

رفع

عبد الرحمن العنبري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

بحوث ومقالات
في

التشريع الإسلامي

الشيخ علي الخفيف



دار الفكر العربي
جميع الحقوق محفوظة
www.daral-fikr.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي

تأليف الشيخ
على الخفيف
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول

الطبعة الأولى

٢٠١٠م / ١٤٣١هـ

دار الفكر العربي

٩٤ شارع عباس العقاد - مدينة نصر - القاهرة

ت: ٢٢٧٥٢٧٩٤ - فاكس: ٢٢٧٥٢٧٣٥

٦ شارع جواد حسني - ت: ٢٣٩٣٠١٦٧

www.darelfikrelarabi.com

info@darelfikrelarabi.com

علي الخفيف.

بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي / تأليف علي
الخفيف - القاهرة: دار الفكر العربي، ١٤٣١هـ =
٢٠١٠م.

٣٠٨ ص؛ ٢٤ سم

بيلوجرافية: ص ٣٠٧ - ٣٠٨.

تدمك: ٥ - ٢٥٧٧ - ١٠ - ٩٧٧.

١- الشريعة الإسلامية. ٢- الشريعة الإسلامية.

- مصادر. ٣- الفقه الإسلامي. أ- العنوان

تنفيذ وطباعة الكتاب



بالعاشر من رمضان

تنفيذ فني

رجب جلال

تقديم الأستاذ الدكتور علي جمعة مفتي الديار المصرية

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وآله وصحبه ومن والاه.
وبعد.. فهذه مجموعة من الأبحاث والمقالات التي سطرها فضيلة الشيخ علي
الخفيف الفقيه المجدد (١٨٩١م - ١٩٧٨م) الموافق (١٣٠٩ - ١٣٩٨هـ)، وبعض
هذه الأبحاث صدر في مجلة الأزهر وبعضها في مجلة القانون والاقتصاد وبعضها
أبحاث قدمت لمجمع البحوث الإسلامية.

وكل ما كان يكتبه الشيخ - رحمه الله - كان نافعا معلما للأجيال من بعده كيفية
التفكير الفقهي وكيفية تلبية احتياجات العصر والانفتاح على الفكر العالمي، وكيفية
أن تجعل للفقه الإسلامي موطن قدم ليشارك الفكر القانوني في العالم بناءً على الأسس
التشريعية التي علمنا إياها الكتاب والسنة ومجهودات سلف الأمة.

ولقد كان الشيخ - رحمه الله تعالى - مدرسة فقهية حقوقية واعية، درس التراث
فأحسن دراسته واستوعب مناهجه، ولم يقف عند مسائله، ومهد وقعد لأجيال كثيرة
من بعده كيف لا يفرطون في هويتهم ولا يغيبون عن عصرهم وكيف يطبقون الشريعة
في واقع الناس مع مراعاة المصلحة العليا وتحقيق المقاصد الشرعية المرعية منطلقين
من قاعدة لغوية ومنطقية وتراثية تستفيد من خبرة التاريخ وتجارب العصور وتدرک
الواقع على ما هو عليه، ولا تنسى مراعاة المآلات فكأنها تنظر إلى المستقبل من ستر
خفي. رحم الله الشيخ علي الخفيف ونفع به وجعل هذه الأبحاث في ميزان حسناته
يوم القيامة.

علي جمعة

مفتي الديار المصرية

رَفَع
عبد الرحيم النجدي
المسكنة النبوية الفروسية
www.moswarat.com

الفهرس

- ٣ تقديم الأستاذ الدكتور / علي جمعة مفتي الديار المصرية
- ٩ المبحث الأول: مكانة السنة في بيان الأحكام الشرعية
- ١١ معنى السنة
- ٢٥ وجوب العمل بالسنة
- ٢٦ ما وجه إلى روايتها
- ٣٤ ما وجه إلى حجيتها من شبهات
- ٣٨ رد الشبهة الأولى
- ٤١ رد الشبهة الثانية
- ٤٧ رد الشبهة الثالثة
- ٤٩ وجوب العمل بخبر الأحاد
- ٥١ المبحث الثاني: الفكر التشريعي واختلافه باختلاف الشرائع
- ٥٥ بيان الفكر التشريعي الإسلامي
- ٥٧ مصادر التعريف بالفكر الإسلامي التشريعي
- ٦٧ المصلحة
- ٦٩ - أولاً: نظره إلى إرادة الإنسان واختياره، وما له من حقوق
- ٧٢ - ثانياً: نظرة إلى المال والملك
- ٧٧ نظرة الإسلام إلى التعاقد
- ٧٩ نظرة الإسلام إلى الفرد والمجتمع ومراعاة فكرة التضامن وصالح الأسرة.
- ٨٥ المبحث الثالث: الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام
- ٨٧ التعريف بالملكية
- ٩٠ في تاريخ الملكية

٩١	- الملكية في بني إسرائيل
٩٢	- الملكية عند اليونان
٩٣	- الملكية عند الرومان
٩٣	- الملكية في مصر
٩٣	- الملكية عند العرب قبل ظهور الإسلام
٩٥	- الملكية في الإسلام
٩٩	الإباحة والملكية الجماعية والملكية الفردية
١٠١	مجال الملكية الجماعية والملكية الفردية
١٠٢	موقف الشريعة الإسلامية من النوعين
١٠٦	الملكية ووظيفة اجتماعية
١٠٨	إقرار الملكية الفردية وحمايتها
١١١	تقييد الملكية الفردية وتحديداتها
١١٩	تحديد الملكية الفردية في مقدارها

١٢٩ المبحث الرابع: الأسس التي قام عليها التشريع الإسلامي

١٤١	المبحث الخامس: الاستصحاب
١٤٧	دليل من لا يستصحب
١٤٧	من يستصحب فيتخذ الاستصحاب حجة
١٤٨	دليل الأولين
١٥٠	أدلة الآخرين
١٥٣	مناقشة هذه الآراء
١٥٥	ما يستصحب من الأحكام
١٥٦	منزلة الاستصحاب بين الأدلة

١٥٩	المبحث السادس: الشفعة
١٦١	معنى الشفعة
١٦٢	دليل شرعيتها
١٦٤	حكمة شرعها
١٦٥	من له حق الشفعة

المبحث السابع: المنافع

١٧٧	المعنى اللغوي
١٧٩	المعنى الاصطلاحي
١٨٠	المنفعة والحق
١٨١	مالية المنفعة
١٩٣	ملك المنفعة
١٩٦	حقوق الارتفاق
١٩٦	انحصارها
١٩٧	دوامها ولزومها
١٩٧	أسبابها
٢٠٢	مالية حقوق الارتفاق
٢٠٣	مظهر ثبوت الملك في المنافع
٢٠٤	الفرق بين الإباحة وتمليك المنفعة
٢٠٦	خواص ملك المنفعة
٢٠٩	قبول المنفعة لأن تثبت ديناً في الذمة
٢١٠	القرض في المنافع
٢١١	يد المنتفع على العين المنتفع بها وضمانه إياها
٢١٦	نفقة العين المنتفع بها
٢١٨	انتهاء ملك المنفعة وأسبابها وما يتبع ذلك من وجوب رد العين إلى مالكيها

المبحث الثامن: الوقف الأهلي

٢٢٥

نشأته، مشروعيته، عيوبه، حله، إصلاحه

٢٥٧

المبحث التاسع: الجعالة أو الوعد بجائزة

٢٦١

أركان هذا الالتزام

٢٦٨

الجعل الموعود به

٢٦٩

انعقاد الجعالة

٢٧١

حكم الجعالة

٢٧٣

انقضاء الجعالة وانتهائها

٢٧٥

المبحث العاشر: شهادات الاستثمار

٢٧٧

أصول البحث

٢٨٣

شهادات الاستثمار ذات الجوائز

٢٨٦

عن النوعين الآخرين: الأول والثاني من شهادات الاستثمار

٢٩٣

عن وسائل الاستثمار في العقدين

٢٩٥

عن لزوم العقد

٢٩٧

عما لرب المال من حق تقييد العامل في عمله

٢٩٨

التعرف على حكم الشريعة في عقد الاستثمار

٣٠٧

مراجع الكتاب

المبحث الأول
مكانة السنة في بيان الأحكام الإسلامية

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

مكانة السنة في بيان الأحكام الإسلامية

والرد على ما أثير من شبهات حول حجيتها أو روايتها

معنى السنة:

تطلق السنة لغة على السيرة: حسنة كانت أم قبيحة^(١) - وعن هذا الإطلاق قال رسول الله ﷺ فيما أخرجه مسلم في صحيحه: «من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من بعده، من غير أن ينقص من أجورهم شيء، ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده، من غير أن ينقص من أوزارهم شيء»^(٢)، كما تطلق على الطبيعة، وعلى حكم الله سبحانه وتعالى وتديره، ومنه قوله تعالى:

﴿سُنَّةَ اللَّهِ فِي الَّذِينَ خَلَوْا مِنْ قَبْلُ وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا﴾

[الأحزاب].

وهي في لسان علماء الشريعة الإسلامية تطلق على ما يأتي:

ففي اصطلاح رجال الحديث - وبخاصة من كتب في السير والمغازي - تطلق على كل ما أثر عن الرسول صلوات الله عليه، من قول أو فعل أو تقرير أو سيرة أو خلق أو شمائل أو أخبار أو صفات خلقية، دون نظر إلى ما قد يثبت به حكم شرعي أو ما لا يثبت به حكم، وسواء في ذلك ما كان بعد البعثة وما كان قبلها.

وفي اصطلاح الأصوليين: تطلق على أقواله ﷺ، وعلى أفعاله وتقريراته، مما يدل على حكم شرعي.

وكثيراً ما يستعملها الفقهاء بهذا المعنى، كما يستعملونها في كل ما ثبت فعله عن النبي ﷺ مما لم يكن فرضاً ولا واجباً، فتطلق على ما ندب فعله، مما فعله رسول الله ﷺ ولم يداوم عليه، وهي بهذا المعنى تقابل الفرض والواجب وغيرهما من الأحكام

(١) القاموس: مادة سن.

(٢) رواه أحمد والترمذي والنسائي.

· الثلاثي قيل: صلاة ركعتين قبل صلاة الصبح سنة، وصلاة ركعتين

تسعة.

وقد تطلق في لسانهم أيضًا على ما يقابل البدعة، مثل قولهم: طلاق السنة كذا،

وطلاق البدعة كذا^(١).

ونريد بالسنة في موضوعنا ما عناه علماء الأصول، لأنها بهذا المعنى من وسائل

بيان الأحكام، وعن مكانتها وبيان الأحكام وضع هذا البحث.

هذا وقد يستعمل اسم الحديث أو الأثر أو الخبر، حيث يستعمل اسم السنة

— وهو استعمال يقتضي بيان معانيها وما قد يكون بينها من اختلاف — فالحديث والأثر

كلاهما يرادف السنة بالمعنى العام الذي يستعملها فيه المحدثون. وهذا عند الجمهور،

ومن المحدثين من يرى أن الحديث أعم من السنة، إذ الحديث عنده ما نقل عن النبي

ﷺ سواء أكان عليه العمل أم لا، أما السنة فلا تطلق إلا على ما كان عليه العمل

المأثور في الصدر الأول؛ ولذا قد يرد من الأحاديث ما يوصف بأنه يخالف السنة

المعمول بها، فيدعو ذلك إلى التوفيق أو الترجيح بينهما، ويظهر هذا الاختلاف بين

الاسمين في قول عبد الرحمن بن مهدي عندما سئل عن سفیان الثوري والأوزاعي

ومالك: سفیان الثوري إمام في الحديث وليس بإمام في السنة، والأوزاعي إمام في

السنة وليس بإمام في الحديث، ومالك إمام فيهما^(٢). أما الخبر فيستعمله المحدثون فيما

جاء عن رسول الله ﷺ وعن الصحابة والتابعين من الأحاديث المرفوعة أو الموقوفة

أو المقطوعة، ويراه الجمهور مرادفًا للأثر، إذ يستعملون كلاً منهما فيما أضيف إلى النبي

ﷺ أو أضيف إلى الصحابة والتابعين مما سبق بيانه، ولكن فقهاء خراسان يسمون

الموقوف أثرًا والمرفوع خبرًا^(٣)، وكثيرًا ما يقصر الأثر على ما يروى عن الصحابي

مضافًا إليه دون رفعه إلى النبي ﷺ، كأن يروى عن الصحابي أنه كان يقول: كنا

نفعل كذا — من غير أن يضيف ذلك إلى الرسول ﷺ، وفي نخبة شيخ الإسلام يطلق

(١) انظر أيضًا قواعد التحديث وتوجيه النظر وإرشاد الفحول للشوكاني في بيان معنى السنة.

(٢) الزرقاني على الموطأ ج ١ ص ٣.

(٣) السنة قبل التدوين نقلًا عن تدريب الراوي ومنهج ذوي الفطر.

الأثر على الموقوف والمقطوع، والفقهاء يستعملون اسم الأثر أحياناً فيما يروى من السنة عن النبي ﷺ مرفوعاً أو موقوفاً أو غير ذلك، وأحياناً يستعملونه مضافاً إلى سببه كقولهم أثر العقد وأثر الفسخ وأثر الإقرار، وهذا استعمال لغوي.

وجملة القول أن استعمال هذه الأسماء على العموم لم يكن على وضع تتحدد به معانيها وتميز به بعضها من بعض، وإنما كان استعمالها في لسان المحدثين والفقهاء أحياناً قائماً على أساس اشتراكها في المعنى والدلالة، إما نتيجة لترادفها فيما يرى بعضهم، وإما نتيجة لما بينها من عموم وخصوص.

ولسنا نريد بالسنة في موضوعنا هذا - حين نتكلم عن مكانتها في بيان الأحكام وحين نرد ما أثير حولها وحول أسانيدھا من شكوك وشبهات - إلا ما أثر عن النبي ﷺ في محيط التشريع من قول أو فعل أو تقرير لأمر رآه، وبلغه عن من يكون مطيعاً منقاداً في ظاهر حاله لما جاء به ﷺ.

وهي على هذا المعنى إنما تكون فيما تناولته سيرته وطريقته في حياته ﷺ، مما كان له فيه اختيار بين أمرين أو أكثر فاختار ما رآه أنه الأفضل - ولا تكون فيما كان يأتيه ﷺ بطبيعته وإنسانيته مما لا اختيار له فيه ولا يختص به دون سائر الناس، بل يشاركه فيه جميع الناس، لأنه من مقومات الحياة وضروريات الوجود ولا اختيار فيه للبشر، كالأكل والشرب والنوم واللبس ونحو ذلك، أما ما يتعلق بتلك الأعمال ويتصل بها من كفيات وأوضاع ووسائل ونحو ذلك فإنه يعد من سنته ﷺ، ويتناوله اسم السنة بالمعنى الذي نريد، لأن له فيه اختياراً، كان من آثاره تفضيل وضع على وضع وإقدام على ما هو الأفضل والأنفع فجاز أن يكون في ذلك إرشاد وهداية وتشريع، وعند ذلك يكون سنة تشريعية، كما يحتمل أن يكون ذلك قد حدث بحكم العادة الجارية والإلف المرغوب، والميل الوقتي، انقياداً للظروف والملابسات، مما يبعده عن أن يكون من قبيل الإرشاد والهداية والسنة التشريعية، وإنما يعرف ذلك بالنظر والاجتهاد؛ ولذا فإننا نريد بالسنة هنا ما صدرت عن رسول الله ﷺ هداية للناس وشريعة لهم، فلا نتناول إلا ما أوحى به إليه، مما ليس بقرآن، أو وصل إليه

بنظره وعرفه باستنباطه، فأقره الله عليه، وجماع ذلك ما جاء به ﷺ بياناً لعقيدة، أو تعليماً لعبادة، أو إرشاداً إلى قرينة، أو تهذيباً لخلق، أو إصلاحاً للمعاملة أو أمراً بمعروف أو نهياً عن منكر، أو إبعاداً عن فساد، أو تحذيراً من سوء، فكل ما أثر عنه ﷺ في هذه النواحي يعد سنة وشريعة يطلب إلى الناس اتباعها، أما ما لا يتصل بذلك مما أشرنا إليه آنفاً، فلا يعد شريعة يطلب إلى الناس اتباعها، وإن عدّ من السنة بمعناها العام، ذلك لأنه إنما صدر منه ﷺ على أنه من الأقوال أو الأعمال العادية المتكررة المباحة التي تدعو إليها حاجة البشر، وطبيعة الإنسان الحيوانية. وعاداته المعيشية. وعلى ذلك فإذا ما عرض رسول الله ﷺ لزراعة الأرض، وطرق استثمارها لبيان ما أحله الله من ذلك، وما يترتب عليه من حقوق وآثار، كان ذلك شريعة واجبة الاتباع، وإن عرض لذلك مبيناً كيفية الزراعة وطريقة الغرس والقيام على إصلاح الزرع والشجر وطرائق ربه ومواعيده، مما يعرف بطريق التجربة والخبرة، كان بيانه هذا إرشاداً تجريبياً، ورأياً استنبطه من وسطه، يصيب فيه ويخطئ كغيره من الناس، ولا يعد شيء من ذلك شريعة تتبع، وإذا أخطأ فيه لم ينهه الوحي إلى خطئه، يدل على ذلك ما أخرجه مسلم عن رافع بن خديج -رضي الله عنه- قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يأبرون النخل فقال: ما تصنعون؟ قالوا: كنا نصنعه، فقال: لعلكم لو لم تفعلوا كان خيراً، فتركوه فنفضت^(١) فذكروا له ذلك، فقال: إنما أنا بشر: إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به، وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فإنما أنا بشر. وما أخرجه عن أنس -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ مر بقوم يلقحون فقال: لو لم تفعلوا الصلح قال: فخرج شيصاً، فمر بهم فقال ما لنخلكم؟ قالوا: قلت كذا وكذا، قال: أنتم أعلم بأمر دنياكم - وفي رواية عن طلحة عن رسول الله ﷺ في هذا الذي أشار به ﷺ في أمر إلقاح النخل: «إنما ظننت ظناً فلا تؤاخذوني بالظن ولكن إذا حدثتكم عن الله شيئاً فخذوا به، فإنني لن أكذب على الله»^(٢).

(١) أي سقط ثمره - وتأبير النخل تلقحه وإصلاحه.

(٢) صحيح مسلم وشرح النووي ج ١٥ ص ١٧، ص ١٨.

ومدلول هذه الروايات الثلاث أن ما يحدث به ﷺ عن ربه فذلك هو الدين الذي يجب اتباعه طاعة لله، أما ما يصدر عنه ﷺ فيما يتعلق بأمر الدنيا فرأى يرتبه، وظن دفعه إليه حدسه، وملاحظته واستنتاجه، فهو كسائر البشر يصيب ويخطئ، وقد يكون غيره فيه أكثر تجربة وأقوى اتصالاً وأعظم خبرة، فيكون في رأيه أقرب إصابة.

ومن ذلك أن يشير بخطة حربية أو ينزل بجيشه منزلاً يرى في النزول به المكيدة والحرب، فإن رأيه هذا لا يكون له من وجوب الطاعة إلا ما لرأي غيره من الأمراء، والقادة المحاربين الذين يصدرون في ذلك عن نظر وموازنة، فيصيبون مرة ويخطئون أخرى، ولا يكون ديناً أوحى به إليه، ويدل على ذلك متابعتة ﷺ لما رآه الحباب ابن المنذر حين أشار عليه بأن ينزل على أدنى ماء من بدر، بدلاً عن نزوله حيث نزل في غزوة بدر، فقال له: يا رسول الله: أهذا منزل أنزلك الله، ليس لنا أن نتقدم عنه أو نتأخر؟ أم هو الرأي والحرب والمكيدة؟ فقال له ﷺ: بل هو الرأي والحرب والمكيدة، فقال الحباب: ليس هذا لك بمنزل، فانفض بالناس حتى تأتي أدنى ماء من القوم، فإني أعرف غزارته وصفاءه، فنزل ونغور ما عداه من الآبار ثم نبني حوضاً، فنملؤه ماء فنشرب ولا يشربون، فقال ﷺ: «لقد أشرت بالرأي»^(١).

ومن ذلك مساومته في البيع والشراء إذا باع أو اشترى، فإن ما يطلبه من صاحبه في ذلك أو يعرضه عليه لا يعد ديناً يطلب اتباعه، يدل على ذلك ما كان بينه وبين جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - حين طلب إليه الرسول ﷺ أن يبيع له بعيره فأبى، إذ لم يكن له غيره، ولم ير رسول الله ﷺ إباءه هذا معصية تستوجب لوماً، أخرج مسلم في صحيحه عن جابر رضي الله عنه، أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيره، قال: فلحقني رسول الله ﷺ فدعاني، وضربه فسار سيراً حسناً لم يسر مثله، فقال: بعنيه بوقية، قلت: لا. ثم قال: بعنيه بوقية، واستثنت حملانه إلى أهلي، فلما بلغت أتيته بالجمل فنقد في ثمنه ثم رجعت فأرسل في إثري فقال: تراني قد ماكستك لآخذ جملك؟ خذ جملك ودراهمك فهو لك^(٢)، ويدل هذا على أن أمره ﷺ جابراً أن

(١) سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٢٧٢ طبعة الحلبي سنة ١٩٣٩.

(٢) صحيح مسلم وشرح النووي ج ١١ ص ٣٠.

يبيعه الجمل لم يكن تشريعاً صادراً عن وحي، وإنما كان مجرد رغبة عرضها على وجه المساومة، كما يفعل غيره من الناس حين يساوم فيها يرغب في شرائه.

ومثل ذلك ما كان منه ﷺ مع سلمة بن الأكوع، حين أصاب امرأة من سبي فزارة في غزوة غزاها مع أبي بكر رضي الله عنه، وكان بنو فزارة أحلاقاً لقريش، فاتهبها منه رسول الله ﷺ حين عاد بها إلى المدينة، فأبى، ثم استجاب بعد أن أعاد عليه الطلب. أخرج الإمام مسلم بسنده عن سلمة بن الأكوع قال: غزونا فزارة وعلينا أبو بكر - رضي الله عنه - أمره رسول الله ﷺ علينا، فلما كان بيننا وبين الماء ساعة أمرنا أبو بكر فعرسنا، ثم شن الغارة فورد الماء فقتل من قتل عليه وسبى - وأنظر إلى عنق من الناس فيهم الذراري فخشيت أن يسبقوني إلى الجبل فرميت السهم بينهم وبين الجبل، فلما رأوا السهم وقفوا، فجئت بهم أسوقهم وفيهم امرأة من بني فزارة عليها قشع من آدم معها ابنة لها من أحسن العرب، فسقتهم حتى أتيت بهم أبا بكر، ففلقني أبو بكر بنتها، فقدمنا المدينة وما كشفت لها ثوباً، فلقيني رسول الله ﷺ في السوق، فقال: يا سلمة هب لي المرأة. فقلت: والله لقد أعجبتني وما كشفت لها ثوباً، ثم لقيني رسول الله ﷺ من الغد في السوق فقال لي: يا سلمة هب لي المرأة لله أبوك فقلت: هي لك يا رسول الله، فوالله ما كشفت لها ثوباً. فبعث بها رسول الله ﷺ إلى أهل مكة، ففداها ناساً من المسلمين كانوا أسارى بمكة^(١).

ومن هذا القبيل أمره ﷺ بريرة حين شفع إليها لترجع إلى زوجها مغيث، حين اختارت نفسها عندما عتقت وهي تحته، فأبت معذرة بكرهايتها إياه - أخرج البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال لبريرة: لو راجعته، فقالت: يا رسول الله: تأمرني؟ فقال: أنا أشفع، فقالت: لا حاجة لي فيه^(٢).

ومثله ما كان يشير به ﷺ في معالجة بعض الأمراض، فإنه قد لا يصدر في ذلك عن وحي، ولكن عن تجربة ومعرفة اكتسبها من بيئته، وقد يصدر عن إرشاد من الله يجب اتباعه، يدل على الأول ما أخرجه أبو داود بسنده عن أسامة بن شريك

(١) المرجع السابق ج ١٢ ص ٦٨.

(٢) صحيح البخاري ج ٧ من كتاب الطلاق ص ٤٨ طبعة سنة ١٣١٢ هـ بولاق.

قال: أتيت النبي ﷺ وأصحابه، كأنها على رءوسهم الطير، فسلمت ثم قعدت، فجاء الأعراب من ههنا وههنا، فقالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ فقال: «تداووا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء واحد: السام»، وما أخرجه مسلم وأبو داود عن جابر رضي الله عنه: «بعث النبي ﷺ إلى أبي بن كعب طبيباً فقطع منه عرقاً وكذلك روى عمرو بن دينار أن رسول الله ﷺ عاد مريضاً فقال لأهله أرسلوا إلى الطيب فقال قائل: أنت تقول ذلك يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم فإن الله عز وجل لم ينزل داءً إلا أنزل له دواء». ولو كان الطب من أمر أو شريعة يوحى بها إليه ما أرسل الطيب إلى أبي، ولم يأمر باستدعاء الطيب، ولأشار على الأعراب بالرجوع إليه في علاج أمراضهم^(١).

وإذا ما صدر في شيء من ذلك عن وحي، كما في رواية البخاري عن أبي سعيد قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إن أخي يشتكي بطنه فقال ﷺ: اسقه عسلاً، ثم أتاه الثانية فقال ﷺ: اسقه عسلاً، ثم أتاه فقال: فعلت فقال ﷺ: صدق الله وكذب بطن أخيك اسقه عسلاً فسقاه فبرأ»، فإنه يكون إرشاداً إلى ما فيه الشفاء دون تخلف عنه ولكنه مع ذلك لا يقتضي قصر الشفاء عليه وأن لا شفاء في غيره، كما لا يستوجب وجوب المعالجة به دون غيره.

وكذلك الحال في لباسه ﷺ هيئة ووضعاً وشكلاً، وفي طعامه نوعاً ولوناً وتناولاً فمرد ذلك إلى عادات قومه، ومقتضيات وطنه وجوّه التي صارت له عادة، ولو عاش رسول الله ﷺ في جو آخر أو كان من غير العرب لتغير لباسه وطعامه تبعاً لذلك، ألا ترى أنه ﷺ حين قدم إليه لحم الضب عافه ولم يأكل منه، فقيل له: أهو حرام؟ قال: «لا، ولكن لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه». أخرج البخاري عن خالد بن الوليد أنه دخل مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة فأتى بضب محنود فأهوى إليه رسول الله ﷺ بيده، فقال بعض النسوة: أخبروا رسول الله بما يريد أن يأكل. فقالوا: هو ضب يا رسول الله. فرفع يده، فقلت: أهو حرام يا رسول الله؟ فقال: «لا،

(١) معالم السنن للخطابي على سنن أبي داود ج ٥ ص ٣٤٦، ص ٣٥١.

ولكن لم يكن بأرض قومي فأجدي أعافه: قال خالد: فاجترته فأكلته، ورسول الله ﷺ ينظر فلم ينهني.

فمثل هذه الأمور وما يشبهها، من هيئات جلوسه ونومه ومشيه، وكيفيات سيره وطريقة تناوله لطعامه، ونحو ذلك مما صدر عنه ﷺ بمقتضى طبيعته وجبلته وكونه بشراً يحيا حياة الناس، ويعيش عيشتهم، ويتقلب متقلبهم في أمور الدنيا، ومتطلبات الطبيعة الإنسانية: لم يكن فيها شارباً، ولا تعد أعماله ولا أقواله فيها شريعة يؤخذ الناس باتباعها ويلازمون على تركها، وإن دل ذلك على إباحتها لأن النبي ﷺ لا يقدم على معصية، وإذا روي عنه فيها ﷺ ما يتضمن صيغة الأمر فهو في هذه الحال مجرد إرشاد في الاحتفاظ بالتقاليد القومية، والعادات المرعية، التي يكون لها حسناتها وجمالها في بيئتها، بينما يكون لها عكس ذلك في بيئة أخرى، تختلف فيها العادات والتقاليد إلى أصدادها، مما يكون طرحه والخروج عليه أمراً مذموماً وفعلاً سيئاً في بيئته، كما هو الحال فيما ورد عن الرسول ﷺ من ذلك، مراعاة في الاحتفاظ به وعدم الخروج عليه، من تلك العادات التي كانت للعرب حال حياته ﷺ.

ولكن إذا ما تبين أن أمره بشيء من ذلك إنما صدر للحفاظ على خلق أو مروءة، أو لتجنب ضرر أو فساد، فإنه يكون حينئذٍ شريعة واجبة الطاعة، قد صدر في الأمر بها عن وحي لا عن عادة مرعية.

وبهذا البيان تحدد ما يعد من السنة شريعة واجبة الطاعة، وما نحن بصدد التعريف بمكانته في بيان الأحكام الشرعية.

مكانة السنة في بيان الأحكام الشرعية

كتاب الله وسنة رسوله هما المصدران الأساسيان لتقرير الأحكام وبيانها، وإليهما ترجع جميع المصادر الأخرى، ولكن الكتاب يعد المصدر الأول والأساس الذي تقوم عليه السنة ولا تختلف عنه وكان لذلك أصل الأدلة بقول الله تعالى: ﴿... إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرْتِكَ اللَّهُ...﴾ [النساء: ١٠٥].

ويقول: ﴿... وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ بَيِّنَاتٍ لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [٨٩] [النحل] ويقول: ﴿... وَأَوْحَىٰ إِلَىٰ هَذَا الْقُرْآنُ لِأَنْذِرْكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ...﴾ [الأنعام: ١٩]، ويقول: ﴿... وَإِنَّهُ لَكِتَابٌ عَزِيزٌ﴾ [٤١] لَا يَأْتِيهِ الْبَطْلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾ [٤٢] [فصلت]، والآيات في هذا المعنى عديدة كثيرة ونكتفي بها ذكرنا.

وقد جاءت السنة مفسرة للقرآن: تبين مجمله، وتفيد مطلقه وتخصص عامه، وتفصل أحكامه وتوضح مشكله، فمن الفرائض والأحكام ما جاء في القرآن جملة نصوصه، كالصلاة والزكاة والحج، فلم يذكر في القرآن هيئاتها ولا تفاصيلها، بينها الرسول ﷺ بسنته الفعلية والقولية: فبين في الصلاة عددها وكيفياتها وجميع ما يتعلق بها، وفي الزكاة أنواع ما تجب فيه من الأموال، ومقدار الواجب فيها وما يتصل بذلك، وفي الحج أفعاله، وكيفيته ومناسكه، ومن الأحكام ما جاء النص فيه مطلقاً مثل قوله تعالى في آية الموارث: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ...﴾ [النساء: ١١] فقيدت السنة مطلق الوصية بأن جعلتها وصية لغير وارث، وذلك بقوله ﷺ: «لا وصية لوارث»، ومن الأحكام ما جاء النص فيه عاماً فخصصته السنة مثل قوله تعالى: ﴿... وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وُورَاةَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ...﴾ [النساء: ٢٤] بعد بيانه المحرمات، فخصصته السنة بأن أخرجت من عمومه نكاح المرأة على عمتها وخالتها، كما أخرجت منه ما حرم نكاحه بسبب الرضاع، ممن لم يذكر في الآية قبله، وهو ما تناوله قوله ﷺ: «يجرم من الرضاع ما يجرم بالنسب»، كما فصلت السنة كثيراً مما حرمه الله بمقتضى نصوص القرآن العامة، مثل قوله تعالى:

﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا نَعْمُونَ ﴿٣٢﴾ ﴾ [الأعراف]، إلى غير ذلك من بيانها وتفصيلها للأحكام الشرعية.

ثم هي مع هذا البيان إذا أتت بزيادة عن القرآن يجب ألا تتعارض مع أصوله العامة وقواعده الأساسية، بل تدور في محيطه غير متجاوزة نطاقه، وذلك شأن التابع مع المتبوع فكانت بسبب ذلك تابعة له، إذ التفسير تابع للمفسر مرتبط وجوده بوجوده، ومما جاءت به من ذلك حرمة زواج المرأة على عمتها أو على خالتها، وتحريم لحوم الحمر الأهلية، ولحم كل ذي ناب من السباع، أو ذي مخلب من الطير، وغير ذلك مما يدخل في نطاق قوله تعالى: ﴿ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وذلك مصداق قوله تعالى: ﴿ وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ... ﴾ [النحل: ٦٤]. وقوله تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا يَلْسِنَانِ قَوْمِهِ يُسَبِّحُكَ لَهُمْ ﴾ [إبراهيم: ٤]، وقوله تعالى: ﴿ ... وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [النحل: ٤٤].

وهذا إلى أن الكتاب مقطوع بوروده جملة وتفصيلاً، أما السنة فمظنونة الورد تفصيلاً، ولا يصح القطع بورودها إلا بالنظر إلى جملتها، فإننا نقطع بأن لرسول الله ﷺ أقوالاً وأفعالاً وتقريرات في الأمور الشرعية قد أثرت عنه، وذلك ما أطلق عليه اسم السنة، ولكننا لا نقطع في أي حديث معين منها بأنه قد صدر عن الرسول ﷺ إلا أن يكون متواتراً، ونادر فيها المتواتر، فكان القرآن لذلك في منزلة أعلى من منزلة السنة من حيث الاطمئنان إلى صحة ورودها عن رسول الله ﷺ، لأن درجة المظنون دون درجة المقطوع به.

وعلى هذا الوضع من تقديم الكتاب على السنة من حيث هو أصل وأساس للدين لما نزل به من أصوله الأساسية وقواعده الكلية، وأهدافه العامة التي بني عليها، فكانت السنة تابعة له ومبينة له لا تختلف عنه، وكان عمل الصحابة بعد وفاة رسول الله ﷺ فيما يروى عنهم أنهم كانوا حينما تعرض عليهم حادثة بحثوا عن

حكمتها في كتاب الله، فإن لم يجدوا بحثوا عنه في سنة رسول الله ﷺ، فإن لم يجدوا اجتهدوا، وهذا ما ارتضاه رسول الله ﷺ من معاذ بن جبل حين أرسله قاضيًا إلى اليمن، فقد روي أنه ﷺ قال له حين ذلك: "بم تقضي؟ فقال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: أقضي بسنة رسول الله ﷺ قال: فإن لم تجد؟ قال: أجتهد رأيي ولا ألو، ف ضرب رسول الله ﷺ على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله" (١)

وليس يعني هذا الذي روي من صنيع أصحاب رسول الله ﷺ في بحثهم عن حكم ما يعرض لهم من الحوادث أنهم حينما ينظرون في كتاب الله باحثين عنه لا ينظرون إلى ما علموه من سنة في بيان ما يدل على الحكم المطلوب من الكتاب، بل معناه أنهم ينظرون في كتاب الله متطلبين معناه لتعرف الحكم منه، وذلك ما يستلزم النظر في السنة عند ذلك؛ لأن البحث عما يدل عليه الكتاب يستوجب البحث فيما ورد فيه من بيان صدر عن رسول الله ﷺ، ولا شك أن هذا ما كان يعنيه معاذ حين قال: أقضي بكتاب الله، فإن قضاءه لا يكون قضاء بكتاب الله إلا إذا كان على وفق معناه وما أريد منه، وذلك ما قد تكون السنة طريقًا إليه، فإن تركت حيث لا يمكن القضاء عند تركها قضاء بكتاب الله ولا بما نزل به، بل قضاء بغير ما حكم الله، وذلك ما لا يكاد أن يكون محل ريبه عند ذي علم بما كان عليه أصحاب رسول الله ﷺ حين بحثهم عن حكم ما يعرض لهم من حوادث، وهو ما يتفق مع ما جاء في الكتاب عن بيان السنة له، بل وما يعد مخالفته والإعراض عنه خروجًا عما أمر الله به في كتابه، مما دلت عليه الآيات التي أشرنا إليها فيما سبق، من وجوب طاعة الله وطاعة رسوله ﷺ فيما جاء به من كتاب وسنة، فما كان كل منهما إلا وحيًا أوحى به إليه وأمر بتبليغه: هذا بلفظه الذي به نزل، وهذا بمعناه الذي عبر عنه رسول الله ﷺ بلفظه وعبارته، وما كانت التفرقة بينهما راجعة إلى تقديم أحدهما على الآخر في وجوب العمل والطاعة، وإنما كانت لإرادة الإعجاز بأولهما، وهو الكتاب وجعله حجة على نبوة رسول الله ﷺ،

(١) رواه أحمد والترمذي والدارمي والبيهقي في المدخل وابن سعد في الطبقات وابن عبد البر.

وإنما كان النظر فيه أولاً، لأنه الجامع لأصول الدين الهادي إلى الطريق، الكاشف عن معالمة، العاصم من الضلال فيه.

ومن ذلك يتبين أن ليس في حديث معاذ ما يدعو من ناحية متنه وما يدل عليه إلى الشك فيه، وإلى محاولة رده من ناحية سنده. وأما ما قيل فيه من أنه ليس بمتصل كما قال الترمذي إذ رواه شعبة، قال: حدثني أبو عون عن الحارث بن عمرو عن أناس من أصحاب معاذ عن معاذ رضي الله عنه، فقد قال فيه الغزالي في المستصفى أنه حديث تلقته الأمة بالقبول، ودافع عنه ابن القيم في أعلام الموقعين في ناحية انقطاعه فقال: إن شهرة أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحل الذي لا يخفى، فإذا كان قد روى عن غير مسمين فهم من أصحاب معاذ ولا يضره ذلك؛ لأن ذلك دليل شهرته إذ لم ينفرد بروايته واحد منهم، بل رواه الحارث بن عمرو عن جمع منهم، وليس يعرف فيهم متهم ولا كذاب ولا مجروح، بل أصحابه من أفاضل المسلمين وخيارهم^(١).

ذلك ما يجب أن يكون عليه فهمنا لما كان عليه أصحاب رسول الله ﷺ حين يبحثون عن حكم ما يعرض عليهم من الحوادث من الكتاب، إذ لا يستغني تعرف ما جاء به الكتاب من أحكام عن النظر في السنة، فقد جاءت كما بينا بياناً له ولا يستغني المبين عن بيانه، ألا يرى أن من آياته ما قد يحتمل أكثر من معنى فتعين السنة المعنى المراد من المعاني المختلفة، وعندئذ يترك ما عداه، وأن من آياته ما يجيء مطلقاً فتقيده السنة، وما يجيء عاماً فتخصصه السنة إلى غير ذلك من البيان، كبيانها للمراد من اليد في آية السرقة، وكبيانها لمن تصح له الوصية، ولمقدار ما يوصى به في آية الوصية، ولمن يكون حده الجلد إذا زنى في آية الزاني، وما سوى ذلك من بيان ما يجب مراعاته والأخذ به عند النظر في الكتاب^(٢).

مما تقدم يتبين لنا كيف جاءت السنة مبينة للكتاب، وكانت لذلك تابعة له، دائرة في محيطه لا تخالفه ولا تخرج عنه، وذلك ما قد يدل عل أنها لا تخالف الكتاب

(١) ج١ ص ٢٤٣ مطبعة النيل.

(٢) الموافقات ج٤ ص ٨ وما بعدها طبعة مصطفى محمد.

ومن ثم لا تنسخه، وذلك ما ذهب إليه بعض العلماء وعلى رأسهم الشافعي رضي الله عنه، فقد منعوا ذلك، مخالفين ما ذهب إليه الجمهور من أن الكتاب قد نسخ بالسنة في بعض ما جاء به من الأحكام، استناداً منهم إلى أن آية الوصية وهي قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ (١٨٠) فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١٨١﴾ [البقرة] قد نسخت بقوله ﷺ: «لا وصية لوارث» وإلى أن آية جلد الزاني وهي قوله تعالى: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ... ﴾ [النور: ٢]. قد نسخت بأحاديث الرجم في المحصن، وغير ذلك مما لا يرى فيه هؤلاء المانعون دليلاً لهم فيه على جواز نسخ السنة للقرآن ولا على وقوعه، إذ الواقع أنه لا نسخ في هذه الآيات، وذلك ما ذهب إليه كثير من العلماء كالشافعي وأكثر أصحابه وكثير من الأصوليين، وهو مذهب أهل الظاهر ورواية عن أحمد. وقد يكون هذا هو رأي أكثر من ذهب إلى جواز نسخ القرآن بالسنة من الناحية العقلية لا الواقعية؛ ذلك لأن من ذهب إلى جواز ذلك إنما جوزه مشروطاً أن يكون الناسخ من السنة متواتراً، وتحقق التواتر في الأخبار أمر لا يكاد يوجد، وفيه من الشك والاختلاف ما يقضي بعدم وجوده، وعلى ذلك فليس يوجد بالسنة ما يصلح ناسخاً للقرآن، ويكون البحث في هذه المسألة بحثاً في غير واقع أو نادر الوقوع ولا كبير جدوى فيه كما قال الشاطبي^(١).

أما من ذهب من الفقهاء إلى إلحاق المشهور من السنة بالمتواتر في جواز نسخ القرآن به، وهو ما نسب إلى الحنفية، فذلك مذهب بعيد عن الصواب - والمسألة مفصلة في علم الأصول فليرجع إليها من يشاء.

ونتيجة لما تقدم يتبين سلامة ما قررنا من أن السنة تابعة للكتاب، وأنها في درجة أدنى من درجته، وأنها ترجع دائماً في معناها، وفيما تأتي به إلى الكتاب وأصوله، وأنها مبينة له، تفصل مجمله، وتبين مشكله، وتقيد مطلقه، وتخصص عامه، ولا تأتي بشرعية جديدة إلا كان القرآن دالاً عليها دلالة إجمالية، وذلك ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿... مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ... ﴾ [الأنعام: ٣٨].

(١) الموافقات ج ٤ ص ١١.

وقوله تعالى: ﴿... وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [النحل: ٨٩] وعلى هذا فما يجيء من الأخبار معارضا للقرآن لأصوله وأحكامه يجب رده، وتقديم القرآن عليه، إذ أن ذلك من أوجه الطعن في الخبر المسقطه له كما قرر ذلك علماء الحديث.

ومن أجل ذلك أمر الله بطاعة رسوله، وكان أمره بذلك على أوضاع مختلفة وبأساليب متعددة وبدلالات عديدة، وثقت هذا الأمر، وأكدت هذا الوجوب، وعززت هذا الطلب، فجاء أمره صريحا في كثير من الآيات في مثل قوله تعالى: ﴿... أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ...﴾ [النساء: ٥٩]، وقوله: ﴿... وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ...﴾ [الأنفال: ٢٠] وقوله تعالى: ﴿... وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [النور]. وقوله تعالى: ﴿... وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ...﴾ [الحشر: ٧].

وكذلك جاء أمره بذلك مقرونا ببيان عاقبته مثل قوله تعالى: ﴿وَمَن يُطِيعِ اللَّهَ وَالرَّسُولَ فَأُولَٰئِكَ مَعَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ وَالصَّالِحِينَ وَحَسُنَ أُولَٰئِكَ رَفِيقًا﴾ [النساء].

وقوله تعالى: [مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ... [النساء: ٨٠] وقوله في صفة النبي ﷺ: ﴿... يَا مَعْرُوفٍ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ...﴾ [الأعراف: ١٥٧].

وكما جاء أمره بذلك أيضا مقرونا بالتحذير من مخالفته مثل قوله: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النور]. وقوله: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلًّا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب].

بل إنه - سبحانه وتعالى - قد جعل من لوازم الإيمان أنهم إذا كانوا معه على أمر جامع لا يذهبون مذهبا إلا بإذنه، قال تعالى: ﴿... إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَىٰ أَمْرٍ جَامِعٍ لَّمْ يَذْهَبُوا حَتَّىٰ يَسْتَأْذِنُوهُ...﴾ [النور: ٦٢].

والآيات في ذلك عديدة والآثار كثيرة، وفيما ذكرنا الكفاية، فليس في وجوب امتثال أمره ﷺ بعد الذي ذكرنا محل ريبة مرتاب ولا شك متردد. وعلى هذا كانت السنة هي الأصل الثاني من أصول الدين، والمصدر الثاني من مصادر الأحكام الشرعية، وكان ذلك وضعها في حياته ﷺ، وبعد وفاته، ولا تزال على ذلك إلى يومنا هذا، وستظل كذلك إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين.

وجوب العمل بالسنة:

لقد بان مما تقدم أن السنة أصل من أصول الدين، وأنها المصدر الثاني للأحكام الشرعية، وأن العمل بها واجب، لأنه طاعة لله ولرسوله ﷺ، وأن تركها ومخالفتها ترك لكتاب الله، ورفض لما أمر به، وذلك ما يقضي به كتاب الله فيما ذكرنا وأشرنا إليه من آيات، وهو ما اتفق عليه المسلمون وأجمعوا عليه، وجرى عليه العمل في عهده ﷺ وفيما تلاه من عهود، وذلك ما لا ريب فيه بالنسبة إلى السنة جملة، وبالنسبة إلى ما تواتر منها أفراداً وتفصيلاً، للقطع بصحة النسبة عندئذ إلى رسول الله ﷺ، أما عند النظر إلى السنة أفراداً وتفصيلاً، فإننا لا نقطع بصحة نسبة حديث معين إلى رسول الله ﷺ إلا إذا كان متواتراً فإذا لم يكن متواتراً لم نقطع بصحة نسبته وأمكن حينئذ أن يصل الظن إلى ما يترجح معه وروده عن رسول الله ﷺ، أو إلى ما لا يترجح معه ذلك، وذلك ما يكون نتيجة للبحث والنظر في حال السند والمتن، بمراعاة القواعد والضوابط التي أرشد إليها علماء الحديث، وثبتتها القواعد العلمية المتعلقة بنقل الأخبار وصحتها.

فإذا ما انتهى باحث من بحثه في حال حديث إلى ترجيح وروده عن رسول الله ﷺ، وغلب ذلك على ظنه، وسلم مع ذلك من النسخ في ظنه، فقد وجب عليه العمل به، إذ أن وجوب العمل شرعاً منوط بالظن لا بالقطع، فذلك ما قام عليه الدليل القطعي، كما هو مبين في موضعه، وإذا ما انتهى بحثه إلى خلاف ذلك لم يجب عليه العمل به، وإن وجب على غيره ممن نظر وبحث فانتهى إلى غير ما انتهى إليه هذا الباحث من ترجيح صدوره عن الرسول ﷺ وعدم ورود المعارض له، وكثيراً

ما رأينا أن من الأئمة من لم يعمل ببعض ما رواه من الحديث، إما لظن نسخه وإما للشك في صحة نسبه إلى رسول الله ﷺ، بينما نرى غيرهم من الأئمة قد عمل به، ولقد وجد أبو بكر الأبهري أن في موطأ مالك نيفاً وسبعين حديثاً، ترك مالك نفسه العمل بها مع روايته لها.

وبناءً على ذلك فإننا نريد في بحثنا هذا أن نعمد إلى ما وُجّه من شبه ومطاعن إلى السنة جملة من حيث روايتها، وما وجه من طعون إلى حجيتها، لا بالنظر إلى حديث معين فبين زيف ذلك وبطلانه، أما ما وجه من ذلك إلى حديث معين أو إلى سند معين، أو راو معين، فذلك من الموضوعات الجزئية التي تتعدد بتعدد متعلقها ولا يعد ما تحويه من شبه ومطاعن موجهاً إلى السنة من حيث إنها أصل من أصول الأحكام الشرعية واجب التطبيق، وما كان من ذلك فقد وضعت فيه كتب ورسائل مستقلة منها المطول ذو الإطناب، ومنها المختصر ذو الإيجاز، وليس مما يتسع له بحث كببحثنا هذا، وذلك لما قصد منه من درء ما يوجه الآن إلى السنة من شبه من حيث إنها أصل وحجة في الدين، ولا يجوز خلافها، وما وجه إلى روايتها من حيث إنها طريق سليم لنقلها إلينا كما صدرت عن رسول الله ﷺ.

وفيما يأتي بيان لما وجه إلى السنة من شبهات وشكوك في العصر الحاضر، وسنرى أن منه ما يتعلق برواية السنة، ومنه ما يتعلق بوجوب العمل بها على وضع دائم لا يتغير بتغير الزمن ولا يختلف باختلاف الأمم.

ما وُجّه إلى روايتها:

ذكرنا أن وجوب العمل بالحديث منوط بصحة نسبه إلى رسول الله ﷺ يقيناً أو ظناً فما صحت نسبه إليه ﷺ على سبيل القطع، كالحديث المتواتر، أو ظناً كالحديث الصحيح من الأحاد، وجب العمل بمقتضاه وحرمت مخالفته، وما لم يتحقق فيه ذلك لم يجب العمل به.

وقد كانت عناية رجال الحديث بالسند ورجاله في سبيل توثيقها والحكم على الحديث بصحة نسبه أو بعدم صحتها عناية فائقة، لم يجد معها المغرضون ولا الناقدون

أية ثغرة ينفذون منها إلى توجيه أي نقد ينال من الأسس والقواعد التي وضعت لوزن الأسانيد ورجالها، وما بني على ذلك من أحكام كان لها آثارها في الحكم على الحديث قوة وضعفًا وقبولًا وردًا، كما كان لها الأثر البالغ في التعرف على كثير من الأحاديث الموضوعية وتمييزها من الأحاديث الصحيحة. وقد كانت هذه القواعد والأسس نتيجة بحث دائب في بيان حال الرواة وسيرتهم، وعمن أخذوا عنه، وعمن أخذ عنهم، ومن عاصرهم ومن لم يعاصرهم، وفي بيان من عرف منهم بالضبط والحفظ والاتفاق والصدق، ومن كان منهم على خلاف ذلك من الكذب والوضع أو السهو أو سوء الحفظ أو التدليس أو عدم الضبط، وفي بيان طرائق سماعهم وتحملهم، وذلك بحسب ما وصل إليه جهدهم وانتهى إليه تحريمهم وبحثهم.

ولم تصل أمة من الأمم إلى ما وصلت إليه الأمة الإسلامية في ذلك من الدقة والتحقيق، وفي وضع الأسس والقواعد التي يبنى عليها الحكم على الأخبار وروايتها، ولهذا كان ما وجه من النقد إلى السنة من بعض المستشرقين أو الناقدين المغرضين أو غير المغرضين ومن لف لفهم وخُذع بأفكارهم موجهًا أكثره إلى ناحية المتن، فقد زعموا أن رجال الحديث لم يعنوا بالمتن عنايتهم بالسند، وأن ما وضعوه في سبيل الحكم على المتن من القواعد لم يكن كافيًا لتمييز الصحيح من غيره مما كان سببًا في عدم التعرف على كثير من الأحاديث الموضوعية واختلاطها بالأحاديث الصحيحة، وكان ذلك بناءً على ما وصل إليه تحريمهم وبحثهم في سلامة أسانيدها، وتوافر الثقة في رجالها وهي ثقة - كما نعلم - قامت على التحري والسماع والتقدير، وذلك أمر يتعرض للخطأ، وتختلف فيه الأنظار باختلاف الناس وتفاوتهم في أفكارهم وأنظارتهم وبحثهم، ويؤيد أصحاب هذا الرأي رأيهم هذا بذكر بعض أحاديث وردت في الصحاح، يرونها من ناحية ما دلت عليه غير مقبولة في عقولهم، أو معارضة لما هو معروف مسلم لديهم من الوقائع والقضايا، وذلك مثل ما أخرجه البخاري عن عامر بن سعد عن أبيه قال: قال النبي ﷺ: «ومن اصطبح كل يوم تمرات عجوة لم يضره سم ولا سحر ذلك اليوم إلى الليل» وفي رواية «سبع تمرات عجوة» وفي رواية أخرى «من تصبح كل يوم بسبع تمرات» ومثله لمسلم عن سعيد بن أبي العاص،

وروى مسلم أيضًا عن أنس بن مالك: أن رجلًا سأل النبي ﷺ قال: «متى تقوم الساعة؟ قال: فسكت رسول الله ﷺ هنيهة ثم نظر إلى غلام بين يديه من أزد شنوءة فقال: إن عمّر هذا لم يدركه الهرم حتى تقوم الساعة»، قال أنس: ذاك الغلام من أترابي يومئذ، وقد مات أنس سنة ٩٣ هـ وهو ترب الغلام. والواقع أن هذا النقد لا يخلو من حيف وجور في الحكم على الجهود التي بذلها علماء السنة للحكم على الحديث من ناحية متنه، وإذا كانت جهودهم في هذا المجال من حيث التفصيل والمادة دون جهودهم في سبيل الحكم على السند ورجاله، فإن ذلك التفاوت لا يرجع إلى نقص أو تقصير بالنسبة لما يتطلبه النظر في المتن وحاله والحكم على الحديث بناءً على ذلك، وإنما يرجع إلى أن أحوال المتن ليس لها ما لأحوال السند من تنوع وتعدد واختلاف، مما أدى إلى كثرة البحوث والعلوم المتعلقة بالسند. ولم يغفل علماء الحديث النظر في المتن وما يجب أن يتوافر فيه من الصفات الدالة على صحته، وما يجب أن يبرأ منه المتن من العلامات والشواهد التي إذا وجدت فيه دلت على وضعه مما هي كفيلة بالتعرف على أي حديث موضوع وتمييزه عند مراعاتها.

وهذا بيان أهمها في إجمال:

(١) ركاكة معناه وضعفه: قال الحافظ ابن حجر ما خلاصته: ركاكة معنى الحديث يدل على وضعه، وإن لم ينضم إلى ذلك ركاكة في لفظه؛ لأن الدين كله محاسن والرداءة والضعف مما ينأى عنه الدين.

(٢) فساد معناه: وذلك بأن يخالف ما تقضي به العقول السليمة دون إمكان تأويله، كأن يخالف البدهيات أو ما هو معروف مسلم به من القواعد العامة في الحكم والأخلاق، أو داعيًا إلى الاستجابة إلى الشهوة والمفسدة أو مخالفاً للحس والمشاهدة، أو لقطعيات التاريخ، وللسنن الكونية أو لبدهيات الطب، أو المعقول في أصول العقيدة من صفات الله ورسله، أو مشتملاً على سخافات لا تصدر عن عاقل، وفي ذلك يقول ابن الجوزي: إذا رأيت الحديث يباين المعقول، أو يخالف المنقول، أو يناقض الأصول، فاعلم أنه موضوع.

وقال في المحصول: كل خبر أوهم باطلاً ولم يقبل التأويل فمكذوب، أو قد نقص منه ما يزيل الوهم.

(٣) مخالفته للكتاب أو السنة المتواترة أو الإجماع القطعي: قال ابن قيم الجوزية: ومن الأمور التي يعرف بها أن الحديث موضوع مخالفته صريح الكتاب، كحديث مقدار مدة الدنيا، وأنها سبعة آلاف سنة لمخالفته قوله تعالى: ﴿ قُلْ إِنَّمَا عَلَّمَهَا عِنْدَ رَبِّي ﴾ [الأعراف: ١٨٧]، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ ... ﴾ [لقمان: ٣٤]، ومن ذلك أيضاً مخالفته صريح السنة المسلم بها لشهرتها أو لتواترها.

(٤) مخالفته الوقائع التاريخية المقطوع بصحتها: وذلك مثل ما رواه مسلم بسنده عن أبي وائل قال: خرج علينا ابن مسعود بصفين، فقال أبو نعيم: أترأه بعث بعد الموت؟ إذ قد توفي قبل ذلك. ومثل ما روي من أن النبي ﷺ وضع الجزية عن أهل خيبر ورفع عنهم الكلة والسخرة بشهادة سعد بن معاذ وكتابة معاوية بن أبي سفيان، مع أن الثابت أن الجزية لم تكن مشروعة عام فتح خيبر، وإنما نزلت آية الجزية بعد تبوك، وأن سعداً توفي قبل ذلك في غزة الخندق، وأن معاوية إنما أسلم عام الفتح.

(٥) صدور الحديث من راو تأييداً لمذهبه وهو متعصب مغال فيه: وذلك كالأحاديث التي صدرت من أتباع المذاهب الفقهية والكلامية، تأييداً لمذاهبهم أو مذهب إمامهم مثل: «من رفع يديه في الصلاة فلا صلاة له، ومثل المضمضة والاستنشاق للميت ثلاثاً فريضة»، ومثل «من قال القرآن مخلوق فقد كفر».

(٦) اشتغال الحديث على إفراط في الثواب العظيم جزاء عمل صغير أو اشتغاله على مبالغة في الوعيد الشديد على الأمر الحقيق: وذلك كالأحاديث التي وضعها القصاص في ثواب بعض الأعمال وفي جزاء بعض الجرائم والمخالفات.

(٧) أن يتضمن الحديث أمراً من شأنه أن تتوفر الدواعي إلى نقله لأنه وقع بمشهد عظيم ثم لا يشتهر ولا يرويه إلا واحد: وبهذا حكم أهل السنة على حديث غيرهم بالوضع وهو الحديث المتضمن النص على خلافة علي ووصايته^(١).

(١) منهاج السنة ج ٤ ص ١١٨.

ولا شك أن هذه أسس سليمة رصينة محكمة كفيفة بتميز الأحاديث الموضوعية من الأحاديث الصحيحة، لا يسع المنصف أن ينازع في قوتها وأحكامها وكفائتها، ومع هذا لم يكتب رجال الحديث بها في سبيل نقد المتن، بل نقدوه مع ذلك من ناحية اضطرابه أو شذوذه أو إعلاله، كما بحثوا فيما وقع فيه من قلب أو غلط أو إدراج، إلى غير ذلك من العلل التي عني العلماء ببيانها وشرحها فيما وضع في ذلك من الكتب.

وقد رأيت فيما سبق أن ما وضع من موازين وضوابط للتعرف على ما في الأحاديث من قوة وضعف لم يكن الهدف منه الوصول إلى القطع بصحة نسبة الحديث إلى رسول الله ﷺ، وإنما كان الغرض منه الوصول إلى غلبة الظن بصحة تلك النسبة؛ ولذا قالوا: إن ما حكم بصحته من أحاديث الآحاد قد يكون في واقع الأمر غير صحيح، ولكن هذا احتمال ضعيف لا يحول دون وجوب العمل كما قدمنا، ولقد ذكر أصحاب هذا النقد أنه كان من الواجب أن يؤسس نقد المتن أيضاً على أسس أخرى لم تنل من علماء الحديث عناية وهي:

(١) اتفاق ما ينسب إلى النبي ﷺ من قول مع الظروف التي قيل فيها، وعدم معارضته للحوادث التاريخية الثابتة.

(٢) خلو الحديث من التفسير الفلسفي الذي يخالف المؤلف من بيانه ﷺ، وخلوه من الأساليب الفقهية التي تتعرض لذكر الشروط والأركان، وما إلى ذلك مما لم يكن معروفاً في عصر النبي ﷺ.

(٣) انطباق الحديث على الواقع وعدم وجود باعث سياسي أو نفسي دعا إلى وضعه.

ذلك ما ضمنه الناقد نقده ولو تهيأ له أن يكون واسع الاطلاع دقيق النظر لتبين له أن كل ما ذكره من ذلك تتضمنه تلك القواعد السابقة، ولم يفت رجال الحديث مراعاته في نقد المتن، فقد ردوا حديث دخول النبي ﷺ الحمام بناءً على أن النبي صلوات الله عليه لم يدخل حماماً قط، وأن الحمامات لم تكن معروفة في الحجاز على عهده ﷺ، وكذلك ردوا حديث وضع الجزية عن أهل خيبر بناءً على أنه مخالف لما

علم تاريخيًا من أن شريعة الجزية لم تشرع إلا بعد فتح خيبر، وردوا بعض الأحاديث لمخالفتها للواقع، وذلك كحديث: «لا يولد بعد المائة مولود لله فيه حاجة»، وحديث «الباذنجان شفاء من كل داء» وردوا ما رواه غلاة الشيعة من أحاديث في فضل علي، وما رواه غلاة البكرية من أحاديث في فضل أبي بكر، لوجود الباعث السياسي على وضعها، وردوا كذلك حديث «رمدت فشكوت إلى جبريل فقال: أدم النظر في المصحف»؛ لأنه لا يتفق مع البيئة التي قيل فيها، إذ لم يكن على عهد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مصحف، وكذلك ردوا أحاديث أخرى لوجود الباعث النفسي على وضعها كحديث: «الهريسة تشد الظهر»، ذلك لأن راويه كان ممن يصنع الهريسة.

وردوا كذلك كثيرًا من الأحاديث لما فيها من عبارات واصطلاحات فقهية لم تكن معروفة على عهد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والأمثلة من ذلك كثيرة أشير إليها في «نصب الراية في تخريج أحداث الهداية» للزيلعي، وهكذا يرى أن كل ما زعم الناقدون استدراكه على علماء الحديث لم يغفلوه، بل راعوه وذهبوا إلى أبعد منه، غير أنه قد يلاحظ في هذه الضوابط وفي تطبيقها الأمور الآتية:

أولها- أن كثيرًا منها يقوم على تقدير الباحث وفهمه ونظره، وأنظار الناس متفاوتة ومواهبهم مختلفة وأحكامهم متباينة، وما لا يعقله فلان يعقله فلان آخر، ولهذا كانت أحكامهم على الأمور مختلفة، أو على ذلك كان تطبيق هذه الضوابط على الأحاديث مختلف النتائج باختلاف أنظار من يقوم بتطبيقها، فركاكة المعنى في كثير من أحوالها مما يختلف فيه أنظار الباحثين، يراها هذا في معنى من المعاني بينما لا يراها الآخر فيه، وكذلك الحال في مخالفة الحديث لما تقضي به قواعد العلم أو تجارب الطب، بينما يراها شخص في حديث لا يراها الآخر فيه. أو مخالفته لما يقضي به العقل، فإن عقول الناس تختلف اختلافًا بينًا يستسيغ بعضها ما لا يستسيغه بعضها الآخر، ويجوز بعضها ما يجوز بعضها الآخر، ويستبعد بعضها ما لا يستبعده بعضها الآخر، فبأي عقل يوزن الحديث؟ وأتى لعقل أن تكون له قوة وحكم عند صحة السند، والظن بصحة نسبته. وكذلك صدور الحديث من راو تأييدًا لرأيه المتعصب له المغالي فيه: مما تختلف فيه الأنظار،

وهذا ما يكشف عما في تطبيق هذه القواعد والضوابط من عيب ونقص،
يؤديان في كثير من الأحوال إلى خلاف واضطراب.

