

أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف المجتهدين
نماذج دالة قديمة ومعاصرة

إعداد الأستاذ الدكتور عبدالرحمن الكيلاني
أستاذ الفقه وأصوله بكلية الشريعة بالجامعة الأردنية

ورقة مقدمة لندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة-المنعقدة بالكويت
في الفترة -18-20/2/2013- بعنوان : الاجتهاد بتحقيق المناط فقه الواقع والمتوقع

أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف المجتهدين نماذج دالة قديمة ومعاصرة

تمهيد :

يمثل تحقيق المناط ركيزة أساسية من ركائز الاجتهاد الفقهي، كونه يزود المجتهد بالمنهجية العلمية ، التي ينبغي أن يتبعها ، في سبيل تنزيل الأحكام الشرعية على وقائعها وجزئياتها المناسبة ، بما يحقق مقصود الشارع منها ، بعيداً عن الجور والشطط والتعسف .

وبيان هذا : أن الحكم الشرعي بعد استنباطه وفهمه ، وإدراك حقيقته وتعيين مناطه ، بحاجة إلى تطبيقه في الواقع ، وتنزيله على أفعال المكلفين ، ونقله من حيز التنظير والتصورات الذهنية إلى ميدان الحياة والواقع ، الذي تصبح معه الأحكام الشرعية ماثلة في أفعال الناس وتصرفاتهم، في جميع جوانب الحياة ، وحتى تتحقق بها مقاصد الشريعة في الوجود والواقع ، وتقام بها مصالح المكلفين في ساحة الحياة الواسعة .

وتحقيق المناط ؛ هو الأداة الاجتهادية ، التي يستعملها المجتهد في سبيل تنزيل مقررات الشريعة العامة، وأحكامها الكلية على محالها المناسبة ، وهو حلقة الوصل التي تربط بين النص الشرعي والواقع والحياة ؛ أي بين كتاب الله المسطور وكتابه المنظور . ولهذا فإن الاجتهاد في تحقيق المناط ينبغي أن يستمر حتى آخر رمق في الحياة ، وينبغي أن لا ينقطع ، حتى ينقطع أصل التكليف عند قيام الساعة .

والناظر في العطاء الأصولي والفقهي ، الذي قدمه علماء الأمة -جزاهم الله خير الجزاء- يجد عناية أعلامهم - أمثال: الغزالي وابن تيمية وابن القيم والشاطبي وغيرهم- بالتأصيل لموضوع تحقيق المناط ، بوصفه الأداة التي يتم بها تطبيق الأحكام الشرعية تطبيقاً صحيحاً ، وتأكيدهم على أهميته ومكانته ، فضلاً عن تنبيههم على جملة من المعايير والأصول والأسس ، التي ينبغي على الفقيه أن يراعيها ويحيط بها إبان تنزيله الحكم الشرعي على محالّه ، ومن خلالها يستطيع أن يحدد متى يطبّق الحكم الشرعي ومتى يؤجّل ، أو يعلّق تطبيقه ، ومتى يعمّم الحكم الشرعي على أفراده ، ومتى يخصّص

عمومه أو يقيد إطلاقه ، فيستثنى منه بعض الأفراد لموجب خاص يقتضي هذا العدول والاستثناء ، وبهذا يمضي الحكم الشرعي في الحياة موافقاً لمراد الله ومقصوده منه ، فلا يطبق على وقائع لا يقصد الشارع تناولها أصلاً ، وكذلك لا يستثنى من عمومه وجزئياته ما هو من صميم مشمولات المقصود الشرعي ومُتناولاته .

فتحقيق المناط إذن ؛ لا يجري بطريقة آلية ، وإنما يحتاج إلى بصيرة ودقة واستشراف للمستقبل ، وتقدير لمآلات الأمور ، ويحتاج كذلك إلى إدراك حقائق الأمور وتفصيلها ، وإحاطة بالظروف والأحوال الخاصة التي تحتف ببعض الوقائع والأعيان . ومثلما يتجاوز بعضهم القواعد العلمية والمنهجية في فهم النصوص الشرعية ، فيقوم بتأويلها بما يخالف مقصود الشارع منها ، فإن آخرين يتجاوزون القواعد العلمية والمنهجية ، عندما يطبقون النصوص الشرعية والأحكام العامة على أفراد لا يريد الشارع شمولها بالحكم أصلاً ، أو يعطلون تطبيقه حيث يريد الشارع تفعيل الحكم وإنفاذه ، وفي كلا الأمرين تجاوز للمنهجية العلمية ، التي ينبغي أن تحكم الاجتهاد الفقهي؛ إن في الفهم والتفسير ، أو في التطبيق والتزليل .

ومن بواكير النماذج التي ترشد إلى الخلل ، الذي يقع فيه بعض المفتين ، عندما يطبقون الحكم الشرعي بتعجل دون فقه ، ولا إدراك بأصول تطبيق الحكم على محالّه ، ما رواه ابن عباس رضي الله عنه : أن رجلاً أصابته جراحة على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فأصابته جنابة ، فاستفتى ، فأمر بال غسل فاغتسل فمات . فبلغ ذلك رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال : " قتلوه قتلهم الله ، ألم يكن شفاء العيِّ السؤال " قال عطاء : فبلغني أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- سئل بعد ذلك ، فقال : " لو غسل جسده ، وترك حيث أصابه الجراح أجزاءه" (1)

ونجد في هذه القصة كيف نزل أولئك المفتون الحكم العام على غير محله المناسب ، فلم يراعوا أن المصاب بالجروح لا تطبق عليه أحكام غير الجروح ، وأن المريض لا تجري عليه أحكام الصحيح ، ولم يلتفتوا إلى الحرج الشديد ، الذي سينجم عن مطالبة هذا الجريح بال غسل بالماء ، وما سيتسبب عنه من موته .

(1) أخرجه أبو داود باب في الجروح يتيمم حديث 337 و الحاكم في المستدرک حديث 631

لقد كان الخطأ في تطبيق أولئك المفتين الحكم العام على غير محله ؛ أو في إجراء الحكم على واقعة لم يتحقق فيها مناطه ، وهو ما استدعى زجر الرسول -صلى الله عليه وسلم- لهم، والتنبيه على فداحة خطئهم بقوله : " قتلوه قتلهم الله " ، فأَسْنَدَ الْقَتْلَ إِلَيْهِمْ ، لِأَنَّهُمْ تَسَبَّبُوا بِهِ بِتَكْلِيفِهِمْ لَهُ بِاسْتِعْمَالِ الْمَاءِ مَعَ وُجُودِ الْجُرْحِ فِي رَأْسِهِ، لِيَكُونَ هَذَا أَقْوَى الْأَسَالِيبِ فِي الْإِنْكَارِ عَلَيْهِمْ.

وهذا ما يمكن أن نسميه سوء التطبيق للأحكام الشرعية ، الناجم عن عدم العلم بمنهجية تحقيق المناط .

ونجد في ثنايا هذا الحديث تنبيه الرسول -صلى الله عليه وسلم- إلى أن ما قام به أولئك المفتون هو من العجى ؛ أي من الجهل ، وفي هذا إرشاد إلى أن تطبيق الأحكام الشرعية بطريقة آلية، دون التنبه للأصول العامة ، التي ينبغي أن تكون حاضرة في عملية تحقيق المناط، ثم دون مراعاة ظروف الأفراد وأحوالهم وأوضاعهم، وضرورتهم وحاجاتهم التي تحيط بهم ، هو من الجهل بالدين، الذي يعرض صاحبه للمسؤولية . ولا يعد هذا البتة من قبيل الاجتهاد السائغ ، الذي يؤجر صاحبه فيه حتى وإن أخطأ ، وإنما هو من العمل غير السائغ ، الذي يؤزر صاحبه، لأنه أفتى بغير علم ؛ إذ إنه لا يملك الأدوات التي تمكّنه من حسن تنزيل الحكم على جزئياته المناسبة ، وحينئذ يكون التطبيق صادراً من غير أهله ، وفي غير محلّه .

وأرى أن وصف (العي) أو (الجهل) الذي وصف به أولئك المفتون يصدق على كل الذين يتعجلون في تطبيق الأحكام الشرعية ، دون التحقق من وجود مناطاتها، ومن شروط إنفاذها على الواقعة التي طبقوا الحكم عليها . ويصدق كذلك على الذين يساوون بين الوقائع في الأحكام لوجود التشابه الصوري فيما بينها فحسب، دون أن ينتبهوا إلى الظروف الحافّة ببعض الوقائع ، ما يجعل لها مناطاً خاصاً تختلف فيه عن نظيراتها التي تشترك معها في المناط العام.

وإنّ من لوازم البحث ومقتضياته في تحقيق المناط ، البحث في أثر الاجتهاد في تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء ، ذلك أن مناط الحكم قد يكون واضحاً وجلياً في بعض الوقائع والأفراد، بما لا يحتاج معه إلى اجتهاد وبحث للتحقق من ثبوته ووجوده ، وقد

يكون خفياً ودقيقاً في وقائع أخرى وأفراد آخرين، ما يحتاج معه إلى اجتهاد ونظر للثبوت من وجوده ، ومن ثم إجراء الحكم ، أو عدم إجرائه عليه .

وعند خفاء تحقق المناط في الواقعة قد تختلف تقديرات العلماء في الحكم عليها ، وتعدد اتجاهاتهم في الحكم والوصف الشرعي المناسب لها ، وينشأ عن هذا كله أقوال وآراء فقهية متعدّدة في المسألة الواحدة .

ومع وجود عشرات الدراسات والبحوث العلمية، التي تناولت موضوع الخلافات الفقهية ، وأسباب الخلاف بين الفقهاء ، فإن القليل منها من أشار إلى أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء .

واستكمالاً للبحث في موضوع تحقيق المناط بوصفه سبباً في اختلاف الفقهاء، فقد كلفتني إدارة ندوة "مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة" المنعقدة بعنوان : " الاجتهاد بتحقيق المناط : فقه الواقع والمتوقع " بالمشاركة في هذه الندوة ، بورقة علمية بعنوان: " أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء : نماذج دالة قديمة ومعاصرة " .

