتكون قادرة على استيعاب كل ما يجدر من القضايا الحياتية، وذلك بإنجاز بحث يجمع بين المسائل المستجدة والقواعد الفقهية، أظهر فيه أثر التععيد الفقهي في الاستنباط، حتى يكون نبراساً يستضيء به الباحثون.

الدراسات السابقة

قبل الشروع في البحث وقفت على بعض الدراسات التي استفدت منها على تفاوت بينها، لخصوصية كل دراسة وطبيعة الموضوع الذي تناولته، وأهم هذه الدراسات:

1 - موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، للدكتور علي أحمد الندوي. دراسة أعدها المؤلف بتكليف من أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار.

اهتم البحث بدراسة القواعد الفقهية وما يتخرج عليها من فروع فقهية، وزع القواعد على خمس زمر على النحو الآتي:

الزمرة الأولى: القواعد التشريعية التي نصوصها جوامع كلم النبي ﷺ .

الزمرة الثانية: القواعد الفقهية الكبرى وما يتبعها من قواعد مهمة.

الزمرة الثالثة: القواعد الفقهية الوثيقة بالفقه المالي

الزمرة الرابعة: القواعد الفقهية التي تتخرج عليها مسائل من المعاملات المالية.

الزمرة الخامسة: نماذج من القواعد الفقهية المنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية.

2 - نظرية التععيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للدكتور محمد الروكي، وأصل الكتاب أطروحة جامعية، نال بها صاحبها دكتوراه الدولة من جامعة محمد الخامس بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط - المملكة المغربية.

قسم الباحث أطروحته إلى قسمين رئيسيين:

القسم الأول: التععيد الفقهي والخلاف الفقهي وتضمن باين.

والقسم الثاني: أثر التععيد الفقهي في اختلاف الفقهاء وتضمن أربعة أبواب.

3 - القواعد والضوابط الفقهية القرآنية للدكتور عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوثة،

وهي رسالة علمية جامعية نال بها صاحبها درجة الدكتوراه من جامعة أم القرى بمكة المكرمة - المملكة العربية السعودية.

وهو بحث مفيد ذو منهج علمي مبتكر، تتبع فيه الباحث كتب الإمام الهمام شهاب الدين القرافي خاصة الذخيرة، والفروق واستخرج منهما قواعد زمرة التمليكات المالية، ثم شرحها وذكر الفروع الفقهية المخرجة على كل قاعدة، وقد قسم بحثه إلى قسمين:

الأول: التعريف بالإمام القرافي ومنهجه في تأصيل علم القواعد.
والثاني: ضمنه القواعد والضوابط الفقهية القرافية في أبواب التمليكات المالية.
ويلاحظ أن الباحث اقتصر في تفرعات القواعد والضوابط على الفقه المدون.

4 - أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، للدكتور محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي، رسالة جامعية نال بها صاحبها درجة الدكتوراه من الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة بالمملكة العربية السعودية. وجاء البحث في أربعة أبواب

الباب الأول: في التعريف بالجراحة الطبية
الباب الثاني: في الجراحة المشروعة، والجراحة المحرمة.
الباب الثالث: في أحكام المراحل الممهدة للعمل الجراحي.
الباب الرابع: في المسؤولية والمسائل الجراحية.

5 - الرخصة الشرعية وأثرها في القضايا الفقهية المعاصرة للدكتور كمال بوزيدي، وهي رسالة جامعية نال بها صاحبها دكتوراه دولة في العلوم الإسلامية من كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر.

وقد قسم الباحث رسالته إلى فصل تمهيدي وبابين وخاتمة.

تناول في الفصل التمهيدي الحكم الشرعي وأقسامه

أما الباب الأول: فخصه للكلام عن الرخصة الشرعية وأسبابها.

والباب الثاني: بحث فيه أثر الرخصة الشرعية في القضايا الفقهية المعاصرة

قسم هذا الأخير إلى ثلاثة فصول: الأول: في البيوع، والثاني: في المسائل الطبية، والثالث: في نظام الأسرة.

6 - بحوث في قضايا فقهية معاصرة للدكتور محمد تقي العثماني، تضمن الكتاب مجموعة أبحاث في البيوع، والمعاملات المالية، وفتاوى مختلفة.

7 - أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، للدكتور محمد سليمان الأشقر، وقد نال بهذه الأبحاث جائزة مؤسسة الكويت للتقدم العلمي لسنة 1997م في مجال الفقه الطبي.

واشتمل الكتاب على تسعة أبحاث منها: حكم الاستنساخ، الأمومة ومرض الإيدز، نقل وزراعة الأعضاء البشرية، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه..

8 - أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، للدكتور محمد نعيم ياسين، تضمن الكتاب جملة من الأبحاث الفقهية الخاصة بمجال الطب والأسرة، منها: تحديد بداية الحياة الإنسانية ونهايتها، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، حكم الإجهاض، عملية الرثق العذري في ميزان المقاصد الشرعية، ..

9 - بحوث فقهية معاصرة للدكتور محمد عبد الغفار الشريف في مجلدين.

تضمن الكتاب أبحاث مختلفة، منها: أحكام السوق المالية، التمويل المصرفي، المال الحرام وزكاته، زكاة المال العام، زكاة الفطرونوازها المستجدة، ..

المنهج العلمي المتبع في البحث

المنهج الذي سلكته في البحث هو المنهج الاستقرائي، التحليلي، النقدي، المقارن. أما المنهج الاستقرائي فوظيفته تتبع المسائل الفقهية المعاصرة وجمعها من مظانها، واستخراج المسائل التي تم الاستدلال لها بالقواعد الفقهية.

وأما المنهج التحليلي فوضفته في الإجابة عن مختلف التساؤلات المطروحة في إشكالية البحث.

أما المنهج النقدي فاعتمدت عليه في الإجابة عن النقطة السادسة في الإشكالية.

وأما المنهج المقارن فوظيفته المقارنة بين الآراء المختلفة، لمعرفة أسباب الاختلاف - وخاصة ما يتعلق منها بالقواعد الفقهية - للوصول إلى أقرب الآراء إلى الصّحة والسداد، بعد المناقشة التي يقتضيها المنهج المقارن.

وسلكت في هذا كله الخطوات الآتية:

أولاً: تتبعت المسائل والفروع الفقهية المعاصرة ذات العلاقة بالقواعد الفقهية في مختلف المجالات، وذلك في مظانها كمجلات الجامع الفقهية، والمؤسسات العلمية، والجامعات المختلفة، ومؤلفات ودراسات الشخصيات العلمية المستقلة.

ثانياً: القراءة الجردية الاستقرائية الفاحصة المتأنية، لمجموع الاجتهادات والفتاوى الفردية والجماعية المخرجة على القواعد الفقهية.

ثالثاً: ترتيب وتصنيف القواعد والضوابط - المخرّج عليها - ترتيباً موضوعياً، محاولاً ضمّ النظر إلى نظيره، والقاعدة إلى أختها، وجمع القواعد المتداخلة.

رابعاً: عملت على بيان أوجه التخريج على القواعد الفقهية في المسائل المعاصرة.

خامساً: الإفادة من مصادر القواعد الفقهية بالرجوع إلى ما ألفه العلماء السابقون في هذا المجال، في حدود ما ينفع البحث ويزيده قوةً وبياناً، ولتوثيق القواعد الفقهية من مصادرها المعتمدة، والاهتمام بذلك قدر الجهد والطاقة.

سادساً: وظفت المصادر الأصولية لبيان الضوابط الاجتهادية التي تضبط عملية استنباط الأحكام الفقهية للمسائل المعروضة في البحث.

سابعاً: قد أضمتُ مظاناً أخرى لدراسة القاعدة وخدمتها، من كتب المذاهب الفقهية، لفائدة شرح هذه القاعدة أو تلك، وتوثيق ذلك من المصادر المعتمدة في كل مذهب.

وقد نهجت في عرض القاعدة الفقهية وتطبيقاتها المعاصرة الخطوات الآتية:

1 - شرح القاعدة : ببيان معناها ومدلولها

فأشرح القاعدة شرحاً مناسباً، موضحاً المعنى اللغوي لما غمض من ألفاظها، والمعنى الاصطلاحي لما يرد بها من مصطلحات.

2 - الاستدلال للقاعدة

وذلك بذكر كلام أئمة علم القواعد الفقهية في الاستدلال للقاعدة، مع توجيه الأدلة وبيان وجه الدلالة منها.

3 - تطبيقات القاعدة

حرصت في تطبيقات كل قاعدة على توضيحها وتقريبها وبسط عباراتها، مع مراعاة خصوصية كل فرع من الفروع مظهراً سبب الخلاف في الأخذ بالقاعدة الواحدة في المسألة الواحدة، وقد قصدت ذلك لبيان سبب اختلاف الفقهاء المعاصرين في أخذهم بالقواعد الفقهية، ومنهجهم في توظيف هذه القاعدة أو تلك.

4 - بذلت عناية بالغة وجهداً خاصاً في تحديد شرائط تطبيق كل قاعدة، واستوفيت الكلام فيها في القسم النظري، أما القسم التطبيقي فأشير فيه إلى هذه الشروط إن اقتضى الأمر، وقد أكتفي بالإحالة على القسم النظري.

5 - اجتهدت في شرح المسائل الفقهية المعاصرة إن في مجال الطب والجراحة أو في المعاملات المالية، بذكر شرح موجز أكشف فيه عن حقيقة المسألة، وأرجع في ذلك إلى الكتب المتخصصة في كل فن، وهذا حتى يسهل على القارئ فهم المسألة، وتوضح له منهجية التطبيق والتخريج عليها.

6 - بيان وجه التخريج على القاعدة، وذلك بالتفصيل في المسلك الذي سلكه المجتهد - فرداً كان أم هيئة أم مجمعاً فقهياً -، في توظيف القاعدة والاحتجاج بها للمسألة المدروسة.

7 - قد ألبأ - أحياناً - إلى بيان الصحيح والراجح في المسألة إن اقتضى الأمر ذلك، لبيان القول المعتمد.

وحتى يكون البحث متميزاً بالدقة في التوثيق والإحالات عمدت إلى:

- بيان مواضع الآيات القرآنية بذكر السورة ورقم الآية.

- تخريج الأحاديث النبوية تخريجاً علمياً كما يأتي:

- 1 - إن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما، اكتفيت بالعزو إليهما، أو إلى أحدهما.
- 2 - إن لم يكن الحديث أو الأثر في أيٍّ منهما: قمت بتخريجه من كتب الحديث وكتب التخريج المتوفرة بين يدي.
- 3 - اهتمت بنقل كلام نَقْدَة الحديث من الأئمة المتقدمين والحكم عليه من خلال نصوصهم، ولا أُلْجَأ إلى حكم المعاصرين إلا لعدم وقوفي على الأول.
- ترجمة للأعلام الواردة أسماؤهم في صلب البحث مستثنياً من ذلك الخلفاء الراشدين الأربعة لشهرتهم.
- شرحت بعض المصطلحات الفقهية والأصولية، والكلمات الغريبة، كلما دعت الحاجة إلى ذلك.
- وضعت فهارس علمية متنوعة تسهّل الاستفادة من البحث.

الصعوبات التي واجهتني

سلخت قرابة الست سنوات من عمري وأنا أبحث وأنقب وأجمع ثم أقرأ وأنتقي وأحقق وأحرر وأعلق، ولا يخفى على المتمرس في البحث العلمي، أن هذا العمل مضمّن ومجهد، هذا إذا توفرت الظروف المناسبة للبحث، أما مع غياب هذه الظروف أو تخلفها فإن الأمر يزداد صعوبة وخاصة إذا تعلق الأمر بشح ونقص كبيرين في الدراسات المتخصصة في هذا المجال، أقصد مجال الاستدلال بالقواعد الفقهية في المسائل الفقهية المعاصرة، اللهم إلا بعض الأبحاث المختصرة التي وإن وجدت فإنها لا تفني بالغرض المطلوب، وبالإجابة على الإشكال المطروح.

ولعلي لا أجنب الصواب إن قلت: بأنني وفي حدود اطلاعي لم أفق على دراسة فقهية أكاديمية متخصصة تبحث في تخريج المسائل الفقهية المعاصرة على القواعد الفقهية.

وهذا الأمر - في حد ذاته - من أهم الصعوبات التي واجهتني، فقد وجدت نفسي مضطراً إلى الاعتماد على الجهد الخاص، والاستئثار بتوجيهات المشرف حفظه الله ونصائح بعض الأساتذة الأصدقاء أكرمهم الله وجزاهم كل خير.

خطة البحث

اقتضت طبيعة موضوع هذه الرسالة والمادة المجتمعة فيها، ومنهجها، تقسيمها إلى مقدمة، وستة فصول، وخاتمة.

المقدمة: وتشمل بيان أهمية الموضوع ثم تحديد إشكالية الموضوع ثم أسباب اختياره، فالمنهجية العلمية المتبعة في البحث، وطريقة عرضه، ثم خطة البحث بالتفصيل.

الفصل الأول: التعريف بالتقعيد الفقهي والاجتهاد المعاصر

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: التقعيد والقاعدة الفقهية، وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: مفهوم التقعيد والقاعدة الفقهية وعلاقتها ببعض المصطلحات

تعرضت فيه أولاً إلى تحديد مفهوم التقعيد الفقهي، ثم بينت مفهوم القاعدة الفقهية ثانياً، ومفهوم علم القواعد الفقهية ثالثاً، وفي النقطة الرابعة تطرقت بالتفصيل لعلاقة القاعدة الفقهية ببعض المصطلحات القريبة منها.

أما المطلب الثاني: فخصصته للكلام عن أقسام القاعدة الفقهية، وذكرت فيه أن القواعد الفقهية يمكن تقسيمها باعتبارات مختلفة لخصتها في ثلاثة اعتبارات.

المطلب الثالث: تعرضت فيه إلى أركان القاعدة الفقهية وشروطها بشيء من التفصيل والتوضيح لجدة هذا الموضوع وأهميته، وذكرت أن شروط القاعدة الفقهية هي على نوعين شروط أركان القاعدة، وشروط تطبيق القاعدة، كما ذكرت أيضاً شروط المطبق للقاعدة ومؤهلاته.

المبحث الثاني: مصادر القاعدة الفقهية ومسالك تقعيدها وحجيتها. قسمته كما المبحث الأول إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: مصادر القاعدة الفقهية، عرضت فيه مصادر القاعدة الفقهية بشيء من التفصيل، لأهمية المطلب وعلاقته الوثيقة بحجية القاعدة الفقهية. وأرجعت المصادر إلى ما يأتي:

أولاً: نصوص الشارع الحكيم، وهي على ثلاثة أضرب:

أ - القاعدة الفقهية المأخوذة من نص آية قرآنية.

ب - القاعدة الفقهية التي هي نص حديث نبوي شريف.

ج - القاعدة الفقهية المستنبطة من النصوص الشرعية.

ثانياً: القاعدة الفقهية المستلّة من نصوص العلماء والأئمة.

ثالثاً: تخريج القاعدة الفقهية من الفقه المدوّن، بينت أولاً المقصود بتخريج القاعدة، ثم أنواع التخريج، وهي: التخريج بالقياس والاستصحاب والاستصلاح وبقياس الاستدلال والتخريج بالترجيح.

أما المطلب الثاني: فخصصته للكلام عن مسالك تععيد القاعدة الفقهية والتخريج عليها. بدأت أولاً بمسالك تععيد القاعدة الفقهية وهي على العموم: الاستنباط والاستقراء.

ثم ثبّيت بالكلام عن التخريج على القاعدة الفقهية وبيّنت أن التخريج على القاعدة غير تخريج القاعدة الفقهية. كما ذكرت أيضاً شروط المخرّج ومؤهلاته. وختمت بالكلام عن طرق التخريج على القاعدة الفقهية وضوابطه.

أما المطلب الثالث: فتناولت فيه حجّة القاعدة الفقهية. فذكرت أولاً آراء العلماء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية ثم أدلة العلماء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية.

أما المبحث الثالث: فقد خصصته للتعريف بالاجتهاد المعاصر. وقسمته إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تطرقت فيه إلى مفهوم الاجتهاد المعاصر، فعرفت أولاً الاجتهاد في اللغة وفي الاصطلاح ثانياً، وفي النقطة الثالثة ذكرت مفهوم الاجتهاد المعاصر.

أما المطلب الثاني: وهو مجالات الاجتهاد المعاصر المقصودة بالبحث، فتعرضت فيه إلى مجالات الاجتهاد التي حددتها للبحث والتطبيق فيها ويتعلق الأمر بمجالين رئيسيين هما: المجال الأول: المعاملات المالية المعاصرة. المجال الثاني: المسائل الطبية المعاصرة. وفي المطلب الثالث: تمّ التعرض لمظانّ الاجتهاد المعاصر بنوعيه المالي والطبي، وحصرتها في ثلاثة مظانّ:

الأول: فتاوى الجامع والهيئات العلمية ودور الإفتاء.
الثاني: فتاوى الفقهاء المحدثين.
الثالث: البحوث والدراسات الفقهية المتخصصة.

الفصل الثاني: أثر قواعد الباعث والاحتياط في الاجتهاد المعاصر
قسمته إلى مبحثين:

المبحث الأول: تناولت فيه أثر قواعد الباعث في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة. والمبحث الثاني: بحثت فيه أثر قواعد الاحتياط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

الفصل الثالث: أثر قواعد الضرر والتيسير في الاجتهاد المعاصر
قسمته أيضاً إلى مبحثين:

الأول: تناولت فيه بالدراسة والبحث أثر قواعد الضرر في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

أما الثاني: فتناولت فيه أثر قواعد التيسير في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

الفصل الرابع: أثر قواعد الأهلية والملكية في الاجتهاد المعاصر

وقسمته بدوره إلى مبحثين:

الأول: خصصته لمبحث أثر قواعد الأهلية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

والثاني: مجتث فيه أثر قواعد الملكية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

الفصل الخامس: أثر قواعد الشرط والضمان والعرف في الاجتهاد المعاصر

وقسمته إلى ثلاثة مباحث:

الأول: أثر قواعد الشرط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

الثاني: أثر قواعد الضمان في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

الثالث: أثر قواعد العرف في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

الفصل السادس: أثر قواعد الاستصحاب والإثبات والتوابع في

الاجتهاد المعاصر

وقد قسمته أيضاً إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أثر قواعد الاستصحاب في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

المبحث الثاني: أثر قواعد الإثبات في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

المبحث الثالث: أثر قواعد التوابع في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

ثم خاتمة البحث التي ضمنتها خلاصة البحث والنتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

وفي ختام هذه المقدمة أتوجه إلى الله الكريم - الهادي إلى كل خير وصلاح - أن يصحح نيتي في هذا العمل، ويتقبله مني، ويثقل به ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

اللهم أصلح أقوالنا وأعمالنا، وبلغنا أملنا، فأنت المسؤول وأنت المرجو، واجعل سعينا مقرباً إليك نافعاً برحمتك لديك.

اللهم اغفر لي ولوالدي ولأهلي وولدي ولن له حق عليّ ولجميع المسلمين، وصلّ اللهم على عبدك ورسولك نبينا محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه وسلّم.

والحمد لله رب العالمين.

الفصل الأول

التعريف بالتقعيد الفقهي

والإجتها والمعاصر

المبحث الأول التقعيد والقاعدة الفقهية

المطلب الأول: مفهوم التقعيد والقاعدة الفقهية وعلاقتها ببعض المصطلحات

أولاً: مفهوم التقعيد الفقهي

مصطلح التقعيد الفقهي مركب تركيباً وصفيّاً، ولتحديد مفهومه أعرف كل كلمة على حدة، ثم أعرفه باعتباره علماً و لقباً.

معنى التقعيد الفقهي باعتباره مركباً وصفيّاً

كلمة التقعيد

كلمة تقعيد مصدر من قَعَدَ يَقَعِدُ تقعيداً، وهو فعل اشتق من كلمة (قاعدة) ليدل على عملية إنشاء القاعدة وتركيبها وإحكام صياغتها⁽¹⁾.

وكلمة الفقهي: نسبة إلى الفقه، والفقه في اللغة: الفهم والعلم⁽²⁾.

وفي الاصطلاح: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية⁽³⁾.

ومن خلال ما سبق يمكن تعريف التقعيد الفقهي بهذا الاعتبار على أنه: إنشاء القاعدة الفقهية وتركيبها وإحكام صياغتها.

وهذا يقتضي من الفقيه (تحصيل كل ما يدخل في دلالة التقعيد، وكل ما يدخل في دلالة الفقه، فالتقعيد الفقهي يتطلب من الفقيه أن يكون خبيراً بأساليب ومناهج تركيب القاعدة وصياغتها، مدركاً لحقيقة القاعدة وضوابطها وعناصر تكوينها وطرق إيجادها)⁽⁴⁾.

التقعيد الفقهي باعتباره علماً و لقباً

عرفه البعض بأنه: (عمل علمي فقهي، ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد و كليات، تضبط فروع و جزئياته)⁽⁵⁾.

فالقاعدة الفقهية هي حكم كلي - كما سيأتي -، والتقعيد هو تكوين الحكم الكلي و بناؤه باستقراء واستنباط الجزئيات المتشابهة و المتماثلة لتعميم ذلك الحكم عليها، حتى يتم العلم بكليّة ذلك الحكم وقاعدتيّه.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة (5/ 108)، لسان العرب (3/ 361)، ترتيب مختار الصحاح ص 654 - 655.

(2) انظر: المصباح المنير (2/ 656)، التعريفات للجرجاني ص 175، القاموس الفقهي ص 289، التوقيف على مهمات التعاريف ص 562.

(3) أنظر: شرح العضد لمختصر ابن الحاجب (1/ 18)، شرح الإسنوي (1/ 24)، الإبهاج شرح المنهاج (1/ 21).

(4) أنظر: نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص 30.

(5) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص 31.

فالتقعيد الفقهي هو: عمل الفقيه في استقراء واستنباط الحكم من جزئيات كثيرة تشترك في علة واحدة وذلك لإثبات كلية هذا الحكم ومن ثم قاعدته.

ولكن هل نقف بهذا المصطلح في حدود العملية الإجرائية المنهجية التي سلكها علماؤنا في وضع القاعدة وإحكام صياغتها. أم أن للتقعيد أفقاً ومدىً أوسع من هذا؟ هذا ما سأحاول الجواب عليه فيما يأتي:

أشرنا في مقدمة البحث أن الفروع الفقهية كانت المادة الأساسية لعملية التقعيد الفقهي التي قام بها علماؤنا والتي أثمرت مصنفات القواعد الفقهية الكثيرة.

لكن هل استوعب فقهاؤنا كل القواعد وأحاطوا بها، فيبقى البحث في القواعد الفقهية مقتصرًا على إلحاق الفروع الجديدة والنوازل الحديثة بالقواعد الفقهية المدونة المصوغة التي بين أيدينا اليوم؟

أم أن عملية صياغة القواعد واستنباطها وصياغتها مستمرة باستمرار عملية الاجتهاد نفسه؟

الواقع يقضي أنه ليس هناك ما يمنع من إنشاء قواعد فقهية جديدة من خلال تتبع الأحكام الفقهية والتعرف على مقاصد الشارع، فالفقه الإسلامي متحرك، وأحكامه متجددة والتوقف عند ما توصل إليه السلف من القواعد هو كالتوقف بإغلاق باب الاجتهاد، ومن ثم تحجيم دور الفقه الإسلامي وإبعاده عن مواكبة تطورات الحياة الإنسانية.

إن الدارس للفقه الإسلامي يدرك أنه ليس ثمة أي تعارض بين المسلكين، ذلك أن إلحاق فروع جديدة بقواعد فقهية مدونة أمر لا يخفى على أحد، وهذه الأطروحة تؤكد ذلك إذ إن تطبيقاتها هي من قبيل إلحاق الفروع المستجدة بالقواعد السابقة المدونة.

كما أن إيجاد قواعد فقهية جديدة أمرٌ ظاهرٌ لا يخفى على أحدٍ أيضاً، ألم تكن قواعد الفقه في بداية نشأتها تعدّ على الأصابع ثم ما فتئت تزايد وتتكاثر حتى صعب حصرها، والأمر قابل للزيادة والاتساع.

وعليه فيمكن أن نقرر في هذا الصدد بأن المسلكين أو بالأحرى العمليتين مستمرتان تسيران مع بعضهما البعض في انسجام وتكامل.

و الضامن لاستمرار العمليتين أو المسلكين هو الرابط الذي كان يجمع بين فروع القواعد المدونة السابقة والذي به تتضمن حلقات الفروع المستجدة، وبهذا الرابط أيضاً تتضمن فروع جديدة ضمن حلقات متماسكة تشكل قاعدة أو قواعد جديدة تساهم في بناء هرم القواعد الفقهية المتنامي.

ولبيان حقيقة هذا الرابط وماهيته أستبق صفحات هذا البحث لأتحدث عن ركني القاعدة الفقهية⁽¹⁾:

الركن الأول: الموضوع أو المحكوم عليه، وهو الذي يحمل عليه الحكم.

الركن الثاني: الحكم وهو المعبر عنه بالمحمول أو المحكوم به.

فمثلاً قاعدة «الضرر يزال» موضوعها الضرر وهو المحكوم عليه أي أنه وضع ليُحمّل عليه أو ليُحكم عليه بشيء.

أما ركنها الثاني أي الحكم والمعبر عنه بالمحمول أو المحكوم به فهو إزالة الضرر⁽²⁾.

إنّ هذين الركنين لا يجتمعان إلا برابط هو الأساس الذي به تنضوي الفروع المختلفة تحت القاعدة الواحدة، ويبدو لي أنّ هذا الرابط هو العلة أو المعنى المناسب الذي يناط به الحكم.

وإليك أمثلة توضيحية تؤكد ذلك:

1 - قاعدة «المشقة تجلب التيسير»⁽³⁾، هي من القواعد الفقهية الكبرى.

تتضمن حكماً شرعياً هو التيسير على المكلف إذا لحقته مشقة غير اعتيادية، ووقع في العسر والحرج، ويظهر أن هذا الحكم مقرون بعلمته وهي المشقة.

2 - وقاعدة: «الخراج بالضمان»⁽⁴⁾ أو «الغنم بالغرم».

معناها: أن ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له ليكون في مقابلة الغرم.

فالحكم الشرعي الذي تضمنته القاعدة هو أحقية الضامن في الخراج، وعله استحقاقه للخراج هو ضمانه للشيء مادام تحت يده.

3 - قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»⁽⁵⁾

فالضرورة حالة من الخطر تطرأ على الإنسان يخاف معها فوت شيء من المصالح التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث لا تندفع هذه الضرورة إلا بارتكاب المحرم، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته. فالقاعدة تتضمن حكماً وهو إباحة المحظورات وعله ذلك طرؤ الضرورات.

(1) سيأتي لاحقاً تفصيل الكلام عن أركان وشروط القاعدة الفقهية.

(2) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباسين ص 86.

(3) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (1/ 48 - 49)، المنثور (3/ 169)، أشباه السيوطي ص 76، أشباه ابن نجيم ص 84، المجلة المادة رقم: 17، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 105، موسوعة القواعد الفقهية (10/ 632).

(4) انظر: أشباه السيوطي ص 175، أشباه ابن نجيم ص 175، المنثور للزركشي (2/ 119)، المجلة مادة 85، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 361.

(5) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 112، ولابن نجيم ص 94، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 147.

4 - قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»⁽¹⁾

ومعناها: إن الأمر الثابت والمقرر بالدليل، أو أمانة، أو أي طريق من طرق الإثبات المعتدّ بها، والمعبّر عنه بالأصل أو اليقين، لا يرتفع حكمه بالشك، أي الاحتمالات التي لا يعززها دليل، بل يبقى حكم اليقين سارياً حتى يقوم الدليل المعتدّ به في تغيير ذلك الحكم.

فاليقين بالحالة السابقة هو الحكم الشرعي الذي تضمنته القاعدة، كالتيقن من إباحة شيء أو حرمة، أو وجوبه أو ندبه. أما الشك في البقاء أي بقاء اليقين السابق هو علة الحكم⁽²⁾.

بناء على ما سبق فإننا لا نجانب الصواب إذا أضفنا لمفهوم التقييد الفقهي معنى جديداً هو التخرّيج على القواعد الفقهية والاستدلال بها باعتبارها متضمنة لعلل الأحكام الفقهية المدرجة تحتها، مما هو مدوّن، أو محلّ للاجتهاد.

وحيث يمكن أن يكون لهذا المصطلح - التقييد الفقهي - معنيان:

الأول: معنى يعنى باستقراء واستنباط الجزئيات المتشابهة والمتماثلة لتعميم ذلك الحكم عليها.

الثاني: معنى آخر يأتي بعد صياغة القاعدة وهو الاستدلال بها باعتبار معظم القواعد تتضمن علل الأحكام. ومما يمكن أن نؤكد به هذا الاتجاه مسالك العلماء في الاحتجاج بالقاعدة الفقهية.

فالقاعدة الفقهية قد تكون مأخوذة من نص آية قرآنية، أو نص حديث نبوي شريف، أو مخرجة بطريق القياس أو الاستصحاب أو بالاستصلاح⁽³⁾.

ويمكن تعريف التقييد الفقهي بأنه:

(عمل علمي فقهي يقوم أساساً على تكوين القاعدة الفقهية و الاستدلال بها).

وهذا التعريف بهذا المعنى هو الذي قصدته من عنوان الأطروحة وفي سائر فصولها.

ثانياً: مفهوم القاعدة الفقهية

القاعدة الفقهية مصطلح مركب - تركيباً وصفيّاً - من كلمتين: القواعد، والفقهية، فيتعيّن - على الباحث - تعريف هاتين الكلمتين، خاصة إذا علمنا أن كثيراً من العلماء الذين عرفوا القواعد الفقهية، عرفوا كلمة [القاعدة] فقط، وأغفلوا لفظة [الفقهية]، فجاءت تعريفاتهم للقاعدة عامة، لا خاصة بالقاعدة الفقهية، فوقع الالتباس والإشكال وكان النقد والاعتراض.

(1) انظر: أشباه ابن نجيم ص 56، القواعد للمقري (1/ 291 - 292)، وإيضاح المسالك ص 199، شرح القواعد الفقهية للزرعاء، ص 35، القواعد الفقهية للندوي، ص 354.

(2) سيأتي تفصيل الكلام عن القاعدة في الفصل الخامس من البحث.

(3) وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن حجّة القاعدة الفقهية ضمن البحث الثاني من الفصل الأول.

ولتفادي ذلك اخترت أن أبدأ أولاً بتعريف القاعدة الفقهية باعتبارها مركباً وصفيّاً، ثم أثنى بتعريفها باعتبارها علماً ولقباً.

تعريف القاعدة باعتبارها مركباً وصفيّاً

1 - تعريف القاعدة في اللغة

هي من مادة قعد (القاف والعين والذال)، معناها الاستقرار والثبات. قال صاحب معجم مقاييس اللغة: (القاف والعين والذال أصل مطّرد منقاس لا يُخلف، وهو يضاهي الجلوس، وإن كان يُتكلّم في مواضع لا يتكلّم فيها بالجلوس)⁽¹⁾. وقال في لسان العرب: (القاعدة: أصل الأسّ، والقواعد الأساس، وقواعد البيت أساسه)⁽²⁾. والقواعد: جمع قاعد، وهي المرأة المسنة، لكونها ذات قعود، وسميت قاعد لأنها قاعد عن الحيض والولد، قال تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾⁽³⁾، أي: (هن اللواتي قعدن عن الأزواج)⁽⁴⁾. وقواعد الهودج: هي الخشبات الأربع المعترضة في أسفله⁽⁵⁾. وقواعد السحاب: أصولها المعترضة في أفاق السماء، شبهت بقواعد البناء⁽⁶⁾. وتجمع القاعدة على قواعد، وتطلق على القواعد الحسية كما في قوله عز وجل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾⁽⁷⁾ وقوله تعالى: ﴿فَأَتَى اللَّهَ بِبَيْنَتِهِمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ﴾⁽⁸⁾، وتطلق القاعدة - معنوياً - على غير الحسية كقولك: قواعد الشرع وقواعد الإسلام ونحوهما⁽⁹⁾. والخلاصة: أن المعنى اللغوي لهذه المادة هو الاستقرار والثبات، وأقرب هذه المعاني إلى المعنى الاصطلاحي هو الأساس، نظراً لابتناء الأحكام عليها، كابتناء الجدران على الأساس⁽¹⁰⁾.

2 - تعريف القاعدة في الاصطلاح

أذكر - هنا - جملة من التعريفات حسب تسلسلها الزمني:

(1) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (5/108).

(2) لسان العرب لابن منظور، مادة (قعد) (3/361) طبعة (1412هـ - 1992م) دار صادر - بيروت - لبنان.

(3) سورة النور الآية 60.

(4) المصدر السابق (3/361).

(5) المصدر نفسه.

(6) المصدر نفسه.

(7) سورة البقرة الآية 127.

(8) سورة النحل الآية 26.

(9) انظر: مقاييس اللغة (5/108 - 109)، الصحاح (2/525).

(10) نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص 39.

- أ - عرفها صدر الشريعة⁽¹⁾ بقوله: (القواعد: القضايا الكلية)⁽²⁾.
- ب - وعرفها الفيومي⁽³⁾، بقوله: (الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته)⁽⁴⁾.
- ج - كما عرفها الشريف الجرجاني⁽⁵⁾ فقال: (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها)⁽⁶⁾.
- د - وعرفها أبو البقاء الكفوي⁽⁷⁾ بقوله: (قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها)⁽⁸⁾.

وبالتأمل في هذه التعريفات نلاحظ:

- أن هذه التعريفات اعتبرت القاعدة قضية.

- والقضية: مفرد قضايا، وسميت بذلك لاشتغالها على الحكم الذي يسمى قضاء⁽⁹⁾. وهي في اصطلاح المناطقة: (قول يصح أن يقال لقائله إنه صادق فيه أو كاذب)⁽¹⁰⁾.
- أو هي: قول يحتمل الصدق والكذب لذاته على ما رجّحه بعض العلماء⁽¹¹⁾.
- كما أفادت أن القاعدة تكون كلية، وهذا أمر أساسي، لأن معناها لا يتحقق من دونه.
- والكلية: أي القضية المحكوم على جميع أفرادها⁽¹²⁾. وليس المراد بها ما كان موضوعها كلياً، وإن كان هذا لا ينفي أن تكون أمثال هذه القضايا كلية، إلا أن مثل هذا غير كاف.

- (1) صدر الشريعة هو: عبيد الله بن مسعود بن محمد البخاري الحنفي الملقب بصدر الشريعة الأصغر، من فقهاء الأحناف وأصوليينهم، من مؤلفاته التوضيح في حل غوامض التنقيح، توفي سنة 747هـ. انظر في ترجمته: مفتاح السعادة (2/59)، الأعلام (4/197)، معجم المؤلفين (6/146).
- (2) التوضيح بحاشية التلويح (1/155).
- (3) الفيومي هو: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ثم الحموي، ولد ونشأ في الفيوم في مصر، ثم ارتحل إلى حماة في بلاد الشام، فقيه لغوي، من مؤلفاته المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، توفي سنة 770هـ، انظر في ترجمته: كشف الظنون (1710)، الأعلام (1/224)، معجم المؤلفين (2/132).
- (4) المصباح المنير ص 510، مادة قعد.
- (5) الشريف الجرجاني: هو علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي، ولد بجرجان وإليها نسب، شارك في علوم كثيرة، ولا سيما في الفلسفة والعربية والأصول، توفي في شيراز سنة 816هـ. انظر في ترجمته: مفتاح السعادة (1/187)، الأعلام (7/5)، معجم المؤلفين (7/216).
- (6) التعريفات ص 149.
- (7) الكفوي هو أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي الحنفي القاضي، ولد في كفا بالقرم سنة 1028هـ، وفيها نشأ وأخذ العلم، وعين قاضياً بالأستانة ثم بالقدس وتوفي بها سنة 1094هـ - 1684، انظر: الأعلام (1/183)، معجم المؤلفين (3/31)، هدية العارفين ص 229.
- (8) الكليات ص 728.
- (9) انظر: التلويح على التوضيح للفتنازاني (1/20).
- (10) التعريفات للجرجاني ص 154. تحرير القواعد المنطقية ص 28.
- (11) تهذيب المنطق للفتنازاني بشرح الخبيصي، وحاشيتي العطار والدسوقي، ص 225.
- (12) أنظر: حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (1/31).

- أن هذه القضية الكلية تنطبق على جميع جزئياتها، أي أنها مطردة. وهذا ينطبق على تعريف القاعدة عند الأصوليين والنحاة، بخلاف الفقهاء فالقاعدة عندهم حكمها أكثرى لا كلي، يقول الحموي⁽¹⁾: (إن القاعدة هي عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها)⁽²⁾.

وقد تبنى هذا الفهم بعض الباحثين المعاصرين⁽³⁾، ومثّل لقواعد الأصوليين بقاعدة: «الأمر إذا تجرد عن القرائن أفاد الوجوب».

ومثّل لقواعد النحاة بقاعدة «الفاعل مرفوع» و«المفعول به منصوب»⁽⁴⁾.

وتعقب الدكتور محمد الروكي، هذا الفهم وبين عدم سلامته، والتسليم به، فقال: (والحقيقة أن الاطراد أو عدمه إذا كان هو الفارق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، فهو ليس الفارق الأساسي بين القاعدة الفقهية وكل ما عداها، يدل على ذلك أن القواعد النحوية غير مطردة، بل يلحقها الشذوذ والاستثناء كما يصيب القواعد الفقهية.

وقد عقد ابن جني في كتابه "الخصائص" باباً للاطراد والشذوذ في قواعد النحو واللغة، ثم إننا لا نذهب بعيداً. فقاعدة «الفاعل مرفوع» و«المفعول به منصوب» يمكن إدراك أنهما قد يلحقهما الشذوذ، إذا علمنا أن الفاعل قد يأتي مجروراً إذا دخل عليه حرف زائد، كما في قولك: ما جاء من أحد، وإن المفعول به قد يأتي مجروراً أيضاً إذا دخله حرف جر زائد، كقولك: ما رأيت من أحد.

فالفارق الأساسي - إذاً - بين القاعدة الفقهية وغيرها ليس هو الاطراد وعدمه كما يفهم من كلام الحموي، وكلام من تبنى رأيه من الباحثين المحدثين⁽⁵⁾.

ويرى الدكتور الباحثين أن تعبير (تنطبق على جميع جزئياتها) الوارد في التعريف، تعبير زائد، لأن كل قاعدة كلية لا تكون إلا وهي شاملة لجزئيات موضوعها، والحكم فيها حكم على هذه الجزئيات، فأحكام الجزئيات معلومة بالقوة كما في تعريف الكفوي، واعتبر التعرف على أحكام الجزئيات من القاعدة من قبيل التخريج، وخلص إلى أنه يمكن الاقتصار في تعريف القاعدة على قولنا: قضية كلية.

(1) هو أبو العباس أحمد بن محمد مكي المعروف بشهاب الدين الحموي الحنفي، المصري، كان مفتي الحنفية في مصر، ومدرساً بالمدرسة السليمانية في القاهرة، توفي سنة 1098هـ من مؤلفاته حاشية الدرر والغرر في الفقه، غمز عيون البصائر شرح كتاب

الأشباه والنظائر لابن نجيم، انظر ترجمته: الأعلام (1/239)، معجم المؤلفين (2/93).

(2) أنظر: غمز عيون البصائر (1/51).

(3) كالشيخ محمود مصطفى عبود في كتابه (القاعدة الكلية).

(4) أنظر القاعدة الكلية ص 20.

(5) أنظر: نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص 42.

فقال: (وإذا كان التعرّف على أحكام الجزئيات يمثل عملية التخريج، فيبدو لنا - والله أعلم - أنه يكفي في تعريف القاعدة أنها: قضية كلية، كما جاء في تعريف صدر الشريعة... وبناء على ذلك يمكن القول: إنّ كلّ قضية كلية هي قاعدة، أيّاً كان مجالها)⁽¹⁾.

3 - تعريف لفظ الفقهية

الفقهية: قيد يخرج به ما ليس فقهياً منها.

وقولنا القواعد الفقهية نسبة إلى علم الفقه، وقد سبق تعريفه في اللغة والاصطلاح.

تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علماً ولقباً

أقتصر - هنا - على ذكر تعريفات بعض المتقدمين، ثم أتبعها ببعض تعريفات الباحثين المعاصرين، ثم بالتعريفات المختارة مقرونة بالشرح المختصر.

1 - تعريفات بعض المتقدمين

من أجود التعريفات - القديمة - والتي عرّفت القاعدة الفقهية باعتبارها لقباً وعلماً، تعريفان أذكرهما على التوالي:

أ - تعريف أبي عبد الله المقرئ وهو: (كلّ كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة)⁽²⁾.

ومع ما في هذا التعريف من المزايا، إلا أن فيه⁽³⁾:

- التعميم والإبهام، يدل على ذلك اختلاف العلماء في تفسيره وشرحه.

- لا يوجد مقياس يحدّد لنا ما هو المتوسط بين النوعين الذين ذكرهما، أي بين الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، والعقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة.

- ثم ما المقصود بالمعاني العقلية العامة، والعقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة.

ب - تعريف شهاب الدين الحموي الحنفي: (حكم أكثرى، لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه)⁽⁴⁾.

(1) أنظر: القواعد الفقهية للباحسين ص 37.

(2) القواعد (212 / 1)، بتحقيق د. أحمد بن عبد الله بن حميد.

(3) وانظر: في شرح التعريف: شرح المنهج المنتخب للمنصور ص 109. ونظرية التعميد الفقهي لمحمد الروكي ص 49 - 50.

(4) انظر: غمز عيون البصائر للحموي (1 / 51).

والملاحظ على هذا التعريف أنه مَيَّزَ القاعدةَ الفقهية عن غيرها، وجعل من سماتها أنها أغلبية، وهذا يرجع إلى ما لاحظته الفقهاء في القواعد من شذوذ واستثناءات، السبب الذي لم يقنع بعض المحققين كالإمام الشاطبي⁽¹⁾، الذي رأى أن ذلك لا يقدر في كلية القاعدة، قال في الموافقات: (إن الأمر الكلي إذا ثبت، فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرج عن كونه كلياً، وأيضا فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي، لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت)⁽²⁾.

وهذا الفهم الذي ذهب إليه الشاطبي هو الذي ارتضاه الدكتور الباحثين في تعريفه للقاعدة الفقهية، والذي سنورده قريبا.

2 - تعريفات بعض المحدثين

عرّف بعض المحدثين القاعدة الفقهية، كالأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، والدكتور علي الندوي، والدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد، والدكتور محمد الصّواط، وغيرهم، وقد جاءت تعريفاتهم متقاربة، إلا أنها لم تسلم - كذلك - من النقد والاعتراض، أكتفي بذكرها فقط.

أ - تعريف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء:

(القواعد أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)⁽³⁾.

ب - تعريف الدكتور الندوي: (حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها)⁽⁴⁾.

ج - تعريف الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد: (حكم أغلي يتعرف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة)⁽⁵⁾.

د - تعريف الأستاذ محمد الصّواط: (قضية كلية فقهية، منطبقة على فروع من أكثر من باب)⁽⁶⁾.

(1) الشاطبي: هو الإمام إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، له القدم الراسخة والإمامة العظيمة في الفنون فقهاً وأصولاً وتفسيراً وحديثاً وغيرها، له مؤلفات عظيمة منها: الموافقات والاعتصام، توفي سنة 790هـ.

انظر ترجمته: نيل الابتهاج للتنبكتي، تقديم عبد الحميد الهرامة، ط1: 1398 هـ - 1989 م، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ص (48)، الأعلام (71/1)، معجم المؤلفين لكحالة (118/1)، إيضاح المكنون للبغدي، دار العلوم الحديثة، بيروت، (127/2)، شجرة النور لمحمد مخلوف، دارالفكر، بيروت، ص (231).

(2) انظر: الموافقات للإمام الشاطبي (52/2) والقواعد الفقهية لدكتور الباحثين ص46.

(3) المدخل الفقهي العام (965/2).

(4) القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي ص43.

(5) انظر: الجانب الدراسي من تحقيق كتاب القواعد للمقري (107/1).

(6) انظر: القسم الدراسي من القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، وهي رسالة ماجستير، جامعة أم القرى 1419هـ.

3 - التعريف المختار

بعد استعراض التعريفات السابقة - سواء عند المتقدمين أو المحدثين -، والتأمل في الانتقادات الموجهة لها، آثرت واخترت تعريفين رأيتهما أسلم وأصح وأوضح ما كتب في تعريف القاعدة الفقهية.

التعريف الأول: (قضية كلية، جزئياتها قضايا كلية فقهية) (1).

التعريف الثاني: (حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد، أو الأغلبية) (2).

شرح التعريف الأول:

(قضية): فعيلة بمعنى مفعولة؛ سميت بذلك لاشتغالها على الحكم الذي يسمى قضاءً.

وفي اصطلاح المناطقة: قول يحتمل الصدق والكذب لذاته (3).

(كلية): هي الحكم على كل فرد، بحيث لا يبقى فرد (4).

ونعت القضية بالكلية أي: المحكوم على جميع أفرادها (5).

(فقهية): نسبة إلى الفقه، ومن تعريفاته المشهورة: العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية (6).

(جزئياتها): الجزء من الشيء: الطائفة منه، والجمع، وجزأته تجزئياً وتجزئةً، جعلته أجزاءً متميزة (7).

والجزئيات: جمع جزئية، منسوب إلى الجزء (8).

والمراد بالجزئيات هنا: جزئيات موضوع القاعدة، وهي التي يتوقف صدق القضية على وجودها (9).

(1) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحثين ص 54.

(2) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص 48.

(3) انظر: التعريفات للجرجاني ص 176، شرح الأخصري على السلم، ص 34، كشف اصطلاحات الفنون (3/ 585).

(4) شرح تنقيح الفصول ص 28، وفي أهمية نعت القضية بالكلية، انظر: القواعد الفقهية للباحثين ص 33 - 37.

(5) حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (1/ 31)، وكشف اصطلاحات الفنون (4/ 33).

(6) سبق وأن اشرنا إلى مصادر التعريف.

(7) المصباح المنير مادة (ج ز ا) (1/ 138)، التعريفات ص 78، التوقيف على مهمات التعاريف ص 241.

(8) كشف اصطلاحات الفنون (1/ 251 - 252).

(9) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرافية، للدكتور عادل بن عبد القادر ولي قوته (1/ 252 - 253).

شرح التعريف الثاني تولى الدكتور محمد الروكي شرح التعريف وبيان محترزاته، فقال: فقولنا (حكم كلي): أفاد أن القاعدة لا ترتبط بجزئية واحدة، بل بعدة جزئيات، وهذا معنى الكلية في حكمها.

وقولنا (مستند إلى دليل شرعي): أفاد أن القاعدة الفقهية هي حكم شرعي يستنبطه الفقيه من الأدلة الشرعية المعروفة، فكما أنه يستنبط من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽¹⁾، حكماً شرعياً هو حرمة الربا، فكذلك يستنبط من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁽²⁾، حكماً شرعياً، هو أن الحرام لا يتعلق بذمتين. إلا أن الحكم في الآية الأولى يتعلق بجزئية واحدة: فهو حكم جزئي. وفي الآية الثانية يتعلق بجملة من الجزئيات: فهو حكم كلي.

وهكذا، فالقاعدة الفقهية لا بد لها من سند شرعي تستقي منه حجيتها وشرعيتها. وعلى هذا، فالتعديد ضرب من الاستنباط؛ إلا أنه استنباط للكليات لا للجزئيات.

وقولنا (مصوغ صياغة تجريدية): قيدٌ أخرج القواعد المرتبطة بأعيان الجزئيات. فهذه لا تخضع للتعديد بمعناه العلمي.

وقولنا (منطبق على جزئياته): فيه تحديد لعنصر مهم من عناصر القاعدة، وهو الاستيعاب والاشتمال. فإذا لم يكن حكمها مستوعباً للجزئيات كان جزئياً لا كلياً.

وقولنا (على سبيل الاطراد والأغلبية): أفاد أن القاعدة قد تبقى على أصلها وهو الاطراد. وقد يشذ عنها بعض فروعها فيكون انطباقها على الجزئيات غالباً، وهذا لا ينقص من حقيقتها العلمية، لأن الأغلبية كالاتراد، عملاً بقاعدة: (ما قرب من الشيء يعطى حكمه)، وقاعدة: (الغالب كالمحقق)⁽³⁾.

ثالثاً: تعريف علم القواعد الفقهية

يعترف الباحثون المعاصرون في علم القواعد الفقهية، أنهم لم يقفوا على تعريف لهذا العلم عند الأئمة المتقدمين، مما دفعهم إلى محاولة وضع تعريف لهذا العلم، ومن هذه التعريفات:

1 - تعريف الشيخ محمد ياسين بن عيسى الفاذاني⁽⁴⁾: (قانون تعرف به أحكام الحوادث التي لا نص عليها من كتاب أو سنة أو إجماع)⁽⁵⁾.

(1) سورة البقرة الآية 275.

(2) سورة الإسراء الآية 15.

(3) انظر نظرية التعديد الفقهي ص 48.

(4) هو أبو الفيض محمد ياسين بن عيسى الفاذاني، الأندونيسي أصلاً، والمكي مولداً ونشأة ووفاة، أخذ علومه عن طائفة من علماء الحرمين ودرّس في المسجد الحرام، له مؤلفات كثيرة في مختلف العلوم، وكانت وفاته بمكة سنة 1410هـ. عن القواعد الفقهية للباحسين ص 55.

(5) الفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية، ص 69.

وقد تعقب هذا التعريف الدكتور الباحثين بأنه: (تعريف لا يميّز هذا العلم تميزاً كافياً، ولا يختلف عن علم أصول الفقه أيضاً،...ومما يلاحظ على ذلك أنّ ما تعرف به أحكام الحوادث ليس هو علم القواعد الفقهيّة، بل القواعد الفقهيّة أنفسها، إن اعتبرناها دليلاً تستنبط منه الأحكام)⁽¹⁾.

2 - تعريف الأستاذ محمد الصواط: (هو العلم بالقضايا الكلية الشرعية العملية، ومدى انطباقها على فروعها)⁽²⁾.

ويلاحظ على التعريف، أنه غير جامع، تنقصه الإشارة إلى ماهية ومقومات هذا العلم، والتعريف نَبَهَ إلى حقيقة واحدة لهذه القضايا الكلية الشرعية العملية وهي مدى انطباقها على فروعها، وأغفل الحقائق الأخرى.

3 - تعريف الدكتور الباحثين: (العلم الذي يبحث فيه عن القضايا الفقهيّة الكلية، التي جزئياتها قضايا فقهيّة كلية من حيث معناها وما له صلة به، ومن حيث بيان أركانها، وشروطها، ومصدرها، وحجيتها، ونشأتها، وتطورها، وما تنطبق عليه من الجزئيات، وما يستثنى منها)⁽³⁾.

ثم ذكر محترزات التعريف قال:

فقولنا: (العلم) كالجنس يشمل المَعْرَف وغيره.

وقولنا: (الذي يبحث فيه، عن القضايا الفقهيّة الكلية...) قيدٌ أخرج ما ليس كذلك، كالقضايا الكلية الأصوليّة والمنطقيّة وغيرها.

وقولنا: (التي جزئياتها قضايا فقهيّة كليّة...) قيد آخر، أخرج القضايا الفقهيّة الفرعية التي هي جزئيات الأحكام الفقهيّة.

وقولنا: (من حيث معناها وما له صلة بها...) قيود أخر، وضّحت حيثية هذا العلم وشخصت موضوعه، وأخرجت ما بحث في تلك القضايا، لا من هذه الحيثيات، بل من حيثيات أخر⁽⁴⁾.

4 - تعريف الدكتور عادل بن عبد القادر ولي قُوته، وهو في الحقيقة اختصار لتعريف الباحثين الطويل، وهو مناسب جداً: (العلم بالقضايا الفقهيّة الكلية؛ من حيث ماهيّتها ومقوماتها، ومدى انطباقها على جزئياتها، وما يستثنى منها)⁽⁵⁾.

(1) القواعد الفقهيّة للباحثين، ص 55 - 56.

(2) القسم الدراسي من القواعد الفقهيّة عند ابن تيمية في فقه الأسرة، لمحمد الصواط (1/95).

(3) القواعد الفقهيّة للباحثين، ص 56.

(4) انظر في بيان محترزات التعريف، القواعد الفقهيّة للباحثين ص 57.

(5) القواعد والضوابط الفقهيّة القرافية، للدكتور ولي قُوته (1/255).

رابعاً: علاقة القاعدة الفقهية ببعض المصطلحات

إن الباحث في ميدان القواعد الفقهية يصادف كثيراً - بالخصوص في كتب المتقدمين - مصطلحات تتداخل مع مصطلح القاعدة الفقهية، وقد تحل محلها، وقد يحدث - حينئذ - الالتباس، ولهذا السبب آثرت الكلام عن هذه المصطلحات، على أن يكون ذلك في النقاط الآتية:

1 - مصطلح الضابط الفقهي

أبدأ أولاً بتعريف الضابط في اللغة، ثم الخلاف الوارد في تعريفه الاصطلاحي، وأخيراً الفروق بين القاعدة الفقهية، والضابط الفقهي.

تعريف الضابط في اللغة

الضابط في اللغة: اسم فاعل، من ضبط الشيء إذا حفظه بحزم، والضبط لزوم الشيء وحبسه، ورجلٌ ضابطٌ: شديد حازمٌ.

والضبط أيضاً: إحكام الشيء وإتقانه⁽¹⁾.

وفي الجملة أغلب معانيه لا تعدو الحصر، والحبس والقوة.

تعريف الضابط في الاصطلاح

اختلف العلماء في تعريف الضابط في الاصطلاح:

ففرق منهم لم يميزه عن القاعدة الفقهية، وبالتالي كان تعريف القاعدة هو تعريفاً للضابط أيضاً⁽²⁾.

والفريق الثاني: فرق بين القاعدة والضابط، وهم جمهور العلماء⁽³⁾، ومما عرّف به - هذا الفريق - الضابط:

(1) انظر: لسان العرب، (7/340).

(2) من هؤلاء: الكمال بن الهمام (ت861هـ) في كتابه التحرير (1/29)، والفيومي (ت770هـ) في كتابه المصباح المنير (2/699 - 700)، والمنجور (ت955هـ) في كتابه شرح المنهج المنتخب ص100، وعبد الغني النابلسي (ت1143هـ) في كتابه كشف الخطاير عن الأشباه والنظائر، تقرأ عن علي الندوي في كتابه القواعد الفقهية ص47.

(3) نذكر منهم الإمام تاج الدين السبكي (ت771هـ) في كتابه الأشباه والنظائر (1/11)، والإمام السيوطي (ت911هـ) في كتابه الأشباه والنظائر في النحو (1/7)، وبدر الدين الزركشي (ت794هـ) في كتابه تشنيف المسامع (2/919)، وابن نجيم (ت970هـ) في كتابه الأشباه والنظائر ص166، والفتوح الحنبلي المعروف بالنجار (ت972هـ) في كتابه شرح الكوكب المنير تحقيق محمد الزحيلي، ود/نزيه حماد، طبعة (1418هـ - 1997م) مكتبة العبيكان - الرياض - السعودية (1/30)، والكفوي (ت1049هـ) في كتابه الكليات الطبعة الثانية (1413هـ - 1993م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، ص728، والبناني (ت1198هـ) في حاشيته على شرح الجلال المحلي لجمع الجوامع (2/508)، والتهانوي (كان حياً سنة1158هـ) في كتابه كشاف اصطلاحات الفنون (3/113)، وذهب إلى التفريق - كذلك - جل الباحثين المعاصرين، راجع في ذلك القواعد الفقهية للباحسين ص61.

- 1 - (ما اختصَّ بابٍ وقُصِدَ به نُظْمٌ صورٍ متشابهةٍ) ⁽¹⁾.
- 2 - (ما انتظم صوراً متشابهة في موضع واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر) ⁽²⁾.
- 3 - (قضية كلية فقهية، منطبقة على فروع من باب واحد) ⁽³⁾.
- وهي تعريفات واضحات، سبق وان شرحنا مفرداتها، عدا مفردة (باب)، وهي في اصطلاح العلماء: اسم لطائفة من المسائل، مشتركة في حكم وقد يعبر عنه بالكتاب أو الفصل ⁽⁴⁾.
- (فظائفة المسائل، المشتركة في حكم واحد هي الباب المعبر عنها بالموضوع الواحد، والضابط ينظم صوراً متشابهة مختصة بهذا الباب أو الموضوع) ⁽⁵⁾.
- أوجه الاتفاق والاختلاف بين القاعدة والضابط**
- القاعدة والضابط يجتمعان في أن كل واحد منهما:
- قضية كلية فقهية.
- ينطبق على عدد من الفروع الفقهية.
- ويفترقان في:
- أن القاعدة تشمل فروعاً من أكثر من باب.
- والضابط فروعه المنطبقة هي من باب واحد، أي: موضوع واحد.
- أن القاعدة قابلة للاستثناء لشمولها وعمومها، وانطباقها على أكثر من باب، ويقع ذلك كثيراً فيها.
- بخلاف الضابط فلا يتسامح بوجود ما يخرمه، وإلا لم يعد ضابطاً ⁽⁶⁾.
- وينبغي التنبيه إلى أن الضابط يطلق، - أيضاً عند بعض العلماء - على التعريف، وعلى تقاسيم الشيء أو أقسامه، وعلى أحكام فقهية عادية، لا تمثل ضابطاً أصلاً ⁽⁷⁾.
- إلا أن الإطلاق الذي تعرضنا له بذكر بعض تعاريفه، هو الغالب والأصل، ولا شك أن الغالب والأصل يرجح على غيره.

(1) تعريف ابن السبكي في أشباهه (11/1).

(2) وهو تعريف الدكتور الباحسين، في كتابه القواعد ص 67.

(3) للأستاذ الصّوّاط في رسالته القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ص 99.

(4) انظر: مواهب الجليل للعلامة الخطاب (43/1).

(5) القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، لولي قوته (1/265).

(6) انظر: كتاب القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، لولي قوته (1/267)، والقواعد الفقهية للندوي، ص 51.

(7) انظر: بعض هذه الاستعمالات في كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص 63 - 66.

2 - مصطلح الأشباه والنظائر

وهو من أشهر المصطلحات المشتركة والمتداخلة مع مصطلح القواعد.
أما في اللغة: فشبّه الشيء مثله، وجمعه أشباه، ونظيره مثله أيضاً، فالنظير: المثل المساوي، وجمعه نظراء، ومفرد النظائر: نظيرة⁽¹⁾.

والفرق بين هذه المصطلحات: أن المماثلة هي المساواة من كل وجه، وأن المشابهة هي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها، وأن المناظرة يكفي فيها الاشتراك في بعض الوجوه، ولو كان وجهاً واحداً⁽²⁾.

ويكون الترتيب باعتبار العموم والشمول: المماثلة، ثم المشابهة، ثم المناظرة، أو المثيل، فالشبيه، فالنظير.

وأما في الاصطلاح

فالأشباه: (هي الفروع الفقهيّة التي أشبه بعضها بعضاً في الحكم، سواء أكان لها شبه بأصول أخرى أضعف من شبهها بما ألحقت به، أم لم يكن).

أمّا النظائر فهي: (هي ما كان فيها أدنى شبه، وقد يكون في بعضها من الأوصاف ما يمنع من إلحاقها بما يشبهها في الحكم)⁽³⁾.

والتعريف الجامع بين المصطلحين: (الفروع الفقهيّة المتشابهة التي تأخذ حكماً واحداً، والفروع الفقهيّة المتشابهة ظاهراً أو صورة، والمختلفة في الحكم)⁽⁴⁾.

والمتبع للكتب الموسومة بالأشباه والنظائر، يجد أن بعضها لم يقتصر على ما يندرج وينطبق على حقيقة هذا المصطلح، بل تجاوز ذلك إلى ذكر القواعد والضوابط، والفوائد، والفروق، والألغاز، والتفاسيم، والحيل⁽⁵⁾، وهي كلها فنون، متباينة عن فن الأشباه والنظائر.

والمقصود هو نقاط تمايز القواعد الفقهيّة عن الأشباه والنظائر، وهي:

أن القواعد الفقهيّة أمر آخر غير الأشباه والنظائر؛ إذ إنّ القواعد تمثل الرابط والجامع بين المسائل المتشابهة، أو الصفة المشتركة بين الفروع التي تنطبق عليها القاعدة.

أمّا الأشباه والنظائر فهي هذه الفروع والمسائل التي تأخذ الحكم الواحد.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (5/444)، المصباح المنير (نظر) (2/841)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 702.

(2) الحاوي للفتاوي للسيوطي، طبعة (1414هـ - 1994م) دار الفكر - بيروت - لبنان (2/328).

(3) انظر: الحاوي للفتاوي للسيوطي (2/328)، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص 12 - 13.

(4) القواعد الفقهيّة للباحسين، ص 97.

(5) ويعتبر كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم خير مثال على ذلك، انظر ص: 166، 302، 394، 406، 424.

أو أن القواعد الفقهيّة تمثل المفاهيم⁽¹⁾ والأحكام العامة، والأشباه والنظائر تمثل الماصدقات⁽²⁾. أو الوقائع الجزئية التي تتحقق بها تلك المفاهيم أو تنتفي عنها⁽³⁾.

3 - مصطلح الكليات الفقهيّة

هي من المصطلحات التي ترد كثيراً في كتب القواعد الفقهيّة، فهل هي مرادفة لمصطلح القواعد أم أن بينهما فوارق؟ نبدأ أولاً بالحقيقة ثم بالعلاقة:

وهي في اللغة: جمع الكلّية، نسبة إلى كلمة "كل"، التي هي من ألفاظ العموم المفيدة للاستغراق، واستيعاب جزئيات ما دخلت عليه⁽⁴⁾.

أما معناها الاصطلاحي:

فهي عند المناطقة: (قضيةٌ حمليّةٌ حكم فيها على جميع أفراد الموضوع)⁽⁵⁾.

والقضية: هي الجملة التامة الخبرية المشتملة على حكم موجب أو سالب.

والقضية الحملية: هي التي يكون الحكم فيها قائماً على إسناد شيءٍ إلى آخر أو نفيه عنه⁽⁶⁾.

ومع كون الكليات من القضايا الكلّية، لكن يكثر أن يكون موضوعها خاصاً؛ وأطلق عليها كليات لأن معانيها تتصدّرُها كلمة (كلّ)⁽⁷⁾.

واعلم أن كثيراً من الكليات الفقهيّة التي يذكرها الفقهاء في مصنفاتهم العامة، لا ترقى إلى أن تكون قاعدةً فقهيّةً؛ إذ من المعلوم أن الأحكام الفقهيّة وإن كان عرضها بالصيغة الجزئية، لكنها ليست مختصة بفردٍ، ومثال ذلك:

«الثوب الطاهر تجوز الصلّاة به وعليه، ما لم يكن حريراً».

«من مُنِع من النظر إلى امرأة لم يجز أن يخلو معها».

فهي صالحةٌ إذا لوضع كلمة (كلّ) قبلها، وتكون بذلك كلّيةً، فنقول:

«كلّ ثوب طاهر تجوز الصلّاة به وعليه، ما لم يكن حريراً»⁽⁸⁾.

(1) المفهوم: هو الصفات الأساسية المشتركة بين الأفراد.

(2) الماصدق: هو الأفراد الذين يطلق عليهم اللفظ، وانظر في معنى المفهوم والماصدق، ضوابط المعرفة لحسن جنكة الميداني، ص 41-42.

(3) عن القواعد الفقهيّة للباحسين بتصرف، ص 98.

(4) انظر: المصباح المنير (2/ 739 - 740)، الكليات للكفوي (4/ 80).

(5) كشف اصطلاحات الفنون (4/ 33).

(6) انظر: ضوابط المعرفة، ص 79 - 81.

(7) انظر: القواعد الفقهيّة القرآنية - لعادل ولي قوّته (1/ 268).

(8) الكافي (1/ 240).

«كلّ من منع من النظر إلى امرأة لم يجز أن يخلو معها»⁽¹⁾.

وهذا كثير في كتب الفقهاء، وإن كان هناك قدرٌ لا بأس به من الكليات ذات الشمول والعموم، مبنوث في كتب الفقه وفي كتب القواعد، مثل:

«كلّما عظم شرف الشيء عظم خطره»⁽²⁾.

«كلّ ما لا يتوصّل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب»⁽³⁾.

«كلّ عقدين بينهما تضادّ، لا يجمعهما عقدٌ واحدٌ»⁽⁴⁾.

وقد تكون الكليّة الفقهية ضابطاً فحسب لا تتجاوز موضوعاً معيناً، أو باباً محدوداً من الأبواب الفقهية، كالكليّة الأخيرة.

4 - مصطلح الأصل

مصطلح الأصل يرد كثيراً في كتب الفقه، ويتصدر العديد من القواعد الفقهية.

وهو في اللغة: أصل الشيء وأساسه، وهو ما يبنى عليه غيره⁽⁵⁾.

وأما في الاصطلاح: يطلق على عدّة معانٍ، أشهرها:

- الدليل: كقولهم الأصل في وجوب الزكاة قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾⁽⁶⁾، والأصل في المسألة: أي دليلها.

- الراجع: كقولهم: إذا تعارضت الحقيقة مع المجاز فالأصل تقديم الحقيقة.

- المستصحب: أي الحكم المتيقن الذي يجري استصحابه، نحو الأصل في المياه الطهارة.

- الغالب في الشرع: وهذا يعرف باستقراء موارد الشرع.

- المقاس عليه، كقولهم: الحنطة أصلٌ يقاس عليه الأرز في تحريم الربا.

- إطلاق الأصل على القاعدة: وهو كثير الاستعمال لدى الفقهاء، لكن لأغراض، أو لمعان خاصة مقصودة، نذكر منها:

(1) قوانين الأحكام الشرعية ص 70.

(2) الفروق (262/3).

(3) القواعد للمقري (393/2).

(4) الفروق (142/3). الذخيرة (392/4).

(5) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (109/1)، القاموس المحيط (328/3)، المصباح المنير (21/1)، تعريفات الجرجاني ص 28، الكليات للكفوي (188/1)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 69.

(6) سور البقرة الآية 277.

- التنبيه على عموم القاعدة وكليتها واستمرارها، مثل قاعدة: «الأصل في التصرفات، حملها على الصّحة»⁽¹⁾.

- التنبيه على الأغلبية والرجحان، مثل قاعدة: «الأصل في العقود للزوم»⁽²⁾.

- التنبيه على الاستصحاب حال التعارض مثل قاعدة: «الأصل السلامة»⁽³⁾.

- بيان كونه مرجحاً لما في قاعدة: «الأصل منع القرعة»⁽⁴⁾.

فهذه المعاني ليست غائبة عن مصطلح الأصل عند استعماله بمعنى القاعدة، بل مضمّنة مستصحبة، مقصودة في التعبير عن القاعدة وتصديرها بـ(الأصل).

فينبغي ملاحظة هذه المعاني المقصودة ومراعاتها حين التعامل مع هذا المصطلح في كتب القواعد الفقهية⁽⁵⁾.

وفي تميز الأصل عن القاعدة يقول الدكتور الباحثين: (إن الأصل في اصطلاح العلماء أعمّ من القاعدة والضابط إذ هو يطلق على القاعدة الكلية سواء كانت أصولية، كقولهم: (الأصل أنّ الخبر المروي عن النبي ﷺ مقدّم على القياس الصحيح)⁽⁶⁾، أو قاعدة فقهية، كقولهم: (الأصل أن القدرة على الأصل أي المبدل قبل استيفاء المقصود بالمبدل ينتقل الحكم إلى المبدل)⁽⁷⁾، كما يطلق على الضابط الجامع لفروع وجزئيات في باب واحد، على رأي طائفة من العلماء..)⁽⁸⁾.

ثم يقرر الدكتور أن كل قاعدة أصل، وليس كل أصل قاعدة.

5 - مصطلح التقاسيم

وهو في اللغة: جمع تقسيم، مصدر قسّم الشيء: إذا فرزه أجزاء⁽⁹⁾.

وفي الاصطلاح: تحليل ما يصدق عليه اسم الكلّي؛ بحيث يمكن تمييز بعض أجزائه عن

بعضٍ.

(1) الذخير للقرافي (6/246)، الفروق (2/84).

(2) الذخيرة (4/353)، الفروق (3/269).

(3) الذخيرة (4/429).

(4) الذخيرة (7/223)، الفروق (4/111).

(5) استفتدت في تفصيل هذه المعاني الخاصة المتعلقة بإطلاق مصطلح الأصل على القاعدة، مما أودعه الدكتور عادل ولي قوّته، في كتابه: القواعد والضوابط الفقهية القرافية (1/273).

(6) تأسيس النظر ص 99.

(7) المصدر السابق، ص 111.

(8) القواعد الفقهية للباحثين، ص 74 - 75.

(9) المصباح المنير (ق س م) (2/690)، التعريفات ص 182، التوقيف على مهمات التعاريف ص 582.

وليس المراد بالأجزاء: الأفراد، بل المقصود: ذكر الأنواع التي تدخل ضمن جنس من الأجناس، على وجه التفصيل، وإظهار ما بينهما من وجوه التشابه والاختلاف⁽¹⁾.

ويشترط - المناطقة - لصحة التقاسيم شروطاً:

1 - أن تكون القسمة على أساس واحد، يسمّى أساس التقسيم؛ لأن القسمة التي لها أكثر من أساس لا قيمة لها؛ إذ يترتب عليها تداخل الأنواع في القسمة.

2 - أن تكون القسمة مستنفدة كل موضوع أساس التقسيم؛ بحيث لا يبقى خارج القسمة شيء يمكن أن يدخل فيه.

3 - أن تكون حلقات السلسلة في القسمة متصلة، بحيث لا تُترك واحدة منها، أي: أن يكون ما يتفرّع عن الجنس من الأنواع متسلسلاً متصلاً من الأعلى إلى الأسفل، دون ترك أي حلقة منه.

وهذه الشروط مقياس جيد لصحة التقاسيم وسلامتها، وتطبيقها على التقاسيم الواردة في كتب الفقه والقواعد يكشف عن مدى تحققها فيها⁽²⁾.

والنسبة بين التقاسيم والقواعد هي التباين، فلا القاعدة الفقهية تقسيم، ولا التقسيم الفقهي قاعدة، يقول الإمام التاج السبكي: (ومن الناس من يدخل في القواعد تقاسيم تقع في الفروع، يذكرها أصحابنا حيث يتردد الذهن...، ولا تعلق لهذا بالقواعد رأساً، وأولئك لم يكن قصدهم ذكر القواعد، بل هذا النوع بخصوصه، فلا لوم عليهم، وإنما اللوم على من يدخل ذلك في القواعد)⁽³⁾.

وكذلك الضوابط الفقهية هي أمر غير التقاسيم، فلا تعدّ قضية كلية، بخلاف الضوابط الفقهي الذي جمع ضبطاً وحصرأ مع الصياغة الفنية المحكمة لما ضبطه وحصره⁽⁴⁾.

6 - مصطلحات المدارك والمآخذ والعلل

هذه المصطلحات لها صلة وسبب بالقواعد والضوابط الفقهية، وبيان ذلك:

1 - المدارك جمع مُدْرَك، بضم الميم، ويكون مصدراً واسم زمان ومكان، تقول أدركته مدركاً، أي: موضع إدراكه وزمنه، وأصل المادة يعني لحوق الشيء والوصول إليه، وإدراك المعاني: فهمها، وبلوغ أقصى العلم فيها⁽⁵⁾.

(1) المنطق الصوري: أسسه ومباحثه، ص 199، وانظر القواعد الفقهية للباحسين ص 85.

(2) انظر: القواعد الفقهية للباحسين ص 86 - 87.

(3) الأشباه والنظائر (2/306).

(4) والدكتور الباحثين يميل إلى عدّ التقاسيم من الضوابط، انظر كتابه القواعد الفقهية، ص 88، وكذلك في ص 66.

(5) انظر: معجم مقاييس اللغة ص 352، المصباح المنير (د ر ك) (1/261)، التعريفات ص 14، التوقيف على مهمات التعاريف ص 45.

والمُدْرَك في الاصطلاح: (القدر المشترك الذي به اشتركت فروع في حكم، وهو الجامع بينها)⁽¹⁾.

وقال في المصباح: (مدارك الشرع مواضع طلب الأحكام)⁽²⁾.

وعليه فالمُدْرَك ليس قسيماً للضابط أو القاعدة، بل هو معنى قد يقوم بهما، وقد يتخلف عنهما، لكن يكثر في القواعد أن تكون مُدْرَكاً أيضاً، فمثلاً قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»، واضح في أن مدرك التيسيرات الشرعية هو المشقة، كما يغلب في الضوابط تجرُّدها عن المدارك، كقولنا: «كلُّ نجاسة - غير الدَّم - فقليلها ككثيرها»⁽³⁾.

2 - أما المآخذ: فهي جمع مأخذ، وهو موضع وزمان وطريقة الأخذ، ويأتي بمعنى المنهج والمسلك، ومأخذ الكتاب: مصادره⁽⁴⁾.

وأما في الاصطلاح: (الأدلة على الشيء، أو علته التي من أجلها كان حكمه)⁽⁵⁾. فهي بهذا الاعتبار: مرادفة للمدارك، أو قريبة من الترادف في غالب استعمال العلماء لهما، وإن كانا في معنيهما غير متطابقين.

3 - وأما العلل: فهي جمع علة، وهي الوصف الجالب للحكم، ومعنى ذلك: أن المعاني المحكوم عليها موصوفة بصفات، فما كان منها جالباً للحكم فهو علة⁽⁶⁾.

وبناء على ما سبق بيانه، فإن إدخال المدارك والمآخذ والعلل في حدِّ القواعد ليس صواباً، قال الإمام السبكي - في نقد المصنفين في ذلك -:

(... ومنهم من يدخل المآخذ والعلل التي تشترك فيها أحكاماً طلباً لجمع المشتركات في قدرٍ مشتركٍ، وليس ذلك أيضاً من القواعد في شيء)⁽⁷⁾.

7 - مصطلح القاعدة الأصولية

إن معرفة التفريق والتمييز بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية أمرٌ ذو أهمية كبيرة خاصة في مثل هذه البحوث المتخصصة المتعلقة بإبراز مستند الأحكام الشرعية للمسائل والنوازل المعاصرة. والباحث المنقّب، يجد تفاوتاً بين الباحثين - كلٌّ على حسب نظره واعتباره - عند تفريقهم بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، وإنني أقتصر في هذا البحث على إثبات الفروق المتفق عليها أو المقبولة عند العلماء، أما الفروق المُعْتَرَضُ عليها، فقد أمسكت عنها خشيّة الإطالة، ولأن المقصود يتم بدونها⁽⁸⁾.

(1) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (1/ 11)، القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، عادل ولي قُوته (1/ 281).

(2) المصباح المنير (1/ 261).

(3) القواعد والضوابط الفقهية القرآنية (1/ 282).

(4) انظر القاموس المحيط (1/ 350).

(5) القواعد الفقهية للباحسين، ص 70.

(6) انظر: الحدود للبايجي، ص 72، وانظر مراقي السعود مع نشر البنود (2/ 251)، بيت 661.

(7) الأشباه والنظائر لابن السبكي (2/ 308).

(8) راجع الفروق المعترض عليها في كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص 141 - 142.

وبمراجعة السّبق، نجد أن الإمام القرافي⁽¹⁾ هو أول من أشار إلى هذا الفرق - حسب علمي - إذ قال في مقدمة كتابه الفروق:

(فإن الشريعة المعظمة المحمدية - زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً - اشتملت على أصول وفروع؛ وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصّة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك..

والقسم الثاني: قواعد فقهية كلية، كثيرة العدد عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر شيء منها في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال، فبقي تفصيله لم يتحصل⁽²⁾.

فالقرافي بنى تفريقه على:

1 - القواعد الأصولية منشأها الألفاظ العربية، وما يعرض لها من نسخ وترجيح وعموم وخصوص وأمر ونهي وغير ذلك. أما القواعد الفقهية فليست كذلك.

2 - أن القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع ولا حكمه، بينما القواعد الفقهية محلٌ لأخذ هذه الأسرار والحكم.

ونقل الدكتور علي الندوي عن شيخ الإسلام ابن تيمية⁽³⁾ أنه يفرق بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية باعتبار أن أصول الفقه هي الأدلة العامة خلافاً لقواعد الفقه فإنها عبارة عن الأحكام العامة⁽⁴⁾.

(1) القرافي: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري، الإمام الحافظ عمدة أهل التحقيق، أخذ عن ابن الحاجب والعز ابن عبد السلام، وعنه محمد البقوري، وأبو العباس المقدسي، وتاج الدين الفاكهاني، وابن راشد القفصي، من مؤلفاته: الذخيرة في الفقه، والفروق، التنقيح في أصول الفقه، نفائس الأصول، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، كتاب شرح التهذيب، شرح الجلاب، العقد المنظوم في الخصوص والعموم وغير ذلك. انظر ترجمته في: الديباج (1/ 236 - 239)، شجرة النور ص (188)، وفيات ابن قنفذ، تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، ط3: 1400هـ - 1980م، ص (328).

(2) الفروق (1/ 352).

(3) ابن تيمية: هو شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي، الفقيه المجتهد المجدد، الملم بعلوم الشريعة أصولها وفروعها، ترك مصنفاً وفتاوى كثيرة، توفي رحمه الله في السجن في قلعة دمشق سنة 728هـ. انظر ترجمته في: البداية والنهاية (14/ 135)، والدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر، دار الجليل بيروت 1414هـ - 1993م، (1/ 144)، وفوات الوفيات لمحمد شاكر الكتيبي، تحقيق الدكتور إحسان عباس (1/ 74 - 80)، وتذكرة الحفاظ (4/ 1496 - 1498)، والنجوم الزاهرة لابن تغري بردي، علق عليه محمد حسين شمس الدين، (9/ 196 - 197)، شذرات الذهب (6/ 80 - 86).

(4) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (29/ 167)، القواعد الفقهية للندوي ص 68.

كما نقل الدكتور الباحثين عن البجنوردي (السيد ميرزا حسن الموسوي) أن بعض العلماء وضعوا ميزاناً للتفريق بينهما: وخلصته أن القاعدة الأصولية يستخرج منها حكم الجزئيات بالواسطة وليس مباشرة، بخلاف القاعدة الفقهية التي يستخرج منها حكم الجزئيات الفقهية مباشرة.

فالقاعدة الأصولية (الأمر للوجوب) تفيد وجوب الصلاة ولكن بواسطة الدليل وهو قوله تعالى: ﴿فَأَقِمْوَا الصَّلَاةَ﴾⁽¹⁾، والقاعدة الفقهية (الأمور بمقاصدها) تفيد وجوب النية في الصلاة مباشرة ومن دون واسطة⁽²⁾.

ومن الفروق ما ذكره الشيخ محمد أبو زهرة - رحمه الله -⁽³⁾ في كتابه (مالك) وخلاصة كلامه:

- أن قواعد أصول الفقه هي الوسائل التي يتوصل بها المجتهد إلى التعرف على الأحكام الشرعية، أما قواعد الفقه فهي الضوابط الكلية للفقه التي توصل إليها المجتهد باستعماله القواعد الأصولية، وعلى هذا فقواعد الفقه هي ضابط للثمرة المتحققة من أصول الفقه.

- إن قواعد أصول الفقه متقدمة في وجودها الذهني والواقعي على القواعد الفقهية، بل أنها متقدمة على الفروع نفسها التي كانت القواعد الفقهية لضبطها وجمع شتاتها⁽⁴⁾.

وفرق بعضهم بأن القاعدة الأصولية يكون موضوعها الأدلة، أو أنواعها، أو أعراض الأدلة، أو أنواع تلك الأعراض، أو الأحكام، ويكون محمولها مثبتاً، نحو: خبر الأحاد حجة، والعام يدل على معناه قطعاً، والأمر يفيد الوجوب، والنهي يفيد التحريم، والقياس حجة ظنية، والإجماع حجة قطعية.

أما القواعد الفقهية فموضوعها فعل المكلف، ومحمولها حكم، نحو: (اليقين لا يزول بالشك)، و(الأعمال بالنيات) و(المشقة تجلب التيسير)، و(لا ينسب لساكت قول)، و(الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه)⁽⁵⁾.

8 - مصطلح النظريات الفقهية

قبل التعرض للفرق بين القواعد والنظريات، أعرف مصطلح النظريات في اللغة والاصطلاح:

(1) سورة الحج الآية 78.

(2) راجع القواعد الفقهية للسيد ميرزا حسن الموسوي البجنوردي، ص 107، نقلاً عن القواعد الفقهية للباحثين، ص 136 - 137، وانظر: القواعد للمقري، القسم الدراسي (1/ 107 - 108).

(3) توفي رحمه الله سنة 1974 م.

(4) انظر كلام أبي زهرة في كتابه "مالك، حياته وعصره وأراءه الفقهية"، ص 218. وكذا كتابه "أصول الفقه".

(5) انظر: سد الذرائع لهشام برهاني، ص 160 - 162.

فالنظريات في اللغة: جمع نظرية، مشتق من مادة نظر، التي تأتي بمعان كثيرة منها: الإبصار، وقيل إنه يتعدى إلى المبصرات المحسوسة بنفسه، ويتعدى إلى المعاني بفي، فنقول نظرت الشيء، ونظرت في الكتاب⁽¹⁾.

وقد أطلق المناطقة والنُّظار من المسلمين "النظري" على ما احتاج إلى التفكير والتأمل، وجعلوا ذلك في مقابلة الضروري أو البديهي⁽²⁾.

أما في الاصطلاح: فعرّفها بعضهم بقوله: (فرض علمي يربط عدّة قوانين بعضها ببعض ويردّها إلى مبدأ واحد يمكن أن نستنبط منه، حتماً، أحكاماً وقواعد)⁽³⁾.

وعرّفها البعض الآخر، بقوله: (جملة من التصوّرات المؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدّمات)⁽⁴⁾.

أما فيما يتعلق بتعريف النظريات الفقهية، فلا أجد أوضح من تعريف الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، وهو من أقدم التعريفات، يقول: (نريد بالنظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلّف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً مُنبثاً في الفقه الإسلامي، كانبثاات أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كلّ ما يتّصل بموضوعه من شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية، وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها، وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القوّلي، وفكرة الضمان وأسبابه، وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله)⁽⁵⁾.

ويفيد التعريف أن النظريات الفقهية العامة هي أوسع نطاقاً وأرحب أفقاً من القواعد الفقهية الكلية، ويؤكد هذا أننا قد نجد في الواحدة من النظريات الفقهية العامة عدداً كبيراً من القواعد الفقهية، (وهذا لا ينقص من قيمة القواعد الفقهية، ولا يعض من رتبها العلمية ودرجتها في الفقه الإسلامي لأنها تعتبر الحدود والضوابط الأساسية للنظريات العامة، فهي التي تؤطرها وتضبطها وتجمع أطرافها وذيوها، وتحدّ من سعتها، وتبرز معالمها، وتشخص ملامحها، وبدونها تصبح هذه النظريات فضاء واسعاً لا حدّ له)⁽⁶⁾.

(1) انظر: المصباح المنير (نظر)(2/840)، الكليات للكفوي (4/360)، التوقيف على مهمات التعاريف ص701.

(2) انظر: شرح تحرير القواعد المنطقية ص10، التعريفات للجرجاني ص261، والتوقيف على مهمات التعاريف ص702.

(3) انظر: المعجم الفلسفي، تصنيف جماعة من العلماء، ص203، نقلاً عن القواعد الفقهية للندوي، ص62.

(4) انظر: معجم المصطلحات العربية، لمجدي وهبة وكامل المهندس، نشر مكتبة لبنان - بيروت ص413.

(5) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الأولى (1418هـ - 1998م) دار القلم - دمشق - سوريا، (329/1).

(6) انظر: قواعد الفقه الإسلامي للروكي، ص115.

ولعل هذا الترابط الوثيق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية لبس على بعض الباحثين⁽¹⁾، فراحوا يسوون بينها، أو أنهم تعمّدوا هذه التسوية لتقريب الفهم وتبسيطه، ولا يخفى أن التفريق بين المصطلحين، أولى وأكثر فائدة من التسوية بينهما، فتحديد المصطلحات تحديد للمعاني التي تقوم عليها التصورات، ومن ثم الأحكام.

يقول الدكتور الروكي: (وإنما نريد أن نؤكد على ضرورة المحافظة على روح القاعدة الفقهية وماهيتها ومعناها العلمي الذي تقدم، ولا يكون ذلك إلا بالتفريق بينها وبين النظرية الفقهية، إذ القاعدة الفقهية تحمل في عناصرها معنى التقييد والتأصيل.. أما النظرية الفقهية العامة فهي تتكون بواسطة تجريد أبواب الفقه الإسلامي وفصوله وموضوعاته، ثم تصنيف ذلك كله تصنيفاً تنتظم به كل مجموعة أو مجموعات من القضايا المتجانسة والمتشابكة في إطار كبير واحد يجمعها.. فالقاعدة الفقهية أدق وأخص مدلولاً وأضيق نطاقاً من النظرية الفقهية العامة)⁽²⁾.

ومن الفروق - أيضاً -:

- أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المدرجة تحتها، فقاعدة (اليقين لا يزول بالشك)، تضمنت حكماً فقهياً في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك، وهذا بخلاف النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكماً فقهياً، ينتقل إلى ما يندرج تحتها كنظرية الملك، والفسخ، والبطلان، وإنما هي دراسة وبحث وتجميع.
- القاعدة الفقهية تستند في تقييدها إلى أحد المصادر الشرعية، بينما تستند النظرية الفقهية في تكوينها إلى دراسة الفقه الإسلامي ومصنفات الفقهاء.
- أن القاعدة الفقهية قد تكون أعم من النظرية، لأن القاعدة لا تتقيّد بموضوع ولا باب معين، فالنظرية حين يكون موضوعها العقد، أو الملكية، فلا يدخل فيها ما يتعلق بالعبادات، أو غير ذلك مما لا صلة له بالنظرية⁽³⁾.

المطلب الثاني: أقسام القاعدة الفقهية

درج بعض الباحثين الدارسين لموضوع القواعد الفقهية إلى تقسيم القواعد الفقهية، باعتبارات مختلفة، ويمكن تلخيص ذلك فيما يلي:

الاعتبار الأول: من حيث الشمول والاتساع

تنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

(1) ممن ذهب إلى التسوية بين القواعد الفقهية والنظريات، الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه، ص 10، وتبعه في ذلك الشيخ أحمد بوطاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لكتاب "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك" للونشريسي، ص 111.

(2) قواعد الفقه الإسلامي، ص 115 - 116.

(3) انظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص 150. التقييد الفقهي للروكي، ص 54.

القسم الأول: القواعد الممتدة على أبواب الفقه جميعها، ولا يخلو بابٌ من فروعها، وهي القواعد الخمس الكبرى:

- قاعدة الأمور بمقاصدها⁽¹⁾.

- قاعدة اليقين لا يزول بالشك⁽²⁾.

- قاعدة المشقة تجلب التيسير⁽³⁾.

- قاعدة الضرر يزال⁽⁴⁾.

- قاعدة العادة محكمة⁽⁵⁾.

القسم الثاني: القواعد الشاملة لأبواب كثيرة، ولا تختص بباب معيّن، إلا أنها أقل شمولاً مما قبلها، وعبر عنها الإمام السيوطي⁽⁶⁾ بقوله: (قواعد كلية يخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية)، وذكر منها أربعين قاعدة⁽⁷⁾، ومنها:

- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام⁽⁸⁾.

- الخراج بالضمان⁽⁹⁾.

- تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة⁽¹⁰⁾.

-
- (1) الأشباه والنظائر للسيوطي ص9، أشباه ابن نجيم، ص27، الأشباه لابن السبكي (24/1).
- (2) أشباه ابن نجيم ص56، القواعد للمقري (1/291 - 292)، وإيضاح المسالك ص199، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص35، القواعد الفقهية للندوي، ص354.
- (3) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص76 - 83. غمز عيون البصائر (1/273). شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص111. القواعد الفقهية للندوي ص349 - 359. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (1/321). موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/134 - 135).
- (4) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص83، أشباه ابن نجيم ص85، شرح القواعد ص125.
- (5) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص93، الفروق للقرافي (1/76)، القواعد للمقري (1/345)، إيضاح المسالك ص392، أشباه السبكي (1/50)، أشباه السيوطي ص119، القواعد لابن رجب ص342، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (6/337)، موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/170).
- (6) السيوطي: هو الحافظ جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن الكمال الخضري السيوطي الشافعي الإمام المجتهد الحجة الزاهد صاحب التصانيف المفيدة التي بلغت نحو ستمائة مصنف في مختلف العلوم، ولد سنة 849هـ ومات سنة 911هـ. انظر: شذرات الذهب (8/51)، الأعلام (4/71).
- (7) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص134، وقد اقتصر ابن نجيم في كتابه الأشباه، على ذكر تسع عشرة قاعدة فقط.
- (8) انظر: المثور للزركشي (1/125)، أشباه السيوطي ص139، أشباه ابن نجيم ص109.
- (9) انظر: المجلة مادة 85، أشباه السيوطي ص175، أشباه ابن نجيم ص151، المثور للزركشي (2/119)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص361. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (5/274).
- (10) المثور (1/309)، أشباه السيوطي 158، أشباه ابن نجيم 124، المجلة مادة 58، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص496، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (4/307).

- إذا اجتمع السبب أو الغرر والمباشرة، قدّمت المباشرة⁽¹⁾.

- الحرّ لا يدخل تحت اليد⁽²⁾.

واقترنت على هذه القواعد لأنها من بين القواعد المخرّج عليها، في الجانب التطبيقي.

القسم الثالث: القواعد المذكورة في أبواب معينة، وفروعها محدودة، وقد أطلق عليها ابن

السبكي، اسم القواعد الخاصة⁽³⁾.

ومن أمثلتها:

- الأصل في الأموال العصمة⁽⁴⁾.

- مقتضى العقد السلامة⁽⁵⁾.

- كل عقدين بينهما تضاد: لا يجمعهما عقد واحد⁽⁶⁾.

- كل ما يثبت في الذمة لا يصحّ الإقرار به⁽⁷⁾.

- الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم⁽⁸⁾.

الاعتبار الثاني: من حيث الاتفاق عليها وعدمه

تنقسم القواعد بهذا الاعتبار إلى قسمين اثنين:

القسم الأول: قواعد متفق عليها، وهي نوعان:

1 - قواعد متفق عليها بين جميع المذاهب، ومثلها القواعد الخمس الكبرى، التي سبق

ذكرها.

2 - قواعد متفق عليها في المذهب الواحد، ومن أمثلتها ما ذكره الإمام السيوطي من

القواعد الأربعين، وقد ذكرنا بعضها سابقاً.

القسم الثاني: قواعد مختلف فيها، وهي أيضاً نوعان:

1 - قواعد مختلف فيها بين أكثر من مذهب، ومنها:

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 206، أشباه ابن نجيم، ص 163. المنشور (1/133).

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 161، أشباه ابن نجيم، ص 131.

(3) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (1/200).

(4) انظر: الذخيرة للقرافي (6/327)، والقواعد والضوابط الفقهية القرافية، عادل ولي قوته (2/441).

(5) انظر: الذخيرة للقرافي (5/247)، والقواعد والضوابط الفقهية القرافية (2/607).

(6) انظر: الفروق للقرافي (3/142)، الذخيرة (4/392).

(7) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 573.

(8) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (1/390).

- الدفع أقوى من الرفع⁽¹⁾.
 - الرخص لا تناط بالمعاصي⁽²⁾.
 - ما حرم استعماله حرم اتخاذه⁽³⁾.
- 2 - قواعد مختلف فيها داخل المذهب الواحد، ويغلب على هذا النوع وروده بصيغة الاستفهام، وأغنى المذاهب بهذا النوع من القواعد مذهب المالكية⁽⁴⁾.
- وهذا النوع من القواعد كثير الدوران في كتب الفقه، وهو يعكس مظهر من مظاهر الاجتهاد داخل المذهب الواحد، وما ينتج عن ذلك من اختلاف تنوعي.
- ويمكن التمثيل لهذا النوع من المذهب المالكي بما يلي:
- هل الإبراء إسقاط أم تمليك؟⁽⁵⁾
 - يد الوكيل هل هي كيد الموكل أم لا؟⁽⁶⁾
 - بيع الخيار إذا أمضي: هل يعدُّ ماضياً من حين عقده، أو من حين إمضائه؟⁽⁷⁾
 - رد البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله أو من حين رده؟⁽⁸⁾
 - الشفعة هل هي بيع أو استحقاق؟⁽⁹⁾

الاعتبار الثالث: من حيث الاستقلال والتبعية

وتنقسم القواعد بهذا الاعتبار إلى قسمين اثنين:

القسم الأول: قواعد مستقلة أو أصلية، وهي القواعد التي لم تكن قيدياً أو شرطياً في قاعدة أخرى، ولا متفرعة عن غيرها، وخير مثال لها، القواعد الخمس الكبرى، وكذا القواعد الأربعين التي ذكرها السيوطي.

(1) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 178، ولم يورد شيئاً منها ابن نجيم في أشباهه، وهذا دليل على أن مذهبه يخالف ذلك.

(2) المصدر نفسه.

(3) المصدر نفسه.

(4) ومن الكتب التي اعتنت بذلك: إيضاح المسالك للونشريسي، والقواعد للمقري، وقسم كبير من المنهج المنتخب للزقاق، وتكميله للإمام ميارة.

(5) انظر: الفروق للقرافي (2/ 111)، فقرة 79. الكليات للمقري ص 159، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (1/ 322) - (324)، المنثور للزرکشي (1/ 81 - 87).

(6) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي، ص 276، قاعدة رقم: 63.

(7) انظر: الذخيرة (7/ 309)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (2/ 529).

(8) إيضاح المسالك للونشريسي، ص 354، القاعدة رقم: 93، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني ص 308.

(9) إيضاح المسالك ص 383، القاعدة رقم: 106.

القسم الثاني: قواعدُ تابعة، وليس المقصود بذلك عدم استقلالها في المعنى، وإنما المقصود أنها قواعد تُخدم غيرها من القواعد، ويقع ذلك من جهتين:

1 - أن تكون متفرّعةً عن قاعدة أكبر منها، فتمثل جانباً منها، أو تطبيقاً لها في مجال معين، ومن أمثلة ذلك:

- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم⁽¹⁾.

- ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم⁽²⁾.

فالقاعدتان متفرعتان عن القاعدة الأم: (العادة محكمة).

2 - أن تكون قيدياً أو شرطياً في غيرها، فمن ذلك:

- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت⁽³⁾.

- لا عبرة بالعرف الطارئ⁽⁴⁾.

فهي قيودٌ أو شروطٌ في قاعدة (العادة محكمة).

المطلب الثالث: أركان القاعدة الفقهية وشروطها

إن علم القواعد الفقهية كغيره من العلوم له مقومات علمية يقوم عليها، لا تتكون ماهيته وحقيقته إلاّ بها، والبحث عن هذه المقومات، بدأ الاهتمام به حديثاً، ولا ينبغي الحكم على أن العلماء القدامى ممن ألفتوا في القواعد الفقهية، لم يتعرضوا لهذه المقومات⁽⁵⁾، إلاّ بعد البحث والتنقيب والتمحيص والتدقيق، وهو المنهج الذي سلكه الدكتور عادل ولي قوته، في دراسته القيمة، والتي أثبت من خلالها أن الإمام القرافي، وضع مقومات وضوابط للقاعدة الفقهية، سيأتي ذكرها قريباً.

أما المحدثون، فقليل منهم من تعرض لمقومات القاعدة الفقهية، كالدكتور محمد الرُّوكي في كتابه "نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء"، في مطلب سمّاه (عناصر القاعدة الفقهية)⁽⁶⁾.

وكذا الدكتور يعقوب الباحسين في كتابه "القواعد الفقهية" في فصل سمّاه (مقومات القاعدة الفقهية الأركان والشروط)⁽⁷⁾. وقد استفاد الباحسين - كثيراً - مما كتبه علماء القانون، وعلماء المنطق، في هذا الموضوع.

(1) انظر: المجلة المادة 44، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 185. الوجيز ص 306.

(2) انظر: نشر العرف (2/ 144).

(3) المجلة مادة 41، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 179. الوجيز ص 295.

(4) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 101.

(5) كما صرح بذلك الدكتور الباحسين في كتابه القواعد الفقهية، ص 165.

(6) انظر: ص 60 من الكتاب.

(7) انظر: ص 165 وما بعدها.

وقبل استعراض هذه المقومات، ينبغي التوقف عند حقيقة هذا المصطلح، فالمقصود بمقومات القاعدة كما اصطلح عليه البعض⁽¹⁾، أو عناصرها العلمية الأساسية كما اصطلح عليه البعض الآخر⁽²⁾: أركان القاعدة، وشروطها، فأعرّف الركن ثم أعرّف الشرط، حتّى يتّضح الفرق بينهما، وبناءً على هذا التفريق يتحدّد كون الشيء ركناً أو شرطاً، فما حقيقتهما في اللغة والاصطلاح؟

الركن في اللغة: هو الجانب القويّ من الشيء⁽³⁾.

وفي الاصطلاح: (هو ما لا وجود للشيء إلا به)⁽⁴⁾.

أو هو (ما يتمّ به، وهو داخل فيه)⁽⁵⁾.

أما الشرط في اللغة: من الشّرط بالتحريك، وهو العلامة، والجمع أشراط، وأشراط الساعة أعلامها، والشّرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط⁽⁶⁾.

وفي الاصطلاح: (هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في الحكم، ولا مفضٍ إليه)⁽⁷⁾.

أو هو: (ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)⁽⁸⁾.

أولاً: أركان القاعدة الفقهية

أبدأ أولاً بذكر ما توصل إليه الدكتور عادل ولي قوّه، في دراسته الموسومة بـ: "القواعد والضوابط الفقهية القرآنية"، وبالضبط في مبحث عقدهُ لجمع كلام القرآني المحدّد (لمقومات القاعدة الفقهية).

فبعد أن قام الدكتور بجمع نصوص الإمام القرآني في الموضوع وتحليلها، لخص كل ذلك في العناصر التالية:

1 - حرّص الإمام في إقامة القاعدة على إحكام الصياغة، ومطابقة هذه الصياغة للمدارك الشرعية الصحيحة، وهذا في الجملة.

(1) اصطلاح الدكتور الباحثين.

(2) اصطلاح الدكتور محمد الروكي.

(3) انظر: تعريفات الجرجاني ص 117، المصباح المنير (1/323)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 373.

(4) انظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت730هـ)، ضبط وتعليق وتخريج محمد المعتصم بالله البغدادي (3/344).

(5) أصول السرخسي (2/174).

(6) التعريفات للجرجاني ص 131، المصباح المنير (1/421)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 427.

(7) انظر: التعريفات للجرجاني ص 131، القاموس الفقهي ص 192.

(8) انظر: حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلّي على منهاج الطالبين طبعة دار إحياء الكتب العربية - القاهرة - مصر (1/175).

- 2 - ضرورة اشتمال القاعدة على موجب الاعتبار لها.
- 3 - ضرورة مناسبتها للنصوص والأقيسة.
- 4 - أن تقلّ النقوض الواردة على القاعدة، أو تنعدم.
- 5 - أن القاعدة العامة الكلية لا تثبت بالمثّل الجزئية، بل لابدّ في التسليم بكلّيتها وعمومها إلى ثبوت ذلك في ما لا يحصى من الأمثلة والجزئيات⁽¹⁾.

والمأمل في هذه العناصر، يجد أن بعضها لا يعتدّ به كركن من أركان القاعدة أو شرط من شروطها، كعنصر، (إحكام الصياغة)، فهو لا يدخل ضمن حقيقة الركن، ولا الشرط، بل هو يعتبر من مكملات ومحسّنات القاعدة الفقهية، لا من حقيقتها وماهيتها.

وبعض العناصر يعتبر من شروط تطبيق القاعدة، لا من شروط أركان القاعدة، كالعنصرين الثاني والرابع.

وهذا الحكم ينسحب أيضاً على عنصر (إحكام الصياغة)⁽²⁾، الذي ذكره الدكتور الروكي من ضمن المقوّمات الأساسية للقاعدة الفقهية.

وتعقبه الدكتور الباحثين منتقداً، بأن بعض هذه المقوّمات، خارج عن أركان وشروط القاعدة، قال: (لكنّ كلامه هذا لا يستقيم؛ لأنّ بعض ما ذكره خارج عن أركان وشروط القاعدة...)⁽³⁾.

وحتى لا يقع الباحث في مثل هذا الاضطراب، ثم الاعتراض، يحسن به أن يسلك منهج التمييز بين ما هو ركن، وما هو شرط، وهو المنهج الذي سار عليه الدكتور الباحثين، والذي ألخصه فيما يلي:

اقترح ركنين للقاعدة الفقهية بناء على تعريفه لها، فهي - عنده - قضية كلية، فلزم أن تكون أركانها هي أركان القضية الكلية نفسها، وأن يكون ما عداها خارجاً عن ماهية القضية، سواء كان شرطاً، أو غير ذلك. ثم قال:

(الركن الأوّل: الموضوع أو المحكوم عليه، وهو الذي يحمل عليه الحكم، وقيل إنّه سمّي موضوعاً، لأنه وضع ليحمل عليه الثاني، أو ليحكم عليه بشيء⁽⁴⁾).

كالمشقة في قاعدة «المشقة تجلب التيسير»، والضرر في قاعدة «الضرر يزال».

(1) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية (1/199).

(2) انظر: التقعيد الفقهي للروكي ص 67.

(3) انظر: القواعد الفقهية للباحثين ص 169.

(4) شرح التهذيب بحاشية العطار ص 117.

الركن الثاني: الحكم وهو المعبر عنه بالمحمول، أو المحكوم به، وهو ما حمل على الموضوع⁽¹⁾، أو أخبر به عنه، أو نسب أو أسند إليه، وبواسطته نثبت أو ننفي وصفاً أو صفات عن الموضوع، ولا بد أن يكون ذلك الوصف بياناً لحكم شرعي، أو لما له صلة بالحكم الشرعي.

كإثبات التيسير للمشقة، والإزالة للضرر.

وقد يقع المحمول اسماً، كقولهم: «العادة محكمة»، و«الأمر بمقاصدها»، وقد يقع فعلاً، كقولهم: «الضرر يزال»، و«المشقة تجلب التيسير»⁽²⁾.

ثانياً: شروط القاعدة الفقهية وهي على نوعين

النوع الأول: شروط أركان القاعدة الفقهية

بما أن للقاعدة الفقهية ركنين، هما الموضوع، والمحمول، فإن لكليهما شروطاً، نذكرها فيما يأتي:

أ - شروط الموضوع:

- التجريد: التجريد لغة: يأتي بمعنى التعرية، يقال: جرّده من الثياب، إذا عرّاه منها، وجريد النخل: السعف يعرى من الخوص⁽³⁾.

ومعنى التجريد - هنا - أن تكون القاعدة مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها. أو أن تكون القاعدة مبيّنة لأحكام أفعال الأشخاص بصفاتهم، لا بأعيانهم، لأن تشخيص الموضوع يتنافى مع معنى القاعدة وكلية الموضوع فيها.

وهذا المعنى موافق للمعنى اللغوي، لأن التعرية معنى حاصل فيما ذكرناه.

ومثال ذلك:

- بيع المكره باطل.
- إجارة المكره لا تصح.
- طلاق المكره لا يقع.
- هبة المكره لا تلزم.

فهذه العبارات لا ترقى إلى مستوى القاعدة الفقهية، لارتباط الحكم في كل منها بجزئية بعينها، أو لأن موضوع كل منها مُشخّص، لا مجرد.

لكن إذا جرد الحكم، بالقول: «الإكراه يبطل العقد» صارت قاعدة فقهية لاشتمالها على شرط التجريد.

(1) تحرير القواعد المنطقية، ص 86.

(2) انظر القواعد الفقهية للباحسين، ص 169 - 170.

(3) انظر: المصباح المنير (1/ 131)، التعريفات للجرجاني ص 53، التوقيف على مهمات التعاريف ص 160.

- العموم: المراد به - هنا - الشمول، يقال في اللغة: عم الشيء عموماً شمل الجماعة، كما يقال: عمّمهم بالعطية شملهم، أيضاً⁽¹⁾.

والمقصود من ذلك أن موضوع القضية لا بدّ من أن يتناول جميع أفراده الذين ينطبق عليهم معناه وهذا أمر يفهم من كون القاعدة قضية كلية.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن العموم والتجريد لا يظهر أي منهما عند التطبيق؛ لأن (تطبيق القاعدة يكون دائماً فردياً، بمعنى أنها لا يمكن أن تنطبق إلا على شخص معيّن بذاته)⁽²⁾. وعلى هذا فإن العموم والتجريد في القاعدة، إنّما هما وصفان لها في مرحلة سكونها، قبل أن تتحرك لتنطبق على شخص معين، أو واقعة بعينها⁽³⁾.

ب - شروط المحمول، أو الحكم

- أن يكون الحكم شرعياً: القاعدة الفقهية هي قاعدة شرعية، فحكمها يكون شرعياً أيضاً، أو مما تبنى عليه الأحكام الشرعية العملية، بغض النظر عن كونه حكماً تكليفاً أو وضعياً، ويعتمد في تحديد ذلك القرائن وأمور من خارج القاعدة، لا من صيغة القاعدة.

- أن يكون الحكم باتاً غير متردّد فيه: لأن التردد يوهن الحكم الصادر عن القاعدة، ويضعف الاحتجاج بها، وينبغي التنبيه إلى أن القواعد الواردة بصيغة الاستفهام كقولهم مثلاً: «الإقالة هل هي فسخ أو بيع»؟ هي في الحقيقة قاعدتان تتضمن كل واحدة منهما حكماً يخالف حكم الأخرى، فقاعدة «كل إقالة فسخ»، تخالف قاعدة «كل إقالة بيع»، وهكذا سائر القواعد التي هي من هذا القبيل.

النوع الثاني: شروط تطبيق القاعدة الفقهية

التطبيق في معناه الأصلي يراد به إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة علمية معيّنة⁽⁴⁾، والمراد به هنا في علم القواعد الفقهية:

(ذكر الفروع الفقهية على قاعدة ما، سواء نصّ على كونها متفرّعة عن هذه القاعدة، من قبل أئمة المذهب، أو كان يدرك بغير كبير فُكر أنه لا فرق بين هذه الفروع المنصوصة وبين نظائر لها لم يُنصّ على تفرّعها عن هذه القاعدة)⁽⁵⁾.

أما شروط المطبّق للقاعدة الفقهية ومؤهلاته فهي:

(1) انظر: الكليات (3/189)، التعريفات ص 163، المصباح المنير (2/588)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 527.
 (2) انظر: المدخل لدراسة القانون، للدكتور علي محمد بدير، طبعة سنة 1970، دار الطباعة الحديثة - البصرة - العراق ص 53.
 (3) القواعد الفقهية للباحسين، ص 173.
 (4) انظر: التعريفات للجرجاني ص 63، المصباح المنير (2/503)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 182.
 (5) انظر: الفروق (2/107 - 108)، نشر البنود على مراقي السعود (2/322 - 323).

أن يكون شديد الفهم، ذا حظ كبير من فقه الإمام الذي يقلده، مستوعباً لمذهبه واضح ومشكله، عارفاً بعامة وخاصه ومطلقه ومقيده، والحد الأدنى من ذلك غلبة الظن به⁽¹⁾.

قال في نشر البنود في الحكم على المتصف بهذه المرتبة، وبيان حدوده العلمية: (..فهذا يُعتمد نقله وفتواه فيما يحكيه من مسطورات مذهبه، وما لا يجده منقولاً إن وجد في المنقول معناه؛ بحيث يدرك بغير كبير فكر أنه لا فرق، وكذا ما يعلم اندراجه تحت قاعدة من قواعد مذهبه، وما ليس كذلك يجب إمساكه عن الفتوى به، ولا يجوز لأحد العمل به)⁽²⁾.

وهذه المرتبة ليست من مراتب الاجتهاد في شيء، وهي تشبه في هذا مرتبة تحقيق المناط في باب القياس.

أما ما يتعلق بشروط تطبيق القاعدة الفقهية، سبق وأن أشرنا أن الإمام القرافي قرّر هذه الشروط، وحددها في ما يلي:

- ضرورة اشتمال القاعدة على موجب الاعتبار لها.

- ضرورة مناسبتها للنصوص والأقيسة.

- أن تقلّ النقوض الواردة على القاعدة، أو تنعدم⁽³⁾.

واهتم - بعض الباحثين المعاصرين - بتوضيح وشرح هذه الشروط، على ضوء ما توصل إليه الإمام القرافي وغيره من التأصيل والتأسيس؛ وقالوا:

إن شروط القاعدة الخاصة لا تكفي لتطبيقها وإعمالها، بل لابد من شروط أخرى لإمكان تطبيقها، وهذا الأمر ينطبق على مختلف أنواع القواعد، وسألخص هذه الشروط فيما يلي:

أ- أن تتوفر في الوقائع الشروط الخاصة، التي لا بدّ منها لانطباق القاعدة عليها.

ولبيان ذلك أسوق قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، فإنها لا يعمل بها ولا تنطبق على جزئياتها إلا وفق شروط معينة، منها:

- أن تكون الضرورة محققة، لا متوهمة.

- أن تكون إزالة الضرورة متفقة مع مقاصد الشارع.

- أن لا تؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها.

- أن لا يترتب على إزالتها إلحاق ضرر بغيره.

(1) قاله العلامة الحطاب فيما نقله عنه العلامة المرابط في مراقي السعود، ص 440.

(2) نشر البنود (2/323).

(3) راجع الفروق للقرافي، الجزء الثالث، طبعة دار المعرفة.

- أن تقدر الضرورة بقدرها.

وهكذا يكون العمل في سائر القواعد الفقهية.

ب - أن لا يعارضها ما هو أقوى منها، أو مثلها، سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً معتدلاً به، أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها.

فمثال الأول عدم انطباق قاعدة «الأصل في الميتات التحريم»⁽¹⁾، على السمك والجراد، لمعارضته النصّ الشرعي الذي أفاد حليتهما، وذلك في قوله ﷺ:

«أحلّت لكم ميتتان ودمان، فأما الميتتان فالحوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال»⁽²⁾.

ومثال أن لا يعارض القاعدة قاعدة فقهية أخرى متفق عليها: القول بلزوم اغتسال المستحاضة المتحيرة عند كل صلاة، استثناء من قاعدة «الأصل العدم»، لدخول هذه المسألة في أصل آخر معارض لذلك، وهو أن الأصل وجوب الصلاة، ووجوب الغسل من الحيض المحقق، فلم ينطبق عليها حكم القاعدة لمعارضته بحكم قاعدة أخرى.

ج - أن تكون الواقعة المراد تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الشرعي الثابت بالنصّ أو الإجماع.

فإذا كانت الواقعة مما نصّ أو أجمع على حكمها ففي هذه الحالة ينظر للحكم المستفاد من تطبيق القاعدة، فإن كان موافقاً للحكم المستفاد من النصّ أو الإجماع، جاز تطبيق القاعدة عليها، إذ لا تعارض بينهما، ولا مانع من تعدد الأدلة على مسألة واحدة.

وأما إذا كان مخالفاً فلا يجوز ذلك، لكون الحكم المستفاد من تطبيق القاعدة أضعف من الحكم الخاص الثابت بالنصّ أو الإجماع.

وهذا إذا كانت القاعدة ثابتة بالاجتهاد، أما إذا كانت القاعدة نصّاً شرعياً فإنه يلجأ - حينئذ - إلى القواعد والأسس العامة المعتمدة عند التعارض والترجيح.

(1) لم أجد هذه القاعدة بهذه الصيغة في كتب القواعد الفقهية بل بصيغة «الأصل في النواهي أنها للتحريم» راجع موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (28/3).

(2) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الأطعمة، باب الكبد والطحال رقم: 3314، (2/1102)، والإمام أحمد في مسند ابن عمر رضي الله عنهما برقم: 5723 (2/97)، وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: (أخرجه أحمد والدارقطني مرفوعاً وقال أن الموقوف أصح، ورجح البيهقي أيضاً الموقوف، إلا أن له حكم الرفع) فتح الباري (9/621)، وانظر: التلخيص الحبير (1/25 - 26).

المبحث الثاني مصادر القاعدة الفقهية ومسالك تعييدها وحجيتها

المطلب الأول: مصادر القاعدة الفقهية

اتفق أغلب العلماء على أن للقواعد الفقهية مصادر متنوعة ابتداءً من نصوص الشارع وانتهاءً بالتخريج من تراث العلماء. وقد أجاد بعض الباحثين المتأخرين في الكلام عن مصادر القواعد الفقهية، وتوسع في ذلك كثيراً.

ونظراً لطبيعة الأطروحة سأقتصر على تلخيص أهم ما ذُكر في مصادر القواعد الفقهية، في النقاط الآتية:

أولاً: نصوص الشارع

تعتبر نصوص الشارع الحكيم خاصةً نصوص السنة النبوية أهم وأقوى مصادر القواعد الفقهية، فقد تكون القاعدة مأخوذة من نص آية قرآنية، أو تكون بصيغتها النهائية عبارة عن حديث من أحاديث النبي ﷺ، وقد تكون مأخوذة من نص حديث نبوي شريف، بطريق الاجتهاد، وسأتناول هذه الأنواع ضمن النقاط الآتية:

1 - القاعدة الفقهية المأخوذة من نص آية قرآنية

كثير من النصوص القرآنية المتعلقة بأفعال المكلفين تأتي بصيغة العموم والشمول، فهي بمثابة قواعد عامة يرجع إليها المكلف في كل عصر ومصر، وهذا الأمر تفتن له الفقهاء، فعمدوا إلى استخلاص هذه القواعد من الآيات القرآنية، وصاغوها بتعبيرهم وأسلوبهم الخاص، وإليك بعض الأمثلة على ذلك:

أ - قاعدة «الأصل في العقود اللزوم»⁽¹⁾.

هذه القاعدة استلها الفقهاء من قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²⁾. فهي تقرر كلية تشريعية كبرى هي: إلزامية العقود، وهو الأصل في جميع العقود، إلا ما استثناه الشرع لمصلحة العباد.

ب - قاعدة «الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار الحرمة»⁽³⁾.

(1) انظر: الفروق للقرافي (13/4)

(2) سورة المائدة الآية 1.

(3) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو، (24/2).

وهي قاعدة مأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَمُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَمُحَرِّمٌ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ﴾⁽¹⁾. وهذه الآية هي مستند فقهاء الشافعية في تقريرهم لهذه القاعدة⁽²⁾.

ج - قاعدة «المشقة تجلب التيسير».

وهي قاعدة استدل لها العلماء بالآيات الكريمات:

- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾⁽³⁾.

- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽⁴⁾.

- قوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ﴾⁽⁵⁾.

2 - القاعدة الفقهية التي هي نصّ حديث نبوي شريف

من المعروف أن النبي ﷺ أوتي جوامع الكلم، وهو لا ينطق عن الهوى فكلامه وحي غير متلو، وقد سلك كثير من العلماء هذا المسلك، وراحوا يقعدون القواعد الفقهية، باعتماد جملة من أحاديث النبي ﷺ، بلفظها ومعناها، أو بتغير بسيط في ألفاظها، مع الإبقاء على المعنى. وسأكتفي - للتوضيح - ببعض النماذج على سبيل التمثيل لا الحصر:

أ - قاعدة «الخراج بالضمان»

وهذه القاعدة أصلها حديث نبوي شريف جاء بهذه الصيغة⁽⁶⁾، واعتمدها الفقهاء بنصّها قاعدة، وساققتها مجلة الأحكام العدلية ضمن قواعدها⁽⁷⁾، وسببه أن رجلاً ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ، فردّه عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي، فقال: «الخراج بالضمان»⁽⁸⁾.

(1) سورة الأعراف الآية 157.

(2) انظر: نهاية السؤل (108/3)، والإبهاج (108/3).

(3) سورة البقرة الآية 185.

(4) سورة البقرة الآية 286.

(5) سورة المائدة الآية 6.

(6) الحديث أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع والإجازات، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، رقم 3508، السنن (284/3). والترمذي في السنن كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عيباً، وقال حديث حسن صحيح، رقم 1285، السنن (3/581 - 582).

(7) المادة رقم 85، وانظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 361.

(8) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 93، وأشباه ابن نجيم، ص 175.

ب - قاعدة «جناية العجماء جبار»⁽¹⁾

هذه القاعدة أوردتها مجلة الأحكام العدلية بهذه الصيغة، بتغيير بسيط لنص حديث نبوي شريف: «العجماء جرحها جبار»⁽²⁾. ولفظ الجناية أعم من جرح.

ومعنى القاعدة أن ما تلتفه البهائم من مال أو نفس هو هدر، لا ضمان فيه، إن لم يكن صاحبها قد تسبب في ذلك.

ج - قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»

وردت هذه القاعدة بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾، وهي بهذه الصيغة نص حديث عن النبي ﷺ، والعلماء المشتغلون بعلم القواعد جعلوا هذا الحديث دليلاً ومستنداً لقاعدة أخرى هي «الضرر يزال»، وسيأتي بيان ذلك في باب التطبيقات الفقهية.

3 - القاعدة الفقهية المستنبطة من النصوص الشرعية

من المعلوم أن النصوص الشرعية كثيرة العدد، عظيمة المدد، وقد استفاد الفقهاء من هذا المدد كثيراً، واعتنوا بتهذيبه وتبويبه، وصياغته الصياغة الفنية المحكمة؛ وخير دليل على ذلك اهتمامهم بعلم القواعد، وخاصة المستنبطة من نصوص الشارع الحكيم عن طريق التعليل والتوجيه والتفسير، وسأكتفي - في بيان هذا النوع - ببعض النماذج على سبيل التمثيل والتوضيح:

أ - قاعدة «الحرام لا يتعلق بدمتين»⁽⁴⁾

ومعنى القاعدة أن إثم الحرام وعقابه لا يقع إلا على مقترفه المباشر، ولا يفهم من القاعدة أن الحرام إذا اشترك في فعله مكلفان فلا يقع إلا على أحدهما، ولذلك قال الفقهاء: إن الحرام لا يتعلق إلا بالذمة المشغولة به، أما البريئة منه الفارغة من تبعته فلا تعلق له بها، ومثال ذلك ما لو اجتمع أكثر من واحد على القتل، كان الإثم والعقاب عليهم جميعاً، لأن ذمهم جميعاً بمنزلة الذمة الواحدة، أما الذي لم يشارك معهم لا يتعلق بدمته شيء، مهما كانت صلته وعلاقته بهم.

(1) انظر: المجلة المادة 94، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص 389، المدخل الفقهي العام (2/1048).

(2) الحديث أخرجه أبو داود في السنن كتاب الديات باب العجماء والمعدن والبئر جبار رقم: 4593، (4/196). وأخرجه الترمذي في السنن كتاب الزكاة، باب ما جاء أن العجماء جرحها جبار وفي الركاز الخمس رقم: 642 و1377، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح انظر السنن (3/34) و(3/661) و(4/37). والنسائي في كتاب الزكاة، باب المعدن رقم: 2495 (5/44)، وابن ماجه في كتاب الديات، باب الجبار رقم: 2674 و2675 (2/891). وانظر: فتح الباري (12/257 - 258).

(3) المادة 19، وانظر: شرح القواعد الفقهية، ص 113.

(4) انظر: التقعيد الفقهي للروكي ص 104.

- وقد استنبطت هذه القاعدة من جملة من النصوص القرآنية، منها:
- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾⁽¹⁾.
- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁽²⁾.
- وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾⁽³⁾.
- وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٦﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾⁽⁴⁾.

ب - قاعدة «الشرط الباطل لا يؤثر في العقد»⁽⁵⁾.

هذه القاعدة استنبطها الفقهاء من حديث نبوي شريف:

وهو أن بريرة⁽⁶⁾ أتت عائشة⁽⁷⁾ رضي الله عنها تسألها في كتابها⁽⁸⁾، فقالت عائشة: إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء⁽⁹⁾ لي، فلما جاء رسول الله ﷺ أخبرته ذلك، فقال النبي ﷺ: «ابتاعها فأعتقها وإنما الولاء لمن أعتق»، ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر فقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط»⁽¹⁰⁾.

- (1) سورة الأنعام الآية 164.
- (2) سورة الأنعام 164، وسورة الإسراء الآية 15.
- (3) سورة المدثر الآية 38.
- (4) سورة الزلزلة الآية 7 - 8.
- (5) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (6/90 - 92)، قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف ص 241، التعميد الفقهي للروكي ص 101.
- (6) بريرة هي مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق ﷺ، وكانت مولاة لبعض بني هلال، فكاتبوها ثم باعوها من عائشة فأعتقتها، وكان اسم زوجها مغيثاً، وكان مولى فخيرها رسول الله ﷺ، فاخترت فراقه. انظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير تحقيق خليل مأمون شيحا، (5/229) رقم: 6778، الإصابة (7/535) رقم: 10928، الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر بتحقيق علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الجود (4/357) رقم: 3290.
- (7) عائشة: هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر زوج النبي ﷺ، أفقه نساء الصحابة وأكثرهن رواية، حدث عنها خلق كثير من الصحابة، بلغ عدد مروياتها 2210 حديث، توفيت سنة 57هـ.
- انظر ترجمتها في: طبقات ابن سعد (5/25)، سير أعلام النبلاء (1/135)، البداية والنهاية (8/91)، تهذيب التهذيب (12/433)، الإصابة (3/38).
- (8) الكتاب والمكاتب والكتابة: عقد يجري بين العبد وسيده، أو بين الأمة وسيدها، يشترى فيه نفسه منه أقساطاً، فإذا تمت الأقساط صار حراً، انظر: القاموس الفقهي ص 315.
- (9) الولاء: لغة: النصر والحمية، وفي الاصطلاح: حق يتمثل في أمرين: الأول: أن ينتسب المعتقد للمعتقد، والثاني: أن يرث المعتقد أو عصبته، المعتقد إذا مات عن غير وارث. راجع معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (3/500).
- (10) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، (2/981)، رقم: 2584. ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، (2/1142)، رقم: 1504.

واشترط أهل بريرة أن يكون ولاؤها لهم ليس شرطاً حراماً، ومع ذلك منع النبي ﷺ من لزومه لكون الشرع لا يشترطه، وإذا كان الشرط المباح لا يلزم، فإن الشرط الحرام أولى بعدم اللزوم.

والمقصود بالقاعدة إذا: أن العقد إذا استوفى أركانه وشروطه المطلوبة شرعاً، فإنه ينعقد لازماً، ولا يؤثر فيه اشتراط أحد العاقدين شرطاً فاسداً أو باطلاً، قال محمد ابن حارث الخشني⁽¹⁾: (فشروط الغرر كلها في البيعات والنكاحات وسائر المعاملات وشروط الحرام، لا تلزم من اشترطت عليه)⁽²⁾.

ج - قاعدة «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»⁽³⁾

أخذت هذه القاعدة من قوله ﷺ: «ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة»⁽⁴⁾، وفي رواية: «ما من أمير يلي أمور المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة»⁽⁵⁾.

وهذه القاعدة (ترسم حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم على الرعية، فتنفيذ أن أعمال هؤلاء الولاية وتصرفاتهم النافذة على الرعية الملزمة لها في حقوقها العامة والخاصة يجب أن تبنى على مصلحة الجماعة وتهدف إلى خيرها حاضراً ومستقبلاً مما يعبر عنه بالمصلحة العامة) (6). وسأتعرض للقاعدة بشيء من التفصيل في الفصل التطبيقي.

ثانياً: القاعدة الفقهية المستلّة من نصوص العلماء والأئمة

إن الدّارس لنشأة علم القواعد الفقهية، وخاصة في مراحلها الأولى، وبالضبط مرحلة النشأة والتكوين، يخلص إلى حقيقة: أن طائفة من القواعد الفقهية كانت نتاج اجتهادات لثلة من الأئمة الأعلام.

ولا يخفى على الباحث أن نصوص الأئمة قد تكون في البداية عبارة عن قواعد عامة أو أصول أو ضوابط، ومع مرور العصور يتم تحويل وتهذيب هذه النصوص لتصبح قواعد فقهية محكمة الصياغة، يستفاد منها في معالجة مسائل كثيرة، ووقائع عديدة.

(1) هو محمد بن حارث بن أسد الخشني، يكنى أبا عبد الله، ولد بالقيروان أواخر القرن الهجري الثالث، كان حافظاً للفقهِ وعالماً بالفتوى وأساليبها، عالماً بأخبار الرجال وأسمائهم، من أشهر ما ألف الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك، أصول الفتيا في الفقه على مذهب مالك، توفي بقرطبة سنة 361هـ، وقيل 364، وقيل غير ذلك، انظر في ترجمته: الديباج ص 260، المدارك (4/ 531) الأعلام (6/ 303).

(2) أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، ص 376.

(3) انظر: المجلة، المادة 58، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص 247.

(4) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه بهذا اللفظ كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار (1/ 125) رقم: 142، والبخاري في صحيحه كتاب الأحكام، باب من استرعي رعية فلم ينصح (6/ 2614) رقم: 6731.

(5) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر (1/ 126) رقم: 142.

(6) عن المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، (2/ 1050) بتصرف بسيط.

ثم جاء من بعدهم تلاميذهم، فرتبوا هذه القواعد ونظروا إلى أشباهها ونظائرهما، وإلى عللها ومقاصدها، فخرّجوا منها قواعد وضوابط أخرى، أثروا بها علم القواعد الفقهية، فازداد رسوخاً وقوةً.

وحتى يتضح الأمر أكثر، أذكر بعض النماذج - على سبيل التمثيل لا الحصر - الدالة على أن نصوص العلماء تعتبر مصدراً من مصادر القواعد الفقهية:

1 - قول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»⁽¹⁾. فنصه هذا قاعدة في باب الشروط.

2 - قول عبد الله بن عباس رضي الله عنهما⁽²⁾: «كل شيء في القرآن: أو، أو فهو مخير، وكل شيء: فإن لم تجدوا: فهو الأول فالأول»⁽³⁾. قوله هذا اعتبر قاعدة في باب الكفارات والتخيير فيها.

3 - قول علي رضي الله عنه: «من قاسم الربح فلا ضمان عليه»⁽⁴⁾.

يعتبر قاعدة في مجال الفقه المالي، خاصة في المضاربة والمشاركة.

4 - قول الإمام مالك⁽⁵⁾: «كل ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء»⁽⁶⁾.

5 - قول الإمام القاضي أبي يوسف⁽⁷⁾، في كتابه الخراج: «التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغره»⁽⁸⁾.

(1) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، وباب الشروط في النكاح (323/5) و(217/9).

(2) هو الصحابي عبد الله بن عباس ابن عم رسول الله ﷺ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، كان من أعيان علماء الصحابة، ومن أعلمهم بتفسير القرآن الكريم، بلغت مروياته 1660 حديث، ارتحل إليه طلاب العلم وازدهوا على مجلسه، توفي سنة 68هـ بالطائف. انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (3/5)، طبقات ابن سعد (2/365)، البداية والنهاية (8/295)، تذكرة الحفاظ (1/37)، تاريخ بغداد (1/173)، سير أعلام النبلاء (3/331)، تهذيب التهذيب (5/276)، الإصابة (2/320).

(3) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري في شرحه كتاب كفارات الأيمان (11/594). رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري، باب بأي الكفارات شاء كفر (4/302).

(4) مصنف عبد الرزاق (8/195).

(5) هو أبو عبد الله مالك بن أنس فقيه الأئمة، وإمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، كان صلواً في دينه، لا يخاف في الله لومة لائم، وهب نفسه لخدمة السنة النبوية وتثبيت الشريعة الإسلامية، ألف الموطأ في الحديث، توفي سنة 179هـ. انظر ترجمته في: طبقات خليفة ص 275، التاريخ الكبير (7/310)، تهذيب التهذيب ص 510، تذكرة الحفاظ (1/207)، البداية والنهاية (10/174)، سير أعلام النبلاء (8/48)، ترتيب المدارك للقاضي عياض، تحقيق د/ أحمد بكير محمود، (1/102)، شذرات الذهب (2/12)، الديباج لابن فرحون، تحقيق د/ محمد الأحمد، (1/82)، وفيات الأعيان (4/135).

(6) انظر: المدونة الكبرى (6/1).

(7) أبو يوسف: هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، الإمام الحبر البحر الفقيه الحافظ، قاضي القضاة صاحب أبي حنيفة وخليفته في حلقة من بعده، من مصنفاته: الخراج، المسط في فروع الفقه ويسمى بالأصل، آداب القاضي وغيرها، توفي سنة 182هـ. انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (8/397)، تاريخ بغداد (4/242)، سير أعلام النبلاء (7/535)، تذكرة الحفاظ (1/292)، البداية والنهاية (10/180)، وفيات الأعيان (6/372).

(8) انظر: كتاب الخراج، الطبعة الرابعة (1392هـ) المطبعة السلفية - القاهرة - مصر، ص 180.

- 6 - وقول الإمام الشافعي⁽¹⁾: «الرخص لا يتعدى بها مواضعها»⁽²⁾.
- وقوله كذلك: «يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها»⁽³⁾. وكتابه الأم مملوء بمثل هذه القواعد والضوابط.
- 7 - ما رواه الإمام أبو داود السجستاني⁽⁴⁾ عن الإمام أحمد بن حنبل⁽⁵⁾: «كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن»⁽⁶⁾.
- 8 - قول الإمام الكرخي⁽⁷⁾: «الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»⁽⁸⁾.
- 9 - قول الإمام ابن عبد البر⁽⁹⁾ في التمهيد: «الأصل أن الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي، وهذا في كل شيء»⁽¹⁰⁾.

(1) هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي الملقب الهاشمي القرشي المكي، شيخ الإسلام صاحب المذهب، وأول من ألف في علم أصول الفقه ودونه، وله مؤلفات استملاها منه أصحابه منها: الأم، والإملاء، والرسالة وغيرها، توفي سنة 204هـ.

انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (42/1)، تاريخ بغداد (56/2)، تذكرة الحفاظ (361/1)، البداية والنهاية (251/10)، تهذيب التهذيب (25/9)، وفيات الأعيان (155/2)، الديباج (1546/2).

(2) انظر: الأم للشافعي (80/1).

(3) المصدر نفسه (168/4)، تفريع فرض الجهاد.

(4) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير ابن شداد الأزدي السجستاني، الإمام شيخ السنة مقدم الحفاظ ومحدث البصرة المولود سنة (202هـ)، قال في التقريب: ثقة، حافظ، مصنف السنن وغيرها، من كبار العلماء. اشتهر بين العلماء بكتابه (السنن). مات في شوال من سنة (275هـ). انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (203/13)، تهذيب التهذيب (457/3) رقم: 2609، تحرير تقريب التهذيب (63/2) رقم: 2533، الكاشف (343/1) رقم: 2087.

(5) هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال الشيباني المروزي، شيخ السنة الصابر على المحنة، الإمام الحبر المجتهد الورع الزاهد، صاحب المذهب، مصنف المسند والزهد، توفي سنة 241هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (284/6)، البداية والنهاية (72/11)، سير أعلام النبلاء (339/13)، تذكرة الحفاظ (625/2)، شذرات الذهب (178/2)، الديباج المذهب (282/1).

(6) كتاب مسائل الإمام أحمد، لأبي داود السجستاني، تقديم السيد رشيد رضا، ط/ بيروت الثانية، ص 203.

(7) هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال الكرخي الحنفي، انتهت إليه رئاسة العلم في أصحاب أبي حنيفة، درس في بغداد، وتفقه عليه كثيرون، وكانت له اختيارات في الأصول، كانت وفاته في بغداد سنة 340هـ من مؤلفاته: شرح الجامع الكبير، رسالة في الأصول والتي عليها مدار فروع الحنفية. انظر ترجمته في: طبقات الفقهاء للشيرازي ص 124، شذرات الذهب (358/2)، الأعلام (193/4).

(8) انظر: أصول الكرخي مع تأسيس النظر، ص 161.

(9) الحافظ ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، ولد بقرطبة سنة 368هـ ومات بشاطبة سنة 463هـ من مؤلفاته: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، والاستيعاب في معرفة الأصحاب، والاستذكار في فقه علماء الأمصار، والكافي في فقه أهل المدينة المالكي. انظر: ترتيب المدارك (808/4 - 810)، الديباج ص 357 - 359، شجرة النور ص 119، بغية الملتبس ص 489 - 491.

(10) انظر: التمهيد (114/17).

ثالثاً: تخريج القاعدة الفقهية من الفقه المدوّن

يعتبر الفقه الإسلامي، بكل مذاهبه المعتمدة، مجالاً خصباً، ومصدراً غنياً، وثروة علمية كبيرة، اهتم بها العلماء والباحثون قديماً وحديثاً، ومن أكبر مظاهر الاحتراف بهذا التراث تخريج أصول الأئمة وقواعدهم من خلال المسائل الفقهية الجزئية المنقولة عنهم، وذلك بأبواب المسالك المعهودة لدى أهل التخريج، كالقياس، والاستدلال، والترجيح.

وقبل التعرض لهذه المسالك بالشرح والتمثيل، أحدد أولاً مصطلح التخريج والمقصود به في هذا الموضوع.

التخريج في اللغة: التّخريج مصدر خرّج، وهو يفيد التعدية لئلا يحصل الخروج ذاتياً، ومن معانيه القريبة من المقصود، معنى: التّفاد من الشيء والظهور، وهو ضدّ الدخول، ومنه سمي الماء الذي يخرج من السحاب (خرّج) و(خروج)⁽¹⁾.

أما في الاصطلاح فيمكن تعريفه بأنه: العلم الذي يتوصل به إلى استلال القواعد الفقهية من فقه الأئمة المدوّن.

وعرفه بعضهم فقال: (العلم الذي يكشف عن أصول وقواعد الأئمة من خلال فروعهم الفقهية وتعليقاتهم للأحكام)⁽²⁾.

فقوله: (العلم) كالجنس يشمل المعرف وغيره.

وقوله: (الذي يكشف عن أصول وقواعد..)، قيد أخرج به ما ليس كذلك، كالفقه الذي يكشف عن الأحكام الفرعية العملية، والمقصود بالأصول القواعد نفسها، والتي تعدّ ثمرة ونتيجة لهذا التخريج.

وقوله: (من خلال تتبع فروعهم..) قيد ثان أخرج الأصول المصرّح بها من قبل الأئمة أنفسهم، لأنها لا تعدّ أصولاً مخرجة، وإنما هي من المنصوص عليه من قبلهم⁽³⁾.

فالمقصود بالتخريج - هنا - التوصل إلى قواعد الأئمة الفقهية، واستلالها من فروعهم المثبوتة في فقههم المدوّن، وبالطرق العلمية المتبعة عند أهل التخريج، ومنها:

(1) انظر: مادة خرج في تهذيب اللغة (84/7)، معجم مقاييس اللغة (175/2)، لسان العرب (808/1)، تاج العروس (28/2). وانظر: كشف النقاب ص 104 - 108.

(2) هذا التعريف هو تعريف الدكتور الباحثين في كتابه التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص 19 - 20.

(3) التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص 19 - 20.

1 - التّخريج بالقياس

يعتبر القياس من المصادر العقلية الخصبّة التي يرجع إليها الفقيه عند الاجتهاد، إن في البحث عن الأحكام الجزئية، أو البحث عن تخريج القواعد الكلية، ذات الجزئيات المتناظرة والمتشابهة التي تجمعها وحدة المناط. وإن كان اعتماد القياس في تخريج القواعد الكلية لا يستوفي جميع شرائط القياس، لاسيما فيما يتعلق بالعلة، وما تقتضيه من صفات وشروط.

وعمل المجتهد في التّخريج بالقياس، هو إدراك التشابه في الأحكام، فإذا وجد حالة تشبه حالة أخرى في حكمها، ألحقها بها، وكوّن من ذلك قاعدة جديدة.

و أقتصر - هنا - على التمثيل بقاعدتين:

أ - قاعدة «الحياة المستعارة كالعدم»⁽¹⁾

الحياة والموت حقيقتان تبنى عليهما أحكام فقهية كثيرة، لذلك كان من الضروري تحديد الحد الأدنى الذي تتميز به الحياة عن الموت، وهو الأمر الذي بحثه الفقهاء قديماً، وتوصلوا - فيه - إلى أمارات تدل على حقيقة الحياة وماهيتها، وأمارات تدل على الموت المحقق، واتفق أغلبهم على أن المقياس الذي يعتبر الحد الأدنى للتفريق بين الحياة والموت هو الحسّ، قال الإمام المقرئ: (قاعدة: التحقيق أن دليل الحياة هو الحسّ..)⁽²⁾.

وبناء على ما سبق فإن كل جسم - سواء جسم إنسان أو حيوان - إذا كان دون هذا الحدّ، اعتبر بمنزلة فاقد الحياة، ولم تترتب عليه أحكام الجسم الحي. وقد اصطلح الفقهاء على هذه الحالة بالحياة المستعارة وقاسوا صاحبها على الميت.

ومن فروع هذه القاعدة المريض مرض الموت الموجود تحت أجهزة الإنعاش في غرفة العناية المركزة، وإذا ما رفعت عنه هذه الأجهزة فارق الحياة، قال الفقهاء إن حياته تحت هذه الأجهزة حياة مستعارة، وهو في حكم الميت، فيمكن رفع هذه الأجهزة عنه.

ب - قاعدة «ضمان فاسد العقد كضمان صحيحه»⁽³⁾

معنى القاعدة أن العقد الفاسد يفسخ بين المتعاقدين، ويفصل بينهما من جهة الضمان بما لو كان العقد صحيحاً، فكذلك يجب الضمان بما لو كان العقد فاسداً.

وأصل هذه القاعدة القياس، فالفقهاء قاسوا الضمان في فساد العقود على الضمان في صحيحها بجامع الاستحقاق في كل منهما، لأن العقد في حدّ ذاته لا يتصف بالصحة ولا

(1) انظر: قواعد المقرئ القاعدة: 239، وإيضاح المسالك ص 237.

(2) قواعد المقرئ بتحقيق ابن حميد (256/1)، قاعدة رقم: 29.

(3) انظر: قواعد ابن رجب، ص 67، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (334/1)، الأصول والضوابط للندوي، ص 31.

بالبطلان، وإنما يتصف بذلك من جهة إيقاعه على وجه يوافق الشرع أو يخالفه، فما كان على وجه يوافق الشرع فهو صحيح، وما كان على وجه يخالفه فهو باطل.

وقد ذكر ابن رجب الحنبلي⁽¹⁾ هذه القاعدة فقال: (كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده، ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفاسد كذلك)⁽²⁾.

ويظهر من خلال كلام ابن رجب عن القاعدة أن مصدرها التخريج من طريق القياس. وهناك قواعد أخرى كثيرة نذكر بعضها، ويظهر من خلال صياغتها أن مصدرها التخريج من طريق القياس:

- «ما حرم استعماله حرم اتخاذه»⁽³⁾.
- «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»⁽⁴⁾.
- «ينزل المجهول منزلة المعدوم»⁽⁵⁾.
- «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان»⁽⁶⁾.
- «الكتاب كالخطاب»⁽⁷⁾.
- «الغالب كالمحقق»⁽⁸⁾.
- «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»⁽⁹⁾.

2 - التخريج بالاستصحاب

الاستصحاب في اللغة: مأخوذ من مادة (صحب) وهي تدل على مقارنة الشيء ومقارنته⁽¹⁰⁾. وكل شيء لا زَمَ شيئاً فقد استصحبه⁽¹¹⁾.

(1) هو أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي، من علماء الحنابلة البارزين في القرن الثامن الهجري، كان محدثاً وفتياً وأصولياً ومؤرخاً، ولد ببغداد ونشأ وتعلم في دمشق وتوفي بها سنة 795هـ، من مؤلفاته: القواعد، ذيل طبقات الحنابلة، جامع العلوم والحكم. انظر ترجمته في: الدرر الكامنة (108/3)، شذرات الذهب (6/339)، الأعلام (3/295)، معجم المؤلفين (5/118).

(2) قواعد ابن رجب ص 67. نفس النص في تقرير القواعد وتحرير الفوائد (1/334).

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 102.

(4) أشباه السيوطي ص 193، أشباه ابن نجيم 183، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 215.

(5) قواعد ابن رجب ص 255. تقرير القواعد وتحرير الفوائد (2/432).

(6) مجلة الأحكام العدلية المادة 75، شرح اللقواعد الفقهية للزرقاء، ص 367.

(7) مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: 69، أشباه ابن نجيم، ص 339.

(8) قواعد المقرئ، القاعدة رقم: 17، (1/241)، إيضاح المسالك، ص 136.

(9) أصول الكرخي 83.

(10) انظر: معجم مقاييس اللغة (3/335)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 57.

(11) المصدر السابق، ولسان العرب (1/519) مادة (صحب)، الكليات (1/119، 160).

وفي الاصطلاح: أورد له صاحب كتاب التعريفات، تعريفين هما:

الأول: إبقاء ما كان على ما كان عليه، لانعدام المغيّر.

الثاني: الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني، بناءً على الزمان الأول⁽¹⁾.

والاستصحاب هو من الأدلة التي اعتمدها أغلب العلماء، وأساسه مبنيّ على العلم بعدم المغيّر للحالة السابقة، وليس على عدم العلم بالدليل⁽²⁾.

والاستصحاب كغيره من الأدلة اعتمده الفقهاء في تخريج الأحكام الفقهية الجزئية، ثم اعتمده أيضاً لتخريج القواعد الفقهية الكلية، (قد يكون بعضها بمعنى الاستصحاب نفسه، ولكن بصيغة أخرى، وقد يكون بعضها تطبيقاً له، أو تشخيصاً لبعض معانيه)

ومن القواعد المبنية على هذا الأصل:

أ - قاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان»⁽³⁾

ويلاحظ على هذه القاعدة أنها جاءت بمعنى الاستصحاب نفسه، وقد نظر الفقهاء في طائفة من الجزئيات فوجدوا الحكم فيها ثابتاً للمحكوم عليه في وقت، ثم استصحب بقاؤه فيما بعده من الأوقات ما دام لم يقدّم دليل على خلاف ذلك الحكم. وهذا هو عين الاستصحاب. ولما كان ثبوت هذا الحكم بالاستصحاب مطرداً في هذه الجزئيات، اعتمد الفقهاء هذا الاستصحاب وصاغوا منه القاعدة الفقهية: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

ووردت قاعدة أخرى تعبر عن الاستصحاب لكن بصيغة أخرى هي:

«ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه»⁽⁴⁾.

ب - قاعدة «الأصل في الذمة البراءة»⁽⁵⁾

والذمة هي العهد، لأن نقضه يوجب الذم، ويفسر بالأمان والضمان، لأن العهد يستوجبها، وتطلق أيضاً على الحرمة والحق⁽⁶⁾.

وتطلق الذمة أيضاً على محل الالتزام عامة، وهي بهذا المعنى وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه⁽⁷⁾، وهذا هو المعنى المقصود من القاعدة.

(1) التعريفات للجرجاني، ص22، وانظر: القاموس الفقهي ص207.

(2) انظر: المستصفي للغزالي (2/407).

(3) إيضاح المسالك، ص386، القاعدة رقم: 108، أشباه ابن نجيم، ص57، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص43.

(4) انظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص73.

(5) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: 8، أشباه السيوطي ص74، أشباه ابن نجيم، ص64.

(6) أنظر: النهاية في غريب الحديث للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، طبعة (1421هـ - 2000م) دار الفكر - بيروت - لبنان (2/168).

(7) التعريفات للجرجاني، ص112.

فالأصل في كل ذمة أنها بريئة من كل تحمّل إلى أن يثبت ذلك بدليل كالإقرار أو البيّنة⁽¹⁾.

ج - قاعدة «القديم يترك على قدمه»⁽²⁾

ومعنى القديم هنا: هو الذي لا يوجد من يعرف أوله⁽³⁾.

ويبقى القديم على قدمه: إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان لغلبة الظن بالمسلمين بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي⁽⁴⁾.

والمعنى العام للقاعدة: أن المتنازع فيه إذا كان قديماً، تراعى فيه حالته التي هو عليها من القدم بلا زيادة، ولا نقص، ولا تغيير، ولا تحويل⁽⁵⁾. إذ ليس هناك مسوغ يبرر رفع الشيء الثابت من أساسه، إلا إذا كان مخالفاً للشرع كأن يكون فيه ضرر على الناس، فإنه حينئذ يرفع، للقاعدة الفقهية المقيّدة: «الضرر لا يكون قديماً».

وذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى إمكانية الجمع بين القاعدتين، تفادياً للتكرار بأن يقال: «القديم يترك على قدمه ما لم يكن ضرراً فاحشاً»⁽⁶⁾.

وضابط الضرر الفاحش - كما قرره العلامة أحمد الزرقاء -: (أن كل ما يمكن أن يستحقّ على الغير بوجه من الوجوه الشرعية، فهو ليس بضرر فاحش، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديماً، وما لا يمكن أن يستحقّ على الغير بوجه شرعي، فهو ضرر فاحش، ويرفع مهما كان قديماً)⁽⁷⁾.

وهناك قواعد فقهية كثيرة خرّجت من طريق الاستصحاب، أثبتها هنا دون شرح، فهي غنية عن ذلك:

- «الذمة إذا عمّرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين»⁽⁸⁾.

- «الأصل في الأمور العارضة العدم»⁽⁹⁾.

- «الحق لا يسقط بالتقادم»⁽¹⁰⁾.

- «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»⁽¹¹⁾.

(1) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للروكي، ص 136.

(2) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: 6، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 49.

(3) انظر: مجلة المادة 166، شرح القواعد الفقهية ص 49.

(4) المدخل الفقهي (2/988)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 49.

(5) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 49.

(6) القواعد الفقهية لأحمد الندوي، ص 413 - 114.

(7) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 57.

(8) انظر: إيضاح المسالك، ص 199.

(9) مجلة الأحكام العدلية، المادة 9، وانظر: المدخل الفقهي للزرقاء (2/969).

(10) القواعد الفقهية لأحمد الندوي، ص 347.

(11) انظر: المثور للزركشي (1/174)، أشباه السيوطي ص 82، أشباه ابن نجيم، ص 64، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 77.

3 - التّخريج بالاستصلاح

الاستصلاح أو المصالح المرسلة، من الأدلة التي اعتمدها الفقهاء في تخريج الأحكام الفقهية العملية الجزئية.

والمراد بالمصلحة المرسلة: الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس⁽¹⁾.

وتسمى كذلك بالاستدلال المرسل، وقياس المصلحة، وقياس المعنى⁽²⁾.

والمراد بتخريج القواعد بالاستصلاح: (أن يتوصل الفقيه إلى أحكام كلية عن طريق الاستصلاح، تندرج تحت كل واحدة منها فروع كثيرة، وذلك لأن الاستصلاح كما يتوسل به الفقيه إلى معرفة الأحكام الجزئية للإفتاء بها في الوقائع والحوادث، كذلك يتوسل به إلى معرفة كليات الأحكام، وتلك هي القواعد)⁽³⁾.

ولسلامة هذا الاجتهاد الاستصلاحي ينبغي للمجتهد العلم بمقاصد الشريعة الإسلامية، للصلة الوثيقة بين الاستصلاح أو المصالح وبين علم المقاصد، فعلم المقاصد يبحث في: المعاني والغايات الملحوظة للشرع في جميع أحكامه أو معظمها، والأسرار التي وضعها عند كل حكم من أحكامها⁽⁴⁾.

والمصلحة هي كل ما فيه رعاية مقصود الشرع، من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فعلاقة الاستصلاح بالمقاصد تكمن - إذأ - في أن مراعاة المصلحة بمراتبها وضوابطها هي من المواضيع الهامة في علم مقاصد الشريعة الإسلامية، ولا يتسع المقام للكلام عن مراتب المصلحة وأصولها، وكذا الكليات الخمس، التي تواطأت الشرائع الصحيحة على المحافظة عليها، والمهم هو لفت الأنظار إلى أن الإمام بعلم مقاصد الشريعة هو بالأهمية بمكان، أثناء عملية الاجتهاد الاستصلاحي.

وهذه بعض القواعد الفقهية المخرّجة من طريق الاستصلاح:

أ - «ما يفضي إلى الحرام حرام»⁽⁵⁾

أي: أن الأمور التي من شأنها أن تفضي إلى فعل الحرام فهي حرام، وإن كانت بذاتها مباحة، لأن المصلحة الشرعية تقتضي منع الحرام وما يؤدي إلى الحرام.

(1) انظر: أصول الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي (2/757)، وراجع الموافقات للشاطبي (1/39).

(2) انظر: المنخول، ص 353، ضوابط المصلحة للبوطي، ص 287.

(3) نظرية التقعيد الفقهي، ص 143.

(4) راجع في تعريف المقاصد، مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور، ص 15 وما بعدها.

(5) انظر: المغني لابن قدامة (3/132)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو، (9/42 - 43).

ب - قاعدة «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب مجرمانه»⁽¹⁾

من استعجل الشيء: الذي وضع له سبب عام مطرد، وطلب الحصول عليه قبل أوانه: أي قبل وقت حلول سببه العام، ولم يستسلم إلى ذلك السبب الموضوع، بل عدل عنه وقصد تحصيل ذلك الشيء بغير ذلك السبب قبل ذلك الأوان عوقب مجرمانه، لأنه افتأت وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محذور فيعاقب مجرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحذور⁽²⁾.

ج - قاعدة «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه»⁽³⁾

ومعناها: أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته، فلا اعتبار لعمله، وذلك لما فيه من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبله، وبين سعيه الأخير في نقضه، وهذا تدافع بين كلامين متناقضين يمنع استماع الدعوى، فيكون سعيه مردوداً عليه⁽⁴⁾.

وهذه القاعدة مبنية على سدّ الذريعة المفضية إلى إفساد المعاملات واختلالها.

ولها فروع كثيرة في باب المعاملات، خاصة عقود التصرفات والالتزامات.

4 - تخريج القواعد بقياس الاستدلال

يطلق قياس الاستدلال في مقابل قياس التمثيل، وقياس التمثيل: هو القياس الأصولي الذي يسميه علماء أصول الفقه بالقياس الشرعي، وهو إلحاق فرع بأصل في الحكم الشرعي لمساواتهما في العلة.

فالقياس إذا لم يكن بهذه الصورة كان من قبيل الاستدلال، وهو صور(القياس الاستثنائي⁽⁵⁾)، القياس الاقتراني⁽⁶⁾)، قياس الدلالة، قياس العكس) وأقتصر هنا على المقصود:

- قياس الدلالة: وهو الجمع بين أمرين بما يدل على العلة لا بعين العلة، مما يلزم من الاشتراك فيه الاشتراك في عين العلة. ويكون ذلك بالتلازم والتنافي⁽⁷⁾.

(1) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم: 99، أشباه السيوطي ص 195، أشباه ابن نجيم، ص 184، إيضاح المسالك، ص 315.

(2) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 403. والقواعد الفقهية للندوي، ص 420.

(3) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم: 100، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 407، أشباه ابن نجيم، ص 272.

(4) انظر: شرح الأتاسي على المجلة (1/ 270)، وموسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/ 552).

(5) القياس الاستثنائي: ويسمى - أيضاً - بالقياس الشرطي، وهو الذي يدل على النتيجة أو ضدها بالفعل لا بالقوة، كقولنا: إن كان النبيذ مسكراً فهو حرام، لكنه مسكر، ينتج: أنه حرام.

(6) القياس الاقتراني: ويسمى - أيضاً - بالقياس الحلمي: وهو الذي يكون مؤلفاً من قضايا إذا سلمت لزم لذلك قول آخر، كقولنا: كل نبيذ مسكر، وكل مسكر حرام، ينتج كل نبيذ حرام.

(7) مفتاح الوصول، ص 137. وانظر: الإحكام للأمدى (3/ 96)، جمع الجوامع بشرح المحلي (2/ 341).

- قياس العكس: وهو إثبات نقيض حكم الأصل في الفرع لافتراقهما في العلة⁽¹⁾. كالحكم على أن وضع الشهوة في الحلال يستوجب الأجر قياساً على العكس وهو أن وضعها في الحرام يستوجب الوزر.

وتخريج القواعد من طريق قياس الاستدلال معناها: أن الفقهاء قد يتوصلون إلى أحكام كلية عن طريق إجراء قياس العكس أو قياس الدلالة أو غيرها من صور قياس الاستدلال⁽²⁾. وهذه قواعد فقهية تُمثّل هذا النوع من التخريج:

أ - قاعدة «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»⁽³⁾

ومعنى القاعدة: أن ذكر بعض ما لا يتجزأ على وجه الشروع كنصفه مثلاً، كذكر كله، لأننا إذا لم نقل بذلك والموضوع أن المحدث عنه لا يتجزأ يلزم إهمال الكلام بالمرة، والحال أن إعمال الكلام ما أمكن إعماله أولى من إهماله. فأصل القاعدة: التلازم وهو من قياس الدلالة.