ثانيها- أن استعمال هذه المقاييس والضوابط مشروط بالألا يكون في تأويل الحديث
تأويل سليم سائغ يحتمله، أو لا يكون في حمله على المجاز مخرج من تطبيقها.
وبناءً على ذلك إذا احتتمل الحديث تأويلاً يخرج عن محيط ما تتناوله هذه
القواعد لم يجوز أن تطبق عليه، وكذلك إذا كان حمله على الاستعمال المجازي
يبتعد به عن هذه الضوابط لم يجوز أن تتناوله. وتأويل الحديث وقبوله للتأويل
وجواز إرادة معنى مجازي منه مما يختلف فيه الناس، فيكون مقبولاً سائغاً
عند شخص وغير مقبول عند آخر، وعلى ذلك يختلف الحكم على الحديث
باختلاف الناس واختلاف أنظارهم.

ثالثها- أن تطبيق هذه القواعد يقوم على فهم الحديث فهماً معيناً يجعله من متناولها،
وهذا مما يختلف فيه الناس أيضاً وتتفاوت فيه أنظارهم، فقد يفهمه شخص
فهماً سليماً غير مناقض للمعقول ولا للأصول المسلم بها، ويفهمه آخر على غير
هذا الوضع فيراه مخالفاً للمعقول أو لما تقضي به الأصول.

رابعها- أن الحديث إذا كان سليم السند يرويه الثقة عن الثقة إلى رسول الله ﷺ،
فإن صدوره عن النبي ﷺ يكون أمراً راجحاً. ورسول الله ﷺ ليس كسائر
الناس في علمه وحكمته وصلته بربه ومعارفه، وذلك مما يستوجب ألا تكون
مقاييس النقد فيما يصدر عنه مماثلة لمقاييس النقد وأحاديث غيره من الناس،
فرسول الله ﷺ يتلقى الوحي عن ربه، وقد أطلع الله سبحانه وتعالى على كثير
من أسرار الغيب، مما لم يطلع عليه سواه، وأحاط بها لم يحط به إنسان من المعارف
والأسرار، وذلك ما يقضي بأن يكون تفكيره فوق تفكير غيره من الناس، وبأن
يعلو حكمه أحكام غيره من الناس، فيصدر منه من الأقوال والأحكام ما قد
يعلو على أفهام الناس، وما لا تصل إلى معرفة كنهه وحقيقته عقولهم في عصر
من الأعصر، وما قد ينكشف سره بعد ذلك، وعلى ذلك فلا ينبغي أن يكون

لهم مع قصور عقولهم سلطة الحكم على أقواله من ناحية سلامتها وصحتها. مما قد تعجز عقولهم عن فهمه ولا يصح أن يكون عدم فهمهم لقصير عقولهم أو لضعف معارفهم دليلاً على وضع الحديث. وبناءً على ذلك إذا جاء الحديث متضمنًا خواص بعض النبات مما لم يكشفه العلم، أو خبرًا عن غيب سيقع في مستقبل الزمن، وما إلى ذلك مما لم يصل إليه علم الناس، فلا يجوز أن يتخذ ذلك دليلاً على وضع الحديث.

لهذه الأسباب كان تطبيق علماء الحديث لهذه القواعد في نطاق ضيق، حيث تكون الضرورة قاضية بتطبيقها، وذلك عند تعذر التأويل الذي يمكن اتخاذه مخرجًا، وعدم الوصول فيه إلى مخرج آخر يستساغ معه عدم التطبيق، وقد كان صنيعهم في هذا خاضعًا كذلك لتقديرهم وأحكامهم ومراعى فيه كذلك الاعتماد على صحة السند وسلامته، وما لذلك من أثر في اطمئنانهم إلى نسبة الحديث إلى الرسول ﷺ، ومع هذا الاطمئنان يجب التسليم وانتفاء كل شك، وهذا الشعورهم حينئذ بقصور عقولهم وقلة معرفتهم وعلومهم. لهذا كله كان تطبيقهم لهذه القواعد في حدود ضيقة كما قلنا، وكان مع ذلك محل خلاف بينهم تبعًا لاختلاف أنظارهم، فاختلقت أحكامهم على بعض الأحاديث فكان ما يراه بعض العلماء صحيحًا يراه آخرون غير صحيح، وكان من نتيجة ذلك وجود بعض أحاديث كان وجودها في الصحاح مبعث النقد الذي أشرنا إليه.

ومما يجب ملاحظته أن هذا النقد لا يعدو أن يكون طعنًا في أحاديث معينة معدودة أثبت الاستقراء أنها ليست في أصول الدين، ولا في قواعده وأحكامه الأساسية، ولا يعد عدم الاعتماد عليها أو تركها مما يتنافى مع وجوب العمل بالسنة الأحادية، لأن وجوب العمل بها كما بينا إنما يكون عند غلبة الظن بصحة نسبتها إلى رسول الله ﷺ، لا عند الشك في نسبتها، وما وضعه علماء الحديث من قواعد وضوابط لنقد السند والمتن كفيل عند تطبيقه تطبيقًا سليمًا بتمييز صحيح السنة من غيره، وتمحيص السنة من جميع الأحاديث الموضوعية بالقدر الممكن، وعند ذلك يتميز ما ترجح الظن بصحة نسبته مما شك في صحة نسبته، وإذا ما تبين ذلك وجب العمل

للقطع بوجوب العمل عند الظن، وعلى ذلك فلا يعد هذا النقد طعنًا في السنة ولا في وجوب العمل بها، عند سلامة السند والمتن، إذ عند ذلك يكون الظن بصحة نسبتها إلى رسول الله ﷺ ظنًّا راجحًا يوجب العمل بها.

ما وُجِّه إلى حجيتها من شبهات:

أشرنا فيما سبق إلى ما جاء في الكتاب العزيز من الآيات الدالة على أن طاعة الرسول ﷺ واجبة في كل ما أمر به، وفي كل ما نهى عنه، وإلى أن دلالة هذه الآيات باجتماعها وأساليبها دلالة قاطعة، لا تقوم معها أية شبهة في وجوب هذه الطاعة، ولا في حجية هذه السنة فيما جاءت به من أحكام، وأن إنكار ذلك إنكار وتكذيب لما جاء به القرآن الكريم وأكده ووثقه، ولكن بعض الناس ممن خدعهم زيف المستشرقين والمبشرين قامت في أنفسهم آراء منحرفة بسبب ما تلقوه من هؤلاء من شبهات صدتهم عن الحق وأعمتهم عن النور، فمنهم من ذهب إلى أن الله سبحانه وتعالى لم يتعبد الناس إلا بما شرعه القرآن، فهو وحده واجب الطاعة، وليست السنة إلا بيانًا له وتطبيقًا مؤقتًا في أحكام المعاملات، روعي فيه ما كان لزم من صدورها من عادات وأعراف ومعاملات، وما كان لأهله من علم ومعرفة وإمكانيات وتقاليد، ولذلك لم يكن للطاعة الواجبة صفة الدوام والاستمرار في هذا النطاق، وإنما كانت موقوتة بعصرها، حتى إذا تغير العصر بعاداته وأعرافه تغير التطبيق، لما جاء من عموم في الكتاب خاصًا بالمعاملات، ولم يكن ما ورد من السنة في ذلك واجب الطاعة.

وعلى هذا الأساس وجدت جماعة في الهند تسمت بجماعة القرآن، أو بأهل القرآن، لا تعمل إلا به على النحو الذي يهديها فهمها إياه، وكذلك وجد في الناس من طعن في حجية السنة، ومثلهم وجد قديمًا فماتت مزاعمهم بانقضاء زمنهم، ولكن من يوجد الآن يتمسك في عدم الاحتجاج بالسنة بمزاعم ليس لها أساس ولا حقيقة، ولا قيام لها على واقع إلا ما زوروه من خيال، فطعنوا في روايتها وطريقة نقلها، وكان ذلك على غير هدى، قالوا كيف تكون السنة حجة على الناس تلزمهم أن يعملوا بها، مع ما نراه فيها من خلاف واضطراب وتناقض في مروياتها، وما نشاهده فيها من

زيادات في بعضها، ونقص في بعضها الآخر، وما هو معلوم مما أضيف إليها، وأدخل عليها من موضوعات كثيرة تفوقها عدداً، اختلطت بها ولم يتيسر تحليصها من كثير منها، وهذا مع ما روي عن رسول الله ﷺ، من النهي عن كتابتها، ومحو ما كتب منها في عهده، ثم عدم الميل إلى كتابتها بعد وفاته، وتأخير كتابتها وتدوينها إلى نهاية القرن الأول الهجري، وميل الكثرة من جلة أصحاب رسول الله ﷺ إلى روايتها ونشرها، وذلك كله مع ما كان الرواة معرضين له من السهو والنسيان وسوء الحفظ، وقلة الضبط، وسوء الفهم، مما يعرض عادة للناس على اختلاف بينهم في ذلك، وكل ذلك مما لا تطمئن معه نفس إلى صحة نقلها، ووصولها إلينا كما صدرت منه ﷺ، ومع اجتماع هذه الشكوك والريب تنتفي الطمأنينة إلى سلامتها كما ينتفي الظن بصحة نسبتها وبذلك تزول حجيتها، أو لا يجب العمل بها.

هذه مقالتهم، وهي تستند كما يرى على أوهام وشكوك، منها ما يتعلق بروايتها، ومنها ما يتعلق بحجيتها، وهي كما نرى دعاوى تتسم بالإجمال والعموم، وعدم التفصيل والتركيز، يلقي القول فيها على عواهنه، دون استناد إلى واقع معين مفصل، أو مثل محدودة مبينة، فادعاء التناقض والخلاف والاضطراب والزيادة والنقص بهذا الإجمال وعلى هذا الوضع من العموم، ادعاء باطل، فليس يوجد شيء من ذلك إلا في القليل النادر الضئيل العدد، ثم هو لا يوجد مع ملاحظة هذا إلا في الأحاديث الضعيفة المنكرة التي فقدت حجيتها، وإذا وجد في الصحيح شيء من ذلك فبحسب الظاهر، ولم يكن وجوده فيها إلا بالنسبة على النظرة الأولى الخاطفة، أما عند استيعاب النظر، وعمق الفهم فلا يرى لذلك من أثر، وقد ألفت في ذلك كتب عديدة مستقلة تكفلت ببيان ذلك، فارتفع بيانها، ما زعموه من الخلاف والإشكال، وتبين عدم وجود شيء من ذلك، على أن وجود ذلك في فئة قليلة العدد من الأحاديث قل أن يكون منها حديث صحيح لا يطعن في السنة جملة ولا يضعف من قوتها وحجيتها التي قامت عليها الأدلة القاطعة، فكيف إذا تبين أن ليس لمثل هذا وجود في باطن الأمر وحقيقته؟

أما الموضوعات فقد كان لعلماء الحديث مجهودهم الدائب الذي لا ينكر في تعرفها وتمييزها وتخليص السنة منها، وذلك بواسطة ما وضعوه من قواعد وأمارات وضوابط، وبما عرفوه عن الرواة، وتاريخهم وسيرهم، ومن اندس بينهم من الكذبة والوضاعين والمنافقين، وقد كانت معرفتهم لذلك معرفة واعية مستوعبة، متعددة الطرق والمناهج، وبذلك خلصوا السنة مما خالطها من الموضوعات، وألّفوا في ذلك الكتب العديدة المستقلة، التي تكفلت بحصر الموضوعات وبيانها، وبذلك سلمت السنة بحمد الله ووفائه بوعده الذي أنزله في كتابه:

﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾ [الحجر].

أما ما أشاروا إليه من تعرض رواتها للسهو والنسيان والغلط وسوء الحفظ والضبط، فقد كان لعلماء الحديث كما قدمنا في تجنب هذا، وبراعة الرواة الذين أخذ الحديث عنهم الجهد الذي لا ينكر، وذلك أنهم قد احتاطوا في قبول الحديث، وتثبتوا وتأكدوا من الأخبار ورواتها، وكان هذا منهجهم ومنهج الصحابة والتابعين من قبلهم، بل ومنهج من جاء بعدهم، فحاولوا جميعاً التثبيت بكل وسيلة ممكنة، تضمن لهم معرفة صحة المروي وضبط راويه وعدالته والوثوق به، وكان من طرائقهم في ذلك أيضاً طلب الحديث من راوٍ أو من سندٍ آخر، وجمع طرقه كلها والرجوع إلى أئمة هذا الشأن، حتى استطاعوا بذلك وبغيره من الطرق التثبيت من صحة الرواية وتعرف الرواة وأحوالهم، ومن كان به عاهة من غفلة أو نسيان، ومن أصابه خطأ في روايته، حتى وصلوا بذلك إلى الطمأنينة والثقة بالرواة ومروياتهم، وحتى كانوا لا يقبلون إلا ما روي عن عرف بالصدق والأمانة والحفظ والإتقان والضبط، وكانوا يرددون ما كان يتردد على ألسنة العلماء: «أن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذون دينكم»، لذلك كانوا يتجنبون الرواية ممن كان يعرف بينهم بضرب من الغفلة وإن اشتهر بالصلاح والتقوى، ولقد نقل عن الإمام مالك -رضي الله عنه- أنه قال: أدركت بالمدينة مشيخة لهم فضل وصلاح وعبادة يحدثون، فما كتبت عن أحدهم حديثاً قط، فقليل له: لم؟ قال: لأنهم لم يكونوا يعرفون ما يحدثون، قال: وكنا نزدحم على باب ابن

شهاب، وهكذا يرى أن ما لا كتبه السنة هؤلاء المارقين من طعون وشبهات وجهوها إلى الرواة ورواياتهم لا أساس لها ولا تستند إلى واقع ولا تمس صحة السنة، ولا ترتفع إلى مستوى النظر إليها والاعتداد بها، بعد الذي صيغت به رواية السنة وحفظه به على متنها، وكان ذلك يلاحظ أن ما وجهوه من ذلك إلى بعض رواة الحديث من مطاعن أو إلى أحاديث معينة من شبهات، لا يقدح في السنة جميعها، ولا ينال من الرواة أجمعين، وفي بحثه وتمحيصه والرد عليه وضعت كتب مستقلة ومقالات مفردة وليس لأجله وضع هذا البحث^(١).

أما ما أشاروا إليه من النهي عن كتابتها، وعدم تدوينها ونشرها وروايتها بالمعنى، فذلك ما نعرض له فيما يلي، داخضين ما استندوا إليه من ذلك.

لقد أقام هؤلاء ضلالهم وانحرافهم على الشبهات الآتية:

أولاً- قال الله تعالى: ﴿... مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ...﴾ [الأنعام: ٣٨]، وقال تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَيِّدًا لِكُلِّ شَيْءٍ...﴾ [النحل: ٨٩]، قالوا وهذا يدل على أن القرآن الكريم قد تضمن كل أمر من أمور الدنيا، وكل حكم من أحكامه، كما يدل أيضاً على أن بيانه في ذلك بيان كاف لا تفريط فيه، ولذلك تكفل الله بحفظه فقال: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾^(١) [الحجر] وقالوا لو كان الدين في حاجة إلى السنة لتكفل بحفظها، كما حفظ القرآن، فلم يخالطها ما خالطها، ولم يمسه ما مسها من إهمال وعدم تدوين وكتابة إلى آخر ما ذكروا.

ثانياً- لو كانت السنة أصلاً واجبة الاتباع دائماً لأمر النبي بكتابتها، ولم ينه عن ذلك، ولم يأمر بمحو ما كتب منها، ولعمل الصحابة على جمعها وتدوينها، كما جمعوا القرآن ودونوه في المصاحف ولعمل الخلفاء والأمراء على نشرها في الأقطار. إذ أن في ذلك صيانتها، ووصولها إلى المسلمين في مختلف بلادهم، وفي مستقبل أيامهم سليمة متواترة مقطوعاً بصحتها، حتى لا يكون الأصل بها اتباعاً للظن وقفوا لما لا يعلم، وقد قال تعالى: ﴿... وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾^(٢) [النجم] وقال: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ...﴾ [الإسراء: ٣٦].

(١) المحدث للرامهرمزي، ونشأة علوم السنة، السنة قبل التدوين.

ثالثاً- أقر النبي ﷺ رواية الحديث بالمعنى، فشاعت وانتشرت، ومع الرواية بالمعنى لا يؤمن أن يقع من الراوي من غير قصد تغيير فيما سمع، بالزيادة أو بالنقص أو بالغلط في الفهم أو بالتبديل، كما لا يؤمن أن يكون الراوي مصيباً في فهمه، وإعياً لكل ما صاحب الحديث من ظروف وأحوال روعيت في شرع ما دل عليه من حكم، دون أن يكون في اللفظ ما يدل عليه، اكتفاءً بدلالة الحال، فيروي الرواة الحديث مطلقاً، في حين أنه صدر مقيداً بما دل عليه الحال، أو مقيداً في حين أنه قد صدر مطلقاً لم يراع فيه الراوي ما صحبه من أمارات تدل على إطلاقه، وكثيراً ما تكون دلالة الحال عنصراً هاماً في الدالة والبيان، فإذا حدث شيء من ذلك -وهو أمر قريب الاحتمال- لم يكن العمل بما دل عليه الحديث برواية راويه شرعاً لله يجب اتباعه، وعن هذه الشبهة ذهب بعض الناس إلى عدم وجوب العمل بخبر الآحاد أو إلى عدم حجتيته.

رد الشبهة الأولى:

إن تعجب فعجب أن يقول قائل: في كتاب الله غناء عن السنة وفي بيانه كفاية عن بيانها، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿... وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١١﴾﴾ [النحل]، ويقول أيضاً: ﴿وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ...﴾ [النحل: ٦٤]، ويقول: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ...﴾ [إبراهيم: ٤].

إن القرآن قد حوى أصول الدين، وكثيراً من قواعد الأحكام العامة، وكان صريحاً في دلالاته على بعضها مفصلاً له، كما كان مجملاً في بيان بعضها الآخر لم يفصله أو مشيراً إليه، وذلك فيما حواه من أحكامه العامة، ودل عليه بما تضمنه من أصول كلية، تاركاً تفصيل ذلك وبيانه إلى رسوله، كما نطقت بذلك الآيات السابقة وكان ما صدر عن رسول الله ﷺ في بيان ذلك ملحقاً بالقرآن وفي منزلته، وكان ديناً لله تجب طاعته كما تجب طاعة القرآن، وكان له ما للقرآن من وجوب العمل به، وجوباً دائماً غير منقطع، ولا منته بزمن، مهما مضت الأعوام وتغيرت الأمور والأحوال.

وهل يستقيم مثل هذا القول وقد أمر القرآن بإقامة الصلاة دون بيان لكيفيةها وأوقاتها وعدد ما فرضه الله منها. وكذلك أمر بإيتاء الزكاة دون بيان لمقدارها وبيان لما

تجب فيه من الأموال وبيان لأوقاتها، وأمر بالحج ولم يبين كيفيته ولا زمنه، وهكذا مما أمر الله به. فهل يرى من يذهب هذا المذهب أن الصلاة المفروضة التي فرضها القرآن هي مطلق دعاء، أو مطلق ركوع أو سجود وأن فعل ذلك يجزئ عما أمر به القرآن من صلاة؟! أو أن الزكاة المفروضة هي إخراج أية صدقة في أي وقت مهما وأياً كان مقدارها ونوعها؟! وأن الحج المفروض هو مجرد التوجه إلى البيت الحرام؟! هل يرى ذلك وفيه هدم للدين وقواعده والخروج على ما أجمع عليه المسلمون!

وما أحسن ما قال الشافعي -رحمه الله تعالى-: «أما قولهم لو كان الدين في حاجة إلى السنة لتكفل الله بحفظها كما تكفل بحفظ القرآن، فيرده أن الله - سبحانه وتعالى إنما تكفل بحفظ ما أنزله من الذكر، والسنة وقد صدرت من النبي ﷺ بيانا للقرآن أوحى بها إليه، بدليل قوله تعالى: ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ (٢) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ (٤) عَلَّمَهُ شَدِيدُ الْقُوَىٰ (٥) ﴾ [النجم] وكانت لذلك من الذكر وتابعة له محفوظة بكفالة الله سبحانه وتعالى، وكان ذلك مما دلت عليه هذه الآية، فإن المراد بالذكر فيها شرع الله ودينه، قرآنًا كان أو سنة؛ يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿ ... فَتَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ (٤٣) ﴾ [النحل] أي اسألوا أهل العلم بشريعة الله ودينه، وقد صدق الله وعده فحفظ سنة رسوله كما حفظ كتابه، بما هيأ لها من حفظها وتناقلها ودارسها وميز صحيحها من سقيمها ودخيلها، فأصبحت بذلك مدروسة محفوظة مدونة في مصادرها».

وقد نص الشافعي -رحمه الله- أيضًا في الرسالة على أن سنة رسوله موجودة عند عامة أهل العلم، وإن كان بعضهم أجمع من بعض فإذا جمع علمهم جميعًا أتى عليها كلها^(١).

يتبين مما تقدم أن ليس لنا عن السنة غناء، وأن بيانها للقرآن أمر واجب لا مندوحة عنه، استوجبته صياغة القرآن ودلالاته وطرائق بيانه، وأن القرآن قد نزل على رسول الله ﷺ على أساس أن النبي ﷺ قد أمر ببيانه، كما يدل على ذلك ما جاء به القرآن في هذا المعنى من آيات أشرنا إلى بعضها فيما سبق ذكره، وأنه سبحانه وتعالى قد أوحى إليه بهذا البيان وأمره بتبليغه.

(١) مكانة السنة ص ١٦٩ وانظر الرسالة ٢٠، ص ٤٣.

وإنه ليرى أن بيان رسول الله ﷺ كما جاء في العبادات مما قام عليه الدين من أركان كالصلاة والزكاة والصيام والحج جاء كذلك في بيان ما حواه القرآن من الأصول العامة والقواعد الكلية، التي أسست عليها الأحكام الشرعية الفرعية، سواء منها ما تعلق بالمال كالبيع والربا والتجارة، وما تعلق باقتراف المحرمات كالسرقة والزنا وقتل النفس والاعتداء على المال وما إلى ذلك، وبيانها في الحالين وأمرها فيهما ونهيها سواء، فإذا كان واجب الطاعة والاتباع وجوباً مطلقاً غير مقيد بوقت في الحال الأولى فهو كذلك في الحال الثانية، لتساويهما في المصدر، وتساويهما في الدلالة، وتساويهما في بيان ما أمر به الله في كتابه، وتساويهما في الحكمة والغاية، وإذا لم يكن ما أمر به الله في كتابه مؤقتاً فكذلك بيانه يجب ألا يكون مؤقتاً، لأن البيان ملحق بالمبين، تابع له، ولازم لا ينفك عنه، وبهذا يظهر زيف ما يهرف به المخالفون المنحرفون من أن بيان السنة للقرآن إذا كان متعلقاً بالعبادات وأصول الدين كان بياناً مطلقاً واجب الاتباع دائماً ما دام للمبين قيام، أما إذا كان في شئون المال والمعاملات فهو بيان تطبيقي روعيت فيه ظروف صدوره وأعراف عصره وحال أهله، فكان موقوتاً بزمنه وعصره ينتهي بانتهائه ويستدل على ذلك بتغيير الظروف والعادات والأعراف، إذ أن بيانه ﷺ لا يراد منه إلا تحقيق المصلحة العامة وتوفير الخير والسلام للناس، فإذا ما تغير وجه المصلحة وأصبح العمل بالبيان وبما دل عليه من حكم مؤدياً إلى حرج الناس وعنتهم فقد انتهى وقت العمل بذلك الحكم، ووجب على الناس أن يجتهدوا في تحقيق وتحرير ما أراده الشارع وهدف إليه، من ملاحظة قيود أو خصوص أو عموم، فكثيراً ما يجيء العام ويراد به خاص، وما يراد الخاص ويقاس عليه غيره، أو يكون من الملحوظ تقييده، وهكذا مما يكون للاجتهاد فيه مجال.

وهذا كما لا يصلح دليلاً على ترك العمل بالسنة، إذ مؤداه أن العمل بالسنة إنما يترك إذا ما تغير وجه المصلحة وانتفت علة الحكم، وأصبح في بقاءه ضرر وعنت بالناس، وفي هذه الحال ينتهي الحكم ولا يكون له بقاء، وفرق بين انتهاء زمن العمل بالحكم وبين ترك العمل به مع بقاءه. وعلى الجملة فليس هذا من قبيل ترك العمل بالسنة وإنما يعد من قبيل بيانها.

وهذا القول مع ملاحظة ما فيه من تقييد بعض ما جاء من الأحكام مطلقاً، ومن تخصيص بعض ما جاء من النصوص عاماً، قد يرى فيه الجنوح إلى تحكيم الرأي واعتباره قاضياً على النص بتخصيصه أو بتقييده أو نحو ذلك، بناءً على اجتهاد أساسه ادعاء المصلحة التي يجب أن تكون مصلحة كلية قطعية ضرورية أو حاجية، حسب اختلاف الظروف والأحوال، ولا شك أن ذلك من مزالق الأفهام التي ترجى عندها العصمة، وتطلب فيها من الحكيم الرحمن الهداية، والشطط فيها والركون إليها مهلكة، ويجب أن يكون الرأي فيه عن إجماع من ذوي الصلاعة في الدين العالمين بأصول الشريعة وأسرارها.

رد الشبهة الثانية:

اختلفت الروايات في كتابة السنة على عهد صلى الله عليه وسلم، فقد روي ما دل على كراهتها، وروي ما دل على إباحتها، وأشهر ما روي دالاً على كراهتها ما أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تكتبوا عني ومن كتب عني غير القرآن فليمحه وحدثوا عني ولا حرج، ومن كذب علي» - قال همام: أحسبه قال: متعمداً - «فليتبوأ مقعده من النار». وما روي أيضاً عن أبي سعيد الخدري قال: جهدنا بالنبي صلى الله عليه وسلم أن يأذن لنا في الكتاب فأبى؛ وفي رواية: استأذنا النبي صلى الله عليه وسلم في الكتابة فلم يأذن^(١) وما روي عن أبي هريرة أنه قال: خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نكتب الأحاديث فقال: ما هذا الذي تكتبون؟ قلنا: أحاديث نسمعها منك، قال: كتاب غير كتاب الله؟ أتدرون ما ضل الأمم قبلكم إلا بما اكتبوا من الكتب مع كتاب الله تعالى^(٢).

وأما أشهر ما روي عن إباحتها فما رواه عبد الله بن عمرو: كنت أكتب كل شيء أسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد حفظه، فنهتني قريش، وقالوا أتكتب كل شيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ورسول الله صلى الله عليه وسلم بشر يتكلم في الغضب وفي الرضا؟ فأمسكت عن الكتابة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأوماً بإصبعه إلى فيه وقال: اكتب، فوالذي

(١) المحدث الفاضل.

(٢) تقييد العلم، النووي على مسلم، فتح الباري على البخاري، سنن الدارمي مستند أحمد.

نفسي بيده، ما خرج مني إلا حق^(١). وما روي عن أبي هريرة أنه قال: ما من أصحاب النبي ﷺ أحد أكثر مني حديثاً عنه إلا ما كان من عبد الله بن عمرو، فإنه كان يكتب ولا أكتب^(٢). وأن رجلاً من الأنصار كان يشهد حديث رسول الله ﷺ فلا يحفظه، فيسأل أبا هريرة فيحدثه، ثم شكاً قلة حفظه إلى رسول الله ﷺ فقال له النبي: استعن على حفظك بيمينك^(٣). وما رواه رافع بن خديج أنه قال: قلنا لرسول الله ﷺ إنا نسمع منك أشياء أفنكتبها؟ قال: قيدوا العلم بالكتاب^(٤). وما روي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قام في الناس بعد فتح مكة فخطبهم، فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبو شاه، فقال يا رسول الله اكتبوا لي فقال رسول الله ﷺ اكتبوا له^(٥)، وما روي عن ابن عباس قال: لما اشتد المرض برسول الله ﷺ قال: "إتوني بكتاب أكتب لكم كتاباً لا تضلوا بعده، قال عمر: إن النبي ﷺ غلبه الوجع، وعندنا كتاب الله حسبنا، فاختلفوا وكثر اللغط فقال رسول الله ﷺ: قوموا عني ولا يبقى عندي التنازع"^(٦).

وقد اختلفت الآراء في التوفيق بين ما ورد من السنة دالاً على كراهة كتابتها، وما ورد منها دالاً على إباحتها، إذ الظاهر من أحاديث الأمر بكتابتها أن الأمر فيها يراد به الإباحة والإرشاد لا الوجوب، بدليل عدم شيوع كتابتها وعدم انتشارها في عهده ﷺ، إذ لم يقم بكتابتها إلا القليل الذي لم يكتب مع ذلك إلا جزءاً قليلاً منها، كما روي ذلك.

فذهب بعض العلماء إلى أن النهي عن كتابتها إنما كان في بداية الإسلام خشية اختلاط السنة بالقرآن، فإن العهد كان عهد بداوة ولم يكن يعرف القراءة والكتابة من المسلمين يومئذ إلا القليل، ولم يكن من الميسور له الحصول على ما يكتب فيه إلا أن يكون شيئاً من العصب واللخاف ورقيق الحجارة، ونحو ذلك مما لا يتسع لكثير من

(١) سنن الدارمي

(٢) فتح الباري

(٣) تقييد العلم.

(٤) تقييد العلم.

(٥) مسند أحمد.

(٦) صحيح مسلم.

الكتابة، ولا يتيسر الحصول عليه بكثرة، فكان من المحتمل القريب الوقوع أن تكتب السنة والقرآن في مكتوب واحد، ولا يكون من وراء ذلك إلا الاختلاط، كالذي حدث لبعض الناس من الخلط بين القرآن وما ألحقه به بعض القراء من كتابة كلمات أريد بها تفسير بعض كلماته، فظن بعض من شاهد ذلك أنها من القرآن، ولما شاع القرآن بينهم وانتشر حفظه وعمت معرفته زال هذا الخوف، فنسخ النهي عن كتابة السنة، وأصبحت كتابتها جائزة، وإلى هذا ذهب كثير، منهم الرامهرمزي في كتابه «المحدث الفاصل»، وابن قتيبة في كتابه «تأويل مختلف الحديث»، ورجحه بعض العلماء استناداً إلى أن حديث أبي شاه كان في أواخر حياته رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وإلى أن أكثر ما روي عن أبي هريرة كان في إباحتها، إذ أن إسلام أبي هريرة كان متأخراً لم يدرك النهي عنها إلا مدة قصيرة، وإلى ما رواه ابن عباس من طلب النبي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن يؤتي بكتاب في مرضه ليكتب فيه ما لا يضل الناس بعده، ثم إقدام أبي بكر على كتابة بعض الأحاديث التي لم يكتبها بحجة أنها لو صحت لكتبت كما روى ذلك عنه، وهذا إلى تفكير عمر -رضي الله عنه- في خلافته في جمعها، ثم عدوله عن ذلك، كما روي، خشية إكباب الناس عليها وتركهم كتاب الله، وإلى انتشار كتابتها وشيوعها بعد ذلك، فكل هذا يرجح أن النهي عن كتابتها قد كان ثم نسخ. وذهب بعض العلماء إلى أن النهي عن كتابتها إنما كان بالنسبة لمن يوثق بحفظه، ممن لا يخشى عليه الغلط خوف اكتفائه بالكتابة، وعندئذ لا يؤمن معها التحريف ولا عدم الضياع، أما الإذن فقد كان في حق من لا يوثق بحفظه كأبي شاه، لأن ذلك هو الميسور له -على أن من علماء الحديث من قال: إن حديث أبي سعيد حديث موقوف، فلا يصلح معارضاً لما ورد من آثار دلت على إباحتها ودونه جميع ما روي عن كراهتها، وهذا رأي ذهب إليه البخاري وغيره^(١).

ذلك ما روي في النهي عن كتابة السنة والأمر بمحو ما كتب منها، وما روي في معارضته. ومنه يتبين أن الوضع في ذلك لم يكن وضعاً مستقراً، وأنه على الأقل كان محل خلاف بين الصحابة، خلافاً مرده إلى التقدير واختلاف الظروف والزمن.

(١) فتح الباري، الباعث الحثيث، السنة قبل التدوين، مكانة السنة، تأويل مختلف الحديث.

ومع هذا الوضع يكون من التجاوز في الرأي والقول أن يقال: لو كانت السنة أصلاً في الدين لم ينه النبي ﷺ عن كتابتها، لأن النهي عن كتابتها يعد نهيًا عن نشرها، أو يؤدي إلى ذلك فعلاً، كما يؤدي إلى نسيانها وعدم العناية بحفظها، وذلك ما لا يتسق مع وجوب العمل بها واتخاذها شريعة تقوم عليها معاملات الناس في مختلف أوطانهم، يكون هذا تجاوزاً في الرأي إذ لم يثبت أنه كان من النبي ﷺ نهي عن كتابتها بصفة قاطعة، وعلى وضع مستمر دائم، حتى ترتب عليه آثاره ومعقباته.

ثم إذا لاحظنا أن السنة ليست إلا بياناً لكتاب الله وتطبيقاً له قام بهما رسول الله ﷺ في حياته بأقواله وأفعاله، رأينا أن كتابتها في زمنه ﷺ لم تكن بالأمر الذي يتوقف عليه العمل أو العلم بها، فإن رسول الله ﷺ قائم في أصحابه، يستطيعون أن يرجعوا إليه في كل ما يعرض لهم فيبين لهم حكمه، مراعيًا في ذلك ظروف الواقعة وملابساتها التي لا تستقر ولا تدوم، فيكون بيانه هذا عندئذٍ أوفى بيان، ولم تكن كتابة السنة يومئذٍ بالأمر الميسور المستطاع حتى يأمر بكتابتها، فقد كان رسول الله ﷺ مبيّنًا وشارعًا، بقوله وفعله، في حله وترحاله وفي حضره وفي سفره، وفي ذهابه وإيابه، وفي بيته وفي خارج بيته، وفي زيارته وفي سوقه، وفي مسجده، وفي معاملته، فلم يكن لبيانه وقت محدود ولا مكان معين، وذلك ما لا يمكن جمعه ولا استطاع تتبعه وحصره، وما فيه إرهاق وعنت شديد في محاولته مع الاستغناء عنه بالأمر الميسور المستطاع، وهو الرجوع إليه ﷺ حين تعرض الحاجة، فإن عرضت في مكان بعيد فقد رخص لمن عرضت له أن يجتهد وأن ينظر ما أمكنه ذلك وأن يعمل بما يؤديه إليه اجتهاده إلى أن يتيسر له عرض الأمر على رسول الله ﷺ، وذلك كان منهج أصحابه في حياته ﷺ، وهو منهج يرى أن كتابة السنة معه وجمعها أمر غير ميسور وغير محتاج إليه بالنسبة إليهم، وأن في الترخيص لهم بالاجتهاد إذا ما تعذر عليهم اللقاء والعرض غناءً عن محاولة أمر متعذر هو حفظ كل ما نطق به الرسول ﷺ في مختلف أحواله أو كتابته، وذلك ما كانوا يفزعون إليه دائماً إذا ما خفي عليهم حكم ما عرض لهم من الكتاب والسنة، بعد البحث والسؤال عنه، دون حرج يجدونه في ذلك.

ذلك ما كان عليه الأمر حال حياته ﷺ، أما بعد وفاته فقد كان من الصحابة من أحجم عن كتابتها متابعة منهم لما حدث من بعضهم في عهد رسول الله ﷺ

حرصاً منهم على سلامة الكتاب وعدم الاشتغال عنه بالسنة المكتوبة؛ بل حرصاً منهم أيضاً على السنة نفسها إذ كان من المتعذر استيعابها، ولو اكتفى بكتابة ما عرف منها لم يؤمن أن يترك منها ما لم يعرفه الكاتبون بحجة أنه لو كان صحيحاً ما تركت كتابته. وكان منهم من أقدم على كتابتها وكتبها تلاميذهم بين أيديهم بل وأمروا بكتابتها، كما ثبت ذلك مما روي عن علي وعن ابن عباس والحسن وأنس وغيرهم، بل كان منهم من كتبها بعد أن كان كارهاً لذلك أول الأمر، لما قام عنده حينئذٍ من أسباب المنع، فلما رأى أنها قد زالت كتبها وأمر بكتابتها، وترى ذلك فيما روي عن ابن مسعود وأبي سعيد، إذ كانوا يكرهون كتابتها ثم كتبوا بعد ذلك؛ فقد روي أنهم كتبوا التشهد والاستخارة وليس ذلك إلا من السنة^(١) ثم هم جميعاً مع هذا كانوا شديدي الحرص على العمل بها، لا يرون لأنفسهم مندوحة في إغفالها وتركها، فكانوا إذا عرض لهم من الأمور ما ليس في كتاب الله حكمه رجعوا إلى السنة فبحثوا فيها وسألوا عنها، لا يألون في ذلك، حتى إذا عجزوا أن يجدوا فيه سنة اجتهدوا واسترشدوا بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ، عملاً بقوله تعالى:

﴿... فَإِن نَنزَعْنَهُ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾ [النساء: ٥٩].

وإننا لنرى أن في كتب الخلفاء إلى أمرائهم وولاتهم فيما سئلوا عنه منهم مما أشكل عليهم حكمه مما لم يعلموا فيه سنة، وما كانت تحويه هذه الكتب من سنة في حكم ما سئلوا عنه: دليلاً على عناية الخلفاء بنشر السنة وإبلاغها، وأن ذلك إنما كان منهم عند الحاجة حيث كان الظن بالأمرء والولاة أنهم من المختارين الذين هم على علم بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ وطريق اجتهاده ﷺ، وأنهم قل أن يعرض عليهم ما يجهلون حكمه أو يجهله من معهم من أصحاب رسول الله ﷺ، ولهذا لم تكن هناك حاجة داعية إلى نشر السنة على الأمرء والولاة في قراطيس ترسل إليهم، لما كان عندهم من علم، وعلى ذلك كان من التجاوز في الرأي أيضاً قول هؤلاء المنحرفين لو كانت السنة أصلاً في الدين لعمل الخلفاء على نشرها، ولم يكن منهم شيء من ذلك.

(١) السنة قبل التدوين، تقييد العلم.

أما ما روي من عدم إقبال بعض أصحاب رسول الله ﷺ على روايتها والتحديث بها عند الحاجة إلى ذلك، لأنهم أحرص الناس على ألا يحق عليهم قول الله تعالى في كتابه:

﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّعِينُونَ ﴿١٥٦﴾﴾ [البقرة].

وإنما كانوا زاهدين في ذلك عند عدم الحاجة إليه، خوفاً من أن يحمله عنهم من لا يضبطه، فيزيد فيه أو ينقص، أو من يرويه بمعناه فيخطئ في فهمه ويرويه على غير وجهه، وفي المرويات الكثيرة المتواترة المعنى ما يدل على مبلغ حرص أصحاب رسول الله ﷺ بعد وفاته على العمل بالسنة وعدم مخالفتها، وأن ما كان من خلاف بينهم في أمر جاءت به إنما كان مرده إلى الخلاف في الفهم دون جنوح من أحدهم إلى إرادة الخروج عليها وعدم العمل بها. وعلى الجملة فوجوب العمل بالسنة والعمل بها كان أمراً مجمعاً عليه عقب وفاة رسول الله ﷺ في جميع الأمصار والولايات، ولم يظهر خروج عن ذلك إلا بعد ظهور الفتن وظهور الفرق، كالمعتزلة والفلاسفة والجهمية وغيرهم، ممن لا وزن لخلافهم بعد هذا الإجماع الذي استمر نحو قرن من الزمان.

أما القول بأن السنة قد تأخر تدوينها إلى زمن أو هن الثقة بضبطها، فهو قول أملاه الهوى والغرض على صاحبه، لأنه أغفل ما كان لعلماء السنة من جهود كبيرة شاقة في مكافحة التحريف والتغيير والوضع، مما أمن معه عند تدوينها في النصف الثاني من القرن الأول أن يكون فيما دون منها شيء من ذلك، وذلك بقدر ما وصلت إليه جهودهم، وبخاصة إذا لوحظ ما أتاحه الله لها من طرق حفظها وصيانتها التي ظلت متصلة عبر تلك المدة التي سبقت تدوينها، حتى تم تدوينها على خير ما أدت إليه الرغبة الشديدة الملحة والقدرة الدائمة المتمكنة، مما لا يرتفع إليه شك ولا تصاحبه ريبة، وكان الأمر فيها رجحان الظن بصحة نسبتها، وبراءتها من التغيير والتحريف، مما أوجب على جميع المسلمين العمل بها.

رد الشبهة الثالثة - رواية الحديث بالمعنى:

ليس لهذه الشبهة قيام إلا إذا كان من أثرها الشك في صحة الحديث، وفقدان الظن بصحة نسبته إلى رسول الله ﷺ، والسنة كما نعلم منها المقطوع به، ومنها المظنون، والمقطوع به لا يصلح محلاً لهذه الشبهة، إذ في القطع به إزالة ونفي لكل شك ولكل ريب، أما المظنون فهو الذي يصلح أن يكون محلاً لبُحث هذه الشبهة والنظر فيها، والمظنون كما تعنى إذا كان الظن بصحة نسبته راجحاً وجب العمل به، وإلا لم يجب به العمل، وبناء على ذلك لا يكون لهذه الشبهة أثر إلا فيما عمل به إذا كان من أثرها الشك فيه وعدم الظن بصحة نسبته، أما مع وجود هذا الظن بصحة نسبته فالعمل به واجب ولا أثر لاحتمال الخطأ بروايته بالمعنى، لأنه احتمال يبعده الدليل.

لقد كان الصحابة والتابعون وأتباعهم يشبّون في قبول الأخبار وروايتها، شديدي الورع والخشية عند روايتهم عن رسول الله ﷺ ما أراد أن يعلمهم إياه، من بيان في دين الله، أو حديث في إفتاء أجاب به في سؤال رفع إليه، أو قضاء في نزاع فصل فيه، وذلك إذا ما دعا إلى روايتهم ذلك حادثة عرضت لهم، يود الراوي منهم لو كفى مؤونة ذلك، مخافة ألا تكون روايته على وفق ما صدر عن رسول الله ﷺ، وذلك ما دلت عليه آثار عديدة، رويت حول ثبت الصحابة في الرواية، وميل بعضهم إلى الإقلال منها مخافة الوقوع في الخطأ^(١).

ولقد كان كثير منهم شديد الحرص على نقل الحديث بألفاظه كما سمعوه من الرسول، كما يدل على ذلك كثير من تلك الآثار المروية، وكما كان منهم من ترخص عند الحاجة في الرواية بالمعنى، فكان لا يجد حريجة في روايته حديثاً بمعناه إذا ما أعوزه اللفظ لنسيان، مع الإشارة إلى أن ما يرويه ليس بما صدر عن رسول الله ﷺ من لفظ، وذلك بأن يضيف إلى الحديث ما يدل على ذلك من نحو: هكذا، نحواً من هذا - قريباً من هذا - كما قال^(٢)، وذلك لوثوقه من فهمه ومن معرفته باللغة العربية ودلالاتها وأساليبها وطرائق استعمالها والإحاطة بمعاني ألفاظها.

(١) الكفاية.

(٢) المحدث الفاضل، جامع بيان العلم.

وخلاصة القول في ذلك أن رواية الحديث بالمعنى كانت محل خلاف بينهم، منهم من منعها وأبى ألا يروي حديثاً إلا بلفظه الذي سمعه من رسول الله ﷺ أو نقل عنه، ومنهم من أجاز ذلك بحجة أن النبي ﷺ كان يشرع للناس في جميع أحواله وأزمانه وفي كل مكان محل فيه، وليس من المتيسر أن يوجد معه في كل أوقاته وأماكنه الحافظ الضابط الذي يستطيع حفظ لفظه كما سمعه، والمحافظة عليه دون نسيان أو تغيير، وللناس جميعاً حاجة فيما شرع، ولا تندفع إلا بإبلاغهم، وليس يتيسر إبلاغهم دائماً بما صدر عن رسول الله ﷺ من عبارة، لذلك وجب الاكتفاء بإبلاغ المعنى مع المحافظة عليه، وذلك أمر ميسور ولا مشقة فيه.

وإلى هذا كان من شرعه ما هو تقرير لما حدث أمامه من قول أو فعل، وليس يروى ذلك إلا بما يدل عليه من ألفاظ لم تصدر عن الرسول ﷺ، وإذا كان ذلك سبيلاً معتبراً لرواية السنن الفعلية كان سبيلاً كذلك لرواية السنن القولية.

ويؤيد هذا الرأي ما رواه عروة بن الزبير قال: قالت لي عائشة - رضي الله عنها - يا بني يبلغني أنك تكتب الحديث عني ثم تعود فتكتبه، قلت لها: أسمع منك على شيء، ثم أعود فأسمعه على غيره، فقالت: هل تسمع في المعنى خلافاً؟ قلت: لا، قالت: لا بأس. وعن محمد بن سيرين: ربما سمعت الحديث عن عشرة كلهم يختلف في اللفظ، والمعنى واحد^(١).

وكذلك خطب رسول الله ﷺ في حجة الوداع خطبته وهي خطبة لم يكررها، ومع ذلك رويت بروايات عديدة، تختلف في ألفاظها وعباراتها، كما تختلف بالزيادة والنقص، مما يقطع أنها قد رويت بالمعنى دون أن يكون في ذلك حرج.

ويؤيد هذا أن الله - سبحانه وتعالى - قد قص علينا من أنباء الرسل ما قد سبق أن قصه، فكررها بألفاظ مختلفة في مواضع متعددة، ونقلها من السنة أصحابها إلى اللسان العربي مع مخالفة بعضها بعضاً في التقديم والتأخير والزيادة والنقصان ولكن مع اتحاد المعنى. ولقد كان رسول الله ﷺ يرسل سفراءه ورسله فينقلون رسائله ويترجمونها إلى غير اللغة العربية، مع المحافظة على معناها وذلك ما يقطع بجواز

(١) المحدث الفاضل، جامع بيان العلم.

الرواية بالمعنى عند المحافظة عليه؛ ولذلك مال كثير من التابعين إلى هذا الرأي، فأجازوا لأنفسهم الرواية بالمعنى عند حاجتهم إلى ذلك حتى لا يكون امتناعهم عن الرواية في هذه الحال كتباً لما أنزل الله من حكم، وذلك، ما توعد عليه - سبحانه وتعالى - إذ قال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّعْنُونَ﴾ ﴿١٥٩﴾ [البقرة].

وقد اشترط لجواز الرواية بالمعنى شروط يؤمن معها التغيير في الحديث بالزيادة أو بالنقص أو الاختلاف في المعنى، فأوجبوا أن يكون الراوي ثقة في دينه معروفاً بالصدق في حديثه، عاقلاً لما يحدث به، عالماً بما يحيل معاني الحديث وبغيرها من الألفاظ، وذلك لا يتوفر إلا إذا كان عالماً بلغات العرب ووجوه أساليبها، بصيراً بالمعاني والفقهاء، فمن لم يكن بهذه الصفة كان أداء اللفظ له لازماً ولم تجز له الرواية بالمعنى^(١)، وإذا توفرت هذه الشروط في الراوي كان احتمال الخطأ بالنسبة إليه أشبه بالأمر الموهوم الذي لا يؤبه له، ولا يصح الالتفات إليه، ولا اتخاذ أساساً لرد القول أو تركه وبخاصة إذا لاحظت ما كان عليه السلف من أمانة وثقة وورع وصدق دين ويقين، ولاحظت مع ذلك أن لكثير من الأحاديث على كثرتها وتعددتها طرقاً متعددة لا ترى خلافاً بينها في المعنى، وفي تعددها أمان من وقوع الخطأ فيها من ناحية المعنى، وعلى هذا الأساس يكون الظن بصحة الرواية بالمعنى قائماً راجحاً، ومعه يجب العمل، لما قدمنا من قيام الدليل القاطع على وجوب العمل بالظن، فيما لا يتعلق بأصول الدين التي يكفر جاحدها، وهو ما علم من الدين بالضرورة، والقول في ذلك مفصل في كتب الأصول.

وجوب العمل بخبر الآحاد:

قلنا فيما سبق: إنه على هذه الشبهة أو على مثلها قام رأي فريق من أهل الفرق والأهواء كالرافضة والفلاسفة وبعض المعتزلة، فذهبوا إلى عدم وجوب العمل، بخبر الآحاد، وقد يرى رأيهم هذا بعض المنحرفين من أهل هذا العصر، وهو رأي يقضي على السنة جمعاء إذ ليس بعد السنة العملية المتواترة التي جاءت ببيان ما فرضه الله من الصلاة والزكاة والصيام والحج إلا أخبار الآحاد، وقل أن تجد سنة قولية قد اتفق على

(١) الرسالة، المحدث الفاضل.

تواترها، ومن ذلك يرى أنه قول ينتهي إلى عدم وجوب العمل بالسنة وإغفالها كلها، وما كان لمثل هذا القول أن يكون له وجود بعد الذي تواتر نقله من اعتماد رسول الله ﷺ على أخبار الآحاد في تبليغ دعوته وتشريع أحكامه، وبعد الذي قام عليه إجماع المسلمين بعد وفاة رسول الله ﷺ من ركوبهم في معاملاتهم وقضائهم وفتاويهم وعباداتهم إلى أخبار الآحاد، وبخاصة إذا لوحظ أن ما أثاره أصحاب هذا الرأي من شبهة في سبيل وجوب العمل بأخبار الآحاد ليس بالأمر ذي البال الذي يقوم على نظر صحيح ومنطق سليم، وليس يستعصي على النظر العادي دحضه وقصوره في الوصول إلى النتيجة التي رتبها عليه. ولقد عني كثير من العلماء بدحض هذا الرأي وإظهار فساده وانحرافه عن الجادة، وكتبوا فيه الفصول الضافية الممتعة المقنعة، وزخرت بها كتب الأصول في مختلف العصور، ولكن أول من تصدى لذلك وأفاض فيه وأحسن القول، وبسطه وبرع في بيان فساده، وكان من جاء بعده عيلاً عليه: الإمام الشافعي - رحمه الله - في رسالته، فقد بسط الموضوع من جميع جوانبه واستوعب أدلته حتى لم يترك بعده مقالاً لقائل، فليقرأه من أراد في ذلك علماً و يقيناً واطمئناناً، وهو في الرسالة من صفحة ٤٠١ طبعة الحلبي.

والله الموفق إلى الهدى والصواب

المبحث الثاني
الفكر التشريعي واختلافه باختلاف الشرائع

رَفَعُ
عبد الرحمن العجمي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفكر التشريعي واختلافه باختلاف الشرائع

يختلف الفكر التشريعي، ويتعدد، باختلاف الشرائع، وتعددتها، بحسب ما وضعت لتحقيقه من أغراض وأهداف مختلفة؛ إذ كان ذلك سبباً في اختلاف أسسها، وتعارضها، والتباعد بين قواعدها، وطرائق تطبيقها، وتبع ذلك اختلاف أحكامها، وتعارضها، في كثير من مسائلها وفروعها، ومن أجل ذلك كان لكل شريعة اتجاه خاص، في تأسيسها، ووضع قواعدها، وتأصيل أصولها، وسن أحكامها، وتفريع مسائلها.

ولقد ظهر في المجتمع، في هذا العصر، نظامان، هما: النظام الفردي، والنظام الاشتراكي، وكان أساس النظام الفردي: هو مصلحة الفرد، أو المنفعة الخاصة؛ ومن ثم اتجهت تشريعاته إلى التمكين للمصلحة الفردية، وتقديسها، وجعلها الأصل الأول الذي يراعى في شرائعه وأحكامه التي اتخذها طريقاً، إلى حماية الحرية الفردية، وعدم المساس بالملكية الخاصة، محتفظاً بتنظيمها للسلطة التشريعية، وللتصرف فيها للسلطة القضائية، وجعل أساس قيام المجتمع ونظامه: المحافظة على الحرية الفردية، وغير ذلك من الأصول ذات النزعة الفردية، التي رفعها أصحاب هذا المذهب، إلى مرتبة المقدسات والأصول التي لا تمس؛ ولذا كان للفرد في هذا النظام أن يفعل ما يشاء، في حدود القانون، بحيث لا يضر بغيره ضرراً يمنعه من حقه، وبذلك كان حرّاً في إرادته، حرّاً في عقيدته، حرّاً في تملكه، وكان الفكر التشريعي لهذا النظام متمثلاً في حرية الفرد، وإطلاق تصرفه، والنظر إلى تحقيق مصالحه الخاصة، ومنفعته الذاتية أولاً، في حدود ما يوضع من نظام، وعلى هذا الأساس سن شرائعه، ووجه نشاطه.

أما النظام الاشتراكي، أو الجماعي، فإن أساسه قام على النظر إلى المجتمع، ورعاية مصالحه، رعاية تجعلها محل النظر، والاعتبار، والوصول به إلى أعلى ما يتمنى أن يصل إليه من الرقي، واليسر، والرخاء، بحيث لا يكون فيه محل لأسباب الانحطاط، والضعف: من الفقر، والمرض، والجهل، ونحوها، وبحيث تتلاشى أمام مصالحه الأفراد، وإرادتهم، ويكون نشاطهم كله موجهاً إلى مصالحه، دون

نظر إلى مصالحهم، فلا اعتبار لها أمامه، إلا بقدر ما يجعلهم أقوياء، على القيام بما تتطلبه منهم مصالح المجتمع، من جهد وسعي، وبذلك تتضاءل المصالح الفردية، في هذا النظام، وتضمحل أمام مصالح المجتمع، وأهدافه، التي أرادها له أصحاب هذا النظام وواضعوه.

ومن أجل هذا: لم يكن الحق في النظام الاشتراكي مصلحة لصاحبه، يحميها القانون، كما يراه أصحاب النظام الفردي، وإنما يعد فيه مكنة اجتماعية، يقوم بها الفرد، في مجال العمل، والمساهمة في تحقيق مصالح المجتمع التي يستهدفها، ولم يكن للفصل بين السلطات الثلاث: الشرعية والقضائية، والتنفيذية، فيه محل، ولا داعية، إذ المفروض فيه تضافر جميع الأفراد، على اختلاف أعمالهم، وما نيظ بهم، في الوصول إلى ما يتطلبه المجتمع، من مصالح، وعلى هذا: تسن شرائعه، وترتب أناطيمه، وكان الفكر التشريعي فيه يتمثل في النظر إلى كل الأمور، والأفعال، باعتبارها وسائل لتحقيق متطلبات هذا النظام، وتوجيه النشاط، سواء كان فردياً أو اجتماعياً، هذه الوجهة حتى لا يكون الفرد فيه إلا جزءاً من كل يتحرك بحركته، وينغمر في غماره، ويسير في تياره، وذلك ما يولد تضامناً اجتماعياً عاماً، بين جميع أفرادها: حاكمين، أو محكومين، لغاية اجتماعية منشودة من الجميع، خلافاً للنظام الفردي؛ إذ لا يتغيا أفرادها جميعاً غاية واحدة مشتركة، وإنما يتغيا كل فرد فيه مصلحته الخاصة، وبذلك تتعارض المنافع الخاصة، والمصالح الذاتية، على صورة توجد الصراع بين الطبقات، وتؤدي إلى وجود الأحزاب، وتعارضها، ومن هنا: يختلف الفكر التشريعي في النظام الفردي، عن الفكر التشريعي في النظام الجماعي، وهكذا: يخضع اختلاف الفكر التشريعي، وتعددده، إلى اختلاف الشرائع، وتعدددها، واختلافها في الغاية والهدف.

وإذا كان لكل شريعة فكر تشريعي خاص يلائمها، ويتفق مع أهدافها، فإن للشريعة الإسلامية كذلك فكراً تشريعياً خاصاً، يلائمها، ويوجهها إلى تحقيق أهدافها السامية.

وذلك يتضح فيما يلي:

بيان الفكر التشريعي الإسلامي

يتمثل الفكر التشريعي الإسلامي فيما أرساه الإسلام من قواعد، وما أقامه من أسس، وما أصله من أصول، وما بينه من اتجاهات في سبيل إيجاد مجتمع سليم، ذي نظام متكامل مترابط، في قواعده، وعناصره، ونظمه، ومحكم في بنائه، قوي في لبناته، وشدة تماسكها، مرتبط أشد الارتباط، وأحكامه، بأصول الدين الخفيف، ومثله العليا وفضائله السامية، مؤمن بالجزاء على أعماله، ليسعد أفرادها، وتطيب حياتهم، وتزكو نفوسهم، وتطهر قلوبهم، وعلى هذا الأساس أقام شريعته التي نزل بها كتابه الحكيم، وبينها للناس رسوله الأمين ﷺ، فكانت واضحة الأهداف بينة المعالم، متسقة في أحكامها، وأغراضها، تجمع بينها روح عامة، وفكرة شاملة، كانت بمثابة النظام الذي به ترابطت، والإطار الذي فيه تضامت واجتمعت، وكان انطواؤها تحت هذا النظام دليل شرعيتها وصحتها، وخروجها عنه أمانة بطلانها، فالحكم حكم الله، ما انطوى تحته وظل في دائرته، وباطل ما تعدى حدوده، وتجاوز إطاره.

وإنك لترى هذه الروح واضحة، فيما شرع الله في كتابه، من الأحكام، وفيما جاء به رسوله ﷺ، من شرع وبيان، وفيما وضع سنن لتطبيق ذلك، من طرق مسيرة، جانب المشقة، وذهبت بالخرج والعنت، على ما لذلك من صور وأوضاع، نتيجة لتعدد الأحداث، وتنوعها، واختلافها، في أسبابها، وظروفها، كما تراها كذلك، بينة فيما لهذه الشريعة من اجتهادات، وما تضمنته من أنظار، وما روعي فيها من موازنات، ومقاسات ومفارقات، مما ساعد على تحديد الأغراض، وظهور العلل، والأسباب.

ولقد كان كل هذا في عهد الرسول ﷺ ملحوظًا في قوله، وفي فعله وفي إقراره، وفي اجتهاده، ثم اتخذ أصحابه، ومن جاء بعدهم، فيما بعد وفاته، أساسًا أقاموا عليه اجتهادهم، وبنوا عليه أحكامهم، بقدر ما أخذوا عن رسولهم ﷺ، وما أمكتهم قدراتهم، وأسعفتهم أنظارهم، على اختلافهم في فهمهم وتقديرهم، فازداد بذلك الفكر التشريعي الإسلامي وضوحًا، وتكشفت معالمه، وتبينت طرقه ومناحيه، وذلك بما كان له من دقة في المتابعة، وإحكام في الاتساء برسول الله ﷺ، في اجتهاده،

ومقاييساته، واستنباط الأحكام، واستلهاهم ما قصد إليه الشارع الحكيم، من جلب مصلحة، أو درء مفسدة، مما يتمثل في القصد إلى حفظ ضروريات الحياة، وحاجياتها، وكمالياتها، وما يستتبعه ذلك: من كل ما يزول به الضيق، ويرتفع به الحرج، ويكمل به العمران، وتزكو به النفوس، وتطهر القلوب، وهذا هو ما يهدف إليه الفكر الإسلامي التشريعي، بما يصوره، ويمثله من أصول، وقواعد، وأنظار، أسست عليها أحكام الشريعة الإسلامية التطبيقية العملية، سواء في النفوس، أو الأموال، أو الأعمال، أو النقود أو المعاملات، وكذلك بما قرره من مبادئ وطرق في تطبيقها، روعيت فيه ظروف التطبيق، وملابساته، وأحوال الناس، حتى تكون مرنة سهلة، ولقد وضعت تلك القواعد، وفق مقتضياتها، مستهدفة غاياتها، وكان الفكر الإسلامي التشريعي لذلك متمثلاً في أمرين:

أحدهما: أحكام الشريعة واتجاهاتها الموضوعية.

وثانيهما: أحكامها المتعلقة بطريقة التنفيذ، والتطبيق، وكان النظر في الأمرين من وسائل تعرفه، وتحديدته، والوقوف عليه، وذلك بعد استقرار أحكامهما، والكشف عن عللها وأسباب اختلافها، وجميعها أنظار عديدة، تنوعت بحسب تنوع ما تعلقت به، وليس من اليسير حصرها، وضبطها، ولئن أمكن ذلك باللجوء إلى الضوابط والاكتفاء بالإجمال عن التفصيل، فإن التعرض لها أيضاً، على هذا الوضع، يتطلب من البيان، ما لا يتسع له الوقت، ولا يفسح له مجال البحث، وقد يكون في الإشارة إلى بيان مصادرها التي منها استنبطت، ومنها انبثقت الطريقة المثلى، والوسيلة الممكنة المسيرة، إلى التعرف عليها، بالصورة المرضية، في بحث كهذا، تعرفاً كافياً، للإحاطة بمعناها، وبها لها من أغراض، وأهداف، وما يجب أن يلاحظ فيها من قيود، وأن يراعى فيها من استثناء، تستوجبه الضرورات، أو تتطلبه الحاجيات، تبعاً لتعدد البيئات واختلافها، وتطورها، واختلاف الأعراف، وتغيرها، وبلي ذلك بيان ببعض تلك الأنظار، فيما تقوم به الحياة، ويؤسس عليه العمران، والنظام، وترتد إليه كثير من الاتجاهات النظرية، والتطبيقية الأخرى، مما ينبني عليها، ويتفرع منها، حتى يكون في ذكرها بعض الغناء، عن ذكر سائرها.

مصادر التعريف بالفكر الإسلامي التشريعي

تعرف الفكر التشريعي الإسلامي، والكشف عن أهدافه، واتجاهه، وأصوله، يكون بالنظر في نصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية، وفيما انتهى إليه النظر فيهما، على اختلاف أربابه، في تنازعهم، وقدراتهم، وإحاطتهم بما دلت عليه النصوص: من القرآن والسنة.

