

بيع الحقوق والمنافع

عبد

الفتوة الإسلامي

[استنساخ الأقراص الليزرية - السيدي - ، بدل الخلو .. ومسائل
أخرى]

أ . د . / محمد محروس المدرس الأعظمي

الإهداء

إلى مشايخي الكرام ، والعلماء الأعلام ،
الذين تشرفتم بالتلقي والأخذ عنهم ، في :
العراق ، ومصر ، والحجاز ،
والهند ، والشام .

وإلى ... مؤسس المجد العلمي لأجدادنا آل

العلقيند

العلامة الشيخ مصطفى العلقيند الأعظمي

الطائي

مفتي الحنفية ببغداد المحمية

و لأولاده ، وأحفاده ، من العلماء الأمجاد

الأعلام

الذين تنور بهم الزمان في

بغداد دار السلام

المقدمة

الحمد لله الذي وفق عباده العاملين لخدمة شرعه المبين ، ممن أراد الله بهم خيراً فوفقهم للتفقه في الدين ، وأصلي وأسلم على النبي الأمي الصادق الوعد الأمين ، وعلى آله وصحابته و علماء أمته الميامين .. إلى يوم الدين .

و بعد ~~

فقد دعيت إلى المؤتمر الفقهي الهندي في دورته الثالثة ، والتي عقدت في مدينة [بنكلور] في جنوبي الهند ، للمدة من ما بين ١٤ - ١٧ ذي القعدة ١٤١٠هـ ، الموافق ٨ - ١١ حزيران ١٩٩٠ ، وكان من جملة محاور البحث موضوع [بيع الحقوق والمنافع] .

لقد كان تعريفني بالمؤتمر ، قد تمَّ عن طريق الأخ الشيخ الجليل [عزيز الرحمن المباركفوري] المفتي بمدينة [بومبي] ، وكان توجيه الدعوة من العلامة الشيخ الجليل [مجاهد الإسلام القاسمي] ^١ أمين عام المؤتمر .

لقد حضر هذا المؤتمر جمعٌ من أرباب الفضل والعلم ، من بلاد : الهند ، ومصر ، وباكستان ، وبنغلاديش ، ونيبال ، وماليزيا ، والكويت .. وقدَّم الكثير منهم بحوثاً قيِّمة ، في شتى المواضيع المطروحة للبحث ^٢ .

لقد كان التعارف المباشر بيني وبين العلامة الشيخ مجاهد الإسلام - بعد أن كنا قد تعارفنا خلال كتاباتنا وإطلاع كلِّ منا على ما نشره الآخر - ، كانت فاتحة خير للتعاون المستمر بيننا ، ومنها معاودة حضوري إلى

^١ انتقل إلى رحمة الله تعالى في سنة ١٤٢٢ هـ الموافق سنة ٢٠٠١ م ، تغمده الله بعفوه وغفرانه ، وعوِّض المسلمين بفقده

^٢ تجد أسماء الحضور ، ومواضيع البحث .. في : مجلة [بحث ونظر] ، وهي مجلة دورية يصدرها المجمع ، وعلى موقع المجمع على الانترنت .

المؤتمر في عدّة دورات لاحقة ، كما قام بتقديمي إلى علماء الهند الأجلّاء ، ونظم لي برنامج زيارات إلى مجموعة من مدارس الهند المشهورة ، مثل : ديوبند ، وندوة العلماء / لکنھو ، والباقيات الصالحات في مدينة [وولور] ، ومدرسة مدينة [عمر آباد] ، وبعض مدارس مدينة [حيدر آباد] ومؤسساتها العريقة ، وبعض مدارس [دهلي] ومؤسساتها الإسلامية^٣ .

إن هذا البحث المتواضع ، قد تمّ تطويره عن الأصل المقدم إلى المؤتمر ، وأضيفت إليه مباحث ، ومسائل مهمة هي في حقيقتها تطبيقات لمسألة [بيع الحقوق والمنافع] .

فأضفت - من تطبيقاته - : نسخ الأقراص الليزرية [السيدي] ، وبدل الخلو .. وهما يشكلان أهمية خاصة في التعامل المعاصر ، وقد اختلف فيها المختلفون بين : مبيح ، ومانع .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

لقد دأب الباحثون على محاولة تخريج الجديد ، وبعض القديم المتكرر ، على المعاملات السابقة المعروفة في العصور الإسلامية الأولى ، وغالباً ما يكون تخريجهم غير مقيد بالرجوع إلى مذهب معين .. ولو في المسألة الواحدة !! ، وفي ظني أن هذا الأسلوب من البحث غير موفق ، بسبب :

١ . ما يؤديه إلى [التلفيق] غير المبرر .

٢ . واستغلال هذا التلفيق ، من فريقين من الناس :

أ . فالميالون إلى الحرمة .. فإنهم لن يُعدّموا دليلها التخريجي في مذهب ما من مذاهب المسلمين المتبوعة .

^٣ راجع في أصل تأسيس هذه المدارس : تاريخ التعليم في شبه القارة الهندية لعبد العليّ الحسنّي الندوي ، وكتاب والده عبد الحيّ الحسنّي الندوي ، وعن كلّ مدرسة هناك كتيبات بالتعريف بها توزعها تلك المدارس .

ب. والميالون إلى الجواز ليسوا بأقل حظاً من هؤلاء .
ت. وقد يشيع ذلك منهجاً يستفيد منه جهلة الناس ، وقرّاء كتيبات الأرصفة ، بحيث يتجرأون بالقول : بخلٌ ، أو حرمةٍ .. استناداً لما وقع في أيديهم من رأيٍ أحد المذاهب المنقولة عنهم ، مع عدم مراعاة ما تجب مراعاته ، من : قواعد الفتيا ، وقواعد التخريج ، وعدم التلفيق الضار ، ومراعاة مصالح الناس ، وحمل أفعالهم على الصحة أولى من الحمل على الفساد ، وما ينبغي لاجتهاد الفتيا ... الخ .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

لقد أصبحت للحقوق بأنواعها ، وللمنافع بشتى أشكالها ، مكانة كبيرة في الفقه القانوني السائد في البلاد الإسلامية ، وبالتالي أثرها البالغ في : التطبيق ، وأثرها في : تداول المصطلحات بين الناس ، وقد يرجع أحدهم إلى الفقه الإسلامي - بشتى مدارسه - فلا يجد تعابير كالتي يسمعا يومياً في التعامل ، فقد يساوره الشك بأن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا النوع من التعاملات ، والتي تدخل في نطاق التصرفات ، ألا وهي مسألة [الحقوق والمنافع] من ناحية : ماليّتها ، ومن ناحية : تقوّمها ، ومن ناحية : جواز التصرف فيها ، وما يترتب على ذلك ...

من : حماية حق المؤلف .
و : حماية حق المخترع .
و : حماية حق صاحب الفكرة التي عرفت به .. وعرف بها ، كأصحاب [السدييات] و [الكاسيات] .
و : أخذ المالك لـ [الخلو] من المستأجرين .
و : حق بيع [منفعة التقرُّج] على المعارض ، وحدائق الحيوان ...
الخ .

وأشبه ذلك كثيرٌ .. مما قد يدخل تحت قاعدةٍ جامعةٍ ، أو أصل يمكن تأصيله في هذا الباب .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

لقد أصبح بيع كثيرٍ من هذه الحقوق يشكل قيمةً ماليةً ضخمةً ، وقد يفتي بعض الناس - بمقتضى مذهبٍ فقهيٍّ - بحرمة هذا النوع من التصرف .. أو ذاك ، وعدم حليّة أخذ المال عن هذا الحق أو ذاك ، وبالتالي يفوتّ على المسلمين منافع مالية كان ينتظر أن تؤدي أدواراً دعوية ، أو تُعطى منها حقوقٌ لفقراء المسلمين ، فضلاً عمّا في ذلك من قطع الطريق على إثراء : الكافر ، والفاسق ، وغير الملتزم ... من دون سببٍ شرعي .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

كما أضحي البحث الفقهي عند البعض ما هو إلاّ التماساً لطريق للحلّ من غير تحرٍ، وبذرائع من النوع الذي أسلفنا ذكرها ليس إلاّ !! .

وتلزمنا الدقّة والموضوعية بحسم هذه الأمور وفق منهجٍ فقهيٍّ واضح ، مع تعليل يلتئم مع مقتضى ذلك المذهب ، ليستقيم لنا الأمر في كل مسألة من غير انتقالٍ غير مبرر ، أو اختيارٍ لا يقوم إلاّ على أساس ما يراه المفتي من مصلحة المكلفين حين الإفتاء بهذا المذهب دون غيره .

ولعمري فإن ذلك مما يدخل ضمن اختصاص المتصدي لإعداد قانون ما ويريد إلزام العباد به ، فهو غير مطالب بالاختيار على مقتضى قوة الدليل ، بل على ما تقتضيه المصلحة ، فشتان بين عمل المفتي وعمل [المشرع القانوني] ، فمن المعلوم أن : [التصرف على الرعيّة منوطٌ بالمصلحة] ، والمفتي يلتزم منهجاً محدداً حتى لا يشطب به الأمر

^٤ المادة [٥٨] من مجلة الأحكام العدلية الموضوعة وفق قواعد مذهب الحنفيّة ، والتي كانت قانوناً مدنياً - بالتعبير القانوني - في ممالك الدولة العثمانية اعتباراً من سنة ١٢٨٦ هـ [راجع : درر الحكام شرح مجلة

إلى [التلفيق]^٥ غير المقبول ، أو التقل غير المبرر والمسمى [بتتبع الرخص]^٦ ، والذي هم المفتي فيه الترخيص ، وقد يؤدي إلى التعطيل .

فالذي لا يرى نقض الوضوء من لمس المرأة ولا يراه من خروج الدم ... الخ ، سوف يرى نفسه في وضع الإلغاء لكافة نواقض الوضوء !!! ، وهذا مما لم يقل به أحد .

في حين أن [الخروج عن العهدة]^٧ مقبول ، وهو تليق يورث الاطمئنان في العمل ، وأمثلته جمّة ، لا تكاد تحصى ، منها :

١ . الذي يستوعب المسح في الرأس عند الوضوء ، فإنه يكون قد جاء بكل أقوال الأئمة .. فكأنه : مسح ثلاث شعرات ، ومسح الربع ، ومسح ما يزيد على النصف ، وكذلك رأي من قال بالاستيعاب من باب أولى .

٢ . والذي يبني بمزدلفة ، يكون قد أتى بكل أقوال الأئمة : كالمجيز بالنزول على قدر حطّ الرحال وجمع الجمار ، ومن يقول البقاء أكثر الليل ، ومن يرى المبيت تأسياً برسول الله عليه الصلاة والسلام .

الأحكام لعلي حيدر أفندي [، وبقية مطبقة في البلاد العربية إلى فترات متفاوتة بعد انسلاخ تلك البلاد عن الدولة العثمانية .

^٥ التلفيق : الجمع بين رأيين أو أكثر عند العمل بمسألة واحدة ، مما يؤدي إلى الترخيص والتقلت من الأحكام .
^٦ تتبع الرخص : الإنتقال من مذهب إلى آخر ومن غير ضابط - في مسألة واحدة - ، وبحسب الهوى والرغبة في الأخذ بالأسير ، مما قد يؤدي إلى تعطيل الأحكام ، والتقلت منها .

^٧ الخروج عن العهدة : محاولة تجنب المؤاخذة عند العمل بالرأي الواحد في المسألة الواحدة ، على افتراض صحة ما قال به المخالف أيضاً ، فيجمع المكلف بين جميع الآراء في العمل . مثل ... المبيت بمزدلفة حتى الفجر والصلاة فيها ، فيكون المكلف قد جاء برأي من أجاز البقاء فيها بقدر إنزال الرحال وشدها ، ورأي من أجاز الإفاضة منها بعد منتصف الليل ، ومن أوجب البقاء إلى الفجر .

وكذا في مسح الرأس ... فلاستيعاب في المسح أفضل ، وفيمن جعل كل ناقض في الوضوء عند إمام من الأئمة ناقضاً لوضوئه .. وهذا مستحسن لمن يؤم الناس في الصلوات وأمثاله كثير .

٣. والذي يرى كل ناقض عند كل مذهب ناقضاً ، فسيكون في جانب الطمأنينة ، ولا يعاب على فعله ^٨ .

فضرورة تخصص الباحثين في بحوثهم بمدرسة فقهية واحدة ، والتمكن من دروبها ومسالكها ، ومعرفة أساليبها وأسسها ، ليصل المتمكن إلى مرتبة [التخريج] ^٩ ، لعله يغني عن الإجتهادين : المطلق ، والمنتسب ^{١٠} ، ما دام مفقودين بيقين الآن في بلاد الإسلام ، وبين علمائهم .

إن الدراسة المقارنة أليق ما تكون بالمتصدي لإعداد قانون يلزم به العباد ، فيختار ما هو أنسب للزمان ، أو ما هو أصلح لهذه البلاد أو تلك ، دون أن يشتط به المدى ليعمل لنا [مرقعة] لا تتوائم في مظهرها ، ولا تستقيم - بل تتضارب - في مخبرها ، فوحدة الاستقاء التشريعي أمر جد مطلوب ، لأن القانون الواحد كيان متكامل ، إذا عالج موضوعاً واحداً ^{١١}

^٨ راجع رسالة [رسم المفتي] للعلامة ابن عابدين الشامي ، وذلك في مجموع رسائله .

^٩ التخريج : الإفتاء في المسائل الجديدة التي لم تكن في زمن إمام المذهب وتلامذته الكبار ، وذلك على مقتضى قواعد إمام المذهب ، ممن أحاط بأصول المذهب ، وعرف مأخذ الأحكام ، واستطاع القياس على أمثاله ونظائره . [راجع : النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير - للعلامة الإمام أبو الحسنات محمد عبد الحي بن محمد عبد الحلیم اللكنوي الفرنكي محلي الأنصاري ، طبع المطبع المصطفائي في كنهة سنة ١٢٩١ هـ / ص ٥ وقد نقله عن ابن كمال باشا الرومي] ، أو هو : استنباط أحكام الوقاعات التي لم تعرف لأئمة المذهب آراءً فيها ، وذلك بالبناء على الأصول العامة التي بُنيَ عليها الاستنباط في المذهب . [راجع كتابنا : مشايخ بلخ من الحنفية وما انفردوا به من المسائل الفقهية - ١ / ١١٧٥ طبع الأوقاف في العراق ١٩٧٩ م نقلا عن كتاب : الإمام أبو حنيفة لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة] .

^{١٠} المجتهد المطلق المستقل : هو الذي وضع قواعد الاستنباط لنفسه وقام بتطبيقها على النصوص ... فهو مستقل ، وهو ممن اجتهد بكل أنواع المسائل ... فهو مطلق ، كالإمام أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد .. [راجع : كتابنا : مشايخ بلخ من الحنفية وما انفردوا به من المسائل الفقهية - ١ / ١٧٣ إلى ١٧٤] .

أما المجتهد المطلق المنتسب : فهو مطلق كسابقه ، لكنه يطبق في اجتهاده أغلب قواعد إمامه الاستنباطية ، فهو مقلد له في الأصول ، وقد يخالفه في الفروع ... كأبي يوسف ومحمد وزفر .. من أصحاب أبي حنيفة . [راجع النافع الكبير - المصدر السابق - / ص ٣]

^{١١} راجع : رسالتنا للدكتوراه .. [مشايخ بلخ من الحنفية وما انفردوا به من المسائل الفقهية - ٢ / ٨٤٧ إلى

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

لقد حصرت بحثي بفقهِ الحنفيّة من المذاهب الأربعة المتبوعة ، وذلك
لما يأتي :

الأول / إطلاعي الذي قد يزيد قليلاً عن معرفتي ببقية المذاهب
الإسلامية الكبرى ، وإن كان إطلاعي على الجميع متواضعة . [رحم الله
امراً عرف قدر نفسه] .

الثاني / لكون اشتغالي بهذا الموضوع ليس لترجيح الأنفع والأصلح ، إذ لم
يكن اشتغالي بوضع قانون ، بل بالوصول إلى الحكم الشرعي المنسجم مع
بقية الأحكام ، ضمن إطارٍ تشريعيٍّ واحد .

الثالث / ما اشتهر عن المذهب المذكور من عدم تجويزه بيع [المنافع] و[
الحقوق] ، وذلك بناءً على نظرتهم إلى [المال] وتعريفهم إيّاه ، فدعاني
الأمر لإعادة النظر في ذلك ، لمعرفة مدى إمكان الأخذ برأي من يصبُّ
رأيه في هذا الاتجاه من أئمة المذهب .

ولهذا كنت - وما أزال - من أشدّ الدّاعين إلى ترويح الدراسة
المتخصصة وفق منهج مذهب واحد ، لكي الدارس إلى مرتبة [التخرّيج]
ما دمنا عاجزين عن الإجتهادين : المطلق المستقل ، والمطلق المنتسب -
كما أسلفت - .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

على أن من يتصدى لإعداد تشريع ينفذ قانوناً على العباد يحتاج إلى
الدراسة المقارنة ليختار ما هو أنسب للزمان ، وأصلح لهذه البلاد أو

تلك ، دون اشتراط المدى به ليعمل لنا [مرقعة] لا تتوائم في مظهرها ، فالوحدة التشريعية مطلوبة لان القانون الواحد كيان متكامل إذا عالج موضوعاً واحداً .