ب - قاعدة «الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط»⁽⁴⁾

والمعنى: أن من شك في تحقق الشرط فقد شك في تحقق المشروط، لأن الشرط لازم للمشروط، وإذا تطرق الشك إلى اللازم، لزم أن يتطرق إلى الملزوم.

فأصل القاعدة - أيضاً - التلازم، وهو من قياس الدلالة.

ومن القواعد المخرجة من طريق قياس الدلالة:

- «إذا سقط الأصل سقط الفرع»⁽⁵⁾.

- «الرضا بالشيء رضا بما يتوَلَّد منه»⁽⁶⁾.

- «الشك في أحد المتقابلين يوجب الشك في الآخر»⁽⁷⁾.

- «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»⁽⁸⁾.

(1) انظر: مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للتلمساني، ص 137. الإشارة في معرفة الأصول لأبي الوليد الباجي، تحقيق أستاذنا محمد علي فركوس ص 319. الأحكام للآمدي (42/3) أصول السرخسي (241/2)، حاشية البناني على شرح المحلي (343/2).

(2) نظرية التقعيد الفقهي للروكي، ص 154.

(3) انظر: المجلة المادة: 63، أشباه ابن نجيم، ص 189.

(4) انظر: الفروق للقرافي (111/1)، قواعد المقرئ (293/1)، رقم: 68.

(5) انظر: المجلة مادة: 50، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 205، أشباه ابن نجيم، ص 134.

(6) انظر: أشباه السيوطي ص 182.

(7) انظر: قواعد المقرئ (288/1) القاعدة: 65، الفروق للقرافي (112/1).

(8) مجلة الأحكام العدلية المادة: 52.

ج - قاعدة «إذا زال المانع عاد الممنوع»⁽¹⁾

المانع: هو ما يلزم من وجوده عدم وجود الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم ولا عدمه⁽²⁾.
والممنوع هو المتأثر بالمانع، بحيث يحول المانع دون وجوده.
ومعنى القاعدة: أن ما شرع من الأحكام في الأصل وقد امتنعت مشروعيتها بمانع عارض،
فإذا زال المانع عاد حكم مشروعيتها وجوازه⁽³⁾.
فالقاعدة تفيد حكم ما امتنع لسبب، ثم زال السبب المانع، عكس القاعدة الشائعة: «ما
جاز لعذر بطل بزواله»، فإنها تفيد حكم ما جاز بسبب ثم زال⁽⁴⁾.
وهذه القاعدة أصلها: قياس العكس، وهو إثبات نقيض حكم الأصل في الفرع لافتراقهما في العلة.

5 - التخريج بطريق الترجيح

الترجيح: هو تغليب أحد الدليلين وتقويته والعمل به دون الآخر⁽⁵⁾، فإذا تعارض دليلان
في ذهن الفقيه، فإنه يبحث عن القرائن والأمارات التي تقوي أحدهما على الآخر، فيميل إلى
العمل به وإطراح الثاني.
والترجيح هو من المسالك الاجتهادية التي اعتمدها الفقهاء في الوصول إلى الأحكام الجزئية،
كما لجأوا إليه مرة أخرى لاستخراج الأحكام الكلية، وأسسوا به قواعد فقهية كثيرة.
والترجيح وإن لم يكن دليلاً بذاته على الأحكام الشرعية جزئية كانت أم كلية، فإن العمل
به واجب، ووجوب العمل به دليل على شرعيته وحجيته⁽⁶⁾.
وهذه نماذج من القواعد الفقهية التي خرّجها الفقهاء بالترجيح:

- (1) المجلة المادة: 24، القواعد الفقهية للندوي، ص 390.
- (2) انظر: شرح تنقيح الفصول للقراقي ص 71، الإبهاج في شرح المنهاج (206/1)، إرشاد الفحول للشوكاني ص 6.
- (3) القواعد الفقهية للندوي، ص 390.
- (4) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 137.
- (5) الترجيح في اللغة مصدر رجح بالتضعيف، يرجح ترجيحاً ويرجع معناه إلى الميل والتميل والثقل والتثقل، يقال: رجح الميزان أعطاه راحجا، فالترجيح إذن هو التميل والتثقل. انظر: القاموس (221/1)، لسان العرب (2/445 - 465)، المصباح المنير (298/1). وفي الاصطلاح له عدة تعريفات منها تعريف ابن الحاجب: (اقتران الإمارة بما تقوى بها على معارضتها).
انظر: شرح العضد على مختصر المنتهى (2/309)، المحصول (5/379)، الإحكام للآمدي (4/320)، الإبهاج (3/208)، البحر المحيط (6/130)، البرهان (2/741)، شرح الأسنوي (3/198)، المنحول ص (426)، شرح تنقيح الفصول ص (420)، حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع (2/360 - 361)، إرشاد الفحول (241)، نشر البنود (2/278-279).
- (6) الإحكام للآمدي (4/320).

أ - إذا تعارض الحظر والإباحة يقدم الحظر⁽¹⁾.

هذه القاعدة توصل إليها الفقهاء عن طريق الترجيح، ذلك أنهم وجدوا دليلين نقلين تعارضاً، أحدهما يبيح والآخر يحظر فرجحوا دليل الحظر على الإباحة بمرجح هو: الاحتياط الشرعي، ثم قاموا باستقراء كل الصور الشبيهة بهذه الصورة فوجدوا أن الحكم في جميعها واحد، وهو تقديم الحظر على الإباحة في حالة التعارض، فأسسوا بذلك هذه القاعدة الفقهية.

ب - «درء المفسد أولى من جلب المصالح»⁽²⁾.

وقد علل الفقهاء هذه القاعدة بأن الشارع الحكيم اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتناؤه بالمأمورات، محتجين بقوله ﷺ: «إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»⁽³⁾.

ج - «الأخصُّ مُقَدَّمٌ على الأعم»⁽⁴⁾.

إذا تعارض - عند المكلف - شيان في الأفعال أو التروك أو العقود أو الفسوخ أو غير ذلك من مسائل العبادات والعادات والمعاملات، فإنه يقدم الأخص منهما على الأعم، لأن الأخص أضيق والأعم أوسع، والمضيق مقدم على الموسع، ولأن الأخص أقطع في الدلالة على حكمه من الأعم، فكان ذلك مرجحاً يقدم به الأخص على الأعم، ومن ثم كان الترجيح أصل هذه القاعدة⁽⁵⁾. ومن القواعد المخرجة من هذا الطريق أيضاً:

- «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما»⁽⁶⁾.

- «يُتَحَمَلُ الضرر الخاصّ لدفع الضرر العام»⁽⁷⁾.

- «إذا اجتمع السبب والمباشرة، أو الغرر والمباشرة قدّمت المباشرة»⁽⁸⁾.

- «حقوق العباد مقدمة على حقوق الله عز وجل»⁽⁹⁾.

- «تعارض الموجب والمسقط يغلب المسقط»⁽¹⁰⁾.

(1) انظر: المنشور للزرركشي (337/1)، ذكرها بهذه الصيغة.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 97، أشباه ابن نجيم، ص 90.

(3) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ،

(6/2858) رقم: 6858، ومسلم في صحيحه كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ، (4/1830) رقم: 1337.

(4) انظر: الفروق (1/105)، قواعد المقرئ (2/418) قاعدة رقم: 172.

(5) انظر نظرية التععيد الفقهي للروكي، ص 167.

(6) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 99، أشباه ابن نجيم، ص 89.

(7) المجلة رقم: 26، شرح القواعد الفقهية للزرعاء، ص 143.

(8) المنشور للزرركشي (1/133).

(9) قواعد المقرئ (2/513) القاعدة رقم: 276.

(10) المنشور (1/350).

المطلب الثاني: مسالك تععيد القاعدة الفقهية والتخريج عليها

أولاً: مسالك تععيد القاعدة الفقهية

المقصود من هذا العنوان معرفة الطرق والمسالك التي سلكها الفقهاء والباحثون - في موضوع القواعد -، للوصول إلى تععيد القاعدة الفقهية.

إذا نظرنا إلى حقيقة القاعدة الفقهية وجدناها تتكون من:

- قضية كلية أي حكم كلي.

- جملة من الجزئيات تدرج ضمن ذلك الحكم الكلي.

ومن المعلوم أن الوصول إلى الحكم الكلي، يكون بطريق الاستنباط.

والتحقق من أن طائفة من الجزئيات تدرج ضمن هذا الحكم الكلي، طريقه الاستقراء التام أو الناقص.

ولتوضيح هذين المسلكين، ينبغي التحدث عن كل واحد منهما على حدة:

1 - الاستنباط

الاستنباط: في اللغة هو الاستخراج، ويأتي بمعنى التبيين والتفسير⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: (استخراج المعاني من النصوص بفطر الذهن وقوة القرينة)⁽²⁾.

والذي يهم في هذا الموضوع هو الاستنباط الفقهي، ولذلك يمكن تحديد معناه، بأنه استخراج الأحكام الشرعية من مصادرها بواسطة القواعد الأصولية التي تنظم عملية تفسير النصوص الشرعية تفسيراً فقهياً⁽³⁾.

أو هو: (استخراج الحكم أو العلة إذا لم يكونا منصوصين ولا مجمعاً عليهما بنوع من الاجتهاد، فيستخرج الحكم بالقياس أو العلة بالتقسيم والسبر أو المناسبة أو غيرها مما يعرف بمسالك العلة)⁽⁴⁾.

والاستنباط يكون من النص الشرعي، فإذا توصل الفقيه إلى الحكم الشرعي عن طريق القياس أو الاستصحاب أو الاستصلاح أو غير ذلك من الأدلة العقلية سمي ذلك اجتهاداً.

(1) انظر: لسان العرب (7/410)، النهاية لابن الأثير (8/5).

(2) التعريفات للجرجاني، ص22.

(3) انظر: نظرية التععيد الفقهي، للروكي ص71.

(4) انظر: الموسوعة الفقهية (4/111)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (1/162 - 163).

ثم إن الحكم الذي يتوصل إليه عن طريق الاستنباط قد يكون جزئياً وقد يكون كلياً، فالحكم الذي يستنبط من مصدره مرتبطاً بجزئية بعينها خاصاً بها هو حكم جزئي، والحكم الذي يستنبط من مصدره مرتبطاً بجملة من الجزئيات هو حكم كلي، وعليه فإن المسلك إلى معرفة الأحكام الشرعية - جزئية كانت أو كلية - هو الاستنباط.

ولقد وضع علماء الأصول قواعد علمية يستعين بها المجتهد على استنباط الأحكام، بعضها قواعد لغوية، وبعضها قواعد في الأدلة، وبعضها جامع بينهما.

2 - الاستقراء

الاستقراء: في اللغة هو التتبع⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: (عبارة عن تصفح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات)⁽²⁾.

أو (الحكم على كلي لوجوده في أكثر جزئياته)⁽³⁾.

ويلاحظ على هاذين التعريفين، أن الاستقراء لا يمكن إجراؤه إلا إذا كان عندنا حكم واحد - سواء كان شرعياً أم عقلياً أم عادياً - وجملة من الجزئيات نريد اختبارها من جهة اندراجها فيه وانطباقها عليه.

ثم إن الاستقراء مرتبتان:

أ - الاستقراء التام: وهو أن يثبت الحكم في كل جزئي من جزئيات الكلي، وهذا النوع لا يكون إلا في العقلية، ويسمى الاستقراء المنطقي، وهو يفيد القطع⁽⁴⁾.

ب - الاستقراء الناقص: وهو أن يثبت الحكم في الكلي لثبوته في أكثر جزئياته، وهذا هو المقصود عند الفقهاء⁽⁵⁾، وهو المشهور عندهم بإلحاق الفرد بالأعم والأغلب، وهو يفيد الظن، ومع ذلك فهو حجة كافية في العمل بنتائجه، لأن معظم فروع الفقه مبنية على الظنون.

والاستقراء بالنسبة للقواعد الفقهية هو الذي ينقل الحكم فيها إلى مستوى الكلية والقاعدية بعد استنباطه من مصدره الشرعي، لأن الكلي إنما هو كلي بثبوته في الجزئيات، فكان استقراء تلك الجزئيات هو المسلك الطبيعي للتحقق من كليته، قال الإمام الشاطبي: (إن تلقي

(1) انظر: لسان العرب (15/ 175)، والقاموس المحيط (4/ 439)، ومختار الصحاح، ص 559، تعريفات الجرجاني ص 18، التوقيف على مهمات التعاريف ص 60.

(2) هذا تعريف الغزالي في المستصفي (1/ 51).

(3) هذا تعريف الشريف الجرجاني في التعريفات، ص 18.

(4) انظر: معيار العلم للغزالي، ص 163، ونهاية السؤل للأسنوي (3/ 114)، والإبهاج للسبكي (3/ 114).

(5) انظر: نهاية السؤل (3/ 114)، الإبهاج (3/ 114).

العلم بالكلبي، إنما هو من عرض الجزئيات واستقرائها، فالكلبي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات، ولأنه ليس بوجود في الخارج، وإنما هو مضمن في الجزئيات حسبما تقرر في المعقولات، فإذا الوقوف مع الكلبي مع الإعراض عن الجزئي، وقوف مع شيء لم يتقرر العلم به بعد دون العلم بالجزئي، والجزئي هو مظهر العلم به⁽¹⁾.

والخلاصة أن التععيد الفقهي له مسلكان يعتمدهما الفقيه:

أ - الاستنباط الذي يتم به الكشف عن الحكم والعلم به من حيث هو حكم شرعي.

ب - الاستقراء الذي يتم به العلم بكلية ذلك الحكم وقاعدته⁽²⁾.

ثانياً: التخريج على القاعدة الفقهية

سبق وأن عرفنا تخريج القاعدة الفقهية بأنه: العلم الذي يتوصل به إلى استلال القواعد الفقهية من فقه الأئمة المدون.

أو: (العلم الذي يكشف عن أصول وقواعد الأئمة من خلال فروعهم الفقهية وتعليقاتهم للأحكام).

أما التخريج على القاعدة الفقهية فالمقصود به: (فعل مجتهد المذهب في إلحاق فرع غير منصوص عليه، بقاعدة من قواعد المذهب)⁽³⁾.

شروط المخرِّج ومؤهلته

هناك شروط متعلقة بشخصية المخرِّج وهي:

1 - البلوغ والعقل.

2 - الإسلام.

3 - العدالة، وهي شرط لقبول الفتوى والعمل بموجبها.

4 - أن يكون فقيه النفس، أجدد الذهن، أي شديد الفهم بالطبع لمقاصد الكلام ومراميه.

أما الشروط المتعلقة بالجانب العلمي للمخرِّج، فيمكن إجمالها فيما يلي:

1 - أن يكون عالماً بالفقه، أي الفروع الثابتة في المذهب، لأنها من مصادرها الأساسية في الاجتهاد. قال القرافي: (أن يكون عالماً بتفاصيل الأقيسة والعلل، ورتب المصالح، وشروط القواعد، وما يصلح أن يكون معارضاً وما لا يصلح، وهذا لا يعرفه إلا من يعرف أصول الفقه معرفةً حسنةً)⁽⁴⁾.

(1) انظر: الموافقات للشاطبي (5/3)، ويظهر أن كلام الشاطبي على خلاف ما فهمه الدكتور الروكي، فالشاطبي يقرر أن الاستقراء يكون سابقاً للاستنباط، فالعلم بالكلبي لا يتم إلا بتتبع الجزئيات.

(2) انظر: نظرية التععيد الفقهي لروكي، ص 76.

(3) هذا التعريف هو للدكتور ولي قوته في كتابه القواعد والضوابط الفقهية، (220/1)، استخلصه من مجموعة مصادر منها: الفروق (2/107 - 110)، نشر البنود (2/322 - 323).

(4) الفروق (2/108).

2 - أن يكون تامّ الارتباط في التخريج والاستنباط، بأن يكون قادراً على إلحاق ما ليس منصوصاً عليه لإمامه، بأصوله.

3 - أن يكون ملتزماً بأصول إمامه وقواعده، ولا يتجاوزها، عند التخريج والاستنباط.

4 - أن يكون بالإضافة إلى ذلك، متمكناً من الفرق والجمع، والنظر والمناظرة⁽¹⁾.

قال الإمام القرافي ذاكراً الشروط السابقة: (أن يحوي حفظه وضبطه وعقله أصول إمامه وقواعده، منصوصة كانت للإمام أو مستنبطةً من كلام الإمام، فكثيراً ما يستخرج أهل المذهب قواعد المذهب، وفاقيةً كانت أو خلافيةً من كلام إمامهم.

والشرط المحقّق لمجتهد المذهب: أن يكون له القدرة على تخريج الأحكام على نصوص إمامه الملتزم هو له، كأن يستخرج حكم المسكوت عنه من عموم ذكره الإمام، أو يستخرج ذلك من قاعدةٍ قررها الإمام)⁽²⁾.

ونقل عن ابن عرفة⁽³⁾ جواز نسبة القول إلى المذهب، بناءً على قواعد المذهب، فقد (سئل: 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 جهده في تذكره في قواعد المذهب)⁽⁴⁾.

والمقصود بطرق المذهب في اصطلاح المذهب: شيخ أو شيوخ يرون المذهب كله على ما نقلوه، أو اختلاف الشيوخ في كيفية نقل المذهب، هل هو قول واحد، أو على قولين أو أكثر؟⁽⁵⁾.

أما طرق التخريج على القواعد الفقهية وضوابطه

من الطرق التي أتبعها الأئمة في تخريجهم للقواعد الفقهية، ما ذكره القرافي مفرقاً ومشتتاً في كتبه أهمها الذخيرة والفروق؛ وجمعها الباحث عادل ولي قوته في رسالته⁽⁶⁾، مستصحباً نصوص القرافي الدالة على ذلك، وتفادياً للتكرار أرى من المفيد تلخيص هذه الطرق بما يلي:

(1) راجع في ذلك: أدب المفتي والمستفتي، ص 95، المجموع (43/1)، الردّ على من أخلد إلى الأرض، ص 114 - 115، الإحكام للأمدى (236/4).

(2) انظر: الفروق (107/2 - 110)، نشر البنود (322/2 - 323).

(3) هو الإمام أبو عبد الله بن عرفة الوردغي، إمام تونس وعالمها، أخذ عن عبد السلام والإمام البساطي وابن قداح والشريف التلمساني، وعنه البرزلي وابن ناجي وابن مرزوق الحفيد وغيرهم، له تأليف رائعة في شتى فنون المعرفة، منها المختصر الشهير في الفقه المالكي، والحدود الفقهية التي شرحها الرصاع، واختصار فرائض الحوفي وغيرها، توفي سنة 803هـ.

انظر ترجمته في: نيل الابتهاج ص (463)، الحلل السندسية للوزير السراج، تحقيق محمد الحبيب الهيلة، ط1: 1985، دار الغرب، بيروت، (1/561)، شجرة النور ص (227)، الأعلام للزركلي، ط10: 1992، دار العلم للملايين، بيروت، (7/49)، توشيح الديباج لبيدر الدين القرافي، تحقيق أحمد الشتوي، ط1: 1403هـ - 1983م، ص (251).

(4) انظر: مواهب الجليل للحطاب (38/1)

(5) انظر: كشف النقاب، ص 149، مواهب الجليل (38/1).

(6) القواعد والضوابط الفقهية القرافية، طبعة دار البشائر الإسلامية.

- البحث عن المدرك المناسب، والتحقق من اعتبار إمام المذهب له، والفئش عن وجوده في المسألة المنصوصة بواسطة الاستقراء وبذل الجهد في ذلك.
- التنبيه على ما لا يدخل أصلاً في التخريج على القاعدة أو التطبيق عليها.
- الشرح والتوضيح لهذه التخريجات، وبيان وجه تخريجها على القاعدة.
- يجب على المخرِّج تمييز الصحيح من التخريجات من باطلها وفاسدها، والتنبيه عليها ولو كانت في مذهبه، وهذا من النصح للأمة ولدينها.
- في ذكر تطبيقات القواعد الخلافية يجدر التنبيه على ما لا يجري الخلاف فيه من فروعها.
- يحسن التطبيق للقاعدة والتخريج عليها، ويتأتى درك الفرق بينها وبين غيرها، بعد فهم حقائق معانيها وتأسيس ذلك.
- التيقُّظ لمواضع تنزيل كل قاعدة منزلها ومحلها، وإحلالها مداها الذي اقتضته مداركها وصياغتها.
- والطرق نفسها تتبع في تخريج الضابط، وتحقيق مناط تطبيقه⁽¹⁾.

المطلب الثالث: حجية القاعدة الفقهية

إن البحث في هذا الموضوع أمر في غاية الأهمية، بل هو المقصد المطلوب والثمرة المرجوة من دراسة فنّ القواعد الفقهية، فهل تعتبر القاعدة الفقهية دليلاً شرعياً يعتمد عليه في الاستنباط والاستدلال، عند عدم وجود نص أو إجماع أو قياس؟ أم تعتبر من الشواهد التي يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة؟ أم أن الاستدلال بالقواعد فيه تفصيل، ينبغي بيانه:

أولاً: آراء العلماء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية

لا يعتبر الكلام عن حجية القاعدة الفقهية حديث النشأة، أو وليد الدراسات الفقهية المعاصرة، وإنما هو قديم قدم علم القواعد، ولعل السبب الذي جعل الباحثين المعاصرين، لا يكثرون الكلام عن حجية القواعد الفقهية هو وقوفهم عند حدود ما قرره الأولون من التزهيد في الاستدلال بالقواعد، وهو الحكم الذي نُقل عن إمام الحرمين⁽²⁾، وابن دقيق العيد⁽³⁾،

(1) القواعد والضوابط الفقهية القرافية (1/ 224 - 229).

(2) هو أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني النيسابوري الشافعي، من الفقهاء المتكلمين والأصوليين والمفسرين والأدباء، من مؤلفاته: البرهان في أصول الفقه، الشامل في أصول الدين، غياث الأمم، الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، توفي بنيسابور سنة 478هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (3/ 249)، شذرات الذهب (3/ 358).

(3) هو أبو الفتح محمد بن أبي الحسن علي بن دقيق العيد، الإمام المالكي الشافعي المفتي في المذهبين، الفقيه الأصولي، أخذ عن والده وعن العز بن عبد السلام، وعنه ابن جماعة الهواري التونسي وغيره، من تأليفه: إحكام الأحكام، في الحديث والإمام في شرح الإمام، وشرح الأربعين النووية وغيرها، توفي سنة 702هـ.

انظر ترجمته في البداية والنهاية (14/ 27)، الأعلام (6/ 183)، شذرات الذهب (6/ 5)، الديباج (2/ 318)، وفيات الأعيان (2/ 244)، تذكرة الحفاظ (4/ 1481)، شجرة النور ص (189).

وابن نجيم⁽¹⁾، وغيرهم.

فبعض الباحثين وقف على عبارات وردت عن إمام الحرمين، فهم منها أنه لا يرى صحّة الاستدلال بالقواعد الفقهية⁽²⁾، ونصّ كلامه: (وأنا الآن أضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضي الفطن العجب منهما، وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لدرك المسلك الذي جهده في الزمن الخالي).

ولست أقصد الاستدلال بهما، فإنّ الزمان، إذا فرض خالياً عن التفاريع والتفاصيل، لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطوع به، فالذي أذكر من أساليب الكلام، في تفاصيل الظنون. فالمثلان أحدهما في الإباحة، والثاني في براءة الذمة⁽³⁾.

ثم جاء ابن دقيق العيد فبالغ وادّعى عدم جواز استنباط أحكام الفروع حتى من قواعد أصول الفقه، وإذا حُمِل مراده من قواعد أصول الفقه أنها قواعد الفقه نفسها، نظراً لشيوع هذا الإطلاق في عصره، كما ذكر بعض الباحثين⁽⁴⁾، فيكون ابن دقيق العيد ممن لا يرتضي الاستدلال بالقواعد الفقهية.

وقال ابن نجيم في الفوائد الزينية - كما نقله عنه الحموي في غمز عيون البصائر -: (لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط، لأنها ليست كئيّة، بل أغلبية، خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام، بل استخراجها المشايخ من كلامه)⁽⁵⁾.

وإذا وقفنا على كلام مؤلفي مجلة الأحكام العدلية، نجدهم ينحون هذا المنحى - أيضاً - ومن النصوص الدالة على ذلك: (إنّ المقالة الثانية من المقدّمة، هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم، ومن سلك مسلكه من الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فحكّام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد)⁽⁶⁾.

وقد انبرى الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء لتوجيه كلام المجلة فقال: (ومن ثم لم تسوّغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكلية فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، لأن تلك القواعد الكلية على ما لها من قيمة واعتبار هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء)⁽⁷⁾.

(1) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم الحنفي، ولد بالقاهرة سنة 926هـ، وتوفي سنة 970هـ، وقيل سنة 969هـ، من مؤلفاته: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، فتح الغفار في شرح المنار في أصول الفقه، الفتاوى الزينية. انظر: الكواكب السائرة للغزي (3/154)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (8/358)، معجم المؤلفين (4/192).

(2) هذا ما ذهب إليه الدكتور علي أحمد الندوي، في كتابه القواعد الفقهية، ص 329 - 330، ط/5.

(3) غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام الحرمين الجويني، ص 260.

(4) انظر: مقدمة تحقيق كتاب "القواعد" للمقري للدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد (1/117).

(5) انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (1/17)، (1/132).

(6) مجلة الأحكام العدلية، ص 11.

(7) انظر: المدخل الفقهي العام (2/934 - 935).

ويظهر من كلامه أنه يوافق مذهب مجلة الأحكام العدلية، في ردّ استقلال القواعد الفقهية في استنباط الأحكام الشرعية، وأن ذلك غير جائز إلا إذا تدعمت بنص آخر خاص أو عام.

وفي مقابل هؤلاء المانعين نجد طائفة من العلماء قالوا بجواز الاستدلال بالقواعد الفقهية، والاحتجاج بها، من هؤلاء الإمام القرافي فقد قال في الفرق الثامن والسبعين من كتابه الفروق: (إنّ القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى والفقهاء، لا توجد في كتب أصول الفقه أصلاً)⁽¹⁾.

وكلامه هذا وإن لم يكن صريحاً في الموضوع، إلا أنه يشير إلى أن المقصود بالقواعد، القواعد الفقهية.

وفي نص آخر يقول: (الحكم الذي ينقض لفساد المدرك هو الحكم الذي خالف أحد أربعة أمور: إذا حكم على خلاف الإجماع ينقض قضاؤه، أو خلاف النصّ السالم عن المعارض الراجح، أو القياس الجليّ السالم عن المعارض الراجح، أو قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض الراجح)⁽²⁾.

ومن العلماء الذين نسب إليهم - أيضاً - الاستدلال بالقواعد الفقهية أبو طاهر إبراهيم بن عبد الصمد، المعروف بابن بشير المالكي⁽³⁾ من علماء القرن السادس الهجري.

فقد كان رحمه الله (يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه التنبيه)⁽⁴⁾.

قال الدكتور الباحسين: ويبدو أنّ المراد من ذلك قواعد الفقه لا القواعد الأصولية، بدليل قول ابن فرحون⁽⁵⁾، بعد ذلك:

(1) الفروق (2/110).

(2) الفروق (4/40). وانظر القواعد والضوابط الفقهية القرافية لولي قوته، فقد نقل نصوصاً كثيرة عن الإمام القرافي تؤكد مدى حجّية القواعد الفقهية عند الإمام (1/180 - 184).

(3) هو أبو طاهر إبراهيم بن عبد الصمد المعروف بابن بشير التنوخي من علماء المالكية في القرن السادس الهجري، عرف باتقانه وضبطه للمذهب، وكان إماماً في أصول الفقه والعربية والحديث، ومن المترفعين عن التقليد، مات قتيلاً ولا يعلم تاريخ وفاته، من مؤلفاته: التنبيه على مبادئ التوجيه، التبصرة، التذهيب على التهذيب، انظر ترجمته في: الديباج المذهب ص 87، وشجرة النور الزكية ص 126.

(4) انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، ص 87.

(5) هو قاضي المدينة المنورة برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم ابن الشيخ أبي الحسن علي بن فرحون المدني قدوة العلماء الأعلام، كان فصيح القلم كريم الأخلاق، أخذ عن ابن عرفة وابن مرزوق الجدي وغيرهما، وعنه ابنه أبو اليمن وغيره، له شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي، وتبصرة الحكام، والديباج المذهب، ومقدمة في مصطلح ابن الحاجب، توفي سنة 799هـ.

انظر ترجمته في: نيل الابتهاج ص 33، توشيح الديباج ص 45، شجرة النور الزكية ص 222.

(وهي طريقة نبه الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد أنها غير مخلصّة، وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية)⁽¹⁾.

ومثل هذا الوصف لا تنعت به القواعد الأصولية، ولا سيما من فقيه أصولي كابن دقيق العيد⁽²⁾.

ثانياً: أدلة العلماء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية

في المبحث السابق تعرضت لأراء العلماء في الموضوع، وأرجأت أدلة الفريقين إلى هذا المبحث، الذي أعرض فيه الأسباب التي جعلت المانعين يتمسكون بعدم صلاحية القاعدة الفقهية للاستدلال، ثم أناقش متمسك المانعين، مع بيان الراجح من الآراء.

تمسك المانعون بجملة من الاعتراضات اذكرها فيما يأتي:

الاعتراض الأول: إنّ القواعد الفقهية أغلبية، وليست كلفة في نظرهم، وإن المستثنيات فيها كثيرة، ومن المحتمل أن يكون الفرع، المراد إلحاقه بها، مما يشمل الاستثناء⁽³⁾.

الاعتراض الثاني: إنّ القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة، وجامع ورباط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام الفروع⁽⁴⁾.

الاعتراض الثالث: إنّ كثيراً من القواعد الفقهية استقرائية، وأن الكثير منها لم يستند إلى استقراء مطمئن له النفوس، لأنها كانت نتيجة تتبّع فروع فقهية محدودة، لا تكفي إلى زرع الطمأنينة في النفس، فتعميم حكمها فيه نوع من المجازفة⁽⁵⁾.

وقد ناقش الدكتور الباحثين هذه الأسباب مناقشة علمية رصينة، أظهر من خلالها ضعف متكأ المانعين؛ ويمكن تلخيص ردوده على النحو الآتي:

الردّ على الاعتراض الأول:

يمكن مناقشة هذا الاعتراض من جهات عدّة، منها:

أ - إنّ العلماء حينما تكلموا عن القواعد، لم يتكلّموا عن شروطها، ولا شروط تطبيقها، إلا في القليل النادر، كما سبق بيان ذلك في الحديث عن أركان القاعدة وشروطها، كما أنهم لم يدرسوا المستثنيات التي ذكروها لبيّنوا مدى انطباق شروط القاعدة عليها، وهل كانت مستثناة لافتقاد شرط فيها، أو لقيام مانع، أو كانت مستثناة من غير سبب؟

(1) انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، ص 87.

(2) انظر القواعد الفقهية للباحسين، ص 279.

(3) القواعد الفقهية للباحسين، ص 280.

(4) انظر الوجيز لمحمد صدقي البورنو، ص 39.

(5) الوجيز، ص 39.

إنّ قيام مثل هذه الدراسة سيبيّن أنّ كثيراً من تلك الجزئيات المستثناة لم تكن داخلة تحت القاعدة أصلاً، إمّا لأنّ مناط القاعدة لم يتحقق فيها، أو لفقدانها بعض الشروط، أو لقيام ما يمنع من انطباق حكم القاعدة عليها، لأنها قد عارضها ما يمنع من انطباقها على جزئياتها.

ب - إنّ كثيراً من القواعد هي نتاج الاستقراء الناقص، ولا شك أنّ نتيجة هذا الاستقراء، والتنبؤ عن طريقه، بحكم ما لم يستقرأ من الأمور المظنونة، وليس من الأمور اليقينية، إذ من المحتمل أن يكون حكم ما لم يستقرأ مخالفاً لحكم ما تمّ استقراؤه.. ولذلك لا يمكن اعتبار النتيجة في الاستقراء يقينية، بل هي محتملة⁽¹⁾.

لكن أهل الاختصاص لم يستنكروا إطلاق قواعد كلية على نتائج الاستقراء، مع اعترافهم بأنّ حكم الكلية تابع لوجوده في أكثر الجزئيات⁽²⁾، أو في بعضها.

ثم إن الاستقراء وإن لم يفد اليقين، فإنه يفيد الظنّ، والعمل بالظنّ لازم، فيكون الاستقراء الناقص حجّة⁽³⁾.

مناقشة الاعتراض الثاني: قول المانعين إن القواعد الفقهية ثمرة الفروع، وعليه لا يصحّ أن تكون دليلاً على الفروع، لما يلزم من الدور، فهذا الاعتراض يبدو مقنعاً، والحقيقة أن التسليم لهم يتمّ لو كانت الفروع المراد استنباطها هي الفروع التي كشفت عن القاعدة، وليس الأمر كذلك. فالفروع المتوقّفة على القاعدة، هي غير الفروع التي توقّفت عليها القاعدة.

ثم (إن كل قواعد العلوم إنما بنيت على فروع هذه العلوم وكانت ثمرة لها، وأقرب مثال لذلك قواعد الأصول وخاصة عند الحنفية حيث استنبطت من خلال أحكام المسائل الفرعية المنقولة عن الأئمة الأقدمين، ولم يقل أحد إنه لا يجوز لنا أن نستند إلى تلك القواعد لتقرير الأحكام واستنباطها

وكذلك قواعد اللغة العربية التي استنبطها علماء اللغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء قبل أن تشوب ألسنتهم العجمة واللحن، وهي القواعد التي يستند إليها في استنباط أحكام اللغة والبناء عليها.

ولم يقل أحد إنّ هذه القواعد لا تصلح لاستنباط أحكام العربية لأنها ثمرة للفروع الجزئية⁽⁴⁾.

مناقشة الاعتراض الثالث: إن مقولة قلة الجزئيات المستقراة، أمرٌ غير شامل وعام، فبعض القواعد استند إلى استقراء جزئيات كثيرة جداً، فمثلها لا يتجه إليه هذا المحذور، ولهذا فإن الظنّ فيها أقوى من الظنّ المستفاد من القواعد المبنية على استقراء جزئيات قليلة.

(1) المنطق للدكتور كريم متى، ص 152.

(2) تحرير القواعد المنطقية، ص 165، والمنطق التوجيهي ص 122. نقلاً عن القواعد الفقهية للباحسين ص 282.

(3) انظر: الإبهاج (174/3)، البحر المحيط (10/6)، شرح الكوكب المنير (420/4).

(4) الوجيز للبورنو، ص 42 - 43.

أما القواعد المخرّجة والمستنبطة بطريق الاجتهاد، فهي تابعة للطريق الذي أتبع في استنباط المجتهد وتخريجه، واجتهاد المجتهد مقبولٌ ومعمولٌ به⁽¹⁾.

وبعد هذا العرض المفصل، يمكن تلخيص الكلام فيما يتعلق بحجية القواعد الفقهية في النقاط الآتية:

أولاً: بالنسبة للقواعد التي هي نصوص شرعية قرآنية كانت أم حديثية، تعتبر حجة، ودليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية، كغيرها من الأدلة الشرعية المعتمدة.

ثانياً: أما القواعد المستنبطة، فالاحتجاج بها متوقف على النظر إلى الاعتبارين الآتين:

الاعتبار الأول: المصدر والدليل الذي استنبطت القاعدة عن طريقه.

الاعتبار الثاني: الاتفاق والاختلاف في القاعدة المستنبطة.

ففي الحالة الأولى: أي مصدر القاعدة، والدليل الذي استنبطت بواسطته، فحكمها يكون كالآتي:

1 - إن كانت القاعدة مستنبطة من النصوص الشرعية فأمرها تبعٌ لاتفاق العلماء أو اختلافهم. فإن اتفقوا على ذلك كانت القاعدة حجةً ودليلاً صالحاً للاستنباط؛ لأن اتفاقهم على ذلك يعني إقرارهم بصحة القاعدة، وبصحة ردّها للنصّ الشرعي، وبالتالي صلاحيتها لأن تبنى عليها الأحكام كالتّص.

وإن اختلفوا في ذلك فالقاعدة حجةٌ صالحة للترجيح، ولتفريع الأحكام عليها، عند من استنبطها، لأنها مردودة إلى النصّ عنده، وحجيتها راجعة إلى حجية النصّ، لكنها لا تكون كذلك عند من لم يصحح الاستنباط.

2 - وأما إذا كانت مستنبطة من الاستقراء فهي حجةٌ في الترجيح، وفي التخريج والاستنباط وتفريع الجزئيات. ولا يختلف في استقراء النصوص الشرعية، عن استقراء التراث الفقهي المنقول عن العلماء.

3 - وأما القواعد المخرّجة من الطرق الأخرى كالقياس والاستصحاب والاستدلال العقلي، أو المستنبطة بطريق الاجتهاد في تحقيق المناط أو تنقيحه، أو الترجيح عند التعارض فهي تابعة لنوع الدليل، ولصحة وسلامة التخريج أو الاستنباط عليه، وهي تختلف قوّة وضعفاً تبعاً للاتفاق أو الاختلاف في ذلك.

وفي الحالة الثانية: أي حالة الاتفاق، أو الاختلاف في القاعدة المستنبطة، فإن ذلك لا يؤثر على حجية القاعدة على من استنبطها أو خرّجها، ووجود الاختلاف يضيّق دائرة من يعمل بها لا غير، ولكنها حجةٌ تتفرّع عليها الأحكام عند من خرّجها، شأنها شأن الأدلة المختلف فيها⁽²⁾.

(1) راجع هذه الاعتراضات مع الردود في كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص 280 - 287.

(2) عن كتاب القواعد الفقهية للباحسين ص 286 - 288 بتصرف يسير.

المبحث الثالث الاجتهاد المعاصر

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد المعاصر

أولاً: الاجتهاد في اللغة: مشتق من مادة (ج ه د)، وهو مأخوذ من الجهد (بفتح الجيم) بمعنى المشقة، أو من الجهد (بضم الميم) بمعنى الطاقة⁽¹⁾.

وجاء في لسان العرب: الاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود، وفي حديث معاذ: «أجتهد رأيي»⁽²⁾، فالاجتهاد، بذل الوسع في طلب الأمر، وهو افتعال من الجهد وهو الطاقة⁽³⁾. وصيغة الافتعال: تدل على المبالغة في الفعل.

وعلى هذا يقال: اجتهد في الأمر أي بذل وسعه وطاقته في طلبه ليلبغ مجهوده، ويصل إلى نهايته، سواء كان هذا الأمر من الأمور الحسية كالمشي والعمل، أو الأمور المعنوية كاستخراج حكم أو نظرية عقلية أو شرعية أو لغوية، فيقال: بذل طاقته ووسعه في تحقيق أمر من الأمور التي تستلزم كلفة ومشقة فقط. ولا يقال اجتهد في حمل قلم أو حصة، كما لا يقال اجتهد فلان في قراءة سطر أو فقرة من الكتاب⁽⁴⁾.

ثانياً: الاجتهاد في الاصطلاح

ورد في تعريف الاجتهاد بالمعنى الاصطلاحي تعريفات كثيرة، تختلف من حيث المبنى لكنها تتفق من حيث المعنى، ومن هذه التعريفات:

- 1 - «بذل المجتهد وسعه في طلبه العلم بأحكام الشريعة»⁽⁵⁾.
- 2 - «استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي»⁽⁶⁾.
- 3 - «استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية»⁽⁷⁾.

(1) القاموس المحيط (386/1).

(2) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الأفضية باب اجتهاد الرأي في القضاء (303/3) رقم: 3592 و5393، والترمذي في سننه في كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي (616/3) رقم: 1327، 1328، وقال الترمذي: هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بمتصل. وقال أبو بكر ابن العربي في شرح الترمذي: (اختلف الناس في هذا الحديث، فمنهم من قال: إنه لا يصح، ومنهم من قال: هو صحيح، والدين القول بصحته)، قال الشيخ عبد القادر الأرناؤوط في تحقيقه لجامع الأصول لابن الأثير (178/10): (وقد صححه ابن القيم في إعلام الموقعين، ومن صححه من المتأخرين الشيخ زاهد الكوثري في مقالاته).

(3) لسان العرب (521/1).

(4) انظر: تاج العروس (329/2).

(5) انظر: المستصفي مع فواتح الرحموت (350/2).

(6) انظر: اللمع للشيرازي، ص75.

(7) انظر: شرح منهاج البيضاوي للأسنوي (169/3).

4 - «استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي»⁽¹⁾.

5 - «بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط»⁽²⁾.

ويمكن أن يلاحظ على هذه التعريفات ما يلي:

أ - اتفاق أصحاب هذه التعريفات على إضافة كلمة «بذل» أو «استفراغ» إلى الطاقة أو الوسع أو الجهد ونحو ذلك، مما يدل على المبالغة في الطلب حتى يحس المجتهد من نفسه العجز عن المزيد.

ب - اتفاقهم في ذكر كلمة «حكم» إذ لم يخل منها تعريف، وذلك لإثبات أن مطلوب المجتهد هو الحكم.

ج - يلاحظ على التعريف الأول أنه قيّد البذل أو الاستفراغ بأن يكون من المجتهد، وهذا يستلزم الدور في تعريف الاجتهاد، ولذلك تحاشى البعض ذكر هذا القيد، واستبدلوا قيد (المجتهد) بقيّد (الفقيه) كما في التعريف الرابع. ومن لم يذكر هذا القيد فهو ملاحظ عنده، إذ لا يستطيع نيل الحكم بطريق الاستنباط إلا الفقيه.

(والمراد بالفقيه هنا: المتهيئ للفقهِ الممارس له، وعبروا عنه بقولهم: من أتقن مبادئ الفقه بحيث يقدر على استخراجها من القول إلى الفعل. وليس المراد: من يحفظ الفروع الفقهية فقط، على ما شاع الآن؛ لأن بذل وسعه ليس باجتهاد اصطلاحاً)⁽³⁾.

د - كما يلاحظ على التعريف الأول ذكره لقيد (العلم)، وهذا يجعل التعريف غير شامل لطلب الظن، ومعلوم أن أغلب الأحكام ظنية، وهذا مما يعيب التعريف، ونفس الملاحظة تنطبق على التعريف الرابع الذي أورد قيد (الظن)، فأخرج العلم بالأحكام، فكان تعريفاً غير جامع لجميع أفراد المعرف.

ولهذا سلك بعض العلماء في تعريفهم للاجتهاد منهج الإطلاق ليشمل العلم والظن على حد سواء، كما في باقي التعريفات.

وبناء على ما سبق، ولمزيد من البيان اخترت التعريف الأخير لأخصه بالشرح:

- في قوله: (بذل الوسع) يخرج ما يحصل مع التقصير، فإن معنى بذل الوسع، أن يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب.

- ويخرج بقوله (الشرعي): اللغوي والعقلي والحسّي، فلا يسمى من بذل وسعه في تحصيلها (مجتهداً) اصطلاحاً.

(1) انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح عضد الدين الإيجي (2/289).

(2) انظر: ارشاد الفحول، ص 250.

(3) انظر: مسلم الثبوت وشرحه مع المستصفي (2/362)، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي، ص 12.

- وفي قوله: (العملي) بذل الوسع في تحصيل الحكم العلمي (الاعتقادي) فإنه لا يسمى اجتهاداً عند الفقهاء، وإن كان يسمى اجتهاداً عند المتكلمين.

- وقوله: (بطريق الاستنباط) يخرج نيل الأحكام من النصوص ظاهراً، أو حفظ المسائل أو استعلامها من المفتي، أو بالكشف عنها في كتب العلم، فإن ذلك - وإن كان يصدق عليه الاجتهاد اللغوي - لا يصدق عليه الاجتهاد الاصطلاحي.

ثالثاً: مفهوم الاجتهاد المعاصر

لم أقف على تعريف للاجتهاد المعاصر في حدود اطلاعي، لذلك حاولت أن أضع مفهوماً عاماً للاجتهاد المعاصر وهو:

استفراغ الوسع لإيجاد حلول شرعية لقضايا جديدة لم تكن معروفة من قبل، ولم يرد نص صريح على حكمها في الكتاب والسنة.

أو هو: «بذل الوسع للوصول إلى حكم شرعي عملي متعلق بالنوازل المعاصرة».

والتعريف هو نفسه تعريف الاجتهاد وأضفت له محترزاً هو قوله: (متعلق بالنوازل المعاصرة) لأن الغرض من الاجتهاد المعاصر هو البحث عن الحكم الشرعي العملي واستنباطه شريطة أن يكون متعلقاً بالقضايا الفقهية المعاصرة، إن في المجال المالي الاقتصادي أو المجال الطبي الجراحي، أو في غيرهما من المجالات الأخرى.

المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد المعاصر المقصودة بالبحث

أولاً: مجال التعامل المالي الاقتصادي

لا شك أن حياة المسلمين اليوم استجدت فيها أمور كثيرة، نظراً لتغير شؤون الحياة عما كانت عليه في الأزمنة المنصرمة، خصوصاً بعد تطور المجتمعات تطوراً هائلاً نتيجة للثورة التقنية التي شهدتها العالم في العقود المتأخرة، مما أدى إلى ورود إشكالات وتساؤلات لم تكن مطروحة في العصور السابقة، كما هو الحال في المجال الاقتصادي اليوم وأهم مؤسسة في هذا المجال هي البنوك، وأقصد هنا بالتحديد البنوك الإسلامية.

فالبنوك الإسلامية قامت بديلاً شرعياً عن شيء قائم بالفعل، فهي تحاول أن تؤدي الوظائف التي تقوم بها البنوك الربوية لكن على أساس مقبول من الناحية الشرعية وذلك باستبعاد عنصر الفائدة الربوية، وأهم ما جابه البنوك الإسلامية أنها جاءت كظاهرة غير طبيعية، لأنها بمثابة إقامة لجزء من النظام الإسلامي في وسط لم تكتمل فيه باقي نواحي الإسلام من حيث التطبيق، والإسلام كل متكامل يشدّ بعضه بعضاً وقيام جزء من الإسلام في مجال التطبيق بينما هو غير قائم في بقية الأجزاء يؤدي بطبيعة الحال إلى صعوبات ما كانت لتقوم لو كان النظام متكاملًا في التطبيق.

وهذه خلاصة موجزة عن أهداف وأعمال البنوك والمصارف الإسلامية

أ - أهداف البنوك الإسلامية

- 1 - اجتناب الربا في الأخذ والإعطاء، والالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في معاملاته.
- 2 - تغطية الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية في ميدان الخدمات المصرفية وأعمال التمويل والاستثمار.

ب - أعمال ووظائف البنوك الإسلامية، ويمكن حصرها فيما يلي:

- 1 - قبول الودائع وفتح الحسابات الجارية وتأدية الشيكات، وتحصيل الأوراق التجارية من كمبيالات وسندات وتحويل الأموال وفتح الاعتمادات وإصدار الكفالات وخطابات الضمان وبطاقات الائتمان، وغير ذلك من الأعمال المصرفية.
- 2 - التعامل بالعملات الأجنبية بيعاً وشراءً، على أساس السعر الحاضر.
- 3 - إدارة الممتلكات والتركات على أساس الوكالة بأجر، وتنفيذ الوصايا.
- 4 - تقديم المعلومات والاستشارات للعملاء.
- 5 - تقديم القروض الحسنة للغايات الإنتاجية والاجتماعية كالزواج، وإنشاء الصناديق الخاصة بذلك.
- 6 - استثمار الأموال التي يرغب أصحابها في ذلك في مختلف المشاريع الاقتصادية عن طريق المشاركة وغير ذلك.

7 - تقديم التمويل اللازم للمشاريع الاقتصادية عن طريق المضاربة والمراجعة وغير ذلك⁽¹⁾.

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى البنوك الإسلامية فإنها تبقى - في نظري - معقد الآمال لجماهير المسلمين الذين طال انتظارهم للتحرر من الأنظمة الربوية.

ثم أن بعض الثغرات لا تعني النكول عن الطريق، فالبنوك الإسلامية تعمل جاهدة لتفادي هذه الثغرات فقد شكّلت هيئات استشارية شرعية متخصصة، ترجع إليها لحل المشكلات التي تعترضها أثناء الممارسة الميدانية، ناهيك عن قيام عدد كبير من الباحثين المتخصصين بتقديم الدراسات الشرعية الاقتصادية اللازمة وإيجاد الأوعية المصرفية المناسبة لهذه البنوك.

وننتج عن ذلك كمّ كبير من الاجتهادات والمسائل الفقهية المتنوعة، مثل: حكم المضاربة المشتركة والمشاركة المتناقصة والتأمين التجاري وعقود التوريد وعقود المناقصات وبطاقات

(1) انظر: المصارف وبيوت التمويل الإسلامي لغريب الجمال ص417، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ص218-219. وبمّح الدكتور جمال الدين عطية بمجلة الأمة القطرية العدد56 ص45.

الائتمان وبيع الأسهم والسندات وبطاقة الائتمان وخطاب الضمان والمرابحة للأمر بالشراء، وغيرها من المعاملات والإجراءات المستحدثة.

هذه المسائل منها ما وقع عليها الاتفاق ومنها ما وقع حولها الاختلاف، بعضها كان باجتهاد فردي والكثير منها كان باجتهاد جماعي صادر عن المجمع الفقهي، والهيئات الاستشارية للمصارف، وهيئات الرقابة الشرعية للبنوك.

وقد وجدت في هذه المسائل - وفي غيرها من المعاملات المالية - المجال الملائم للبحث، وبيان منهج الفقهاء المحدثين في توظيف القواعد الفقهية والتخريج عليها كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ثانياً: المجال العلمي الطبي الجراحي

هذا المجال هو من أخطر المجالات التي غزاها الإنسان بعلمه، وأخضعها لبحثه وتجاربه، لأن الإنسان ذاته عليه مدار الحضارة على هذه الأرض، فإذا صلح أمره واستقام حاله قامت حضارة الأرض على أسس متينة، وإذا فسد أصاب تلك الحضارة من الفساد بقدر ما يدخل على كيان الإنسان وفطرته من الخلل والاضطراب.

ولذلك فإن من أهم القضايا التي تستحق أن توجه إليها العناية في البحث والتأصيل والتخريج والتقويم تلك التي أثارها وما زال يثيرها التقدم العلمي في مجال الطب، بحثاً عن مبادئ وقواعد عامة وضوابط محددة ينضبط بها البحث في هذا المجال.

والبحوث في هذا المجال متعددة ومتنوعة منها - على سبيل التمثيل :-

- زرع أعضاء الحيوان، أو أجزاء منها في جسم الإنسان.

- ونزع أعضاء من جسمه وهو حي لاستعمالها في الزراعة لمصلحة طفله أو أحد أبويه، أو أخوته؟.

- نزع أعضاء الإنسان من جسمه بعد موته لتستعمل في الزراعة ليستفيد منها أي إنسان آخر؟.

- وحكم تبرع الإنسان بجسمه بعد الموت للاستفادة منه في التشريح لتعليم الآخرين؟.

- حكم الخطأ الطبي، ومدى مسؤولية الطبيب عند مباشرته العمل الجراحي.

- حكم التلقيح الاصطناعي وحكم الاستنساخ بأنواعه وحكم الاستفادة من الهندسة الوراثية، وغيرها من المواضيع والنوازل الفقهية الجديدة.

- حكم الاستنساخ البشري، وكذلك الحيواني والنباتي.

- حكم الاتصال بالمصابين بالأمراض المعدية الخطيرة المميتة، بالزواج، والعمل معهم مثلاً.
هذه النوازل الحديثة وغيرها، تحتاج إلى أجوبة شافية تبين حكم الإسلام فيها، ولا سبيل إلى ذلك إلا عن طريق اجتهاد حديث معاصر صادر من أهله.

المطلب الثالث: مظانّ الاجتهاد المعاصر

تتعدد مظانّ الاجتهاد المعاصر بنوعيه المالي الاقتصادي والطبي الجراحي، ويمكن حصر ذلك في ثلاثة مظانّ رئيسية هي:

أولاً: فتاوى الجامعات والهيئات العلمية ودور الإفتاء

أو الاجتهاد الجماعي الذي يمارس ضمن مجامع فقهية وهيئات علمية رسمية.
والاجتهاد الجماعي هو الذي يتشاور فيه أهل العلم في القضايا المطروحة، وخصوصاً فيما يكون له طابع العموم يهم جمهور المسلمين.

(فأرى الجماعة أقرب إلى الصواب من رأي الفرد، مهما علا كعبه في العلم، فقد يلمح شخص جانباً في الموضوع لا ينتبه له آخر، وقد يحفظ شخص ما يغيب عن غيره.
وقد تبرز المناقشة نقاطاً كانت خافية، أو تجلي أموراً كانت غامضة، أو تذكر بأشياء كانت منسية، وهذه من بركات الشورى، ومن ثمار العمل الجماعي دائماً: عمل الفريق، أو عمل المؤسسة، بدل عمل الفرد)⁽¹⁾.

على أن هذا الاجتهاد الجماعي لا يغني عن الاجتهاد الفردي، لأن الذي يمهّد الطريق أمام الاجتهاد الجماعي هو البحوث الأصيلة المخدومة التي يقدمها أفراد المجتهدين، لتعرض وتناقش مناقشة جماعية، ويصدر فيها بعد البحث والحوار القرار بالإجماع أو الأغلبية.

ومن الجامعات والهيئات العلمية التي اضطلعت بهذا العمل:

1 - مجمع البحوث الإسلامية للأزهر الشريف بالقاهرة الذي أنشئ سنة 1961م، بموجب القانون 103 المتعلق بتطوير الأزهر. وقد صدر عن هذا المجمع عدد كبير من الفتاوى في مختلف مجالات الحياة.

2 - المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وقد تم تأسيس أول هيئة لهذا المجمع في شهر ذي القعدة 1393هـ، وذلك بناءً على قرار المجلس التأسيسي لرابطة العالم

(1) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي ص182. وراجع بحث الدكتور محمد الغزالي رحمه الله "الاجتهاد الجماعي في العصر الحاضر" والذي ذكر فيه الأسباب التي تقتضي ممارسة الاجتهاد الجماعي، وهو مطبوع ضمن محاضرات ملتقى الفكر الإسلامي، بقسنطينة 1403هـ - 1983م، منشورات مؤسسة العصر وزارة الشؤون الدينية - الجزائر - (3/ 55 - 68).

الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، المنعقدة من 17 ذي القعدة 1393هـ إلى 16 ذي الحجة 1393هـ. والمجمع يضم مجموعة من العلماء والفقهاء والمحققين من مختلف أنحاء العالم الإسلامي ومقره الرئيسي بمكة المكرمة⁽¹⁾.

والمجمع أنشئ لدراسة أمور المسلمين الدينية والفقهية، والنظر في الوقائع الجديدة في شؤون الحياة، لإصدار أحكام لها في ضوء الاجتهاد الجماعي القائم على أساس من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمصادر المعتمدة في الفقه الإسلامي، وقد أنجز هذا المجمع منذ إنشائه بحوث عديدة وموضوعات شتى في مختلف المجالات⁽²⁾.

3 - ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة بالمملكة العربية السعودية، وقد أنشئ أيضاً بناءً على قرار منظمة المؤتمر الإسلامي، وذلك عندما انعقد مؤتمر القمة الثالث للدول الإسلامية في رحاب بيت الله الحرام من 19-22 ربيع الأول 1401هـ، 25-28 يناير 1981م، فأصدر قراراً بإيجاد مجمع فقهي إسلامي دولي موحد يكون أعضاؤه من العلماء البارزين، الذين تعينهم الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي ممثلين لها في مجلسه، وقد قام هذا المجمع وانضم إلى عضويته نخبة من كبار الفقهاء، وممثلون للعديد من المؤسسات الجمعية الفقهية والجامع العلمية المحلية في عدد من البلدان الإسلامية، وفتاوى هيئات الرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية.

وبحوث هذا المجمع مبنوثة في المجلة العلمية التي يصدرها، وهي تحوي بحوثاً ودراسات أعضاء المجمع في كل دورة وكذا القرارات التي يصدرها المجمع، وتكمن أهمية هذه المجلة في نشرها لكل المناقشات والتعليقات والتعقيبات المتعلقة بأي موضوع مطروح للدراسة والبحث وفي كل دورة من دورات المجمع.

والمجمع في دراسته لموضوع ما في مجال ما، لا يكتفي بأبحاث فقهاء الشريعة الإسلامية، وإنما يستشير الخبراء المتخصصين في مختلف المجالات، فإن كان الموضوع المدروس في مجال الاقتصاد والمعاملات المالية المعاصرة، طلب المشورة والتوضيح من علماء وأساتذة الاقتصاد عموماً⁽³⁾.

أما إذا كان الموضوع المطروح بالبحث في مجال الطب والجراحة الحديثة رجع - للإحاطة بالموضوع - إلى الأطباء المتخصصين في الطب، وهكذا..

وهذا العمل ينم عن وعي أعضاء هيئة المجمع والمشرفين عليه وإدراكهم الجيد لمتطلبات ومقتضيات الاجتهاد المعاصر، فهو يبحث في مواضيع متشعبة ومعقدة ومتشابكة، نتجت عن واقع معقد تتحكم فيه حضارة المادة.

(1) انظر: الاجتهاد الجماعي ودور الجامع الفقهية في تطبيقه الدكتور شعبان محمد اسماعيل الطبعة الأولى (1418هـ - 1998م) دار البشائر الإسلامية - بيروت - لبنان، ص 138.

(2) انظر: الاجتهاد الجماعي ص 175، ومجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، العدد الأول.

(3) انظر: الاجتهاد الجماعي ص 189، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الأول، الجزء الأول.

- ونظراً لما تميزت به مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جعلتها من المصادر الأساسية للبحث في هذه الأطروحة.
- 4 - فتاوى دار الإفتاء المصرية التي تصدرها وزارة الأوقاف المصرية.
- 5 - الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، والخدمات المصرفية، التي تصدرها هيئة الرقابة الشرعية لبنك دلة البركة.
- 6 - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، التي يصدرها بيت التمويل الكويتي.
- 7 - الفتاوى الشرعية التي تصدرها هيئة الفتوى لشركة الراجحي للاستثمار.

ثانياً: فتاوى الفقهاء المحدثين

وهم بعض العلماء المرموقين الذين يلجأ إليهم جمهور المسلمين يستفتونهم في مشكلات خاصة أو قضايا عامة، فيفتونهم فتاوى مكتوبة موثقة تنشر في كتب أو رسائل أو صحف مثل:

فتاوى الإمام الأكبر الشيخ محمود شلتوت رحمه الله، وفتاوى المفتي الأسبق لجمهورية مصر العربية الشيخ حسنين مخلوف رحمه الله.

- فتاوى الشيخ أحمد حماني رئيس المجلس الإسلامي الأعلى - سابقاً - بالجزائر.
- فتاوى الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، شيخ الأزهر سابقاً.
- فتاوى شيخ الإسلام ومفتي الديار التونسية سابقاً الشيخ عبد العزيز جعيط.
- فتاوى الشيخ مصطفى الزرقاء.
- فتاوى الشيخ يوسف القرضاوي الموسومة بـ (فتاوى معاصرة).

ثالثاً: البحوث والدراسات الفقهية المتخصصة

وهي تشمل ما يؤلف من كتب علمية أصيلة لذوي الاختصاص والمقدرة من العلماء، وما يقدم من بحوث ودراسات جادة في المؤتمرات العلمية المتخصصة، وما يقدم من رسائل وأطروحات في أقسام الدراسات العليا بالجامعات للحصول على درجة الماجستير والدكتوراه، وما يقدمه أساتذة الجامعات من إنتاج علمي، وما ينشر من بحوث علمية رصينة. ومن هذه الدراسات:

- المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين الكبي.
- بحوث فقهية معاصرة لدكتور محمد عبد الغفار الشريف.
- أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها للدكتور محمد بن مختار الجكني الشنقيطي.
- أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، للدكتور محمد سليمان الأشقر.

- أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، للدكتور محمد نعيم ياسين.
 - الرخصة الشرعية وأثرها في القضايا الفقهية المعاصرة لأستاذنا الدكتور كمال بوزيدي.
 - قضايا فقهية معاصرة للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي.
 - بحوث في قضايا فقهية معاصرة للدكتور محمد تقي العثماني.
- وقد رجعت إلى هذه البحوث والدراسات وإلى غيرها، واستفدت منها بالقدر الذي يخدم البحث.

الفصل الثاني

أثر قواعد الباعث والإحتياط في الإجتهاد المعاصر

المبحث الأول أثر قواعد الباعث في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها⁽¹⁾

تعريف القاعدة:

هذه القاعدة هي إحدى القواعد الكبرى التي عليها مدار الفقه، فلا نجد كتاباً من كتب القواعد الفقهية، أو من كتب الفقه إلا نصَّ عليها، وكشف عن أهميتها ودورها في إثراء الفقه الإسلامي.

المعنى اللغوي للقاعدة:

الأمور: جمع أمر، ومعناه الحال والشأن والحادثة والفعل، قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَمْرٌ فَرَعَوْتَ بِرَشِيدٍ﴾⁽²⁾. أي أقواله وأفعاله كلها، وقال تعالى: ﴿لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ﴾⁽³⁾، أي الشأن والحال⁽⁴⁾.

ويقال: أمور فلان مستقيمة أي أحواله، والأمر يجيء أيضاً بمعنى طلب الفعل⁽⁵⁾.

والمقصود هنا بلفظ الأمر نفس الفعل وهو عمل الجوارح، ومنها اللسان وفعله القول، ومنها القلب وفعله الاعتقاد⁽⁶⁾.

بمقاصدها: المقاصد جمع مقصد، أو مقصد، ويطلق في اللغة بمعنى الأُم، وإتيان الشيء، والتوجه، والاعتزام، والنهوض نحو الشيء⁽⁷⁾.

والقصد هنا بمعنى النية، فكأن الناوي يؤمُّ بقلبه الشيء، ويتوجّه إليه للإتيان به.

فمعنى القاعدة في اللغة: أن الأفعال والتصرفات تابعة للنيات⁽⁸⁾.

(1) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (54/1)، أشباه السيوطي، ص16، أشباه ابن نجيم، ص22، مجلة الأحكام العدلية المادة رقم: 2، المدخل الفقهي العام (980/2)، موسوعة القواعد الفقهية (120/1).

(2) سورة هود الآية 97.

(3) سورة آل عمران، الآية 128.

(4) انظر: المصباح المنير للفيومي (29/1).

(5) مفردات القرآن للراغب الأصفهاني، ص91، التعريفات للجرجاني، ص38، التوقيف على مهمات التعريف للمناوي، ص92.

(6) درر الحكام لعلي حيدر (17/1). موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو، (121/1).

(7) لسان العرب لابن منظور (353/3)، مادة (ق ص د)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي، (327/1) مادة قصد.

(8) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص123.

أما المعنى الاصطلاحي للقاعدة فهو: أن الأعمال من قول وفعل تنبني - من حيث آثارها المترتبة عليها - على المقصود من ذلك العمل، ونية العامل⁽¹⁾.

ولأن علم الفقه يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، فسرت (المجلة) القاعدة بقولها: (يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر)⁽²⁾.

فالعبادات - من حيث الجملة - لا تصح ولا تجزئ إلا مقترنة بالنية، ولا ثواب عليها إلا على أساس النية.

والعمل المباح قد يثاب عليه الإنسان إذا ما أحسن نيته فيه، وقد يعاقب إذا أساء نيته، واللفظ لا يدل على معناه إلا إذا اقترن بنية ذلك المعنى... وهكذا، ويستثنى من ذلك ما كان صريحاً⁽³⁾.

والقاعدة تجري في كثير من الأبواب الفقهية، منها: المعاوضات والتملكيات المالية، والإبراء، وتجري في الوكالات، وإحراز المباحات، والضمانات والأمانات، والعقوبات.

والواقع أنها قاعدة كثيرة الاعتبار، ولها تفاريع جمّة واسعة النطاق في كتب الفقه، وفتاوى الجامع الفقهية، ودور الفتوى والاجتهاد، ومراكز البحث العلمي المختلفة، وسأذكر - هنا - بعض تفريعات القاعدة الخاصة بالاجتهاد المعاصر، في باب الجراحة والطب، وباب المعاملات المالية، على أن يسبق ذلك الكلام عن دليل القاعدة.

دليلها:

1 - الأصل في هذه القاعدة: حديث «إنما الأعمال بالنيات...» الحديث⁽⁴⁾.

هذا الحديث وكل ما جاء في معناه، يدل دلالة واضحة على أن ميزان الأعمال إنما هو النية والقصد من وراء ذلك العمل.

يقول الإمام الشاطبي: (إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات، من العبادات والعبادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر، ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العبادات بين الواجب، والمندوب، والمباح، والمكروه، والحرم، والصحيح والفساد، وغير ذلك من الأحكام...)

(1) القواعد والضوابط الفقهية، الدكتور عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، (1/197)، وانظر موسوعة القواعد الفقهية (1/124).

(2) شرح القواعد الفقهية، للزرقاء ص5.

(3) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص22، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص5.

(4) الحديث أخرجه البخاري في مواضع منها: كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، صحيح

البخاري بتحقيق مصطفى ديب البغا (1/3)، وانظر فتح الباري بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي (1/12) رقم الحديث:

1، ومسلم في كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ «إنما الأعمال بالنية»، صحيح مسلم بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، (3/1515)

رقم الحديث: 1907.

وأيضاً: فالعمل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون⁽¹⁾.

وكلمة العادات في اصطلاح الشاطبي يراد بها كل ما يقابل العبادات، فيدخل فيها العقود وسائر المعاملات حتى الجنائيات.

2 - ومن شواهد هذه القاعدة الجلييلة ما ورد عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه⁽²⁾، قال جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، ما القتال في سبيل الله؟ فإننا أئدنا يقاتل غضباً ويقاتل حميةً، فرفع إليه رأسه - قال: وما رفع إليه رأسه إلا لأنه كان قائماً - فقال: «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا، فهو في سبيل الله عز وجل»⁽³⁾.

ففي الحديث النبوي الشريف توجيه رائع إلى تصحيح النية، وتنبية واضح على اعتبار الباعث والإرادة الباطنة في تقرير الأحكام.

3 - وذكر العلامة السيوطي أن قوله تعالى: ﴿وَأَللهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾⁽⁴⁾، أصلٌ لقاعدة: الأمور بمقاصدها، فربّ أمر مباح، أو مطلوب لمقصدٍ ممنوع باعتبار مقصد آخر⁽⁵⁾.

يقول ابن القيم⁽⁶⁾ منوهاً بهذه القاعدة: (وقاعدة الشرع التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في القربات والعبادات... ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر)⁽⁷⁾.

(1) الموافقات في أصول الشريعة للإمام الشاطبي، طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان، (2/ 323 - 324).

(2) أبو موسى الأشعري: هو عبد الله بن قيس بن سليم، أسلم قبل الهجرة وهاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة بعد خيبر، واستعمله النبي ﷺ على اليمن وعدن، وعمر على البصرة، وهو أحد القضاة المشهورين، سكن الكوفة، وتفقه أهلها به، مات سنة 43هـ، وقيل 44هـ.

انظر: الإصابة (2/ 359)، تهذيب الأسماء (2/ 268)، حلية الأولياء (1/ 356)، شذرات الذهب (1/ 53).

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب من سأل وهو قائم عالماً جالساً، رقم: 123، (1/ 58) وانظر: فتح الباري (1/ 293). ومسلم في كتاب الإمارة، باب من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله، رقم: 1904، صحيح مسلم (3/ 1512).

(4) سورة البقرة، الآية 220.

(5) الإكليل في استنباط التنزيل ص 50.

(6) ابن القيم: هو أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب بن زرعة الدمشقي، شمس الدين الشهير بابن قيم الجوزية، عني بالحديث ورجاله، واشتغل بالفقه والنحو، وكان غاية في التفسير والأصول، له تأليف كثيرة منها: إعلام الموقعين، وزاد المعاد، وحادي الأرواح وغيرها، توفي سنة 751هـ. انظر ترجمته في: شذرات الذهب (6/ 168)، كشف الظنون (1/ 89)، الأعلام (6/ 6)، الدرر الكامنة (3/ 400)، هدية العارفين (2/ 158).

(7) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية، بتحقيق عصام الدين الصبابطي، الطبعة الأولى (1414هـ - 1993م) دار الحديث - القاهرة - مصر (3/ 80).

أثر القاعدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: الاتفاق على قرض يجر نفعاً، يقع بين بنك إسلامي وبنك أجنبي

من الصور التي يذكرها الفقهاء للقرض الذي يجر نفعاً: أن يشترط في القرض أن يبيعه شيئاً، أو يؤجره داره أو يقرضه مرةً أخرى، قال الخطاب⁽¹⁾: (ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصاً ليسلفه بعد ذلك)⁽²⁾. هذا في حالة الاشتراط.

وتطراً هذه الحالة - في المعاملات المالية المعاصرة - في اتفاقيات البنوك، ويحتمل أن يتورط فيها بنك إسلامي، وطريقة هذا التعامل أن يتم الاتفاق مسبقاً بين البنك الإسلامي والبنك الأجنبي، على أن يضع البنك الإسلامي مبلغاً لحسابه في البنك الأجنبي بشرط ألا يتقاضى هذا الأخير فائدة على ذلك، ويتم السحب عند الحاجة، وفي حالة تجاوز المبالغ المسحوبة للرصيد المودع لدى البنك الأجنبي - ويصبح دائئاً للبنك الإسلامي - فإنه ينبغي عدم دفع أية فائدة، بل يتم تحويل مبلغ لتسوية الحساب، وتسديد الدين بحيث تكون هناك موازنة بين المبالغ المودعة والمبالغ المسحوبة، أو الحسابات المكشوفة⁽³⁾.

فظاهر هذا التعامل البطلان، لأن البنك الإسلامي اشترط في عقد الإقراض هذا، أن يقرضه البنك الأجنبي مرةً أخرى.

ولكن يمكن أن يلتبس مخرج يخلص به إلى جواز الاتفاق، إذا كان الغرض من الاشتراط مجرد اجتناب التعامل بالفائدة أخذاً وعتاءً، وليس قصده ما يجره من نفع له أو للبنك الأجنبي، والشرط الذي يشترطه على البنك، وإن كان منصباً على القرض وعلى كونه من غير فائدة، فإن القصد الأساسي منه هو استبعاد الفائدة، فالقصد من الشرط إذا قصد حسن متفق مع القاعدة الفقهية القائلة: «الأمر بمقاصدها»⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحي

توالت الفتاوى الفقهية التي تميز انتفاع الحي بأعضاء الميت من أجل إسعافه وإنقاذ حياته، من قبل أصحاب الفضيلة والفقهاء والباحثين، ومنهم الشيخ حسين مخلوف⁽⁵⁾، وسماحة الشيخ

(1) الخطاب: هو محمد بن محمد الخطاب المكي المولد والقرار، الفقيه العلامة أحد الأئمة المحققين الأخير أخذ عن والده ومحمد السخاوي والبساطي وغيرهم، وأخذ عنه أئمة منهم عبد الرحمن الباجوري، له تأليف منها: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، وقرة العين شرح ورفقات إمام الحرمين، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، ولد سنة 902هـ ومات سنة 954. انظر: نيل الابتهاج ص 337، شجرة النور الزكية ص 270.

(2) مواهب الجليل للخطاب الطبعة الثانية (1398هـ - 1978م) دار الفكر - بيروت - لبنان، (4/ 391).

(3) فتاوى بنك فيصل الإسلامي، ص 51.

(4) انظر: فتاوى بنك فيصل الإسلامي، ص 52 - 53. وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد الندوي، (1/ 47 - 48).

(5) انظر: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية (2/ 34 - 35). والشيخ حسين محمد مخلوف، من علماء مصر، كان مفتياً للديار المصرية سابقاً، وعضو هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف، ورئيس جمعية النهوض بالدعوة الإسلامية.

جاد الحق علي جاد الحق⁽¹⁾، والدكتور يوسف القرضاوي⁽²⁾، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي⁽³⁾، والدكتور عبد الكريم زيدان⁽⁴⁾، والدكتور وهبة الزحيلي⁽⁵⁾، والدكتور الشرباصي⁽⁶⁾.

وصدر في هذا الشأن قرار عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وقّعه أغلب أعضاء المجلس الذين حضروا الجلسة⁽⁷⁾، كما شارك في الجلسة فريق من الأطباء، كما صدرت في ذلك فتوى عن لجنة الفتوى التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر⁽⁸⁾، وقرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية⁽⁹⁾، واستند المجيزون إلى أدلة من الكتاب، والسنة، والقياس، ومجموعة من القواعد الفقهية، وهذه الأخيرة أخصّها بالذكر لعلاقتها بالبحث.

ذهب القائلون بالجواز، إلى تخريج المسألة على قاعدة «الأمر بمقاصدها».

وجه التخريج على القاعدة: أن هذه القاعدة دلت على أن الأعمال معتبرة على حسب النيات والمقاصد، وعليه فإن نقل الأعضاء الآدمية يختلف حكمه بحسب اختلاف المقصود منه، فإن كان المقصود به إنقاذ النفس المحرمة ودفع الضرر الأشد بالأخف فإنه يكون مقصداً محموداً وعملاً مشروعاً يثاب فاعله ويمدح عليه، وهذا هو مقصودنا بالقول بجوازه.

- (1) انظر: رآية في مجلة الفتاوى الإسلامية، الصادرة عن دار الإفتاء المصرية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (10/ 3700 - 3713). وله مقال بعنوان "نقل الأعضاء من إنسان لآخر" مجلة الأزهر، الجزء 9، عدد رمضان 1403هـ بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، (2/ 447-462). والشيخ جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر سابقاً.
- (2) انظر: مجته (هل تجوز الوصية بجزء من البدن)، فتاوى معاصرة (1/ 859). والدكتور يوسف القرضاوي، من كبار علماء العصر الحديث، شغل منصب عميد كلية الشريعة بقطر، ومستشار مصرف قطر الإسلامي، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (3) انظر: كتابه قضايا فقهية معاصرة، القسم الأول ص 132 - 133. والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي هو من علماء سوريا، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي، له مؤلفات كثيرة، ومشاركات علمية واسعة.
- (4) انظر مجته (استعمال أعضاء الميت) مجلة البحوث الإسلامية العدد 22، سنة 1408، ص 43.
- (5) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (1/ 236 - 237). والدكتور وهبة الزحيلي هو رئيس قسم الشريعة بجامعة دمشق، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي من أهم ما ألف كتابه: الفقه الإسلامي وأدلته.
- (6) انظر: كتابه يسألونك في الدين والحياة، (2/ 327)، الطبعة الثالثة، دار الجيل - بيروت - لبنان. والشيخ أحمد الشرباصي من علماء مصر، له تأليف كثيرة.
- (7) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من عام 1405هـ، يناير 1985م، ووقع عليه أصحاب الفضيلة، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الدكتور عمر نصيف، الشيخ عبد الله العبد الرحمن البسام، الشيخ محمد بن عبد الله بن سبيل، الدكتور مصطفى الزرقاء، الشيخ محمد محمود الصواف، الشيخ صالح بن عثيمين، الشيخ محمد رشيد قباني، الشيخ محمد الشاذلي النيفر، الشيخ أبو بكر جومي، الشيخ محمد بن جبير، الدكتور محمد فهمي أبو سنة، الشيخ محمد بن الحبيب الخوجة، الشيخ مبروك بن مسعود العوادي، الشيخ محمد بن سالم بن عبد الودود، الدكتور طلال عمر بافقيه، وفريق من الأطباء منهم، محمد علي البار. انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة من الدورة الأولى إلى الثامنة، ص 146 - 149.
- (8) نشرت هذه الفتوى في مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22، ص 46 - 50.
- (9) انظر: قرار رقم: 99، الصادر في سنة 1402هـ، نقلته مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 4 (1/ 107).

وأما إن كان المقصود به إهانة الميت وأذيته بالتمثيل به فهذا مقصد مذموم وعمل محرم ونحن لا نقول به⁽¹⁾.

يقول الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد⁽²⁾، في سياق الردّ على المانعين بوجه ما في القطع والزرع من المثلّة: (لكن هذا الوجه من الاستدلال في حرمة التمثيل على حرمة النقل والتعويض والتشريح فيه نظر لما يلي: وهو أن الأمور بمقاصدها، فالتمثيل المحرم هو المبني على التشفي والحقد والانتقام والإيذاء، لهذا جاز القصاص في النفس وما دونها.. ولم يعد مثلّة محرمة فتلحق بالتمثيل المحرم، بل هذا عين العدل، لأنه مبني على العقوبة بالمثل.

وهكذا يمكن أن يقال في التشريح لجثة الميت لكشف الجريمة مثلاً لمصلحته، ومصلحة وارثه، ومصلحة أمن الجماعة.

وهكذا في النقل والتعويض الإنساني، فهذا والله أعلم يعد من باب الإحسان والإيثار⁽³⁾.

المسألة 2: حول تنظيم النسل

ورد سؤال يستفتي فيه صاحبه الدكتور محمد سيد طنطاوي⁽⁴⁾ - مفتي الديار المصرية سابقاً - عن تنظيم نسله، ونص السؤال:

(زوجان معهما ثلاثة أولاد، وحالتهم المادية والصحية ممتازة، ويريدان أن يوقفا برضاهما واختيارهما الحمل لفترة من الزمان، وليس ذلك لأسباب خاصة بهما وإنما لأنهما يعتقدان بأن الدولة التي يعيشان فيها هي بحاجة إلى تنظيم النسل، فهل هذا جائز شرعاً مع حرصهما التام على أداء أحكام دينهما؟

فأجاب الدكتور معتمداً في بناء الحكم على قاعدة «الأمور بمقاصدها»، ونص جوابه: (أن هذا الشعور بظروف الدولة التي تعيشان فيها شعور طيب وحميد يدل على حسن الظن وعلى الثقة فيما تصدره الدولة من بيانات حول هذا الموضوع، كما يدل على الاهتمام المشكور بأحوال المجتمع الذي يعيشان فيه استجابة لقول النبي ﷺ: «من لم يهتم للمسلمين فليس منهم»⁽⁵⁾. ومادام شعوركما

(1) شفاء التبريح والأدواء لليعقوبي ص 21، 34، 35. وحكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، للدكتور عقيل بن أحمد العقيلي، ص 76.

(2) الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، من علماء المملكة العربية السعودية، ورئيس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

(3) انظر: بحث "التشريح الجثامي والنقل والتعويض الإنساني" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (1/ 163 - 164).

(4) الدكتور محمد سيد طنطاوي، من علماء جمهورية مصر العربية، مفتي الديار المصرية سابقاً وشيخ جامع الأزهر حالياً، وهو عضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(5) أخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب الرقاق (4/ 356) رقم: 7902. والطبراني في المعجم الأوسط، بتحقيق محمود الطحان، الطبعة أولى (1415هـ - 1995م) مكتبة المعارف - الرياض (8/ 230) رقم: 7469 وقال الطبراني: لا يُروى هذا الحديث عن حذيفة إلا بهذا الإسناد، تفرد به عبد الله بن أبي جعفر الرازي، وضعفه العراقي في تخريج أحاديث الإحياء (2/ 180) رقم: 14.

كذلك، فما تريدان عمله من تأجيل الحمل لفترة من الزمان تتفقان عليها، لا مانع منه شرعاً، فإن الأمور بمقاصدها، والأعمال بالنيات⁽¹⁾.

يظهر من خلال جواب سماحة المفتي أن فتواه مبنية على قصد الزوجين ونيتهما من وقف الحمل وتأجيله إلى حين، فإذا كان قصدهما من تأجيل الحمل ما صرحا به من رعاية مصلحة الجماعة المسلمة ودفع الضرر والفساد الواقع أو المتوقع، والتزامهما بأمر الدولة الرامي إلى تنظيم النسل تحقيقاً للمصلحة العامة، فلا مانع حينئذ من الوقف المؤقت للحمل.

المسألة 3: حكم الاستفادة من الخلايا الجذرية في الأبحاث الطبية

الخلية في علم الأحياء هي وحدة بنیان الأحياء من نبات أو حيوان⁽²⁾.

فالخلية هي الوحدة الأساسية لكل أشكال الحياة، فكل الكائنات الحية مكونة من خلايا، ومعظم الخلايا صغيرة جداً لدرجة أنها لا ترى إلا بالمجهر.

وللخلايا أنواع عديدة كخلايا العظام وخلايا الدم والكبد والعضلات، ومن أنواعها الخلايا الجذرية وهي خلايا يمكن أن تتكون منها جميع أنواع الخلايا، بمعنى أنّ فيها طاقة كامنة تمكنها من أن تتحول إلى أي نوع من الخلايا الأخرى، وتسمى أيضاً الخلايا الجذعية⁽³⁾.

ومن الباحثين من يعلق آمالاً كبيرة على القدرة على الاستفادة من هذه الخلايا في معالجة عدد من الأمراض المستعصية وتعويض الأجزاء التالفة في الجسم بواسطة ذلك.

فما حكم الاستفادة من هذه الخلايا؟

إن حكم الاستفادة من هذه الخلايا يرجع إلى النظر في الهدف من هذه التجارب فإن كان الغرض منها يعود بالفائدة على الناس بما فيه من تحقيق مصالح الخلق مع عدم الخروج عن مقاصد الخالق، فجائز، أما إن كان المقصد فاسد والغرض سيء فممنوع، وهذا بناء على قاعدة «الأمور بمقاصدها».

ومن الباحثين القائلين بهذا الدكتور سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري⁽⁴⁾، الذي يقول - بعد شرحه لقاعدة الأمور بمقاصدها -: (ومن خلال ما سبق نعرف أنه في بحوث الخلايا الجذرية لا بد من تحديد أهداف هذه البحوث، ولا بد أن تكون تلك الأهداف متوافقة مع مقاصد الشريعة، خوفاً من استغلال هذه البحوث في الشر والفساد والتخريب)⁽⁵⁾.

(1) انظر بحثه "تنظيم النسل ورأي الدين فيه" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، (1/ 156 - 157).

(2) المعجم الوسيط، د/ شوقي ضيف وآخرون، الطبعة الرابعة (1426هـ - 2005م) مجمع اللغة، مكتبة الشروق الدولية - مصر، ص 254.

(3) الخلايا الجذرية، والقضايا الأخلاقية والفقهية، للدكتور محمد علي البار؛ الطبعة الأولى 1423هـ، دار السعودية للنشر والتوزيع - جدة، السعودية، ص 1.

(4) عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية.

(5) بحث "القواعد الفقهية والأصولية ومقاصد الشريعة ذات الصلة ببحوث الخلايا الجذرية" للدكتور سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد 18، السنة 15 (1425هـ - 2004) ص 236.

القاعدة الثانية: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني⁽¹⁾

هذه القاعدة مأخوذة من القاعدة الشرعية الكبرى: «الأمور بمقاصدها».

اختلف في صياغة هذه القاعدة عند فقهاء المذاهب تبعاً لاختلافهم في الأحكام المترتبة عليها، وتبعاً للاتفاق أو الاختلاف في مضمونها.

فالحنفية والمالكية صاغوها بالأسلوب الخبري، لأن معناها ومدلولها متفق عليه عندهم، وقد اتفقوا على أحكامها دون تردد.

أما الشافعية والحنابلة فقد اختلف فقهاؤهم في مفهوم هذه القاعدة وأحكامها، لذلك أوردوها بالأسلوب الإنشائي الذي يشير إلى الاختلاف⁽²⁾.

وإذا رجعنا إلى الحنفية والمالكية نجدهم قد ذكروها بصيغ متقاربة منها:

«الاعتبار للمعنى لا للألفاظ»⁽³⁾.

«العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»⁽⁴⁾.

«العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى»⁽⁵⁾.

«الأحكام تتعلق بمعاني الألفاظ دون قوالها»⁽⁶⁾.

«إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى»⁽⁷⁾.

وعند الشافعية بصيغة «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟»⁽⁸⁾.

أما عند الحنابلة: «إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه؟ أجاب ابن رجب: فيه خلاف يلتفت إلى أن المغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟»⁽⁹⁾.

ويلاحظ أن بعض المشتغلين بعلم القواعد الفقهية اختلفوا في تحديد مذهب الحنابلة في العمل بهذه القاعدة.

(1) انظر: أشباه ابن السبكي (347/1)، موسوعة القواعد الفقهية (378/6).

(2) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للبورنو ص 147.

(3) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 242.

(4) مجلة الأحكام المادة: 3، درر الأحكام (18/1)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 13.

(5) المنتقى للبايجي، الطبعة الأولى (1332هـ) مطبعة السعادة - مصر، (4/282).

(6) القبس في شرح موطأ مالك ابن أنس لأبي بكر بن العربي، بتحقيق الدكتور محمد عبد الله ولد كريم، (2/709).

(7) المعيار للونشريسي لأحمد بن يحيى الونشريسي، حققه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي، (4/95).

(8) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 212. المنشور في القواعد للزركشي (1/371).

(9) انظر: قواعد ابن رجب الحنبلي، القاعدة 38.

فالدكتور البورنو⁽¹⁾ يذهب إلى اعتبار الحنابلة مختلفين حول مفهوم القاعدة وأحكامها، ولذلك أوردوها بالأسلوب الإنشائي قال: (ف عند الحنفية والمالكية الاعتداد بالمعنى المقصود قولاً واحداً، وأما عند الشافعية والحنابلة فخلافاً في المعتبر والمغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟)⁽²⁾.

أما الدكتور أحمد الندوي، فيرى أن الخلاف حول معنى القاعدة واقع بين الحنفية والمالكية والحنابلة من جهة، والشافعية من جهة أخرى، فيقول: (وهكذا تجد مصادر الفقه الإسلامي تعتي غاية الاعتناء بهذه القاعدة، اللهم إلا الفقه الشافعي فإنه لم يقبل هذا المبدأ دائماً بل ربما أقام وزناً للألفاظ، وهذا لا يعني ترك فقهاء المذهب الشافعي هذه القاعدة بتاتاً؛ إذ فرّعوا مسائل كثيرة ظهر فيها الاستناد إلى هذا الأصل، وإن لم يحسم النزاع القائم فيها بترجيح الوجه المنسجم مع هذه القاعدة على شاكلة الجماهير الآخرين، ومن ثم تجدهم يذكرونها بصيغة مقرونة بالاستفهام)⁽³⁾.

ومما يؤيد ما ذهب إليه الدكتور الندوي، في إلحاق الحنابلة بمذهب الحنفية والمالكية، قول الإمام ابن القيم - وهو من الحنابلة - : (قواعد الفقه وأصوله تشهد أن المرعي في العقود حقائقها ومعانيها، لا صورها وألفاظها)⁽⁴⁾.

ويظهر أن ابن القيم نقل هذا المذهب عن شيخة ابن تيمية رحمه الله الذي يقول: (الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ.. هذا أصل أحمد، وجمهور العلماء، وأحد الوجهين في مذهب الشافعي)⁽⁵⁾.

معاني مفردات القاعدة

العبرة: الاعتداد بالشئ في ترتيب الحكم⁽⁶⁾.

العقود: جمع عقد وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، كعقد البيع والإجارة والإعارة⁽⁷⁾.

اللفظ: هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره وما في نفسه⁽⁸⁾.

المقاصد: جمع مقصد ومعناه نية المتكلم ومراده.

المعاني: جمع معنى وهو الصورة الذهنية من حيث وضع بإزائها الألفاظ، والصُّور

الحاصلة في العقل من حيث أنها تقصد باللفظ تسمى: معنى⁽⁹⁾.

(1) الدكتور محمد صدقي البورنو من العلماء المعاصرين المشتغلين بعلم القواعد الفقهية، ألف فيه كتاب الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، وموسوعة القواعد الفقهية.

(2) انظر: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (1/251). وكذلك (6/378 - 379).

(3) القواعد والضوابط الفقهية، لأحمد الندوي (1/519 - 520).

(4) زاد المعاد (5/200).

(5) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية (30/112).

(6) انظر: المصباح المنير (ع ب ر) (2/532)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 501.

(7) المصباح المنير (ع ق د) (2/575). التوقيف على مهمات التعاريف، ص 520.

(8) انظر: المصباح المنير (ل ف ظ) (2/763)، وقال صاحب التوقيف على مهمات التعاريف، ص 623: (ما يتلفظ به الإنسان أو في حكمه مُهْمَلًا كان أو مستعملًا).

(9) انظر: تعريفات الجرجاني، ص 235 - 236، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 664.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

إن المراد من قول الفقهاء العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني: أن اللفظ إذا كان موضوعاً لمعنى شرعي ما، وعُبرَ به عن معنى شرعي آخر، بطريق التجوز نظراً إلى جملة ما يدل عليه كلام العاقد ومقصده منه، فيصير هو المعتبر منه.

وذلك كما إذا قال شخص لآخر: وهبت لك هذه السيارة من نوع كذا، بسيارتك من نوع كذا، كان هذا عقد بيع، ولا يمنع من ذلك التعبير بلفظ وهبت.

قال صاحب درر الحكام: (يفهم من هذه المادة: أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني)⁽¹⁾.

وتغليب القصد على اللفظ يصح بشروط ثلاثة:

1 - أن يكون اللفظ محتملاً لما استعمل فيه لغة، وإلا لم يعتبر القصد، فمن قال لآخر: لا أبيعك هذا الجهاز بألف دينار، وقصد أنه يبيعه بهذا الثمن، لم يكن قوله هذا بيعاً ولا عبرة بقصده.

2 - أن يستوي جانبا أعمال ظاهر اللفظ والقصد، أو يحفّ بلفظه قرائن، تجعل أعمال القصد دون اللفظ راجحاً، وإلا لم يعتبر القصد، فمن قال لآخر وهبتك ساعتك هذه بمائة دينار، كان ذلك بيعاً للساعة لقرينة اشتراط مائة دينار، فإن خلا اللفظ عن القرينة ورجح جانب اللفظ للاستعمال كأن قال له: وهبتك حاسوبك هذا، دون ذكر ثمن، وأراد البيع بذلك لم يكن بيعاً بل هبة لعدم القرينة، فإذا استوى الجانبان عمل القصد.

3 - أن لا يكون الحكم المترتب على المعنى المقصود أدنى من الحكم المترتب على المعنى الذي يقتضيه ظاهر اللفظ، وإلا لم يعتبر القصد⁽²⁾.

ومما يدل على أهمية هذه القاعدة أنها محل اعتبار في كثير من المسائل والقضايا المعاصرة كما سيأتي.

أثر القاعدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة

1 - ودائع البنوك: (إن إيداع المال في البنوك وصناديق التوفير باسم الودائع تحت الطلب حكمه حكم القرض، ومجرد اسم الإيداع أو الوديعة لا ينطبق عليه مسماه الحقيقي؛ إذ لو كان

(1) درر الحكام (1/ 18 - 19).

(2) انظر: درر الحكام لعلي حيدر (1/ 19)، إعلام الموقعين (3/ 90 - 94)، المدخل الفقهي لأحمد الحجي الكندي، ص 23.

هذا المال وديعة حسب المصطلح الشرعي، لما جاز للبنوك استثمار الوديعة ولا استغلالها؛ لأن الوديعة يجب حفظ عينها ولا يسوغ التصرف فيها، والوديع يعتبر أميناً لا ضمان عليه عند تلف الأمانة بدون تعدد منه، ولكنه من المعلوم أن البنوك تتصرف في الودائع وتضمنها وترد مثلها عند الطلب، وبذلك يكسب هذا الإيداع حكم القرض، وهذا يتفق تماماً مع القاعدة الشرعية: «العبرة للمعاني لا للألفاظ».

وبناء على ذلك لا تحل الفوائد التي تدفعها البنوك وصناديق التوفير لوضعي أموالهم فيها؛ لأنها تعتبر ربا محرماً، ولا يغير من حقيقة الحكم تغيير الاسم، إذ العبرة للمعنى كما تبين.

يقول الدكتور محمد صلاح الصاوي⁽¹⁾، بعد أن عرّف الإيداع بالتوكيل في حفظ المال: (وحفظ المال غير وارد في باب الإيداع المصرفي، لأن المصرف مأذون له في استعمال الوديعة، فهو يستعمل النقود المودعة لديه لمصلحته، ثم يلتزم برد مثله عند الاقتضاء، وهذه المعاني تنتقل بالودائع المصرفية من باب الإيداع إلى باب القرض، لأن العبرة في العقود بالمقاصد لا بالألفاظ الذي يقطع الواقع بأنها غير مرادة، فالقرض هو تمليك الشيء على أن يردّ بدله. وهذا هو المقصود بالضبط بالودائع المصرفية، فالمصرف يمتلك الودائع ويستهلكها في مصالحه على أن يرد بدلها عند الاقتضاء.

ومن ثم فإن التحليل الفقهي الدقيق يقتضي إخراج الودائع النقدية العادية من باب الوديعة إلى باب القرض، لأن المعاني المقصودة بالقرض هي الموجود في هذه الودائع، وهي المرادة قصداً من الطرفين⁽²⁾.

وبعد تعريفه للقرض يخلص إلى القول: (فإذا تجاوزنا ظواهر الألفاظ، ونفدنا إلى القصد والإرادات، واعتبرنا المعاني والغايات، لم يبق أمامنا مجال للتردد في إلحاق هذه الودائع المصرفية بالقروض، وإخراجها من باب الإيداع بالكلية)⁽³⁾.

المسألة 2 - حكم الوديعة الادخارية (شهادة الاستثمار)⁽⁴⁾

(وهي لا تعدو أن تكون نوعاً من الإقراض حيث تقوم الجهة المصدرة لها باجتذاب القروض من أصحاب الأموال تحت إغراء الفائدة، التي تارة ترد إلى رأس المال فتزيد قيمة

(1) محمد صلاح الصاوي أستاذ من جمهورية مصر العربية، ألف كتاب مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، نال به درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية.

(2) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور محمد صلاح محمد الصاوي، ص 437.

(3) نفس المرجع ص 438.

(4) شهادة الاستثمار هي الورقة التي تثبت الحق في المبلغ المودع لدى البنك، وديعة خاضعة لنظام القرض، ولها عدة أنواع، شهادة الاستثمار ذات القيمة المتزايدة، وشهادة الاستثمار ذات العائد الجاري، والشهادات ذات الجوائز... راجع: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للدكتور الصاوي، ص 498 - 499. وحكم الإسلام في شهادات الاستثمار، عبد الرحمن بن صبحي زعيتير، ص 92 - 93.

الشهادات، كما في الشهادات ذات القيمة المتزايدة، وتارة يأخذها المقرض أولاً بأول كل ستة أشهر، كما في الشهادات ذات العائد الجاري.

وإذا كان الأمر كذلك من الناحية العملية - وكانت العبرة في العقود بمعانيها وحقائقها، وليس بالأسماء والشعارات - فلا ينبغي أن يختلف القول في بطلانها؛ لأنها تمثل قروضاً شرطت فيها الزيادة⁽¹⁾.

تقرر في الشريعة أن العبرة في العقود المعاني والحقائق لا الأسماء والمباني ومادام أن هذه المعاملة فيها إقراض بفائدة وزيادة فهي ربا محرم وإن أُلِبت لبّوس الاستثمار والزيادة في الربح الذي يقتضيه عرف التجارة، فالنظر يتجه أول ما يتجه إلى حقيقة المعاملة لا إلى صورتها وشكلها الخارجي والقاعدة الفقهية قاضية بذلك.

المسألة 3 - حسم الأوراق التجارية ((Discounting): الذي تمارسه المصارف الربوية باسم (الخصم)، والمقصود منه: حط قدر من القيمة المؤجلة للورقة التجارية؛ لتعجيل دفع باقي هذه القيمة.

وبعبارة أخرى هي: اتفاق يعجل به البنك لعميله قيمة سند تجاري قبل حلول موعد استحقاقه، بعد خصم ما يتفق عليه بينهما من الفوائد والعمولات، وذلك في مقابل تنازل العميل للبنك عن ملكية الحق الثابت في هذه الورقة، وأن يضمن له وفاءه عند حلول أجله⁽²⁾.

وقد اختلفت آراء الاقتصاديين والفقهاء القانونيين في تخريج هذه العملية، فيراها بعضهم بيع أجل بعاجل، ومنهم من يعتبرها عقداً مستقلاً بنفسها يختص بهذا الاسم، والراجح عندهم أنه قرض بفائدة، مع توكيل المقرض للدائن في استيفاء القرض من محرر الورقة التجارية، ويتضمن ذلك الاتفاق على حق هذا الدائن في الرجوع على المقرض لو امتنع المحرر من الوفاء بقيمة هذه الورقة؛ ذلك لأن قصد المتعاملين بهذه المعاملة هو القرض والاستيفاء في الآجل، وهذا الوصف الأخير لهذه العملية هو الأقرب إلى منطلق الفقه الإسلامي الذي يركز على القصد والمعاني، لا على الألفاظ والمباني⁽³⁾.

(وفي ظل هذا الواقع الملموس يصح تخريج عملية الحسم (الخصم) على أساس القرض، وهو الأضبط والأقرب إلى مجريات التعامل في الواقع، وإذا كان الأمر كذلك كان ما يقطعه المصرف من الفوائد لقاء عملية الخصم هو من الربا المحرم بلا جدال)⁽⁴⁾.

وهكذا نجد هذه القاعدة الذهبية ظاهرة المدد في الفقه الجديد، يُصوّب بها كثير من المفاهيم الخاطئة التي تكتنف الفكر الاقتصادي المعاصر⁽⁵⁾.

(1) المصدر نفسه، ص 500. وحكم الإسلام في شهادات الاستثمار، لعبد الرحمن بن صبحي زعيتر، ص 95.

(2) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، لمحمد الصاوي، ص 460.

(3) الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد أحمد السراج، ص 102 - 103.

(4) مشكلة الاستثمار للدكتور الصاوي، ص 464.

(5) عن القواعد والضوابط الفقهية للندوي بتصرف، (1/532).

المسألة 4 - حكم اشتراط الاحتفاظ بمنفعة المبيع للبائع مدة حياته

الواقع أن مجلة الأحكام الشرعية لم تتضمن نصاً خاصاً على حكم هذا العقد بعينه،... ذلك لأن الناس إذ ذاك عند وضع المجلة لم يكن يقع منهم في ظل نفاذ الأحكام الشرعية مثل هذا الشرط، شرط احتفاظ البائع بمنفعة المبيع مدى حياته. لذلك اعتبر مثل هذا العقد بهذا الشرط، من المسائل الحديثة.

تكييف المسألة: إذا اشترط البائع أن يحتفظ لنفسه بمنافع المبيع مدى حياته لا مدة موقوتة معينة، يصبح البيع - عندئذ - عديم الأثر مدة حياة البائع، وإنما يبدأ أثره بعد وفاته، فينتقل في ذلك الحين إلى المشتري حق حيازة المبيع وامتلاك منافعه، فيكون العقد واقعاً في الحياة، وأثره مؤجلاً إلى ما بعد الوفاة، فيكتسب العقد - عندئذ - معنى الوصية، والعقد بهذه الصفة قد يتخذه بعض الناس طريقاً للاحتيال على الحكم الشرعي النافذ؛ الذي لا يجوز الوصية لو ارث إلا بإجازة باقي الورثة.

ذلك أن الشخص الذي يريد أن يتخطى هذا الحاجز الشرعي يجد من السهل عليه جداً أن يتصرف في الأسماء، فيفرغ الوصية للوارث في قالب بيع مؤجل الأثر إلى ما بعد وفاته، فيغلف التصرف بغلاف تصرف آخر، ويسميه باسمه، وينفذ بذلك إلى مقصوده الممنوع شرعاً.

ولذلك ينبغي على الفقيه - عند تكييفه لمثل هذا العقد، وغيره - أن لا ينظر إلى اللفظ المعقود به، بل ينظر إلى ما تضمنه من شروط بين العاقدين وما حقه من قرائن، وعلى أساس ذلك إما أن يبقى في إطار لفظه إن لم يوجد من المقاصد والقرائن ما يوجب تحوله وانقلابه، وإما أن يتحول إلى موضوع عقد آخر، ويأخذ أحكامه، كما في مسألتنا هذه، وهذا عملاً بالقاعدة الفقهية: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني».

(أما في.. الاشتراط مدى الحياة، فإن أثر البيع مؤجل إلى ما بعد وفاة البائع (المورث) فيكتسب معنى الوصية، ويصلح مطية للتهرب من حكمها الشرعي في عدم نفاذ الوصية للوارث، فيحتال الشخص لإنفاذ هذه الوصية تحت ستار البيع.

فإذا كان المشتري أجنبياً فلا مجال للاشتباه، فيبقى العقد على ظاهره، أما إذا كان المشتري وارث البائع، فهذا قرينة ظاهرة الدلالة على أن التصرف إنما هو وصية مغلقة بغلاف البيع ومسماة باسمه، والعبرة شرعاً إنما هي للحقائق لا للأسماء، وتكييف العقد فقهاً إنما هو تبع للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) (1).

(1) انظر: فتاوى مصطفى الزرقا، باعتناء محمد أحمد مكي، ط1/1420هـ - 1999م، دار القلم، دمشق - سوريا، ص535 - 548، شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقاء ص13.

المسألة 5 - حقيقة خطاب الضمان المصرفي ومدى مشروعيته

تعريف الكفالة: (هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يَف به المدين نفسه) (1).

أو (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام) (2).

فالكفالة تفترض وجود التزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه، يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين الأصلي، فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي (3).

أما خطاب الضمان فهو: تعهد نهائي يصدر من المصرف بناء على طلب عميله - ويسمى الأمر - بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة (4).

والغاية في كل من الكفالة وخطاب الضمان واحدة وهي تقوية المركز الائتماني للعميل تجاه من يتعاملون معه بحيث يتسنى له إبرام التعاقدات، وترتيب الصفقات التي ما كان يتسنى له القيام بها لولا تدخل المصرف لكفالة عميله، وتعزيز موقفه.

وكان المسلمون في العصور الأولى للإسلام لا يرون أخذ الأجر على الضمان أو الوجاهة وعلّة ذلك أن الضمان والوجاهة والقرض لا تفعل إلاّ الله تعالى فأخذ العوض عليها سحت وكسب لا يحل، ثم تغيرت ظروف المجتمع الإسلامي بحيث أصبح أكثر أصحاب الوجاهة لا يبذلون ضمانهم إلاّ بأجر، فراعى بعض الفقهاء هذا التغير الطارئ على المجتمع فأجازوا أخذ الأجرة على الوجاهة بشروط معينة، كأن يكون ذو الوجاهة يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر في تحقيق ضمانه هذا.

ثم طرأ تطور آخر في العصر الحديث وهو ضخامة حجم المعاملات المطلوب ضمانها وأصبحت المؤسسات المالية وخاصة البنوك هي التي تقوم بهذا الدور الضروري لمصلحة المجتمع الإسلامي، وهذا الضمان يكلف البنوك نفقات مالية كبيرة مما يجعل من الضروري أن تتقاضى أجراً مقابل الأعمال التي تقوم بها لإصدار خطابات الضمان.

(1) القانون المدني المصري، المادة 772. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني المصري للدكتور عبد الرزاق السنهوري، (18/10).

(2) القانون المدني الأردني، المادة 625.

(3) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني المصري لعبد الرزاق السنهوري (20/10).

(4) المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور غريب الجمال، طبعة دار الشروق بيروت - لبنان، ص115)، وعمليات البنوك، لمحمود الكيلاني (1/142

وقد صدرت في المسألة فتاوي كثيرة من هيئات شرعية عديدة وهي في غالبها متفقة حول مشروعية المعاملة، وإن تباينت وجهات نظر الفقهاء في تكييف المسألة، وتخريجها⁽¹⁾.

ذهب بعض العلماء إلى تخريجها على قاعدة: «العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

وهو التخريج الذي ذهب إليه الدكتور محمد صلاح محمد الصاوي، في كتابه "مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عاجلها الإسلام"، وذلك عندما قال:

(فيخْرَجُ الخِطَابَ المَغْطَى من قبل العميل على أساس الوكالة، ويكون المصرف في هذه الحالة قد قدم لعميله خدمة مصرفية تتمثل في الوفاء بدينه إلى المستفيد، حيث إن ثقة المستفيد في المصرف أعلى من ثقته في العميل فضلاً عما يوفره التعامل المصرفي عموماً من أمان وثقة وضمآن.

ويكون ما تقاضاه المصرف في هذه الحالة من العوائد من قبيل الأجر الحلال على ما بذله من جهد وقام به من عمل، ولا بأس من قيام المصرف الإسلامي بهذه العملية ما دامت في هذا الإطار.

أما الخطاب الذي ليس له غطاء، أو له غطاء ناقص، فإنه يخرج على أساس القرض والوكالة والكفالة، فالبنك بإصداره لخطاب الضمان يكون قد صدر منه التعهد بكفالة عميله أمام المستفيد، وإقراره قيمة الخطاب، وتسليمها نيابة عنه للمستفيد بمجرد أن يطلبها من البنك خلال مدة معينة يكون قد قام بدوري المقرض والوكيل).

وقد ذكر ما سبق بناءً على قوله: (ولما كانت العبارة في العقود في الفقه الإسلامي للمقاصد والمعاني، وكان هذا التقرير السابق هو ما يجري عليه العمل فعلاً في هذا الباب، فإنه يصلح أساساً للنظرة الشرعية لذلك)⁽²⁾.

فخطاب الضمان المصرفي استعمل فيه لفظ الضمان ظاهراً، رغم أن الحكم فيه كوكيل يدفع مبلغاً معيناً لشخص معين وذلك بشرط معلق على تقديم المطالبة من ذلك الشخص المسمى.

فهذه المعاملة يجب النظر فيها إلى حقيقتها الشرعية أي إلى معانيها ومقاصدها لا إلى ألفاظها ومبانيها، فينظر أولاً إلى حقيقة خطاب الضمان؟ أهو وكالة أم كفالة، ثم هل يجوز أخذ الأجرة عليه؟

وهذا النظر في حقيقة المعاملة هو الذي درج عليه فقهاء العصر في تكييف هذه المعاملة ثم في بيان حكم أخذ الأجرة عليها، وخلصوا إلى أن خطاب الضمان جائز شرعاً في حالتيه:

(1) انظر: بعض هذه الفتاوي في كتاب فتاوى الخدمات المصرفية ص 77 - 122.

(2) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص 485.

الأولى: التي يكون فيها بغير غطاء على اعتبار العقد في هذه الحالة عقد كفالة.

والثانية: التي يكون فيها بغطاء - كامل أو جزئي - على اعتبار العقد عقد وكالة وكفالة معاً، وكالة بالنسبة لعلاقة البنك مع العميل وكفالة بالنسبة لعلاقة البنك مع الطرف الثالث.

أما ما يتعلق بأخذ البنك للأجر فيكون كالاتي:

بالنسبة للحالة الأولى: لا يجوز للبنك أن يأخذ أجراً في هذه الحالة إذا كان هذا الأجر نظير خطاب الضمان لأنه يكون قد أخذ أجراً على الكفالة وهو ممنوع، أما إذا كان الأجر الذي يأخذه البنك نظير ما قام به من خدمة ومصاريف تتطلبها إجراء إكمال خطاب الضمان فلا مانع شرعاً.

أما الحالة الثانية: يجوز أخذ البنك الأجر وهي حالة إصدار خطاب الضمان بغطاء لأنه في هذه الحالة يكون على أساس الوكالة، والوكالة تجوز بأجر وبغير أجر⁽¹⁾.

ومما يجب التنبيه إليه هو أن هذه المعاملة المصرفية تعرضت لها بالبحث في قاعدة الخراج بالضمان، إلا أن تخريجها هناك كان متعلقاً بحكم الأجر الذي يتقاضاه البنك الإسلامي على مجرد الكفالة.

المسألة 6: هل عقد الإجارة المنتهية بالتملك هو عقد إجارة أم عقد بيع؟

الإجارة في الاصطلاح: (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض)⁽²⁾.

أو (عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم)⁽³⁾.

أما الإجارة المنتهية بالتملك: فهي أن يتفق الطرفان على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد على أجرة المثل، على أن تنتهي بتملك العين المؤجرة للمستأجر⁽⁴⁾.

وهو عقد يشبه بيع التقسيط من حيث المقصد الخاص للمتعاقدين ولكنه يختلف عنه تماماً، لأنه يتكون من عقدين عقد الإجارة وعقد البيع أو الوعد بالبيع أو الهبة.

فهل هذا العقد هو إجارة أم بيع؟

الجواب: في هذه الحالة يجب أن ننظر إلى المعنى العام المقصود من هذه العملية، لا أن ننظر إلى الألفاظ الجزئية، لأننا إذا نظرنا إلى الألفاظ التي قام بها هذا

(1) وهذا ما ورد ضمن قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد2، (2/1209).

(2) انظر: القاموس الفقهي لسعدي أبو جب، ص13-14، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، طبعة عيسى الحلبي بالقاهرة (4/34).

(3) منتهى الإرادات، مع شرح البهوتي، طبعة عالم الكتب العلمية، بيروت (2/241).

(4) انظر: بحث "الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة" للدكتور علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد12، (1/477).

العقد فإننا نلغي هذه المعاملة لأن صيغتها فاسدة فالإجارة تملك فيها المنافع لا الأعيان والذوات، فلو قال شخص أجرت لك هذه الدار بألف دينار على أن تملكها في النهاية مثلاً، فهل ننظر إلى لفظ الإجارة التي يتناقض معناها مع التملك، وحينئذ يلغى العقد تماماً، أو يلغى القيد فتكون إجارة.

أو ننظر إلى المعنى المفهوم من الجملة وهو الدفع في مقابل التملك، فيكون بيعاً، لأن البيع هو مقابلة المال بالمال، وحينئذ لا قيمة لمعنى لفظ (إجارة)، وإنما العبرة بالمعنى العام المفهوم من الجملة بكاملها، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني.

فعقد الإجارة المنتهية بالتمليك وإن كان قد صيغ بصياغة الإيجار وشروطه لكن مقصود العاقدين هو التملك والتمليك، فالمؤجر لا يريد أن يحتفظ بالعين المؤجرة إلا لفترة محددة يسترجع فيه ثمنها مع الأرباح، على اعتبار أنه بيع بالتقسيط، والمستأجر لا يريد الإجارة لذاتها وإنما يريد تملكها، بهذه الصيغة، صيغة الإجارة المنتهية بالتمليك⁽¹⁾.

واعلم أن مجمع الفقه الإسلاميين فصل في الصورة الجائزة من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، على النحو التالي:

الصورة الجائزة: وجود عقدين منفصلين مستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة.

أما الصورة المنوعة: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة في زمن واحد⁽²⁾.

ويظهر أن السادة العلماء أعضاء المجمع، اختلفوا حول الصورة المذكورة سابقاً، فمنهم من منعها، ولم يعتد بالقاعدة الفقهية لوجود معارض أقوى، وهو النص المتمثل في حديث عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه⁽³⁾ أن رسول الله ﷺ:

(1) انظر: بحث "الإيجار المنتهي بالتمليك"، للدكتور محمد جبر الألفي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (1/607 - 608). وبحث "الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة" للدكتور علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (1/512 - 515).

(2) انظر القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (1/697 - 698).

(3) عبد الله ابن مسعود: هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود، سادس من أسلم، شهد له كثير من الصحابة بأنه أعلمهم بكتاب الله تعالى قراءة وعلماً، روى عنه الكثير من الصحابة، منهم أبو موسى الأشعري وأبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهما، اتفق له في الصحيحين على 64 حديثاً، توفي سنة 33هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (1/147)، طبقات ابن سعد (2/242)، سير أعلام النبلاء (1/461)، تذكرة الحفاظ (1/31)، تهذيب التهذيب (6/27)، الإصابة (7/209).

«نهى عن صفقتين في صفقة واحدة»⁽¹⁾.

ومنهم من أجازها لضعف الحديث المرفوع، وأما الموقوف على عبد الله ابن مسعود⁽²⁾، فالصورة محل الخلاف، خارجة عن موضوع الحديث⁽³⁾، يقول الدكتور القره داغي⁽⁴⁾: (الجمع بين الإجارة والبيع، لا يدخل في هذه الأحاديث الواردة في النهي عن الصفقتين في صفقة واحدة... وقد نص جماعة من الفقهاء منهم المالكية على جواز الجمع بين الإجارة والبيع في صفقة واحدة⁽⁵⁾، ومنهم الشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾⁽⁸⁾).

وعلى ضوء ما سبق فإن الجمع بين الإجارة والبيع جائز، لا سيما أنه لا يترتب عليه محذور شرعي من الربا وشبهته كما في الجمع بين البيع والسلف، ولأن محل العقد هنا يجوز بيعه، كما يجوز إجارته، فإن العقدين - إذا توافر فيهما أركانهما وشروطهما - صحيحان عند بعض المعاصرين كاللكتور حسن الشاذلي⁽⁹⁾، والشيخ ابن بية⁽¹⁰⁾، إضافة إلى الدكتور القره داغي.

وإذا كانت هذه الصورة لا تدخل ضمن النهي الوارد في الحديث، فإن هذا الأخير لا يقوى على الاعتراض به على الاستدلال بالقاعدة الفقهية، التي خُرِجت عليها هذه الصورة، وقد رأينا في القسم النظري أن من شروط تطبيق القاعدة الفقهية أن لا يعارضها ما هو أقوى منها، أو مثلها، سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً معتداً به، أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها.

(1) أخرجه الإمام أحمد في مسنده بهذا اللفظ مرفوعاً (398/1) رقم 3783. قال الشيخ الألباني: الحديث فيه شريك ابن عبد الله القاضي وهو سيء الحفظ، فلا يحتج به،.. وللحديث شواهد، منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «نهى رسول الله عن بيعتين في بيعة» أخرجه النسائي (2/227)، والترمذي (1/232) وقال: حديث حسن صحيح) راجع إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ ناصر الدين الألباني، (5/149 - 151). وانظر معنى الحديث في شرح السنة للإمام البغوي، بتحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الجود (4/306).

(2) قال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه: «صفقتان في صفقة ربا» أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (4/312) رقم: 20447، 20448، وقال الألباني: صحيح. إرواء (5/148)، والحديث كما شرحه سماك ابن حرب أحد رواة: (أن يقول الرجل إن كان بنقد فبكذا، وإن كان بنسيئة فبكذا)، وعليه فصورة الإجارة المنتهية بالتملك خارجة عن معنى هذا الحديث، والله أعلم.

(3) راجع بحث الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة للدكتور علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (1/512-513).

(4) الدكتور علي محي الدين القره داغي، أستاذ بكلية الشريعة جامعة قطر، وعضو بارز في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(5) انظر: الذخيرة للقرافي، بتحقيق محمد بوخبزة، (5/415).

(6) مغني المحتاج (2/41).

(7) منتهى الإرادات (2/21).

(8) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (1/513). وقد أجاد الدكتور محي الدين القره داغي في بيان وجه تخريج الإجارة المنتهية بالتملك على قاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

(9) انظر: بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 5، (4/2642).

(10) انظر: بحثه المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة، العدد 5، (4/2598 - 2600).

المسألة 7: منع اشتراط النصّ على حقّ أحد الطرفين في استرداد ما قدّمه من تمويل في عقد المشاركة المتناقصة

الشركة المتناقصة: هي التي (يتفق فيها الشريكان على إمكان التنازل من أحد الطرفين عن حصّته في المشاركة للطرف الآخر، إما دفعة واحدة، أو على دفعات بحسب شروط متفق عليها)⁽¹⁾.

وقد أجازها العلماء المعاصرون⁽²⁾، وأقرّها مجمع الفقه الإسلامي بضوابط، جاء في قرار المجمع: (المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التزم فيها بالأحكام العامة للشركات، وروعت فيها الضوابط الآتية:

أ - عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع.

ب - عدم اشتراط تحمّل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات، بل تحمل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.

ج - تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة.

د - الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.

هـ - منع النصّ على حقّ أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل)⁽³⁾.

ذهب الدكتور محمد قطب سانو⁽⁴⁾ إلى بيان وجه وضع الضابط الأخير، أي منع النصّ على حقّ أحد الطرفين من استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل) في عقد المشاركة المتناقصة، وذلك اعتماداً على القاعدة الفقهية: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، فقال:

(اعتباراً بأنّ هذه المشاركة من المنظور الشرعيّ مشاركة حقيقية، وليست صورية، واعتباراً بأنّها من جنس شركة ملك كما رجّحنا، لذلك، فإنّه ينبغي أن تتحمل الأطراف المشاركة فيها

(1) تعريف الدكتور وهبة الزحيلي في بحثه "المشاركة المتناقصة" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/484).

(2) سيأتي التفصيل في بيان آراء العلماء في مدى مشروعيتها، ص 296 من الأطروحة في «قاعدة الخراج بالضمان».

(3) هذا نص القرار الصادر في الدور الخامسة عشرة، بمسقط - عمان، (1425هـ - 2004م).

(4) الأستاذ الدكتور محمد قطب سانو، من غينيا، أستاذ في الفقه والأصول بالجامعة الإسلامية بماليزيا، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

جميع تبعاتها إن خسارة أو ربحاً، ومن ثم، فلا يجوز لأي طرف من الطرفين وضع شروطٍ من شأنها إخراج هذه المشاركة من دائرة المشاركة إلى دائرة القرض الربوي.

فإذا اشترط المصرف على العميل استرداد ما قدّمه من تمويل في حالة إخفاق العميل من الوفاء بما يجب عليه الوفاء، عدّ ذلك شرطاً فاسداً، وربما عدّ شرطاً مفسداً للمشاركة برمتها، ذلك لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.. فإذا اشترط المصرف (أو الطرف الثاني) هذا الشرط دلّ ذلك على أنه لا يروم بمشاركته المشاركة الفعلية، وإنما يهدف إلى إقراض عميله (أو شريكه) قرصاً ربوياً.

وعليه فإنّ من الضوابط المهمة في هذه المشاركة منع النصّ على حقّ المصرف (أو الشريك) في استرداد ما قدّمه من تمويل، فما قدّمه يعدّ جزءاً من رأس المال، واسترداد هذا الجزء ينبغي أن يتمّ عند انحلال الشركة وانتهائها، أو عند الاتفاق على شراء أحد الطرفين حصّة الطرف الآخر، فإذا لم يكن ثمة عقد بيع، ولا إنهاء للشركة، لم يجوز لأحد الطرفين إلزام الآخر بإعادة ما قدّمه من تمويل⁽¹⁾.

القاعدة الثالثة: من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه

وردت هذه القاعدة بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾؛ وذكرها ابن نجيم في الأشباه والنظائر⁽³⁾، كما نصّ عليها الإمام السرخسي⁽⁴⁾، بقول: (من سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه)⁽⁵⁾.

ومعنى القاعدة

أنه إذا عمل شخص على نقض وهدم وإبطال ما أجراه وتمّ من جهته باختياره ورضاه فلا اعتبار لنقضه ونكثه؛ والحكمة في ذلك لما في عمله من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبّله وبين سعيه الأخير في نقضه.

(1) انظر بحثه "المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية" للدكتور محمد مصطفى سانو، الدورة الخامسة عشرة لجمع الفقه الإسلامي، ص 47 - 48.

(2) المجلة المادة 100، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 407، موسوعة القواعد الفقهية (11/ 1006).

(3) الأشباه والنظائر (ص 272)، وقد ذكر لها مستثنيات.

(4) الإمام السرخسي: هو أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة، تخرج بعبد العزيز الحلواني، وتفقه عليه أبو بكر محمد بن إبراهيم الحصري وغيره، كان عالماً أصولياً مناظراً، صنف المبسوط وشرح مختصر الطحاوي، وشرح كتاب الكسب لمحمد بن الحسن، وله كتاب في أصول الفقه، توفي سنة 490 هـ. انظر ترجمته في: تاج التراجم في طبقات الحنفية لقطلوبغا، طبعة 1962م، مطبعة العاني بغداد، رقم 157، ص 52، الأعلام (8/ 239)، معجم المؤلفين (8/ 239).

(5) في مواضع كثيرة من المبسوط، منها: (4/ 121)، (7/ 174)، (13/ 128).

وشرط اعتبار هذا التناقض أن يكون أمام خصم منازع، وإلا لا يعتبر متناقضاً، ويسمى.

يقول أحد شراح المجلة: (ويفهم منها أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه، وتم من جهته فلا اعتبار لعمله)⁽¹⁾، وذلك (لما فيه من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبله، وبين سعيه الأخير في نقضه، وهذا تدافع بين كلامين متناقضين يمنع استماع الدعوى، فيكون سعيه مردوداً عليه)⁽²⁾.

ويقول الدكتور البورنو: وهي بمعنى (إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته باختياره ورضاه فلا اعتبار لنقضه ونكثه)⁽³⁾.

ثم بين الحكمة في هذا النقص، فقال: (والحكمة من ذلك لما في عمله من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه، وهذا تدافع بين كلامين متناقضين يمنع استماع الدعوى، فيكون سعيه مردوداً عليه وغير معتبر)⁽⁴⁾.

ويشترط في اعتبار هذا التنازع أن يكون أمام خصم منازع، فلو قال شخص هذه السيارة ليست لي، ووجد من ادعى ملكيته لنفس السيارة، ثم رجع الأول عن كلامه، وادعاها لنفسه، لا تقبل دعواه.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

- التعامل في أسهم الشركات: (يصح اتفاق المساهمين على تصرف، أو الامتناع من تصرف معين بناءً على رأي الفقهاء المتوسعين في تصحيح الشروط المقترنة بالعقد، ما دامت لا تخالف أصلاً شرعياً، وبناءً على ما نفيده القاعدة الفقهية القاضية بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)؛ ولذا فإنه إذا قيد المساهمون أنفسهم بعدم التصرف في أسهمهم بالبيع إلا في نهاية السنة المالية للشركة، فلا يحق لهم أن يتصرفوا فيها بنقل ملكيتها خلال السنة المالية)⁽⁵⁾.

القاعدة الرابعة: الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر

وردت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية بصيغة «الوصف في الحاضر لغو»⁽⁶⁾.

وفي لفظ: «الوصف في المعين غير معتبر»⁽⁷⁾.

(1) درر الحكام (88/1).

(2) شرح الأتاسي (270/1).

(3) الوجيز ص 360.

(4) المرجع نفسه ص 360.

(5) انظر: تقرير فتاوى الراجحي: 70. نقلا عن موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/554 - 555).

(6) المجلة المادة 65. وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرعاء ص 267، موسوعة القواعد الفقهية (12/208).

(7) المبسوط (7/122).

وفي لفظ: «الوصف في غير المعين معتبر، وفي المعين غير معتبر»⁽¹⁾.

ولفظ آخر: «الوصف المعتاد معتبر في الغائب لا في العين»⁽²⁾.

مفردات القاعدة

الوصف: هو الصفة وهي الحالة القائمة بذات الموصوف. والمراد به هنا: الوصف الذي يُعرّف الموصوف تعريفاً⁽³⁾.

اللغو: ما تسبق إليه الألسنة من القول على غير عزم قصد إليه.

ويستعمل اللغو فيما لا يُعتدُّ به⁽⁴⁾.

المعتبر: من الاعتبار، وهو بمعنى الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم⁽⁵⁾.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

إن وصف الشيء الحاضر مع الإشارة إليه لا اعتبار به؛ لأن الإشارة إليه أقوى، وأما في الشيء الغائب فالوصف يعتد به لأنه يميزه.

ولذلك (إذا كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد، مكشوفاً مشاراً إليه تحت مشاهدة العاقد، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة كالألوان والحجوم، بأن قال البائع مثلاً: بعثك هذا المهر الصغير الأبيض بكذا، وهو حصان أسود كبير، أو قال: بعثك هذه الفرس المحجلة، وهي غير محجلة، أو هذه السيارة الخضراء، وهي في الواقع سوداء، فقبل المشتري، انعقد العقد لازماً للمشتري، لا خيار له في إبطاله، لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والإشارة.

واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذا الحال؛ لأن الإشارة هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها، فإذا اجتمع معها وخالفها ما هو دونها تعريفاً - وهو الوصف الكلامي - فالعبرة للإشارة⁽⁶⁾.

وخلاصة الموضوع: أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه ساقط الاعتبار، وعديم الأثر، أما إذا كان الموصوف غائباً عن مجلس العقد فالوصف معتبر، فعلى سبيل المثال: لو باع سيارة لا توجد في مجلس العقد، وذكر أنها حمراء، والحال أنها زرقاء، فلا ينعقد البيع حينئذ لازماً، بل يكون للمشتري خيار يسمى: خيار فوات الوصف⁽⁷⁾.

(1) المبسوط (94/3)، و(4/9).

(2) أشباه ابن نجيم ص 217.

(3) انظر: المصباح المنير (2/911 - 912)، التعريفات ص 272، التوقيف على مهمات التعاريف ص 726.

(4) انظر: المصباح المنير (2/762)، التعريفات ص 202، التوقيف على مهمات التعاريف ص 622.

(5) انظر: المصباح المنير (2/532)، التعريفات ص 30، التوقيف على مهمات التعاريف ص 73.

(6) المدخل الفقهي (1/477 - 478).

(7) انظر: شرح القواعد الفقهية ص 267، موسوعة القواعد الفقهية (12/208 - 209).

ومجال هذه القاعدة: الأحوال الشخصية وكذا سائر عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة، حيث يشترط لصحتها معرفة البدلين وانتفاء الجهالة، وذلك يكون بتميز الشيء عن غيره، بجنسه ونوعه ووصفه، ويحصل هذا بالإشارة إليه حساً إذا كان هذا الشيء حاضراً، أو بالذكر إذا كان غائباً⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

- تكييف بيع البضاعة التي لم يتم تخليصها من الجمارك: وهذا يحصل في عقود التوريد؛ إذ البيع الذي يتم بين المستورد والمصدر - سواء وصلت البضاعة إلى الميناء، أو لم تصل - هو من قبيل بيع الغائب على الصفة، لأن المستورد لا يرى البضاعة وقت الشراء، وإنما يصفها له البائع، أو يطلب التاجر المستورد بضاعة بصفة معينة، ويوافق المصدر عليها، وقد يكون هذا البيع من البيع بالنموذج إذا أرسل المصدر عيّنة من البضاعة، وكل من يبيع الغائب على الصفة، والبيع بالنموذج، جائز شرعاً عند جمهور الفقهاء⁽²⁾.

(ويبدو أنه يتخرج على هذا الأصل جواز الاتفاق المسبق على إتمام عملية البيع بين المستورد ومشتري جديد على أساس بوليصة الشحن عن طريق تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية عرفاً، وذلك بدون معاينة للبضاعة الموصوفة في البوليصة، ...

وهذا إذا وصلت البضاعة فعلاً إلى الميناء ولا تزال في الجمرک مثلاً، باعتبار أنها دخلت في ضمان المستورد (المشتري)، أما قبل وصول الباخرة ورؤسوها في الميناء، فلا يحق للمشتري بيعها لغيره، لعدم دخولها في عهده وضمانه، والله أعلم⁽³⁾.

(1) الوجيز للبورنو ص 326.

(2) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني: 120.

(3) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/ 561 - 562).

المبحث الثاني أثر قواعد الاحتياط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

القاعدة الأولى: وسائل الحرام حرام⁽¹⁾ أو ما أفضى إلى الحرام كان حراماً⁽²⁾

تعتبر هذه القاعدة من القواعد الفقهية الأصولية، وهي تقابل قاعدة «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»، وترجع كلتا القاعدتين إلى الأصل المقرر عند الفقهاء (الوسائل لها حكم المقاصد)⁽³⁾، فالوسيلة إلى الحلال - إذا كانت مشروعة - حلال والوسيلة إلى الحرام حرام.

يقول الإمام ابن كثير⁽⁴⁾: (والشريعة شاهدة بأن كل حرام فالوسيلة إليه مثله، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام، كما أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)⁽⁵⁾.

ويقول الإمام العز بن عبد السلام⁽⁶⁾: (لوسائل أحكام المقاصد، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل)⁽⁷⁾.

(ويتجلى من فحوى الصيغة المختارة للقاعدة أن المقصود هنا: البحث عن المسائل المنوطة بوسائل الحرام، مع ملاحظة أن الفقهاء ربما استعملوا التعبير العام المطلق وهو (الوسائل لها حكم المقاصد) حين ذكر الفروع المعللة بهذه القاعدة الخاصة المتعلقة بوسيلة المحرم، كما يتبين من التطبيقات المستخرجة من المصادر الفقهية)⁽⁸⁾.

دليل القاعدة

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بـ: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّعَدُّونَ﴾⁽⁹⁾.

(1) انظر: المعيار المعرب للونشريسي (26/5).

(2) انظر: المغني لابن قدامة (132/3)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو، (9/42 - 43).

(3) كشاف القناع (1/283).

(4) هو أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القيسي الشافعي، اختلف في ولادته ف قيل سنة 700 وقيل سنة 701 هـ، من مؤلفاته البداية والنهاية في التاريخ، الباعث الحثيث في الحديث، تفسير القرآن الكريم، توفي سنة 774 هـ، انظر: الدرر الكامنة (1/399)، طبقات المفسرين للداودي (1/110).

(5) تفسير ابن كثير (3/351).

(6) العز بن عبد السلام: عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء أحد أئمة الشافعية الأعلام، من مصنفاة قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ولد بدمشق سنة 577 هـ وتوفي سنة 660 بالقاهرة. انظر في ترجمته: طبقات السبكي (8/290)، شذرات الذهب (5/301)، الأعلام (4/144).

(7) قواعد الأحكام (1/46).

(8) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/438).

(9) سورة المائدة الآية 2.

ولبيان وجه دلالة الآية، نورد هذا النص الفقهي: قال الإمام الخرقى الحنبلي⁽¹⁾: (وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل)⁽²⁾.

وعلق عمر بن الحسين الخرقى فقال: (هذا هو المذهب بلا ريب؛ لأنه وسيلة إلى المحرم، والوسيلة إلى المحرم محرمة بلا ريب، وإذا يبطل البيع لارتكاب المحرم، قال جل وعلا: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾، وحكم ما كان وسيلة إلى المحرم كذلك، كبيع السلاح للبغاة، أو لأهل الحرب)⁽³⁾.

ومن التطبيقات على هذه القاعدة: النهي عن بيع العينة، لأنها تعتبر وسيلة من وسائل أكل الربا، قال ابن قدامة⁽⁴⁾ رحمه الله: (وسائل الحرام حرام كبيع العينة)⁽⁵⁾.

ولعله اعتمد في ذلك على حديث: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً، لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»⁽⁶⁾.

ومن أشهر تعريفات بيع العينة: (أن يبيع شيئاً إلى غيره بثمن معين (مائة وعشرين ديناراً مثلاً) إلى أجل (سنة مثلاً) ويسلمه إلى المشتري، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بثمن أقل من ذلك القدر (مائة مثلاً) يدفعه نقداً)⁽⁷⁾.

فالتيجة أنه سلمه مائة، ليتسلمها عند الأجل مائة وعشرين.

وكثيراً ما يتخذ أهل الحليل هذا اللون من البيع الصوري ذريعة إلى أكل الربا المحرم، فهو تعامل محرم لأنه بيع صورة ولفظاً، رباً نية وقصدًا.

(1) الخرقى: العلامة شيخ الحنابلة، أبو القاسم، عمر بن الحسين بن عبد الله، البغدادي الخرقى الحنبلي، صاحب المختصر المشهور في مذهب الإمام أحمد، كان من كبار العلماء تفقه بوالده الحسين صاحب الروذي وصنف التصانيف. وتوفي في سنة 334 هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (57/10)،

(2) انظر: مختصر الخرقى، بتحقيق زهير الشاويش (68/1)، هنا يجب التنبيه إلى أن مسألة بيع العصير لمن يتخذه خمرًا مسألة تختلف فيها بين الفقهاء انظر: الموسوعة الفقهية (208/9 - 211).

(3) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقى (654/3)، كشف القناع (183/1).

(4) هو أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعلي المقدسي، ثم الدمشقي الحنبلي، ولد سنة 541 هـ وتوفي سنة 620 هـ كان حجة في المذهب الحنبلي، برع في فنون كثيرة، من مؤلفاته مختصر العلل للخلال، المغني في الفقه، الكافي، روضة الناظر، انظر في ترجمته: البداية والنهاية (100/13)، معجم البلدان (160/2)، شذرات الذهب (88/3)، الأعلام (67/4).

(5) المغني (59/4).

(6) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الأيمان والنذور، باب في النهي عن العينة (274/3) رقم: 3462.

وأخرجه أحمد في المسند (28/2) رقم: 4825. وانظر نصب الراية (96/3). قال الحافظ في التلخيص: (صححه ابن القطان بعد أن أخرجه من الزهد لأحمد، كأنه لم يقف على المسند) التلخيص الحبير لابن حجر (19/2).

(7) انظر: نيل الأوطار (319/5).

والمسألة خلافية بين العلماء⁽¹⁾، ليس هذا محل التفصيل فيها، وإنما غاية الباحث هو بيان أن بيع العينة وغيره كبيع الآجال هي بيوع ظاهرها الجواز إلا أن قصد الناس منها، التوسل إلى الحرام، فقال العلماء بجرمتها لأن الوسائل لها حكم المقاصد.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - مسألة بيع العينة: والتي لها صلة وثيقة بهذه القاعدة، (يبدو من إجابة النظر في الفتاوى الصادرة من هيئات الرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية: أنه قد نفقت سوق العقود المسترة تحت ستار العينة، ومن ثم كثر السؤال عنها، وهنا لا بأس من عرض نماذج من تلك الفتاوى والأجوبة عنها...

1 - السؤال: متى تتحقق العينة حينما يبيع بيت التمويل الكويتي بضاعة بالأجل ثم يشتريها بعد ذلك بثمن نقدي؟

الجواب: بيع العينة يتحقق إذا تواطأ بيت التمويل الكويتي مع المشتري على أن يبيعه البضاعة بثمن مؤجل يزيد عن الثمن النقدي على أن يشتريها بيت التمويل الكويتي بعد ذلك من المشتري، وقبل أداء الثمن المؤجل بسعر أقل من هذا الثمن...، سواء أكان هذا التواطؤ ملفوظاً أم ملحوظاً؛ لأن معنى ذلك أن بيت التمويل الكويتي أعطى هذا العميل ثمانمائة مثلاً ليقبضها بعد سنة ألفاً، وعادت إليه البضاعة التي باعها مؤجلاً.

فإذا لم يكن هذا التواطؤ ملفوظاً ولا ملحوظاً حين البيع بالأجل، وإنما اشترى بيت التمويل الكويتي هذه البضاعة ثانية بسعر السوق النقدي، فإن ذلك لا يكون من العينة سواء كان الثمن في هذه الحالة أقل أو أكثر، أو مثل ثمن البيع بالأجل⁽²⁾.

المسألة 2 - السؤال: أحد التجار فتح اعتماد بضاعة من أحد البنوك المحلية، وعندما وصلت البضاعة أرض الميناء، لم يستطع العميل سداد المبلغ للبنك، فهل يجوز لبيت التمويل الكويتي أن يشتري البضاعة من البنك، ثم يبيعه على العميل نفسه؟

الجواب: لا يجوز لبيت التمويل الكويتي شراء البضاعة من البنك المعتبر هنا وكيلاً عن العميل مفوضاً ببيع البضاعة المرهونة بسداد الثمن ثم بيعها إلى العميل نفسه بأجل، لأن هذا البيع هو من قبيل بيع العينة، لأن شراءها من البنك - وكيل العميل - كشراؤها من العميل نفسه، ثم بيعها له هو بيع عينة⁽³⁾.

(1) ذهب جماهير الفقهاء إلى عدم تسويغ بيع العينة، عملاً بأصل سدّ الذرائع، وخالف الشافعي رحمه الله، لأنه لا يقول بهذا الأصل، يقول تاج الدين السبكي: (ولم يصب من زعم أن قاعدة سدّ الذرائع يقول بها كل أحد، فإن الشافعي لا يقول بشيء منها) جمع الجوامع بشرح الشريبي وحاشية العطار (2/399)، وانظر أيضاً كلام الشافعي في كتابه الأم (7/267).

(2) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (2/23)، س 68.

(3) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (2/26)، س 73.

المسألة 3 - السؤال: شركاء اشتروا بضاعة بمال الشركة، فهل يجوز أن تبيع الشركة لأحد الشركاء شيئاً من مال الشركة مراجعة بأجل؟

الجواب: يجوز لأحد الشركاء شراء شيء من مال الشركة مراجعة بأجل، أو بضمن حال، ولكن إذا اشترى بالأجل، فليس له أن يبيع إلى الشركة ما اشتراه منها؛ تجنباً لبيع العينة⁽¹⁾.

المسألة 4 - السؤال: تقدمت إلينا مؤسسة للسيارات بطلب شراء سيارات، وذلك بعد أن نشترىها ونمتلكها من الكراج، علماً بأن هذا الكراج يقوم باستيراد السيارات برخصة تلك المؤسسة؛ لعدم تملكه رخصة استيراد وتصدير، وعلى هذا الأساس تكون جميع المستندات الرسمية (بوالص الشحن والاستيراد) باسم تلك المؤسسة علماً بأن جميع المبالغ والرسوم مدفوعة من قبل الكراج، وهو المالك الأصلي والفعلي للسيارات، وذلك حسب أقوالهم، وليس هناك أية مستندات رسمية تثبت ذلك، فهل يجوز في ذلك الأخذ باعتبار الثقة أو لا يجوز، وأن نشترى السيارات من الكراج وأن نبيعها على المؤسسة؟ يرجى إفادتنا.

الجواب: هذه العملية لا تجوز لشبهة العينة⁽²⁾.

المسألة 5 - ومنها ما جاء في الضوابط المتعلقة بعمليات التقسيط حسبما ورد في النص الآتي من قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي:

(جواز شراء آلة كحفار من شركة معينة نقداً، وإصلاح هذه الآلة بموجب عقد استصناع مع مؤسسة أخرى تعمل في مجال الإصلاح لمثل هذه الآلة، والتعاقد بعد ذلك على بيعها لذات الشركة التي باعته، على أن يكون الدفع بعد ذلك بالتأجيل دفعة واحدة أو بالتقسيط، وإنما يجوز ذلك إذا لم يجر الاتفاق الأول على الشراء والإصلاح، وإعادة البيع بضمن مؤجل يزيد عن ثمن الشراء، لأن ذلك يكون من قبيل بيع العينة التي تستر التعامل بالربا)⁽³⁾.

المسألة 6 - ومن الضوابط المتعلقة ببيع الأسهم وشرائها كما جاء في قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي:

منع التَّحْيُل من اتخاذ التداول في الأسهم ذريعة إلى الربا، ولذا يمنع شراء أسهم شركة مملوكة للدولة نقداً، ثم بيعها للدولة مرة أخرى بسعر أعلى مؤجل سداداً للعجز في الميزانية العامة؛ لأن هذا من قبيل العينة وإعطاء المال بأكثر من نظير الأجل.

أما إذا باعت الحكومة أسهماً تملكها إلى الشركة بسعر معين دون اتفاق على إعادة الشراء، وطرحت الشركة هذه الأسهم فيما بعد، وأرادت الحكومة شراءها بأي سعر يتفقان عليه ويرضيانه، فلا يمنع من مثل هذا التعامل لانتفاء التَّحْيُل⁽⁴⁾.

(1) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (2/154)، ص 228.

(2) المصدر نفسه (2/17 - 18).

(3) تقرير فتاوى الراجحي: 56.

(4) تقرير فتاوى الراجحي: 67.

وهذا نجد هناك قضايا وفتاوى كثيرة منوطة ببيع العينة، وقد دلت هذه الظاهرة على فُشُوّ التّجارة المنطوية على حيل ووسائل فاسدة لا يقرها التشريع الإسلامي الحكيم.

وكل المسائل والفروع السّابقة خُرّجت على هذه القاعدة المهمّة التي قررها الفقهاء⁽¹⁾.

المسألة 7: حكم فتح الحسابات الجارية في البنوك الربويّة

لما كان الربا من الكبائر، ولما علم أن الفوائد المصرفية التي هي أساس عمل البنوك هي من الربا المحرم، وأن البنوك إنما توجه الأموال المتجمعة لديها في الحسابات الجارية إلى التمويل بالإقراض المتضمن للفوائد الربوية، دل ذلك على أن كل حساب مصرفي جارٍ إنما يؤدي إلى زيادة في نشاط المصرف المذكور وتوسع في قدرته على الإقراض بالربا.

ولذلك ذهب بعض علماء العصر إلى عدم جواز فتح الحسابات الجارية في البنوك الربوية، ومن هؤلاء الدكتور محمد علي القري⁽²⁾، حيث يقول: (القاعدة أن ما أدى إلى حرام فهو حرام والأمر بمآلاتها، ولذلك فقد رأى البعض أن هذه الحسابات في البنوك الربوية، على رغم أنها بذاتها لا تتضمن التعامل بالفائدة، إلا أن فيها مخالفة لأصل من أصول الشريعة وهو عدم جواز التعاون على الإثم والعدوان، لاسيما في الحالات التي يتوفر المجتمع على بنوك أخرى ومؤسسات مصرفية تنهض بنفس الوظائف والأغراض دون التعامل بالفائدة كالبنوك الإسلامية)⁽³⁾.

القاعدة الثانية: الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية

هذه القاعدة ذكرها الونشريسي⁽⁴⁾ في إيضاح المسالك بهذا اللفظ⁽⁵⁾.

وذكرها المقرّي بلفظ مقارب: «أصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية»⁽⁶⁾.

معنى القاعدة

المواعدة: مفاعلة من الوعد، ولا يكون إلا بين اثنين وهو أن يعد كل واحد منهما صاحبه⁽⁷⁾.

(1) راجع القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/450).

(2) الدكتور محمد علي القري من السعودية أستاذ بمركز أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز بجدة، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) انظر: بحث "الحسابات والودائع المصرفية" للدكتور محمد علي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (1/720-721).

(4) هو أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني ثم الفاسي، الإمام العملة المحقق، أخذ عن العقباني وأبي عبد الله الجلاب وابن مرزوق الكفيف وابن زكري التلمساني، وعنه ابنه عبد الواحد ومحمد بن عيسى المغيلي وابن هارون وغيرهم، من مصنفاته المعيار المعرب، تعليق على ابن الحاجب الفرعي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، الفائق في الوثائق، توفي سنة 914هـ. انظر ترجمته في: البستان ص (53)، درة الحجال (1/91)، الفكر السامي (4/99)، شجرة النور ص 274.

(5) القاعدة الخامسة والستون، ص 278.

(6) القواعد للمقرّي القاعدة رقم: 890، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (2/167)، شرح اليواقيت الثمينة فيما اتمى لعالم المدينة، لأبي القاسم السجلماسي، بتجقيق الأستاذ: عبد الباقي بدوي، (2/509-510).

(7) انظر في معناه اللغوي: المصباح المنير (2/917)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 729.

وتفيد القاعدة: أن العقد الذي لا يجوز وقوعه في الحال، كعقد النكاح في العدة لا يجوز الوعد به.. والمنع من ذلك من باب سدّ الذرائع، حماية للمُحرّم حتى لا يقع الناس فيه، ولأن ما يتوصل به إلى الممنوع يكون ممنوعاً أيضاً⁽¹⁾.

قال الونشريسي: (ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه، ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك، ...) ⁽²⁾.

ويظهر من كلام الونشريسي أن المواعدة لا تكون إلا في التبرعات، أما في عقود المعاوضات فلا تلزم المواعدة، والواقع أنها تقع في المعاوضات، أما الأمثلة التي ضربها هذه القاعدة كبيع الطعام قبل قبضه، والبيع من عقود المعاوضة، والبيع وقت نداء الجمعة، وبيع ما ليس عندك، هي استثناءات للقاعدة لأن هذه العقود لا يجوز إيقاعها في الحال فلا تجوز المواعدة فيها.

أما عند الأحناف فالأصل عدم لزوم المواعدة ولكن قالوا بلزومها لحاجة الناس وضربوا لذلك مثلاً "بيع الوفاء" على الرأي القائل بأن بيع الوفاء هو بيع وشرطوا فيه شروطاً معينة بأن يكون العقد بلفظ البيع وألا ينص في العقد على الفسخ أو الإقالة، بل يكون شرطاً لاحقاً لأن الشرط المفسد عندهم هو الشرط الذي يقارن العقد ويمارجه كما عبروا بهذا التفسير، أما الشرط اللاحق فإنه لا يؤثر، وهذا الشرط اللاحق هو المواعدة ويجب الوفاء بها للحاجة⁽³⁾.

دليل القاعدة

أصل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ۗ﴾ ⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة

1 - حكم المواعدة في بيع المراجعة للأمر بالشراء الذي تتعامل به البنوك الإسلامية

بيع المراجعة: المراجعة في اللغة هي: من الربح وهو النماء والزيادة الحاصلة في المبيعة⁽⁵⁾.

وفي اصطلاح الفقهاء: هي البيع بالزيادة على الثمن الأول⁽⁶⁾.

وهي تجري بين طرفين البائع والمشتري، وهي جائزة باتفاق الفقهاء⁽⁷⁾.

(1) عن تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للغرياني بتصرف بسيط، ص 232.
 (2) إيضاح المسالك ص 278 - 279. وراجع المدونة (3/ 167)، حاشية الدسوقي (2/ 469).
 (3) انظر: قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (2/ 165) و(3/ 209)، تبين الحقائق للزليعي (5/ 184).
 (4) سورة البقرة الآية 235، وانظر إيضاح المسالك للونشريسي ص 278، القاعدة 65.
 (5) انظر: المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، بتحقيق محمد خليل عيتاني، ص 191 و 270، التعريفات للجرجاني ص 223، المصباح المنير (ر ب ح) (1/ 292).
 (6) التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص 647، القوانين الفقهية لابن جزي ص 289.
 (7) انظر: بدائع الصنائع للكسائي (4/ 460) فقد نقل الإجماع على جوازها.

أما المراجعة للأمر بالشراء فهي: طلب المشتري من شخص آخر (المصرف) لأن يشتري سلعة معينة بمواصفات محددة، وذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له مراجعة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على دفعات أو أقساط تبعاً لإمكانياته وقدرته المالية⁽¹⁾.

اعلم أنه لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا جعل للطرفين أو لأحدهما الخيار، وإنما الخلاف بينهم فيما إذا وقع هذا البيع على الإلزام من أول الأمر، بمعنى أن البنك ملزم بالبيع مراجعة للأمر بالشراء، والأمر بالشراء ملزم بتنفيذ وعده بالشراء عندما يقدم البنك السلعة المطلوبة.

استدل المجوزون للإلزام بالوعد - ومنهم الدكتور يوسف القرضاوي، وسماحة الشيخ ابن باز، والدكتور بدر متولي عبد الباسط⁽²⁾ - بدليلين، أقتصر - هنا - على ذكر ما يخدم البحث.

1 - أن الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً للأحكام المذهب المالكي⁽³⁾، وملزم للطرفين ديانةً طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى⁽⁴⁾، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاءً، وإذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه.

2 - الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل.

وقد ردّ الدكتور الصديق محمد الأمين الضير على هذا الاستدلال⁽⁵⁾، فقال: (إن الوعد الذي وقع الاختلاف فيه بين المالكية وغيرهم... هو الوعد بالمعروف من جانب واحد، كأن يعد شخص آخر بأن يدفع له مبلغاً من المال، ومسألتنا ليست من هذا القبيل؛ لأن الوعد فيها من أحد الطرفين يقابله وعد من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى العقد منه إلى الوعد، ..)

ثم يقرّر أن القول بالإلزام بالوعد في هذه المعاملة لا يصح، مؤيداً ذلك بالقاعدة الفقهية التي تنص على منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال فيقول:

(1) انظر: الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي للدكتور أميرة عبد اللطيف مشهور، الطبعة الأولى 1990م، مكتبة مدبولي - القاهرة - مصر، ص 334، المعاملات المالية لشبير ص 264.

(2) انظر: رأي الشيخ يوسف القرضاوي، في كتابه بيع المراجعة للأمر بالشراء، وفتوى سماحة الشيخ ابن باز صدرت له سنة 1402هـ - 1982م نقلها القرضاوي في كتابه بيع المراجعة ص 17 - 18، أما الشيخ بدر متولي عبد الباسط مستشار بيت التمويل الكويتي، فقد صدرت له فتوى في الموضوع عام 1399هـ أوردها القرضاوي في بيع المراجعة ص 15، ووردت ضمن كتاب فتاوى المراجعة لأحمد محي الدين أحمد ص 158.

(3) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب: ص 154. البيان والتحصيل لابن رشد: (8/18).

(4) انظر: روضة الطالبين يحيى بن شرف النووي الطبعة الأولى (1386هـ) المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان (390/5)، كشف القناع للبهوتي، بتحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، طبعة 1402هـ دار الفكر - بيروت - لبنان (231/3)، الإنصاف للمرداوي، بتحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان (305/6 - 306).

(5) في بحثه الذي قدمه في الدورة الخامسة لجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالكويت في الفترة جمادي الأولى 1409هـ - 1988م. انظر مجلة المجمع، العدد الخامس، (2/993) وما بعدها.

(ويزيد هذا الأمر وضوحاً أن المالكية لا يسمون مثل هذه المعاملة وعداً، وإنما يسمونها "مواعدة" ولهم في المواعدة قاعدة تنطبق تمام الانطباق على مسألتنا، وهذا هو نص القاعدة مع شرحها: «الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية»⁽¹⁾. ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك...»⁽²⁾.

وقد ردَّ الشيخ عبد الله بن بيّه، على ما ذهب إليه الدكتور محمد الأمين الضَّيرير فقال: (وأنا في الحقيقة لم أفهم كيف ألزم طرفاً ولم يلزم الطرف الآخر - يقصد الضَّيرير - ليكون منطقياً مع نفسه ومع النصوص التي أوردها، فإذا ألزم البنك فعليه أن يلزم الطرف الآخر الذي وعد، أو أن لا يلزم أحداً منهما، وقد راجعت نصَّ الشافعي فما وجدت فيه إلزاماً، البيع الأول هو بيع البنك أو بيع المأمور بالشراء هو الذي أمضاه الشافعي، أما البيع الثاني فهو بيع جديد يُنشأ بين المأمور وبين الأمر، وهو بيع جديد كلاهما بالخيار.

بمعنى أن أيّاً منهما لم يلتزم شيئاً للآخر، فكيف تلزم بالوعد؟)⁽³⁾.

ثم بيّن وجه التخريج على القاعدة، وأن المواعدة المقصودة في القاعدة هي ما يكون بين طرفين، لا ما تلزم طرفاً واحداً كما فهم الدكتور الضَّيرير، فقال: (المواعدة هي وعد من اثنين مفاعلة، والمفاعلة هي من اثنين، وقد تكون من واحد قليلاً، كما في قوله تعالى: ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَا بِعَشْرِ فِتْمٍ مِيقَاتُ رَبِّهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً﴾⁽⁴⁾، وقد تكون من اثنين كما هو الغالب، فهي مواعدة من اثنين، التقاء وعد بوعد، فكيف تلزم طرفاً وتترك الطرف الآخر؟)⁽⁵⁾.

وقد رجح كثير من العلماء المعاصرين القول بأن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعود فيه، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الخامسة، التي قرر فيها جواز هذه المعاملة، ونص القرار:

(أولاً: إن بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الردّ بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الردّ بعد التسليم وتوافرت فيه شروط البيع وانتفت موانعه.

(1) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي تحقيق، أحمد بوطاهر الخطابي، القاعدة رقم: 65، ص 278. قواعد المقرري القاعدة رقم: 890.

(2) بحث "المراجعة للأمر بالشراء" للدكتور: الصديق محمد الأمين الضَّيرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، سنة 1409هـ - 1988م، (2/ 1002 - 1003).

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مناقشة مسألة بيع المراجعة للأمر بالشراء، العدد 5، (2/ 1551 - 1552).

(4) سورة الأعراف الآية 142.

(5) مجلة المجمع العدد 5، (2/ 1552).

ثانياً: الوعد (وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزماً للواعد ديانةً إلا لعذر، وهو ملزم قضاءً إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعد 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.

ثالثاً: المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين، تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما، أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده⁽¹⁾.

ويظهر أن الخلاف حول القاعدة وقع في تحقيق مناطها فبينما اعتمدها الدكتور الضرير وذهب إلى أن القاعدة تنطبق على عملية المراجعة للأمر بالشراء وأن فيها مواعدة أي إلزام للطرفين بما لا يصح وقوعه وهو مضنة دخول هذه المعاملة في نطاق "بيعتين في بيعة" وكذلك "لا تبع ما ليس عندك"، وهذا حماية من الوقوع في الحرام⁽²⁾.

نجد في الجانب الآخر جمهور العلماء الذين قالوا: أن هذه القاعدة لا تنطبق على المراجعة للأمر بالشراء، فهي خارجة عن مناط القاعدة، ذلك أن عقد المراجعة لا يدخل في نطاق البيوع المنهي عنها حتى يمنع، شريطة أن تكون المواعدة على الخيار، كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي.

ثم هناك قاعدة: «المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة»، وهي تقابل القاعدة محلّ الخلاف، وتخصّصها فالوعد إذا كان معلقاً يكون ملزماً، والله تعالى أعلم.

القاعدة الثالثة: إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع⁽³⁾

وذكرها صاحب موسوعة القواعد الفقهية بصيغة: «إذا تعارض المقتضى والمانع يُقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم»⁽⁴⁾.

