

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

التبعية الفقهيّة

وأثره

في الاجتهاد المعاصر

المعاملات الماليّة والمسائل الطبيّة المعاصرة أنموذجاً

إعداد

الدكتور يحيى سيدي

أستاذ محاضر بكلية العلوم الإسلامية
جامعة الجزائر

دار ابن خزم

التَّعْيِيدُ الْفَقْهِيُّ

وَأَشْرُهُ

فِي الْأَجْتِهَادِ الْمَعَاوِرِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أصل هذا الكتاب أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تقدم بها المؤلف
إلى قسم الشريعة بكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر
وأجيزت بتقدير «مشفردأ»

حُقوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطَّبْعَةُ الْأُولَى

١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م



9 789953 818979

ISBN 978-9953-81-897-9

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366

هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)

بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb




إهداء

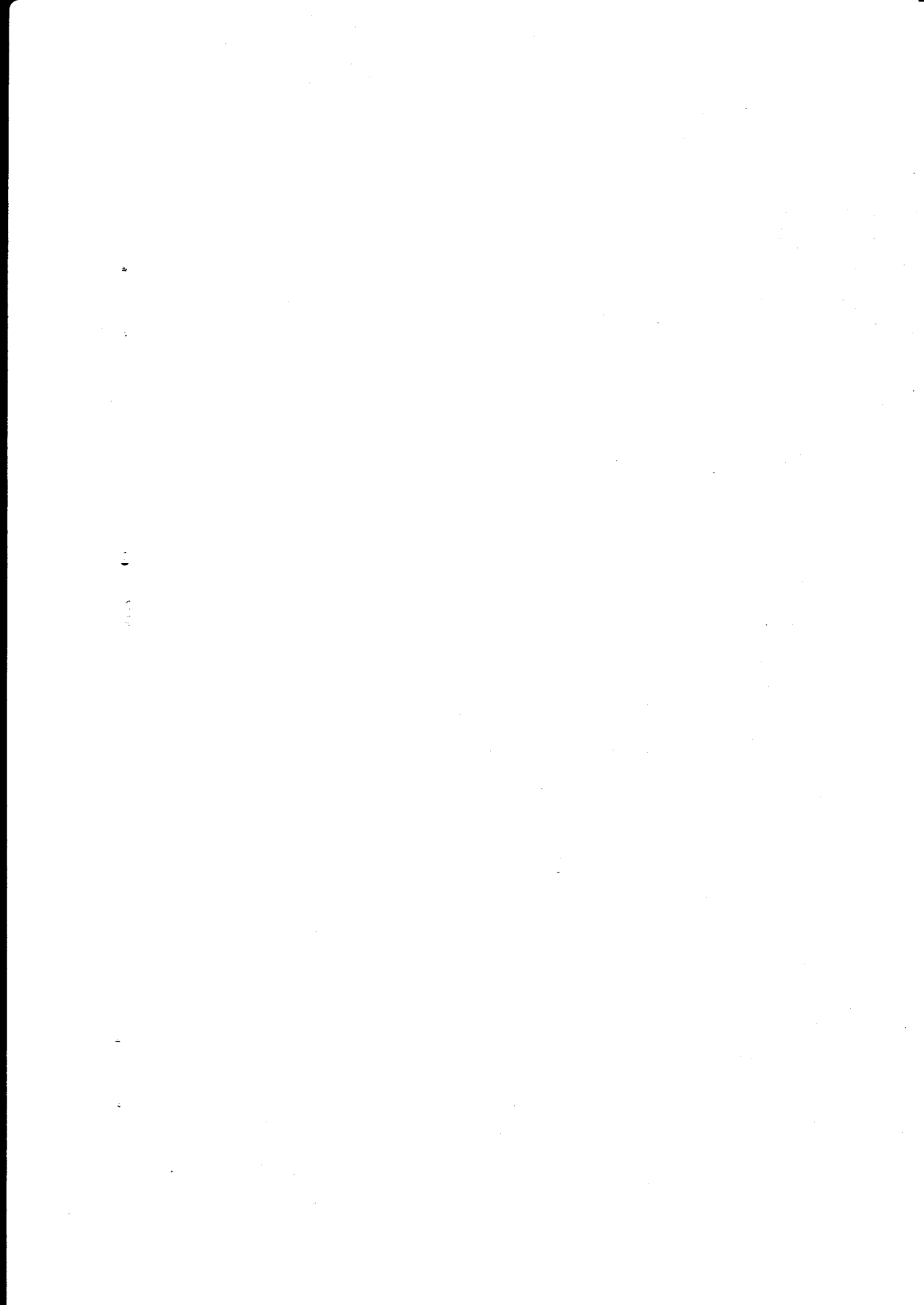
إلى التي شملتني بعطفها وحنانها وربتني صغيراً وكبيراً الأم
المربية جميلة تغمدنا الله برحمته وأجزل لها المثوبة.

إلى زوجتي أم عبدالودود الصابرة الشاكرة التي كابدت معي
وما زالت.

إلى زملائي أساتذة كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل.





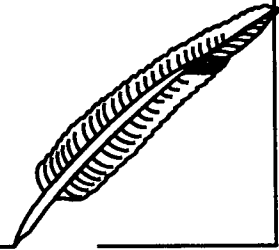
شكر وتقدير

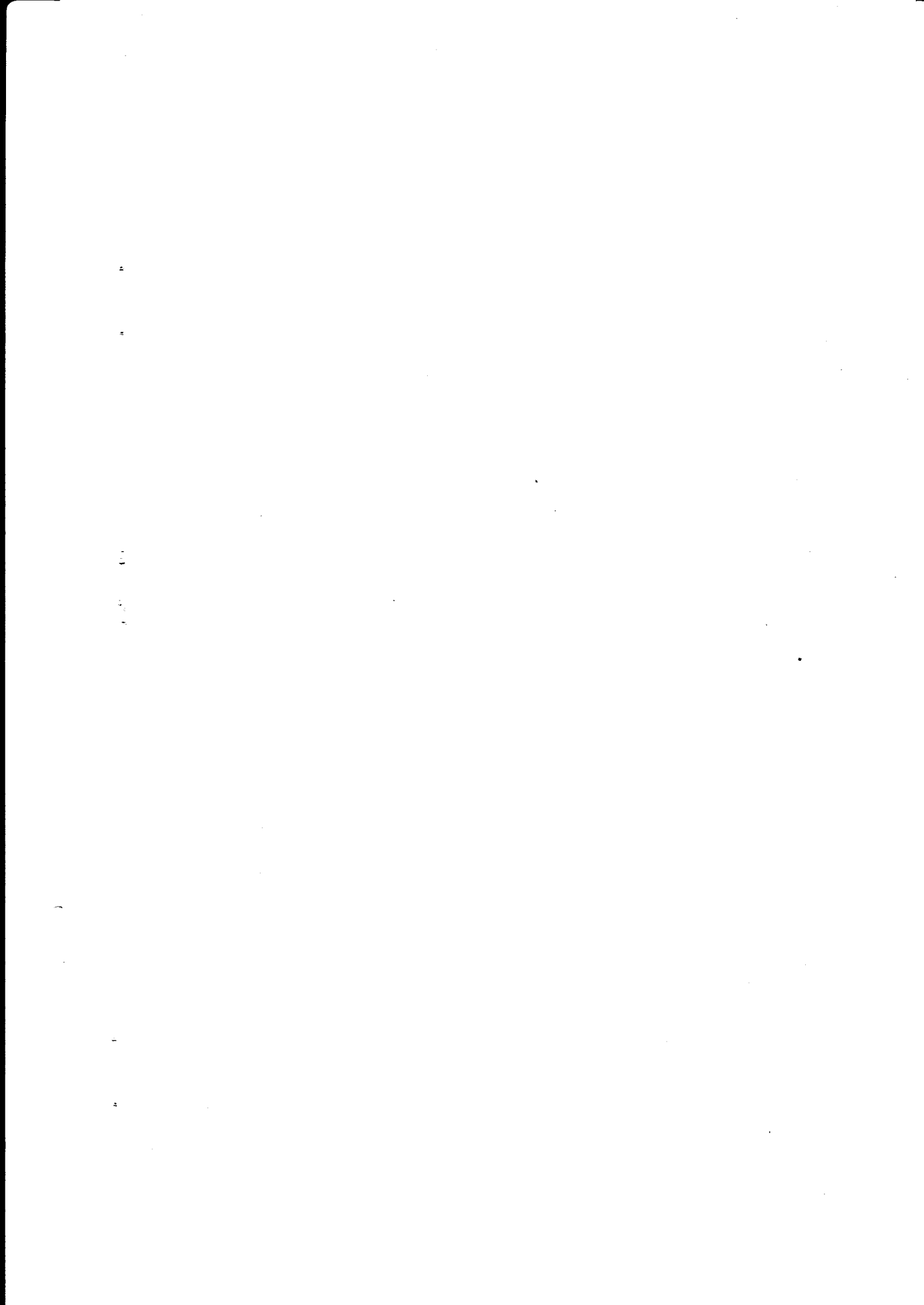
أتوجه بخالص الشكر وجزيل الامتنان وفائق التقدير وكامل الاحترام لأستاذي الفاضل الدكتور محمد عيسى الذي تفضل بالإشراف على البحث، ولم يدخر جهداً في إسداء النصيحة الخالصة والتوجيه القيم والرأي الحسن حتى تمت الرسالة على هذا الوجه.

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 أيضاً 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.







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.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُوا إِلَّا وَأَنتُمْ
مُسْلِمُونَ﴾ (١٠٦) (١).

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجِدَةٍ مَخْلُوقٍ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ
مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ
رَقِيبًا﴾ (١) (٢).

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٦﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ
وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧٧﴾﴾ (٣).

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٠٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ١.

(٣) سورة الأحزاب، الآيتان: ٧٠، ٧١.

أما بعد :

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

ولا 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: «مَنْ يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»^(١).

لذلك نال درجة كبيرة من الاهتمام سواء من الناحية التفريعية، أو من الناحية التقعيدية، 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، وتفريع الجزئيات على الكلّيات.

وقد أدرك الفقهاء هذه الأهمية وقرروها ونبهوا عليها في كتبهم. فهذا الإمام القرافي^(٢) اعتبرها الأصل الثاني من أصول الشريعة والمنهج الوحيد

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (٣٩/١) رقم: ٧١، ومسلم في صحيحه باب النهي عن المسألة (٧١٨/٢) رقم ١٠٣٧.

(٢) القرافي: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري، الإمام الحافظ عمدة أهل التحقيق، أخذ عن ابن الحاجب والعز بن 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.

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^(١) 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 مناها ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتخذ 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^(٢).

والإمام الزركشي^(٣) - رحمه الله - يرى أن القواعد الفقهية هي التي

= انظر ترجمته في: الديباج (١/٢٣٦ - ٢٣٩)، شجرة النور، ص(١٨٨)، وفيات ابن قنفذ، تحقيق عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، ط٣: ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، ص(٣٢٨).

(١) الجذع من الإبل: ما أوفى السنتين. والقارح منها: ما أوفى خمس سنين، ومراد القرافي من ذلك: إنه لا يبرز في علم الفقه ويسبق غيره إلا إذا أحاط بقواعده الكلية.
(٢) انظر: الفروق (١/٢ - ٣).

(٣) الزركشي: هو بدر الدين أبو عبدالله محمد بن بهادر بن عبدالله 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 ٧٩٤هـ. انظر ترجمته في طبقات الشافعية لابن قاضي=

تضبط الفقه وأصول المذهب، وبها يقتدر الفقيه على الاطلاع على مآخذ الفقه، فيقول: (وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على نهاية المطلب وتنظم عقده المنشور في سلك وتستخرج له ما يدخل تحت ملك)^(١).

والإمام السيوطي^(٢) اعتبرها من الفنون العظيمة التي بها تدرك أسرار التشريع ومعرفة أحكام المسائل على مَرِّ الزمان فقال رحمه الله: (اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مَرِّ الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر)^(٣).

وابن نجيم^(٤) 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)^(٥).

= شعبة صححه عبدالعليم خان، ط ١: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، عالم الكتب، بيروت، (١٦٧/٣)، الدرر الكامنة (٣/٣٩٧)، شذرات الذهب (٦/٣٣٥)، الأعلام للزركلي (٤/١٨٩)، معجم المؤلفين (١٠/٢٠٥).

(١) انظر: المنشور في القواعد للزركشي (١/٦٦).

(٢) السيوطي: هو الحافظ جلال الدين أبو الفضل عبدالرحمن بن الكمال الخضري السيوطي الشافعي الإمام المجتهد الحجة الزاهد صاحب التصانيف المفيدة التي بلغت نحو ستمائة مصنف في مختلف العلوم، ولد سنة ٨٤٩هـ ومات سنة ٩١١هـ. انظر: شذرات الذهب (٨/٥١)، الأعلام (٤/٧١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر (١/١٣).

(٤) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم الحنفي، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦هـ، وتوفي سنة ٩٧٠هـ، وقيل سنة ٩٦٩هـ، من مؤلفاته: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، فتح الغفار في شرح المنار في أصول الفقه، الفتاوى الزينية. انظر: الكواكب السائرة للغزي (٣/١٥٤)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (٨/٣٥٨)، معجم المؤلفين (٤/١٩٢).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/١٠).

ووصف الإمام ابن رجب^(١) - رحمه الله - القواعد الفقهية فقال: (تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب. وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتفيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد)^(٢).

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)^(٣).

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^(٤)، والفروق للقرافي، وكتاب المنشور في القواعد للزرکشي،

(١) هو أبو الفرج عبدالرحمن 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 ٧٩٥هـ، من مؤلفاته: القواعد، ذيل طبقات الحنابلة، جامع العلوم والحكم. انظر ترجمته في: الدرر الكامنة (١٠٨/٣)، شذرات الذهب (٣٣٩/٦)، الأعلام (٢٩٥/٣)، معجم المؤلفين (١١٨/٥).

(٢) انظر: قواعد ابن رجب الحنبلي، ص ٢.

(٣) من مقدمة شرح القواعد الفقهية لمصطفى الزرقاء، ص ٧.

(٤) هو أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن يحيى بن عبدالرحمن القرشي التلمساني المشهور بالمقري، قاضي الجماعة بفاس، وأحد مجتهدي المذهب الأثبات، أخذ عن الأبلبي وعمران المشدالي وابن عبدالسلام، 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 ٧٥٦هـ.

انظر في ترجمته في: نيل الابتهاج ص (٤٢٠)، شذرات الذهب (١٩٣/٦)، شجرة النور (٢٣٢).

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 تقعيدها، لأنه لما كثر الاستبحار في التفريع، وكثرت المسائل واتسعت وأصبح استقصاؤها في كل باب ليس ميسوراً في كل حين، ظهرت فكرة التقعيد، وذلك بربط مجموعة أحكام بزم، 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 اعتنائي بفن القواعد الفقهية واهتمامي بالقضايا الفقهية المعاصرة، تولد في ذهني فكرة مفادها إظهار أثر التقعيد الفقهي في العمل الاجتهادي المعاصر، وزاد اهتمامي حينما طالعت أطروحة الدكتور محمد الروكي الموسومة بـ: نظرية التقعيد 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)^(١).

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

التقعيد الفقهي وأثره في الاجتهاد المعاصر المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة أنموذجاً

(١) نظرية التقعيد الفقهي لروكي، هامش، ص ٢٤.

أهمية البحث في هذا الموضوع:

لا يخفى على الباحثين في علوم الشريعة ما للموضوع من أهمية وذلك أنه يزواج 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 التقعيد الفقهي في إيجاد الحلول الملائمة والأحكام الشرعية المناسبة لمثل هذه القضايا والنوازل المعاصرة، ولمزيد بيان أذكر بعض المسائل المستجدة في هذا العصر:

١ - ما يتعلق بفتح الاعتماد المستندي، فعلى سبيل المثال: 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 بناءً على قاعدة «الظفر بالحق»^(١).

٢ - 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»^(٢).

٣ - المرضى الميؤوس من شفائهم الذين يعيشون في غرف العناية المركزة فيقوم جهاز بوظيفة القلب وآخر بوظيفة الرئة، ويظل الجسم ممدداً لا حراك به ويستمر على هذا مدة أطول، ولو فصلت عنه هذه الأجهزة المساعدة لفارق الحياة فهذه تندرج تحت قاعدة (الحياة المستعارة كالعدم)^(٣).

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدكتور الندوي (١/٣٥٨).

(٢) المرجع نفسه (١/٥٣٠).

(٣) انظر: قواعد المقرئ (٢/٤٨٢).

٤ - مياه المجاري بعد تنقيتها وتعقيمها، فهذه تندرج تحت قاعدة: (الحكم بالنجاسة مشروط باتصاف المحكوم بنجاسته بالأعراض المخصصة لتمائل الأجسام)^(١).

٥ - الصائم المسافر من الغرب إلى الشرق جواً، فمع تطور وسائل السفر تطوراً مذهلاً، 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^(٢).

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 التقويم 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 رغبتي إليه، وسأوضح في إشكالية البحث جوانب النقد والتقويم المتعلقة به.

إشكالية البحث:

سعياً مني إلى بيان إشكالية البحث في صورة واضحة جلية، فإنني سأعمد إلى اختصارها في النقاط الآتية:

(١) انظر: نفس المرجع (١/٢٦٣).

(٢) قواعد المقرئ (٢/٣٩١).

١ - 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: «الخراج بالضمان»، و«الضرر يزال»، ومنها ما هو من قبيل القواعد الكلية كقاعدة «الأمر 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؟

٢ - ما مدى تطبيق هذه الحجية في الاجتهادات الفقهية المعاصرة.

٣ - هل للقاعدة الفقهية أركان وشروط خاصة؟ وهل تكفي هذه الشروط لإعمال القاعدة الفقهية والتطبيق عليها أم يتعين توفر شروط أخرى للتطبيق والتنزيل؟

٤ - وما الفرق بين التطبيق على القاعدة الفقهية والتخريج عليها؟

٥ - وما هي شروط المطبق أو المخرّج ومؤهلاته؟

٦ - 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 اختلاف 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 إعمال بعض القواعد؟

٧- 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 يوازي 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 يُلجأ إليه عند تعذر توظيف القواعد الأصولية أو تعسر ذلك؟

٨- 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 حفزتني إلى اختيار هذا الموضوع للدراسة والبحث، أذكر منها:

١- اهتمامي البالغ بالنوازل والقضايا الفقهية المعاصرة، من منطلق أن الباحث في الفقه ابن بيئته، يعيش بين الناس ويحتك بهم، ويهتم بما يقع لهم، ويبحث عن حكم الشرع في مثل هذه المسائل.

٢- 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.

٣ - أهمية القواعد الفقهية، فدراستها تساعد على حفظ وضبط المسائل المتناثرة، حيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام دون كبير عناء.

٤ - 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، فيضيّق على الناس شؤون دينهم ودنياهم، وفي ذلك من الضرر والخرج ما لا يخفى.

٥ - 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 التقعيد الفقهي في الاستنباط، حتى يكون نبزاً 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:

١ - 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.

٢ - نظرية التقعيد 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: التقعيد الفقهي والخلاف الفقهي وتضمن بايين.

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

٣ - القواعد والضوابط الفقهية القرافية للدكتور عادل بن عبدالقادر بن
محمد ولي قوته، 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
الهام 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 المدوّن.

٤ - 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.

٥ - 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: فخصصه 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.

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

٧ - أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، للدكتور محمد سليمان الأشقر، وقد نال بهذه الأبحاث جائزة مؤسسة الكويت للتقدم العلمي لسنة ١٩٩٧م 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...

٨ - 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 الرق العذري في ميزان المقاصد الشرعية...

٩ - بحوث فقهية معاصرة للدكتور محمد عبدالغفار الشريف في مجلدين. تضمن الكتاب أبحاث مختلفة، منها: أحكام السوق المالية، التمويل المصرفي، المال الحرام وزكاته، زكاة المال العام، زكاة الفطر ونوازلها 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 فوظفته 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 المجامع 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 قوّة وبيانا، 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 أضْمُ مظانَّ 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:

- ١ - شرح القاعدة: ببيان معناها ومدلولها.
- فأشرح القاعدة شرحاً مناسباً، موضحاً المعنى اللغوي لما غمض من ألفاظها، والمعنى الاصطلاحي لما يرد بها من مصطلحات.
- ٢ - الاستدلال للقاعدة: وذلك بذكر كلام أئمة علم القواعد الفقهية في الاستدلال للقاعدة، مع توجيه الأدلة وبيان وجه الدلالة منها.
- ٣ - 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.
- ٤ - 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.
- ٥ - 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 يسهّل على القارئ فهم المسألة، وتتضح له منهجية التطبيق والتخريج عليها.
- ٦ - بيان وجه التخريج على القاعدة، وذلك بالتفصيل في المسلك

الذي سلكه المجتهد - فرداً كان أم هيئة أم مجمعاً فقهيّاً -، في توظيف القاعدة والاحتجاج بها للمسألة المدروسة.

٧ - قد ألبأ - أحياناً - إلى بيان الصحيح والراجع 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:

١ - إن كان الحديث أو الأثر في الصحيحين أو أحدهما، اكتفيت بالجزء إليهما، أو إلى أحدهما.

٢ - إن لم يكن الحديث أو الأثر في أيّ منهما: قمت بتخريجه من كتب الحديث وكتب التخريج المتوفرة بين يدي.

٣ - اهتمت بنقل كلام نَقْدَة الحديث من الأئمة المتقدمين والحكم عليه من خلال نصوصهم، ولا ألبأ 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 فهرس علمية متنوعة تسهل الاستفادة من البحث.

الصعوبات التي واجهتني:

سلخت قرابة الست سنوات من عمري وأنا أبحث وأنقب وأجمع ثم أقرأ وأنتقي وأحقق وأحرّر وأعلق، ولا يخفى على المتمرس في البحث العلمي، أن هذا العمل مضمّن ومجهّد، 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 تفي بالغرض المطلوب، وبالإجابة على الإشكال المطروح.

ولعلي لا أجنب الصواب إن قلت: بأني وفي حدود اطلاعي لم أقف 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 تقعيد القاعدة الفقهية والتخريج عليها.

بدأت أولاً بمسالك تقعيد القاعدة الفقهية وهي على العموم: الاستنباط والاستقراء.

ثم ثبّت 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 المجامع 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 لبحث أثر قواعد الأهلية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة.

والثاني: بحثت 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.

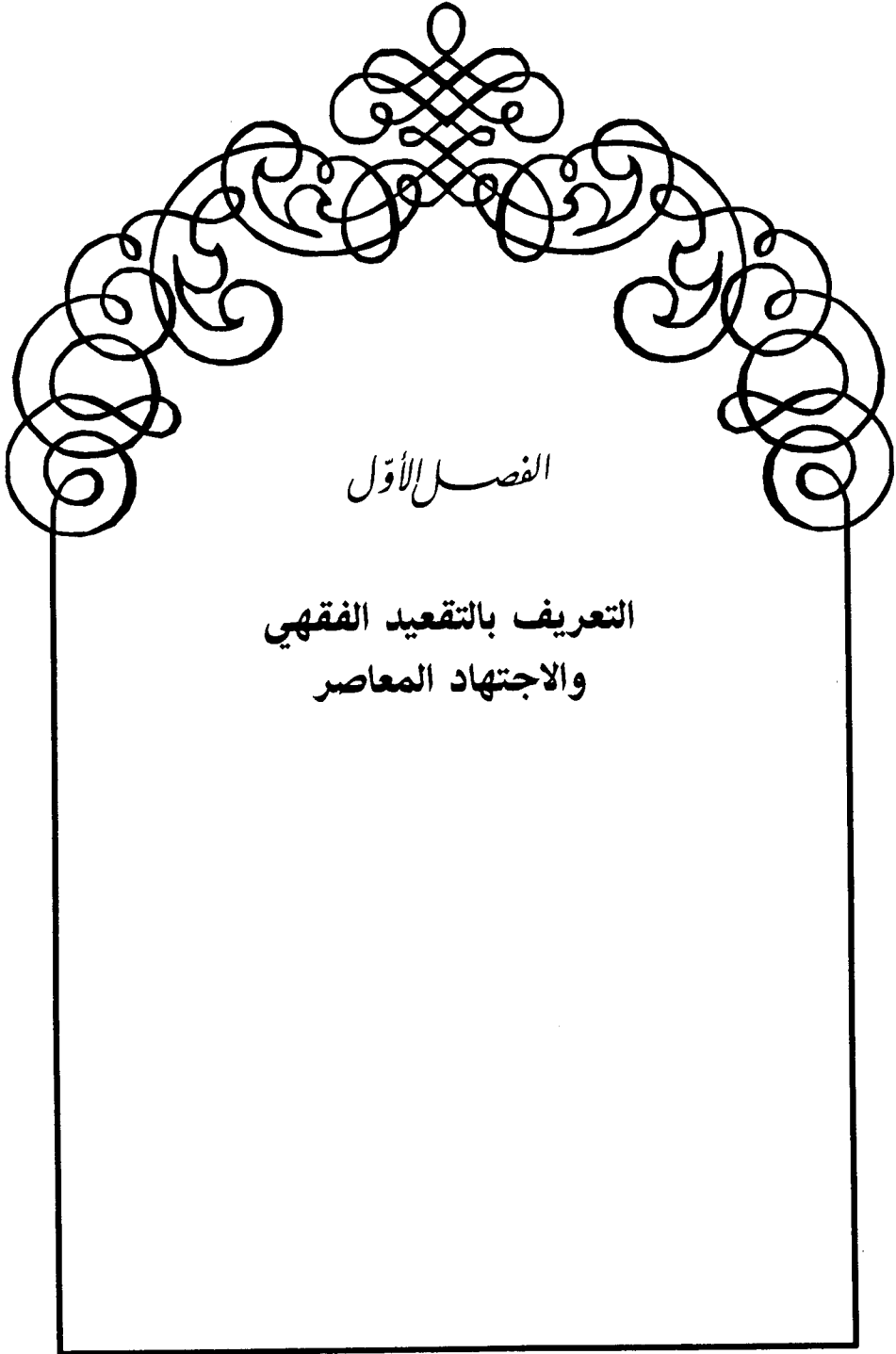
ثم خاتمة البحث التي ضمنتها خلاصة البحث والنتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

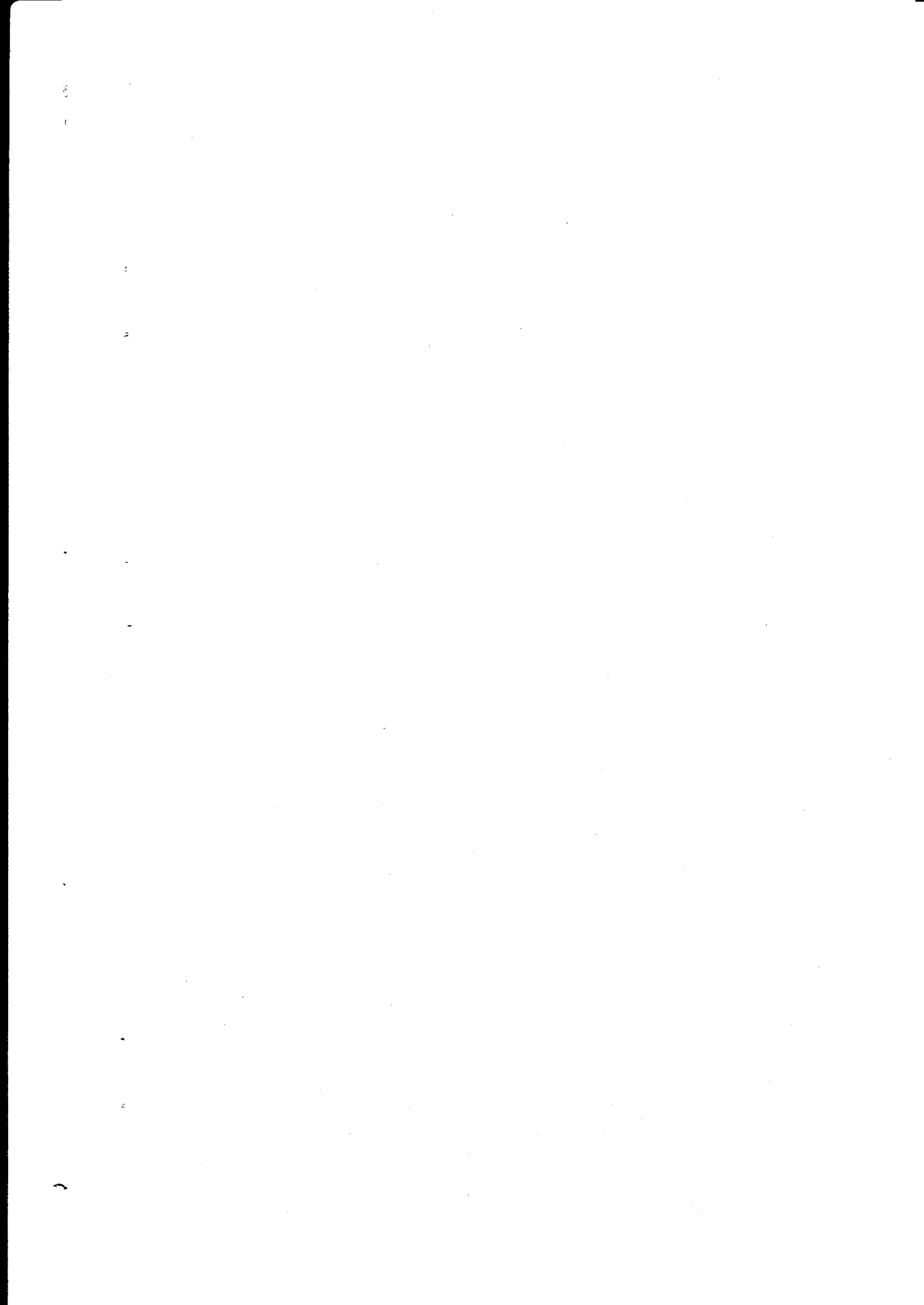
وفي ختام هذه المقدمة أتوجه إلى الله الكريم - الهادي إلى كل خير وصلاح - أن يصحح نيتي في هذا العمل، ويتقبله مني، ويثقل به ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

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

اللَّهُمَّ اغفر لي ولوالدي ولأهلي وولدي ولمن له حق عليّ ولجميع المسلمين، وصلِّ اللهم على عبدك ورسولك نبينا محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه وسلّم.

والحمد لله رب العالمين







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 ولقباً.

معنى التقعيد الفقهي باعتباره مركباً وصفيّاً:

كلمة التقعيد:

كلمة تقعيد مصدر من قَعَدَ يَقْعُدُ تقعيّداً، وهو فعل اشتق من كلمة (قاعدة) ليدل على عملية إنشاء القاعدة وتركيبها وإحكام صياغتها^(١).
وكلمة الفقهي: نسبة إلى الفقه، والفقه في اللغة: الفهم والعلم^(٢).

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة (١٠٨/٥)، لسان العرب (٣/٣٦١)، ترتيب مختار الصحاح، ص ٦٥٤ - ٦٥٥.

(٢) انظر: المصباح المنير (٦٥٦/٢)، التعريفات للجرجاني، ص ١٧٥، القاموس الفقهي ص ٢٨٩، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٦٢.

وفي الاصطلاح: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية^(١).

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)^(٢).

التقعيد الفقهي باعتباره علماً ولقباً:

عرفه البعض بأنه: (عمل علمي فقهي، ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد وكلّيات، تضبط فروعه وجزئياته)^(٣).

فالقاعدة الفقهية هي حكم كلي - كما سيأتي -، والتقعيد هو تكوين الحكم الكلي وبناءه باستقراء واستنباط الجزئيات المتشابهة والمتماثلة لتعميم ذلك الحكم عليها، حتى يتم العلم بكلية ذلك الحكم وقاعدته.

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

ولكن هل نقف بهذا المصطلح في حدود العملية الإجرائية المنهجية التي سلكها علماؤنا في وضع القاعدة وإحكام صياغتها. أم أن للتقعيد أفقاً ومدى أوسع من هذا؟

(١) انظر: شرح العضد لمختصر ابن الحاجب (١٨/١)، شرح الإسنوي (٢٤/١)، الإبهاج شرح المنهاج (٢١/١).

(٢) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للروكي، ص ٣٠.

(٣) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للروكي، ص ٣١.

هذا ما سأحاول الجواب عليه فيما يأتي:

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

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

أم أن عملية إنشاء 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 كالقول 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 أحد أيضاً، ألم تكن قواعد الفقه في بداية نشأتها تعدّ على الأصابع ثم ما فتئت تتزايد وتتكاثر حتى صعب حصرها، والأمر قابل للزيادة والاتساع.

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

والضامن لاستمرار العمليتين أو المسلكين هو الرابط الذي كان يجمع بين فروع القواعد المدونة السابقة والذي به تنتضم حلقات الفروع

المستجدة، وبهذا الرابط أيضاً تنتضم فروع جديدة ضمن حلقات متماسكة تشكل قاعدة أو قواعد جديدة تساهم في بناء هرم القواعد الفقهية المتنامي. وليبان حقيقة هذا الرابط وماهيته أستبق صفحات هذا البحث لأتحدث عن ركني القاعدة الفقهية^(١):

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 ليُحمل عليه أو ليُحكم عليه بشيء.

أما ركنها الثاني، أي: الحكم والمعبر عنه بالمحمول أو المحكوم به فهو إزالة الضرر^(٢).

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

وإليك أمثلة توضيحية تؤكد ذلك:

١ - قاعدة «المشقة تجلب التيسير»^(٣)، 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 بعلته وهي المشقة.

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

(٢) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباسين، ص ٨٦.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٨/١ - ٤٩)، المنشور (١٦٩/٣)، أشباه السيوطي، ص ٧٦، أشباه ابن نجيم، ص ٨٤، المجلة المادة رقم ١٧، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ١٠٥، موسوعة القواعد الفقهية (٦٣٢/١٠).

٢ - قاعدة: «الخراج بالضمان»^(١) أو «الغنم بالغرم»:

معناها: أن ما خرج من الشيء من غلّة 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 أحقيّة الضامن في الخراج، وعلّة استحقاقه للخراج هو ضمانه للشيء ما دام تحت يده.

٣ - قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»^(٢):

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

٤ - قاعدة «اليقين لا يزول بالشك»^(٣):

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

فاليقين بالحالة السابقة هو الحكم الشرعي الذي تضمنته القاعدة،

(١) انظر: أشباه السيوطي، ص ١٧٥، أشباه ابن نجيم، ص ١٧٥، المنشور للزرکشي (١١٩/٢)، المجلة مادة ٨٥، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٣٦١.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٢، ولابن نجيم ٩٤، وشرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٧.

(٣) انظر: أشباه ابن نجيم، ص ٥٦، القواعد للمقري (٢٩١/١ - ٢٩٢)، وإيضاح المسالك، ص ١٩٩، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٥، القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٥٤.

كالتيقن من إباحة شيء أو حرمة، أو وجوبه أو نديه. أما الشك في البقاء أي: بقاء اليقين السابق هو علة الحكم^(١).

بناءً على ما سبق فإننا لا نجانب الصواب إذا أضفنا لمفهوم التقعيد الفقهي معنى جديداً هو التخريج على القواعد الفقهية والاستدلال بها باعتبارها متضمنة لعلل الأحكام الفقهية المندرجة تحتها، مما هو مدون، أو محل للاجتهاد.

وحيثُ يمكن أن يكون لهذا المصطلح - التقعيد 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^(٢).

ويمكن تعريف التقعيد الفقهي بأنه:

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

وهذا التعريف بهذا المعنى هو الذي قصدته من عنوان الأطروحة وفي

سائر فصولها.

ثانياً: مفهوم القاعدة الفقهية:

القاعدة الفقهية مصطلح مركب - تركيباً وصفيًا - من كلمتين: القواعد، والفقهية، فيتعين - على الباحث - تعريف هاتين الكلمتين، خاصة إذا علمنا

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

(٢) وسيأتي بيان ذلك عند الكلام عن حجية القاعدة الفقهية ضمن المبحث الثاني من الفصل الأول.

أن كثيراً من العلماء الذين عرّفوا القواعد الفقهية، عرّفوا كلمة: [القاعدة] فقط، وأغفلوا لفظة: [الفقهية]، فجاءت تعريفاتهم للقاعدة عامة، لا خاصة بالقاعدة الفقهية، فوقع الالتباس والإشكال وكان التّقد والاعتراض.

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

تعريف القاعدة باعتبارها مركباً وصفاً:

١ - تعريف القاعدة في اللغة:

هي من مادة قعد (القاف والعين والذال)، معناها الاستقرار والثبات.

قال صاحب معجم مقاييس اللغة: (القاف والعين والذال أصل مطرد منقاس لا يُخلف، وهو يضاوي الجلوس، وإن كان يُتكلّم في مواضع لا يتكلّم فيها بالجلوس)^(١).

وقال في لسان العرب: (القاعدة: أصل الأس، والقواعد الأساس، وقواعد البيت أساسه)^(٢).

والقواعد: جمع قاعد، وهي المرأة المسنة، لكونها ذات قعود، وسميت قاعد لأنها قاعد عن الحيض والولد، قال تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٣)، أي: (هن اللواتي قعدن عن الأزواج)^(٤).

وقواعد الهودج: هي الخشبات الأربع المعترضة في أسفله^(٥).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (١٠٨/٥).

(٢) لسان العرب لابن منظور، مادة (قعد) (٣/٣٦١)، طبعة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) دار صادر، بيروت - لبنان.

(٣) سورة النور، الآية: ٦٠.

(٤) المصدر السابق (٣/٣٦١).

(٥) المصدر نفسه.

وقواعد السُّحاب: أصولها المعترضة في آفاق السماء، شبهت بقواعد البناء^(١).

وتجمع القاعدة على قواعد، وتطلق على القواعد الحسية كما في قوله عز وجل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَأَنفَ اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ﴾^(٣)، وتطلق القاعدة - معنوياً - على غير الحسية كقولك: قواعد الشرع وقواعد الإسلام ونحوهما^(٤).

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^(٥).

٢ - تعريف القاعدة في الاصطلاح:

أذكر - هنا - جملة من التعريفات حسب تسلسلها الزمني:

أ - عرّفها صدر الشريعة^(٦) بقوله: (القواعد: القضايا الكلية)^(٧).

ب - وعرّفها الفيومي^(٨)، بقوله: (الأمر الكلي المنطبق على جميع

(١) المصدر نفسه.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٢٧.

(٣) سورة النحل، الآية: ٢٦.

(٤) انظر: مقاييس اللغة (١٠٨/٥ - ١٠٩)، الصحاح (٥٢٥/٢).

(٥) نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص ٣٩.

(٦) صدر الشريعة هو: عبيدالله بن مسعود بن محمد البخاري الحنفي الملقب بصدر الشريعة الأصغر، من فقهاء الأحناف وأصولييهم، من مؤلفاته: التوضيح في حل غرامض التنقيح، توفي سنة ٧٤٧هـ. انظر في ترجمته: مفتاح السعادة (٥٩/٢)، الأعلام (١٩٧/٤)، معجم المؤلفين (١٤٦/٦).

(٧) التوضيح بحاشية التلويح (١٥٥/١).

(٨) 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 ٧٧٠هـ. انظر في ترجمته: كشف الظنون (١٧١٠)، الأعلام (٢٢٤/١)، معجم المؤلفين (١٣٢/٢).

جزئياتها^(١).

ج - كما عرفها الشريف الجرجاني^(٢) فقال: (قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها)^(٣).

د - وعرفها أبو البقاء الكفوي^(٤) بقوله: (قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها)^(٥).

وبالتأمل في هذه التعريفات نلاحظ:

- أن هذه التعريفات اعتبرت القاعدة قضيةً.

والقضية: مفرد قضايا، وسميت بذلك لاشتغالها على الحكم الذي يسمّى قضاء^(٦). وهي في اصطلاح المناطقة: (قول يصحّ أن يقال لقائله: إنّه صادق فيه أو كاذب)^(٧).

أو هي: قول يحتمل الصدق والكذب لذاته على ما رجّحه بعض العلماء^(٨).

- كما أفادت أن القاعدة تكون كلية، وهذا أمر أساسي، لأن معناها لا يتحقق من دونه.

(١) المصباح المنير ص ٥١٠، مادة: قعد.

(٢) 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 ٨١٦هـ. انظر في ترجمته: مفتاح السعادة (١/١٨٧)، الأعلام (٧/٥)، معجم المؤلفين (٧/٢١٦).

(٣) التعريفات، ص ١٤٩.

(٤) الكفوي هو أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي الحنفي القاضي، ولد في كفا بالقرم سنة ١٠٢٨هـ، وفيها نشأ وأخذ العلم، وعين قاضياً بالأستانة ثم بالقدس وتوفي بها سنة ١٠٩٤هـ - ١٦٨٤م. انظر: الأعلام (١/١٨٣)، معجم المؤلفين (٣/٣١)، هدية العارفين، ص ٢٢٩.

(٥) الكليات، ص ٧٢٨.

(٦) انظر: التلويح على التوضيح للتفتازاني (١/٢٠).

(٧) التعريفات للجرجاني، ص ١٥٤. تحرير القواعد المنطقية ص ٢٨.

(٨) تهذيب المنطق للتفتازاني بشرح الخبيصي، وحاشيتي العطار والدسوقي، ص ٢٢٥.

والكلية: أي القضية المحكوم على جميع أفرادها^(١). وليس المراد بها ما كان موضوعها كلياً، وإن كان هذا لا ينفي أن تكون أمثال هذه القضايا كلية، إلا أن مثل هذا غير كاف.

- أن هذه القضية الكلية تنطبق على جميع جزئياتها، أي أنها مطردة. وهذا ينطبق على تعريف القاعدة عند الأصوليين والنحاة، بخلاف الفقهاء فالقاعدة عندهم حكمها أكثر من لا كلي، يقول الحموي^(٢): (إن القاعدة هي عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثر من لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها)^(٣).

وقد تبني هذا الفهم بعض الباحثين المعاصرين^(٤)، ومثل لقواعد الأصوليين بقاعدة: «الأمر إذا تجرد عن القرائن أفاد الوجوب».

ومثل لقواعد النحاة بقاعدة: «الفاعل مرفوع» و«المفعول به منصوب»^(٥).

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).

(١) انظر: حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (٣١/١).

(٢) هو أبو العباس أحمد بن محمد مكّي المعروف بشهاب الدين الحموي الحنفي، المصري، كان مفتي الحنفية في مصر، ومدرساً بالمدرسة السلিমانيّة في القاهرة، توفي سنة ١٠٩٨هـ، من مؤلفاته: حاشية الدرر والغرر في الفقه، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، انظر ترجمته: الأعلام (٢٣٩/١)، معجم المؤلفين (٩٣/٢).

(٣) انظر: غمز عيون البصائر (٥١/١).

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

(٥) انظر: القاعدة الكلية، ص ٢٠.

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 تبني رأيه من الباحثين المحدثين^(١).

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 التعريف على أحكام الجزئيات من القاعدة من قبيل التخريج، وخلص إلى أنه يمكن الاقتصار في تعريف القاعدة على قولنا: قضية كلية.

فقال: (وإذا كان التعريف على أحكام الجزئيات يمثل عملية التخريج، فيبدو لنا - والله أعلم - أنه يكفي في تعريف القاعدة أنها: قضية كلية، كما جاء في تعريف صدر الشريعة... وبناءً على ذلك يمكن القول: إن كل قضية كلية هي قاعدة، أيًا كان مجالها)^(٢).

٣ - تعريف لفظ الفقهية:

الفقهية: قيد يخرج به ما ليس فقهيًا منها.

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

(١) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للروكي، ص ٤٢.

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص ٣٧.

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.

١ - تعريفات بعض المتقدمين:

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

أ - تعريف أبي عبدالله المقرئ وهو: (كل كَلِي هو أخصُّ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعمُّ من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة)^(١).

ومع ما في هذا التعريف من المزايا، إلا أن فيه^(٢):

- 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 كَلِي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه)^(٣).

(١) القواعد (٢١٢/١)، بتحقيق: د. أحمد بن عبدالله بن حميد.

(٢) وانظر: في شرح التعريف: شرح المنهج المنتخب للمنجور، ص ١٠٩. ونظرية التفعيد الفقهي لمحمد الروكي ص ٤٩ - ٥٠.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر للحموي (٥١/١).

والملاحظ على هذا التعريف أنه ميّز القاعدة 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^(١)، الذي رأى أن ذلك لا يقدح في كلية القاعدة، قال في الموافقات: (إن الأمر الكلي إذا ثبت، فتخلّف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجها عن كونه كلياً، وأيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي، لأن المتخلّفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت)^(٢).

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

٢ - تعريفات بعض المُحدثين:

عَرَفَ بعض المحدثين القاعدة الفقهية، كالأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، والدكتور علي النُدوي، والدكتور أحمد بن عبدالله بن حميد، والدكتور محمد الصّواط، وغيرهم، وقد جاءت تعريفاتهم متقاربة، إلا أنها لم تَسَلَمَ - كذلك - من التّقد والاعتراض، أكتفي بذكرها فقط.

أ - تعريف الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء:

(القواعد أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً

(١) الشاطبي: هو الإمام إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، له القدم الراسخة والإمامة العظمى في الفنون فقهاً وأصولاً وتفسيراً وحديثاً وغيرها، له مؤلفات عظيمة منها: الموافقات والاعتصام، توفي سنة ٧٩٠هـ.

انظر ترجمته: نيل الابتهاج للتنبكتي، تقديم: عبدالحميد الهرامة، ط١: ١٣٩٨هـ - ١٩٨٩م، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ص(٤٨)، الأعلام (١/٧١)، معجم المؤلفين لكحالة (١/١١٨)، إيضاح المكنون للبغدادي، دار العلوم الحديثة، بيروت (٢/١٢٧)، شجرة النور لمحمد مخلوف، دار الفكر، بيروت، ص٢٣١.

(٢) انظر: الموافقات للإمام الشاطبي (٢/٥٢)، والقواعد الفقهية للدكتور الباحثين، ص٤٦.

تشريعية عامّة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها)^(١).

ب - تعريف الدكتور الندوي: (حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرّف منها أحكام ما دخل تحتها)^(٢).

ج - تعريف الدكتور أحمد بن عبدالله بن حميد: (حكم أغلبي يتعرّف منه حكم الجزئيات الفقهية مباشرة)^(٣).

د - تعريف الأستاذ محمد الصواط: (قضية كلية فقهية، منطبقة على فروع من أكثر من باب)^(٤).

٣ - 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)^(٥).

التعريف الثاني: (حكم كليّ مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد، أو الأغلبية)^(٦).

شرح التعريف الأول:

(قضية): فعيلة بمعنى مفعولة؛ سميت بذلك لاشتغالها على الحكم الذي يسمّى قضاء.

(١) المدخل الفقهي العام (٢/٩٦٥).

(٢) القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي، ص ٤٣.

(٣) انظر: الجانب الدراسي من تحقيق كتاب القواعد للمقري (١/١٠٧).

(٤) انظر: القسم الدراسي من القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، وهي رسالة ماجستير، جامعة أم القرى ١٤١٩هـ.

(٥) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباحثين، ص ٥٤.

(٦) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي، ص ٤٨.

وفي اصطلاح المناطقة: قول يحتمل الصدق والكذاب لذاته^(١).
 (كلية): هي الحكم على كل فرد، بحيث لا يبقى فرد^(٢).
 ونعت القضية بالكلية أي: المحكوم على جميع أفرادها^(٣).
 (فقهية): نسبة إلى الفقه، ومن تعريفاته المشهورة: العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية^(٤).
 (جزئياتها): الجزء من الشيء: الطائفة منه، والجمع، وجزأته تجزئياً وتجزئةً، جعلته أجزاء متميزة^(٥).
 والجزئيات: جمع جزئية، منسوب إلى الجزء^(٦).
 والمراد بالجزئيات هنا: جزئيات موضوع القاعدة، وهي التي يتوقف صدق القضية على وجودها^(٧).
 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.

-
- (١) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٧٦، شرح الأخضري على السلم، ص ٣٤، كشف اصطلاحات الفنون (٥٨٥/٣).
 (٢) شرح تنقيح الفصول، ص ٢٨، وفي أهمية نعت القضية بالكلية، انظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص ٣٣ - ٣٧.
 (٣) حاشية العطار على شرح جمع الجوامع (٣١/١)، وكشف اصطلاحات الفنون (٣٣/٤).
 (٤) سبق وأن أشرنا إلى مصادر التعريف.
 (٥) المصباح المنير مادة (ج ز ا) (١٣٨/١)، التعريفات ص ٧٨، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٢٤١.
 (٦) كشف اصطلاحات الفنون (٢٥١/١ - ٢٥٢).
 (٧) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرافية، للدكتور عادل بن عبدالقادر ولي قوته (٢٥٢/١ - ٢٥٣).

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﴾^(١)، حكماً شرعياً هو حرمة الربا، فكذلك يستنبط من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(٢)، 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، فالتقعيد ضرب من الاستنباط؛ إلا أنه استنباط للكليات لا للجزئيات.

وقولنا (مصوغ صياغة تجريدية): قيد أخرج القواعد المرتبطة بأعيان الجزئيات. فهذه لا تخضع للتقعيد 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)^(٣).

ثالثاً: تعريف علم القواعد الفقهية:

يعترف الباحثون المعاصرون في علم القواعد الفقهية، أنهم لم يقفوا

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

(٢) سورة الإسراء، الآية: ١٥.

(٣) انظر: نظرية التقعيد الفقهي، ص ٤٨.

على تعريف لهذا العلم عند الأئمة المتقدمين، مما دفعهم إلى محاولة وضع تعريف لهذا العلم، ومن هذه التعريفات:

١ - تعريف الشيخ محمد ياسين بن عيسى الفاذازي^(١): (قانون تعرف به أحكام الحوادث التي لا نصّ عليها من كتاب أو سنة أو إجماع)^(٢).

وقد تعقب هذا التعريف الدكتور الباحثين بأنه: (تعريف لا يميّز هذا العلم تمييزاً 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)^(٣).

٢ - تعريف الأستاذ محمد الصواط: (هو العلم بالقضايا الكلية الشرعية العملية، ومدى انطباقها على فروعها)^(٤).

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

٣ - 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)^(٥).

(١) هو أبو الفيض محمد ياسين بن عيسى الفاذازي، 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 ١٤١٠هـ. عن القواعد الفقهيّة للباحثين، ص ٥٥.

(٢) الفوائد الجنيّة، حاشية على المواهب السنيّة، ص ٦٩.

(٣) القواعد الفقهيّة للباحثين، ص ٥٥ - ٥٦.

(٤) القسم الدراسي من القواعد الفقهيّة عند ابن تيمية في فقه الأسرة، لمحمد الصواط (٩٥/١).

(٥) القواعد الفقهيّة للباحثين، ص ٥٦.

ثم ذكر محترزات التعريف قال:

فقولنا: (العلم) كالجنس يشمل المُعرّف وغيره.

وقولنا: (الذي يبحث فيه، عن القضايا الفقهية الكلية...)، قيدٌ أخرج ما ليس كذلك، كالقضايا الكلية الأصولية والمنطقية وغيرها.

وقولنا: (التي جزئياتها قضايا فقهية كلية...) قيد آخر، أخرج القضايا الفقهية الفرعية التي هي جزئيات الأحكام الفقهية.

وقولنا: (من حيث معناها وما له صلة بها...) قيود آخر، وضحت حيثية هذا العلم وشخصت موضوعه، وأخرجت ما بحث في تلك القضايا، لا من هذه الحيثيات، بل من حيثيات آخر^(١).

٤ - تعريف الدكتور عادل بن عبدالقادر ولي قوته، وهو في الحقيقة اختصار لتعريف الباحثين الطويل، وهو مناسب جداً: (العلم بالقضايا الفقهية الكلية؛ من حيث ماهيتها ومقوماتها، ومدى انطباقها على جزئياتها، وما يستثنى منها)^(٢).

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 محلّها، وقد يحدث - حينئذ - الالتباس، ولهذا السبب آثرت الكلام عن هذه المصطلحات، على أن يكون ذلك في النقاط الآتية:

١ - مصطلح الضابط الفقهي:

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

(١) انظر في بيان محترزات التعريف، القواعد الفقهية للباحسين، ص ٥٧.

(٢) القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، للدكتور ولي قوته (١/٢٥٥).

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^(١).

وفي الجملة أغلب معانيه لا تعدو الحَصْرَ، والحبس والقوّة.

تعريف الضابط في الاصطلاح:

اختلف العلماء في تعريف الضابط في الاصطلاح:

ففرّق منهم: لم يميّزُه عن القاعدة الفقهية، وبالتالي كان تعريف القاعدة هو تعريفاً للضابط أيضاً^(٢).

والفريق الثاني: فرّق بين القاعدة والضابط، وهم جمهور العلماء^(٣)، ومما عرّف به - هذا الفريق - الضابط:

(١) انظر: لسان العرب (٣٤٠/٧).

(٢) من هؤلاء: الكمال بن الهمام (ت ٨٦١هـ) في كتابه التحرير (٢٩/١)، والفيومي (ت ٧٧٠هـ) في كتابه المصباح المنير (٦٩٩/٢ - ٧٠٠)، والمنجور (ت ٩٥٥هـ) في كتابه شرح المنهج المنتخب، ص ١٠٠، وعبدالغني النابلسي (ت ١١٤٣هـ) في كتابه كشف الخطاير عن الأشباه والنظائر، نقلاً عن علي الندوي في كتابه القواعد الفقهية، ص ٤٧.

(٣) نذكر منهم الإمام تاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ) في كتابه الأشباه والنظائر (١١/١)، والإمام السيوطي (٩١١هـ) في كتابه الأشباه والنظائر في النحو (٧/١)، وبدر الدين الزركشي (٧٩٤هـ) في كتابه تشنيف المسامع (٩١٩/٢)، وابن نجيم (٩٧٠هـ) في كتابه الأشباه والنظائر ص ١٦٦، والفتوح الحنبلي المعروف بالنجار (٩٧٢هـ) في كتابه شرح الكوكب المنير تحقيق: محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد، طبعة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) مكتبة العبيكان، الرياض - السعودية (٣٠/١)، والكفوي (١٠٤٩هـ) في كتابه الكليات الطبعة الثانية (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م) مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ص ٧٢٨، والبناني (ت ١١٩٨هـ) في حاشيته على شرح الجلال المحلي لجمع الجوامع (٥٠٨/٢)، والتهانوي (كان حياً سنة ١١٥٨هـ) في كتابه كشاف اصطلاحات الفنون (١١٣/٣)، وذهب إلى التفريق - كذلك - جل الباحثين المعاصرين، راجع في ذلك القواعد الفقهية للباحسين، ص ٦١.

- ١ - (ما اختصَّ بابٍ وقُصِدَ به نَظْمُ صُورٍ متشابهةٍ)^(١).
- ٢ - (ما انتظم صوراً متشابهة في موضع واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر)^(٢).
- ٣ - (قضية كلية فقهية، منطبقة على فروع من بابٍ واحد)^(٣).
وهي تعريفات ووضحات، سبق وأن شرحنا مفرداتها، عدا مفردة (باب)، وهي في اصطلاح العلماء: اسم لطائفة من المسائل، مشتركة في حكم وقد يعبر عنه بالكتاب أو الفصل^(٤).
- (فظائفة المسائل، المشتركة في حكم واحد هي الباب المعبر عنها بالموضوع الواحد، والضابط ينظم صوراً متشابهة مختصة بهذا الباب أو الموضوع)^(٥).

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 فروع المنطبقة هي من باب واحد، أي: موضوع واحد.
 - أن القاعدة قابلة للاستثناء لشمولها وعمومها، وانطباقها على أكثر من

(١) تعريف ابن السبكي في أشباهه (١١/١).

(٢) وهو تعريف الدكتور الباحثين، في كتابه القواعد، ص ٦٧.

(٣) للأستاذ الصّوّاط في رسالته القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ص ٩٩.

(٤) انظر: مواهب الجليل للعلامة الحطاب (٤٣/١).

(٥) القواعد والضوابط الفقهية القرافية، لولي قوّته (٢٦٥/١).

باب، ويقع ذلك كثيراً فيها بخلاف الضابط فلا يُتسامح بوجود ما يخرجه، وإلا لم يُعدَّ ضابطاً^(١).

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^(٢).

إلا أن الإطلاق الذي تعرضنا له بذكر بعض تعاريفه، هو الغالب والأصل، ولا شك أن الغالب والأصل يُرَّجَّح على غيره.

٢ - مصطلح الأشباه والنظائر:

وهو من أشهر المصطلحات المشتركة والمتداخلة مع مصطلح القواعد.

أما في اللغة: فشبه الشيء مثله، وجمعه أشباه، ونظيره مثله أيضاً، فالنظير: المثل المساوي، وجمعه نظراء، ومفرد النظائر: نظيرة^(٣).

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^(٤).

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

وأما في الاصطلاح: فالأشباه: (هي الفروع الفقهية التي أشبه بعضها

(١) انظر: كتاب القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، لولي قوته (١/٢٦٧)، والقواعد الفقهية للندوي، ص ٥١.

(٢) انظر: بعض هذه الاستعمالات في كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص ٦٣ - ٦٦.

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٥/٤٤٤)، المصباح المنير (نظر) (٢/٨٤١)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٧٠٢.

(٤) الحاوي للفتاوي للسيوطي، طبعة (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، دار الفكر، بيروت - لبنان (٢/٣٢٨).

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)^(١).

والتعريف الجامع بين المصطلحين: (الفروع الفقهيّة المتشابهة التي تأخذ حكماً واحداً، والفروع الفقهيّة المتشابهة ظاهراً أو صورةً، والمختلفة في الحكم)^(٢).

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^(٣)، 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.

أو أن القواعد الفقهيّة تمثل المفاهيم^(٤) والأحكام العامة، والأشباه والنظائر تمثل الماصدقات^(٥). أو الوقائع الجزئية التي تتحقق بها تلك

(١) انظر: الحاوي للفتاوي للسيوطي (٣٢٨/٢)، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٢ - ١٣.

(٢) القواعد الفقهيّة للباحسين، ص ٩٧.

(٣) ويعتبر كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم خير مثال على ذلك انظر ص: ١٦٦، ٣٠٢، ٣٩٤، ٤٠٦، ٤٢٤.

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

(٥) الماصدق: هو الأفراد الذين يطلق عليهم اللفظ، وانظر في معنى المفهوم والماصدق، ضوابط المعرفة لحسن حبنكة الميداني، ص ٤١ - ٤٢.

المفاهيم أو تنتفي عنها^(١).

٣ - مصطلح الكليات الفقهية:

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

وهي في اللغة: جمع الكلية، نسبة إلى كلمة «كل»، التي هي من ألفاظ العموم المفيدة للاستغراق، واستيعاب جزئيات ما دخلت عليه^(٢).

أما معناها الاصطلاحي: فهي عند المناطقة: (قضية حَمَلِيَّة حُكِمَ فيها على جميع أفراد الموضوع)^(٣).

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

والقضية الحملية: هي التي يكون الحكم فيها قائماً على إسناد شيء إلى آخر أو نفيه عنه^(٤).

ومع كون الكليات من القضايا الكلية، لكن يكثر أن يكون موضوعها خاصاً؛ وأطلق عليها كليات لأن معانيها تتصدّرُها كلمة (كل)^(٥).

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

(١) عن القواعد الفقهية للباحين بتصرف، ص ٩٨.

(٢) انظر: المصباح المنير (٧٣٩/٢ - ٧٤٠)، الكليات للكفوي (٨٠/٤).

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون (٣٣/٤).

(٤) انظر: ضوابط المعرفة، ص ٧٩ - ٨١.

(٥) انظر: القواعد الفقهية القرآنية، لعادل ولي قوته (٢٦٨/١).

«الثوب الطاهر تجوز الصلاة به وعليه، ما لم يكن حريراً» .
«من مُنِع من النظر إلى امرأة لم يجز أن يخلو معها» .
فهي صالحة إذا لوضع كلمة (كل) قبلها، وتكون بذلك كليةً، فنقول:
«كل ثوب طاهر تجوز الصلاة به وعليه، ما لم يكن حريراً»^(١) .
«كل من منع من النظر إلى امرأة لم يجز أن يخلو معها»^(٢) .
وهذا كثير في كتب الفقهاء، وإن كان هناك قدرٌ لا بأس به من الكليات ذات الشمول والعموم، مبثوث في كتب الفقه وفي كتب القواعد، مثل:
«كلما عظم شرف الشيء عظم خطره»^(٣) .
«كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب»^(٤) .
«كل عقدين بينهما تضاد، لا يجمعهما عقد واحد»^(٥) .
وقد تكون الكلية الفقهية ضابطاً فحسب لا تتجاوز موضوعاً معيناً، أو باباً محدوداً من الأبواب الفقهية، كالكلية الأخيرة.

٤ - مصطلح الأصل:

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

وهو في اللغة: أصل الشيء وأساسه، وهو ما بينى عليه غيره^(٦) .

(١) الكافي (١/٢٤٠) .

(٢) قوانين الأحكام الشرعية، ص ٧٠ .

(٣) الفروق (٣/٢٦٢) .

(٤) القواعد للمقري (٢/٣٩٣) .

(٥) الفروق (٣/١٤٢)، الذخيرة (٤/٣٩٢) .

(٦) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (١/١٠٩)، القاموس المحيط (٣/٣٢٨)،

المصباح المنير (١/٢١)، تعريفات الجرجاني، ص ٢٨، الكليات للكفوي (١/١٨٨)،

التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٦٩ .

- وأما في الاصطلاح: يطلق على عدّة معانٍ، أشهرها:
- الدليل: كقولهم الأصل في وجوب الزكاة قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا زَكَاةً﴾^(١)، والأصل في المسألة: أي: دليلها.
 - الراجع: كقولهم: إذا تعارضت الحقيقة مع المجاز فالأصل تقديم الحقيقة.
 - المستصحب: أي: الحكم المتيقّن الذي يجري استصحابه، نحو: الأصل في المياه الطهارة.
 - الغالب في الشرع: وهذا يعرف باستقراء موارد الشرع.
 - المقياس عليه: كقولهم: الحنطة أصل يقاس عليه الأرز في تحريم الربا.
 - إطلاق الأصل على القاعدة: وهو كثير الاستعمال لدى الفقهاء، لكن لأغراض، أو لمعان خاصة مقصودة، نذكر منها:
 - التنبية على عموم القاعدة وكلّيتها واستمرارها، مثل قاعدة: «الأصل في التصرفات، حملها على الصّحة»^(٢).
 - التنبية على الأغلبية والرجحان، مثل قاعدة: «الأصل في العقود اللزوم»^(٣).
 - التنبية على الاستصحاب حال التعارض مثل قاعدة: «الأصل السلامة»^(٤).
 - بيان كونه مرجحاً لما في قاعدة: «الأصل منع القرعة»^(٥).

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٧٧.

(٢) الذخيرة للقرافي (٢٤٦/٦)، الفروق (٨٤/٢).

(٣) الذخيرة (٣٥٣/٤)، الفروق (٢٦٩/٣).

(٤) الذخيرة (٤٢٩/٤).

(٥) الذخيرة (٢٢٣/٧)، الفروق (١١١/٤).

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

فينبغي ملاحظة هذه المعاني المقصودة ومراعاتها حين التعامل مع هذا المصطلح في كتب القواعد الفقهية^(١).

وفي تمييز الأصل عن القاعدة يقول الدكتور الباحثين: (إن الأصل في اصطلاح العلماء أعم من القاعدة والضابط إذ هو يطلق على القاعدة الكلية سواء كانت أصولية، كقولهم: (الأصل أن الخبر المروي عن النبي ﷺ مقدّم على القياس الصحيح)^(٢)، أو قاعدة فقهية، كقولهم: (الأصل أن القدرة على الأصل)، أي: المبدل قبل استيفاء المقصود بالمبدل ينتقل الحكم إلى المبدل)^(٣)، كما يطلق على الضابط الجامع لفروع وجزئيات في باب واحد، على رأي طائفة من العلماء...^(٤).

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

٥ - مصطلح التقاسيم:

وهو في اللغة: جمع تقسيم، مصدر قسم الشيء: إذا فرزه أجزاء^(٥). وفي الاصطلاح: تحليل ما يصدق عليه اسم الكلّي؛ بحيث يمكن تمييز بعض أجزائه عن بعض.

(١) استفدت في تفصيل هذه المعاني الخاصة المتعلقة بإطلاق مصطلح الأصل على القاعدة، مما أودعه الدكتور عادل ولي قوته، في كتابه: القواعد والضوابط الفقهية القرافية (١/٢٧٣).

(٢) تأسيس النظر، ص ٩٩.

(٣) المصدر السابق، ص ١١١.

(٤) القواعد الفقهية للباحثين، ص ٧٤ - ٧٥.

(٥) المصباح المنير (ق س م) (٢/٦٩٠)، التعريفات، ص ١٨٢، التوقيف على مهمات التعاريف ص ٥٨٢.

وليس المراد بالأجزاء: الأفراد، بل المقصود: ذكر الأنواع التي تدخل ضمن جنس من الأجناس، على وجه التفصيل، وإظهار ما بينهما من وجوه التشابه والاختلاف^(١).

ويشترط - المناطقة - لصحة التقاسيم شروطاً:

١ - 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.

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

٣ - 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 أسفل، 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^(٢).

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)^(٣).

وكذلك الضوابط الفقهية هي أمر غير التقاسيم، فلا تعدّ قضية كلية،

(١) المنطق الصوري: أسسه ومباحثه، ص ١٩٩، وانظر القواعد الفقهية للباحسين، ص ٨٥.

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص ٨٦ - ٨٧.

(٣) الأشباه والنظائر (٣٠٦/٢).

بخلاف الضابط الفقهي الذي جمع ضبطاً وحصرأ مع الصياغة الفنية المحكمة لما ضبطه وحصره^(١).

٦ - مصطلحات المدارك والمآخذ والعلل :

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

١ - 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^(٢).

والمُدْرَك في الاصطلاح: (القدر المشترك الذي به اشتركت فروع في حكم، وهو الجامع بينها)^(٣).

وقال في «المصباح»: (مدارك الشرع مواضع طلب الأحكام)^(٤).

وعليه فالمُدْرَك ليس قسيماً للضابط أو القاعدة، بل هو معنًى 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»^(٥).

(١) والدكتور الباحثين يميل إلى عدّ التقاسيم من الضوابط، انظر كتابه: القواعد الفقهية، ص ٨٨، وكذلك في ص ٦٦.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة، ص ٣٥٢، المصباح المنير (د ر ك) (١/٢٦١)، التعريفات، ص ١٤، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٥.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (١/١١)، القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، عادل ولي قُوتَه (١/٢٨١).

(٤) المصباح المنير (١/٢٦١).

(٥) القواعد والضوابط الفقهية القرآنية (١/٢٨٢).

٢ - أما المآخذ: فهي جمع مأخذ، وهو موضع وزمان وطريقة الأخذ، ويأتي بمعنى المنهج والمسلك، ومأخذ الكتاب: مصادره^(١).

وأما في الاصطلاح: (الأدلة على الشيء، أو علته التي من أجلها كان حكمه)^(٢).

فهي بهذا الاعتبار: مرادفة للمدارك، أو قريبة من الترادف في غالب استعمال العلماء لهما، وإن كانا في معنيهما غير متطابقين.

٣ - وأما العلل: فهي جمع علة، وهي الوصف الجالب للحكم، ومعنى ذلك: أن المعاني المحكوم عليها موصوفة بصفات، فما كان منها جالبا للحكم فهو علة^(٣).

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

(... ومنهم من يدخل المآخذ والعلل التي تشترك فيها أحكام طلباً لجمع المشتركات في قدرٍ مشترك، وليس ذلك أيضاً من القواعد في شيء)^(٤).

٧ - 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 - كلٌ على حسب نظره

(١) انظر: القاموس المحيط (٣٥٠/١).

(٢) القواعد الفقهية للباحسين، ص ٧٠.

(٣) انظر: الحدود للبايجي، ص ٧٢، وانظر: مراقي السعود مع نشر البنود (٢٥١/٢)، بيت ٦٦١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٠٨/٢).

واعتباره - عند تفريقهم بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، وإنني أقتصر في هذا المبحث على إثبات الفروق المتفق عليها أو المقبولة عند العلماء، أما الفروق المُعْتَرَض عليها، فقد أمسكت عنها خشية الإطالة، ولأن المقصود يتم بدونها^(١).

وبمراعاة السّبق، نجد أن الإمام القرافي^(٢) 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^(٣).

(١) راجع الفروق المعترض عليها في كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص ١٤١ - ١٤٢.
 (٢) القرافي: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري، الإمام الحافظ عمدة أهل التحقيق، أخذ عن ابن الحاجب والعز بن 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 (١/٢٣٦ - ٢٣٩)، شجرة النور ص (١٨٨)، وفيات ابن قنفذ، تحقيق: عادل نويهض، دار الآفاق الجديدة، ط ١٤٠٠/٣هـ - ١٩٨٠م، ص (٣٢٨).

(٣) الفروق (١/٣٥٢).

فالقرافي بنى تفريقه على:

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

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

ونقل الدكتور علي الندوي عن شيخ الإسلام ابن تيمية^(١) أنه يفرق بين القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية باعتبار أن أصول الفقه هي الأدلة العامة خلافاً لقواعد الفقه فإنها عبارة عن الأحكام العامة^(٢).

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

فالقاعدة الأصولية (الأمر للوجوب) تنفيذ وجوب الصلاة ولكن بواسطة الدليل وهو قوله تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِصَلَاةِ اللَّهِ عِندَهُ ۚ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ ۚ﴾^(٣)، والقاعدة الفقهية: (الأمور

(١) ابن تيمية: هو شيخ الإسلام تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي، الفقيه المجتهد المجدد، الملم بعلوم الشريعة أصولها وفروعها، ترك مصنفات وفتاوى كثيرة، توفي رحمه الله في السجن في قلعة دمشق سنة ٧٢٨هـ. انظر ترجمته في: البداية والنهاية (١٤/١٣٥)، والدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر، دار الجيل بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، (١/١٤٤)، وفوات الوفيات لمحمد شاکر الكتبي، تحقيق الدكتور إحسان عباس (١/٧٤ - ٨٠)، وتذكرة الحفاظ (٤/١٤٩٦ - ١٤٩٨)، والنجوم الزاهرة لابن تغري بردي، علق عليه: محمد حسين شمس الدين (٩/١٩٦ - ١٩٧)، شذرات الذهب (٦/٨٠ - ٨٦).

(٢) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٢٩/١٦٧)، القواعد الفقهية للندوي ص ٦٨.

(٣) سورة الحج، الآية: ٧٨.

بمقاصدها) تفيد وجوب النية في الصلاة مباشرة ومن دون واسطة^(١).

ومن الفروق ما ذكره الشيخ محمد أبو زهرة - رحمه الله -^(٢) 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^(٣).

وفرق بعضهم بأن القاعدة الأصولية يكون موضوعها الأدلة، أو أنواعها، أو أعراض الأدلة، أو أنواع تلك الأعراض، أو الأحكام، ويكون محمولها مثبتاً، نحو: خبر الآحاد 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)^(٤).

(١) راجع القواعد الفقهية للسيد ميرزا حسن الموسوي البجنوردي، ص ١٠٧، نقلاً عن القواعد الفقهية للباحسين، ص ١٣٦ - ١٣٧، وانظر: القواعد للمقري، القسم الدراسي (١٠٧/١ - ١٠٨).

(٢) توفي رحمه الله سنة ١٩٧٤م.

(٣) انظر كلام أبي زهرة في كتابه «مالك»، حياته وعصره وآراؤه الفقهية»، ص ٢١٨. وكذا كتابه «أصول الفقه».

(٤) انظر: سد الذرائع لهشام برهاني، ص ١٦٠ - ١٦٢.

٨ - مصطلح النظريات الفقهية:

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

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^(١).

وقد أطلق المناطقة والنظار من المسلمين «النظري» على ما احتاج إلى التفكير والتأمل، وجعلوا ذلك في مقابلة الضروري أو البديهي^(٢).

أما في الاصطلاح: فعرفها بعضهم بقوله: (فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردها إلى مبدأ واحد يمكن أن نستنبط منه، حتماً، أحكاماً وقواعد)^(٣).

وعرفها البعض الآخر، بقوله: (جملة من التصورات المؤلفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات)^(٤).

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 يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً مُنبثاً في الفقه الإسلامي، كانبثات

(١) انظر: المصباح المنير (نظر) (٨٤٠/٢)، الكليات للكفوي (٣٦٠/٤)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٧٠١.

(٢) انظر: شرح تحرير القواعد المنطقية، ص ١٠، التعريفات للجرجاني، ص ٢٦١، والتوقيف على مهمات التعاريف ص ٧٠٢.

(٣) انظر: المعجم الفلسفي، تصنيف جماعة من العلماء، ص ٢٠٣، نقلاً عن القواعد الفقهية للندوي، ص ٦٢.

(٤) انظر: معجم المصطلحات العربية، لمجدي وهبة وكامل المهندس، نشر مكتبة لبنان - بيروت، ص ٤١٣.

أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل 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 القولي، وفكرة الضمان وأسبابه، وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله^(١).

وفيد 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 يغض من رتبها العلمية ودرجتها في الفقه الإسلامي لأنها تعتبر الحدود والضوابط الأساسية للنظريات العامة، فهي التي توطئها وتضبطها وتجمع أطرافها وذبولها، وتحّد من سعتها، وتبرز معالمها، وتشخص ملامحها، وبدونها تصبح هذه النظريات فضاء واسعاً لا حدّ له)^(٢).

ولعل هذا الترابط الوثيق بين القواعد الفقهية والنظريات الفقهية لبس على بعض الباحثين^(٣)، 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 ثمّ الأحكام.

يقول الدكتور الروكي: (وإنما نريد أن نؤكد على ضرورة المحافظة

(١) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، دار القلم، دمشق - سوريا (١/٣٢٩).

(٢) انظر: قواعد الفقه الإسلامي للروكي، ص ١١٥.

(٣) ممن ذهب إلى التسوية بين القواعد الفقهية والنظريات، الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه أصول الفقه، ص ١٠، وتبعه في ذلك الشيخ أحمد بوطاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لكتاب «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك» للونشريسي، ص ١١١.

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 التقعيد 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 والمتشابهة في إطار كبير واحد يجمعها... فالقاعدة الفقهية أدق وأخص مدلولاً وأضيق نطاقاً من النظرية الفقهية العامة^(١).

ومن الفروق - أيضاً - :

- أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة 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 تقعيدها إلى أحد المصادر الشرعية، بينما تستند النظرية الفقهية في تكوينها إلى دراسة الفقه الإسلامي ومصنفات الفقهاء.

- أن القاعدة الفقهية قد تكون أعمّ من النظرية، لأن القاعدة لا تتقيد 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^(٢).



(١) قواعد الفقه الإسلامي، ص ١١٥ - ١١٦.

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص ١٥٠. التقعيد الفقهي للروكي، ص ٥٤.

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:

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

- قاعدة الأمور بمقاصدها^(١).

- قاعدة اليقين لا يزول بالشك^(٢).

- قاعدة المشقة تجلب التيسير^(٣).

- قاعدة الضرر يزال^(٤).

- قاعدة العادة محكمة^(٥).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩، أشباه ابن نجيم، ص ٢٧، الأشباه لابن السبكي (٢٤/١).

(٢) أشباه ابن نجيم، ص ٥٦، القواعد للمقري (٢٩١/١ - ٢٩٢)، وإيضاح المسالك، ص ١٩٩، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٥، القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٥٤.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٧٦ - ٨٣. غمز عيون البصائر (٢٧٣/١). شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ١١١. القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٤٩ - ٣٥٩. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٢١/١). موسوعة القواعد والضوابط للندوي (١٣٤/١ - ١٣٥).

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٣، أشباه ابن نجيم، ص ٨٥، شرح القواعد، ص ١٢٥.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٣، الفروق للقرافي (٧٦/١)، القواعد للمقري (٣٤٥/١)، إيضاح المسالك، ص ٣٩٢، أشباه السبكي (٥٠/١)، أشباه السيوطي، ص ١١٩، القواعد لابن رجب، ص ٣٤٢، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٣٧/٦)، موسوعة القواعد والضوابط للندوي (١٧٠/١).

القسم الثاني: القواعد الشاملة لأبواب كثيرة، ولا تختص بباب معين، إلا أنها أقل شمولاً مما قبلها، وعبر عنها الإمام السيوطي^(١) بقوله: (قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية)، وذكر منها أربعين قاعدة^(٢)، ومنها:

- إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام^(٣).
 - الخراج بالضمان^(٤).
 - تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة^(٥).
 - إذا اجتمع السبب أو الغرر والمباشرة، قدمت المباشرة^(٦).
 - الحرّ لا يدخل تحت اليد^(٧).
- واقترنت على هذه القواعد لأنها من بين القواعد المخرّج عليها، في الجانب التطبيقي.

(١) السيوطي: هو الحافظ جلال الدين أبو الفضل عبدالرحمن بن الكمال الخضري السيوطي الشافعي الإمام المجتهد الحجة الزاهد صاحب التصانيف المفيدة التي بلغت نحو ستمائة مصنف في مختلف العلوم، ولد سنة ٨٤٩هـ، ومات سنة ٩١١هـ.

انظر: شذرات الذهب (٥١/٨)، الأعلام (٧١/٤).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٣٤، وقد اقتصر ابن نجيم في كتابه الأشباه، على ذكر تسع عشرة قاعدة فقط.

(٣) انظر: المنثور للزرکشي (١٢٥/١)، أشباه السيوطي، ص ١٣٩، أشباه ابن نجيم، ص ١٠٩.

(٤) انظر: المجلة مادة ٨٥، أشباه السيوطي ص ١٧٥، أشباه ابن نجيم، ص ١٥١، المنثور للزرکشي (١١٩/٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٦١. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٧٤/٥).

(٥) المنثور (٣٠٩/١)، أشباه السيوطي ١٥٨، أشباه ابن نجيم ١٢٤، المجلة مادة ٥٨، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٤٩٦، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٠٧/٤).

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢٠٦، أشباه ابن نجيم، ص ١٦٣. المنثور (١٣٣/١).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٦١، أشباه ابن نجيم، ص ١٣١.

القسم الثالث: القواعد المذكورة في أبواب معينة، وفروعها محدودة، وقد أطلق عليها ابن السبكي، اسم القواعد الخاصة^(١).

ومن أمثلتها:

- الأصل في الأموال العصمة^(٢).

- مقتضى العقد السلامة^(٣).

- كل عقدين بينهما تضاد: لا يجمعهما عقد واحد^(٤).

- كل ما يثبت في الذمة لا يصح الإقرار به^(٥).

- الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم^(٦).

□ الاعتبار الثاني: من حيث الاتفاق عليها وعدمه:

تنقسم القواعد بهذا الاعتبار إلى قسمين اثنين:

القسم الأول: قواعد متفق عليها، وهي نوعان:

١ - قواعد متفق عليها بين جميع المذاهب، ومثالها القواعد الخمس الكبرى، التي سبق ذكرها.

٢ - قواعد متفق عليها في المذهب الواحد، ومن أمثلتها ما ذكره الإمام السيوطي من القواعد الأربعين، وقد ذكرنا بعضها سابقاً.

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٢٠٠/١).

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي (٣٢٧/٦)، والقواعد والضوابط الفقهية القرافية، عادل ولي قوته (٤٤١/٢).

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (٢٤٧/٥)، والقواعد والضوابط الفقهية القرافية (٦٠٧/٢).

(٤) انظر: الفروق للقرافي (١٤٢/٣)، الذخيرة (٣٩٢/٤).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٥٧٣.

(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٣٩٠/١).

القسم الثاني: قواعد مختلف فيها، وهي أيضاً نوعان:

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

- الدفع أقوى من الرفع^(١).

- الرخص لا تناط بالمعاصي^(٢).

- ما حرم استعماله حرم اتخاذه^(٣).

٢ - قواعد مختلف فيها داخل المذهب الواحد، ويغلب على هذا النوع وروده بصيغة الاستفهام، وأغنى المذاهب بهذا النوع من القواعد مذهب المالكية^(٤).

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 تملك^(٥)؟

- يد الوكيل هل هي كيد الموكل أم لا^(٦)؟

- بيع الخيار إذا أمضي: هل يعدُّ ماضياً من حين عقده، أو من حين إمضائه^(٧)؟

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٧٨، ولم يورد شيئاً منها ابن نجيم في أشباهه، وهذا دليل على أن مذهبه يخالف ذلك.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) المصدر نفسه.

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

(٥) انظر: الفروق للقرافي (١١١/٢)، فقرة ٧٩. الكليات للمقري، ص ١٥٩، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٢٢/١ - ٣٢٤)، المنشور للزركشي (٨١/١ - ٨٧).

(٦) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي، ص ٢٧٦، قاعدة رقم: ٦٣.

(٧) انظر: الذخيرة (٣٠٩/٧)، تقرير القواعد وتحرير الفوائد (٥٢٩/٢).

- رد البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله أو من حين رده^(١)؟
- الشفعة هل هي بيع أو استحقاق^(٢)؟

□ الاعتبار الثالث: من حيث الاستقلال والتبعية:

وتنقسم القواعد بهذا الاعتبار إلى قسمين اثنين:

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

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

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

- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم^(٣).

- ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم^(٤).

فالقاعدتان متفرعتان عن القاعدة الأم: (العادة محكمة).

٢ - أن تكون قيداً أو شرطاً في غيرها، فمن ذلك:

- إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت^(٥).

(١) إيضاح المسالك للنوشرسي، ص ٣٥٤، القاعدة رقم: ٩٣، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية للغرياني، ص ٣٠٨.

(٢) إيضاح المسالك، ص ٣٨٣، القاعدة رقم: ١٠٦.

(٣) انظر: المجلة المادة ٤٤، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٥. الوجيز، ص ٣٠٦.

(٤) انظر: نشر العرف (١٤٤/٢).

(٥) المجلة مادة ٤١، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ١٧٩. الوجيز ٢٩٥.

- لا عبرة بالعرف الطارئ^(١).

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 ألفوا في القواعد الفقهية، لم يتعرضوا لهذه المقومات^(٢)، 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 المُحدَثون، 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)^(٣).

وكذا الدكتور يعقوب الباحسين في كتابه «القواعد الفقهية» في فصل سمّاه: (مقومات القاعدة الفقهية الأركان والشروط)^(٤). وقد استفاد الباحسين - كثيراً - مما كتبه علماء القانون، وعلماء المنطق، في هذا الموضوع.

وقبل استعراض هذه المقومات، ينبغي التوقف عند حقيقة هذا

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٠١.

(٢) كما صرح بذلك الدكتور الباحسين في كتابه القواعد الفقهية، ص ١٦٥.

(٣) انظر: ص ٦٠ من الكتاب.

(٤) انظر: ص ١٦٥ وما بعدها.

المصطلح، فالمقصود بمقومات القاعدة كما اصطلح عليه البعض^(١)، أو عناصرها العلمية الأساسية كما اصطلح عليه البعض الآخر^(٢): 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^(٣).

وفي الاصطلاح: (هو ما لا وجود للشيء إلا به)^(٤).

أو هو: (ما يتمّ به، وهو داخل فيه)^(٥).

أما الشرط في اللغة: من الشَّرَطَ بالتحريك، وهو العلامة، والجمع أشرط، وأشراط الساعة أعلامها، والشَّرْطُ إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وجمعه شروط^(٦).

وفي الاصطلاح: (هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في الحكم، ولا مفضّ إليه)^(٧).

أو هو: (ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)^(٨).

(١) اصطلاح الدكتور الباسين.

(٢) اصطلاح الدكتور محمد الروكي.

(٣) انظر: تعريفات الجرجاني، ص ١١٧، المصباح المنير (٣٢٣/١)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٧٣.

(٤) انظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠هـ)، ضبط وتعليق وتخريج: محمد المعتصم بالله البغدادي (٣/٣٤٤).

(٥) أصول السرخسي (٢/١٧٤).

(٦) التعريفات للجرجاني ص ١٣١، المصباح المنير (٤٢١/١)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٢٧.

(٧) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٣١، القاموس الفقهي، ص ١٩٢.

(٨) انظر: حاشية القليوبي على شرح الجلال المحليّ على منهاج الطالبين، طبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة - مصر (١/١٧٥).

أولاً: أركان القاعدة الفقهية:

أبدأ أولاً بذكر ما توصل إليه الدكتور عادل ولي قوته، في دراسته الموسومة بـ: «القواعد والضوابط الفقهية القرافية»، وبالضبط في مبحث عقده لجمع كلام القرافي المحدد (لمقومات القاعدة الفقهية).

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

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

٢ - ضرورة اشتمال القاعدة على موجب الاعتبار لها.

٣ - ضرورة مناسبتها للنصوص والأقيسة.

٤ - أن تقلّ النقوض الواردة على القاعدة، أو تنعدم.

٥ - أن القاعدة العامة الكلّية لا تثبت بالمُثل الجزئية، بل لا بدّ في التسليم بكلّيتها وعمومها إلى ثبوت ذلك في ما لا يحصى من الأمثلة والجزئيات^(١).

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 ومحسنات 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)^(٢)، الذي ذكره الدكتور الرُّوكي من ضمن المقومات الأساسية للقاعدة الفقهية.

(١) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرافية (١/١٩٩).

(٢) انظر: التقعيد الفقهي للروكي، ص ٦٧.

وتعقبه الدكتور الباحثين منتقداً، بأن بعض هذه المقومات، خارج عن أركان وشروط القاعدة، قال: (لكنّ كلامه هذا لا يستقيم؛ لأنّ بعض ما ذكره خارج عن أركان وشروط القاعدة...) (١).

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 أخصه فيما يلي:

اقترح ركنين للقاعدة الفقهية بناءً 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 الأول: الموضوع أو المحكوم عليه، وهو الذي يحمل عليه الحكم، وقيل: إنه سمي موضوعاً، لأنه وضع ليحمل عليه الثاني، أو ليحكم عليه بشيء (٢).

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 (٣)، أو أخبر به عنه، أو نسب أو أسند إليه، وبواسطته ثبت أو نفى 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«الأمور

(١) انظر: القواعد الفقهية للباحثين، ص ١٦٩.

(٢) شرح التهذيب بحاشية العطار، ص ١١٧.

(٣) تحرير القواعد المنطقية، ص ٨٦.

بمقاصدها»، وقد يقع فعلاً، كقولهم: «الضرر يزال»، و«المشقة تجلب التيسير»^(١).

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^(٢).

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.

(١) انظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص ١٦٩ - ١٧٠.

(٢) انظر: المصباح المنير (١/١٣١)، التعريفات للجرجاني، ص ٥٣، التوفيق على مهمات التعاريف، ص ١٦٠.

- هبة المكروه لا تلزم.

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

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

- العموم: المراد به - هنا - الشمول، يقال في اللغة: عمّ الشيء عموماً شمل الجماعة، كما يقال: عمّهم بالعطية شملهم، أيضاً^(١).

والمقصود من ذلك أن موضوع القضية لا بدّ من أن يتناول جميع أفراد 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)^(٢). وعلى هذا فإن العموم والتجريد في القاعدة، إنما هما وصفان لها في مرحلة سكونها، قبل أن تتحرك لتنطبق على شخص معين، أو واقعة بعينها^(٣).

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 وأمر من خارج القاعدة، لا من صيغة القاعدة.

- أن يكون الحكم باتاً غير متردّد فيه: لأن التردد يوهن الحكم الصادر

(١) انظر: الكليات (١٨٩/٣)، التعريفات، ص ١٦٣، المصباح المنير (٥٨٨/٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٢٧.

(٢) انظر: المدخل لدراسة القانون، للدكتور علي محمد بدير، طبعة سنة ١٩٧٠، دار الطباعة الحديثة، البصرة - العراق، ص ٥٣.

(٣) القواعد الفقهية للباحسين، ص ١٧٣.

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^(١)، والمراد به هنا في علم القواعد الفقهية:

(ذكر الفروع الفقهية على قاعدة ما، سواء نُصَّ 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 يُنصَّ على تفرعها عن هذه القاعدة)^(٢).

أما شروط المُطبَّق للقاعدة الفقهية ومؤهلاته فهي:

أن يكون شديد الفهم، ذا حظ كبير من فقه الإمام الذي يقلده، مستوعباً لمذهبه واضحه ومشكله، عارفاً بعامة وخاصه ومطلقه ومقيده، والحد الأدنى من ذلك غلبة الظن به^(٣).

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،

(١) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ٦٣، المصباح المنير (٥٠٣/٢)، التوفيق على مهمات التعاريف، ص ١٨٢.

(٢) انظر: الفروق (١٠٧/٢ - ١٠٨)، نشر البنود على مراقي السعود (٣٢٢/٢ - ٣٢٣).

(٣) قاله العلامة الحطاب فيما نقله عنه العلامة المرابط في مراقي السعود، ص ٤٤٠.

وما ليس كذلك يجب إمساكه عن الفتوى به، ولا يجوز لأحد العمل به^(١).

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، وحدّدها في ما يلي:

- ضرورة اشتمال القاعدة على موجب الاعتبار لها.

- ضرورة مناسبتها للنصوص والأقيسة.

- أن تقلّ النقوض الواردة على القاعدة، أو تنعدم^(٢).

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

إن شروط القاعدة الخاصة لا تكفي لتطبيقها وإعمالها، بل لا بد من شروط آخر 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.

(١) نشر البنود (٣٢٣/٢).

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

- أن لا تؤدي إزالتها إلى ضرورة أكبر منها.
- أن لا يترتب على إزالتها إلحاق ضرر بغيره.
- 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 معتداً به، أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها:
- فمثال الأول عدم انطباق قاعدة «الأصل في الميتات التحريم»^(١)، على السمك والجراد، لمعارضته النصّ الشرعي الذي أفاد حليتهما، وذلك في قوله ﷺ:
- «أحلت لكم ميتتان ودمان، فأما الميتتان فالحوت والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال»^(٢):

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 نُصّ أو أُجمع على حكمها ففي هذه الحالة

(١) لم أجد هذه القاعدة بهذه الصيغة في كتب القواعد الفقهية بل بصيغة: «الأصل في النواهي أنها للتحريم»، راجع موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدوي (٢٨/٣).

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الأطعمة، باب الكبد والطحال رقم: ٣٣١٤، (١١٠٢/٢)، والإمام أحمد في مسند ابن عمر رضي الله عنهما برقم: ٥٧٢٣ (٩٧/٢)، وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: (أخرجه أحمد والدارقطني مرفوعاً وقال: إن الموقوف أصح، ورجح البيهقي أيضاً الموقوف، إلا أن له حكم الرفع)، فتح الباري (٦٢١/٩)، وانظر: التلخيص الحبير (٢٥/١ - ٢٦).

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.





المبحث الثاني مصادر القاعدة الفقهية ومسالك تقعيدها وحبّيتها

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 السنّة 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:

١ - 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»^(١).

هذه القاعدة استلها الفقهاء من قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢). 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»^(٣).

وهي قاعدة مأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾^(٤). وهذه الآية هي مستند فقهاء الشافعية في تقريرهم لهذه القاعدة^(٥).

ج - قاعدة «المشقة تجلب التيسير».

وهي قاعدة استدل لها العلماء بالآيات الكريمة:

- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(٦).

- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٧).

(١) انظر: الفروق للقرافي (١٣/٤).

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٤/٢).

(٤) سورة الأعراف، الآية: ١٥٧.

(٥) انظر: نهاية السؤل (١٠٨/٣)، والإبهاج (١٠٨/٣).

(٦) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

(٧) سورة البقرة، الآية: ٢٨٦.

- قوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١).

٢ - 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 بتغيير 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^(٢)، واعتمدها الفقهاء بنصّها قاعدة، وساقتها مجلة الأحكام العدلية ضمن قواعدها^(٣)، 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»^(٤).

ب - قاعدة «جناية العجماء جبار»^(٥):

هذه القاعدة أوردتها مجلة الأحكام العدلية بهذه الصيغة، بتغيير بسيط لنص حديث نبوي شريف: «العجماء جرحها جبار»^(٦). ولفظ الجناية أعم من جرح.

(١) سورة المائدة، الآية: ٦.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع والإجازات، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، رقم ٣٥٠٨، السنن (٢٨٤/٣). والترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عيباً، وقال: حديث حسن صحيح، رقم ١٢٨٥، السنن (٥٨١/٣ - ٥٨٢).

(٣) المادة رقم ٨٥، وانظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٦١.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٣، وأشباه ابن نجيم، ص ١٧٥.

(٥) انظر: المجلة المادة ٩٤، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ٣٨٩، المدخل الفقهي العام (١٠٤٨/٢).

(٦) الحديث أخرجه أبو داود في السنن كتاب الديات باب العجماء والمعدن والبئر جبار =

ومعنى القاعدة أن ما تتلفه 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^(١)، 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.

٣ - 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 بذمتين»^(٢):

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

= رقم: ٤٥٩٣، (١٩٦/٤). وأخرجه الترمذي في السنن كتاب الزكاة، باب ما جاء أن العجماء جرحها جبار وفي الركاز الخمس رقم: ٦٤٢ و ١٣٧٧، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. انظر: السنن (٣٤/٣) و (٦٦١/٣) و (٣٧/٤). والنسائي في كتاب الزكاة، باب المعدن رقم: ٢٤٩٥ (٤٤/٥)، وابن ماجه في كتاب الديات، باب الجبار رقم: ٢٦٧٤ و ٢٦٧٥ (٨٩١/٢). وانظر: فتح الباري (٢٥٧/١٢ - ٢٥٨).

(١) المادة ١٩. وانظر: شرح القواعد الفقهية، ص ١١٣.

(٢) انظر: التععيد الفقهي للروكي، ص ١٠٤.

أكثر من واحد على القتل، كان الإثم والعقاب عليهم جميعاً، لأن ذمهم جميعاً بمنزلة الذمة الواحدة، أما الذي لم يشارك معهم لا يتعلق بذمته شيء، مهما كانت صلته وعلاقته بهم.

وقد استنبطت هذه القاعدة من جملة من النصوص القرآنية، منها:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾^(١).

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾^(٢).

- وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ۗ ﴿٧﴾ وَمَنْ يَعْمَلْ

مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ۗ ﴿٨﴾﴾^(٣).

ب - قاعدة «الشرط الباطل لا يؤثر في العقد»^(٤):

هذه القاعدة استنبطها الفقهاء من حديث نبي شريف:

وهو أن بريرة^(٥) أتت عائشة^(٦) رضي الله عنها تسألها في

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٦٤؛ وسورة الإسراء، الآية: ١٥.

سورة المدثر، الآية: ٣٨.

(٣) سورة الزلزلة، الآيتان: ٧، ٨.

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (٩٠/٦ - ٩٢)، قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف، ص ٢٤١، التقعيد الفقهي للروكي، ص ١٠١.

(٥) بريرة هي مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما، وكانت مولاة لبعض بني هلال، فكاتبوها ثم باعوها من عائشة فأعتقتها، وكان اسم زوجها مغياً، وكان مولى فخيرها رسول الله، فاختارت فراقه. انظر: أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير، تحقيق خليل مأمون شيحا (٢٢٩/٥) رقم: ٦٧٧٨، الإصابة (٥٣٥/٧) رقم: ١٠٩٢٨، الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر بتحقيق علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبدالمجيد (٣٥٧/٤) رقم: ٣٢٩٠.

(٦) 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 ٢٢١٠ حديث، توفيت سنة ٥٧هـ.

انظر ترجمتها في: طبقات ابن سعد (٢٥/٥)، سير أعلام النبلاء (١٣٥/١)، البداية والنهاية (٩١/٨)، تهذيب التهذيب (٤٣٣/١٢)، الإصابة (٣٨/٣).

كتابها^(١)، فقالت عائشة: إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء^(٢) لي، فلما جاء رسول الله ﷺ أخبرته ذلك، فقال النبي ﷺ: «ابتاعها فأعتقها فإنما 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»^(٣).

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 إذاً: 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^(٤): (فشروط الغرر كلها في البيعات والنكاحات وسائر المعاملات وشروط الحرام، لا تلزم من اشترطت عليه)^(٥).

(١) الكتاب والمكاتبة والكتابة: عقد يجري بين العبد وسيده، أو بين الأمة وسيدها، يشتري فيه نفسه منه أقساطاً، فإذا تمت الأقساط صار حراً، انظر: القاموس الفقهي ص ٣١٥.

(٢) الولاء لغة: النصرة والمحبة، وفي الاصطلاح: حق يتمثل في أمرين؛ الأول: أن ينتسب المعتق للمعتق، والثاني: أن يرث المعتق أو عصبته، المعتق إذا مات عن غير وارث. راجع: معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٣/٥٠٠).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله (٢/٩٨١)، رقم: ٢٥٨٤. ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (٢/١١٤٢)، رقم: ١٥٠٤.

(٤) هو محمد بن حارث بن أسد الخشني، يكنى: أبا عبدالله، ولد بالقيروان أواخر القرن الهجري الثالث، كان حافظاً للفقهِ وعالماً بالفتوى وأساليها، عالماً بأخبار الرجال وأسمائهم، من أشهر ما ألف الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك، أصول الفتيا في الفقه على مذهب مالك، توفي بقرطبة سنة ٣٦١هـ، وقيل: ٣٦٤هـ، وقيل غير ذلك، انظر في ترجمته: الديباج ص ٢٦٠، المدارك (٤/٥٣١)، الأعلام (٦/٣٠٣).

(٥) أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، ص ٣٧٦.

ج - قاعدة «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»^(١):

أخذت هذه القاعدة من قوله ﷺ: «ما من عبد يسترعيه الله عزَّ وجلَّ رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حَرَّمَ اللهُ عليه الجنة»^(٢)، وفي رواية: «ما من أمير يلي أمور المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة»^(٣).

وهذه القاعدة: (ترسم حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم على الرعية، فتفيد 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)^(٤). وسأتعرض للقاعدة بشيء من التفصيل في الفصل التطبيقي.

ثانياً: القاعدة الفقهية المستلَّة من نصوص العلماء والأئمة:

إن الدَّارس 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 مرَّ العصور يتم تحوير وتهذيب هذه النصوص لتصبح قواعد فقهية محكمة الصياغة، يستفاد منها في معالجة مسائل كثيرة، ووقائع عديدة.

(١) انظر: المجلة، المادة ٥٨، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ٢٤٧.

(٢) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه بهذا اللفظ، كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار (١٢٥/١) رقم: ١٤٢، والبخاري في صحيحه كتاب الأحكام، باب من استرعي رعية فلم ينصح (٢٦١٤/٦) رقم: ٦٧٣١.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر (١٢٦/١) رقم: ١٤٢.

(٤) عن المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء (١٠٥٠/٢) بتصرف بسيط.

ثم جاء من بعدهم تلاميذهم، فرتبوا هذه القواعد ونظروا إلى أشباهها ونظائرها، 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:

١ - قول عمر رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(١).
فنصه هذا قاعدة في باب الشروط.

٢ - قول عبدالله بن عباس رضي الله عنهما^(٢): «كل شيء في القرآن: أو، أو فهو مخير، وكل شيء: فإن لم تجدوا: فهو الأول فالأول»^(٣). قوله هذا اعتبر قاعدة في باب الكفارات والتخيير فيها.

٣ - قول علي رضي الله عنه: «من قاسم الربح فلا ضمان عليه»^(٤).

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

(١) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، وباب الشروط في النكاح (٣٢٣/٥) و(٢١٧/٩).

(٢) هو الصحابي عبدالله بن عباس ابن عم رسول الله ﷺ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، كان من أعيان علماء الصحابة، ومن أعلمهم بتفسير القرآن الكريم، بلغت مروياته ١٦٦٠ حديث، ارتحل إليه طلاب العلم وازدحموا على مجلسه، توفي سنة ٦٨ هـ بالطائف. انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (٣/٥)، طبقات ابن سعد (٣٦٥/٢)، البداية والنهاية (٢٩٥/٨)، تذكرة الحفاظ (٣٧/١)، تاريخ بغداد (١٧٣/١)، سير أعلام النبلاء (٣٣١/٣)، تهذيب التهذيب (٢٧٦/٥)، الإصابة (٣٢٠/٢).

(٣) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري في شرحه كتاب كفارات الأيمان (٥٩٤/١١). رواه عبدالرزاق في مصنفه عن الثوري، باب بأي الكفارات شاء كُفّر (٣٠٢/٤).

(٤) مصنف عبدالرزاق (١٩٥/٨).

- ٤ - قول الإمام مالك^(١): «كَلَّ ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء»^(٢).
- ٥ - قول الإمام القاضي أبي يوسف^(٣)، في كتابه الخراج: «التعزير إلى الإمام على قدر عِظَم الجرم وصِغَره»^(٤).
- ٦ - وقول الإمام الشافعي^(٥): «الرخص لا يتعدى بها مواضعها»^(٦).

(١) هو أبو عبدالله مالك بن أنس فقيه الأئمة، وإمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، كان صلباً في دينه، لا يخاف في الله لومة لائم، وهب نفسه لخدمة السنة النبوية وتثبيت الشريعة الإسلامية، ألف الموطأ في الحديث، توفي سنة ١٧٩هـ. انظر ترجمته في: طبقات خليفة، ص ٢٧٥، التاريخ الكبير (٣١٠/٧)، تهذيب التهذيب، ص ٥١٠، تذكرة الحفاظ (٢٠٧/١)، البداية والنهاية (١٧٤/١٠)، سير أعلام النبلاء (٤٨/٨)، ترتيب المدارك للقاضي عياض، تحقيق: د. أحمد بكير محمود (١٠٢/١)، شذرات الذهب (١٢/٢)، الديباج لابن فرحون، تحقيق: د. محمد الأحمد (٨٢/١)، وفيات الأعيان (١٣٥/٤).

(٢) انظر: المدونة الكبرى (٦/١).

(٣) أبو يوسف: هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، الإمام الحبر البحر الفقيه الحافظ، قاضي القضاة صاحب أبي حنيفة وخليفته في حلقاته من بعده، من مصنفاته: الخراج، المسقط في فروع الفقه ويسمى بالأصل، آداب القاضي وغيرها، توفي سنة ١٨٢هـ. انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (٣٩٧/٨)، تاريخ بغداد (٢٤٢/٤)، سير أعلام النبلاء (٥٣٥/٧)، تذكرة الحفاظ (٢٩٢/١)، البداية والنهاية (١٨٠/١٠)، وفيات الأعيان (٣٧٢/٦).

(٤) انظر: كتاب الخراج، الطبعة الرابعة (١٣٩٢هـ)، المطبعة السلفية، القاهرة - مصر، ص ١٨٠.

(٥) هو أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس الشافعي المطلبي الهاشمي القرشي المكي، شيخ الإسلام صاحب المذهب، وأول من ألف في علم أصول الفقه ودونته، وله مؤلفات استملاها منه أصحابه منها: الأم، والإملاء، والرسالة وغيرها، توفي سنة ٢٠٤هـ.

انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (٤٢/١)، تاريخ بغداد (٥٦/٢)، تذكرة الحفاظ (٣٦١/١)، البداية والنهاية (٢٥١/١٠)، تهذيب التهذيب (٢٥/٩)، وفيات الأعيان (١٥٥/٢)، الديباج (١٥٤٦/٢).

(٦) انظر: الأم للشافعي (٨٠/١).

وقوله كذلك: «يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها»^(١). وكتابه الأم مملوء بمثل هذه القواعد والضوابط.

٧ - ما رواه الإمام أبو داود السجستاني^(٢) عن الإمام أحمد بن حنبل^(٣): «كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن»^(٤).

٨ - قول الإمام الكرخي^(٥): «الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»^(٦).

٩ - قول الإمام ابن عبد البر^(٧) في التمهيد: «الأصل أن الأشياء على

(١) المصدر نفسه (١٦٨/٤)، تفريع فرض الجهاد.

(٢) أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير ابن شداد الأزدي السجستاني، الإمام شيخ السنّة مقدم الحفاظ ومحدث البصرة المولود سنة (٢٠٢هـ)، قال في التقريب: ثقة، حافظ، مصنف «السنن» وغيرها، من كبار العلماء. اشتهر بين العلماء بكتابه (السنن). مات في شوال من سنة (٢٧٥هـ). انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (٢٠٣/١٣)، تهذيب التهذيب (٤٥٧/٣) رقم: ٢٦٠٩، تحرير تقريب التهذيب (٦٣/٢) رقم: ٢٥٣٣، الكاشف (٣٤٣/١) رقم: ٢٠٨٧.

(٣) هو أبو عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال الشيباني المروزي، شيخ السنّة الصابر على المحنة، الإمام الحبر المجتهد الورع الزاهد، صاحب المذهب، مصنف المسند والزهد، توفي سنة ٢٤١هـ. انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (٢٨٤/٦)، البداية والنهاية (٧٢/١١)، سير أعلام النبلاء (٣٣٩/١٣)، تذكرة الحفاظ (٦٢٥/٢)، شذرات الذهب (١٧٨/٢)، الديباج المذهب (٢٨٢/١).

(٤) كتاب مسائل الإمام أحمد، لأبي داود السجستاني، تقديم السيد رشيد رضا، ط. بيروت الثانية، ص ٢٠٣.

(٥) 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 ٣٤٠هـ، من مؤلفاته: شرح الجامع الكبير، رسالة في الأصول والتي عليها مدار فروع الحنفية. انظر ترجمته في: طبقات الفقهاء للشيرازي، ص ١٢٤، شذرات الذهب (٣٥٨/٢)، الأعلام (١٩٣/٤).

(٦) انظر: أصول الكرخي مع تأسيس النظر، ص ١٦١.

(٧) الحافظ ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي =

الإباحة حتى يثبت النهي، وهذا في كل شيء»^(١).

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 الاحتفاء بهذا التراث تخريج أصول الأئمة وقواعدهم من خلال المسائل الفقهية الجزئية المنقولة عنهم، وذلك باتباع 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 لثلاثي يحصل الخروج ذاتياً، ومن معانيه القريبة من المقصود، معنى: التّفّاذ من الشيء والظهور، وهو ضدّ الدخول، ومنه سمي الماء الذي يخرج من السحاب (خرّج) و(خروج)^(٢).

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)^(٣).

= المالكي، ولد بقرطبة سنة ٣٦٨هـ، ومات بشاطبة سنة ٤٦٣هـ، 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 (٨٠٨/٤ - ٨١٠)، الديباج، ص ٣٥٧ - ٣٥٩، شجرة النور، ص ١١٩، بغية الملتبس، ص ٤٨٩ - ٤٩١.

(١) انظر: التمهيد (١١٤/١٧).

(٢) انظر: مادة خرج في تهذيب اللغة (٨٤/٧)، معجم مقاييس اللغة (١٧٥/٢)، لسان العرب (٨٠٨/١)، تاج العروس (٢٨/٢). وانظر: كشف النقاب، ص ١٠٤ - ١٠٨.