ولست بحاجة إلى ضرب الأمثلة لهذا ، لخروجه عن المطلوب .

xxxxxxxxxxxx

وقد أكون قد استفدت نوع فائدة من دراستي القانونية ، وتحصيلي في الفقه الوضعي الغربي ، وما يلزمنا فيه من أمورٍ هي على الناس مطبقة ، وفي قوانين المسلمين معتبرة .

على أن كثيراً من تنظيماتهم لا تتعارض من أسس الشريعة ، وفيها نوع : تنسيق ، وملاحظة للواقع .. فليس فقهم إلا وليد الواقع .

وأرجو الله أن أكون موفقاً فيما عملت ، فإن كان كذلك فهو من الله ، وإن كانت الأخرى فمني ومن الشيطان ، وحسبي صدق النية ، وابتغاء نصره الشريعة ، ومحاولة جعلها مجاريةً لمتطلبات الزمن وفق منهاج واضح ، ومهيع بين .

والحمد لله رب العالمين ~

أ . د . محمد محروس المدرس الأعظمي

توطئة

لا يستغني باحثٌ في العلوم الشرعية عن : إيراد المعنى [الاصطلاحي] في كلِّ مسألة ، وذلك فضلاً عن المعنى اللغوي الذي لا يستغني عنه في هذه البحوث .

كما لا يمكن حلُّ مسائل [بيع الحقوق والمنافع] إلاَّ بمعرفة : الشيء ، والمال ، والملك ، والمنفعة ، والحق . لما لهذه من تعلق وثيق بمسائلها ، لذلك :

وسأتكلم - إن شاء الله - عن مواضيع البحث في بايين ، وأحقها بثالثٍ
في التطبيقية _____ات :

فالأول / عن معنى : المصطلح ، والشيء ، والمال ، والملك ، والمنفعة ،
والحق .. لغةً واصطلاحاً وتحديد المفهوم المقبول بالنسبة لكل لفظٍ ،
مما يجعل الاستناد إلى مفهومه ضرورياً عند البحث .

والثاني / عن إمكانية توسيع مفاهيم المصطلحات المتقدمة أو بعضها ، لأجل
استيعاب التعاريف الجديدة للمستجدات من الوقائع ، وحاجات الناس .

والثالث / في استنساخ الأقراص الليزرية [السيدي] ، ويلتحق به حكم
استنساخ [الكاسيتات] بأنواعها ، وبدل [الخلو] الذي كثر النزاع فيه في
أزماننا ، لما يمثله من مبالغ هائلة ، وقد ينتفع الكافر منها إذا منع المسلم من
أخذ بدل الخلو ، فالخسارة خسارتان .

xxxxxxxxxxxxxxxx

الباب الأول

في

معاني بعض المصطلحات

[المصطلح / الشيء / المال / الملك / المنفعة / الحق]

المبحث الأول

معنى [الاصطلاح] .. ومصادره

لا شك أن المقصود بالمعنى اللغوي ، هو المعنى في أصل الوضع اللغوي في اللغة العربية ، لأنها : لغة التشريع الإسلامي بمصدره الرئيسين ... الكتاب .. والسنة .

في اللغة /

الاصطلاح : الاتفاق .

و[الاصطلاح] في الاصطلاح ، فيه أقوال /

✂ قيل : هو عبارة عن اتفاق قوما على تسمية الشيء باسم ما ينقل عن موضعه الأول .

✂ وقيل : هو إخراج اللفظ من معنى لغوي إلى معنى آخر لبيان المراد .

✂ وقيل : هو لفظ معين بين قومٍ معينين^{١٢} .

والأصح مما تقدم .. ما قيل فيه /

. هو إخراج طائفة من الناس معينة .. لفظاً من الألفاظ عن معناه اللغوي ، إلى معنى آخر ، وتخصيصه فيه .

قلت /

وكأنني بهذه التعاريف تريد [بالاصطلاح] ، النقل للفظ عن معناه الوضعي .. بالوضع اللغوي إلى معنى آخر مجازي ، بالنقل [الاتفاقي] .. وبالتالي ينتقل إلى الحقيقة [الاصطلاحية] ، والتي يسميها الكاتبون [الحقيقة العرفية] ^{١٣} .

والحق .. /

أن هناك فرقاً بين : الحقيقة العرفية ، والحقيقة الاصطلاحية ... من جهات :

- ١ . فالاصطلاح يعرف واضعه في الغالب والعرف لا يعرف واضعه في الغالب
- ٢ . والاصطلاح يعرف مبدؤه في الغالب والعرف لا يعرف مبدأه في الغالب .

^{١٢} التعريفات للسيد الشريف الجرجاني - ٢٢ .

^{١٣} كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي - ١ / ٣١٤ .

٣. والاصطلاح يظهر دفعه واحده والعرف يظهر تدريجياً ، فإن :
شاع الاصطلاح ، وفشا ، واستقر ، انتقل من الحقيقة الاصطلاحية إلى
الحقيقة العرفية .

ومعلوم أن آية الحقيقة بكل أنواعها أمران :

أ. التبادر عند الإطلاق .

ب. عدم جواز نفيها^{١٤} .

على أن اللفظ إذا وضع : لغةً ، أو عرفاً ، أو اصطلاحاً ، أو شرعاً ...
لمعنى ، وكان معناه في كل ذاته ، فهو ... [الحقيقة المطلقة] .

وأما إذا كان للفظ : معنى في وضع اللغة ، وآخر في وضع
الاصطلاح ، وآخر في وضع العرف ، فهو ... [الحقيقة المقيدة] .
أي : أن يكون اللفظ موضوعاً حقيقةً لمعنى في اللغة ، فتلك [حقيقة]
لغوية .

فإذا كان له : معنى في اصطلاح المصطلحين لا يتبادر لأول وهلة ، فهو
[مجاز] من هذه الجهة .

وقد : يكون الكلام بين أهل الاصطلاح ، فيتبادر إلى الذهن من
غير قرينة إلى المعنى الاصطلاحي ... فهو [الحقيقة] بحقهم ، ويكون
المعنى الوضعي في الوضع اللغوي ، يكون هو [المجاز] .

وقد : يحصل العكس ، إذ قد يكون [المجاز] مستعملاً من غير
استلزام وجود الحقيقة ، فيستعمل اللفظ في غير ما وضع له ، ولا يستعمل
فيما وضع له^{١٥} .

^{١٤} نثار العقول في علم الأصول للدكتور محمد محروس المدرس - ٨٣ .

تساؤلان /

الأول - ألا يصبح بعد ذلك حقيقةً أيضاً .. ولا يسمى مجازاً ؟ .
الثاني - وهل أن الحقيقتين ... العرفية ، والاصطلاحية ، يصح
تغييرهما ، أم لا ؟ .

الذي يظهر لي /

جواز ذلك كله ، وسنرى أن النصوص المنقولة عن علمائنا تجيز ذلك
.. . وبالتالي فما تعارف عليه القوم من [تعريف] لأي مصطلح ،
جاز [الاصطلاح] على غيره ، وإذا فشا اصطلاحهم ، انتقل من
[الحقيقة الاصطلاحية] ، إلى [الحقيقة العرفية] ، وبالتالي فلا إلزام في :
المعنى الوضعي ... لغوياً كان ، أم اصطلاحياً ، أم عرفياً .

نعم ... قد يكون الإلزام في الوضع الشرعي ، ومع هذا فمن تكلم في
غير الشرعيات بمصطلح شرعي حمل على حقيقة [الوضع اللغوي] ، لبعد
المتكلم عن الاستعمال الشرعي ، إذ لم يلغ الشارع المعاني اللغوية بعد نقلها
إلى الحقائق الشرعية .

بعد هذا .. ننتقل لبيان المعاني اللغوية والاصطلاحية لـ
[المصطلحات] التي تمس بحثنا .

xxxxxxxxxxxxxxxx

المبحث الثاني [معنى الشيء]

في اللغة /

✂ الشيء : يطلق على كل موجود .

✂ ويطلق على كل : ما يتصور ، ويعلم ، ويخبر عنه ، وهذا مذهب سيبويه خاصة^{١٦} .

✂ وقيل الشيء : عبارة عن الوجود ... وهو : إسمٌ لجميع المكونات .. عرضاً ، أو جوهرأ ، ويصح أن يعلم ويخبر عنه .

والأصح /

✂ أنه : شامل للمعلوم ، والموجود ، والواجب ، والممكن .

وتختلف إطلاقاته ، ويعلم المراد منه بالقرائن .. فيطلق ويراد به :

✂ جميع أفراده ، كما في قوله تعالى : { ... والله بكل شيء عليم }^{١٧} ،
بقريته إحاطة العلم الإلهي ، بـ : الواجب ، والممكن ، والمعدوم ، والموجود ،
والمحال .

^{١٦} روح المعاني - ١ / ١٧٣ ، الوسيط - ١ / ١٢٠

١٧ النور / ٣٥ .

✂ ويطلق ويراد به : الممكن مطلقاً كما في قوله تعالى : { ... إن الله على كل شيء قدير }^{١٨} ، بقرينة [القدرة] التي لا تتعلق إلا بالممكن .

✂ وقد يطلق ويراد به : الممكن الخارجي الموجود في الذهن ، كما في قوله تعالى : { ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله }^{١٩} ، بقرينة كونه : متصوِّراً ، مشيئاً فعله غداً .

✂ وقد يطلق ويراد به : الممكن المعدوم المراد في نفس الأمر ، كما في قوله تعالى : { إنما قولنا لشيء إذا أردناه أن نقول له كن فيكون }^{٢٠} ، بقرينة إرادة التكوين التي تختص بالمعدوم .

✂ وقد يطلق ويراد به : الموجود الخارجي ، كما في قوله تعالى : { ولقد خلقتك من قبل ولم تك شيئاً }^{٢١} .. أي : لم تكن موجوداً خارجياً ، لامتناع أن يراد كونه شيئاً بالمعنى اللغوي الأعم ، الشامل : للمعدوم ، والثابت في نفس الأمر .

لأن كل مخلوق هو في الأزل [شيء] .. وإن كان : معدوماً ، لكنه ثابت في نفس الأمر ، وإطلاق الشيء عليه قد تقرر منذ الأزل ، و [الأصل في الكلام الحقيقة]^{٢٢} ، ولا يعدل عنه إلا لصارف ، ولا صارف ... وشيوع استعماله في الموجود لا ينتهض صارفاً.. ويرد الإمام أبو النشاء الألووسي - بإسهاب - على : من ادعى عدم إمكان إطلاقه على المعدوم^{٢٣} .

إذن /

^{١٨} البقرة / ٢٠ .

^{١٩} الكهف / ٢٤ .

^{٢٠} النحل / ٤٠ .

^{٢١} مريم / ٩ .

^{٢٢} مجلة الأحكام العدلية / المادة ١٢ .

^{٢٣} روح المعاني - ١ / ١٧٨ .

نفهم أن [الشيء] يمكن إطلاقه - لغةً ، واستعمالاً - على : الموجود ،
والمعدوم ، والممكن ، والواجب ... فكلها أشياء .

ويؤيد ذلك ما تقدم من النصوص الكثيرة من الكتاب الكريم ، التي تدل
كثرتها على حقيقة معناها ... فأيات : { .. ألا إنه بكل شيء محيط }^{٢٤} ، و
{ .. والله بكل شيء عليم }^{٢٥} .. تدل على إحاطة علمه جل وعلا - وعلى
رأي قدرة الخلق - ب : الجوهر الكائن ، وبالعرض الممكن ، وبغير ذلك
على ما علمنا من علم الله جلَّ وعلا ، فيستقيم هذا من غير نزاع .

أما في الاصطلاح /

﴿ فقيل .. الشيء : الموجود الثابت المحقق في الخارج^{٢٦} .
فاللفظة تطلق على : كل موجود ، ملموس محسوس أو غيره ، يؤيده ما
جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما في عقد الصرف : [لا بأس فيما إذا افتترقتما وليس
بينكما شيء] ، أي : تصرف ، أو عمل ... فسماه شيئاً^{٢٧} .

﴿ وقيل .. الشيء : [الملك .. ما ملكه الإنسان ، سواء كان أعياناً ،
أو منافع ، أي : هو الشيء الذي يكون مملوكاً بحيث يمكن التصرف به
على وجه الاختصاص]^{٢٨} .

فالشيء أعم ، والملك أخص ، وهو : ما أختص به الإنسان من أشياء .

^{٢٤} فصلت / ٥٤ .

^{٢٥} النور / ١٥ .

^{٢٦} المغرب شرح المغرب للمطرزي - ٢٦٠ ، التعريفات - ٢١٤ .

^{٢٧} المغرب - ٢٦٠ .

^{٢٨} مجلة الأحكام العدلية / م ١٢٥ .

فكل : موجود ، أو ممكن الوجود إذا كان مما يخبر عنه [شيئاً] ، سواءً
أ كان : منفعة ، أو حقاً ، أو غيره ... مما يمكن اعتباره [ملكاً] .

فالمنفعة ... يمكن أن تكون **ملكاً** ولا خلاف ، وهي **شيء** ولا خلاف .
فالمعنى اللغوي ملاحظ في الاصطلاح ، فما جاز التصرف به على وجه
الاختصاص هو ملك ، وما عداه شيء ... لكنه ليس ملكاً ، ويمكن أن يكون
ملكاً .

وعلى هذا فما ذهب إليه بعض الحنفية .. من : اعتبار [الشيء]
إسماً عاماً لكل موجود فقط ، دون المعدوم ، هو في واقعه [حقيقة
اصطلاحية] ، جرتهم إليه مسألة كلامية معروفة^{٢٩} ، فإذا جردنا المسألة
من ذلك الجانب الكلامي ، وجعلنا للمصطلح وجهين - بحسب الاستعمال -
.. وهو أمرٌ ممكن ، فنكون قد جعلنا لمعنى [الشيء] في المعاملات
معنىً معيناً ، وفي مجال الاعتقاد معنىً آخر ... ولا ضير فيه قط^{٣٠} ،
فللناس أن يصطلحوا ما شاءوا على ما شاءوا .. فكما قالوا : [لا مشاحة في
الاصطلاح]^{٣١} .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

المبحث الثالث

[معنى المال]

^{٢٩} وهي : هل أن الإسم هو عين المسمى ، أم غيره ؟ ، تعني : هل أن أسماء الله تعالى التي هي صفات له ؟
، فأهل السنة على أن : الإسم هو عين المسمى .. وإلا لكان الأمر بتسييح اسمه أمراً بتسييح غيره !! ،
والمعتزلة على أنه : غيره [راجع : كليّات أبو البقاء الكفوي الحنفي - ٨٦ طبعة مؤسسة الرسالة / بيروت
١٩٩٢ م] ، فقولهم : عين المسمى .. يقتضي وجوده ، وسيتطابق قولهم مع قول المعتزلة !! .

^{٣٠} راجع أصول البيزدي - ١ / ٣٥ .

^{٣١} قولٌ شائع .

في اللغة /

✂ المال : ما ملكته من كل شيء ، وجمعه أموال ^{٣٢} .

✂ ورجلٌ مالٌ : أي .. كثير المال .

✂ وتموّل الرجل : صار ذا مال .

✂ وموّلّه غيرهه : تمويلاً ^{٣٣} ، أي .. جعله ذا مالٍ .

✂ وسمي المال مالاً ... لأنه : مال بالناس عن طاعة الله عز وجل ^{٣٤} .

. وقيل .. المال : الحيوان ، وكذا تستعمله العرب في أكثر كلامها ،
وتسميه [الناطق] .

✂ وقد يجعلون المال : إسماً لكل ما يملكه الإنسان ، من : ناطق ،
وصامت .

يقول تعالى : { ولا تَوَثُّوا السفهاء أموالكم ... } ^{٣٥} .

ويقول تعالى : { والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم } ^{٣٦} .

فالمال في هاتين الآيتين عام في كل ما يُملك ، ولا يختص بشيء دون آخر .

^{٣٢} القاموس الوسيط - ٣ / ٥٣ .

^{٣٣} مختار الصحاح - ٦٢٩ .

^{٣٤} دستور العلماء للأحمد نكري - ٣ / ١٨٨ .

^{٣٥} النساء / ٥ .

^{٣٦} المعارج / ٢٤ .

وفي الاصطلاح /

✂ المال : [ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة .. منقولا كان ، أو غير منقول] ^{٣٧}.

قلت /

وهذا ما انتهى إليه الأحناف في معنى المال ، وشاع عندهم واستقر عليه فقهم .

فهم .. - في مختلف تعاريفهم - يعدون : الأعيان .. أموالا ، وما يدّخر .. أموالا ، وما يميل إليه طبع الإنسان وكان موجودا .. أموالاً .

✂ وفي حاشية ابن عابدين - نقلا عن الحاوي القدسي - تعريف للمال بأنه : [اسم لغير الأدمي خلق لمصالح الأدمي ، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار] ^{٣٨}.

. وفي حاشية ابن عابدين - عن الدرر لمنلا خسرو - تعريف للمال بأنه : [ما يجري فيه البذل والمنع .

✂ أو : هو موجود يميل إليه الطبع ، ويجري فيه البذل والمنع] ^{٣٩}.

✂ أو هو : [ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة] ^{٤٠}.

✂ أو هو : [عين يجري فيه التنافس والابتذال] ^{٤١}.

^{٣٧} درر الحكام شرح مجلة الأحكام - ١ - / ١٢٦ .