هذه القاعدة تنبثق من قواعد عامة مثل قاعدة:

«درء المفسد أولى من جلب المصالح»⁽⁵⁾.

ومن قواعد تغليب المحظور على المباح عند اجتماعهما، ومن قواعد رفع الضرر.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، (2/ 1599 - 1600).

(2) انظر: كتاب الدكتور يوسف القرضاوي "بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجرّبه المصارف الإسلامية" فقد أجاد في بيان مسألة الإلزام بالوعد في بيع المراجعة للأمر بالشراء، ص 85.

(3) المنشور في القواعد للزرکشي (1/ 348)، المجلة مادة رقم: 46، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 189. موسوعة القواعد والطوايط الفقهية للندوي (1/ 475).

(4) انظر: الموسوعة (1/ 421).

(5) انظر صفحة؟؟؟ من الأطروحة

معنى القاعدة

المراد بالمانع: هنا المفسدة.

والمراد بالمقتضى: الأمر الطالب للفعل لتضمنه المصلحة فوجود المانع يمنع من الفعل إلا إذا كانت المصلحة أعظم.

وينبغي أن يقيد إطلاق قاعدة تقديم المانع على المقتضى بما إذا لم يزد المقتضى على المانع، أو تساويا، أما إذا زاد المقتضى على المانع فالظاهر أنه يقدم المقتضى⁽¹⁾.

كما ينبغي الإشارة إلى أن محل تقديم المانع على المقتضى إنما يكون إذا وردا على محل واحد، وإلا يعطى كل منهما حكمه، كما لو جمع الرجل بين ماله ومال غيره وباعهما صفقة واحدة، فإنه يصح في ماله ويتوقف في مال الغير على إجازة المالك⁽²⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: ترجيح حكم منع عقود التأمين التجاري

تعريف التأمين التجاري: التأمين هو عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن على تعهد بمقتضاه يدفع هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق الخطر المعين، وذلك عن طريق تجميع مجموع من المخاطر، وإجراء المقاصة وفقاً لقوانين الإحصاء⁽³⁾.

وبعبارة أخرى: (عقد يتعهد بمقتضاه شخص بتعويض آخر، عن خسارة أو تلف أو مسؤولية، تنشأ عن حادث عارض، أو غير معروف مقدماً)⁽⁴⁾.

وهناك تعريف للتأمين باعتباره نظام أو نظرية: (نظام لتوزيع الخسائر المالية، التي تلحق بالفرد في حياته أو أمواله وممتلكاته، على مجموعة من الأفراد الذين يساهمون معه في تكوين رصيد مالي لهذا الغرض)⁽⁵⁾.

ذهب بعض العلماء المعاصرين وهو الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور⁽⁶⁾، إلى ترجيح القول بمنع التأمين التجاري، مستندا في ترجيحه هذا، على قاعدة «إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع»⁽⁷⁾،

(1) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 189.

(2) انظر: نفس المرجع ص 191.

(3) الوسيط في شرح القانون للدكتور عبد الرزاق السنهوري (1079/7).

(4) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد ص 106، الخطر والتأمين لسلامة عبد الله، ص 92.

(5) انظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور عبد اللطيف آل محمود ص 31.

(6) الدكتور عبد اللطيف الفرفور من سوريا، وشغل منصب معاون وزير الأوقاف السوري، وعضوية مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(7) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 189 - 196. ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشنقيطي (592/2).

فقال: (من القواعد المقررة شرعاً إذا تعارض المحرم والمبيح قدم المحرم، وإذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع، لذا نأخذ بجانب الحرمة بعقود التأمين باعتبار أنه يتعارض مع الجانب المبيح على افتراض وجود التعارض، ولا تعارض لظهور أدلة المحرمين)⁽¹⁾.

والحقيقة أن أدلة المحرمين للتأمين التجاري لا تقف أمام المقتضى الداعي لهذا التأمين، فالمقتضى عظيم كما بين ذلك الشيخ مصطفى الزرقاء في بحثه عن التأمين⁽²⁾، وخلص فيه إلى جواز التأمين التجاري، ويمكن تخريج رأيه على نفس القاعدة التي اعتمدها الشيخ عبد اللطيف الفرفور، لكن بالصياغة التي ساقها بها الدكتور محمد صدقي البورنو في موسوعة القواعد الفقهية وهي: «إذا تعارض المقتضى والمانع يُقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم»، والتأمين التجاري مقتضاه عظيم، والله تعالى أعلم.

القاعدة الرابعة: الحرام لا يُحرّم الحلال⁽³⁾

والقاعدة مأخوذة من حديث نبوي مروي عن ابن عمر⁽⁴⁾ مرفوعاً⁽⁵⁾.

ومعنى القاعدة - هنا - أنه إذا وجد المال الحرام مع المال الحلال، فإن هذا الحرام لا يحرم المال الحلال، ما كثر الحلال وغلب.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة، وتتعامل مع البنوك بالفوائد

هناك شركات ذات نشاط مشروع في الأصل إلا أنها تتعاطى أنشطة غير مشروعة، وذلك بحصولها على قروض ربوية، مما يعني أن هذه الشركات لها رأس مال ناشئ عن أنشطتها المشروعة، وليس ناشئاً عن هذه القروض الربوية في الأساس، ولكن القروض التي تحصل عليها تشكل جزءاً من ثروتها.

(1) انظر بحث عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، (2/ 597 - 598).

(2) راجع كتاب نظام التأمين لمصطفى الزرقاء، الذي بين فيه أهمية هذا العقد في المعاملات المالية والاقتصادية في هذا العصر، كما فند حجج المانعين.

(3) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص 151. المبسوط للشرخسي (4/ 204)، (30/ 296). موسوعة القواعد الفقهية (5/ 103).

(4) هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، الرجل الصالح بشهادة النبي ﷺ، أسلم صغيراً، كان واسع العلم متين الدين، أخذ عنه خلق منهم ابنه سالم ومولاه نافع وعبد الله بن دينار وغيرهم، روي له 1630 حديث، توفي سنة 73 هـ.

انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد (2/ 373)، التاريخ الكبير (2/ 5)، تاريخ بغداد (1/ 171)، سير أعلام النبلاء (3/ 203)، تذكرة الحفاظ (1/ 37)، البداية والنهاية (9/ 4)، تهذيب التهذيب (5/ 328).

(5) أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب النكاح، باب لا يحرم الحرام الحلال (1/ 649) رقم: 2015، والدارقطني في سننه (3/ 268) رقم: 88، وسنده ضعيف كما جزم بذلك الشيخ ناصر الدين الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة، (1/ 564) رقم: 385.

وتخريجاً على القاعدة الفقهية في أن الحرام لا يحرم الحلال، فإن هذه القروض الربوية التي تحصل عليها هذه الشركات لا تحرم التعامل معها، إذ الأصل إباحة التعامل معها لأن رؤوس أموالها مشروعة، فالحرام إذا كثر عليه الحلال استهلكه، ويصير كالعين المستهلكة⁽¹⁾.

وفي نفس السياق يقول الدكتور عبد الستار أبو غدة⁽²⁾: (ومن المقرر شرعاً أن اختلاط الحلال بالحرام من التصرفات لا يجعل التصرف ممنوعاً على إطلاقه إذ لا يغلب الحرام الحلال، ولا تعطل المصالح المبتغاة من الشركة، وهي مصالح مشروعة فيها الإنتاج للمباحات أو الوسائل المتعلقة بالانتفاع بها بل يحكم بالحرمة فقط على التصرف بالإيداع أو الإقراض بفائدة)⁽³⁾.

القاعدة الخامسة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام⁽⁴⁾

التعريف بالقاعدة

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المتصلة بمبحث التعارض والترجيح، كثيراً ما يحتكم إليها الفقهاء في أبواب الحلال والحرام، وهي تمثل جانب الاحتياط، وسدّ الذرائع، لأن الشارع يغلب جانب المنهيات على جانب المأمورات.

ومن صيغ القاعدة:

«ما اجتمع محرّم ومبيحٌ إلا غلبَ المحرّم»⁽⁵⁾.

«ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال»⁽⁶⁾.

«إذا اجتمع المبيح والمحرّم غلبَ جانب المحرّم»⁽⁷⁾.

ومعنى القاعدة: أنه إذا اجتمع الحلال والحرام في أمر ما، فإن النظر الفقهي يقتضي تغليب جانب الحرمة، لأنه الأصل في عرف الشرع تغليب جانب دفع المفسدة على جانب جلب المصلحة عند التعارض.

وبعبارة أخرى أنه إذا تلاقى محرّم ومباح، وعسر التمييز بينهما فإنه يجب ترك المحرّم بعلة التحريم وترك الحلال المشتبه بعلة الاشتباه؛ لأن (من أتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه).

(1) انظر بحث "التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنوك بالفوائد" الشيخ المحفوظ بن بيّة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد7، (1/432).

(2) هو الدكتور عبد الستار أبو غدة من الكويت خبير الموسوعة الفقهية الكويتية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (2/140).

(4) انظر: أشباه السبكي (1/117)، أشباه السيوطي ص139، أشباه ابن نجيم ص121.

(5) انظر: أشباه ابن نجيم ص121، موسوعة القواعد الفقهية (9/31)، القواعد الفقهية للندوي ص309. الوجيز ص266.

(6) أشباه ابن السبكي (1/117)، أشباه ابن الوكيل (2/305)، أشباه السيوطي ص139، المنثور للزرکشي (1/125). موسوعة القواعد الفقهية (9/31).

(7) المنثور للزرکشي (1/125)، موسوعة القواعد الفقهية (1/421).

دليل القاعدة

أساس هذه القاعدة هو حديث النبي ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراع يرمى حول الحمى يوشك أن يواقعها، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه..»⁽¹⁾.

اتفق العلماء على أهمية هذا الحديث وكثرة فوائده، ومنها: الحثُّ على فعل الحلال واجتناب الحرام، والإمساك عن الشبهات، والاحتياط للدين والعرض. وهذا الحديث تُعَصِّدُهُ أحاديث كثيرة وردت تنبه على نفس المعنى وتؤيِّدُهُ، لا تسمح طبيعة البحث بالتوغل والاستفصال فيه⁽²⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: حكم الاستثمار في الأسهم أصلها حلال، واختلطت بالحرام؟

السهم هو صك يمثل جزءاً من رأس مال الشركة، يزيد وينقص تبع رواجها.

أو هو: نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال، أو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة اسمية، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة، وتكون متساوية القيمة⁽³⁾.

يتعامل الناس اليوم بأسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلال، ولكنها تودع - أحياناً ولظروف خاصّة - بعض الأموال في البنوك الربوية، وتتعامل مع هذه البنوك بالفائدة الربوية. ولا يخفى أن هذه الأسهم أصبحت من المال الذي أصله حلال الذي يشوبه الحرام، فما حكم هذه الأسهم؟

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين منهم الدكتور محمد علي السالوس، إلى القول بجرمة التصرف في هذه الأسهم ما دامت لا تقوم على الحلال المحض، وهذا عملاً بالقاعدة الفقهية: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»⁽⁴⁾.

ووجه الترخيب على القاعدة: أن هذه الأسهم في شركة مساهمة تتعامل في الأصل بالحلال إلا أنها وفي بعض الأحيان تدفعها الحاجة الماسّة إلى التعامل مع بعض البنوك أو

(1) الحديث أخرجه البخاري في مواضع منها: كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه (28/1) رقم: 52، ومسلم في كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، (3/1219) رقم: 1599.

(2) انظر: على سبيل المثال كتاب القواعد الفقهية للندوي ص 309 - 313.

(3) الشركات التجارية، د/ علي حسن يونس، طبعة الاعتماد، بالقاهرة، ص 539.

(4) انظر: حكم أعمال البورصة في الفقه الإسلامي للدكتور علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، (2/1345 -

1346)، وانظر بحث "الاستثمار في الأسهم" للدكتور علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (2/76 -

77)، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (2/140).

المؤسسات الربوية فيحصل أن تختلط الأموال الحلال بالأموال الحرام، وحتى إذا قلنا بإخراج مقدار الحرام باعتباره قليلاً، لم يحل ولم يطب لأنه يمكن أن يكون الذي أخرج هو الحلال وحيث يتعين تغليب حكم الحرمة عملاً بالقاعدة الفقهية.

وهذا التخريج ضعيف لأن التميز المقصود به مالية المال وقيمه لا عينه، لأنه لو تلف المال لقام المثل مقامه، فالاختلاط إتلاف لتمييزه لا لعينه، وهذا الذي فهمه العلماء قديماً، وإليك بعض النقول المؤيدة.

يقول ابن تيمية: (من اختلط بماله الحلال والحرام أخرج قدر الحرام، والباقي حلال)⁽¹⁾.

ويقول ابن القيم: (إذا خالط ماله دراهم حرام أو أكثر منه، أخرج مقدار الحرام، وحل له الباقي بلا كراهة، سواء أكان المخرج عين الحرام أو نظيره، لأن التحريم لم يتعلق بذات الدرهم وجوهره، وإنما تعلق بجهة الكسب فيه، فإذا خرج نظيره من كل وجه لم يبق لتحريم ما عداه معنى)⁽²⁾.

وكلام ابن تيمية السابق جعله الدكتور علي أحمد الندوي قاعدة فقهية وقال فيه: (قاعدة محكمة مطردة في الأحكام التي يمتزج فيها الحرام بالحلال فلا يميزان أبداً، بحيث لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر حقيقة أو حكماً، وهذا يتمثل في اختلاط الميتة بالمذكاة وأشباهاها من المسائل).

اللهم إلا النقود فيمكن أن يفصل الحرام من حلالها عن طريق إخراج العنصر المحرم، والسبب في ذلك أن الحرام هنا ليس لعينه كما في المثال الأول، إذ المال في ذاته ليس مجرام)⁽³⁾.

ثم ساق نصوص كثيرة لفقهاء الشريعة - خاصة لابن تيمية - يدلُّ بها على ما ذهب إليه.

فإذا اعتبرنا كلام الندوي يصبح لدينا قاعدتان متعارضتان - في الظاهر - أي حكمين متعارضين أحدهما على أن الحلال والحرام إذا اختلطا غلب الحرام، والثاني يقرر أن المال الحلال إذا خالط الحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال، فأبي الحكمين صحيح؟

من خلال ما سبق في كلام ابن تيمية وابن القيم ثم تلخيص ذلك من قبل الدكتور علي الندوي، يظهر أن الحرام على نوعين:

الأول: أن يكون محرماً لعينه، كالميتة، ولحم الخنزير، والأخت من الرضاعة، فهذا مناط القاعدة الفقهية «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام».

الثاني: ما حرم لكونه غصباً، والمقبوض بعقود محرمة: كالربا والميسر، المعاملات التي يشوبها الغرر والجهالة، وهذا يدخل تحت قاعدة «المال الحلال إذا خالط الحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال»⁽⁴⁾.

(1) مجموع الفتاوى (273 / 29).

(2) بدائع الفوائد (257 / 3).

(3) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (344 / 1).

(4) مجموع الفتاوى لابن تيمية (273 / 29).

وعليه فالمسألة - محل البحث - تخرّج على قاعدة: «المال الحلال إذا خالط الحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال»، فالمتعامل يخرج القدر الحرام من هذه الأسهم والباقي حلال عليه وهو القول الذي ذهب إليه بعض المعاصرين منهم: الشيخ عبد الوهاب خلاف، وعبد الرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والدكتور علي محي الدين القره داغي، والقاضي عبد الله سليمان بن منيع، وغيرهم إلا أنهم خرجوا المسألة على قاعدة فقهية أخرى⁽¹⁾.

المسألة 2 - التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنك بفوائد

هذه الشركات تملك رأس مال تتاجر فيه غير ناشيء عن القروض الربوية، أي أن أكثر مال الشركة من أصل حلال.

ذهب بعض العلماء منهم الدكتور الشيخ عبد الله المحفوظ بن بيّة⁽²⁾ إلى: المنع مطلقاً، غلب الحرام أو لم يغلب: لأن الأصل هو الشروع، أي أن الحرام منتشر غير متميز، تخريجاً على القاعدة الفقهية:

«إذا اجتمع الحلال والحرام غُلب الحرام»⁽³⁾.

وهذه المسألة كسابقتها، فإن التخرّج على هذه القاعدة في مسائل الكسب المحرم وما يتعلق بالنقود والمعاملات المالية تخريج غير سليم، والصحيح أنها تخرج على قاعدة «المال الحلال إذا خالط الحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال»، وحيث أن الأموال المستفاد من هذه الشركة حلال إذا أخرج منه القدر الحرام، ثم إن التعامل مع مثل هذه الشركات ابتداء مشروع إذا لم يوجد في البلد غيرها، وهو الأمر السائد في عصرنا هذا، والله أعلم.

القاعدة السادسة: كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا

وجاء بلفظ: «كل قرض جرّ نفعاً فهو حرام»⁽⁴⁾.

وفي لفظ: «كل قرض جرّ نفعاً للمقرض فإنه يمتنع»⁽⁵⁾.

ووردت كذلك بلفظ: «كل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف»⁽⁶⁾.

(1) راجع ذلك في قاعدة «للأكثر حكم الكل» ص؟؟؟ من الأطروحة.

(2) من علماء موريتانيا، عضو في كثير من المجالس والهيئات الدولية منها مجمع الفقه الإسلامي وله مؤلفات عديدة في الفقه والأصول والأدب والفكر.

(3) انظر: بحث "المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام" للشيخ المحفوظ بن بيّة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، (1/432).

(4) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي (1/257)، قواعد الفقه المالكي للروكي ص 267.

(5) انظر: الكليات الفقهية للإمام المقرئ، دراسة وتحقيق محمد أبو الأجنان، طبعة 1997م، الدار العربية للكتاب - تونس، ص 157.

(6) انظر: المغني لابن قدامة (4/354). موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (7/484).

شرح الفاظ القاعدة

القرض في اللغة: الجزء من الشيء، والقطع منه، كأنه يقطع له من ماله قطعة⁽¹⁾.
وفي الاصطلاح: دفع جائز التصرف من ماله قدرأ معلوماً يصحُّ تسلمه لمثله بصيغة؛
 لينتفع به ويردُّ بدله⁽²⁾.

الربا لغة: الزيادة⁽³⁾.

واصطلاحاً: عقد على عوضين مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد
 أو مع تأخر في البديلين أو أحدهما⁽⁴⁾.

معنى القاعدة

هذه القاعدة تدل على كل قرض قصد به المقرض نفعاً مادياً كالزيادة على أصل الدين،
 أو معنوياً كرد الجيد بدل الرديء عند القضاء، فهو ربا حرام، وهو حرام باتفاق إذا شرط
 المقرض على المستقرض أن يزيده على ما أعطاه.

ومما يدخل في القرض الذي يجز منفعة أن يهدي المقرض للمقرض شيئاً لما روي عن
 النبي ﷺ: «إذا أقرض فلا يأخذ هدية»⁽⁵⁾.

غير أن زيادة المقرض على أصل الدين عند الوفاء إذا عريت من شبهة الربا وقرائنه،
 وكانت من حسن القضاء، فإنها جائزة للأثار الثابتة⁽⁶⁾.

دليل القاعدة

أصل هذه القاعدة حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا»⁽⁷⁾.

وفي معناه حديث: «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي له، أو حملة على الدابة فلا يركبها
 ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك»⁽⁸⁾.

(1) المصباح المنير (2/ 682)، المفردات ص 604، الكليات (2/ 329).
 (2) التوقيف على مهمات التعاريف ص 580. القاموس الفقهي ص 300.
 (3) انظر: المصباح المنير (1/ 295)، المفردات ص 272، تعريفات الجرجاني ص 114.
 (4) التوقيف على مهمات التعاريف ص 354، القاموس الفقهي ص 143.
 (5) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الصدقات باب القرض (2/ 813) رقم: 2432، وذكره الشيخ الألباني في
 ضعيف سنن ابن ماجه ص 190 - 191 رقم: 479، وفي السلسلة الضعيفة رقم: 1162، وقد أطال الكلام في بيان
 ضعف إسناده (3/ 303 - 307).
 (6) منها حديث «خياركم أحاسنكم قضاء» الذي أخرجه البخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون باب هل يعطى أكبر من
 سنه (2/ 843) رقم: 2262، ومسلم كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه (3/ 1225) رقم: 1601.
 (7) أخرجه صاحب كنز العمال (6/ 238) رقم: 15516.
 (8) أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ عن أنس بن مالك من كتاب الصدقات باب القرض (2/ 812) رقم: 2432.
 وقد ضعف الألباني هذا الحديث والذي قبله، ولهما شواهد كثيرة منها ما هو صحيح، ذكر الألباني بعضها في إرواء
 الغليل (5/ 234 - 235).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: مدى مشروعية ايداع البنك الإسلامي للأموال في البنوك التجارية الربوية

وردت بعض الأسئلة على المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي تتعلق بشرعية ايداع بيت التمويل لمبالغ مالية لدى البنوك التجارية، بدون فوائد على أن تتبع هذه البنوك مبدأ التعامل بالمثل؟ وكان جواب المستشار بالجواز لعموم البلوى وللحاجة⁽¹⁾، إلا أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل انجر عنه سؤال آخر أسوقه كما ورد مع جواب المستشار:

نص السؤال: (إن موضوع تبادل الودائع - بين البنك الإسلامي والبنك الربوي - ينطبق عليه القاعدة الفقهية «كل قرض جر نفعاً فهو ربا» والسبب في ذلك أنه لو لم يتفق الطرفان على الاقتراض المتبادل لما حدث من جانب واحد... نرجو البتّ في ذلك؟)

وكان الجواب كما يلي: (القاعدة الفقهية لا تنطبق عليه.. لأنه ليس نفعاً من ذات القرض حيث يرد مثل ما اقترض من غير زيادة مادية منه أو من جنس آخر وإنما النفع من الإقدام على التعامل مع من يعاملك وهذا شأن التجارة)⁽²⁾.

ويظهر - لي - أن جواب المستشار يوافق ما شرح به العلماء قاعدة «كل قرض جر نفعاً ربا محرم»، لأن البنك الإسلامي غرضه النأي عن المعاملات الربوية من جهة، ثم أنه ليس هناك نفع بمعنى الربح في عرف التجارة، ولا زيادة تقتضي ربوية المعاملة من أساسها، فتبين أن هذا الإيداع لا يدخل في مناط القاعدة الفقهية والله أعلم.

المسألة رقم 2: إيداع البنك الإسلامي في البنك الربوي

يقوم البنك الإسلامي في بعض الأحيان بإيداع وديعة لدى أحد البنوك في الأردن (مثلا مبلغ مليون دينار) بدون فوائد حيث يتم اتفاق ودي مع هذا البنك بأن يقوم ببيع البنك الإسلامي عملات أجنبية مثلا بمبلغ ثلاثة ملايين دولار أسبوعياً وذلك بسعر الشراء المحدد من البنك المركزي الأردني لنفس ذلك اليوم لكل مبلغ يتم شراؤه من البنك.

(1) فتوى بيت التمويل الكويتي رقم 41، انظر: فتاوى الخدمات المصرفية جمع الدكتور أحمد محي الدين أحمد ص 22 - 23.

(2) فتاوى الخدمات المصرفية ص 23. وهناك فتوى أخرى شبيهة ضمن فتاوى البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار فتوى رقم 19 راجع فتاوى الخدمات المصرفية ص 233 - 135.

علماً بأن البنك المركزي الأردني يحدد يومياً سعر بيع وشراء العملات الأجنبية ويمثل سعر الشراء السعر الذي يشتري به البنك العملات من البنوك والجمهور ويمثل سعر البيع السعر الذي يبيع به البنك العملات الأجنبية للبنوك والجمهور؟.

وكان الجواب كما يلي: تبين أن الصورة المسئول عنها تدخل في نطاق القرض الذي جرى نفعاً وهو محرم شرعاً بإجماع العلماء خصوصاً إذا كان النفع أو الزيادة مشروطة أو في حكم المشروطة، ولا ريب أن البنك المودع لديه لا يبيع البنك الإسلامي العملات الأجنبية بسعر الشراء ولا أن البنك الإسلامي أودع لديه تلك المبالغ بدون فائدة ولذلك تكون هذه المعاملة محرمة شرعاً، وليس للبنك الإسلامي أن يأخذ إلا مثل المبلغ الذي أودعه للبنك الآخر⁽¹⁾.

ويظهر أن هذه الصورة ليست كسابقتها، فالنفع الناتج عن هذه المعاملة جلي ومشروط، فالإتفاق الحاصل بين البنك الإسلامي والبنك التجاري الأردني هو بمثابة الشرط الضامن لقيام وبقاء هذا الاتفاق.

أما النفع والفائدة التي يحصل عليها البنك التجاري تتمثل في بيعه للعملات الأجنبية بمقدار (ثلاثة ملايين دولار أسبوعياً) وإن كان بسعر الشراء، وهذا يوحي بأن يبعه العملة للبنك الإسلامي لا ربح فيها، والحق أن الربح قائم ما دام أن سعر الشراء يتقلب يومياً ويحدده البنك المركزي، وإن كان الفارق من عملية الشراء والبيع لا يعود إلى البنك التجاري مباشرة، إلا أنه يعود عليه بالفائدة بطرق أخرى لما للبنك التجاري من علاقة وثيقة بالبنك المركزي.

(1) فتوى البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار رقم 29، انظر: فتاوى الخدمات المصرفية ص 24 - 25.

الفصل الثالث

أثر قواعد الضرر والتيسير في الاجتهاد المعاصر

المبحث الأول أثر قواعد الضرر في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

القاعدة الأولى: لا ضرر ولا ضرار⁽¹⁾

التعريف بالقاعدة

هذه القاعدة - بهذه الصياغة - أصلها حديث نبوي شريف في رتبة الحسن⁽²⁾.

ويعتبر هذا الحديث من جوامع كلم النبي ﷺ، فهو ذو كلمات يسيرة تتضمن معاني كبيرة وأحكاماً مختلفة، كما أنه من الأدلة العامة الأساسية على تحريم المضار، وهو (أصل جليل)⁽³⁾ في كثير من القضايا الفقهية المعاصرة.

وقد عبّر بعض العلماء المهتمين بالقواعد عن هذه القاعدة بعبارة: «الضرر يزال»، وجعلوا حديث «لا ضرر ولا ضرار» دليلاً وأصلاً لها.

ولكن التعبير بصيغة الحديث عن القاعدة أشمل وأعم حيث يشمل الضرر ابتداءً ومقابلة، كما ذهب إلى ذلك بعض الباحثين في ميدان القواعد الفقهية⁽⁴⁾.

يقول الدكتور أحمد الندوي (وتجلى عناية الفقهاء بموضوع دفع الضرر قبل وقوعه - من باب الوقاية - وبموضوع رفع الضرر وإزالته بعد وقوعه، من خلال قواعد متغلغلة منبثة في مصادر الفقه الإسلامي، صاغها الفقهاء لضبط المعاني الجمّة المتنوعة المدرجة تحت هذه القاعدة الحديثية والفقهية الكبرى).

وعلى رأس تلك القواعد الضابطة الناظمة للأحكام قولهم: «الضرر يزال»، والواقع أن هذه العبارة منبثقة من الحديث النبوي: «لا ضرر ولا ضرار»، ولذا يحسن أن يجعل الحديث نفسه عنوان الموضوع؛ إذ إنه السند الأساسي لقواعد دفع الضرر بدءاً من قاعدة «الضرر يزال» إلى قواعد أخرى تثير نظرية دفع الضرر في الفقه الإسلامي، فيتفرع منها وجوب الدفع قبل الوقوع، والرفع بعد الوقوع.

(1) انظر: الأشباه للسيوطي ص 112، ولابن نجيم ص 94، المجلة المادة 19، شرح القواعد الفقهية ص 113، المدخل الفقهي العام (2/989)، موسوعة القواعد الفقهية (8/873).

(2) الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (2/784) رقم: 2340، وأحمد في المسند من مسند عبد الله ابن عباس (1/313) رقم: 2867، ومسند عبادة بن الصامت (5/326) رقم: 22830، ومالك في الموطأ في كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق (2/745) رقم: 1429، وانظر: الهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري (8/10-14).

(3) هذا تعبير ابن رشد الجد في البيان والتحصيل، بتحقيق أحمد الحبابي، الطبعة الثانية (1408هـ - 1988م) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان (9/146).

(4) ومن ذهب إلى ذلك الدكتور محمد صدقي البورنوني، في كتابه الوجيز ص 251. والدكتور أحمد الندوي، في كتابه القواعد والضوابط الفقهية، (1/50).

أضف إلى ذلك أن صيغة الحديث الشريف بديعة ومشرقة في ظاهرها وشاملة وجامعة للمعاني في باطنها، ويمثل الحديث المذكور دليلاً وقاعدة معاً، بحيث تكون الأسس الفقهية الأخرى المنوطة بهذا الإطار تابعة لذلك الحديث ونابعة منه⁽¹⁾.

معنى الضرر والضرار

الضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً⁽²⁾.

والضرار: مقابلة الضرر بالضرر، أو إلحاق مفسدة بالغير على جهة المقابلة⁽³⁾.

وفسره بعضهم: بأن لا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا جزاءً⁽⁴⁾.

قال الأستاذ أحمد الزرقاء⁽⁵⁾ في شرح معنى «لا ضرر ولا ضرار»: (أي لا فعل ضرر ولا ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضراراً، وقد سيق ذلك بأسلوب نفي الجنس؛ ليكون أبلغ في النهي والزجر..

واختلف في الفرق على أقوال.. أحسنها أن معنى الأول: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، ومعنى الثاني: إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له، لكن من غير تقييد بقييد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق. وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفعال مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة⁽⁶⁾.

ويقول نجله مصطفى الزرقاء⁽⁷⁾ في كتابه المدخل الفقهي العام - شارحاً للقاعدة -: (ونصها ينفي الضرر نفيًا، فيوجب منعه مطلقاً، ويشمل الضرر الخاص والعام، ويشمل ذلك: دفعه قبل الوقوع بطريق الوقاية الممكنة، ورفع بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره، وتدلل أيضاً على وجوب اختيار أهون الشرين لدفع أعظمهما، لأن في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتاً.

ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة، وإن ترتب عليها ضرر بهم؛ لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم.

(1) القواعد والضوابط الفقهية، لأحمد الندوي (1/50 - 51).

(2) المصباح المنير (2/492).

(3) المدخل الفقهي العام (2/990)، وشرح الأتاسي للمجلة (1/24). القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص 223.

(4) انظر: غمز عيون البصائر ص 118.

(5) العلامة المحقق فقيه الشام أحمد بن محمد الزرقاء، ولد نحو سنة 1225هـ وتوفي سنة 1357هـ بمدينة حلب دولة سوريا، بقي أكثر من ثلاثين سنة يمارس مهنة التدريس والتفقيه، فتخرج على يديه كثيرون، منهم نجله العلامة الشيخ مصطفى الزرقاء، والدكتور معروف الدواليبي، والشيخ محمد رشيد رضا، والأستاذ بهاء الدين الأميري، وغيرهم، أما مؤلفاته فاقترنت على كتاب شرح القواعد الفقهية. انظر في ترجمته مقدمة شرح القواعد الفقهية، بقلم الشيخ عبد الفتاح أبو غلة.

(6) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص 113.

(7) مصطفى أحمد الزرقاء من علماء سوريا، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي، له مؤلفات منها شرح القواعد الفقهية لوالده، المدخل الفقهي العام.

والمقصود بمنع الضرر: نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر، ولا يفيد سوى توسيع دائرته، لأن الإضرار - ولو على سبيل المقابلة - لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عامة؛ وإنما يلجأ إليه اضطراراً، عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع.

فمن أتلف مال غيره لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة. وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلف، فإن فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي... وعلى هذه القاعدة بنى الفقهاء أحكاماً لا تحصى من شتى الأبواب...⁽¹⁾.

دليل القاعدة

سبق أن ذكرنا أن القاعدة هي نفسها حديث نبوي شريف من جوامع كلم النبي ﷺ، ولعل أجود الطرق لهذا الحديث ما رواه أبي سعيد الخدري⁽²⁾ رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار، من ضارَّ ضارَّهُ الله، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه»⁽³⁾.

وقد ورد الشطر الثاني من الحديث في رواية أخرى بلفظ: «من شاقَّ شقَّ الله عليه يوم القيامة»⁽⁴⁾.

والحديث بمجموع طرقه يرقى إلى الحسن، يقول الحافظ ابن عبد البر في شرح الحديث: وأما معنى الحديث فصحيح في الأصول، وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام»⁽⁵⁾، يعني من بعضكم على بعض، وقال حاكياً عن ربه عز وجل: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا»⁽⁶⁾. وقال الله عز وجل: ﴿وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا﴾⁽⁷⁾.

(1) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء (2/ 990 - 991).

(2) أبو سعيد الخدري: هو الصحابي الجليل أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري الأنصاري، صحابي ابن صحابي، من الرماة المشهورين، معدود من أهل الصفة، كان من فقهاء الصحابة، ومن أصحاب الشجرة، ومن أكثرهم رواية للحديث حيث روى 1170 حديث، أخذ عنه أعلام من التابعين منهم نافع مولى ابن عمر، توفي بالمدينة سنة 74هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (1/ 180)، تذكرة الحفاظ (1/ 41)، الإصابة (2/ 35)، تهذيب التهذيب (3/ 479)، الوافي بالوفيات للصفدي، تحقيق مجموعة الأساتذة، ط 1982، ألمانيا، (15/ 148).

(3) هذا لفظ الحاكم في المستدرک، الذي قال: (هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه)، وواقفه الذهبي على ذلك، انظر: المستدرک مع تلخيص الذهبي، ط/ بيروت (2/ 57) رقم: 2345، وأخرجه أبوداود في السنن (3/ 315) رقم: 3635، والترمذي في سننه (4/ 332) رقم: 1940، وقال: حديث حسن غريب، وابن ماجه في السنن (2/ 785) رقم: 2342، والدارقطني في سننه (3/ 77) رقم: 288.

(4) وهي رواية البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب من شاقَّ شقَّ الله عليه (6/ 2615) رقم: 6733، وانظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، طبعة دار الفكر، بترقيم فؤاد عبد الباقي، (13/ 128).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه في مواضع منها: كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى (2/ 619) رقم: 1652، ومسلم في صحيحه كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، (2/ 889) رقم: 1218.

(6) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم، (4/ 1994) رقم: 2577، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (2/ 385) رقم: 619.

(7) سورة طه، الآية 111.

وأصل الظلم: وضع الشيء في غير موضعه، وأخذه من غير وجهه، ومن أضر بأخيه المسلم أو بمن له ذمة فقد ظلمه..⁽¹⁾.

وأجاد الإمام الشاطبي في قوله بأن حديث «لا ضرر ولا ضرار» رغم كونه من الأدلة الظنية (داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، حيث إن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليات، كقوله تعالى: «وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»⁽²⁾، «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَّ»⁽³⁾، «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا»⁽⁴⁾.

ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم، وكل ما هو في معنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال، فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مرأى فيه ولا شك⁽⁵⁾.

وسيتجلى كل ما سبق ذكره عن القاعدة في الفروع الفقهية القادمة.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: عملية التصدير والاستيراد: تقوم كثير من الدول اليوم بمنع تصدير سلع معينة، إذا كانت منتجات البلاد لهذا النوع من السلع لا يفي بغرض الحاجات المحلية ولا يغطي معاش الأهالي.

كما تحضر الدولة في بعض الأوقات ولظروف وملابسات خاصة عملية استيراد بعض السلع؛ خشية وقوع المنافسة بين السلع المستوردة والسلع المحلية، حتى لا يتضرر الإنتاج المحلي، عملاً بقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

وحتى لا تقع الدولة في محذور إلزام فئة معينة من الناس بنوعية خاصة من السلع المحلية التي قد لا تلي حاجتهم فقط، بل توقعهم في ضرر آخر، ينبغي لها أن تسمح باستيراد بعض السلع على أن تضع عليها رسوماً جمركيةً تحمي بموجبها السلع المحلية من جهة، وترفع الضرر على الراغبين فيها من جهة ثانية، تطبيقاً للقاعدة الفقهية: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»⁽⁶⁾، فالضرر يدفع شرعاً، فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً فهو المطلوب، وإلا يدفع بقدر الإمكان⁽⁷⁾.

(1) التمهيد لابن عبد البر (157/20 - 158).

(2) سورة البقرة، الآية 231.

(3) سورة الطلاق، الآية 6.

(4) سورة البقرة، الآية 233.

(5) انظر الموافقات (17- 16/3).

(6) مجلة الأحكام العدلية المادة 31.

(7) شرح الأناسي على المجلة (71/1).

المسألة 2: حكم التعامل بالسندات

السندات جمع سند والسند في اللغة: ما قبلك من الجبل وعلا من السفح، ومعتمد الإنسان⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: هو صك قابل للتداول يمثل قرضاً، يعقد عادة بواسطة الاكتتاب العام، وتصدره الشركات أو الحكومة وفروعها.

ويعتبر حامل سند الشركة دائناً للشركة، له حق دائنية في مواجهتها، ولا يعد شريكاً فيها، على خلاف حامل السهم، ويعطى حملة السندات فائدة ثابتة سنوياً، ولهم الحق في استيفاء قيمتها عند حلول أجل معين⁽²⁾.

أو: هي أوراق مالية، ضماناً لدين على الدولة، أو على إحدى الشركات، ويقدر لها فائدة ثابتة أو ربح ثابت، كما يكون هناك خصم في إصدار السندات، بمعنى أن يدفع المكتتب أقل من القيمة الاسمية على أن يسترد القيمة الاسمية كاملة عند الاستحقاق، علاوة على الفوائد السنوية⁽³⁾.

والرأي الراجح المتعين في حكم هذه السندات أنها حرام شرعاً، لأن كل قرض جر نفعاً حرام، والبديل هو أن تحول هذه السندات إلى أسهم، وأن تباع أو تشتري بعقد حال، بحيث يشارك حاملوها في الربح والخسارة، لا أن يتحمل الخسارة طرف واحد إذ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾.

إن التعامل بالسندات هو من المعاملات المحرمة لما فيها من ربا صريح، فإن حدث المحذور وأراد المكلف أن ينأى بنفسه عن الحرام، فعليه إما أن ينسحب من هذه المعاملة فوراً، لأنه يتسبب في إلحاق الضرر بغيره لما يأخذه من الفائدة الربوية بغير وجه حق تخريجاً على القاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار». أو أن يقوم بتحويل رأس ماله المستثمر في هذه السندات إلى أسهم قابلة للتداول وفق قاعدة الغنم بالغرم، ويحقق الربح الحلال.

(1) انظر: لسان العرب (3/220)، المصباح المنير (1/395).

(2) بحوث فقهية معاصرة، الدكتور محمد عبد الغفار الشريف، (1/66).

(3) انظر بحث "السوق المالية" للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس، (2/1322 - 1323)، ط/1410هـ - 1990.

(4) انظر بحث "السوق المالية" للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 6، (2/1322 - 1323).

المسألة 3: انتهاء المضاربة بفسخها من أحد الطرفين

إن عقد المضاربة⁽¹⁾ هو من العقود المشروعة التي يسوغ فسخها من أحد الطرفين⁽²⁾. وبناء على ذلك اتفق الفقهاء على فسخ هذا العقد ما لم يشرع العامل المضارب فيه، واختلفوا إذا شرع العامل في العمل - حسب الاتفاق - فذهب أكثر الفقهاء إلى جواز فسخه في هذه الحالة أيضاً، إلا أن المالكية نازعواهم؛ إذ يرون أن القراض يلزم بالعمل، ويستمر هذا اللزوم إلى نضوضه⁽³⁾.

وعند التأمل في هذه المسألة وبالنظر إلى الظروف الاقتصادية المعاصرة، يتعين على الفقيه ترجيح رأي المالكية، القائل بلزوم القراض بالعمل، وذلك رفعا للضرر الذي يلحق العامل المضارب من وراء الفسخ المباح؛ عملا بالقاعدة الفقهية: «لا ضرر ولا ضرار»، لأن العامل عندما أخذ المال وضع نصب عينيه أن يعمل ويستثمر ليربح، وأن المال سترك في يده لمدة معقولة تمكنه من تحقيق أمله، وربما يكون بالدخول في هذا المشروع قد فوّت على نفسه فرصة عمل أخرى، وليس من المعقول أيضاً أن يبادر ويباشر العمل بدون إجراء الترتيبات اللازمة المسبقة، وإذا سوغ الفسخ من طرف رب المال في هذا الحالة - بغض النظر عن سائر الاعتبارات الأخرى - فلا شك أن الخسران يكون محققاً في جانب العامل بوجه خاص؛ بسبب الفسخ المفاجيء، وما يعقبه من البيع المفاجيء لتنضيض ما أنفقته من رأس المال إلى غير ذلك.

بناء على ما سبق يترجح رأي المالكية خصوصاً في القراض المنوط بالمشاريع الاستثمارية الضخمة في سوق المعاملات المالية المعاصرة⁽⁴⁾.

المسألة 4: تغير قيمة العملة الورقية وأثره في الحقوق والالتزامات

هذه المسألة من المسائل المعاصرة، التي نظر فيها الفقهاء، واجتهدوا فيها اجتهاداً فردياً وجماعياً.

إن العملات الورقية - منذ ظهورها - تعرضت لتذبذبات في قيمتها الشرائية ومخزونيتهما للقيم، مما ترتب على ذلك آثاراً خطيرة على مستوى الحقوق والالتزامات، وهظم كبير لحقوق

(1) عقد المضاربة في الشرع: عقد شركة في الربح بمال من جانب ربّ المال، وعمل من جانب المضارب، وقال بعضهم: نوع شركة على أن رأس المال من طرف، والسعي والعمل من الطرف الآخر. ويقال لصاحب رأس المال ربّ المال، وللعامل مضارب. انظر: القاموس الفقهي ص 222.

(2) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكسائي، تحقيق محمد عدنان ياسين درويش، الطبعة الثانية (1512هـ - 2000م) دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان (5/157 - 158)، مغني المحتاج (2/319)، تحفة الحكام (2/129)، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور محمد صلاح الصاوي، ص 127.

(3) انظر: المدونة (5/129)، والخرشي على خليل (6/223)، مشكلة الاستثمار، ص 128. ومعنى النضوض أو التنضيض: بيع البضاعة أو تحويلها إلى نقود ناضئة أي سائلة، وبالتنضيض يظهر الربح في المضاربة، ومعناه في اللغة: الإظهار، والنض في النقود: أي تحويلها عيناً بعد أن كانت متاعاً، راجع القاموس الفقهي ص 354، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد ص 338ب.

(4) انظر: مشكلة الاستثمار، ص 128 - 130.

الناس، ولاسيما لأولئك الذين أعطوا مبالغ معينة لفترة زمنية طويلة، فيعاد إليهم المبلغ وهو فاقد لنصف قيمته، أو ثلثيها، نتيجة التضخم الذي تعاني منه معظم الدول، كالذي حدث لليرة اللبنانية، إبان الحرب الأهلية، وحدث للدينار العراقي بعد الغزو الأمريكي الثاني على وجه الخصوص.

فإن استدان شخص من آخر أربعة آلاف دينار عراقي مثلاً في سنة 1975م، لشراء قطع غيار السيارات، وحل زمن الوفاء في سنة 2004م مثلاً، فإن قلنا بدفع المثل (أربعة آلاف دينار) ففي ذلك ظلم كبير يلحق الدائن، لأن المبلغ نفسه يمكن أن يشتري به قطعة غيار واحدة على الأكثر، وإذا قلنا بردّ القيمة فقد لا يستطيع المدين أن يفي بدينه، لأن قيمة المبلغ قد تصل إلى أكثر من عشرة ملايين دينار عراقي⁽¹⁾.

وقد بحث كثير من العلماء المعاصرين هذه المسألة واختلفوا في حكمها على النحو التالي:

المذهب الأول: قالوا بأداء الدين بمثله لا بقيمته؛ في حالة الغلاء والرخص لا في حالة انقطاع العملة وعدم التعامل بها لأن النقود الورقية تأخذ أحكام النقود الذهبية والفضية، وتمسكوا بالأحاديث التي بينت أن الدين يؤدي بمثله لا بقيمته.

وقد ذهب إلى ذلك الدكتور محمد تقي العثماني⁽²⁾، والدكتور علي السالوس⁽³⁾، وبهذا القول أخذ مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة، حيث جاء في قراره: (العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي المثل وليس بالقيمة لأن الديون تقضى بأمثالها فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة أيًا كان مصدرها بمستوى الأسعار)⁽⁴⁾. وأكد هذا القرار في دورته الثانية عشرة⁽⁵⁾.

المذهب الثاني: يجب ردّ القيمة عند تغير قيمة النقود الورقية، لأن ذلك أقرب للعدالة والإنصاف، فإن المألين إنما يتمثلان إذا استوت قيمتهما، وأما مع اختلاف القيمة فلا تماثل.

وذهب إلى ذلك كل من الدكتور محمد سليمان الأشقر⁽⁶⁾، والدكتور عبد اللطيف الفرفور، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور علي القره داغي، والدكتور نزيه حماد⁽⁷⁾،

-
- (1) ومن المعروف لدى أهل الاختصاص أن من أسباب تضخم النقود الحروب والكوارث.
(2) انظر "بحوث في قضايا فقهية معاصرة" د/ محمد تقي العثماني، ص 171، والدكتور من علماء باكستان وقضاتها وهو عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
(3) بحث: "تغير قيمة العملة" للسالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، (3/ 1719)، وأحمد علي السالوس من مصر، أستاذ بكلية الشريعة جامعة قطر، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
(4) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 4، عدد 5، (3/ 2261).
(5) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 115، عدد 12، (4/ 291).
(6) بحث: "النقود وتقلب قيمة العملة" لمحمد الأشقر، منشور في مجلة الفكر الإسلامي، عدد 12، السنة السادسة عشر. ومحمد سليمان الأشقر من علماء الأردن، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
(7) الدكتور كمال نزيه حماد، من سوريا، أستاذ بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

والدكتور عبد الله بن بيّة، والدكتور عجيل جاسم النشمي⁽¹⁾، وغيرهم⁽²⁾.

وخرجوا هذا الرأي على قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»

يقول الدكتور نزيه حماد في بيان وجه التخريج على القاعدة: (أن الاتجاه الفقهي لإيجاب أداء قيمة النقد الذي طرأ عليه الغلاء أو الرخص يوم ثبوته في الذمة هو الأولى بالاعتبار من رأي الجمهور الذاهبين إلى أن الواجب على المدين أدائه، إنما هو نفس النقد المحدد في العقد والثابت في الذمة دون زيادة أو نقصان، وذلك لاعتبارين:

أحدهما: أن هذا الرأي هو الأقرب للعدالة والإنصاف، فإن المالين إنما يتمثلان إذا استوت قيمتهما، وأما مع اختلاف القيمة فلا تماثل. والله يأمر بالقسط.

والثاني: أن فيه رفعا للضرر عن كل من الدائن والمدين، فلو أقرضه مالا فتقصت قيمته، وأوجبنا عليه قبول المثل عدداً تضرر الدائن؛ لأن المال الذي تقرر له ليس هو المستحق، إذ أصبح بعد نقصان القيمة معيباً بعيب النوع المشابه لعيب العين المعينة (حيث إن عيب العين المعينة هو خروجها عن الكمال بالنقص، وعيب الأنواع نقصان قيمتها). ولو أقرضه مالا فزادت قيمته، وأوجبنا عليه أداء المثل عدداً تضرر المدين، لإلزامه بأداء زيادة عما أخذ، والقاعدة الشرعية الكلية أنه «لا ضرر ولا ضرار»⁽³⁾.

المسألة 5: هل للدولة أن تتدخل لتحديد أجور العمال؟

في هذا العصر الحديث تطورت العلاقات بين العمال وأرباب العمل، حتى أصبح يمثل العمال - في المطالبة بحقوقهم - النقابات، أما أرباب العمل من جهتهم شكلوا هيئات ومنظمات مستقلة تمثلهم وتدافع عن مصالحهم كمنظمة أرباب العمل (الباترونة) في الجزائر، وكثيراً ما يقع النزاع بين نقابات العمال ومنظمات أرباب العمل حول تحديد أجور العمال، وما يتعلق من استحقاقهم للإجازات، أو المكافآت، أو المعاش (التقاعد) عند انتهاء الخدمة، أو تحديد ساعات العمل أو ظروف العمل، وغير ذلك من الحقوق المتعارف عليها.

فهل يجوز للدولة أن تتدخل لرفع هذا النزاع، والتوفيق بين الطرفين بما يكفل حق كل طرف، وذلك بسنّ قوانين تحمي بموجبها العمال، وتحافظ على سوق العمل، وعلى اقتصاد البلد؟

والجواب: أن هذا التدخل لا مانع منه، إذا كان فيه إقامة العدل ورفع الظلم والغبن، عن العامل ورب العمل على حدّ سواء، ومستند ذلك أمور منها:

(1) الدكتور عجيل جاسم النشمي، من دولة الكويت، عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
(2) انظر آراء الفرفور، والقره داغي، وعجيل جاسم النشمي، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد5، جزء3. أما رأي عبد الله بن بيّه، ونزيه حماد ففي نفس المجلة عدد3، جزء3.
(3) انظر: تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي للدكتور نزيه حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث (3/1677).

- أن من أهداف الإسلام الكبرى إقامة العدل بين الناس، وفي جميع الميادين، ومنها ميدان العمل.
- أن الشريعة الإسلامية حريصة على منع الضرر والضرار بين الناس، فرفع الضرر متعين قبل الوقوع أو بعد الوقوع.

يقول الدكتور القرضاوي - معللاً جواز هذا التدخل مستثمراً القاعدة الفقهية -: «لا ضرر ولا ضرار»: (أن الشريعة الإسلامية تحرص على منع الضرر والضرار قبل وقوعهما، وإزالتهما بعد الوقوع. وقد جاء في الحديث الشريف: «لا ضرر ولا ضرار» وأصبح هذا من القواعد الكلية المقطوع بها في الفقه الإسلامي، وفي القرآن الكريم آيات شتى تؤكد هذا المعنى)⁽¹⁾.

ثم أضاف قائلاً: (فكل قانون أو تصرف يمنع إضرار الناس بعضهم لبعض، فإن الشريعة تتسع له، وتعتبره مبنياً على أصولها وقواعدها، ولهذا لم يعترض أحد من علماء الشرع على قانون المرور الذي ينظم السير، ويضع بعض القيود على أصحاب السيارات وأمثالهم، لمصلحتهم ومصلحة المجموع، وإيقاع الجزاء على من يخالف ذلك.

وإذا كنا حريصين على منع تصادم السيارات حرصاً على سلامة الأفراد، فأولى أن نحرص على منع تصادم فئات المجتمع بعضها ببعض، حرصاً على سلامة الجماعة كلها)⁽²⁾.

والمتمعن لشؤون العمل في الجزائر لا يخفى عليه الإجراء المعمول به لحفظ هذا القطاع الحساس والمتمثل في اللقاء الثلاثي (المشهور بالثلاثية) الذي يجمع بين أطراف ثلاثة هي: نقابات العمال ومنظمة الباترونة والحكومة، وهذا لدراسة أوضاع وشؤون العمل والعمال لدفع الضرر أو التقليل منه، في ظل ظروف اقتصادية صعبة خاصة في السنوات الأخيرة⁽³⁾، ويمكن تخريج ذلك على قاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: منع الجراحة الطبية الضارة

الجراحة الطبية الحديثة هي: (إجراء جراحي بقصد إصلاح عاهة، أو رتق تمزق، أو عطب أو بقصد إفراغ صديد أو سائل مَرَضِيٍّ آخر أو لاستئصال عضو مريض، أو شاذ)⁽⁴⁾.

ومن شروط الجراحة الطبية أن تترتب المصلحة على فعل الجراحة.

وهذا الشرط لازم سواء كانت المصلحة ضرورية كما في الجراحات التي يقصد منها إنقاذ النفس من الهلاك المحقق، أو كانت حاجية كما في الجراحات المتعلقة بالفتق⁽⁵⁾ والرتق⁽⁶⁾.

(1) فتاوى معاصرة (2/ 618)

(2) فتاوى معاصرة (2/ 619).

(3) أقصد بالسنوات الأخيرة الفترة الممتدة بين 1990 إلى 2002.

(4) انظر: الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء (5/ 982) نقلاً عن أحكام الجراحة الطبية ص 39.

(5) الفتق: الفصل بين متصليين، وهو ضد الرتق. انظر المصباح المنير (2/ 631)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 549.

(6) الرتق: الضم والالتحام، انظر: المصباح المنير (1/ 297)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 355.

وعملا بهذا الشرط فإنه لا يجوز عمل جراحة فيها ضرر محض إعمالاً للقاعدة التي تقول
«لا ضرر ولا ضرار».

يقول الدكتور المختار الشنقيطي في كتابه أحكام الجراحة الطبية مبيناً وجه الاعتماد على القاعدة في هذا الحكم: (فالجراحة إذا انتفى ترتب المصلحة على فعلها، وكانت ضرراً محضاً كان فعلها من قبل الطبيب فيه إضرار بالمريض فلم يجوز له الإقدام عليه).

والجراحة الطبية إنما شرعت لمصلحة الأجساد ودفع ضرر الأسقام عنها، فإذا انتفت تلك المصالح وكانت ضرراً محضاً فإنه حينئذ ينتفي السبب الموجب للترخيص بفعلها شرعاً، وتبقى على الأصل المقتضي لحرمتها للقاعدة الشرعية التي تقول: «ما جاز لعذر بطل بزواله»⁽¹⁾.

المسألة 2: منع تشريح⁽²⁾ الجثث للتعلم

لا يجوز تشريح جثة الميت لغرض التعلم، لتوفر ما يغني عن تشريحها، إما عن طريق مشاهدة أشرطة الفيديو المخصصة لذلك، أو بالاعتماد على المجسمات (الموديل) المحاكية لجسم الإنسان، وقد ذهب إلى ذلك جماعة من العلماء والباحثين منهم الشيخ نجيت المطيعي⁽³⁾

والشيخ العربي بوعياذ الطبخي، والشيخ محمد برهان الدين السنبهلي⁽⁴⁾، والشيخ حسن بن علي السقاف، والشيخ محمد عبد الوهاب بجيري⁽⁵⁾، وصدر فيه قرار عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت⁽⁶⁾.

واستندوا على قاعدة «لا ضرر ولا ضرار». ووجه التخريج على حرمة هذا التشريح:

أن القاعدة تدل على حرمة الإضرار بالغير، والتشريح فيه انتهاك لحرمة الميت وهو من قبيل الضرر، فلا يجوز فعله.

(1) اظر: أحكام الجراحة الطبية ص 122 - 123.

(2) التشريح في اللغة: الكشف. وفي الاصطلاح الطبي: العلم الذي يبحث في تركيب الأجسام العضوية وتقطيعها علمياً وتشقيقها للفحص الطبي. انظر: مختار الصحاح، ص 140، ترتيب مختار الصحاح ص 408، المصباح المنير (ش رح) (420/1)، نقل الأعضاء بين الطب والدين، الدكتور مصطفى محمد الذهبي، ص 11، وحكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي لعقيل بن أحمد العقيلي، ص 17.

(3) الشيخ محمد بن نجيت بن حسن المطيعي الحنفي، ولد في المطيعة من أعمال أسبوط، ودرس بالأزهر، وتخرج فيه حاصلاً على الشهادة العالمية، اتجه إلى التدريس برئاسة المحاكم الشرعية، ثم منصب مفتي الديار المصرية، توفي سنة 1354هـ من مؤلفاته: البدر الساطع على مقدمة جمع الجوامع، وسلم الوصول إلى نهاية السؤل للأسنوي، وكثير من الرسائل والفتاوى.

انظر في ترجمته: الفكر السامي (2/201)، الأعلام (6/50)، معجم المؤلفين (9/98).

(4) والشيخ محمد برهان الدين السنبهلي من العلماء المحدثين له إسهامات في بحوث القضايا الفقهية المعاصرة.

(5) انظر: شفاء التباريح لليعقوبي ص 96 - 97. قضايا فقهية معاصرة، للسنبهلي ص 66، نقل الأعضاء بين الطب والدين للذهبي، ص 12. وفتوى الشيخ نجيت المطيعي منشورة في مجلة الأزهر، (2/311).

(6) انظر: مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، (2/322).

المسألة3: التفريق بين الزوجين المصاب أحدهما بمرض نقص المناعة المكتسبة(SIDA)

مرض الإيدز من الأمراض العصرية، وهو من النوازل التي اجتهد الفقهاء المعاصرون على تخريجها انطلاقاً من الفروع الفقهية القديمة، التي عالجت أمراضاً شبيهة بمرض الإيدز، أي الأمراض المعدية، كالسل، والبرص، والجذام، وغيرها بجامع العدوى.

وقد أكد الأطباء أن الإيدز مرض ينتقل عن طريق الاتصال الجنسي، فينتقل من الزوج إلى الزوجة أو العكس، ومن الزوجة إلى جنينها، عن طريق الحبل السري المثبت للجنين والمُعْذِي له.

فهل يفرق بين الزوجين أم لا؟

قرر أعضاء هيئة مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة: حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب⁽¹⁾.

واستدلوا: بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، قالوا: ففي إمساكها - أي الزوجة - مع خشية تعدي المرض إليها أضرار نفسية وخوف وقلق قد تصبح الحياة معه جحيماً، كما أن فيه ضرراً مميئاً إذا أصيبت بالعدوى، والأمر نفسه إذا كانت الزوجة هي المريضة، ودفعاً للضرر الواقع أو المتوقع فإن للزوجين حق فك رباط الزوجية عن طريق الطلاق للزوج والخلع للزوجة⁽²⁾.

إن مرض فقدان المناعة المكتسبة مرض معدي مميت، وثبت يقيناً أن فيه معنى الضرر والضرار، فالزوج المريض إذا أمسك زوجته وعاشرها المعاشرة الطبيعية - دون رضاها - فقد ألحق بها الضرر والضرار حالاً أو مآلاً، وحينئذ تُمكن الزوجة من فراق زوجها المريض، كما للزوج تسريح زوجته المريضة.

المسألة4: مشروعية طلب القيام بالفحص الطبي قبل الزواج

إن التطور العلمي الذي نشهده اليوم وخاصة في مجال الطب، سمح لنا بالتعرف على الأمراض المعدية الخطيرة، كمرض فقدان المناعة المكتسبة(SIDA) مثلاً، وذلك بإجراء تحليل الدم، وهذا التحليل لا يكلف شيئاً إذا قارناه باحتمال اكتشاف وجود المرض عند أحد الزوجين بعد عقد الزواج، لذلك كان من المصلحة مشروعية إجراء هذا الفحص قبل عقد الزواج، وقد لا يتعلق الأمر بالإيدز فقط، بل يشمل الأمراض الخطيرة والمخوفة الأخرى.

(1) انظر القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد9، (4/ 698).

(2) انظر بحث "الأسرة ومرض الإيدز" للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد9، (4/ 480 - 481).

والكشف الطبي للتأكد من خلو الزوجين من الموانع المرضية يقع تحت قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

ووجه التخريج على هذه القاعدة: أن تطور المجتمعات الإنسانية وما صاحب ذلك من ظواهر اجتماعية بعيدة عن القيم الإسلامية الصحيحة لضعف الوازع الديني من جهة، وعجز المنظومات التشريعية الوضعية على كبح جماح الفساد والانحلال الخلقي من جهة ثانية، فتح الباب أمام بعض المفسدين بإلحاق الضرر بأنفسهم وبغيرهم، ومن هؤلاء بعض المصابين بالأمراض الخبيثة والمعدية - كمرض (SIDA) - الذين بلغ بهم الأمر إلى التقدم للزواج دون الكشف عن حالتهم الصحية لذويهم أو لذوي زوجاتهم، فترتب عن ذلك فساد عظيم.

وهذا الواقع المؤلم جعل المقبلين على الزواج يحتاطون لأنفسهم بطلب إجراء فحص طبي يثبت خلو الزوج أو الزوجة من مرض معدٍ، وهذا الفعل يرمي إلى دفع الضرر ابتداءً أي قبل وقوعه، عملاً بالقاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار»، التي ذكرنا في شرحها أن من معانيها دفع الضرر قبل وقوعه ابتداءً⁽²⁾.

القاعدة الثانية: الضّرر يزال⁽³⁾، أو مُزال⁽⁴⁾

معنى القاعدة

معنى هذه العبارة الجامعة: أن الضرر يجب إزالته؛ لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب⁽⁵⁾. وسيقت هذه القاعدة لبيان وجوب إزالة الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع⁽⁶⁾. وسبقت الإشارة إلى أن هذه القاعدة هي عين قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، وقد رجحنا الصياغة الثانية لمعناها الشامل ولقوتها باعتبار أنها دليل في حد ذاتها. ثم إن قاعدة «الضرر يزال»، منتزعة من القاعدة الحديثة «لا ضرر ولا ضرار»، ولذلك ينبغي قصرها على مدلولها في ضوء صياغتها.

وتتخرج على القاعدة مسائل فقهية معاصرة كثيرة، أذكر بعضها فيما يأتي:

- (1) انظر بحث "الأسرة ومرض الإيدز" للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (4/464).
- (2) وقد أقر هذا الإجراء في قانون الأسرة الجزائري الصادر حديثاً.
- (3) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 112، أشباه ابن نجيم ص 94، المجلة رقم: 20، درر الحكام (1/33)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 125.
- (4) الأشباه والنظائر لابن السبكي (1/41 - 45)، المنشور للزركشي (3/321)، الوجيز للبورنو، ص 258. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (6/261).
- (5) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص 125.
- (6) المصدر نفسه، ص 125، والمدخل الفقهي للزرقاء (2/993).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: ربط أجور العمال بالمستوى العام للأسعار

إن ربط الأجور بمستوى الأسعار في الدول التي مارست هذه التجربة يتم عادة بإحدى الطريقتين:

الطريقة الأولى: الربط الذي يتم عن طريق الاتفاقات الجماعية والتي تتحكم فيها اتحادات ونقابات العمل، ويتم تحديد الأجور عن طريق التفاوض بين الأطراف المعنية، على أن يتم تعديل الأجور تلقائياً تبعاً لمؤشر قياسي متفق عليه.

الطريقة الثانية: ربط يتم عن طريق القرارات الحكومية لتنظيم الأجور والرواتب ومعاشات التقاعد ونحوها لحماية هذه الدخول من التآكل الذي ينتجه التضخم⁽¹⁾.

وقد أفتى بعض علماء العصر، وهو الدكتور حمزة بن حسين الفعر⁽²⁾، بعدم جواز هذا الربط، ودلّل على ذلك ببعض القواعد الفقهية، فقال: (إن ربط الأجور بالمستوى العام للأسعار غير جائز سواء أتمّ الربط عند التعاقد، أم بعده بمدة، لأن المحذور في ذلك واحد وهو جهالة الأجرة التي يتم تسليمها عند حلول الأجل، وإفشاء ذلك إلى الربا).

ثم يضيف قائلاً: (ولا شك أن انخفاض القيمة الحقيقية للنقود فيه ضرر على أصحاب الأجور؛ لأن أجورهم هذه هي عماد معيشتهم، فنقصان قيمتها بسبب التضخم يضر بمجاراتهم الأصلية. والقاعدة الشرعية أن: «الضرر يزال»، ولكنه لا يزال بضرر مثله، وفي تعويضهم عما نقص عليهم، أو ما يتوقع نقصه، عن طريق الربط يضرّ بمصلحة صاحب العمل نفسه، لأنه هو أيضاً قد تضرر بنقصان القيمة الحقيقية لأرباحه، وعائداته من العمل، ولا يدّ له فيما حصل؛ لأن التضخم يحدث نتيجة لكثرة عرض النقود واختلال السياسات النقدية، وربما أثرت فيه قوى السوق أيضاً،...)⁽³⁾.

ونلاحظ أن الفتوى مبنية على قاعدة: «الضرر يزال»، ولما كان الضرر يلحق الطرفين معاً تعين تقييد القاعدة بقاعدة أخرى، وهي أن: «الضرر لا يزال بضرر مثله»، بل يزال بضرر أخف منه، كما هو معلوم من قواعد الشريعة، وأصبح من اللازم حيثئذ البحث عن طريقة أخرى في ضبط أجور العمال، وحفظ حقوقهم، كتدخل الدولة في مثل هذه الحالات بسن قوانين تنظم بموجبها السوق المالية وتتحكم في مستوى الأسعار والأجور تحقيقاً للعدالة الاجتماعية.

(1) انظر: بحث ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار، للدكتور محمد عبد المنان، ص 11، ضمن أعمال حلقة حول ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من وجهة النظر الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية جدة سنة 1407هـ.

(2) الدكتور حمزة بن حسين الفعر، من السعودية، أستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وهو عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) بحث "ربط الأجور بتغير مستوى الأسعار في ضوء الأدلة الشرعية" د/ حمزة بن حسين الفعر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، (3/ 510). ط/ 1415هـ - 1994.

المسألة 2: ثبوت حق الردّ بالعيب كعلاج لآثار التضخم

التضخم بالمصطلح الفقهي هو: التغير الفاحش في قيمة النقود، بحيث تنخفض قوتها الشرائية في مقابل السلع والخدمات؛ للارتفاع المستمر في المستوى العام للأسعار⁽¹⁾.

فإذا ما تمّ العقد، وترتب الحق في الدّمة لكل واحد من المتعاقدين تجاه الآخر، ثم حدث تضخم فاحش في قيمة النقود، فإن الضرر سيلحق أحد المتعاقدين لا محالة، فإذا رحنا نعالج آثار هذا التضخم بحل من الحلول كأن يتم التعاقد بغير عملة البلد التي يتوقع تغيرها، فيتعاقد مثلاً: بالذهب أو الفضة، أو بعملة أخرى، أو بسلعة.

فإننا - بهذا العلاج - لا نسلم من الوقوع في شبهة الربا، لما فيه من الزيادة في جنس الحق الذي ترتب في الدّمة، والمؤدي إلى الربا المحرم.

وحيث كيف يمكن القول بجواز النظر في علاج آثار التضخم، مع ما فيه من مظنة شبهة الربا؟

والجواب: كما ذهب إليه الدكتور حمزة بن حسين الفعر الذي قال: (المستقراً لأدلة الشريعة ومقاصدها وقواعدها العامة لا يعدم أن يجد عدداً من المبادئ الشرعية المسلمة الهادفة إلى تحقيق العدل بين الخلق والتي تعتبر في جوهرها استثناء مما يقتضيه العقد الملزم بين الطرفين من غير اشتراط لهذا الاستثناء في صيغة العقد، وهي مما يمكن الاستئناس به هنا للقول بمشروعية النظر في علاج آثار التضخم)⁽²⁾

ومن هذه المبادئ: مبدأ التعويض عن العيب، وبيان ذلك فيما يلي:

العيب في اللغة: الوصمة والنقص⁽³⁾.

وفي اصطلاح الفقهاء: كل ما ينقص القيمة أو العين في عرف التجار⁽⁴⁾.

والعيب يثبت به الحق للعاقده الذي اطلع عليه ولم يعلم به قبل ذلك في أن يدفع هذا الضرر عن نفسه بالمطالبة بالردّ أو المثل، أو التعويض عن العيب (الأرش)، والسبب في ذلك أن الصفة المالية معتبرة هنا فما أوجب نقصاً فيها كان عيباً في عرف أهل الشأن.

والردّ بالعيب مبني على قاعدة «الضرر يزال»، فما يلحق العاقده من الضرر تجب إزالته، ابتداءً أو مآلاً، امثالاً لأمر الشارع. فكل العيوب - ومنها عيوب النقد - يثبت بها الحق في رفع الضرر، ودفع الظلم للعاقده الذي حصل العيب في جهته.

(1) انظر في تعريف التضخم بحث "التضخم وعلاجه" للدكتور علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (4/13).

(2) انظر: بحث "التأصيل الشرعي للحلول المقترحة لعلاج آثار التضخم" للدكتور حمزة بن حسين الفعر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (4/163).

(3) القاموس المحيط (1/113). القاموس الفقهي، ص 268.

(4) القاموس الفقهي ص 268 - 269.

وعليه فالكلام عن طرق علاج آثار التضخم أمر مشروع، دفعاً للضرر الحاصل عن النقص الفاحش في قيمة النقود⁽¹⁾.

المسألة 3: مشروعية ردّ قيمة الدين إذا كان التضخم كبيراً

من توصيات حلقة العمل الثالثة - حول ضبط الحلول المطروحة لمعالجة آثار التضخم على الديون والحقوق الآجلة - التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بالتعاون مع مصرف فيصل الإسلامي، بالبحرين⁽²⁾، مشروعية ردّ قيمة الدين إذا كان التضخم كبيراً، وهذا تخريباً على القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»:

(.. إذا كان التضخم كبيراً فإن وفاء الدين الآجل حينئذ بالمثل (صورة) يلحق ضرراً كبيراً بالدائن يجب رفعه، تطبيقاً للقاعدة الكلية (الضرر يزال) والحل لمعالجة ذلك (فيما عدا الحسابات الجارية) هو اللجوء إلى الصلح:

وذلك باتفاق الطرفين - عند سداد الدين الآجل فيما عدا الحسابات الجارية - على توزيع الفرق الناشئ عن التضخم بين المدين والدائن بأي نسبة يتراضيان عليها⁽³⁾.

ويقول الدكتور علي محي الدين القره داغي: (وإذا كانت القاعدة العامة في هذه الشريعة أن الضرر يُزال، فيجب أن تزال الأضرار الواقعة على الدائنين - ومن في حكمهم - من خلال حل عادل لا يضار فيه دائن ولا مدين)⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: جراحة الولادة الضرورية

وهي الجراحة التي يقصد منها إخراج الجنين من بطن أمه، سواء كان ذلك بعد اكتمال خلقه، أو قبله، ولا تخلو الحاجة الداعية إلى فعلها من حالتين، أن تكون ضرورية أو حاجية، والذي يهمنا هنا حالة الضرورة.

الجراحة الضرورية: هي أن يخشى فيها على حياة الأم، أو جنينها، أو هما معاً. ومن أمثلة هذه الحالة:

1 - جراحة الحمل المتبذ، أي الحمل خارج الرحم، فالجنين في هذه الحالة لا يمكن أن يبقى حياً، بل يموت منفجراً غالباً داخل قناة المبيض التي تؤدي إلى الرحم، مما يستدعي التدخل الجراحي العاجل لإنقاذ حياة الأم⁽⁵⁾.

(1) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (4/ 167 - 168).

(2) وكانت أشغال هذه الحلقة من سنة 1420هـ - 1999م.

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (4/ 283 - 284).

(4) انظر بحث "التضخم وعلاجه على ضوء القواعد العامة من الكتاب والسنة وأقوال العلماء"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (4/ 28 - 29).

(5) الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء الطبعة الثانية (1970م) لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العلمي - مصر، (1/ 23).

2 - الجراحة القيصرية في حال التمزق الرحمي، فالتدخل في هذه الحالة ضروري لحفظ حياة الأم وجنينها من الموت المحقق.

ففي هاتين الحالتين يعتبر التدخل الجراحي ضرورياً، والقاعدة الفقهية تقول: «الضرر يزال».

وبيان ذلك: إن القيام بالجراحة الضرورية في الحالتين المتقدمتين كان بعد موازنة بين المصالح والمفاسد، ففي الحالة الأولى قدمت مصلحة بقاء حياة الأم على مفسدة شق بطنها، وانتهاك حرمتها، وفي الثانية مصلحة الإبقاء على حياة الأم وجنينها، مقابل مفسدة شق بطنها، وكشف عورتها، ومسوخ هذا التصرف، هو العمل بالقاعدة الفقهية: «إذا تعارض مفسدتان، روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»⁽¹⁾.

فالضرر يزال لكن دون ارتكاب ضرر أكبر وأعظم، وإنما بارتكاب ما هو أخف منه ضرراً، عملاً بالقاعدتين الشرعيتين، والله أعلم⁽²⁾.

المسألة 2: الشروع في الجراحة الطبية دون إذن مسبق من المريض أو وليه

ذهب بعض المهتمين بالجراحة الطبية إلى حصر الحالات التي تشرع فيها الجراحة الطبية دون إذن مسبق من المريض إلى حالتين اثنتين وهما :

الحالة الأولى: أن يكون المريض مهدداً بالموت أو تلف عضو من جسده إذا لم يتم إسعافه في الحال مثلاً.

ففي هذه الحالة لا يتسنى للأطباء أخذ الإذن من المريض لغيابه عن الوعي، وتعذر الاتصال بأوليائه، وحينئذ يقع الطبيب الجراح بين خيارين إما أن ينتظر إلى الوقت الذي يمكن فيه أخذ الإذن من المريض أو أوليائه، وهذا الخيار يفوت فرصة انقاذ المريض ويؤدي إلى هلاكه، فيتعين الخيار الثاني وهو مباشرة العمل الجراحي دون الإذن المسبق، لأنه يتوافق مع نصوص الشريعة وقواعدها الداعية إلى الأخذ بالأسباب المناسبة لانقاذ النفس البشرية، وإزالة الضرر والقاعدة الفقهية تقول «الضرر يزال».

أما الحالة الثانية: أن يكون المرض الجراحي من الأمراض المعدية التي يخشى من انتشارها في المجتمع.

ومن المقرر أن مصلحة المجتمع مصلحة عامة، ومصلحة المريض مصلحة خاصة والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، فإزالة الضرر الواقع على المجتمع مقدم على حفظ نفس المريض من الهلاك خلال العمل الجراحي، وحينئذ لا ينتظر الأطباء إذن المريض، بل يسارعون في تنفيذ الإجراء الطبي والجراحي الملائم لإزالة الضرر عملاً بالقاعدة الفقهية «الضرر يزال»⁽³⁾.

(1) وفي مصادر القاعدة انظر: الأشباه لابن نجيم ص 98، والأشبا والنظائر للسيوطي، ص 117، والقاعد الفقهية للزرقاء ص 201.

(2) وانظر: أحكام الجراحة الطبية، للشنيطي، ص 157.

(3) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص 262 - 266.

المسألة 2: حكم الجراحة التجميلية بغرض العلاج الطبي

عرف الأطباء المختصون الجراحة التجميلية بأنها: «جراحة تجري لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص، أو تلف، أو تشوه»⁽¹⁾.

ومن خلال ما كتب في الموضوع يظهر أن هناك سببان للقيام بهذه الجراحة:

الأول: سبب ضروري: وهو جملة من الأسباب والموجبات التي يقصد بها إزالة عيب في خلقه، أو تشوه، أو تلف، أو نقص، لتوفر الضرورة.

الثاني: سبب حاجي: وهو جملة من الأسباب والموجبات التي يقصد بها إزالة العيوب والتشوهات، وذلك لتوفر الحاجة التي ألحقت بالمكلف ضرراً حسيماً أو معنوياً.

والأطباء يصفون هذه العمليات بأنها ضرورية، ولا يفرقون بين الضرورة والحاجة التي لا تبلغ مقام الضرورة؛ ذلك أنهم ينظرون إليها بدافع الحاجة إلى فعلها. كما أن وصف هذه الجراحة بكونها ضرورية، أو حاجية هو بالنسبة لدواعيه الموجبة لفعله، ووصفها بالتجميلي هو بالنسبة لآثارها ونتائجها⁽²⁾.

ثم أن هذه الجراحة تهدف إلى إزالة العيوب الخلقية، والتشوهات، والنقص الذي يصيب الإنسان في جسمه، وقد قسمها بعض الباحثين إلى قسمين⁽³⁾:

القسم الأول: عيوب خلقية: وهي العيوب التي تنشأ في جسم الإنسان بسبب منه، لا بسبب خارج عنه. كالشفة المفلوجة (وهو شق في الشفة العليا)، كبر صيوان الأذن، دوالي الساقين.

القسم الثاني: عيوب مكتسبة (طارئة): وهي العيوب الناشئة عن سبب خارجي كالحوادث والحروق، ومن أمثلتها: الأنف المقطوع جزئياً أو كلياً، الحروق المختلفة التي تشوه الجلد، زوال شعر الرأس بمحادث أو مرض.

ذهب العلماء المعاصرون منهم الدكتور محمد المختار الشنقيطي، والدكتور محمد خالد منصور إلى جواز إجراء مثل هذه الجراحة التجميلية، لإزالة العيوب، والنقص الحاصل، لأن هذه العيوب تتضمن ضرراً حسيماً ومعنوياً، وهو موجب للترخيص بفعل الجراحة، تخريجاً على القاعدة الفقهية «الضرر يزال»⁽⁴⁾.

المسألة 5: جواز قطع العصب للتغلب على الألم

تعتبر هذه المسألة من المسائل المتعلقة بالجراحة العصبية، وتعرف هذه الجراحة بجراحة التغلب على الألم، والمراد بالألام، الألام القوية المبرحة التي استعصى علاجها على الأطباء، إما لعدم اكتشافهم للسبب الموجب للألم، أو لصعوبة معالجة السبب كما في السرطان، أو لعدم

(1) الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء (454/3). ويقرب من هذا اللفظ عرفتها الموسوعة الثقافية حسين سعيد، طبعة 1972م، دار المعرفة - القاهرة - مصر، ص 344 - 345.

(2) أحكام الجراحة الطبية، للشنقيطي، ص 182. وانظر الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء لخالد منصور، ص 184 - 185.

(3) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص 185.

(4) أحكام الجراحة الطبية ص 187، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي ص 178.

استجابة الألم للمسكنات المختلفة كالم السنّ والضرس. ومن أمثلة هذه الجراحة ما يجري لعلاج الألم العنيد في الناحية القطنية، أو الأطراف السفلية.

يقول الدكتور محمد المختار الشنقيطي (والذي يظهر - والعلم عند الله - أن هذا النوع من القطع يجوز فعله وذلك لما يلي:

- أن من قواعد الشريعة أن «الضرر يزال»، والألم ضرر، فتشريع إزالته، وذلك بالقطع لأنه الحل الوحيد في مثل هذه الحالات. ويشترط لجواز فعل القطع في هذه الأحوال أن لا يؤدي إلى ضرر أعظم من الضرر الموجود في الألم، فإذا كان القطع مُفضياً إلى ذلك فإنه لا يجوز فعله للقاعدة الشرعية: «الضرر لا يزال بالضرر»⁽¹⁾.

المسألة 6: حكم استئصال الغدد الملتهبة

ومن أمثلتها: غدة البرستاتا⁽²⁾، والغدة الشحمية⁽³⁾، والغدتان النكفيتان⁽⁴⁾.

(ونظراً لأهمية وجود هذه الغدد وقيامها بدورها في جسم الإنسان فإن استئصالها لا شك سيؤثر على الجسم لا محالة، لذلك فإن الأطباء لا يلجئون إليه إلا بعد وجود الحاجة الداعية إليه، وعدم إمكان علاجها بالدواء، بحيث يصبح الاستئصال هو الحل النهائي والأخير. وهذا الأمر متفق مع الشرع، وقيامهم بالاستئصال عند وجود الحاجة يعتبر من قبيل درء المفاسد، ومن ثم فإنه يلغى اعتبار المصالح المترتبة على وجودها، فلا حرج في الإقدام على استئصالها للقاعدة الشرعية: «الضرر يزال»⁽⁵⁾.

المسألة 7: حكم ثقب غشاء البكارة⁽⁶⁾

وهي الجراحة التي يقصد بها: (ثقب غشاء البكارة لتسهيل نفاذ دم الحيض من خلاله)⁽⁷⁾. قد يلجأ الطبيب الجراح إلى عملية ثقب غشاء البكارة في حال انسدادها تماماً، الأمر الذي لا يسمح بخروج دم الحيض الفاسد، مما يتسبب في مضاعفات خطيرة على صحة المرأة، فيجوز إجراء هذه العملية رفعا للضرر، عملاً بالقاعدة الفقهية: «الضرر يزال»⁽⁸⁾.

(1) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 310.

(2) البروستاتا: غدة في حجم متوسط تحيط إحاطة تاكة بأول القناة البولية بمجرد خروجها من المثانة، انظر: الموسوعة الطبية العربية ص 57.

(3) الغدة الشحمية: غدة صغيرة منتشرة في الجلد إفرازها دهني يمر في قنوات صغيرة تصب في بصيلات الشعر في الإنسان، المصدر نفسه ص 253.

(4) الغدتان النكفيتان: غدتان من أكبر الغدد اللعابية، وتقع كل واحدة منهما على جانب الوجه تحت الأذن تماماً وأمامها، انظر: الموسوعة الطبية الحديثة (5/1017).

(5) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 318.

(6) الثقب: الخرق النافذ - القاموس المحيط، الفيروز آبادي، ص 81. أما غشاء البكارة: هو صحيفة لحمية ناعمة مؤلفة من التصاق مخاطين يقع على مدخل المهبل، كما لو كان ليسده، ويوجد فيه فتحة هلالية طولها من (1 إلى 5) ملمتر أو أقل لنزول دم الحيض، انظر: الطبيب ومسؤوليته المدنية لوهيب نيني ص 297.

(7) انظر: دليل المرأة الطبي، لمجموعة من الأطباء، طبعة 1985م، المكتبة العصرية ص 200.

(8) انظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي محمد خالد منصور ص 210.

المسألة 8: تحريم الاستنساخ البشري

الاستنساخ مصطلح يطلق على أمر علمي طبي، بيولوجي مستحدث يقصد به توليد الكائنات الحية وإيجاد نسخ نباتية، أو حيوانية، أو بشرية تتطابق مع الأصل، وتتشابه معه كلياً أو جزئياً⁽¹⁾. ومن أشهر صورته، صورتان أساسيتان:

1 - الاستنساخ بالتشجير: وهو تشجير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء، إلى شطرين ليتولد منها توأمان متماثلان.

2 - الاستنساخ على طريقة النعجة دوللي: وهي الصورة الأكثر شهرة، وتتمثل في نقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة لتكوين خلية كاملة تحتوي على 46 كروموزوماً.

وهي طريقة مخالفة تماماً للطريقة المعهودة في التناسل والتكاثر، كما أن الاستنساخ أنواع، فهناك الاستنساخ البشري، وهناك الاستنساخ النباتي والحيواني⁽²⁾.

فما حكم الشرع في ذلك؟

حكم الاستنساخ البشري: المنع والتحريم، والتحريم يشمل جميع طرق الاستنساخ البشري المعروفة في الوقت الحاضر، أو التي قد تُعرف في المستقبل، والتي تهدف إلى التكاثر البشري باعتماد أسلوب مخالف للطريقة الشرعية في التناسل والتوالد.

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قراره، بتحريم الاستنساخ البشري بطريقتيه المذكورتين، أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري⁽³⁾. وقد خرجوا هذا الحكم على جملة من الأدلة منها القاعدة الفقهية «الضرر يزال»، يقول الدكتور مصطفى التارزي⁽⁴⁾:

(أن عملية الاستنساخ البشري ستؤدي بالإنسانية إلى أضرار فادحة ومتنوعة⁽⁵⁾)، والنبي ﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار»، فكل ما أدخل ضرراً على حياة المجتمع فهو حرام، وللقاعدة الشرعية «الضرر يزال»، «وما أدى إلى الحرام فهو حرام»، فالاستنساخ حرام⁽⁶⁾.

مسألة 9: مشروعية الاستنساخ النباتي والحيواني

(1) انظر في تعريف الاستنساخ في اللغة والاصطلاح كتاب: الاستنساخ للدكتور نور الدين مختار الخادمي، ص 16 - 17.

(2) المرجع نفسه ص 17 - 24.

(3) كان ذلك في دورته العاشرة (1418هـ - 1997م)، انظر نص القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 10، (421/3).

(4) الدكتور مصطفى كمال التارزي من تونس، عضو المجلس الإسلامي الأعلى، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(5) يكفي أن الاستنساخ مفوت لمقاصد الشارع الحكيم، فهو مفوت لمقصد الأمومة، والأبوة والبنوة ومقصد حفظ النسب والعرض، يؤدي إلى انهيار الروابط الأسرية والاجتماعية، تعميق ظواهر الشذوذ الجنسي...

(6) انظر: مناقشة موضوع الاستنساخ البشري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 10، (3/ 365 - 414)

إن الاستنساخ النباتي والحيواني فيه منافع جمة، ومصالح كبيرة تعود على اقتصاديات الدول الآخذة به بالقوة، والسيطرة على الإنتاج الفلاحي والحيواني، فإذا لم تأخذ به الدول الإسلامية، لحقها ضرر كبير، فيتعين حينئذ رفع هذا الضرر وإزالته، في حدود الضوابط الشرعية. عملاً بالقاعدة الفقهية: «الضرر يزال»⁽¹⁾.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ما يلي: (يجوز شرعاً الأخذ بتقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجالات الجراثيم، وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان في حدود الضوابط الشرعية بما يحقق المصالح ويدرك المفاصد)⁽²⁾.

المسألة 10: حكم نقل الأعضاء البشرية من ميت إلى حي

توالت الفتاوى التي تجيز انتفاع الحي بأعضاء الميت من أجل إسعافه وإنقاذ حياته، من قبل أصحاب الفضيلة والفقهاء والباحثين، ومنهم:

الشيخ حسنين مخلوف⁽³⁾، وسماحة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق⁽⁴⁾، والدكتور يوسف القرضاوي⁽⁵⁾، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي⁽⁶⁾، والدكتور عبد الكريم زيدان⁽⁷⁾، والدكتور وهبة الزحيلي⁽⁸⁾، والدكتور الشرباصي⁽⁹⁾.

وصدر في هذا الشأن قرار عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي وقّعه أغلب أعضاء المجلس الذين حضروا الجلسة⁽¹⁰⁾، كما شارك في الجلسة فريق من

-
- (1) انظر: الاستنساخ لنور الدين الخادمي ص 132.
- (2) كان ذلك في دورته العاشرة (1418هـ - 1997م)، انظر نص القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 10، (3/422).
- (3) انظر: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية (2/34 - 35).
- (4) انظر رؤية في مجلة الفتاوى الإسلامية، الصادرة عن دار الإفتاء المصرية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة (1414هـ - 1993م) (10/3700 - 3713). وله مقال بعنوان "نقل الأعضاء من إنسان لآخر" مجلة الأزهر، الجزء 9، عدد رمضان 1403هـ بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، (2/447 - 462).
- (5) انظر: كتابه فتاوى معاصرة ط 1/1421هـ - 2000 المكتب الإسلامي (1/583 - 587).
- (6) انظر: كتابه قضايا فقهية معاصرة، القسم الأول ص 132 - 133.
- (7) انظر بحثه (استعمال أعضاء الميت) مجلة البحوث الإسلامية العدد 22، سنة 1408، ص 43.
- (8) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (1/236 - 237).
- (9) انظر: كتابه يسألونك في الدين والحياة، (2/327)، الطبعة الثالثة، دار الجيل - بيروت - لبنان.
- (10) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من عام 1405هـ، يناير 1985م، ووقع عليه أصحاب الفضيلة، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الدكتور عمر نصيف، الشيخ عبد الله عبد الرحمن البسام، الشيخ محمد بن عبد الله بن سبيل، الدكتور مصطفى الزرقاء، الشيخ محمد محمود الصواف، الشيخ صالح بن عثيمين، الشيخ محمد رشيد قباني، الشيخ محمد الشاذلي النيفر، الشيخ أبو بكر جومي، الشيخ محمد بن جبير، الدكتور محمد فهمي أبو سنة، الشيخ محمد بن الحبيب الخوجة، الشيخ مبروك بن مسعود العواد، الشيخ محمد بن سالم بن عبد الودود، الدكتور طلال عمر بافقيه، وفريق من الأطباء منهم، محمد علي البار. انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة من الدورة الأولى إلى الثامنة، ص 146 - 149.

الأطباء، كما صدرت في ذلك فتوى عن لجنة الفتوى التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر⁽¹⁾، وقرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية⁽²⁾، واستند المحيرون إلى أدلة من الكتاب، والسنة، والقياس، ومجموعة من القواعد الفقهية، وهذه الأخيرة أخصها بالذكر لعلاقتها بالبحث.

استدلوا بقاعدة: «الضرر يزال».

وجه التخريج على القاعدة: أن هذه القاعدة المستنبطة من نصوص الشريعة دلت على الترخيص للمتضرر بإزالة ضرره، ذلك أن إزالة الضرر عن المكلف مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

إذا بلغ المريض حدّ الضرورة وقرر الطبيب أن العلاج لا يكون إلا بزرع عضو بشري بديل كأن يكون كلية أو قرنية أو كبدًا مثلاً، وكان الواهب أو المتبرع ميتاً أو أهله، فلا حرج على المريض أو على طبيبه مباشرة هذا الغرس عملاً بالقاعدة الفقهية: «الضرر يزال»، شريطة مراعاة الضوابط المصاحبة لهذا العمل الجراحي⁽⁴⁾.

المسألة 11: جواز نقل عين الموتى وغرسها للأصحاء

وذهب إلى ذلك بعض الهيئات العلمية كدار الإفتاء المصرية⁽⁵⁾، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي، الذي جاء في نص قراره: (تجاوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعدة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما، عند استئصال العين لعدة مرضية)⁽⁶⁾. ومن العلماء القائلين بالجواز:

- الشيخ حسن مأمون الذي أباح نقل عيون الموتى، واعتبر أن ذلك جائز بإذن الموتى الذين لهم أهل، أو الميت الذي أوصى بذلك أو الميت الذي لا أهل له بدون إذن⁽⁷⁾.

- الشيخ أحمد هريدي في فتوى له سلخ قرنية العين من ميت وتركيبتها لحى بالشروط التي قدمها الشيخ حسن مأمون⁽⁸⁾.

- الدكتور محمد ناظم النسيمي الذي قدم دراسة قيمة، يبيح فيها نقل قرنية العين (البلورة) من ميت توفي حديثاً والترقيع بها بديل قرنية موؤوفة⁽⁹⁾.

(1) نشرت هذه الفتوى في مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22، ص 46 - 50.

(2) انظر: قرار رقم: 99، الصادر في سنة 1402هـ، نقلته مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 4 (1/107).

(3) شفاء التبريح والأدواء لليعقوبي ص 21، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 94.

(4) راجع قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمجلة المجمع قرارات الدورة الثامنة، ص 147.

(5) انظر: الفتاوى الإسلامية (7/2552 - 2554).

(6) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد 4 (1/507 - 508).

(7) وقد صدرت هذه الفتوى في شوال 1378هـ الموافق لأفريل 1959م، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 4 (1/105).

(8) انظر: نفس الصدر ونفس الصفحة.

(9) انظر: بحثه "حكم الاستفادة من أعضاء الموتى" مجلة الوعي الإسلامي العدد 208 سنة 18، ربيع الثاني 1402هـ - فيفري 1982م، ص 67 وما بعدها.

- الشيخ حسنين مخلوف مُخَرَّجاً جواز نقل العين على قاعدة: «الضرر يزال»، فقال ما نصه: (فعملاً بهذه القاعدة يجوز نزع عيون بعض الموتى، مع ما فيه من المساس بجرمتهم لإنقاذ عيون الأحياء من مضرة العمى والمرض الشديد)⁽¹⁾.

- الدكتور أحمد الشرباصي أثناء تعرضه لمسألة نقل عيون الموتى، ذهب إلى جواز، قال: (ولا شك أن نقل عين الميت إلى آخر يراد منه منفعة لها قيمتها بالنسبة إلى الحي، والميت لن ينتفع بعينه بعد موته، ودفع الضرر عن المكفوفين، أو المصابين في أعينهم مقصد جليل، لا تمنعه الشريعة الإسلامية، التي تدعو للتداوي والعلاج، والتي قررت أنه: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام،.. وأن الضرر يزال)⁽²⁾.

وهناك فتوى لشيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، والتي لا يميز فيها نقل عين الأدمي بعد موته للأعمى ابتداءً، لكنه قال بالجواز بعد وقوع النقل قال رحمه الله⁽³⁾: (لكن إذا نقلت العين للأعمى وصار مبصراً لا يلزمه إزالتها فيؤول أمره إلى العودة إلى العمى للضرر البالغ الذي يلحقه مع انتفاء العائدة إلى الميت، إذ مآل العين كبقية أجزائه للهلاك، ولا يحمل تلافي انتهاك حرمة لأنها وقعت بالفعل ورفع الواقع مستحيل، ولأن الذي نقلت إليه العين وصار مبصراً يتردد الحكم فيه بين شيئين:

أحدهما: إرجاع العين ومواراتها في مقرّ صاحبها مراعاة لحرمة وهذا يرجع إلى قسم التحسينات.

وثانيها: المحافظة على النظر والإبصار، وهذا يرجع إلى قسم الضروريات.

والتشريع الإسلامي جاء بتقديم الضروريات على الحاجيات والتحسينات عند التعارض)⁽⁴⁾.

كما أن الشيخ أحمد حماني مفتي الجمهورية الجزائرية سابقاً ذكر المسألة وخرجها على القاعدة⁽⁵⁾.

المسألة 12: جواز نقل كلية من شخص إلى آخر عند الضرورة

الأعضاء التي لا يفضي نقلها إلى هلاك المتبرع، ولا يلحقه بسبب ذلك ضرر ولا هزال، ولكنها تؤثر في نشاطه العادي، ولا يمكن تعويضها كالمتبرع بإحدى الكليتين وهي تقع موقع الحاجيات في الجسم.

(1) انظر: كتابه "فتاوى شرعية وبحوث إسلامية" طبعة دار الإعتصام - القاهرة - مصر (2/36).

(2) انظر: يسألونك في الدين والحياة، للدكتور أحمد الشرباصي، (2/327)، دار الجليل، بيروت، الطبعة الثالثة.

(3) توفي الشيخ محمد العزيز جعيط في 27 شوال 1389 هـ الموافق لـ 5 جانفي 1970م العاصمة تونس، انظر ترجمته كاملة في كتاب فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط من إعداد محمد بن إبراهيم بوزغنية ص 19 وما بعدها.

(4) المرجع نفسه ص 175 - 176. ويمكن أن يستدل للشيخ رحمه الله بقاعدة مراعاة الخلاف المشهورة عند المالكية، فقد راعى رأي القائلين بالجواز بعد وقوع الفعل (أي النقل والغرس)، لأنه قال بعدم النقل ابتداءً احتياطاً، ولكن بعد الوقوع قال بالجواز تيسيراً ورفعاً للحرج، لأن المراعاة هي الاعتداد برأي المخالف لسوغ، وكان مسوغه التيسير رفعاً للحرج، والله أعلم.

(5) انظر: فتاوى الشيخ أحمد حماني (2/448).

ورغم تأكيد الأطباء والمتخصصين بأن الإنسان يستطيع العيش بكلية واحدة، ويمارس نشاطه اليومي بشكل عادي، إلا أن زرع الكلى يبقى من التصرفات الحساسة في بدن الإنسان، ولذلك فإنه يشترط للقول بجوازها توافر الشروط التالية:

أ - أن تكون الضرورة إلى نقلها حقيقية وقائمة، بأن يتعين تعويض كلية المريض طريقاً وحيداً لإنقاذ حياته، فإن وجد سبيل إلى علاجها أو استبدالها بكلية من ميت⁽¹⁾، لم تتحقق الضرورة إلى نزعها من حي.

ب - أن يغلب على الظن نجاح عملية النزع والزرع، التي يتطلب نجاحها، والتغلب على مشكلة الرفض⁽²⁾، التي وإن تمكن الأطباء من تخفيف حدتها، إلا أنها لا تزال السبب في أغلب حالات الوفاة بعد النقل، بسبب الالتهابات والأمراض التعفنفة الناتجة عنها.

ج - أن يكون المتبرع بالغاً عاقلاً مختاراً.

د - أن تكون الكلية الباقية في جسم الإنسان سليمة⁽³⁾.

المسألة 13: حكم نقل الدم لإسعاف المريض عند الضرورة

من الحالات الاضطرارية التي يلجأ فيها إلى نقل الدم حالات النزيف الشديد التي يفقد فيها المريض جزءاً من دمه مثل: الصدمات، والجروح الكبيرة، والحروق، ونزيف الولادة، وأمراض الدم الخبيثة، فهذه الحالات يعتبر نقل الدم فيها ضرورياً، لإنقاذ الشخص المتبرع له، فما حكم هذا النقل؟

أباح كل من تعرض للفتوى في هذه القضية نقل الدم - عند الضرورة - حتى أولئك المعارضين لنقل الأعضاء، ومن هؤلاء السيد أبو الأعلى المودودي الذي قال: (يجوز - عندي - نقل الدم للمريض إنقاذاً لحياته ولا وجه لتحريمه ومنعه)⁽⁴⁾.

وكذلك أفتى مجلس البحث العلمي والإفتاء للقضايا المعاصرة بباكستان بجواز نقل الدم مع معارضتهم لنقل الأعضاء، وجوّز العلامة محمد شفيق مفتي باكستان الأكبر نقل الدم إلى جسم المريض في حالة الاضطرار لإنقاذ حياته فقط⁽⁵⁾.

(1) وقد استطاع تطور الطب الحديث من أن يحقق إمكانية حفظ الكلى وغيرها من الأعضاء في أوساط أوتوية معقمة، إلى وقت الحاجة إليها، انظر: بحث الدكتور محمد علي البار مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 4(104/1).

(2) الرفض هو ردة فعل قوى الدفاع الذاتية في بدن الإنسان ضد الجسم الغريب الذي يدخله، ولو كان هذا الجسم الغريب عضواً أو نسيجاً من خلايا آدمي، لأن لحوم البشر مختلفة في تركيبها البروتيني، فإذا دخل جسم غريب بدن الإنسان تحرك قوى الدفاع الذاتية (المناعة) لمهاجمته، وحتى يقلل الأطباء من نشاط المناعة يستعملون المريض بأدوية تقلل مناعته ضد الأجسام الغريبة، وتسبب هذه الأدوية في الأمراض التعفنفة التي تكون السبب في وفاة المريض، وتفشل عملية نقل الكلى.

(3) انظر: فتاوى الشيخ حماني (2/445).

(4) انظر: ترجمان القرآن (يناير 1962) ورسائل ومسائل: 3/292 - 295، الطبعة الثامنة 1979.

(5) انظر: فتاوى ضمن الفتاوى الهندية (5/335). قضايا فقهية معاصرة للسنبهلي ص 53 وما بعدها.

كما أفتى الشيخ السنهلي بجواز استعمال الدّم الإنساني كغيره من الأشياء المحرّمة عند الاضطرار⁽¹⁾.

وكذلك فعل الشيخ محمد متولي الشعراوي⁽²⁾ الذي أباح نقل الدم ومنع نقل الأعضاء⁽³⁾.

ومن الفتاوى العديدة التي صدرت بإباحة نقل الدم فتوى الشيخ حسنين مخلوف مفتي الديار المصرية سابقاً، وهي من أوائل الفتاوى في هذا الباب حيث صدرت سنة 1950م⁽⁴⁾.

وفتوى الشيخ حسن مأمون (مفتي الديار المصرية سابقاً)⁽⁵⁾

وفتوى لجنة الإفتاء الجزائرية⁽⁶⁾

وفتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية⁽⁷⁾

وفتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية⁽⁸⁾ وفتوى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت⁽⁹⁾.

وإذا كانت الضرورة داعية إلى النقل فإنه لا حرج فيه على المريض ولا على الأطباء ولا على الشخص المتبرع، لأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول، والقواعد الشرعية التي تقضي بجواز التبرع⁽¹⁰⁾، ومن هذه القواعد الفقهية قاعدة «الضرر يزال»، فالمريض مضطر، ومتضرر، وقد لحقته المشقة الموجبة للهلاك فيجوز نقل الدم إليه⁽¹¹⁾.

يقول الشيخ محمد العزيز جعيط رحمه الله - مفتي الديار التونسية سابقاً - في بيان جواز النقل عند الاضطرار: (أما في حالة الاضطرار كخوف الهلاك وانعدام الأدوية الطاهرة التي تغني عن المداواة بالتّجسس، فالجواز هو الأقوى من حيث القواعد وظواهر الآيات)⁽¹²⁾.

(1) انظر: قضايا فقهية معاصرة ص53.

(2) الشيخ متولي الشعراوي رحمه الله، من علماء مصر ودعاتها، له مؤلفات كثيرة من أهمها: تفسير القرآن الكريم.

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد8 (3/345 - 346).

(4) انظر: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية لحسين محمد مخلوف (2/201).

(5) برقم 1065 وتاريخ 1378/12/2 هـ الموافق 9 يولييه 1959.

(6) بتاريخ 1392/3/6 هـ، وانظر فتوى الشيخ أحمد حماني ضمن فتاويه (2/447).

(7) بتاريخ 1397/5/20 هـ.

(8) برقم 65 وتاريخ 1399/2/7 هـ انظر: هذه الفتاوى في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد4 (1/105 وما بعدها).

(9) صدرت في سنة 1400 هـ - 1979 م. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد4 (1/104).

(10) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنتيبي ص580.

(11) وقاعدة (الضرر يزال) هي من ضمن القواعد التي أشار إليها الدكتور مناع القطان في بحثه: الإجتهد الفقهي للتبرع بالدم، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثالث ص(43 - 44).

(12) فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، بتحقيق محمد بن إبراهيم بوزغيبه ص163.

ووجه تخريج المسألة على القاعدة الفقهية: أن المانع من نقل الدم هو النصوص القرآنية والحديثية الثابتة في الموضوع، وأهمها قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ وَالْدَّمُ﴾⁽¹⁾. ودم المسلم أشد في باب الحرام من سائر الدماء⁽²⁾.

ولكن إذا قابلنا هذه الآية بآية أخرى وهي قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا أَضْطَرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾⁽³⁾. تبين لنا أن نقل الدم يكون عند الضرورة فقط، كما أن القاعدة الفقهية «الضرر يزال» مأخوذة من نص حديث النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»، وحيث يمكن القول بعدم جواز نقل الدم من إنسان إلى آخر إلا عند الضرورة. وهذا النقل مرهون بتوفر الشروط التالية:

- 1 - أن يكون المريض محتاجاً إلى نقل الدم.
- 2 - أن يتعذر البديل الذي يمكن إسعافه به.
- 3 - أن لا يتضرر الشخص المنقول منه الدم بأخذه منه.
- 4 - أن يقتصر على مقدار الحاجة للقاعدة الشرعية «ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها»⁽⁴⁾.

المسألة 14: وجوب التفريق بين زوجين أحدهما حامل لمرض الإيدز

هذه المسألة اختلف حولها العلماء قديماً - في أمراض تشبه مرض فقدان المناعة المكتسبة - وحديثاً بقياس هذا الأخير على أمراض تشبهه كالجدام مثلاً، ولكل فريق أدلته وحججه، إلا أنني - في هذا الموضوع - أقتصر على بيان وجه الاستدلال بتوظيف القواعد الفقهية والتخريج عليها.

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي⁽⁵⁾، والدكتور جاسم علي سالم⁽⁶⁾، وكذا هيئة علماء مجمع الفقه الإسلامي، بتخريج وجوب التفريق بين الزوجين على القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»⁽⁷⁾.

يقول الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي: (الناظر المتأمل في مقاصد الإسلام الكلية وقواعده العامة وما اشتملت عليه الأدلة من جلب للمصالح ودفع للمفاسد

(1) سورة المائدة الآية 3.

(2) انظر: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي ص 34.

(3) سورة الأنعام الآية 145.

(4) انظر: احكام الجراحة الطبية للشقيطي ص 583، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، للدكتور العقيلي ص 39-40.

(5) سعود بن مسعد الثبيتي من السعودية، أستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(6) الدكتور جاسم علي جاسم من الإمارات، مدرس المعاملات المدنية بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

(7) انظر بحث «الأسرة ومرض الإيدز» للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (4/464)، وبحث الدكتور سعود بن مسعد الثبيتي، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (4/415-414)، وقرار المجمع في العدد 9، (4/698).

يترجح عنده أن إعطاء حق الفراق يعطى لكل من الزوجين؛ لأن الأدلة آمرة بحفظ المال ناهية عن ضياعه محرمة لأكل أموال الناس بالباطل، ولا شك أن من لم يعط كلا الزوجين حق الرد بالعيب أو الفراق إذا حدث بعد العقد كان متسبباً في إضاعة ماله وقد خالف القواعد الكلية التي تمنع الضرر كقاعدة (الضرر يزال)⁽¹⁾.

ويقول الدكتور جاسم علي سالم عند مناقشته للموضوع: (أنا ذهبت إلى الوجود في هذه المسألة للقواعد الكلية الموجودة في الفقه الإسلامي (لا ضرر ولا ضرار)، فلا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضراراً. كذلك على أساس قاعدة دفع الضرر المتوقع مآلاً. قاعدة «الضرر يزال» أي تجب إزالته)⁽²⁾. فإن الضرر يلحق أحد الزوجين لا محالة، ولا يخفى على أحد أن هذا المرض ينتهي بموت صاحبه، وتلافاً لهذا الضرر وجب إزالته، امتثالاً لأمر الشارع الحكيم، ولا يتأنى ذلك إلا بالتفريق بين الزوجين.

القاعدة الثالثة: الضرر لا يزال بالضرر أو بمثله⁽³⁾

معنى القاعدة

هذه القاعدة تقيّد القاعدة السابقة العامة «الضرر يزال»، لأن إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله؛ لأن هذا ليس إزالة⁽⁴⁾، وأن (السعي في إزالته بمثله عبث، فإزالته إما بلا ضرر أصلاً أو بضرر أخف منه)⁽⁵⁾. وقال الأستاذ أحمد الزرقاء: الضرر لا يزال بمثله، ولا بما هو فوقه بالأولى، بل بما هو دونه)⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس: إذا ظهر في المبيع عيب قديم، وحدث فيه عند المشتري عيب جديد، امتنع رد المبيع بالعيب القديم؛ لأن البائع عندئذ يتضرر بالعيب الحادث، بل يزال ضرر المشتري بإلزام البائع بالتعويض عن العيب القديم، ما لم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث⁽⁷⁾. يقول الدكتور علي أحمد الندوي: (ويجب التنبيه إلى أن كثيراً من الفقهاء لم يلاحظوا هذا القيد أحياناً فقالوا: الضرر لا يزال بالضرر كما ورد في مواضع متعددة من كشف القناع نقلاً عن المبدع

(1) انظر: بحث "مرض الإيدز وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (260/3 - 261).

(2) انظر: كلامه ضمن مناقشة موضوع مرض الإيدز، بمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة العدد 9 (4/671).

(3) الأشباه والنظائر لابن السبكي (1/42)، أشباه السيوطي ص 115، أشباه ابن نجيم ص 96، المدخل الفقهي للزرقاء (2/994)، مجلة الأحكام العدلية المادة: 25، درر الحكام (1/35) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 141، موسوعة القواعد الفقهية (6/257).

(4) المدخل الفقهي العام (2/994).

(5) شرح الأناسي للمجلة (1/63).

(6) شرح القواعد الفقهية ص 141.

(7) المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء (2/994).

للإمام ابن مفلح⁽¹⁾ وغيره، ولا شك أن المقصود منها هذه القاعدة المقيدة الواضحة، ولكن عدم تقييدها بقيد المثلية، يجعلها موهمة وغامضة، بحيث إنه قد يفهم منها حينئذ أنه يمكن إزالة ضرر بضرر آخر مساو له، وهذا لا يصح عقلاً ولا شرعاً⁽²⁾.

وذكر الإمام الزركشي في المنثور: هذه العبارات المطلقة «الضرر لا يزال بالضرر» ثم عقب عليها بقوله: (كذا أطلقوه، واستدرك الشيخ زين الدين الكتاني، فقال: لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما)⁽³⁾. ويبين الأستاذ أحمد الزرقاء أن الضرر إذا لم نقدر على إزالته إلا بضرر مثله، فإننا نتركه على حاله، فيقول: (وإذا كان الضرر لا تيسر إزالته إلا بإدخال ضرر على الغير مثله، ولا يمكن جبره، يترك على حاله، كما إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعاً، إلا طعام مضطر مثله، أو بدن آدمي حي، فإنه لا يباح تناولهما)⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: حكم تضمين المصرف الإسلامي في معاملة المضاربة المشتركة⁽⁵⁾

من المسائل الهامة المنسوجة حول فكرة المضاربة المشتركة، مسألة ضمان المضارب المشترك أموال المضاربة التي يتلقاها من الكافة في جميع الأحوال، سواء أكان هنالك تعدد وتقصير أم لم يكن هنالك تعدد ولا تقصير، وبتعبير آخر، ينبغي اعتبار يد المضارب المشترك على مال المضاربة يد أمان ويد ضمان في الوقت نفسه.

ويرى أصحاب فكرة المضاربة المشتركة ضرورة تضمين المضارب المشترك الأموال التي تدفع إليه لغايات الاستثمار ضماناً لإنجاح عمله (...كوسيط مؤتمن في مجال الاستثمار المالي، والمقصود من ذلك هو ألا يجد المتعامل مع المصرف الربوي نفسه أحسن حالاً من الوضع الذي يمكن أن يتحقق له في تعامله مع المصرف الذي يسير في استثمار الأموال على نظام المضاربة المشتركة)⁽⁶⁾.

(1) ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن محمد بن مفلح المقدسي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي فقيه أصولي ولد وتوفي بدمشق من مؤلفاته: الأداب الشرعية لمصالح الرعية، شرح المقنع في فروع الحنفية سماه المبدع، طبقات الأصحاب، تولى القضاء وتوفي سنة 762 هـ، انظر: معجم المؤلفين (1/66)، الضوء اللامع للسخاوي (1/152)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (7/338).

(2) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (1/72).

(3) المنثور في القواعد للزركشي (2/321).

(4) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 141.

(5) وهي تقوم على أساس أن يعرض المصرف الإسلامي - باعتباره مضارباً - على أصحاب الأموال استثمار مدخراتهم لهم، كما يعرض المصرف - باعتباره صاحب مال أو وكيل عن أصحاب الأموال - على أصحاب المشروعات الاستثمارية استثمار تلك الأموال، على أن توزع الأرباح حسب الاتفاق بين الأطراف الثلاثة، وتقع الخسارة على صاحب المال انظر: الاستثمار لأميرة مشهور ص 307. والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، ص 300.

(6) انظر: تطوير الأعمال المصرفية، للدكتور سامي حمود ص 399.

وقد بنى - القائلون - بالضمان رأيهم على التفريق بين المضاربة التقليدية المقتصرة على طرفين، والمضاربة الحديثة التي تجريها البنوك الإسلامية والتي يدخلها آلاف المتعاقدين المضاربين، مما يحتاج إلى تضمين البنك منعاً من وقوع الضرر على العملاء، وحفاظاً على أموالهم من الضياع⁽¹⁾.

إلا أن الدكتور حسين كامل فهمي⁽²⁾ انتقد هذا الرأي، وبين ضعفه وأرجع فساده إلى سببين، أقتصر على ذكر ما له علاقة بالقاعدة الفقهية: «الضرر لا يزال بمثله» قال:

(القول بأن هناك فارقاً بين المضاربة الثنائية القاصرة على طرفين فقط والمضاربة المشتركة التي يدخلها آلاف من المتعاقدين بما يحتاج الأمر معه إلى تضمين البنوك منعاً من وقوع غبن على العملاء أو تعمد الإهمال من جانب البنوك هو للأسف قول خاطئ لسببين :

الأول: يتضح من الدفوع التي ساقها صاحب الاقتراح المؤيد لمبدأ فرض الضمان على البنوك الإسلامية أن من أهم مبررات ذلك عنده ؛ هو تفادي المشكلات المترتبة على الهيكل الحالي للودائع، والتي من أهمهما التدفق المستمر لأموال العملاء ، والخلط بينها بما يؤدي إلى تزايد احتمالات وقوع غبن المودعين .

ورغم أنني اتفق تماماً مع صاحب هذا الرأي، في أن الخلط بين رؤوس الأموال المشتركة في وعاء المضاربة - إذا وقع بعد البدء في النشاط - متفق على عدم جوازه عند جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة إلا أنني أضطر إلى التوقف كلية عند الاقتراح الذي يقترحه كعلاج لهذه المشكلة، ووجه الاعتراض في هذا الشأن، هو أنه لا يقدم حلاً للسبب الرئيسي للمشكلة، وإنما يوسع من نطاقهما بإضافة بُعد جديد لا يترتب عليه إلا التعامل بالربا في الجهاز المصرفي الإسلامي ... والقاعدة الكلية تقول «الضرر لا يزال بمثله»، فمن الأولى في هذا الشأن ألا يزال الضرر بضرر أعظم منه، كما هو الحال بالنسبة لهذه المشكلة⁽³⁾.

وجه التخريج على القاعدة: من المتعارف عليه بين الفقهاء أن المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير وهذا الحكم في المضاربة الفردية ينسحب أيضاً على المضاربة المشتركة، والقائل بتضمين المصرف الإسلامي بنى رأيه على قياس الضمان على الإجارة المشتركة، وكذلك رفعاً للغبن الذي يدخل على العملاء الذي يضعون أموالهم في

(1) انظر: رأي القائلين بالتضمين، وكذلك المانعين في بحث "المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة" للدكتور قطب مصطفى سانو، الدورة 13، (3/ 222 - 230).

(2) الدكتور حسين كامل فهمي من مصر وهو أستاذ بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية ، جدة، وعضو مشارك في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) انظر: بحث "المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية"، للدكتور حسين كامل فهمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (3/ 160) بتصرف بسيط.

البنك قصد المضاربة، فكثرة المال المودع في وعاء المضاربة المشتركة وخلطه ولو بعد بدأ العمل يزيد من احتمالات الغبن، وتلافياً لكل ذلك على المصرف إذا كان مضارباً أن يكون ضامناً دفعاً للضرر فإن الضرر يزال.

وهذا الحل المخرج على قاعدة الضرر يزال، ردّه الدكتور حسين كامل فهمي، وحاصل قوله: أن معالجة المشكلة أو الضرر الواقع أو المتوقع على أصحاب رؤوس الأموال في وعاء المضاربة المشتركة لا يدفع بضرر مثله، لأن ضمان المضارب لرأس المال يدخل العملية برمتها في التعامل بالربا المحرم، وحينئذ لا يجوز القول بتضمين المضارب ابتداءً فالضرر لا يزال بمثله.

وهذا الحكم هو الذي استقر عليه رأي مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة عشر، حيث جاء في القرار: (المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها، ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة، ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة)⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: من شروط جواز الجراحة الطبية:

- أن لا يترتب على فعلها ضرر أكبر من ضرر المرض⁽²⁾

ومما يشترط لجواز فعل الجراحة الطبية أن لا يترتب على فعلها ضرر أعظم من ضرر المرض؛ للقاعدة الفقهية «الضرر لا يزال بمثله»⁽³⁾.

أما إذا كان استخدام الجراحة مؤدياً إلى تحقق المقصود بإزالة المرض، مع أمن وقوع ضرر أكبر، فإنه يشرع فعلها؛ لأنه «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما»⁽⁴⁾.

قال ابن القيم (وأن لا يكون قصده إزالة تلك العلة فقط، بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث أصعب منها، فمتى كان إزالتها لا يؤدي معها حدوث علة أخرى أصعب منها، أبقاها على حالها، وتلطيفها هو الواجب، وهكذا كمرض أفواه العروق⁽⁵⁾، فإنه متى عولج بقطعه، وحبسه، خيف حدوث ما هو أصعب منه)⁽⁶⁾.

(1) انظر: قرار المجمع بمجلته، العدد 13، (3/ 295).

(2) الطب النبوي لابن القيم ص 286.

(3) الأشباه للسيوطي ص 115، ولابن نجيم ص 96، وللزرقاء ص 179، درر الحكام لحيدر (1/ 35).

(4) الأشباه للسيوطي ص 117، لابن نجيم ص 98، وللزرقاء ص 201، ولحيدر (1/ 37).

(5) والمقصود بأفواه العروق: التآليل.

(6) الطب النبوي لابن القيم ص 289. وانظر أيضاً أحكام الجراحة الطبية ص 124 وما بعدها، والأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي د. محمد خالد منصور ص 164 - 165.

مسألة 2: تحريم تشريح جثة الأدمي للتعليم والقائلين به

ذهب إلى القول بالتحريم جماعة من العلماء والباحثين منهم الشيخ محمد برهان الدين السنهلي⁽¹⁾، والشيخ حسن بن علي السَّقاف⁽²⁾، وغيرهم⁽³⁾، وقالوا: لا يجوز تشريح جثة الميت لغرض التعلم، لتوفر ما يغني عن تشريحها.

ودليلهم قاعدة «الضرر لا يزال بالضرر».

وفي هذا يقول الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد في استدلاله بالقاعدة ما نصه: (... فكيف يفعل الإنسان هذا بنفسه، وإرادته ويفوت تكاليف مما خلق من أجلها ليوفرها لغيره بسبيل مظنون، فالضرر لا يزال بمثله، فهذه المصلحة مضمونة بتفويت المتيقنة مما شهد الشرع بإلغائها وعدم اعتبارها)⁽⁴⁾.

ووجه الاستشهاد بالقاعدة على حرمة التشريح:

أن القاعدة دلت على أن مفسدة الضرر ينبغي ألا تزال بمثلها، والتشريح فيه إزالة ضرر بمثله، وذلك لأن التعلم بواسطته موجب لإزالة ضرر الأسقام والأمراض بتعلم طرق مداواتها، ولكن هذه الإزالة يترتب عليها ضرر آخر يتعلق بالميت الذي شُرحت جثته، وحينئذ يكون من باب إزالة الضرر بمثله، وهو الذي دلت القاعدة على عدم جوازه.

المسألة 3: منع نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين به

ذهب إلى ذلك ثلثة من العلماء منهم: الشيخ أبو الأعلى المودودي⁽⁵⁾، الشيخ الشعراوي⁽⁶⁾، والغماري⁽⁷⁾، والسنهلي⁽⁸⁾، والسقاف⁽⁹⁾، والدكتور عبد السلام عبد الرحيم

(1) انظر: قضايا فقهية معاصرة، للسنهلي، ص 66.

(2) انظر: الإمتاع والاستقصاء، للشيخ حسن بن علي بن هاشم السقاف الحسيني، ص 27 - 28.

(3) كالشيخ العربي بوعباد الطبخي، والشيخ محمد عبد الوهاب بجيري، والشيخ بجيت المطيعي، انظر شفاء التباريح للبعقوبي ص 96 - 97.

(4) انظر: رأيه في البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد 4/ 1408 هـ - 1988 م، (1/ 317 - 322).

(5) انظر: مقال "من رجال الفكر والدعوة" لخليل الحامدي، مجلة الأمة العدد 9، السنة 1، رمضان 1401 هـ - جويلية 1981 م، ص 53 وما بعدها. والشيخ المودودي داعية ومفكر إسلامي مشهور توفي سنة 1399 هـ - 1979 م.

(6) انظر مقاله (الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعهها)، جريدة اللواء الإسلامي العدد 226، 27 جمادى الآخرة سنة 1407 هـ.

(7) في رسالته (تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام). وهو الشيخ عبد الله بن الصديق الغماري من العلماء المعاصرين.

(8) قضايا فقهية معاصرة، برهان الدين السنهلي، دار القلم - دمشق، دار العلوم - بيروت، ط 1/ 1408 هـ - 1988 م، ص 67 - 68.

(9) في رسالته (الامتناع والاستقصاء لأدلة تحريم الأعضاء).

السكري⁽¹⁾، والدكتور حسن علي الشاذلي⁽²⁾، الدكتور عبد الفتاح محمد إدريس⁽³⁾، الدكتور فهمي أبو سنة⁽⁴⁾، الدكتور عقيل بن أحمد العقيلي⁽⁵⁾، الدكتور مصطفى محمد الذهبي⁽⁶⁾.

من القواعد الفقهية التي ارتكزوا عليها قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله»، ومعنى هذه القاعدة أن المتبرع يكون قد دفع ضرر المريض بارتكاب ضرر مماثل يصيبه أو يزيد عليه، يقول الدكتور حسن علي الشاذلي: (إنني أرى حرمة نقل أي عضو من أعضاء إنسان حي معصوم الدم إلى إنسان آخر يحتاج إلى هذا العضو. للأدلة التي بسطتها فيما تقدم، وأيضاً لأن الضرر لا يزال بالضرر كما قضت بذلك القاعدة الشرعية، ...) (7).

الحقيقة أن هذا الرأي مرجوح لأن المميز للنقل لا ينفي وقوع ضرر للمتبرع الحي، لكن الضرر الذي يلحق المريض المتبرع له أشد وأخطر بكثير، ففيه موته المحقق، وإذا أستطعنا أن نرفع عنه هذا الخطر أو الضرر الكبير، بزرع العضو المتبرع به، مع ما في ذلك من ضرر يسير يلحق المتبرع أو المنقول منه وهذا برضاه، نكون قد امتثلنا وعملنا بالقاعدة الفقهية الأخرى التي تقول: (إذا تعارضت مفسدتان تدرأ أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ضرراً).

لذلك كان الراجح في مسألة النقل هو الجواز كما نص عليه قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة:

(إن أخذ عضو من جسم إنسان حي، وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أن فيه مصلحة كبيرة وإعانة خيرة للمزروع فيه، وهو عمل مشروع وحميد إذا توافرت فيه الشروط التالية:

1 - أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية؛ لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو أمر غير جائز شرعاً.

(1) في كتابه (نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي). وهو أستاذ بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر.
(2) انظر: رأيه في البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد4/ 1408هـ - 1988م، (1/ 317 - 322). والأستاذ حسن علي الشاذلي من مصر، ويشغل وظيفة أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وعضو مشارك في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
(3) انظر كتابه حكم التداوي بالحرمات، الطبعة الأولى (1414هـ - 1993م)، مكتبة الأسد، ص303.
(4) في بحثه (حكم نقل أجزاء من جسم إنسان إلى آخر للعلاج)، مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، السنة الأولى 1408هـ الطبعة الثانية مكة المكرمة، ص25. والدكتور فهمي أبو سنة من علماء الأزهر، له تأليف كثيرة.
(5) انظر كتابه حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، ص60 وما بعدها.
(6) انظر كتابه نقل الأعضاء بين الطب والدين، ص125.
(7) انظر: البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد4، (1/ 317 - 322).

2 - أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه.

3 - أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر.

4 - أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة غالباً⁽¹⁾.

المسألة 4: منع نقل الأعضاء من الميت وغرسها للحَيِّ والقائلين بذلك

ذهب العلماء المانعون لنقل الأعضاء من الحي إلى الحي إلى منع النقل - كذلك - من الميت إلى الحي⁽²⁾ مستدلين بالقاعدة الفقهية: «الضرر لا يزال بالضرر»، أو «الضرر لا يزال بمثله».

ووجه التخريج: أن هذه القاعدة تتضمن المنع من إزالة الضرر بمثله، وذلك موجود في مسألتنا حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه، وهو المستفيد من أعضاء الميت كالكلية أو الكبد، أو حتى القلب، لحاجته الماسة إلى هذه الأعضاء أو واحد منها، إلا أن هذا الضرر يُرْفَع بارتكاب ضرر آخر يتمثل في انتهاك حرمة الميت، وتشويه جثته، والإنسان في الإسلام مكرم سواء أكان حياً أم ميتاً، فلا يزال الضرر بضرر مثله.

يقول الدكتور عقيل بن أحمد العقيلي، مفنداً تخريج المجيزين للمسألة على قاعدة الضرر يزال، ومبيناً خروج المسألة عن مناط القاعدة، ودخولها في مناط قاعدة الضرر لا يزال بالضرر أو بمثله: (ولا يخفى أن الضرر الذي يزال هو ما كان من تسبب الإنسان أما ذهاب عضو من شخص خلقة أو بسبب مرض لا تسبب فيه من شخص آخر، فكيف يحمل شخص آخر تبعته وضمانه لدلول هذه القاعدة؟ ولو تسبب إنسان في إتلاف عضو من آخر فالحكم الشرعي أن يقتصر منه إن أمكن القصاص شرعاً أو يقوم بعوض مالي حسب حكم المسألة، وهذا كله إذا لم يعف المجني عليه).

ولو كان يمكن أن يعوض عضو بعضو، كعين بعين، وكلية تؤخذ من المعتدي وتزرع في المعتدى عليه لما أغفل الشارع ذلك. قال تعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾⁽³⁾. وقال سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾⁽⁴⁾.

ويضيف قائلاً: (كما أن في قاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، وقاعدة: الضرر لا يزال بمثله، إيضاح لقاعدة: الضرر يزال)⁽⁵⁾.

(1) انظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ضمن كتاب مطبوع صدر للمجمع في 1405 هـ - 1985 م، ص 146 - 147.

(2) وهم العلماء الذين سبق ذكرهم، في ص؟؟؟ من الأطروحة.

(3) سورة الأنعام/38.

(4) سورة مريم/64.

(5) حكم نقل الأعضاء، للعقيلي ص 92، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور محمد بن عبد الجواد حجازي التنشة (2/106).

المسألة 5: رفع أجهزة الإنعاش عن المرضى الميئوس من شفائهم ليستفيد منها آخرون

وصورة المسألة أن تكون أجهزة الإنعاش قليلة محدودة، وفي المقابل يكون عدد المرضى المحتاجين لهذه الأجهزة كثير، فيتعذر توفير هذه الأجهزة لكل المرضى، وقد يكون من المرضى ممن وضع تحت هذه الأجهزة في حالة ميؤوس منها، أي أنه وصل إلى نقطة اللأرجوع، فهل يجوز رفع أجهزة الإنعاش عنه ليستفيد منها غيره ممن هم في حاجة ماسة إليها.

والجواب مخرج على قاعدة الضرر لا يزال بالضرر أو مثله، وبيان ذلك: أن رفع الأجهزة عن المريض الأول هو بمثابة قتله، لأنه يغلب على الظن موت من يتم رفع الأجهزة عنه، وهذه مفسدة عظيمة، كما أن المريض المتأخر في مسألتنا فيه ضرر فضرره يزال لكن بإزالة ضرره يلحق الآخرين الضرر، وإنما يزال الضرر بدون إضرار. لكن قد يستثنى من هذه القاعدة ما لو كان أحدهما أعظم ضرراً فيزال الضرر الأعظم ولو ترتب على إزالته ضرراً أقل منه إلا أن هذا يستقيم فيما لو كان ذلك في شخص واحد فيزال الأعظم ولو ترتب ضرر أصغر كما في اليد المتأكلة، أما أن يزال ضرر شخص على حساب شخص آخر فهذا غير مستقيم لتعارضه مع قاعدة "درء المفسد أولى من جلب المصالح". لأن في رفع الأجهزة عنه ارتكاباً لمحظور وارتكاب المحظور أعظم حرمةً من ترك المأمور.

المسألة 6: الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها وغرسها لحيي بحال من الأحوال

الأعضاء التي تتوقف عليها الحياة، فإذا فقدت أو تعطلت هلك الإنسان، كالدماع، والقلب، والرئة، والكبد، ويلحق بهذا القسم ما يؤدي نقله إلى تغيير خلق الله تعالى من الأعضاء الظاهرة كالعين والأنف، واليد، والرجل، وما يؤدي إلى اختلاط الأنساب من الأعضاء المسؤولة عن الصفات الوراثية، كالخصية، والمبيض، لا يجوز نقل هذه الأعضاء قولاً واحداً، مهما كانت الأسباب، لأن الضرورة لا تدفع بارتكاب ضرر أشد.

يقول الدكتور القرضاوي: (لا يجوز أن يتبرع بعضو وحيد في الجسم كالقلب أو الكبد مثلاً؛ لأنه لا يعيش بدونه، ولا يجوز له أن يزيل ضرر غيره بضرر نفسه، فالقاعدة الشرعية التي تقول: «الضرر يزال»، تقيدها قاعدة أخرى تقول: «الضرر لا يزال بالضرر»، وفسروها بأنه لا يزال بضرر مثله أو أكبر منه.

ولهذا لا يجوز التبرع بالأعضاء الظاهرة في الجسم مثل العين واليد والرجل؛ لأنه هنا يزيل ضرر غيره بإضرار مؤكد لنفسه، لما وراء ذلك من تعطيل للمنفعة وتشويه للصورة⁽¹⁾.

ويقول الدكتور في موضع آخر من الكتاب: (والذي أراه أن نقل الخصية لا يجوز، فالعلماء المختصون يقررون أن الخصية هي المخزن الذي ينقل الخصائص الوراثية للرجل

(1) انظر: فتاوى معاصرة للقرضاوي (586/2).

ولأسرته وفصيلته إلى ذريته، وزرع الخصية في جسم إنسان ما، يعني أن ذريته - تحمل صفات الإنسان الذي أخذت منه الخصية، من البياض والسواد، والطول والقصر، والذكاء أو الغباء، وغير ذلك من الأوصاف الجسمية والعقلية والنفسية.

وهذا يعتبر لونا من اختلاط الأنساب الذي منعه الشريعة بكل الوسائل، فحرمت الزنى والتبني، ونحو ذلك⁽¹⁾.

وحرمه نقل الخصية من إنسان وزرعها لآخر، فيه من الضرر والخطر ما ذكره الدكتور، ويقابله في الجانب الآخر، الضرر الواقع على الرجل العقيم، لكن هذا الضرر أخف، وضرر النقل والزرع أشد، والضرر الأخف لا يزال بالضرر الأشد، كما هو مقرر عند الفقهاء.

وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ما يلي: (أن لا يضر أخذ العضو من المتبرع به، ضرراً يخل بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه، ولأن التبرع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهو أمر غير جائز شرعاً)⁽²⁾.

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: (يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب، من إنسان حي إلى إنسان آخر)⁽³⁾.

المسألة 7: حكم المرأة التي تحمل بيضة ملقحة، لزوجة أجنبي عنها

من صور التلقيح الاصطناعي⁽⁴⁾ أن تلقح بيضة الزوجة بنطفة زوجها خارج الرحم وفي أنبوب مخبري، في شروط طبية خاصة، وبعد التلقيح توضع البيضة الملقحة في رحم امرأة أخرى.

فإن كانت المرأة الثانية زوجة لصاحب النطفة فالصورة جائزة شرعاً، كما في قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وفيه:

(1) فتاوى معاصرة للقضاوي (2/594).

(2) انظر: القرار الصادر عن مجلس المجمع في دورته الثامنة المنعقدة بمقر المجلس بمكة المكرمة، بتاريخ 7 جمادى الأولى 1405هـ - 28 يناير 1985م. انظر: هذا القرار المطبوع ضمن مجموع القرارات من الدورة الأولى إلى الثامنة (1398هـ - 1405هـ)، ص 147.

(3) انظر القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (1/509).

(4) التلقيح الاصطناعي هو عملية طبية تتم في مجال مخبري معقم، وذلك بأخذ نطفة من الزوج وبيضة من الزوجة وتلقيحهما بواسطة أنبوب خاص وفي ظروف خاصة للحصول على البيضة الملقحة القابلة للانقسام، ثم توضع في رحم المرأة لتنمو وتصبح جنيناً. انظر: انظر: بحث "التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب" للدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، (1/284 - 285).

إن الأسلوب السابع (الذي تؤخذ فيه النطفة والبويضة من زوجين وبعد تلقيحهما في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم) يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة⁽¹⁾.

أما إذا كانت المرأة أجنبية عن الزوجين صاحبا البيضة الملقحة، فإن العلماء اتفقوا على منع هذا الحمل ابتداءً لما فيها من المخاطر، ثم إن الضرر لا يزال بالضرر، صحيح أن عدم الإنجاب يلحق بالزوجين أضرار نفسية كبيرة، لكن هذه الأضرار نفسها تلحق المرأة الأجنبية التي تحمل الجنين في بطنها وتعاني من أجل ذلك ما تعاني، ثم تسلمه لغيرها، وتبقى هي يعتصرها الألم، ويقتلها الشوق، والقاعدة الفقهية تقرر أن الضرر لا يزال بضرر مثله، أو أكبر منه.

يقول الدكتور القرضاوي في هذا الموضوع: (إن الشريعة تقرر قاعدتين مهمتين تكمل أحدهما الأخرى:

الأولى: إن الضرر يزال بقدر الإمكان.

والثانية: إن الضرر لا يزال بالضرر.

ونحن إذا طبقنا هاتين القاعدتين على الواقعة التي معنا، نجد أننا نزيل ضرر امرأة - هي المحرومة من الحمل - بضرر امرأة أخرى، هي التي تحمل وتلد، ثم لا تتمتع بثمرة حملها وولادتها وعنائها. فنحن نحل مشكلة بخلق أخرى⁽²⁾.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، دورات 1405هـ - 1985م، ص 141. وكان مجلس المجمع مكون من السادة العلماء: رئيس مجلس المجمع الفقهي عبد العزيز بن عبد الله بن باز، متوقف في جميع الأحوال الثلاث لما في جوازها من الخطر أما الأحوال الأربع الأخرى فلا شك في تحريمها. ونائب الرئيس د. عبد الله عمر نصيف والأعضاء، محمد بن جبير، عبد الله عبد الرحمن البسام، صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، محمد بن عبد الله بن سبيل متوقف في جواز الأسلوب الثالث، مصطفى أحمد الزرقاء محمد محمود الصواف.

وفي نفس الموضوع صدر قرار عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، انظر مجموعة القرارات الصادرة في الدورة الثانية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 2 (332 / 1 - 337). والمجمع تراجع عن هذه الحالة من التلقيح الاصطناعي، والتي تكون فيها إحدى زوجاته صاحبة البويضة والزوجة الأخرى تحمل في رحمها هذه البيضة الملقحة، انظر القرار الصادر عن الدورة الثالثة، مجلة المجمع العدد 3 (513 / 1 - 516).
(2) انظر: فتاوى معاصرة للقرضاوي (1/606).

القاعدة الرابعة: الضرر يدفع بقدر الإمكان

هذه القاعدة هي من القواعد المتفرعة عن قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.

ومن صيغها ما يلي:

«الضرر مدفوع بقدر الإمكان»⁽²⁾.

«الضرر يدفع بقدر الإمكان»⁽³⁾.

«الضرر مدفوع في الشرع»⁽⁴⁾.

«الضرر واجب الدفع ما أمكن»⁽⁵⁾.

ومعنى القاعدة: أن الضرر يدفع شرعاً، فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً وإلا فيتوسل لدفعه بالقدر الممكن⁽⁶⁾.

فهذه القاعدة تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل والإمكانات المتاحة، وفقاً لقاعدة المصالح المرسله والسياسة الشرعية، فهي من باب الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر المستطاع، لأن التكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ⁽⁷⁾.

دليل القاعدة

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾⁽⁸⁾.

أمر الله عز وجل المؤمنين بالإعداد للمستطاع للقوة؛ لدفع ضرر الأعداء بإرهابهم وتخويفهم بذلك الإعداد وتلك القوة، فلا يهاجمون المسلمين وإن هاجمونا كنا لهم مستعدين.

(1) المجلة مادة 31. شرح الأتاسي على المجلة (1/71). الوجيز للبورنو، ص 256.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 111.

(3) المجلة المادة: 31، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 153، الوجيز ص 256.

(4) المبسوط للسرخسي بعناية الشيخ خليل الميس، طبعة 1406هـ، دار المعرفة - بيروت - لبنان (2/210)، (19/107)، (10/27). موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (6/259).

(5) بدائع الصنائع (5/155 - 156)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/63).

(6) شرح الأتاسي على المجلة (1/71). موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/63).

(7) المدخل الفقهي العام للزرقاء (2/992).

(8) سورة الأنفال الآية 60.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: الوفاء بالوعد في بيع المراجعة للآمر بالشراء

إن البيع بالمراجعة للآمر بالشراء - كما عرفناه سابقاً - مركب من وعدين وعد بالشراء من العميل الذي يطلق عليه الأمر بالشراء، ووعد من المصرف بالبيع بطريق المراجعة أي بزيادة ربح معين المقدار أو النسبة على الثمن الأول.

وقد اختار المصرف والعميل كلاهما الالتزام بالوعد، وتحمل نتائج النكول عنه. واختلف الفقهاء حول مسألة إلزام المشتري بما وعد من شراء السلعة على أربعة أقوال، رجع كثير من العلماء المعاصرين مذهب المالكية في المشهور عندهم، أن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعود فيه، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي جاء في نص القرار: (الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد) يكون ملزماً للواعد ديانةً إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب، ودخل الموعود 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⁽¹⁾.

استدل الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان⁽²⁾، بشأن الوفاء بالوعد، في بيع المراجعة للآمر بالشراء، بقاعدة: «الضرر يزال بقدر الإمكان»، قال معلقاً على قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر في هذا الموضوع: (وهذا القرار يعتمد أساساً على قاعدة الضرورة، لضبط أمور التجارة والاقتصاد، وسلامتها، وعدم اختلالها، ذلك أن اختلالها اختلال أرزاق العباد وحياتهم، وهذا منسجم تماماً مع القاعدة الفقهية القائلة: «يزال الضرر بقدر الإمكان»⁽³⁾).

المسألة 2: تصحيح الشرط الجزائي في العقود

إن عقود المقاولات والمشاريع، والتوريد، والتصدير تتحدد بأزمان وفترات، يتفق عليها المتعاملون ويلتزمون بها، فإذا أحل طرف بالزمن والموعود المتفق عليه لحق الضرر الطرف الآخر، فهل يجوز شرعاً وضع شرط جزائي ضمن بنود العقد ابتداءً لتلافي الغبن والضرر الذي يلحق أحد الأطراف؟

(1) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، (2/ 1599 - 1600).

(2) الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان من قطر، أستاذ بكلية الشريعة جامعة أم القرى، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) انظر: فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى (1414هـ - 1993م) طبع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية - جدة - السعودية ص 141، وفتاوى المراجعة جمع وفهرسة وتصنيف الدكتور أحمد محي الدين أحمد، ومراجعة الدكتور عبد الستار أبو غدة، ص 158 وما بعدها.

والجواب: ما قرره هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بتصحيح الشرط الجزائي الذي تضمنه العقد؛ سداً لأبواب الفوضى، والتلاعب بحقوق عباد الله، واستندت إلى أدلة عديدة. جاء في القرار:

(أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح، معتبر يجب الأخذ به، ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له، يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول) ⁽¹⁾. ويمكن تخريج المسألة على قاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان»، كما ذهب إلى ذلك الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ⁽²⁾.

ووجه التخريج على القاعدة: أن الإخلال بالالتزام من أحد العاقدين فيه مظنة الضرر وتفويت المنافع المرجوة من العقد، وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي سداً لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد، وسبب من أسباب الوفاء بالعهود.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

مسألة 1: حكم إجهاض الجنين إذا ثبت - من خلال الفحص الطبي الحديث - يقيناً أنه مصاب بتشوهات كبيرة

إذا ثبت بطريقة علمية مؤكدة أن الجنين - وفقاً لسنن الله تعالى - سيتعرض لتشوهات خطيرة تجعل حياته عذاباً عليه وعلى أهله ⁽³⁾، فإنه يجوز حينئذ إسقاطه، وهذا قبل بلوغه الأربعة أشهر، وهذا عملاً بقاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»، وينبغي أن يقرر ذلك فريق طبي لا طبيب واحد ⁽⁴⁾.

لأن في بقاء الجنين ضرراً كبيراً يلحق الجنين نفسه، وكذا والديه، فيدفع هذا الضرر بالوسائل الطبية المتاحة المتوفرة في هذا العصر.

(1) أنظر: أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ص 213 - 214.

(2) في كتابه فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، ص 143.

(3) راجع قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، ط/ 1، 1415هـ - 1995م، دار البشير، عمان، الأردن. (1/ 313)، الفقرة الخامسة: الإجهاض القسري بسبب تشوهات الجنين. ومن لطف الله تعالى أن الجنين المصاب بتشوهات خطيرة لا يعيش بعد الولادة، في العادة كما هو مشاهد، وكما قرر أهل الاختصاص أنفسهم.

(4) انظر: فتاوى معاصرة للقضاة (1/ 603).

المسألة 2: هل يسمح للأم المصابة بمرض فقد المناعة بإرضاع طفلها

إذا كان الطفل مصاباً بنفس المرض، فلا مانع من إرضاعه، لأنه ليس في الامتناع فائدة ترجى. أما إذا كان لم يصب بعد، فإن احتمال إصابته عن طريق لبن الأم مؤكد من طرف أهل العلم، فيجب أن تمتنع الأم من إرضاع طفلها، أو تمتنع من ذلك.

وهذا احتكاماً إلى القاعدة الفقهية: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»⁽¹⁾.

ووجه التخريج على القاعدة: أن احتمال إصابة الرضيع بسبب رضاع لبن أمه تكاد تكون مؤكدة، ولتلافي هذا الضرر والخطر قبل الوقوع، تمتنع أو تمتنع الأم من إرضاع وليدها عملاً بالقاعدة التي تفيد دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل المشروعة.

المسألة 3: جواز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين بذلك

وهو ما ذهب إليه أصحاب الفضيلة الشيخ عبد الرحمن الناصر السعدي، والدكتور رؤوف شلبي، والشيخ إبراهيم اليعقوبي، والإمام جاد الحق علي جاد الحق، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، والأستاذ جميل بن محمد بن مبارك، وصدر بهذا الشأن قرار عن مجلس هيئة كبار العلماء، وتلاه قرار آخر عن المجمع الفقهي الإسلامي⁽²⁾.

وارتكزوا على القاعدة الفقهية «الضرر يزال بقدر الإمكان»، ولا ريب أن تعطل عضو في الجسم بالكلية أو اختلال نشاطه يضر صاحبه ضرراً جسيماً، فإذا أمكن دفعه وتعين النقل والتعويض طريقاً فريداً للدفع تعين، لأن الضرر يزال بقدر الإمكان.

يقول الدكتور القرضاوي - حفظه الله - (وفي القواعد الشرعية المقررة: أن الضرر يزال بقدر الإمكان، ومن أجل هذا شرع إغاثة المضطر، وإسعاف الجريح، وإطعام الجائع، وفك الأسير، ومداواة المريض، وإنقاذ كل مشرف على هلاك في النفس أو ما دونها، ولا يجوز لمسلم أن يرى ضرراً ينزل بفرد أو جماعة، يقدر على إزالته ولا يزيله، أو يسعى في إزالته بحسب وسعه.

ومن هنا نقول: إن السعي في إزالة ضرر يعانيه مسلم من فشل الكلية مثلاً، بأن يتبرع له متبرع بإحدى كليتيه السليمتين، فهذا مشروع، بل محمود⁽³⁾.

(1) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 125. وانظر مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة 11/ العدد 28/ 1416 هـ - 1996. ص 196 وما بعدها.

(2) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4/ سنة 1408 هـ - 1988 م، (1/ 185). قضايا فقهية معاصرة، محمد برهان الدين السنهلي، دار القلم، دمشق - دار العلوم، بيروت، ط 1/ 1408 - 1988 م.

(3) انظر: فتاوى معاصرة، ط 1/ 1421 هـ - 2000 م، المكتب الإسلامي، دمشق، (2/ 586).

القاعدة الخامسة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف⁽¹⁾

أو: «يختار أهون الشرين»⁽²⁾

أو: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»⁽³⁾

وهناك صيغ أخرى للقاعدة منها:

«إذا اجتمع للمضطرُّ مُحْرمان كل منهما لا يُباح بدون الضرورة، وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً؛ لأن الزيادة لا ضرورة إليها فتباح»⁽⁴⁾.

«الأصل أن من ابتلي ببليتين - وهما متساويتين - يأخذ بأيهما شاء، وإذا اختلفتا يختار أهونهما لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة»⁽⁵⁾.

«إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما»⁽⁶⁾.

«احتمال أخف المفسدتين لأجل أعظمهما هو المعبر في قياس الشرع»⁽⁷⁾.

«إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر»⁽⁸⁾.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

يختلف التعريف الاصطلاحي باختلاف الردِّ إلى القاعدة الأم التي تفرعت عنها هذه القواعد.

فالدكتور محمد صدقي البورنو ردّها إلى قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، وذلك عندما قال: (هذه القواعد مهما اختلفت ألفاظها وصيغها فهي متحدة المعنى، ومتفق على مضمونها بين

(1) المجلة المادة 27، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 145، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو، (1/230) و(6/253)، أشباه السيوطي، ص 117. الوجيز للبورنو، ص 260، القواعد الفقهية للندوي، ص 313.

(2) المجلة المادة 29، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 149، موسوعة القواعد الفقهية (1/230) و(12/335)، القواعد الفقهية للندوي، ص 313، الوجيز للبورنو، ص 260.

(3) المجلة المادة 28، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 117، وأشباه ابن نجيم، ص 98، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (1/229)، القواعد الفقهية للندوي، ص 313، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 147.

(4) قواعد ابن رجب الحنبلي القاعدة 112. تقرير القواعد وتحرير الفوائد (2/463).

(5) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 98.

(6) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي، القاعدة الثانية والأربعون، وقواعد المقرئ، القاعدة 212.

(7) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (2/160). وانظر صيغ أخرى للقاعدة في كتاب موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (1/75).

(8) إيضاح المسالك، للونشريسي، القاعدة 101.

الفقهاء. وذلك دليل على عظم مكانتها وأهميتها، وأثرها، وهي مندرجة تحت قاعدة لا ضرر ولا ضرار، أو الضرر يزال.

وتدل على أنه إذا ابتلي إنسان ببليتين ولا بد من ارتكاب إحدهما لضرورة جاز ذلك، فإذا كانت البليتان أو الضرران أو الحرمان متساويين فهو بالخيار في ارتكاب أيهما شاء.

وأما إن كانا مختلفين وأحدهما أخف مفسدة أو أقل ضرراً أو أهون شراً من الآخر فيرتكب الأخف ويدفع الأعم والأشد، لأن ارتكاب المحرم والإقدام على المفسد لا يجوز إلا لضرورة شديدة، وإذا أمكن دفع الضرورة بالأخف فلا يجوز الإقدام على الأشد، لأنه لا ضرورة في حق الزيادة⁽¹⁾.

أما الدكتور علي أحمد الندوي، فقد ردّها في كتابه القواعد الفقهية، إلى قاعدة «جلب المصالح ودفع المفسد» فقال: (هذه القواعد المذكورة - التي تباينت ألفاظها وصيغها، واتحدت معانيها - هي القواعد المتفرعة المنبثقة من القاعدة الشرعية الفقهية المشهورة «جلب المصالح ودرء المفسد»⁽²⁾).

ثم ذكر كلام شيخ الإسلام ابن تيمية الذي بيّن فيه المخرج عند تعارض المصالح والمفسد، عندما قال تحت عنوان (القاعدة العامة): إذا تعارضت المصالح والمفسد، والحسنات والسيئات، أو تزامت؛ فإنه يجب ترجيح الراجح منها، فيما إذا ازدحمت المصالح والمفسد، وتعارضت المصالح والمفسد، فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر إلى المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته؛ لكن اعتبار مقادير المصالح والمفسد هو بميزان الشريعة؛ فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر...⁽³⁾.

دليل القاعدة

في القرآن الكريم عدة آيات فيها الحثّ والتوجيه إلى مثل هذه القاعدة ومن هنا كانت القاعدة من الدعائم التي ينبنى عليها كثير من الأحكام العملية، يقول الإمام العز بن عبد السلام: (إذا اجتمعت مصالح ومفسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفسد فعلنا ذلك، امثالاً لأمر الله تعالى فيها لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَاسْمَعُوا﴾⁽⁴⁾. وإن تعدّر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة...⁽⁵⁾.

(1) موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (1/ 230 - 231).

(2) القواعد الفقهية للندوي، ص 113.

(3) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (28/ 129).

(4) سورة التغابن الآية 16.

(5) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (1/ 83).

ومن الأدلة التي يستأنس بها في تقرير هذه القاعدة، ما ذكره الإمام العلّائي⁽¹⁾ في قواعده، بعنوان «احتمال أخف المفسدين لدفع أعظمهما» وقال: (وأصل هذه القاعدة قصة الحديدية⁽²⁾) ومصالحة النبي ﷺ يومئذ المشركين على الرجوع عنهم، وأن من جاء من أهل مكة مسلماً، ردّه إليهم، ومن راح من المسلمين إليهم لا يردونه؛ وكان في ذلك إدخال ضيّم على المسلمين وإعطاء الدّية في الدين.

ولذلك استشكله عمر رضي الله عنه، لكنه احتُمل لدفع مفسد أعظم منه، وهي قتل المؤمنين والمؤمنات، الذين كانوا حاملين بمكة، ولا يعرفهم أكثر الصحابة، وفي قتلهم معرّة عظيمة على المؤمنين، فاقترضت المصلحة احتمال أخف المفسدين لدفع أقواهما. وإلى هذا الإشارة بقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُّؤْمِنَاتٌ لَّمَّ تَعَلَّمُوهُمُ أَنْ تَطَّعُوهُمُ فَتُصِيبَكُمْ مِنْهُم مَّعْرَةٌ بَغَيْرِ عِلْمٍ﴾⁽³⁾.

فلما قدر الله تعالى تمييز المؤمنين المستضعفين بمكة، وخروجهم من بين أظهر المشركين، سلط الله تعالى حينئذ رسوله ﷺ، والصحابة رضوان الله عليهم، على أهل مكة ففتحوها كما قال تعالى: ﴿لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾^{(4)×(5)}.

وفي السنة جملة من الأحاديث النبوية فيها إيجاء إلى هذه القاعدة، نكتفي في هذا العرض بحديث الأعرابي الذي بال في ناحية المسجد، من رواية أبي هريرة⁽⁶⁾: «قام أعرابيٌّ فبال في المسجد، فتناوله الناس، فقال لهم النبي ﷺ: دعوه وهريقوا على بوله سجلاً من ماء أو ذنوباً من ماء، فإنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين»⁽⁷⁾. قال الإمام النووي⁽⁸⁾ في شرح الحديث: (وفيه الرفق بالجاهل،

(1) الإمام العلّائي: هو أبو سعيد خليل بن كيكلدي بن عبد الله العلّائي الشافعي، ولد سنة 694هـ، ومات سنة 760هـ، من مؤلفاته: تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم، وتحفة الرائض بعلوم آيات الفرائض. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (35/10 - 38)، الدرر الكامنة (2/179 - 182).

(2) انظر: الحديث بتمامه عند مسلم كتاب الجهاد والسير باب صلح الحديدية في الحديدية (3/1411) رقم: 1785.

(3) سورة الفتح، الآية 25.

(4) سورة الفتح، الآية 25، ومعنى لو تزيّلوا: لو تفرقوا، وانظر تفسير ابن كثير (6/346).

(5) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلّائي (1/126 - 127).

(6) هو الصحابي الجليل أبو هريرة، واسمه عبد الرحمن بن صخر الدوسي، أسلم عام خيبر وشهد غزوتها ولازم النبي ﷺ الملازمة التامة، كان أحفظ الصحابة للحديث، وقد شهد له النبي ﷺ، روى 5374 حديثاً، بلغ من حدث عنه 108 راو، توفي سنة 57هـ. انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد (2/362) و(2/606)، سير أعلام النبلاء (2/578)، تذكرة الحفاظ (1/32)، البداية والنهاية (8/103)، تهذيب التهذيب (12/268).

(7) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد، (1/89) رقم: 217.

وأخرجه مسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات، (1/236) رقم 284، 285.

(8) النووي: هو أبو زكريا يحيى بن شرف النووي بن حسن الدمشقي، الحافظ الزاهد شيخ الإسلام، أخذ عن سليمان المرادي وأبي الفتح التفتيسي، وعنه ابن العطار وغيره، وله تأليف حسان منها: المجموع شرح المهذب، الأذكار، رياض الصالحين، شرح صحيح مسم وغيرها، توفي سنة 676هـ.

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية الكبرى (5/165)، البداية والنهاية (13/278)، النجوم الزاهرة (7/278)، شذرات الذهب (5/354)، الأعلام (9/184).

وتعليمه ما يلزمه من غير تعنيف ولا إيذاء، إذا لم يأت بالمخالفة استخفافاً أو عناداً، وفيه دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما لقوله ﷺ: «دعوه»، قال العلماء: كان قوله ﷺ (دعوه) لمصلحتين:

أحدهما: أنه لو قطع عليه بوله لتضرر، وأصل التنجيس قد حصل، فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به.

والثانية: أن التَّنَجِيس قد حصل في جزء يسير من المسجد، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه، وبدنه، ومواضع كثيرة من المسجد⁽¹⁾.

ومن الفروع الفقهية الشهيرة للقاعدة والتي يمكن ذكرها هنا باختصار، مسألة التسعير التي قال فيها المحقق الألمعي ابن القيم رحمه الله تعالى: (وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير سَعَّر عليهم تسعير عدل، لا وكس ولا شطط، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه، لم يفعل)⁽²⁾.

فإن للتسعير محاذير كثيرة معروفة عند علماء الاقتصاد، فالميزان هو العمل بقاعدة «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: نزع الملكية للمصلحة العامة

في بعض الظروف الخاصة التي تطرأ على الأمة يلجأ الحاكم إلى نزع بعض أملاك الخواص كالأراضي مثلاً لغرض إنشاء مشاريع تخدم الصالح العام، ويُعوَض هؤلاء الخواص بما يناسب ويمثل ما تنازلوا عنه، فما هو حكم هذا التصرف من قبل الحاكم؟

ذهب الدكتور يوسف محمود قاسم⁽³⁾ إلى تخريج هذه المسألة على قاعد: «تحمّل أخف الضررين تجنباً لأشدهما»⁽⁴⁾.