(٣) هذا التعريف هو تعريف الدكتور الباحثين في كتابه التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص ١٩ - ٢٠.

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 التخرّيج.

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 قبّلهم^(١).

فالمقصود بالتخرّيج - هنا - التوصل إلى قواعد الأئمة الفقهية، واستلالها من فروعهم الماثورة في فقههم المدوّن، وبالطرق العلمية المتبعة عند أهل التخرّيج، ومنها:

١ - التخرّيج بالقياس:

يعتبر القياس من المصادر العقلية الخصبة التي يرجع إليها الفقيه عند الاجتهاد، إن في البحث عن الأحكام الجزئية، أو البحث عن تخرّيج القواعد الكلية، ذات الجزئيات المتناظرة والمتشابهة التي تجمعها وحدة المناط. وإن كان اعتماد القياس في تخرّيج القواعد الكلية لا يستوفي جميع شرائط القياس، لا سيما فيما يتعلق بالعلة، وما تقتضيه من صفات وشروط. وعمل المجتهد في التخرّيج بالقياس، هو إدراك التشابه في الأحكام، فإذا وجد حالة تشبه حالة أخرى في حكمها، ألحقها بها، وكوّن من ذلك قاعدة جديدة.

وأقتصر - هنا - على التمثيل بقاعدتين:

أ - قاعدة «الحياة المستعارة كالعدم»^(٢):

الحياة والموت حقيقتان تبنى عليهما أحكام فقهية كثيرة، لذلك كان

(١) التخرّيج عند الفقهاء والأصوليين، ص ١٩ - ٢٠.

(٢) انظر: قواعد المقرّي، القاعدة: ٢٣٩، وإيضاح المسالك، ص ٢٣٧.

من الضروري تحديد الحد الأدنى الذي تتميز به الحياة عن الموت، وهو الأمر الذي بحثه الفقهاء قديماً، وتوصلوا - فيه - إلى أمارات تدل إلى حقيقة الحياة وماهيتها، وأمارات تدل على الموت المحقق، واتفق أغلبهم على أن المقياس الذي يعتبر الحد الأدنى للتفريق بين الحياة والموت هو الحسن، قال الإمام المقرئ: (قاعدة: التحقيق أن دليل الحياة هو الحسن...^(١)).

وبناءً على ما سبق فإن كل جسم - سواء جسم إنسان أو حيوان - إذا كان دون هذا الحد، 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»^(٢):

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 حد ذاته لا يتصف بالصحة ولا 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.

(١) قواعد المقرئ بتحقيق: ابن حميد (٢٥٦/١)، قاعدة رقم: ٢٩.

(٢) انظر: قواعد ابن رجب، ص ٦٧، تقرير القواعد وتحريير الفوائد (٣٣٤/١)، الأصول والضوابط للندوي، ص ٣١.

وقد ذكر ابن رجب الحنبلي^(١) 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)^(٢).

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»^(٣).
- «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»^(٤).
- «ينزل المجهول منزلة المعدوم»^(٥).
- «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان»^(٦).
- «الكتاب كالخطاب»^(٧).
- «الغالب كالمحقق»^(٨).

(١) هو أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي، من علماء الحنابلة البارزين في القرن الثامن الهجري، كان محدثاً وقيماً وأصولياً ومؤرخاً، ولد ببغداد ونشأ وتعلم في دمشق وتوفي بها سنة ٧٩٥هـ، من مؤلفاته: القواعد، ذيل طبقات الحنابلة، جامع العلوم والحكم. انظر ترجمته في: الدرر الكامنة (١٠٨/٣)، شذرات الذهب (٣٣٩/٦)، الأعلام (٢٩٥/٣)، معجم المؤلفين (١١٨/٥).

(٢) قواعد ابن رجب ص ٦٧. نفس النص في تقرير القواعد وتحرير الفوائد (٣٣٤/١).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٠٢.

(٤) أشباه السيوطي ص ١٩٣، أشباه ابن نجيم ١٨٣، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٢١٥.

(٥) قواعد ابن رجب، ص ٢٥٥. تقرير القواعد وتحرير الفوائد (٤٣٢/٢).

(٦) مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٥، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٦٧.

(٧) مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: ٦٩، أشباه ابن نجيم، ص ٣٣٩.

(٨) قواعد المقرئ، القاعدة رقم: ١٧ (٢٤١/١)، إيضاح المسالك، ص ١٣٦.

- «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة»^(١).

٢ - التخريج بالاستصحاب:

الاستصحاب في اللغة: مأخوذ من مادة (صحب) وهي تدل على مقارنة الشيء ومقارنته^(٢). وكل شيء لأزَمَ شيئاً فقد استصحبه^(٣).

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، بناء على الزمان الأول^(٤).

والاستصحاب هو من الأدلة التي اعتمدها أغلب العلماء، وأساسه مبني على العلم بعدم المغيّر للحالة السابقة، وليس على عدم العلم بالدليل^(٥).

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»^(٦):

ويلاحظ على هذه القاعدة أنها جاءت بمعنى الاستصحاب نفسه، وقد

(١) أصول الكرخي ٨٣.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣/٣٣٥)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٧.

(٣) المصدر السابق، ولسان العرب (١/٥١٩) مادة (صحب)، الكليات (١/١١٩، ١٦٠).

(٤) التعريفات للدرجاني، ص ٢٢، وانظر: القاموس الفقهي، ص ٢٠٧.

(٥) انظر: المستصفي للغزالي (٢/٤٠٧).

(٦) إيضاح المسالك، ص ٣٨٦، القاعدة رقم: ١٠٨، أشباه ابن نجيم، ص ٥٧، شرح

القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٤٣.

نظر الفقهاء في طائفة من الجزئيات فوجدوا الحكم فيها ثابتاً للمحكوم عليه في وقت، ثم استصحب بقاءه فيما بعده من الأوقات ما دام لم يقم 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»^(١).

ب - قاعدة «الأصل في الذمة البراءة»^(٢):

والذمة هي العهد، لأن نقضه يوجب الذم، ويفسر بالأمان والضمان، لأن العهد يستوجبها، وتطلق أيضاً على الحرمة والحق^(٣).

وتطلق الذمة أيضاً على محل الالتزام عامة، وهي بهذا المعنى وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له أو عليه^(٤)، وهذا هو المعنى المقصود من القاعدة.

فالأصل في كل ذمة أنها بريئة من كل تحمّل إلى أن يثبت ذلك بدليل كالإقرار أو البيّنة^(٥).

ج - قاعدة «القديم يترك على قدمه»^(٦):

ومعنى القديم هنا: هو الذي لا يوجد من يعرف أوله^(٧).

(١) انظر شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٧٣.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: ٨، أشباه السيوطي، ص ٧٤، أشباه ابن نجيم، ص ٦٤.

(٣) انظر: النهاية في غريب الحديث للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، طبعة (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) دار الفكر، بيروت - لبنان (١٦٨/٢).

(٤) التعريفات للجزائري، ص ١١٢.

(٥) انظر: نظرية التععيد الفقهي للروكي، ص ١٣٦.

(٦) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: ٦، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٤٩.

(٧) انظر: المجلة، المادة ١٦٦، شرح القواعد الفقهية، ص ٤٩.

ويبقى القديم على قدمه: إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان لغلبة الظن بالمسلمين بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي^(١).

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^(٢). 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»^(٣).

وضابط الضرر الفاحش - كما قرره العلامة أحمد الزرقاء -: (أن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية، فهو ليس بضرر فاحش، فتجب حينئذ مراعاة قدمه إذا كان قديماً، وما لا يمكن أن يستحق على الغير بوجه شرعي، فهو ضرر فاحش، ويرفع مهما كان قديماً)^(٤).

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

- «الذمة إذا عمّرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين»^(٥).

- «الأصل في الأمور العارضة العدم»^(٦).

- «الحق لا يسقط بالتقادم»^(٧).

(١) المدخل الفقهي (٢/٩٨٨)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٤٩.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٤٩.

(٣) القواعد الفقهية لأحمد الندوي، ص ٤١٣ - ١١٤.

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٥٧.

(٥) انظر: إيضاح المسالك، ص ١٩٩.

(٦) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٩، وانظر: المدخل الفقهي للزرقاء (٢/٩٦٩).

(٧) القواعد الفقهية لأحمد الندوي، ص ٣٤٧.

- «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»^(١).

٣ - التخرّيج بالاستصلاح:

الاستصلاح أو المصالح المرسلة، من الأدلة التي اعتمدها الفقهاء في تخرّيج 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^(٢).

وتسمى كذلك بالاستدلال المرسل، وقياس المصلحة، وقياس المعنى^(٣).

والمراد بتخرّيج القواعد بالاستصلاح: (أن يتوصل الفقيه إلى أحكام كلية عن طريق الاستصلاح، تندرج تحت كل واحدة منها فروع كثيرة، وذلك لأن الاستصلاح كما يتوصل به الفقيه إلى معرفة الأحكام الجزئية للإفتاء بها في الوقائع والحوادث، كذلك يتوصل به إلى معرفة كليات الأحكام، وتلك هي القواعد)^(٤).

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^(٥).

(١) انظر: المنشور للزرکشي (١/١٧٤)، أشباه السيوطي، ص ٨٢، أشباه ابن نجيم، ص ٦٤، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٧٧.

(٢) انظر: أصول الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي (٢/٧٥٧)، وراجع الموافقات للشاطبي (١/٣٩).

(٣) انظر: المنحول، ص ٣٥٣، ضوابط المصلحة للبوطي، ص ٢٨٧.

(٤) نظرية التقعيد الفقهي، ص ١٤٣.

(٥) راجع في تعريف المقاصد، مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور، ص ١٥ وما بعدها.

والمصلحة هي كل ما فيه رعاية مقصود الشرع، من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فعلاقة الاستصلاح بالمقاصد تكمن - إذاً - 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 المخرجة من طريق الاستصلاح:

أ - «ما يفضي إلى الحرام حرام»^(١):

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.

ب - قاعدة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»^(٢):

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 بحرمانه، لأنه افتأت وتجاوز، فيكون باستعجاله هذا أقدم على تحصيله بسبب محذور فيعاقب بحرمانه ثمرة عمله التي قصد تحصيلها بذلك السبب الخاص المحذور^(٣).

(١) انظر: المغني لابن قدامة (١٣٢/٣)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤٢/٩، ٤٣).

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم: ٩٩، أشباه السيوطي، ص ١٩٥، أشباه ابن نجيم، ص ١٨٤، إيضاح المسالك، ص ٣١٥.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٤٠٣، والقواعد الفقهية للندوي، ص ٤٢٠.

ج - قاعدة: «من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه»^(١):
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^(٢).

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

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

٤ - 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^(٣))، القياس الاقتراني^(٤)، قياس الدلالة، قياس العكس) وأقتصر هنا على المقصود:

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: ١٠٠، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٤٠٧، أشباه ابن نجيم، ص ٢٧٢.

(٢) انظر: شرح الأتاسي على المجلة (٢٧٠/١)، وموسوعة القواعد والضوابط للندوي (٥٥٢/١).

(٣) 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.

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

- 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^(١).

- قياس العكس: وهو إثبات نقيض حكم الأصل في الفرع لافتراقهما في العلة^(٢). 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 معناه: أن الفقهاء قد يتوصلون إلى أحكام كلية عن طريق إجراء قياس العكس أو قياس الدلالة أو غيرها من صور قياس الاستدلال^(٣).

وهذه قواعد فقهية تُمثلُ هذا النوع من التخريج:

أ - قاعدة: «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»^(٤):

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

ب - قاعدة: «الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط»^(٥):

والمعنى: أن من شك في تحقق الشرط فقد شك في تحقق

(١) مفتاح الوصول، ص ١٣٧. وانظر: الإحكام للآمدي (٩٦/٣)، جمع الجوامع بشرح المحلي (٣٤١/٢).

(٢) انظر: مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للتلمساني، ص ١٣٧. الإشارة في معرفة الأصول لأبي الوليد الباجي، تحقيق أستاذنا محمد علي فركوس ص ٣١٩. الإحكام للآمدي (٤٢/٣)، أصول السرخسي (٢٤١/٢)، حاشية البناني على شرح المحلي (٣٤٣/٢).

(٣) نظرية التقعيد الفقهي للروكي، ص ١٥٤.

(٤) انظر: المحلة، المادة: ٦٣، أشباه ابن نجيم، ص ١٨٩.

(٥) انظر: الفروق للقرافي (١١١/١)، قواعد المقرئ (٢٩٣/١)، رقم ٦٨.

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»^(١).

- «الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه»^(٢).

- «الشك في أحد المتقابلين يوجب الشك في الآخر»^(٣).

- «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»^(٤).

ج - قاعدة: «إذا زال المانع عاد الممنوع»^(٥):

المانع: هو ما يلزم من وجوده عدم وجود الحكم، ولا يلزم من عدمه وجود الحكم ولا عدمه^(٦).

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^(٧).

(١) انظر: المجلة، مادة: ٥٠، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٢٠٥، أشباه ابن نجيم، ص ١٣٤.

(٢) انظر: أشباه السيوطي، ص ١٨٢.

(٣) انظر: قواعد المقرري (٢٨٨/١)، القاعدة: ٦٥. الفروق للقرافي (١١٢/١).

(٤) مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٥٢.

(٥) المجلة، المادة: ٢٤. القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٩٠.

(٦) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص ٧١، الإبهاج في شرح المنهاج (٢٠٦/١)، إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٦.

(٧) القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٩٠.

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^(١).

وهذه القاعدة أصلها: قياس العكس، وهو إثبات نقيض حكم الأصل في الفرع لافتراقهما في العلة.

٥ - التَّخْرِيجُ بِطَرِيقِ التَّرْجِيحِ:

التَّرجيحُ: هو تغليب أحد الدليلين وتقويته والعمل به دون الآخر^(٢)، فإذا تعارض دليلان في ذهن الفقيه، فإنه يبحث عن القرائن والأمارات التي تقوي أحدهما على الآخر، فيميل إلى العمل به وإطراح الثاني.

والتَّرجيحُ 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.

والتَّرجيحُ وإن لم يكن دليلاً بذاته على الأحكام الشرعية جزئية كانت أم كلية، فإن العمل به واجب، ووجوب العمل به دليل على شرعيته وحجيته^(٣).

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٣٧.

(٢) التَّرجيحُ في اللغة مصدر رجح بالتضعيف، يرجح ترجيحاً ويرجع معناه إلى الميل والتميل والنقل والتثقل، يقال: رجح الميزان أعطاه راجحاً، فالتَّرجيحُ إذن هو التَّمِيلُ والتثقل. انظر: القاموس (٢٢١/١)، لسان العرب (٤٤٥/٢ - ٤٦٥)، المصباح المنير (٢٩٨/١). وفي الاصطلاح له عدة تعريفات منها تعريف ابن الحاجب: (اقتران الإمارة بما تقوى بها على معارضتها).

انظر: شرح العضد على مختصر المنتهى (٣٠٩/٢)، المحصول (٣٧٩/٥)، الإحكام للآمدي (٣٢٠/٤)، الإبهاج (٢٠٨/٣)، البحر المحيط (١٣٠/٦)، البرهان (٧٤١/٢)، شرح الإسنوي (١٩٨/٣)، المنحول ص (٤٢٦)، شرح تنقيح الفصول ص (٤٢٠)، حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع (٣٦٠/٢ - ٣٦١)، إرشاد الفحول (٢٤١)، نشر البنود (٢٧٨/٢ - ٢٧٩).

(٣) الإحكام للآمدي (٣٢٠/٤).

وهذه نماذج من القواعد الفقهية التي خرَّجها الفقهاء بالترجيح:

أ - إذا تعارض الحظر والإباحة يقدّم الحظر^(١):

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 المفاسد أولى من جلب المصالح»^(٢):

وقد علل الفقهاء هذه القاعدة بأن الشارع الحكيم اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمورات، محتجين بقوله ﷺ: «إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^(٣).

ج - «الأخصُّ مُقدَّمٌ على الأعم»^(٤):

إذا تعارض - عند المكلف - شيئان 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^(٥). ومن القواعد المخرّجة من هذا الطريق أيضاً:

- «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما»^(٦).

(١) انظر: المنثور للزركشي (٣٣٧/١)، ذكرها بهذه الصيغة.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٧، أشباه ابن نجيم، ص ٩٠.

(٣) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ (٢٨٥٨/٦) رقم: ٦٨٥٨، ومسلم في صحيحه كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ (١٨٣٠/٤) رقم: ١٣٣٧.

(٤) انظر: الفروق (١٠٥/١)، قواعد المقرئ (٤١٨/٢) قاعدة رقم: ١٧٢.

(٥) انظر: نظرية التعميد الفقهي للروكي، ص ١٦٧.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٩٩، أشباه ابن نجيم، ص ٨٩.

- «يُتحمل الضرر الخاصّ لدفع الضرر العام»^(١).
- «إذا اجتمع السبب والمباشرة، أو الغرر والمباشرة قدّمت المباشرة»^(٢).
- «حقوق العباد مقدمة على حقوق الله عزّ وجلّ»^(٣).
- «تعارض الموجب والمسقط يغلب المسقط»^(٤).



المطلب الثاني: مسالك تقعيد القاعدة الفقهية والتخريج عليها

أولاً: مسالك تقعيد القاعدة الفقهية:

المقصود من هذا العنوان معرفة الطرق والمسالك التي سَلَكَها الفقهاء والباحثون - في موضوع القواعد -، للوصول إلى تقعيد 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:

(١) المجلة رقم: ٢٦، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٣.

(٢) المنشور للزركشي (١/١٣٣).

(٣) قواعد المقرئ (٢/٥١٣)، القاعدة رقم: ٢٧٦.

(٤) المنشور (١/٣٥٠).

١ - الاستنباط:

الاستنباط: في اللغة هو الاستخراج، ويأتي بمعنى التبيين والتفسير^(١).
وفي الاصطلاح: (استخراج المعاني من النصوص بفرط الذهن وقوة
القريحة)^(٢).

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 فقهيًا)^(٣).

أو هو: (استخراج الحكم أو العلة إذا لم يكونا منصوصين ولا مجتمعاً
عليهما بنوع من الاجتهاد، فيستخرج الحكم بالقياس أو العلة بالتقسيم والسبر
أو المناسبة أو غيرها مما يعرف بمسالك العلة)^(٤).

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.

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.

(١) انظر: لسان العرب (٤١٠/٧)، النهاية لابن الأثير (٨/٥).

(٢) التعريفات للجرجاني، ص ٢٢.

(٣) انظر: نظرية التععيد الفقهي، للروكي، ص ٧١.

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية (١١١/٤)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/١٦٢ -

٢ - الاستقراء:

الاستقراء: في اللغة هو التبع^(١).

وفي الاصطلاح: (عبارة عن تصفح أمور جزئية لنحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات)^(٢).

أو: (الحكم على كلي لوجوده في أكثر جزئياته)^(٣).

ويلاحظ على هذين 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^(٤).

ب - الاستقراء الناقص: وهو أن يثبت الحكم في الكلي لثبوته في أكثر جزئياته، وهذا هو المقصود عند الفقهاء^(٥)، 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

(١) انظر: لسان العرب (١٧٥/١٥)، والقاموس المحيط (٤/٤٣٩)، ومختار الصحاح،

ص ٥٥٩، تعريفات الجرجاني، ص ١٨، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٦٠.

(٢) هذا تعريف الغزالي في المستصفى (٥١/١).

(٣) هذا تعريف الشريف الجرجاني في التعريفات، ص ١٨.

(٤) انظر: معيار العلم للغزالي، ص ١٦٣، ونهاية السؤل للإسنوي (٣/١١٤)، والإبهاج للسبكي (٣/١١٤).

(٥) انظر: نهاية السؤل (٣/١١٤)، الإبهاج (٣/١١٤).

هو كلي بثبوته في الجزئيات، فكان استقراء تلك الجزئيات هو المسلك الطبيعي للتحقق من كليته، قال الإمام الشاطبي: (إن تلقي العلم بالكلي، إنما هو من عرض الجزئيات واستقراءها، فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات، ولأنه ليس بموجود في الخارج، وإنما هو مضمن في الجزئيات حسبما تقرر في المعقولات، فإذا الوقوف مع الكلي مع الإعراض عن الجزئي، وقوف مع شيء لم يتقرر العلم به بعد دون العلم بالجزئي، والجزئي هو مظهر العلم به)^(١).

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^(٢).

ثانياً: التخريج على القاعدة الفقهية:

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

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

أما التخريج على القاعدة الفقهية فالمقصود به: (فعل مجتهد المذهب في إلحاق فرع غير منصوص عليه، بقاعدة من قواعد المذهب)^(٣).

(١) انظر: الموافقات للشاطبي (٥/٣)، ويظهر أن كلام الشاطبي على خلاف ما فهمه الدكتور الروكي، فالشاطبي يقرر أن الاستقراء يكون سابقاً للاستنباط، فالعلم بالكلي لا يتم إلا بتتبع بالجزئيات.

(٢) انظر: نظرية التععيد الفقهي لروكي، ص ٧٦.

(٣) هذا التعريف هو للدكتور ولي قوته في كتابه القواعد والضوابط الفقهية (١/٢٢٠)، استخلصه من مجموعة مصادر منها: الفروق (١٠٧/٢ - ١١٠)، نشر البنود (٢/٣٢٢ - ٣٢٣).

شروط المخرّج ومؤهلاته:

هناك شروط متعلقة بشخصية المخرّج وهي:

- ١ - البلوغ والعقل.
- ٢ - الإسلام.
- ٣ - العدالة، وهي شرط لقبول الفتوى والعمل بموجبها.
- ٤ - أن يكون فقيه النفس، أجود الذهن، أي: شديد الفهم بالطبع لمقاصد الكلام ومراميه.

أما الشروط المتعلقة بالجانب العلمي للمخرّج، فيمكن إجمالها فيما

يلي:

- ١ - 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 حسنة^(١)).
- ٢ - أن يكون تامّ الارتباط في التخريج والاستنباط، بأن يكون قادراً على إلحاق ما ليس منصوصاً عليه لإمامه، بأصوله.
- ٣ - أن يكون ملتزماً بأصول إمامه وقواعده، ولا يتجاوزها، عند التخريج والاستنباط.
- ٤ - أن يكون بالإضافة إلى ذلك، متمكناً من الفرق والجمع، والنظر والمناظرة^(٢).

(١) الفروق (١٠٨/٢).

(٢) راجع في ذلك: أدب المفتي والمستفتي، ص ٩٥، المجموع (٤٣/١)، الردّ على من أخلد إلى الأرض، ص ١١٤ - ١١٥، الإحكام للآمدي (٢٣٦/٤).

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

والشرط المحقق 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 قاعدة قررها الإمام^(١).

ونقل عن ابن عرفة^(٢) 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)^(٣).

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؟^(٤).

(١) انظر: الفروق (١٠٧/٢ - ١١٠)، نشر البند (٣٢٢/٢ - ٣٢٣).

(٢) هو الإمام أبو عبدالله بن عرفة الورغمي، إمام تونس وعالمها، أخذ عن عبدالسلام 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 ٨٠٣هـ.

انظر ترجمته في: نيل الانتهاج ص(٤٦٣)، الحلل السندسية للوزير السراج، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، ط١/١٩٨٥، دار الغرب، بيروت (٥٦١/١)، شجرة النور ص(٢٢٧)، الأعلام للزركلي، ط١٠/١٩٩٢، دار العلم للملايين، بيروت (٤٩/٧)، توشيح الديباج لبدر الدين القرافي، تحقيق أحمد الشتوي، ط١/١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص(٢٥١).

(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب (٣٨/١).

(٤) انظر: كشف النقاب، ص١٤٩، مواهب الجليل (٣٨/١).

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^(١)، مستصحباً نصوص القرافي الدالة على ذلك، وتفادياً للتكرار أرى من المفيد تلخيص هذه الطرق بما يلي:

- البحث عن المُدْرَك المناسب، والتحقُّق من اعتبار إمام المذهب له، والفُتْش 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.

- يحسُن التطبيق للقاعدة والتخريج عليها، ويتأتى ذلك 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^(٢).

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

(٢) القواعد والضوابط الفقهية القرافية (١/٢٢٤ - ٢٢٩).

المطلب الثالث: حجّة 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 حجّية القواعد الفقهية هو وقوفهم عند حدود ما قرّره الأولون من التزهيد في الاستدلال بالقواعد، وهو الحكم الذي نُقِلَ عن إمام الحرمين^(١)، وابن دقيق العيد^(٢)،

(١) هو أبو المعالي عبد الملك بن عبدالله 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 ٤٧٨هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٤٩/٣)، شذرات الذهب (٣٥٨/٣).

(٢) 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 ٧٠٢هـ. انظر ترجمته في البداية والنهاية (٢٧/١٤)، الأعلام (١٨٣/٦)، شذرات الذهب (٥/٦)، الديباج (٣١٨/٢)، وفيات الأعيان (٢٤٤/٢)، تذكرة الحفاظ (١٤٨١/٤)، شجرة النور، ص (١٨٩).

وابن نجيم^(١)، وغيرهم.

فبعض الباحثين وقف على عبارات وردت عن إمام الحرمين، فهم منها أنه لا يرى صحّة الاستدلال بالقواعد الفقهية^(٢)، ونصّ كلامه: (وأنا الآن أضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضي الفطن العجب منهما، وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لدرك المسلك الذي جهده في الزمن الخالي).

وليست أقصد الاستدلال بهما، فإنّ الزمان، إذا فرض خالياً عن التفاريع والتفاصيل، لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطع به، فالذي أذكر من أساليب الكلام، في تفاصيل الظنون. فالمثلان أحدهما في الإباحة، والثاني في براءة الذمة^(٣).

ثم جاء ابن دقيق العيد فبالغ وادّعى عدم جواز استنباط أحكام الفروع حتى من قواعد أصول الفقه، وإذا حُمل مراده من قواعد أصول الفقه أنها قواعد الفقه نفسها، نظراً لشيوع هذا الإطلاق في عصره، كما ذكر بعض الباحثين^(٤)، 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 كليّة،

(١) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم الحنفي، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦هـ، وتوفي سنة ٩٧٠هـ، وقيل: سنة ٩٦٩هـ. من مؤلفاته: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، فتح الغفار في شرح المنار في أصول الفقه، الفتاوى الزينية. انظر: الكواكب السائرة للغزي (٣/١٥٤)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (٨/٣٥٨)، معجم المؤلفين (٤/١٩٢).

(٢) هذا ما ذهب إليه الدكتور علي أحمد الندوي، في كتابه القواعد الفقهية، ص ٣٢٩ - ٣٣٠، ط ٥.

(٣) غياث الأمم في التياث الظلم، للإمام الحرمين الجويني، ص ٢٦٠.

(٤) انظر: مقدمة تحقيق كتاب «القواعد» للمقري للدكتور أحمد بن عبدالله بن حميد (١/١١٧).

بل أغلبية، خصوصاً وهي لم تثبت عن الإمام، بلا استخراجها المشايخ من كلامه^(١).

وإذا وقفنا على كلام مؤلفي مجلة الأحكام العدلية، نجدهم ينحون هذا المنحى - أيضاً - ومن النصوص الدالة على ذلك: (إنّ المقالة الثانية من المقدمة، هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم، ومن سلك مسلكه من الفقهاء - رحمهم الله تعالى -، فحكّم الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد)^(٢).

وقد انبرى الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء لتوجيه كلام المجلة فقال: (ومن ثم لم تسوّج 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)^(٣).

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)^(٤).

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

(١) انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (١٧/١)، (١٣٢/١).

(٢) مجلة الأحكام العدلية، ص ١١.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام (٢/٩٣٤ - ٩٣٥).

(٤) الفروق (٢/١١٠).

وفي نص آخر يقول: (الحكم الذي ينقض لفساد المُدْرَك 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)^(١).

ومن العلماء الذين نسب إليهم - أيضاً - الاستدلال بالقواعد الفقهيّة أبو طاهر إبراهيم بن عبدالصمد، المعروف بابن بشير المالكي^(٢) من علماء القرن السادس الهجري.

فقد كان رحمه الله (يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وعلى هذا مشى في كتابه التنبيه)^(٣).

قال الدكتور الباحسين: ويبدو أنّ المراد من ذلك قواعد الفقه لا القواعد الأصولية، بدليل قول ابن فرحون^(٤)، بعد ذلك:

(١) الفروق (٤٠/٤). وانظر: القواعد والضوابط الفقهيّة القرافي لولي قوته، فقد نقل نصوصاً كثيرة عن الإمام القرافي تؤكد مدى حجّية القواعد الفقهيّة عند الإمام (١/١٨٠ - ١٨٤).

(٢) هو أبو طاهر إبراهيم بن عبدالصمد المعروف بابن بشير التنوخي من علماء المالكية في القرن السادس الهجري، عرف بإتقانه 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 ٨٧، وشجرة النور الزكية، ص ١٢٦.

(٣) انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، ص ٨٧.

(٤) 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 الجد وغيرهما، وعنه ابنه أبو اليمن وغيره، له شرح على مختصر ابن الحاجب الفرعي، وتبصرة الحكام، والديباج المذهب، ومقدمة في مصطلح ابن الحاجب، توفي سنة ٧٩٩هـ.

انظر ترجمته في: نيل الابتهاج، ص ٣٣، توشيح الديباج، ص ٤٥، شجرة النور الزكية، ص ٢٢٢.

(وهي طريقة نبّه الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد أنها غير مخلصّة، وأن الفروع لا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية)^(١).
ومثل هذا الوصف لا تنعت به القواعد الأصولية، ولا سيما من فقيه أصولي كابن دقيق العيد^(٢).

ثانياً: أدلة العلماء في الاحتجاج بالقواعد الفقهية:

في المبحث السابق تعرضت لآراء 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 أذكرها فيما يأتي:

الاعتراض الأول: إن القواعد الفقهية أغلبية، وليست كلية في نظرهم، وإن المستثنيات فيها كثيرة، ومن المحتمل أن يكون الفرع، المراد إلحاقه بها، مما يشمله الاستثناء^(٣).

الاعتراض الثاني: إن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة، وجامع ورباط لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام الفروع^(٤).

الاعتراض الثالث: إن كثيراً من القواعد الفقهية استقرائية، وأن الكثير منها لم يستند إلى استقراء تطمئن له النفوس، لأنها كانت نتيجة تتبع فروع فقهية محدودة، لا تكفي إلى زرع الطمأنينة في النفس، فتعميم حكمها فيه نوع من المجازفة^(٥).

(١) انظر: الديباج المذهب لابن فرحون، ص ٨٧.

(٢) انظر: القواعد الفقهية للباحسين، ص ٢٧٩.

(٣) القواعد الفقهية للباحسين، ص ٢٨٠.

(٤) انظر: الوجيز لمحمد صدقي البورنو، ص ٣٩.

(٥) الوجيز، ص ٣٩.

وقد ناقش الدكتور الباحثين هذه الأسباب مناقشة علمية رصينة، أظهر من خلالها ضعف متكأ المانعين؛ ويمكن تلخيص ردوده على النحو الآتي:

الرد على الاعتراض الأول:

يمكن مناقشة هذا الاعتراض من جهات عدّة، منها:

أ - إنَّ العلماء حينما تكلموا عن القواعد، لم يتكلموا 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 ليبيّنوا مدى انطباق شروط القاعدة عليها، وهل كانت مستثناة لافتقار شرط فيها، أو لقيام مانع، أو كانت مستثناة من غير سبب؟

إنَّ قيام مثل هذه الدراسة سيبيّن أنّ كثيراً من تلك الجزئيات المستثناة لم تكن داخلة تحت القاعدة أصلاً، إمّا لأنَّ 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 - إنَّ 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 تمَّ استقراؤه... ولذلك لا يمكن اعتبار النتيجة في الاستقراء يقينية، بل هي محتملة^(١).

لكن أهل الاختصاص لم يستنكروا إطلاق قواعد كلية على نتائج الاستقراء، مع اعترافهم بأنَّ حكم الكلية تابع لوجوده في أكثر الجزئيات^(٢)، أو في بعضها.

(١) المنطق للدكتور كريم متى، ص ١٥٢.

(٢) تحرير القواعد المنطقية، ص ١٦٥، والمنطق التوجيهي، ص ١٢٢. نقلاً عن القواعد الفقهية للباحثين، ص ٢٨٢.

ثم إن الاستقراء وإن لم يفد اليقين، فإنه يفيد الظن، والعمل بالظن لازم، فيكون الاستقراء الناقص حجة^(١).

مناقشة الاعتراض الثاني: قول المانعين إن القواعد الفقهية ثمرة الفروع، وعليه لا يصح أن تكون دليلاً على الفروع، لما يلزم من الدور، فهذا الاعتراض يبدو مقنعاً، والحقيقة أن التسليم لهم يتم لو كانت الفروع المراد استنباطها هي الفروع التي كشفت عن القاعدة، وليس الأمر كذلك. فالفروع المتوقفة على القاعدة، هي غير الفروع التي توقفت عليها القاعدة.

ثم (إن كل قواعد العلوم إنما بنيت على فروع هذه العلوم وكانت ثمرة لها، وأقرب مثال لذلك قواعد الأصول خاصة 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 إن هذه القواعد لا تصلح لاستنباط أحكام العربية لأنها ثمرة للفروع الجزئية^(٢).

مناقشة الاعتراض الثالث: إن مقولة قلة الجزئيات المستقراء، أمرٌ غير شامل وعام، فبعض القواعد استند إلى استقراء جزئيات كثيرة جداً، فمثلها لا يتجه إليه هذا المحذور، ولهذا فإن الظن فيها أقوى من الظن المستفاد من القواعد المبنية على استقراء جزئيات قليلة.

أما القواعد المخرجة والمستنبطة بطريق الاجتهاد، فهي تابعة للطريق الذي أتبع في استنباط المجتهد وتخريجه، واجتهاد المجتهد مقبول ومعمول به^(٣).

(١) انظر: الإبهاج (١٧٤/٣)، البحر المحيط (١٠/٦)، شرح الكوكب المنير (٤٢٠/٤).

(٢) الوجيز للبورنو، ص ٤٢ - ٤٣.

(٣) راجع هذه الاعتراضات مع الردود في كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص ٢٨٠ - ٢٨٧.

وبعد هذا العرض المفصّل، يمكن تلخيص الكلام فيما يتعلق بحجّية القواعد الفقهية في النقاط الآتية:

أولاً: بالنسبة للقواعد التي هي نصوص شرعية قرآنية كانت أم حديثة، تعتبر حجّة، 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:

١ - إن كانت القاعدة مستنبطة من النصوص الشرعية فأمرها تبع لاتفاق العلماء أو اختلافهم. فإن اتفقوا على ذلك كانت القاعدة حجّة ودليلاً صالحاً للاستنباط؛ لأن اتفاقهم على ذلك يعني إقرارهم بصحّة القاعدة، وبصحّة ردّها للنصّ الشرعي، وبالتالي صلاحيتها لأن تبنى عليها الأحكام كالنصّ.

وإن اختلفوا في ذلك فالقاعدة حجّة سالحة للترجيح، ولتفريع الأحكام عليها، عند من استنبطها، لأنها مردودة إلى النصّ عنده، وحجّيتها راجعة إلى حجّية النصّ، لكنها لا تكون كذلك عند من لم يصحح الاستنباط.

٢ - وأما إذا كانت مستنبطة من الاستقراء فهي حجّة في الترجيح، وفي التخريج والاستنباط وتفريع الجزئيات. ولا يختلف في استقراء النصوص الشرعية، عن استقراء التراث الفقهي المنقول عن العلماء.

٣ - 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 قوة 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، ووجوه الاختلاف يضيق دائرة من يعمل بها لا غير، ولكنها حجة تنفرع عليها الأحكام عند من خرّجها، شأنها شأن الأدلة المختلف فيها^(١).



(١) عن كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص ٢٨٦ - ٢٨٨ 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^(١).

وجاء في لسان العرب: الاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود، وفي حديث معاذ: «أجتهد رأيي»^(٢)، فالاجتهاد، بذل الوسع في طلب

(١) القاموس المحيط (١/٣٨٦).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب اجتهاد الرأي في القضاء (٣/٣٠٣) رقم: ٣٥٩٢ و ٥٣٩٣، والترمذي في سننه في كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي (٣/٦١٦) رقم: ١٣٢٧، ١٣٢٨، 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 عبدالقادر الأرناؤوط في تحقيقه لجامع الأصول لابن الأثير (١٠/١٧٨): (وقد صححه ابن القيم في إعلام الموقعين، ومن صححه من المتأخرين الشيخ زاهد الكوثري في مقالاته).

الأمر، وهو افتعال من الجهد وهو الطاقة^(١). 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^(٢).

ثانياً: الاجتهاد في الاصطلاح:

ورد في تعريف الاجتهاد بالمعنى الاصطلاحي تعريفات كثيرة، تختلف من حيث المبنى لكنها تتفق من حيث المعنى، ومن هذه التعريفات:

- ١ - «بذل المجتهد وسعه في طلبه العلم بأحكام الشريعة»^(٣).
- ٢ - «استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي»^(٤).
- ٣ - «استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية»^(٥).
- ٤ - «استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي»^(٦).
- ٥ - «بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط»^(٧).

(١) لسان العرب (١/٥٢١).

(٢) انظر: تاج العروس (٢/٣٢٩).

(٣) انظر: المستصفي مع فواتح الرحموت (٢/٣٥٠).

(٤) انظر: اللمع للشيرازي، ص ٧٥.

(٥) انظر: شرح منهاج البيضاوي للإسنوي (٣/١٦٩).

(٦) انظر: مختصر المنتهى لابن الحاجب مع شرح عضد الدين الإيجي (٢/٢٨٩).

(٧) انظر: إرشاد الفحول، ص ٢٥٠.

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) بقيد (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: المتهيب 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^(١)).

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 المعرفة.

ولهذا سلك بعض العلماء في تعريفهم للاجتهاد منهج الإطلاق ليشمل العلم والظن على حد سواء، كما في باقي التعريفات.

(١) انظر: مسلم الثبوت وشرحه مع المستصفى (٣٦٢/٢)، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي، ص ١٢.

وبناءً على ما سبق، ولمزيد من البيان اخترت التعريف الأخير لأخضه 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 والحسي، فلا يسمى من بذل وسعه في تحصيلها (مجتهداً) اصطلاحاً.

- وفي قوله: (العملي) بذل الوسع في تحصيل الحكم العلمي (الاعتقادي) فإنه لا يسمى اجتهداً عند الفقهاء، وإن كان يسمى اجتهداً 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 غيرها 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 يشد 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:

١ - اجتناب الربا في الأخذ والإعطاء، والالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في معاملاته.

٢ - تغطية الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية في ميدان الخدمات المصرفية وأعمال التمويل والاستثمار.

ب - أعمال ووظائف البنوك الإسلامية، ويمكن حصرها فيما يلي:

١ - 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.

٢ - التعامل بالعملات الأجنبية بيعاً وشراءً، على أساس السعر الحاضر.

٣ - إدارة الممتلكات والتركات على أساس الوكالة بأجر، وتنفيذ الوصايا.

٤ - تقديم المعلومات والاستشارات للعملاء.

٥ - تقديم القروض الحسنة للغايات الإنتاجية والاجتماعية كالزواج، وإنشاء الصناديق الخاصة بذلك.

٦ - استثمار الأموال التي يرغب أصحابها في ذلك في مختلف المشاريع الاقتصادية عن طريق المشاركة وغير ذلك.

٧ - تقديم التمويل اللازم للمشاريع الاقتصادية عن طريق المضاربة والمرابحة وغير ذلك^(١).

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.

(١) انظر: المصارف وبيوت التمويل الإسلامي لغريب الجمال، ص ٤١٧، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٢١٨ - ٢١٩. وبحث الدكتور جمال الدين عطية بمجلة الأمة القطرية العدد ٥٦، ص ٤٥.

ونج عن ذلك كمّ كبير من الاجتهادات والمسائل الفقهية المتنوعة، مثل: حكم المضاربة المشتركة والمشاركة المتناقصة والتأمين التجاري وعقود التوريد وعقود المناقصات وبطاقات 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 المجامع الفقهية، 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 إخوته؟
 - 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:

مظان الاجتهاد المعاصر

تتعدد مظان الاجتهاد المعاصر بنوعيه المالي الاقتصادي والطبي الجراحي، ويمكن حصر ذلك في ثلاثة مظان 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^(١).

على أن هذا الاجتهاد الجماعي لا يغني عن الاجتهاد الفردي، لأن الذي يمهد 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 اطلعت بهذا العمل:

١ - مجمع البحوث الإسلامية للأزهر الشريف بالقاهرة الذي أنشئ سنة ١٩٦١م، بموجب القانون ١٠٣ المتعلق بتطوير الأزهر. وقد صدر عن هذا المجمع عدد كبير من الفتاوى في مختلف مجالات الحياة.

٢ - المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، وقد تم تأسيس أول هيئة لهذا المجمع في شهر ذي القعدة ١٣٩٣هـ، وذلك بناءً على قرار المجلس التأسيسي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، المنعقدة من ١٧ ذي القعدة ١٣٩٣هـ إلى ١٦ ذي الحجة

(١) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للدكتور يوسف القرضاوي، ص ١٨٢. 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 ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، منشورات مؤسسة العصر وزارة الشؤون الدينية، الجزائر (٥٥/٣ - ٦٨).

١٣٩٣هـ. والمجمع يضم مجموعة من العلماء والفقهاء والمحققين من مختلف أنحاء العالم الإسلامي ومقره الرئيسي بمكة المكرمة^(١).

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^(٢).

٣ - 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 ١٩ - ٢٢ ربيع الأول ١٤٠١هـ، ٢٥ - ٢٨ يناير ١٩٨١م، 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 المجمعية الفقهية والمجامع العلمية المحلية في عدد من البلدان الإسلامية، وفتاوى هيئات الرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية.

وبحوث هذا المجمع مبثوثة 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.

(١) انظر: الاجتهاد الجماعي، ودور المجامع الفقهية في تطبيقه الدكتور شعبان محمد إسماعيل، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان، ص ١٣٨.

(٢) انظر: الاجتهاد الجماعي ص ١٧٥، ومجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، العدد الأول.

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^(١).

أما إذا كان الموضوع المطروق 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.

ونظراً لما تميزت به مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جعلتها من المصادر الأساسية للبحث في هذه الأطروحة.

٤ - فتاوى دار الإفتاء المصرية التي تصدرها وزارة الأوقاف المصرية.

٥ - الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، والخدمات المصرفية، التي تصدرها هيئة الرقابة الشرعية لبنك دلة البركة.

٦ - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، التي يصدرها بيت التمويل الكويتي.

٧ - الفتاوى الشرعية التي تصدرها هيئة الفتوى لشركة الراجحي للاستثمار.

(١) انظر: الاجتهاد الجماعي، ص ١٨٩، ومجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الأول، الجزء الأول.

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 عبدالعزيز 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 عبدالغفار الشريف.

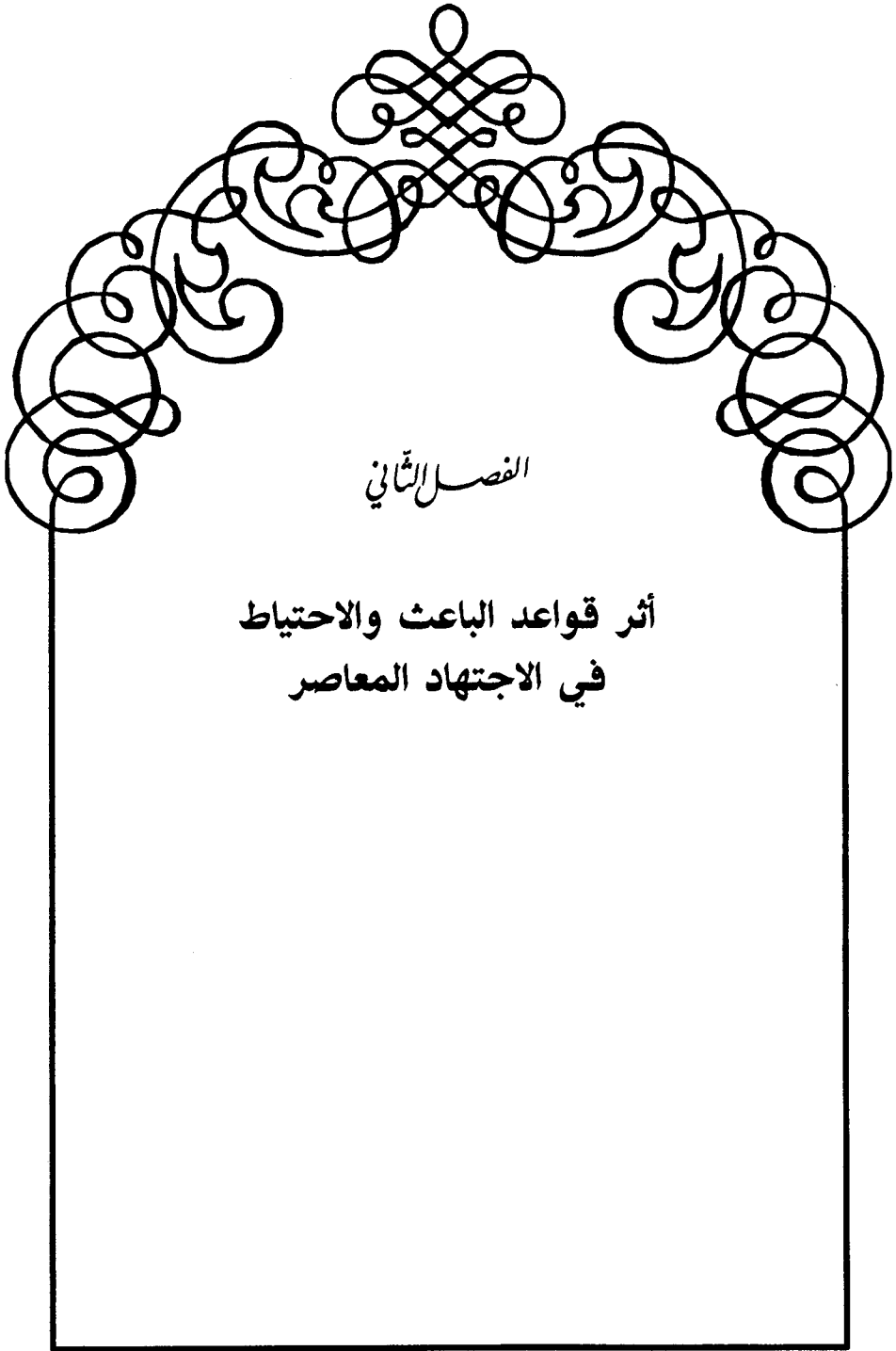
- أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها للدكتور محمد بن مختار

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.











المبحث الأول أثر قواعد الباعث في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

□ القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها^(١):

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 فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾^(٢)، أي: أقواله وأفعاله كلها. وقال تعالى: ﴿لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ﴾^(٣)، أي: الشأن والحال^(٤).

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي (٥٤/١)، أشباه السيوطي، ص ١٦، أشباه ابن نجيم، ص ٢٢، مجلة الأحكام العدلية المادة رقم: ٢، المدخل الفقهي العام (٩٨٠/٢)، موسوعة القواعد الفقهية (١٢٠/١).

(٢) سورة هود، الآية: ٩٧.

(٣) سورة آل عمران، الآية: ١٢٨.

(٤) انظر: المصباح المنير للفيومي (٢٩/١).

ويقال: أمور فلان مستقيمة أي: أحواله، والأمر يجيء أيضاً بمعنى طلب الفعل^(١).

والمقصود هنا بلفظ الأمر نفس الفعل وهو عمل الجوارح، ومنها اللسان وفعله القول، ومنها القلب وفعله الاعتقاد^(٢).

بمقاصدها: المقاصد جمع مقصد، أو مقصد، ويطلق في اللغة بمعنى الأُم، وإتيان الشيء، والتوجه، والاعتزام، والنهوض نحو الشيء^(٣).

والقصد هنا بمعنى النية، فكأن الناوي يؤمّ بقلبه الشيء، ويتوجّه إليه للإتيان به.

فمعنى القاعدة في اللغة: أن الأفعال والتصرفات تابعة للنيات^(٤).

أما المعنى الاصطلاحي للقاعدة فهو: أن الأعمال من قول وفعل تنبني - من حيث آثارها المترتبة عليها - على المقصود من ذلك العمل، ونية العامل^(٥).

ولأن علم الفقه يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها، فسُرت (المجلة) القاعدة بقولها: (يعني: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر)^(٦).

فالعبادات - من حيث الجملة - لا تصح ولا تجزئ إلا مقترنة بالنية، ولا ثواب عليها إلا على أساس النية.

(١) مفردات القرآن للراغب الأصفهاني، ص ٩١، التعريفات للجرجاني، ص ٣٨، التوقيف على مهمات التعريف للمناوي، ص ٩٢.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر (١٧/١)، موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (١٢١/١).

(٣) لسان العرب لابن منظور (٣٥٣/٣)، مادة (ق ص د)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (٣٢٧/١) مادة: قصد.

(٤) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص ١٢٣.

(٥) القواعد والضوابط الفقهية، الدكتور عبدالرحمن بن صالح العبد اللطيف (١٩٧/١). وانظر: موسوعة القواعد الفقهية (١٢٤/١).

(٦) شرح القواعد الفقهية، للزرقاء، ص ٥.

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^(١).

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 المجامع الفقهية، ودور الفتوى والاجتهاد، ومراكز البحث العلمي المختلفة، وسأذكر - هنا - بعض تفرّعات القاعدة الخاصة بالاجتهاد المعاصر، في باب الجراحة والطب، وباب المعاملات المالية، على أن يسبق ذلك الكلام عن دليل القاعدة.

دليلها:

١ - الأصل في هذه القاعدة: حديث: «إنما الأعمال بالنيات...»، الحديث^(٢).

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 والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر،

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٢، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ٥.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في مواضع منها: كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، صحيح البخاري بتحقيق مصطفى ديب البغا (٣/١)، وانظر: فتح الباري بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي (١٢/١) رقم الحديث: ١، ومسلم في كتاب الإمارة، باب قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنية»، صحيح مسلم، بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي (١٥١٥/٣) رقم الحديث: ١٩٠٧.

ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العادات بين الواجب، والمندوب، والمباح، والمكروه، والمحرم، والصحيح والفاسد، وغير ذلك من الأحكام...

وأيضاً: فالعمل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل النائم والغافل والمجنون^(١).

وكلمة العادات في اصطلاح الشاطبي يراد بها كل ما يقابل العبادات، فيدخل فيها العقود وسائر المعاملات حتى الجنایات.

٢ - ومن شواهد هذه القاعدة الجليلة ما ورد عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه^(٢)، قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، ما القتال في سبيل الله؟ فإنا أحدنا يقاتل غضباً ويقا تل حميَّة، فرفع إليه رأسه - قال: وما رفع إليه رأسه إلا لأنه كان قائماً - فقال: «مَنْ قاتل لتكون كلمة الله هي العليا، فهو في سبيل الله عزَّ وجلَّ»^(٣).

ففي الحديث النبوي الشريف توجيه رائع إلى تصحيح النية، وتنبية واضح على اعتبار الباعث والإرادة الباطنة في تقرير الأحكام.

(١) الموافقات في أصول الشريعة للإمام الشاطبي، طبعة دار المعرفة، بيروت - لبنان (٣٢٣/٢ - ٣٢٤).

(٢) أبو موسى الأشعري: هو عبدالله 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، وتفقّه أهلها به، مات سنة ٤٣هـ، وقيل: ٤٤هـ.

انظر: الإصابة (٣٥٩/٢)، تهذيب الأسماء (٢٦٨/٢)، حلية الأولياء (٣٥٦/١)، شذرات الذهب (٥٣/١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب من سأل وهو قائم عالماً جالساً، رقم: ١٢٣، (٥٨/١)، وانظر: فتح الباري (٢٩٣/١). ومسلم في كتاب الإمارة، باب: من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله، رقم: ١٩٠٤، صحيح مسلم (١٥١٢/٣).

٣ - وذكر العلامة السيوطي أن قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾^(١)، أصل لقاعدة: الأمور بمقاصدها، فربّ أمر مباح، أو مطلوب لمقصدٍ ممنوع باعتبار مقصد آخر^(٢).

يقول ابن القيم^(٣) منوهاً بهذه القاعدة: (وقاعدة الشرع التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات، كما هي معتبرة في القربات والعبادات... ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر)^(٤).

أثر القاعدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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 الحطاب^(٥): (ولا خلاف في المنع من أن يسلف الإنسان شخصاً ليسلفه بعد ذلك)^(٦). هذا في حالة الاشتراط.

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٢٠.

(٢) الإكليل في استنباط التنزيل، ص ٥٠.

(٣) ابن القيم: هو أبو عبدالله 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 ٧٥١هـ. انظر ترجمته في: شذرات الذهب (١٦٨/٦)، كشف الظنون (٨٩/١)، الأعلام (٦/٦)، الدرر الكامنة (٤٠٠/٣)، هدية العارفين (١٥٨/٢).

(٤) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية، بتحقيق: عصام الدين الصباطي، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، دار الحديث، القاهرة - مصر (٨٠/٣).

(٥) الحطاب: هو محمد بن محمد الحطاب المكي المولد والقرار، الفقيه العلامة أحد الأئمة المحققين الأخيار أخذ عن والده ومحمد السخاوي والبساطي وغيرهم، وأخذ عنه أئمة منهم عبدالرحمن الباجوري، له تأليف منها: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، وقرة العين شرح ورفات إمام الحرمين، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، ولد سنة ٩٠٢هـ ومات سنة ٩٥٤. انظر: نيل الابتهاج، ص ٣٣٧، شجرة النور الزكية، ص ٢٧٠.

(٦) مواهب الجليل للحطاب الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، دار الفكر، بيروت - لبنان (٣٩١/٤).

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 دائناً 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^(١).

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 وعطاءً، 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: «الأمور بمقاصدها»^(٢).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: حكم نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحي:

توالى الفتاوى الفقهية التي تجيز انتفاع الحي بأعضاء الميت من أجل إسعافه وإنقاذ حياته، من قبل أصحاب الفضيلة والفقهاء والباحثين، ومنهم

(١) فتاوى بنك فيصل الإسلامي، ص ٥١.

(٢) انظر: فتاوى بنك فيصل الإسلامي، ص ٥٢ - ٥٣. وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، للدكتور أحمد الندوي (١/٤٧) -

الشيخ حسنين مخلوف^(١)، وسماحة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق^(٢)، والدكتور يوسف القرضاوي^(٣)، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي^(٤)، والدكتور عبدالكريم زيدان^(٥)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٦)، والدكتور الشرباصي^(٧).

وصدر في هذا الشأن قرار عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وقَّعه أغلب أعضاء المجلس الذين حضروا الجلسة^(٨)، كما شارك في الجلسة فريق من الأطباء، كما صدرت في ذلك

- (١) انظر: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية (٣٤/٢ - ٣٥). والشيخ حسنين محمد مخلوف، من علماء مصر، كان مفتياً للديار المصرية سابقاً، وعضو هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف، ورئيس جمعية النهوض بالدعوة الإسلامية.
- (٢) انظر: رأيه في مجلة الفتاوى الإسلامية، الصادرة عن دار الإفتاء المصرية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (٣٧٠٠/١٠ - ٣٧١٣). وله مقال بعنوان: «نقل الأعضاء من إنسان لآخر» مجلة الأزهر، الجزء ٩، عدد رمضان ١٤٠٣هـ، بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، للشيخ جاد الحق علي جاد الحق (٤٤٧/٢ - ٤٦٢). والشيخ جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر سابقاً.
- (٣) انظر: بحثه (هل تجوز الوصية بجزء من البدن)، فتاوى معاصرة (٨٥٩/١). والدكتور يوسف القرضاوي، من كبار علماء العصر الحديث، شغل منصب عميد كلية الشريعة بقطر، ومستشار مصرف قطر الإسلامي، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (٤) انظر: كتابه قضايا فقهية معاصرة، القسم الأول، ص ١٣٢ - ١٣٣. والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي هو من علماء سوريا، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي، له مؤلفات كثيرة، ومشاركات علمية واسعة.
- (٥) انظر بحثه (استعمال أعضاء الميت) مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢، سنة ١٤٠٨هـ، ص ٤٣.
- (٦) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٢٣٦/١ - ٢٣٧). والدكتور وهبة الزحيلي هو رئيس قسم الشريعة بجامعة دمشق، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي من أهم ما ألف كتابه: الفقه الإسلامي وأدلته.
- (٧) انظر: كتابه يسألونك في الدين والحياة (٣٢٧/٢/٢)، الطبعة الثالثة، دار الجيل، بيروت - لبنان. والشيخ أحمد الشرباصي من علماء مصر، له تأليف كثيرة.
- (٨) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من عام ١٤٠٥هـ، يناير ١٩٨٥م، ووقع عليه أصحاب الفضيلة، الشيخ عبدالعزيز بن =

فتوى عن لجنة الفتوى التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر^(١)، وقرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية^(٢)، واستند المجيزون إلى أدلة من الكتاب، والسنة، والقياس، ومجموعة من القواعد الفقهية، وهذه الأخيرة أخضها بالذكر لعلاقتها بالبحث.

ذهب القائلون بالجواز، إلى تخريج المسألة على قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

ووجه 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.

وأما إن كان المقصود به إهانة الميت وأذيته بالتمثيل به فهذا مقصد مذموم وعمل محرم ونحن لا نقول به^(٣).

يقول الدكتور بكر بن عبدالله أبو زيد^(٤)، في سياق الردّ على المانعين

= عبدالله بن باز، الدكتور عمر نصيف، الشيخ عبدالله عبدالرحمن البسام، الشيخ محمد بن عبدالله 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 عبدالودود، الدكتور طلال عمر بافقيه، وفريق من الأطباء منهم: محمد علي البار. انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة من الدورة الأولى إلى الثامنة، ص ١٤٦ - ١٤٩.

(١) نشرت هذه الفتوى في مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢، ص ٤٦ - ٥٠.

(٢) انظر: قرار رقم: ٩٩، الصادر في سنة ١٤٠٢هـ، نقلته مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١٠٧/١).

(٣) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٢١، ٣٤، ٣٥. وحكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، للدكتور عقيل بن أحمد العقيلي، ص ٧٦.

(٤) الدكتور بكر بن عبدالله أبو زيد، من علماء المملكة العربية السعودية، ورئيس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

بحجة ما في القطع والزرع من المثلثة: (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 مثلثة 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^(١).

المسألة ٢: حول تنظيم النسل:

ورد سؤال يستفتي فيه صاحبه الدكتور محمد سيد طنطاوي^(٢) - مفتي الديار المصرية سابقاً - عن تنظيم نسله، ونص السؤال:

(زوجان معهما ثلاثة أولاد، وحالتهما 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 «الأمر 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

(١) انظر: بحث «التشريح الجثامي والنقل والتعويض الإنساني»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤، (١/١٦٣ - ١٦٤).

(٢) الدكتور محمد سيد طنطاوي، من علماء جمهورية مصر العربية، مفتي الديار المصرية سابقاً وشيخ جامع الأزهر حالياً، وهو عضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

هذا الموضوع، كما يدل على الاهتمام المشكور بأحوال المجتمع الذي يعيشان فيه استجابة لقول النبي ﷺ: «مَنْ لَمْ يَهْتَمِ لِلْمُسْلِمِينَ فَلَيْسَ مِنْهُمْ»^(١). وما دام شعوركما كذلك، فما تريدان عمله من تأجيل الحمل لفترة من الزمان تتفقان عليها، لا مانع منه شرعاً، فإن الأمور بمقاصدها، والأعمال بالنيات^(٢).

يظهر من خلال جواب سماحة المفتي أن فتواه مبنية على قصد الزوجين ونيتيهما 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 ٣: حكم الاستفادة من الخلايا الجذرية في الأبحاث الطبية:

الخلية في علم الأحياء هي وحدة بنيان الأحياء من نبات أو حيوان^(٣).

فالخلية هي الوحدة الأساسية لكل أشكال الحياة، فكل الكائنات الحية مكونة من خلايا، ومعظم الخلايا صغيرة جداً لدرجة أنها لا ترى إلا بالمجهر.

ولللخلايا أنواع عديدة كخلايا العظام وخلايا الدم والكبد والعضلات، ومن أنواعها الخلايا الجذرية وهي خلايا يمكن أن تتكون منها جميع أنواع

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک في کتاب الرقاق (٣٥٦/٤) رقم: ٧٩٠٢. والطبراني في المعجم الأوسط، بتحقيق: محمود الطحان، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م) مكتبة المعارف، الرياض (٢٣٠/٨) رقم: ٧٤٦٩، وقال الطبراني: لا يُرْوَى هذا الحديث عن حذيفة إلا بهذا الإسناد، تفرد به عبدالله بن أبي جعفر الرازي، وضعفه العراقي في تخريج أحاديث الإحياء (١٨٠/٢) رقم: ١٤.

(٢) انظر بحثه: «تنظيم النسل ورأي الدين فيه» مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥ (١٥٦/١ - ١٥٧).

(٣) المعجم الوسيط، د. شوقي ضيف وآخرون، الطبعة الرابعة (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م) مجمع اللغة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ص ٢٥٤.

الخلايا، بمعنى أن فيها طاقة كامنة تمكنها من أن تتحول إلى أي نوع من الخلايا الأخرى، وتسمى أيضاً الخلايا الجذعية^(١).

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 سيئ فممنوع، وهذا بناء على قاعدة «الأمور بمقاصدها».

ومن الباحثين القائلين بهذا الدكتور سعد بن ناصر بن عبدالعزيز الشثري^(٢)، 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)^(٣).

□ القاعدة الثانية: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(٤):

هذه القاعدة مأخوذة من القاعدة الشرعية الكبرى: «الأمور بمقاصدها».

(١) الخلايا الجذرية، والقضايا الأخلاقية والفقهية، للدكتور محمد علي البار؛ الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة - السعودية، ص ١.

(٢) عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية.

(٣) بحث «القواعد الفقهية والأصولية ومقاصد الشريعة ذات الصلة ببحوث الخلايا الجذرية» للدكتور سعد بن ناصر بن عبدالعزيز الشثري، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد ١٨، السنة ١٥ (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، ص ٢٣٦.

(٤) انظر: أشباه ابن السبكي (٣٤٧/١)، موسوعة القواعد الفقهية (٣٧٨/٦).

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^(١).

وإذا رجعنا إلى الحنفية والمالكية نجدهم قد ذكروها بصيغ متقاربة منها:

«الاعتبار للمعنى لا للألفاظ»^(٢).

«العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»^(٣).

«العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى»^(٤).

«الأحكام تتعلق بمعاني الألفاظ دون قوالها»^(٥).

«إذا دارت المسألة بين مراعاة اللفظ ومراعاة القصد، فمراعاة القصد أولى»^(٦).

وعند الشافعية بصيغة: «هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟»^(٧).

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للبورنو، ص ١٤٧.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٢٤٢.

(٣) مجلة الأحكام، المادة: ٣، درر الحكام (١/١٨)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٣.

(٤) المنتقى للبايجي، الطبعة الأولى (١٣٣٢هـ)، مطبعة السعادة، مصر (٤/٢٨٢).

(٥) القيس في شرح موطأ مالك بن أنس لأبي بكر بن العربي، بتحقيق الدكتور محمد عبدالله ولد كريم (٢/٧٠٩).

(٦) المعيار للونشريسي لأحمد بن يحيى الونشريسي، حققه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي (٤/٩٥).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٢١٢. المشور في القواعد للزركشي (١/٣٧١).

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 المغلّب هل هو اللفظ أو المعنى؟»^(١).

ويلاحظ أن بعض المشتغلين بعلم القواعد الفقهية اختلفوا في تحديد مذهب الحنابلة في العمل بهذه القاعدة.

فالدكتور البورنو^(٢) يذهب إلى اعتبار الحنابلة مختلفين حول مفهوم القاعدة وأحكامها، ولذلك أوردوها بالأسلوب الإنشائي قال: (فعند الحنفية والمالكية الاعتداد بالمعنى المقصود قولاً واحداً، وأما عند الشافعية والحنابلة فخلافاً في الاعتبار والمغلب هل هو اللفظ أو المعنى؟)^(٣).

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 تعتنى 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)^(٤).

ومما يؤيد ما ذهب إليه الدكتور الندوي، في إلحاق الحنابلة بمذهب الحنفية والمالكية، قول الإمام ابن القيم - وهو من الحنابلة -: (قواعد الفقه

(١) انظر: قواعد ابن رجب الحنبلي، القاعدة: ٣٨.

(٢) الدكتور محمد صدقي البورنو من العلماء المعاصرين المشتغلين بعلم القواعد الفقهية، ألف فيه كتاب الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، وموسوعة القواعد الفقهية.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية، للبورنو (٢٥١/١). وكذلك (٣٧٨/٦ - ٣٧٩).

(٤) القواعد والضوابط الفقهية، لأحمد الندوي (٥١٩/١ - ٥٢٠).

وأصوله تشهد أن المرعي في العقود حقائقها ومعانيها، لا صورها وألفاظها^(١).

ويظهر أن ابن القيم نقل هذا المذهب عن شيخه ابن تيمية رحمه الله الذي يقول: (الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ... هذا أصل أحمد، وجمهور العلماء، وأحد الوجهين في مذهب الشافعي)^(٢).

معاني مفردات القاعدة:

العبرة: الاعتداد بالشئ في ترتيب الحكم^(٣).

العقود: جمع عقد وهو ارتباط الإيجاب بالقبول، كعقد البيع والإجارة والإعارة^(٤).

اللفظ: هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره وما في نفسه^(٥).

المقاصد: جمع مقصد ومعناه نيّة المتكلم ومراده.

المعاني: جمع معنى وهو الصورة الذهنيّة من حيث وضع بإزائها الألفاظ، والصّور الحاصلة في العقل من حيث أنها تقصد باللفظ تسمّى: معنّى^(٦).

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

إن المراد من قول الفقهاء العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا

(١) زاد المعاد (٥/٢٠٠).

(٢) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية (٣٠/١١٢).

(٣) انظر: المصباح المنير (ع ب ر) (٢/٥٣٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٠١.

(٤) المصباح المنير (ع ق د) (٢/٥٧٥). التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٢٠.

(٥) انظر: المصباح المنير (ل ف ظ) (٢/٧٦٣)، وقال صاحب التوقيف على مهمات التعريف، ص ٦٢٣: (ما يتلفظ به الإنسان أو في حكمه مُهْمَلًا كان أو مستعملًا).

(٦) انظر: تعريفات الجرجاني، ص ٢٣٥ - ٢٣٦، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٦٦٤.

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)^(١).

وتغليب القصد على اللفظ يصح بشروط ثلاثة:

١ - 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.

٢ - أن يستوي جانبا إعمال ظاهر اللفظ والقصد، أو يحفّ بلفظه قرائن، تجعل إعمال القصد دون اللفظ راجحاً، وإلا لم يعتبر القصد، فمن قال لآخر: وهبتك ساعتى هذه بمائة دينار، كان ذلك بيعاً للساعة لقريئة اشتراط مائة دينار، فإن خلا اللفظ عن القريئة ورجح جانب اللفظ للاستعمال كأن قال له: وهبتك حاسوبى هذا، دون ذكر ثمن، وأراد البيع بذلك لم يكن بيعاً بل هبة لعدم القريئة، فإذا استوى الجانبان أعمل القصد.

٣ - أن لا يكون الحكم المترتب على المعنى المقصود أدنى من

(١) درر الحكام (١٨/١ - ١٩).

الحكم المترتب على المعنى الذي يقتضيه ظاهر اللفظ، وإلا لم يعتبر القصد^(١).

ومما يدل على أهمية هذه القاعدة أنها محل اعتبار في كثير من المسائل والقضايا المعاصرة كما سيأتي.

أثر القاعدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١ : 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 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 تعدُّ 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».

وبناءً على ذلك لا تحل الفوائد التي تدفعها البنوك وصناديق التوفير لواقعي أموالهم فيها؛ لأنها تعتبر ربا محرماً، ولا يغير من حقيقة الحكم تغيير الاسم، إذ العبرة للمعنى كما تبين.

يقول الدكتور محمد صلاح الصاوي^(٢)، 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

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر (١٩/١)، إعلام الموقعين (٩٠/٣ - ٩٤)، المدخل الفقهي لأحمد الحجي الكردي، ص ٢٣.

(٢) محمد صلاح الصاوي أستاذ من جمهورية مصر العربية، ألف كتاب مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، نال به درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية.

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 بدلهما 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^(١).

وبعد تعريفه للقرض يخلص إلى القول: (فإذا تجاوزنا ظواهر الألفاظ، ونفدنا إلى المقصود والإرادات، واعتبرنا المعاني والغايات، لم يبق أمامنا مجال للتردد في إلحاق هذه الودائع المصرفية بالقروض، وإخراجها من باب الإيداع بالكلية)^(٢).

المسألة ٢: حكم الوديعة الادخارية (شهادة الاستثمار)^(٣):

(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 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

(١) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور محمد صلاح محمد الصاوي، ص ٤٣٧.

(٢) نفس المرجع، ص ٤٣٨.

(٣) 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 ٤٩٨ - ٤٩٩. وحكم الإسلام في شهادات الاستثمار، عبدالرحمن بن صبحي زعيتر، ص ٩٢ - ٩٣.

بمعانيها وحقائقها، وليس بالأسماء والشعارات - فلا ينبغي أن يختلف القول في بطلانها؛ لأنها تمثل قروضاً شرطت فيها الزيادة^(١).

تقرر في الشريعة أن العبرة في العقود المعاني والحقائق لا الأسماء والمباني وما دام أن هذه المعاملة فيها إقراض بفائدة وزيادة فهي ربا محرم وإن ألبست لبوس 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 ٣: حسم الأوراق التجارية (Discounting):

الذي تمارسه المصارف الربوية باسم (الخصم)، والمقصود منه: حط قدر من القيمة المؤجلة للورقة التجارية؛ لتعجيل دفع باقي 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^(٢).

وقد اختلفت آراء الاقتصاديين والفقهاء القانونيين في تخريج هذه العملية، فيراها بعضهم بيع آجل بعاجل، ومنهم من يعتبرها عقداً مستقلاً بنفسها يختص بهذا الاسم، والراجح عندهم أنه قرض بفائدة، مع توكيل المقترض للدائن في استيفاء القرض من محرر الورقة التجارية، ويتضمن ذلك الاتفاق على حق هذا الدائن في الرجوع على المقترض 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 منطق الفقه الإسلامي الذي يركز على المقصود والمعاني، لا على الألفاظ والمباني^(٣).

(١) المصدر نفسه، ص ٥٠٠. وحكم الإسلام في شهادات الاستثمار، لعبدالرحمن بن صبحي زعيتير، ص ٩٥.

(٢) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، لمحمد الصاوي، ص ٤٦٠.

(٣) الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد أحمد السراج، ص ١٠٢ - ١٠٣.

(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)^(١).

وهكذا نجد هذه القاعدة الذهبية ظاهرة المدد في الفقه الجديد، يُصَوَّب بها كثير من المفاهيم الخاطئة التي تكتنف الفكر الاقتصادي المعاصر^(٢).

المسألة ٤: 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 يجيز الوصية لوارث 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.

(١) مشكلة الاستثمار للدكتور الصاوي، ص ٤٦٤.

(٢) عن القواعد والضوابط الفقهية للندوي بتصرف (١/٥٣٢).

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 حُفّه 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)^(١).

المسألة ٥: حقيقة خطاب الضمان المصرفي ومدى مشروعيته:

تعريف الكفالة: (هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)^(٢).

أو: (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام)^(٣).

(١) انظر: فتاوى مصطفى الزرقا، باعثناء محمد أحمد مكي، ط ١/١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، دار القلم، دمشق - سوريا، ص ٥٣٥ - ٥٤٨، شرح القواعد الفقهية، لأحمد الزرقاء، ص ١٣.

(٢) القانون المدني المصري، المادة ٧٧٢. انظر: الوسيط في شرح القانون المدني المصري للدكتور عبدالرزاق السنهوري (١٨/١٠).

(٣) القانون المدني الأردني، المادة ٦٢٥.

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، يفى الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يفى به المدين الأصلي، فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، والالتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي^(١).

أما خطاب الضمان فهو: تعهد نهائي يصدر من المصرف بناءً على طلب عميله - ويسمى الأمر - بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة^(٢).

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 إلا لله تعالى فأخذ العوض عليها سحت وكسب لا يحل، ثم تغيرت ظروف المجتمع الإسلامي بحيث أصبح أكثر أصحاب الوجاهة لا يبذلون ضمانهم إلا 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

(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني المصري لعبدالرزاق السنهوري (٢٠/١٠).

(٢) المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور غريب الجمال، طبعة دار الشروق بيروت - لبنان، ص ١١٥، وعمليات البنوك، لمحمود الكيلاني (١٤٢/١).

البنوك نفقات مالية كبيرة مما يجعل من الضروري أن تتقاضى أجراً مقابل الأعمال التي تقوم بها لإصدار خطابات الضمان.

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^(١).

ذهب بعض العلماء إلى تخريجها على قاعدة: «العبرة 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 عالجها الإسلام»، وذلك عندما قال:

(فيخْرَجُ الخطاب المغطى 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 وضمان.

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، وبإقراضه 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 العبرة في العقود في

(١) انظر: بعض هذه الفتاوى في كتاب فتاوى الخدمات المصرفية، ص ٧٧ - ١٢٢.

الفقه الإسلامي للمقاصد والمعاني، وكان هذا التقرير السابق هو ما يجري عليه العمل فعلاً في هذا الباب، فإنه يصلح أساساً للنظرة الشرعية لذلك^(١).

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:

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 كالآتي:

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

(١) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص ٤٨٥.

الضمان بغطاء لأنه في هذه الحالة يكون على أساس الوكالة، والوكالة تجوز بأجر وبغير أجر^(١).

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 ٦: هل عقد الإجارة المنتهية بالتملك هو عقد إجارة أم عقد بيع؟

الإجارة في الاصطلاح: (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض)^(٢).
 أو: (عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم)^(٣).
 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^(٤).

وهو عقد يشبه بيع التقسيط من حيث المقصد الخاص للمتعاقدين ولكنه مختلف 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

-
- (١) وهذا ما ورد ضمن قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، (١٢٠٩/٢).
 (٢) انظر: القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص ١٣ - ١٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، طبعة عيسى الحلبي بالقاهرة (٣٤/٤).
 (٣) منتهى الإرادات، مع شرح البهوتي، طبعة عالم الكتب العلمية، بيروت (٢٤١/٢).
 (٤) انظر: بحث «الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة»، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، (٤٧٧/١).

التي قام بها هذا العقد فإننا نلغي هذه المعاملة لأن صيغتها فاسدة بالإجارة تملك فيها المنافع لا الأعيان والذوات، فلو قال شخص: أجزت 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 بالتملك وإن كان قد صيغ بصياغة الإيجار وشروطه لكن مقصود العقادين هو التملك والتملك، 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 بالتملك^(١).

واعلم أن مجمع الفقه الإسلامي فصل في الصورة الجائزة من عقد الإجارة المنتهية بالتملك، على النحو التالي:

الصورة الجائزة: وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة.

أما الصورة الممنوعة: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة في زمن واحد^(٢).

(١) انظر: بحث «الإيجار المنتهي بالتملك»، للدكتور محمد جبر الألفي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (١/٦٠٧ - ٦٠٨). وبحث: «الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة»، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (١/٥١٢ - ٥١٥).

(٢) انظر: القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (١/٦٩٧ - ٦٩٨).

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 عبدالله بن مسعود رضي الله عنه^(١) أن رسول الله ﷺ:

«نهى عن صفقتين في صفقة واحدة»^(٢).

ومنهم من أجازها لضعف الحديث المرفوع، وأما الموقوف على عبدالله بن مسعود^(٣)، فالصورة محل الخلاف، خارجة عن موضوع الحديث^(٤)، يقول الدكتور القره داغي^(٥): (الجمع بين الإجارة والبيع،

(١) عبدالله بن مسعود: هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبدالله 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 عنهم، اتفق له في الصحيحين على ٦٤ حديثاً، توفي سنة ٣٣هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (١/١٤٧)، طبقات ابن سعد (٢/٢٤٢)، سير أعلام النبلاء (١/٤٦١)، تذكرة الحفاظ (١/٣١)، تهذيب التهذيب (٦/٢٧)، الإصابة (٧/٢٠٩).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده بهذا اللفظ مرفوعاً (١/٣٩٨) رقم ٣٧٨٣. قال الشيخ الألباني: الحديث فيه شريك ابن عبدالله القاضي وهو سيئ الحفظ، فلا يحتاج به... وللحديث شواهد، منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «نهى رسول الله عن بيعتين في بيعة»، أخرجه النسائي (٢/٢٢٧)، والترمذي (١/٢٣٢) وقال: حديث حسن صحيح، راجع: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ ناصر الدين الألباني (٥/١٤٩ - ١٥١). وانظر معنى الحديث في شرح السنة للإمام البغوي، بتحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالمجيد (٤/٣٠٦).

(٣) قال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه: «صفقتان في صفقة ربا»، أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٤/٣١٢) رقم: ٢٠٤٤٧، ٢٠٤٤٨، وقال الألباني: صحيح الإرواء (٥/١٤٨)، والحديث كما شرحه سماك ابن حرب أحد رواته: (أن يقول الرجل إن كان بنقد فيكذا، وإن كان بنسيئة فيكذا)، وعليه فصورة الإجارة المنتهية بالتملك خارجة عن معنى هذا الحديث، والله أعلم.

(٤) راجع بحث «الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة»، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢ (١/٥١٢ - ٥١٣).

(٥) الدكتور علي محيي الدين القره داغي، أستاذ بكلية الشريعة جامعة قطر، وعضو بارز في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

لا يدخل في هذه الأحاديث الواردة في النهي عن الصفقتين في صفقة واحدة... وقد نصَّ جماعة من الفقهاء منهم المالكية على جواز الجمع بين الإجارة والبيع في صفقة واحدة^(١)، ومنهم الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)^(٤).

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 كالدكتور حسن الشاذلي^(٥)، والشيخ ابن بية^(٦)، 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 حُرِّجَت 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.

المسألة ٧: منع اشتراط النصّ على حق 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،

(١) انظر: الذخيرة للقرافي، بتحقيق: محمد بو خبزة (٤١٥/٥).

(٢) مغني المحتاج (٤١/٢).

(٣) منتهى الإرادات (٢١/٢).

(٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٥١٣/١). وقد أجاد الدكتور محيي الدين القره داغي في بيان وجه تخريج الإجارة المنتهية بالتملك على قاعدة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني».

(٥) انظر: بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥ (٢٦٤٢/٤).

(٦) انظر: بحثه المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة، العدد ٥ (٢٥٩٨/٤).

أو على دفعات بحسب شروط متفق عليها^(١).

وقد أجازها العلماء المعاصرون^(٢)، وأقرها 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 النّص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل)^(٣).

ذهب الدكتور محمد قطب سانو^(٤) إلى بيان وجه وضع الضوابط الأخير، أي: منع النّص على حق 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:

(١) تعريف الدكتور وهبة الزحيلي في بحثه «المشاركة المتناقصة»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (٤٨٤/٢).

(٢) سيأتي التفصيل في بيان آراء العلماء في مدى مشروعيتها، ص ٢٩٦ من الأطروحة في «قاعدة الخراج بالضمان».

(٣) هذا نص القرار الصادر في الدور الخامسة عشرة، بمسقط - عمان (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).

(٤) الأستاذ الدكتور محمد قطب سانو، من غينيا، أستاذ في الفقه والأصول بالجامعة الإسلامية بماليزيا، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(اعتباراً بأن هذه المشاركة من المنظور الشرعي مشاركة حقيقية، وليست صوريةً، واعتباراً بأنها من جنس شركة ملك كما رجحنا، لذلك، فإنه ينبغي أن تتحمل الأطراف المشاركة فيها جميع تبعاتها إن خسارة أو ربحاً، ومن ثم، فلا يجوز لأي طرف من الطرفين وضع شروط من شأنها إخراج هذه المشاركة من دائرة المشاركة إلى دائرة القرض الربوي.

فإذا اشترط المصرف على العميل استرداد ما قدمه من تمويل في حالة إخفاق العميل من الوفاء بما يجب عليه الوفاء، عد ذلك شرطاً فاسداً، وربما عد شرطاً مفسداً للمشاركة برمتها، ذلك لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني... فإذا اشترط المصرف (أو الطرف الثاني) هذا الشرط دل ذلك على أنه لا يروم بمشاركته المشاركة الفعلية، وإنما يهدف إلى إقراض عميله (أو شريكه) قرصاً ربوياً.

عليه فإن من الضوابط المهمة في هذه المشاركة منع النص على حق المصرف (أو الشريك) في استرداد ما قدمه من تمويل، فما قدمه يعد جزءاً من رأس المال، واسترداد هذا الجزء ينبغي أن يتم عند انحلال الشركة وانتهائها، أو عند الاتفاق على شراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر، فإذا لم يكن ثمة عقد بيع، ولا إنهاء للشركة، لم يجز لأحد الطرفين إلزام الآخر بإعادة ما قدمه من تمويل^(١).

□ القاعدة الثالثة: من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه

مردود عليه:

وردت هذه القاعدة بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية^(٢)؛ وذكرها

(١) انظر بحثه: «المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية»، للدكتور محمد مصطفى سانو، الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص ٤٧ - ٤٨.

(٢) المجلة، المادة ١٠٠، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٤٠٧، موسوعة القواعد الفقهية (١٠٠٦/١١).

ابن نجيم في الأشباه والنظائر^(١)، كما نصَّ عليها الإمام السرخسي^(٢)، يقول: (من سعى في نقض ما قد تم به يبطل سعيه)^(٣).

ومعنى القاعدة:

أنه إذا عمل شخص على نقض وهدم وإبطال ما أجراه وتمَّ من جهته باختياره ورضاه فلا اعتبار لنقضه ونكثه؛ والحكمة في ذلك لما في عمله من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تم من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه. وشرط اعتبار هذا التناقض أن يكون أمام خصم منازع، وإلا لا يعتبر متناقضاً، ويسمع.

يقول أحد شراح المجلة: (ويفهم منها أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه، وتم من جهته فلا اعتبار لعمله)^(٤)، 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)^(٥).

ويقول الدكتور البورنو: (وهي بمعنى (إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته باختياره ورضاه فلا اعتبار لنقضه ونكثه)^(٦)).

(١) الأشباه والنظائر، ص ٢٧٢، وقد ذكر لها مستثنيات.

(٢) الإمام السرخسي: هو أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة، تخرج بعبدة 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 ٤٩٠هـ. انظر ترجمته في: تاج التراجم في طبقات الحنفية لقطلوبغا، طبعة ١٩٦٢م، مطبعة العاني بغداد، رقم ١٥٧، ص ٥٢، الأعلام (٢٣٩/٨)، معجم المؤلفين (٢٣٩/٨).

(٣) في مواضع كثيرة من المبسوط، منها: (١٢١/٤)، (١٧٤/٧)، (١٢٨/١٣).

(٤) درر الحكام (٨٨/١).

(٥) شرح الأتاسي (٢٧٠/١).

(٦) الوجيز، ص ٣٦٠.

ثم بيّن الحكمة في هذا النقض، فقال: (والحكمة من ذلك لما في عمله من التعارض والمنافاة بين الشيء الذي تمّ من قبله وبين سعيه الأخير في نقضه، وهذا تدافع بين كلامين متناقضين يمنع استماع الدعوى، فيكون سعيه مردوداً عليه وغير معتبر)^(١).

ويشترط في اعتبار هذا التنازع أن يكون أمام خصم منازع، فلو قال شخص: هذه السيارة ليست لي، ووُجد 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 تفيدُه القاعدة الفقهية القاضية بأن (من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه)؛ ولذا فإنه إذا قيّد المساهمون أنفسهم بعدم التصرف في أسهمهم بالبيع إلا في نهاية السنة المالية للشركة، فلا يحق لهم أن يتصرفوا فيها بنقل ملكيتها خلا السنة المالية)^(٢).

□ القاعدة الرابعة: الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر:

وردت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية بصيغة: «الوصف في الحاضر لغو»^(٣).

وفي لفظ: «الوصف في المعين غير معتبر»^(٤).

(١) المرجع نفسه، ص ٣٦٠.

(٢) انظر: تقرير فتاوى الراجحي: ٧٠. نقلاً عن موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٥٥٤ - ٥٥٥).

(٣) المجلة، المادة: ٦٥. وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٢٦٧، موسوعة القواعد الفقهية (٢٠٨/١٢).

(٤) المبسوط (١٢٢/٧).

وفي لفظ: «الوصف في غير المعين معتبر، وفي المعين غير معتبر»^(١).

ولفظ آخر: «الوصف المعتاد معتبر في الغائب لا في العين»^(٢).

مفردات القاعدة:

الوصف: هو الصِّفَة وهي الحالة القائمة بذات الموصوف. والمراد به هنا: الوصف الذي يُعرَّف الموصوف تعريفاً^(٣).

اللغو: ما تسبق إليه الألسنة من القول على غير عزم قُصِدَ إليه.

ويستعمل اللغو فيما لا يُعتدُّ به^(٤).

المعتبر: من الاعتبار، وهو بمعنى الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم^(٥).

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

(١) المبسوط (٩٤/٣)، و(٤/٩).

(٢) أشباه ابن نجيم، ص ٢١٧.

(٣) انظر: المصباح المنير (٩١١/٢ - ٩١٢)، التعريفات، ص ٢٧٢، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٧٢٦.

(٤) انظر: المصباح المنير (٧٦٢/٢)، التعريفات، ص ٢٠٢، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٦٢٢.

(٥) انظر: المصباح المنير (٥٣٢/٢)، التعريفات، ص ٣٠، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٧٣.

بكذا، وهو حصان أسود كبير، أو قال: بعتك هذه الفرس المحجّلة، وهي غير محجّلة، أو هذه السّيارة 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 المسمّى 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^(١).

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^(٢).

ومجال هذه القاعدة: الأحوال الشخصية وكذا سائر عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة، حيث يشترط لصحتها معرفة البدلّين وانتفاء الجهالة، وذلك يكون بتميز الشيء عن غيره، بجنسه ونوعه ووصفه، ويحصل هذا بالإشارة إليه حساً إذا كان هذا الشيء حاضراً، أو بالذّكر إذا كان غائباً^(٣).

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

(١) المدخل الفقهي (١/٤٧٧ - ٤٧٨).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية، ص ٢٦٧، موسوعة القواعد الفقهية (١٢/٢٠٨ - ٢٠٩).

(٣) الوجيز للبورنو، ص ٣٢٦.

يكون هذا البيع من البيع بالنموذج إذا أرسل المصدر عيّنة من البضاعة، وكل من بيع الغائب على الصفة، والبيع بالنموذج، جائز شرعاً عند جمهور الفقهاء^(١).

(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 ورُسوها في الميناء، فلا يحق للمشتري بيعها لغيره، لعدم دخولها في عهده وضمائه، والله أعلم^(٢).



(١) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني: ١٢٠.
(٢) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٥٦١ - ٥٦٢).



المبحث الثاني أثر قواعد الاحتياط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

□ القاعدة الأولى: وسائل الحرام حرام^(١) أو ما أفضى إلى الحرام
كان حراماً^(٢).

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)^(٣)، فالوسيلة إلى الحلال - إذا كانت مشروعة - حلال والوسيلة إلى الحرام حرام. يقول الإمام ابن كثير^(٤): (والشريعة شاهدة بأن كل حرام فالوسيلة إليه مثله، لأن ما أفضى إلى الحرام حرام، كما أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)^(٥).

(١) انظر: المعيار المعرب للونشريسي (٢٦/٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (١٣٢/٣)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤٢/٩ - ٤٣).

(٣) كشف القناع (٢٨٣/١).

(٤) هو أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القيسي الشافعي، اختلف في ولادته فقيل: سنة ٧٠٠هـ، وقيل: سنة ٧٠١هـ، من مؤلفاته: البداية والنهاية في التاريخ، الباعث الحثيث في الحديث، تفسير القرآن الكريم، توفي سنة ٧٧٤هـ. انظر: الدرر الكامنة (٣٩٩/١)، طبقات المفسرين للداودي (١١٠/١).

(٥) تفسير ابن كثير (٣٥١/٣).

ويقول الإمام العز بن عبدالسلام^(١): (للسائل أحكام المقاصد، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل)^(٢).

(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)^(٣).

دليل القاعدة:

ويمكن أن يستدل لهذه القاعدة بـ: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٤).

ولبيان وجه دلالة الآية، نورد هذا النص الفقهي: قال الإمام الخرخري الحنبلي^(٥): (وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل)^(٦).

(١) العز بن عبدالسلام: عبدالعزيز بن عبدالسلام بن أبي القاسم السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسليمان العلماء أحد أئمة الشافعية الأعلام، من مصنفاته: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ولد بدمشق سنة ٥٧٧هـ، وتوفي سنة ٦٦٠هـ بالقاهرة. انظر في ترجمته: طبقات السبكي (٢٩٠/٨)، شذرات الذهب (٣٠١/٥)، الأعلام (١٤٤/٤).

(٢) قواعد الأحكام (٤٦/١).

(٣) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٤٣٨/١).

(٤) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٥) الخرخري: العلامة شيخ الحنابلة، أبو القاسم، عمر بن الحسين بن عبدالله، البغدادي الخرخري الحنبلي، صاحب المختصر المشهور في مذهب الإمام أحمد، كان من كبار العلماء تفقه بوالده الحسين صاحب المرؤذي وصنف التصانيف. وتوفي في سنة ٣٣٤هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (٥٧/١٠).

(٦) انظر: مختصر الخرخري، بتحقيق: زهير الشاويش (٦٨/١)، هنا يجب التنبيه إلى أن مسألة بيع العصير لمن يتخذه خمراً مسألة مختلف فيها بين الفقهاء. انظر: الموسوعة الفقهية (٢٠٨/٩ - ٢١١).

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 جلّ وعلا: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾، وحكم ما كان وسيلة إلى المحرم كذلك، كبيع السلاح للبغاة، أو لأهل الحرب^(١).

ومن التطبيقات على هذه القاعدة: النهي عن بيع العينة، لأنها تعتبر وسيلة من وسائل أكل الربا، قال ابن قدامة^(٢) رحمه الله: (وسائل الحرام حرام كبيع العينة)^(٣).

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»^(٤).

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^(٥).
فالتيجة أنه سلمه مائة، ليتسلمها عند الأجل مائة وعشرين.

-
- (١) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقى (٦٥٤/٣)، كشاف القناع (١٨٣/١).
(٢) هو أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، ثم الدمشقي الحنبلي، ولد سنة ٥٤١هـ وتوفي سنة ٦٢٠هـ، 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 (١٠٠/١٣)، معجم البلدان (١٦٠/٢)، شذرات الذهب (٨٨/٣)، الأعلام (٦٧/٤).
(٣) المغني (٥٩/٤).
(٤) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الأيمان والنذور، باب في النهي عن العينة (٢٧٤/٣) رقم: ٣٤٦٢.
وأخرجه أحمد في المسند (٢٨/٢) رقم: ٤٨٢٥. وانظر: نصب الراية (٩٦/٣). قال الحافظ في التلخيص: (صححه ابن القطان بعد أن أخرجه من الزهد لأحمد، كأنه لم يقف على المسند)، التلخيص الحبير لابن حجر (١٩/٢).
(٥) انظر: نيل الأوطار (٣١٩/٥).

وكثيراً ما يتخذ أهل الحيل هذا اللون من البيع الصوري ذريعة إلى أكل الربا المحرم، فهو تعامل محرم لأنه بيع صورة ولفظاً، رباً نية وقصداً. والمسألة خلافية بين العلماء^(١)، 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، التّوسل إلى الحرام، فقال العلماء بحرمتها لأن الوسائل لها حكم المقاصد.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: مسألة بيع العينة:

والتي لها صلة وثيقة بهذه القاعدة، (يبدو من إجماله النظر في الفتاوى الصادرة من هيئات الرقابة الشرعية للبنوك الإسلامية: أنه قد نفقت سوق العقود المتسترة تحت ستار العينة، ومن ثم كثر السؤال عنها، وهنا لا بأس من عرض نماذج من تلك الفتاوى والأجوبة عنها...

١ - 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.

(١) 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 (٢/٣٩٩)، وانظر أيضاً كلام الشافعي في كتابه الأم (٧/٢٦٧).

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^(١).

المسألة ٢:

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 يبيعها 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 يبيعها إلى العميل نفسه بأجل، لأن هذا البيع هو من قبيل بيع العينة، لأن شراءها من البنك - وكيل العميل - كشرائها من العميل نفسه، ثم يبيعها له هو بيع عينة^(٢).

المسألة ٣:

السؤال: شركاء اشترى بضاعة بمال الشركة، فهل يجوز أن تبيع الشركة لأحد الشركاء شيئاً من مال الشركة مرابحة بأجل؟

الجواب: يجوز لأحد الشركاء شراء شيء من مال الشركة مرابحة بأجل، أو بضمن حال، ولكن إذا اشترى بالأجل، فليس له أن يبيع إلى الشركة ما اشتراه منها؛ تجنباً لبيع العينة^(٣).

المسألة ٤:

السؤال: تقدمت إلينا مؤسسة للسيارات بطلب شراء سيارات، وذلك

-
- (١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (٢/٢٣)، ص ٦٨.
 (٢) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (٢/٢٦)، ص ٧٣.
 (٣) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (٢/١٥٤)، ص ٢٢٨.

بعد أن نشترتها 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^(١).

المسألة ٥:

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 باعتها، على أن يكون الدفع بعد ذلك بالتأجيل دفعة واحدة أو بالتقسيط، وإنما يجوز ذلك إذا لم يجر الاتفاق الأول على الشراء والإصلاح، وإعادة البيع بثمن مؤجل يزيد عن ثمن الشراء، لأن ذلك يكون من قبيل بيوع العينة التي تستر التعامل بالربا)^(٢).

المسألة ٦:

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

(١) المصدر نفسه (١٧/٢ - ١٨).

(٢) تقرير فتاوى الراجحي: ٥٦.

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 التَّحْيُلِ^(١).

وهذا نجد هناك قضايا وفتاوى كثيرة منوطة ببيع العينة، وقد دلت هذه الظاهرة على فُسُوقِ التَّجَارَةِ المنطوية على حيل ووسائل فاسدة لا يقرها التشريع الإسلامي الحكيم.

وكل المسائل والفروع السَّابِقَةَ خُرَّجَتْ على هذه القاعدة المهمة التي قررها الفقهاء^(٢).

المسألة ٧: حكم فتح الحسابات الجارية في البنوك الربوية:

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 جار 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^(٣)، حيث يقول: (القاعدة أن ما أدى إلى حرام فهو حرام والأمور بمآلاتها، ولذلك

(١) تقرير فتاوى الراجحي: ٦٧.

(٢) راجع: القواعد والضوابط الفقهية للدودي (١/٤٥٠).

(٣) الدكتور محمد علي القري من السعودية أستاذ بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبدالعزيز بجدة، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

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، لا سيما في الحالات التي يتوفر المجتمع على بنوك أخرى ومؤسسات مصرفية تنهض بنفس الوظائف والأغراض دون التعامل بالفائدة كالبنوك الإسلامية^(١).

□ القاعدة الثانية: الأصل منع القاعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية:

هذه القاعدة ذكرها الونشريسي^(٢) في إيضاح المسالك بهذا اللفظ^(٣). وذكرها المقرئ بلفظ مقارب: «أصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية»^(٤).

معنى القاعدة:

المواعدة: مفاعلة من الوعد، ولا يكون إلا بين اثنين وهو أن يعد كل واحد منهما صاحبه^(٥).

(١) انظر: بحث «الحسابات والودائع المصرفية»، للدكتور محمد علي القرني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩، (١/٧٢٠ - ٧٢١).

(٢) هو أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني ثم الفاسي، الإمام العمدة المحقق، أخذ عن العقباني وأبي عبدالله الجلاب وابن مرزوق الكفيف وابن زكريا التلمساني، وعنه ابنه عبدالواحد 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 ٩١٤هـ. انظر ترجمته في: البستان، ص ٥٣، درة الحجال (١/٩١)، الفكر السامي (٤/٩٩)، شجرة النور، ص ٢٧٤.

(٣) القاعدة الخامسة والستون، ص ٢٧٨.

(٤) القواعد للمقرئ، القاعدة رقم: ٨٩٠، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/١٦٧)، شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة، لأبي القاسم السجلماسي، بتحقيق الأستاذ: عبدالباقي بدوي (٢/٥٠٩ - ٥١٠).

(٥) انظر في معناه اللغوي: المصباح المنير (٢/٩١٧)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٧٢٩.

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^(١).

قال الونشريسي: (ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه، ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك...)^(٢).

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 لهذه 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^(٣).

دليل القاعدة:

أصل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ

(١) عن تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للغرياني بتصرف بسيط، ص ٢٣٢.

(٢) إيضاح المسالك، ص ٢٧٨ - ٢٧٩. وراجع المدونة (١٦٧/٣)، حاشية الدسوقي (٤٦٩/٢).

(٣) انظر: قاضيخان بهامش الفتاوى الهندية (١٦٥/٢) و(٢٠٩/٣)، تبين الحقائق للزيلي (١٨٤/٥).

خَطْبَةَ الْبَيْتِ أَوْ أَكَنَّتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذَكَّرُوهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا^(١).

أثر القاعدة في فقه المعاملات المالية المعاصرة:

١ - حكم المواعدة في بيع المرابحة للأمر بالشراء الذي تتعامل به البنوك الإسلامية:

بيع المرابحة: المرابحة في اللغة هي: من الربح وهو النماء والزيادة الحاصلة في المبيعة^(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: هي البيع بالزيادة على الثمن الأول^(٣).

وهي تجري بين طرفين البائع والمشتري، وهي جائزة باتفاق الفقهاء^(٤).

أما المرابحة 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 مرابحة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على دفعات أو أقساط تبعاً لإمكانياته وقدرته المالية^(٥).

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٥. وانظر: إيضاح المسالك للنوشرسي، ص ٢٧٨، القاعدة: ٦٥.

(٢) انظر: المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، بتحقيق: محمد خليل عيتاني، ص ١٩١ وص ٢٧٠، التعريفات للجرجاني، ص ٢٢٣، المصباح المنير (ر ب ح) (٢٩٢/١).

(٣) التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي، ص ٦٤٧، القوانين الفقهية لابن جزي، ص ٢٨٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكسائي (٤/٤٦٠) فقد نقل الإجماع على جوازها.

(٥) انظر: الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي للدكتور أميرة عبداللطيف مشهور، الطبعة الأولى ١٩٩٠م، مكتبة مدبولي، القاهرة - مصر، ص ٣٣٤، المعاملات المالية لشبير، ص ٢٦٤.

اعلم أنه لا خلاف بين الفقهاء المعاصرين في جواز بيع المرابحة للآمر 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 مرابحة للآمر بالشراء، والآمر 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 عبدالباسط^(١) - بدليلين، أقتصر - هنا - على ذكر ما يخدم البحث.

١ - أن الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً للأحكام المذهب المالكي^(٢)، وملزم للطرفين ديانةً طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى^(٣)، وما يلزم ديانةً يمكن الإلزام به قضاءً، وإذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه.

٢ - الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل.

وقد ردّ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير على هذا الاستدلال^(٤)،

(١) انظر: رأي الشيخ يوسف القرضاوي، في كتابه بيع المرابحة للآمر بالشراء، وفتوى سماحة الشيخ ابن باز، صدرت له سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م. نقلها القرضاوي في كتابه المرابحة، ص ١٧ - ١٨، أما الشيخ بدر متولي عبدالباسط مستشار بيت التمويل الكويتي، فقد صدرت له فتوى في الموضوع عام ١٣٩٩هـ، أوردها القرضاوي في بيع المرابحة، ص ١٥، ووردت ضمن كتاب «فتاوى المرابحة» لأحمد محيي الدين أحمد، ص ١٥٨.

(٢) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب، ص ١٥٤. البيان والتحصيل لابن رشد (١٨/٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين يحيى بن شرف النووي، الطبعة الأولى (١٣٨٦هـ) المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان (٣٩٠/٥)، كشاف القناع للبهوتي، بتحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، طبعة ١٤٠٢هـ، دار الفكر، بيروت - لبنان (٢٣١/٣)، الإنصاف للمرداوي، بتحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان (٣٠٦ - ٣٠٥/٦).

(٤) في بحثه الذي قدمه في الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بالكويت في الفترة جمادى الأولى ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م. انظر: مجلة المجمع، العدد الخامس (٩٩٣/٢) وما بعدها.

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 يقرر 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:

(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»^(١). ومن ثم منع مالك المواعدة في العدة، وعلى بيع الطعام قبل قبضه ووقت نداء الجمعة، وعلى ما ليس عندك...)^(٢).

وقد ردَّ الشيخ عبدالله 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؟)^(٣).

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي، تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي، القاعدة رقم: ٦٥، ص ٢٧٨. قواعد المقرئ، القاعدة رقم: ٨٩٠.

(٢) بحث «المراوحة للأمر بالشراء»، للدكتور: الصديق محمد الأمين الضَّيرير، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، سنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م (١٠٠٢/٢) - ١٠٠٣.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مناقشة مسألة بيع المراوحة للأمر بالشراء، العدد ٥ (١٥٥١/٢ - ١٥٥٢).

ثم بيّن وجه التخريج على القاعدة، وأن المواعدة المقصودة في القاعدة هي ما يكون بين طرفين، لا ما تلزم طرفاً واحداً كما فهم الدكتور الضّرير، فقال: (المواعدة هي عد من اثنين مفاعلة، والمفاعلة هي من اثنين، وقد تكون من واحد قليلاً، كما في قوله تعالى: ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَا بِعَشْرِ فِتْمٍ مِيقَاتٍ رَبِّهِ أَزْبَعِينَ لَيْلَةً﴾^(١)، وقد تكون من اثنين كما هو الغالب، فهي مواعدة من اثنين، التقاء وعد بوعد، فكيف تلزم طرفاً وتترك الطرف الآخر؟^(٢).

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 المرابحة 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.

ثانياً: 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.

ثالثاً: المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين، تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما، أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٤٢.

(٢) مجلة المجمع، العدد ٥ (١٥٥٢/٢).

لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة 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^(١).

ويظهر أن الخلاف حول القاعدة وقع في تحقيق مناطها فبينما اعتمدها الدكتور الضَّيرير وذهب إلى أن القاعدة تنطبق على عملية المرابحة للأمر بالشراء وأن فيها مواعدة أي: إلزام للطرفين بما لا يصح وقوعه وهو مضئة دخول هذه المعاملة في نطاق «بيعتين في بيعة» وكذلك «لا تبع ما ليس عندك»، وهذا حماية من الوقوع في الحرام^(٢).

نجد في الجانب الآخر جمهور العلماء الذين قالوا: أن هذه القاعدة لا تنطبق على المرابحة للأمر بالشراء، فهي خارجة عن مناط القاعدة، ذلك أن عقد المرابحة 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 قَدِّم المانع^(٣):

وذكرها صاحب موسوعة القواعد الفقهية بصيغة: «إذا تعارض المقتضى المانع يُقَدِّم المانع إلا إذا كان المقتضى أعظم»^(٤).

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (١٥٩٩/٢ - ١٦٠٠).

(٢) انظر: كتاب الدكتور يوسف القرضاوي «بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية»، فقد أجاد في بيان مسألة الإلزام بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء، ص ٨٥.

(٣) المنشور في القواعد للزرکشي (٣٤٨/١)، المجلة، مادة رقم: ٤٦، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٩. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٤٧٥/١).

(٤) انظر: الموسوعة (٤٢١/١).

هذه القاعدة تنبثق من قواعد عامة مثل قاعدة:

«درء المفسد أولى من جلب المصالح»^(١).

ومن قواعد تغليب المحظور على المباح عند اجتماعهما، ومن قواعد رفع الضرر.

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^(٢).

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^(٣).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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

(١) انظر: صفحة ١٠٦ من الأطروحة.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٩.

(٣) انظر: نفس المرجع، ص ١٩١.

عند تحقق الخطر المعين، وذلك عن طريق تجميع مجموع من المخاطر، وإجراء المقاصة وفقاً لقوانين الإحصاء^(١).

وبعبارة أخرى: (عقد يتعهد بمقتضاه شخص بتعويض آخر، عن خسارة أو تلف أو مسؤولية، تنشأ عن حادث عارض، أو غير معروف مقدماً)^(٢).

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)^(٣).

ذهب بعض العلماء المعاصرين وهو الدكتور محمد عبداللطيف الفرفور^(٤)، إلى ترجيح القول بمنع التأمين التجاري، مستنداً في ترجيحه هذا، على قاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضى قَدِّم المانع»^(٥)، فقال: (من القواعد المقررة شرعاً إذا تعارض المحرّم والمبيح قدم المحرّم، وإذا تعارض المانع والمقتضى قَدِّم المانع، لذا نأخذ بجانب الحرمة بعقود التأمين باعتبار أنه يتعارض مع الجانب المبيح على افتراض وجود التعارض، ولا تعارض لظهور أدلة المحرمين)^(٦).

- (١) الوسيط في شرح القانون للدكتور عبدالرزاق السنهوري (١٠٧٩/٧).
- (٢) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد، ص ١٠٦، الخطر والتأمين لسلامة عبدالله، ص ٩٢.
- (٣) انظر: التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور عبداللطيف آل محمود، ص ٣١.
- (٤) الدكتور عبداللطيف الفرفور من سوريا، وشغل منصب معاون وزير الأوقاف السوري، وعضوية مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (٥) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٩ - ١٩٦. ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، لمحمد مصطفى الشقيطي (٥٩٢/٢).
- (٦) انظر: بحث عقود التأمين وإعادة التأمين في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عبداللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (٥٩٧/٢ - ٥٩٨).

والحقيقة أن أدلة المحرمين للتأمين التجاري لا تقف أمام المقتضى الداعي لهذا التأمين، فالمقتضى عظيم كما بيّن ذلك الشيخ مصطفى الزرقاء في بحثه عن التأمين^(١)، وخلص فيه إلى جواز التأمين التجاري، ويمكن تخريج رأيه على نفس القاعدة التي اعتمدها الشيخ عبداللطيف الفرفور، لكن بالصياغة التي ساقها بها الدكتور محمد صدقي البورنو في موسوعة القواعد الفقهية وهي: «إذا تعارض المقتضى والمنع يُقدم المنع إلا إذا كان المقتضى أعظم»، والتأمين التجاري مقتضاه عظيم، والله تعالى أعلم.