^{٣٨} ردّ المحتار على ابن عابدين - ٤ / ٥٠١ .

^{٣٩} ردّ المحتار - ٥ / ٥٠ .

^{٤٠} ردّ المحتار - ٤ / ٥٠١ .

. وقد أيد هذا الاتجاه [عبد النبي الأحمدي نكري في دستوره] ، بقوله :
[المال : ما من شأنه أن يدخر للإنتفاع به وقت الحاجة ، سواء كان
الانتفاع به مباحاً شرعاً - كما هو الظاهر - ، أو لا - كالخمر والخنزير
- ، فإن أبيع الانتفاع به شرعاً فمتقومٌ .. وإلا فغير متقومٌ ... فالمنفعة :
ملك لا مال ، والمنافع لا تقوم بلا إحرار ، ولا إحرار بلا بقاء ، ولا بقاء
للأعراض .

فان قيل : إن لم تكن المنافع متقومّة .. فكيف يرد عقد الإيجار على المنافع
قلنا : إقامة العين مقامها ، والتوضيح في التوضيح [٤٢ .

قلت /

على أن هذا هو التعريف الغالب ، والاتجاه السائد ليس هو كل ما في فقه
الأحناف ، بل ... إن ما نقل عن متقدميهم غير هذا /

✂ فالمنقول عن محمد بن الحسن الشيباني^{٤٣} : [المال : كل ما يملكه
الإنسان ، من : دراهم ، ودنانير ، أو حنطة ، أو شعير ، أو غير ذلك]^{٤٤} .

^{٤١} رد المحتار نقلاً عن مجمع الأنهر للشرنبلابي - المرجع السابق .

^{٤٢} دستور العلماء - ١ / ١٨٨ .. والمقصود بعبارته الأخيرة : التوضيح للتفتازاني في أصول الفقه .

^{٤٣} محمد بن الحسن الشيباني من أبرز تلاميذ الإمام أبي حنيفة ، وهو الذي دون مذهب ونقله إلى الناس بكتبه
بكتبه ، وهي نوعان : ظاهر الرواية .. وهي المنقولة عن إمام المذهب بإسنادٍ ظاهر ، وكتب النوادر .. وهي
التي إسنادها لم يصل إلى تلك الدرجة من الضبط حين النقل عن إمام المذهب ، يقول ابن عابدين :

وكتب ظاهر الرواية ستاً أتت	لكل قول ثابتٍ عنهم حوت
صنّفها محمد الشيباني	حرّر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير	والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط	تواترت بالسند المضبوط
وبعدها مسائل النوادر	إسنادها في الكتب غير ظاهر

راجع : منظومة رسم المفتي من مجموع رسائل ابن عابدين [

^{٤٤} العناية بهامش فتح القدير - ١ / ٥١٩ ، الطحاوي - ١ / ٤٠٦ .

ومع إصرارهم على عدم اعتبار المنافع أموالاً لأنها لا تحاز ولا تحرز ولا تدخر وأنها لا تقوم وقتيين متتاليين... الخ ، إلا أننا نجدهم يقولون :
يوجد فرق بين : مالية الشيء ، وبين تقويمه .

فالمالية : تثبت بتحوُّل الناس - جميعهم أو بعضهم - إلى الرغبة في الشيء .
أما التقويم : فتثبت بتحوُّل الناس إلى الرغبة فيه ، وجعل الشارع إياه مباحاً للانتفاع^{٥٠} .

ف [المال : يجري فيه التنافس .. والاستبدال ، فصفة المالية لشيء إنما تثبت : بتموُّل كل الناس إليه ، أو بعضهم إياه .
والقيمة لشيء : تثبت بإباحة الانتفاع به شرعاً ، فالخمر مال لكن ليس بمتقوِّم ...]^{٥١} .

قلت /

فيفهم من كلامهم أن تحوُّل الناس إلى [شيء] معتبر فيجعله .. مالاً ،
وقيمة ذلك الشيء .. من جهة الشرع لا غير .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

المبحث الرابع

[معنى الملك]

في اللغة /

٤٩ حاشية النانوتوي على الكنز - ٢٢٧ ، درر الحكام - ١ / ٤٤٠ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - ٥ / ١٢١ .

٤٩ درر الحكام - ١ / ١٠٠ ناقلاً عن الحموي .

^{٥١} حاشية النانوتوي على الكنز - ٢٢٧ .

✂ مَلَكُهُ .. يَمْلِكُهُ .. ملكاً - مثلثة الميم - ، وَمَلَكَهُ - محرّكةً - ، وَمُلْكُهُ - بضم اللام .. أو يُتْلَثُ بالحركات الثلاث - : احتواه قادراً على الاستبدال به.

. وماله ملكٌ - بالميم المثلثة الحركات ، وبضمتين للميم واللام - : شيءٌ يملكُهُ .

. أملاكه الشيء ، وملكةُ إياه تملكاً ، بمعنى : وليّ في الوادي ملكاً - بتثنيث الميم ، ويحرّكُ - : أي .. مرعى ، ومشرب ، ومال .

. أو هي : البئر يحفرها ، وينفرد بها .

. وقولهم : الماء مُلْكُ أمرٍ - محرّكةً - : لأنهم إذا كان معهم الماء ملكوا أمرهم .

. وليس لهم ملك - بتثنيث الميم - : ليس معهم ماء .

. وملكنا الماء : أروانا .

✂ وهذا مُلْكُ - بتثنيث الميم - يميني ، وملكة يميني ، وأعطاني من ملكه - مثلثة - ، أي : مما يقدر عليه^{٥٢} .

وفي القاموس الوسيط :

. مَلَكُ الشيء مُلْكاً : حازه وانفرد بالتصرف فيه ، فهو مالكٌ ، وجمعه مَلَكٌ ومُلَاكٌ .

^{٥٢} القاموس المحيط للفيروز آبادي - ٣ / ٣٣٠ ، مختار الصحاح - ٦٣٣ .

. وامتلاك الشيء : مُلْكُهُ .

✂️ والملك - بالميم المثلثة - : ما يملك ويتصرف فيه ، ويذكر ويؤنث
٥٣ .

وفي التنزيل العزيز : { والله ملك السماوات والأرض .. }^{٥٤} .

وفي الاصطلاح /

✂️ عرّفت مجلة الأحكام العدلية : [الملك : ما ملكه الإنسان سواء .. كان أعياناً ، أو منافع ، أي : أنه هو الشيء الذي يكون مملوكاً للإنسان ، بحيث يمكن التصرف فيه على وجه الاختصاص]^{٥٥} .

وتظهر الركبة على هذا التعريف :

١. يلزم منه [الدور]^{٥٦} ، لوجود المعرف في التعريف .
٢. وتكراره مراراً .

ومحصلته /

أن [الملك] هو : [إمكان التصرف بالشيء على وجه الاختصاص ، أعياناً ، أو منافع ، فإن الملك : ما من شأنه أن تتصرف فيه بوصف الاختصاص]^{٥٧} .

^{٥٣} القاموس الوسيط ٢- / ٨٨٦ ، راجع اللسان لأبن منظور - ١٠ / ٤٩٢ .

^{٥٤} آل عمران / ١٨٩ .

^{٥٥} المادة / ١٢٥ .

^{٥٦} الدور : توقف كلا الأمرين على الآخر ، وهو فاسدٌ في التعاريف ، وكذلك في الاستدلال [كتابنا : نثار العقول في علم الأصول - ٢٠ ط ١] .

^{٥٧} القاموس المحيط للفيروز آبادي - ٣ / ٣٣٠ ، مختار الصحاح - ٦٣٣ . القاموس الوسيط ٢- / ٨٨٦ ، راجع اللسان لأبن منظور - ١٠ / ٤٩٢ .

✂ وقد عرفه الحاوي القدسي .. بأنه : الاختصاص الحاجز ^{٥٨}.

✂ وفي اتجاه آخر لفقهاءنا .. نجد تعريفاً لأكمل الدين البايرتي ^{٥٩} ،
يقول فيه بأنه : [القدرة على التصرف في المحل شرعاً] ^{٦٠} .

ومال إلى هذا الاتجاه الكمال بن الهمام ^{٦١} ، حيث يقول : [الملك : قدرة
يثبتها الشارع ابتداءً على التصرف] ^{٦٢} ،
وقد أضاف ابن نجيم بعد نقله للتعريف بقوله : [إلا لمانع] ^{٦٣} ، وكأنه
احترز عن يملك ولا يتصرف ... كالمجنون ، والسفيه ، والمحجور ،
والصبي غير المميز .

✂ وفي تعريفات السيد الشريف قال :

[الملك : اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء ، يكون مطلقاً لتصرفه
فيه ، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه] ^{٦٤} .

^{٥٧} آل عمران / ١٨٩ .

^{٥٧} المادة / ١٢٥ .

^{٥٧} الدستور- ١ / ١٨٨ .

^{٥٨} الأشباه - ٣٤٦ ، ابن عابدين - ٤ / ٥٠١ .

^{٥٩} أكمل الدين البايرتي :

^{٦٠} العناية شرح الوقاية .. نقلاً عن فتح القدير - ٥ / ٧٣ .

^{٦١} الكمال بن الهمام السيواسي الرومي ثم السكندري الحنفي : محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود ..
فقيه حنفي مشهور ، له مؤلفات عديدة ، توفي سنة ٨٦١ هـ . [الفوائد البهية في تراجم الحنفية لمحمد

عبد الحيّ اللكنوي - ٢٨٠ ، الأعلام - ٧ / ١٣٢ .

^{٦٢} فتح القدير- ٥ / ٧٤ .

^{٦٣} الأشباه - ٣٤٦ .

^{٦٤} التعريفات - ١٥٥ .

✂ وفي الوقاية لصدر الشريعة^{٦٥} مثل ذلك ، إذ يقول : [الملك .. اتصال شرعي بين الإنسان والشيء ، يطاق تصرفه ، ويمنع غيره فيه] .

فكأنما ما أجاز الشارع إمكان تملكه فهو [ملك] .. وإلا فلا ، وكونه علاقة أو اتصال بين الإنسان و [شيء] ، فهو يعم كل موجود ، أو ممكن الوجود - على ما علمنا من معنى الشيء - ، فكلها تكون ملكاً ، أعياناً ومنافع ، وهذا ما أيدته مجلة الأحكام العدلية^{٦٦} .

xxxxxxxxxxxxxxxx

المبحث الرابع [معنى المنفعة]

في اللغة /

- ✂ النفع : ضد الضرر .
نقول : نفعته نفعاً ، وانتفعت بكذا^{٦٧} .
✂ ونفعه نفعاً : أفاده ، وأوصل إليه خيراً .. فهو : نافع ، ونفّاع .
✂ والنفع : الخير ، وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه^{٦٨} .
✂ والمنفعة : هي الاسم^{٦٩} .
✂ والمنفعة : كل ما يُنتفع به ، وجمعها منافع^{٧٠} .

قلت /

^{٦٥} صدر الشريعة أحمد بن عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة ، وهو [صدر الشريعة الأكبر] تمييزاً له عن [صدر الشريعة الأصغر] ، وهو : عبيد الله بن مسعود [النافع الكبير - ٩] .
^{٦٦} مجلة الأحكام العدلية - الموضع السابق .
^{٦٧} العين للفراهيدي - ٢ / ١٥٨ .
^{٦٨} المعجم الوسيط - ٢ / ٩٤٢ .
^{٦٩} المختار - ١٧٣ ، القاموس المحيط للفيروز آبادي - ٣ / ٩٢ .
^{٧٠} الوسيط - ٢ / ٩٤٢ .

فكأنما [المنفعة] هي .. ذات الشيء النافع ، لا ذات النفع ، ولما كان معنى [النفع] - وقد مرَّ بنا قبل قليل - بأنه : الخير ، وما توصل به الإنسان إلى مطلوبه .. فيكون النفع شاملاً لهما .

وكأني /

بوجود رأيين في معناه .

وعلى كل حال فهي /

✂ تطلق على : ذات النفع .

✂ وتطلق على : ثمرته ، وفائدته .

وفي الاصطلاح /

ما يترتب على الفعل ، إذا لم يكن تصور الفعل ذاته باعثاً للعامل على صدوره عنه . فهو : المنفعة ، والفائدة ، والغاية ^{٧١} .

قلت /

وكأني بهذا القول ، إن ما يتأتى من الفعل ، أو من غايته ... هو : منفعته - وإن كان فيه إضرار بالغير - ، ومن غير توقف ذلك على حاجة الفاعل إلى ذات الفعل ، أو سعيه إليه لذاته ، بل سعيه إليه لمنفعته له بالذات ، وإن سبب ضرراً للغير . وقد يكون ذلك الضرر موجبا للضمان ، فأصبح النفع معاضاً عنه .

كما أن أفعال الله فيها : منافع ، ومصالح ، وغايات .. وليس هي غرضاً ، فهي غير مقصودة لذاتها لتكمل ذات الله ^{٧٢} .

^{٧١} دستور العلماء - ٣ / ٢ .

وأقول /

فإن ... المنافع هي المقصودة لا الأفعال التي تقوم بها تلك المنافع ، وكذا الأشياء ...

وعلى هذا قد يقيم الشارع السبب مقام المُسبَّب ، فيجعل العين محلاً ، والمقصود المنفعة ...^{٧٣} ويصح القصد ، فإذا كان المحل متحولاً تحولت المنفعة باعتبارها مُسبَّبة له ، فهي غير منضبطة ، أو غير محوزة .. فاقيم المنضبط المحوز مكانها ، وهذا مطرد في الشرع ، مثل :

. النية / حين أقام مقامها : اللفظ ، والآلة ، والفعل ، ودلالة الحال .

✂️ والمشقة / حين أقام مقامها : والسفر ، والمرض ، وعموم البلوى ، والإكراه ، والحاجة ، والضرورة .

ويؤيده ما ورد عن الكمال ابن الهمام فهو يصرح في موضع كتابه من التحرير والتحبير :

[إن العلة الحقيقية للحكم هي الأمر الخفي المسمى .. حكمة ، وإن الوصف الظاهر مظنة العلة لا نفس العلة ، لكنهم اصطاحوا على إطلاق العلة عليه]^{٧٤}

كما صرح ابن الهمام أيضاً .. من أن :
[أصحاب المذهب عللوا الحكم بالوصف الظاهر دون العلة الحقيقية ، خوفاً من نقض يرد على تلك العلة بفرع من فروع المذهب]^{٧٥} .

وفي درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر أفندي :

^{٧٢} دستور العلماء - المرجع السابق .

^{٧٣} ؟؟؟؟؟؟؟

^{٧٤} نقلاً عن اصول الفقه لمحمد مصطفى شلبي - ٢٣٠ .

^{٧٥} فتح القدير للكمال ابن الهمام - ٥ / ٢٧٨ .

والأخروي . وانتفاع بعضهم لبعض يكون بالإِنفاق عليه ، والتربية له ،
والذنب عنه مثلاً ، وانتفاعهم في الآخرة يكون بالشفاعة ...]^{٧٨} .

قلت /

فالمنفعة - إذن - في تعبير القرآن واستعماله ، شملت ما اعتيىض
عنها بمال وبغيره ، فما قصدت الأشياء في يوم ما لذاتها ، بل لمنافعها ،
ومنافعها اعتيىض عنها بما يقوم به المحل الذي هو وسيلة لسبب الاعتياض .
فقوله تعالى - عن الخمر والميسر - : { ... وإثمهما أكبر من نفعهما
... }^{٧٩} ، فان النفع ليس في ذات تملك الخمرة ، بل في شربها وصولاً إلى
منفعتها .. كالحمرة ، وشفاء البشرة ، والتحلي بالشجاعة ، والكرم ، وقوة
الباه ... الخ ، وكذا الحال في كل عين تُطلب ، فلا تُطلب إلا لمنفعتها ،
وجعلت لتلك المنافع أثماناً .

ولكن من وجهة نظري /

لما كانت تلك المنافع متفاوتة في أهميتها من إنسان إلى إنسان ،
فثمنيتها تكون غير منضبطة ، فلا تجعل : [سبباً] ، ولا [علة] ..
للتملك ، ولا محلاً للإعتياض ، وذلك :

١. لعدم الانضباط : فأقيم المنضبط مكانها دفعاً للجهالة ، ومن باب
إقامة السبب مقام المسبب .

٢. ولجعل الأحكام تجري في مضمار واحد ، وفي سياق متسق .

^{٧٨} روح المعاني - ٤ / ٢٢٨ .

^{٧٩} البقرة / ٢١٩ .

فكما أن الشارع يعتد بالنية وعليها مدار أحكامه - وهذا معلوم لا مرأه فيه - ، وهي غير ظاهرة ، فقد جعل الوصول إليها مرهوناً بوجود أمور ، هي :

١. اللفظ .. كألفاظ العقود .

٢. الفعل .. كما في بيع [التعاطي] .

٣. الآلة .. كما في تحديد : العمد من القتل ، والخطأ ، وشبه العمد .

٤. دلالة الحال .. كالكسوت في معرض البيان .

فيؤدي عدم ظهورها إلى عدم انضباط الحكم ، فاقام الظاهر المنضبط مقامها ، وهو بذلك لا يدعو إلى إلغائها ، بل ذلك هو عين اعتبارها .