وقد جعلت هذه الورقة وفق المطالب الآتية :

- المطلب الأول : تحقيق المناط : أسباب الاختلاف فيه وأصول الثبوت منه .
- المطلب الثاني : نماذج فقهية قديمة على الاختلاف في الاجتهاد في تحقيق المناط .
- المطلب الثالث : نماذج فقهية معاصرة على الاختلاف في الاجتهاد في تحقيق المناط .

والله أسأل أن يوفقني فيما أنا بصدد بحثه وبيانه ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

المطلب الأول

تحقيق المناط: أسباب الاختلاف فيه ، وأصول التثبيت منه .

أولاً : أسباب الاختلاف في تحقيق المناط :

من المقرر عند الأصوليين ، أن نظر المجتهد في تحقيق المناط ، يتوجه نحو الواقعة المعروضة، للتحقق من مدى استجماعها المعنى الكلي ، الذي ظهر له أنه هو المناط الحقيقي للحكم الشرعي ، الذي يرتبط به وجوداً وعدمياً ، وهو ما عبّر عنه ابن تيمية بقوله : " أن يعلق الشارع الحكم بمعنى كلي فينظر في ثبوته في بعض الأنواع أو بعض الأعيان ؛ كأمره باستقبال الكعبة ، وكأمره باستشهاد شهيدين من رجالنا ممن نرضى من الشهداء ، وكتحريمه الخمر والميسر ، وكفرضه تحليل اليمين بالكفارة ، وكتفريقه بين الفدية والطلاق ، وغير ذلك ، فيبقى النظر في بعض الأنواع : هل هي خمر ، ويمين ، وميسر ، وفدية أو طلاق ؟

وفي بعض الأعيان : هل هي من هذا النوع ؟ وهل هذا المصلي مستقبل القبلة ؟ وهذا الشخص عدلٌ مَرَضِيٌّ، ونحو ذلك ؟

فإن هذا النوع من الاجتهاد متفق عليه بين المسلمين ، بل بين العقلاء فيما يتبعونه من شرائع دينهم، وطاعة ولاة أمورهم، ومصالح دنياهم وآخرتهم " (1)

ولا ريب في أن عملية تحقيق المناط ينبغي أن تكون مسبقة بإدراك الحكم الشرعي وفهمه ، ثم بتخريج مناطه الحقيقي ، وإدراكه وفق مسالكه وطرقه الشرعية المختلفة ، ليأتي بعد هذا تحقيق المناط عن طريق النظر في مدى ثبوته في الوقائع والأعيان والجزئيات المناسبة . وهذا ما عبر عنه الشاطبي كذلك بقوله : " أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله " (2) ؛ أي إنه بعد إدراك الحكم الشرعي

(1) ابن تيمية : أبو العباس أحمد عبد الحليم ، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ، ط2 تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم

النجدي : 16/19 .

(2) الشاطبي : أبو إسحاق إبراهيم بن محمد اللخمي ، الموافقات في أصول الشريعة ، تحقيق: الشيخ عبدالله دراز ، المكتبة التجارية

، مصر: 90/4

وتعيين مناطه ، يبقى النظر في تنزيل هذا الحكم على محالّه المناسبة، التي تصلح أن تكون جزئيات حقيقية له .

على أن تحقق المناط في الوقائع والأفراد ليس على وزن واحد ، من حيث الحاجة إلى الاجتهاد والنظر ، فقد يكون تحقق المناط واضحاً وجلياً، ولا يحتاج إلى بذل الجهد للثبوت من تحققه ووجوده ، وقد يكون في حالات وصور أخرى بحاجة إلى بحث ونظر، بحيث لا يظهر تحققه من عدمه إلا بعد بذل المجتهد الجهد ، وهذا ما يدعو إلى الاجتهاد فيه . وقد نبّه الشاطبي إلى هذا المعنى بقوله : " ذلك أن الشارع إذا قال : {وأشهدوا ذوي عدل منكم} (الطلاق : 3) ، وثبت عندنا معنى العدالة شرعاً ، افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة ، وليس الناس في وصف العدالة على حد سواء ، بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً ، فإننا إذا تأملنا العدول ، وجدنا لاتصافهم بما طرفين وواسطة ؛ طرف أعلى في العدالة لا إشكال فيه كأبي بكر الصديق ، وطرف آخر وهو أول درجة في الخروج عن مقتضى الوصف ، كالمجاوز لمرتبة الكفر إلى الحكم بمجرد الإسلام ، فضلاً عن مرتكبي الكبائر المحدودين فيها ، وبينهما مراتب لا تنحصر ، وهذا الوسط غامض لا بد فيه من بلوغ حد الوسع ، وهو الاجتهاد " (1)

ومثل هذا كذلك: " بما إذا أوصى بماله للفقراء ، فلا شك أن من الناس من لا شيء له فيتحقق فيه اسم الفقر فهو من أهل الوصية ، ومنهم من لا حاجة به ولا فقر وإن لم يملك نصاباً ، وبينهما وسائط كالرجل يكون له الشيء ولا سعة له ، فينظر فيه هل الغالب عليه حكم الفقر ؟ " (2)

فهذه صور قد يقع الاختلاف فيها ، نتيجة الاختلاف في تقدير مدى تحقق المناط فعلاً في الصورة محلّ النظر .

ومن هذا القبيل كذلك، الخفاء الذي قد يعترض بعض الأصناف في كونها من المطعومات ، فيجري فيها الربا ، أو ليست مطعومات فلا يجري فيها الربا ، وهو ما ذكره الغزالي : أنه إذا بان لنا بالنص مثلاً أن الربا منوط بوصف الطعم بقوله : " لا

(1) الشاطبي ، الموافقات 90/4

(2) الشاطبي ، الموافقات 90/4-91 .

تبعوا الطعام بالطعام " أو بتصريحه لأجل الطعام ، فيتصدى لنا طرفان في النفي والإثبات واضحان ؛ أحدهما الثياب والدور والأواني ، فإنها ليست مطعومة قطعاً ، والثاني : الأقوات والفواكه ، فإنها مطعومة قطعاً .

وبينهما أوساط متشابهة ، كدهن الكتان ودهن البنفسج والزعفران ، وأنها معدودة من المطعومات أم لا ؟ فيحتاج إلى نوع من النظر في تحقيق معنى الطعام فيها أو نفيه عنها (1) .

وفي هذه الوقائع والأعيان التي يكون ثبوت المناط فيها متردداً وغير واضح ، لا بد من الاجتهاد والنظر ، حتى يزول هذا الخفاء ، وتنجلي حقيقة الواقعة ، من خلال بذل الجهد في فحصها وتحليلها ، والنظر العميق فيها ، لمعرفة مدى استجماعها لمناط الحكم .

ويتصور هذا الاختلاف كذلك في العديد من المسائل والقضايا المعاصرة ، فمثلاً :

1- ما يصل إلى الجوف عمداً من منفذ مفتوح يكون مفطراً في الصيام . ولكن ؛ ما مدى تحقق هذا المناط في قطرة العين ، أو قطرة الأذن ، أو غسل الأذن ، أو بخاخ الأنف ؟

2- مالية البدلين شرط لصحة عقد البيع ، فما مدى تحقق معنى المالية في الحقوق المعنوية كالاسم التجاري والعلامة التجارية والتأليف والاختراع والابتكار ؟

3- الغرر مفسد لعقود المعاوضات ، فما مدى تحقق الغرر المنهي عنه في التأمين التجاري والتأمين التعاوني ؟

4- الموت الحقيقي يسوغ للطبيب رفع أجهزة الإنعاش عن المريض ، فما مدى تحقق الموت فيمن مات دماغياً فتعطلت فيه وظائف الدماغ نهائياً ، وبقي القلب يعمل تحت أجهزة الإنعاش ؟

5- الذبح الذي تتحقق به التذكية الشرعية هو ما أهر الدم وذكر اسم الله عليه ، فهل يتحقق هذا المناط في الذبح إذا استعملت فيه الصعقة الكهربائية ؟

(1) انظر : الغزالي : أبو حامد محمد بن محمد ، أساس القياس ، تحقيق د. فهد السدحان ، ط 1 ، مكتبة العبيكان ، ص 38 ، وانظر أيضاً شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل ، تحقيق د. حمد الكبيسي ، دار إحياء التراث ، ص 437 .

6- الماء إذا كان قليلاً أو كثيراً ووقعت فيه نجاسة ، فغيرت فيه طعماً أو ريحاً أو لوناً فهو نجس ، فهل يتحقق هذا المناط في المياه العادمة إذا تمت معالجتها بواسطة آلات ومحطات خاصة ؟

7- الزواج لا يكون صحيحاً إلا إذا تحققت فيه جملة من الأركان والشروط ، فهل تحققت هذه الأركان والشروط في زواج المسيار والزواج العربي ؟

8- الزكاة واجبة في المال إذا تحققت أركانها وشروطها وانتفت موانعها ، فهل تحققت موجبات الزكاة في المال في كسب العمل والمهن الحرة ؟

إن الحكم على هذه الصور جميعها متوقف على تحقيق المناط ، وهو بحاجة إلى اجتهاد ونظر وتحليل لجميع عناصر الواقعة ، وتفكيك لها إذا كانت مركبة من عدة مفردات، للثبت بعدها من مدى استجماعها لمناط الحكم المزمع تطبيقه عليها . وهنا قد تختلف أنظار العلماء وتقديراتهم ؛ إذ يرى بعضهم أن مناط الحكم متحقق فيها ، ويرى آخرون أن المناط ليس متحققاً ، قال الغزالي : "ومنه ما يتشابه الأمر فيه ، ويكون تحقيق ذلك مدركاً بالنظر العقلي المحض ، وهو - على التحقيق - تسعة أعشار نظر الفقيه ، فتسعة أعشار الفقه : النظر فيه عقلي محض " (1)

والناظر في سبب الاختلاف في تقدير وجود المناط في القضية محل النظر، يجد أن ذلك يرجع إلى سببين ، هما :