□ القاعدة الرابعة: الحرام لا يُحرّم الحلال^(٢):

والقاعدة مأخوذة من حديث نبوي مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما^(٣) مرفوعاً^(٤).

ومعنى القاعدة - هنا - : أنه إذا وجد المال الحرام مع المال الحلال، فإن هذا الحرام لا يحرم المال الحلال، ما كثر الحلال وغلب.

(١) راجع: كتاب نظام التأمين لمصطفى الزرقاء، الذي بيّن فيه أهمية هذا العقد في المعاملات المالية والاقتصادية في هذا العصر، كما فند حجج المانعين.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص ١٥١. المبسوط للسرخسي (٢٠٤/٤)، (٢٩٦/٣٠). موسوعة القواعد الفقهية (١٠٣/٥).

(٣) هو الصحابي الجليل أبو عبدالرحمن عبدالله 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 وعبدالله بن دينار وغيرهم، روي له ١٦٣٠ حديث، توفي سنة ٧٣هـ.

انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد (٣٧٣/٢)، التاريخ الكبير (٢/٥)، تاريخ بغداد (١٧١/١)، سير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣)، تذكرة الحفاظ (٣٧/١)، البداية والنهاية (٤/٩)، تهذيب التهذيب (٣٢٨/٥).

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا يحرم الحرام الحلال (٦٤٩/١) رقم: ٢٠١٥، والدارقطني في سننه (٢٦٨/٣) رقم: ٨٨، وسنده ضعيف كما جزم بذلك الشيخ ناصر الدين الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة (٥٦٤/١) رقم: ٣٨٥.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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.

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^(١).

وفي نفس السياق يقول الدكتور عبدالستار أبو غدة^(٢): (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 بالحرمه فقط على التصرف بالإيداع أو الاقتراض بفائدة)^(٣).

□ القاعدة الخامسة - إذا اجتمع الحلال والحرام غُلبَ جانب الحرام^(٤):

التعريف بالقاعدة:

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المتصلة بمبحث التعارض والترجيح، كثيراً

(١) انظر: بحث «التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنوك بالفوائد» الشيخ المحفوظ بن بية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧، (١/٤٣٢).

(٢) هو الدكتور عبدالستار أبو غدة من الكويت خبير الموسوعة الفقهية الكويتية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (١٤٠/٢).

(٤) انظر: أشباه السبكي (١/١١٧)، أشباه السيوطي، ص ١٣٩، أشباه ابن نجيم، ص ١٢١.

ما يحتكم إليها الفقهاء في أبواب الحلال والحرام، وهي تمثل جانب الاحتياط، وسدّ الذرائع، لأن الشارح يغلب جانب المنهيات على جانب المأمورات.

ومن صيغ القاعدة:

«ما اجتمع محرّم ومبيحٌ إلا غلبَ المُحرّم»^(١).

«ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرامُ الحلال»^(٢).

«إذا اجتمع المبيح والمحرّم غلبَ جانب المُحرّم»^(٣).

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 بعلّة التحريم وترك الحلال المشتبه بعلّة الاشتباه؛ لأن «من أتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه».

دليل القاعدة:

أساس هذه القاعدة هو حديث النَّبِيِّ ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشُّبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعَه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمُه...»^(٤).

(١) انظر: أشباه ابن نجيم، ص ١٢١، موسوعة القواعد الفقهية (٣١/٩)، القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٠٩. الوجيز، ص ٢٦٦.

(٢) أشباه ابن السبكي (١١٧/١)، أشباه ابن الوكيل (٣٠٥/٢)، أشباه السيوطي، ص ١٣٩، المنشور للزركشي (١٢٥/١). موسوعة القواعد الفقهية (٣١/٩).

(٣) المنشور للزركشي (١٢٥/١)، موسوعة القواعد الفقهية (٤٢١/١).

(٤) الحديث أخرجه البخاري في مواضع منها: كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه (٢٨/١) رقم: ٥٢، ومسلم في كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات (١٢١٩/٣) رقم: ١٥٩٩.

اتفق العلماء على أهمية هذا الحديث وكثرة فوائده، ومنها: الحث على فعل الحلال واجتناب الحرام، والإمسك عن الشبهات، والاحتياط للدين والعرض. وهذا الحديث تُعَضُّدهُ أحاديث كثيرة وردت تنبه على نفس المعنى وتؤيِّدهُ، لا تسمح طبيعة البحث بالتوغل والاستفصال فيه^(١).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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^(٢).

يتعامل الناس اليوم بأسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلال، ولكنها تُودع - 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؟

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين منهم الدكتور محمد علي السالوس، إلى القول بحرمة التصرف في هذه الأسهم ما دامت لا تقوم على الحلال المحض، وهذا عملاً بالقاعدة الفقهية: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»^(٣).

(١) انظر: على سبيل المثال كتاب القواعد الفقهية للدودي، ص ٣٠٩ - ٣١٣.

(٢) الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، طبعة الاعتماد بالقاهرة، ص ٥٣٩.

(٣) انظر: حكم أعمال البورصة في الفقه الإسلامي للدكتور علي السالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، (١٣٤٥/٢ - ١٣٤٦)، وانظر: بحث «الاستثمار في الأسهم»، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩، (٧٦/٢ - ٧٧)، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (١٤٠/٢).

ووجه التخريج على القاعدة: أن هذه الأسهم في شركة مساهمة تتعامل في الأصل بالحلال إلا أنها وفي بعض الأحيان تدفعها الحاجة الماسة إلى التعامل مع بعض البنوك أو 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 وحينئذ 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)^(١).

ويقول ابن القيم: (إذا خالط ماله دراهم حرام أو أكثر منه، أخرج مقدار الحرام، وحلّ 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)^(٢).

وكلام ابن تيمية السابق جعله الدكتور علي أحمد الندوي قاعدة فقهية وقال فيه: (قاعدة محكمة مطردة في الأحكام التي يمتزج فيها الحرام بالحلال فلا يتميزان 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 بحرام)^(٣).

(١) مجموع الفتاوى (٢٧٣/٢٩).

(٢) بدائع الفوائد (٢٥٧/٣).

(٣) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٣٤٤/١).

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 غُلب 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 غُلب 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»^(١).

وعليه فالمسألة - محل البحث - تخرَّج 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 عبدالوهاب خلاف، وعبدالرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والدكتور علي محيي الدين القره داغي، والقاضي عبدالله سليمان بن منيع، وغيرهم. إلا أنهم خرجوا المسألة على قاعدة فقهية أخرى^(٢).

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٧٣/٢٩).

(٢) راجع ذلك في قاعدة: «للاكثر حكم الكل»، ص ٥٨٠ من الأطروحة.

المسألة ٢: التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنك بفوائد:

هذه الشركات تملك رأس مال تتاجر فيه غير ناشئ عن القروض الربوية، أي: أن أكثر مال الشركة من أصل حلال.

ذهب بعض العلماء منهم الدكتور الشيخ عبدالله المحفوظ بن بية^(١) 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»^(٢).

وهذه المسألة كسابقتها، فإن التخريج 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»، وحينئذٍ تصبح الأموال المستفادة من هذه الشركة حلال إذا أخرج منه القدر الحرام، ثم إن التعامل مع مثل هذه الشركات ابتداءً 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»^(٣).
وفي لفظ: «كل قرض جرّ نفعاً للمقرض فإنه يمتنع»^(٤).

(١) من علماء موريتانيا، عضو في كثير من المجالس والهيئات الدولية منها مجمع الفقه الإسلامي وله مؤلفات عديدة في الفقه والأصول والأدب والفكر.

(٢) انظر: بحث «المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام» للشيخ المحفوظ بن بية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧، (١/٤٣٢).

(٣) انظر: الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب المالكي (١/٢٥٧)، قواعد الفقه المالكي للروكي، ص ٢٦٧.

(٤) انظر: الكليات الفقهية للإمام المقرئ، دراسة وتحقيق: محمد أبو الأجفان، طبعة ١٩٩٧م، الدار العربية للكتاب، تونس، ص ١٥٧.

ووردت كذلك بلفظ: «كل قرض شرط فيه أن يزيد فيه فهو حرام بغير خلاف»^(١).

شرح ألفاظ القاعدة:

القرض في اللغة: الجزء من الشيء، والقطع منه، كأنه يقطع له من ماله قطعة^(٢).

وفي الاصطلاح: دفع جائز التصرف من ماله قدر معلوماً يصح تسلمه لمثله بصيغة؛ لينتفع به ويردّ بدله^(٣).
الربا لغة: الزيادة^(٤).

واصطلاحاً: عقد على عوضين مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخر في البديلين أو أحدهما^(٥).

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 يزيد على ما أعطاه.

ومما يدخل في القرض الذي يجزى منفعة أن يهدي المقرض للمقرض شيئاً لما روي عن النبي ﷺ: «إذا أقرض فلا يأخذ هدية»^(٦).

- (١) انظر: المغني لابن قدامة (٣٥٤/٤). موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤٨٤/٧).
- (٢) المصباح المنير (٦٨٢/٢)، المفردات، ص ٦٠٤، الكليات (٣٢٩/٢).
- (٣) التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٨٠، القاموس الفقهي، ص ٣٠٠.
- (٤) انظر: المصباح المنير (٢٩٥/١)، المفردات، ص ٢٧٢، تعريفات الجرجاني، ص ١١٤.
- (٥) التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٥٤، القاموس الفقهي، ص ١٤٣.
- (٦) الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه كتاب الصدقات باب القرض (٨١٣/٢) رقم: ٢٤٣٢، وذكره الشيخ الألباني في ضعيف سنن ابن ماجه، ص ١٩٠ - ١٩١ رقم: ٤٧٩، وفي السلسلة الضعيفة رقم: ١١٦٢، وقد أطال الكلام في بيان ضعف إسناده (٣٠٣/٣ - ٣٠٧).

غير أن زيادة المقترض على أصل الدين عند الوفاء إذا عريت من شبهة الربا وقرائنه، وكانت من حسن القضاء، فإنها جائزة للآثار الثابتة^(١).

دليل القاعدة:

أصل هذه القاعدة حديث النَّبِيِّ ﷺ: «كَلَّ قَرْضٌ جَرَّ نَفْعاً فَهُوَ رِبَا»^(٢).
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»^(٣).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: مدى مشروعية إيداع البنك الإسلامي للأموال في البنوك التجارية الربوية:

وردت بعض الأسئلة على المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي تتعلق بشرعية إيداع بيت التمويل لمبالغ مالية لدى البنوك التجارية، بدون فوائد على أن تتبع هذه البنوك مبدأ التعامل بالمثل؟

وكان جواب المستشار بالجواز لعموم البلوى وللحاجة^(٤)، إلا أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل انجرَّ عنه سؤال آخر أسوقه كما ورد مع جواب المستشار:

(١) منها حديث: «خياركم أحاسنكم قضاء» الذي أخرجه البخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب هل يعطى أكبر من سنه (٨٤٣/٢) رقم: ٢٢٦٢، ومسلم كتاب المساقاة، باب من استسلف شيئاً ففقد خيراً منه (١٢٢٥/٣) رقم: ١٦٠١.

(٢) أخرجه صاحب كنز العمال (٢٣٨/٦) رقم: ١٥٥١٦.

(٣) أخرجه ابن ماجه بهذا اللفظ عن أنس بن مالك من كتاب الصدقات، باب القرض (٨١٢/٢) رقم: ٢٤٣٢.

وقد ضعف الألباني هذا الحديث والذي قبله، ولهما شواهد كثيرة منها ما هو صحيح، ذكر الألباني بعضها في إرواء الغليل (٢٣٤/٥ - ٢٣٥).

(٤) فتوى بيت التمويل الكويتي رقم ٤١، انظر: فتاوى الخدمات المصرفية، جمع الدكتور أحمد محيي الدين أحمد، ص ٢٢ - ٢٣.

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)^(١).

ويظهر - لي - أن جواب المستشار يوافق ما شرح به العلماء قاعدة: «كل قرض جرّ نفعاً ربا محرماً»، 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 ٢: إيداع البنك الإسلامي في البنك الربوي:

يقوم البنك الإسلامي في بعض الأحيان بإيداع وديعة لدى أحد البنوك في الأردن (مثلاً: مبلغ مليون دينار)، بدون فوائد حيث يتم اتفاق ودي مع هذا البنك بأن يقوم ببيع البنك الإسلامي عملات أجنبية مثلاً بمبلغ ثلاثة ملايين دولار أسبوعياً وذلك بسعر الشراء المحدد من البنك المركزي الأردني لنفس ذلك اليوم لكل مبلغ يتم شراؤه من البنك.

علماً بأن البنك المركزي الأردني يحدد يومياً سعر بيع وشراء العملات الأجنبية ويمثل سعر الشراء السعر الذي يشتري به البنك العملات من البنوك

(١) فتاوى الخدمات المصرفية، ص ٢٣. وهناك فتوى أخرى شبيهة ضمن فتاوى البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، فتوى رقم: ١٩، راجع: فتاوى الخدمات المصرفية، ص ٢٣٣ - ٢٣٥.

والجمهور ويمثل سعر البيع السعر الذي يبيع به البنك العملات الأجنبية للبنوك والجمهور؟

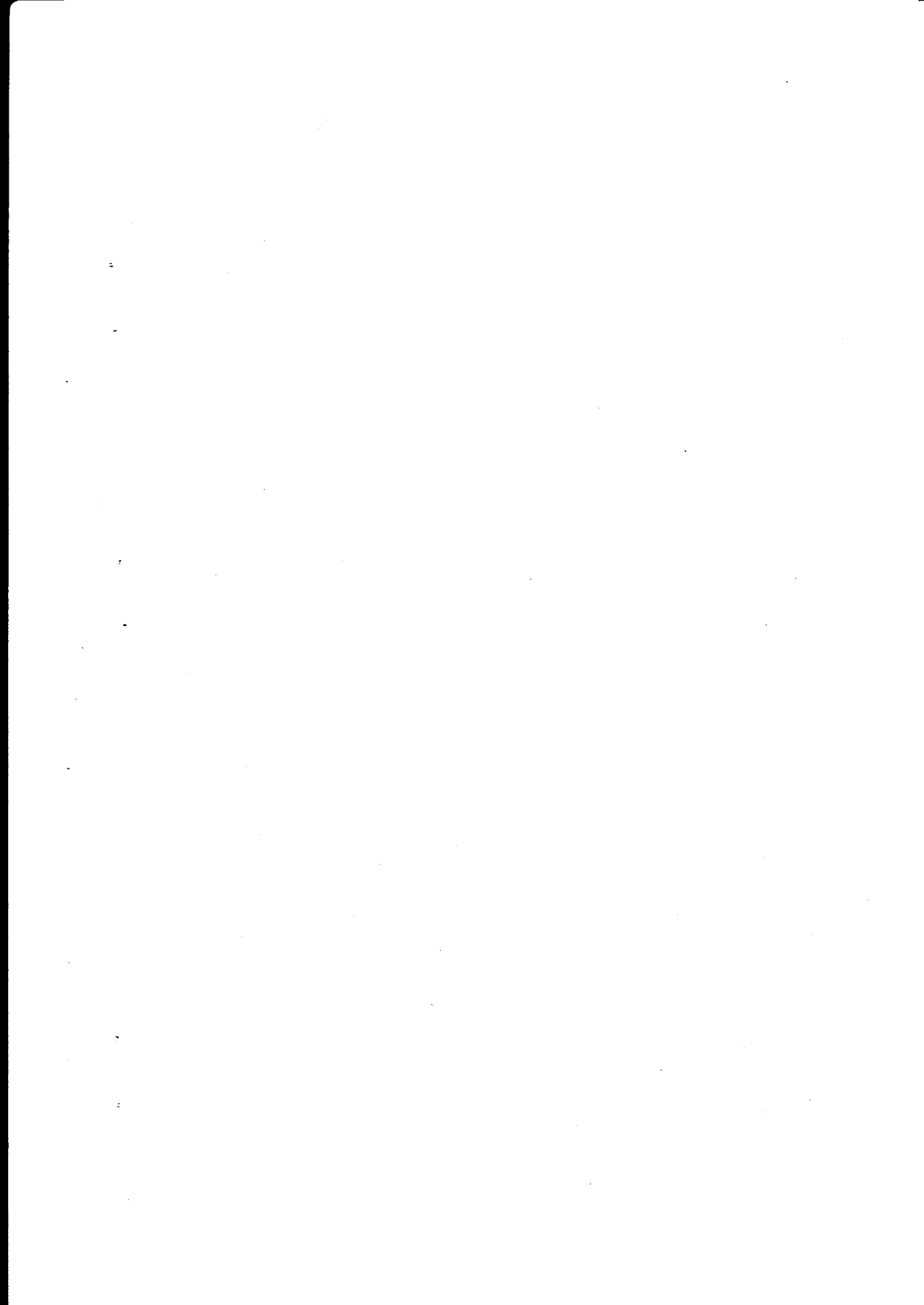
وكان الجواب كما يلي: تبين أن الصورة المسؤول عنها تدخل في نطاق القرض الذي جرَّ نفعاً وهو محرم شرعاً بإجماع العلماء خصوصاً إذا كان النفع أو الزيادة مشروطة أو في حكم المشروطة، ولا ريب أن البنك المودع لديه لا يبيع البنك الإسلامي العملات الأجنبية بسعر الشراء ولا أن البنك الإسلامي أودع لديه تلك المبالغ بدون فائدة ولذلك تكون هذه المعاملة محرمة شرعاً، وليس للبنك الإسلامي أن يأخذ إلا مثل المبلغ الذي أودعه للبنك الآخر^(١).

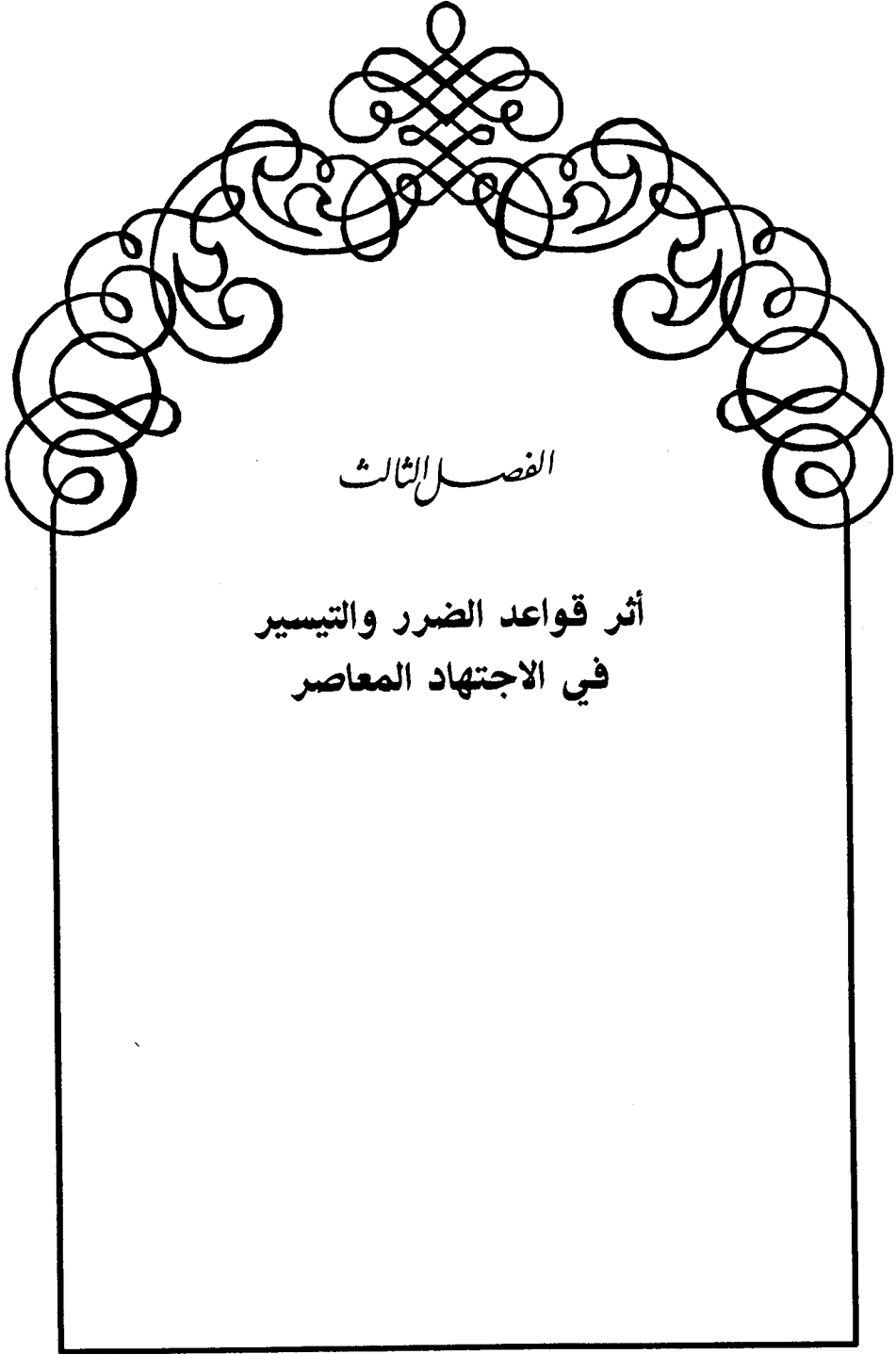
ويظهر أن هذه الصورة ليست كسابقتها، فالنفع الناتج عن هذه المعاملة جلي ومشروط، فالاتفاق الحاصل بين البنك الإسلامي والبنك التجاري الأردني هو بمثابة الشرط الضامن لقيام وبقاء هذا الاتفاق.

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.



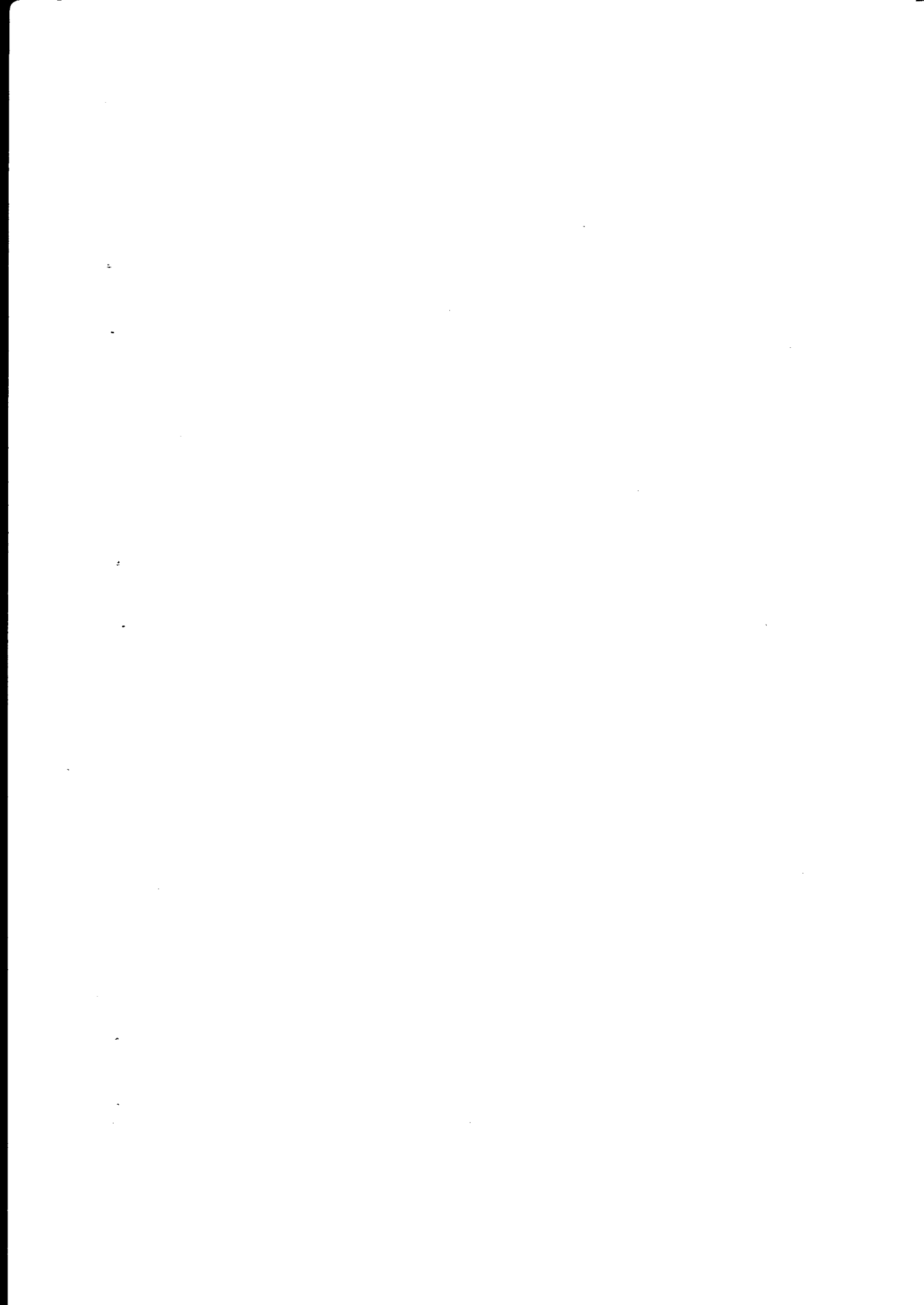
(١) فتوى البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار رقم ٢٩، انظر: فتاوى الخدمات المصرفية، ص ٢٤ - ٢٥.





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^(١):

التعريف بالقاعدة:

هذه القاعدة - بهذه الصياغة - أصلها حديث نبوي شريف في رتبة الحسن^(٢).

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)^(٣)، في كثير من القضايا الفقهية المعاصرة.

(١) انظر: الأشباه للسيوطي، ص ١١٢، ولابن نجيم، ص ٩٤، المجلة المادة: ١٩، شرح القواعد الفقهية، ص ١١٣، المدخل الفقهي العام (٩٨٩/٢)، موسوعة القواعد الفقهية (٨٧٣/٨).

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢) رقم: ٢٣٤٠، وأحمد في المسند من مسند عبدالله بن عباس (٣١٣/١) رقم: ٢٨٦٧، ومسند عبادة بن الصامت (٣٢٦/٥) رقم: ٢٢٨٣٠، ومالك في الموطأ في كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق (٧٤٥/٢) رقم: ١٤٢٩، وانظر: الهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري (١٠/٨ - ١٤).

(٣) هذا تعبير ابن رشد الجدل في البيان والتحصيل، بتحقيق: أحمد الحبابي، الطبعة الثانية (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان (١٤٦/٩).

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^(١).

يقول الدكتور أحمد الندوي: (وتتجلى 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 المندرجة 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 تنير نظرية دفع الضرر في الفقه الإسلامي، فيتفرع منها وجوب الدفع قبل الوقوع، والرفع بعد الوقوع.

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^(٢).

(١) وممن ذهب إلى ذلك الدكتور محمد صدقي البورنو، في كتابه الوجيز، ص ٢٥١. والدكتور أحمد الندوي، في كتابه القواعد والضوابط الفقهية (٥٠/١).

(٢) القواعد والضوابط الفقهية، لأحمد الندوي (٥٠/١ - ٥١).

معنى الضرر والضرار:

الضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً^(١).

والضرار: مقابلة الضرر بالضرر، أو إلحاق مفسدة بالغير على جهة المقابلة^(٢).

وفسره بعضهم: بأن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء^(٣).

قال الأستاذ أحمد الزرقاء^(٤) 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 بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق. وهذا أليق بلفظ الضرار، إذ الفاعل مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة^(٥).

ويقول نجله مصطفى الزرقاء^(٦) في كتابه المدخل الفقهي العام - شارحاً

(١) المصباح المنير (٢/٤٩٢).

(٢) المدخل الفقهي العام (٢/٩٩٠)، وشرح الأتاسي للمجلة (١/٢٤). القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص ٢٢٣.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر، ص ١١٨.

(٤) العلامة المحقق فقيه الشام أحمد بن محمد الزرقاء، ولد نحو سنة ١٢٢٥هـ، وتوفي سنة ١٣٥٧هـ، 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: عبدالفتاح أبو غدة.

(٥) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ١١٣.

(٦) مصطفى أحمد الزرقاء من علماء سوريا، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي، له مؤلفات منها: شرح القواعد الفقهية لوالده، المدخل الفقهي العام.

للقاعدة -: (ونصها ينفي الضرر نفيًا، فيوجب منعه مطلقًا، ويشمل الضرر الخاص والعام، ويشمل ذلك: دفعه قبل الوقوع بطريق الوقاية الممكنة، ورفع بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره، وتدل 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.

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 أتلّف مال غيره لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله، لأن ذلك توسيع للضرر بلا منفعة. وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلّف، فإن فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي... وعلى هذه القاعدة بنى الفقهاء أحكاماً لا تحصى من شتى الأبواب...^(١).

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^(٢) رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار، من

(١) المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء (٢/٩٩٠ - ٩٩١).

(٢) 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 ١١٧٠ حديث، أخذ عنه أعلام من التابعين منهم نافع مولى ابن عمر رضي الله عنهم، توفي بالمدينة سنة ٧٤هـ.

ضارَّ ضارَّه الله، ومَن شاقَّ شاقَّ الله عليه»^(١).

وقد ورد الشطر الثاني من الحديث في رواية أخرى بلفظ: «مَن شاقَّ شقَّ الله عليه يوم القيامة»^(٢).

والحديث بمجموع طرقه يرقى إلى الحسن، قول 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»^(٣)، يعني: من بعضكم على بعض، وقال حاكياً عن ربه عزَّ وجلَّ: «يا عبادي، إني حرَّمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا»^(٤). وقال الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَقَدْ حَاكَبَ مِنْ حَمَلِ ظُلْمًا﴾^(٥).

وأصل الظلم: وضع الشيء في غير موضعه، وأخذه من غير وجهه، ومن أضر بأخيه المسلم أو بمن له ذمة فقد ظلمه...^(٦).

= انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (١/١٨٠)، تذكرة الحفاظ (١/٤١)، الإصابة (٢/٣٥)، تهذيب التهذيب (٣/٤٧٩)، الوافي بالوفيات للصفدي، تحقيق: مجموعة الأساتذة، ط ١٩٨٢، ألمانيا (١٥/١٤٨).

(١) هذا لفظ الحاكم في المستدرک، الذي قال: (هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه)، ووافقه الذهبي على ذلك، انظر: المستدرک مع تلخيص الذهبي، ط. بيروت (٢/٥٧)، رقم: ٢٣٤٥، وأخرجه أبو داود في السنن (٣/٣١٥) رقم: ٣٦٣٥، والترمذي في سننه (٤/٣٣٢) رقم: ١٩٤٠، وقال: حديث حسن غريب، وابن ماجه في السنن (٢/٧٨٥) رقم: ٢٣٤٢، والدارقطني في سننه (٣/٧٧) رقم: ٢٨٨.

(٢) وهي رواية البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب من شاقَّ شقَّ الله عليه (٦/٢٦١٥) رقم: ٦٧٣٣، وانظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، طبعة دار الفكر، بترقيم فؤاد عبدالباقي (١٣/١٢٨).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في مواضع منها: كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى (٢/٦١٩) رقم: ١٦٥٢، ومسلم في صحيحه كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ (٢/٨٨٩) رقم: ١٢١٨.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم (٤/١٩٩٤) رقم: ٢٥٧٧، وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٢/٣٨٥) رقم: ٦١٩.

(٥) سورة طه، الآية: ١١١.

(٦) التمهيد لابن عبد البر (٢٠/١٥٧ - ١٥٨).

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 ميثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كلييات، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكِرْهُمْ ضِرَارًا لِّعَعْدُوهُمْ﴾^(١)، ﴿وَلَا تُضَارُّوهُمْ لِّنُصَيْفُوا عَلَيْهِمْ﴾^(٢)، ﴿لَا تُضَاكِرْ وَاوْدَةً يَوْلِيَهَا﴾^(٣).

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^(٤).

وسيتجلى كل ما سبق ذكره عن القاعدة في الفروع الفقهية القادمة.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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 تلبى حاجتهم فقط، بل توقعهم في

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣١.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

(٤) انظر: الموافقات (١٦/٣ - ١٧).

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»^(١)، فالضرر يدفع شرعاً، فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً فهو المطلوب، وإلا يدفع بقدر الإمكان^(٢).

المسألة ٢: حكم التعامل بالسندات:

السندات جمع سند والسند في اللغة: ما قابلك من الجبل وعلا من السفح، ومعتمد الإنسان^(٣).

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^(٤).

أو: هي أوراق مالية، ضماناً لدين على الدولة، أو على إحدى الشركات، ويقدر لها فائدة ثابتة أو ربح ثابت، كما يكون هنا خصم في إصدار السندات، بمعنى أن يدفع المكتتب أقل من القيمة الاسمية على أن يسترد القيمة الاسمية كاملة عند الاستحقاق، علاوة على الفوائد السنوية^(٥).

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،

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٣١.

(٢) شرح الأتاسي على المجلة (٧١/١).

(٣) انظر: لسان العرب (٢٢٠/٣)، المصباح المنير (٣٩٥/١).

(٤) بحوث فقهية معاصرة، الدكتور محمد عبدالغفار الشريف (٦٦/١).

(٥) انظر بحث «السوق المالية»، للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي

العدد السادس (١٣٢٢/٢ - ١٣٢٣)، ط ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

لا أن يتحمل الخسارة طرف واحد إذ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

إن التعامل بالسندات هو من المعاملات المحرمة لما فيها من ربا صريح، فإن حدث المحظور 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 المُستثمر في هذه السندات إلى أسهم قابلة للتداول وفق قاعدة الغنم بالغرم، ويحقق الربح الحلال.

المسألة ٣: انتهاء المضاربة بفسخها من أحد الطرفين:

إن عقد المضاربة^(٢) هو من العقود المشروعة التي يسوغ فسخها من أحد الطرفين^(٣). وبناءً 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 نازعوه؛ إذ يرون أن القراض يلزم بالعمل، ويستمر هذا اللزوم إلى نضوضه^(٤).

(١) انظر: بحث «السوق المالية»، للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ٦، (١٣٢٢/٢ - ١٣٢٣).

(٢) عقد المضاربة في الشرع: عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال، وعمل من جانب المضارب، وقال بعضهم: نوع شركة على أن رأس المال من طرف، والسعي والعمل من الطرف الآخر. ويقال لصاحب رأس المال رب المال، وللعامل مضارب. انظر: القاموس الفقهي، ص ٢٢٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكسائي، تحقيق: محمد عدنان ياسين درويش، الطبعة الثانية (١٥١٢هـ - ٢٠٠٠م) دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان (١٥٧/٥ - ١٥٨)، مغني المحتاج (٣١٩/٢)، تحفة الحكام (١٢٩/٢)، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور محمد صلاح الصاوي، ص ١٢٧.

(٤) انظر: المدونة (١٢٩/٥)، والخرشي على خليل (٢٢٣/٦)، مشكلة الاستثمار، ص ١٢٨. 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 ٣٥٤، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد، ص ٣٣٨.

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 المباغت؛ عملاً 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 آخر، وليس من المعقول أيضاً أن يبادر ويأشر العمل بدون إجراء الترتيبات اللازمة المسبقة، وإذا سوغ الفسخ من طرف رب المال في هذه الحالة - بغض النظر عن سائر الاعتبارات الأخرى - فلا شك أن الخسران يكون محققاً في جانب العامل بوجه خاص؛ بسبب الفسخ المفاجئ، وما يعقبه من البيع المفاجئ لتضيض ما أنفقه من رأس المال إلى غير ذلك.

بناءً على ما سبق يترجح رأي المالكية خصوصاً في القراض المنوط بالمشاريع الاستثمارية الضخمة في سوق المعاملات المالية المعاصرة^(١).

المسألة ٤: 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 ومخزونيتها للقيم، مما ترتب على ذلك آثاراً خطيرة على مستوى الحقوق والالتزامات، وهظم كبير لحقوق الناس، ولا سيما لأولئك الذين أعطوا مبالغ معينة لفترة زمنية طويلة، فيعاد إليهم المبلغ وهو فاقد لنصف قيمته، أو ثلثها، نتيجة التضخم الذي تعاني منه معظم الدول، كالذي حدث لليرة اللبنانية، إبان الحرب الأهلية، وحدث للدينار العراقي بعد الغزو الأمريكي الثاني على وجه الخصوص.

(١) انظر: مشكلة الاستثمار، ص ١٢٨ - ١٣٠.

فإن استدان شخص من آخر أربعة آلاف دينار عراقي مثلاً في سنة ١٩٧٥م، لشراء قطع غيار السيارات، وحل زمن الوفاء في سنة ٢٠٠٤م 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 برّد القيمة فقد لا يستطيع المدين أن يفي بدينه، لأن قيمة المبلغ قد تصل إلى أكثر من عشرة ملايين دينار عراقي^(١).

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^(٢)، والدكتور علي السالوس^(٣)، 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)^(٤). وأكد هذا القرار في دورته الثانية عشرة^(٥).

-
- (١) ومن المعروف لدى أهل الاختصاص أن من أسباب تضخم النقود الحروب والكوارث.
 (٢) انظر: «بحوث في قضايا فقهية معاصرة» د. محمد تقي العثماني، ص ١٧١، والدكتور من علماء باكستان وقضايتها وهو عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
 (٣) بحث: «تغير قيمة العملة» للسالوس، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥، (١٧١٩/٣)، وأحمد علي السالوس من مصر، أستاذ بكلية الشريعة جامعة قطر، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
 (٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم ٤، عدد ٥، (٢٢٦١/٣).
 (٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم ١١٥، عدد ١٢، (٢٩١/٤).

المذهب الثاني: يجب ردّ القيمة عند تغير قيمة النقود الورقية، لأن ذلك أقرب للعدالة والإنصاف، فإن المَالَيْنِ إنما يتماثلان إذا استوت قيمتهما، وأما مع اختلاف القيمة فلا تماثل.

وذهب إلى ذلك كل من الدكتور محمد سليمان الأشقر^(١)، والدكتور عبداللطيف الفرفور، والدكتور يوسف القرضاوي، والدكتور علي القره داغي، والدكتور نزيه حماد^(٢)، والدكتور عبدالله بن بيّه، والدكتور عجيل جاسم النشمي^(٣)، وغيرهم^(٤).

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 يتماثلان إذا استوت قيمتهما، وأما مع اختلاف القيمة فلا تماثل. والله يأمر بالقسط.

والثاني: أن فيه رفعا للضرر عن كل من الدائن والمدين، فلو أقرضه

(١) بحث: «النقود وتقلب قيمة العملة»، لمحمد الأشقر، منشور في مجلة الفكر الإسلامي، عدد ١٢، السنة السادسة عشر. ومحمد سليمان الأشقر من علماء الأردن، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٢) الدكتور كمال نزيه حماد، من سوريا، أستاذ بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) الدكتور عجيل جاسم النشمي، من دولة الكويت، عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٤) انظر: آراء الفرفور، والقره داغي، وعجيل جاسم النشمي، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٥، جزء ٣. أما رأي عبدالله بن بيّه، ونزيه حماد ففي نفس المجلة عدد ٣، جزء ٣.

مالاً فنقصت 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 مالاً فزادت قيمته، وأوجبنا عليه أداء المثل عدداً تضرر المدين، لإلزامه بأداء زيادة عما أخذ، والقاعدة الشرعية الكلية أنه: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

المسألة ٥: 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:

- أن من أهداف الإسلام الكبرى إقامة العدل بين الناس، وفي جميع الميادين، ومنها ميدان العمل.

(١) انظر: تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي للدكتور نزيه حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الثالث (١٦٧٧/٣).

- 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)^(١).

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)^(٢).

والمتتبع 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^(٣)، ويمكن تخريج ذلك على قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

(١) فتاوى معاصرة (٢/٦١٨).

(٢) فتاوى معاصرة (٢/٦١٩).

(٣) أفصد بالسنوات الأخيرة الفترة الممتدة بين ١٩٩٠ إلى ٢٠٠٢.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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)^(١).

ومن شروط الجراحة الطبية أن تترتب المصلحة على فعل الجراحة.

وهذا الشرط لازم ساء كانت المصلحة ضرورية كما في الجراحات التي يقصد منها إنقاذ النفس من الهلاك المحقق، أو كانت حاجية كما في الجراحات المتعلقة بالفتق^(٢) والرتق^(٣).

وعملاً 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 يجز 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»^(٤).

(١) انظر: الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء (٩٨٢/٥)، نقلاً عن أحكام الجراحة الطبية، ص ٣٩.

(٢) الفَتْقُ: الفصل بين مَتَصِلِينَ، وهو ضد الرَّتْق. انظر: المصباح المنير (٦٣١/٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٤٩.

(٣) الرَّتْقُ: الضم والالتحام. انظر: المصباح المنير (٢٩٧/١)، التوقيف على مهمات التعاريف ص ٣٥٥.

(٤) انظر: أحكام الجراحة الطبية، ص ١٢٢ - ١٢٣.

المسألة ٢: منع تشريح^(١) الجثث للتَّعَلُّم:

لا يجوز تشريح جثة الميت لغرض التَّعَلُّم، لتوفر ما يغني عن تشريحها، إما عن طريق مشاهدة أشربة الفيديو المخصصة لذلك، أو بالاعتماد على المجسمات (الموديل) المحاكية لجسم الإنسان، وقد ذهب إلى ذلك جماعة من العلماء والباحثين منهم الشيخ بخيت المطيعي^(٢).

والشيخ العربي بو عياد الطبخي، والشيخ محمد برهان الدين السنهلي^(٣)، والشيخ حسن بن علي السقاف، والشيخ محمد عبدالوهاب بحيري^(٤)، وصدر فيه قرار عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت^(٥).

واستندوا على قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار». ووجه التخريج على حرمة هذا التشريح:

(١) التشريح في اللغة: الكشف. وفي الاصطلاح الطبي: العلم الذي يبحث في تركيب الأجسام العضوية وتقطيعها علمياً وتشقيقها للفحص الطبي. انظر: مختار الصحاح، ص ١٤٠، ترتيب مختار الصحاح، ص ٤٠٨، المصباح المنير (ش ر ح) (٤٢٠/١)، نقل الأعضاء بين الطب والدين، الدكتور مصطفى محمد الذهبي، ص ١١، وحكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي لعقيل بن أحمد العقيلي، ص ١٧.

(٢) الشيخ محمد بن بخيت بن حسن المطيعي الحنفي، ولد في المطيعة من أعمال أسيوط، ودرس بالأزهر، وتخرج فيه حاصلاً على الشهادة العالمية، اتجه إلى التدريس برئاسة المحاكم الشرعية، ثم منصب مفتي الديار المصرية، توفي سنة ١٣٥٤هـ، من مؤلفاته: البدر الساطع على مقدمة جمع الجوامع، وسلم الوصول إلى نهاية السؤل للأسنوي، وكثير من الرسائل والفتاوى.

انظر في ترجمته: الفكر السامي (٢٠١/٢)، الأعلام (٥٠/٦)، معجم المؤلفين (٩٨/٩).

(٣) والشيخ محمد برهان الدين السنهلي من العلماء المحدثين له إسهامات في بحوث القضايا الفقهية المعاصرة.

(٤) انظر: شفاء التبايح لليعقوبي، ص ٩٦ - ٩٧. قضايا فقهية معاصرة، للسنهلي، ص ٦٦، نقل الأعضاء بين الطب والدين للذهبي، ص ١٢. وفتوى الشيخ بخيت المطيعي منشورة في مجلة الأزهر (٣١١/٢).

(٥) انظر: مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت (٣٢٢/٢).

أن القاعدة تدل على حرمة الإضرار بالغير، والتشريح فيه انتهاك لحرمة الميت وهو من قبيل الضرر، فلا يجوز فعله.

المسألة ٣: 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 المُتَبَت 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^(١).

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 مميتاً 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^(٢).

إن مرض فقدان المناعة المكتسبة مرض معدي مميت، وثبت يقيناً أن

(١) انظر: القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (٤/٦٩٨).

(٢) انظر: بحث «الأسرة ومرض الإيدز»، للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (٤/٤٨٠ - ٤٨١).

فيه معنى الضرر والضرار، فالزوج المريض إذا أمسك زوجته وعاشرها المعاشرة الطبيعية - دون رضاها - فقد ألحق بها الضرر والضرار حالاً أو مآلاً، وحينئذٍ تُمكن الزوجة من فراق زوجها المريض، كما للزوج تسريح زوجته المريضة.

المسألة ٤: 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.

والكشف الطبي للتأكد من خلو الزوجين من الموانع المرضية يقع تحت قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

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

(١) انظر: بحث «الأسرة ومرض الإيدز»، للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (٤/٤٦٤).

بطلب إجراء فحص طبي يثبت خلوّ الزوج أو الزوجة من مرض معدي، 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^(١).

□ القاعدة الثانية: الضّرر يزال^(٢)، أو مُزال^(٣):

معنى القاعدة:

معنى هذه العبارة الجامعة: أن الضرر تجب إزالته؛ لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب^(٤).

وسيقت هذه القاعدة لبيان وجوب إزالة الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع^(٥).

وسبقت الإشارة إلى أن هذه القاعدة هي عين قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»، وقد رجحنا الصياغة الثانية لمعناها الشامل ولقوّتها باعتبار أنها دليل في حدّ ذاتها.

ثم إن قاعدة: «الضّرر يزال»، منتزعة من القاعدة الحديثية: «لا ضرر ولا ضرار»، ولذلك ينبغي قصرها على مدلولها في ضوء صياغتها.

وتتخرج على القاعدة مسائل فقهية معاصرة كثيرة، أذكر بعضها فيما يأتي:

- (١) وقد أقرّ هذا الإجراء في قانون الأسرة الجزائري الصادر حديثاً.
- (٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٢، أشباه ابن نجيم، ص ٩٤، المجلة رقم: ٢٠، درر الحكام (٣٣/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٢٥.
- (٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤١/١ - ٤٥)، المنشور للزركشي (٣٢١/٣)، الوجيز للبورنو، ص ٢٥٨. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٦١/٦).
- (٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ١٢٥.
- (٥) المصدر نفسه، ص ١٢٥، والمدخل الفقهي للزرقاء (٩٩٣/٢).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: ربط أجور العمّال 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^(١).

وقد أفتى بعض علماء العصر، وهو الدكتور حمزة بن حسين الفعر^(٢)، 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 بمدّة، لأن المحذور في ذلك واحد وهو جهالة الأجرة التي يتم تسليمها عند حلول الأجل، وإفضاء 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،

(١) انظر: بحث ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار، للدكتور محمد عبدالمنان، ص ١١، ضمن أعمال حلقة حول ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من وجهة النظر الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية، جدة سنة ١٤٠٧هـ.

(٢) الدكتور حمزة بن حسين الفعر، من السعودية، أستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وهو عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

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...^(١).

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.

المسألة ٢: ثبت 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^(٢).

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 تغييرها، فيتعاقد مثلاً: بالذهب أو الفضة، أو بعملة أخرى، أو بسلعة.

(١) بحث: «ربط الأجور بتغير مستوى الأسعار في ضوء الأدلة الشرعية» د. حمزة بن حسين الفجر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٣/٥١٠)، ط/١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

(٢) انظر في تعريف التضخم: بحث «التضخم وعلاجه»، للدكتور: علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤/١٣).

فإننا - بهذا العلاج - لا نسلم من الوقوع في شبهة الربا، لما فيه من الزيادة في جنس الحق الذي ترتب في الذمة، والمؤدي إلى الربا المحرم.

وحينئذ 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)^(١).

ومن هذه المبادئ: مبدأ التعويض عن العيب، وبيان ذلك فيما يلي:

العيب في اللغة: الوصمة والنقص^(٢).

وفي اصطلاح الفقهاء: كل ما ينقص القيمة أو العين في عرف التجار^(٣).

والعيب يثبت به الحق للعاقد 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 العاقد من الضرر تجب إزالته، ابتداءً أم مآلاً، امثالاً لأمر الشارع. فكل العيوب - ومنها

(١) انظر: بحث «التأصيل الشرعي للحلول المقترحة لعلاج آثار التضخم»، للدكتور: حمزة بن حسين الفعر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤/١٦٣).

(٢) القاموس المحيط (١/١١٣). القاموس الفقهي، ص ٢٦٨.

(٣) القاموس الفقهي، ص ٢٦٨ - ٢٦٩.

عيوب النقد - يثبت بها الحق في رفع الضرر، ودفع الظلم للعاقد الذي حصل العيب في جهته .

وعليه فالكلام عن طرق علاج آثار التضخم أمر مشروع، دفعاً للضرر الحاصل عن النقص الفاحش في قيمة النقود^(١).

المسألة ٣: 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^(٢) - مشروعية ردّ قيمة الدين إذا كان التضخم كثيراً، وهذا تخريجاً على القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»:

(... إذا كان التضخم كثيراً فإن وفاء الدين الآجل حينئذٍ بالمثل (صورة) يلحق ضرراً كثيراً 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)^(٣).

ويقول الدكتور علي محيي 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)^(٤).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤/١٦٧ - ١٦٨).

(٢) وكانت أشغال هذه الحلقة من سنة ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤/٢٨٣ - ٢٨٤).

(٤) انظر: بحث «التضخم وعلاجه على ضوء القواعد العامة من الكتاب والسنة وأقوال العلماء»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤/٢٨ - ٢٩).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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:

١ - جراحة الحمل المنتبذ، 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^(١).

٢ - 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، ومسوغ هذا التصرف، هو العمل بالقاعدة الفقهية:

(١) الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء، الطبعة الثانية (١٩٧٠م) لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العلمي، مصر (٢٣/١).

«إذا تعارض مفسدتان، روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»^(١).

فالضرر يزال لكن دون ارتكاب ضرر أكبر وأعظم، وإنما بارتكاب ما هو أخف منه ضرراً، عملاً بالقاعدتين الشرعيتين، والله أعلم^(٢).

المسألة ٢: 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 إنقاذ 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 لإنقاذ النفس البشرية، وإزالة الضرر والقاعدة الفقهية تقول: «الضرر يزال».

أما الحالة الثانية: أن يكون المرضى 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

(١) وفي مصادر القاعدة انظر: الأشباه لابن نجيم، ص ٩٨، والأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٧، والقاعدة الفقهية للزرقاء، ص ٢٠١.

(٢) وانظر: أحكام الجراحة الطبية، للشنقيطي، ص ١٥٧.

الإجراء الطبي والجراحي الملائم لإزالة الضرر عملاً بالقاعدة الفقهية «الضرر يزال»^(١).

المسألة ٣: 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»^(٢).

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، لتوفير الضرورة.

الثاني: سبب حاجي: وهو جملة من الأسباب والموجبات التي يقصد بها إزالة العيوب والتشوهات، وذلك لتوفر الحاجة التي ألحقت بالمكلف ضرراً حسياً 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 حاجة هو بالنسبة لدواعيه الموجبة لفعله، ووصفها بالتجميلي هو بالنسبة لآثارها ونتائجها^(٣).

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية ص ٢٦٢ - ٢٦٦.

(٢) الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء (٤٥٤/٣). ويقرب من هذا اللفظ عرفتها الموسوعة الثقافية حسين سعيد، طبعة ١٩٧٢م، دار المعرفة، القاهرة - مصر، ص ٣٤٤ - ٣٤٥.

(٣) أحكام الجراحة الطبية، للشنقيطي، ص ١٨٢. وانظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء لخالد منصور، ص ١٨٤ - ١٨٥.

ثم أن هذه الجراحة تهدف إلى إزالة العيوب الخلقية، والتشوهات، والنقص الذي يصيب الإنسان في جسمه، وقد قسمها بعض الباحثين إلى قسمين^(١):

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 بحادث 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 حسيّاً ومعنوياً، وهو موجب للترخيص بفعل الجراحة، تخريجاً على القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»^(٢).

المسألة ٤: جواز قطع العصب للتغلب على الألم:

تعتبر هذه المسألة من المسائل المتعلقة بالجراحة العصبية، وتعرف هذه الجراحة بجراحة التغلب على الألم، والمراد بالألام، الآلام القوية المبرحة التي استعصى علاجها على الأطباء، إما لعدم اكتشافهم للسبب الموجب للألم، أو لصعوبة معالجة السبب كما في السرطان، أو لعدم استجابة الألم للمسكنات المختلفة كالم السنّ والضرس. ومن أمثلة هذه الجراحة ما يجري لعلاج الألم العنيد في الناحية القطنية، أو الأطراف السفلية.

(١) الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص ١٨٥.

(٢) أحكام الجراحة الطبية، ص ١٨٧، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص ١٧٨.

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 مفضياً إلى ذلك فإنه لا يجوز فعله للقاعدة الشرعية: «الضرر لا يزال بالضرر»^(١).

المسألة ٥: حكم استئصال الغدد الملتهبة:

ومن أمثلتها: غدة البرستاتا^(٢)، والغدة الشحمية^(٣)، والغدتان النكفيتان^(٤).

(ونظراً لأهمية وجود هذه الغدد وقيامها بدورها في جسم الإنسان فإن استئصالها لا شك سيؤثر على الجسم لا محالة، لذلك فإن الأطباء لا يلجؤون 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 المفسد، ومن ثم فإنه يلغى اعتبار المصالح المترتبة على وجودها، فلا حرج في الإقدام على استئصالها للقاعدة الشرعية: «الضرر يزال»^(٥).

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٣١٠.

(٢) البروستاتا: غدة في حجم متوسط تحيط إحاطة تامة بأول القناة البولية بمجرد خروجها من المثانة. انظر: الموسوعة الطبية العربية، ص ٥٧.

(٣) الغدة الشحمية: غدة صغيرة منتشرة في الجلد إفرازها دهني يمر في قنوات صغيرة تصب في بصيلات الشعر في الإنسان، المصدر نفسه، ص ٢٥٣.

(٤) الغدتان النكفيتان: غدتان من أكبر الغدد اللعابية، تقع كل واحدة منهما على جانب الوجه تحت الأذن تماماً وأمامها، انظر: الموسوعة الطبية الحديثة (١٠١٧/٥).

(٥) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٣١٨.

المسألة ٦: حكم ثقب غشاء البكارة^(١):

وهي الجراحة التي يقصد بها: (ثقب غشاء البكارة لتسهيل نفاذ دم الحيض من خلاله)^(٢).

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»^(٣).

المسألة ٧: 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^(٤). ومن أشهر صورته، صورتان أساسيتان:

- ١ - الاستنساخ بالتشجير: وهو تشجير بويضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء، إلى شطرين ليتولد منها توأمان متماثلان.
- ٢ - الاستنساخ على طريق النعجة دوللي: وهي الصورة الأكثر شهرة، وتمثل في نقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة منزوعة النواة لتكوين خلية كاملة تحتوي على ٤٦ كروموزوماً.

(١) الثقب: الخرق النافذ - القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ص ٨١. 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 (١ إلى ٥) ملمتر أو أقل لنزول دم الحيض. انظر: الطبيب ومسؤوليته المدنية لوهيب نيني، ص ٢٩٧.

(٢) انظر: دليل المرأة الطبي، لمجموعة من الأطباء، طبعة ١٩٨٥م، المكتبة العصرية، ص ٢٠٠.

(٣) انظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، محمد خالد منصور، ص ٢١٠.

(٤) انظر في تعريف الاستنساخ في اللغة والاصطلاح كتاب: الاستنساخ للدكتور نور الدين مختار الخادمي، ص ١٦ - ١٧.

وهي طريقة مخالفة تماماً للطريقة المعهودة في التناسل والتكاثر، كما أن الاستنساخ أنواع، فهناك الاستنساخ البشري، وهناك الاستنساخ النباتي والحيواني^(١).

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^(٢). وقد خرجوا هذا الحكم على جملة من الأدلة منها القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»، يقول الدكتور مصطفى التارزي^(٣):

(إن عملية الاستنساخ البشري ستؤدي بالإنسانية إلى أضرار فادحة ومتنوعة^(٤))، والنَّبِيُّ ﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار»، فكل ما أدخل ضرراً على حياة المجتمع فهو حرام، وللقاعدة الشرعية: «الضرر يزال»، و«ما أدى إلى الحرام فهو حرام»، فالاستنساخ حرام^(٥).

(١) المرجع نفسه، ص ١٧ - ٢٤.

(٢) كان ذلك في دورته العاشرة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، انظر نص القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٠ (٤٢١/٣).

(٣) الدكتور مصطفى كمال التارزي من تونس، عضو المجلس الإسلامي الأعلى، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٤) 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...

(٥) انظر: مناقشة موضوع الاستنساخ البشري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٠ (٣٦٥/٣ - ٤١٤).

المسألة ٨: مشروعية الاستنساخ النباتي والحيواني:

إن الاستنساخ النباتي والحيواني فيه منافع جمّة، ومصالح كبيرة تعود على اقتصاديات الدول الآخذة به بالقوّة، والسّيطرة على الإنتاج الفلاحي والحيواني، فإذا لم تأخذ به الدول الإسلامية، لحقها ضرر كبير، فيتعين حينئذٍ رفع هذا الضرر وإزالته، في حدود الضوابط الشرعية. عملاً بالقاعدة الفقهية: «الضرر يزال»^(١).

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 ويدراً المفاسد)^(٢).

المسألة ٩: 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^(٣)، وسماحة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق^(٤)، والدكتور يوسف القرضاوي^(٥)، والدكتور محمد سعيد رمضان

(١) انظر: الاستنساخ لنور الدين الخادمي، ص ١٣٢.

(٢) كان ذلك في دورته العاشرة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م). انظر: نص القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٠ (٤٢٢/٣).

(٣) انظر: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية (٣٤/٢ - ٣٥).

(٤) انظر رأيه في مجلة الفتاوى الإسلامية، الصادرة عن دار الإفتاء المصرية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، (٣٧٠٠/١٠ - ٣٧١٣). وله مقال بعنوان: «نقل الأعضاء من إنسان لآخر» مجلة الأزهر، الجزء ٩، عدد رمضان ١٤٠٣هـ، بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، للشيخ جاد الحق علي جاد الحق (٤٤٧/٢ - ٤٦٢).

(٥) انظر: كتابه فتاوى معاصرة ط ١/١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، المكتب الإسلامي (١/٥٨٣ - ٥٨٧).

البوطي^(١)، والدكتور عبدالكريم زيدان^(٢)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٣)،
والدكتور الشرباصي^(٤).

وصدر في هذا الشأن قرار عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع
لرابطة العالم الإسلامي وقَّعه أغلب أعضاء المجلس الذين حضروا
الجلسة^(٥)، كما شارك في الجلسة فريق من الأطباء، كما صدرت في ذلك
فتوى عن لجنة الفتوى التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر^(٦)، وقرار
هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية^(٧)، واستند المجيزون إلى أدلة
من الكتاب، والسنة، والقياس، ومجموعة من القواعد الفقهية، وهذه
الأخيرة أخضها بالذكر لعلاقتها بالبحث.

استدلوا بقاعدة: «الضرر يزال».

- (١) انظر: كتابه قضايا فقهية معاصرة، القسم الأول، ص ١٣٢ - ١٣٣.
- (٢) انظر: بحثه: (استعمال أعضاء الميت) مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢، سنة
١٤٠٨هـ، ص ٤٣.
- (٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١/٢٣٦ - ٢٣٧).
- (٤) انظر: كتابه يسألونك في الدين والحياة (٣٢٧/٢/٢)، الطبعة الثالثة، دار الجيل،
بيروت - لبنان.
- (٥) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من
عام ١٤٠٥هـ، يناير ١٩٨٥م، ووقع عليه أصحاب الفضيلة: الشيخ عبدالعزيز بن
عبدالله بن باز، الدكتور عمر نصيف، الشيخ عبدالله عبدالرحمن البسام، الشيخ
محمد بن عبدالله 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 فهد أبو سنة، الشيخ
محمد بن الحبيب الخوجة، الشيخ مبروك بن مسعود العوادي، الشيخ محمد بن
سالم بن عبدالودود، الدكتور طلال عمر بافقيه، وفريق من الأطباء منهم: محمد علي
البار. انظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، الصادرة من الدورة الأولى إلى
الثامنة، ص ١٤٦ - ١٤٩.
- (٦) نشرت هذه الفتوى في مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٢٢، ص ٤٦ - ٥٠.
- (٧) انظر: قرار رقم: ٩٩، الصادر في سنة ١٤٠٢هـ، نقلته مجلة مجمع الفقه الإسلامي،
العدد ٤ (١/١٠٧).

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^(١).

إذا بلغ المريض حدَّ 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^(٢).

المسألة ١٠: جواز نقل أعين الموتى وغرسها للأصحاء:

وذهب إلى ذلك بعض الهيئات العلمية كدار الإفتاء المصرية^(٣)، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي، الذي جاء في نص قراره: (تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلّة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما، عند استئصال العين لعلّة مرضية)^(٤). 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^(٥).

- الشيخ أحمد هريدي في فتوى له سلخ قرنية العين من ميت وتركيبها لحي بالشروط التي قدمها الشيخ حسن مأمون^(٦).

(١) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٢١. وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٤.

(٢) راجع قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمجلة المجمع، قرارات الدورة الثامنة، ص ١٤٧.

(٣) انظر: الفتاوى الإسلامية (٧/٢٥٥٢ - ٢٥٥٤).

(٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ٤ (١/٥٠٧ - ٥٠٨).

(٥) وقد صدرت هذه الفتوى في شوال ١٣٧٨هـ - الموافق لأفريل ١٩٥٩م. انظر: مجلة

مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١/١٠٥).

(٦) انظر: نفس المصدر ونفس الصفحة.

- الدكتور محمد ناظم النسيمي الذي قدم دراسة قيمة، يبيح فيها نقل قرنية العين (البلورة) من ميت توفي حديثاً والترقيع بها بديل قرنية مؤؤوفة^(١).

- الشيخ حسين 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 بحرمتهم لإنقاذ عيون الأحياء من مضرة العمى والمرض الشديد)^(٢).

- 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)^(٣).

وهناك فتوى لشيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، والتي لا يجيز فيها نقل عين الأدمي بعد موته للأعمى ابتداءً، لكنه قال بالجواز بعد وقوع النقل قال رحمه الله^(٤): (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

(١) انظر: بحثه «حكم الاستفادة من أعضاء الموتى»، مجلة الوعي الإسلامي، العدد ٢٠٨ سنة ١٨، ربيع الثاني ١٤٠٢هـ - فيفري ١٩٨٢م، ص ٦٧ وما بعدها.

(٢) انظر: كتابه «فتاوى شرعية وبحوث إسلامية»، طبعة: دار الاعتصام، القاهرة - مصر (٣٦/٢).

(٣) انظر: يسألونك في الدين والحياة، للدكتور أحمد الشرباصي (٣٢٧/٢)، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثالثة.

(٤) توفي الشيخ محمد العزيز جعيط في ٢٧ شوال ١٣٨٩هـ الموافق له ٥ جانفي ١٩٧٠م العاصمة تونس. انظر: ترجمته كاملة في كتاب: فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط من إعداد: محمد بن إبراهيم بوزغيبية، ص ١٩ وما بعدها.

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.

وثانيهما: المحافظة على النظر والإبصار، وهذا يرجع إلى قسم الضروريات.

والتشريع الإسلامي جاء بتقديم الضروريات على الحاجيات والتحسينات عند التعارض^(١).

كما أن الشيخ أحمد حماني مفتي الجمهورية الجزائرية سابقاً: ذكر المسألة وخرجها على القاعدة^(٢).

المسألة ١١: 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 كال تبرع بإحدى الكليتين وهي تقع موقع الحاجيات في الجسم.

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

(١) المرجع نفسه، ص ١٧٥ - ١٧٦. ويمكن أن يستدل للشيخ رحمه الله بقاعدة مراعاة الخلاف المشهورة عند المالكية، فقد راعى رأي الفائلين 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 لمسوغ، وكان مسوغه التيسير رفعاً للحرج، والله أعلم.

(٢) انظر: فتاوى الشيخ أحمد حماني (٢/٤٤٨).

كلية المريض طريقاً وحيداً لإنقاذ حياته، فإن وجد سبيل إلى علاجها أو استبدالها بكلية من ميت^(١)، لم تتحقق الضرورة إلى نزعها من حي.

ب - أن يغلب على الظن نجاح عملية النزع والزرع، التي يتطلب نجاحها، والتغلب على مشكلة الرفض^(٢)، 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^(٣).

المسألة ١٢: 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

(١) وقد استطاع تطور الطب الحديث من أن يحقق إمكانية حفظ الكلى وغيرها من الأعضاء في أوساط أزوتية معقمة، إلى وقت الحاجة إليها. انظر: بحث الدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١/١٠٤).

(٢) 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 تتحرك قوى الدفاع الذاتية (المناعة) لمهاجمته، وحتى يقلل الأطباء من نشاط المناعة يسقى المريض بأدوية تقلل مناعته ضد الأجسام الغريبة، وتسبب هذه الأدوية في الأمراض التعفنفة التي تكون السبب في وفاة المريض، وتفشل عملية نقل الكلى.

(٣) انظر: فتاوى الشيخ حماني (٢/٤٤٥).

المودودي الذي قال: (يجوز - عندي - نقل الدم للمريض إنقاذاً لحياته ولا وجه لتحريمه ومنعه)^(١).

وكذلك أفتى مجلس البحث العلمي والإفتاء للقضايا المعاصرة بباكستان بجواز نقل الدم مع معارضتهم لنقل الأعضاء، وجوّز العلامة محمد شفيع مفتي باكستان الأكبر نقل الدم إلى جسم المريض في حالة الاضطرار لإنقاذ حياته فقط^(٢).

كما أفتى الشيخ السنهلي بجواز استعمال الدّم الإنساني كغيره من الأشياء المحرّمة عند الاضطرار^(٣).

وكذلك فعل الشيخ محمد متولي الشعراوي^(٤) الذي أباح نقل الدم ومنع نقل الأعضاء^(٥).

ومن الفتاوى العديدة التي صدرت بإباحة نقل الدم فتوى الشيخ حسين مخلوف مفتي الديار المصرية سابقاً، وهي من أوائل الفتاوى في هذا الباب حيث صدرت سنة ١٩٥٠م^(٦).

وفتوى الشيخ حسن مأمون (مفتي الديار المصرية سابقاً)^(٧).

وفتوى لجنة الإفتاء الجزائرية^(٨).

وفتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية^(٩).

-
- (١) انظر: ترجمان القرآن (يناير ١٩٦٢) ورسائل ومساائل: ٢٩٢/٣ - ٢٩٥، الطبعة الثامنة ١٩٧٩.
 - (٢) انظر: فتواه ضمن الفتاوى الهندية (٣٣٥/٥). قضايا فقهية معاصرة للسنهلي، ص ٥٣ وما بعدها.
 - (٣) انظر: قضايا فقهية معاصرة، ص ٥٣.
 - (٤) الشيخ متولي الشعراوي رحمه الله، من علماء مصر ودعاتها، له مؤلفات كثيرة من أهمها: تفسير القرآن الكريم.
 - (٥) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٣/٣٤٥ - ٣٤٦).
 - (٦) انظر: فتاوى شرعية وبحوث إسلامية لحسين محمد مخلوف (٢٠١/٢).
 - (٧) برقم ١٠٦٥ وتاريخ ١٣٧٨/١٢/٢هـ الموافق ٩ يولييه ١٩٥٩.
 - (٨) بتاريخ ١٣٩٢/٣/٦هـ، وانظر: فتوى الشيخ أحمد حماني ضمن فتاويه (٤٤٧/٢).
 - (٩) بتاريخ ١٣٩٧/٥/٢٠هـ.

وفتوى هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية^(١) وفتوى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت^(٢).

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^(٣)، ومن هذه القواعد الفقهية قاعدة: «الضرر يزال»، فالمريض مضطر، ومتضرر، وقد لحقته المشقة الموجبة للهلاك فيجوز نقل الدم إليه^(٤).

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 بالتجسس، فالجواز هو الأقوى من حيث القواعد وظواهر الآيات)^(٥).

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﴾^(٦). ودم المسلم أشد في باب الحرام من سائر الدماء^(٧).

(١) برقم ٦٥ وتاريخ ١٣٩٩/٢/٧هـ. انظر: هذه الفتاوى في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١٠٥/١) وما بعدها.

(٢) صدرت في سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٧٩م. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١٠٤/١).

(٣) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٥٨٠.

(٤) وقاعدة: (الضرر يزال) هي من ضمن القواعد التي أشار إليها الدكتور مناع القطان في بحثه: الاجتهاد الفقهي للتبرع بالدم، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثالث، ص (٤٣ - ٤٤).

(٥) فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، بتحقيق محمد بن إبراهيم بو زغبية، ص ١٦٣.

(٦) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٧) انظر: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، ص ٣٤.

ولكن إذا قابلنا هذه الآية بآية أخرى وهي قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾^(١). 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»، وحينئذ يمكن القول: بعدم جواز نقل الدم من إنسان إلى آخر إلا عند الضرورة. وهذا النقل مرهون بتوفر الشروط التالية:

- ١ - أن يكون المريض محتاجاً إلى نقل الدم.
- ٢ - أن يتعذر البديل الذي يمكن إسعافه به.
- ٣ - أن لا يتضرر الشخص المنقول منه الدم بأخذه منه.
- ٤ - أن يقتصر على مقدار الحاجة للقاعدة الشرعية: «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»^(٢).

المسألة ١٣: 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 الشبتي^(٣)، والدكتور جاسم علي سالم^(٤)، وكذا هيئة علماء مجمع الفقه

(١) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

(٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص ٥٨٣، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، للدكتور العقيلي، ص ٣٩ - ٤٠.

(٣) سعود بن مسعد الشبتي من السعودية، أستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٤) الدكتور جاسم علي سالم من الإمارات، مدرس المعاملات المدنية بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

الإسلامي، بتخريج وجوب التفريق بين الزوجين على القاعدة الفقهية: «الضرر يزال»^(١).

يقول الدكتور سعود بن مسعد الشبيتي: (الناظر المتأمل 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 أمره 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)^(٢).

ويقول الدكتور جاسم علي سالم عند مناقشته للموضوع: (أنا ذهبت إلى الوجوب 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)^(٣). 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 يتأني ذلك إلا بالتفريق بين الزوجين.

□ القاعدة الثالثة: الضرر لا يزال بالضرر أو بمثله^(٤):

معنى القاعدة:

هذه القاعدة تقيد القاعدة السابقة العامة «الضرر يزال»، لأن إزالة

(١) انظر: بحث «الأسرة ومرض الإيدز»، للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (٤٦٤/٤)، وبحث الدكتور سعود بن مسعد الشبيتي، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (٤١٤/٤ - ٤١٥)، وقرار المجمع في العدد ٩ (٦٩٨/٤).

(٢) انظر: بحث «مرض الإيدز وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٢٦٠/٣ - ٢٦١).

(٣) انظر: كلامه ضمن مناقشة موضوع مرض الإيدز، بمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة، العدد ٩ (٦٧١/٤).

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (٤٢/١)، أشباه السيوطي، ص ١١٥، أشباه ابن نجيم، =

الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله؛ لأن هذا ليس إزالة^(١)، وأن (السعي في إزالته بمثله عبث، فإزالته إما بلا ضرر أصلاً أو بضرر أخف منه)^(٢). وقال الأستاذ أحمد الزرقاء: الضرر لا يزال بمثله، ولا بما هو فوقه بالأولى، بل بما هو دونه^(٣).

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 بالزام البائع بالتعويض عن العيب القديم، ما لم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث^(٤). 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 كشاف القناع نقلاً عن المبدع للإمام ابن مفلح^(٥) 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^(٦)).

وذكر الإمام الزركشي في المنثور: هذه العبارات المطلقة: «الضرر

= ص ٩٦، المدخل الفقهي للزرقاء (٩٩٤/٢)، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٢٥، درر الحكام (٣٥/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤١، موسوعة القواعد الفقهية (٢٥٧/٦).

(١) المدخل الفقهي العام (٩٩٤/٢).

(٢) شرح الأناسي للمجلة (٦٣/١).

(٣) شرح القواعد الفقهية، ص ١٤١.

(٤) المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقاء (٩٩٤/٢).

(٥) ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المقدسي ثم الدمشقي الصالحي الحنبلي فقيه أصولي ولد وتوفي بدمشق. من مؤلفاته: الآداب الشرعية لمصالح الرعية، شرح المقنع في فروع الحنفية سماه المبدع، طبقات الأصحاب، تولى القضاء وتوفي سنة ٧٦٢هـ. انظر: معجم المؤلفين (٦٦/١)، الضوء اللامع للسخاوي (١٥٢/١)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (٣٣٨/٧).

(٦) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (٧٢/١).

لا يزال بالضرر»، ثم عقب عليها بقوله: (كذا أطلقوه، واستدرك الشيخ زين الدين الكتاني، فقال: لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما)^(١). ويبيح 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 بدون آدمي حي، فإنه لا يباح تناولهما)^(٢).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: حكم تضمين المصرف الإسلامي في معاملة المضاربة المشتركة^(٣):

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

(١) المشور في القواعد للزركشي (٣٢١/٢).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤١.

(٣) 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 ٣٠٧. والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، ص ٣٠٠.

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^(١).

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^(٢).

إلا أن الدكتور حسين كامل فهمي^(٣) 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 أهمها التدفق المستمر لأموال العملاء، والخلط بينها بما يؤدي إلى تزايد احتمالات وقوع غبن المودعين.

(١) انظر: تطوير الأعمال المصرفية، للدكتور سامي حمود، ص ٣٩٩.

(٢) انظر: رأي القائلين بالتضمين، وكذلك المانعين في بحث «المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة»، للدكتور قطب مصطفى سانو، الدورة ١٣ (٢٢٢/٣ - ٢٣٠).

(٣) الدكتور حسين كامل فهمي من مصر وهو أستاذ بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، جدة، وعضو مشارك في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

ورغم أنني أتفق 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 كلياً 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 بُعْدٍ 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^(١).

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 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

(١) انظر: بحث «المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية»، للدكتور حسين كامل فهمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (١٦٠/٣) بتصرف بسيط.

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^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: من شروط جواز الجراحة الطبية:

- أن لا يترتب على فعلها ضرر أكبر من ضرر المرض^(٢).
 ومما يشترط لجواز فعل الجراحة الطبية أن لا يترتب على فعلها ضرر أعظم من ضرر المرض؛ للقاعدة الفقهية: «الضرر لا يزال بمثله»^(٣).
 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»^(٤).

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^(٥)، فإنه متى عولج بقطعه، وحبس، خيف حدوث ما هو أصعب منه)^(٦).

(١) انظر: قرار المجمع بمجلته، العدد ١٣ (٢٩٥/٣).

(٢) الطب النبوي لابن القيم، ص ٢٨٦.

(٣) الأشباه للسيوطي، ص ١١٥، ولابن نجيم، ص ٩٦، وللزرقاء، ص ١٧٩، درر الحكام لحيدر (٣٥/١).

(٤) الأشباه للسيوطي، ص ١١٧، ولابن نجيم، ص ٩٨، وللزرقاء، ص ٢٠١، ولحيدر (٣٧/١).

(٥) والمقصود بأفواه العروق: التآليل.

(٦) الطب النبوي لابن القيم، ص ٢٨٩. وانظر أيضاً: أحكام الجراحة الطبية، ص ١٢٤ وما بعدها، والأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، د. محمد خالد منصور، ص ١٦٤ - ١٦٥.

المسألة ٢: تحريم تشريح جثة الأدمي للتعليم والقائلين به:

ذهب إلى القول بالتحريم جماعة من العلماء والباحثين منهم الشيخ محمد برهان الدين السنهلي^(١)، والشيخ حسن بن علي السَّقاف^(٢)، وغيرهم^(٣)، 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 عبدالله 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)^(٤).

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 شُرح جثته، وحينئذ يكون من باب إزالة الضرر بمثله، وهو الذي دلت القاعدة على عدم جوازه.

المسألة ٣: منع نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين

به:

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة، للسنهلي، ص ٦٦.

(٢) انظر: الإمتاع والاستقصاء، للشيخ حسن بن علي بن هاشم السَّقاف الحسيني، ص ٢٧ - ٢٨.

(٣) كالشيخ العربي بو عياد الطبخي، والشيخ محمد عبدالوهاب بحيري، والشيخ بخيت المطيعي، انظر: شفاء التباريح لليعقوبي، ص ٩٦ - ٩٧.

(٤) انظر: رأيه في البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد ١٤٠٨/٤ هـ - ١٩٨٨ م (٣١٧/١ - ٣٢٢).

ذهب إلى ذلك ثلثة من العلماء منهم: الشيخ أبو الأعلى المودودي^(١)، الشيخ الشعراوي^(٢)، والغماري^(٣)، والسنبهلي^(٤)، والسقاف^(٥)، والدكتور عبدالسلام عبدالرحيم السكري^(٦)، والدكتور حسن علي الشاذلي^(٧)، الدكتور عبدالفتاح محمد إدريس^(٨)، الدكتور فهمي أبو سنة^(٩)، الدكتور عقيل بن أحمد العقيلي^(١٠)، الدكتور مصطفى محمد الذهبي^(١١).

من القواعد الفقهية التي ارتكزوا عليها قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله»، ومعنى هذه القاعدة أن المتبرع يكون قد دفع ضرر المريض بارتكاب ضرر

- (١) انظر: مقال «من رجال الفكر والدعوة»، لخليل الحامدي، مجلة الأمة، العدد ٩، السنة ١، رمضان ١٤٠١هـ - جويلية ١٩٨١م، ص ٥٣ وما بعدها، والشيخ المودودي داعية ومفكر إسلامي مشهور توفي سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- (٢) انظر: مقاله (الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها)، جريدة اللواء الإسلامي، العدد ٢٢٦، ٢٧ جمادى الآخرة سنة ١٤٠٧هـ.
- (٣) في رسالته (تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام). وهو الشيخ عبدالله بن الصديق الغماري من العلماء المعاصرين.
- (٤) قضايا فقهية معاصرة، برهان الدين السبهلي، دار القلم - دمشق، دار العلوم - بيروت، ط ١/١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص ٦٧ - ٦٨.
- (٥) في رسالته: (الامتناع والاستقصاء لأدلة تحريم الأعضاء).
- (٦) في كتابه (نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي). وهو أستاذ بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر.
- (٧) انظر: رأيه في البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد ٤/١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، (٣١٧/١ - ٣٢٢). 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.
- (٨) انظر كتابه: حكم التداوي بالمحرمات، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، مكتبة الأسد، ص ٣٠٣.
- (٩) في بحثه: (حكم نقل أجزاء من جسم إنسان إلى آخر للعلاج)، مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، السنة الأولى ١٤٠٨هـ، الطبعة الثانية مكة المكرمة، ص ٢٥. والدكتور فهمي أبو سنة من علماء الأزهر، له تأليف كثيرة.
- (١٠) انظر كتابه: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، ص ٦٠ وما بعدها.
- (١١) انظر كتابه: نقل الأعضاء بين الطب والدين، ص ١٢٥.

ممائل 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...^(١)).

الحقيقة أن هذا الرأي مرجوح لأن المجيز للنقل لا ينفي وقوع ضرر للمتبرع الحي، لكن الضرر الذي يلحق المريض المتبرع له أشد وأخطر بكثير، ففيه موته المحقق، وإذا استطعنا 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 نصّ 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:

١ - 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.

٢ - أن يكون إعطاء العضو طوعاً من المتبرع دون إكراه.

(١) انظر: البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد ٤ (١/٣١٧)

٣ - أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الطبية الوحيدة الممكنة لمعالجة المريض المضطر .

٤ - أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع والزرع محققاً في العادة غالباً^(١) .

المسألة ٤ : منع نقل الأعضاء من الميت وعرسها للحَيِّ والقائلين بذلك :

ذهب العلماء المانعون لنقل الأعضاء من الحي إلى الحي إلى منع النقل - كذلك - من الميت إلى الحي^(٢) 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 يُزَع 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 لمدلول 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 .

(١) انظر: قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ضمن كتاب مطبوع صدر للمجمع في ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص ١٤٦ - ١٤٧ .

(٢) وهم العلماء الذين سبق ذكرهم في ص ١٤٤، ٢٣٢ من الأطروحة .

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﴾^(١). وقال سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾^(٢).

ويضيف قائلاً: (كما أن في قاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، وقاعدة: الضرر لا يزال بمثله، إيضاح لقاعدة: الضرر يزال)^(٣).

المسألة ٥: رفع أجهزة الإنعاش عن المرضى الميؤوس 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 ضرر 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 المفاسد»

(١) سورة الأنعام، الآية: ٣٨.

(٢) سورة مريم، الآية: ٦٤.

(٣) حكم نقل الأعضاء، للعقيلي، ص ٩٢، المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية، للدكتور محمد بن عبدالجواد حجازي النشة (١٠٦/٢).

أولى من جلب المصالح». لأن في رفع الأجهزة عنه ارتكاباً لمحظور وارتكاب المحظور أعظم حرمة من ترك المأمور.

المسألة ٦: الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها وغرسها لحي 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^(١).

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 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.

(١) انظر: فتاوى معاصرة للقرضاوي (٥٨٦/٢).

وهذا يعتبر لونا من اختلاط الأنساب الذي منعتة الشريعة بكل الوسائل، فحرمت الزنى والتبني، ونحو ذلك^(١).

وحرمة 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)^(٢).

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: (يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب، من إنسان حي إلى إنسان آخر)^(٣).

المسألة ٧: حكم المرأة التي تحمل بيضة ملقحة، لزوجين أجنبيين عنها:

من صور التلقيح الاصطناعي^(٤) أن تلقح بيضة الزوجة بنطفة زوجها

(١) فتاوى معاصرة للقرضاوي (٢/٥٩٤).

(٢) انظر: القرار الصادر عن مجلس المجمع في دورته الثامنة المنعقدة بمقر المجلس بمكة المكرمة، بتاريخ ٧ جمادى الأولى ١٤٠٥هـ - ٢٨ يناير ١٩٨٥م. انظر: هذا القرار المطبوع ضمن مجموع القرارات من الدورة الأولى إلى الثامنة (١٣٩٨هـ - ١٤٠٥هـ)، ص ١٤٧.

(٣) انظر: القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (١/٥٠٩).

(٤) 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: بحث «التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب»، للدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢ (١/٢٨٤ - ٢٨٥).

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:

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^(١).

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

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، دورات ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ص ١٤١. وكان مجلس المجمع مكون من السادة العلماء: رئيس مجلس المجمع الفقهي عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، متوقف في جميع الأحوال الثلاث لما في جوازها من الخطر أما الأحوال الأربع الأخرى فلا شك في تحريمها.

ونائب الرئيس د. عبدالله عمر نصيف والأعضاء، محمد بن جبير، عبدالله عبدالرحمن البسام، صالح بن فوزان بن عبدالله الفوزان، محمد بن عبدالله 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 ٢ (١/٣٣٢ - ٣٣٧). 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 ٣ (١/٥١٣ - ٥١٦).

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 إحداهما 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^(١).

□ القاعدة الرابعة: الضرر يدفع بقدر الإمكان:

هذه القاعدة هي من القواعد المتفرعة عن قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

ومن صيغها ما يلي:

«الضرر مدفوع بقدر الإمكان»^(٣).

«الضرر يدفع بقدر الإمكان»^(٤).

«الضرر مدفوع في الشرع»^(٥).

«الضرر واجب الدفع ما أمكن»^(٦).

-
- (١) انظر: فتاوى معاصرة للقرضاوي (١/٦٠٦).
- (٢) المجلة، مادة: ٣١. شرح الأتاسي على المجلة (١/٧١). الوجيز للبورنو، ص ٢٥٦.
- (٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١١.
- (٤) المجلة، المادة: ٣١. شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٥٣، الوجيز ص ٢٥٦.
- (٥) المبسوط للسرخسي بعناية الشيخ خليل الميس، طبعة ١٤٠٦هـ، دار المعرفة، بيروت - لبنان (٢/٢١٠)، (١٩/١٠٧)، (٢٧/١٠). موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٦/٢٥٩).
- (٦) بدائع الصنائع (٥/١٥٥ - ١٥٦)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٦٣).

ومعنى القاعدة:

أن الضرر يدفع شرعاً، فإذا أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً وإلا فيتوسل لدفعه بالقدر الممكن^(١).

فهذه القاعدة تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل والإمكانات المتاحة، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلّة والسياسة الشرعية، فهي من باب الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر المستطاع، لأن التكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ^(٢).

دليل القاعدة:

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَقْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾^(٣).

أمر الله عزّ وجلّ المؤمنين بالإعداد المستطاع للقوة؛ لدفع ضرر الأعداء بإرهابهم وتخويفهم بذلك الإعداد وتلك القوة، فلا يهاجمون المسلمين وإن هاجمونا كنا لهم مستعدين.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: الوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء:

إن البيع بالمرابحة للأمر بالشراء - كما عرفناه سابقاً - مركب من وعدين: وعد بالشراء من العميل الذي يطلق عليه الأمر بالشراء، ووعد من المصرف بالبيع بطريق المرابحة أي: بزيادة ربح معين المقدار أو النسبة على الثمن الأول.

وقد اختار المصرف والعميل كلاهما الالتزام بالوعد، وتحمل نتائج النكول عنه.

(١) شرح الأناسي على المجلة (٧١/١). موسوعة القواعد والضوابط للندوي (٦٣/١).

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٩٩٢/٢).

(٣) سورة الأنفال، الآية: ٦٥.

واختلف الفقهاء حول مسألة إلزام المشتري بما وعد من شراء السلعة على أربعة أقوال، رجح كثير من العلماء المعاصرين مذهب المالكية في المشهور عندهم، أن الوعد ملزم قضاء إذا كان متعلقاً بسبب ودخل الموعد 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 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^(١).

استدل الدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان^(٢)، بشأن الوفاء بالوعد، في بيع المرابحة للأمر 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»^(٣)).

المسألة ٢: تصحيح الشرط الجزائي في العقود:

إن عقود المقاولات والمشاريع، والتوريد، والتصدير تتحدد بأزمان وفترات، يتفق عليها المتعاملون ويلتزمون بها، فإذا أخل طرف بالزمن

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (١٥٩٩/٢ - ١٦٠٠).

(٢) الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان من قطر، أستاذ بكلية الشريعة جامعة أم القرى، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) انظر: فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، طبع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، جدة - السعودية، ص ١٤١، وفتاوى المرابحة جمع وفهرسة وتصنيف: الدكتور أحمد محيي الدين أحمد، ومراجعة: الدكتور عبدالستار أبو غدة، ص ١٥٨ وما بعدها.

والموعد المتفق عليه لحق الضرر الطرف الآخر، فهل يجوز شرعاً وضع شرط جزائي ضمن بنود العقد ابتداءً لتلافي الغبن والضرر الذي يلحق أحد الأطراف؟

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^(١). ويمكن تخريج المسألة على قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»، كما ذهب إلى ذلك الدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان^(٢).

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:

المسألة ١: 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^(٣)، فإنه

(١) انظر: أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ص ٢١٣ - ٢١٤.

(٢) في كتابه فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، ص ١٤٣.

(٣) راجع: قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية، ط ١/١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، دار البشير، عمان - الأردن (٣١٣/١)، 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.

يجوز حينئذ إسقاطه، وهذا قبل بلوغه الأربعة أشهر، وهذا عملاً بقاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»، وينبغي أن يقرر ذلك فريق طبي لا طبيب واحد^(١).

لأن في بقاء الجنين ضرراً كبيراً يلحق الجنين نفسه، وكذا والديه، فيدفع هذا الضرر بالوسائل الطبية المتاحة المتوفرة في هذا العصر.

المسألة ٢: 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»^(٢).

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 ٣: جواز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين بذلك:

وهو ما ذهب إليه أصحاب الفضيلة الشيخ عبدالرحمن 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

(١) انظر: فتاوى معاصرة للقرضاوي (١/٦٠٣).

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٢٥. وانظر: مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة ١١/ العدد ٢٨ / ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م. ص ١٩٦ وما بعدها.

الشأن قرار عن مجلس هيئة كبار العلماء، وتلاه قرار آخر عن المجمع الفقهي الإسلامي^(١).

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 طريقتاً فريداً للدفع تعيّن، 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^(٢).

□ القاعدة الخامسة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف^(٣):

أو: «يختار أهون الشرين»^(٤).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ / سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، (١/١٨٥). قضايا فقهية معاصرة، محمد برهان الدين السنبهلي، دار القلم - دمشق، دار العلوم - بيروت، ط ١/١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

(٢) انظر: فتاوى معاصرة، ط ١/١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، المكتب الإسلامي، دمشق (٢/٥٨٦). (٣) المجلة، المادة: ٢٧. شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٥. موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٢٣٠) و(٦/٢٥٣)، أشباه السيوطي، ص ١١٧. الوجيز للبورنو، ص ٢٦٠، القواعد الفقهية للندوي ص ٣١٣.

(٤) المجلة، المادة: ٢٩، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٩، موسوعة القواعد الفقهية (١/٢٣٠) و(١٢/٣٣٥)، القواعد الفقهية للندوي، ص ٣١٣، الوجيز للبورنو، ص ٢٦٠.

أو: «إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»^(١).

وهناك صيغ أخرى للقاعدة منها:

«إذا اجتمع للمضطرّ مُحَرَّمَانِ كُلِّ مِنْهُمَا لَا يُبَاحُ بِدُونِ الضَّرُورَةِ، وَجِبَ تَقْدِيمُ أَخْفَهُمَا مَفْسُودَةً وَأَقْلَهُمَا ضَرَرًا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهَا فَتَبَاحٌ»^(٢).

«الأصل أن من ابتلي ببليتين - وهما متساويتين - يأخذ بأيهما شاء، وإذا اختلفتا يختار أهونهما لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا لضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة»^(٣).

«إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما»^(٤).

«احتمال أخف المفسدتين لأجل أعظمهما هو المعبر في قياس الشرع»^(٥).

«إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر»^(٦).

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

يختلف التعريف الاصطلاحي باختلاف الردّ إلى القاعدة الأم التي تفرعت عنها هذه القواعد.

فالدكتور محمد صدقي البورنو ردّها إلى قاعدة: «لا ضرر ولا

(١) المجلة، المادة: ٢٨، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، وأشباه ابن نجيم، ص ٩٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٢٢٩)، القواعد الفقهية للندوي ص ٣١٣، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٧.

(٢) قواعد ابن رجب الحنبلي، القاعدة: ١١٢. تقرير القواعد وتحريم الفوائد (٢/٤٦٣).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٨.

(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي، القاعدة الثانية والأربعون، وقواعد المقرئ، القاعدة: ٢١٢.

(٥) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/١٦٠). وانظر: صيغ أخرى للقاعدة في كتاب موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (١/٧٥).

(٦) إيضاح المسالك، للونشريسي، القاعدة: ١٠١.

ضرار»، وذلك عندما قال: (هذه القواعد مهما اختلفت ألفاظها وصيغها فهي متحدة المعنى، ومتفق على مضمونها بين 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 إحداهما لضرورة جاز ذلك، فإذا كانت البليتان أو الضرران أو المحرمان 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 الأعظم والأشد، لأن ارتكاب المحرم والإقدام على المفساد لا يجوز إلا لضرورة شديدة، وإذا أمكن دفع الضرورة بالأخف فلا يجوز الإقدام على الأشد، لأنه لا ضرورة في حق الزيادة^(١).

أما الدكتور علي أحمد الندوي، فقد ردّها في كتابه القواعد الفقهية، إلى قاعدة: «جلب المصالح ودفع المفساد» فقال: (هذه القواعد المذكورة - التي تباينت ألفاظها وصيغها، واتحدت معانيها - هي القواعد المتفرعة المنبثقة من القاعدة الشرعية الفقهية المشهورة: «جلب المصالح ودرء المفساد»^(٢).

ثم ذكر كلام شيخ الإسلام ابن تيمية الذي بيّن فيه المخرج عند تعارض المصالح والمفاسد، عندما قال تحت عنوان (القاعدة العامة): إذا تعارضت المصالح والمفاسد، والحسنات والسيئات، أو تزاومت؛ فإنه يجب ترجيح الراجح منها، فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد، وتعارضت المصالح والمفاسد، فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر إلى المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كانت

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٢٣٠ - ٢٣١).

(٢) القواعد الفقهية للندوي، ص ١١٣.

مفسدته أكثر من مصلحته؛ لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة؛ فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر...^(١)

دليل القاعدة:

في القرآن الكريم عدة آيات فيها الحث 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 ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك، امثالاً لأمر الله تعالى فيها لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَأَقْوَ اللَّهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَأَسْمَعُوا﴾^(٢). وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة...)^(٣).

ومن الأدلة التي يستأنس بها في تقرير هذه القاعدة، ما ذكره الإمام العلائي^(٤) في قواعده، بعنوان: «احتمال أخف المفسدتين لدفع أعظمهما» وقال: (وأصل هذه القاعدة قصة الحديدية^(٥) 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 ضئيم على المسلمين وإعطاء الدنية في الدين).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٢٩/٢٨).

(٢) سورة التغابن، الآية: ١٦.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام (٨٣/١).

(٤) الإمام العلائي: هو أبو سعيد خليل بن كَيْكَلْدِي بن عبدالله العلائي الشافعي، ولد سنة ٦٩٤هـ، ومات سنة ٧٦٠هـ، من مؤلفاته: تلقيح الفهوم في تنقيح صيغ العموم، وتحفة الرائض بعلوم آيات الفرائض. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٣٥/١٠ - ٣٨)، الدرر الكامنة (١٧٩/٢ - ١٨٢).

(٥) انظر: الحديث بتمامه عند مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب صلح الحديدية في الحديدية (١٤١١/٣) رقم: ١٧٨٥.

ولذلك استشكله عمر رضي الله عنه، لكنه احتُمل لدفع مفسد أعظم منه، وهي قتل المؤمنين والمؤمنات، الذين كانوا خاملين بمكة، ولا يعرفهم أكثر الصحابة، وفي قتلهم معرة عظيمة على المؤمنين، فاقتضت المصلحة احتمال أخف المفسدتين لدفع أقواهما. وإلى هذا الإشارة بقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رِجَالٌ مُّؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُّؤْمِنَاتٌ لَّزَّ تَعَلَّمُوهُمْ أَنْ تَطَّوَّهُمْ فِتْنَتِكُمْ مِّنْهُمْ مَّعْرَةٌ بَغَيْرِ عِلْمٍ﴾ (١).

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﴾ (٢)(٣).

وفي السنة جملة من الأحاديث النبوية فيها إيحاء إلى هذه القاعدة، نكتفي في هذا العرض بحديث الأعرابي الذي بال في ناحية المسجد، من رواية أبي هريرة رضي الله عنه (٤): «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» (٥). قال الإمام

(١) سورة الفتح، الآية: ٢٥.

(٢) سورة الفتح، الآية: ٢٥، ومعنى لو تزيّلوا: لو تفرقوا، وانظر: تفسير ابن كثير (٣٤٦/٦).

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي (١٢٦/١ - ١٢٧).

(٤) هو الصحابي الجليل أبو هريرة، واسمه عبدالرحمن بن صخر الدوسي، أسلم عام خيبر وشهد غزوتها ولازم النبي ﷺ الملازمة التامة، كان أحفظ الصحابة للحديث، وقد شهد له النبي ﷺ، روى ٥٣٧٤ حديثاً، بلغ من حدث عنه ١٠٨ راو، توفي سنة ٥٧ هـ. انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد (٣٦٢/٢) و(٦٠٦/٢)، سير أعلام النبلاء (٥٧٨/٢)، تذكرة الحفاظ (٣٢/١)، البداية والنهاية (١٠٣/٨)، تهذيب التهذيب (٢٦٨/١٢).

(٥) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد (٨٩/١) رقم: ٢١٧.

وأخرجه مسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات (٢٣٦/١) رقم: ٢٨٤، ٢٨٥.

النووي^(١) في شرح الحديث: (وفيه الرفق بالجاهل، 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:

إحداهما: 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^(٢).

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)^(٣).

فإن للتسعير محاذير كثيرة معروفة عند علماء الاقتصاد، فالميزان هو العمل بقاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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

(١) النووي: هو أبو زكريا يحيى بن شرف النووي بن حسن الدمشقي، الحافظ الزاهد شيخ الإسلام، أخذ عن سليمان المرادي وأبي الفتح التفليسي، وعنه ابن العطار وغيره، وله تأليف حسان منها: المجموع شرح المهذب، الأذكار، رياض الصالحين، شرح صحيح مسلم وغيرها، توفي سنة ٦٧٦هـ.

انظر ترجمته في: طبقات الشافعية الكبرى (١٦٥/٥)، البداية والنهاية (٢٧٨/١٣)، النجوم الزاهرة (٢٧٨/٧)، شذرات الذهب (٣٥٤/٥)، الأعلام (١٨٤/٩).

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم (١٩١/٣).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٢٢٢.

العام، ويُعوّض هؤلاء الخواص بما يناسب ويمائل ما تنازلوا عنه، فما هو حكم هذا التصرف من قبل الحاكم؟

ذهب الدكتور يوسف محمود قاسم^(١) إلى تخريج هذه المسألة على قاعدة: «تحمل أخف الضررين تجنباً لأشدهما»^(٢).

فقال: (أما قاعدة تحمل أخف الضررين تجنباً لأشدهما، فهي قاعدة شرعية مجمع عليها إذ لا ريب أنه إذا اجتمع ضرران أحدهما أخف من الآخر، وكان لا بد من تحمل أحدهما فإنه يجب تحمل الضرر الأخف دفعاً للضرر الأشد وهو مما لا يخفى على عاقل، حتى قبل ورود الشرع، بل إن ذلك مركوز في طبائع العباد بحكم الفطرة).

ولذلك يقول علماء القواعد: «إذا اجتمعت المفسد المحضة، فإن أمكن درؤها درأنا. وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد، والأذل فالأرذل»^{(٣)(٤)}.

وبعد بسطه لمفهوم القاعدة، ذهب يُبين وجه تخريج المسألة عليها، وأنه لا يجوز انتزاع الملكية للمنفعة العامة إلا في حدود الضرورة اللائمة 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)^(٥).

- (١) الدكتور يوسف محمود قاسم من مصر، أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٥. وانظر: بحث الدكتور يوسف محمود قاسم، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (٢/٩٥٣).
- (٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام للجز بن عبدالسلام (١/٩٣)، طبعة ١٣٨٨هـ.
- (٤) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (٢/٩٥٥ - ٩٥٦).
- (٥) بحث: «انتزاع الملكية للمنفعة العامة»، للدكتور يوسف محمد قاسم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤، (٢/٩٥٥ - ٩٥٧).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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 أبيح للضرورة يقدر بقدرها»^(١).

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 والمفاسد على تأخير كل منهما.

فإذا كانت المفاسد 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 مختصر يشرف على هذه الحالة المستعجلة^(٢).

المسألة ٢: التزاحم في أولوية العلاج:

خلال مناقشة موضوع العلاج الطبي في إحدى دورات مجمع الفقه الإسلامي^(٣)، 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 مستقبل العمر من الذين يعانون من الفشل الكلوي؟

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٥.

(٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٤٣٦.

(٣) الدورة السابعة، من ١٤١٢/١٢/٧ هـ الموافق ١٩٩٢/١٢/٩ م.

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 إذا شُخِّصَتْ 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:

- ممكن أن يُخْرَجَ على قاعدة: «يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد»^(١).

- ممكن أن يُخْرَجَ 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 مبدأً لوقت ثمين، قد يُقَوِّت حياة أنفوس كثيرة كان بالإمكان إسعافها وإنقاذها 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 ٣: مشروعية الجراحة الطبية:

لما تطرق العلماء إلى بيان مشروعية الجراحة الطبية بالدليل العقلي، اعترضتهم شبهة وهي: لو قال قائل: إن الشريعة الإسلامية تقدم درء المفسد على جلب المصالح في الاعتبار كما هو معلوم من قواعدها^(٢).

(١) هذا الجواب للدكتور عجيل جاسم النشمي، انظر ذلك في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثالث، ص ٧٢٠ وما بعدها.

(٢) من قواعد الشريعة الإسلامية: «درء المفسد أولى من جلب المصالح»، انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٩.

والجراحة الطبية تشتمل على مفاصد عديدة منها: تعذيب المرضى بالآلام المبرحة، وتشويه الخلقة بقطع الأيدي والأرجل، فوجب حينئذ عدم الالتفات للمصالح المترتبة على فعلها تقدماً لهذه المصالح في الاعتبار ومن ثم لا يجوز فعلها شرعاً.

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 تعارضت 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 المفاصد، نظراً للمصالح العظيمة المترتبة على فعل موجبها^(١).

المسألة ٤: 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 الأوكسجين عنه.

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»^(٢).

المسألة ٥: 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.

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، محمد بن محمد المختار الشنقيطي، ص ١٠٠ - ١٠١.

(٢) القواعد الفقهية للزرقاء ص ٢٠٣. وانظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء لمحمد خالد منصور ص ١٦٧ وما بعدها.

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^(١)، ومن قواعد الشريعة الإسلامية: «إذا تعارضت 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^(٢).

المسألة ٦: حكم إجهاض الجنين:

الإجهاض في اللغة: مصدر أجهض، وأجهضت المرأة ولدها أسقطته ناقص الخلق^(٣).

وجاء في القاموس الفقهي: الإجهاض إسقاط الجنين، ناقص الخلق. وقد عرّفه مجمع اللغة العربية في القاهرة بأنه: خروج الجنين من الرحم قبل الشهر الرابع^(٤).

ومعناه عند الفقهاء: لا يخرج عن المعنى اللغوي، ولكنهم يعبرون عنه في أكثر الأحيان بالإسقاط، والطرح والإلقاء والإملاص^(٥).

(١) تهذيب الفروق محمد علي حسين (١/٢١٠).

(٢) انظر: قواعد الفقه للمجدي، ص ١٤٠، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ١٤٥ - ١٤٩.

(٣) انظر: المصباح المنير مادة (ج هـ ض) (١/١٥٦)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٨.

(٤) انظر: القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص ٧٢.

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الطبعة الرابعة (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م)، (٢/٥٦). الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم، للدكتور أحمد عمرو الجابري، ص ٧٩ وما بعدها.

واعلم أن الأصل في الإجهاض هو الحرمة. ونسبة الحرام تزداد كلما استقرت حياة الجنين^(١)، 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 يضحي بالأصل من أجل الفرع، وهذا منطبق يوافق عليه - مع الشرع - الخلق والطب والقانون)^(٢).

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)^(٣).

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

(١) راجع ملخص مداورات 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 (٣١٣/١).

(٢) فتاوى معاصرة، للشيخ يوسف القرضاوي (٦٠٢/٢). وانظر في الأسباب الطبية الداعية إلى الإجهاض كتاب الأحكام والفتاوى لكثير من المسائل الطبية، للدكتور علي بن سليمان الرميحان، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ، دار الوطن للنشر، الرياض - السعودية، ص ٤٧ - ٥١. والجديد في الفتاوى الشرعية، ص ٩٢.

(٣) فتاوى الشيخ محمود شلتوت، ص ٢٦٥.

إذا كان في بقاء الجنين في بطنها خطر عليها أولى بالاعتبار، لأنها الأصل وحياتها ثابتة بيقين^(١).

إلا أن بعض الفقهاء لم يجوز الإجهاض، وهالك نصاً يؤكد ذلك، ففي كتب الحنفية: (امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن إخراجها، إلا بقطعه 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)^(٢).

ولكن هؤلاء الأفاضل غفلوا عن القاعدة الشرعية التي تقول: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، وأن العمل يكون بارتكاب أخف الضررين، وأهون المفسدتين، فحياة الأم محققة أما حياة الجنين فموهومة، ولا شك أن إهدار حياة الأم المحققة أكبر ضرراً من إهدار حياة الجنين الموهومة.

والراجع 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.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٥٧/٢).

(٢) البحر الرائق لابن نجيم (٢٣٣/٨). واعلم أن من فقهاء الحنفية من يجيز الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين، إذا كان ذلك بموافقة الزوجين. انظر: شرح فتح القدير للكامل بن الهمام (٤٩٥/٢)، حاشية ابن عابدين (٣٠٢/١).

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^(١).

المسألة ٧: حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة لعلاج بعض

الأمراض:

هناك من خرَّج بعض العلاج بالأجنة المجهضة على قاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف».

من هؤلاء الدكتور مأمون الحاج إبراهيم^(٢) الذي قال: (أما الناحية العلاجية - أي: للأجنة المجهضة - فتتركز إمكانية الاستفادة منها في المجالات الآتية:

١ - 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 مرض البول السكري والنقي العظمي في حالات سرطان الدم، ويلاحظ أنه لم تنجح حتى الآن عمليات

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٩٠. انظر: مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة ١١ / العدد ٢٨/١٤١٦هـ - ١٩٩٦م. ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) الدكتور مأمون الحاج إبراهيم، رئيس قسم أمراض النساء والولادة بمستشفى الولادة بالكويت، وعضو خبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

نقل الأعضاء كالكلى والكبد والقلب لصغر حجمها^(١).

وقد وافقت هيئة علماء مجمع الفقه الإسلامي على هذه الاستفادة على أن تكون من إجهاض طبيعي غير متعمد، تكون مثل هذه العمليات بعيدة عن الأغراض التجارية^(٢).

المسألة ٨: 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^(٣)، (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»^(٤).

وفي بيان وجه تخريج المسألة على القاعدة الفقهية أقول: اعلم أن في هذه المسألة حالتين:

- (١) انظر: بحثه «الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦ (٣/١٨١٩ - ١٨٢٠).
- (٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بمجلة المجمع، العدد ٦ (٣/٢١٥٣ - ٢١٥٤).
- (٣) التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة الثانية عشرة، بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٩٠. انظر: مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة ١١ / العدد ٢٨ / ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م. ص ١٩٦ وما بعدها.
- (٤) راجع: بحث (مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية)، د. سعد بن مسعد الثبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨، (٣/٢٦٧ - ٢٦٨).

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 إتلافه 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 يحرمه منها^(١).

الحالة الثانية: إذا نفخت الروح في الجنين فالعلماء أجمعوا على تحريم إسقاط الجنين، لأن الضرر لا يزال بمثله، اللهم إلا إذا شكّل الجنين خطراً محدقاً بالأم، فحينئذ تقدم حياة الأم على جنينها عملاً بالقاعدة الفقهية: «إذا تعارض 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 تفويت حياة الأم، والله أعلم.