وأما ما أجمع عليه من الأحكام، أو ما استمد منها، من العرف، فإنه لا يعدو أن تكون أحكاماً قد أجمع عليها، لدليل دل عليها: من كتاب، أو سنة، أو نظر، كان اتفاقاً من المجتهدين، ثم أغفل الدليل، وتنوسى، وعندئذ ينتظمها البيان المتعلق بما دلت عليه النصوص، من الأحكام، أو المتعلق بما كان أساسه النظر، من الأحكام - وإما أن تكون أحكاماً استند فيها إلى العرف، وعندئذ ينتظمها ما سنشئ إليه، مما يتعلق بما دلت عليه المصلحة، من أحكام؛ لأن العرف لم يجر بها، بصفة عامة، إلا لاستحسان الناس، لما رآه الناس من مصلحة فيها، فإن استقراء ما جاءت به تلك المصادر، من الأحكام، والقواعد، والمبادئ، والحكم، والأسباب، والعلل والموازنة بينها، وما بينها من مفارقات، ومشابهات، وما ترتب على ذلك من اختلاف في الأحكام، يكشف عن الاتجاه التشريعي الإسلامي، في الأحكام الشرعية، على العموم، ويستبين به النظر التشريعي الذي جعل أساساً لشرع تلك الأحكام، وأسباب تخصيص العام من أدلتها، وتقييد المطلق منها، وإرادة الإطلاق فيما يجيء على صورة المقيد، والعموم فيما جاء على صورة الخاص، وإرادة الاستثناء، حيث لا يكون في النص استثناء لفظي، وهكذا: مما هو مبين في مواضعه، من كتب الفقه، وأصوله، ولا شك أن في ملاحظة ذلك جميعه، الوسيلة الكفيلة ببيان الفكر التشريعي الإسلامي، بياناً كاملاً، تتضح به أهداف الأحكام، وأغراضها، على اختلافها.

فأما النصوص على العموم، فإن اتخاذها سبيلاً إلى الوقوف على هذا الفكر، يتطلب النظر فيما جاءت به، من أحكام، بطريق النص عليها، أو بطريق الإشارة، والدلالة عليها، بأي طريق من طرق الدلالة المعتبرة، التي تحدث عنها علماء أصول

الفقه، وهي دلالة الإشارة، ودلالة النص التي يسميها بعض العلماء: بمفهوم المخالفة ودلالة الاقتضاء، وفيما عللت به تلك الأحكام، من علل أشارت إليها هذه النصوص، ولو جاء ذلك على وجه الإيحاء والتنبيه، فإن الناظر في كتاب الله تعالى لا يجد صنعة في بيانها سرداً مجرداً عن بيان حكمها، وعللها، بل يرى أن قد عني كثيراً ببيان العلل، والأحكام، في كثير منها، عناية أشعرت بأن كل حكم جاء به، إنما كان لمصلحة أريد تحقيقها، وذلك بما يرى في تعليقه من إحاطة، وشمول، على ما يلاحظ فيه من تغيير، وتنوع، وتفصيل، وإجمال، فتارة يذكر الحكم مرتباً على وصف يفهم السامع أن هذا الحكم يدور معه، أيها وجد، وأخرى يذكر الحكم، ومعه سببه، مقروناً بحرف العلة، وآونة يذكر الحكم، ومعه أثره المترتب عليه. وهكذا مما نخرجنا بيانه، وتفصيله عما نحن بصدده.

ومن أمثلة ذلك قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ...﴾ [المائدة: ٣٨].

وقوله: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ...﴾ [النور: ٣٠]، وقوله تعالى: بعد ذكر ما حدث، من قتل أحد بني آدم أخاه: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ...﴾ [المائدة: ٣٠]، الآية وقوله بعد بيانه لقسمة الفيء: ﴿... كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ...﴾ [الحشر: ٧] وقوله في بيان علة تحريم الخمر والميسر: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ...﴾ [المائدة: ٩١] الآية.

وعلى الجملة: فإن الناظر في كتاب الله -تعالى-، المستقرئ لأحكامه وما جاء به من قواعد كلية يرى أن الله -سبحانه وتعالى- لم يشرع أحكامه إلا لتكون وسيلة إلى جلب الخير للناس، ودفع الضر عنهم، وأنه -سبحانه- قد بين ما في المنهي عنه من المفسد، حثاً للناس على اجتنابها، وما في المأمور به من المصالح، ترغيباً لهم في الإقبال عليها وفي إتيانها، وإن لدلالة كتاب الله على ذلك من القوى والظهور ما لدلالة آياته الصريحة المحكمة، بسبب ما أجمعت عليه واتفقت فيه، من دلالة كشفت

عن أن قصد الشارع من شرعه حفظ الضروريات الخمس: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، وهي جماع مصالح الناس، في حياتهم الأولى، والآخرة، وكذلك كان مسلك رسول الله ﷺ في بيانه للقرآن، وفيما بلغه من الأحكام، فإن المتتبع لأحاديث الأحكام، يجد أن الرسول ﷺ كثيراً ما يذكر الحكم، موضحاً ما يترتب عليه، من مصالح دنيوية، وأخروية، وأنه عند النظر والتدبر، يرى أنه لم يأمر بشيء، ولم ينه عن شيء، إلا لداعية دعت إلى ذلك الأمر، أو النهي، ويلاحظ أن تنوع الحاجة، واختلاف البيئات، والناس، كثيراً ما دعت على اختلاف الحكم، في الحوادث المتماثلة تبعاً لاختلاف الأثر، بسبب اختلافهم؛ ولذا: فقد يظن أن فعلاً ما ينبغي الإتيان به؛ لأنه خير في بادئ الأمر، وينهى عنه رسول الله ﷺ لما يرى، من أن خيره يعارضه شر فيه، أعظم منه، وأن المصلحة فيه تصاحبها مفسدة تفوقها، فهذا عبد الله بن عمرو، بالغ في عبادته، فصام نهاره، وقام ليله ظناً منه أن في ذلك رضا مولاه، فيشكوه أهله إلى رسول الله ﷺ، فلا يرضي ذلك رسول الله ﷺ، ويقول: "إنك إذا فعلت ذلك، هجعت عينك، ونقعت نفسك، وإن لنفسك عليك حقاً، ولأهلك حقاً، فصم، وأفطر، وقم، ونم"، ويقول رسول الله ﷺ، لمعاذ وقد شكاه إلى الرسول ﷺ بعض أصحابه، لطول صلاته. أفَتَأْنِ أنت يا معاذ؟ من صلى بالناس فليخفف، فإن فيهم المريض، والضعيف، وذا الحاجة"، ويقول رسول الله ﷺ لسعد بن أبي وقاص، حين عاده، وقد استشاره في التصديق بثلاثي ماله: "الثلاث والثلاث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير أن تذرهم عالة يتكفون الناس".

وينص الكتاب العزيز على جواز الوصية فيقول بعد بيانه لسهام الورثة: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ...﴾ [النساء: ١١] ويكرر ذلك المعنى فيها، فأتى حكم الكتاب في الوصية مطلقاً، وبقيد رسول الله ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث». كما يقول ﷺ: «لا وصية بأكثر من الثلث، إلا أن تجيز الورثة» ثم يكون لبعض المجتهدين اجتهاد في هذا التقييد.

وينهى رسول الله ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمتها، أو بين المرأة وخالتها، فيقول: إنكم إن فعلتم ذلك، قطعتم أرحامكم، وينهى كذلك عن أن يخطب الرجل

على خطبة أخيه، أو أن يبيع على بيع أخيه، ويأذن النبي ﷺ لقوم نضبت أزوادهم، وأملقوا في نحر إبلهم، ويبلغ ذلك عمر، فيقول لهم: ما بقاؤكم بعد إيلكم، ويدخل على رسول الله ﷺ قائلاً له: ما بقاء هؤلاء القوم، بعد إيلهم؟ فيقول ﷺ: «ناد في الناس، فليأتوا بفضل أزوادهم»، ويبسط لذلك نطع، جعلوا أزوادهم عليه، فقام رسول الله ﷺ فدعا وبرك عليه، ثم دعاهم بأوعيتهم، فاحتسى الناس منه، حتى فرغوا.

وخلاصة القول: أن السنة مليئة، بالأحكام المعللة، وأن منها: ما دل على أن بعض أحكامها تدور مع المصلحة التي لأجلها شرعت، وذلك ما يبين أيضاً لمن تتبع ما كان يجيب به رسول الله ﷺ سائله، وأنه كان يخالف في إجابته لاختلاف ظروف السائل، فقد سأله شيخ مسن، عن قبلة الصائم فلم ير فيها بأساً، وسأله شاب عنها، فنهاه عن ذلك، حتى لا تكون ذريعة إلى ما بعدها، وكان ﷺ يسأل في حين، فينتظر الوحي، وفي حين آخر يجيب، من غير انتظار، وقد ينزل القرآن، ببيان خطئه في اجتهاده هذا، ومعابته مع ذكر السبب كما في معابته في قبول الفداء، من أسرى بدر، وفي إذنه لبعض المتخلفين، في غزوة تبوك، وهكذا: يتضح لنا أن رسول الله ﷺ - قد فوض إليه الحكم، في كثير من الأمور، وخاصة ما يتعلق بالمعاملات المالية، والأمور الإدارية، وذلك حسبما يراه من المصلحة، وكان رأيه فيها سنة مشروعة، واجبة الاتباع.

ولا يفوتنا في هذا المقام، أن نعرض لما جاءت به نصوص القرآن، والسنة، من قواعد ومبادئ، كانت ببيان الفكر التشريعي الإسلامي أعلق، وألصق، ومن ذلك ما جاء في الكتاب العزيز، مثل قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا رِيبًا ۗ﴾ [النساء: ٤]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّكُمْ فَأَعِدُّوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ...﴾ [فاطر: ١٨]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩]، وقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا...﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وقوله تعالى: ﴿... لِيُسْفِقَ ذُو

سَعَةً مِنْ سَعَتِهِ... ﴿[الطلاق: ٧]﴾، وقوله تعالى: ﴿... لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتِنَهَا...﴾ ﴿[الطلاق: ٧]﴾، وقوله تعالى: ﴿... لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا آكَسَبَتْ...﴾ ﴿[البقرة: ٢٨٦]﴾، وقوله تعالى: ﴿... إِنَّمَا تُجْرُونَ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿٧﴾﴾ ﴿[التحریم]﴾، وقوله تعالى: ﴿... وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ...﴾ ﴿[الحج: ٢٩]﴾ - وهذا إلى ما شرعه في كتابه، من تخفيف، فيما كلف الناس به، إذا ما لحقهم مشقة واضطرار، كما في قوله تعالى: ﴿... إِلَّا مِنْ أَكْرَهٍ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْأَيْمَنِ...﴾ ﴿[النحل: ١٠٦]﴾، وقوله تعالى: ﴿... فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ...﴾ ﴿[البقرة: ١٧٣]﴾، وقوله تعالى: ﴿... إِلَّا مَا أَضْطَرَّتْهُ إِلَيْهِ...﴾ ﴿[الأنعام: ١١٩]﴾، وقوله تعالى: ﴿... وَمَا جَعَلْنَا عَلَيْكُمْ فِي الَّذِينَ مِنْ حَرَجٍ...﴾ ﴿[الحج: ٧٨]﴾.

ومن ذلك ما جاءت به السنة من قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»، وقوله ﷺ: «إنما البيع عن تراض»، وقوله: «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً» وقوله ﷺ: «لا ضمان على مؤتمن، وقوله ﷺ: «العجاء جرحها جبار»، وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم، إلا بطيب نفس منه» وقوله: «أنت ومالك لأبيك»، ونهيه عن بيع الغرر، وغير ذلك كثير. وكل ذلك يبين كما ذكرنا هدف الإسلام، من شريعته، وأن الاتجاه التشريعي في جميع أحكامها تصوره وتمثله أنظار أسست عليها، قصداً إلى تحقيق هذا الهدف.

وأما النظر: فقد كان في عهد رسول الله ﷺ مرجع بعض الأحكام، فقد اجتهد - عليه السلام -، وصدرت عنه فتاوى، في بعض الأقضية والوقائع، تقوم على الرأي، والنظر، ولأن أقوال الرسول ﷺ، وأفعاله، وتقريراته، جزء من التشريع، كان اجتهاده ﷺ واجب الاتباع، فإذا قرر حكماً، أو رأى رأياً، وأقره الله عليه، كان سنة شرعية، من سنته، يجب الحفاظ عليها، والعمل بها.

ومن الأحكام التي اجتهد فيها الرسول ﷺ، ولم يقره الله عليها، ورده إلى الصواب فيها، قبوله الفداء، من أسرى بدر، وإذنه بالتخلف لمن اعتذر، عن غزوة تبوك، وفي إعراضه عن عبد الله بن أم مكتوم، حين جاء في أمر من أمور الدين، وهو

مشغول مع الرؤساء من قريش، يدعوهم إلى الإسلام، فإن الرسول ﷺ في مثل هذه الأحكام، كان يستجيب لمصلحة قدرها، ورآها، ولكن الله - سبحانه وتعالى - بين له أنه قد ترك في مراعاة تلك المصلحة مصلحة أخرى، هي أعظم منها، وكانت أولى بالمراعاة، فعاتبه من أجل ذلك، وغفر له.

على أن اجتهاد الرسول ﷺ لم يقتصر على أمور الدين، فقد تجاوزه إلى الأمور الدنيوية، كما كان منه في تأبير النخل؛ إذ نهى عنه؛ لأنه لم ير فيه نفعاً، فلما فسد الثمر، أعرض عن ذلك، قائلاً: «أنتم أعلم بشئون دنياكم»، وكما في غزوة بدر، حين نزل بجيشه منزلاً رآه حسناً، ولم ير ذلك الحباب بن المنذر، وأشار عليه بمنزل آخر، بين له فائدة النزول عليه، فانتقل الرسول ﷺ عن المنزل الذي نزله، إلى ما أشار به الحباب، لما رآه من المصلحة في ذلك.

وهناك وقائع غير هذه، اجتهد فيها الرسول ﷺ، وكلها تدل على أنه لم يكن ليفعل إلا ما يرى فيه المصلحة.

وكما اجتهد الرسول ﷺ، ففقد في بعض ما عرض عليه، اجتهد أصحابه في حضرته، بأمره، كما في اجتهاد سعد بن معاذ، حين حكمه الرسول ﷺ، في بني قريظة، وفي غيبته، بإذنه، كما يدل على ذلك حديث معاذ بن جبل، حين أرسله الرسول ﷺ قاضياً، في اليمن، وسأله بم يقضي به؟ فقال: أقضي بكتاب الله، فإن لم أجد، فبسنة رسول الله، فإن لم أجد، أجتهد رأيي ولا آلو، فقال رسول الله ﷺ: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله، إلى ما يرضي الله ورسوله».

وقد يكون اجتهاد الصحابة بغير إذن، من الرسول، كما في حادثة غزوة الخندق، إذ أمر رسول الله ﷺ أصحابه، ألا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة، فقد اجتهد بعضهم فرأى أن المراد بذلك الإسراع، لا تأخير صلاة العصر، ورأى آخرون حظر صلاة العصر إلا هناك، فلم يصلها إلا بعد العشاء الأخيرة، ولم ينكر رسول الله ﷺ على أحد منهم، ما رأى، ولم يكن النظر في ذلك العهد - سواء أكان من الرسول ﷺ أم من أصحابه - إلا بحثاً عن حكم الله، فيما هو معروض، وذلك بالبحث عن المصلحة

أين تكون، لما استقر في نفوسهم، وعرفوه من فهم كتاب الله، وما نزل على رسول الله ﷺ من أحكام، في أحداث حدثت، جاءت محققة للمصلحة فيها.

وعلى هذا السنن كان اجتهاد أصحاب رسول الله ﷺ ومن جاء بعدهم، حيث لا يجدون في المسألة كتاباً، ولا سنة، إذ كانوا يلجئون إلى النظر: مسترشدين بما حفظوا، من كتاب الله، وبما وعوه من أحكام، أثرت عن رسول الله ﷺ فيما عرض عليه، من أفضية، وما سئل عنه من مسائل، ناهجين منهجه، مستنين سنته، مستعينين بما مروا عليه، من استنباط، أقرهم عليه، دربة اكتسبوها، من مراجعة بعضهم بعضاً، فيما حدث لهم، من الأحداث، أو نزل بهم من الوقائع، ولم يكن ذلك متوافراً في كل فرد، منهم، بل اختص به قلة، اصطفاهم الله بها أعطاهم، من نفاذ نظر، وسلامة تقدير، ووزن، وحسن إدراك، ودقة ملاحظة، قد هيا لهم ما صاروا إليه، من الأهلية، والقدوة، والأسوة، والمتابعة فيما يكشفون عنه، من أحكام، في المسائل التي عرضت لهم، والوقائع التي استجدت فيهم، ولم يكن لهم سبيل إلى تعرفها، إلا البحث عن المصلحة التي راعاها الشارع، في أحكامه، أين تكون؛ لأنها دليل حكم الله فيها، وكان بحثهم يقوم تارة على إلحاق الشبه بشبيهه، وتارة على تطبيق قاعدة عامة، استنبطوها من أحكام الشريعة العديدة التي قامت عليها، واستندت إليها، وتارة يقوم على مراعاة العرف ومتابعته؛ لأن جريان العرف دليل إرادته، وقصده، وإن المصلحة فيه حيث لا نص، وتارة يقوم على المصلحة المعتبرة من الشارع، دون مقايضة، أو تطبيق لقاعدة، أو مراعاة لعرف، بانين نظرهم على اطمئنان النفس بوجودها، حيث انتهى نظرهم، وليس أدل على ذلك، من قول عمر، لأبي بكر - رضي الله عنهما - حين أبي ابتداءً أن يستجيب إلى ما دعاه إليه من جمع القرآن؛ استناداً إلى أن رسول الله ﷺ لم يفعله، وأنه كيف يفعل أمراً لم يفعله رسول الله ﷺ: «هو والله خير»، ولا شك أن عمر - رضي الله عنه - كان يعني بالخير، ما فيه صلاح الإسلام والأمة، فهو قد احتج بالمصلحة، ورأى أبو بكر أنها حجة سليمة، فأقر عمر على وجهة نظره، واقتنع بها، وطلب من زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أن يقوم بذلك، فأبى أولاً، حتى إذا قال له أبو بكر نفس العبارة التي قالها عمر اقتنع زيد، واستجاب.

ومن ذلك: ما كان عليه الناس، في عهد رسول ﷺ، وحقبة بعد وفاته حيث كانت الأمانة عامة في الناس، شاملة، من استئمان الصناعات، وعدم تضمينهم، عند ادعائهم هلاك ما أعطي لهم، من أموال، لتكون محلاً لصنعتهم، ولكن حيث كثرت دعاوى الهلاك، ووقع كثير من الناس في الحرج، بسبب ذلك؛ رأى كثير من الصحابة تضمين الصناعات، حفظاً لمصالح الناس، وفي هذا يؤثر عن علي -رضي الله عنه- أنه قال: «لا يصلح الناس إلا ذاك» فتركوا ما كان عليه زمن الرسول ﷺ، وزمن أبي بكر، وألزموا الصناعات بضمان ما تحت أيديهم.

ومن ذلك أيضاً: ما فعله عثمان -رضي الله عنه- من زيادة أذان ثان، يوم الجمعة، حين كثر الناس على عهده، ورأى أن الأذان الأول غير كافٍ لإعلامهم. ومنه أيضاً: عدم إقامة حد السرقة في غلطة لحاطب، سرقوا ناقة لرجل، من مزينة، فانتحروها، وأكلوها، حين ظهر له أن حاطباً قد أجاج هؤلاء الغلطة، وغرم سيدهم جزاء ذلك ضعف قيمة الناقة التي سرقوها.

وكذلك: عدم إقامة حد السرقة، والشرب، في الغزو، والسفر، وفي السرقة من بيت المال، وفي سرقة الخادم متاع سيده، ففي كنز العمال: ما أخرجه عبد الرزاق، وابن أبي شيبة، عن القاسم: «أن رجلاً سرق من بيت المال، فلما كتب في ذلك، إلى عمر، كتب: لا يقطع، فإن له حقاً فيه»، وروي عن مالك في الموطأ، أن عبد الله بن عمرو المخزومي، جاء بغلام، إلى عمر، فقال له: «اقطع يد غلامي، فإنه سرق، فقال له عمر: ماذا سرق؟ قال: سرق امرأة لامرأتي، ثمنها ستون درهماً، فقال عمر: «أرسله، فليس عليه قطع، خادمكم سرق متاعكم».

والأمثلة من هذا النوع عديدة، وهي تدل على أن أصحاب رسول الله ﷺ -وقد كانوا شديدي الحرص على متابعة رسول الله، والاتساء به- قد سلكوا سبيله، في تعليل الأحكام، وبيان المصلحة التي لأجلها شرعت، وإنزالها على ما يجد من الأحداث، طلباً لمصلحة فيها، وتعرف الحكم فيما سيجد، من الحوادث، مما لم يؤثر فيه حكم عن رسول الله ﷺ، ولم يكن له شبهه سبق الحكم فيه، وذلك بالبحث عن

المصلحة، وتعرف أين تكون، فإذا عرفوها، حكموا بما يحققها، بل كانوا فيما تدعو إليه الحاجة، يعمدون إلى الحكم المنصوص، بسبب دوران علتها، بما كان لهم من علم ومعرفة؛ ليوسعوا دائرته، بل وليجعلوها مناطاً له، يدور معها وجوداً وعدمًا، معتقدين أنهم بذلك عند حكم الله، لم يخالفوا عنه.

والحوادث من هذا النوع كثيرة، والكلام فيها، يطول، وحصرها متعذر، ولكن النتيجة التي تنتهي إليها، من ذكرها، والنظر فيها، أن الله - سبحانه وتعالى - لم يشرع حكماً إلا للمصلحة الناس، وهي نتيجة قطعية، دل عليها الاستقراء، وأيدته النصوص، ولذا كانت أساس التشريع وهدفه، وكانت دليلاً على الحكم، إذا أعوز النص، بل كانت عند وجوده، السبيل إلى فهمه، وتفسيره، وتعيين المراد منه، بما تقتضيه، من تخصيصه عند عمومته أو تعميمه عند خصوصه، أو تقييده عند إطلاقه، أو إطلاقه عند تقييده، وذلك لما هو ثابت على وضع لا يقبل الشك، وكما أشرنا إليه، فيما سبق، من أن الشارع قد راعى المصلحة في أحكامه جميعاً، وأنه لم يهملها في أي حكم، من أحكامه، حتى كانت دليلاً عند عدم النص.

وإذا كان الله - سبحانه وتعالى - قد أثر العقل، في كتابه، وجعله المرجع، في النظر، والاستدلال، على أصول الدين، وعقائده، وجعل له السلطان الأعلى، في إدراك معاني الخير، والحق، ودعا إلى تحكيمه في أكثر من ٣٠٠ آية من كتابه، وعاب الذين لا يحكمون عقولهم، وأزرى بهم إزراء شديداً، لم يكن من الجائز إهمال العقل، في مجال الأحكام الفرعية، إذا ما دل على تخصيص، أو تقييد، أو عموم، أو إطلاق، تحقيقاً للمصلحة التي جعلها الشارع مناط أحكامه، وأصل شرعه، ووجب أن يكون دليل العقل بياناً للنص والإرشاد، إلى تعرف ما يراد منه.

وقد أشرنا - فيما سبق - إلى بعض ما ورد في ذلك من أمثلة، وقد كان هذا الذي شرحناه، وبيناه، مسلك أصحاب رسول الله ﷺ في تفهمهم للشرعية، وفي قضائهم، فيما عرض عليهم، من نزاع، وفتاوى، فيما رفع إليهم، من استفتاء.

وعلى هديهم سار التابعون، وتابعوهم، والأئمة المجتهدون، من الفقهاء، ممن جاء بعدهم، وعلى أساس ذلك: وضعوا للفقهاء الإسلامي قواعد الكلية، وضوابطه

التي انتظمت، واعتبرت أصلاً، يطبق على ما يحدث من أحداث يشملها، فأعطيت ما يدل عليه من حكم، لأنه الحكم المحقق للمصلحة فيها، وكان من هذه القواعد، ما يرجع إلى تطبيق الأحكام، بقصد التيسير في تطبيقها، وتخفيف ما تتضمنه من مشقة، وشدة، في بعض حالات تدعو الحاجة فيها إلى التيسير، والتخفيف، تحقيقاً للمصلحة، مثل: يتحمل الضرر الأدنى دفعاً للضرر الأشد، وتنزيل الحاجة منزلة الضرورة، إذا دعت المصلحة إلى ذلك، فيجوز لأجلها ما يجوز للضرورة، وإن الاضطرار لا يبطل حق غير المضطر، وإن ما يمتنع عادة ينزل منزلة الممتنع حقيقة، فلا يطلب، والصيرورة إلى البدل عند امتناع أصله، وأنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء، وأنه إذا زال المانع، عاد الممنوع، وأن الكلام على حقيقته متى أمكنت، وأن السؤال معاد في الجواب عليه، وأن المشقة تجلب التيسير، وغير ذلك من القواعد.

كما كان منها قواعد تتعلق بموضوع الحكم، لا بتنفيذه، مثل: الأمور بمقاصدها، ومعانيها، لا بألفاظها، ومبانيها، واليقين لا يزول بالشك، والضرورات تبيح المحظورات، والضرورة تقدر بقدرها، وما حرم أخذه، حرم إعطاؤه، وما حرم فعله، حرم طلبه، والعادة محكمة، والمعروف كالمشروط، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه، والتصرف بالولاية منوط بالمصلحة، والولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة، والجواز الشرعي ينافي التضمين، والغنم بالغرم، وغير ذلك، وكلا النوعين استنبط من استقراء الأحكام، وملاحظة أهدافها، فكان تأصيلها استمراراً وامتداداً، وتأصيلاً لأهداف الفكر التشريعي الإسلامي، وأغراضه، وهو النفع الإنساني العام، الذي هو عماد الدين والدنيا؛ ولذا كان من الضروري أن يكون قصد الإنسان وإرادته واختياره في مجال التصرف والعمل متفقاً مع قصد الشارع، إذ أنه حين يقوم بذلك، يجب أن يلاحظ أنه إنما يقوم به، بحكم خلافته في الأرض عن خالقها في إقامة المصالح، بحسب طاقته، وبقدر وسعه، تحقيقاً لمقاصد شريعته، فوجب ألا يجيد عن حدوده، وشريعته، ولا يقصد خلاف ما قصد، من إقامة الحق والعدل.

المصلحة

بيننا فيما سبق: أن الفقه الإسلامي، أو الفكر التشريعي الإسلامي، يستهدف مصلحة الأمة، أو مصلحة المجتمع، وذلك بمراعاته كل ما يحفظ عليه وحدته، وتماسكه، ويحقق له أهدافه ويصون علاقات أفراده، من الوهن والتفكك، ويوفر لهم الاستقرار، والسلام، ويهيئ لهم بالأمن فرص العمل، والرخاء، فما كان مصلحة له طلبها، وما كان مضره نهي عنها، وأن هذا أمر أجمع عليه فقهاء المسلمين، وأثبتته استقراء الأحكام، فلم يلاحظ فيها حكم ضار بالأمة أو يزيد ضرره على نفعه، وما من حكم جاء به إلا كان نفعه أكبر من ضرره.

وكل هذا لم يكن محل خلاف، ولا مجال نزاع، وإذا كان خلاف، فهو خلاف في النظر، والتطبيق، ومن أجل ذلك: اتخذت المصلحة دليلاً، من أدلة الحكم، وأماره عليه واقتضى ذلك بيان المراد منها، وكان بيانها وتحديدتها بياناً وتحديداً للفكر الإسلامي، واتجاهه.

وقد جاء في التعريف بها: أنها ما يتحقق به مقصود الشارع، من المحافظة على الضروريات، والحاجيات، والتحسينات التي أشرنا إليها فيما سبق، ومن ذهب إلى ذلك: الغزالي، في المستصفى.

كذلك عرفت، بأنها ما يتحقق به مقصود الشارع، وهو دفع المفساد، عن الخلق، ولا يكاد يختلف هذا التعريف عن سابقه.

على أن محاولة تعريفها على هذا الوضع، ليس بالأمر ذي البال؛ إذ أنها من الواضوح، بحيث تستغني عن التعريف، فالمصلحة مفعلة من الصلاح، وهي تكون كذلك، إذا تجردت عن المفسدة، أو كان نفعها أكبر من فسادها، وليس المراد بها - كما أشرنا - أن تكون فردية، وظنية ظناً راجحاً، على الأقل، غير معارضة بما يذهب بنفعها، ولا اتباعاً لهوى وانقياداً لشهوة، دون مراعاة لدلالة الأدلة، ووزنها، أمرة كانت أم ناهية، فإن الشارع لا يأذن إلا بما هو مصلحة، ولا ينهى إلا عما هو مفسدة، وفي طاقة العقل البشري، أن يدرك أوجه المصلحة في شئون الدنيا، فيحصلها بأمر الشارع،

وإن لم يرد بها نص صريح خاص بها، لأن الأوامر العامة، واستقراء الأحكام، تدل على أن أحكام الشريعة في كلياتها، وجزئياتها، تتجه إلى جلب المصالح ودفع المفسد؛ ولذا عمل بها الصحابة، والتابعون، والأئمة المجتهدون، وجعلوها أصلاً من أصول استنباط الأحكام، دون إنكار عليهم، كما حدث من أبي بكر وعمر في الاستخلاف، وفيما ذهب إليه عمر، من قتل الجماعة بالواحد، وتدوينه الدواوين، وإشارته على أبي بكر بجمع القرآن، ومقاسمته ولاته في أموالهم التي اكتسبوها بجاه السلطة، وفيما قرره أيضاً: من توظيف الخراج على من تركت الأرض المفتوحة في أيديهم، من الذميين، وكما فعل عثمان: في حمل الناس على قراءة واحدة، وكما فعل علي في تضمين الصناع، وفيما ذهب إليه الفقهاء: من فرض الضرائب على المسلمين القادرين، عند الحاجة وضعف بيت المال، ومن جواز إتلاف ما يقاتل عليه الأعداء، من الحيوان، وقتل من يتترس به الكفار، من المسلمين، ونفي أهل الفساد إلى بلد يؤمن فيه شرهم، وتفضيل أحد الأولاد بالعطية، لمصلحة معينة: كأن يكون مريضاً، أو محتاجاً صاحب عيال، وإكراه المحتكرين على بيع أموالهم بالقيمة، وإجبار ذوي الصناعات، عند الحاجة على العمل، بأجر المثل، إلى غير ذلك من الأحكام الاجتهادية التي ملئت بها كتب الفقه، في المذاهب المختلفة، وليس يعارض ذلك، ما تضمنته كتب الأصول، من إنكار لبعض العلماء، فإنهم إنما أنكروا متابعة الهوى، وتحكيم الشهوة، كما يدل على ذلك صنيعهم، في بعض ما أثر من أحكامهم، إذ بنوها على مراعاة المصلحة، حين أعيانهم أن يعثروا فيها على نص.

ومن الأمور المقطوع بها: أن الشريعة راعت مصالح العباد، ولم تشرع من الأحكام إلا ما يوصل إليها، وأن ذلك أمر يستوجب تعذر استيعاب النصوص، لجميع الجزئيات، وذلك لعدم تناهيها فكان لا بد من الالتجاء إلى أصل صالح للتطبيق، في كل عصر، وبيئة، وهو الأمر بمراعاة مصالح الخلق، وذلك ما أشارت إليه نصوص الشريعة، ودل عليه مسلكها، في تشريع الأحكام، ونظرها إلى دعائم المعيشة، وأسس الحياة، وعناصر العمران، حين بنت عليه أحكامها، وأسست عليه قواعدها.

ويبين مما تقدم: أن المصلحة التي يستهدفها الشارع من شرعه، هي المصلحة الجماعية كما نص على ذلك الغزالي.

أما المصلحة الفردية فليس لها اعتبار، إلا حيث لا تتعارض مع مصلحة الجماعة، وذلك يقتضيه الأمر بالعدل والإحسان في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...﴾ الآية [النحل: ٩٠]. وما يوحى إليه قوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ...﴾ [النساء: ١١٤].

فليس من الإحسان إهمال مصلحة المجتمع، في سبيل المحافظة على مصلحة الفرد، وليس يترتب على ترك مصلحة المجتمع وإغفالها إلا فساد وانحلاله، والله لا يحب المنسدين، ثم لا يعد هذا إلا أمراً تعده العقول السليمة منكرًا، لا خير فيه، والله يقول: ﴿وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ...﴾ [آل عمران: ١٠٤] ولا يعد الإقدام على مثل هذا، إلا من قبيل الشج، وذلك لما فيه من الأثرة المذمومة، وقد ذمه الله - سبحانه وتعالى - في قوله: ﴿... وَأَخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ...﴾ [النساء: ١٢٨] ويؤيد ذلك ما فعله كل من عمر، وعثمان - رضي الله عنهما -، دون إنكار من الصحابة عليهما، حين ضاق المسجد الحرام في عهدهما، فقد أرادا شراء بعض ما يحيط به من الدور، لإدخاله في المسجد، فأبى عليهما بعض أصحابها، لحاجتهم إليها، فأخذه جبراً عنهم بقيمته، ولم يأبها باعتراضهم، وتمسكهم بحقهم، ومصالحتهم، تقديماً للمصلحة العامة، وإيثاراً لها على غيرها.

وهكذا كانت المصلحة العامة هدفاً للتشريع الإسلامي، وهذا ما يصور لنا الفكر الإسلامي التشريعي فكراً موحد الهدف، متعدد النوع والموضوع، مختلف الأثر.

وجملة القول: أن الفكر الإسلامي التشريعي، يصوره لنا، ويمثله نظر الشارع إلى ما يأتي:

أولاً: نظره إلى إرادة الإنسان واختياره، وما له من حقوق:

يقيد الإسلام إرادة الإنسان، واختياره، وحقوقه، بما لا يجعل هواه، ولا لشهواته سلطاناً على إرادته؛ وتحكماً في اختياره، وبما لا يجعل لحقوقه طغياناً على حقوق غيره،

ذلك أن للإنسان غرائز تتحكم في إرادته، وعقلًا ينازع إرادته، ويعارض هواه، ويحاول صدّه، وتقييد إرادته، حين تتحكم فيه الغرائز؛ ويغلب عليه الهوى، لكيلا يتعدى ما تتطلبه الحياة الراضية الحكيمة، فلا يتجاوز حدود الحق، والخير، غير أن العقل لا يكتب له الظفر في هذا العراك إلا قليلاً، لما للغرائز من قوة، تظاهرها فيها الشهوات، فيضعف العقل، أمامها، ولما ينتاب العقل في كثير من الأحوال من تردد؛ عند حكمه؛ تبعاً لاختلاف البيئات والظروف، بما يشته به الأمر على العقل، فيعجز عن التمييز، بين الحق والباطل، وبين الخير والشر؛ ولذا كان لابد له من هاد يهديه السبيل، ويمنحه القوة على كبت الغرائز؛ والانتصار عليها، وهو وحي السماء، وما جاء به من هداية وإرشاد، وكشف عن معنى الحرية المنشودة النابعة من الحكمة، الكفيلة بإسعاد المجتمع، المتلاقية مع الحق، والعدل؛ والخير، المانعة من الأثرة، والطغيان.

لقد جاءنا الإسلام بشريعة أقامها على الهدى الذي يكفل الحرية؛ لجميع الناس، ويطلق إرادتهم واختيارهم، بلا طغيان؛ لإرادة أحد، على إرادة أحد آخر، وبحيث لا يصادم ذلك منهم الحق، والعدل، وبحيث تكون إرادة كل منهم موجهة إلى ما فيه الخير، والنفع له، ولأسرته، ولمجتمعه، وتلك هي الرحمة أو أثر الرحمة التي جاء بها سيدنا محمد ﷺ، ودل عليها قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ (١٠٧) [الأنبياء] أي رحمة للناس جميعاً، بما فرضته من مساواة، وما أقامته من عدل وما أشاعته من خير، وما أمرت به من صلاح، وما نهت عنه من ظلم، وإفساد، وما حضت عليه، من تعاون، ووحدة، وكل هذه أمور تحقق معنى الرحمة التي جاءت بها تلك الرسالة، ولا يتم التراحم فيما بين الناس إلا بها، ولقد قال رسول الله ﷺ: «لا تنزع الرحمة إلا من شقي» ويقول ﷺ: «ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء».

ولقد قال له قائل: إنا لنرحم أزواجنا، وذرياتنا، فقال ﷺ ما هذا أريد، إنما أريد الرحمة بالكافة. والرحمة بالكافة ليست إلا بدفع الفساد عنهم؛ ولذا كانت المصلحة العامة الشاملة، هي غاية الشريعة، وكان كل أمر فيه مصلحة عامة، أو كانت منفعته أكبر من ضرره مطلوباً لها، وكل أمر فيه مفسدة، أو كانت مفسدته أكبر من

منفعته، منهيًا عنه، ولذا قال ابن قيم الجوزية: «إذا تأملت شرائع الله التي وضعها لعباده، وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة، أو الراجحة، وإذا تراخمت، قدم أهمها، وأجلها، وإن فات أدناها، كما لا تخرج عن تعطيل المفسد الخالصة، أو الراجحة، بحسب الإمكان، وإن تراخمت عطل أعظمها فسادًا، بتحمل أدناها» وعلى هذا وضع الشارع الحكيم شرائع دينه، وهذا ما لا يستريب فيه من له ذوق الشريعة، وارتضاع من ثديها، وورود من صفو حوضها^(١).

ومن هذا يتبين أن الشارع الإسلامي، إنما شرع شريعته، فجعلها رحمة للناس، وأن هدفه منها مصالحهم، وقد اتفقت كلمة جميع العلماء، على أنها إنما شرعت لهذه الغاية السامية، سواء منها ما صرحت به النصوص، وما عرف بواسطة العقل، وأن ما قد تغيب من هذه الأحكام، عند النظر حكمته، فذلك إنما يكون عندما يجنبها عن العقل نوازع الأهواء، ودوافع الشهوات، وقد دل على ذلك، أنها كلها من عند الله - إن الحكم إلا لله - وأنه هو الحكيم، العادل، العليم، وأنه لا يأمر إلا بالعدل والإحسان، وليس من الإحسان ولا من العدل أمر الناس بالفساد، والضرر، وإذا ما لوحظ: أن في حكم من الأحكام مضرّة، فذلك لأنه قل أن يوجد الخير المحض ولذلك كانت الموازنة بين منافع الحكم ومضاره هي أساس طلبه، أو منعه، ولاختلاف الناس واختلاف البيئات، والظروف، تأثير فيها، من ناحية ترجيح المنافع والمضار، وذلك لاختلاف المصالح، بحسب اختلاف الناس، وعلى هذا الأساس شرعت الحقوق مقيدة بعدم الضرر، وكان للإنسان إرادته، واختياره، على هذا الوضع، فلم يكن طليقًا طبيعيًا لهواه متابعًا لشهواته، في أي حق؛ من حقوقه، ولا في أي تصرف، يتصرفه، ولا فيما أبيح له، من المباحات، والانتفاع بها، بل كان كل ذلك مقيدًا بهذا النظر، وقائمًا على هذا الأصل، فإذا ما تجاوز الإنسان به دائرة هذا الأصل، وخرج به عن إطاره وتعدى حدوده، انقلب استعمالها طغيانًا، وظلمًا، وتعديًا على غيره، ووجب بحكم الشريعة أن يحال بينه، وبين ما قصد إليه من ذلك، وألزم بتعويض ما ترتب على تعديه هذا من ضرر.

(١) مفتاح دار السعادة ص ٢٥٠.

وجملة القول: أن النظر الإسلامي يقضي بتقييد كل الحقوق، وطرائق الانتفاع، بعدم مضار منها، للحق، والعدل، وبعدم تأديتها إلى الضرر، ولو كان ضرراً لاحقاً بصاحبها، ولذا نهى الشارع عن الإسراف، في الأكل، والشرب، فقال: ﴿... وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا...﴾ [الأعراف: ٣١].

ونهى عن التبذير، فقال: ﴿... وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٣٦﴾ إِنَّ الْمُبَذِّرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ﴿٣٧﴾﴾ [الإسراء].

ونهى عن القتر: ﴿... وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ﴿١٧﴾﴾ [الفرقان] وهكذا.

ذلك هو نظر الإسلام، وفكره التشريعي، في مجال بيان الحقوق، واستعمالها، وفيها للأشخاص من حرية، وإرادة، واختيار، عند مزاولة نشاطهم المالي، والاجتماعي، بل والسياسي، نظر يقوم على التقييد، بما يحقق المصلحة، ولا ينافيها، ولا يصادمها، لا الإطلاق الذي ينحرف بالناس، إلى ما فيه فساد أمرهم، والطغيان على غيرهم، وانحلال مجتمعهم، وهو نظر استوجبته أغراض التشريع، وأهدافه.

ثانياً: نظره إلى المال والملك

يقرر الإسلام: أن جميع ما في الكون ملك لله تعالى:

﴿... وَلَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾ [النحل: ٥٢]، ﴿... وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا...﴾ [المائدة: ٢٨]، ﴿... قُلْ لِمَنْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ...﴾ [الأنعام: ١٢].

وهذه الملكية تقوم على الخلق، والتسلط، والتسخير، وهي ملكية لا تنتهي بنهاية ولا يغير من وضعها أي تصرف، ولا أية حيازة.

وقد خلق الله - سبحانه وتعالى - جميع ما على سطح الأرض، للإنسان، لتكون له منافعه وثمراته، فكانت مباحة، لجميع الناس، لكل إنسان منها حاجته، ﴿... خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا...﴾ [البقرة: ١٤] وكان للإنسان أن يتنفع بذلك، في النطاق

الذي يحقق العدالة، والمساواة، في الإباحة، ويحدد له نواميس العمران، ومتطلبات الاجتماع، وكان الخروج من هذه الدائرة محظورًا، ولم يكن لأحد في الناس اختصاص بشيء، إلا بما تسبق إليه يده، ويستولي عليه ابتداءً، بداعي حاجته إليه، واتجاه رغبته نحوه، لادخاره، خوفًا من نفاذه، أو عدم وجوده، عند الطلب.

ولما كانت رغبات الناس غير محدودة، نشأ عن ذلك التزاحم، وظهرت غرائز الإنسان في حب الاستيلاء، والاقتناء، والاستبداد، وكان ذلك أساس ما يسمى أخيرًا بالملك، أو التملك، وقويت هذه الغريزة فيه، بسبب ما جبل عليه، من حب التغلب، والتسلط، وأصبح لها من القوة على إرادة الإنسان، ما تتلاشى معه مقاومته، وما يحمله على ما هو محظور عليه، من طغيان على غيره، باستيلائه على ما سبقت إليه يده، أو حصوله على ما يستطيع مما هو فوق حاجته، أو على استشارته بالمال، استشارة يترتب عليه حرمان غيره، وهو مثله صاحب حق فيه، بحكم الإباحة العامة.

لهذا: اتجه الإسلام إلى الحد منها، والتحذير من عاقبتها، والترغيب عنها، بما هو خير للإنسان، من مطاوعتها، وذلك في قوله تعالى:

﴿ ذُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَتَابِ ﴿١٤﴾ [آل عمران].

فوصفها بأنها متاع الحياة الدنيا، وهو ذلك المتاع الزائل الفاني، ودعا إلى الاستعاضة عنها، بما هو أفضل، وخير، بقوله: ﴿ قُلْ أَوْفَيْتُكُمْ بِحَيْثُ مَنَاحِكُمْ لِلَّذِينَ اتَّقَوْا عِنْدَ رَبِّهِمْ جَنَّاتٌ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَأَزْوَاجٌ مُطَهَّرَةٌ وَرِضْوَانٌ مِّنَ اللَّهِ... ﴾ [آل عمران: ١٥] وأن ذلك جزاء من اتقى، فانصرفت نفسه عن ذلك المتاع الذي يُطغى، ويوقع صاحبه فيما لا يصلح عليه أمر الناس.

والإسلام كما أسند ملك جميع ما على الأرض، من أموال، ومتاع لله تعالى، جعل منافعه للناس جميعًا، فأشركهم فيها، وجعل الخلافة عليها للإنسان، ليقوم بتدبير أمورها على وفق ما شرع من أحكام، وما أراد لها من صلاح، وأمر بالإنفاق

على الفقراء وأصحاب الحاجات وجعلهم، أصحاب حقوق فيها، فقال: ﴿.. وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ..﴾ [النور: ٣٣]، وقال: ﴿.. وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ ..﴾ [النور: ٧]، وقال: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ خَلْقَ الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَبْلُوكُمْ فِي مَاءِ آتَاكُمْ إِنَّ رَبَّكَ سَرِيعُ الْعِقَابِ وَإِنَّهُ لَغَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [١٦٥] [الأنعام]، وقال: ﴿الَّذِينَ تَرَوُا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعْمَهُ ظَهْرَهُ وَبَاطِنَهُ ..﴾ [لقمان: ٢٠]، وقال: ﴿وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴿١٤﴾ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُورِ﴾ [المعارج: ١٥].

وبناءً على ذلك كان انتفاع الناس بالمال - كما أشرنا انتفاعاً مشتركاً مباحاً لهم، لكل منهم حق فيه، وكان كل فرد على هذا الأساس، إذا ما عمل عاملاً في مال الجماعة، بالنظر إلى اشتراكهم فيه، وفي مال الله، بالنظر إلى أنه مملوكة تعالى، وكان عليه - وقد كلفه الله بالقيام عليه، والعمل فيه، لأجلهم - أن يعمل في نطاق إرادته، ومواهبه، وقدراته، ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ..﴾ [التوبة: ١٠٥]، وكان سلطانه في عمله، وولايته عليه، ممتداً، ومنتسباً بامتداد مواهبه، واتساع قدراته، وكانت ثمرة عمله بحكم ذلك ثمرة لعمل قام به، في مال الله الذي جعل منافعه للجماعة، فكان واجباً عليه فيه أن يكون عند ما حده له من حدود، وألا يتعدى بأعماله حدود خلافته، موجهاً عمله إلى الخير، مصرّفاً ثمراته في وجوه صرفها، وأن ينمي بالطرق المشروعة التي لا ضرر فيها لأحد.

وبناءً على ذلك: يبين أن ملكية الأموال إنما تتمثل في حق الانتفاع بها، على الوجه المشروع منها، وحق الولاية عليها بالتصرف، والتنمية، والاختيار، في وسائل إنائها، وتحصيله، وذلك بالتزام المشروع منها، وهو ما يجنبه الإضرار بنفسه، وبغيره، ويحفظ عليه كرامته، كما وجب عليه بحكم خلافته، في هذا المال من الشارع، أن يكون مسلكه في التصرف فيه، وفي إنفاقه، سواء على نفسه، أو على غيره، طوعاً لما أمر به الشارع، وندب إليه، وتلك نتيجة طبيعية، لثبوت الملك لله تعالى وخلافة الإنسان عنه فيه.

وجملة القول: أن المال في نظر الإسلام ضروري للحياة البشرية، ودعامة وجود المجتمع، وبه قيامه، وبه حياة الإنسان، وبقاؤه، وأن سعى الإنسان إلى تحصيله، واقتنائه، إنما هو بحكم فطرته، وغريزته؛ لأن فيه رزقه، وسد حاجته، ونظام أمره، وقد جعلت منافعه وثمراته له، فأبيح الانتفاع به لجميع أفرادها، وأن الملك فيه لله - سبحانه وتعالى - بحكم أنه خالقه، وخالق كل شيء، فكان كل شيء له، وقد جعل الخلافة عليه للإنسان، فكأن المال في يده وديعة، وأمانة، يجب أن يحافظ عليه، من العبث، والتبديد، والضياع، وليس له فيه إلا أن يقوم عليه، خلافة عن مالكة الذي جعل له فيه حق الانتفاع، مقيداً بما شرع من أحكام، أريد بها حفظه وبقاؤه، وتوجيهه للغرض السامي الذي لأجله خلق، وهو صالح المجتمع، وسعادته، وفي الحدود التي دلت عليها أوامره، ونواهيه، المحققة لعدالة توزيعه، وحسن إنفاقه، وسداد التصرف فيه والوفاء بما للناس فيه من حقوق، والحيلولة دون الافتتان به، واتخاذها أداة تسخير، وطغيان، واستعباد، ومصدر إغراء، وتكبر، وخيلاء، وعبث بالحقوق، ووسيلة انحراف في السلوك، وإفساد في الأرض وإهدار للكرامة - يقول الله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَأَنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ﴾ (٢٨) [الأنفال]، ويقول: ﴿أَعْلَمُوا أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَهَوٌّ وَزِينَةٌ وَتَفَاخُرٌ بَيْنَكُمْ وَتَكَاثُرٌ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ...﴾ [الحديد: ٢٠]. ويقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُلْهِكُمْ أَمْوَالُكُمْ وَلَا أَوْلَادُكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾ (١) [المنافقون].

ولهذا كانت عناية الشريعة الإسلامية بالمال عناية بالغة، فبينت وسائل تحصيله، وجمعه، وإنائه فبنتها على العمل، والتجارة، والتعاقد، والكسب والرضا، وجنبتها الخداع، والغرر، والتدليس، والغش، والإكراه، والضرر، وألا يباشر الإنسان منها إلا ما يوصله إلى خير نفسه، ابتغاء خير المجتمع، ولهذا نهت عن أكل أموال الناس بالباطل: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ...﴾ [البقرة: ١٨٨]، وعن أخذ أموال اليتامى، والضعفاء، ممن يكونون تحت الولاية، أو الوصاية: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَيْرَ بِالْأَسْفَلِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ (٢) [النساء]، وقال: ﴿.. وَلَا تَأْكُلُوهَا

إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا... ﴿ [النساء: ٧] ، [إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا
إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴿١٠﴾ [النساء].

وحرّم الربا لقيامه على استغلال الضعيف، وحاجته، وتطفيف الكيل والميزان،
كما عني ببيان مصرفه، وطرق إنفاقه.

وعلى الجملة: فقد كان ما بني على اعتبار أن ملك المال لله -تعالى-، وأن ليس
للإنسان فيه إلا حق الانتفاع، والقيام عليه، بطريق الخلافة عدة أحكام:

- ١- ليس للإنسان الإرادة المطلقة في التصرف، في المال، وتنميته، بل يجب عليه أن
يراعي في تصرفه، ألا يؤدي إلى الإضرار بنفسه، أو غيره، أو بالجماعة.
- ٢- أنه يجب على الإنسان أن يلتزم في قيامه على المال جميع الحدود التي رسمتها
الشريعة الإسلامية، في طرق تحصيله، وتنميته، وحفظه، وصرفه، بحيث
يراعي في ذلك أولاً: عدم استغلال الضعف البشري، بأية صورة ما، وعدم
اتخاذ المال وسيلة لإهدار الكرامة، والتحكم، ثانياً: عدم اكتناز المال، والحيلولة
بينه وبين تداوله، للصالح العام، ثالثاً: عدم إنفاقه في كل محظور، وفي كل ما
من شأنه أن يحط بالفضيلة، أو بالخلق، رابعاً: عدم الإسراف في إنفاقه وعدم
التقتير فيه، وقد قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ
بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ﴿٦٧﴾ [الفرقان].

ذلك هو نظر الإسلام إلى المال، وإلى الملكية، وعلى أسس ذلك جاءت أحكامه،
وشرائعه الخاصة، بشئون المال.

نظرة الإسلام إلى التعاقد

التعاقد في نظرة الإسلام هو ارتباط يرتبط به الإنسان، فيطلب منه الوفاء به، وأساسه الاختيار، وسلامة الإرادة، وقد يكون ارتباطاً منفرداً، لا يقابل بارتباط آخر، وقد يقابل بارتباط من شخص آخر، غير أن الإسلام يرى أن منه ما يجب على المرتبط الوفاء به، ويجبر عليه قضاء، ومنه ما لا يجبر عليه.

ومرد النوع الأول إلى أمرين: أحدهما: أن يكون مقابلاً بارتباط التزم به شخص آخر، في مقابلته، فيجب الوفاء به لذلك، حتى لا يكون من وراء عدم الوفاء به ضرر بمن ارتباط بسببه، وثانيهما: أن يأمر الشارع بالوفاء به، لمصلحة ارتأها الشارع، أوجبت ذلك.

وأما النوع الثاني: فقد رأى الشارع عدم الوفاء به قضاء، وأوجب الوفاء به ديناً، وخلقاً، وهو ما صدر عن إحسان، وتبرع، غير مستتبع حقاً لازماً لأحد، وذلك ما اختلفت فيه الأنظار، تبعاً لاختلافها في متطلب المصلحة، وإن اتفقت على أن الوفاء مطلوب ديناً، وخلقاً، في كل ارتباط وتعاقد خلا من الضرر، ومن مقتضى عموم قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ [المائدة: ١]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (٣٤) [الإسراء].

ولا يلزم لوجود التعاقد، واعتباره في شريعة الإسلام شكل معين، إلا ما شرطه الشارع في الزواج؛ إذ يشترط أن يكون أمام شاهدين، وفي ذلك خلاف مالك، ويكفي في تحققه ووجوده العبارة الدالة عليه، إذا صدرت من العاقل، البالغ المختار، وذلك في أي شأن له الولاية عليه، لا تنقيد إرادته في ذلك بقيود، إلا عدم الضرر بالعاقد، أو غيره، وسواء في ذلك التعاقد في أي شأن من الشؤون المالية، كالمبايعات، والنفقات، والكفالات، والإجازات، والتعاقد في الشؤون الاجتماعية، كالتعاقد في الزيجات والنسب، والحضانة، وهذا هو نظر الشارع إلى الاشتراط في العقود، فقد جعل للعاقد أن يشترط ما يرى أن حاجته ومصالحته في اشتراطه، بشرط عدم الضرر، وتغيير المشروع؛ لأن تغيير المشروع مفسدة، وفيه يقول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً».

أما الضرر الذي يبطل العقد لأجله، فسواء فيه أن يكون ضررًا يلحق العاقد أو المشتري، وأن يكون ضررًا يلحق غيرهما، أو المجتمع، ويكفي في ثبوته وترتب أثره عليه، ورود نص من الشارع به، أو بالنهي عنه، كما يكفي حكم العقل بذلك؛ لأنه إذا كان العقل أساسًا للإسلام، فأولى أن يكون أساسًا في إثبات الضرر، في العقود، والاشتراط، والمعاملات، وسلامتها منه.

وعلى هذا الأساس يرى أن الفكر الإسلامي التشريعي يتجه إلى إعطاء الناس حرية الاختيار، في إنشاء العقود، والاشتراط فيها، سواء في ذلك ما وردت به النصوص، وما جرى به العرف، وما تدعو إليه حاجة الناس، ومعاملاتهم، لا تحدهم في ذلك حدود، سوى ما ذكرنا، وعلى هذا رأي المحققين من الفقهاء، وبخاصة بعض الحنابلة، كابن قيم الجوزية وابن تيمية، خلافاً لمن عارض في ذلك منهم، فزعموا أن كل عقد أو شرط لم يرد به عن الشارع نص، عقد باطل أو شرط لغو.

نظرة الإسلام إلى الفرد والمجتمع

ومراعاة فكرة التضامن وصلاح الأسرة

يقيم الإسلام مجتمعه على أسس قويمه، تصونه من الأناية الفردية في المعاملة والسلوك، ومن طغيان نوازع النفوس التي تدعو إلى الشر، وتوقد نار العداوة والبغضاء بين أفرادها، وتؤدي بهم إلى الاعوجاج، والفساد، والفرقة، والتناؤذ، والفشل، وقد قال الله لرسوله: ﴿... فَأَسْتَقِمَّ كَمَا أَمَرْتِ وَمَنْ تَابَ مَعَكَ وَلَا تَطْغَوْا...﴾ [هود: ١١٢]، وقال: ﴿... فَأَلْفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا...﴾ [آل عمران: ١٠٣]، وقال: ﴿... وَلَا تَنَزَعُوا فَنَفْسُلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ...﴾ [الأنفال: ٤٦].

أسس تربط بين أفراد المجتمع، وتؤلف بينهم، وتوحدهم، وتجعلهم إخوة متناصرين، بعضهم أولياء بعض، تتلقى كل قواهم في المحافظة على مصالحهم الاجتماعية، والشخصية، ودفع الضر عنهم، والقيام بسد حاجاتهم، ونيابة بعضهم عن بعض، في أداء معروف، إذا ما دعت الحاجة إليها، وتتطلبها مصالحه، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّمَدُّونَ...﴾ [المائدة: ٢]، ويقول: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الحجرات].

ولقد صور رسول الله ﷺ وحدة المجتمع الإسلامي، ومناصرة أفرادها، بعضهم بعضاً أبلغ تصوير، إذ يقول: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً» ويقول: «مثل المؤمنين في توادهم وتراحهم، كمثل الجسد الواحد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى».

ومن نتائج هذه الروابط: شعور كل فرد في المجتمع بأن عليه واجبات يؤديها إليه، لقاء ما له من حقوق قبله، يتوقف وفاؤه بها، على القيام بهذه الواجبات، وإذا قصر في أدائها، أدى ذلك إلى انهيار البناء، وتفكك روابطه، وذهاب ريمه، كما أن من نتائجه: مسئولية كل فرد فيه، في جلب الخير، والقصد إليه، في أعماله التي يأتيها، ودفع الشر عند نزوله بما يستطيع من قوة وبما يملكه من معونة؛ ولذا يقول

الله تعالى: ﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ [آل عمران: ١٠٤]. ويقول ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلمه، وذلك أضعف الإيوان».

وعلى هذا الأساس، أوجبت الشريعة على القوى إعانة الضعيف، وعلى الموسر إطعام الجائع، وعلى القادر إغناء الفقير والمسكين، كما أوجبت الدفاع عن الضعفاء، ودفع الأذى والهلاك عن كل من تعرض له، على كل قادر عليه، والحفاظ على أموال القاصرين، وعديمي الأهلية، والغائبين، وإعانة الغارمين، وإنقاذ الأموال عند تعرضها للتلف، والأخذ على أيدي المفسدين، ونيابة بعض المؤمنين عن بعض، ومناصرة بعضهم بعضاً، فيقول الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة].

ومن ثم كانت نظرة الإسلام إلى الفرد في مجتمعه، نظرة وسطاً، ليست كالنظرة إليه في النظام الفردي الذي يجعل لكل فرد في مجتمعه إرادة مطلقة، وحرية واسعة، غير مقيدة، لا يراعى فيها إلا مصلحته الشخصية، دون اعتبار لمصلحة غيره، إلا بقدر يختلف باختلاف الأمم، ولا كالنظرة إليه في النظام الاشتراكي الجماعي، التي تجعل الفرد في مجتمعه كالجُزء من الآلة، يتحرك بحركتها، وسيره سيرها، ليس لذاته قوة إلا في محيطه ومجتمعه، فلا يؤذن له بنشاط ينفرد به عن الجماعة، وإنتاجه يجب أن يكون أولاً وابتداءً لها.

ليست نظرة الإسلام إلى الفرد، إذن، كنظرة هذين النظامين إليه، بل ينظر إليه شخصاً له إرادته، وحرية، وعمله، وإنتاجه، وثمراته، ولكن بشرط ألا يكون ذلك موجهاً إلى ضرر المجتمع، أو ينال المجتمع منه أذى، ولهذا قيدت جميع حقوقه بعدم الضرر.

وعلى الجملة كان نشاط كل فرد لنفسه، على ألا يترتب عليه ضرر بغيره، وبذلك حافظ الإسلام على الحوافز الطبيعية التي تحفز الإنسان على العمل، وتدعو

إلى النشاط، وتحمله على الجد والإحسان فيه، لما يترتب عليه وفر ثمراته التي تعود في النهاية إلى تحقيق مصالح مجتمعة.

ولم يغفل الإسلام شأن الأسرة ومنزلة الفرد فيها، بل عرض لما يجب للأسرة من رعاية، وعناية تستهدفان صلاحها، وإحكام الروابط بين أفرادها، باعتبارها اللبنة التي يتكون منها المجتمع، ويقوى بقوتها، ويتناسك بتناسكها، وفي وهنها وهن المجتمع، وانحلاله، فعني الإسلام بها عناية شديدة، وعرض الكثير من أحكامها في كتابه، بما لم تظفر به مسألة أخرى، مما عرض له من المسائل، وكان أساس نظره إليها أن تكون قائمة على السكن، والمودة، والرحمة، والتعاون، كما دل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...﴾ [الروم: ٢١].

كما حض على الصبر والعفو إذا ما بدا في محيطها مكروه، فقال في كتابه الحكيم:

﴿... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۗ﴾ [النساء].

وجعل القوامه في هذا المجتمع الصغير للرجل؛ لما فرضه عليه من السعي، والعمل، والنفقة، والذود عن البيت، وبما جباه به من قوة، وما للرجال على النساء من درجة، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...﴾ [النساء: ٣٤]، ويقول ﴿... وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْنَّ دَرَجَةٌ...﴾ [البقرة: ١٢٨]، كما جعل انقسام هذه العقدة للرجل، فكان له حق التطلق، حين تسوء المعاشرة، ويخشى من عدم إقامة حدود الله، وإخفاق الزوجية في الوفاء بالعرض منها.

وعلى أساس هذا النظر، شرعت حقوق كل من الزوجين قبل الآخر، وعولجت أمراض الزوجية، وحلت مشاكلها، بما وضعه الشارع لها من أحكام كفيلة بإقامة حياة سعيدة، وافية بأغراضها، وعلى هذا الأساس كان نظره إلى الروابط الاجتماعية

الأخرى، تلك الروابط التي تقوم على ضرب من الرعاية، والولاية، والزعامة؛ إذ جعل كل فرد مسئولاً عما عهد إليه برعايته وحفاظه، والقيام عليه في شئونه؛ وفي ذلك يقول الرسول -صلوات الله وسلامه عليه- فيما رواه عبد الله بن عمر: «كلكم راع، وكلكم مسئول عن رعيته، الإمام راع ومسئول عن رعيته، والرجل راع في أهله، ومسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها، ومسئولة عن رعيته» وهي مسئولية تتطلب من كل من فرضت عليه حسن القيام وكمال الرعاية والمحافظة، والعمل بإخلاص وأمانة في مجال رعايته وولايته، وذلك بأن يستهدف المصلحة في كل ما يأتيه، ويقصد إليه.

وبهذا تقوى روابط المجتمع، وتشتد أواصره، وعلى هذا أسس الشارع أحكامه.