فيحتمل يقيم الشارع الحكيم ألفاظ العقود للدلالة على اتجاه نية المتعاقدين إلى الارتباط التعاقدى ، ويقيم الآلة معرفة نية الفاعل والتفرقة بين : العمد ، والخطأ ، وشبه العمد ، والمباشرة ، والتسبب ، فهو بذلك ... يقيم شيئاً مقام شيء .

وكذا .. فعل الشارع الحكيم في افتراض [أهلية الأداء] .. كاملة ، وناقصة ، فأقام السن - سن السابعة -^{٨٠} لمنح الناقصة منها ، وجعل البلوغ سبباً لمنح الكامل منها ، باعتباره أمارة اكتمال العقل ، فأناط البلوغ بالظواهر الجسمانية ، فان تخلفت الظواهر الجسمانية ، فإنه يقيم السن - العمر - مقامها^{٨١} ، انقلاباً من ظاهر منضبط إلى أظهر .. ويمكن أن يقدر

^{٨٠} أخذاً من قوله عيه الصلاة والسلام : { مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين ... } .

^{٨١} .

السن تبعاً لبقاع الناس ، وتبعاً لحرارة وبرودة الجو .. فما اختلافهم في تقدير سن البلوغ إلا بسبب المكان .

وما تقدم يدلل لنا : جواز : [اختلاف الأحكام تبعاً لتغيُّر المكان]^{٨٢} ، وهذا فيما كان مبنياً على : الواقع ، أو العرف ، أو الملاحظة لواقع معلوم .

أقول .. إذن /

المنفعة مقوِّمة بنصوص الكتاب ، ومموّلة بتعامل الناس ، وعليها مقصودهم باعتبارها هي المطلوب من الأشياء .

وإذا قلنا هي .. الشيء ذاته فلا إشكال ، ووضع اللغة يتسعه _ وقد تقدم - .

وإذا كانت الدقة الفقهية قد ساقط علماءنا المتقدمين إلى عدم اعتبار المنفعة مالاً ، وبذلك لم يجعلوها مضمونة ، باعتبارها [لا مثل لها لا صورة ولا معنى]^{٨٣} .

وأقول /

عدم المماثلة صورة لا غبار عليه ، بل الجزم بعدم المماثلة معنى ، أي : بتقدير بدل لها ، فهذا غير مسلم ، وقد اعتبرها الإمام زفر رحمته الله مالاً - وسنأتي لذكر هذا لاحقاً -^{٨٤} .

^{٨٢} يمكننا جعلها قاعدة فقهية عامّة ، كما أن صنوها قاعدة : [لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان] المادة / ٣٩ من مجلة الأحكام .

^{٨٣} نثار العقول - ؟؟؟؟؟؟؟؟؟

^{٨٤} تبيين الحقائق - ٥ / ١٢١ ، البدائع - ٦ / ٢٦٦٣ ، حاشية النانوتوي على الكنز - ٣٦٣ ، شرح الكنز للعيني - ١٩٦٢ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام - ١ / ٤٤٠ ، حاشية الشلبي على فتح التقدير .

إن الالتزام بالدقة الفقهية المتناهية قد يؤدي إلى خلاف المقصود ،
والمقاصد معتبرة قبل الوسائل ، فـ [خرق المبدأ أحيانا هو عين المبدأ]
و [الخروج عن القاعدة هو عين القاعدة]^{٨٥} .
لقد أحلت : الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير .. للمضطر^{٨٦} .
وأباح الرسول ﷺ : الاعتيال حين أهدر بعض الدماء للضرورة ، وحفاظا
على ما هو أهم^{٨٧} .

ولأجل ما تقدم /

قالوا : عن مخالفة صاحب المذهب - لأسباب تظهر للفقيه المتأخر - ،
بأنه : [.. هو عين التقليد في صورة عدم التقليد]^{٨٨}

إذن .. أقول /

حفظ حقوق الناس يوجب الخروج عن الدقة الفقهية ، لان : حفظ
حقوقهم ، وتحقيق مصالحهم ... هو مقصود الشارع .

ومراعاة : المصلحة ، والعرف ، والحاجة .. فإن [الحاجة تنزل منزلة
الضرورة .. عامة ، أو خاصة]^{٨٩} .

كل ما تقدم /

يملي على صاحب الذوق الفقهي العالي ، الخروج عما قرره وقعه
الأسبقون - وسنأتي إلى هذا لاحقا إن شاء الله - .

^{٨٥} القولان لي ، وهما مأخوذان من جملة أحكام الشريعة الغراء ، كما ورد تفصيله عقب ذلك مباشرة .

^{٨٦} ؟؟؟؟؟؟؟

^{٨٧} ؟؟؟؟؟؟؟

^{٨٨} النافع الكبير للكنوي - ٩ .

^{٨٩} مجلة الأحكام العدلية / م ٣٤ ، الأشباه والنظائر - لابن نجيم .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

المبحث السادس [معنى الحق]

في اللغة /

- ✂ الحق : اسم من أسماء الله تعالى .
- . والحق : الثابت بلا شك ، وفي التنزيل العزيز : { ف وربّ السماء والأرض إنه لحقّ مثلما أنكم تنطقون }^{٩٠}.
- ✂ ويقال : قول الحق : وصف للحق .
- ✂ ويقال : هو حق بكذا جدير به .
- ✂ والحق : النصيب الواجب للفرد أو الجماعة .
- ✂ وحقوق الله : ما يجب علينا نحوه .
- ✂ وحقوق الدار : مرافقها^{٩١} .
- وفي القاموس الوسيط للفيروز آبادي :
- ✂ الحق : من أسماء الله تعالى .

^{٩٠} الذاريات / ٢٣ . .

^{٩١} الوسيط - ١٨٨/١ .

✂ الحق : القرآن .

✂ الحق : ضد الباطل .

✂ الحق : الأمر المقتضي به .

✂ الحق : العدل .

✂ الحق : الإسلام .

✂ الحق : المال .

✂ الحق : الملك .

✂ الحق : الموجود الثابت .

✂ الحق : الصدق .

✂ الحق : الموت .

✂ الحق : الحزم .

✂ والحاقة : النازلة الثابتة ، كالحقّة .

✂ ويحقُّ .. ويحقُّ .. حقّةً - بالفتح - : وجبَ ، ووقع بلا شك .

✂ وحقُّ - بالضم - : لك أن تفعل هذا ، وحققت أن تفعله ، وهو حقيق به ، وحقٌّ - جدير^{٩٢} .

^{٩٢} القاموس المحيط للفيروز آبادي - ٣ / ٢٢٨ - ٢٢٩ ، وراجع الدستور - ٢ / ٤٤ ، والكشاف للتهانوي - ٢ / ٨٠ .

وفي الاصطلاح /

✂ الحق : الحكم الثابت المطابق للواقع .

✂ والحق : يطلق على .. الأقوال ، والعقائد ، والأديان ، باعتبار
اشتمالها على ذلك الحكم ^{٩٣} .

✂ والأصوليون يقسمون الحق إلى : حق الله ، وحق العبد .
فحق العبد : عبارة عما يسقط بإسقاط العبد .. كالتقصص .
وحق الله : مل يسقط بإسقاط العبد .. كالصلاة .

ولهذا دونوا مسائل : الطلاق ، والأيمان ، والإيلاء .. في العبادات دون
المعاملات ^{٩٤} .

ونقل عن صاحب التلويح قوله : [المراد بحق الله في قولهم ما يتعلق به
النفع العام للعباد ، ولا يختص به أحد كحرمة الزنا ، فانه يتعلق به عموم
النفع من سلامة الأنساب عن الاثتباة ، وصيانة الأولاد عن الضياع ، وإنما
نسب إلى الله تعالى تعظيماً ، لأنه تعالى يتعالى عن التضرر والانتفاع ، فلا
يكون حقاً له من هذا الوجه .
والمراد بحق العبد : ما يتعلق به مصلحة خاصة .. كحرمة مال الغير ،
ولذا يباح بإباحة المالك ، ولا يباح الزنا بإباحة الزوج .
وأعترض على الأول ، بأن : الصلاة ، والصيام ، والحج .. حقوق الله
تعالى ، وليست منفعتها عامة .

^{٩٣} دستور العلماء - ٢ / ٤٤ .

^{٩٤} كشف اصطلاحات الفنون - ٢ / ٨٠ .

وأجيب : بأنها شرعت لتحصيل الثواب ، ورفع الكفران ، وهذا منفعة عامة لكل من له أهلية التكليف ، بخلاف حرمة مال الغير] ^{٩٥} .

والحق /

أن الحق ، هو : كلُّ ما أمكن المطالبة به ، أو مباشرة كافّة التصرفات الشرعية فيه ، أو دفع الآخرين عنه .

وهذا /

خير ضابطٍ نستطيع وضعه في الباب .. وتفصيله :

١. أن الإنسان له أن .. يطالب :

✂ بأن يحيا .

✂ وأن يعير عن رأيه .

✂ وأن يفسح المجال له لكي يعمل .

✂ وأن يأمن على نفسه .

✂ وأن يأمن وعلى ماله .

✂ وأن يأمن على عرضه

✂ وأن يمتلك .

✂ وأن يشغل حيّزاً في هذا الكون الخ .

فكل هذه حقوق ، لجواز المطالبة بها وهي ما تسمى في زماننا بـ

: [الحقوق الأساسية] ، [والحقوق الدستورية] ، و [الحقوق الإنسانية] .

وله أن يطالب :

✂ بدينه .

✂ وحصانة ولده .

✂ ومطاعة زوجته له الخ .

٢. أن للإنسان أن يباشر :

^{٩٥} الكشاف للتهانوي - ٢ / ٨٢ .

- ✗ الاستعمال لملكه .
- ✗ والاستغلال له .
- ✗ والانتفاع به .
- ✗ والتصرف به ، ب : البيع ، والرهن ، والهبة ، والوصية ، والإعارة ، والإجارة .. الخ .

٣. للإنسان أن يدفع عن نفسه :

- ✗ الاحتيال .
- ✗ والاعتداء .
- ✗ والسرقة .
- ✗ وانتهاك ماله .
- ✗ وانتهاك عرضه .
- ✗ وأن يدفع عن نفسه من يريد أن يسلبه حقاً من حقوقه .

تقسيمات الحقوق /

تقسم الحقوق تقسيمات عديدة :

١. الحق المالي ، والحق غير المالي .
- فالمالي : وهو الذي يُعتاض عنه ، كما في قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... وليملل الذي عليه الحق فان كان الذي عليه الحق ضعيفاً .. }^{٩٦} .

وهذا موضع اهتمام [أحكام المعاملات] ، والتي تسمى في زماننا بـ [القانون المدني] .

وغير المالي : وهو الذي لا يُعتاض عنه ، وأمثله أمور كثيرة : كحق العيش ، وحق إشغال حيز معين ، وحق التمتع بالأمان ، والحقوق السياسية كلها ، وحق الجالس في المسجد بموضعه منه ، وحق الكسب ، وحق استيفاء الخدمات العامة ، وحق تملك المباحات ، وحق الارتفاق بالمرافق العامة ... الخ .

وحق المالك في : وقف ماله ، وهبته ، والتبرع به .
وحق الواقف في : التبديل ، والتغيير ، والإعطاء ، والحرمان ،
والزيادة ، والنقصان .

وقد تتحول بعض الحقوق غير المالية إلى حقوق مالية : كالتنازل عن الوظيفة مقابل عوض - كما أجازهُ المتأخرون - ، والحق في الوظيفة لصاحبها والتي يأخذ عن إشغالها أجراً .

وحق الحكر : أجاز المتأخرون مبادلتَهُ بالمال ، والتنازل عنه ، والإيصال به ، وجريان الإرث فيه^{٩٧} .

وجواز الرهن : حق لا يعتاض عنه ، وقد يصبح حقاً يعتاض عنه ، فالذي يرهن بالدين الموعود بَعلة معاوضته ، فهو جائز^{٩٨} .

وحق الاعتياض عن بعض الحقوق المجردة - التي قد تتحول إلى حقوق مالية - : وهو مما أجازهُ المتأخرون .. كحق الانتفاع ، وحق الاستعمال .
وحق التصرف في الأراضي الأميرية : أجاز المتأخرون .. بيعه ، وإرثه ، والتنازل عنه بعوض ، وما زال العمل بهذا جارياً في كثير من بلاد الإسلام ، وهو من نتائج تطبيقات الدولة العثمانية .
ويسمون بيع هذا الحق بـ : حق الفراغ في الأراضي الأميرية .

^{٩٧} قانون العدل والإنصاف في حلّ مشكلات الأوقاف لقدري باشا / م ٣٣١ ، رد المحتار-٣/٣٦١ .

^{٩٨} رد المحتار - ٥ / ٣١٨ .

ويسمون حق الإرث فيه بـ : حق الانتقال .

xxxxxxxxxxxxxxxx

التقسيم الثاني /

وقسموا الحقوق إلى :

مجردة وغير مجردة

فالمجردة : تسقط بالإسقاط ... كحقوق الارتفاق ، مثل : حق المرور بأرضٍ للوصول إلى أخرى ، وحق تسريب الماء الزائد في أرضٍ بالمسيل إلى غيرها ، وحق أرضٍ بالشرب من ماء أرضٍ أخرى ... الخ .

وغير المجردة : لا تسقط بالإسقاط ... بل لا بد فيها من النقل ، وهذه تعتبر أموالاً^{٩٩} ، فغير المجردة لا يجوز أن يسقطها صاحبها إلى غير مالك ، لأنه : لا سائبة في الإسلام . يقول تعالى : ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون ﴾^{١٠٠} .

^{٩٩} درر الحكام - ٣ / ٢٢٨ .

^{١٠٠} المائدة / ١٠٣ .

الباب الثاني

ويتضمن مبحثين

المبحث الأول

[في إمكان اعتبار المنافع أموالاً]

- إن اعتبار المنافع أموالاً ، أمر تقتضيه أحوال الناس في الوقت الحاضر ، وتقبله قواعد المذهب ، ولا تأباه قواعد الشرع ، وتوجيه ذلك من وجوه :
- ١- اتساع المعنى اللغوي لذلك المعنى .
 - ٢- اتساع القواعد الأصولية؟؟؟؟؟؟ في النهي عن البيع المعدوم .؟؟؟؟؟
 - ٣- اتساع قواعد المذهب من جهة أحكام العرف .
 - ٤- اتساع قواعد المذهب من جهة الإفتاء بقول غير الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه .
 - ٥- وجود جملة من النصوص الفقهية التي تعتبر المنافع أموالاً .

إن الوصول إلى هذه النتيجة هي أمنية كانت -وما تزال - يسعى إليها علماء المذهب ، لأنهم يرون قصور المذهب في هذه الجزئية .

ففي شرح مجلة الأحكام العدلية المسمى بـ [درر الحكام شرح مجلة الأحكام] يقول علي حيدر أفندي : [وللمنافع قيمة كبرى في هذا الزمان ، كما لو أنشأ أحد بنفسه قصرًا للاصطياف ، وكان أجر المثل السنوي لهذا القصر سبعون جنياً ، فانتهز شخص آخر غياب صاحب القصر وسكنه مدة ثلاث سنوات غصباً ، فعلى رأي الأئمة الحنفية لا يلزمه أجر ، أما عند الشافعي فيلزمه .

وبما أن المتأخرين - من فقهاء الحنفية - قالوا .. بضمن المنفعة في مال الوقف واليتيم ، فيجب على فقهاء عصرنا هذا أن يتشاوروا ويتخذوا قراراً

بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الأموال ، وان يحصل على إرادة سنية للعمل به] .

وكان قد قال : [ويفهم من ذلك أن فقهاءنا المتأخرون قد اخذوا في جواز هذه المسألة بقبول الإمام الشافعي دون أقوال أئمتنا الثلاث] ويقصد بهذه ضمان منافع أموال الأوقاف والأيتام ، وتجويزهم ذلك استحساناً] .

والحقيقة /

ليس المر أخذاً بمذهب الإمام الشافعي رحمه الله و لا يحتاج الأمر إلى إرادة سنية - أي أمر من ولي أمر المسلمين وهو السلطان العثماني في ذلك الحين - ، باعتبار يجوز له تخفيض العمل بأحد الآراء الاجتهادية .

بل الأقرب أن يرجح رأي الإمام زفر رحمه الله - وسنعود إلى هذا لاحقاً - ، وصاحب الدرر نفسه أشار إلى رأي زفر في كتابه^{٦٧} ، فكان الأولى ترجيح هذه الرواية والعمل بها ، ومن ثم يقويها تخصيص العمل بها من ولي الأمر .

وكذلك يقويها .. اتصال القضاء بها لان المسألة تخص أمراً مجتهداً فيه ، ويترجح بالقضاء ...

ونشرع - بعون الله جلّ وعلا - بالمقصود ، ونتكلم عن المواضيع التي أثرناها في بدء المبحث ، وكل مسألة تكون بفرع مستقل .

xxxxxxxxxxxxxxxx

الفرع الأول

[النظر في المعنى اللغوي للمال]

لو رجعنا إلى المعنى اللغوي للمال - وقد مرَّ بحثه آنفاً - ، لوجدنا أهل اللغة يقولون :

المال : ما ملكته من كل شيء .

والشيء : قد عرفنا معناه ، فهو يطلق على الموجود - في اللغة - والممكن والواجب .

فكل ما يخر عنه شيئاً ، وهو شامل للمعدوم والموجود .

وكل ما ملكته من الأشياء موجودة أو معدومة ، فهي أموال .