المسألة ٩: 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)^(٢).

وهذه العملية تتم تحت التخدير العام، أو التخدير الجزئي (الموضعي)، حسب الحاجة، فيقوم الطبيب بإدخال آلة الكحت الجراحية

(١) 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 ١٩١ - ٢٢٣.

(٢) مجموعة من الأطباء، الموسوعة الطبية (١٠٨٩/٥).

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 المنتبذ^(١)، 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»^(٢).

المسألة ١٠: تحريم الاستنساخ البشري^(٣):

من مبررات القائلين بالاستنساخ البشري، أنه ذو فوائد في علاج الأمراض والعيوب، لكن المختصين في مجال الطب، يقولون إن 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«المفسد إذا تعارضت روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها»^(٤).

المسألة ١١: حكم تشريح جثث الموتى لتدريب الأطباء:

هذه المسألة هي من النوازل الفقهية الجديدة التي لم ينص عليها

(١) المنتبذ من التنبذ وهو إلقاء الشيء وطرحه لقلّة الاعتداد به، انظر: المصباح المنير (ن ب ذ) (٨١٠/٢)، التوقيف على مهمات التعريف، ص ٦٩٠، القاموس الفقهي، ص ٣٤٦.

(٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٤١٠.

(٣) سبق تعريفه في ص ٢٣٠ من الأطروحة.

(٤) انظر: بحث «المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطب»، للدكتور عبدالستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (١٧١/٣ - ١٧٢).

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 نظرياً وعملياً، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية لا تجيز التمثيل بجثث الموتى، فما هو إذا حكم جراحة التشريح؟

إن تعلم الجراحة الطبية وغيرها من فروع الطب هو في الأصل من الفروض الواجبة على الأمة^(١)، فيجب على طائفة منها سدّ حاجة الأمة إلى هذه العلوم النّافعة، وتحقيق هذا الواجب متوقف على التشريح الذي يمكن بواسطته فهم الأطباء للعلوم النظرية تطبيقاً، فيعتبر مشروعاً وواجباً من هذا الوجه^(٢).

وهذا ما أقرته كثير من الهيئات والمجامع الفقهية منها:

- المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بمكة المكرمة^(٣).

- هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية^(٤).

- لجنة الإفتاء بالأزهر الشريف بمصر^(٥).

- لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية^(٦).

- واختاره عدد من العلماء والباحثين^(٧).

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة، لمحمد برهان الدين السنبهلي، ص ٥٧.

(٢) شفاء التباريح لليعقوبي، ص ٨٩.

(٣) الدورة العاشرة، صفر ١٤٠٨هـ.

(٤) الدورة التاسعة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، قرار ٤٧ بتاريخ ٢٠/٨/١٣٩٦هـ.

(٥) صدرت هذه الفتوى بتاريخ ٢٩/٢/١٩٧١م.

(٦) صدرت هذه الفتوى بتاريخ ٢٠/٥/١٣٩٧هـ.

(٧) منهم الشيخ يوسف الدجوي، والشيخ حسين مخلوف، والشيخ إبراهيم اليعقوبي،

والشيخ أحمد حماني في فتاويه (٤٤٥/٢)، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي،

والدكتور محمود ناظم، والدكتور محمود علي السرطاوي. مجلة الأزهر، سنة

١٣٥٤هـ، المجلد السادس (٤٧٢/١). الدكتور مصطفى الزرقاء، فتاوى مصطفى

الزرقاء، ص ٢٣٠. وانظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ١٧٠.

ومن أدلتهم قاعدة:

«إذا تعارضت مصلحتان قدم أقواهما، وإذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما تفادياً لأشدهما»^(١).

ووجه تطبيق هذه القاعدة: أن المصلحة المترتبة على تشريع جث 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 التشريع تعتبر مصلحة خاصة متعلقة بالميت وحده، وبناءً على ذلك فإنه تعارضت عندنا المصلحتان، ولا شك في أن أقواهما المصلحة العامة المتعلقة بالجماعة والتي تتمثل في التشريع فوجب تقديمها على المصلحة الفردية المرجوحة^(٢).

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^(٣).

(١) تشريح جثة المسلم، من بحوث اللجنة الدائمة للبحوث العلمية، مجلة البحوث العلمية، التابعة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، المجلد ١، العدد الرابع، ص ٤٤.

(٢) المصدر السابق، وشفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٩٦. وفتوى الشيخ حسين مخلوف منشور نصها في كتاب «علم التشريح» د. محمد علي البار ص ٦٤. حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبدالعزيز خليفة القصار، ط ١/١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، دار ابن حزم، ص ٣٩ - ٤٠.

(٣) انظر: نقل الأعضاء بين الطب والدين لمحمد الذهبي، ص ١٢، شفاء التباريح والأدواء، لليعقوبي، ص ٤٠ - ٤١.

(وقواعد الدين الإسلامي القويم مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة تفويتها أشد من هذا الضرر)^(١).

وجاء في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي: (إن تشريح جث الموتى جائز، وإنه يعتبر ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها في كثير من الأحوال، ومفسدة انتهاك كرامة الجثة المشرحة مغمورة في جنب المصالح الكثيرة والعامّة 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 جث الموتى)^(٢).

وهناك من العلماء من رام الترجيح سالكاً منهج التفصيل بين أنواع التشريح على النحو الآتي:

أ - التشريح الجنائي: والذي يقصد منه كشف الجريمة ومعرفة ملبساتها، لمعرفة الجاني من البريء، فهنا يتعين الجواز لما فيه من مصلحة راجحة على المفسدة المرجوحة.

(والقول بالجواز في هذه الحالة فيه صيانة للحكم عن الخطأ، وصيانة لحق الميت الآيل إلى وارثه، وصيانة لحق الجماعة من داء الاعتداء، وتحقيق هذه المصالح غلب ما يحيط بالتشريح من هتك لحرمة الميت، والقاعدة الشرعية تقول: «يدفع الضرر الأعلى بالضرر الأقل»^(٣).

ب - التشريح المرَضِي: وهو في حكم النوع الأول لما فيه من مصلحة عامة راجحة ظاهرة^(٤).

(١) فتاوى دار الإفتاء المصرية نقلاً عن فتاوى الشيخ أحمد حماني (٤٥١/٢).

(٢) القرار الصادر بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٦هـ - ٢٢/٣/١٩٨٦م.

(٣) انظر: بحث التشريح الجنائي للدكتور بكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد ٤ (١٧٤/١)، وفتاوى الشيخ أحمد حماني - رحمه الله - (٤٤٦/٢).

(٤) انظر: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي للدكتور عقيل بن أحمد العقبلي، ص ١٧.

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 عبدالله أبو زيد^(١) والدكتور محمد بن محمد المختار الشنقيطي^(٢)، أنه لا يجوز تشريح جثة المسلم للغرض التعليمي، ويكتفى في ذلك بجثة الكافر عند الحاجة.

المسألة ١٢: نقل الأعضاء البشرية من ميت إلى حي:

ذهب جمهور العلماء المخدّثين^(٣) إلى جواز ذلك تخريجاً على القاعدة الفقهية:

«إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»^(٤).

وجه التخريج على القاعدة: أن القاعدة دلت على أنه إذا وقع التعارض بين مفسدتين فإننا ننظر إلى أيهما أشدّ 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

(١) انظر: بحث الدكتور بكر أبو زيد مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد ٤ (١٧٤/١).

(٢) أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ١٧٩. 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.

(٣) انظر: ص ٢٣٢ من الأطروحة.

(٤) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٧٨٣.

الواقعة على الشخص الميت المتبرع، فتقدم حينئذ لأنها أعظم ضرراً وأشد خطراً.

يقول الدكتور النتشة بعد إيراده 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)^(١).

المسألة ١٣: 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 عبدالستار أبو غدة وخرجها على القاعدة الفقهية المعروفة وهي قاعدة: «المولى عليه إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر»^(٢)، لكن الشيخ أحمد علي طه ريان^(٣)، 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 نبقى 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.

(١) انظر: المسائل الطبية المستجدة للنتشة (١٢٢/٢).

(٢) لم أعثر على هذه القاعدة في كتب القواعد الفقهية التي وقفت عليها.

(٣) عضو مشارك في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

أما إذا كان الأخ الآخر ليس في ولاية الولي بل قد يكون كبيراً، حينئذٍ تتنفي هذه القاعدة ونطبق القاعدة التي طبقها الأخ الدكتور عبدالستار وهي القاعدة الثلاثية: «إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً أو نافعاً نفعاً محضاً أو يتردد بين الضرر والنفع»^(١).

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 ومصلحته 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)^(٢).

المسألة ١٤: حكم نقل قرنية العين:

أفتت الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بجواز نقل قرنية عين الإنسان معتمدين في ذلك على القاعدة الفقهية: «ارتكاب أخف الضررين»، جاء في نص الفتوى:

(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 بناءً على قاعدة: تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين، وإثارة مصلحة الحي على مصلحة الميت، فإنه يرجى للحي الإبصار بعد عدمه والانتفاع بذلك في نفسه ونفع الأمة به، ولا يفوت على

(١) انظر: مناقشة الشيخ أحمد علي طه ريان للشيخ عبدالستار أبو غدة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧، (٧١٨/٣ - ٧١٩).

(٢) انظر: القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧، (٧٣٢/٣).

الميت الذي أخذت قرنية عينه شيء، فإن ذلك إلى الدمار والتحول إلى رفات، وليس في أخذ قرنية عينه مثلة ظاهرة^(١).

المسألة ١٥: وجوب التفريق بين زوجين أحدهما مصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA):

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 مفسدات كثيرة منها ما يلحق الزوجة، ومنها ما يلحق الزوج، ومنها ما يلحق الأولاد، ومنها ما يلحق المجتمع، وهذه المفسدات 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 الثبيتي 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 أمره بحفظ المال ناهية عن ضياعه، محرمة لأكل

(١) قرار رقم ٦٢ الصادر في ٢٥/١٠/١٣٩٨هـ، انظر: الأحكام والفتاوى الشرعية لكثير من المسائل الطبية للدكتور علي بن سليمان الرميخان، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ، دار الوطن للنشر، الرياض - السعودية، ص ٥٤ - ٥٥.

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»^(١).

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»^(٢).

المسألة ١٦: وجوب المحافظة على سرّ المريض إلا في حالات:

إن إذن المريض بالتداوي وتلقي العلاج في مستشفى أو مِصْحَة أو عيادة يفرض تلقائياً المحافظة على سرّ هذا المريض وبالتالي لا يجوز إفشاء ذلك السرّ 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^(٣): (يستثنى من وجوب كتمان السرّ حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها).

(١) انظر بحث: «مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية»، للدكتور سعود بن مسعد الشبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٢٦٥/٣). وكذلك العدد التاسع (٤١٤/٤ - ٤١٥).

(٢) انظر: بحث «الأسرة ومرض الإيدز» للدكتور جاسم علي سالم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩، (٤٦٣/٤).

(٣) في ٢٠ شعبان ١٤٠٧هـ / ١٨ أبريل ١٩٨٧م.

حالات يجب إفشاء السر فيها بناءً على قاعدة: «ارتكاب أهون الضَّرين».

وهذه الحالات نوعان:

١ - ما فيه درء مفسدة عن المجتمع.

٢ - ما فيه درء مفسدة عن فرد^(١).

المسألة ١٧: إباحة العزل دفعاً للضرر:

إذا قرر الأطباء المتخصصون أن في الحمل خطراً على حياة الأم، ففي هذه الحالة يجوز لها منع الحمل بأن يعزل^(٢) 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^(٣):

التعريف بالقاعدة:

وردت كذلك بصيغة: «دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص»^(٤).

وهي تدخل تحت قاعدة: «اختيار أهون الضَّرين»، وكلاهما متفرعة عن القاعدة الكبرى: «لا ضرر ولا ضرار».

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧، (٣/٥٨٥).

(٢) العزل: هو صرف الماء عن المرأة حذراً عن الحمل. انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٥٥.

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة: ٢٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٦، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٣، الوجيز للبورنو، ص ٢٦٣، القواعد الفقهية للندوي، ص ٤٢٢، موسوعة القواعد الفقهية (٢٧١/١٢).

(٤) انظر: تيسير التحرير في أصول الفقه، لأمير بادشاه (٣٠١/١).

كما أنها تعتبر قيماً لقاعدة: «الضرر لا يزال بمثله»، أي: لا يزال الضرر بالضرر، ولكن إذا كان أحدهما عاماً والآخر خاصاً، فحينئذ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

معنى القاعدة:

الضرر الخاص: هو الذي يصيب فرداً أو أفراداً منحصرين.

الضرر العام: هو ضرر يصيب مجموع الأمة، أو عدداً من الناس غير منحصراً^(١).

والقاعدة تجري في مسائل تتراوح بين ضررين خاص وأخر عام، وباعتبار أن الضرر العام يمس المصلحة العامة، فهو أولى بالتفني والإزالة، في مقابل التضحية بالمصلحة الخاصة.

وهي قاعدة عامة مبنية على المقاصد الشرعية في مصالح العباد، استخرجها الفقهاء من الإجماع ومعقول النصوص^(٢).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: تحريم الاحتكار:

مسألة الاحتكار^(٣) هي من المسائل القديمة الجديدة. فهي جديدة

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (٢٧١/١٢).

(٢) الوجيز للبورنو، ص ٢٦٣.

(٣) الاحتكار في اللغة: أصله الحُكْر من الجمع والإمساك، وهو بكسر التاء: حبس الطعام للغلاء. والحُكْرَة اسم له. أما شرعاً فقيل: اشتراء قوت البشر والبهائم، وحبسه إلى الغلاء. وقيل: الاحتكار حبس الطعام ونحوه مما يؤكل واحتباسه، وانتظار وقت الغلاء به. ومدة 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 مظهره، مع شدة حاجة الناس أو الدولة أو الحيوان إليه) أو: (جمع وحبس السلع والخدمات من أجل الإغلاء على الناس المستهلكين)، أما حكمه فقد بيّناه في صلب البحث. انظر =

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 نصّ عن النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ احتكر فهو خاطئ»^(١).

إلا أننا وجدنا من السلف من كان يحتكر، فقد قيل لسعيد بن المسيب^(٢): «إنك تحتكر»، فقال: «إن معمرًا^(٣) الذي كان يحدث بهذا الحديث كان يحتكر».

= على التوالي: التعريفات للجرجاني، ص ١٠، القاموس الفقهي، ص ٩٥ - ٩٦، المعجم الاقتصادي الإسلامي، للدكتور أحمد الشرباصي، ص ١٩، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب للدريني، ص ٩٠، معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، علي بن محمد الجمعة، ص ٣٠.

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات (١٢٢٧/٣) رقم: ١٦٠٥، وابن ماجه في السنن (٧٢٩/٢) رقم: ٢١٥٤.

(٢) 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 ٩٣هـ.

انظر ترجمته: تهذيب التهذيب (٨٤/٤)، التاريخ الكبير (٥١٠/٣)، البداية والنهاية (٩٩/٩)، تذكرة الحفاظ (٥١/١)، سير أعلام النبلاء (٢١٧/٤)، وفيات الأعيان (٣٧٥/٢)، شذرات الذهب (١٠٢/١).

(٣) معمر بن عبدالله بن نضلة: مَعْمَرُ بن عَبْدِ اللَّهِ بن نَضَلَةَ بن عَبْدِ الْعُزَّى بن حُرْثَانَ بن عَوْف بن عَبِيد بن عَوِيح بن عَدِي بن كَعْب الْقُرَشِي الْعَدَوِي. وقال ابن المديني: هو مَعْمَر بن عبدالله بن نافع بن نضلة. أسلم قديماً وهاجر إلى الحبشة الهجرة الثانية، وتأخّرت هجرته إلى المدينة، وقدمها مع أصحاب السفيتين من الحبشة عاش عمراً طويلاً. يعد في أهل المدينة. وهو الذي حلق شعر رسول الله ﷺ في حجة الوداع. روى عن: النَّبِيِّ وعن عُمر بن الخطّاب، وروى عنه: بشر بن سعيد، وسعيد بن المسيّب وعبدالرحمن بن جُبَيْر المِضْرِيُّ ومولاه عبدالرحمن بن عُقْبَةَ الْعَدَوِي.

انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى (١٠١/٤)، أسد الغابة في معرفة الأصحاب (١٧٣/٤)، تهذيب الكمال (٤٢٥/١٧)، تهذيب التهذيب (٥٩٦/٥)، تقريب التهذيب (٢٦٦/٢).

وقد وجدنا من كلام الإمام المآزري^(١) 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 يحتكرون، أنهم احتكروا ما لا يضر بالناس، وحَمَلوا قول النَّبِيِّ ﷺ على ذلك، وحمله على هذا يؤكد ما قلناه^(٢).

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)^(٣).

ويظهر من كلام العلماء أن تحريم الاحتكار يكون حسب ظروف

(١) المآزري: هو أبو عبدالله 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 عبدالله بن تومرت وأبو عبدالله الشلبي، وابن الحداد، من مؤلفاته: المعلم بفوائد مسلم، وشرح التلقين في الفروع، والكشف والإنباء في الرد على الأحياء للغزالي، وإيضاح المحصول في علم الأصول، وشرح البرهان، توفي بالمهدية سنة ٥٣٦هـ.

انظر ترجمته في: الديباج (٢/٢٥٠)، وفيات الأعيان (٤/٢٨٥)، والأعلام (٦/٢٧٧)، سير أعلام النبلاء (٢٠/١٠٤)، شجرة النور ص (١٢٧)، شذرات الذهب (٤/١١٤).

(٢) المعلم بفوائد صحيح مسلم للمازري (٢/٣٢٢ - ٣٢٣).

(٣) شرح النووي على مسلم (١١/٤٣). وانظر: غمز عيون البصائر للحموي (١/٢٧٤ - ٢٧٥).

وأحوال الناس، فإذا لحق ضرر عام بمجموع الناس يُحَرِّم الاحتكار، ويَتَحَمَّل 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، ماذا 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 وعنتهم؟

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^(١).

المسألة ٢: 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:

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٧٩/١).

- عمل النبي ﷺ، وعمل الخلفاء الراشدين.

- بعض القواعد الفقهية، خاصة القاعدة الفقهية: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»^(١).

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 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 تضييق 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:

١ - أن يكون نزع العقار مقابل تعويض فوري عادل يقدره أهل الخبرة بما لا يقل عن ثمن المثل.

٢ - أن يكون نازعه ولي الأمر أو نائبه في ذلك المجال.

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء، ص ١٤٣. راجع على الخصوص بحث الدكتور بكر بن عبدالله أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (١٩١١/٢). وبحث الدكتور يوسف محمود قاسم، مجلة المجمع، العدد الرابع (١٩٥٣/٢).

٣ - أن يكون النزاع للمصلحة العامة التي تدعو إليها ضرورة عامة أو حاجة عامة تنزل منزلتها كالمساجد والطرق والجسور.

٤ - أن لا يؤول العقار المنزوع من مالكه إلى توظيفه في الاستثمار العام أو الخاص، وألا يعجل نزع ملكيته قبل الأوان^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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^(٢) 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 السرّ (سرّ المريض)، وضرر عام وهو العديد من الناس 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»^(٣).

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراراً في شأن الحالات التي تستثنى من وجوب كتمان السرّ في العمل الطبي، ونص القرار: (. . . تستثنى من

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (١٧٩٧/٢ - ١٧٩٨)، طبعة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

(٢) مرض الإيدز أو السيدا، هو مرض نقص المناعة المكتسبة، وهو من الأمراض المستعصية في هذا العصر، وقد مات بسببه الملايين من البشر وما زال، وينتقل عن طريق الدم، والحمل والرضاع، والصلة الحميمة بين الأم وطفلها، كما ينتقل عن طريق العلاقات الجنسية، وتعاطي المخدرات عن طريق الحقن، انظر: بحث الدكتور جاسم علي جاسم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي عدد ٩ (٤/٤٥٩ وما بعدها)، وبحث الدكتور أحمد موسى موسى، بنفس المجلة عدد ٩ (٤/٤٩٣ وما بعدها).

(٣) انظر: مناقشة موضوع أخلاقيات الطب، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٨ (٣/٣٨٠ - ٣٨١).

وجوب كتمان السرّ حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها، وهذه الحالات على ضربين:

أ - حالات يجب فيها إفشاء السرّ بناءً على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لئلا يضرر 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 السرّ 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...^(١).

المسألة ٢: حكم التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة:

ثبت طبيّاً أن مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) لا ينتقل بالمعايشة العامة. والمراد 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»^(٢).

(١) انظر: قرار المجمع بمجلة المجمع، العدد ٨ (٤١٠/٣).

(٢) شرح القواعد الفقهية، للزرقاء، ص ١١٣.

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»^(١).



(١) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٤٥. وراجع بحث: (مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية)، د. سعد بن مسعد الشبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨، (٢٩٠/٣).



المبحث الثاني أثر قواعد التيسير في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

□ القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير^(١):

التعريف بالقاعدة: هذه القاعدة من القواعد الكبرى التي عليها مدار الفقه. وتتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته^(٢)، وقد ذكرتها أغلب كتب القواعد بهذا اللفظ، أو بما يؤدي معناه^(٣)، وقد ألفت فيها كتب مستقلة^(٤). ويندرج تحت هذه القاعدة الكبرى عدد من القواعد منها ما هو بمعناها - أو مقارب لها - كقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، وقاعدة:

(١) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام (٢/٢ - ١٤)، أشباه ابن السبكي (٤٨/١ - ٤٩)، المنشور (١٦٩/٣)، أشباه السيوطي، ص ٧٦، أشباه ابن نجيم، ص ٨٤، المجلة المادة رقم: ١٧، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٠٥، موسوعة القواعد الفقهية (٦٣٢/١٠)، موسوعة القواعد والضوابط (١٢٩/١).

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص (١٠٢ - ١١٠)، وأشباه ابن نجم ص ٨٤ - ٩٢.

(٣) انظر: المراجع المتقدمة، والفروق (١١٨/١)، القواعد للمقري (٤٣٢/٢)، القواعد الفقهية للدوي، ص ٣٠٢، ٣٠٨.

(٤) 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 عبدالله بن حميد، «رفع الحرج في الشريعة الإسلامية»، للدكتور يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، «رفع الحرج في الشريعة الإسلامية»، لأستاذنا الدكتور لشهب أبو بكر.

«إذا ضاق الأمر اتسع»، ومنها ما هو مقيد لها كقاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها»، وقاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»، ونحوهما^(١).

وذكر الدكتور علي أحمد الندوي^(٢) أنها قاعدة فقهية أصولية^(٣).

مفردات القاعدة: المشقة: هي التعب من قولك: شقَّ عليَّ الشيء يشقُّ شقًّا مشقَّةً إذا أتعبك، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أُنْفُسُكُم إِلَىٰ بَلَدِكُمْ لَكُمْ تَكُونُوا بَلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ إِنَّ رَبَّكُم لَرءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾^(٤)، أي: تعبها، ومن معاني المشقة: الانكسار، والجهد، والعناء^(٥).

تعجب: العجب لغة: هو سؤق الشيء من موضعه^(٦).

التيسير: السهولة والليونة، يقال: يسر الأمر إذا سهل ولان، واليسر ضد العسر^(٧).

والمعنى اللغوي الإجمالي للقاعدة: إن الصعوبة والعناء تصبح سبباً للتسهيل^(٨).

المعنى الاصطلاحي لقاعدة:

(إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في

(١) انظر: الوجيز للبورنو، ص ٢٢٢. القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٠٨.

(٢) 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.

(٣) القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٠٢.

(٤) سورة النحل، الآية: ٧.

(٥) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٣٤.

(٦) القاموس المحيط (٤٧/١) مادة: جلب، المصباح المنير (١٤٣/١).

(٧) انظر: المصباح المنير (٩٣٧/٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٧٤٩.

(٨) الوجيز للبورنو، ص ٢١٨.

نفسه أو ماله، فإن الشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو حرج^(١).

ويتعبير مفصّل أقول: لقد شرع الله سبحانه وتعالى لعباده الشرائع وتعبدهم بأوامر ونواه، وهذه الأوامر والنواه تكاليفات 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^(٢).

وينبغي التنبيه إلى أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية^(٣).

ويضيف الإمام الزركشي بعض التنبيهات حول هذه القاعدة فيقول:

(هذا إذا كانت المشقة وقوعها عاماً، فلو كان نادراً لم تراعى المشقة فيه)^(٤).

ثم (يختلف ضابطها باختلاف أعضائها)^(٥).

(١) المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٢) انظر: أنواع التخفيف في الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٢. ورفع الحرج لابن حميد، ص ١٦١ - ١٦٥.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٠٥.

(٤) المثور للزركشي (١٧١/٣).

(٥) المرجع السابق (١٧٢/٣).

أدلة القاعدة:

من المعلوم أن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع^(١).

وهناك آيات كثيرات من كتاب الله تعالى هي من الأدلة الواضحة البيّنة على هذا الأصل، وبالاستناد إليها اكتسبت القاعدة خصائص الدليل الشرعي، منها:

- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾^(٢).

- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾^(٣).

- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٤). وغيرها من الآيات القرآنية التي تصب في نفس الموضوع.

ومن السنة النبوية أحاديث كثيرة منها:

- قوله ﷺ: «إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا»^(٥).

- حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا ميسرين»^(٦).

(١) انظر: الموافقات (١/١٣٢ - ١٣٦).

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٨.

(٤) سورة الحج، الآية: ٧٨.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الأيمان، باب الدين يسر، رقم: ٣٩. انظر: الفتح (١/١٢٦).

(٦) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب الرفق في الأمر كله، رقم: ٦٠٢٥، فتح الباري (١٠/٥٥٢). ومسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات، رقم: ٢٨٤، صحيح مسلم بشرح النووي (١/٢٣٦).

- قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكثروا عليه»^(١).

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)^(٢).

وينبغي التنبيه إلى أن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة التي تنفك عنها التكليفات الشرعية^(٣).

ويقول الإمام الزركشي تحت عنوان تنبيهات عقب ذكر هذه القاعدة: (هذا إذا كانت المشقة وقوعها عاماً، فلو كان نادراً لم تراع المشقة فيه)^(٤).

ثم: (يختلف ضابطها باختلاف أعضائها)^(٥).

وستجلى أهمية القاعدة من خلال تطبيقاتها الفقهية المعاصرة الآتية:

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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^(٦).

(١) الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه بهذا اللفظ (١٧٤/٩)، رقم: ٧١٧٥، وأخرجه

البيهقي في شعب الإيمان (٢٩٩/١) رقم: ٣٣٢، وهو في الصحيحين بلفظ مغاير.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٠٤، وأشباه ابن نجيم، ص ٨٤.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٠٥.

(٤) المنشور في القواعد (١٧١/٣).

(٥) المصدر نفسه (١٧٢/٣).

(٦) أحكام الجراحة الطبية، ص ١٤٠.

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 انفثقا النواة اللبية القطنية (الجراحة العصبية)...

ب - الأمراض والحالات الجراحية التي يخشى من ضررها مستقبلاً، 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 بيّن الدكتور الشنقيطي في كتابه أحكام الجراحة الطبيّة جواز هذا النوع من الجراحة مستدلاً 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 عموماً أي: سواء كانت مشقتها موجودة، أو كانت متوقعة الوجود للقاعدة الشرعية التي تقول: «المشقة تجلب التيسير»^(١)).

وقال في موضع آخر: (وكذلك الخوف على منافع الأعضاء يعتبر ضرباً 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)^(٢)).

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية، ص ١٤٥.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٧.

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»^(١).

المسألة ٢: حكم جراحة تغيير الأثني إلى ذكر:

تجرى هذه الجراحة لأصناف ثلاثة:

الصنف الأول: الجراحة برغبة تحويل الأثني إلى ذكر، وقد وقعت في كثير من البلدان، وهذه الجراحة محرمة تحريماً قطعياً، للأدلة الصحيحة الصريحة الدالة على التحريم^(٢).

الصنف الثاني: وهي أن ينظر الطبيب إلى الغدة التناسلية وفق فحوصات خاصة، فإن كانت الغدة مبيضاً، والأعضاء التناسلية الظاهرية ذكورية، فهي خنثى^(٣)، أثنى كاذبة، وحينئذ يُتدخل 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 هامة^(٤).

(١) المرجع السابق، ص ١٤٧، وفي مصادر القاعدة انظر: الأشباه لابن نجيم، ص ٩١، والقاعدة الفقهية للمجددي، ص ٧٥.

(٢) نص المجمع الفقهي الإسلامي، بمكة المكرمة، في دورته الحادية عشرة في قراره السادس (١٤٠٩هـ)، على حرمة هذا النوع من الجراحة.

(٣) 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 ١٠٧، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٢٧، القاموس الفقهي، ص ١٢٤، الزرقاني على خليل (٢٣١/٨)، الخرشني على خليل (٢٢٦/٨)، المهذب للشيرازي (٣٠/٢)، بدائع الصنائع للكسائي (٤١٨/٦).

(٤) راجع في هذه الحالات كلاً من: السباعي والبار، الطبيب أدبه وفقهه، ص ٣١٩ - ٣٢٣. وحسان تحتوت، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، ص ٤٦ - ٤٧.

ذهب الفقهاء - بناءً على حقيقة هذين 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 استدلوا 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^(١).

المسألة ٣: جواز تلقيح الزوجة بمنى الزوج اصطناعياً:

هذه المسألة جرى فيها الخلاف بين العلماء، ولكل حجته، إلا أن الناظر إلى هذه الحجج، يميل إلى ترجيح القول بجواز تلقيح الزوجة بمنى الزوج، المعروف بالتلقيح الاصطناعي، بشروط وضوابط معينة^(٢)، لقوة أدلة القائلين بالجواز، حفاظاً لكلي النسل، ومشروعية علاج العقم في الشريعة الإسلامية.

ثم إن الشريعة الإسلامية قائمة على اليسر ودفع المشقة والحرص عن المكلف، فـ: «المشقة تجلب التيسير»، وإباحة هذه الصورة فيه دفع للحرص والمشقة عن الزوجين وذلك بإنجاب طفل يسعدان به، ويحققان تمام نعمة الزواج.

(١) انظر: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٣ - ٢٠٧.

(٢) راجع هذه الشروط ضمن قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، بمكة المكرمة، ص ١٤١، الجديد في الفتاوى الشرعية، للدكتور أحمد عمرو الجابري، ص ١١٣. وجاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية (٣٢٢٤/٩).

□ القاعدة الثانية: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق^(١):

تعريف القاعدة:

هذه القاعدة ذات شقين:

الأول: منهما بمعنى قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»^(٢)، أو بمعنى قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»^(٣)، وهو الدال على التيسير. وهو من الألفاظ المنقولة عن الإمام الشافعي رحمه الله^(٤).

وقد أورده كثير من العلماء قاعدة مستقلة، ومن هؤلاء: ابن عبدالسلام، والزركشي، والسيوطي، وابن نجيم، وغيرهم^(٥). وعلل بها الفقهاء بعض الأحكام^(٦).

وأما الشق الثاني: فهو مفهوم مخالفة للشق الأول صرح به. وقد أورده بعضهم قاعدة مستقلة^(٧)، وأوردهما معاً ابن نجيم^(٨)، وقد جمع

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٤٨/١ - ٤٩)، المنشور للزركشي (١٢٠/١ - ١٢٣)، أشباه السيوطي، ص ١١١، أشباه ابن نجيم ص ٩٣، مجلة الأحكام العدلية مادة: ١٨.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٠٢ - ١٠٩. غمز عيون البصائر (٢٧٣/١).
شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١١١. القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٩٤ - ٣٩٥.
موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٢١/١). موسوعة القواعد والضوابط للندوي (١٣٤/١ - ١٣٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (٤٨/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١١١.
(٤) لم يذكرها - حسب اطلاعي - بهذا اللفظ، وإنما بمعنى قريب منه في ما يباح أكله من الغنائم: (وكذلك كل ما أجل من محرم في معنى لا يحل في ذلك المعنى خاصة، فإذا زایل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم). انظر: الأم (١٧٨/٤)، المنشور (١٢٠/١).

(٥) انظر: المراجع المتقدمة، وقواعد الأحكام (١٩٦/٢).

(٦) انظر على سبيل المثال: بدائع الصنائع (٤٧٩/٢)، (٢٠٣/٤ - ٢٠٤)، (٢٢٨/٥).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١١.

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٩٣.

بينهما الغزالي^(١) في لفظ واحد وهو قوله: «كلّما جاوز الأمر حدّه انعكس إلى ضدّه»^(٢).

معاني مفردات القاعدة:

ضاق: ضد اتسع، والضيق خلاف السعة، يقال: ضاق الرجل أي: بخل، وأضاق أي: ذهب ماله^(٣).

الأمر: هنا بمعنى الشيء أو الشأن.

اتسع: من السعة والوسع، والسعة الجدة والطاقة، وأوسع الرجل صار ذا سعة وغنى، وهو ضد الضيق^(٤).

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 والحرَج أصلاً وعلى جملة المكلفين كما قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٥)، ومع هذا فإنه إذا لم يتمكن المكلف من أداء ما تُعبد به، أو عسر ذلك عليه بحيث لا يتحقق إلا مع حرج ومشقة، فإن الله تعالى يعذره ويشرع له من الحكم ما يناسب حاله ويجعله في سعة ويُبعد عن الحرج.

(١) هو أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الطوسي الغزالي بتشديد الزاي وقيل: تخفيفها، ولد سنة ٤٥٠هـ، وقيل: ٤٥١هـ، وتوفي بطوس سنة ٥٠٥هـ. من مؤلفاته: المنخول، والمستصفي في أصول الفقه، والوجيز في الفقه. انظر: طبقات الشافعية الكبرى (١٩١/٦)، طبقات الإسنوي (٢٤٢/٢ - ٢٤٤)، معجم المؤلفين (٢٦٦/١١).

(٢) المشور للزرکشي (١٢٣/١).

(٣) انظر: مقاييس اللغة (٣٨٣/٣)، والصحاح (١٥١١/٤) (ضيق)، المصباح المنير (٥٠٢/٢).

(٤) مقاييس اللغة (١٠٩/٦)، والصحاح (١٢٩٨/٣) (وسع)، المصباح المنير (٩٠٩/٢).

(٥) سورة الحج، الآية: ٧٨.

وأما الشق الثاني فمعناه: أنه إذا زال هذا العذر زالت التوسعة ورجع الحكم إلى أصله التكليفي الذي لا يخرج عن التيسير.

ولا بد - 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 لا بد منه في التكاليف الشرعية.

وفي الحقيقة هذا شأن الرخص كلها إذا اضطر الإنسان ترخص، وإذا زالت الأسباب الموجبة للترخص عاد الأمر إلى العزيمة التي كان عليها^(١).

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:

﴿فَأَنْقَرُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾^(٢).

أدلة القاعدة:

مما يستدل به على صحة القاعدة بشقيها:

١ - قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا ﴿١٦١﴾ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلَلْتُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَذَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَفَقَّلُوا عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذَى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرَضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا ﴿١٦٢﴾ فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ فِيْمَا وَقَعْتُمْ وَأَعْلَى

(١) انظر: الوجيز للبورنو ص ٢٣٠.

(٢) سورة التغابن، الآية: ١٦.

جُؤِيكُمْ فَإِذَا أَطْمَأْنَنْتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴿١١٣﴾^(١).

إن مجموع هذه الآيات يعدّ أصلاً لهذه القاعدة حيث اقتضت: أنّ المؤمنين إذا خافوا أن يقصروا من الصلّاة أن يغيروا من كيفيتها 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 الصلّاة على هيئتها الأصلية^(٢).

٢ - حديث: (دَفَّ^(٣) أهل أبيات من أهل البادية حضرة^(٤) الأضحى زمن رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «أدخروا ثلاثاً ثم تصدّقوا بما بقي»، فلما كان بعد ذلك قالوا: يا رسول الله، إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم ويجمّلون^(٥) منها الودك^(٦)، فقال رسول الله ﷺ: «وما ذلك؟»، قالوا: نهيت أن تؤكل لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت، فكلوا وأدخروا وتصدّقوا»^(٧).

(١) سورة النساء، الآيات: (١٠١ - ١٠٣).

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (٤٩٧/١).

(٣) دَفَّ: من الدَفِّ، وهو السير اللين، والمقصود به هنا: الفقر. انظر: الصحاح (١٣٦٠/٤)، المصباح المنير (٢٦٧/١).

(٤) حضرة الأضحى، بفتح الحاء، وضمها وكسرهما، أي: فزبه، قال الجوهري: وحضرة الرجل قربه وفناؤه، الصحاح (٦٣٢/٢) (حضر)، المصباح المنير (١٩٢/١)، وانظر: شرح صحيح مسلم (١٣٠/١٣).

(٥) يجمّلون: يذيبون، والجميل الشحم المذاب، الصحاح (١٦٦٢/٤) (جمل)، وشرح مسلم للنووي (١٣١/١٣).

(٦) الودك: دَسَمَ اللحم، الصحاح (١٦١٣/٤) (ودك)، المصباح المنير (٩٠٠/٢).

(٧) جزء من حديث عبدالله بن واقد رضي الله عنه، الذي أخرجه الإمام مسلم: كتاب الأضاحي، باب: أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث ونسخه. انظر: (١٥٦١/٣) رقم: ١٩٧١. وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي (١٣٠/١٣)، وأخرجه أبو داود في كتاب الضحايا، باب: حبس لحوم الأضاحي (٩٩/٣) رقم: ٢٨١٢.

ووجه الدلالة منه: أنه لما ضاق الأمر في حق الوافدين الفقراء، أمر النبي ﷺ 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، والتصديق^(١).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: بيع الوفاء:

هو البيع بشرط أن البائع متى ردّ الثمن يرد المشتري إليه المبيع^(٢).
أو هو: أن يبيعه العين على أنه إذا ردّ عليه الثمن ردّ عليه العين.
ويُسمى أيضاً بيع الطّاعة، وسمّاه الشّافعيّة بالرّهن المعاد^(٣).

فهو عقد توثيقي، في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق التّرادّ في العوضين، فهو عقد مزيج من بيع، ورهن، لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة^(٤).

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 ١٩٤٩م، فمنع بيع الوفاء وعدّه باطلاً استغناءً عنه بالرهن^(٥).

إلا أن الحاجة ألجأت الفقهاء - في هذا العصر - إلى إمكانية الاستفادة من هذا البيع لكن بعد تطويره وتجديده صياغته، يقول الدكتور محمد

(١) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي (١٣/١٣٠)، الوجيز في إيضاح القواعد الكلية للبورنو، ص ٢٣١ - ٢٣٢.

(٢) انظر: المجلة، مادة: ١١٨.

(٣) وانظر: القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص ٣٨٤.

(٤) انظر: تفصيل ذلك في المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء (١/٦١١).

(٥) انظر: القانون المدني السوري، م ٤٣٣ عن المدخل الفقهي العام (١/٦١٣).

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»...^(١)).

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:

١ - وساطة البنك شريطة أن يكون بنكاً لا ربوياً، بحيث يكون رهنياً لطرف ومرتهناً لطرف آخر ويبيع بالوفاء مع الطرفين كلاً على حدة، ويربح البنك أو المصرف ربحاً مشروعاً دون ربط الثمن بنسبة مئوية من الفائدة.

٢ - استخدام الجمعيات السكنية، بحيث تكون وسيطاً بين البائع والمشتري، بشرط تخليص هذه المعاملة من شبهة الربا، وذلك بوضع ضوابط وصيغ جديدة مناسبة وموافقة للشريعة الإسلامية^(٢).

وقد سبق وأن أشرنا إلى جواز هذا البيع عند الحاجة المُلِحَّة 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 الارتداء في أحضان البنوك الربوية، بل ينبغي التعامل مع البنوك الإسلامية خاصة عند اختيار الطريقة الثانية التي ذكرها الدكتور محمد صالح الفرفور.

(١) انظر: بحثه «مدى انتفاع الاقتصاد من بيع الوفاء» مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (١٠٤/٣).

(٢) «مدى انتفاع الاقتصاد من بيع الوفاء»، محمد صالح الفرفور، ص ١٠٢، بتصرف بسيط.

المسألة ٢: حكم التنضيض التقديري في المضاربة المشتركة:

التنضيض في اللغة: من النَّضَّ وهو الإظهار، ونضَّ المال، أي: ظهر وتيسر وحصل، وإثما سُمِّي نضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً^(١).

والتنضيض في اصطلاح الفقهاء هو: تحول المتاع إلى عين (أي: دراهم أو دنائير)، ويستعمل الفقهاء هذا اللفظ في باب المضاربة، فيقولون: «نضَّ المال» ويعنون به: صيرورته نقداً بعد أن كان متاعاً أي: سلعاً وبضائع^(٢).

وبالتنضيض يظهر الربح في المضاربة، ولكن المضاربة المشتركة التي تقوم على أساس الخلط المتلاحق لأموال المضاربة يصعب فيها التنضيض الحقيقي، لأنه يشترط فيه شرطان:

- شرط تنضيض 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 التنضيض التقديري في نهاية كل مدة مع الاستمرار في المضاربة المشتركة دون فسخ لها، فتوزع الأرباح في نهاية كل سنة لو لم تنته المشاريع التي أسهم فيها المصرف الإسلامي؟

إن التنضيض الحقيقي يتعذر في مثل هذه المضاربة، وما دام أن هناك

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٣٥٧/٥)، المصباح المنير (٨٣٨/٢)، القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، ص ٣٥٤.

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٤٧٦، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، (د.ت) دار الفضيلة، القاهرة - مصر (٤٢٤/٣).

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^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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 عبدالكريم زيدان، والدكتور بكر بن عبدالله أبو زيد، والدكتور الشرباصي^(٢).

وصدر في هذا الشأن قرار عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي^(٣)، وكذا قرار عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٤).

ومن القواعد التي خرّجوا عليها المسألة قاعدة: «إذا ضاق الأمر اتسع»^(٥).

(١) المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، ص ٣٠٧.

(٢) انظر: ص ٢٣٢ من الأطروحة.

(٣) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من عام ١٤٠٥هـ، ووقع عليه جمهور من العلماء.

(٤) القرار رقم ١: (بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً)، الصادر في سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١/٥٠٧ - ٥١٠).

(٥) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٢١، وهذه القاعدة في معنى القاعدة المشهورة: «المشقة تجلب التيسير»، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١١، ولابن نجيم ٩٣. وانظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٣٧٧.

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.

□ القاعدة الثالثة: الضُّرورات تبيح المحظورات:

التعريف بالقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد الكلية الفرعية المهمّة، فقد أدرجها بعض العلماء تحت قاعدة «الضرر يزال» ومنهم الإمام السبكي^(١)، وابن نجيم^(٢)، والسيوطي^(٣)، وبعضهم أدرجها تحت قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»^(٤).

يقول الدكتور البورنو: (هذه القاعدة أدرجها السيوطي وابن نجيم تحت قاعدة: «الضرر يزال»، ولكن لما كانت قاعدة: «الضرورات تبيح

(١) الإمام السبكي: هو الإمام عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، شيخ الإسلام العلامة، قاضي القضاة، تاج الدين أبو نصر القاهري، ثم الدمشقي الشافعي، مصنف جمع الجوامع في الأصول، وشرح مختصر ابن الحاجب، والأشباه والنظائر، وطبقات الشافعية الكبرى وغيرها، توفي سنة ٧٧١هـ.

تنظر ترجمته في: الدرر الكامنة (٣/٣٩)، وشذرات الذهب (٦/٢٢١ - ٢٢٢)، والبدر الطالع للشوكاني (١/٤١٠)، والفتح المبين في طبقات الأصوليين للمراغي، نشر أحمد حنفي (٢/١٩١ - ١٩٢).

(٢) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الشهير بابن نجيم الحنفي، ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦هـ، وتوفي سنة ٩٧٠هـ، وقيل: سنة ٩٦٩هـ، من مؤلفاته: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، فتح الغفار في شرح المنار في أصول الفقه، الفتاوى الزينية. انظر: الكواكب السائرة للغزالي (٣/١٥٤)، شذرات الذهب لابن عماد الحنبلي (٨/٣٥٨)، معجم المؤلفين (٤/١٩٢).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١/٤٦)، أشباه ابن نجيم، ص ٩٤، أشباه السيوطي، ص ١١٢.

(٤) كصنيع الدكتور البورنو في كتابه الوجيز، ص ٢٣٤.

المحظورات» نصاً في الترخّص 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^(١).

وقد وردت - هذه القاعدة - في أكثر كتب القواعد بهذه الصيغة أو نحوها^(٢). وأوردها الإمام الشافعي بنحو هذا اللفظ، كما في كتابه «الأم»:

«يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها»^(٣).

«قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات»^(٤).

«ليس يحل بالحاجة محرم إلا في حالة الضرورات»^(٥).

واعتبرها البعض من القواعد الأصولية أيضاً^(٦).

شرح مفردات القاعدة:

الضرورات في اللغة: جمع ضرورة مأخوذة من الاضطرار وهو الحاجة الشديدة^(٧).

(١) انظر: الوجيز للبورنو، ص ٢٣٤.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية المادة: ٢٦، إيضاح المسالك رقم ٩٧، ص ٣٦٥، شرح القواعد الفقهية للزرعاء، ص ١٣١، الوجيز للبورنو، ص ٢٣٤، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٦٣/٦)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١٣٦/١).

(٣) الأم للشافعي (١٦٨/٤).

(٤) المصدر نفسه (١٤٢/٤).

(٥) المصدر نفسه (٢٨/٣).

(٦) تكون قاعدة أصولية باعتبار أن موضوعها دليل شرعي، فهي بمعنى قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا أَصْطَرَّتْهُ إِتْيَا﴾ [الأنعام: ١١٩]. أما باعتبار أن موضوعها فعل المكلف فهي قاعدة فقهية.

انظر: القواعد النورانية لابن تيمية، ص ٢١٠ وما بعدها، وإيضاح المسالك مع هامش التحقيق، ص ٣٦٥، والقواعد الفقهية للندوي، ص ٦٨ وما بعدها.

(٧) انظر: القاموس الفقهي، ص ٢٢٣ - ٢٢٤.

جاء في المصباح المنير: والضرورة اسم من الاضطرار، والضراء نقيض السراء، ولهذا أطلقت على المشقة^(١).

والضروري هنا ما لا يحصل وجود الشيء إلا به كالغذاء الضروري بالنسبة للإنسان^(٢).

وقيل: ما أتصلت الحاجة إليه إلى حد الضرورة كحفظ الدين والنفس فالعقل فالنفس فالمال فالعرض^(٣).

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، والتعيم، والرجوع بالخسران المبين)^(٤).

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: أحلته لك^(٥).

وفي الاصطلاح: هي الإذن في الفعل والترك من غير تخصيص

(١) المصباح المنير (٤٩٢/٢).

(٢) مفردات الراغب، ص ٢٩٤.

(٣) التوقيف على مهمات التعريف، ص ٤٧٣.

(٤) الموافقات (١٠/٢ - ١٨).

(٥) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس (٣١٥/١)، والصحاح (٣٥٧/١) مادة: بوح. المصباح

المنير (٩١/١)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٢٧.

أحدهما بمدح أو ذم، وعرف بغير ذلك^(١).

والمحظور: جمع محظور، وهو اسم مفعول من حَظَرَ الشيء: منعه وحجره، والمراد به هنا الحرام المنهي عن فعله^(٢).

وفي الاصطلاح: هو ما يذم - شرعاً - فاعله، وقيل: ما يذم فاعله ويمدح تاركه^(٣).

المعنى العام للقاعدة:

معنى هذه القاعدة أن المحرّم يصبح مباحاً^(٤)، إذا عرض للمكلف ضرورة تقتضي ذلك بحيث لا تندفع تلك الضرورة، إلا بارتكاب ذلك المحرّم، كما إذا اشتد الجوع بالمكلف وخشي الهلاك، فإنه يجوز له أكل الميتة ونحوها.

أو: (إن الممنوع شرعاً يباح عند الحاجة الشديدة، وهي الضرورة)^(٥).

واشترط الشافعية - للعمل بالقاعدة - شرطاً وهو أن لا تقل الضرورة عن المحظور. وصاغوا القاعدة بلفظ: «الضرورات تبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها»^(٦).

بمعنى أن لا يكون المحظور أعظم حرمة مما قد يترتب على استمرار

(١) انظر: العدة في أصول الفقه، لمحمد بن الحين الفراء (١٦٧/١)، والتمهيد، للكلوذاني (٧٦/١).

(٢) انظر: الصحاح (٦٣٤/٢)، القاموس المحيط (١١/٢) مادة: حظر.

(٣) انظر: الأحكام للآمدي (٦٠١/١). إرشاد الفحول للشوكاني، ص ٦.

(٤) 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 لليزدوي (٣٢٢/٢)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٢٨/٣).

(٥) الوجيز للبورنو، ص ٢٣٥.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٢. أشباه ابن السبكي (٤٥/١).

الضرورة من مفسدة، ومثلوا لذلك بمن اضطر إلى أكل ميتة الأدمي - على القول بجوازه -^(١).

فإنه لا يجوز أن يأكل منها لو كان الميت نبياً، وإن أبيح له أكل غيره، لأن حرمة النبي في الشرع أعظم من نفس المضطر، فتكون من باب دفع أعظم المفسدتين 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^(٢).

إلا أن الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله، لم يرتض هذا القيد، قال: (وقيد بعض الشافعية رضي الله تعالى عنهم، القاعدة المذكورة بأن لم تنقص الضرورة عن المحظورات، فإذا نقصت فإنه لا يباح له المحظور، وقواعدنا تأباه)^(٣).

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»^(٤).

(١) 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 (٦٩٥/١) باب الضحايا، شرح الخرشي على حاشية العدوي (٢٨/٣)، المجموع شرح المذهب (٢٧٢/١) كتاب الطهارة، المذهب (١٢/١)، المغني (٥٧/١) كتاب الطهارة.

(٢) الوجيز للبورنو، ص ٢٣٨.

(٣) شرح القواعد الفقهية، ص ١٣١.

(٤) الوجيز للبورنو، ص ٢٣٨.

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 الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (١).

وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ عَلَيْكُمْ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (٢).

فهنا دلُّ الاستثناء من التحريم على الإباحة، وذلك بمقتضى الاضطرار المعبر عن معنى الضرورة.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

الرَّبْوِيَّة، لأن البنك الربوي هو بمثابة التاجر المرابي، الذي يقرض ويقترض بالحرام، مستغلاً في ذلك أرصدة المودعين، التي تعطيه السيولة اللازمة لممارسة نشاطه الربوي المحرم.

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 تفي 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^(١).

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»^(٢).

المسألة ٢: حكم التأمين:

سبق وأن عرفت التأمين التجاري^(٣)، وفي هذه المسألة أتعرض لأقسام التأمين، ودليل المجيزين له بالقدر الذي يخدم المسألة.

أقسام التأمين: له عدة تقسيمات، أقتصر 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

(١) انظر: فتاوى مصطفى الزرقاء، إعداد: محمد أحمد مكّي، ص ٥٩٦، المعاملات المالية المعاصرة للدكتور علي أحمد السالوس، ص ٨٩.

(٢) شرح القواعد الفقهية، ص ١٣٥. وانظر: المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، سعد الدين محمد الكبّي، ص ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٣) في قاعدة: «إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع»، ص ١٨٦ من الأطروحة.

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 الموجبة 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 تعهدتها بتعويض عن الضرر الذي يصيبه إذا وقع الخطر على المؤمن عليه، وما يزيد من الأقساط الموجبة عن تعويضات الأضرار الواقعة يكون ربحاً للجهة المؤمنة لقاء قيامها بهذه المهمة^(١).

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،

(١) انظر هذه التقسيمات في: التأمين بين الحظر والإباحة لسعدي أبو جيب، ص ١١، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، ص ٤٧، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير، ص ٩٤ - ٩٧.

وينتهي الأمر في الأخير إلى قولين في عقد التأمين، قول بالجواز، وقول بالمنع.

القائلون ببطلان عقود التأمين:

وهم الأكثر عدداً، أذكر منهم:

الشيخ العلامة ابن عابدين الحنفي^(١).

الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي مصر الأسبق^(٢). الأستاذ محمد أبو زهرة شيخ الأزهر سابقاً^(٣)، الشيخ محمد العزيز جعيط شيخ الإسلام المالكي ومفتي الديار التونسية سابقاً^(٤). والشيخ عبدالله القلقيلي، مفتي المملكة الأردنية سابقاً^(٥)، الدكتور يوسف القرضاوي^(٦)... وغيرهم^(٧).

(١) انظر: حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، طبعة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م) دار الفكر بيروت (٢٤٩/٣)، والعلامة ابن عابدين هو محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي، إمام الحنفية في عصره، ولد سنة ١١٩٨هـ وتوفي سنة ١٣٥٢هـ، من مؤلفاته: نسمات الأسحار على شرح المنار، ومجموعة رسائل في الفقه مطبوعة بعنوان: رسائل ابن عابدين. انظر: الأعلام (٤٢/٦)، معجم المؤلفين (٧٧/٩).

(٢) في رسالته: «السيكورتاه» التي طبعت عام ١٩٠٦م وأعيد طبعها عام ١٩٣٢م بإشراف محمد المطيعي، القاهرة. وانظر: الفكر السامي للحجوي (٢٠١/٢).

(٣) وذلك فيما كتبه في: «الأهرام الاقتصادي» سنة ١٩٦١م، وما أبداه من آراء في مؤتمر الفقه الثاني، بدمشق سنة ١٩٦١م. انظر: الخطر والتأمين لرفيق يونس المصري، ط١/١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، دار القلم، دمشق - سوريا، ص ٩٠.

(٤) انظر: فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، دراسة وتحقيق: محمد بن إبراهيم بوزغيب، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، مركز الدراسات الإسلامية بالقيروان - تونس، ص ٩٦ وما بعدها.

(٥) نقل كلامه الدكتور غريب الجمال في كتابه: التأمين في الشريعة والقانون، طبعة ١٩٧٥، دار الفكر العربي، ص ٢٢٤.

(٦) في كتابه: الحلال والحرام، ص ٢٢٢ - ٢٢٣.

(٧) الشيخ الفقيه عبدالرحمن قزاعة، والشيخ أحمد إبراهيم الحسيني، ومحمد علي السامر، محمد عبداللطيف السبكي، الدكتور محمد الأمين الصديق الضرير، محمد علي البولاقي، الدكتور محمد أبو اليسر، الدكتور عيسى عبده، وغيرهم. ومن أراد التوسع =

ومن الهيئات: هيئة دار الإفتاء المصرية^(١)، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية^(٢)، مجمع الفقه الإسلامي^(٣).

القائلون بجواز عقود التأمين: وهم أقل من المانعين، ومنهم:

الشيخ الحجوي الثعالبي^(٤)، الشيخ رفعت علي ماهر من علماء الأزهر^(٥)، الشيخ جاد الحق علي جاد الحق^(٦)، الشيخ عبدالوهاب خلاف^(٧)، الشيخ أحمد طه السنوسي^(٨)، الأستاذ عبدالرحمن عيسى^(٩)،

= 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 عبداللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (٥٧٨/٢ - ٥٨٧).

(١) انظر: الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية فتوى الشيخ بكرى الصدي (١٣٩٩/٤)، وفتوى الشيخ محمد بن خيت المطيعي (١٤٠١/٤)، وفتوى الشيخ عبدالرحمن قراة (١٤٠٤/٤).

(٢) انظر: قرار لجنة الإفتاء الدائمة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية ضمن كتاب فتاوى إسلامية، جمع وترتيب: محمد بن عبدالعزيز المسند (٦/٣).

(٣) في قراره الصادر ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (٧٣١/٢).

(٤) انظر: الفكر السامي للحجوي (٣٧٦/٢). والحجوي هو: محمد بن الحسن بن العربي بن محمد الحجوي الثعالبي، من رجال العلم والحكم، من المالكية السلفية في المغرب، ولد بفاس بها قرأ وتعلم وتآدب بأهلها ودرس في القرويين، وسكن مكناسة والرباط، تولى عدة وظائف منها: وزارة الأوقاف والعدل، بلغت تأليفه خمسين كتاباً، منها: الفكر السامي، توفي سنة ١٣٧٦هـ. انظر ترجمته في: آخر كتابه الفكر السامي، معجم المؤلفين (١٨٧/٩)، الأعلام (٩٦/٦).

(٥) انظر: أصول التشريع لسيد عفيفي، مجلة الأزهر، طبعة ١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م، السنة التاسعة (٧٠١/٩).

(٦) بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة (١٠٨/٣ - ١١٠).

(٧) انظر: التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون غريب الجمال، ص ٢٠١.

(٨) انظر: نفس المرجع، ص ٢٠٣.

(٩) انظر: نفس المرجع، ص ٢٢٠.

الأستاذ مصطفى الزرقاء ومحمد يوسف موسى والشيخ محمد عبدالله صيام ومحمد البهي والشيخ عبدالله بن زيد آل محمود^(١)، وغيرهم...^(٢).

وقد استدل الفريقان بجملة من الأدلة^(٣)، أقتصر 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:

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

(١) انظر: بحث «التأمين وإعادة التأمين»، للدكتور عبدالله بن زيد آل محمود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: ٦ (٦١٧/٢ - ٦١٨).

(٢) انظر: بحث الدكتور محمد عبداللطيف الفرفور، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (٥٨٣/٢ - ٥٨٤)، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور عبداللطيف محمود آل محمود، ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٣) انظر هذه الأدلة في: كتاب «نظام التأمين»، للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة» بحث التأمين للدكتور محمد سليمان الأشقر (١١/١ - ٤١). دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى الشنقيطي، مكتبة العلوم والحكم، السعودية ط ١٤٢٢/٢ هـ - ٢٠٠١ م (٤٦١/٢ - ٦٠٨). مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الثاني.

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 المحظور بقدر رفع ودفع الضرر الواقع على نفسه أو ماله، على اعتبار أن عقد التأمين محظور لما فيه من المفساد، لاشتماله على الغرر والجهالة، والرهان والمقامرة، وكذا شبهة الربا، وأكل أموال الناس بالباطل.

إلا أن الاستدلال بهذه 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 المحظور يشترط فيها أمور لا تتحقق في عقد التأمين إذ لا ترتب على إلغائه كبير أثر على الضروريات الخمس وهي: الدين، النفس، العقل، النسل 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)^(١).

ويتحقق عدم اتجاه دعوى الضرورة في التأمين عند تأمل النقاط التالية:

١ - 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.

(١) قال هذا الكلام شارحاً لفتوى والده حول التأمين ضمن كتاب: فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط، من جمع: محمد إبراهيم بوزغيب، ص ٩٨.

٢ - شيوع العمل في المجتمعات المختلفة ليس دليلاً على الإباحة، بل العبرة بالأدلة الشرعية ليس غير.

٣ - كون التأمين ضرورة يتخرج عليه أنه لا يجوز للأغنياء ولا للحكومات والشركات إذ لا ضرورة تبيح لهم التأمين لأنهم ليسوا في حاجة ماسة إليه.

٤ - الضرورة المبيحة للمحظور لا تتوفر في التأمين ويمكن الاكتساب دون اللجوء إلى التأمين، فالضرورة هي ما يترتب على تركها هلاك أو مشقة عظيمة^(١).

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 ١: 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)^(٢).

(١) انظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى الشنيطي (٥٣٩/٢).

(٢) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون (١٦٩/٢، ١٧٠).

وذهب الإمام النووي - رحمه الله - إلى جواز أن يتعاطى الإنسان مزيلاً للعقل عند إقباله على قطع يده المتأكلة^(١).

واعلم أن الإنسان المعرض لعملية جراحية لا يمكنه أن يتحمل آلام 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 لا تصل 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 التخريج 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)^(٢).

المسألة ٢: 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 ما يلي:

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي (١٧١/١٠).

(٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٢٨٤ - ٢٨٥.

- حالة انفجار الزائدة الدودية.
- حالة انفجار الاثني عشر.
- حالة انسداد المعدة.
- حالة نزيف الكبد الحاد^(١).

ثم بين ضرورة هذه الأمراض فقال: (وإذا أصيب الإنسان بهذا النوع من الأمراض الجراحية الخطيرة التي يخشى عليه الهلاك بسببها فإنه يصير حينئذ مضطراً، ويبلغ بذلك مقام الضرورة، ولا يشترط في الحكم بكونه مضطراً أن يصير إلى الحالة التي يشرف فيها على الموت ويقل الأمل في شفائه وعلاجه بالجراحة... وإذا ثبت الحكم بكون المريض يصير مضطراً 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 لمكان الضرورة الداعية إلى فعلها حكمنا بجوازها للقاعدة الشرعية التي تقول: «الضرورات تبيح المحظورات»^(٢).

المسألة ٣: حكم الكشف عن العورة للفحص الطبي:

قد يحتاج الطبيب الفاحص ومساعدوه للكشف عن عورة المريض للاطلاع 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

(١) أحكام الجراحة الطبية للشقراطي، ص ١٣٣ - ١٣٤.

(٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشقراطي، ص ١٣٦.

وجود الضرورة أو الحاجة الداعية إلى ذلك للقاعدة الشرعية: «الضرورات تبيح المحظورات»^(١). والقاعدة الأخرى تنص على أن «الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أم خاصة»^(٢).

فكشف العورة من أجل الفحص الطبي يستثنى بدلالة القواعد الفقهية المتقدمة، فتارةً يكون الفحص ضرورياً يترتب على تركه هلاك نفس أو عضو، وتارةً يكون حاجياً يلحق المكلف في تركه مشقة وعنت، وفي كلتا الحالتين هو معذور شرعاً.

ولكن هذا الجواز مقيد بمقدار الحاجة الداعية للكشف والفحص؛ وذلك للقاعدة الفقهية: «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»^(٣).

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)^(٤).

فعلى الطبيب الفاحص ومساعديه الاقتصار في النظر إلى موضع الحاجة الذي يتحصل به المداواة، ويندفع به المرض، ولا يجوز لهم النظر عن قدر الحاجة؛ لأنه «ما جاز لعذر بطل بزواله»^(٥).

المسألة ٤: هل للدولة الحق في إصدار قانون يرخص أخذ أعضاء الموتى؟

بناءً على جواز تبرع الميت ببعض أعضائه عن طريق الوصية، وكذا

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٧، وابن نجيم، ص ٩٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣٣/١).

(٢) السيوطي، ص ١١٧، وابن نجيم، ص ١٠٠، وحيدر (٣٨/١).

(٣) السيوطي، ص ١١٣، ابن نجيم، ص ٩٥، حيدر (٣٤/١).

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٧.

(٥) أشباه السيوطي، ص ١١٤، أشباه ابن نجيم، ص ٩٥، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٩١، درر الحكام لحيدر (٣٥/١).

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^(١).

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)^(٢).

ووجه التخريج: أن المريض قد يكون في أمس 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: الضرورات تبيح المحظورات - أن يصدر أمراً يسمح فيه للطبيب بنقل العضو المطلوب من الميت إلى الحي إنقاذاً له.

المسألة ٥: حكم العلاج بالأجنة المجهضة أو الفائضة عن الحاجة:

المقصود بالأجنة المجهضة، هي الأجنة التي تعطى حكم انعدام الحياة

(١) انظر: فتاوى معاصرة، للدكتور يوسف القرضاوي، ط ١/١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، طبعة المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا (٢/٥٩١ - ٥٩٢).

(٢) انظر: القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٤ (١/٥٠٧ - ٥١٠).

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:

١ - 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 للعذر 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 (١) للدورة الرابعة لهذا المجمع.

٢ - لا يجوز أن تخضع عمليات زرع الأعضاء للأغراض التجارية على الإطلاق.

٣ - لا بد أن يسند الإشراف على عمليات زراعة الأعضاء إلى هيئة متخصصة موثوقة^(١). وقد استند العلماء في تخريج هذا الحكم على القاعدة الفقهية: «الضرورات تبيح المحظورات»^(٢)

(١) انظر: القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦ (٣/٢١٥٣ - ٢١٥٤).

(٢) راجع بحث: «زراعة الأعضاء من الأجنة المجهضة»، للشيخ محمد عبده عمر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦ (٣/١٩٦٥).

المسألة ٦: حكم نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحي:

يلجأ الأطباء إلى الانتفاع بأعضاء الميت لإنقاذ المريض، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الحساسة في حالة عجزهم عن مداواة المريض، وإسعافه بالدواء:

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 المجمع الفقهي الإسلامي، وقّعه أغلب أعضاء المجلس الذين حضروا الجلسة^(١).

واستدلوا بقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»^(٢).

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 ٧: حكم التلقيح الاصطناعي:

التلقيح الاصطناعي: يطلق لفظ التلقيح الاصطناعي على عدة عمليات

(١) صدر هذا القرار في جلسته المنعقدة ما بين شهر ربيع الآخر إلى جمادى الأولى من عام ١٤٠٥هـ الموافق ١٩٨٥م، ووقع عليه أصحاب الفضيلة، الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، الدكتور عمر نصيف، الشيخ عبدالله العبد الرحمن البسام، الشيخ محمد بن عبدالله بن سبيل، الدكتور مصطفى الزرقاء، الشيخ محمد محمود الصراف، 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 عبدالودود، الدكتور طلال عمر بافقيه، وفريق من الأطباء منهم: محمد علي البار. انظر: ثبوت قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ص ١٤٦ - ١٤٩.

(٢) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٢١. وانظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٣٧٧.

مختلفة يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي وذلك بغير طريق الاتصال الطبيعي الجنسي^(١).

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^(٢)، والشيخ جاد الحق علي جاد الحق^(٣)، والشيخ مصطفى أحمد الزرقا^(٤)، والدكتور يوسف القرضاوي^(٥)، والدكتور عبدالكريم زيدان^(٦)،

(١) انظر: بحث «التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب»، للدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢ (١/٢٨٤ - ٢٨٥).

(٢) الفتاوى للإمام محمود شلتوت، ط ١٧/١٤١١هـ - ١٩٩١م، دار الشروق، القاهرة - مصر، ص ٣٢٧ - ٣٢٨.

(٣) الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف المصرية، ١٩٨١م، (٩/٣٢١٣ - ٣٢٢٨).

(٤) التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الدورة الثالثة، ١٤٠٠هـ، ص ٢٢.

(٥) الحلال والحرام، ط ٧/١٩٧٣م، المكتب الإسلامي، ص ٢١٩.

(٦) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية للدكتور عبدالكريم زيدان (٩/٣٩١).

والدكتور وهبة الزحيلي^(١)، وأخذ بهذا القول مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي^(٢).

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^(٣)، وبه قالت ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام^(٤)، ومجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٥).

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^(٦)، 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 النطاف والبويضات المأخوذة من الرجال والنساء، بطريق الخطأ، أو بطريق العمد، خاصة ويقوم بها أطباء لا تتوفر في كثير منهم الأخلاق الإسلامية، وفي مخابر طبية بعيدة عن كل رقيب، ولذلك وسداً للذرائع فإن هذا التلقيح غير جائز ابتداءً، إلا أن الضرورة المُلححة للأبوين في الإنجاب تبيح هذا المحظور.

فقد يتعذر على الزوجين الإنجاب والتوالد بالطريق العادي الطبيعي،

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ط ١٩٨٤/٣م، دار الفكر، دمشق (٣/٥٩٥).

(٢) انظر: ثبت قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، ص ١٥٠ - ١٥٧.

(٣) الجابري، الجديد في الفتاوى الشرعية، ص ١١١.

(٤) ندوة الإنجاب طبع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، ص ٣٥٠.

(٥) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٣ (١/٥١٣) - (٥١٦).

(٦) جاد الحق علي جاد الحق، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية (٩/٣٢١٩).

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».

المسألة ٨: 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 أبيض للضرورة يقدر بقدرها، وأن يقدر نفع ذلك الثقات من أطباء المسلمين)^(١).

في هذه المسألة تفصيل: اعلم أن الحيوان إما أن يكون طاهراً، أو نجساً.

فأما الطاهر: فالعلماء على أن التداوي بأعضائه كالتداوي بسائر المباحات^(٢)، 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)^(٣).

وأما الحيوان النجس: فالأصل فيه أنه محرم، فلا يجوز نقل عظمه إلى جسم الإنسان إلا عند الضرورة وبتحقق شرطين أساسيين:

(١) انظر: فتاوى معاصرة (٢/٥٩٣).

(٢) راجع: بحث الدكتور هاشم جميل عبدالله (زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية)، منشور بمجلة الرسالة الإسلامية، عدد ٢١٢، ص ٧٣.

(٣) الفتاوى الهندية (٥/٢٥٥)، وانظر: المجموع للإمام النووي (٣/١٣٨).

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 تخريباً 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^(١).

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 فقدته صاحبه جائز، وإن وصل بعظم نجس مع وجود الطاهر أو بدون ضرورة تدعو إلى ذلك، فهو غير جائز ويجب نزعها 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^(٢)).

المسألة ٩: 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

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٤٠٢، حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، ص ٢٥ - ٢٦.

(٢) انظر: بحث «زراعة الأعضاء من الأجنة المجهضة»، لفضيلة الشيخ محمد عبده عمر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦ (١٩٦٦/٣). أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي للدكتور محمد سليمان الأشقر، ص ١١٧.

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^(١).

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 والحرّج إنما يعتبران في موضع لا نص فيه)^(٢).

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 الاضطراب أو الحكم الاستثنائي الذي تقتضيه، يبقى ما دام العذر قائماً، فإذا زال، زال الترخيص، ورجع الأمر إلى القاعدة الأصلية.

(١) هذا نص كلام أبي حامد الغزالي في كتابه الوجيز (٢/٢١٦).

(٢) الأشباه لابن نجيم، ص ٩٢.

وفي معناه جاء في مجلة الأحكام العدلية: «ما جاز لعذر بطل بزواله»، «وإذا زال المانع عاد الممنوع»^(١).

وهذا التداوي لا يجوز إذا وجد الجنس المثيل، ووجب على المريض ستر المواضع الزائدة على قدر الحاجة، ووجب على الطبيب أن يقتصر في نظره على ذلك الموضع المحتاج إلى مداواته، بناءً على القاعدة الفقهية: «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»^(٢).

يقول الدكتور علي محمد يوسف المحمدي^(٣): (وأما فيما يتعلق بالأحكام الفقهية من حيث مداواة المرأة للرجل، فقد ذهبوا في الجملة إلى الجواز في ظل قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»^(٤)).

المسألة ١٠: حكم شراء دم الآدمي 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^(٥).

والمضطر للشراء لا لوم عليه ولا تشريب إن لم يجد وسيلة أخرى لذلك. تخريجاً على القاعدة الفقهية: «الضرورات تبيح المحظورات».

أفتى الشيخ السنهلي بجواز استعمال الدم الإنساني كغيره من الأشياء المحرمة عند الاضطرار، ولم يجوز بيعه وشراؤه، وإذا لم يمكن الحصول

(١) المادتان: ٢٣، ٢٤ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي ص ٥٧٧. وانظر: بحث الدكتور علي داود الجفال في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٨ (٤٩/٣ - ٥٠).

(٣) الدكتور علي يوسف المحمدي أستاذ بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، وعضو مشارك في مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٤) انظر: بحث الدكتور علي محمد يوسف المحمدي في مجلة الفقه الإسلامي، عدد ٧ (٦١١/٣).

(٥) انظر بعض هذه الفتاوى، في تطبيقات قاعدة: الضرر يزال، ص ٢٢٠ من الأطروحة.

عليه بدون قيمة فيجوز لصاحب الحاجة أخذه بالقيمة، ولم يُبح للبايع أخذ القيمة^(١).

وأفتى الشيخ موسى صالح شرف بحرمه بيع الدّم، وحثّ على التبرع به لإنقاذ مريض^(٢).

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»^(٣)، كما صح أنه نهى عن بيع الدم^(٤). 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.

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^(٥).

(١) قضايا فقهية معاصرة للسنبهلي، ص ٥٧.

(٢) انظر: مجلة منار الإسلام، طبعة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م، السنة الثامنة، العدد الثاني، ص ٨٧.

(٣) الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه (٣١٢/١١) رقم: ٤٩٣٨، وأخرجه أحمد في مسنده (٢٩٣/١) رقم: ٢٦٧٨، والدارقطني في سننه كتاب البيوع (٧/٣) رقم: ٢٠.

(٤) ورد النهي في حق بيع الدم في حديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع، باب: بيع الميتة والأصنام (٧٨٠/٢) رقم: ٢١٢٣، و(٢٢١٩/٥) رقم: ٥٦٠١، و(٢٢٢٣/٥) رقم: ٥٦١٧.

(٥) فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي كانت بتاريخ (١٣ - ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ). انظر: بحث «التداوي بالمحرمات»، للدكتور محمد علي البار، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٣/٣٤٥ - ٣٤٦).

□ القاعدة الرابعة: الضرورات تقدر بقدرها^(١):

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»^(٢).

«الحكم المقيد بالضرورة مقدر بقدرها»^(٣).

«كل ما دعت الضرورة إليه من المحظور فإنه ساقط الاعتبار على حسب الحاجة، ويقدر الضرورة»^(٤).

«ما جاز لعذر بطل بزواله»^(٥).

«ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها»^(٦).

معنى القاعدة:

إن الحكم الثابت لأجل الضرورة إنما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فقط، فإذا زالت الضرورة واندمجت عاد الحكم إلى ما كان عليه قبلها.

ويدل على هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا

(١) انظر: المجلة، المادة ٢٢، أشباه السيوطي، ص ١١٣، أشباه ابن نجيم، ص ٩٥، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٣٣، الوجيز للبورنو، ص ٢٣٩، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٦٤/٦).

(٢) كتاب الأسرار للدبوسي، ص ٣٠٣، كتاب المناسك.

(٣) فتاوى شيخ الإسلام (٣٥٣/٢١).

(٤) القبس، شرح موطأ مالك بن أنس، لابن العربي (١٤٥/١).

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٤، أشباه ابن نجيم، ص ٩٥، مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٢٣.

(٦) أشباه السيوطي، ص ١١٣، وأشباه ابن نجيم، ص ٩٥.

إِنَّمَا عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ^(١)، قال ابن القيم: (فالباعى الذي يبتغى الميتة مع قدرته على التوصل إلى المذكي، والعادي: الذي يتعدى قدر الحاجة بأكملها)^(٢).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: النهي عن بيع الوفاء^(٣) 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 تبعه مني إذا جئتك بالثمن، وكلاهما غير جائز.

ولكن لما مست الحاجة إليه أفتى الفقهاء بجوازه رفعا للحرص القائم بين الناس^(٤).

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 جَوْزُ بناءً على الحاجة القائمة قبل قرون فلم تبق حاجة الآن إلى هذا النوع من التعامل، بل يمكن أن يكون تسويغه محل استغلال خطير لدى البنوك الربوية، فالراجح عدم الإفتاء بجوازه؛ لزوال الحاجة

(١) سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

(٢) انظر: إعلام الموقعين (١/١٦٩).

(٣) 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 (٩/٢٦٠).

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ١٥٦.

العامه، أو الضَّرورة الداعية لذلك، ومن باب سدِّ الذريعة أيضاً^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: حكم الفحص بالأشعة السينية:

إن الأشعة السينية هي من أخطر الوسائل المستخدمة في مهمة الفحص الطبي، ويكمن خطرهما فيما تشتمل عليه من المواد المُشعَّة، التي تنتهي بالمتعرض لها كثيراً وبقدر شديد إلى الموت، ناهيك عن الأضرار التي تلحقها بالجلد والنخاع الشوكي والغدد الجنسية، وقد تتسبب في الإصابة بالسرطان^(٢).

ونظراً لوجود هذه الأضرار المترتبة على التصوير بالأشعة فإن الأصل يقتضي عدم جواز التصوير بها، إلا إذا وجدت الحاجة الداعية إلى ذلك.

لذلك ينبغي للطبيب المختص بمهمة التصوير بالأشعة السينية أن يتقيد بقدر الحاجة للقاعدة الشرعية: «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها»^(٣). 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^(٤).

المسألة ٢: 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، فأبيع القطع لدفع الضرر الحاصل، للقاعدة الشرعية: «ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها».

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (١٤٠/١).

(٢) ثبت طبياً أن التعرض لمقدار أربعمئة وخمسين وحدة من الإشعاع الموجود في أشعة (رونجن)، يكفي لإصابة الشخص بمضاعفات خطيرة قد تنتهي به إلى الموت. انظر: الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء (٧٨/١) و(١١٦٣/٦).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٣، ولابن نجيم، ص ٩٥.

(٤) انظر: أحكام الجراحة الطبية، ص ٢٣٠.

وخوفاً من سريان الآفة وتجاوزها العضو المقطوع، وكذا صعوبة فتح الموضوع 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^(١).

المسألة ٣: تدخل الطبيب الجراح يكون عند قيام المقتضى:

يشترط لجواز الجراحة الطبية أن يكون المريض محتاجاً 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 إلا بما فيه مصلحة راجحة مأذونة شرعاً، فإذا بلغ الإنسان بسبب الأمراض الجراحية مقام الاضطرار، والحاجة فإن الشرع يأذن له حينئذ بفعلها دفعاً 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^(٢)، وقبل مباشرة الطبيب للجراحة يزول ذلك الألم ويرتاح المريض، ففي هذه الحالة تخلف الشرط المسوغ لتدخل الطبيب، فرجع الحكم إلى الأصل وهو المنع.

فالجراحة في الأصل إنما شرعت بسبب وجود الحاجة فإذا انتفت قبل المباشرة رجعت الجراحة إلى حكم الأصل الموجب لعدم جوازها للقاعدة

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٣١٢.

(٢) الجراحة العصبية د. محمد فاروق النحاس، طبعة ١٤٠٥ هـ مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بدمشق - سوريا، ص ٣٣٩.

الشرعية التي تقول: «ما جاز لعذر بطل بزواله»^(١).

المسألة ٤: 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 دورته 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 بحدود 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 الموتى 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.

(١) عن أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ١٠٨ بتصرف بسيط.

الطريقة الثانية: الاعتماد على إجراء قرعة، تجريها الدولة للوصول إلى تحقيق الواجب الكفائي، وثمره القرعة في هذه الحال، سقوط حق أولياء الميت الذي خرجت عليه القرعة، وثبوت حق الدولة في تشريح جثته للمصلحة الضرورية العامة^(١).

المسألة ٥: تطبيب الرجل للمرأة، والمرأة للرجل يكون بقدر:

سبق وأن بيّنت أنه يمكن للرجل أن يطيب المرأة وأن تطيب 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 أوردها الفقهاء:

١ - أن يكون هذا بحضرة محرم أو زوج أو امرأة ثقة، خشية الخلوة؛ لجواز خلو الرجل بامرأتين ثقتين عند كثير من الفقهاء.

٢ - أن لا تكون هناك امرأة طبيبة متخصصة تعالجها.

يقول الدكتور داود علي الجفالي^(٢): (نصت المجلة على أن: «الضرورات تقدر بقدرها»، كما في المادة رقم: ٢٢).

والأصح أن يقال كما جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي: «ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها»^(٣)؛ لأن ما يقدر ليس هو الضرورة نفسها، بل هو ما

(١) عن بحث الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي بتصرف بسيط، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٢١٢/١).

(٢) الدكتور علي داود الجفالي عميد كلية العين بدولة الإمارات العربية المتحدة، وعضو مجمع الفقه الإسلامي.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١١٣.

أبيح بسببها، وبمعناه نصت مجلة الأحكام العدلية على أن: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»^(١).

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... وبناءً على ذلك على الطبيب أن يقدر الضرورة بقدرها، فلا يكشف من العورة إلا بقدر ما يستدعيه الكشف والمعالجة^(٢).

المسألة ٦: الفرق في التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز):

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 حدده 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 الثبيتي عندما ذهب إلى: (عدم جواز عزله وحرمانه من التعليم والعمل، لا سيما إذا كان المريض يتصرف

(١) المادة رقم: ٣١.

(٢) من بحث: «أخلاقيات الطبيب»، للدكتور علي داود الجفال، بتصرف بسيط، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٥٧/٣ - ٥٨). انظر: بحث «المبادئ الشرعية للتطبيب» للدكتور عبدالستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (١٤٠/٣).

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^(١).

□ القاعدة الخامسة: ما جاز لعذر بطل بزواله:

ذكرت بهذا اللفظ في مجلة الأحكام العدلية^(٢).

وهي من القواعد المقيّدة 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 خَلْفٌ عن الأصل المتعذر، فإذا زال العذر أمكن العمل بالأصل، فلو جاز العمل بالخَلْف أيضاً لزم الجمع بين البذل 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)^(٣).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: حكم مداواة الرجل للمرأة:

الأصل في الشريعة الإسلامية عدم جواز تطيب الرجل للمرأة، لحرمة النظر والملامسة بينهما، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة كفقدان الطبيب التي تعالج النساء، أو انعدام الطبيبة المتخصصة، إذا كان المرض يقتضي

(١) انظر: بحث «مرض الإيدز وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية»، للدكتور سعود بن مسعد الشبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٢٧٩/٣ - ٢٨٠).

(٢) المجلة، المادة: ٢٣، وانظر: أشباه السيوطي، ص ١١٤، أشباه ابن نجيم، ص ٩٥، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٣٥.

(٣) الوجيز للبورنو ص ٢٤١.

تخصصاً معيناً، أو في حالة الحروب أو الكوارث التي تلحق البشر على هذه البسيطة.

والمداواة والجراحة تقتضي كشف العورة قصد العلاج والتطبيب، وهو يتعارض مع الأمر بسترها، فهل يجوز قيام الرجل بمداواة المرأة وخاصة في العمل الجراحي؟

ذهب أعضاء مجمع الفقه الإسلامي، إلى جواز ذلك ونص القرار: (الأصل أنه إذا توافرت طبية متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة وإذا لم يتوافر ذلك فتقوم بذلك طبية 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 يفض الطرف قدر استطاعته، وأن تتم معالجة المرأة هذه بحضور محرم أو زوج أو امرأة خشية الخلوة^(١).

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 - تقييد قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات».

والتقييد المقصود - هنا - التقييد بالزمن، وهو أن حالة الاضطرار أو الحكم الاستثنائي الذي تقتضيه يبقى، ما دام العذر قائماً، فإذا زال، زال الترخيص، ورجع الأمر إلى القاعدة الأصلية^(٢).

(١) انظر: قرار المجمع بمجلة المجمع، العدد ٨ (٤١٢/٣).

(٢) انظر: بحث «أخلاقيات الطبيب»، للدكتور علي داود الجفال، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٥٠/٣).

□ القاعدة السادسة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة^(١):

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»^(٢).

«الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق أحاد الناس»^(٣).

«الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له الحاجة»^(٤).

«الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر»^(٥).

مفردات القاعدة:

الحاجة لغةً: هي الاضطرار إلى الشيء، وتطلق على الافتقار نفسه، وعلى الشيء الذي يُفتقر إليه، وقيل: هي القصور عن المبلغ المطلوب^(٦).

(١) انظر: أشباه ابن نجيم، ص ١٠٠، أشباه السيوطي، ص ١١٧، مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم: ٣٢، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٥٥، الوجيز للبورنو، ص ٢٤٢، موسوعة القواعد الفقهية (٦٧/٥).

(٢) المجموع المذهب للعلائي (١٠٢/٢)، موسوعة القواعد الفقهية (٦٧/٥).

(٣) المشور للزركشي (٢٤/٢).

(٤) المغني (١٦٠/٢) كتاب الصلاة.

(٥) الغيathi للجويني، ص ٣٤٥.

(٦) انظر: مقاييس اللغة (١١٤/٢)، وتاج العروس (٤٩٥/٥)، التوقيف على مهمات

التعاريف، ص ٢٦٣، ويظهر أن علماء اللغة لا يفرقون بين الحاجة والضرورة.

وفي الاصطلاح: يمكن تعريفها من خلال تعريف العلماء للحاجيات، حيث عرف الشاطبي الحاجيات بأنها: المصالح المفترق إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي - في الغالب - إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب^(١).

فيقال في الحاجة: إنها حالة تطرأ على الإنسان يخاف معها فوت شيء من المصالح المفترق إليها من حيث التوسعة، بحيث لا تندفع إلا بارتكاب محرّم، أو ما يخالف القواعد العامة للشرع^(٢). أما الضرورة في اللغة والاصطلاح، فقد سبق تعريفها^(٣).

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^(٤).

(١) الموافقات (١٠/٢ - ١١). وانظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٦٧/٥ - ٦٨).

(٢) استفدت هذه الصياغة من صياغة الدكتور وهبة الزحيلي لتعريف الحاجة في كتاب نظرية الضرورة الشرعية، ص ٦٦ - ٦٨.

(٣) انظر: ص ٣١٣ من الرسالة.

(٤) 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 أنها مستمرة موجودة بوجود الناس، والله أعلم.

ومع هذا فقد تطلق الضرورة ويراد بها الحاجة^(١). على أن حكم هذه القاعدة ليس على إطلاقه فقد اشترط العلماء في الحاجة المبيحة للمحظور شروطاً أهمها ما يلي:

١ - أن تكون الشدة الباعثة على مخالفة الحكم الشرعي الأصلي بالغة درجة الحرج غير المعتاد.

٢ - أن يكون الضابط في تقدير تلك الحاجة النظر إلى أوضاع الناس ومجموعهم بالنسبة للحاجة العامة، وإلى أوضاع الفئة المعنية التي تتعلق بها الحاجة إذا كانت خاصة.

٣ - أن تكون الحاجة متعينة ألا يوجد سبيل آخر للتوصل إلى الغرض سوى مخالفة الحكم العام.

٤ - أن تقدر تلك الحاجة بقدرها كما هو الحال بالنسبة إلى الضرورات.

٥ - ألا يخالف الحكم المبني على الحاجة نصاً من كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله ﷺ، على حكم ذلك الأمر بخصوصه، وألاً يعارض قياساً صحيحاً أقوى منه، وأن يكون مندرجاً في مقاصد الشرع، وألاً تفوت معه

= انظر: مختصر العلائي وكلام الإسنوي (١/١٩١)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٥٥، ونظرية الضرورة الشرعية، ص ٢٧٤ - ٢٧٥. موسوعة القواعد والظوابط الفقهية، للندوي (١/١٤٣).

(١) وهنا ينبغي التنبيه إلى أن الفقهاء - من القديم - تواضعوا على استعمال كلمة الحاجة في مقام الضرورة، كما يظهر من المسائل والتفاريع 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 مُحَرَّم إلا في الضرورات)، انظر: الأم (٢٨/٣)، باب ما يكون رطباً أبداً. وكذلك قول الباجي المالكي: (الضرورة العامة تبيح المحظور)، المنتقى شرح الموطأ (٤/٢٥٩)، ومن الواضح جداً أن المراد هنا الحاجة العامة.

مصلحة أكبر^(١).

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^(٢).

تنبيه:

من المسائل التي يجب التنبُّه لها لدى الفرق بين الضرورة والحاجة مسألة الرِّبَا، فقد يجوز التعامل بالرِّبَا اليسير عند تحقق الضرورة، ومن المعلوم أن الضرورة تقدر بقدرها، أما التسامح فيه بِحُجَّةِ الحاجة فهو أمر غير جائز.

ولا يصح أن يقاس الرِّبَا اليسير على الغرر اليسير؛ لأن الفقهاء أجمعوا على جواز الغرر اليسير في أبواب المعاوضات المالية للحاجة ودفع الحرج،

(١) انظر: مجموع هذه الشروط في قواعد الأحكام (٩/٢)، الموافقات (١٥٦/٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٥٥، نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي، ص ٢٧٥ - ٢٧٦.

(٢) إن من يرى أن مثل هذه الأحكام مخالفة للقياس يرى أنها بعرضها على قواعد الشرع العامة توجد صور مشابهة لها وهي محرمة، 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 تُوهَم أنهما من جنس واحد، والله أعلم. انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧ - ١١٨.

أما الرِّبَا فحرمته أشد بكثير من الغرر كما هو معلوم وثابت من التَّصَوُّص الصريحة^(١).

أدلة القاعدة:

للقاعدة أدلة كثيرة خاصة من السَّنة النبوية أذكر منها:

١ - حديث: «رَخَّصَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تَبَاعَ الْعَرَايَا^(٢)، بِخَرْصِهَا^(٣) تَمْرًا^(٤)».

قال أبو بكر بن العربي^(٥): (اعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم، . . . ومن ذلك حديث العرايا وبيع التمر فيها

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (١٤٧/١).

(٢) العرايا: جمع عرية من عراه يعروه إذا غشيه. انظر: الصحاح (٢٤٢٣/٦) (ع ر ي)، ترتيب مختار الصحاح، ص ٥٢١، المصباح المنير (ع ر ا) (٥٥٦/٢).

وفي الاصطلاح: أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق فيبيعها بخرصها تمرًا لمن يأكلها رطبًا. انظر: المغني (٣/٤) العرايا، كتاب البيوع.

(٣) الخرص: هو خَزَزُ ما على النخل من الرطب تمرًا، أي: تقديره، الصحاح (١٠٣٥/٣) مادة (خرص). و(٦٢٩/٢) مادة (حزر)، ترتيب مختار الصحاح، ص ١٧٦.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الشرب والمساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب (٨٣٩/٢) رقم: ٢٢٥١ واللفظ له. ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١١٦٨/٣) رقم: ١٥٣٩.

(٥) أبو بكر بن العربي: هو الإمام أبو بكر محمد بن عبدالله 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، القيس في شرح الموطأ، توفي سنة ٥٤٣هـ.

انظر ترجمته في: البداية والنهاية (٢٢٨/١٢)، سير أعلام النبلاء (١٩٧/٢٠)،

تذكرة الحفاظ (١٢٩٤/٤)، وفيات الأعيان (٢٩٦/٤)، شذرات الذهب (١٤١/٤)،

نفع الطيب للمقري، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر بيروت، ١٣٨٨هـ -

١٩٦٨م، (٥٢/٢)، بغية الملتمس ليحيى بن عميرة الضبي، تحقيق: إبراهيم

البياري، طبع في مدريد، سنة ١٨٨٤م، ص ٨٢، الديباج (٢٥٢/٢)، شجرة

النور، ص ١٣٦.

على رؤوس النخيل بالتمر الموضوع على الأرض، وفيه من الرُّبَا ثلاثة أوجه:

- بيع الرُّطْب باليابس.
 - والعمل بالحزر والتَّخمين في تقدير المالين الربويين.
 - وتأخير التقابض، إن قلنا: إنه يعطيها له إذا حضر جذاذ التمر^(١).
- وهكذا تجد (عقد المساقاة في الشريعة رخصة من الله مستثناة من الإجارة المجهولة العمل للحاجة، كما أن الجعل مستثنى من الإجارة المجهولة العمل للحاجة)^(٢).

٢ - حديث أنس رضي الله عنه^(٣) قال: «رخص رسول الله ﷺ للزبير^(٤) وعبدالرحمن^(٥) في لبس الحرير لحكّة بهما»^(٦).

(١) القيس لابن العربي (٢/٧٩٠ - ٧٩١).

(٢) المصدر نفسه (٣/٨٦١).

(٣) 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 جماً، وروى عن أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم، وعنه خلق كثير منهم: الحسن وابن سيرين والشعبي ومكحول والزهري، روى ٢٢٨٦ حديثاً، توفي سنة ٩٣هـ، وهو آخر الصحابة وفاةً بالبصرة.

انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (٢٢/٢٧)، البداية والنهاية (٩/٨٨)، تذكرة الحفاظ (١/٤٢)، تهذيب التهذيب (١/٣٧٦)، شذرات الذهب (١/١٠٠).

(٤) هو أبو عبدالله الزبير بن العوام القرشي الأسدي، ابن عمّة 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 ﷺ، قتل سنة ٣٦هـ. انظر: أسد الغابة (٢/١٦٩ - ١٩٨)، والإصابة (٢/٥٥٣ - ٥٥٧).

(٥) هو عبدالرحمن بن عوف القرشي الزهري، أبو محمد، ولد بعد الفيل بعشر سنين، وكان أحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام، هاجر لهجرتين، وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، توفي سنة ٣١هـ. انظر: أسد الغابة (٣/٣١٣ - ٣١٧)، والإصابة (٤/٣٤٦ - ٣٥٠).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب اللباس، باب ما يرخص للرجال من الحرير للحكّة (٢١٩٦/٥) رقم: ٥٥٠١، ومسلم في كتاب اللباس، باب إباحة لبس الحرير للرجل إذا كان به حكّة، صحيح مسلم (٣/١٦٤٦) رقم: ٢٠٧٦.

ووجه الدلالة منه استثناء هذه الحالة من حكم لبس الحرير للرجال، وهو التحريم^(١).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: جواز التأمين التجاري:

استدل القائلون بجواز التأمين التجاري (التأمين بقسط ثابت)^(٢) 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، 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 ومشقة.

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 مقاربه 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

(١) انظر: فتح الباري (٣٠٨/١٠).

(٢) انظر: تعريف التأمين بقسط ثابت، ص ٣١٨ من الأطروحة في الأثر الفقهي لقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، وقد ذكرت هناك العلماء القائلين بجواز هذا التأمين.

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^(١).

المسألة ٢: الحاجة إلى التأمين الصحي:

سبق وأن عرفنا تعريف التأمين الصحي^(٢)، 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^(٣).
- وأما التكييف الشرعي للتأمين الصحي - كما ذكره بعض العلماء - فهو: أن يتم تعاقد الشخص مع شركة تأمين تلتزم برد ما ينفقه من

(١) انظر: كتاب «بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة» بحث التأمين للدكتور محمد سليمان الأشقر (١١/١ - ٤١). وكتاب دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، للدكتور محمد مصطفى الشنقيطي (٤٦١/٢ - ٦٠٨). مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الثاني.

(٢) انظر: ص ٣١٧، ٣١٨ من الأطروحة.

(٣) انظر: بحث «التأمين الصحي وتطبيقاته المعاصرة»، للمستشار محمد بدر يوسف المنيأوي، عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (٣١٢/٣) وما بعدها.

مصروفات العلاج وثمان الدواء، في الأماكن وبالحدود التي تعينها، مقابل أقساط يؤديها، هو من قبيل عقد التأمين (عقد مسمى).

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^(١).

أما حكم التأمين الصحي بصور الآنف 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)^(٢).

المسألة ٣: 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^(٣).

(١) انظر: المرجع نفسه (٣/٣١٨ - ٣٢٠). وبحث: «التأمين الصحي»، للدكتور محمد بن علي المقرئ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (٣/٥٧٨ وما بعدها).

(٢) انظر: ملخص بحثه: «التأمين الصحي» مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة ١٦، (عبر الإنترنت).

(٣) راجع: المصباح المنير (١/٢٤٧)، القاموس الفقهي، ص ١٢١.

وفي الاصطلاح عرّفه 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)^(١).

أو: (تنازل مالك المنفعة عن ملكيته لها مقابل مال زائد عن الأجرة)^(٢).

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^(٣).

ويطلق عليه أهل الشام اسم: «الفروع أو الفروعية»^(٤).

أما أهل المغرب فعرفوه باسم «الجلسة»^(٥).

وأهل مصر اصطالحوا عليها «بالمفتاح». ومنهم من سماها «بالزينة»^(٦).

واصطالح عليها المتأخرون «بالمفتاح»، ولا يزال هذا الأخير شائعاً بين الألسنة لحد الساعة^(٧).

يخرّج بدل الخلو على القاعدة الفقهية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».

(١) بحث بدل الخلو للدكتور وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (١٢٧٣/٣).

(٢) مقال خلو الرجل، لمشهور حسن سليمان، مجلة الوعي الإسلامي، العدد ٢٨١، سنة ١٩٨٨م، ص ٨٥.

(٣) بحث حكم الشريعة الإسلامية في بدل الخلو (السرقلية) لإبراهيم فاضل الدبو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (٢١٩٩/٣).

(٤) مقال خلو الرجل، لمشهور حسن سليمان، العدد ٢٨١، ص ٨٤.

(٥) حاشية البستاني على الزرقاني (١٢٨/٦). للشيخ محمد البستاني، دار الفكر، بيروت.

(٦) خلو الرجل لمشهور، المقال السابق.

(٧) انظر: العرف والعمل، للدكتور عمر الجيدي، ص ٤٧٤.

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 قرص جرّ نفعاً، فقد انتفع الدائن بالرهن الذي يحجزه حتى سداد الدين.

ويعضد ما سبق كلام الشيخ الطاهر ابن عاشور^(١)، الذي يقول: (أن يعرض الاضطرار 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 حلولها 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 تبعهما على ذلك أهل مصر في القرن العاشر بفتوى ناصر الدين اللقاني في أحكار الوقف وجرى العمل بذلك في المغرب في فاس وتونس في العقد

(١) الطاهر ابن عاشور: محمد الطاهر بن محمد بن عاشور التونسي، ولد سنة ١٢٩٦هـ بالمرسى، حفظ القرآن والمتون وانتسب إلى جامع الزيتونة، وأخذ العلم عن كبار علمائها، وتولى الإفتاء والقضاء، وقام ببعض الإصلاحات العلمية، صنف مصنفات غاية في الإبداع منها: التحرير والتنوير، مقاصد الشريعة الإسلامية، حاشية على التنقيح للقرافي، توفي سنة ١٣٩٣هـ. انظر: المستدرک على معجم المؤلفين، ص ٦٦٢.

المسماة عندنا في تونس بالنصبة والخلو... وفي فاس بالجلسة والجزاء^(١).

المسألة ٤: حكم عقود التوريد:

عقد التوريد: عرّفه 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)^(٢).

ولمزيد 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 بتمليك السلعة للمشتري، والثمن للبائع بصورة مؤبدة، وبهذا المعنى يحقق مفهوم البيع شرعاً، وهو من قبيل (بيوع الصفات) لا (بيوع الأعيان)، حيث إن الوصف غالباً أو العيّنة أو الأنموذج أو الرؤية السابقة هو وسيلة التعريف بالمبيع، لا الرؤية والمشاهدة الآنية^(٣).

وفي غياب العوضين عن مجلس العقد والاكْتفاء بالوصف للمبيع تصبح شبهة الغرر قائمة، مما يقتضي منع هذا العقد، إلا أن الحاجة إلى هذا العقد

-
- (١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ الطاهر ابن عاشور، ص ١٢٥ - ١٢٦.
 (٢) عن بحث: «عقود التوريد والمناقصات»، للدكتور رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤٧٧/٢).
 (٣) انظر: بحث عبد الوهاب أبو سليمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤٣/٢) - ٣٤٤.

أصبحت في هذا العصر الحديث عامّة، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة، لذلك ذهب بعض علماء العصر منهم الشيخ مصطفى الزرقاء، والدكتور الصديق الضرير^(١)، والدكتور رفيق يونس المصري^(٢) إلى جواز هذا العقد تخريجاً 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 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)^(٣).

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 قررته القوانين)^(٤).

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)^(٥).

(١) الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية القانون جامعة الخرطوم بالسودان، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٢) الدكتور رفيق يونس المصري خبير بمركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبدالعزيز بجدة، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) انظر: بحث عقد التوريد، دراسة اقتصادية مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي بجدة، ص ١٠ - ١٣ بتصرف، عن بحث عبد الوهاب أبو سليمان (٣٧٩/٢ - ٣٨٠).

(٤) انظر: فتاوى الزرقاء، ص ٤٨٧ - ٤٨٨.

(٥) انظر: بحث رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٥٠٨/٢).

ومن خلال هذه النقول تظهر الحاجة إلى عقود التوريد ويظهر - أيضاً - وجه التخريج على قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».

المسألة ٥: حكم عقود المناقصات:

المناقصة لم يسبق وأن عرفها الفقهاء، وعرفها حديثاً بعض العلماء المعاصرين، منهم:

١ - 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)^(١).

٢ - وعرفها الشيخ حسن الجوهري^(٢) فقال: (هي إرساء العقد على أفضل العروض المتعددة في وقت واحد عرفاً)^(٣).

ثم يضيف قائلاً: (وهذا الإرساء قد يتضمن تملكاً إذا تعلقت المناقصة على توريد سلعة من السلع، وقد يتضمن تملك منفعة إذا تعلقت المناقصة على الانتفاع، وقد يتضمن عقد إجارة إذا كانت المناقصة قد تعلقت على أعمال المقاولات، وهكذا)^(٤).

والخلاصة أن عقد المناقصة هو عقد يتضمن عقد بيع (توريد أو سلم) 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.

(١) بحث: «مناقصات العقود الإدارية عقود التوريد ومقاولات الأشغال العمومية»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (١٨٦/٢ - ١٨٧).

(٢) الشيخ حسن الجوهري، أستاذ في الحوزة العلمية بقم - إيران، وعضو مشارك بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) في بحثه: «عقود التوريد والمناقصات» مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (٤٤٧/٢).

(٤) نفس المصدر.

وعقد المناقصة كسابقه - عقد التوريد - اختلف العلماء في بيان حكمه، والسبب أن فيه مظنة الغرر، لأنه يشبهه 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^(١)).

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 عبدالوهاب أبو سليمان، والشيخ حسن الجوهري، والدكتور رفيق يونس المصري^(٢)، 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)^(٣).

المسألة ٦: جواز التعامل في أسهم^(٤) شركات قد توضع أموالها في بنوك ربوية:

(١) بحث: «مناقصات العقود الإدارية»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (٢/٢٢٠-٢٢١).

(٢) راجع رأي هؤلاء العلماء في مجلة: مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، الجزء الثاني.

(٣) القرار الصادر عن المجمع بتاريخ ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١هـ - ٢٣ سبتمبر ٢٠٠٠م. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٢/٥٧٢).

(٤) 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.

وصورتها: أن يتعامل في أسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلال، ولكنها تُودع - أحياناً ولظروف خاصّة - بعض الأموال في البنوك الربّوية، وتتعامل مع هذه البنوك بالفائدة الربّوية. 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 عبدالوهاب خلاف، والدكتور علي محيي الدين القره داغي، وعبدالرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والقاضي عبدالله سليمان بن منيع^(١)، وغيرهم^(٢).

وهو الحكم الذي توصلت إليه ندوة الأسواق المالية من الواجهة الإسلامية التي عقدت في الرباط^(٣)، 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^(٤).

- = انظر: المصباح المنير (٣٩٨/١)، بحوث فقهية معاصرة للدكتور محمد عبدالغفار الشّريف، ١/١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، دار ابن حزم، بيروت - لبنان (١/٦٩).
- (١) هو سماحة الشيخ عبدالله سليمان بن منيع عضو هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، وخبير بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (٢) الشّركات، للشيخ الخفيف، ص ٩٦ - ٩٧، وبحث أبي زهرة المنشور ضمن منشورات المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية (١٨٤/٢). الشّركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. الخياط، طبعة الرسالة (١٨٧/٢). بحث الدكتور وهبة الزحيلي المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة، ص ٥. وبحث القاضي عبدالله 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 المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، ص ٣٢٣ - ٣٤٩.
- (٣) بين ٢٠ و ٢٥ ربيع الآخر من سنة ١٤١٠هـ.
- (٤) انظر: الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، طبعة مجموعة بركة، إدارة التطوير والبحوث، طبعة سنة ١٤١١هـ، ص ١٧.

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 عبدالله بن سليمان بن منيع موضعاً وجه التخريج 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 وشراءً 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 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^(١).

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.

(١) بحث الشيخ عبدالله بن منيع السابق الذكر، ص ٣٣٧ - ٣٣٨.

لكن لو أقدم على شرائها المسلمون المخلصون لأصبحوا قادرين في المستقبل على منع تعاملها مع البنوك الربوية، ولغيروا اتجاه الشركة لصالح الإسلامي^(١).

إلا أن هذا التعامل مقيد بشروط:

١ - أن يقصد بشراء أسهم هذه الشركات تغييرها نحو الحلال المحض من خلال صوته في الجمعية العمومية، أو مجلس الإدارة.

٢ - أن يبذل جهده وماله لتوفير المال الحلال الطيب المحض ما أمكنه إلى ذلك سبيلاً، ولا يتجه نحو ما فيه شبهة إلاً عند الحاجة الملحة ومصالحة المسلمين، واقتصادهم من المشاركة في التنمية والاستثمار والنهوض باقتصادهم من خلال الشركات الكبرى.

٣ - 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.

٤ - لا يجوز للمسلم أن يؤسس شركة تنصّ في نظامها الأساسي على أنها تتعامل بالرّبا إقراضاً واقتراضاً، ولا يجوز كذلك التعاون في تأسيسها ما دامت كذلك، لأنه تعاون على الإثم والعدوان، إلاً لمن يقدر على تغييرها إلى الحلال^(٢).

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

(١) راجع: بحث «الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي» د.علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (٩٨/١ - ٩٩).

(٢) راجع هذه الشروط في: بحث «الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي» د.علي محيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (١١٠/١ - ١١١).

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 ٧: هل يجوز التعامل ببطاقة الائتمان لدين قابل للتجديد^(١)؟

بطاقة الائتمان هي: البطاقة الصادرة من بنك أو غيره تخوّل حاملها الحصول على حاجياته من البضائع ديناً^(٢).

وعرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: (مستند يعطيه مُصدِرُه، لشخص طبيعي أو اعتباري - بناءً 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)^(٣).

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 دَوَّار 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 يُرَبِّي، وأشهر الأمثلة على هذا النوع من البطاقات: فيزا وماستر كارد^(٤).

(١) انظر: «بطاقة الائتمان غير المغطاة» للدكتور نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٥٠١/٣).

(٢) هذا التعريف مذكور في قاموس أكسفورد، ص ٢٧٢، نقلاً عن بحث: «بطاقة الائتمان»، للدكتور عبدالستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤٧٢/٣)، وبحث: «بطاقة الائتمان»، للصادق محمد الأمين الضرير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٥٨٩/٣ - ٥٩٠).

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧ (٧١٧/١).

(٤) وانظر: الأنواع الأخرى في بحث الدكتور عبدالستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٤٦٧/٣ - ٤٦٨).

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^(١).

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»^(٢).

المسألة ٨: حاجة انتزاع الملكية للمصلحة العامة:

ومفهومه: نزع الملك الخاص جبراً عن صاحبه لتحقيق نفع عام لقاء تعويض عادل، ويعبر عنه بالاستملاك^(٣).

ويقصد بالمصلحة العامة: ما ينتفع به جمهور كبير من الناس بدون

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي في منع إصدار بطاقات الائتمان غير المغطاة، ولا التعامل بها، لأنها مشروطة بالفائدة الربوية، قرار رقم ١٠٨، العدد ١٢ (٣/٦٧٥ - ٦٧٦).

(٢) انظر: بحث «بطاقة الائتمان غير المغطاة»، للدكتور نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٣/٥١٣ - ٥١٤).