أولاً: الخفاء الناشئ من نفس الواقعة المعروضة ؛ إذ تقع حوادث جديدة تستقل بأسماء خاصة لم تعهد من قبل، فينشأ عنها شبهة أو غموض في مدى تحقق مناط الحكم العام فيها ، ولا يزول هذا الخفاء إلا بالاجتهاد والطلب ، كما في زواج المسيار ومدى تضمينه لمناط عقد الزواج الصحيح ، والحقوق المعنوية ومدى تضمينها للقيمة المالية . والموت الدماغى ومدى تحقق معنى الموت الحقيقي فيه ، فهذه أسماء جديدة لا يزول الخفاء الذي يعترضها إلا بفهم القضية المعروضة فهماً دقيقاً، وتصورها تصوراً صحيحاً، ومعرفة حقيقتها معرفة تامة ، وهذا يستدعي من الفقيه أن يجمع المعلومات المتعلقة بالقضية محل البحث ، حتى يعرف حقيقتها ونشأتها ، وأسباب ظهورها ، وعليه أن

(1) أسس القياس ص 40

يتواصل مع أهل التخصص في موضوع الواقعة، للتحقق من المعلومات التي جمعها ، أو لإزالة ما اعترضه من إشكالات وملايسات .
والتعرف على حقيقة القضية يتطلب كذلك تفكيكها إلى عناصرها التي تتكون منها ، فبعض العقود المالية مثلاً قد تتركب من مجموعة من العقود الأخرى ، كما في البطاقات الائتمانية ، التي يجتمع فيها معنى الكفالة والوكالة والحوالة . (1) وفي هذه الحالة قد تختلف آراء الفقهاء في الحكم على الواقعة المعروضة ، نتيجة اختلافهم في حقيقتها ، في ثم في المعنى العام أو المناط الذي تحقق فيها .

ثانياً : تردد بعض الوقائع والجزئيات بين أكثر من أصل شرعي ، بحيث يظهر للمجتهد أن الواقعة أو القضية محل النظر تتنازعها عدة قواعد وأحكام كلية وأصول عامة ، وأنها لم يتمحض كونها جزئية لأصل واحد فقط ، بسبب تحقق مناطات وأوصاف مختلفة فيها . وفي هذه الحالة يمكن أن تختلف أنظار المجتهدين وتقديراتهم ؛ إذ يطبق بعضهم عليها أصلاً عاماً ، و يطبق آخرون أصلاً آخر يجدونه أقرب ، وأكثر اتصالاً والتصاقاً بالواقعة محل النظر .

ومن هذا القبيل مثلاً : زكاة الحلبي المتخذ للزينة : فهل تجب زكاة في الحلبي إذا بلغ النصاب وحال عليه الحول ؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك لأسباب ، منها : اختلافهم في الأصل الذي تحقق مناطه في الحلبي المتخذ للزينة ، وهذا ما ذكره ابن رشد بقوله : " (والذين اختلفوا فيه من الذَّهَبِ هو الحُلِّيُّ فَقَطُّ) ، وَذَلِكَ أَنَّهُ ذَهَبٌ فُقِّهَاءُ الْحِجَازِ: مَالِكٌ وَاللَّيْثُ وَالشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّهُ لَا زَكَاةَ فِيهِ إِذَا أُرِيدَ لِلزَّيْنَةِ وَاللَّبَاسِ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ: فِيهِ الزَّكَاةُ. وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ: تَرَدَّدُ شَبْهِهِ بَيْنَ العُرُوضِ وَبَيْنَ التَّبَرِّ وَالْفِضَّةِ اللَّتَيْنِ المَقْصُودُ مِنْهُمَا المَعَامَلَةُ فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ، فَمَنْ شَبَّهَهُ بِالعُرُوضِ الَّتِي المَقْصُودُ مِنْهَا المَنَافِعُ أَوَّلًا قَالَ: لَيْسَ فِيهِ زَكَاةٌ، وَمَنْ شَبَّهَهُ بِالتَّبَرِّ وَالْفِضَّةِ الَّتِي المَقْصُودُ فِيهَا المَعَامَلَةُ بِهَا أَوَّلًا قَالَ:

(1) انظر : محمد عثمان شبير ، التكييف الفقهي ط1 ، 2004 ، دار القلم ص 69-70

فِيهِ الزَّكَاةُ. (1) أي إن فريقاً من الفقهاء قد نظر إلى المادة التي صنع منها الحلبي ، وهي الذهب والفضة ، فقالوا إنه نفس المعدن الذي خلقه الله ليكون نقداً يجري التعامل فيه بين الناس ، والذي وجبت الزكاة فيه بالإجماع ، وعليه فقد تحقق فيه مناط وجوب الزكاة .

وفريق آخر من الفقهاء نظر إلى الاستعمال الذي يستعمل فيه هذا الحلبي ؛ إذ خرج من مشابته للنقود ، وأصبح من الأشياء التي تقتنى للاستعمال الشخصي ، كالأثاث واللباس والمتاع والمركب ، وهذا لا زكاة فيه بالإجماع ، لأنه مال غير نامٍ ، وعليه؛ فإن مناط وجوب الزكاة غير متحقق فيه . (2)

ثانياً: أصول الثبوت من تحقق المناط

ذكر الغزالي جملة من الأصول والمعايير التي يسترشد بها الفقيه لإزالة الخفاء، الذي يعترض تحقق المناط عندما تتعدد الآراء وتختلف تقديرات العلماء ، وأرجعها إلى خمسة أصول كبرى هي : الحس ، والعرف ، واللغة ، وتصور حقيقة الشيء في نفسه ، والأدلة الشرعية النقلية . وقد وضع الغزالي هذه الأصول، وذكر فروعاً لها وتطبيقات عليها، فقال : "وأما إذا وقع النزاع في المقدمة الثانية ، وهي وجود العلة في الفرع بعد تسليم كون الوصف علة-وهذا هو عين تحقيق المناط فهذا يعرف تارة بالحس إن كان الوصف حسياً ، وقد يعرف باللغة ، وقد يعرف بطلب الحد وتصور حقيقة الشيء في نفسه ، وقد يعرف بالأدلة الشرعية النقلية .

مثال الحسي : قولنا في الماء الكثير المتغير بالنجاسة ، إذا زال تغيره بوقوع التراب فيه ، إنه سبب مبطل للتغير الحاصل بالنجاسة ، فصار كهبوب الريح وطول المكث ، وشكله أن المزيل لتغير النجاسة والتراب مزيل ، فكان مبطلاً ، فيقول نسلم أن المزيل للتغير مزيل حكم النجاسة ، ولكن لا نسلم أن التراب مزيل بل هو ساتر كالزعفران ، فيعلم ذلك بأدلة حسية طبيعية .
ومثال العرفي : أن بيع الغرر باطل وبيع الغائب غرر ، فكان باطلاً ، فيقول : أسلم المقدمة الأولى ولكن لا أسلم أن بيع الغائب غرر . فيقال : إنما يعرف هذا من العادة فيحكم

(1) ابن رشد : أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر - بيروت، 182/1-183

(2) انظر : الفرضاوي ، يوسف عبدالله ، فقه الزكاة 285/1.

العرف فيه .

وأما مثال اللغوي : فكقولنا العتاق يحصل بالكناية المحتملة ، والطلاق محتمل للعتاق فيحصل به ، فيسلم المقدمة الأولى وينازع في الثانية ، وهي كون الطلاق محتملاً للعتاق ، فيطلب من مدارك الكنايات وما أخذ التجوزات والاستعارات .
وأما ما يثبت بالنقل كإثبات كون النبّاش سارقاً ، فبقول عائشة : " سارق أمواتنا كسارق أحيائنا "

وأما ما يعرف بتصور ذات الشيء وطلب حده الجامع المانع ، كقولنا ولد المغصوب مغصوب ، لأن حد الغصب إثبات يد عادية على المال على وجه تقصر يد المالك عنه وقد جرى " (1)

وهذه الأصول التي كشف عنها الغزالي -مع أهميتها وضرورتها في تحقيق المناط- فإن الاحتكام إليها لا يعني بالضرورة حسم الاختلاف في مدى تحقق المناط ؛ إذ يبقى في الكثير من الفروع والمسائل مساحة واسعة لتباين تقديرات العلماء واجتهاداتهم ، نظراً لطبيعة الواقعة ، أو لتردها بين أكثر من قاعدة شرعية ، وتجاوزها بين أكثر من مناط ومعنى عام .

وهذه المعايير ليست هي المعايير الوحيدة التي ينبغي الاحتكام إليها ، لمعرفة هل ثبت المناط في الفرع أو لم يثبت ، وهل يطبق عليها الحكم العام أو لا يطبق ؛ إذ إن هناك جملة من الأصول الأخرى التي ينبغي أخذها بالحسبان ، ومراعاتها ، حتى يتنزل الحكم الشرعي على وفق المصالح والمقاصد ، التي توجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها . ومن هذه الأصول مثلاً :

-النظر إلى طبيعة الواقع الذي يحفُّ بالواقعة محل النظر ، والعلم بما تجري عليه حياة الناس في مجالاتها المختلفة ؛ أسرياً واجتماعياً واقتصادياً وسياسياً وثقافياً وأخلاقياً ، ثم معرفة مشكلات المجتمع وأمراضه المختلفة .

ومن أمثلة هذا الأصل ، ما فعله عمر بن الخطاب -رضي الله عنه - عندما علم بزواج حذيفة بن اليمان من كتيبية ، وقد كان من قادة جيش المسلمين ، فكتب إليه عمر أن يطلقها (2) . وعندما استفسر حذيفة عن سبب ذلك ، وإن كان الزواج منهن حلال أو حرام ، بيّن له الفاروق -رضي الله عنه- النظر المقاصدي في هذا الإجراء بقوله : "أخشى أن تدعوا

(1) شفاء الغليل ص 437 بتصرف يسير .