مراعاة الإسلام في نظره للعقيدة، والخلق، ومصالح الدنيا والدين:

راعى الإسلام في أحكامه حقوق الله -تعالى- وما تعبد به الناس من عقائد، وما دعا إليه من فضائل وأخلاق، وكان هذا نتيجة طبيعية، لصدورها من الله، ونزول الوحي بها، إذ لا يتصور أن يشرع الله للناس ما يخالف دعوته، ويتعارض مع ما أمر به، ويؤدي بالناس إلى غير ما ابتغاه من دينه، وذلك بتدنيس نفوسهم، وإفساد قلوبهم، ولكن الشارع الحكيم، حين شرع دينه، شرعه عقيدة وعملاً، غايتها واحدة، وأثرهما واحد، فكان له بهما أبعد المدى، وأبلغ الأثر في هداية الناس إلى طريق كما لهم بتطهير قلوبهم، وتزكية نفوسهم، بما راعته هذه الشريعة من فضائل، وما رغبت فيه من أخلاق، وبإقامتها على أساس من التوجيه الفكري، عن طريق العقيدة، واستعمال النظر، والتدريب العملي، بطريق العبادة، ومراعاة الخلق الكريم، مع النظر إلى مصلحة المجتمع، فكانت لذلك أحكامها متسقة مع الخلق، والفضيلة، والعقيدة، غير موجهة إلى المصالح الدنيوية وحدها، وقد قال الله لرسوله، في شأن ذلك: ﴿ فَأَعْرِضْ عَنْ مَنْ تَوَلَّىٰ عَنْ ذِكْرِنَا وَلَمْ يُرِدْ إِلَّا الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ۗ ﴾ [النجم]. وبذلك تميزت قواعد التشريع الإسلامي، بابتنائها على العقائد والأخلاق من ناحية، وعلى المصلحة الدنيوية، من

ناحية أخرى، وكانت نظامًا شاملًا، متجانسًا، متكاملًا، روعيت فيه مصالح الناس في دنياهم، وفي آخرتهم، وكانت -بسبب هذا إلى نفوس الناس - محببة، ولها من ضمايرهم عند إرادة إغفالها وتركها مراقبة، ومحاسبة.

وكذلك كان نظر الإسلام إلى شريعته، وقد أراد بها صلاح الناس، ألا تكون نزعتها نزعة مادية خالصة، بل جعلها شريعة وسطًا بين النزعتين المادية والروحية، حتى تكون من ناحية ماديتها تشريعًا واقعيًا يسهل اتباعه، ومن ناحية روحيتها تشريعًا خلقيًا بعيدًا عن الأثرة، حتى لا تغفل فيه مصالح الجماعة؛ ولذا كان للإنسان في هذه الشريعة كل ما يسمو به عن الرضا بالدون في حياته الدنيا، والرضا بغضب الله، وعذابه في حياته الآخرة، فتمضي كل نفس حسب استعدادها، إلى ما فيه رضاها، وطمأنيتها، سعيًا في مناكب الأرض، سعي المؤمل في حياة دائمة، لأجل الدنيا، وسعى المرتقب لأجله، في غده، لأجل الآخرة.

وعلى هذا النظر، أقام الإسلام شريعته..

هذه هي الأنظار التي تصور لنا الفكر الإسلامي في تشريعه الخالص من الشوائب، ومما لبس به من أهواء الناس، وضلالات المبتدعة، وأباطيل المنافقين، ممن اتخذوا الشريعة سبيلًا، إلى إرضاء ذوي السلطان، أو إغواء النفوس متبعة للشهوات، فأفسدوا أعمالهم، وأضلوا نفوسهم، وباءوا بخسران مبين.

ذلك ما انتهى إليه تفكيري، واهتدى إليه حكمي، في بيان اتجاه التشريع الإسلامي، أو بيان الفكر الإسلامي التشريعي، واكتشاف أسسه، واستبانة أهدافه، وتحديد غاياته، وقد ذكرت ما كان لهذا الفكر من سند، في القرآن الكريم، وفيما حواه، من أحكام: بين عللها، وأظهر حكمها، وأهدافها، وفيما لرسول الله ﷺ من هدي في تشريعه وبيانه، وفيما كان لكل ذلك من توجيه لأصحابه، ومن جاء بعدهم في استنباط الأحكام، وفهم نصوص الكتاب والسنة، وتأصيل الأصول، ووضع القواعد، والضوابط، والتطبيق على ما كان يعرض لهم من وقائع وأحداث، وتعرّف أحكام كل ما كان يستجد في زمنهم من حوادث، وينزل بهم من نوازل، لا يمنعهم من هذا النظر

من هذا النظر ألا يجدوا بعد البحث نصًا من كتاب أو سنة، لعلمهم أن شريعة الله عامة، شاملة، لا تضيق بأحكامها وأصولها، عن حكم الله -تعالى- في كل ما يحدث، أو يستجد، وأن للعقل كفايته، وقدرته في تعرفه وكشفه، ما استعان بنصوص القرآن واهتدى بهدي رسول الله ﷺ في تشريعه، وبيانه، وسلك مسلك أصحابه من بعده في إظهاره واستخراجه - وكل هذا قد صار موفورًا لدينا، بفضل ما قام به سلفنا الصالح، من جمع وتدوين.

وإنا لنشاهد الآن تجدد الوقائع، وتتابع الأحداث، وتنوع المعاملات، بسبب تطور الأعراف والعادات، والمعاملات، وتجدد الاختراعات والاكتشافات، ونحن أمام ذلك صامدون، واقفون، لا نتحرك، ولا نستجيب لما أمرنا به من نظر وبحث، والناس حيارى، يضحجون بالشكوى من حيرتهم، في أحكام ما تلجئهم إليه حاجاتهم من حديث المعاملات، وجديد الاستثمار، وتسوقهم إليه معاملاتهم مع غيرهم، مما لا سبيل إلى مجانبته، من معاهدات ليس لها فيما سبق مثيل، ولا فيما يعرفون حكمه نظير، ولا يجدون مع ذلك مفراً عنها، أمام دوافع الحياة الاقتصادية المعقدة ودواعي الإغراء المختلفة.

ألم يأن لأولي الفقه والنظر أن ينظروا في هذا الأمر، باحثين عن حكم الله -تعالى- بقدر جهدهم، فيما هو مائل أمامهم، من وسائل الاستثمار، بواسطة صناديق التوفير، واستثمارات الاستثمار على اختلافها، وإيداع الأموال للاسترباح، وعقود التأمين المختلفة، وعقود المقاولات، وغير ذلك من الأعمال المصرفية، والمبادلات النقدية، حتى يكون الناس على بينة من حكم شريعتهم، فيما يقبلون عليه، أو يلجئون إليه من هذه الأعمال؛ وقد قرر المؤتمر الأول لمجمع البحوث جواز الاجتهاد الجماعي؛ فيما يجدُّ من الحوادث التي لا يرى لها حكم في مذهب من المذاهب - ومن له غير مجمع البحوث - كما حض هذا المؤتمر على إصدار الفتاوى والأحكام المستمدة من أصول الإسلام، فيما يحدث ويستجد من المشكلات. وإني لأرجو أن يستجيب مجمع البحوث لذلك، حتى يتبرأ مما ينسب إليه من تقصير، والله الموفق للصواب.

المبحث الثالث

الملكية الفرعية وتكيفها في الإسلام

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

التعريف بالملكية:

في القاموس المحيط: ملكه ملكاً «مثلث الميم» وملكه محرّكة ومملكة بضم اللام أو يثلث.. احتواه قادراً على الاستبداد به.

وكلمة الملكية على هذا اسم صيغ من المادة منسوبة إلى المصدر وهو الملك ويدل على معنى الاستئثار والاستبداد بما يتعلق به من الأشياء.. وذلك ما يلاحظ فيما انتهى إليه معنى الملك عند رجال الشرع والقانون إذ قد عرفوه بما لا يجافي هذا المعنى.

فعرّفه الحاوي القدسي: بأنه «الاختصاص الحاجز».. أي الذي يخول صاحبه منع غيره.

وعرّفه الكمال بن الهمام في أول كتاب البيع من كتابه فتح القدير: بأنه «القدرة على التصرف ابتداءً إلا لمانع».. يريد أنه قدرة مبتدأة لا مستمدة من شخص آخر.

وعرّفه القرافي في كتابه الفروق: بأنه «حكم شرعي قدر وجوده في عين أو في منفعة يقتضي تمكين من أضيف إليه من الأشخاص من انتفاعه بالعين أو بالمنفعة أو الاعتياض عنها ما لم يوجد مانع من ذلك».

وعرّفه صدر الشريعة في شرح الوقاية بأنه «اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً تصرفه فيه وحاجزاً عن تصرف الغير».

وقد تضمنت هذه التعريفات جميعاً معنى الاختصاص والاستئثار فهو مصرح به في بعضها ولازم لما يدل عليه بعضها الآخر.

وهذا هو ما نجده فيما عرفه به رجال القانون.. إذ عرفه بعضهم بأنه «سلطة تمكن صاحبها من استعمال الشيء والإفادة منه بجميع الفوائد التي يمكن الحصول عليها على نحو مؤبد وقاصر على المالك»^(١).

وعرفه آخرون بأنه «حق يعطي صاحبه سلطة على الشيء تجعل له فيه ولاية ومكنة وتحوّله جميع وجوه الاستعمال والانتفاع والاستهلاك ما لم يلزم من ذلك ضرر بالغير»^(٢).

(١) محاضرات في القانون المدني الفرنسي ج ١ بند ٣٩٣.

(٢) القانون المدني الفرنسي الدكتور الناهي الأستاذ بكلية حقوق بغداد.

وعرفه آخرون بأنه «الحق في الانتفاع بالمال المملوك على وجه التأييد والتصرف فيه بطريقة مطلقة دون من عداه من الناس»^(١).

ويرى في بعض هذه التعريفات أن حق الملكية قد قيد بالآ يترتب عليه إضرار بالغير، وهذا ما انتهى إليه أخيراً نظر الفقه والقضاء، إذ حدد سلطان الملكية بعدم التجاوز إلى الإضرار بالغير وإن كان هذا الضرر محل خلاف في تقديره وتحديد ما يراعى منه.. ونتيجة ذلك ألا يعد من آثار الملكية ما يترتب عليه الإضرار بغير المالك عند استعماله. ذلك ما انتهى إليه التطور في معنى الملكية على مرور الزمن واختلاف البيئات والأعراف ووصول التشريع إلى ما وصل إليه من تبلور ونضج.

ولم يكن هذا المعنى هو ما كانت عليه الملكية في بداية نشأتها إذ لم تكن إلا مجرد انتفاع تدعو إليه الحاجة ثم ينتهي بسدادها، ولم يكن لعنصر الحيازة والاختصاص داعية تدفع إليه في بداية وجود الإنسان ونشأته، ولم يكن له منهم يومئذ سوى سد حاجته إلى ما يطعمه، يتناول منه ما يشبعه وربما لا يفكر في ادخار شيء منه لانعدام التزامه عليه يومئذ؛ ولذا كانت العروض في ذلك الوقت شائعة بين الناس فائضة عن حاجتهم وفيها فوق كفايتهم، وكانت بسبب ذلك مباحة فيما بينهم فكانت صلة الإنسان بها هي الإباحة التي انتهت بالتطور إلى أن صارت ملكية بالمعنى السابق، وذلك بعد مدة من الزمن وبعد حدوث التزام وتعارض الرغبات مما دعا إلى الحيازة ودفع إلى الادخار والاختصاص.. ومن هذا يرى أن أمر الناس في البداية كان يقوم على الإباحة ثم تطورت بمرور الزمن إلى أن صارت ملكية تقوم على الاستئثار والمنع، وكان لها بعد ذلك حين وجدت الشرائع من القواعد والحدود والتهذيب والخصائص والآثار ما اختلف باختلاف الشعوب والشرائع والأعراف وكان هذا الاختلاف مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالنظم الاجتماعية والمعتقدات الدينية.

وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقول: إن الملكية لم تكن إلا تطوراً أخيراً للإباحة التي كانت لجميع الناس في عهدهم الأول في مجال الانتفاع بما سخر لهم في هذا الكون مما يحويه سطح الأرض، ولم تقلب ملكاً بالمعنى المعروف إلا باستئثار القائم على

(١) الدكتور محمد صالح في كتابه أصول الاقتصاد.

الحيازة والمنع، ولا يزال هذا الوضع الأول، أو هذه الصورة الأولى، للملكية ماثلة إلى الآن في الانتفاع العام بالماء والكلاً والنار وغيرهما مما تحتويه الفيافي والجبال والأنهار والبحار.. ومن هذا كان الفارق بين الإباحة والملك هو ما في الملك من معنى الاستئثار والمنع.

وقد وجد هذا الاستئثار نتيجة لغريزة فطرية في الإنسان هي حبه للاستئثار والحيازة، فمن هذه الغريزة نشأت الملكية وتولدت، فإن الإنسان الأول لم يكن ليسد حاجاته؛ الضرورية إلا بوسيلة التناول والاحتياز وهو إذا ما احتاز تملك وإن كان تملكه يومئذٍ لا يعني أمراً خلاف حيازته لما استولى عليه في سبيل سد حاجته؛ ولذا كان مجال الملكية يومئذٍ ضيقاً لا يكاد يتجاوز ما يتصل بالإنسان اتصالاً مباشراً في سبيل انتفاعه الخاص كالطعام واللباس وآلة الدفاع ونحو ذلك، ثم اتسع مجالها شيئاً فشيئاً بمرور الزمن إلى أن شملت سطح الأرض وما يحويه سطحها بل لقد تجاوزت فيما بعد المشاهد من الأشياء إلى الأمور المعنوية الاعتبارية كحقوق الاختراع والاكتشاف والتأليف مما يعرف بالملكية الأدبية والملكية الفنية.

وبناءً على ما تقوم عليه الملكية من الاستئثار والتسلط.. نرى أنها حين نشأت ووجدت إنما نشأت وتعلقت بالفرد؛ إذ هو الذي ابتدأ الحيازة لحاجته والاستئثار في سبيل سد خلته من طعام ونحوه فنشأت بذلك الملكية الفردية التي تختص بفرد معين، وكان ذلك في زمن لم تتميز فيه الملكية الجماعية ولم تتبلور، وبعد ذلك بمدة وجدت الملكية الجماعية وتميزت، وذلك حين وجدت القبيلة وصار لها وجود تتميز فيه بالترابط والاستقلال والتعاون والتناصر ووحدة السكن والعرض والسعي للحصول على الرزق وتوفيره، فظهرت بذلك ملكية القبيلة للأرض التي تقل أفرادها وفيها نشأوا وفيها يسعون للمراعي التي ترعى أنعامهم وملكية القبيلة للأنعام التي ترعى فيها، بجانب ملكية أفرادها لما هو من خصائص كل شخص من طعام وملبس وسلاح ونحوه.

وبناءً على ما كان لكل شخص من حق في الانتفاع بما يجده أمامه حيث تدعوه حاجته إلى الانتفاع به على وجه من الوجوه وعلى ما انتهى إليه أمر الناس من إقرارهم مبدأ الاختصاص والاستثمار فيما تحوزه أيديهم مما يرون أنهم في حاجة إليه وكان في بداية أمره محلاً للانتفاع الجميع وشيوع ذلك فيهم وانتشاره بينهم.. نستطيع أن نقول إن إقرارهم هذا الوضع ليس إلا إقراراً لحق الملكية الفردية، وأنه لم يكن إلا منحة منحها المجتمع بإقراره ونزل عنها لما رآه فيها من نفع ووفاء بالحاجة، واتساق مع المصلحة، وأنها قد أصبحت أساساً لقيام نظامهم الاقتصادي وقواماً لحياتهم التي يعيشونها، وكانت الملكية الفردية بمراعاة هذا المعنى أقرب أن تكون خلافة يقوم بها مقام المجتمع، وأنها ليست بالحق المطلق، وعلى ذلك يجب أن تؤسس حقوق المالك فيما يملك بحيث يكون الإنسان فيه مضطعاً ببنابة اجتماعية مطالباً بحقوقها متمتعاً بحماية القانون في نطاق حدودها، فإذا ما تجاوزها حرم من تلك الحماية، وهذه النظرة لا تخالف في الواقع نظر الشريعة الإسلامية إلى الملكية الفردية بدليل ما قيدت به منها من قيود تهدف إلى عدم الإساءة في استعمال حقوقها كما سيأتي بيان ذلك.

في تاريخ الملكية

الملكية ظاهرة من ظواهر المجتمع لا تنفك عنه ولا تزياله حتى إنها لتعد لازمة من لوازم الحياة وبما فيها من معنى الاستثمار تلاحظ في الحيوان يستولي على قوته فيذود عنه بقوته ويحرص على الاستقلال به، وهي في الإنسان أثر لغريزة من غرائزه، هي غريزة حبه للحيازة والاستثمار، ولما جبل عليه من ميل ورغبة في الحياة؛ لأن الحياة لا تكون له إلا إذا طعم ولا تطيب له إلا إذا سكن، فإذا تناول ما يقينه أو استقر فيما يسكنه فقد ملك قوته وسكنه، كما يمتلك ما يدفع عن نفسه من سلاح ونحوه.

وهذا بالنظر إلى الملكية الفردية، أما الملكية الجماعية فهي مظهر من مظاهر وجود الجماعة واستقلالها وتميزها. ولما كان الفرد أسبق وجوداً من وجود الجماعة كانت الملكية الفردية سابقة في الوجود على الملكية الجماعية، فوجدت الملكية الفردية بوجود الإنسان أولاً ثم وجدت بجانبها بعد ذلك الملكية الجماعية، وذلك بعد أن نشأت

الجماعة وتميزت بروابطها وصفاتها، وقد ظل الأمر على هذا في جميع العصور التاريخية والأزمان المتعاقبة، لم تنفرد إحداها عن الأخرى، وغاية ما يلاحظ أن إحداها قد تغطي في وجودها على وجود الأخرى فتكون أكثر شمولاً وأظهر وجوداً، وأخرى أن تعد القاعدة التي يقوم عليها اقتصاد المجتمع ونظامه المالي والاجتماعي.

كان ذلك عند قدماء اليونان وقدماء الرومان وفي بني إسرائيل وفي المصريين وغيرهم من الأمم، وكانت ملكية الأرض عندهم هي مجال تداول المال والثراء لأنها كانت في تلك العهود قبل النهضة الصناعية وانتشار التجارة على وضع واسع، أهم مصدر للثروة إن لم تكن يومئذ المصدر الوحيد لها، وكان هذا التداول نتيجة طبيعية لحال تلك الأمم الاقتصادية والاجتماعية وتغيرها بسبب ظروفها الاقتصادية المتطورة وما كان يطرأ على توزيع الثروة من تفاوت عظيم يؤدي إلى اكتنازها وتجمعها في أيدي عدد قليل من أفرادها، بينما يرى أكثر أفرادها في فقر مدقع جعلهم فريسة لأطماع ذوي الثراء الواسع وشرهم، فساموهم ذلاً واستخدموهم آلات فاقدة الإرادة لتنفيذ أهوائهم ورغباتهم تحت تأثير عوزهم وحاجتهم.

الملكية في بني إسرائيل:

في بني إسرائيل وجدت الملكية بنوعها فكان للشخص منهم ملكية خاصة تتناول حاجاته الشخصية وما يتصل بها من أدوات وكان لهم بجانبها ملكية جماعية تتمثل في ملك الأرض وذلك حين استولوا على أرض الكنعانيين «أرض فلسطين» فقسموها بينهم على عدد قبائلهم فكان لكل قبيلة حظ معلوم يتناسب مع عدد أشخاصها وذلك وفقاً لما شرع لهم كما جاء ذلك في سفر العدد، وعلى ذلك كانت ملكية هذه الأرض ملكية جماعية ثم انتهت في النهاية إلى ملكيات فردية تحت تأثير اختلاف الرغبات والقدرة على العمل والرغبة في اختصاص كل بشرة بمجوده ونشاطه، وكذلك كانت ملكية الأنعام فيهم قبل دخولهم أرض كنعان ملكية جماعية أسرية لكل أسرة أنعامها، وإن كانت مشوبة ببعض مظاهر الملكية الفردية ثم استحالت فيما بعد ذلك إلى ملكيات فردية لكل شخص أنعامه الخاصة به. ويدل

على ذلك أن الحديث الذي جاء في العهد القديم عن أصحاب الأنعام ومنازعاتهم بشأن تلك الأنعام إنما كان حديثاً عن أشخاص مالكين لها ممثلين لأنفسهم لا ممثلين لجماعات أو أسر.

أما ملكية المنقول من الأموال كالمنازل والنقود فقد كانت فيهم ملكية فردية كما يدل على ذلك ما جاء في العهد القديم من قصص.

غير أن استقرار الأمور على هذا الوضع هياً لهم الفرص العديدة لاستثمار الأموال وإنهاء الثراء فطفقوا يعملون ويستثمرون.. ولاختلافهم في القدرة على العمل والاستثمار والإحسان فيه وانتهاز الفرصة عند سئورتها تبانت ثروتهم وعظم التفاوت بينهم واختل التوازن المالي بين طبقاتهم فاستعلى المثلون منهم على من هم أقل ثراء واستعبدوا الفقراء منهم فسلبوهم أموالهم وحقوقهم، وظهر الإقطاع فيهم فاحتاز الأرض عدد محدود منهم تكدست معظم الثروات في أيديهم، واختفت الملكيات الصغيرة وهوى أكثر أفراد الشعب إلى حضيض البؤس والشقاء، مما دعى نبي الله أشعيا إلى أن يقول: (ألا تعساً لأولئك الذين يمدون ملكياتهم من منزل إلى منزل ومن حقل إلى حقل حتى لا يكون موضع قدم لغيرهم وحتى يستأثروا وحدهم بسكنى هذه البلاد)^(١) وكان ذلك سبباً في ظهور أفكار اشتراكية اعتنقتها فرقة الحسدبين في القرن الثاني قبل الميلاد فطفقت هذه الفرقة تندد بنظام الملكية الفردية وما لهذا النظام من آثار سيئة في المجتمع، وتدعو إلى الملكية الجماعية والتسوية بين الناس والتكشيف في المعيشة، وجعلوا جميع ما في حيازتهم من أرض ومنقولات وملابس وطعام ومتاع ملكاً عاماً شائعاً يحفظون ما يزيد منه على حاجتهم في مخازن عامة ويشرف على إدارته وشئونه وتوزيعه أناس يختارون لذلك بطريق الانتخاب. ولم يتح لهذه الفرقة ولا لمبادئها الدوام فانقرضت بعد مدة من الزمان.

الملكية عند اليونان:

وكذلك كان حال الملكية عند اليونان فسارت سيرها في إسرائيل، وكانت الملكية عندهم من العوامل الهامة التي أثرت في حياتهم السياسية، وكانت ملكية

(١) الإصحاح الخامس.

الأرض عندهم في بداية أمرها جماعية تختص بها القبائل ثم تحولت إلى ملكية أسرات كما يستفاد ذلك من الإلياذة، ثم استحالت بعد ذلك إلى ملكيات فردية، غير أنه قد أتى على إسبرطة بعد هذا التحول عهود كانت تلغى فيها الملكية الفردية، ويعاد توزيع الأرض بين الأسرات نتيجة لتضخم الثروات، وصيرورة أكثر الأرض إلى فئة قليلة من السكان، وسوء توزيع الثروة القومية، وظهور الطبقات في الأمة، وسيادة الإقطاع، مما أدى إلى اضطراب الأمور وثورات النفوس، ودعا إلى معالجة هذه الحال وإصلاح هذا الفساد.

الملكية عند الرومان:

وعلى هذا الوضع أيضًا كانت ملكية الأرض عند الرومان فكانت عندهم في البداية ملكية جماعية وظلت الحال على ذلك ردحًا طويلًا من الزمن ثم بدأت تتجزأ إلى ملكيات فردية وما لبثت بعد ظهورها في الوجود أن استخدمت في التسابق على جمع المال وإنهاء الثراء وشراء الأرض. ولم يمض وقت طويل حتى وصلت ملكية الأرض إلى درجة من التجمع العظيم في أيدي أناس قليلين، بينما اضطروا غيرهم تحت تأثير فقرهم وشدة عوزهم إلى العمل بالأجر الضئيل في المزارع والحقول، وكان من نتائج ذلك حدوث اضطراب وعصيان اقتضيا معالجة هذه الحال.

الملكية في مصر:

أما في مصر فقد كانت أيضًا في عهد الفراعنة ملكية جماعية إذ كان يعد الملك للمالك الأول لجميع الأرض وما سواه من الرعية تابع له، غير أنه قد عثر على عقود يرجع تاريخها إلى حكم الأسرة الثانية عشرة «٣٠٦٤ ق.م» تدل على اختصاص ورثة متوفى بما تركه من عقار وقد نص فيها على أن له حق التصرف فيها حسب إرادته^(١).

الملكية عند العرب قبل ظهور الإسلام:

لم يكن العرب قبل الإسلام أهل حضر جميعًا ولا أهل بادية جميعًا بل كان منهم من يسكن البادية ومنهم من يقيم في الحواضر والقرى لا ينتقلون من نجع إلى آخر

(١) أصول الاقتصاد.

طلبًا للهاء والكلاؤ خلافًا للأولين. وكانت الملكية الفردية موجودة في الفريقين فكان كل فرد منهم يملك أمواله ومتاعه وسلاحه وخباءه وأنعامه ملكًا خاصًا، وكان مع ذلك يتمتع في ملكه هذا بحماية قبيلته فكان إليها جميعًا الدفاع عن أموال أفرادها وحمايتها عن تحدته نفسه بالإغارة عليها لا يختص بذلك صاحب المال.

أما الملكية الجماعية فلم يكن لها فيما يبدو مجال في هذا النوع من الأموال عند العرب وإن جاز أن تكون قد وجدت في أنعامهم فتكون أنعامهم في وقت من الأوقات ملكًا للقبيلة جميعًا على سبيل الشيوخ وبخاصة إثر الإغارات التي كانوا يشنونها على غيرهم قبل أن يتقاسموا الغنائم التي يغنمونها فيما بينهم.

وكذلك كانت الملكية الفردية موجودة في الأرض والمساكن بالنظر إلى الحضريين سكان الحواضر والقرى كمكة ويثرب ونحوهما فكانوا يملكون دورهم ملكًا خاصًا كما كان لهم من الأرض ما يقومون على زراعته وجنى محصوله للانتفاع به، وفيما روي من الآثار عن يثرب وساكنيها من الأوس والخزرج واليهود، وعن خيبر ومزارعها ونخيلها، وعن مكة ودورها أدلة عديدة على وجود هذه الملكية في الدور والأراضي والنخيل مما لا يدع محلاً للريبة في ذلك. فمن ذلك ما ورد أن أسامة بن زيد قال لرسول الله ﷺ - حين قدم مكة - أتزل في دارك؟ فقال له الرسول ﷺ: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور؟» وما روي من أن النبي ﷺ حين هاجر إلى المدينة أشرك المهاجرين مع الأنصار في دورهم، ومنه كذلك ما يدل على أنه كان للأنصار مزارع تشغل حياتهم اليومية، وما يدل على أن عثمان - رضي الله عنه - قد اشترى من يهودي بئر معونة لتكون للمسلمين جميعًا، وفوق ذلك جاء في الكتاب العزيز من سورة الحشر حديث عن المهاجرين وديار وأموال ففيها: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا...﴾ [الآية: ٨] كما جاء في الأحزاب حديث عن بني قريظة وعمّا كانوا يملكون من حصون وديار وأموال وأرض ففيها: ﴿وَأَنْزَلَ الَّذِينَ ظَاهَرُوهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ صَيَاصِبِهِمْ وَقَدَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ فَرِيقًا تَقْتُلُونَ وَتَأْسِرُونَ فَرِيقًا ﴿٦٦﴾ وَأَوْزَكْتُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَمْ تَطَّوْهَا...﴾ [الأحزاب: ٦٦]، وأهل الكتاب في الآية هم بنو قريظة الذين كانوا

يسكنون في يثرب، والآية نزلت في غزوة الأحزاب، أما بالنسبة إلى أهل البادية فلم يكن لهم فيما يبدو ملكية خاصة في الأرض والدور إذ كانوا يقيمون في الأخبية ولا يستقرون في أرض بل ينتقلون من أرض إلى أخرى طلباً للماء والكلأ، ومن مرعى نضب ماؤه وجف كلؤه إلى حيث يجدون ذلك وافراً، ويؤيد ذلك أنه لم يعرف عنهم أنهم غزوا غيرهم في سبيل الاستيلاء على أرضهم وإنما كانت غزواتهم للاستيلاء على الأنعام والأموال فأخذونها ملكاً لهم ثم يعودون بها إلى نجوعهم.

كما كانوا يعرفون حمى الأرض، وذلك بجعلها حرماً يمنع غير حاميتها من الرعي والإقامة، وكان من هذا الحمى، ما يجعل حمى للقبيلة تمنعه عن غيرها من القبائل بقوتها ويكون الانتفاع به مشتركاً بين جميع أفرادها، كما كان منه ما يكون خاصاً بسيد من ساداتها فيكون الانتفاع به مقصوراً على أنعامه دون أنعام غيره قرب أم بعد، وذلك حين يرى الرجل العزيز في القبيلة أن يتخذ حمى لنفسه فينزل منزلاً مخصباً يراه منتجعاً صالحاً فيوفي بكلب على جبل أو مرتفع به ثم يستعويه ويقف من أتباعه من يتسمع لصوته فحيث انتهى صوته بالعواء حماه من كل ناحية، فيرعى مع العامة فيما سواه ويمنعه من غيره اختصاصاً به، ولم يكن هذا تملكاً بل كان الغرض منه مجرد انتفاع مقصور على الحامي مدة موقوتة تتحدد بصلاحيه المكان للرعي، فإذا انتهت صلاحيته انتهت حمايته.

الملكية في الإسلام:

ذلك كان الوضع في جزيرة العرب أو الصورة العامة التي تمثل الوضع فيها فلا تجافيه ولا تبتعد عنه، فلما ظهر فيها الإسلام -والأمر على هذا الوضع لا تكاد تعرف فيها ملكية الدور والأرض إلا بين أهل الحواضر والقرى والحوائط- أقر القرآن ما للناس من هذه الملكية، فأقر ملكيتهم لما في حيازتهم من أموال وملكيتهم لديارهم وأرضهم وقد ظهر هذا الإقرار في نسبتها إليهم في آيات عديدة مثل قوله تعالى: ﴿فَالَّذِينَ هَاجَرُوا وَأُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأُوذُوا فِي سَبِيلِي وَقَاتَلُوا وَقُتِلُوا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ﴾ [آل عمران ١٩٥] وقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ

أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِينِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنْتُمْ أَنْ يَخْرُجُوا وَظَنُوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنْ اللَّهِ ﴿[الحشر: ٢]﴾. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ...﴾ [الأنعام: ١٥٢]. وقوله تعالى: ﴿.. وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨١] إلى غير ذلك من الآيات التي لا تدع مجالاً للشك في دلالتها على إقرار تلك الملكية.

وكذلك جاءت السنة بما يدل على ذلك، وقد روي أن النبي ﷺ حين أظفره الله ببني النضير أجلاهم عن ديارهم بما استقلت به ركايبهم عدا السلاح. أما ما تركوه بعد ذلك من أرض ونخيل وأشجار ومال فقد كان مما أفاء الله على رسوله، فكان له خاصة يضعه حيث شاء فاستبقى منه ما يدر عليه نفقة السنة وقسم الباقي بين المهاجرين الأولين دون الأنصار عدا سهل بن ضيف وأبا دجاجة لظهور فقرهما وشكائتهما إلى رسول الله ﷺ، وكان ذلك على رأس ستة أشهر من وقعة بدر، كما روي أنه ﷺ قسم أموال بني قريظة على المسلمين بعد إخراج الخمس، فجعل للفارس منهم ثلاثة أسهم وللراجل سهماً، وحين فتح الله عليه خير سألهم أهلها من اليهود أن يقرهم عليها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمر مما تنبت الأرض ويثمره الشجر والنخل. فقال ﷺ «نقركم بها على ذلك ما شئنا»، وعلى هذا عاملهم على أن يخرجهم منها متى شاء، فكان ﷺ يجعل ما يخرج منها نصفين.. نصفاً لرسول الله والمسلمين، ونصفاً لمن ينزل منهم من الوفود والأمور ونوائب الناس، وكان للرسول في النصف الأول الخمس وباقيه لمن شهد فتحها... للفارس منهم ثلاثة أسهم وللراجل سهم، وحين أجلاهم عمر -رضي الله عنه- لم يجعل لهم حظاً في الأرض ولا في الثمر فكانت كلها للمسلمين، وتلا ذلك أن أرسل أهل فدك^(١) إلى رسول الله ﷺ وهم من اليهود أن يصلحهم على النصف من أرضهم ونخلهم فأجابهم إلى ذلك، فكانت خالصة لرسول الله ﷺ، فيها نفقته وما بقي كان في سبيل الله وفي أبناء السبيل ولم يزل أهلها بها إلى أن أجلاهم عمر حين أجلى اليهود من جزيرة العرب فوجه إليهم من قوم نصف الأرض وما عليها بقيمة عدل، فدفعها إليهم وأجلاهم إلى الشام، وقد سألتها فاطمة بعد وفاة الرسول ﷺ من أبي بكر، بناءً على أن النبي ﷺ قد منحها إياها

(١) فدك: قرية قريبة من خيبر.

في حياته، فأبى عليها ذلك؛ إذ لم تقم حجة عليه، ولم تنتقل إليها ميراثاً لما سمعه من رسول الله ﷺ: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث، ما تركناه صدقة».

وفي هذه الآثار ما يدل على أن رسول الله ﷺ قد جعل لكل غاز من شهد الفتح ملكية خاصة فيما شهد فتحه من الأرض، تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ...﴾ [الأنفال: ٤١]، أما الأربعة الأخماس فكانت للقائمين بالسنة كما حدث ذلك في أرض خيبر إذ كان لكل من شهد فتحها ثمرة سهمه منها، وكان لرسول الله ﷺ نصف فدك ملكاً خالصاً له إلى أن أجلى عمر أهلها عنها وأعطاهم عوضاً عن نصفهم فيها، فصارت كلها للمسلمين.

وفيما ورد عن صنيعه ﷺ في غنائم خيبر من تخصيص نصفها بما ينزل بالمسلمين من الوفود والأحداث إقراراً للملكية الأرض ملكية جماعية إذ لم يكن ذلك النصف مملوكاً لشخص معين وإنما كان ملكاً لجماعة المسلمين تصرف غلته في نوابهم ووفودهم وما ينزل من أمور، فكان مصرفه مصرفاً عاماً في شئون جماعية تخص المسلمين جميعاً، وكان الأنصار في زمنه ﷺ أصحاب أرض وحقول يزرعونها ويكرونها كما روي عن رافع بن خديج: «كنا أكثر الأنصار حقلاً فكنا نكري الأرض» كما روي عن أسيد ابن حضير: «كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر أعطاها بالنصف أو الثلث أو الربع» إلى غير ذلك من الآثار، وإلى ذلك أيضاً قال ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»^(١) وهو يدل على أن الأرض الموات لا ملكية فيها لأحد وأنها تصير ملكاً خاصاً لمن أحيأها^(٢).

أشرنا فيما مضى إلى أن الحمى من الأرض كان معروفاً عند العرب قبل ظهور الإسلام وكان منه ما هو قاصر على منافع شخص معين ومنه ما كان لمنافع جماعة من الناس تجمعها صلة أو وحدة كأسرة أو قبيلة، ولم يكن هذا النوع من حيازة الأرض والاختصاص ببائنها وكلئها إلا مظهرًا من مظاهر ملكيتها إذ لم تكن للملكية عندهم

(١) رواه الترمذي.

(٢) راجع الجزء الرابع من البداية والنهاية لابن كثير والجزء الخامس من نيل الأوطار صفحة (٢٢٠) والأموال لأبي عبيد صفحة (٢٨).

يومئذ حدود معلومة مرسومة ولا معنى متميز إلا ما كان لهم من حق الاستئثار بها ومنع غيرهم من الرعي فيها بالقوة والغلب ما بقي فيها كلاً وماء، فإذا نصب الماء ونفذ الكلاً تركوها أرضاً مباحة، لا اختصاص عليها مثل غيرها من أرض فيها الماء والكلاً.

وحين جاء الإسلام لم يقر هذه الحيازة، وتلك الأثرة المستندة إلى القوة والجاه، وإنما جعل ملك الأرض نتيجة لعمارتها وإحيائها، أما هذا النوع من الحمى المبني على السلطان والغلبة فقد حظره الإسلام فلم يجعله لشخص من الأشخاص وإنما جعله حقاً لإمام المسلمين ليحمي به أرضاً لمنفعة عامة للمسلمين. روى الصعب ابن جثامة أن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ورسوله»، والمعنى الظاهر لهذا الحديث أن الحمى إنما يكون لمنفعة عامة لا تخص أحداً، وذلك ما عبر عنه بأن الحمى لله ورسوله لأن ما لله هو للمسلمين، وإنما نسب إليه - سبحانه وتعالى - لأنه أمر به ورتب عليه الجزاء وإلى هذا التأويل ذهب أبو عبيد في كتابه الأموال إذ قال: للإمام أن يحمي ما كان لله مثل حمى النبي ﷺ وحمى عمر، فهذا كله داخل في الحمى لله، وقد روى نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ حمى النقيع^(١) لخليل المسلمين، وروي أن عمر - رضي الله عنه - حمى الربذة والشرف لهذا الغرض وهما موضعان بين مكة والمدينة. كما روى عن أسلم مولى عمر أن عمر استعمل مولى له يدعى هنيئاً على الحمى فقال له: يا هنيئ اضمم جناحك على المسلمين، واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مستجابة، وادخل رب الصريمة ورب الغنيمة، وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان، فإنها إن تهلك ماشيتها رجعا إلى نخل وزرع، ورب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتها يأتیان بيتهما يقولان يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أبالك - فالماء والكلاً أيسر على من عزم الذهب والورق، وإيم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم أنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شيئاً^(٢). وقال أسلم: سمعت رجلاً من بني ثعلبة يقول لعمر: يا أمير المؤمنين حميت بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية

(١) النقيع: موضع معروف بقرب المدينة.

(٢) رواه البلاذري.

وأسلمنا عليها في الإسلام يرددها عليه مرارًا وعمر واضع رأسه، ثم رفع رأسه فقال له: «البلاد بلاد الله ونحى نعم مال الله يحمل عليها في سبيل الله».. وظاهر من هذا الأثر أن حمى عمر كان في أرض لأهلها فيها منافع ومرافق بسبب الجوار، ولم يمنعه ذلك من حمايتها على أهلها حين دعت إلى ذلك مصلحة عامة.

وهذه الحماية من رسول الله ﷺ حين حمى النقيع لخييل المسلمين لا تعدو أن تكون إقرارًا للملكية الجماعية وإنشاء لها في الإسلام، إذ تصير الأرض بها ملكًا للجماعة المسلمين في سبيل منفعة عامة لهم هي جعلها مرعى لخييلهم التي يحملون عليها حين يجاهدون في سبيل الله تعالى وفيها إلى ذلك دلالة على أن لإمام المسلمين أن يأخذ من أموالهم وأملاكهم ما تدعو إلى أخذه مصلحة عامة، ذلك لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، وفي هذا يقول الشافعي^(١): إن حمى رسول الله ﷺ فيه صلاح لعامة المسلمين، وأن تكون الخييل المعدة لسبيل الله. وما فضل من سهان أهل الصدقات وما فضل من النعم التي تؤخذ من أهل الجزية ترعى فيه: فأما الخييل فقوة لجميع المسلمين وأما نعم الجزية فقوة لأهل الفياء من المسلمين ومسلوك سبيل الخير أنها لأهل الفياء المجاهدين، وأما الإبل التي تفضل عن سهان أهل الصدقة فيعاد بها على أهل سهان الصدقة، فلا يبقى مسلم إلا دخل عليه من هذا صلاح في دينه وفي نفسه ومن يلزمه أمره من قريب أو عامة من مستحقي المسلمين» إلى آخر ما قال.

الإباحة والملكية الجماعية والملكية الضردية

جميع ما في الكون ملك لله تعالى ففي الكتاب العزيز: ﴿وَلَهُ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾ [النحل: ٥٢]، ﴿قُلْ لِمَنْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ...﴾ [الأنعام: ١٢]، ﴿...وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا...﴾ [المائدة: ١٧]، ﴿الْآنَ لِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾ [يونس: ٥٥]، ﴿الَّذِينَ تَعْلَمُونَ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾ [البقرة: ١٠٧].

وهذه الملكية ملكية تقوم على الخلق والتسلط والتسخير، وهي ملكية لاحقة بجميع الأشياء لا تنتهي ولا يغير من وضعها أية حيازة أو تصرف من الإنسان.

(١) الأم جزء ٣ صفحة ٧٢٠.

وقد خلق الله - سبحانه وتعالى - ما على سطح الأرض للإنسان ليكون له منه منفعه وثمراته فكانت منافعه وثمراته مباحة لجميع الأشخاص لكل إنسان منها حاجته، وفي قوله تعالى: ﴿... خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا...﴾ [البقرة: ٢٩] دلالة على ذلك، فهي تفيد أن جميع ما في الأرض أو ما هو على ظهرها قد خلق للإنسان، ومعنى ذلك أن للإنسان منفعه وثمراته وأن له أن ينتفع بكل ما يستطيع أن يحصل عليه أو يصل إليه من منفعه فكان الانتفاع به مباحًا له، لكل منه حظه الذي يسد حاجته وتقوم به حياته في النطاق الذي تقره العدالة وتحدده نوااميس العمران ومقتضيات الاجتماع، وذلك ما يدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما دل الدليل على أنه محظور، وقد استند كثير من العلماء إلى هذه الآية حين رأوا هذا الرأي وذهبوا هذا المذهب، ومنهم الحنفية والشافعية وأكثر المعتزلة ورجحه الإمام في المحصول والبيضاوي في المنهاج، وقالوا إن اللام في الآية لام الملك والاختصاص وأن العموم فيها البادي في ضمير الخطاب وفي «ما» يدل على أن ما في الأرض جميعًا خلق للناس جميعًا فلا اختصاص لأحد منهم^(١) وقد كان هذا الوضع فيما هو على ظهر الأرض في الابتداء إلى أن وجد التراحم وظهرت غريزة الإنسان في حب الاستيلاء والادخار والاستئثار - وتلك هي عناصر الملكية - فظهرت الملكية بمعناها الواضح وتبلورت وتميزت.

والملكية - كما قدمنا - ملكية جماعية وملكية فردية. فإذا كان الانتفاع بآثارها لجماعة من الناس على أن يكون انتفاع الفرد بها قائمًا على أنه فرد من تلك الجماعة دون أن يكون له به اختصاص كانت الملكية جماعية، وقد تكون عامة كملكية الدولة لأموالها ومرافقها العامة من طرق وقناطر وأنهار ونحو ذلك، وقد تكون خاصة بهيئة من الهيئات المتشعبة من الأمة إذا كانت لها باعتبارها هيئة، وأما إذا كان الانتفاع بآثارها لشخص من الأشخاص على وجه الاختصاص والتعيين فإن ملكيته تكون ملكية فردية سواء أكان ملكه متميزًا أم شائعًا في ملك غيره من الأشخاص، وقد ذكرنا فيما سبق أن أسبق النوعين وجودًا هو الملكية الفردية، إذ أنها أثر من آثار غريزة

(١) تفسير البيان ج١ (١٩٨).

من غرائز الإنسان وهو سابق في الوجود على اجتماعه بغيره وارتباطه به ارتباطًا يجعل منها ومن غيرها جماعة ذات شخصية وتميز بسبب ما يجمعهم ويضمهم من الصلات والروابط.

مجال الملكية الجماعية والملكية الفردية

وإذ تبين أن أساس الملكية الفردية هو ما طبع عليه الإنسان من حب وميل إلى الاختصاص بما يسد حاجاته الخاصة من طعام ولباس ودفاع عن نفسه وما إلى ذلك كان مجالها منذ وجدت في هذا النطاق وما يتصل به من الأموال المنقولة، وكانت لذلك أكبر شيوعًا وظهورًا فيها على مر السنين، ثم تجاوزتها بعد حين إلى جميع الأموال من حيوان وعقار، ولم تستهدف في بدايتها قبل أن تشيع في العقار لكثير من الإنكار والاعتراض، فظلت في الأموال المنقولة متمتعة بإقرار أرباب المذاهب والآراء على اختلاف نحلهم وأنظارهم إلا من شذ عن ذلك.. فلم تواجه من الاشتراكيين على اختلافهم إنكارًا، بل اتفقوا جميعًا على إقرارها في الأموال المنقولة التي لم تتخذ مصدرًا للإنتاج.

أما الملكية الجماعية فإن حياة المجتمعات المتطورة قد اقتضت أن تكون في الأرض وقد تجاوزتها في كثير من الأحوال إلى الأنعام، كما وجدت كذلك في الأموال المنقولة المخصصة لغرض عام، ويرى الاشتراكيون وجوبها في جميع وسائل الإنتاج؛ ولذا يقولون بوجوب تأميمها.

وعلى أية حال فالملكية بنوعها لا ينكرها مذهب من المذاهب الاجتماعية أو الاقتصادية المعتمدة، لأنها كما علمت ظاهرة من ظواهر الحياة الإنسانية، غير أن الاشتراكيين يذهبون إلى وجوب تحديد الملكية الفردية؛ إذ وجدوا أنها في حال إطلاقها قد أدت إلى تمزيق المجتمع وجعله طبقات متصارعة متعادية، وذلك ما يؤدي بسلامته.. فالاشتراكية المعتدلة تقتصر على تأميم وسائل الإنتاج من المصانع والمزارع ورءوس الأموال والمواد اللازمة للإنتاج، ومن الاشتراكيين من يرى الاقتصار على تأميم العقار من مزارع ومنازل.

موقف الشريعة الإسلامية من النوعين

لعلنا فيما مضى من بيان قد تبينا أن الإسلام حين ظهر بجزيرة العرب أقر الملكية بنوعيهما الفردية منها والجماعية، فأما إقراره الفردية منها فهو ما يصح أن يقال فيه إنه مما يعلم من الدين بالضرورة، ومعنى ذلك أن إقراره إياها يتجلى فيما نزل من آيات وفيما فرض من فرائض وفيما ندب إليه من صدقات، وهكذا، على وضع يزول معه كل شبهة وريبة، وأما إقراره الملكية الجماعية فهو ظاهر في المساجد، إذ جعلها لله -تعالى-، وليس معنى ذلك إلا أنها لجماعة المسلمين يؤدون فيها عبادتهم وشعائهم، وظاهر في الوقف حين شرعه لتوجه غلاته ومنافعه إلى سبل الخير العام، أي إلى مصلحة عامة لجماعة المسلمين، وظاهر فيما فعله النبي ﷺ من قسمته غنائم خيبر نصفين جعل أحدهما للنواب والوفود تفد على رسول الله ﷺ وعلى المسلمين كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق، وظاهر فيما حماه ﷺ من الأرض لخيال المسلمين التي يحملون عليها حين يغزون في سبيل الله. وقد أشرنا فيما مضى إلى أنه ﷺ قد حمى النقيع لهذا الغرض فكان للمسلمين عامة، وكذلك أشرنا إلى أن هذا الأثر يدل على أنه كان لجماعة المسلمين من الخيل التي يحملون عليها ما اقتضت المصلحة أن يحمى لها من الأرض. وكذلك كان شأن الملكية في الفياء والغنائم قبل قسمتها في الناس.. إذ كان الملك فيها حيثنذ لجماعة المسلمين مما كان يسوغ لبعض الصحابة أن ينعته بأنه مال الله وليس يريد إلا أنه مال المسلمين جميعاً وهذا هو المعنى الذي تمسك به أبو ذر -رضي الله عنه- وحمل معاوية بن أبي سفيان وهو أمير الشام يومئذ من قبل عثمان -رضي الله عنه- على إظهاره، وذلك حين سمعه يقول: إن المال مال الله. فقال له: لا تقل ذلك، وما الذي يدعوك إلى أن تسمي مال المسلمين مال الله؟ فقال له معاوية: يرحمك الله يا أبا ذر، ألسنا عباد الله والمال ماله؟ فقال أبو ذر: لا تقل ذلك^(١). وأصر على رأيه مخافة أن يتخذ قول معاوية ذريعة إلى احتجاز هذا المال عن أصحاب الحقوق فيه من المقاتلة والجند وإلى استبداد ولي الأمر بالتصرف والتدبير فيه بحسب رأيه دون مساءلته في ذلك من أحد، وليس الأمر كذلك، بل المال مال المسلمين لكل منهم فيه حق وله أن يسأل الخليفة

(١) الطبري ج ٣ (٣٢٥).

أو ولي الأمر عنه، بناءً على هذا الحق، وذلك ما كان عمر -رضي الله عنه- يقرره إذ كان يقول: «ما أحد من المسلمين إلا وله في هذا المال حق أعطيه أو منعه»^(١) ويقول: «من أراد أن يسأل عن ذلك المال فليأتني فإن الله -تبارك وتعالى- جعلني له خازناً وقاسماً»^(٢). وهذا ما يدل على أن الإسلام حين أقر هذه الملكية الجماعية إنما أقرها على أساس أنها ملكية لجماعة مكونة من أفراد تتعلق بهال لكل منهم حق فيه يخول له ضرباً من القيام عليه يظهر في طلب المحاسبة عليه قسمة ورعاية وحفظاً، كما يفرض عليه أن يقوم على رعايته وحفظه ما وجد إلى ذلك سبيلاً؛ ولذا كان عمر -رضي الله عنه- يوصي رجاله الذين أقامهم على حفظ هذا المال أن يلاحظوا أنه مال للمسلمين لكل منهم فيه حق، ويقول فيما رواه زيد بن أسلم عن أبيه: «لا يترخص أحدكم في البرذعة أو الحبل أو القتب فإن ذلك للمسلمين ليس أحد منهم إلا وله فيه نصيب، فإن كان لإنسان واحد رآه عظيماً، وإن كان لجماعة المسلمين ارتخص فيه»^(٣) وبهذا يحذرهم من أن تكون رعايتهم لهذا المال قائمة على أنه مال الجماعة أو مال الله دون ملاحظة حق كل فرد فيه، وهذا ما يجلي معنى الملكية الجماعية في نظر الإسلام وأنها للأفراد مشتركين، لا للهيئة بوصف أنها هيئة لها شخصية اعتبارية ولها ملك هذا المال ولها حقوقه. ولم تجعل الشريعة الإسلامية لكل من هذين النوعين نطاقاً لا تتجاوزه بل كان كل مال في نظرها صالحاً لأن يكون ملكاً لفرد أو ملكاً لجماعة وذلك ما تدل عليه الآثار التي أوردناها فيما سبق، وقد استثنى من ذلك الماء والكأ والنار، وكذلك الملح، وذلك لحديث أبي خراش أن النبي ﷺ قال: «المسلمون شركاء في ثلاثة: في الماء والكأ والنار» وفي رواية: «الناس شركاء في ثلاثة في الماء والكأ والنار» وقد دل على أن الناس شركة في جميع أنواع الماء من غير فرق بين المحرز وغيره، ولكن هذا العموم مخصوص بالإجماع، إذ قد قام الإجماع على أن الماء المحرز ملك لمحرزه، وكذلك دل على شركة الناس في الكأ، وهو النبات رطبه ويابس، وشركاء

(١) الأموال لأبي عبيد (٢٢٣).

(٢) الأموال لأبي عبيد (٢١٣).

(٣) الأموال لأبي عبيد (٢٦٨).

(٤) رواه أحمد وأبو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

في الاستضاءة بالنار والانتفاع بلهبها وأما الشركة في الملح فلحديث بهيسة عن أبيها أنه سأل رسول الله ﷺ عن الشيء الذي لا يحل منعه فأجابه: «الملح»^(١) وروي عن عائشة -رضي الله عنها-، قالت: يا رسول الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: «الملح والماء والنار»^(٢)، وألحق الشافعي -رضي الله عنه- بذلك ما يوجد في الأرض مما ترى منفعة بادية وفي متناول من يطلبها دون جهد منه أو عمل.. من كل معدن ظاهر كالذهب والتبر وغيرهما، والنبات والماء مما لا يملكه شخص معين، ولا يحتاج في إظهاره وإدراكه إلى مؤونة، فإن الناس جميعًا يكونون في ذلك سواء، لا يختص به واحد من الناس بإحياء أو إقطاع من ولي الأمر، بل يكون شأنه شأن الماء والكلاء والنار، والقاصد إليه شريك فيه كشركته في الماء والكلاء الذي ليس في ملك أحد، قال الشافعي: «ومثل هذا كل عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت أو حجارة ظاهرة في غير ملك لأحد، فليس لأحد أن يحتجزها دون غيره ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه ولا لخاص من الناس»^(٣).

ويرى المالكية في أشهر أقوالهم: أن ليس شيء من المعادن في محالها «مناجمها» مالا مباحا حتى يتملكها من يستولي عليها وإن كان استيلاؤه عليها لم يحدث إلا بعمل قام به أو بنفقة أنفقها في سبيله، وإنما هي ملك للمسلمين جميعًا، نتيجة قيامهم على ما وجد فيها من الأرض قيام ولاية وحماية، ولا تعد تابعة لأرضها، مملوكة لصاحبها نتيجة لتملك أرضها، إذ ليس لمثل هذا طلب الأرض أو ملكها، وعلى ذلك يكون أمرها إلى الإمام يستنلها بعماله لمصلحة المسلمين إن رأى المصلحة في ذلك، أو يقطعها من شاء إقطاع انتفاع مؤقت بمدة أو بحياة من أقطعها نظير مال يصرف في مصالح المسلمين فإذا انتهت المدة رد الأمر فيها إلى الإمام لا فرق في ذلك بين ما يوجد في أرض مملوكة وما يوجد في أرض غير مملوكة ولا بين نوع ونوع، وجاء في منح الجليل للشيخ عليش أن أساس هذا الحكم هو المصلحة العامة إذ أنها تقتضي ذلك.

(١) رواه أحمد وأبو داود انظر: نيل الأوطار ج ٥ (٢٥٧) و(٢٥٨).

(٢) رواه ابن ماجه.

(٣) الأم ج ٣ (٢٦٥) وما بعدها إلى (٢٦٦).

أما ما يحتاج إلى عمل ومؤونة في إظهاره واستخراجه فإن منفعته تكون لمن كان ذلك منه بما استحدثه من مال^(١).

ومن هذا يتبين أن مجال الملكية الجماعية في الأموال لا تحده حدود في الشريعة الإسلامية، وأن مجال الملكية الفردية بناءً على ما ذكره الشافعي -رضي الله عنه- لا يتناول من الأموال ما كان قائماً في محله بادياً لكل من قصد إليه بحيث لا يتطلب في الحصول عليه نفقة ولا جهداً ولا عملاً ومنفعته عامة تتطلب مصالح المسلمين.

ويجب أن يلاحظ مع هذا أن عدوان إحدى الملكيتين على الأخرى محظور محرّم فلا يجوز أن يملك الفرد ما كان ملكاً للجماعة مخصصاً للمنافع العامة إلا إذا خرج عن ذلك بالاستغناء عنه فعند ذلك يجوز تملكه بعوضه على أن يقوم بهذه المبادلة ولي الأمر متحريراً ألا يكون فيه غبن، كما لا يجوز لولي الأمر أن يعتدي على ملك فرد من الأفراد فليس له أن يجعله في منفعة عامة مملوكاً للجماعة المسلمين إلا إذا تطلبت مصلحة المسلمين ذلك فيأخذه الإمام عن رضا أو عن قهر ببدله دون غبن على صاحبه؛ وذلك لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، وذلك ما حدث في توسعة المسجد الحرام حين ضاق على الناس في عهد عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقد كانت دور الناس محدقة به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه فاشترى عمر دوراً منها وأبى عليه أصحاب الدور الأخرى فأخذها منهم قسراً ووضع قيمتها بخزانة الكعبة وأدخل الجميع المسجد وظلت القيمة بالخزانة إلى أن أخذها أصحابها ثم كثر الناس في عهد عثمان وضاقت عليهم المسجد مرة أخرى فأراد توسعته فاشترى من قوم وأبى عليه آخرون فأخذ دورهم جبراً وعزّهم إذ صيخوا به. ذلك لأنه ليس للمالك أن يأبى حين يدعوه إلى بيع ملكه داعي المصلحة العامة فإذا أبى كان إباؤها ظلماً فيدفع.

وليس يجوز أن يؤخذ ملك إنسان بلا عوض لمصلحة عامة، بل يجب تعويضه من بيت مال المسلمين فإن لم يكن فيه ما يقوم بذلك كان لولي الأمر أن يفرض على

(١) الأم ج ٣ ص ٢٦٥.

القادرين من الوظائف المالية ما يقوم بحاجه الدولة ويدفع ما نزل بها بالقسطاس المستقيم فيعم بذلك جميع القادرين كلاً بقسطه ولا يقصره على بعضهم وبذلك يشترك كل قادر في دفع ما لم بالأمة مما يجب دفعه.

الملكية وظيفه اجتماعية

جاء القرآن الكريم بما يدل على أن الله ما في السموات وما في الأرض له ملك ما فيها ونص على ذلك في آيات كثيرة نذكر منها قوله تعالى: ﴿الْأَيْنَ لِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾ [يونس: ٥٥] وقوله: ﴿قُلْ لِمَنْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ﴾ [الأنعام: ١٢] وقوله: ﴿أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ [البقرة: ١٠٧]. فدل بذلك على أنه - سبحانه وتعالى - مالك لجميع مصادر الثروة ومالك للثروة نفسها ومالك لما على ظهر الأرض من مال أيًا كان نوعه. ولم يخلقه ويملكه لحاجته إليه؛ فالله هو الغني عما سواه وإنما خلقه وجعله للإنسان قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا...﴾ [البقرة: ٢٩] وقال: ﴿الَّذِي خَلَقَ اللَّهُ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ وَالْفَلَكَ تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ...﴾ [الحج: ٦٥] وقال: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعْمَهُ ظَهْرَهُ وَبَاطِنَهُ...﴾ [لقمان: ٢٠] فكان للناس جميعهم كل منفعه وكان فيهم سداد عوزهم وقيامهم وكان اختصاص الإنسان به وانتفاعه بثمراته صورة تمثل الملكية العامة الشائعة التي أسس عليها عمل الفرد فيه وانتفاعه به فانتفع الناس به جميعًا في البداية بلا اختصاص وكان انتفاع الفرد به على هذا الوضع ثم ظهرت بعد ذلك الملكيات الفردية فأقرها المجتمع ولم يعارضها إذ كانت أمرًا شائعًا في الناس دعت إليه حاجتهم وغريزتهم وكان قيام أصحابها بها بسد الإباحة العامة برضا الناس وإقرارهم قيام خلافة ونيابة عن المجتمع بهذا الاعتبار وكان الفرد على هذا الأساس عاملاً في مال الجماعة نيابة عنها وقد كلفه الله - سبحانه وتعالى - بالعمل فيه قال تعالى: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا بِسِرِّي اللَّهِ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَرَدُونَ إِلَىٰ عَلِيمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنْتَفِخُ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [التوبة: ١٠٥]

بحكم ذلك ثمرة استخراجها من مال الجماعة فكان له فيها حق كما أن تلك الثمرة من ناحية أخرى هي لله - تعالى - آتاه إياها واستخلفه فيها بدليل قوله تعالى: ﴿.. وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَلْفِينَ فِيهِ..﴾ [الحديد: ٧] وفي بيان معناها يقول الزمخشري: يعني أن الأموال التي في أيديكم إنما هي أموال الله بخلقه وإنشائه لها وإنما مولكم إياها وخولكم الاستمتاع بها وجعلكم خلفاءه في التصرف فيها فليست هي بأموالكم في الحقيقة، وما أنتم فيها إلا بمنزلة الوكلاء والنواب فأنفقوا منها في حقوق الله وليهن عليكم الإنفاق كما يهون على الرجل النفقة من مال غيره إذا أذن فيه، وقوله تعالى: ﴿... وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَيْنَاكُمْ﴾ [النور: ٣٣] وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحْسَبَنَّ الَّذِينَ يَبْخُلُونَ بِمَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ هُوَ خَيْرًا لَّهُمْ بَلْ هُوَ سَرُّهُمْ سَيُطَوَّقُونَ مَا بَخُلُوا بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ...﴾ [آل عمران: ١٨٠] وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿٣٠﴾﴾ [البقرة] وكان بناءً على ذلك نائباً في ملكه أميناً فيه خازناً لثمراته جعل له التصرف فيه في الحدود المشروعة وهي حدود قصد بها خيره ونفعه ومصلحة مجتمعه فليس له أن يتجاوزها فإذا تجاوزها كان ذلك خروجاً منه عن خلافته وولايته واستوجب بذلك الجزاء بالحجر عليه وغل يده، ومن دلائل هذه النيابة رجوع مال من يتوفى عن غير وارث إلى بيت المال باعتباره خزانة لأموال المجتمع، فإليه كل مال لا يظهر له مالك.

ومن ذلك يتبين: أن الملكية وبخاصة الفردية ووظيفة اجتماعية، المالك فيها أمين وخازن فيما يحوزه من مال الله - تعالى - أو من مال مجتمعه. فإذا ما تجاوز ما وضع له في القيام عليه من حدود فتلك جرثومة الفساد ومصدر ما يأتيه الناس في أموالهم من مظالم وطغيان وفساد. وإن هذا المعنى ليسمو عند بعض الأفراد ويستولي على النفس حتى يرون حرجاً في تخير ما ينفقون وفي تقدير ما يبذلون.. كما حدث ذلك لبعض أصحاب رسول الله ﷺ، فطفقوا يسألونه: ماذا ينفقون.. مما أشار إليه القرآن الكريم في أكثر من موضع مثل قوله تعالى: ﴿.. وَتَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ..﴾ [البقرة: ٢١٩] وقوله تعالى: ﴿ تَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ مَا أَنْفَقْتُ مِنْ خَيْرٍ فَلِلَّذِينَ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ...﴾ [البقرة: ٢١٥].