والمنفعة : تُملك اتفاقاً بلا خلاف - كما تقدم - ، فهي من هذا الوجه تُعد مالاً .

نعم .. قد يطلق " الشيء " بالاستعمال العرضي ، أو بالوضع العرفي ، ويراد به الموجود فقط ، لكن المعنى اللغوي يتسع للمعدوم ، والاصطلاح ... قد يزيد على معنى الوضع اللغوي ، أو يُنقص منه - وقد مرَّ - .

ونحن هنا لم نَزِد ولم نُنقص ، بل استعملنا اللفظ بـ [الحقيقة الوضعية اللغوية] ، وليس بـ [الحقيقة العرفية] .

وإذا قلنا / أن استعمال الفقهاء للمال بهذا المعنى قد جعله : [حقيقة عرفية خاصة] أي : [اصطلاحية] ..

فنقول : لقد تقرر أن : [الحقيقة تترك بدلالة الاستعمال والعادة] ، و [التعيين بالعرف كالتعيين بالنص] ^{٦٨} ، و [استعمال الناس حجة يجب العمل بها] .

على أن تحديد علمائنا الأسبقين لمعنى المال بـ : المحوز .. والمحرز لوقت الحاجة ، وغير ذلك من القيود ، مما لا دليل عليه ، ويلزم من تحديدهم ألا يكون غير المحرز لوقت الحاجة مالاً ، وهذا يُخرج كل متسارع التلف من المالية !! .

^{٦٨} الأشباه والنظائر - ٤٤٤٤ ، مجلة الأحكام / م ٣٧ ، شرح منظومة رسم المفتي من رسائل ابن عابدين

ولا قائل بهذا قط ..

نعم .. إن تحديدهم لمعنى المال مبني على : الدقة ، والمعقولية .. القائمة على :

- ١ . كون المنافع أعراضاً ، فهي لا تقوم زمانين متتاليين .
- ٢ . وهي ليست عند الإنسان عند التعامل بها ، ولكن تحدث آناً بعد آن .

و [أفتى الإمامان : أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن رضي الله عنهما .. في [ولد المغرور]^{٦٩} أنه حرٌّ بالقيمة ، وأوجبا على [المغرور] ردَّ الجارية مع [عقرها]^{٧٠} ، ولم يوجبا قيمة الخدمة ، مع علمهما أن المغرور كان يستخدمها ، مع طلب المدعي بجميع حقه ، فلو كان ذلك واجباً له لما حل لهما السكوت عن بيانه ، وبيان العقر منهما لا يكون بيان لقيمة الخدمة ، لأن المستوفى بالوطاء في حكم جزءٍ من العين ، ولهذا يتقوم عند الشبهة ، بخلاف المنفعة ، والمعنى في أن المنفعة ليست بمال متقوم ، فلا تضمن بالإتلاف كالخمر والميتة . وبيانه : أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتموُّل ، والتموُّل يكون :

بصيانة الشيء وادِّخاره إلى وقت الحاجة ، والمنافع لا تبقى وقتين ولكنهما أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ، ولهذا لا يتقوم في حق الغرماء والورثة ، حتى أن : المريض إذا أعان إنساناً بيديه ، أو أعاره شيئاً فانتفع به .. لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث ، وهذا لأن المتقوم لا يسبق الوجود ، فان المعدم لا يوصف بانه متقوم ، إذ المعدم ليس بشيء ، وبعد وجود التقوم فإنه لا يسبق الإحراز ، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين .. فكيف يكون متقوماً ؟ .

^{٦٩} ولد المغرور : ؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟

^{٧٠} العقر : ؟؟؟؟؟

وعلى هذا نقول - الكلام ما زال للسرخسي - : الإلتلاف لا يتصور في المنفعة أيضا ، لأن فعل الإلتلاف لا يحل للمعدوم ، وبعد الوجود لا يبقى ليلحقه فعل الإلتلاف ، وإثبات الحكم بدون تحقيق السبب لا يجوز .
فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعاً بخلاف القياس ، وكان ذلك باعتبار إقامة العين المنتفع بها مقام المنفعة .. لأجل : الضرورة .. والحاجة ، ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة ، وباعتبارها يعدم التقوم والإلتلاف [٧١] .

ويقول ؟؟؟؟؟؟ بن محمد أمين الله اللكنوي في كتابه [قمر الأقيار على كشف الأسرار شرح المصنف للمنار] ما يأتي :
[إن المنافع عَرَضٌ ، وكلُّ عَرَضٍ لا يبقى زمانين ، فالمنافع لا تبقى زمانين ، وغير الباقي غير محرز فالمنافع غير محرزة ، وكل غير محرز غير متقوم ، فالمنافع غير متقومة ، بخلاف المال فإنه جوهر باق متقوم ، فلا تماثل بين المال والمنافع] [٧٢] .

ويقول الزنجاني الشافعي في تخريج الفروع على الأصول :
[أنكر أبو حنيفة رضي الله عنه كونه المنافع في أنفسها أموالاً قائمة بالأعيان ، وزعموا أن حاصلها راجع إلى أفعال يحدثها الشخص المنتفع في الأعيان ، بحسب ارتباط المقصود بها ، فيستحيل إلتلافها ، فإن تلك الأفعال كما توجد تنتفي ، والإلتلاف عبارة عن قطع البقاء ، وما لا بقاء له لا يتصور إلتافه ، غير أن الشرع نزلها منزلة الأعيان في حق جواز العقد عليها ، رخصةً ، فتعين الاقتصار عليها] [٧٣] .

وقد رد على الحنفية بقوله :

^{٧١} المبسوط للسرخسي - ٧٩ / ١١ .

^{٧٢} قمر الأقيار - ٦٣ / ١ .

^{٧٣} تخريج الأصول على الفروع - ٢٦٦ .

[ونحن نقول : هذا مسلّم إذا نظرنا إلى الحقائق ، وسلطنا طريق النظر ، ولكن الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية ، بل على الاعتقادات العرفية ، والمعدوم الذي ذكره مال .. عرفاً ، وشرعاً ، وحكم الشرع والعرف غالب في الأحكام]^{٧٤}.

قلت /

وكأنني بمحمد بن حسن الشيباني يشير في تعريفه الاصطلاحي للمال بعبارة : [أو غير ذلك] .. إلى المنافع وغيرها مما يتموُّله الناس ، ولا يمنع الشرع من تقوُّمه ، ولكنه لم يصرح تاركاً الأمر لتعارف الناس .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

الفرع الثاني

[اتساع القواعد الأصولية لاعتبار " المنفعة " مالا]

لقد أورد أصحاب المتون - مستدلين لمنع بيع المعدوم - بما نقلوه من أنه : { نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم . }

ومما يفهم من النص : أن المنفعة ليست عند الإنسان وقت التعاقد عليها ، فهي منهي عن بيعها ، وبالتالي لا تعد مالا .

^{٧٤} تخريج الأصول على الفروع - المرجع السابق .

وقد تكلم العلماء عن هذا الحديث فقالوا عنه : هو حديث مركب !! .
فحديث النهي عن بيع ما ليس للإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة ،
عن عبد الله بن عمر بن العاص قال : قال رسول الله ﷺ { لا يحلُّ سلفُ
وبيعُ ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك
} .

وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وأما الرخصة في السلم فقد أخرجه البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى ، قال
: [إنَّا كنا لنسلف على عهد رسول الله ﷺ ، وأبي بكر وعمر - رضي الله
عنهما - في : الحنطة ، والشعير والتمر ، والزبيب]^{٧٥} .

وقريب من هذا ورد في حاشية الشرنبلالي على الدرر شرح الغرر ..
وكلاهما لمنلا خسرو ، لكنه اعتبر إضافة عبارة : [ورخص في السلم]
مأخوذ من حديث ابن عباس .. { من أسلف فليسلف في كيلٍ معلوم ، ووزنٍ
وزن معلوم ، إلى أجل معلوم } .. وهذا رواه الستة^{٧٦} .

وعلى كلا الاحتمالين في مصدر هذه الرواية ، فإن : [عموم النهي] في
حديث بيع ما ليس عند الإنسان ، [مخصوص] بحديث السلم والاستصناع .
ووجه تخصيصه .. أن إقرار : السلم ، والاستصناع ، مقارنٌ لحديث
النهي عن .. بيع ما ليس عند الإنسان ، إذ سكوته صلى الله عليه وسلم قبل
البيان الصريح ، هو نوع من أنواع [بيان الضرورة] .. أو [دلالة
السكوت]^{٧٧} عند أئمتنا الحنفية ، فكان إقراراً ، ومن ثم تنظيم النبي عليه
الصلاة والسلام لعقدي : السلم ، والاستصناع .. تأكيد لفظي للإقرار

^{٧٥} تعليقات الكنوي على الهداية - ٢ / ٧٦ .

^{٧٦} راجع : حاشية الشرنبلالي على منلا خسرو - المرجع السابق .

^{٧٧} نثار العقول للدكتور محمد محروس المدرس - ؟؟؟؟؟؟؟؟؟

السكوتي من المصطفى عليه الصلاة والسلام ، وإذا لم يُعلم المتأخر نحكم بالمقارنة .

وافترض أن عموم النهي عن بيع ما ليس عن الإنسان ، ناسخ لجواز العقدين - السلم والاستصناع - مردود ، للإجماع على جوازهما بعده ، فعمومه مخصوص بهما - أي : بجواز السلم والاستصناع - فيكون الحديث ظنياً بعد تخصيصه ، فجاز : تخصيصه ثانياً وثالثاً بالظني - على ما علم في الأصول - ، وجاز تخصيصه بالعرف العام ، والعرف الخاص - أي : الاصطلاحي - ، والعرف الخاص لأهل بلدٍ معين... بل جاز تخصيصه ابتداءً بهما ، كما بسطه ابن عابدين في رسالته : [نَشْرُ العَرَفِ فِي بِنَاءِ بَعْضِ الأَحْكَامِ عَلَى العُرْفِ] ^{٧٨} .

وشبيهه هذه المسألة بالذات ما أورده ابن عابدين أيضاً - في رسالته المذكورة - بقوله : [ويدل على ذلك .. أنهم صرحوا : بفساد البيع بشرط لا يقتضيه العقد ، وفيه نفع لأحد العاقدين .

واستدلوا على ذلك بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ، وبالقياس .. واستثنوا من ذلك ما جرى به العرف ، كبيع نعلٍ على أن يحذوها البائع ^{٧٩} ، قال في مُنْحِ الغَفَّارِ ^{٨٠} : فان قلت : إذا لم يفسد الشرط المتعارف العقد يلزم أن يكون العرف قاضياً على الحديث .

قلت : ليس بقاضٍ عليه ، بل على القياس لان الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به ، وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفي النزاع

^{٧٨} من مجموع رسائله - ٢ / ١١٥ .

^{٧٩} المقصود : شراؤه [نعل] فرس ، واشترطه على البائع أن يقوم بحذو الفرس بهذا النعل .

^{٨٠} اسم كتاب .

فكان موافقاً لمعنى الحديث ، ولم يبق من الموانع إلا القياس ، والعرف
قاض عليه ^{٨١} .

ثم يقول : [فهذا غاية ما وصل إليه فهمي من تقرير هذه المسألة] ^{٨٢}

قلت /

على أن المتبادر من النص ، هو عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان
من موجودٍ لا معدوم ، فالمعدوم لا يسمى : ليس عندي .. بل يقول عنه
صاحبه : لم يحدث ، فيكون إدخاله في عموم النص قياساً وإلحاقاً ، لا
شمولاً بعموم النص ولفظه .

وإذا كان إدخاله بهذه الصورة ، جاز ترك القياس بالعرف العام إنفاقاً ،
وبالنص الخاص عند البعض من أصحابنا ، كما في مسألة دفع [أجرة
النساج ببعض المنسوج] ، وهي إعطاء النساج جزءاً مما يقوم بنسجه .. فقد
أجازها أهل بلخ ، لان حرمتها ثبتت بالقياس لا بالنص ، ويجوز ترك
القياس بالعرف ^{٨٣} .

ووجه القياس : أن النص قد ورد في النهي عن [قفيز الطحان]

????????????

وفي شرح معاني الآثار للطحاوي كلام عن حديث النهي عن بيع ما لم
يقبض ، فقصره بعضهم على الطعام ، وجره على غيره .. ومنهم : أبو
حنيفة ، والصاحبان .

^{٨١} من مجموع رسائله - ٢ / ١١٩ .

^{٨٢} من مجموع رسائل ابن عابدين - المرجع السابق .

^{٨٣} راجع : رسالتنا .. مشايخ بلخ من الحنفية - ٢ / ٢٦٠ ، رسالة نُشر العرف لابن عابدين [من مجموع

رسائله] - ٢ / ١١٤ إلى ١١٥ .

واستثنى أبو حنيفة .. بيع : الدور ، والأرضين قبل قبض مشتريها إياها ، لأنها : لا تنقل ، ولا تُحوّل .

لقد نظر الإمام أبو حنيفة إلى الحكمة من عدم الجواز .. وهو : الضمان

والقول بجواز البيع في المنافع وإن لم تكن مقبوضة ، أو موجودة لدى صاحبها .. لا يكون بعيداً^{٨٤} .

الفرع الثالث

[اتساع قواعد المذهب من جهة أحكام العرف]

يقول ابن عابدين في منظومته [رسم المفتي]

والعرف في الشرع له اعتبار
لذا عليه الحكم قد

يدار .

ثم يقول :

[قال في المستصفي : العرف ... والعادة : ما استقر في النفوس من

جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول . أ . هـ .

وفي شرح التحرير : العادة : هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية .

أ . هـ .

وفي الأشباه والنظائر : القاعدة السادسة ... [العادة محكمة] ، وأصلها

قول الرسول صلى الله عليه وسلم : { ما رآه المسلمون حسناً .. فهو عند

الله حسن } .

واعلم أن اعتبار العادة والعرف ، يُرجع إليه في مسائل كثيرة ، حتى

جعلوا ذلك أصلاً .. فقالوا : [تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة] .

^{٨٤} معاني الآثار للطحاوي - ٢ / ٢١٨ إلى ٢١٩ ، الغرة المنيفة في تحقيق الإمام أبي حنيفة للغزنوي -

ثم ذكر في الأشباه : أما العادة إنما تعتبر إذا اطردت أو غلبت ، ولذا قالوا في البيع : لو باع بدراهم أو دنانير في بلد اختلفت فيها النقود ، مع الاختلاف في المالية والرواج ، انصرف البيع إلى الأغلب .
قال في الهداية : لأنه هو المتعارف ، فينصرف المطلق إليه . [أ . هـ ما نقله ابن عابدين عن الأشباه] .

وفي شرح البيري على المبسوط : الثابت بالعرف كالثابت بالنص أهـ .
ثم اعلم - والكلام ما زال لأبي عابدين - : إن كثيراً من الأحكام التي نص عليها المجتهد صاحب المذهب بناءً على ما كان في عرفه وزمانه ، قد تغيرت بتغير الأزمان بسبب فساد أهل الزمان ، أو عموم الضرورة .. كما قدمنا من إفتاء المتأخرين :

بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ، وعدم الاكتفاء بظاهر العدالة مع أن ذلك مخالف لما نص عليه أبو حنيفة .

ومن ذلك : تحقق الإكراه من غير السلطان مع مخالفته لقول الإمام بناءً على ما كان في عصره إن غير السلطان لا يمكنه الإكراه ... ثم كثر الفساد ، فصار يتحقق الإكراه من غيره ، فقال محمد باعتباره وأفتى به المتأخرون .

ومن ذلك : تضمين الساعي مع مخالفته لقاعدة المذهب ، مع أن الضمان على المباشر دون المسبب ، ولكن أفتوا بضمانه نظراً لفساد أهل الزمان ، بل أفتوا بقتله زمن الفترة .

ومنه : تضمين الأجير المشترك .

وقولهم : إن الوصي ليس له المضاربة بمال اليتيم في زماننا .

وإفتاؤهم : بتضمين الغاصب .. لعقار اليتيم ، والوقف .

وعدم إجارتة - مال الوقف - أكثر من سنة في الدور ، وأكثر من ثلاث سنوات في الأراضي ، مع مخالفته لأصل المذهب .. من : عدم الضمان ، وعدم التقدير بمدة .

ومنعمهم : القاضي أن يقضي بعلمه .

وإفتاؤهم : بمنع الزوج من السفر بزوجته ، وإن أوفاهما المعجل لفساد الزمان .

وعدم : سماع قوله أنه استثنى بعد الحلف بطلاقها .. إلا ببينة ، مع أنه خلاف ظاهر الرواية ، وعلوه بفساد الزمان .

وعدم : تصديقها بعد الدخول بأنها لم تقبض ما اشترط لها تعجيله من المهر ، مع أنها منكرة للقبض ، وقاعدة المذهب : أن القول للمنكر ، لأنها في العادة لا تسلم نفسها قبل قبضه.

وكذا قالوا : في قوله .. [كل حلّ عليّ حرام] ، يقع به الطلاق للعرف ، وقال مشايخ بلخ : وقول محمد لا يقع إلا بالنية ، أجاب به على عرف ديارهم ، أما في عرف بلادنا فيريدون به تحريم المنكوحة .. فيحمل عليه ، كما نقله العلامة قاسم ، ونقل عن مختارات النوازل : أن عليه الفتوى ، لغلبة الاستعمال بالعرف .