2 عبد الرزاق :أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، المصنف ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ط1 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1972م 178/7:

المسلمات وتنكحوا المومسات" (1)

لقد راعى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الفقه بالواقع في عدم تطبيقه قوله تعالى: { وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ } (المائدة: 5) على زواج حذيفة بالكتابية ، وظهر هذا من خلال أمرين :

الأول : نظره - رضي الله عنه - إلى الخطر الذي يتهدد المجتمع الإسلامي عندما لا تجد النساء المسلمات الأزواج المسلمين الأكفاء ، فتبرز ظاهرة العنوسة التي تتهدد الفرد والمجتمع بالفساد الكبير ، وهو ما عبر عنه - رضي الله عنه - بقوله : "أخشى أن تدعوا المسلمات " .
ثانياً : علمه - رضي الله عنه - بواقع المجتمعات غير الإسلامية ، وما تعانيه من أمراض أخلاقية واجتماعية ، مثل انتشار الرذيلة والفاحشة ، وامتهان بعض النساء للزنا ، فخشي أن يكون الزواج بواحدة من هؤلاء مؤدياً إلى النقيض من مقاصد ومصالح الزواج الشرعي الذي حضّ الشارع عليه ورغب فيه ، وهو الذي أرشد إليه - رضي الله عنه - بقوله : "وتنكحوا المومسات"

وهنا نجد أن عمر رضي الله عنه لم يكتف بالنظر إلى الأصل الحسي، وهو كون المتزوج بها كتابية ؛ وعليه فإنه يجوز نكاحها لعموم الآية القرآنية ، وإنما راعى كذلك، طبيعة الواقع في تنزيله للحكم الشرعي على جزئياته .

-ومن الأصول التي ينبغي مراعاتها عند تحقيق المناط :الموازنة بين مصلحة الأصل ومفسدة التطبيق، ومفسدة الأصل ومصلحة التطبيق .

فتطبيق الأحكام ينبغي أن يأخذ بالحسبان نتائج تطبيق الحكم ومآلاته التي تترتب عليه ، وعدم الاكتفاء بما عليه صورة الفعل في الأصل من المشروعية أو عدم المشروعية ، فقد يكون الفعل في الأصل مشروعاً ، ولكن تطبيقه على واقعة معينة مفضٍ إلى مفسدة أكبر من المصلحة التي شرع من أجلها ، فيمنع نظراً لتلك المفسدة ، وهو ما اصطلح الأصوليون عليه بـ " سد الذرائع " .

وقد يكون الفعل في الأصل غير مشروع ، ولكن تطبيقه على واقعة خاصة مفضٍ إلى تفويت مصلحة أكبر من المفسدة التي منع من أجلها فيشرع نظراً لهذا الاعتبار ، وهذا المعنى هو ما جسده العلماء من خلال أصل "الاستحسان" .

1 أخرجه البيهقي : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، السنن الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، 1414 هـ: باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب وتحريم المؤمنات على الكفار: 170/7 .
له طرق يتقوى بها ،وعليه فإنه يستشهد به على وفق ما أفادني الأستاذ المحقق عادل مرشد .

وهذا ما وضحه الشاطبي بقوله: "وقد يكون- أي الفعل- مشروعاً لمصلحة تنشأ عنه أو مفسدة تندفع به ، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فرمياً أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها ، فيكون هذا مانعاً من القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية فرمياً أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية ، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب مذاق محمود الغب- أي العاقبة - جار على مقاصد الشريعة" 1 .

"فالعمل المشروع في الأصل قد ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة عند التطبيق ، والعمل الممنوع قد يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة التي تترتب عليه عند التطبيق " (2) وذلك كله يركز على أساس الموازنة بين مصلحة الأصل ومفسدة التطبيق، أو مفسدة الأصل ومصلحة التطبيق .

ومعنى أن تفضي الوسيلة المشروعة إلى مآل ممنوع، أنه قد انبنى على تطبيق تلك الوسيلة المشروعة في أصلها مفسد وأضرار ، هي أعظم حجماً وأثراً من المصلحة التي أراد الشارع تحقيقها من وراء تشريع الحكم ابتداءً . وهنا يجب على المجتهد البصير بمقاصد الشريعة الحفاظ على الوسائل من أن تنحرف عن مصالحها ومقاصدها التي شرعت من أجلها عند تطبيقها في الواقع، فيحكم بمنعها مع أنها في أصلها مشروعة، التفاتاً منه إلى مآلها الذي تترتب عليه . ومثال هذا؛ مسألة إقامة الحدود في الغزو ، فقد ورد أن النبي -صلى الله عليه وسلم- "نهى أن تقطع الأيدي في الغزو" (3) والسبب في ذلك ، هو الخشية من أن يترتب على تطبيق حد السرقة لحوق صاحبه بالمشركين، وهو أبغض عند الله من تأخير إقامة الحد . (4)

وتأسيساً على هذا المعنى المقاصدي الذي وجه إليه النبي الكريم -صلى الله عليه وسلم- وهو الخوف من اللحاق بالمشركين ، والخشية من أن يترتب على تطبيق الحد نتائج تفوق المصلحة التي ترجى منه ، قرر الفاروق عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أن جميع الحدود لا تقام في الغزو، وكتب إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية رجلاً من المسلمين حداً وهو

1 الموافقات، 4/195

2 انظر هذا المعنى في الموافقات، 4/198

3 أخرجه أبو داود السنن ، كتاب الحدود باب في الرجل يسرق في الغزو أيقطع ؟ حديث 4408 ، والترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى ، السنن ، تحقيق إبراهيم عطوة عوض ، ط1 -1962م ، مطبعة مصطفى البابي ، مصر ، كتاب الحدود باب ما جاء في أن لا تقطع الأيدي في الغزو حديث 1450 .

4 إعلام الموقعين : 3/5 .

غاز، حتى يقطع الدرب قافلاً ، لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار .(1)
وهذا ما ذهب إليه طائفة من الفقهاء ، منهم : الأوزاعي وإسحاق وأحمد بن حنبل -
رضي الله عنهم أجمعين - (2)، وذلك اعتباراً منهم لنتائج التطبيق ، والتبصر بمآلات الأفعال .

-ومن هذه الأصول كذلك :مراعاة الملابس والظروف والأحوال الخاصة التي
تحفُّ بالقضية محل النظر :

فتطبيق الأحكام الشرعية ينبغي أن تراعى فيه الظروف الخاصة التي تعترض بعض الوقائع
والحالات ، ما يجعل تطبيق الأحكام العامة عليها سبباً في إلحاق الحرج والمشقة بها ، ذلك أن
الأحكام التي تطبَّق في أوقات السعة والاختيار ، تختلف عن الأحكام التي تطبق في أوقات
الضيق والاضطرار، ؛ فظرف المقيم مختلف عن ظرف المسافر ، وحال السليم مغاير لحال
المريض ، ووضع المكروه والمضطر غير وضع القادر المختار .

فالظروف الضرورية والحاجية التي تكتنف بعض الأفراد عند تطبيق الأحكام عليها ،
تستدعي إفرادهم بحكم خاص على سبيل الاستثناء والترخص ، وعدم تطبيق الأحكام العامة
التي تجري على غيرهم من المكلفين .

وهذا المعنى هو ما عبّر عنه الشاطبي بقوله : "إن الأصل إذا أدّى القول بحمله على عمومه إلى
الحرج أو إلى ما لا يمكن عقلاً أو شرعاً، فهو غير جار على استقامة ولا اطراد، فلا يستمر
بإطلاق" (3)

ومعنى هذا: أن الحكم في مرحلة التجريد قد يختلف عنه في مرحلة التطبيق ، ففي مرحلة
التجريد قد يتسم الحكم بالعموم والإطلاق نظراً لاطراده على جميع وقائعه وحزئياته ، ولكن في
مرحلة التطبيق قد توجد بعض الظروف الخاصة ، التي تعترض الفرد أو الجماعة ، وهو ما يجعل
تعميم الحكم عليها سبباً في الحرج والمشقة غير المعتادة ، فلا يعمم الحكم عليها، وإنما تفرد

1 أخرجه سعيد بن منصور ، السنن ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، ط1-الدار السلفية 1403هـ-1982م ، كتاب الجهاد باب كراهية
إقامة الحدود في أرض العدو ، 234/2 حديث (2500) ،وعبد الرزاق :عبد الرزاق بن همام الصنعاني ت 211هـ ، المصنف،
تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ط1،1390هـ-1970م ، المكتب الإسلامي-بيروت : كتاب الجهاد ،باب هل يقام الحد على المسلم
في بلاد العدو : 197/5 ، وابن أبي شيبة ، كتاب الحدود ،باب في إقامة الحد على الرجل في أرض العدو 103/10 .

له طرق يتقوى بها ،وعليه فإنه يستشهد به على وفق ما أفادني به الأستاذ عادل مرشد .

2 ابن قدامة ،المغني : 13 / 173 .

(3) الموافقات : 102/1 .

بحكم استثنائي خاص .

وهذا الأمر هو ما وعاه علماء الأمة -جزاهم الله خيراً- إذ قرروا العديد من القواعد الفقهية، التي تتضمن هذا المعنى وتعبر عنه ، مثل قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" و"الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" و"المشقة تجلب التيسير".