ونياحة الفرد في هذا القيام على ماله نيابة تقوم على أهليته لذلك العمل بما منحه الله فيه من عقل ونظر كما قدمنا. فوجب أن يكون عمله فيه موجهاً إلى الخير ووضع موضع وإنفاقه في وجوهه وإنائه بالطرق المشروعة؛ ولذا جاءت الشريعة بإخراجه من هذه الولاية وغل يده إذا أساء التصرف فيها لسفه أو غفلة أو أصابته آفة أعجزته أن يقوم بذلك. وفي ذلك نزل قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَوَلَّوْا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا ۖ ﴾ [سورة النساء: ٥] ولهذا المعنى أضاف القرآن الأموال في حديثه إلى الله - سبحانه وتعالى - وإلى جماعة المخاطبين كما يرى فيما ذكرنا من الآيات سابقاً. وكما يرى في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة] وقوله تعالى: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۖ ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿ .. وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ ۖ ﴾ [النساء: ١٦٠] وقوله: ﴿ .. وَمَا أَمْوَالُكُمْ وَلَا أَوْلَادُكُمْ بِالَّتِي تُقَرِّبُكُمْ عِندَنَا زُلْفَىٰ ۖ ﴾ [سبأ: ٣٧]، وقوله ﴿ إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ ۗ ﴾ [الأنفال: ٢٨].

وغير هذه كثير.. وعلى هذا الأساس حاج أمير المؤمنين عمر بن الخطاب من حاجه في الحمى قاتلاً: حميت بلادنا.. قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام، فقال عمر: البلاد بلاد الله، ونحمي لنعم الله ويحمل عليها في سبيل الله^(١).

إقرار الملكية الفردية وحمايتها

المواطن مختلفة اللسان، متغايرة في العادات والتقاليد، منقطعة الصلة فيما بينها في بعض الأحوال.. مما يدل على أنها كانت أثراً الطبيعة من طبائع الإنسان وغريزة من غرائزه وإنها نظام قد واءم فطرته وسائر تطوره، واتسق مع ما انتهت إليه مجتمعاته من أوضاع ونظم وتقاليد.

ولقد استمر قيام هذا النظام وانتشاره وشموله إلى أن ظهر الإسلام فكان له من نظره ما كان لغيره من الأنظمة والعادات والتقاليد التي واجهها الإسلام عند

(١) الأموال لأبي عبيد ٢٩٩.

ظهوره وهو نظر يهدف في واقعه العام وفي غرضه الأساسي إلى الإصلاح والتهديب لا إلى الهدم والنقض.. إلا أن يكون الشر خالصًا، والخبث غائر الجذور، والفساد لا يشوبه صلاح، فعند ذلك يعمد إلى النقض والهدم والتحرير والمنع.

ولم تكن الملكية الفردية مع كفالتها بتوفير الحاجات وموافقتها لسليم الطباع ومع تأسيس النظام القائم عليها وبقائها على مرور الزمن وانقضاء العصور دعامة من دعائم الحياة الاجتماعية بالأمر الخير الذي لا يخالطه شر ولا بالشر المحض الذي لا يرى فيه خير، بل كانت كغيرها من الأنظمة نظامًا فيه النفع وفيه الصالح وفيه الشر والإثم؛ إذ قد يؤدي في أحوال إلى تمزيق المجتمع بقسمته إلى طبقات متصادمة، كما قد يتخذ ذريعة إلى شرور وفساد وتعالٍ واستعباد وإهدار للحقوق واكتناز للأموال.

لذلك عمد الإسلام إلى أن أقرها مع الإصلاح والتهديب بما يحول دون أن تتخذ مصدرًا لاضطراب وفساد وتنازع وصدام، وسيلاً إلى جعل المجتمع طبقات متنازعة متنافرة، ودون أن تتخذ ذريعة إلى إشباع الشهوات والانغماس في الترف والملذات وطريقًا إلى التسلط والطغيان. وذلك بما سنه لها من نظام وشرعه لها من أحكام ودعا إليه فيها من فضائل وحض عليه من بذل ومواساة.. عمد الإسلام إلى إقرارها مع الإصلاح لأنها كانت هي النظام العام الذي قامت عليه حياة المجتمعات على تعددها واستقرت عليه أنظمتها الاقتصادية على اختلافها، ولم يكن من إقرارها بد حتى يستمر للحياة الإنسانية سيرها ويستقر لها وضعها واتجاهها إلى غايتها، وحتى يحصل الناس منها على ما يبعثون من منافعها ويسعون إليه من ثمراتها، وحتى تطمئن نفوسهم ويمضون بحماس إلى أهدافهم بجميع ما لهم من قوة.

من هذه الناحية كانت الملكية الفردية ضرورة اجتماعية أقرها الإسلام لذلك وأضفى عليها حمايته، ثم كان في غنى أن يأمر بها وأن يحض على التزامها وعلى الاستمسك بنظامها، وأن يجعلها واجبًا دينيًا يجب إليه السعي قصدًا فتركها على ما هي عليه أمرًا مباحًا تهدي إليه الطبائع البشرية، ولا بد أن يوجد ويقوم نتيجة للغرائز التي فطر الإنسان عليها، فعندها يحصل الإنسان على ما يقيم به حياته، والحصول

عليه واجب تجنبًا للهلكة وبعثًا عن الفناء. ولقد أمر الله - سبحانه وتعالى - في كتابه بالعمل فقال: ﴿ وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ... ﴾ [التوبة: ١٠٦]، وأمر بالسعي فقال: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ .. ﴾ [الجمعة: ١٠] وقال: ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ ﴾ [١٥] [تبارك].

والأمر بتجنب الهلكة أمر بما به تجتنب، ولا طريق إلى تجنبها في مجال الاقتيات إلا بالملكية الفردية فكان ذلك أمرًا بها في هذا النطاق أي في سبيل المحافظة على الحياة وضرورتها... وعلى ذلك تكون هذه الملكية واجبًا بقدر ما به يدفع الضرر، وذلك ما يعرف في الإسلام بمراعاة الضروريات ووجوب المحافظة عليها؛ وذلك لأن الوسيلة إلى الواجب تعد واجبة بوجوبه، أما الوسيلة إلى غيره فلها حكم ما تفضي إليه من مندوب أو مكروه أو محرم. وعلى ذلك تكون الملكية الفردية بالنظر إلى ذلك مما تعتره الأحكام الشرعية وهي الوجوب والندب والإباحة والكرهية والتحريم وذلك بحسب ما تفضي إليه من ذلك شأن كل مباح يقضي إلى شيء من ذلك.

ولقد أضفى عليها الإسلام حمايته كما أشرنا إلى ذلك آنفًا فصانها من العبث بها إذ حرم اتخاذها وسيلة للترف المقوت والفسق البغيض والملاذات الرخيصة والإسراف المردول والاعتداء الظالم والأكل بالباطل.

ففي سبيل تحريم الترف جعله القرآن سببًا لنزول العذاب بأصحابه وحرمانهم من نصر الله فجاء فيه قوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا أَخَذْنَا مُتْرَفِيهِم بِالْعَذَابِ إِذْ هُمْ يُجْتَرُونَ ﴾ [٦٤] لَا تُجْتَرُوا الْيَوْمَ إِنَّكُمْ مِنَّا لَانصُرُونَ [٦٥] [المؤمنون] وقوله تعالى: ﴿ وَأَصْحَابُ الشِّمَالِ مَا أَصْحَابُ الشِّمَالِ ﴾ [٤١] فِي سَمُورٍ وَحَمِيمٍ [٤٢] وَظِلٍّ مِّنْ يَحْمُومٍ [٤٣] لَا بَارِدٍ وَلَا كَرِيمٍ [٤٤] إِنَّهُمْ كَانُوا قَبْلَ ذَلِكَ مُتْرَفِينَ [٤٥] [الواقعة]، كما جعله باعثًا على الظلم والإجرام فجاء فيه قوله تعالى: ﴿ .. وَاتَّبَعَ الَّذِينَ ظَلَمُوا مَا أُتْرِفُوا فِيهِ وَكَانُوا مُجْرِمِينَ ﴾ [١١٦] [هود].

وفي سبيل تحريم التبذير والإسراف جاء قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُبْذِرْ تَبْدِيرًا ﴾ [٦١] إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا [٦٧] [الإسراء].

وفي تحريم الاعتداء جاء قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا
 أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ...﴾ [النساء: ٢٩]
 وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا
 فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ...﴾ [البقرة: ١٨٨] وأمر بقطع يد السارق فقال:
 ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ...﴾ [المائدة:
 ٣٨] وبذلك وأمثاله صينت الملكية الفردية من أن تمس إلا بحق فيها أو بواجب
 فرضته الشريعة الإسلامية في أموال الناس لتطهرهم وتزكيهم وتدفع عنهم وتقويم
 بما يرهب أعداءهم.

تقييد الملكية الفردية وتحديدتها

إن حب التملك والرغبة فيه غريزة فطر الإنسان عليها، وهي في قوتها واندفاعها
 تفوق غيرها من الغرائز إلا غريزة حب البقاء والحياة وسر الحركة الدائبة في هذه الحياة
 ومصدر النشاط الذي تتمثل فيه صورة الوجود وبه قيامه وهي القوة الدافعة في كل
 ميدان من ميادين الفكر والعمل إلى حيث الأمل المرجو والغاية المطلوبة، والإنسان
 مطبوع على الاستجابة لغرائزه وإشباعها بالعمل لها والحصول على ما يرغب فيه؛
 ولذلك يرى كادحًا ساعيًا إلى جمع المال، والاستكثار منه. يقول رسول الله ﷺ: «لو
 كان لابن آدم واديان من المال لابتغى ثالثًا ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب»^(١)
 ويقول: «يهرم ابن آدم وتشب معه اثنتان: الحرص على المال والحرص على العمر»^(٢)
 وإلى هذا لا يرى في كتاب الله ولا في سنة رسوله ما يدل على تقييد الملكية الفردية بحد
 تنتهي إليه فلا تتجاوزه بل أباح للناس أن يملكوا ما وسعهم أن يملكوا وأن يمضوا
 في تملكهم للأموال إلى حيث يشاءون ما دام ذلك في غير ما حرم الله؛ لأن ذلك هو ما
 يتفق مع ميولهم التي يجب أن يحسب لها حسابها في إقامة نظام المجتمع ومع مصلحة
 الجماعة في إغراء أفرادها على بذل أقصى جهودهم لتحسين أحوالهم وتنمية أموالهم،
 وفي ذلك صلاح المجتمع وثراؤه؛ ولذا كان لهم الخيرة في مقدار ما يملكون. ولقد

(١) رواه مسلم (ج ٣ ص ٩٩).

(٢) رواه مسلم (ج ٣ ص ٩٩).

من أصحاب رسول الله ﷺ من كان واسع الثراء إلى درجة تجاوزت ثراء غيرهم من الصحابة بمسافات بعيدة، وبمقادير كبيرة، ولم تكن ثرواتهم هذه مع عظمتها مثار إنكار عليهم من الرسول ﷺ أو من أصحابه، ولا مصدرًا لاتهامهم بأنهم قد خالفوا عن أمر الله تعالى، ومن هؤلاء عبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام وعثمان ابن عفان وغيرهم.

ولقد يرى في حديث القرآن الحكيم عن المهر في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَأْخُذُوا نِكَاحًا وَأَنْتُمْ إِحْسَانًا فَآتُوا نِكَاحًا وَأَنْتُمْ إِحْسَانًا﴾ [النساء] إشارة إلى إباحة التملك لا إلى حد؛ لأنه إذا جاز أن يكون المهر يصدق الزوج لزوجته قنطارًا فكيف يكون مقدار ثروته؟ وقد كانت هذه الإباحة متسقة مع النظام القائم المنتشر في المجتمعات يوم ظهور الإسلام ولا تتعارض والإصلاح المأمول والتطور المنتظر. هذا وللمال منافع التي لا تحصى في إقامة حياة الإنسان وحياته أسرته وتوفير هئائه وسعادته وإنفاقه في سبل الخير المتعددة المختلفة وله آثامه في اكتنازه مع الشح به وفي إنفاقه في مطالب الهوى والشهوات ومجالس الترف والفسوق ومظاهر العلو والتفاخر والطغيان، وهو مع ذلك أداة طيعة خاضعة لمشيئة الإنسان إن شاء كان له نعمة وفضلًا ينال به الطيبات ويغني به الدار الآخرة دون أن ينسى نصيبه من الدنيا، وإن شاء كان نقمة يبغي بها الفساد في الأرض ويبغي فيها على قومه وعلى نفسه، غير أن ميل النفوس إلى رغائبها وملذاتها أشد، وتوليها إلى هذه الوجهة أقوى، فكانت كثرة الأموال أقرب أن تتخذ وسيلة إلى الآثام منها إلى المنفعة والخير العام يقول الله تعالى: ﴿كَلَّا إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ ﴿٦﴾ أَنْ رَأَاهُ اسْتَفْتَى ﴿٧﴾﴾ [سورة العلق]، ويقول: ﴿أَعْلَمُوا أَنَّ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا لَعِبٌّ وَهَوٌّ وَزِينَةٌ ﴿١٤﴾﴾ [آل عمران]، ويقول: ﴿...أَنْتُمْ أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ...﴾ [التغابن: ١٥].

وتكاد تكون غريزة حب التملك وراء كل بغي وعدوان فيما بين الأفراد والأمم. فما رأينا أكثر الخصومات بين الأفراد إلا نتيجة خلاف على مال أو نزاع فيه، وما كانت الحروب منذ القدم في غالب الأحوال إلا طلبًا لزيادة التملك وسعة الملك والثراء.

هذا وليست الحاجات العارضة من مطالب الإنسان في نطاق ما يقيم به حياته من طعام ونحوه هي التي تغري الإنسان وحدها بطلب المال والاستكثار منه بل وراء ذلك آمال وأحلام تجيش بها الصدور وتتجه إليها الأنظار ويدفع إليها حب التنافس والتفاخر، تلك أحلام التعالي وأماني السيادة والسلطان.. ومطالبها لا تنتهي وفي سبيلها تهون الصعاب.

وللملكية الفردية سيئات عديدة تنظمها الأحوال الآتية:

الحال الأولى - أن تجمع الأموال لا لإنفاقها في سبيلها المشروعة بل تضن بها النفوس ويقبض أربابها أيديهم أن ينفقوا منها في سبيل الخير، فلا يكون فيها مواساة فقير ولا سد حاجة محتاج ولا صلة لقريب ولا تفريج لكربة ولا مساهمة في عمل بر، فيخلوا بها على الناس أو عليهم وعلى أنفسهم وفي مثل هذه الحال يقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا ينفقونها فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٢﴾ يَوْمَ يُمَجِّحُ عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فُتُكُومٌ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُؤُومُهُمْ وظُهُورُهُمْ هَذَا مَا كَنْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ فَذُوقُوا مَا كَنْتُمْ تَكْتُمُونَ ﴿٣٥﴾﴾ [التوبة].

وأرباب هذه الأموال هم البغيضون المقوتون تسلقهم الناس بالأسنة حداد قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر، وربما أدى ذلك إلى الثورة عليهم فسلبهم الناس أموالهم وأذاقوهم حتفهم.

الحال الثانية - أن يكون المال وسيلة إلى تلويث صاحبه وتدنيس نفسه إذا ما مد له في ملكه فاستكثر منه واتخذة وسيلة لنيل مآربه وملذاته وشهوته ومظاهر ترفه ولهوه، وشيوع مثل هذا في الأمة يمزق وحدتها ويوهن قوتها.. وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا أَرَدْنَا أَنْ نُهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُوا فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْنَا الْقَوْلُ فَمَرْزَلْنَاهَا تَدْمِيرًا ﴿١٦﴾﴾ [الإسراء].

الحال الثالثة - أن يسيء المالك استعمال حقوقه فيما يملك فيجاوز فيها الاستعمال المشروع تجاوزاً يضر بغيره أو يكون من نتائج استعماله ضرر ظاهر بغيره حين يكون له من ذلك منجاة وسعة.. إذا لم يكن استعماله لحقه بالأمر الضروري له الذي ليس له منه بد في سبيل منفعة مشروعة مطلوبة له في تركها ضرر يفوق ما يلحق الغير من ضرر.

الحال الرابعة - أن يسوء توزيع الثروة العامة فتجتاز الأموال ويختص بوافر الثراء فئة قليلة من الأمة دون باقي فئاتها فتتقسم الأمة طبقات متباغضة متنافرة متحاسدة يشيع فيها الاضطراب والتفرق والفساد فتشتعل نيران الفتن والثورات فيها. ولقد راعى الإسلام ما للملكية الفردية من هذه المساوئ والأضرار إذا لم يكن للخلق الرشيد والضمير الخالص عليها قيام فخفف من سيئاتها وحد من غلوئها بما شرع لها من تنظيم ووضع لها من قواعد وأسباب تقوم عليها نشأتها واستقرارها واستثمارها واستعمالها وتوجيهها وجهة صالحة تنفي خبثها وتزكي آثارها وينعم الناس بثمراتها، وبما قيدها به من قيود ووضع لها من أغلال تحول بينها وبين سوء استعمال آثارها وحقوقها وتفضي إلى الحد من تضخمها، وبما حملها من حقوق لتسكين النفوس الثائرة وكبت الرغبات الحاقدة توجهها وجهة الخير والمصلحة الجماعية.

ففي سبيل نشأتها واستقرارها واستثمارها.. بين أسباب اكتسابها واستثمارها، وأسسها على التراضي، ومنعها أن تقوم على باطل أو خداع أو غرر أو تدليس، وأن يكون منها اغتصاب أو سلب أو أكل مال بلا عوض لا عن طيب نفس، حتى لا يكون منها ما كان عن إكراه أو استغلال لضرورة محتاج أو ضعف عقل وتمييز. وفي قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَرْجَبْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيْمَمُوا الْخَيْثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ وَلَسْتُمْ بِآخِذِيهِ إِلَّا أَنْ تُغْمِضُوا فِيهِ...﴾ [البقرة: ٢٦٧] دلالة على وجوب تجنب الملكية كل ما فيه خبث يرجع إلى طريقة تملكه أو إلى فساد فيه، إذ أن غايتها الإنفاق منها، وإذا امتنعت الغاية وحرمت لم يكن للوسيلة محل ولا اعتبار.

هذا وفي تحديد وسائل اكتسابها وسلامتها على الوضع الذي شرعه الإسلام حائل دون تضخم الثروات عادة إلا ببطء فلا تتسع الفوارق فيها بين الأفراد إلا قليلاً وفي سبيل الخيلولة دون إساءة استعمالها قيدها بعدم الإضرار بالناس كافة وعدم الإضرار بالأفراد كالجار وغيره إلا إذا كان الضرر أقل مما يصيب المالك من منعه وفي ذلك يقول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١). وعلى ذلك إذا ابتغى المالك بملكه من منعه منفعة يتضرر بها غيره ضرب الشارع على يديه، وبناءً على ذلك منع احتكار الطعام وما في معناه ومنع رفع أثمان الضروريات إلى حد إرهاق الناس فلا يجوز مجاوزتها حدود الاعتدال في الربح وذلك بتسعيرها بالسعر الذي لا يضر ويحقق الربح المعتدل المعروف بين الناس على ما يراه كثير من الفقهاء، كما منع مالك العقار أن يتصرف فيه تصرفاً يؤذي جاره ويضره ضرراً فاحشاً وأن يأبى عليه أن ينتفع بعقاره بما جرى به عرف الناس من غير ضرر به، وكذلك منع مالك السلاح أن يبيعه لأهل البغي والفساد والفتنة، ومنع الموصى في ماله أن يضر بوصيته ورثته، وهكذا وبناءً على ذلك قرر المبدأ القاضي بمنع صاحب الحق من إساءة استعمال حقه.

ومن أدل الآثار على ذلك ما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جدار»^(٢)، وما روي من قضاء عمر للضحاك بن خليفة الأنصاري بإمداد الخليج في أرض محمد بن مسلمة، وذلك حين أراد الضحاك أن يشرع خليجاً من القريض «واد بالمدينة» إلى أرضه ليروي منه فلم يقدر إلا أن بمره في أرض محمد بن مسلمة فأبى عليه محمد ذلك فقال له الضحاك لا تمنعني وهو لك منفعة تشرب منه أولاً وآخرًا ولا يضرك فأصر على إباته فرفع الضحاك أمره إلى عمر -رضي الله عنه- فدعا محمد بن مسلمة فكلمه وأمره أن يخلي سبيل ابن عمه يمرر الماء فأبى فقال له عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي أولاً وآخرًا وهو لا يضرك؟ فقال محمد: لا والله. فقال عمر: والله ليمرن ولو على بطنك وأمر عمر الضحاك أن يمر به ففعل^(٣). وبمثل ذلك قضى عمر أيضاً لعبد الرحمن بن عوف فقد

(١) رواه أحمد وابن ماجه.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه.

(٣) الموطأ ج٦ ص ٤٧ والخراج ليحيى ابن آدم ١١١

روى عمر بن يحيى المازني عن أبيه أنه كان في حائط جده ربيع (ساقيه) لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلّم عبد الرحمن بن عوف عمر في ذلك ففضى لعبد الرحمن بتحويله غير أنه بمنع صاحب الحائط (البستان) إذ لم يرد بمنعه إلا الضرر^(١).

وفي سبيل الحد من ضخامتها وتسكين النفوس الحاقدة الثائرة لحرمانها والرغبات الطامعة المتطلعة إليها أوجب الصدقات والصلوات فجعل منها ما هو واجب في المال ومنها ما هو أمر مرغوب حض عليه ولم يصل به إلى مستوى الأمر الواجب المفروض. ففرض الزكاة وجعلها ركناً من أركان الدين وأوجبها في النعم السائمة وفي الذهب والفضة وفي أموال التجارة على اختلاف أنواعها عقاراً كانت أم منقولاً وفي الثمار والزرع وأوجب الخمس في الغنائم والإنفاق على الأهل والولد وذوي القربى وأوجب الخراج على الأرض الخراجية وأوجب المساهمة في نفقات ما يعرض للأمة من ضرورات، وما ينزل بها من نوازل وما تتطلبه من مصالح وما يجب لها من عدة للدفاع لحفظ الأمن والنظام والمساهمة في إطعام الجائع وإغاثة الملهوف وفك الأسير وعلاج المرضى من الفقراء المعوزين إذا لم يكن في بيت المال ما يكفي لذلك. وقد أشير إلى هذا في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُولُوا وَجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَءَاتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَءَاتَى الزَّكَاةَ...﴾ [البقرة: ١٧٧].

وكذلك أوجب قرى الضيف عند الحاجة على ما ذهب إليه بعض الفقهاء لآثار وردت في ذلك^(٢) وإلى ذلك كله حض على التصدق والإنفاق في سبيل الله وكانت آيات القرآن في هذه الفضيلة كثيرة العدد مختلفة الأساليب.. فمنها آيات أمرة مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة]، وآيات مرغبة مثل قوله تعالى: ﴿... وَالَّذِينَ يَكْتُرُونَ

(١) الموطأ ج٤٧.

(٢) المحلى ج٩ ص ١٧٤.

الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٤﴾ [التوبة]

﴿قَالُوا لَرَنُكَ مِنَ الْمُصَلِّينَ ﴿٤٣﴾ وَلَرَنُكَ تُطْعَمُ السَّكِينِ ﴿٤٤﴾﴾ [المدثر] إلى غير ذلك من الأساليب.

ذلك ما يرجع إلى ما جاء به الكتاب العزيز.. أما ما جاء في السنة فهو من الكثرة بحيث يكفي أن نشير إلى مثل قوله ﷺ: «يقول العبد: مالي مالي.. وإنما له من ماله ما أكل فأفتى، أو بُس فأبلى، أو أعطى فأغنى، وما سوى ذلك فذاهب وتاركه للناس»^(١).

وعلى الجملة فتوجيه الإسلام في ذلك يرمي إلى عدم ترغيب الناس في اكتناز المال وحبسه وإلى أن الخير لهم في إنفاقه في سبيل الله. وفي ذلك ما رواه أبو ذر إذ يقول: خرج رسول الله ﷺ يوماً نحو أحد وأنا معه فقال: «يا أبا ذر» قلت: لبيك يا رسول الله. فقال: «الأكثرون هم الأقلون يوم القيامة إلا من قال كذا وكذا عن يمينه وعن شماله وقدامه وخلفه وقليل ما هم»، ثم قال: «يا أبا ذر. قلت: نعم يا رسول الله بأبي أنت وأمي، فقال: «ما يسرني أن لي مثل أحد ذهباً أنفقه في سبيل الله، أموت وأترك منه قيراطين»، قلت: أو قنطارين يا رسول الله، قال: «بل قيراطين»، ثم قال: «يا أبا ذر أنت تريد الأكثر وأنا أريد الأقل»^(٢)، وهذا عندما يكون الإنفاق حال الحياة أما فيما يوصي به الإنسان بعد الوفاة فإن الخير له أن يبقى من أمواله لورثته ما يدفع عنهم أن يكونوا عالة على غيرهم.. وفي ذلك يقول ﷺ لسعد بن أبي وقاص وهو مريض يريد الوصية: «الثلث والثلث كثير. إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكفون الناس»^(٣).

ومما تقدم يرى أن الشارع حين أقر الملكية الفردية لم يقرها مطلقة في آثارها بل أقرها مقيدة بقيود عديدة أريد بها تخليصها من شرورها وأخطائها وتوجيهها الوجهة السليمة التي تطيب معها فتكون خيراً محضاً لصاحبها وصلاً للمجتمع.. وذلك

(١) رواه مسلم.

(٢) رواه الشيخان.

(٣) رواه الشيخان.

وذلك ما يتسق مع ما قدمناه من أنها نوع من الخلافة يقوم فيها الفرد خليفة عن مجتمعه أو عن الله - سبحانه وتعالى -، وذلك ما يستوجب مساءلته مساءلة الوكيل أمام موكله والزامه بالألا يجيد عما قيده الله به وعمما أوجه عليه من واجبات أراد بها الخير لخلقه والصلاح لهم وذلك هدف الشريعة وغايتها كما يدل على ذلك مثل قوله تعالى: ﴿... يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...﴾ [البقرة: ١٨٥] وقوله تعالى: ﴿... مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّن حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٦] وقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رِبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَإِلَٰتِمُ وَالْبَغْيَ بَعْدَ الْحَقِّ...﴾ [الأعراف: ٣٣].

ولهذا الغرض قيدت الملكية الفردية لتخلص من آثامها وسيئاتها وينعم الناس

بخيرها.

تحديد الملكية الفردية في مقدارها

إن الإسلام حين أقر الملكية الفردية مقيدة في آثارها على ما بينا إنما أراد تجنبها أن يساء استعمالها فتتخذ وسيلة للإضرار بالناس أو بصاحبها، وكثيراً ما تجعلها النفوس طريقاً إلى الترف أو المفاخرة والمكاثرة والتعالي والطغيان وغير ذلك مما ترغب فيه النفوس عادة لمتعتها وهي الأمانة بالسوء إلا من رحم الله، والنفوس هي النفوس في كل زمن وكل جيل؛ ولذا كانت الداعية على العلاج قائمة في كل عصر وزمن وكان إقرار الإسلام لها على هذا الوضع استجابة لتلك الداعية الإصلاحية التهذيبية.

ولقد قامت الدولة الإسلامية الأولى في يثرب عقب الهجرة النبوية فابتدأ بقيامها عصر التشريع المالي والاجتماعي وقام الرسول ﷺ بتبليغ هذه الشريعة على فترات زمنية تبعاً لما وقع في عهده من الحوادث ونزل من النوازل وحدث من الحاجات، فكان تبليغه للفصل فيما حدث وعلى قدر ما يتطلبه الفصل فيه استجابة لداعي الحاجة، وعلى ذلك كانت الشريعة بقدر الحاجة وعلى وفق ما تتطلبه وكانت الثروة العامة يومئذ للمسلمين ضيقة الحدود قليلة المقدار في جملتها بالنسبة إلى ثراء غيرها من الأمم الأخرى المعاصرة لها، وكانت أهم مصادرها ضعيفة هزيلة، إذ لم تتجاوز الزراعة في مساحات ضيقة ينقصها ما تحتاجه من وفر الماء فقد كانت الزراعة في حوائط معدودات لا يزال مظهرها الضئيل ماثلاً إلى اليوم، وكانت التجارة بقدر حاجتهم البدائية، أما الصناعة والمصانع فلا تكاد يرى لها وجود، وكان توزيع الثروة بينهم لضعفها قريباً إلى أن يكون متعادلاً إذ كانت موارد رزقهم لا تعدو في الغالب أن تكون عطاء من غنائم أو من زكاة تقسم بينهم وقد كانوا فيه متساوين.. أما ما عدا ذلك فعمل قليل لبعضهم في زراعة الأرض، وأكثرهم من الأنصار أصحاب الأرض، وعمل بعض الآخرين من المهاجرين والأنصار في الأسواق، ولم يعرف منهم بالثراء الواسع إلا عدد قليل منهم عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف والزبير ابن العوام وطلحة بن عبيد الله وهم الذين أكبوا على التجارة والعمل فيها، ومع هذا فقد كانت استجابتهم لدواعي البذل والإنفاق في سبيل الله على اختلاف وجوهه وتعدده استجابة سريعة قوية كريمة، فكانوا يسارعون إلى الخروج عن جزء عظيم من

أموالهم، ثلثها أو نصفها، بل قد يبذلونها جميعها وذلك على حسب الحاجة ومقتضى الداعية وليس إنفاقهم في هذه الوجوه بالأمر المجهول، فعثمان -رضي الله عنه- يقوم بتجهيز جيش العسرة، ويقحط أهل المدينة في زمن أبي بكر فيتصدق عليهم بألف راحلة تهيئه من الشام محملة بالبر والطعام فيدفعها في سبيل الله بها تحمل، وعلى مثال ذلك تروى لنا صدقات عديدة تصدق بها عبد الرحمن بن عوف والزيبر بن العوام وطلحة بن عبيد الله حتى إنهم كانوا يرمون من كثرة أموالهم، ويخشون أن يكون الله سبحانه وتعالى قد عجل لهم جزاءهم في الحياة الدنيا، وكذلك نرى في الآثار المروية عن أصحاب رسول الله ﷺ الكثير مما يشبه ذلك مما يدل على أن المسارعة إلى الإنفاق والبذل في سبيل الخير لم يكن من شأن الكثيرين وحدهم بل كان ذلك أيضاً من المقلين منهم، حتى كان منهم من يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة، وفيهم نزل قوله تعالى: ﴿... وَيُؤْتِرُونَكَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَن يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [الحشر].

من هذا يرى أنه لم يكن في عهد رسول الله من داعية عن مصلحة أو ضرورة تدعو إلى النظر في دفعها بتحديد الملكية في مقدارها بل كانت الحال يومئذٍ إلى حفز القوى وإشاعة العمل والنشاط في سبيل تنمية الثروة؛ ولذا نرى في السنة كثيراً من الآثار تدعو إلى العمل والسعي في كسب المال وتنميته؛ ولذا ظلت الملكية الفردية مطلقة في مقدارها للإنسان أن يملك من المال ما يستطيع كسبه، غير أن الإنسان قد فطر على حب المال والظن به وعلى حب ادخاره والاستكثار منه وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات] ويقول: ﴿قُلْ لَوْ أَنْتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَائِنَ رَحْمَةِ رَبِّي إِذًا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ وَكَانَ الْإِنْسَانُ قَتُورًا﴾ [الإسراء] ويقول: ﴿... وَأَحْضِرْتَ الْأَنْفُسَ الشُّحَّ...﴾ [النساء: ١٢٨].

وذلك ما قد ينتهي به إلى الاستكثار من المال والظن به، وقد يفشو ذلك ويتشرب في بعض طوائف الأمة لسبب من الأسباب كالانهاك في التجارة والمضاربة في الأموال أو الإيغال في زراعة الأرض وتملكها أو نحو ذلك. فإذا أدى ذلك إلى التفاوت بين أفراد الأمة في الثراء تفاوتاً عظيماً تباعدت معه الفروق بينهم واتسعت حتى ساء

بذلك توزيع الثروة العامة بينهم وانتهى الأمر بسبب ذلك إلى أن أصبحت الثروة العامة في أيدي طائفة أو طوائف معينة محدودة العدد وهم القلة في الأمة، أما الكثرة فقد فقدت كل شيء إلا الفقر والحاجة والاستكانة والخضوع لأرباب الثراء العريض الذين طفقوا يستخدمونهم بأبخس الأجر ويستذلونهم ويبلغونهم على إرادتهم تحت تأثير عوزهم واضطرابهم إلى ما يقيتهم، وإلا الحقد والبغضاء لأصحاب هذا الثراء العريض الذين يرونهم دماً وخلقاً ومنزلة حتى اضطغنت بسبب ذلك نفوسهم فانطوت على الثورة عليهم.. إذا وصل الأمر إلى مثل هذا كان من الواجب شرعاً علاج هذه الحال بما يرفع هذا الضرر العام الملحق وذلك بما يراه ولي الأمر من وسائل لا يتجاوز فيها حدود ما يقتضيه دفع هذه الضرورة.

لم يحدث مثل هذه الحال ولا ما هو قريب منها في عهد الرسول ﷺ حتى كانت تستوجب منه علاجاً بالتشريع كما لم يحدث في عهد الخلفاء الراشدين، وكل ما لوحظ أنه قد جاء ما يدل على أنه قد حدث في عهد عمر -رضي الله عنه- ما استدعى تفكيره فيه والنظر في أمر علاجه، وهو وجود فقراء ووجود أغنياء ضنوا بالمال عليهم فأمسكوا أن يتصدقوا بالفاضل منه في سداد عوزهم، مما دعاه إلى أن يقول بعد أن طعن تلك الطعنة التي قضى بها: «لو استقبلت من أمري ما استدبرت لأخذت فضول أموال الأغنياء فرددتها على الفقراء» وهذا إن صح أن عمر -رضي الله عنه- قد قاله، فليس يدل إلا على أنه وجد في عهده فقراء وأغنياء ضنوا بالفاضل عليهم، وهي حال توجد في كل زمن ولم يكن لها من علاج سوى ما شرعه الله من زكاة، وحض عليه من صدقة وإنفاق، وليس لعمر ولا لغيره أن يشرع ولا أن يأخذ مالا من مالكة إلا بحق ولكن له أن يجتهد ويستنبط، فإذا ساءت أخلاق الناس وضعف دينهم فتركوا ما طلبه منهم خلقاً وأدباً من رعاية الفقراء ومعونة المحتاجين كان من الجائز حملهم على ذلك بقوة السلطان، فيفرض عليهم في أموالهم ما يقوم بسد هذه الحاجات ودفع هذه الضرورات:

إن الأمر الذي لا تصل إليه ريبة ولا شك هو كراهية الإسلام لأن يحتبس المال لدى فئة خاصة من الأمة فيتداول بينهم دون غيرهم ممن لا يجدونه ويدل على ذلك

الله - سبحانه وتعالى - قد جعل ذلك علة لقسمة ما يفيئه على رسوله من أهل القرى بين أرباب الحاجات من ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وذلك في قوله تعالى: ﴿ مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ [الحشر: ٧].

إذ المعنى أن ما يفيئه الله على رسوله من أموال أهل القرى بلا إيجاب من خيل أو ركاب بل كان على مفاوضة وصلاح هو الله ولرسوله ولذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، مقسومًا بينهم حتى لا يكون متداولًا بين الأغنياء خاصة يتعاورونه فلا يصيب أحدًا من الفقراء منه شيء، وذلك ما يدل أن تداول المال بين الأغنياء خاصة أمر كرهه بغض يجتنب، ويجتنب كل ما يؤدي إليه، وأظهر ما يبدو فيه هذا الأمر الكرهية أن تكون الثروة العامة في أيدي طائفة من الأمة تحتازها وتمنعها فلا يصل إلى فقرائها منها شيء إلا ما يترك لهم وهم الأكثرون في الأمة. وقد يكون فيما فعله رسول الله ﷺ أيضًا فيما آفاه الله عليه من أموال بني النضير دليل على ذلك، فقد روي أنه ﷺ قسم تلك الأموال التي تركها بنو النضير بعد إجلائهم وإخراجهم من ديارهم بين المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم، إذ هاجروا بدينهم إلى المدينة، وذلك لما كانوا عليه من فقر بعد هجرتهم مما اضطره إلى أن يؤاخي بينهم وبين الأنصار، ليحملهم الأنصار إلى أن يرزقوا بكدهم وعملهم، ولم يجعل للأنصار من ذلك المال حظًا ما عدا اثنين ظهر لرسول الله ﷺ فقرهما وبهذا اعتاض المهاجرون عن بعض ما تركوه من أموال بمكة عند هجرتهم. وفي هذا نزلت الآيات من أول سورة الحشر. ولقد وصلت هذه الكراهية فيما يرى أبو ذر - رضي الله عنه - إلى درجة الحظر والتحريم إذ كان يرى أنه يجب على كل مالك أن ينفق ما فضل عن قوته وقوت أهله في سنة فيجعل ذلك الفاضل في سبيل الله ويحرم عليه ادخاره ويستند في ذلك إلى قوله تعالى: ﴿... وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٤﴾ يَوْمَ يُحْمَىٰ عَلَيْهَا فِي نَارِ جَهَنَّمَ فَتُكْوَىٰ بِهَا جِبَاهُهُمْ وَجُنُوبُهُمْ وظُهُورُهُمْ هَذَا مَا كَنَزْتُمْ لِأَنْفُسِكُمْ فَذُوقُوا مَا كُنْتُمْ تَكْتُمُونَ ﴿٣٥﴾ [التوبة].

كما يروى عن رسول الله الحديث الذي ذكرناه في كلامنا على تقييد الملكية ولكن هل يرى أبو ذر في ذلك ما يدل على إنفاق جميع ما يفضل عن قوت سنة أمر واجب فلا يجوز أن يستبقي من المال ما يستثمر في التجارة أو العمل مثلاً؟ ذلك ما أستبعده ولا أراه؛ فأبو ذر هو ذلك الصحابي الجليل الذي عاصر رسول الله ﷺ وعاصر أصحابه ورأى منهم من كان يستثمر أمواله في التجارة على مشهد من رسول الله ﷺ دون إنكار منه أو اعتراض، مثل أبي بكر وعبد الرحمن بن عوف وعثمان بن عفان. وما كان لأبي ذر - وقد شاهد ذلك - أن يرى رأياً يخالفه، فالعمل في التجارة لا يكون إلا برأس مال يستثمر فيها، وهو من غير شك مال فاضل عن قوت سنة. ولم يعد رسول الله ﷺ ذلك كنزاً مع ما كان يقوم به هؤلاء من الإنفاق في سبيل الله. ولم يكن مثل هذا ليخفى على أبي ذر. وعليه فكل ما في الأمر أن رأي أبي ذر لم ينقل إلينا ما يكشف عن حقيقته ويفصل لنا اتجاهاته ومداه، ولا نظنه إلا أن يكون رأياً ينكر على الأشحاء شحهم وضمنهم بأموالهم عندما تدعوهم الداعية إلى النفقة في سبيل الله. ويرى ذلك مع كثرة المال أمراً محرماً وإن رآه الجمهور بعد أداء فريضته أمراً مكروهاً.

وقد يرى أيضاً فيما روي عن رسول الله ﷺ في شأن زراعة الأرض وكرائها ما يحمل على هذه الكراهية وعلى استحباب بذل الفاضل لمن هو في حاجة إليه وعلى أن النبي ﷺ قد كره أن تزيد ثروة أناس عن حاجتهم بينما يوجد فيهم من لا يجدون حاجتهم، فقد كانت المزارع قبل مقدم رسول الله ﷺ تক্রى كما يدل على ذلك حديث رافع بن خديج إذ يقول: «كنا من أكثر الأنصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك» ولما قدم رسول الله ﷺ المدينة نهى عن كراء المزارع والأرض فقال: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه وإن أبي فليمسك أرضه» ووردت في هذا المعنى روايات أخرى صحيحة، كما روي عنه كذلك أنه أجاز كراءها بالذهب والفضة أو بالشيء المعلوم المضمون، وأنه عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من أرضهم ونخلهم وأن ذلك ظل باقياً إلى أن أجلاهم عمر في خلافته، كما أن الناس لم يزالوا يتعاملون بعد وفاة رسول الله ﷺ على كراء الأرض دون تكبر عليهم، وذلك دليل على رفع ما ورد من الحظر على كرائها، وعلى ذلك جمهور السلف والفقهاء.

وقد يبدو من هذا أن النبي ﷺ حين قدم المدينة كانت الثروة العامة فيها ممثلة في الأرض وزراعتها وكانت يومئذ في يد الأنصار ومنهم من كان يملك منها فوق حاجته ومن يعيا عن زراعة جميع ما كان يملكه منها فيؤجره لغيره فرأى أن المصلحة تقضي بالنهي عن كرائها وأن يشير على من عنده فوق طاقته وحاجته منها أن يمنح الزائد أخاه ليقوم على زراعتها لنفسه دون أجر يؤخذ منه نظير ذلك، وذلك توسعة على الفقراء من المهاجرين بإيجاد عمل لهم يرزقون منه إلى أن تستقر أمورهم، وهذا نوع من العلاج أريد به الحض على رد ما يفضل عن الحاجة إلى من هو في حاجة إليه. فلما استقرت الأمور ووجد الفقراء من المهاجرين لهم مرتزقاً أباح لأصحاب هذه الأرض كراءها لغيرهم كما كان الحال قبل مقدمه.

وبناءً على ما تقدم إذا ما تجمعت الثروة العامة في أيدي فئة من الأمة إلى درجة أفقرت كثرتها فلم يجدوا حاجتهم فاستذلهم عوزهم وألصقهم بالتراب عدمهم وساءت لذلك أحوالهم ولم يجدوا من ذوي الثراء يدًا ولا معونة، واشتدت بذلك المضرة وتحققت الضرورة فإن على ولي الأمر حينئذ أن يعتمد إلى علاج هذه الحال دفعًا للضرر، وإذا لم يكن لعلاج هذه الحال من وسيلة سوى أن يجد للملكية الفردية حدًا لا تتجاوزه جاز له ذلك بما له من ولاية شرعية تحول له إيجاب ما فيه صالح الأمة وأن يجعل هذا حدًا مطلقًا يتناول جميع أنواعها، أو خاصًا في نوع منها كملكية الأرض مثلًا إذا ما رأى أن الضرر يرتفع بذلك. وقد بينا أن الشارع قد حد لها حدودًا في آثارها وحقوقها حين اقتضت المصلحة ذلك، فإذا ما اقتضت كذلك أن تحد في مقدارها وجب أن يحد له حد كما حدث آثارها، وقد بينا أن زيادة الملكية من المباحات قبل الإسلام وبعده ولم يرد فيها نص يجعل الحد منها خلافًا عنه، وفي مثل هذا يرى الفقهاء أن لولي الأمر أن ينهي هذه الإباحة بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه فيصبح ما تجاوزه أمرًا محظورًا فإن طاعة ولي الأمر واجبة بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ...﴾ [النساء: ٥٩] ومن نتائج نفاذ أمر هذا عدم ثبوت ملكية المستزيد، لما زاد على الحد المرسوم.

والمراد بأولي الأمر الأمراء والولاة وهذا مروى عن ابن عباس وأبي هريرة، ويقول الطبري إنه أولى الأقوال بالصواب لكثرة ما ورد عن النبي ﷺ من إيجاب طاعتهم إلا في معصية وهذا الإيجاب يتناول ما يأمرون به من إيجاب مباح أو تحريمه لمصلحة تقتضي ذلك.

وقد اشترط العلماء لذلك أن يكون من يصدر منه ذلك من الأمراء والولاة مجتهداً أو قد رجع فيه إلى رأي مجتهد حتى يكون أمره هذا مستنداً إلى دليل شرعي. ومن الأدلة الشرعية المصلحة المعتبرة شرعاً. وتقدير هذه المصلحة وضرورتها مرجعه إلى ولي الأمر لأنه المنوط به إقامة الحدود وتأمين السبل وجهاد العدو وتنفيذ الأحكام والإشراف على شئون الرعية وتوفير المصلحة لهم، وفي هذه الحال يكون ما أمر به حكماً شرعياً يجب اتباعه شرعاً.

أما إذا لم يكن مجتهداً ولم يرجع في أمره إلى رأي مجتهد فإن طاعته حينئذٍ تجب باعتبار أمره أمراً يقوم عليه النظام وتضطرب بمخالفته الأحوال ويعرض مخالفته للعقاب.

ولقد كان من أعمال الخلفاء الراشدين ما يؤيد ذلك نذكر منها ما يأتي:

١- اقتضت المصلحة في عهد عمر -رضي الله عنه- أن يمنع الناس من أكل اللحوم يومين متتاليين من كل أسبوع لقلّة في اللحوم رآها فلم تكن تكفي جميع الناس في المدينة فعمد إلى هذا المنع فأوجبه، وكان يأتي مجزرة الزبير بن العوام بالبقيع ولم يكن بالمدينة سواها فإن رأى من خرج عن هذا المنع ضربه بالدرّة وقال له: هلا طويت بطنك يومين. وقد فعل ذلك ليتداول اللحم بين الناس وكان منعه هذا في أمر مباح^(١).

٢- حمل عثمان -رضي الله عنه- الناس حين قام بجمع القرآن على قراءته على حرف واحد بعد أن كان لهم أن يقرأوه على سبعة أحرف كانت مباحة لهم وذلك لما رأى من اختلاف الناس في قراءته وما أدى إليه اختلافهم هذا من نزاع وخلاف بينهم خاف تفاقم شره.

(١) ترجمة عمر لأبي الفرج بن الجوزي.

٣- منع عمر - رضي الله عنه - أصحاب رسول الله ﷺ من تزوج الكتابيات مع حل ذلك بنص الكتاب، وقال: إني لا أحرمه ولكني أخشى الإعراض عن الزواج بالمسلمات^(١).

وبناءً على ذلك فليس هناك ما يمنع من تحديد الملكية تحديداً عاماً أو خاصاً في نوع من الأنواع إذا ما اقتضت المصلحة والضرورة ذلك، ولا شك أن تحديدها في مقدارها كتحديدها في آثارها بل ربما كان تحديدها في آثارها أقرب سبيلاً؛ لأن تحديد الآثار يستلزم أن تسلب الشرعية السبب أثره فلا يصير سبباً.

وإذا ما أقدم ولي الأمر على هذا التحديد للضرورة التي اقتضته فهل تنتهي عند الحد الذي رسمه كل ملكية قائمة تجاوزته فيؤخذ منها ما زاد عليه ويعود إلى ملك الأمة؟ وإذا أخذ منها فهل يؤخذ منها ببدل؟

إنه لا سبيل إلى ترك هذه الزيادة لأصحابها لأن تحديد الملكية إنما كان واجباً شرعياً اقتضاه رفع ضرر مائل في تجميع الثروة في أيدي فئة قليلة وفي تفاوت الفروق فيها بين أفراد الأمة إلى درجة أدت إلى الاضطراب والفتن، وفي ترك هذه الزيادة في أيدي أصحابها إبقاءً على ثروتهم وفيه إهمال وترك لهذا الواجب ونقض لمقتضى الحد منها وعدم ثبوت ملكية صاحب الزيادة لما في يديه من زيادة وعلى ذلك يجب أخذ هذه الزيادة وانتقاص ملكية صاحبها بأخذها، ولا يتم هذا الانتقاص إلا إذا أخذت بلا بدل؛ ذلك لأن في أخذها بالبدل إبقاءً على مقدار ثروة صاحبها وليس فيه إلا تغيير عناصرها، وذلك بأن يستبدل بعنصر منها آخر يضم إليها، وليس يعد هذا اعتداءً على ملك محترم لأنه لا ملك بعد الحد منها ووجوب نفاذ ذلك شرعاً، ومثل ذلك مثل المال يؤخذ في تجهيز الجيوش وإعداد العدة للدفاع عن البلاد ضد المعتدين عليها، وذلك إذا لم يكن في بيت المال ما يقوم بذلك من الأموال؛ فقد ذهب العلماء والفقهاء إلى أن ذلك يؤخذ كما تؤخذ الوظائف والضرائب بلا عوض والأخذ في الحالين سواء فهو تقضي به الضرورة في كل منهما.

(١) القرطبي ص ٣ سنة ٦٨.

وعلى ذلك يكون ما يؤخذ لهذا الغرض ملكاً للأمة شأنه شأن ما يجبي من الأموال العامة كالخراج فيصرفه ولي الأمر في دفع هذا الضرر بالطرق التي يراها دافعة له.

وإذا لاحظنا أن ما للمالك من حق في حماية ملكيته وعدم المساس بها إنما هو من حق مقيد كغيره من الحقوق التي منحها الشارع مقيدة بعدم الضرر وذلك لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» تبين أن ليس في أخذ الزيادة اعتداءً على هذه الحماية لأنه أخذ بحق وإذا كان بحق لم يكن اعتداءً؛ إذ لا قيام للملكية ولا للحمايتها أمام حق يطلب؛ ولذا أخذ المجتمع المشرف على الهلاك من مال غيره ما يقيم حياته دفعاً للهلاك عنه دون أن يمنع من ذلك ما لملك صاحب المال من حماية. ألا ترى أن الرسول ﷺ قد أمر بقلع نخل سمرة بن جندب دون مراعاة لحقه في حماية ملكه - حين اتخذها وسيلة إلى الإضرار بغيره وأبى بيعه أو هبته لصاحب البستان الذي يقوم فيه ذلك النخل، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى، وعلى أساس ذلك كان قضاء عمر - رضي الله عنه - للضحك بن خليفة الأنصاري إذ قضى له بإمرار خليج من أرض محمد بن مسلمة رغم إباءه ذلك، ولعبد الرحمن بن عوف إذ قضى له بتحويله ساقية في بستان إلى جهة قريبة من أرضه على الرغم من إباء صاحب البستان، وقد ذكرنا ذلك فيما سبق فهذا وأمثاله مما يروى يدل على أنه لا حماية للملكية عند تحقق الضرر.

ولقد شاطر عمر - رضي الله عنه - بعض ولاته الذين وردوا عليه من ولايتهم بأموال لم تكن لهم استجابة لمصلحة عامة تمس الولاية، وهو البعد بها عن الشبهات وعن اتخاذها مغنماً ووسيلة للاستكثار من الأموال، ففعل ذلك مع عتبة بن أبي سفيان إذ ولاه على كنانة فقدم عليه بهال، فقال له: «يا عتبة ما هذا؟ فقال: مال خرجت به وأنجرت فيه. فقال له: لم تخرج هذا المال معك في هذا الوجه» ثم صيره في بيت المال، وكذلك فعل مع أبي هريرة وقد ولاه على البحرين. وإذا قيل إن مرجع ذلك إلى الشك في طريق تملكهم هذا المال لا المصلحة التي قضت بالأخذ منهم، فالشك في طريق تملكهم لا يرقى إلى إبطال ملكية تقوم على اليد والمشااهدة.

وعلى ذلك يرى أن أخذ هذه الزيادة إذا ما دعت مصلحة عامة إلى أخذها بغرض إنقاص ملكية صاحبها إنما يكون بلا بدل يعطى له وعندئذ تكون هذه الزيادة ملكاً لكافة المسلمين يوجهها ولي الأمر الوجهة التي من أجلها أخذت لا لوجهة أخرى وإلا كان أخذها اعتداء لا يستند إلى حق.

ذلك ما انتهى إليه النظر في هذا الموضوع، وهو رأي رأيت، فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فلا عصمة إلا لرسول الله ﷺ فيما يشرع للناس.

المبحث الرابع
الأسير التي قام عليها التشريع الإسلامي

رَفَعُ
عبد الرَّحْمَنِ الرَّحْمَنِيُّ
أُسْتَاذُ الدِّينِ الْفَرَوَانِيُّ
www.moswarat.com

الأسس التي قام عليها التشريع الإسلامي

الشريعة الإسلامية أبعد الشرائع عن التأثير بالأهواء والاستجابة للأغراض الشخصية والمطامع الطائفية، لا يأتيها الباطل ولا تجنح إلى التمييز ولا تجعل الناس طبقات بعضها فوق بعض. وإذا جاز لشريعة أن تنزع إلى تحقيق شهوة لملك، أو أن تهدف إلى رفع طبقة من الناس، أو أن تميل إلى تحقيق مصلحة حزبية أو فكرة مذهبية، أو أن تنزل في وضعها العقول وتضل في توجيهها الأفكار، فلن يجوز ذلك على شريعة شرعها الحكيم العليم وأنزلها لهداية الناس أجمعين والوصول بهم إلى عيشة راضية ينعم بها الفرد ويسعد بها المجموع.

ويهدينا النظر في هذه الشريعة إلى أنها قد قامت على أسس حكيمة وقواعد متينة، روعيت فيها الطبائع الإنسانية والنزعات النفسية ولو حظت فيها القوى البشرية وما يعرض لها من عوارض وما تتأثر به من أسباب وعوامل، فحققت لذلك أغراضها وآتت أكلها. ولكن الناس قد صدوا عنها فأعقبهم ذلك انحطاطاً في أخلاقهم وضعفاً في نفوسهم وانحلالاً في وحدتهم وخراباً في أوطانهم، فأصبحوا عبيداً أذلاء لغيرهم يسخرونهم في تنفيذ أغراضهم ويحكمونهم بأهوائهم.

قامت الشريعة الإسلامية على أسس عديدة أهمها أسس ثلاثة، إليها يرجع كثير من قواعدها وأصولها وفيها تندرج جميع الأغراض والحكم التي قصدت إليها في جميع نواحيها واتجاهاتها، وهذه الأسس هي: رعاية مصالح الناس والتيسير عليهم والعدل بينهم، فأما رعايتها لمصالح الناس فجماع أغراضها وأهم أهدافها، لا تغفله في حكم ولا تتحول عنه في تشريع فحيث تكون المصلحة يكون حكمها، وحيث تكون المفسدة ينتفي حكمها. وهذه حقيقة تضافت عليها الأدلة حتى أصبحت علماً ضرورياً لا يرقى إليه شك ولا تقاربه ريبة، يدل عليها ما وصف به الكتاب الحكيم الذي جاء بها وما نعت به الرسول الذي شرع للناس أصولها وبين لهم أحكامها، فقد وصف الكتاب بأنه مبارك أنزل رحمة للعالمين وهدى وبشرى للمؤمنين ونوراً وموعظة للمتقين وبصائر وشفاء للناس أجمعين: يقول الله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ

الَّذِي أَنْزَلَ فِيهِ الْقُرْآنَ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيَّنَّتْ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ... ﴿البقرة: ١٨٥﴾ ويقول: ﴿... كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ...﴾ [إبراهيم: ١] ويقول: ﴿إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّتِي هِيَ أَقْوَمُ...﴾ [الإسراء: ٩] ويقول في وصف الرسول: ﴿يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ...﴾ [الأعراف: ١٥٧].

وغير ذلك من آي القرآن كثير معلوم، وليس بعد هذا صلاح يرتجى ولا خير يطلب. وليس في الإمكان أن يأتي كتاب هذه بعض أوصافه بشريعة تسيم الناس الخسف وتهدر فيها الحقوق وتضيع معها المصلحة ويشقى بها أهلها، إذ لا يمكن أن يكون هدى وقد جاء بالضلال ولا أن يكون رحمة وفلاحاً وقد أتى بالشقاء، ولا أن يكون شفاءً وقد نزل بالمرض ولا أن يكون نوراً ورشدًا إذا ضل به العقل وفشت به الجهالة. ثم أي شيء يكون الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وحل الطيبات وتحريم الخبائث ووضع الأثقال وتحطيم الأغلال إذا لم تتوافر بذلك المصالح وتتحقق المنافع ويزول الضرر وتجتث أصول الشر؟!!

وإذا كان صنيع الله في خلقه أن هياً للإنسان منافعه ويسر له حوائجه وأحضر له مطالبه فسخر له ما في السموات وما في الأرض وسخر له الليل والنهار وسخر له الشمس والقمر دائبين وسخر له الفلك وأسبغ عليه نعمه ظاهرة وباطنة فهل يمكن أن يكون صنيعه في شرعه على خلاف صنيعه في خلقه؟

لقد دل استقراء الشريعة والنظر في أدلتها كلية وجزئية والبحث فيما انطوت عليه من الأغراض والحكم، على صحة هذه النظرية فكانت أدلة الشريعة كلها لا فرق بين خاصها وعامها ولا بين مطلقها ومقيدها ولا بين كليها وجزئها، دائرة على رعاية المصالح في جميع مناحيها ووقائعها حتى صار العلم بذلك علماً ضرورياً وتبين أن رعاية المصالح قطب التشريع الإسلامي وأصله الذي لا متحول عنه.

كما دل استقراء تلك الأدلة على أن رعاية الشارع الإسلامي إنما كانت لمصلحة المجموع فكانت هي أساسه في شرعه دون أن يكون لمصلحة الفرد أي اعتبار في حكمه إذا عارضت مصلحة كلية؛ ولذا كان من قواعد هذه الشريعة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارض المصلحتين، وعلى هذا الأصل شرعت أحكام كثيرة، منها الحكم القاضي بأخذ الملك من صاحبه جبراً عنه لأجل مصلحة عامة كشق طريق أو توسيع مسجد، فعل ذلك عمر حين ضاق المسجد الحرام على الناس وكانت دور الناس يومئذٍ محدقة به من كل جانب عدا فتحات جانبية يدخل منها الناس إليه فاشترى عمر دوراً منها وأبى عليه ذلك أصحاب الدور الأخرى فأخذها منهم جبراً وأدخل الجميع في المسجد بعد أن أودع قيمة ما أخذ جبراً باسم أصحابه.

وهذا حل سليم، لأن المصالح الفردية متضاربة متعارضة ليس في الإمكان رعاية شيء منها إلا باطراح كثير غيره، وليست رعاية مصلحة فرد بأولى من رعاية مصلحة فرد آخر والضرر يجب أن يزال. وفي رعاية مصلحة المجموع رعاية لمصلحة كل فرد من ناحية أنه جزء منه ومصلحة عائدة إليه، فكان ذلك هو الواجب مراعاته دون نظر إلى ما قد يعارضه من المصالح الفردية. ومصالح الناس في هذه الحياة تتكون من أمور هي لهم ضرورة تتوقف عليها حياتهم ويختل بفقدانها وجودهم، وأخرى هم في حاجة إليها ولكنها دون الأولى في اعتماد الحياة عليها وصلاح الوجود بها فلا تختل بفقدانها حياة الناس ولا يعمهم بسبب ذلك الفساد ولا تسود فيهم الفوضى ولكن يصيبهم عند فقدانها حرج ومشقة لا يبلغان مبلغ ما يكون من فساد وضرر عند فقد الأولى. وينضم إلى هاتين الطائفتين من المصالح طائفة ثالثة من أمور لا تدخل في الطائفتين السابقتين لأنها دونها ولكن تعتبر مكملتها ويجمعها الأخذ بمحاسن العادات والعمل بما تتطلبه المروءات ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات^(١) فتحقق للناس مصالحهم على أكمل وجه وتطيب معاشهم، وينعمون بحياتهم.

(١) ورعاية الشريعة لها على هذا الترتيب تهمل رعاية الطائفة الثانية إذا عارضت الأولى وتهمل الثالثة عند معارضتها الثانية وتراعيها جميعها عند عدم التعارض وبرعايتها على هذا الوضع.

وقد بني أمر هذه الحياة على اختلاط المصالح بالمفاسد والملاذات بالآلام، فلا يقع في هذا الوجود نفع إلا مشوبًا بضرر، ولا لذة إلا مختلطة بألم. ويعجزك الفصل بينهما إذا حاولته يعيبك الظفر بأحدهما وحده إذا أردته. ولهذا كان اتجاه الشارع الإسلامي في شرعه إلى غلبة أحد العنصرين فهو يراعي ما غلب فيه جانب المنفعة، ويدرأ ما غلب فيه جانب المفسدة، وما قد يوجد في الأمر من ضرر وخرج فإن الشارع لا يقصد إليه ولا يريده من شرعه ولا يجعل لوجوده اعتبارًا نظرًا إلى ما يصاحبه من نفع راجح وصلاح غالب.

ورعاية الشارع للمصالح ودرؤه للمفاسد على هذا الوضع تتناول أمورًا كانت هي الأخرى من أسس شرعه التي قام بها ومن قواعده التي بني عليها كثيرًا من أحكامه لما في رعايتها من توفير الخير وتحقيق النفع.

من ذلك مراعاة ما جرى به عرف الناس في تعاملهم وما اعتادوه في تصريف شئونهم مما ليس فيه ضرر غالب. فإن الناس قد تدفعهم الحاجة وتقتضيهم الحياة أن يزاولوا أمورًا يرون فيها استقامة أحوالهم وسداد حاجتهم فتصير جزءًا من نظامهم وعرفًا جاريًا فيهم، تقوم به حياتهم وتصلح أمورهم فلا يكون من الحكمة والمصلحة إخراجهم بحملهم على تركه دون أن يكون في ذلك صلاحهم. وما جاءت الشريعة بخرج ولا شرعت، الإعانات ومع هذا قد تدعو الناس أهواؤهم الجامحة وشهواتهم الطاغية إلى ارتكاب أمور أخرى يخدمهم زيفها ويغريهم بريقها فيتخذونها عبثًا وهواً وتصير محبة إلى نفوسهم السيئة ونزعاتها الآثمة فينغمسون فيها حتى تتمكن منهم وتفسو فيهم وتصير عادة عامة لهم.

في مثل هذه الحالة رأت الشريعة أن تطهرهم منها وأن تجنبهم آثامها وشرورها وأن تعالجهم من أمراضها بكل وسيلة تدعو إليها الحكمة مع الموعظة الحسنة.

وهذان نوعان من العرف أولهما: عرف صحيح لأنه لا يعارض شرعًا ولا يخل بصلاح. وقد راعت الشريعة الإسلامية ما يقضي به فأقرت فرض الدية على العاقلة، واشترط الكفاءة في الزواج، ومبدأ العصبية في الإرث، وتحريم الزواج بين المحارم

من الأقارب، وكثيراً من أنواع المعاملة والمبادلة، كالسلم والعارية وغير ذلك مما كان معروفاً لدى العرب قبل الإسلام. وثانيتها: عرف فاسد لما يترتب عليه من ضرر وما يجر إليه من مفسد، وقد حاربتة الشريعة فحرمته وفرضت العقوبات على مقترفه. ومن ذلك التعامل بالربا والميسر وشرب الخمر وغير ذلك من منكرات الجاهلية؛ ولذا لم تكن الشريعة الإسلامية شريعة مستحدثة جديدة في جميع نواحيها بل كان كثير من أحكامها معروفاً مقررراً قبل مجيئها وكانت مهمتها في الواقع إصلاح المجتمع وعلاجه. وذلك بإصلاح الفاسد وتكميل الناقص وتحريم الضار وإقرار الصالح.