(٣) انظر: بحث «انتزاع الملكية للمصلحة العامة»، للدكتور عبدالله محمد عبدالله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٢/٩٣٠).

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 محددة، تخريجاً 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، وتزليل الحاجة العامة منزلة الضرورة)^(١).

المسألة ٩: 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 المقصودة من نظام الوقف الإسلامي واستنباط الصيغ الإسلامية لتعميره واستثمار أصوله، وتحقيق عائد مجز للصرف على جهاته، فقد درست كثير من الهيئات العلمية الأمر، وبحثت 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

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع (١٧٩٧/٢ - ١٧٩٨).

سندات المقارضة المؤقت^(١). وقد استعرض أعضاء مجمع الفقه الإسلامي هذه التجربة وتناولوها بالمناقشة، وهم بصدد دراسة موضوع سندات المقارضة وسندات الاستثمار^(٢)، 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 وعداً ملزماً من جانب الشركاء ببيع حصصهم لجهة الوقف بالشروط المشروعة التي يتضمنها.

ويبني القول بالالتزام بالوعد على أساس أن: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة»، وإعمالاً لمقاصد الشارع من تأييد الوقف، وضرورة استثمار وصرف عائدته على الوجوه الموقوف عليها وهذه الصيغ تطبيق للمشاركة المتناقضة المنتهية بالتملك^(٣).

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 ١٠: 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؟

(١) قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١.

(٢) في دورته الرابعة بجدة - المملكة العربية السعودية (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).

(٣) انظر: مناقشة موضوع سندات المقارضة وسندات الاستثمار، عرض الدكتور سامي حمود، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٢٠١٧/٣ - ٢٠١٥٨).

تعرضت مجموعة دلة البركة - أثناء انعقاد ندوة مشاكل البنوك الإسلامية - إلى هذه المشكلة وبحث في إمكانية إيجاد مخرج شرعي لها، ومن الحلول المقترحة:

- 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)^(١).

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 ١١: 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 بناجز»^(٢)، فما بالك بغائب بغائب؟! و: «لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق ديناً»^(٣). ولحديث: «ما كان يبدأ بيد فلا بأس به وما كان

(١) انظر: قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات، تحرير: د. منذر قحف، ص ٣١٧، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٦٦٢/٣ - ٦٦٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الفضة بالفضة (٧٦١/٢) رقم: ٢٠٦٨، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الربا (١٢٠٨/٣) رقم: ١٥٨٤.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الورق بالذهب نسيئة (٧٦١/٢) رقم: ٢٠٧٠؛ ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً (١٢١٢/٣) رقم: ١٥٨٩.

نسيئة فهو ربا»^(١).

ولقد أجمع الفقهاء منذ عهد الرسول ﷺ، وإلى الآن على عدم صحة الصرف الآجل.

إلا أن الدكتور موسى آدم عيسى^(٢) 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 مقتصرأ على الفئات التي ينطبق عليها وصف الحاجة^(٣).

إلا أن رأيه هذا قوبل بالرفض من قبل الدكتور أحمد محيي الدين أحمد^(٤) الذي قال: (ويرد على هذا الرأي التالي:

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.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً (١٢١٢/٣) رقم: ١٥٨٩.

(٢) الدكتور موسى آدم عيسى، باحث بالمركز الوطني للاستشارات الإدارية، بجدة.

(٣) انظر بحثه: الصرف وبيع الذهب والفضة، ص ٥١ - ٥٣. بحث غير منشور نقلاً عن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١١ (١/٤٤٦ - ٤٤٧).

(٤) الدكتور أحمد محيي الدين أحمد، من السودان، خبير بمجموعة دلة البركة، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

د - إن منع التعامل الآجل في العملات ثابت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة، ولم ترق الحجج المذكورة إلى ما يحمل على العدول عنها^(١).

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)^(٢).

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 المَعُول - حينئذ - على الحكم الثابت بالنص أو الإجماع.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: جراحة التجميل الحاجية:

وهي تنقسم إلى نوعين: اختياري، وضروري، والذي يهمننا الآن هو الثاني، ويصفه الأطباء بكونه ضرورياً لمكان الحاجة الداعية إلى فعله، إلا أنهم لا يفرقون فيها بين الحاجة التي بلغت مقام الضرورة والحاجة التي لم تبلغه. والعيوب التي توجد في جسم الإنسان تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: عيوب خلقية ولد بها الإنسان مثل التصاق أصابع اليدين، أو عيوب نشأت من مرض أصابه مثل عيوب صوان الأذن الناشئة عن الزهري والجذام والسل.

(١) انظر: بحث «المضاربات في العملة والوسائل المشروعة لتجنب أضرارها الاقتصادية»، للدكتور أحمد محيي الدين أحمد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١١ (١/٤٤٨) - ٤٤٩.

(٢) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي، بمجلته العدد ١١ (١/٦١١ - ٦١٤).

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 طبيياً، وهذا موجب للترخيص بفعل الجراحة لأنه يعتبر حاجة، فتنزل منزلة الضرورة ويرخص بفعالها إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»^(١).

ووجه تخريج المسألة على القاعدة:

١ - أن هذه العيوب تشتمل على ضرر حسي ومعنوي وهو موجب للترخيص بفعل الجراحة.

٢ - يجوز فعل هذه الجراحة كغيرها من العمليات الجراحية بجامع وجود الحاجة، وهو وجود الضرر الحسي والمعنوي.

ثم إن المانع من إجراء 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 المُحرّمة، 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 ٢: زراعة الأعضاء (الصناعية) في جسم الإنسان:

في بعض الأمراض الجراحية يحتاج الأطباء إلى زرع أعضاء صناعية حتى تقوم بمهمة العضو التالف بسبب المرض.

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية، ص ١٨٥ بتصرف بسيط. الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص ١٨٨ - ١٨٩.

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 بآفة توجب استئصاله ووضع ذلك البديل الصناعي، أو
 ما يجري في جراحة الأسنان من وضع الجسور المصنوعة بين الأسنان،
 وغير ذلك.

وهاتان الحالتان توفرت فيهما الدواعي الموجبة للترخيص بفعل
 الجراحة، بنص القاعدتين: «الضرورات تبيح المحظورات»، «الحاجة تنزل
 منزلة الضرورة»^(١)، 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)^(٢).

المسألة ٣: الأعضاء والأجزاء التي يجوز نقلها من حيٍّ إلى حيٍّ:

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،

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٤٢٤.

(٢) انظر: ثبت قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الصادر في
 سنة ١٩٨٥م، ص ١٤٧.

والجلد، ويراعى في ذلك اشتراط كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشروط الشرعية المعتبرة^(١).

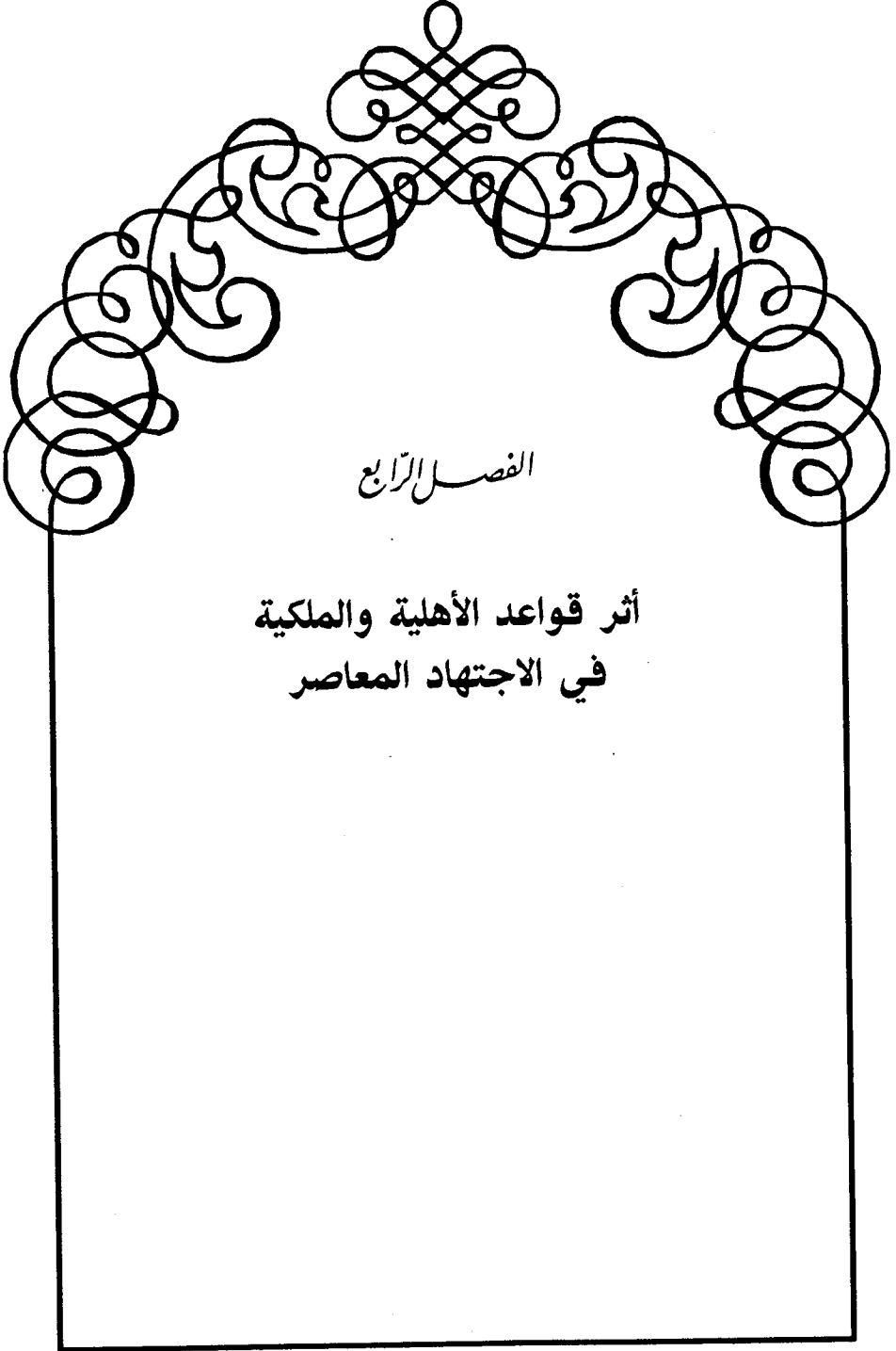
ولا شك في جواز نقل هذه الأعضاء، ليس تخريجاً على ملكية الإنسان لبدنه، ولا لصحة الإيثار بهذه المفردات، وإنما لقيام الضرورة أو دعاء الحاجة الماسة، فإذا اضطر المريض إلى نقل الدم أو احتاج إلى قطعة من الجلد جاز لغيره أن يتبرع له بها، لأن الضرورة ههنا لا تفوت حق الله في بدن المتبرع، إذ يمكنه تعويض ما تبرع به مع مرور الوقت.

ولا يخفى أن حكم النقل في حالة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة هو مستثنى من النصوص العامة القاضية بحرمة جسم الإنسان حيًا وميتاً، مما يعني صحة تطبيق القاعدة الفقهية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة».



(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٥٠٩/١).









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^(١).

ووردت كذلك بلفظ: «من صحّ تصرّفه في شيء تدخله النيابة صحّت وكالته فيه»^(٢).

وفي لفظ: «من لا يجوز تصرّفه لا يجوز توكيله ولا وكالته»^(٣).

وفي لفظ: «من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه»^(٤).

(١) انظر: أشباه السيوطي، ص ٥٦٨، وأشباه ابن الوكيل (٣٣٦/٢)، موسوعة القواعد الفقهية (١٠٢٢/١١).

(٢) المجموع المذهب للعلائي (٣٩٤/٢)، أشباه ابن السبكي (٣٢٣/١)، قواعد الحصني (١٦١/٤).

(٣) أشباه ابن السبكي (٣٢٥/١)، أشباه ابن الوكيل (٣٣٦/٢)، موسوعة القواعد الفقهية (١٠٧٢/١١) و(٥٩٢/٨).

(٤) انظر: المشور للزركشي (٢١١/٣)، موسوعة القواعد الفقهية (١٠٧٢/١١).

وفي لفظ: «من جاز تصرفه استقلالاً في شيء يقبل النيابة جاز توكيله ووكالته ومن لا يجوز تصرفه في ذلك لا يجوز توكيله ولا وکالته»^(١).
وفي لفظ: «من جاز تصرفه في شيء بعينه جاز توكيله في ذلك الشيء بعينه، ووكالته، ومن لا فلا»^(٢).

ومعنى القاعدة:

(التصرفات منها ما تدخله النيابة - أي: يصح أن يُنيب الشخص عنه من يقوم بذلك التصرف - ومنها ما لا تدخله النيابة فلا يصح التوكيل فيه كالصلاة والصوم وقراءة القرآن.

فمن صح تصرفه في شيء مما يجوز دخول النيابة فيه - كالبيع والشراء والنكاح وتفرقة زكاة وذبح أضحية - ويمكنه مباشرته بنفسه، صح وجاز أن يوكل فيه غيره وينيبه عنه، كما يصح ويجوز له أن يكون وكيلاً ونائباً عن غيره فيه)^(٣).

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:

المسألة ١: 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؟

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٣٦/٢). وانظر: موسوعة القواعد الفقهية (٦٥١/٨).

(٢) أشباه ابن الوكيل (٣٤١/٢) 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).

(٣) موسوعة القواعد الفقهية (١٠٢٢/١١ - ١٠٢٣).

والشركة هي: (ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوخ)^(١).

وعرفها صاحب المغني: (بأنها الاجتماع في استحقاق أو تصرف)^(٢).

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».

وبناءً على ما سبق فإن حرمة هذا النوع من الشركات في غاية الوضوح لانطباق قواعد التحريم عليها^(٣).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: عدم جواز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين بذلك:

ذهب إلى عدم الجواز طائفة من العلماء منهم: الإمام الشيخ الشعراوي^(٤)،

(١) مغني المحتاج للخطيب (٢/٢١١)، الشرح الصغير للدردير (٣/١٨٢)، القاموس الفقهي، ص ١٩٥.

(٢) المغني لابن قدامة (٣/٥).

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (١/٤٢٢).

(٤) في مقاله: (الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها). انظر: مجلة اللواء الإسلامي، العدد ٢٢٦، ٢٧ جمادى الآخرة سنة ١٤٠٧هـ.

والغماري^(١)، والسنبهلي^(٢)، والسقاف^(٣)، والدكتوران عبدالسلام عبدالرحيم
السُّكري^(٤)، وحسن علي الشاذلي^(٥).

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^(٦).

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.

(١) في رسالته: (تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام) دار مصر للطباعة. وانظر:
أحكام الجراحة الطبية، ص ٣٥٤.

(٢) قضايا فقهية معاصرة، برهان الدين السنبهلي، دار القلم - دمشق، دار العلوم - بيروت،
ط ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ص ٦٧.

(٣) له رسالة في الموضوع عنوانها: (الامتناع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء).

(٤) في كتابه بعنوان: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، والذي خلص فيه
إلى تحريم نقل الأعضاء مطلقاً، عن أحكام الجراحة الطبية، ص ٣٥٤.

(٥) انظر: رأيه في البحث الذي قدمه في مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع، العدد
١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، (٣١٧/١ - ٣٢٢).

(٦) انظر: بحث الدكتور حسن علي الشاذلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤
(٣١٨/١).

- 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^(١).

□ القاعدة الثانية: المولى عليه إذا كان التصرف نافعاً
نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع
والضرر^(٢):

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

مسألة نقل الكلية من أخ مجنون مولى عليه إلى أخ سليم، هذه المسألة أثارها الدكتور عبدالستار 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 لهذه 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 محضاً

(١) المصدر نفسه، بتصرف بسيط (٣٢١/١ - ٣٢٢).

(٢) ذكرها عبدالستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧ (٧١٣/٣).

وهذا ممنوع على الولي لأن مهمته الرعاية والنفع، أو ما يظن أن فيه نفعاً ولو كان فيه احتمال الضرر، والله أعلم^(١).

فالدكتور عبدالستار 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 عزَّ وجلَّ جاز التصرف به، سواء كان مصدر ثبوت هذا الحق تملكاً أو تمتيعاً:

قال البوطي: القاعدة ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر^(٢).

معنى القاعدة:

من الثابت أن الإنسان بكل ما له من حقوق، ملك لله عزَّ وجلَّ، 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)^(٣)، وقوله: (كل ما ثبت فيه اعتبار التعبد فلا تفرع فيه، وكل ما ثبت فيه اعتبار المعاني دون التعبد، فلا بدَّ فيه من اعتبار التعبد)^(٤).

(١) انظر: كلام الدكتور عبدالستار أبو غدة ضمن مناقشة موضوع العلاج الطبي، من مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧ (٧١٣/٣).

(٢) انظر: قضايا فقهية معاصرة، القسم الأول للبوطني، ص ١٣٢، ولم أعر على هذه القاعدة في الأشباه والنظائر.

(٣) انظر: الموافقات (٣١٧/٢).

(٤) انظر: الموافقات (٣١٠/٢).

ولكن الله تعالى مَكَّنَّ 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^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ٢: حكم نقل الأعضاء البشرية من إنسان حي إلى آخر:

ذهب الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي إلى التفصيل في المسألة بتفريعهما إلى احتمالين، أقتصر على الثاني منهما لعلاقته بالقاعدة:

وهو: أن لا يتعلق بحياته حق لأحد. وهذا الإنسان إما أن يكون كامل الأهلية رشيداً مستقلاً بأمر نفسه، أو لا؟ فهما إذن صنفان من الناس.

والذي يهمنا 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 عزَّ وجلَّ 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 ضدَّ كل ما يتهدها من الأخطار ولذا فهي من أبرز حقوق الله عزَّ وجلَّ.

(١) انظر: المجموع المذهب فقد فصل في بيان ما يتمخض حقاً لله تعالى، وما يتمخض حقاً للعباد (٢/١٩٤ - ٢٠٦).

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 ظناً 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)^(١).

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، تخريباً 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»^(٢).

(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.

وقد ذكر السيوطي في الأشباه والنظائر قاعدة الإيثار هذه، مفرقاً بين

(١) قضايا فقهية معاصرة، لمحمد سعيد رمضان البوطي، القسم الأول، ص ١٣٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٣٢.

حقوق الله وحقوق العباد، ثم قال: «ولو أراد المضطر إيثار غيره بالطعام لاستبقاء مهجته، كان له ذلك، وإن خاف فوات مهجته»^(١).

وقال أيضاً: (وقد جزم بذلك النُّوي في شرح المذهب؛ وقال في شرح مسلم: الإيثار بالقرب مكروه، أو خلاف الأولى، وإنما يستحب في حظوظ النفس، وأمور الدنيا)^(٢).

وذكر ابن نجيم نحو ذلك أيضاً^(٣).

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 وتزرع 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^(٤).

وذكرها العلائي في المجموع المذهب بلفظ: «فيما ينتقل إلى الورثة من الحقوق وما لا ينتقل منها»^(٥).

(١) ذكر السيوطي القاعدة بلفظ: «الإيثار في القرب مكروه، وفي غيرها محبوب» الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٥٢.

(٢) الأشباه والنظائر، ص ١٥٣.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٣٢، قاعدة: «هل يكره الإيثار بالقرب».

(٤) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٢١، ٣٤، ٣٥.

(٥) انظر: المجموع المذهب للعلائي (٤١٥/٢).

معنى القاعدة:

من الأحكام المقررة في الشرع أن كل ما تركه الميت يقسم بين الورثة بعد إخراج الوصايا والديون، والتركة 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...)^(١).

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 ١: هل يجوز للورثة التبرع بأعضاء ميّتهم؟

ذهب الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي وكذا الدكتور يوسف القرضاوي إلى القول: بجواز تبرع الورثة بعضو أو جزء من ميّتهم، بناءً على قاعدة: «كل ما كان حقاً للعبد يُورث بالموت، عيناً كان أو معنوياً»^(٢).

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، والمخاضمة في سبيلها أو التنازل عنها

(١) المصدر نفسه (٢/٤١٥).

(٢) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٢١، ٣٤، ٣٥. تقرير القواعد وتحريير الفوائد (٧٨/٣).

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.

(وبناءً 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 إيثاراً وإسقاطاً لحظه، فإن النظر في هذا الحق يؤول، بسبب موته إلى ورثته، فإن شأؤوا منعوا، ولا سلطان عليهم من أحد، وإن شأؤوا تجاوزوا حقهم وسمحوا باقتطاع عضو أو جزء من مؤرثهم لإسعاف من اقتضت الضرورة إسعافه)^(١).

ثم يبين البوطي، أن هذه القاعدة الفقهية، تعتبر دليلاً على ضعف ومرجوحية، من ذهب إلى حرمة الاستفادة من جسم الميت... مستدلين بالكرامة الإنسانية التي ميّز 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.

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 يسمحوا أو أن لا يسمحوا بالاستفادة من جسم ميّتهم لإنقاذ الغير)^(٢).

أما الدكتور القرضاوي فبيّن أن الشارع الحكيم لما جعل للأولياء

(١) قضايا فقهية معاصرة، للدكتور البوطي، القسم الأول، ص ١٣٢.

(٢) قضايا فقهية معاصرة، للدكتور البوطي، القسم الأول، ص ١٣٣.

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)^(١).



(١) فتاوى معاصرة للقرضاوي (٥٩١/٢).



المبحث الثاني أثر قواعد الملكية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

□ القاعدة الأولى: تبدل سبب الملك كتبدل العين^(١):

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»^(٢).

«اختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين»^(٣).

(١) انظر: المبسوط (١٦٦/٩)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (٢٩٣/١).

(٢) المبسوط للسرخسي (٥٦/١٢)، موسوعة القواعد الفقهية للبروني (١٧١/٣).

(٣) المبسوط للسرخسي (٧٧٢/٢).

«اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان»^(١).

«اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم»^(٢).

«اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان»^(٣).

ووردت في المجلة بصيغة: «تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات»^(٤). والشيخ مصطفى الزرقاء ذكرها في المدخل بصيغة: «تبدل سبب الملك كتبدل الذات»^(٥).

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:

واستدل لها بالأدلة الآتية:

١ - ما ورد عن أنس - رضي الله عنه - قال: أوتي النبي ﷺ، بلحم، فقيل: تُصدق به على بريرة، قال: «هو لها صدقة، ولنا هدية»^(٦).

ويفهم من هذا النص أن عين الصدقة تحولت إلى هدية واكتسبت حكمها، وخصائصها لتبدل سبب الملكية.

(١) المصدر السابق (١٥٥/٨)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٠٤/١).

(٢) بدائع الصنائع (٥٨٦/٤).

(٣) انظر: قواعد الخادمي، ص ١٠.

(٤) المجلة، مادة: ٩٨، قواعد ابن رجب الحنبلي، القاعدة: ٤٠، شرح القواعد الفقهية، ص ٣٩٩، الوجيز للبورنو، ص ٣٤٥، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٧١/٣).

(٥) المدخل الفقهي العام (١٠٣١/٢).

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه: [كتاب الهبة/ باب قبول الهدية]، (٩١٠/٢) رقم ٢٤٣٨. ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ (٧٥٥/٢) رقم: ١٠٧٤.

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^(١).

٢ - عن أم عطية^(٢) قالت: دخل النبي ﷺ على عائشة، فقال: «عندكم شيء؟»، فقالت: لا، إلا شيء بعثت به إلينا نسيبة^(٣) من الشاة التي بعثت به إلينا من الصدقة، قال: «إنها قد بلغت محلها»^(٤).

ومعنى كلام المصطفى ﷺ «إنها بلغت محلها»: أي: أن أم عطية تصرفت 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^(٥).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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 وإعطاءها للفقراء، وعدم تركها في البنوك،

(١) صحيح مسلم بشرح النووي (١٠/١٤٢).

(٢) أم عطية: هي الصحابية الجليلة أم عطية نسيبة 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 (٨/٣٣٣)، الإصابة (٤/٤٥٥)، سير أعلام النبلاء (٢/٣١٨).

(٣) نسيبة هو اسم أم عطية رضي الله عنها، راجع: فتح الباري (٣/٣٥٧).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة، باب: إذا تحولت الصدقة (٢/٥٤٣)، رقم: ١٤٢٣.

(٥) انظر: فتح الباري (٣/٣٥٧).

ولكن بقيت المسألة مختلفاً فيها من حيث المصارف التي تصرف إليها هذه الفوائد، فالرأي الوجيه الذي تتراح 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.

لأن هذا المال ليس بحرام لعينه، إنما حرم بسبب كونه زيادة على مجرد قرض من غير عوض، ولذا فإنه يحل للفقير، ولمن في حكمه؛ لتحوله من جهة الحرمة إلى جهة الحل، وبناءً على هذه القاعدة في: «تبدل سبب الملك كتبدل العين»^(١).

وهذا ما أفتى به الشيخ مصطفى الزرقاء^(٢)، 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^(٣).

□ القاعدة الثانية: الجزء المشاع هل يتعين أم لا^(٤)؟

وقد ذكرها ابن رجب في قواعده بصيغة: «العين المنعمرة في غيرها إذا لم يظهر لها أثر فهل هي كالمعدومة حكماً، أو لا؟»^(٥). وذكر لها فروعاً كثيرة منها: الدرهم الحرام تختلط بالحلال^(٦).

- (١) القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (٢٩٧/١).
- (٢) انظر: فتاوى مصطفى الزرقاء، باعثناء: محمد أحمد مكي، ص ٦٠٤ - ٦٠٥.
- (٣) انظر: القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٢٩٧/١).
- (٤) انظر: شرح اليواقيت الشمينة فيما انتمى لعالم المدينة لأبي القاسم السجلّماسي، بتحقيق: الدكتور عبد الباقي بدوي (٥٥٦/٢)، شرح المنهج المنتخب للمنحور، ص ١٨٨. إيضاح المسالك، ص ٣٩٥، القاعدة رقم: ١١٣.
- (٥) انظر: تقرير القواعد وتحريم الفوائد لابن رجب الحنبلي، ضبط وتخريج: مشهور بن حسن آل سلمان (١٧٢/١).
- (٦) تقرير القواعد وتحريم الفوائد (١٧٨/١ - ١٧٩).

مفردات القاعدة:

الجزء هو: ما يتركب الشيء عنه، وعن غيره، أو هو: ما يتقوم به جُمْلَتُهُ كأجزاء السفينة، وأجزاء الجملة من الحساب^(١).

المشاع: من الشياخ وهو الانتشار والتقوية، أو من شاع يشيعُ شيوعاً أي: ظهر^(٢).

يتعَيَّن: من التَّعْيِينُ وهو ما به امتياز الشيء عن غيره بحيث لا يشاركه فيه غَيْرُهُ، وقال بعضهم: هو تخصيص الشيء من الجُمْلَةِ^(٣).

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^(٤)، وقيل: إن الجزء المشاع لا يتعين بالتصرف فيه، فلو استحق النصف بعد البيع، كان الاستحقاق شاملاً لما بيع، ولما لم يبيع^(٥).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنك بفوائد:

هذه الشركات تملك رأس مال تتاجر فيه غير ناشئ عن القروض الربوية، أي: أن أكثر مال الشركة من أصل حلال.

(١) انظر: التعريفات للجرجاني ص ٧٨، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٢٤١.

(٢) انظر: المصباح المنير (ش ي ع) (٤٤٩/١ - ٤٥٠)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٤٣.

(٣) انظر: المصباح المنير (ع ي ن) (٦٠٢/٢ - ٦٠٣)، التعريفات للجرجاني، ص ٦٥، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ١٩٠.

(٤) 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.

(٥) انظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للغرياني، ص ٣٦٤، بتصرف.

إذا رجعنا إلى أقوال الفقهاء القدامى نجد منهم من يقول: بجواز التعامل مع المتعامل بالرّبا إذا لم يغلب الرّبا على ماله: ذلك أن الحرام وإن كان شائعاً في الأصل إلا أن التصرف يميّز الحلال من الحرام فيحمل القدر المتصّرف فيه على أنه من الجزء الحلال، وهذا:

على شرط القاعدة التي تقول: بتمييز الجزء الشائع. والتي ذكرها الزقاق في نظمه، وخرّج عليها مسائل كثيرة^(١):

وقد ذهب الشيخ عبدالله المحفوظ بن بيّة إلى القول: بجواز التعامل مع هذه الشركات^(٢)، 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^(٣)، ووردت القاعدة بألفاظ أخرى منها:

«الحرّ لا يدخل تحت اليد»^(٤).

«الحرّ لا يدخل في العقد»^(٥).

«الحرّ ليس بمال متقوم»^(٦).

(١) راجع: المنهج المنتخب بشرح الشنقيطي، ص ٢٧، وهي في إيضاح المسالك بتحقيق بوطاهر الخطابي، بلفظ: (الجز المشاع هل يتعين أم لا)، القاعدة رقم: ١١٣، ص ٣٩٥، وانظر في شرحها: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للغرياني ص ٣٦٤.

(٢) انظر: بحث الشيخ المحفوظ بن بيّة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧ (٤٣٢/١).

(٣) المنشور (٤٣/٢).

(٤) انظر: أشباه ابن السبكي (٣٥٢/١)، أشباه السيوطي، ص ١٦١، أشباه ابن نجيم، ص ١٤٦.

(٥) المبسوط (٣/١٣).

(٦) المبسوط (١٣١/١٤).

«الحرّ لا يضمن باليد»^(١).

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 يُملك؛ لأن المملوك هو الذي يقع تحت اليد. وهو أيضاً لا يضمن كما تضمن المملوكات.

ولكن يمكن أن يدخل الحر تحت اليد إذا أُريد باليد هنا القوّة والقدرة، بمعنى يقع أسيراً مثلاً، أو يحبس ويسجن^(٢).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: حكم بيع الإنسان عضواً من أعضائه لشخص آخر؟

من القواعد الواردة على هذا الموضوع، قاعدة: «الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء»^(٣)، ومقتضاها أن الحرّ لا يُملك، 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 يحلّ له، وفيما لا يدخل في ملكه، وهي: «من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه»^(٤).

يقول الدكتور حسن علي الشاذلي: (ومن ثم كان محرماً على أي

(١) المثور (٤٣/٢)، المبسوط (١٥٣/٢٦).

(٢) موسوعة القواعد الفقهية (١٠١/٥).

(٣) المثور في القواعد، للزركشي (٤٣/٢).

(٤) نفس المصدر (٢١١/٣).

شخص أن يقلع جزءاً من نفسه لغيره، وإذا كان ذلك حراماً فلا يصح حينئذٍ أخذ عوض عنه، أو التبرع به، لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز هبته، وما جاز بيعه جاز هبته^(١).

ونصّ أعضاء هيئة مجمع الفقه الإسلامي الدولي على منع بيع الأعضاء الآدمية، 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)^(٢).

□ القاعدة الرابعة: ما جاز بيعه جاز هبته وما لا فلا^(٣):

وذكرها الزركشي بلفظ: «ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا، إلا في صور»^(٤).

ومعنى القاعدة:

تبين هذه القاعدة الارتباط بين بعض العقود، وبالضبط عقد البيع وعقد الهبة.

فما جاز أن يقع عليه عقد البيع من الأشياء والسُّلع والعروض جاز أن يقع موهوباً، وما امتنع بيعه لعلّة كالتجاسة 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 يُتصور فيها ذلك^(٥).

(١) انظر: مجلة الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٣١٠/١ - ٣١١).

(٢) انظر: نص القرار في مجلة المجمع، العدد ٤ (٥١٠/١).

(٣) المجموع المذهب (٤١٢/٢)، قواعد الحصني (٤/١٨٣)، أشباه السيوطي، ص ٤٦٩، موسوعة القواعد الفقهية (١٠١/٩).

(٤) المثور (١٣٨/٣).

(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (١٠٢/٩).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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»^(١)، 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»^(٢).

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 لأعضائه لأنه تصرف فيما لا يملك)^(٣).

وقد بينا 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^(٤).

أما هذه القاعدة الفقهية التي تمسك بها المانعون، فيجانب عنها بأن كل قاعدة مستثنيات، خاصة إذا كانت الفروع والمسائل المستثنيات شهدت

(١) انظر: المثور في القواعد للزركشي (٢١١/٣).

(٢) المثور في القواعد، للزركشي (١٣٨/٣).

(٣) انظر: المسائل الطبية المستجدة للدكتور التنشة (١٧٧/٢).

(٤) 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 (١٨١/٢).

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^(١).

المسألة ٢: نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحي:

ارتكز القائلون بعدم جواز نقل الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء على القاعدة الفقهية: «ما جاز بيعه جازت هبته وما لا فلا»^(٢).

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: تمليك 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)^(٣).

وقد سبق في المسألة التي قبل هذه الكلام عن القول الصحيح في

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي، ص ٣٨٨.

(٢) المشور من القواعد للزركشي (١٣٨/٣)، أشباه السيوطي، ص ٥٧٦.

(٣) انظر: بحثه في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٣١٧/١).

المسألة، وعن بيان استثناء نقل الأعضاء الآدمية من حكم القاعدة للضرورة والحاجة.

□ القاعدة الخامسة: الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها^(١):

وجاءت كذلك بصيغة: «الديون إنما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص، أما الأعيان فإنما تستوفى بذواتها»^(٢).

وهي - كما قال الدكتور الندوي - قاعدة كثيرة الدوران في نطاق استيفاء الديون، وتمثل ظاهرة المرونة في التشريع^(٣).

معنى القاعدة:

الديون: جمع دَيْن وهو في اللغة على معان منها: القرض ذو الأجل، وثمر المبيع، كل ما ليس حاضراً^(٤).

وفي الاصطلاح: ما ثبت في الذمة غير معين بالذات، بل بالوصف، كالنقود والمكيل والموزون، والمذروع^(٥).

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.

وأيضاح ذلك: أن الدَّيْن في الذمة هو تكليف شاغل لها، وليس متعلقاً بمال معين للوفاء منه، فإذا وقى المدين دَيْنه فليس معنى ذلك أن الدَّيْن

(١) موسوعة القواعد الفقهية (٣٦٨/٥)، وانظر: المبسوط للرخسي (٤١/١١).

(٢) رد المحتار على الدر المختار (٧٨/٦ - ٧٩)، (والتقاص أو المقاصة هو أن يثبت للمدين على الدائن نظير ما للدائن عليه، فتمتنع المطالبة بينهما قضاء لعدم فائدتها، فكانما كل من الدينين قد قص الآخر أي: قطعه)، المدخل الفقهي العام (٦٠٢/١).

(٣) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (٣٠٨/١).

(٤) انظر: المصباح المنير (٢٧٩/١)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٤٤. المعجم الاقتصادي الإسلامي، ص ١٦٣.

(٥) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١١١، القاموس الفقهي، ص ١٣٣.

الذي كان في ذمته قد سقط، بل حقيقة الوفاء أن المدين قد أصبح بالوفاء دائناً لدائنه بمثل دينه^(١)، فيقع التقاص وتمتنع المطالبة بينهما لعدم فائدته؛ إذ لو طالب أحدهما الآخر حُقَّ للآخر مطالبته بالمثل^(٢).

أثرها في فقه المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: ما ورد في فتاوى بيت التمويل الكويتي:

السؤال الأول: تقدم إلينا عميل، وطلب تزويده بمواد بناء مختلفة الأنواع (بيع مرابحة)، 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 مرابحة)، إضافة إلى بيع مرابحة مواد البناء؟

الجواب: رأت اللجنة أن السؤال في شقه الأول جائز لا غبار عليه، وهو بيع مواد البناء مرابحة. أما الشق الثاني من السؤال وهو: أن يدفع بيت التمويل الكويتي أجور مقاول البناء نقداً، وإضافتها إلى بيع مرابحة مواد البناء فهذا غير جائز شرعاً؛ لأن الأجور أصبحت ديناً، والديون لا تقضى إلا بأمثالها، وإلا كان رباً^(٣).

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

(١) وذلك نظير طريقة الحساب الجاري في المعاملات التجارية.

(٢) رد المحتار (١٣٨/٣)، المدخل الفقهي العام (٦٠٢/١)، وانظر: كشاف القناع (٣١٤/٣).

(٣) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، من إصدارات بيت التمويل الكويتي (٥٨/٢) برقم: ١٧٧.

المكيلات، أو الموزونات، فيكون ما يجب ردّه هو ما أقرضه من ذهب، أو فضة، أو مثلي مما سبق، بصرف النظر عن ارتفاع القيمة أو انخفاضها، وبدون هذا يفتح باب الربا^(١).

المسألة ٢: 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، لأنّ 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 التّذوي: (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 قدرأ 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 الرّبا المحرم شرعاً^(٢).

(١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية (٢٠٤/٢ - ٢٠٥) برقم: ٢٨٠.

(٢) انظر: بحث أحكام الأوراق النقدية للقاضي محمد تقي العثماني ضمن كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص ١٦٦.

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.

وحل المعضلة على هذا المبدأ المشار إليه آنفاً لا يتعارض مع قاعدة: (الديون تقضى بأمثالها)؛ 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^(١).

□ القاعدة السادسة: الظفر بالحق^(٢):

وقد أوردها الإمام الشافعي في كتابه «الأم» بصيغة: «كل من كان له حق على أحد فمنعه إياه فله أخذه منه، ولو دون علمه»^(٣).

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»^(٤).

الظفر لغةً: الفوز بالمطلوب، وأصله من ظَفَرَهُ: إذا نشب ظَفَرَهُ فيه^(٥).

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للندوي (١/٣١٣ - ٣١٤).

(٢) تنظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٣٥٨).

(٣) الأم للشافعي (٥/١١١).

(٤) شرح السنّة للبيهقي (٨/٢٠٥).

(٥) انظر: لسان العرب (٤/٥١٨)، المصباح المنير (٢/٤٥٦)، تهذيب الأسماء واللغات (١/١٩٣).

أما مصطلح (الظفر بالحق) عند الفقهاء: (فالمراد به استيفاء الحق المالي بدون موافقة المستوفى منه أو حكم القاضي به، كما إذا وجدَّ 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)^(١).

والمقصود من القاعدة هو معرفة الطريق السليم لاسترداد الحق بدون تَعَدُّ ولا ضرر.

وإذا تأملنا في الصيغة الثانية للقاعدة ظهر لنا اتجاه الفقهاء المتوسعين الذين يجيزون استيفاء الحق، وإن كان من غير جنسه، مما يفسر ويبرر صنيع من تكلم عنها ضمن موضوع المقاصَّة في الفقه الإسلامي^(٢).

وتلميح الإمام ابن عبد البر إلى هذا الموضوع في أثناء شرحه حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣)، 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.

دليل القاعدة:

وأصل هذه القاعدة:

أولاً: نصوص القرآن العامة كقوله تعالى:

١ - ﴿وَحَرَّوْا سَبْتَكُمْ سَبْتَكُمْ بِمَا نَسْتُمْ﴾^(٤).

٢ - وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٥).

(١) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، للدكتور نزيه حماد، ص ٢٣٣.

(٢) كالإمام الزركشي في كتابه المشور (١/٣٩٤)، ذكرها تحت نوع من أنواع التقاص.

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر (١٨/١٨٨).

(٤) سورة الشورى، الآية: ٤٠.

(٥) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

٣ - وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ هُمْ عَنْ آلِهَتِهِمْ كَاهِنُونَ غُلَامًا مَلَائِكَةً بَاتِلُوا آيَاتِنَا وَلَعَنَّا آلِهَتَهُمْ وَإِيَّاهُ اتَّخَذَ الْفٰرِثُونَ الْوٰرِثِينَ﴾ (١).

وظاهر هذه الآيات مشروعية المعاملة بالمثل، في استيفاء 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 ﷺ: «خذي ما يكفيك وولَدَكَ بالمعروف» (٢).

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 وغيرها، 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 متنازعاً فيه بين الفقهاء، لأهميته في الفقه الإسلامي بوجه عام، ولاحتوائه على بعض المعاملات التي جرى فيها التميز 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 مأل مرافعة قضائية مجرد تطويل ليس وراءه تحصيل، وقد تطول المحاكمة الواحدة في ظل أصول المحاكمات القانونية سنة أو سنتين) (٣).

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف (٢٠٥٢/٥) رقم: ٥٠٤٩، ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب قضية هند (١٣٣٨/٣) رقم: ١٧١١.

(٣) القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٣٥٩/١).

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^(١). وهو ما اختاره الإمام البخاري^(٢) أيضاً^(٣)، وهو القول: بجواز استيفاء الحق عند الظفر به، سواء أكان من جنس الدين أم من غير جنسه، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى شر 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)^(٤).

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

- (١) انظر: رد المحتار على الدر المختار (٢١٩/٣، ٢٦٥)، وفتح القدير (٢٣٦/٤)، قواعد الأحكام (٧٥/١)، المثور في القواعد (٣٥٥/١ - ٣٥٦)، الفروق للقرافي (٧٦/٤ - ٧٧).
- (٢) الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري الجعفي مولا هم شيخ الإسلام وإمام الحفاظ، أمير المؤمنين في الحديث، صاحب التصانيف الكثيرة من أهمها الجامع الصحيح، كان مولده في شوال سنة ١٩٤هـ، وطلب العلم ابن عشر، قال الحافظ ابن حجر في التقريب: 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 ٢٥٦هـ.
- انظر في ترجمته: سير أعلام النبلاء (٣٩٢/١٢)، تهذيب التهذيب (٤١/٧) رقم: ٥٩٣١، تحرير تقريب التهذيب (٢١٢/٣) رقم: ٥٧٢٧، الكاشف (٧/٣) رقم: ٧٤٦٩.
- (٣) انظر: فتح الباري مع صحيح البخاري (١٠٧/٥ - ١٠٨)، باب: قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه.
- (٤) الموسوعة الفقهية الكويتية (١٥٣/٤)، وموسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٣٨٠/١).

فاتح الاعتماد بناءً على طلب عميله وتعليماته: بأن يدفع الأمر المستفيد (البائع) مبلغاً معيناً من المال في غضون مدة محددة، مقابل قيام المستفيد بإرسال البضاعة (موضوع البيع) أو نحوها، وتسليم مستندات معينة 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، فحينئذٍ يدفع المصرفي الباقي من ماله الخاص^(١).

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^(٢).

□ القاعدة السابعة: جواز الانتفاع لا يقتضي جواز البيع^(٣):

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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، وجلباً للتيسير، وتحقيقاً لواجب تلاحم النوع الإنساني على جسر من التعاون والإخاء، وشد بعضهم ببعض استيفاء لنوعهم، ورعاية لحرمتهم وحرمة مصالحهم.

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦ (١/٥٨٥ - ٥٨٦)، و(٢/٩٠٠ وما بعدها).

(٢) القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٣٨١).

(٣) القاعدة ذكرها الدكتور بكر بن زيد في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١/١٨٥).

لكن ما حكم المعاوضة المالية في هذه الحالة، وهل تتنافى مع ذلك القصد الإنساني، مع ما فيه من امتهان لحرمة الأدمي، إذ يصبح كالسلة 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 عبدالله أبو زيد: (إن الدّم نجس^(١))، وما قطع من حي كميته نجس، والنجس لا يجوز بيعه، وإنه إن جوز الانتفاع به تبرعاً لمضطر فلا يجوز بيعه، للقاعدة: «إن جواز الانتفاع لا يستلزم جواز البيع»، وعليه فبيعها محرم لا يجوز، لكن إن لم يحصل عليها مضطر إلا بضمن فيجوز من باذل للدفع الضرر لا في حق آخذ^(٢).

فإذا لم يجد الإنسان من يتبرع له بالدم إلا بمقابل، فإنه يجوز له دفع ذلك المقابل للضرورة، ويكون الإثم على الآخذ.

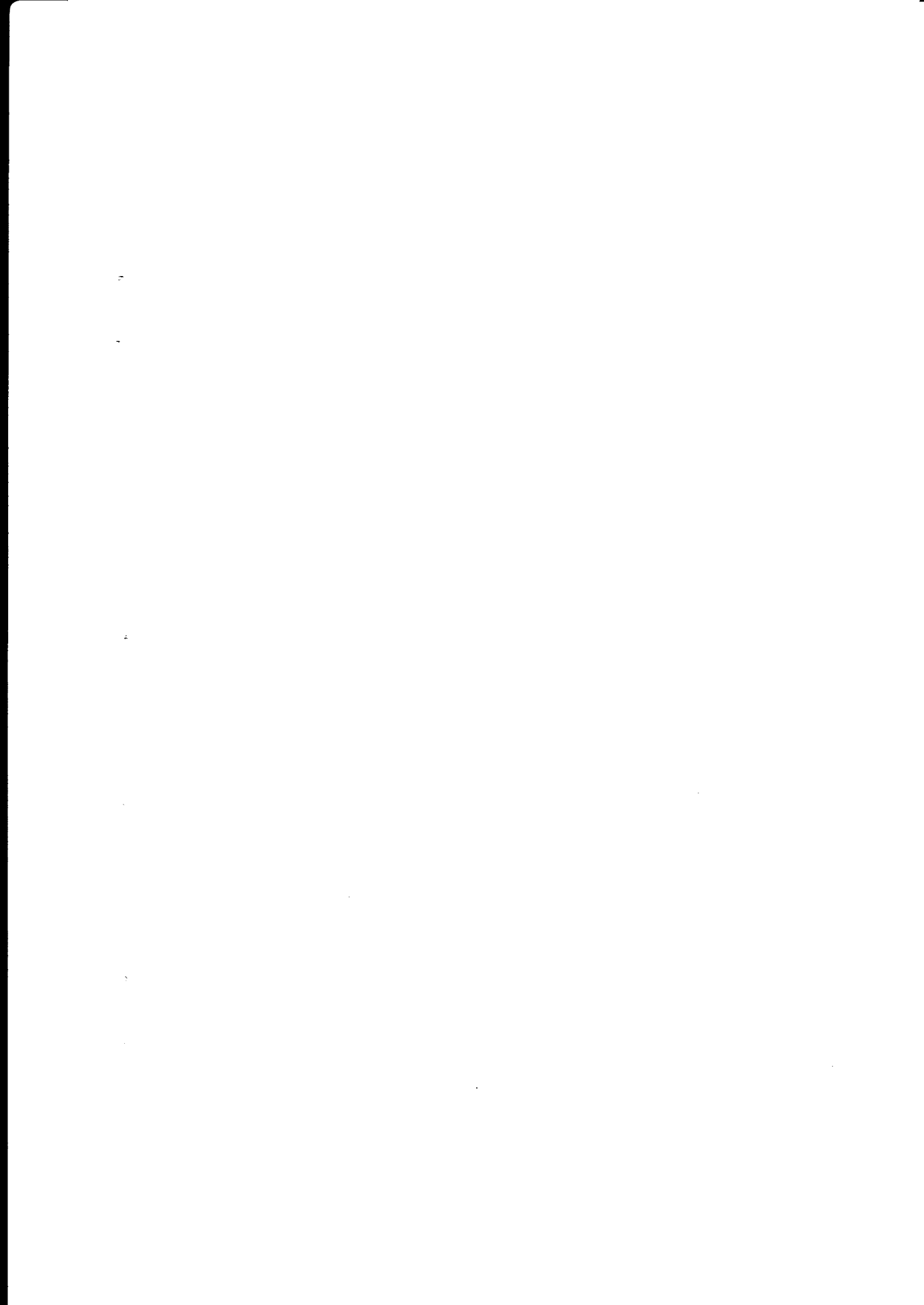
(حكم هذه المسألة أنه يجوز استعمال الدّم الإنساني كغيره من الأشياء المحرمة للاضطرار ولكن لا يجوز بيعها وشراؤها، وإذا لم يمكن الحصول عليها بدون قيمة فيجوز لصاحب الحاجة أخذها بالقيمة إلا أن أخذ القيمة للبائع لا يباح)^(٣).

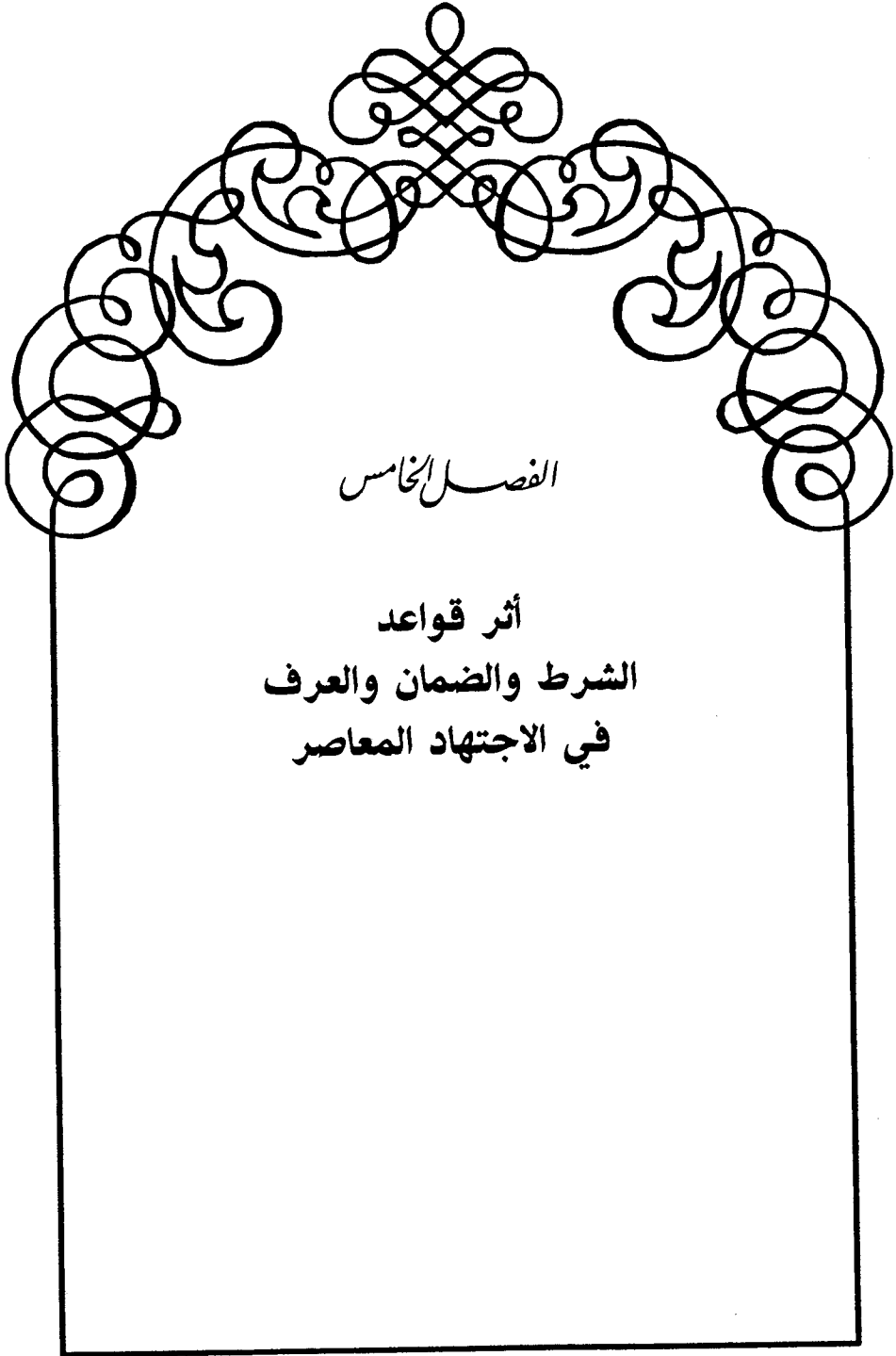


(١) ورد في حق بيع الدم التّهي في حديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ثمن الكلب (٧٨٠/٢). قال الحافظ: (ثمن الدم واختلف في المراد به فقيل: أجرة الحجامة، وقيل: هو على ظاهره والمراد تحريم بيع الدم كما حرم بيع الميتة والخنزير وهو حرام إجماعاً أعني: بيع الدم وأخذ ثمنه) فتح الباري (٤٢٧/٤).

(٢) انظر: بحثه «التشريح الجثمانى والنقل والتعويض الإنساني» مجلة مجمع الفقه الإسلامى، العدد ٤ (١٨٥/١).

(٣) انظر: قضايا فقهية معاصرة، لمحمد برهان الدين السنهلي، دار القلم - دمشق، دار العلوم - بيروت، ط ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ص ٥٧.





الفصل الخامس

أثر قواعد
الشرط والضمان والعرف
في الاجتهاد المعاصر

9

10

11

12

13

14



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^(١)، يعتبر (أحد الأصول في باب المعاملات)^(٢).

واستدل لها بحديث آخر وهو قوله ﷺ: «مَنْ اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له، وإن اشترط مائة شرط»^(٣).

(١) ولفظه كاملاً: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم؛ إلا شرطاً حرم حلالاً؛ أو أحل حراماً»، أخرجه الترمذي بهذا اللفظ، وقال: حسن صحيح، سنن الترمذي (٦٣٥/٣)، وابن ماجه في سننه برقم: ٢٣٥٣. كما أخرجه البخاري معلقاً في صحيحه، كتاب الإجارة، باب: أجر السمسرة (٤٥١/٤).

(٢) حجة الله البالغة (٣٠٤/٢).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله (٩٨١/٢)، رقم: ٢٥٨٤. ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق (١١٤٢/٢)، رقم: ١٥٠٤.

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 دلَّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً، أو قياساً عند من يقول به...)^(١).

ويقول الدكتور أحمد الندوي: (الأصل في الشروط تصحيحها، ووجوب الوفاء بها)^(٢)، 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 يلجؤون إلى عدم الوفاء بشروطهم، للتخلص من هذا التعاقد، غير مباليين بالضرر الذي وقع على غيرهم، فالقول بالإجبار على الوفاء بالشرط هو الأسلوب العملي لرد مثل هؤلاء، وإعادتهم إلى احترام العقود والوفاء بحقوقها)^(٣).

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،

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٣٢/٢٩).

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٨٩/١).

(٣) انظر: نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور علي حسن الشاذلي، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ص ٤٥٧.

أو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد^(١).

(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)^(٢). وسيأتي بعض ذلك في الأثر الفقهي للقاعدة فيما يلي:

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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^(٣).

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 كألف 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،

(١) راجع: نظرية الشرط للشاذلي، والموسوعة الفقهية (١١/٢٦ - ١٣).

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للدودي (٩٣/١).

(٣) كشاف القناع للبهوتي (٥٠٥/٣).

فمعناه أن الطرفين لم يشتركا في شيء، وهكذا فإن اشتراط قدر مقطوع من ربح المضاربة ينافي مقتضى المشاركة التي تستلزمها المضاربة^(١).

- 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^(٢).

- 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^(٣).

- 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^(٤).

المسألة ٢: 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

(١) وهذا ما قرره الهيئة التشريعية لشركة الراجحي، وكذلك المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني، انظر: الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م) مطبعة الشرق، عمان (٢٥/٢ - ٢٦).

(٢) المصدر نفسه (٣١/٢).

(٣) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني (٤١/٢).

(٤) المصدر نفسه (٤٥/٢).

بمسألة فقهية معاصرة وردت ضمن الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، أسوقها كاملاً 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 يجيز 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 للشّرع.

وجاء في الجواب ما نصّه:

أرى أن الشّرع الإسلامي لا يعارض في وضع شرط بالصيغة التالية، في عقد معدل للشروط العامة، للتعامل والكفالة المطلقة ملحقاً به، مكماً له، مضافاً إليه:

عطفاً على العقد الأساسي للشروط العامة، للتعامل والكفالة المطلقة، نصح بالاشتراط المبحوث عنه أدناه، ملحقاً بالعقد الأساسي المذكور مكماً له (مضافاً إليه).

يشترط في حالة حلول أجل الالتزامات المترتبة في ذمتنا إلى البنك، وامتناعنا عن الوفاء - رغم يُسرنا - يحق للبنك أن يطالبنا بما لحقه من ضرر ناشئ، أو متعلق بواقعة امتناعنا عن الوفاء 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 أموالاً 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 واللزوم، وللحديث الشريف: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحلّ حراماً»^(١).

والواقع أن هذا الجواب اعترض عليه بعض الباحثين المعاصرين، ذلك أن الاستدلال بالحديث السابق الذي يعتبر نصّه بمثابة قاعدة فقهية عند البعض^(٢)، 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 المجمع 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،

(١) الفتاوى الشرعية للبنك الإسلامي الأردني (١٦/٢ - ١٧).

(٢) حجة الله البالغة للدهلوي (٣٠٤/٢).

بل ولا يحل، سواء كان الشَّارط هو المصرف، أو غيره؛ لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه^(١).

ولعل قرار المجمع هذا، خُرج على القاعدة الفقهية: «كل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف»^(٢).

(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 يخل بالتزامه يدفع مبلغاً جزاءً إخلاله بالتزامه.

فمثل هذا الشرط جائز، على ألا يتجاوز الشرط الجزائي حد المعقول بأن كان أكثر من الضرر الذي يعود على الطرف الآخر، بناءً على القاعدة العامة المقررة: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

وينبغي التنبيه هنا إلى أنه لا يجوز الشَّرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه في عقد السلم، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير^(٤).

المسألة ٣: تقسيم الربح بين الشريكين في شركة العنان:

(وانطلاقاً من التخريج على القاعدة الفقهية المستندة إلى الحديث: «المسلمون عند شروطهم»: جوز - العلماء - في شركة العنان أن يقسم الربح

(١) القرار الثامن الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الحادية عشرة، ص ٤٥.

(٢) ذكرها ابن قدامة في كتابه: المغني (٤/٢٧٢).

(٣) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي سنة (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، طبع الرمز للخدمات الإعلامية (١/٢١).

(٤) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته التاسعة التي عقدت في أبو ظبي من ١ - ٦ ذي القعدة ١٤١٥هـ، الموافق ١ - ٦ أبريل ١٩٩٥م، مجلة المجمع، العدد ٩ (١/٦٦١ - ٦٦٥)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (١/٩٦).

بين الشريكين بحسب ما يتفقان عليه من مساواة، أو تفاضل بشرط أن يكون النصيب جزءاً مشاعاً من الربح كنصف، أو ثلث، فيجوز أن يتفق الشريكان على تقسيم الربح بنسبة ما لهما، ويجوز أن يتفقا على تقسيمه بالتساوي مع تفاضلها 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 حرم حلالاً، أو أحل حراماً».

وقد جنحت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني إلى الأخذ بهذا الرأي^(١)؛ نظراً إلى قوة الدليل والتعليل وتيسيراً للمعاملات في ضوء ما تسمح به قواعد التشريع الإسلامي الحكيم^(٢).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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؟

الجواب على ذلك: جواز هذا الشرط.

(١) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، طبعة (١٤٠٢هـ -

١٩٨٢م) مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، ص ١٠٦ - ١٠٧.

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، للدوي، بتصرف بسيط (٩٦/١ - ٩٧).

فمن حيث العموم يحق للعاقد 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 كان وجوده من عدمه يتطلب فحص الدم وتحليله حقاً للأب ومن في حكمه أن يشترط على من يريد الزواج من ابنته أو موليته سلامته منه، وهو شرط صحيح كما قرره القاعدة الفقهية^(١).

□ القاعدة الثانية: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط:

وردت هذه القاعدة بهذه الصيغة ضمن مواد مجلة الأحكام العدلية^(٢). ووردت كذلك بلفظ: «المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز»^(٣). وفي لفظ: «المعلق بالشرط عند وجوده كالمنشأ»^(٤).

شرح مفردات القاعدة:

الشرط في اللغة: العلامة^(٥).

وفي الاصطلاح: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وُجد الأول وجد الثاني.

- (١) انظر: المسألة في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، التي تصدرها المملكة العربية السعودية، العدد ١١، السنة الثالثة (١٩٩١م)، مسائل في الفقه، ص ١٧٧ - ١٧٩.
- (٢) المادة ٨٢، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٤٧، الوجيز للبورنوي، ص ٤٠١، موسوعة القواعد الفقهية (٧٦٠/١٠).
- (٣) المبسوط (١٢٦/٣)، موسوعة القواعد الفقهية (٧٦٠/١٠).
- (٤) المبسوط (١٣٥/٤).
- (٥) انظر: المصباح المنير (٤٢١/١).

وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن مهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده. وقيل: الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه^(١).

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:

- 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^(٢).

التعليق لغة: مصدر الفعل علق يعلق ومعناه: تشبث وتمسك، وفيه معنى الربط، فكأن العقد المعلق على الشرط مربوط به لا ينفك عنه، ولا يوجد إلا بوجوده^(٣).

وأما معناه في اصطلاح الفقهاء: فهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى^(٤).

وعرفه الشيخ مصطفى الزرقاء: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى^(٥).

شرط التعليق:

اشترط لكي يكون العقد معلقاً أن يكون الشرط المعلق عليه حصول العقد معدوماً حين العقد، ممكن الحصول بعد ذلك في المستقبل.

(١) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٣١، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٢٧ - ٤٢٨.

(٢) انظر: الوجيز ص ٤٠٣، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٤٧ - ٣٤٨.

(٣) انظر: المصباح المنير (٥٨٢/٢).

(٤) انظر: الوجيز، ص ٤٠٣.

(٥) شرح القواعد الفقهية، ص ٣٤٧.

وزاد الحنفية أن يكون المعلق من:

- الإسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق.

- من الالتزامات التي يحلف بها كحج وصوم وصلاة.

- الإطلاقات كالإذن بالتجارة والوكالة.

- الولايات كالقضاء والإمارة والعزل عنها والكفالة والإبراء^(١).

واعلم أن القاعدة أخذ بها الفقهاء على اختلاف بينهم في الشروط التي يصح التعليق بها، ولذلك أفضل 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: بعتك 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: بعتك هذه السيارة على أن أستعملها شهراً، أو ريثما أشتري أخرى، وقبل المشتري، فالعقد يتم بهذا الشرط المعلق^(٢).

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^(٣).

(١) انظر هذه الشروط في: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٤٨ - ٣٤٩.

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص ٤٠١.

(٣) الوجيز للبورنو، ص ٤٠٤.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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).

فبإداء 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 ينتفي الغرر من موضوع التأمين التعاقدى^(١).

□ القاعدة الثالثة: ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً:

أوردها الزركشي بهذه الصيغة^(٢).

سبق وأن عرفنا الشرط، أما المانع فهو: لغةً: من منع بمعنى الكف عن الفعل^(٣).

واصطلاحاً: هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب^(٤).

(١) نظام التأمين لمصطفى أحمد الزرقاء، ص ١٣٩.

(٢) انظر: المنشور للزركشي (١٤٦/٣)، موسوعة القواعد الفقهية (٢٠٣/٩).

(٣) انظر: المصباح المنير (٧٩٨/٢).

(٤) انظر: إرشاد الفحول، ص ٦.

وبعبارة أخرى: هو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته^(١).

ومعنى القاعدة:

(أن ما كان شرطاً لصحة تصرف ما، يكون عدم وجوده مانعاً من صحة ذلك التصرف، وهذا منع بالعدم)^(٢).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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^(٣). والقاعدة الفقهية تقول: «ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً»^(٤). 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^(٥).

وذكرها ابن الوكيل^(٦) بلفظ: «المأذون له في شيء يكون إذناً فيما

(١) انظر: المدخل إلى مذهب أحمد، ص ١٦٣.

(٢) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (٢٠٣/٩).

(٣) المسؤولية الطبية لآل الشيخ، ص ١١٤.

(٤) المنشور للزركشي (٢/٢٦٠).

(٥) انظر: المنشور للزركشي (١/١٠٨).

(٦) هو أبو عبدالله محمد بن عمر بن مكّي الشافعي الملقب بصدر الدين والمعروف بابن =

يقتضي ذلك الشيء إيجابه، وهل يكون إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء استحقاؤه؟^(١).

شرح مفردات القاعدة:

الإذْنُ لغةً: هو إطلاق الفعل والإباحة^(٢).

وفي الاصطلاح: فكَّ الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً^(٣). ويكون بمعنى الإباحة المعروفة عند الأصوليين: (حكم يقتضي التخيير بين الفعل والتترك)^(٤). أو ما يفيد إطلاق التصرف أي: الإتيان بالفعل كيف شاء الفاعل^(٥).

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)^(٦):

- 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 وكّل فيه.

= المرّحل 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 ٧١٦هـ. انظر: فوات الوفيات (٢/٥٠٠)، الدرر الكامنة (٥/٣٧٣)، الأعلام (٦/٣١٤).

(١) الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٢/٦٤).

(٢) المصباح المنير (١/١٠)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٧، ترتيب مختار الصحاح، ص ٣٣ - ٣٤.

(٣) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٥، القاموس الفقهي، ص ١٩.

(٤) انظر: جمع الجوامع (١/٨٤).

(٥) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ٣.

(٦) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١/٣٥٥).

- ما لا يكون إذناً: ومثاله الإذن للعبد بالإحرام للحج، فأحرم وارتكب محظوراً من طيب أو قتل صيد لم يجب على السيد الفدية، وفرضه الصوم^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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^(٢).

وهذا مستفاد من القاعدة الفقهية القائلة؛ بأن: «الإذن بالشيء إذن بما يقتضي ذلك الشيء إيجابه»^(٣).

□ القاعدة الخامسة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب^(٤):

ذهب بعض العلماء إلى أنها قاعدة أصولية، وتسمى بمقدمة الواجب، والرأي نفسه ذهب إليه الدكتور محمد صدقي البورنو في كتابه الوجيز^(٥)، ثم

(١) انظر: المشور (١٠٨/١ - ١٠٩). الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٦٤/٢ - ٦٦).

(٢) التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، ص ١١٤.

(٣) المشور في القواعد للزرركشي (١٠٨/١).

(٤) أشباه ابن السبكي (٨٨/٢)، القواعد والفوائد الأصولية لأبي الحسن علي بن عباس البعلبي الحنبلي المعروف بابن اللّخام، ص ٩٤، موسوعة القواعد الفقهية (٢١٨/٩)، الوجيز، ص ٣٩٣.

(٥) انظر: الوجيز، ص ٣٩٣.

غير رأيه في موسوعة القواعد الفقهية وأدرجها ضمن القواعد الفقهية الأصولية^(١).

ومن ألفاظها أيضاً:

- «ما لا يتأتى أو - لا يتوصل - إقامة الفرض إلا به يكون فرضاً في نفسه»^(٢).

- «ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فإنه واجب»^(٣).

- «ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فإنه واجب»^(٤).

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 تبرا ذمة المكلف إلا إذا توصل إلى الفرض والواجب عن طريق مقدمته ووسيلته، ما دامت تلك المقدمة مقدورة للمكلف)^(٥).

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)^(٦).

(١) انظر: موسوعة القواعد الفقهية (٢١٨/٩).

(٢) انظر: المسبوط (٢٤٥/٣٠ - ٢٥٠).

(٣) انظر: قواعد الحصني (٤١/٢).

(٤) انظر: المجموع المذهب للعلائي (٢٤٠/١).

(٥) موسوعة القواعد الفقهية (٢١٨/٩ - ٢١٩).

(٦) الوجيز، ص ٣٩٣.

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^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: حكم الاستنساخ النباتي والحيواني:

ذهب إلى القول بالجواز الدكتور نصر فريد واصل مفتي جمهورية مصر العربية^(٢)، والشيخ محمد مختار السلامي مفتي الجمهورية التونسية^(٣)، وغيرهم.

إلا أن الدكتور نور الدين مختار الخادمي، ذهب إلى أن الاستنساخ النباتي والحيواني تعتريه الأحكام الشرعية: (فهو مباح باعتبار مقابله للاستنساخ البشري المحرم، وهو واجب كفاً 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)^(٤).

واستند القائلون بمشروعية حكم الاستنساخ المتردد بين الإباحة،

(١) الوجيز، ص ٣٩٤.

(٢) انظر: الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، للدكتور نور الدين مختار الخادمي، عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بالرياض، قسم أصول الفقه، ط ١٤٢٢/١هـ - ٢٠٠١م، دار الزاحم، الرياض - السعودية، ص ١٢٧.

(٣) المرجع نفسه، ص ١٢٨.

(٤) الاستنساخ في ضوء الأصول، للخادمي، ص ١٣٢.

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 الاقتصادي، 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.

المسألة ٢: حكم التشريع الجنائي:

لا يخفى أن التقدم العلمي في هذا العصر، وما توصل إليه العلماء من التكنولوجيا في مجال الطب، رَفَع من أهمية التشريع، ففضلاً عن التعليم التطبيقي في مجال العلوم الطبية، وكذا الكشف عن الأمراض وأنواعها (التشريح العلاجي)، فإن التعرف على سبب الوفاة في حوادث القتل المتنوعة (التشريح الجنائي)، يعتبر من أهم دواعي التشريع، وفي كثير من الحالات يكون التشريح 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 بالتشريح 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 التشريح في كليات الطب للتعلم والتعليم يصير واجباً متعيناً أخذاً بالقاعدة الأصولية المجمع عليها من العلماء وهي: «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»^(١)).

(١) انظر: فتاوى الشيخ أحمد حماني، منشورات قصر الكتاب (٤٤٦/٢).



المبحث الثاني أثر قواعد الضمان في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

□ القاعدة الأولى: الخراج بالضمان^(١):

تعريف القاعدة:

هذه القاعدة هي نص حديث نبوي كريم، وتعتبر من القواعد المهمة في المعاملات المالية قديماً وحديثاً، وهي أصل متفق عليه^(٢).
وقد أتى في معناها قواعد أخرى مختلفة الألفاظ متفقة المعنى، منها:
«الغرم بالغنم»^(٣).
«التعمة بقدر التعمة والتعمة بقدر التعمة»^(٤).

- (١) انظر: أشباه السيوطي، ص ١٧٥، أشباه ابن نجيم، ص ١٧٥، المنثور للزرکشي (١١٩/٢)، المجلة مادة: ٨٥، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٦١، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢٧٤/٥).
- (٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد، بتحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالمجيد، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان (٣٧/٥ - ٣٨).
- (٣) انظر: المجلة، المادة: ٨٧، موسوعة القواعد الفقهية (٥٠٢/٦)، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٦٩، الوجيز للبورنو، ص ٣٦٥.
- (٤) انظر: المجلة مادة: ٨٨، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٧٣، الوجيز، ص ٣٦٥، موسوعة القواعد الفقهية (١٢١٤/١١).

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^(١).

والضمان: من ضمن، الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في الشيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه^(٢).

فالضمان هو الكفالة والالتزام، والمقصود هنا المؤونة كالإنفاق والمصاريف والخسارة والنقص^(٣).

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^(٤).

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^(٥).

(١) انظر: المصباح المنير (٢٢٧/١). التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣١٢، القاموس الفقهي، ص ١١٤.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٣٧٢/٣). التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٧٤ - ٤٧٥، وفي المجلة (مادة: ٤١٥): هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثاليات، وقيمه إن كان من القيميات.

(٣) انظر: الوجيز، ص ٣٦٥ - ٣٦٦، القاموس الفقهي، ص ٢٢٤ - ٢٢٥.

(٤) موسوعة القواعد الفقهية (٢٧٥/٥).

(٥) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٩٩/١).

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»^(١).

وعند بعضهم بلفظ: «الغلة بالضمان»^(٢).

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)^(٣).

وإذا تأملنا معنى الضمان في اللغة الذي هو بمفهوم القبض والحياسة، 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

(١) الحديث أخرجه أبو داود في السنن، كتاب البيوع والإجازات، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله، ثم وجد به عيباً، رقم ٣٥٠٨، السنن (٢٨٤/٣).

والترمذي في السنن، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، ثم يجد به عيباً، وقال: حديث حسن صحيح، رقم: ١٢٨٥، السنن (٥٨١/٣) - (٥٨٢).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، باب: الخراج بالضمان، المستدرک (١٨/٢) رقم: ٢١٧٧. والحديث صححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير، لابن حجر (٢٢/٣).

(٣) المثور في القواعد للزركشي (١١٩/٢).

الحديث النبوي، المذكور، يقول العلامة الشاه ولي الله الدهلوي رحمه الله^(١):

(ومن القواعد المبنية عليها كثير من الأحكام أن الغنم بالغرم، وأصله ما قضى النبي ﷺ الخراج بالضمان)^(٢).

وهذه الصيغة - في ظاهرها - تفيد عكس القاعدة السابقة، ومعناها: أن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً^(٣).

وهذا ما ألمح إليه ابن تيمية بقوله: (من كان الشيء له كانت نفقته عليه)^(٤).

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)^(٥).

ويمكن أن نقول: إنها تمثل الوجه الآخر للقاعدة الحديثية، 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«الغنم بالغرم»، أو «التعنة بقدر

(١) ولي الله الدهلوي: هو الإمام أبو عبدالعزيز أحمد شاه بن عبدالرحيم العمري الدهلوي الملقب بولي الله، فقيه حنفي وأصولي محدث ومفسر، ولد بدلهي 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 ١١٧٦هـ. انظر ترجمته في الفتح المبين (٣/١٣٠ - ١٣١)، ومعجم المؤلفين لكحالة (١/٨٠٩).

(٢) حجة الله البالغة (٢/١٦٩).

(٣) المبسوط (١٣/٨٠).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٤/١٠٦).

(٥) درر الحكام، لعلي حيدر، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان (١/٧٨).

التَّعْمَةُ، والتَّعْمَةُ بقدر التَّعْمَةِ»، غير متباينة في الدلالة والمعنى، وبذلك لا يكاد يختلف التفريع 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 ١: 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^(١).

المسألة ٢: أثر القاعدة في مجال السياسة الاقتصادية:

كما يمكن تطبيق هذه القاعدة في مجال السياسة الاقتصادية، وفي توزيع أعباء النفقة العامة^(٢).

يقول الدكتور علي أحمد الندوي: (والواقع أن هذه القاعدة قائمة على أساس العدل والتوازن، وتمثل الركيزة الأساسية التي يبنى عليها الاستثمار، فإن المشاركة في المغنم والمغارم 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).

ثم إن توظيف الأموال من خلال تطبيق قاعدة: «الغنم بالغرْم»، 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.

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (١/١٠٦).

(٢) انظر: بحث الدكتور محمد أنس الزرقاء، السياسة الاقتصادية، الإدارة المالية (٣/١٢٨١).

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^(١)، 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، وبناءً على ذلك لا يسوغ اشتراط قدر معلوم من المال لأحدهما كألف دينار للمضارب في الشهر، أو ١٠٪ 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 المغنم والمغرم^(٢).

المسألة ٣: 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»^(٣).

يقول الدكتور عطية فياض: (الامتياز بإعطاء صاحب السهم نسبة ثابتة من الأرباح مثل ٥٪ من قيمة السهم ثم يوزع باقي الأرباح على جميع الأسهم بالتساوي، أو استيفاء فائدة سنوية سواء ربحت الشركة أم لا، فإن هذا النوع لا يجوز مطلقاً في الشريعة الإسلامية؛ لأنه يتضمن

(١) انظر: تعليق الأستاذ أحمد محيي الدين أحمد حسن علي (سندات القراض وضمان الفريق الثالث)، للدكتور منذر قحف، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز - الاقتصاد الإسلامي - المجلد ٧٠/٣. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥ (١١٢٠/٢) - (١١٢١).

(٢) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (١٠٦/١ - ١٠٧).

(٣) انظر: مشكلة الاستثمار، للدكتور محمد صلاح الصاوي، ص ٧٧٠ - ٧٧١.

الربا المحرم شرعاً، ثم إن مبنى الشركة في الشريعة الإسلامية على المخاطرة والمشاركة الحقيقية في الغنم والغرم على قدر الحصص، وفي ذلك إجماع الفقهاء^(١).

وفي ضوء هذه القاعدة: يمكن أن ندرك عدم جواز التمييز بين أصحاب الأسهم بما يؤدي تحمّل الخسارة على بعضهم دون البعض الآخر منهم، وعلى هذا الأساس نجد لجوء بعض 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)^(٢).

المسألة ٤: 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^(٣).

وهكذا نجد هذه القاعدة الجليلة عميقة الأثر في كثير من القضايا

(١) انظر: سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ -

١٩٩٨م)، دار النشر للجامعات، القاهرة - مصر، ص ١٨٨.

(٢) انظر: القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧ (١/٧١٢ - ٧١٣).

(٣) انظر: الترشيد الشرعي للبنوك القائمة، للأستاذ: جهاد عبدالله، ص ٣١٦ و ٣٥٢. عن

موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/١٠٨ - ١٠٩).

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 ٥: 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»^(١): 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^(٢).

ويرى الأستاذ عبدالله 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 على ذلك كما هو الحال في البنك الإسلامي الأردني، وبيت التمويل الكويتي^(٣)، 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^(٤).

(١) المنعقد في سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٢) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، عبدالله عبدالرحيم العبادي، ص ٢٠١.

(٣) انظر: مجموع الكتيبات والعقود الخاصة لبيت التمويل الكويتي ١٩٨١م، ص ٨.

(٤) موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، عبدالله عبدالرحيم العبادي، ص ٢٠١. وبحث: «أحكام الودائع المصرفية»، محمد تقي العثماني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩ (١/٨٠٢ - ٨٠٣).

المسألة ٦ : حكم خطاب الضمان:

هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناءً على طلب العميل بقبول دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة^(١).

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 التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة)^(٢).

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 عبدالحميد السائح أخذ الأجر لخطاب الضمان الصادر عن البنك الإسلامي الأردني. وتَّبَع بعض المصارف الإسلامية هذا الرأي فتُضَدِّر خطابات الضمان بمقابل^(٣).

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٢٣٤.

(٢) المعاملات المالية في ضوء الكتاب والسنة، محمد علي السالوس، ص ١٤٢.

(٣) البنوك الإسلامية، لجمال الدين عطية، الطبعة الأولى (١٩٨٦م)، مطابع الدوحة - قطر، ص ١١٨.

وقد اختلف العلماء المعاصرون في تكييف هذه المعاملة:

- 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 مالياً واجباً على غيره لشخص ثالث^(١).

وجمهور الفقهاء على عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة^(٢)، وعليه فلا أجرة على إصدار خطاب الضمان.

- وذهب بعض الباحثين إلى أن خطاب الضمان وكالة، وممن ذهب إلى ذلك الدكتور سامي حمود، ورتب على ذلك جواز أخذ الأجرة على إصدار خطاب الضمان، قياساً على جواز أخذ الأجرة عن الوكالة^(٣).

- 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، وممن ذهب إلى ذلك الدكتور علي أحمد السالوس، وبناء على ذلك لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة^(٤).

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.

(١) خطابات الضمان للدكتور الصديق الضرير، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، عمان ١٩٩٤م، خطاب الضمان لبكر أبو زيد ضمن كتابه: فقه النوازل (٢٠٦/١).

(٢) مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي، ص ٢٨٢، المدونة (٢٦٣/٥)، مواهب الجليل للخطاب (٢٤٢/٤)، المغني لابن قدامة (٢٧٢/٤).

(٣) تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود، ص ٣٠٠.

(٤) انظر: الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، علي أحمد السالوس، ص ١٣٤ - ١٣٥.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة 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^(١).

- وذهب بعضهم إلى أن خطاب الضمان جعالة^(٢)، وممن ذهب إلى ذلك السيد محمد باقر الصدر^(٣).

- وذهب بعضهم إلى تكيف أخذ الأجر على الضمان بتخريجه على القاعدة الفقهية: «الخراج بالضمان».

- وممن ذهب إلى ذلك الأستاذ عبدالحميد 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 مالا فله ربحه)^(٤).

وعلى هذا الأساس نقول: إن البنك وقد ضمن في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة، أو محل

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (١٢١٠/٢)، طبعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.

(٢) انظر: البنك اللاربوي في الإسلام، لمحمد باقر الصدر، الطبعة الثانية (١٩٧٣م) دار الكتاب اللبناني، بيروت - لبنان، ص ١٣٠ - ١٣١.

(٣) 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.

(٤) انظر: أخبار القضاة لوكيع محمد بن خلف بن حيّان (ت ٣٠٦هـ) (٣١٩/٢).

الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية (شراكة عقد) محلله ضمان عمل العميل، وضمان عمل العميل نوع من العمل، وكما أن استحقاق الربح يكون تارةً بالمال أو العمل يكون تارةً بالضمان... وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه^(١).

- وهو ما ذهب إليه - أيضاً - الشيخ زكريا البري^(٢)، الذي قال: (إذا كان مقتضى هذا الضمان المصرفي إلزام المصرف بالمغامر 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^(٣).

إلا أن هذه الآراء 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 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، فحينئذٍ له أن يأخذ من العميل ما يساوي هذه النفقات.

(١) الاستثمار والرقابة الشرعية لعبد الحميد البعلي، ص ٥٩ - ٦١. وانظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص ٢٥٥.

(٢) الشيخ زكريا البري من علماء جمهورية مصر العربية، وعضو من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) انظر: مناقشة الشيخ زكريا البري لموضوع أخذ الأجرة على الضمان، وقد أفاض في الرد على المانعين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢ (١١٨٢/٢ - ١١٨٣). وانظر: النقاش الذي دار حول نفس الموضوع في ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي، التي انعقدت في استنبول بين ٩ - ١٢ محرم، الموافق ٢٣ - ٢٦ سبتمبر من سنة ١٩٨٥م، ومقدمة الندوة مطبوعة بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢ (١١٥٣/٢ - ١١٦١).

ولقد عُرضَ هذا الأمر على هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي المصري فأفتت أنه لا يجوز أخذ الأجر على مجرد الضمان، ولكن إذا كان خطاب الضمان سيُكَبَدُ البنك جهداً قبل إصداره أو بعده، من دراسة العملية التي صدر بشأنها الخطاب، أو تحصيل لمستحقاتها، 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^(١).

وقريب من ذلك ما أجاب به الشيخ بدر متولي عبدالباسط المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي عندما سئل عن هذه القضية حيث لم يجرز 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^(٢). وهو الجواب نفسه الذي أقرته هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي السوداني^(٣).

والخلاصة أنه لا أجر على مجرد الضمان لأنه يعتبر عملاً من أعمال التبرع، ولكن إذا صحب الضمان بعض الأعمال والخدمات التي يتكلفها 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 ٧: التزامات المقاول في عقد الاستصناع:

إذا كان عقد المقاوله قائماً على تقبل بناء يصنع المهندس تصميمه علني 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

(١) محضر اجتماع هيئة الرقابة الشرعية رقم ٣٢، ٣٤، شوال ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، راجع: فتاوى الخدمات المصرفية، ص ٩٠ - ٩٣.

(٢) الفتاوى الشرعية لبيت التمويل الكويتي، رقم: ٢٣، راجع: فتاوى الخدمات المصرفية، ص ٩٥ - ٩٦.

(٣) راجع: فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل السوداني رقم: ٩، ضمن كتاب: فتاوى الخدمات المصرفية، ص ١٠٠ - ١٠٤.

أقاماه من منشآت وهما مسؤولان وضامنان لكل عيب يهدد متانة البناء وسلامته فإذا تضمن العقد السّلامة لمدة أطول كانا ضامنين 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 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^(١)، وقرر بعضهم السقوط بعد ثلاث سنوات تنزيلاً له منزلة من أخرج الشيء من يده والخراج بالضمان^(٢).

المسألة ٨: مشروعية المشاركة المتناقصة^(٣):

ذهب بعض علماء العصر إلى القول: بجواز المشاركة المتناقصة، واستدلوا على ذلك بأدلة منها القاعدة الفقهية: «الخراج بالضمان»، ومن

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٦/٣٣ - ٣٦ وما بعدها)، ورد المحتار (٥/٣٩١)، انظر: المغني لابن قدامة (٦/٢٢ - ٣٦ وما بعدها)، ورد المحتار (٥/٣٩١)، وتحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩هـ) بتحقيق: محمد زكي عبدالبر (٣/١٨٩).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧ (٢/٥٤٨ - ٥٥٠).

(٣) 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، العدد ١٣ (٢/٤٨٤).

هؤلاء العلماء الدكتور عجيل جاسم النشمي^(١)، الذي بين وجه تخريجه 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: «الغنم 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 استلم المال يضعه في الحلال أو الحرام.

ولما كانت المشاركات من أهم سبل التنمية فقد تعددت في الفقه الإسلامي طرائقه تبعاً لمحلله، 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 مشروعة في أصلها، ويبقى وصفها الشرعي المحدد تبعاً لمفهومها وشروطها، وضوابطها، وتبعاً لصورها وأنواعها، وكيفية تطبيقاتها^(٢).

□ القاعدة الثانية: المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى^(٣):

وذكرت بألفاظ مختلفة، أوردها مع الشرح:

القاعدة الأولى: المباشر ضامن وإن لم يكن متعمداً:

(١) الأستاذ المساعد في كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الكويت، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٢) انظر: بحثه «المشاركة المتناقصة»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (٢/٥٦٠ - ٥٦١).

(٣) انظر: ذكرها ابن غانم بهذا اللفظ في كتابه: مجمع الضمانات، ص ١٦٥، وتبعه في ذلك الدكتور الندوي في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (١/٣٤١).

المباشر: من المباشرة وهي كون الحركة بدو توسط فعل آخر كحركة اليد^(١).

أما التعدي فسيأتي 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 فأتلفه، فإنه يضمن.

وهذه القاعدة ذكرها الفقهاء بعبارات متفاوتة، واتفقوا 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^(٢)، لأن شرح بعض الفقهاء لهذه القاعدة جلب الاشتباه، قال الشيخ أحمد الزرقاء: «المباشر للفعل، ضامن لما أتلف بفعله، إذا كان متعدياً فيه»^(٣)، أي: أنه يشترط التعدي للضمان، مع أن معظم الفقهاء أنه لا يشترط التعدي لتضمين المباشر.

قال في تبين الحقائق^(٤): (وغيره تسبب، وفيه يشترط التعدي، فصار كحفر البئر في ملكه، وفي المباشرة لا يشترط)^(٥).

(١) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ٢٠٧، المصباح المنير (٦٨/١)، التوقيف على مهمات التعاريف ص ٦٣٣. وفيما يتعلق بمصطلح الضمان، فقد تم تعريفه عند التعرض لقاعدة: الخراج بالضمان، ص ٤٢٩ من الأطروحة.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية للأناسي (٤٩٤/٣)، مادة: ٩٢.

(٣) شرح القواعد الفقهية ص ٣٨٥، قاعدة رقم: ٩٢.

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٣هـ).

(٥) تبين الحقائق للزيلعي (١٤٩/٦).

وقال في مجمع الضمانات: «المباشر ضامن، وإن لم يتعمد، ولم يتعدّ، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى»^(١).

وقد رفع فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء، هذا التعارض^(٢)، بما حاصله أن التعدي يستعمل في معنيين يجب التمييز بينهما:
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 فأتلفه، 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 تعمد.

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 متعمداً»، وهي: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»^(٣).

(١) مجمع الضمانات، ص ١٦٥.

(٢) في كتابه: الفعل الضار والضمان فيه، طبعة (١٤٠٩هـ) دار القلم، دمشق - سوريا، ص ٧٨ و ٧٩.

(٣) المادة: ٩١ من قواعد المجلة.

وظاهر هذه القاعدة معارض لتضمين المباشر إذا أضرَّ أحدًا 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 ينفي 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^(١).

وعرفها بعضهم بقوله: «حدّ المباشرة أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار»^(٢).

فلا يضمن المرء إلا إذا صحّ 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 متعدياً:

المتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار^(٣).

يقول خالد الأناسي^(٤) موضحاً معنى المتسبب: (المتسبب ما كان فعله

(١) مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٨٨٧، درر الحكام (٤٥٢/٢).

(٢) شرح الأشباه والنظائر للحموي (١٩٦/١).

(٣) شرح الأشباه والنظائر (١٩٦/١).

(٤) خالد الأناسي: هو خالد بن محمد بن عبدالستار الأناسي، ولد بحمص وتولّى الإفتاء بها، اشتغل بالتفقه والأدب، وصنّف شرح مجلة الأحكام العدلية من كتاب البيوع إلى =

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 يضمن، 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^(١).

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»^(٢).

وقد نبه على خطأ المجلة العلامة مصطفى الزرقاء لدى شرح القاعدتين في كتابه القيم المدخل الفقهي العام^(٣).

= المادة: (١٧٢٨)، وأكملة ولده محمد الطاهر، ومن مؤلفاته: شرح المجلة، والأجوبة النفائس في حكم ما اندرس من المقابر والمساجد والمدارس، وكانت وفاته سنة ١٣٢٦هـ - ١٩٠٨م. انظر في ترجمته: الأعلام (٢/٢٩٨).

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام للأتاسي (١٢/٨٣).

(٢) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي، ص ١٦٥. وذكرها بصيغة أخرى: (المباشر ضامن وإن لم يتعدّ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً).

(٣) في كتابه: المدخل الفقهي العام (٢/١٠٤٧)، وكتابه: الفعل الضار، ص ٧٧ و ٧٨.

وربط الضمان بالتعدي، هو الذي جرى عليه الفقهاء من القديم، ومن الآثار المروية عن جماعة من التابعين قولهم: (الضمان على من تعدي)^(١).

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^(٢).

يقول الدكتور الباحسين: (وقد وقع ههنا تسامح في التعبير في مجلة الأحكام العدلية، حيث ذكرت هذه القاعدة بلفظ: «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»^(٣). 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^(٤).

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.

(١) انظر: المصنف للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بتحقيق: أيمن نصر الدين الأزهري

(١٩٥/٨)، باب ضمان المقارض إذا تعدي، ولمن الربح؟

(٢) المدخل الفقهي (١٠٤٧/٢).

(٣) المادة: ٩٣. وانظر: شرح القواعد الفقهية، ص ٣٨٧.

(٤) انظر: بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن

(١٨٩/٢).

والواقع أنه على ما ذكره الشيخ الزرقاء، حفظه الله تعالى، لا يبقى هناك أي فرق بين المباشر والمسبب، مع أن الفقهاء قاطبةً، 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^(١).

القاعدة الثالثة: إذا اجتمع المباشر والمسبب، أضيف الحكم إلى المباشر^(٢):

هذه القاعدة ذكرها ابن نجيم بهذا اللفظ، وشرحها بقوله: (فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما أتلّف بإلقاء غيره)^(٣).

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

(١) انظر: بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه العثماني، العدد الثامن (١٨٩/٢ - ١٩٠).

(٢) انظر: المجلة، مادة: ٩٠، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٩٧. المنشور للزركشي (١٣٣/١). قواعد ابن رجب، القاعدة رقم: ١٢٧، تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب (٥٩٧/٢)، أشباه السيوطي، ص ٢٠٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٩٠، قاعدة رقم: ١٩.

القاعدة^(١). 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، والمتسبب ما حصل التلف لا بمباشرة وفعله، بل بواسطة هي العلة، لحصول المعلول، وهو فعل فاعل مختار، وأما فعله فلا تأثير له سوى أنه مفض إلىه. 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 مالا بقوائمها وثقلها، 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^(٢).

ومثال آخر: قد يحدث - في أيامنا هذه - أن يمسك الرجل بآخر،

(١) انظر بعض هذه الأمثلة في درر الحكام لعلي حيدر (٨١/١).

(٢) شرح المجلة، للأتاسي (٢٤٩/١ - ٢٥٠)، المادة رقم: ٩٠.

فتسقط منه ساعته اليدوية، فلا يصح أن نسمي صاحب الساعة مباشراً لإسقاط الساعة، لأن المباشرة تقتضي عملاً، والرجل لم يعمل شيئاً، فبقي الممسك سبباً للإسقاط، وبما أنه متعدّ في الإمساك، فلا يبرأ من الضمان.

ثانياً: إذا كان المسبّب متعدياً، والمباشر غير متعدّ:

إذا كان المسبّب متعدياً، والمباشر غير متعدّ في فعله، فالحكم يضاف إلى المسبّب المتعدّي، وهذه القاعدة ذكرها صاحب الهداية في مسألة من نخس دابة فقتلت رجلاً، فإن الضمان على الناخس، دون الراكب، قال: (ولأن الناخس متعدّ في تسببه، والراكب في فعله غير متعدّ، فيترجح جانبه في التفرغيم للتعدّي)^(١).

وقد اعترض عليه صاحب العناية بأن كون المباشر غير متعدّ 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 متعدياً، فيما إذا كانت مباشرته هي السبب الوحيد في التلف. أمّا إذا كان هناك مسبّب آخر، وهو متعدّ في تسببه، والمباشر غير متعدّ في فعله، فحينئذ يقدم المسبّب على المباشر.

نعم، إن كان كل من المباشر والمسبّب متعدياً، فالمباشر مقدم على المسبّب...)^(٢).

وبناءً على هذه القاعدة، ونظراً لهذين الاستثنائين المهمين يمكن أن نذكر هذه الصور أو الحالات، الناتجة عما سبق ذكره:

١ - إذا كان المباشر هو السبب الوحيد في الإتلاف، فهو ضامن،

(١) الهداية مع فتح القدير (٢٦٧/١٩).

(٢) انظر: بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (١٩٣/٢).

سواء كان متعدياً، أو غير متعدّد، بمعنى أنه لم يفعل فعلاً محظوراً في نفسه.

٢ - إذا اجتمع المباشر والمسبّب، وليس واحد منهما متعدياً (بالمعنى المذكور) فالضمان على المباشر.

٣ - إذا اجتمع المباشر والمسبّب، والمباشر متعدّد، والمسبّب غير متعدّد، فالضمان على المباشر.

٤ - إذا اجتمع المباشر والمسبّب، وكلّ واحد منهما متعدّد، فالضمان على المباشر أيضاً.

٥ - إذا اجتمع المباشر والمسبّب، والمسبّب متعدّد، والمباشر غير متعدّد، فالضمان على المسبّب^(١).

ولا بأس أن نختم هذا المبحث ببعض بنود قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن حوادث السير:

١ - إذا اشترك السائق والمتضرر في إحداث الضرر كان على كل واحد منهما تبعة ما تلف من الآخر من نفس أو مال.

٢ - الأصل أن المباشر ضامن ولو لم يكن متعدياً، وأما المتسبب فلا يضمن إلا إذا كان متعدياً أو مفرطاً.

٣ - إذا اجتمع المباشر مع المتسبب كانت المسؤولية على المباشر دون المتسبب إلا إذا كان المتسبب متعدياً والمباشر غير متعدّد.

٤ - إذا اجتمع سببان مختلفان كل واحد منهما مؤثر في الضرر، فعلى كل واحد من المتسببين المسؤولية بحسب نسبة تأثيره في الضرر، وإذا استويا أو لم تعرف نسبة أثر كل واحد منهما فالتبعة عليهما على السواء^(٢).

(١) انظر: نقلاً من بحث الدكتور محمد تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، بتصرف بسيط، العدد الثامن (١٨٩/٢ - ١٩٠).

(٢) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثامن بيندر سيرى باجوان، بروناي دار السلام، في محرم ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م. انظر: مجلة المجمع، العدد الثامن (٣٧١/٢ - ٣٧٢).

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 سائقها، 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 فالمجال للكلام عن مسؤولية سائق السيارة، في ضمانه أو عدم ضمانه وما يترتب على ذلك من التعويض المالي.

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»^(١).

ولكن المسألة تحتاج إلى تفصيل، لوجود ظروف وملابسات، 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.

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأناسي (٤٩٤/٣)، مادة: ٩٣٢.

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:

١ - 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 نخس 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.

٢ - إذا أوقف السائق سيارته أمام إشارة المرور منتظراً إشارة فتح الطريق، فصدمة سيارة من خلفه ودفعتها إلى الأمام فصدمت سيارته أهدأ، فليس الضمان على سائق السيارة الأمامية، بل الضمان على سائق السيارة التي صدمتها من خلفها لأنه لا تصح نسبة المباشرة إلى السيارة الأمامية، فإنها مدفوعة بمنزلة الآلة للسيارة الخلفية. وبهذا أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية^(١).

(١) مجلة البحوث الإسلامية، عدد ١٦، ١٤٠٩هـ - ١٤١٠هـ.

٣ - إذا كانت السيارة سليمة قبل السير بها، وكان السائق يتعهدا تعهداً معروفاً، ثم طرأ عليها خلل مفاجئ في جهاز من أجهزتها، حتى خرجت السيارة عن قدرة السائق ومُكنته 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^(١).

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 بحادثة 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 تسييرها 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^(٢).

٤ - إذا ساق إنسان سيارة في شارع عام ملتزماً السرعة المقررة، ومتبعاً خط 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

(١) مجلة البحوث الإسلامية، عدد ٢٦، سنة ١٤٠٩هـ - ١٤١٠هـ.

(٢) راجع: بحث تقي العثماني، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (١٩٧/٢) - (١٩٨).

مبني على احتمالات عدّة، وهذا نص القرار: (أمكن أن يقال: بتضمين السائق من مات بالصدمة أو كُسر 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).

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، بناءً على ما ذكره الشافعي وزفر^(١) ومن وافقهم في تضمين المتصادمين، ويحتمل أن يقال: إنه هدر، لانفراده بالتعدي^(٢).

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 السيارة إن قفز بقرب منها بحيث لا يمكن للسيارة في سيرها المعتاد في مثل ذلك المكان أن تتوقف بالفرملة، وكان قفزه فجأة لا يُتوقع مسبقاً لدى سائق متبصر محتاط، فإن هلكه أو ضرره في مثل هذه الصورة لا يُنسب إلى سائق السيارة، ولا يقال: إنه باشر الإتلاف، 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 سيارة أو قطار بقصد إهلاك نفسه، فإن السائق يضمنه، وهذا مخالف للبداهة.

(١) 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 (١/٢٤٣)، الأعلام (٣/٤٥٣).

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، عدد ٢٦، سنة ١٤٠٩هـ - ١٤١٠هـ.

ثانياً: قد قررنا في القاعدة الثانية^(١)، 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 نخس 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 يُعدهم 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 القافر من صدم السيارة.

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).

المسألة ١: 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.

(١) وهي قاعدة: «المباشر ضامن وإن لم يكن متعدياً».

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 المسبب، 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 الإتلاف، أما إذا كان الإتلاف نتيجة اجتماعهما كان الضمان عليهما^(١).

المسألة ٣: الضمان بين المباشرة والتسبب:

١ - 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.

٢ - 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

(١) راجع: بحث الدكتور عبدالقادر محمد العماري، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد

المباشر لهذا الحادث ويقتصر دور قائد السيارة الثانية على كونه متسبباً فلا يسأل.

٣ - 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.

٤ - 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 لمجرد 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 يؤدي أحداً^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: مسؤولية الطبيب في العمل الجراحي المُمهد:

إذا تعين عمل جراحي لمريض فإن الطبيب يقوم بفحوصات أولية تبدأ بالتشخيص وتنتهي بالتخدير، ولا شك أن الطبيب في مثل هذه الحالات يستعين بمساعد أو أكثر، وحينئذ 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؟

هذا الفعل من الطبيب يعتبر سبباً قوياً في حدوث الضرر للمريض، فيعتبر متحماً للمسؤولية عنه من هذا الوجه، إلا أن مسؤولية الضمان والقصاص تتعلق بالمباشر وهو المساعد دون المتسبب وهو الطبيب الفاحص عملاً بالقاعدة الفقهية: «إذا اجتمع السبب أو الغرر والمباشرة قدمت المباشرة»^(٢).

المسألة ٢: مسؤولية الطبيب وضمانه:

اتفق الفقهاء على أن من أتلف مالا أو نفساً أو عضواً من نفس بغير حق شرعي، فعليه مسؤولية ما أتلف، وأن من فروع مسؤولية الإتلاف، مسؤولية الطبيب إذا أخطأ وجاوز الحد المعتاد، أو أهمل العلاج، أو لم يكن من أهل الطب، وفي تقرير هذه المسؤولية حفظ للأرواح البشرية من

(١) راجع: بحث عبدالقادر العماري، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٢/٢٨٤).

(٢) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشقيطي، ص ٥٠١.

تلاعب بعض الأطباء بها، وَحَفَزَ لهم على التنبه إلى واجبهم واتخاذ الحيطة اللازمة 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^(١).

□ القاعدة الثالثة: المواعيد بصورة التعليقات تكون لازمة:

وردت هذه القاعدة بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية^(٢)، وأورد صاحب المبسوط ما يقابلها بصيغة: المواعيد لا يتعلّق بها اللزوم إلا أن يكون شرطاً في عقد لازم^(٣).

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^(٤).

التعليق: جمع تعليق، وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، والمراد به - هنا - التعليق اللغوي بأداة من أدوات الشرط^(٥).

معنى القاعدة:

من المعروف في الشرع أن الوعد لا يُلزم صاحبه قضاءً، وإن كان

(١) انظر: بحث «أخلاقيات الطبيب»، للدكتور علي داود الجفال، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨، (٩٣/٣).

(٢) المادة: ٨٤، وانظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٥٧، موسوعة القواعد الفقهية (١١٢١/١١).

(٣) انظر: المبسوط (١٢٩/٢٠)، (١١١/٢١)، (١٣٤/٣٠)، (١٩١).

(٤) انظر: المصباح المنير (٩١٧/٢)، التوفيق على مهمات التعاريف، ص ٧٢٩.

(٥) انظر: المصباح المنير (٥٨٢/٢)، موسوعة القواعد الفقهية (١١٢١/١١).

الوفاء به ديانة، ولكن إذا صدر الوعد مصوغاً في صورة تعليق، أي: مصحوباً بأدوات التعليق الذالة على الحمل أو المنع فحينئذ يعتبر ملزماً، لظهور معنى التّعهد والالتزام^(١).

ضوابط العمل بالقاعدة:

١ - 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)^(٢).

٢ - يعتبر الوعد بالعقد ملزماً للواعد قضاء إذا ذكر فيه سبب، ودخل الموعد تحت التزام مالي بمباشرة ذلك السبب بناءً على الوعد. وهذا ما صرح به الإمام ابن رشد الجد^(٣)، إذ يقول: (المعروف عند مالك [أن الوعد] لازم لمن أوجبه على نفسه)^(٤).

ومثاله: لو أن رجلاً وعد آخر بأن يقرضه مبلغاً من المال ليشتري

(١) راجع: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٥٧.

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٥٥٨).

(٣) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، تفقه بابن رزق وابن فرج وجماعة، وعنه ابنه أحمد والقاضي عياض وغيرهم، تصانيفه كثيرة أهمها: البيان والتحصيل، المقدمات والممهّدات على المدونة، توفي سنة ٥٢٠هـ. انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (١٩/٥٠١)، الديقاج (٢/٢٤٨)، بغية الملتمس ص ٥٠، تذكرة الحفاظ (٤/١٢٧)، شذرات الذهب (٤/٦٢)، شجرة النور، ص ١٢٩، الأعلام (٥/٣٨٩).

(٤) البيان والتحصيل (٨/٦٧).

بضاعة، فاشتراها، ثم تراجع الواعد عن وعده، فإنه يجبر قضاء على تنفيذ وعده^(١).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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 تخريجاً 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 الغانص)^(٢).

والجهالة هي كون محل العقد أو بعض نواحيه الأساسية غير معلوم ولا محدد، كبيع غنمه من قطع غير معينة بثمن غير محدد^(٣).

(١) انظر: المدخل الفقهي (١٠٣٢/٢)، الفروق للقرافي (٢٤/٤ - ٢٥).

(٢) راجع في تعريف الغرر في اللغة والاصطلاح: المصباح المنير (٦٠٨/٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٣٦، القاموس الفقهي، ص ٢٧٢. وانظر: كتاب «الغرر وأثره في العقود»، للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، ص ٤٧ وما بعدها.

(٣) 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 (٢٦٥/٣).

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^(١).

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...)^(٢).

(١) نظام التأمين، للزرقاء، ص ١٣٧ - ١٣٨.

(٢) نفس المرجع، ص ١٣٨.

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 تخريجات شرعية عديدة ممكنة منها قاعدة الوعد الملزم في المذهب المالكي... فبدأء 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 بالقاعدة الفقهية: «المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة»^(١).

وعلى هذا التخريج ينتفي الغرر الفاحش عن عقد التأمين التجاري، وقد يتخلله الغرر اليسير، واليسير قرر الفقهاء أنه مما يعفى عنه.

المسألة ٢: 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^(٢).

لأن الإلزام بالوعد يعني: انعقاد الصفقة بموجب الإلزام مع غياب العوضين، وقد ثبت المنع بورود النهي عن النَّبِيِّ 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 لنجاعته ولأنه

(١) نفس المرجع، ص ١٣٩.

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (١/٥٥٩). وانظر: بعض فتاوى المراجعة التي تصب في هذا الموضوع في كتاب فتاوى المراجعة، جمع وتصنيف الدكتور أحمد محيي الدين أحمد، ص ١٥٧ وما بعدها.

الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات^(١).

□ القاعدة الرابعة: يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان^(٢):

معنى القاعدة:

هذه القاعدة هي من القواعد المهمة في باب المعاملات المالية، ذكرها الإمام الكاساني بهذه الصيغة، وبينها بياناً 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 لمالكه، 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 بقرول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»، فإذا كان ضمانه عليه، كان خراجه له.

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 عى 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 متفاوتاً فلا شك أنه يجوز، ويكون الربح بينهما على الشرط، سواء شرطاً العمل عليهما، أو على أحدهما، والوضعية على قدر المالين متساوياً

(١) انظر: فتاوى المراجعة، ص ١٦٢ - ١٦٣.

(٢) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٢٦٧/١).

ومتفاضلاً؛ لأن الوضيعة اسم لجزء هالك من المال، فيتقدر بقدر المال^(١).
وقد اعتمدت المجلة هذا الأصل، وأدرجته ضمن زمرة الضوابط
الناظمة لمسائل شركة العقد^(٢).

ووردت القاعدة كذلك بلفظ: «الربح لا يستحق إلا بعمل أو مال»^(٣).
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^(٤).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

من المسائل الحديثة المخرّجة على هذه القاعدة:

المسألة ١: 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
سأهم 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^(٥).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٨٢/٥ - ٨٣)، والمبدع لابن مفلح (٨/٥).

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: ١٣٤٧، درر الحكام (٣٨٢/٣). وانظر:
موسوعة القواعد والظوابط الفقهية للدوي (٢٦٧/١ - ٢٦٨).

(٣) موسوعة القواعد الفقهية (٣٨٨/٥).

(٤) المصدر نفسه (٢٦٩/١).

(٥) انظر: الشركات في الشريعة الإسلامية، للدكتور عبدالعزيز الخياط، ط ١٩٧١/١م،
منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان - الأردن (٢١٢/٢ -
٢١٣ و٢٢٥).

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 تحتمه قاعدة: «الغنم بالغرم»، فتجعل الربح مقابل تحمل الخسارة، أي: أنه من يتحمل الخسارة إن وجدت يجب أن يحصل على الربح إن كان^(١).

المسألة ٢:

ومن الأمثلة المقبولة فقهيًا 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 ٣: 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 حالتها 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 تعدد منه، شأنه في ذلك شأن الأجير المشترك الذي يضمن الأموال التي تودع عنده مطلقاً. وانطلاقاً من ضمانه لمال المضاربة، فإنه يستحق

(١) انظر: مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، الاقتصاد الإسلامي (٧٠/٣)، لسنة: ١٤١١هـ -

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...^(١).