وهو ما نجد شواهد وتطبيقاته في العديد من الصور والوقائع ، منها مثلاً: ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم في مسألة طواف الإفاضة للحائض التي تخاف فوات الرفقة ، حيث ذهبوا إلى أن قوله -صلى الله عليه وسلم- : "اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت" (1) إنما يتعلق بالمرأة في وقت السعة والاختيار، وأنه لا يصح تطبيق هذا الحكم على الحائض التي إن لم تطف بالبيت فستفوتها الرفقة . وهذا ما وضحه ابن القيم بقوله : " فظنّ من ظنّ أن هذا حكم عام في جميع الأحوال والأزمان ولم يفرق بين حال القدرة والعجز ، ولا بين زمن إمكان الاحتباس لها حتى تطهر وتطوف، وبين الزمن الذي لا يمكن فيه ذلك ، وتمسك بظاهر النص ، ورأى منافاة الحيض لعبادة الطواف كمنافاته للصلاة والصيام" (2)

وقرر ابن القيم أن هذا الإطلاق الذي يفهم من منطوق قوله - صلى الله عليه وسلم- : "اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت" مقيد بحالة الضرورة ، وهو ليس أول مطلق يقيد بالضرورة ، وبناء عليه فإنها "تطوف بالبيت والحالة هذه (أي حائضاً) وتكون هذه ضرورة مقتضية لدخول المسجد مع الحيض والطواف معه ، وليس في هذا ما يخالف قواعد الشريعة ، بل يوافقها كما تقدم ؛ إذ غايته سقوط الواجب أو الشرط بالعجز عنه ، ولا واجب في الشريعة مع العجز ، ولا حرام مع الضرورة" (3)

وهنا يمكن أن يختلف الفقهاء في مدى مراعاتهم لهذا الظرف الخاص ، أو هذا المناط الخاص الذي يقتضي العدول والاستثناء .

(1) أخرجه البخاري كتاب الحيض، باب كيف كان بدء الحيض حديث 290، ومسلم كتاب الحج باب وجوه الإحرام حديث (1211)
(119)

(2) ابن القيم :شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين، مكتبة الكليات الأزهرية 1388هـ -1968م : إعلام الموقعين : 14/3

(3) إعلام الموقعين : 14/3

فهذه الأصول مجتمعة ينبغي أن تكون حاضرة في نظر الفقيه واعتباره عند تحقيقه لمناطات الأحكام ، فلا يكتفي بتحقق صورة المناط وفق ما تقتضيه اللغة أو العرف أو الحس ، وإنما ينظر أيضا إلى مدى إفضاء الحكم عند تطبيقه إلى المصالح التي شرع من أجلها ومدى توافقه مع كليات الشريعة ومقاصدها وأصولها العامة .

ومع وضوح هذه الأصول وضرورة مراعاتها ، فإن الاختلاف في الاجتهاد في تحقيق المناط يبقى قائماً بين العلماء ، ولا يمكن حسمه ، حتى وإن روعيت واعتبرت هذه الأصول وغيرها ، لأن طبيعة تحقيق المناط فيها مساحة للاجتهاد في تقدير المجتهد ، وفي نظره واعتباره . ومثلما أن الاجتهاد في تفسير النصوص الشرعية يبقى قائماً بالرغم من وضوح قواعد تفسير النصوص وظهورها ، فكذلك هو الاجتهاد في تحقيق المناط ، لأنه صنو الاجتهاد في التفسير ، ولعل الأمثلة التي نسوقها في المطلب الثاني والثالث توضح هذه الحقيقة وتجليها .

المطلب الثاني

نماذج فقهية قديمة لأثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء

أعرض في هذا المطلب بعض المسائل الفقهية ، التي تناولها الفقهاء السابقون ، وكان للاختلاف في تحقيق المناط أثر كبير في اختلافهم فيها . وليس الغرض هنا استعراض الأدلة ومناقشة الأقوال والترجيح بين الآراء ، وإنما ذكر نماذج عملية ، تظهر أهمية تحقيق المناط في عملية الاجتهاد، وفي توجيهات الفقهاء واستدلالاتهم الفقهية .

النموذج الأول : مدى وجوب حد السرقة على من نبش القبور وأخذ أكفان الموتى :

اتفق الفقهاء على حرمة نبش القبور لغير ضرورة ، وذلك لما فيه من هتك لحرمة الميت ؛ إذ الأصل المقرر في الشريعة أن حرمة الميت وكرامته كحرمة الحي وكرامته .
واختلف الفقهاء في العقوبة التي يستحقها النَبَّاش ، الذي ينبش القبور ليأخذ أكفان الموتى ، هل يقام عليه حد السرقة بوصفه سارقاً ، أو تقام عليه عقوبة تعزيرية ، لأن معنى السرقة لم يتحقق فيه؟

للفقهاء في هذه المسألة آرايان نتيجة اختلافهم في مدى تحقق معنى السرقة في النَبَّاش :
الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وأبي يوسف من الحنفية ،(1) إلى أن النَبَّاش قد تحقق فيه معنى السرقة كاملاً، إذا كان الكفن المأخوذ قد بلغ نصاباً ، وبهذا فقد تحقق فيه مناط الحد الشرعي ، الذي بينه الله تعالى لكل سارق في قوله تعالى : { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ } (المائدة :38)

ووجه هذا الرأي : أن جميع أركان السرقة وعناصرها قد تحققت واكتملت في النَبَّاش من حيث أخذه مالاً متقوماً ، فالكفن له قيمة مالية في عرف الناس واستعمالهم ، وأنه قد أخذ من حرزه ، لأن القبر يعد حرزاً للكفن ؛ إذ حرز كل شيء بحسب حاله .

الرأي الثاني : ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن(2) إلى أن السرقة لم يتحقق معناها ولم

(1) انظر : ابن عبد البر : أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، لاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق: سالم محمد عطا-محمد علي معوض دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2000م، 561/7 ، والماوردي : علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - : 313/13 ، وابن قدامة : أبو محمد عبد الله بن أحمد ، المغني ، دار الفكر ، بيروت ، : 9 / 114 ، والكاساني : علاء الدين ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع دار الكتاب العربي ، بيروت ، : 69/7

(2) انظر : بدائع الصنائع للكاساني 69/7 .

تكتمل عناصرها في النَّبَاش؛ إذ إن انفراد النَّبَاش بهذه الاسم الخاص به ، إنما كان لنقص في معنى السرقة فيه ، ذلك أن المال الذي يأخذه وهو الكفن غير مرغوب فيه ، ولا تميل إليه النفوس ، وكذلك فإن الكفن المأخوذ ليس مملوكاً لأحد ، لأن الميت ليس أهلاً للتملك ، ولأن الورثة لا يملكون إلا ما زاد على حاجة الميت ، فضلاً عن كون القبر لا يعد حرزاً لحفظ الأموال ، وإنما هو مكان لحفظ الأموات . (1)

وعليه؛ فإنه لا تتحقق في النَّبَاش أركان السرقة وشروطها ، فلا يكون مشمولاً بقوله تعالى : {والسارق والسارقة} ، لأنه ليس من الأفراد الذين ينطبق عليهم حد السرقة ؛ إذ مناط الحد ليس متحققاً فيه . (2)

وقد فند ابن قدامة هذا الرأي وبيّن أن المناط قد تحقق كاملاً فقال : " وما ذكره لا يصح ؛ فإن الكفن يحتاج إلى تركه في القبر دون غيره ويكتفي به في حرزه ، ألا ترى أنه لا يترك الميت في غير القبر من غير أن يحفظ كفنه ويترك في القبر وينصرف عنه .

وقولهم : إنه لا مالك له ممنوع ، بل هو مملوك للميت ، لأنه كان مالكا له في حياته ولا يزول ملكه إلا عما لا حاجة به إليه ، ووليه يقوم مقامه في المطالبة ، كقيام ولي الصبي في الطلب بماله . " (3)

ويبقى الخلاف قائماً بسبب الاختلاف في تقدير مدى تحقق معنى السرقة في النَّبَاش ، فمن عدَّ النَّبَاش سارقاً ، رأى أنه يقام عليه الحد ، لأن المناط قد تحقق فيه ، ومن عدَّ النَّبَاش ليس بسارق ، رأى أن المناط غير متحقق ، ولذا يكتفى فيه بالعقوبة التعزيرية . (4)

(1) انظر : بدائع الصنائع للكاساني 69/7 .

(2) انظر : الصالح : الدكتور محمد أديب ، تفسير النصوص ، ط1 ، المكتب الإسلامي ، 236/1-239 .

(3) المغني 114/9 .

(4) انظر : بدائع الصنائع 69/7 ، والحاوي الكبير 313/13 ، و الاستذكار 561/7 ، والمغني 114/9 .

النموذج الثاني: بيع الوفاء :

بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن يردُّ المشتري المبيع إليه ، وإنما سمي بيع الوفاء ، لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط . (1)

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع ، وفي وصفه الشرعي المناسب له ، بسبب ترده بين أكثر من عقد؛ إذ إن له شبيهاً بعقد البيع الصحيح ، كما له شبهة بعقد البيع الفاسد ، وله شبهة آخر بعقد الرهن . (2) ، بناء على اختلافهم في المناط الذي تحقق فيه ، وظهر للفقهاء فيه ثلاثة أقوال (3) :

القول الأول : ذهب المالكية والحنابلة والمتقدمون من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء فاسد، لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري ، يخالف مقتضى البيع وحكمه، وهو ملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام . وفي هذا الشرط منفعة للبائع ، ولم يرد دليل معين يدل على جوازه، فيكون شرطاً فاسداً يفسد البيع باشتراطه فيه.

وكذلك فإن هذا البيع على هذا الوجه يدل على أنه لا يقصد منه حقيقة البيع ، وإنما يقصد من ورائه الوصول إلى الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل ، في مقابل منفعة المبيع ، فيصبح العقد قرضاً جر نفعاً ، وهو من الربا الباطل في جميع حالاته.

القول الثاني : ذهب بعض المتأخرين من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز وأنه مفيد لبعض أحكام عقد البيع ، وهو انتفاع المشتري بالمبيع - دون بعضها - وهو البيع من آخر. وحتهم في ذلك: أن البيع بهذا الشرط تعارفه الناس ، وتعاملوا به لحاجتهم إليه، فراراً من الربا، فيكون صحيحاً لا يفسد البيع باشتراطه فيه، وإن كان مخالفاً للقواعد، لأن القواعد تترك بالعرف والتعامل، كما في الاستصناع.

(1) انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية 9/ 260 .

(2) الزرقا ، الشيخ مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، بيروت ، 1/ 232

(3) انظر هذه الأقوال وأدلتها تفصيلاً : الموسوعة الفقهية الكويتية ، 9/ 260 .