وقد يتناول العرف ما بقي في الناس من شرائع سابقة لم تعمل فيها يد الإفساد والتحريف فبقي على صلاحه وأصبح عرفاً صحيحاً راعاه الشارع الإسلامي لأنه موفٍ بالغرض الذي قصد إليه من شرعه.

ويتصل بهذا الأصل أيضاً إقرار الشارع الإسلامي لما يراه المسلمون حسناً من الأفعال والأحكام، فإن إسلامهم يمنعهم أن يروا الحرام حلالاً والخبيث طيباً والفساد صالحاً، فلا يرون الشيء حسناً إلا إذا كان خيراً أو وسيلة إلى خير؛ وتلك أغراض توخاها الشارع في شرعه وقصد إليها في حكمه؛ ويؤيد ذلك الأثر: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وكانت هذه الفكرة إحدى الدعائم التي قامت عليها حجية الإجماع واعتضدت بها الشورى في الإسلام.

وإذا كانت الشريعة - كما بينا - قد شرعت لتحقيق مصالح الناس وسد حاجاتهم فليس في توفير المصالح ما هو أهم وألزم من درء المفسد ودفع المضار؛ ولذا حرمت الخبائث ونهت عن الجرائم وأمرت بالكف عن المحرمات والسعي إليها وكان شرع الله في ذلك سبيلاً إلى توفير النفع وتحقيق الخير العام دون نظر إلى ما قد يخالف ذلك من ضرر قد يصيب فرداً وقلّة من الناس. وعلى هذا الأساس أمر الناس بالدفاع عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ودينهم ولو أدى ذلك إلى قتل النفس، وساغ للتاجر أن يرخص في سلعته وإن ترتب على ذلك إعراض الناس عن سلع غيره^(١) وأن يدفع

(١) وحرّم على الناس تلقى الركبان من التجار لأخذ السلع قبل دخولهم إلى الأسواق، وبيع الحاضر للبادي قبل تعرف الأسعار، وبيع السلاح لأهل الحرب والفتنة، والسكوت عن المنكر.

الرجل عن نفسه ظناً وإن رأى أنه يصيب عند ذلك غيره: قيل للحماد بن أبي سليمان: قد يتكلم الرجل فترفع عنه المظلمة وتوضع على غيره. فقال: إنما عليك أن تدفع عن نفسك فإذا وقعت على غيرك فلا تبالي إذ لا سبيل عليك إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبنون في الأرض بغير الحق.

وقد يكون الضرر في أمر من الأمور غالباً فيحرم لذلك، ثم يعرض له في بعض الظروف ما يحمل النفع فيه راجحاً، فيتغير لذلك حكمه ويصير جائزاً أو مطلوباً بعد أن كان ممنوعاً، غير أن ذلك يجب أن يكون موقوتاً ببقاء تلك الحالة واقتضاء ذلك الظرف وعلى قدر ما تستوجه الضرورة فتقدر عند ذلك بقدرها ولا يجوز مجاوزتها. وعلى هذا الأساس أحلت الشريعة كثيراً من المحظورات حسبما تقضي به الضرورات ووضعت القاعدة: الضرورات تبيح المحظورات. وعلى أساس ذلك أحل أكل الميتة لمن اضطر في مخمصة غير متجاوز ما يدفع عنه الهلاك. وأحل أكل مال الغير دفعاً للهلاك عند شدة الجوع بقدر ما يدفع الضرر. وأحل شرب الخمر للتداوي أو لدفع الظم الشديد الضار. وفي مثل ذلك نزل كثير من آي القرآن الحكيم قال تعالى بعد بيانه لبعض المحرمات: ﴿... فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة] وقال في موضع آخر: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة] وفي موضع آخر: ﴿... إِلَّا مَا أَضْطَرَّتُمْ إِلَيْهِ...﴾ [الأنعام: ١١٩]، وفي آخر: ﴿... إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦].

وعلى هذا الأساس شرعت العقوبات بجميع أنواعها ففيها صلاح الجاني في كثير من حالاتها على الرغم مما يصيبه من ألم، وفيها زجر غيره ممن تسول لهم أنفسهم أن يعتدوا على غيرهم أو يخرجوا على النظام أو يعبثوا به. وفيها صلاح المجتمع، وهو غاية كل تشريع صالح وأمل كل مصلح ورجاء كل عاقل حكيم.

ويتصل بهذا الأصل قاعدة هامة من قواعد التشريع الإسلامي، وهي قاعدة سد الذرائع، وتتحقق عندما يكون الفعل الجائز في نفسه ذريعة وطريقاً إلى ما هو شر في نفسه. وإن شئت قلت عندما يكون في مباشرة أمر فيه مصلحة إفضاء إلى مفسدة.

عند ذلك يكون للوسيلة حكم ما تفضي إليه من مفسدة حرمة أو كراهية. وقد حكمت هذه القاعدة في كثير من أحكام الشريعة الإسلامية حتى جعلها ابن القيم أصلاً لرباعها. وليست هذه القاعدة في الواقع إلا تطبيقاً للأصل القاضي بدرء المفسد على أتم وجه وأكمل وضع. حتى لا يتورط الإنسان في شر من حيث أراد الخير لنفسه، فاقضت إرادة الشارع الحكيم أن تكون لوسائل المفسد وطرائقها من الكراهة والتحريم ما لعواقبها، إذ لو أباحها لكان ذلك نقضاً لحكمه ورفعاً لتحريمه ولا نفتح على الناس باب المفسد والشور لا يصلح به حال ولا يقوم معه نظام ولا يسلم معه اجتماع. ومما بني على هذه القاعدة من الأحكام تحريم الخلوة بالنساء الأجنيات، وسفرهن مع غير ذي رحم محرم منهن، والجمع بين المحارم والزيادة على أربع زوجات، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ...﴾ [الأنعام: ١٠٨]، وغير ذلك كثير من الأحكام.

وأما قصد التيسير على الناس فهو مستبين في جميع أحكامها واضح في كل دلائلها ظاهر في خلق من جاء بها وبينها وليس أدل على ذلك من قوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ...﴾ [البقرة: ١٨٥] فقد دل على أن إرادة اليسر إرادة عامة شاملة غير منقطعة لا تصاحبها إرادة العسر في أي زمن أو أية حال. ومن ذلك قوله تعالى لرسوله ﷺ ﴿وَنَسِرْكَ لِلْيُسْرَىٰ ۗ﴾ فذكر إن نفع الذكرى ﴿١﴾ [الأعلى] أي نعدك ونبيئك للشريعة اليسرى السهلة الهينة التي لا تضني ولا ترهق فذكر الناس بها. ولقد تمكن ذلك من نفسه حتى كان من أخلاقه ﷺ، فيما ذكرته عائشة أنه ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما. وقد روي عنه أنه واصل الصيام أياماً ثم تركه ونهى عنه مخافة أن يأتسى به الناس في ذلك. وكان يترك العمل وهو يجب أن يعمل خشية أن يظن الناس وجوبه فيعسر عليهم فعله.

وكان يقول ﷺ: «خذوا من العمل ما تطيقون» ويقول: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» إلى غير ذلك من أقواله وأفعاله التي تدل على أن التيسير على الناس من أهم أغراض الشريعة وأعظم قواعد الدين.

وعلى هذا الأساس كان التكليف في الشريعة على حسب الوسع وكان الأمر فيها على قدر الطاقة وجانبت في أحكامها الحرج والمشقة. يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾ [البقرة: ٢٨٦]، وقوله تعالى: ﴿... لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله تعالى: ﴿... لَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾ [الأعراف: ٤٢]. وقوله تعالى: ﴿... مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ...﴾ [المائدة: ٦]. وقوله تعالى: ﴿... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾ [الحج: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿... يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴿١٨﴾﴾ [النساء] ويقول الرسول ﷺ: «بعثت بالحنيفية السمحة». أي المائلة عن الضلال، السهلة اليسيرة التي بنيت على القصد والتوسط لا تنتهي بأهلها إلى الانقطاع عنها والوقوف دون غايتها عجزاً عن متابعتها. وعلى هذا الأساس روعيت فيها الأعدار الطارئة التي يشق معها الحكم ويتعاسر، فرفع أو استبدل بما هو أيسر منه؛ ولذا أبيح للمكره أن يتلفظ بالكفر وقلبه مطمئن بالإيمان. وأبيح أكل الميتة وشرب الخمر عند الضرورة، وأبيح الفطر في السفر وعند المرض في رمضان. وقصرت الصلاة في السفر. وكان من قواعد هذه الشريعة «الضرورات تبيح المحظورات» وعليها بني كثير من الأحكام.

ومن مظاهر هذا التيسير والقصد إليه، التدرج في بيان هذه الشريعة وفي تكليف الناس ببعض أحكامها حتى لا يرهقوا بتكاليفها دفعة واحدة، ولا يعنتهم مطالبتهم بترك ما اعتادوه مرة واحدة، فأنزل القرآن مفرقاً على حسب الحوادث ومقتضيات الأحوال والظروف، في مدة بلغت ٢٢ سنة نزل فيها تباعاً فيما يحدث من وقائع تتطلب حكماً، أو أحوالاً تقتضي بياناً، وكذلك كان شأن السنة، لم يأتهم بها الرسول ﷺ إلا مفرقة مجزأة على حسب مقتضيات الأحوال وتطلب الظروف. وكذلك روعي هذا التدرج في التكليف ببعض الأحكام فلم تحرم الخمر على الناس من غير تمهيد لذلك التحريم، بل أعدت له النفوس قبل نزوله بأن بين أن إثمها أكبر من نفعها، ثم حرمت عند الصلاة، ثم حرمت بعد ذلك تحريماً نهائياً. وبهذا التدرج لم يواجه الناس جميع التكاليف دفعة واحدة، ولم يطلب إليهم عمل شيء إلا بعد أن هيئت نفوسهم له واستعدت لأمثاله حتى لا يشق عليهم فعله.

وكان من مظاهر هذا التيسير أيضًا قلة التكاليف فيها، فإذا نظرت في القرآن رأيت أن ما يحويه من الأوامر والنواهي قليل العدد قليل التفصيل يسير التنفيذ لا يرهق تنفيذه ولا يشق احتماله. ولكيلا تكثر التكاليف بسبب المسألة والإلحاف فيها، نهى عن السؤال فقال: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن بُدِّلَ لَكُمْ سَوْكُمْ وَإِن تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنزَلِ الْقُرْءَانُ بُدِّلَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿١٠١﴾ قَدْ سَأَلَهَا قَوْمٌ مِّن قَبْلِكُمْ ثُمَّ أَصْبَحُوا بِهَا كَافِرِينَ ﴿١٠٢﴾﴾ [المائدة] وقد نزلت هذه الآية حين كان الرسول ﷺ يبين للناس فريضة الحج فقام إليه رجل فقال: أكل عام يا رسول الله؟ فأعرض عنه فكرر الرجل السؤال ثلاثًا: وفي كل مرة يعرض عنه، حتى قال له في الرابعة: «لا، والذي نفسي بيده لو قلت نعم لوجبت. ولو وجبت ما استطعتم، ذروني ما تركتم فإنها هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم» وفي ذلك يقول الرسول ﷺ أيضًا: «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وحد حدودًا فلا تعتدوها، وعفا عن أشياء رحمة بكم لا عن نسيان فلا تبحثوا عنها».

ومن مظاهر التيسير أيضًا درء الحدود بالشبهات حتى لا يقام حد مع شبهة تشكك في وجوبه؛ لأن في إقامة الحد مع الشبهة حرجًا يثيره احتمال البراءة وعدم اطمئنان النفس إلى استحقاق العقوبة؛ ولذا قال الرسول ﷺ: «ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم» كما كان من آثاره احتمال الضرر لدفع ما هو أعظم منه، فإن في دفعه إزالة ضرر لنا عنه مندوحة. على هذا الأساس بنيت أحكام كثيرة كإيجاب النفقة على القريب، وإجبار المدين على الوفاء، وإجبار الشفيع على تملك ما زاده المشتري في العقار المبيع، وإلزام الزوجة بطاعة زوجها، وغير ذلك من الأحكام.

وأما العدل بين الناس فليس لأية شريعة منه مثل ما للشريعة الإسلامية فيه من حظ، فقد عنيت ببيان ما للناس من حقوق فحافظت عليها وسنت الأحكام الكفيلة بردها إلى أصحابها، حتى أمن الناس بها على أنفسهم وأعراضهم ودينهم وأموالهم وحقوقهم واطمأنوا إلى الاستمتاع بها في حدود ما شرعت من أحكام، وما سنت من نظام وكان من أسسها التزام العدل في جميع الأمور في القول والفعل وفي المعاملة

والمجازاة. قال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ... ﴾ [النحل: ٩٠] وقال: ﴿ ... وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ... ﴾ [المائدة: ٨] وقال: ﴿ ... وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ... ﴾ [النساء: ٥٨].

وكان من آثار قيامها على العدل أن جعلت الناس أمامها سواء، فهم فيها سواسية غنيهم، وفقيرهم، وكبيرهم وصغيرهم، وأميرهم وسوقيهم، لا يرتفع فيها أمير على حكم ولا يفلت من جزاء، وفي ذلك يقول الرسول ﷺ: «الناس سواسية كأسنان المشط» ويقول حين شفع إليه أسامة في حد من حدود الله: «والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها».

وبقيام الشريعة الإسلامية على هذه الأسس سايرت الزمن ووسعت التطور وصلاحت لكل أمة ولاءمت كل وقت ولم ينب بها مكان، ولكن الناس جهلوا أصولها ولم يعرفوها على وجهها فانصرفوا عنها إلى غيرها فضلت بهم السبل فلم يصلوا إلى غايتهم المرجوة ولا إلى كمالهم المطلوب.

المبحث الخامس
الإستصحاب

رَفَعُ
عبد الرحمن المجدّي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الاستصحاب

أدلة الأحكام في الشريعة الإسلامية متعددة ولكنها ليست في مستوى واحد من القوة، ولا في درجة واحدة من الدلالة، كما أن بعضها لم يتفق الفقهاء على الاستدلال به فاطرحه بعضهم واستمسك به آخرون.

وأعلى هذه الأدلة مرتبة وأقواها دلالة الكتاب والسنة والإجماع؛ ولذا لم يكن في الاستدلال بها خلاف.

ويليها مباشرة القياس، ولم يسلم من الخلاف في الاستدلال به.

فالكتاب: هو ذلك القرآن الذي جاء به محمد ﷺ من عند الله وهو أرفع الأدلة مرتبة، وليس في وجوب العمل به خلاف.

والسنة: ما أثر عن محمد ﷺ من تشريع شرعه بقوله أو بفعله أو بإقراره لما صدر من غيره، وهي بنص الكتاب واجبة الاتباع وليس في الاستدلال بها خلاف معتبر.

والإجماع: هو إجماع المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور على حكم من الأحكام الشرعية، والاستدلال به محل اتفاق بين الفقهاء إذا ما ثبت أو وقع، وإن كانوا قد اختلفوا في وجوده.

والقياس: هو إلحاق حادثة لم ينص على حكمها بأخرى قد نص على حكمها وذلك بالتسوية بينهما في ذلك الحكم المنصوص عليه بسبب اشتراكهما في علة ذلك الحكم. وقد اختلف الفقهاء في اتخاذ دليلًا إلا أن جمهورهم يرونه دليلًا واجب الاتباع.

ويلي هذه الأدلة أدلة أخرى هي دون تلك الأدلة الأربعة قوة وأضعف منها منزلة، ولذا اختلف الفقهاء في جواز اتخاذها دليلًا شرعيًا يجب العمل به، ومن هذه الأدلة الاستصحاب: ومعناه على الجملة إبقاء ما كان على ما كان إلى أن يحدث ما يغيره أو يرفعه.

وهو مأخوذ من المصاحبة: يقال استصحبته الشيء جعلته لي صاحباً أو مصاحباً أي موجوداً معي. واستصحبته الحكم الثابت في الزمن الماضي جعلته مصاحباً لي، أي موجوداً وقائماً الآن.

وإذن فالاستدلال بالاستصحاب على الأحكام معناه: استبقاء حكم ثبت فيما مضى بدليل آخر واعتباره مستمراً أو قائماً موجوداً في الزمن الحاضر حتى يتغير أو يرتفع بدليل، وأساسه بقاء ما وجد من الأحكام مستتبعه لآثارها مستلزماً لنتائجها إلى أن يغيرها الشارع أو ينسخها بدليل. وعلى ذلك يجب اتباعها وترتيب نتائجها عليها والاحتجاج بوجودها حتى ترتفع أو تتغير بدليل.

ولبيانها وتفصيل القول فيه نقول: إذا ثبت حكم من الأحكام فيما مضى فقد يكون ثبوته عن طريق العقل -سواء أ جاء دليل شرعي مؤيد له أم لم يجرى- وقد يكون ثبوته من طريق الشرع.

فإن كان الأول فالحكم باق مستمر لا يحتمل انقطاعاً ولا يحتاج في بقائه إلى استصحاب، لأن ما يقضي العقل بوجوده لا يتخلف ولا ينقطع. وذلك كالحكم بعدم تكليف المجنون، والحكم بعدم إيجاب فعل قبل أمر الشارع به، أو الحكم بنفي الحكم الشرعي قبل ورود دليله من الشارع، فإن العقل يدل على انتفائه إلى أن يرد دليل عن الشارع فيترتب عليه وجوده، فعدم إيجاب صلاة سادسة حكم عقلي مرده النفي الأصلي لا النص الموجب لخمس صلوات فقط. وإذا أوجب عملاً في وقت كان وجوبه منتفياً في غيره بناءً على البراءة الأصلية. وهكذا فهذه كلها أحكام يقضي بها العقل، وهو قائم يدل على ذلك في الحاضر كما كان في الماضي، فكانت أحكامه قائمة بقيامه وموجودة بوجوده، والشرع يؤيدها ويقضي بها، وإذن فلا محل لاستصحابها لأنها موجودة بوجود أدلتها. والاستدلال بها استدلال بأدلتها القائمة الموجودة، وليس في ذلك خلاف بين الفقهاء.

وعلى ذلك يكون استصحاب الحكم العقلي الصرف الذي لم يسنده دليل شرعي عند القائلين به وهم المعتزلة ليس محل خلاف بينهم فاتباعه واجب إلى أن يرد

دليل شرعي ينقضه. أما أهل السنة فلا يجوزون إثبات الأحكام الشرعية بالعقل إذ لا حكم له عندهم في الشرعيات.

وإن كان ثبوته من طريق الشرع فقد يكون دليل وجوده دالاً كذلك على بقاءه أبداً أو دالاً على بقاءه إلى أن يوجد المزيل وعند ذلك يكون بقاء الحكم مقتضى دليله فإن دل على بقاءه أبداً بقي كذلك أبداً كقول الشارع لا تفعلوا ذلك أبداً ومنه قول الله تعالى في كتابه لمن قذف محصنة بالزنا: ﴿... وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا...﴾ [النور: ٤]. وإن دل على بقاءه إلى أن يوجد المزيل بقي كذلك حتى يرتفع برفع، وذلك كالملك الثابت بعقد الشراء والزوجية الثابتة بعقد الزواج وشغل الذمة بمال الاقتراض أو لإتلاف مال مملوك للغير وما أشبه ذلك من الأحكام فإن أدلة ثبوتها من البيع والزواج والقرض والإتلاف تقتضي وجودها فيثبت بها كل من الملك والزوجية وشغل الذمة بالمال.

وتقتضي كذلك بقاءها حتى يحدث المزيل من بيع المشتري لما اشتراه أو تطليق الزوج لزوجته أو قيام المدين بالوفاء أو إبرائه من الدائن.

والدليل على اقتضاءها بقاء هذه الأحكام عدم قبولها التوقيت فلا يجوز أن تشتري منزلاً إلى مدة سنتين ولا أن تتزوج إلى عشر سنوات ولا أن تقرض لتشغل ذمتك بالدين ثلاثة أيام فقط. وإذن فهذه الأحكام وأمثالها باقية حتى يوجد المزيل لها، وليست في بقاءها محتاجة إلى استصحابها لأن بقاءها مقتضى دليل وجودها ودليلها قائم فكان الاستدلال بها كذلك محل اتفاق بين الفقهاء ولم يكن ذلك من قبيل الاستصحاب بل كان استدلالاً بأدلة وجودها.

وكذلك الحال إن دل دليل وجود الحكم على بقاءه مدة محدودة من الزمن كعقد الإجارة، فالحكم المترتب عليه وهو تملك المستأجر للمنفعة يستمر باقياً طيلة المدة المحددة لعقد الإجارة وإذا ما انقضت انتهى. وإذن فهو في أثناء المدة باق لقيام دليله ولا بقاء له بعد انقضائها، ولهذا لم يكن محلاً للاستصحاب وليس في هذا أيضاً خلاف بين الفقهاء.

وطبيعي أن الحكم إذا ما ثبت بدليل ثم دل دليل آخر على بقاءه لم يكن بقاءه حينئذٍ محل خلاف بين الفقهاء لأن العلم به حينئذٍ يستند إلى دليل البقاء.

وأما إذا دل دليل الحكم على وجوده فقط فيما مضى دون تعرض لبقائه أو زواله ولم يقدم دليل آخر على ذلك فإن استصحابه واعتباره مستمرًا تترتب عليه آثاره في الحال لا يجوز قبل البحث عن المغير له بالقدر الممكن المستطاع، ويقول البزدوي وغيره أن ذلك أيضًا ليس محل خلاف بين الفقهاء.

فإن الأدلة عرضة للنسخ والتغيير فإذا لم يكن لها دلالة على البقاء كان العمل بالحكم فيما يجيء من الزمن بعد زمن وجوده عملاً بغير دليل. وعدم البحث عن المغير في مثل هذه الحال تقصير ليس له مبرر فلا يصح أن يتخذ أساسًا لوجوب العمل بالحكم أو إلزام المغير به، ومثال ذلك أن يعمل إنسان بقانون دون أن يعنى بالاطلاع على ما عسى أن يكون قد صدر من قوانين أخرى ملغية أو معدلة، في حين أنه قد صدر قانون بالغاثة، ففي هذه الحال لا يكون عمله صحيحًا بناءً على استصحابه لأحكام القانون السابق، ولا يعد جهله بصدور القانون المغير عذرًا يعفيه من المسؤولية. إذ كان عليه أن يبحث حتى يعلم بصدور المغير.

أما إذا بحث عن الدليل المغير في هذه الحال بقدر الإمكان فلم يظفر به فإن استصحاب الحكم حينئذٍ واعتباره مستمرًا تترتب عليه آثاره ونتائجه محل خلاف بين الفقهاء سواء أكان الحكم حكمًا وجوديًا أم حكمًا عدميًا، كما اختلفوا كذلك في استصحاب الأوصاف التي تستتبع أحكامًا شرعية إذا ما وجدت في الماضي ولم يدل دليل على بقائها أو زوالها، فكانوا فريقين:

فريق لا يستصحب الحكم ولا الوصف ولا يجوز الاحتجاج ولا الاستناد إلى بقائهما فيما يدعى من حكم.

وفريق يستصحب الحكم أو الوصف ويجعل لاستصحابها الأثر الذي سببته فيما يأتي.

وعلى ذلك يكون الاستصحاب المختلف في حجتيه والاستدلال به هو:

استبقاء أمر بناء على ثبوته فيما مضى أو الحكم ببقاء أمر تحقق فيما مضى إذا لم يظن عدمه.

فإذا قلت لصاحبك إذا لم تفعل كذا في الغد فأنت وكييلي في بيع منزلي ثم اختلفت وصاحبك بعد أن باع المنزل فقال صاحبك «بعته بناءً على الوكالة لأنني لم أفعل ما ذكرت في ذلك اليوم» وقلت بل قد فعلته فيه فلم تصر وكيلاً عني في البيع. فهل يكون لصاحبك أن يحتج عليك باستصحاب حاله الماضية الثابتة قبل التوكيل -وهي عدم فعله ذلك الأمر- في إثبات وكالته ونفاذ بيعه.

ذلك هو محل الخلاف بين الفقهاء: يرى بعضهم استصحاب هذه الحال إلى الغد وإثبات الوكالة بهذا الاستصحاب ونفاذ البيع بناءً على ذلك. ولا يرى بعضهم ذلك، فلا يجوز الاستصحاب ولا تثبت الوكالة إلا بإقامة دليل يدل على أنه لم يفعل في ذلك اليوم.

دليل من لا يستصحاب:

إذا ثبت أمر بدليل لا يدل على بقاءه ولا يقتضيه -وكثير هذا- لم يكن له بقاء، إذ بقاء الشيء غير وجوده لأن البقاء عبارة عن استمرار الوجود بعد الثبوت والحدوث. ألا ترى أن المعدوم إذا وجد قد يفنى وينعدم أثر وجوده كالحركات، وقد يبقى أزماناً كالأجسام، ولو كان البقاء عين الوجود لثبت البقاء لكل موجود، وإذا ثبت أنها أمران متغايران وقد قام الدليل على أحدهما فقط وهو الوجود فالحكم بثبوت الآخر وهو البقاء يكون حكماً بلا دليل فلا يصلح حجة. وليس الاستصحاب شيئاً سوى البقاء فلا يصلح لذلك أن يكون حجة لأن العلم به حينئذ يكون عملاً بغير دليل، إذ المفروض في حالنا هذه عدم وجود الدليل الشرعي أو العقلي على البقاء لا فرق في ذلك بين أن يكون ذلك الأمر وجودياً أو عدمياً وبين أن يتخذ حجة في الدفع أو في الإثبات. فإذا ما فقد إنسان ثم توفي بعد فقد مورثه لم يجوز أن تستصحاب حياته ليرث أمواله لأن بقاءه حياً إلى وفاة مورثه ليس عليه دليل فتورثه يكون حكماً بغير دليل ولا يجوز الحكم بلا دليل.

من يستصحاب فيتخذ الاستصحاب حجة:

يتمسك بعض الفقهاء بالاستصحاب، ويستدل به وهم في بيان مدى الاستدلال

به فريقان:

فريق يرى الاستدلال به في جميع الحالات يستدل به سواء أكان استصحاباً
لأمر وجودي أم لأمر عدمي، ويستدل به في إبقاء ما كان على ما كان وفي إثبات ما
لم يكن ويستدل به على الغير وفي حق نفسه ويستدل به في الدفع كما يستدل به في
الإثبات. وفريق يستدل به في بعض هذه الحالات دون بعض.

دليل الأولين:

إن الأمر إذا تحقق وجوده أو عدمه في زمن ماض استلزم ذلك ظن بقاءه على
حاله إلى أن يوجد مغير له.

والظن حجة متبعة في الأحكام الشرعية. فكان ظن بقاء حكم من الأحكام
حجة واجبة الاتباع كغيرها من الأدلة الظنية لا تنقيد بحال من النفي أو الإثبات ولا
بحال من الدفع أو الإلزام، بل يجب العمل بها في جميع الأحوال التي بينها. والدليل
على أن ثبوت شيء مستلزم لظن بقاءه على حاله إلى أن يوجد المغير، عدة أمور:

أحدها: أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا من وجود شيء أو عدمه وكان لوجوده
أو عدمه أحكام خاصة سوغوا لأنفسهم أن يقضوا بها فيما يجيء من زمن،
ألا تراهم يقضون بالملك لمن شهدت له البيعة بأنه مالك ولم تشهد إلا بملك
ماض بالنسبة إلى وقت شهادتهم. ويقضون بالدين على من شهدت عليه
البيعة بأنه مدين ولم يشهدوا إلا بدين سابق. ثم هم إلى ذلك يرسلون من
عرفوا في الزمن الماضي وجوده ويرسلون إليه بالودائع والهدايا ويسوغون
لمن شهد يداً ماضية على مال أن يشهد بملك صاحبها الآن ولا يطلبون ممن
يتقدم بدليل على ثبوت ما يدعيه أن يقدم دليلاً آخر على بقاءه بل يعتبرون
أن ما ثبت في الماضي موجود في الحاضر حتى يظهر الدليل المغير. وهكذا مما
يدل على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يحدث المغير، ولولا هذا ما
ساغ ذلك.

ثانيها: أن غلبة الظن بدوام الشيء لا يدانيها احتمال تغيره؛ لأن بقاء الشيء مستغن
عن المؤثر فيه، لأنه استمرار للوجود، وتغيره أمر طارئ فيحتاج إلى سبب

طارئ، فإذا وجد الشيء بقي ولزم ذلك ظن بقائه إلى أن يطرأ عليه ما يغيره، وذلك أصل طبيعي في جميع الموجودات؛ ولذا كان الأصل في جميع الأحكام الشرعية إنما هو العدم وبقاء الأمر على ذلك إلى أن يرد عن الشارع ما يخالف ذلك فنحكم به ونتبعه.

ثالثها: إجماع الفقهاء على أن من شك في وجود طهارته ابتداءً لا يجوز له أن يصلي وذلك لغلبة الظن ببقاء عدمها. وإجماعهم على أن من تطهر ثم شك في زوال الطهارة جاز له أن يصلي لغلبة الظن ببقائها، وعلى أن حكم الشك في الطلاق مغاير لحكم الشك في الزواج فأجازوا الاستمتاع في الحال الأولى استصحاباً للنكاح دون الحالة الثانية استصحاباً للحرمة. وإجماعهم دليل على أن ظن بقاء الشيء لازم لوجوده وقد أيدت السنة هذا الإجماع، ولهذا أجمع المسلمون على بقاء جميع الأحكام التي جاء بها الرسول ﷺ إلى وقتنا هذا إلا ما نسخ منها بدليل. وأجمع الفقهاء على أن ملك الشفيع لو ثبت بإقرار المشتري قبل حصول البيع لم يقبل منه إنكاره إياه بعد البيع استصحاباً لما أقر به من الملك.

ولهذا قال بعض الفقهاء ما ملخصه:

إذا ورد نص من كتاب أو سنة بحكم من الأحكام لم يكن لمؤمن أن يدعي تغييره أو تبدله بمرور زمن أو تبدله في بعض الأحوال إلا أن يأتي ببرهان من كتاب أو سنة ثابتة على ذلك فإن لم يأت به فهو مبطل فيما زعم وإلا لزمه أن يطلب في كل حين تجديد الدليل على لزوم الصلاة والزكاة. ثم يقال له أتحكم أنت في الأمر بحكم آخر من عندك أم تقف فلا تحكم فيه بشيء لا بالحكم الأصلي ولا بغيره؟ فإن قال أتوقف فلا أحكم قيل له: وقوفك حكم لم يأت به نص من كتاب أو سنة، لأنه إبطال لحكم جاء به نص وذلك خطأ عظيم. وإن قال أحكم فيه بحكم آخر قيل له: لقد شرعت شرعاً لم يأذن به الله وذلك أيضًا باطل، وإذا جاز لك أن تقول في كل حكم لعله قد جاء نص بنسخه فأنسخه لذلك قيل له: لعلك قد قتلت مسلماً فأقتلك قصاصاً بذلك، وهكذا،

وكل ذلك باطل، بل العدل أن يقال لمن ادعى أن فلاناً العدل قد فسق، أو أن فلاناً قد مات، أو أن فلاناً قد ملك ما لم يكن يملك، أو أنه قد تزوج فلانة، أن يقال له: الأمر على ما كان، فهو عدل حتى يقوم الدليل على فسقه، وهو حتى يقوم الدليل على موته، وهو غير مالك حتى يقوم الدليل على أنه قد ملك، وهو غير متزوج فلانة حتى يقوم الدليل على أنه قد تزوجها وهذا من الأمور الضرورية التي لا يصح إنكارها.

أدلة الآخرين:

أما الفقهاء الذين رأوا الاستدلال به في بعض الحالات المتقدمة دون بعضها الآخر فهم طائفتان:

١ - طائفة ترى أن يستدل به مطلقاً إذا كان استصحاباً لأمر عدمي "الحكم بعدم جواز عمل من الأعمال أو بعدم صحة عقد من العقود" ولا يستدل به إذا كان استصحاباً لأمر وجودي. فإذا قام الدليل على عدم أمر فيما مضى اعتبر ذلك العدم باقياً مستمراً مقتضياً لنتائجه حتى يجيء المغير.

ولعل حجتهم أن استمرار العدم غير محتاج إلى علة لأنه عدم محض بخلاف استمرار الموجود فإنه لا يستغني عن العلة المقتضية لذلك؛ لأن بقاءه عبارة عن وجوده في الزمن التالي وهو غير لازم لوجوده في الزمن الماضي، بدليل أننا نشاهد بعض الأشياء توجد ثم تعدم إثر وجودها، ولو كان وجودها في الزمن التالي لازماً لوجودها في الزمن السابق عليه ما انعدمت، وذلك كالحركات ومنافع الأعيان والزمن نفسه، فكل هؤلاء لا يوجد إلا لينعدم، وعدمه يتلو مباشرة وجوده، فكان ذلك أيضاً دليلاً على أن الوجود والبقاء أمران متغايران غير متلازمين، وأن علة أولهما ليست علة لثانيهما، أو أن دليل الوجود لا يدل على البقاء دائماً، وعلى ذلك يكون استصحاب وجود الشيء - حين لا يكون هناك دليل على بقاءه ثم الاستدلال به - استناداً إلى غير دليل وهذا لا يجوز.

ويظهر لي أن هذا الرأي لا يعدو أن يكون اعتراضاً على رأي القائلين بأن الاستصحاب لا يصلح أن يكون دليلاً مطلقاً لا في الأمر العدمي ولا في الأمر الوجودي، وأن يكون بياناً لوجوب تقييده وقصره على الأمر الوجودي؛ لأن

استمرار العدم أو استصحابه من الأمور التي يدل عليها العقل كما قدمنا، سواء أكان عدماً أصلياً أم عدماً طارئاً، فإن العدم الطارئ رجوع بالشئ إلى حالته الأصلية قبل وجوده فتعود إليه سيرته الأولى؛ ولذا أرى أنه لا ينبغي أن يكون في استصحاب الأمر العدمي خلاف مطلقاً، وأن هذا الرأي لا يختلف في حقيقته عن رأي الذين ذهبوا إلى أن الاستصحاب ليس بحجة إذا ما لوحظ أن ذلك الرأي مقصور على استصحاب الأمر الوجودي.

٢- وطائفة ترى أنه إنما يصح أن يستدل به في الدفع لا في الإثبات وهو رأي كثير من الحنفية وبخاصة المتأخرين منهم، ومعنى ذلك أن نستصحب الحال الماضية ونعتبرها مستمرة باقية على ما كانت عليه لنُدفع بها ما يدعى من إثبات أمر لم يكن أو من طرء تغيير لم يقم عليه دليل دون أن نتخذ ذلك حجة ملزمة للتغير نتائج جديدة.

ومآل ذلك أن الاستصحاب لا يصلح أن يكون حجة ملزمة لغير المستصحب بما قد يطلبه المستدل به بناءً عليه، ولكنه يصلح حجة دافعة يدرع بها المستصحب المستدل به ضد غيره دفعاً لمطلبه، أي أنه كما يقولون سلاح للدفاع لا للهجوم.

وأساس هذا الرأي أن دليل ثبوت شيء كما قدمنا لا يدل على بقاءه فإذا ما بحث عن دليل يدل على البقاء أو على التغيير ولم ينته البحث عنه إلى القطع بانتفائه فإن الحكم ببقاء هذا الشيء حينئذ يكون مستنداً إلى عدم العلم بالدليل المزيل لا إلى العلم بعدم هذا الدليل ويكون احتمال وجود الدليل المزيل عندئذ لا زال قائماً وعليه لا يصلح اتخاذ البقاء على ذلك حجة ملزمة للتغير به ولكن بعد أن يبذل الباحث جهده في طلب الدليل المغير ثم لا يظفر به فإنه يجوز له أن يعمل بالاستصحاب في حق نفسه وفي حمايتها، إذ لم يكن في وسعه شيء آخر يبذله، لكن دون أن يرتب على ذلك إلزام غيره بما لم يكن ملزماً به من قبل.

فإذا فقد إنسان ثم مضت مدة بعد فقده حكم القاضي في تهاتها بموته بناءً على أن مثله لا يجيء إلى هذا الوقت كان استصحاب حياته في تلك المدة المنحصرة بين فقده والحكم بموته حجة صالحة لدفع ما يطلبه ورثته حين فقده من وراثته أمواله عند ذلك

وتبقى حالته على ما كانت عليه إلى وقت الحكم بموته، ولم يكن حجة صالحة لإلزام أخوته مثلاً بمشاركته لهم في وراثته أبيهم الذي توفي في تلك المدة، فكان حجة دفع بها طلب ورثته ولم يكن حجة يستحق بها ميراث أبيه الذي توفي في تلك الفترة.

وإذا قيل في نقض هذا الدليل: إن البحث عن الدليل المزيل إذا لم ينته إلى القطع بانتفائه فإنه ينتهي إلى ظن انتفائه، ويكفي هذا الظن في إلزام الغير بذلك كما كفى في إلزام الغير بالقياس.

فجواب ذلك، أن الظن الذي يصلح لإلزام الغير إنما هو الظن الذي قام الدليل الشرعي على اعتباره كما في القياس فقد أوجب الشارع العمل به، أما هذا الظن وأمثاله فلم يجئ عن الشارع دليل يدل على اعتباره؛ ولذا لم يكن ملزماً للغير، وذلك مثل الظن الحاصل بالتحري فإنه لا يلزم إلا صاحبه.

وقد ناقش الكمال بن الهمام هذا الرأي بأن اندفاع الأمر الطارئ المدعى ليس نتيجة للتمسك باستصحاب الحال الماضية حتى يقال إنه قد صلح حجة للدفع ولكن مرجعه إلى استمرار عدمه الأصلي الذي كان متيقناً من قبل ولم تقطع بوجود ما يرفعه، وإذن فعدم وراثته المفقود في أمواله منذ فقد إنما يرجع إلى أن ورثته كانوا قبل فقده غير مستحقين لشيء من أمواله فيستمر ذلك حتى يتحقق وجود المغير لهذا وهو وفاته فعلاً أو الحكم بموته، وعليه يكون عدم وراثتهم استمراراً لما كان من قبل...

وقد رتب على ذلك أن الاستصحاب لا يصلح حجة لا في الدفع ولا في الإثبات وأن هذا هو أرجح الأقوال.

ونحن نقول: ألا ينقض هذا أن عدم وراثتهم لأموال المفقود مشروط ببقاء حياته؟ بدليل أنهم يرثونه عند وفاته فإذا لوحظ هذا كان استمرار عدم وراثتهم مشروطاً أيضاً باستمرار بقاء حياته وذلك هو عين استصحابها، وبذا يظهر أن استصحابها كان حجة وعلّة لعدم ميراثهم وهذا ما رآه الحنفية.

ومما سبق يتضح أن الرأي في الاستصحاب ينتهي إلى قولين:

أولهما: عدم جواز الاحتجاج به وإليه ذهب كثير من الحنفية وامتكلمين كأبي الحسن البصري.

ثانيهما: جواز الاحتجاج به، وهذا القول ينشعب شعبتين في بيان مدى الاحتجاج به:

(أ) جواز الاحتجاج به مطلقاً وإليه ذهب الحنابلة والمالكية والظاهرية وكثير من الشافعية.

(ب) جواز الاحتجاج به في الدفع لا في الإثبات وإليه ذهب كثير من الحنفية وبخاصة المتأخرين منهم.

مناقشة هذه الآراء:

يتضح لنا مما سبق أن الخلاف في الاستصحاب يمكن حصره في نقطة واحدة: هي صلاحيته للاستدلال به ففريق يراه صالحاً وإنما يختلف في مدى صلاحيته، وفريق لا يراه صالحاً. ومرد الخلاف بينهم في هذا إلى التساؤل الآتي: هل الاستدلال به استدلال بغير دليل أم استدلال بدليل؟ وبعبارة أخرى: أيستند الاستصحاب إلى دليل من الأدلة المعتمدة فيكون الاستدلال به استدلالاً بذلك الدليل في الواقع أم لا يستند فيكون الاستدلال به استدلالاً بغير دليل؟

فمن منع الاستدلال به منعه لأنه يرى أنه لا يستند إلى دليل في جميع الأحوال، ومن يمنع الاستدلال به في بعض الحالات دون بعضها الآخر يرى أنه لا يستند إلى دليل في الحالات التي منع الاستدلال به فيها ومن يجوز الاستدلال به مطلقاً يرى أنه يستند إلى دليل في جميع أحواله.

وقد علمت أن الذين يمنعون الاستدلال به يحتجون بأن بقاء الشيء غير وجوده أو غير ثبوته فإذا لم يكن لدينا إلا دليل الثبوت كان استصحاب ذلك الشيء غير مستند إلى دليل وكان الاحتجاج به احتجاجاً بغير دليل.

وقد نقض هذا الدليل بما استدل به المجوزون للاحتجاج به فقيل: إن دليل البقاء موجود وهو الظن الراجح المترتب على الثبوت في الماضي؛ لأن ما قام الدليل على ثبوته في الماضي مظلون بقاؤه. ويؤيد ذلك الواقع المحسوس كما بينا فيما تقدم، ويكفي هذا بياناً للتلازم إذ ليس من الواجب أن يكون التلازم عقلياً بين الثبوت في الماضي وظن البقاء. ووجود هذا الظن كاف في إيجاب العمل بمقتضاه؛ لأن الظن دليل معتبر في الأحكام الشرعية. وبهذا ظهر بطلان قولهم إن بقاء الثابت أو استصحابه ليس له دليل.

وقد منع هذا التلازم أن بعض ما يوجد ليس له بقاء ولا استمرار كالحركات، والحكم بثبوته في الماضي لا يترتب عليه ظن بقاءه، كما تقدم بيانه، ولكن دفع هذا بأن ثبوت الشيء إنما يستلزم ظن بقاءه عادة إذا لم تأب طبيعته البقاء والاستمرار، وكان بقاؤه واستمراره بتجدد أمثاله. أما إذا كانت طبيعته تأبى البقاء كالحركات وما ماثلها فلا محل لاستصحابه ولا يكون له بقاء إلا إذا قام الدليل على بقاءه بتجدده واستمراره، وليست الأحكام الشرعية ولا الأوصاف التي تبنى عليها من الأمور التي تأبى طبيعتها البقاء، على أنه إذا فرض وكانت منها في بعض الحالات فلا يجوز اتخاذ الاستصحاب دليلاً فيها.

وكذلك استند الحنفية في منع الاستدلال به على إثبات ما لم يكن إلى أن الظن الذي يستند إليه الاستصحاب لا يصلح حجة ملزمة كما تقدم، وقد ردّ هذا بأن مناط صلاحية الظن لإثبات الأحكام الشرعية أن يكون ظناً مؤدياً إلى ثبوت حكم شرعي مباشرة أي أن يكون دليلاً على وجود حكم شرعي مباشرة، إذ أن أساس المطالبة بالأحكام الشرعية هو ظن وجودها، والاستصحاب إذا كان بهذه المثابة كان دليلاً شرعياً معتبراً وقد قام الدليل على اعتباره، وذلك لإجماع الفقهاء على جواز صلاة من تطهر ثم شك في زوال طهارته إذ لم تجز صلاته في هذه الحال إلا بسبب استصحاب طهارته أو بعبارة أخرى بسبب ظن بقاء طهارته وأن الشك لا يرفع اليقين فكان الإجماع على هذا الحكم دليلاً على اعتبار هذا الظن وعده من الظنون المعتمدة في إثبات الأحكام الشرعية ولزم ذلك أن يكون الاستصحاب كالمقياس حجة يستدل بها دفعاً

وإثباتاً وحجة في إلزام الغير به، وعلى الغير حينئذٍ -إذا ما نازع- أن يقيم الدليل على حدوث المغير. ثم إذا صح الاستدلال به في نفي الطارئ ودفعه، فلماذا لا يصح أن يستدل به على إثبات ما لم يكن وأن يستدل به على الغير لأن التفرقة بين الحالين ليس لها مبرر.

ومن هذا كله يظهر أن أرجح الآراء هو الرأي الذي يقضي بجواز الاستدلال في جميع الأحوال وإلى هذا مال الأمدى.

ما يستصحب من الأحكام:

إذا ثبت الحكم في الماضي بنص من كتاب أو سنة، فالرأي في استصحابه هو ما سبق بيانه.

وإذا ثبت بقياس لم يكن محلاً للاستصحاب لأنه يتبع حكم الأصل، فإذا كان حكم الأصل باقياً مستمراً بناءً على دليل كان القياس قائماً دالاً على حكم الفرع في الماضي والحال، فلم يكن محل للاستصحاب. وإذا لم يكن باقياً لم يكن محلاً لتعديته إلى الفرع فانتهى القياس وانتهى الحكم بانتفائه.

وإذا كان ثابتاً بالإجماع فتحت ذلك صورتان:

إحدهما: ألا تتغير حال المجمع عليه وعندئذٍ يكون الحكم باقياً قائماً بالإجماع.

ثانيتهما: أن تتغير حال المجمع عليه بتغير صفة من صفاته، وفي هذه الحال يرى فريق من الفقهاء استصحاب الحكم المجمع عليه حتى يقوم دليل من الشارع على أنه قد جعل ذلك الوصف الحادث مغيراً للحكم، كما جعل دبع جلد الميتة مغيراً لحكم نجاسته، وكما جعل تحليل الخمر مغيراً لحكم تحريمها ومثبتاً لضده؛ لأن مجرد النزاع في الحكم بعد ثبوت الإجماع عليه لا يوجب سقوطه، وإلى هذا ذهب أبو ثور وداود والمزني والصيرفي وغيرهم.

وذهب فريق آخر إلى عدم جواز استصحابه محتجاً بأن الإجماع عليه إنما كان قبل تغير محله، أما بعد التغير فلا إجماع، فإذا تيمم المحدث فصلى ثم رأى الماء في

صلاته فإنها أجمع المجتهدون على صحة صلاته قبل أن يرى الماء، أما بعد رؤيته الماء فلا إجماع، وإذن لا يصح استصحاب صحة صلاته إلى ما بعد رؤيته الماء لأنه وقت قد انتفى فيه دليل ثبوتها وإلى هذا ذهب الشافعي.

ورد هذا الدليل بأنه لا يلزم من انتفاء الإجماع انتفاء الحكم المجمع عليه. لأن الحكم المجمع عليه إنما يستند في الواقع إلى دليل آخر من كتاب أو سنة مثلاً، وما كان الإجماع إلا أمارة على وجود الحكم لا على ثبوته، ولا يلزم من انتفاء علامة الوجود انتفاء الوجود نفسه؛ لأنه يبقى حينئذ بقاء دليله؛ ولذا كان الرأي الأول أرجح لأن المتمسك بالاستصحاب حينئذ باق على الأصل فلا يتجاوز به إلى غيره إلا بدليل يدل عليه.

منزلة الاستصحاب بين الأدلة:

الاستصحاب دليل ظني كما عرفت وهو في المرتبة بعد النص والإجماع والقياس أما النص والإجماع فلأن النص إذا جاء معارضاً له كان مغيراً للحكم المستصحب وشرط الاستصحاب عدم وجود الدليل المغير وكذلك الحال في الإجماع من طريق أولى لأن الإجماع قطعي والقطع مقدم على الظن.

وأما القياس فلأنه يستند إلى أصل منصوص على حكمه أو مجمع عليه. فإذا كان دليل الأصل دالاً على بقاء حكمه كان هذا الدليل قائماً وقت الاستصحاب وكان القياس على الأصل مقدماً على الاستصحاب لأن ما دل على بقاءه نص أقوى مما لم يدل على بقاءه.

وإذا كان الدليل الأصلي غير دال على بقاء الحكم كان هذا الحكم أيضاً بالاستصحاب، وعندئذ يكون التعارض بين دليلين ظنيين في مستوى واحد فيتبع في ترجيح أحدهما على الآخر قواعد الترجيح التي نص عليها علماء الأصول.

ومما ينبغي ملاحظته أن أهل الظاهر ينفون القياس ويعملون بالاستصحاب وعليه جل اعتمادهم في كثير من المسائل.

بعض المسائل التي بنيت عليه:

(١) إذا ادعى شخص على آخر أنه مدين له بهال فأنكر ثم صالحه على مال يدفعه إليه لم يجز هذا الصلح عند الشافعية وجاز عند الحنفية.

وجه قول الشافعية أن ذمة المدعى عليه بريئة من الأصل واستصحاب هذه البراءة مبطل لدعوى المدعي إلى أن يقوم الدليل على شغلها بالدين، فكان أخذه المال المصالح عليه مع بطلان دعواه أكلاً له بالباطل وهو حرام.

وجه قول الحنفية أن استصحاب براءة الذمة لا يصلح حجة لإلزام المدعي ببطلان دعواه، فإذا أخذ المال أخذه في مقابلة ما يدعي من حق فلم يكن أكلاً له بالباطل والمدعى عليه قد أعطاه اقتداء لما وجب عليه من يمين وقطعاً للنزاع فصح لذلك الصلح.

(٢) إذا فقد إنسان ثم توفي بعد فقده وقبل الحكم بموته توفي أبوه مثلاً قال الشافعية يرث المفقود أباه استصحاباً لحياته ولا يلتفت لنزاع غيره من الورثة؛ لأن الاستصحاب حجة على الغير، وقال الحنفية لا يرثه لأن استصحاب حياته لا يصلح مثبتاً لأمر لم يكن وهو ميراثه من أبيه. واتفقوا على أن ورثة المفقود لا يرثون ماله عند فقده ولا يرثونه إلا من وقت الحكم بموته لأن استصحاب حياته يصلح عندهم جميعاً حجة دامغة لما يدعيه ورثته من ميراث فتبقى الحال على ما كانت عليه حتى يحدث المغير وهو الحكم بموته.

(٣) إذا رميت صيداً فبعثت عليه غريقاً لم يحل لك أكله اتفاقاً استصحاباً لحرمة أكله قبل صيده، والاستصحاب يصلح حجة في إبقاء ما كان على ما كان حتى يثبت المغير اتفاقاً وهو أنه إنما مات برميك لا غرقاً.

(٤) إذا وجدت ماء حل لك أن تتوضأ منه اتفاقاً استصحاباً لطهارته لأن الاستصحاب يصلح حجة في بقائها حتى يثبت أنه قد تنجس.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث السادس
الشفعة

رَفَعُ
عبد الرحمن العجدي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

الشفعة

معنى الشفعة:

الشفعة مأخوذة من الشَّفَع وهو ضم شيء إلى مثله ليصير المجموع شفعًا بعد أن كان كل منهما وترًا، ومنه اشتق لفظ الشفاعة الدال على الانضمام إلى آخر طلبًا لنصرتة والعمو عنه. قال تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا﴾ [النساء: ٨٥] أي من انضم إلى غيره معاونة له في خير أو شر كان له من ذلك حظه، ومن هذا سمي طلب الإنسان لمبيع يشتره غيره شفعة لأنه يضمه إلى ما يملك فصار به شفعًا.

وقد نقل الخطاب في مواهب الجليل عن ابن رشد من مقدماته: أن الأصل في تسمية هذا الحق شفعة أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطًا أو منزلًا أو شقصًا من حائط أو منزل أتاه جاره أو شريكه فشفع له في أن يوليه^(١) إياه ليتصل الملك أو يندفع عنه الضرر حين يُشفعه فيه، فسمي لذلك شفعة^(٢).

ونقل ابن منظور في لسان العرب عن القتيبي أنه قال في تفسير الشفعة: «كان الرجل في الجاهلية إذا أراد أن يبيع منزله أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه، فسميت شفعة وسمي طالبها شفيعًا»^(٣)، ومن هذا يظهر أن الشفيع في الجاهلية كان يتوجه بطلبه إلى المشتري إذا ما كان بعد تمام البيع، ويتوجه إلى المالك إذا ما علم أنه راغب في بيع ملكه أو قد عرضه للبيع.

ولا يختلف المعنى الشرعي في مآله ونتيجته عن المعنى اللغوي إلا الاختلاف الذي يكون بين الخاص والعام: فالشفعة في لسان الفقهاء حتى أخذها المبيع من مشتره بما قام عليه رضي بذلك أم لم يرض، وتطلق أيضًا عندهم على المال المطلوب بالشفعة. ونراهم يستعملون شفيع بمعنى طلب الشفعة - وإن قال صاحب الصحاح إنه لا

(١) التولية في البيع أن يملك الإنسان من المالك بمثل ما ملك.

(٢) شرح مواهب الجليل للخطاب ج ٥ ص ٣١٠.

(٣) لسان العرب ج ١٠ ص ٥٠.

يعرف لهذا المعنى فعل - لأن ابن منظور استعمله فيما يقارب هذا المعنى: والشفيع عندهم صاحب الشفعة وجمعه شفعاء، والمشفوع أو المشفوع فيه هو المال المطلوب، والمشفوع به هو المال الذي ضم إليه المشفوع فيه بحق الشفعة، والمشفوع عليه من أخذ منه المال.

مما ذكرنا يتبين أن شريعة الشفعة كانت معروفة عند العرب قبل الإسلام وإن كانت معرفتهم لها على وضع أولي بسيط تقتضيه طبيعة الاجتماع وتدعو إليه الرغبة في السعة والسكينة ويعتمد على المروءة، وكان لا يصل الطلب فيها إلى درجة الإلزام، ولا ينزل إلى درك العدوان، وإجابته من المعروف. وقد جاء الإسلام فأقر هذا العرف وهذبه وجعله شريعة ملزمة في حدود رسمها لتكون مستقيمة صالحة تسد الحاجة وتفي بالغرض وتحقق المصلحة ولا ينجم عنها ضرر.

دليل شرعيتها:

شرعت السنة الشفعة فصارت شريعة إسلامية لها طابعها ونظامها الخاص الذي يختلف كثيرًا عما كان معروفًا من نظم تشبهها جاءت بها الشرائع التي سبقتها كالشريعة اليهودية والقانون الروماني الذي يجعل للمالك الأرض المستحكرة الأولوية في تملك حق الحكر إذا ما باعه صاحبه، وكذا القانون الفرنسي الذي يعطي الوارث حق استرداد ما يبيعه أحد الورثة من تركة مورثهم، وأما ما شرعه القانون الأسباني من إعطاء الشريك حق استرداد ما يبيعه شركاؤه من المال المشترك لأجنبي عن الشركة، وإعطاء الجار حق استرداد ما يبيعه جاره من عقار ملاصق لعقاره إذا كانت مساحة المبيع لا تزيد على هكتار واحد، فقد يبدو لي أنه مستمد من الشريعة الإسلامية وما تركته من عرف وعادات في بلاد الأندلس في عهدها الإسلامي^(١).

ومن المفهوم أن ما تضمنته قوانين البلاد الإسلامية كمصر ومراكش وتونس والجزائر وغيرها من تشريعات خاصة بالشفعة قد استمد معظمه من الشريعة الإسلامية، أما ما خولفت فيه الشريعة الغراء فإنه يرجع إلى مراعاة مصلحة الأجانب

(١) راجع ج ٣ من شرح القانون المدني الجديد لكامل مرسي ص ٢٤٨.

المتسلطين على بعض هذه البلاد، وقد يرجع إلى إرادة تحقيق التناسق والملاءمة بين بعض أحكام الشفعة وغيرها من الشرائع الأجنبية المعمول بها في تلك البلاد.. وقد يكون هذا الخلاف في بعض الأحيان أثرًا لتقليد أو لعرف متبع فيها.

وقد بينت السنة هذا الحق وصاحبه كما بينت ما ثبت فيه من أموال: فوردت أحاديث تدل على إعطاء هذا الحق للشريك، وأخرى تدل على إعطائه كذلك للجار، كما رويت أحاديث تفيد أنه مختص بالعقار وأخرى تبين أنه يثبت في كل مبيع مشترك عقارًا كان أو منقولاً.. ومن القصد في القول أن نكتفي من الأحاديث بما ترى فيه الكفاية في إثبات ما تريد بيانه.

فمن الأحاديث الدالة على ثبوت هذا الحق للشريك ما روي عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(١).. رواه أحمد والبخاري.

وفي لفظ: إنما جعل النبي ﷺ الشفعة فيما لم يقسم.. إلى آخر الحديث^(٢). وفي لفظ: قال الرسول ﷺ: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٣). وفي رواية.. إنما جعل الرسول ﷺ الشفعة في كل مال لم يقسم.. إلى آخر الحديث.

وعن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به^(٤)...

وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدور والأرضين ما لم تقسم فإذا قسمت وافتقرت فيها الحدود فلا شفعة فيها.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال الرسول ﷺ: «إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة»^(٥).. وعنه أيضًا.. «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة».

(١) صرفت من التصريف وهو البيان، أي بينت وحددت للمتقاسمين. والحديث رواه البخاري.

(٢) رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه.

(٣) رواه الترمذي وصححه.

(٤) رواه مسلم والنسائي وأبو داود.

(٥) رواه أبو داود.

ومن الأحاديث الدالة على ثبوتها للجار ما رواه ابن جندب أن النبي -عليه الصلاة والسلام- قال: «جار الدار أحق بالدار من غيره»^(١).

وعن الشريد بن سويد قال: قلت يا رسول الله أُرْضِي لِيَسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شَرِكٌ وَلَا قِسْمَ إِلَّا الْجَوَارِ، فَقَالَ: «الجار أحق بسقبه»^(٢) ما كان»^(٣).

وعن عمرو بن الشريد قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة ثم جاء أبو رافع مولى النبي فقال: يا سعد ابتع مني بيتي في دارك فقال سعد: والله ما أبتاعها. فقال المسور: والله لتبتاعنها فقال سعد: والله ما أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو قال مقطعة. قال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبه ما أعطيتها بأربعة آلاف وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاه إياها»^(٤).

وعن جابر بن عبد الله قال: قال النبي ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا»^(٥).

حكمة شرعها:

الحكمة في شرعها أنها وسيلة لدفع ما في الشركة من ضرر اختلاف الشركاء وتزاحمهم وتعارض أهوائهم وتنافر رغباتهم وبعي بعضهم على بعض فكانت كالقسمة تنتهي بالمال المشترك أخيرًا إلى أن ينفرد به أحدهم فيكون له فيه سعة وفسحة ويتم له في استغلاله والانتفاع به أعظم مكنة، فإن لم يتحقق بها الانفراد ضعف بها التزاحم وقل التنازع، كما أنها تقي الشفيع ما قد يتوقع من ضرر يصيبه إما بسبب مشاركته لشخص لا تؤمن عواقبه وإما بسبب مجاورته له فقد يكون ذلك الشخص الدخيل غليظ الطبع سيئ الخلق سيء المعاشرة بين الأثرة، لا يرعى لجاره أو لشريكه حرمة، ولا يعرف

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه.

(٢) السقب: الشفعة كما فسر في بعض الروايات وأصل معناه القرب.

(٣) رواه أحمد وابن ماجه.

(٤) رواه البخاري.

(٥) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي.

له حقًا، ولا يلحظ له وجودًا، يؤلمه بأفعاله ونظراته، ويسوؤه بأقواله وصياحه، وفي البعد عنه رحمة وفي الخلاص من شروره نعمة، والضرر يجب أن يرفع، ولهذا الغرض سنت الأحكام، وشرعت الشرائع، وبخاصة إذا ما كان الضرر سيصيب الجار الذي يستحق الإكرام لقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره»، ومن وسائل إكرامه دفع الأذى عنه، وتفضيله في البيع على غيره.

لهذا كان شرع الشفعة متفقًا مع الأصول العامة للشريعة، مطابقًا لروحها، محققًا لأغراضها، وإن جاء على خلاف ما جعل للملكية من آثار، وما وضع للعقود من أحكام، وما رتب عليها من نتائج، وعارض ما للمالك من حق في اختيار من يملكه، وبني الإبقاء على ملكه إذا ما ملكه، فلا يؤخذ منه إلا عن رضا وطيب نفس؛ لأنه استثناء دعت إليه المصلحة كما علمت، فإن أصاب البائع أو المشتري في ذلك بعض الضرر ففي سبيل رفع ضرر أعظم، ومع ذلك فقد توافر للبائع ما يبغى من ثمن، وسيان لديه أن يأخذه من زيد أو من خالد ما دام أنه كان راغبًا في البيع والتخلي عن ملكه بهذا الثمن، وقد كان المشتري في غنية عما اشتراه قبل إقدامه على الشراء، وقد وجد من هو أحق منه بالمبيع ومن في صرف الصفقة عنه إلى غيره ظلم نهي عنه الشارع فقدم عليه لذلك دفعًا للضرر، والضرر يدفع بها هو أقل منه. وعلى هذه الأسس قامت الشرائع وسنت الأحكام.

من له حق الشفعة:

ليس في ثبوت حق الشفعة للشريك في العقار^(١) خلاف بين الفقهاء إلا ما رواه ابن قدامة في مغنيه^(٢) من خلاف نسبه لأبي بكر الأصم^(٣)، ويدل عليه كثير من الآثار الصحيحة.

(١) يرى الشافعية والحنابلة أنها لا تثبت إلا في عقار يحتل القسمة لافيها لا يقبل القسمة وهو رأي لبعض المالكية مستدلين بأن الرسول ﷺ قد جعل القسمة غاية لها في العقار المشترك ولا يكون غاية إلا فيا يقبلها.

(٢) المغني: هو لأبي محمد عبد الله بن أحمد الحنبلي ابن قدامة.

(٣) أبو بكر الأصم هو محمد بن الحسن الأصم توفي سنة ٣٢٠ هـ كما في تاريخ بنداد ج ٢ ص ١٩٣.

أما ثبوتها للشريك في المنقول فمحل خلاف:

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى عدم ثبوتها في المنقول، وذهب أهل الظاهر إلى ثبوتها فيه وهو قول عطاء وجابر بن عبد الله وفقهاء مكة ورواية عن أحمد وينسب كذلك إلى ابن عباس، ويستدلون بما روينا من قبل وبغيره.