فقال: (أما قاعدة تحمّل أخف الضررين تجنباً لأشدهما، فهي قاعدة شرعية مجمع عليها إذ لا ريب أنه إذا اجتمع ضرران أحدهما أخف من الآخر، وكان لا بد من تحمّل أحدهما فإنه يجب تحمّل الضرر الأخف دفعاً للضرر الأشد وهو مما لا يخفى على عاقل، حتى قبل ورود الشرع، بل إن ذلك مركوز في طبائع العباد بحكم الفطرة.

(1) شرح النووي على صحيح مسلم (3/191).

(2) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 222.

(3) الدكتور يوسف محمود قاسم من مصر، أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(4) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 145، وانظر بحث الدكتور يوسف محمود قاسم، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع (2/953).

ولذلك يقول علماء القواعد: "إذا اجتمعت المفاصد المحضة، فإن أمكن درؤها درأنا. وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد، والأرذل فالأرذل"⁽¹⁾⁽²⁾.

وبعد بسطه لمفهوم القاعدة، ذهب يُبين وجه تخريج المسألة عليها، وأنه لا يجوز انتزاع الملكية للمنفعة العامة إلا في حدود الضرورة اللازمة المحققة للنفع العام، ثم يقول: (لكن ماذا نقول: إن تعطلت مصالح العباد، وأصبح من المستحيل تحقيق هذه المصلحة أو المصالح إلا عن طريق التضحية بملكية بعض الأفراد تحملاً للضرر الأخف في سبيل تجنب الضرر الأشد المتمثل في تفويت المصلحة العامة للمجتمع في حين أن حق الفرد في ملكيته مضمون بالتعويض المناسب)⁽³⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: الأخلاق الواجبة على الطبيب أو أولوية إجراء الفحوصات

من الأخلاق الواجبة على الطبيب الوفاء بالمواعيد، خاصة فيما إذا وعد المريض بإجراء بعض الفحوصات الطبية قبل العمل الجراحي، ومثل هذه المواعيد محترمة شرعاً، ويجب الوفاء بها، إلا في حال وجود العذر الموجب للتأخير، والتخلف عن أداء هذه الالتزامات، فحينئذ جاز التدخل بحسب الحاجة للقاعدة الشرعية: «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»⁽⁴⁾.

كبعض الحالات الاستعجالية التي لا يجد الطبيب مناصاً من التدخل لإسعافها، مما يتسبب في تأخر الطبيب عن الوفاء بذلك الموعد المحدد.

ففي هذه الحالة ينبغي للطبيب أن يقوم بالموازنة بين الضررين، والنظر في العواقب والمفاصد على تأخير كل منهما.

فإذا كانت المفاصد المترتبة على تأخير الحالة الطارئة أعظم، قدم إنقاذها على تلبية الوعد للقاعدة الشرعية: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما». وهذا في حالة ما إذا لم يوجد بديل أو مختص يشرف على هذه الحالة المستعجلة⁽⁵⁾.

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (1/93) طبعة 1388هـ.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الرابع (2/955 - 956).

(3) بحث "انتزاع الملكية للمنفعة العامة" للدكتور يوسف محمد قاسم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (2/955 - 957).

(4) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 84، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص 95.

(5) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 436.

المسألة 2: التزاحم في أولوية العلاج

خلال مناقشة موضوع العلاج الطبي في إحدى دورات مجمع الفقه الإسلامي⁽¹⁾، أثيرت مسألة التزاحم في أولوية العلاج، وهذا ما يحدث كثيراً في حالات حوادث السيارات وما أشبهها، مثل قضية الشيخ الكبير المصاب بأنواع من الشلل وجلطة في القلب، وفشل في وظائف الكلى، فهل يدخل في برنامج الغسيل الكلوي وعدد الآلات محدود ويحتاج لها من هم في مقتبل العمر من الذين يعانون من الفشل الكلوي؟

والجواب: أنه إذا كان الشيخ الكبير أو غيره تحت الأجهزة فهو أولى بالعلاج واستمراره، أما إذا لم يكن تحت العلاج وأحضر جمع من الأشخاص مرة واحدة، ولم يمكن تشخيص أحوالهم، فهنا تبعاً للقواعد إن كان بينهم رحم وعرف فتقدم الأم ثم الأب ثم الأبناء، وإن لم يكن بينهم رحم وأحضروا مرة واحدة فيقدم منهم الأسبق فالأسبق، لكن إن شُحِّصَتْ أحوالهم وغلب على الظن أن بعضهم ميؤوس منه فيقدم غير الميؤوس منه صغيراً كان أم كبيراً.

ويمكن أن يبنى هذا الاجتهاد على عدة قضايا منها:

- يمكن أن يُخَرَّجَ على قاعدة «يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد»⁽²⁾.

- يمكن أن يُخَرَّجَ أيضاً على قضية (يقدم اليقين على الظن).

عند ازدحام المرضى أو المصابين في بعض الحوادث تكون الأولوية في تقديم الإسعافات للمريض غير الميؤوس منه لما في ذلك من مصلحة ظاهرة، لأنه لو قدم الطبيب المسعف الحالة الميؤوس منها يكون مبدداً لوقت ثمين، قد يُفَوِّتَ حياة أنفوس كثيرة كان بالإمكان إسعافها وانقاذها من الهلاك، ويكون بعمله هذا مرتكباً لضرر أشد، الأصل أن يتلافاه، ولو في مقابل ارتكاب الضرر الأخف والقاعدة أنه يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

المسألة 3: مشروعية الجراحة الطبية

لما تطرق العلماء إلى بيان مشروعية الجراحة الطبية بالدليل العقلي، اعترضتهم شبهة وهي: لو قال قائل: إن الشريعة الإسلامية تقدم درء المفاسد على جلب المصالح في الاعتبار كما هو معلوم من قواعدها⁽³⁾.

والجراحة الطبية تشتمل على مفاسد عديدة منها: تعذيب المرضى بالآلام المبرحة، وتشويه الخلقة بقطع الأيدي والأرجل، فوجب حينئذ عدم الالتفات للمصالح المترتبة على فعلها تقديماً لهذه المصالح في الاعتبار ومن ثم لا يجوز فعلها شرعاً.

(1) الدورة السابعة، من 1412/12/7 هـ الموافق لـ 1992/14/9 م.

(2) هذا الجواب للدكتور عجيل جاسم النشمي، انظر ذلك في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع الجزء الثالث، ص 720 وما بعدها.

(3) من قواعد الشريعة الإسلامية «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»، انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص 117، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص 99.

فالجواب: أنه تعارضت عندنا مفسدتان

إحدهما: مفسدة المرض الجراحي وآلامه، وهي مترتبة على ترك المريض دون علاجه بالجراحة اللازمة.

الثانية: مفسدة الآلام المترتبة على فعل الجراحة.

فوجب حينئذ النظر في كلتا المفسدتين، وتقديم أعظمهما ضرراً على أخفهما إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما».

فوجدنا أن مفسدة المرض الجراحي وآلامه مفسدة متعدية باقية، فهي متعدية نظراً لأن الأمراض الجراحية تزداد وتتضاعف إلى أن تنتهي بالمريض إلى الموت في الغالب، وباقية لأن الألم لا يزول إلا بزوال المرض المسبب له وهو باق في حالة عدم علاجه بالجراحة اللازمة.

ثم وجدنا مفسدة الآلام المترتبة على الجراحة مؤقتة تزول بعد فترة معينة قد لا تصل في بعض الأحوال إلى اليوم، واليومين، كما أن الكثير منها أمكن تخفيفه في العصر الحاضر بسبب تقدم الوسائل الطبية وطرق العلاج، فهي إذاً أخف من مفسدة الأمراض الجراحية وآلامها، فوجب حينئذ تقديم مفسدة الأمراض عليها، وعدم الالتفات إلى ما ينشأ عن ذلك التقديم ويترتب عليه من الآلام الزائلة.

ثم إن مفسدة الآلام المعترض بها غير مقصودة من قبل الطبيب الجراح، وإنما المقصود حصول المصالح المترتبة على فعل الجراحة فسقط اعتبار تلك المفسدة لأنه لم يتمحض قصدتها، وإنما جاءت على سبيل اللزوم.

فتبين من هذا كله عدم تأثير هذه المفسد، نظراً للمصالح العظيمة المترتبة على فعل موجبها⁽¹⁾.

المسألة 4: جراحة الولادة الحاجية

الجراحة الحاجية، وهي الجراحة التي يلجأ إليها الأطباء عند تعسر الولادة الطبيعية، وترتب الأضرار التي لا تصل إلى درجة الخوف على حياة الأم، أو جنينها، أو عليهما معاً من الموت المحقق. ومن أشهر أمثلتها: الجراحة القيصرية، التي يلجأ إليها لأسباب، منها:

- تشوه في عظام حوض الأم، مما يحول دون خروج الجنين، خروجاً طبيعياً.

- أن يكون الجنين في وضع غير طبيعي داخل الرحم.

- خروج الحبل السري قبل الجنين عند الولادة، مما يؤدي إلى انقطاع الدم أو الأكسجين عنه.

(1) انظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، محمد بن محمد المختار الشنقيطي، ص 100 - 101.

فتقدير الجراحة في مثل هذه الحالات يرجع لتقدير الطبيب المتخصص، وإلى مدى تحمل الأم مشاق الولادة الطبيعية، فإذا غلب على ظنه لحوق المشقة البالغة بجسم الأم، أو خشي عليها، أو على جنينها الضرر، فيجوز له حينئذ فعل الجراحة، بشرط التأكد من عدم وجود البديل الأخف، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول: «يختار أهون الشرين»⁽¹⁾.

المسألة 5: جراحة القطع

والمراد بالقطع إبانة العضو، أو جزئه عن الجسم، وقد يكون جزءاً غريباً ناشئاً بسبب علة، أو آفة أصابت الموضع الذي فيه ذلك الجزء.

والقطع في الحقيقة إتلاف وهو مفسدة، ولذلك فإن الأصل فيه أنه محرم شرعاً، لكن أجاز في الجراحة الطبية لمكان الضرورة والحاجة الداعية إلى فعله، لأن المقصود من هذا الإتلاف الإصلاح المشتمل على حفظ الروح من الهلاك المتوقع من بقاء الأعضاء التي يراد قطعها جاز فعله، لأنه من باب دفع المفسدة العليا بارتكاب المفسدة الدنيا⁽²⁾، ومن قواعد الشريعة الإسلامية: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما».

فبقاء هذه الأعضاء مشتمل على مفسدة فوات النفس، وقطعها مشتمل على مفسدة الإتلاف للجزء، فوجب تقديم مفسدة فوات النفس لتعلقها بالكل على مفسدة الإتلاف المتعلقة بالجزء ارتكاباً لأخف الضررين، وأهون الشرين⁽³⁾.

المسألة 6: حكم إجهاض الجنين

الإجهاض في اللغة: مصدر أجهض، وأجهضت المرأة ولدها أسقطته ناقص الخلق⁽⁴⁾. وجاء في القاموس الفقهي: الإجهاض إسقاط الجنين، ناقص الخلق. وقد عرفه مجمع اللغة العربية في القاهرة بأنه: خروج الجنين من الرحم قبل الشهر الرابع⁽⁵⁾. ومعناه عند الفقهاء: لا يخرج عن المعنى اللغوي، ولكنهم يعبرون عنه في أكثر الأحيان بالإسقاط، والطرح والإلقاء والإملاص⁽⁶⁾.

(1) القواعد الفقهية للزرقاء، ص 203. وانظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء لمحمد خالد منصور، ص 167 وما بعدها.

(2) تهذيب الفروق محمد علي حسين (1/ 210).

(3) انظر: قواعد الفقه للمجددي، ص 140، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص 145 - 149.

(4) انظر: المصباح المنير مادة (ج هـ ض) (1/ 156)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 38.

(5) انظر: القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص 72.

(6) انظر: الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة الرابعة (1414هـ - 1993م)، (2/ 56). الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، للدكتور أحمد عمرو الجابري، ص 79 وما بعدها.

واعلم أن الأصل في الإجهاض هو الحرمة. ونسبة الحرام تزداد كلما استقرت حياة الجنين⁽¹⁾، ففي الأيام الأربعين الأولى يكون الإجهاض أخف حرمة، وبعد الأربعين تشتد الحرمة، ولا يجوز الإجهاض إلا للأعذار التي يقدرها الفقهاء على حسب كل حالة، وتتضاعف الحرمة بعد مائة وعشرين يوماً، وفي هذه الحالة لا يجوز الإجهاض إلا عند الضرورة القصوى، والتي تقدر بقدرها.

يقول الدكتور القرضاوي: (وأرى أن الضرورة هنا تتجلى في صورة واحدة، وهي: ما إذا كان في بقاء الجنين خطر على حياة الأم؛ لأن الأم هي الأصل في حياة الجنين، والجنين فرع، فلا يضحى بالأصل من أجل الفرع، وهذا منطوق يوافق عليه - مع الشرع - الخلق والطب والقانون)⁽²⁾.

ويقول الشيخ محمود شلتوت حيال هذا الموضوع: (إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاء الجنين بعد تحقق حياته يؤدي لا محالة إلى موت الأم، فإن الشريعة بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين، فإذا كان في بقاءه موت الأم وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه، كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً)⁽³⁾.

وقد رأت اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية التي أصدرتها وزارة الأوقاف الكويتية جواز إسقاط الجنين - وإن نفخ فيه الروح - إذا كان ذلك هو السبيل الوحيد لإنقاذ أمه من هلاك محقق، وأن الحفاظ على حياة الأم إذا كان في بقاء الجنين في بطنها خطر عليها أولى بالاعتبار، لأنها الأصل وحياتها ثابتة بيقين⁽⁴⁾.

إلا أن بعض الفقهاء لم يجوز الإجهاض، وهاك نصاً يؤكد ذلك، ففي كتب الحنفية: (إمرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن إخراجها، إلا بقطعها أرباعاً، ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت.. قالوا: إن كان الولد ميتاً فلا بأس به، وإن كان حياً لا يجوز؛ لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع)⁽⁵⁾.

ولكن هؤلاء الأفاضل غفلوا عن القاعدة الشرعية التي تقول: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، وأن العمل يكون بارتكاب أخف الضررين، وأهون المفسدتين، فحياة الأم

(1) راجع ملخص مداوات اللجنة الفقهية الطبية لجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الأردن حول الإجهاض، ونشرت ضمن كتاب صدر عن الجمعية بعنوان: قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، (1/313).

(2) فتاوى معاصرة، للشيخ يوسف القرضاوي، (2/602). وانظر في الأسباب الطبية الداعية إلى الإجهاض كتاب الأحكام والفتاوى لكثير من المسائل الطبية، للدكتور علي بن سليمان الرميخان، الطبعة الثانية 1409هـ، دار الوطن للنشر - الرياض - السعودية ص 47 - 51. والجديد في الفتاوى الشرعية ص 92.

(3) فتاوى الشيخ محمود شلتوت ص 265.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية (2/57).

(5) البحر الرائق لابن نجيم (8/233). واعلم أن من فقهاء الحنفية من يميز الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين، إذا كان ذلك بموافقة الزوجين، انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام (2/495)، حاشية ابن عابدين (1/302).

محققة أما حياة الجنين فموهومة، ولا شك أن إهدار حياة الأم المحققة أكبر ضرراً من إهدار حياة الجنين الموهومة.

والراجح أن الجنين بعد استكمال أربعة أشهر إنسان حي كامل. فالجناية عليه كالجناية على طفل مولود، فلا يجوز الإجهاض، إلا إذا كان استمرار الحمل سيؤدي إلى وفاة الأم حسب رأي لجنة من الأطباء ذوي الخبرة والعدالة، للقاعدة الفقهية «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

وهذا قرار مجلس المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي يؤكد ذلك:

أولاً: إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً لا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة إلا إذا ثبت بتقرير لجنة من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوهاً أم لا دفعاً لأعظم الضررين

ثانياً: قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقة، وبناء على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المخبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج وأنه إذا بقي وولد في موعده ستكون حياته سيئة وآلاماً عليه وعلى أهله فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين⁽¹⁾.

المسألة 7: حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة لعلاج بعض الأمراض

هناك من خرّج بعض العلاج بالأجنة المجهضة على قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

من هؤلاء الدكتور مأمون الحاج إبراهيم⁽²⁾ الذي قال: (أما الناحية العلاجية - أي للأجنة المجهضة - فتركز إمكانية الاستفادة منها في المجالات الآتية:

1 - الأجنة المجهضة: وهي غالباً ما تكون متفتتة وغير صالحة للإفادة منها، كما ذكرت سابقاً، أما حالات الإجهاض المتقدم أو السقط فيمكن الاستفادة من بعض أعضائها ونقلها إلى حي، ونحن نعلم أن الفتوى الشرعية أجازت نقل أعضاء الميت إلى الحي وفي هذا إبقاء لها في استدامة الحياة لحي.

وحيث إن «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» فالأولى الأخذ من الجنين المجهض، وهذا ضرر أخف ويستفاد الآن من بعض أعضاء الأجنة المجهضة مثل غدة البنكرياس في علاج حالات

(1) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، بتاريخ 17 فبراير 1990. انظر مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة 11/ العدد 28/ 1416هـ - 1996. ص 196 وما بعدها.

(2) الدكتور مأمون الحاج إبراهيم، رئيس قسم أمراض النساء والولادة بمستشفى الولادة بالكويت، وعضو خبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

مرض البول السكري والنقي العظمي في حالات سرطان الدم، ويلاحظ أنه لم تنجح حتى الآن عمليات نقل الأعضاء كالكلية والكبد والقلب لصغر حجمها⁽¹⁾.

وقد وافقت هيئة علماء مجمع الفقه الإسلامي على هذه الاستفادة على أن تكون من إجهاض طبيعي غير متعمد، وتكون مثل هذه العمليات بعيدة عن الأغراض التجارية⁽²⁾.

مسألة 8: حكم إجهاض الجنين المصابة أمه بالإيدز

إذا حملت الأم بجنينها، ولم تبلغ فترة الحمل مائة وعشرين يوماً، أي لما يتم نفخ الروح فيه، فإن العلماء اختلفوا في إجهاضه، إلا إذا تحول الجنين إلى خطر محقق بالأم.

أما بعد نفخ الروح، وتجاوزت فترة الحمل مائة وعشرين يوماً، فإن الفقهاء أجمعوا على تحريم إسقاط الجنين، جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي⁽³⁾، (إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً لا يجوز إسقاطه، ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء أكان مشوهاً أم لا، وذلك عملاً بالقاعدة: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً»). وقاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»⁽⁴⁾.

وفي بيان وجه تحريم المسألة على القاعدة الفقهية أقول: اعلم أن في هذه المسألة حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يتجاوز عمر الجنين مائة وعشرين يوماً، ولم تنفخ فيه الروح، فإن العلماء اختلفوا في إسقاطه، إلا إذا كان يشكل خطراً حقيقياً على الأم، لأنه - حينئذ - يُرجح الضرر المحقق على الأم وهو أعظم، على الضرر الواقع على الجنين وهو اتلافه لأن فيه مضنة أن يكون ضرره أكثر من نفعه، في حالة ما إذا كان دمه ملوثاً بالفيروس القاتل. والفقهاء قرروا بأن الجنين إذا لم تنفخ فيه الروح، فالأصل أن إجهاضه إفساد وإتلاف، والإتلاف يختلف حكمه باختلاف الشيء المتلف، فقد يكون الإتلاف واجباً إذا كان المتلف ضرره أكثر من نفعه. أما بعد نفخ الروح فالجنين آدمي محترم له حق الحياة، وليس لأحد أن يجرمه منها⁽⁵⁾.

(1) انظر: بحثه "الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، (3/ 1819 - 1820).

(2) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي بمجلة المجمع العدد 6 (3/ 2153 - 2154).

(3) التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، بتاريخ 17 فبراير 1990. انظر مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة 11/ العدد 28/ 1416 هـ - 1996. ص 196 وما بعدها.

(4) راجع بحث (مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية)، د/ سعد بن مسعد الشبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (3/ 267 - 268).

(5) راجع اختلاف الفقهاء في مسألة الإجهاض في بحث الدكتور محمد نعيم ياسين: حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي في كتابه أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ص 191 - 223.

الحالة الثانية: إذا نفخت الروح في الجنين فالعلماء أجمعوا على تحريم اسقاط الجنين، لأن الضرر لا يزال بمثله، اللهم إلا إذا شكل الجنين خطراً محققاً بالأم، فحينئذ تقدم حياة الأم على جنينها عملاً بالقاعدة الفقهية: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً»، لأن حياة الأم أعظم ولا يضحى بها في سبيل إنقاذ الجنين لأنها أصله وقد استقرت حياتها، ولها حقوق وعليها واجبات، بخلاف الجنين فإن حياته لم تستقل ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات، فإسقاطه أخف ضرراً من نفويت حياة الأم والله أعلم.

المسألة 9: حكم الكحت أو توسيع عنق الرحم

وجراحة الكحت يقصد منها: (توسيع عنق الرحم في النساء، بقصد فحص جدران الرحم، أو تنظيفها، أو كشط غشائها المخاطي)⁽¹⁾.

وهذه العملية تتم تحت التخدير العام، أو التخدير الجزئي (الموضعي)، حسب الحاجة، فيقوم الطبيب بإدخال آلة الكحت الجراحية عبر قناة الرحم، ويقوم بكحت الطبقة الرقيقة الموجودة على جدار الرحم الداخلي، ويلجأ إلى هذه العملية في حالات النزيف الرحمي الحاد، أو إخراج المشيمة بعد الولادة، أو إخراج الجنين المتبذ⁽²⁾، أو غير ذلك من الفحوصات.

فهذه الحالات وما في حكمها توفرت فيها الأسباب الوجيهة للترخيص بفعل هذا النوع من الجراحة، ولكن يشترط لجواز فعل مهمة الكحت أن يتعذر علاج هذه الحالات بالبدائل الأخرى، فإذا تعذر ذلك، أو كانت البدائل تتضمن مفسدة أعظم من مفسدة كشف العورة، والإيلاج في الفرج، فإنه يسوغ حينئذ العدول عنها إلى فعل الكحت للقاعدة الشرعية: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»⁽³⁾.

مسألة 10: تحريم الاستنساخ البشري⁽⁴⁾

من مبررات القائلين بالاستنساخ البشري، أنه ذو فوائد في علاج الأمراض والعيوب، لكن المختصين في مجال الطب، يقولون أن استخدام الاستنساخ البشري لمعالجة الأمراض سيجلب مفسدات أعظم وأمراض وعيوب أشد وأخطر، فبقاؤها أفضل بكثير من علاجها بتقنيات الاستنساخ البشري، للقاعدة الشرعية: «الضرر الأخف يرتكب لدرء الضرر الأعظم»، و«المفاسد إذا تعارضت روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها»⁽⁵⁾.

(1) مجموعة من الأطباء، الموسوعة الطبية (1089/5).

(2) المتبذ من التبذ وهو إلقاء الشيء وطرحه لقلّة الاعتداد به، انظر: المصباح المنير (ن ب ذ) (2/810)، التوقيف على مهمات التعريف، ص 690، القاموس الفقهي، ص 346.

(3) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقبي، ص 410.

(4) سبق تعريفه في ص؟؟؟ من الأطروحة.

(5) انظر بحث "المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب" للدكتور عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (3/171 - 172).

المسألة 11: حكم تشريح جثث الموتى لتدريب الأطباء

هذه المسألة هي من النوازل الفقهية الجديدة التي لم ينص عليها الفقهاء المتقدمون، فالأطباء في هذا العصر يحتاجون أثناء تعلمهم للجراحة الطبية إلى تدريب عملي في تشريح جثث الموتى وهو ما يسمى بجراحة التشريح، يتمكنون بواسطتها من الإلمام بعلم الجراحة نظريا وعمليا، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية لا تجيز التمثيل بجثث الموتى، فما هو إذا حكم جراحة التشريح؟

إنَّ تعلم الجراحة الطبية وغيرها من فروع الطب هو في الأصل من الفروض الواجبة على الأمة،⁽¹⁾ فيجب على طائفة منها سدّ حاجة الأمة إلى هذه العلوم النافعة، وتحقيق هذا الواجب متوقف على التشريح الذي يمكن بواسطته فهم الأطباء للعلوم النظرية تطبيقا، فيعتبر مشروعا وواجبا من هذا الوجه⁽²⁾.

وهذا ما أقرته كثير من الهيئات والمجامع الفقهية منها:

- المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بمكة المكرمة⁽³⁾.
- هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية⁽⁴⁾.
- لجنة الإفتاء بالأزهر الشريف بمصر⁽⁵⁾.
- لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية⁽⁶⁾.
- واختاره عدد من العلماء والباحثين⁽⁷⁾.

ومن أدلتهم قاعدة:

«إذا تعارضت مصلحتان قدم أقواهما، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما تفاقيا لأشدّهما»⁽⁸⁾.

(1) انظر: قضايا فقهية معاصرة، لمحمد برهان الدين السنبهلي، ص 57.

(2) شفاء التباريح لليعقوبي ص 89.

(3) الدورة العاشرة، صفر 1408هـ.

(4) الدورة التاسعة، 1396هـ - 1976م، قرار 47 بتاريخ 20/8/1396هـ.

(5) صدرت هذه الفتوى بتاريخ 29/2/1971م.

(6) صدرت هذه الفتوى بتاريخ 20/5/1397هـ.

(7) منهم الشيخ يوسف الدجوي، والشيخ حسين مخلوف، والشيخ ابراهيم يعقوبي، والشيخ أحمد حماني في فتاويه (2/445)، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، والدكتور محمود ناظم، والدكتور محمود علي السرطاوي. مجلة الأزهر، سنة 1354هـ، المجلد السادس (1/472). الدكتور مصطفى الزرقاء، فتاوى مصطفى الزرقاء، ص 230. وانظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 170.

(8) تشريح جثة المسلم، من بحوث اللجنة الدائمة للبحوث العلمية، مجلة البحوث العلمية، التابعة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، المجلد 1، العدد الرابع ص 44.

ووجه تطبيق هذه القاعدة: أن المصلحة المترتبة على تشريح جثث الموتى لغرض التعليم تعتبر مصلحة عامة راجعة إلى مجموع الأمة، وذلك لما يترتب عليها من تعلم التداوي الذي يمكن بواسطته دفع ضرر الأسقام والأمراض عن المجتمع وحصول السلامة بإذن الله تعالى لأفراده.

ومصلحة الامتناع من التشريح تعتبر مصلحة خاصة متعلقة بالميت وحده، وبناء على ذلك فإنه تعارضت عندنا المصلحتان، ولا شك في أن أقواهما المصلحة العامة المتعلقة بالجماعة والتي تتمثل في التشريح فوجب تقديمها على المصلحة الفردية المرجوحة⁽¹⁾.

ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، كما يتحمل الضرر الأخف لإزالة الضرر الأشد، فقولهم - أي قول العلماء في القواعد - : «الضرر لا يزال بالضرر»، إذا كانا متماثلين، أما إذا كان أحدهما عاماً، والآخر خاصاً، فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وكذلك إذا كان أحدهما أخف من الآخر، فإنه يتحمل الأخف لإزالة الأشد، ومن هذا القبيل إذا تعارضت مفسدتان، كهتك حرمة الميت مثلاً، وتلف إنسان حي يمكن تلافي هلاكه بارتكاب هتك حرمة الميت، لأنها أخف، والأولى أعظم، والحي أفضل من الميت⁽²⁾.

(وقواعد الدين الإسلامي القويم مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة تفويتها أشد من هذا الضرر)⁽³⁾.

وجاء في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي: (إن تشريح جثث الموتى جائز، وإنه يعتبر ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها في كثير من الأحوال، ومفسدة انتهاك كرامة الجثة المشرحة مغمورة في جنب المصالح الكثيرة والعامة المتحققة بالتشريح. ومعلوم أن من القواعد الشرعية **تحمل الضرر الأخف** قصد جلب المصلحة تفويتها من ذلك الضرر، وكذلك كان الشارع الحكيم قد أوجب على الأمة تعلم فريق منها الطب وكان ذلك لا يتم إلا بالتشريح، فإن هذا يكون مما تقتضيه الضرورة، ويباح للأساتذة والطلاب ممارسة هذه الوظيفة على جثث الموتى)⁽⁴⁾.

وهناك من العلماء من رام الترجيح سالكاً منهج التفصيل بين أنواع التشريح على النحو الآتي:

أ - التشريح الجنائي: والذي يقصد منه كشف الجريمة ومعرفة ملابساتها، لمعرفة الجنائي من البريء، فهنا يتعين الجواز لما فيه من مصلحة راجحة على المفسدة المرجوحة.

(1) المصدر السابق، وشفاء التبايح والأدواء لليعقوبي ص 96. وفتوى الشيخ حسين مخلوف منشور نصها في كتاب "علم التشريح" د. محمد علي البار ص 64. حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د/ عبد العزيز خليفة القصار، ط 1، 1420 - 1999م، دار ابن حزم، ص 39 - 40.

(2) انظر: نقل الأعضاء بين الطب والدين لمحمد الذهبي، ص 13، شفاء التبايح والأدواء، لليعقوبي، ص 40 - 41.

(3) فتاوى دار الإفتاء المصرية نقلا عن فتاوى الشيخ أحمد حماني (2/451).

(4) القرار الصادر بتاريخ 12/7/1406هـ - 22/3/1986م.

(والقول بالجواز في هذه الحالة فيه صيانة للحكم عن الخطأ، وصيانة لحق الميت الأيل إلى وارثه، وصيانة لحق الجماعة من داء الاعتداء، وتحقيق هذه المصالح غلب ما يحيط بالتشريح من هتك حرمة الميت، والقاعدة الشرعية تقول: «يدفع الضرر الأعلى بالضرر الأقل»⁽¹⁾.

ب- التشريح المرضي: وهو في حكم النوع الأول لما فيه من مصلحة عامة راجحة ظاهرة⁽²⁾.

ج- أما التشريح التعليمي: الذي يقوم به طلبة الطب بتشريح جثث الإنسان لغرض التعلم ومعرفة وظائف الأعضاء، وغير ذلك مما يحتاجونه في مختلف المراحل الدراسية. فالمختار عند بعض الباحثين المعاصرين كالدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد⁽³⁾ والدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي⁽⁴⁾، أنه لا يجوز تشريح جثة المسلم للغرض التعليمي، ويكتفى في ذلك بجثة الكافر عند الحاجة.

المسألة 12: نقل الأعضاء البشرية من ميت إلى حي

ذهب جمهور العلماء المحدثين⁽⁵⁾ إلى جواز ذلك تخريجاً على القاعدة الفقهية:

«إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»⁽⁶⁾.

وجه التخريج على القاعدة: أن القاعدة دلت على أنه إذا وقع التعارض بين مفسدتين فإننا ننظر إلى أيهما أشد فنقدمها على التي هي أخف منها.

وفي مسألتنا هذه وقع التعارض بين مفسدة أخذ العضو من الميت وانتهاك حرمة، وتشويه جثته، وبين مفسدة هلاك الحي المتبرع له، ولا شك أن مفسدة هلاك الحي المتبرع له - المريض - أعظم من المفسدة الواقعة على الشخص الميت المتبرع، فتقدم حيثئذ لأنها أعظم ضرراً وأشد خطراً.

يقول الدكتور التنشة بعد إيرادها للقاعدة: (والضرر الأشد هنا يتمثل في بقاء الإنسان الحي عرضة للمرض الشديد وللهلاك المتوقع، والضرر الأخف هنا يتمثل في أخذ شيء من أجزاء الميت لعلاج الإنسان الحي، فحرمة الحي أكد من حرمة الميت)⁽⁷⁾.

(1) انظر: بحث التشريح الجثثاني للدكتور بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 4 (1/174)، وفتاوى الشيخ أحمد حماني - رحمه الله - (2/446).

(2) انظر: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي للدكتور عقيل بن أحمد العقيلي ص 17 - 18.

(3) انظر: بحث الدكتور بكر أبو زيد مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي العدد 4 (1/174).

(4) أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 179. واعلم أن التقدم العلمي ابتكر مجسمات (الموديل أو الشبح) وهي من الوسائل البديلة عن تشريح الجثث الحقيقية، ثم أن هذا البديل قد يفوق من حيث القيمة المادية قيمة الجثث البشرية، مما جعل أمريكا، ودول أوروبا تتوقف عن تشريح الأدميين بغرض التعليم الطبي، واستغنت عنه بالمجسمات المحاكية لجسم الإنسان.

(5) انظر ص؟؟؟ من الأطروحة

(6) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 783.

(7) انظر: المسائل الطبية المستجدة للتنشة (2/122).

المسألة 13: حكم نقل كلية من أخ مجنون مولى عليه إلى أخ سليم.

ما يتعلق بنقل الكلية من أخ مجنون مولى عليه إلى أخ سليم، هذه المسألة أثارها الدكتور عبد الستار أبو غدة وخرجها على القاعدة الفقهية المعروفة وهي قاعدة «المولى عليه إذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر»⁽¹⁾، لكن الشيخ أحمد علي طه ريان⁽²⁾، من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي، ناقشه فيها معتمداً على قاعدة العمل بأهون الشرين وأخف الضررين، وهذا نصّ كلامه:

(أقول فيها تفصيل؛ لأن الولي قد يكون ولياً أيضاً على الطفل الآخر وعن الأخ الآخر، ففي هذه الحالة تتغير القاعدة، بدل أن نجري عليه القاعدة العامة نجري عليه قاعدة «ارتكاب أخف الضررين» بمعنى إذا قال الأطباء: إن نقل الكلية من المجنون إلى الأخ السليم ليس فيه خطورة على الأخ المجنون، وفيها إنقاذ حياة الأخ الآخر الذي هو ليس بمجنون، حينئذ نبقي أمام القاعدة الهامة وهي قاعدة «ارتكاب أخف الضررين لدفع أعظمهما». وكما قلت: هذا مقيد بما إذا كان الأطباء قد قالوا: إن نقل الكلية من المجنون إلى الآخر ليس فيه خطورة على حياته.

أما إذا كان الأخ الآخر ليس في ولاية الولي بل قد يكون كبيراً، حينئذ تنتفي هذه القاعدة ونطبق القاعدة التي طبقها الأخ الدكتور عبد الستار وهي القاعدة الثلاثية «إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً أو نافعاً نفعاً محضاً أو يتردد بين الضرر والنفع»⁽³⁾.

وفي هذا الموضوع قرار لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، وفيه:

(يشترط إذن المريض للعلاج إذا كان تام الأهلية، فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها اعتبر إذن وليه حسب ترتيب الولاية الشرعية ووفقاً لأحكامها التي تحصر تصرف الولي في ما فيه منفعة المولى عليه ومصالحته ورفع الأذى عنه.

على أنه لا يعتبر بتصرف الولي في عدم الإذن إذا كان واضح الضرر بالمولى عليه، وينتقل الحق إلى غيره من الأولياء، ثم إلى ولي الأمر)⁽⁴⁾.

المسألة 14: حكم نقل قرنية العين

أفتت الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية بجواز نقل قرنية عين الإنسان معتمدين في ذلك على القاعدة الفقهية «ارتكاب أخف الضررين»، جاء في نص الفتوى:

(1) لم أعر على هذه القاعدة في كتب القواعد الفقهية التي وقفت عليها.

(2) عضو مشارك في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) انظر مناقشة الشيخ أحمد علي طه ريان للشيخ عبد الستار أبو غدة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، (3/718 - 719).

(4) انظر القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، (3/732).

(جواز نقل قرنية عين إنسان بعد التأكد من موته وزرعها في عين إنسان مسلم مضطر إليها؛ وغلب على الظن نجاح عملية زرعها ما لم يمنع أولياؤه، وذلك بناء على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين، وإثار مصلحة الحي على مصلحة الميت، فإنه يرجى للحي الإبصار بعد عدمه والانتفاع بذلك في نفسه ونفع الأمة به، ولا يفوت على الميت الذي أخذت قرنية عينه شيء، فإن ذلك إلى الدمار والتحول إلى رفات، وليس في أخذ قرنية عينه مثلة ظاهرة)⁽¹⁾.

المسألة 15: وجوب التفريق بين زوجين أحدهما مصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (AIDS)

إذا ثبت بالدليل العلمي الطبي، إصابة أحد الزوجين بمرض معدي خطير مميت كمرض الإيدز، أو فيروس قاتل، فإنه يجوز إعطاء السليم منهما حق الفرقة، دفعاً للضرر المتوقع، عملاً بالقاعدة الفقهية: «إذا تعارضت مفسدتان روعي دفع أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما».

وبيان ذلك: إنه لا يخفى على عاقل أن التفريق بين الزوجين فيه مفسد كثيرة منها ما يلحق الزوجة، ومنها ما يلحق الزوج، ومنها ما يلحق الأولاد، ومنها ما يلحق المجتمع، وهذه المفسد مرتبطة بالدرجة الأولى بالحفاظ على النسل وهو أحد الكليات الخمس.

أما مفسدة بقاء الزواج قائماً وما يترتب عليه من مخاطر انتقال العدوى إلى الزوج الآخر، أو الأبناء، وانتهاء ذلك بالموت، فهي مفسدة أعظم وأكبر من بقاء رابطة الزواج قائمة، لأن فيه تفويت كلية الحفاظ على النفس، والحفاظ على النفس مقدم على الحفاظ على النسل، عند التعارض كما هو مقرر في علم المقاصد.

وقد عرض الدكتور سعود بن مسعد الشبتي المسألة مع بيان مذاهب العلماء، ثم رجح الرأي القائل بمشروعية حق الفرقة بين الزوجين، قال: (الناظر في مقاصد الإسلام الكلية وقواعده العامة وما اشتملت عليه الأدلة من جلب للمصالح ودفع للمفاسد يترجح عنده أن إعطاء حق الفراق يعطى لكل من الزوجين؛ لأن الأدلة آمرة بحفظ المال ناهية عن ضياعه، محرمة لأكل أموال الناس بالباطل، ولا شك أن من لم يعط كلا الزوجين حق الردّ بالعيب أو الفراق إذا حدث بعد العقد كان سبباً في إضاعة ماله وقد خالف القواعد الكلية التي تمنع الضرر كقاعدة (الضرر يزال).

فإن قيل: إن في إعطاء السليم حق الفرقة ضرر على الآخر، وقاعدة: «الضرر لا يزال بالضرر» شاهد على ذلك، قيل بوجود قاعدة أخرى تخصص هذه القاعدة وهي: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف». وقاعدة: «إذا تعارضت مفسدتان روعي دفع أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»⁽²⁾.

(1) قرار رقم 62 الصادر في 25 / 10 / 1398هـ، انظر الأحكام والفتاوى الشرعية لكثير من المسائل الطبية للدكتور علي بن سليمان الرميحان، الطبعة الثانية 1419هـ، دار الوطن للنشر - الرياض - السعودية، ص 54 - 55.

(2) انظر: بحث "مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية" للدكتور سعود بن مسعد الشبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، (3/ 265). وكذلك العدد التاسع، (4/ 414 - 415).

وإذا ظن البعض أن هذا الأمر فيه تكلف ومشقة على الراغبين في الزواج، فإن التأكد من السلامة أمر أكثر أهمية حتى لا يقع ما يندم عليه، وكل ذلك يخضع تحت قاعدة «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، ويقال: «إذا تعارض مفسدتان روعي عظمهما بارتكاب أخفهما»⁽¹⁾.

المسألة 16: وجوب المحافظة على سر المريض إلا في حالات

إن إذن المريض بالتداوي وتلقي العلاج في مستشفى أو مَصْحَة أو عيادة يفرض تلقائياً المحافظة على سر هذا المريض وبالتالي لا يجوز إفشاء ذلك السر إلا في حالات محددة... ولا بد من إذن المريض في معظم هذه الحالات.

وقد جاء في توصية ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقدة في الكويت⁽²⁾: (يستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها.

حالات يجب إفشاء السر فيها بناء على قاعدة «ارتكاب أهون الضررين».

وهذه الحالات نوعان:

1 - ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.

2 - ما فيه درء مفسدة عن فرد)⁽³⁾.

المسألة 17: إباحة العزل دفعا للضرر

إذا قرر الأطباء المتخصصون أن في الحمل خطراً على حياة الأم، ففي هذه الحالة يجوز لها منع الحمل بأن يعزل⁽⁴⁾ عنها زوجها، والعزل فيه ضرر يلحق الزوج وكذا الزوجة لعدم تمكنهما من تمام الاستمتاع، من جهة، ولضياع فرصة الإنجاب من جهة أخرى، إلا أن هذا الضرر يهون في سبيل دفع ضرر أكبر منه وهو فوت حياة الزوجة، عملاً بالقاعدة «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

القاعدة السادسة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام⁽⁵⁾

التعريف بالقاعدة

وردت كذلك بصيغة: «دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص»⁽⁶⁾.

(1) انظر: بحث "الأسرة ومرض الإيدز" للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد9، (4/ 463).

(2) في 20 شعبان 1407هـ / 18 إبريل 1987م.

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد7، (3/ 585).

(4) العزل: هو صرف الماء عن المرأة حذراً عن الحمل. انظر التعريفات للجرجاني ص155.

(5) مجلة الأحكام العدلية المادة: 26، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص96، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص143، الوجيز للبورنو، ص263، القواعد الفقهية للندوي، ص422، موسوعة القواعد الفقهية (12/ 271).

(6) انظر: تيسير التحرير في أصول الفقه، لأمير باد شاه (1/ 301).

وهي تدخل تحت قاعدة «اختيار أهون الضَّرين»، وكلاهما متفرعة عن القاعدة الكبرى «لا ضرر ولا ضرار»

كما أنها تعتبر قيداً لقاعدة «الضَّرر لا يزال بمثله»، أي: لا يزال الضرر بالضرر، ولكن إذا كان أحدهما عاماً والآخر خاصاً، فحينئذ يتحمَّل الضَّرر الخاص لدفع الضَّرر العام.

معنى القاعدة

الضَّرر الخاص: هو الذي يصيب فرداً أو أفراداً منحصرين.

الضَّرر العام: هو ضرر يصيب مجموع الأمة، أو عدداً من النَّاس غير منحصر⁽¹⁾.

والقاعدة تجري في مسائل تتراوح بين ضررين خاص وآخر عام، وباعتبار أن الضرر العام يمس المصلحة العامة، فهو أولى بالنفي والإزالة، في مقابل التضحية بالمصلحة الخاصة.

وهي قاعدة عامة مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد، استخرجها الفقهاء من الإجماع ومعقول النصوص⁽²⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - تحريم الاحتكار

مسألة الاحتكار⁽³⁾ هي من المسائل القديمة الجديدة. فهي جديدة لكونها واقعية، وعملية في كل زمان ومكان، وهي قابلة للأخذ والردّ حسب الأشياء التي يجري فيها الاحتكار، مع مراعاة الظروف والملابسات المحيطة بها. وقد روي في النهي عن الاحتكار نصٌّ عن النَّبي ﷺ «من احتكر فهو خاطيء»⁽⁴⁾.

(1) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (12/ 271).

(2) الوجيز للبورنو، ص 263.

(3) الاحتكار في اللغة: أصله الحُكْر من الجمع والإمساك، وهو بكسر التاء: حبس الطعام للغلاء. والحُكْر اسم له. أما شرعاً فقبيل: اشتراء قوت البشر والبهائم، وحبسه إلى الغلاء. وقيل: الاحتكار حبس الطعام ونحوه مما يؤكل واحتباسه، وانتظار وقت الغلاء به. ومدّة الحبس أربعون يوماً، وقيل شهراً، وقيل سنة. وعرفه الدكتور فتحي الدريني فقال: (الاحتكار هو حبس مال أو منفعة أو عمل، والامتناع عن بيعه وبذله حتى يغلو سعره غلاءً فاحشاً غير معتاد، بسبب قلته، أو انعدام وجوده في مظانه، مع شدة حاجة النَّاس أو الدولة أو الحيوان إليه) أو (جمع وحبس السلع والخدمات من أجل الإغلاء على النَّاس المستهلكين)، أما حكمه فقد بيّناه في صلب البحث. انظر على التوالي: التعريفات للجرجاني ص 10، القاموس الفقهي ص 95 - 96، المعجم الاقتصادي الإسلامي، للدكتور أحمد الشرباصي، ص 19، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب للدريني، ص 90، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، علي بن محمد الجمعة، ص 30.

(4) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات (3/ 1227) رقم: 1605، وابن ماجه في السنن (2/ 729) رقم: 2154.

إلا أننا وجدنا من السلف من كان يمتكر، فقد قيل لسعيد بن المسيب⁽¹⁾ إنك تحتكر، فقال: إن معمراً⁽²⁾ الذي كان يحدث بهذا الحديث كان يمتكر.

وقد وجدنا من كلام الإمام المازري⁽³⁾ ما يرفع هذا التضارب، يقول رحمه الله معلقاً على كلام سعيد بن المسيب: (أصل هذا مراعاة الضرر، فكل ما أضرَّ بالمسلمين وجب أن ينفي عنهم. فإذا كان شراء الشيء بالبلد يُغلي سعر البلد، ويضر بالمسلمين منع المحتكر من شرائه نظراً لإقبال المسلمين عليه، كما قال العلماء: "إنه إذ احتيج إلى طعام رجل، واضطرَّ الناس إليه ألزم بيعه منهم، فمراعاة الضرر هي الأصل في هذا".

وقد قال بعض أصحاب مالك: (إن احتكار الطعام ممنوع على كل حال؛ لأن أقوات الناس لا يكون احتكارها أبداً إلاً مضراً بهم).

ومَحْمَل ما روي عن رواية هذا الحديث من أنهم كانوا يمتكرون، أنهم احتكروا ما لا يضر بالناس، وحَمَلُوا قول النبي ﷺ على ذلك، وحمله على هذا يؤكد ما قلناه⁽⁴⁾.

ويقول الإمام النووي رحمه الله في بيان الحكمة من تحريم الاحتكار: (الحكمة في تحريم الاحتكار، دفع الضرر عن عامة الناس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام، واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره، أُجبر على بيعه دفعاً للضرر على الناس)⁽⁵⁾.

(1) سعيد بن المسيب: هو سعيد بن المسيب بن حزن القرشي المخزومي، من كبار التابعين، سمع عثمان وعلياً وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة، وعنه إدريس بن صبيح وعمرو بن شعيب وقتادة وغيرهم، توفي سنة 93هـ.

انظر ترجمته: تهذيب التهذيب (84/4)، التاريخ الكبير (510/3)، البداية والنهاية (99/9)، تذكرة الحفاظ (51/1)، سير أعلام النبلاء (217/4)، وفيات الأعيان (375/2)، شذرات الذهب (102/1).

(2) معمر بن عبد الله بن فضالة: مَعْمَرُ بن عَبْدِ الله بن فضالة بن عَزْزَى بن حُرْثَانَ بن عَوْف بن عَيْد بن عَوِيح بن عَدِيّ بن كعب القرشي العدوي. وقال ابن المديني: هو مَعْمَر بن عبد الله بن نافع بن فضالة. أسلم قديماً وهاجر إلى الحبشة الهجرة الثانية، وتاخَّرت هجرته إلى المدينة، وقدمها مع أصحاب السفينتين من الحبشة عاش عمراً طويلاً. يعد في أهل المدينة. وهو الذي حلق شعر رسول الله ﷺ في حَجَّة الوداع. روى عن النبي وعن عُمر بن الخطَّاب، وروى عنه: بشر بن سعيد، وسعيد بن المسيب وعبد الرَّحْمَن بن جَبْرِ المصْرِيُّ ومولاه عبد الرَّحْمَن بن عَقْبَةَ العدوي. انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى (101/4)، أسد الغابة في معرفة الأصحاب (173/4)، تهذيب الكمال (425/17)، تهذيب التهذيب (596/5)، تقريب التهذيب (266/2).

(3) المَازَرِي: هو أبو عبد الله محمد بن علي التميمي المازري نسبة إلى (مازر)، وهي مدينة في جزيرة صقلية من كبار فقهاء المالكية، أخذ عن أبي الحسن اللخمي وعبد الحميد الصائغ، وعنه عبد الله بن تومرت وأبو عبد الله الشليبي، وابن الحداد، من مؤلفاته: المعلم بفوائد مسلم، وشرح التلقين في الفروع، والكشف والإنباء في الرد على الأحياء للغزالي، وإيضاح الحصول في علم الأصول، وشرح البرهان، توفي بالمهديّة سنة 536هـ.

انظر ترجمته في: الديباج (250/2)، وفيات الأعيان (285/4)، والأعلام (277/6)، سير أعلام النبلاء (104/20)، شجرة النور ص (127)، شذرات الذهب (114/4).

(4) المعلم بفوائد صحيح مسلم للمازري (2/322 - 323).

(5) شرح النووي على مسلم (43/11)، وانظر غمز عيون البصائر للحموي (1/274 - 275).

ويظهر من كلام العلماء أن تحريم الاحتكار يكون حسب ظروف وأحوال الناس، فإذا لحق ضرر عام بمجموع الناس يُحرّم الاحتكار، ويُتحمل الضرر الخاص، لدفع الضرر العام.

يقول الدكتور أحمد الندوي: (ومن الجدير بالذكر - في ضوء التطور الاقتصادي المدهش، وتنامي ضروريات الحياة وتنوعها - أن الاحتكار اليوم يمكن أن يكون منشأ الضرر في كثير من المجالات الأساسية الأخرى، وفي هذه الحالة يترجح القول بتحريم الاحتكار لدفع الضرر العام المتحقق، فإن هناك سلعاً - ما عدا الأقوات - تعد من مقومات العصر الحديث، واستغلالها عن طريق الاحتكار ربما يؤدي إلى الشلل في حياة عامة الناس، ألا ترى أنه لو احتكر البترول محتكر مثلاً، ما ذا يكون مآل الناس في كثير من الشؤون الرئيسية والمتطلبات التي لا تقل أهميتها عن القوت، وكذلك لو احتكرت أجهزة التبريد في البلدان التي تشتد فيها الحرارة في الصيف، كيف يكون عناء الناس وعتتهم؟ ومن كل ذلك نخلص إلى أن موضوع تحقق الضرر العام ذو أهمية كبيرة، ولا بد من مراعاته حسب الملابسات والظروف، كما يتمثل ذلك في مسألة الاحتكار، ولتفادي تلك الأخطار جاز التسعير⁽¹⁾.

المسألة 2 - انتزاع الملكية للمصلحة العامة

تلجأ بعض الدول أو بعض الهيئات التابعة لها إلى نزع ملكية العقار لعموم المصلحة وذلك لتحقيق مصالح الخلق الضرورية في أعقاب تغير وجوه التعايش، وظهور المخترعات من السيارات، والقطارات، ونحوها، لتسهيل سبل التعايش، وتوفير الأمن، ونحو ذلك من المصالح، ومنه بناء المساجد، وتوسعتها، ومدّ الطرقات، وتشيد ما يخدم الصالح العام.

وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي هذه المسألة، وأصدر فيها قراراً مشروطاً بضوابط شرعية، واستند أعضاء المجمع في جواز نزع الملكية للمصلحة العامة على:

- عمل النبي ﷺ، وعمل الخلفاء الراشدين.

- بعض القواعد الفقهية، خاصة القاعدة الفقهية «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»⁽²⁾.

وجاء في نص قرار المجمع: (وفي ضوء ما هو مسلم في أصول الشريعة من احترام الملكية الفردية، حتى أصبح ذلك من قواطع الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، وأن حفظ المال أحد

(1) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية لندوي (79/1).

(2) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص 143. راجع على الخصوص بحث الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (911/2). وبحث الدكتور يوسف محمود قاسم، مجلة المجمع العدد الرابع (953/2).

الضروريات الخمس التي عرف من مقاصد الشريعة رعايتها، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها، مع استحضار ما ثبت بدلالة السنة النبوية وعمل الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم من نزع ملكية العقار للمصلحة العامة، تطبيقاً لقواعد الشريعة العامة في رعاية المصالح، وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة، وتحمل الضرر الخاص لتفادي الضرر العام.

قرر ما يلي:

أولاً: يجب رعاية الملكية الفردية وصيانتها من أي اعتداء عليها، ولا يجوز تضيق نطاقها أو الحد منها، والمالك مسلط على ملكه، وله في حدود المشروع التصرف فيه بجميع وجوهه، وجميع الانتفاعات الشرعية.

ثانياً: لا يجوز نزع ملكية العقار للمصلحة العامة إلا بمراعاة الضوابط والشروط الشرعية التالية:

- 1 - أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل.
- 2 - أن يكون نازعه ولي الأمر أو نائبه في ذلك المجال.
- 3 - أن يكون النزع للمصلحة العامة التي تدعو إليها ضرورة عامة أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والطرق والجسور.
- 4 - أن لا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه في الاستثمار العام أو الخاص، وألا يعجل نزع ملكيته قبل الأوان⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم عمل المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) في الأماكن العامة؟

ومن أمثلة هذه القاعدة طبيياً، عندما يقف الطبيب على مريض يحمل مرضاً معدياً كمرض فقدان المناعة المكتسبة⁽²⁾ وهو يعمل مثلاً في مطعم، ويعلم أن عمله هذا في المطعم قد يؤثر في سريان العدوى إلى الآخرين أو إلى رواد هذا المطعم، ففي هذه الحالة عندنا ضرر خاص وهو إفشاء السر (سرّ المريض)، وضرر عام وهو العيّد من الثّاس الذين يتعاملون مع هذا المطعم، فهنا لا بد أن يتعين الإخبار عنه ومنعه من البقاء في هذا المكان عملاً بقاعدة «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»⁽³⁾.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، (2/ 1797 - 1798)، طبعة 1408هـ - 1988م.

(2) مرض الإيدز أو السيدا، هو مرض نقص المناعة المكتسبة، وهو من الأمراض المستعصية في هذا العصر، وقد مات بسببه الملايين من البشر وما زال، ويتقل عن طريق الدم، والحمل والرضاع، والصلة الحممية بين الأم وطفلها، كما يتقل عن طريق العلاقات الجنسية، وتعاطي المخدرات عن طريق الحقن، انظر: بحث الدكتور جاسم علي جاسم مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي عدد 9 (4/ 459 وما بعدها)، وبحث الدكتور أحمد موسى الموسى، بنفس المجلة عدد 9 (4/ 493 وما بعدها).

(3) انظر: مناقشة موضوع أخلاقيات الطب، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 8، (3/ 380 - 381).

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراراً في شأن الحالات التي تستثنى من وجوب كتمان السر في العمل الطبي، ونص القرار: (..تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق إفشاءه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشاءه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها، وهذه الحالات على ضربين:

أ - حالات يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه.

وهذه الحالات نوعان:

- ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.
- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.
- ب - حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه:
- جلب مصلحة المجتمع.
- أو درء مفسدة عامة.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل..⁽¹⁾.

المسألة 2: حكم التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة

ثبت طبيّاً أن مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) لا ينتقل بالمعايشة العامة. و المراد بالمعايشة العامة المصافحة، والأكل والشرب، واللعب، واستعمال الأدوات والمراحيض، وغير ذلك.

وعليه فهناك من يرى عدم جواز عزل المريض بالإيدز وحرمانه من التعليم والعمل لا سيما إذا كان المريض يتصرف في حياته تصرفاً مسؤولاً لا يخشى منه الإضرار بغيره، فحقوقه العامة والخاصة لا يجوز المساس بها، ف: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾.

وانتقال مرض الإيدز بهذه الوسائل لم يحسم بعد عند الأطباء، إلا أن الأطباء أوصوا باحتياطات، فيها شدة وضرر على المريض، كمنع الطفل المصاب من اللعب مع غيره في المدرسة، أو استعمال الآلات الحادة وتبادلها بين سليم ومصاب لأن الأمر فيه مظنة انتقال المرض، وهذا عملاً بقاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»⁽³⁾.

(1) انظر قرار المجمع بمجلة المجمع، العدد8، (3/ 410).

(2) شرح القواعد الفقهية، للزرقاء، ص113.

(3) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص145. وراجع بحث (مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية)، د/ سعد بن مسعد الثبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد8، (3/ 290).

المبحث الثاني
أثر قواعد التيسير في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير⁽¹⁾

التعريف بالقاعدة: هذه القاعدة من القواعد الكبرى التي عليها مدار الفقه. وتتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته⁽²⁾، وقد ذكرتها أغلب كتب القواعد بهذا اللفظ، أو بما يؤدي معناه⁽³⁾، وقد ألفت فيها كتب مستقلة⁽⁴⁾. ويندرج تحت هذه القاعدة الكبرى عدد من القواعد منها ما هو بمعناها - أو مقارب لها - كقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، وقاعدة «إذا ضاق الأمر اتسع»، ومنها ما هو مقيد لها كقاعدة «الضرورة تقدر بقدرها»، وقاعدة «الاضطرار لا يبطل حق الغير»، ونحوهما⁽⁵⁾.

وذكر الدكتور علي أحمد الندوي⁽⁶⁾ أنها قاعدة فقهية أصولية⁽⁷⁾.

مفردات القاعدة: المشقة: هي التعب من قولك شقَّ عليَّ الشيء يشقُّ شقاً مشقةً إذا تعبك، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أُنْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بَلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾⁽⁸⁾، أي تعبها، ومن معاني المشقة الانكسار، والجهد، والعناء⁽⁹⁾.

(1) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (2/2 - 14)، أشباه ابن السبكي (1/48 - 49)، المشور (3/169)، أشباه السيوطي ص76، أشباه ابن نجيم ص84، المجلة المادة رقم: 17، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص105، موسوعة القواعد الفقهية (10/632)، موسوعة القواعد والضوابط (1/129).

(2) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص (102 - 110)، وأشباه ابن نجيم، ص 84 - 92.

(3) انظر: المراجع المتقدمة، والفروق (1/118)، القواعد للمقري (2/432)، القواعد الفقهية للندوي ص302 - 308.

(4) منها كتاب: «المشقة تجلب التيسير دراسة نظرية تطبيقية» للدكتور صالح بن سليمان اليوسف. ومؤلفات بعنوان رفع الحرج، منها «رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته» للدكتور صالح بن عبد الله بن حميد، «رفع الحرج في الشريعة الإسلامية» للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين. «رفع الحرج في الشريعة الإسلامية» لأستاذنا الدكتور لشهب أبو بكر.

(5) انظر: الوجيز للبورنون، ص222. القواعد الفقهية للندوي، ص308.

(6) الدكتور علي أحمد الندوي، من ندوة العلماء في الهند، وهو أيضاً عضو بمجمع الفقه الإسلامي، له كتب منها كتابه القواعد الفقهية الذي نال به رسالة الماجستير، من جامعة أم القرى بمكة المكرمة، وكتاب موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية.

(7) القواعد الفقهية للندوي، ص302.

(8) سورة النحل الآية7.

(9) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف، ص434.

تجلب: الجلب لغة: هو سَوَّق الشيء من موضعه⁽¹⁾.

التيسير: السهولة والليونة، يقال يسر الأمر إذا سهل ولان، واليسر ضد العسر⁽²⁾.

والمعنى اللغوي الإجمالي للقاعدة: إن الصعوبة والعناء تصبح سبباً للتسهيل⁽³⁾.

المعنى الاصطلاحي لقاعدة

(إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فإن الشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو حرج)⁽⁴⁾.

وبتعبير مفصّل أقول: لقد شرع الله سبحانه وتعالى لعباده الشرائع وتعبدهم بأوامر ونواه، وهذه الأوامر والنواه تكليفات لا تخلو عن مشقة، إذ النفوس مجبولة على حب الانعتاق من كل قيد، وهذه التكاليف - وإن كانت لا تخلو من هذا القدر المحتمل من المشقة - فهي مبنية أصلاً على التيسير ومراعاة حال المكلفين من الضعف وهي لصالحهم عاجلاً أو آجلاً، وهذا التيسير يشترك فيه جميع المكلفين.

ومع ذلك فإذا لحق بعض المكلفين أو غلب على ظنه أن يلحقه بسبب فعل شيء من هذه التكاليف حرج زائد عن المحتمل والمقدور عليه - عادة - فإن الشرع المطهر يراعي خصوصية تلك الحالة، ويخفف عن المكلف بما يناسب حاله من إسقاط أو تقليل، أو تخفيف، أو غيرها من أنواع التيسير⁽⁵⁾.

وينبغي التنبيه إلى أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية⁽⁶⁾.
ويضيف الإمام الزركشي بعض التنبيهات حول هذه القاعدة فيقول:

(هذا إذا كانت المشقة وقوعها عاماً، فلو كان نادراً لم تراعى المشقة فيه)⁽⁷⁾.

ثم (يختلف ضابطها باختلاف أعمارها)⁽⁸⁾.

أدلة القاعدة

من المعلوم أن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع⁽⁹⁾.

وهناك آيات كثيرات من كتاب الله تعالى هي من الأدلة الواضحة البيّنة على هذا الأصل، وبالاستناد إليها اكتسبت القاعدة خصائص الدليل الشرعي، منها:

(1) القاموس المحيط (47/1) مادة جلب، المصباح المنير (1/143).

(2) انظر: المصباح المنير (2/937)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 749.

(3) الوجيز للبورنو، ص 218.

(4) المرجع السابق ص 218.

(5) انظر: أنواع التخفيف في الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 92. ورفع الحرج لابن حميد، ص 161 - 165.

(6) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 105.

(7) المنثور للزركشي (3/171).

(8) المرجع السابق (3/172).

(9) انظر: الموافقات (1/132 - 136).

- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁽¹⁾.
- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾⁽²⁾.
- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽³⁾. وغيرها من الآيات القرآنية التي تصب في نفس الموضوع.

ومن السنة النبوية أحاديث كثيرة منها:

- قوله ﷺ: «إِنَّ الدِّينَ يَسْرٌ، وَلَنْ يَشَادَ الدِّينَ أَحَدًا إِلَّا غَلَبَهُ، فَسَدِّدُوا وَقَارِبُوا وَأَبْشِرُوا»⁽⁴⁾.
- حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «إِنَّمَا بَعَثْتُمْ مُيسِّرِينَ وَلَمْ تُبْعَثُوا مُعَسِّرِينَ»⁽⁵⁾.
- قوله عليه الصلاة والسلام: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنُّسْيَانَ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»⁽⁶⁾.

ووجه الدلالة من هذه النصوص المسوقة وما سواها من الآيات والأحاديث المتناظرة: أن الله تعالى شاء لعباده اليسر في الأحكام ورفع عنهم العنت والعناء، ولولا ذلك لعظمت المشقة، وضاعت الأمور على الناس، من ثم قال العلماء: (يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته)⁽⁷⁾.

وينبغي التنبيه إلى أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكليفات الشرعية⁽⁸⁾.

ويقول الإمام الزركشي تحت عنوان تنبيهات عقب ذكر هذه القاعدة:

(هذا إذا كانت المشقة وقوعها عاماً، فلو كان نادراً لم تراعى المشقة فيه)⁽⁹⁾.

ثم (يختلف ضابطها باختلاف أعضائها)⁽¹⁰⁾.

وستجلى أهمية القاعدة من خلال تطبيقاتها الفقهية المعاصرة الآتية

(1) سورة البقرة الآية 185.
(2) سورة النساء الآية 28.
(3) سورة الحج الآية 78.
(4) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان، باب الدين يسر، رقم: 39، انظر: الفتح (1/126).
(5) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله، رقم: 6025، فتح الباري (10/552). ومسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات، رقم: 284، صحيح مسلم بشرح النووي (1/236).
(6) الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه بهذا اللفظ، (9/174)، رقم: 7175، وأخرجه البيهقي في شعب الإيمان (1/299) رقم: 332، وهو في الصحيحين بلفظ مغاير.
(7) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص104، وأشباه ابن نجيم ص84.
(8) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص105.
(9) المنثور في القواعد (3/171).
(10) المصدر نفسه (3/172).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: الجراحة العلاجية الحاجية

وهي الجراحة التي يقصد منها علاج الأمراض، والحالات الجراحية التي تصل إلى درجة الخوف على المريض من الموت، وتكون مشقة الألم، أو خوف الضرر فيها غير يسيرة⁽¹⁾.

وهي تشتمل على علاج نوعين من الأمراض والحالات الجراحية وهما:

أ - الأمراض والحالات الجراحية التي يتضرر المريض بآلامها، سواء كانت مستمرة أو متقطعة، كجراحة التراكوما (الرمد الحبيبي)، وجراحة التهاب الزائدة الدودية، وجراحة انفتاق النواة اللبية القطنية (الجراحة العصبية)، ...

ب - الأمراض والحالات الجراحية التي يخشى من ضررها مستقبلا، ولا يوجد فيها ألم منغص، ويشترط في الضرر أن يغلب على ظن الطبيب وقوعه، ومن أمثلتها: جراحة استئصال الأكياس المائية الموجودة في الكبد، جراحة استئصال الأورام السليمة في القولون، ...

ولقد بين الدكتور الشنقيطي في كتابه أحكام الجراحة الطبية جواز هذا النوع من الجراحة مستدلا بنصوص من القرآن والسنة، ثم قال: (وهذه الأمراض والحالات الجراحية اشتملت على ضرر يتأذى منه المريض المصاب بها سواء كان ذلك في حاله أو مآله، وقد راعت الشريعة الإسلامية دفع مشقتها عموما أي سواء كانت مشقتها موجودة، أو كانت متوقعة الوجود للقاعدة الشرعية التي تقول «المشقة تجلب التيسير»⁽²⁾).

وقال في موضع آخر: (وكذلك الخوف على منافع الأعضاء يعتبر ضربا من المشقة الموجبة للترخيص والتخفيف في الشريعة الإسلامية، كما أشار إلى ذلك الإمام السيوطي عند بيانه لمراتب المشقة الموجبة للتخفيف في الشريعة فقال - رحمه الله - (الأولى: مشقة عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفوس، والأطراف، ومنافع الأعضاء، فهذه موجبة للتخفيف)⁽³⁾).

وهذا النوع من الحاجة المتضمنة لمشقة الألم، والخوف من الضرر المتوقع يعتبر في حكم الضروريات للقاعدة الشرعية التي تقول «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»⁽⁴⁾.

(1) أحكام الجراحة الطبية ص 140.

(2) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص 145.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 117.

(4) المرجع السابق ص 147، وفي مصادر القاعدة انظر: الأشباه لابن نجيم ص 91، والقاعد الفقهي للمجدي ص 75.

المسألة 2: حكم جراحة تغيير الأنثى إلى ذكر

تجرى هذه الجراحة لأصناف ثلاثة:

الصنف الأول: الجراحة برغبة تحويل الأنثى إلى ذكر، وقد وقعت في كثير من البلدان، وهذه الجراحة محرمة تحريماً قطعياً، للأدلة الصحيحة الصريحة الدالة على التحريم⁽¹⁾.

الصنف الثاني: وهي أن ينظر الطبيب إلى الغدة التناسلية وفق فحوصات خاصة، فإن كانت الغدة مبيضاً، والأعضاء التناسلية الظاهرية ذكورية، فهي خنثى⁽²⁾، أنثى كاذبة، وحينئذ يتدخل جراحياً لإظهار الأعضاء التناسلية الأنثوية الحقيقية.

الصنف الثالث: أن يشتمل الجهاز التناسلي على خصية، ومبيض، وهي ما يطلق عليه الأطباء الخنثى الحقيقية، وهي حالة نادرة الوجود، وغالباً ما تكون الغدة التناسلية (الخصية أو المبيض) مندثرة أو هادمة⁽³⁾.

ذهب الفقهاء - بناء على حقيقة هاذين الصنفين - إلى جوازهما شرعاً، بغرض إظهار أعضاء الأنثى الحقيقية في حالة الخنثى (الأنثى الكاذبة)، أو تقريب حالة الخنثى الحقيقية لتمارس حياتها بصورة طبيعية، بالعمل الجراحي المناسب.

وقد استدلوها بأدلة منها: القاعدة الفقهية القائلة: «المشقة تجلب التيسير».

وبيان ذلك: إن بقاء هذه الفئة من الناس على حالها يسبب لها ضرراً بالغاً، ومشقة عظيمة والشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح ودرء المفاسد والمضار، فالمشقة تدفع بالتيسير⁽⁴⁾.

المسألة 3: جواز تلقيح الزوجة بمبي الزوج اصطناعياً

هذه المسألة جرى فيها الخلاف بين العلماء، ولكل حجته، إلا أن الناظر إلى هذه الحجج، يميل إلى ترجيح القول بجواز تلقيح الزوجة بمبي الزوج، المعروف بالتلقيح الاصطناعي، بشروط

(1) نص المجمع الفقهي الإسلامي، بمكة المكرمة، في دورته الحادية عشرة في قراره السادس (1409هـ)، على حرمة هذا النوع من الجراحة.

(2) تعريف الخنثى: في اللغة من الخنث وهو اللين، وفي الشرع: شخص له فرج المرأة وذكر الرجل، ويسمى خنثى غير مشكل، أو ليس له شيء منهما أصلاً، ويسمى الخنثى المشكل. انظر: التعريفات للجرجاني، ص 107، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 327، القاموس الفقهي، ص 124، الزرقاني على خليل (8/231)، الخرشبي على خليل (8/226)، المهذب للشيرازي (2/30)، بدائع الصنائع للكساني (6/418).

(3) راجع في هذه الحالات كلا من، السباعي والبار، الطبيب أدبه وفقهه، ص 319 - 323. وحسان تحتوت، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، ص 46 - 47.

(4) انظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص 203 - 207.

وضوابط معينة⁽¹⁾، لقوة أدلة القائلين بالجواز، حفاظاً لكلي النسل، ومشروعية علاج العقم في الشريعة الإسلامية.

ثم إن الشريعة الإسلامية قائمة على اليسر ودفع المشقة والخرج عن المكلف، فـ: «المشقة تجلب التيسير»، وإباحة هذه الصورة فيه دفع للخرج والمشقة عن الزوجين وذلك بإنجاب طفل يسعدان به، ويحققان تمام نعمة الزواج.

القاعدة الثانية: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق⁽²⁾

تعريف القاعدة

هذه القاعدة ذات شقين:

الأول: منهما بمعنى قاعدة «المشقة تجلب التيسير»⁽³⁾، أو بمعنى قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»⁽⁴⁾، وهو الدال على التيسير.

وهو من الألفاظ المنقولة عن الإمام الشافعي رحمه الله⁽⁵⁾.

وقد أورده كثير من العلماء قاعدة مستقلة، ومن هؤلاء ابن عبد السلام، والزركشي، والسيوطي، وابن نجيم، وغيرهم⁽⁶⁾. وعلل بها الفقهاء بعض الأحكام⁽⁷⁾.

وأما الشق الثاني: فهو مفهوم مخالفة للشق الأول صرح به. وقد أورده بعضهم قاعدة مستقلة⁽⁸⁾، وأوردهما معاً ابن نجيم⁽⁹⁾، وقد جمع بينهما الغزالي⁽¹⁰⁾ في لفظ واحد وهو قوله: «كلما جاوز الأمر حدّه انعكس إلى ضدّه»⁽¹¹⁾.

- (1) راجع هذه الشروط ضمن قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، بمكة المكرمة، ص 141، الجديد في الفتاوى الشرعية، للدكتور أحمد عمرو الجابري ص 113. وجاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية (9/3224).
- (2) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (1/48 - 49)، المنثور للزركشي (1/120 - 123)، أشباه السيوطي ص 111، أشباه ابن نجيم ص 93، مجلة الأحكام العدلية مادة: 18.
- (3) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 102 - 109. غمز عيون البصائر (1/273). شرح القواعد الفقهية لزرقي ص 111. القواعد الفقهية للندوي ص 394 - 395. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (1/321). موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/134 - 135).
- (4) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (1/48)، شرح القواعد الفقهية للزرقي، ص 111.
- (5) لم يذكرها - حسب اطلاعي - بهذا اللفظ، وإنما بمعنى قريب منه في ما يباح أكله من الغنائم: (وكذلك كل ما أُحِلَّ من محرّم في معنى لا يحل في ذلك المعنى خاصة، فإذا زایل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم) انظر: الأم (4/178)، المنثور (1/120).
- (6) انظر: المراجع المتقدمة، وقواعد الأحكام (2/196).
- (7) انظر على سبيل المثال بدائع الصنائع (2/479)، (4/203 - 204)، (5/228).
- (8) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 111.
- (9) الأشباه والنظائر لابن نجيم 93.
- (10) هو أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسي الغزالي بتشديد الزاي وقيل تخفيفها، ولد سنة 450هـ، وقيل 451هـ، وتوفي بطوس سنة 505هـ. من مؤلفاته المنحول، والمستصفي في أصول الفقه، والوجيز في الفقه، انظر: طبقات الشافعية الكبرى (6/191). طبقات الأسنوي (2/242 - 244). معجم المؤلفين (11/266).
- (11) المنثور للزركشي (1/123).

معاني مفردات القاعدة

ضاق: ضد اتسع، والضيق خلاف السعة، يقال: ضاق الرجل أي بخل، وأضاق أي ذهب ماله⁽¹⁾.

الأمر: هنا بمعنى الشيء أو الشأن.

اتسع: من السعة والوسع، والسعة الجدة والطاقة، وأوسع الرجل صار ذا سعة وغنى، وهو ضد الضيق⁽²⁾.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

أما الشق الأول فمعناه: أن الله تعالى لما تعبد خلقه بالأوامر والنواهي تحقيقاً لمصلحتهم العاجلة والآجلة بنى ذلك على التيسير ودفع الضيق والحرص أصلاً وعلى جملة المكلفين كما قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽³⁾، ومع هذا فإنه إذا لم يتمكن المكلف من أداء ما تُعبد به، أو عسر ذلك عليه بحيث لا يتحقق إلا مع حرص ومشقة، فإن الله تعالى يعذره ويشرع له من الحكم ما يناسب حاله ويجعله في سعة ويُعد عن الحرج.

وأما الشق الثاني فمعناه: أنه إذا زال هذا العذر زالت التوسعة ورجع الحكم إلى أصله التكليفي الذي لا يخرج عن التيسير.

ولابد - هنا - من بيان أنه ليس كل ضيق يؤدي إلى هذه التوسعة وتغيير الحكم فكان لزاماً أن يقيد قولهم: (إذا ضاق الأمر اتسع)، بأن يكون هذا الضيق أو الحرج زائداً عن المحتمل؛ لأن قدراً من المشقة لابد منه في التكاليف الشرعية.

وفي الحقيقة هذا شأن الرخص كلها إذا اضطّر الإنسان ترخص، وإذا زالت الأسباب الموجبة للترخص عاد الأمر إلى العزيمة التي كان عليها⁽⁴⁾.

ومما يلاحظ أن هذه القاعدة لا فرق فيها بين أن يكون الحرج أي الضيق عاماً للناس، أو خاصاً بالشخص، ما دامت المشقة غير معتادة ولا مألوفة، لقوله تعالى:

﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾⁽⁵⁾.

(1) انظر: مقاييس اللغة (3/383)، والصحاح (4/1511) (ضيق)، المصباح المنير (2/502).

(2) مقاييس اللغة (6/109)، والصحاح (3/1298) (وسع)، المصباح المنير (2/909).

(3) سورة الحج الآية 78.

(4) انظر: الوجيز للبورنوني ص 230.

(5) سورة التغابن الآية 16.

أدلة القاعدة

ما يستدل به على صحة القاعدة بشقيها:

1 - قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا ١١٦﴾ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ ١١٧ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذًى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرَضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ ١١٨ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ ١١٩ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا ١٢٠ فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَمًا وَقُعُودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ ١٢١ فَإِذَا اطْمَأْنَنْتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ ١٢٢ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ١٢٣﴾⁽¹⁾.

إن مجموع هذه الآيات يعدّ أصلاً لهذه القاعدة حيث اقتضت: أن للمؤمنين إذا خافوا أن يقصروا من الصلاة أن يغيروا من كيفيةها على الوجه الذي نصّت عليه الآية، أو على بعض الوجوه التي ثبتت عنه ﷺ في صلاة الخوف.

وهذا التخفيف والتوسعة إنما شرع من أجل المشقة الزائدة عن المعتاد والضيق الطارئ، فإذا زال السبب الداعي إلى ذلك وهو الخوف عادوا إلى الصلاة على هيئتها الأصلية⁽²⁾.

2 - حديث: (دفع⁽³⁾ أهل أبيات من أهل البادية حضرة⁽⁴⁾ الأضحى زمن رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «ادّخروا ثلاثاً ثم تصدّقوا بما بقي»، فلما كان بعد ذلك قالوا: يا رسول الله إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم ويجمّلون⁽⁵⁾ منها الودك⁽⁶⁾، فقال رسول الله ﷺ: «وما ذاك؟» قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا وادّخروا وتصدّقوا»⁽⁷⁾.

(1) سورة النساء الآيات (101 - 103).

(2) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (497/1).

(3) دفع: من الدّف، وهو السير اللّين، والمقصود به هنا: الفقر انظر الصحاح (4/1360)، المصباح المنير (1/267).

(4) حضرة الأضحى، بفتح الحاء، وضمها وكسرهما، أي قُرْبُه، قال الجوهري: وحضرة الرجل قربه وفناؤه، الصحاح (2/632) (حضر)، المصباح المنير (1/192)، وانظر: شرح صحيح مسلم (13/130).

(5) يجمّلون: يذيون، والجميل الشحم المذاب، الصحاح (4/1662) (جمل)، وشرح مسلم للنووي (13/131).

(6) الودك: دَسَمُ اللحم، الصحاح (4/1613) (ودك)، المصباح المنير (2/900).

(7) جزء من حديث عبد الله بن واقد رضي الله عنه، الذي أخرجه الإمام مسلم: كتاب الأضاحي، باب أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث ونسخه، انظر: (3/1561) رقم: 1971، وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي (13/130)، وأخرجه أبو داود في كتاب الضحايا، باب حبس لحوم الأضاحي (3/99) رقم: 2812.

ووجه الدلالة منه: أنه لما ضاق الأمر في حق الوافدين الفقراء، أمر النبي صلى اله عليه وسلم بالتوسعة عليهم - مع أن أصحاب الأضاحي يلحقهم بذلك بعض الضرر - من أجل مراعاة المصلحة العامة، ولما اتسع الأمر بزوال حاجة الوافدين أو بذهابهم رجع الأمر إلى أصله من جواز الادّخار، والأكل، والتصدق⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: بيع الوفاء: هو البيع بشرط أن البائع متى ردّ الثمن يرد المشتري إليه المبيع⁽²⁾.

أو هو: أن يبيعه العَيْن على أنه إذا ردّ عليه الثمن ردّ عليه العَيْن.

ويُسَمَّى أيضاً بيع الطّاعة، وسمّاه الشّافعيّة بالرّهن المعاد⁽³⁾.

فهو عقد توثيقي، في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق الترادّ في العوضين، فهو عقد مزيج من بيع، ورهن، لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة⁽⁴⁾.

وقد ظهر بيع الوفاء في أواخر القرن الخامس الهجري، إلى جانب الرهن على أساس أن يستحق المشتري فيه منافع المبيع بمقتضى العقد على خلاف عقد الرهن، وأخيراً جاء القانون المدني السوري سنة 1949م، فمنع بيع الوفاء وعدّه باطلاً استغناءً عنه بالرهن⁽⁵⁾.

إلا أن الحاجة ألجأت الفقهاء - في هذا العصر - إلى إمكانية الاستفادة من هذا البيع لكن بعد تطويره وتجديده صياغته، يقول الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور: (ونحن اليوم بحاجة إلى بيع الوفاء نظوره ونجدد صياغته لتنفيذ منه في عصرنا هذا المليء بالتحديات لمرونة الفقه الإسلامي وصلاحيته للتطبيق.... وهذا من باب «إذا ضاق الأمر اتسع»...)⁽⁶⁾.

ويمكن الاستفادة من هذا العقد بطريقتين:

الأولى: الاستفادة من بيع الوفاء بشكل مباشر بين المتعاقدين بلا وسيط.

الثانية: الاستفادة منه بشكل غير مباشر وذلك بوجود وسيط كالمصرف الإسلامي، أو الجمعيات السكنية. ويمكن أن يكون ذلك بأحد الكيفيتين:

1 - وساطة البنك شريطة أن يكون بنكاً لا ربوياً، بحيث يكون راهناً لطرف ومرتهناً لطرف آخر ويباع بالوفاء مع الطرفين كلاً على حدة، ويربح البنك أو المصرف ربحاً مشروعاً دون ربط الثمن بنسبة مئوية من الفائدة.

(1) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي (13/130)، الوجيز في إيضاح القواعد الكلية للبورنو، ص 231 - 232.

(2) انظر: المجلة، مادة: 118.

(3) وانظر القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص 384.

(4) انظر تفصيل ذلك في المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء (1/611).

(5) انظر: القانون المدني السوري، م 433 عن المدخل الفقهي العام (1/613).

(6) انظر: بحثه "مدى انتفاع الاقتصاد من بيع الوفاء" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، (3/104).

2 - استخدام الجمعيات السكنية، بحيث تكون وسيطاً بين البائع والمشتري، بشرط تخلص هذه المعاملة من شبهة الربا، وذلك بوضع ضوابط وصيغ جديدة مناسبة وموافقة للشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

وقد سبق وأن اشرنا إلى جواز هذا البيع عند الحاجة الملحة تخريجاً على قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة، ولا شك أن الحاجة فيها معنى الضيق والمشقة، إلا أن هذا العذر لا ينبغي أن يكون سبباً في الارتقاء في أحضان البنوك الربوية، بل ينبغي التعامل مع البنوك الإسلامية خاصة عند اختيار الطريقة الثانية التي ذكرها الدكتور محمد صالح الفرفور.

المسألة 2: حكم التنضيف التقديري في المضاربة المشتركة

التنضيف في اللغة: من النَّضَّ وهو الإظهار، ونضَّ المال أي: ظهر وتيسر وحصل، وإثماً سُمِّي نضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً⁽²⁾.

والتنضيف في اصطلاح الفقهاء هو: تحول المتاع إلى عين (أي دراهم أو دنانير) ويستعمل الفقهاء هذا اللفظ في باب المضاربة، فيقولون "نضَّ المال" ويعنون به صيرورته نقداً بعد أن كان متاعاً أي سلعاً وبضائع⁽³⁾.

وبالتنضيف يظهر الربح في المضاربة، ولكن المضاربة المشتركة التي تقوم على أساس الخلط المتلاحق لأموال المضاربة يصعب فيها التنضيف الحقيقي، لأنه يشترط فيه شرطان:

- شرط تنضيف مال المضاربة أي تصفية المضاربة.

- شرط قبض رب المال لأصل ماله أي استعادة رأس المال.

ومن المعلوم أنه في المضاربة المشتركة المتوسطة وطويلة الأجل - التي توزع فيها الأرباح دورياً - يتعذر عملياً القيام في نهاية كل دورة بالتصفية الكلية لجميع مكونات المضاربة كما يتعذر إعادة رأس مال المضاربة لأصحابه.

فهل يمكن أن يصار إلى التنضيف التقديري في نهاية كل مدة مع الاستمرار في المضاربة المشتركة دون فسخ لها، فتوزع الأرباح في نهاية كل سنة ولو لم تنته المشاريع التي أسهم فيها المصرف الإسلامي؟

(1) "مدى انتفاع الاقتصاد من بيع الوفاء" محمد صالح الفرفور، ص 102، بتصرف بسيط.

(2) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس، (5/357)، المصباح المنير (2/838)، القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص 354.

(3) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية ص 476، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، (د ت) دار الفضيلة - القاهرة - مصر (3/424).

إن التنضيض الحقيقي يتعذر في مثل هذه المضاربة، وما دام أن هناك إمكان اللجوء إلى التنضيض التقديري، فيصار إليه عملاً بالقاعدة الفقهية «إذا ضاق الأمر اتسع»، فتقدر نسبة الأرباح في كل سنة بالنسبة إلى رأس المال، وتوزع على أصحاب الأموال بحسب كل مال وفترة استثماره⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: نقل الأعضاء البشرية من إنسان ميت إلى إنسان حي

اختلف العلماء والباحثون المعاصرون حول هذه المسألة ما بين مجيز ترجيحاً لمصلحة الحي، وحاضر مغلباً لحرمة الميت.

وذهب إلى الجواز جمع من العلماء المعاصرين منهم: الشيخ حسنين مخلوف، وسماحة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، والدكتور عبد الكريم زيدان، والدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، والدكتور الشرباصي⁽²⁾.

وصدر في هذا الشأن قرار عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁽³⁾، وكذا قرار عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁽⁴⁾.
ومن القواعد التي خرّجوا عليها المسألة قاعدة: «إذا ضاق الأمر اتسع»⁽⁵⁾.

والقاعدة تدل على أن بلوغ المكلف لمقام المشقة التي لا يقدر عليها يوجب التوسيع والتيسير عليه في الحكم.

وكل ذلك موجود معنا هنا، فالشخص المريض متضرر بتلف العضو المصاب، كما أن مقامه يعتبر مقام اضطرار وفيه ضيق ومشقة، إذ يصل به الحال إلى درجة خوف الهلاك والموت كما في حالة الفشل الكلوي.

(1) المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، ص 307.

(2) انظر ص؟؟؟ من الأطروحة

(3) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من عام 1405 هـ، ووقع عليه جمهور من العلماء.

(4) القرار رقم 1: (بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً) الصادر في سنة 1408 هـ - 1988 م. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (507/1 - 510).

(5) شفاء التبريح والأدواء لليقوبي ص 21، وهذه القاعدة في معنى القاعدة المشهورة: «المشقة تجلب التيسير»، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 111، ولابن نجيم 93، وانظر أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 377.

القاعدة الثالثة: الضُّرورات تبيح المحظورات

التعريف بالقاعدة

هذه القاعدة من القواعد الكلية الفرعية المهمة، فقد أدرجها بعض العلماء تحت قاعدة «الضُّرر يزال» ومنهم الإمام السبكي⁽¹⁾، وابن نجيم⁽²⁾، والسيوطي⁽³⁾، وبعضهم أدرجها تحت قاعدة «المشقة تجلب التيسير»⁽⁴⁾.

يقول الدكتور البورنو: (هذه القاعدة أدرجها السيوطي وابن نجيم تحت قاعدة «الضرر يزال»، ولكن لما كانت قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» نصاً في الترخيص للاضطرار، وكما رأينا أن قاعدة «المشقة تجلب التيسير» تتعلق أيضاً بالرخص والتخفيفات الشرعية رأيت أن قاعدة (الضرورات) أولى بها لأن تكون مندرجة تحت قاعدة المشقة، ومتفرعة عليها)⁽⁵⁾.

وقد وردت - هذه القاعدة - في أكثر كتب القواعد بهذه الصيغة أو نحوها⁽⁶⁾. وأوردها الإمام الشافعي بنحو هذا اللفظ، كما في كتابه الأم: «يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها»⁽⁷⁾. «قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات»⁽⁸⁾. «ليس يحل بالحاجة محرم إلا في حالة الضرورات»⁽⁹⁾. واعتبرها البعض من القواعد الأصولية أيضاً⁽¹⁰⁾.

(1) الإمام السبكي: هو الإمام عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، شيخ الإسلام العلامة، قاضي القضاة، تاج الدين أبو نصر الفاهري، ثم الدمشقي الشافعي، مصنف جمع الجوامع في الأصول، وشرح مختصر ابن الحاجب، والأشباه والنظائر، وطبقات الشافعية الكبرى وغيرها، توفي سنة 771هـ.

تنظر ترجمته في: الدرر الكامنة (39/3)، وشذرات الذهب (221/6 - 222)، والبدر الطالع للشوكاني، (1/410)، والفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي، نشر أحمد حنفي، (2/191 - 192).

(2) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم الحنفي، ولد بالقاهرة سنة 926هـ، وتوفي سنة 970هـ، وقيل سنة 969هـ، من مؤلفاته: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، فتح الغفار في شرح المنار في أصول الفقه، الفتاوى الزينية. انظر: الكواكب السائرة للغزي (3/154)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (8/358)، معجم المؤلفين (4/192).

(3) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (1/46)، أشباه ابن نجيم ص 94، أشباه السيوطي ص 112.

(4) كصنيع الدكتور البورنو في كتابه الوجيز ص 234.

(5) انظر: الوجيز للبورنو ص 234.

(6) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: 26، إيضاح المسالك رقم 97: ص 365، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 131، الوجيز للبورنو ص 234، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (6/263)، موسوعة القواعد والطوابط الفقهية للندوي (1/136).

(7) الأم للشافعي (4/168).

(8) المصدر نفسه (4/142).

(9) المصدر نفسه (3/28).

(10) تكون قاعدة أصولية باعتبار أن موضوعها دليل شرعي، فهي بمعنى قوله تعالى: (إلا ما اضطررت إليه) سورة الأنعام 119. أما باعتبار أن موضوعها فعل المكلف فهي قاعدة فقهية.

انظر: القواعد النورانية لابن تيمية، ص 210 وما بعدها، وإيضاح المسالك مع هامش التحقيق ص 365، والقواعد الفقهية للندوي ص 68 وما بعدها.

شرح مفردات القاعدة

الضَّرُورَات فِي اللُّغَةِ: جمع ضرورة مأخوذة من الاضطرار وهو الحاجة الشديدة⁽¹⁾.
جاء في المصباح المنير: والضرورة اسم من الاضطرار، والضراء نقيض السراء، ولهذا أطلقت على المشقة⁽²⁾.
والضروري هنا ما لا يحصل وجود الشيء إلا به كالغذاء الضروري بالنسبة للإنسان⁽³⁾.
وقيل: ما أتصلت الحاجة إليه إلى حدّ الضرورة كحفظ الدين والنفس فالعقل فالنَّسب فالمال فالعرض⁽⁴⁾.

المعنى الاصطلاحي للضرورة

لها تعريف عند العلماء من أحسنها تعريف الإمام الشاطبي رحمه الله الذي يقول فيه:
(فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد، وتهارج، وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة، والنَّعيم، والرجوع بالخسران المبين)⁽⁵⁾.

فالضرورة حالة من الخطر تطرأ على الإنسان يخاف معها فوت شيء من المصالح التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث لا تندفع هذه الضرورة إلا بارتكاب المحرم، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته.

تبيح: من الإباحة وهي الإظهار والإعلان، وتأتي بمعنى الإذن تقول: أبحتك الشيء أي أحللتك له⁽⁶⁾.

وفي الاصطلاح: هي الإذن في الفعل والترك من غير تخصيص أحدهما بمدح أو ذم، وعرف بغير ذلك⁽⁷⁾.

والمحذور: جمع محذور، وهو اسم مفعول من حَظَرَ الشيء: منعه وحجره، والمراد به هنا الحرام المنهي عن فعله⁽⁸⁾.

(1) انظر: القاموس الفقهي، ص 223 - 224.

(2) المصباح المنير (2/492).

(3) مفردات الراغب ص 294.

(4) التوقيف على مهمات التعريف ص 473.

(5) الموافقات (2/10-18).

(6) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس (1/315)، والصحاح (1/357) مادة بوح. المصباح المنير (1/91)، التوقيف على مهمات التعريف ص 27.

(7) انظر: العدة في أصول الفقه، لمحمد بن الحسين الفراء، (1/167)، والتمهيد، للكلوذاني (1/76).

(8) انظر: الصحاح (2/634)، القاموس المحيط (2/11) مادة حظر.

وفي الاصطلاح: هو ما يذم - شرعاً - فاعله، وقيل ما يذم فاعله ويمدح تاركه⁽¹⁾.

المعنى العام للقاعدة

معنى هذه القاعدة أن المحرم يصبح مباحاً⁽²⁾، إذا عرض للمكلف ضرورة تقتضي ذلك بحيث لا تندفع تلك الضرورة، إلا بارتكاب ذلك المحرم، كما إذا اشتد الجوع بالمكلف وخشي الهلاك، فإنه يجوز له أكل الميتة ونحوها.

أو (إن الممنوع شرعاً يباح عند الحاجة الشديدة، وهي الضرورة)⁽³⁾.

واشترط الشافعية - للعمل بالقاعدة - شرطاً وهو أن لا تقل الضرورة عن المحذور. وصاغوا القاعدة بلفظ: «الضرورات تبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها»⁽⁴⁾.

بمعنى أن لا يكون المحذور أعظم حرمة مما قد يترتب على استمرار الضرورة من مفسدة، ومثلوا لذلك بمن اضطر إلى أكل ميتة الأدمي - على القول بجوازه -⁽⁵⁾.

فإنه لا يجوز أن يأكل منها لو كان الميت نبياً، وإن أبيع له أكل غيره، لأن حرمة النبي في الشرع أعظم من نفس المضطر، فتكون من باب دفع أعظم المفسدين بارتكاب أخفهما.

وهذا الشرط الذي قيدت به القاعدة معتبر عند غير الشافعية كذلك، وإن لم ينصوا عليه صراحة، فإنه لو أكره إنسان على قتل غيره فلا يرخص له، وكذلك لو دفن الميت بغير تكفين لا ينبش قبره، لأن مفسدة هتك حرمة أشد من مفسدة عدم تكفينه، لأن التستر بالتراب قام مقامه⁽⁶⁾.

إلا أن الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله، لم يرض هذا القيد، قال: (وقيد بعض الشافعية رضي الله تعالى عنهم، القاعدة المذكورة بأن لم تنقص الضرورة عن المحظورات، فإذا نقصت فإنه لا يباح له المحذور، وقواعدنا تأباه)⁽⁷⁾.

(1) انظر: الأحكام للآمدي (1/ 601). إرشاد الفحول للشوكاني ص 6.

(2) اختلف العلماء فيما يجوز فعله للضرورة وأصله التحريم: هل يصير بالضرورة مباحاً في حق المضطر أم يبقى على تحريمه ويسقط الإثم فيه عن المضطر؟ انظر: كشف الأسرار للبزدوي (2/ 322)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (28/3).

(3) الوجيز للبورنو، ص 235.

(4) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 112. أشباه ابن السبكي (1/ 45).

(5) صرح بجواز ذلك الشافعية، وبه قال بعض المالكية، وبعض الحنابلة، والمنصوص عليه عند المالكية عدم الجواز، وهو مذهب الحنابلة أيضاً.

انظر: الرسالة لابن أبي زيد القيرواني (1/ 695) باب الضحايا، شرح الخرشي على حاشية العدوي (28/3)، المجموع شرح المذهب (1/ 272) كتاب الطهارة، المذهب (1/ 12)، المغني (1/ 57) كتاب الطهارة.

(6) الوجيز للبورنو، ص 238.

(7) شرح القواعد الفقهية ص 131.

ويظهر أن الاختلاف في اعتبار هذا الشرط قائم بين الشافعية ومن ذهب مذهبهم، من جهة، ويقابلهم في الجهة الأخرى الحنفية الذين يرون أن اعتبار هذا القيد مخالف لقواعدهم الفقهية كما قال الشيخ أحمد الزرقاء.

وذهب الباحث محمد صدقي البورنو إلى أن هذا الشرط الذي اشترطه الشافعية يندرج تحت قاعدة «يختار أهون الضررين»⁽¹⁾.

والمقصود بالإباحة في القاعدة هنا: رفع الإثم والمؤاخذه في يوم القيامة، وتعني كذلك رفع العقاب الجنائي في حالة الدفاع عن النفس والإكراه على الزنا.

أما إذا كان المحظور يتعلق بحق مالي، فإن الضرورة وإن كانت قد أبيض فعلها لا تمنع من ضمانه وهذا استناداً إلى قاعدة «الاضطرار لا يمنع حق الغير».

دليل القاعدة

هذه القاعدة ثابتة بنصوص كثيرة من الذكر الحكيم، منها:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽²⁾.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمُ إِلَيْهِ﴾⁽³⁾.

فهنا دل الاستثناء من التحريم على الإباحة، وذلك بمقتضى الاضطرار المعبر عن معنى الضرورة.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - حكم إيداع الأموال في البنوك الربوية عند الضرورة

من التطبيقات المعاصرة لقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»

مدى جواز إيداع المضطر لأمواله في البنوك الربوية؛ بسبب الخوف على ضياع ماله، ولم يجد مكاناً أو بديلاً يحفظ به هذه الأموال.

أفتى كثير من علماء العصر بعدم جواز إيداع المسلم لماله في البنوك الربوية، لأن البنك الربوي هو بمثابة التاجر المرابي، الذي يقرض ويقترض بالحرام، مستغلاً في ذلك أرصدة المودعين، التي تعطيه السيولة اللازمة لممارسة نشاطه الربوي المحرم.

(1) الوجيز للبورنو، ص 238.

(2) سورة البقرة الآية 173.

(3) سورة الأنعام الآية 119.

غير أن المسلم في بعض الأحيان ولظروف خاصة، لا يجد مخرجاً لحفظ أمواله من الضياع إلا بوضعها في البنك الربوي، خاصة مع غياب البنوك التي تتعامل بالطرق المشروعة، وإن وجدت فهي لا تفني بالغرض المطلوب، وحينئذ لا حرج على المضطر من وضع ماله في البنك الربوي تخريجاً على القاعدة الفقهية: «الضرورات تبيح المحظورات»، وقد ذهب إلى هذا التخريج الشيخ مصطفى الزرقاء، والدكتور علي أحمد السالوس⁽¹⁾.

مع التنبيه هاهنا، إلى أنه متى توفرت البنوك التي تتعامل بالطرق الحلال، فإنه يجب سحب ما أودع من البنك الربوي ونقله إلى البنك الإسلامي، لأن القاعدة السابقة مقيدة بقاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها». وبقاعدة: «ما جاز لعذر بطل بزواله»⁽²⁾.

المسألة 2- حكم التأمين

سبق وأن عرفت التأمين التجاري⁽³⁾، وفي هذه المسألة أتعرض لأقسام التأمين، ودليل المجيزين له بالقدر الذي يخدم المسألة

أقسام التأمين: له عدة تقسيمات، أقصر على ذكر واحد منها، هو الذي ينقسم فيه التأمين من حيث الشكل الذي تتخذه هيئة التأمين في إدارة عملية التأمين:

أ - التأمين الاجتماعي: وهو الذي تقوم به الدولة، لمصلحة طبقة العمال، والهدف منه تأمين هؤلاء العمال من إصابات العمل، ومن المرض، والعجز، والشيخوخة، ويساهم في حصيلته العمال وأصحاب العمل والدولة.

ب - التأمين التبادلي أو التعاوني: وتقوم به جمعيات تعاونية، تتكون من أعضاء يجمع بينهم تماثل الأخطار التي يتعرضون لها ويتفقون جميعاً على تعويض المساهم الذي يقع عليه الخطر الذي ساهموا من أجله، ويكون رصيدهم المالي من الاشتراك الذي يؤديه كل عضو، ومن ثم يكون الاشتراك متغيراً يزيد وينقص بحسب قيمة التعويضات التي تدفعها الجمعية خلال المدة المتفق عليها، فإن لم تف الأقساط المجبية تزداد أو يكتفي بالموجود منها، وإن زاد منها شيء بعد تعويض الضرر الواقع، يعاد إلى المكتتبين، أو يترك رصيماً للمستقبل.

ج - التأمين بقسط ثابت: وهو الذي يكون بعقد بين المستأمن والجهة المؤمنة (وهي شركة في الغالب)، على أن يدفع المستأمن مبلغاً معيناً في كل دورة زمنية يسمى "قسط التأمين"، في مقابل تعهدها بتعويض عن الضرر الذي يصيبه إذا وقع الخطر على المؤمن عليه، وما يزيد من

(1) انظر: فتاوى مصطفى الزرقاء، اعداد: محمد أحمد مكي ص 596، المعاملات المالية المعاصرة للدكتور علي أحمد السالوس، ص 89.

(2) شرح القواعد الفقهية، ص 135. وانظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعد الدين محمد الكبي، ص 267-268.

(3) في قاعدة «إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع» ص؟؟؟ من الأطروحة

الأقساط المجبية عن تعويضات الأضرار الواقعة يكون ربحاً للجهة المؤمنة لقاء قيامها بهذه المهمة⁽¹⁾.

تحديد محل النزاع: المعول عليه لدى العلماء والباحثين هو جواز التأمين الاجتماعي والتأمين التبادلي.

أما التأمين لقاء قسط ثابت فقد اختلف فيه العلماء فمنهم من منعه مطلقاً، ومنهم من أباحه، ومنهم من تردد في ذلك فأباح بعض الأنواع دون البعض الآخر، إلا أن أدلتهم ترجع إما إلى القول بالمنع، أو القول بالجواز، وينتهي الأمر في الأخير إلى قولين في عقد التأمين، قول بالجواز، وقول بالمنع.

القائلون ببطان عقود التأمين:

وهم الأكثر عدداً، أذكر منهم:

الشيخ العلامة ابن عابدين الحنفي⁽²⁾.

الشيخ محمد نجيت المطيعي مفتي مصر الأسبق⁽³⁾. الأستاذ محمد أبو زهرة شيخ الأزهر سابقاً⁽⁴⁾، الشيخ محمد العزيز جعيط شيخ الإسلام المالكي ومفتي الديار التونسية سابقاً⁽⁵⁾. والشيخ عبد الله القليلي، مفتي المملكة الأردنية سابقاً⁽⁶⁾، الدكتور يوسف القرضاوي⁽⁷⁾، ... وغيرهم⁽⁸⁾.

(1) انظر هذه التقسيمات في: التأمين بين الخطر والإباحة لسعدي أبو جيب، ص 11، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية ص 47، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير، ص 94 - 97.

(2) انظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، طبعة (1415هـ - 1995م) دار الفكر بيروت (3/249)، والعلامة ابن عابدين هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، إمام الحنفية في عصره، ولد سنة 1198هـ وتوفي سنة 1352هـ، من مؤلفاته نسمة الأسحار على شرح المنار، ومجموعة رسائل في الفقه مطبوعة بعنوان رسائل ابن عابدين، انظر: الأعلام (6/42)، معجم المؤلفين (9/77).

(3) في رسالته "السيكورتاه" التي طبعت عام 1906م وأعيد طبعها عام 1932م بإشراف محمد المطيعي القاهرة، وانظر: الفكر السامي للحجوي (2/201).

(4) وذلك فيما كتبه في "الأهرام الاقتصادي" سنة 1961م، وما أبداه من آراء في مؤتمر الفقه الثاني، بدمشق سنة 1961م، انظر: الخطر والتأمين لرفيق يونس المصري، ط 1/1422هـ - 2001م، دار القلم - دمشق - سوريا، ص 90.

(5) انظر: فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، دراسة وتحقيق محمد بن إبراهيم بوزغيبية، الطبعة الأولى 1994م، مركز الدراسات الإسلامية بالقيروان - تونس ص 96 وما بعدها.

(6) نقل كلامه الدكتور غريب الجمال في كتابه التأمين في الشريعة والقانون، طبعة 1975، دار الفكر العربي ص 224.

(7) في كتابه الحلال والحرام ص 222 - 223.

(8) الشيخ الفقيه عبد الرحمن قراعة، والشيخ أحمد إبراهيم الحسيني، ومحمد علي السائر، محمد عبد اللطيف السبكي، الدكتور محمد الأمين الصديق الضير، محمد علي البولاقي، الدكتور محمد أبو اليسر، الدكتور عيسى عبده، وغيرهم، ومن أراد التوسع فليرجع إلى مبحث في التأمينات للشيخ محمد أحمد فرج السنهوري عضو مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر الشريف في مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية العدد السابع الجزء الثاني، وانظر بحث "عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي" للدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، (2/578 - 587).

ومن الهيئات: هيئة دار الإفتاء المصرية⁽¹⁾، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية⁽²⁾، مجمع الفقه الإسلامي⁽³⁾.

القائلون بجواز عقود التأمين: وهم أقل من المانعين، ومنهم:

الشيخ الحجوي الثعالبي⁽⁴⁾، الشيخ رفعت علي ماهر من علماء الأزهر⁽⁵⁾، الشيخ جاد الحق علي جاد الحق⁽⁶⁾، الشيخ عبد الوهاب خلاف⁽⁷⁾، الشيخ أحمد طه السنوسي⁽⁸⁾، الأستاذ عبد الرحمن عيسى⁽⁹⁾، الأستاذ مصطفى الزرقاء ومحمد يوسف موسى والشيخ محمد عبد الله صيام ومحمد البهي والشيخ عبد الله بن زيد آل محمود⁽¹⁰⁾، وغيرهم..⁽¹¹⁾.

وقد استدلل الفريقان بجملة من الأدلة⁽¹²⁾، اقتصر على ذكر الدليل الذي يخدم غرض البحث، فأقول:

استدل القائلون بالجواز، بقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»

إن الواقع المعيش في العصر الحاضر محاط بالمخاطر والأضرار المادية والنفسية وانعكاساتها السلبية على حياة الناس:

- (1) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية فتوى الشيخ بكرى الصدي (4/1399)، وفتوى الشيخ محمد بجيت المطيعي (4/1401) وفتوى الشيخ عبد الرحمن قراءة (4/1404).
- (2) انظر: قرار لجنة الإفتاء الدائمة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ضمن كتاب فتاوى إسلامية جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند (3/6).
- (3) في قراره الصادر 1406هـ - 1985م. انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (2/731).
- (4) انظر: الفكر السامي للحجوي (2/376). والحجوي هو: هو محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي، من رجال العلم والحكم، من المالكية السلفية في المغرب، ولد بفاس بها قرأ وتعلم وتأدب بأهلها ودرس في القرويين، وسكن مكناسة والرباط، تولى عدة وظائف منها وزارة الأوقاف والعدل، بلغت تأليفه خمسين كتابا، منها الفكر السامي، توفي سنة 1376هـ. انظر في ترجمته في: آخر كتابه الفكر السامي، معجم المؤلفين (9/187)، الأعلام (6/96).
- (5) انظر: أصول التشريع لسيد عفيفي، مجلة الأزهر، طبعة 1357هـ - 1938م، السنة التاسعة، (9/701).
- (6) بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة (3/108 - 110).
- (7) انظر: التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون غريب الجمال ص 201.
- (8) انظر: نفس المرجع ص 203.
- (9) انظر: نفس المرجع ص 220.
- (10) انظر بحث «التأمين وإعادة التأمين» للدكتور عبد الله بن زيد آل محمود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، (2/617-618).
- (11) انظر بحث الدكتور محمد عبد اللطيف الرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، (2/583 - 584)، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور عبد اللطيف محمود آل محمود ص 300 وما بعدها.
- (12) انظر هذه الأدلة في: كتاب «نظام التأمين» للدكتور مصطفى أحمد الزرقا. كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة» بحث التأمين للدكتور محمد سليمان الأشقر (1/11 - 41). دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، السعودية، ط 2/1422هـ - 2001م. (2/461 - 608). مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الثاني.

فالأضرار المادية عند وقوع الخطر وحلول الضرر، وما يجره هذا الوقوع من خسائر اقتصادية مباشرة، ومن مشقات ومتاعب جسيمة أو خفيفة.

والأضرار النفسية: تتجلى في الخوف المستمر من وقوع الخطر المحذور، ولو لم يقع فعلاً، فإن ذلك يجعل الإنسان في قلق دائم، ويفقد كثيراً من فعاليته في سبيل توفير راحته ووفاء حاجاته الحيوية.

وينتج عن ذلك أضرار اقتصادية، تتمثل في إعراض الناس عن القيام ببعض النشاطات والمشاريع المفيدة في بعض المجالات أو تقليل نشاطهم فيها، حينما تكون فيها مخاطرة كبيرة في التعرض لأخطار قوية احتمال الوقوع، وهذا يحول دون تنفيذ هذه المشاريع الاقتصادية، مما يؤدي إلى ركود اقتصادي وضعف الثروة.

وإذا اجتمعت هذه الأضرار فإنها تلحق به الخطر في نفسه وفي ماله، والشرع أجاز له - والحال هذه - أن يتناول المحذور بقدر رفع ودفع الضرر الواقع على نفسه أو ماله، على اعتبار أن عقد التأمين محذور لما فيه من المفساد، لاشتماله على الغرر والجهالة، والرهان والمقامرة، وكذا شبهة الربا، وأكل أموال الناس بالباطل.

إلا أن الاستدلال بهذا القاعدة لم يسلم من معارض، فالقائلون بتحريم التأمين، ردوا على المجيزين فقالوا:

لا يستقيم الاستدلال بأن التأمين من الضروريات، ومن ثم يلزم القول بإباحته حسب قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، وذلك لأن الضرورة التي تبيح المحذور يشترط فيها أمور لا تتحقق في عقد التأمين إذ لا ترتب على إلغائه كبير أثر على الضروريات الخمس وهي الدين النفس والعقل والنسل والمال، وهناك وسائل مشروعة تقوم على هذه الأمور كالزكاة والتأمين التعاوني.

يقول الشيخ كمال الدين جعيط: (يتم الاعتماد على قاعدة الضرورات تبيح المحظورات عندما تنسد كل الأبواب ولم يبق أي باب من أبواب الحلال عندها نرتكب أخف الضررين)⁽¹⁾.

ويتحقق عدم اتجاه دعوى الضرورة في التأمين عند تأمل النقاط التالية:

- 1 - قد يكون محل عقد التأمين غير مباح في نفسه كالتأمين ضد الانتحار والإهمال وحوادث السكر وغير ذلك مما لا تقره الشريعة ولا يدخل كل ذلك في الضرورة قطعاً.
- 2 - شيوع العمل في المجتمعات المختلفة ليس دليلاً على الإباحة، بل العبر بالأدلة الشرعية ليس غير.

(1) قال هذا الكلام شارحاً لفتوى والده حول التأمين ضمن كتاب: فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، من جمع محمد ابراهيم بوزغيبية ص 98.

3 - كون التأمين ضرورة يتخرج عليه أنه لا يجوز للأغنياء ولا للحكومات والشركات إذ لا ضرورة تبيح لهم التأمين لأنهم ليسوا في حاجة ماسة إليه.

4 - الضرورة المبيحة للمحذور لا تتوفر في التأمين ويمكن الاكتساب دون اللجوء إلى التأمين، فالضرورة هي ما يترتب على تركها هلاك أو مشقة عظيمة⁽¹⁾.

وبالنظر إلى كل ما سبق يظهر أن تحقق وصف الضرورة في عقود التأمين متعين ومتحقق مما يجعل الترخيص بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات تخريجاً صحيحاً وراجحاً والله أعلم.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: مشروعية التخدير الجراحي

إذا رجعنا إلى أقوال الفقهاء نجد أنهم يعتبرون المخدر مسكر والمسكر حرام بالنصوص القطعية، إلا أنهم رأوا استثناء حالات الضرورة والحاجة فأجازوا شرب المخدر عند قطع العضو مثلاً.

يقول صاحب تبصرة الحكام: (إذا كان شارب الخمر أو النبيذ حراً مسلماً مكلفاً وشربه مختاراً من غير ضرورة ولا عذر فإنه يجلد ثمانين.. ثم قال بعد ذلك: والظاهر جواز ما سقي من المرقد لأجل قطع عضو ونحوه، لأن ضرر المرقد مأمون، وضرر العضو غير مأمون)⁽²⁾.

وذهب الإمام النووي - رحمه الله - إلى جواز أن يتعاطى الإنسان مزيلاً للعقل عند إقباله على قطع يده المتأكلة⁽³⁾.

واعلم أن الإنسان المعرض لعملية جراحية لا يمكنه أن يتحمل ألام تلك الجراحة، ويجد مشقة وألماً كبيرين، الأمر الذي يدفع الأطباء إلى تخديره كلياً، أو جزئياً، على حسب الزمن الذي تستغرقه العملية الجراحية ونوعيتها، فهناك حالات يكون فيها إجراء العمل الجراحي مستحيلاً بدون التخدير كما في جراحة القلب المفتوح.

وهناك حالات لا يستحيل فيها إجراء الجراحة الطبية بدون تخدير، ولكن المريض يلقي فيها مشقة فادحة لاتصل به إلى درجة الموت، كجراحة بتر الأعضاء. وتقدير النسب المعينة والمقادير اللازمة من التخدير، يرجع إلى الطبيب المختص.

يقول الدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي مبيناً وجه الترخيص على القاعدة: (وإذا تبين لنا وجود الحاجة الداعية إلى التخدير الجراحي فإنه يمكن القول بجواز فعله سداً لتلك الحاجة، فما كان منها بالغاً مبلغ الاضطرار يعتبر جوازه مخرجاً على القاعدة الشرعية التي تقول: «الضرورات تبيح المحظورات»، وما كان منها بالغاً مبلغ الحاجة يعتبر جوازه مخرجاً على القاعدة الشرعية التي تقول: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»، وما كان منها دون مقام الحاجة يرخص في السير من المخدر)⁽⁴⁾.

(1) انظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى الشنقيطي، (2/539).

(2) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (2/169، 170).

(3) انظر: روضة الطالبين للنووي (10/171).

(4) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 284 - 285.

المسألة 2: الجراحة العلاجية الضرورية

تطرق صاحب كتاب "أحكام الجراحة الطبية" إلى الجراحة العلاجية الضرورية فقال: (وهي الجراحة التي يقصد منها إنقاذ المريض من الموت، ويعبر عنها بعض الأطباء بجراحة المحافظة على الحياة، ومن أمثلتها مايلي:

- حالة انفجار الزائدة الدودية.

- حالة انفجار الاثني عشر.

- حالة انسداد المعدة.

- حالة نزيف الكبد الحاد⁽¹⁾.

ثم بين ضرورة هذه الأمراض فقال: (وإذا أصيب الإنسان بهذا النوع من الأمراض الجراحية الخطيرة التي يخشى عليه الهلاك بسببها فإنه يصير حينئذ مضطرا، ويبلغ بذلك مقام الضرورة، ولا يشترط في الحكم بكونه مضطرا أن يصير إلى الحالة التي يشرف فيها على الموت ويقل الأمل في شفائه وعلاجه بالجراحة،... وإذا ثبت الحكم بكون المريض يصير مضطرا إذا أصيب بمرض جراحي مميت، فإنه يتفرع على ذلك الحكم بجواز فعل المحظورات التي قد يتطلبها إنقاذه بالجراحة كالتخدير، وكشف العورة المحتاج إلى كشفها لفحص أو عمل جراحي ونحوها، فهذه الأمور وأمثالها الأصل فيها الحرمة والحظر، ولكن لما كان الضرورة الداعية إلى فعلها حكمنا بجوازها للقاعدة الشرعية التي تقول «الضرورات تبيح المحظورات»⁽²⁾.

المسألة 3: حكم الكشف عن العورة للفحص الطبي

قد يحتاج الطبيب الفاحص ومساعدوه للكشف عن عورة المريض للإطلاع على بعض أمراض الجهاز التناسلي، أو الكشف المتعلق بالولادة.

وقد يحتاج مصور الأشعة كذلك للكشف عن عورة المريض لتصوير المنطقة المرادة، مع العلم أن المقرر في الشريعة هو وجوب ستر العورة، فما حكم كشف العورة لإجراء الفحص الطبي ومتطلباته من التصوير وما إلى ذلك؟

الجواب : جواز كشف الطبيب الفاحص ومساعديه لعورة المريض عند وجود الضرورة أو الحاجة الداعية إلى ذلك للقاعدة الشرعية «الضرورات تبيح المحظورات»⁽³⁾. والقاعدة الأخرى تنص على أن «الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أم خاصة»⁽⁴⁾.

(1) أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 133 - 134.

(2) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 136.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 117، وابن نجيم ص 94، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (33/1).

(4) السيوطي ص 117، وابن نجيم ص 100، وحيدر (38/1).

فكشف العورة من أجل الفحص الطبي يستثنى بدلالة القواعد الفقهية المتقدمة، فتارة يكون الفحص ضروريا يترتب على تركه هلاك نفس أو عضو، وتارة يكون حاجيا يلحق المكلف في تركه مشقة وعنت، وفي كلتا الحالتين هو معذور شرعا.

ولكن هذا الجواز مقيد بمقدار الحاجة الداعية للكشف والفحص؛ وذلك للقاعدة الفقهية «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»⁽¹⁾.

وقال الشيخ أحمد الزرقاء في شرحه لهذه القاعدة: (ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات، إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطرت الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط)⁽²⁾.

فعلى الطبيب الفاحص ومساعديه الاقتصار في النظر إلى موضع الحاجة الذي يتحصل به مداواة، ويندفع به المرض، ولا يجوز لهم النظر عن قدر الحاجة؛ لأنه «ما جاز لعذر بطل بزواله»⁽³⁾.

المسألة 4 : هل للدولة الحق في إصدار قانون يرخّص أخذ أعضاء الموتى؟

بناء على جواز تبرع الميت ببعض أعضائه عن طريق الوصية، وكذا جواز تبرع الورثة ببعض أعضاء الميت مما يحتاج إليه، بنية الصدقة عن الميت.

ذهب الدكتور يوسف القرضاوي إلى عدم استبعاد القول بجواز الإذن للدولة أن تصدر قانوناً يرخّص في أخذ بعض أعضاء الموتى - في الحوادث - الذين لا تعرف هويتهم، أو لا يعرف لهم ورثة وأولياء، لتستخدمها في إنقاذ غيرهم من المرضى والمصابين، وذلك عملاً بقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات».

بشرط أن يستوثق من عدم وجود أولياء للميت، وألا يوجد ما يدل على أن الميت قد أوصى بمنع ذلك ورفضه⁽⁴⁾.

وهذه الفتوى تتفق مع ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي: (يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك. بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له)⁽⁵⁾.

(1) السيوطي ص113، ابن نجيم ص95، حيدر (1/34).

(2) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص187.

(3) أشباه السيوطي ص114، أشباه ابن نجيم ص95، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص191، درر الحكام لحيدر (1/35).

(4) انظر فتاوى معاصرة، للدكتور يوسف القرضاوي، ط1/1421 هـ - 2000م، طبعة المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، (2/591 - 592).

(5) انظر: القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد4 (1/507 - 510).

ووجه التخريج: أن المريض قد يكون في أمسّ الحاجة إلى عضو من الأعضاء جراء حادث مرور أو عمل، تتضرر فيه كبده مثلاً، وقد يتوفى في نفس الحادث أشخاص بعضهم مجهول الهوية، ولا يعرف لهم أولياء، ففي هذه الحالة للحاكم - عملاً بالقاعدة الفقهية الضرورية - تبيح المحظورات - أن يصدر أمراً يسمح فيه للطبيب بنقل العضو المطلوب من الميت إلى الحيّ إنقاذاً له.

المسألة 5: حكم العلاج بالأجنة المجهضة أو الفائضة عن الحاجة

المقصود بالأجنة المجهضة، هي الأجنة التي تعطى حكم انعدام الحياة بالضرورة، ويكون إجهاضها من الأمور الطبيعية التي لا دخل فيها للإنسان قطعاً.

ذهب أغلب علماء العصر إلى جواز العلاج بالأجنة المجهضة أو الفائضة عن الحاجة بشروطها الشرعية، لأن ذلك يدخل في دائرة إنجاز أهم المقومات الضرورية لمصلحة الحياة، ويدخل حكمها في دائرة الكلية الأولى من الكليات الخمس الضرورية، وهي الحياة، أو حفظ النفس.

وهذا نص مجمع الفقه الإسلامي حول المسألة:

1 - لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زرعها في إنسان آخر إلا في حالات بضوابط لا بد من توافرها:

(أ) لا يجوز إحداث إجهاض من أجل استخدام الجنين لزرع أعضائه في إنسان آخر، بل يقتصر الإجهاض على الإجهاض الطبيعي غير المتعمد والإجهاض للعدو الشديد ولا يلجأ لإجراء العملية الجراحية لاستخراج الجنين إلا إذا تعينت لإنقاذ حياة الأم.

(ب) إذا كان الجنين قابلاً لاستمرار الحياة فيجب أن يتجه العلاج الطبي إلى استبقاء حياته والمحافظة عليها، لا إلى استثماره لزراعة الأعضاء، وإذا كان غير قابل لاستمرار الحياة فلا يجوز الاستفادة منه إلا بعد موته بالشروط الواردة في القرار رقم (1) للدورة الرابعة لهذا المجمع.

2 - لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.

3 - لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة⁽¹⁾. وقد استند العلماء في تخريج هذا الحكم على القاعدة الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات»⁽²⁾.

المسألة 6: حكم نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحيّ

يلجأ الأطباء إلى الانتفاع بأعضاء الميت لإنقاذ المريض، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الحساسة في حالة عجزهم عن مداواة المريض، وإسعافه بالدواء.

(1) انظر: انظر القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد6، (3/ 2153 - 2154).

(2) راجع بحث: "زراعة الأعضاء من الأجنة المجهضة"، للشيخ محمد عبده عمر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد6، (3/ 1965).

وقد اختلف العلماء والباحثون المعاصرون حول هذه المسألة ما بين مجيز ترجيحاً لمصلحة الحي، وحاضر مغلب حرمة الميت.

وقد ذهب إلى القول بالجواز جمهور علماء العصر، وصدر في هذا الشأن قرار عن مجلس الجمع الفقهي الإسلامي، وقعه أغلب أعضاء المجلس الذين حضروا الجلسة⁽¹⁾.

واستدلوا بقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»⁽²⁾.

والقاعدة تدل على أن المكلف إذا بلغ مقام الاضطرار رخص له في ارتكاب المحظورات شرعاً، فالضرورة في إنقاذ الحي تبيح المحظور في جرح الميت وأخذ عضو منه.

المسألة 7: حكم التلقيح الاصطناعي

التلقيح الاصطناعي: يطلق لفظ التلقيح الاصطناعي على عدة عمليات مختلفة يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي وذلك بغير طريق الاتصال الطبيعي الجنسي⁽³⁾.

أو هو طريقة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال الجنسي الطبيعي، أي الجماع بين الرجل والمرأة.

والتلقيح الاصطناعي قد يتم داخلياً: أي داخل جسم المرأة، وهي الحالة التي يعجز فيها الرجل عن إيصال مائه إلى داخل فرج المرأة، أو تعذر وصول نطافه إلى بويضة المرأة لتلقيحها، ففي هذه الحالة يؤخذ ماء الزوج ويتم تلقيح البويضة بواسطة الحقن أو غيرها من الطرق الطبية الخاصة.

وقد يتم خارجياً: أي في أنبوب الاختبار الذي يجمع فيه بويضة الأنثى مع الحيوان المنوي من الرجل، في وسط ملائم فيلقحها، ثم ترد البويضة الملقحة إلى رحم المرأة لتكتمل انقسامها مشكلة جنيناً بشرياً.

ذهب إلى جواز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي ضمن ضوابط وشروط معينة، جمهور الفقهاء المعاصرين، منهم الشيخ محمد شلتوت⁽⁴⁾، والشيخ جاد الحق علي

(1) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من عام 1405هـ الموافق 1985م، ووقع عليه أصحاب الفضيلة، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الدكتور عمر نصيف، الشيخ عبد الله العبد الرحمن البسام، الشيخ محمد بن عبد الله بن سليل، الدكتور مصطفى الزرقاء، الشيخ محمد محمود الصواف، الشيخ صالح بن عثيمين، الشيخ محمد رشيد قباني، الشيخ محمد الشاذلي النيفر، الشيخ أبو بكر جومي، الشيخ محمد بن جبير، الدكتور محمد فهمي أبو ستة، الشيخ محمد بن الحبيب الخوجة، الشيخ مبروك بن مسعود العوادي، الشيخ محمد بن سالم بن عبد الودود، الدكتور طلال عمر باققيه، وفريق من الأطباء منهم، محمد علي البار. انظر: ثبت قرارات الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ص 146-149.

(2) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي ص 21. وانظر أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 377.

(3) انظر: بحث "التلقيح اللاصطناعي وأطفال الأنابيب" للدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، (1/284 - 285).

(4) الفتاوى للإمام محمود شلتوت، ط 17/1411هـ - 1991م، دار الشروق - القاهرة - مصر، ص 327-328.

جاد الحق⁽¹⁾، والشيخ مصطفى أحمد الزرقا⁽²⁾، والدكتور يوسف القرضاوي⁽³⁾، والدكتور عبد الكريم زيدان⁽⁴⁾، والدكتور وهبة الزحيلي⁽⁵⁾، وأخذ بهذا القول مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي⁽⁶⁾.

وبه قالت اللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن، المنبثقة عن جمعية العلوم الطبية الأردنية، ومنهم: الدكتور إبراهيم زيد الكيلاني، ومحمد نعيم ياسين، وعمر الأشقر، علي الصوا، محمد شبير، محمود السرطاوي⁽⁷⁾، وبه قالت ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام⁽⁸⁾، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁽⁹⁾.

وعمدتهم في ذلك: أن من مقاصد الشريعة الإسلامية إبقاء النسل وحفظه، ولا يتحقق ذلك إلا بالزواج الذي يتم فيه الاتصال الجنسي الطبيعي بين الرجل والمرأة، وحيث تعذر ذلك فإنه يلجأ إلى طريقة التلقيح الاصطناعي الداخلي، لتحقيق هذا القصد العظيم⁽¹⁰⁾، وإن كان في ذلك كشفاً لعورة المرأة فإن الضرورة القاضية بذلك تبيح هذا المحظور، مع مراعاة الشروط اللازمة في إجراء هذه العملية.

وإن هذه العملية فيها مظنة اختلاط الأنساب، باختلاط النطف والبيضات المأخوذة من الرجال والنساء، بطريق الخطأ، أو بطريق عمد، خاصة و يقوم بها أطباء لا تتوفر في كثير منهم الأخلاق الإسلامية، وفي مخابر طبية بعيدة عن كل رقيب، ولذلك وسدًا للذرائع فإن هذا التلقيح غير جائز ابتداءً، إلا أن الضرورة الملحة للأبوين في الإنجاب تبيح هذا المحظور.

فقد يتعذر على الزوجين الإنجاب والتوالد بالطريق العادي الطبيعي، وهو الاتصال الجنسي، لأسباب كثيرة منها موت نطف الزوج قبل وصولها إلى بويضة الزوجة، أو وجود عدد قليل من نطف الزوج في منيه مما لا يسمح بالتلقيح الطبيعي، إلى غير ذلك من الأسباب، مما يحتم عليهما سلوك هذا الطريق من التلقيح الاصطناعي، مع ما فيه من المحاذير، أخذاً بالقاعدة الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات».

- (1) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف المصرية، 1981م، (9/ 3213 - 3228).
- (2) التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورة الثالثة، 1400هـ ص 22.
- (3) الحلال والحرام، ط 7/ 1973م، المكتب الإسلامي، ص 219.
- (4) الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان، (9/ 391).
- (5) الفقه الإسلامي وأدلته، ط 3/ 1984م، دار الفكر، دمشق، (3/ 595).
- (6) انظر: ثبت قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، ص 150 - 157.
- (7) الجابري، الجديد في الفتاوى الشرعية، ص 111.
- (8) ندوة الإنجاب طبع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص 350.
- (9) انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3، (1/ 513 - 516).
- (10) جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، (9/ 3219).

المسألة 8: ما حكم زرع عضو من حيوان نجس في جسم الإنسان؟

أجاب الدكتور يوسف القرضاوي عن هذا السؤال في كتابه فتاوى معاصرة، بالجواز عند الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ويرجع تقدير ذلك إلى الأطباء المسلمين الثقات.

وهذا نص كلامه: (وأما زرع عضو من حيوان محكوم بنجاسته كالخنزير مثلاً، في جسم إنسان مسلم، فالأصل ألا يلجأ إلى ذلك إلا عند الضرورة، وللضرورة أحكامها، على أن يراعى بأن ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها، وأن يقدر نفع ذلك الثقات من أطباء المسلمين)⁽¹⁾.

في هذه المسألة تفصيل: اعلم أن الحيوان إما أن يكون طاهراً، أو نجساً.

فأما الطاهر: فالعلماء على أن التداوي بأعضائه كالتداوي بسائر المباحات⁽²⁾، ولا حرج في الانتفاع بأعضاء هذا الضرب من الحيوان، جاء في الفتاوى الهندية: (لا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقرة أو بغير أو فرس، أو غيره من الدواب إلا عظم الخنزير)⁽³⁾.

وأما الحيوان النجس: فالأصل فيه أنه محرم، فلا يجوز نقل عظمه إلى جسم الإنسان إلا عند الضرورة وبتحقق شرطين أساسيين:

الأول: أن يكون الشخص المريض محتاجاً إلى نقل عضو الحيوان النجس إليه، وهذا بشهادة الأطباء المختصين بهذه الحاجة.

الثاني: أن لا يوجد العضو الطاهر الذي يمكن أن يقوم مقامه.

فإذا تحقق هذان الشرطان فإنه لا حرج في قيام الطبيب الجراح بنقل العضو النجس أو جزء منه إلى المريض تخريجاً على القاعدة الفقهية الضرورات تبيح المحظورات، وهو ما ذهب إليه الدكتور يوسف القرضاوي في فتواه، وخلص إليه الدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي في بحثه النافع⁽⁴⁾.

وأشار إليه الشيخ محمد عبده عمر في بحثه عندما قال: (اتفق الفقهاء على أن وصل الجسد بعظم من حيوان طاهر للتداوي به أو للاستعاضة به عن عضو أو عظم فقده صاحبه جائز، وإن وصل بعظم نجس مع وجود الطاهر أو بدون ضرورة تدعو إلى ذلك، فهو غير جائز ويجب نزع عند الجمهور في هذه الحالة، إلا إن خيف من هلاك أو عطب. أما إن تعين العظم النجس فلا مانع من الاستفادة منه عند الضرورة إذ الضرورات تبيح المحظورات)⁽⁵⁾.

(1) انظر: فتاوى معاصرة (2/ 593).

(2) راجع بحث الدكتور هاشم جميل عبد الله (زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية) منشور بمجلة الرسالة الإسلامية عدد 212 ص 73.

(3) الفتاوى الهندية (5/ 255)، وانظر: المجموع للإمام النووي (3/ 138).

(4) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 402، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي ص 25 - 26.

(5) انظر بحث "زراعة الأعضاء من الأجنة المجهضة" لفضيلة الشيخ محمد عبده عمر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، (3/ 1966). أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي للدكتور محمد سليمان الأشقر ص 117.

المسألة 9: هل يجوز للرجال أن يقوموا بمعالجة النساء بالجراحة والعكس

لقد دلت النصوص الشرعية على وجوب استتار المرأة، وحفظ عورتها، وعدم كشفها إلا لمن استثنى الله تعالى في كتابه الكريم.

والمداواة والجراحة تقتضي كشف العورة قصد العلاج والتطبيب، وهو يتعارض مع الأمر بسترها، فهل يجوز قيام الرجال بمداواة النساء وخاصة في العمل الجراحي أم لا؟
الأصل في الشريعة عدم جواز معاينة ومعالجة الرجل المرأة الأجنبية، وذلك من أجل النظر والملامسة فيهما.

ويستثنى من ذلك حالات الضرورة، أو الحاجة، كعدم وجود طبيبة - محل ثقة - عند المريضة أو ذويها، أو توجد طبيبة ولكنها ليست متخصصة كتخصص الطبيب الرجل، خاصة إذا كان مرضها يتطلب تخصصاً معيناً، أو أن معارك الجهاد تحتاج إلى توفير الرجال للقتال، وإلى فتح المجال أمام النساء، لتمرير الرجال أو معاينتهم ومداواتهم.

دلّ على ذلك السنّة الصحيحة، والقاعدة الشرعية التي نصت على أن «الضرورات تبيح المحظورات»، فجميع المحرمات تباح بالضرورة⁽¹⁾.

إلا أن قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، ليست مطلقة، بل لها تقييدات عديدة، فالإباحة مقيدة بالنص، أو بالقدر، أو بالزمن.

أما التقييد بالنص: فقد قال ابن نجيم: (المشقة والخرج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه)⁽²⁾.
وأما التقييد بالقدر: فقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أن: «الضرورات تقدر بقدرها». ومعنى هذا أن الضرورة الملحة حالة استثنائية شاذة، والمستثنيات تفسر بتضييق، بمعنى أن الترخيص الذي تقتضيه الضرورة لا يكون على إطلاقه، بل يكون بالقدر اللازم لرفع المشقة. والمقصود بالتقييد بالزمن، هو أن حالة الاضطرار أو الحكم الاستثنائي الذي تقتضيه، يبقى ما دام العذر قائماً، فإذا زال، زال الترخيص، ورجع الأمر إلى القاعدة الأصلية.

وفي معناه جاء في مجلة الأحكام العدلية: «ما جاز لعذر بطل بزواله» «وإذا زال المانع عاد المنوع»⁽³⁾.

وهذا التداوي لا يجوز إذا وجد الجنس المثل، ووجب على المريض ستر المواضع الزائدة على قدر الحاجة، ووجب على الطبيب أن يقتصر في نظره على ذلك الموضوع المحتاج إلى مداواته، بناء على القاعدة الفقهية «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»⁽⁴⁾.

(1) هذا نص كلام أبي حامد الغزالي في كتابه الوجيز (2/216).

(2) الأشباه لابن نجيم ص 92.

(3) المادتان 23، 24 من مجلة الأحكام العدلية.

(4) انظر أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 577. وانظر بحث الدكتور علي داود الجفال في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدده (3/49 - 50).

يقول الدكتور علي محمد يوسف الحمدي⁽¹⁾: (وأما فيما يتعلق بالأحكام الفقهية من حيث مداواة المرأة للرجل، فقد ذهبوا في الجملة إلى الجواز في ظل قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»⁽²⁾).

المسألة 11: حكم شراء دم الأدمي لأغراض طبية

صدرت عشرات، بل مئات الفتاوى الجماعية والفردية والكتب والمقالات التي تبيح نقل الدم إذا تعين ذلك لإنقاذ حياة أو لشفاء مرض. وأن ذلك يجب أن يكون من قبيل التبرع لا المعاوضة والبيع⁽³⁾.

والمضطر للشراء لا لوم عليه ولا تثريب إن لم يجد وسيلة أخرى لذلك. تخريجاً على القاعدة الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات».

أفتى الشيخ السنهلي بجواز استعمال الدّم الإنساني كغيره من الأشياء المحرمة عند الاضطرار، ولم يجوز بيعه وشراؤه، وإذا لم يمكن الحصول عليه بدون قيمة فيجوز لصاحب الحاجة أخذه بالقيمة، ولم يُبَحَّ للبائع أخذ القيمة⁽⁴⁾.

وأفتى الشيخ موسى صالح شرف بجرمة بيع الدّم، وحثّ على التبرع به لإنقاذ مريض⁽⁵⁾. وجاء في فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة ما يلي:

(أما حكم أخذ العوض عن الدّم، وبعبارة أخرى: بيع الدّم؛ فقد رأى المجلس أنه لا يجوز لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير، فلا يجوز بيعه وأخذ عوض عنه. وقد صح في الحديث: «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»⁽⁶⁾، كما صح أنه نهى عن بيع الدم⁽⁷⁾. ويستثنى من ذلك حالات الضرورة إليه للأغراض الطبية، ولا يوجد من يتبرع إلا بعوض، فإن «الضرورات تبيح المحظورات»، بقدر ما ترفع الضرورة. وعندئذ يحل للمشتري دفع العوض، ويكون الإثم على الآخذ.

(1) الدكتور علي يوسف الحمدي أستاذ بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، وعضو مشارك في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(2) انظر بحث الدكتور علي محمد يوسف الحمدي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 7، (3/611).

(3) انظر بعض هذه الفتاوى، في تطبيقات قاعدة الضرر يزال، ص؟؟؟ من الأطروحة.

(4) قضايا فقهية معاصرة للسنهلي ص 57.

(5) انظر: مجلة منار الإسلام طبعة 1403 هـ 1982 م، السنة الثامنة، العدد الثاني، ص 87.

(6) الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه (312/11) رقم: 4938، وأخرجه أحمد في مسنده (293/1) رقم: 2678، والدارقطني في سننه كتاب البيوع، (7/3) رقم: 20.

(7) ورد النهي في حق بيع الدم في حديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام (2/780) رقم: 2123، و(5/2219) رقم: 5601، و(5/2223) رقم: 5617.

ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهبة أو المكافأة تشجيعاً على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري لأنه يكون من باب التبرعات، لا من باب المعاوضات⁽¹⁾.

القاعدة الرابعة: الضرورات تقدر بقدرها⁽²⁾

التعريف بالقاعدة

هذه القاعدة هي قيد لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، وقد نبه عليها الفقهاء من القديم كما يتجلى من الصياغات التالية:

«الثابت بالضرورة يقدر بقدرها»⁽³⁾.

«الحكم المقيد بالضرورة مقدر بقدرها»⁽⁴⁾.

«كل ما دعت الضرورة إليه من المحظور فإنه ساقط الاعتبار على حسب الحاجة، ويقدر الضرورة»⁽⁵⁾.

«ما جاز لعذر بطل بزواله»⁽⁶⁾.

«ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها»⁽⁷⁾.

معنى القاعدة

إن الحكم الثابت لأجل الضرورة إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فقط، فإذا زالت الضرورة واندفعت عاد الحكم إلى ما كان عليه قبلها.

ويدل على هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ

اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽⁸⁾، قال ابن القيم: (فالباغى الذي يبتغي الميتة مع قدرته على التوصل إلى المذكي، والعادي: الذي يتعدى قدر الحاجة بأكملها)⁽⁹⁾.

(1) فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي كانت بتاريخ (13 - 20 رجب 1409هـ)، انظر: بحث "التداوي بالحرمان" للدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (3/ 345 - 346).

(2) انظر: المجلة المادة 22، أشباه السيوطي ص 113، أشباه ابن نجيم ص 95، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 133، الوجيز للبورنو ص 239، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (6/ 264).

(3) كتاب الأسرار للدبوسي ص 303، كتاب المناسك.

(4) فتاوى شيخ الإسلام (21/ 353).

(5) القيس شرح موطأ مالك بن أنس، لابن العربي (1/ 145).

(6) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 114، أشباه ابن نجيم ص 95، مجلة الأحكام العدلية المادة: 23.

(7) أشباه السيوطي، ص 113، وأشباه ابن نجيم، ص 95.

(8) سور البقرة الآية 173.

(9) انظر: إعلام الموقعين (1/ 169).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: النهي عن بيع الوفاء⁽¹⁾ في المعاملات المالية الحديثة

ذهب فقهاء الحنفية إلى جواز بيع الوفاء للحاجة إليه، وكذلك الشافعية غير أنهم سمّوه باسم بيع العهدة، والمالكية أطلقوا عليه مصطلح بيع الثنيا، ثم إن القياس يقتضي عدم جواز هذا البيع، لأنه إما من قبيل الربا لأنه انتفاع بالعين بمقابلة الدين، أو صفة مشروطة في صفقة كأنه قال: بعته منك بشرط أن تبيعه مني إذا جئتك بالثمن، وكلاهما غير جائز.

ولكن لما مست الحاجة إليه أفتى الفقهاء بجوازه رفعا للحرج القائم بين الناس⁽²⁾.

وهذا البيع قد تستغله - اليوم - البنوك الربوية في تعاملاتها مع عملائها، بحجة أن العمل قد جرى به من قبل، وتلافياً لهذا الفساد ذهب الدكتور علي أحمد الندوي إلى ترجيح عدم جواز الإفتاء بمشروعية هذا البيع، تخريجاً على القاعدة الفقهية «ما جاز لعذر بطل بزواله»، فيقول: (والواقع أنه إذا كان جُوزَ بناء على الحاجة القائمة قبل قرون فلم تبقى حاجة الآن إلى هذا النوع من التعامل، بل يمكن أن يكون تسويغه محل استغلال خطير لدى البنوك الربوية، فالراجح عدم الإفتاء بجوازه؛ لزوال الحاجة العامة، أو الضرورة الداعية لذلك، ومن باب سدّ الذريعة أيضاً)⁽³⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم الفحص بالأشعة السينية

إن الأشعة السينية هي من أخطر الوسائل المستخدمة في مهمة الفحص الطبي، ويكمن خطرهما فيما تشتمل عليه من المواد المشعة، التي تنتهي بالتعرض لها كثيراً وبقدر شديد إلى الموت، ناهيك عن الأضرار التي تلحقها بالجلد والنخاع الشوكي والغدد الجنسية، وقد تتسبب في الإصابة بالسرطان⁽⁴⁾.

ونظراً لوجود هذه الأضرار المترتبة على التصوير بالأشعة فإن الأصل يقتضي عدم جواز التصوير بها، إلا إذا وجدت الحاجة الداعية إلى ذلك.

(1) بيع الوفاء: هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وإنما سمي بيع الوفاء؛ لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط. هذا ويسميه المالكية بيع الثنيا، والشافعية بيع العهدة، والحنابلة بيع الأمانة الموسوعة الفقهية الكويتية (260/9).

(2) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص 156.

(3) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (140/1).

(4) ثبت طبيّاً أن التعرض لمقدار أربعمئة وخمسين وحدة من الأشعاع الموجود في اشعة (رونجن) يكفي لإصابة الشخص بمضاعفات خطيرة قد تنتهي به إلى الموت، انظر: الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء (78/1) و(1163/6).

لذلك ينبغي للطبيب المختص بمهمة التصوير بالأشعة السينية أن يتقيد بقدر الحاجة للقاعدة الشرعية «ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها»⁽¹⁾. ومن ثم فإنه يحرم عليه الزيادة في قدر الجرعة المسلطة على الموضع المراد تصويره، وينبغي عليه أن يقتصر على القدر المعتبر عند أهل الاختصاص، لأن القدر الزائد عن الحاجة باق على حكم الأصل الموجب لحرمة⁽²⁾.

المسألة 2: هل يجوز الزيادة في قدر الجزء المقطوع في العمل الجراحي على سبيل الاحتياط؟

الأصل في جراحة القطع أن يتقيد الطبيب بالقدر المحتاج إلى قطعه دون زيادة، لأن الأصل في القطع التحريم لما فيه من مفسدة، فأبيض القطع لدفع الضرر الحاصل، للقاعدة الشرعية: «ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها».

وخوفا من سريان الآفة وتجاوزها العضو المقطوع، وكذا صعوبة فتح الموضع ثانية فإن الأطباء وللاحتياط يجوز لهم الزيادة في قدر الجزء المقطوع، بشرط أن يغلب على ظن الطبيب إمكان السريان، وأن يكون الجزء المقطوع في موضع يصعب فتحه ثانية⁽³⁾.

المسألة 3: تدخل الطبيب الجراح يكون عند قيام المقتضى

يشترط لجواز الجراحة الطبية أن يكون المريض محتاجا إليها، سواء كانت حاجته إليها ضرورية بأن خاف على نفسه الهلاك، أو تلف عضو من أعضاء جسده، أو كانت حاجته دون ذلك بأن بلغت مقام الحاجيات التي يلحقه فيها الضرر بسبب آلام الأمراض الجراحية ومتاعبها. وهذا الشرط مؤسس على أن بدن الإنسان مصان ولا يتعرض له إلى بما فيه مصلحة راجحة مأذونة شرعاً، فإذا بلغ الإنسان بسبب الأمراض الجراحية مقام الاضطرار، والحاجة فإن الشرع يأذن له حينئذ بفعلها دفعا لذلك الضرر، وتلك المشقة التي يعانها.

ومن أمثلة ذلك ما يجري في الجراحة العصبية حيث يشتكي المريض من ألم شديد في موضع معين من جسده، وبعد الفحوصات اللازمة يقرر الأطباء المختصون بأن لا سبيل لزوال ذلك الألم الشديد إلا بقطع العصب الموصل للإشارات الحسية من المنطقة التي يشتكي منها إلى الدماغ حتى يزول الإحساس بذلك الألم⁽⁴⁾، وقبل مباشرة الطبيب للجراحة يزول ذلك الألم ويرتاح المريض، ففي هذه الحالة تخلف الشرط المسوغ لتدخل الطبيب، فرجع الحكم إلى الأصل وهو المنع.

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 113، ولاين نجيم ص 95.

(2) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص 230.

(3) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 312.

(4) الجراحة العصبية د. محمد فاروق النحاس، طبعة 1405 هـ - مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بدمشق سوريا، ص 339.

فالجراحة في الأصل إنما شرعت بسبب وجود الحاجة فإذا انتفت قبل المباشرة رجعت الجراحة إلى حكم الأصل الموجب لعدم جوازها للقاعدة الشرعية التي تقول «ما جاز لعذر بطل بزواله»⁽¹⁾.

مسألة 5: على أي أساس يتم اختيار الجثث التي تشرّح بغرض التعليم

من العلماء المعاصرين الذي تناولوا المسألة بالبحث الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة الرابعة:

قال في معرض جوابه عن الأساس الذي يتم عليه اختيار الجثث التي تجرى عليها التجارب العملية لغرض التعلم، وتحصيل القدر الكافي من الخبرة الطبية: (والجواب: أنه يجب قبل كل شيء التقيّد في السعي إلى تحقيق هذه الاستفادة بأدنى حدود الضرورة، لأن «الضرورات يجب أن تقدر بقدرها».

وفي نطاق الالتزام بمحدود الضرورة هذه نقول: لا بدّ أن يتم قبل كل شيء الإعلان عن الحاجة الماسة إلى العدد المطلوب من الجثث لهذا الأمر، فإن تقدم من أولياء الموتي من يكفي لتغطية الحاجة، بالسّماح للاستفادة من موتاهم، فذاك. وإلا فإن السبيل ينحصر - والحالة هذه - في إحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: الاستفادة من جثث أولئك الذين يؤول أمر تجهيزهم ودفنهم إلى الوليّ العام، ممن لا يوجد لهم ورثة من الأقارب أو ذوي الأرحام، ذلك لأن حق النظر في هذه الجثث إنما يؤول بالإرث إلى الوليّ العام.

ومن ثم فهو يملك أن يقرر ما يشاء ضمن حدود المصلحة الضرورية التي لا يتجاوزها، ولا ترد هنا قاعدة: «تصرف الوليّ منوط بالمصلحة لوليّه» لأن المسألة هنا ليست ترديداً بين مصلحتين متساويتين للميت وللمجتمع، وإنما هي ترديد بين مصلحة تحسينية للميت ومصلحة ضرورية لعموم المجتمع، فالمسألة إذن بمعزل عن هذه القاعدة.

الطريقة الثانية: الاعتماد على إجراء قرعة، تجريها الدولة للوصول إلى تحقيق الواجب الكفائي، وثمرة القرعة في هذه الحال، سقوط حق أولياء الميت الذي خرجت عليه القرعة، وثبوت حق الدولة في تشريح جثته للمصلحة الضرورية العامة⁽²⁾.

(1) عن أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 108 بتصرف بسيط.

(2) عن بحث الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بتصرف بسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (1/212).

المسألة 7: تطبيب الرجل للمرأة، والمرأة للرجل يكون بقدر

سبق وأن بيّنت أنه يمكن للرجل أن يطبب المرأة وأن تطبب المرأة الرجل عملاً بالقاعدة الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات»، لكن بقي تحديد قدر هذه الضرورة لأن القاعدة الفقهية الأخرى تقول: «الضرورات تقدر بقدرها»، فأقول:

إذا تعين على الطبيب معالجة امرأة مريضة، أو العكس، فإنه يجوز له النظر إلى موضع المرض بقدر الضرورة والحاجة إلى التطبيب، إذ الضرورات تقدر بقدرها، وكذا الحكم بالنسبة للمريض من الرجال. ثم إن هذا الجواز مقيد بشروط أوردتها الفقهاء:

1 - أن يكون هذا بحضرة محرم أو زوج أو امرأة ثقة، خشية الخلوة؛ لجواز خلو الرجل بامرأتين ثقتين عند كثير من الفقهاء.

2 - أن لا تكون هناك امرأة طبية متخصصة تعالجها.

يقول الدكتور داود علي الجفال⁽¹⁾: (نصت المجلة على أن: «الضرورات تقدر بقدرها» كما في المادة رقم: 22.

والأصح أن يقال كما جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي: «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»⁽²⁾؛ لأن ما يقدر ليس هو الضرورة نفسها، بل هو ما أبيع بسببها، وبمعناه نصت مجلة الأحكام العدلية على أن «الضرر يدفع بقدر الإمكان»⁽³⁾.

ومعنى كل هذا أن الضرورة الملحة حالة استثنائية شاذة، والمستثنيات تفسر بتضييق، بمعنى أن الترخيص الذي تقتضيه الضرورة لا يكون على إطلاقه، بل يكون بالقدر اللازم لرفع المشقة.

(مثلاً): إذا جاز للطبيب النظر إلى عورة المرأة المريضة للضرورة، فلا يجوز له أن يرى منها أو يكشف عنها إلى موضع الحرج، ويغض بصره ما استطاع؛ لأن الضرورات تقدر بقدرها... وبناء على ذلك على الطبيب أن يقدر الضرورة بقدرها، فلا يكشف من العورة إلا بقدر ما يستدعيه الكشف والمعالجة⁽⁴⁾.

المسألة 8: الفرق في التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز)

(1) الدكتور علي داود الجفال عميد كلية العين بدولة الإمارات العربية المتحدة، وعضو مجمع الفقه الإسلامي.

(2) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 113.

(3) المادة رقم: 31.

(4) من بحث «أخلاقيات الطبيب» للدكتور علي داود الجفال، بتصرف بسيط، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8،

(57/3 - 58). انظر بحث «المبادئ الشرعية للتطبيب» للدكتور عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8،

(140/3).

ذهب بعض العلماء إلى عدم الشطط في التعامل مع المصاب بمرض الإيدز (SIDA)، فيمتنع عن الاقتراب منه، والحديث إليه، فيعين الشيطان عليه، بل ينبغي الوقوف عند ما حدّده الأطباء من الوسائل التي ينتقل بواسطتها الفيروس، وهي: الاتصال الجنسي، والحمل، ونقل الدم، والمخدرات التي تتناول عن طريق الحقن.

أما ما يتعلق بالعلاقات الاجتماعية والإنسانية فلا يجمل عزل المصاب بهذا المرض، فالضرر يزال، لكن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

وهذا ما قرره الدكتور سعود بن مسعد الشبتي عندما ذهب إلى: (عدم جواز عزله وحرمانه من التعليم والعمل، لاسيما إذا كان المريض يتصرف في حياته تصرفاً مسؤولاً لا يخشى منه الإضرار بغيره، فحقوقه العامة والخاصة لا يجوز المساس بها فلا ضرر ولا ضرار، والتدابير الوقائية التي تتخذ للحماية من كل مرض حسب طرق انتقاله من مريض إلى آخر.

فالضرورة تقدر بقدرها، ولا يعطى الأمر أكثر مما يستحق⁽¹⁾.

القاعدة الخامسة: ما جاز لعذر بطل بزواله

ذكرت بهذا اللفظ في مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾.

وهي من القواعد المقيدة لقاعدة الضرورات تقدر بقدرها، وهي من القواعد الكلية المتفرعة عن القاعدة الكبرى: «المشقة تجلب التيسير».

ومعناها: (أن ما قام على الضرورة يزول بزوال هذه الضرورة، لأن جوازه لما كان لعذر فهو خالف عن الأصل المتعذر، فإذا زال العذر أمكن العمل بالأصل، فلو جاز العمل بالخلف أيضاً لزم الجمع بين البدل والمبدل منه، فلا يجوز. كما لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز، فمعنى البطلان هنا شامل لسقوط اعتباره من حيث إنه يصير في حكم العدم، ولوجوب الانسلاخ منه وتركه⁽³⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم مداواة الرجل للمرأة

الأصل في الشريعة الإسلامية عدم جواز تطيب الرجل للمرأة، لحرمة النظر والملامسة بينهما، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة كفقدان الطبيبة التي تعالج النساء، أو انعدام الطبيبة المتخصصة، إذا كان المرض يقتضي تخصصاً معيناً، أو في حالة الحروب أو الكوارث التي تلحق البشر على هذه البسيطة.

والمداواة والجراحة تقتضي كشف العورة قصد العلاج والتطيب، وهو يتعارض مع الأمر بسترها، فهل يجوز قيام الرجل بمداواة المرأة وخاصة في العمل الجراحي؟

(1) انظر: بحث "مرض الإيدز وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية" للدكتور سعود بن مسعد الشبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (3/ 279 - 280).

(2) المجلة المادة: 23، وانظر: أشباه السيوطي ص 114، أشباه ابن نجيم ص 95، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 135.

(3) الوجيز للبورنو ص 241.

ذهب أعضاء مجمع الفقه الإسلامي، إلى جواز ذلك ونص القرار: (الأصل أنه إذا توافرت طيبة متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة وإذا لم يتوافر ذلك فتقوم بذلك طيبة غير مسلمة ثقة، فإن لم يتوافر ذلك يقوم به طبيب مسلم، وإن لم يتوافر طبيب مسلم يمكن أن يقوم مقامه طبيب غير مسلم.

على أن يطلع من جسم المرأة على قدر الحاجة في تشخيص المرض ومداواته وألا يزيد عن ذلك وأن يغض الطرف قدر استطاعته، وأن تتم معالجة المرأة هذه بحضور محرم أو زوج أو امرأة خشية الخلوة⁽¹⁾.