القول الثالث : ذهب بعض متأخري الحنفية إلى أن بيع الوفاء رهن وليس ببيع، فثبت له جميع أحكام الرهن ، فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به ، ولو استأجره لم تلزمه أجرته ، كالرهن إذا استأجر المرهون من المرتهن، ويسقط الدين بهلاكه ، ولا يضمن ما زاد عليه، وإذا مات الرهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء.

وحجتهم في ذلك: أن العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني. ولهذا كانت الهبة بشرط العوض بيعاً، وكانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة.

ولا ريب في أن الاختلاف في حكم هذا العقد راجع إلى اختلاف أنظار الفقهاء وتقديراتهم في المناط المتحقق في هذا النوع من العقود ، فالذين اعتبروه من قبيل البيع الصحيح راعوا أن فيه معنى البيع ، من جهة أن للمشتري الحق في الانتفاع بمنافع المبيع وفاء ، فله أن ينتفع بنفسه ، وله أن يستغله بإيجاره للبائع ذاته أو لغيره ، بخلاف الرهن ، فإنه يقتضي احتباس المال المرهون عن كل تصرف .

والذين عدوه من قبيل الرهن وجدوا أن المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع ، ولا نقل ملكيته إلى أحد بعوض أو بغير عوض . وأن المشتري ملزم برد المبيع بالوفاء إلى البائع متى رد إليه الثمن . وهذا معنى الوفاء في تسميته . وأن المبيع متى احتاج إلى النفقة والترميم فنفته على بائعه لأنه باق على ملكه . (1)

والذين رأوا أن هذا البيع باطل وجدوا - بعد الاجتهاد والنظر - أن معناه الذي ينتهي إليه هو الربا المحرم ، لأن المقصود منه إعطاء الدراهم إلى أجل في مقابل منفعة العين المبيعة ، فأصبح من قبيل القرض الذي جرّ نفعاً، لأن ثمن المبيع ليس ثمناً عند التحقيق، وإنما هو قرض بعوض في باطن الأمر وحقيقته . والعقد وإن سمي في الظاهر بيعاً، أو كان في بعض أحكامه يشبه الرهن ، إلا أنه قد تحقق فيه مناط الربا وعلته .

ويظهر أن هذا هو المناط الحقيقي الذي تحقق في بيع الوفاء ، ولهذا فقد انتهى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بمجدة إلى أن حقيقة هذا البيع قرض جرّ نفعاً، فهو تحايل على الربا ، وبعدم صحته قال جمهور العلماء . وأن هذا العقد غير جائز شرعاً " (1)

(1) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي منظمة المؤتمر الإسلامي / رقم: 66 (7/4)

النموذج الثالث: بيع ما يكمن في الأرض :

من المقرر عند الفقهاء أن الغرر الكثير إذا شاب عقد البيع فإنه يفسده ، كبيع الثمر قبل بدو صلاحه ، وبيع حبل الحبله ، وبيع السمك في الماء والطير في الهواء ، فهذه جميعها من قبيل الغرر الذي يفسد العقد .

ومن المقرر عندهم أن الغرر إذا كان يسيراً بحيث لا يمكن الاحتراز عنه في أي عقد ، ويحصل معه غالب المعقود عليه ، فإنه لا تأثير له في العقد ، كبيع الدار ولم ير أساسها ، وكبيع الثياب ولم تُر حشوتها ، والإقامة في الفنادق ولم تحدد كمية الطعام والماء والكهرباء التي سيستهلكها المقيم أثناء إقامته . (1)

قال الباجي : " ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر ، فهذا لا خلاف في المنع منه . وأما يسير الغرر فإنه لا يؤثر ، لأنه لا يكاد يخلو عقد منه " (2)

وحصل الاختلاف بين الفقهاء في بعض البيوع ، نتيجة اختلافهم في المناط الذي تحقق فيها ؛ هل هو الغرر الكثير المؤثر في العقد ، أو الغرر اليسير المعفو عنه ؟

وقد نبه إلى هذا المعنى النووي بقوله : " الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث (3) والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه ، فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه ، كأساس الدار ، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر ، وذكر أو أنثى ، وكامل الأعضاء أو ناقصها ، وكشراء الشاة في ضرعها لبن ، ونحو ذلك ، فهذا يصح بيعه بالإجماع .

ونقل العلماء الإجماع كذلك في أشياء غررها حقير ، منها :

أن الأمة أجمعت على صحة بيع الجبة المحشوة وإن لم يُر حشوها ، ولو باع حشوها منفرداً لم يصح ، وأجمعوا على جواز إحارة الدار وغيرها شهراً ، مع أنه قد يكون ثلاثين يوماً ، وقد يكون تسعة وعشرين .

(1) انظر : الباجي : سليمان بن خلف ، المنتقى شرح الموطأ ، مطبعة السعادة : 41/5 ، والقراي ، شهاب الدين أحمد بن

إدريس الفروق ، عالم الكتب ، بيروت ، ومعه تهذيب الفروق والقواعد السنوية ، 1 : 170

(2) الباجي : سليمان بن خلف ، المنتقى شرح الموطأ ، مطبعة السعادة : 41/5

(3) يقصد نهي -صلى الله عليه وسلم- عن بيع الغرر ، أخرجه مسلم ، كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة وبيع الغرر ،

حديث رقم 1513 .

وأجمعوا على جواز دخول الحمام بأجرة ، وعلى جواز الشرب من ماء السقاء بعوض ، مع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء أو مكثهم في الحمام ... " إلى أن قال : " وقد تختلف العلماء في بعض المسائل ، كبيع العين الغائبة ، وبيع الحنطة في سنبلها ، ويكون اختلافهم مبنياً على هذه القاعدة ، فبعضهم يرى الغرر يسيراً لا يؤثر ، وبعضهم يراه مؤثراً ، والله - سبحانه وتعالى - أعلم " (1)

إن الاختلاف لا يرجع إلى الاختلاف في أصل القاعدة ؛ وهو أن الغرر الكثير يفسد العقد والغرر اليسير لا يفسده ، وإنما يرجع إلى الاختلاف في تحقيق مناطها في بعض المسائل والفروع.

ومن مسائل البيوع التي اختلف فيها الفقهاء نتيجة اختلافهم في تحقيق المناط: مسألة بيع المغيبات التي تكمن في باطن الأرض ، كالبصل والثوم والجزر واللفت ، وغيرها مما يكون المقصود منه ما في باطن الأرض.

فهل يجوز بيعها قبل قلعها؟ وهل يكون هذا البيع من الغرر اليسير أو من الغرر الكثير؟

اختلف الفقهاء في هذا ، وكان لهم رأيان : (2)

الأول : أنه يجوز بيع ما يكمن في الأرض قبل قلعها ، ولكن بشروط تكفل أن يبقى الغرر يسيراً ، وهو رأي الحنفية والمالكية .

وقد اختلفوا في تفصيل هذه القيود التي ينبغي أن تتحقق في هذا البيع ، حتى لا يكون الغرر كثيراً ، فاشتراط الحنفية أن تكون قد نبتت في باطن الأرض وعلم وجودها قبل البيع ، وأن يثبت للمشتري خيار الرؤية بعد قلعها ، فإن شاء أخذها وإن شاء ترك . (3)

و اشتراط فيه المالكية أن يرى المشتري ظاهره ؛ أي الظاهر فوق الأرض ، لأن الظاهر ينبئ عن حال الباطن من حيث الإنبات أو عدم الإنبات . وأن يقلع شيء منه ويرى حتى يظهر صلاحه للأكل ، ولا يكفي في الجواز رؤية ما ظهر منه بدون قلع . (4)

(1) النووي : أبو زكريا محيي الدين بن شرف ، المجموع ، دار الفكر ، بيروت ، : 246/9

(2) انظر : ابن عابدين : محمد الأمين بن عبد الغني ، رد المختار على الدر المختار المعروف بالحاشية ، ط2 ، دار الفكر ، بيروت

52 /5 ، والشافعي : أبو عبد الله محمد بن إدريس ، دار المعرفة ، بيروت ، الأم 67/3 ، والمغني لابن قدامة 208/4 .

(3) حاشية ابن عابدين 52/5 .

(4) الدسوقي: محمد بن محمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، وبالهامش تعليقات الشيخ عليش ، دار الكتب

العلمية ، 186/3 .

الرأي الثاني : أنه لا يجوز بيع هذه المغيبات قبل قلعها ، وهو رأي الشافعية وجمهور الحنابلة ، لأن كموئها في الأرض واستئارها عن عين المشتري يؤدي إلى خفاء عاقبتها، فلا يدرى أتحصل أم لا ، وهذه حقيقة الغرر الكثير . (1)

وقد بين ابن رشد أن سبب الاختلاف يرجع إلى اختلافهم في تقدير مدى تحقق معنى الغرر الكثير في هذا البيع ؛ إذ قال : " واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه ، وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعاً ، لأنه من باب بيع المغيب ، ومن هذا الباب: بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره ، أجازه مالك ومنعه الشافعي .

والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع ؟ أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير ، أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين . " (2)

وأرى أن المرجع الذي ينبغي الاحتكام إليه في مثل هذه الحالة ، لتحديد هل هو غرر يسير أو لا ، هو أهل الخبرة من المختصين والزراعيين ، الذين يقدرون مدى فداحة الغرر في هذا البيع وفق شروطه التفصيلية ، وهل هو مما لا تعرف عاقبته ، بحيث لا يدرى أيحصل معه المعقود عليه أم لا يحصل ؟

وهذا ما حدا بابن تيمية إلى القول بجواز هذا البيع وفق رأي الحنفية والمالكية، وعده الأقرب إلى أصول أحمد لوجهين :

أن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق المدفونات على حقيقتها ، والمرجع في كل شيء للصالحين من أهل الخبرة به ، وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه وأؤكد .

الثاني : أن هذا مما تمس حاجة الناس إلى بيعه ، فإذا لم يبيع حتى يقلع حصل على أصحابه ضرر عظيم ، فإنه قد يتعذر عليهم مباشرة القلع والاستبانة (3)

(1) الشافعي ، الأم 67/3 ، وابن قدامة ، المغني 208/4 .