وتأسيساً على هذه القاعدة، فإن المضارب المشترك يستحق - عند الدكتور سامي - نسبةً من الربح مقابل ضمانه أموال المضاربة، وهذا خلافاً لما قرره مجمع الفقه الإسلامي من أن الضمان يكون عند التعدي أو التقصير، 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)^(٢).

□ القاعدة الخامسة: المتولد من فعل مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه:

ذكرها الزركشي بهذا اللفظ^(٣). وذكر نحوها ابن السبكي بلفظ:

«إن المأذون في فعله من قبَل الله - فيما تمخض حقاً لله - كالمأذون

(١) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، للدكتور سامي حمود ط ١٩٨٢/٢، مطبعة الشرق، عمان - الأردن، ص ٤٠٥.

(٢) انظر: قرار المجمع بمجلته، العدد ١٣ (٢٩٥/٣).

(٣) المنثور (١٦٣/٣)، الموسوعة الفقهية (٤٨٨/٩).

في فعله من قبل العبد - فيما هو من حقوق العباد -^(١).

وهناك قواعد أخرى قريبة المعنى من هذه القاعدة منها:

«الجواز الشرعي ينافي الضمان»^(٢).

«الرضا بالشئ رضا بما تولد منه»^(٣).

ومعنى القاعدة:

المتولد: ما حصل عنه غيره، يقال: تولد الشئ عن الشئ حصل عنه، ونشأ عنه^(٤).

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 عمّا 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 للصبى^(٥).

(١) الأشباه والنظائر للسبكي (٢٩٧/٢).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٥٩١/٥)، مجلة الأحكام العدلية، مادة: ٩١، شرح القواعد الفقهية ص ٣٨١، موسوعة القواعد الفقهية (٥٨/٥).

(٣) أشباه ابن السبكي (١٥٢/١)، المنثور للزركشي (١٧٦/٢)، أشباه السيوطي، ص ١٨٢، موسوعة القواعد الفقهية (٤١٠/٥).

(٤) انظر: مقاييس اللغة (١٤٣/٦) (ولد)، المصباح المنير (٩٢٦/٢).

(٥) هذا رأي الإمامين أبي حنيفة والشافعي رحمهما الله، بناءً على أنه أمر مباح والإذن في المباح - عندهما - مقيد بشرط السلامة، أما الحنابلة وصاحب أبي حنيفة فإنهم يرون أنه =

الثاني: ألا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، وذلك لأن الضمان يستدعي سبق التعدّي، والجواز الشرعي يأبى وجوده، فتنافياً^(١).
وأضاف بعضهم قيد عدم التفريط^(٢).

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:

١ - ما روى عمران بن حصين رضي الله عنه^(٣): أن رجلاً عضّ يد رجل فنزع يده من فمه، فوَقعت ثنيتاه، فاختمصموا إلى النَّبِيِّ ﷺ فقال: «يعضُّ أحدكم أخاه كما يعضُّ الفحل، لا دية له»^(٤).

ووجه الاستدلال منه: أن الرجل الذي نزع يده قد فعل شيئاً مأذوناً فيه، فترتب على ذلك الفعل ضرر أهدره الشرع.

٢ - الإجماع على أن من شهر على آخر سلاحاً؛ ليقْتله؛ فدافع عن

= لا ضمان عليه - أي: لا يترتب عليه أثره - لأنه مأذون فيه، ونسب ذلك إلى الإمام مالك، وللمالكية تفصيل. انظر: المبسوط (١٢٢/٢٦)، حاشية رد المحتار (٥٦٥/٦)، بدائع الصنائع (٢٦٧/٦)، المقدمات والممهّدات (٣٣٢/٣)، مغني المحتاج (١٩٩/٤)، المغني (٥٢٨/١٢)، الفقه الإسلامي وأدلته (٢١١/٦).

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية، ص ٣٨١.

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر (٢٣٢/١٢).

(٣) 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 عبدالله والحسن وابن سيرين والشعبي وغيرهم، توفي سنة ٥٢هـ.

انظر ترجمته في: التاريخ الكبير (٤٠٨/٦)، تذكرة الحفاظ (٢٨/١)، سير أعلام النبلاء (٨/٢)، تهذيب التهذيب (١٢٥/٨)، الإصابة (١٥٥/٧)، شذرات الذهب (٦٢/١).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب: إذا عضّ رجلاً فوقعت ثنياه (٢٥٢٦/٦) رقم: ٦٤٩٧. وانظر: الفتوح (٢٢٩/١٢).

نفسه؛ فقتل الشَّاهِرَ أنه لا شيء عليه، لأنه ارتكب مأذوناً فيه وهو الدفاع عن النَّفس، فلا يضمن ما ترتب عليه^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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، والخنّان، وغيرها.

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^(٢)، وحق الزوج في التعزير فيما يباح له ونحوهما، وهذه الحقوق تتقيد بوصف السلامة^(٣).

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

(١) نقل هذا الإجماع، واستدل به ابن حجر في الفتح (٢٣٢/١٢).

(٢) هو أبو حنيفة 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 طمهان، وإسحاق الأزرق، والجارود بن يزيد، من مصنفاته: الفقه الأكبر في الكلام، المسند في الحديث، العالم والمتعلم، الرد على القدرية، توفي سنة ١٥٠هـ.

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد (٣٢٣/١٣)، التاريخ الكبير (٨١/٨)، تهذيب التهذيب (٤٤١/١٠)، سير أعلام النبلاء (٣٩٠/٦)، البداية والنهاية (١٠٧/١٠)، شذرات الذهب (٢٢٧/١)، طبقات خليفة، ص ١٦٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٨٢، والأشباه لابن نجيم، ص ١١٦.

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^(١).

وصاغ بعض الأساتذة في مسألة ضمان الطبيب قاعدة: «إذا لم يحصل من الطبيب تعدُّ ولا تفريط فهو غير ضامن لا في السراية، ولا في غير السراية لأن العمل المأذون غير مضمون، وهذا مأذون»^(٢).

هذه القاعدة أشار فيها واضعها إلى سراية 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، فأقحام لفظ: «لا في السراية، ولا في غير السراية»، لا محل له مع تقدم وسائل العمليات الجراحية في هذا العصر، فلا يمكن أن يُقدِّم الطبيب اليوم على عمله حتى يتأكد على الأقل ٩٠٪ من نجاح العملية التي سيباشرها^(٣).

(١) انظر: الرسالة لابن أبي زيد القيرواني (٣١٧/٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢٥/٤، ٢٧) (٤/٢٢٧)، بداية المجتهد (١٩٤/٢)؛ المبسوط للسرخسي (٧٥/١٥) و(١٦١/١٥) حاشية الصاوي (٢٧٦/٤)؛ زاد المعاد (١٣٩/٤)؛ الطب النبوي ص ٣٥. وانظر: بحث الدكتور علي داود الجفال بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٨، جزء ٣، ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) وهو الأستاذ الشيخ عبدالله البسام، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨، الجزء ٣، ص ٣٨٦ - ٣٨٧.

(٣) انظر: مناقشة موضوع أخلاقيات الطب، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ٨ (٣٨٦/٣).

المسألة ٢: أساس عدم مسؤولية الطبيب:

إن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح هو إذن الشرع أو إذن المريض بالعمل الطبي أو الجراحي، شريطة التزام 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 سرية فلا يضمنها القاطع^(١).

وقد قال ثلثة من العلماء الأفاضل بمثل هذا القول منهم: فضيلة الشيخ حسنين مخلوف^(٢)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٣)، والشيخ علي الجفال^(٤).



(١) انظر: كتابه الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، طبع المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت ١٩٨٣م، ص ٤١ - ٤٢. وبحث: «ضمان الطبيب والمسؤولية الطبية»، للدكتور: محمد علي البار، الدورة الخامسة عشرة، سنة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م)، ص ١٣.

(٢) فتاوى شرعية، ص ١٠٨.

(٣) نظرية الضمان، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق - سوريا، ص ٢١٢.

(٤) انظر: بحثه «أخلاقيات الطبيب وضمانه»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٨٤/٣ - ٩١).



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^(١). كما وردت في بعض كتب أصول الفقه^(٢)، وكُتِبَ في معناها، وما يتعلق بها كتب مستقلة^(٣).

(١) انظر هذه القاعدة في: أصول الكرخي (المطبوع مع تأسيس النظر) ص ١٦٤. الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٠١، الفروق للقراقي (٧٦/١)، القواعد للمقري (٣٤٥/١)، إيضاح المسالك، ص ٣٩٢، أشباه السبكي (٥٠/١)، أشباه السيوطي، ص ١١٩، القواعد لابن رجب، ص ٣٤٢، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٣٧/٦)، موسوعة القواعد والضوابط للندوي (١٧٠/١).

(٢) شرح الكوكب المنير (٤٤٨/٤). جمع الجوامع وحاشية العطار عليه، لحسن محمد العطار (ت ١٢٥٠هـ)، طبع المكتبة التجارية الكبرى (د.ت)، القاهرة - مصر (٣٩٩/٢).

(٣) من تلك الكتب رسالة لابن عابدين بعنوان: «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف»، وهي مطبوعة ضمن مجموعة رسائله (١١٤/٢ - ١٤٧)، وكتاب: «العرف وأثره في الشريعة الإسلامية»، للدكتور أحمد علي سير المباركي، وكتاب: «العرف والعادة» للشيخ فهمي أبو سنة.

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»^(١).

«الممتنع عادة كالممتنع حقيقة»^(٢).

«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٣).

«إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»^(٤).

شرح مفردات القاعدة:

العادة لغة: من العود والمعاودة، وهي بمعنى: الرجوع، وتثنية الشيء وتكراره^(٥).

محكمة: اسم مفعول من حُكِمَ يحكِّم، يقال: حَكَّم فلان في كذا، إذا جعل أمره إليه، والحكِّم القضاء، وأصل مادته تدل على المنع^(٦).

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^(٧).

وأما معنى العادة في الاصطلاح: فهو يختلف عند الأصوليين عنه عند الفقهاء.

(١) انظر: المجلة، مادة: ٣٧، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٦٩، الوجيز للبورنو، ص ٢٩٢.

(٢) انظر: المجلة، مادة: ٣٨، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٧١.

(٣) المجلة، مادة: ٤٣، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٣. الوجيز، ص ٣٠٦.

(٤) المجلة، مادة: ٤١، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٧٩. الوجيز، ص ٢٩٥.

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة (٤/١٨١ - ١٨٢)، القاموس المحيط (٣١٨/١)، مادة: عود، المصباح المنير (٢/٥٩٧). التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٩٥.

(٦) انظر: معجم مقاييس اللغة (٢/٩١)، لسان العرب (٣/٢٧٠)، مادة: حكم.

(٧) المفردات للراغب، ص ٣٣١ - ٣٣٢.

تعريف العادة عند الأصوليين:

عرّف الأصوليين العادة: بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية^(١).

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^(٢).

تعريف العادة عند الفقهاء:

عرّف الفقهاء العادة بأنها: عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة^(٣).

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 حَكَمًا لإثبات حكم شرعي)^(٤).

(١) التقرير والتحجير، شرح التحرير للكمال بن الهمام، شرح العلامة ابن أمير الحاج (٣٥٠/١).

(٢) الوجيز للبورنو، ص ٢٧٤.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٠١. القاموس الفقهي، ص ٢٦٥.

(٤) شرح المجلة للأتاسي (٧٨/١).

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 لللفظ 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)^(١).

وقرر ذلك الشيخ مصطفى الزرقاء - أيضاً - فقال: (المراد بالعادة في هذه القاعدة هو العرف بنوعيه اللفظي والعملي)^(٢).

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 عرّفه بأنه: (عادة جمهور قوم في قول أو فعل)^(٣). فبينهما عموم وخصوص مطلق^(٤).

وقُيدت العادة المعتبرة بالألا تخالف نصاً شرعياً، وبأن تطرد وتغلب.

وقُيد العرف بأن يكون سابقاً لإنشاء التصرف، أو مقارناً له، واشترط

(١) المصدر نفسه (٧٨/١).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (١٠٠٨/٢).

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقاء (٨٧٢/٢).

(٤) بين معنى العادة ومعنى العرف تقارب وتداخل فمن العلماء من قال: هما بمعنى واحد. ومنهم من فرق بينهما 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 (١١٤/٢)، كتاب الإمام مالك لأبي زهرة، ص ٣٥٣، الوجيز للبورنو، ص ٢٧٦.

بعضهم أن يكون العرف عاماً، كما اشترط فيه - فيما يجري بين الناس من معاملات - ألا يصرّح بخلافه^(١).

أدلة القاعدة:

إن أشهر ما استدل به على هذه القاعدة، ما روي عن عبدالله بن مسعود:

«ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأى المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئ»^(٢). وقد اعتبره عدد من العلماء أصيلاً لهذه القاعدة على اعتبار رفعه إلى رسول الله ﷺ^(٣).

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﴾^(٤).
- وقوله تعالى: ﴿فَاتَّبِعُوا بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾^(٥).
- وقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٦).

(١) انظر: أصول الإمام أحمد، ص ٥٢٨ - ٥٢٩. والعرف وأثره في الشريعة والقانون، ص ٨٩ - ١٠٤.

(٢) أخرجه الإمام أحمد بهذا اللفظ موقوفاً على عبدالله بن مسعود رضي الله عنه، وقال الحافظ ابن حجر: إسناده حسن. انظر: المسند (١/٣٧٩).

(٣) قال الشيخ أحمد الزرقاء: (وإن كان موقوفاً فله حكم المرفوع؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه)، انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٦٥.

(٤) سورة الأعراف، الآية: ١٩٩.

(٥) سورة البقرة، الآية: ١٧٨.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٢٨.

وقد ورد لفظ المعروف في القرآن الكريم في سبعة وثلاثين موضعاً، كما أن أثر العادة والعرف والمعروف ورد في السنة تارةً مصرحاً به وتارةً لم يصرح به، ولكن بني الحكم عليه، كما في أحاديث مشروعية السلم، وبيع العرايا، وبيع الجزاف...^(١).

ضوابط العرف والعادة:

إن سعة أطراف القاعدة - لما تتضمن من بحوث عريضة - جعلت الفقهاء يَصُوغُون ضوابط مختلفة - هي بمثابة قواعد فرعية مندرجة تحت القاعدة الأم - تجمع تلك البحوث والمسائل وتنظمها، ومعظم تلك الضوابط على اختلاف التعبيرات 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»^(٢).

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 اطردت أو غلبت»^(٣).

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.

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١٧٣/١ - ١٧٩).

(٢) المجلة، مادة: ٤٣، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٢٦، أشباه ابن نجيم، ص ١٠٨، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٧٤٩/١٠).

(٣) المجلة، مادة: ٤١، أشباه السيوطي، ص ١٢٢، أشباه ابن نجيم، ص ١٠٣.

والمراد بالغلبة: أن يكون جريان أهله عليه حاصلًا في أكثر الحوادث، أو عند أكثر الناس^(١).

- «العبرة للغالب الشائع لا للنادر»^(٢).

هذه قاعدة مهمة مشهورة من قواعد الفقه الإسلامي، وهي أعم من الضابط المذكور آنفًا «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»، ولذا لا يصح القول: إنهما متحدتان على الإطلاق، لأن القضايا المنوطة بالعرف لا يخلُ بعمومية هذه القاعدة؛ لأن الغالب الشائع هنا ليس محصوراً بأن تكون غلبة وقوعه من جهة أنه عرف تعامل به الناس وأتلفوه^(٣)، فالذرائع إلى المحرم لغلبة سلوك الناس فيها تسدّ وتمنع، وإن لم يكن بها علاقة بالعرف^(٤).

وإذا اعتبرنا القاعدة في باب العرف فإن المقصود والمراد بالشيوع: اشتها العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس.

- «التعيين عرفاً كالتعيين بالنص»^(٥).

يعني: أن أي حكم يترتب على التعيين بصريح النص، يترتب على التعيين بالعرف والعادة^(٦).

- «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر للأحق»^(٧).

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٧٩.

(٢) هذه القاعدة ذكرها البعض باعتبارها متفرعة عن قاعدة العادة محكمة، كما فعل صاحب الوجيز، ص ٢٩٥، وفي الحقيقة هي لا تناط بالعرف فقط، بل تشمل العرف وغير العرف، ولذلك ذكرتها - هنا - لإزالة الالتباس.

(٣) شرح الأتاسي (٩٩/١).

(٤) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١٩٦/١).

(٥) انظر: المجلة، المادة: ٤٥، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٧، الوجيز، ص ٣٠٦، موسوعة القواعد الفقهية (٤١٧/٤).

(٦) شرح الأتاسي (١٠٢/١).

(٧) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ١٢٧، أشباه ابن نجيم، ص ١١٠، موسوعة القواعد الفقهية (٤٠١/٦).

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^(١).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: أجره السُّمسار^(٢):

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 ٢: 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

(١) الوجيز للبورنوي، ص ٢٩٧. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/١٥٨).

(٢) السُّمسار: الدَّالُّ، وهو الوسيط بين البائع والمشتري لتسهيل الصَّفقة، انظر: القاموس الفقهي، ص ١٨٣، المعجم الاقتصادي الإسلامي للشرباصي، ص ٢٢٧.

القضايا المعاصرة، ومنها: هل يمكن أن تحل مكالمة هاتفية محل القبض؟

المسألة ٣: عمليات الصّرف 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 بقيّد القيمة المعادلة للعملة الأجنبية بحسب سعر يوم الإيداع بحساب العميل لديه بالعملة الوطنية، وهذا قبض حكمي معتبر؛ إذ تعين به حق العميل تجاه البنك^(١).

المسألة ٤: حكم الأوراق التجارية:

مثل: الكمبيالة، والسند الإذني، والشيك^(٢)، وهي صكوك ثابتة للتداول تمثل حقاً نقدياً، وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع، أو بعد أجل قصير، فيجري العرف على قبولها كأداة للوفاء، ولا مانع من اعتبارها مقبولة شرعاً^(٣).

ولزيادة البيان أورد نص قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، المتعلق بالقبض الحكمي للأموال:

- (يقوم تسلم الشيك مقام القبض عند توافر الشروط، في مسألة صرف النقود في المصارف.

- يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف، أو بعملة مودعة فيه^(٤).

(١) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، نشر: الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية (د.ت)، القاهرة - مصر (٦٠٥/٥ - ٦٠٧).

(٢) انظر: سبق تعريف الكمبيالة، والسند الإذني، والشيك، ص ٢٠٩ من الأطروحة، تحت قاعدة: (كل ما جاز بيعه جاز هبته، وما لا فلا).

(٣) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية (٤٧٧/٥).

(٤) القرار الصادر في الدورة الحادية عشرة من سنة (١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م).

المسألة ٥: التَّقَابُضُ شرط في شراء الذهب والفضة:

فإن هذا التَّقَابُضُ يمكن أن يكون حقيقياً بأن يسلم البائع السلعة والمشتري الثمن تسليماً حقيقياً في مجلس العقد، وقد يكون حكماً بالقيود الحسابي، وذلك بحسم الثمن من حساب العميل، وإضافة المقدار المبيع من الذهب أو الفضة إلى حسابه، وإعطائه إيصال الإيداع^(١).

ولا يخفى أن هذا التصرف مستمد من العرف العالمي السائد في مثل هذه المعاملات.

المسألة ٦: بيع الاستجرار^(٢) من العقود البسيطة السائدة اليوم:

وهو من قبيل البيع بسعر الشُّوق، فمن المتعارف عليه الآن أن يأخذ النَّاسُ ما يحتاجون إليه كل يوم ممن يتعاملون معه من بَقَّالٍ، أو لَحَّامٍ، أو فاكهِيٍّ، ولا يجري الاتفاق على ثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبهم عند أول الأسبوع أو الشهر، فيؤفونَه حسب سعر الشُّوق في كل يوم، وهو ما يعرف اليوم باسم الحساب الجاري^(٣).

(١) القرار الصادر عن الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم: ٥.

(٢) وحقيقته: أن يشتري شيئاً من خباز 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 (٤٩/١٣)، بدائع الصنائع (٣٦٥/٤ - ٣٦٧)، فتح القدير (١١٣/٥)، رد المحتار (٣٠/٤)، الشرح الكبير للدردير (١٥/٣) القوانين الفقهية ص ٢٥٧، مغني المحتاج (١٧/٢)، المهذب (٢٦٦/١)، المغني (١٨٧/٤)، المحلي (١٩/٩)، نظرية العقد لابن تيمية، ص ١٦٤، ١٧٢، أعلام الموقعين (٥/٤ - ٦).

(٣) انظر: الغرر وأثره في العقود، ص ٢٧٩.

المسألة ٧: 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^(١).

ب - لا بأس أن نعتبر الآن التلكس، والبرق، ووسائل الإعلام الفورية من قبيل وحدة المجلس التي اشترطها الشرع لعقد المصارفة... تيسيراً على الناس، وأخذاً بالعرف التجاري السائد^(٢).

ج - يحق للبنك في عقود المرابحة 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^(٣).

د - يجوز حصول الشركة على عمولة بيع الشيكات السياحية التي تصدرها بقدر الخدمة، وما يتفق مع العرف السائد مقابل الجهد الذي تبذره الشركة في هذا الإصدار^(٤).

المسألة ٨ - يجوز بيع العربون^(٥)، في المعاملات التجارية المعاصرة:

جرياً على جوازه في المذهب الحنبلي، وخاضع لمبدأ الشروط والالتزامات، وفي نفس الوقت متبع للقوانين والأعراف التجارية العامة.

(١) فتاوى بيت التمويل الكويتي (٣٥/١).

(٢) فتاوى بيت التمويل الكويتي (٥٢/١).

(٣) المصدر نفسه (١٥/١).

(٤) انظر: فتاوى الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، الفتوى رقم: ٤. ضمن فتاوى الخدمات المصرفية ص ١٤٧، وانظر: الفتوى رقم ١٥٩ ضمن فتاوى الخدمات المصرفية، ص ١٤٥ - ١٤٧.

(٥) العربون: ما يجعله المشتري من الثمن على أن يُحسب منه إن مضى البيع، وإلا استحق للبائع، راجع: القاموس الفقهي، ص ٢٤٦.

وإلى هذا جنح رأي بعض البنوك الإسلامية، فقرر أخذ العربون من العميل ومصادرته حين إخلاف الوعد بناءً على رأي الحنابلة^(١).

المسألة ٩: جواز صحة السلم في أفراد الحيوان:

فإنه (ينبغي الجزم اليوم بصحة السلم اتفاقاً من الوجهة الفقهية في حيوان اللحم الذي تُعورف بيعه بالوزن وهو حي: كالبقرة، والغنم، والدجاج، كما يحصل في تعهدات تقديم هذه الحيوانات للجيش، والحكومات، والمؤسسات، لأنه بالوزن تصبح مثلية، بخلاف حيوان الركب والاستعمال؛ لأن أفراده قيمة متفاوتة)^(٢).

المسألة ١٠: 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 - يفتقر عن الذهب والفضة على مذهب جمهور الفقهاء في أن الثمنية لا تتحقق فيه بخلافهما، فإنهما يمثلان الأمان بطبيعتهما.

وعلة ربا الفضل عند الجمهور هي الثمنية، فلا تتحقق بخلاف الحنفية الذين رأوا أن العلة في الذهب والفضة هي الوزن والجنس...^(٣)، ويعتبر التعامل في مثل هذه المسائل أحد المرجحات لدى الإفتاء من باب التيسير على الناس.

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

(١) انظر: فتاوى بيت التمويل الكويتي (٢٠/١).

(٢) عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ) دار القلم، دمشق - سوريا، ص ٩٨.

(٣) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار رقم: ١٠١.

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^(١).

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:

١ - 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 التزامات المشتري: تحمل كافة المصاريف والمسؤوليات والمخاطر منذ وضع البضاعة تحت تصرفه.

٢ - التسليم على رصيف ميناء البائع (F.A.S = Free Along)، 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^(٢).

(١) انظر: قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، القرار: ١٠١، وفتاوى بيت التمويل الكويتي (٤٧/٢).

(٢) انظر: الاستثمار والرقابة الشرعية، للدكتور عبدالحميد البعلي، ص ١٣٠ - ١٣٢.

فأمثال هذه القوانين تعتبر أعرافاً دولية، ولا مانع من قبولها، لعدم معارضتها للنصوص التشريعية، والله أعلم^(١).

المسألة ١١: حكم بدل الخلو أو [تعويض الخروج من السّكن]:

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.

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 تالير Thaller في كتابه «شرح القانون التجاري» المنشور سنة ١٩٠٤م، ثم استعمل هذا المصطلح في مصر وكان يطلق عليه «الريع الاقتصادي»^(٢).

صور الخلو: للخلو صور لكل صورة باعث أو أكثر، أقتصر على ذكر الصور المشهورة، دون التطرق لبواعثها:

(١) انظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، لأحمد الندوي، بتصرف بسيط (١/٢١٢ - ٢١٧).

(٢) بدل خلو المحل التجاري، نقلاً عن المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، ص ٨٢.

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^(١).

خلاف الفقهاء الأوائل حول بدل الخلو:

انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين:

الفريق الأول: قال بالجواز، وهم كل من ناصر الدين اللقاني^(٢)، والشيخ أحمد الغرقاوي^(٣) من المالكية^(٤)، وابن نجيم وعبدالرحمن العمادي^(٥)، من الحنفية^(٦)، كما ذهب أغلب علماء العصر إلى جواز

(١) جريمة خلو الرجل، لفتحية محمود قرة، دار المطبوعات الجامعية (١٩٨٥م)، ص ٧٧.

(٢) ناصر الدين اللقاني: هو أبو عبدالله 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 ٩٥٨هـ. انظر: شجرة النور الزكية، ص ٢٧٢، طبقات الأصوليين (٧٧/٣).

(٣) 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 وخلقه عليه السلام، ورسالة في مسألة الخلو عن الأوقاف المعمول بها عند المالكية، توفي سنة ١١٠١هـ - ١٦٩٠م. انظر: معجم المؤلفين (٩٦/١).

(٤) فتح العلي المالك، للشيخ عيش (٢٤٩/٢).

(٥) عبدالرحمن العمادي: هو عبدالرحمن بن علي بن عبدالرحمن العمادي، مفتي الشام دمشقي المولد والوفاة من فقهاء الحنفية، له الأغلاط التسعة مخطوط وهي رسالة صغيرة في النقد اللغوي، توفي سنة ١٢٢٣هـ - ١٨٠٨م. انظر: الأعلام للزركلي (٣١٨/٣).

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١١٤.

الخلو^(١).

الفريق الثاني: ذهب كل من الشيخ الشرنبلالي^(٢) الحنفي، والحموي، وابن عابدين والشيخ ميارة^(٣) المالكي، والشيخ عبدالواحد بن عاشر^(٤) إلى القول: بعدم الجواز^(٥).

واستدل الفريق الأول بأدلة أذكر 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،

(١) العلماء المشاركون في الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي، المنعقدة في عمان، بتاريخ ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، والذين صادقوا على قرار المجمع بجواز الخلو على تفصيل في ذلك.

(٢) الشرنبلالي الحنفي (٩٩٤هـ - ١٠٦٩هـ) حسن بن عمار بن علي المصري فقيه حنفي مكث في التصنيف نسبتة إلى شبري بلولة (بالمونوية)، 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 (٢/٢٠٨).

(٣) الشيخ ميارة: هو الإمام عبدالله بن محمد بن أحمد ميارة، أحد فقهاء المالكية المشهورين، من شيوخه عبدالواحد بن عاشر، أخذ عنه محمد ميارة الصغير، ومحمد المجاصي، له تأليف 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 ١٠٧٢هـ. انظر في ترجمته: شجرة النور الزكية (٣٠٩)، الأعلام (١١/٦).

(٤) الشيخ عبدالواحد بن عاشر: هو أبو مالك عبدالواحد بن أحمد بن عاشر الأنصاري الأندلسي الأصل الفاسي المولد والقرار الفقيه الأصولي المتكلم الإمام النظار، له تأليف منها: المنظومة المسماة «المرشد المعين»، رزق فيها القبول، وشرح مورد الظمان في علم رسم القرآن، وغير ذلك. توفي سنة ١٠٤٠هـ، وعمره خمسون سنة. انظر في ترجمته: شجرة النور الزكية ص ٢٩٩ - ٣٠٠.

(٥) انظر: مفيدة الحسنى في دفع من ظن الخلو بالسكنى، للحسن بن عمر الشرنبلالي ص ٧٧، غمز عيون البصائر (١/٣١٨).

وجرى عليه العمل^(١).

وقال أحمد الغرقاوي: (وقد أجمع على العمل بها، واشتهرت في المشارق والمغرب، وانحطَّ عليها العمل)^(٢).

وقال ابن نجيم: (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره)^(٣).

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^(٤).

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 يحدها بحدّ، عند ذلك نرجع إلى حدّها إلى ما تعارف عليه النَّاس، لأن الشرع يكون قد خاطبنا بما نعرف... والقاعدة: «العرف والعادة يرجع إليه في كل حُكْم حَكَم الشارع به ولم يحده».

فصار واضحاً من ذلك أن العرف ليس دليلاً بنفسه، وإنما هو شارح ومفسر للمطلوب من الدليل.

(١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (١/١٣٧).

(٢) انظر: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لأبي عبدالله الشيخ محمد أحمد عليش (ت ١٢٩٩هـ) طبعة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م، مصطفى البابي الحلبي وأولاده (٢/٢٥٠).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١١٣ - ١١٤.

(٤) انظر: بحث كل من الدكتور محمد سليمان الأشقر، والشيخ محيي الدين قادي، والأستاذ إبراهيم فاضل الدبو، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث.

وهذه المسألة: بيع الخلو لتمليك المنفعة على التأبید، لا يجوز أن يُتبنى الحكم فيها على العرف كدليل مستقل، بل يجب أن يقال: إن العرف إذا خالف الحكم الشرعي يجب ردّ العرف، لكونه مبنياً على أمر باطل، كما لو تعارف النَّاس في بلد ما على معاملات ربوية، فإنه يجب إخراج ذلك العرف، والعمل بالحكم الشرعي^(١).

وما ذهب إليه محمد الكبّي، بناءً على طريقته 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؟

١ - 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 التأبید، ولا يحق للمستأجر أن يطالب به، لأنه انتفع بما يقابله.

٢ - 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^(٢).

والحقيقة أن كلام محمد الكبّي يحتاج إلى تفصيل: فإذا كان يقصد ببدل الخلو ما جاء في معنى الصورة الأولى التي ورد ذكرها سابقاً، فيسلم له ويوافق على ما ذهب إليه، أما إذا كان 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، فالغنم بالغرم، والمعاملة لم تخرج عن قواعد عقود المعاوضات فهي صحيحة ومشروعة والله تعالى أعلم.

(١) المعاملات المالية المعاصرة، سعد الدين محمد الكبّي، ص ٤٧٤.

(٢) هو الذي استعمل شيئاً مباحاً فحصل له خلل، المرجع نفسه، ص ٤٧٤.

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: مسؤولية الطبيب الجراح، وأخصائي التخدير:

إن الطبيب الجراح يتحمل المسؤولية عن أهلية أخصائي التخدير المعاون له في إجراء 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 بالقاعدة الفقهية: «العادة محكمة»^(١).

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 الصحية التي تجرى فيها العمليات الجراحية.

فإذا حدث المحذور وتضرر المريض بحدوث شلل أو إعاقة ما، أو دخوله في غيبوبة انتهت بموته، فالتقصير يرجع إلى:

١ - الطبيب الرئيس المسؤول عن العملية الجراحية برمتها، بما فيها اختياره لأخصائي تخدير غير مؤهل.

٢ - 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 المطبَّبة.

المسألة ٢: 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

(١) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشقيطي، ص ٥٠٥.

- 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؟

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 إذاً 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)^(١).

□ القاعدة الثانية: لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان^(٢):

معنى القاعدة:

هذه القاعدة اعتبرها البعض من القواعد الكلية المتفرعة عن قاعدة العادة محكمة^(٣).

معلوم أن الأحكام منها ما هو معلل (معقول المعنى) ومنها ما هو تعبدي (غير معقول المعنى)، فأما التعبدي فلا يتغيّر أبداً، لأنه مبني على النص، والنص ثابت لا يتغيّر، وأما الأحكام المعللة، وهي أكثر أحكام الشريعة الإسلامية، فعلى قسمين أيضاً من حيث علتها، فهي إما علة لا تقبل

(١) الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، للخادمي، ص ٩٢.

(٢) انظر: المجلة، مادة: ٣٩، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٧٣. الوجيز، ص ٣١٠، موسوعة القواعد الفقهية (١١٠٠/٨).

(٣) من هؤلاء محمد صدقي البورنو. انظر: كتابه الوجيز، ص ٣١٠.

التغيّر والتبدل، كتحرير 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 علته وجوداً وعدماً».

وإما أن تكون العلة قابلة للتغيير كالعرف والمصالح، وهذه يتغير الحكم فيها بتغير علته، يثبت بثبوتها ويتنفي بانتفائها، وبذلك تكون القاعدة مما أطلق وأريد به المقيد، وإن «أل» الداخلة على الأحكام فيها ليست للاستغراق.

ولرفع أي التباس رأى بعض العلماء أن تكون صياغة القاعدة هكذا: «لا ينكر تغيير الأحكام الاجتهادية بتغير الزمان»^(١).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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^(٢).

(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 منافع العارضة، فهو

(١) انظر: الوجيز للبورنو، ص ٣١١. موسوعة القواعد الفقهية (١١٠٠/٨).

(٢) الملكية في قوانين البلاد العربية للدكتور عبدالمنعم فرج الصده (٩/١)، نقلاً عن بحث: «الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية»، للدكتور عبدالسلام العبادي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥ (٢٤٧١/٣ - ٢٤٧٢).

حق معنوي... مثل حق القصاص وحق رفع الدعاوى وحق الطلاق والولاية، وسائر الحقوق المتعلقة بالكرامة الإنسانية وعموم ما يدخل في معنى العرض^(١).

واختلفت أنظار العلماء في تكييفها وتخريجها، أذكر هنا تخريجاً على القاعدة الفقهية قام به بعض العلماء المعاصرين منهم الأستاذ عبدالحليم طهماز، والشيخ محمد سالم بن عبدالودود والشيخ يوسف القرضاوي^(٢).

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 تغيير 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

(١) انظر: بحث «الحقوق المعنوية حق الإبداع وحق الاسم التجاري»، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٥ (٣/٢٣٩٧ - ٢٣٩٨).

(٢) وقد قال بهذا التخريج كل من الأستاذ عبدالحميد طهماز في كتاب حق الابتكار للدريني، ص ١٧٥ - ١٧٦. الشيخ محمد سالم بن عبدالودود رحمه الله والشيخ يوسف القرضاوي في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (٣/٢٥٣٩ - ٢٥٤٢).

التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعاً ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها^(١).

المسألة ٢: 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 الأمانة.

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)^(٢).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس (٢٥٧٩/٣ - ٢٥٨١).

(٢) انظر: بحث «المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية»، للدكتور حسين

كامل فهمي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (١١٥/٣ - ١١٤).

ب - تضمين البنوك الإسلامية للودائع الاستثمارية:

ذهب بعض العلماء المعاصرين من أمثال الدكتور سامي حسن حمود^(١)، والدكتور منذر قحف^(٢)، والدكتور نزيه حماد^(٣)، 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^(٤).

(١) أول من نادى بتضمين البنوك الإسلامية، هو: د. سامي حسن حمود في كتابه (تطوير الأعمال المصرفية) الذي نشره في عام ١٩٧٦م. 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 ١٤٠٩هـ، والثانية في بحثه (الحسابات المصرفية)، المقدم إلى مؤتمر المجمع الفقهي التاسع عام ١٤١٧هـ. والثالثة في بحثه: (التكييف الفقهي للمضاربة المشتركة وتطبيقاتها المعاصرة)، المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب خلال عام ١٤١٩هـ.

والدكتور سامي حمود نائب رئيس شعبة البنوك والتمويل الإسلامي، بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي. انظر: سندات القراض و ضمان الفريق الثالث، وتطبيقاتها في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية، للدكتور منذر قحف، مجلة الملك عبدالعزيز للاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م. والدكتور منذر قحف، خبير بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) انظر: بحث (مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي)، للدكتور نزيه حماد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بحث رقم: (٥٣)، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

(٤) انظر: التكييف الفقهي للمضاربة المشتركة، وتطبيقاتها المعاصرة، للدكتور سامي حمود، بحث مقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ص ٩٠. أو راجع: المحاضرات المقدمة في دورات مجمع الفقه الإسلامي ١٣، ١٤، ١٥، ١٦.

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 جانبهما، لذلك يمكن قياس عمل البنك بصفته مضارباً مشتركاً على عمل كل منهما، بما يسوغ في النهاية إصدار الحكم بجواز ضمان البنك للأموال المودعة لديه^(١).

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^(٢).

وبناءً 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.

(١) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، للدكتور: سامي حمود، ص ٣٨٨ - ٣٩٢.

(٢) د. سامي حمود، بحث التكليف الفقهي للمضاربة المشتركة وتطبيقاتها المعاصرة، ص ١١ - ١٦، ص ٣٩، ص ٦٢ - ٦٣، ص ٧٦ - ٧٨.

أما الأصل الشرعي الذي استند إليه في إصدار هذا الحكم، فهو ما تقتضيه قواعد العرف المصرفي السائد في جميع أنحاء العالم، وما تستلزمه قاعدة: «تغيير الأحكام بتغيير الأزمان»^(١).

ويجدر التنبيه - هنا - إلى أن الرأي المعتمد في هذه المسألة هو عدم التضمن، وقد ورد هذا الحكم ضمن قرار مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الرابع^(٢)، 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)^(٣).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: حكم نقل الأعضاء البشرية من ميت إلى حي:

ذهب جمهور كبير من العلماء، وكذا بعض المجامع الفقهية، إلى جواز ذلك استناداً إلى قاعدة: «أن الأحكام تتغير بتغيير الأزمان»^(٤).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (٣/١٥٠ - ١٥٥).

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (٣/٢١٥٩ - ٢١٦٥).

(٣) انظر: القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (٣/٢٩٥).

(٤) شفاء التباريح والأدواء لليعقوبي، ص ٢١، والمختارات الجليلة لابن سعدي، طبعة المدني ١٣٧٨هـ، ص ٣٢٥.

ووجه التخريج على القاعدة: أن نقل الأعضاء الآدمية 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 أمس الحاجة إلى هذه الأعضاء لقيام حياتهم العادية عليها، لا سيما أن هذا الحكم الصادر دخل في دائرة الاجتهاد المعاصر المشروع، والقاعدة الفقهية تقول: «لا ينكر تغيير الأحكام الاجتهادية بتغيير الزمان»، فوجب تغيير الحكم بتغيير الحال والزمان.

فهذا النقل كان حراماً في العصور السَّابقة التي يغلب على الظن فيها الهلاك بعملية القطع والغرس، ويعتبر جائزاً في هذه العصور الحديثة التي أصبح فيها دواءً وعلاجاً نافعاً^(١).

المسألة ٢: 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 ما دام أن الوصية ممكنة التنفيذ، يقول القرضاوي: (والذي يتضح لي أنه إذا جاز له

(١) انظر: المختارات الجليلة لابن سعدي، ص ٣٢٥، أحكام الجراحة الطبية للشنقيطي،

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^(١).

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... إلخ، والتبرع ببعض الأعضاء لا يتنافى مع شيء من ذلك بيقين^(٢).

□ القاعدة الثالثة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً^(٣):

تعريف القاعدة:

هذه القاعدة هي من القواعد المهمة المتفرعة عن القاعدة الكبرى «العادة محكمة». وهي ذات فائدة جمّة خاصة في باب المعاملات المالية وما يتعلق بها من أحكام.

(١) فتاوى معاصرة للقرضاوي (٥٨٩/٢).

(٢) انظر: فتاوى معاصرة للقرضاوي (٥٩٠/٢).

(٣) انظر: مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٤٣، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٣، الوجيز، ص ٣٠٦، موسوعة القواعد الفقهية (٧٤٩/١٠).

وقد وردت هذه القاعدة في مصادر كثيرة بعبارات مماثلة لما سبق، أو قريبة منها، وإليك بعض هذه العبارات:

«المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً»^(١).

«الشرط العرفي كاللفظي»^(٢).

«العادة المطردة تنزل منزلة الشرط»^(٣).

«العادة في عرف الشرع كالشرط»^(٤).

المعنى اللغوي للقاعدة:

سبق وأن عرّفنا العرف في اللغة والاصطلاح^(٥).

أما الشرط لغةً: يجمع على أشراط وشروط، وقد جاء بعدة معانٍ، منها: العلامة التي يجعلها الناس بينهم. أو هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه^(٦).

أما في الاصطلاح: فيختلف التعريف على حسب استعمال علماء كل فن:

فعلما الأصول عرفوه بقولهم: (ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)^(٧). بمعنى: أن الشرط هو ما يتوقف وجود

(١) زاد المعاد (١٠٩/٥ - ١١٨).

(٢) إعلام الموقعين (٣/٣).

(٣) موسوعة القواعد الفقهية (٣٣٧/٦).

(٤) انظر: المعيار المعرب لأحمد بن يحيى الونشريسي، خرجه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حجي (٤٤٩/٦).

(٥) انظر: ص ٤٨٧ من الأطروحة.

(٦) تاج العروس (٣٠٥/١٠)، لسان العرب (٢٩٧/٣)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٢٧.

(٧) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي، ص ٨٢. جمع الجوامع للسبكي مع حاشية البباني على شرح الجلال المحلي (٣٠/٢ - ٣١).

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: التزام 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^(١).

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)^(٢).
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 كلاً 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^(٣).

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

(١) انظر: القاموس الفقهي، ص ١٩٢.

(٢) الوجيز لمحمد صدقي البورنو، ص ٣٠٦.

(٣) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (١٩٢/١).

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 مضاد للشارع^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن القاعدة الفقهية: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»^(٢)، 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^(٣).

وبناء 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 غيرهما 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.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: حكم دخول المصرف الإسلامي كعنصر جديد في المضاربة المشتركة واستحقاقه الربح:

المضاربة المشتركة: هي الصيغة التعاقدية المطورة لشركة المضاربة الفردية^(٤)، أو الثنائية، وهي تقوم على أساس أن يعرض المصرف الإسلامي

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٣.

(٢) انظر: المجلة، المادة: ٤٤، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٨٥. الوجيز، ص ٣٠٦، موسوعة القواعد الفقهية (٧٥٢/١٠).

(٣) الوجيز لمحمد صدقي البورنو، ص ٣٠٨.

(٤) المضاربة الفردية يقصد بها المضاربة المعروفة في الفقه الإسلامي تمييزاً لها عن =

- 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^(١).

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 بمالهم - 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»^(٢).

= المضاربة التي تجريها المصارف الإسلامية. وتقيدها بالفردية تمييزاً لها عن المضاربة المشتركة أو الجماعية التي تجريها البنوك الإسلامية.

(١) انظر: الاستثمار أميرة مشهور، ص ٣٠٧. والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، ص ٣٠٠. وانظر: تعريفات أخرى لمجموعة من العلماء المعاصرين المشاركين في الدورة الثالثة عشرة والتي بحث فيها موضوع المضاربة المشتركة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي المجلد الثالث.

(٢) انظر: القرار بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣ (٣/٢٨٩ - ٢٩٥).

وأغلب الباحثين نحواً منحى قياسها على المضاربة الفردية، وبيان أن الفوارق الجوهرية بين المضاربة الجماعية وبين المضارب الفردية غير مؤثرة، وبالتالي تكون المضاربة الجماعية مباحة قياساً على المضاربة الفردية^(١). وذهب الدكتور محمد عبدالله العربي إلى تخريجها على قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٢).

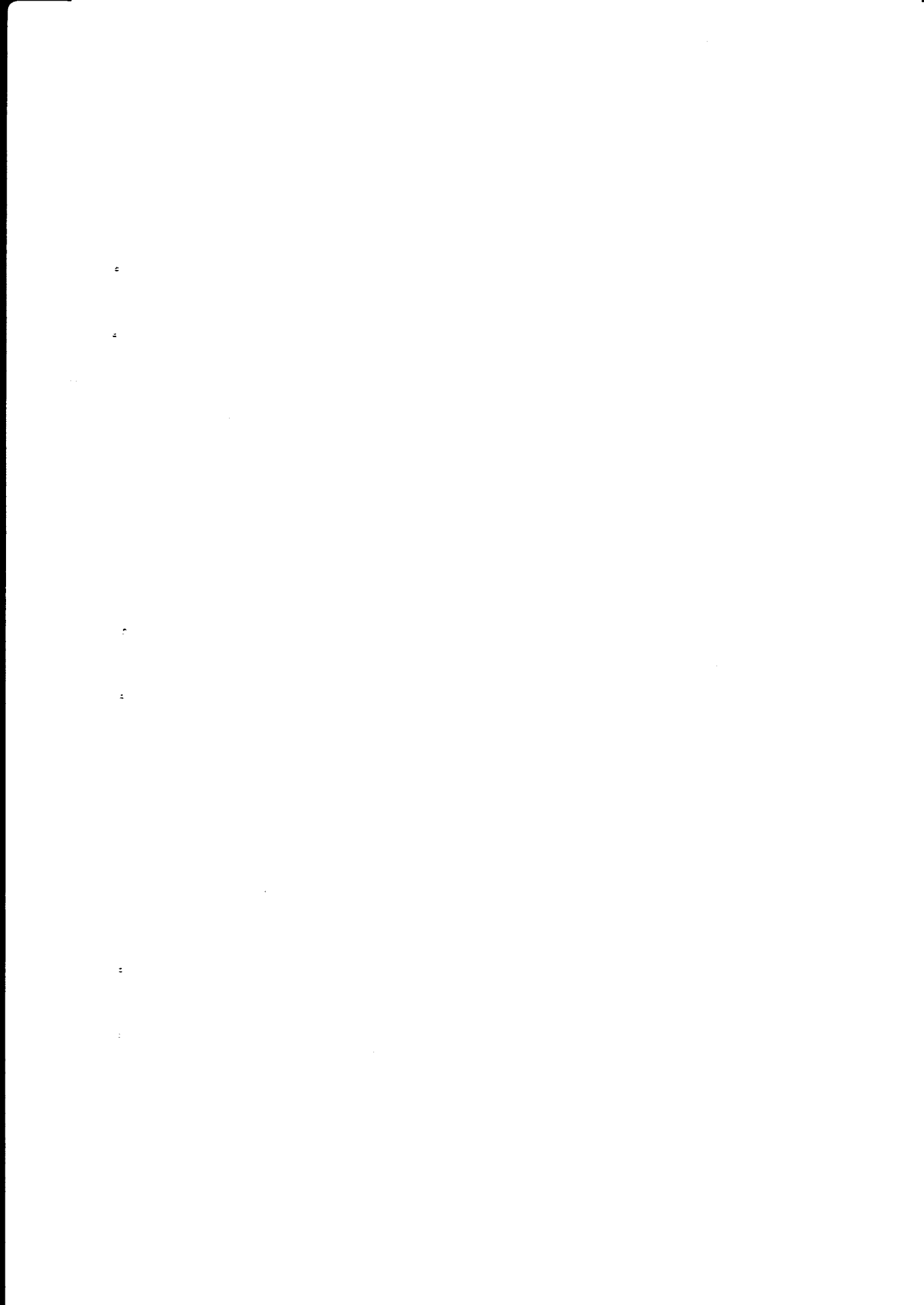
وخلاصة ما قاله: أن المصرف يتصرف في الأموال كمضارب يعطي تلك الأموال إلى غيره مضاربة بمقتضى المضاربة المطلقة أو التفويض العام، واستند في ما ذهب إليه إلى قول الحنفية والحنابلة، الذين أجازوا المضاربة المطلقة عملاً بعرف التجار، الذي جرى على أن التفويض العام يقتضي دفع المال إلى الغير مضاربة؛ لأن الغير قد يكون أبصر وأحذق بالتجارة من المضارب. وخالف في ذلك المالكية والشافعية فلم يجيزوا ذلك إلا بإذن صريح^(٣).

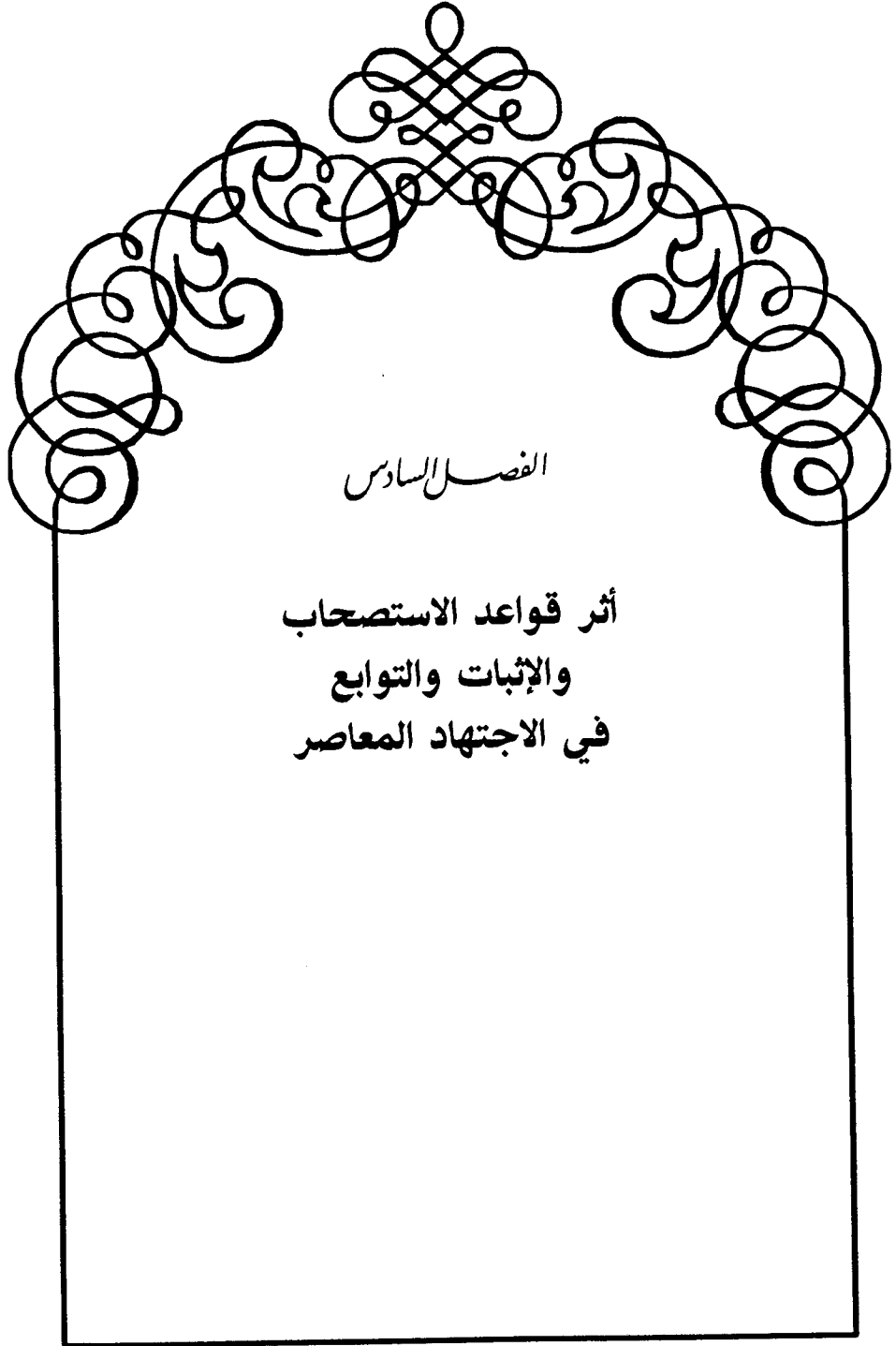
والراجع في ذلك ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة، لأن: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٤).

وبناءً على ذلك يجوز للمصرف الإسلامي أن يعطي المال لغيره مضاربة ويستحق على عمله الربح^(٥).



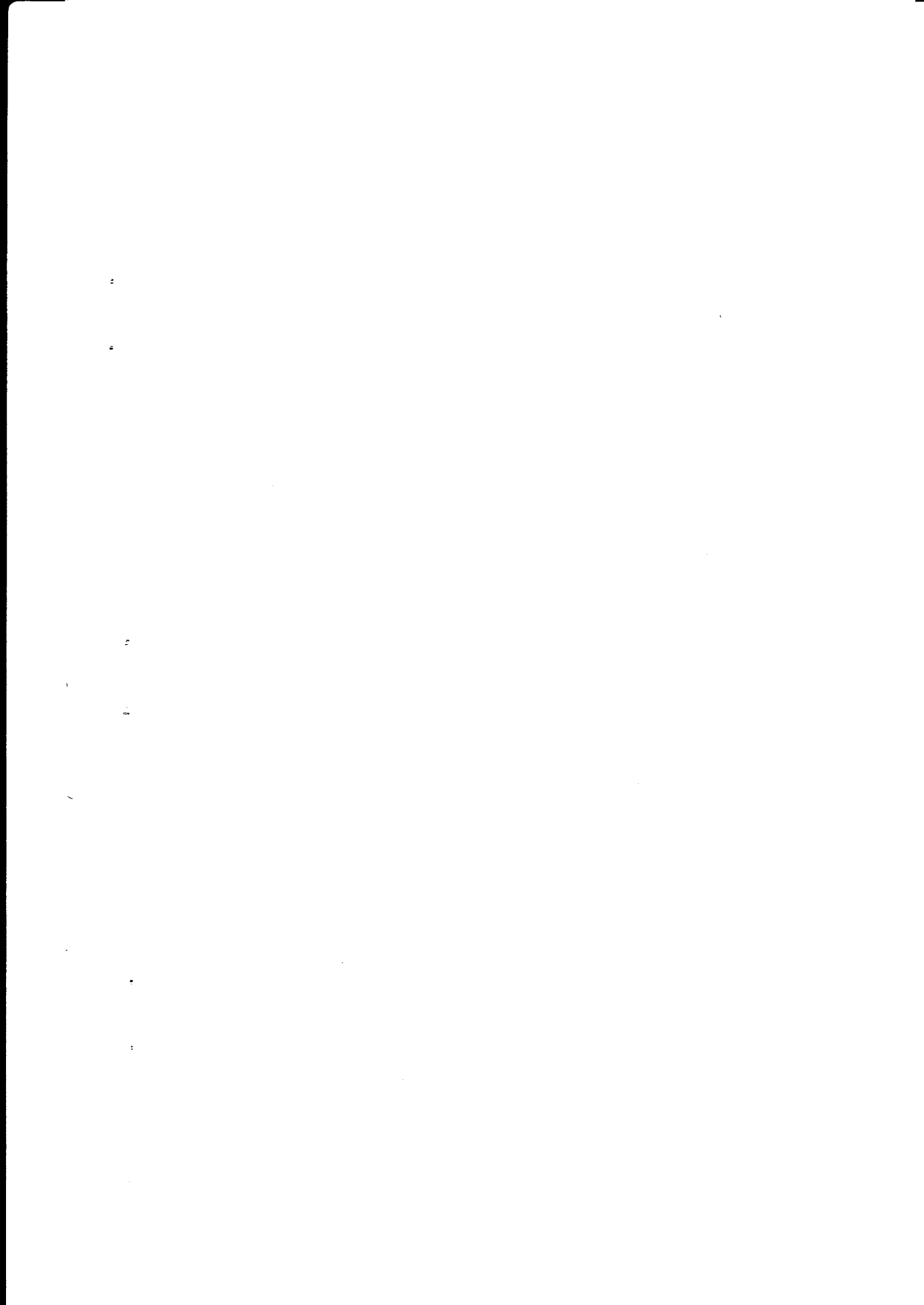
- (١) انظر: البحوث العلمية المتعلقة بموضوع المضاربة المشتركة المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشرة، المجلد الثالث.
- (٢) انظر: المعاملات المصرفية ورأي الإسلام فيها، لمحمد عبدالله العربي، ص ٣٦.
- (٣) انظر: المبسوط (١٥٨/٢٢)، بدائع الصنائع (١٢١/٥ - ١٢٢)، البحر الرائق (٢٦٤/٧)، مواهب الجليل (٣٦٣/٥)، تكملة المجموع للمطيعي (٤٢١/١٣)، المغني (٣/٥) كتاب الشركة.
- (٤) انظر: المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، ص ٣٠٤.
- (٥) انظر: بحث «التوجيه التشريعي»، للدكتور المرحوم محمد عبدالله العربي، ضمن بحوث مؤتمرات مجمع البحوث الإسلامية (٥٢/١ - ٥٣).





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^(١). وعلى هذا فإنه لا يكاد يخلو كتاب من كتب قواعد الفقه، أو من كتب الفقه من ذكر لها، أو تعليل بها^(٢)، وتعرض لها بعض الأصوليين أيضاً بالذكر في باب الاستصحاب وغيره^(٣)، وقال المقرئ: (إنها قاعدة

(١) الأشباه والنظائر للسبكي (١٣٨/١)، أشباه السيوطي، ص ٧١، تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب الحنبلي (١١٨/١).

(٢) انظر على سبيل المثال: أشباه السبكي (١٣/١)، أشباه السيوطي، ص ٧٢، أشباه ابن نجيم، ص ٦٠، القواعد للمقرئ (٢٩١/١ - ٢٩٢)، وإيضاح المسالك، قاعدة رقم: ٢٦ ص ١٩٩، المجلة، مادة: ٤، شرح القواعد الفقهية للزرعاء، ص ٣٥، القواعد الفقهية للندوي، ص ٣٥٤. وانظر: بدائع الصنائع (٢٢١/١)، الذخيرة للقرافي (٢١٢/١)، المبسوط (١٠٧/١)، حاشية ابن عابدين (٢١٩/٢)، الأم (٩/١)، المهذب (٢٥/١)، المغني (٧٦/١) باب: أحكام المياه، موسوعة القواعد الفقهية (٤٤١/١٢).

(٣) انظر: أصول السرخسي (١٧/٢)، المحصول (١٦٤/٢)، الإحكام للآمدي (١١١/٤).

فقهية أصولية^(١). وقد دخلت هذه القاعدة في مجال التّععيد 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)^(٢).

وذكرها البعض بصيغة: «الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»^(٣). وجاءت كذلك بصيغة: «لا يرتفع الثابت بالشك»^(٤). أو: «لا يترك اليقين بالشك»^(٥). ولم تزل صياغة هذه القاعدة، وما تفرع منها، تختصر وتهذب، حتى استقرت على قولهم: «اليقين لا يزول بالشك»^(٦).

مفردات القاعدة:

اليقين لغة: هو العلم الذي لا شك معه^(٧).

وفي اصطلاح المنطقيين: يعرف بأنه الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت وجوداً أو عدماً^(٨).

وفي اصطلاح الفقهاء: كالمعنى اللغوي^(٩).

- (١) القواعد للمقري (١٩٢/١).
- (٢) انظر: الحاوي للماوردي (٢٠٧/١). والمنثور للزركشي (١٣٥/٣).
- (٣) ذكرها الكرخي رحمه الله بهذه الصيغة ضمن الأصول التي عليها مدار كتب الحنفية. انظر: تأسيس النظر للدبوسي، ص ١٦١.
- (٤) كشف الأسرار للدبوسي، كتاب المناسك، ص ٥٣.
- (٥) تأسيس النظر ١٧.
- (٦) قاعدة: اليقين لا يزول بالشك، للباحسين، ص ٢١.
- (٧) انظر: معجم مقاييس اللغة (١٥٧/٦)، الصحاح (٢١١٩/٦) مادة: (يقن)، التعريفات للجرجاني، ص ٢٨٠، المصباح المنير (٩٣٨/٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٧٥٠.
- (٨) الكليات لأبي البقاء الكفوي، الطبعة الثانية (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ص ٩٧٩. التعريفات، ص ٢٥٩.
- (٩) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٥١٥/٣ - ٥١٧).

الشك لغةً: بمعنى التداخل، ومنه الشك الذي هو خلاف اليقين، ويأتي بمعنى: اللزوق واللصوق^(١).

وفي الاصطلاح: هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح أحدهما على الآخر عند الشاك. وقيل: هو ما استوى طرفاه^(٢).

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 تيقن 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 طروء الشك فيه، إذ لا يتصور اجتماع اليقين مع الشك في حكم واحد في وقت واحد حقيقة^(٣)، ولا فرق بين أن يكون اليقين السابق مقتضياً للإباحة أم للحظر^(٤).

أدلة القاعدة:

هذه القاعدة استنبطها الفقهاء من أحاديث النبي ﷺ، ومنها:

- (١) انظر: مقاييس اللغة (١٧٣/٣)، لسان العرب (١٧٥/٧) مادة: شكك، المصباح المنير (٤٣٦/١).
- (٢) التعريفات، ص ١٢٨، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٣٦، القاموس الفقهي، ص ٢٠٠.
- (٣) انظر: الأشباه والنظائر للسبكي (١٣/١)، أشباه السيوطي، ص ٧٢، أشباه ابن نجيم، ص ٦٢، القواعد الفقهية للندوي ص ٣٦٢.
- (٤) شرح القواعد الفقهية، ص ٣٧، وانظر في معناها: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤٤٢/١٢)، وكتاب: قاعدة اليقين لا يزول بالشك، للدكتور الباحسين، ص ٤٩ وما بعدها.

١ - عن عباد بن تميم^(١)، عن عمّه^(٢) أنه شكّا إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، فقال: «لا ينفلت - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً»^(٣).

يقول الإمام الخطابي^(٤) - رحمه الله - في المعالم عند تعليقه على الحديث: (وفي الحديث من الفقه أن الشك لا يزحم اليقين)^(٥). وقال الإمام النووي - رحمه الله -: (وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها)^(٦). وقال في المجموع: (هذه قاعدة مطردة لا يخرج منها إلا مسائل)^(٧).

- (١) 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، والزهرى، ويحيى بن سعيد الأنصاري وغيرهم، قال عنه ابن حجر: ثقة من الثالثة، وذكره ابن حبان في الثقات. انظر: الطبقات الكبرى (٨١/٥)، تقريب التهذيب (٢٨٩/١) رقم الترجمة: ٣١٢٣، الكاشف للذهبي (٥٢٩/١)، رقم الترجمة: ٢٥٥٨.
- (٢) هو عبدالله بن زيد بن عاصم الأنصاري الخزرجي رضي الله عنه، أبو محمد، شهد أحداً وغيرها، وقتل يوم الحرة سنة ٦٣هـ. وهو عم عباد لأمه كما قال ابن حجر، انظر: أسد الغابة (١٦٧/٣ - ١٦٨)، الإصابة (٩٨/٤)، تقريب التهذيب (٣٠٤/١).
- (٣) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب: لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن (٦٤/١) رقم: ١٣٧، ومسلم في كتاب الحيض، باب من تيقن الطهارة ثم شك، له أن يصلي بطهارته (٢٧٦/١) رقم: ٣٦١، وأبو داود في السنن كتاب الطهارة، باب إذا شك في الحدث (٤٥/١) رقم: ١٧٦. وانظر: صحيح مسلم بشرح النووي (٤٩/٤).
- (٤) الإمام الخطابي هو أبو سليمان جمد وقيل: أحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي البُستي، ولد سنة ٣١٩هـ، وتوفي سنة ٣٨٦هـ، من آثاره العلمية، معالم السنن في شرح كتاب السنن لأبي داود السجستاني، وكتاب غريب الحديث. انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء (٢٣٦/١١)، تذكرة الحفاظ (١٠١٨/٣)، البداية والنهاية (٣٦/١١)، شذرات الذهب (١٢٧/٧)، وفيات الأعيان (٢٠٨/١)، طبقات الشافعية الكبرى (٢٨٢/٣)، وطبقات الأسنوي (٤٦٧/١ - ٤٦٨).
- (٥) معالم السنن (١٢٩/١).
- (٦) شرح النووي على صحيح مسلم (٤٩/٤ - ٥٠).
- (٧) المجموع شرح المهذب (٢٠٥/١).

٢ - وعن عطاء بن يسار^(١)، 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»^(٢). 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 وقف عليه)^(٣).

٣ - ويدل على اعتبار هذه القاعدة؛ العقل لأن اليقين أقوى، وهو أمر ثابت متضمن لحكم قطعي جازم فلا يزول بالشك^(٤).

(١) عطاء بن يسار: عطاء بن يسار الإمام الرباني أبو محمد المدني مولى أم المؤمنين ميمونة الفقيه الواعظ أخو الفقيه سليمان وعبدالله وعبدالمملك، روى عن زيد بن ثابت وأبي أيوب وعائشة وأسامة بن زيد وأبي هريرة وعدة وعنه: زيد بن أسلم وعمرو بن دينار وصفوان بن سليم وهلال بن أبي ميمونة وشريك بن أبي نمر، وكان ثقة جليلاً من أوعية العلم، وذكره ابن حبان في «الثقات» وقال: قدم الشام فكان أهل الشام يكتونونه بأبي عبدالله، و قدم مصر فكان أهلها يكتونونه بأبي يسار، وكان صاحب قصص وعبادة وفضل. كان مولده سنة (١٩)، ومات سنة (١٠٣)، وكان موته بالإسكندرية، وقيل: بل توفي سنة بضع وتسعين.

انظر في ترجمته: تهذيب التهذيب (١٩٩/٢)، تهذيب الكمال (٢٤٤/١٢)، سير أعلام النبلاء (٣٣٥/٣).

(٢) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه بهذا اللفظ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له (٤٠٠/١) رقم: ٥٧١، والحاكم في مستدركه (٤٦٨/١) رقم: ١٢٠٢، والرواية الأخرى هي للإمام مالك في الموطأ كتاب الصلاة، باب إتمام المصلي ما ذكر إذا شك في صلاته (٩٥/١) رقم: ٢١٤.

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر (٢٧/٥).

(٤) انظر: القواعد الفقهية للندوي ص ٣٥٦. الوجيز للبورنو، ص ١٦٨.

ومجمل القول في دلالية 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)^(١).

أما في اختلاف الفقهاء في تنزيلها على المسائل الفقهية؛ يقول ابن دقيق العيد: (...). وكان العلماء متفقون على هذه القاعدة، لكنهم يختلفون في كيفية استعمالها)^(٢).

وللتوضيح أكثر أورد مثلاً فقهياً حصل حوله اختلاف في وجه تطبيق القاعدة، وهو فيمن تيقن الطهارة ثم شك في حصول الحدث الناقض:

فالمشهور من مذهب المالكية وجوب الطهارة^(٣)، وهو قول الظاهرية أيضاً^(٤).

وذهب الجمهور إلى أنه لا تلزمه الطهارة^(٥).

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

(١) الفروق (١١١/١).

(٢) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد (١١٦/١).

(٣) انظر: المدونة (١٣/١)، حاشية الدسوقي (١٢٢/١).

(٤) انظر: المحلى لابن حزم (٧٩/٢).

(٥) حاشية رد المحتار (١٤٨/١)، المهذب (٢٥/١)، المغني (١٧٦/١).

الطهارة - التي هي شرط صحة الصلاة - شك في صحة الصلاة تفسها^(١)، فلا يزول اليقين - الذي هو انشغال الذمة بالصلاة - بالمشكوك فيه وهو الصلاة المشكوك في صحتها؛ بناءً على الشك في الطهارة^(٢).

والمتيقن عند الجمهور هو الطهارة والمشكوك فيه انتقاضها. فلا يزول اليقين - الذي هو حصول الطهارة - بالمشكوك فيه وهو حصول الحدث^(٣).

وأما الحديث الذي هو مبنى القاعدة فإن المالكية يجعلونه خاصاً بما إذا شك وهو في الصلاة، وذلك في إحدى الروايات عنهم^(٤).

وتوصل الإمام القرافي رحمه الله عند تعرضه للمسألة، إلى أن الفريقين يخالفان القاعدة من وجه:

فالجمهور اعتبروا هذه الصلاة - التي أدت بطهارة مشكوك فيها - مُبرئة للذمة وهذا اعتبارٌ 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^(٥).

(١) قال المَقْرِي: قاعدة: (الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط)، وقال الونشريسي: (الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط)، ورتب عليه هذا الفرع. انظر: القواعد للمَقْرِي (٢٩٣/١)، وإيضاح المسالك للونشريسي، ص ١٩٢. وانظر: الفروق (١١١/١، ٢٩٣).

(٢) انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٣٠٠/١)، الشرح الصغير (٦٠/١).

(٣) انظر: فتح الباري (٢٨٧/١).

(٤) انظر: مواهب الجليل (٣٠٠/١)، الشرح الصغير (٦٠/١)، فتح الباري (٢٨٦/١).

(٥) انظر: الفروق (١١١/١ - ١١٢)، القوانين الفقهية، ص ٢٦، الشرح الصغير (٦٠/١)، شرح الحطاب (٣٠٠/١).

والمتتبع لتطبيقات هذه القاعدة، يجد أن العلماء استثنوا من حكمها بعض الصُّور، لمعارضة أصل آخر راجح على هذا الأصل، أو لظاهر ترجِّح إعماله على إعمال الأصل^(١).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: هل موت الدماغ^(٢) 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. وصورتها: تكون في حالة ما إذا كان المنقول عنه قد مات دماغه^(٣)،

(١) انظر: المجموع المذهب للعلائي (٧٦/١ - ٩٦). وشرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٤١.

(٢) الدماغ هو ما يقع داخل تجويف 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 (٥٣١/٢).

(٣) 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 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»^(١).

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^(٢) - رحمه الله -، الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي^(٣)، الدكتور بكر بن عبدالله أبو زيد^(٤)، والشيخ عبدالله البسام^(٥)، والدكتور توفيق الواعي^(٦)، الشيخ محمد المختار السلامي^(٧)، والشيخ بدر متولي

-
- = أما حقيقة الموت عند الفقهاء فهي: مفارقة الروح للجسد. انظر: التعريفات للجرجاني، ص ٢٣٥، القاموس الفقهي، ص ٣٤٢ - ٣٤٣. المصباح المنير (٨٠٢/٢ - ٨٠٣).
- (١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١٠٣/١ - ١٠٤).
- (٢) مجلة الأزهر، السنة ٦٥، نوفمبر ١٩٩٢ (٦١٦/٥ - ٦٢٥).
- (٣) انظر: قضايا فقهية معاصرة، ص ١٣٨ وما بعدها، (٢٠٧/١ - ٢٠٨).
- (٤) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤/سنة ١٤٠٨ - ١٩٨٨م، (١٨١/١ - ١٨٢).
- (٥) انظر: ندوة الحياة الإنسانية، ص ٤٤١. والشيخ عبدالله البسام قاض بمحكمة التمييز بالمنطقة الغربية بالمملكة العربية السعودية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي، وعضو المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي.
- (٦) انظر: ندوة الحياة الإنسانية ص ٤٦١. وانظر: بحثه (حقيقة الموت والحياة) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٣، (٧٠٨/٢ - ٧١٥). والدكتور توفيق الواعي أستاذ بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت.
- (٧) انظر: ندوة الحياة الإنسانية، ص ٤٥١. وانظر: بحثه (متى تنتهي الحياة) في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٣ (٦٨٧/٢)، والشيخ محمد المختار السلامي، مفتي الجمهورية التونسية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

عبدالباسط^(١)، والشيخ عبدالقادر محمد العمادي^(٢)، الدكتور عقيل بن أحمد العقيلي^(٣)، والدكتور مصطفى محمد الذهبي^(٤)، المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي^(٥)، وبه أفتت لجنة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية^(٦).

القول الثاني: يعتبر موت دماغ الشخص دون قلبه موتاً حقيقياً، ولا يشترط توقف القلب عن النبض حتى يحكم بموت الإنسان. وقال به ثلثة من العلماء منهم:

الدكتور عمر سليمان الأشقر^(٧)، والدكتور محمد سليمان الأشقر^(٨)، والدكتور محمد نعيم ياسين^(٩)، والدكتور أحمد شرف الدين^(١٠)، الأستاذة ندى محمد نعيم الدقر^(١١)، الدكتور أحمد شوقي عمر

- (١) انظر: ندوة الحياة الإنسانية، ص ٤٤٥. والشيخ بدر متولي عبدالباسط أمين عام الموسوعة الفقهية بوزارة الأوقاف الكويتية، والمستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، وعضو بمجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (٢) انظر: ندوة الحياة الإنسانية، ص ٤٨٥. والشيخ عبدالقادر محمد العمادي، قاض بالمحكمة الأولى بقطر.
- (٣) في كتابه حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي، ص ١٥٤.
- (٤) أستاذ أمراض الصدر بكلية الطب، جامعة القاهرة، انظر كتابه: نقل الأعضاء بين الطب والدين، ص ١٠٨.
- (٥) في دورته العاشرة بمكة المكرمة سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- (٦) وقد وردت الفتوى في ١٨ صفر ١٤٠٢هـ - الموافق ١٤/١٢/١٩٨١م. انظر: ندوة الحياة الإنسانية، ص ٤٣٣.
- (٧) انظر: ندوة الحياة الإنسانية، ص ١٤٦. والدكتور أستاذ للفقه المقارن والسياسة الشرعية بكلية الشريعة جامعة الكويت، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (٨) انظر: ندوة الحياة الإنسانية، ص ٤٢٨ - ٤٣٩. وبحته: (نهاية الحياة) بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، (٦٧١/٢). والدكتور أستاذ للشريعة الإسلامية بالأردن، وباحث بالموسوعة الفقهية الكويتية، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
- (٩) انظر: كتابه أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ص ٢٦ - ٤٥.
- (١٠) انظر: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ص ١٦٠.
- (١١) في كتابها: موت الدماغ بين الطب والإسلام، ص ١٥٥ - ١٨٨، والكتاب رسالة ماجستير نالت به الباحثة درجة الماجستير من كلية الإمام الأوزاعي ببلبنان.

أبو خطوة^(١)، الدكتور محمد علي البار^(٢)، ورئيس لجنة الفتوى بالأزهر^(٣)،
وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٤).

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 يقيناً مثله
يوجب علينا الحكم بموته^(٥).

ووجه التخريج على القاعدة: أن الأصل بقاء الروح وعدم خروجها،
فنحن نبقي على هذا الأصل ونعتبره، يقول عقيل بن أحمد العقيلي: (وما
ثبت باليقين لا يرتفع بالشك، والأصل بقاء الحياة، ولا ينتقل عن الأصل إلا
بيقين، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره شرعاً)^(٦).

ويقول الدكتور بكر بن عبدالله أبو زيد وهو يُبَيِّن وجه تخريج مسألة
حقيقة موت جذع الدماغ على القاعدة الفقهية: (فبما أن هذه الحقيقة محل

(١) انظر في كتابه: القانون الجنائي والطب الحديث دراسة تحليلية مقارنة لمشروع نقل
وزرع الأعضاء، ١٩٨٦م.

(٢) انظر: بحثه «أجهزة الإنعاش» مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، (١/٤٢٩ -
٤٧٩)، موت القلب أو موت الدماغ، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، ص ١٠٢.
والدكتور محمد علي البار طبيب مستشار قسم الطب الإسلامي بمركز الملك فهد
للبحوث الطبية، جامعة الملك عبدالعزيز بالسعودية، وعضو نشيط بمجمع الفقه
الإسلامي الدولي.

(٣) رئيس لجنة الفتوى بالأزهر، ٢٢ ذي القعدة ١٤٠٥هـ، ٨ أوت ١٩٨٥م.

(٤) قرار رقم ٥ بتاريخ: ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م، المؤتمر الثالث بعمان - الأردن.

(٥) انظر: أحكام الجراحة الطبية للشقيطي، ص ٣٤٧.

(٦) انظر: حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي للعقيلي، ص ١٥٤.

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» فتنسحب عليه أحكام الأموات...^(١).

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)^(٢).

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 ما زال ينبض، لأن الحقائق العلمية تؤيد ذلك^(٣).

وهو ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: (يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

١ - إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

٢ - إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء

(١) انظر: بحث «أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الأطباء والفقهاء»، للدكتور بكر بن عبدالله أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٣، (٥٣٢/٢ - ٥٣٣).

(٢) الفتوى الصادرة بتاريخ ١٩٨٤/٠٩/٢٩م، نقلاً عن: بحث «نهاية الحياة»، للدكتور عمر سليمان الأشقر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، (٦٦٥/٢ - ٦٦٦).

(٣) انظر: استنتاج الأستاذة ندى محمد نعيم الدقر، في كتابها موت الدماغ بين الطب والإسلام، ص ١٧٥ - ١٨٨.

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^(١) .

المسألة ٢: 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 الدبو^(٢)، 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:

١ - 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.

٢ - اللحوم التي تأتي من أهل الكتاب، يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٣، (٢/٨٠٧ - ٨٠٩).

(٢) الأستاذ الدكتور إبراهيم فاضل الدبو، الأستاذ بجامعة العلوم التطبيقية بالأردن، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

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 تذكيبته، 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^(١).

ووجه تخريجه للمسألة على القاعدة الفقهية: أن طعام أهل الكتاب حلٌ لنا بنص القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾^(٢)، والمراد من الطعام في هذه الآية الذبائح بإجماع أهل العلم^(٣). 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 تحل إذا راعوا جميع شروط الذبح المنصوصة في القرآن والسنة، وكان ذلك هو المعهود منهم حين نزلت الرخصة في أكل

(١) انظر: بحث «الذبائح والطرق الشرعية في إنجاز الذكاة»، للشيخ إبراهيم فاضل الدبوي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٠، (١/٢٩٤ - ٢٩٥).

(٢) سورة المائدة، الآية: ٥.

(٣) يقول الإمام ابن كثير في تفسيره: (وهذا أمر مجمع عليه بين العلماء أن ذبائحهم حلال على المسلمين) انظر: تفسير ابن كثير (١٩/٢).

ذبائحهم^(١)، 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: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ﴾^(٢).

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 تذكيته شرعية تحت إشراف هيئة إسلامية معتمدة وكان المذكي مسلماً أو كتابياً فهي حلال^(٣).

□ القاعدة الثانية: الأصل في المعاملات الصّحة، وفي العقود اللزوم^(٤):

هذه القاعدة هي من القواعد المتفق على اعتبارها لدى الفقهاء، مع تفاوت بينهم في استعمالها، فمنهم المتوسع ومنهم المقل، وقد وردت بصياغات مختلفة الألفاظ متفقة المعنى، أذكر منها:

«الأصل في التصرفات حملها على الصّحة»^(٥).

«الأصل في العقود الصّحة»^(٦).

(١) انظر: بحث أحكام الذبائح واللحوم المستوردة للدكتور محمد تقي العثماني، ضمن كتابه بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص ٤١٤.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٥.

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٠، (١/٦٤٩ - ٦٥٦).

(٤) المعيار المعرب (٥٤٨/٦).

(٥) انظر: الذخيرة للقرافي (٢٤٦/٦). الفروق (٨٤/٢) فقرة: ٧٠.

(٦) الأشباه لابن السبكي (٢٥٣/١)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٤٣٦/١).

«تصحيح العقود بحسب الإمكان واجب»^(١).

«الأصل الصّحة وحمل العقود عليها»^(٢).

«العقد متى أمكن حمله على الصّحة كان أولى من إفساده»^(٣).

«الأصل صِحّة العقد ووجود ما يقتضيها»^(٤).

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 الشيء الذي يقوم عليه. أو ما منه الشيء، وما يبنى عليه غيره^(٥).

وفي الاصطلاح: له إطلاقات كثيرة، أشهرها: الراجح، القاعدة المستمرة والمستصحب، الراجح^(٦).

المعاملات: جمع معاملة، وهي مأخوذة من عاملت الرجل أعماله معاملة^(٧).

والمعاملة في الاصطلاح: تطلق على الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا^(٨)، سواء تعلق الأمر بالمعاضات المالية، أو الأنكحة، أو المخاصمات، أو الأمانات، أو التركات أو غيرها.

(١) المعيار المعرب (٦/٥٤٨).

(٢) المعيار (٥/١٩٥).

(٣) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (١/٢٢٦).

(٤) تكملة المجموع للسبكي (١٠/٢٠).

(٥) انظر: معجم مقاييس اللغة (١/١٠٩ - ١١٠)، المصباح المنير (١/٢١)، التعريفات للمرجاني ص ٢٨، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٦٩.

(٦) انظر: القاموس الفقهي ص ٢٠، القواعد الفقهية للباحسين، ص ٤٠ - ٤٢.

(٧) لسان العرب لابن منظور (٢/٨٨٧).

(٨) القاموس الفقهي، ص ٢٦٣.

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)^(١)، وهو بهذا قد يشمل حتى العبادات.

أما معناه الفقهي الاصطلاحي: (كلّ ما صدر عن شخص بإرادته، ويرتب عليه الشرع نتائج حقوقية)^(٢).

مما سبق: يتضح أن مصطلح التصرفات أعم من مصطلح المعاملات، ولذلك اختاره وفضله بعض الفقهاء في صياغة القاعدة، كالإمام القرافي مثلاً^(٣).

الصَّحَّة: صحَّ الشيء يصحُّ، صُحِّا، وصحَّة، وصحاحاً: برئ من كل عيب أو ريب، وقد استعيرت الصحَّة للمعاني، فيقال: صحَّ العقد: إذا ترتب عليه أثره، والصحَّة إذا ما أطلقت يراد بها الصحَّة الشرعية^(٤).

والصَّحَّة في التصرفات: كون التصرف بحيث يترتب عليه الأثر المطلوب منه شرعاً^(٥).

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^(٦).

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ١٨٠.

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء (٣٧٩/١).

(٣) انظر: الذخيرة (٢٤٦/٦)، و(٢٣٣/٧) والفروق (٨٤/٢).

(٤) المصباح المنير (٤٥٤/١)، التعريفات للجرجاني، ص ١٧٣. التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٤٤٨.

(٥) انظر: التعريفات، ص ١٧٣. التوقيف للمناوي، ص ٤٤٨.

(٦) انظر: معجم مقاييس اللغة (٨٦/٤ - ٨٩). المصباح (٥٧٥/٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٢٠.

وفي الاصطلاح الشرعي: (ارتباط إيجاب بقبول، على وجه مشروع، يثبت أثره في محله)^(١). أو (ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل)^(٢).

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 أعتم من ذلك: كالإقرار والنذر واليمين^(٣).

اللُّزوم: اللُّزوم في اللِّغة: الثبوت والدَّوام، يقال: لزم الشيء يلزم لزوماً، أي: ثبت ودام^(٤).

واللُّزوم في العقد: معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن عقده بإرادته المنفردة.

والعقد اللُّزوم: هو العقد الصحيح الثَّافذ، الذي لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله والتحلل منه، إلا برضى الطرف الآخر، فكما لا يعقد العقد إلا بالتراضي، لا ينحل إلا بالتراضي^(٥).

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

تدل هذه القاعدة - باعتبار جميع صيغها - على أنها لا تقتصر على العقود بل تشمل جميع التصرّفات، وإنما قد تُخصّص الشروط والعقود أو المعاملات بالذكر، لما لها من أهمية في إنشاء الحقوق والالتزامات.

(١) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء (٣٨٢/١). وانظر: تعريفات أخرى ساقها صاحب القاموس الفقهي، ص ٢٥٥ - ٢٥٦.

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٣٨٣.

(٣) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، للدكتور عادل بن محمد ولي قوته (٥٧٠/٢).

(٤) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٩٩، المصباح المنير (٧٥٨/٢)، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٦١٥.

(٥) المدخل الفقهي العام (٥٢٤/١).

وهي تفيده 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^(١).

أما قولهم وفي العقود اللزوم: أن تكون لازمة بمجرد قول المتعاقدين، لا منحلّة، أو جائزة الفسخ منهما أو من أحدهما^(٢).

دليل القاعدة:

في الاستدلال لصحة المعاملات والعقود أذكر الآتي:

١ - الآيات الكريمة المتواردة على معنى واحد - هو وجوب الوفاء بالعقود مطلقاً من غير تعيين - كثيرة منها: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُعْهَدِ﴾^(٣).

- وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾^(٤).

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^(٥).

(١) المشور في القواعد (٢/٤١٢ - ٤١٣).

(٢) انظر: إعداد المنهج، ص ٢٤٩.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

(٤) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/١٤٦).

٢ - الاستصحاب العقلي، وانتفاء دليل التحريم:

(ليس في الشرع ما يدلُّ على تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت حله بعينه، وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم.

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^(١).

وأما الدليل على ثبوت اللزوم في العقود:

١ - أن العقود إنما شرعت لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، فناسب ذلك: اللزوم؛ تحصيلاً للمقصود ودفعاً للحاجات^(٢).

٢ - العقود أسبابٌ لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها^(٣).

٣ - 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^(٤).

وتُحَكَّم هذه القاعدة في مسائل فقهية كثيرة، خاصة في حل المشكلات والدعاوى المرتبطة بالمبادلات المالية، وهذا ما سنتناوله في الأثر الفقهي فيما يلي.

(١) مجموع الفتاوى (١٥٠/٢٩).

(٢) الفروق (١٣/٤).

(٣) الفروق (٢٦٩/٣).

(٤) انظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية، للدكتور عادل بن محمد ولي قوته (٥٧٢/٢).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

في واقعنا الاقتصادي المعاصر جدت معاملات يمكن النظر فيها، وتخريجها على أساس هذه القاعدة، ومن أبرزها:

المسألة ١: التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة، وتعامل 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، بناءً على تغليب جانب الصّحة في عقود المسلمين طبقاً للقاعدة الفقهية التي تنص على أن عقود المسلمين محمولة على الصّحة.

والى هذا جنح أكثر الفقهاء، وذهب بعضهم إلى التّحريم؛ نظراً لشيوع الحرام وانتشاره، وعدم القدرة على تمييزه من الحلال، بناءً على أن الجزء الشائع لا يتميّز، وهناك قول بالكرهية، وهو وسط بين قولين لمكان الشبهة، والاشتباه ينشأ عن اختلاط الحلال بالحرام... (١).

يقول الشيخ المحفوظ بن بية، بعد عرضه للمسألة: (وطبقاً لهذا التصوير فإنه يجوز التعامل مع هذه الشركات وهذا هو القول الصحيح الذي

(١) انظر: بحث الأستاذ عبدالله بن بيه، ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية، بيت التمويل الكويتي: ٢٤٥ - ٢٥٥. وانظر: كتابه توضيح أوجه الأقوال في مسائل معاملات الأموال، ص ٧٣ - ٧٤. ووقفت أخيراً في الكتاب المذكور على بحث للمؤلف بعنوان: «المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام»، ص ٥١ - ٥٩، استقر فيه رأيه على التحريم. ولا يزال هذا الموضوع مثار بحث. قاله علي أحمد الندوي في كتابه: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (١/٢٣٣).

عليه جمهور العلماء، بناءً على تغليب جانب الصّحة في عقود المسلمين طبقاً للقاعدة وهي: «إن عقود المسلمين محمولة على الصّحة»، وذهب بعض العلماء إلى التحريم نظراً لشيوع الحرام وانتشاره وعدم القدرة على تمييزه عن الحلال بناءً على أن: «الجزء الشائع لا يتميَّز»^(١).

- ومن فروع القاعدة ما جاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي من النص الآتي المشتمل على السؤال والجواب^(٢):

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^(٣).

ومن الواضح الجلي أن التخريج هاهنا مبني على هذا الأصل القائل بتصحيح العقود بحسب الإمكان، وهذه المسألة المطروحة لها نظائر كثيرة في فقه الأولين^(٤).

المسألة ٢: عقود المشاركة المتناقصة (المشاركة المنتهية بالتملك):

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 مدة معيّنة يبيع أحدهما للآخر جزءاً محدداً من نصيبه فيها، كالخمس مثلاً خلال مدة خمس سنوات مثلاً، لتصبح العين

(١) راجع: بحث «التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنوك»، عبدالله الشيخ المحفوظ بن بيته، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع (١/٤٣٤) - (٤٣٥).

(٢) عن موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للنذوي، بتصرف بسيط، ص ٢٣٤ - ٢٣٥.

(٣) فتاوى بيت التمويل الكويتي (٢/٢٨)، السؤال ٧٥.

(٤) انظر للمزيد: تأسيس النظر، ص ٢٧ - ٨٩.

ملكاً للمشتري جميعها في نهاية المدّة، وعلى أن يؤجّره ما يملكه سنة فسنة خلال المدّة التي تتناقص فيها ملكيته، أو أن يؤجّراه لأجنبي عن العقد، ويقتسما الأجرة بنسبة ما يملكه، كلُّ منهما في هذه العين من أسهم^(١).
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، ويعدّه المصرف أن يبيعها له على دفعات، فإذا سدد قيمة سهم مثلاً باعه عشرها، وأنقص 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 بتملك المستأجر لها...^(٢).

وتعرف هذه المشاركة - أيضاً - باسم المشاركة المنتهية بالتملك^(٣).

وقد اختلفت آراء العلماء في هذه المشاركة إلى ثلاثة:

الرأي الأول: القول: بالجواز مطلقاً، وذهب إلى ذلك الدكتور حسن علي الشاذلي^(٤)، والدكتور وهبة الزحيلي^(٥)، والدكتور عجيل النشمي^(٦)، والدكتور محمد رواس قلعجي^(٧).

(١) هذا التعريف للدكتور حسن علي الشاذلي. انظر: مجلة الفقه الإسلامي، الدورة ١٣ (٤٣٥/٢).

(٢) انظر: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، للدكتور الصاوي: ٧١٦.

(٣) انظر: بحث «المشاركة المتناقصة وصورها»، للدكتور وهبة مصطفى الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٤٨٦/٢)، وكتاب المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير، ص ٢٩١ وما بعدها.

(٤) انظر: رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٤٦٢/٢).

(٥) انظر: رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٤٨٧/٢).

(٦) انظر: رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٥٨١/٢).

(٧) انظر: رأيه بكتابه «المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة» ط ١٩٩٩م، دار الفنايس، بيروت - لبنان، ص ٧١.

الرأي الثاني: القول: بمنع هذه المشاركة مطلقاً، وممن ذهب إلى ذلك الدكتور علي السالوس^(١)، الدكتور حسين كامل^(٢).

الرأي الثالث: القول: بجواز هذه المشاركة إذا توافرت فيها شروط.

وذهب إلى هذا الرأي الدكتور نزيه حماد^(٣)، والسادة المؤتمرون في مؤتمر المصرف الإسلامي الأول^(٤)، وكذا مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي^(٥).

واعلم أن القائلين بعدم الجواز المطلق للمشاركة المتناقصة 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 النَّص.

يقول الدكتور قطب مصطفى سانو - في بيان جواز المشاركة المتناقصة ووجه تخريجها على القاعدة -: (إنَّ القول: بمنع المشاركة المتناقصة 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

(١) انظر: رأي الدكتور في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٦٥١/٢) - ٦٥٢.

(٢) انظر: رأيه في بحثه بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٦٣٩/٢ - ٦٤٢).

(٣) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٥٢٢/٢ - ٥٢٣).

(٤) المنعقد بدبي، انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٤٨٨/٢).

(٥) في دورته الخامسة عشرة، بمسقط - عمان (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).

عليها قولٌ غير سديد، لا ينبغي الاعتداد به بتاتاً^(١).

المسألة ٣: حكم عقد التأمين التجاري:

سبق وأن عرفنا معنى التأمين التجاري، أو التأمين بقسط ثابت، والخلاف الواقع حوله^(٢)، وأشير 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 خرّج بها الشيخ الزرقاء جواز عقد التأمين^(٣). وللشيخ علي الخفيف توجيهه مقارب لهذا، وقد أضاف إلى ذلك أنه لا ضرر فيه، وأنه محقق للفائدة، وأنه لا يوجد نص يمنع منه^(٤).

المسألة ٤: 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.

إلا أن المانعين للتأمين يعتبرون هذا العقد من عقود الغرر الداخل

(١) انظر: بحث «المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية»، للدكتور محمد قطب سانو،

الدورة ١٥ لمجمع الفقه الإسلامي، ص ٣٠ - ٣١.

(٢) انظر: ص ١٨٧ من الأطروحة.

(٣) انظر: بحثه التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، وكتابه: نظرية التأمين في الفقه الإسلامي، ص ١٢٣ وما بعدها.

(٤) التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، للدكتور غريب الجمال، دار الفكر العربي، ١٩٧٥م، ص ١١١، والمعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام لسعد الدين محمد الكبي، ص ٢١٢.

تحت نهي الرسول ﷺ عن بيع الغرر، وإذا نظرنا إلى التفسيرات الكاشفة عن معنى الغرر المقصود من الحديث، نجدها 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)^(١).

يقول الشيخ عبدالله بن زيد آل محمود في معرض بيان وجه التخرج على القاعدة: (إن العقود والشروط والشركات والمبيعات 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 الآدميين 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)^(٢).

المسألة ٥: مشروعية خطاب الضمان المصرفي:

يعتبر خطاب الضمان المصرفي من المعاملات الحديثة التي تقوم بها

(١) انظر: بحث «حوادث السير»، للدكتور عبدالقادر محمد العماري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٢/٢٩٤).

(٢) انظر: بحث «التأمين وإعادة التأمين»، للشيخ عبدالله بن زيد آل محمود، مجلة المجمع، العدد ٢، (٢/٦٢٤ - ٦٢٥).

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 يديه العميل من المعارضة^(١).

ولو فرضنا أن خطاب الضمان المصرفي هو كفالة حقاً، وأن الكفالة التي بحثها الفقهاء القداماء 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 يحرمه ويمنعه، ولا توجد فيه مفسدة كما لا توجد مصلحة في تحريمه بل إن المصلحة في إباحته وحله وصحته)^(٢).

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)^(٣).

(١) المعاملات المالية في ضوء الكتاب والسنة، محمد علي السالوس، ص ١٤٢.

(٢) انظر: مناقشة موضوع: «خطاب الضمان المصرفي»، للدكتور زكريا البري/ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، (١١٨١/٢).

(٣) نفسه المرجع، العدد ٢، (١١٨٢/٢).

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 يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة 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)^(١).

المسألة ٦: 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)^(٢).

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...)^(٣).

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٢، (٢/١٢١٠).

(٢) المادة: ٢٣٢ من قانون الشركات الأردني، نقلاً من بحث: «الشركات الحديثة»، للدكتور قطب مصطفى سانو، الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص ٢٥.

(٣) انظر: كتابه الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات التابعة، ط ١/١٩٩٠م، جامعة مؤتة، الأردن، ص ١١.

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.

بيّن الدكتور عبدالعزيز عزت الخياط^(١) مشروعية هذه الشركة بناءً 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)^(٢).

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

(١) الدكتور من أعضاء هيئة مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٢) انظر: بحث «الشركة القابضة وأحكامها الشرعية»، للدكتور عبدالعزيز عزت الخياط، الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص ٢٣.

أرى ما يمنعه من أحكام الشريعة، فالأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل التحريم^(١).

المسألة ٧: 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 تخريجه على القاعدة الفقهية محل الدراسة.

التوريد لغةً: مصدر ورّد بتشديد الراء، يقال: أورد فلان الشيء أحضره، واستورد السلعة ونحوها: جلبها من خارج البلد^(٢).

واصطلاحاً: (عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن مؤجل معلوم إلى أجل معلوم)^(٣).

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)^(٤).

(١) انظر: بحث الدكتور عبدالعزيز عزت الخياط، ص ٢٤. والدكتور من أعضاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (١٠٥/٦). الصحاح للجوهري (٥٤٩/٢)، (باب الدال فصل الواو)، لسان العرب (٤٥٧/٣)، (باب الدال فصل الواو).

(٣) عن بحث: «عقد التوريد»، للدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، (٣٥٢/٢).

(٤) عن بحث: «عقود التوريد والمناقصات»، للدكتور رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، (٤٧٧/٢).

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:

١ - أنه يدخل تحت النهي الوارد عن النَّبِيِّ ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»^(١).

٢ - ويدخل كذلك تحت النهي الوارد عنه عليه السلام عن بيع الكالئ بالكالئ، أي: الدين بالدين أو النسيئة بالنسيئة^(٢).

وقد ناقش بعض العلماء هذه الأدلة ومدى انطباقها على عقد التوريد، وبينوا أن عقد التوريد لا يدخل تحت طائلة التصوص السابقة^(٣)، فانتفى المانع.

لكن بقيت شبهة الغرر، وقد نصَّ جميع الفقهاء على أن العقد الذي فيه غرر ودعت الحاجة إليه، يجوز بالضوابط التي ذكرت آنفاً، لذلك ذهب الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان من العلماء المعاصرين إلى تخريج عقد التوريد على قاعدة: الأصل في المعاملات الإباحة.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٣/٣). وانظر: عارضة الأحوذى شرح جامع الترمذي (٥٤١/٣).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٧١/٣ - ٧٢)، المستدرک (٥٧/٢)، وصححه على شرط مسلم، وقال الإمام أحمد: ليس في هذا حديث يصح، لكن أجمع الناس عليه؛ نيل الأوطار (١٧٧/٥).

(٣) راجع هذه المناقشة في بحث رفيق المصري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، (٤٨٠/٢ - ٤٩١). وكذلك مناقشة الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان، في بحثه المشار إليه سابقاً (٤٠١/٢ - ٤٠٨).

وفي بيان وجه التخريج على القاعدة يقول الدكتور عبدالوهاب 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»^(١).

أما المقتضى لهذا العقد فإنه من صورته الشائعة الآنف 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، وانتفى المانع فقد خلص البحث في خاتمه إلى مشروعية عقد التوريد بمعناه الفقهي الآنف الذكر)^(٢).

□ القاعدة الثالثة: الأصل في البيوع الإباحة^(٣):

مفردات القاعدة:

الأصل: سبق وأن عرّفناه^(٤).

البيوع لغةً: جمع بيع، يأتي بمعان منها: السلعة، إعطاء المُثمن وأخذ

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، (٣٤٠/٢).

(٢) انظر: بحث الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، (٣٤٣/٢ - ٤٢٥).

(٣) موسوعة القواعد والضوابط للندوي (٢٢١/١)، وفي قاعدة: (الأصل في الأشياء الإباحة)، انظر: المنشور للزركشي (١٧٦/١)، أشباه السيوطي، ص ٢٨.

(٤) انظر: ص ٥٢٦ من الأطروحة.

الثمن، مطلق المبادلة، والبيع ضدّ الشراء^(١).

واصطلاحاً: له معان كثيرة منها: عقد معاوضة مالية تنفيذ مُلك عين على التأيد^(٢).

الإباحة في اللغة: مصدر أباح من البوح وهو الإظهار والإعلان^(٣).

وفي الاصطلاح: هي الإذن في الفعل والترك من غير تخصيص أحدهما بمدح أو ذم^(٤).

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 يحرم منها إلا ما حرّمه الله ورسوله، ولم يحرم الله عقداً فيه مصلحة المسلمين بلا مفسدة تقاوم ذلك...)^(٥).

وقد نهج هذا المنهج 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 بناءً على هذا الأصل).

وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل في العقود والشروط الصحة

(١) انظر: المصباح المنير (٩٦/١ - ٩٧)، القاموس الفقهي، ص ٤٤. المعجم الاقتصادي الإسلامي، ص ٥٧.

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ٤٩، القاموس الفقهي، ص ٤٤، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ١٥٣. وانظر: المجلة، المادة: ١٠٥.

(٣) انظر: معجم مقاييس اللغة (٣١٥/١)، الصحاح (٣٥٧/١)، المصباح المنير (٩١/١).

(٤) انظر: العدة (١٦٧/١)، التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني (٦٧/١). الإحكام للأمدى

(٦٣/١)، المستصفي (٤٢/١)، المنهاج للأسنوي (٦١/١).

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٢٢٦/٢٩).

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^(١).

ولا يخفى أن هذه القاعدة تمتُّ بصلة إلى القاعدة الأصولية: «الأصل في الأشياء الإباحة»؛ إذ أنها سارية على العقود أيضاً.

(ويمكن أن يقال: إنَّ 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 النهي، وهذا في كل شيء)^(٢).

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)^(٣).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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 يتعلق بها عقد الإجارة إلى أوراق مالية (صكوك)، يمكن أن تجري عليها عمليات التبادل في سوق ثانوية. وعلى ذلك عُرِّفَت بما يلي:

- هي عبارة عن: (أدوات مالية للاستثمار عن طريق تملك أعيان

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم (٢/٣٤).

(٢) انظر: التمهيد لابن عبد البر (١٧/١١٤).

(٣) انظر: موسوعة القواعد والضوابط للندوي (١/٢٢٤).

وتأجيرها؛ ثم تمثيلها في أوراق مالية، ونقل ملكية الأعيان المؤجرة إلى المستثمرين بحصولهم على الصكوك، واستحقاقهم الأجرة بحسب حصص الملكية^(١).

- أو هي: (وثائق خطية [الشهادات] قابلة للتداول - بيعاً وشراءً - تمثل ملكية منافع أعيان مؤجرة، أو ملكية منافع أعيان موصوفة في الذمة، أو ملكية منافع أعمال معينة، أو ملكية منافع أعمال موصوفة في الذمة)^(٢).

وخلاصة التعريف الأخير أن إجارة المنافع يمكن تصكيكها إلى أربعة أنواع^(٣):

- صكوك إجارة منافع أعيان مؤجرة.
- صكوك إجارة منافع أعيان موصوفة في الذمة.
- صكوك إجارة منافع أعمال معينة قائمة بعينها.

(١) هذا تعريف الشيخ محمد المختار السلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢ (٣٤٩/١).

(٢) هذا التعريف للدكتور قطب مصطفى سانو، في بحثه المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، ص ١٦.

(٣) 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 المشتريين 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 ٣١ - ٣٧.

- صكوك إجارة منافع أعمال موصوفة في الذمة.

ويمكن التمثيل للنوع الأخير بمسألة فقهية معاصرة تزيد الموضوع بياناً وأهمية^(١):

حاجة قطاع عام أو خاص (مؤجر) إلى صيانات مستقبلية ودورية لمبانيه أو أجهزته، فتتعاقد مع شركة (مستأجرة) لتقديم هذه الخدمات مقابل أجر محدد بصفة دورية، فمن حق الشركة (المستأجرة) التي غدت تملك عقد الصيانة، تحويل ذلك العقد إلى وثيقة بحصص 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 تعد موصوفة في الذمة، وأما الخدمات في الآخر، فإنها موجودة وحاضرة، ويجب على المستأجر أدائها 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 الذمة.

وبالرجوع إلى المدونات الفقهية، نجد أن العين الموصوفة في الذمة 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 الذمة.

(١) 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 ١٢، (٤٠٤/١).

ولا يتسع المجال لعرض آراء الفقهاء، في حكم بيع العين الموصوفة في الذمة، خاصة بيع المعدوم على خطر الوجود^(١)، 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»^(٢)، 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 الحل والجواز؛ ولا يحرم منها شيء إلا بنص كتاب أو سنة أو قياس صحيح أو عرف معتبر)^(٣).

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 لملكية هذه الأعيان، وما دمنا قد رجّحنا الرأي القائل بمشروعية بيع الأعيان الغائبة وبيع الأعيان المعدومة على خطر الوجود، فإن ذلك يستوجب تقرير القول: بمشروعية إصدار صكوك لملكية 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)^(٤).

مع العلم أن مجمع الفقه الإسلامي تعرض - في دورته الخامسة عشرة -

(١) 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 (٣٣٩٨/٥).

(٢) انظر: كلام ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين عن رب العالمين (٢٧/٢) وما بعدها.

(٣) راجع: بحث «صكوك الإجارة»، للدكتور قطب مصطفى سانو، الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، ص ٥٠ - ٥١.

(٤) انظر: بحث «صكوك الإجارة»، للدكتور قطب مصطفى سانو، ص ٥٠ - ٥١.

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:

١ - لا يمثل صك الإجارة مبلغاً محدداً من النقود، ولا هو دين على جهة معنية - 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.

٢ - 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.

٣ - يجوز إصدار صكوك تُمثل ملكية الأعيان المؤجرة وتداولها - إذا توافرت فيها شروط الأعيان التي يصح أن تكون محلاً لعقد الإجارة - كعقار وطائرة وباخرة نحو ذلك، ما دام الصك يمثل ملكية أعيان حقيقية مؤجرة، من شأنها أن تدرّ عائداً معلوماً.

٤ - 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).

٥ - 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.

٦ - 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 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.

٧ - 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^(١).

المسألة ٢: مشروعية بعض العقود الحديثة:

ذكر الدكتور علي أحمد الندوي مجموعة من العقود التي استُحدثت، وخرجها على قاعدة: «الأصل في البيوع الإباحة» ومنها:

١ - 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.

٢ - 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.

٣ - عقد المقاول: 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^(٢).

٤ - الاشتراط لمصلحة الغير: هو عقد يكون بين طرفين يشترط فيه

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي، الصادر في الدورة الخامسة عشرة، بمسقط (سلطنة عمان) من ١٤ إلى ١٩ المحرم ١٤٢٥هـ، الموافق ٦ - ١١ آذار (مارس) ٢٠٠٤م.

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود، ص ٤٦٨ - ٤٦٩.

أحدهما على الآخر أن يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث لم يكن طرفاً في العقد، وهذا هو المنتفع^(١).

ومثاله: صاحب ورشة بناء يتعاقد مع أحد المستشفيات لعلاج عماله الذين قد يصابون أثناء عملهم، وهؤلاء العمال ليسوا طرفاً في هذا العقد.

□ القاعدة الرابعة: الأصل في الأشياء الإباحة^(٢):

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»^(٣).

«الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم»^(٤).

«الأصل في الأشياء الإباحة أو التحريم أو الوقف»^(٥).

«الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم»^(٦).

ومعنى القاعدة:

تشمل هذه القاعدة بلفظها حكم الأشياء قبل الشرع، وحكمها بعده

(١) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (١/٢٢٤ - ٢٢٥).

(٢) انظر: المنشور للزرزكشي (١/١٧٦)، أشباه السيوطي، ص ٨٢، وأشباه ابن نجيم، ص ٧٣، تقرير القواعد وتحريم الفوائد لابن رجب الحنبلي (٣/١٨٥)، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٣٩٠)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/١١٥).

(٣) انظر: تحفة الأحوذى بشرح الترمذي (٤/٣٣١).

(٤) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/٢٤).

(٥) انظر: المنشور في القواعد للزرزكشي (١/١٧٦)، (٢/٧٠)، موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٢/١١٥).

(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٢.

فيما لم يرد فيه دليل. والمراد بها - هنا - ما كان بعد ورود الشرع؛ لأن الغالب أن الفقهاء إنما يبحثون هذه المسألة من هذا الجانب^(١).