وإذا تأملنا في قرار المجمع نخلص إلى أنهم اعتمدوا على هذا الترتيب في معالجة الرجل للمرأة على القاعدة الفقهية: «ما جاز لعذر بطل بزواله»، وهي - كما أسلفنا - تقيد قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات».

والتقيد المقصود - هنا - التقيد بالزمن، وهو أن حالة الاضطرار أو الحكم الاستثنائي الذي تقتضيه يبقى، ما دام العذر قائماً، فإذا زال، زال الترخيص، ورجع الأمر إلى القاعدة الأصلية⁽²⁾.

القاعدة السادسة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة⁽³⁾

التعريف بالقاعدة

هذه القاعدة من أعظم القواعد الشرعية الدالة على يسر الإسلام وسماحته، فهي بقدر ما تعتبر ملاذاً للواقع في الحرج والمشقة، فهي متكأ لكل متجاسر على الشريعة مستغل لها للخروج من الحرمة اتباعاً لداعية هواه، لذلك وجب التعريف بالقاعدة، وبيان حدودها، وتحقيق مناطها، لاستثمارها الاستثمار المشروع.

وردت هذه القاعدة: بصيغ مختلفة نسبياً، نذكر منها:

«الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة»⁽⁴⁾.

«الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق أحاد الناس»⁽⁵⁾.

«الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له الحاجة»⁽⁶⁾.

«الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر»⁽⁷⁾.

(1) انظر قرار المجمع بمجلة المجمع، العدد 8، (412/3).

(2) انظر بحث "أخلاقيات الطبيب" للدكتور علي داود الجفال، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (50/3).

(3) انظر: أشباه ابن نجيم ص 100، أشباه السيوطي ص 117، مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: 32، شرح القواعد الفقهية للزرعاء ص 155، الوجيز للبورنو ص 242، موسوعة القواعد الفقهية (67/5).

(4) المجموع المذهب للعلائي (102/2)، موسوعة القواعد الفقهية (67/5).

(5) المنثور للزرعشي (24/2).

(6) المغني (160/2) كتاب الصلاة.

(7) الغياني للجويني ص 345.

مفردات القاعدة

الحاجة لغة: هي الاضطرار إلى الشيء، وتطلق على الافتقار نفسه، وعلى الشيء الذي يُفتقر إليه، وقيل هي القصور عن المبلغ المطلوب⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: يمكن تعريفها من خلال تعريف العلماء للحاجيات، حيث عرف الشاطبي الحاجيات بأنها: المصالح المفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي - في الغالب - إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب⁽²⁾.

فيقال في الحاجة: إنها حالة تطرأ على الإنسان يخاف معها فوت شيء من المصالح المفتقر إليها من حيث التوسعة، بحيث لا تندفع إلا بارتكاب محرّم، أو ما يخالف القواعد العامة للشرع⁽³⁾.

أما الضرورة في اللغة والاصطلاح، فقد سبق تعريفها⁽⁴⁾.

معنى القاعدة

معنى هذه القاعدة أن الحاجة العامة التي تتعلق بأغلب الناس، وكذا التي تختص بفئة معينة تنزل منزلة الضرورة فتعطى حكمها من حيث إباحة المحظور وإن كانت الحاجة في مرتبة دون مرتبة الضرورة وهي أقل باعثاً على مخالفة القواعد الشرعية العامة. فالضرورة هي الحالة الملجئة إلى ما بُد منه.

والحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيراً أو تسهياً لأجل الحصول على المقصود، فهي دون الضرورة من هذه الجهة.

وقد فرق بعضهم بينهما من جهة أن حكم الضرورة مؤقت بزمان تلك الضرورة، وحكم الحاجة مستمر⁽⁵⁾.

(1) انظر: مقاييس اللغة (2/114)، وتاج العروس (5/495)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 263، ويظهر أن علماء اللغة لا يفرقون بين الحاجة والضرورة.

(2) الموافقات (2/10 - 11). وانظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (5/67 - 68).

(3) استفدت هذه الصياغة من صياغة الدكتور وهبة الزحيلي لتعريف الحاجة في كتاب نظرية الضرورة الشرعية، ص 66 - 68.

(4) انظر: ص؟؟؟ من الرسالة.

(5) إيضاحاً لهذه التفرقة يمكن القول إن الحكم في كل منهما منوط بتحقق سببه وهو الضرورة أو الحاجة فإذا تحقق السبب أو العلة وجد الحكم، وإذا زال السبب أو العلة زال الحكم، وإنما جاءت هذه التفرقة من قبل النظر إلى الواقع الغالب في كل منهما، فإن الغالب في الضرورة أن تكون أمراً طارئاً لا يستمر، والغالب في الحاجة أنه مستمرة موجودة بوجود الناس، والله أعلم.

انظر: مختصر العلائي وكلام الأسنوي (1/191)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 155، ونظرية الضرورة الشرعية ص 274 - 275. موسوعة القواعد والظوابط الفقهية، للندوي (1/143).

ومع هذا فقد تطلق الضرورة ويراد بها الحاجة⁽¹⁾. على أن حكم هذه القاعدة ليس على إطلاقه فقد اشترط العلماء في الحاجة المبيحة للمحظور شروطاً أهمها ما يلي:

1 - أن تكون الشدة الباعثة على مخالفة الحكم الشرعي الأصلي بالغة درجة الحرج غير المعتاد.

2 - أن يكون الضابط في تقدير تلك الحاجة النظر إلى أواسط الناس ومجموعهم بالنسبة للحاجة العامة، وإلى أواسط الفئة المعينة التي تتعلق بها الحاجة إذا كانت خاصة.

3 - أن تكون الحاجة متعينة بالألا يوجد سبيل آخر للتوصل إلى الغرض سوى مخالفة الحكم العام.

4 - أن تقدر تلك الحاجة بقدرها كما هو الحال بالنسبة إلى الضرورات.

5 - ألا يخالف الحكم المبني على الحاجة نصاً من كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله ﷺ، على حكم ذلك الأمر بخصوصه، وألا يعارض قياساً صحيحاً أقوى منه، وأن يكون مندرجاً في مقاصد الشرع، وألا تفوت معه مصلحة أكبر⁽²⁾.

وعلى هذا يمكن القول إن هذه القاعدة لا تتحقق تحققاً صحيحاً إلا إذا كان الحكم القائم على الحاجة مستثنى من حكم عام أو في معنى المستثنى منه، وهذا الاستثناء إما أن يكون:

- بنص شرعي دلّ على أن مبنى الترخيص فيه هو الحاجة.

- وإما أن يكون مبنياً على اجتهاد المجتهدين أخذاً من قواعد الشرع العامة، أو قياساً على ما ثبت حكمه بالنص؛ وذلك لأن تنزيل الحاجة منزلة الضرورة معناه إباحة ما ظاهره التحريم، ومن أجل هذا ذهب كثير من الفقهاء إلى أن هذا إنما يكون فيما خالف القياس⁽³⁾.

(1) وهنا ينبغي التنبيه إلى أن الفقهاء - من القديم - تواضعوا على استعمال كلمة الحاجة في مقام الضرورة، كما يظهر من المسائل والتفاريح المتوافرة في كتب الفقه والقواعد، ولكن لا يعني هذا التسامح عدم التمييز بينهما، فإنهم أدركوا هذه الحقيقة ونصوا على الفرق بينهما، ولعل أول من نبه إلى ذلك هو الإمام الشافعي رحمه الله، إذ يقول: (وليس يحل بالحاجة مُحْرَمٌ إلا في الضرورات)، انظر: الأم (28/3)، باب ما يكون رطباً أبداً. وكذلك قول الباجي المالكي: (الضرورة العامة تبيح المحظور) المتقضى شرح الموطأ (259/4)، ومن الواضح جداً أن المراد هنا الحاجة العامة.

(2) انظر: مجموع هذه الشروط في قواعد الأحكام (9/2)، الموافقات (156/2)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 155، نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي، ص 275 - 276.

(3) إن من يرى أن مثل هذه الأحكام مخالفة للقياس يرى أنها بعرضها على قواعد الشرع العامة توجد صور مشابهة لها وهي مُحْرَمَةٌ، لذا كانت إباحتها - عندهم - مخالفة للقياس مع كونها مبنية على أدلة شرعية. ومن يرى أنها على وفق القياس يحكم بذلك من حيث مناسبة الحكم المستثنى - في الظاهر - من القاعدة العامة للسبب المبيح الذي هو الدليل الشرعي المبني على حاجة الناس، وبعبارة أخرى يرى أن ذلك المباح غير ذلك المحرّم وإن توهّم أنهما من جنس واحد، والله أعلم. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 117 - 118.

تنبيه

من المسائل التي يجب التنبُّه لها لدى الفرق بين الضرورة والحاجة مسألة الربا، فقد يجوز التعامل بالربا اليسير عند تحقق الضرورة، ومن المعلوم أن الضرورة تقدر بقدرها، أما التسامح فيه بحُجَّة الحاجة فهو أمر غير جائز.

ولا يصح أن يقاس الربا اليسير على الغرر اليسير؛ لأن الفقهاء أجمعوا على جواز الغرر اليسير في أبواب المعاوضات المالية للحاجة ودفع الحرج، أما الربا فحرمته أشد بكثير من الغرر كما هو معلوم وثابت من النصوص الصريحة⁽¹⁾.

أدلة القاعدة

للقاعدة أدلة كثيرة خاصة من السنة النبوية أذكر منها:

1 - حديث: «رخص النبي ﷺ أن تباع العرايا⁽²⁾، بخرصها⁽³⁾ تمراً⁽⁴⁾».

قال أبو بكر بن العربي⁽⁵⁾: (اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل الحرم،... ومن ذلك حديث العرايا وبيع التمر فيها على رؤوس النخيل بالتمر الموضوع على الأرض، وفيه من الربا ثلاثة أوجه:

- بيع الرطب باليابس.

- والعمل بالحزر والتخمين في تقدير المالين الربويين.

(1) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (1/147).

(2) العرايا: جمع عرية من عراه يعروه إذا غشيه. انظر: الصحاح (6/2423) (ع رى)، ترتيب مختار الصحاح ص 521، المصباح المنير (ع ر ا) (2/556).

وفي الاصطلاح: أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق فيبيعها بخرصها تمراً لمن يأكلها رطباً. انظر: المغني (3/4) العرايا كتاب البيوع.

(3) الخرص: هو حَزْرُ ما على النخل من الرطب تمراً، أي تقديره، الصحاح (3/1035) مادة (خرص). و(2/629) مادة (حزر)، ترتيب مختار الصحاح ص 176.

(4) أخرجه البخاري في كتاب الشرب والمساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب، (2/839) رقم: 2251 واللفظ له. ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، (3/1168) رقم: 1539.

(5) أبو بكر بن العربي: هو الإمام أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري الإشبيلي، إمام من أئمة الفقه المالكي، بلغ الاجتهاد في علوم الدين عامة أخذ عن أبي بكر الطرطوشي وأبي سعيد الزنجاني وأبي محمد الطبري وأبي حامد الغزالي، وعنه القاضي عياض وابن بشكوال وغيرهم، له مؤلفات عدة في جل الفنون، منها: أحكام القرآن، الإنصاف في مسائل الخلاف، عارضة الأحوذى، القبس في شرح الموطأ، توفي سنة 543هـ.

انظر ترجمته في: البداية والنهاية (12/228)، سير أعلام النبلاء (20/197)، تذكرة الحفاظ (4/1294)، وفيات الأعيان

(4/296)، شذرات الذهب (4/141)، نفع الطيب للمقري، تحقيق د/إحسان عباس، دار صادر بيروت، 1388هـ -

1968م، (2/52)، بغية الملتبس ليحيى بن عميرة الضبي، تحقيق إبراهيم الأبياري، طبع في مدريد، سنة 1884م، ص

(82)، الديباج (2/252)، شجرة النور ص (136).

- وتأخير التقابض، إن قلنا إنه يعطيها له إذا حضر جذاذ التمر⁽¹⁾.

وهكذا تجد (عقد المساقاة في الشريعة رخصة من الله مستثناة من الإجارة المجهولة العمل للحاجة، كما أن الجعل مستثنى من الإجارة المجهولة العمل للحاجة)⁽²⁾.

2 - حديث أنس رضي الله عنه⁽³⁾ قال: «رخص رسول الله ﷺ للزبير⁽⁴⁾ وعبد الرحمن⁽⁵⁾ في لبس الحرير لحكمة بهما»⁽⁶⁾.

ووجه الدلالة منه استثناء هذه الحالة من حكم لبس الحرير للرجال، وهو التحريم⁽⁷⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - جواز التأمين التجاري

استدل القائلون بجواز التأمين التجاري (التأمين بقسط ثابت)⁽⁸⁾ بقاعدة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة»، فقالوا:

أصبح التأمين في هذا العصر أمراً ضرورياً لا يمكن الاستغناء عنه، ولقد أدرك الناس عظيم حاجتهم إليه، لأنهم رأوا فيه وسيلة تمكنهم من دفع أخطار الكوارث والتكبات، التي قد تقضي على الثروة والأموال، كما أدرك التجار، وأصحاب المصانع، ورجال الأعمال، ونحوهم،

(1) القبس لابن العربي (2/ 790 - 791).

(2) المصدر نفسه (3/ 861).

(3) أنس بن مالك: هو الصحابي الجليل أبو حمزة أنس بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرجي النجاري المدني، خادم النبي ﷺ، الإمام المفتي المقرئ المحدث، روى عن النبي ﷺ علماً، وروى عن أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم، وعنه خلق كثير منهم الحسن وابن سيرين والشعبي ومكحول والزهري، روى 2286 حديث، توفي سنة 93هـ، وهو آخر الصحابة وفاة بالبصرة.

انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (22/ 27)، البداية والنهاية (9/ 88)، تذكرة الحفاظ (1/ 42)، تهذيب التهذيب (1/ 376)، شذرات الذهب (1/ 100).

(4) هو أبو عبد الله الزبير بن العوام القرشي الأسدي، ابن عمه رسول الله ﷺ، أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة، وكان من أوائل من أسلم، هاجر إلى الحبشة وإلى المدينة، وشهد المشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، قتل سنة 36هـ. انظر: أسد الغابة (2/ 169 - 198)، والإصابة (2/ 553 - 557).

(5) هو عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري، أبو محمد، ولد بعد الفيل بعشر سنين، وكان أحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام، هاجر الهجرة، وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، توفي سنة 31هـ. انظر: أسد الغابة (3/ 313 - 317)، والإصابة (4/ 346 - 350).

(6) أخرجه البخاري في كتاب اللباس، باب ما يرخص للرجال من الحرير للحكمة، (5/ 2196) رقم: 5501، ومسلم في كتاب اللباس، باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكمة، صحيح مسلم (3/ 1646) رقم: 2076.

(7) انظر: فتح الباري (10/ 308).

(8) انظر: تعريف التأمين بقسط ثابت ص؟؟؟ من الأطروحة في الأثر الفقهي لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، وقد ذكرت هناك العلماء القائلين بجواز هذا التأمين.

أن الاقتصاد الصحيح، يحتم عليهم ممارسة عمليات التأمين على نطاق واسع، ولو أنهم لم يستعينوا بالتأمين في مثل هذه الظروف الاقتصادية لوجدوا في ذلك حرجاً ومشقةً.

ولا يتم رفع الحرج والمشقة إلا بالأخذ بهذا النظام، فالحاجة تنزل منزلة الضرورة، والمقصود بالحاجة هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولكنه لا يهلك، والحاجة دون الضرورة لأن الضرورة هي بلوغ الهلاك أو مقاربتة عند عدم تناول الممنوع.

وقد تلحق الحاجة بالضرورة في مسائل العقود فتباح بعض الصور المشتملة على معاني تفيد فساد العقود لمكان الحاجة إليها كعقد السلم، ولاستصناع، ...

والناس لا يتعاملون بعقد من العقود إلا إذا كانت هناك حاجة تدعوهم إلى ذلك فالتعامل دليل على وجود هذه الحاجة فإذا قامت حاجتهم إلى نوع من العقود وتعارفوا عليه، فالأصل فيه أن يكون معتبراً شرعاً إلا ما ورد نص بمنعه أو خالف قاعدة شرعية⁽¹⁾.

المسألة 2: الحاجة إلى التأمين الصحي

سبق وأن عرفنا تعريف التأمين الصحي⁽²⁾، وكذا تخريجه على قاعدة «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة». وفي هذه المسألة نعرض لصوره وتكييفه الشرعي، ثم إلى تخريجه على قاعدة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».

التأمين الصحي له صور عديدة منها:

- التأمين الصحي الاجتماعي الذي تتولاه الدولة.
- والتأمين الصحي التعاوني الذي تمارسه شركات تعاونية تعمل وفق ضوابط شرعية.
- والتأمين الصحي التبادلي الذي تنظمه مجموعة محددة لعلاج من يمرض من بين أفرادها.
- والتأمين الصحي المباشر الذي يتفق فيه شخص مع مستشفى يلتزم بعلاجه مقابل مبلغ محدد⁽³⁾.

و أما التكييف الشرعي للتأمين الصحي - كما ذكره بعض العلماء - فهو : أن يتم تعاقد الشخص مع شركة تأمين تلتزم برد ما ينفقه من مصروفات العلاج وثمان الدواء، في الأماكن وبالحدود التي تعينها ، مقابل أقساط يؤديها ، هو من قبيل عقد التأمين (عقد مسمى).

(1) انظر: كتاب "بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة" بحث التأمين للدكتور محمد سليمان الأشقر (1/ 11 - 41).
وكتاب دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى الشنقيطي (2/ 461 - 608). مجلة مجمع
الفرق الإسلامى، العدد الثانى، الجزء الثانى.

(2) انظر: ص؟؟؟ من الأطروحة؟؟؟

(3) انظر بحث "التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة" للمستشار محمد بدر يوسف الميناوي، عضو مجمع البحوث الإسلامية
بالأزهر الشريف، مجلة مجمع الفرق الإسلامى، العدد 13، (3/ 312 وما بعدها).

وفي تعاقد إحدى المؤسسات مع مستشفى لعلاج من يعمل لديها مقابل مبلغ محدد أو أقساط معينة ، يدخل هذا الاتفاق في إجارة الأشخاص (أجير مشترك)، وتكون العلاقة بين المستشفى والمستفيدين من خدماتها اشتراطاً لمصلحة الغير.

أما إذا توسطت شركة تأمين تعاوني بين المؤسسة وبين المستشفى، فيكون العقد الذي أبرمته المؤسسة مع شركة التأمين اشتراطاً لمصلحة الغير، والعقد الذي أبرمته شركة التأمين مع المستشفى إجارة أشخاص (أجير مشترك) يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير⁽¹⁾.

أما حكم التأمين الصحي بصور الأنفة الذكر، فهو مشروع للحاجة إليه، قرر هذا الحكم الدكتور محمد جبر الألفي، استناداً إلى القاعدة الفقهية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة»، ونص كلامه: (أن الحاجة إلى التأمين الصحي قد تزايدت في هذا العصر مع تغير أنماط الحياة وكثرة الأمراض وارتفاع تكاليف العلاج وثمان الدواء ، مما جعل هذه الحاجة تنزل منزلة الضرورة عند أغلب البشر)⁽²⁾.

المسألة 3 - الحاجة إلى بدل الخلو

تعريف الخلو:

في اللغة: مصدر خلا، فيقال: خلا الإناء مما فيه خلواً، أي فرغ، وخلا البيت من أهله خلواً، أي صار خالياً⁽³⁾.

وفي الاصطلاح عرفه العلماء المعاصرين، فقالوا: هو (مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بالعقار - أرض أو دار أو محل أو حانوت - عن حقه في الانتفاع به)⁽⁴⁾. أو (تنازل مالك المنفعة عن ملكيته لها مقابل مال زائد عن الأجرة)⁽⁵⁾.

الأسماء الحديثة لبدل الخلو:

يطلق أهل العراق على الخلو اسم "السرقلية" وهي فارسية تعني بأن يتنازل المستأجر عما تحت يده من إيجار المحل الذي يشغله، إلى الآخر ويتقاضى إزاء هذه العملية مقداراً من المال يتفق عليه الطرفان⁽⁶⁾.

(1) انظر: المرجع نفسه، (318/3 - 320). وبجث "التأمين الصحي" للدكتور محمد بن علي القري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (3/578 وما بعدها).

(2) انظر: ملخص بجه "التأمين الصحي" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 16، (عبر الانترنت)

(3) راجع المصباح المنير (1/247)، القاموس الفقهي ص 121.

(4) بجه بدل الخلو للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (3/1273).

(5) مقال خلو الرجل، لمشهور حسن سليمان، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 281، سنة 1988م، ص 85.

(6) بجه حكم الشريعة الإسلامية في بدل الخلو (السرقلية) لإبراهيم فاضل الدبو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، (3/2199).

ويطلق عليه أهل الشام اسم "الفروع أو الفروعية"⁽¹⁾.

أما أهل المغرب فعرفوه باسم "الجلسة"⁽²⁾.

وأهل مصر اصطلمحوا عليها "بالمفتاح". ومنهم من سماها "بالزينة"⁽³⁾.

واصطلح عليها المتأخرون "بالمفتاح"، ولا يزال هذا الأخير شائعا بين الألسنة لحد الساعة⁽⁴⁾.

يُجَرَّج بدل الخلو على القاعدة الفقهية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».

فالحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيراً أو تسهياً لأجل الحصول على المقصود. ثم إن القول بحاجة بدل الخلو يصح إذا تعذر إجراء القياس فيه، وإلا كانت إضافته للقياس أولى، وإن كان هناك من قاسه على بيع الوفاء، وهو قياس فاسد لأن بيع الوفاء قرض جرّ نفعاً، فقد انتفع الدائن بالرهن الذي يحجزه حتى سداد الدين.

ويعضد ما سبق كلام الشيخ الطاهر ابن عاشور⁽⁵⁾، الذي يقول: (أن يعرض الاضطراب للأمة أو طائفة عظيمة منها ما يستدعي الإقدام على الفعل الممنوع لتحقيق مقصد شرعي من سلامة الأمة وإبقاء قوتها أو نحو ذلك. وهذا التوقيت وهذا العموم مقول على كليهما بالتفاوت ولا شك أن اعتبار هذه الضرورة عند حلها أولى وأجدر من اعتبار الضرورة الخاصة وأنها تقتضي تغيير الأحكام الشرعية المقررة للأحوال التي طرأت عليها تلك الضرورة.

وليست أمثلة هذا النوع من الرخصة بكثيرة، فمنها الكراء المؤبد الذي جرت به فتوى علماء الأندلس ابن السراج وابن منظور في أواخر القرن التاسع في أرض الوقف حين زهد الناس في كرائها لزراع الأرض من وفرة الخدمة ووفرة المصاريف لطول تبويرها، وزهدوا في كرائها للغرس والبناء لقصر المدة التي تكتري أرض الوقف له ولا بنية الباني أو الغارس أن يبني أو يغرس ثم يقلع ما أحدثه في الأرض، فأفتى ابن السراج وابن منظور بكرائها على التأييد، ورأيا أن التأييد لا غرر فيه لأنها باقية غير زائلة ثم تبعتها على ذلك أهل مصر في القرن العاشر

(1) مقال خلو الرجل لمشهور حسن سليمان، العدد 281، ص 84.

(2) حاشية الباني على الزرقاني (6/128). للشيخ محمد الباني، دار الفكر بيروت.

(3) خلو الرجل لمشهور، المقال السابق.

(4) انظر: العرف والعمل، للدكتور عمر الجيدي، ص 474.

(5) الطاهر ابن عاشور: محمد الطاهر بن محمد بن عاشور التونسي، ولد سنة 1296هـ بالمرسى، حفظ القرآن والمتون وانتسب إلى جامع الزيتونة، وأخذ العلم عن كبار علمائها، وتولى الإفتاء والقضاء، وقام ببعض الإصلاحات العلمية، صنف مصنفاً غاية في الإبداع منها: التحرير والتنوير، مقاصد الشريعة الإسلامية، حاشية على التنقيح للقرافي، توفي سنة 1393هـ. انظر: المستدرک على معجم المؤلفين ص 662.

بفتوى ناصر الدين اللقاني في أحكار الوقف وجرى العمل بذلك في المغرب في فاس وتونس في العقد المسماة عندنا في تونس بالنصبة والخلو، ..وفي فاس بالجلسة والجزاء⁽¹⁾.

المسألة 4: حكم عقود التوريد

عقد التوريد: عرفه الدكتور رفيق يونس المصري فقال: (اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورّد إلى الآخر سلعاً موصوفة، على دفعة واحدة، أو على دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالباً ما يكون مقسماً على أقساط، بحيث يدفع قسط من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع)⁽²⁾.

ولزيد بيان أذكر - هنا - الطريقة التي يتم بها عقد التوريد:

الخطوة الأولى التي يرتبط بها من خلالها المتعاقدان بمثل هذا العقد تبدأ بعرض البائع في البلد المصدر بيع سلعته على أساس عيّنة، أو نموذج، أو على أساس مواصفات معروفة ليسلم الكمية التي يتعاقد عليها في المستقبل على أن يدفع ثمنها عند التسليم (أو قبله، أو بعده إذا كانت العملية تتضمن تمويلاً من واحد منهما للآخر).

فعقد التوريد في جوهره ومضمونه عقد من عقود المعاوضات ينتهي بتسليم السلعة للمشتري، والتمن للبائع بصورة مؤكدة، وبهذا المعنى يحقق مفهوم البيع شرعاً، وهو من قبيل (بيوع الصفات) لا (بيوع الأعيان) حيث إن الوصف غالباً أو العيّنة أو النموذج أو الرؤية السابقة هو وسيلة التعريف بالمبيع، لا الرؤية والمشاهدة الآنية⁽³⁾.

و في غياب العوضين عن مجلس العقد والإكتفاء بالوصف للمبيع تصبح شبهة الغرر قائمة، مما يقتضي منع هذا العقد، إلا أن الحاجة إلى هذا العقد أصبحت في هذا العصر الحديث عامة، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة، لذلك ذهب بعض علماء العصر منهم الشيخ مصطفى الزرقاء، والدكتور الصديق الضيرير⁽⁴⁾، والدكتور رفيق يونس المصري⁽⁵⁾ إلى جواز هذا العقد تحريجاً على القاعدة الفقهية.

يقول الدكتور منذر قحف وهو في معرض بيان الحاجة الاقتصادية لعقود التوريد: (وهذه الحاجات ليست حاجات تمويلية، بل هي حاجات مادية مباشرة تقوم عليها الصناعة الاستخراجية، ... وكذلك فإن الزراعة المعاصرة صارت تحتاج إلى التعاقد على بيع محاصيلها

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ الطاهر ابن عاشور، ص 125 - 126.

(2) عن بحث "عقود التوريد والمناقصات" للدكتور رفيق يونس المصري" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (2/477).

(3) انظر: بحث عبد الوهاب أبو سليمان مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 12 (2/343 - 344).

(4) الدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية القانون جامعة الخرطوم بالسودان، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(5) الدكتور رفيق يونس المصري خبير بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز بجدة، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

على طريقة عقد التوريد... ومثل الصناعة والزراعة سائر القطاعات الاقتصادية والاجتماعية ، فالتعليم يحتاج إلى المباني والأجهزة والمخابر، كما يحتاج إلى التعاقد مع المعلمين والموظفين كل ذلك يقوم على عقود التوريد... هذا إلى جانب المشاريع الإنمائية والإنشائية التي هي أكثر اعتماداً في العادة على عقود التوريد⁽¹⁾.

ويقول الشيخ مصطفى الزرقاء: (عقد التوريد صحيح شرعاً.. كما هو صحيح قانوناً... ولا سيما أن الحاجة العامة اليوم تدعو إلى ممارسة عقد التوريد، كما أنه أصبح متعارفاً.. ولا يخفي أن عقد التوريد قد أصبح فيه عرف شامل، ولا سيما بعد أن قرره القوانين)⁽²⁾.

ويقول الدكتور رفيق يونس المصري: (وهو عقد جائز شرعاً، وإن تأجل فيه البدلان، بالنظر لحاجة الناس إليه، وعموم البلوى به، وانتشاره في القوانين والأعراف الحديثة، وخلوه من الموانع الشرعية)⁽³⁾.

ومن خلال هذه النقول تظهر الحاجة إلى عقود التوريد ويظهر - أيضاً - وجه التخرج على قاعدة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».

المسألة 5 - حكم عقود المناقصات

المناقصة لم يسبق وأن عرفها الفقهاء، وعرفها حديثاً بعض العلماء المعاصرين، منهم:

1 - الدكتور رفيق يونس المصري بقوله: (طريقة نظامية لشراء سلعة أو خدمة تلتزم فيها جهة بدعوة المناقصين لتقديم عطاءاتهم وفق شروط ومواصفات محددة لأجل الوصول إلى أرخص عطاء بافتراض تساوي العطاءات في سائر المواصفات والشروط)⁽⁴⁾.

2 - وعرفها الشيخ حسن الجوهري⁽⁵⁾ فقال: (هي إرساء العقد على أفضل العروض المتعددة في وقت واحد عرفاً)⁽⁶⁾.

ثم يضيف قائلاً: (وهذا الإرساء قد يتضمن تمليكاً إذا تعلقت المناقصة على توريد سلعة من السلع، وقد يتضمن تمليك منفعة إذا تعلقت المناقصة على الانتفاع، وقد يتضمن عقد إجارة إذا كانت المناقصة قد تعلقت على أعمال المقاولات، وهكذا)⁽⁷⁾.

(1) انظر: بحث عقد التوريد، دراسة اقتصادية مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة ص 10 - 13 بتصرف، عن بحث عبد الوهاب أبو سليمان. (2/ 379 - 380).

(2) انظر: فتاوى الزرقاء ص 487 - 488.

(3) انظر: بحث رفيق يونس المصري مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12 (2/ 508).

(4) بحث "مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العمومية" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (2/ 186 - 187).

(5) الشيخ حسن الجوهري، أستاذ في الحوزة العلمية بقم - إيران، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(6) في بحثه "عقود التوريد والمناقصات" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (2/ 447).

(7) نفس المصدر .

والخلاصة أن عقد المناقصة هو عقد يتضمن عقد بيع (توريد أو سَلَم) أو إجارة أو استصناع أو استثمار، الموجب فيه هو البائع وهو المورد أو المسلم أو المقاول أو المستثمر أو المستصنع، والقابل هو المشتري للبضاعة أو المسلم إليه أو المستأجر أو صاحب المال في عملية الاستثمار.

وعقد المناقصة كسابقه - عقد التوريد - اختلف العلماء في بيان حكمه، والسبب أن فيه مظنة الغرر، لأنه يشبه بيع كالي بكالي.

والحقيقة أن عقد المناقصة لا يدخل ضمن مسمى بيع كالي بكالي، بل هو خارج عنه، وإن بقيت فيه شبهة الغرر، يقول الدكتور رفيق المصري: (إن حديث النهي عن بيع كالي بكالي لا يقف حائلاً دون جواز مناقصات التوريد والمقاوله، التي عمت بها البلوى في القوانين والأعراف، ولا بديل لها أفضل منها حتى الآن، وصارت الحاجة إليها عامة، والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة)⁽¹⁾.

فالحاجة العامة إلى هذا العقد والتي ترتقي إلى رتبة الضرورة، تحول دون منع هذه المعاملة، لما فيها من شبهة الغرر، فهي إذاً جائزة تخريباً على القاعدة الفقهية: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة».

وقد ذهب إلى القول بالجواز أغلب علماء العصر، منهم الدكتور تقي العثماني، والدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، والشيخ حسن الجوهري، والدكتور رفيق يونس المصري⁽²⁾، ومن الهيئات مجمع الفقه الإسلامي الذي أصدر قراراً بذلك جاء فيه:

(المناقصة جائزة شرعاً، وهي كالمزايدة، فتطبق عليها أحكامها، سواء أكانت مناقصة عامة، أم محدودة، داخلية أم خارجية، علنية أم سرية)⁽³⁾.

المسألة 6: جواز التعامل في أسهم شركات قد تضع أموالها في بنوك ربوية

وصورتها: أن يتعامل في أسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلال، ولكنها تؤدع - أحياناً وظروف خاصة - بعض الأموال في البنوك الربوية، وتتعامل مع هذه البنوك بالفائدة

(1) بحث "مناقصات العقود الإدارية" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (2/220 - 221).

(2) راجع رأي هؤلاء العلماء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، الجزء الثاني.

(3) القرار الصادر عن المجمع بتاريخ 25 جمادى الآخرة 1421هـ - 23 سبتمبر 2000م، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (2/572).

(4) الأسهم جمع سهم، والسهم في اللغة: النصيب. وفي الاصطلاح: السهم هو النصيب الذي يشترك به المساهم في رأس مال الشركة. ويتمثل السهم في صك يعطى للمساهم، يكون وسيلة في إثبات حقوقه في الشركة.

انظر: المصباح المنير (1/398)، بحوث فقهية معاصرة للدكتور محمد عبد الغفار الشرف، ط 1/1420هـ - 1999م، دار ابن حزم - بيروت - لبنان، (1/69).

الرّبوية. ولا يخفى أن هذه الأسهم أصبحت من المال الذي أصله حلال الذي يشوبه الحرام، فما حكم هذه الأسهم؟

ذهب إلى إباحة التصرف في هذه الأسهم، الشيخ عبد الوهاب خلاف، والدكتور علي محي الدين القره داغي، وعبد الرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والقاضي عبد الله سليمان بن منيع⁽¹⁾، وغيرهم⁽²⁾.

وهو الحكم الذي توصلت إليه ندوة الأسواق المالية من الوجة الإسلامية التي عقدت في الرباط⁽³⁾، وكذلك ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي التي أجازت باتفاق المشاركين شراء أسهم الشركات العاملة في البلاد الإسلامية لقصد العمل على أسلمة معاملاتها، بل اعتبروا ذلك أمراً مطلوباً، لما فيه من زيادة مجالات التزام المسلمين بأحكام الشريعة الإسلامية.

وأجازوا بالأغلبية شراء أسهم الشركات العاملة في البلاد غير الإسلامية إذا لم يجدوا بديلاً خالصاً من الشوائب⁽⁴⁾.

وخرجوا المسألة بهذه الصورة على قاعدة: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة».

ذلك أن حاجة الناس إلى أسهم الشركات في عالمنا الإسلامي ملحة، فالأفراد كلهم لا يستغنون عن استثمار مدخراتهم، والدول كذلك بحاجة إلى توجيه ثروات شعوبها إلى استثمارات طويلة الأجل بما يعود بالخير على الجميع.

يقول القاضي عبد الله بن سليمان بن منيع موضحاً وجه الترخيص على القاعدة (ونظراً إلى أن الحاجة العامة، سواء أكانت للمجتمع أم للدولة تنزل منزلة الضرورة للأفراد، فإن حاجة المجتمع إلى تداول أسهم هذه الشركات بيعاً وشراء وتملكاً حاجة ملحة، ظاهرة لا ينكرها ذو نظر عادل وبعيد.

كما أن حاجة الدولة إلى توجيه الثروات الشعبية للإسهام في توفير الخدمات العامة لأفرادها حاجة تفرضها عليها مسؤوليتها تجاه شعبها، والغالب أن عجزها منفردة عن تحقيق

(1) هو سماحة الشيخ عبد الله سليمان بن منيع عضو هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية، وخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(2) الشركات، للشيخ الخفيف: ص 96 - 97، وبجث أبي زهرة المنشور ضمن منشورات المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية (184/2). الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/الخطاط، طبعة الرسالة (187/2). بجث الدكتور وهبة الزحيلي المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، ص 5. وبجث القاضي عبد الله بن سليمان بن منيع (حكم المساهمة في الشركات التي تتعامل بالربا)، ضمن مجموعة بحوث ضمها كتاب قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات، جمع الدكتور منذر قحف، طبع البنك الإسلامي للتنمية بإشراف العهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك، الطبعة الأولى (1418هـ - 1997م) ص 323 - 349.

(3) بين 20 و25 ربيع الآخر من سنة 1410هـ.

(4) انظر: الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، طبعة مجموعة بركة، إدارة التطوير والبحوث طبعة سنة 1411هـ، ص 17.

ذلك قائم، لذلك كله نستطيع القول بجواز تداول أسهم هذه الشركات بيعاً وشراءً وتوسطاً وتملكاً، وإن كان السهم في هذه الشركات مختلطاً بحرام يسير، مغموس في حلال كثير فالحكم للغالب⁽¹⁾.

يقول الدكتور القره داغي مبيناً وجه حاجة المسلمين إلى التعامل مع هذه الشركات وتداول أسهمها في الأسواق المالية: (ولو امتنع المسلمون من شراء أسهم تلك الشركات لأدى ذلك لأحد أمرين:

أحدهما: توقف هذه المشروعات التي هي حيوية في العالم الإسلامي.

ثانيهما: غلبة غير المسلمين على هذه الشركات، وعلى إدارتها، أو على الأقل غلبة الفسقة والفجرة عليها.

لكن لو أقدم على شرائها المسلمون المخلصون لأصبحوا قادرين في المستقبل على منع تعاملها مع البنوك الربوية، ولغيروا اتجاه الشركة لصالح الإسلام⁽²⁾.
إلا أن هذا التعامل مقيد بشروط:

1 - أن يقصد بشراء أسهم هذه الشركات تغييرها نحو الحلال المحض من خلال صوته في الجمعية العمومية، أو مجلس الإدارة.

2 - أن يبذل جهده وماله لتوفير المال الحلال الطيب المحض ما أمكنه إلى ذلك سبيلاً، ولا يتجه نحو ما فيه شبهة إلا عند الحاجة الملحة ومصصلحة المسلمين، واقتصادهم من المشاركة في التنمية والاستثمار والنهوض باقتصادهم من خلال الشركات الكبرى.

3 - إن صاحب هذه الأسهم عليه أن يراعي نسبة الفائدة التي أخذتها الشركة على الأموال المودعة لدى البنوك، ويظهر ذلك من خلال ميزانية الشركة، أو السؤال عن مسؤولي الحسابات فيها، وإذا لم يمكنه ذلك اجتهد في تقديرها، ثم يصرف هذا القدر في الجهات العامة الخيرية.

4 - لا يجوز للمسلم أن يؤسس شركة تنصّ في نظامها الأساسي على أنها تتعامل بالربا إقراضاً واقتراضاً، ولا يجوز كذلك التعاون في تأسيسها ما دامت كذلك، لأنه تعاون على الإثم والعدوان، إلا لمن يقدر على تغييرها إلى الحلال⁽³⁾.

(1) بحث الشيخ عبد الله بن منيع السابق الذكر الذكر ص 337 - 338

(2) راجح بحث "الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي" د/ علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، (98/1 - 99).

(3) راجح هذه الشروط في بحث "الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي" د/ علي محي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، (110/1 - 111).

وينبغي التنبيه في هذا المقام أن المساهمة في هذه الشركات مشروع عند الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة لكن شريطة انعدام البنوك والمصارف الإسلامية في البلد، أما بوجود هذه البنوك والمصارف - وهي موجودة في كل البلدان الإسلامية بتفاوت والحمد لله - فلا مجال للحديث عن الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، لأن تعامل الشركات المساهمة مع البنوك الربوية فيه تشجيع وتعاون على الإثم والعدوان، فيكون حكم التعامل حينئذ التحريم والله أعلم.

المسألة 7: هل يجوز التعامل ببطاقة الائتمان لدين قابل للتجديد⁽¹⁾؟

بطاقة الائتمان هي: البطاقة الصادرة من بنك أو غيره تحوّل حاملها الحصول على حاجياته من البضائع ديناً⁽²⁾.

وعرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: (مستند يعطيه مُصدره، 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، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف)⁽³⁾.

وبطاقة الائتمان أنواع منها بطاقة الائتمان لدين قابل للتجديد وهي النوع الأكثر انتشاراً في العالم، وهي تختلف عن بطاقة الائتمان لدين لا يتجدد، أن الدين الناشئ عن الائتمان بها دوّار أو قابل للتجديد، بحيث لا يجب على صاحب البطاقة تسديد مبلغ الدين كله عقب استلام الفاتورة وخلال فترة السماح المجانية، بل نسبة ضئيلة منه فقط، وهو مخير في الباقي بين أن يقضي أو يُربي، وأشهر الأمثلة على هذا النوع من البطاقات: فيزا و ماستر كارد⁽⁴⁾.

وتتضمن اتفاقية إصدار البطاقة لدين قابل للتجديد (Credit Card) نصاً على تحميل صاحب البطاقة فائدة على تجديد الدين إذا تخلف عن سداد أي قدر منه إلى ما بعد فترة السماح الممنوحة له، فجعلته بالخيار بين أن يقضي خلال تلك المدة أو يربي.

وهذا الشرط ربوي محظور باطل، فلا يجوز اشتراطه ولا العمل به، لأنه شرط يحل حراماً، وليس لأحد أن يحل ما حرم الله، وحيث إن هذا النوع من بطاقة الائتمان قائم أصلاً على أساس تمتع حاملها بحق التجديد الربوي للمديونية، فإنه لا يجوز لأية مؤسسة مالية إسلامية إصدار مثل هذه البطاقات أو التعامل بها⁽⁵⁾.

(1) انظر "بطاقة الائتمان غير المغطاة" للدكتور نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (3/ 501).
 (2) هذا التعريف مذكور في قاموس أكسفورد، ص 272، نقلاً عن بحث "بطاقة الائتمان" للدكتور عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (3/ 472)، وبحث "بطاقة الائتمان" للصديق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (3/ 589 - 590).
 (3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، (1/ 717).
 (4) وانظر: الأنواع الأخرى في بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (3/ 467 - 468).
 (5) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في منع إصدار بطاقات الائتمان غير المغطاة، ولا التعامل بها، لأنها مشروطة بالفائدة الربوية، قرار رقم 108، العدد 12، (3/ 675 - 676).

أما بالنسبة للفرد المسلم، فإنه لا يجوز له الدخول مع المؤسسات المالية العالمية في اتفاقية تنص على مثل هذه الفوائد.

ويستثنى من ذلك حالة الضرورة والحاجة الماسة إن وجدت، كأن يكون مقيماً في بلد من بلاد الغرب أين يقتصر التعامل فيها على طريقة بطاقات الائتمان. عملاً بالقاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة»⁽¹⁾.

المسألة 8: حاجة انتزاع الملكية للمصلحة العامة

ومفهومه: نزع الملك الخاص جبراً عن صاحبه لتحقيق نفع عام لقاء تعويض عادل، ويعبر عنه بالاستملاك⁽²⁾.

ويقصد بالمصلحة العامة: ما ينتفع به جمهور كبير من الناس بدون تخصيص؛ كالطرق العامة وسكك الحديد، والمدارس، ودور القضاء، ومباني الوزارات والمستشفيات، والساحات العامة، والأسواق، والقلاع، والحصون والمعسكرات، ونحوها.

اجتهد علماء العصر في حكم نزع الملكية للمصلحة العامة، واستقر رأيهم على القول بجواز نزع الملكية بضوابط محدّدة، تخرجياً على القاعدة الفقهية: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة».

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ما يلي:

(وفي ضوء ما هو مسلم في أصول الشريعة من احترام الملكية الفردية، حتى أصبح ذلك من قواطع الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، وأن حفظ المال أحد الضروريات الخمس التي عرف من مقاصد الشريعة رعايتها، وتواردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة على صونها، مع استحضار ما ثبت بدلالة السنة النبوية وعمل الصحابة رضي الله عنهم فمن بعدهم من نزع ملكية العقار للمصلحة العامة، تطبيقاً لقواعد الشريعة العامة في رعاية المصالح، وتنزيل الحاجة العامة منزلة الضرورة)⁽³⁾.

المسألة 9: استثمار الأوقاف بطريق المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك

نظراً لما لعقارات الأوقاف من طبيعة خاصة وأحكام متميزة، ورغبة في الحفاظ على هذه الأوقاف ودفع التعدي عنها ومساعدة لجهة الوقف على تحقيق الأهداف

(1) انظر: بحث "بطاقة الائتمان غير المغطاة" للدكتور نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (3/ 513 - 514).

(2) انظر: بحث "انتزاع الملكية للمصلحة العامة" للدكتور عبد الله محمد عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (2/ 930).

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، (2/ 1797 - 1798).

المقصودة من نظام الوقف الإسلامي واستنباط الصيغ الإسلامية لتعميره واستثمار أصوله ، وتحقيق عائد مجز للصرف على جهاته، فقد درست كثير من الهيئات العلمية الأمر، وبجئت في استحداث أدوات استثمارية قائمة على قواعد الشريعة الإسلامية.

ومن التجارب الرائدة في هذا الميدان - استثمار الأوقاف - التجربة الأردنية، والتي قامت بها وزارة الأوقاف الأردنية والتي ظهرت في قانون سندات المقارضة المؤقت⁽¹⁾. وقد استعرض أعضاء مجمع الفقه الإسلامي هذه التجربة وتناولوها بالمناقشة، وهم بصدد دراسة موضوع سندات المقارضة وسندات الاستثمار⁽²⁾، وخلصوا إلى التوصية التالية:

(أن تقوم شركة بين جهة الوقف وغيرها من أرباب المال وتكون حصة جهة الوقف بها هي قيمة أعيان الوقف، وحصة أصحاب المال فيها الأموال اللازمة لتعميره على أن توزع الأرباح بنسبة الحصص بعد استقطاع حصة لجهة الوقف نظير الإدارة، على أن يتضمن عقد الشركة وعدا ملزما من جانب الشركاء ببيع حصصهم لجهة الوقف بالشروط المشروعة التي يتضمنها.

ويبي القبول بالالتزام بالوعد على أساس أن «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة»، وإعمالا لمقاصد الشارع من تأييد الوقف، وضرورة استثمار وصرف عائدته على الوجوه الموقوف عليها وهذه الصيغ تطبيق للمشاركة المتناقضة المنتهية بالتمليك⁽³⁾.

ومما يلاحظ على هذه التوصية توظيف قاعدة من القواعد الفقهية فيما يتعلق بإلزام جانب الشركاء على بيع حصصهم لجهة الوقف، لأن حاجة الأمة تقتضي أن يبقى الوقف قائماً بعينه، ولا يستهلك، لأنه إذا باع الشركاء حصصهم لغير جهة الوقف، انعدم الوقف، ولذلك وجب هذا الإلزام، حفاظاً على أوقاف المسلمين من الضياع.

المسألة 10: حكم ضمان البنوك لودائع الاستثمار

تلزم قوانين البنوك المركزية في معظم الدول إن لم يكن كلها بضمان البنوك لأصل الأموال المودعة لديها، حتى ولو كانت ودائع استثمارية.

فما حكم هذا الإلزام في حق البنوك الإسلامية؟

تعرضت مجموعة دلة البركة - أثناء انعقاد ندوة مشاكل البنوك الإسلامية - إلى هذه المشكلة وبجث في إمكانية إيجاد مخرج شرعي لها، ومن الحلول المقترحة:

(1) قانون رقم 10 لسنة 1981.

(2) في دورته الرابعة بمكة - المملكة العربية السعودية (1408هـ - 1988م).

(3) انظر مناقشة موضوع سندات المقارضة وسندات الاستثمار، عرض الدكتور سامي حمود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، (3/2017 - 2158).

- الأخذ بمبدأ (الضرورة) اعتماداً على أن بعض البنوك الإسلامية لا يمكنها في الأصل الحصول على رخصة للعمل دون التقيد بهذا الالتزام مع مراعاة قاعدة (الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة) ⁽¹⁾.

إن حاجة الناس إلى البنوك الإسلامية أصبحت من الضرورة بمكان، وهذه البنوك لا تعتمد لدى الدول، ولا يتعامل معها البنك المركزي إلا إذا التزمت ببعض الشروط، ومنها ضمان البنك للأموال المودعة لديه، حتى وإن كانت استثمارية وهذا يتعارض مع قواعد المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، المؤسس على أن الوديعة إذا هلكت من غير تقصير لا تضمن، وأن في الاستثمار الغنم بالغرم.

لكن ولحاجة الناس الشديدة لهذه البنوك، يتسامح في هذا الشرط، عملاً بالقاعدة الفقهية: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة».

المسألة 11: حكم عمليات الصرف الآجلة

تعتبر عمليات الصرف الآجل عمليات ممنوعة بموجب الأحكام الفقهية استناداً إلى حديث أبي سعيد الخدري الذي جاء في آخره: «ولا تبيعوا منها غائباً بناجراً» ⁽²⁾، فما بالك بغائب بغائب؟! و«لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق ديناً» ⁽³⁾. ولحديث «ما كان يداً بيد فلا بأس به وما كان نسيئة فهو ربا» ⁽⁴⁾.

ولقد أجمع الفقهاء منذ عهد الرسول ﷺ، وإلى الآن على عدم صحة الصرف الآجل.

إلا أن الدكتور موسى آدم عيسى ⁽⁵⁾ ذهب إلى أنه يمكن إباحة الصرف الآجل تقديراً للاحتياجات الحقيقية للمستوردين والمصدرين واعتماداً على قاعدة: «الحاجة الخاصة تنزل منزلة الضرورة».

وأشار الباحث إلى أن يكون الحكم بإباحة التعامل الآجل استثنائياً مقتصرًا على الفئات التي ينطبق عليها وصف الحاجة ⁽⁶⁾.

(1) انظر: قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات تحرير د/ منذر قحف ص 317، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (3/ 662 - 663).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع باب بيع الفضة بالفضة (2/ 761) رقم: 2068، ومسلم في صحيحه كتاب المساقاة، باب الربا (3/ 1208) رقم: 1584.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع، باب بيع الورق بالذهب نسيئة (2/ 761) رقم: 2070؛ ومسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً (3/ 1212) رقم: 1589.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً (3/ 1212) رقم: 1589.

(5) الدكتور موسى آدم عيسى باحث بالمركز الوطني للاستشارات الإدارية، بجدة.

(6) انظر بحه: الصرف وبيع الذهب والفضة، ص 51-53. بحث غير منشور تقرأ عن مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 11 (1/ 446-447).

إلا أن رأيه هذا قوبل بالرفض من قبل الدكتور أحمد محي الدين أحمد⁽¹⁾ الذي قال: (ويرد على هذا الرأي بالتالي:

أ - إنه من المستحيل عملاً التفرقة بين مختلف الرغبات والأغراض وتصنيف ذوي الحاجات عن غيرهم.

ب - إن العقود الآجلة هي مطية المضاربة الأساسية، ويمثل حجم التعامل فيها كما أشار الكثير من الباحثين أكثر من مائة مرة من حجم التعامل المرتبط بالتجارة والأغراض المعتمدة.

ج - إذا كانت العمليات العاجلة هي وقود المضاربة ذات التأثير السالب المؤكد على النشاط الاقتصادي فلا يمكن السماح بها من أجل دفع ضرر محتمل على المستوردين أو المصدرين.

د - إن منع التعامل الآجل في العملات ثابت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة، ولم ترق الحجج المذكورة إلى ما يحمل على العدول عنها⁽²⁾.

وهذا الرأي الأخير هو الذي رجحه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشر، وجاء ضمن بنود القرار: (لا يجوز شرعاً البيع الآجل للعملات، ولا تجوز المواعدة على الصرف فيها. وهذا بدلالة الكتاب والسنة وإجماع الأمة)⁽³⁾.

ومما يلاحظ على تخريج موسى آدم عيسى، وتوظيفه للقاعدة الفقهية، أنه لم يحالفه الصواب، لأن القاعدة اصطدمت بالنصوص من الكتاب والسنة، فوجب طرحها، وهذا من شروط تطبيق القاعدة الفقهية كما رأينا في القسم النظري، وهو أن الحكم المستفاد من تطبيق القاعدة إذا كان أضعف من الحكم الخاص الثابت بالنص أو الإجماع، فإن المَعْوَل - حينئذ - على الحكم الثابت بالنص أو الإجماع.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: جراحة التجميل الحاجية

وهي تنقسم إلى نوعين: اختياري، وضروري، والذي يهمنا الآن هو الثاني، ويصفه الأطباء بكونه ضرورياً لكان الحاجة الداعية إلى فعله، إلا أنهم لا يفرقون بينها بين الحاجة التي بلغت مقام الضرورة والحاجة التي لم تبلغه. والعيوب التي توجد في جسم الإنسان تنقسم إلى قسمين:

(1) الدكتور أحمد محي الدين أحمد، من السودان خبير بمجموعة دلة البركة، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(2) انظر: بحث "المضاربات في العملة والوسائل المشروعة لتجنب أضرارها الاقتصادية" للدكتور أحمد محي الدين أحمد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، (1/ 448 - 449).

(3) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي، بمجلته العدد 11، (1/ 611 - 614).

القسم الأول: عيوب خلقية ولد بها الإنسان مثل التصاق اصابع اليدين، أو عيوب نشأت من مرض أصابه مثل عيوب صوان الأذن الناشئة عن الزهري والجذام والسل.

والقسم الثاني: عيوب مكتسبة (طارئة) كالعيوب الناتجة عن الحوادث والحروق.

ذهب الدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي إلى الترخيص في مثل هذه العمليات الجراحية التجميلية عند الحاجة للقاعدة الفقهية «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة» قال: مما لا شك فيه أن هذه العيوب يستتضر الإنسان بها حساً ومعنى، وذلك ثابت طبياً، وهذا موجب للترخيص بفعل الجراحة لأنه يعتبر حاجة، فتتزل منزلة الضرورة ويرخص بفعالها إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»⁽¹⁾.

ووجه تخريج المسألة على القاعدة:

- 1- أن هذه العيوب تشتمل على ضرر حسي ومعنوي وهو موجب للترخيص بفعل الجراحة.
- 2- يجوز فعل هذه الجراحة كغيرها من العمليات الجراحية بجامع وجود الحاجة، وهو وجود الضرر الحسي والمعنوي.

ثم إن المانع من اجراء مثل هذه العمليات هو وجود نصوص تشريعية تُحرّم تغيير خلق الله تعالى، لكن هذا النوع من الجراحة فيه من الحاجة الموجبة للتغيير والتجميل المبرر الكافي لإخراجه من مناط النصوص المحرّمة، وبذلك تكون القاعدة منطبقة تماماً على المسألة المدروسة لأن الحكم القائم على الحاجة مستثنى من حكم عام كما هو مقرر - سابقاً - في معنى هذه القاعدة الفقهية.

المسألة 2: زراعة الأعضاء (الصناعية) في جسم الإنسان

في بعض الأمراض الجراحية يحتاج الأطباء إلى زرع أعضاء صناعية حتى تقوم بمهمة العضو التالف بسبب المرض.

والحاجة إلى زراعة الأعضاء المصنوعة إما أن تكون:

ضرورية: كوصل شرايين القلب بطعوم صناعية في حال استئصال جزء من تلك الشرايين حتى تقوم بمهمة الجزء التالف.

حاجية: المفاصل الصناعية التي يقوم الأطباء بوضعها موضع المفصل الخُلقي نظراً لإصابته بأفة توجب استئصاله ووضع ذلك البديل الصناعي، أو ما يجري في جراحة الأسنان من وضع الجسور المصنوعة بين الأسنان، وغير ذلك.

(1) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص 185 بتصرف بسيط. الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي ص 188 - 189.

وهاتان الحالتان توفرت فيهما الدواعي الموجبة للترخص بفعل الجراحة، بنص القاعدتين: «الضرورات تبيح المحظورات»، «الحاجة تنزل منزلة الضرورة»⁽¹⁾، وعليه فإنه لا حرج على الأطباء في فعل الجراحة وزرع الأعضاء.

جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة ما يلي: (تعتبر جائزة شرعياً بطريق الأولوية: حالة وضع قطعة صناعية من معادن أو مواد أخرى في جسم الإنسان لعلاج حالة مرضية فيه كالمفاصل وصمام القلب وغيرهما)⁽²⁾.

المسألة 3: الأعضاء والأجزاء التي يجوز نقلها من حي إلى حي

وهي: الأجزاء التي لا يترتب عن نقلها إهلاك المتبرع، ولا تؤثر في سلامة الجسم، ونشاطه العادي، ولا تسبب له ضرراً بسيطاً محتملاً، وهي الأجزاء التي يمكن تعويضها مع مرور الوقت، وتقع من الجسم موقع التحسينات كقطعة من الجلد والدم.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: (يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائياً، كالدم، والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة)⁽³⁾.

ولا شك في جواز نقل هذه الأعضاء، ليس تخريجاً على ملكية الإنسان لبدنه، ولا لصحة الإيثار بهذه المفردات، وإنما لقيام الضرورة أو دعاء الحاجة الماسة، فإذا اضطّر المريض إلى نقل الدم أو احتاج إلى قطعة من الجلد جاز لغيره أن يتبرع له بها، لأن الضرورة ههنا لا تفوت حق الله في بدن المتبرع، إذ يمكنه تعويض ما تبرع به مع مرور الوقت.

ولا يخفى أن حكم النقل في حالة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة هو مستثنى من النصوص العامة القاضية بجرمة جسم الإنسان حياً وميتاً، مما يعني صحة تطبيق القاعدة الفقهية «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».

(1) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 424.

(2) انظر: ثبت قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الصادر في سنة 1985م، ص 147.

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (1/509).

الفصل الرابع

أثر قواعد الأهلية والملكية في الاجتهاد المعاصر

المبحث الأول
أثر قواعد الأهلية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
القاعدة الأولى: من صحّت منه مباشرة الشيء، صحّ توكيله فيه غيره، وتوكّله فيه عن
غيره، وما لا فلا؟

ذكرها السيوطي بهذه الصيغة⁽¹⁾.

ووردت كذلك بلفظ: «من صحّ تصرفه في شيء تدخله النيابة صحّت وكالته فيه»⁽²⁾.

وفي لفظ: «من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته»⁽³⁾.

وفي لفظ: «من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه»⁽⁴⁾.

وفي لفظ: «من جاز تصرفه استقلالاً في شيء يقبل النيابة جاز توكيله ووكالته ومن لا
يجوز تصرفه في ذلك لا يجوز توكيله ولا وكالته»⁽⁵⁾.

وفي لفظ: «من جاز تصرفه في شيء بعينه جاز توكيله في ذلك الشيء بعينه، ووكالته،
ومن لا فلا»⁽⁶⁾.

ومعنى القاعدة

(التصرفات منها ما تدخله النيابة - أي يصحّ أن يُنيب الشخص عنه من يقوم بذلك
التصرف - ومنها ما لا تدخله النيابة فلا يصحّ التوكّل فيه كالصلاة والصوم وقراءة القرآن.

فمن صحّ تصرفه في شيء مما يجوز دخوله النيابة فيه - كالبيع والشراء والتكاح وتفرقة
زكاة وذبح أضحية - ويمكنه مباشرته بنفسه، صحّ وجاز أن يوكل فيه غيره وينيبه عنه، كما يصحّ
ويجوز له أن يكون وكيلاً ونائباً عن غيره فيه)⁽⁷⁾.

إلا أن هذا التوكيل والوكالة يشترط في صحته أن يكون المتصرف مستوفياً للشروط
المعتبرة من البلوغ والعقل والحرية وعدم الحجر..

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

(1) انظر: أشباه السيوطي ص 568، وأشباه ابن الوكيل (336/2)، موسوعة القواعد الفقهية (1022/11).

(2) المجموع المذهب للعلائي (394/2)، أشباه ابن السبكي (323/1)، قواعد الحصني (161/4).

(3) أشباه ابن السبكي (325/1)، أشباه ابن الوكيل (336/2) موسوعة القواعد الفقهية (1072/11) و(592/8).

(4) انظر: المنشور للزركشي (211/3)، موسوعة القواعد الفقهية (1072/11).

(5) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (336/2) وأنظر: موسوعة القواعد الفقهية (651/8).

(6) أشباه ابن الوكيل (341/2) وهذا اللفظ هو الذي رجح ابن الوكيل صحته، واستقر عليه العلماء فيما بعد، ويقابله لفظ
آخر مستبعد وهو: (من جاز تصرفه في شيء بعينه جاز توكيله في جنس ذلك الشيء).

(7) موسوعة القواعد الفقهية (1022/11 - 1023).

المسألة 1- المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام

من القضايا المعروضة على مجمع الفقه الإسلامي، مسألة حكم المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام ؟

والشركة هي: (ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ) (1).

وعرفها صاحب المغني: (بأنها الاجتماع في استحقاق أو تصرف) (2).

من خلال التعريفين السابقين وغيرهما، يظهر أن العنصر المشترك هو استواء الشركاء في المسؤولية سواء بثبوت الحق المشاع، أو الاجتماع في الاستحقاق، أو الإذن في التصرف لهما جميعاً.

ثم إن الشركة كالوكالة، والوكالة لا تجوز على محرم، فلا يجوز ولا يصح أن توكل شخصاً ليسرق أو ليبيع بالربا، فهي وكالة باطلة وآثارها كذلك.

وقد قرر السيوطي قاعدة فقهية تؤكد ما سبق، ولفظها: «من صحت منه مباشرة الشيء، صح توكيله فيه غيره وتوكله فيه عن غيره، وإلا فلا».

وبناء على ما سبق فإن حرمة هذا النوع من الشركات في غاية الوضوح لانطباق قواعد التحريم عليها (3).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: عدم جواز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين بذلك

ذهب إلى عدم الجواز طائفة من العلماء منهم: الإمام الشيخ الشعراوي (4)، والغماري (5)، والسنبهلي (6)، والسقاف (7)، والدكتوران عبد السلام عبد الرحيم السُّكري (8)، وحسن علي الشاذلي (9).

(1) مغني المحتاج للخطيب (2/ 211)، الشرح الصغير للدردير (3/ 182)، القاموس الفقهي ص 195.

(2) المغني لابن قدامة (3/ 5).

(3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، (1/ 422).

(4) في مقاله (الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها) انظر: مجلة اللواء الإسلامي العدد 226، 27 جهادي الآخرة سنة 1407هـ.

(5) في رسالته (تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام) دار مصر للطباعة، وانظر: أحكام الجراحة الطبية ص 354.

(6) قضايا فقهية معاصرة، برهان الدين السنبهلي، دار القلم - دمشق، دار العلوم - بيروت، ط 1/ 1408هـ - 1988م، ص 67.

(7) له رسالة في الموضوع عنوانها (الامتناع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء).

(8) في كتابه بعنوان: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، والذي خلص فيه إلى تحريم نقل الأعضاء مطلقاً، عن أحكام الجراحة الطبية ص 354.

(9) انظر: رأيه في البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد 4/ 1408هـ - 1988م، (1/ 317 - 322).

واعتمدوا فيما ذهبوا إليه على جملة أدلة منها القاعدة الفقهية القائلة: «من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه».

ووجه التخريج عليها: أن من ليست له ولاية على الشيء لا يملك التصرف فيه، وإذا لم يملك التصرف فيه فكذلك لا يملك الإذن لغيره في التصرف فيه، فالعدم لا ينتج إلا العدم، وانعدام الأصل يترتب عليه انعدام فروعه ومنتجاته وما يترتب عليه. فالإنسان لا يملك التصرف في الإنسان - لا في نفسه، ولا في غيره - وإذا لم يملك ذلك لا يملك أن يأذن لغيره في اقتطاع جزء منه لا على سبيل الهبة، ولا على سبيل البيع⁽¹⁾.

والقاعدة مؤسسة على أن حياة الإنسان هي حق لله تعالى ولا شيء في ذلك لصاحبها، ودليل ذلك:

- أن المالك لكل ما في الكون - ومنه الإنسان - هو الله تعالى فليس للإنسان ولاية على هذا الجسم إلا في حدود ما رسمه الشرع وما أباحه وأجاز له، أو عليه.

- أن هذا الإنسان قد أوجب الله تعالى حفظ حياته، وحفظ كل جزء من أجزائه، وقرر عقوبة رادعة لكل من يعتدي على هذا الجسم كلاً أو بعضاً، ثبت ذلك بالكتاب والسنة.

وإذا ثبت هذا تبين أن نفس الإنسان - روحاً وجسماً - هي من حقوق الله تعالى، وأن ما كان حقاً لله تعالى فلا يملك فيه الإنسان تصرفاً، بيعاً أو شراءً أو تبرعاً⁽²⁾.

القاعدة الثانية: المولى عليه إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر⁽³⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

مسألة نقل الكلية من أخ مجنون مولى عليه إلى أخ سليم، هذه المسألة أثارها الدكتور عبد الستار أبو غدة وخرجها على قاعدة «المولى عليه إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر».

وقد تكلم عنها ضمن ما يسمى بولاية التطبيب، فقال: (ومعروف أن أحكام الولاية على ناقصي الأهلية أو عديميها أن لهم التصرفات النافعة، أو التي تدور بين النفع والضرر، وليس لهم أن يقدموا على تصرف ضار بهذا المولى عليه).

فبعد أن بين أن الولاية على ناقصي الأهلية أو عديميها لا تكون إلا بما فيه منفعة وصلاح لهم، مثل هذه الولاية بمثال قال فيه: (فمثلاً هذا الأب الذي أذن بأن يؤخذ من ولده المجنون إلى ولده السوي، هذا مخطئ ومتصرف على عكس ما تقضيه الولاية، لأن هذا التصرف ضار ضرراً

(1) انظر: بحث الدكتور حسن علي الشاذلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، (1/318).

(2) المصدر نفسه، بتصريف بسيط (1/321 - 322).

(3) ذكرها عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد7، (3/713).

محضاً وهذا ممنوع على الولي لأن مهمته الرعاية والنفع، أو ما يظن أن فيه نفاً ولو كان فيه احتمال الضرر، والله أعلم⁽¹⁾.

فالدكتور عبد الستار أبو غدة خرج عدم مشروعية نقل كلية أخ مجنون إلى أخيه السليم بدعوى أن هذا النقل فيه ضرر محض على الأخ المجنون، ولا مصلحة فيه، فليس للولي أن يأذن به، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تنص على أن الولاية على ناقصي الأهلية أو عديميها لا تكون إلا بما يعود عليهم بالنفع.

القاعدة الثالثة: كل ما كان من حق الإنسان أو تغلب حق الإنسان فيه على حق الله عز وجل جاز التصرف به، سواء كان مصدر ثبوت هذا الحق تملكاً أو تمتيعاً.

قال البوطي: القاعدة ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر⁽²⁾

معنى القاعدة:

من الثابت أن الإنسان بكل ما له من حقوق، ملك لله عز وجل، فمآل الحقوق كلها إذن على تنوعها واختلافها أن تكون لله وحده، وهذا ما قرره الشاطبي في الموافقات: (إن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى)⁽³⁾، وقوله: (كل ما ثبت فيه اعتبار التعبد فلا تفرغ فيه، وكل ما ثبت فيه اعتبار المعاني دون التعبد، فلا بد فيه من اعتبار التعبد)⁽⁴⁾.

ولكن الله تعالى مكن عباده من التصرف بطائفة من هذه الحقوق، فسميت من هذا الجانب حق العباد، ولم يمكنهم من التصرف بطائفة أخرى منها، فبقيت على اسمها الأصلي حقوق الله⁽⁵⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 2: حكم نقل الأعضاء البشرية من إنسان حي إلى آخر

ذهب الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي إلى التفصيل في المسألة بتفريعها إلى احتمالين، أقتصر على الثاني منهما لعلاقته بالقاعدة:

وهو: أن لا يتعلق بحياته حق لأحد. وهذا الإنسان إما أن يكون كامل الأهلية رشيداً مستقلاً بأمr نفسه، أو لا؟ فهما إذن صنفان من الناس.

(1) انظر كلام الدكتور عبد الستار أبو غدة ضمن مناقشة موضوع العلاج الطبي، من مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، (3/713).

(2) انظر: قضايا فقهية معاصرة القسم الأول للبوطي ص 132، ولم أعثر على هذه القاعدة في الأشباه والنظائر.

(3) انظر: الموافقات (2/317).

(4) انظر الموافقات (2/310).

(5) انظر المجموع المذهب فقد فصل في بيان ما يتمحّض حقاً لله تعالى، وما يتمحّض حقاً للعباد (2/194 - 206).

والذي يهمننا في بحثنا هذا هو الصنف الأول (كامل الأهلية): فإن جزم طبيبان عدلان مختصان، بأن حياة المستفاد منه من دون ذلك العضو ستظل مستمرة مستقرة على نهج سوي، فإن حكم ذلك منوط بالقاعدة الفقهية:

«كل ما كان من حق الإنسان أو تغلب حق الإنسان فيه على حق الله عز وجل جاز التصرف به، سواء كان مصدر ثبوت هذا الحق تملكاً أو تمتيعاً».

وبيان ذلك: إننا نعلم أن الله لم يأذن لأحد من عباده بالتصرف في أصل الحياة، بأن يتسبب في إنهائها عندما يشاء. وإنما أمره وعزم عليه أن يرعاها في كيانه ويحافظ عليها ضد كل ما يتهدهدها من الأخطار ولذا فهي من أبرز حقوق الله عز وجل.

أما أعضاؤه ودمه وعظامه وجلده، وسائر أجزاء جسده، فإن التصرف فيها من شأنه أن يؤول إلى أحد قسمين:

الأول: تصرف يسري بصاحبه إلى الموت يقيناً أو ظناً ولو ظنا غير راجح، فهذا القسم من التصرفات متعلق بحقوق الله عز وجل، فلا يجوز للإنسان أن يقدم على هذا النوع من التصرف بأعضائه.

الثاني: تصرف ليس من شأنه أن يسري بصاحبه إلى الموت، لا يقيناً ولا ظناً، فحق العبد متغلب فيه على حق الله.

(وبمقتضى ذلك الحق، يسوغ للإنسان أن يذهب في استخدامه عينيه لقراءة، أو يديه في صناعة، أو قدميه في قطع مفاوز، مذهباً قد يلحق به عطباً كلياً أو جزئياً بهذه الأعضاء أو بعض منها، دون أن يكون ذلك منه عدواناً على حق الله أو تجاوزاً لحدود الشرع، ما دام أنه كان يتوخى في استخدامه لتلك الأطراف مصلحة مشروعة، ولم يكن يهدف إلى مجرد الإضرار بنفسه)⁽¹⁾.

وهكذا يظهر مدى انطباق القاعدة على علاقة الإنسان بأطرافه ودمه وأجزاء جسده، لا من حيث المحافظة بها على حياته، بل من حيث تصرفه بها ضمن حدود الوقاية التامة لها، تخريجاً على القاعدة الفقهية: «كل ما ثبت للإنسان حق التصرف فيه، كان له حق الإيثار به»، أو كما قال ابن نجيم: «الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس لا فيما يتعلق بالقرب والعبادات»⁽²⁾.

(ومن مقتضى ذلك أن يملك الإنسان إيثار غيره بشيء من دمه، أو بأي من أجزاء جسده، ما لم يستلزم ذلك - ولو على وجه الاحتمال البعيد - هلاكه.

(1) قضايا فقهية معاصرة، لمحمد سعيد رمضان البوطي، القسم الأول، ص132.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص132.

وقد ذكر السيوطي في الأشباه والنظائر قاعدة الإيثار هذه، مفرقاً بين حقوق الله وحقوق العباد، ثم قال: «ولو أراد المضطر إيثار غيره بالطعام لاستبقاء مهجته، كان له ذلك، وإن خاف فوات مهجته»⁽¹⁾.

وقال أيضاً: (وقد جزم بذلك التّووي في شرح المهذب؛ وقال في شرح مسلم: الإيثار بالقرب مكروه، أو خلاف الأولى، وإنما يستحب في حظوظ النفس، وأمور الدنيا)⁽²⁾. وذكر ابن نجيم نحو ذلك أيضاً⁽³⁾.

ثم يخلص الدكتور البوطي إلى القول: للإنسان أن يتنازل عن أي أجزاء جسده أو دمه لإنسان آخر ذي حياة محترمة مشرف على الهلاك، قرر طبيبان عدلان أن زرع ذلك العضو أو الجزء في جسده ينقذه من الهلاك ويمتعه بحياة سليمة، وأن اقتطاعه من جسم الأول لا يسبب هلاكه بل يظل متمتعاً بحياة مستقرة سليمة.

وينسحب هذا أيضاً على الحالات الخارجة عن دائرة الضرورة والهلاك، كاستبدال طرف أو عضو سليم عامل، بعضو تالف من جسده، وذلك كأن يؤثر الرجل صاحبه بعينه، فتؤخذ وترزع في مكان العين التالفة من وجه صاحبه، فمقتضى القاعدتين الفقهيّتين السابقتين جواز ذلك أيضاً.

القاعدة الرابعة: كل ما كان حقاً للعبد يُورثُ بالموت، عيناً كان أو معنوياً⁽⁴⁾.

وذكرها العلائي في المجموع المذهب بلفظ: «فيما ينتقل إلى الورثة من الحقوق وما لا ينتقل منها»⁽⁵⁾.

معنى القاعدة

من الأحكام المقررة في الشرع أن كل ما تركه الميت يقسم بين الورثة بعد إخراج الوصايا والديون، والتّركة هي كل ما تركه الميت من حقوق مادية عينية أو معنوية، والحقوق المعنوية بشرط أن تكون من الحقوق المالية أو تابعة للحقوق المالية، كما بيّن ذلك العلائي بعد ذكره للقاعدة قال: (والضابط في ذلك أن ما كان تابعاً للأموال فإنه يورث عنه، كخيار المجلس، وخيار الشرط... وسائر المحاكمات المتعلقة بالمال..)⁽⁶⁾.

(1) ذكر السيوطي القاعدة بلفظ: «الإيثار في القرب مكروه، وفي غيرها محبوب» الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 152.

(2) الأشباه والنظائر ص 153.

(3) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 132، قاعدة «هل يكره الإيثار بالقرب».

(4) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي ص 21، 34، 35.

(5) انظر المجموع المذهب للعلائي (2/415).

(6) المصدر نفسه (2/415).

أما حق الكرامة الشخصية، والقول بأن للورثة حق الحفاظ عليها ورعايتها، وكذا المطالبة بها أو التنازل عنها إذا اقتضت الحاجة أو الضرورة الشرعية، فيظهر أن القاعدة لا تشمل ذلك، وحينئذ لا أرى فيها مستنداً لمن جوّز للورثة حق التصرف في جثة المورث أو جزء منها على أساس أنها من الحقوق المعنوية التي تورث، كما سيأتي في الفرع الفقهي قريباً.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: هل يجوز للورثة التبرع بأعضاء مَيِّتهم؟

ذهب الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي وكذا الدكتور يوسف القرضاوي إلى القول بجواز تبرع الورثة بعضو أو جزء من مَيِّتهم، بناء على قاعدة: «كل ما كان حقاً للعبد يُورث بالموت، عيناً كان أو معنوياً»⁽¹⁾.

يقول الدكتور البوطي في بيان وجه تخريج المسألة على القاعدة الفقهية: (لا شك أن الكرامة، بل القداسة التي متع الله بها الإنسان حق من حقوقه، فهو مخول بالدفاع عنها، والمخاصمة في سبيلها أو التنازل عنها بالتجاوز والعفو، أي ضمن حدود معنى الإيثار، فإذا مات الإنسان، آل حق كرامته الشخصية هذا إلى ورثته. فهم المخولون في رعايتها والمحافظة عليها أو التنازل عنها بالإيثار ضمن حدوده الشرعية..).

ويمثل - فضيلته - لهذا الحق بموت المقذوف قبل مطالبته بحقه في إقامة الحد على القاذف، فإن الحق ينتقل إلى ورثته، وهم بالخيار في إقامة دعوى المطالبة بإقامة الحد، أو إسقاطها.

(وبناء على هذا، ولما كان اقتطاع جزء من الميت مخللاً بكرامته، من حيث هو إنسان مكرم، بحيث لو كان حياً لكان له حق المنع، رعاية لكرامته، وحق الإذن إشاراً وإسقاطاً لحظه، فإن النظر في هذا الحق يؤول، بسبب موته إلى ورثته، فإن شاؤوا منعوا، ولا سلطان عليهم من أحد، وإن شاؤوا تجاوزوا حقهم وسمحوا باقتطاع عضو أو جزء من مُورثهم لإسعاف من اقتضت الضرورة إسعافه)⁽²⁾.

ثم يبين البوطي، أن هذه القاعدة الفقهية، تعتبر دليلاً على ضعف ومرجوحية، من ذهب إلى حرمة الاستفادة من جسم الميت.. مستدلين بالكرامة الإنسانية التي ميز الله بها الإنسان، (ذلك لأنه قد ثبت ثبوتاً جلياً بأن رعاية هذه الكرامة حق للإنسان فهو المدافع عنها والمتصرف بها في حياته، ومن ثم فإن له حق الإيثار بها.

(1) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي ص 21، 34، 35. تقرير القواعد وتحرير الفوائد (78/3).

(2) قضايا فقهية معاصرة، للدكتور البوطي، القسم الأول ص 132.

وإذا تقرر أنها حق للعبد، فلا مناص من القول بأنها تورث بعد موته، وأن حق التصرف بها يؤول إلى ورثته، بحكم أن هذا الحق قد آل إليهم، فلهم عندئذ أن يسمحوها أو أن لا يسمحوها بالاستفادة من جسم ميّتهم لإنقاذ الغير⁽¹⁾.

أما الدكتور القرضاوي فبيّن أن الشارع الحكيم لما جعل للأولياء والورثة الحق في القصاص أو العفو في حالة القتل العمد، وقبول الدية، أو العفو المطلق لوجه الله تعالى، فإنه لا يبعد أن يكون لهم حق التصرف في شيء من بدنه، بما ينفع الغير ولا يضر الميت، ثم خلص إلى القول:

(أنه لا مانع من تبرع الورثة ببعض أعضاء الميت، مما يحتاج إليه بعض المرضى لعلاجهم كالكلية والقلب ونحوهما، بنية الصدقة بذلك على الميت، وهي صدقة يستمر ثوابها ما دام المريض المتبرع له منتفعاً بها)⁽²⁾.

(1) قضايا فقهية معاصرة، للدكتور البوطي، القسم الأول ص 133.
(2) فتاوى معاصرة للقرضاوي (2/ 591).

المبحث الثاني
أثر قواعد الملكية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
القاعدة الأولى: تبدل سبب الملك كتبدل العين⁽¹⁾

التعريف بالقاعدة

هي من القواعد المتعلقة بنظرية الملكية في الفقه الإسلامي، فهي تقرر أن تبدل سبب الملك، أو علته يقوم مقام تبدل العين، أو الذات ويعمل عمله. وهي من القواعد التي اعتنى بها كثير من الفقهاء، منهم الإمام السرخسي الذي ذكرها في مواطن مختلفة من كتابه المبسوط.

وقد وردت بعبارات متقاربة الألفاظ، ومتحدة المعاني، منها:
«تبدل الملك كتبدل العين»⁽²⁾.

«اختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين»⁽³⁾.

«اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان»⁽⁴⁾.

«اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم»⁽⁵⁾.

«اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان»⁽⁶⁾.

ووردت في المجلة بصيغة: «تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات»⁽⁷⁾. والشيخ مصطفى الزرقاء ذكرها في المدخل بصيغة: «تبدل سبب الملك كتبدل الذات»⁽⁸⁾.

معنى القاعدة

إذا تبدل سبب تملك شيء ما يُعد ذلك الشيء متبدلاً حكماً، وإن لم يتبدل في حقيقته، كالفقير الذي أخذ زكاة أو صدقة، ثم وهبها لغني، أو باعها له، حلَّ ذلك المال، لتبدل العين بتبدل سبب الملك.

دليل القاعدة

-
- (1) انظر: المبسوط (9/166)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (1/293).
 - (2) المبسوط للسرخسي (12/56)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (3/171).
 - (3) المبسوط، للسرخسي (2/772).
 - (4) المصدر السابق (8/155)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (1/204).
 - (5) بدائع الصنائع (4/586).
 - (6) انظر: قواعد الخادمي ص 10.
 - (7) المجلة مادة 98، قواعد ابن رجب الحنبلي القاعدة 40، شرح القواعد الفقهية ص 399، الوجيز للبورنو ص 345، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (3/171).
 - (8) المدخل الفقهي العام (2/1031).

واستدل لها بالأدلة الآتية:

1 - ما ورد عن أنس - رضي الله عنه - قال: أوتي النبي ﷺ، بلحم، فقيل: تُصدق به على بريرة، قال: «هو لها صدقة، ولنا هدية»⁽¹⁾.

ويفهم من هذا النص أن عين الصدقة تحولت إلى هدية واكتسبت حكمها، وخصائصها لتبدل سبب الملكية.

قال الإمام النووي: (قوله ﷺ في اللحم الذي تصدق على بريرة به: "هو لها صدقة ولنا هدية" دليل على أنه إذا تغيرت الصفة تغير حكمها، فيجوز للغني شراؤها من الفقير، وأكلها إذا أهداها إليه وللهاشمي، ولغيره ممن لا تحل له الزكاة ابتداء، والله أعلم)⁽²⁾.

2 - عن أم عطية⁽³⁾ قالت: دخل النبي ﷺ على عائشة، فقال: «عندكم شيء؟» فقالت: لا، إلا شيء بعثت به إلينا نسبية⁽⁴⁾ من الشاة التي بعثت به إلينا من الصدقة، قال: «إنها قد بلغت محلها»⁽⁵⁾.

ومعنى كلام المصطفى ﷺ، «إنها بلغت محلها»: أي أن أم عطية تصرف في صدقتها بأن أهدت منها شيئاً، فانتقلت الصدقة عن هذا الوصف إلى وصف الهدية، فأصبحت عائشة رضي الله عنها تملكها باعتبارها هدية، وهي تحلُّ للنبي ﷺ بخلاف الصدقة⁽⁶⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - مسألة صرف الفوائد الربوية على الفقراء ومصالح الخير، فإنه من المعلوم أن موضوع الاستفادة من فوائد البنوك، أو عدم الاستفادة منها كان من الموضوعات التي ظلت مثار النزاع في الفترة الأخيرة، ثم قرر الفقهاء المعاصرون أخذها وإعطاها للفقراء، وعدم تركها في البنوك، ولكن بقيت المسألة مختلفاً فيها من حيث المصارف التي تصرف إليها هذه الفوائد، فالرأي الوجيه الذي تراح إليه النفس - بعد التأمل والنظر في الدليل - هو إنفاقها على الفقراء، أو صرفها إلى الجهات التي تمد الفقير بوسيلة من الوسائل، أو إلى المصلحة الإسلامية العامة التي تمس الحاجة إليها.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه: [كتاب الهبة/ باب قبول الهدية]، (910/2) رقم 2438. ومسلم في صحيحه كتاب الزكاة ، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ (755/2) رقم: 1074.

(2) صحيح مسلم بشرح النووي (142/10).

(3) أم عطية: هي الصحابية الجليلة أم عطية نسبية بنت الحارث الأنصارية، أسلمت وبايعت رسول الله ﷺ وغزت معه وروت عنه، وعن عمر، روى عنها أنس وحفصة وعبد الملك بن عمير وآخرون، وكان بعض التابعين يأخذون عنها. انظر ترجمتها: طبقات ابن سعد (333/8)، الإصابة (455/4)، سير أعلام النبلاء (318/2).

(4) نسبية هو اسم أم عطية رضي الله عنها، راجع فتح الباري (357/3).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة ، باب إذا تحولت الصدقة، (543/2)، رقم: 1423.

(6) انظر: فتح الباري (357/3).

لأن هذا المال ليس بجرام لعينه، إنما حرم بسبب كونه زيادة على مجرد قرض من غير عوض، ولذا فإنه محل للفقر، ولمن في حكمه؛ لتحوله من جهة الحرمة إلى جهة الحل، وبناء على هذه القاعدة في: «تبدل سبب الملك كتبدل العين»⁽¹⁾.

وهذا ما أفتى به الشيخ مصطفى الزرقاء⁽²⁾، وقررت الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار، وعدد من الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية، على أن لا يستفيد دافعها من دفعها بشكل مباشر أو غير مباشر، كأن يسقط عنه بدفعها واجب، أو ضريبة، أو تحصل له بها دعاية وحمد، أو ما شابه ذلك⁽³⁾.

القاعدة الثانية: الجزء المشاع هل يتعين أم لا ؟⁽⁴⁾

وقد ذكرها ابن رجب في قواعد بصيغة: «العين المنغمرة في غيرها إذا لم يظهر لها أثر فهل هي كالمعدومة حكماً، أو لا؟»⁽⁵⁾. وذكر لها فروعا كثيرة منها: الدرهم الحرام تختلط بالحلال⁽⁶⁾.

مفردات القاعدة

الجزء هو: ما يتركب الشيء عنه، وعن غيره، أو هو: ما يتقوم به جملته كأجزاء السفينة، وأجزاء الجملة من الحساب⁽⁷⁾.

المشاع: من الشئاع وهو الانتشار والتقوية، أو من شاع يشيع شيوعاً أي ظهر⁽⁸⁾.

يتعين: من التَّعِينُ وهو ما به امتياز الشيء عن غيره بحيث لا يشاركه فيه غيره، وقال بعضهم: هو تخصيص الشيء من الجملة⁽⁹⁾.

معنى القاعدة:

الحصة المشاعة في الشركة قبل الفرز والتعيين، كملك نصف أو ربع من جملة عقار أو حيوان، إذا تصرف فيها صاحبها ببيع أو رهن أو غير ذلك، قيل تتعين بالتصرف فيها⁽¹⁰⁾، وقيل

(1) القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (1/297).
(2) انظر: فتاوى مصطفى الزرقاء، باعتناء محمد أحمد مكي، ص 604 - 605.
(3) انظر: القواعد والضوابط الفقهية للندوي، (1/297).
(4) انظر: شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة لأبي القاسم السُّجْلَمَاسِي، بتحقيق الدكتور عبد الباقي بدوي، (2/556)، شرح المنهج المنتخب للمنجور ص 188. ايضاح المسالك ص 395، القاعدة رقم: 113.
(5) انظر: تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب الحنبلي، ضبط وتخرىج مشهور بن حسن آل سلمان، (1/172).
(6) تقرير القواعد وتحرير الفوائد (1/178 - 179).
(7) انظر: التعريفات للجرجاني ص 78، التوقيف على مهمات التعاريف ص 241.
(8) انظر: المصباح المنير (ش ي ع) (1/449 - 450)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 443.
(9) انظر: المصباح المنير (ع ي ن) (2/602 - 603)، التعريفات للجرجاني ص 65، التوقيف على مهمات التعاريف ص 190.
(10) وهو اختيار ابن أبي زيد، بمعنى أنه لو باع أحد نصفاً مشاعاً من عقار، ثم جاء من استحق نصف ذلك العقار، فإن الاستحقاق يسري على النصف الباقي، والبيع ماض.

إن الجزء المشاع لا يتعين بالتصرف فيه، فلو استحق النصف بعد البيع، كان الاستحقاق شاملاً لما بيع، ولما لم يبيع⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنك بفوائد

هذه الشركات تملك رأس مال تتاجر فيه غير ناشيء عن القروض الربوية، أي أن أكثر مال الشركة من أصل حلال.

إذا رجعنا إلى أقوال الفقهاء القدامى نجد منهم من يقول بجواز التعامل مع المتعامل بالربا إذا لم يغلب الربا على ماله: ذلك أن الحرام وإن كان شائعاً في الأصل إلا أن التصرف يميّز الحلال من الحرام فيحمل القدر المتصرف فيه على أنه من الجزء الحلال، وهذا:

على شرط القاعدة التي تقول: بتمييز الجزء الشائع. والتي ذكرها الزقاق في نظمه، وخرّج عليها مسائل كثيرة⁽²⁾:

وقد ذهب الشيخ عبد الله المحفوظ بن بية إلى القول بجواز التعامل مع هذه الشركات⁽³⁾، واعتمد بعضهم - في القول بالجواز - القاعدة الفقهية، وذلك بأن الحرام إذا كثر عليه الحلال استهلكه ويصير كالعين المستهلكة، فيصبح في حكم المعدوم.

القاعدة الثالثة: الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء

القاعدة ذكرها الزركشي بهذا اللفظ⁽⁴⁾، ووردت القاعدة بألفاظ أخرى منها:

«الحر لا يدخل تحت اليد»⁽⁵⁾.

«الحر لا يدخل في العقد»⁽⁶⁾.

«الحر ليس بمال متقوم»⁽⁷⁾.

«الحر لا يضمن باليد»⁽⁸⁾.

(1) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للغرياني ص 364، بتصرف.

(2) راجع المنهج المنتخب بشرح الشنقيطي: ص 27، وهي في إيضاح المسالك بتحقيق بوطاهر الخطابي، بلفظ: (الجز المشاع هل يتعين أم لا) القاعدة رقم: 113، ص 395، وانظر في شرحها: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للغرياني ص 364.

(3) انظر بحث الشيخ المحفوظ بن بية بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، (1/432).

(4) المنشور (2/43).

(5) انظر: أشباه ابن السبكي (1/352)، أشباه السيوطي ص 161، أشباه ابن نجيم ص 146.

(6) المبسوط (3/13).

(7) المبسوط (14/131).

(8) المنشور (2/43)، المبسوط (26/153).

ومعنى القاعدة

(المراد بالحرّ: الإنسان الذي ليس بعبد ولا رقيق سواء كان ذكراً أم أنثى صغيراً أم كبيراً، مسلماً أم غير مسلم).

ومعنى لا يدخل تحت اليد: أي أنه لا يكون مالاً يباع ويشترى - أي أنه لا يملك؛ لأن المملوك هو الذي يقع تحت اليد. وهو أيضاً لا يضمن كما تضمن المملوكات.

ولكن يمكن أن يدخل الحر تحت اليد إذا أريد باليد هنا القوّة والقدرة، بمعنى يقع أسيراً مثلاً، أو يجبس ويسجن⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم بيع الإنسان عضواً من أعضائه لشخص آخر؟

من القواعد الواردة على هذا الموضوع، قاعدة: «الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء»⁽²⁾، ومقتضاها أن الحرّ لا يملك، وإذا كان الحر لا يملك، فإنه لا يجري عليه بيع ولا هبة ولا أي تصرف من التصرفات التي تجري على الشيء المملوك.

ثم إن أعضاء الإنسان ليست ملكاً له، ولم يؤذن له شرعاً ببيعها وهناك قاعدة تنص على منع تصرف الإنسان فيما لا يملك له، وفيما لا يدخل في ملكه، وهي: «من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه»⁽³⁾.

يقول الدكتور حسن علي الشاذلي: (ومن ثم كان محرماً على أي شخص أن يقلع جزءاً من نفسه لغيره، وإذا كان ذلك حراماً فلا يصح حينئذ أخذ عوض عنه، أو التبرع به، لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته، وما جاز بيعه جاز هبته)⁽⁴⁾.

ونصّ أعضاء هيئة مجمع الفقه الإسلامي الدولي على منع بيع الأعضاء الأدمية، ومما جاء في قرارها: (وينبغي ملاحظة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بأن لا يتم ذلك بوساطة بيع العضو؛ إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما)⁽⁵⁾.

(1) موسوعة القواعد الفقهية (101/5).

(2) المنتور في القواعد، للزركشي، (43/2).

(3) نفس المصدر، (211/3).

(4) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، (310/1 - 311).

(5) انظر: نص القرار في مجلة المجمع العدد4 (510/1).

القاعدة الرابعة: ما جاز بيعه جاز هبته وما لا فلا (1)

وذكرها الزركشي بلفظ: «ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا، إلا في صور» (2).

ومعنى القاعدة

تبين هذه القاعدة الارتباط بين بعض العقود، وبالضبط عقد البيع وعقد الهبة.

فما جاز أن يقع عليه عقد البيع من الأشياء والسلع والعروض جاز أن يقع موهوباً، وما امتنع بيعه لعلّة كالنجاسة مثلاً لا يجوز وهبه. إلا أن هناك صوراً استثنيت من القاعدة، كالمنافع مثلاً، فالإجارة على مذهب الشافعية هي بيع منفعة، ولكن لا يجوز هبتها، لأن الهبة يشترط لتمامها قبض الموهوب والمنافع لا يتصور فيها ذلك (3).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم هبة الإنسان عضواً من أعضائه لشخص آخر؟

إذا كان يحرم على الإنسان أن يبيع عضواً من أعضائه، وإذا كان محرماً على أي شخص أن يقلع جزءاً من نفسه لغيره، للقاعدة: «من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه» (4)، وكذلك قاعدة: «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»، فإنه لا يصح حينئذ التبرع به للغير، لأن القاعدة الفقهية تقول: «ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا» (5).

ووجه تخريجهم: (أن كلاً من الهبة والبيع معاملات مالية تدور حول المال في الشرع، وبما أن الأعضاء ليست من الأموال، فلا يملك الإنسان التصرف فيها، وعليه منع هبته لإعضائه لأنه تصرف فيما لا يملك) (6).

وقد بينّا عند تعرضنا لهذه المسألة في مواطن كثيرة أن الصحيح الذي رجحه كثير من العلماء المعاصرين والمجامع الفقهية، هو جواز التبرع بالأعضاء البشرية، لمن هو في حاجة إليها، وفق ضوابط وشروط محددة (7).

(1) المجموع المذهب (412/2)، قواعد الحصني (183/4)، أشباه السيوطي ص 469، موسوعة القواعد الفقهية (9/101).

(2) المنشور (3/138).

(3) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (9/102).

(4) انظر: المنشور في القواعد للزركشي (3/211).

(5) المنشور في القواعد، للزركشي، (3/138).

(6) انظر: المسائل الطبية المستجدة للدكتور التنشة (2/177).

(7) ينبغي التنبيه إلى أن هناك من العلماء الباحثين من فرق بين الحي والميت فقال بجواز التبرع من الحي ويحرم من الميت إيضاً أو بالإذن من الورثة، يقول الدكتور التنشة مرجحاً: (من خلال النظر في أقوال الباحثين المعاصرين في التصرف بالأعضاء الإنسانية بيعاً وتبرعاً سواء بالهبة أو الإيضاء أو الإيثار فإن الباحث يميل إلى جواز التبرع من الحي بأعضائه بالشروط المعتبرة التي لا تلحق به موتاً أو ضرراً بالغاً، أما عدا ذلك من البيع والإيضاء والإذن من الورثة فإنه لا يجوز شرعاً، فيكون الطريق الوحيد للحصول على الأعضاء التبرع بالأعضاء من الحي) انظر: المسائل الطبية المستجدة للتنشة (2/181).

أما هذه القاعدة الفقهية التي تمسك بها المانعون، فيجانب عنها بأن لكل قاعدة مستثنيات، خاصة إذا كانت الفروع والمسائل المستثناة شهدت أصول الشرع باعتبار موجباتها، وعلى هذا فإنه تستثنى مهمة النقل من هذه القاعدة لمكان الحاجة والضرورة الداعية إليها، وهي ضرورة إنقاذ النفس ودفع مشقة الأسقام⁽¹⁾.

المسألة 2: نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحيّ

ارتكز القائلون بعدم جواز نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء على القاعدة الفقهية: «ما جاز بيعه جازت هبته وما لا فلا»⁽²⁾.

ووجه تخريجهم للمسألة على هذه القاعدة: أن القائلين بالجواز يوافقون على أن الأعضاء الآدمية لا يجوز بيعها، وقد دلت القاعدة على أن ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته، إذاً فلا يجوز التبرع بالأعضاء الآدمية من الحي لمثله في حال الحياة ولا بعد الممات، فإذا امتنع شرعاً تحصيلها بمقابل وبدونه كان التصرف بها حراماً.

يقول الدكتور حسن علي الشاذلي في بيان وجه التخريج على هذه القاعدة: (وأصل هذه القاعدة واضح، أن البيع هو مبادلة مال بمال وأن الذي يجوز بيعه هو ما يدخل تحت ملك الإنسان، أي ما يكون مملوكاً له، وما يكون مالاً، أي ما يدخل تحت سلطته.

والإنسان ليس مالاً وليس مملوكاً للإنسان بل لله تعالى، فليس لأحد سواه حق التصرف فيه ببيع أو غيره.

والهبة: تملك مال بلا عوض، فمحل الهبة هو المال، ومالك هذا المال كما يملك بيعه، يملك هبته. فإذا لم يكن الشيء مالاً فلا يجري عليه بيع ولا هبة ولا غيرهما من التصرفات الناقلة للملكية)⁽³⁾.

وقد سبق في المسألة التي قبل هذه الكلام عن القول الصحيح في المسألة، وعن بيان استثناء نقل الأعضاء الآدمية من حكم القاعدة للضرورة والحاجة.

القاعدة الخامسة: الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها⁽⁴⁾

وجاءت كذلك بصيغة: «الديون إنما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص، أما الأعيان فإنما تستوفى بذواتها»⁽⁵⁾.

(1) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 388.

(2) المنشور من القواعد الزركشي (3/138)، أشباه السيوطي، ص 576.

(3) انظر: بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (1/317).

(4) موسوعة القواعد الفقهية (5/368)، وانظر المبسوط للسرخسي (11/41).

(5) رد المحتار على الدر المختار (6/78 - 79) (والتقاص أو المقاصّة هو أن يثبت للمدين على الدائن نظير ما للدائن عليه، فتمتنع المطالبة بينهما قضاء لعدم فائدتها، فكأنما كل من الدينين قد قصّ الآخر أي قطعه) المدخل الفقهي العام (1/602).

وهي - كما قال الدكتور الندوي - قاعدة كثيرة الدوران في نطاق استيفاء الديون، وتمثل ظاهرة المرونة في التشريع⁽¹⁾.

معنى القاعدة

الديون: جمع دَيْن وهو في اللغة على معان منها: القرض ذو الأجل، وثمان المبيع، كل ما ليس حاضراً⁽²⁾.

وفي الاصطلاح: ما ثبت في الذمة غير معين بالذات، بل بالوصف، كالنقود والمكيل والموزون، والمذروع⁽³⁾.

فالديون: أموال في الذمة، وما في الذمة لا يتعين، ولذلك فإن ما كان في الذمة إنما يقضى بمثله لا بعينه؛ لأن الدَّيْن ليس بمال لا عرفاً ولا شرعاً، وإنما هو وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة.

وإيضاح ذلك: أن الدَّيْن في الذمة هو تكليف شاغل لها، وليس متعلقاً بمال معين للوفاء منه، فإذا وفى المدين دَيْنَه فليس معنى ذلك أن الدَّيْن الذي كان في ذمته قد سقط، بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائماً لدائنه بمثل دينه⁽⁴⁾، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما لعدم فائدته؛ إذ لو طالب أحدهما الآخر حقاً للآخر مطالبته بالمثل⁽⁵⁾.

أثرها في فقه المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: ما ورد في فتاوى بيت التمويل الكويتي:

السؤال الأول: تقدم إلينا عميل، وطلب تزويده بمواد بناء مختلفة الأنواع (بيع مراجعة)، وفي الوقت نفسه طلب منا أن نقوم بدفع أجور مقاول البناء نقداً لحين الانتهاء من البناء، فهل يجوز شرعاً أن ندفع أجور البناء إلى ذلك المقاول نقداً، واعتبارها (بيع مراجعة)، إضافة إلى بيع مراجعة مواد البناء؟

الجواب: رأت اللجنة أن السؤال في شقه الأول جائز لا غبار عليه، وهو بيع مواد البناء مراجعة. أما الشق الثاني من السؤال وهو: أن يدفع بيت التمويل الكويتي أجور مقاول البناء نقداً، وإضافتها إلى بيع مراجعة مواد البناء فهذا غير جائز شرعاً؛ لأن الأجور أصبحت ديناً، والديون لا تقضى إلا بأمثالها، وإلا كان رباً⁽⁶⁾.

(1) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (308/1).

(2) انظر: المصباح المنير (279/1)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 344. المعجم الإقتصادي الإسلامي ص 163.

(3) انظر: التعريفات للجرجاني ص 111، القاموس الفقهي ص 133.

(4) وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية.

(5) رد المحتار، (138/3)، المدخل الفقهي العام (602/1)، وانظر كشاف القناع (314/3).

(6) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، من إصدارات بيت التمويل الكويتي (58/2)، برقم: 177.

السؤال الثاني: هل يجوز ربط القرض الحسن عند السداد بقيمة شرائية معينة، أي: أن يربط بمؤشر التضخم على السلع الاستهلاكية؟

الجواب: إن القرض دين مضمون في الذمة بالمثل... ولا يعدل عن المثل إلى القيمة، إلا عند انقطاع المثل، فالعبرة في ردّ القرض بأداء مثل ما اقترض دون ربط بقيمة شيء آخر.

على أنه إذا كان القرض قد وقع على ذهب، أو فضة، أو مثلي: من المكيلات، أو الموزونات، فيكون ما يجب رده هو ما أقرضه من ذهب، أو فضة، أو مثلي مما سبق، بصرف النظر عن ارتفاع القيمة أو انخفاضها، وبدون هذا يفتح باب الربا⁽¹⁾.

المسألة 2 - مشكلة التضخم والانكماش: وهي مسألة كثيراً ما تتردد بين الشرعيين والاقتصاديين، وهي هل يجوز ربط القرض الحسن عند السداد بقيمة شرائية معينة، أي أن يربط بمؤشر التضخم على السلع الاستهلاكية؟

واستناداً إلى هذه القاعدة لا يجوز ذلك، أي يجب ردّ المثل، لأن الديون إنما تقضى بأمثالها، فمن اقترض من المصرف قرضاً حسناً (عشرة آلاف دينار مثلاً) على أن يردها بعد سنة، ثم أصبحت القدرة الشرائية تساوي (أحد عشر ألفاً مثلاً) فماذا يرد إلى المصرف أو المقرض؟ واستناداً إلى هذه القاعدة لا يجوز إلا ردّ المثل وإلا فتحنا باب الربا.

يقول علي أحمد الندوي: (وبمناسبة عرض هذه القاعدة ينبغي التنبيه إلى استناد بعض الفقهاء المعاصرين إليها في بحثهم عن مشكلة التضخم، والانكماش حين تغير سعر العملة؛ لتبرير عدم سواغية ربط الديون بقائمة الأسعار (Priceindex)، والمقصود من ربط القروض وسائر الديون بقائمة الأسعار، أن لا يرد المستقرض إلى المقرض مبلغ قرضه فحسب، بل يضيف إليه قدرًا زائداً بنسبة الزيادة في قائمة الأسعار، فإن اقترض مثلاً ألف ريال، وازدادت قائمة الأسعار بنسبة العشرة في المائة عند الأداء، فإنه يرد إلى المقرض ألفاً ومائة ريال.

ومحل الاستشهاد بهذه القاعدة هنا أن الديون تقضى بأمثالها، والمراد من المثلية في الديون والقروض، المثلية في المقدار، والكمية دون القيمة المالية، ومن ثم تعتبر الزيادة عليها من الربا المحرم شرعاً⁽²⁾.

فهذا رأي سديد مبدئياً مبني على الاحتياط والنزاهة، ولكن الواقع أن مشكلة التضخم والانكماش بحاجة إلى معالجة جديدة، أحياناً، بحيث تتفق مع قواعد العدل والإنصاف التي قررها التشريع الإسلامي الحكيم، فمقتضاها أن ينظر في موضوع تغير سعر العملة بدقة، فإذا كان فاحشاً حينئذ يجب أن يكون محل اعتبار في ضوء نظرية الظروف الطارئة القانونية المتفقة مع أصول الفقه الإسلامي من نظرية وضع الجوائح، ونظرية رفع الضرر، وغيرهما.

(1) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية (2/ 204 - 205) برقم: 280.

(2) انظر: بحث أحكام الأوراق النقدية للقاضي محمد تقي العثماني ضمن كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص 166.

وحل المعضلة على هذا المبدأ المشار إليه آنفاً لا يتعارض مع قاعدة (الدَّيُون تَقْضَى بِأَمْثَالِهَا)؛ إذ المثلية مفقودة، أو معيبة على أقل تقدير بسبب التغير الفاحش، فلا شك أن النظر إلى الكمية والمقدار هو الأصل، ولكن يمكن العدول عنه حين الحاجة الشديدة إلى اعتبار القيمة لتحقيق التماثل المطلوب من باب الاستحسان، والله أعلم⁽¹⁾.

القاعدة السادسة: الظفر بالحق⁽²⁾

وقد أوردها الإمام الشافعي في كتابه الأم بصيغة: «كل من كان له حق على أحد فمنعه إياه فله أخذه منه، ولو دون علمه»⁽³⁾.

وصاغها بعضهم بقوله: «من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشيء جاز له أن يقتضي منه حقه، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن منه»⁽⁴⁾.

الظفر لغة: الفوز بالمطلوب، وأصله من ظَفَرَهُ: إذا نشب ظَفَرَهُ فيه⁽⁵⁾.

أما مصطلح (الظفر بالحق) عند الفقهاء: (فالمراد به استيفاء الحق المالي بدون موافقة المستوفى منه أو حكم القاضي به، كما إذا وجدَ المستحقُّ عين ماله عند غاصب أو سارق أو ظالم، فأخذها من غير إذنه أو إذن القاضي، وكمن كان له دين عند آخر، ولم يوفِّه إياه برضاه، فأخذ مقدار دينه جنساً وصفةً من مال الغريم بدون إذنه أو حكم القاضي، ونحو ذلك)⁽⁶⁾.

والمقصود من القاعدة هو معرفة الطريق السليم لاسترداد الحق بدون تَعَدٍّ ولا ضرر.

وإذا تأملنا في الصيغة الثانية للقاعدة ظهر لنا اتجاه الفقهاء المتوسعين الذين يميزون استيفاء الحق، وإن كان من غير جنسه، مما يفسر ويبرر صنيع من تكلم عنها ضمن موضوع المقاصّة في الفقه الإسلامي⁽⁷⁾.

وتلميح الإمام ابن عبد البر إلى هذا الموضوع في أثناء شرحه حديث «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁸⁾ فيه ما يشعر بأن رفع الضرر بعد وقوعه - وهو هنا حيازة الحق المنهوب لدى الظفر به - أمر يتفق مع مفهوم هذا الأصل العظيم الناطق بدفع الضرر قبل وقوعه كما في مسألة دفع الصائل مثلاً، وبإزالة الضرر بعد وقوعه.

(1) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (1/ 313 - 314).

(2) تنظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/ 358).

(3) الأم للشافعي (5/ 111).

(4) شرح السنة للبخاري (8/ 205).

(5) انظر: لسان العرب (4/ 518)، المصباح المنير (2/ 456)، تهذيب الأسماء واللغات (1/ 193).

(6) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه حماد ص 233.

(7) كالإمام الزركشي في كتابه المنشور (1/ 394)، ذكرها تحت نوع من أنواع التقاص.

(8) انظر: التمهيد لابن عبد البر (18/ 188).

دليل القاعدة

وأصل هذه القاعدة:

أولاً: نصوص القرآن العامة كقوله تعالى:

1 - ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾⁽¹⁾.

2 - وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾⁽²⁾.

3 - وقوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ

فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁽³⁾.

وظاهر هذه الآيات مشروعية المعاملة بالمثل، في استفاء الحقوق مع مراعاة المماثلة.

ثانياً: ما في الصحيحين: أن رسول الله ﷺ، جاءته هند أم معاوية رضي الله عنهما، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سراً، وهو لا يعلم. هل علي في ذلك من شيء؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك وولّدك بالمعروف»⁽⁴⁾.

والحديث يدل على جواز أخذ جنس الحق وغير جنسه إذا ظفر به من الملك؛ لأنه ﷺ أذن لها في أخذ ما يكفيها وهو أجناس من نفقة وكسوة وغيرهما، وهذا يعتبر إذناً في البيع واستيفاء الحق من غير جنسه؛ لأن الغالب في الشحيح أن هذه الأجناس ليست عنده.

يقول أحمد الندوي معلقاً على هذا الموضوع: (وقد ظل هذا الموضوع مثار البحث والنظر في كتب الفقه والقواعد بصورة مسألة فروعية، والواقع أنه حري بأن يشكل قاعدة مستقلة رغم كونه متنازعا فيه بين الفقهاء، لأهميته في الفقه الإسلامي بوجه عام، ولاحتوائه على بعض المعاملات التي جرى فيها التمييز بين الأحكام القضائية، وأحكام الديانة للسيطرة على الحق بدون مزيد معاناة، ولا سيما في عصرنا الحاضر بسبب الإجراءات الملتوية الطويلة التي أصبحت سمة وشارة للمحاكم، وقد يكون مآل مرافعة قضائية مجرد تطويل ليس وراءه تحصيل، وقد تطول المحاكمة الواحدة في ظل أصول المحاكمات القانونية سنة أو سنتين)⁽⁵⁾.

(1) سورة الشورى الآية 40.

(2) سورة النحل الآية 126.

(3) سورة البقرة الآية 194.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النفقات، باب باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (5/2052) رقم: 5049، ومسلم في صحيحه كتاب الأفضية، باب قضية هند (3/1338) رقم: 1711.

(5) القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/359).

وإذا دققنا النظر في آراء المذاهب الفقهية في مسألة أخذ الحق من جنسه أو من غير جنسه، يمكن أن نخلص إلى ترجيح رأي المتأخرين من الحنفية والشافعية، ورواية في المذهب المالكي⁽¹⁾.

وهو ما اختاره الإمام البخاري⁽²⁾ أيضاً⁽³⁾، وهو القول: بجواز استيفاء الحق عند الظفر به، سواء أكان من جنس الدين أم من غير جنسه، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى شرٍّ أكبر وفتنة بين الفريقين، فإذا كان يتوقع ذلك من القرائن فحينئذ يجب الرجوع إلى القضاء، وهذا ما صرحت به الموسوعة الفقهية الكويتية: (واللجنة ترى أن القول بجواز أخذ صاحب الحق مثل حقه من غير رضا ولا حكم حاكم إنما يكون عند أمن الفتنة وإلا لم يجز؛ لأن درء الفتنة من مقاصد الشريعة المقررة)⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

- مسألة فتح الاعتماد المستندي:

وهي تعني توفير الضمان للبائع ليحصل على ثمن بضاعته، وللمشتري ليحصل على البضاعة التي تعاقد على شرائها، حيث يتعهد البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب عميله وتعليماته: بأن يدفع الأمر المستفيد (البائع) مبلغاً معيناً من المال في غضون مدة محدودة، مقابل قيام المستفيد بإرسال البضاعة (موضوع البيع) أو نحوها، وتسليم مستندات معيّنة مطابقة للشروط المبينة في خطاب الاعتماد.

والاعتماد المستندي إما أن يكون مغطي غطاء كلياً، حيث يدفع طالب الاعتماد بتغطية مبلغه بالكامل للمصرف حتى يقوم المصرف بتسديد ثمن البضاعة بالكامل لدى وصول المستندات الخاصة بالبضاعة إليه، أما إذا كان مغطي غطاء جزئياً، فحينئذ يدفع المصرفي الباقي من ماله الخاص⁽⁵⁾.

(1) انظر: رد المحتار على الدر المختار (3/ 219، 265) وفتح القدير (4/ 236)، قواعد الأحكام (1/ 75)، المنشور في القواعد (1/ 355 - 356)، الفروق للقرافي (4/ 76 - 77).

(2) الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي مولاهم شيخ الإسلام وإمام الحفاظ أمير المؤمنين في الحديث، صاحب التصانيف الكثيرة من أهمها الجامع الصحيح، كان مولده في شوال سنة 194 هـ وطلب العلم ابن عشر، قال الحافظ ابن حجر في التقریب: جبل الحفظ، وإمام الدنيا في فقه الحديث، سمع: أبا عاصم، ومكي بن إبراهيم، وآخرون. وأخذ عنه: الترمذي، وابن خزيمة، ومسلم في غير الجامع، مات ببخارى في ليلة عيد الفطر، سنة 256 هـ.
انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (12/ 392)، تهذيب التهذيب (7/ 41) رقم: 5931، تحرير تقریب التهذيب (3/ 212) رقم: 5727، الكاشف (3/ 7) رقم: 7469.

(3) انظر: فتح الباري مع صحيح البخاري (5/ 107 - 108)، باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه.

(4) الموسوعة الفقهية الكويتية (4/ 153)، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/ 380).

(5) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 6 (1/ 585 - 586)، و(2/ 900 وما بعدها).

ومن أمثلة استرداد الحق عند الظفر به: إذا أصرَّ الموكل (في مسألة فتح الاعتماد) على الامتناع عن الدفع بغير حق وتعذر الاستيفاء منه، كان للمصرف حق التصرف في البضاعة؛ ليستوفي حقه بأن يبيع منها بقدر الحاجة، والله أعلم⁽¹⁾.

القاعدة السابعة: جواز الانتفاع لا يقتضي جواز البيع⁽²⁾

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: ما حكم بيع الأدمي لدم أو عضو منه

إذا كان انتزاع عضو من حي أو من ميت، أو انتزاع دم من حي، جائز عند الضرورة المقدرة بقدرها - كما عرفنا - فإن الأصل في هذا البذل، يكون بطريق التبرع أو الهبة، دفعاً للضرر، وطلباً للتيسير، وتحقيقاً لواجب تلاحم النوع الإنساني على جسر من التعاون والإخاء، وشد بعضهم ببعض استيفاء لنوعهم، ورعاية لحرمتهم وحرمة مصالحهم.

لكن ما حكم المعاوضة المالية في هذه الحالة، وهل تتنافى مع ذلك القصد الإنساني، مع ما فيه من امتهان لحرمة الأدمي، إذ يصبح كالسلعة والبهيمة محلاً للتجارة في دم أو عضو؟

ذهب العلماء المعاصرون إلى منع أخذ العوض عن عضو من الأعضاء، أو عن نقل الدم.

يقول الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد: (إن الدم نجس⁽³⁾)، وما قطع من حي كميته نجس، والنجس لا يجوز بيعه، وإنه إن جاز الانتفاع به تبرعاً لمضطر فلا يجوز بيعه، للقاعدة: «إن جواز الانتفاع لا يستلزم جواز البيع»، وعليه فيبيعها محرم لا يجوز، لكن إن لم يحصل عليها مضطر إلا بثمن فيجوز من باذل لدفع الضرر لا في حق أخذ⁽⁴⁾.

فإذا لم يجد الإنسان من يتبرع له بالدم إلا بمقابل، فإنه يجوز له دفع ذلك المقابل للضرورة، ويكون الإثم على الآخذ.

(حكم هذه المسألة أنه يجوز استعمال الدم الإنساني كغيره من الأشياء المحرمة للاضطرار ولكن لا يجوز بيعها وشراؤها، وإذا لم يمكن الحصول عليها بدون قيمة فيجوز لصاحب الحاجة أخذها بالقيمة إلا أن أخذ القيمة للبائع لا يباح)⁽⁵⁾.

(1) القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/381).

(2) القاعدة ذكرها الدكتور بكر بن زيد في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 4 (1/185).

(3) ورد في حق بيع الدم التهي في حديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع، باب ثمن الكلب (2/780). قال الحافظ: (ثمن الدم واختلف في المراد به فقيل أجرة الحجامة وقيل هو على ظاهره والمراد تحريم بيع الدم كما حرم بيع الميتة والخنزير وهو حرام إجماعاً أعني بيع الدم وأخذ ثمنه) فتح الباري (4/427).

(4) انظر: بحثه "التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (1/185).

(5) انظر: قضايا فقهية معاصرة، محمد برهان الدين السنهلي، دار القلم، دمشق - دار العلوم، بيروت، ط 1/1408 - 1988م، ص 57.

الفصل الخامس
أثر قواعد
الشرط والضمان والعرف
في الاجتهاد المعاصر

المبحث الأول أثر قواعد الشرط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة القاعدة الأولى: المسلمون عند شروطهم

معنى القاعدة ودليلها

هذه القاعدة من القواعد الشرعية التي تهتم بموضوع الشروط المتعلقة بعقود المعاملات المالية خاصة، وأصله حديث نبوي شريف⁽¹⁾، يعتبر (أحد الأصول في باب المعاملات)⁽²⁾.

واستدل لها بحديث آخر وهو قوله ﷺ: من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له، وإن اشترط مائة شرط⁽³⁾.

وهذا صريح في إبطال كل شرط لا سند له، ولا أصل له من شرع الله تعالى، ومقتضى الحديث أنه يجب الالتزام والوفاء بجميع الشروط والعهود، ما لم يكن فيها ما يعارض النص الصريح، يقول ابن تيمية رحمه الله: (الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً، أو قياساً عند من يقول به، ..)⁽⁴⁾.

ويقول الدكتور أحمد الندوي: (الأصل في الشروط تصحيحها، وجوب الوفاء بها)⁽⁵⁾، ثم ينقل كلاماً عن الدكتور الشاذلي في كتابه نظرية الشرط، وهو:

(إن القول على الوفاء بالشرط... هو الذي يتناسب مع ما اكتنف المعاملات في عصرنا الحاضر من تلاعب بعض المتعاملين - وما أكثرهم - من ذوي النفوس الضعيفة ومماطلتهم في أداء الحقوق إلى أصحابها، وتفننهم في التخلص من حقوق الآخرين بخاصة إذا بدت للمتعاقد فرصة أخرى أكثر ربحاً وفائدة، حينئذ يلجئون إلى عدم الوفاء بشروطهم، للتخلص من هذا التعاقد، غير مبالين بالضرر الذي وقع على غيرهم، فالقول بالإيجاب على الوفاء بالشرط هو الأسلوب العملي لرد مثل هؤلاء، وإعادتهم إلى احترام العقود والوفاء بحقوقها)⁽⁶⁾.

(1) ولفظه كاملاً: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحلّ حراماً، والمسلمون على شروطهم؛ إلا شرطاً حرم حلالاً؛ أو أحلّ حراماً»، أخرجه الترمذي بهذا اللفظ، وقال: حسن صحيح، سنن الترمذي (3/635)، وابن ماجه في سنته برقم: 2353. كما أخرجه البخاري معلقاً في صحيحه، كتاب الإجارة، باب أجر السمسة (4/451).

(2) حجة الله البالغة (2/304).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يجل من الشروط التي تحالف كتاب الله، (2/981)، رقم: 2584. ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، (2/1142)، رقم: 1504.

(4) مجموع الفتاوى لابن تيمية (29/132).

(5) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/89).

(6) انظر: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور علي حسن الشاذلي، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ص 457.

وضابط الشرط الصحيح: اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره، أو اشتراط ما يقتضيه العقد، أو يؤكد مقتضاه، أو اشتراط ما أجاز الشارع اشتراطه، أو اشتراط ما يحقق مصلحة العاقد.

وضابط الشرط الفاسد: اشتراط أمر محظور، أو ما يؤدي إلى غرر، أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد⁽¹⁾.

(وهذه القاعدة العظيمة التي نادى بها كبار فقهاء المذاهب تكمن أهميتها في العصر الحاضر في تكييف بعض العقود المستجدة التي ربما تحتاج إلى تخريج جديد، ونظر دقيق)⁽²⁾. وسيأتي بعض ذلك في الأثر الفقهي للقاعدة فيما يلي:

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - فتاوى معاصرة في منع وضع شروط منافية لمقتضى العقود

يجب التنبيه إلى أنه قد لوحظ في كثير من المعاملات المعاصرة وضع الشروط المنافية لمقتضى العقود، وهذا لا يجوز.

فقد نص الفقهاء على أن اشتراط ما ينافي مقصود العقد الأصلي يكون فاسداً، مفسداً للعقد، كما لو وقف داراً، وشرط بيعها متى شاء، أو هبتها⁽³⁾.

ولتلافي ذلك قررت بعض الهيئات الشرعية التابعة لبعض المصارف الإسلامية، إبطال هذه الشروط المنافية لأصل العقود.

ومن ذلك ما جاء في الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني:

- يجب أن يكون الربح المتحقق للمضارب نسبة شائعة معينة كالثلث والنصف والثلثين، ولا يصح الاتفاق على مبلغ مقطوع به كالف أو ألفين، لأنه قد لا يحصل الربح؛ وقد لا يحصل سوى هذا المبلغ المقطوع فتنتفي المشاركة، إذ لو اتفقا على ألف للمضارب، ولم يحصل سواه على ربح، فمعناه أن الطرفين لم يشتركا في شيء، وهكذا فإن اشتراط قدر مقطوع من ربح المضاربة ينافي مقتضى المشاركة التي تستلزمها المضاربة⁽⁴⁾.

- لا يجوز للمضارب أن يكفل لرب المال وفاء المشتري بالثمن في موعد استحقاقه، لأنه يؤول إلى كفالة رأس المال للمضاربة وربحها، وهو ما ينافي مقتضى عقد المضاربة التي تقوم على اعتبار المضارب أميناً ووكيلاً في رأس المال، لا ضامناً له⁽⁵⁾.

(1) راجع نظرية الشرط للشاذلي، والموسوعة الفقهية، (26/11 - 13).

(2) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/93).

(3) كشاف القناع للبهوتي (3/505).

(4) وهذا ما قرره الهيئة التشريعية لشركة الراجحي، وكذلك المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني، انظر الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، (1408هـ - 1987م) مطبعة الشرق، عمان (2/25 - 26).

(5) المصدر نفسه (2/31).

- لا يجوز اشتراط تأجيل رأس المال في عقد السلم، بل يجب تسليمه للبائع في مجلس العقد، ولعل الحكمة في اشتراط هذا الشرط أن السلم شرع لإرفاق المسلم إليه بالثمن الذي يحتاجه في إنتاجه سلعته، فعدم إقباض الثمن يتنافى مع المقصود من العقد نفسه. لكن يرى المالكية أن التأخير قليلاً كيومين، أو ثلاثة في تسليم رأس المال لا يفسد العقد⁽¹⁾.

- لا يجوز اشتراط الضمان على المسلم إليه، بعد نزول سعر السلعة المباعة في عقد السلم عن السعر المتفق عليه عند العقد، إذ إن التزامه بتسليم السلعة إلى المسلم، لا ضمان سعر لها؛ لأن هذا الضمان غير مقدور عليه⁽²⁾.

المسألة 2- حكم اشتراط التعويض في العقود لتلافي الضرر الحاصل (الشرط الجزائي).

يذكر الدكتور الندوي أن التخريج على هذه القاعدة لا يسلم من المعارض، خاصة إذا كان نصاً تشريعياً أو قاعدة من قواعده، ومثلاً لذلك بمسألة فقهية معاصرة وردت ضمن الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، أسوقها كاملة لأهميتها.

جاء في الجزء الثاني من الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني ما يلي:

سؤال: أرجو أن أوضح لسماحتكم بأن كثيراً من العملاء لا يقومون بتسديد الأقساط المطلوبة منهم للبنك في المواعيد المحددة، على الرغم من أن كثيراً منهم موسرون، وكذلك فإن البعض يتأخر في التسديدات لفترات طويلة.

لذا يرجى من سماحتكم التكرم ببيان الرأي الشرعي حول إضافة بند في عقودنا يميز للبنك أن يطلب من العميل - في تلك الحالة - التعويض عن الضرر الذي يصيب البنك في الحالات المشار إليها.

نرجو - في حال موافقتكم على المبدأ - أن تزودونا بالنص الذي ترونه موافقاً للشرع.

وجاء في الجواب ما نصه:

أرى أن الشرع الإسلامي لا يعارض في وضع شرط بالصيغة التالية، في عقد معدل للشروط العامة، للتعامل والكفالة المطلقة ملحقاً به، مكملاً له، مضافاً إليه:

عطفاً على العقد الأساسي للشروط العامة، للتعامل والكفالة المطلقة، نصرح بالاشتراط المبحوث عنه أدناه، ملحقاً بالعقد الأساسي المذكور مكملاً له (مضافاً إليه).

يشترط في حالة حلول أجل الالتزامات المترتبة في ذمتنا إلى البنك، وامتناعنا عن الوفاء - رغم يسرنا - يحق للبنك أن يطالبنا بما لحقه من ضرر ناشيء، أو متعلق بواقعة امتناعنا عن الوفاء

(1) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني (2/41).

(2) المصدر نفسه (2/45).

في مدة المماطلة، وفي حالة عدم اتفاقنا مع البنك على تقدير الضرر، تحال مطالبة البنك إلى التحكيم المبحوث عنه في العقد الأساسي المذكور، مع العلم بأنه من المفهوم، والمتفق عليه بيننا أنه يعتبر موسراً من يملك أمولا منقولة، أو غير منقولة، لا يمنع الشرع الإسلامي، والقوانين والأنظمة المعتمدة من التصرف بها، سواء كانت مرهونة لأمر البنك، أو غير مرهونة، ما دامت تكفي لسداد الالتزامات المبحوث عنها أعلاه، كلياً أو جزئياً، ويكون للبنك الحق في المطالبة بمقدار الضرر، دون الحاجة إلى توجيه إخطار عدلي، أو إنذار، أو تنبيه أو أي إجراء آخر.

وعليه: فإن وضع الشرط بالصيغة المذكورة أعلاه، بعد اتفاق الطرفين المتعاقدين عليها، يكون جائزاً شرعاً؛ لأن الأصل في الشروط الصّحة واللّزوم، وللحديث الشريف: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»⁽¹⁾.

والواقع أن هذا الجواب اعترض عليه بعض الباحثين المعاصرين، ذلك أن الاستدلال بالحديث السابق الذي يعتبر نصّه بمثابة قاعدة فقهية عند البعض⁽²⁾، تخريج غير سديد، لأن ما تبقى من الأقساط يمثل ديناً في ذمة المدين، ولا يجوز اشتراط أخذ الزيادة عليه، بحجة الاتفاق المسبق بين الطرفين على دفع التعويض عند تحقق الضرر بسبب التأخر في سداد أقساط الدين، ولا فرق سواء أكان الاشتراط في صلب العقد أم عقب إبرامه، وليس خافياً ما يتضمنه مثل هذا القرار من فتح باب الربا.

وللتوضيح أكثر أذكر قرار مجلس الجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الذي يتعلق بهذا الموضوع، وهو كما يلي:

(إن الدائن إذا شرط على المدين، أو فرض عليه أن يدفع مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما - فهو شرط، أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف، أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه)⁽³⁾.

ولعل قرار الجمع هذا، خرّج على القاعدة الفقهية: «كل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف»⁽⁴⁾.

(وبهذه المناسبة من المناسب أن أشير إلى أنه يجوز الاشتراط في بعض العقود المالية بشرط جزائي، كأن نشترط على شخص بتسليم المبيع في عقد البيع، أو إحضار المصنوع في الاستصناع مثلاً خلال مدة معينة، وعند ما يحل بالتزامه يدفع مبلغاً جزاءً إخلاله بالتزامه.

(1) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني (2/16 - 17).

(2) حجة الله البالغة للدهلوي (2/304).

(3) القرار الثامن الصادر عن مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية عشرة، ص 45.

(4) ذكرها ابن قدامة في كتابه المغني (4/272).

فمثل هذا الشرط جائز، على ألا يتجاوز الشرط الجزائي حد المعقول بأن كان أكثر من الضرر الذي يعود على الطرف الآخر، بناء على القاعدة العامة المقررة: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾.
وينبغي التنبيه هنا إلى أنه لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه في عقد السلم، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير⁽²⁾.

المسألة 3 - تقسيم الربح بين الشريكين في شركة العنان

(وانطلاقاً من الترخيص على القاعدة الفقهية المستندة إلى الحديث: «المسلمون عند شروطهم»): جوز - العلماء - في شركة العنان أن يقسم الربح بين الشريكين بحسب ما يتفقان عليه من مساواة، أو تفاضل بشرط أن يكون التّصيب جزءاً مشاعاً من الربح كنصف، أو ثلث، فيجوز أن يتفق الشريكان على تقسيم الربح بنسبة ما لهما، ويجوز أن يتفقا على تقسيمه بالتساوي مع تفاضلهما في المال، كما يجوز أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في المال، كما هو مذهب الحنفية والحنابلة.

وحجتهم أن الربح كما يستحق برأس المال يستحق بالعمل، والأعمال تتفاوت قيمة باختلاف العاملين قدرة ومهارة، وعلى هذا فإن مقدار ما يستحقه الشريك إنما يعرف بالشرط، لقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً، أو أحلاً حراماً».

وقد جنحت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني إلى الأخذ بهذا الرأي⁽³⁾؛ نظراً إلى قوّة الدليل والتعليل وتيسيراً للمعاملات في ضوء ما تسمح به قواعد التشريع الإسلامي الحكيم⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

مسألة : حكم الشرط القاضي بتحليل دم الزوج للتأكد من سلامته من مرض نقص المناعة المكتسبة ومفاد هذه المسألة أن شاباً تقدم إلى أب يطلب يد ابنته للزواج، فسأله هذا الأب أن يحضر شهادة عن تحليل دمه موثقة من مستشفى أو مختبر معترف بهما تثبت أنه سليم من مرض نقص المناعة، فاعترض الشاب على ذلك بحجة عدم لزوم هذا الشرط من الناحية الشرعية، فما هو الحكم في ذلك؟

(1) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبنت التمويل الكويتي سنة (1409هـ - 1989م) طبع الرمز للخدمات الإعلامية (21/1).

(2) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته التاسعة التي عقدت في أبو ظبي من 1 - 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق 6 - 1 أبريل 1995م، مجلة المجمع العدد 9، (1/ 661 - 665)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (96/1).

(3) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، طبعة (1402هـ - 1982م) مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ص 106 - 107.

(4) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي، بتصرف بسيط (96/1 - 97).

الجواب على ذلك: جواز هذا الشرط.

فمن حيث العموم يحق للعاقده عند عقده اشتراط ما يراه في مصلحته أو مصلحة من ينوب عنه، على ألا يكون في هذا الشرط ما ينافي الأحكام الشرعية استدلالاً بالقاعدة الفقهية: «المسلمون عند شروطهم».

فالأب ومن في حكمه أمين على موليته، فإذا خشي عليها من احتمال انتقال العدوى إليها من الزوج وجب عليه الاحتراز من ذلك ابتداءً بالتثبت من سلامة الزوج، ولما كانت بعض الأمراض - كما هو الحال في مرض نقص المناعة - من الأمراض المعدية ولا تظهر آثاره إلا بعد مدة من الزمن، ولما كن وجوده من عدمه يتطلب فحص الدم وتحليله حتى للأب ومن في حكمه أن يشترط على من يريد الزواج من ابنته أو موليته سلامته منه، وهو شرط صحيح كما قرره القاعدة الفقهية⁽¹⁾.

القاعدة الثانية: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

وردت هذه القاعدة بهذه الصيغة ضمن مواد مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾. ووردت كذلك بلفظ: «المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز»⁽³⁾.

وفي لفظ: «المعلق بالشرط عند وجوده كالمنشأ»⁽⁴⁾.

شرح مفردات القاعدة

الشرط في اللغة: العلامة⁽⁵⁾.

وفي الاصطلاح: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني.

وقيل الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن مهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده. وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه⁽⁶⁾.

ويطلق الشرط في العقود على ما يقع فيها من القيود التي تذكر في الكلام من صفة أو حال أو شرط أو استثناء، أو لفظ. وهو على أنواع:

(1) انظر المسألة في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، التي تصدرها المملكة العربية السعودية، العدد 11، السنة الثالثة (1991م)، مسائل في الفقه ص 177 - 179.

(2) المادة 82، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 347، الوجيز للبورنو ص 401، موسوعة القواعد الفقهية (10/760).

(3) المبسوط (3/126)، موسوعة القواعد الفقهية (10/760).

(4) المبسوط (4/135).

(5) انظر: المصباح المنير (1/421).

(6) انظر: التعريفات للجرجاني ص 131، التوقيف على مهمات التعاريف ص 427 - 428.

- شرط شرعي: وهو الذي مصدره الشارع، كالأهلية والقدرة على تسليم المبيع وعدم الربا.
 - شرط جعلي: وهو مصدره إرادة الشخص، وسمي جعلياً لأن العاقد هو الذي جعله شرطاً معلقاً عليه⁽¹⁾.

التعليق لغة: مصدر الفعل علّق يعلّق ومعناه تشبث وتمسك، وفيه معنى الربط، فكأن العقد المعلق على الشرط مربوط به لا ينفك عنه، ولا يوجد إلا بوجوده⁽²⁾.

وأما معناه في اصطلاح الفقهاء: فهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى⁽³⁾.
 وعرفه الشيخ مصطفى الزرقاء: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى⁽⁴⁾.

شرط التعليق

اشترط لكي يكون العقد معلقاً أن يكون الشرط المعلق عليه حصول العقد معدوماً حين العقد، يمكن الحصول بعد ذلك في المستقبل.

وزاد الحنفية أن يكون المعلق من:

- الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق.

- من الالتزامات التي يحلف بها كحج وصوم وصلاة.

- الإطلاقات كالإذن بالتجارة والوكالة.

- الولايات كالتقضاء والإمارة والعزل عنها والكفالة والإبراء⁽⁵⁾.

واعلم أن القاعدة أخذ بها الفقهاء على اختلاف بينهم في الشروط التي يصح التعليق بها، ولذلك أفصل في القاعدة على النحو الآتي: إن التصرفات القولية الصادرة عن المكلف ومنها العقود نوعان:

الأول: ما جاءت بصيغة الإطلاق: أي صدور العبارة عن المتكلم مطلقة من كل قيد وشرط، ففي هذه الحالة يعتبر التصرف أو العقد شرعاً، وتترتب عليه أحكامه وآثاره فور إنشائه، كما لو قال رجل لآخر: بعثك سيارتي بخمسة ملايين دينار جزائري، وقبل الطرف الآخر، فالعقد ينفذ مطلقاً.

الثاني: ما جاءت بصيغة التقييد أو التعليق: وذلك عندما يصدر التصرف مقروناً بوجود شيء آخر، يقيد العقد، أو يؤخر حصول آثاره، كأن يقول بعثك هذه السيارة على أن استعملها شهراً، أو ريثما أشتري أخرى، وقبل المشتري، فالعقد يتم بهذا الشرط المعلق⁽⁶⁾.

(1) انظر: الوجيز ص 403، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 347 - 348.

(2) انظر: المصباح المنير (2/582).

(3) انظر: الوجيز ص 403.

(4) شرح القواعد الفقهية ص 347.

(5) انظر هذه الشروط في: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 348 - 349.

(6) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص 401.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط، أي: أن الشيء المعلق على شرط يكون معدوماً قبل ثبوت شرطه، ويكون متحققاً واجب التنفيذ عند ثبوت الشرط وتحققه⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

مسألة - دفع شبهة الغرر عن عقد التأمين

سبق وأن أشرنا - في دفع شبهة الغرر عن عقد التأمين - إلى كلام الشيخ مصطفى الزرقاء، والتخريج الذي خرّج به هذه المسألة مستنداً على قاعدة الوعد الملزم في المذهب المالكي، عملاً بقاعدة «المواعيد بصورة التعاليق تكون ملزمة».

وفي بيان حكم المسألة نفسها ذكر تخريجاً آخر، اعتمد فيه على قاعدة لزوم الوعد إذا علق بشرط مشروع عند الحنفية، (والشرط المعلق عليه هنا هو أداء الأقساط).

فبأداء الأقساط يثبت ويلزم ذلك التعهد، ويتحقق المقصود به وهو الأمان الذي يحصل عليه المستأمن من آثار الخطر المؤمن منه، وهذا الأمان والاطمئنان يحصل عليه المستأمن بمجرد العقد فوراً. عملاً بقاعدة «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط». وبهذا التخريج يتنفي الغرر من موضوع التأمين التعاقدية⁽²⁾.

القاعدة الثالثة: ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً

أوردها الزركشي بهذه الصيغة⁽³⁾.

سبق وأن عرفنا الشرط، أما المانع فهو: لغة: من منع بمعنى الكفّ عن الفعل⁽⁴⁾.

واصطلاحاً: هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب⁽⁵⁾.

وبعبارة أخرى: هو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته⁽⁶⁾.

ومعنى القاعدة

(أنّ ما كان شرطاً لصحة تصرف ما، يكون عدم وجوده مانعاً من صحة ذلك التصرف، وهذا منع بالعدم)⁽⁷⁾.

(1) الوجيز للبورنو ص 404.

(2) نظام التأمين لمصطفى أحمد الزرقاء، ص 139.

(3) انظر: المنثور للزركشي (3/146)، موسوعة القواعد الفقهية (9/203).

(4) انظر: المصباح المنير (2/798).

(5) انظر: إرشاد الفحول ص 6.

(6) انظر: المدخل إلى مذهب أحمد ص 163.

(7) انظر موسوعة القواعد الفقهية (9/203).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

مسألة: شرطية الفحص الطبي لصحة العلاج

إن الفحص الطبي يعتبر شرطاً من شروط صحة العلاج؛ بحيث لا يكون العلاج موافقاً للقواعد والأصول الطبية المعتبرة، إلا إذا تحقق الفحص الطبي⁽¹⁾. والقاعدة الفقهية تقول «ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً»⁽²⁾. فإجراء الفحص الطبي شرط لصحة العلاج، وعدمه يؤدي إلى عدم تحقق المقصود من العمل الطبي فكان مشروعاً.

القاعدة الرابعة: الإذن بالشيء إذن فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه

هذه القاعدة ذكرها الزركشي بهذا اللفظ⁽³⁾.

وذكرها ابن الوكيل⁽⁴⁾ بلفظ: «المأذون له في شيء يكون إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه، وهل يكون إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء استحقاؤه؟»⁽⁵⁾.

شرح مفردات القاعدة

الإذن لغة: هو إطلاق الفعل والإباحة⁽⁶⁾.

وفي الاصطلاح: فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً⁽⁷⁾. ويكون بمعنى الإباحة المعروفة عند الأصوليين: (حكم يقتضي التّخيير بين الفعل والتّرك)⁽⁸⁾. أو ما يفيد إطلاق التصرف أي الإتيان بالفعل كيف شاء الفاعل⁽⁹⁾.

ومعنى القاعدة

تدل هذه القاعدة على أن من أذن لغيره في عمل شيء ما فإن هذا الإذن يكون إذناً أيضاً فيما يجب لذلك الشيء ويستلزمه، وهل يكون إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء استحقاؤه خلاف قال صاحب موسوعة القواعد الفقهية: (وفي اقتضاء استحقاؤه خلاف)⁽¹⁰⁾:

(1) المسؤولية الطبية لآل الشيخ ص 114.

(2) المنثور للزركشي (2/260).

(3) انظر: المنثور للزركشي (1/108).

(4) هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن مكي الشافعي الملقب بصدر الدين والمعروف بابن المرحّل وابن الوكيل، ولد بدمياط في مصر وانتقل إلى دمشق فنشأ فيها وتولى مشيخة دار الحديث الأشرفية، كان عالماً بالفقه والأصول والحديث، مع ملكة أدبية شعرية، له مؤلفات منها: الأشباه والنظائر، توفي في القاهرة سنة 716هـ. انظر: فوات الوفيات (2/500)، الدرر الكامنة (5/373)، الأعلام (6/314).

(5) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (2/64).

(6) المصباح المنير (1/10)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 47، ترتيب مختار الصحاح ص 33 - 34.

(7) انظر: التعريفات للجرجاني ص 15، القاموس الفقهي ص 19.

(8) انظر: جمع الجوامع (1/84).

(9) انظر: التعريفات للجرجاني ص 3.

(10) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (1/355).

- ما يكون إذناً في صور، مثل: الوكيل بالبيع مطلقاً له قبض الثمن في الأصح، لأنه من توابع البيع ومقتضاه، وله تسليم المبيع بعد توفر الثمن في الأصح، فالتوكيل إذن للوكيل بالتصرف فيما وُكِّل فيه.

- ما لا يكون إذناً: ومثاله الإذن للعبد بالإحرام للحج، فأحرم وارتكب محظوراً من طيب أو قتل صيد لم يجب على السيد الفدية، وفرضه الصوم⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: مشروعية الفحص الطبي

تعتبر مشروعية الفحص الطبي مبنية على مشروعية التداوي بشكل عام، والفحص الطبي - الذي يعد المرحلة الأولى من مراحل العمل الطبي - مشروع للأسباب التالية:

أولاً: أن الإذن بالفحص الطبي حاصل بدلالة الإذن بالمعالجة؛ لأن الإذن بالمعالجة يعتبر إذناً في كل ما يتطلبه ذلك العلاج من فحوص وتحاليل⁽²⁾.

وهذا مستفاد من القاعدة الفقهية القائلة؛ بأن «الإذن بالشيء إذن بما يقتضي ذلك الشيء إيجابه»⁽³⁾.

القاعدة الخامسة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁽⁴⁾

ذهب بعض العلماء إلى أنها قاعدة أصولية، وتسمى بمقدمة الواجب، والرأي نفسه ذهب إليه الدكتور محمد صدقي البورنو في كتابه الوجيز⁽⁵⁾، ثم غير رأيه في موسوعة القواعد الفقهية وأدرجها ضمن القواعد الفقهية الأصولية⁽⁶⁾.

ومن ألفاظها أيضاً:

- «ما لا يتأتى أو - لا يتوصّل - إقامة الفرض إلا به يكون فرضاً في نفسه»⁽⁷⁾.

- «ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فإنه واجب»⁽⁸⁾.

- «ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فإنه واجب»⁽⁹⁾.

(1) انظر: المنثور (108/1 - 109). الأشباه والنظائر لابن الوكيل (64/2 - 66).

(2) التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية قيس بن محمد آل الشيخ مبارك ص 114.

(3) المنثور في القواعد للزركشي (108/1).

(4) أشباه ابن السبكي (88/2)، القواعد والفوائد الأصولية لأبي الحسن علي بن عباس البعلي الخنبلي المعروف بابن اللحام ص 94، موسوعة القواعد الفقهية (218/9)، الوجيز ص 393.

(5) انظر: الوجيز ص 393.

(6) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (218/9).

(7) انظر: المبسوط (250 - 245/30).

(8) انظر: قواعد الحصني (41/2).

(9) انظر: المجموع المذهب للعلائي (240/1).

ومعنى القاعدة:

(أن الواجبات والمباحات والمحرمات كلها لا بد لها من وسائل توصل إليها، فوسيلة كل مقصد بحسبه وتأخذ حكمه.

فوسيلة الفرض ومقدمته التي لا يمكن أداء الفرض إلا عن طريقها تكون فرضاً وواجباً مثله، فلا تبرأ ذمة المكلف إلا إذا توصل إلى الفرض والواجب عن طريق مقدمته ووسيلته، ما دامت تلك المقدمة مقدورة للمكلف⁽¹⁾.

يقول الدكتور محمد صدقي البورنو: (وقد اختلف العلماء في ضبط المقصود بهذه القاعدة، وفي حكمه، وأرجح الأقوال في ذلك، أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب مطلقاً سواء كان شرطاً أم سبباً)⁽²⁾.

ويشترط في ما لا يتم الواجب إلا به شرطان:

الأول: أن يكون الواجب مطلقاً - أي غير معلق على حصول ما يتوقف عليه - فإن كان معلقاً على حصول ما يتوقف عليه فهو غير ملزم.

الثاني: أن يكون ما يتوقف عليه الواجب مقدوراً للمكلف، بأن يكون في وسع المكلف الإتيان به⁽³⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

مسألة 1: حكم الاستنساخ النباتي والحيواني

ذهب إلى القول بالجواز الدكتور نصر فريد واصل مفتي جمهورية مصر العربية⁽⁴⁾، والشيخ محمد مختار السلامي مفتي الجمهورية التونسية⁽⁵⁾، وغيرهم.

إلا أن الدكتور نور الدين مختار الخادمي، ذهب إلى أن الاستنساخ النباتي والحيواني تعزيره الأحكام الشرعية: (فهو مباح باعتبار مقابله للاستنساخ البشري المحرم، وهو واجب كفاي باعتبار كونه ضرورة مهمة في تحسين المنتج ومعالجة الأدوية وغير ذلك. وقد يكون حراماً وممنوعاً إذا تبينت مضاره ومهالكه بعد إجراء الدراسات والتجارب والإحصاءات المتعلقة بذلك. كما يكون مكروهاً ومنبوذاً ومستنكراً إذا لم يؤدي إلى الفوائد المرجوة منه. فالحكم يثبت ويتعين بحسب معتبراته وحيثياته)⁽⁶⁾.

(1) موسوعة القواعد الفقهية (9/ 218 - 219).

(2) الوجيز، ص 393.

(3) الوجيز، ص 394.

(4) انظر: الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، للدكتور نور الدين مختار الخادمي، عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بالرياض - قسم أصول الفقه - ط 1/ 1422 هـ - 2001 م، دار الزاحم - الرياض - السعودية، ص 127.

(5) المرجع نفسه، ص 128.

(6) الاستنساخ في ضوء الأصول، للخادمي، ص 132.

واستند القائلون بمشروعية حكم الاستنساخ المتردد بين الإباحة، والوجوب الكفائي،
بالقاعدة الفقهية التالية: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب».

فالمجتمع الإسلامي مطالب بالأخذ بأسباب القوة في مختلف المجالات، وهذا الأمر لا يتم
على الوجه الأكمل في المجال العلمي والتقني، الخاص بالهندسة الوراثية والجينية، إلا بالتحكم في
الاستنساخ النباتي والحيواني والاستفادة منهما، في تطوير القطاع الإقتصادي، وتوفير المنتج
الفلاحي، والحيواني، لتحقيق الاكتفاء الذاتي، وإلا بوجود العلماء المختصين في هذا المجال
الدقيق، لذلك كان من الواجب على أولي الأمر أن يسعوا إلى تحقيق ذلك، لأن ما لا يتم
الواجب إلا به فهو واجب.

مسألة 2: حكم التشريع الجنائي

لا يخفى أن التقدم العلمي في هذا العصر، وما توصل إليه العلماء من التكنولوجيا في
مجال الطب، رَفَعَ من أهمية التشريع، ففضلاً عن التعليم التطبيقي في مجال العلوم الطبية، وكذا
الكشف عن الأمراض وأنواعها (التشريع العلاجي)، فإن التعرف على سبب الوفاة في حوادث
القتل المتنوعة (التشريع الجنائي)، يعتبر من أهم دواعي التشريع، وفي كثير من الحالات يكون
التشريع الوسيلة الوحيدة للتعرف على الحقيقة.

ووجه التخريج على القاعدة: إذا كان المانع الشرعي من هتك حرمة جثة الإنسان، هو
نهى الشارع عن التمثيل بالجثة أو العبث بها، تكريماً للإنسان حياً وميتاً، فإن مقتضى القيام
بالتشريع للأغراض المذكورة آنفاً يُرَجَّح القيام به، لأن الكشف عن حقيقة الموت لا تتم إلا
بواسطته، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

يقول الشيخ أحمد حماني - رحمه الله - : (إن التشريع في كليات الطب للتعلم والتعليم
يصير واجباً متعيناً أحداً بالقاعدة الأصولية المجمع عليها من العلماء وهي: «ما لا يتم الواجب
إلا به فهو واجب»⁽¹⁾).

(1) انظر: فتاوى الشيخ أحمد حماني منشورات قصر الكتاب (2/446).

المبحث الثاني أثر قواعد الضمان في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة القاعدة الأولى: الخراج بالضمان⁽¹⁾

تعريف القاعدة

هذه القاعدة هي نص حديث نبوي كريم، وتعتبر من القواعد المهمة في المعاملات المالية قديماً وحديثاً، وهي أصل متفق عليه⁽²⁾.

وقد أتى في معناها قواعد أخرى مختلفة الألفاظ متفقة المعنى، منها:

«الغرم بالغنم»⁽³⁾.

«النّعمة بقدر النّعمة والنّعمة بقدر النّعمة»⁽⁴⁾.

شرح مفردات القاعدة

الخراج في اللغة: ما خرج من الشيء، فخراج الشجرة الثمرة، وخراج الحيوان نسله، وخراج العبد غلته، والخراج والخرج اسم لما يخرج من غلة الأرض⁽⁵⁾.

والضمان: من ضمن، الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في الشيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمننت الشيء، إذا جعلته في وعائه⁽⁶⁾.

فالضمان هو الكفالة والالتزام، والمقصود هنا المؤونة كالإنفاق والمصاريف والخسارة والنقص⁽⁷⁾.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

إن ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له ليكون في مقابلة الغرم⁽⁸⁾.

(1) انظر: أشباه السيوطي ص 175، أشباه ابن نجيم ص 175، المنشور للزركشي (2/119)، المجلة مادة 85، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 361. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (274/5)

(2) انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد بتجقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الجود الطبعة الأولى (1416هـ - 1996م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان (37/5 - 38).

(3) انظر: المجلة المادة 87، موسوعة القواعد الفقهية (6/502)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 369. الوجيز للبورنو ص 365.

(4) انظر: المجلة مادة 88، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 373، الوجيز ص 365، موسوعة القواعد الفقهية (11/1214).

(5) انظر: المصباح المنير (1/227). التوقيف على مهمات التعاريف ص 312، القاموس الفقهية، ص 114.

(6) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (3/372). التوقيف على مهمات التعاريف ص 474 - 475، وفي المجلة (مادة 415): هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات.

(7) انظر: الوجيز ص 365 - 366، القاموس الفقهية، ص 224 - 225.

(8) موسوعة القواعد الفقهية (5/275).

ويمكن أن نقول: الخراج بالضمان: أراد به ما يحصل من غلة العين المبتاعة، وذلك أن يشتريها فيستغلها زماناً، ثم يعثر على عيب قديم لم يطلع عليه البائع، أو تلف لم يعرفه، فله ردها وأخذ الثمن، ويكون للمشتري ما استغله، لأن المبيع لو كان تلف في يده لكان في ضمانه، ولم يكن له على البائع شيء، أي الخراج مستحق بسبب الضمان⁽¹⁾.

دليل القاعدة

هذه القاعدة هي نص حديث عائشة رضي الله عنها، فيه أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ وبه عيب لم يعلم به، فاستغله، ثم علم بالعيب فرده، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله إنه استغله منذ زمن، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»⁽²⁾. وعند بعضهم بلفظ: «الغلة بالضمان»⁽³⁾.

قال الإمام الزركشي: (هو حديث صحيح، معناه: ما خرج من الشيء من عين ومنفعة وغلة، فهو للمشتري، عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فلو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له؛ ليكون الغنم في مقابلة الغرم)⁽⁴⁾.

وإذا تأملنا معنى الضمان في اللغة الذي هو بمفهوم القبض والحيازة، أمكننا القول: إنه لا يجوز استحقاق الغلة، أو الربح - وهو الخراج - إلا إذا كان ناشئاً عن القبض، وبذلك ما لم يدخل الشيء في ضمان المشتري لم يسلم له خراجه، وهذا يتفق مع قول الفقهاء أيضاً: (لا يستحق الربح إلا بالمال أو العمل أو الضمان)، باعتبار أن الضمان أحد العوامل الثلاثة في استحقاق الربح. وقول الفقهاء: «الغنم بالغرم»، يعبر عن نفس المعنى المراد من الحديث النبوي، المذكور، يقول العلامة الشاه ولي الله الدهلوي رحمه الله⁽⁵⁾:

(ومن القواعد المبنية عليها كثير من الأحكام أن الغنم بالغرم، وأصله ما قضى النبي ﷺ الخراج بالضمان)⁽⁶⁾.

- (1) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (99/1).
- (2) الحديث أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع والإجازات، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، رقم 3508، السنن (284/3).
- (3) والترمذي في السنن كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عيباً، وقال حديث حسن صحيح، رقم 1285، السنن (581/3 - 582).
- (4) أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، المستدرک (18/2) رقم: 2177. والحديث صححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير، لابن حجر (22/3).
- (5) المنشور في القواعد للزركشي (119/2).
- (6) ولي الله الدهلوي: هو الإمام أبو عبد العزيز أحمد شاه بن عبد الرحيم العمري الدهلوي الملقب بولي الله، فقيه حنفي وأصولي محدث ومفسر، ولد بدلي ونشأ بالهند وعرف بالصلاح والعلم والعمل، من أشهر مؤلفاته حجة الله البالغة، وعقد الجيد في أحكام الاجتهاد والتقليد، ورسائل تسمى رسائل الدهلوي، توفي رحمه الله سنة 1176هـ. انظر ترجمته في الفتح المبين (130/3 - 131)، ومعجم المؤلفين لكحالة (809/1).
- (6) حجة الله البالغة (169/2).

وهذه الصيغة - في ظاهرها - تفيد عكس القاعدة السابقة، ومعناها: أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً⁽¹⁾.

وهذا ما ألمح إليه ابن تيمية بقوله: (من كان الشيء له كانت نفقته عليه)⁽²⁾.

ويقول صاحب درر الحكام: (إن من يضمن شيئاً إذا تلف، يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف، ومنه أخذ قولهم الغنم بالغرم)⁽³⁾.

ويمكن أن نقول إنها تمثل الوجه الآخر للقاعدة الحديثة، وفي كل الأحوال هي مستفادة من نفس الحديث النبوي.

وبالنظر إلى كل ما سبق يمكن أن نخلص إلى أن هذه العبارات «الخراج بالضمان»، و«الغنم بالغرم»، و«الغرم بالغنم»، أو «التعنة بقدر النعمة، والنقمة بقدر النعمة»، غير متباينة في الدلالة والمعنى، وبذلك لا يكاد يختلف التفرع عنها، وهذا لا يتنافى مع اختلاف الفقهاء أحياناً في كيفية الاستناد إلى هذه القاعدة ومدى تفاوتهم في استعمالها.

أثرها في فقه المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - حساب الائتمان

يمكن الاستفادة من هذه القاعدة في حساب الائتمان وهي الودائع الجارية وتحت الطلب، فإن المصرف يتصرف بها - وقد دفعها إليه صاحبها راضياً - فإنها تكتسب حكم القرض، فيسوغ للبنك استعمالها واستثمارها وله غنمها، وعليه غرمها⁽⁴⁾.