(2) بداية المجتهد 118/2 .

(3) ابن تيمية : تقي الدين أحمد ، القواعد النورانية الفقهية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ط2 ، مكتبة المعارف ، الرياض ص

المطلب الثالث

نماذج فقهية لأثر الاختلاف في تحقيق المناط في الاختلافات الفقهية المعاصرة

يقتضي التصدي لكل قضية معاصرة معرفة حقيقتها ، من خلال تحريرها ، وتبين أوصافها التي تتكون منها ، والوقوف على خصائصها التي تستقل بها ، ليصار بعدها إلى تنزيل الأصل الشرعي المناسب عليها .

وقد اصطلح على تسمية هذه العملية بشقيها (التكييف الفقهي للواقعة) ويعرف بأنه : " تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة " (1)

والتكييف الفقهي لكل قضية مستجدة تعتمد على تحقيق المناط لأن البحث في حقيقة الواقعة والتعرف على أوصافها هو بحث في المناط الذي تحقق فيها ليجري بعد هذا تطبيق الأصل المناسب عليها ، ولتكون بعدها واحدة من جزئياته بعد أن تحقق مناطه فيها كاملاً .

وهذا يعني أن تحقيق المناط هو من متطلبات كل قضية معاصرة ، وأنه لا يستغني عنه الاجتهاد الفقهي المعاصر بوصفه واحداً من الأدوات المنهجية، التي تمكن المجتهد من الكشف عن الحكم الشرعي المناسب لما يستجد في حياة الناس من وقائع وقضايا ، وهذا ما حدا بالشاطبي إلى عدّ هذا النوع من الاجتهاد مما لا ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف ، وذلك عند قيام الساعة .

وقد أفضى نظر الفقهاء المعاصرين في القضايا المعاصرة إلى الاختلاف في أحكامها الشرعية التي تناسبها ، بسبب اختلافهم في توصيفها وحقيقتها ، ومن ثم الاختلاف في الأصل العام الذي يطبق عليها .

وأستعرض في هذا المطلب نماذج ثلاثة لأثر الاختلاف في تحقيق المناط في الاختلافات الفقهية المعاصرة .

(1) التكييف الفقهي ، محمد شبير ص 30 .

النموذج الأول: ثمنية الأوراق النقدية .

لم تكن الأوراق النقدية المتداولة اليوم بشكلها ونظامها معروفة لدى الفقهاء السابقين ؛ إذ كانت الدنانير الذهبية والدرهم الفضية هي الأثمان والنقود الرئيسة التي يتداولها الناس ، إضافة إلى الفلوس النحاسية التي يستعملونها كنقد مساعد في العصور المتلاحقة . (1)

أما العملة الورقية ، فقد ظهرت متأخرة ، ويرجع بعضهم تاريخ ظهورها كنقود إلزامية إلى سنة 1914م . (2)

وقد نظر الفقهاء المعاصرون في ماهيتها وحقيقتها ، وفي معناها الذي يتحقق فيها ، ثم في الحكم الذي ينزل عليها ، وكان لهم فيها آراء مختلفة : (3)

الرأي الأول : أن هذه الأوراق هي صكوك تثبت مديونية البنك لحاملها ، وإذا تعامل الناس بهذه الأوراق فهم إنما يتعاملون برصيدا وتغطيتها المعدنية ، وذلك بناء على ما كان يسجل على هذه الأوراق من تعهد من قبل مُصدرها بدفع قيمتها لحاملها عند الطلب . وبناء على كونها وثائق وصكوكاً للدين ، وليست أموالاً ولا أثماناً حقيقية ، فقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يجوز أن تكون هذه الأوراق رأسمال للسلم ، لعدم تحقق قبض رأس المال فيها ، وأنه في مجال الزكاة تجري عليها أحكام زكاة الدين ، وفي مجال الصرف لا يجوز صرفها بالذهب والفضة ولو يداً بيد ، لأن من شروط الصرف التقابض في مجلس العقد . (4).

الرأي الثاني : أن الأوراق النقدية هي من قبيل السلع والعروض ، وأنها لا تعد أثماناً كون مادتها الحقيقية التي صنعت منها هي الورق ، فهي أوراق لفظاً ومعنى . وبناء على هذا الرأي فإنه لا يجري الربا في الأوراق النقدية ، لأنه لم يتحقق فيها مناط الأموال الربوية ، فهي ليست أثماناً ولا مطعومات . كما لا تجب الزكاة في هذه الأوراق ما لم تعد للتجارة ، لأن حكمها كحكم عروض التجارة الأخرى .

(1) انظر : منيع : الدكتور عبدالله ص 55 وما بعدها ، حسن : أحمد ، الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها ، ط 1 ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ص 164 وما بعدها .

(2) انظر هذه الآراء وأدلتها في المراجع السابقة .

(3) انظر هذه الآراء وأدلتها أحكامها أحمد حسن ، الأوراق النقدية ص 164

(4) انظر : الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها ، أحمد حسن ص 164

الرأي الثالث : أن هذه الأوراق نقد مستقل قائم بذاته، وأنه قد تحققت فيها علة الثمنية ، وأنها تجري فيها جميع أحكام الذهب والفضة من حيث جريان الربا فيها ، كما تجب فيها الزكاة إذا بلغت نصاباً، ويجوز أن تكون رأس مال للسلم ، وهذا ما انتهت إليه مؤسسات الاجتهاد الجماعي والجامع الفقهية وجماهير الفقهاء المعاصرين : " العملات الورقية هي نقود اعتبارية تحققت فيها صفة الثمنية كاملة ، ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامها " (1)

وأرى أن ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين من تكييف للأوراق النقدية من أنها صكوك للدين، أو عروض وبيع ، يمكن أن يكون مقبولاً في سياقه ووقته وزمانه الذي صدر فيه ، أما اليوم وقد تبينت حقيقة الأوراق النقدية ، وظهر أنه قد تحققت فيها الثمنية ، وهي مناط أحكام الذهب والفضة ، فإنه لا يصح أن تقبل تلك الآراء ، أو أن تكون حجة ومستنداً لأحد .

والغريب أن بعض المنتسبين إلى العلم ما زالوا يصرون على أن الأوراق النقدية لا زكاة فيها ، وأنه لا يجري فيها الربا، وأنه لا يتحقق فيها معنى الثمنية ، لأن الأثمان الحقيقية في نظرهم هي الذهب والفضة فقط .

وغفل هؤلاء عن أن الثمنية قد تحققت كاملة في الأوراق النقدية بموجب العقل، وموجب العرف ، وبموجب الحس . فهذه النقود هي التي تدفع بها رواتب الناس ومكافأهم ، وهي التي يحفظونها في أعز المواقع صيانة لها وحفظاً من الضياع ، بل يقاتلون دونها لو صال أحد عليها ، وهذه النقود هي التي تدفع ثمناً للبضائع والسلع المختلفة ، وهي التي تدفع فيها أجرة الأجير ، وهي التي يدفع بها مهر المرأة وتستحل بها الفروح . (2)

وما أعظم فقه إمام دار الهجرة الإمام مالك بن أنس الذي تنبه إلى هذا المعنى ، وبين أن الثمنية تتحقق بعرف الناس واعتبارهم ، حتى وإن كانت الأثمان مصنوعة من غير الذهب والفضة ؛ إذ قال " ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى يكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظراً " (3)

(1) انظر : قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 3/9/21

(2) انظر القرضاوي ، دراسة في فقه مقاصد الشريعة ، ص 67 .

(3) المدونة الكبرى ، ج8/ص396

النموذج الثاني : الودائع المصرفية في الحسابات الجارية :

ودائع الحساب الجاري هي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بشرط أن يردوها عليهم كلما أرادوا ، فيسحب أصحاب هذه الودائع ما شاءوا من نقودهم التي أودعوها ، ويلتزم البنك بأدائها إليهم فور الطلب . (1)

وقد اختلف المعاصرون في التكييف الفقهي للودائع في الحساب الجاري ، وكان لهم رأيان : (2)

الأول : وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء العصر من أن المعنى الذي تحقق في هذه الودائع هو أنها قروض يقدمها المودع إلى البنك .

ووجه هذا الرأي أن المال المودع في هذه الحسابات مضمون على البنك في جميع أحواله ، فيده عليها يد ضمان لا يد أمانة ، وهذا إنما يتحقق في القرض لا في الوديعة التي لا تضمن إلا بالتعدي عليها، أو التقصير في حفظها .

والمودعون في هذه الحسابات لا يرضون بإيداع النقود في هذه الحسابات إلا إذا ضمن البنك ردها إليه ، ولو علم المودع أن هذه الأموال ستكون أمانة لدى البنك ، بحيث إذا سرقت أو ضاعت دون تعدد فإن البنك لا يردها ، فإنه لن يرضى بإيداعها في ذلك الحساب .

الرأي الثاني : ذهب بعض المعاصرين إلى أن المال المودع في الحساب الجاري هو من قبيل الوديعة ، لا القرض .

ووجه هذا الرأي أن صاحب الوديعة يملك سحب كامل رصيده متى شاء ، دون أن يتوقف ذلك على شيء من الشروط ، ولأنه لا يقصد أن يقرض البنك ، وإنما يريد حفظ أمواله في هذه الحسابات فقط .