فحديث جابر الذي ذكرناه يقضي بالشفعة في كل ما لم يقسم أو في كل مال لم يقسم وذلك يتناول بعمومه العقار والمنقول.

ويروون كذلك عن ابن عباس خلاف ما روينا: الشريك شفيح والشفعة في كل شيء. ويروون: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء: الأرض والدار والجارية والخدم... ويروون كذلك من طريق ابن جريج عن جابر بن عبد الله قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء... وغير ذلك من الأحاديث المتعددة.

ويقولون: إن ثبوت الشفعة إن كان بطريق السنة فقد روي منها ما يدل على ثبوتها في المنقول ولم يرد ما يدل على عدمها فيه، وليس يدل على عدمها قول الرسول ﷺ: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»؛ لأن المراد أن الشفعة ثابتة في كل مال لم يقسم إذا وقعت الحدود فيما يتأتى فيه ذلك وهو العقار فلا شفعة. وإن كان ثبوتها بطريق النظر ورفع الضرر فالضرر كما يوجد ويتوقع في العقار يوجد ويتوقع في المنقول، وقد يكون في بعض أنواع من المنقول أشد كالسفن والآلات ونحو ذلك، وضرر الدخيل عند الشركة فيه كضرره عند الشركة في العقار^(١).

وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك فقال مالك والشافعي وأحمد: لا تثبت الشفعة لغير الشريك في العقار، وهو قول علي وعمر وعثمان وسعيد بن المسيب وسلمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وربيعة والأوزاعي وإسحاق وعبيد الله بن الحسن وهو مذهب الإمامية الإثني عشرية، وحجتهم في ذلك ما روينا سابقاً من قوله ﷺ: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، وما جاء بمعناه مما روينا. ويضيفون إلى ذلك ما روي عن أبي هريرة من طريق عطاء: «لا شفعة إلا في دار أو عقار». وما رواه

(١) راجع أعلام الموقعين جزء ٢ ص ٢٤٧ وما بعدها، والمحلي لابن حزم جزء ٩ ص ٨٢ وما بعدها.

الجزار في مسنده عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال: «لا شفعة إلا في ريع أو حائط».

فكل ذلك يدل صراحة على عدم ثبوت الشفعة في المنقول وعلى أنها لا تثبت أيضاً في العقار بعد قسمته وذلك دليل عدم ثبوتها للجار لأن القسمة تجعل الشركاء فيه جيراناً فإذا انتفت الشفعة بالقسمة لم تثبت للجيران إذ لو ثبتت لهم لكان بعد بيان الحدود وتصريف الطرق شفعة، وذلك ما ينفيه الحديث.

غير أن الشافعي لا يثبتها إلا فيما يقبل القسمة من العقار لأن الشارع جعل القسمة غاية لثبوتها.. ألا ترى أنه أثبتتها فيما لم يقسم فإذا قسم انتفت. ولا يصح أن يقال ذلك إلا في عقار يقبل القسمة، أما ما لا يقبلها فلا يصح أن يقال فيه إن الشفعة تثبت فيه إلى أن يقسم، ويرى لذلك أنها إنما شرعت لدفع ضرر القسمة وما يترتب عليها إذا وقعت من قسمة المرافق وعدم كفايتها عند ذلك، فجعل للشريك أن يرفع ذلك الضرر عن نفسه بأخذه الحصة المبيعة واختصاصه بالعقار^(١). وهذا رأي لبعض المالكية كما في منح الجليل للشيخ عlish.

وفي رأيي أن الشفعة إذا ثبتت فيما يقبل القسمة خشية الضيق في المرافق بعد القسمة فثبوتها فيما لا يقبلها أحق؛ لأن الشأن فيه عادة أن تكون مرافقه ضيقة لا تتسع لمصالح جميع الشركاء دفعة واحدة.

أما المالكية فلا يشترطون في ثبوتها في العقار قبوله للقسمة بل يرون ثبوتها في جميع أنواعه قبل القسمة أو لم يقبل، وهو يتناول عندهم الأرض والبناء والشجر، وقد ألحقوا به الثمر على الشجر فأثبتوها في الأثمار المشتركة إذا بقيت أصولها بعد جنيها وإن بيعت مفردة عن أصولها^(٢).

كما أثبتوها في الأثمار المشتركة إذا بيعت حصة منها، فجعلوا للشركاء فيها حق أخذها بالشفعة كما جعلوا لصاحب الأرض الحق في أن يأخذها دفعا للضرر عن نفسه وجعلوه لذلك أولى من بقية الشركاء.

(١) نهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٩٥، ١٩٦.

(٢) راجع منح الجليل ج ٣ ص ٥٩٢.

ولعمري ما الذي منعهم من إثباتها في المنقول عامة بعد أن أثبتوها في الثمر على الشجر إذا بيع وحده؟!)

وذهب أحمد في رواية عنه إلى أنها تثبت في العقار مطلقاً قبل القسمة أم لم يقبل^(١) واختارها ابن عقيل.

وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وابن أبي ليل وابن سيرين إلى أنها تثبت للجار كما تثبت للشريك وهو رأي لعلي في رواية أخرى وقول العترة والزيدية ورواية عن أحمد واختارها بعض الحنابلة إذا كان الجار شريكاً في الطريق كما في كتاب الفروع، كما ذهبوا إلى أنها تثبت للشريك في الحق الخاص وهو الشريك في الشرب الخاص أو الطريق الخاص أو المسيل الخاص على خلاف بينهم في تفصيل ذلك.

وحجتهم ما روينا من الأحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار وهي روايات تعددت طرقها وصحت أسانيدھا على ما حققه رجال الحديث^(٢) وبها تقوم الحجة على من خالف ذلك، وقد نقل عن الشافعي وغيره أنه قال: إذا صح الحديث فهو مذهبي، فما أحرى بحد ثبوت صحة هذه الأحاديث أن يكون ثبوت الشفعة للجار مذهب الجميع، وعليه فلست أرى حاجة إلى بيان ما ذكره بعض المخالفين من تأويل في أحاديث ثبوت الشفعة للجار، فقد ذهبوا فيها مذاهب لا تخلو من التعسف وحمل اللفظ على ما يابأه، وإنما يجدر بنا أن نعرض لما يظهر من تعارض بين ما جاء دالاً على ثبوت الشفعة للجار من الروايات وما جاء منها دالاً على ثبوتها للشريك فقط ما دامت الشركة. وخير ما قيل في دفع هذا التعارض أن الشفعة نوعان: شفعة في المال المشترك بسبب الشركة، وشفعة في العقارات المتجاورة بسبب الجوار وقد ورد في كل من النوعين آثار خاصة به، فإذا قال الراوي: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مال لم يقسم، أو قضى بالشفعة فيما لم يقسم، فإنما يتحدث عن الشفعة الخاصة

(١) راجع الفروع ج٢ ص ٨٢٣.

(٢) راجع شرح ابن حجر على البخاري والنووي على مسلم ونبيل الأوطار للشوكاني والسنن الكبرى للبيهقي والجواهر النقي لابن التركماني والروض النضير للحسين بن أحمد الصنعاني في كتب الشفعة.

بالمال المشترك ويريد أن يثبتها ما دامت الشركة قائمة، فإذا انتهت الشركة بقسمة المال وأقيمت الحدود وبينت الطرق فقد انتهى هذا النوع من الشفعة في ذلك المال وهو شفعة الشركة، فلا يجوز أن يطالب بالشفعة من كان شريكاً بالأمس إذا ما بيع قسم من أقسام هذا المال، بناء على أنه كان شريكاً في أصله. وهذا لا ينفى أن يكون له الحق في الطلب بنوع آخر من الشفعة إذا ما تحقق سببه وهو شفعة الجار، وذلك عندما يكون هذا الطالب جازاً للقسم المبيع، فإن أرباب هذه الأقسام التي انقسم إليها المال المشترك قد كان لهم جميعاً حق الشفعة قبل القسمة بسبب الشركة، فإذا ما حدثت القسمة انتهى هذا الحق بالنسبة إليهم جميعاً، وثبت حق آخر لمن يكون جازاً منهم للمبيع وهو الشفعة بسبب الجوار، وعلى ذلك يكون معنى قوله: إنما جعل رسول الله الشفعة فيما لم يقسم: إنما جعل الشفعة بسبب الشركة، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة بناءً على هذا الاشتراك، وهذا لا ينفى ثبوت الشفعة بناءً على الجوار عندما يتحقق سببها. وبهذا البيان يرتفع التعارض الذي أشرنا إليه. وأما ما أشرنا إليه من الروايات الدالة على قصر الشفعة على العقار ففي أسانيدنا مقال ولا تنهض دافعة لغيرها من الأحاديث الدالة على ثبوتها في المنقول المشترك.

وإذا لوحظ أن أصحاب الرسول ﷺ إنما كانوا يفتون حين يسألون عن الحوادث الواقعة التي تتطلب جواباً، وجدنا أن جوابهم يكون على وفق سؤالهم، فإذا سئلوا عن الشفعة بين الشركاء تحدثوا عنها فقط فرووا فيها ما يعلمون، ولم يكن لهم داعية إلى الحديث عن شفعة الجوار، وحين تحدثوا عن شفعة الجوار كان سؤالهم عنها فرووا فيها ما يعلمون دون أن يكون هناك داعية لذكر الشفعة بين الشركاء. ويدل على هذا ما روي عن جابر بطرق صحيحة. فقد روي عنه أنه قال: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم (الحديث) وروي عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره» (الحديث) ففي الأول روى ما يتعلق بشفعة الشركاء حين سئل عنها، وفي الثاني روى ما يتعلق بشفعة الجار حين سئل عنها.

وقد ذهب الحنفية إلى أن الشفعة تثبت للشريك في الحق الخاص على الترتيب الآتي: الشريك في الشرب الخاص، فالشريك في الطريق الخاص، فالشريك في المسيل

الخاص، وجعلوا الشريك في الحق الخاص بجميع مراتبه في منزلة أعلى من منزلة الجار وأحطّ من منزلة الشريك.

فأما إثباتها للشريك في الحق الخاص عندهم فيؤيدهم في ذلك على الجملة حديث جابر في الجار إذ أنه يقضي بثبوت الشفعة له عندما يكون طريقه وطريق جاره واحداً، وتلك رواية عن أحمد كما في الفروع، ومن الجائز أن يتخذ هذا أصلاً لثبوتها للشريك في الشرب، والشريك في المسيل؛ لاشتراك الجميع في علة الحكم وهي الشركة في حق خاص على وجه يستوجب الضرر إذا ما استبدل شريك بشريك. غير أن صاحب الهداية لم يسلك هذا الطريق في الاستدلال بل استدلل بحديث رواه: «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع»، فجعله دليلاً على ثبوت الشفعة للشريك في الحق الخاص. وقال: إن المراد من الشريك الشريك في العقار، ومن الخليط الشريك في الحق الخاص، ومن الشفيع الجار. وإن المعنى أن كلاً منهم أولى ممن بعده في الشفعة. وجه هذا التفسير أن الحديث قد جمع بين ثلاثة أسماء لمسميات قدم بعضها على بعض فلزم أن تكون المسميات متعددة مختلفة، ففسر الشريك بالشريك في العقار لأنه في المنزلة الأولى التي تتناسب مع الشريك في العقار لأنه أقوى اتصالاً من غيره، وفسر الخليط بالشريك في الحق الخاص لأنه يليه في المنزلة وقوة الاتصال، وفسر الشفيع بالجار لأنه أضعف الثلاثة اتصالاً، وقد جعل في المنزلة الثالثة. غير أن الحديث ليس فيه ذكر للشفعة، وقد تكون الأولوية في غير حق الشفعة كحق الرعاية وحق حسن المعاملة، ثم في تسمية الجار بالشفيع دون غيره خفاء إذا ما كان المراد الأولوية في الشفعة، إذ الأولى بهذه التسمية عندئذٍ أولاهم في هذا الحق، وهو الشريك في العقار. وقد ذكر ابن الجوزي أن هذا الحديث لا يعرف وأن المعروف في هذا المعنى ما روي عن الشعبي أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب». وليس في هذا ما يدل على ما ذهب إليه الحنفية. ومن هذا يتبين أنه ليس للحنفية دليل سليم على هذا الرأي. اللهم إلا أن يكون النظر. فلننظر عندئذٍ ما الأصل فيه^(١).

(١) راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٦.

وفي رأبي أن شريعة الشفعة شريعة معقولة المعنى، وفي مثلها يصح الاحتجاج بالقياس، ويدل على ذلك أنها كانت معروفة عند العرب على الوضع الذي بيناه وأن الإسلام حين جاء أقرها وكملها وحد لها من الحدود ما يحقق الغرض منها وأنها في جملتها فكرة عرفتها بعض الشرائع السابقة؛ ولذا نرى أن المالكية قد ذهبوا فيها مذهباً لم يذهب إليه غيرهم فجعلوها للشركاء في العقار دون ترتيب إذا ما كانوا في درجة واحدة، وذلك عندما يكون كل شريك أصلاً في الشركة ليس خلفاً فيها عن غيره، أما إذا كان بعضهم خلفاً في شركته عن غيره دون بعض فلا تكون لهم على السواء، بل يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار، ويظهر ذلك في الورثة، فإذا كانت دار مشتركة بين اثنين فمات أحدهم عن جدتين وزوجتين وشقيقتين فباعت إحدى هؤلاء حظها من الدار كانت الشفعة أولاً لشريكتها في السهم دون بقية الورثة والشريك الأجنبي، فتكون الجدة أولى بما تباع صاحبته لاشتراكها في السدس وهكذا، فإذا رغبت عنها كانت الشفعة لبقية الورثة على قدر سهامهم دون الشريك الأجنبي، فإذا رغبوا عنها جميعاً، كانت للشريك الأجنبي^(١).

ولا شك أن مرجع هذا التمييز مراعاة المصلحة واختيار ما يدعو إليه النظر؛ ولذا لم يتقيد الشارع المصري حين أخذ الشفعة عن الشريعة بما ذهب إليه الفقهاء من أحكام بل خالفهم في بعض مسائلها ثم لم يتقيد بما كان قد سنه عند وضعه للقانون المدني القديم، بل عدل عن بعض أحكامه عند وضعه للقانون المدني الجديد فسوّى أحكاماً أخرى على ضوء ما حدث من تجربة وما أظهره العمل بالقانون المدني القديم وما أشير إليه من آراء عند عرض الخصومات، وقد استقر رأيه على أن جعل حق الشفعة لمن يأتي على ترتيبهم الآتي:

١ - المالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه وهو رأي لم يذهب إليه الأئمة الأربعة وإن كان لا يبعد عما ذهب إليه بعض الحنابلة من ثبوت الشفعة لمكثر اكترى نصف حانوت من مالكة ثم أجر مالكة نصفه الثاني لآخر إذ جعلوا للمكتري الأول حق أخذ هذا النصف كراءً بالشفعة من المكتري الثاني دفعاً للضرر عنه كما في كتاب الفروع.

(١) راجع منح الجليل للشيخ عيش ج ٣ ص ٦١٠.

٢- للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي وهذا محل اتفاق بين العلماء.

٣- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملبسة لهذا الحق أو بعضها، وهذا الرأي لم أجده لفقيه ولكنه لا يبعد عما ذهب إليه محمد بن الحسن من إثبات الشفعة لصاحب حق التعلّي فيما هو أسفل منه وإن لم يكن له بناء قائم وقت بيع الأسفل.

٤- مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة. وقد شرع هذا للتضاء على الأحكار في حين أنه متسق مع إثبات الشفعة في حقوق الانتفاع. ولا يرى الحنفية الذين يقولون بالحكر جواز بيعه كما لا يرون أن بيع العين المستحركة لغير المحتكر نافذ؛ ولذا لا يتصور أن يكون لحق الشفعة محل في هذا عندهم؛ ولذا كان إثبات الشفعة في هذه المسألة مبنياً على ما ذهب إليه القانون من جواز البيع في حق الحكر والأرض المستحكرة.

٥- للجار في الأحوال الآتية دون غيرها وعلى الترتيب الآتي بين الجيران:

(أ) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأرض المعدة للبناء سواء أكان الجوار من جانب أو من جانبيين. لا يتفاضل الجيران عند تعددهم بتفاضلهم في طول مسافة التلاصق، وهذا هو مذهب الحنفية، ولكنهم يتفاضلون بتفاضلهم في مقدار مساحة الأرض المجاورة، وهذا هو مذهب الزيدية.

(ب) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار أو كان حق الارتفاع لأرض الجار على الأرض المبيعة، وهذا في الواقع ينتهي إلى اشتراك العقارين في حق ارتفاع خاص. وهذا خاص بالأراضي الزراعية إذ يكفي - كما تقدم - مطلق الجوار في أراضي البناء، واشتراط الاشتراك في الحق مع الجوار يتفق مع رأي فقهاء الحديث من البصريين إذ رأوا أن الجوار لا يكون سبباً لثبوت الشفعة إلا إذا كان العقاران مشتركين في حق من حقوق الأملاك الخاصة كطريق أو ماء أو نحو ذلك، فإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة فلا شفعة.

وهذا ما نص عليه أحمد في رواية أبي طالب حين سأله عن الشفعة لمن هي؟ فقال للجار إذا كان طريقهما واحداً، وهو قول عمر بن عبد العزيز وسنده حديث جابر الذي رويناه قبل في ثبوت الشفعة للجار^(١). وهذا يخالف مذهب الحنفية وفقهاء الكوفة الذين يثبتون الشفعة للجار وإن لم يكن شريكاً في حق خاص، ويجعلون الشريك في الحق الخاص مقدماً في الشفعة على الجار وإن لم يكن الشريك جازاً.

ومن هذا يظهر أن الشارع المصري لم يجعل للارتفاق في أراضي البناء ولا في المباني اعتباراً، ولعل ذلك يرجع إلى أن تطور الأحوال الاجتماعية في المدن والقرى على العموم قد قلل من أهمية حقوق الارتفاق فيها بسبب ما شباع بين الجيران من ضروب التساهل إلى درجة لم تجعل هذه الحقوق في كثير من الأحوال مثار نزاع أو مصدر خصام؛ ولذا لم يعرها الشارع المصري التفاتاً خاصاً، وإنما خصها بذلك حيث تكون مثاراً لضروب شتى من المنازعة والمخاصمة وذلك في الأراضي الزراعية. وهذه الفكرة على ما لها من أساس محل نقد إذ ليس من العدالة أن تسوي في المباني بين جار عليه حق ارتفاق للعقار، وجار ليس على عقاره ذلك الحق، فإن حاجة الأول إلى تخليص مبناه مما يتحمله من الحقوق بينة واضحة، وذلك قدر لا يشترك معه فيه الجار الآخر الذي يشركه القانون معه في الشفعة، بينما يشتركان جميعاً في الجوار، ولا شك أن استقلال الجار الأول بأخذ العقار المبيع يخلصه مما على داره من حقوق لغيره، في حين أن اشتراك غيره معه في هذا العقار لا يخلصه من هذه الحقوق، فكان الجار الأول بسبب ذلك أقوى اتصالاً وأعظم حاجة وأشد طلباً، وذلك ما يقضي بتقديمه على الآخر في الشفعة، فلو أن القانون رأى أن يجعل الجار على «درجتين إحداهما أولى من الأخرى بسبب أن صاحبها شريك في الحق الخاص لكان ذلك أعدل وأقرب إلى المعين الذي استمد منه القانون شريعة الشفعة وهو ما تميل إليه الفطرة ويؤيده النظر.

(١) راجع أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٦٠، ٢٦١.

(ج) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل - وذلك كما هو ظاهر في الأراضي الزراعية، وتقييد الجوار بهذه القيود ليس له نظير في الشريعة الإسلامية على ما أعلم، وهي قيود اقتضتها المصلحة في نظر المشرع فقد رأى أنه ليس لصاحب المساحة القليلة مثلاً أن يشفع في مساحة عظيمة تمتد أميالاً عديدة، وليس لمن يجاور الأرض المبيعة من ناحية واحدة أن يطلبها بالشفعة، وهي في نظري قيود دعا إليها القصد إلى عدم التوسع في هذا الحق على اعتبار أنه حق استثنائي، وفي رأبي أن مخالفة الشريعة بوضع هذه القيود يجب أن يكون لها مبرر من عرف أو عادة أو داعية من مصلحة ظاهرة. وإلا فلست أرى لها مبرراً مع ما أحدثه التشريع الإسلامي في البلاد الإسلامية من أثر مضت عليه قرون أكسبته قوة حتى صار كالعرف أو كالعادة في قوتها وحرص الناس عليها.

وقد رأى الشارع المصري ألا يفاضل بين الشفعاء في استحقاقهم الشفعة عند تزامهم إذا ما كانوا من طبقة واحدة، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء، ولكنه رأى أن يتفاضلوا في اقتسام المبيع بينهم عند تزامهم فيكون على قدر ما لكل منهم من نصيب. وإلى هذا ذهب غير الحنفية من الفقهاء بالنسبة إلى الشركاء، وذهب إليه أيضاً الزيدية بالنسبة إلى الجيران. أما الحنفية فقد رأوا التسوية بينهم جميعاً لاشتراكهم في أصل السبب، والرأي الأول أوجه.

وكذلك رأى القانون ألا يزاحم المشتري أحد من الشفعاء إذا ما كان شفيعاً من طبقتهم أو من طبقة أعلى. وقد خالف في هذا ما ذهب إليه الفقهاء من اشتراك من في طبقتهم من الشفعاء معه فيما اشترى بناءً على أن الاشتراك في السبب يقتضي الشركة في المسبب، وليس لتفضيل المشتري من وجه إلا أن يكون البائع قد أراد البيع له أو أنه قد سبق إلى الشراء، وكلاهما لا يصلح سبباً لتفضيله، إذ لو كان لإرادة البائع دخل في التفضيل لكان لها ذلك في حال البيع للأجنبي وطلب الشفعاء للمبيع فيفضل البائع بعضهم على بعض، ولو كان للسبق دخل لكان له هذا الأثر إذا ما سبق أحد الشفعاء

غيره في طلب الشفعة، وذلك كله غير حاصل؛ لهذا لا أجد مبررًا لتفضيل المشتري إذا كان شفيعًا على غيره من الشفعاء ما دامت صلتهم واحدة وحاجتهم لذلك واحدة.

وقد نص القانون على انتفاء الشفعة في الحالات الآتية:

(١) إذا كان البيع بالمزاد العلني، وهو رأي لفريق من الإباضية الشرقيين كما في شرح النيل ومبناه أن الشفيع يملك بما تملك به المشتري وأن الشفيع إذا أذنه المالك بالبيع قبل إقدامه عليه فأعرض عنه، لم يكن له أن يشفع كما هو رأي كثير من السلف استنادًا إلى بعض الآثار التي رويناها.. وفي إعلان المزايدة وإعراض الشفيع عنها بتركه التزايد لغيره إيذان له بالبيع وإعراض منه عن طلب المبيع، فلم يكن له بعد ذلك أن يطلب بالشفعة وإلا لأقبل على الشراء وعلى عرض أكثر ثمن.

(٢) إذا كان البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، ولعل مبنى هذا الرأي أن أولية الشفيع مردها إلى ما له من صلة وعلاقة بالبائع مما يستوجب تفضيله على غيره من الأجانب، فإذا كان البيع لمن هو أقرب إلى البائع وأقوى صلة من الشفيع، فلا محل لتفضيله عليه، وإن البيع للوالد أو الولد أو أحد الزوجين أو القريب أو الصهر لا يخلو من محابة وأغراض مردها إلى تلك الصلة، وفي صرف الصفقة عنهم إلى أجنبي قضاء على كل هذه الأغراض وإضاعة لها وفي ذلك ضرر لا يخفى.

(٣) ولكن الشريعة لا ترجع الشفعة إلى هذا المعنى، بل تبنيها على سد الحاجة ودفع الضرر على ما بيننا؛ ولذا لم تقدم على الشفيع قريبًا أو صهرًا، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة.

والواقع أن ما ذهب إليه القانون المصري يتفق مع ما تقضي به الفطرة الإنسانية، وله أساس في مذهب الإباضية؛ فقد رأى فريق منهم أن لا شفعة فيما يبيعه الوالد لولده أو الولد لوالده، وأن لا شفعة فيما يبيعه أحد الزوجين للآخر؛ وذلك لاتصال

المنافع في مثل هذه الأحوال بين البائع والمشتري وأنَّ صلة البائع وانتفاعه بالمبيع على وجه ما لا تنقطع بهذا البيع، فوجب أن يحافظ على ذلك الفرض الصحيح الذي لا يتجرد من أن يكون له أثر ظاهر في الصفقة^(١).

ولقد ذهب فريق من الإباضية إلى إثبات الشفعة في هذه الأحوال ولكنه ألزم الشفيع بقيمة المبيع إذا ما زادت على الثمن الذي يبيع به على أن تكون الزيادة للمشتري محافظة على ما جعل له من محاباة. ومنهم من جعل الزيادة للبائع فرد إليه محاباته حين لم تكن لمن أرادها له.

(٤) إذا كان العقار المبيع قد بيع ليجعل محلاً للعبادة أو ليلحق به. ولم أعثر على هذا لفقهاء. والفكرة في هذا واضحة وهي ألا تقوم عقبة في سبيل إنشاء معبد.

(٥) أن تكون الأرض المجاورة للبيع وقفاً فلا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة وهذا يتفق مع رأي الحنفية في ذلك.

... تلك هي الأسس التي خالف فيها التشريع الوضعي المصري الشرع الإسلامي، وقد تبين من الموازنة ما لكل منهما من وجهة وأن الغرض في الشرعين واحد، وهو تحقيق مصلحة المجتمع، وسد حاجاته، والوصول به إلى المستوى الذي يرجى له؛ ولذا كان أصلح الشرعين ما حقق الغرض وأوصل إلى الغاية.

(١) راجع شرح النيل ج ٥ ص ٦٥٧.

المبحث السابع
المنافع

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المنافع

المعنى اللغوي:

المنافع جمع واحد منفعة، وهي اسم مصدر، والفعل نفع، والمصدر نفعٌ والاسم المنفعة والنِّعاع والنِّعِيعة. والنَّفْعُ الخير أو ما ينتفع به في الوصول إلى الخير أو إلى الغرض، ويقال: انتفعت بالشيء واستنفعت به ونفَعَنِي الله به. ونَفَعَهُ تنفيعًا أو صل النفع إليه. وفي الكتاب الحكيم ﴿... وَلَا يَمْلِكُونَ لِأَنفُسِهِمْ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا...﴾ [الفرقان: ٣].
وعليه فالمنفعة تعم كل ما يستفاد من الشيء عرضًا كان أم مادة كاللبن والولد بالنسبة إلى الحيوان والثمرة بالنسبة إلى الشجرة، وما أشبه ذلك.

المعنى الاصطلاحي:

يرى أكثر الفقهاء أن المنفعة لا تطلق إلا على الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها، كسكنى المنازل، وركوب الدواب، ولبس الثياب، وعمل العامل، ولا تتناول الفوائد المادية كاللبن بالنسبة إلى الحيوان والثمر بالنسبة إلى الشجر والأجرة بالنسبة إلى الأعيان التي تستأجر، وما أشبه ذلك. وإنما يسمى ذلك عند الفقهاء غلة؛ ولذا نراهم يعرفون الغلة بأنها الدخل من كراء دار، أو أجر غلام، أو محصول أرض، أو ثمر شجر، وهو المعنى اللغوي لها كما في القاموس.

وفي شرح التحفة على المنهاج للشيخ ابن حجر الهيتمي أن من الشافعية من يرى أن المنفعة تطلق أيضًا على الفائدة. سواء أكانت عينية أم عرضية، فتشمل كل ما يستفاد من الأعيان كالكسب والثمر والأجرة والسكنى؛ لأن ذلك كله معدود من منافع الأعيان. وفي رأبي أن هذا استعمال لغوي لا اصطلاح للفقهاء، كما يتضح ذلك من الرجوع إلى أساليبهم واستعمالهم لهذه الكلمة في كتبهم^(١).

(١) راجع شرح التحفة ج٧ ص ٦١ طبعة مصطفى محمد.

المنفعة والحق

لكلمة الحق معنى عام وبمقتضاه يتناول كل منفعة فيطلق على كل مصلحة مستحقة لصاحبها شرعاً، وهو بهذا المعنى يتناول المنافع لأنها مصالح مستحقة شرعاً لمستحقها وهو مالكها. فكل منفعة حق، وليس كل حق منفعة، وعلى هذا يكون الحق أعم من المنفعة، يجتمعان فيما يطلق عليه اسم المنفعة، مما يستفاد من استعمال الأعيان كالسكنى والركوب، وما أشبه ذلك، وينفرد الحق فيما لا يستفاد من الأعيان من المصالح كحق الشفعة وحق الخيار وحق الولاية وحق الحضانة، وما أشبه ذلك.

وقد نجد لكلمة الحق استعمالاً أخص من سابقه فيستعمله بعض الفقهاء في مقابلة المنفعة، ولا شك أن هذه المقابلة تقتضي المغايرة بينهما في هذا الاستعمال، وفي هذه الحال يراد بالحق تلك المكنة التي تثبت لصاحبها شرعاً لتحقيق غرض معين كحق الشفعة وحق الفسخ وحق الولاية وحق الحبس، وما إلى ذلك مما لا يعد منفعة تكتسب باستعمال عين من الأعيان، فإن كلا من هذه الحقوق لا يعدو أن يكون ضرباً من الولاية أو القدرة أعطي لصاحبه ليتمكن به من تحقيق مشيئة له أو غرض أو من تنفيذ تصرف معين له. وفي هذا الاستعمال يرى أن الأساس في بيان معنى الحق النظر إلى صاحبه وإلى ما يثبت له من مكنة، وأن الأساس في بيان معنى المنفعة النظر إلى محلها وما له من منافع، فركوب الدابة منفعة للدابة، والتمكن من استيفائها حق يثبت لمن تملكها، وسكنى الدار منفعة للدار، والتمكن من سكنها حق يثبت لمن يثبت له بإجارة أو وصية أو عارية مثلاً.. ومن هذا اختلف معنى حق الانتفاع ومعنى المنفعة، فالأول صفة في المنتفع أو المالك، والثاني صفة في المنتفع به، وهذه الصفة قد تكون محلاً للملك فتصير مملوكة للمالك وعندئذ يثبت للمالكها بحكم الشارع حق الانتفاع بتلك المنفعة. والنتيجة لذلك أن حق الانتفاع رتبة الشارع على ملك المنفعة سواء أكان هذا الملك تابعاً للملك العين أم مستقلاً.

مالية المنفعة

اختلف الفقهاء في اعتداد المنفعة مالا فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنها مال، وذهب الحنفية إلى أنها ليست بمال، وهو خلاف يرجع إلى اختلاف النظر في تحديد معنى المال. فالشارع الإسلامي - وإن ذكر المال وتحدث عنه في مواضع مختلفة من الكتاب والسنة - لم يحدد لنا معناه بل تركه اعتماداً على معرفة الناس به، وأنه قد استعمله فيما يستعمله الناس في مخاطبهم العادي، شأنه في ذلك شأن غيره من الكلمات العربية التي استعملها الشارع على الوضع الذي استعملها عليه العرب؛ ولهذا كان معنى المال في لسان الشارع هو ما يفهمه العربي من هذه الكلمة.

ولكن حدث - بعد العهد الأول - أن دُونَ الفقه وفصلت أحكامه وتكلم الفقهاء على العقود وما تجرى فيه من الأعيان ومنافعها وما لا تجرى فيه، وكان من نتائج ذلك اتفاهم على أنها تجرى في الأموال المتقومة، وأن جريانها في غير الأموال محل للنظر بصفة عامة، واقتضاهم ذلك أن يبينوا المال ويحددوا معناه بحسب ما تبين لهم من النظر في أحكام الشارع، ولا اختلافهم في النظر اختلفوا في بيانه: فذهب الحنفية إلى أن المال ما أمكن إحرازه وادخاره لوقت الحاجة^(١)، وذهب غيرهم إلى أنه ما يجري فيه البذل والمنع أو ما خلقه الله لمصالح الناس، وبناءً على اختلافهم في هذا البيان اختلفوا في المنفعة، فقال الحنفية: ليست بمال ولا تقبل التقوم لأنها لا تقبل الحيازة ولا الإحراز؛ وذلك لأنها عرض يقوم بالعين، ولا توجد إلا حيث تستوفي وتحصل، وإذا وجدت فنيبت وانتهت في الحال، إذ لا وجود لها في الواقع إلا بوجود زمنها، والزمان لحظات متناهية في القصر عند التصور.

وإذا علمنا أن الإحراز والحيازة لا يردان إلا على الموجود، لأن الشيء يوجد أولاً ثم يحاز بعد ذلك فيتحقق إحرازه، وعرفنا أن المنفعة لا يتحقق فيها ذلك، لأنها حين توجد تنعدم فلا يمكن إحرازها بعد انعدامها، تبين أن المنافع لا تقبل الحيازة ولا الإحراز.

(١) راجع الحموي على الأشباه، الفن الثالث ص ٢٠٩، وكشف الأسرار على أصول البيزدي الجزء الأول صفحة ١٧٢.

وكذلك يرى أن الإحراز عمل حسي لا يتحقق إلا في شيء مادي والمنافع أعراض لا مادة فكيف يتحقق فيها معنى الحيازة الذي هو في الواقع عمل حسي؟

وكما أن المنافع لا تقبل الحيازة ولا تعد لذلك من الأموال فكذلك لا تقبل التقوم، لأنها قبل وجودها معدومة، والمعدوم ليس بمتقوم لأنه ليس بشيء والمتقوم شيء. وبعد وجودها لا تقبل الإحراز لما قدمنا، وما لا يمكن إحرازه لم يصر يوماً ما متقومًا، لأن التقوم ثمرة الإحراز فلا يوجد بدونه؛ ولذا كان كل من الصيد والكلاء قبل إحرازهما غير متقومين.

فإذا قيل: لماذا لا توجد المنافع محرزة نتيجة لإحراز ما قامت به أو لإحراز محالها فتوجد لذلك متقومة؟ أجيب بأن هذا إحراز ضمني وهو لا يقتضي التقوم، كالكلأ في الأرض المملوكة فإنه محرز بإحرازها، ولكنه مع ذلك غير متقوم لأن إحرازه بها إحراز ضمني.

أقول: هذا إنما يصح جوابًا إذا كان السائل يرى أن مثل هذا الإحراز الضمني لا يكفي في ثبوت التقوم، أما إذا كان كافيًا كما يرى بعض الذين يقولون إن المنافع أموال وأن الكلأ في الأرض المملوكة مال متقوم، كالمالكية، فلا ينهض هذا جوابًا عندهم؛ لأنه يكون -حينئذٍ- من رد الأمر المختلف فيه إلى أمر مختلف فيه أيضًا.

وقال غير الحنثية: إن المنافع أموال؛ لأن المال ما يجري فيه البذل والمنع، أو ما خلق لمصلحة الإنسان، وذلك متحقق في المنافع، فصاحب المنفعة في استطاعته أن يبذلها لغيره فيمكنه من الانتفاع بها، وأن يمنعها عن غيره فلا يمكنه من ذلك، وقد خلقت الأشياء لمصلحة الناس وفائدتهم، ويؤيد هذا الرأي عمل الناس وعرفهم، فإنه يقضي باعتبارها أموالاً، فهم إنما يطلبون المنافع نظير المال فيما يبرمونه من عقود الإجازات، وهم لا يرغبون في الأعيان إلا طلبًا لمنافعها، وما لا منفعة له لا رغبة فيه ولا طلب، وفي المنافع مجال متسع لمعاملتهم المالية ولطلب الإثراء وابتغاء المال، ومظهر ذلك تلك المنشآت التي يطلب المال عن طريق الانتفاع بها، كإنشاء الفنادق

وبيوت السكنى وحوانيت الإجارة والسكك الحديدية والبواخر البحرية والنهرية وما إلى ذلك من شركات النقل والإنارة والبناء وغيرها.

وقد جاءت الشرائع مؤيدة لهذا العرف ومقررة له، وليس من الضروري لأن يعد الشيء مالاً أن تتوافر فيه الحيابة الحسية، بل يكفي في ذلك حيازته بحيابة أصله، وذلك متحقق في المنفعة، إذ تعد محوزة بحيابة ما تقوم به، وإذا وجدت، وجدت محازة بسبب حيازة محلها، وهذه الحيابة يثبت لها المالية والتقوم.

وقد جاء في الكتاب الكريم ما يدل على ذلك، فقد قال الله تعالى: ﴿... وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ...﴾ [النساء: ٢٤] أي أحل الله لكم أن تطلبوا في غير من ذكر من النساء المحرمات زوجات لكم محصنين بهن أنفسكم وغير زانين بواسطة ما تصدقونهن به من أموالكم، ومقتضى ذلك أن ابتغاء الزوجة لا يكون إلا بأن يدفع صداقها من المال. وفي سورة القصص جاء ذكر موسى -عليه السلام-، وأن شعيباً -عليه السلام- طلب إليه أن يزوجه إحدى ابنتيه نظير منفعة يقوم له بها، قال تعالى: ﴿وَلَمَّا وَرَدَ مَاءَ مَدْيَنَ وَجَدَ عَلَيْهِ أُمَّةً مِّنَ النَّاسِ يَسْتَأْذِنُ...﴾ [القصص: ٢٣]. إلى أن قال حكاية عن شعيب ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ بِإِحْسَانٍ وَأَنْ نَسْأَلَكَ مِنْ بَنَاتِنَا مَا نَمُنَّ بِكَ وَأَنْ نَسْأَلَكَ مِنْ بَنَاتِنَا مَا نَمُنَّ بِكَ وَأَنْ نَسْأَلَكَ مِنْ بَنَاتِنَا مَا نَمُنَّ بِكَ...﴾ [القصص: ٢٣]. فهذا دليل على جواز ابتغاء الزوجة بالمنفعة، وانعقد على ذلك إجماع أئمة المسلمين، فكان ذلك دليلاً على أن المنفعة مال.

ولقد حاول الحنفية رد ما سبق من الأدلة فقالوا: إن حيازة المنافع بحيابة مصدرها ليست كافية في إثبات المالية لها، لأن المالية نتيجة التمول الذي هو عبارة عن صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة^(١)، وصيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا يتحقق إلا عن قصد إليه بعد أن يكون موجوداً، وهذا غير متأت في حيازة المنافع بحيابة محالها؛ ولذا لم تكن متمولة ولم يجعل الحديث "الناس شركاء في ثلاثة الماء

(١) راجع كشف الأسرار ج١ ص ١٧٢.

والكلأ والنار" الكلأ مالا غير متقوم مباحا لجميع الناس إلا لعدم توفر الحياة القصدية فيه وصورته غير متمول من أجل ذلك لا فرق بين أن يكون قد نبت في أرض مملوكة وأن يكون قد نبت في أرض غير مملوكة.

أما ما استند إليه الجمهور من أن الشارع قد أقر تقومها في عقود الإجازات فإنما كان هذا التقوم ضرورة اقتضاها أن الشارع قد أجاز هذه العقود لحاجة الناس إليها واضطرارهم إلى التعامل بها، ولم يجزها الشارع بناءً على أنها معاوضة بين مال هو منفعة ومال آخر هو عين تحققت بها المعادلة بين هذين المالين عن طريق الرضا حتى يكون ذلك دليلاً على أن الشارع يعد المنافع أموالاً متقومة. وقد أجاز الشارع المعاوضة بين ما ليس بهال باتفاق وما يعد مالا باتفاق، وذلك كما في الصلح بهال عن القصاص المستحق على القاتل عمداً، فقد جاء الكتاب بجواز هذا الصلح وسقوط القصاص به نظير عوض هو مال يدفعه القاتل إلى ولي المقتول. قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْسَعِ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنِ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ أَعْتَدَى بِعَدْوٍ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾ [البقرة] أجاز الشارع هذا ولم يكن ذلك دليلاً على أن القصاص مال، وإذن فلا يصح أن يتخذ إقرار الشارع لعقود الإجازات دليلاً على أن المنافع أموال.

وإذا قيل إن معاوضة المنفعة بالمال يستلزم أن تكون المنفعة متقومة؛ لأن المتقوم ما كان له قيمة يعترض بها عنه عند الحاجة إلى ذلك، وليس عقد الإجارة شيئاً غير ذلك، إذا قيل هذا أجيب عنه بأن تقوُّم المنافع في عقود الإجازات على هذا الوضع لم يكن إلا ضرورة ترتبت على إجازة هذه العقود للحاجة إليها كما قلنا، فوجب أن تقتصر على محلها، فإن الضرورة تقدر بقدرها، فلا يثبت للمنافع تقوُّم في غير عقود الإجارة، وقد ذكر الحنفية في رد إجازة هذه العقود إلى القواعد العامة طريقتين:

أحدهما: أن الشارع اعتبر أن المنافع بالعقد عليها من شخص له عليها ولاية تعتبر محرزة إحراراً شرعياً اعتبارياً، وقد جعل هذا الإحراز أساساً لتقومها في هذا

الموضع، فاقصر تقومها عليه ولم يثبت لها في غيره. ومقتضى هذا أن عقد الإجارة قد انعقد على المنفعة ابتداءً لتقومها عند ذلك بنص الشارع استثناءً.

ثانيهما: أن الشارع أقام العين المستأجرة مقام منفعتها في قبولها للعقد وجوازه فيها خلفاً عنها، وذلك من قبيل إقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهو منفعتها، وهو في الشرع كثير كما في إقامة البلوغ مقام اعتدال العقل، وإقامة مرض الموت مقام الموت في تعلق حقوق الغرماء والورثة بالمال. ومن الواجب أن تقوم العين مقام منفعتها في عقد الإجارة لما تقرر وعرف من أن العقد لا يتم إلا في محل قائم موجود وقت إنشائه، وإذا نشأ على هذا الوضع كان حكمه مضافاً إلى وقت حدوث المنافع، فإذا حدثت ثبت لها حكمه وظهر فيها أثره، وتبع ذلك حتماً ثبوت التقوم لها وقت حدوثها، ونتيجة ذلك أن العقد تم على العين ابتداءً ثم تراخى حكمه وتأجل إلى وقت حدوث المنافع، وكثيراً ما يتراخى حكم العقد عنه كما في الوصية بثمر النخل إذا توفي الموصي ولا ثمر للنخل، فإن حكم الوصية يتراخى ويتأجل إلى وقت ظهور الثمر فيتملكه الموصى له بعد ظهوره.

فإن قيل: مقتضى ذلك أن يقتصر التقوم على العقود الصحيحة فلا يكون للمنافع تقوم في عقود الإجارة الفاسدة؛ لأنها غير جائزة ولا يقرها الشارع وليس الناس في حاجة إليها. فالجواب عن ذلك أن الفاسد عقد موجود، وغاية الأمر أنه معيب لعيب لحق وصفه فقط لا أصله، فلا يؤثر ذلك فيما يبني على انعقاده ووجوده بوجود أصله من الآثار الحتمية اللازمة لوجود العقد. ومنها التقوم في المحل؛ ولهذا لم يكن للمنافع تقوم في العقود الباطلة لأنها غير موجودة أصلاً، وكان من نتائج ذلك وجوب أجره المثل في الإجارة الفاسدة عند استيفاء المنفعة وعدم وجوبها في الإجارة الباطلة.

تلك آراؤهم ووجهاتهم فيها. وفي رأبي أن التعاريف الشرعية يجب أن تستنبط من الأحكام التي جاء بها الشارع، وليس فيما جاء عن الشارع حكم يقتضي أن المنافع غير متقومة، أو أنها ليست بمال، فكان لذلك تعريف الشافعية للمال بما لا يقتضي أن

تتوافر الحيازة فيه أصح وأدق، وكان لذلك شاملاً للمنافع ومتفقاً مع جميع الأحكام. ولعل الحنفية قد رأوا في بعض الآثار ما يدل على عدم تقوم المنافع فاضطروا إلى ما اضطروا إليه. ولعل من ذلك ما روي عن عروة بن الزبير قال: (أخبرت أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ. غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال عروة: قال مخبري: فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس وإنما لنخل عم)^(١). لم يأمر رسول الله ﷺ غاصب الأرض بشيء غير إخراج نخله فيما روي، ولو كانت المنافع متقومة لألزمه مع ذلك بأجر مثل الأرض عن المدة التي استقر فيها ذلك النخل.

ولكن مثل هذا لا يقوم دليلاً لهم - إن صح أن مثل هذا مستندهم - فقد يكون عدم النص على أمره بدفع الأجر لشيء آخر غير عدم التقوم كأن يكون صاحب النخل قد قام بدفع الأجر قبل التقاضي، أو أن صاحب الأرض قد تنازل عنه، أو أن الراوي قد أغفل ذكره، أو غير ذلك من الأسباب^(٢).

ومما يلاحظ أن الحنفية لم يطردوا ذلك وهو عدم تقوم المنافع في جميع حالات الاعتداء عليها، بل استثنوا من ذلك منافع الأعيان الموقوفة، ومنافع الأعيان المملوكة لليтим، ومنافع الأعيان المعدة للاستغلال، فأوجبوا على من ينتفع بهذه الأعيان ضمان منافعها وألزموه بأجر مثلها عن مدة انتفاعه، ومقتضى ذلك أنها مال متقوم لأنها عوضت بالمال من غير عقد، وهذا دليل على أنها متقومة في نفسها.

قال محمد بن عبد الحلیم اللكنوي «ثم أعلمهم أنهم قالوا: الفتوى في غصب منافع الوقف ومال اليتيم وما كان معداً للاستغلال كالدار والعقار وغيرهما بالضمأن كما في الخلاصة والقنية وغيرهما، ولعل في هذه الثلاث رواية عن الإمام بأن المنافع مضمونة فأفتوا بها، وإلا فكيف جاز.. الإفتاء بخلاف جميع الروايات...» فذهب إلى أن القول بضمأنها في هذه المسائل يستلزم أنها متقومة في نفسها، وذلك خلاف المذهب

(١) رواه أبو داود والدارقطني.

(٢) راجع حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار شرح المنار. ج ١ ص ٦٤ المطبوع بهامش كشف الأسرار شرح المنار.

فكيف أفتى بذلك؟؛ ولذا جَوَّز أن يكون مرد هذه الفتيا إلى وجود رواية بتقومها. ولكنني لم أر فيما وصلت إليه يدي من الكتب أن لأبي حنيفة رأياً يقضي بضمان المنافع على الإطلاق، والظاهر أن القول بضمانها في هذه المسائل الثلاث استحسان دعا إليه في مال اليتيم مثل قوله تعالى: ﴿... وَكَسَلُوا نَفْسَهُمْ عَنِ الْيَتِيمِ الَّذِي لَهُمْ خَيْرٌ مِمَّا يَتْلُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٠] ومن الإصلاح أن يعوضوا عن منافع أموالهم عند الاعتداء عليها، ومثل مال الصغير المال الموقوف من ناحية أن كلاً منهما يقوم عليه غير مالكة فأعطي حكمه، وأما المعد للاستغلال فلعلهم يرون أن الإقدام على الانتفاع به مع عرضه للاستغلال إمارة قبول المنتفع لأن ينتفع به نظير الأجر، وكأنه قد انعقدت بإقدامه على الانتفاع به إجارة فعلية بينه وبين مالكة وإن كانت فاسدة، وذلك كما في بعض صور البيع إذ يتم بالفعل من غير قول. فوجب بالانتفاع عند ذلك أجر المثل لوجوبه بالانتفاع في الإجارة الفاسدة، ويكون منشأ الفساد هنا عدم النص على الأجرة والمدة.

وكان من نتائج اختلاف الفريقين في هذا اختلافهم في مسائل كثيرة نذكر منها ما يأتي:

المسألة الأولى - يرى الحنفية أن المنافع لا تضمن بإتلافها ولا باستيفائها من غير حق، فمن سكن دار إنسان جبراً عنه مدة من الزمان لم يلزم بأجرها، ومن استخدم إنساناً في عمل قهراً عنه لم يلزم بدفع أجرة له، ومن حال بين إنسان وبين أن ينتفع به لم يلزم بعوض ما فوت عليه من المنافع وهكذا.

وحجتهم في ذلك أن المنافع ليست بهال متقوم، وأن ضمان الشيء عند إتلافه إنما يكون بمثله صورة ومعنى إذا ما كانت المماثلة الكاملة ممكنة، أو بمثله معنى فقط إذا لم يمكن إلا المماثلة القاصرة، والمنافع لا مثيل لها في الصورة ولا في المعنى، فلا يتأتى ضمانها، وهذه قضايا أقمنا الدليل فيما مضى على صدق أولها: وهي أن المنافع ليست بهال متقوم. وهاك دليل ثانيها.

يرى الحنفية أن المماثلة في الضمان ثابتة بالنص والإجماع، قال تعالى: ﴿... فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ [البقرة: ١٩٤] وقال: ﴿... وَحَرِّزُوا

سَيِّئَةٌ سَيِّئَةٌ مِثْلَهَا...» [الشورى: ٤٠] فأوجب بهذه الآيات وأمثالها التماثل بين الجزاء وما استوجبه، وإنما سمي الجزاء اعتداءً أو سيئةً لأجل المشاكلة فقط إشعاراً بلزوم التماثل، وعلى ذلك انعقد الإجماع.

وأما دليل ثالثتها: وهي أن المنافع لا مثل لها لا في الصورة ولا في المعنى فهو أن مثلها إما أن يكون عيناً أو منفعة، وليس من الجائز أن يكون عيناً لأن المنافع أعراض والعين جوهر، والفرق بينهما في الصورة بين واضح والبعد بينهما شاسع، فأحدهما وهو الجوهر متبوع يقوم بنفسه، والآخر وهو العرض تابع لا يقوم إلا بغيره من الجواهر، فانتفت المماثلة بينهما في الصورة، وكذلك لا مماثلة بينهما من ناحية المعنى وهو التقوم، لأن المنافع كما بينا فيما مضى ليست بأموال متقومة، والأعيان أموال متقومة، فانتفى التماثل بينهما من هذه الناحية أيضاً.

وإذا افترضنا أن المنافع متقومة رأينا أن ماليتها لا تماثل مع مالية الأعيان، ذلك لأن المنفعة تقوم بالعين، والعين قائمة بنفسها، وما يقوم بغيره تبع له والتفاوت بين التبع والمتبوع في التقوم والمالية ليس محل شك، وإلى ذلك نرى أن العين تبقى أزماناً والمنافع لا بقاء لها كلية، وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت في القيمة عظيم، وبمثلته تنعدم المماثلة.

على أنه لو كان بين الأعيان والمنافع تماثل لأمكن ضمان الأعيان بالمنافع كما ضمنت بغيرها من الأعيان، وذلك لتحقق المماثلة بينهما في المالية والتقوم، وذلك ما لم يجزه أحد، فتبين من ذلك أن المماثلة بين الأعيان والمنافع في الصورة والمعنى منعدمة، وإذن فلا يمكن مع هذا ضمان المنافع بالأعيان.

وكذلك ليس من الجائز أن يكون لها مثل من المنافع صورة أو معنى، وذلك لما هو معروف من اختلاف المتفعين في طريقة انتفاعهم بالأعيان واختلاف الانتفاع باختلاف ظروفه وملايساته من ناحية الزمن والمكان، وما إلى ذلك مما قد يطرأ في أثنائه من عوارض تعرض للعين وللمنتفع؛ ولذا قيل إن الفقهاء متفقون على أن المنفعة لا تضمن بمنفعة أخرى عند لزوم ضمانها، حتى قالوا إن منفعة حجرة من

حجرات متماثلة وضْعاً وسعةً وصورةً في خان واحد لا يجوز أن تكون ضماناً لمنفعة حجرة أخرى من هذه الحجرات، وبهذا ظهر انعدام التماثل بين المنافع في الصورة، كما انعدم أيضاً من ناحية المعنى وهو التقوم، لما قدمنا من أن المنافع ليست بمتقومة.

وإذ انتهينا إلى أن المنافع لا تضمن بالمنافع، كان عدم ضمانها بالأعيان أولى لأن انتفاء المماثلة بينهما أظهر.

وإلى هذا يلاحظ أن المنافع لا يتصور فيها الغصب، لأن الغصب في نظر الحنفية لا يتم ولا يتحقق إلا بتوافر عنصرين: أحدهما رفع اليد المحققة التي كانت قائمة على العين، وثانيهما وضع يد مبطله خلفاً لتلك اليد المحققة، وقد علمت أن المنافع لا تقبل الحيازة لأنها تبقى زمانين، فلا يتصور بالنسبة إليها يد ترفع ويد توضع، إذ لا بد لذلك من بقائها زمانين حتى يكون في أحدهما يد ترفع ويكون في ثانيهما يد أخرى توضع.

ويرى غير الحنفية أن المنافع تضمن بالإتلاف والغصب لأنها أموال متقومة، ولتقويمها كان لها مثل من ناحية المعنى، فوجب أن تعوض به بناء على ما ذكر.

ويرى الحنفية أن الغاصب إذا ما لزمه الضمان لم يلزم بغير قيمة العين المغصوبة إن كانت قيمته أو بمثلها إن كانت مثلية، ولا يلزم بضمان منافعها سواء انتفع بها فعلاً أم لم ينتفع.

وذهب غيرهم إلى إلزامه بذلك وببديل منافعها، أما إلزامه ببديل العين المغصوبة فليس محلاً لخلاف، لأنها مال متقوم عند الجميع، فالاعتداء عليه يستوجب شرعاً تضمين المعتدي بما يستلزمه هذا الاعتداء من عوض. وأما إلزامه ببديل منافعها فلنفس السبب المتقدم، وهي أنه عندهم أموال كالأعيان. فالحنابلة والشافعية يرون أنه ملزم بضمان كل منفعة لها تملك بتولدها منها أو بواسطة استئجار العين فيلزم الغاصب ببديل هذه المنفعة، فإن كانت منفعة مادية كالصوف واللبن والولد ونحو ذلك كانت للمغصوب منه «مالك العين» إن بقيت، وإلا ضمن الغاصب له قيمتها إن كانت قيمة ومثلها إن كانت مثلية، وإن كانت عرضية كالسكنى والركوب ونحو ذلك ضمن الغاصب له أجر مثل العين من يوم وضع يده عليها إلى وقت ردها أو تلفها

أو دفع قيمتها «إن ألزم يدفع القيمة لسبب غير التلف»، وسواء في ذلك أن تفوت على صاحبها باستعماله العين وانتفاعه بها أم تفوت بسبب حبسه العين المغصوبة من غير أن ينتفع بها، ففي غضب دور السكنى على الغاصب أجر مثلها، سواء سكنها أم أغلقها فلم يسكنها ومنع المالك أن ينتفع بها، وفي غضب الأرض عليه أجر مثلها، وكذلك الحال في غضب الدواب والأمتعة والسيارات ونحوها، سواء انتفع بها فعلاً أم لم ينتفع. وإنما لم يضمن أجرتها بعد تلفها لأنها بعد التلف لا منافع لها حتى تضمن، وكذلك إذا دفع قيمتها للمالكها لم يضمن منافعها بعد ذلك، لأن المالك بقبضه هذه القيمة تملكها واستحق الانتفاع بها فلا يستحق مع ذلك أيضاً ما جعلت هي بدلاً عنه ولا منفعته، وإذا غضب غنماً أو شجراً أو نحو ذلك مما لا منفعة له فطولب بالأجرة لم يضمن له منفعة إذ لا منفعة لها قد فاتت على المغصوب منه حتى يضمنها له الغاصب، ولو استخدم حراً ضمن له منفعه عن مدة استخدامه، فإن كان له عدة صنائع ضمن له أجره من أعظمها أجراً، فإذا حبسه ولم يستخذه فكذلك الرأي عند الحنابلة وهذا أحد قولين عند الشافعية، وثانيهما أنه لا يضمن شيئاً في هذه الحال، لأن منافع الحر في هذه الحالة قد فاتت تحت يده هو إذ ليس لغير الحر يد عليه في جميع الأحوال، وهذا القول الأخير أصح القولين عند الشافعية^(١).

أما المالكية فقد خالفوهم في بعض هذه الأحكام، وخلاصة ما ذهبوا إليه أنهم يفرقون بين حالين:

أولاهما: أن تكون نية الغاصب متجهة إلى غضب العين ذاتها ويكون فوات منافعها نتيجة لذلك وتابعاً له، وفي هذه الحال يختلف الحكم باختلاف العين المغصوبة (فإن كانت عقاراً كالأرض والدور ضمن الغاصب أجرها عن مدة انتفاعه بها إذا ما انتفع فعلاً، فإن لم ينتفع بها فعلاً بل حبسها عن مالها فقط لم يضمن شيئاً، فإذا غضب شخص أرضاً فزرعها أو داراً فسكنها ضمن للمغصوب منه «مالها» أجره الأرض عن مدة زراعتها وأجرة الدار عن مدة سكنها، فإن لم ينتفع بهما لم يلزم بشيء، خلافاً للشافعية والحنابلة إذ ألزموه في هذه الحال أيضاً بأجرتها عن مدة غضبها، كما قدمنا.

(١) راجع كشف القناع ج ٢ ص ٣٤١، ٣٦١، ونهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٦٨.

وإن لم تكن العين المغصوبة عقاراً، بل كانت من المنقول كالسيارات والدواب والأمتعة والحيوان وما إلى ذلك ففي ضمان منافعها روايتان: الأولى، تقضي بأن الحكم فيها كالحكم في العقار فيضمن الغاصب منافعها عن مدة انتفاعه بها إذا انتفع بها فعلاً، وإن لم ينتفع لم يضمن منافعها وإنما يضمنها هي فقط، وهذا ما صرح به المازري وابن الحاجب، وقال ابن عبد السلام إنه الصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين وهو المشهور.

والرواية الثانية: تقضي ألا يضمن الغاصب في هذه الحال من منافعها إلا بدل ما أغلته العين بدون عمل للغاصب، أي أنه لا يضمن إلا بدل زوائدها المتولدة منها كاللبن والصوف بالنسبة إلى الحيوان والثمر بالنسبة إلى الشجر. أما منافعها الأخرى التي لا توجد إلا نتيجة لعمل الغاصب كالركوب والخدمة والحرق وسائر أنواع الاستعمال فهي للغاصب ولا ضمان عليه، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية، ويخالف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وهذا ما جاء في المدونة.

ثانيتها: أن تكون نية المعتدي متجهة إلى الاعتداء على منافع العين فقط فهو لا يريد غصب العين ومنعها عن مالكها لتكون في حيازته على الدوام أو ليتصرف فيها تصرف الملاك، وإنما يريد أن ينتفع بالعين مدة من الزمن قهراً عن مالكها حتى إذا انتهت حاجته إليها ردها عليه، وفي هذه الحال يضمن للمالك ما فوته عليه من منافعها سواء انتفع بها فعلاً أم لم ينتفع، فإذا استولى إنسان على دار ليسكنها مدة من الزمن كان عليه للمالك أجر مثلها عن مدة استيلائه عليها، سواء أسكنها فعلاً أم أغلقها في هذه المدة ولم يسكنها، ومن استولى على دابة ليركبها كان عليه أجر مثلها عن مدة استيلائه عليها سواء أركبها فعلاً أم لم يركبها، والنتيجة أنه يضمن للمالك بدل منافع الأعيان المحبوسة في مدة حبسها سواء انتفع فعلاً بها أم لم ينتفع.

ويتصل بهذا الموضوع مسألة استخدام الحر جبراً عنه، ويرى المالكية أن له على من استخدمه أجر مثل عمله الذي قام له به، فإذا حبس ولم يستخدم في شيء لم يكن له على من حبسه أجر وإن ترتب على حبسه إياه أن فوت عليه منافع وأعمالاً كأن يقوم بها

لو لم يجسه، ووجهتهم في ذلك أن المعتدي في الحال الأولى قد انتفع بما يعد مالا فلزمه بدله لأنه استهلك ما ليس له، وفي الحال الثانية، لم ينتفع، وغاية الأمر أن المحبوس قد فاتت عليه منافعه وهي في يده فلا يستحق بدلها^(١).

ومما تقدم يرى أن من حال بين شخص وبين أن ينتفع بهاله بوسيلة من الوسائل كأن يمنع مالك الدار من أن يصل إليها مدة من الزمن لم يضمن له منافعها عن مدة منعه عند الحنفية والمالكية، وضمن له منافعها عند الشافعية والحنابلة. وأن الحنفية لا يرون أن يضمنوا شخصًا أكره حرًا على عمل ما كنقل متاعه من مكان إلى مكان آخر أو حرًا أرضه أو نحو ذلك أو حبس حرًا فحال بينه وبين أعماله، ويرى الحنابلة إلزامه بأجر مثل هذا العمل أو بأجر مثله عن مدة حبسه^(٢).

المسألة الثانية - لا يرى الحنفية الحجر على المريض مرض الموت إذا ما أحاط الدين بهاله فتصرف في منافع أعيانه أثناء هذا المرض بالإعارة أو بالمحاباة في الإجارة بأن أجر شهرًا بجنيهين ما تصل أجرة مثله إلى عشرة، ذلك لأنه إنما تصرف فيما ليس بهال وفيما لا يتعلق به حق الدائنين، فإن حقهم لا يتعلق إلا بالأموال، لأن منها الاستيفاء، ويرى غيرهم خلاف ذلك لأن المنافع عندهم أموال تتعلق بها حقوق الدائنين في مرض الموت، كما تتعلق بالأعيان^(٣).

المسألة الثالثة - يرى الحنفية «من يرى منهم الحجر على المدين» أن حكم تصرف المدين حال الحجر عليه بالدين كحكم تصرف المريض مرض الموت فيمنع مما يضر بحقوق الدائنين^(٤)، وقد علمت أن لا حجر على المريض مرض الموت إذا ما تصرف في المنافع، وعلى ذلك فلا حجر على من حجر عليه للمدين إذا ما تصرف في المنفعة، فله الإعارة والمحاباة في الإجارة دون أن يقبل اعتراض من الدائنين إن اعتراضوا، لأنه تصرف فيما ليس بهال، وحقوق الدائنين لا تتعلق إلا بالمال، ويرى غيرهم خلاف

(١) راجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج٣ ص ٤٤٩، ٤٥٥.