المسألة 2 - أثر القاعدة في مجال السياسة الاقتصادية

كما يمكن تطبيق هذه القاعدة في مجال السياسة الاقتصادية، وفي توزيع أعباء النفقة العامة⁽⁵⁾.

يقول الدكتور علي أحمد الندوي: (والواقع أن هذه القاعدة قائمة على أساس العدل والتوازن، وتمثل الركيزة الأساسية التي يبنى عليها الاستثمار، فإن المشاركة في المغامرات والمخاطر هي الأصل الذي لا يمكن إهداره، وإلا انقلبت الفكرة النقية التي يدعو إليها النظام الاقتصادي الإسلامي إلى النظام الربوي: وهو اختصاص أحد الفريقين بالغنم، وتعرض الفريق الآخر وحده لعوارض المغارم والأرزاء).

(1) المبسوط (80/13).

(2) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (106/34).

(3) درر الحكام، لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان (78/1).

(4) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (106/1).

(5) انظر: بحث الدكتور محمد أنس الزرقاء، السياسة الاقتصادية، الإدارة المالية (3/1281).

ثم إن توظيف الأموال من خلال تطبيق قاعدة: «الغنم بالغرم»، هو المسلك الصحيح المغني عما هو حرام من عملية التمويل بالقروض...، حيث (الغنم) بالحصول على فائدة دون أي استعداد لتحمل مسؤولية المخاطرة المقابلة لكسب الغنم.

ونلاحظ أن الفقه الإسلامي لم يقرر لرأس المال حقاً في الحصول على الربح، إلا إذا كان ذلك على وجه المشاركة مع رأس مال آخر، أو عمل آخر توقعاً للربح، وتحسباً للخسارة⁽¹⁾، وهذا ما تقتضيه هذه القاعدة الذهبية، فتوجب مثلاً في عقد المضاربة على أن ينص على كيفية توزيع الربح شائعاً بين كل من رب المال والمضارب، وبناء على ذلك لا يسوغ اشتراط قدر معلوم من المال لأحدهما كآلف دينار للمضارب في الشهر، أو 10% لرب المال من رأس ماله، إذ إن الربح قد لا يزيد على ما جعل لأحدهما فيستبد بالربح كله، وبذلك يتلاشى مفهوم العدل الذي تقوم عليه المشاركة، ولا يتحقق ذلك إلا باشتراكهما في الغنم والمغرم⁽²⁾.

المسألة 3 - حكم الأسهم الممتازة

والأسهم الممتازة: هي الأسهم التي يعطى بعض أصحابها حق الأولوية في استرداد قيمة أسهمهم على باقي المساهمين عند تصفية الشركة، أو ربما ينالون أولوية وحضاً خاصاً في قبض ربح معين، وبذلك يظلم الآخرون من أصحاب الأسهم الأخرى، وهذا الاختصاص يتنافى مع العدالة التي تنص عليها قاعدة: «الغرم بالغنم»⁽³⁾.

يقول الدكتور عطية فياض (الامتياز بإعطاء صاحب السهم نسبة ثابتة من الأرباح مثل 5% من قيمة السهم ثم يوزع باقي الأرباح على جميع الأسهم بالتساوي، أو استيفاء فائدة سنوية سواء رجت الشركة أم لا، فإن هذا النوع لا يجوز مطلقاً في الشريعة الإسلامية؛ لأنه يتضمن الربا المحرم شرعاً، ثم إن مبنى الشركة في الشريعة الإسلامية على المخاطرة والمشاركة الحقيقية في الغنم والغرم على قدر الحصص، وفي ذلك إجماع الفقهاء)⁽⁴⁾.

وفي ضوء هذه القاعدة: يمكن أن ندرك عدم جواز التمييز بين أصحاب الأسهم بما يؤدي تحمل الخسارة على بعضهم دون البعض الآخر منهم، وعلى هذا الأساس نجد لجوء بعض

(1) انظر: تعليق الأستاذ أحمد محي الدين أحمد حسن على (سندات القراض وضمان الفريق الثالث) للدكتور منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد 3/70. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، (2/1120 - 1121).

(2) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/106 - 107).

(3) انظر: مشكلة الاستثمار، للدكتور محمد صلاح الصاوي، ص 770 - 771.

(4) انظر: سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي الطبعة الأولى (1418هـ - 1998م) دار النشر للجامعات - القاهرة - مصر، ص 188.

مصارف التنمية إلى التعامل بالأسهم الممتازة معارضاً لمبدأ المشاركة في الإسلام ومع قاعدة (الغرم بالغنم).

وفي هذا الموضوع أصدر مجمع الفقهي الإسلامي، القرار الآتي:

(لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال، أو ضمان قدر من الربح، أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح)⁽¹⁾.

المسألة 4 - ضمان البنك لأموال المستثمرين يتنافى مع نص القاعدة

إن البحث عن وسيلة لجعل البنك ضامناً للأموال التي تسلم إليه بغرض الاستثمار، يتنافى مع مبدأ المشاركة القائم على القاعدة الشرعية: «الغرم بالغنم»، فالتزام البنك يعني أن أصحاب الأموال يشاركون البنك في المغنم فقط، أما في حالة الخسارة فلا يتحملون شيئاً، وهذا أمر تأباه العدالة التي تتميز بها الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

وهكذا نجد هذه القاعدة الجليلة عميقة الأثر في كثير من القضايا المنوطة بالاقتصاد الإسلامي المعاصر، من حيث معالجة عمليات الاستثمار، ومعرفة الأخطاء التي يرتكبها بعض الاقتصاديين والمصرفيين الذين ليس لهم علم بقواعد الفقه الإسلامي وأصوله.

المسألة 5 - حكم الودائع المصرفية في المصرف الإسلامي

إن المصرف الإسلامي يقبل الودائع المصرفية لا على أساس أنها قروض مضمونة، وبفوائد محددة مسبقاً، وإنما يقبلها على أساس أنها مضاربة تخضع للربح والخسارة.

وقد رأى الفقهاء المؤتمرون بـ "مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي"⁽³⁾ عدم إعطاء أرباح على الودائع الادخارية باعتبارها عقد قرض إلا في الحالة التي ينص فيها عند الطلب فتح الحساب على أن المعاملة بين المودع والمصرف تأخذ حكم المضاربة⁽⁴⁾.

ويرى الأستاذ عبد الله العبادي: أنه ليس هناك مانع شرعي من أن يدخل هذا الحساب في أعمال الاستثمار، وأن يدفع المصرف أرباحاً على ذلك من الأرباح الحقيقية؛ إذا نصّ الاتفاق

(1) انظر القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7 (1/ 712 - 713).

(2) انظر: الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، للأستاذ جهاد عبد الله: ص 316، و 352. عن موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/ 108 - 109).

(3) المنعقد في سنة 1399هـ / 1979م.

(4) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، عبد الله عبد الرحيم العبادي، ص 201.

على ذلك كما هو الحال في البنك الإسلامي الأردني، وبيت التمويل الكويتي⁽¹⁾، أما بالنسبة لضمان هذه الوديعة فإنها إذا كانت بقصد الاستثمار فلا ضمان على المصرف.

أما إذا وضعت بقصد القرض للمصرف فإن على المصرف الضمان أخذاً بالقاعدة الشرعية: «الغرم بالغنم»، كما في الودائع الجارية، فإنها تأخذ حكم القرض ويجري عليها ما يجري على القرض من الضمان ورد المثل⁽²⁾.

المسألة 6 - حكم خطاب الضمان

هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب العميل بقبول دفع مبلغ معين أو قابل للتعين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة⁽³⁾.

ويمكن تعريفه بأنه (عبارة عن تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه [طالب الإصدار] في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفتات لما قد يبديه العميل من المعارضة)⁽⁴⁾.

وتقوم المصارف الإسلامية بإصدار خطابات الضمان لعملائها، لأنها إما أن تكون كفالة أو وكالة، وهما جائزان في الفقه الإسلامي ما لم يصاحبهما ما يفسدهما.

فخطاب الضمان جائز شرعاً من حيث الإصدار، واختلفوا في أخذ المقابل على الضمان تبعاً لاختلافهم في تكييفه، فقد رفضت معظم هيئات الفتوى الشرعية، مبدأ أخذ البنك الإسلامي عوضاً عن تقديم هذه الخطابات، وبالتالي امتنعت بعض المصارف الإسلامية عن هذا النشاط مما أدى إلى استمرار اعتماد عملائها على البنوك التجارية في هذا المجال.

وقد أجاز الشيخ عبد الحميد السائح أخذ الأجر لخطاب الضمان الصادر عن البنك الإسلامي الأردني. وتبّع بعض المصارف الإسلامية هذا الرأي فتصدّر خطابات الضمان بمقابل⁽⁵⁾.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في تكييف هذه المعاملة:

(1) انظر: مجموع الكتبيات والعقود الخاصة لبيت التمويل الكويتي 1981م، ص 8.
(2) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، عبد الله عبد الرحيم العبادي، ص 201. وبحث أحكام الودائع المصرفية" محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، (1/ 802 - 803).
(3) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية ص 234.
(4) المعاملات المالية في ضوء الكتاب والسنة، محمد علي السالوس، ص 142.
(5) البنوك الإسلامية، جمال الدين عطية، الطبعة الأولى (1986م) مطابع الدوحة - قطر، ص 118.

- فذهب بعضهم إلى أن خطاب الضمان كفالة، ومنهم الدكتور الصديق الضرير، والدكتور بكر أبو زيد، لأن الكفالة تتفق مع خطاب الضمان من حيث المعنى، وهو التزام الشخص مالاً واجباً على غيره لشخص ثالث⁽¹⁾.

وجمهور الفقهاء على عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة⁽²⁾، وعليه فلا أجرة على إصدار خطاب الضمان.

- وذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان وكالة، ومن ذهب إلى ذلك الدكتور سامي حمود، ورتب على ذلك جواز أخذ الأجرة على إصدار خطاب الضمان، قياساً على جواز أخذ الأجرة عن الوكالة⁽³⁾.

- وذهب بعض الباحثين إلى أنه وكالة إذا كان خطاب الضمان مغطى تغطية كاملة من قبل العميل، وكفالة إذا كان غير مغطى.

وأما إذا كان مغطى تغطية جزئية فإنه وكالة في الجزء المغطى وكفالة في غير المغطى، ومن ذهب إلى ذلك الدكتور علي أحمد السالوس، وبناء على ذلك لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة⁽⁴⁾.

وقد رجح مجمع الفقه الإسلامي هذا القول حيث جاء في قراره:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجازة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء⁽⁵⁾.

- وذهب بعضهم إلى أن خطاب الضمان جعالة⁽⁶⁾، ومن ذهب إلى ذلك السيد محمد باقر الصدر⁽⁷⁾.

(1) خطابات الضمان للدكتور الصديق الضرير، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، عمان 1994م، خطاب الضمان لبكر أبو زيد ضمن كتابه فقه النوازل (206/1).

(2) مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي، ص 282، المدونة (263/5)، مواهب الجليل للحطاب (242/4)، المغني لابن قدامة (272/4).

(3) تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود، ص 300.

(4) انظر: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، علي أحمد السالوس، ص 134 - 135.

(5) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثاني، (1210/2)، طبعة 1407هـ - 1986م.

(6) انظر: البنك اللاربوي في الإسلام، لمحمد باقر الصدر، الطبعة الثانية (1973م) دار الكتاب اللبناني - بيروت - لبنان، ص 130 - 131.

(7) السيد محمد باقر الصدر من علماء الشيعة الإمامية منذ مطلع هذا القرن الهجري، تلقى علومه في النجف، من مؤلفاته: علم أصول الفقه، والمعالم الجديدة، والأسس المنطقية والاستقراء، والبنك اللاربوي في الإسلام.

- وذهب بعضهم إلى تكييف أخذ الأجر على الضمان بتخريجه على القاعدة الفقهية: «الخراج بالضمان».

- ومن ذهب إلى ذلك الأستاذ عبد الحميد البعلي، حيث قال: (وفي هذا الخصوص أود أن أشير إلى حديث «الخراج بالضمان»، وهل في معناه متسع لمقابل طاهر أو جزاء عادل إذا قلنا إن من يتحمل تبعية ضمان شيء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة، ويجري الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله في المنفعة، ففي الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة... ومن قواعد الفقهاء في معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندي: (من ضمن ما لأفله ربحه)⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس نقول: إن البنك وقد ضمن في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة، أو محل الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية (شراكة عقد) محله ضمان عمل العميل، وضمن عمل العميل نوع من العمل، وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو العمل يكون تارة بالضمان.. وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه)⁽²⁾.

- وهو ما ذهب إليه - أيضاً - الشيخ زكريا البري⁽³⁾، الذي قال: (إذا كان مقتضى هذا الضمان المصرفي إلزام المصرف بالمغارم التي تترتب على هذا الضمان، تنفيذاً لالتزامه، فلم لا يكون له غنم من المضمون يؤديه للمصرف الضامن نتيجة الاتفاق والرضا به؟

ومن القواعد الفقهية العادلة أن «الغنم بالغرم»، جرى عليها التعليل الفقهي في مثل وجوب نفقة الفقير العاجز على قريبه الغني الموسر، مغرمًا في حالة فقر القريب مقابلة للمغرم بميراثه في حالة يساره)⁽⁴⁾.

إلا أن هذه الأراء مخالفة لحقيقة خطاب الضمان، فالبنك لم يدخل كشريك مع عميله فيكون له جزء من الربح، وإنما البنك هو وسيط يكفل العميل، ويوفر له ضماناً وتأميناً ليتمكن

(1) انظر: أخبار القضاة لو كيع محمد بن خلف بن حيّان (ت306هـ) (2/319).

(2) الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي ص 59 - 61. وانظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص 255.

(3) الشيخ زكريا البري من علماء جمهورية مصر العربية، وعضو من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(4) انظر مناقشة الشيخ زكريا البري لموضوع أخذ الأجرة على الضمان، وقد أفاض في الرد على المانعين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد2، (2/1182 - 1183). وانظر النقاش الذي دار حول نفس الموضوع في ندوة البركة الثالثة للإقتصاد الإسلامي، التي انعقدت في استنبول بين 9 - 12 محرم، الموافق 23 - 26 سبتمبر من سنة 1985م، ومقدمة الندوة مطبوعة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد2، (2/1153 - 1161).

من تنفيذ التزاماته تجاه الجهات التي يتعامل معها، وليس له الحق في أخذ الأجرة على مجرد الضمان، اللهم إذا كان البنك قد تحمل نفقات في سبيل وفائه بإصدار هذا الضمان، فحينئذ له أن يأخذ من العميل ما يساوي هذه النفقات.

ولقد عُرِضَ هذا الأمر على هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي المصري فأفتت أنه لا يجوز أخذ الأجر على مجرد الضمان، ولكن إذا كان خطاب الضمان سيُكَيِّد البنك جهداً قبل إصداره أو بعده، من دراسة العملية التي صدر بشأنها الخطاب، أو تحصيل مستحقاتها، أو متابعة لأعمالها فإنه يجوز للبنك أن يأخذ أجراً عن هذه الأعمال التي يصبح وكيلاً عن عميله فيها، ويكون الأجر مقابل هذه الأعمال وليس مقابل الضمان⁽¹⁾.

وقريب من ذلك ما أجاب به الشيخ بدر متولي عبد الباسط المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي عندما سئل عن هذه القضية حيث لم يجز أخذ الأجر على مجرد الضمان، أما بالنسبة للأعمال التي قام بها البنك نيابة عن عميله لدى الجهة المضمون لها فقد أجاز أن يتقاضى عليها أجر المثل⁽²⁾.

وهو الجواب نفسه الذي أقرته هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني⁽³⁾.

والخلاصة أنه لا أجر على مجرد الضمان لأنه يعتبر عملاً من أعمال التبرع، ولكن إذا صحب الضمان بعض الأعمال والخدمات التي يتكلفتها المصرف بمناسبة إصداره لخطاب الضمان، فلا بأس أن يتقاضى أجراً مقابل هذه الأعمال التي يقوم بها لمصلحة العميل، عملاً بقاعدة «الغنم بالغرم» والله أعلم.

المسألة 7: التزامات المقاول في عقد الاستصناع

إذا كان عقد المقاوله قائماً على تقبل بناء يصنع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه، كانا مشتركين في التعويض لصاحب العمل على الخلل الحاصل بسببهما من تقصير أو تعدد وعن كل ما يحدث في خلال عشر سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيداه من البناء وما أقاماه من منشآت وهما مسؤولان وضامنان لكل عيب يهدد متانة البناء وسلامته فإذا تضمن العقد السلامة لمدة أطول كانا ضامين للمدة المتفق عليها وهما ضامنان وإن كان الخلل ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها لعدم احتياطهما لذلك.

وتبدأ مدة الضمان من وقت تسلم المحل فإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم من غير إشرافه على التنفيذ كان مسؤولاً عن عيوب التصميم لقوله ﷺ: «الخراج

(1) محضر اجتماع هيئة الرقابة الشرعية رقم 32، 34، شوال 1400هـ - 1980م، راجع فتاوى الخدمات المصرفية ص 90-93.

(2) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي، رقم: 23، راجع فتاوى الخدمات المصرفية ص 95-96.

(3) راجع فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السوداني رقم: 9، ضمن كتاب فتاوى الخدمات المصرفية ص 100 -

بالضمان». لا عن عيوب التنفيذ لأن «الغرم بالغنم» وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس آخر فلا يكون مسؤولاً عن التصميم ولكن يكون مسؤولاً عن عيوب التنفيذ لأن «الغرم بالغنم» كما قدمنا.

ولو شرط المهندس أو المقاول الإعفاء من المسؤولية وحط الضمان عنه والحد منه كان الشرط باطلاً ووجب عليه الضمان لأن هذا الشرط ينافي المصلحة مع حق الآخرين لكن إذا سكت رب العمل عن العيوب التي انكشفت أو عن التهديم الذي حصل سنة كاملة وبعدها قام بدعوى الضمان سقط حقه فيه وذلك أخذاً بقاعدة مبدأ المنع من سماع الدعوى وبمبدأ تخصيص القضاء⁽¹⁾، وقرر بعضهم السقوط بعد ثلاث سنوات تنزيلاً له منزلة من أخرج الشيء من يده والخراج بالضمان⁽²⁾.

المسألة 8: مشروعية المشاركة المتناقصة⁽³⁾

ذهب بعض علماء العصر إلى القول بجواز المشاركة المتناقصة، واستدلوا على ذلك بأدلة منها القاعدة الفقهية «الخراج بالضمان»، ومن هؤلاء العلماء الدكتور عجيل جاسم النشمي⁽⁴⁾، الذي بين وجه تخرجه لجواز هذه المعاملة الحديثة فقال:

(إن المشاركة في مفهوم الاقتصاد الإسلامي مسؤولية اجتماعية وأخلاقية وتربوية ثم هي تنموية في هذا كله، إلى جانب كونها مسؤولية مالية اقتصادية، تقوم على مبدأ «الغرم بالغرم» و«الخراج بالضمان»، والنظام الربوي لا يتحمل المضاربون المغامرون فيه مسؤولية ولا يعينهم الاستثمار وإعمار البلاد والتوسعة على أهلها في شيء، بل هذا مرجعه لمن أستلم المال يضعه في الحلال أو الحرام.

ولما كانت المشاركات من أهم سبل التنمية فقد تعددت في الفقه الإسلامي طرائقه تبعاً لمحلها، فقد تكون المشاركة في شركة الملك، أو شركة العقد بأنواعها، من شركة المفاوضة وشركة الأعمال، وشركة العنان وشركة المضاربة.

وإذا كانت المشاركة المتناقصة من قبيل التقاء المال والعمل، فهي مشاركة مشروعية في أصلها، ويبقى وصفها الشرعي المحدد تبعاً لمفهومها وشروطها، وضوابطها، وتبعاً لصورها وأنواعها، وكيفية تطبيقاتها⁽⁵⁾.

(1) انظر: المغني لابن قدامة (6/33 - 36 وما بعدها)، ورد المختار (5/391)، انظر: المغني لابن قدامة (6/33 - 36 وما بعدها)، ورد المختار (5/391)، وتحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (ت539هـ) بتحقيق محمد زكي عبد البر (3/189).

(2) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد7، (2/548 - 550).

(3) الشركة المتناقصة: هي التي (يتفق فيها الشريكان على إمكان التنازل من أحد الطرفين عن حصته في المشاركة للطرف الآخر، إما دفعة واحدة، أو على دفعات بحسب شروط متفق عليها). وهو تعريف الدكتور وهبة الزحيلي في بحثه "المشاركة المتناقصة" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، (2/484).

(4) الأستاذ المساعد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(5) انظر بحثه "المشاركة المتناقصة"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد13، (2/560 - 561).

القاعدة الثانية: المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى⁽¹⁾

وذكرت بألفاظ مختلفة، وأوردتها مع الشرح:

القاعدة الأولى: المباشر ضامن وإن لم يكن متعدياً

المباشر: من المباشرة وهي كون الحركة بدون توسط فعل آخر كحركة اليد⁽²⁾.

أما التعدي فسياًتي معناه قريباً.

وخلاصة هذه القاعدة: أن من باشر الإضرار بالغير، فهو ضامن للضرر الذي أصابه بالمضرور بفعله، وإن لم يكن المباشر متعدياً، بمعنى أنه لم يكن فعله محظوراً في نفسه، ومثاله ما لو زلق إنسان فوق على مال غيره فأثلفه، فإنه يضمن.

وهذه القاعدة ذكرها الفقهاء بعبارات متفاوتة، وانفقوا على مضمونها، وهي من أهم القواعد المتبعة في مسألة ضمان الضرر، إلا أنه قد يقع اشتباه في فهم هذه القاعدة فهماً صحيحاً، لذلك ينبغي دراستها بدقة، ورفع هذا الاشتباه.

الاشتباه الأول: وقع بسبب أن بعض الفقهاء ذكروا القاعدة بلفظ: «المباشر ضامن، وإن لم يتعمد»، وهذه الصيغة نجدتها في مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾، لأن شرح بعض الفقهاء لهذه القاعدة جلب الاشتباه، قال الشيخ أحمد الزرقاء: «المباشر للفعل، ضامن لما أثلف بفعله، إذا كان متعدياً فيه»⁽⁴⁾، أي أنه يشترط التعدي للضمان، مع أن معظم الفقهاء أنه لا يشترط التعدي لتضمين المباشر.

قال في تبين الحقائق⁽⁵⁾: (وغيره تسبب، وفيه يشترط التعدي، فصار كحفر البئر في ملكه، وفي المباشرة لا يشترط)⁽⁶⁾.

وقال في مجمع الضمانات: «المباشر ضامن، وإن لم يتعمد، ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى»⁽⁷⁾.

وقد رفع فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء، هذا التعارض⁽⁸⁾، بما حاصله أن التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما:

(1) انظر: ذكرها ابن غانم بهذا اللفظ في كتابه مجمع الضمانات، ص 165، وتبعه في ذلك الدكتور الندوي في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (1/341).

(2) انظر: التعريفات للجرجاني ص 207، المصباح المنير (1/68)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 633. وفيما يتعلق بمصطلح الضمان، فقد تم تعريفه عند التعرض لقاعدة الخراج بالضمان، ص؟؟؟ من الأطروحة.

(3) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي (3/494)، مادة 92.

(4) شرح القواعد الفقهية، ص 385، قاعدة رقم: 92.

(5) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت 743هـ).

(6) تبين الحقائق للزيلعي، (6/149).

(7) مجمع الضمانات، ص 165.

(8) في كتابه الفعل الضار والضمان فيه، طبعة (1409هـ) دار القلم - دمشق - سوريا، ص 78، و 79.

فالمعنى الأول للتعدي: المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

المعنى الثاني: هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير أو لا.

فالتعدي بالمعنى الأول يشترط لتضمين المباشر أيضاً، أما التعدي بالمعنى الثاني، فلا يشترط في تضمين المباشر. فمن أكل طعام غيره في حالة المخمصة بدون إذنه لدفع الهلاك عن نفسه فإن فعله جائز، بل واجب، فلم يصدر منه التعدي بالمعنى الثاني، ولكن حصل التعدي من حيث أنه تصرف في ملك الغير، فوجب الضمان، وكذلك لو زلق إنسان أو أغمي عليه، فوقع على مال غيره فأثلفه، فإنه ضامن، وإن لم يأت عملاً محظوراً.

وبهذا التمييز الذي ذكره الشيخ مصطفى الزرقاء، يزول الاشتباه الأول بين من اشترط التعدي لضمان المباشر ومن لم يشترطه، والخلاصة أن المباشر كلما أحدث ضرراً في نفس معصوم، أو في بدنه أو في ماله، فإنه ضامن، ولو صدر ذلك منه عند مباشرة فعل مباح في نفسه بدون تعمّد.

والاشتباه الثاني: الذي قد يقع في فهم هذه القاعدة، هو أن بعض الفقهاء ذكروا قاعدة أخرى ربما تبدو معارضة لقاعدة «المباشر ضامن وإن لم يكن متعدياً»، وهي «الجواز الشرعي ينافي الضمان»⁽¹⁾.

وظاهر هذه القاعدة معارض لتضمين المباشر إذا أضرّ أحداً بفعل مباح، ولكن هذه القاعدة إنما تعمل في ممارسة حقّ من الحقوق المطلقة التي لا تتقيد بوصف السلامة.

أما الحقوق التي تتقيد بوصف السلامة، كحق المرور في الطريق، فمجرد كون الفعل جائزاً في نفسه لا ينفى الضمان.

وبعد هذا البيان بقي الوقوف عند كلمة المباشر، ذلك أن العلماء ذكروا أن تطبيق هذه القاعدة متوقف على تحقق المباشرة بمفهومها الصحيح، فراح كل واحد منهم يعرف معنى المباشرة، ويدلل على صحة فهمه بذكر جملة من الفروع الفقهية.

ورد تعريف المباشرة في مجلة الأحكام العدلية: بأنه إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر⁽²⁾.

وعرفها بعضهم بقوله: «حدّ المباشرة أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»⁽³⁾.

(1) المادة 91 من قواعد المجلة.

(2) مجلة الأحكام العدلية، المادة 887، درر الحكام (2/452).

(3) شرح الأشباه والنظائر للحموي (1/196).

فلا يضمن المرء إلا إذا صحَّ نسبة الضرر أو التلف إلى فعله، دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل مختار، فإن تخلل لم تتحقق المباشرة، فلا يضمن، لأن المباشرة علة والعلة مقارنة للحكم ولذا فإن كل شخص مسؤول عن فعله سواء وقع منه قصداً أو خطأً خلافاً للتسبب.

القاعدة الثانية: المتسبب ضامن إن كان متعدباً

المتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار⁽¹⁾.

يقول خالد الأتاسي⁽²⁾ موضحاً معنى المتسبب: (المتسبب ما كان فعله مفضياً إلى الحكم كالتلف مثلاً من غير تأثير وإنما المؤثر هو العلة المتوسطة، لكن تلك العلة قد لا يصح إضافة الحكم إليها، فيضاف إلى السبب، فعند ذلك ينظر: إن كان نحو التلف حاصلًا عن فعل المتسبب بغير حق، كحفر البئر في الطريق العام، أو في ملك الغير يضمن ما تلف فيه وإن لم يتعمد، لأنه متعمد بنفس الفعل.

وإن كان حاصلًا عن فعل مباح له في ذاته إلا أنه تعمد بقصد إيجاد العلة المؤثرة التي حصل منها التلف، ولا تصلح لإضافة الحكم إليها؛ يقال متسبب متعمد فيضمن، ويضرب مثلاً لذلك: لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا إذن ولي الأمر ووقعت فيها دابة لآخر تلفت، يضمن، وأما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفرها في ملكه وتلفت لا يضمن؛ أي لزم الضمان لحفر البئر بغير حق، وعدمه لحفرها بحق وهو التصرف في ملكه. كذلك لو هدم بيته بنفسه فانهدم به بيت جاره، لا يضمن، لأنه غير متعمد⁽³⁾.

وتجب الإشارة - هنا - إلى أمر مهمّ ألا وهو، أن المجلة أوردت القاعدتين بلفظ التعمد، والحقيقة أن المعتبر في التضمن هو التعدي، بغض النظر عن التعمد، أو الخطأ، ولذلك أورد أحد العلماء القاعدة بصيغة: «المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعدّ، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدّى»⁽⁴⁾.

وقد نبه على خطأ المجلة العلامة مصطفى الزرقاء لدى شرح القاعدتين في كتابه القيم المدخل الفقهي العام⁽⁵⁾.

(1) شرح الأشباه والنظائر (1/196).

(2) خالد الأتاسي: هو خالد بن محمد بن عبد الستار الأتاسي، ولد بمصر وتولّى الإفتاء بها، اشتغل بالفقه والأدب، وصنّف شرح مجلة الأحكام العدلية من كتاب البيوع إلى المادة (1728) وأكمّله ولده محمد الطاهر، ومن مؤلفاته شرح المجلة، والأجوبة النفائس في حكم ما اندرس من المقابر والمساجد والمدارس، وكانت وفاته سنة 1326هـ - 1908م. انظر في ترجمته: الأعلام (2/298).

(3) دررالحكام شرح مجلة الأحكام للأتاسي (12/83).

(4) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص 165. وذكرها بصيغة أخرى (المباشر ضامن وإن لم يتعدّ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدباً).

(5) في كتابه المدخل الفقهي العام (2/1047)، وكتابه الفعل الضار، ص 77، و 78.

وربط الضمان بالتعدي، هو الذي جرى عليه الفقهاء من القديم، ومن الآثار المروية عن جماعة من التابعين قولهم: (الضمان على من تعدى)⁽¹⁾.

ثم أن التعدي يكون إما:

- بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور، أو على حقوقه رأساً كما في حالة المباشرة.

- أو بتجاوز الحدود المأذون بها شرعاً حتى تفضي إلى ضرر الغير، كما في حالة التسبب⁽²⁾.

يقول الدكتور الباحثين: (وقد وقع ههنا تسامح في التعبير في مجلة الأحكام العدلية، حيث ذكرت هذه القاعدة بلفظ: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»⁽³⁾. وهذا خلاف ما ذكر جمهور الفقهاء، فإن تعمد الإضرار ليس بشرط لتضمين المسبب، ولذلك من حفر بئراً في غير ملكه، وسقط فيها رجل، فإن الحافر ضامن، ولو لم يحفرها بنية أن يتردى فيها رجل.

فالصحيح من عبارة هذه القاعدة، ما ذكرنا من أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، ولو لم يكن متعمداً بالضرر أو بالتعدي)⁽⁴⁾.

إلا أن الدكتور محمد تقي العثماني له مأخذ على ما ذكره الشيخ مصطفى الزرقاء في موضوع التسبب، قال: (فإنه حفظه الله تعالى، ذكر أن التعدي الذي يشترط لتضمين المسبب هو عين التعدي الذي يشترط لتضمين المباشر، وهو التعدي بمعنى المجاوزة إلى ملك الغير أو حقه، سواء كان بفعل مباح في نفسه أم لا.

والواقع أنه على ما ذكره الشيخ الزرقاء، حفظه الله تعالى، لا يبقى هناك أي فرق بين المباشر والمسبب، مع أن الفقهاء قاطبة، فرقوا بينهما بأن المباشر يضمن وإن لم يتعد، والمسبب لا يضمن إلا بالتعدي.

فالصحيح الذي يتبادر من كلام الفقهاء، أن التعدي الذي يشترط لتضمين المسبب هو التعدي بالمعنى الثاني، وهو أن يكون فعله المسبب للضرر محظوراً في نفسه. وإن التعدي بهذا المعنى لا يشترط في تضمين المباشر)⁽⁵⁾.

(1) انظر: المصنف للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بتحقيق أيمن نصر الدين الأزهري (8/ 195)، باب ضمان المقارض إذا تعدى، ولمن الرياح؟

(2) المدخل الفقهي (2/ 1047).

(3) المادة 93. وانظر شرح القواعد الفقهية، ص 387.

(4) انظر: بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، (2/ 189).

(5) انظر: بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، (2/ 189 - 190).

القاعدة الثالثة: إذا اجتمع المباشر والمسبب، أضيف الحكم إلى المباشر⁽¹⁾

هذه القاعدة ذكرها ابن نجيم بهذا اللفظ، وشرحها بقوله: (فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما أتلّف بإلقاء غيره)⁽²⁾.

فحافر البئر مسبب، والذي ألقى الشيء فيها مباشر، فيقدم المباشر على المسبب، ويضاف الإلتلاف إليه، فيصير ضامناً.

ولكن هذه القاعدة لها مستثنيات كثيرة، تقتصر على ما يتعلق بمسائل الضمان التي هي محل دراستنا في القسم التطبيقي.

أولاً: إذا كان تأثير المسبب أقوى من تأثير المباشر أضيف الحكم إلى المسبب: وهذه القاعدة ليست مذكورة بهذا اللفظ في كتب القواعد الفقهية، ولكنها تستخلص من عدة جزئيات ذكرها الفقهاء في مستثنيات هذه القاعدة⁽³⁾. وقد نبه العلامة خالد الأتاسي رحمه الله تعالى، إلى ذلك فقال: (المباشر هو الذي حصل التلف - مثلاً - بفعله بلا واسطة، فكان هو صاحب العلة يضاف إليه التلف، والمسبب ما حصل التلف لا بمباشرة وفعله، بل بواسطة هي العلة، لحصول المعلول، وهو فعل فاعل مختار، وأما فعله فلا تأثير له سوى أنه مفض إليه. فإن اجتمعا فكما صرحت المادة يضاف الحكم على المباشر، لأنه صاحب العلة، وهي أقوى...

واعلم أنه متى كان المتوسط بين السبب والمعلول صالحاً لإضافة المعلول إليه، يكون السبب حينئذ سبباً حقيقياً، أي سبباً محضاً، بمعنى أنه لا مزية له سوى الإفضاء إلى حصوله، وعرفوه بأنه ما توسط بينه وبين الحكم علة، وذلك المتوسط هو العلة، وهذا هو المبحوث عنه في القاعدة. ومتى كان المتوسط غير صالح لذلك، فالحكم يضاف إلى السبب، ويكون حينئذ في معنى العلة، ومعرفة هذا الضابط ينفعك في كثير من الوقائع.

وصورة اجتماعهما ما ذكر في المادة: فإن ملقي الحيوان مباشر تلفه بالذات، وحافر البئر متسبب، لأن حفره أفضى إلى التلف، فالضمان على المباشر....

وإذا انفرد السبب - وذلك فيما لو كان الحائل المتوسط بينه وبين الحكم، أعني المعلول، غير صالح لإضافة الحكم إليه - يكون في معنى العلة المؤثرة، فيضاف الحكم إليه، ويكون المتسبب ضامناً، كسوق الدابة، فإنه غير موضوع للتلف، ولا هو مؤثر فيه، بل طريق للوصول إليه، والعلة للتلف التوسط بينه وبين السوق، وهو وطء الدابة إنساناً أو مالأً بقوائمها وثقلها،

(1) انظر: المجلة مادة: 90، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص397. المشور للزركشي (1/133)، قواعد ابن رجب القاعدة رقم: 127، تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب (2/597)، أشباه السيوطي ص206.

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص190، قاعدة رقم: 19.

(3) انظر بعض هذه الأمثلة في درر الحكام لعلي حيدر (1/81).

ولكن لما لم يكن هذا المتوسط فعل فاعل مختار أضيف الحكم إلى السبب، وهو السوق الواقع من السائق، فكأنه دافع للدابة على ما وطئت عليه، فيضمن، لأنه سبب في معنى العلة⁽¹⁾.

ومثال آخر: قد يحدث - في أيامنا هذه - أن يمسك الرجل بآخر، فتسقط منه ساعته اليدوية، فلا يصح أن نسمي صاحب الساعة مباشراً لإسقاط الساعة، لأن المباشرة تقتضي عملاً، والرجل لم يعمل شيئاً، فبقي المسك سبباً للإسقاط، وبما أنه متعدّد في الإمساك، فلا يبرأ من الضمان.

ثانياً: إذا كان المسبّب متعدّياً، والمباشر غير متعدّد:

إذا كان المسبّب متعدّياً، والمباشر غير متعدّد في فعله، فالحكم يضاف إلى المسبّب المتعدّي، وهذه القاعدة ذكرها صاحب الهداية في مسألة من نحس دابة فقتلت رجلاً، فإن الضمان على الناخس، دون الراكب، قال: (ولأن الناخس متعدّد في تسببيه، والراكب في فعله غير متعدّد، فيترجح جانبه في التغيريم للتعدّي)⁽²⁾.

وقد اعترض عليه صاحب العناية بأن كون المباشر غير متعدّد لا يبرئه من الضمان، فهذا التعليل الذي ذكره صاحب الهداية غير صحيح فيما إذا وطئت الدابة أحداً.

إلا أن الدكتور تقي العثماني أجاب على هذا الاعتراض، بقوله: (أن المباشر يضمن وإن لم يكن متعدّياً، فيما إذا كانت مباشرته هي السبب الوحيد في التلف. أمّا إذا كان هناك مسبّب آخر، وهو متعدّد في تسببيه، والمباشر غير متعدّد في فعله، فحينئذ يقدم المسبّب على المباشر.

نعم، إن كان كل من المباشر والمسبّب متعدّياً، فالمباشر مقدم على المسبّب..⁽³⁾.

وبناء على هذه القاعدة، ونظراً لهذين الاستثنائين المهمّين يمكن أن نذكر هذه الصور أو الحالات، الناتجة عما سبق ذكره:

1 - إذا كان المباشر هو السبب الوحيد في الإلتلاف، فهو ضامن، سواء كان متعدّياً، أو غير متعدّد، بمعنى أنه لم يفعل فعلاً محظوراً في نفسه.

2 - إذا اجتمع المباشر والمسبّب، وليس واحد منهما متعدّياً (بالمعنى المذكور) فالضمان على المباشر.

3 - إذا اجتمع المباشر والمسبّب، والمباشر متعدّد، والمسبّب غير متعدّد، فالضمان على المباشر.

4 - إذا اجتمع المباشر والمسبّب، وكلّ واحد منهما متعدّد، فالضمان على المباشر أيضاً.

(1) شرح المجلة، للأتاسي، (1/ 249 - 250)، المادة رقم: 90.

(2) الهداية مع فتح القدير (19/ 267).

(3) انظر: بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، (2/ 193).

5- إذا اجتمع المباشر والمسبب، والمسبب متعدّد، والمباشر غير متعدّد، فالضمان على المسبب⁽¹⁾.

ولابأس أن نختم هذا المبحث ببعض بنود قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن حوادث السير:

- 1 - إذا اشترك السائق والمتضرر في إحداث الضرر كان على كل واحد منهما تبعة ما تلف من الآخر من نفس أو مال.
- 2 - الأصل أن المباشر ضامن ولو لم يكن متعدّياً، وأما المتسبب فلا يضمن إلا إذا كان متعدّياً أو مفرطاً.
- 3 - إذا اجتمع المباشر مع المتسبب كانت المسؤولية على المباشر دون المتسبب إلا إذا كان المتسبب متعدّياً والمباشر غير متعدّد.
- 4 - إذا اجتمع سببان مختلفان كل واحد منهما مؤثر في الضرر، فعلى كل واحد من المتسبين المسؤولية بحسب نسبة تأثيره في الضرر، وإذا استويا أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهما فالتبعة عليهما على السواء⁽²⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

لا يختلف اثنان في أن السيارة في العصر الحديث تختلف عن الدابة، فالسيارة هيكل حديدي مركب من مجموعة أجهزة، لا تتحرك من تلقاء نفسها، وإنما بفعل السائق، فهو قادر على السيطرة على جميع أجزائها، والتي يتعهد بها بالصيانة المتعارف عليها، ولذلك فهو مسؤول عن كل ما يصدر عنها.

أما الدابة فهي حيوان لها القدرة على التحرك بنفسها، وإن كانت تنقاد لراكبها أو سائسها، إلا أنه لا يأمن أن تتصرف ببعض أطرافها، فيما لا يمكنه التحرز منه.

ولذلك اختلف الفقهاء في تحديد المسؤولية فمسؤولية سائق الدابة، تختلف عن مسؤولية سائق السيارة.

وقد ذكرنا بعض الأمثلة عن مسؤولية سائق الدابة، أثناء دراستنا لقواعد الضمان السابقة، أما الآن فالجمل للكلام عن مسؤولية سائق السيارة، في ضمانه أو عدم ضمانه وما يترتب على ذلك من التعويض المالي.

(1) انظر: نقلا من بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، بتصرف بسيط، العدد الثامن، (2/ 189 - 190).

(2) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثامن ببندر سيرى باجوان، بروناي دار السلام، في محرم 1414هـ - 1993م، انظر مجلة المجمع، العدد الثامن، (2/ 371 - 372).

إن سائق السيارة - كما هو معروف اليوم - قادر على السيطرة على كل أجزاء سيارته، فهو - إذن - ضامن لكل ضرر صادر منها، فهو المباشر للضرر، والقاعدة تقول: «المباشر ضامن، وإن لم يكن متعدياً»⁽¹⁾.

ولكن المسألة تحتاج إلى تفصيل، لوجود ظروف وملايسات، قد تحول دون تضمين السائق، فأقول: إن كان سائق السيارة متعدياً في سيره بمخالفة قواعد المرور، مثل أن يسوق السيارة بسرعة غير معتادة في مثل ذلك المكان، أو لم يلتزم برواق السير المرسوم في الطريق، أو سار في الاتجاه الممنوع، أو غير ذلك من المخالفات، فلا خلاف في كونه ضامناً، لأن الضرر نشأ بتعديته، والمتعدي ضامن في كل حال.

أما إذا حافظ على الالتزام بقواعد المرور، ولم يكن متعدياً في السير، ومع ذلك أصابت سيارته رجلاً صادفه في الطريق، فهل يكون ضامناً؟

اختلف العلماء في هذه الصورة، فمنهم من قال: إنه يضمن لكونه مباشراً، والمباشر يضمن ولو لم يكن متعدياً، ومنهم من يقول: لا يضمن لأن ما يحدث بعد الالتزام بقواعد المرور حادثة سماوية لا يمكن التحرز عنها، والمباشر إنما يضمن فيما يمكن الاحتراز منه، لا فيما لا يمكن الاحتراز منه.

والذي يظهر في ضوء القواعد الفقهية التي ذكرناها من قبل، أن السائق يضمن الضرر الذي باشره، وإن لم يكن متعدياً لأنه قد تقرر بإجماع الفقهاء أن المباشر لا يشترط لتضمينه أن يكون متعدياً، ولكن يجب أن تتحقق منه مباشرة الضرر على الوجه الذي ذكرناه في تفسير قاعدة: «المباشر ضامن، وإن لم يكن متعدياً»، فيجب لتضمينه أن تصح نسبة المباشرة إليه بدون مزاحم على وجه معقول، وعلى هذا الأساس لا يضمن في الصور الآتية:

1 - إذا كان السائق يسوق سيارته ملتزماً بجميع قواعد المرور، ولكن دفع شخص رجلاً آخر أمام سيارته فجأة بحيث لم يمكن له أن يوقف السيارة قبل أن تدهسه، فدهسته السيارة. فهنا لا يضمن السائق، وإنما يضمنه الدافع، وهذا كما نحس أحد دابة فقتلت رجلاً، فالضمان على الناحس دون الراكب، لأن نسبة المباشرة لا تصح إلى سائق السيارة في هذه الصورة، لأن تأثير الدافع ههنا أقوى من تأثير الراكب.

2 - إذا أوقف السائق سيارته أمام إشارة المرور منتظراً إشارة فتح الطريق، فصدتمته سيارة من خلفه ودفعتها إلى الأمام فصدمت سيارته أحداً، فليس الضمان على سائق السيارة الأمامية، بل الضمان على سائق السيارة التي صدتمتها من خلفها لأنه لا تصح نسبة المباشرة إلى السيارة

(1) شرح مجلة الأحكام العدلية للأناسي (494/3)، مادة 932.

الأمامية، فإنها مدفوعة بمنزلة الآلة للسيارة الخلفية. وبهذا أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية⁽¹⁾.

3 - إذا كانت السيارة سليمة قبل السير بها، وكان السائق يتعهدا تعهداً معروفاً، ثم طرأ عليها خلل مفاجيء في جهاز من أجهزتها، حتى خرجت السيارة عن قدرة السائق ومكنته في ضبطها، فصدمت إنساناً فقد أفتت اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء في المملكة العربية السعودية، بأنه لا ضمان على السائق، وكذلك لو انقلبت بسبب ذلك على أحد أو شيء فمات أو تلف، فلا ضمان عليه⁽²⁾.

إلا أن الدكتور تقي العثماني، ارتأى تخريجها على أحد فروع قاعدة: «المباشر ضامن، وإن لم يكن متعدياً»، فقال: (نصّ الفقهاء على أن الدابة إن جمحت وخرجت من قدرة الراكب، فلا ضمان عليه، وذلك لأن ما حصل بالسيارة بعد خروجها من ضبط السائق مجادئة حدثت بجهاز من أجهزتها لا تصحّ نسبتها إلى السائق، ولا يقال إن السائق مباشر للإتلاف، وغاية ما يقال فيه أنه مسبّب للهلاك، فإنه هو الذي سير السيارة في مبدأ الأمر، وبما أنه مسبّب فيشترط لتضمينه التعدي.

فإن كان يتعهد السيارة تعهداً معروفاً، ويسيرها ملتزماً بقواعد المرور سيراً عادياً، فلا ضمان عليه لعدم التعدي، نعم، إن أخل بشرط من هذه الشروط، مثل عدم تعهده للسيارة، أو تسيرها مع خلل ظاهر في جهاز من أجهزتها، أو سوقها سوقاً عنيفاً، فإنه يضمن في كل ذلك، وإن خرجت السيارة من ضبطه، لأنه مسبّب لانقلاب السيارة بتعديه⁽³⁾.

4 - إذا ساق إنسان سيارة في شارع عام ملتزماً السرعة المقررة، ومتبعاً خطّ السير حسب النظام، ومتبصراً في سوقه حسب قواعد المرور، فقفز رجل أمامه فجأة، فصدمته السيارة رغم قيام السائق بما وجب عليه من الفرملة ونحوها.

هذه الصورة أبدت فيها لجنة الإفتاء بالمملكة العربية السعودية، برأي مبني على احتمالات عدّة، وهذا نص القرار: (أمكن أن يقال بتضمين السائق من مات بالصدمة أو كسر مثلاً بناءً على ما تقدم من تضمين الراكب أو القائد أو السائق ما وطئت الدابة بيدها، وقد يناقش بأن كبح الدابة وضبطها أيسر من ضبط السيارة، ويمكن أن يقال بضمان كلّ منهما ما تلف عند الآخر من نفس ومال بناءً على ما تقدم من الحنفية والمالكية والحنابلة ومن وافقهم في تضمين المتصادمين.

(1) مجلة البحوث الإسلامية، عدد 26، 1409هـ - 1410هـ.

(2) مجلة البحوث الإسلامية، عدد 26، سنة 1409هـ - 1410هـ.

(3) راجع بحث تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، (2/ 197 - 198).

ويمكن أن يقال بضمان السائق ما تلف من نصف الدية أو نصف الكسور، لتفريطه بعدم احتياطه بالنظر لما أمامه من بعيد، وبضمان المصدوم نصف ذلك لاعتدائه بالمرور فجأة أمام السيارة دون الاحتياط لنفسه، بناء على ما ذكره الشافعي وزفر⁽¹⁾ ومن وافقهم في تضمين المتصادمين، ويحتمل أن يقال: إنه هدر، لانفراده بالتعدي⁽²⁾.

ومما يلاحظ على هذا القرار أنه لم يستقر على حكم واحد واضح، الأمر الذي جعل الأستاذ تقي العثماني يبدي رأيه في هذه الصورة قائلاً: (والذي يظهر لي في هذه الصورة - والله سبحانه أعلم - أن الرجل الذي قفز أمام السيّارة إن قفز بقرب منها بحيث لا يمكن للسيارة في سيرها المعتاد في مثل ذلك المكان أن تتوقف بالفرملة، وكان قفزه فجأة لا يُتوقع مُسبقاً لدى سائق متبصر محتاط، فإن هلاكه أو ضرره في مثل هذه الصورة لا يُنسب إلى سائق السيّارة، ولا يقال إنه باشر الإلتلاف، فلا يضمن السائق، ويصير القافز مسبباً لهلاك نفسه، وذلك لوجوه:

أولاً: لو قلنا بضمان السائق في هذه الصورة، لزم منه أنه لو عزم رجل على قتل نفسه، فقفز أمام سيّارة أو قطار بقصد إهلاك نفسه، فإن السائق يضمنه، وهذا مخالف للبداهة.

ثانياً: قد قررنا في القاعدة الثانية⁽³⁾، أنه يجب لتضمين المباشر أن تتحقق منه مباشرة الإلتلاف بدون شك. وحيث كان تأثير المسبب أقوى من تأثير المباشر، أو انعدم اختيار المباشر بفعل رجل آخر، كما في مسألة نحس الدابة، فإنه لا يعدّ مباشراً للإلتلاف، فلا يجب عليه الضمان.

ثالثاً: إذا كان المباشر ملجأً من قبل الآخر، كما في صورة الإكراه، فإنه لا يعدّ مباشراً حقيقياً للقتل والإلتلاف، وإنما ينسب الإلتلاف إلى من أكرهه على ذلك، فصار كما إذا أكره رجل آخر على قتل نفسه، فقتله المكره في حالة الإكراه الملجئ، فلا ضمان على القاتل المكره، لأنه لا يُنسب مباشرة القتل إلى المكره، بل لا تنسب مباشرة الإلتلاف إلى السائق في مسألتنا بالطريق الأولى، لأن الإكراه لا يُعدم القدرة على التحرز من الفعل الذي وقع الإكراه عليه، فيمكن للمكره أن يتحرز عن القتل على قيمة نفسه، ولذلك يستحق التعزير على قتله. بخلاف السائق في صورتنا، فإنه لم يبق له اختيار ولا قدرة على صيانة القافز من صدم السيّارة.

رابعاً: لا أقلّ من أنه قد وقع الشكّ في كون السائق مباشراً للإلتلاف وفي كونه ضامناً، ومن أكبر الشواهد على ذلك أن اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء، السابق ذكرها قد ترددت في ضمان السائق، وفي صورة الشك لا يجب الضمان.

(1) زفر: أبو الهذيل زفر بن قيس العنبري من تميم فقيه كبير من أصحاب الإمام أبي حنيفة، أصله من أصبهان، جمع بين العلم والعبادة وكان من أصحاب الحديث فغلب عليه الرأي، انظر: شذرات الذهب (1/243)، الأعلام (3/45).

(2) مجلة البحوث الإسلامية، عدد 26، سنة 1409هـ - 1410هـ.

(3) وهي قاعدة «المباشر ضامن وإن لم يكن متعدياً».

المسألة 2: في حالة اجتماع المباشر والمتسبب

إذا دفع شخص، شخصاً آخر نحو سيارة أثناء سيرها فسقطت تحت عجلاتها ودهسته، فإن السيارة في هذه الحالة هي التي باشرت الضرر من الوجهة المادية البحتة، ومع ذلك فلا يمكن مساءلة قائد السيارة وتضمينه باعتباره مباشراً؛ إذ لا دخل له في وقوع الحادث الذي يرجع في الحقيقة إلى فعل الشخص الدافع، وإن كان فعله هذا يظهر كمجرد سبب، إلا أن الضرر ينسب إليه لأنه هو الذي ألجأ السيارة إلى مباشرة الضرر.

فالأول متسبب، والثاني مباشر، ومع أن القاعدة الشرعية تقول: «إنه عند اجتماع المتسبب والمباشر تعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب»، إلا أن المباشرة هنا ناشئة عن المتسبب، لذلك يتعلق الضمان بالمتسبب لأن هذه القاعدة مقيدة ألا يكون الفعل المؤدي إلى التلف مباشرة مبنياً على الفعل المتسبب ملجئاً إلى الفعل المباشر لا عدوان فيه، أما إذا كان الفعل المباشر فيه عدوان اشترك المتسبب والمباشر في الضمان، والمتسبب لا يضمن مع المباشر إذا كان هذا السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإلتلاف، أما إذا كان الإلتلاف نتيجة اجتماعهما كان الضمان عليهما⁽¹⁾.

المسألة 3: الضمان بين المباشرة والتسبب

1 - بينما كان قائد السيارة يقود سيارته بسرعة كبيرة في اتجاه مضاد لاتجاه سيارتين وكانتا تلتزمان يمين الطريق في اتجاههما، إذ بقائد السيارة الأولى ينحرف تجاه السيارتين فصدم بهما على التوالي حيث وقع الحادث وانتهى بوفاته، لا بد هنا أن يقال إنه هو الذي باشر الصدم ونجم القتل نتيجة الاصطدام فهو المسؤول وهو المباشر فلا يتحمل سائقها أي مسؤولية مع المباشر لأن الضرر لم ينجم مباشرة عن حركة السيارتين لتدخل أمر بين حركتهما وبين الضرر الناجم وهو الصدمة التي أحدثتها سيارة المتوفى بهما.

2 - كان قائد السيارة (أ) يسير على يمين الطريق بسرعة معتدلة بينما كان يسير خلفه قائد السيارة (ب) والذي عند اقترابه منه حاول أن يتجاوزه ولم يسلك في ذلك السلوك المعتاد بأن يتم التجاوز في جهة اليسار بل على العكس من ذلك حاول أن يتخطاه عن اليمين، وإن كانت تلك السيارة على يمين الطريق تحرك قائدها يمين الطريق العام وسار في الجزء الترابي منه وحاول تجاوز السيارة الأخرى أيضاً فاصطدم بها فوق الحادث، فإنه يكون المباشر لهذا الحادث ويقتصر دور قائد السيارة الثانية على كونه متسبباً فلا يسأل.

(1) راجع بحث الدكتور عبد القادر محمد العماري، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (2/ 281 - 282).

3 - وقع تصادم بين سيارة (أ) وسيارة (ب) نتيجة إقدام قائد سيارة (أ) على قيادتها بسرعة وعند التهدئة عند التقاطع وانحرافه جهة اليسار مما أدى إلى اصطدامه بالسيارة (ب) التي كان قائدها وقت وقوع الاصطدام متخذاً الوضع العادي المرعي في السير، وفي الجانب الأيمن من الطريق، ولم يقع فيه أي فعل أثر في التلف وحصله وجلب الضرر بذاته دون واسطة وكان علة له، فإن قائد السيارة الثانية لا يكون قد أتى بفعل متلف بذاته ومن ثم لا يعد مباشراً لتدخل أمر بين سير هذه السيارة وبين الضرر الناجم عن هذا الأمر هو الصدمة التي أحدثتها السيارة الأولى بتلك السيارة مما يجعل قائدها متسبباً في الضرر وليس مباشراً.

4 - كانت السيارة (أ) يقودها سائقها ويركب معه شخص آخر فحصل تصادم بين هذه السيارة والسيارة (ب) فتوفى قائد السيارة (أ) مع الراكب الذي معه وكان الصدم نتيجة انحراف السيارة (أ) من الناحية اليمنى إلى الناحية اليسرى من الطريق انحرافاً حاداً بأثار فرامل ظاهرة طولها عشرون يارداً تقريباً، في الوقت الذي كانت فيه السيارة الثانية آتية من الاتجاه المقابل في خط سيرها الطبيعي، فلا شك أن الذي يتحمل المسؤولية في هذا الحادث هو سائق السيارة (أ) لأنه يعتبر هو المباشر، أما سائق السيارة الأخرى فلا يصدق عليه وصف المباشر، وإنما هو مجرد متسبب لا يلزمه الضمان إلا إذا كان متعدياً.

(هذه الأمثلة مع وضوح الحكم فيها إلا أن هناك من القضاة من تبنى فكرة المباشرة بصورة جامدة، ويتأثر نتيجة الضرر إذا كان جسيماً وخاصة في حالة الوفاة، فيحرص بعض القضاة أن يحكموا بالدية في حالة الوفاة نتيجة حوادث السيارات انطلاقاً من مبدأ (لا يبطل دم في الإسلام)، وهو مبدأ صحيح ولكن ليس من عدل الإسلام أن يتحمل الدية من ليست عليه مجرد المباشرة. وبعضهم يحتج بأن النائم إذا وقع على إنسان فقتله يضمن الدية مع أنه ليس له اختيار. وواضح أن هذه المسألة تختلف عن حوادث السيارات، فإن هذه مباشرة بدون واسطة، وفي إمكان النائم قبل أن ينام أن يتحرى ما يمكن أن يحدث لما يصدر منه أثناء نومه فلا يؤذي أحداً⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: مسؤولية الطبيب في العمل الجراحي الممهد

إذا تعين عمل جراحي لمريض فإن الطبيب يقوم بفحوصات أولية تبدأ بالتشخيص وتنتهي بالتخدير، ولاشك أن الطبيب في مثل هذه الحالات يستعين بمساعد أو أكثر، وحيث قد تصبح المسؤولية مشتركة بين الطبيب ومساعديه.

كأن يحيل الطبيب المريض على المصور بالأشعة مع علمه بعدم أهليته لذلك، فيتضرر المريض بهذا الفحص، فعلى من تقع المسؤولية؟

(1) راجع بحث عبد القادر العماري، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (284/2).

هذا الفعل من الطبيب يعتبر سببا قويا في حدوث الضرر للمريض، فيعتبر متحملا للمسؤولية عنه من هذا الوجه، إلا أن مسؤولية الضمان والقصاص تتعلق بالمباشر وهو المساعد دون المتسبب وهو الطبيب الفاحص عملا بالقاعدة الفقهية: «إذا اجتمع السبب أو الغرر والمباشرة قدمت المباشرة»⁽¹⁾.

المسألة 2: مسؤولية الطبيب وضمانه

اتفق الفقهاء على أن من أتلّف مالا أو نفساً أو عضواً من نفس بغير حق شرعي، فعليه مسؤولية ما أتلّف، وأن من فروع مسؤولية الإتلّف، مسؤولية الطبيب إذا أخطأ وجاوز الحدّ المعتاد، أو أهمل العلاج، أو لم يكن من أهل الطب، وفي تقرير هذه المسؤولية حفظ للأرواح البشرية من تلاعب بعض الأطباء بها، وحفّز لهم على التنبه إلى واجبهم واتخاذ الحيطة اللاّزمة في صناعتهم المتعلقة بحياة الناس.

فلو أتلّف الطبيب عضواً من مريض وكان هذا نتيجة إهماله لشروط التطبيب ومقتضيات العمل الطبي، فإنه يكون ضامناً، للقاعدة الفقهية التي تقرر أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر⁽²⁾.

القاعدة الثالثة: المواعيد بصورة التعليق تكون لازمة

وردت هذه القاعدة بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾، وأورد صاحب المبسوط ما يقابلها بصيغة: المواعيد لا يتعلّق بها اللزوم إلا أن يكون شرطاً في عقد لازم⁽⁴⁾. وقد فرع عليها الفقهاء مسائل كثيرة، كما عوّل عليها الفقهاء المعاصرون في تخريج قدر لا بأس به من المسائل، سنذكر بعضها، بعد بيان معنى القاعدة وضوابط العمل بها.

المواعيد: جمع موعد، وهو مصدر ميمي بمعنى الوعد⁽⁵⁾.

التعليق: جمع تعليق، وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، والمراد به - هنا - التعليق اللغوي بأداة من أدوات الشرط⁽⁶⁾.

معنى القاعدة

من المعروف في الشرع أن الوعد لا يُلزم صاحبه قضاءً، وإن كان الوفاء به ديانةً، ولكن إذا صدر الوعد مصوغاً في صورة تعليق، أي مصحوباً بأدوات التعليق الدالة على الحمل أو المنع فحينئذ يعتبر ملزماً، لظهور معنى التّعهد والالتزام⁽⁷⁾.

(1) انظر أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص 501.

(2) انظر بحث "أخلاقيات الطبيب" للدكتور علي داود الجفال، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (3/93).

(3) المادة 84، وانظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 357، موسوعة القواعد الفقهية (11/1121).

(4) انظر: المبسوط (20/129)، (21/111)، (30/134، 191).

(5) انظر: المصباح المنير (2/917)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 729.

(6) انظر: المصباح المنير (2/582)، موسوعة القواعد الفقهية (11/1121).

(7) راجع شرح القواعد الفقهية لزرقاء ص 357.

ضوابط العمل بالقاعدة

1 - لا يسوغ التعليق بالوعد إلا فيما يمكن ويصح التزامه شرعاً، وبذلك يخرج منه ما لا يصح التزامه شرعاً كضمان الخسران، كما لو قال: اشتر هذا المال، وإن خسرت فيه فأنا أؤدي لك ما تخسره، فاشتره وخسر، فإنه لا يرجع عليه بشيء.

(وهذه قضية مهمة في الظروف الراهنة، بحيث إن الحكومة قد تكفل لبعض الشركات المساهمة، إذا ما خسرت، وتعلن عن تعويض الأرباح المقدرة عند نقصانها، فمثل هذا الضمان لا يصح، ولا يمكن اعتبارها تبرعاً؛ لأن الكفالة أو الضمان يكون على حق ثابت مشروع فقط)⁽¹⁾.

2 - يعتبر الوعد بالعقد ملزماً للواعد قضاء إذا ذكر فيه سبب، ودخل الموعود تحت التزام مالي مباشرة ذلك السبب بناء على الوعد. وهذا ما صرح به الإمام ابن رشد الجدل⁽²⁾، إذ يقول: (المعروف عند مالك [أن الوعد] لازم لمن أوجبه على نفسه)⁽³⁾.

ومثاله: لو أن رجلاً وعد آخر بأن يقرضه مبلغاً من المال ليشتري بضاعة، فاشترها، ثم تراجع الواعد عن وعده، فإنه يجبر قضاءً على تنفيذ وعده⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - دفع شبهة الغرر والجهالة في عقد التأمين

بسط الشيخ مصطفى الزرقاء في كتابه "نظام التأمين" شبهة الغرر والجهالة التي رمي بها عقد التأمين، من لدن المانعين لهذا العقد، وبين حقيقة الغرر والجهالة في الفقه الإسلامي، ثم أعطى تخرجاً علمياً بين من خلاله انتفاء الغرر الفاحش من عقود التأمين التجاري، مستعيناً بقاعدتين فقهيتين.

وأثبت - هنا - كلام الشيخ مصطفى الزرقاء كاملاً لما فيه من بيان وتوضيح

(الغرر هو بناء التصرف على أمر احتمالي مشكوك فيه كبيع ضربة القانص أو الغائص)⁽⁵⁾.

(1) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/558).

(2) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، تفقه بآب زرق وابن فرج وجماعة، وعنه ابنه أحمد والقاضي عياض وغيرهم، تصانيفه كثيرة أهمها: البيان والتحصيل، المقدمات والمهديات على المدونة، توفي سنة 520هـ. انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (19/501)، الديباج (2/248)، بغية الملتمس ص (50)، تذكرة الحفاظ (4/127)، شذرات الذهب (4/62)، شجرة النور ص (129)، الأعلام (5/389).

(3) البيان والتحصيل (8/67).

(4) انظر: المدخل الفقهي (2/1032)، الفروق للقرافي (4/24 - 25).

(5) راجع في تعريف الغرر في اللغة والاصطلاح: المصباح المنير (2/608)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 536، القاموس الفقهي ص 272، وانظر: كتاب "الغرر وأثره في العقود" للدكتور الصديق محمد الأمين الضير، ص 47 وما بعدها.

والجهالة هي كون محل العقد أو بعض نواحيه الأساسية غير معلوم ولا محدد، كبيع غنمه من قطع غير معينة بثمن غير محدد⁽¹⁾.

ومن المسلم الثابت أن النبي ﷺ قد نهى عن الغرر في المعاملات، والواقع أن كثيراً من المعاملات لا يخلو من غرر. فالشركة والمزارعة والقراض وكثير من صور الإجارة فيها غرر من بعض النواحي، ولكن تطبيقات هذا النهي الواردة في السنة النبوية بينت نوعية الغرر المقصود بالمنع، فقد نهى النبي ﷺ عن بيع ضربة القانص والغائص تطبيقاً لنهيه ﷺ عن الغرر، ونهى أيضاً عن بيع المضامين والملاقيح...

وفي الوقت نفسه نجد أن النبي عليه السلام نهى كذلك عن بيع الثمار على أشجارها قبل أن يبدو صلاحها وتأمين الآفات من الأنواء، وجوز بيعها بعد ذلك، مع أنه يبقى في بيعها بعد ذلك نوع غرر وجهالة أقل مما قبله. فدل على أن هذا القدر من الغرر لا يضر، لأنه القدر الطبيعي الموجود في كثير من تصرفات الناس ومعاملاتهم.

وقد جوز الفقهاء تطبيقاً لذلك بيع الثمار المتلاحقة على أشجارها، والمتلاحقة هي التي لا تنعقد دفعة واحدة بل تُزهر وتنعقد بصورة متجددة مستمرة كالخرشوف والبادنجان والقثاء ونحوها، وقالوا: يجعل ما سيوجد (مع أنه معدوم) تبعاً للموجود نظراً للحاجة لهذا البيع، ولا يخفى ما في هذا البيع من غرر وجهالة⁽²⁾.

وراح الأستاذ الزرقاء يضرب الأمثلة التي توضح أن الغرر درجات، فهناك الغرر الكبير الذي لا يتسامح فيه، وهناك الغرر اليسير الذي يعفى عنه، وكذلك الجهالة فمنها ما تؤدي إلى النزاع، وهي ما تفضي بالعقد إلى عدم التنفيذ، ومنها ما لا تفضي به إلى ذلك، كما في عقد التأمين، ثم يسقط هذه الحالات التي ذكرها وغيرها على عقد التأمين، فيقول: (ولا يخفى أن عقد التأمين ينطبق عليه في كلا الأمرين - أعني الغرر والجهالة - هذه الحالات غير المانعة...) ⁽³⁾.

ويضيف قائلاً: (ويمكن القول بأن القسط الذي يدفعه المستأمن في عقد التأمين إنما يقابله في الحقيقة ذلك الأمان الذي يحصل عليه بسبب تعهد المؤمن بتعويض ضرره من الخطر المؤمن منه. وهذا التعهد بالتعويض له تحريجات شرعية عديدة ممكنة منها قاعدة الوعد الملزم في المذهب المالكي... فبإداء الأقساط يثبت ويلزم ذلك التعهد، ويتحقق المقصود به وهو الأمان الذي يحصل

(1) فرّق الإمام القرافي بين الغرر والجهالة، فالغرر عنده: (ما لا يدري هل يحصل أو لا) كبيع الطير في الهواء والسّمك في الماء، والمجهول هو (ما علم حصوله وجهلت صفته) كبيع الإنسان ما في كمّه، فعدم العلم بوجوده في الحالين، ولكن إذا كان عدم العلم راجعاً إلى حصول الشيء، أو عدم حصوله فهو الغرر، وإذا كان راجعاً إلى صفة الشيء فقط فهو المجهول. راجع الفروق (3/265).

(2) نظام التأمين، للزرقاء، ص 137 - 138.

(3) نفس المرجع، ص 138.

عليه المستأمن من آثار الخطر المؤمن منه، وهذا الأمان والاطمئنان يحصل عليه المستأمن بمجرد العقد فوراً، عملاً بالقاعدة الفقهية: «المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة»⁽¹⁾.

وعلى هذا التخريج ينتفي الغرر الفاحش عن عقد التأمين التجاري، وقد يتخلله الغرر اليسير، واليسير قرر الفقهاء أنه مما يعفى عنه.

المسألة 2 - عمليات المراجعة للأمر بالشراء: واتفاقيات البيع بالتقسيط في هذا العصر، جرى فيها التلفيق بين البيع والمواعدة بالشراء، فمن العلماء من رأى الإلزام بالوعد تخريجاً على القاعدة، ومنهم من رجح عدم إلزامية الوعد، لأنه حينئذ تأخذ هذه المعاملات حكم البيع، ويترتب على ذلك وجود البيع قبل القبض، وهو محظور لدى جماهير الفقهاء⁽²⁾.

لأن الإلزام بالوعد يعني انعقاد الصفقة بموجب الإلزام مع غياب العوضين، وقد ثبت المنع بورود النهي عن النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده، ولذلك ذهب أغلب علماء العصر إلى عدم إلزامية المواعدة في بيع المراجعة، وذهب البعض الآخر إلى إلزامية المواعدة تخريجاً على القاعدة الفقهية، وأخذت به كثير من المصارف الإسلامية لنجاعتها ولأنه الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات⁽³⁾.

القاعدة الرابعة: يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان⁽⁴⁾

معنى القاعدة

هذه القاعدة هي من القواعد المهمة في باب المعاملات المالية، ذكرها الإمام الكاساني بهذه الصيغة، ويبينها بيانا شافياً بقوله فيها: (الأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان. أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر، لأن الربح نماء لرأس المال فيكون للمالكه، ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة.

وأما بالعمل، فإن المضارب يستحق الربح بعمله، فكذا الشريك.

وأما بالضمان، فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجاً بضمان بقول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»، فإذا كان ضمانه عليه، كان خراجه له.

(1) نفس المرجع، ص 139.

(2) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (1/559). وانظر: بعض فتاوى المراجعة التي تصب في هذا الموضوع في كتاب فتاوى المراجعة جمع وتصنيف الدكتور أحمد محي الدين أحمد ص 157 وما بعدها.

(3) انظر: فتاوى المراجعة ص 162 - 163.

(4) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/267).

والدليل عليه أن صانعاً تقبّل عملاً بأجر، ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك: طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا بالضمان، فثبت أن كل واحد منها سبب صالح لاستحقاق الربح، فإن لم يجد شيئاً من ذلك لا يستحق، بدليل أن من قال لغيره: تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الربح؛ لأنه لا مال، ولا عمل، ولا ضمان.

وإذا عرف هذا فنقول: إذا شرط الربح على قدر المالين متساوياً أو متفاضلاً فلا شك أنه يجوز، ويكون الربح بينهما على الشرط، سواء شرط العمل عليهما، أو على أحدهما، والوضيعة على قدر المالين متساوياً ومتفاضلاً؛ لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال، فيتقدر بقدر المال⁽¹⁾. وقد اعتمدت المجلة هذا الأصل، وأدرجته ضمن زمرة الضوابط الناظمة لمسائل شركة العقد⁽²⁾. ووردت القاعدة كذلك بلفظ: «الربح لا يستحق إلا بعمل أو مال»⁽³⁾.

وخلاصة معنى القاعدة: أنه إذا لم يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة - التي لا يستحق الربح إلا بواحد منها - لم يكن هناك طريق آخر في إطار التجارة والشركة لكسب المال بالطريق الشرعي الحلال، وفقدان جميع هذه العناصر في عقد أو شركة حتماً يؤدي إلى الفساد⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

من المسائل الحديثة المخرّجة على هذه القاعدة:

المسألة 1 - ما توجهه قوانين الشركات التي تكون قيمة السّهم عند إصدارها قيمة اسمية، وهذا ما يفرضه الشرع الإسلامي؛ إذ أن الصّك الذي يثبت حصة الشريك في رأس المال يجب أن يكون مطابقاً للمبلغ الذي ساهم به الشريك حقيقة في رأس المال؛ ولأنه يترتب على القيمة الاسمية توزيع الأرباح شرعاً، فلا يجوز أن تعطى أرباح مساوية كباقي الشركاء لشريك ساهم بأقل مما ساهموا به، ولم يقدم للشركة عملاً يستحق به هذه الزيادة؛ لأن القاعدة في الربح أنه يستحق بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان، وليس في مقابل هذه الزيادة مال، أو عمل، أو ضمان⁽⁵⁾.

ومن ثم فإن الاتجاه الآن الذي ينادي بتطبيق بعض الصيغ الاستثمارية التي تقوم بضمان رأس المال وضمان الربح هي محل رفض وانتقاد لدى الفقهاء، لأن هذا يعارض العدل الذي

(1) انظر: بدائع الصنائع (82/5 - 83)، والمبدع لابن مفلح (8/5).

(2) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: 1347، درر الحكام (382/3)، وانظر موسوعة القواعد والظوابط الفقهية للندوي (267/1 - 268).

(3) موسوعة القواعد الفقهية (388/5).

(4) المصدر نفسه (269/1).

(5) انظر: الشركات في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد العزيز الحياط، ط1/1971 منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية - عمان، الأردن - (212/2 - 213، و225).

تحتمة قاعدة «الغنم بالغرم»، فتجعل الربح مقابل تحمل الخسارة، أي أنه من يتحمل الخسارة إن وجدت يجب أن يحصل على الربح إن كان⁽¹⁾.

المسألة 2 - ومن الأمثلة المقبولة فقهياً من صيغ الاستثمار أن يتقبل إنسان عملاً ويكون ضامناً له ثم لا يعمل فيه بل يعطيه شخصاً آخر ليعمل ويحصل هو على الفارق، فإن حصوله على هذا الفارق حلال، لأنه مقابل الضمان.

المسألة 3 - حكم الضمان في المضاربة المشتركة

أول من نادى بتضمين البنوك الإسلامية، هو الدكتور سامي حسن حمود في كتابه (تطوير الأعمال المصرفية) حيث اقترح فرض الضمان الشامل على البنوك الإسلامية لكامل قيمة الودائع الاستثمارية التي تحتفظ بها هذه البنوك لصالح عملائها. وقد أشار في كتابه المذكور إلى أنه يمكن قياس ضمان البنوك لتلك الودائع على حالي الأجير المشترك والصانع المشترك.

ومما اعتمد عليه الدكتور في تكييفه هذا، القاعدة الفقهية: «الربح لا يستحق إلا بعمل أو مال أو ضمان»، فالأصل في المضارب الضمان ما دام يرجو الربح من هذه المضاربة.

يقول الدكتور: (.. إن المضارب المشترك يجب عليه أن يضمن مال المضاربة في حالة تلفه أو خسارته، سواء أوقعت تلك الخسارة نتيجة تقصير أم نتيجة تعد منه، شأنه في ذلك شأن الأجير المشترك الذي يضمن الأموال التي تودع عنده مطلقاً. وانطلاقاً من ضمانه لمال المضاربة، فإنه يستحق مقابل ذلك نسبة من الربح عند الدكتور سامي حمود، وهذا نص ما قرره الدكتور بهذا الصدد:

إن (القاعدة) لا يستحق الربح إلا إذا كان منه مال أو عمل أو ضمان، وبما أنه (القاعدة) ليس له .. مال ولا عمل، فلا يتبقى إلا القول بالضمان كسبب لاستحقاق الربح ... وإذا كان هذا السبب (أي الضمان) من أسباب استحقاق الربح... في نطاق المضاربة الخاصة عندما لا يعمل المضارب بنفسه في المال المدفوع إليه مضاربة، فإن تقرير الضمان بالنسبة للمضارب المشترك الذي يعمل - بنفس الأسلوب - ولسائر الناس منفرداً بالمال الذي يسلمونه إليه، يبدو أكثر جدارة بالمراعاة ..)⁽²⁾.

وتأسيساً على هذه القاعدة، فإن المضارب المشترك يستحق - عند الدكتور سامي - نسبة من الربح مقابل ضمانه أموال المضاربة، وهذا خلافاً لما قرره مجمع الفقه الإسلامي من أن الضمان يكون عند التعدي أو التقصير، جاء في القرار:

(1) انظر: مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي (70/3)، لسنة: 1411هـ-1991م.

(2) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، للدكتور سامي حمود ط2/1982، مطبعة الشرق - عمان - الأردن، ص405.

(المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها، ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة، ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة)⁽¹⁾.

القاعدة الخامسة: المتولد من فعل مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه

ذكرها الزركشي بهذا اللفظ⁽²⁾. وذكر نحوها ابن السبكي بلفظ:

«إن المأذون في فعله من قبل الله - فيما تمحص حقاً لله - كالمأذون في فعله من قبل العبد - فيما هو من حقوق العباد»⁽³⁾.

وهناك قواعد أخرى قريبة المعنى من هذه القاعدة منها:

«الجواز الشرعي ينافي الضمان»⁽⁴⁾.

«الرضا بالشيء رضا بما تولد منه»⁽⁵⁾.

ومعنى القاعدة

المتولد: ما حصل عنه غيره، يقال: تولد الشيء عن الشيء حصل عنه، ونشأ عنه⁽⁶⁾.

والمعنى العام: أن الفعل الذي أذن فيه الشارع - وهو ما ليس بمحرم - إذا نشأ عنه أمر آخر لم يأذن الشارع فيه - بمعنى أنه لا يجوز الإقدام عليه ابتداءً - فإن الآثار التي تترتب على هذا الأمر - فيما لو فعل ابتداءً - تسقط في هذه الحال؛ لكون هذا الأمر ناشئاً عما أذن فيه، ويشمل ذلك الأثر المترتب المتعلق بحق الله تعالى فيسقط الإثم، وما قد يترتب من جزاء (الفدية أو الكفارة).

كما يشمل الأثر المترتب في حق العباد حيث يسقط الضمان.

وقد قيّد العلماء هذه القاعدة وما في معناها بقيدين:

الأول: أن لا يكون ذلك الفعل المأذون فيه مشروطاً بسلامة العاقبة، فإن كان مقيداً بذلك

ترتب عليه أثره مثل ضرب المعلم للصبي⁽⁷⁾.

(1) انظر: قرار المجمع بمجلته، العدد 13، (3/295).

(2) المنشور (3/163)، الموسوعة الفقهية (9/488).

(3) الأشباه والنظائر للسبكي (2/297).

(4) انظر: حاشية ابن عابدين (5/591) مجلة الأحكام العدلية مادة: 91، شرح القواعد الفقهية ص 381، موسوعة القواعد الفقهية (5/58).

(5) أشباه ابن السبكي (1/152)، المنشور للزركشي (2/176)، أشباه السيوطي ص 182، موسوعة القواعد الفقهية (5/410).

(6) انظر: مقاييس اللغة (6/143) (ولد)، المصباح المنير (2/926).

(7) هذا رأي الإمامين أبي حنيفة والشافعي رحمهما الله، بناء على أنه أمر مباح والإذن في المباح - عندهما - مقيد بشرط السلامة، أما الحنابلة وصاحب أبي حنيفة فإنهم يرون أنه لا ضمان عليه - أي لا يترتب عليه أثره - لأنه مأذون فيه، ونسب ذلك إلى الإمام مالك، وللمالكية تفصيل، انظر: المبسوط (26/122)، حاشية رد المحتار (6/565)، بدائع الصنائع (6/267)، المقدمات والممهديات (3/332)، مغني المحتاج (4/199)، المغني (12/528)، الفقه الإسلامي وأدلته (6/211).

الثاني: ألا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافياً⁽¹⁾.
وأضاف بعضهم قيد عدم التفريط⁽²⁾.

والذي يظهر لي أن كلمة المأذون فيه، أو الجواز الشرعي تتضمنه وإن لم يُنصّ عليه؛ لأن الإذن أو الجواز مقيد - شرعاً - بعدم التفريط.
ومما يستدل به لهذه القاعدة:

1 - ما روى عمران بن حصين رضي الله عنه⁽³⁾: أن رجلاً عضّ يد رجل فنزع يده من فمه، فوَقعت ثنيتاه، فاخْتصموا إلى النبي ﷺ فقال: «يعضُّ أحدكم أخاه كما يعضُّ الفحل، لا دية له»⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال منه: أن الرجل الذي نزع يده قد فعل شيئاً مأذوناً فيه، فترتب على ذلك الفعل ضرر أهدره الشرع.

2 - الإجماع على أن من شهر على آخر سلاحاً؛ ليقتله؛ فدافع عن نفسه؛ فقتل الشّاهر أنه لاشيء عليه، لأنه ارتكب مأذوناً فيه وهو الدفاع عن النفس، فلا يضمن ما ترتب عليه⁽⁵⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم ضمان الطبيب إذا تعدى موضع الجراحة؟

ويستثنى من ذلك ما كان مشروطاً بالسلامة، وقد قسم الفقهاء - مع اختلاف طفيف - الحقوق التي تثبت للمأذون إلى قسمين:

أ - حقوق واجبة: ولا فرق بين أن تكون بإيجاب الشارع، كحق الإمام في إقامة الحد وفي القصاص والتعزير، وبين أن تكون واجبة بإيجاب العقد، كعمل الفصّاد، والحجّام، والختّان، وغيرها.

(1) انظر: شرح القواعد الفقهية ص 381

(2) انظر: فتح الباري لابن حجر (232/12).

(3) عمران بن حصين: هو الصحابي الجليل عمران بن حصين، أسلم سنة سبع، بعثه عمر إلى أهل البصرة، وولاه زياد قضاءها، وكان ممن اعتزل الفتنة، حدث عنه مطرف بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي وغيرهم، توفي سنة 52هـ.

انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (6/408)، تذكرة الحفاظ (1/28)، سير أعلام النبلاء (2/8)، تهذيب التهذيب (8/125)، الإصابة (7/155)، شذرات الذهب (1/62).

(4) أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب إذا عضّ رجلاً فوَقعت ثنيتاه، (6/2526) رقم: 6497، وانظر الفتح (12/229).

(5) نقل هذا الإجماع، واستدل به ابن حجر في الفتح (12/232).

وهذه الحقوق لا يشترط فيها سلامة العاقبة، لأنه لا ضمان فيها إلا بالتجاوز عن الموضع المعتاد.

ب - حقوق مباحة: كحق الولي في التأديب عند أبي حنيفة⁽¹⁾، وحق الزوج في التعزير فيما يباح له ونحوهما، وهذه الحقوق تتقيد بوصف السلامة⁽²⁾.

والذي يهمنا هنا هو القسم الأول، ومن أمثلته:

أن الطبيب الجراح إذا باشر العمل الجراحي في حدود المتعارف عليه، وبإذن المريض أو وليه، ولم يتجاوز الموضع المعتاد، لا يضمن لأن الطبيب إذا راعى حقه في عمله، ثم نتج عن فعله ضرر لحق المريض، ولا يمكن التحرز عنه، فلا ضمان عليه، لأن الطبيب إذا كان يستعمل حقه في حدوده المشروعة، فهو يقوم بواجبه في الوقت نفسه، والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة، وعلله بعض الفقهاء من أن شرط الضمان على الأمين باطل⁽³⁾.

وصاغ بعض الأساتذة في مسألة ضمان الطبيب قاعدة: «إذا لم يحصل من الطبيب تعدُّ ولا تفريط فهو غير ضامن لا في السرية، ولا في غير السرية لأن العمل المأذون غير مضمون، وهذا مأذون»⁽⁴⁾.

هذه القاعدة أشار فيها واضعها إلى سرية المرض إلى بقية العضو، وهل على الطبيب الضمان أم لا؟

أرى أنه لا مجال لهذه المقولة في الوقت الحاضر، ذلك أن التقدم الطبي وما توصل إليه من تقنيات متطورة تمكن الطبيب من أن يثبت إذا كان هذا المرض سيسري أو هذه العملية ستؤدي إلى مخاطر أخرى، ناهيك عن التحاليل التي تسبق العملية، والتي تعطي للطبيب معلومات دقيقة عن المرض، فإقحام لفظ: " لا في السرية، ولا في غير السرية " لا محل له مع تقدم وسائل العمليات الجراحية في هذا العصر، فلا يمكن أن يُقَدِّم الطبيب اليوم على عمله حتى يتأكد على الأقل 90% من نجاح العملية التي سيباشرها.⁽⁵⁾

(1) هو أبوحنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي التميمي الكوفي، فقيه الملة، عالم العراق، روى عن عطاء بن أبي رباح، وطاووس، وحدث عنه خلق كثير منهم إبراهيم بن طهمان، وإسحاق الأزرق، والجارود بن يزيد، من مصنفاته: الفقه الأكبر في الكلام، المسند في الحديث، العالم والمتعلم، الرد على القدرية، توفي سنة 150هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (13/ 323)، التاريخ الكبير (8/ 81)، تهذيب التهذيب (10/ 441)، سير أعلام النبلاء (6/ 390)، البداية والنهاية (10/ 107)، شذرات الذهب (1/ 227)، طبقات خليفة ص 167.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 182، والأشباه لابن نجيم ص 116.

(3) انظر: الرسالة لابن أبي زيد القيرواني (2/ 317) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (4/ 25، 27) (4/ 427)، بداية المجتهد (2/ 194)؛ المسوط للسرخسي (15/ 75) و(15/ 161) حاشية الصاوي (4/ 276)؛ زاد المعاد (4/ 139)؛ الطب

النبوي ص 35. وانظر بحث الدكتور علي داود الجفال بمجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 8، جزء 3، ص 96 وما بعدها.

(4) وهو الأستاذ الشيخ عبد الله البسام، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، الجزء 3، ص 386، 387.

(5) انظر: مناقشة موضوع أخلاقيات الطب، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي عدد 8، (3/ 386).

المسألة 2: أساس عدم مسؤولية الطبيب

إن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح هو إذن الشرع أو إذن المريض بالعمل الطبي أو الجراحي، شريطة إلتزام الطبيب أو الجراح بأصول المهنة وضوابطها.

يقول الدكتور أحمد شرف الدين: (يذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح هو إذن الشرع أو المريض، وينبغي أن يكون عمله حسبما تقرره أصول المهنة، وأن لا يكون قد أخطأ خطأ فاحشاً).

وإذا تولد عن عمل الطبيب الحاذق تلف نفس أو عضو بعد اجتماع هذه الشروط، فلا ضمان على الطبيب لا في النفس ولا في العضو، لأن القاعدة الكلية تقول: «إن الجواز الشرعي ينافي الضمان»، فإذا فعل الشخص ما يجوز شرعاً فلا يسأل عن الضرر الحادث وإن كان سبباً له، ومثاله أن يقطع الشخص يد سارق بناءً على أمر الحاكم، فحصلت سراية فلا يضمنها القاطع⁽¹⁾.

وقد قال ثلثة من العلماء الأفاضل بمثل هذا القول منهم: فضيلة الشيخ حسنين مخلوف⁽²⁾، والدكتور وهبة الزحيلي⁽³⁾، والشيخ علي الجفال⁽⁴⁾.

(1) انظر: كتابه الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، طبع المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت - 1983م، ص 41 - 42. وبحث "ضمان الطبيب والمسؤولية الطبية، للدكتور محمد علي البار، الدورة الخامسة عشرة، سنة 1424هـ - 2004م)، ص 13.

(2) فتاوي شرعية ص 108.

(3) نظرية الضمان، الطبعة الثانية دار الفكر - دمشق - سوريا، ص 212.

(4) انظر: بحثه "أخلاقيات الطبيب وضمانه" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (3/84 - 91).

المبحث الثالث أثر قواعد العرف في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة القاعدة الأولى: العادة محكمة

التعريف بالقاعدة

هذه إحدى القواعد الخمس الكبرى، وقد وردت في أغلب كتب القواعد الفقهية بهذه الصيغة، أو بما يدل على مضمونها⁽¹⁾.

كما وردت في بعض كتب أصول الفقه⁽²⁾، وكُتِبَ في معناها، وما يتعلق بها كتب مستقلة⁽³⁾.

ويندرج تحت هذه القاعدة الكبرى عدد من القواعد، منها ما هو بمعناها، ومنها ما هو كالقيد لها، ومن ذلك القواعد التالية:

«استعمال الناس حجة يجب العمل بها»⁽⁴⁾.

«الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»⁽⁵⁾.

«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»⁽⁶⁾.

«إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»⁽⁷⁾.

شرح مفردات القاعدة

العادة لغة: من العود والمعاودة، وهي بمعنى الرجوع، وتثنية الشيء وتكراره⁽⁸⁾.

(1) انظر هذه القاعدة في: أصول الكرخي (المطبوع مع تأسيس النظر) ص 164. الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 101، الفروق للقرافي (1/76)، القواعد للمقري (1/345)، إيضاح المسالك ص 392، أشباه السبكي (1/50)، أشباه السيوطي ص 119، القواعد لابن رجب ص 342، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (6/337)، موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/170).

(2) شرح الكوكب المنير (4/448). جمع الجوامع وحاشية العطار عليه، لحسن محمد العطار (ت 1250هـ)، طبع المكتبة التجارية الكبرى (د. ت) - القاهرة - مصر، (2/399).

(3) من تلك الكتب رسالة لابن عابدين بعنوان "نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف"، وهي مطبوعة ضمن مجموعة رسائله (2/114 - 147)، وكتاب "العرف وأثره في الشريعة الإسلامية" للدكتور أحمد علي سير المباركي، وكتاب "العرف والعادة" للشيخ فهمي أبو سنة.

(4) انظر: مجلة مادة 37، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 169، الوجيز للبورنو ص 292.

(5) انظر: المجلة مادة 38 شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 171،

(6) المجلة مادة 43، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 183. الوجيز ص 306.

(7) المجلة مادة 41، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 179. الوجيز ص 295.

(8) انظر: معجم مقاييس اللغة (4/181 - 182)، القاموس المحيط (1/318) مادة عود، المصباح المنير (2/597). التوقيف على مهمات التعاريف ص 495.

محكمة: اسم مفعول من حُكِّمَ يحكِّم، يقال حَكَّم فلان في كذا، إذا جعل أمره إليه، والحكِّم القضاء، وأصل مادته تدل على المنع⁽¹⁾.

وأما معنى العرف الوارد في القواعد المندرجة تحت هذه القاعدة الأم:

فهو المعروف من الإحسان، والمعروف اسم لكل فعل يُعْرَف بالعقل أو الشرع حُسْنُهُ، والمنكر ما ينكر بهما، ولذلك قيل للاقتصاد في الجود معروفاً لما كان ذلك مستحسناً في العقول وبالشرع⁽²⁾.

وأما معنى العادة في الاصطلاح: فهو يختلف عند الأصوليين عنه عند الفقهاء

تعريف العادة عن الأصوليين:

عَرَّفَ الأصوليين العادة: بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية⁽³⁾.

لأن التكرار إذا كان ناشئاً عن علاقة عقلية، وهي التي يحكم العقل فيها بهذا لم يكن عندئذ من قبيل العادة، من قبيل التلازم العقلي، وذلك كتكرار حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرك ورق الشجر كلما تحرك الريح، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه ناشئ عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول، يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل الطبع⁽⁴⁾.

تعريف العادة عند الفقهاء

عَرَّفَ الفقهاء العادة بأنها: عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة⁽⁵⁾.

فكون العادة الأمر المتكرر متفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، والأمر المتكرر يشمل كل حادث يتكرر لأن لفظ الأمر من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً.

ويفترق تعريف الفقهاء عن تعريف الأصوليين بأنه لم يشترط نفي العلاقة العقلية؛ فتعريف الأصوليين أخص وتعريف الفقهاء أعم من هذا الوجه.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

عرفها بعض الفقهاء بقولهم: (إن العادة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي)⁽⁶⁾.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة (2/91)، لسان العرب (3/270)، مادة حكم.

(2) المفردات للراغب ص 331 - 332.

(3) التقرير والتحجير شرح التحرير للكمال بن الهمام، شرح العلامة ابن أمير الحاج، (1/350).

(4) الوجيز للبورنو ص 274.

(5) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 101. القاموس الفقهي ص 265.

(6) شرح المجلة للأتاسي (1/78).

من خلال التعريف السابق يمكن القول: إن هذه القاعدة يُرجع إليها في تحديد المراد من بعض الألفاظ الشرعية، والألفاظ التي يتعامل بها الناس، وبناء الأحكام الشرعية عليها إلى عادة الناس وما تعارفوا عليه، وذلك إذا لم يرد الشرع بتحديد، ولم يتضمن المعنى اللغوي للفظ تحديداً وتقديراً له. وجمع بعض الفقهاء بين العادة والعرف ضمن تعريف واحد فقال: (العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول) (1).

وقرر ذلك الشيخ مصطفى الزرقاء - أيضاً - فقال: (المراد بالعادة في هذه القاعدة هو العرف بنوعيه اللفظي والعملي) (2).

فعلى هذا فالعرف هو العادة المعروفة، فالعرف والعادة لفظان بمعنى واحد اصطلاحاً، وإن كانا مختلفين من حيث المفهوم اللغوي، فالعادة هي العود والتكرار، والعرف هو المتعارف.

وقد فرق بعض العلماء المحدثين بين مدلولي العرف والعادة، فأطلق العادة على ما يشتمل عادة الفرد والجماعة، وخص العرف بعادة الجماعة حيث عرفه بأنه: (عادة جمهور قوم في قول أو فعل) (3). فبينهما عموم وخصوص مطلق (4).

وقيدت العادة المعتبرة بالألا تخالف نصاً شرعياً، وبأن تطرد وتغلب.

وقيد العرف بأن يكون سابقاً لإنشاء التصرف، أو مقارناً له، واشترط بعضهم أن يكون العرف عاماً، كما اشترط فيه - فيما يجري بين الناس من معاملات - ألا يصرح بخلافه (5).

أدلة القاعدة

إن أشهر ما استدل به على هذه القاعدة، ما روي عن عبد الله ابن مسعود:

«ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأى المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء» (6).

وقد اعتبره عدد من العلماء أصلاً لهذه القاعدة على اعتبار رفعه إلى رسول الله ﷺ (7).

(1) المصدر نفسه (78/1).

(2) انظر: المدخل الفقهي العام (2/1008).

(3) المدخل الفقهي العام للزرقاء (2/872).

(4) بين معنى العادة ومعنى العرف تقارب وتداخل فمن العلماء من قال: هما بمعنى واحد. ومنهم من فرق بينهم من حيث أن العرف متعلق بالقول، والعادة متعلقة بالفعل، ومنهم من قال إن بينهما عموم وخصوص مطلق، كما أشرنا إلى ذلك في صلب الرسالة، انظر: رسالة نشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين (2/114)، كتاب الإمام مالك لأبي زهرة ص 353، الوجيز للبورنو ص 276.

(5) انظر: أصول الإمام أحمد ص 528 - 529. والعرف وأثره في الشريعة والقانون، ص 89 - 104.

(6) أخرجه الإمام أحمد بهذا اللفظ موقوفاً على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال الحافظ ابن حجر: إسناده حسن، انظر: المسند (1/379).

(7) قال الشيخ أحمد الزرقاء: (وإن كان موقوفاً فله حكم المرفوع؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه)، انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 165.

ووجه الاستدلال به: أن الشارع قد جعل ما تعارف عليه المسلمون وعدّوه من الأمور الحسنة المقبولة، فهو عند الله كذلك، أي أنه موافق لما أراده الشارع.

ويمكن أن يستدل لها كذلك بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾⁽¹⁾.

- وقوله تعالى: ﴿ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾⁽²⁾.

- وقوله تعالى: ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ مَثَلُ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁽³⁾.

وقد ورد لفظ المعروف في القرآن الكريم في سبعة وثلاثين موضعاً، كما أن أثر العادة والعرف والمعروف ورد في السنة تارة مصرحاً به وتارة لم يصرح به، ولكن بني الحكم عليه، كما في أحاديث مشروعية السلم، وبيع العرايا، وبيع الجزاف...⁽⁴⁾.

ضوابط العرف والعادة

إن سعة أطراف القاعدة - لما تتضمن من بحوث عريضة - جعلت الفقهاء يصوغون ضوابط مختلفة - هي بمثابة قواعد فرعية مندرجة تحت القاعدة الأم - تجمع تلك البحوث والمسائل وتنظمها، ومعظم تلك الضوابط على اختلاف التعابير متقاربة الدلالات والمعاني، إلا أن كلاً منها يعتبر ضابطاً للقاعدة الأم، لا بأس أن أذكر بعضها لزيادة البيان والتوضيح، مقتصرأ على تعريفها.

- «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»⁽⁵⁾.

أي المعروف المعتاد بين الناس، وإن لم يذكر صريحاً فهو بمنزلة التصريح لدلالة العرف عليه. وقد وردت بصياغات متقاربة، أتعرض لها ولمضمون القاعدة وما يتعلق بها في مبحث مستقل.

- «إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت»⁽⁶⁾.

هذه القاعدة تعبر عن بعض شرائط العرف، وهو أن يكون مطرداً وغالباً.

والمراد بالاطراد: أن يكون العمل به مستمراً في جميع الأوقات والحوادث، بحيث لا يختلف إلا بالنص على خلافه.

(1) سورة الأعراف الآية 199.

(2) سورة البقرة الآية 178.

(3) سورة البقرة الآية 228.

(4) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/ 173-179).

(5) المجلة مادة 43، الأشباه والنظائر للسيوطي ص126، أشباه ابن نجيم ص108، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (10/ 749).

(6) المجلة مادة 41، أشباه السيوطي، ص122، أشباه ابن نجيم ص103.

والمراد بالغلبة: أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في أكثر الحوادث، أو عند أكثر الناس⁽¹⁾.

- «العبرة للغالب الشائع لا للنادر»⁽²⁾.

هذه قاعدة مهمة مشهورة من قواعد الفقه الإسلامي، وهي أعم من الضابط المذكور آنفاً «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، ولذا لا يصح القول إنهما متحدتان على الإطلاق، لأن القضايا المنوطة بالعرف لا يخلّ بعمومية هذه القاعدة؛ لأن الغالب الشائع هنا ليس محصوراً بأن تكون غلبة وقوعه من جهة أنه عرف تعامل به الناس وأتلفوه⁽³⁾، فالذرائع إلى المحرم لغلبة سلوك الناس فيها تسدّ وتمنع، وإن لم يكن بها علاقة بالعرف⁽⁴⁾.

وإذا اعتبرنا القاعدة في باب العرف فإن المقصود والمراد بالشيوع: اشتهاه العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس.

- «التعين عرفاً كالتعين بالنص»⁽⁵⁾.

يعني: أن أي حكم يترتب على التعيين بصريح النص، يترتب على التعيين بالعرف والعادة⁽⁶⁾.

- «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر الألاحق»⁽⁷⁾.
ولذلك قالوا: «لا عبرة بالعرف الطارئ».

هذه القاعدة تعبر عن شرط آخر من شروط اعتبار العرف وهو: كونه سابقاً للحكم في الوجود لا تالياً له ومتأخراً عنه، فلا يجوز أن يحمل حكم حدث قبلاً على عرف حدث متأخراً؛ لأن النصوص التشريعية يجب أن تفهم مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص لأنها هي مراد الشارع أو العاقد، ولا اعتبار بتبديل مفاهيم اللفظ في الأعراف المتأخرة. وهذا كثيراً ما يجري في أبواب المعاملات⁽⁸⁾.

(1) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 179.

(2) هذه القاعدة ذكرها البعض باعتبارها متفرعة عن قاعدة العادة محكمة، كما فعل صاحب الوجيز، ص 295، وفي الحقيقة هي لا تناط بالعرف فقط، بل تشمل العرف وغير العرف، ولذلك ذكرتها - هنا - لإزالة الالتباس.

(3) شرح الأتاسي (99/1).

(4) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (196/1).

(5) انظر: المجلة المادة 45، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 187، الوجيز ص 306، موسوعة القواعد الفقهية (417/4).

(6) شرح الأتاسي (102/1).

(7) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 127، أشباه ابن نجيم ص 110، موسوعة القواعد الفقهية (401/6).

(8) الوجيز للبورنو، ص 297. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (158/1).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: أجره السُّمسار⁽¹⁾ تخضع أصلاً للشرط، فإن لم تحدد بالاتفاق تخضع للعرف بين التجار، فقد تكون عرفاً على من يكلفه، وقد تكون على الطرفين بنسبة من السعر الذي يتم به التعاقد. وهذا ما يجري في عقود الإيجار لدى مكاتب الإيجار، فإن العرف المتبع أن المكتب العقاري يأخذ العمولة عن المستأجر لسعيه في الإيجار، وقد تتفاوت حسب أجره المسكن.

المسألة 2: موضوع القبض: من المعلوم أن مسألة القبض تعتبر ركيزة أساسية في إطار المبادلات المالية، وكثيراً ما نجد النزاع يحدث في تحقق القبض أو عدم تحققه، سواء أكانت القضية ترتبط بالقبض الحقيقي، أم بالقبض الحكمي...، وتتجلى صلة القبض بالعرف بقول الفقهاء الشائع في كتبهم: (القبض بحسب العرف).

ولكن مع تسليم هذا المبدأ يبقى الإشكال قائماً في تطبيقه على بعض القضايا المعاصرة، ومنها: هل يمكن أن تحل مكاملة هاتفية محل القبض؟

المسألة 3: عمليات الصُّرف الأجنبي، وهي عبارة عن عمليات بيع وشراء نقود، أو مبادلة عملات وطنية بعملات أجنبية، ومن جملة حالات الصرف الأجنبي أنه إذا كان الصرف بحساب العميل، فإن المودع يتسلم إيصال الإيداع الذي يحمل تاريخ اليوم الذي تم فيه الإيداع، ويقوم البنك بقيد القيمة المعادلة للعملة الأجنبية بحسب سعر يوم الإيداع بحساب العميل لديه بالعملة الوطنية، وهذا قبض حكمي معتبر؛ إذ تعين به حق العميل تجاه البنك⁽²⁾.

المسألة 4: حكم الأوراق التجارية مثل: الكمبيالة، والسند الإذني، والشيك⁽³⁾، وهي صكوك ثابتة للتداول تمثل حقاً نقدياً، وتستحق الدفع بمجرد الإطلاع، أو بعد أجل قصير، فيجري العرف على قبولها كأداة للوفاء، ولا مانع من اعتبارها مقبولة شرعاً⁽⁴⁾.

ولزيادة البيان أورد نص قرار مجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المتعلق بالقبض الحكمي للأموال:

- (يقوم تسليم الشيك مقام القبض عند توافر الشروط، في مسألة صرف النقود في المصارف.

(1) السُّمسار: الدَّالُّ، وهو الوسيط بين البائع والمشتري لتسهيل الصَّفقة، انظر القاموس الفقهي ص 183، المعجم الإقتصادي الإسلامي للشرباصي ص 227.

(2) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، نشر الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية (د.ت) - القاهرة - مصر (605/5 - 607).

(3) انظر: سبق تعريف الكمبيالة، والسند الإذني، والشيك، ص؟؟؟ من الأطروحة، تحت قاعدة (كا ما جاز بيعه جاز رهنه، وما لا فلا).

(4) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، (477/5).

- يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملية أخرى، سواء كان الصرف بعملية يعطيها الشخص للمصرف، أو بعملية مودعة فيه⁽¹⁾.

المسألة 5: التَّقَابُضُ شَرَطٌ فِي شِرَاءِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، فإن هذا التقابض يمكن أن يكون حقيقياً بأن يسلم البائع السلعة والمشتري الثمن تسليمياً حقيقياً في مجلس العقد، وقد يكون حكماً بالقيد الحسابي، وذلك بحسم الثمن من حساب العميل، وإضافة المقدار المبيع من الذهب أو الفضة إلى حسابه، وإعطائه إيصال الإيداع⁽²⁾.

ولا يخفى أن هذا التصرف مستمد من العرف العالمي السائد في مثل هذه المعاملات.

المسألة 6: بيع الاستجرار⁽³⁾: من العقود البسيطة السائدة اليوم.

وهو من قبيل البيع بسعر السوق، فمن المتعارف عليه الآن أن يأخذ الناس ما يحتاجون إليه كل يوم ممن يتعاملون معه من بقال، أو لحام، أو فاكهي، ولا يجري الاتفاق على ثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبهم عند أول الأسبوع أو الشهر، فيوفونه حسب سعر السوق في كل يوم، وهو ما يعرف اليوم باسم الحساب الجاري⁽⁴⁾.

المسألة 6: جاء ضمن الأسئلة المطروحة على (بيت التمويل الكويتي):

أ - (هل يعتبر تقابضاً في العملات ما تعارفت عليه البنوك في قيود دفترية في المديونية والدائنية، أو كتب اعتماد للسحب على المكشوف بدون فوائد ربوية...؟)

الجواب: نعم، يعتبر تقابضاً ما جرى عليه عرف المصارف في مبادلة النقد بالنقد⁽⁵⁾.

ب - لا بأس أن نعتبر الآن التلكس، والبرق، ووسائل الإعلام الفورية من قبيل وحدة المجلس التي اشترطها الشرع لعقد المصارفة...، تسييراً على الناس، وأخذاً بالعرف التجاري السائد⁽⁶⁾.

(1) القرار الصادر في الدورة الحادية عشرة من سنة: (1409هـ - 1989م).

(2) القرار الصادر عن الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم 5.

(3) وحقيقته: أن يشتري شيئاً من خياز أو لحام أو سمان أو غيرهم، بسعر يومه، ثم يحاسبه في نهاية الشهر ويعطيه ثمنه وهو ما يعرف اليوم بالحساب الجاري. واعلم أن المذاهب الفقهية اتفقت على اشتراط معرفة الثمن في عقد البيع حال العقد أو قبله، فلا يجوز البيع بثمن مجهول، ولا بد من بيان جنس الثمن وقدره وصفته. وعليه فلا يصح عندهم البيع بما ينقطع عليه السعر أو بسعر السوق في يوم معين أو في فترة محددة. لكن روي عن الإمام أحمد جواز البيع بما ينقطع عليه السعر في المستقبل بتاريخ معين من غير تقدير الثمن أو تحديده وقت العقد، لتعارف الناس، ولتعاملهم به في كل زمان ومكان. وقد رجح ابن تيمية وابن القيم هذا الرأي، وأرادوا به سعر السوق وقت البيع، لا أي سعر في المستقبل.

انظر: المبسوط (49/13)، بدائع الصنائع (365/4 - 367)، فتح القدير (113/5)، رد المحتار (30/4)، الشرح الكبير للدردير 15/3 القوانين الفقهية ص 257، مغني المحتاج (17/2)، المهذب (266/1)، المغني (187/4) المحلي (19/9)، نظرية العقد لابن تيمية، ص 164، 172، أعلام الموقعين: (5/4 - 6).

(4) انظر: الغرر وأثره في العقود، ص 279.

(5) فتاوى بيت التمويل الكويتي (35/1).

(6) فتاوى بيت التمويل الكويتي (52/1).

ج - يحق للبنك في عقود المراجعة أن يضيف المصاريف التي تعارف التجار على إضافتها إلى الأثمان: كمصاريف التخزين، والحمل، وغير ذلك، وحينئذ يحسن أن يعبر عن سعر السلعة بأنها وقفت على البنك بكذا⁽¹⁾.

د - يجوز حصول الشركة على عمولة بيع الشيكات السياحية التي تصدرها بقدر الخدمة، وما يتفق مع العرف السائد مقابل الجهد الذي تبذله الشركة في هذا الإصدار⁽²⁾.

المسألة 7: يجوز بيع العربون⁽³⁾، في المعاملات التجارية المعاصرة، جرياً على جوازه في المذهب الحنبلي، وخاضع لمبدأ الشروط والالتزامات، وفي نفس الوقت متبع للقوانين والأعراف التجارية العامة.

وإلى هذا جنح رأي بعض البنوك الإسلامية، فقرر أخذ العربون من العميل ومصادرته حين إخلاف الوعد بناء على رأي الحنابلة⁽⁴⁾.

المسألة 8: جواز صحة السلم في أفراد الحيوان: فإنه (ينبغي الجزم اليوم بصحة السلم اتفاقاً من الوجهة الفقهية في حيوان اللحم الذي تُعروف ببيعته بالوزن وهو حي: كالبقر، والغنم، والدجاج، كما يحصل في تعهدات تقديم هذه الحيوانات للجيوش، والحكومات، والمؤسسات، لأنه بالوزن تصبح مثلية، بخلاف حيوان الركب والاستعمال؛ لأن أفراده قيمة متفاوتة)⁽⁵⁾.

المسألة 9: تسويغ التعامل بالأجل في الذهب الأبيض (البلاتين - platinum) حسب العرف المتبع في سوق المعادن النفيسة العالمية، فهنا لا يتعارض التعامل مع التشريع الإسلامي؛ إذ البلاتين - وإن كان أعلى من الذهب - يفترق عن الذهب والفضة على مذهب جمهور الفقهاء في أن الثمنية لا تتحقق فيه بخلافهما، فإنهما يمثلان الأثمان بطبيعتهما.

وعلة ربا الفضل عند الجمهور هي الثمنية، فلا تتحقق بخلاف الحنفية الذين رأوا أن العلة في الذهب والفضة هي الوزن والجنس...⁽⁶⁾، ويعتبر التعامل في مثل هذه المسائل أحد المرجحات لدى الإفتاء من باب التيسير على الناس.

(1) المصدر نفسه (15/1).

(2) انظر: فتاوى الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، الفتوى رقم: 4. ضمن فتاوى الخدمات المصرفية ص 147، وانظر الفتوى رقم 159 ضمن فتاوى الخدمات المصرفية ص 145-147.

(3) العربون: ما يجعله المشتري من الثمن على أن يُحسب منه إن مضى البيع، وإلا استحق للبائع، راجع القاموس الفقهي ص 246.

(4) انظر: فتاوى بيت التمويل الكويتي (20/1).

(5) عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء، الطبعة الأولى (1420هـ) دار القلم - دمشق - سوريا، ص 98.

(6) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم: 101.

وجاء في قرار الهيئة الشرعية لشركة الراجحي في هذا الخصوص: (معدن البلاتين نوع من المعادن الثمينة، ولا يلحق حكمه بالذهب والفضة، وإن سماه بعض الناس بالذهب الأبيض، فلا يشترط فيه التقابض في مجلس العقد، ويجوز بيعه بالنقود إلى أجل، وعلى العموم تنطبق على البلاتين أحكام المعادن غير الذهب والفضة، وعلى الشركة إذا أرادت التعامل بهذا المعدن ألا تشتري غير الموجود منه إلا بطريق بيع السلم)⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق تكون مجموعة القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية محل اعتبار، بشرط عدم مخالفة أحكام الشرع الإسلامي.

وكذلك نصوص نشرة غرفة التجارة الدولية، ومنها ما يتعلق بتسليم البضائع وتحديد أماكنها، فتكون تلك الأحكام المقررة المتبعة عرفاً واجبة التنفيذ لمن يلتزم بها... حين عدم التصريح بخلافها لدى إبرام العقد، وهي على النحو الآتي:

1 - تسليم البضاعة في مكان منشئها (إنتاجها)، وعلى هذا الأساس تحدد التزامات كل من البائع والمشتري، والتي نصت عليها غرفة التجارة الدولية... على وجه الدقة والتفصيل قطعاً للنزاع، وحسماً لأي خلاف قد يثور، ومن أهم التزامات البائع:

- وضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الموعد والمكان المحددين، بشروط العقد وإعلام المشتري بذلك في وقت مناسب، ومقابل هذا الالتزام يكون من أهم الالتزامات المشتري: تحمل كافة المصاريف والمسؤوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه.

2 - التسليم على رصيف ميناء البائع (Free Along = F.A.S)، وعلى هذا الأساس تحدد الالتزامات كل من البائع والمشتري، ومن أهم التزامات البائع: توريد البضاعة مطابقة لشروط العقد، وتسليمها في المكان والزمان المحددين على رصيف التحميل بميناء الشحن، وإعلام المشتري بدون إبطاء ذلك⁽²⁾.

فأمثال هذه القوانين تعتبر أعرافاً دولية، ولا مانع من قبولها، لعدم معارضتها للنصوص التشريعية، والله أعلم⁽³⁾.

المسألة 10: حكم بدل الخلو أو [تعويض الخروج من السكن]

مسألة بدل الخلو أو الجلسة كما يسميها المغاربة قديماً هي من المسائل التي ثار حولها الخلاف قديماً وحديثاً بين الفقهاء، ولا زلنا نعيش مشاكلها وحوادثها حتى الآن، والذي يهمنا - في هذه الدراسة - هو مستند حكمها الشرعي، لكن قبل ذلك أتعرض لمنشأ بدل الخلو وأسباب وجوده وكذا صورته.

(1) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار 101، وفتاوى بيت التمويل الكويتي (47/2).

(2) انظر: الاستثمار والرقابة الشرعية، للدكتور عبد الحميد البعلي، ص 130 - 132.

(3) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، لأحمد الندوي، بتصرف بسيط، (1/212 - 217).

منشأ بدل الخلو، وأسباب وجوده:

نشأ التعامل بالخلو في القرن التاسع الهجري، واقتصر التعامل في البداية على العقارات الموقوفة، بسبب حاجة تلك العقارات إلى العمارة والإصلاح والبناء والزراعة.

أما الخلو المعاصر فقد ظهر في بداية القرن العشرين، وكان يعرف عند القانونيين الغربيين "بالميزة" التي تكتب للتاجر بسبب حصوله على محل تجاري، ثم عرف "بالقيمة المكانية"، ثم أطلق عليه "بدل الخلو" وأول من أطلق عليه ذلك الأستاذ تاير Thaller في كتابه "شرح القانون التجاري" المنشور سنة 1904م، ثم استعمل هذا المصطلح في مصر وكان يطلق عليه "الريع الاقتصادي"⁽¹⁾.

صور الخلو: للخلو صور لكل صورة باعث أو أكثر، أقتصر على ذكر الصور المشهورة، دون التطرق لبواعثها:

الصورة الأولى: أن يأخذ المالك من المستأجر مبلغاً من المال بالإضافة إلى الأجرة السنوية أو الشهرية.

الصورة الثانية: أن يأخذ المستأجر من المالك مبلغاً من المال لفسخ عقد الإيجار ضمن مدة العقد وتسليم المأجور إلى صاحبه.

الصورة الثالثة: أن يأخذ المستأجر من مستأجر آخر مبلغاً من المال مقابل إخلائه العين المؤجرة⁽²⁾.

خلاف الفقهاء الأوائل حول بدل الخلو

انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين:

الفريق الأول: قال بالجواز، وهم كل من ناصر الدين اللقاني⁽³⁾، والشيخ أحمد الغرقاوي⁽⁴⁾ من المالكية⁽⁵⁾،

(1) بدل خلو المحل التجاري، نقلا عن المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، ص82.

(2) جريمة خلو الرجل، لفتحية محمود قرة، دار المطبوعات الجامعية (1985م) ص77.

(3) ناصر الدين اللقاني: هو أبو عبد الله محمد بن حسن اللقاني الشهير بناصر الدين اللقاني الإمام العلامة المحقق الأصولي، انتهت إليه رئاسة العلم بمصر بعد موت أخيه الشمس، له مؤلفات منها: حاشية على المحلي على جمع الجوامع، وحاشية على شرح السعد للعقائد، وشرح خطبة المختصر، وطرر على التوضيح، توفي سنة 958هـ. انظر: شجرة النور الزكية ص272، طبقات الأصوليين (77/3).

(4) الشيخ الغرقاوي هو أحمد بن أحمد الفيومي المالكي المعروف بالغرقاوي، عالم مشارك في بعض العلوم من مؤلفاته شرح القول التام في بيان أطوار سيدنا آدم وخلقته عليه السلام، ورسالة في مسألة الخلو عن الأوقاف المعمول بها عند المالكية، توفي سنة 1101هـ - 1690م، انظر: معجم المؤلفين (96/1).

(5) فتح العلي المالكي، للشيخ عليش (249/2).

وابن نجيم وعبد الرحمن العمادي⁽¹⁾، من الحنفية⁽²⁾. كما ذهب أغلب علماء العصر إلى جواز الخلو⁽³⁾.

الفريق الثاني: ذهب كل من الشيخ الشرنبلالي⁽⁴⁾ الحنفي، والحموي، وابن عابدين والشيخ ميارة⁽⁵⁾ المالكي، والشيخ عبد الواحد بن عاشر⁽⁶⁾ إلى القول بعدم الجواز⁽⁷⁾.

واستدل الفريق الأول بأدلة اذكر منها ما يخدم الغرض: قاعدة: «العادة محكمة».

قال الحموي في شرح الأشباه والنظائر: (ليس في المسألة نص عن مالك وأصحابه، والتعويل فيها على فتوى عليش، والقبول الذي حظيت به، وجرى عليه العمل)⁽⁸⁾.

وقال أحمد الغرقاوي: (وقد أجمع على العمل بها، واشتهرت في المشارق والمغرب، وانحط عليها العمل)⁽⁹⁾.

وقال ابن نجيم: (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره)⁽¹⁰⁾.

(1) عبد الرحمن العمادي: هو عبد الرحمن بن علي بن عبد الرحمن العمادي، مفتي الشام دمشقي المولد والوفاة من فقهاء الحنفية، له الأغلاط التسعة مخطوط وهي رسالة صغيرة في النقد اللغوي، توفي سنة 1223هـ - 1808م، انظر: الأعلام للزركلي (318/3).

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 114.

(3) العلماء المشاركون في الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي، المنعقدة في عمان، بتاريخ 1408هـ - 1988م، والذي صادقوا على قرار المجمع بجواز الخلو على تفصيل في ذلك.

(4) الشرنبلالي الحنفي (994هـ - 1069هـ) حسن بن عمار بن علي المصري فقيه حنفي مكث في التصنيف نسبة إلى شبري بلولة (بالمناوية) جاء والده منها إلى القاهرة، وعمره ست سنوات، فنشأ بها ودرس في الأزهر، وأصبح المعول عليه في الفتوى، من مؤلفاته: نور الإيضاح في الفقه، حاشية على درر الحكام للملا خسرو، توفي بالقاهرة، انظر: الأعلام للزركلي (208/2).

(5) الشيخ ميارة: هو الإمام عبد الله بن محمد بن أحمد ميارة، أحد فقهاء المالكية المشهورين، من شيوخه عبد الواحد بن عاشر، أخذ عنه محمد ميارة الصغير، ومحمد المجاصي، له تآليف فقهية عديدة منها: شرح تحفة ابن عاصم، وشرح لامية الزقاق، وحاشية على البخاري، وتذيل على المنهج سماه (تكميل المنهج المسمى بستان فكر المنهج)، وشرحه - توفي سنة 1072هـ - انظر في ترجمته: شجرة النور الزكية (309)، الأعلام (11/6).

(6) الشيخ عبد الواحد بن عاشر: هو أبو مالك عبد الواحد بن أحمد بن عاشر الأنصاري الأندلسي الأصل الفاسي المولد والقرار الفقيه الأصولي المتكلم الإمام النظار، له تآليف منها المنظومة المسماة "المرشد المعين" رزق فيها القبول، وشرح مورد الضمان في علم رسم القرآن، وغير ذلك توفي سنة 1040هـ، وعمره خمسون سنة. انظر في ترجمته: شجرة النور الزكية ص 299 - 300.

(7) انظر: مفيدة الحسنى في دفع من ظن الخلو بالسكنى، للحسن بن عمر الشرنبلالي ص 77، غمز عيون البصائر (318/1).

(8) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (137/1).

(9) انظر: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله الشيخ محمد أحمد عليش (ت 1299هـ) طبعة 1378هـ - 1958م مصطفى البابي الحلبي وأولاده (250/2).

(10) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 113 - 114.

وقد صرح ثلة من الأساتذة المعاصرين الذين كتبوا في هذه المسألة بأن مدار الفتوى في بدل الخلو هو العرف والعادة، والعادة محكمة كما هي القاعدة⁽¹⁾.

إلا أن الباحث سعد الدين محمد الكبّي، الذي يظهر من كلامه أنه ذهب مذهب المانعين لهذه المعاملة، يردّ على دليل المجيزين المستند إلى العرف، بقوله:

(وأما استدلال بعض الحنفية على المسألة بالعرف الخاص، فأقول: يجب أن يرجع إلى العرف في المسائل التي حكم فيها الشرع، ولم يحدّها بحدّ، عند ذلك نرجع إلى حدّها إلى ما تعارف عليه النَّاس، لأنَّ الشرع يكون قد خاطبنا بما نعرف،.. والقاعدة: «العرف والعادة يرجع إليه في كل حُكْم حَكَمَ الشارِع به ولم يحدّه».

فصار واضحاً من ذلك أن العرف ليس دليلاً بنفسه، وإنما هو شارح ومفسر للمطلوب من الدليل.

وهذه المسألة: بيع الخلو لتمليك المنفعة على التأيد، لا يجوز أن يُبتنى الحكم فيها على العرف كدليل مستقل، بل يجب أن يقال: إن العرف إذا خالف الحكم الشرعي يجب ردّ العرف، لكونه مبنيّاً على أمر باطل، كما لو تعارف النَّاس في بلد ما على معاملات ربويّة، فإنه يجب إخراج ذلك العرف، والعمل بالحكم الشرعي⁽²⁾.

وما ذهب إليه محمد الكبّي، بناءً على طريقتيه في تكييف المسألة من الناحية الشرعية، يقول: (ويحق لي أن أسأل المبيحين لهذا النوع من الخلو: ما هو التكييف الشرعي لعقد الخلو في هذه الصورة؟

1 - إن كان ما يأخذه المالك على أنه من الأجرة، فوجب أن يخضع هذا المبلغ (الخلو) لنظام الأجرة (البدل) في الشريعة الإسلامية ويعتبر به، فيكون من الأجرة المعجلة سلفاً، ولا يقضي ذلك تمليك المنفعة على التأيد، ولا يحق للمستأجر أن يطالب به، لأنه انتفع بما يقابله.

2 - وإن كان ما يأخذه المالك على أنه غير الأجرة، فما هو إذن؟

فإن قيل: مقابل ملك المنفعة، والأجرة الشهرية مقابل الانتفاع بالمنفعة، فلا أعجب إذن من قول الشرنبلالي الحنفي في هذا الكلام: يشبه كلام البرسم⁽³⁾.

والحقيقة أن كلام محمد الكبّي يحتاج إلى تفصيل: فإذا كان يقصد ببديل الخلو ما جاء في معنى الصورة الأولى التي ورد ذكرها سابقاً، فيسلم له ويوافق على ما ذهب إليه، أما إذا كان

(1) انظر بحث كل من الدكتور محمد سليمان الأشقر، والشيخ محي الدين قادي، والأستاذ ابراهيم فاضل الدبو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث.

(2) المعاملات المالية المعاصرة، سعد الدين محمد الكبّي، ص 474.

(3) هو الذي استعمل شيئاً مباحاً فحصل له خلل، المرجع نفسه ص 474.

يقصد الصورتين الثانية والثالثة كذلك، فلا يسلم له في ما ذهب إليه، لأن الصورتين جرى عليهما العرف وهما خاليتان من الموانع، لأن العوض من المال الذي يأخذه المستأجر هو مقابل الضرر الذي يلحقه، ولأن الأجرة تحط عنه بقدر ما تنازل عليه من مدة الإيجار، فالغرم بالغرم، والمعاملة لم تخرج عن قواعد عقود المعاوضات فهي صحيحة ومشروعة والله تعالى أعلم.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: مسؤولية الطبيب الجراح، وأخصائي التخدير

إن الطبيب الجراح يتحمل المسؤولية عن أهلية أخصائي التخدير المعاون له في اجراء العمليات الجراحية، لأنه لا يجوز له أن يعهد بمهمة التخدير إلى أي شخص لا تتوفر فيه الأهلية المعتبرة للقيام بمهمة التخدير على ما جرت عليه الأعراف الطبية عملاً بالقاعد الفقهيّة «العادة محكمة»⁽¹⁾.

وأما أخصائي التخدير فإنه يتحمل المسؤولية المباشرة عن أهلية المريض للتخدير، والمواد المخدرة التي اختارها، ومقدار الجرعة المخدرة، وطريقة التخدير. وهذا الذي جرى عليه العرف الطبي، وأقرته المستشفيات والعيادات الصحيّة التي تجرى فيها العمليات الجراحية.

فإذا حدث المحذور وتضرر المريض بحدوث شلل أو إعاقة ما، أو دخوله في غيبوبة انتهت بموته، فالتقصير يرجع إلى:

1 - الطبيب الرئيس المسؤول عن العملية الجراحية برمتها، بما فيها اختياره لأخصائي تخدير غير مؤهل.

2 - التقصير الحاصل من أخصائي التخدير نفسه، في ضعف تشخيصه للمريض الذي لم يتحمل الجرعة المخدرة، وقد يحدث التقصير في اختيار نوعية المخدر، أو أن طريقة التخدير كانت غير ملائمة للحالة المطبّبة.

مسألة 2: حرمة الاستنساخ البشري لمخالفته للعرف الشرعي

إن الاستنساخ البشري مخالف للعرف الصحيح، فالاستنساخ هو أمر غريب عن الطباع الإنسانية والتقاليد الحياتية في الأعمار والتكاثر، إذ لم تتعارف الأمم والجماعات والقبائل منذ بدء الخليقة على مثل هذه الأساليب الاستنساخية في التوليد والتناسل، وحتى المجتمعات الغربية الإباحية المادية - ممثلة في هيئاتها السياسية والقانونية والاجتماعية - رفضت الاستنساخ البشري.

ثم إن العرف المعتبر شرعاً هو العرف الذي لا يصادم أصلاً أو حكماً أو نصاً شرعياً مقررأ، فهل هذا النوع من الاستنساخ داخل في دائرة العرف الصحيح أم الفاسد؟

(1) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 505.

لا يختلف اثنان أن هذا النوع من الاستنساخ مرفوض ومردود لأنه محلل للحرام جالب للمفاسد المحضة ودافع للمصالح الشرعية قاض وعادم لمقصد وكلّي من الكليات الضرورية وهو الحفاظ على النسل. فهو إذا لا قيمة له، وليس من العرف الشرعي في شيء.

يقول الدكتور نور الدين مختار الخادمي: (فإذا نظرت في حقيقة الاستنساخ البشري من جهة العرف الشرعي الصحيح تبين لنا بما لا يدع مجالاً للشك والريبة منعه وتحريمه)⁽¹⁾.

القاعدة الثانية: لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان⁽²⁾.

معنى القاعدة

هذه القاعدة اعتبرها البعض من القواعد الكلية المتفرعة عن قاعدة العادة محكمة⁽³⁾.

معلوم أن الأحكام منها ما هو معلل (معقول المعنى) ومنها ما هو تعبدى (غير معقول المعنى)، فأما التعبدى فلا يتغير أبداً، لأنه مبني على النص، والنص ثابت لا يتغير، وأما الأحكام المعللة، وهي أكثر أحكام الشريعة الإسلامية، فعلى قسمين أيضاً من حيث علّتها، فهي إما علّة لا تقبل التغيير والتبدل، كتحریم الخمر لعلّة الإسكار، وتحريم القمار لعلّة الغرر، وهذه لا تتبدل أيضاً، لأن الحكم فيها منوط بالعلّة، والعلّة ثابتة لا تتغير، فيثبت الحكم بثبوتها لقاعدة «الحكم يدور مع علّته وجوداً وعدماً».

وإما أن تكون العلة قابلة للتغيير كالعرف والمصالح، وهذه يتغير الحكم فيها بتغيير علّته، يثبت بثبوتها وينتفي بانتفائها، وبذلك تكون القاعدة مما أطلق وأريد به المقيد، وإن "أل" الداخلة على الأحكام فيها ليست للاستغراق.

و لرفع أي التباس رأى بعض العلماء أن تكون صياغة القاعدة هكذا: «لا ينكر تغيير الأحكام الاجتهادية بتغيير الزّمان»⁽⁴⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: حكم الحقوق المعنوية

عرف القانونيون الحق المعنوي: سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره أو خياله، أو نشاطه كحق المؤلف في مؤلفاته العلمية، وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق المخترع في مخترعاته، وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية وثقة العملاء⁽⁵⁾.

(1) الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، للخادمي ص 92.

(2) انظر: المجلة مادة 39، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 173، الوجيز ص 310، موسوعة القواعد الفقهية (8/1100).

(3) من هؤلاء محمد صدقي البورنوي، انظر كتابه الوجيز، ص 310.

(4) انظر: الوجيز للبورنوي، ص 311. موسوعة القواعد الفقهية (8/1100).

(5) الملكية في قوانين البلاد العربية للدكتور عبد المنعم فرج الصده (9/1)، نقلاً عن بحث "الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية" للدكتور عبد السلام العبادي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، (3/2471 - 2472).

(وكلمة الحقوق المعنوية يراد بها في المصطلح الفقهي ما يقابل الحقوق المالية سواء منها ما يتعلق بالأعيان المتقومة أو بالمنافع العارضة .. كحق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع، وحق الشفيع في الشفعة، وكحقوق الارتفاع وحق المستأجر في السكنى.

فكل حق لم يتعلق بمال عيني ولا بشيء من منفعه العارضة، فهو حق معنوي .. مثل حق القصاص وحق رفع الدعاوى وحق الطلاق والولاية، وسائر الحقوق المتعلقة بالكرامة الإنسانية وعموم ما يدخل في معني العرض⁽¹⁾.

واختلفت أنظار العلماء في تكييفها وتخريجها، أذكر هنا تخريجاً على القاعدة الفقهية قام به بعض العلماء المعاصرين منهم الأستاذ عبد الحليم طهماز، والشيخ محمد سالم بن عبد الودود والشيخ يوسف القرضاوي⁽²⁾.

فذهبوا إلى اعتبار الحقوق المعنوية قياساً على جواز أخذ الأجرة على فعل بعض الطاعات، كالإقامة والأذان والتدريس وتعلم القرآن، مع أن الأصل عدم الجواز، ولكن استثنيت تلك الأمور استناداً إلى قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

ومعنى ذلك قياس أمر استحساني على أمر استحساني وإذا كان هناك نص يخالف ذلك فإن العرف يصلح مخصصاً، كما خصص المنع من أخذ الأجرة على الطاعات.

وبحث مجمع الفقه الإسلامي حكم هذه المسألة بعد الاستماع لكثير من الأبحاث والعروض والمناقشات، وخرج بقرار جاء فيه:

(أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها. وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها)⁽³⁾.

(1) انظر: بحث "الحقوق المعنوية حق الإبداع وحق الاسم التجاري" للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، (3/ 2397 - 2398).

(2) وقد قال بهذا التخريج كل من الأستاذ عبد الحميد طهماز في كتاب حق الابتكار للدريبي ص 175 - 176. الشيخ محمد سالم بن عبد الودود رحمه الله والشيخ يوسف القرضاوي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس (3/ 2539 - 2542).

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس (3/ 2579 - 2581).

المسألة 2: حكم تضمين البنوك الإسلامية للودائع الاستثمارية

أ - حقيقة الودائع الاستثمارية أو الحسابات الاستثمارية

هي حسابات ذات أجل (ما بين ثلاثة أشهر إلى سنتين إلى ثلاث سنوات) ، تفتحها البنوك الإسلامية لعملائها، لإيداع مدخراتهم النقدية واستثمارها مع البنك على أسس تتفق مع الشريعة الإسلامية الغراء، وتضفي جميع البنوك الإسلامية على هذا الحساب صفة عقد المضاربة، بحيث يكون العميل المودع هو صاحب رأس مال المضاربة، والبنك هو العامل أو الشريك بعمله، ويتم تقسيم الأرباح الناتجة عن نشاط المضاربة بين البنك وبين عملائه على أساس نسبة معلنة في العقد المبرم بين الطرفين، أما الخسائر فيتحملها عملاء البنك بالكامل، بينما يخسر البنك مجهوده الذي بذله، إلا إذا ثبت تعدد على شروط العقد أو تقصير أو إهمال من جانب البنك بصفته عامل المضاربة، ففي هذه الحالة فقط يتحمل كامل الخسائر بمفرده.

والأصل المجمع عليه بين جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة ، (الحنفية - المالكية - الشافعية - الحنابلة) هو اعتبار يد عامل المضاربة من الأيدي الآمنة .

وبناء عليه لا يجوز تضمين البنك، بصفته عامل المضاربة، للخسائر أو التلف الناتج عن غير تعدد أو إهمال من جانبه، وإنما يتحمل ذلك كله - في حالة وقوعه بهذا الشكل - العميل المودع (صاحب رأس المال) ⁽¹⁾.

ب - تضمين البنوك الإسلامية للودائع الاستثمارية

ذهب بعض العلماء المعاصرين من أمثال الدكتور سامي حسن حمود ⁽²⁾، والدكتور منذر قحف ⁽³⁾،

(1) انظر بحث "المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية" للدكتور حسين كامل فهمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (3/ 115 - 184).

(2) أول من نادى بتضمين البنوك الإسلامية، هو د . سامي حسن حمود في كتابه (تطوير الأعمال المصرفية) الذي نشره في عام 1976 م . حيث اقترح فرض الضمان الشامل على البنوك الإسلامية لكامل قيمة الودائع الاستثمارية التي تحتفظ بها هذه البنوك لصالح عملائها. وقد أشار في كتابه المذكور إلى أنه يمكن قياس ضمان البنوك لتلك الودائع على حالي الأجير المشترك والصانع المشترك، لاشتراك الجميع في نفس العلة التي استخدمها كل من السادة فقهاء الحنفية والمالكية في الحكم بذلك .

ثم أعاد د. سامي عرض نفس هذا الموضوع بعد ذلك ثلاث مرات : الأولى منها في بحثه (الفوارق التطبيقية بين المضاربة الفردية والمضاربة المشتركة). المقدم إلى ندوة البركة الخامسة للاقتصاد الإسلامي في عام 1409 هـ، والثانية في بحثه (الحسابات المصرفية)، المقدم إلى مؤتمر المجمع الفقهي التاسع عام 1417 هـ . والثالثة في بحثه (التكييف الفقهي للمضاربة المشتركة وتطبيقاتها المعاصرة) المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب خلال عام 1419 هـ. والدكتور سامي حمود نائب رئيس شعبة البنوك والتمويل الإسلامي، بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) انظر: سندات القراض وضمان الفريق الثالث، وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية، للدكتور منذر قحف، مجلة الملك عبد العزيز للاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، 1409 هـ، 1989 م . والدكتور منذر قحف، خبير بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

والدكتور نزيه حماد⁽¹⁾، إلى مشروعية تضمين البنوك الإسلامية للودائع الاستثمارية، واعتمدوا في اجتهادهم هذا على عدة مرتكزات، أقتصر - هنا - على ما يتعلق بموضوع البحث فقط:

أ - إن فرض الضمان على البنك الإسلامي لا يفسد عقد المضاربة، وإن اقتراحه بتضمين يد المضاربة لا يتعارض مع أي دليل شرعي من كتاب الله عز وجل ، أو من سنة رسوله ﷺ أو الإجماع الصحيح⁽²⁾.

ب - إن ارتباط ذمة البنك بأموال عدد كبير من العملاء لاستثمارها في آن واحد ، يشابه إلى حد كبير عمل الأجير المشترك، خاصة أن البنك يعمل في الودائع المحتفظ بها لديه بعيداً عن أعين أرباب رأس المال ورقابتهم وتوجيهاتهم .

وحيث إن جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية على الرأي بجواز تضمين الأجير المشترك والصانع المشترك لمظنة التهمة، ولما تواترت عليه الآراء من ورود احتمال للإهمال والتعدي من جانبها ، لذلك يمكن قياس عمل البنك بصفته مضارباً مشتركاً على عمل كل منهما ، بما يسوغ في النهاية إصدار الحكم بجواز ضمان البنك للأموال المودعة لديه⁽³⁾.

ج - إن هناك فارقاً بين عقد المضاربة ثنائي الأطراف وهو الذي استنبطه الفقهاء من المذاهب المختلفة، وفقاً للظروف والملابسات التي كانت سائدة في العصور الأولى من الإسلام والذي لا يسمح باشتراط الضمان مسبقاً على عامل المضاربة (المضارب أو البنك) كما لا يسمح بخلط الأموال في وعاء المضاربة بعد بدء النشاط فيها، وبين عقد المضاربة المشتركة (متعدد الأطراف) الذي تستخدمه البنوك الإسلامية حالياً وتمليه عليها قواعد التعامل المصرفي المعاصر.

فوفقاً للقواعد المذكورة - التي يرى القائل بهذا الرأي بأنه لا بديل أمام البنوك الإسلامية إلا أن تتقيد بها وتتبعها - تضطر هذه البنوك إلى السماح بدخول وخروج أموال عدد كبير من المودعين في وعاء المضاربة في آن واحد وبصفة مستمرة، مما يؤدي إلى خلط هذه الأموال وتزايد احتمالات وقوع غبن لكثير من المودعين⁽⁴⁾.

وبناء على ما سبق يمكن القول: بجواز الاشتراط على البنوك بضمان أرصدة الودائع الاستثمارية المحتفظ بها لديها، بما يجبرها على حسن إدارة هذه الأموال وعدم التفريط في استخدامها.

(1) انظر: بحث (مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي)، للدكتور نزيه حماد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، بحث رقم (53)، 1419 هـ - 1998 م .

(2) انظر: التكييف الفقهي للمضاربة المشتركة ، وتطبيقاتها المعاصرة ، للدكتور سامي حمود، بحث مقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية - جدة - ، ص 90 . أو راجع المحاضرات المقدمة في دورات مجمع الفقه الإسلامي 13، 14، 15، 16.

(3) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ، للدكتور سامي حمود، ص 388 - 392.

(4) د. سامي حمود ، بحث التكييف الفقهي للمضاربة المشتركة وتطبيقاتها المعاصرة، ص 11- 16 ، ص 39 ص 62- 63 ، ص 76 - 68 .

أما الأصل الشرعي الذي استُند إليه في إصدار هذا الحكم، فهو ما تقتضيه قواعد العرف المصرفي السائد في جميع أنحاء العالم، وما تستلزمه قاعدة: «تغيير الأحكام بتغير الأزمان»⁽¹⁾.

ويجدر التنبيه - هنا - إلى أن الرأي المعتمد في هذه المسألة هو عدم التّضمنين، وقد ورد هذا الحكم ضمن قرار مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الرابع⁽²⁾، حول سندات المقارضة وسندات الاستثمار حيث جاء في المادة الرابعة من هذا القرار ما يلي:

(لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال. فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل).

وكذلك ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي، في دورته الثالثة عشرة، فيما يتعلق بالضمان في المضاربة: (المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها، ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة، ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام)⁽³⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم نقل الأعضاء البشرية من ميت إلى حيّ

ذهب جمهور كبير من العلماء، وكذا بعض الجامع الفقهيّة، إلى جواز ذلك استناداً إلى قاعدة: «أن الأحكام تتغير بتغير الأزمان»⁽⁴⁾.

ووجه التخرّيج على القاعدة: أن نقل الأعضاء الأدمية كان قبل تقدم الطب يعتبر ضرراً وخطراً، فكان حكمه المنع دفعاً للضرر المتوقع، والآن بعد تطور العمل الطبي، وسهولة إجراء العمليات الجراحية بنجاح تام، أصبح نقل الأعضاء البشرية خاصة من الأموات، وإعادة غرسها للأحياء، عملاً سهلاً مأمون العاقبة بالتجربة.

فأفتى العلماء بجواز ذلك دفعاً للضرر ورفعاً للحرج الواقع على الأحياء الذين هم في أمسّ الحاجة إلى هذه الأعضاء لقيام حياتهم العادية عليها، لا سيما أن هذا الحكم الصّادر دخل في دائرة الاجتهاد المعاصر المشروع، والقاعدة الفقهيّة تقول: «لا ينكر تغيير الأحكام الاجتهادية بتغير الزّمان»، فوجب تغيير الحكم بتغير الحال والزمان.

(1) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (3/ 150 - 155).

(2) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، (3/ 2159 - 2165).

(3) انظر: القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (3/ 295).

(4) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي ص 21، والمختارات الجليلة لابن سعدي، طبعة المدني 1378 هـ، ص 325.

فهذا النقل كان حراماً في العصور السابقة التي يغلب على الظن فيها الهلاك بعملية القطع والغرس، ويعتبر جائزاً في هذه العصور الحديثة التي أصبح فيها دواءً وعلاجاً نافعاً⁽¹⁾.

المسألة 2: هل تجوز الوصية بجزء من البدن بعد الموت؟

ذهب إلى جواز ذلك الدكتور يوسف القرضاوي في كتابه فتاوى معاصرة، وبنى فتواه على أن الأحكام الاجتهادية تتغير بتغير الزمان والمكان والعرف والحال، لأن الأصل الذي كان سائداً عند السلف منع مثل هذه الوصية، لأن تنفيذها متعذر في زمانهم لعدم قدرتهم العلمية والطبية على تحقيق هذا العمل من القطع والغرس، أما في زماننا فإن غرس الأعضاء البشرية عمل يقوم به كثير من الأطباء وفي كثير من المستشفيات وفي مختلف البلدان في ظروف عادية.

وعليه يمكن للإنسان - اليوم - أن يوصي بجزء من بدنه مادام أن الوصية ممكنة التنفيذ، يقول القرضاوي: (والذي يتضح لي أنه إذا جاز له التبرع بذلك في حياته، مع احتمال أن يتضرر بذلك - وإن كان احتمالاً مرجوحاً - فلا مانع أن يوصي بذلك بعد موته؛ لأن في ذلك منفعة خالصة للغير، دون احتمال أي ضرر عليه... ولا دليل من الشرع على تحريم ذلك، والأصل الإباحة، إلا ما منع منه دليل صحيح صريح، ولم يوجد)⁽²⁾.

ثم يبين وجه الاستدلال بالقاعدة الفقهية فيقول: (ولا يعترض معترض بأن السلف لم يؤثر عنهم فعل شيء من ذلك، وكل خير في اتباعهم.. فهذا صحيح لو ظهرت لهم حاجة إلى هذا الأمر، وقدرة عليه، ولم يفعلوه.

وكثير من الأعمال التي نمارسها اليوم لم يفعلها السلف؛ لأنها لم تكن في زمنهم، والفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعرف والحال، كما قرر ذلك المحققون.

وكل ما يمكن وضعه هنا من قيد هو ألا يكون التبرع بالجسم كله، أو بأكثر أو بما دون ذلك، مما يتنافى مع ما هو مقرر للميت من أحكام، من وجوب تغسيله وتكفينه والصلاة عليه، ودفنه في مقابر المسلمين... الخ، والتبرع ببعض الأعضاء لا يتنافى مع شيء من ذلك بيقين)⁽³⁾.

القاعدة الثالثة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً⁽⁴⁾

تعريف القاعدة

هذه القاعدة هي من القواعد المهمة المتفرعة عن القاعدة الكبرى «العادة محكمة». وهي ذات فائدة جمة خاصة في باب المعاملات المالية وما يتعلق بها من أحكام.

(1) انظر: المختارات الجليلة لابن سعدي ص 325، أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص 379.

(2) فتاوى معاصرة للقرضاوي (2/589).

(3) انظر: فتاوى معاصرة للقرضاوي (2/590).

(4) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: 43، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 183، الوجيز ص 306، موسوعة القواعد الفقهية (10/749).

وقد وردت هذه القاعدة في مصادر كثيرة بعبارات مماثلة لما سبق، أو قريبة منها، وإليك بعض هذه العبارات:

«المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً»⁽¹⁾.

«الشرط العرفي كاللفظي»⁽²⁾.

«العادة المطردة تنزل منزلة الشرط»⁽³⁾.

«العادة في عرف الشرع كالشرط»⁽⁴⁾.

المعنى اللغوي للقاعدة

سبق وأن عرفنا العرف في اللغة والاصطلاح⁽⁵⁾.

أما الشرط لغة: يجمع على أشراط وشروط، وقد جاء بعدة معان، منها: العلامة التي يجعلها الناس بينهم. أو هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه⁽⁶⁾.

أما في الاصطلاح: فيختلف التعريف على حسب استعمال علماء كل فن:

فعلماء الأصول عرفوه بقولهم: (ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)⁽⁷⁾. بمعنى أن الشرط هو ما يتوقف وجود الشيء عليه، دون أن يكون جزءاً منه، كاشتراط القدرة على تسليم المبيع لصحة البيع، مع أنه ليس جزءاً من العقد، لكن صحة البيع تتوقف على القدرة على التسليم.

أما الفقهاء فقالوا في تعريفه: إلزام المتصرف في تصرفه بأمر من الأمور زائداً على أصل التصرف، وسواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا، وسواء أكان فيه منفعة للملتزم أم لا، ثبت ذلك باللفظ أم لا⁽⁸⁾.

(1) زاد المعاد (5/109 - 118).

(2) إعلام الموقعين (3/3).

(3) موسوعة القواعد الفقهية (6/337).

(4) انظر: المعيار المعرب لأحمد بن يحيى النشريسي، خرجه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي، (6/449).

(5) انظر: ص؟؟؟ من الأطروحة

(6) تاج العروس (10/305)، لسان العرب (3/297)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص427.

(7) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي ص82. جمع الجوامع للسبكي مع حاشية البناني على شرح الجلال المحلي، (2/30 - 31).

(8) انظر: القاموس الفقهي ص192.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

عرفها صاحب الوجيز فقال: (إن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم - وإن لم يذكر صريحاً - هو قائم مقام الشرط في الالتزام والتقييد)⁽¹⁾.

أي أن المعروف المعتاد بين الناس، وإن لم يذكر صريحاً، فهو بمنزلة التصريح لدلالة العرف عليه.

العلاقة بين العرف والشرط

الواقع أن هناك علاقة بين العرف والشرط، بحيث إن كلا منهما يقوم بدور مهم في تحديد ما يمكن تحديده في نطاق المعاملات، مما يجوز اشتراطه شرعاً، ولذلك قال الفقهاء: (إن الشرط المشروط كالعرف المعروف)، مع ملاحظة أن الشرط أقوى من العرف؛ لأنه في الغالب يعبر عنه بالوسائل الصريحة كالنطق، واللفظ، والكتابة، أما العرف فهو من قبيل الدلالة، ولذلك جاز اشتراط خلافه بالشرط الصريح⁽²⁾.

هذا فيما إذا كان الشرط الصريح معتبراً شرعاً، أما إذا كان غير معتبر في الشرع، وذلك بأن كان مصادماً للنص بخصوصه، فلا يكون معتبراً إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط، فلو تعارف الناس مثلاً تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعدد منه ولا تقصير، لا يعتبر ذلك التعارف ولا يراعى، لأنه مصاد للشارع⁽³⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أن القاعدة الفقهية «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»⁽⁴⁾، التي هي في الحقيقة داخلة تحت «قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، وذكرها من قبيل ذكر الأخص بعد الأعم اهتماماً بشأن المعاملات التجارية، فما يقع بين التجار من المعاملات التجارية ينصرف عند الإطلاق إلى الأعراف السائدة في وسطهم التجاري⁽⁵⁾.

وبناءً على ذلك إن كل عمل من التجارة إذا سكت فيه عن قيد وشرط؛ فالمرجع في ذلك العرف المتبع بين التجار.

ففي المضاربة - مثلاً - يسوغ للمضارب التصرف في المال من مداينة، أو سفر به، أو غيرها على حسب ما هو متعارف بين التجار.

وكما إذا وقع أحد المتعاقدين على النسخة الأصلية للعقد، فإن ذلك يعتبر بمثابة الرضا بالعقد في عرف الناس اليوم؛ لأن التوقيع إنما يوضع عادةً للتعبير عن الرضا والموافقة.

(1) الوجيز لمحمد صدقي البورنو ص 306.

(2) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (1/192).

(3) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 183.

(4) انظر: المجلة المادة 44، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 185. الوجيز ص 306، موسوعة القواعد الفقهية (10/752).

(5) الوجيز لمحمد صدقي البورنو ص 308.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

مسألة: حكم دخول المصرف الإسلامي كعنصر جديد في المضاربة المشتركة واستحقاقه الربح

المضاربة المشتركة: هي الصيغة التعاقدية المطوّرة لشركة المضاربة الفردية⁽¹⁾، أو الثنائية، وهي تقوم على أساس أن يعرض المصرف الإسلامي - باعتباره مضارباً - على أصحاب الأموال استثمار مدخراتهم لهم، كما يعرض المصرف - باعتباره صاحب مال أو وكيل عن أصحاب الأموال - على أصحاب المشروعات الاستثمارية استثمار تلك الأموال، على أن توزع الأرباح حسب الاتفاق بين الأطراف الثلاثة، وتقع الخسارة على صاحب المال⁽²⁾.

فهل يجوز للمصرف الإسلامي أن يكون طرفاً في هذه الشركة، له نصيب من الربح، أم يجب أن يقتصر دوره على الوساطة بين أرباب الأموال والمستثمرين؟

اتفق العلماء والباحثون المعاصرون على جواز دخول المصرف الإسلامي كعنصر جديد في المضاربة، وأن المصرف هو بمثابة مضارب، ولا يعتبرونه وسيطاً بين المضارب وأصحاب رؤوس الأموال ومما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي:

(المستثمرون بمجموعهم هم أرباب المال، والعلاقة بينهم - بما فيهم المضارب إذا خلط ماله بما لهم - هي المشاركة، والمتعهد باستثمار أموالهم هو المضارب، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، مثل المصارف والمؤسسات المالية، والعلاقة بينه وبينهم هي المضاربة (القراض)، لأنه هو المنوط به اتخاذ قرارات الاستثمار والإدارة والتنظيم. وإذا عهد المضارب إلى طرف ثالث بالاستثمار فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول وبين من عهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بينه وبين أرباب الأموال (أصحاب الحسابات الاستثمارية)⁽³⁾.

وأغلب الباحثين نحي منحى قياسها على المضاربة الفردية، وبيان أن الفوارق الجوهرية بين المضاربة الجماعية وبين المضارب الفردية غير مؤثرة، وبالتالي تكون المضاربة الجماعية مباحة

(1) المضاربة الفردية يقصد بها المضاربة المعروفة في الفقه الإسلامي تمييزاً لها عن المضاربة التي تجريها المصارف الإسلامية. وتقيدتها بالفردية تمييزاً لها عن المضاربة المشتركة أو الجماعية التي تجريها البنوك الإسلامية.

(2) انظر: الاستثمار لأميرة مشهور ص 307. والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، ص 300. وانظر تعريفات أخرى لمجموعة من العلماء المعاصرين المشاركين في الدورة الثالثة عشرة والتي بحث فيها موضوع المضاربة المشتركة مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة المجلد الثالث.

(3) انظر: القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 13 (3/ 289 - 295).

قياساً على المضاربة الفردية⁽¹⁾. وذهب الدكتور محمد عبد الله العربي إلى تخريجها على قاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»⁽²⁾.

وخلاصة ما قاله: أن المصرف يتصرف في الأموال كمضارب يعطي تلك الأموال إلى غيره مضاربة بمقتضى المضاربة المطلقة أو التفويض العام، واستند في ما ذهب إليه إلى قول الحنفية والحنابلة، الذين أجازوا المضاربة المطلقة عملاً بعرف التجار، الذي جرى على أن التفويض العام يقتضي دفع المال إلى الغير مضاربة؛ لأن الغير قد يكون أبصر وأحذق بالتجارة من المضارب. وخالف في ذلك المالكية والشافعية فلم يجيزوا ذلك إلا بإذن صريح⁽³⁾.

والراجح في ذلك ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، لأن «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»⁽⁴⁾. وبناءً على ذلك يجوز للمصرف الإسلامي أن يعطي المال لغيره مضاربة ويستحق على عمله الربح⁽⁵⁾.

(1) انظر: البحوث العلمية المتعلقة بموضوع المضاربة المشتركة المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي الدورة الثالثة عشرة المجلد الثالث.

(2) انظر: المعاملات المصرفية ورأي الإسلام فيها، لمحمد عبد الله العربي ص 36.

(3) انظر: المبسوط (158/22)، بدائع الصنائع (5/121 - 122)، لبحر الرائق (7/264)، مواهب الجليل (5/363)، تكملة المجموع للمطيعي (13/421)، المغني (5/3) كتاب الشركة.

(4) انظر: المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، ص 304.

(5) انظر: بحث «التوجيه التشريعي» للدكتور المرحوم محمد عبد الله العربي، ضمن بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية، (1/52-53).

الفصل السادس أثر قواعد الاستصحاب والإثبات والتوابع في الاجتهاد المعاصر

المبحث الأول أثر قواعد الاستصحاب في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة القاعدة الأولى: اليقين لا يزول بالشك

التعريف بالقاعدة

هذه إحدى القواعد الخمس، أو الست الكبرى التي ذكر العلماء أنها مبنى الفقه⁽¹⁾. وعلى هذا فإنه لا يكاد يخلو كتاب من كتب قواعد الفقه، أو من كتب الفقه من ذكر لها، أو تحليل بها⁽²⁾، وتعرض لها بعض الأصوليين أيضاً بالذكر في باب الاستصحاب وغيره⁽³⁾، وقال المقرئ: (إنها قاعدة فقهية أصولية)⁽⁴⁾. وقد دخلت هذه القاعدة في مجال التّقييد منذ عهد مبكر، فقد ثبت عن الشافعي أنه قال: (ومن استيقن الطهارة، ثم شك في الحدث أو استيقن الحدث ثم شك في الطهارة، فلا يزول اليقين بالشك)⁽⁵⁾.

وذكرها البعض بصيغة «الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»⁽⁶⁾. وجاءت كذلك بصيغة «لا يرتفع الثابت بالشك»⁽⁷⁾. أو «لا يترك اليقين بالشك»⁽⁸⁾. ولم تنزل صياغة هذه القاعدة، وما تفرع منها، تختصر وتهذب، حتى استقرت على قولهم «اليقين لا يزول بالشك»⁽⁹⁾.

مفردات القاعدة

اليقين لغة: هو العلم الذي لا شك معه⁽¹⁰⁾.

وفي اصطلاح المنطقيين: يعرف بأنه الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت وجوداً أو عدماً⁽¹¹⁾.