فالاختلاف إذن راجع إلى المعنى الذي تحقق في هذا من الحسابات ؛ هل هو القرض أو هو الوديعة ؟

وهنا أقول: إن تحديد المناط الذي تحقق في هذه الحسابات لا يصلح أن يبنى على تسميتها بودائع ، أو على كون أصحابها قد أرادوا حفظها فقط ، ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية إنما تتعلق بمعاني الأشياء الحقيقية ، لا بأسمائها وصورها الظاهرية ؛ وإن مجرد إطلاق وديعة على الشيء لا يعني بالضرورة أن يكون وديعة ، لأن مناط الحكم الشرعي في قصد

(1) العثماني ، تقي الدين ، بحوث فقهية معاصرة ، ط1 ، دار القلم ، ص 350

(2) بحوث فقهية ، تقي العثماني ص 350

الشارع واعتباره ليس اسم الفعل وصورته ، وإنما حقيقته وما يترتب عليه من مصلحة أو مفسدة

وقد نبّه ابن عاشور إلى الخطأ الذي يقع فيه بعض المفتين عندما يطلق الأحكام بناء على الصورة الظاهرية للفعل ، أو بناء على اسمه دون أن يستكنه حقيقته وجوهره ، فقال: "فإياك أن تتوهم أن بعض الأحكام منوط بأسماء الأشياء وبأشكالها الصورية غير المستوفية للمعاني الشرعية فتقع في أخطاء في الفقه ، مثل قول بعض في صنف الحيتان -يسميه بعض الناس خنزير البحر - إنه يحرم أكله لأنه خنزير ."(1)

ولقد انتهى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة إلى القول الأول: "الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها ، وهو ملزم شرعاً بالرد عند الطلب . ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقترض) مليئاً "(2).

النموذج الثالث: التورق المصرفي المنظم .

التورق اصطلاحاً هو " شراء سلعة بثمن آجل مساومة أو مرا بحة ، ثم بيعها على غير من اشترت منه للحصول على النقد بثمن حال "(3)

وقد ميز العلماء المعاصرون بين نوعين من التورق: (4)

التورق الفردي: وهي الحالة التي يقوم بها المستورق ؛ أي (المشتري) ببيع السلعة إلى طرف ثالث، دون تواطؤ ولا ترتيب بينه وبين البائع الأول ، بحيث يتم البيع بطريقة عفوية ، يستفيد فيه المستورق من السيولة النقدية التي يحصلها في الحال .

وهذا النوع من التورق قد تناوله الفقهاء السابقون ، ورأي جمهورهم فيه هو الإباحة ، سواء من سماه تورقاً أو من لم يسمه بهذا الاسم. وقد صدر بجواز التورق قرار من مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة في رجب 1419 هـ.

أما النوع الثاني : فهو التورق المنظم :

وهو الذي تتم فيه عملية التورق المذكورة بتواطؤ بين بائع السلعة و المستورق ، الذي غالباً

(1) ابن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 346-347 .

(2) قرار رقم 86/ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص 290

(3) المعايير الشرعية المعيار رقم 30 نسخة 2010 .

(4) انظر : السويلم : د. سامي بن إبراهيم /التورق والتورق المنظم ، منشور ضمن أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة الدورة ، السابعة عشرة ، مج 2 ص 603 ، وعز الدين خوجه ، التورق ص 2 .

ما يكون هو المصرف ، الذي يقوم في مرحلة أولى بشراء السلعة أصالة عن نفسه من البائع الأصلي ، بناء على وعد العميل بالشراء منه ، أو شراء كميات من السلع ، دون وجود وعد مسبق بالشراء.

ثم يبيع المصرف تلك السلعة المشتراة ، أو كميات محددة منها للعميل بثمن آجل محدد (بالمساومة أو المراجعة).

وفي مرحلة تالية يقوم المصرف ببيع تلك السلعة التي أصبحت مملوكة للعميل إلى من يرغب شراءها نقداً ، بناء على توكيل العميل له بذلك ، وقد يكون المشتري النهائي للسلعة هو البائع الأصلي ، الذي اشترى منه السلعة ، فيتم التورق حينئذ عبر ثلاثة أطراف، أو يكون المشتري غير البائع الأصلي ، فيتم التورق عبر أربعة أطراف.

وللمعاصرين في هذا النوع من التورق رأيان : (1)

الأول: أن هذا النوع من العقود قد تحقق فيه معنى البيع الصحيح من حيث صورته الشرعية ، فالمستورق قد باع السلعة المؤجل ثمنها بثمن حالّ أقل من ثمنها الآجل ، وكون المستورق يريد من هذا البيع الحصول على النقد ، فإن هذا لا يخل بالعقد ولا يخرج عن كونه بيعاً ، ما دامت صيغة العقد وصورته بعيدة عن اشتراط الربا فيه . وهذا قريب مما ورد في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة -رضي الله عنهما- أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- اسْتَعْمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْبَرٍ، فَجَاءَهُمْ بِتَمْرٍ جَنِيْبٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم-: أَكُلُّ تَمْرٍ خَيْبَرٍ هَكَذَا؟ قَالَ: لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ، فَقَالَ: لَا تَفْعَلْ، بَعْ الْجُمُعَ بِالدَّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيْبًا.

والرأي الثاني : أن التورق المنظم قد تحقق فيه معنى الربا المحرم ، لأن تواطؤ البائع مع المستورق ، على تسهيل عملية البيع بثمن حال ، يجعل البيع الأول بيعاً صورياً ، فعقد البيع ليس مقصوداً للحصول على السلعة ، وإنما هو مقصود للحصول على النقد الحالّ في مقابل الالتزام بنقود أكثر منها بعد أجل ، والسلعة محل العقد لا تهم العميل في أي شيء، وهو لا يريد

(1) انظر هذين الرأيين وأدلتهما وتوجيهاتهما في المراجع السابقة .

شراءها ولا بيعها، وإنما يريد من هذا التعاقد مجرد الحصول على النقد كيفما اتفق ، ولهذا فهو لا يختلف عن بيع العينة في شيء .

وإن هذا الذي ذكره الفريق الثاني هو الأقرب إلى حقيقة المعنى الذي تحقق في هذا البيع؛ إذ إن هذا العقد - بما يصاحبه من تواطؤ بين العميل و المصرف - يجعله صورة من صور التحيل المحرم على الربا إذ إنه قرينة قوية تكشف عن أن البيع ليس مقصوداً لدى أي منهما ، وإنما المقصود لهما هو ما سيؤول إليه من نقود حائلة بنقود مؤجلة أكثر منها، وكأن البيع قد غدا وسيلة لتغطية هذا المقصود غير المشروع ، فالتورق المنظم يقوم على أساس استعمال ما هو مشروع ، بغية الوصول إلى ما هو غير مشروع ، وهذا هو عين التحايل على الشريعة ، قال الشاطبي : "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها

فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم يشرع له فعمله باطل". (1)

وقد ذكر ابن شاس ما يلجأ إليه بعضهم من استعمال عقود صورتها الجواز لاستحلال الربا فقال : "فهؤلاء قوم علموا فساد سلف جر منفعة ، وما ينخرط في سلكه من الغرر والربا ، فتحيلوا على جوازه بأن جعلوا سلعاً حتى تظهر فيها صورة الحل ، ومقاصدهم التوصل إلى الحرام ، وقد قلنا إن أصلنا حماية الذرائع وسحب أذيال التهم على سائر (المتعاملين) متى بدت مخايلها ، أو خفيت ، وأمكن القصد إليها من المتعاملين . " (2)

الخاتمة :

بعد هذه الجولة في أثر تحقيق المناط في اختلاف الفقهاء ، فإنني أسجل أبرز النتائج والتوصيات ، التي توصلت إليها في هذه الورقة :

أولاً : تحقيق المناط منهج اجتهادي يتطلب الفهم التام ، والاستيعاب العميق للواقعة محل الحكم ، والمعرفة بتفصيلاتها ودقائقها . و هذه الإحاطة تحتاج في الكثير من الوقائع والصور إلى الاستعانة بالمختصين في الحقول العلمية والإنسانية والاجتماعية ، لتقديم التصور الكامل

(1) الموافقات 333/2 .

(2) ابن شاس : جلال الدين عبد الله بن نجم ، عقد الجواهر الثمينة ، دراسة وتحقيق: د. حميد بن محمد لحر. ط1 ، دار الغرب الإسلامي : 255/2 .

عن كل متعلقات الواقعة وتفصيلها ، ليصار بعدها إلى إجراء الحكم المناسب الذي تحقق مناطه فيها .

ثانياً : تحقيق المناط ليس على وزان واحد من حيث وضوحه وجلالته ، و يحتاج في حال خفائه إلى اجتهاد المختصين والمؤهلين والقادرين على تطبيق القواعد على جزئياتها المناسبة .
ثالثاً: الاجتهاد في تحقيق المناط هو صنو الاجتهاد في تفسير النصوص الشرعية ، وله أصول وقواعد لا بد من أن يراعيها المجتهد ، وإلا طبق الحكم على غير محله ، أو استثني من الحكم ما هو من أفراده وجزئياته ، وفي هذا من الفساد ما فيه .

رابعاً: أثبتت الدراسة من خلال النماذج العملية أن من أبرز الأسباب التي أدت إلى الاختلاف بين الفقهاء ، اختلافهم في تحقيق المناط ، وذلك عندما يتفقون على الأصل الواحد ، ويختلفون في مدى تحققه في الفرع محل النظر ، أو عندما تتردد الواقعة بين أكثر من أصل فقهي .

ومن شأن إرجاع الخلاف إلى تحقيق المناط أن يخفف من فداحة الاختلاف بين الفقهاء في العديد من المسائل ، لأنه يعني أن الأصول متفق عليها ، وإنما الخلاف هو في تطبيقها فقط.

خامساً : ليس كل اجتهاد فقهي في تحقيق المناط يعد مقبولاً وسائغاً ، فإذا كان الاجتهاد في تحقيق المناط مجافياً لفقهِ الواقع ، أو مناقضاً لأصول الشريعة ، أو مفوّتاً لمصالح المكلفين ، أو مؤدياً إلى التحايل على الأحكام والعبث في التشريع ، فإنه يعد خلافاً غير مقبول ، ولا يصح أن يعتد به .

وأخيراً فإن الدراسة توصي بمواصلة البحث في موضوع أصول تحقيق المناط ، لصياغة معايير واضحة ومنضبطة ، يمكن من خلالها التحقق من مدى سلامة تطبيق الأصل على جزئياته ، وانطباق مناطه فيها انطباقاً كاملاً وتاماً وصحيحاً .

والله الموفق ، وهو الهادي إلى سواء السبيل

والحمد لله رب العالمين .