وكذا : مسألة دعوى الأب عدم تملكه البنت الجهاز ، فقد بنوها على العرف ، مع أن القاعدة : أن القول للمُملِك في التملك .. وعدمه .

وكذا : جعل القول للمرأة في مؤخر صداقها ، مع أن القول للمنكر .

وكذا : القول المختار في زماننا .. قولهما في : المزارعة ، والمعاملة ، والوقف ، لمكان الضرورة ، والبلوى .

وقول محمد : بسقوط الشفعة إذا أخر طلب التملك شهراً ، دفعا للضرر عن المشتري .

ورواية الحسن : بان الحرة العاقلة البالغة لو زوجت نفسها من غير كفؤ لا يصح .

وإفتاؤهم : بالعفو عن طين الشارع .. للضرورة .

وإفتاؤهم : ببيع الوفاء ، والاستصناع ، والشرب من السقي بلا بيان مقدار ما يشرب ، ودخول الحمام بلا بيان مدة المكث .. ومقدار ما يصب من

الماء ، واستقرض العجين والخبز بلا وزن ، وغير ذلك مما بني على العرف .. وقد ذكر في الأشباه مسائل كثيرة .

[ثم قال ابن عابدين] : فهذه كلها قد تغيرت أحكامها لتغير الزمان ، إما للضرورة ، وإما للعرف ، وإما لقرائن الأحوال ...

وكل ذلك غير خارج عن المذهب . لأن صاحب المذهب لو كان في هذا الزمان لقال بها ، ولو حدث هذا التغيير في زمانه لم ينص على خلافها ، وهذا الذي جراً المجتهدين في المذهب ، وأهل النظر الصحيح من المتأخرين على مخالفة المنصوص عليه من صاحب المذهب في كتب ظاهر الرواية بناءً على ما كان في زمنه ، كما مر في تصريحهم به في مسألة كل حلٍ علي حرام ، من أن محمداً بنى ما قاله على عرف زمانه ، وكذا ما قدمناه في الاستئجار على التعليم .

فان قلت : العرف يتغير مرة بعد مرة ، فلو حدث عرف آخر لم يقع في الزمان السابق .. فهل يسوغ للمفتي مخالفة المنصوص واتباع العرف الحادث ؟ .

قلت - والكلام ما زال لإبن عابدين - : نعم فان المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في المسائل المارة لم يخالفوه إلا لحدوث عرف بعد زمن الإمام ، فللمفتي اتباع عرفه الحادث في الألفاظ العرفية وكذا في الأحكام التي بناها المجتهد على ما كان في عرف زمانه ، وتغير عرفه إلى عرف آخر اقتداءً بهم ، لكن بعد أن يكون المفتي ممن له رأي ونظر صحيح ، ومعرفة بقواعد الشرع ، حتى يميز بين العرف الذي يجوز بناء الأحكام عليه .. وبين غيره ، فان المتقدمين شرطوا في المفتي الاجتهاد وهذا مفقود في زماننا ، فلا أقل من أن يشترط فيه معرفة المسائل .. بشروطها ، وقيودها التي كثيراً ما يسقطونها ولا يصرحون بها ، اعتماداً على فهم المنقعه .

وكذا لا بد من معرفة عرف زمانه ، وأحوال أهله ، والتخرج في ذلك على أستاذ ماهر ، ولذا قال في آخر [منية المفتي] : لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا ، فلا بد أن يتلمذ للفتوى حتى يهتدي إليه ، لأن كثيراً من المسائل يجاب عنها على عادات أهل الزمان ، فيما لا يخالف الشريعة . أ . هـ .

وفي الفنية : ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف .أ.هـ.

ويقرب منه ما نقله في الأشباه عن البزازية : من ان المفتي يفتي بما يقع عنده من المصلحة .

[قال ابن عابدين] : وكتبت في رد المحتار في باب القسامة : فيما لو ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة ، وشهد إثنان منهم عليه لم تقبل عنده ، وقالوا : تقبل ... الخ .

[ويتابع ابن عابدين كلامه ، فيقول] : نقل السيد الحموي عن العلامة المقدسي .. إن قال : توقفت عن الفتوى بقول الإمام ، ومنعت إشاعته لما يترتب عليه من الضرر العام ، فإن من عرفه من المتمردين .. يتجاسر على قتل النفس في المحلات الخالية من غير أهلها ، معتمداً على عدم قبول شهادتهم عليه ، حتى قلت : ينبغي الفتوى على قولهما ... لا سيما والأحكام تختلف باختلاف الأيام .أ . هـ .

وقال في فتح القدير - في باب ما يوجب القضاء والكفارة من كتاب الصوم عند قول الهداية - : ولو أكل لحماً بين أسنانه لم يفطر ، وإن كان كثيراً يفطر .

وقال زفر : يفطر في الوجهين .أ . هـ .

والتحقيق - الكلام لصاحب فتح القدير - : أن المفتي في الوقائع لا يبد له من ضرب اجتهاد ، ومعرفة بأحوال الناس ، وقد عُرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال الجنائية ، فينظر إلى صاحب الواقعة إن كان ممن يعاف طبعه ذلك

، أخذ بقول أبي يوسف ، وان كان ممن لا اثر لذلك عنده اخذ بقول زفر ..
أ . ه .

وفي تصحيح العلامة قاسم : فان قلت .. قد يحكون أقوالا من غير
ترجيح ، وقد يختلفون في التصحيح .

قلت : يعمل بمثل ما عملوا من اعتبار .. تغيُّر العرف ، وأحوال الناس ،
وما هو الأرفق بالناس ، وما ظهر عليه التعامل ، وما قوي وجهه ، ولا
يخلوا وجود من تمييز هذا حقيقة لا بنفسه ، ويرجع من لم يميز إلى من
يميز لبراءة ذمته .

فهذا - والقول لابن عابدين - كله صريح في ما قلناه ، في العمل
بالعرف ما لم يخالف الشريعة ، كالمكس .. والربا ونحو ذلك ، فلا بد
للمفتي والقاضي ، بل والمجتهد من معرفة أحوال الناس ، وقد قالوا : ومن
جهل بأهل زمانه فهو جاهل ، وقدمنا أنهم قالوا : يفتى بقول أبي يوسف فيما
يتعلق بالقضاء .. بكونه جرب الوقائع ، وعرف أحوال الناس .
والحاصل - وما زال الكلام له - :

إن العرف العام لا يعتبر إذا لزم منه ترك النصوص ، وإنما يعتبر
إذا لزم منه تخصيص النص .

والعرف الخاص لا يعتبر في الموضوعين ، وإنما يعتبر في حق أهله
فقط ، إذا لم يلزم منه ترك النص ولا تخصيصه ، وإن خالف ظاهر الرواية

وذلك كما في الألفاظ المتعارفة في الأيمان ، والعادة الجارية في العقود
من : بيع ، وإجارة .. ونحوها ، فتجري تلك الألفاظ والعقود في كل بلدة
على عادة أهلها ، ويراد منها ذلك المعتاد .

والألفاظ العرفية حقائق اصطلاحية يصير بها المعنى الأصلي كالمجاز اللغوي ..^{٨٥}. انتهى كلام ابن عابدين ونقوله عن أمهات كتب المذهب ، وقد نقلناه بطوله ، لأن الاختصار يخل بالمقصود .

ثم قال في رسالته [نشر العرف] :

[هي - أي العادة المتكررة - أنواع ثلاثة :

العرفية العامة

والعرفية الخاصة

والعرفية الشرعية

بمعانيها الشرعية .

والعرف قسمان : عملي وقولي .

والقولي : مخصص للعام اتفاقاً

ثم قال : العرف نوعان عام وخاص .

وكل منهما إما : أن يوافق الدليل الشرعي ، والمنصوص عليه في كتب

ظاهر الرواية .. أو لا .

فإن وافقهما فلا كلام .

وإلا : فإما أن يخالف الدليل الشرعي ، أو المنصوص عليه في المذهب .

ف : إذا خالف العرف الدليل الشرعي ، فإن خالفه من كل وجه بان لزم منه

ترك النص ، فلا شك في رده كتعارف الناس كثيراً من المحرمات ، من :

الربا ، وشرب الخمر ، ولبس الحرير ... وإن لم يخالفه من كل وجه : بأن

ورد الدليل عاماً ، والعرف خالفه في بعض أفراده ، أو كان الدليل قياساً ..

فإن العرف معتبر إن كان عاماً ، فإن العرف يصلح مخصصاً ... ويترك به

^{٨٥} شرح منظومة رسم المعنى - ١ / ٤٤ إلى ٤٨ من مجموعة رسائل ابن عابدين .

القياس ، كما صرحوا في مسائل : الاستصناع ، ودخول الحمام ، والشرب من السقاء .

وإن كان العرف خاصاً ... فإنه لا يعتبر .. وهو المذهب ، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره .

ثم يقول : وتجويز الاستصناع بالتعامل ، تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، لا تركا للنص أصلا ، لأننا عملنا بالنص في غير الاستصناع .

ثم تكلم ... عن العرف الخاص لأهل بلدة كـ [أجرة النساج] ، وتعامل أهل بخارى بالقرض مع استئجار المقرض لحفظ حاجة قيمتها لا تزيد على الأجر .. وقال عنها : هذه تبقى على الأصل لعدم عموم العرف .

ثم قال : [فإن قلت : قد روي عن أبي يوسف اعتبار العرف في الأشياء المنصوصة ، - ويقصد بها الأصناف الستة في ربا الفضل - ، حتى جَوَّز التساوي بالكيل في الذهب ، وبالوزن في الحنطة .. إذا تعارفه الناس ، فهذا فيه اتباع العرف اللازم منه ترك النص ، فيلزم أن يجوز - عنده - ما شابهه من .. تجويز الربا ونحوه للعرف ، وإن خالف النص .

قلت - الكلام لابن عابدين - : حاشا لله أن يكون مراد أبي يوسف ذلك ، وإنما أراد تعليل النص بالعادة ، بمعنى أنه إيمان نص على : البُر ، والشعير ، والتمر ، والملح ... بأنها مكيلة ، وعلى الذهب والفضة ... أنها موزونة ، لكونهما كانا في ذلك الوقت كذلك ، فالنص في ذلك الوقت إنما كان للعادة ، حتى لو كانت العادة في ذلك الوقت وزن البُر ، وكيل الذهب .. لورد النص على وفقها ، فحيث كانت العلة للنص على الكيل في البعض ، والوزن في البعض هي العادة ، تكون العادة هي المنظور إليها ، فإذا تغيرت تغير الحكم ، فليس في اعتبار العادة المتغيرة الحادثة مخالفة في النص ، بل فيه اتباع للنص .

وظاهر كلام المحقق ابن الهمام ترجيح هذه الرواية ، وعلى هذا -القول لابن عابدين - : فإننا نعرف الناس ببيع الدراهم بالدراهم ، أو استقراضها بالعدد - كما في زماننا - لا يكون مخالفاً للنص ، فالله تعالى يجزي الإمام أبا يوسف عن أهل هذا الزمان خير الجزاء ، فلقد سد عنهم باباً عظيماً من الربا .

ثم نقل ابن عابدين عن آخر الطريقة المحمدية للعارف البركلي قوله : ولا حيلة فيه إلا التمسك بالرواية الضعيفة عن أبي يوسف .
ثم قال ابن عابدين : ولا يخفى أن في قولهما - أي .. أبي حنيفة ، ومحمد - في هذا الزمان حرجاً عظيماً ، لما علمته من لزوم هذه المحظورات ، وقد ركزَ هذا العرف في عقولهم من : عالم ... وجاهل ، وصالح ... وطالح ، فيلزم منه تفسيق أهل العصر ، فيتعين الإفتاء بذلك على هذه الرواية عن أبي يوسف [٨٦ .

أما إذا خالف العرف ما هو ظاهر الرواية ، فيقول ابن عابدين :
[أعلم أن المسائل الفقهية ..

إما : أن تكون ثابتة بصريح النص - وهي ما تقدم - .
وإما : أن تكون ثابتة بصريح : اجتهاد ، ورأي ... وكثير منها ما يبينه المجتهد على عرف أهل زمانه ، بحيث لو كان في زمن العرف الحادث ، نقال بخلاف ما قاله أولاً .

ولهذا قالوا : من شروط الاجتهاد أن لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغيّر : عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، ... بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة

^{٨٦} باختصار عن نشر العرف لابن عابدين - ١١٢/٢ - ١١٥ من مجموع رسائله.

المبنية على : التخفيف ، والتيسير ، ورفع الضرر والفساد .. لبقاء العالم على أتم نظام ، وأحسن إحكام .

ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنهم لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به ، أخذاً من قواعد مذهبه .

فمن ذلك : إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعاليم القرآن ونحوه ، لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت في الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجره يلزم ضياعهم وضياع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالاكْتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم ، وكذا على الإمامة والأذان كذلك ، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة .. وأبو يوسف .. ومحمد ، من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليه ، كبقية الطاعات .

ثم ذكر فروعاً سبق وذكرها غيره منها :

عدم سماع الدعوى ممن عرف بحب المُرْدان^{٨٧} على تابعه الأمر بمال ، كما أفتى به : المولى أبو السعود ، والتمرتاشي ، والرملي .
وحبس المتهم بقتل .. ونحوه ، عند ظهور الأمارات^{٨٨} .
وقبول الهدية على يد الصبيان والعبيد^{٨٩} .

ثم قال رحمه الله : فهذا كله وأمثاله .. دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية ، من غير مراعاة الزمان وأهله ، وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ، ويكون ضرره أعظم من نفعه ، فإننا نرى الرجل يأتي مستفتياً عن حكم شرعي ، ويكون مراده التوصل بذلك

؟؟؟؟؟؟؟؟^{٨٧}

؟؟؟؟؟؟؟؟^{٨٨}

؟؟؟؟؟؟؟؟^{٨٩}

إلى إضرار غيره ، فلو أخرجنا له فتوى عما سأل عنه ، نكون قد شاركناه في الإثم ، لأنه لم يتوصل إلى مراده الذي قصده إلا بسببنا .

ثم قال : وبما قررنا يتبين لك أن : ما تقدم عن الأشباه عدم اعتبار العرف الخاص ، إنما هو فيما إذا عارض النص الشرعي ، فلا يترك به القياس ، ولا يخص به الأثر ، بخلاف العرف العام .

وأما العرف الخاص : إذا عارض النص المذهبي المنقول عن صاحب المذهب فهو معتبر ، كما مشى عليه : أصحاب المتون ، والشروح ، والفتاوى ، في الفروع التي ذكرناها وغيرها ،
وشمل العرف الخاص القديم والحادث كالعرف العام .

وبما قررناه - القول لإبن عابدين - اتضح لك معنى ما قاله في [القنية
[^{٩٠} وأشرنا له ... من انه ليس للمفتي ولا للقاضي ان يحكما بظاهر الرواية ،
ويتزكا العرف .

ثم ... ذكر مسألة بيع الثمار على الأشجار عند وجود بعضها دون بعض ، فقد أجازها علماؤنا للعرف ... مع أن ظاهر المذهب عدم التجويز ، وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه في : الثمار ، والباذنجان ، والبطيخ .. وغير ذلك ، ويزعم أنه مروى عن أصحابنا ، وبه كان يفتي الإمام أبو بكر محمد بن الفضل ، ويقول : أجعل الموجود أصلا في هذا العقد ، وما يحدث بعد ذلك تبعاً ، ولهذا يشترط أن يكون الخارج أكثر لأن الأقل تبع للأكثر .

وقد روي عن محمد بن الحسن .. في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز ، ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة ، ولكن يتلاحق البعض ببعض .

ولكن شمس الأئمة السرخسي قال : والصحيح عندي أنه لا يجوز هذا البيع ، لان المصير إلى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ، ولا ضرورة ها هنا ...

^{٩٠} اسم كتاب .

ثم - قال ابن عابدين - وأقول : لا شك في تحقيق الضرورة في زماننا لغلبة الجهل على عامة الباعة ، فإنك لا تكاد تجد واحداً منهم يعلم هذه الحيلة - وكان قد ذكرها - ليتخلص بها عن هذه الغائلة ، ولا يمكن العالم تعليمهم لعدم ضبطهم ، ولو علموا ذلك لا يعملون إلا بما ألفوا واعتادوا ، وتلقوه جيلاً عن جيل ، ولقد صدق الإمام الفضلي في قوله : ولهم في ذلك عادة ظاهرة ، وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج . فهو نظر إلى أن ذلك غير ممكن عادة ، فأثبت الضرورة ، والإمام السرخسي نظر إلى أنه .. ممكن عقلاً بما ذكره من الحيلة ، فنفى الضرورة ، ولا يخفى أن المستحيل العادي لا حكم له - وإن أمكن عقلاً - ، وفيما ذكر الإمام الفضلي تيسير على الناس ... ، نعم من كان عالماً بالحكم لا يحل له مباشرة هذا العقد لعدم الضرورة في حقه فتأمل] ⁹¹ .

قلت /

نخلص إلى القول :

أن ... اعتبار المنفعة مالم يكن في عرف أهل زمانهم ، وتخصيص عموم النص جائز بالعرف العام ، والفتوى بغير ظاهر المذهب مراعاة لتصحيح عمل الناس .