-
- (1) الأشباه والنظائر للسبكي (1/ 138)، أشباه السيوطي، ص 71، تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب الحنبلي (1/ 118).
- (2) انظر على سبيل المثال: أشباه السبكي (1/ 13)، أشباه السيوطي، ص 72، اشباه ابن نجيم ص 60، القواعد للمقرئ (1/ 291 - 292)، وإيضاح المسالك قاعدة رقم: 26 ص 199، المجلة مادة: 4، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 35، القواعد الفقهية للندوي، ص 354. وانظر: بدائع الصنائع (1/ 221)، الذخيرة للقرافي (1/ 212)، المبسوط (1/ 107)، حاشية ابن عابدين (2/ 219)، الأم (1/ 9)، المهذب (1/ 25)، المغني (1/ 76) باب أحكام المياه. موسوعة القواعد الفقهية (12/ 441).
- (3) انظر: أصول السرخسي (2/ 17)، المحصول (2/ 164)، الإحكام للآمدي (4/ 111).
- (4) القواعد للمقرئ (1/ 192).
- (5) انظر: الحاوي للماوردي (1/ 207). والمنثور للزركشي (3/ 135).
- (6) ذكرها الكرخي رحمه الله بهذه الصيغة ضمن الأصول التي عليها مدار كتب الحنفية، انظر: تأسيس النظر للذبوسي ص 161.
- (7) كشف الأسرار للذبوسي، كتاب المناسك ص 53.
- (8) تأسيس النظر 17.
- (9) قاعدة اليقين لا يزول بالشك، للباحسين ص 21.
- (10) انظر: معجم مقاييس اللغة (6/ 157)، الصحاح (6/ 2119) مادة (يقن)، التعريفات للجرجاني ص 280، المصباح المنير (2/ 938)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص 750.
- (11) الكليات لأبي البقاء الكفوي، الطبعة الثانية (1419هـ - 1998م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان ص 979. التعريفات ص 259.

وفي اصطلاح الفقهاء: كالمعنى اللغوي⁽¹⁾.

الشك لغة: بمعنى التداخل، ومنه الشك الذي هو خلاف اليقين، ويأتي بمعنى اللزوق والاصوق⁽²⁾.

وفي الاصطلاح: هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح أحدهما على الآخر عند الشاك. وقيل هو ما استوى طرفاه⁽³⁾.

المعنى العام للقاعدة

إذا تعارض عند المكلف جهتان في أمر ما، جهة يقين وجزم بحكم، وجهة شك في حصول ما ينافيه، وذلك بأن يتيقن أمراً في وقت، ثم يطرأ عليه شك في حصول ما ينافيه في وقت آخر، كمن يتيقن أنه توضأ، ثم شك في حدوث الناقض، أو جزم أنه صلى ركعة واحدة، ثم شك هل صلى الثانية أم لا، فإن الواجب عليه واللازم له أن يأخذ باليقين الذي استقر عنده ويدع الشك الطارئ عليه بحيث يجعله كالمعدوم. ومن هذا يظهر أن المراد باجتماع اليقين مع الشك استصحاب حكم اليقين السابق إلى وقت طرأ الشك فيه، إذ لا يتصور اجتماع اليقين مع الشك في حكم واحد في وقت واحد حقيقة⁽⁴⁾، ولا فرق بين أن يكون اليقين السابق مقتضياً للإباحة أم للحظر⁽⁵⁾.

أدلة القاعدة

هذه القاعدة استنبطها الفقهاء من أحاديث النبي ﷺ، ومنها:

1 - عن عباد بن تميم⁽⁶⁾، عن عمّه⁽⁷⁾ أنه شكاً إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: «لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً»⁽⁸⁾.

(1) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (3/ 515 - 517).

(2) انظر: مقاييس اللغة (3/ 173)، لسان العرب (7/ 175) مادة شكك، المصباح المنير (1/ 436).

(3) التعريفات ص 128، التوقيف على مهمات التعاريف ص 436، القاموس الفقهي ص 200.

(4) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (1/ 13)، أشباه السيوطي ص 72، أشباه ابن نجيم ص 62، القواعد الفقهية للندوي ص 362.

(5) شرح القواعد الفقهية، ص 37. وانظر في معناها موسوعة القواعد الفقهية للبورنونو (12/ 442)، وكتاب قاعدة اليقين لا يزول بالشك، للدكتور الباحثين ص 49 وما بعدها.

(6) هو عباد بن تميم بن غزية الأنصاري المازني المدني روى عن أبي قتادة الأنصاري، وأبي سعيد الخدري، وعنه: أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، والزهرري، ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم، قال عنه ابن حجر: ثقة من الثالثة، وذكره ابن حبان في الثقات، انظر: الطبقات الكبرى (5/ 81)، تقريب التهذيب (1/ 289) رقم الترجمة: 3123، الكاشف للذهبي (1/ 529) رقم الترجمة: 2558.

(7) هو عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصاري الخزرجي رضي الله عنه، أبو محمد، شهد أحداً وغيرها، وقتل يوم الحرة سنة 63هـ. وهو عم عباد لأمه كما قال ابن حجر، انظر: أسد الغابة (3/ 167 - 168)، الإصابة (4/ 98)، تقريب التهذيب (1/ 304).

(8) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، (1/ 64) رقم: 137، ومسلم في كتاب الحيض، باب من يتيقن الطهارة ثم شك، له أن يصلي بطهارته، (1/ 276) رقم: 361، وأبو داود في السنن كتاب الطهارة، باب إذا شك في الحدث (1/ 45) رقم: 176، وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي (4/ 49).

يقول الإمام الخطابي⁽¹⁾ - رحمه الله - في المعالم عند تعليقه على الحديث: (وفي الحديث من الفقه أن الشك لا يزحم اليقين)⁽²⁾. وقال الإمام النووي - رحمه الله -: (وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم بقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها)⁽³⁾. وقال في المجموع: (هذه قاعدة مطردة لا يخرج منها إلا مسائل)⁽⁴⁾.

2 - وعن عطاء بن يسار⁽⁵⁾، عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: ((إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم)) وفي رواية ((فليصل ركعة، وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم))⁽⁶⁾. قال الإمام ابن عبد البر في شرح هذا الحديث: (وفي هذا الحديث من الفقه أصل عظيم جسيم مطرد في أكثر الأحكام وهو أن اليقين لا يزيله الشك، وأن الشيء مبني على أصله المعروف حتى يزيله يقين لا شك معه،... وأجمع العلماء أن من أيقن بالحدث وشك في الوضوء أن شكه لا يفيد فائدة، وأن عليه الوضوء فرضاً، وهذا يدل على أن الشك عندهم ملغى، وأن العمل على اليقين عندهم، وهذا أصل كبير في الفقه، فتدبره ووقف عليه)⁽⁷⁾.

3 - ويدل على اعتبار هذه القاعدة؛ العقل لأن اليقين أقوى، وهو أمر ثابت متضمن لحكم قطعي جازم فلا يزول بالشك⁽⁸⁾.

(1) الأمام الخطابي هو أبو سليمان جمد وقيل أحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي البستي، ولد سنة 319هـ، وتوفي سنة 386هـ، من أثاره العلمية، معالم السنن في شرح كتاب السنن لأبي داود السجستاني، وكتاب غريب الحديث. انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (11/236)، تذكرة الحفاظ (3/1018)، البداية والنهاية (11/36) شذرات الذهب (7/127)، وفيات الأعيان (1/208)، طبقات الشافعية الكبرى (3/282)، وطبقات الأسنوي (1/467 - 468).

(2) معالم السنن (1/129).

(3) شرح النووي على صحيح مسلم، (4/49 - 50).

(4) المجموع شرح المذهب (1/205).

(5) عطاء بن يسار: عطاء ابن يسار الإمام الرباني أبو محمد المدني مولى أم المؤمنين ميمونة الفقيه الواعظ أخو الفقيه سليمان وعبد الله وعبد الملك، روى عن زيد بن ثابت وأبي أيوب وعائشة وأسامة ابن زيد وأبي هريرة وعدة وعنه: زيد ابن أسلم وعمرو بن دينار وصفوان ابن سليم وهلال ابن أبي ميمونة وشريك ابن أبي نمر، وكان ثقة جليلاً من أوعية العلم، وذكره ابن حبان في «الثقات» وقال: قدم الشام فكان أهل الشام يكتونونه بأبي عبد الله، وقدم مصر فكان أهلها يكتونونه بأبي يسار، وكان صاحب قصص وعبادة وفضل. كان مولده سنة (19)، ومات سنة (103)، وكان موته بالإسكندرية، وقيل بل توفي سنة بضع وتسعين.

انظر في ترجمته: تهذيب التهذيب (2/199)، تهذيب الكمال (12/244)، سير أعلام النبلاء (3/335).

(6) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه بهذا اللفظ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له (1/400) رقم: 571، والحاكم في مستدركه (1/468) رقم: 1202، والرواية الأخرى هي للإمام مالك في الموطأ

كتاب الصلاة، باب إتمام المصلي ما ذكر إذا شك في صلاته (1/95) رقم: 214.

(7) انظر: التمهيد لابن عبد البر (5/27).

(8) انظر: القواعد الفقهية للندوي ص356. الوجيز للبورنو ص168.

ومجمل القول في دليلة القاعدة حصول الاتفاق بين الفقهاء والأصوليين على اعتبارها والاستناد إليها، إلا أنهم يختلفون في تطبيقها وتنزيلها على الوقائع والأحداث، ففي اعتبارها قال القرافي: (فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه)⁽¹⁾.

أما في اختلاف الفقهاء في تنزيلها على المسائل الفقهية؛ يقول ابن دقيق العيد: (..وكان العلماء متفقون على هذه القاعدة، لكنهم يختلفون في كيفية استعمالها)⁽²⁾.

وللتوضيح أكثر أورد مثلاً فقهاء حصل حوله اختلاف في وجه تطبيق القاعدة، وهو فيمن تيقن الطهارة ثم شك في حصول الحدث الناقض:

فالمشهور من مذهب المالكية وجوب الطهارة⁽³⁾، وهو قول الظاهرية أيضاً⁽⁴⁾.

وذهب الجمهور إلى أنه لا تلزمه الطهارة⁽⁵⁾.

وكلا الفريقين بنى على أن اليقين لا يزول بالشك.

فالمالكية ومن رأى رأيهم وافقوا الجمهور على القاعدة، وخالفوهم في هذا الحكم الفرعي.

والسبب في ذلك اختلاف النظر في التطبيق، أي في تحقيق المناط. فالمتيقن - عند المالكية ومن قال بقولهم هنا - هو انشغال الذمة بالصلاة، والمشكوك فيه هو سبب الإبراء وهو أداء الصلاة أداءً صحيحاً، إذ الشك في الطهارة - التي هي شرط صحة الصلاة - شك في صحة الصلاة نفسها⁽⁶⁾، فلا يزول اليقين - الذي هو انشغال الذمة بالصلاة - بالمشكوك فيه وهو الصلاة المشكوك في صحتها؛ بناء على الشك في الطهارة⁽⁷⁾.

والمتيقن عند الجمهور هو الطهارة والمشكوك فيه انتقاضها. فلا يزول اليقين - الذي هو حصول الطهارة - بالمشكوك فيه وهو حصول الحدث⁽⁸⁾.

(1) الفروق (1/111).

(2) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (1/116).

(3) انظر: المدونة (1/13)، حاشية الدسوقي (1/122).

(4) انظر: المحلى لابن حزم (2/79).

(5) حاشية رد المحتار (1/148)، المهذب (1/25)، المغني (1/176).

(6) قال المقرئ: قاعدة: (الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط)، وقال الونشريسي: (الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط)، ورتب عليه هذا الفرع. انظر: القواعد للمقرئ (1/293)، وإيضاح المسالك للونشريسي ص192، وانظر الفروق (1/111، 293).

(7) انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل (1/300)، الشرح الصغير (1/60).

(8) انظر: فتح الباري (1/287).

وأما الحديث الذي هو مبنى القاعدة فإن المالكية يجعلونه خاصاً بما إذا شك وهو في الصلاة، وذلك في إحدى الروايات عنهم⁽¹⁾.

وتوصل الإمام القرافي رحمه الله عند تعرضه للمسألة، إلى أن الفريقين يخالفان القاعدة من وجه:

فالجمهور اعتبروا هذه الصلاة - التي أدت بطهارة مشكوك فيها - مبرئة للذمة وهذا اعتباراً للشك وترك لليقين وهو لزوم الصلاة في الذمة. ووجه كون ذلك اعتباراً للشك، أن الشك في الشرط - وهو الطهارة - يوجب شكاً في المشروط وهو الصلاة.

والمالكية اعتبروا الحدث المشكوك في حصوله ناقضاً للطهارة، وهذا اعتبار للمشكوك فيه وترك للمتيقن وهو الطهارة السابقة.

فالجمهور خالفوا القاعدة في الصلاة، والمالكية خالفوها في الحدث⁽²⁾.

والمتبع لتطبيقات هذه القاعدة، يجد أن العلماء استثنوا من حكمها بعض الصور، لمعارضة أصل آخر راجح على هذا الأصل، أو لظاهر ترجح إعماله على إعمال الأصل⁽³⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: هل موت الدماغ⁽⁴⁾ دون القلب يوجب الحكم بموت صاحبه أم لا؟

تعتبر هذه المسألة من أهم المسائل المعاصرة في هذا المجال - مجال الجراحة الطبية - وقد جرى حولها خلاف كبير، ذلك أن هذه المسألة تنبني عليها كل مسائل زراعة الأعضاء من الإنسان إلى إنسان آخر.

(1) انظر: مواهب الجليل (1/300)، الشرح الصغير (1/60)، فتح الباري (1/286).

(2) انظر: الفروق (1/111 - 112)، القوانين الفقهية ص 26، الشرح الصغير (1/60)، شرح الخطاب (1/300).

(3) انظر: المجموع المذهب للعلائي (1/76 - 96). وشرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 41.

(4) الدماغ هو ما يقع داخل تحويف الجمجمة، ويتكون من أجزاء ثلاثة هي:

المخ: وهو مركز التفكير، والذاكرة، والإحساس.

المخيخ: ووظيفته توازن الجسم.

جذع المخ: وهو المركز الأساسي للتنفس والتحكم في القلب، والدورة الدموية.

راجع في ذلك: كتاب الحياة الإنسانية للدكتور محمد علي البار، طبعة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية. وانظر: مجلة مجمع

الفقه الإسلامي، العدد الثالث، (2/531).

وصورتها: تكون في حالة ما إذا كان المنقول عنه قد مات دماغه⁽¹⁾، أما قلبه فما زال ينبض ويتدفق منه الدم، وهو تحت الأجهزة الطبية في غرفة الإنعاش، يقول الدكتور أحمد علي البار: "نقل الأعضاء لا بد أن يتم في أغلب الحالات والقلب لا يزال يضخ الدم، والدورة الدموية لا تزال تعمل، وذلك يرجع إلى سبب بسيط جداً، وهو أن توقف القلب والدورة الدموية عن هذه الأعضاء يؤدي إلى موتها، وإلى عدم صلاحيتها للعمل، فلا بد أن تنقل هذه الأعضاء وهي حية، وتسمى الفترة التي يمكن أن يبقى فيها العضو قبل أن يتلف تلفاً لا رجعة فيه فترة نقص التروية الدافئة"⁽²⁾.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في حكم هذه المسألة على قولين:

القول الأول: لا يعتبر موت دماغ الشخص دون قلبه موتاً، بل لا بد من توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان.

وذهب إلى هذا القول كل من: شيخ الأزهر السابق جاد الحق علي جاد الحق⁽³⁾ - رحمه الله -، الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي⁽⁴⁾، الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد⁽⁵⁾، والشيخ عبد الله البسام⁽⁶⁾، والدكتور توفيق الواعي⁽⁷⁾، الشيخ محمد المختار السلامي⁽⁸⁾، والشيخ بدر متولي عبد الباسط⁽⁹⁾، والشيخ عبد القادر محمد العمادي⁽¹⁰⁾، الدكتور عقيل بن أحمد العقيلي⁽¹¹⁾،

(1) ومفهوم موت الدماغ: هو توقفه عن العمل تماماً وعدم قابليته للحياة. فإذا ما مات المخ أو المخيخ من أجزاء الدماغ: أمكن للإنسان أن يحيا حياة غير عادية وهي: ما تسمى بالحياة النباتية. أما إذا مات "جذع الدماغ" فإن هذا هو الذي تصير به نهاية الحياة الإنسانية عند أكثر الأطباء على الصعيد الغربي، ويمكن حصر خلاف الأطباء في ذلك على رأيين: الأول: الاعتراف بموت جذع الدماغ: نهاية الحياة الإنسانية بدلاً من توقف القلب والدورة الدموية. الثاني: عدم الاعتراف بموت الدماغ: نهاية الحياة الإنسانية، فيكون الشخص محكوم بموته على الرأي الأول دون الثاني. انظر: المراجع نفسها.

أما حقيقة الموت عند الفقهاء فهي: مفارقة الروح للجسد. انظر: التعريفات للجرجاني ص235، القاموس الفقهي ص342 - 343. المصباح المنير (2/ 802 - 803).

(2) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، (1/ 103 - 104).

(3) مجلة الأزهر، السنة65، نوفمبر1992، (5/ 616 - 625).

(4) انظر قضايا فقهية معاصرة، ص138 وما بعدها، (1/ 207 - 208).

(5) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4/ سنة1408 - 1988م، (1/ 181 - 182).

(6) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص441. والشيخ عبد الله البسام قاض بمحكمة التمييز بالمنطقة الغربية بالملكة العربية السعودية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وعضو المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي.

(7) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص461. وانظر بجهته (حقيقة الموت والحياة) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد3، (2/ 708 - 715). والدكتور توفيق الواعي أستاذ بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت.

(8) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص451. وانظر بجهته (متى تنتهي الحياة) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد3، (2/ 687).

والشيخ محمد المختار السلامي، مفتي الجمهورية التونسية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(9) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص445. والشيخ بدر متولي عبد الباسط أمين عام الموسوعة الفقهية بوزارة الأوقاف الكويتية، والمستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(10) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص485. والشيخ عبد القادر محمد العمادي، قاض بالمحكمة الأولى بقطر.

والدكتور مصطفى محمد الذهبي⁽¹⁾، المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي⁽²⁾، وبه أفتت لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية⁽³⁾.

القول الثاني: يعتبر موت دماغ الشخص دون قلبه موتاً حقيقياً، ولا يشترط توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان. وقال به ثلة من العلماء منهم:

الدكتور عمر سليمان الأشقر⁽⁴⁾، والدكتور محمد سليمان الأشقر⁽⁵⁾، والدكتور محمد نعيم ياسين⁽⁶⁾، والدكتور أحمد شرف الدين⁽⁷⁾، الأستاذة ندى محمد نعيم الدقر⁽⁸⁾، الدكتور أحمد شوقي عمر أبو خطوة⁽⁹⁾، الدكتور محمد علي البار⁽¹⁰⁾، ورئيس لجنة الفتوى بالأزهر⁽¹¹⁾، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁽¹²⁾.

واستدل كل فريق بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول والقواعد الفقهية.

والذي يهمنا في بحثنا هذا هو أدلة الفريق الأول الذين استدلوا بالقاعدة الفقهية:

- قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»، وبيان ذلك: أن اليقين في هذه الحالة المختلف فيها هو حياة المريض، وشككنا هل هو ميت لأن دماغه ميت، أم هو حي لأن قلبه ينبض؟

فوجب علينا اليقين الموجب للحكم بحياته، حتى نجد يقينا مثله يوجب علينا الحكم بموته⁽¹³⁾.

ووجه التخريج على القاعدة: أن الأصل بقاء الروح وعدم خروجها، فنحن نبقى على هذا الأصل ونعتبره، يقول عقيل بن أحمد العقيلي: (وما ثبت باليقين لا يرتفع بالشك، والأصل

(1) أستاذ أمراض الصدر بكلية الطب جامعة القاهرة، انظر كتابه: نقل الأعضاء بين الطب والدين، ص 108.

(2) في دورته العاشرة بمكة المكرمة سنة 1408هـ - 1988م.

(3) وقد وردت الفتوى في 18 صفر 1402هـ الموافق 14/12/1981م، انظر ندوة الحياة الإنسانية ص 433.

(4) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص 146. والدكتور أستاذ للفقه المقارن والسياسة الشرعية بكلية الشريعة جامعة الكويت، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(5) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص 428 - 439. وبجته (نهاية الحياة) بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، (2/671). والدكتور أستاذ للشريعة الإسلامية بالأردن، وباحث بالموسوعة الفقهية الكويتية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(6) انظر كتابه أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة 26 - 45.

(7) انظر: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ص 160.

(8) في كتابها موت الدماغ بين الطب والإسلام، ص 155 - 188، والكتاب رسالة ماجستير نالت به الباحثة درجة الماجستير من كلية الإمام الأوزاعي ببلنجان.

(9) انظر في كتابه القانون الجنائي والطب الحديث دراسة تحليلية مقارنة لمشروع نقل وزرع الأعضاء، 1986م.

(10) انظر: بجته "أجهزة الإنعاش" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، (1/429 - 479)، موت القلب أو موت الدماغ، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، ص 102. والدكتور محمد علي البار طبيب مستشار قسم الطب الإسلامي بمركز الملك فهد للبحوث الطبية، جامعة الملك عبد العزيز بالسعودية، وعضو نشيط بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(11) رئيس لجنة الفتوى بالأزهر، 22 ذي القعدة 1405هـ، 8 أوت 1985م.

(12) قرار رقم 5 بتاريخ: 1407هـ - 1986م، المؤتمر الثالث بعمان الأردن.

(13) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشقيطي ص 347.

بقاء الحياة، ولا ينتقل عن الأصل إلا بيقين، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره شرعاً⁽¹⁾.

ويقول الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد وهو يُبَيِّن وجه تخريج مسألة حقيقة موت جذع الدماغ على القاعدة الفقهية: (فبما أن هذه الحقيقة محل خلاف بين الأطباء، وأن علاماتها أو جلها ظنية ولم تكتسب اليقين بعد، وأن قاعدة الشرع: أن اليقين لا يزول بالشك، ... فإنه لا يظهر أن موت الدماغ في هذه الصورة هو "حقيقة الوفاة" فتسحب عليه أحكام الأموات..)⁽²⁾.

وجاء في فتوى لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية: (لا يحكم بالموت إلا بانقضاء جميع علامات الحياة، حتى الحركة والتنفس والنبض، فلا يحكم بالموت بمجرد توقف التنفس أو النبض أو موت المخ، مع بقاء أي علامة من العلامات الظاهرة أو الباطنة التي يستدل بها على بقاء شيء من الحياة. وذلك لأن الأصل بقاء الحياة، فلا يعدل عن هذا الأصل بالشك، لأن اليقين لا يزول بالشك)⁽³⁾.

وقد رجح بعض الباحثين رأي الفريق الأول لقوة أدلة هذا الفريق. كما ذهب البعض الآخر إلى ترجيح رأي الفريق الثاني القائل بأن موت الدماغ يعتبر موتاً حقيقياً، وإن كان القلب مازال ينبض، لأن الحقائق العلمية تؤيد ذلك⁽⁴⁾.

وهو ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: (يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك إذا تبين في إحدى العلامتين التاليتين:

1 - إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2 - إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه. وأخذ دماغه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لا يزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة)⁽⁵⁾.

(1) انظر: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي للعقيلي ص 154.

(2) انظر: بحث "أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الأطباء والفقهاء"، للدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3، (2/ 532 - 533).

(3) الفتوى الصادرة بتاريخ 29/09/1984م، نقلاً عن بحث "نهاية الحياة" للدكتور عمر سليمان الأشقر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، (2/ 665 - 666).

(4) انظر: استنتاج الأستاذة ندى محمد نعيم الدقر، في كتابها موت الدماغ بين الطب والإسلام، ص 175 - 188.

(5) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 3، (2/ 807 - 809).

المسألة 2: حكم اللحوم المستوردة من بلاد غير إسلامية

كثيراً ما تلجأ الدول الإسلامية إلى استيراد اللحوم الحمراء أو البيضاء - طازجة، أو مجمدة، أو معلبة - من مختلف دول العالم، التي تدين بدين سماوي، أو لا تدين بدين سماوي، فما حكم هذه اللحوم، على اختلاف أنواعها، ومصادرها؟

بالرجوع إلى مصادر ومراجع الفتاوى المعاصرة وقفت على طائفة من الفتاوى حول هذه المسألة، اخترت منها فتوى الشيخ إبراهيم فاضل الدبوي⁽¹⁾، والتي وظف فيها قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

يقول الشيخ، بعد أن تعرض لبعض آراء الفقهاء المعاصرين في مسألة اللحوم المستوردة مرجحاً منها ما يلي:

1 - اللحوم التي تأتي من بلاد لا تؤمن بدين سماوي كالشيوعية وغيرها حرام، إلا إذا علمنا علم اليقين أن الذي قام بالذبح مسلم أو كتابي، أما ما يأتي منها من مطعومات أخرى غير الذبائح فهو حلال كالحبوب والخضروات والفواكه والأسماك.

2 - اللحوم التي تأتي من أهل الكتاب، يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما علم أنه ذبح على الطريقة الشرعية، كما لو أخبرنا بذلك من يوثق بكلامه، فهذا حلال.

القسم الثاني: ما علم أنه ذبح على غير الطريقة الشرعية بيقين، أو أهل به لغير الله، فهذا حرام.

القسم الثالث: ما جهل حاله، فلا ندري على أي صفة تمت تذكيته، وكان مصدره إحدى الدول التي تدين بدين سماوي - أي من أهل الكتاب - فالذي أميل إليه، والله أعلم، حل هذه الذبائح للأدلة التالية:

أ - إن اليقين لا يزول بالشك، فاليقين هو حل طعام أهل الكتاب بالنص، لا يزول بالشك في شرعية الذبح أو عدمها، لأن حل الطعام لا يزول بالشك، ولا يحرم إلا بالتأكيد بأنها وردت من بلاد لا دينية، أو ذبحت على خلاف الطريقة الشرعية⁽²⁾.

ووجه تخريجه للمسألة على القاعدة الفقهية: أن طعام أهل الكتاب حلٌ لنا بنص القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُتُوا أَلْكُتَبَ حَلٌّ لَكُمْ﴾⁽³⁾، والمراد من الطعام في هذه الآية

(1) الأستاذ الدكتور إبراهيم فاضل الدبوي، الأستاذ بجامعة العلوم التطبيقية بالأردن، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(2) انظر: بحث "الذبائح والطرق الشرعية في إنجاز الذكاة" للشيخ إبراهيم فاضل الدبوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 10، (1/ 294 - 295).

(3) سورة المائدة الآية 5.

الذبائح بإجماع أهل العلم⁽¹⁾. وفي مقابل هذا الحكم هناك اجتهاد مؤداه الشك في ذبائح أهل الكتاب التي تستوردها كثير من الدول الإسلامية، وهو شك في مقابل النص المفيد للعلم اليقيني في هذه المسألة والقاعدة الفقهية أن (اليقين لا يزول بالشك).

والصحيح الذي عليه جمهور الفقهاء قديماً وحديثاً أن ذبائح أهل الكتاب إنما تحلُّ إذا راعوا جميع شروط الذبح المنصوصة في القرآن والسنة، وكان ذلك هو المعهود منهم حين نزلت الرخصة في أكل ذبائحهم⁽²⁾، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في قراره الصادر في دورته العاشرة:

(أ - إذا كان استيراد اللحوم من بلاد غالبية سكانها من أهل الكتاب، وتذبح حيواناتها في المجازر الحديثة بمراعاة شروط التذكية الشرعية المبينة في الفقرة (ثانياً) فهي لحوم حلال لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَكُمْ﴾⁽³⁾.

ب - اللحوم المستوردة من بلاد غالبية سكانها من غير أهل الكتاب محرمة، لغلبة الظن بأن إزهاق روحها وقع ممن لا تحل تذكيته.

ج - اللحوم المستوردة من البلاد المشار إليها في البند (ب) إذا تمت تذكيتهما تذكياً شرعية تحت إشراف هيئة إسلامية معتمدة وكان المذكي مسلماً أو كتابياً فهي حلال⁽⁴⁾.

القاعدة الثانية: الأصل في المعاملات الصّحة، وفي العقود اللّزوم⁽⁵⁾.

هذه القاعدة هي من القواعد المتفق على اعتبارها لدى الفقهاء، مع تفاوت بينهم في استعمالها، فمنهم المتوسع ومنهم المقلّ، وقد وردت بصياغات مختلفة الألفاظ متفقة المعنى، أذكر منها:

«الأصل في التصرفات حملها على الصّحة»⁽⁶⁾.

«الأصل في العقود الصّحة»⁽⁷⁾.

«تصحيح العقود بحسب الإمكان واجب»⁽⁸⁾.

«الأصل الصّحة وحمل العقود عليها»⁽⁹⁾.

(1) يقول الإمام ابن كثير في تفسيره (وهذا أمر مجمع عليه بين العلماء أن ذبائحهم حلال على المسلمين) انظر: تفسير ابن كثير (19/2).

(2) انظر: بحث أحكام الذبائح واللحوم المستوردة للدكتور محمد تقي العثماني، ضمن كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص 414.

(3) سورة المائدة الآية 5.

(4) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 10 (1/649 - 656).

(5) المعيار المعرب (6/548).

(6) انظر: الذخيرة للقرافي (6/246). الفروق (2/84) فقرة 70.

(7) الأشباه لابن السبكي (1/253)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (1/436).

(8) المعيار المعرب (6/548).

(9) المعيار (5/195).

«العقد متى أمكن حملة على الصّحة كان أولى من إفساده»⁽¹⁾.

«الأصل صِحّة العقد ووجود ما يقتضيها»⁽²⁾.

وقد اخترت الصياغة الأولى لصلتها الوثيقة بالجانب التطبيقي في هذه الدراسة، والمتمثل في الفروع الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية المعاصرة.

مفردات القاعدة

الأصل في اللغة: أساس الشّيء الذي يقوم عليه. أو ما منه الشّيء، وما يبنى عليه غيره⁽³⁾.

وفي الاصطلاح: له إطلاقات كثيرة، أشهرها: الراجح، القاعدة المستمرة والمستصحب، الراجح⁽⁴⁾.

المعاملات: جمع معاملة، وهي مأخوذة من عاملت الرجل أعماله معاملة⁽⁵⁾.

والمعاملة في الاصطلاح: تطلق على الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا⁽⁶⁾، سواء تعلق الأمر بالمعاوضات المالية، أو الأنكحة، أو المخاصمات، أو الأمانات، أو التركات أو غيرها.

وخصّها البعض بالمعاملات المالية، على أساس تقسيم الفقه الإسلامي إلى عبادات ومعاملات، ومناكحات، وعقوبات..

والأولى المعنى الأول لأنه هو الموائم والمقصود من القاعدة.

وفي إحدى صيغ القاعدة جاء مصطلح التصرفات عوض المعاملات، والتصرف في معناه الشرعي العام: هو (ما يصدر عن الشخص بإرادته، ويرتب الشارع عليه أحكاماً)⁽⁷⁾، وهو بهذا قد يشمل حتى العبادات.

أما معناه الفقهي الاصطلاحي: (كلّ ما صدر عن شخص بإرادته، ويرتب عليه الشّرْع نتائج حقوقية)⁽⁸⁾.

(1) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/226).

(2) تكملة المجموع للسبكي (10/20).

(3) انظر: معجم مقاييس اللغة (1/109 - 110)، المصباح المنير (1/21)، التعريفات للجرجاني ص28، التوقيف على مهمات التعاريف ص69.

(4) انظر: القاموس الفقهي ص20، القواعد الفقهية للباحسين ص40 - 42.

(5) لسان العرب لابن منظور (2/887).

(6) القاموس الفقهي ص263.

(7) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية ص180.

(8) المدخل الفقهي للزرقاء (1/379).

مما سبق: يتضح أن مصطلح التصرفات أعم من مصطلح المعاملات، ولذلك اختاره وفضله بعض الفقهاء في صياغة القاعدة، كالإمام القراني مثلاً⁽¹⁾.

الصِّحَّة: صحَّ الشيء يصحُّ، صُحِّا، وصحَّة، وصحاحاً: برئ من كل عيب أو ريب، وقد استعيرت الصحَّة للمعاني، فيقال: صحَّ العقد: إذا ترتب عليه أثره، والصححة إذا ما أطلقت يراد بها الصحَّة الشرعية⁽²⁾.

والصحَّة في التصرفات: كون التصرف بحيث يترتب عليه الأثر المطلوب منه شرعاً⁽³⁾.

فالبيع الصحيح - مثلاً - هو المفيد للملك، المبيح للتصرف في المبيع.

العقود: جمع مفرد عقد، ومن معانيه في اللُّغة: الربط والشَّد والإحكام، والجمع بين أطراف الشيء⁽⁴⁾.

وفي الاصطلاح الشرعي: (ارتباط إيجاب بقبول، على وجه مشروع، يثبت أثره في محله)⁽⁵⁾. أو (ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل)⁽⁶⁾.

لكن ينبه هنا على أن العقد في هذا الأصل استعمل بمعناه العام، أو قريباً من معناه العام، ليشمل العقد ذا الإرادة المنفردة، كالوقف - مثلاً - بل ما هو ما أعم من ذلك: كالأقرار والنذر واليمين⁽⁷⁾.

اللُّزوم: اللُّزوم في اللُّغة: الثَّبوت والدَّوام، يقال لزم الشيء يلزم لزوماً، أي ثبت ودام⁽⁸⁾.

واللُّزوم في العقد: معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن عقده بإرادته المنفردة.

والعقد اللُّزوم: هو العقد الصحيح النَّافذ، الذي لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله والتحلل منه، إلا برضى الطرف الآخر، فكما لا يعقد العقد إلا بالتراضي، لا ينحل إلا بالتراضي⁽⁹⁾.

(1) انظر: الذخيرة (246/6)، و(233/7) والفروق (84/2).

(2) المصباح المنير (454/1)، التعريفات للجرجاني ص 173. التوقيف على مهمات التعاريف ص 448.

(3) انظر: التعريفات ص 173. التوقيف للمناوي ص 448.

(4) انظر: معجم مقاييس اللغة (86/4 - 89). المصباح (575/2)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 520.

(5) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء (382/1)، وانظر تعريفات أخرى ساقها صاحب القاموس الفقهي ص 255 - 256.

(6) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية ص 383.

(7) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، للدكتور عادل بن محمد ولي قوته (570/2).

(8) انظر: التعريفات للجرجاني ص 199، المصباح المنير (758/2)، التوقيف على مهمات التعاريف ص 615.

(9) المدخل الفقهي العام (524/1).

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

تدل هذه القاعدة - باعتبار جميع صيغها - على أنها لا تقتصر على العقود بل تشمل جميع التصرفات، وإنما قد تُخصّص الشروط والعقود أو المعاملات بالذكر، لما لها من أهمية في إنشاء الحقوق والالتزامات.

وهي تفيد أن العقود التي يعقدها المكلفون أصلها ومبناها على الصّحة والكمال، لا على الفساد والنقص، لأن المقصود من العقود تبادل الأملاك والمنافع ولا يحل منها شيء إلا بعقد صحيح.

فإذا وجد عقد بين متعاقدين فإن المقصود الأهم هو غاية العقد، وحكمه المترتب عليه من حل العوضين أو البدلين.

يقول الإمام الزركشي: العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصّحة إلى أن يتبين خلافها. ولهذا إذا اختلف في الصّحة والفساد صدق مدعي الصّحة⁽¹⁾.

أما قولهم وفي العقود اللزوم: أن تكون لازمة بمجرد قول المتعاقدين، لا منحلّة، أو جائزة الفسخ منهما أو من أحدهما⁽²⁾.

دليل القاعدة

في الاستدلال لصحة المعاملات والعقود أذكر الآتي:

1 - الآيات الكريمة المتواردة على معنى واحد - هو وجوب الوفاء بالعقود مطلقاً من غير تعيين - كثيرة منها: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽³⁾.

- وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة منها: أنه إذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به، علم أن الأصل صحّة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد هو الوفاء به⁽⁵⁾.

2 - الاستصحاب العقلي، وانتفاء دليل التحريم

(ليس في الشّرع ما يدلّ على تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت حلّه بعينه، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم).

(1) المنشور في القواعد (2/ 412 - 413).

(2) انظر: إعداد المهج ص 249.

(3) سورة المائدة الآية 1.

(4) سورة الأنعام الآية 152.

(5) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (29/ 146).

وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدةً كانت صحيحةً، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي: عدم التحريم، فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفواً⁽¹⁾.

وأما الدليل على ثبوت اللزوم في العقود:

1 - أن العقود إنما شرعت لتحصيل المقصود من العقود به، أو العقود عليه، ودفع الحاجات، فناسب ذلك: اللزوم؛ تحصيلاً للمقصود ودفعاً للحاجات⁽²⁾.

2 - العقود أسبابٌ لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصلُ ترتب المسببات على أسبابها⁽³⁾.

3 - وأما الدليل على أن اللزوم هو الأصل في العقود: فهو الاستقراء للعقود الشرعية المسماة، وسببها، والخروج منها: بأن اللزوم في العقود غالبٌ عليها، وأكثرُ فيها، فالأصل إذاً في العقود اللزوم⁽⁴⁾.

وُتَحَكِّمَ هذه القاعدة في مسائل فقهية كثيرة، خاصة في حل المشكلات والدعاوى المرتبطة بالمبادلات المالية، وهذا ما سنتناوله في الأثر الفقهي فيما يلي.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

في واقعنا الاقتصادي المعاصر جدت معاملات يمكن النظر فيها، وتخيُّبها على أساس هذه القاعدة، ومن أبرزها:

المسألة 1: التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة، وتتعامل مع البنوك بالفوائد

هناك شركات ذات نشاط مشروع في الأصل إلا أنها تتعاطى أنشطة غير مشروعة، وذلك بحصولها على قروض ربوية، مما يعني أن هذه الشركات لها رأس مال ناض ناشئ عن أنشطتها المشروعة، وليس ناشئاً عن هذه القروض الربوية في الأساس، ولكن القروض التي تحصل عليها تشكل جزءاً من ثروتها.

وطبقاً لهذا التصوير فإنه يجوز التعامل مع هذه الشركات، وهذا هو القول الصحيح الذي عليه جمهور العلماء، بناء على تغليب جانب الصحة في عقود المسلمين طبقاً للقاعدة الفقهية التي تنص على أن عقود المسلمين محمولة على الصحة.

(1) مجموع الفتاوى (150 /29).

(2) الفروق (13 /4).

(3) الفروق (269 /3).

(4) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، للدكتور عادل بن محمد ولي قوته (572 /2).

وإلى هذا جنح أكثر الفقهاء، وذهب بعضهم إلى التّحريم؛ نظراً لشيوع الحرام وانتشاره، وعدم القدرة على تمييزه من الحلال، بناء على أن الجزء الشائع لا يتميَّز، وهناك قول بالكراهة، وهو وسط بين قولين لمكان الشُّبهة، والاشتباه ينشأ عن اختلاط الحلال بالحرام...⁽¹⁾.

يقول الشيخ المحفوظ بن بية، بعد عرضه للمسألة: (وطبقاً لهذا التصوير فإنه يجوز التعامل مع هذه الشركات وهذا هو القول الصحيح الذي عليه جمهور العلماء، بناء على تغليب جانب الصّحة في عقود المسلمين طبقاً للقاعدة وهي: «إن عقود المسلمين محمولة على الصّحة»)، وذهب بعض العلماء إلى التّحريم نظراً لشيوع الحرام وانتشاره وعدم القدرة على تمييزه عن الحلال بناء على أن: «الجزء الشائع لا يتميَّز»⁽²⁾.

- ومن فروع القاعدة ما جاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي من النص الآتي المشتمل على السؤال والجواب⁽³⁾:

السؤال: ما الحكم الشرعي في عملية شراء بالأجل لمجوهرات مركبة على ذهب مصاغ؟

الجواب: يجوز شراء المجوهرات المركبة على ذهب، بشرط تطبيق حكم بيع الذهب على المقدار الموجود منه فيها، وهو أن يكون الثمن المقابل لمقدار الذهب حالاً ليحقق القبض... أما بالنسبة للمجوهرات فيجوز بيعها بالأجل⁽⁴⁾.

ومن الواضح الجلي أن التخريج هاهنا مبني على هذا الأصل القائل بتصحيح العقود بحسب الإمكان، وهذه المسألة المطروحة لها نظائر كثيرة في فقه الأولين⁽⁵⁾.

المسألة 2: عقود المشاركة المتناقصة (المشاركة المنتهية بالتمليك):

ومضمون هذا النوع من العقود (عقد شركة بين طرفين في عين معيّنة [كعقار أو مصنع أو طائرة أو سفينة] يتفق الطرفان فيه على أن تؤول ملكية العين لأحد الطرفين في نهاية مدّة معيّنة يبيع أحدهما للآخر جزءً محدّداً من نصيبه فيها، كالخمس مثلاً خلال مدّة خمس سنوات مثلاً، لتصبح العين ملكاً للمشتري جميعها في نهاية المدّة، وعلى أن يؤجّره ما يملكه سنة فسنة

(1) انظر: بحث الأستاذ عبد الله بن بيه، ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية، بيت التمويل الكويتي: 245 - 255، وانظر: كتابه: توضيح أوجه الأقوال في مسائل معاملات الأموال، ص 73 - 74. ووقفت أخيراً في الكتاب المذكور على بحث للمؤلف بعنوان "المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام" ص 51 - 59، استقر فيه رأيه على التّحريم. ولا يزال هذا الموضوع مثار بحث. قاله علي أحمد الندوي في كتابه موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (233/1).

(2) راجع بحث "التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنوك" عبد الله الشيخ المحفوظ بن بيه، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، (1/434 - 435).

(3) عن موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي، بتصرف بسيط، ص 234 - 235.

(4) فتاوى بيت التمويل الكويتي (2/28)، السؤال 75.

(5) انظر للمزيد تأسيس النظر، ص 27 - 89.

خلال المدة التي تتناقص فيها ملكيته، أو أن يؤجره لأجنبي عن العقد، ويقتسما الأجرة بنسبة ما يملكه، كلٌّ منهما في هذه العين من أسهم⁽¹⁾.

وقد تقوم هذه المشاركة بين المصرف الإسلامي وأحد عملائه، ومثال ذلك:

أن يبرم المصرف عقد إجارة السلعة للمستفيد، ثم تقسم السلعة إلى أسهم، ولتكن عشرة مثلاً، ويَعِدُّه المصرف أن يبيعها له على دفعات، فإذا سدد قيمة سهم مثلاً باعه عشرها، وانقص له من الأجر ما يقابله، وصارت شركة بينه وبين المصرف، فإذا سدد سهماً آخر باعه عشر آخر، وأنقص له من الأجر ما يقابله، وهذا إلى أن تنتهي بتَمَلُّك المستأجر لها...⁽²⁾.

وتعرف هذه المشاركة - أيضاً - باسم المشاركة المنتهية بالتمليك⁽³⁾.

وقد اختلفت آراء العلماء في هذا المشاركة إلى ثلاثة:

الرأي الأول: القول بالجواز مطلقاً، وذهب إلى ذلك الدكتور حسن علي الشاذلي⁽⁴⁾، والدكتور وهبة الزحيلي⁽⁵⁾، والدكتور عجيل النشمي⁽⁶⁾، والدكتور محمد رواس قلعجي⁽⁷⁾.

الرأي الثاني: القول بمنع هذه المشاركة مطلقاً، وممن ذهب إلى ذلك الدكتور علي السالوس⁽⁸⁾، الدكتور حسين كامل⁽⁹⁾.

الرأي الثالث: القول بجواز هذه المشاركة إذا توافرت فيها شروط.

وذهب إلى هذا الرأي الدكتور نزيه حماد⁽¹⁰⁾، والسادة المؤتمرون في مؤتمر المصرف الإسلامي الأول⁽¹¹⁾، وكذا مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي⁽¹²⁾.

(1) هذا التعريف للدكتور حسن علي الشاذلي، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 13، (2/435).

(2) انظر: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور الصاوي: 716.

(3) انظر بحث "المشاركة المتناقصة وصورها" للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/486)، وكتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير، ص 291 وما بعدها.

(4) انظر رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/462).

(5) انظر: رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/487).

(6) انظر: رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/581).

(7) انظر: رأيه بكتابه "المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة" ط 1/1999م، دار النفائس - بيروت - لبنان، ص 71.

(8) انظر: رأيه للدكتور في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/651 - 652).

(9) انظر: رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/639 - 642).

(10) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/522 - 523).

(11) المتعقد بدبي، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (2/488).

(12) في دورته الخامسة عشرة - بمسقط - عمان (1425هـ - 2004م).

واعلم أن القائلين بعدم الجواز المطلق للمشاركة المتناقضة ارتكزوا فيما ذهبوا إليه إلى أن هذا العقد به شبهة بيعتين في بيعة، التي ورد النهي عنها، وقد نوقشت هذه الشبهة من طرف المجيزين لهذا العقد، وظهر أن المعاملة - محل النزاع - خارجة عن مناط النص.

يقول الدكتور قطب مصطفى سانو - في بيان جواز المشاركة المتناقضة ووجه تخريجها على القاعدة -: (إنَّ القول بمنع المشاركة المتناقضة يصادم جملة من الأصول الشرعية والقواعد الفقهية العامة المقررة عند المحققين من أهل العلم بالفقه ومن أهم تلك القواعد: قاعدة الأصل في العقود والمعاملات والبيعات الإباحة ما لم يرد دليل حازم، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة يجب الوفاء بالشرط إذا لم يكن منافياً لمقتضى العقد ومقصوده، ولم يصادم نصاً أو قاعدة عامة.

فهذه القواعد وسواها تتضافر لإثبات القول بمشروعية هذه المشاركة... فالقول بعدم مشروعية هذه المشاركة مع انطباق هذه القواعد عليها قولٌ غير سديد، لا ينبغي الاعتداد به بتاتاً⁽¹⁾.

المسألة 3: حكم عقد التأمين التجاري

سبق وأن عرفنا معنى التأمين التجاري، أو التأمين بقسط ثابت، والخلاف الواقع حوله⁽²⁾، وأشار هنا إلى ما ذهب إليه بعض القائلين بجوازه وذلك بتخريجه على قاعدة: «الأصل في العقود الإباحة»، على أن التأمين عقد جديد، وأن الشارع لم يحصر الناس في الأنواع المعروفة من العقود، بل لهم أن يبتكروا أنواعاً جديدة تدعوهم حاجة الأمة إليها، وهذا أحد الوجوه التي خرج بها الشيخ الزرقاء جواز عقد التأمين⁽³⁾. وللشيخ علي الخفيف توجيه مقارب لهذا، وقد أضاف إلى ذلك أنه لا ضرر فيه، وأنه محقق للفائدة، وأنه لا يوجد نص يمنع منه⁽⁴⁾.

المسألة 4 - حكم التأمين على حوادث السيارات

عقد التأمين على حوادث السيارات، وهو أن يتفق الشخص الذي يريد التأمين على سيارته مع شركة التأمين، سواء أكان التأمين شاملاً، أم جزئياً، فيدفع قادراً يسيراً من المال على تأمينها مدة معلومة من الزمان، كسنة بشروط وقيود والتزامات معروفة.

ويستفيد المؤمن على سيارته حصول الأمان والاطمئنان على نفسه وعلى سيارته التي يسوقها بنفسه أو آخر غيره.

(1) انظر: بحث المشاركة المتناقضة وضوابطها الشرعية" للدكتور محمد قطب سانو، الدورة 15 لمجمع الفقه الإسلامي، ص 30-31.

(2) انظر: ص؟؟؟ من الأطروحة

(3) انظر: بحثه التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، وكتابه: نظرية التأمين في الفقه الإسلامي، ص 123 وما بعدها.

(4) التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، للدكتور غريب الجمال، دار الفكر العربي، 1975م، ص 111، والمعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين محمد الكبي ص 212.

إلا أن المانعين للتأمين يعتبرون هذا العقد من عقود الغرر الداخلة تحت نهي الرسول ﷺ عن بيع الغرر، وإذا نظرنا إلى التفسيرات الكاشفة عن معنى الغرر المقصود من الحديث، نجد أنها لا تنطبق على الغرر اليسير الذي قد يتخلل عقد التأمين، المبني على التعاون الاجتماعي الصادر عن طريق الرضا والاختيار بدون غرر ولا خداع.

(ومتى كان الأمر بهذه الصفة، فإنه ليس عندنا نص صحيح ولا قياس صريح يقتضي تحريم هذا التأمين يعارض به أصل الإباحة أو يعارض به عموم المصلحة المعلومة بالقطع، إذ العقود والشروط عفو حتى يثبت تحريمها بالنص أو بالقياس الصحيح)⁽¹⁾.

يقول الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود في معرض بيان وجه التخريج على القاعدة: (إن العقود والشروط والشركات والمبايعات كلها مبنية على جلب المصلحة ودرء المفسدة، بخلاف العبادات، فإنها مبنية على التشريع والاتباع لا على الاستحسان والابتداع.

والفرق بينهما هو أن العبادات حق الله، يؤخذ فيها بنصوص الكتاب والسنة. أما المعاملات، فإنها مبنية على جلب المصلحة ودرء المفسدة، إذ هي من حقوق الأدميين بعضهم مع بعض. بحيث يتعامل بها المسلم مع المسلم، والمسلم مع الكافر.

فمتى كان الأمر بهذه الصفة، فإنه ليس عندنا نص صحيح ولا قياس صريح يقتضي تحريم هذا التأمين يعارض به أصل الإباحة أو يعارض به عموم المصلحة المعلومة بالقطع، إذ العقود والشروط عفو حتى يثبت تحريمها بالنص أو بالقياس الصحيح)⁽²⁾.

المسألة 5: مشروعية خطاب الضمان المصرفي

يعتبر خطاب الضمان المصرفي من المعاملات الحديثة التي تقوم بها المصارف الإسلامية، وقد ثار حول مشروعيتها خلاف بين العلماء، ويرجع سبب الخلاف في أغلب الأحيان إلى الاسم المعطى للعملية، وهو الضمان، ومعناه اللغوي (الكفالة).

وقد سبق وأن عرفنا خطاب الضمان: بأنه عبارة عن تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان، دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة⁽³⁾.

(1) انظر: بحث "حوادث السير" للدكتور عبد القادر محمد العماري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 8، (2/ 294).

(2) انظر: بحث "التأمين وإعادة التأمين" للشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، مجلة المجمع العدد 2 (2/ 624 - 625).

(3) المعاملات المالية في ضوء الكتاب والسنة، محمد علي السالوس، ص 142.

ولو فرضنا أن خطاب الضمان المصرفي هو كفالة حقاً، وأن الكفالة التي بحثها الفقهاء القُدَمَاء تعتبر عملاً من أعمال التبرع لا يستحق فاعلها أجراً، فهل يستمر هذا الحكم سارياً رغم اختلاف الظروف والأحوال؟

يرى الدكتور زكريا البري - بعد أن مهّد لكلامه بذكر القاعدة الفقهية (الأصل في العقود الإباحة)، وذكر جملة من أدلتها - : (أنه لا يوجد في أخذ الأجر على الضمان المصرفي نص مُحَرَّم من كتاب أو سنة، ولا دليل مُحَرَّم. ولا يوجد عرف صحيح يحرّمه ويمنعه، ولا توجد فيه مفسدة كما لا توجد مصلحة في تحريمه بل إن المصلحة في إباحته وحلّه وصحته)⁽¹⁾.

ثم يسترسل في بيان أهمية الضمان المصرفي في هذا العصر الحديث، وكذا المفاصد التي تلحق المتعاملين لو أن البنوك الإسلامية استنكفت عن هذه المعاملة، وفسحت المجال للبنوك الربوية. ثم يخلص إلى القول: (ويتعين القيام بهذه الضمانات وأخذ الأجر المناسب عليها من غير وكس ولا شطط ولا مغالات)⁽²⁾.

واعلم أن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، أصدر قراراً، أجاز فيه التعامل بخطاب الضمان المصرفي، بأنواعه المغطى، وغير المغطى.

إلا أنه منع أخذ الأجرة على هذا الضمان ونص القرار كما يلي:

(أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعي فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجازة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء)⁽³⁾.

المسألة 6: الحكم الشرعي للشركة القابضة (Holding Company)

حقيقتها: عرف قانون الشركات الأردني الشركة القابضة بأنها: (شركة مساهمة تقوم بالسيطرة المالية والإدارية على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى التي تصبح تابعة لها وذلك من خلال تملكها للأكثرية المطلقة من أسهم تلك الشركة أو الشركات، سواء أكانت من الشركات المساهمة العامة أو من الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو شركات التوصية بالأسهم)⁽⁴⁾.

(1) انظر مناقشة موضوع "خطاب الضمان المصرفي" للدكتور زكريا البري / مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، (2/ 1181).

(2) نفس المرجع، العدد 2 (2/ 1182).

(3) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، (2/ 1210).

(4) المادة 232 من قانون الشركات الأردني، نقلا من بحث "الشركات الحديثة" للدكتور قطب مصطفى سانو، الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص 25.

وذهب الدكتور محمد حسين إسماعيل إلى تعريفها بقوله: (الشركة التي تملك أسهماً أو حصصاً في رأسمال شركة، أو شركات أخرى مستقلة عنها قانوناً بنسبة تمكنها في الواقع، أو في القانون من السيطرة على الإدارة والعمليات فيها..)⁽¹⁾.

فمن غايات هذه الشركة كما هو ظاهر من التعريفات السابقة السيطرة على الشركات وجعلها تابعة للشركة الأم، وهذه السيطرة تكون:

- إما بقصد حسن إدارة الشركات التابعة وتحسين أدائها واستثمار أموالها وإنقاذها من الضعف أو الإفلاس.

- وإما أن تكون بقصد تدعيم المركز التنافسي للشركة القابضة.

- وإما بقصد تأمين مصدر توريد ثابت للمواد الخام للشركة القابضة.

- وإما بقصد الرغبة في زيادة حجم التعامل مع الشركة القابضة عن طريق ترويج إنتاجها باستخدام القنوات التسويقية للشركات التابعة لها.

- وإما بقصد تمثيل الشركة القابضة في مجالس إدارة الشركات التابعة التي تستثمر جزءاً من أموالها لديها مما يحقق نسبياً سيطرتها على قرارات الشركة التابعة.

يبيّن الدكتور عبد العزيز عزت الخياط⁽²⁾ مشروعية هذه الشركة بناء على غاياتها وأهدافها السابقة فقال: (من الناحية الشرعية لا أرى مانعاً من هذه المقاصد العامة لسيطرة الشركة الأم، ولا تعني كلمة "السيطرة" هنا الاستيلاء على الشركات واستغلالها لمصلحة الشركة الأم، بل أرى أنها تعني تولي إدارتها لمصلحة الشركة الأم والشركات التابعة واستثمار أموالها، ما دام هذا قائماً على التراضي والقصد الحسن)⁽³⁾.

ثم يستثمر القاعدة الشرعية «الأصل في المعاملات الإباحة» لبيان مشروعية الشركة فيضيف قائلاً: (وسواء أكان القصد تدعيم المركز التنافسي للشركة القابضة، أو تأمين مصدر ثابت للموارد الخام للشركة القابضة، أو غير ذلك من غايات السيطرة فذلك جائز لما فيها من ترسيخ المنافسة في الصناعة أو التجارة، أو تعاون الشركات على التوسع في الاستثمار وتحسينه وتوسيع قنوات التسويق، وتشديد الرقابة على إنتاج الشركات، فذلك مما لا أرى ما يمنعه من أحكام الشريعة، فالأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل التحريم)⁽⁴⁾.

(1) انظر: كتابه الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات التابعة، ط1/1990م، جامعة مؤتة - الأردن - ص11.

(2) الدكتور من أعضاء هيئة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) انظر: انظر بحث "الشركة القابضة وأحكامها الشرعية" للدكتور عبد العزيز عزت الخياط، الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص23.

(4) انظر: بحث الدكتور عبد العزيز عزت الخياط، ص24. والدكتور من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

المسألة 7 - مشروعية عقد التوريد

عقد التوريد (Contrat de fourniture) بالفرنسية، و(Supply Agreement) بالإنكليزية، هو من العقود التجارية المهمة في العصر الحديث، ويجري إما في توريد السلع مثل توريد الأغذية والأدوية والملابس والوقود، للمستشفيات والمدارس والمطارات والوحدات العسكرية وغيرها.

أو توريد الخدمات، كتوريد الكهرباء والغاز والمياه، ...

فما حقيقة هذا العقد، وما وجه تخرجه على القاعدة الفقهية محل الدراسة.

التوريد لغة: مصدر ورّد بتشديد الراء، يقال: أورد فلان الشيء أحضره، واستورد السلعة ونحوها: جلبها من خارج البلد⁽¹⁾.

واصطلاحاً: (عقد على عين موصوفة في الدّمة بثمن مؤجل معلوم إلى أجل معلوم)⁽²⁾.

وسبق وأن ذكرنا تعريف الدكتور رفيق يونس المصري الذي قال فيه: (اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يورّد إلى الآخر سلعاً موصوفة، على دفعة واحدة، أو على دفعات، في مقابل ثمن محدد، غالباً ما يكون مقسماً على أقساط، بحيث يدفع قسط من الثمن كلما تم قبض قسط من المبيع)⁽³⁾.

ومن خلال التعريفين السابقين يلاحظ أن عقد التوريد ينفرد عن بقية العقود المعروفة في نقاط:

- غياب المبيع عن مجلس العقد، الاكتفاء برؤية نموذج منه، أو وصفه.
 - تأجيل الثمن كله حتى استلام المبيع كاملاً، أو تقسيطه على دفعات.
 - يظل العقد غير لازم حتى يوفي البائع بكافة الصفات المشروطة مسبقاً.
- وهذا العقد بهذه الصورة، عليه مأخذ منها:

- 1 - أنه يدخل تحت النهي الوارد عن النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»⁽⁴⁾.
- 2 - ويدخل كذلك تحت النهي الوارد عنه عليه السلام عن بيع الكالئ بالكالئ، أي الدين بالدين أو النسيئة بالنسيئة⁽⁵⁾.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (6/105). الصحاح للجوهري (2/549) (باب الدال فصل الواو)، لسان العرب (3/457) (باب الدال فصل الواو).

(2) عن بحث: "عقد التوريد" للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (2/352).

(3) عن بحث "عقود التوريد والمناقصات" للدكتور رفيق يونس المصري "مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (2/477).

(4) أخرجه أبو داود في سننه (3/283). وانظر عارضة الأحوذني شرح جامع الترمذي (3/541).

(5) أخرجه الدار قطني في سننه (3/71 - 72)، المستدرک (2/57)، وصححه على شرط مسلم، وقال الإمام أحمد: ليس في هذا حديث يصح، لكن أجمع الناس عليه؛ نيل الأوطار (5/177).

وقد ناقش بعض العلماء هذه الأدلة ومدى انطباقها على عقد التوريد، وبينوا أن عقد التوريد لا يدخل تحت طائلة التّصوص السابقة⁽¹⁾، فانتهى المانع.

لكن بقيت شبهة الغرر، وقد نصّ جميع الفقهاء على أن العقد الذي فيه غرر ودعت الحاجة إليه، يجوز بالضوابط التي ذكرت آنفاً، لذلك ذهب الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان من العلماء المعاصرين إلى تخريج عقد التوريد على قاعدة الأصل في المعاملات الإباحة.

وفي بيان وجه التخريج على القاعدة يقول الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان : (أما تنزيله على الأصل الثاني قاعدة (المقتضى والمانع) وذلك بحسبه عقداً جديداً بذاته ، فإنه يدخل دخولاً أولياً تحت قاعدة «الأصل في المعاملات الإباحة»⁽²⁾ .

أما المقتضى لهذا العقد فإنه من صورته الشائعة الأنفة الذكر، وصيغته السليمة الخالية من المحظورات يحقق مصالح متعددة لأطراف متعددين: البائع، المشتري، المصدر، المستورد، والمجتمع. والحاجة إلى عقد التوريد ليست خاصة بأمة دون أمة، بل أصبح حاجة الأمم والشعوب في كافة أقطار الدنيا مهما كان مستواها الحضاري والاجتماعي متقدمة، أو متخلفة، الإسلامية وغير الإسلامية على مختلف الديانات والمذاهب غنيّة أو فقيرة) .

وبعد مناقشة سلامة عقد التوريد من الغرر والجهالة والقدرة على التسليم، يخلص إلى القول: (وإذا توافر المقتضى في هذا العقد، وانتهى المانع فقد خلص البحث في خاتمه إلى مشروعية عقد التوريد بمعناه الفقهي الآنف الذكر)⁽³⁾ .

القاعدة الثالثة: الأصل في البيوع الإباحة⁽⁴⁾

مفردات القاعدة

الأصل: سبق وأن عرّفناه⁽⁵⁾ .

البيوع لغة: جمع بيع، يأتي بمعان منها: السلعة، إعطاء الثمن وأخذ الثمن، مطلق المبادلة، والبيع ضدّ الشراء⁽⁶⁾ .

واصطلاحاً: له معان كثيرة منها: عقد معاوضة مالية تفيد مُلك عين على التأييد⁽⁷⁾ .

(1) راجع هذه المناقشة في بحث رفيق المصري مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 12، (2/ 480 - 491). وكذلك مناقشة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، في بحثه المشار إليه سابقاً، (2/ 401 - 408).

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 12 (2/ 340).

(3) انظر: بحث الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (2/ 343 - 425).

(4) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/ 221)، وفي قاعدة (الأصل في الأشياء الإباحة) انظر: المنشور للزركشي (1/ 176)، أشباه السيوطي ص 28.

(5) انظر ص؟؟؟؟ من الأطروحة.

(6) انظر: المصباح المنير (1/ 96 - 97)، القاموس الفقهي ص 44. المعجم الاقتصادي الإسلامي ص 57.

(7) انظر: التعريفات للجرجاني ص 49، القاموس الفقهي ص 44، التوقيف على مهمات التعاريف ص 153، وانظر المجلة المادة: 105.

الإباحة في اللغة: مصدر أباح من البوح وهو الإظهار والإعلان⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: هي الإذن في الفعل والترك من غير تخصيص أحدهما بمدح أو ذم⁽²⁾.

معنى القاعدة

هذه القاعدة هي من الأصول الهامة في تخريج المسائل المستجدة، وقد أشاد بها كثير من العلماء منهم ابن تيمية الذي قال فيها: (إن الأصل في العقود الإباحة، فلا يجرّم منها إلا ما حرّمه الله ورسوله، ولم يجرّم الله عقداً فيه مصلحة المسلمين بلا مفسدة تقاوم ذلك...)⁽³⁾.

وقد نهج هذا المنهاج العلامة ابن القيم رحمه الله قال: (الخطأ الرابع: فساد اعتقاد من قال: إن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملتهم على البطلان حتى يقوم دليل الصحة، فإذا لم يقدّم عليهم دليل على صحة عقد أو شرط أو معاملة، استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك عقوداً كثيرة من معاملات الناس وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل).

وجهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان، وهذا القول هو الصحيح، فإنه لا حرام إلا ما حرم الله ورسوله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ولا دين إلا ما شرعه الله ورسوله⁽⁴⁾.

ولا يخفى أن هذه القاعدة تمتّ بصلّة إلى القاعدة الأصولية: «الأصل في الأشياء الإباحة»؛ إذ أنها سارية على العقود أيضاً.

(ويمكن أن يقال: إنّ هذه القاعدة المتعلقة بالبيع منبثقة من ذلك الأصل العام، وإلى هذا يشير قول الإمام ابن عبد البر أيضاً وهو: (الأصل أن الأشياء على الإباحة حتى يثبت النّهي، وهذا في كل شيء)⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأصل فإن أي عقد مستجد في الحياة المعاصرة مما لم يتطرق إليه الفقهاء من قبل، يكون مقبولاً شرعاً، إذا لم يتصادم مع دليل شرعي من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، وكان مما اقتضته مصالح الناس العامة ولم يشتمل على مفسدة راجحة⁽⁶⁾.

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة (1/315)، الصحاح (1/357)، المصباح المنير (1/91).
(2) انظر: العدة (1/167)، التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني (1/67). الإحكام للأمدي (1/63)، المستصفي (1/42)، المنهاج للأسنوي (1/61).
(3) مجموع فتاوى شيخ الإسلام (29/226).
(4) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم (2/34).
(5) انظر: التمهيد لابن عبد البر (17/114).
(6) انظر: موسوعة القواعد والضوابط للندوي (1/224).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: حكم التعامل بصكوك الإجارة بيعاً وشراءً

مفهوم صكوك الإجارة

تقوم فكرة صكوك الإجارة على مبدأ التصكيك (أو التسنيد أو التوريق) الذي يقصد به إصدار أوراق مالية قابلة للتداول، مبنية على مشروع استثماري يدرّ دخلاً. والغرض من صكوك الإجارة تحويل الأعيان والمنافع التي تتعلق بها عقد الإجارة إلى أوراق مالية (صكوك) يمكن أن تجري عليها عمليات التبادل في سوق ثانوية. وعلى ذلك عرّفت بما يلي:

- هي عبارة عن: (أدوات مالية للاستثمار عن طريق تملك أعيان وتأجيرها؛ ثم تمثيلها في أوراق مالية، ونقل ملكية الأعيان المؤجرة إلى المستثمرين بحصولهم على الصكوك، واستحقاقهم الأجرة بحسب حصص الملكية)⁽¹⁾.

- أو هي: (وثائق خطيّة [الشهادات] قابلة للتداول - بيعاً وشراءً - تمثل ملكيّة منافع أعيان مؤجرة، أو ملكيّة منافع أعيان موصوفة في الذمة، أو ملكيّة منافع أعمال معيّنة، أو ملكيّة منافع أعمال موصوفة في الذمة)⁽²⁾.

وخلاصة التعريف الأخير أن إجارة المنافع يمكن تصكيكها إلى أربعة أنواع⁽³⁾:

- صكوك إجارة منافع أعيان مؤجرة.
- صكوك إجارة منافع أعيان موصوفة في الذمة.
- صكوك إجارة منافع أعمال معيّنة قائمة بعينها.
- صكوك إجارة منافع أعمال موصوفة في الذمة.

(1) هذا تعريف الشيخ محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (1/349).

(2) هذت التعريف للدكتور قطب مصطفى سانو، في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، ص 16.

(3) وهناك من قسمها إلى قسمين:

القسم الأول: صكوك ملكية الموجودات المؤجرة: وفي هذه الحالة يكون المصدر لتلك الصكوك بائع عين مؤجرة، أو عين موعود باستئجارها أو وسيطاً ووكيلاً عنه، والمكتتبون فيها هم المشترين لها، وحصيلة الاكتتاب هي ثمن الشراء، وعلى ضوء ذلك يملك حملة الصكوك تلك الموجودات على الشيوع بغنمها وقرمها، وذلك على أساس المشاركة بينهم.

القسم الثاني: صكوك ملكية المنافع أو الخدمات: ويتفرع من هذا القسم أربعة أنواع:

النوع الأول: صكوك ملكية منافع الأعيان الموجودة

النوع الثاني: صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة

النوع الثالث: صكوك ملكية الخدمات من طرف معين.

النوع الرابع: صكوك ملكية الخدمات من طرف موصوف في الذمة.

راجع هذه الأنواع بالتفصيل في بحث "صكوك الإجارة خصائصها وضوابطها" للدكتور علي محي الدين القره داغي،

الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص 31 - 37.

ويمكن التمثيل للنوع الأخير بمسألة فقهية معاصرة تزيد الموضوع بياناً وأهمية⁽¹⁾:

حاجة قطاع عام أو خاص (مؤجر) إلى صيانات مستقبلية ودورية لمبانيه أو أجهزته، فتتعاقد مع شركة (مستأجرة) لتقديم هذه الخدمات مقابل أجور محددة بصفة دورية، فمن حق الشركة (المستأجرة) التي غدت تملك عقد الصيانة، تحويل ذلك العقد إلى وثيقة بمخصص متساوية شائعة، ثم بيعها للشركات الراغبة في تقديم الخدمات الموصوفة وفق الأسس التي تم الاتفاق عليها بينها وبين الجهة المؤجرة.

والفرق بين هذا النوع والذي قبله بالتحديد أن الخدمات المعقود عليها في هذا النوع غير موجودة أثناء العقد، وإنما تعدّ موصوفة في الدّمة، وأما الخدمات في الآخر، فإنها موجودة وحاضرة، ويجب على المستأجر أداؤها فور انعقاد العقد، وليس كذلك الحال بالنسبة لهذا النوع الأخير.

فيظهر أن الإشكال القائم في حكم بيع صكوك الإجارة - خاصة النوع الثاني والرابع - يرجع إلى الخلاف القائم حول بيع الأعيان الموصوفة في الدّمة.

وبالرجوع إلى المدونات الفقهية، نجد أن العين الموصوفة في الدّمة لا تخلو من أن تكون عيناً غائبة موجودة في الواقع، ولكنها غير مرئية، أو تكون عيناً معدومة على خطر الوجود، أي ممكنة الوجود في المستقبل، وفي كلتا الحالتين تكون العين موصوفة في الدّمة.

ولا يتسع المجال لعرض آراء الفقهاء، في حكم بيع العين الموصوفة في الدّمة، خاصة بيع المعدوم على خطر الوجود⁽²⁾، وأكتفي - هنا - بما ذهب إليه الدكتور قطب مصطفى سانو الذي رجّح رأي الإمام ابن القيم، القاضي بجواز بيع المعدوم إذا كان على خطر الوجود والذي استند فيه على القاعدة الفقهية: «الأصل في البيوع والمعاملات الحل والجواز»⁽³⁾، حيث قال الدكتور: (الأولى القول بمشروعية بيع الأعيان المعدومة إذا كانت على خطر الوجود، أي ممكنة الوجود في المستقبل بحسب العادة والعرف. وفي هذا إعمال لقاعدة الأصل في المعاملات والعقود والبيوعات الحلّ والجواز؛ ولا يجرم منها شيء إلا بنص كتاب أو سنة أو قياس صحيح أو عرف معتبر)⁽⁴⁾.

(1) تتمتع صكوك التأجير بمرونة كبيرة، سواء من حيث المشروعات التي يمكن تمويلها بها، أم من حيث الجهات المستفيدة من التمويل، أم من حيث الوساطة المالية المتضمنة فيها، أم من حيث التنوع في الخيارات المتعددة التي تتاح لطالب التمويل، أم من حيث التنوع في الصور والحالات التي يمكن فيها صياغة صكوك التأجير. وانظر: بحث الدكتور منذر قحف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (1/404).

(2) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز هذا البيع - بيع المعدوم على خطر الوجود - أما المالكية، فإنهم يجيزون هذا البيع، ما دام ثمة إمكانية في وجود هذه العين في المستقبل. راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، (5/3398).

(3) انظر: كلام ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين عن رب العالمين، (2/27 وما بعدها).

(4) راجع بحث "صكوك الإجارة" للدكتور قطب مصطفى سانو، الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص 50-51.

ثم يبين - الدكتور - حكم إصدار صكوك الإجارة بيعاً وشراءً، فقال: (وبهذا يتبين لنا حكم الشرع الحنيف في بيع الأعيان والأعمال الموصوفة في الذمة وفي ضوئه، يمكننا أن نتبين من حكم إصدار صكوك إجارة للملكية هذه الأعيان، وما دمنا قد رجحنا الرأي القائل بمشروعية بيع الأعيان الغائبة وبيع الأعيان المدومة على خطر الوجود، فإن ذلك يستوجب تقرير القول بمشروعية إصدار صكوك للملكية منافع الأعيان والأعمال الموصوفة في الذمة، ومشروعية طرحها للتداول في الأسواق المالية للبيع والشراء، ولا محذور شرعاً في التعامل بها، أو الاتجار فيها ما دامت تمثل وثائق وشهادات ملكية لمنافع أعيان وأعمال موصوفة في الذمة)⁽¹⁾.

مع العلم أن مجمع الفقه الإسلامي تعرض - في دورته الخامسة عشرة - لدراسة موضوع صكوك الإجارة، وأصدر قرار في شأنه، إلا أن القرار لم يتعرض لصكوك إجارة المنافع الموصوفة في الذمة، وأوصى المجمع بدراستها وبيان حكمها في دورات قابلة، وأسوق - هنا - نص القرار للفائدة:

1 - لا يمثل صك الإجارة مبلغاً محدداً من النقود، ولا هو دين على جهة معينة - سواء أكانت شخصية طبيعية أو اعتبارية - وإنما هو ورقة مالية تمثل جزءاً شائعاً (سهماً) من ملكية عين استعمالية، كعقار أو طائرة أو باخرة، أو مجموعة من الأعيان الاستعمالية - المتماثلة أو المتباينة - إذا كانت مؤجرة، تدرّ عائداً محدداً بعقد الإجارة.

2 - يمكن لصكوك الإجارة أن تكون اسمية، بمعنى أنها تحمل اسم حامل الصك، ويتم انتقال ملكيتها بالقيود في سجل معين، أو بكتابة اسم حاملها الجديد عليها، كلما تغيرت ملكيتها، كما يمكن أن تكون سندات لحاملها، بحيث تنتقل الملكية فيها بالتسليم.

3 - يجوز إصدار صكوك تمثل ملكية الأعيان المؤجرة وتداولها - إذا توافرت فيها شروط الأعيان التي يصح أن تكون محلاً لعقد الإجارة - كعقار وطائرة وباخرة نحو ذلك، مادام الصك يمثل ملكية أعيان حقيقية مؤجرة، من شأنها أن تدرّ عائداً معلوماً.

4 - جوز لمالك الصك - أو الصكوك - بيعها في السوق الثانوية لأي مستثمر، بالثمن الذي يتفقان عليه، سواء كان مساوياً أم أقل أم أكثر من الثمن الذي اشترى به، وذلك نظراً لخضوع أثمان الأعيان لعوامل السوق (العرض والطلب).

5 - يستحق مالك الصك حصته من العائد - وهو الأجرة - في الآجال المحددة في شروط الإصدار منقوصاً منها ما يترتب على المؤجر من نفقة ومؤنة، على وفق أحكام عقد الإجارة.

6 - يجوز للمستأجر الذي له حق الإجارة من الباطن أن يصدر صكوك إجارة تمثل حصصاً شائعة في المنافع التي ملكها بالاستئجار بقصد إجارتها من الباطن، ويشترط لجواز ذلك

(1) انظر: بحث "صكوك الإجارة" للدكتور قطب مصطفى سانو، ص 50 - 51.

أن يتم إصدار الصكوك قبل إبرام العقود مع المستأجرين، سواء تم الإيجار بمثل أجره الإجارة الأولى أو أقل منها أو أكثر. أما إذا أبرمت العقود مع المستأجرين، فلا يجوز إصدار الصكوك، لأنها تمثل ديوناً للمصدر على المستأجرين.

7 - لا يجوز أن يضمن مصدر الصكوك أو مديرها أصل قيمة الصك أو عائده، وإذا هلكت الأعيان المؤجرة كلياً أو جزئياً فإن غرمها على حملة الصكوك⁽¹⁾.

المسألة 2: مشروعية بعض العقود الحديثة

ذكر الدكتور علي أحمد الندوي مجموعة من العقود التي استُحدثت، وخرجها على قاعدة «الأصل في البيوع الإباحة» ومنها:

1 - **عقد الإيجارين**: وهو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف المبني المتوهن عند عجز الوقف عن التعمير، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل.

2 - **عقد التحكير**: هو الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجره معجلة؛ ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرهما كتصرف المالكين، ويترتب عليها أجر سنوي ضئيل.

3 - **عقد المقاولة**: هو يقابل عقد الاستصناع في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على أن تكون المادة منه، وقد يتعهد المقاول بصنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة، ويقوم هو بالعمل فقط، وفي هذه الصورة هو يماثل عقد الإجارة⁽²⁾.

4 - **الاشتراط لمصلحة الغير**: هو عقد يكون بين طرفين يشترط فيه أحدهما على الآخر أن يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث لم يكن طرفاً في العقد، وهذا هو المنتفع⁽³⁾.

ومثاله: صاحب ورشة بناء يتعاقد مع أحد المستشفيات لعلاج عماله الذين قد يصابون أثناء عملهم، وهؤلاء العمال ليسوا طرفاً في هذا العقد.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي، الصادر في الدورة الخامسة عشرة، بمسقط (سلطنة عمان) من 14 إلى 19 المحرم 1425 هـ، الموافق 6 - 11 آذار (مارس) 2004 م.

(2) انظر: الغرر وأثره في العقود، ص 468 - 469.

(3) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (1/ 224 - 225).

القاعدة الرابعة: الأصل في الأشياء الإباحة⁽¹⁾

وهي من القواعد الأصولية الفقهية المعروفة، الدالة على اليسر والسماحة في التشريع الإسلامي.

ووردت بصيغ أخرى منها:

«الأصل في الأشياء الحل إلا أن يكون فيه مضرة»⁽²⁾.

«الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم»⁽³⁾.

«الأصل في الأشياء الإباحة أو التحريم أو الوقف»⁽⁴⁾.

«الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم»⁽⁵⁾.

ومعنى القاعدة

تشمل هذه القاعدة بلفظها حكم الأشياء قبل الشرع، وحكمها بعده فيما لم يرد فيه دليل. والمراد بها - هنا - ما كان بعد ورود الشرع؛ لأن الغالب أن الفقهاء إنما يبحثون هذه المسألة من هذا الجانب⁽⁶⁾.

أما الأصوليون فيبحثونها من هذا الجانب ومن جانب ما كان قبل ورود الشرع، في مبحث الاستصحاب⁽⁷⁾.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (اعلم أن الأصل في جميع الأعيان الموجودة على اختلاف أصنافها، وتباين أوصافها أن تكون حلالاً للأدمين، وأن تكون طاهرة لا يحرم عليهم ملاستها، ومباشرتها، ومماسستها، وهذه كلمة جامعة، ومقالة عامة...عظيمة النفع، واسعة البركة، يفرع إليها حملة الشريعة فيما لا يحصى من الأعمال، وحوادث الناس)⁽⁸⁾.

(1) انظر: المنشور للزرکشي (176/1)، أشباه السيوطي ص82، وأشباه ابن نجيم ص73، تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب الحنبلي (3/185)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/390)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (2/115).

(2) انظر: تحفة الأحوذى بشرح الرمذي (4/331).

(3) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو، (2/24).

(4) انظر: المنشور في القواعد للزرکشي (176/1)، (2/70)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (2/115).

(5) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص82.

(6) انظر: المنشور (176/1)، (2/70)، أشباه السيوطي ص82 - 83.

(7) انظر: المستصفي، للغزالي، طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (1/217 - 218)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، بتحقيق د. عبد المجيد التركي، ط1/1407هـ، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، ص681.

(8) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (21/525).

دليل القاعدة

للقاعدة أدلة كثيرة من القرآن الكريم ومن السنة النبوية، أقتصر هنا على بعضها:

1 - قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾⁽¹⁾.

ووجه الدلالة منها: أن الله تعالى ذكر هذا في سياق الامتنان على الانسان بما خلق له، وأبلغ درجات الامتنان الإباحة، وأنه تعالى أضاف ما خلق إلى الناس باللام وهي تفيد الملك وأدنى درجات الملك إباحة الانتفاع بالمملوك⁽²⁾.

2 - حديث «الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفي عنه»⁽³⁾.

قال صاحب تحفة الأحوذى: (وفيه أن الأصل في الأشياء الإباحة)⁽⁴⁾.

واعلم أن الخلاف واقع بين العلماء حول هذه القاعدة، ويظهر ذلك واضحاً من خلال صياغة القاعدة، أكتفي بذكر مذاهب العلماء دون أدلتهم لطبيعة هذه الدراسة.

فالشافعية⁽⁵⁾، وأكثر الحنفية⁽⁶⁾، وبعض الحنابلة⁽⁷⁾، على أن الأصل في الأشياء الإباحة.

وذهب أبو حنيفة⁽⁸⁾، وبعض الشافعية⁽⁹⁾، وبعض الحنابلة⁽¹⁰⁾، وبعض المعتزلة⁽¹¹⁾، إلى القول بالتوقف، بمعنى أن الأصل في الأشياء عدم الحكم أو عدم العلم بالحكم، فليست مباحة ولا محظورة.

(1) سورة البقرة الآية 29.

(2) انظر: التفسير الكبير للرازي (2/154)، فتح القدير (1/60).

(3) أخرجه الترمذي كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء، (4/220) رقم: 1726، وابن ماجه في سننه كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن، (2/1117) رقم: 3367، والحاكم في المستدرک (4/129) رقم: 7115، وانظر صحيح سنن الترمذي للألباني (2/145)، وصحيح سنن ابن ماجه للألباني (2/240).

(4) انظر: تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي (5/397).

(5) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 83.

(6) انظر: تيسير التحرير شرح كتاب التحرير (2/168).

(7) انظر: شرح الكوكب المنير (1/325 - 326).

(8) انظر: المنتور (2/70)، أشباه السيوطي ص 83.

(9) انظر: التبصرة في أصول الفقه ص 532، إرشاد الفحول ص 284.

(10) شرح الكوكب المنير (1/325 - 326).

(11) التبصرة ص 533، تيسير التحرير (2/168).

وذهب الإمام الرازي⁽¹⁾، إلى أنه لا حكم للأشياء قبل الشرع، وأما بعده فإن الأصل في المنافع الإباحة والأصل في المضار التحريم⁽²⁾، وبه قال العلائي، ونسبه إلى الشافعية وإلى جمهور أهل العلم⁽³⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - سندات المقارضة (صكوك المقارضة)

تعريف سندات المقارضة: سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه.

ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية (صكوك المقارضة)⁽⁴⁾.

وقد عرّف قانون البنك الإسلامي السندات هذه بأنها: الوثائق الموحدة القيمة والصادرة عن البنك بأسماء من يكتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها على أساس المشاركة في نتائج الأرباح المتحققة سنوياً حسب الشروط الخاصة بكل إصدار على حدة⁽⁵⁾.

والناظر في نصوص قانون سندات المقارضة يلاحظ أن فكرة هذه السندات تقوم فيه على العناصر التالية:

أ - أنها وثائق تسجل مقدار الأموال التي قدمها المكتتبون بها لمشروع معين بقصد تنفيذه لتحقيق الربح.

ب - أن لكل وثيقة من هذه الوثائق قيمة محددة.

ج - أن لكل شخص من المكتتبين بهذه الوثائق قد يحصل على وثيقة أو أكثر منها بقدر ما دفع من أموال مشاركة في تنفيذ هذا المشروع.

د - أن هذه الوثائق تصدر بأسماء من يملكونها.

(1) هو فخر الدين محمد بن عمر القرشي الرازي الشافعي، ولد سنة 544هـ، وتوفي سنة 606هـ، من مؤلفاته: التفسير الكبير، ومحصل أفكار المتقدمين والمتأخرين، انظر: طبقات الشافعية الكبرى (81/8 - 96)، طبقات الأسنوي (260/2).

(2) انظر: المحصول (131/2).

(3) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (515/2).

(4) هذا التعريف هو لمجمع الفقه الإسلامي، راجع مجلة المجمع، العدد4، (3/2159 - 2160)، معجم الاصطلاحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد ص214.

(5) فقرة رقم (3) لسنة 1978 نقلاً عن بحث عبد السلام داود العبادي، مجلة المجمع العدد4، (3/1964).

هـ - أن المالك هذه الوثائق نسبة من ربح المشروع تعلن في نشرة الإصدار خلال الفترة التي تصدر لها السندات ، وأن ما يدفع لصاحب السند ليس بفائدة سنوية محددة إنما يرتبط بمقدار ما يدفع له بقدر ما يتحقق من ربح المشروع.

و - أن النسبة الأخرى من الربح مخصصة للإطفاء التدريجي لأصل قيمة السند الأصلية.

ز - وبذا يسترد صاحب السند مقدار ما دفعه أولاً بأول، في مواعيد الإطفاء المحددة بنشرة الإصدار الخاصة بمشروع معين ، وينال في خلال هذه الفترة ربحاً معقولاً تم تقرير نسبته من دخل المشروع على أساس حساب الدخل المتوقع.

ح - وفق هذا الأسلوب ينتهي صاحب المشروع إلى امتلاك المشروع ودخله كاملاً وذلك بعد إطفاء القيمة الأصلية لجميع السندات.

أما فيما يتعلق بمشروعية سندات المقارضة، فقد ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى إباحتها تحريماً على القاعدة الفقهية: «الأصل في الأشياء الإباحة»، ومن هؤلاء العلماء الدكتور عبد السلام داود العبادي، الذي يقول - بعد أن تعرض لحقيقة هذه السندات - : (واضح أن صيغة سندات المقارضة تطرح على أنها صورة من صور التعامل الجديد وفق قواعد الاقتصاد الإسلامي .. والفقه الإسلامي قاعدة عامة ووفق أرجح المذاهب يرحب بكل صور التعامل الجديدة ما دام أنها لا تتضمن تحليلاً لحرام أو تحريماً لحلال وفق القاعدة الفقهية «أن الأصل في الأشياء الإباحة»، أو الأصل التخليّة عن الحكم، وإذا لم يتعلق بالأمر دليل يجرم فيعود الأمر إلى الإباحة)⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: حكم زراعة عضو استؤصل في حد

عرضت هذه المسألة على العلماء الباحثين، أعضاء مجمع الفقه الإسلامي، فأفتى أغلبهم بعدم جواز إعادة زراعة عضو استؤصل في حد أو قصاص، وهو الحكم الذي صدر به قرار المجمع، ونصه:

1 - لا يجوز شرعاً إعادة العضو المقطوع تنفيذاً للحد لأن في بقاء أثر الحد تحقيقاً كاملاً للعقوبة المقررة شرعاً، ومنعاً للتهاون في استيفائها، وتغادياً لمصادمة حكم الشرع في الظاهر.

2 - بما أن القصاص قد شرع لإقامة العدل وإنصاف المجني عليه، وصون حق الحياة للمجتمع، وتوفير الأمن والاستقرار، فإنه لا يجوز إعادة عضو استؤصل تنفيذاً للقصاص، إلا في الحالات التالية:

(أ) أن يأذن المجني عليه بعد تنفيذ القصاص بإعادة العضو المقطوع.

(ب) أن يكون المجني عليه قد تمكن من إعادة العضو المقطوع منه.

(1) انظر: بحث الدكتور عبد السلام داود العبادي، مجلة المجمع العدد4، (3/ 1970 - 1971).

3 - يجوز إعادة العضو الذي استؤصل في حد أو قصاص بسبب خطأ في الحكم أو في التنفيذ⁽¹⁾.

وهناك من فصل في المسألة، فمنع إعادة زراعة العضو الذي قطع في قصاص، وأباح ذلك في الحدود، كالشيخ محمد علي التسخيري⁽²⁾، والدكتور محمد وهبة الزحيلي، لكن بضوابط محددة.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: (تبين لدينا أن إعادة أي عضو قطع في قصاص لا يجوز شرعاً ما لم يأذن المجني عليه ويسقط حقه، منعاً من إثارة الأحقاد والضغائن).

أما إعادة العضو المستأصل في حد كإعادة اليد أو الرجل بعد قطعها في السرقة والحراقة، فذلك أمر جائز في رأيي، بالشروط والضوابط المتقدمة، ما لم يؤدي الأمر إلى فساد عام وشر شامل، فيؤخذ حينئذ بما يحسم الفساد بالحكم الأشد⁽³⁾.

وقد بنى هذا الحكم على القاعدة الفقهية: «الأصل في الأشياء الإباحة»، وذلك عندما قال:

(الاستحسان والمصلحة الضرورية أو الحاجة وغيرها من أصول الاستدلال لا تمنع من القول من إعادة اليد، بحجة مصادمتها للنصوص الشرعية، لأن إعمال النص قد تحقق بقطع اليد أو بالقصاص، وما وراء ذلك يكون على أصل الإباحة، والأصل في الأشياء النافعة الإباحة، وفي الأشياء الضارة المنع أو الحظر، ولا شك بأن إعادة اليد أمر نافع نفعاً محضاً لصاحبها، بعد أن ذاق وبال أمره، ونكل به، وتم التشهير بجريمته أمام ملاء من الناس)⁽⁴⁾.

القاعدة الخامسة: الأصل في الأبخاع التحريم

ذكرها كل من السيوطي وابن نجيم والزرکشي وبهذا اللفظ⁽⁵⁾.

وذكرها ابن رجب الحنبلي بلفظ: «الأصل تحريم الأبخاع»⁽⁶⁾.

المراد بالأبخاع الفروج، جمع بضع وهو الفرج، كناية عن النساء والنكاح⁽⁷⁾.

(1) قرار المجمع الصادر في الدورة السادسة من سنة 1410 هـ انظر مجلة المجمع، العدد6، (3/ 2299 - 2302).

(2) انظر بحثه "زراعة عضو استؤصل في حد أو قصاص" للشيخ محمد علي التسخيري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد6، (3/ 2167 - 2178).

(3) بحث "زراعة عضو استؤصل في حد" للدكتور مصطفى وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد6، (3/ 2219).

(4) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد6، (3/ 2214).

(5) الأشباه والنظائر للسيوطي ص84، وأشباه ابن نجيم ص74، المنشور في القواعد للزرکشي (1/ 177).

(6) انظر: تقرير القواعد وتحرير الفوائد (3/ 195).

(7) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف ص134، القاموس الفقهي ص37 - 38.

معنى القاعدة

من الحرام البين الذي نصَّ عليه الله تعالى في كتابه والنبي ﷺ في سنته اتصال الرجل بالمرأة دون عقد زواج شرعي، وعليه يحرم على الرجل مباشرة المرأة إلا بطريق الحلال، ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا أقبل أحدهم على الزواج من نساء قريبة، ومن بينهن أخته بالرضاعة، لا يعرفها، فيحرم عليه الزواج من جميع نساء القرية، لأن الأصل في الأبضاع التحريم، وإذا قام الدليل وارتفع اللبس، وتبين الحلال من الحرام، جاز له النكاح.

يقول الزركشي: (فإذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة، ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرم بنسوة قرية كبيرة فإنه ليس أصلهن الإباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه ولهذا كانت موانع النكاح تمنع في الابتداء والدوام لتأييدها واعتضادها بهذا الأصل)⁽¹⁾.

ويقول الدكتور البورنو في معناها: (أي أن الأصل في النكاح الحرمة والحظر، وأبيح لضرورة حفظ النسل، ولذلك لم يبحه الله تعالى إلا بإحدى طريقتين هما: العقد وملك اليمين، وما عداهما فهو محظور)⁽²⁾.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة

المسألة 1: منع تلقيح الزوجة بمبي الزوج والقائلين بذلك

ذهب إلى عدم جواز هذه العملية بهذه الصورة من التلقيح الاصطناعي الداخلي⁽³⁾، بعض المعاصرين، ومنهم الشيخ أحمد الحجي⁽⁴⁾.

واستدلوا بأدلة منها: أن الله تعالى شرع الاتصال الجنسي بين الزوجين لمقصد أصلي، وهو تأمين السكن النفسي الناتج عن المتعة الحسية والعاطفية، ثم لمقصد تبعي للمقصد الأصلي وهو إنجاب الأطفال لاستمرار النسل، والتلقيح الاصطناعي يحقق المقصد التبعي دون الأصلي، والمقصد التبعي لا يتحقق إلا بشرط تحقق الأصلي، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾⁽⁵⁾، وقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ﴾⁽⁶⁾.

(1) المنشور في القواعد (1/177).

(2) الوجيز للبورنو ص 199.

(3) سبق وأن شرحنا هذه الصورة تحت قاعدة «الحاجة تنزل منزلة الضرورة» انظر ص؟؟؟ من الأطروحة.

(4) التلقيح الاصطناعي، مقال منشور في مجلة الوعي الإسلامي، العدد 83/1971، السنة السابعة، ص 73.

(5) سورة الأعراف الآية 189.

(6) سورة البقرة الآية 187.

فما دام التلقيح الاصطناعي لا يحقق الإشباع النفسي، فإنه يكون محرماً. طبقاً للقاعدة الفقهية: «الأصل في الفروج التحريم حتى يقام الدليل على الحل»⁽¹⁾.

القاعدة السادسة: «الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل»⁽²⁾

حافظت الشريعة الإسلامية على معاملات الناس في مختلف النواحي، ومن لوازم هذا الحفظ، منع الجهالة المفضية إلى النزاع والخصومات، خاصة في مجال المعاملات المالية، أين تكثر أسباب النزاع، ولذلك وضع بعض الفقهاء هذه القاعدة كضابط لفك النزاع المشكل بين المتعاقدين، وحسم الخلاف بينهما.

وقد صاغ بعضهم هذه القاعدة بقوله:

«الجهالة في العقود عليه إذا كانت تفضي إلى المنازعة تمنع صحة العقد»⁽³⁾.

شرح مفردات القاعدة

الجهالة لغة: من الجهل وهو نقيض العلم، وهي بمعنى التثلم في الأمور المهمة من غير علم.

وفي الاصطلاح: اعتقاد الشيء جزماً على خلاف ما هو به في الواقع.

أو عدم تصوّر الشيء بالكلية⁽⁴⁾.

الفساد لغة: مصدرٌ، من فسَدَ ضد الصلاح، وهو بمعنى: زوال الصورة عن المادة بعد أن كانت حاصلة⁽⁵⁾.

واصطلاحاً: (ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه، وهو مرادف للبطلان عند الشافعي، وقسم ثالث مباين للصحة والبطلان عندنا)⁽⁶⁾، (أي عند الأحناف).

وقيل في تعريفه: هو عدم استيفاء الشروط⁽⁷⁾.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة

المقصود من العقود انتفاع كل من المتعاقدين أو المتعاملين عموماً بما تعاقدوا عليه، ويحرص الشارع الحكيم دائماً على حسن المعاملة والتراضي والتحاب بين المتعاملين.

(1) التلقيح الصناعي، لمحمد الحججي، ص 74.

(2) انظر: الدرر شرح الغرر لملا خسرو (155/2).

(3) انظر: المبسوط (14/183)، وانظر موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (5/39).

(4) انظر: المصباح المنير (1/156)، التعريفات ص 84، التوقيف على مهمات التعاريف ص 260، القاموس الفقهي ص 72.

(5) انظر: المصباح المنير (2/646 - 647)، التعريفات ص 173، التوقيف على مهمات التعاريف ص 555.

(6) انظر: التعريفات للجرجاني ص 103. التوقيف على مهمات التعاريف ص 556.

(7) انظر: القاموس الفقهي ص 285.

ولذلك كان كل ما يسبب الخصومة والمنازعة بينهما، مفسداً للعقد والمعاملة؛ درءاً لفساد العلاقة بين المسلمين وجلباً للمحبة والتعاون على الخير والبر بينهم، ولذلك فكلُّ جهالة في العقد سواء في المبيع أو الثمن أو ما يتعلق بأحدهما تفضي إلى المنازعة والخصومة توجب بطلان العقد وفساده، ومفهوم القاعدة أنه إذا كانت الجهالة قليلة لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع صحة العقد.

دليل القاعدة

1 - عن زيد بن ثابت رضي الله عنه⁽¹⁾ قال: كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتاعون الثمار، فإذا جد النَّاس وحضر تقاضيهما قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مُراض، أصابه قُشام - عاهات يحتجون بها - فقال رسول الله ﷺ، لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: «فإما لا، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر»، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم⁽²⁾.

فهنا توجيه النبي الكريم ﷺ منبعث من واقع الخصومة التي كانت تقع بينهم، وليس يخاف أن الجهالة على أنواع⁽³⁾، وفي القضية الواردة في الحديث المذكور آنفاً يتبين أثر الجهالة في بقاء المبيع، فإنه لا يمكن التأكد من سلامة الثمار قبل بدو صلاحها ولا يؤمن عليها التلف بسبب الجوائح.

2 - حديث جابر بن عبد الله⁽⁴⁾ قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة، وعن الثُّنْيَا، ورخص في العرايا»⁽⁵⁾.

(1) زيد بن ثابت: هو الصحابي الجليل أبو سعيد زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري الخزرجي المدني، أحد كتاب الوحي وحفاظ القرآن على عهد النبي ﷺ، واختاره أبو بكر الصديق لجمع القرآن ثم عثمان بن عفان من بعده، وكان عمر وعثمان يستخلفانه على المدينة إذا حجا، وهو أعلم الناس بالفرائض، توفي سنة 45هـ.

انظر ترجمته في الاستيعاب لابن عبد البر (532/2)، طبقات خليفة ص (22) الإصابة لابن حجر، (544/2).

(2) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (765/2) رقم: 2081، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (253/3) رقم: 3372، وأخرجه أحمد في مسنده (56/2) رقم: 5184 و5521 و6058.

(3) الفروق للقرافي (265/3 - 266).

(4) جابر بن عبد الله: هو الصحابي الجليل جابر بن عبد الله بن حرام الخزرجي الأنصاري السلمي، صحابي جليل مشهور من أهل بيعة الرضوان وأهل السبق في الإسلام، كان من المكثرين في الرواية عن النبي ﷺ، إذ روى 1540 حديث، روى عنه جماعة من أئمة التابعين، غزا تسع عشرة غزوة، كانت له في آخر أيامه حلقة في المسجد النبوي، وهو آخر الصحابة وفاة بالمدينة، وكان ذلك سنة 78هـ. انظر ترجمته في: الاستيعاب (219/1)، سير أعلام النبلاء (189/3)، الإصابة (213/1)، تهذيب التهذيب (42/2)، شذرات الذهب (84/1).

(5) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب البيوع، باب باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين (1175/3) رقم: 1536.

وقال الإمام النووي في شرحه: (قوله "نهى عن الثُّنْيَا" هي استثناء والمراد: الاستثناء في البيع، وفي رواية الترمذي⁽¹⁾ وغيره بإسناد صحيح: "نهى عن الثُّنْيَا إلا أن تعلم"⁽²⁾) والثُّنْيَا المبطلّة للبيع، قوله: بعتك هذه الصبرة إلا بعضها، وهذه الأشجار، أو الأغنام، أو الثياب، ونحوها إلا بعضها فلا يصح البيع؛ لأن المستثنى مجهول، فلو قال: بعتك هذه الأشجار إلا هذه الشجرة، أو هذه الشجرة إلا ربعها، أو الصبرة إلا ثلثها، أو بعتك بألف إلا درهماً، وما أشبه ذلك من الثُّنْيَا المعلومة، صح البيع باتفاق العلماء...)⁽³⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

هناك مسائل معاصرة كثيرة يمكن النظر فيها بناء على هذه القاعدة، ومنها:

المسألة 1 - العادة الجارية في بعض مطاعم الفنادق، والمطاعم الكبيرة مما يعرف بالبوفيه المفتوح وذلك بأن يصنعوا أنواعاً من الأطعمة في أواني، ويطلقون للمشتري في أكل ما شاء بقدر ما شاء، ويأخذون ثمناً واحداً معيناً من كل واحد، بغض النظر عن مقدار الطعام، فالقياس أن لا يجوز البيع لجهالة الأطعمة المبعة وقدرها، ولكنه يجوز؛ لأن الجهالة يسيرة غير مفضية إلى النزاع، وقد جرى بها العرف والتعامل.

المسألة 2 - استئجار السيارات، فربما لا يعرف سائقها مسافة السفر، ولا تتعين الأجرة في بداية السفر، ولكن هذه الجهالة تتحمل، لكون العداد رافعاً للنزاع؛ إذ يتفق الراكب والسائق على أجرة وفق العداد، فلا يقع النزاع المشكل⁽⁴⁾.

(1) الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الترمذي الحافظ العلم البارح صاحب التصانيف الكثيرة، المولود في سنة (209هـ). قال في التقريب: صاحب الجامع، أحد الأئمة. سمع: قتيبة، وأبا مصعب، وغيرهم. وعنه: المحبوبي، والهيثم بن كلب، وخلق. مات في رجب سنة (279هـ). وقد اشتهر بجامعه الذي جمع فيه سنن النبي ﷺ.

انظر ترجمته في: تهذيب التهذيب (364/7) رقم 6459، تحرير تهذيب التهذيب (302/3) رقم 6206، الكاشف (69/3) رقم 5162.

(2) الحديث أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة.. (3/1175) رقم: 1536، والترمذي في سننه كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا (3/585) رقم: 1290، وقال: حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه من حديث يونس بن عطاء عن جابر رضي الله عنه.

(3) صحيح مسلم بشرح النووي (10/195).

(4) المصدر نفسه (1/320). وراجع القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/253 - 254).

المبحث الثاني أثر قواعد الإثبات في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة القاعدة الأولى: البينة على المدعي واليمين على من أنكر

هذه القاعدة وردت بهذا اللفظ في مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، وكذا في الأشباه والنظائر للسيوطي⁽²⁾، وأوردها صاحب المبسوط بهذا اللفظ⁽³⁾، وبلغف: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»⁽⁴⁾.

وهي جزء من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ولفظه «قال ثم لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»⁽⁵⁾.

ومعنى القاعدة

يقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء في بيان معنى القاعدة:

إنَّ المدَّعي هو الذي يزعم خلاف الظاهر، فعليه الإثبات بالبينة، كما أفادته القاعدة الأساسية «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»⁽⁶⁾.

أما المدَّعى عليه فإنه بإنكاره متمسك بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته من المسؤولية. فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ.

ولكن لاحتمال كذب المدعى عليه في الإنكار يوثق قوله باليمين إذا طلب المدَّعي تحليفه عند عجزه عن الإثبات.

وهذا مبدأ عام: أن كل من كان القول له فهو خاضع لليمين إلا في مستثنيات محدودة⁽⁷⁾.

(والحكمة فيه أن جانب المدعي ضعيف، لأنه يدعي خلاف الظاهر، فكانت الحجة القوية واجبة عليه ليتقوى بها جانبه الضعيف، والحجة القوية هي البينة.

وجانب المدعى عليه قوي، لأن الأصل عدم المدعى به، فاكتمى منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين)⁽⁸⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

(1) انظر: المجلة المادة 76، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص 304.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 622.

(3) المبسوط للسرخسي (132/30).

(4) المبسوط للسرخسي (28/17).

(5) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (888/2) رقم: 2379، ومسلم في كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، والفظ المثبت هو لمسلم (1336/3) رقم: 1711.

(6) المادة: 77 من قواعد المجلة، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 323.

(7) انظر: المدخل الفقهي العام (1056/2) بتصرف بسيط، وموسوعة القواعد الفقهية (133/3).

(8) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 304.

المسألة 1: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة

نظراً إلى التطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات، كالتعاقد بواسطة الهاتف والتلكس والفاكس وجهاز الراديو والتلفزيون والفاكس والتلكس والأنترنت، عرض هذا الأمر على هيئة علماء مجمع الفقه الإسلامي، فتم دراسة الموضوع ومناقشة تفاصيله، وانتهى المجمع إلى القرار الآتي:

1 - إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

2 - إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف والأسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء.

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

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

5 - ما يتعلق باحتمال التزيف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات⁽¹⁾.

ومن القواعد العامة للإثبات حالات التزيف والتزوير، قاعدة «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»، والتي وظَّفها الدكتور محي الدين القره داغي، لبيان الحكم في حالة التزيف أو التزوير في استعمال هذه الوسائط في العقود الحديثة.

قال تحت عنوان ضوابط ينبغي التنبيه عليها: (لا شك أن العقود تتم بلا خلاف عن طريق التليفون، أو الراديو أو التلفزيون أو اللاسلكي، ولكنه مع ذلك إن التعاقد بها يبقى معه احتمال التزوير وتقليد الصوت، والدبلجة، ولذلك فالأصل هو انعقاد العقد ولكن إذا ادعى أحدهما أن الصوت ليس له، فعليه إثبات ذلك من خلال الأدلة التي تقنع القضاء الذي هو الفيصل، لأنه المدعي (والبينة على المدعي، واليمين على من أنكر)⁽²⁾.

(1) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بمجلة المجمع، العدد6، (1265 - 1268).

(2) انظر: بحث "حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة" لمحي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد6، (937/2 - 938).

القاعدة الثانية: القول قول الأمين مع اليمين من غير بيّنة⁽¹⁾

وجاءت كذلك بلفظ: «القول قول الأمين في المحتمل مع اليمين»⁽²⁾.

وفي لفظ: «القول قول الأمين مع اليمين، من غير بيّنة، إلا إذا كذّبه الظاهر، من حقيقة أو عادة»⁽³⁾.

يقول الدكتور الندوي في أهميتها: (وهي من القواعد المجمع عليها فهي محل اعتبار وأهمية في مجال الإثبات، إذ لو بطلت الثقة في الأمناء، وساء الظن بجميع الناس بدون تمييز واستثناء، لساد الفساد وعمت الفوضى في جميع العقود والمبادلات السائرة في المجتمعات، وهذا لا يتنافى مع مطالبة التوثيق والإثبات إذا لزم الأمر)⁽⁴⁾.

وجاءت في المجلة بصيغة: «الأمانة غير مضمونة، يعني على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين، وتقصيره ولا يلزم الضمان»⁽⁵⁾.

وذكرها الإمام القرافي حين بين الفرق بين قاعدة المدعي والمدعى عليه، فقال: (والأمين مصدق، ونظائر هذا كثيرة، يكون الطالب فيها مدعى عليه، ويعتمد أبدأ الترجيح بالعوائد، وظواهر الأحوال والقرائن، فيحصل لك من هذا النوع ما لا ينحصر عدده)⁽⁶⁾.

كما ذكرها الزركشي في قواعده: (ائتمان المالك يوجب تصديق المؤتمن، ولهذا لو اختلف المالك وعامل القراض وجب عليه تصديقه، وكذلك الوكيل بالجعل، والمودع لائتمانه إياه...)⁽⁷⁾.

كما حفلت كتب الحنابلة بالتصوُّص الدّالة على اعتبارهم لهذه القاعدة واعتنائهم بها، فهذا عبد الرحمن السّعدي - من متأخري الحنابلة - يوليها اهتماماً إن من حيث التمثيل أو من حيث الصياغة، قال: (التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعد أو يفرط، وفي يد الظالم مضمون مطلقاً، أو يقال: ما ترتب على المأذون فيه، فهو غير مضمون، والعكس بالعكس...)⁽⁸⁾.

ومعنى القاعدة:

أنه عند وجود احتمال الصّدق في سبب هلاك المدّعي به ولا توجد بيّنة للمدعي تؤيد دعواه، فإن القول قول الأمين مع يمينه، لأنه يدفع عن نفسه ضمان التلف بإنكاره التسبب في الهلاك، أو إنكاره تغير السلعة... لكن هذا مشروط بأن لا يكذبه ظاهر الحال أو حقيقة الأمر أو العادة، لأنه إذا ظهر كذبه فإن الضمان عليه⁽⁹⁾.

(1) أصول الكرخي، 164، مطبوع مع تأسيس النظر، المبسوط للسرخسي (161/2).

(2) المبسوط (218/30 - 226). موسوعة القواعد الفقهية (233/7).

(3) المبسوط (161/15)، أصول الكرخي، ص12، أشباه ابن نجيم ص265، موسوعة القواعد الفقهية (233/7).

(4) موسوعة القواعد والظوابط الفقهية (409/1).

(5) مجلة الأحكام العدلية، المادة: 768، ودرر الحكام (202/2).

(6) الفروق للقرافي (75/4).

(7) المنشور في القواعد (208/1).

(8) القواعد والأصول الجامعة ص50، القاعدة رقم: 14.

(9) موسوعة القواعد الفقهية (233/7 - 234).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

جاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي ما يلي:

السؤال: هل يمكن أن يكون الوكيل ضامناً للبضاعة طالما هي في حوزته قبل أن يبيعها؟

الجواب: إن الوكيل لا يعتبر ضامناً إلا في حالة التقصير أو التعدي، وتعتبر البضاعة أمانة في يده...⁽¹⁾.

ومما يجب ذكره في هذه الحالة أن بعض المصارف لا تعمل بهذه القاعدة على إطلاقها، بسبب تغير الظروف والأحوال في عصرنا هذا، ومثال ذلك ما هو جارٍ في بنك فيصل الإسلامي، الذي جاء في بعض قراراته:

(أن الصرّاف أمين على المال الذي تحت يده، والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا إذا فرط في الحفظ أو تعدى فيما أئتمن عليه...)

وكان الناس في زمن رسول الله ﷺ يأتمن بعضهم بعضاً، وكان العامل يصدق إذا ادعى هلاك ما في يده بلا تفريط منه.

وقد ورد عن علي بن أبي طالب⁽²⁾ - رضي الله عنه - أنه قضى بتضمين الأجير (أي الأجير العام) والغسّال والصبّاغ، وقال: لا يصلح النَّاسُ إلا ذاك. وذهب شريح القاضي إلى مذهب علي في تضمين الأجراء والصُّنّاع.

وترى الهيئة أن يستمر على ما درج عليه من مطالبة الصرّاف بدفع الفروقات التي تحدث بخزنته، أي أن يكون الأصل هو الضّمان، إلا إذا ثبت لدى البنك ثبوتاً لا شبهة فيه، أن الصرّاف لم يتعد ولم يفرط فيما ضاع من مال البنك، فإنه لا يضمن حينئذ، وهذه هي الحالة التي قلنا إنه يجوز للبنك أن يسدد فيها التُّقصان الحادث في الخزينة⁽³⁾.

(1) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (2/164)، برقم: 240.

(2) هو أمير المؤمنين أبو الحسن علي بن أبي طالب القرشي الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ، ولد قبل البعثة بعشر سنين، وترى في حجر النبي ﷺ، وزوجته ابنته فاطمة الزهراء، وبعثه إلى اليمن قاضياً ومعلماً، وشهد المشاهد كلها إلا تبوك استخلفه فيها الرسول ﷺ على المدينة، وهو من أجلاء فقهاء الصحابة وقضاتهم، اشتهر بالشجاعة والفروسية والعلم بالقرآن والفرائض والأحكام والشعر، بايع عثمان ﷺ فلما قتل عثمان بايعه الناس سنة 35هـ إلى أن قتل شهيداً مظلوماً سنة 40هـ.

انظر ترجمته في: الاستيعاب (3/26)، وأسد الغابة (3/588-622)، والإصابة (2/501)، طبقات خليفة (4، 126، 189).

(3) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ص (84 - 85) برقم: 22.

المبحث الثالث
أثر قواعد التوابع في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
القاعدة الأولى: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها⁽¹⁾

التعريف بالقاعدة

هذه القاعدة تدل على سماحة التشريع الإسلامي ومرونته، وهي منبثقة من القاعدة المعروفة: «التابع تابع». وخرّج عليها الفقهاء تفرّعات كثيرة. ومن صياغاتها المبثوثة في الكتب:

«يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع»⁽²⁾.

«يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»⁽³⁾.

«يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً ما لا يغتفر إذا كان مقصوداً»⁽⁴⁾.

«يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل»⁽⁵⁾.

«يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال»⁽⁶⁾.

مفردات القاعدة

يغتفر: أي يتسامح ويتساهل.

التابع: أي ما اشتمل عليه غيره، سواء كان من حقوق المتبوع المشتمل أو لوازمه، أو عقداً أو فسخاً متضمناً له، أو من حقوق عقد متعلق به⁽⁷⁾.

ما لا يغتفر في المتبوع: أي يغتفر في التابع ما دام تابعاً ما لا يغتفر فيه إذا صار متبوعاً، أي أصلاً ومقصوداً⁽⁸⁾.

والمعنى الاصطلاحي للقاعدة

(الشرائط الشرعية المطلوبة يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي، ولكن التوابع قد يتساهل في استيفائها بعض هذه الشروط، لأنه قد يكون للشيء قصداً شروط مانعة، وأما إذا ثبت ضمناً أو تبعاً لشيء آخر فيكون ثبوته ضرورة ثبوت متبوعه أو ما هو ضمنه)⁽⁹⁾.

(1) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص156. أشباه ابن نجيم ص135. القواعد الفقهية للندوي ص423. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/563). الوجيز للبورنو ص340.

(2) انظر: المجلة مادة54، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص229.

(3) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (12/312).

(4) المنشور في القواعد (3/376).

(5) بدائع الفوائد لابن القيم (4/27).

(6) طرح الشريب للعراقي (6/122)، كشف القناع (3/166).

(7) انظر: المصباح المنير (1/99)، القاموس الفقهي ص48.

(8) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص229.

(9) انظر: الوجيز للبورنو ص340، القواعد الفقهية للندوي ص425 - 426.

والقاعدة يرجع إليها كثيراً في مسائل الغرر، كما نبه إلى ذلك الدكتور الصديق الضرير في كتابه الغرر، إذ يقول: (الغرر الذي يؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة، أما الغرر في التابع - أي: فيما يكون تابعاً للمقصود بالعقد - فإنه لا يؤثر في العقد، ومن القواعد الفقهية المعروفة: (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها)، والأمثلة على هذا كثيرة..)⁽¹⁾.

ومما استدل به على هذه القاعدة قول الله عز وجل: ﴿أَوِ التَّبَعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾⁽²⁾، فجعل التابعين للنساء ممن يخلف في الرحل بمثابة النساء والصبيان في كونهم لا يحتاج منهم⁽³⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1 - التعامل بالأسهم الحلال، إذا وضعت في بنوك ربوية؟

ذهب بعض علماء العصر إلى إباحة التصرف في هذه الأسهم، ومنهم: الشيخ علي الخفيف، الشيخ عبد الوهاب خلاف، والدكتور علي محي الدين القره داغي، وعبد الرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والقاضي عبد الله سليمان بن منيع، وغيرهم⁽⁴⁾.

وخرَّجوا المسألة على القاعدة الفقهية التالية:

«يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع».

ووجه تخريجهم: أن هذا النوع من الأسهم وإن كان فيه نسبة بسيطة من الحرام لكنها جاءت تبعاً، وليست أصلاً مقصوداً بالتملك والتصرف، فما دامت أغراض الشركة مباحة، وهي أنشئت لأجل مزاولة نشاطات مباحة، غير أنها قد تدفعها السيولة أو نحوها إلى إيداع بعض أموالها في البنوك الربوية، أو الاقتراض منها.

فهذا العمل بلا شك عمل محرم يؤثم فاعله (مجلس الإدارة) لكنه لا يجعل بقية الأموال والتصرفات المباحة الأخرى محرمة، وهو أيضاً عمل تبعي وليس هو الأصل الغالب الذي لأجله أنشئت الشركة، وما دام أن الغرر يسمح به في التابع ولا يسمح به في المتبوع، وأن التعامل مع هذه البنوك الربوية لم يكن مقصوداً وإنما جاء تبعاً لما يتطلبه المقصود الأول من استثمار المال وحفظه، وقد تدفع الضرورة بوضعه في البنوك الربوية إلى حين، وحينئذ يُخْرَج القدر الحرام ويطيب باقي المال.

(1) الغرر وأثره في العقود، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، ص 595.

(2) سور النور الآية 31.

(3) انظر: تفسير ابن كثير (5/88).

(4) سبق التعرض لهذه المسألة وإلى القائلين بإباحة التصرف في هذه الأسهم، عند تخريجها على قاعدة: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة»، راجع ص؟؟؟ من الأطروحة.

المسألة 3: حكم التأمين في بطاقات الائتمان

بعض بطاقات الائتمان تقدم تغطية تأمينية في بعض المعاملات كالتأمين على الحياة، أو ضد الحوادث، وهذا التأمين بهذه الصورة - بالنسبة للقائلين بجواز التأمين - لا حرج فيه، أما بالنسبة للمانعين، فإنه غير جائز لما في التأمين من الغرر الفاحش، ولكن ما دام التأمين في هذه الصورة جاء تبعاً، فإنه يغتفر، لأن الغرر مغتفر في عقود المعاوضات المالية إذا وقع في التوابع، كما هو مقرر في الفقه.

يقول الدكتور نزيه كمال حماد في حكم هذه الصورة، في معرض بيان وجه التخريج على القاعدة الفقهية: (وهذا التأمين بمفرده الأصل فيه عدم الجواز شرعاً، باعتباره تأميناً تجارياً حقيقته معاوضة مالية تنطوي على غرر فاحش في العقود عليه أصالة، ولكنه هنا وقع تبعاً في اتفاقية الإصدار، أي تابعاً للمقصود في تلك المعاقدة، ومن المقرر فقهاً أن الغرر مغتفر في عقود المعاوضات المالية إذا وقع في التوابع (أي فيما يكون تابعاً للمقصود بالعقد)، وقد جاء في القواعد الفقهية: «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها»⁽¹⁾.

القاعدة الثانية: التابع تابع

هذه القاعدة وردت بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾، وكذا في أغلب كتب القواعد الفقهية⁽³⁾، كما وردت بصيغ أخرى منها:
«التابع يثبت له حكم أصله»⁽⁴⁾.

«ثبوت الحكم في التبع بشبوته في الأصل»⁽⁵⁾.

والمراد بالتابع - هنا - ما لا يوجد مستقلاً بنفسه، بل وجوده تابع لوجود غيره، فهذا لا ينفك حكمه عن حكم متبوعه.

والمعنى العام للقاعدة

إن ما كان تابعاً لغيره في الوجود - سواء كان جزءاً من متبوعه أو ضمن متبوعه أو من ضرورات متبوعه ولوازمه، أو فرعاً له - أنه لا حكم له منفرداً بل إن الحكم الذي يثبت لأصله

(1) انظر: بحث الدكتور نزيه حماد "بطاقات الائتمان غير المغطاة"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، (517/3).

(2) المادة: 47 من المجلة انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص 197.

(3) انظر: إيضاح المسالك للشريسي ص 25، قواعد ابن رجب الحنبلي ق 84، أشباه ابن نجيم ص 133، أشباه السيوطي ص 153، المدخل الفقهي العام (2/1022)، الوجيز للبورنو ص 331، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (3/158).

(4) انظر: المغني لابن قدامة (4/383)، الموافقات (3/208)، موسوعة القواعد الفقهية (3/158).

(5) انظر: المبسوط للسرخسي (26/136)، موسوعة القواعد الفقهية (3/158).

يثبت له. فإذا ثبت لأصله حكم بالإيجاب أو التحريم أو الندب أو الكراهة أو الإباحة، فإن هذا الحكم يثبت له أيضاً⁽¹⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: تطبيق مبدأ الغلبة في الأعيان والمنافع عندما يكون وعاء القراض مختلط

من العناصر الواجب توفرها في سندات المقارضة⁽²⁾، حتى تُصبح:

أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذونا فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

أ - إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقودا فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.

ب - إذا أصبح مال القراض ديونا تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديون.

ج - إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقا للسعر المتراضي عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعيانا ومنافع. أما إذا كان الغالب نقودا أو ديونا فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة⁽³⁾.

يلاحظ على الضابط الثالث أن تداول صكوك المقارضة يكون بشرط أن يكون غالب الوعاء من الأعيان والمنافع، لا من النقود أو الديون.

وهذا الاشتراط - كما ذكر الدكتور عبد الستار أبو غدة - عمدته القاعدة الفقهية: «التابع تابع».

يقول فضيلة الدكتور: (الحقيقة فكرة اشتراط الغلبة هنا جاءت تطبيقا لقاعدة شرعية معروفة لدى الفقهاء وهي «التابع يأخذ حكم المتبوع». ومن المعلوم أن التعامل في بيع النقد بالنقد يجب أن يأخذ حكم المصارفة ولكن الفقهاء استثنوا حالة التبعية، واستدلوا بالحديث المعروف في بيع العبد إذا كان له مال. فالحديث يقول: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»⁽⁴⁾.

(1) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (158/3).

(2) سبق تعريف سندات المقارضة في ص؟؟ من الأطروحة في قاعدة «الأصل في الأشياء الإباحة».

(3) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 4، (3/2159 - 2165).

(4) أخرجه أبو داود في سننه بهذا اللفظ في كتاب البيوع، باب العبد يباع وله مال (3/268) رقم: 3433، والترمذي في سنن كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال (3/546) رقم: 1244، ومالك في الموطأ كتاب البيوع، باب ماجاء في مال المملوك (2/611) رقم: 1272. وانظر في شرح الحديث فتح الباري (5/51)، وشرح النووي على صحيح مسلم (11/39).

فقالوا: بأن هنا يجري بيع للمال وقد يكون البيع مؤجلاً بثمن مؤجل فقالوا إذن يغتفر لأن هناك فيه تبعية والتبعية لا تتصور إلا أن الأمر مغلوباً فإذا كان غالباً لا يكون تابعاً وإنما يكون متبوعاً.

والمسألة مبنية على كون العبد يملك، وهو يتصور في العبد المأذون أيضاً، قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع (المشتري) إذا اشترط مال العبد فهو له، نقداً كان أو عرضاً أو ديناً⁽¹⁾.

قال ابن رشد الحفيد⁽²⁾: (ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم وإن كان مال العبد دراهم، أو فيه دراهم وخالف في ذلك الشافعي واستدل مالك بإطلاق الحديث)⁽³⁾.

قال الحافظ ابن حجر⁽⁴⁾: (وكان العقد إنما وقع على العبد خاصة، والمال الذي معه لا مدخل له في العقد)⁽⁵⁾.

من هنا جاء اشتراط الغلبة لكي يظل هذا النقد أو هذه الديون تابعة للأعيان والمنافع التي يطلق فيها التابع بالحلول والأجل والتماثل والتفاضل فهذا هو الشرط أنه وفاء التبعية موجود مراعاة الإنسان حينما يبيع عبداً يكون المال أقل من قيمة العبد وإلا أنه لا يبيع هذا العبد وله مال أكثر من قيمته فمن هنا راعى الفقهاء القاعدة في أنه يجب أن يكون المال تابعاً للمبيع فهنا إذا كان الغالب أعيانه ومنافع فما هناك من ديون ونقود تعتبر تابعة والتابع يأخذ حكم المتبوع ويغتفر فيه ما لا يغتفر في الأصول)⁽⁶⁾.

(1) انظر: الموطأ للإمام مالك (2/611).

(2) ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد المالكي الغرناطي، كان عالماً أديباً أصولياً فقيهاً فيلسوفاً حكيماً، كان يفرغ إليه في الفقه كما في الطب، ترك تأليف كثيرة منها بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مختصر المستصفي، الكليات في الطب، ولد سنة 520، وتوفي سنة 595هـ، انظر: الديباج ص378، الفكر السامي (2/228)، شجرة النور الزكية ص146 - 147.

(3) بداية المجتهد لابن رشد (2/190).

(4) هو شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، المصري الشافعي، شيخ الإسلام وقاضي قضاة مصر، أحد كبار الحفاظ المحدثين، له مصنفات كثيرة منها فتح الباري شرح صحيح البخاري، وتلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، والإصابة في تمييز الصحابة، ولد سنة 773هـ وتوفي سنة 852هـ، انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي طبعة منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت - لبنان (2/36 - 40)، الفكر السامي (2/350 - 351).

(5) فتح الباري (5/34).

(6) انظر مناقشة الدكتور عبد الستار أبو غدة لموضوع "سندات المقارضة وسندات الاستثمار" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد4، (3/1998)، وبحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، الدكتور عبد الستار أبو غدة، الطبعة الأولى (1423هـ - 2002) شركة التوفيق (مجموعة دلة البركة) (2/107 - 108).

ومبدأ (مراعاة الغلبة في الأعيان والمنافع) يقوم على أساس النظر إلى العنصر الغالب في مكونات الوعاء الاستثماري، وتطبيق حكمه على جميع الوعاء، فإذا كانت الأعيان والمنافع هي الغالبة جاز التداول والتخارج⁽¹⁾ والاسترداد⁽²⁾ بأي بدل وبالحلول أو بالأجل، وهذا المبدأ هو الذي أفصح عنه قرار المجمع المشار إليه آنفاً.

المسألة 2: حكم التداول في الوعاء الاستثماري بتطبيق مبدأ التبعية للأعيان والمنافع

الأوعية الاستثمارية المشتركة تقوم على أساس الخلط التام بين الموجودات المقدمة من الشركاء من النقود أو الأعيان، ويقع الشيوخ وعدم التمييز فيما آل إليه رأس المال النقدي أو فيما عاد إلى الوعاء الاستثماري أو اندرج فيه من نقود أو ديون.

فإذا كان التعامل في النقود لوحدها أو الديون لوحدها أو الأعيان فإن أحكام هذا التعامل مقررة في الفقه، أما إذا حدث خلط بين هذه المكونات في وعاء استثماري مشترك كما في شركات المساهمة وصناديق الاستثمار والصكوك الاستثمارية فعلى أي أساس يتم التداول والتخارج والاسترداد في هذا الوعاء الاستثماري؟

والجواب:

إذا جرى الاختلاط والتنوع في مكونات الوعاء الاستثماري، وكانت مما لا يمكن فيها التمييز أو الفصل بينها لمنافاة ذلك لمبدأ الخلط في المشاركات وعدم جواز تمييز جزء عن آخر فإن كلاً من التداول والتخارج والاسترداد يمتنع، ولا يبقى إلا الاستمرار حتى التصفية للوعاء بالقسمة، وهذا ما ذهب إليه البروفسور الصديق محمد الأمين متمسكاً بالقواعد المقررة في هذا المجال⁽³⁾.

(1) التخارج في الحسابات الاستثمارية هو بيع حصة صاحب الحساب في الوعاء الاستثماري المشترك، وهذا البيع يخضع لما يترضى عليه الطرفان (أي للعرض والطلب)، ولا يجب على المتخارج أن يبيع حصته بثمن المثل أو بالقيمة الصافية لما يخصه من موجودات الوعاء، ويسري هذا المبدأ على التخارج في حالة وجود ربح أو عدم وجوده، .. وكذلك لو وقع التخارج بين صاحب الحساب وصاحب حساب آخر أو مدير الاستثمار (البنك) أو شخص آخر لا علاقة له بالحسابات.

(2) المراد به: شراء الحصة الاستثمارية (أو الوحدة أو الصك أو السهم) من المستثمر، وردها إلى الوعاء، وخروج المسترد منه.

ولا يختلف الاسترداد عن التخارج إلا بكونه يحصل داخلياً، في حين أن التخارج - كاسمه - فيه تصرف خارجي، بانضمام المستثمر الجديد (الداخل) إلى الوعاء، وحلوله محل المستثمر (المتخارج).

فالاسترداد: يتم بين المضارب وأحد المستثمرين في الوعاء المشترك سواء كان البديل مقدماً من مال المضارب أو من السيولة المتاحة في الوعاء وهي مملوكة لمجموع المستثمرين فيه وقد يكون فيهم المضارب، وهذا الاسترداد إما أن يكون متوقفاً على الاتفاق، مبنياً على تعهد من المضارب، وهو أيضاً إما متاح دائماً كما في معظم الصناديق الاستثمارية، أو مربوط بقيود وأوقات محددة.

(3) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (2/44).

إلا أن هذا الإجراء عسير التطبيق إلا في استثمارات قصيرة الأجل وقابلة للتضيض التام في نهايته، الأمر الذي دفع ببعض فقهاء العصر وهو الدكتور عبد الستار أبو غدة إلى الاجتهاد في المسألة وتخرجها على مبدأ من المبادئ الشرعية المتعلقة بالمعاملات المالية، مبدأ (مراعاة التبعية للأعيان والمنافع). وهو الجدير بالاعتبار، على حدّ تعبير أبو غدة.

والمقصود بهذا المبدأ: تبعية النقود والديون للأصول مهما كانت نسبتها في الوعاء الاستثماري أو الحصة محل التخارج.

ثم إن غرض المشاركة في وعاء استثماري واحد هو الاسترباح بتحويل النقود إلى أعيان وبيعها وتقليبها فإن حكم النقود والديون يتبع حكم الموجودات من الأعيان لأنها هي الأصل في نشاط المشاركات، فلو بقي رأس المال نقداً لما حصل الاسترباح الذي هو الغرض من المشاركات.

وتتحقق التبعية بالألا يكون الشيء مقصوداً، بل يدخل في التعاقد تبعاً، إما لأنه لا يمكن إيقاع العقد عليه وحده، أو لأنه لا يقصد بالعقد وحده .

والنقود أو الديون في الوعاء الاستثماري المشترك هي جزء منه ولا يمكن إيقاع العقود عليها وحدها، بل يقع العقد على حصة منه أو عليه كله في حال الاختلاط التام بين موجوداته، لأن الفصل أو التمييز بينها ينافي مقتضى الشركة، وإذا حصل فإنه ينهيها عن طريق القسمة وإزالة الشروع بالتقويم للموجودات واختصاص كل من الشركاء بما يقع الاتفاق على اختصاصه به.

ومن القواعد الفقهية التي استند عليها العلماء في تأسيس هذا المبدأ قاعدة: «التابع تابع». يقول الدكتور عبد الستار أبو غدة، مبيناً تخرج مبدأ التبعية على القاعدة الفقهية الأنفة الذكر: (ومبدأ التبعية مبدأ أصيل في الفقه بحيث أدى إلى صياغة عدد من القواعد الفقهية الكلية التي استمدت من التطبيقات الشرعية التي سبق نموذج عنها من السنة وهو بيع العبد وله مال، وقد أصبحت تلك القواعد مستنداً لتطبيقات فقهية كثيرة. وفيما يأتي بيان القواعد المتعلقة بمبدأ التبعية.

قاعدة : «التابع تابع».

وقاعدة : «التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً» .

هاتان القاعدتان من القواعد الكلية المشهورة، وهما من القواعد التي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية.

والمقصود بالأولى منهما أن التابع لغيره حقيقة أو حكماً ينسحب عليه حكم المتبوع، إذ إن التابع لا يحتمل وجوداً مستقلاً وهو غير منفك عن متبوعه .

والمقصود بالقاعدة الثانية (التي هي بمثابة تنمة للأولى) أن التابع لا يستقل بنفسه بل يسري عليه ما يسري على متبوعه من أحكام إذا كان جزءاً أو كالجزم من الأصل، ولا يصلح أن يكون محلاً في العقود بل وجوده يستتبع وجود متبوعه⁽¹⁾.

ومما يعضد العمل بهذا المبدأ فتوى الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة ونصها:
(لا يؤثر على مشروعية الاكتتاب في الإصدار أو تداول أسهمه أو استردادها كون بعض موجودات الإصدار نقوداً أو ديوناً نشأت عن مرابحات أو بيوع وقعت قبل الاكتتاب، ما دامت تلك النقود أو الديون تابعة للأعيان الكثيرة التي اشتمل عليها الإصدار والنقود، والديون هنا غير مقصودة)⁽²⁾.

ويظهر أن العلماء أعضاء الهيئة الشرعية، استندوا في فتواهم على قاعدة: التابع تابع.
(ولوضع حدّ فاصل بين القليل والكثير يستأنس بما ورد من تطبيقات جعلت (الثلاث) كثيراً ومن أشهرها مسألة الوصية فضلاً عن الغبن وغيرهما. وقد استخدم الفقهاء المعاصرون نسبة الثلاث ضابطاً للكثرة في الاقتراض بحيث يمتنع التعامل مع الصناديق الاستثمارية لأسهم الشركات التي لديها قروض بنسبة الثلاث فأكثر)⁽³⁾.

القاعدة الثالثة: للأكثر حكم الكل⁽⁴⁾

التعريف بالقاعدة

هذه القاعدة هي من القواعد التي يعتمد عليها الفقهاء في الترجيح، إن في مسائل العبادات أو في مسائل المعاملات، وقد وردت بصيغ كثيرة، أذكر منها:
«الأقلّ تبع للأكثر»⁽⁵⁾.

«معظم الشيء يقوم مقام كله»⁽⁶⁾.

«الأقلّ يجعل تبعاً للأكثر فيما تعم به البلوى»⁽⁷⁾.

(1) انظر: بحث "القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية" للدكتور عبد الستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، (3/ 57 - 58).

(2) انظر: المرجع نفسه (3/ 59)، وهي الفتوى رقم: 1/ 1، من فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة.

(3) انظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (2/ 48).

(4) انظر: المبسوط (2/ 115) و(3/ 39).

(5) وهذه الصيغة هي المشهورة في مذهب مالك، ذكرها القرافي في الذخيرة (5/ 108)، والمقري في القواعد (2/ 510 - 511) القاعدة: 272، والونشريسي في المعيار (7/ 349).

(6) المنثور للزركشي (3/ 183).

(7) المبسوط للسرخسي (24/ 28).

«الأكثر ينزل منزلة الكمال»⁽¹⁾.

ووردت بصيغة الاستفهام «الأصغر هل يندرج في الأكبر أم لا؟»⁽²⁾.

قال الإمام الشاطبي: (للقليل مع الكثير حكم التَّبعية، ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة)⁽³⁾.

ويلاحظ على تنوع مصادر صياغات القاعدة، أنها من القواعد التي لقيت القبول عند فقهاء المذاهب الأربعة، وعَمِلُوا بها في تعليلاتهم وترجيحاتهم.

شرح مفردات القاعدة

الأقلّ والأكثر: هما من أفعال تفضيل من القلّة والكثرة، والقلّة والكثرة يستعملان غالباً في الأعداد، كما أن العظم والصغر يستعملان في الأجسام، ثم يستعار كل واحد من الكثرة والعظم ومن القلّة والصغر للآخر⁽⁴⁾.

تَبَعَ: التّاء والباء والعين أصل واحد، وهو التَّلَوُّ والقَفْوُ⁽⁵⁾.

الحكم: إسناد أمرٍ لآخر إيجاباً أو سلباً، أو هو: الوصف الثابت للمحكوم فيه⁽⁶⁾.

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

المراد بهذه القاعدة أن الشّرع قد يجعل لأكثر الشّيء حكمَ كلّ في بعض المسائل، فإذا أتى المكلف - مثلاً - بأكثر العبادة في تلك الصورة كان له حكم من أداها تامة من حيث الثواب، وبراءة الدّمة، وإذا أدّى أكثرها على وجه فيه زيادة فضل كان له أجر من أداها كلّها على ذلك الوجه.

يقول الدكتور البورنو: (هذه القواعد وكثير غيرها بمعناها تؤدي معنىً واحداً وهو أن الحكم إذا تعلق بمتعدد ووجد أكثر هذا المتعدد فإن الحكم ينطبق على الكل، ولا يضر ثبوت الحكم تخلف الأقل أو عدم وجوده.

وهذه في الحقيقة قاعدة أغلبية لا كلية لأن من الأمور ما لا يجوز اعتباره إلا كاملاً ولو وجد أكثره لا يكون صحيحاً كالصلاة والطهارة، وقراءة الفاتحة في الصلاة)⁽⁷⁾.

(1) المبسوط للسرخسي (4/126). وانظر موسوعة القواعد الفقهية (2/254).

(2) انظر: إيضاح المسالك، القاعدة: 13، ص 167. قواعد المقرّي، القاعدة 676.

(3) الموافقات (3/181).

(4) انظر: مفردات الراغب ص 680.

(5) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (1/362)، المصباح المنير (1/99).

(6) الحدود في الأصول للبايجي ص 72، التعريفات للجرجاني ص 123، القاموس الفقهي ص 96 - 97.

(7) موسوعة القواعد الفقهية (2/254 - 255).

وبالنسبة لمعنى الصيغ الأخرى للقاعدة: (فإن حكم الأكثر غالباً على الأقل، وأن الأقل تبعاً للأكثر، سواء كان الأقل دون حكم أصلاً أو اعتبر حكمه معدوماً).

ويرد تطبيق هذه القاعدة كثيراً: فيما إذا تعلق الحكم بمتعدد، فإذا وجد أكثر أفراد هذا المتعدد فإن حكمه يكون هو حكم الكل، ولو كان الأقل متخلفاً في بعض أفرادها، أو غير موجود أصلاً.

وينبغي أن يقيّد جعل الأقل في حكم الأكثر: بما إذا لم يقدّم المعارض الصحيح لذلك، ومن هذا المعارض الصحيح القائم: أن يكون للأقل حكمه المنصوص عليه، أو المقيس على المنصوص جلياً، أو يرى المجتهد بنظر استحسانه خروج الأقل عن حكم الأكثر، لدليل خاص⁽¹⁾.

دليل القاعدة

ذهب بعض المهتمين بعلم القواعد إلى أنها مستوحاة من استقراء النصوص⁽²⁾، وذهب الإمام المقرئ - رحمه الله - إلى دخول هذه القاعدة «الأقل تبعاً للأكثر» تحت قاعدة التقديرات الكبرى، ومنها «إعطاء الموجود حكم المعدوم»⁽³⁾.

فدليل القاعدة - هنا - هو القاعدة الأكبر منها، والأقل تبعاً للأكبر.

وهناك نصوص خاصة يستأنس بها لثبوت هذه القاعدة، أقتصر على واحد منها: حديث: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»⁽⁴⁾. قال الإمام الخطابي - رحمه الله -: (فيه جواز أكل الجنين إذا ذكيت أمه، وإن لم يحدث للجنين ذكاة، وإليه ذهب أكثر العلماء، أن ذكاة الشاة ذكاة لجنينها، إلا أن بعضهم اشترط فيها الإشعار)⁽⁵⁾.

والقاعدة - بجميع صيغها - ترمي إلى الإرفاق بالملكفين والتخفيف عنهم لاسيما في التوازل المعاصرة المرتبطة بفقهاء المعاملات المالية، كما سيتجلى ذلك قريباً.

(1) القواعد والضوابط الفقهية القرآنية (1/ 350 - 351). وانظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للصادق بن عبد الرحمن الغرياني، ص 56 - 57.

(2) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (1/ 418).

(3) انظر: قواعد المقرئ (2/ 511).

(4) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الضحايا، باب ماجاء في ذكاة الجنين (3/ 103) رقم: 2828، وأخرجه الترمذي في سننه كتاب الأطعمة، باب ماجاء في ذكاة الجنين (4/ 72) رقم: 1476، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وأخرجه ابن ماجه كتاب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه (2/ 1067) رقم: 3199، وأخرجه الدارمي في سننه كتاب الأضاحي، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه (2/ 115) رقم: 1979، وأخرجه الحاكم في المستدرک (4/ 127) رقم: 7109 وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

(5) انظر: معالم السنن (4/ 148)، واشترط المالكية تمام الخلق وإنبات الشعر راجع الشرح الكبير (2/ 114)، بداية المجتهد (1/ 428)، القوانين الفقهية ص 183.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: جواز التعامل بأسهم شركات قد تتعامل بالحرام

السهم هو صك يمثل جزءاً من رأس مال الشركة، يزيد وينقص تبع رواجها.

أو هو: نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال، أو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة إسمية، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة، وتكون متساوية القيمة⁽¹⁾.

ما حكم التعامل بأسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلال، ولكنها تودع - أحياناً ولظروف خاصة - بعض الأموال في البنوك الربوية، وتتعامل مع هذه البنوك بالفائدة الربوية، وقد تكون نسبة قليلة من معاملاتها تتم من خلال عقود فاسدة، كمعظم الشركات في البلاد الإسلامية، فما حكم تداول أسهم هذه الشركات شراء وبيعاً؟

السهم هو صك يمثل جزءاً من رأس مال الشركة، يزيد وينقص تبع رواجها.

أو هو: نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال، أو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة إسمية، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة، وتكون متساوية القيمة⁽²⁾.

وتتميز الأسهم بكونها متساوية القيمة، وأن السهم الواحد لا يتجزأ، وأن كل نوع منها - عادياً أو ممتازاً - يقوم - من حيث المبدأ - على المساواة في الحقوق والالتزامات، وأنه قابل للتداول.

ويمكن تقسيم الأسهم من حيث المشروعية إلى نوعين:

النوع الأول: هي الأسهم التي محلها الخنزير، والخمور والمخدرات، والقمار، ونحوها من المحرمات، وكذلك الشركات التي يكون نشاطها محصوراً في الربا كالبنوك الربوية. فهذه الأسهم جميعها لا يجوز التعامل بها.

النوع الثاني: على قسمين

الأول: أسهم لشركات قائمة على المبادئ الإسلامية في فقه المعاملات، وتتعامل بالحلال، إن في المجال الصناعي، أو التجاري، أو الزراعي، فالأصل فيها الإباحة، لأن الأصل في العقود والتصرفات المالية الإباحة.

(1) الشركات التجارية، د/ علي حسن يونس، طبعة الاعتماد، بالقاهرة، ص 539، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي للدكتور عطية فياض ص 167.

(2) الشركات التجارية، د/ علي حسن يونس، طبعة الاعتماد، بالقاهرة، ص 539.

الثاني: أسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلل، ولكنها تودع - أحياناً - ولظروف خاصة - بعض الأموال في البنوك الربوية، وتتعامل مع هذه البنوك بالفائدة الربوية. ولا يخفى أن هذه الأسهم أصبحت من المال الذي أصله حلال الذي يشوبه الحرام، فما حكم هذه الأسهم؟

اختلف الفقهاء المعاصرون فيها على رأيين:

الأول: حرمة التصرف في هذه الأسهم ما دامت لا تقوم على الحلل المحض.

الثاني: إباحة التصرف في هذه الأسهم، وممن ذهب إلى ذلك: الشيخ علي الخفيف، الشيخ عبد الوهاب خلاف، والدكتور علي محي الدين القره داغي، وعبد الرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والقاضي عبد الله سليمان بن منيع، وغيرهم⁽¹⁾. وخرجوا هذا الرأي على القاعدة الفقهية: «لأكثر حكم الكل».

وبيان ذلك أن الأسهم في واقعها ليست مخالفة للشريعة وما شابها من الشوائب والشبهات والمحرمات قليل بالنسبة للحلال، فما دام أكثرية رأس المال حلالاً، وأكثر التصرفات حلالاً فيأخذ القليل النادر حكم الكثير الشائع ولتأكيد هذا الترخيص أسوق بعض النقول لشيخ الإسلام ابن تيمية تزيد الأمر وضوحاً وبياناً:

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية إن الحرام نوعان:

(حرام لوصفه كالميتة والدم ولحم الخنزير، فهذا إذا اختلط بالماء والمائع وغيره من الأطعمة، وغير طعمه، أو لونه، أو ريحه حرمه، وإن لم يغيره ففيه نزاع...)

والثاني: الحرام لكسبه: كالمأخوذ غصباً، أو بعقد فاسد فهذا إذا اختلط بالحلال لم يجرمه، فلو غصب الرجل دراهم، أو دنانير أو دقيقاً، أو حنطة أو خبزاً، وخلط ذلك بماله لم يجرم الجميع لا على هذا، ولا على هذا، بل إن كانا متماثلين أمكن أن يقسموه ويأخذ هذا قدر حقه، وهذا قدر حقه، فهذا أصل نافع، فإن كثيراً من الناس يتوهم أن الدراهم المحرمة إذا اختلطت بالدراهم الحلال حرم الجميع، فهذا خطأ، وإنما تورع الناس فيما إذا كانت - أي الدراهم الحلال - قليلة، أما مع الكثرة فما أعلم فيه نزاعاً...⁽²⁾.

وذكر في جواب سؤال حول التعامل مع من كان غالب أموالهم حراماً مثل المكاسين وأكلة الربا؟

(1) انظر: "الشركات" للشيخ علي الخفيف: ص 96 - 97. بحث أبي زهرة المنشور ضمن منشورات المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية (184/2). الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د/ الخياط، طبعة الرسالة (187/2)، بحث الاستثمار في الأسهم للدكتور القره داغي مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 9 (2/76 - 77).
(2) مجموع الفتاوى طبعة الرياض (29/320 - 321).

فأجاب: (إذا كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة وإن كان الحرام هو الأغلب، قيل مجل المعاملة، وقيل: بل هي محرمة، فأما المعاملة بالرأب فالأأب على ماله الحلال إلا أن يعرف الكره من وجه آخر، وذلك أنه إذا باع ألفاً بألف ومائتين فالزيادة هي المحرمة فقط وإذا كان في ماله حلال وحرام واختلط لم يحرم الحلال، بل له أن يأخذ قدر الحلال، كما لو كان المال لشريكين فاختلف مال أحدهما بمال الآخر، فإنه يقسم بين الشريكين، وكذلك من اختلط بماله الحلال والحرام أخرج قدر الحرام، والباقي حلال له)⁽¹⁾.

وسئل عن الرجل يختلط ماله الحلال بالحرام ؟ فأجاب: يخرج قدر الحرام بالميزان، فيدفعه إلى صاحبه، وقدر الحلال له، وإن لم يعرفه وتعذرت معرفته تصدق به عنه⁽²⁾.

وعلى ضوء ما سبق يظهر جواز التعامل مع من كان في ماله حرام، ولكن غالبه حلال، ومن هنا يمكن القول بإباحة التعامل في هذا النوع من الأسهم، ولكن يخرج صاحبها بقدر نسبة الحرام فيها إلى الجهات الخيرية العامة، مع مراعاة الضوابط التي سبق وأن أشرنا إليها⁽³⁾.

يقول القاضي عبد الله بن سليمان بن منيع: (وحيث إن الحكم للأبأب لإباحة أو حظراً فإن الأأب على السهم في الشركة موضوع بأبأب الإباحة، تأسيساً على أن اختلاط القليل المحرم بالكثير المباح لا يؤثر على صحة تداول هذا المال المختلط ببيعاً وشراءً وتملكاً، فإن السهم في الشركة مال مختلط، غالبه حلال وقليله حرام، والعبرة للأبأب تحريماً أو تحليلاً، وحيث إن الأأب في السهم المختلط الحلال، والحرام فيه يسير، فإن تطبيق مسألة الحكم للأبأب على تداول هذه الأسهم ظاهر يتضح منه الجواز)⁽⁴⁾.

المسألة 2: حكم توريق الدين النقدي في الفقه الإسلامي

كلمة (التوريق) تعريب لمصطلح اقتصادي حديث وهو (Securitization) الذي يعني: جعل الدين المؤجل في ذمة الغير - في الفترة ما بين ثبوته في الذمة وحلول أجله - صكوكاً قابلة للتداول في سوق ثانوية. وبذلك يمكن أن تجرى عليه عمليات التبادل والتداول المختلفة، وينقلب إلى نقود ناضبة بعد أن كان مجرد التزام في ذمة المدين.

وقد اشتقت هذه التسمية مما جاء في اللغة من قولهم: أورك الرجل ؛ إذا صار ذا ورق. والورق: الدراهم المضروبة من الفضة. وذلك كناية عن كثرة النقود في يده⁽⁵⁾. ومن المعلوم أن

(1) مجموع الفتاوى طبعة الرياض (29/ 272 - 273).

(2) مجموع الفتاوى (29/ 308)، وقد ورد عن كثير من العلماء نصوصاً قريبة من كلام ابن تيمية، منهم ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص 112 - 113، والكساني في بدائع الصنائع (6/ 44)، وابن رشد الجد في الفتاوى بتحقيق المختار بن الطاهر التليبي، (1/ 631 - 649)، والعزبن عبد السلام في قواعده (1/ 72 - 73)، والزركشي في المشور (2/ 253).

(3) راجع هذه الضوابط في ص؟؟؟ من الأطروحة

(4) انظر: بحثه في كتاب قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات تحرير منذر قحف ص 340 - 341.

(5) انظر: القاموس المحيط، ص 1198، أساس البلاغة، ص 496، المصباح المنير (2/ 441).

الدائن يصير بالتوريق ذا نقود سائلة (ورق) بعد أن كان مجرد صاحب دين مؤجل في ذمة الغير، وكذا سائر من انتقلت إليه ملكية ذلك الصك.

ونظير ذلك مصطلح (التورق) في الفقه الحنبلي الذي يعني (أن يشتري الشخص سلعة نسيئة، ثم يبيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد)⁽¹⁾. حيث إن قصد ذلك الشخص بالبيعتين هو الحصول على الدراهم النأضة (النقود السائلة) لا غير.

وقد أطلق بعض العلماء المعاصرين على هذه العملية اسم (التصكيك) وذكر أنها تقوم في الأساس على خلق أوراق مالية قابلة للتداول، مبنية على حافضة استثمارية ذات سيولة متدنية⁽²⁾. هذا وقد اكتسبت هذه الأوراق المالية (وثائق تداول الديون) أهمية كبرى في أسواق المال العالمية في السنوات الأخيرة، حيث فتحت الباب على مصراعيه لتداول الديون واستثمار الأموال في هذا السبيل الميسر المنظم.

فما هو الحكم الشرعي لعملية التوريق؟

إن النظر الفقهي يقتضي التفريق بين نوعين من المديونية: مديونية النقود، ومديونية السلع (عروض التجارة). والذي يهمنا في هذا البحث هو مديونية النقود، أو توريق الدّين النقدي الذي تقوم به البنوك الإسلامية.

ذهب الدكتور نزيه كمال حماد إلى التفصيل في المسألة على النحو التالي:

(لا يجوز توريق دين المراجعة (المصرفية) المؤجل، وتداوله من قبل المصارف الإسلامية أو الأفراد في سوق ثانوية أو عن طريق البيع المباشر بنقد معجل أقل منه، كما يجري في عمليات توريق الديون المختلفة وتداولها في سوق الأوراق المالية، حيث إن ذلك من الربا باتفاق أهل العلم.

- أما عن حكم بيع صكوك المضاربة لدى البنوك الإسلامية، التي تمثل حصصاً شائعة في وعاء المضاربة، فيفرق في شأنها بين ثلاث حالات :

الحالة الأولى: أن تكون موجودات وعاء المضاربة سلعة عينية. فهذه لا حرج شرعاً في بيع صكوكها بنقود معجلة أقل من قيمتها السوقية أو أكثر أو مساوية، ولا حرج أيضاً في شراء المساهم (الجديد) حصة المساهم (الخارج)، لأن ذلك كله من قبيل بيع الأعيان بالنقود المعجلة،

(1) وهذه المسألة معروفة عند بقية المذاهب، ولكنهم لا يسمونها تورقاً. أما عن حكم التورق عند الفقهاء: فقد ذهب جمهورهم إلى إباحته، لأنه بيع لم يظهر فيه قصد الربا ولا صورته. وكرهه عمر بن عبد العزيز ومحمد بن الحسن الشيباني. وقال الكمال بن الهمام: هو خلاف الأولى. واختار تحريمه ابن تيمية وابن القيم على أنه من بيع المضطر. غير أن المذهب الحنبلي على إباحته. (رد المحتار (4/279)؛ فتح القدير (5/425)؛ روضة الطالبين (3/416)؛ كشاف القناع (3/186)؛ الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي، ص 129.

(2) انظر: الأوراق المالية للدكتور فياض عطية، ص 248.

ولا ينطوي على صريح الربا أو شبهته، وهو خالٍ أيضاً من الغرر المحظور شرعاً، والأصل فيه الحل والمشروعية.

الحالة الثانية: أن تكون موجودات وعاء المضاربة ديون مراجعات مؤجلة فقط. فهذه الديون لا يحل توريقها، ولا يجوز بيع صكوكها بنقود معجلة أقل من مقدار الديون المؤخرة، كما أنه لا يجوز شراء مساهم (جديد) حصة مساهم (خارج) بنقود ناجزة أقل من المقدار المؤجل الذي تمثله، لاشتمال ذلك على الربا باتفاق أهل العلم.

الحالة الثالثة: أن تكون موجودات وعاء المضاربة خليطاً من سلع عينية (ونحوها من المنافع) وديون مراجعات. وفي هذه الحالة يفرق بين صورتين:

الأولى: أن تكون قيمة الأعيان (ونحوها من المنافع) أكثر من مقدار الدين الموجود في الوعاء، وعندها يسري على هذه الصورة حكم الحالة الأولى، وهو الحل والجواز، إذ «الأقلُ تَبَعُ للأكثر، وللأكثر حكم الكل»⁽¹⁾، كما هو مقرر في قواعد الفقه.

والصورة الثانية: أن تكون قيمة الأعيان والمنافع أقل من مقدار دين المراجعة، وعندها يسري على هذه الصورة حكم الحالة الثانية، وهو الحرمة والحظر، إذ «الأقلُ لا يزاحم الأكثر»⁽²⁾، ولأن «إقامة الأكثر مقام الكل أصلٌ في الشرع»⁽³⁾، كما جاء في قواعد الفقه⁽⁴⁾. وقد جاء تأكيد ذلك في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة حول سندات المقارضة وسندات الاستثمار ونصه:

(الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوافر فيه العناصر التالية:

- أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب، باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات، مع مراعاة الضوابط التالية:

- أ - إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً، فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد، وتطبق عليه أحكام الصرف.
- ب - إذا أصبح مال القراض ديوناً، فتطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام تداول التعامل بالديون.

(1) انظر: المبسوط للسرخسي (39/3).

(2) انظر: المبسوط للسرخسي (2/115).

(3) انظر: المبسوط (16/100) و(26/100).

(4) انظر: بحث "بيع الدين - أحكامه، تطبيقاته المعاصرة" للدكتور نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 11، (1/189 - 190).

ج - إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع⁽¹⁾.

القاعدة الرابعة: ما قارب الشيء أعطي حكمه⁽²⁾

وصاغها القرافي في الذخيرة بقوله: «ما قارب الشيء له حكمه»⁽³⁾.

ووردت بلفظ: «ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟»⁽⁴⁾.

وفي لفظ: «اختلف الملكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو بقاءه على أصله»⁽⁵⁾.