أما الأصوليون فيبحثونها من هذا الجانب ومن جانب ما كان قبل ورود الشرع، في مبحث الاستصحاب^(٢).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (اعلم أن الأصل في جميع الأعيان الموجودة على اختلاف أصنافها، وتباين أوصافها أن تكون حلالاً للآدميين، وأن تكون طاهرة لا يحرم عليها ملاستها، ومباشرتها، ومماسستها، وهذه كلمة جامعة، ومقالة عامة... عظيمة النفع، واسعة البركة، يفرغ إليها حملة الشريعة فيما لا يحصى من الأعمال، وحوادث الناس)^(٣).

دليل القاعدة:

للقاعدة أدلة كثيرة من القرآن الكريم ومن السنة النبوية، أقتصر هنا على بعضها:

١ - قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾^(٤).

ووجه الدلالة منها: أن الله تعالى ذكر هذا في سياق الامتنان على الإنسان بما خلق له، وأبلغ درجات الامتنان الإباحة، وأنه تعالى أضاف ما خلق إلى الناس باللام وهي تفيد الملك وأدنى درجات الملك إباحة الانتفاع بالمملوك^(٥).

(١) انظر: المشور (١٧٦/١)، (٧٠/٢)، أشباه السيوطي، ص ٨٢ - ٨٣.

(٢) انظر: المستصفي، للغزالي، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان (١/٢١٧ - ٢١٨)، إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، بتحقيق: د. عبدالمجيد التركي، ط ١٤٠٧/١هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ص ٦٨١.

(٣) انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام (٥٢٥/٢١).

(٤) سورة البقرة، الآية: ٢٩.

(٥) انظر: التفسير الكبير للرازي (١٥٤/٢)، فتح القدير (٦٠/١).

٢ - حديث: «الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفي عنه»^(١).

قال صاحب تحفة الأحوذى: (وفيه أن الأصل في الأشياء الإباحة)^(٢).

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^(٣)، وأكثر الحنفية^(٤)، وبعض الحنابلة^(٥)، على أن الأصل في الأشياء الإباحة.

وذهب أبو حنيفة^(٦)، وبعض الشافعية^(٧)، وبعض الحنابلة^(٨)، وبعض المعتزلة^(٩)، إلى القول بالتوقف، بمعنى: أن الأصل في الأشياء عدم الحكم أو عدم العلم بالحكم، فليست مباحة ولا محظورة.

وذهب الإمام الرازي^(١٠)، إلى أنه لا حكم للأشياء قبل الشرع، وأما

(١) أخرجه الترمذي، كتاب اللباس، باب ما جاء في لبس الفراء (٢٢٠/٤) رقم: ١٧٢٦، وابن ماجه في سننه، كتاب الأطعمة، باب أكل الجبن والسمن (١١١٧/٢) رقم: ٣٣٦٧، والحاكم في المستدرک (١٢٩/٤) رقم: ٧١١٥، وانظر: صحيح سنن الترمذي للألباني (١٤٥/٢)، وصحيح سنن ابن ماجه للألباني (٢٤٠/٢).

(٢) انظر: تحفة الأحوذى شرح سنن الترمذي (٣٩٧/٥).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٣.

(٤) انظر: تيسير التحرير شرح كتاب التحرير (١٦٨/٢).

(٥) انظر: شرح الكوكب المنير (٣٢٥/١ - ٣٢٦).

(٦) انظر: المنثور (٧٠/٢)، أشباه السيوطي، ص ٨٣.

(٧) انظر: التبصرة في أصول الفقه، ص ٥٣٢، إرشاد الفحول، ص ٢٨٤.

(٨) شرح الكوكب المنير (٣٢٥/١ - ٣٢٦).

(٩) التبصرة، ص ٥٣٣، تيسير التحرير (١٦٨/٢).

(١٠) هو فخر الدين محمد بن عمر القرشي الرازي الشافعي، ولد سنة ٥٤٤هـ، وتوفي سنة ٦٠٦هـ، من مؤلفاته: التفسير الكبير، ومحصل أفكار المتقدمين والمتأخرين، انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٨١/٨ - ٩٦)، طبقات الإسني (٢٦٠/٢).

بعده فإن الأصل في المنافع الإباحة والأصل في المضار التحريم^(١)، وبه قال العلائي، ونسبه إلى الشافعية وإلى جمهور أهل العلم^(٢).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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)^(٣).

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^(٤).

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.

(١) انظر: المحصول (١٣١/٢).

(٢) انظر: المجموع المذهب في قواعد المذهب (٥١٥/٢).

(٣) هذا التعريف هو لمجمع الفقه الإسلامي، راجع: مجلة المجمع، العدد ٤، (٢١٥٩/٣) - (٢١٦٠)، معجم الاصطلاحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد، ص ٢١٤.

(٤) فقرة رقم (٣) لسنة ١٩٧٨ نقلاً عن بحث عبدالسلام داود العبادي، مجلة المجمع، العدد ٤، (١٩٦٤/٣).

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.

هـ - أن لمالك 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 تخريجاً على القاعدة الفقهية: «الأصل في الأشياء الإباحة»، ومن هؤلاء العلماء الدكتور عبدالسلام 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 يحرم فيعود الأمر إلى الإباحة)^(١).

(١) انظر: بحث الدكتور عبدالسلام داود العبادي، مجلة المجمع، العدد ٤ (٣/١٩٧٠) -

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

المسألة ١: 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:

(١) - لا يجوز شرعاً إعادة العضو المقطوع تنفيذاً للحد لأن في بقاء أثر الحد تحقيقاً كاملاً للعقوبة المقررة شرعاً، ومنعاً للتهاون في استيفائها، وتفادياً لمصادمة حكم الشرع في الظاهر.

٢ - 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.

٣ - يجوز إعادة العضو الذي استؤصل في حد أو قصاص بسبب خطأ في الحكم أو في التنفيذ^(١).

وهناك من فصل في المسألة، فمنع إعادة زراعة العضو الذي قطع في قصاص، وأباح ذلك في الحدود، كالشيخ محمد علي التسخيري^(٢)، والدكتور محمد وهبة الزحيلي، لكن بضوابط محددة.

(١) قرار المجمع الصادر في الدورة السادسة من سنة ١٤١٠هـ. انظر: مجلة المجمع، العدد ٦، (٢٢٩٩/٣ - ٢٣٠٢).

(٢) انظر بحثه: «زراعة عضو استؤصل في حد أو قصاص»، للشيخ محمد علي التسخيري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، (٢١٦٧/٣ - ٢١٧٨). والشيخ أمين عام للمجمع العالمي لأهل البيت، وعضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

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 والحراية، فذلك أمر جائز في رأيي، بالشروط والضوابط المتقدمة، ما لم يؤد الأمر إلى فساد عام وشر شامل، فيؤخذ حينئذ بما يحسم الفساد بالحكم الأشد^(١).

وقد بنى هذا الحكم على القاعدة الفقهية: «الأصل في الأشياء الإباحة»، وذلك عندما قال:

(الاستحسان والمصلحة الضرورية أو الحاجية وغيرها من أصول الاستدلال لا تمنع من القول من إعادة اليد، بحجة مصادمتها للنصوص الشرعية، لأن أعمال 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)^(٢).

□ القاعدة الخامسة: الأصل في الأبخاع التحريم:

ذكرها كل من السيوطي وابن نجيم والزرکشي وبهذا اللفظ^(٣).

وذكرها ابن رجب الحنبلي بلفظ: «الأصل تحريم الأبخاع»^(٤).

(١) بحث: «زراعة عضو استؤصل في حد»، للدكتور مصطفى وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، (٢٢١٩/٣).

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، (٢٢١٤/٣).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٤، وأشباه ابن نجيم، ص ٧٤، المنثور في القواعد للزرکشي (١/١٧٧).

(٤) انظر: تقرير القواعد وتحريم الفوائد (٣/١٩٥).

المراد بالأبضاع الفروج، جمع بَضْع وهو الفرج، كناية عن النساء والنكاح^(١).

معنى القاعدة:

من الحرام البيّن الذي نصّ عليه الله تعالى في كتابه والنّبّي 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 قرية، 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)^(٢).

ويقول الدكتور البورنو في معناها: (أي: أن الأصل في النكاح الحرمة والحظر، وأببح لضرورة حفظ النسل، ولذلك لم يبحه الله تعالى إلا بإحدى طريقتين هما: العقد وملك اليمين، وما عداهما فهو محظور)^(٣).

أثر القاعدة في المسائل الطبية المعاصرة:

مسألة: منع تلقيح الزوجة بمني الزوج والقائلين بذلك:

ذهب إلى عدم جواز هذه العملية بهذه الصورة من التلقيح الاصطناعي الداخلي^(٤)، بعض المعاصرين، ومنهم الشيخ أحمد الحجي^(٥).

(١) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف، ص ١٣٤، القاموس الفقهي، ص ٣٧ - ٣٨.

(٢) المنشور في القواعد (١/١٧٧).

(٣) الوجيز للبورنو، ص ١٩٩.

(٤) سبق وأن شرحنا هذه الصورة تحت قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة». انظر: ص ٢٥٣ من الأطروحة.

(٥) التلقيح الاصطناعي، مقال منشور في مجلة الوعي الإسلامي، العدد ٨٣/١٩٧١، السنة السابعة، ص ٧٣.

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﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِيَاسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ﴾^(٢).

فما دام التلقيح الاصطناعي لا يحقق الإشباع النفسي، فإنه يكون محرماً. طبقاً للقاعدة الفقهية: «الأصل في الفروج التحريم حتى يقام الدليل على الحل»^(٣).

□ القاعدة السادسة: «الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل»^(٤):

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، وحسن الخلاف بينهما.

وقد صاغ بعضهم هذه القاعدة بقوله:

«الجهالة في المعقود عليه إذا كانت تفضي إلى المنازعة تمنع صحة العقد»^(٥).

(١) سورة الأعراف، الآية: ١٨٩.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٨٧.

(٣) التلقيح الصناعي، لمحمد الحجي، ص ٧٤.

(٤) انظر: الدرر شرح الدرر، لملا خسرو (١٥٥/٢).

(٥) انظر: المبسوط (١٨٣/١٤). وانظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣٩/٥).

شرح مفردات القاعدة:

الجهالة لغة: من الجهل وهو نقيض العلم، وهي بمعنى التَّقَدُّم في الأمور المبهمة من غير علم.

وفي الاصطلاح: اعتقاد الشَّيْءِ جزماً على خلاف ما هو به في الواقع. أو عدم تصوُّر الشَّيْءِ بالكلية^(١).

الفساد لغة: مصدر، من فَسَدَ ضد الصلاح، وهو بمعنى: زوال الصورة عن المادّة بعد أن كانت حاصله^(٢).

واصطلاحاً: (ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه، وهو مرادف للبطلان عند الشافعي، وقسم ثالث مباين للصحة والبطلان عندنا)^(٣)، (أي: عند الأحناف).

وقيل في تعريفه: هو عدم استيفاء الشُّروط^(٤).

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

المقصود من العقود انتفاع كل من المتعاقدين أو المتعاملين عموماً بما تعاقدا عليه، ويحرص الشارع الحكيم دائماً على حسن المعاملة والتراضي والتحاب بين المتعاملين.

ولذلك كان كل ما يسبب الخصومة والمنازعة بينهما، مفسداً للعقد والمعاملة؛ درءاً لفساد العلاقة بين المسلمين وجلباً للمحبة والتعاون على الخير والبر بينهم، ولذلك فَكُلُّ جهالة في العقد سواء في المبيع أو الثمن أو

(١) انظر: المصباح المنير (١/١٥٦)، التعريفات، ص ٨٤، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٢٦٠، القاموس الفقهي، ص ٧٢.

(٢) انظر: المصباح المنير (٢/٦٤٦ - ٦٤٧)، التعريفات، ص ١٧٣، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٥٥.

(٣) انظر: التعريفات للجرجاني، ص ١٠٣. التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٥٥٦.

(٤) انظر: القاموس الفقهي، ص ٢٨٥.

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:

١ - عن زيد بن ثابت رضي الله عنه^(١) قال: كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتاعون الثمار، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مراض، أصابه قشام - عاهات يحتاجون بها - فقال رسول الله ﷺ، لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: «فإما لا، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر»، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم^(٢).

فهنا توجيه النبي الكريم ﷺ منبعث من واقع الخصومة التي كانت تقع بينهم، وليس بخاف أن الجهالة على أنواع^(٣)، 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.

٢ - حديث جابر بن عبد الله^(٤) قال: «نهى رسول الله ﷺ عن

(١) 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 ٤٥ هـ. انظر ترجمته في الاستيعاب لابن عبد البر (٥٣٢/٢)، طبقات خليفة، ص ٢٢، الإصابة لابن حجر (٥٤٤/٢).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٧٦٥/٢) رقم: ٢٠٨١، وأبو داود في سننه في كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها (٢٥٣/٣) رقم: ٣٣٧٢، وأخرجه أحمد في مسنده (٥٦/٢) رقم: ٥٢٨٤ و ٥٥٢١ و ٦٠٥٨.

(٣) الفروق للقرافي (٢٦٥/٣ - ٢٦٦).

(٤) 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 =

المحاكلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة، وعن الثُّنْيَا، ورخص في العرايا»^(١).

وقال الإمام النووي في شرحه: (قوله: «نهى عن الثُّنْيَا» هي استثناء. والمراد: الاستثناء في البيع، وفي رواية الترمذي^(٢) وغيره بإسناد صحيح: «نهى عن الثُّنْيَا إلا أن تعلم»^(٣) والثُّنْيَا المبطل للبيع، قوله: بعثك هذه الصبرة إلا بعضها، وهذه الأشجار، أو الأغنام، أو الثياب، ونحوها إلا بعضها فلا يصح البيع؛ لأن المستثنى مجهول، فلو قال: بعثك هذه الأشجار إلا هذه الشجرة، أو هذه الشجرة إلا ربعها، أو الصبرة إلا ثلثها، أو بعثك بألف إلا درهماً، وما أشبه ذلك من الثُّنْيَا المعلومة، صح البيع باتفاق العلماء...)^(٤).

= من المكثرين في الرواية عن النبي ﷺ، إذ روى ١٥٤٠ 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 ٧٨هـ. انظر ترجمته في: الاستيعاب (٢١٩/١)، سير أعلام النبلاء (١٨٩/٣)، الإصابة (٢١٣/١)، تهذيب التهذيب (٤٢/٢)، شذرات الذهب (٨٤/١).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين (١١٧٥/٣) رقم: ١٥٣٦.

(٢) الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الترمذي الحافظ العلم البارع صاحب التصانيف الكثيرة، المولود في سنة (٢٠٩هـ). قال في التقريب: صاحب الجامع، أحد الأئمة. سمع: قتيبة، وأبا مصعب، وغيرهم. وعنه: المحبوبي، والهيثم بن كلب، وخلق. مات في رجب سنة (٢٧٩هـ). وقد اشتهر بجامعه الذي جمع فيه سنن النبي ﷺ.

انظر ترجمته في: تهذيب التهذيب (٣٦٤/٧) رقم: ٦٤٥٩، تحرير تهذيب التهذيب (٣٠٢/٣) رقم: ٦٢٠٦، الكاشف (٦٩/٣) رقم: ٥١٦٢.

(٣) الحديث أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١١٧٥/٣) رقم: ١٥٣٦، والترمذي في سننه كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثُّنْيَا (٥٨٥/٣) رقم: ١٢٩٠، وقال: حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه من حديث يونس بن عطاء عن جابر رضي الله عنه.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي (١٩٥/١٠).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

هناك مسائل معاصرة كثيرة يمكن النظر فيها بناء على هذه القاعدة، ومنها:

المسألة ١:

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 المباعة وقدرها، ولكنه يجوز؛ لأن الجهالة يسيرة غير مفضية إلى النزاع، وقد جرى بها العرف والتعامل.

المسألة ٢:

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^(١).



(١) المصدر نفسه (٣٢٠/١). وراجع: القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٢٥٣/١) - (٢٥٤).



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^(١)، وكذا في الأشباه والنظائر للسيوطي^(٢)، وأوردها صاحب المبسوط بهذا اللفظ^(٣)، وبلفظ: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(٤).

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»^(٥).

ومعنى القاعدة:

يقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء في بيان معنى القاعدة:

- (١) انظر: المجلة، المادة: ٧٦، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، ص ٣٠٤.
- (٢) الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٦٢٢.
- (٣) المبسوط للسرخسي (١٣٢/٣٠).
- (٤) المبسوط للسرخسي (٢٨/١٧).
- (٥) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه (٨٨٨/٢) رقم: ٢٣٧٩، ومسلم في كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، واللفظ المثبت هو لمسلم (١٣٣٦/٣) رقم: ١٧١١.

إنَّ المدَّعي هو الذي يزعم خلاف الظاهر، فعليه الإثبات بالبينة، كما أفادته القاعدة الأساسية: «البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»^(١).

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 المدعي تحليفه عند عجزه عن الإثبات.

وهذا مبدأ عام: أن كل من كان القول له فهو خاضع لليمين إلا في مستثنيات محدودة^(٢).

(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، فاكتفي منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين)^(٣).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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

(١) المادة: ٧٧ من قواعد المجلة، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٣٢٣.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام (١٠٥٦/٢) بتصرف بسيط، وموسوعة القواعد الفقهية (١٣٣/٣).

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٣٠٤.

الإسلامي، فتم دراسة الموضوع ومناقشة تفاصيله، وانتهى المجمع إلى القرار الآتي:

١ - 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.

٢ - إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء.

٣ - إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

٤ - إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصِّرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

٥ - ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات^(١).

ومن القواعد العامة للإثبات حالات التزييف والتزوير، قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»، والتي وظَّفها الدكتور محيي الدين القره داغي، لبيان الحكم في حالة التزييف 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 التلفون، أو الراديو أو التلفزيون أو اللاسلكي، ولكنه مع ذلك إن التعاقد بها يبقى معه احتمال التزوير وتقليد الصوت، والدبلجة،

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بمجلة المجمع، العدد ٦، (١٢٦٥ - ١٢٦٨).

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)^(١).

□ القاعدة الثانية: القول قول الأمين مع اليمين من غير بيّنة^(٢):

وجاءت كذلك بلفظ: «القول قول الأمين في المحتمل مع اليمين»^(٣). وفي لفظ: «القول قول الأمين مع اليمين، من غير بيّنة، إلا إذا كذبه الظاهر، من حقيقة أو عادة»^(٤).

يقول الدكتور الندوي في أهميتها: (وهي من القواعد المجمع عليها فهي محل اعتبار وأهمية في مجال الإثبات، إذ لو بطلت الثقة في الأمانة، 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)^(٥).

وجاءت في المجلة بصيغة: «الأمانة غير مضمونة، يعني: على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين، وتقصيره ولا يلزم الضمان»^(٦).

وذكرها الإمام القرافي حين بيّن الفرق بين قاعدة المدعي والمدعى عليه، فقال: (والأمين مصدق، ونظائر هذا كثيرة، يكون الطالب فيها مدعى عليه، ويعتمد أبداً الترجيح بالعوائد، وظواهر الأحوال والقرائن، فيحصل لك من هذا النوع ما لا ينحصر عدده)^(٧).

(١) انظر: بحث «حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة»، لمحيي الدين القره داغي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، (٩٣٧/٢ - ٩٣٨).

(٢) أصول الكرخي ١٦٤، مطبوع مع تأسيس النظر، المبسوط للسخري (١٦١/٢).

(٣) المبسوط (٢١٨/٣٠ - ٢٢٦). موسوعة القواعد الفقهية (٢٣٣/٧).

(٤) المبسوط (١٦١/١٥)، أصول الكرخي، ص ١٢، أشباه ابن نجيم، ص ٢٦٥، موسوعة القواعد الفقهية (٢٣٣/٧).

(٥) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية (٤٠٩/١).

(٦) مجلة الأحكام العدلية، المادة: ٧٦٨، ودرر المحكام (٢٠٢/٢).

(٧) الفروق للقرافي (٧٥/٤).

كما ذكرها الزركشي في قواعده: (ائتمان المالك يوجب تصديق المؤمن، ولهذا لو اختلف المالك وعامل القراض وجب عليه تصديقه، وكذلك الوكيل بالجعل، والمودع لائتمانه إياه...^(١)).

كما حفلت كتب الحنابلة بالتصوص الدالة على اعتبارهم لهذه القاعدة واعتنائهم بها، فهذا عبدالرحمن السعدي - 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...^(٢)).

ومعنى القاعدة:

أنه عند وجود احتمال الصدق في سبب هلاك المدعي به ولا توجد بينة 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^(٣).

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...^(٤).

(١) المشور في القواعد (٢٠٨/١).

(٢) القواعد والأصول الجامعة، ص ٥٠، القاعدة رقم: ١٤.

(٣) موسوعة القواعد الفقهية (٢٣٣/٧ - ٢٣٤).

(٤) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي (١٦٤/٢)، برقم: ٢٤٠.

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 اتّمن عليه. . . .)

وكان الناس في زمن رسول الله ﷺ يأتّم بعضهم بعضاً، وكان العامل يصدق إذا ادعى هلاك ما في يده بلا تفريط منه.

وقد ورد عن علي بن أبي طالب^(١) - رضي الله عنه - أنه قضى بتضمين الأجير (أي: الأجير العام) والغسّال والصبّاغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك. وذهب شريح القاضي إلى مذهب علي في تضمين الأجراء والصنّاع.

وترى الهيئة أن يستمر على ما درج عليه من مطالبة الصرّاف بدفع الفروقات التي تحدث بخزنته، أي: أن يكون الأصل هو الضمان، 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 التّفصان الحادث في الخزينة^(٢).



(١) هو أمير المؤمنين أبو الحسن علي بن أبي طالب القرشي الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ، ولد قبل البعثة بعشر سنين، وتربى في حجر النبي ﷺ، وزوّجه 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 رضي الله عنه فلما قتل عثمان بايعه الناس سنة ٣٥هـ، إلى أن قتل شهيداً مظلوماً سنة ٤٠هـ. انظر ترجمته في: الاستيعاب (٢٦/٣)، وأسد الغابة (٥٨٨/٣ - ٦٢٢)، والإصابة (٥٠١/٢)، طبقات خليفة (٤، ١٢٦، ١٨٩).

(٢) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، ص ٨٤ - ٨٥ برقم: ٢٢.



المبحث الثالث أثر قواعد التوابع في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة

□ القاعدة الأولى: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها^(١):

التعريف بالقاعدة:

هذه القاعدة تدلّ على سماحة التشريع الإسلامي ومرونته، وهي منبثقة من القاعدة المعروفة: «التابع تابع». وخرّج عليها الفقهاء تفرّعات كثيرة. ومن صياغاتها المبنوثة في الكتب:

«يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع»^(٢).

«يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»^(٣).

«يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً ما لا يغتفر إذا كان مقصوداً»^(٤).

«يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل»^(٥).

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٦. أشباه ابن نجيم، ص ١٣٥. القواعد الفقهية للندوي، ص ٤٢٣. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (٥٦٣/١). الوجيز للبورنو، ص ٣٤٠.

(٢) انظر: المجلة، مادة: ٥٤، شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٢٢٩.

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (٣١٢/١٢).

(٤) المنثور في القواعد (٣٧٦/٣).

(٥) بدائع الفوائد لابن القيم (٢٧/٤).

«يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال»^(١).

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^(٢).

ما لا يغتفر في المتبوع: أي: يغتفر في التابع ما دام تابعاً ما لا يغتفر فيه إذا صار متبوعاً، أي: أصلاً ومقصوداً^(٣).

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)^(٤).

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...)^(٥).

(١) طرح الشرب للعراقي (١٢٢/٦)، كشف القناع (١٦٦/٣).

(٢) انظر: المصباح المنير (٩٩/١)، القاموس الفقهي، ص ٤٨.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٢٢٩.

(٤) انظر: الوجيز للبرونو ص ٣٤٠، القواعد الفقهية للندوي، ص ٤٢٥ - ٤٢٦.

(٥) الغرر وأثره في العقود، الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، ص ٥٩٥.

ومما استدل به على هذه القاعدة قول الله عزَّ وجلَّ: ﴿أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْأَرْبَابِ مِنَ الرِّجَالِ﴾^(١)، فجعل التابعين للنساء ممن يخلف في الرحل بمثابة النساء والصبيان في كونهم لا يحتجب منهم^(٢).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: التعامل بالأسهم الحلال، إذا وضعت في بنوك ربوية؟

ذهب بعض علماء العصر إلى إباحة التصرف في هذه الأسهم، ومنهم: الشيخ علي الخفيف، الشيخ عبدالوهاب خلاف، والدكتور علي محي الدين القره داغي، وعبدالرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والقاضي عبدالله سليمان بن منيع، وغيرهم^(٣).

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 بالتَّمَلُّك 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

(١) سورة النور، الآية: ٣١.

(٢) انظر: تفسير ابن كثير (٨٨/٥).

(٣) سبق التعرض لهذه المسألة وإلى القائلين بإباحة التصرف في هذه الأسهم، عند تخريجها على قاعدة: «الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة»، راجع ص ٣٦٠ من الأطروحة.

الرّبوية لم يكن مقصوداً وإنما جاء تبعاً لما يتطلبه المقصود الأول من استثمار المال وحفظه، وقد تدفع الضرورة بوضعه في البنوك الرّبوية إلى حين، وحينئذ يُخْرَج القدر الحرام ويطيب باقي المال.

المسألة ٢: 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 معتفر 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 المعقود عليه أصالة، ولكنه ههنا وقع تبعاً في اتفاقية الإصدار، أي: تابعاً للمقصود في تلك المعاقدة، ومن المقرر فقهاً أن الغرر معتفر 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»^(١).

□ القاعدة الثانية: التابع تابع:

هذه القاعدة وردت بهذه الصيغة في مجلة الأحكام العدلية^(٢)، وكذا في أغلب كتب القواعد الفقهية^(٣)، كما وردت بصيغ أخرى منها:

(١) انظر: بحث الدكتور نزيه حماد «بطاقات الائتمان غير المغطاة»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٢، (٥١٧/٣).

(٢) المادة: ٤٧ من المجلة. انظر: شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ١٩٧.

(٣) انظر: إيضاح المسالك للونشريسي، ص ٢٥، قواعد ابن رجب الحنبلي ص ٨٤، أشباه ابن نجيم، ص ١٣٣، أشباه السيوطي، ص ١٥٣، المدخل الفقهي العام (١٠٢٢/٢)، الوجيز للبورنوني، ص ٣٣١، موسوعة القواعد الفقهية للبورنوني (١٥٨/٣).

«التابع يثبت له حكم أصله»^(١).

«ثبوت الحكم في التابع بثبوته في الأصل»^(٢).

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 يثبت له. فإذا ثبت لأصله حكم بالإيجاب أو التحريم أو الندب أو الكراهة أو الإباحة، فإن هذا الحكم يثبت له أيضاً^(٣).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: تطبيق مبدأ الغلبة في الأعيان والمنافع عندما يكون وعاء القراض مختلط:

من العناصر الواجب توفرها في سندات المقارضة^(٤)، حتى تصح:

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

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٣٨٣/٤)، الموافقات (٢٠٨/٣)، موسوعة القواعد الفقهية (١٥٨/٣).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٣٦/٢٦)، موسوعة القواعد الفقهية (١٥٨/٣).

(٣) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو (١٥٨/٣).

(٤) سبق تعريف سندات المقارضة في ص ٥٥٣ من الأطروحة في قاعدة: «الأصل في الأشياء الإباحة».

العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.

ب - إذا أصبح مال القراض ديوناً 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 وفقاً للسعر المتراضي عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة^(١).

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 عبدالستار أبو غدة - عمدته القاعدة الفقهية: «التابع تابع».

يقول فضيلة الدكتور: (الحقيقة فكرة اشتراط الغلبة هنا جاءت تطبيقاً 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: «مَنْ باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(٢).

فقالوا: بأن هنا يجرى بيع للمال وقد يكون البيع مؤجلاً بضمن مؤجل

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤، (٢١٥٩/٣ - ٢١٦٥).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه بهذا اللفظ في كتاب البيوع، باب العبد يباع وله مال (٢٦٨/٣) رقم: ٣٤٣٣، والترمذي في سنن كتاب البيوع، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال (٥٤٦/٣) رقم: ١٢٤٤، ومالك في الموطأ كتاب البيوع، باب ما جاء في مال المملوك (٦١١/٢) رقم: ١٢٧٢. وانظر في شرح الحديث: فتح الباري (٥١/٥)، وشرح النووي على صحيح مسلم (٣٩/١١).

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)^(١).

قال ابن رشد الحفيد^(٢): (ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم وإن كان مال العبد دراهم، أو فيه دراهم وخالف في ذلك الشافعي واستدل مالك بإطلاق الحديث)^(٣).

قال الحافظ ابن حجر^(٤): (وكان العقد إنما وقع على العبد خاصة، والمال الذي معه لا مدخل له في العقد)^(٥).

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

(١) انظر: الموطأ للإمام مالك (٦١١/٢).

(٢) ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد المالكي الغرناطي، كان عالماً أديباً أصولياً فقيهاً فيلسوفاً حكيماً، كان يفرع إليه في الفقه كما في الطب، ترك تأليف كثيرة منها: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مختصر المستصفي، الكليات في الطب، ولد سنة ٥٢٠هـ، وتوفي سنة ٥٩٥هـ. انظر: الديباج، ص ٣٧٨، الفكر السامي (٢٢٨/٢)، شجرة النور الزكية، ص ١٤٦ - ١٤٧.

(٣) بداية المجتهد لابن رشد (١٩٠/٢).

(٤) 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 ٧٧٣هـ وتوفي سنة ٨٥٢هـ. انظر: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي، طبعة منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت - لبنان (٣٦/٢ - ٤٠)، الفكر السامي (٢/٣٥٠ - ٣٥١).

(٥) فتح الباري (٣٤/٥).

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^(١).

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^(٢) والاسترداد^(٣) بأي بدل وبالحلول أو بالأجل، وهذا المبدأ هو الذي أفصح عنه قرار المجمع المشار إليه آنفاً.

(١) انظر: مناقشة الدكتور عبدالستار أبو غدة لموضوع: «سندات المقارضة وسندات الاستثمار»، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٤ (١٩٩٨/٣)، وبحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، الدكتور عبدالستار أبو غدة، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، شركة التوفيق (مجموعة دلة البركة)، (١٠٧/٢ - ١٠٨).

(٢) التخارج في الحسابات الاستثمارية هو بيع لحصة 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.

(٣) 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 البدل 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.

المسألة ٢: 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 التميز 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^(١).

إلا أن هذا الإجراء عسير التطبيق إلا في استثمارات قصيرة الأجل وقابلة للتنضيض التام في نهايته، الأمر الذي دفع ببعض فقهاء العصر وهو الدكتور عبدالستار أبو غدة إلى الاجتهاد في المسألة وتخريجها على مبدأ من المبادئ الشرعية المتعلقة بالمعاملات المالية، مبدأ: (مراعاة التبعية للأعيان والمنافع). وهو الجدير بالاعتبار، على حدّ تعبير أبو غدة.

(١) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (٢/٤٤).

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 عبدالستار أبو غدة، مبنياً تخريج 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 كالجاء من الأصل، ولا يصلح أن يكون محلاً في العقود بل وجوده يستتبع وجود متبوعه^(١).

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)^(٢).

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 (الثالث) كثيراً ومن أشهرها مسألة الوصية فضلاً عن الغبن وغيرهما. وقد استخدم الفقهاء المعاصرون نسبة الثالث ضابطاً للكثرة في الاقتراض بحيث يمتنع التعامل مع الصناديق الاستثمارية لأسهم الشركات التي لديها قروض بنسبة الثالث فأكثر)^(٣).

(١) انظر: بحث «القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية»، للدكتور عبدالستار أبو غدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١٣، (٥٧/٣ - ٥٨).

(٢) انظر: المرجع نفسه (٥٩/٣)، وهي الفتوى رقم: ١/١، من فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة.

(٣) انظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية (٤٨/٢).

□ القاعدة الثالثة: للأكثر حكم الكل^(١):

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»^(٢).

«معظم الشيء يقوم مقام كله»^(٣).

«الأقلّ يجعل تبعاً للأكثر فيما تعم به البلوى»^(٤).

«الأكثر ينزل منزلة الكمال»^(٥).

ووردت بصيغة الاستفهام: «الأصغر هل يندرج في الأكبر أم لا؟»^(٦).

قال الإمام الشاطبي: (للقليل مع الكثير حكم التبعية، ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة)^(٧).

ويلاحظ على تنوع مصادر صياغات القاعدة، أنها من القواعد التي لقيت القبول عند فقهاء المذاهب الأربعة، وعمِلوا بها في تعليقاتهم وترجيحاتهم.

(١) انظر: المبسوط (١١٥/٢) و(٣٩/٣).

(٢) وهذه الصيغة هي المشهورة في مذهب مالك، ذكرها القرافي في الذخيرة (١٠٨/٥)، والمقري في القواعد (٥١٠/٢ - ٥١١) القاعدة: ٢٧٢، والونشريسي في المعيار (٣٤٩/٧).

(٣) المنشور للزركشي (١٨٣/٣).

(٤) المبسوط للرخسي (٢٨/٢٤).

(٥) المبسوط للرخسي (١٢٦/٤). وانظر: موسوعة القواعد الفقهية (٢٥٤/٢).

(٦) انظر: إيضاح المسالك، القاعدة: ١٣، ص ١٦٧. قواعد المقري، القاعدة: ٦٧٦.

(٧) الموافقات (١٨١/٣).

شرح مفردات القاعدة:

الأقل والأكثر: هما من أفعال تفضيل من القلة والكثرة، والقلة والكثرة يستعملان غالباً في الأعداد، كما أن العظم والصغر يستعملان في الأجسام، ثم يستعار كل واحد من الكثرة والعظم ومن القلة والصغر للآخر^(١).

تَبَعَ: التاء والباء والعين أصل واحد، وهو التَلْوُ والقَفْوُ^(٢).

الحكم: إسناد أمرٍ لآخر إيجاباً أو سلباً، أو هو: الوصف الثابت للمحكوم فيه^(٣).

المعنى الاصطلاحي للقاعدة:

المراد بهذه القاعدة أن الشرع قد يجعل لأكثر الشيء حكمَ كده في بعض المسائل، فإذا أتى المكلف - مثلاً - بأكثر العبادة في تلك الصورة كان له حكم من أداها تامة من حيث الثواب، وبراءة الذمة، وإذا أدى أكثرها على وجه فيه زيادة فضل كان له أجر من أداها كلها على ذلك الوجه.

يقول الدكتور البورنو: (هذه القواعد وكثير غيرها بمعناها تؤدي معنى 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^(٤).

(١) انظر: مفردات الراغب، ص ٦٨٠.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٣٦٢/١)، المصباح المنير (٩٩/١).

(٣) الحدود في الأصول للباي ص ٧٢، التعريفات للجرجاني ص ١٢٣، القاموس الفقهي، ص ٩٦ - ٩٧.

(٤) موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٥٤ - ٢٥٥).

وبالنسبة لمعنى الصَّيغ الأخرى للقاعدة: (فإن حكم الأكثر غالباً على الأقل، وأن الأقل تبع 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 أفراد، 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 استحسانيّ خروج الأقل عن حكم الأكثر، للدليل خاص^(١).

دليل القاعدة:

ذهب بعض المهتمين بعلم القواعد إلى أنها مستوحاة من استقراء التَّصْوص^(٢)، وذهب الإمام المقرئ - رحمه الله - إلى دخول هذه القاعدة: «الأقل تبع للأكثر»، تحت قاعدة التَّقديرات الكبرى، ومنها: «إعطاء الموجود حكم المعدوم»^(٣).

فدليل القاعدة - هنا - هو القاعدة الأكبر منها، والأقل تبع للأكبر.

وهناك نصوص خاصة يستأنس بها لثبوت هذه القاعدة، أقتصر على واحد منها: حديث: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»^(٤). قال الإمام الخطابي

(١) القواعد والضوابط الفقهية القرآنية (١/٣٥٠ - ٣٥١). وانظر: تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، للصادق بن عبدالرحمن الغرياني، ص ٥٦ - ٥٧.

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية للندوي (١/٤١٨).

(٣) انظر: قواعد المقرئ (٢/٥١١).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الضحايا، باب ما جاء في ذكاة الجنين (٣/١٠٣) رقم: ٢٨٢٨، وأخرجه الترمذي في سننه كتاب الأطعمة، باب ما جاء في ذكاة الجنين (٤/٧٢) رقم: ١٤٧٦، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وأخرجه ابن ماجه كتاب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه (٢/١٠٦٧) رقم: ٣١٩٩، وأخرجه الدارمي في=

- رحمه الله :- (فيه جواز أكل الجنين إذا دُكيت أمه، وإن لم يحدث للجنين ذكاة، وإليه ذهب أكثر العلماء، أن ذكاة الشاة ذكاةً لجنينها، إلا أن بعضهم اشترط فيها الإشعار)^(١).

والقاعدة - بجمع صيغها - ترمي إلى الإرفاق بالمكلفين والتخفيف عنهم لا سيما في النوازل المعاصرة المرتبطة بفقهاء المعاملات المالية، كما سيتجلى ذلك قريباً.

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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 اسمية، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة، وتكون متساوية القيمة^(٢).

ما حكم التعامل بأسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلال، ولكنها تُودع - 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 شراءً وبيعاً؟

= سننه كتاب الأضاحي، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه (١١٥/٢) رقم: ١٩٧٩، وأخرجه الحاكم في المستدرک (١٢٧/٤) رقم: ٧١٠٩، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

- (١) انظر: معالم السنن (١٤٨/٤)، واشترط المالكية تمام الخلق وإنبات الشعر. راجع: الشرح الكبير (١١٤/٢)، بداية المجتهد (٤٢٨/١)، القوانين الفقهية، ص ١٨٣.
- (٢) الشركات التجارية، د.علي حسن يونس، طبعة الاعتماد، بالقاهرة، ص ٥٣٩، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي للدكتور عطية فياض، ص ١٦٧.

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^(١).

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.

الثاني: أسهم لشركات قامت في الأصل للتعامل بالحلال، ولكنها تُودع - 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؟

(١) الشركات التجارية، د. علي حسن يونس، طبعة الاعتماد، بالقاهرة، ص ٥٣٩.

اختلف الفقهاء المعاصرون فيها على رأيين:

الأول: حرمة التصرف في هذه الأسهم ما دامت لا تقوم على الحلال المحض.

الثاني: إباحة التصرف في هذه الأسهم، وممن ذهب إلى ذلك: الشيخ علي الخفيف، الشيخ عبدالوهاب خلاف، والدكتور علي محيي الدين القره داغي، وعبدالرحمن حسن، ووهبة الزحيلي، والقاضي عبدالله سليمان بن منيع، وغيرهم^(١). وخرّجوا هذا الرأي على القاعدة الفقهية: «للأكثر 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 التخريج أسوق بعض النقول لشيخ الإسلام ابن تيمية تزيد الأمر وضوحاً وبيانا:

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 حرمة، وإن لم يغيره ففيه نزاع...)

والثاني: الحرام لكسبه: كالمأخوذ غصباً، أو بعقد فاسد فهذا إذا اختلط بالحلال لم يحرمه، فلو غصب الرجل دراهم، أو دنانير أو دقيقاً، أو حنطة أو خبزاً، وخلط ذلك بماله لم يحرّم الجميع لا على هذا، ولا على

(١) انظر: «الشركات» للشيخ علي الخفيف، ص ٩٦ - ٩٧. بحث: أبي زهرة المنشور ضمن منشورات المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية (١٨٤/٢). الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. الخياط، طبعة الرسالة (١٨٧/٢)، بحث: الاستثمار في الأسهم للدكتور القره داغي مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٩، (٧٦/٢ - ٧٧).

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...^(١).

وذكر في جواب سؤال حول التعامل مع من كان غالب أموالهم حراماً مثل المكاسين وأكلة الربا؟

فأجاب: (إذا كان الحلال هو الأغلب لم يحكم بتحريم المعاملة وإن كان الحرام هو الأغلب، قيل بحل المعاملة، وقيل: بل هي محرمة، فأما المعاملة بالربا فالغالب 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 فاختلط مال أحدهما بمال الآخر، فإنه يقسم بين الشريكين، وكذلك من اختلط بماله الحلال والحرام أخرج قدر الحرام، والباقي حلال له)^(٢).

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^(٣).

وعلى ضوء ما سبق يظهر جواز التعامل مع من كان في ماله حرام،

(١) مجموع الفتاوى، طبعة الرياض (٣٢٠/٢٩ - ٣٢١).

(٢) مجموع الفتاوى، طبعة الرياض (٢٧٢/٢٩ - ٢٧٣).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٠٨/٢٩)، وقد ورد عن كثير من العلماء نصوصاً قريبة من كلام ابن تيمية، منهم: ابن نجيم في الأشباه والنظائر، ص ١١٢ - ١١٣، والكساني في بدائع الصنائع (٤٤/٦)، وابن رشد الجدي في الفتاوى بتحقيق: المختار بن الطاهر التليبي (٦٣١/١ - ٦٤٩)، والعز بن عبدالسلام في قواعد (٧٢/١ - ٧٣)، والزرکشي في المنثور (٢٥٣/٢).

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^(١).

يقول القاضي عبدالله بن سليمان بن منيع: (وحيث إن الحكم للغالب إباحة أو حظراً فإن الغالب على السهم في الشركة موضوع بحثنا الإباحة، تأسيساً على أن اختلاط القليل المحرم بالكثير المباح لا يؤثر على صحة تداول هذا المال المختلط بيعاً وشراءً وتملكاً، فإن السهم في الشركة مال مختلط، غالبه حلال وقليله حرام، والعبرة للغالب بتحريمه أو تحليله، وحيث إن الغالب في السهم المختلط الحلال، والحرام فيه يسير، فإن تطبيق مسألة الحكم للغالب على تداول هذه الأسهم ظاهر يتضح منه الجواز)^(٢).

المسألة ٢: حكم توريق الدَّين 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 ناضجة بعد أن كان مجرد التزام في ذمة المدين.

وقد اشتقت هذه التسمية مما جاء في اللغة من قولهم: أورق الرجل؛ إذا صار ذا ورق. والورق: الدراهم المضروبة من الفضة. وذلك كناية عن كثرة النقود في يده^(٣). ومن المعلوم أن الدائن يصير بالتوريق ذا نقود سائلة (ورق) بعد أن كان مجرد صاحب دين مؤجل في ذمة الغير، وكذا سائر من انتقلت إليه ملكية ذلك الصَّك.

(١) راجع هذه الضوابط في ص ١٩٠ من الأطروحة.

(٢) انظر: بحثه في كتاب قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات، تحرير منذر قحف، ص ٣٤٠ - ٣٤١.

(٣) انظر: القاموس المحيط، ص ١١٩٨، أساس البلاغة، ص ٤٩٦، المصباح المنير (٤٤١/٢).

ونظير ذلك مصطلح (التَّوْرُق) في الفقه الحنبلي الذي يعني: (أن يشتري الشخص سلعة نسيئة، ثم يبيعها نقداً لغير البائع بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد)^(١). حيث إن قصد ذلك الشخص بالبيعتين هو الحصول على الدراهم النَّاضية (النقود السائلة) لا غير.

وقد أطلق بعض العلماء المعاصرين على هذه العملية اسم (التَّصْكِيك)، وذكر أنها تقوم في الأساس على خلق أوراق مالية قابلة للتداول، مبنية على حافطة استثمارية ذات سيولة متدنية^(٢). 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 التَّوْرُق؟

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 الدَّيْنِ النقدي الذي تقوم به البنوك الإسلامية.

ذهب الدكتور نزيه كمال حماد إلى التفصيل في المسألة على النحو التالي:

(لا يجوز توريق دين المرابحة (المصرفية) المؤجل، وتداوله من قبل المصارف الإسلامية أو الأفراد في سوق ثانوية أو عن طريق البيع المباشر

(١) 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 عبدالعزيز 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 (٤/٢٧٩)؛ فتح القدير (٥/٤٢٥)؛ روضة الطالبين (٣/٤١٦)؛ كشف القناع (٣/١٨٦)؛ الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي، ص ١٢٩.

(٢) انظر: الأوراق المالية للدكتور فياض عطية، ص ٢٤٨.

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 سلعاً 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، 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 مرابحات 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 مرابحات. 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 تَبَعَ للأكثر، وللأكثر حكمُ الكل»^(١)، كما هو مقرر في قواعد الفقه.

والصورة الثانية: أن تكون قيمة الأعيان والمنافع أقل من مقدار دين المرابحة، وعندها يسري على هذه الصورة حكم الحالة الثانية، وهو الحرمة

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٣/٣٩).

والحظر، إذ: «الأقل لا يزاحم الأكثر»^(١)، ولأن: «إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع»^(٢)، كما جاء في قواعد الفقه^(٣).

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.

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^(٤).

□ القاعدة الرابعة: ما قارب الشيء أعطي حكمه^(٥):

وصاغها القرافي في الذخيرة بقوله: «ما قارب الشيء له حكمه»^(٦).

(١) انظر: المبسوط للرخسي (١١٥/٢).

(٢) انظر: المبسوط (١٠٠/١٦) و(١٠٠/٢٦).

(٣) انظر: بحث «بيع الدين - أحكامه، تطبيقاته المعاصرة»، للدكتور نزيه كمال حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ١١ (١٨٩/١ - ١٩٠).

(٤) انظر: قرار المجمع بمجلة المجمع، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، الدورة الرابعة (٢١٥٩/٣ - ٢١٦٥).

(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٣٩٢/٢)، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (١٩٥/٣).

(٦) انظر: الذخيرة (٣٦٦/٥).

ووردت بلفظ: «ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟»^(١).
 وفي لفظ: «اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو بقاءه على أصله»^(٢).
 وفي لفظ: «هل المتوقع كالواقع؟»^(٣). وفي لفظ: «المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟»^(٤). وفي لفظ: «ما قارب الشيء أعطي حكمه»^(٥).

ومعنى القاعدة:

الأصل أن كل شيء يعطى حكم نفسه لا حكم غيره، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾^(٦)، أما إعطاؤه حكم ما قاربه فهو محل خلاف.
 فإن كان ما قارب الشيء مما لا يتم إلا به، كما سلك 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»^(٧)، وقوله ﷺ: «الْمَرْءُ مَعَ مَنْ أَحَبَّ»^(٨).

- (١) انظر: شرح البواقي الثمينة (٢٤٦/١)، أشباه السيوطي، ص ٢٣٢.
- (٢) انظر: قواعد المقرئ (٣١٣/١)، قاعدة: ٨٨.
- (٣) أشباه ابن السبكي (٤١/١ - ٤٥)، قواعد الحصني (٢٦٥/٢)، إيضاح المسالك، القاعدة رقم: ١٤، ص ١٧٠، موسوعة القواعد الفقهية (٥٦/١٢).
- (٤) قواعد الحصني (٢٦٥/٢)، موسوعة القواعد الفقهية (١٦٩/٩).
- (٥) انظر: المنشور في القواعد (١٤٤/٣، ١٤٥).
- (٦) سورة فاطر، الآية: ١٨.
- (٧) أخرجه البخاري في كتاب، باب مولى القوم من أنفسهم بلفظ: (مولى القوم من أنفسهم) (٢٤٨٤/٦) رقم: ٦٣٨٠، أما اللفظ المثبت في الصلب فهو للنسائي في كتاب الزكاة، باب مولى القوم منهم (١٠٧/٥) رقم: ٢٦١٢. والشاهد فيه جواز نسبة العبد إلى مولاه باعتبار الموالاة لا باعتبار البنوة. انظر: فتح الباري (٤٩/١٢).
- (٨) أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب المرء مع من أحب (٢٠٣٢/٤) رقم: ٢٦٤٠، والترمذي في كتاب الزهد، باب ما جاء أن المرء مع من أحب (٥٩٥/٤) رقم: ٢٣٨٥، وقال الترمذي: حديث صحيح.

دليل القاعدة:

ومما يحتج به على هذه القاعدة:

- قول النبي ﷺ: «الخالة بمنزلة الأم»^(١).

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 العممة... وإذا قدمت على العممة مع كونها أقرب العصابات من النساء فهي مقدمة على غيرها ويؤخذ منه تقديم أقارب الأم على أقارب الأب)^(٢).

- وقوله ﷺ: «ابنُ أختِ القَوْمِ مِنْهُمْ»^(٣).

قال الحافظ ابن حجر: (المَراد بقوله من أنفسهم وكذا منهم في المعاونة والانتصار والبر والشفقة ونحو ذلك لا في الميراث)^(٤).

وقال النووي: (أنه ليس في هذا اللفظ - لفظ الحديث - ما يقتضى توريثه وإنما معناه أن بينه وبينهم ارتباطاً وقرابة ولم يتعرض للإرث وسياق الحديث يقتضى أن المراد أنه كالواحد منهم في إفشاء سرهم بحضرته ونحو ذلك، والله أعلم)^(٥).

أثر القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة:

المسألة ١: 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

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب المغازي، باب عمرة القضاء (١٥٥١/٤) رقم:

٤٠٠٥، وأبو داود في كتاب النكاح، باب من أحق بالولد (٢٨٤/٢) رقم: ٢٢٨٠.

(٢) انظر: فتح الباري (٥٠٦/٧) بتصرف بسيط.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب المناقب، باب ابن أخت القوم ومولى القوم منهم

(١٢٩٤/٣) رقم: ٣٣٢٧.

(٤) انظر: فتح الباري (٤٩/١٢).

(٥) انظر: شرح النووي لصحيح مسلم (١٥٢/٧).

العقد، دون زيادة أو نقصان، وليس للدائن سواه، وهو ما ذهب إليه الحنفية^(١)، والمالكية في المشهور عندهم^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

الثاني: اعتبار قيمتها يوم العقد في البيع، ويوم القبض في القرض، وهو قول الإمام أبي يوسف، والمفتي به في المذهب الحنفي^(٥).

الثالث: قول عند المالكية بأن التغيير إذا كان يسيراً لا عبرة له ويجب الوفاء بمثل ما وقع عليه العقد دون تأثير صعود قيمة النقود أو هبوطها.

وأما إذا كان التغيير فاحشاً فإن الوفاء يجب بحسب قيمة النقود وقت التعاقد، وهذا ما رجحه الرهوني^(٦) من المالكية^(٧).

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 - المفتي به عند الحنفية - بوجوب القيمة مطلقاً، وذلك لاعتبارين:

أحدهما: أن التغيّر 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 التغيّر اليسير مغتفر تفرعاً على القاعدة الفقهية الكلية أن:

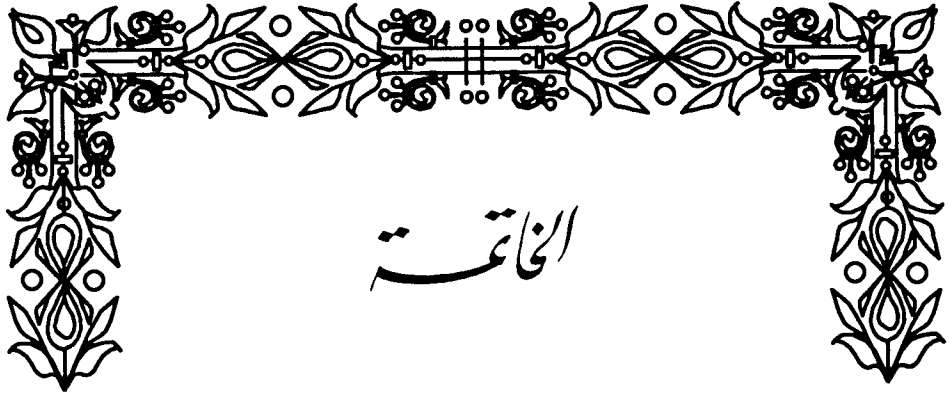
- (١) انظر: الفتاوى الهندية (٢٥٥/٣)، درر الحكام (٩٤/٣)، بدائع الصنائع (٣٢/٧ - ٤٥).
- (٢) الزرقاني علي خليل (٦٠/٥)، حاشية الرهوني (١٢١/٥).
- (٣) مغني المحتاج (٣٤٦/٢).
- (٤) انظر: الشرح الكبير على المقنع مطبوع مع المغني (٣٥٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢٦٦/٢)، المغني (٣٦٥/٤).
- (٥) انظر: تبين الحقائق (١٤٢/٤).
- (٦) الرهوني: هو أبو عبدالله محمد بن أحمد شيخ وخاتمة المحققين والعلماء الصالحين حامل لواء المذهب المالكي وعليه دارت الفتوى بالمغرب، من تأليفه: حاشية على شرح ميارة الكبير لم يكمل، وحاشية علي الزرقاني على المختصر، ولد سنة ١١٩٥هـ، وتوفي سنة ١٢٣٠هـ. انظر ترجمته: شجرة النور الزكية، ص ٣٧٨.
- (٧) انظر: حاشية الرهوني (١٢١/٥).

«ما قارب الشيء يعطى حكمه»، بخلاف التغيّر الفاحش، فإن الضرر فيه بيّن والجور فيه محقق^(١).

ووجه التخريج على القاعدة: يصح فقط إذا كان التغيّر يسيراً لأن التغيّر 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 تغيّر 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.



(١) انظر: تغيرات النقود والأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي، للدكتور نزيه حماد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث (١٦٧٨/٣).



الخاتمة

وبعد... فقد آن الأوان أن يستريح القلم، وهو مطمئن - إن شاء الله تعالى - إلى ما حققه من البحث والتحقيق، وإن كان في الخاطر مزيد، لكن لكل بداية نهاية، والأمر إذا اتسع ضاق كما نطقت بذلك القاعدة الفقهية.

ويمكن حصر أهم نتائج البحث في النقاط التالية:

١ - عَرَفْنَا أن للتقعيد الفقهي مفهوماً درج عليه علماءنا الأوائل وعَرَفَهُ البعض بقوله: (عمل علمي فقهي، ينتهي بالفقيه إلى صياغة الفقه قواعد وكمليات، تضبط فروعه وجزئياته).

٢ - المفهوم العام للتقعيد الفقهي الذي اخترناه في البحث وسرنا عليه واقتراحنا له تعريفاً هو: (عمل علمي فقهي يقوم أساساً على تكوين القاعدة الفقهية والاستدلال بها).

٣ - القاعدة الفقهية هي: (حكمٌ كليٌّ مستندٌ إلى دليلٍ شرعيٍّ مصوغٍ صياغةً تجريديةً محكمةً، منطبقٌ على جزئياته على سبيل الاطراد، أو الأغلبية).

٤ - 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).

٥ - أن فن القواعد الفقهية كغيره من الفنون له مقومات علمية يقوم

عليها، لا تتكون ماهيته وحقيقته إلاّ بها، فللقاعدة الفقهية أركان قَصَرَهَا بعين الباحثين على ركنين أساسيين هما:

الركن الأول: الموضوع أو المحكوم عليه، وهو الذي يحمل عليه الحكم، وقيل: إنّه سَمِيَ 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«الأمور بمقاصدها»، وقد يقع فعلاً، كقولهم: «الضرر يزال»، و«المشقة تجلب التيسير».

٦ - 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 بدّ 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 متردّد فيه: لأن التردد يوهن الحكم الصادر عن القاعدة، ويضعف الاحتجاج بها.

- ٧ - وعرفنا أيضاً أن للقاعدة الفقهية شروط تطبيق هي:
- أ - أن تتوفر في الوقائع الشروط الخاصة، التي لا بدّ 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 بالنصّ أو الإجماع.
- ٨ - كما توصلنا في هذه الدراسة إلى التفريق بين التطبيق والتخريج.
- فالتطبيق يقصد به في علم القواعد الفقهية: (ذكر الفروع الفقهية على قاعدة ما، سواء نصّ على كونها متفرعةً عن هذه القاعدة، من قبل أئمة المذهب، أو كان يدرك بغير كبير فِكْرٍ أنه لا فرق بين هذه الفروع المنصوصة وبين نظائر لها لم يُنصّ على تفرّعها عن هذه القاعدة).
- أما التخريج على القاعدة فهو: (فعل مجتهد المذهب في إلحاق فرع غير منصوص عليه، بقاعدة من قواعد المذهب). وأن لكل من المطبّق والمخرّج شروط ومؤهلات.
- ٩ - كما توصلنا إلى أن هناك فرق بين مصطلحي تخريج القاعدة الفقهية والتخريج عليها.
- فتخريج القاعدة الفقهية يقصد به تخريجها واستلالها من نصوص الأئمة 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).
- ١٠ - 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 بكلية ذلك الحكم وقاعدته.

١١ - اتفق أغلب العلماء على أن للقواعد الفقهية مصادر متنوعة ابتداءً من نصوص الشارع فالقياس فالاستصحاب، الاستصلاح، الترجيح، وقياس الاستدلال... وانتهاءً بالتخريج من تراث العلماء.

١٢ - 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 حديثة، 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.

١٣ - 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 ويطرد منهاجها القياسي، يقل فيها الخلاف بين الفقهاء، وبقدر ما يضيق نطاقها ويقل اطرادها 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 الحجاج بين الفقهاء.

د - تكامل القواعد، وأقصد بذلك أن بعض القواعد قد يكون قيماً 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 وحكماً: وهو التعبير عن معنى قاعدة واحدة بصياغات متعددة، فيأخذ مجتهد بالقاعدة، 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.

ز - 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 اعتماده 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.

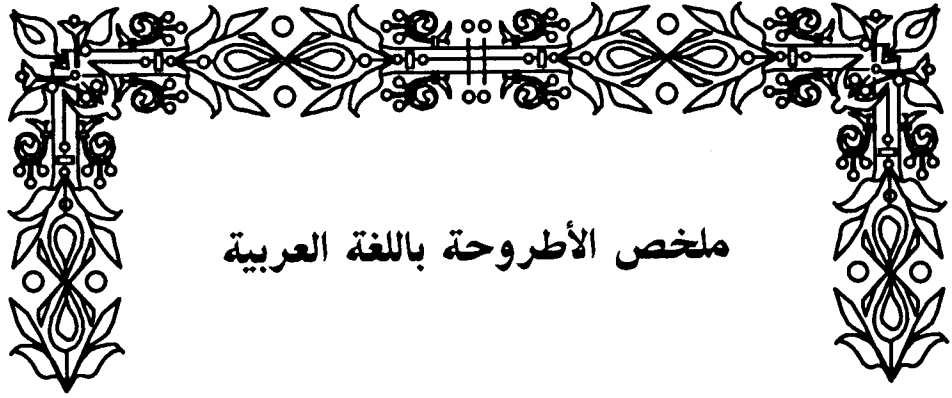
- د - تتجلى أهمية الاجتهاد في القضايا المعاصرة في :
- التأكيد على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.
 - مراعاة حاجات ومصالح العباد في الدنيا والآخرة.
 - تفتيت الفرصة على الأخذ بالقوانين الوضعية.
 - تجديد الفقه الإسلامي.
- هـ - للاجتهاد الجماعي في عصرنا الحاضر أهمية خاصة لكونه أكثر دقة وإصابة من 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.
- ١٤ - 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.
- ١٥ - 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 يجدر من حوادث لإلحاقها بحكم قاعدتها.
- ١٦ - أن معرفة القواعد الفقهية والإحاطة بها، يكسب المجتهد الملكة الفقهية التي تعينه على الاستدلال والتخريج والترجيح.

توصيات البحث وتمثل فيما يلي:

- ١ - الاتجاه إلى دراسة القواعد الفقهية دراسة شاملة واعية؛ لمعالجة كثير من القضايا المعاصرة المعروضة على فقهاء العصر.
- ٢ - الحث على الكتابة والتأليف في مصادر القواعد الفقهية، بالبحث عن الدلائل والشواهد للاستدلال والاحتجاج للقواعد الفقهية.
- ٣ - الاعتناء بالدراسات التي تُعنى بالقضايا الفقهية المعاصرة، بنشرها ضمن المجلات والدوريات، ومعالجة مواضيعها بعقد الندوات والمؤتمرات، فالفقه هو ثمرة العلوم الإسلامية، وهو قانون المسلم في هذه الحياة.
- ٤ - 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.
- ٥ - الحاجة إلى وضع فهارس تفصيلية وكشافات علمية عامة للكتب الفقهية بصفة خاصة، حتى يسهل البحث والرجوع إلى مظان المسائل ومواضعها، 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.

وصلّى الله وسلّم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين
والحمد لله رب العالمين





ملخص الأطروحة باللغة العربية

لا يخفى على الدارس 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 الخاص والعام، وفي فضله قول خير الأنام: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»^(١).

لذلك نال درجة كبيرة من الاهتمام سواء من الناحية التفريعية، أم من الناحية التقعيدية، 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، وتفريع الجزئيات على الكليات.

ومن هنا كانت قواعد الفقه: (مهمّة في الفقه، عظيمة النفع، ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف)^(٢).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين (٣٩/١)

رقم: ٧١، ومسلم في صحيحه باب النهي عن المسألة (٧١٨/٢) رقم: ١٠٣٧.

(٢) من كلام الإمام القرافي في فروقه (٢/١).

وقد أدرك الفقهاء هذه الأهمية وقرروها ونبهوا عليها في كتبهم. فهذا الإمام القرافي 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 ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل (الفضلاء)^(١).

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)^(٢).

وأمام هذه الأهمية القصوى التي استحققتها 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 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،

(١) انظر: الفروق (٢/١ - ٣).

(٢) من مقدمة شرح القواعد الفقهية لمصطفى الزرقاء، ص ٧.

لأنه لما كثر الاستبحار في التفريع، وكثرت المسائل واتسعت وأصبح استقصاؤها 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.

وتثميناً لجهود الأئمة السابقين، وجهود من اعتنوا بتحقيق مآثرهم، وكذا اعتنائهم بفنّ القواعد الفقهية واهتمامهم بالقضايا الفقهية المعاصرة، تولد 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 وكماليات، تضبط فروعهِ وجزئياته)^(١).

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 وقاعدتيّه.

فالتقعيد الفقهي: هو تلك العملية الاستقرائية ثم الاستنباطية التي تنتهي بوضع القاعدة وإحكام صياغتها.

(١) انظر: المرجع نفسه، ص ٣١.

وقد أضفنا لمفهوم التقعيد الفقهي: الاستدلال بالقواعد الفقهية باعتبارها متضمنة للأحكام الفقهية المندرجة تحتها، مما هو مدوّن، أو محلّ للاجتهاد.

وحينئذ يمكن للباحث أن يستعمل هذا المصطلح - التقعيد الفقهي - بمفهومه الواسع، إلى جانب المفهوم الأول المتمثل في صياغة الفقه كليات تضبط فروعه وجزئياته.

ويكون المفهوم العام الواسع للتقعيد الفقهي:

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

ثانياً: مفهوم القاعدة الفقهية (التعريف المختار):

لقد آثرت واخترت تعريفين رأيتهما أسلم وأصحّ وأوضح ما كتب في تعريف القاعدة الفقهية.

التعريف الأول: (قضيةً كليةً، جزئياتها قضايا كليةً فقهيةً)^(١).

التعريف الثاني: (حكمٌ كليٌّ مستندٌ إلى دليل شرعيّ مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبقٌ على جزئياته على سبيل الاطراد، أو الأغلبية)^(٢).

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 حلولاً شرعية لقضايا جديدة لم تكن معروفة من قبل، ولم يرد نصّ صريح على حكمها في الكتاب والسنة.

أو هو: «الاجتهاد الذي يبذل فيه المجتهد وسعه للوصول إلى حكم شرعي عملي متعلق بالنوازل المعاصرة».

(١) انظر: القواعد الفقهية للدكتور الباسين، ص ٥٤.

(٢) انظر: نظرية التقعيد الفقهي للدكتور محمد الروكي، ص ٤٨.

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 بحجية القواعد الفقهية:

يمكن تلخيص ذلك في النقاط التالية:

أولاً: بالنسبة للقواعد التي هي نصوص شرعية قرآنية كانت أم حديثة، تعتبر حجة، ودليلاً تستنبط منه الأحكام الشرعية، كغيرها من الأدلة الشرعية المعتمدة.

ثانياً: 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.

ففي الحالة الأولى: أي: مصدر القاعدة، والدليل الذي استنبطت بواسطته، فحكمها يكون كالتالي:

١ - 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، وحجيتها راجعة إلى حجية النصّ، لكنها لا تكون كذلك عند من لم يصحح الاستنباط.

٢ - 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.

٣ - وأما القواعد المخترجة 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 قوة 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 حجة تفرّع عليها الأحكام عند من خرّجها، شأنها شأن الأدلة المختلف فيها^(١).

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.

الطريق الثاني: ربط يتم عن طريق القرارات الحكومية لتنظيم الأجور

(١) عن كتاب القواعد الفقهية للباحسين، ص ٢٨٦ - ٢٨٨ بتصرف بسيط.

والرواتب ومعاشات التقاعد ونحوها لحماية هذه الدخول من التآكل الذي ينتجه التضخم^(١).

وقد أفتى بعض علماء العصر، وهو الدكتور حمزة بن حسين الفعر^(٢)، 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 بمدّة، 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 يدّ له فيما حصل؛ لأن التضخم يحدث نتيجة لكثرة عرض النقود واختلال السياسات النقدية، وربما أثرت فيه قوى السوق أيضاً...^(٣).

ونلاحظ أن الفتوى مبنية على قاعدة: «الضرر يزال»، ولما كان الضرر يلحق الطرفين معاً تعين تقييد القاعدة بقاعدة أخرى، وهي أن: «الضرر لا

(١) انظر: بحث ربط الحقوق والالتزامات الآجلة بتغير الأسعار، للدكتور محمد عبدالمنان، ص ١١، ضمن أعمال حلقة حول ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من وجهة النظر الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية، جدة سنة ١٤٠٧هـ.

(٢) الدكتور حمزة بن حسين الفعر، من السعودية، أستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، وهو عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(٣) بحث: «ربط الأجور بتغير مستوى الأسعار في ضوء الأدلة الشرعية» د. حمزة بن حسين الفعر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن (٥١٠/٣) ط/١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

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 طبيّاً أن مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) لا ينتقل بالمعايشة العامة.

والمراد بالمعايشة العامة المصافحة، والأكل والشرب، واللعب، واستعمال الأدوات والمراحيض، وغير ذلك.

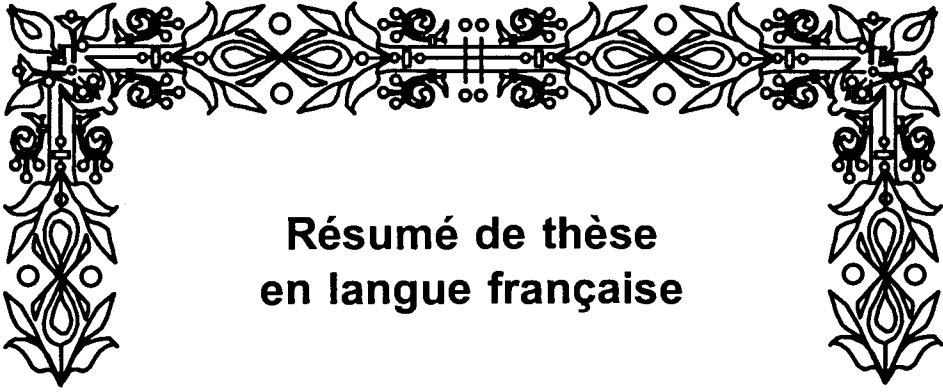
وعليه فهناك من يرى عدم جواز عزل المريض بالإيدز وحرمانه من التعليم والعمل لا سيما إذا كان المريض يتصرف في حياته تصرفاً مسؤولاً لا يخشى منه الإضرار بغيره، فحقوقه العامة والخاصة لا يجوز المساس بها، ف: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

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»^(٢).

(١) شرح القواعد الفقهية، للزرقاء، ص ١١٣.

(٢) شرح القواعد الفقهية، للزرقاء، ص ١٤٥. وراجع: بحث (مرض الإيدز أحكامه، وعلاقة المريض الأسرية والاجتماعية)، د. سعد بن مسعد الشبتي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٨ (٢٩٠/٣).





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 et 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 lexégèse j'entends: «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 vu linguistique et juridique.

2 - Appuyer cette règle avec le texte législatif ou la jurisprudences d'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.

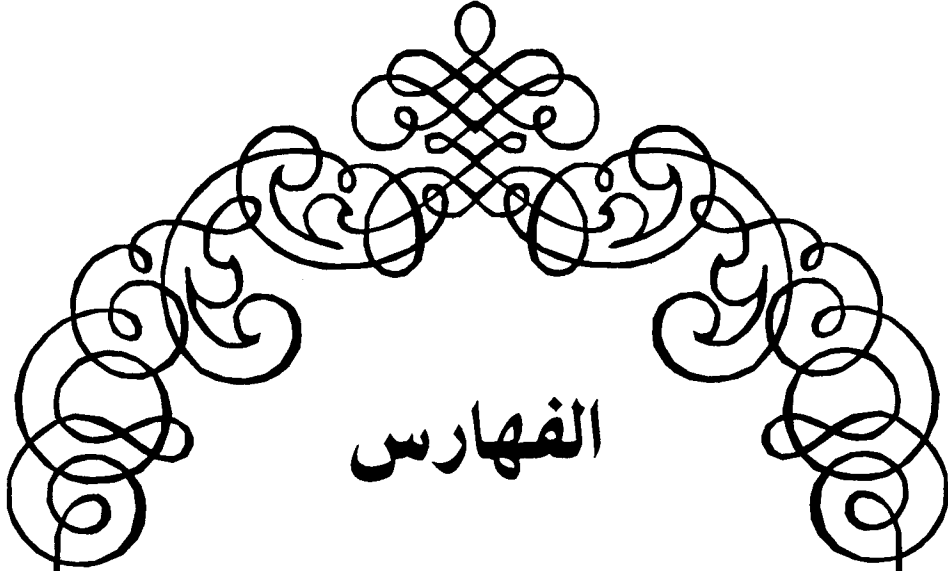
- 3^{ème} chapitre: l'effet des règles du «tort» et de «l'aisé» sur la jurisprudence contemporaine.

- 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.

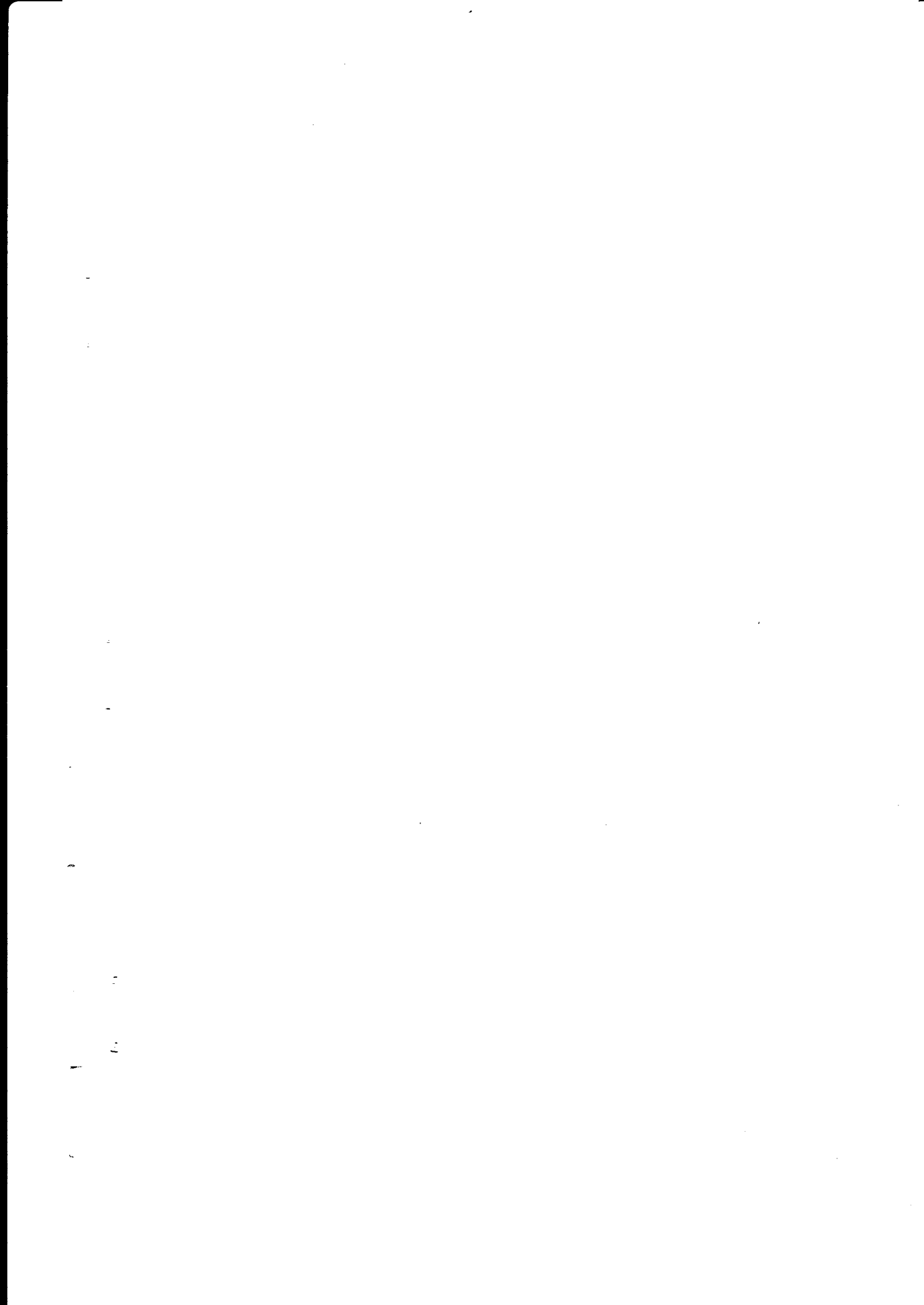
- 6^{ème} chapitre: l'effet des règles de l'«accompagnement», de la «confirmation» et de l'«annexion» sur la jurisprudence contemporaine.

Vient, enfin, la conclusion de la thèse ainsi que les résultats et les recommandations auxquelles j'ai pu aboutir.



الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس القواعد الفقهية .
- فهرس الأعلام .
- فهرس مسائل المعاملات المالية المعاصرة .
- فهرس المسائل الطبية المعاصرة .
- فهرس المصطلحات المعرفة .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .





فهرس الآيات القرآنية

الآية	الصفحة
﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١]	٥٧١
﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ﴾ [البقرة: ١٣٧]	٣١٦
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ﴾ [المائدة: ٣]	٢٣٩
﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [١٩٩]	٤٧٩
﴿الْفَتْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ﴾ [البقرة: ١٧٤]	٤٠٤
﴿فَأَنقُرُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦]	٣٠٥ - ٢٦٣
﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٧]	٨٧
﴿فَمَنْ أَسْطَرَّ غَيْرَ بَاعٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]	٣٣٧
﴿فَأَنبَأَ اللَّهُ مَبْنِيَّتَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ﴾ [النحل: ٢٦]	٤٠
﴿فَأَقِمْوُا الصَّلَاةَ﴾ [الحج: ٧٨]	٦٣
﴿فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَامًا وَقُعُودًا﴾ [النساء: ١٠٣]	٣٠٥
﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨]	٨٧
﴿لَوْ تَرَىٰ ذُنُوبَنَا لَعَدَّوْنَا الَّذِيْنَ كَفَرُوا مِنْهُنَّ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [الفتح: ٢٥]	٢٦٤
﴿لَيْسَ لَكَ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ﴾ [آل عمران: ١٢٨]	١٣٩
﴿لَا تُضَاكِرْ وَالِدَةً يَوْلَاهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]	٢٠٨
﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]	٨٤
﴿مَا قَرَأْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام: ٣٨]	٢٥١
﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّن حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦]	٨٥
﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]	٥٥١

الصفحة

الآية

- ٥٥٨ ﴿مَنْ يَأْسُ لَكُمْ وَاسْتَمَّ يَأْسُ لَهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧]
- ٥٧ ﴿وَمَا أَوْأَىٰ الرِّزْقُ﴾ [البقرة: ٢٧٧]
- ٣٠٥ ﴿وَإِذَا صَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلْيَسْ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: ١٠١]
- ٣٠٦ ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ﴾ [النساء: ١٠٢]
- ٢٠٧ ﴿وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا﴾ [طه: ١١١]
- ١٣٩ ﴿وَمَا أَمْرٌ فَرَعَوْتَ يَرْشِيدٌ﴾ [هود: ٩٧]
- ٥٩١ - ٨٧ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤، الإسراء: ١٥]
- ٨٧ ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤]
- ١٨١ ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]
- ٢٠٨ ﴿وَلَا تُسْكَوهُنَّ صِرَارًا لِنَعْدُوًّا﴾ [البقرة: ٢٣١]
- ٢٠٨ ﴿وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِضَعْفِ عُلُوبِنَّ﴾ [الطلاق: ٦]
- ٢٥١ ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤]
- ٣١٦ ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام: ١١٩]
- ٨٧ - ٤٨ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [فاطر: ١٨]
- ٢٩٨ ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]
- ٢٤٠ ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٤٥]
- ٤٠ ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة: ١٢٧]
- ٤٠٣ ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦]
- ٤٧٩ ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]
- ٨٤ ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]
- ٥٥٨ ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾ [الأعراف: ١٨٩]
- ٢٦٤ ﴿وَلَوْلَا رِجَالٌ مُؤْمِنُونَ وَنِسَاءٌ مُؤْمِنَاتٌ لَمْ تَعْلَمُوهُمْ﴾ [الفتح: ٢٥]
- ٥٢٩ ﴿وَيَهْدِي اللَّهُ أَوْفُوا﴾ [الأنعام: ١٥٢]
- ٢٩٦ ﴿وَتَحْمِلُ أَوْعَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَوْ تَكُونُوا بِلَيْعِهِ إِلَّا بِشِقِّ الْأَنْفُسِ﴾ [النحل: ٧]
- ٢٥٦ ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠]
- ٤٠٣ ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]
- ١٨٥ ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَىٰ ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَا بِعَشْرِ﴾ [الأعراف: ١٤٢]

الآية	الصفحة
﴿وَتَمَآوَنُوا عَلَىٰ آلِهِ وَالنَّقَوِّى﴾ [المائدة: ٢]	١٧٤
﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٦٠]	٣٩
﴿يُضِلِّجْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٧١]	٩
﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ آمَنُوا بِكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾ [النساء: ١]	٩
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفَقُوا اللَّهُ حَقَّ تَقَالِيهِ﴾ [آل عمران: ١٠٢]	٩
﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا﴾ [النساء: ٢٨]	٢٩٨
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]	٢٩٨ - ٨٤
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفَقُوا اللَّهُ وَقَوْلُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [الأحزاب: ٧٠]	٩
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْمُقَدَّاتِ﴾ [المائدة: ١]	٥٢٩ - ٨٤





فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	الحديث
٨٨	«ابتاعها فأعتقها فإنما الولاء لمن أعتق»
٥٩٢	«ابن أخت القوم منهم»
٨١	«أحللت لكم ميتتان ودمان»
٣٠٦	«أذخروا ثلاثاً ثم تصدقوا بما بقي»
١٩٧	«إذا أقرض أحدكم قرصاً فأهدي له، أو حملة على الدابة فلا يركبها»
١٩٦	«إذا أقرض فلا يأخذ هدية»
١٧٥	«إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر»
٥١٥	«إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟»
١٠٦	«إذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»
٢٩٨	«إن الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا»
٣٣٦	«إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»
٢٩٩	«إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكثروا عليه»
٢٠٧	«إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام»
١٤١	«إنما الأعمال بالنيات»
٢٩٨	«إنما بعثتم ميسرين ولم يُبعثوا معسرين»
٣٠٦	«إنما نهيتكم من أجل الدأفة التي دفت، فكلوا وادخروا وتصدقوا»
٣٩١	«إنها بلغت محلها»
٣٩١	«إنها قد بلغت محلها»
١٩١	«الحلال بين والحرام بين»

الصفحة	الحديث
٥٥٢	«الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه»
٥٩٢	«الخالة بمنزلة الأم»
٤٠٤	«خذي ما يكفيك وولِّدك بالمعروف»
٤٣١	«الخراج بالضمّان»
٤٤٢	«الخراج بالضمّان»
٥٨٢	«ذكاة الجنين ذكاة أمه»
٣٥١	«رخص رسول الله ﷺ للزبير وعبدالرحمن في لبس الحرير لحكّة بهما»
٣٥٠	«رخص النبي ﷺ أن تباع العرايا، بخزصها تمراً»
٨٥	«العجماء جرحها جبار»
٤٣١	«الغلة بالضمّان»
٥٦٠	«فإما لا، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر»
٥٦٣	«قال: ثم لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم»
٢٦٤	«قام أعرابي فبال في المسجد، فتناوله الناس»
١٩٧	«كل قرص جرّ نفعاً فهو ربا»
٥٤١	«لا تبع ما ليس عندك»
٤٠٣ - ٢٤٠ - ٢٠٤	«لا ضرر ولا ضرار»
٢٠٧	«لا ضرر ولا ضرار، من ضارّ ضارّه الله، ومن شاقّ شاقّ الله عليه»
٥١٤	«لا يفتل - أو لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً»
٨٨	«ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟»
٤٧٩	«ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»
٣٦٩	«ما كان يداً بيد فلا بأس به وما كان نسيئة فهو ربا»
٨٩	«ما من أمير يلي أمور المسلمين ثم لا يجهد لهم وينصح»
٨٩	«ما من عبد يسترعيه الله عزّ وجلّ رعية»
٥٩١	«المَرْءُ مَعَ مَنْ أَحَبَّ»
٤١٨ - ٤١٦	«المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حراماً، أو أحلّ حراماً»
٢٨٨	«من احتكر فهو خاطئ»
٤١١	«من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له»

الصفحة	الحديث
٥٧٤	«من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»
٢٠٧	«من شاق شقاً لله عليه يوم القيامة»
١٤٢	«من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا، فهو في سبيل الله عز وجل»
١٤٨	«من لم يهتم للمسلمين فليس منهم»
٦٠٢ - ١٠	«من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»
٥٩١	«مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ»
٥٦١	«نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة»
٣٦٨	«نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق ديناً»
١٦٤	«نهى عن صفقتين في صفقة واحدة»
٣٩٠	«هو لها صدقة، ولنا هدية»
٣٦٨	«ولا تبيعوا منها غائباً بناجز»
٢٠٧	«يا عبادي، إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا»
٤٧١	«يعضُّ أحدكم أخاه كما يعضُّ الفحل، لا دية له»





فهرس القواعد الفقهية

الصفحة

القاعدة

* (١)

٩٧ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة
٢٦٣ احتمال أخف المفسدتين لدفع أعظمهما
٢٦١ احتمال أخف المفسدتين لأجل أعظمهما هو المعتبر في قياس الشرع
١٥٠ الأحكام تتعلق بمعاني الألفاظ دون قوالها
٥٠٠ الأحكام تتغير بتغير الأزمان
٣٩٠ اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان
٣٩٠ اختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم
٣٨٩ اختلاف سبب الملك ينزل منزلة اختلاف العين
٥٩١ اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو بقائه على أصله ...
٢٨٦ اختيار أهون الضررين
١٠٦ الأخض مُقَدَّم على الأعم
١٩٥ - ١٩٢ - ٦٩ إذا اجتمع الحلال والحرام غُلب الحرام
١٩٤ - ١٩٠ إذا اجتمع الحلال والحرام غُلب جانب الحرام
٤٦٠ - ٦٩ إذا اجتمع السبب أو الغرر والمباشرة قدمت المباشرة
٤٤٩ إذا اجتمع المباشر والمستب، أضيف الحكم إلى المباشر
١٩١ إذا اجتمع المبيح والمحرم غُلب جانب المحرم
٢٦١ إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر

- إذا اجتمع للمضطرّ مُحَرَّمَانِ كُلِّ مِنْهُمَا لَا يُبَاحُ بِدُونِ الضَّرُورَةِ، وَجِبَ تَقْدِيمُ
 ٢٦١ أَخْفَهُمَا مَفْسَدَةً وَأَقْلَهُمَا ضَرَرًا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهَا فَتُبَاحُ
- ١٠٤ إِذَا بَطَلَ الشَّيْءُ بِطُلِّ مَا فِي ضَمْنِهِ
- ١٨٨ - ١٨٦ إِذَا تَعَارَضَ الْمَانِعُ وَالْمَقْتَضَى قَدَّمَ الْمَانِعَ
- ١٨٩ - ١٨٦ .. إِذَا كَانَ الْمَقْتَضَى أَعْظَمَ ..
- ٢٦٩ - ٢٦٧ - ٢٦١ إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِيَّيْنِ أَعْظَمَهُمَا ضَرَرًا بَارْتِكَابَ أَحْفَهُمَا
- ٢٨١ - ٢٧١ -
- إِذَا تَعَارَضَتِ مَصْلِحَتَانِ قَدِمَ أَقْوَاهُمَا، وَإِذَا تَعَارَضَتِ مَفْسَدَتَانِ ارْتَكَبَ أَحْفَهُمَا
- ٢٧٩ تَفَادِيًا لِأَشَدَّهُمَا
- إِذَا تَقَابَلَ مَكْرُوهُانِ أَوْ مَحْظُورَانِ أَوْ ضَرَرَانِ وَلَمْ يُمْكِنِ الْخُرُوجُ عَنْهُمَا وَجِبَ
- ٢٦١ ارْتِكَابَ أَحْفَهُمَا
- إِذَا دَارَتِ الْمَسْأَلَةُ بَيْنَ مِرَاعَاةِ اللَّفْظِ وَمِرَاعَاةِ الْقَصْدِ، فَمِرَاعَاةُ الْقَصْدِ أَوْلَى ...
- ١٥٠ ..
- ١٠٤ إِذَا زَالَ الْمَانِعُ عَادَ الْمَمْنُوعُ
- ١٠٤ إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الْفَرْعُ
- إِذَا ضَاقَ الْأَمْرُ اتَّسَعَ
- ٣١٠ - ٣٠٨ - ٢٩٦ ..
- إِذَا كَانَ التَّصَرُّفُ ضَارًّا ضَرَرًا مَحْضًا أَوْ نَافِعًا نَفْعًا مَحْضًا أَوْ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الضَّرَرِ وَالنَّفْعِ .
- ٢٨٣ ..
- إِذَا لَمْ يَحْصُلْ مِنَ الطَّيِّبِ تَعَدُّ وَلَا تَفْرِيطُ فَهُوَ غَيْرُ ضَامِنٍ لَا فِي السَّرَايَةِ، وَلَا
- فِي غَيْرِ السَّرَايَةِ لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمَأْذُونِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهَذَا مَأْذُونٌ
- ٤٧٣ ..
- الْإِذْنَ بِالشَّيْءِ إِذْنٌ بِمَا يَقْتَضِي ذَلِكَ الشَّيْءَ إِجَابَهُ
- ٤٢٥ - ٤٢٣ ..
- ارْتِكَابَ أَحْفَ الضَّرَرَيْنِ لِدَفْعِ أَعْظَمَهُمَا
- ٢٨٢ ..
- ارْتِكَابَ أَهْوَنِ الضَّرَرَيْنِ
- ٢٨٦ ..
- اسْتِعْمَالَ النَّاسِ حِجَّةً يَجِبُ الْعَمَلُ بِهَا
- ٤٧٦ ..
- الْأَصْغَرَ هَلْ يَنْدَرِجُ فِي الْأَكْبَرِ أَمْ لَا؟
- ٥٨٠ ..
- الْأَصْلُ إِضَافَةُ الْحَادِثِ إِلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ
- ١٠٠ ..
- الْأَصْلُ السَّلَامَةُ
- ٥٧ ..
- الْأَصْلُ الصَّخَّةُ وَحَمْلُ الْعُقُودِ عَلَيْهَا
- ٥٢٦ ..
- الْأَصْلُ أَنَّ الْأَشْيَاءَ عَلَى الْإِبَاحَةِ حَتَّى يَثْبِتَ النَّهْيُ، وَهَذَا فِي كُلِّ شَيْءٍ
- ٩٣ ..

الصفحة	القاعدة
٥١٢	الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك
	الأصل أن من ابتلي ببليتين - وهما متساويتين - يأخذ بأيهما شاء، وإذا اختلفتا يختار أهونهما لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا لضرورة ولا ضرورة
٢٦١	في حق الزيادة
٩٨ - ٩٧	الأصل بقاء ما كان على ما كان
٥٥٦	الأصل تحريم الأبخاع
٥٢٦	الأصل صحة العقد ووجود ما يقتضيها
٥٥٦	الأصل في الأبخاع التحريم
٥٥٠	الأصل في الأشياء الإباحة أو التحريم أو الوقف
٥٥٦ - ٥٥٤ - ٥٥٠ - ٥٤٤	الأصل في الأشياء الإباحة
٥٥٠	الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يدل الدليل على التحريم
٥٥٠	الأصل في الأشياء الحل إلا أن يكون فيه مضرة
٧٠	الأصل في الأموال العصمة
٩٩	الأصل في الأمور العارضة العدم
٥٤٩ - ٥٤٢	الأصل في البيوع الإباحة
٥٤٧	الأصل في البيوع والمعاملات الحل والجواز
٥٢٥	الأصل في التصرفات حملها على الصحة
٩٨	الأصل في الذمة البراءة
٥٣٥	الأصل في العقود الإباحة
٥٢٥	الأصل في العقود الصحة
٨٤ - ٥٧	الأصل في العقود اللزوم
٥٥٨	الأصل في الفروج التحريم حتى يقام الدليل على الحل
٥٤٢ - ٥٣٩	الأصل في المعاملات الإباحة
٥٢٥	الأصل في المعاملات الصحة، وفي العقود اللزوم
٥٥٠	الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم
٨٤	الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار الحرمة
٨١	الأصل في الميتات التحريم

الصفحة	القاعدة
١٨٠	أصل مالك منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية
٥٧	الأصل منع القرعة
١٨٤ - ١٨٠	الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية
٢٩٦	الاضطرار لا يبطل حق الغير
٣١٦	الاضطرار لا يمنع حق الغير
٧٠	الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم
١٥٠	الاعتبار للمعنى لا للألفاظ
٥٨٢	إعطاء الموجود حكم المعدوم
٧٩	الإقالة هل هي فسخ أو بيع
٥٩٠	إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع
٥٨٢	الأقل تبغ للأكثر
٥٨٩	الأقل تبغ للأكثر، وللأكثر حكم الكل
٥٩٠	الأقل لا يزاحم الأكثر
٥٨٠	الأقل يجعل تبعاً للأكثر فيما تعم به البلوى
٥٨٠	الأكثر ينزل منزلة الكمال
٧٨	الإكراه يبطل العقد
٧٢	ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم
٥٦٦	الأمانة غير مضمونة، يعني على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين، وتقصيره ولا يلزم الضمان
٥٩٦ - ١٤٩ - ١٤٧ - ١٤٦ - ١٤٤ - ١٣٩ - ٧٧ - ٦٨ - ١٧...	الأمر بمقاصدها
٤٧٤	إن الجواز الشرعي ينافي الضمان
٤٧٠	إن المأذون في فعله من قبل الله - فيما تمخض حقاً لله - كالمأذون في فعله من قبل العبد - فيما هو من حقوق العباد -
٤٠٧	إن جواز الانتفاع لا يستلزم جواز البيع
٥٣٢	إن عقود المسلمين محمولة على الصحة
٤٨١ - ٧٢	إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت
٤٥٨	إنه عند اجتماع المتسبب والمباشر تعلق الضمان بالمباشر دون المتسبب

الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس لا فيما يتعلق بالعبادات ٣٨٤

* (ب)

بيع الخيار إذا أمضي: هل يعدُّ ماضياً من حين عقده، أو من حين إمضائه؟

البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ٥٦٣ - ٥٦٥

البينة على المدعي واليمين على من أنكر ٥٦٣

البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل ٥٦٤

* (ت)

التابع تابع ٥٦٩ - ٥٧٢ - ٥٧٤ ، ٥٧٨

التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً ٥٧٨

التابع يأخذ حكم المتنوع ٥٧٤

التابع يثبت له حكم أصله ٥٧٣

تبدل الملك كتبدل العين ٣٨٩

تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات ٣٩٠

تبدل سبب الملك كتبدل الذات ٣٩٠

تبدل سبب الملك كتبدل العين ٣٨٩ - ٣٩٢

تحمل أخف الضررين تجنباً لأشدهما ٢٦٦

تصحيح العقود بحسب الإمكان واجب ٥٢٦

تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ٦٩

تصرف الولي منوط بالمصلحة لوليّه ٣٤١

التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ٨٩

تعارض الموجب والمسقط يغلب المسقط ١٠٧

التعزير إلى الإمام على قدر عظم الجرم وصغرّه ٩١

تعلق الحكم بالمحسوس على ظاهر الحس لا على باطن الحقيقة ١٦

التعين عرفاً كالتعين بالنص ٤٨١

* (ث)

الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ٩٦

الصفحة	القاعدة
٣٣٧	الثابت بالضرورة يقدر بقدرها
٥٧٣	ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الأصل
<u>(ج) *</u>	
٥٣٢	الجزء الشائع لا يتميز
٣٩٢	الجزء المشاع هل يتعين أم لا؟
٢٦٢	جلب المصالح ودرء المفساد
٢٦٢	جلب المصالح ودفع المفساد
٨٥	جناية العجماء جبار
٥٥٨	الجهالة إنما توجب الفساد إذا كانت مفضية إلى النزاع المشكل
٥٥٨	الجهالة في المعقود عليه إذا كانت تفضي إلى المنازعة تمنع صحة العقد ...
٤٠٦	جواز الانتفاع لا يقتضي جواز البيع
٤٧٠ - ٤٤٥	الجواز الشرعي ينافي الضمان

(ح) *

٣٤٦	الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له الحاجة
٣٤٦	الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق أحاد الناس
٣٦٦ - ٣٦٢ - ٣٥٤ - ٣٥٢	الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة
٣٧٢ - ٣٦٨ - ٣٦٧ -	
٣٤٦	الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة
٣٥٥	الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة
٣٤٦	الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر ...
٣٩٥ - ٣٩٤	الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء
٨٦	الحرام لا يتعلق بدميتين
١٨٩	الحرام لا يُحرّم الحلال
٣٩٤ - ٦٩	الحرّ لا يدخل تحت اليد
٣٩٤	الحرّ لا يدخل في العقد
٣٩٥	الحرّ لا يضمن باليد

الصفحة	القاعدة
٣٩٤	الحز ليس بمال متقوم
٩٩	الحق لا يسقط بالتقادم
١٠٧	حقوق العباد مقدمة على حقوق الله عز وجل
٣٣٧	الحكم المقيد بالضرورة مقدر بقدرها
	الحكم بالنجاسة مشروط باتصاف المحكوم بنجاسته بالأعراض المخصصة
١٦	لتمائل الأجسام
٤٩٥	الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمياً
٩٤ - ١٥	الحياة المستعارة كالعدم

* (خ)

٤٣٢ - ٨٥ - ٦٩ - ٣٧ ، ١٧	الخراج بالضمان
٤٦٦ - ٤٤٣ - ٤٤٢ - ٤٣٩	

* (د)

	الديون إنما تقضى بأمثالها على سبيل التقاص، أما الأعيان فإنما تستوفى
٣٩٩	بذواتها
٣٩٩	الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها
١٨٧ - ١٠٦	درء المفسد أولى من جلب المصالح
٧١	الدفع أقوى من الرفع
٢٨٦	دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص
١٠٣	ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله
٩٩	الذمة إذا عمّرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين

* (ر)

٤٦٨	الربح لا يستحق إلا بعمل أو مال أو ضمان
٧١	الرخص لا تناط بالمعاصي
٩١	الرخص لا يتعدى بها مواضعها
٧٢	رد البيع الفاسد هل هو نقض له من أصله أو من حين رده؟
٤٧٠ - ١٠٤	الرضا بالشيء رضا بما تولد منه

* (ش)

٨٧	الشرط الباطل لا يؤثر في العقد
٥٠٣	الشرط العرفي كاللفظي
٧٢	الشفعة هل هي بيع أو استحقاق؟
١٠٤	الشك في أحد المتقابلين يوجب الشك في الآخر
١٠٣	الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط

* (ض)

٢٧٧	الضرر الأخف يرتكب لدرء الضرر الأعظم
٢٨٦ ، ٢٨٥ ، ٢٧٥ ، ٢٧٤ ، ٢٧٣ ، ٢٦٥ ، ٢٦٠	الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف
٢٨٥ ، ٢٧٩ ، ٢٥٢ ، ٢٥٠ ، ٢٤٧ ، ٢٤٣ ، ٢٢٩	الضرر لا يزال بالضرر
٦٠٩ ، ٢٢٢	الضرر لا يزال بضرر مثله
٢٥٠ ، ٢٤٨ ، ٢٤٦ - ٢٤٥ ، ٢٤٤ - ٤٤١	الضرر لا يزال بمثله
٩٩	الضرر لا يكون قديماً
٢٥٥	الضرر مدفوع بقدر الإمكان
٢٥٥	الضرر مدفوع في الشرع
٢٥٥	الضرر واجب الدفع ما أمكن
٣٤٣ ، ٢٥٩ ، ٢٥٨ ، ٢٥٥ ، ٢٠٩	الضرر يدفع بقدر الإمكان
٢٦٠ ، ٢٥٧	الضرر يزال بقدر الإمكان
٢٢٣ ، ٢٢٢ ، ٢٠٤ ، ٨٦ ، ٧٧ ، ٧٦ ، ٦٨ ، ٣٦ ، ١٧	الضرر يزال
٢٣٩ ، ٢٣٥ ، ٢٣٤ ، ٢٣٣ ، ٢٣٢ ، ٢٣١ ، ٢٣٠ ، ٢٢٩ ، ٢٢٧ ، ٢٢٥ ، ٢٢٤	
٦٠٨ ، ٥٩٦ ، ٣١١ ، ٢٥٢ ، ٢٤١ ، ٢٤٠	
٣٢١ ، ٣١٧ ، ٣١٦ ، ٣١٢ ، ٢٩٥ ، ٨٠ ، ٣٧	الضرورات تبيح المحظورات
٣٧٢ - ٣٤٥ - ٣٤٢ - ٣٣٧ - ٣٣٦ ، ٣٣٤ - ٣٢٩ - ٣٢٧	
٣١٤	الضرورات تبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها
٣١٧ ، ٢٩٦	الضرورات تقدر بقدرها
٣٤١	الضرورات يجب أن تقدر بقدرها
٣١٧ ، ٢٩٦	الضرورة تقدر بقدرها

الصفحة	القاعدة
٢٤١	الضَّرر لا يزال بالضَّرر أو بمثله
٣١١ ، ٢٢٦ ، ٢٢٠	الضَّرر يزال، أو مُزال
٩٥	ضمان فاسد العقد كضمان صحيحه

* (ظ)

٤٠٢ - ١٥	الظفر بالحق
----------	-------------------

* (ع)

٥٠٣	العادة المطردة تنزل منزلة الشرط
٥٠٣	العادة في عرف الشرع كالشرط
٥٩٦ - ٥٠٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٠ ، ٧٦ ، ٧٢ ، ٦٨	العادة محكمة
١٥٠	العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
١٦٦ ، ١٦٠ ، ١٥٨ ، ١٤٩	العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني
٤٨١	العبرة للغالب الشائع لا للنادر
١٥٤	العبرة للمعاني لا للألفاظ
٤٨١	العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق
٤٩١	العرف والعادة يرجع إليه في كل حُكْم حَكَم الشارع به ولم يحده
٥٢٦	العقد متى أمكن حمله على الصَّحَّة كان أولى من إفساده
١٥٠	العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى
٣٩٢	العين المنغمرة في غيرها إذا لم يظهر لها أثر فهل هي كالمعدومة حكماً، أو لا؟ ...