وأن ... ترجيح الرواية الضعيفة - وهو ما روي عن الإمام زفر - يكون مقبولاً ، فكل أصول المذهب وقواعده تتسعه .. والله اعلم .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

⁹¹ ملخصاً عن : نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف - ٢ / ١١٢ إلى ١٤٥ .. راجع : مجموع

رسائل ابن عابدين .

الفرع الرابع

[اتساع قواعد المذهب للإفتاء بغير قول الإمام أو غير ظاهر الرواية]

لقد تبين لنا هذا الأمر مفصلاً في الفرع السابق ، وفي ذلك الأمر قواعد بسطها ابن عابدين في رسم المفتي ، وأول رد المحتار ، وذكرت بعضها في كتابي مشايخ بلخ من الحنفية .

وفي نشر العرف لإبن عابدين قال :

[لا يخفى أن في قولهما في هذا الزمان حرجاً عظيماً ، لما علمته من لزوم هذه المحظورات ، وقد ركزَ العرف في عقولهم .. من : عالم وجاهل ، وصالح وطالح ، فيلزم منه تفسيق أهل العصر ، فيتعين الإفتاء بذلك على هذه الرواية عن أبي يوسف ... وعلى الكل فينبغي الجواز ، والخروج من الإثم عند الله تعالى .

إما : بناء على العمل بالعرف .

أو : للضرورة ، فقد أجازوا ما دون ذلك في الضرورة] .

قلت /

وعلى هذا فإن ما استقر في نفوس الناس وعقولهم ون عالم وجاهل ، وصالح وطالح ، أن المنافع أموالاً وهي مقومة أيضاً ، ولها اعتبار في التعامل ، ويعتاض العموم عنها ، فلا بد من تصحيح أفعال الناس ، وحملها على الصواب والصحة ما أمكن^{٩٢} ، مساندة للمذهب لأحوال الناس وحاجاتهم ، ولا يعد ذلك خروجاً على أصوله ، بل هو عين أصله ، وقد تقدم في الفرع السابق البيان .

فالإفتاء بما روي عن الإمام زفر بن الهذيل من كبار تلامذة الإمام الأعظم أبي حنيفة رحمه الله ، في اعتبار المنافع أموالاً ، يكون متعيناً في

^{٩٢} راجع : تقرير لجنة وضع المحلة ؟؟؟؟؟؟؟

زماننا ، والأخذ به أولى من ترجيح مذهب الغير - كما تمنى صاحب [درر الحكام شرح مجلة الأحكام] السيد علي حيدر أفندي ، وأراد اقترانه بالإرادة السلطانية^{٩٣} ، ليتصل به حكم القضاة .

فلسنا - بموجب هذا - بحاجة إلى كل ما ذكر ، فيكفي ترجيحه والأخذ به من أفاضل هذا العصر والزمان^{٩٤} ، فهو كافٍ .. فترجيحه يكون لـ :
تعارف الناس ، وللضرورة ، وللحاجة ، وللتعامل .

وبكل ما تقدم يترك ظاهر المذهب ، ما دام ذلك الظاهر ليس عين النص ، بل مما يتسعه الاجتهاد ، ومسألتنا هذه هي من هذا القبيل - وقد تقدم بيان ذلك مفصلاً - ، فذلك هو عين الأخذ بالمذهب .

فقد ترَجَّح الأخذ بقولهما - أبي يوسف ومحمد - في مسائل [المزارعة]^{٩٥} للحاجة ، وترجح الإفتاء برأي الإمام زفر رضي الله عنه في سبع عشر مسألة^{٩٦} .

ورجحوا العمل بقول أهل بلخ في بيع [الشرب] مستقلاً - وهو عرف أهل بلدة واحدة - .. وكذا [بيع الوفاء]^{٩٧} ، و [بيع الاستغلال]^{٩٨} ... وغيره .. وغيره .

ف " اعتبار العرف الخاص ببلدة واحدة قول في المذهب ، والقول الضعيف يجوز العمل به عند الضرورة " ^{٩٩} .

فما ظنك والعرف عام ، والقائلون بذلك بعض أصحابنا .

^{٩٣} ؟؟؟؟؟؟؟؟؟

^{٩٤} كان المقصود .. هم : أعضاء المجمع الفقهي الهندي في الدورة الثالثة ، والمعقود في مدينة [بنكلور] في جنوب بلاد الهند .

^{٩٥} ؟؟؟؟؟؟؟؟؟

^{٩٦} ذكرها ابن عابدين في شرح رسم المفتي .

^{٩٧} بيع الوفاء : ؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟

^{٩٨} بيع الاستغلال : ؟؟؟؟؟؟؟

^{٩٩} شذا العرف - ٢٠ / ١٢٣ .

ويقول في موضع آخر من منظومته [رسم المفتي] ١٠٠ :
ولا يجوز بالضعيف العمل ولا به يحاب من جار
يسأل
إلا لعمال له ضرورة أو من له معرفة
مشهورة

قلت /

فالإفتاء برأي زفر تملية الضرورة ، وتصحيح أعمال الناس ١٠١ ،
وتتسع قواعد المذهب ، لكي يجاري المذهب حاجات المكلفين ، ولا يكون
بعيداً عن الواقع ، وقد أسهنا في نقل الفروع المؤيدة لمثل ما نريد عمله
اليوم .

وبالتالي فترجيح رأي الإمام زفر يكون مقبولاً جداً ، إذا صدر من
أمثالكم ، وأنتم [لكم معرفة مشهورة] ١٠٢ .

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

الفرع الخامس

[وجود جملة من النصوص الفقهية التي تعتبر المنافع أموالاً]

١٠٠ ١٤٨/١ من رسائله.

١٠١ راجع الهامش رقم - ٩٢ .

١٠٢ المخاطبون هم .. أعضاء المجمع الفقهي الهندي ، وهم كبار فقهاء هذا المذهب في زماننا ، وراجع : مجلة
[بحث ونظر] التي يصدرها المجمع الفقهي الهندي ، وفيها أسماء الحضور ، وكذلك موقعهم على الانترنت

.. وهو : islamicfighAcademy(india)

إننا بترجيحنا قول من قال أن المنافع من الأموال ، لا نكون آتين
بجدید في مذهب الحنفية ، بل ما قالوه في مواضعه ، كان بسبب تحکیم
العرف الذي لا يعتبره مالاً ، وأما في مواضع أخرى :

أولاً / فقد جعلوا للمنفعة بدلاً مالياً ، لكي يُعتاض عنها ، في [الإجارة]
. وحددوا طرق تحديد المنفعة التي سيستعاض عنها في الإجارة .. بثلاثة
أمور :

- بيان المدة .. كالسكنى والزراعة .
- تسمية العمل الذي يُستأجر العامل لأجله .. كالاستئجار على صبغ
ثوب أو خياطته .
- الإشارة .. كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا^{١٠٣} .

ثانياً / وهناك ما اعتيذ عنه في غير الإجارة ، وضُمن بالجناية ،
وحدد بغير هذه الطرق المذكورة آنفاً .. من ذلك ما قالوا في ديات كثيرٍ من
أجزاء الجسم ، والتي فيها نوع جمال ، أو منفعة مباشرة للإنسان .
والجمال .. والمنفعة ، كلاهما من الأمور المعنوية ، وجعلوا لهما بدلاً
أو عوضاً ، وبالتالي .. اعتبرتا من الأموال .

إذن

جعل فقهاء الحنفية أنفسهم : ما كان معنوياً .. جعلوه مالاً ، فمما حدوده
من معنى للمال في تعريفهم له - وقد مرَّ - ، تناقضه فروغٌ أخرى .
فنصل إلى أن : تعريفهم للمال كان بحسب عرفٍ خاصٍ جارٍ في
التعامل ، ولما انتقلوا إلى غير ما عليه ذلك العرف الخاص ، فقد تغيَّر
موقفهم !! .

^{١٠٣} الاختيار - ٢ / ٥١ ، الكتر بشرح العيني - ٢ / ١٩١ .

وترى هذا واضحاً في النص الآتي ، والذي سننقله بطوله ولفظه :

[وفي النفس الدية ... وكذلك في : الأنف ، والذکر ، والحشفة ،
والعقل ، والشم ، والذوق ، والسمع ، والبصر ، واللسان وبعضه إذا منع من
الكلام ، والصلب^{١٠٤} إذا منع من الجماع ، أو انقطع ماؤه ، أو احدودب ،
وكذا إذا أفضاها^{١٠٥} فلم يستمسك البول .

والأصل في ذلك : أنه متى أزال الجمال على وجه الكمال ، أو أذهب
جنس المنفعة أصلاً .. تجب الدية كاملة .

لأن / تفويت جنس المنفعة .. إتلاف للنفس معنى في حق تلك المنفعة .
ولأن / قيام النفس معنى بقيام منافعها ، فكان تفويت جنس المنفعة
كتفويت الحياة .

و-لأن- / الجمال مقصودٌ في الحيوانات كالمنفعة ، ولهذا تزداد قيمة
المملوك بالجمال .

و-لأن- / تفويت جنس المنفعة إنما أوجب الدية .. تشريفاً وتكريماً
للأدمي ، وشرفه بالجمال ، كشرفه بالمنافع .. فيتعلق به كمال الدية
ثم يقول النص : ... إذا ثبت هذا فنقول - القول للمؤلف - :

إذا قطع الأنف أزال الجمال على الكمال ، وكذا المارن^{١٠٦} والأرنبة^{١٠٧}
.. والكل عضوٌ واحد ...

وفي قطع الذکر تفويت منفعة : الوط ، واستمساك البول ، ورمي الماء
ودفقه ، والإيلاج هو طريق العلق عادة .

١٠٤ الصُّلب : ؟؟؟؟؟؟؟

١٠٥ أفضى المرأة : ؟؟؟؟؟؟

١٠٦ المارن : ؟؟؟؟؟؟؟

١٠٧ الأرنبة : ؟؟؟؟؟؟؟

وأما الحشفة : فهي الأصل في منفعة .. الإيلاج ، والدفق . والقصبه تبع له .

وأما العقل : فمنفعته أعظم الأشياء ، وبه ينتفع لندياه وآخرته ، ومنافعه أعظم من أن تحصى .

والشم ، والدوق ، والسمع ، والبصر : منافع مقصودة .

وعمر رضي الله عنه - قضى في ضربة واحدة بأربع ديئات ، حيث ذهب بها : العقل ، والكلام ، والسمع ، والبصر .

وفي قطع اللسان : إزالة منفعة مقصودة .. وهي منفعة النطق ، وكذلك إذا زالت بقطع البعض .. لوجود الموجب ، ولو عجز عن الأكثر تجب كلّ الدية ، لأنه فأتت منفعة الكلام ، وإن قدر على أكثرها فحكومة عدل^{١٠٨} لحصول الإفهام لكن .. مع خلل .

فإذا فات الجماع : وجب دية كاملة ، وبانقطاع الماء بفوت جنس المنفعة .

وبالحدبة : يزول الجمال على وجه الكمال ، فلو زالت الحدبة .. لا يجب شيء لزوال الموجب .

واستمسك البول : منفعة مقصودة ، فتجب الدية بزوالها .

وما في البدن اثنان ففيهما الدية ، وفي أحدهما نصف الدية : وهي الأذنان ، والعينان .

والعينان إذا ذهب نورهما - سواء ذهبت الشحمة أم بقيت - : لأن المنفعة بالنور لا بالشحمة .

واللحيان ، والشفتان ، والحاجبان ، واليدان ، والرجلان ، وسمع الأذنين ، وثديا المرأة ، وحلمتاها : لأن اللبن لا يستمسك بدونهما ، وبفواتهما تفوت منفعة .. الإرضاع .

والأنثيان ، والإليتان : إذا استؤصل لحمهما ، حتى لا يبقى على الورك لحمٌ .

والأصل فيه :

١. ما روى سعيد بن المسيّب : أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : { في العينين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الشفتين الدية } .

٢. وفي كتاب عمرو بن حزم : وفي العينين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية .

٣. ولأن المنفعة تفوت بفواتها ، أو الجمال كاملاً ، وبفوات أحدهما

بفوات النصف .

وإذا قطع الأنثيين مع الذكر ، أو قطع الذكر ثم الأنثيين : ففيها ديتان ، لأن منفعة الأنثيين بعد قطع الذكر قائمة .. وهي إمساك المنى والبول .

فإن قطع الأنثيين ثم الذكر : ففي الأنثيين .. الدية ، وفي الذكر حكومة عدل ، لأنه :

١. بقطع الأنثيين صار خصياً ، وفي ذكر الخصي حكومة .

٢. ولأنه اختلت منفعته بقطع الأنثيين - وهي منفعة الإيلاد - ، فصار

كاليد الشلاء

وفي كل إصبع عشر الدية وفي قطع الكل تفويت جنس

المنفعة .. فتجب دية كاملة والكف : تبع للأصابع ، لأن منفعة

البطش بالأصابع ، والدية وجبت بتفويت المنفعة وفي كل سن

..... ، ولو أعاد المقلوعة إلى مكانها فنبتت ، فعليه الأرش^{١٠٩} ،

وكذلك الأذن ، لأنها : لا تعود إلى الحالة التي الأولى من المنفعة والجمال

.....

ولو اسودت السن من الضربة ، أو احمرّت ، أو اخضرّت : ففيها الأرش كاملاً ..

لأنها : تبطل منفعتها إذا اسودّت ، فإنها تتناثر ، ويفوت منفعة الجمال كاملاً .

ولو اصفرّت : فعن أبي حنيفة حكومة عدل ...

لأن : الصفرة لا تذهب منفعتها ، بل توجب نقصانها ، فتجب الحكومة

.....

وأما اللحية : فلأن فيها جمالاً كاملاً ، لقوله عليه ا لصلاة والسلام :
{ ... سبحان من زيّن الرجال باللحي ، والنساء بالذوائب { الخ }^{١١}

نجد من النص المتقدم ، ما يأتي من أمور /

الأول / قصاص ودية كسر السن ، فلم يجعلوا للجانب المادي اعتباراً .. من
الكبر ، والصغر ، وغيرهما .. لاستواء الكل في المنفعة .

الثاني / أن الشرع أقام حكمه في القصاص .. والدية ، على : منفعة ما
أزالته الأفعال المحرّمة شرعاً ، وجعل الدية متساوية لتساوي المنفعة .
فجعل المنفعة مدار الحكم .. والتقدير ، فهي ملاحظة بالإعتياض .

^{١١} الاختيار لتعليل المختار - ٥ / ٣٧ إلى ٤٠ .

تاسعاً / وكان أبو جعفر الهنداوني^{١١٢} يقول في اللحية : إنما تجب الدية إذا كانت كاملة ، لأنها يتجمل بها ، أما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها ، وإن كنت غير متفرقة ولا يتجمل بها ، وليست مما تشين ... ففيهما حكومة عدل^{١١٣} .

قلت/

١ . فيصبح القصاص مالاً باختيار المُقتَص ، ويصبح مالاً لقاء فوات المنفعة .
إذن - لم يكن المال مقتصراً على ما عدّوه مالاً ، وقد مرّ بك معناه آنفاً^{١١٤} .

٢ . وفيه دليل : على أن اعتبار المُعتَبَر للمنفعة مالاً .. مقبول من :
الشرع ، ونصوص
المذهب .

لان : ذلك موجود في نصوصه ، ومأخوذ من نصوصه .

٣ . وما كان مالاً ، ومتقوماً شرعاً - كما ظهر لنا - فإنه يجوز :
الاعتياض عنه ، وبيعه وشراؤه ، والتنازل عنه مقابل مال ، والتبرع به ، والوصية به ، ووقفه .

^{١١٢} أبو جعفر الهنداوني : ؟؟؟؟؟؟؟؟؟

^{١١٣} الاختيار - ٣٨/٥ - ٣٩ .

^{١١٤} راجع : الباب الأول / المبحث ؟؟؟؟؟

إن وقف المنفعة ، والوصية بها .. مما جرى به العمل ، ومما
أجازہ علماء المذهب من غير تكبير ، فراجعہ^{١١٥} .

xxxxxxxxxx

المبحث الثاني

[في بيع الحقوق]

لقد تقدم عند بيان معنى "الحق" اصطلاحاً ، أن هناك حقوقاً :
مالية ، وأخرى غير مالية .
وتمول بعض الحقوق ، وعدم تمويل الأخرى - على ما نرى - . هو
: نصوص الشارع ، وتعارف الناس .
ولذلك حينما اعتبر [حق الدين] حقا مالياً ، فلأن :
١ . نص الشارع اعتبره كذلك^{١١٦} .
٢ . وكذلك عمل الناس .. وعليه إجماعهم .

^{١١٥} راجع : ؟؟؟؟؟؟؟؟؟ظ

^{١١٦} البقرة / ٢٨٢ ، في قوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى
وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي
عليه الحق وليتق الله ربّه ولا يخس منه شيئاً } .

٣. ويدل عليه المنقول ... فحينما اعتبر المتأخرون : حق التصرف في الأراضي الأميرية ، حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه ، والتنازل ، وغيره .

وكذلك اعتبارهم : حق التنازل عن الوظيفة العامة مقابل بدل ، أمراً جائزاً .

فكل هذا وغيره .. حصل : للتعرف ، وللحاجة ، وللضرورة ... وهي أمورٌ قد جوّرت هذا ، والجأت إليه.