وفي لفظ: «هل المتوقع كالواقع؟»⁽⁶⁾. وفي لفظ: «المشرف على الزوال هل يعطى حكم

الزائل؟»⁽⁷⁾. وفي لفظ: «ما قارب الشيء أعطي حكمه»⁽⁸⁾.

ومعنى القاعدة

الأصل أن كل شيء يعطى حكم نفسه لا حكم غيره، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ

أُخْرَىٰ﴾⁽⁹⁾، أما إعطاؤه حكم ما قاربه فهو محل خلاف.

فإن كان ما قارب الشيء مما لا يتم إلا به، كإمساك جزء من الليل لتصحيح صوم النهار، فهذا يتجه، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وإن كان غير ذلك فقد يحتج له بحديث:

«مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ»⁽¹⁰⁾، وقوله ﷺ: «الْمَرْءُ مَعَ مَنْ أَحَبَّ»⁽¹¹⁾.

(1) انظر: قرار المجمع بمجلة المجمع، 1408هـ - 1988م، الدورة الرابعة، (3/ 2159 - 2165).

(2) انظر: عقد الجواهر الثمينة (2/ 392)، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (3/ 195).

(3) انظر الذخيرة (5/ 366).

(4) انظر: شرح اليواقيت الثمينة (1/ 246)، أشباه السيوطي ص 232.

(5) انظر: قواعد المقرئ (1/ 313)، قاعدة 88.

(6) أشباه ابن السبكي (1/ 41 - 45)، قواعد الحصني (2/ 265)، إيضاح المسالك، القاعدة رقم: 14، ص 170، موسوعة

القواعد الفقهية (12/ 56).

(7) قواعد الحصني (2/ 265)، موسوعة القواعد الفقهية (9/ 169).

(8) انظر: المنشور في القواعد (3/ 144، 145).

(9) سورة فاطر الآية 18.

(10) أخرجه البخاري في كتاب، باب مولى القوم من أنفسهم بلفظ (مولى القوم من أنفسهم) (6/ 2484) رقم: 6380، أما

اللفظ مثبت في الصلب فهو للنسائي في كتاب الزكاة، باب مولى القوم منهم (5/ 107) رقم: 2612. والشاهد فيه

جواز نسبة العبد الى مولاه باعتبار الموالة لا باعتبار البنوة. انظر فتح الباري (12/ 49).

(11) أخرجه مسلم كتاب البر والصلة والآداب، باب المرء مع من أحب (4/ 2032) رقم: 2640، والترمذي في كتاب

الزهد، باب ما جاء أن المرء مع من أحب (4/ 595) رقم: 2385، وقال الترمذي: حديث صحيح.

دليل القاعدة

ومما يحتاج به على هذه القاعدة:

- قول النبي ﷺ: «الخالة بمنزلة الأم»⁽¹⁾.

قال الحافظ ابن حجر في الفتح: (الخالة بمنزلة الأم أي في هذا الحكم الخاص لأنها تقرب منها في الحنو والشفقة والاهتداء إلى ما يصلح الولد لما دل عليه السياق، ... قوله بمنزلة الأم لا أنها أم حقيقة ويؤخذ منه أن الخالة في الحضانة مقدمة على العمة... وإذا قدمت على العمة مع كونها أقرب العصابات من النساء فهي مقدمة على غيرها ويؤخذ منه تقديم أقارب الأم على أقارب الأب)⁽²⁾.

- وقوله ﷺ: «ابنُ أختِ القومِ منهم»⁽³⁾.

قال الحافظ ابن حجر: (المراد بقوله من أنفسهم وكذا منهم في المعاونة والانتصار والبر والشفقة ونحو ذلك لا في الميراث)⁽⁴⁾.

وقال النووي: (أنه ليس في هذا اللفظ - لفظ الحديث - ما يقتضى توريثه وإنما معناه أن بينه وبينهم ارتباطا وقرابة ولم يتعرض للإرث وسياق الحديث يقتضى أن المراد أنه كالواحد منهم في إفشاء سرهم بحضورته ونحو ذلك والله أعلم)⁽⁵⁾.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة

المسألة 1: تغير قيمة النقود وأثره على الديون في الفقه الإسلامي

هناك ثلاثة آراء فقهية في المسألة:

الأول: وهو أن الواجب على المدين أداء نفس النقد المحدد في العقد، دون زيادة أو نقصان، وليس للدائن سواه، وهو ما ذهب إليه الحنفية⁽⁶⁾، والمالكية في المشهور عندهم⁽⁷⁾ والشافعية⁽⁸⁾ والحنابلة⁽⁹⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب المغازي، باب عمرة القضاء (4/ 1551) رقم: 4005، وأبو داود في كتاب النكاح، باب من أحق بالولد (2/ 284) رقم: 2280.

(2) انظر: فتح الباري (7/ 506) بتصرف بسيط.

(3) أخرجه البخاري في كتاب المناقب، باب ابن أخت القوم ومولى القوم منهم (3/ 1294) رقم: 3327. انظر: فتح الباري (12/ 49).

(4) انظر: شرح النووي لصحيح مسلم (7/ 152).

(5) انظر: الفتاوى الهندية (3/ 255)، درر الحكام (3/ 94)، بدائع الصنائع (7/ 32 - 45).

(6) الزرقاني على خليل (5/ 60)، حاشية الرهوني (5/ 121).

(7) مغني المحتاج (2/ 346).

(8) انظر: الشرح الكبير على المقنع مطبوع مع المغني (4/ 358)، شرح منتهى الإرادات (2/ 266)، المغني (4/ 365).

الثاني: اعتبار قيمتها يوم العقد في البيع، ويوم القبض في القرض، وهو قول الإمام أبي يوسف، والمفتى به في المذهب الحنفي⁽¹⁾.

الثالث: قول عند المالكية بأن التغيير إذا كان يسيراً لا عبرة له ويجب الوفاء بمثل ما وقع عليه العقد دون تأثير لصعود قيمة النقود أو هبوطها.

وأما إذا كان التغيير فاحشاً فإن الوفاء يجب بحسب قيمة النقود وقت التعاقد، وهذا ما رجحه الرهوني⁽²⁾ من المالكية⁽³⁾.

وهذا الرأي الذي استظهره الرهوني من المالكية، رجحه الدكتور نزيه حماد - مستنداً في ترجيحه على القاعدة الفقهية - عندما قال: (وهو أولى في نظري من رأي أبي يوسف - المفتى به عند الحنفية - بوجوب القيمة مطلقاً، وذلك لاعتبارين:

أحدهما: أن التغيير اليسير مغتفر قياساً على الغبن اليسير والغرر اليسير المغتفرين شرعاً في عقود المعاوضات المالية من أجل رفع الحرج عن الناس نظراً لعسر نفيهما في المعاملات بالكلية...

الثاني: أن التغيير اليسير مغتفر تفرعاً على القاعدة الفقهية الكلية أن: «ما قارب الشيء يعطى حكمه»، بخلاف التغيير الفاحش، فإن الضرر فيه بين والجور فيه محقق⁽⁴⁾.

ووجه التخريج على القاعدة: يصح فقط إذا كان التغيير يسيراً لأن التغيير اليسير لا يضر قياساً على الغبن اليسير المغتفر شرعاً، وحينئذ يجب الوفاء بالمثل أي بما وقع عليه العقد وهو ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء قديماً وحديثاً، عملاً بالقاعدة الفقهية «ما قارب الشيء يعطى حكمه»، فما دام الدائن لا يتضرر - إلا يسيراً - من تغيير قيمة النقود فترة ومدة الدين، فلا تعتبر هذه الحالة مغايرة للأصل أي للحالة العادية، بل هي تقاربها، فتأخذ - حينئذ - حكمها وهو رد المثل فما قارب الشيء يعطى حكمه.

(1) انظر: تبين الحقائق (4/142).

(2) الرهوني: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد شيخ وحاتمة المحققين والعلماء الصالحين حامل لواء المذهب المالكي وعليه دارت الفتوى بالمغرب، من تأليفه: حاشية على شرح ميارة الكبير لم يكمل، وحاشية على الزرقاني على المختصر، ولد سنة 1195هـ وتوفي سنة 1230هـ. انظر ترجمته: شجرة النور الزكية ص378.

(3) انظر: حاشية الرهوني (5/121).

(4) انظر: تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي، للدكتور نزيه حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، (3/1678).

الخاتمة

وبعد..فقد آن الأوان أن يستريح القلم، وهو مطمئن - إن شاء الله تعالى - إلى ما حققه من البحث والتحقيق، وإن كان في خاطر مزيد، لكن لكل بداية نهاية، والأمر إذا اتسع ضاق كما نطقت بذلك القاعدة الفقهية.

ويمكن حصر أهم نتائج البحث في النقاط التالية:

- 1 - عَرَفْنَا أن للتقعيد الفقهي مفهوماً درج عليه علماؤنا الأوائل وعرفه البعض بقوله: (عمل علمي فقهي، ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد وكتليات، تضبط فروع وجزئياته).
 - 2 - المفهوم العام للتقعيد الفقهي الذي اخترناه في البحث وسرنا عليه واقترحنا له تعريفاً هو: (عمل علمي فقهي يقوم أساساً على تكوين القاعدة الفقهية و الاستدلال بها).
 - 3 - القاعدة الفقهية هي: (حكمٌ كليٌّ مستندٌ إلى دليلٍ شرعيٍّ مصوغٍ صياغةً تجريديةً محكمةً، منطبقٌ على جزئياته على سبيل الاطراد، أو الأغلبية).
 - 4 - أما علم القواعد الفقهية فهو: (العلم الذي يبحث فيه عن القضايا الفقهية الكلية، التي جزئياتها قضايا فقهية كلية من حيث معناها وما له صلة به، ومن حيث بيان أركانها، وشروطها، ومصدرها، وحجيتها، ونشأتها، وتطورها، وما تنطبق عليه من الجزئيات، وما يستثنى منها).
 - 5 - أن فنّ القواعد الفقهية كغيره من الفنون له مقومات علمية يقوم عليها، لا تتكون ماهيته وحقيقته إلاّ بها، فللقاعدة الفقهية أركانٌ قصرها بعض الباحثين على ركنين أساسيين هما:
- الركن الأوّل: الموضوع أو المحكوم عليه، وهو الذي يحمل عليه الحكم، وقيل إنّهُ سَمّي موضوعاً، لأنه وضع ليحمل عليه الثاني، أو ليحكم عليه بشيء، كالمشقة في قاعدة «المشقة تجلب التيسير»، والضرر في قاعدة «الضرر يزال».**
- الركن الثاني: الحكم وهو المعبر عنه بالمحمول، أو المحكوم به، وهو ما حمل على الموضوع، أو أخبر به عنه، أو نسب أو أسند إليه، وبواسطته نثبت أو ننفي وصفاً أو صفات عن الموضوع، ولا بد أن يكون ذلك الوصف بياناً لحكم شرعي، أو لما له صلة بالحكم الشرعي، كإثبات التيسير للمشقة، والإزالة للضرر.**
- وقد يقع المحمول اسماً، كقولهم: «العادة محكمة»، و«الأمر بمقاصدها»، وقد يقع فعلاً، كقولهم: «الضرر يزال»، و«المشقة تجلب التيسير».
- 6 - لكل ركن من الركنين شروط:

فشروط الموضوع:

أ - التجريد: ومعنى التجريد - هنا - أن تكون القاعدة مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها.

ب - العموم: المراد به - هنا - الشمول، والمقصود من ذلك أن موضوع القضية لا بد من أن يتناول جميع أفراده الذين ينطبق عليهم معناه وهذا أمر يفهم من كون القاعدة قضية كلية.

أما شروط المحمول فهي:

أ - أن يكون الحكم شرعياً:

ب - أن يكون الحكم باتاً غير متردد فيه: لأن التردد يوهن الحكم الصادر عن القاعدة، ويضعف الاحتجاج بها.

7 - وعرفنا أيضاً أن للقاعدة الفقهية شروط تطبيق هي:

أ - أن تتوفر في الوقائع الشروط الخاصة، التي لا بد منها لانطباق القاعدة عليها.

ب - أن لا يعارضها ما هو أقوى منها، أو مثلها، سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً معتداً به، أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها.

ج - أن تكون الواقعة المراد تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الشرعي الثابت بالنص أو الإجماع.

8 - كما توصلنا في هذه الدراسة إلى التفريق بين التطبيق والتخريج

- فالتطبيق يقصد به في علم القواعد الفقهية: (ذكر الفروع الفقهية على قاعدة ما، سواء نص على كونها متفرعة عن هذه القاعدة، من قبل أئمة المذهب، أو كان يدرك بغير كبير فكر أنه لا فرق بين هذه الفروع المنصوصة وبين نظائر لها لم ينص على تفرعها عن هذه القاعدة).

- أما التخريج على القاعدة فهو: (فعل مجتهد المذهب في إلحاق فرع غير منصوص عليه، بقاعدة من قواعد المذهب). وأن لكل من المطبق والمخرج شروط ومؤهلات.

9 - كما توصلنا إلى أن هناك فرق بين مصطلحي تخريج القاعدة الفقهية والتخريج عليها

فتخريج القاعدة الفقهية يقصد به تخريجها واستلاها من نصوص الإئمة والعلماء أو: (العلم الذي يكشف عن أصول وقواعد الأئمة من خلال فروعهم الفقهية وتعليقاتهم للأحكام).

أما التخريج على القاعدة الفقهية فالمقصود به: (فعل مجتهد المذهب في إلحاق فرع غير منصوص عليه، بقاعدة من قواعد المذهب).

- 10 - أن هناك مسلكين يعتمدهما الفقيه لبناء القاعدة الفقهية، هما:
 أولاً: الاستنباط الذي يتم به الكشف عن الحكم، والعلم به من حيث هو حكم شرعي.
 ثانياً: الاستقراء الذي يتم به العلم بكليّة ذلك الحكم وقاعدتيّه.
- 11 - اتفق أغلب العلماء على أن للقواعد الفقهية مصادر متنوعة ابتداءً من نصوص الشارع فالقياس فالاستصحاب، الاستصلاح، الترجيح، وقياس الاستدلال.. وانتهاءً بالتخريج من تراث العلماء.
- 12 - توصلت في هذه الدراسة إلى أن للقواعد الفقهية صفة الحجية في استنباط الأحكام الشرعية، لكن على تفصيل في ذلك:
- أ - بالنسبة للقواعد التي هي نصوص شرعية قرآنية كانت أم حديثية، تعتبر حجة، ودليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية، كغيرها من الأدلة الشرعية المعتمدة.
- ب - أما القواعد المستنبطة، فالاحتجاج بها متوقف على النظر إلى الاعتبارين التاليين:
 الاعتبار الأول: المصدر والدليل الذي استنبطت القاعدة عن طريقه.
 الاعتبار الثاني: الاتفاق والاختلاف في القاعدة المستنبطة.
- 13 - أما فيما يتعلق بتخريج المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة على القواعد الفقهية فقد خلصت إلى نتائج قسمتها إلى قسمين الأول متعلق بالاحتجاج بالقواعد والثاني خاص بالاجتهاد المعاصر ومدى توظيف القواعد فيه:
 أولاً: ما يتعلق بالاحتجاج بالقواعد الفقهية:
- أ - أن القواعد بقدر ما يتسع نطاقها ويقوى ويتردد منهاجها القياسي، يقل فيها الخلاف بين الفقهاء، وبقدر ما يضيق نطاقها ويقل إطارها وتضعف قابليتها لاستيعاب الجزئيات، يكثر فيها الخلاف بينهم.
- ب - تعارض القواعد بعضها مع بعض، وقد يصل هذا التعارض إلى درجة العموم والخصوص الوجهي أو المطلق، أو التقابل والتضاد، وقد ينزل عن ذلك إلى رتبة التداخل والتشارك.
- ج- تعارض القواعد الفقهية مع غيرها من سائر الأدلة المعروفة، عند الاحتجاج بين الفقهاء.
- د - تكامل القواعد، وأقصد بذلك أن بعض القواعد قد يكون قيدياً لإعمال قاعدة أخرى، أو بياناً لمداها، أو شروط تحقيقها، ونحو ذلك، ثم أن المسألة الواحدة - طيبة كانت أم مالية - قد يحتج لها بأكثر من قاعدة.

هـ - تشابه القواعد أو تماثلها صياغة وحكما: وهو التعبير عن معنى قاعدة واحدة بصياغات متعددة، فيأخذ مجتهد القاعدة، ويأخذ مجتهد آخر بنفس القاعدة من حيث المعنى إلا أن صيغتها مختلفة عن الأولى، فيقع اللبس، عند غير المتمرس.

و - إذا كان الفرع الواحد تتجاذب تخريجه وتتنازعه أكثر من قاعدة يقع الخلاف بين الفقهاء في مُدْرَك الحكم.

ي - أن القواعد الفقهية كثيراً ما تكون محلّ اتفاق بين الفقهاء، ولكنهم قد يختلفون في كيفية استعمالها، وتخريج الفروع عليها، كما في قاعدة (اليقين لا يزول بالشك).

ثانياً: ما يتعلق بالاجتهاد المعاصر ومدى إعماده على القواعد الفقهية.

أ - الاجتهاد هو: (بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط).

ب - الاجتهاد المعاصر: (الاجتهاد الذي يبذل فيه المجتهد وسعه للوصول إلى حكم شرعي عملي متعلق بالنوازل المعاصرة).

ج - أن مجالي المعاملات المالية والمسائل الطبية هما من المجالات المهمة في هذا العصر الحديث، والتي يكثر فيهما الاحتكام إلى القواعد الفقهية بالتخريج عليها، وهذا من الأسباب الرئيسية التي جعلتني أختارهما لبيان أثر التقعيد الفقهي فيهما.

د - تتجلى أهمية الاجتهاد في القضايا المعاصرة في:

- التأكيد على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

- مراعاة حاجات ومصالح العباد في الدنيا والآخرة.

- تفويت الفرصة على الأخذ بالقوانين الوضعية.

- تجديد الفقه الإسلامي.

هـ - للاجتهاد الجماعي في عصرنا الحاضر أهمية خاصة لكونه أكثر دقة وإصابة من الاجتهاد الفردي، ولأنه مرحلة لسد الفراغ الحاصل بسبب توقف الإجماع.

و - من الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند القيام بالاجتهاد في المسائل الفقهية المعاصرة:

- أن يكون تكييف الواقعة والنازلة مبنياً على نظر معتبر لأصول التشريع.

- بذل الوسع في تصور الواقعة التصور الصحيح الكامل.

- تحصيل المجتهد الملكة الفقهية في استحضار المسائل وإلحاقها بالأصول والقواعد.

14 - أن معرفة القواعد الفقهية وخاصة الكبرى منها تعين على معرفة مقاصد الشريعة،

ولا يستفاد هذا من الاستبحار في الجزئيات الفرعية، وهذا يفيد المجتهد في القضايا المعاصرة إلى

ربط الفرع بمقصده التشريعي، وإدراك أوجه الجمع والفرق بين الفروع، فتسهل عليه مسالك الاستدلال.

15 - أن فهم القواعد الفقهية، والتمكن من تخريج ما يصلح أن يلحق بها من فروع نازلة، ينهض بهمة أهل النظر للراقي في سلم الاجتهاد واستكشاف ما يجد من حوادث لإحاقها بحكم قاعدتها.

16 - أن معرفة القواعد الفقهية والإحاطة بها، يكسب المجتهد الملكة الفقهية التي تعينه على الاستدلال والتخريج والترجيح.

توصيات البحث وتمثل فيما يلي:

1 - الاتجاه إلى دراسة القواعد الفقهية دراسة شاملة واعية؛ لمعالجة كثير من القضايا المعاصرة المعروضة على فقهاء العصر.

2 - الحث على الكتابة والتأليف في مصادر القواعد الفقهية، بالبحث عن الدلائل والشواهد للاستدلال والاحتجاج للقواعد الفقهية.

3 - الاعتناء بالدراسات التي تُعنى بالقضايا الفقهية المعاصرة، بنشرها ضمن المجالات والدوريات، ومعالجة مواضيعها بعقد الندوات والمؤتمرات، فالفقه هو ثمرة العلوم الإسلامية، وهو قانون المسلم في هذه الحياة.

4 - إعادة ترتيب وصياغة الفقه المذهبي أو العام، وإثرائه بالأمثلة المتعلقة بالنوازل والقضايا المعاصرة، في إطار عملية تجديد الفقه الإسلامي، على أن يكون هذا العمل تحت إشراف وحدات بحث أو مجامع فقهية متخصصة.

5 - الحاجة إلى وضع فهارس تفصيلية وكشافات علمية عامة للكتب الفقهية بصفة خاصة، حتى يسهل البحث والرجوع إلى مظان المسائل ومواقعها، ويمكن الاستفادة من وسائل النقل والحفظ الإلكترونية، على أن يكون ذلك تحت مراقبة العلماء والفقهاء فهم أدرى بالتراث الفقهي، ولا يترك هذا الأمر بأيدي الهواة الذين تمولهم الشركات والمؤسسات التجارية، قصد الربح السريع.

وصلى الله وسلّم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين
والحمد لله رب العالمين.

ملخص الأطروحة باللغة العربية

لا يخفى على الدّارس والممارس لعلوم الشريعة أن الفقه هو ثمرتها وغايتها وهدفها الأخير، وعليه مدارها ورحاها، إذ به يعرف الحلال من الحرام، ويفرق بين الحقائق والأوهام، وله يدين الخاصّ والعامّ، وفي فضله قول خير الأنام: ((من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين))⁽¹⁾. لذلك نال درجة كبيرة من الاهتمام سواء من الناحية التفرعية، أم من الناحية التقيديّة، إلا أن الاهتمام انصب كثيراً على قواعد الفقه وأصوله، لأن معرفة ذلك يفتح مجالاً واسعاً للاجتهاد وإعطاء الحلول الملائمة لكل الوقائع والنوازل ومواكبة التطورات والتغيرات في كل زمان ومكان.

كما يربي الملكة الفقهية المؤهلة، ويكوّن العقل الفقهي المتطلع للقدرة على الاستنباط والترجيح والإلحاق والتخريج، وتفرّيع الجزئيات على الكلّيات.

ومن هنا كانت قواعد الفقه: (مهمّة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرّف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف)⁽²⁾.

وقد أدرك الفقهاء هذه الأهمية وقرروها ونهبوا عليها في كتبهم. فهذا الإمام القرافي اعتبرها الأصل الثاني من أصول الشريعة والمنهج الوحيد الذي يحول للمجتهد ضبط النوازل والتحكم فيها لكثرتها وتشعبها وتعقدها، فقال رحمه الله: (قواعد كلية فقهية جليّة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصل).

وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء)⁽³⁾.

وهذا الأستاذ الكبير مصطفى الزرقاء - رحمه الله تعالى - يكشف عن منتهى الآخذ بالقواعد، المستثمر لها فيقول: (والطالب إذا تلقى هذه القواعد، وتفهم جيداً مدلولاتها ومدى تطبيقاتها: يشعر في ختام دراسته لها كأنما وقف فوق قمة من الفقه تشرف على آفاق مترامية الأطراف، من الفكر الفقهي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات)⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه في باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (39/1) رقم: 71، ومسلم في صحيحه باب النهي عن المسألة (718/2) رقم 1037.

(2) من كلام الإمام القرافي في فروقه (2/1).

(3) انظر: الفروق (1/2 - 3).

(4) من مقدمة شرح القواعد الفقهية لمصطفى الزرقاء ص 7.

وأمام هذه الأهمية القصوى التي استحدثتها القواعد الفقهية فقد اهتم بها العلماء قديماً وحديثاً، واتجهت أنظار الباحثين إلى التراث الفقهي في ميدان القواعد الفقهية، فاعتنوا به وأخرجوا ذخائر تفتخر بها المكتبة الإسلامية، ومن أمثلة هذه الأعمال التي كتب لها أن تخرج إلى الوجود كتاب القواعد للمقري، والفروق للقرافي، وكتاب المنثور في القواعد للزرکشي والأشباه والنظائر للسيوطي، والأشباه والنظائر لابن نجيم، وكتاب القواعد لابن رجب الحنبلي، وغيرها من كتب القواعد التي لا يسع المقام لذكرها.

وهذه الذخائر اعتنت بتخريج الفروع الفقهية على القواعد بعد تعييدها، لأنه لما كثر الاستبحار في التفريع، وكثرت المسائل واتسعت وأصبح استقصارها في كل باب ليس ميسوراً في كل حين، ظهرت فكرة التقعيد، وذلك بربط مجموعة أحكام بزمَام، يعرف بالقاعدة إذا كان متسعاً لعدة أبواب، وبالضابط إذا كان مقتصراً على باب معين. وهذا العمل يسّر تناول أحكام الفقه وفهم الكثير من مقاصده، وساعد على نمو الفقه بشكل واسع وسريع. وتأميناً لجهود الأئمة السابقين، وجهود من اعتنوا بتحقيق مآثرهم، وكذا اعتنائي بفنّ القواعد الفقهية واهتمامي بالقضايا الفقهية المعاصرة، تولّد في ذهني فكرة مفادها إظهار أثر التقعيد الفقهي في العمل الاجتهادي المعاصر.

ولا يخفى على الباحثين في علوم الشريعة ما للموضوع من أهمية، ذلك أنه يزاوج بين صرح من صروح الفقه الإسلامي وهو فنّ القواعد الفقهية، وبين التحديات الكبرى التي يواجهها الفقه الإسلامي في عملية استجابته لمستجدات الحياة المعاصرة.

وأذكر في هذا الملخص المحاور الرئيسية للأطروحة، مع الشرح المختصر.

أولاً: مفهوم التقعيد الفقهي

عرفه البعض بقوله: (هو عمل علمي فقهي، ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد وكليات، تضبط فروعه وجزئياته)⁽¹⁾.

فالقاعدة الفقهية هي حكم كلي - كما سيأتي -، والتقعيد هو تكوينها وبنائها باستقراء واستنباط الجزئيات المتشابهة والمتماثلة لتعميم ذلك الحكم عليها، حتى يتم العلم بكليّة ذلك الحكم وقاعدتيته.

فالتقعيد الفقهي: هو تلك العملية الاستقرائية ثم الاستنباطية التي تنتهي بوضع القاعدة وإحكام صياغتها.

وقد أضفنا لمفهوم التقعيد الفقهي: الاستدلال بالقواعد الفقهية باعتبارها متضمنة للأحكام الفقهية المدرجة تحتها، مما هو مدوّن، أو محلّ للاجتهاد.

(1) أنظر: المرجع نفسه ص 31.

وحيث أن يمكن للباحث أن يستعمل هذا المصطلح - التقعيد الفقهي - بمفهومه الواسع، إلى جانب المفهوم الأول المتمثل في صياغة الفقه كليات تضبط فروع وجزئياته. ويكون المفهوم العام الواسع للتقعيد الفقهي:

(عمل علمي فقهي يقوم أساساً على تكوين القاعدة الفقهية و الاستدلال بها).

ثانياً: مفهوم القاعدة الفقهية (التعريف المختار)

لقد آثرت واخترت تعريفيين رأيتهما أسلم وأصح وأوضح ما كتب في تعريف القاعدة الفقهية.

التعريف الأول: (قضية كلية، جزئياتها قضايا كلية فقهية) (1).

التعريف الثاني: (حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد، أو الأغلبية) (2).

ثالثاً: مفهوم الاجتهاد المعاصر

لم أقف على تعريف للاجتهاد المعاصر - في حدود اطلاعي -، لذلك حاولت أن أضع مفهوماً عاماً للاجتهاد المعاصر و هو:

استفراغ الوسع لإيجاد حلول شرعية لقضايا جديدة لم تكن معروفة من قبل، ولم يرد نص صريح على حكمها في الكتاب والسنة.

أو هو: ((الاجتهاد الذي يبذل فيه المجتهد وسعه للوصول إلى حكم شرعي عملي متعلق بالنوازل المعاصرة)).

والتعريف هو نفسه تعريف الاجتهاد وأضفت له محترزاً هو قوله: (متعلق بالنوازل المعاصرة) لأن الغرض من الاجتهاد المعاصر هو البحث عن الحكم الشرعي العملي واستنباطه شريطة أن يكون متعلقاً بالقضايا الفقهية المعاصرة، إن في المجال المالي الاقتصادي أو المجال الطبي الجراحي، أو في غيرها من المجالات الأخرى.

رابعاً: تلخيص الكلام فيما يتعلق بمحجية القواعد الفقهية

يمكن تلخيص ذلك في النقاط التالية:

أولاً: بالنسبة للقواعد التي هي نصوص شرعية قرآنية كانت أم حديثية، تعتبر حجة، ودليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية، كغيرها من الأدلة الشرعية المعتمدة.

ثانياً: أما القواعد المستنبطة، فالاحتجاج بها متوقف على النظر إلى الاعتبارين التاليين:

(1) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباسين ص 54.

(2) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي ص 48.

الاعتبار الأول: المصدر والدليل الذي استنبطت القاعدة عن طريقه.

الاعتبار الثاني: الاتفاق والاختلاف في القاعدة المستنبطة.

ففي الحالة الأولى: أي مصدر القاعدة، والدليل الذي استنبطت بواسطته، فحكمها يكون كالتالي:

1 - إن كانت القاعدة مستنبطة من النصوص الشرعية فيختلف أمرها تبعاً لاتفاق العلماء أو اختلافهم بهذا الشأن. فإن اتفقوا على ذلك كانت القاعدة حجة ودليلاً صالحاً للاستنباط؛ لأن اتفاقهم على ذلك يعني إقرارهم بصحة القاعدة، وبصحة ردّها للنصّ الشرعي، وبالتالي صلاحيتها لأن تبنى عليها الأحكام كالنصّ.

وإن اختلفوا في ذلك فالقاعدة حجة صالحة للترجيح، ولتفريع الأحكام عليها، عند من استنبطها، لأنها مردودة إلى النصّ عنده، وحجّيتها راجعة إلى حجّية النصّ، لكنها لا تكون كذلك عند من لم يصحّ الاستنباط.

2 - وأما إذا كانت مستنبطة من الاستقراء فهي حجة في الترجيح، وفي التخريج والاستنباط وتفريع الجزئيات. ولا يختلف الأمر بهذا الشأن في استقراء النصوص الشرعية، عن التراث الفقهي المنقول عن العلماء.

3 - وأما القواعد المخرّجة من الطرق الأخرى كالقياس والاستصحاب والاستدلال العقلي، أو المستنبطة بطريق الاجتهاد في تحقيق المناط أو تنقيحه، أو الترجيح عند التعارض فهي تابعة لنوع الدليل، ولصحة وسلامة التخريج أو الاستنباط عليه، وهي تختلف قوّة وضعفاً تبعاً للاتفاق أو الاختلاف في ذلك.

وفي الحالة الثانية: أي حالة الاتفاق، أو الاختلاف في القاعدة المستنبطة، فإن ذلك لا يؤثر على حجّية القاعدة على من استنبطها أو خرّجها، ووجود الاختلاف يضيّق دائرة من يعمل بها لا غير، ولكنها حجة تتفرّع عليها الأحكام عند من خرّجها، شأنها شأن الأدلة المختلف فيها⁽¹⁾.

خامساً: نماذج من المعاملات المالية والمسائل الطبية الحديثة

أقتصر على نموذج واحد لكل مجال

نموذج عن المعاملات المالية: ربط أجور العمّال بالمستوى العام للأسعار

إن ربط الأجور بمستوى الأسعار في الدول التي مارست هذه التجربة يتم عادة عن طريقين:

الطريق الأول: الربط الذي يتم عن طريق الاتفاقات الجماعية والتي تتحكم فيها اتحادات ونقابات العمل، ويتم تحديد الأجور عن طريق التفاوض بين الأطراف المعنية، على أن يتم تعديل الأجور تلقائياً تبعاً لمؤشر قياسي متفق عليه.

(1) عن كتاب القواعد الفقهية للباحسين ص 286 - 288 بتصرف بسيط.

الطريق الثاني: ربط يتم عن طريق القرارات الحكومية لتنظيم الأجور والرواتب ومعاشات التقاعد ونحوها لحماية هذه الدخول من التآكل الذي ينتجه التضخم⁽¹⁾.

وقد أفتى بعض علماء العصر، وهو الدكتور حمزة بن حسين الفعر⁽²⁾، بعدم جواز هذا الربط، ودلّل على ذلك ببعض القواعد الفقهية، فقال: (إن ربط الأجور بالمستوى العام للأسعار غير جائز سواء أتمّ الربط عند التعاقد، أم بعده بمدة، لأن المحذور في ذلك واحد وهو جهالة الأجرة التي يتم تسليمها عند حلول الأجل، وإفشاء ذلك إلى الربا).

ثم يضيف قائلاً: (ولا شك أن انخفاض القيمة الحقيقية للنقود فيه ضرر على أصحاب الأجور؛ لأن أجورهم هذه هي عماد معيشتهم، فنقصان قيمتها بسبب التضخم يضر بحاجاتهم الأصلية).

والقاعدة الشرعية أن: ((الضرر يزال))، ولكنه لا يزال بضرر مثله، وفي تعويضهم عما نقص عليهم، أو ما يتوقع نقصه، عن طريق الربط يضرّ بمصلحة صاحب العمل نفسه، لأنه هو أيضاً قد تضرر بنقصان القيمة الحقيقية لأرباحه، وعائداته من العمل، ولا يد له فيما حصل؛ لأن التضخم يحدث نتيجة لكثرة عرض النقود واختلال السياسات النقدية، وربما أثرت فيه قوى السوق أيضاً...⁽³⁾.

ونلاحظ أن الفتوى مبنية على قاعدة: ((الضرر يزال))، ولما كان الضرر يلحق الطرفين معاً تعين تقييد القاعدة بقاعدة أخرى، وهي أن: ((الضرر لا يزال بضرر مثله))، بل يزال بضرر أخف منه، كما هو معلوم من قواعد الشريعة، وأصبح من اللازم حينئذ البحث عن طريقة أخرى في ضبط أجور العمال، وحفظ حقوقهم، كتدخل الدولة في مثل هذه الحالات بسن قوانين تنظم بموجبها السوق المالية وتتحكم في مستوى الأسعار والأجور تحقيقاً للعدالة الاجتماعية.

نموذج عن المسائل الطبية: حكم التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة

ثبت طبياً أن مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) لا ينتقل بالمعايشة العامة.

و المراد بالمعايشة العامة المصافحة، والأكل والشرب، واللعب، واستعمال الأدوات والمراحيض، وغير ذلك.

(1) انظر: بحث ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار، للدكتور محمد عبد المنان، ص 11، ضمن أعمال حلقة حول ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من وجهة النظر الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية جدة سنة 1407هـ.

(2) الدكتور حمزة بن حسين الفعر، من السعودية، أستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وهو عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(3) بحث "ربط الأجور بتغير مستوى الأسعار في ضوء الأدلة الشرعية" د/ حمزة بن حسين الفعر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، (3/ 510). ط/ 1415هـ - 1994.

وعليه فهناك من يرى عدم جواز عزل المريض بالإيدز وحرمانه من التعليم والعمل لا سيما إذا كان المريض يتصرف في حياته تصرفاً مسؤولاً لا يخشى منه الإضرار بغيره، فحقوقه العامة والخاصة لا يجوز المساس بها، ف: ((لا ضرر ولا ضرار))⁽¹⁾.

وانتقال مرض الإيدز بهذه الوسائل لم يحسم بعد عند الأطباء، إلا أن الأطباء أوصوا باحتياطات، فيها شدة وضرر على المريض، كمنع الطفل المصاب من اللعب مع غيره في المدرسة، أو استعمال الآلات الحادة وتبادلها بين سليم ومصاب لأن الأمر فيه مظنة انتقال المرض، وهذا عملاً بقاعدة: ((يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام))⁽²⁾.

(1) شرح القواعد الفقهية، للزرقاء، ص 113.

(2) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص 145. وراجع بحث (مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية)، د/ سعد بن مسعد الثبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد/ 8، (3 / 290).

**Résumé de thèse
en langue française**

Titre de la thèse
**La normalisation de l'exégèse et ses effets
sur la jurisprudence contemporaine.**
**Les transactions financières et les questions médicales contemporaines
comme exemple.**

Il est connu chez tout étudiant ou praticien des sciences législatives islamiques que l'exégèse constitue sa finalisation suprême vu que c'est grâce à ce dernier qu'on peut connaître l'interdit et le permis, qu'on peut distinguer entre la réalité et l'illusion.

De ce fait, l'exégèse fut un centre d'intérêt surtout en ce qui concerne ces règles et ses sources puisque cette connaissance ouvre des vastes horizons pour la jurisprudence et permet de trouver des solutions adéquates à tous les problèmes ainsi que de suivre l'évolution dans toutes ses dimensions.

Les exégètes de l'islam ont bien compris cette importance et l'ont inscrit est mentionné dans leurs écrits.

Par ailleurs, l'exégèse participe activement dans l'évaluation et la critique de la jurisprudence contemporaine. Cette critique ou cette évaluation vise principalement :

- Les origines de la jurisprudence ;
- La comparaison entre les différents avis des exégètes ;
- L'influence de ces derniers par les fatwas des anciens exégètes ;
- La relation entre la normalisation et la législation contemporaine.

Le dernier aspect fut l'objet de ma présente thèse.

Par la normalisation de l'exégèse j'entend : « l'induction et la déduction des règles et leur formulation afin de les mettre en vigueur ».

Pour ce faire, j'ai adopté la méthode suivante :

1. Explication de la règle du point de vue linguistique et juridique.
2. Appuyer cette règle avec le texte législatif ou la jurisprudences de exégètes.
3. Application de cette règle afin de tirer les fatwas relatifs aux transactions financières et les questions médicales contemporaine.
4. Donner l'explication des termes juridiques et financiers utilisé tout le long de la thèse me basant sur les références spécialisées dans le domaine.
5. Montrer le choix des réponses aux transactions financières et les questions médicales contemporaines à la lumière de leur projection sur les règles appliquées.
6. Parfois, recourir à l'énonciation de ce qui est reconnu et le très probable.

Aussi, et par soucis de méthodologie scientifique, cette thèse fut subdivisée en 6 chapitres :

- 1^{er} chapitre : la définition de la normalisation de l'exégèse et de la jurisprudence contemporaine ; contient 3 parties :

- i. La normalisation et la règle;
- ii. L'origine de la règle et sa force de démonstration;
- iii. Définition de la jurisprudence contemporaine.
- 2^{ème} chapitre : l'effet des règles du « mobile (intention) » et de la « précaution » sur la jurisprudence contemporaine.
- 3^{ème} chapitre : l'effet des règles du « tort » et de « l'aisé » sur la jurisprudence contemporaine.
- 4^{ème} chapitre : l'effet des règles de la « compétence » et de la « possession » sur la jurisprudence contemporaine.
- 5^{ème} chapitre : l'effet des règles du « condition », de la « garantie » et de la « coutume » sur la jurisprudence contemporaine.
- 6^{ème} chapitre : l'effet des règles de l' « accompagnement », de la « confirmation » et de l'«annexion » sur la jurisprudence contemporaine.

Vient, enfin, la conclusion de la thèse ainsi que les résultats et les recommandations auxquelles j'ai pu aboutir.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

- 383..... أو التَّسْبِيعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ [النور31]
- 211..... إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ [البقرة137]
- 159..... حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ [المائدة3]
- 321..... خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ [الأعراف199]
- 270..... الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ [البقرة174]
- 203..... فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ [التغابن16]
- 59..... فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ [الزلزلة7]
- 225..... فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ [البقرة173]
- 26..... فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ [النحل26]
- 43..... فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ [الحج78]
- 204..... فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَمًا وَقُعُودًا [النساء103]
- 59..... كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ [المدثر38]
- 176..... لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا [الفتح25]
- 93..... لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ [آل عمران128]
- 138..... لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا [البقرة233]
- 57..... لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا [البقرة286]
- 166..... مَا فَرَّطْنَا فِي الْكُتُبِ مِنْ شَيْءٍ [الأنعام38]
- 57..... مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ [المائدة6]
- 370..... هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا [البقرة29]
- 374..... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ [البقرة187]
- 38..... وَءَاتُوا الزَّكَاةَ [البقرة277]
- 204..... وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ [النساء101]
- 204..... وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ [النساء102]
- 137..... وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا [طه111]

- 93..... وَمَا أَمْرٌ فَرَعَوْنَ بِرَشِيدٍ [هود97]
- 59..... وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى [الأنعام164، الإسراء15]
- 59..... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا [الأنعام164]
- 121..... وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ [البقرة235]
- 138..... وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا [البقرة231]
- 138..... وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ [الطلاق6]
- 166..... وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا [مريم64]
- 211..... وَمَا لَكُمْ إِلَّا أَنْ تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ [الأنعام119]
- 397..... وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى [فاطر18]
- 203، 199..... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ [الحج78]
- 159..... وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ [الأنعام145]
- 26..... وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ [البقرة127]
- 270..... وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ [النحل126]
- 321..... وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ [البقرة228]
- 57..... وَسُحِّلَ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَحُرِّمَ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ [الأعراف157]
- 374..... وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا [الأعراف189]
- 176..... وَلَوْلَا رِجَالٌ مُؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُؤْمِنَاتٌ لَمْ تَعْلَمُوهُمْ [الفتح25]
- 354..... وَبَعَثَ اللَّهُ أَوْفُوا [الأنعام152]
- 197..... وَحَمِلُوا ثِقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ [النحل7]
- 170..... وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ [الأنفال60]
- 270..... وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا [الشورى40]
- 123..... وَوَعَدْنَا مُوسَىٰ ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَاهَا بِعَشْرِ [الأعراف142]
- 117، 116..... وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ [المائدة2]
- 26..... وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ [النور60]
- 6..... يُصَلِّحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ [الأحزاب71]

- يَتَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ [النساء1] 6
- يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ [آل عمران102] 6
- يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ۗ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا [النساء28] 199
- يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ [البقرة185] 199, 57
- يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا [الأحزاب70] 6
- يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ [المائدة1] 354

فهرس الأحاديث النبوية

- 59 ابتاعها فأعتقها وإنما الولاء لمن أعتق
- 398 ابنُ أختِ القَوْمِ مِنْهُمْ
- 55 أحلّت لكم ميتتان ودمان،
- 204 ادّخروا ثلاثاً ثم تصدّقوا بما بقي
- 131 إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي له، أو حملة على الدابة فلا يركبها
- 131 إذا أقرض فلا يأخذ هدية
- 117 إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر،
- 344 إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟
- 72 إذا نهيتكم عن شيءٍ فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم
- 199 إن الدين يسرٌ، ولن يشاد الدين أحدٌ إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا
- 224 إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه
- 199 إن الله تعالى وضع عن أمي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه
- 137 إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام
- 94 إنما الأعمال بالنيات
- 199 إنما بعثتم مُيسرين ولم يُبعثوا مُعسرين
- 204 إنما نهيتكم من أجل الدافّة التي دفت، فكلوا وادّخروا وتصدقوا
- 261 إنها بلغت محلها
- 261 إنها قد بلغت محلها
- 128 الحلال بين والحرام بين
- 370 الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه،
- 398 الخالة بمنزلة الأم
- 270 خذي ما يكفيك وولّدك بالمعروف
- 287 الخراج بالضمان
- 295 الخراج بالضمان
- 391 ذكاة الجنين ذكاة أمه
- 235 رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكّة بهما
- 234 رخص النبي صلى الله عليه وسلم أن تباع العرايا، بخرصها تمراً
- 58 العجماء جرحها جبار
- 287 الغلّة بالضمان
- 376 فإما لا، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر
- 378 لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم
- 176 قام أعرابيٌّ فبال في المسجد، فتناوله الناس،

131	كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا
362	لا تبع ما ليس عندك.....
269، 159، 135	لا ضرر ولا ضرار.....
137	لا ضرر ولا ضرار، من ضارّ ضارّه الله، ومن شاقّ شاقّ الله عليه.....
343	لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً.....
59	ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟
320	ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن،.....
247	ما كان يداً بيد فلا بأس به وما كان نسيئة فهو ربا
60	ما من أمير يلي أمور المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح.....
60	ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعية.....
397	المَرْءُ مَعَ مَنْ أَحَبَّ.....
278، 277	المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً، أو أحلّ حراماً.....
192	من احتكر فهو خاطيء
274	من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له،
385	من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع
137	من شاقّ شقّ الله عليه يوم القيامة
95	من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا، فهو في سبيل الله عز وجل
98	من لم يهتم للمسلمين فليس منهم.....
405، 6	من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين.....
397	مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ.....
376	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة، والمزابنة،
247	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً.....
110	نهى عن صفقتين في صفقة واحدة
261	هو لها صدقة، ولنا هدية
247	ولا تبيعوا منها غائباً بناجز.....
137	يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا.....
315	يعضُّ أحدكم أخاه كما يعض الفحل، لا دية له.....

فهرس القواعد الفقهية



- الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة 65
- احتمال أخف المفسدين لدفع أعظمهما 176
- احتمال أخف المفسدين لأجل أعظمهما هو المعتر في قياس الشرع 174
- الأحكام تتعلق بمعاني الألفاظ دون قوالها 100
- الأحكام تتغير بتغير الأزمان 335
- اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان 260
- اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم 260
- اختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين 260
- اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو بقاءه على أصله 397
- اختيار أهون الضررين 192
- الأخصُّ مُقدَّمٌ على الأعم 72
- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام 130، 128، 46
- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام 129، 127
- إذا اجتمع السبب أو الغرر والمباشرة قدمت المباشرة 308، 72، 47
- إذا اجتمع المباشر والمسبب، أضيف الحكم إلى المباشر 300
- إذا اجتمع المبيح والمحرم غلب جانب المحرم 127
- إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر 174
- إذا اجتمع للمضطرُّ مُحرمَان كل منهما لا يُباح بدون الضرورة، وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضرراً؛ لأن الزيادة لا ضرورة إليها فتباح 174
- إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه 70
- إذا تعارض المانع والمقتضى قدّم المانع 125، 124
- إذا تعارض المقتضى والمانع يُقدم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم 126، 124
- إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما 180، 178، 174، 163، 150، 72
- 181، 184، 185، 188، 190، 191
- إذا تعارضت مصلحتان قدم أقواهما، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما تفادياً لأشدّهما .. 186
- إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما 174
- إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى 100
- إذا زال المانع عاد الممنوع 71
- إذا سقط الأصل سقط الفرع 70
- إذا ضاق الأمر اتسع 207، 205، 202، 197
- إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً أو نافعاً نفعاً محضاً أو يتردد بين الضرر والنفع 189

إذا لم يحصل من الطبيب تعدُّ ولا تفريط فهو غير ضامن لا في السَّراية، ولا في غير السَّراية لأن العمل	
المأذون غير مضمون، وهذا مأذون	316
الإذن بالشيء إذن بما يقتضي ذلك الشيء إيجابه	282، 283
ارتكاب أخف الضررين لدفع أعظمهما	189
ارتكاب أهون الضَّرين	191
استعمال الناس حجةً يجب العمل بها	318
الأصغر هل يندرج في الأكبر أم لا؟	390
الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته	67
الأصل السلامة	39
الأصل الصَّحة وحمل العقود عليها	351
الأصل أن الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي، وهذا في كل شيء	62
الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك	62، 342
الأصل أن من ابتلي ببليتين - وهما متساويتين - يأخذ بأيهما شاء، وإذا اختلفتا يختار أهونهما لأن مباشرة	
الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة	174
الأصل بقاء ما كان على ما كان	66
الأصل تحريم الأبخاع	373
الأصل صحَّة العقد ووجود ما يقتضيها	352
الأصل في الأبخاع التحريم	373
الأصل في الأشياء الإباحة أو التحريم أو الوقف	369
الأصل في الأشياء الإباحة	364، 369، 372، 373
الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم	369
الأصل في الأشياء الحل إلا أن يكون فيه مضرة	369
الأصل في الأموال العصمة	47
الأصل في الأمور العارضة العدم	67
الأصل في البيوع الإباحة	363، 368
الأصل في البيوع والمعاملات الحل والجواز	366
الأصل في التصرفات حملها على الصَّحة	39، 351
الأصل في الذمة البراءة	66
الأصل في العقود الإباحة	358
الأصل في العقود الصَّحة	351
الأصل في العقود اللزوم	39، 56
الأصل في الفروج التحريم حتى يقام الدليل على الحل	375
الأصل في المعاملات الإباحة	361، 363
الأصل في المعاملات الصَّحة، وفي العقود اللزوم	351
الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم	369

56	الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار الحرمة
55	الأصل في الميتات التحريم
120	أصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية
39	الأصل منع القرعة
123، 120	الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية
197	الاضطرار لا يبطل حق الغير
211	الاضطرار لا يمنع حق الغير
47	الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم
100	الاعتبار للمعنى لا للألفاظ
391	إعطاء الموجود حكم المدوم
53	الإقالة هل هي فسخ أو بيع
396	إقامة الأكثر مقام الكلّ أصل في الشرع
391، 389	الأقل تبع للأكثر
396	الأقل تبع للأكثر، وللأكثر حكم الكلّ
396	الأقل لا يزاحم الأكثر
389	الأقل يجعل تبعاً للأكثر فيما تعم به البلوى
390	الأكثر ينزل منزلة الكمال
52	الإكراه يبطل العقد
49	ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم
380	الأمانة غير مضمونة، يعني على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين، وتقصيره ولا يلزم الضمان
400، 100، 99، 98، 97، 96، 93، 52، 46، 11	الأمر بمقاصدها
317	إن الجواز الشرعي ينافي الضمان
314	إن المأذون في فعله من قبل الله - فيما تمحص حقاً لله - كالمأذون في فعله من قبل العبد - فيما هو من حقوق العباد -
272	إن جواز الانتفاع لا يستلزم جواز البيع
356	إن عقود المسلمين محمولة على الصحة
322، 321، 318، 49	إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت
306	إنه عند اجتماع التسبب والمباشر تعلق الضمان بالمباشر دون التسبب
256	الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس لا فيما يتعلق بالقرب والعبادات
	﴿ ب ﴾
48	بيع الخيار إذا أمضي: هل يعدّ ماضياً من حين عقده، أو من حين إمضائه؟
379، 378	البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
378	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
378	البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل

﴿ ت ﴾

388، 385، 384، 382.....	التابع تابع
388	التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصير مقصوداً
385	التابع يأخذ حكم المتبوع
384	التابع يثبت له حكم أصله
260	تبدل الملك كتبدل العين
260	تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات
260	تبدل سبب الملك كتبدل الذات
262، 260.....	تبدل سبب الملك كتبدل العين
177	تحمل أخف الضررين تجنباً لأشدهما
351	تصحیح العقود بحسب الإمكان واجب
46	تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة
228	تصرف الولي منوط بالمصلحة لوليّه
60	التصرف على الرعية منوط بالمصلحة
72	تعارض الموجب والمسقط يغلب المسقط
61	التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغره
10	تعلق الحكم بالمحسوس على ظاهر الحس لا على باطن الحقيقة
322	التعيين عرفاً كالتعيين بالنص

﴿ ث ﴾

65	الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان
225	الثابت بالضرورة يقدر بقدرها
384	ثبوت الحكم في التبع بثبوتة في الأصل

﴿ ج ﴾

356	الجزء الشائع لا يتميز
262	الجزء المشاع هل يتعين أم لا ؟
175	جلب المصالح ودرء المفاسد
175	جلب المصالح ودرء المفاسد
58	جناية العجماء جبار
375	الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل
375	الجهالة في العقود عليه إذا كانت تفضي إلى المنازعة تمنع صحة العقد
272	جواز الانتفاع لا يقتضي جواز البيع
314، 297.....	الجواز الشرعي ينافي الضمان

﴿ ح ﴾

231	الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له الحاجة
231	الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق أحاد الناس

الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة.....242، 245، 246، 247
 الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة.....231، 241
 الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة200، 216، 217، 231، 235، 236، 237، 238،
 240، 245، 249، 250

الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر..... 231
 الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء.....263، 264
 الحرام لا يتعلق بذمتين..... 58
 الحرام لا يُحرّم الحلال..... 126
 الحرّ لا يدخل تحت اليد..... 47، 263
 الحرّ لا يدخل في العقد..... 263
 الحرّ لا يضمن باليد..... 263
 الحرّ ليس بمال متقوم..... 263
 الحق لا يسقط بالتقادم..... 67
 حقوق العباد مقدمة على حقوق الله عز وجلّ..... 72
 الحكم المقيد بالضرورة مقدر بقدرها..... 225
 الحكم بالنجاسة مشروط باتصاف المحكوم بنجاسته بالأعراض المخصصة لتمائل الأجسام..... 10
 الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا..... 331
 الحياة المستعارة كالعدم..... 10، 64

﴿ خ ﴾

الخراج بالضمان..... 11، 24، 46، 57، 286، 288، 293، 295، 311

﴿ د ﴾

الدّيون إنّما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص، أما الأعيان فإنما تستوفى بذواتها..... 266
 الدّيون تقضى بأمثالها لا بأعيانها..... 266
 درء المفاسد أولى من جلب المصالح..... 72، 124
 الدفع أقوى من الرفع..... 48
 دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص..... 191
 ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله..... 70
 الذمة إذا عمّرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين..... 67

﴿ ر ﴾

الربح لا يستحق إلا بعمل أو مال أو ضمان..... 312، 313
 الرخص لا تناط بالمعاصي..... 48
 الرخص لا يتعدى بها مواضعها..... 62
 رد البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله أو من حين رده؟..... 48
 الرضا بالشيء رضا بما تولد منه..... 70، 314

﴿ ش ﴾

- الشرط الباطل لا يؤثر في العقد 59
 الشرط العرفي كاللفظي 337
 الشفعة هل هي بيع أو استحقاق؟ 48
 الشك في أحد المتقابلين يوجب الشك في الآخر 70
 الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط 70

﴿ ض ﴾

- الضرر الأخف يرتكب لدرء الضرر الأعظم 185
 الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف 177، 174، 182، 183، 184، 190، 191
 الضرر لا يزال بالضرر 152، 161، 164، 166، 167، 187، 190
 الضرر لا يزال بضرر مثله 147، 409
 الضرر لا يزال بمثله 162، 163، 165، 166، 192
 الضرر لا يكون قديماً 67
 الضرر مدفوع بقدر الإمكان 170
 الضرر مدفوع في الشرع 170
 الضرر واجب الدفع ما أمكن 170
 الضرر يدفع بقدر الإمكان 138، 170، 172، 173، 229
 الضرر يزال بقدر الإمكان 171، 173
 الضرر يزال 11، 24، 46، 51، 52، 58، 135، 146، 147، 148، 149، 150، 151، 152، 153،
 154، 155، 156، 158، 159، 160، 167، 208، 209، 400
 الضرورات تبيح المحظورات 24، 54، 197، 202، 208، 211، 212، 214، 215، 216، 217، 219،
 218، 220، 221، 223، 224، 225، 229، 231، 250
 الضرورات تبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها 210
 الضرورات تقدر بقدرها
 الضرورات يجب أن تقدر بقدرها 228
 الضرورة تقدر بقدرها 197، 212، 223، 225، 229
 الضرر لا يزال بالضرر أو بمثله 160
 الضرر يزال، أو مزال 146
 ضمان فاسد العقد كضمان صحيحه 64

﴿ ظ ﴾

- الظفر بالحق 10، 269

﴿ ع ﴾

- العادة المطردة تنزل منزلة الشرط 337
 العادة في عرف الشرع كالشرط 337
 العادة محكمة 46، 49، 52، 318، 328، 330، 336، 400

- 10 العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
- 105، 111، 107، 100، 10 العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
- 322 العبرة للغالب الشائع لا للنادر
- 103 العبرة للمعاني لا للألفاظ
- 322 العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق
- 329 العرف والعادة يرجع إليه في كل حكم حكم الشارع به ولم يحدّه
- 352 العقد متى أمكن حمله على الصّحة كان أولى من إفساده
- 100 العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى
- 262 العين المنغمرة في غيرها إذا لم يظهر لها أثر فهل هي كالمعدومة حكماً، أو لا؟

﴿ غ ﴾

- 65 الغالب كالمحقق
- 313، 295، 294، 293، 291، 290، 289، 288، 287، 286، 24 الغنم بالغرم

﴿ ق ﴾

- 208 قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات
- 67 القديم يترك على قدمه ما لم يكن ضرراً فاحشاً
- 67 القديم يترك على قدمه
- 380 القول قول الأمين في المحتمل مع اليمين
- 380 القول قول الأمين مع اليمين من غير بيّنة
- 380 القول قول الأمين مع اليمين، من غير بيّنة، إلا إذا كذّبه الظاهر، من حقيقة أو عادة

﴿ ك ﴾

- 65 الكتاب كالخطاب
- 61 كل شيء في القرآن أو، أو فهو مخير، وكل شيء فإن لم تجدوا فهو الأول فالأول
- 47، 38 كل عقدين بينهما تضاد: لا يجمعهما عقد واحد
- 132، 130 كل قرض جر نفعاً فهو ربا
- 132 كل قرض جرّ نفعاً ربا محرم
- 130 كل قرض جرّ نفعاً فهو حرام
- 130 كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا حرام
- 177، 130 كل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف
- 256 كل ما ثبت للإنسان حق التصرف فيه، كان له حق الإيثار به
- 62 كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن
- 225 كل ما دعت الضرورة إليه من المحظور فإنه ساقط الاعتبار على حسب الحاجة، ويقدر الضرورة..
- 258، 257 كل ما كان حقاً للعبد يُورث بالموت، عيناً كان أو معنوياً
- كل ما كان من حق الإنسان أو تغلب حق الإنسان فيه على حق الله عز وجل جاز التصرف به، سواء كان مصدر ثبوت هذا الحق تملكاً أو تمتيعاً
- 256، 255 كل ما يثبت في الذمة لا يصحّ الإقرار به
- 47

- كل من كان له حق على أحد فمنعه إياه فله أخذه منه، ولو دون علمه 269
كلّ ثوب طاهر تجوز الصلاة به وعليه، ما لم يكن حريراً 37
كلّ قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف 130
كلّ ما لا يتوصّل إلّا به إلى المطلوب فهو مطلوبٌ 38
كلّ ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء 61
كلّ من منع من النظر إلى امرأة لم يجز أن يخلو معها 38
كلُّ نجاسة - غير الدّم - فقليلها ككثيرها 41
كلّما جاوز الأمر حدّه انعكس إلى ضدّه 202
كلّما عظم شرف الشيء عظم خطره 38

﴿ ل ﴾

لا ضرر ولا ضرار 58، 135، 136، 138، 139، 140، 142، 143، 144، 145، 146، 153، 170،
410، 278، 196، 192، 174

- لا عبرة بالعرف الطارئ 322، 49
لا يترك اليقين بالشك 342
لا يرتفع الثابت بالشك 342
لا ينكر تعيّر الأحكام الاجتهادية بتغيّر الزمان 335، 332، 331
للأكثر حكم الكل 393، 389
ليس يحل بالحاجة محرم إلا في حالة الضرورات 208

﴿ م ﴾

- ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها 229، 227، 225، 223، 218، 178، 159
ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال 127
ما اجتمع محرّم ومبيحٌ إلا غلب المحرّم 127
ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه 66
ما جاز بيعه جازت هبته وما لا فلا 266، 265
ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا، إلا في صور 265
ما جاز لعذر بطل بزواله 231، 230، 228، 226، 225، 223، 218، 212، 144، 71
ما حرم أخذه حرم إعطاؤه 265، 65
ما حرم استعماله حرم اتخاذه 65، 48
ما قارب الشيء أعطي حكمه 397
ما قارب الشيء له حكمه 397
ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟ 397
ما قارب الشيء يعطى حكمه 399
ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً 282، 281
ما لا يتأتى أو - لا يتوصّل - إقامة الفرض إلا به يكون فرضاً في نفسه 283
ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب 285، 283، 116

283 ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فإنه واجب
68 ما يفضي إلى الحرام حرام
	المأذون له في شيء يكون إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه، وهل يكون إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء
282 استحقاقه؟
130، 129 المال الحلال إذا خالط الحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال
298، 296 المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى
296 المباشر ضامن، وإن لم يتعمد
304، 303، 298، 296 المباشر ضامن، وإن لم يكن متعمداً
296 المباشر للفعل، ضامن لما أتلّف بفعله، إذا كان متعمداً فيه
299 المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد
298 المتسبب ضامن إن كان متعمداً
314 المتولد من فعل مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه
279، 278، 274 المسلمون عند شروطهم
397 المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟
337 المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً
400، 230، 208، 202، 201، 200، 197، 57، 52، 51، 46، 41، 24 المشقة تجلب التيسير
11 المعاملة بنقيض المقصود
11 المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً
338، 49 المعروف بين التجار كالمشروط بينهم
340، 338، 336، 321، 318 المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
389 معظم الشيء يقوم مقام كله
281 المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط
279 المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز
279 المعلق بالشرط عند وجوده كالمنشأ
279 المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط
185 المفساد إذا تعارضت روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها
61 مقاطع الحقوق عند الشروط
47 مقتضى العقد السلامة
318 الممتنع عادة كالممتنع حقيقة
69، 11 من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بجرمانه
252 من جاز تصرفه في شيء بعينه جاز توكيله في ذلك الشيء بعينه، ووكالته، ومن لا فلا
	من جاز تصرفه استقلالاً في شيء يقبل النيابة جاز توكيله ووكالته ومن لا يجوز تصرفه في ذلك لا يجوز
252 توكيله ولا ووكالته
112، 69 من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه
253، 252 من صحت منه مباشرة الشيء، صح توكيله فيه غيره وتوكله فيه عن غيره، وإلا فلا

- من صحَّ تصرفه في شيء تدخله النِّبابة صحَّت وكالته فيه 252
- من قاسم الربح فلا ضمان عليه 61
- من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته 252
- من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه 265، 264، 254، 252
- من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشيء جاز له أن يقتضي منه حقه، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن منه 269
- المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة 311
- المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة 311، 308، 281، 124
- المولى عليه إذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر 189، 254
- ﴿ ن ﴾
- التعمة بقدر التَّعْمَة، والتَّعْمَة بقدر التَّعْمَة 288، 286
- ﴿ ه ﴾
- هل الإبراء إسقاط أم تملك 48
- هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟ 100
- هل المتوقع كالواقع؟ 397
- ﴿ و ﴾
- وإذا زال المانع عاد الممنوع 223
- وسائل الحرام حرام أو ما أفضى إلى الحرام كان حراماً 116
- الوصف المعتاد معتبر في الغائب لا في العين 114
- الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر 113
- الوصف في المعين غير معتبر 113
- الوصف في غير المعين معتبر، وفي المعين غير معتبر 114
- وما أدى إلى الحرام فهو حرام 153
- ﴿ ي ﴾
- يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد 179
- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام 410، 196، 195، 194، 191، 72
- يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع 383، 382
- يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها 208، 62
- يختار أهون الشرِّين 174، 181
- يختار أهون الضَّرين 211
- يد الوكيل هل هي كيد الموكل أم لا 48
- يدفع الضرر الأعلى بالضرر الأقل 188
- يزال الضرر بقدر الإمكان 171
- يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان 311
- يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال 382

382	يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع
384, 382	يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها
382	يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل
382	يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً ما لا يغتفر إذا كان مقصوداً
403, 350, 348, 342, 46, 25	اليقين لا يزول بالشك
65	ينزل المجهول منزلة المعدوم

فهرس الأعلام



- 173 إبراهيم اليعقوبي
- 221 إبراهيم زيد الكيلاني
- 350 ابراهيم فاضل الدبو
- 238 ابن السراج
- ابن القيم (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب بن زرعة الدمشقي) 95، 101، 129، 163، 177، 225،
366، 364
- ابن الوكيل (أبو عبد الله محمد بن عمر بن مكّي الشافعي الملقب بصدر الدين والمعروف بابن المرّحل) 282
- ابن تيمية (أحمد بن عبد الحلّيم الحرّاني) 42، 101، 129، 175، 274، 288، 364، 369، 393
- ابن حجر (أحمد بن علي العسقلاني) 386، 398
- ابن دقيق العيد (محمد بن علي القشيري) 77، 80، 345
- ابن رجب الحنبلي (عبد الرحمن بن أحمد) 8، 65، 100، 262، 373
- ابن رشد الحفيد (محمد بن أحمد بن رشد) 386
- ابن عابدين (محمد أمين بن عمر الدمشقي) 213، 328
- ابن عبد البر (يوسف بن عبد الله النمري) 62، 137، 269، 344
- ابن عبد السلام (عبد العزيز بن عبد السلام) 202
- ابن عرفة (عبد الله بن عرفة الورغمي) 76
- ابن فرحون (إبراهيم بن علي اليعمري) 79
- ابن قدامة (عبد الله بن أحمد المقدسي) 117
- ابن كثير (إسماعيل بن عمر القيسي) 116
- ابن مفلح (إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد المقدسي) 161
- ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور) 238
- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم المصري) 8، 78، 112، 202، 208، 223، 257، 300، 327، 328،
373
- أبو الأعلى المودودي 164
- أبو البقاء الكفوي (أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي الحنفي) 27، 28
- أبو بكر بن العربي (محمد بن عبد الله المعافري) 234
- أبو حنيفة النعمان (النعمان بن ثابت) 316
- أبو داود السجستاني (سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني) 62
- أبو سعيد الخدري 137، 344
- أبو طاهر إبراهيم ابن عبد الصمد، المعروف بابن بشير المالكي 79
- أبو عبد الله المقرّي (محمد بن محمد المقرّي) 9، 29، 406
- أبو موسى الأشعري 95

199، 176.....	أبو هريرة <small>رضي الله عنه</small>
399، 61	أبو يوسف يعقوب (يعقوب بن إبراهيم بن حبيب)
374	أحمد الحججي
296، 218، 211، 210، 161، 160، 136.....	أحمد الزرقاء
207، 156، 154، 97	أحمد الشرباصي
328، 327.....	أحمد الغرقاوي (أحمد بن أحمد الفيومي المالكي)
62	أحمد بن حنبل
30	أحمد بن عبد الله بن حميد
285، 156.....	أحمد حماني
348، 317.....	أحمد شرف الدين
348	أحمد شوقي عمر أبو خطوة
189	أحمد علي طه ريان
248	أحمد محي الدين أحمد
155	أحمد هريدي
261	أم عطية
77	إمام الحرمين (عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني النيسابوري)
235، 261.....	أنس بن مالك <small>رضي الله عنه</small>

﴿ ب ﴾

299، 80، 79، 51، 49، 43، 39، 33، 30، 28	الباقرين
271	البخاري (محمد بن إسماعيل)
144	بخت المطيعي
347	بدر متولي عبد الباسط
261، 60، 59.....	بريرة مولاة عائشة <small>رضي الله عنها</small>
349، 347، 292، 272، 207، 188، 164، 98	بكر بن عبد الله أبو زيد
390، 374، 211، 208، 174، 113، 101.....	البورنو
258، 257.....	البوطي (محمد سعيد رمضان)

﴿ ت ﴾

327	تالير Thaller
305، 304، 301، 241.....	تقي العثماني

﴿ ج ﴾

376	جابر بن عبد الله <small>رضي الله عنه</small>
347، 221، 214، 207، 173، 154، 97	جاد الحق علي جاد الحق
160، 159.....	جاسم علي سالم
27	الجرجاني (علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي)
173	جميل بن محمد بن مبارك

﴿ ح ﴾

- 214الحجوي الثعالبي
 241، 240.....حسن الجواهري
 164حسن بن علي السَّقَاف
 357، 274، 266، 264، 253، 165، 164.....حسن علي الشاذلي
 158، 155.....حسن مأمون
 317، 207، 158، 156، 154، 96حسين مخلوف
 357، 163، 162.....حسين كامل فهمي
 96الخطاب(محمد بن محمد الخطاب المكّي)
 409، 148، 147.....همزة بن حسين الفعر
 328، 78، 29، 28.....الحموي(أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي)

﴿ خ ﴾

- 300، 298.....خالد الأتاسي
 117الخرقي الحنبلي(أبو القاسم، عمر بن الحسين بن عبد الله، البغدادي)
 391، 344.....الخطابي(محمد بن محمد الخطابي)
 229داود علي الجفال
 241الدكتور رفيق المصري

﴿ ر ﴾

- 173رؤوف شلبي
 371الرازي (فخر الدين الرازي)
 51، 45الرؤوكي
 214رفعت علي ماهر
 362، 241، 240، 239.....رفيق يونس المصري

﴿ ز ﴾

- 373، 354، 314، 287، 281، 265، 263، 202، 199، 198، 161، 7، (محمد بن بهادر)
 380، 374

- 305زفر(أبو الهذيل زفر بن قيس العنبري من تميم)
 360، 293.....زكريا البري
 376زيد بن ثابت رضي الله عنه
 161زين الدين الكتاني

﴿ س ﴾

- 333، 313.....سامي حسن حمود
 314، 208، 47، 41، 40.....السبكي (عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي)
 112السرخسي(محمد بن أحمد)
 329سعد الدين محمد الكبّي

99 سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري
 230، 190، 159 سعود بن مسعد الشبتي
 193 سعيد بن المسيب
 253، 164 السقاف
 253، 224، 164، 158 السنهلي (برهان الدين السنهلي)
 ،373، 257، 255، 253، 252، 208، 202، 200، 95، 48، 47، 46، 8، (جلال الدين) السيوطي

378

﴿ش﴾

390، 255، 138، 95، 94، 74، 30 الشاطبي (ابراهيم بن موسى اللخمي)
 386، 269، 208، 202، 62 الشافعي (محمد بن إدريس)
 328 الشربلالي (حسن بن عمار بن علي المصري الحنفي)

﴿ص﴾

27 صدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود بن محمد البخاري الحنفي)
 387، 383، 292، 239، 123، 122 الصديق محمد الأمين الضرير
 103 صلاح الصاوي

﴿ع﴾

287، 261، 59 عائشة بنت أبي بكر الصديق ﷺ
 50، 33، 13 عادل بن عبد القادر ولي قُوته
 343 عباد بن تميم
 332 عبد الحلیم طهماز
 293 عبد الحميد البعلي
 291 عبد الحميد السائح
 380 عبد الرحمن السَّعدي
 327 عبد الرحمن العمادي
 380، 173 عبد الرحمن الناصر السعدي
 235 عبد الرحمن بن عوف ﷺ
 393، 383، 242، 130 عبد الرحمن حسن
 214 عبد الرحمن عيسى
 388، 255، 254، 189، 127 عبد الستار أبو غدة
 372 عبد السلام داود العبادي
 253، 165 عبد السلام عبد الرحيم السُّكري
 361 عبد العزيز عزت الخياط
 165 عبد الفتاح محمد إدريس
 347 عبد القادر محمد العمادي
 221، 207، 154، 97 عبد الكريم زيدان

141، 126.....	عبد اللطيف الفرفور.....
378	عبد الله ابن عباس رضي ﷺ.....
126	عبد الله ابن عمر ﷺ.....
320، 110، 109.....	عبد الله ابن مسعود ﷺ.....
347	عبد الله البسام.....
291	عبد الله العبادي.....
213	عبد الله القلقيلي.....
263، 142، 130، 123، 10	عبد الله المحفوظ بن يّة.....
359، 356، 214.....	عبد الله بن زيد آل محمود.....
61	عبد الله بن عباس ﷺ.....
394، 393، 383، 242، 130.....	عبد الله سليمان بن منيع.....
328	عبد الواحد بن عاشر.....
363، 241، 171.....	عبد الوهاب أبو سليمان.....
393، 383، 242، 130.....	عبد الوهاب خلاف.....
357، 295، 142.....	عجيل جاسم النشمي.....
175، 116.....	العز بن عبد السلام.....
344	عطاء بن يسار.....
289	عطية فياض.....
348، 347، 166، 165.....	عقيل بن أحمد العقيلي.....
357، 292، 212، 141، 128.....	علي أحمد السالوس.....
268، 267، 226، 197، 194، 175، 160، 135، 129، 101، 30، 13، 10.....	علي أحمد الندوي.....
380، 368، 288، 276، 274، 270	
317	علي الجفال.....
393، 383، 358.....	علي الخفيف.....
221	علي الصوا.....
381، 61	علي بن أبي طالب ﷺ.....
224	علي محمد يوسف المحمدي.....
379، 393، 383، 243، 242، 149، 141، 130، 110.....	علي محي الدين القره داغي.....
328	عليش (محمد عليش).....
61	عمر رضي الله عنه.....
348، 221.....	عمر سليمان الأشقر.....
315	عمران بن حصين ﷺ.....
	﴿ غ ﴾
202	الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسي).....
253، 164.....	الغماري.....

﴿ ف ﴾

165 فهمي أبو سنة
27 الفيومي (أبو العباس أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي)

﴿ ق ﴾

القرافي (شهاب الدين) 7، 9، 42، 49، 50، 54، 75، 76، 79، 345، 346، 380، 397، 405، 406
القرضاوي 141، 143، 154، 167، 169، 173، 182، 207، 213، 222، 258، 259، 332، 336
قطب مصطفى سانو 358، 366

﴿ ك ﴾

62 الكرخي (عبيد الله بن الحسين)
215 كمال الدين جعيط

﴿ ل ﴾

235 لزيير

﴿ م ﴾

193 المازري (أبو عبد الله محمد بن علي)
386، 328، 61 مالك بن أنس (أبو عبد الله مالك بن أنس)
183 مأمون الحاج إبراهيم
294 متولي عبد الباسط
60 محمد ابن حارث الخشني
213، 43 محمد أبو زهرة
214 محمد البهي
49، 32، 28، 13، 9 محمد الروكي
33، 30 محمد الصواط
238 محمد الطاهر ابن عاشور
213، 158، 156 محمد العزيز جعيط
329 محمد الكبّي
292 محمد باقر الصدر
213 محمد نجيت المطيعي
164 محمد برهان الدين السنهلي
249، 222، 216، 200، 188، 152، 144 محمد بن محمد المختار الشنقيطي
299، 141، 14 محمد تقي العثماني
361 محمد حسين إسماعيل
357 محمد رواس قلعجي
332 محمد سالم بن عبد الودود
347، 258، 255، 228، 207، 173، 154، 97 محمد سعيد رمضان البوطي
348، 141، 14 محمد سليمان الأشقر

98	محمد سيد طنطاوي
221	محمد شبير
157	محمد شفيق
220، 182	محمد شلتوت
284، 283، 126	محمد صدقي البورنو
107	محمد صلاح محمد الصاوي
15	محمد عبد الغفار الشريف
206، 205، 125	محمد عبد اللطيف الفرفور
340	محمد عبد الله العربي
214	محمد عبد الله صيام
222	محمد عبده عمر
373	محمد علي التسخيري
120	محمد علي القري
111	محمد قطب سانو
164، 158، 253	محمد متولي الشعراوي
155	محمد ناظم النسيمي
348، 221، 15	محمد نعيم ياسين
373	محمد وهبة الزحيلي
32	محمد ياسين بن عيسى الفاذاي
214	محمد يوسف موسى
221	محمود السرطاوي
153	مصطفى التارزي
280، 262، 260، 240، 239، 221، 214، 212، 136، 126، 78، 44، 30، 8	مصطفى الزرقاء
405، 378، 320، 299، 298، 297، 296، 281	
348، 165	مصطفى محمد الذهبي
193	معمّر (عمّر بن عبد الله بن نافع بن نضلة)
333، 239	منذر قحف
248، 247	موسى آدم عيسى
224	موسى صالح شرف
43	ميرزا حسن الموسوي
328	ميّارة (عبد الله بن محمد بن أحمد ميّارة)
﴿ ن ﴾	
327، 239	ناصر الدين اللقاني
348	ندی محمد نعيم الدقر
395، 384، 357، 334، 142، 141	نزيه كمال حماد

261 نسيبة (أم عطية رضي الله عنها) ﴿﴾
284 نصر فريد واصل
331، 284..... نور الدين مختار الخادمي
398، 377، 344، 261، 216، 193، 176..... النووي (يحيى بن شرف النووي)



121، 120..... الونشريسي (أحمد بن يحيى)
393، 383، 373، 357، 317، 242، 221، 154، 130، 97 وهبة الزحيلي



177 يوسف محمود قاسم

فهرس مسائل المعاملات المالية المعاصرة

96	الاتفاق على قرض يجر نفعاً، يقع بين بنك إسلامي وبنك أجنبي
288	أثر قاعدة الخراج بالضمان في مجال السياسة الاقتصادية
324	أسئلة تتعلق ببعض المعاملات المالية طرحت على (بيت التمويل الكويتي)
245	استثمار الأوقاف بطريق المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك
194	انتزاع الملكية للمصلحة العامة
140	انتهاء المضاربة بفسخها من أحد الطرفين
324	التقايض شرط في شراء الذهب والفضة
192	تحريم الاحتكار
125	ترجيح حكم منع عقود التأمين التجاري
294	التزامات المقاول في عقد الاستصناع
325	تسويغ التّعامل بالأجل في الذهب الأبيض (البلاتين - platinum)
171	تصحيح الشرط الجزائي في العقود
385	تطبيق مبدأ الغلبة في الأعيان والمنافع عندما يكون وعاء القراض مختلط
383	التعامل بالأسهم الحلال، إذا وضعت في بنوك ربوية
263، 130	التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنك بفوائد
355، 126	التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة، وتتعامل مع البنوك بالفوائد
398	تغير النقود وأثره على الديون في الفقه الإسلامي
140	تغير قيمة العملة الورقية وأثره في الحقوق والالتزامات
278	تقسيم الربح بين الشريكين في شركة العنان
148	ثبوت حق الردّ بالعيب كعلاج لآثار التضخم
235	جواز التأمين التجاري
392	جواز التعامل بأسهم شركات قد تتعامل بالحرام
241	جواز التعامل في أسهم شركات قد تضع أموالها في بنوك ربوية
325	جواز صحة السلم في أفراد الحيوان
236	الحاجة إلى التأمين الصحي
237	الحاجة إلى بدل الخلو
245	حاجة انتزاع الملكية للمصلحة العامة
288	حساب الائتمان
104	حسم الأوراق التجارية (Discounting)
106	حقيقة خطاب الضمان المصرفي ومدى مشروعيته
379	حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة
323	حكم أجره السمسار

377	حكم استئجار السيارات.....
105	حكم اشتراط الاحتفاظ بمنفعة المبيع للبائع مدّة حياته
276	حكم اشتراط التعويض في العقود لتلافي الضرر الحاصل (الشرط الجزائي).....
128	حكم الاستثمار في الأسهم أصلها حلال، واختلطت بالحرام؟
289	حكم الأسهم الممتازة
323	حكم الأوراق التّجارية
358	حكم التأمين على حوادث السيارات
384	حكم التأمين في بطاقات الائتمان
212	حكم التأمين.....
387	حكم التداول في الوعاء الاستثماري بتطبيق مبدأ التبعية للأعيان والمنافع.....
139	حكم التعامل بالسندات
365	حكم التعامل بصكوك الإجارة بيعاً وشراءً.....
206	حكم التنضيف التقديري في المضاربة المشتركة.....
331	حكم الحقوق المعنوية
360	الحكم الشرعي للشركة القابضة (Holding Company)
313	حكم الضمان في المضاربة المشتركة.....
350	حكم اللحوم المستورة من بلاد غير إسلامية
290	حكم الودائع المصرفية في المصرف الإسلامي.....
103	حكم الوديعة الادخارية (شهادة الاستثمار)
211	حكم إيداع الأموال في البنوك الربوية عند الضرورة
326	حكم بدل الخلو أو [تعويض الخروج من السّكن]
324	حكم بيع الاسترجار
118	حكم بيع العينة
205	حكم بيع الوفاء.....
333	حكم تضمين البنوك الإسلامية للودائع الاستثمارية.....
161	حكم تضمين المصرف الإسلامي في معاملة المضاربة المشتركة
394	حكم توريق الدّين النقدي في الفقه الإسلامي.....
291	حكم خطاب الضّمان
339	حكم دخول المصرف الإسلامي كعنصر جديد في المضاربة المشتركة واستحقاقه الربح
246	حكم ضمان البنوك لودائع الاستثمار
358	حكم عقد التأمين التجاري
239	حكم عقود التوريد
240	حكم عقود المناقصات
247	حكم عمليات الصرف اللّاجلة
271	حكم فتح الاعتماد المستندي.....

120	حكم فتح الحسابات الجارية في البنوك الربوية
281	دفع شبهة الغرر عن عقد التأمين
309	دفع شبهة الغرر والجهالة في عقد التأمين
408، 147	ربط أجور العمّال بالمستوى العام للأسعار
371	سندات المقارضة (صكوك المقارضة)
132	صورة الإيداع المحرم في البنوك
306	الضمان بين المباشرة والتسبب
290	ضمان البنك لأموال المستثمرين يتنافى مع نص قاعدة ((الغنم بالغرم))
377	العادة الجارية في بعض مطاعم الفنادق، والمطاعم الكبيرة مما يعرف بالبوفيه المفتوح
356	عقود المشاركة المتناقصة (المشاركة المنتهية بالتمليك)
323	عمليات الصّرف الأجنبي
311	عمليات المراجعة للأمر بالشراء
267	فتاوى بيت التمويل الكويتي مخرجة على قاعدة ((الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها))
275	فتاوى معاصرة في منع وضع شروط منافية لمقتضى العقود
312	ما توجهه قوانين الشركات التي تكون قيمة السّهم عند إصدارها قيمة اسمية
132	مدى مشروعية ايداع البنك الإسلامي للأموال في البنوك التجارية الربوية
261	مسألة صرف الفوائد الربوية على الفقراء ومصالح الخير
253	المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام
295	مشروعية المشاركة المتناقصة
368	مشروعية بعض العقود الحديثة
359	مشروعية خطاب الضمان المصرفي
149	مشروعية ردّ قيمة الدّين إذا كان التضخم كبيراً
362	مشروعية عقد التوريد
268	مشكلة التضخم والانكماش
111	منع اشتراط النصّ على حقّ أحد الطرفين في استرداد ما قدّمه من تمويل في عقد المشاركة المتناقصة
323	موضوع القبض (القبض بحسب العرف)
177	نزع الملكية للمصلحة العامة
226	النهي عن بيع الوفاء في المعاملات المالية الحديثة
108	هل عقد الإجارة المنتهية بالتمليك هو عقد إجارة أم عقد بيع؟
142	هل للدولة أن تتدخل لتحديد أجور العمال؟
244	هل يجوز التعامل ببطاقة الائتمان لدين قابل للتجديد
171	الوفاء بالوعد في بيع المراجعة للأمر بالشراء
325	يجوز بيع العربون، في المعاملات التجارية المعاصرة

فهرس المسائل الطبية المحاصرة

191	إباحة العزل دفعاً للضرر.....
178	الأخلاق الواجبة على الطبيب أو أولوية إجراء الفحوصات
317	أساس عدم مسؤولية الطبيب
167	الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها وغرسها لحيٌٌ مجال من الأحوال.....
250	الأعضاء والأجزاء التي يجوز نقلها من حيٌٌ إلى حيٌٌ
185	تحريم الاستنساخ البشري
164	تحريم تشريح جثة الأدمي للتعليم والقائلين به
153	تحريم لاستنساخ البشري.....
227	تدخل الطبيب الجراح يكون عند قيام المقتضى
179	التزاحم في أولوية العلاج
229	تطبيب الرجل للمرأة، والمرأة للرجل يكون بقدر
145	التفريق بين الزوجين المصاب أحدهما بمرض نقص المناعة المكتسبة(SIDA)
248	جراحة التجميل الحاجية
200	الجراحة العلاجية الحاجية
217	الجراحة العلاجية الضرورية
181	جراحة القطع
180	جراحة الولادة الحاجية
149	جراحة الولادة الضرورية
201	جواز تلقيح الزوجة بمبي الزوج اصطناعياً
151	جواز قطع العصب للتغلب على الألم.....
155	جواز نقل أعين الموتى وغرسها للأصحاء
156	جواز نقل كلية من شخص إلى آخر عند الضرورة.....
330	حرمة الاستنساخ البشري لمخالفته للعرف الشرعي
172	حكم إجهاض الجنين إذا ثبت - من خلال الفحص الطبي الحديث - يقيناً أنه مصاب بتشوهات كبيرة.....
184	حكم إجهاض الجنين المصابة أمه بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA)
181	حكم إجهاض الجنين
152	حكم استئصال الغدد الملتهبة
183	حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة لعلاج بعض الأمراض
99	حكم الاستفادة من الخلايا الجذرية في الأبحاث الطبية
284	حكم الاستنساخ النباتي والحيواني
285	حكم التشريح الجنائي
409، 196	حكم التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة(SIDA)

220	حكم التلقيح الاصطناعي
151	حكم الجراحة التجميلية بغرض العلاج الطبي
278	حكم الشرط القاضي بتحليل دم الزوج للتأكد من سلامته من مرض نقص المناعة المكتسبة
219	حكم العلاج بالأجنة المجهضة أو الفائضة عن الحاجة
226	حكم الفحص بالأشعة السينية
185	حكم الكحت أو توسيع عنق الرحم
217	حكم الكشف عن العورة للفحص الطبي
168	حكم المرأة التي تحمل ببيضة ملقحة، لزوجين أجنبيين عنها
264	حكم بيع الإنسان عضواً من أعضائه لشخص آخر
186	حكم تشريح جثث الموتى لتدريب الأطباء
98	حكم تنظيم النسل
152	حكم ثقب غشاء البكارة
201	حكم جراحة تغيير الأنثى إلى ذكر
167	حكم رفع أجهزة الإنعاش عن المرضى الميئوس من شفائهم ليستفيد منها آخرون
372	حكم زراعة عضو استؤصل في حد
224	حكم شراء دم الأدمي لأغراض طبية
315	حكم ضمان الطبيب إذا تعدى موضع الجراحة
195	حكم عمل المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA) في الأماكن العامة؟
230	حكم مداواة الرجل للمرأة
335، 266، 207، 188، 154، 96	حكم نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحي
255، 173	حكم نقل الأعضاء البشرية من إنسان حي إلى آخر
157	حكم نقل الدم لإسعاف المريض عند الضرورة
189	حكم نقل قرنية العين
189	حكم نقل كلية من أخ مجنون مولى عليه إلى أخ سليم
265	حكم هبة الإنسان عضواً من أعضائه لشخص آخر
229	الرفق في التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA)
249	زراعة الأعضاء (الصناعية) في جسم الإنسان
282	شرطية الفحص الطبي لصحة العلاج
150	الشروع في الجراحة الطبية دون إذن مسبق من المريض أو وليه
253	عدم جواز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين بذلك
228	على أي أساس يتم اختيار الجثث التي تشرّح بغرض التعليم
272	ما حكم بيع الأدمي لدم أو عضو منه
222	ما حكم زرع عضو من حيوان نجس في جسم الإنسان؟
330	مسؤولية الطبيب الجراح، وأخصائي التخدير
307	مسؤولية الطبيب في العمل الجراحي الممهد

308	مسؤولية الطبيب وضمانه
153	مشروعية الاستنساخ النباتي والحيواني
216	مشروعية التخدير الجراحي
179	مشروعية الجراحة الطبية
283	مشروعية الفحص الطبي
145	مشروعية طلب القيام بالفحص الطبي قبل الزواج
163	من شروط جواز الجراحة الطبية
143	منع الجراحة الطبية الضارة
144	منع تشريح الجثث للتعلم
374	منع تلقيح الزوجة بمبي الزوج والقائلين بذلك
166	منع نقل الأعضاء من الميت وغرسها للحي والقائلين بذلك
164	منع نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين به
336	هل تجوز الوصية بجزء من البدن بعد الموت؟
218	هل للدولة الحق في إصدار قانون يرخص أخذ أعضاء الموتى؟
346	هل موت الدماغ دون القلب يوجب الحكم بموت صاحبه أم لا؟
227	هل يجوز الزيادة في قدر الجزء المقطوع في العمل الجراحي على سبيل الاحتياط؟
223	هل يجوز للرجال أن يقوموا بمعالجة النساء بالجراحة والعكس
258	هل يجوز للورثة التبرع بأعضاء ميتهم؟
173	هل يسمح للأم المصابة بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA) بإرضاع طفلها
159	وجوب التفريق بين زوجين أحدهما حامل لمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA)
190	وجوب التفريق بين زوجين أحدهما مصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA)
191	وجوب المحافظة على سر المريض إلا في حالات

فهرس المصطلحات المعرفة

203	اتسع (الوسع).....
108	الإجارة المنتهية بالتمليك.....
108	الإجارة.....
88	الاجتهاد الجماعي.....
83	الاجتهاد بالمعنى الاصطلاحي.....
83	الاجتهاد في اللغة.....
219	الأجنة المجهضة.....
181	الإجهاض.....
192	الاحتكار.....
282	الإذن.....
324	الاسترجار.....
65	الاستصحاب.....
68	الاستصلاح.....
74	الاستقراء التام.....
74	الاستقراء الناقص.....
74	الاستقراء.....
73	الاستنباط.....
153	الاستنساخ بالتشطير.....
153	الاستنساخ على طريقة النعجة دوللي.....
153	الاستنساخ.....
332	الاسم التجاري.....
289	الأسهام الممتازة.....
36	الأشباه والنظائر.....
36	الأشباه.....
368	الاشتراط لمصلحة الغير.....
352	الأصل.....
38	الأصل.....
271	الاعتماد المستندي.....
245	انتزاع الملكية للمصلحة العامة.....
104	الأوراق التجارية (Discounting).....
244	بطاقة الائتمان.....
117	بيع العينة.....

121	بيع المراجعة
205	بيع الوفاء
212	التأمين الاجتماعي
212	التأمين التبادلي أو التعاوني
125	التأمين التجاري
212	التأمين بقسط ثابت
395	التصكيك
52	التجريد
68	تخريج القواعد بالاستصلاح
64	التخريج بالقياس
75	التخريج على القاعدة الفقهية
63	التخريج
71	الترجيح
187	التشريع الجنائي
144	تشريع
148	التضخم
29	تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علماً ولقباً
407، 31	التعريف المختار
32	تعريف علم القواعد الفقهية
29	تعريفات بعض المتقدمين للقاعدة الفقهية
30	تعريفات بعض المحدثين للقاعدة الفقهية
39	التقاسيم
406، 25، 23، 22	التقعيد الفقهي
407	التقعيد الفقهي
22	تقعيد
220، 168	التلقيح الاصطناعي
206	التنضيض في اصطلاح الفقهاء
206	التنضيض لغة
394	التوريق
198	التيسير
151	الجراحة التجميلية
149	جراحة الحمل المنتبذ
143	الجراحة الطبية الحديثة
150	الجراحة القيصرية
185	جراحة الكحت

375	الجهالة
232	الحاجة
333	الحسابات الاستثمارية
332، 331	الحق المعنوي
286	الخراج
291	خطاب الضمان
359، 106	خطاب الضمان
99	الخلايا الجذرية
237	الخلو
99	الخلية في علم الأحياء
267	الدُّيون
131	الربا
50	الركن
237	السرقفلية
323	السُّمسار
139	السُّندات
128	السُّهم
371	سندات المقارضة
279، 50	الشرط
360	الشركة القابضة
111	الشركة المتناقضة
343	الشك
353	الصحة في التصرفات
353	الصحة
365	صكوك الإجارة
34	الضابط في الاصطلاح
34	الضابط في اللغة
136	الضرار
136	الضرر
209	الضرورات
286	الضمان
203	الضيق
319	العادة عن الأصوليين
319	العادة عند الفقهاء
318	العادة

325	العربون.....
191	العزل.....
368	عقد الإيجارين.....
368	عقد التحكير.....
353	العقد اللأزم.....
368	عقد المقاولة.....
353، 101	العقود.....
41	العلل.....
53	العموم.....
148	العيب.....
375	الفساد.....
22	الفقه.....
41	القاعدة الأصولية.....
26	القاعدة في الاصطلاح.....
26	القاعدة في اللغة.....
131	القرض.....
93	القصد.....
27	القضية.....
69	القياس الاستثنائي.....
69	قياس الاستدلال.....
69	القياس الاقتراني.....
69	قياس التمثيل.....
69	قياس الدلالة.....
70	قياس العكس.....
106	الكفالة.....
37	الكليات الفقهية.....
101	اللفظ.....
353	اللُزوم في العقد.....
353	اللُزوم.....
114	اللُغو.....
41	المأخذ.....
281	المانع.....
209	المحظور.....
40	المدارك.....
122	المراجعة للأمر بالشراء.....

356	المشاركة المنتهية بالتمليك
197	المشقة
352	المعاملات
101	المعاني
209	المعنى الاصطلاحي للضرورة
407، 85	مفهوم الاجتهاد المعاصر
22	مفهوم التقعيد الفقهي
93	المقاصد
240	المناقصة
120	المواعدة
346	موت الدماغ
36	النظائر
43	النظريات الفقهية
266	الهبة
36	والتعريف الجامع بين المصطلحين
102	ودائع البنوك
103	الوديعة الادخارية
114	الوصف
342	اليقين

فهرس المصادر والمراجع

أولا - الكتب المطبوعة

- ✽ أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي للدكتور محمد سليمان الأشقر، الطبعة الأولى (1422هـ - 2001م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ✽ أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، للدكتور محمد نعيم ياسين، الطبعة الثانية (1419هـ - 1999م) دار النفائس - عمان ت الأردن.
- ✽ أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1412هـ) مكتبة ابن خزيمة - الرياض - المملكة العربية السعودية.
- ✽ الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي (685هـ) تأليف علي بن عبد الكافي السبكي (ت756هـ) وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت771هـ) الطبعة الأولى (1404هـ - 1984م)، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه للدكتور شعبان محمد اسماعيل الطبعة الأولى (1418هـ - 1998م) دار البشائر الإسلامية - بيروت - لبنان.
- ✽ الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي الطبعة الأولى (1406هـ - 1985م) دار القلم للنشر والتوزيع - الكويت.
- ✽ أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها للدكتور محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي، الطبعة الثانية (1415هـ - 1994م) مكتبة الصحابة - الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.
- ✽ الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، طبعة (1403هـ - 1983م) منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت.
- ✽ إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، بتحقيق د. عبد المجيد التركي، (ط1/1407هـ)، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ الإحكام في أصول الأحكام للإمام علي بن محمد الأمدي (ت631هـ)، مراجعة وتحقيق جماعة من العلماء، طبعة (1403هـ - 1983م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ الأحكام والفتاوى لكثير من المسائل الطبية، للدكتور علي بن سليمان الرميخان، الطبعة الثانية 1409هـ، دار الوطن للنشر - الرياض - السعودية.
- ✽ أخبار القضاة لو كيع محمد بن خلف بن حيّان (ت306هـ) طبعة عالم الكتب (د.ت.ط) - بيروت - لبنان.
- ✽ أدب المفتي والمستفتي للحافظ أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن صلاح الشهرزوري (ت643هـ) دراسة وتحقيق الدكتور موفق بن عبد الله بن عبد القادر (د.ت.ط) دار الوفاء - الجزائر.
- ✽ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت1255هـ) (د.ت.ط) دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ✽ إرواء الغليل في تحريج أحاديث منار السبيل للشيخ ناصر الدين الألباني، الطبعة الثانية (1405هـ - 1985م) المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي للدكتور أميرة عبد اللطيف مشهور، الطبعة الأولى 1990م، مكتبة مدبولي - القاهرة - مصر.

- ✽ الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد محمود البعلي الطبعة الأولى (1991م) مكتبة وهبة - مصر.
- ✽ الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، للدكتور نور الدين مختار الخادمي، عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بالرياض - قسم أصول الفقه - (ط1/1422هـ - 2001م)، دار الزاحم - الرياض - السعودية.
- ✽ الاستيعاب في معرفة الأصحاب لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري (ت463هـ) بتحقيق علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود الطبعة الأولى (1415هـ - 1995م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ أسد الغابة في معرفة الصحابة أبي الحسن علي بن محمد الشيباني ابن الأثير الجزري (ت630هـ) تحقيق خليل مأمون شيحا، الطبعة الأولى (1418هـ - 1997م)، دار المعرفة بيروت - لبنان.
- ✽ الإشارة في معرفة الأصول لأبي الوليد الباجي سليمان بن خلف (ت474هـ)، تحقيق الدكتور محمد علي فركوس الطبعة الأولى (1416هـ - 1996م) طبعة دار البشائر - بيروت - لبنان.
- ✽ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين السيوطي، تعليق وضبط خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان، الطبعة الثالثة، دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ✽ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين السيوطي، تخريج وتعليق وضبط خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان، الطبعة الثالثة (د.ت) دار الفكر - بيروت - لبنان. - الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم المشهور بابن نجيم الحنفي، تحقيق الدكتور محمد مطيع الحافظ، الطبعة الثانية (1420هـ - 1999م) دار الفكر - دمشق - سوريا.
- ✽ الأشباه والنظائر لتاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الطبعة الأولى (1411هـ - 1991م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ الإصابة في تمييز الصحابة للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق علي محمد بجاوي، طبعة 1328هـ، دار نهضة مصر للطباعة والنشر - القاهرة - مصر
- ✽ أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي بتحقيق أبو الوفاء الأفغاني، مطابع دار الكتاب العربي - مصر سنة 1372هـ.
- ✽ أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، محمد بن حارث الخشني (ت361هـ)، تحقيق وتعليق الشيخ محمد المجذوب، الدكتور محمد أبو الأجفان، الدكتور عثمان بطيخ، الطبعة الأولى (1985م) الدار العربية للكتاب.
- ✽ أصول الكرخي = مطبوع مع تأسيس النظر.
- ✽ إعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (ت751هـ)، بتحقيق عصام الدين الصباطي، الطبعة الأولى (1414هـ - 1993م) دار الحديث - القاهرة - مصر.
- ✽ الأعلام، تأليف خير الدين الزركلي ط10 (1992)، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان.
- ✽ أعمال حلقة حول ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من وجهة النظر الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية جدة سنة 1407هـ.
- ✽ الإكليل في استنباط التنزيل لجلال الدين السيوطي (ت911هـ) بتحقيق سيف الدين عبد القادر الكاتب، الطبعة الأولى (1401هـ - 1981م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ الأم، تأليف الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت204هـ) (د.ت.ط) دار الفكر بيروت - لبنان.

- ❖ الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء ، للشيخ حسن بن علي بن هاشم السقاف الحسيني الطبعة الأولى(1409هـ - 1989م) جمعية عمال المطابع التعاونية - عمان - الأردن.
- ❖ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف العلامة علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان المرادوي الحنبلي(ت885هـ)، بتصحيح محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ❖ الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد أحمد السراج، طبعة 1988م، دار الثقافة للنشر والتوزيع - القاهرة - مصر.
- ❖ إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لأحمد بن يحيى الونشريسي(ت914هـ) تحقيق أحمد بوطاهر الخطابي طبعة (1400هـ - 1980م)، اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين المغرب والإمارات العربية المتحدة.
- ❖ إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، للشيخ إسماعيل باشا البغدادي، دار العلوم الحديثة، بيروت، لبنان.
- ❖ البحر المحيط في أصول الفقه لبدر الدين بن محمد بن عبد الله الزركشي الشافعي(ت794هـ)، الطبعة الأولى (1414هـ - 1994م) دار الخاني - الرياض - السعودية.
- ❖ بحوث فقهية معاصرة للدكتور محمد عبد الغفار الشَّريف، ط1/1420هـ - 1999م، دار ابن حزم - بيروت - لبنان.
- ❖ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، الدكتور عبد الستار أبو غدة، الطبعة الأولى(1423هـ - 2002) شركة التوفيق (مجموعة دلة البركة).
- ❖ بحوث في قضايا فقهية معاصرة للدكتور محمد تقي العثماني الطبعة الأولى (1419هـ - 1998م) دار القلم - دمشق - سوريا.
- ❖ بحوث ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها المنعقدة في الكويت 20 شعبان 1407هـ - 18 ابريل 1987م.
- ❖ بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، طبعة 1425هـ - 2004م، دار الحديث القاهرة.
- ❖ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني(ت587هـ)، تحقيق محمد عدنان ياسين درويش، الطبعة الثانية (1421هـ - 2000م) دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ❖ بدائع الفوائد للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي المشهور بابن قيم الجوزية (د.ت.ط) دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.
- ❖ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي(ت595هـ)، بتحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد المجود، الطبعة الأولى (1416هـ - 1996م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ❖ البداية والنهاية للإمام أبي الفداء اسماعيل ابن كثير القيسي الدمشقي(ت774هـ)، منشورات مكتبة المعارف - بيروت - لبنان.
- ❖ البدر الطالع بحاسن من بعد القرن السابع، تأليف محمد بن علي الشوكاني(ت1255هـ)، الطبعة الأولى (1348هـ - 1929م) مطبعة السعادة - القاهرة - مصر.
- ❖ البرهان في أصول الفقه للأمام أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي(ت478هـ) بتحقيق عبد العظيم الديب، طبعة (1412هـ - 1992م) دار الوفاء المنصورة - مصر.

- ✽ بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس لأحمد بن يحيى بن عميرة الضبي (ت599هـ)، تحقيق إبراهيم الأبياري، طبع في مدريد، سنة 1884م.
- ✽ البنك اللاربي في الإسلام، لمحمد باقر الصدر، الطبعة الثانية (1973م) دار الكتاب اللبباني - بيروت - لبنان.
- ✽ البنوك الإسلامية، لجمال الدين عطية، الطبعة الأولى (1986م) مطابع الدوحة - قطر.
- ✽ البيان والتحصيل، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجد) القرطبي، بتحقيق أحمد الحبابي، الطبعة الثانية (1408هـ - 1988م) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ تاج التراجم في طبقات الحنفية، تأليف زين الدين قاسم بن قطلوبغا (ت879هـ)، طبعة (1962م)، مطبعة العاني - بغداد - العراق.
- ✽ تاج العروس من جواهر القاموس للسيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت1205هـ)، تحقيق مجموعة من الأساتذة، (1409هـ - 1989م) دار الهداية الكويت، ودار مكتبة الحياة - بيروت - لبنان.
- ✽ التاريخ الكبير للإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري (ت256هـ)، طبع تحت مراقبة الدكتور محمد عبد المغني خان (د.ت) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ تاريخ بغداد للخطيب البغدادي (ت463هـ) طبعة (1349هـ - 1931م) مطبعة السعادة - القاهرة - مصر.
- ✽ تأسيس النظر لأبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي، تعليق وتصحيح مصطفى محمد القباني الدمشقي نشر دار ابن زيدون - بيروت - بالاشتراك مع مكتبة الكليات الأزهرية - مصر.
- ✽ التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور عبد اللطيف محمود آل محمود، الطبعة الأولى (1414هـ - 1994م) دار النفائس - بيروت - لبنان.
- ✽ التأمين بين الحظر والإباحة لسعدي أبو جيب، الطبعة الأولى 1983م، دار الفكر - دمشق - سوريا.
- ✽ التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور غريب الجمال، طبعة 1975، دار الفكر العربي.
- ✽ تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام لبرهان الدين إبراهيم بن علي فرحون (ت799هـ)، مطبوع على هامش فتح العلي المالك للشيخ عيش، 1378هـ - 1958م، مصطفى البابي الحلبي - مصر.
- ✽ التبصرة في أصول الفقه للإمام أبي إسحاق الشيرازي، بتحقيق محمد حسن هيتو الطبعة الأولى (1980م)، دار الفكر - دمشق - سوريا.
- ✽ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف عثمان بن علي الزيلعي (ت743هـ)، وبهامشه حاشية الشيخ الحلبي، الطبعة الثانية دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ✽ تحرير القواعد المنطقية شرح المقدمة الشمسية للإمام قطب الدين محمود بن محمد الرازي، ومعه حاشية الشريف الجرجاني، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي - مصر.
- ✽ تحرير الكلام في مسائل الالتزام، لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب، بتحقيق عبد السلام محمد الشريف الطبعة الأولى (1404هـ) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي، للعلامة المباركفوري (ت1353هـ)، ط/ دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

- ✽ تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لأبي بكر بن عاصم (ت829هـ) (د.ت.ط) دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي - مصر.
- ✽ تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (ت539هـ) بتحقيق محمد زكي عبد البر الطبعة الثانية طبع دار إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر.
- ✽ التخرّيج عند الفقهاء والأصوليين، للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباسين الطبعة الأولى (1414هـ) مكتبة الرشد الرياض - السعودية.
- ✽ النداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، رسالة دكتوراه المرحلة الثالثة من قسم الفقه والسياسة الشرعية بجامعة الزيتونة في تونس، الطبعة الأولى (1412هـ - 1991م) مكتبة الفرابي - دمشق - سوريا.
- ✽ تذكرة الحفاظ للإمام الحافظ أبي عبد الله شمس الدين الذهبي، (د.ت.ط) دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
- ✽ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت544هـ)، تحقيق د/ أحمد بكير محمود، مكتبة الحياة - بيروت - لبنان.
- ✽ ترتيب مختار الصحاح للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت بعد 666هـ) ترتيب محمود خاطر (ت1267هـ)، تحقيق شهاب الدين أبي عمر، طبعة (1414هـ - 1993م) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ✽ ترجمان القرآن لأبي الأعلى المودودي طبعة (يناير 1962م).
- ✽ تشنيف المسامع بجمع الجوامع لتاج الدين السبكي (ت771هـ) لبدر الدين الزركشي (ت794هـ) بتحقيق الدكتور سيد عبد العزيز والدكتور عبد الله ربيع الطبعة الثانية (1419هـ - 1999م) مؤسسة قرطبة - القاهرة - مصر، والمكتبة المكية - مكة المكرمة - السعودية.
- ✽ تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، من خلال كتابي: إيضاح المسالك للونشريسي، وشرح المنهج المنتخب للمنجور، إعداد: الدكتور الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الأولى (1423هـ - 2002م)، طبع دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي - الإمارات العربية المتحدة.
- ✽ تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، لسامي حسن أحمد حمود الطبعة الثانية (1402هـ - 1982م) دار الفكر - عمان - الأردن.
- ✽ التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني ضبطه وفهرسه محمد بن عبد الكريم القاضي، طبعة سنة 1985م، مكتبة لبنان - بيروت.
- ✽ تفسير القرآن العظيم للإمام أبي الفداء اسماعيل ابن كثير القيسي الدمشقي (ت774هـ) طبعة 1388هـ دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت - لبنان.
- ✽ تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب الحنبلي، ضبط وتخرّيج مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الثانية (1419هـ - 1999م) دار ابن عفان - القاهرة - مصر.
- ✽ التقرير والتحرير شرح التحرير للكمال بن الهمام، شرح العلامة ابن أمير الحاج (ت879هـ)، الطبعة الأولى (1417هـ - 1996م) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ✽ التلخيص الحبير في تخرّيج أحاديث الرافعي الكبير، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، الطبعة الأولى (1384هـ - 1964م) شركة الطباعة الفنية المتحدة - القاهرة - مصر.

- ✽ التلويح شرح التوضيح لمسعود بن عمر التفتازاني طبعة (1327هـ) مطبعة دار الكتب العربية - مصر.
- ✽ التمهيد في أصول الفقه ، للإمام محفوظ بن أحمد الكلوزاني (ت510هـ)، تحقيق محمد بن علي إبراهيم والدكتور مفيد أبو عمشة، الطبعة الأولى (1406هـ) طبعة جامعة أم القرى - مكة المكرمة - السعودية .
- ✽ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، للحافظ ابن عبد البر التّمري ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، الطبعة الثالثة (1408هـ - 1988م) طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية.
- ✽ تهذيب الأسماء واللغات ليحيى بن شرف النووي، المطبعة المنيرية - مصر.
- ✽ تهذيب التهذيب للإمام شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى (1325هـ) دار صادر - بيروت - مصورة عن دار المعارف.
- ✽ تهذيب المنطق للتفتازاني بشرح الخبيصي، وحاشيتي العطار والدسوقي، طبعة (1355هـ - 1936م) مصطفى البابي الحلبي - مصر.
- ✽ توشيح الديباج وحلية الابتهاج لبدر الدين محمد بن يحيى القرافي (ت946هـ)، تحقيق أحمد الشتيوي، الطبعة الأولى (1403هـ - 1983م) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ التوقيف على مهمات التعاريف معجم لغوي مصطلحي، لمحمد عبد الرؤوف المناوي، بتحقيق الدكتور محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى (1410هـ - 1990م) دار الفكر - دمشق - سوريا .
- ✽ تيسير التحرير في أصول الفقه، لمحمد أمين باد شاه (ت978هـ)، الطبعة الأولى (1350هـ) مصطفى البابي الحلبي - مصر.
- ✽ الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، للدكتور أحمد عمرو الجابري، الطبعة الأولى (1414هـ - 1994م) دار الفرقان - عمان - الأردن.
- ✽ الجراحة العصبية د. محمد فاروق النحاس، طبعة 1405هـ مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بدمشق سوريا.
- ✽ جريمة خلو الرجل، لفتحية محمود قره، طبعة (1985م) دار المطبوعات الجامعية.
- ✽ حاشية ابن عابدين = رد المحتار
- ✽ حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لعبد الرحمن بن جاد الله البناني (ت1198هـ)، الطبعة الثانية (1356هـ - 1937م) طبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - مصر.
- ✽ حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل للشيخ محمد البناني (ت1194هـ)، مطبوع على هامش شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ✽ حاشية العدوي على شرح الخرشي، للشيخ علي العدوي (ت1189هـ)، مصورة عن الطبعة الأولى 1318هـ - دار صادر - بيروت.
- ✽ حاشية العطار على جمع الجوامع، لحسن محمد العطار (ت1250هـ)، طبع المكتبة التجارية الكبرى (د. ت) - القاهرة - مصر.
- ✽ حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين، لأحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، (د.ت) طبعة عيسى البابي الحلبي - القاهرة - مصر.
- ✽ الحاوي للفتاوي لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، سنة 1403هـ - 1983م، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

- ✽ حجة الله البالغة للإمام شاه ولي الله الدهلوي (ت1176هـ) (د.ت.ط) دار التراث - القاهرة - مصر
- ✽ الحدود في الأصول ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق نزيه حماد، الطبعة الأولى (1392هـ - 1973م) مؤسسة الزعي لل طباعة والنشر، بيروت - لبنان، وحمص سوريا.
- ✽ حكم الإسلام في شهادات الاستثمار، لعبد الرحمن بن صبحي زعيتر، الطبعة الأولى(1413هـ - 1992م) دار الحسن للنشر والتوزيع - الأردن.
- ✽ حكم التداوي بالمحرّمات، للدكتور عبد الفتاح محمد إدريس الطبعة الأولى (1414هـ - 1993م)، مكتبة الأسد.
- ✽ حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، للدكتور عبد العزيز خليفة القصار، الطبعة الأولى(1420هـ - 1999م)، دار ابن حزم - بيروت - لبنان.
- ✽ حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، للدكتور عقيل بن أحمد العقيلي، طبعة (1412هـ - 1992م) مكتبة الصحابة - جدة - السعودية.
- ✽ الحلال والحرام للدكتور يوسف القرضاوي الطبعة 11(1397هـ - 1977) مكتبة وهبة - القاهرة - مصر.
- ✽ الحلل السندسية للوزير السراج، تحقيق محمد الحبيب الهيلة، الطبعة الأولى (1985م)، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ الخراج، تأليف القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (ت182هـ)، الطبعة الرابعة (1392هـ)، المطبعة السلفية - القاهرة - مصر.
- ✽ خطابات الضمان للدكتور الصديق الضير، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، عمان 1994م،
- ✽ الخطر والتأمين لرفيق يونس المصري، ط1/1422هـ - 2001م، دار القلم - دمشق - سوريا.
- ✽ الخطر والتأمين، تأليف سلامة عبد الله ، طبعة 1980م مكتبة النهضة العربية - مصر.
- ✽ الخلايا الجذرية، والقضايا الأخلاقية والفقهية، للدكتور محمد علي البار؛ الطبعة الأولى 1423هـ، دار السعودية للنشر والتوزيع - جدة - السعودية.
- ✽ دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى الشنقيطي، الطبعة الثانية(1422هـ - 2001م) مكتبة العلوم والحكم، السعودية.
- ✽ درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الطبعة الأولى(1411هـ - 1991م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، طبعة (1414هـ - 1993م) دار الجليل - بيروت - لبنان.
- ✽ دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المشهور بمنتهى الإيرادات، تأليف منصور بن يونس البهوتي (ت1051هـ)، (د.ت.ط) طبعة عالم الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ الدليل الطبي للمرأة ، لمجموعة من الأطباء، طبعة 1985م، المكتبة العصرية.
- ✽ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي فرحون، تحقيق د/محمد الأحدي (د.ت.ط)، دار التراث - القاهرة - مصر.

- ❖ الذخيرة، لأحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، بتحقيق محمد حججي وآخرون، الطبعة الأولى 1994م دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ❖ رد المختار على الدر المختار لمحمد أمين الشهرير بابن عابدين (ت1252هـ)، طبعة (1415هـ - 1995م) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ❖ الردّ على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض، للإمام جلال الدين السيوطي (911هـ)، تحقيق الشيخ خليل الميس الطبعة الأولى (1402هـ - 1983م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ❖ رسائل ومسائل لأبي الأعلى المودودي الطبعة الثامنة 1979م.
- ❖ رسالة (السيكورتاه) للشيخ محمد نجيت المطيعي طبعة سنة 1932م، القاهرة - مصر.
- ❖ الرسالة الفقهية لأبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني (ت386هـ)، تحقيق الدكتور الهادي حمّو، الدكتور محمد أبو الأجفان، الطبعة الأولى (1406هـ - 1986م) دار الغرب الإسلامي - بيروت.
- ❖ روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ) الطبعة الأولى (1386هـ) المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان
- ❖ زاد المعاد في هدي خير العباد، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب بن زرعة الدمشقي، شمس الدين الشهرير بابن قيم الجوزية، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرنؤوط، ط2: 1401هـ - 1981م، مؤسسة الرسالة بيروت، مكتبة المنار الإسلامية - بيروت - لبنان.
- ❖ سد الذرائع في الشريعة الإسلامية تأليف محمد هشام البرهاني الطبعة الأولى (1406هـ) الناشر مطبعة الريحاني - بيروت - لبنان.
- ❖ سنن ابن ماجة، للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجة (ت273هـ)، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، (د.ت.ط) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ❖ سنن أبي داود للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت275هـ)، بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد (د.ت.ط) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ❖ سنن الترمذي للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت279هـ)، بتحقيق أحمد محمد شاكر (د.ت.ط) دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ❖ سنن الدار قطني، تأليف علي بن عمر الدار قطني (306 - 385هـ)، الطبعة الثالثة (1413هـ - 1993م)، عالم الكتب - بيروت - لبنان.
- ❖ سنن النسائي (المجتبى) للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخرساني النسائي (ت303هـ)، بتحقيق عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية (1406هـ - 1986م) مكتبة المطبوعات الإسلامية - حلب - سوريا.
- ❖ سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي الطبعة الأولى (1418هـ - 1998م) دار النشر للجامعات - القاهرة - مصر.
- ❖ سير أعلام النبلاء للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت748هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقوسي، الطبعة الأولى (1405هـ - 1985م) مؤسسة الرسالة - دمشق.
- ❖ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف (د.ت.ط) طبعة دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.

- ◉ شذرات الذهب في أخبار من ذهب للإمام أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي المكتب التجاري - بيروت - لبنان.
- ◉ شرح الأخصري على السلم لعبد الرحمن بن محمد الأخصري، طبعة 1413هـ، المطبعة الحميدية - مصر.
- ◉ شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت648هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، 1424هـ - 2004م.
- ◉ شرح التهذيب بحاشية العطار = انظر تهذيب المنطق للتفتازاني .
- ◉ شرح الزركشي على مختصر الخرقى للعلامة محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي (ت772هـ) تحقيق عبد الله الجبرين طبع شركة العبيكان - الرياض - السعودية.
- ◉ شرح السنّة تأليف الإمام الحسين بن مسعود البغوي (ت510هـ)، بتحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود الطبعة الأولى (1412هـ - 1992م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ◉ شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، لعبد الرحمن بن أحمد عضد الدين الإيجي (ت756هـ) مع حاشية سعد الدين التفتازاني والسيد الجرجاني، راجعه وصححه الدكتور شعبان محمد إسماعيل طبعة سنة (1403هـ - 1983م) مكتبة الكليات الأزهرية مصر.
- ◉ شرح القواعد الفقهية للأستاذ أحمد الزرقاء الطبعة الأولى (1403هـ - 1983م) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ◉ شرح الكوكب المنير المسمّى بمختصر التحرير لمحمد بن أحمد عبد العزيز الفتوحى ابن التجار الحنبلي (ت972هـ)، تحقيق محمد الزحيلي، ود/ نزيه حماد، طبعة (1418هـ - 1997م) مكتبة العبيكان - الرياض - السعودية.
- ◉ شرح المجلة لمحمد خالد بن محمد عبد الستار الأتاسي (ت1326هـ)، المكتبة الحبيبية - كانسي رود - باكستان.
- ◉ شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، لأحمد بن علي المنجور، تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين، نشر دار الشنقيطي للطباعة والنشر.
- ◉ شرح النووي على صحيح الإمام مسلم بن الحجاج القشيري، ليحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية (1392هـ) دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ◉ شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة، لأبي القاسم السجلماسي، بتحقيق الأستاذ: عبد الباقي بدوي، ط 1/ 1425هـ - 2004م، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية.
- ◉ شرح صحيح مسلم للإمام يحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية (1392هـ) دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ◉ الشركات التجارية، للدكتور علي حسن يونس، (د.ت.ط) طبعة الاعتماد - القاهرة - مصر.
- ◉ الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد العزيز عزت الخياط، الطبعة الثانية (1403هـ) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ◉ الشركات في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبد العزيز الخياط، ط 1/ 1971م منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية - عمان، الأردن.
- ◉ الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات التابعة، محمد حسين إسماعيل الطبعة الأولى (1990م)، جامعة مؤتة - الأردن.

- ✽ شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء للشيخ إبراهيم اليعقوبي، الطبعة الأولى (1407هـ - 1985م) مطبعة خالد أبو الوليد، توزيع مكتبة الغزالي - دمشق - سوريا.
- ✽ الصحاح للجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثالثة (1404هـ - 1984م) دار العلم للملايين - بيروت - لبنان.
- ✽ صحيح ابن حبان، للإمام أبي حاتم محمد بن حبان البستي، حققه وخرج أحاديثه شعيب لأرناؤوط، الطبعة الثانية (1414هـ - 1993م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ✽ صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، بتحقيق مصطفى ديب البغا الطبعة، الطبعة الثالثة (1407هـ - 1987م)، دار ابن كثير - اليمامة - بيروت - لبنان.
- ✽ صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت260هـ)، بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، (د.ت.ط) طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ✽ الضوء اللامع لأهل القرن التاسع تأليف أبي الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت902هـ)، (د.ت.ط) طبعة منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت - لبنان.
- ✽ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، طبعة مشتركة بين مؤسسة الرسالة - بيروت، مكتبة رحاب - الجزائر، الدار المتحدة - سوريا.
- ✽ ضوابط المعرفة لحسن حبنكة الميداني، الطبعة الثانية (1401هـ - 1981م) دار القلم - دمشق - سوريا.
- ✽ الطب النبوي للإمام محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تعليق عبد الغني عبد الخالق، طبعة (1377هـ) طبعة البابي الحلبي - مصر.
- ✽ طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة صححه عبد العليم خان، ط1: 1407هـ - 1987م عالم الكتب - بيروت - لبنان.
- ✽ طبقات الفقهاء لأبي اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي الشافعي (ت476هـ)، تحقيق الدكتور إحسان عباس الطبعة الثانية (1401هـ - 1981م) دار الرائد العربي - بيروت - لبنان.
- ✽ الطبقات الكبرى للإمام محمد ابن سعد بن منيع الهاشمي البصري (ت230هـ)، دراسة وتحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الأولى (1410هـ - 1990م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ طبقات المفسرين لمحمد بن علي بن أحمد الداودي (ت945هـ) تحقيق علي محمد عمر الطبعة الأولى (1392هـ)، الناشر مكتبة وهبة - مصر.
- ✽ طبقات خليفة خياط للإمام المحدث أبي عمرو خليفة بن خياط العصفري برواية أبي عمران موسى بن زكريا التستري، تحقيق سهيل زكار، (د.ت.ط) وزارة الثقافة - دمشق - سوريا.
- ✽ الطبيب أدبه وفقهه للدكتور زهير أحمد السباعي والدكتور محمد علي البار الطبعة الأولى (1993م) دار القلم - دمشق - سوريا، والدار الشامية - بيروت - لبنان.
- ✽ الطبيب و مسؤوليته المدنية لوهاب نيني الطبعة الأولى (1977م) - بيروت - لبنان.
- ✽ طرح التثريب في شرح التثريب، للإمام زين الدين العراقي (ت806هـ)، طبعة (1413هـ - 1992م)، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي - بيروت - لبنان.
- ✽ عارضة الأحوذى لشرح صحيح الترمذي، لأبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي (د.ت.ط) دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان.

- العدة في أصول الفقه، لمحمد بن الحسين الفراء (458هـ)، تحقيق الدكتور أحمد ابن علي المبارك، الطبعة الأولى (1400هـ) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء، الطبعة الأولى (1420هـ) دار القلم - دمشق - سوريا.
- الغرر وأثره في العقود، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، الطبعة الثانية (1416هـ - 1995م)، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد الإسلامي.
- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحنفي الحموي، طبعة (1405هـ - 1985م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني بتحقيق ودراسة د. فؤاد عبد المنعم ود. مصطفى حلمي طبعة (1979م) نشر دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع - مصر.
- فتاوى ابن رشد، لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الجلد (520هـ)، بتحقيق المختار بن الطاهر التليلي، الطبعة الأولى (1407هـ) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- فتاوى إسلامية جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند لطبعة الثانية (1414هـ - 1994م) دار الوطن - الرياض - السعودية.
- الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف المصرية، 1981م، الجزء التاسع.
- فتاوى الخدمات المصرفية جمع الدكتور أحمد محي الدين أحمد، الطبعة الأولى (1419هـ - 1998م) طبع مجموعة دلة البركة.
- الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، طبعة مجموعة بركة، إدارة التطوير والبحوث طبعة سنة 1411هـ.
- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي سنة (1409هـ - 1989م) طبع الرمز للخدمات الإعلامية.
- الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، (1408هـ - 1987م) مطبعة الشرق، عمان.
- فتاوى الشيخ أحمد حماني منشورات قصر الكتاب (د.ت.ط) - الجزائر.
- فتاوى المراجعة جمع وفهرسة وتصنيف الدكتور أحمد محي الدين أحمد، ومراجعة الدكتور عبد الستار أبو غدة، الصادرة عن مجموعة دلة البركة، إدارة التطوير والبحوث، الطبعة الأولى/ 1416هـ - 1996م.
- الفتاوى الهندية لمجموعة من علماء الهند بإشراف الشيخ نظام الدين، ومعه فتاوى قاضيخان، للشيخ حسين بن منصور الفرغاني (ت 295هـ) طبعة (1411هـ - 1991م) دار صادر - بيروت - لبنان.
- فتاوى شرعية وبحوث إسلامية للشيخ حسنين محمد مخلوف (د.ت.ط) طبعة دار الإعتصام - القاهرة - مصر.
- فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، دراسة وتحقيق محمد بن إبراهيم بوزغبيّة، الطبعة الأولى 1994م، مركز الدراسات الإسلامية بالقيروان - تونس.
- فتاوى مصطفى الزرقاء، للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، باعتناء محمد أحمد مكّي، الطبعة الأولى (1420هـ - 1999م)، دار القلم - دمشق - سوريا.
- فتاوى معاصرة، للدكتور يوسف القرضاوي، ط 1/ 1421هـ - 2000م، طبعة المكتب الإسلامي - دمشق - سوريا.
- فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، طبعة (1402هـ - 1982م) مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.

- ✽ الفتاوى، للإمام محمود شلتوت، ط17/1411هـ - 1991م، دار الشروق - القاهرة - مصر.
- ✽ فتح الباري شرح صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، تأليف أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بترقيم فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، طبعة 1379هـ، دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ✽ فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبد الله الشيخ محمد أحمد عيش (ت1299هـ) طبعة 1378هـ - 1958م مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- ✽ الفتح المبين في طبقات الأصوليين، لعبد الله بن مصطفى المراغي، الطبعة الأولى (د.ت.ط) ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي - مصر .
- ✽ الفروق للأمام شهاب الدين القراني طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ✽ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ط3/1984م، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ✽ فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى (1414هـ - 1993م) طبع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية - جدة - السعودية.
- ✽ فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، بكر عبد الله أبو زيد، الطبعة الأولى في الجزائر (1413هـ - 1993م) دار القلم - الجزائر.
- ✽ الفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية شرح الفوائد البهية في نظم القواعد الفقهية، محمد ياسين بن عيسى المكي الفاذاي (ت1410هـ) اعتنى بطبعه سعد الدين دمشقية، الطبعة الأولى (1411هـ - 1991م) دار البشائر الإسلامية - بيروت - لبنان.
- ✽ فوات الوفيات والذيل عليها، لمحمد شاکر الکتبي (ت764هـ)، تحقيق الدكتور إحسان عباس طبعة (1974م) دار الثقافة - بيروت - لبنان.
- ✽ قاضيخان = الفتاوى الهندية.
- ✽ القاعدة الكلية أعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول للشيخ محمود مصطفى عبود هرموش، الطبعة الأولى (1406هـ - 1987م) المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان.
- ✽ قاعدة اليقين لا يزول بالشك، ليعقوب عبد الوهاب الباحثين الطبعة الأولى (1421هـ - 2000م) مكتبة الرشد - الرياض - السعودية.
- ✽ القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً إعداد سعدي أبو جيب، الطبعة الأولى (1402هـ - 1982) دار الفكر - دمشق - سوريا.
- ✽ القبس في شرح موطأ مالك ابن أنس لأبي بكر بن العربي (ت543هـ)، بتحقيق الدكتور محمد عبد الله ولد كريم، الطبعة الأولى (1992م) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ضمن كتاب مطبوع صدر للمجمع في 1405هـ - 1985م.
- ✽ قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، اللجنة الفقهية الطبية لجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الأردن، الطبعة الأولى (1415هـ - 1995م)، دار البشير - عمان - الأردن.
- ✽ قضايا فقهية معاصرة، لمحمد برهان الدين السنهلي، دار القلم، دمشق - دار العلوم، بيروت، ط1408/1 - 1988م.

- ❖ قضايا فقهية معاصرة، لمحمد سعيد رمضان البوطي، (ط6/1422هـ - 2001م) القسم الأول والثاني، دار الفرابي للمعارف - دمشق - سوريا.
- ❖ قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات، جمع الدكتور منذر قحف، طبع البنك الإسلامي للتنمية بإشراف العهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك، الطبعة الأولى (1418هـ - 1997م).
- ❖ قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف للروكي، الطبعة الأولى (1419هـ - 1998م) دار القلم - دمشق - سوريا/ باشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي - جدة - السعودية.
- ❖ القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي، الطبعة الخامسة (1420هـ - 2000م) دار القلم - دمشق - سوريا.
- ❖ القواعد الفقهية للدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين الطبعة الثانية (1420هـ - 1999م) مكتبة الرشد - الرياض - السعودية.
- ❖ القواعد في الفقه الإسلامي، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ❖ القواعد للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ، بتحقيق الدكتور أحمد بن عبد الله حميد، معهد البحوث الإسلامية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.
- ❖ القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، لعبد الرحمن بن ناصر السعدي، الطبعة الثانية (د.ت.ط) مكتبة الإمام الشافعي - الرياض - السعودية.
- ❖ القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، للدكتور عادل بن عبد القادر ولي قوته، الطبعة الأولى (1425هـ - 2004م) دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان.
- ❖ القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، للدكتور عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، الطبعة الأولى (1423هـ - 2003م) مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - السعودية.
- ❖ القواعد والفوائد الأصولية لأبي الحسن علي بن عباس البعلي الحنبلي المعروف بابن اللّحّام (752هـ - 803هـ) بتحقيق محمد حامد الفقي الطبعة الأولى (1403هـ - 1983م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ❖ القوانين الأحكام الشرعية للعلامة محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي الأندلسي، 1979م، دار العلم للملايين - بيروت - لبنان.
- ❖ الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، للإمام شمس الدين الذهبي (ت748هـ) اعتنى به صدقي جميل العطار، الطبعة الأولى (1418هـ - 1997م) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ❖ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق محمد محمد أحمد ولد ماديك، الطبعة الثانية (1400هـ - 1980م) مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - السعودية.
- ❖ كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تأليف محمد علي التهانوي، تحقيق علي دحروج، إشراف رفيق العجم، الطبعة الأولى (1416هـ - 1996م) مكتبة لبنان ناشرون - بيروت - لبنان.
- ❖ كشاف القناع على متن الإقناع، تأليف أبي الحسن منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت1051هـ)، بتحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال، طبعة 1402هـ، دار الفكر - بيروت - لبنان.

- ✽ كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت730هـ)، ضبط وتعليق وتخرّيج محمد المعتصم بالله البغدادي الطبعة الأولى (1411هـ - 1991م) دار الفكر العربي - بيروت - لبنان.
- ✽ كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب للشيخ ابراهيم بن علي فرحون (ت799هـ)، دراسة وتحقيق حمزة أبو فارس، والدكتور عبد السلام الشريف، الطبعة الأولى (1990م) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، علي أحمد السالوس الطبعة الأولى (1406هـ) مكتبة الفلاح - الكويت.
- ✽ الكليات الفقهية للإمام المقرئ، دراسة وتحقيق محمد أبو الأجفان، طبعة 1997م، الدار العربية للكتاب - تونس.
- ✽ الكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت1094هـ) الطبعة الثانية (1413هـ - 1993م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ✽ الكليات معجم المصطلحات والفروق اللغوية، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت1094هـ)، الطبعة الثانية (1419هـ - 1998م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ✽ الكواكب السائرة بمناب أعين المائة العاشرة لأبي المكارم محمد بن محمد الغزي (ت1061هـ)، تحقيق جبرائيل سليمان جبور (د.ت.ط) الناشر محمد أمين دمج وشركاءه - بيروت - لبنان.
- ✽ لسان العرب للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار إحياء التراث لعربي، دار صادر (1412هـ - 1992م)، بيروت - لبنان.
- ✽ مالك، حياته وعصره وأراءه الفقهية، تأليف محمد أبو زهرة، الطبعة الثانية (1978م) دار الفكر العربي - القاهرة - مصر.
- ✽ المبسوط للإمام شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، بعناية الشيخ خليل الميس، طبعة 1406هـ، دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ✽ مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي (ت1027هـ)، الطبعة الأولى (1417هـ - 1987م) عالم الكتب - بيروت - لبنان.
- ✽ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للحافظ صلاح الدين خليل كيكلندي العلائي الشافعي (ت694 - 761)، تحقيق د/ مجيد علي العبيدي - د/ أحمد خضير عباس، ط/ 1425هـ - 2004م، المكتبة المكية - مكة المكرمة، دار عمار للنشر والتوزيع - عمان - الأردن.
- ✽ مجموع رسائل ابن عابدين للسيد محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، الطبعة الثانية (1400هـ - 1980م) سهيل أكيدمي، لاهور - باكستان.
- ✽ المجموع شرح المذهب للشيرازي، تأليف الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، (د.ت.ط) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ✽ مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي وابنه محمد، الطبعة الأولى (1381هـ) مطابع الرياض - الرياض - السعودية.
- ✽ مجموع فتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، طبعة سنة (1398هـ) مطابع دار العربية - بيروت - لبنان.

- ✽ مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ - 1997م.
- ✽ محاضرات ملتقى الفكر الإسلامي، بقسنطينة 1403هـ - 1983م، منشورات مؤسسة العصر وزارة الشؤون الدينية - الجزائر -.
- ✽ المختارات الجليلة لعبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله آل سعدي التميمي الحنبلي (ت1376هـ)، طبعة المدني 1378هـ.
- ✽ مختصر الخرقى، لأبي القاسم، عمر بن الحسين بن عبد الله، البغدادي الخرقى الحنبلي، بتحقيق زهير الشاويش الطبعة الثالثة (1403هـ) المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة الأولى/ 1418هـ - 1998م، دار القلم - دمشق - سوريا.
- ✽ المدخل الفقهي لأحمد الحججي الكردي، سنة (1407هـ - 1987م) طبعة جامعة دمشق، سوريا.
- ✽ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد للعلامة عبد القادر بن بدران الدمشقي (ت1346هـ) باعتناء الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي الطبعة الثالثة (1405هـ - 1985م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ✽ المدخل لدراسة القانون، للدكتور علي محمد بدير، طبعة سنة 1970م، دار الطباعة الحديثة - البصرة - العراق.
- ✽ المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي المالكي (ت240هـ) عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم (ت191هـ) عن الإمام مالك (179هـ)، وبذيلها المقدمات والمهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام لابن رشد الجد (ت520هـ)، طبعة (1406هـ - 1986م) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ✽ مسائل الإمام أحمد، تأليف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت275هـ)، تقديم السيد رشيد رضا، ط/ بيروت الثانية.
- ✽ المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور محمد بن عبد الجواد حجازي التنشة، الطبعة الأولى (1422هـ - 2001م) صدر عن مجلة الحكمة - ليدز - بريطانيا.
- ✽ المستدرک على الصحيحين للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى (1411هـ - 1990م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ المستصفي من علم الأصول لأبي حامد الغزالي (ت505هـ)، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، (د.ت) شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر - المملكة العربية السعودية.
- ✽ مسلم الثبوت وشرحه مع المستصفي = المستصفي للغزالي.
- ✽ المسند، للإمام أحمد بن حنبل الشيباني (ت241هـ)، باعتناء صدقي محمد جميل العطار، الطبعة الثانية (1414هـ - 1994م)، دار الفكر - بيروت - لبنان. بتحقيق أحمد محمد شاكر، ومكتبة التراث الإسلامي - القاهرة - مصر.
- ✽ مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور محمد صلاح محمد الصاوي، الطبعة الأولى (1410هـ - 1990م) دار المجتمع السعودية، ودار الوفاء مصر.
- ✽ المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، تأليف الدكتور غريب الجمال، طبعة دار الشروق (د.ت ط) - بيروت - لبنان.
- ✽ المصارف وبيوت التمويل الإسلامية لغريب الجمال الطبعة الأولى (1398هـ) دار الشروق - جدة.

- ✽ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، (د.ت.ط) المؤسسة العربية الحديثة - القاهرة - مصر.
- ✽ المصنف، للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت211هـ) بتحقيق أيمن نصر الدين الأزهرى الطبعة الأولى (1421هـ - 2000م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين الكبي، الطبعة الأولى (1423هـ - 2002م) المكتب الإسلامي - دمشق - سوريا.
- ✽ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور علي أحمد السالوس، الطبعة الأولى (1986م) مكتبة الفلاح - الكويت.
- ✽ المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، لمحمد رواس قلعجي الطبعة الأولى (1999م)، دار النفائس - بيروت - لبنان.
- ✽ المعاملات المصرفية ورأي الإسلام فيها، لمحمد عبد الله العربي طبعة سنة 1358هـ مطبعة يوسف بالقاهرة - مصر.
- ✽ المعجم الإقتصادي الإسلامي للدكتور أحمد الشرباصي طبعة (1401هـ) دار الجليل - بيروت - لبنان.
- ✽ المعجم الأوسط، لسليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، بتحقيق محمود الطحان، الطبعة الأولى (1415هـ - 1995م) مكتبة المعارف - الرياض - السعودية.
- ✽ معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، الطبعة الأولى (1413هـ - 1993م) مؤسسة الرسالة بيروت - لبنان.
- ✽ معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه حماد الطبعة الثالثة المنقحة (1415هـ - 1995م) الدار العالمية للكتاب الإسلامي - الرياض - والمعهد العالمي للفكر الإسلامي - فيرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية.
- ✽ معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، علي بن محمد الجمعة، الطبعة الأولى (1421هـ - 2000م) مكتبة العبيكان - الرياض - السعودية.
- ✽ معجم المصطلحات العربية، لمجدي وهبة وكامل المهندس، نشر مكتبة لبنان (د.ت.ط) - بيروت - لبنان.
- ✽ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم، (د ت) دار الفضيلة - القاهرة - مصر.
- ✽ معجم المقاييس في اللغة لأحمد بن فارس بن زكريا (ت395هـ)، بتحقيق عبد السلام هارون، الطبعة الأولى (1411هـ - 1991م) دار الجليل - بيروت - لبنان.
- ✽ المعجم الوسيط، للدكتور شوقي ضيف وآخرون، الطبعة الرابعة (1426هـ - 2005م) مجمع اللغة، مكتبة الشروق الدولية - مصر.
- ✽ معيار العلم في فن المنطق للإمام حجة الإسلام أبي حامد الغزالي، الطبعة الرابعة (1403هـ - 1983م) دار الأندلس - بيروت - لبنان.
- ✽ المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، لأحمد بن يحيى النونشريسي (ت914هـ)، خرجه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي، طبعة (1401هـ - 1981م) دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان.
- ✽ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب (ت977هـ) طبعة (1377هـ - 1958م) مصطفى البابي الحلبي وأولاده - القاهرة.

- ✽ المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت620هـ)، طبعة (1403هـ - 1983م)، دار الكتاب العربي بيروت - لبنان.
- ✽ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول لأبي عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشريف التلمساني المالكي (ت771هـ)، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف طبعة (1403هـ - 1983م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، لابن قيم الجوزية تحقيق سيد إبراهيم وعلي محمد الطبعة الأولى (1414هـ - 1994م) دار الحديث - القاهرة - مصر.
- ✽ مفردات ألفاظ القرآن للعلامة الراغب الأصفهاني (ت425هـ)، تحقيق صفوان عدنان داودي، الطبعة الأولى (1412هـ - 1992م) دار القلم - دمشق - سوريا. والدار الشامية - بيروت - لبنان.
- ✽ المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، بتحقيق محمد خليل عيتاني، الطبعة الأولى (1418هـ - 1998م) دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ✽ المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان، الطبعة الثالثة (1417هـ - 1997م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ✽ مفيدة الحسنى في دفع من ظن الخلو بالسكنى، للحسن بن عمر الشرنبلالي، الطبعة الأولى (1989م)، وزارة الأوقاف بالكويت.
- ✽ مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور، طبعة (1985م) الشركة التونسية للتوزيع - تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر.
- ✽ المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت494هـ)، الطبعة الأولى (1332هـ) مطبعة السعادة - مصر.
- ✽ المنشور في القواعد لبدر الدين الزركشي، بتحقيق تيسير فائق أحمد محمود الطبعة الأولى (1402هـ - 1982م) مؤسسة الفليج للطباعة والنشر برعاية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت.
- ✽ المنحول من تعليقات الأصول للإمام أبي حامد الغزالي، بتحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، الطبعة الثانية (1400هـ - 1980م) دار الفكر - دمشق - سوريا.
- ✽ الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق الشاطبي الغرناطي المالكي (ت790هـ)، طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان.
- ✽ مواهب الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب (ت954هـ) الطبعة الثانية (1398هـ - 1978م) دار الفكر - بيروت - لبنان.
- ✽ موت الدماغ بين الطب والإسلام، لندي محمد نعيم الدقر، الطبعة الأولى (1420هـ - 1990م)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ودار الفكر - دمشق - سوريا.
- ✽ موت القلب أو موت الدماغ، الدكتور محمد علي البار، (د.ت.ط) الدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة - السعودية.
- ✽ الموسوعة الثقافية لحسين سعيد، طبعة 1972م، دار المعرفة - القاهرة - مصر.
- ✽ الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء الطبعة الثانية (1970م) لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بجمهورية مصر.

- ✽ الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، نشر الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية(د.ت) - القاهرة - مصر.
- ✽ الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الطبعة الرابعة (1414هـ - 1993م) - الكويت.
- ✽ موسوعة القواعد الفقهية تأليف وجمع وترتيب وبيان محمد صدقي بن أحمد البورنو الطبعة الأولى(1421هـ - 2000م) دار ابن حزم بيروت، من الجزء الأول إلى الجزء السادس. ومن الجزء السابع إلى الثاني عشر، طبعة (1424هـ - 2003م) مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان.
- ✽ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد الندوي، توزيع دار عالم المعرفة، ط/ 1419هـ - 1999م.
- ✽ الموطأ لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي(ت179هـ)، بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (د.ت.ط)، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ✽ موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، عبد الله عبد الرحيم العبادي، منشورات المكتبة العصرية - بيروت - لبنان.
- ✽ النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، ليوسف بن تغري بردي(ت874هـ)، علق عليه محمد حسين شمس الدين، الطبعة الأولى(1413هـ - 1992م) دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.
- ✽ ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية طبعة 1983م، الكويت.
- ✽ ندوة البركة الثالثة للإقتصاد الإسلامي، التي انعقدت في استنبول بين 9 - 12 محرم، الموافق 23 - 26 سبتمبر من سنة 1985م.
- ✽ نشر البنود على مراقي السعود، لسيدي عبد الله بن ابراهيم العلوي الشنقيطي، طبعة للجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية، وحكومة دولة الإمارات .
- ✽ نشر العرف = مجموع رسائل ابن عابدين.
- ✽ نظرية التعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، لمحمد الروكي، الطبعة الأولى (1414هـ - 1994م) مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - المغرب.
- ✽ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور علي حسن الشاذلي، دار الاتحاد العربي - القاهرة - مصر.
- ✽ نظرية الضرورة الشرعية، للدكتور وهبة الزحيلي الطبعة الثالثة(د.ت.ط)، مؤسسة الرسالة بدمشق وبيروت.
- ✽ نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية دار الفكر - دمشق - سوريا.
- ✽ نظرية العقد لابن تيمية، طبعة أنصار السنة المحمدية (1368هـ - 1949م).
- ✽ نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، للشيخ أحمد بن محمد المقرئ التلمساني(ت1041هـ) ، تحقيق د/إحسان عباس، دار صادر بيروت، (1388هـ - 1968م).
- ✽ نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول للبيضاوي تأليف الإمام جمال الدين عبد الرحمن بن عبد الرحيم بن الحين الأسنوي، (د.ت.ط) طبعة عالم الكتب - بيروت - لبنان.
- ✽ النهاية في غريب الحديث والأثر، للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير(ت606هـ)، طبعة (1421هـ - 2000م) دار الفكر - بيروت - لبنان.

- ✽ نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بابا التنبكي، تقديم عبد الحميد الهرامة، ط1: 1398 هـ - 1989م، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا.
- ✽ نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، الطبعة الثانية (1403هـ) دار الفكر.
- ✽ الوافي بالوفيات لصالح الدين خليل بن أيك الصفدي (ت764هـ)، تحقيق مجموعة من المحققين، طبعة (1982م) ألمانيا.
- ✽ الوسيط في شرح القانون المدني المصري، تأليف الدكتور عبد الرزاق السنهوري، طبعة 1970، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ✽ الوفيات للإمام أبي العباس أحمد بن حسن بن علي بن الخطيب الشهير بابن قنفذ القسنطيني، تحقيق عادل نويهض، الطبعة الثالثة (1400هـ - 1980) دار الآفاق الجديدة الرباط - المغرب.
- ✽ يسألونك في الدين والحياة للدكتور أحمد الشرباصي، الطبعة الثالثة، دار الجيل - بيروت - لبنان.

ثانيا - الرسائل الجامعية

- ✽ الرخصة الشرعية وأثرها في القضايا الفقهية المعاصرة لأستاذنا الدكتور كمال بوزيدي، أطروحة دكتوراه دولة نوقشت بكلية أصول الدين - جامعة الجزائر -
- ✽ القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، وهي رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة أم القرى مكة المكرمة سنة 1419هـ.

ثالثا - المجلات العلمية

- ✽ جريدة اللواء الإسلامي العدد 226، 1407هـ.
- ✽ مجلة الأزهر، الجزء 9، عدد رمضان 1403هـ.
- ✽ مجلة الأزهر، سنة 1354هـ، المجلد السادس.
- ✽ مجلة الأزهر، طبعة 1357هـ - 1938م، السنة التاسعة.
- ✽ مجلة الأمة العدد 9، السنة 1، رمضان 1401هـ - جويلية 1981م.
- ✽ مجلة الأمة القطرية العدد 56.
- ✽ مجلة البحوث الإسلامية العدد 22، سنة 1408هـ.
- ✽ مجلة البحوث الإسلامية، عدد 26، سنة 1409هـ.
- ✽ مجلة البحوث العلمية، التابعة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، المجلد 1، العدد الرابع.
- ✽ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، التي تصدرها المملكة العربية السعودية، العدد 11، السنة الثالثة (1991م).
- ✽ مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة 11/ العدد 28/ 1416هـ - 1996م.
- ✽ مجلة الفتاوى الإسلامية، الصادرة عن دار الإفتاء المصرية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة (1414هـ - 1993م) مصر.
- ✽ مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الأعداد 1، 3، 18.

- ✽ مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، التابعة لرابطة العالم الإسلامي، العدد الأول، السنة الأولى 1408هـ، الطبعة الثانية مكة المكرمة.
- ✽ مجلة الملك عبد العزيز للاقتصاد الإسلامي ، المجلد الأول ، 1409 هـ -1989 م .
- ✽ مجلة الوعي الإسلامي، العدد 83 /1971، السنة السابعة.
- ✽ مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد 3، لسنة: 1411هـ -1991م.
- ✽ مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الأعداد (من 1 إلى 13)
- ✽ مجلة منار الإسلام طبعة 1403هـ 1982م، السنة الثامنة، العدد الثاني.

فهرس الموضوعات

04	الإهداء
05	الشكر والتقدير
06	المقدمة
21	الفصل الأول: التعريف بالتقعيد الفقهي والاجتهاد المعاصر
22	• السبب الأول: التقعيد والقاعدة الفقهية
22	المطلب الأول: مفهوم التقعيد والقاعدة الفقهية وعلاقتها ببعض المصطلحات
45	المطلب الثاني: أقسام القاعدة الفقهية
49	المطلب الثالث: أركان القاعدة الفقهية وشروطها
56	• السبب الثاني: مصادر القاعدة الفقهية ومسالك تقعيدها وحجيتها
56	المطلب الأول: مصادر القاعدة الفقهية
73	المطلب الثاني: مسالك تقعيد القاعدة الفقهية والتخريج عليها
77	المطلب الثالث: حجة القاعدة الفقهية
83	• السبب الثالث: الاجتهاد المعاصر
83	المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد المعاصر
85	المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد المعاصر المقصودة بالبحث
88	المطلب الثالث: مظان الاجتهاد المعاصر
92	الفصل الثاني: أثر قواعد الباعث والاحتياط في الاجتهاد المعاصر
93	• السبب الأول: أثر قواعد الباعث في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
93	القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها
100	القاعدة الثانية: العبرة في عقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
112	القاعدة الثالثة: من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه
113	القاعدة الرابعة: الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر
116	• السبب الثاني: أثر قواعد الاحتياط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
116	القاعدة الأولى: وسائل الحرام حرام أو ما أفضى إلى الحرام كان حراماً
120	القاعدة الثانية: الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية
124	القاعدة الثالثة: إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع
126	القاعدة الرابعة: الحرام لا يُحرّم الحلال
127	القاعدة الخامسة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب جانب الحرام

- 130..... القاعدة السادسة: كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا
- 134..... **الفصل الثالث: أثر قواعد الضرر والتيسير في الاجتهاد المعاصر**
- 135..... * **المبحث الأول: أثر قواعد الضرر في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 135..... القاعدة الأولى: لا ضرر ولا ضرار
- 146..... القاعدة الثانية: الضرر يزال، أو مُزال
- 160..... القاعدة الثالثة: الضرر لا يزال بالضرر أو بمثله
- 170..... القاعدة الرابعة: الضرر يدفع بقدر الإمكان
- 174..... القاعدة الخامسة: الضرر الأشدّ يزال بالضرر الأخفّ
- 191..... القاعدة السادسة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام
- 197..... * **المبحث الثاني: أثر قواعد التيسير في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 197..... القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير
- 202..... القاعدة الثانية: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق
- 208..... القاعدة الثالثة: الضرورات تبيح المحظورات
- 225..... القاعدة الرابعة: الضرورات تقدر بقدرها
- 230..... القاعدة الخامسة: ما جاز لعذر بطل بزواله
- 231..... القاعدة السادسة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة
- 251..... **الفصل الرابع: أثر قواعد الأهلية والملكية في الاجتهاد المعاصر**
- 252..... * **المبحث الأول: أثر قواعد الأهلية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 252..... القاعدة الأولى: من صحّت منه مباشرة الشيء، صحّ توكيله فيه غيره، وتوكّله فيه عن غيره، وما لا فلا؟
- القاعدة الثانية: المولى عليه إذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر.
- 254..... القاعدة الثالثة: كل ما كان من حق الإنسان أو تغلب حق الإنسان فيه على حق الله عز وجل جاز التصرف به، سواء كان مصدر ثبوت هذا الحق تملكاً أو تمتيعاً.
- 255..... القاعدة الرابعة: كل ما كان حقاً للبعد يُورث بالموت، عيناً كان أو معنوياً.
- 257..... * **المبحث الثاني: أثر قواعد الملكية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 260..... القاعدة الأولى: تبدل سبب الملك كتبدل العين
- 260..... القاعدة الثانية: الجزء المشاع هل يتعيّن أم لا؟
- 262..... القاعدة الثالثة: الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء
- 263..... القاعدة الرابعة: ما جاز بيعه جاز هبته وما لا فلا
- 265.....

- 266..... القاعدة الخامسة: الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها.
- 269..... القاعدة السادسة: الظفر بالحق
- 272..... القاعدة السابعة: جواز الانتفاع لا يقتضي جواز البيع
- 273..... **الفصل الخامس: أثر قواعد الشرط والضمان والعرف في الاجتهاد المعاصر**
- 274..... **• السمبحث الأول: أثر قواعد الشرط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 274..... القاعدة الأولى: المسلمون عند شروطهم
- 279..... القاعدة الثانية: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط
- 281..... القاعدة الثالثة: ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً
- 282..... القاعدة الرابعة: الإذن بالشيء إذن فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه
- 283..... القاعدة الخامسة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب
- 286..... **• السمبحث الثاني: أثر قواعد الضمان في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 286..... القاعدة الأولى: الخراج بالضمان
- 296..... القاعدة الثانية: المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى
- 296..... القاعدة الأولى: المباشر ضامن وإن لم يكن متعدياً
- 298..... القاعدة الثانية: المتسبب ضامن إن كان متعدياً
- 300..... القاعدة الثالثة: إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر
- 308..... القاعدة الثالثة: المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة
- 311..... القاعدة الرابعة: يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان
- 314..... القاعدة الخامسة: المتولد من فعل مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه
- 318..... **• السمبحث الثالث: أثر قواعد العرف في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 318..... القاعدة الأولى: العادة محكمة
- 331..... القاعدة الثانية: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان
- 336..... القاعدة الثالثة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
- 341..... **الفصل السادس: أثر قواعد الاستصحاب والإثبات والتوابع في الاجتهاد المعاصر**
- 342..... **• السمبحث الأول: أثر قواعد الاستصحاب في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة**
- 342..... القاعدة الأولى: اليقين لا يزول بالشك
- 351..... القاعدة الثانية: الأصل في المعاملات الصحة، وفي العقود اللزوم
- 363..... القاعدة الثالثة: الأصل في البيوع الإباحة
- 369..... القاعدة الرابعة: الأصل في الأشياء الإباحة

373.....	القاعدة الخامسة: الأصل في الأبضاع التحريم
378.....	• المبحث الثاني: أثر قواعد الإثبات في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.....
378.....	القاعدة الأولى: البينة على المدعي واليمين على من أنكر
380.....	القاعدة الثانية: القول قول الأمين مع اليمين من غير بيّنة
382.....	• المبحث الثالث: أثر قواعد التوابع في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.....
382.....	القاعدة الأولى: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها
384.....	القاعدة الثانية: التابع تابع
389.....	القاعدة الثالثة: للأكثر حكم الكل
397.....	القاعدة الرابعة: ما قارب الشيء أعطي حكمه
400.....	الخاتمة
405.....	ملخص الأطروحة باللغة العربية
411.....	ملخص الأطروحة باللغة الفرنسية
414.....	الفهارس
415.....	فهرس الآيات القرآنية
418.....	فهرس الأحاديث النبوية
420.....	فهرس القواعد الفقهية
431.....	فهرس الأعلام
439.....	فهرس مسائل المعاملات المالية المعاصرة
442.....	فهرس المسائل الطبية المعاصرة
445.....	فهرس المصطلحات المعرّفة
450.....	فهرس المصادر والمراجع
470.....	فهرس الموضوعات