* (غ)

٩٦	الغالب كالمحقق
٤٣٥ ، ٤٣٤ ، ٤٣٣ ، ٤٣٢ ، ٤٣١ ، ٤٢٩ ، ٣٧	الغنم بالغرم
٤٦٨ ، ٤٤٣ ، ٤٤٢ ، ٤٤١ ، ٤٤٠ ، ٤٣٦	

* (ق)

٣١٢	قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات
٩٩	القديم يترك على قَدَمِهِ ما لم يكن ضرراً فاحشاً

الصفحة	القاعدة
٩٨	القديم يترك على قدمه
٥٦٦	القول قول الأمين في المحتمل مع اليمين
٥٦٦	القول قول الأمين مع اليمين من غير بيّنة
٥٦٦	القول قول الأمين مع اليمين، من غير بيّنة، إلا إذا كذبه الظاهر، من حقيقة أو عادة

* (ك)

٩٦	الكتاب كالخطاب
٩٠	كل شيء في القرآن أو، أو فهو مخير، وكل شيء فإن لم تجدوا فهو الأول فالأول .
٧٠ ، ٥٦	كل عقدين بينهما تضاد: لا يجمعهما عقد واحد
١٩٨ ، ١٩٥	كل قرض جر نفعاً فهو ربا
١٩٨	كل قرض جرّ نفعاً ربا محرم
١٩٥	كل قرض جرّ نفعاً فهو حرام
١٩٥	كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا حرام
٤١٧ - ١٩٦	كل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام بغير خلاف
٣٨٤	كل ما ثبت للإنسان حق التصرف فيه، كان له حق الإيثار به
٩٢	كل ما جاز فيه البيع تجوز فيه الهبة والصدقة والرهن
٣٣٧	كل ما دعت الضرورة إليه من المحظور فإنه ساقط الاعتبار على حسب الحاجة، وبقدر الضرورة
٣٨٦ ، ٣٨٥	كل ما كان حقاً للبعد يُورث بالموت، عيناً كان أو معنوياً
٣٨٣ - ٣٨٢	كل ما كان من حق الإنسان أو تغلب حق الإنسان فيه على حق الله عزّ وجلّ جاز التصرف به، سواء كان مصدر ثبوت هذا الحق تملكاً أو تمتيعاً
٧٠	كل ما يثبت في الذمة لا يصحّ الإقرار به
٤٠٢	كل ما كان له حق على أحد فمنعه إياه فله أخذه منه، ولو دون علمه
٥٦	كلّ ثوب طاهر تجوز الصلاة به وعليه، ما لم يكن حريراً
٥٦	كلّ ما لا يتوصّل إلّا به إلى المطلوب فهو مطلوب
٩١	كلّ ما لا يفسد الثوب فلا يفسد الماء
٥٦	كلّ من منع من النظر إلى امرأة لم يجز أن يخلو معها

الصفحة	القاعدة
٦٠	كلُّ نجاسة - غير الدّم - فقليلها ككثيرها
٣٠٤	كلّما جاوز الأمر حدّه انعكس إلى ضده
٥٦	كلّما عظم شرف الشيء عظم خطره

(ل) *

٢١٤ ، ٢١٣ ، ٢١١ ، ٢١٠ ، ٢٠٨ ، ٢٠٥ ، ٢٠٣ - ٨٦	لا ضرر ولا ضرار
٢٩٣ ، ٢٨٦ ، ٢٦٢ ، ٢٥٥ ، ٢٣١ ، ٢٢٠ ، ٢١٩ ، ٢١٨ ، ٢١٧ ، ٢١٦ ، ٢١٥	
٦٠٩ ، ٤١٧	
٤٨٢ ، ٧٣	لا عبرة بالعرف الطارئ
٥١٢	لا يترك اليقين بالشك
٥١٢	لا يرتفع الثابت بالشك
٥٠١ ، ٤٩٥ ، ٤٩٤	لا ينكر تغيير الأحكام الاجتهادية بتغيير الزمان
٥٨٥ ، ٥٨٠	للاكثر حكم الكل
٣١٢	ليس يحل بالحاجة محرم إلا في حالة الضرورات

(م) *

٣٤٢ ، ٣٣٩ ، ٣٣٧ ، ٣٣٥ ، ٣٢٦ ، ٢٦٧ ، ٢٤٠	ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها
١٩١	ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال
١٩١	ما اجتمع محرّم ومبيح إلا غلب المحرّم
٩٨	ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه
٣٩٨ ، ٣٩٧ ، ٣٩٦	ما جاز بيعه جازت هبته وما لا فلا
٣٩٦	ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا، إلا في صور
٣٣٥ ، ٣٢٦ ، ٣١٧ ، ٢١٦ ، ١٠٥	ما جاز لعذر بطل بزواله
٣٤٥ ، ٣٤٤ ، ٣٤١ ، ٣٣٨ ، ٣٣٧	
٣٩٧ ، ٩٦	ما حرم أخذه حرم إعطاؤه
٩٦ ، ٧١	ما حرم استعماله حرم اتخاذه
٥٩١ ، ٥٩٠	ما قارب الشيء أعطي حكمه
٥٩٠	ما قارب الشيء له حكمه

الصفحة	القاعدة
٥٩١	ما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟
٥٩٤	ما قارب الشيء يعطى حكمه
٤٢٣ ، ٤٢٢	ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً
٤٢٦	ما لا يتأتى أو - لا يتوصل - إقامة الفرض إلا به يكون فرضاً في نفسه
٤٢٨ ، ٤٢٥ ، ١٧٣	ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب
٤٢٦	ما لا يتم الواجب المطلق إلا به وكان مقدوراً للمكلف فإنه واجب
١٠١	ما يفضي إلى الحرام حرام
	المأذون له في شيء يكون إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه، وهل يكون
٤٢٤	إذناً فيما يقتضي ذلك الشيء استحقاقه؟
١٩٥ ، ١٩٤	المال الحلال إذا خالط الحرام، أخرج قدر الحرام، والباقي حلال
٤٤٥ ، ٤٤٣	المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى
٤٤٤	المباشر ضامن، وإن لم يتعمد
٤٥٥ ، ٤٥٤ ، ٤٥٣	المباشر ضامن، وإن لم يكن متعدياً
٤٤٤	المباشر للفعل، ضامن لما أئلف بفعله، إذا كان متعدياً فيه
٤٤٨	المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد
٤٤٦	المتسبب ضامن إن كان متعدياً
٤٦٩	المتولد من فعل مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه
٤١٩ ، ٤١٧ ، ٤١١	المسلمون عند شروطهم
٥٩١	المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟
٥٠٣	المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً
٢٩٥ ، ٨٤ ، ٧٧ ، ٧٦ ، ٦٨ ، ٦٠ ، ٣٦	المشقة تجلب التيسير
٥٩٦ ، ٣٤٤ ، ٣١٢ ، ٣١١ ، ٣٠٣ ، ٣٠٢ ، ٣٠٠	
١٧	المعاملة بنقيض المقصود
١٧	المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً
٥٠٥ ، ٧٢	المعروف بين التجار كالمشروط بينهم
٥٠٧ ، ٥٠٢ ، ٤٨٠ ، ٤٧٦	المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
٥٨٠	معظم الشيء يقوم مقام كله

الصفحة	القاعدة
٤٢٢	المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط
٤١٩	المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز
٤١٩	المعلق بالشرط عند وجوده كالمنشأ
٤١٩	المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط
٢٧٧	المفاسد إذا تعارضت روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها
٩٠	مقاطع الحقوق عند الشروط
٧٠	مقتضى العقد السلامة
٤٧٦	الممتنع عادة كالممتنع حقيقة
١٠١ ، ١٧	من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه
	من جاز تصرفه في شيء بعينه جاز توكيله في ذلك الشيء بعينه، ووكالته،
٣٧٨	ومن لا فلا
	من جاز تصرفه استقلالاً في شيء يقبل النيابة جاز توكيله ووكالته ومن لا
٣٧٨	يجوز تصرفه في ذلك لا يجوز توكيله ولا ووكالته
١٦٧ - ١٠٢	من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه
٣٧٩	من صحت منه مباشرة الشيء، صح توكيله فيه غيره وتوكله فيه عن غيره، وإلا فلا
٣٧٧	من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت ووكالته فيه
٩٠	من قاسم الربح فلا ضمان عليه
٣٧٧	من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا ووكالته
٣٧٧	من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه
	من له حق على غيره يمنعه إياه فظفر من ماله بشيء جاز له أن يقتضي منه
٤٠٢	حقه، سواء كان من جنس حقه أو لم يكن منه
٤٦٥	المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة
٤٦١ ، ١٨٦	المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة
	المولى عليه إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان
٣٨١ ، ٢٨٢	بين النفع والضرر
	* (ن)
٤٣٣ ، ٤٢٩	التعنة بقدر التعنة، والتعنة بقدر التعنة

* (هـ)

- هل الإبراء إسقاط أم تملك ٧١
 هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟ ١٥٠
 هل المتوقع كالواقع؟ ٥٩١

* (و)

- وإذا زال المانع عاد الممنوع ٣٣٥
 وسائل الحرام حرام أو ما أفضى إلى الحرام كان حراماً ١٧٣
 الوصف المعتاد معتبر في الغائب لا في العين ١٧٠
 الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر ١٦٩
 الوصف في المعين غير معتبر ١٦٩
 الوصف في غير المعين معتبر، وفي المعين غير معتبر ١٧٠
 وما أدى إلى الحرام فهو حرام ٢٣١

* (ي)

- يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد ٢٦٨
 يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . ١٠٧، ٢٨٦، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٤، ٢٠٩
 يجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع ٥٧١، ٥٦٩
 يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها ٣١٢، ٩٢
 يختار أهون الشرين ٢٧٠، ٢٦٠
 يختار أهون الضررين ٣١٥
 يد الوكيل هل هي كيد الموكل أم لا ٧١
 يدفع الضرر الأعلى بالضرر الأقل ٢٨٠
 يزال الضرر بقدر الإمكان ٢٥٧
 يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان ٤٦٦
 يغتفر في التبعية ما لا يغتفر في الاستقلال ٥٧٠
 يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع ٥٦٩
 يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها ٥٦٩

الصفحة	القاعدة
٥٦٩	يغتفر في الثبوت الضمني ما لا يغتفر في الأصل
٥٦٩	يغتفر في الشيء إذا كان تابعاً ما لا يغتفر إذا كان مقصوداً
٥٩٩ ، ٥٢٣ ، ٥٢١ ، ٥١٢ ، ٥١١ ، ٦٨ ، ٣٧	اليقين لا يزول بالشك
٩٦	ينزل المجهول منزلة المعدوم





فهرس الأعلام

ابن عابدين (محمد أمين بن عمر
الدمشقي): ٣١٩
ابن عبدالبر (يوسف بن عبدالله النمري): ٩٢
ابن عبدالسلام (عبدالعزیز بن
عبدالسلام): ٣٠٣
ابن عرفة (عبدالله بن عرفة الورغمي): ١١٢
ابن فرحون (إبراهيم بن علي اليعمری):
١١٧
ابن قدامة (عبدالله بن أحمد المقدسي):
١٧٥
ابن كثير (إسماعيل بن عمر القيسي): ١٧٣
ابن مفلح (إبراهيم بن محمد بن
عبدالله بن محمد المقدسي): ٢٤٢
ابن منظور (جمال الدين محمد بن
مكرم بن منظور): ٣٥٦
ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم
المصري): ١٢
أبو الأعلى المودودي: ٢٤٨
أبو البقاء الكفوي (أيوب بن موسى الحسيني
القريمي الكفوي الحنفي): ٤١

* (أ)

إبراهيم اليعقوبي: ٢٥٩
إبراهيم زيد الكيلاني: ٣٣١
إبراهيم فاضل الديو: ٥٢٣
ابن السراج: ١٥٦
ابن القيم (أبو عبدالله محمد بن أبي بكر
أيوب بن زرعة الدمشقي): ١٤٣
ابن الوكيل (أبو عبدالله محمد بن عمر بن
مكي الشافعي الملقب بصدر الدين
والمعروف بابن المرخل): ٤٢٣
ابن تيمية (أحمد بن عبدالحلیم
الحراني): ٦٣
ابن حجر (أحمد بن علي العسقلاني): ٥٧٥
ابن دقيق العيد (محمد بن علي
القشيري): ١١٤
ابن رجب الحنبلي (عبدالرحمن بن
أحمد): ١٣
ابن رشد الحفيد (محمد بن أحمد بن
رشد): ٥٧٥

إمام الحرمين (عبدالمملك بن عبدالله بن يوسف الجويني النيسابوري): ١١٤
أنس بن مالك رضي الله عنه: ٣٥١

* (ب)

الباحسين: ٤٣
البخاري (محمد بن إسماعيل): ٤٠٥
بخيت المطيعي: ٢١٧
بدر متولي عبدالباسط: ٥٢٠
بريرة مولاة عائشة رضي الله عنها: ٨٧
بكر بن عبدالله أبو زيد: ٤٣٨
البورنو: ١٥١
البوطي (محمد سعيد رمضان): ٣٨٥

* (ت)

تالير Thaller: ٤٨٨
تقي العثماني: ٣٦٠

* (ج)

جابر بن عبدالله رضي الله عنه: ٥٦٠
جاد الحق علي جاد الحق: ١٤٥
جاسم علي سالم: ٢٤٠
الجرجاني (علي بن محمد بن علي الجرجاني الحسيني الحنفي): ٤١
جميل بن محمد بن مبارك: ٢٥٩

* (ح)

الحجوي الثعالبي: ٣٢٠
حسن الجوهري: ٣٥٩
حسن بن علي السَّاف: ٢٤٧
حسن علي الشاذلي: ١٦٥

أبو بكر بن العربي (محمد بن عبدالله المعافري): ٣٥٠

أبو حنيفة النعمان (النعمان بن ثابت): ٤٧٢

أبو داود السجستاني (سليمان بن الأشعث ابن إسحاق السجستاني): ٩٢

أبو سعيد الخدري رضي الله عنه: ٢٠٦
أبو طاهر إبراهيم بن عبدالصمد، المعروف بابن بشير المالكي: ١١٧

أبو عبدالله المقرئ (محمد بن محمد المقرئ): ٤٤

أبو موسى الأشعري رضي الله عنه: ١٤٢
أبو هريرة رضي الله عنه: ٢٦٤

أبو يوسف يعقوب (يعقوب بن إبراهيم ابن حبيب): ٥٩٣

أحمد الحجوي: ٥٥٧
أحمد الزرقاء: ٢٠٥

أحمد الشرباصي: ٢٣٥
أحمد الغرقاوي (أحمد بن أحمد الفيومي

المالكي): ٤٨٩

أحمد بن حنبل: ٩٢
أحمد بن عبدالله بن حميد: ٤٥

أحمد حماني: ٢٣٦
أحمد شرف الدين: ٤٧٤

أحمد شوقي عمر أبو خطوة: ٥٢١
أحمد علي طه ريان: ٢٨٢

أحمد محي الدين أحمد: ٣٦٩
أحمد هريدي: ٢٣٤

أم عطية: ٣٩١

* (س)

- سامي حسن حمود: ٤٦٨
السبكي (عبد الوهاب بن علي بن
عبد الكافي السبكي): ٦١
السرخسي (محمد بن أحمد): ١٦٨
سعد الدين محمد الكيتي: ٤٩١
سعد بن ناصر بن عبدالعزيز الشثري: ١٤٩
سعود بن مسعد الثبتي: ٢٤٠
سعيد بن المسيب: ٢٨٨
السقاف: ٢٤٨
السنهلي (برهان الدين السنهلي): ٢٣٨
السيوطي (جلال الدين): ١٢

* (ش)

- الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي): ٤٥
الشافعي (محمد بن إدريس): ٣٠٣
الشرئبلالي (حسن بن عمار بن علي
المصري الحنفي): ٤٩٠

* (ص)

- صدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود بن
محمد البخاري الحنفي): ٤٠
الصديق محمد الأمين الضرير: ٤٣٨
صلاح الصاوي: ١٥٤

* (ع)

- عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله
عنهما: ٨٧
عادل بن عبدالقادر ولي قوته: ٢٠
عباد بن تميم: ٥١٤

حسن مأمون: ٢٣٤

- حسنين مخلوف: ١٤٥
حسين كامل فهمي: ٢٤٤
الخطاب (محمد بن محمد الخطاب
المكي): ١٤٣
حمزة بن حسين الفعر: ٢٢١
الحموي (أبو العباس أحمد بن محمد بن
علي المقرئ الفيومي): ٤٣

* (خ)

- خالد الأتاسي: ٤٤٦
الخرقي الحنبلي (أبو القاسم، عمر بن
الحسين بن عبدالله، البغدادي): ١٧٤
الخطابي (محمد بن محمد الخطابي): ٥١٤

* (د)

داود علي الجفال: ٣٤٢

* (ر)

- رؤوف شلبي: ٢٥٩
الرازي (فخر الدين الرازي): ٥٥٢
رفعت علي ماهر: ٣٢٠
رفيق يونس المصري: ٣٥٧

* (ز)

- الزرکشي (محمد بن بهادر): ٣٠٣
زفر (أبو الهذيل زفر بن قيس العنبري من
تميم): ٤٥٦
زكريا البري: ٤٤٠
زيد بن ثابت رضي الله عنه: ٥٦٠
زين الدين الكتاني: ٢٤٣

- عجيل جاسم الشمي: ٢١٣
 العز بن عبدالسلام: ١٧٤
 عطاء بن يسار: ٥١٥
 عطية فياض: ٤٣٤
 عقيل بن أحمد العقيلي: ٢٥٠
 علي أحمد السالوس: ٣١٧
 علي أحمد الندوي: ١٩
 علي الجفال: ٤٧٤
 علي الخفيف: ٥٣٥
 علي الصوا: ٣٣١
 علي بن أبي طالب رضي الله عنهما: ٩٠
 علي محمد يوسف المحمدي: ٣٣٥
 علي محيي الدين القره داغي: ١٩٤
 عليش (محمد عليش): ٤٩٠
 عمر رضي الله عنه: ٩٠
 عمر سليمان الأشقر: ٥٢٠
 عمران بن حصين رضي الله عنهما: ٤٧١
- (غ) *
 الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن
 محمد الطوسي): ٣٠٤
 الغماري: ٢٤٨
- (ف) *
 فهمي أبو سنة: ٢٤٨
 الفيومي (أبو العباس أحمد بن محمد بن
 علي المقرئ الفيومي): ٤٠
- (ق) *
 القرافي (شهاب الدين): ١٠
- عبدالحليم طهماز: ٤٩٦
 عبدالحميد البعلي: ٤٣٩
 عبدالحميد السائح: ٤٣٧
 عبدالرحمن السعدي: ٥٦٧
 عبدالرحمن العمادي: ٤٨٩
 عبدالرحمن الناصر السعدي: ١٩٤
 عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنهما: ٣٥١
 عبدالرحمن حسن: ٣٢٠
 عبدالرحمن عيسى: ٣٢٠
 عبدالستار أبو غدة: ١٩٠
 عبدالسلام داود العبادي: ٥٥٤
 عبدالسلام عبدالرحيم السكري: ٣٨٠
 عبدالعزيز عزت الخياط: ٥٣٩
 عبدالفتاح محمد إدريس: ٢٤٨
 عبدالقادر محمد العمادي: ٥٢٠
 عبدالكريم زيدان: ١٤٥
 عبداللطيف الفرفور: ١٨٩
 عبدالله بن عباس رضي الله عنهما: ٩٠
 عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: ١٨٩
 عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما: ١٦٤
 عبدالله البسام: ٥١٩
 عبدالله العبادي: ٤٣٦
 عبدالله القلقيلي: ٣١٩
 عبدالله المحفوظ بن بية: ١٨٤
 عبدالله بن زيد آل محمود: ٣٢١
 عبدالله سليمان بن منيع: ٥٨٧
 عبدالواحد بن عاشر: ٤٩٠
 عبدالوهاب أبو سليمان: ٢٥٧
 عبدالوهاب خلاف: ٣٦١

محمد رواس قلعجي: ٥٣٣
 محمد سالم بن عبدالودود: ٤٩٦
 محمد سعيد رمضان البوطي: ٣٤١
 محمد سليمان الأشقر: ٢٢
 محمد سيد طنطاوي: ١٤٧
 محمد شبير: ٣٣١
 محمد شفيع: ٢٣٨
 محمد شلتوت: ٣٣٠
 محمد صدقي البورنو: ١٨٩
 محمد صلاح محمد الصاوي: ١٦٠
 محمد عبدالغفار الشريف: ٢٢
 محمد عبداللطيف الفرفور: ١٨٨
 محمد عبدالله العربي: ٥٠٧
 محمد عبدالله صيام: ٣٢١
 محمد عبده عمر: ٣٣٣
 محمد علي التسخيرى: ٥٥٥
 محمد علي القرى: ١٧٩
 محمد قطب سانو: ١٦٦
 محمد متولي الشعراوي: ٢٣٨
 محمد ناظم النسيمي: ٢٣٥
 محمد نعيم ياسين: ٢٢
 محمد وهبة الزحيلي: ٥٥٥
 محمد ياسين بن عيسى الفاذاي: ٤٩
 محمد يوسف موسى: ٣٢١
 محمود السرطاوي: ٣٣١
 مصطفى التارزي: ٢٣١
 مصطفى الزرقاء: ٦٥
 مصطفى محمد الذهبي: ٢٤٨

القرضاوي: ٢٥٢

قطب مصطفى سانو: ٥٣٤

* (ك)

الكرخي (عبيدالله بن الحسين): ٩٢

كمال الدين جعيط: ٣٢٢

* (ل)

الزبير بن العوام رضي الله عنه: ٣٥١

* (م)

المآزري (أبو عبدالله محمد بن علي): ٢٨٩

مالك بن أنس (أبو عبدالله مالك بن

أنس): ٤٩٠

مأمون الحاج إبراهيم: ٢٧٤

متولي عبدالباسط: ٤٤١

محمد بن حارث الخشني: ٨٨

محمد أبو زهرة: ٦٤

محمد البهي: ٣٢١

محمد الروكي: ٧٣

محمد الصواط: ٤٥

محمد الطاهر بن عاشور: ٣٥٦

محمد العزيز جعيط: ٢٣٥

محمد الكبي: ٤٩٢

محمد باقر الصدر: ٤٣٩

محمد بخيت المطيعي: ٣١٩

محمد برهان الدين السنهلي: ٢٤٧

محمد بن محمد المختار الشنقيطي: ٢٨١

محمد تقي العثماني: ٢٢

محمد حسين إسماعيل: ٥٣٨

- مَعْمَر (عَمَرَ بن عبدالله بن نافع بن
نُضَلَّة): ٢٨٨
منذر قحف: ٣٥٨
موسى آدم عيسى: ٣٦٩
موسى صالح شرف: ٣٣٦
ميرزا حسن الموسوي: ٦٣
مِيَارَة (عبدالله بن محمد بن أحمد
ميارة): ٤٩٠
- *(ن)
ناصر الدين اللقاني: ٣٥٦
ندی محمد نعيم الدقر: ٥٢٠
نزیه کمال حماد: ٢١٣
- نسبية (أم عطية رضي الله عنها): ٣٩١
نصر فريد واصل: ٤٢٧
نور الدين مختار الخادمي: ٤٢٧
النووي (يحيى بن شرف النووي): ٢٦٥
- *(و)
الونشريسي (أحمد بن يحيى): ١٨٠
وهبة الزحيلي: ١٤٥
- *(ي)
يوسف محمود قاسم: ٢٦٦



فهرس مسائل المعاملات المالية المعاصرة

المسألة	الصفحة
الاتفاق على قرض يجر نفعاً، يقع بين بنك إسلامي وبنك أجنبي	١٤٣
أثر قاعدة الخراج بالضمان في مجال السياسة الاقتصادية	٤٣٣
أسئلة تتعلق ببعض المعاملات المالية طرحت على (بيت التمويل الكويتي) ..	٤٨٥
استثمار الأوقاف بطريق المشاركة المتناقضة المنتهية بالتملك	٣٦٦
انتزاع الملكية للمصلحة العامة	٢٩٠
انتهاء المضاربة بفسخها من أحد الطرفين	٢١٠
التقابض شرط في شراء الذهب والفضة	٤٨٤
تحريم الاحتكار	٢٨٧
ترجيح حكم منع عقود التأمين التجاري	١٨٧
التزامات المقاول في عقد الاستصناع	٤٤١
تسويغ التعامل بالأجل في الذهب الأبيض (البلاتين - platinum)	٤٨٦
تصحيح الشرط الجزائي في العقود	٢٥٧
تطبيق مبدأ الغلبة في الأعيان والمنافع عندما يكون وعاء القراض مختلط ...	٥٧٣
التعامل بالأسهم الحلال، إذا وضعت في بنوك ربوية	٥٧١
التعامل مع شركات تقوم بأعمال مشروعة وتتعامل مع البنك بفوائد ... ١٩٠ - ١٩٥	
- ٣٩٣ - ٥٣١	
تغير النقود وأثره على الديون في الفقه الإسلامي	٥٩٢
تغير قيمة العملة الورقية وأثره في الحقوق والالتزامات	٢١١
تقسيم الربح بين الشريكين في شركة العنان	٤١٧

الصفحة	المسألة
٢٢٢	ثبوت حق الردّ بالعيب كعلاج لآثار التضخم
٣٥٢	جواز التأمين التجاري
٥٨٣	جواز التعامل بأسهم شركات قد تتعامل بالحرام
٣٦٠	جواز التعامل في أسهم شركات قد تضع أموالها في بنوك ربوية
٤٨٦	جواز صحة السلم في أفراد الحيوان
٣٥٣	الحاجة إلى التأمين الصحي
٣٥٤	الحاجة إلى بدل الخلو
٣٦٥	حاجة انتزاع الملكية للمصلحة العامة
٤٣٣	حساب الائتمان
١٥٦	حسم الأوراق التجارية (Discounting)
١٥٨	حقيقة خطاب الضمان المصرفي ومدى مشروعيته
٥٦٤	حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة
٤٨٢	حكم أجره السمسار
٥٦٢	حكم استئجار السيارات
١٥٧	حكم اشتراط الاحتفاظ بمنفعة المبيع للبائع مدة حياته
٤١٤	حكم اشتراط التعويض في العقود لتلافي الضرر الحاصل (الشرط الجزائي)
١٩٢	حكم الاستثمار في الأسهم أصلها حلال، واختلطت بالحرام؟
٤٣٤	حكم الأسهم الممتازة
٥٣٥	حكم التأمين على حوادث السيارات
٥٧٢	حكم التأمين في بطاقات الائتمان
٣١٧	حكم التأمين
٥٧٧	حكم التداول في الوعاء الاستثماري بتطبيق مبدأ التبعية للأعيان والمنافع
٢٠٩	حكم التعامل بالسندات
٥٤٤	حكم التعامل بصكوك الإجارة بيعاً وشراءً
٣٠٩	حكم التضضيق التقديري في المضاربة المشتركة
٤٩٥	حكم الحقوق المعنوية
٥٣٨	الحكم الشرعي للشركة القابضة (Holding Company)

الصفحة	المسألة
٤٦٨	حكم الضمان في المضاربة المشتركة
٥٢٣	حكم اللحوم المستورة من بلاد غير إسلامية
٤٣٦	حكم الودائع المصرفية في المصرف الإسلامي
١٥٥	حكم الوديعة الادخارية (شهادة الاستثمار)
٣١٦	حكم إيداع الأموال في البنوك الربوية عند الضرورة
٤٨٨	حكم بدل الخلو أو [تعويض الخروج من السكن]
٤٨٤	حكم بيع الاستجرار
١٧٦	حكم بيع العينة
٣٠٧	حكم بيع الوفاء
٤٩٧	حكم تضمين البنوك الإسلامية للودائع الاستثمارية
٢٤٣	حكم تضمين المصرف الإسلامي في معاملة المضاربة المشتركة
٥٨٧	حكم توريق الدين النقدي في الفقه الإسلامي
٤٣٧	حكم خطاب الضمان
	حكم دخول المصرف الإسلامي كعنصر جديد في المضاربة المشتركة
٥٠٥	واستحقاقه الربح
٣٦٧	حكم ضمان البنوك لودائع الاستثمار
٥٣٥	حكم عقد التأمين التجاري
٣٥٧	حكم عقود التوريد
٣٥٩	حكم عقود المناقصات
٣٦٨	حكم عمليات الصرف الآجلة
٤٠٥	حكم فتح الاعتماد المستندي
١٧٩	حكم فتح الحسابات الجارية في البنوك الربوية
٤٢٢	دفع شبهة الغرر عن عقد التأمين
٤٦٣ - ٤٢٢	دفع شبهة الغرر والجهالة في عقد التأمين
٦٠٧، ٢٢١	ربط أجور العمال بالمستوى العام للأسعار
٥٥٣	سندات المقارضة (صكوك المقارضة)
١٩٨	صورة الإيداع المحرم في البنوك

الصفحة	المسألة
٤٥٨	الضمان بين المباشرة والتسبب
٤٣٥	ضمان البنك لأموال المستثمرين يتنافى مع نص قاعدة: «الغنم بالغرم»
٥٦٢	المفتوح
٥٣٢	عقود المشاركة المتناقصة (المشاركة المنتهية بالتملك)
٤٨٣	عمليات الصّرف الأجنبي
٤٦٥	عمليات المرابحة للأمر بالشراء
٤٠٠	فتاوى بيت التمويل الكويتي مخرجة على قاعدة: «الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها»
٤١٣	فتاوى معاصرة في منع وضع شروط منافية لمقتضى العقود
٤٦٧	ما توجهه قوانين الشركات التي تكون قيمة السّهم عند إصدارها قيمة اسمية .
١٩٧	مدى مشروعية إيداع البنك الإسلامي للأموال في البنوك التجارية الربوية ...
٣٩١	مسألة صرف الفوائد الربوية على الفقراء ومصالح الخير
٣٧٨	المشاركة في شركات أصل نشاطها حلال إلا أنها تتعامل بالحرام
٤٤٢	مشروعية المشاركة المتناقصة
٥٤٩	مشروعية بعض العقود الحديثة
٥٣٦	مشروعية خطاب الضمان المصرفي
٢٢٤	مشروعية ردّ قيمة الدّين إذا كان التضخم كبيراً
٥٤٠	مشروعية عقد التوريد
٤٠١	مشكلة التضخم والانكماش
١٦٥	منع اشتراط النصّ على حقّ أحد الطرفين في استرداد ما قدّمه من تمويل في عقد المشاركة المتناقصة
٤٨٢	موضوع القبض (القبض بحسب العرف)
٢٦٥	نزع الملكية للمصلحة العامة
٣٣٨	النهي عن بيع الوفاء في المعاملات المالية الحديثة
١٦٢	هل عقد الإجارة المنتهية بالتملك هو عقد إجارة أم عقد بيع؟
٢١٤	هل للدولة أن تتدخل لتحديد أجور العمال؟

الصفحة	المسألة
٣٦٤	هل يجوز التعامل ببطاقة الائتمان لدين قابل للتجديد
٢٥٦	الوفاء بالوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء
٤٨٥	يجوز بيع العربون، في المعاملات التجارية المعاصرة





فهرس المسائل الطبية المعاصرة

الصفحة	المسألة الطبية
٢٨٦	إباحة العزل دفعاً للضرر
٢٦٧	الأخلاق الواجبة على الطبيب أو أولوية إجراء الفحوصات
٤٧٤	أساس عدم مسؤولية الطبيب
٢٥٢	الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها وغرسها لحيي بحال من الأحوال
٣٧٢	الأعضاء والأجزاء التي يجوز نقلها من حيي إلى حيي
٢٣٠	تحريم الاستنساخ البشري
٢٤٧	تحريم تشريح جثة الأدمي للتعليم والقائلين به
٣٤٠	تدخل الطبيب الجراح يكون عند قيام المقتضى
٢٦٧	التزاحم في أولوية العلاج
٣٤٢	تطبيب الرجل للمرأة، والمرأة للرجل يكون بقدر
٢١٨	التفريق بين الزوجين المصاب أحدهما بمرض نقص المناعة المكتسبة (SIDA)
٣٧٠	جراحة التجميل الحاجية
٢٩٩	الجراحة العلاجية الحاجية
٣٢٤	الجراحة العلاجية الضرورية
٢٧٠	جراحة القطع
٢٧٠	جراحة الولادة الحاجية
٢٢٥	جراحة الولادة الضرورية
٣٠٢	جواز تلقيح الزوجة بمني الزوج اصطناعياً

الصفحة	المسألة الطبية
٢٢٨	جواز قطع العصب للتغلب على الألم
٢٣٤	جواز نقل أعين الموتى وغرسها للأصحاء
٢٣٦	جواز نقل كلية من شخص إلى آخر عند الضرورة
٤٩٣	حرمة الاستنساخ البشري لمخالفته للعرف الشرعي
	حكم إجهاض الجنين إذا ثبت - من خلال الفحص الطبي الحديث - يقيناً أنه
٢٥٨	مصاب بتشوهات كبيرة
٢٧٥	حكم إجهاض الجنين المصابة أمه بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA) .
٢٢٩	حكم استئصال الغدد الملتهبة
٢٧٤	حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة لعلاج بعض الأمراض
١٤٨	حكم الاستفادة من الخلايا الجذرية في الأبحاث الطبية
٤٢٧	حكم الاستنساخ النباتي والحيواني
٤٢٨	حكم التشريح الجنائي
٦٠٩ ، ٢٩٣	حكم التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA) ...
٣٢٩	حكم التلقيح الاصطناعي
٢٢٧	حكم الجراحة التجميلية بغرض العلاج الطبي
	حكم الشرط القاضي بتحليل دم الزوج للتأكد من سلامته من مرض نقص
٤١٨	المناعة المكتسبة
٣٢٧	حكم العلاج بالأجنة المجهضة أو الفائضة عن الحاجة
٣٣٩	حكم الفحص بالأشعة السينية
٢٧٦	حكم الكحت أو توسيع عنق الرحم
٣٢٥	حكم الكشف عن العورة للفحص الطبي
٢٥٣	حكم المرأة التي تحمل ببيضة ملقحة، لزوجين أجنبيين عنها
٣٩٥	حكم بيع الإنسان عضواً من أعضائه لشخص آخر
٢٧٧	حكم تشريح جثث الموتى لتدريب الأطباء
١٤٧	حكم تنظيم النسل
٢٣٠	حكم ثقب غشاء البكارة
٣٠١	حكم جراحة تغيير الأنثى إلى ذكر

٢٥١	أخرون
٥٥٥	حكم زراعة عضو استؤصل في حد
٣٣٥	حكم شراء دم الآدمي لأغراض طبية
٤٧٢	حكم ضمان الطبيب إذا تعدى موضع الجراحة
٢٩٢	حكم عمل المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA) في الأماكن العامة؟
٣٤٤	حكم مداواة الرجل للمرأة
٢٣٢	١٤٤ ،	حكم نقل الأعضاء البشرية من الميت إلى الحي
٣٨٣	حكم نقل الأعضاء البشرية من إنسان حي إلى آخر
٢٣٧	حكم نقل الدم لإسعاف المريض عند الضرورة
٢٨٣	حكم نقل قرنية العين
٢٨٢	حكم نقل كلية من أخ مجنون مولى عليه إلى أخ سليم
٣٩٧	حكم هبة الإنسان عضواً من أعضائه لشخص آخر
٣٤٣	الرفق في التعامل مع المصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA)
٣٧١	زراعة الأعضاء (الصناعية) في جسم الإنسان
٤٢٣	شرطية الفحص الطبي لصحة العلاج
٢٢٦	الشروع في الجراحة الطبية دون إذن مسبق من المريض أو وليه
٣٧٩	عدم جواز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين بذلك
٣٤١	على أي أساس يتم اختيار الجثث التي تشرع بغرض التعليم
٤٠٦	ما حكم بيع الآدمي لدم أو عضو منه
٣٣٢	ما حكم زرع عضو من حيوان نجس في جسم الإنسان؟
٤٩٣	مسؤولية الطبيب الجراح، وأخصائي التخدير
٤٦٠	مسؤولية الطبيب في العمل الجراحي الممهد
٤٦٠	مسؤولية الطبيب وضمانه
٢٣٢	مشروعية الاستنساخ النباتي والحيواني
٣٢٣	مشروعية التخدير الجراحي

الصفحة	المسألة الطبية
٢٦٨	مشروعية الجراحة الطبية
٤٢٥	مشروعية الفحص الطبي
٢١٩	مشروعية طلب القيام بالفحص الطبي قبل الزواج
٢٤٦	من شروط جواز الجراحة الطبية
٢١٦	منع الجراحة الطبية الضارة
٢١٧	منع تشريح الجثث للتعلم
٥٥٧	منع تلقيح الزوجة بمني الزوج والقائلين بذلك
٢٥٠	منع نقل الأعضاء من الميت وغرسها للحَيِّ والقائلين بذلك
٢٤٧	منع نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان حي والقائلين به
٥٠١	هل تجوز الوصية بجزء من البدن بعد الموت؟
٣٢٦	هل للدولة الحق في إصدار قانون يرخص أخذ أعضاء الموتى؟
٥١٨	هل موت الدماغ دون القلب يوجب الحكم بموت صاحبه أم لا؟
	هل يجوز الزيادة في قدر الجزء المقطوع في العمل الجراحي على سبيل الاحتياط؟
٣٣٩	هل يجوز للرجال أن يقوموا بمعالجة النساء بالجراحة والعكس
٣٣٣	هل يجوز للورثة التبرع بأعضاء ميتهم؟
٣٨٦	هل يسمح للأم المصابة بمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA) بإرضاع طفلها
٢٥٩	وجوب التفريق بين زوجين أحدهما حامل لمرض فقدان المناعة المكتسبة (SIDA)
٢٨٤	وجوب المحافظة على سرِّ المريض إلا في حالات
٢٨٥	وجوب المحافظة على سرِّ المريض إلا في حالات



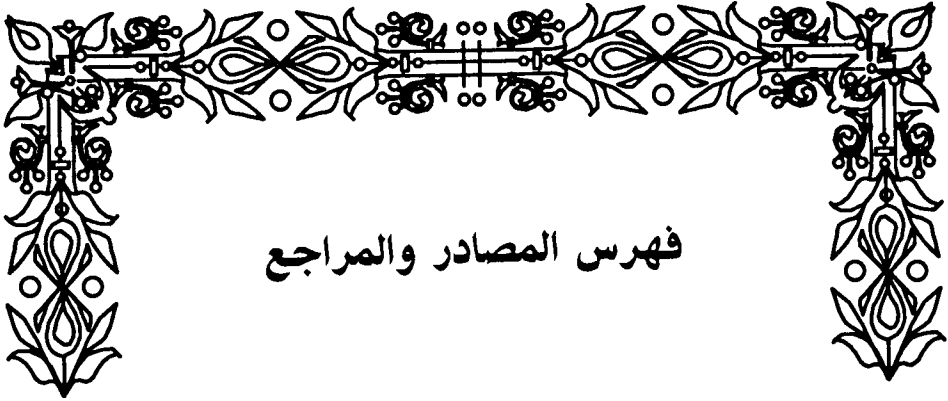


فهرس المصطلحات المعرفة

- | | |
|-------------------------------------|---------------------------------------|
| الاسم التجاري: ٤٩٦ | اتسع (الوسع): ٣٠٤ |
| الأسهم الممتازة: ٤٣٤ | الإجارة المنتهية بالتملك: ١٦٢ |
| الأشباه والنظائر: ٥٣ | الإجارة: ١٦٢ |
| الأشباه: ٥٣ | الاجتهاد الجماعي: ١٣١ |
| الاشتراط لمصلحة الغير: ٥٤٩ | الاجتهاد بالمعنى الاصطلاحي: ١٢٤ |
| الأصل: ٥٢٦ | الاجتهاد في اللغة: ١٢٣ |
| الاعتماد المستندي: ٤٠٥ | الأجنة المجهضة: ٣٢٧ |
| انتزاع الملكية للمصلحة العامة: ٣٦٥ | الإجهاض: ٢٧١ |
| الأوراق التجارية (Discounting): ١٥٦ | الاحتكار: ٢٨٧ |
| بطاقة الائتمان: ٣٦٤ | الإذن: ٤٢٤ |
| بيع العينة: ١٧٥ | الاسترجار: ٤٨٤ |
| بيع المرابحة: ١٨٢ | الاستصحاب: ٩٧ |
| بيع الوفاء: ٣٠٧ | الاستصلاح: ١٠٠ |
| التأمين الاجتماعي: ٣١٧ | الاستقراء التام: ١٠٩ |
| التأمين التبادلي أو التعاوني: ٣١٨ | الاستقراء الناقص: ١٠٩ |
| التأمين التجاري: ١٨٧ | الاستقراء: ١٠٩ |
| التأمين بقسط ثابت: ٣١٨ | الاستنباط: ١٠٨ |
| التصكيك: ٥٨٨ | الاستنساخ بالتشطير: ٢٣٠ |
| التجريد: ٧٧ | الاستنساخ على طريقة النعجة دوللي: ٢٣٠ |
| تخريج القواعد بالاستصلاح: ١٠٠ | الاستنساخ: ٢٣٠ |

- التخريج بالقياس : ٩٤
التخريج على القاعدة الفقهية : ١١٠
التخريج : ٩٣
الترجيح : ١٠٥
التشريح الجنائي : ٢٨٠
تشریح : ٢١٧
التضخم : ٢٢٢
تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علماً
ولقباً : ٤٤
التعريف المختار : ٤٦ ، ٦٠٥
تعريف علم القواعد الفقهية : ٤٨
تعريفات بعض المتقدمين للقاعدة
الفقهية : ٤٤
تعريفات بعض المحدثين للقاعدة
الفقهية : ٤٥
التقاسيم : ٥٨
التقعيد الفقهي : ٣٤ ، ٣٨ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥
تقعيد : ٣٣
التلقيح الاصطناعي : ٢٥٣ ، ٣٢٩
التنضيض في اصطلاح الفقهاء : ٣٠٩
التنضيض لغة : ٣٠٩
التوريق : ٥٨٧
التيسير : ٢٩٦
الجراحة التجميلية : ٢٢٧
جراحة الحمل المتبذ : ٢٢٥
الجراحة الطبية الحديثة : ٢١٦
الجراحة القيصرية : ٢٢٥
جراحة الكحت : ٢٧٦
الجهالة : ٥٥٩
- الحاجة : ٣٤٦
الحسابات الاستثمارية : ٤٩٧
الحق المعنوي : ٤٩٥
الخراج : ٤٣٠
خطاب الضمان : ٤٣٨
الخلايا الجذرية : ١٤٨
الخلو : ٣٥٤
الخلية في علم الأحياء : ١٤٨
الذيون : ٣٩٩
الربا : ١٩٦
الركن : ٧٤
السرقفلية : ٣٥٥
السُّمسار : ٤٨٢
السِّنَدَات : ٢٠٩
السَّهْم : ١٩٢
سندات المقارضة : ٥٥٣
الشرط : ٧٤ ، ٤١٩
الشركة القابضة : ٥٣٨
الشركة المتناقصة : ١٦٥
الشك : ٥١٣
الصَّخَّة في التصرفات : ٥٢٧
الصَّخَّة : ٥٢٧
صكوك الإجارة : ٥٤٤
الضابط في الاصطلاح : ٥١
الضابط في اللغة : ٥١
الضرار : ٢٠٥
الضرر : ٢٠٥
الضَّرُورَات : ٣١٢
الضَّمان : ٤٣٠

- الضيق: ٣٠٤
 العادة عند الأصوليين: ٤٧٧
 العادة عند الفقهاء: ٤٧٧
 العادة: ٤٧٦
 العربون: ٤٨٥
 العزل: ٢٨٦
 عقد الإيجارين: ٥٤٩
 عقد التحكير: ٥٤٩
 العقد اللّازم: ٥٢٨
 عقد المقاوله: ٥٤٩
 العقود: ١٥٢، ٥٢٧
 العلل: ٦١
 العموم: ٧٨
 العيب: ٢٢٣
 الفساد: ٥٥٩
 الفقه: ٣٣
 القاعدة الأصولية: ٦١
 القاعدة في الاصطلاح: ٤٠
 القاعدة في اللغة: ٣٩
 القرض: ١٩٦
 القصد: ١٤٠
 القضية: ٤١
 القياس الاستثنائي: ١٠٢
 قياس الاستدلال: ١٠٢
 القياس الاقتراني: ١٠٢
 قياس التمثيل: ١٠٢
 قياس الدلالة: ١٠٣
 قياس العكس: ١٠٣
 الكفالة: ١٥٨
 الكليات الفقهية: ٥٥
 اللفظ: ١٥٢
 اللزوم في العقد: ٥٢٨
 اللزوم: ٥٢٨
 اللغو: ١٧٠
 المآخذ: ٦١
 المانع: ٤٢٢
 المحظور: ٣١٤
 المدارك: ٦٠
 المرابحة للأمر بالشراء: ١٨٢
 المشاركة المنتهية بالتملك: ٥٣٢
 المشقة: ٢٩٦
 المعاملات: ٥٢٦
 المعاني: ١٥٢
 المعنى الاصطلاحي للضرورة: ٣١٣
 مفهوم الاجتهاد المعاصر: ١٢٦، ٦٠٥
 مفهوم التعميد الفقهي: ٣٣
 المقاصد: ١٤٠
 المناقصة: ٣٥٩
 المواعدة: ١٨٠
 موت الدماغ: ٥١٨
 النظائر: ٥٤
 النظريات الفقهية: ٦٥
 الهيئة: ٣٩٨
 والتعريف الجامع بين المصطلحين: ٥٤
 ودائع البنوك: ١٥٤
 الوديعة الادخارية: ١٥٥
 الوصف: ١٧٠
 اليقين: ٥١٢



فهرس المصادر والمراجع

أولاً - الكتب المطبوعة:

- ١ - أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي: للدكتور محمد سليمان الأشقر، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ٢ - أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة: للدكتور محمد نعيم ياسين، الطبعة الثانية (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، دار الفنائس، عمان - الأردن.
- ٣ - أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية: الطبعة الأولى (١٤١٢هـ)، مكتبة ابن خزيمة، الرياض - المملكة العربية السعودية.
- ٤ - الإيهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول: للقاضي البيضاوي (٦٨٥هـ)، تأليف: علي بن عبدالكافي السبكي (ت٧٥٦هـ)، وولده تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (ت٧٧١هـ)، الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٥ - الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تطبيقه: للدكتور شعبان محمد إسماعيل، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان.
- ٦ - الاجتهاد في الشريعة الإسلامية: للدكتور يوسف القرضاوي، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م)، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت.
- ٧ - أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها: للدكتور محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي، الطبعة الثانية (١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)، مكتبة الصحابة، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.
- ٨ - الأحكام الشرعية للأعمال الطبية: طبعة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت.

- ٩ - إحكام الفصول في أحكام الأصول: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، بتحقيق: د. عبدالمجيد التركي، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١٠ - الإحكام في أصول الأحكام: للإمام علي بن محمد الأمدي (ت ٦٣١هـ)، مراجعة وتحقيق جماعة من العلماء، طبعة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١١ - الأحكام والفتاوى لكثير من المسائل الطبية: للدكتور علي بن سليمان الرميخان، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ، دار الوطن للنشر، الرياض - السعودية.
- ١٢ - أخبار القضاة: لوكيع محمد بن خلف بن حيان (ت ٣٠٦هـ)، طبعة عالم الكتب (د.ت.ط)، بيروت - لبنان.
- ١٣ - أدب المفتي والمستفتي: للحافظ أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن صلاح الشهرزوري (ت ٦٤٣هـ) دراسة وتحقيق: الدكتور موفق بن عبدالله بن عبدالقادر (د.ت.ط)، دار الوفاء، الجزائر.
- ١٤ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٥هـ) (د.ت.ط)، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ١٥ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: للشيخ ناصر الدين الألباني، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١٦ - الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي: للدكتور أميرة عبداللطيف مشهور، الطبعة الأولى (١٩٩٠م)، مكتبة مدبولي، القاهرة - مصر.
- ١٧ - الاستثمار والرقابة الشرعية: لعبد الحميد محمود البعلبي، الطبعة الأولى (١٩٩١م)، مكتبة وهبة، مصر.
- ١٨ - الاستسناخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية: للدكتور نور الدين مختار الخادمي، عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بالرياض، قسم أصول الفقه، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، دار الزاحم، الرياض - السعودية.
- ١٩ - الاستيعاب في معرفة الأصحاب: لأبي عمر يوسف بن عبدالله ابن عبدالبر التّمري (ت ٤٦٣هـ) بتحقيق: علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبدالمجود، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢٠ - أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبي الحسن علي بن محمد الشيباني ابن الأثير الجزري (ت ٦٣٠هـ)، تحقيق: خليل مأمون شيحا، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

- ٢١ - الإشارة في معرفة الأصول: لأبي الوليد الباجي سليمان بن خلف (ت ٤٧٤هـ)، تحقيق: الدكتور محمد علي فركوس، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، طبعة دار البشائر، بيروت - لبنان.
- ٢٢ - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: لجلال الدين السيوطي، تخريج وتعليق وضبط: خالد عبدالفتاح شبل أبو سليمان، الطبعة الثالثة (د.ت)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٢٣ - الأشباه والنظائر: لزين الدين بن إبراهيم المشهور بابن نجيم الحنفي، تحقيق: الدكتور محمد مطيع الحافظ، الطبعة الثانية (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٢٤ - الأشباه والنظائر: لتاج الدين عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي السبكي، تحقيق: عادل أحمد عبدال موجود، علي محمد معوض، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢٥ - الإصابة في تمييز الصحابة: للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: علي محمد بجاري، طبعة ١٣٢٨هـ، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة - مصر.
- ٢٦ - أصول السرخسي: لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي بتحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، مطابع دار الكتاب العربي، مصر سنة ١٣٧٢هـ.
- ٢٧ - أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك: محمد بن حارث الخشني (ت ٣٦١هـ)، تحقيق: وتعليق: الشيخ محمد المجذوب، الدكتور محمد أبو الأجفان، الدكتور عثمان بطيخ، الطبعة الأولى (١٩٨٥م)، الدار العربية للكتاب.
- ٢٨ - أصول الكرخي: مطبوع مع تأسيس النظر.
- ٢٩ - إعلام الموقعين عن رب العالمين: لشمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ)، بتحقيق: عصام الدين الصباطي، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، دار الحديث، القاهرة - مصر.
- ٣٠ - الأعلام: تأليف: خير الدين الزركلي، الطبعة العاشرة (١٩٩٢م)، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان.
- ٣١ - أعمال حلقة حول ربط الحقوق والالتزامات بتغير الأسعار من جهة النظر الإسلامية: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب في البنك الإسلامي للتنمية، جدة سنة ١٤٠٧هـ.

- ٣٢ - الإكليل في استنباط التنزيل: لجلال الدين السيوطي (ت ٩١١هـ)، بتحقيق: سيف الدين عبدالقادر الكاتب، الطبعة الأولى (١٤٠١هـ - ١٩٨١م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٣٣ - الأم: تأليف: الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) (د.ت.ط)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٣٤ - الإمتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء: للشيخ حسن بن علي بن هاشم السقاف الحسيني، الطبعة الأولى (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان - الأردن.
- ٣٥ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: تأليف: العلامة علاء الدين أبي الحسين علي بن سليمان المرادوي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ)، بتصحيح محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ٣٦ - الأوراق التجارية في الشريعة الإسلامية: للدكتور محمد أحمد السراج، طبعة ١٩٨٨م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر.
- ٣٧ - إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك: لأحمد بن يحيى الونشريسي (ت ٩١٤هـ)، تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي، طبعة (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين المغرب والإمارات العربية المتحدة.
- ٣٨ - إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون: للشيخ إسماعيل باشا البغدادي، دار العلوم الحديثة، بيروت - لبنان.
- ٣٩ - البحر المحيط في أصول الفقه: لبدر الدين بن محمد بن عبدالله الزركشي الشافعي (ت ٧٩٤هـ)، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، دار الخاني، الرياض - السعودية.
- ٤٠ - بحوث فقهية معاصرة: للدكتور محمد عبدالغفار الشريف، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، دار ابن حزم، بيروت - لبنان.
- ٤١ - بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية: الدكتور عبدالستار أبو غدة، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، شركة التوفيق (مجموعة دلة البركة).
- ٤٢ - بحوث في قضايا فقهية معاصرة: للدكتور محمد تقي العثماني، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، دار القلم، دمشق - سوريا.
- ٤٣ - بحوث ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها: المنعقدة في الكويت ٢٠ شعبان ١٤٠٧هـ - ١٨ أبريل ١٩٨٧م.

- ٤٤ - بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة: للشيخ جاد الحق علي جاد الحق، طبعة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، دار الحديث، القاهرة.
- ٤٥ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني (ت ٥٨٧هـ)، تحقيق: محمد عدنان ياسين درويش، الطبعة الثانية (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ٤٦ - بدائع الفوائد: للإمام أبي عبدالله محمد بن أبي بكر الدمشقي المشهور بابن قيم الجوزية (د.ت.ط)، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.
- ٤٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي (ت ٥٩٥هـ)، بتحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالمجود، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٤٨ - البداية والنهاية: للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القيسي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، منشورات مكتبة المعارف، بيروت - لبنان.
- ٤٩ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: تأليف: محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٥هـ)، الطبعة الأولى (١٣٤٨هـ - ١٩٢٩م)، مطبعة السعادة، القاهرة - مصر.
- ٥٠ - البرهان في أصول الفقه: للإمام أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله الجويني الشافعي (ت ٤٧٨هـ)، بتحقيق: عبدالعظيم الديب، طبعة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، دار الوفاء، المنصورة - مصر.
- ٥١ - بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس: لأحمد بن يحيى بن عميرة الضبي (ت ٥٩٩هـ)، تحقيق: إبراهيم الأبياري، طبع في مدريد، سنة (١٨٨٤م).
- ٥٢ - البنك اللاربوي في الإسلام: لمحمد باقر الصدر، الطبعة الثانية (١٩٧٣م)، دار الكتاب اللبناني، بيروت - لبنان.
- ٥٣ - البنوك الإسلامية: لجمال الدين عطية، الطبعة الأولى (١٩٨٦م)، مطابع الدوحة - قطر.
- ٥٤ - البيان والتحصيل: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجد) القرطبي، بتحقيق: أحمد الحبابي، الطبعة الثانية (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ٥٥ - تاج التراجم في طبقات الحنفية: تأليف: زين الدين قاسم بن قطلوبغا (ت ٨٧٩هـ)، طبعة (١٩٦٢م)، مطبعة العاني، بغداد - العراق.

- ٥٦ - تاج العروس من جواهر القاموس: للسيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي (ت ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، دار الهداية الكويت، ودار مكتبة الحياة، بيروت - لبنان.
- ٥٧ - التاريخ الكبير: للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ)، طبع تحت مراقبة الدكتور محمد عبدالمغني خان (د.ت)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٥٨ - تاريخ بغداد: للخطيب البغدادي (ت ٤٦٣هـ)، طبعة (١٣٤٩هـ - ١٩٣١م)، مطبعة السعادة، القاهرة - مصر.
- ٥٩ - تأسيس النظر: لأبي زيد عبيدالله بن عمر الدبوسي، تعليق وتصحيح: مصطفى محمد القباني الدمشقي، نشر دار ابن زيدون، بيروت، بالاشتراك مع مكنتبات الكليات الأزهرية، مصر.
- ٦٠ - التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية: للدكتور عبداللطيف محمود آل محمود، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، دار النفائس، بيروت - لبنان.
- ٦١ - التأمين بين الحظر والإباحة: لسعدي أبو جيب، الطبعة الأولى (١٩٨٣م)، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٦٢ - التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون: الدكتور غريب الجمال، طبعة (١٩٧٥م)، دار الفكر العربي.
- ٦٣ - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: لبرهان الدين إبراهيم بن علي فرحون (ت ٧٩٩هـ)، مطبوع على هامش فتح العلي المالك للشيخ عليش، (١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م)، مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- ٦٤ - التبصرة في أصول الفقه: للإمام أبي إسحاق الشيرازي، بتحقيق: محمد حسن هيتو، الطبعة الأولى (١٩٨٠م)، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٦٥ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: تأليف: عثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٣هـ)، وبهامشه حاشية الشيخ الحلبي، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ٦٦ - 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.
- ٦٧ - تحرير الكلام في مسائل الالتزام: لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الخطاب، بتحقيق: عبدالسلام محمد الشريف، الطبعة الأولى (١٤٠٤هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.

- ٦٨ - تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذى: للعلامة المباركفوري (ت ١٣٥٣هـ)، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٦٩ - تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام: لأبي بكر بن عاصم (ت ٨٢٩هـ) (د.ت.ط)، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، مصر.
- ٧٠ - تحفة الفقهاء: لعلاء الدين السمرقندي (ت ٥٣٩هـ)، بتحقيق: محمد زكي عبدالبر، الطبعة الثانية، طبع دار إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر.
- ٧١ - التخريج عند الفقهاء والأصوليين: للدكتور يعقوب بن عبدالوهاب الباسين، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ)، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية.
- ٧٢ - التداوي 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 (١٤١٢هـ - ١٩٩١م)، مكتبة الفرابي، دمشق - سوريا.
- ٧٣ - تذكرة الحفاظ: للإمام الحافظ أبي عبدالله شمس الدين الذهبي، (د.ت.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٧٤ - ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (ت ٥٤٤هـ)، تحقيق: د. أحمد بكير محمود، مكتبة الحياة، بيروت - لبنان.
- ٧٥ - ترتيب مختار الصحاح: للشيخ محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي (ت بعد ٦٦٦هـ)، ترتيب: محمود خاطر (ت ١٢٦٧هـ)، تحقيق: شهاب الدين أبي عمر، طبعة (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٧٦ - ترجمان القرآن: لأبي الأعلى المودودي، طبعة (يناير ١٩٦٢م).
- ٧٧ - تصنيف المسامع بجمع الجوامع: لتاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ)، لبدر الدين الزركشي (ت ٧٩٤هـ)، بتحقيق: الدكتور سيد عبدالعزيز والدكتور عبدالله ربيع، الطبعة الثانية (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، مؤسسة قرطبة، القاهرة - مصر، والمكتبة المكية، مكة المكرمة - السعودية.
- ٧٨ - تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية: من خلال كتابي: إيضاح المسالك للونشريسي، وشرح المنهج المنتخب للمنجور، إعداد: الدكتور الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، طبع دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي - الإمارات العربية المتحدة.

- ٧٩ - تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية: لسامي حسن أحمد حمود، الطبعة الثانية (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م)، دار الفكر، عمان - الأردن.
- ٨٠ - التعريفات لعلي بن محمد الجرجاني: ضبطه وفهرسه: محمد بن عبدالكريم القاضي، طبعة سنة ١٩٨٥م، مكتبة لبنان، بيروت.
- ٨١ - تفسير القرآن العظيم: للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير القيسي الدمشقي (ت ٧٧٤هـ)، طبعة (١٣٨٨هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.
- ٨٢ - تقرير القواعد وتحريير الفوائد: لابن رجب الحنبلي، ضبط وتخرير مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الثانية (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، دار ابن عفان، القاهرة - مصر.
- ٨٣ - التقرير والتحرير شرح التحرير: للكمال بن الهمام، شرح العلامة ابن أمير الحاج (ت ٨٧٩هـ)، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٨٤ - التلخيص الحبير في تخرير أحاديث الرافي الكبير: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: عبدالله هاشم اليماني المدني، الطبعة الأولى (١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م)، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة - مصر.
- ٨٥ - التلويح شرح التوضيح: لمسعود بن عمر التفتازاني، طبعة (١٣٢٧هـ)، مطبعة دار الكتب العربية - مصر.
- ٨٦ - التمهيد في أصول الفقه: للإمام محفوظ بن أحمد الكلوزاني (ت ٥١٠هـ)، تحقيق: محمد بن علي إبراهيم والدكتور مفيد أبو عمشة، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ)، طبعة جامعة أم القرى، مكة المكرمة - السعودية.
- ٨٧ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: للحافظ بن عبدالبر الترمي، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبدالكبير البكري، الطبعة الثالثة (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م)، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية.
- ٨٨ - تهذيب الأسماء واللغات: ليحيى بن شرف النووي، المطبعة المنيرية، مصر.
- ٨٩ - تهذيب التهذيب: للإمام شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الطبعة الأولى (١٣٢٥هـ)، دار صادر، بيروت، مصورة عن دار المعارف.
- ٩٠ - تهذيب المنطق: للتفتازاني بشرح الخيصي، وحاشيتي العطار والدسوقي، طبعة (١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م)، مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- ٩١ - توشيح الديباج وحلية الابتهاج: لبدر الدين محمد بن يحيى القرافي (ت ٩٤٦هـ)، تحقيق: أحمد الشتيوي، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.

- ٩٢ - التوقيف على مهمات التعاريف: معجم لغوي مصطلحي، لمحمد عبدالرؤوف المناوي، بتحقيق: الدكتور محمد رضوان الداية، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٩٣ - تسيير التحرير في أصول الفقه: لمحمد أمين باد شاه (ت ٩٧٨هـ)، الطبعة الأولى (١٣٥٠هـ)، مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- ٩٤ - الجديد في الفتاوى الشرعية للأمراض النسائية والعقم: للدكتور أحمد عمرو الجابري، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، دار الفرقان، عمان - الأردن.
- ٩٥ - الجراحة العصبية: د. محمد فاروق النحاس، طبعة ١٤٠٥هـ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية بدمشق - سوريا.
- ٩٦ - جريمة خلو الرجل: لفتحية محمود قره، طبعة (١٩٨٥م)، دار المطبوعات الجامعية.
- ٩٧ - حاشية ابن عابدين: رد المختار.
- ٩٨ - حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع: لعبدالرحمن بن جاد الله البناني (ت ١١٩٨هـ)، الطبعة الثانية (١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م)، طبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة - مصر.
- ٩٩ - حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل: للشيخ محمد البناني (ت ١١٩٤هـ)، مطبوع على هامش شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ١٠٠ - حاشية العدوي على شرح الخرشي: للشيخ علي العدوي (ت ١١٨٩هـ)، مصورة عن الطبعة الأولى (١٣١٨هـ)، دار صادر، بيروت.
- ١٠١ - حاشية العطار على جمع الجوامع: لحسن محمد العطار (ت ١٢٥٠هـ)، طبع المكتبة التجارية الكبرى (د.ت)، القاهرة - مصر.
- ١٠٢ - حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين: لأحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، (د.ت)، طبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة - مصر.
- ١٠٣ - الحاوي للفتاوي: لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي، سنة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١٠٤ - حجة الله البالغة: للإمام شاه ولي الله الدهلوي (ت ١١٧٦هـ)، (د.ت.ط)، دار التراث، القاهرة - مصر.

- ١٠٥ - الحدود في الأصول: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: نزيه حماد، الطبعة الأولى (١٣٩٢هـ - ١٩٧٣م)، مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، وحمص - سوريا.
- ١٠٦ - حكم الإسلام في شهادات الاستثمار: لعبدالرحمن بن صبحي زعيترا، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م)، دار الحسن للنشر والتوزيع، الأردن.
- ١٠٧ - حكم التداوي بالمحرمات: للدكتور عبدالفتاح محمد إدريس، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، مكتبة الأسد.
- ١٠٨ - حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون: للدكتور عبدالعزيز خليفة القصار، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، دار ابن حزم، بيروت - لبنان.
- ١٠٩ - حكم نقل الأعضاء في الفقه الإسلامي: للدكتور عقيل بن أحمد العقيلي، طبعة (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، مكتبة الصحابة، جدة - السعودية.
- ١١٠ - الحلال والحرام: للدكتور يوسف القرضاوي، الطبعة الحادية عشر (١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م)، مكتبة وهبة، القاهرة - مصر.
- ١١١ - الحلل السندسية: للوزير السراج، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، الطبعة الأولى (١٩٨٥م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١١٢ - الخراج: تأليف: القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري (ت ١٨٢هـ)، الطبعة الرابعة (١٣٩٢هـ)، المطبعة السلفية، القاهرة - مصر.
- ١١٣ - خطابات الضمان: للدكتور الصديق الضيرير، بحث مقدم لندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، عمان ١٩٩٤م.
- ١١٤ - الخطر والتأمين: لرفيق يونس المصري، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، دار القلم، دمشق - سوريا.
- ١١٥ - الخطر والتأمين: تأليف: سلامة عبدالله، طبعة ١٩٨٠م، مكتبة النهضة العربية، مصر.
- ١١٦ - الخلايا الجذرية، والقضايا الأخلاقية والفقهية: للدكتور محمد علي البار؛ الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة - السعودية.
- ١١٧ - دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة: للدكتور محمد مصطفى الشنقيطي، الطبعة الثانية (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، مكتبة العلوم والحكم، السعودية.
- ١١٨ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام: لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

- ١١٩ - الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، طبعة (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، دار الجيل، بيروت - لبنان.
- ١٢٠ - دقائق أولي النهى لشرح المنتهى: المشهور بمنتهى الإرادات، تأليف: منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، (د.ت.ط)، طبعة عالم الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١٢١ - الدليل الطبي للمرأة: لمجموعة من الأطباء، طبعة (١٩٨٥م)، المكتبة العصرية.
- ١٢٢ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي فرحون، تحقيق: د. محمد الأحمد (د.ت.ط)، دار التراث، القاهرة - مصر.
- ١٢٣ - الذخيرة: لأحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، بتحقيق: محمد حجي وآخرون، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١٢٤ - رد المحتار على الدر المختار: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ)، طبعة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ١٢٥ - الرذة على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض: للإمام جلال الدين السيوطي (٩١١هـ)، تحقيق: الشيخ خليل الميس، الطبعة الأولى (١٤٠٢هـ - ١٩٨٣م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١٢٦ - رسائل ومسائل: لأبي الأعلى المودودي، الطبعة الثامنة (١٩٧٩م).
- ١٢٧ - رسالة (السيكورتاه): للشيخ محمد بخيت المطيعي، طبعة سنة (١٩٣٢م)، القاهرة - مصر.
- ١٢٨ - الرسالة الفقهية: لأبي محمد عبدالله بن أبي زيد القيرواني (ت ٣٨٦هـ)، تحقيق: الدكتور الهادي حمّو، الدكتور محمد أبو الأجفان، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- ١٢٩ - روضة الطالبين وعمدة المفتين: تأليف: أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، الطبعة الأولى (١٣٨٦هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١٣٠ - زاد المعاد في هدي خير العباد: لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر أيوب بن زرعة الدمشقي، شمس الدين الشهير بابن قيم الجوزية، تحقيق: شعيب وعبدالقادر الأرنؤوط، الطبعة الثانية (١٤٠١هـ - ١٩٨١م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت - لبنان.
- ١٣١ - سد الذرائع في الشريعة الإسلامية: تأليف: محمد هشام البرهاني، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ)، الناشر: مطبعة الريحاني، بيروت - لبنان.

- ١٣٢ - سنن ابن ماجه: للإمام أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني المعروف بابن ماجه (ت ٢٧٣هـ)، بتحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، (د.ت.ط)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ١٣٣ - سنن أبي داود: للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥هـ)، بتحقيق: محمد محي الدين عبدالحميد (د.ت.ط)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ١٣٤ - سنن الترمذي: للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، بتحقيق: أحمد محمد شاكر (د.ت.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ١٣٥ - سنن الدارقطني: تأليف: علي بن عمر الدارقطني (٣٠٦ - ٣٨٥هـ)، الطبعة الثالثة (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، عالم الكتب، بيروت - لبنان.
- ١٣٦ - سنن النسائي (المجتبى): للإمام أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخرساني النسائي (ت ٣٠٣هـ)، بتحقيق: عبدالفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب - سوريا.
- ١٣٧ - سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي: الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، دار النشر للجامعات، القاهرة - مصر.
- ١٣٨ - سير أعلام النبلاء: للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقوسي، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، مؤسسة الرسالة - دمشق.
- ١٣٩ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: لمحمد بن محمد مخلوف (د.ت.ط)، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.
- ١٤٠ - شذرات لذهب في أخبار من ذهب: للإمام أبي الفلاح عبدالحي بن العماد الحنبلي، المكتب التجاري، بيروت - لبنان.
- ١٤١ - شرح الأخضرى على السلم: لعبدالرحمن بن محمد الأخضرى، طبعة (١٤١٣هـ)، المطبعة الحميدية، مصر.
- ١٤٢ - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت ٦٤٨هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م).
- ١٤٣ - شرح التهذيب بحاشية العطار: انظر: تهذيب المنطق للتفتازاني.
- ١٤٤ - شرح الزركشي على مختصر الخرقى: للعلامة محمد بن عبدالله الزركشي الحنبلي (ت ٧٧٢هـ)، تحقيق: عبدالله الجبرين، طبع شركة العبيكان، الرياض - السعودية.

- ١٤٥ - شرح السُّنَّة: تأليف: الإمام الحسين بن مسعود البغوي (ت ٥١٠هـ)، بتحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالمجيد، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١٤٦ - شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي: لابن الحاجب، لعبدالرحمن بن أحمد عضد الدين الإيجي (ت ٧٥٦هـ) مع حاشية سعد الدين التفتازاني والسيد الجرجاني، راجعه وصححه: الدكتور شعبان محمد إسماعيل، طبعة سنة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر.
- ١٤٧ - شرح القواعد الفقهية: للأستاذ أحمد الزرقاء، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١٤٨ - شرح الكوكب المنير: المسمى بمختصر التحرير لمحمد بن أحمد عبدالعزيز الفتوحي ابن التجار الحنبلي (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق: محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد، طبعة (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، مكتبة العبيكان، الرياض - السعودية.
- ١٤٩ - شرح المجلة: لمحمد خالد بن محمد عبدالستار الأتاسي (ت ١٣٢٦هـ)، المكتبة الحبيبية، كاسي رود - باكستان.
- ١٥٠ - شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: لأحمد بن علي المنجور، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، نشر: دار الشنقيطي للطباعة والنشر.
- ١٥١ - شرح النووي على صحيح الإمام مسلم بن الحجاج القشيري: ليحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية (١٣٩٢هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ١٥٢ - شرح البواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة: لأبي القاسم السجلماسي، بتحقيق الأستاذ: عبدالباقي بدوي، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية.
- ١٥٣ - شرح صحيح مسلم: للإمام يحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية (١٣٩٢هـ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ١٥٤ - الشركات التجارية: للدكتور علي حسن يونس، (د.ت.ط)، طبعة الاعتماد، القاهرة - مصر.
- ١٥٥ - الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: للدكتور عبدالعزيز عزت الخياط، الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ١٥٦ - الشركات في الشريعة الإسلامية: للدكتور عبدالعزيز الخياط، الطبعة الأولى (١٩٧١م)، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان - الأردن.

- ١٥٧ - الشركة القابضة وعلاقتها بالشركات التابعة: محمد حسين إسماعيل، الطبعة الأولى (١٩٩٠م)، جامعة مؤتة، الأردن.
- ١٥٨ - شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء: للشيخ إبراهيم اليعقوبي، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ - ١٩٨٥م)، مطبعة خالد أبو الوليد، توزيع مكتبة الغزالي، دمشق - سوريا.
- ١٥٩ - الصحاح: للجوهري، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، الطبعة الثالثة (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م)، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان.
- ١٦٠ - صحيح ابن حبان: للإمام أبي حاتم محمد بن حبان البستي، حققه وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ١٦١ - صحيح البخاري: للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، بتحقيق: مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت - لبنان.
- ١٦٢ - صحيح مسلم: للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦٠هـ)، بترقيم: محمد فؤاد عبدالباقي، (د.ت.ط)، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ١٦٣ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: تأليف: أبي الخير محمد بن عبدالرحمن السخاوي (ت ٩٠٢هـ)، (د.ت.ط)، طبعة منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت - لبنان.
- ١٦٤ - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، طبعة مشتركة بين مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة الرحاب - الجزائر، الدار المتحدة، سوريا.
- ١٦٥ - ضوابط المعرفة: لحسن حبنكة الميداني، الطبعة الثانية (١٤٠١هـ - ١٩٨١م)، دار القلم، دمشق - سوريا.
- ١٦٦ - الطب النبوي: للإمام محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تعليق: عبدالغني عبدالخالق، طبعة (١٣٧٧هـ)، طبعة البابي الحلبي، مصر.
- ١٦٧ - طبقات الشافعية: لابن قاضي شهبة، صححه: عبدالعليم خان، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)، عالم الكتب، بيروت - لبنان.
- ١٦٨ - طبقات الفقهاء: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي الشافعي (ت ٤٧٦هـ)، تحقيق: الدكتور إحسان عباس، الطبعة الثانية (١٤٠١هـ - ١٩٨١م)، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان.

- ١٦٩ - الطبقات الكبرى: للإمام محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري (ت ٢٣٠هـ)،
 دراسة وتحقيق: محمد عبدالقادر عطا، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، دار
 الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١٧٠ - طبقات المفسرين: لمحمد بن علي بن أحمد الداودي (ت ٩٤٥هـ)، تحقيق:
 علي محمد عمر، الطبعة الأولى (١٣٩٢هـ)، الناشر: مكتبة وهبة، مصر.
- ١٧١ - 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.
- ١٧٢ - الطبيب أدبه وفقهه: للدكتور زهير أحمد السباعي، والدكتور محمد علي البار، الطبعة
 الأولى (١٩٩٣م)، دار القلم، دمشق - سوريا، والدار الشامية، بيروت - لبنان.
- ١٧٣ - الطبيب ومسؤوليته المدنية: لوهاب نيني، الطبعة الأولى (١٩٧٧م)، بيروت -
 لبنان.
- ١٧٤ - طرح التشريب في شرح التقریب: للإمام زين الدين العراقي (ت ٨٠٦هـ)، طبعة
 (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م)، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي،
 بيروت - لبنان.
- ١٧٥ - عارضة الأحوذی لشرح صحيح الترمذی: لأبي بكر محمد بن عبدالله بن العربي
 (د.ت.ط)، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.
- ١٧٦ - العدة في أصول الفقه: لمحمد بن الحسين الفراء (٤٥٨هـ)، تحقيق: الدكتور
 أحمد بن علي المبارك، الطبعة الأولى (١٤٠٠هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت -
 لبنان.
- ١٧٧ - عقد البيع: للأستاذ مصطفى الزرقاء، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ)، دار القلم،
 دمشق - سوريا.
- ١٧٨ - الغرر وأثره في العقود: الدكتور الصديق: محمد الأمين الضير، الطبعة الثانية
 (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)، سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية في الاقتصاد
 الإسلامي.
- ١٧٩ - غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر: لأحمد بن محمد الحنفي
 الحموي، طبعة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ١٨٠ - غيات الأمم في التيات الظلم: للإمام أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله
 الجويني، بتحقيق ودراسة: د. فؤاد عبدالمنعم ود. مصطفى حلمي، طبعة
 (١٩٧٩م)، نشر دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، مصر.

- ١٨١ - فتاوى ابن رشد: لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي الجد (ت ٥٢٠هـ)، بتحقيق: المختار بن الطاهر التليلي، الطبعة الأولى (١٤٠٧هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ١٨٢ - فتاوى إسلامية: جمع وترتيب: محمد بن عبدالعزيز المسند، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، دار الوطن، الرياض - السعودية.
- ١٨٣ - الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية: وزارة الأوقاف المصرية، (١٩٨١م)، الجزء التاسع.
- ١٨٤ - فتاوى الخدمات المصرفية: جمع: الدكتور أحمد محي الدين أحمد، الطبعة الأولى (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، طبع: مجموعة دلة البركة.
- ١٨٥ - الفتاوى الشرعية في الاقتصاد: طبعة: مجموعة بركة، إدارة التطوير والبحوث، طبعة سنة ١٤١١هـ.
- ١٨٦ - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية: لبيت التمويل الكويتي سنة (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، طبع: الرمز للخدمات الإعلامية.
- ١٨٧ - الفتاوى الشرعية: للبنك الإسلامي الأردني (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م)، مطبعة الشرق، عمان.
- ١٨٨ - فتاوى الشيخ أحمد حماني: منشورات قصر الكتاب (د.ت.ط)، الجزائر.
- ١٨٩ - فتاوى المرابحة: جمع وفهرسة وتصنيف: الدكتور أحمد محي الدين أحمد، ومراجعة الدكتور: عبدالستار أبو غدة، الصادرة عن مجموعة: دلة البركة، إدارة التطوير والبحوث، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م).
- ١٩٠ - الفتاوى الهندية: لمجموعة من علماء الهند، بإشراف: الشيخ نظام الدين، ومعه فتاوى قاضيخان، للشيخ حسين بن منصور الفرغاني (ت ٢٩٥هـ)، طبعة (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، دار صادر، بيروت - لبنان.
- ١٩١ - فتاوى شرعية وبحوث إسلامية: للشيخ حسنين محمد مخلوف (د.ت.ط)، طبعة دار الاعتصام، القاهرة - مصر.
- ١٩٢ - فتاوى شيخ الإسلام محمد العزيز جعيط: دراسة وتحقيق: محمد بن إبراهيم بوزغية، الطبعة الأولى (١٩٩٤م)، مركز الدراسات الإسلامية بالقيروان - تونس.
- ١٩٣ - فتاوى مصطفى الزرقاء: للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، باعتناء: محمد أحمد مكي، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، دار القلم، دمشق - سوريا.
- ١٩٤ - فتاوى معاصرة: للدكتور يوسف القرضاوي، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، طبعة المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا.

- ١٩٥ - فتاوى هيئة الرقابة الشرعية: لبنك فيصل الإسلامي السوداني، طبعة (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م)، مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.
- ١٩٦ - الفتاوى: للإمام محمود شلتوت، الطبعة السابعة عشر (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، دار الشروق، القاهرة - مصر.
- ١٩٧ - فتح الباري شرح صحيح البخاري: للإمام محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، تأليف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بترقيم: فؤاد عبد الباقي، ومحب الدين الخطيب، طبعة ١٣٧٩هـ، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ١٩٨ - فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك: لأبي عبدالله الشيخ محمد أحمد عlish (ت ١٢٩٩هـ)، طبعة (١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م)، مصطفى البابي الحلبي وأولاده.
- ١٩٩ - الفتح المبين في طبقات الأصوليين: لعبدالله بن مصطفى المراغي، الطبعة الأولى (د.ت.ط)، ملتزم الطبع والنشر: عبدالحميد أحمد حنفي، مصر.
- ٢٠٠ - الفروق: للإمام شهاب الدين القرافي، طبعة دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ٢٠١ - الفقه الإسلامي وأدلته: للدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة الثالثة (١٩٨٤م)، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٢٠٢ - فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة: للدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، طبع: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، جدة - السعودية.
- ٢٠٣ - فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة: بكر عبدالله أبو زيد، الطبعة الأولى في الجزائر (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، دار القلم، الجزائر.
- ٢٠٤ - الفوائد الجنية حاشية على المواهب السنية شرح الفوائد البهية في نظم القواعد الفقهية: محمد ياسين بن عيسى المكي الفاذاي (ت ١٤١٠هـ)، اعتنى بطبعه: سعد الدين دمشقية، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان.
- ٢٠٥ - فوات الوفيات والذيل عليها: لمحمد شاکر الکتبي (ت ٧٦٤هـ)، تحقيق: الدكتور إحسان عباس، طبعة (١٩٧٤م)، دار الثقافة، بيروت - لبنان.
- ٢٠٦ - قاضيخان: الفتاوى الهندية.
- ٢٠٧ - القاعدة الكلية أعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول: للشيخ محمود مصطفى عبود هرموش، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ - ١٩٨٧م)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.

- ٢٠٨ - قاعدة اليقين لا يزول بالشك: ليعقوب عبدالوهاب الباحسين، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية.
- ٢٠٩ - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: إعداد: سعدي أبو جيب، الطبعة الأولى (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م)، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٢١٠ - القيس في شرح موطأ مالك بن أنس: لأبي بكر بن العربي (ت ٥٤٣هـ)، بتحقيق الدكتور محمد عبدالله ولد كريم، الطبعة الأولى (١٩٩٢م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ٢١١ - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي: ضمن كتاب مطبوع صدر للمجمع في (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).
- ٢١٢ - قضايا طبية معاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية: اللجنة الفقهية الطبية لجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الأردن، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م)، دار البشير، عمان - الأردن.
- ٢١٣ - قضايا فقهية معاصرة: لمحمد برهان الدين السنبهلي، دار القلم، دمشق، دار العلوم، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م).
- ٢١٤ - قضايا فقهية معاصرة: لمحمد سعيد رمضان البوطي، الطبعة السادسة (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، القسم الأول والثاني، دار الفارابي للمعارف، دمشق - سوريا.
- ٢١٥ - قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات: جمع: الدكتور منذر قحف، طبع: البنك الإسلامي للتنمية بإشراف: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
- ٢١٦ - قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف للروكي: الطبعة الأولى (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، دار القلم، دمشق - سوريا، باشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي، جدة - السعودية.
- ٢١٧ - القواعد الفقهية: لعلي أحمد الندوي، الطبعة الخامسة (١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)، دار القلم، دمشق - سوريا.
- ٢١٨ - القواعد الفقهية: للدكتور يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، الطبعة الثانية (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية.
- ٢١٩ - القواعد في الفقه الإسلامي: للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، دار المعرفة، بيروت - لبنان.

- ٢٢٠ - القواعد: للإمام أبي عبدالله محمد بن محمد بن أحمد المقرئ، بتحقيق: الدكتور أحمد بن عبدالله حميد، معهد البحوث الإسلامية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.
- ٢٢١ - القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقايم البديعة النافعة: لعبدالرحمن بن ناصر السعدي، الطبعة الثانية (د.ت.ط)، مكتبة الإمام الشافعي، الرياض - السعودية.
- ٢٢٢ - القواعد والضوابط الفقهية القرآنية: للدكتور عادل بن عبدالقادر ولي قوته، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان.
- ٢٢٣ - القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: للدكتور عبدالرحمن بن صالح العبد اللطيف، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - السعودية.
- ٢٢٤ - القواعد والفوائد الأصولية: لأبي الحسن علي بن عباس البجلي الحنبلي المعروف بابن اللخام (٧٥٢هـ - ٨٠٣هـ)، بتحقيق: محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢٢٥ - القوانين الأحكام الشرعية: للعلامة محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي الأندلسي، ١٩٧٩م، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان.
- ٢٢٦ - الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة: للإمام شمس الدين الذهبي (ت ٧٤٨هـ)، اعتنى به صدقي جميل العطار، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٢٢٧ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر الثمري القرطبي، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك، الطبعة الثانية (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - السعودية.
- ٢٢٨ - كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: تأليف: محمد علي التهانوي، تحقيق: علي دحروج، إشراف: رفيق العجم، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت - لبنان.
- ٢٢٩ - كشاف القناع على متن الإقناع: تأليف أبي الحسن منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)، بتحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، طبعة (١٤٠٢هـ)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٢٣٠ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: لعلاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠هـ)، ضبط وتعليق وتخريج: محمد المعتمد بالله البغدادي، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان.

- ٢٣١ - كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب: للشيخ إبراهيم بن علي فرحون (ت٧٩٩هـ)، دراسة وتحقيق: حمزة أبو فارس، والدكتور عبدالسلام الشريف، الطبعة الأولى (١٩٩٠م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ٢٣٢ - الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة: علي أحمد السالوس، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ)، مكتبة الفلاح، الكويت.
- ٢٣٣ - الكليات الفقهية: للإمام المَقْرِي، دراسة وتحقيق: محمد أبو الأجنان، طبعة (١٩٩٧م)، الدار العربية للكتاب - تونس.
- ٢٣٤ - الكليات: لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت١٠٩٤هـ)، الطبعة الثانية (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ٢٣٥ - الكليات معجم المصطلحات والفروق اللغوية: لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت١٠٩٤هـ)، الطبعة الثانية (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ٢٣٦ - الكواكب السائرة بمناقب أعيان المائة العاشرة: لأبي المكارم محمد بن محمد الغزي (ت١٠٦١هـ)، تحقيق: جبرائيل سليمان جبور (د.ت.ط.)، الناشر: محمد أمين دمج وشركاءه، بيروت - لبنان.
- ٢٣٧ - لسان العرب: للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، دار إحياء التراث العربي، دار صادر (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، بيروت - لبنان.
- ٢٣٨ - مالك، حياته وعصره وآراؤه الفقهية: تأليف: محمد أبو زهرة، الطبعة الثانية (١٩٧٨م)، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر.
- ٢٣٩ - المبسوط: للإمام شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، بعناية الشيخ خليل الميس، طبعة ١٤٠٦هـ، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ٢٤٠ - مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان: لأبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي (١٠٢٧هـ)، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ - ١٩٨٧م)، عالم الكتب، بيروت - لبنان.
- ٢٤١ - المجموع المَدَّهَب في قواعد المذهب: للحافظ صلاح الدين خليل كَيَكَلْدِي العلائي الشافعي (٦٩٤ - ٧٦١)، تحقيق: د. مجيد علي العبيدي، د. أحمد خضير عباس، طبعة (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)، المكتبة المكية، مكة المكرمة، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان - الأردن.

- ٢٤٢ - مجموع رسائل ابن عابدين: للسيد محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين، الطبعة الثانية (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، سهيل أكيديمي، لاهور - باكستان.
- ٢٤٣ - المجموع شرح المذهب للشيرازي: تأليف: الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، (د.ت.ط)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٢٤٤ - مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية: جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي وابنه محمد، الطبعة الأولى (١٣٨١هـ)، مطابع الرياض، الرياض - السعودية.
- ٢٤٥ - مجموع فتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية: جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه محمد، طبعة سنة (١٣٩٨هـ)، مطابع دار العربية، بيروت - لبنان.
- ٢٤٦ - مجموعة الفتاوى الشرعية: الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الأولى، سنة (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).
- ٢٤٧ - محاضرات ملتقى الفكر الإسلامي: بقسنطينة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، منشورات مؤسسة العصر، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر.
- ٢٤٨ - المختارات الجليلة: لعبدالرحمن بن ناصر بن عبدالله آل سعدي التيمي الحنبلي (ت ١٣٧٦هـ)، طبعة المدني (١٣٧٨هـ).
- ٢٤٩ - مختصر الخرقى: لأبي القاسم، عمر بن الحسين بن عبدالله، البغدادي الخرقى الحنبلي، بتحقيق: زهير الشاويش، الطبعة الثالثة (١٤٠٣هـ)، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ٢٥٠ - المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، دار القلم، دمشق - سوريا.
- ٢٥١ - المدخل الفقهي: لأحمد الحججي الكردي، سنة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)، طبعة جامعة دمشق - سوريا.
- ٢٥٢ - المدخل إلى مذهب الإمام أحمد: للعلامة عبدالقادر بن بدران الدمشقي (ت ١٣٤٦هـ)، باعتناء الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الطبعة الثالثة (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ٢٥٣ - المدخل لدراسة القانون: للدكتور علي محمد بدير، طبعة سنة ١٩٧٠م، دار الطباعة الحديثة، البصرة - العراق.

- ٢٥٤ - المدونة الكبرى: رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي المالكي (ت ٢٤٠هـ)، عن الإمام عبدالرحمن بن القاسم (ت ١٩١هـ)، عن الإمام مالك (١٧٩هـ)، وبذيلها المقدمات والممهديات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام لابن رشد الجد (ت ٥٢٠هـ)، طبعة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٢٥٥ - مسائل الإمام أحمد: تأليف: أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، تقديم: السيد رشيد رضا، طبعة بيروت الثانية.
- ٢٥٦ - المسائل الطبية المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية: للدكتور محمد بن عبدالجواد حجازي التنشة، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م)، صدر عن مجلة الحكمة، ليدز - بريطانيا.
- ٢٥٧ - المستدرك على الصحيحين: للإمام الحافظ أبي عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢٥٨ - المستصفي من علم الأصول: لأبي حامد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، (د.ت)، شركة المدينة المنورة للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية.
- ٢٥٩ - مسلم الثبوت وشرحه مع المستصفي: المستصفي للغزالي.
- ٢٦٠ - المسند: للإمام أحمد بن حنبل الشيباني (ت ٢٤١هـ)، باعثناء: صدقي محمد جميل العطار، الطبعة الثانية (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، دار الفكر، بيروت - لبنان. بتحقيق: أحمد محمد شاكر، ومكتبة التراث الإسلامي، القاهرة - مصر.
- ٢٦١ - مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية: للدكتور محمد صلاح محمد الصاوي، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م)، دار المجتمع السعودية، ودار الوفاء مصر.
- ٢٦٢ - المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون: تأليف: الدكتور غريب الجمال، طبعة دار الشروق (د.ت.ط)، بيروت - لبنان.
- ٢٦٣ - المصارف وبيوت التمويل الإسلامية: لغريب الجمال، الطبعة الأولى (١٣٩٨هـ)، دار الشروق، جدة.
- ٢٦٤ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، (د.ت.ط)، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة - مصر.
- ٢٦٥ - المصنف: للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١هـ)، بتحقيق: أيمن نصر الدين الأزهري، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

- ٢٦٦ - المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام: لسعد الدين الكيّبي، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، المكتب الإسلامي، دمشق - سوريا.
- ٢٦٧ - المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية: للدكتور علي أحمد السالوس، الطبعة الأولى (١٩٨٦م)، مكتبة الفلاح، الكويت.
- ٢٦٨ - المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة: لمحمد رواس قلعجي، الطبعة الأولى (١٩٩٩م)، دار النفائس، بيروت - لبنان.
- ٢٦٩ - المعاملات المصرفية ورأي الإسلام فيها: لمحمد عبدالله العربي، طبعة سنة ١٣٥٨هـ، مطبعة يوسف بالقاهرة - مصر.
- ٢٧٠ - المعجم الاقتصادي الإسلامي: للدكتور أحمد الشرباصي، طبعة (١٤٠١هـ)، دار الجيل، بيروت - لبنان.
- ٢٧١ - المعجم الأوسط: لسليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، بتحقيق: محمود الطحان، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م)، مكتبة المعارف، الرياض - السعودية.
- ٢٧٢ - معجم المؤلفين: لعمر رضا كحالة، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ٢٧٣ - معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: للدكتور نزيه حماد، الطبعة الثالثة المنقحة (١٤١٥هـ - ١٩٩٥م)، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، والمعهد العالمي للفكر الإسلامي، فيرجينيا - الولايات المتحدة الأمريكية.
- ٢٧٤ - معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية: علي بن محمد الجمعة، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، مكتبة العبيكان، الرياض - السعودية.
- ٢٧٥ - معجم المصطلحات العربية: لمجدي وهبة وكامل المهندس، نشر مكتبة لبنان (د.ت.ط)، بيروت - لبنان.
- ٢٧٦ - معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: د. محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، (د.ت)، دار الفضيلة، القاهرة - مصر.
- ٢٧٧ - معجم المقاييس في اللغة: لأحمد بن فارس بن زكريا (ت ٣٩٥هـ)، بتحقيق: عبدالسلام هارون، الطبعة الأولى (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، دار الجيل، بيروت - لبنان.
- ٢٧٨ - المعجم الوسيط: للدكتور شوقي ضيف وآخرون، الطبعة الرابعة (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)، مجمع اللغة، مكتبة الشروق الدولية، مصر.
- ٢٧٩ - معيار العلم في فن المنطق: للإمام حجة الإسلام أبي حامد الغزالي، الطبعة الرابعة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الأندلس، بيروت - لبنان.

- ٢٨٠ - المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب: لأحمد بن يحيى الونشريسي (ت ٩١٤هـ)، خرجه جماعة من العلماء بإشراف الدكتور محمد حججي، طبعة (١٤٠١هـ - ١٩٨١م)، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
- ٢٨١ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لمحمد الشربيني الخطيب (ت ٩٧٧هـ)، طبعة (١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م)، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة.
- ٢٨٢ - المغني: للإمام موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت ٦٢٠هـ)، طبعة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.
- ٢٨٣ - مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول: لأبي عبدالله محمد بن أحمد المعروف بالشريف التلمساني المالكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: عبدالوهاب عبداللطيف، طبعة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٢٨٤ - مفتاح دار السعادة ومنتشور ولاية العلم والإرادة: لابن قيم الجوزية، تحقيق: سيد إبراهيم وعلي محمد، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، دار الحديث، القاهرة - مصر.
- ٢٨٥ - مفردات ألفاظ القرآن: للعلامة الراغب الأصفهاني (ت ٤٢٥هـ)، تحقيق: صفوان عدنان داودي، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، دار القلم، دمشق - سوريا، والدار الشامية، بيروت - لبنان.
- ٢٨٦ - المفردات في غريب القرآن: للراغب الأصفهاني، بتحقيق: محمد خليل عيتاني، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ٢٨٧ - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية: للدكتور عبدالكريم زيدان، الطبعة الثالثة (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ٢٨٨ - مفيدة الحسنی في دفع من ظن الخلو بالسكنى: للحسن بن عمر الشرنبلالي، الطبعة الأولى (١٩٨٩م)، وزارة الأوقاف بالكويت.
- ٢٨٩ - مقاصد الشريعة الإسلامية: لمحمد الطاهر بن عاشور، طبعة (١٩٨٥م)، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.
- ٢٩٠ - المنتقى شرح الموطأ: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٩٤هـ)، الطبعة الأولى (١٣٣٢هـ)، مطبعة السعادة، مصر.

- ٢٩١ - المنثور في القواعد: لبدر الدين الزركشي، بتحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، الطبعة الأولى (١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م)، مؤسسة الفليج للطباعة والنشر، برعاية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت.
- ٢٩٢ - المنخول من تعليقات الأصول: للإمام أبي حامد الغزالي، بتحقيق: الدكتور محمد حسن هيتو، الطبعة الثانية (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٢٩٣ - الموافقات في أصول الشريعة: للإمام أبي إسحاق الشاطبي الغرناطي المالكي (ت ٧٩٠هـ)، طبعة دار المعرفة، بيروت - لبنان.
- ٢٩٤ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل: لمحمد بن محمد بن عبدالرحمن الحطاب (ت ٩٥٤هـ)، الطبعة الثانية (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، دار الفكر، بيروت - لبنان.
- ٢٩٥ - موت الدماغ بين الطب والإسلام: لندى محمد نعيم الدقر، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ - ١٩٩٠م)، دار الفكر، بيروت - لبنان، ودار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٢٩٦ - موت القلب أو موت الدماغ: الدكتور محمد علي البار، (د.ت.ط)، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة - السعودية.
- ٢٩٧ - الموسوعة الثقافية: لحسين سعيد، طبعة (١٩٧٢م)، دار المعرفة، القاهرة - مصر.
- ٢٩٨ - الموسوعة الطبية الحديثة: لمجموعة من الأطباء، الطبعة الثانية (١٩٧٠م)، لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي بجمهورية مصر.
- ٢٩٩ - الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية: نشر الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية (د.ت)، القاهرة - مصر.
- ٣٠٠ - الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الطبعة الرابعة (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)، الكويت.
- ٣٠١ - موسوعة القواعد الفقهية: تأليف وجمع وترتيب وبيان: محمد صدقي بن أحمد البورنو، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، دار ابن حزم بيروت، من الجزء الأول إلى الجزء السادس، ومن الجزء السابع إلى الثاني عشر، طبعة (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
- ٣٠٢ - موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي: للدكتور أحمد الندوي، توزيع: دار عالم المعرفة، طبعة (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- ٣٠٣ - الموطأ: لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ)، بتحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي (د.ت.ط)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.

- ٣٠٤ - موقف الشريعة من المصارف الإسلامية: عبدالله عبدالرحيم العبادي، منشورات المكتبة العصرية، بيروت - لبنان.
- ٣٠٥ - النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة: ليوسف بن تغري بردي (ت ٨٧٤هـ)، علق عليه: محمد حسين شمس الدين، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ - ١٩٩٢م)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
- ٣٠٦ - ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام: المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، طبعة (١٩٨٣م)، الكويت.
- ٣٠٧ - ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي: التي انعقدت في استنبول بين ٩ - ١٢ محرم، الموافق ٢٣ - ٢٦ سبتمبر من سنة ١٩٨٥م.
- ٣٠٨ - نشر البنود على مراقي السعود: لسيدى عبدالله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، طبعة اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية، وحكومة دولة الإمارات.
- ٣٠٩ - نشر العرف: مجموع رسائل ابن عابدين.
- ٣١٠ - نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: لمحمد الروكي، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء - المغرب.
- ٣١١ - نظرية الشرط في الفقه الإسلامي: للدكتور علي حسن الشاذلي، دار الاتحاد العربي، القاهرة - مصر.
- ٣١٢ - نظرية الضرورة الشرعية: للدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة الثالثة (د.ت.ط)، مؤسسة الرسالة بدمشق وبيروت.
- ٣١٣ - نظرية الضمان: للدكتور وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- ٣١٤ - نظرية العقد: لابن تيمية، طبعة أنصار السنة المحمدية (١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م).
- ٣١٥ - نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب: للشيخ أحمد بن محمد المقرئ التلمساني (ت ١٠٤١هـ)، تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر، بيروت (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م).
- ٣١٦ - نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول: للبيضاوي، تأليف: الإمام جمال الدين عبدالرحمن بن عبدالرحيم بن الحين الأسنوي، (د.ت.ط)، طبعة عالم الكتب، بيروت - لبنان.
- ٣١٧ - النهاية في غريب الحديث والأثر: للإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري بن الأثير (ت ٦٠٦هـ)، طبعة (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، دار الفكر، بيروت - لبنان.

- ٣١٨ - نيل الابتهاج بتطريز الديباج: لأحمد بابا التنبكتي، تقديم: عبدالحميد الهرامة، الطبعة الأولى (١٣٩٨هـ - ١٩٨٩م)، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس - ليبيا.
- ٣١٩ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: لمحمد بن علي الشوكاني، الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ)، دار الفكر.
- ٣٢٠ - الوافي بالوفيات: لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت ٧٦٤هـ)، تحقيق: مجموعة من المحققين، طبعة (١٩٨٢م) ألمانيا.
- ٣٢١ - الوسيط في شرح القانون المدني المصري: تأليف الدكتور عبدالرزاق السنهوري، طبعة (١٩٧٠م)، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ٣٢٢ - الوفيات: للإمام أبي العباس أحمد بن حسن بن علي بن الخطيب الشهير بابن قنفذ القسنطيني، تحقيق: عادل نويهض، الطبعة الثالثة (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م)، دار الآفاق الجديدة، الرباط - المغرب.
- ٣٢٣ - يسألونك في الدين والحياة: للدكتور أحمد الشرباصي، الطبعة الثالثة، دار الجيل، بيروت - لبنان.

ثانياً - الرسائل الجامعية:

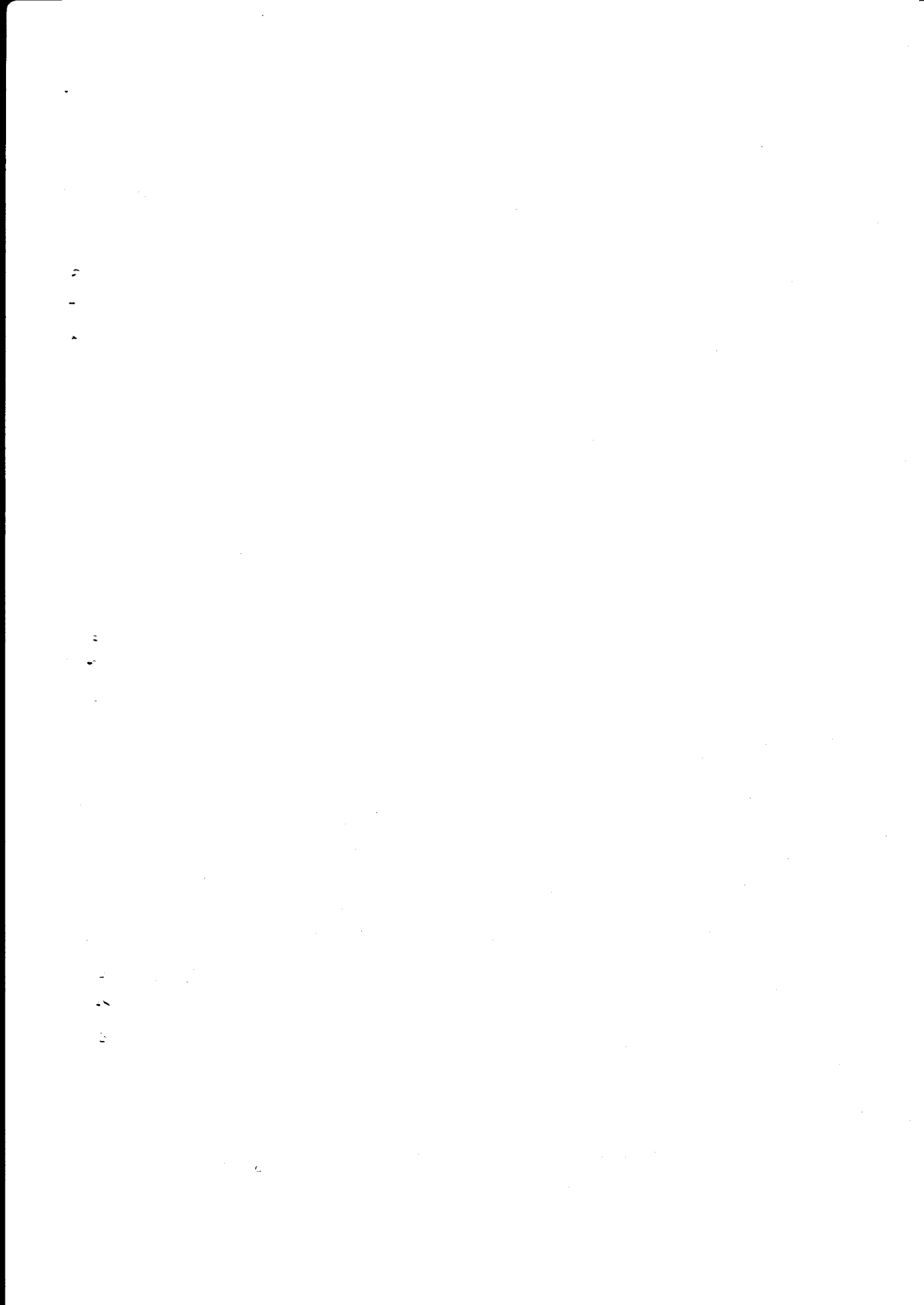
- ٣٢٤ - الرخصة الشرعية وأثرها في القضايا الفقهية المعاصرة: لأستاذنا الدكتور كمال بوزيدي، أطروحة دكتوراه دولة نوقشت بكلية أصول الدين، جامعة الجزائر.
- ٣٢٥ - القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة: وهي رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، سنة (١٤١٩هـ).

ثالثاً - المجلات العلمية:

- ٣٢٦ - جريدة اللواء الإسلامي: العدد ٢٢٦، (١٤٠٧هـ).
- ٣٢٧ - مجلة الأزهر: الجزء ٩، عدد رمضان ١٤٠٣هـ.
- ٣٢٨ - مجلة الأزهر: سنة ١٣٥٤هـ، المجلد السادس.
- ٣٢٩ - مجلة الأزهر: طبعة (١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م)، السنة التاسعة.
- ٣٣٠ - مجلة الأمة: العدد ٩، السنة ١، رمضان (١٤٠١هـ - جويلية ١٩٨١م).
- ٣٣١ - مجلة الأمة القطرية: العدد ٥٦.
- ٣٣٢ - مجلة البحوث الإسلامية: العدد ٢٢، سنة (١٤٠٨هـ).
- ٣٣٣ - مجلة البحوث الإسلامية: عدد ٢٦، سنة (١٤٠٩هـ).

- ٣٣٤ - مجلة البحوث العلمية: التابعة لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، المجلد ١، العدد الرابع.
- ٣٣٥ - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: التي تصدرها المملكة العربية السعودية، العدد ١١، السنة الثالثة (١٩٩١م).
- ٣٣٦ - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية: جامعة الكويت، السنة ١١، العدد ٢٨، (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م).
- ٣٣٧ - مجلة الفتاوى الإسلامية: الصادرة عن دار الإفتاء المصرية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م) مصر.
- ٣٣٨ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي: التابع لرابطة العالم الإسلامي، الأعداد: ١، ٣، ١٨.
- ٣٣٩ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي: التابعة لرابطة العالم الإسلامي، العدد الأول، السنة الأولى (١٤٠٨هـ)، الطبعة الثانية، مكة المكرمة.
- ٣٤٠ - مجلة الملك عبدالعزيز للاقتصاد الإسلامي: المجلد الأول، (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م).
- ٣٤١ - مجلة الوعي الإسلامي: العدد ٨٣/١٩٧١، السنة السابعة.
- ٣٤٢ - مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣، لسنة: (١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- ٣٤٣ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي: التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الأعداد (من ١ إلى ١٣).
- ٣٤٤ - مجلة منار الإسلام: طبعة (١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م)، السنة الثامنة، العدد الثاني.







فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	الإهداء
٧	الشكر والتقدير
٩	المقدمة
٣١	الفصل الأول: التعريف بالتقعيد الفقهي والاجتهاد المعاصر
٣٣	- المبحث الأول: التقعيد والقاعدة الفقهية
٣٣	المطلب الأول: مفهوم التقعيد والقاعدة الفقهية وعلاقتها ببعض المصطلحات
٦٨	المطلب الثاني: أقسام القاعدة الفقهية
٧٣	المطلب الثالث: أركان القاعدة الفقهية وشروطها
٨٣	- المبحث الثاني: مصادر القاعدة الفقهية ومسالك تقعيدها وحجيتها
٨٣	المطلب الأول: مصادر القاعدة الفقهية
١٠٧	المطلب الثاني: مسالك تقعيد القاعدة الفقهية والتخريج عليها
١١٤	المطلب الثالث: حجة القاعدة الفقهية
١٢٣	- المبحث الثالث: الاجتهاد المعاصر
١٢٣	المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد المعاصر
١٢٧	المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد المعاصر المقصودة بالبحث
١٣٠	المطلب الثالث: مظان الاجتهاد المعاصر
١٣٧	الفصل الثاني: أثر قواعد الباعث والاحتياط في الاجتهاد المعاصر
	- المبحث الأول: أثر قواعد الباعث في المعاملات المالية والمسائل الطبية
١٣٩	المعاصرة

الموضوع	الصفحة
القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها	١٣٩
القاعدة الثانية: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني	١٤٩
القاعدة الثالثة: من سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه	١٦٧
القاعدة الرابعة: الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر	١٦٩
- المبحث الثاني: أثر قواعد الاحتياط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة	١٧٣
القاعدة الأولى: وسائل الحرام حرام أو ما أفضى إلى الحرام كان حراماً ...	١٧٣
القاعدة الثانية: الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية ..	١٨٠
القاعدة الثالثة: إذا تعارض المانع والمقتضى قُدِّم المانع	١٨٦
القاعدة الرابعة: الحرام لا يُحَرِّم الحلال	١٨٩
القاعدة الخامسة: إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِبَ جانب الحرام	١٩٠
القاعدة السادسة: كل قرض جرَّ نفعاً فهو ربا	١٩٥
الفصل الثالث: أثر قواعد الضرر والتيسير في الاجتهاد المعاصر	٢٠١
- المبحث الأول: أثر قواعد الضرر في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة	٢٠٣
القاعدة الأولى: لا ضرر ولا ضرار	٢٠٣
القاعدة الثانية: الضَّرُّ يزال، أو مُزَال	٢٢٠
القاعدة الثالثة: الضَّرُّ لا يزال بالضَّرُّ أو بمثله	٢٤١
القاعدة الرابعة: الضرر يدفع بقدر الإمكان	٢٥٥
القاعدة الخامسة: الضَّرُّ الأشدُّ يزال بالضَّرُّ الأخفَّ	٢٦٠
القاعدة السادسة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام	٢٨٦
- المبحث الثاني: أثر قواعد التيسير في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة	٢٩٥
القاعدة الأولى: المشقة تجلب التيسير	٢٩٥
القاعدة الثانية: إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق	٣٠٣
القاعدة الثالثة: الضَّرُّورات تبيح المحظورات	٣١١
القاعدة الرابعة: الضرورات تقدر بقدرها	٣٣٧

الموضوع	الصفحة
القاعدة الخامسة: ما جاز لعذر بطل بزواله	٣٤٤
القاعدة السادسة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة	٣٤٦
الفصل الرابع: أثر قواعد الأهلية والملكية في الاجتهاد المعاصر	٣٧٥
- المبحث الأول: أثر قواعد الأهلية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة	٣٧٧
القاعدة الأولى: من صححت منه مباشرة الشيء، صحح توكيله فيه غيره، وتوكله فيه عن غيره، وما لا فلا؟	٣٧٧
القاعدة الثانية: المولى عليه إذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان بين النفع والضرر	٣٨١
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 تمتعاً	٣٨٢
القاعدة الرابعة: كل ما كان حقاً للعبد يورث بالموت، عيناً كان أو معنوياً .	٣٨٥
- المبحث الثاني: أثر قواعد الملكية في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة	٣٨٩
القاعدة الأولى: تبدل سبب الملك كتبدل العين	٣٨٩
القاعدة الثانية: الجزء المشاع هل يتعين أم لا؟	٣٩٢
القاعدة الثالثة: الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء	٣٩٤
القاعدة الرابعة: ما جاز بيعه جاز هبته وما لا فلا	٣٩٦
القاعدة الخامسة: الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها	٣٩٩
القاعدة السادسة: الظفر بالحق	٤٠٢
القاعدة السابعة: جواز الانتفاع لا يقتضي جواز البيع	٤٠٦
الفصل الخامس: أثر قواعد الشرط والضمان والعرف في الاجتهاد المعاصر .	٤٠٩
- المبحث الأول: أثر قواعد الشرط في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة	٤١١
القاعدة الأولى: المسلمون عند شروطهم	٤١١
القاعدة الثانية: المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط	٤١٩

الصفحة	الموضوع
٤٢٢	القاعدة الثالثة: ما كان وجوده شرطاً، كان عدمه مانعاً
٤٢٣	القاعدة الرابعة: الإذن بالشيء إذن فيما يقتضي ذلك الشيء إيجابه
٤٢٥	القاعدة الخامسة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب
٤٢٩	- المبحث الثاني: أثر قواعد الضمان في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
٤٢٩	القاعدة الأولى: الخراج بالضمان
٤٤٣	القاعدة الثانية: المباشر ضامن وإن لم يتعمد ولم يتعدّ، والمتسبب لا يضمن إلا أن يتعدى
٤٤٣	- أولاً: المباشر ضامن وإن لم يكن متعدياً
٤٤٦	- ثانياً: المتسبب ضامن إن كان متعدياً
٤٤٩	- ثالثاً: إذا اجتمع المباشر والمتسبب، أضيف الحكم إلى المباشر
٤٦١	القاعدة الثالثة: المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة
٤٦٦	القاعدة الرابعة: يستحق الربح إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان
٤٦٦	القاعدة الخامسة: المتولد من فعل مأذون فيه لا أثر له، بخلاف المتولد من منهي عنه
٤٦٩	- المبحث الثالث: أثر قواعد العرف في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
٤٧٥	القاعدة الأولى: العادة محكمة
٤٩٤	القاعدة الثانية: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان
٥٠٢	القاعدة الثالثة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
٥٠٩	الفصل السادس: أثر قواعد الاستصحاب والإثبات والتوابع في الاجتهاد المعاصر
٥١١	- المبحث الأول: أثر قواعد الاستصحاب في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
٥١١	القاعدة الأولى: اليقين لا يزول بالشك
٥٢٥	القاعدة الثانية: الأصل في المعاملات الصّحة، وفي العقود اللزوم
٥٤٢	القاعدة الثالثة: الأصل في البيوع الإباحة

الصفحة	الموضوع
٥٥٠	القاعدة الرابعة: الأصل في الأشياء الإباحة
٥٥٦	القاعدة الخامسة: الأصل في الأبضاع التحريم
٥٦٣	- المبحث الثاني: أثر قواعد الإثبات في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
٥٦٣	القاعدة الأولى: البيئة على المدعي واليمين على من أنكر
٥٦٦	القاعدة الثانية: القول قول الأمين مع اليمين من غير بيّنة
٥٦٩	- المبحث الثالث: أثر قواعد التوابع في المعاملات المالية والمسائل الطبية المعاصرة
٥٦٩	القاعدة الأولى: يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها
٥٧٢	القاعدة الثانية: التابع تابع
٥٨٠	القاعدة الثالثة: للأكثر حكم الكل
٥٩٠	القاعدة الرابعة: ما قارب الشيء أعطي حكمه
٥٩٥	الخاتمة
٦٠٢	ملخص الأطروحة باللغة العربية
٦١١	ملخص الأطروحة باللغة الفرنسية
٦١٣	الفهارس
٦١٥	فهرس الآيات القرآنية
٦١٨	فهرس الأحاديث النبوية
٦٢١	فهرس القواعد الفقهية
٦٣٦	فهرس الأعلام
٦٤٢	فهرس مسائل المعاملات المالية المعاصرة
٦٤٧	فهرس المسائل الطبية المعاصرة
٦٥١	فهرس المصطلحات المعرفية
٦٥٤	فهرس المصادر والمراجع
٦٨٣	فهرس الموضوعات