وتقسيمهم الحقوق إلى :

١. ما يقبل جواز الإسقاط بلا بدل .. وتسمى [الحقوق المجردة] .
٢. والأخرى لا تسقط بل تنتقل .. وتسمى [الحقوق المجردة] .
فهذا تقسيم اعتباري .. ، فحتى ما أسموه [بالحقوق المجردة] ، هو في الحقيقة ينتقل ، إذ تسلم الأرض التي ترتب عليها الحق لصاحبها بلا حقوق للغير ، فكأنما خلصت له الأرض ، بعد أن انتقلت تلك الحقوق إليه ، وانتقالها بالإسقاط ... بإسقاط [الحق] في ذلك [الحق] ، وإلا فإن ذلك الحق موجود لا يزول ، ولا يسقط بالإسقاط .

وعليه فلا مانع من نصوص المذهب ولا قواعده ، على ما قررنا في المنافع ، من جواز اعتبار الحقوق أموالاً ، وجواز بيعها استقلالاً ، واستغلالها ، وتحويلها إلى مردود مالي .

على أن حيازة [الحق] .. قد يكون بـ : حيازة مستتده ، فالفكرة حينما تدون ، فلا نقول أنها تباع بذاتها ، بل إذا كتبت ودونت ، فكان ذلك التدوين على الورق ، مبيحاً لبيعه الورق - بما فيه من أفكار - بما شاء المدون ، وليس بيعها يكون مقابل سعر الورق فقط .

فان شئت قلت :

هي أجرة عمله وتعبه ، واحتباسه للوصول إلى هذه النتيجة التي دونها ،
مثل :

١. أجرة المعلم للقرآن - على رأي المتأخرين - .
٢. وأجرة القائم بشؤون الناس العامة في الوظائف .
٣. أو أجرة .. المفتي والقاضي ، لقاء كتابة الأول للفتوى ، واحتباس الثاني للقضاء ،

قلت /

فكذلك الحال بالنسبة لأصحاب الأفكار والابتكار ، لهم حقوق يستطيعون الاعتياض عنها عند تدوينها ، وكتابتها ، وعدم بيع ما دونوا إلا بما شأؤوا من بدل .
فإن .. كتبوا ذلك بنسخ عديدة ، كان بيعاً للكتاب ، وهذا ما جرى عليه العمل في بلاد الإسلام منذ عهد بعيد .
أما : حق المؤلف في نسبة الأفكار إليه ، ومحااجة من استغل الفكرة ، وطلب العوض عن الضرر الأدبي الذي يصيبه جراء عدم الإشارة إلى ذلك ، فهو : حق مضمون ، ولا غبار عليه ما دام العرف قد جرى به ، وتوسع القواعد والأصول على ما قدمنا .

على أن بعض نصوص المذهب ، قد دلت على هذا صراحة ، منها :

أ - الاطلاع على مواطن النساء ... مسقط للعدالة. فحق أصحاب الدار في الأمن والاستقرار في دارهم ، والنساء بالأخص : فقد جعل الشارع خرق هذا الحق مقابلاً بشيء آخر ، وهو إسقاط [حق] من حقوق المسلم ، ألا وهي ... العدالة .

وفي هذا بيان : للمقابلة بين الحق وغيره - معاوضته - ، وفيه بيان
لاعتبار الحقوق من حيث الجملة .

ب - اعتبار الشرع الطلاق قبل الدخول موجباً لنصف المهر . وما ذلك
الطلاق إلا استعمال الزوج لـ [حقه] استعمالاً غير جائز ، فجعل للضرر
الأدبي - أي : حقه في ألا تلاك سمعتها - ، مقابلاً مالياً معيناً .

ج - واعتبار المتأخرين [بدل الخلو] .. حقاً جائزاً في الوقف .
إذن / يجوز تعميمه إلى غيره .. لجريان العرف بذلك . وهذا ما اقره
المجمع الفقهي الهندي بدورته [؟؟؟؟] [؟؟؟؟؟؟؟] .

د - وحق ورثة الجنين الذي ألقته أمه بضربة من الغير ، بـ [غرة]^{١١٧}
على عاقلة^{١١٨} الضارب .

فكون : المرأة لها [الحق] بالاحتفاظ بجنينها في بطنها إلى حين ولادته
حياً - وهو أمر مشروع .. ومقر - ، فالاعتداء عليه جعل له الشرع مقابلاً
وهذا خلاف القياس ، وخلاف ما عمل عليه أهل الجاهلية .

[فمن ضرب بطن امرأة .. فألقت جنيناً ميتاً ، ففيه [غرة] خمسون
ديناراً على العاقلة ذكراً كان .. أو أنثى] .

والقياس .. ألا يجب فيه شيء .. لأنه لا يُعلم حياته ، والظاهر لا
يصلح للإلزام إلا أننا تركنا القياس ، لما روي : [أن امرأة ضربت بطن
ضرتها بعمود فسطاط ، فألقت .. جنيناً ميتاً ، فاختصمنا إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، فحكم على عاقلة الضاربة بالغرة .. عبداً ، أو أمة ،
أو قيمتها خمسمائة] .

^{١١٧} الغرة : ؟؟؟؟؟؟؟

^{١١٨} العاقلة : ؟؟؟؟؟؟؟

وفي رواية : [أو خمسمائة] ، ولم يستفسر ذكراً كان أم أنثى ، لأنه يتعذر التمييز بين الذكر والأنثى في الجنين ، فيسقط اعتباره دفعاً للحرَج .
وفي رواية : فألقت جنيناً ميتاً وماتت ، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم : على عاقلة الضارب بالدية ، وبغرة الجنين [رواه المغيرة ، وقال : فقام عم الجنين فقال : انه قد اشعر ، وقام والد الضاربة - وفي رواية أخوها .. عمران بن عويمر الأسلمي - ، فقال : كيف ندي مَنْ : لا أكل ، ولا شرب ، ولا صاح ، ولا استهل ، ودم مثل ذلك يُطل ! ، فقال عليه الصلاة والسلام : { أسجّع كسجع الكهان ، فيه غرة : عبد ، أو أمة . وكذلك رواه محمد بن مسلمة .

هـ - وكذا إذا أخرج المرء إلى طريق العامة روشناً أو ميزاباً .. الخ ، جاز انتزاعه لأنه حق مشترك ، وإذا سقط على الماشي فعطب ، فالدية على عاقلته لأنه : [متعد فيه بشغل طريق المسلمين هواءه بما ليس له حق الشغل] ^{١١٩} .

و - وكذا .. [إذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة ، فطالبه بنقضه مسلماً أو ذمي ، فلم ينقضه مدة أمكنه نقضه فيها ، حتى سقط ضمن ما تلف به .
والقياس : أنه لا يضمن ، لأن الميلان وشغل الهواء ليس بفعله ، فلم : يباشر القتل ، ولا بسببه .. فلا ضمان عليه .
وجه الاستحسان : أن الهواء صار مشغولاً بحائطه ، والناس كلهم فيه شركاء - على ما مرَّ -] ^{١٢٠} .

^{١١٩} الاختيار - ٥ / ٤٥ .

^{١٢٠} الاختيار - ٥ / ٤٦ .

ز- ما ورد في المبسوط .. أنه يجوز للسلطان التعزير لأخذ المال من المماطل ، كضمان عن أضرار التأخير^{١٢١} ، وذلك يعني ان " حق " صاحب المال في وصول الحق إليه ، يجوز الاعتياض عنه . ؟؟؟؟؟؟ نتحقق من النص ؟؟؟؟؟؟

ح - وعن محمد بن الحسن الشيباني : [تجب حكومة العدل بقدر ما لحق المصاب من ألم في الجراحات التي تندمل .

قلت / وهذا يعني : أن حق الإنسان في أن يعيش بأمان وطمأنينة ، وألا يُسبب له أحدٌ : ألماً ، أو أذىً . وقد جعل قُبالته حقاً مالياً ، فضلاً عن العقوبات التعزيرية .

ط - وأحكام [حكومة العدل] غالبها تصب في هذا المآل ، بل هي جهة أخرى تدل على اعتبار ما فات الإنسان من منفعة في الأمن والراحة قد اعتبر مالا ، وكل هذا جائز ، والوجهان مقبولان .

ي - وحق الإنسان في الحياة ، قد جعل له حق المطالبة بالزكاة ، وحق المطالبة بالمال فيما زاد عنها عن الزكاة للمحتاج . وهذا أمر معلوم .. ولا حاجة لنقل النصوص فيه ، فهو مشهور معلوم .

ك - وحق الضيف في الضيافة ، ومما ورد في الآثار .. أنه : يقاتل على حقه^{١٢٢} ، ولسنا بحاجة الى نقل النصوص لمعلومية هذا .

^{١٢١} المبسوط - ٣ / ١٧٨ .

^{١٢٢} ؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟

ولو تتبعنا هذا في نصوصهم لوجدنا الكثير .. الكثير . ولدى المتأخرين ما هو أكثر .

فحيهلا إلى .. توسعة المذهب بفتاوى علمائه ، والمتتبعين لجزئياته ، فالحقوق متى اعتبرها العرف : متمولة .. ومقومة ، ولم يكن هناك نص من الشرع بخلاف ذلك ، فالقواعد تتسع هذا ولا تأباه والله جلّ وعلا أعلم .
ولسنا في معرض دراسة طبيعية حق : التأليف ، والابتكار ، والاحتفاظ بالعلامة التجارية ، والإسم التجاري ... وغيرها - كما يفعل القانونيون - ، ليجعلوا هذا الحقوق ضمن الحقوق : العينية ، أو الشخصية ، أو الأدبية - وهي ما ابتكروه مؤخراً ، وقد كتبت في ذلك رسائل علمية في شتى الجامعات والكليات الاسلامية .. بل سنعالج أمرين آخرين لأهميتهما ، وهما : استنساخ الأقراص الليزرية .. وكذا أشرطة الفيديو .. وأشرطة الكاسيت ، و [بدل الخلو] ، فقد كثر الكلام حول المسألتين ، والنتائج التي يتوصل إليها الباحثون لها تأثير بالغ .. في : حقوق مالية يمكن المطالبة بها - من هذه الجهة أو تلك - ، ومنع انتشار ما تحويه تلك التسجيلات - بأنواعها - وحجها في نطاق محدود ، نظراً لغلاء النسخ الأصلية ، ورخص المنسوخة !! .

الباب الثالث

في

دراسة بعض المعاملات ذات المساس ببيع الحقوق

[وتتضمن دراسة : استنساخ الأقراص الليزرية - السيديات - ، وبدل الخلو

]

والأصح :

وبناءً على ما تقدم نقول :

١. أن إنشاء [السيدي] بفكرته ، هو حق معنوي ، وهو مال بما قررناه ، ولجريان العرف بذلك ، ولحمايته بقوانين الدول .
٢. ويعارض ما تقدم أن مشتري القرص يصبح مالكا له ، ويتضمن حق الملكية التامة ، ما يأتي :

 - أ. حق الاستعمال من ذات المالك ، وإعارة المنفعة بلا بدل ، وإقراضه إلى أن يرد مثيله .
 - ب. حق الاستغلال بالتأجير ، وجني منافع المملوك .
 - ج. حق التصرف به ، بالبيع ، والهبة ، والهدية ، والصدقة ، وأنواع التبرعات .

ومن المتفق عليه عدم جواز تقييد حق الملكية عند البيع بشرط من البائع ، فبعد تمام البيع من باب أولى .

فيترتب على ذلك - خروجاً من هذا التعارض - أمور :

الأول / يحق لصاحب فكرة ما يوضع في القرص المسمى [سيدي] بيع الفكرة ، لأنها مال - كما تقرر - ، وإذا عمله قرصاً هو فيكون له حقان : حق بيع الفكرة .. وهذا شئ معنوي ، وحق بيع القرص .. وهذا شئ مادي .

الثاني / مشتري القرص تكون ملكيته تامة ، تتضمن العناصر الثلاثة أعلاه ، فيحق له بيعه ، وتأجيريه ، ويحق له إعارته ، وهبته ، والتصديق به . وكل ذلك لا يشكل إشكالاً

فينبغي - بمقتضى القواعد - جواز [استنساخه] وبيع القرص الجديد ، ويكون سعر القرص الجديد متضمناً لـ : قيمة القرص ، وقيمة العمل بالنقل ، وقيمة المعلومات التي بداخله .
وحقيقة الحال : أن هذه المعلومات لم تعد حكراً لصاحب الفكرة بعد بيعها .

الثالث / لا يجدي وضع القسم في بداية القرص [السيدي] الذي يتضمن الإلتزام من قارئه الإحجام عن نسخه وبيع النسخ .
وهذا القسم غير ملزم ، لأنه :

١ . لا نية فيه .

٢ . يجوز الاستثناء بعده بقول [إن شاء الله] فلا يلزمه اليمين حينئذ .

الرابع / لم لا تعد مشكلة مسائل : تأجير السيدي ، وإعارته ، وهبته ، والتصديق

به ..؟ ، وحصرت المشكلة في [الاستنساخ] ؟ .

وعلى هذا فليس أماننا إلا أمرين ، وهما :

الأول - أن يمنع وليُّ الأمر من النسخ العام والكثير ، بناءً على المصلحة القائمة على .. أن الاستنساخ بسعرٍ أرخص يمنع منعاً واقعياً أصحاب البرامج من استمرار ابتكاراتهم ، وذلك عند تقويت النفع المادي عنهم .

الثاني - أن يكون إنتاج النسخة الأصلية بسعرٍ مقارب لسعر المستنسخة ، فيعزف المشترون عنها إلى الأصلية .

وبغير هذا لا تسعف القواعد والوقائع على هذا المنع ، أو القول بالحرمة . بل قد يكون النسخ في البلاد الفقيرة ، والتي يتعذر على مواطنيها شراء الأصيلة .. أمر واجب من ناحية الشرع ، لما فيه من تيسير العلم وبذله لطلابّه ، وغير خافٍ ما ورد في ذلك من نصوص ، وحق هؤلاء بتحصيل العلم أسوةً بالأغنياء .

والحمد لله ربّ العالمين ~

وبناءً على ما تقدم نقول :

- ٣ . أن إنشاء [السيدي] بفكرته ، هو حق معنوي ، وهو مال بما قررناه ، ولجريان العرف بذلك ، ولحمايته بقوانين الدول .
- ٤ . ويعارض ما تقدم أن مشتري القرص يصبح مالكاً له ، ويتضمن حق الملكية التامة ، ما يأتي :

ب. حق الاستعمال من ذات المالك ، وإعارة المنفعة بلا بدل ، وإقراضه إلى أن يرد مثيله .
ب. حق الاستغلال بالتأجير ، وجني منافع المملوك .
ج. حق التصرف به ، بالبيع ، والهبة ، والهدية ، والصدقة ، وأنواع التبرعات .

ومن المتفق عليه عدم جواز تقييد حق الملكية عند البيع بشرط من البائع ، فبعد تمام البيع من باب أولى .
فيترتب على ذلك - خروجاً من هذا التعارض - أمور :
الأول / يحق لصاحب فكرة ما يوضع في القرص المسمى [سيدي] بيع الفكرة ، لأنها مال - كما تقرر - ، وإذا عمله قرصاً هو فيكون له حقان : حق بيع الفكرة .. وهذا شئ معنوي ، وحق بيع القرص .. وهذا شئ مادي .

الثاني / مشتري القرص تكون ملكيته تامة ، تتضمن العناصر الثلاثة أعلاه ، فيحق له بيعه ، وتأجيره ، ويحق له إعارته ، وهبته ، والتصديق به . وكل ذلك لا يشكل إشكالاً
فينبغي - بمقتضى القواعد - جواز [استنساخه] وبيع القرص الجديد ، ويكون سعر القرص الجديد متضمناً لـ : قيمة القرص ، وقيمة العمل بالنقل ، وقيمة المعلومات التي بداخله .
وحقيقة الحال : أن هذه المعلومات لم تعد حكراً لصاحب الفكرة بعد بيعها .

الثالث / لا يجدي وضع القسم في بداية القرص [السيدي] الذي يتضمن الإلتزام من قارئه الإحجام عن نسخه وبيع النسخ .
وهذا القسم غير ملزم ، لأنه :
٣ . لا نية فيه .

٤ . يجوز الاستثناء بعده بقول [إن شاء الله] فلا يلزمه اليمين حينئذ .

الرابع / لم لا تعد مشكلة مسائل : تأجير السيدي ، وإعارته ،
وهبته ، والتصدق

به ..؟ ، وحصرت المشكلة في [الاستنساخ] ؟ .

وعلى هذا فليس أمامنا إلا أمرين ، وهما :

الأول - أن يمنع وليُّ الأمر من النسخ العام والكثير ، بناءً على
المصلحة القائمة على .. أن الاستنساخ يسعر أرخص يمنع منعاً
واقعيّاً أصحاب البرامج من استمرار ابتكاراتهم ، وذلك عند تقويت
النفع المادي عنهم .

الثاني - أن يكون إنتاج النسخة الأصلية يسعر مقارب لسعر
المستنسخة ، فيعزف المشترون عنها إلى الأصلية .

وبغير هذا لا تسعف القواعد والوقائع على هذا المنع ، أو القول
بالحرمة . بل قد يكون النسخ في البلاد الفقيرة ، والتي يتعذر على
مواطنيها شراء الأصلية .. أمر واجب من ناحية الشرع ، لما فيه من
تيسير العلم وبذله لطلابّه ، وغير خافٍ ما ورد في ذلك من نصوص
، وحق هؤلاء بتحصيل العلم أسوةً بالأغنياء .

والحمد لله ربّ العالمين ~~