(٢) ج٢ ص ٣٤١ كشف.

(٣) راجع كتابنا الحق والذمة ص ١٠٩.

(٤) راجع حاشية ابن عابدين ج٥ ص ١٠٥.

ذلك لأن المنافع عندهم أموال تتعلق بها حقوق الدائنين كما تتعلق بالأعيان، فيحجر عليه إذا ما تصرف فيها تصرفاً يضر بالدائنين، فلا ينفذ عندهم كما لا ينفذ تصرفه إذا ما تصرف في الأعيان تصرفاً يضر بهم^(١).

ملك المنفعة

لا خلاف بين الفقهاء في أن المنافع تقبل الملك كالأعيان، سواء في ذلك من يجعلها أموالاً ومن لا يجعلها أموالاً، ذلك لأن الملك لا يختص بالأموال لأنه ضرب من الاختصاص يترتب عليه تمكين صاحبه شرعاً من التصرف والانتفاع أصالة إلا لمانع، وهذا كما يتحقق في الأموال يتحقق في غيرها كالمنافع عند وجودها، بل لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الملكية لا ترد إلا على المنافع فقط، أما المادة والذات فلا ملك فيها إلا لله تعالى لأنه ليس للإنسان سلطان على المادة وإنما سلطانه على منافعها فقط؛ ذلك لأن السلطان على العين إنما يتحقق بالتأثير فيها إيجاباً وإعداداً وتغييراً لمادتها وذلك ليس لأحد سوى الله تعالى، أما التأثير في غير مادتها من الحيازة وطرق الانتفاع ومدته فليس إلا سلطاناً على المنافع، غير أنه إذا كان سبب الملك يقتضي سلطاناً كاملاً على جميع المنافع غير مؤقت بوقت كانت الملكية تامة كالملكية الناتجة عن عقد البيع أو الهبة أو الميراث، وإذا اقتضى سلطاناً قاصراً أو مؤقتاً كان الأثر ملكية ناقصة كالملكية المترتبة على العارية والإجارة والوصية بالمنفعة، وسمي ذلك بملك المنفعة اصطلاحاً كما جعل الملك السابق شاملاً العين والمنفعة جميعاً وسمي ملكاً كاملاً أو تاماً. وإلى هذا ذهب المازري من المالكية ونقله عنه القرافي في فروقه، وإليه أيضاً ذهب ابن عقيل من الحنابلة، ونقله عنه ابن رجب في قواعد.

وليس لهذا الخلاف نتيجة عملية فيما أرى، لأن النتائج واحدة والآثار واحدة ولا تتغير به الأحكام.

ولا يقال إن هذا الرأي الأخير يستلزم انتفاء حالة من حالات الملكية وهي ملكية العين فقط، وذلك كما في بعض حالات الوصية حين يوصي الإنسان بجميع

(١) راجع نهاية المحتاج ج٤ ص ٣٠٥.

منافع عين لشخص إذ تكون العين فقط عند نفاذ الوصية ملكًا للورثة، وليس لهم شيء من منافعها، وبخاصة إذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة على رأي بعض الفقهاء، لا يقال ذلك لأن الموصى له بالمنفعة في هذه الصورة وأمثالها لا يملك في الواقع كل منافع العين الموصى بمنفعتها، فإن من منافع العين ما هو لها عند وجود الوصية ومنها ما هو لها بعد انتهاء الوصية، كما أن من منافعها أيضًا التصرف فيها بالبيع ونحوه. فهذه المنافع لا تكون في هذه الحال ملكًا للموصى له وإنما تكون ملكًا للورثة فملكهم أيضًا على هذا في حال تأييد الوصية ملك منافع على هذا الرأي، ومرجع ذلك إلى أن الوصية بجميع المنافع لا تعم جميع منافع العين من كل وجه، بل تقتصر على ما يقضي به العرف، ولو عمت لكانت وصية بالعين ومنافعها. وإن شئت قلت لكانت وصية بملكية تامة، ومن هذا يظهر أن هذا الخلاف مجرد اختلاف في الاصطلاح.

ويرى الحنفية أن لملك المنفعة حالين: حال يكون فيها موقوفًا لأنه حين يوجد لا يثبت إلا على أنه لملك معين، فالنظر في وجوده إليه لا إلى شيء آخر. وحال يكون فيها غير موقوف لأنه حين يوجد يثبت على أنه من حقوق عين معينة أو من خصائصها ولا ينظر فيه إلى مالك معين، بل يكون لكل من يملك هذه العين أو يتلقى عنه حق الانتفاع بها وبحقوقها عنه، ومثال الحال الأولى ملك المستأجر لمنفعة العين المستأجرة وملك الموصى له لمنفعة العين الموصى له بمنفعتها، فإن ملك المنفعة في هذه الحال يثبت للمستأجر أو للموصى له ثبوتًا يراعى فيه شخصه؛ ولذا توقفت بحياته إن لم ينص في العقد على توقيته بمدة معينة. ومثال الحال الثانية ملك حق الشرب أو حق المرور أو المسيل لمن يملك أرضًا لها على غيرها هذا الحق، وما إلى ذلك من حقوق الارتفاق التي بينها في كتابنا الحق والذمة فإن كل حق من هذه الحقوق منفعة مقررة لعقار على عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول تنتقل معه إلى أي مالك ينتقل إليه، وهي حين تثبت ابتداءً فإنها يراعى فيها أنها تثبت لعقار معين ليتنفع بها، ويتملكها كل من يتملك هذا العقار بأي سبب من أسباب التملك. وهي بسبب هذه التبعية صارت غير موقوفة بوقت محدد؛ لأنها تابعة لعقار ليس لبقائه وقت محدود، فتبقى له ما بقي إلى أن يتنازل عنها مالكة؛ ولذا تورث معه.

وجملة القول أن الحنفية لا يجوزون توقيت حقوق الارتفاق، وإذا أُقِّتت خرجت عن أن تكون حقوق ارتفاق تابعة للعقار وصارت منفعة شخصية للمالكها، كما لا يجوزون تأييد ملك المنفعة في الحالة الأولى، وإذا ما أبد أو أطلق تقييد بحياة المالك، ولا يكون ذلك في الإجارة لأنها لا تجوز إلا مؤقتة، ولا في العارية لأنها غير لازمة، ولا وفي الوقف لأن منافع الأعيان فيه لا تورث، وإنما تنتقل من السلف إلى الخلف باشتراك الواقف وحسب ما يضع من نظام، وخالفهم في ذلك غيرهم من المالكية والشافعية والحنابلة، فقالوا إن ملك المنفعة قد يكون مؤقتاً بوقت إذا حدد له وقت، وقد يكون مؤبداً إذا ما جعل مؤبداً، فيتوارثه حينئذ الخلف عن السلف كما تتوارث الأعيان، وكذلك الحكم إذا ما أطلق عند الشافعية والحنابلة^(١) وهذا لا يكون إلا في الوصية بالمنافع. أما عند المالكية فقد فرقوا بين ما إذا لم يكن الموصى بمنفعته ذا حياة، وبين ما إذا كان ذا حياة، فإن لم يكن ذا حياة كالدار والأرض كانت الوصية مقيدة بحياة الموصى له اتفاقاً، كما في الوصية لفلان بمنافع أرض، فإنها تكون له ما دام حياً. وإن كان ذا حياة فكذلك الحكم في قول أشهب، ففي الوصية لفلان بركوب دابة يكون له ذلك ما دام حياً.

وذهب ابن القاسم إلى أنها مقيدة بحياة العين الموصى بمنافعها وهي الدابة حتى إذا توفي الموصى له حال حياتها انتقل الحق إلى ورثته، ورجحوا هذا، وفي الشرح الكبير للدردير ما يدل على أن هذا القول مقيد بالألا يقوم دليل على أن المراد تقييدها بحياة الموصى له^(٢).

وفي قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ ما يدل على أن المنفعة لا تكون مؤبدة إلا إذا كانت لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم، أو لجهة من جهات البر.

ومما تقدم يتبين أن المنفعة قد تكون ملكاً لشخص معين غير تابعة لشيء آخر، وذلك كما في المنافع التي يملكها المستأجر بالإجارة، أو الموقوف عليه بالوقف، أو الموصى له بالوصية: وقد تكون تابعة لعقار يملكها كل من يملك ذلك العقار، كما

(١) راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع ج٣ ص ٥٢٠.

(٢) راجع حاشية الرهوني ج٨ ص ٣٧٥، والشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٤٤٨.

في حقوق الشرب والمجري والمسيل والمرور، وهي الحقوق التي يطلق عليها حقوق الارتفاق، فإنها تكون ملكاً لكل من يملك العقار المنتفع بها أي أن ملكها تابع لملك العقار المقررة له^(١).

حقوق الارتفاق

الارتفاق لغة: الانتفاع، يقال: ارتفتقت بالشيء إذا انتفعت به، كما يطلق أيضاً على الاتكاء على مرفق اليد، ولكن شاع إطلاق هذه الكلمة على هذه الحقوق عند المالكية، وعنهم أخذ هذا الاصطلاح، وقد عرف قدري باشا حق الارتفاق بأنه حق مقرر لعقار على عقار آخر ليس لمالك العقار الأول، وقد علمت أن إطلاق هذا الاسم على هذا النوع من المنافع اصطلاح، وقد زيد القيد الأخير لإخراج الانتفاع المماثل الذي يكون عند اتحاد المالك، فإنه في الواقع ثمرة لتملك رقبة العين المنتفع بها لا نتيجة لثبوت حق ارتفاق عليها، وهذا التعبير فيما يظهر منقول عن علماء القانون، وبوضعه الحالي لا يشمل حق التعلي ولا حقوق الجوار، لأنها في الواقع حقوق للبناء وهو ليس بعقار عند الحنفية ولكن إذا راعينا اصطلاح المالكية في العقار شملها لأن البناء عقار عندهم.

انحصارها

ويرى الحنفية فيما يظهر لي أن حقوق الارتفاق محصورة فيما ذكرنا، كما يستدل على ذلك من الرجوع إلى كتبهم، وعلى ذلك لا يجوز إنشاء حق ارتفاق ليس من هذه الحقوق لا بالتعاقد ولا على وجه التبرع. أما المالكية فلا يرون ذلك كما يفهم من الرجوع إلى كتبهم في باب الارتفاق^(٢) وعلى ذلك يجوز أن يقرر لعقار على آخر حق ارتفاق غير ما سبق كعدم البناء على أحد العقارين إلا على بعد معين من العقار الآخر، أو عدم رفع البناء المجاور إلى ما يزيد على مقدار مقرر. وهذا ما يتفق وما ذهب إليه التشريع الوضعي وهو الأولى بالاتباع فإن حاجات الناس قد تستلزم إنشاء حقوق ارتفاق جديدة مستحدثة لا تتعارض مع أصول الدين، وما شرعت الشرائع إلا لسد تلك الحاجات وتوفير الرغبات في نطاق الأصول الشرعية.

(١) راجع المواد ٥١، ٥٢، ٦١ من هذا القانون.

(٢) راجع البهجة وشرح النووي والتبصرة.

دوامها ولزومها

وحقوق الارتفاق لا تكون مؤقتة بل دائمة بدوام ما هي له من العقار حتى تسقط بالتنازل من مالك العقار عنها، وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة^(١) فقد تكلم الحنفية على جواز بيع هذه الحقوق والإيصاء بها، وكان كلامهم مبنيًا على أنها ليست بهال كما يدل على أنها دائمة إذ لا يتصور البيع والوصية في ملك موقوت. ويرى غيرهم كالمالكية والشافعية أن دوامها وتوقيتها يتبع سببها، فإن اقتضى سببها الدوام كانت دائمة، وإن اقتضى التوقيت كانت مؤقتة^(٢)، وعلى هذا إذا ما كان ثبوتها نتيجة لاشتراطها في عقد معاوضة مدة معلومة كانت مؤقتة عند المالكية والشافعية.

وفي رأيي أن هذا الخلاف لا يعدو أن يكون اختلاف اصطلاح، لأن هذا النوع من المنافع بغض النظر عن تسميته قد يكون مؤقتًا وقد يكون غير مؤقت، ولا خلاف في ذلك عند الجميع، وإنما الخلاف في إطلاق اسم الارتفاق عليه، فالمالكية يطلقون هذا الاسم عليه في الحالين، والشافعية يتحدثون عنه فيذكرون الأحكام المتعلقة به في الحالين مجتمعة. والحنفية والحنابلة فرقوا بين الحالين فتكلموا عن أحكام هذا النوع إذا كان مؤبدًا والحنابلة فرقوا بين الحالين فتكلموا عن أحكام هذا النوع إذا كان مؤبدًا وتركوا أحكامه عند التوقيت خاضعة لأحكام المنافع العامة، وهذه الحقوق لازمة بالنسبة للعقار المرتفق به فلا يملك صاحبه إسقاطها، ولا المعاوضة فيها فإن كانت غير لازمة كانت من قبيل العارية.

أسبابها

وأسباب هذه الحقوق لا تخرج عن الأسباب الآتية:

- ١- الشركة في المرافق العامة فلكل عقار متصل بمرفق عام حق ارتفاق عليه بسبب الشركة العامة فيه؛ ولهذا كان لكل عقار متصل بطريق عام أو بمرور

(١) راجع كشاف القناع ج ٢ ص ١٩٧، والدر المختار وحاشيته لابن عابدين ج ٥ ص ٣١٦.

(٢) راجع العقد المنظم للحكام المطبوع على هاشم التبصرة ج ٢ ص ١٢٧، ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٠٢.

عام أو بمصرف عام حق ارتفاق عليه، هو حق المرور أو الشرب أو المسيل.
وعلى الجملة فهذا السبب هو منشأ ما قد يثبت لعقار من حق ارتفاق على
مرفق عام له به اتصال.

٢- التزام حق من هذه الحقوق في عقد معاوضة باشرطه فيه.

ويشترط الحنفية في هذا أن يكون العرف قد جرى بذلك الاشرط حتى لا
يترتب على اشرطه فساد العقد. فإذا باع شخص أرضاً لآخر على أن يكون عليها
حق مرور إلى أرض أخرى مملوكة له أو حق إمرار ماء السقي منها إلى تلك الأرض،
أو على أن يكون لها حق الشرب على مروى خاص للبايع أو حق الصرف في مسيل
خاص له وتم العقد على ذلك ثبت للأرض المبيعة أو عليها حق الارتفاق المشترط،
فكان لها حق الشرب أو المسيل في الحالين الآخرين على أرض البائع المبينة في العقد.
وتقرر عليها حق المجرى أو المرور في الحالين الأولين للأرض المبينة في العقد.

وفي الخاتمة من باب الشروط في البيع، رجل باع سفلى داره على أن يكون له حق
قرار العلو عليه جاز ذلك، ذكره شمس الأئمة السرخسي في باب القسمة.

وإذا باع رجل رقبة الطريق على أن يكون له حق المرور فيها جاز. وفيها^(١)
ما يدل على أنه إذا باع رجل إحدى داريه على أن يكون عليها حق مسيل الأخرى
التي لم يبيعها جاز ذلك، وتقرر على الدار المبيعة حق المسيل، إلى فروع أخرى من هذا
القبيل.

٣- استعمال أرض موات في حق من هذه الحقوق بأن يتخذ شخص طريقاً إلى
أرضه في أرض موات أو يحفر فيها لأرضه مروى أو مصرفاً ففي هذه الحال
يتقرر على هذه الأرض حق ارتفاق لأرض ذلك الشخص التي انتفعت
بذلك الطريق أو المروى أو المسيل عند بعض الفقهاء.

ويرى آخرون أن ذلك من قبيل الإحياء الذي تملك به الأرض الموات فلا يتقرر
به حق ارتفاق، وإنما يثبت به حق ملك، ومرجع هذا الخلاف إلى خلافهم فيما يعد

(١) ج ٣ ص ٢١٣.

إحياء يملك به الموات وما لا يعد كذلك فيتقرر به حق ارتفاق ولا يثبت به ملك.

٤- التزام حق من هذه الحقوق بطريق التبرع. وهذا السبب عند المالكية فقط دون غيرهم؛ ذلك لأن التبرع عندهم ملزم فيكون الحق المترتب عليه لازماً، وعند غيرهم ليس ملزماً، فيكون التبرع حينئذٍ من قبيل الإعارة فلا يترتب عليه حق ارتفاق؛ لأننا لا نسمي هذا النوع من الانتفاع حق ارتفاق إلا إذا كان لازماً بالنسبة للعقار المرتفق به، كما بينا. وعلى هذا إذا تبرع إنسان فالتزم لغيره بأن يروي أرضه بماء يجريه في أرضه كان ذلك كافيًا لتقرير حق إمرار الماء لأرض المتبرع له على أرض المتبرع وكان ذلك الحق لازماً لأرض المتبرع على الوجه الذي تم به الالتزام من ناحية الدوام أو التوقيت، عند المالكية. أما الحنفية ومن يرى رأيهم فيرون أن هذا مجرد إذن لا يفيد إلا إباحة موقوتة ببقاء الإذن أو عارية إذا ما استوفيت شروط العارية، وللأذن أو للمعير أن يرجع عن ذلك متى شاء، فإذا رجع أو توفي انتهى هذا الحق. ففي الهندية^(١) نهر خاص لرجلين وله كوى أضاف إليها رجل بإذنها كوة جديدة وحفر منها إلى أرضه نهرًا، ومضى على ذلك زمان، ثم بدا لأحدهما أن ينقض ذلك فله أن ينقض، وكذلك لو مات أحدهما كان لورثته أن ينقضوا لأن ما صدر منهما من قبيل العارية وهي غير لازمة.

٥- إنشاء حق من هذه الحقوق بعقد معاوضة استقلالاً عند المالكية ومن رأى رأيهم كالشافعية خلافًا للحنفية، ومرجع هذا إلى خلافهم في قبول هذه الحقوق المعاوضة عليها والتصرف فيها استقلالاً، فالحنفية يرون أنها لا تقبل ذلك على الجملة؛ ولذا لا تنشأ بهذا السبب، ويرى غيرهم أنها تقبله؛ ولذا تنشأ بهذا السبب.

جاء في أسنى المطالب^(٢) ما يفيد أنه يجوز تملك حق المسيل والمجرى والمرور بالشراء ففيه ما نصه (يجوز لمالك دار أن يبيع لجاره حق إجراء ماء المطر الذي ينزل

(١) الفتاوى الهندية ج٦ ص ١٨١.

(٢) أسنى المطالب على روضة الطالب ج٢ ص ٢٢٢.

على سطحه منه إلى سطح جاره ليصل إلى مقره، وذلك للحاجة؛ ولذا لم يجز بالنسبة إلى ماء الغسالات).

ومثل ذلك في نهاية المحتاج^(١) وفي الروض أيضًا في الموضوع السابق وجار. شراء حق إجراء ماء النهر في أرض كسراء حق البناء، وهذا ليس بيعًا محضًا ولا إجارة محضة. ويجوز شراء حق المرور في طريق خاص ليفتح فيه باب إلى منزل آخر وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٢).

٦- مضى مدة على الانتفاع بهذا الحق دون اعتراض ممن له حق الاعتراض. وإلى هذا ذهب المالكية فقط، وكأنهم قد اعتبروا أن مضى مثل هذا الزمن مع السكوت وعدم المعارضة دليل الرضا بهذا الحق والتبرع به فأثبتوه بذلك. واختلفوا في مقدار هذه المدة فمنهم من قال: أقلها أربعة أعوام ومنهم من جعلها عشرة أعوام ومنهم من جعلها عشرين عامًا، وقيل غير ذلك^(٣).

٧- القدم عند الجهل بمنشأ الحق، وهذا ليس سببًا منشئًا في الواقع ولكن لما تنويسي السبب لطول الزمن وبقي الحق معروفًا قائمًا نسب إلى القدم وأقر بناءً على أنه لم يكن إلا لسبب صحيح استوجبه، وإلا لعورض فيه فزال، ولعدم ترجيح سبب على آخر نسب إلى القدم.

٨- شراء العلو بالنسبة إلى حق التعلي، ويرى الحنفية أن حق التعلي لا يثبت إلا تبعًا لشراء علو قائم فعلاً، فإذا أزيل البناء المستعلي لم يكن العلو وهو الفراغ الذي كان يشغله هذا البناء محلاً للبيع والشراء، ولم يكن حينئذٍ من سبيل إلى إثبات حق التعلي في هذه الحالة ما دام البناء المستعلي غير موجود، وخالف في ذلك غير الحنفية فقالوا بجواز بيع البناء القائم وثبوت حق التعلي تبعًا لذلك، كما يجوز بيع العلو نفسه من غير وجود بناء، سواء أكان السفلى قائمًا

(١) نهاية المحتاج ج٤ ص ٤٠١.

(٢) راجع التبصرة ج٢ ص ٤٥٦.

(٣) راجع شرح فتح العزيز على الوجيز ج٢ ص ٢٠٥ والشرح الكبير للدردير ج٣ ص ١٤ وكشاف القناع ج٢ ص ١٩٧.

أم غير قائم، وقد ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة، ورأى جمهور الشافعية أيضًا جواز بيع حق التعلي دون أن يكون هناك بناء مستعل خلافاً للمزني. كأن يباع سطح البيت أو علوه للبناء عليه بثمن معلوم، أو كأن يباع حق البناء على السطح بثمن معلوم والمعنى في الصورتين واحد، وهو فيها بيع لا يفيد ملك عين وإنما يفيد ملك حق؛ ولذا كان له شبه بالإجارة ولكنه ليس بإجارة حتى لم تشترط فيه المدة دفعًا للحاجة، كما في النكاح، وكأن الشارع نظر إلى أن الحاجة قد تمس إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في مرافق الأملاك وحقوقها مساسها إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في الأعيان، فجوز هذا العقد على أن يكون شبيهًا بالبيع وشبيهًا بالإجارة من ناحية دوام أثره، ومن ناحية إفادته ملك المنفعة^(١).

وذهب ابن حزم إلى عدم جواز تملك حق العلو مطلقًا، وأنه إذا بيع البناء المستعلي وجب على المشتري رفعه وأخذ الأنقاض لما في بقاءه من تقييد ملك صاحب السفلى بما لم يرد به شرع، وكذلك إذا بيع العلو نفسه ولم يكن بناء لم يجوز لأنه هواء وليس بهال.

وحق التعلي كما تبين ضرب من حق القرار، فإن حق القرار كما يكون حق قرار بناءً على بناء «وهو حق التعلي» يكون كذلك حق قرار بناء على أرض، وينشأ ذلك عن بيع حق البناء على أرض معلومة، وإلى ذلك ذهب المالكية فقد جوزوا بيع حق البناء على الأرض، كأن يحدد شخص قطعة من أرضه فيبيع حق البناء عليها لآخر، وإليه ذهب الشافعية^(٢) وهو أيضًا مذهب الحنابلة فإنهم قد جوزوا بيع منافع الأعيان كما سيأتي، وعلى ذلك يجوز بيع منفعة الأرض ليني عليها، ففي هذه الأحوال يكون للبناء الذي يبنى على الأرض حق القرار عليها، وهذا الحق هو غير حق القرار الناشئ عن الحكر؛ ذلك لأن الأول دائم، والثاني غير دائم؛ لأن بقاءه رهن ببقاء الحكر، فإذا انتهى عقد الحكر بسبب من الأسباب المنهية له انتهى هذا الحق. والنتيجة أن الأول

(١) راجع كشف القناع ج ٢ ص ١٢٧.

(٢) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٤، ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٩٨.

ثمرة من ثمرات بيع الحق والثاني ثمرة من ثمرات إجارة الأرض مدة طويلة، على أن يكون عليها حق القرار، فسبب الأول عقد بيع وسبب الثاني عقد إجارة، والأول لا يكون إلا في الأرض المملوكة والثاني يكون في المملوكة والموقوفة على الراجح. ومن العلماء من ذهب إلى أنه لا يكون إلا في الموقوفة.

٩- التلاصق بالجوار بالنسبة إلى حقوق الجوار، فتثبت لكل دار من الدارين المتلاصقتين حقوق ارتفاع على الأخرى مرجعها إلى أنه لا يجوز لأحد الجارين أن ينتفع بداره انتفاعاً يضر بجاره ضرراً بيناً فاحشاً، فإذا كانتا للسكنى لم يجز لأحدهما أن يتخذ داره مصنعاً تنبعث منه الأصوات المقلقة لراحة جاره أو الهزات التي ترجف جدرانها وتزلزلها أو الدخان الدائم الذي يؤدي جاره إلى غير ذلك من الأضرار كفتح النوافذ التي تنكشف بها عورات جاره وإقامة المباني التي تحجب الهواء أو الضوء عن جاره مما يرجع في تقديره إلى القضاء. وهذا ما ذهب إليه المالكية ومتأخرو الحنفية خلافاً لغيرهم من الذين لم يروا أن يشتوا للجار حقاً على عقار جاره لما يترتب على ذلك من قيود تتنافى مع مقتضى الملكية التامة التي يتمتع بها المالك.

مالية حقوق الارتفاع

ولما علمته من أن هذه الحقوق هي منافع، والمنافع عند الحنفية ليست بهال يتبين لك أن هذه الحقوق ليست بهال؛ ولذا لا يجري فيها البيع وهذا هو أرجح الآراء عند الحنفية، ولكن سترى أن بعض الحنفية يرى جريان البيع فيها، وذلك يستلزم أن صاحب هذا الرأي يعدها من الأموال، وإذا كان الأمر كذلك فهل يرى أن جميع المنافع أموال أو يرى ذلك في هذا النوع من المنافع خاصة؟، وإذا كان يرى ذلك فيه خاصة فبأي شيء امتاز عن بقية المنافع حتى كان من الأموال دون غيره؟. وقد تكلمنا على ذلك عند كلامنا على حكم التصرف في هذه المنافع في كتابنا الحق والذمة.

مظهر ثبوت الملك في المنافع

علمنا أن الملك ضرب من الاختصاص يجعل لصاحبه شرعاً حق التصرف والانتفاع ما لم يمنع من ذلك مانع؛ ولذا يكون لمالك المنفعة بناءً على ذلك الحق في أن يتصرف فيها كما يكون له الحق في الانتفاع بها، غير أن ملك المنفعة قد يكون مطلقاً غير مقيد في قيد صاحبه حق التصرف وحق الانتفاع كما في حالات الإجارة والوصية وغيرهما، وقد يكون مقيداً بقيود تحول دون ثبوت حق التصرف، وعندئذ لا يكون لمالك المنفعة إلا حق الانتفاع فقط. وهذه القيود قد تكون قيوداً مشروطة صراحة في عقد تملك المنفعة، وقد تكون قيوداً مشروطة فيه عرفاً.

فمن الحالات الأولى أن يوصي إنسان لآخر بسكنى دار فيشترط عليه في الوصية أن يسكن بنفسه وألا يستغلها، وعند ذلك يكون له حق الانتفاع بالسكنى فقط فلا يؤجرها ولا يسكن غيره بطريق العارية. ومن الحالات الثانية أن يقف إنسان داره لسكنى طلبة العلم في معهد معين، فإن العرف يقضي في مثل هذه الصورة بأن يمنعوا من استغلالها ومن إعارتها لغيرهم ولا يكون لهم إلا حق السكنى بأنفسهم. وفي مثل هذه الصورة اختلف رأي الفقهاء هل الثابت فيها للطلبة ملك المنفعة أو الثابت فيها لهم حق الانتفاع دون ملك المنفعة؟ وبعبارة أخرى هل أفادت عقدة الوقف في هذه الحال ملكاً أم أفادت إباحة؟ يرى بعض الفقهاء كالحنفية أنها أفادت ملكاً؛ لأن السبب موضوع للتملك بدليل إفادته الملك في بعض الحالات، ويرى آخرون كالمالكية أنها أفادت إباحة فقط لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، وهذا الخلاف ليس له أثر عملي في الواقع لأن النتيجة واحدة وهي أن الموقوف عليه في مثل هذه المسألة ليس له إلا حق الانتفاع، وسيان أن يكون هذا الحق نتيجة ملكه للمنفعة على الرأي الأول أو يكون ليس نتيجة لملكه المنفعة وإنما هو النتيجة المباشرة للوقف، ولتفهام الإيضاح نبين الفرق بين الإباحة وملك المنفعة.

الفرق بين الإباحة وتمليك المنفعة

تمليك المنفعة تصرف يفيد ملك المنفعة، وهو كما أشرنا عبارة عن الاختصاص بها على وجه يفيد حق التصرف فيها وحق الانتفاع بها إن لم يوجد مانع، ويثبت ملك المنفعة تبعاً للملك العين، كما يثبت استقلالاً بسبب من الأسباب التي تفيده، وهي الإجارة والإعارة على رأي والوقف والوصية والنكاح عندما يكون المهر منفعة من المنافع والطلاق نظير عوض عندما يكون العوض منفعة من المنافع. وكما ذكرنا يجوز أن ينتقل من مالك إلى آخر بسبب من الأسباب التي تفيد انتقاله كالإجارة والإعارة نتيجة لتصرف المالك فيه كما يفيد صاحبه حق الانتفاع بهذه المنفعة ما لم يوجد مانع.

أما الإباحة فهي تصرف أو إذن يفيد الإنسان الحق في أن ينتفع أو بعبارة أخرى حق الانتفاع بطريق مباشر، وقد يكون هذا الإذن أو هذا التصرف من مالك المنفعة أو من مالك العين، كأن يأذن إنسان آخر بأن يركب معه في سيارته مثلاً، أو كأن يضيفه لبيته عنده في منزله، أو ليطعم معه، وقد يكون هذا الإذن من الشارع بحكم منه كما في إباحة الانتفاع بالماء غير المملوك لأحد، أو بالكلاء قبل إحرازه، أو بضوء النار الموقدة، وذلك بقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة: في الماء والكلاء والنار» أي هم شركاء فيها شركة إباحة لا شركة ملك. وما دام الإذن قائماً فالإباحة مستمرة، والحق ثابت، فإذا انتهى الإذن بانتهاء أمده إن كان له أمد، أو رجع مصدره عنه أو توفي انتهت الإباحة وبطل الحق.

وهل يشترط في انتهائها علم المباح له بعدول المبيع عن إذنه؟ في ذلك قولان عند الشافعي^(١)، أحدهما أنها لا تنتهي إلا إذا علم المباح له بعدول المبيع، وثانيهما أنها تنتهي بمجرد عدول المبيع وإن لم يعلم به المباح له.

ومقتضى قواعد الحنفية أنه يشترط العلم لأن ثبوت هذا الحق من قبل الولاية وقيام المأذون له مقام الأذن في الانتفاع فصار كالوكيل إذا عزله موكله فإنه يشترط لتنفيذ ذلك علمه بالعزل.

(١) راجع الأشباه للسيوطي ص ٢٢٣.

وليس للمباح له إلا أن ينتفع بنفسه وفق الإذن الصادر له، فمن دعى إلى وليمة فليس له أن ينيب عنه غيره ولا أن يعترض عنه. والنتيجة أن ما للمباح له هو أن ينتفع بنفسه فقط وذلك ما يسمى عند المالكية بحق الانتفاع. هذا وينبغي أن تنتبه إلى أن الإباحة تكون طريقاً لتملك ما أبيح، عيناً كان أو منفعة، فالمباح له قبل أن ينتفع مأذون بأن ينتفع غير مالك لما أبيح له. ولكنه حين ينتفع ويستوفي ما أبيح له يملكه، فالضيف يملك الطعام عندما يدعى إلى وليمة إذا وضعه في فيه، ومن نثرت عليهم النقود في الأفراح والمحافل -حسب العادة- يملكونها بالتقاطها حتى لا يجوز لنائها أن يستردها منهم بعد ذلك، وإلى هذا ذهب بعض الفقهاء، وهو -فيما أرى- الرأي الراجح.

وذهب آخرون إلى أن المباح له إنما يستهلك ما أبيح له أو يستوفيه وهو على حكم ملك المبيح، وإنما لا يضمه عند استهلاكه لأنه مأذون فيه من مالكه وسلط عليه فلا يكون متعدياً، والضمان إنما يكون عند التعدي، ويترتب على هذا الرأي أن يكون للمبيح حق استرداد ما أباح ما دام ذلك ممكناً وهذا خلاف المعروف^(١).

وجملة القول أن مجرد إباحة الشخص لماله وبخاصة إذا كان عيناً من الأعيان لا يخرج عن ملكه، وهذا محل اتفاق، وعن هذا قيل من سيب دابته لعله فأخذها إنسان آخر فعالجها حتى برئت فهي للمالك لا له. غير أن الإباحة إذا كانت متعلقة بمنفعة فاستوفاها المأذون له فقد استهلكها باستيفائها، وسواء في ذلك استهلكها على اعتبار أنها ملك لصاحب العين وقد أذنه في ذلك أم استهلكها على اعتبار أنه قد ملكها بالانتفاع، إذ لا وجود لها بعد ذلك حتى تصير محل خلاف.

أما إذا تعلق بعين من الأعيان، كما إذا ترك شخص ماله وقال من شاء فليأخذها، أو نثر نقوده على الناس في حفل ليأخذ كل شخص ما تناله يده، أو دعا صديقاً إلى تناول طعامه، ففي مثل هذه الأحوال اختلف الرأي، فجمهور الحنفية يقولون إن المال يظل مملوكاً لصاحبه إلى أن تناله يد المباح له فيتملكه بأخذه وبذلك تنتهي ملكية صاحبه الأول وهو المبيح، فإذا استهلكه بعد ذلك فقد استهلك مالا

(١) راجع تقرير الرافعي ج ٢ ص ١٣٢.

مملوكًا له، وعلى هذا الرأي يكون ذلك من قبيل التملك. وذهب آخرون إلى أن المباح له لا يتملك المال بتناوله في هذه الحال وإنما يظل المال ملكًا لصاحبه حتى يستهلكه المباح له، وإذا استهلكه فإنها يستهلكه بإذن مالكة وهو مملوك له.

ويقضي الرأي الأول بأنه يجوز للملك المال أن يسترده ممن ملكه بالرجوع في تملكه باعتباره واهبًا رجع في هبته ولم يمنع من ذلك مانع. وإلى هذا الرأي ذهب بعضهم، وذهب آخرون إلى أنه لا يملك استرداده، ولعلمهم قاسوا مثل هذه المسألة على الصدقة بجامع عدم القصد إلى التعويض في العادة في مثل هذه المسائل^(١). أما على الرأي الآخر فالملك المباح ملك مبيحه فله استرداده ما دام قائمًا.

خواص ملك المنفعة

يمتاز ملك المنفعة عن ملك الأعيان ملكًا تامًا بما يأتي:

الأول: أن الشأن في ملك المنفعة قبوله التقييد خلافًا لملك العين ملكًا تامًا فإن الشأن فيه ألا يقبل تقييدًا إلا في أحوال وظروف خاصة.

ويقيد ملك المنفعة بالزمن وبالمكان وبالصفة، وذلك بشرط يشترط في سبب التملك صراحة أو عرفًا، فإن ما هو معروف عرفًا يعتبر مشروطًا في التعاقد شرعًا إلا إذا نص فيه على خلافه.

وتقييده بالزمن مقبول وجائز دائمًا، فإنه إن كان نتيجة للإجارة فالإجارة لا تصح إلا مؤقتة بمدة معينة، وإن كان نتيجة للإعارة كان مؤقتًا أن أقتت بمدة لأنها عند ذلك تنتهي بانتهائها، وكذلك الحكم إذا كان هذا الملك نتيجة لوصية بالمنفعة أو كان استحقاقًا في وقت فهو ينتهي في كل منها بانتهاء المدة التي قيدت بها الوصية أو حددت للاستحقاق في عقدة الوقف.

وكذلك الحكم إذا قيد هذا الملك بمكان معين ففي الإجارة يلزم المستأجر ألا ينتفع بالعين المستأجرة إلا في المكان الذي عين في العقد، فإذا استأجرت دابة لتركبها

(١) راجع رد المحتار على الدر المختار جزء ٤ ص ٣٥٠ وص ٣٥٥ والبرازية جزء ٣ ص ٣٠٤ من باب الصيد وراجع في ذلك أيضًا تبين الحقائق للزليعي والفتاوى الهندية في باب الصيد.

من مكان معين إلى آخر على أن تسلك بها طريقاً معيناً لم تركبها في غير ذلك الغرض ولا تسلك بها غير هذا الطريق إلا إذا كان مماثلاً له أو خيراً منه، أما إذا كان أشق سيراً منه لسبب من الأسباب فليس لك ذلك، وإذا استأجرت خادماً ليعخدمك في مدينة القاهرة لم يكن لك أن تلزمه بأن يعخدمك في قرية تنقله إليها، وإذا استأجرت سيارة لتركبها في الإسكندرية لم يكن لك أن تركبها في طريق زراعي إذا كان السير فيه أشق أو يسبب للسيارة ضرراً لا يسببه الطريق الآخر، وكذلك الحكم في العارية، ففي دور الكتب إذا استعرت كتاباً لتقرأ فيه بحجرة المطالعة لم يجوز لك أن تخرج به لتقرأ فيه خارجها. ولا يختلف الحكم في الوصية والوقف عن ذلك.

والأصل في هذه الأحكام أن من استحق منفعة مقدرة بعقد فإنما يجوز له أن يستوفيها أو يستوفي ما يماثلها أو ما هو أدنى منها، ولو أراد أن يستوفي ما هو أكثر منها أو أضر لم يجوز^(١).

والحكم عند التقييد بالصفة كذلك، فإذا قيد ملك المنفعة بوصف من الأوصاف بناء على شرط اشترط في سبب تملكها تقيد المتفع به ما لم يكن في خلافه خير منه، فإنه لا يعد تركه إلى خلافه عندئذ مخالفة للشرط عرفاً لأن الرضا بالشيء يعد رضا بما هو خير منه، وبما هو أقل منه ضرراً، فإذا قيدت مستأجراً لأرض بزراعة نبات معين لم يزرع إلا ما قيد به أو ما هو مماثل له أو أدنى منه ضرراً بالأرض دون ما يصيب الأرض بسببه ضرر أشد، وفي تقييد المستأجر بالأرض لا يؤجر لأحد يلزمه ذلك إذا كانت المنفعة تختلف باختلاف المتفع، ولا يتقيد به إذا كانت المنفعة لا تختلف باختلافه، ومع مراعاة شروط أخرى عند الحنفية خلافاً لغيرهم إذا لا يشترطون شروطاً أخرى غير ذلك. وكذلك الحكم في العارية كما إذا قيد الموصي له بالمنفعة بالأرض لا يتفع إلا على وجه معين أو قيد الموقوف عليه بمثل ذلك، لم يكن لأحدهما أن يتفع بها هو فوق ما أعطي له.

وكما يكون تقييد هذه الملكية عند التملك يكون بعده في غير الوصية وفي غير الوقف ما لم يشرط الواقف لنفسه أن له حق الاشتراط في الوقف بما يجعله يقيد

(١) راجع الدر المختار وحاشيته رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٥٦١، ج ٥ ص ٢٥ طبعة الحلبي.

المستحق في انتفاعه إذا انتفع. فإذا شرط كان له أن يقيد المنتفع تطبيقاً لما شرط، ففي الإعارة يجوز للمعير أن يُقيد المستعير بعد تمام العارية لأن العارية عقد غير لازم، ومن كان من حقه إنهاؤها كان من حقه تقييدها، لأن ذلك نوع من الإنهاء أو هو دونه، أما في الإجارة فلا يتم التقييد إلا باتفاق المؤجر والمستأجر لأنها إذا تمت على وجه لزمته، فلا يملك أحد عاقدتها الخروج عنه وحده.

وهذا كله في غير حقوق الارتفاق فإن الحكم فيها كما علمت أنها لا تقبل التوقيت عند الحنفية ولكنها تقبل التقييد بالصفة وبالمكان اتفاقاً، وبالزمن عند الشافعية والمالكية وقد تقدم ما يفيد هذا.

الثاني: عدم قبوله للتوارث عند الحنفية خلافاً لغيرهم، وعليه لا ينتقل ملك المنفعة بموت صاحبه إلى ورثته عند الحنفية لأن انتقال الشيء من مالك إلى وارثه عند وفاته لا يتصور إلا عند بقاءه - وقد علمت أن المنافع لا بقاء لها، وأن ما يوجد منها حال حياة المورث المالك لها ينعدم بمجرد وجوده - ولا يبقى إلى ما بعد وفاته، والمعدوم لا يتصور فيه الانتقال، وإن ما يوجد منها بعد وفاته لا يكون ملكاً له؛ لأنه كان معدوماً حال حياته والمعدوم لا يملك، وإذن لا يورث، وإن الورثة إنما يملكون ما كان مملوكاً لمورثهم حال حياته وظل باقياً إلى ما بعد وفاته، وعلى هذا لا تورث المنافع عندهم بل ينتهي ملك المنفعة كما تقدم في جميع أحواله بموت صاحبه، ويستثنى من ذلك حقوق الارتفاق لدوامها وبقائها باعتبارها حقاً لاحقاً بالعقار المنتفع أو المخدم فتورث لذلك.

أما الشافعية والمالكية والحنابلة فيرون أن ملك المنفعة ينتقل بالوراثة إلى الورثة كملك الأعيان، وذلك بناءً على أن المنافع عندهم أموال؛ ولذا قبل ملك المنفعة عندهم أن يكون ملكاً دائماً كملك العين.

قبول المنفعة لأن تثبت ديناً في الذمة

والمنافع التي تستحق بعقد الإجارة قد تكون منافع تستوفي من أشياء معينة أو من أشياء غير معينة، وقد تكون أعمالاً تطلب من أجير خاص أو من أجير مشترك.

فإن كانت منافع تستوفي من أشياء معينة كسكنى هذه الدار أو ركوب هذه الدابة لم تثبت المنفعة عندئذٍ ديناً في ذمة المؤجر إذ لا يطلب أداؤها حينئذٍ من الشخص نفسه حتى تصير ديناً في ذمته، ولكنها تستوفي من الشيء المعين «هذه الدار أو هذه الدابة» وليس على المؤجر إلا أن يمكن المستأجر من استعماله، وإذن فلا يطلب منه إلا التمكين، ولا تشغل ذمته بغيره، فإذا استأجرت أرضاً مبنية لزراعتها أو دابة معينة لركوبها لم يطلب من المؤجر إلا أن يسلم الأرض أو الدابة أو يخلي بينهما وبين المستأجر، أما الزراعة أو الركوب فممنفعة يترك استيفاؤها للمستأجر عند تمكينه من العين المستأجرة.

وإن كانت منافع تستوفي من أشياء غير معينة - كأن تستأجر من شخص دابة ما لتركبها من مكان إلى مكان - تثبت المنفعة المستحقة بالعقد ديناً في ذمة المؤجر أو المكاربي، إذ عليه أن يملك من مكانك إلى المكان المطلوب بأية دابة يحضرها إليك، فكان الحمل مطلوباً منه بأية دابة، فشغلت به ذمته؛ ولذا لا ينتهي ملك المنفعة في هذه الحال بهلاك الدابة التي يحضرها إذ أن المستأجر لم يملك منفعتها وإنما ملك المنفعة في ذمة المكاربي، عليه وفاؤها بأية دابة يحضرها، فإذا أحضرها فقد خلي بينك وبينك فعلياً استيفاؤه حينئذٍ، وبذلك تبرأ ذمته، إذ التخلية تسليم، وليس على المدين إلا التسليم.

وإن كانت أعمالاً تطلب من أجير خاص لم تثبت ديناً في ذمته إذ المطلوب منه أن يسلم نفسه قادراً على العمل، سواء أوجد عملاً أم لم يجد؛ ولذا يستحق الأجرة وإن لم يعمل متى سلم نفسه. وعليه فإذا استأجرت طاهياً خاصاً فجاء فسلم نفسه إليك قادراً على الطهي ثم لم تحضر له شيئاً يطهيه استحق أجره، إذ أن ذمته لم تشغل بعمل معين يؤديه وإنما شغلت بتسليم نفسه في وقت الإجارة قادراً على أن يعمل ما طلب

منه في الزمن المعين إذا تمكن؛ ولذا قال الطحاوي: إن العقد معه واقع على تسليم نفسه في الوقت المعين^(١).

وإن كانت أعمالاً تطلب من أجير مشترك تثبت ديناً في ذمته، إذ أنه بالإجارة يصير مطالباً بأداء عمل معين عليه أن يقوم به إما بنفسه وإما بنائبه، كالدين يطلب من المدين وفاؤه وعليه أن يوفيه، سواء أوفاه من مال نفسه أم من مال آخر إذ له حيثئذ أن يتخير فيما يكون به الوفاء متى اشترك مع الدين في الجنس.

وإذا كانت المنفعة ديناً في الذمة كانت الإجارة سلماً عند بعض العلماء كالشافعية فوجب أداء الأجرة في المجلس، وعند آخرين لا تكون سلماً إلا إذا عقدت بلفظ السلم كالحنابلة، وعند غيرهم لا تكون سلماً مطلقاً كالحنفية^(٢).

القرض في المنافع

ذهب فريق من الفقهاء إلى جواز القرض في المنافع بأن يملك إنسان منفعة بواسطة اقتراضها على أن يعوض المقرض منفعة مثيلة لها، وخالف في ذلك الجمهور فلم يجوزوه في المنافع. ومرجع هذا الخلاف فيما يظهر لي إلى خلاف آخر في ضمان المنافع بأمثالها وهو: هل للمنفعة مثل حتى يتأتى ضمانها به إذا ما دعت داعية إلى ضمانها أم ليس لها مثل؛ ولذا لا تضمن إلا بالمال؟

ذهب الحنفية ومن تابعهم إلى أن المنفعة ليس لها مثل تضمن به؛ ذلك لأن الضمان بالمثل إنما يكون عند تحقق التماثل بين البدلين صورة ومعنى كما تقدم وذلك منتف في المنافع، وقدمنا بيان ذلك عند كلامنا على خلاف العلماء في مالية المنفعة. وبناءً على ذلك لا تضمن المنافع بأمثالها ولا يتأتى فيها بسبب ذلك القرض لأنه عبارة عن تمليك مال مثلي نظير أن يعوض بمثله، والمنافع لا مثل لها فلا يجوز فيها القرض.

وذهب آخرون إلى أن المنافع تضمن بأمثالها متى أمكن ذلك، ألا يرى أنها تثبت ديناً في الذمة كما قررنا فيما مضى، وأنها إذ تثبت ديناً في الذمة بعقد الإجارة كان وفاؤه باستيفاء تلك المنافع. وعلى هذا فليس ما يمنع من ثبوتها ديناً في الذمة كذلك

(١) راجع حاشية الشلبي على تبين الحقائق ج ٥ ص ١٣٤.

(٢) راجع كشف القناع ج ٢ ص ٢٩٤ ونهاية المحتاج للرملي الشافعي ج ٥ ص ٢٦٢.

بواسطة عقد القرض ثم توفي على مثال وفائها في الإجارة والنتيجة جواز القرض فيها قياسًا على عقد الإجارة لاشتراكهما في شغل الذمة بها فيستويان في الحكم وهو الوفاء بالمثل.

يد المنتفع على العين المنتفع بها وضمانه إياها

ملك المنفعة إذا ثبت لشخص استلزم أن يكون لذلك الشخص حق وضع يده على العين التي تملك منفعتها في مدة تملكه إياها، وذلك ليتمكن من استيفاء حقه، إذ لا يمكنه أن يستوفيه إلا بذلك. وبناءً على ذلك كان له حق مطالبة مالك العين التي تملك منفعتها بأن يسلمها إليه ليستوفي منها حقه، وعلى مالكة أن يسلمها إليه إما اختيارًا وإما قهراً عنه بواسطة القضاء.

فإذا وضع يده عليها لاستيفاء حقه منها فإن كان قد تملك بإجارة أو وصية أو وقف فيده عليها حينئذ يد أمانة عند الجميع. وعليه أن يقوم بحفظها كما يقوم المالك على حفظ أمواله وكما يقضي عليه العرف المتبع. فإن قصر أو تعدى في ذلك ضمن ما ترتب على ذلك من تلف أو نقص، وصارت يده من ذلك الوقت يد ضمان لتعديه، ولكن إذا عاد إلى سيرته الأولى وأقلع عن تعديه أو كما يقول الفقهاء: إذا عاد إلى الوفاق هل تعود يده يد أمانة كما كانت؟ نقل الشرنبلالي عن الفصول العمادية «أن المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم عادا إلى الوفاق لا يبرأ كل منهما عن الضمان على ما عليه الفتوى» اهـ. ومقتضاه أن هناك قولاً بأنها يبرأ من الضمان إذا عادا إلى الوفاق ولكنه غير المفتى به.

ووجه القول المفتى به في المستعير أن المستعير إذا خالف وتعدى انقلب غاصباً ووجب عليه رد العارية إلى مالكة واستحالت يده إلى يد ضمان، إذا ما وجب الرد وتغيرت يده انتهت العارية تبعاً لذلك، وإذا انتهت لم تتجدد إلا بعقد جديد، وعلى هذا تستمر يد المستعير بعد خلافه وتعديه يد ضمان ولا تعود يد أمانة. ومبنى هذا التوجيه كما هو ظاهر أن العارية عقد غير لازم وقد ذكره الإيتاني في شرحه على الهداية.

وقد يكون هذا التوجيه مشعراً بأن المستأجر إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق برئ من الضمان، وذلك لما هو معلوم من أن الإجارة عقد لازم لا يستقل المستأجر بنفسه،

فإذا خالف منع من خلافه ولا ينفسخ العقد، وإذا عاد إلى الوفاق بعد خلافه عاد إليه وهو لا يزال مستأجرًا، ويد المستأجر يد أمانة. وربما كانت هذه الملاحظة هي التي دعت الكاساني إلى أن يوجه هذا الحكم توجيهًا آخر، فوجهه بأن يد كل من المستعير والمستأجر لم توجد إلا لأجلهما ومصالحتهما؛ لأنها السبيل إلى استيفاء حقهما فكانت لهما ولم تكن للمالك العين المستأجرة أو المستعارة، وإنما كانت يد أمانة في الابتداء لرضا المالك بها. وبالخلاف ينتهي ذلك الرضا، فإذا حل الوفاق محل الخلاف لم تصر العين بعد الخلاف والاعتداء إلى يد مالکها، بل قد استمرت في يد المستعير أو المستأجر وهي يدهما لا يد المالك لأنها وجدت لمنفعتهما لا لمنفعته، وقد تحولت قبل ذلك إلى يد ضمان فتستمر على ذلك ولا تعود سيرتها الأولى إلا بسبب جديد من قبل المالك، وإنما يعود الأمين بعوده إلى الوفاق بعد خلافه إذا كانت يده يد المالك كما في الوديعة فإن يد الوديعة إنما وجدت لمنفعة المالك ولمصلحته من كل وجه فكانت له فبعود الوديعة إلى الوفاق تعتبر العين قد عادت إلى يد مالکها، وبناء على ذلك تنقلب يد أمانة كما كانت^(١) ولا يتعارض مع هذا البيان أن الفقهاء يرون أن يد كل من المستعير والمستأجر تعتبر يدًا نائبة عن المالك، لأنهم لا يريدون من ذلك إلا أنها قد وجدت برضاه وإذنه، وهذا لا ينفي أنها مع ذلك لم توجد ابتداءً إلا لمصلحة كل من المستعير والمستأجر فكانت لهما لا له، ولم يكن انتفاع المالك بيد المستأجر في ثبوت استحقاقه الأجرة إلا أمرًا تبعيًا فلم يكن كالوديعة.

وبناءً على ما ذكر إذا ما عاد المستأجر إلى الوفاق ظل مستأجرًا لعدم انقضاء عقد الإجارة بالخلاف، ولكن يده في هذه الحال تظل يد ضمان.

وعلى أساس ما تقدم ماذا يكون الحكم في كل من الموصى له بالمنفعة والموقوف عليه إذا خالفا ثم عادا إلى الوفاق؟ هل تعود يدهما يد أمانة كما كانت بعودها إلى الوفاق كالوديعة، أم لا تعود بل تظل يدهما يد ضمان كالمستأجر والمستعير؟. لم أعثر على قول للحنفية في ذلك ولكن يظهر لي بناءً على ما تقدم أن يدهما تعود إلى الأمانة بعودهما إلى الوفاق. أما في الموقوف فلأنه لا مالك له حتى تكون يده على العين

(١) راجع البدائع ج ٦ ص ١٣٦، ص ١٤٧.

الموقوفة هي الأصل وغيرها نائبة عنها أو معتدية، وعلى ذلك تكون يد الموقوف عليه في هذه الحالة على العين الموقوفة عليه بدءاً أصيلة كيد المالك فبعوده إلى الوفاق تعود يده سيرتها الأولى لأنها الأصيلة أو اليد الطبيعية. ولا يقال: لم لا تكون يد الناظر على الوقف هي الأصيلة كيد المالك بالنسبة إلى الأعيان المملوكة؟ ذلك لأن يد الناظر في الواقع ليست إلا وسيلة لاستيفاء الموقوف عليه حقه فهو إذا تسلم العين تسلمها لأجل مستحق منفعتها فكانت يده لأجل منفعة المستحق أو هي أشبه بيد نائبة عن يد المستحق حتى ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يعتبر وكيلاً عن المستحقين.

أما الموصى له بالمنفعة فقد تلقى حقه في وضع يده عن المتوفى لا عن ورثته فكانت يده من هذه الناحية أصيلة كيد المالك أو كيد الموقوف عليه فيعود إلى الوفاق بعود العين إلى اليد التي لها حق الإمساك والاستقرار، وحكمها أن تكون يد أمانة. هذا ما يظهر لي.

وأما إذا كان تملك المنفعة بإعارة فكذلك الحكم عند الحنفية وفريق من المالكية، فيد المستعير عندهم يد أمانة كيد المستأجر. وخالفهم في ذلك الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أن يد المستعير يد ضمان.

استدل الحنفية بما رواه الدارقطني عن رسول الله ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن». وبما رواه أيضاً من قوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان» والمستعير إنما يتسلم العارية بإذن من مالكيها ورضاه وقد أوتمن عليها فلا ضمان عليه ما لم يتجاوز شرطاً أو عرفاً فيكون مغلاً أي خائناً.

وإلى هذا الرأي ذهب الزيدية والحسن البصري وشريح والشعبي والأوزاعي ولكن أصحاب هذا الرأي قد اختلفوا فرقتين: فرقة ترى أن المستعير غير ضامن ولو شرط عليه الضمان؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، والشرط الذي يخالف العقد يلغى، والأخرى ترى أن هذا الشرط صحيح فيضمن المستعير إذا شرط عليه الضمان، وادعاء أنه مخالف لمقتضى العقد غير مسلم، إذ لا تلازم بين طبيعة العارية وعدم الضمان، واستدل القائلون بالضمان بما رواه الخمسة، من أن رسول الله ﷺ قال: «على

اليد ما أخذت حتى تؤديه». وبما روي من أن رسول الله ﷺ «استعار من صفوان بن أمية أدرعاً يوم حنين فقال له: أغضباً يا محمد؟!»، فقال: بل عارية مضمونة، قال: فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمها له فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب»^(١).

وقد نوقش الحديث الأول بأنه يحتمل أن يكون المعنى على اليد حفظ ما أخذت إلى أن تؤديه، فلا يفيد تضمين المستعير، ولا يصلح دليلاً على ضمانه العارية؛ ولأنه لو كان المعنى على اليد ضمان ما أخذت لشمل الوديعة ولكانت بناءً عليه مضمونة، وقد يجاب عن هذا بأن الوديع أعطى ولم تأخذ يده فلا يشملها الحديث.

ونوقش الحديث الثاني بأنه قد يراد بقوله «مضمونة» أنها مضمونة الرد بدليل الرواية الأخرى التي فيها «بل عارية مؤداة». وكذلك نوقش بأن الحديث إنما ورد في عارية شرط فيها الضمان وكلامنا في عارية مطلقة لم يشرط فيها الضمان. وهذه المناقشة إنما تقبل على رأي من يرى أن اشتراط الضمان في العارية صحيح.

كما قيل في الاستدلال على عدم ضمانها أن هذا الاشتراط دليل أن العارية غير مضمونة، إذ لو كانت مضمونة، لم تكن هناك داعية إليه، ورد هذا بأن داعية الاشتراط متحققة وهو بيان الحكم لمُشْرِك لا يعرف أحكام الشريعة أو بيان الحكم لجميع الناس، لأن الحادثة كانت في بداية الإسلام.

وللشافعي مناقشة هذا الفريق بأن هذا لو كان شرطاً لكان غير صحيح لمخالفته لمقتضى عقد العارية على مذهبكم كما ذهبتم إلى عدم صحته في الوديعة وكما ذهبتم إلى عدم صحة شرط عدم الضمان على المتسلف، وبناءً على ذلك فصحة هذا الشرط تقتضي أن طبيعة العارية اقتضاء الضمان وإلا لبطل الشرط، وبذلك ظهر أن الحديث سليم في دلالة على أن العارية مضمونة، وهذا رأي ابن عباس وعطاء وأبي هريرة وإسحاق.

هذا ويرى الحنفية أنها تضمن بقيمتها وقت إتلافها بسبب التعدي. أما المالكية فيرون أن العارية نوعان: نوع لا يغاب عليه كالحیوان والسفن الواقفة، ولا ضمان

(١) رواه أحمد.

في هذا النوع عند هلاكه بلا تعدد ولا تقصير خلافاً لأشهب إذ يقول بضمان العارية. ونوع يغاب عليه كالثياب والحلي، ولا ضمان في هذا النوع أيضاً إذا أقام المستعير البينة على أن هلاكها كان بسبب لا يد له فيه، ولم يكن يقدر على دفعه خلافاً لأشهب، فإن لم يقم البينة على ذلك كان متهماً في ادعائه الهلاك بلا تعدد وعندئذ يكون ضامناً ما يتلف منها بقيمته يوم انقضاء أجل العارية على الحال التي كانت ستصير إليها العين لو استعملت الاستعمال المأذون فيه بمقتضى العارية وإن كان ذلك قبل الاستعمال، وذلك بشرط أن يقسم يميناً لنفي التهمة بأنها قد ضاعت أو تلفت بسبب لا يد له فيه ولا يقدر على دفعه، فإن لم يقسم هذه اليمين ضمن كل قيمتها.

ويرى الشافعية أن المستعير يضمنها ما عدا ما يتلف منها أو ينقص بسبب الاستعمال المأذون فيه.

وقد اتفق الجميع على أنه إذا شرط على مالك المنفعة في عقد تملكه إياها ضمان العين عندما يستوفي حقه منها فإن كان هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بطل ولغي، وكان غير ضامن، وإذا شرط عليه عدم الضمان وكان مقتضى العقد الضمان بطل الشرط وكان ضامناً، فلو شرط الضمان على المستأجر كان غير ضامن، وكذلك على الموقوف عليه أو على الموصى له، ولو شرط عدم الضمان على المستعير كان ضامناً عند الشافعية^(١).

(١) راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٣٣٦ و ٣١٦ ونهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٢٦ و ٣٠٥ والأم ج ٣ ص ٢١٧ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٣ ص ٤٣٧، ج ٤ ص ٢٤.

نفقة العين المنتفع بها

الأصل أن من ملك شيئاً حيواناً أو غير حيوان كانت نفقته في ماله لأن الملك من أسباب وجوب النفقة، وذلك محل اتفاق بين الفقهاء واستنوا من هذا الأصل أموراً فاختلّفوا في مدى هذا الاستثناء وأساسه.

فذهب الحنفية إلى استثناء ما جعلت منفعتها لغير مالكة بالمجان كالعين المستعارة والعين الموصى بمنفعتها فجعلوا نفقته على من ملك منفعتها؛ ولذا كانت نفقة العارية على المستعير ونفقة العين الموصى بمنفعتها على الموصى له.

أما نفقة العين المستأجرة فعلى مالكة لا على المستأجر، لأنه يملك منفعتها بعوض لا بالمجان.

وأما العين الموقوفة فقد صارت بالوقف ملكاً لله تعالى عندهم وخرجت به عن أن تكون ملكاً لأحد؛ ولذا كان لها حكم يخصها وهو وجوب نفقتها في الربيع إن كانت مستغلة، وعلى من له المنفعة إن وقفت للانتفاع بطريق الاستعمال، فعمارة الدار التي وقفت للسكنى على من له السكنى، وهذا الحكم في الواقع لا يتعد عن أصلهم، فإنه إذا لوحظ أن الربيع للمستحق (مالك المنفعة لولا تلك الحاجة) «كانت النتيجة أن النفقة واجبة في ماله، غاية الأمر أنها لم تجب في أي مال يمتلكه بل في هذا المال الخاص الذي هو الربيع، وتطبيقاً لهذا الأصل قالوا: إذا أوصى الإنسان لآخر بخدمة عبده وكان لا يطيق الخدمة عند نفاذ الوصية لصغر أو لمرض كانت نفقته على الورثة أو على الموصى له بركبته إلى أن يطيق فتصير نفقته على من له الخدمة، فإن أبى الإنفاق عليه رد إلى من له الرقبة كالعارية»^(١).

وأساس ذلك عندهم قاعدة «الغنم بالغرم» فإن مالك المنفعة إذا غنمها بالمجان كان عليه غرم نفقة محلها؛ ولأن نفقة العين سبيل الانتفاع بها فلا محل لأن يكلف مالكة الإنفاق عليها ليتفجع بها غيره بالمجان، والنتيجة أن نفقة العين على مالكة إلا في حالة واحدة وهي ما إذا كانت منفعتها لآخر بالمجان، فإن نفقتها في هذه الحال تكون على مالك منفعتها.

(١) راجع الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٩١.

وإلى هذا الاستثناء ذهب المالكية والحنابلة فجعلوا نفقة العارية على المستعير، والعين الموصى بمنفعتها على الموصى له، والعين المحبسة على المحبسة عليه والعين المستأجرة على مالكها. وقد خالف فريق منهم في المحبسة والعارية فرأى أن نفقة العارية على مالكها وهو المعتمد عندهم، واستثنى الوقت القصير كالليلة والليلتين وأن نفقة العين المحبسة على مالكها وهو الواقف^(١) وقد ذكروا أن خلاف هؤلاء في العارية يرجع إلى سبب خاص، هو أن العارية تملك بالمجان، ولو جعلت النفقة على المستعير لكانت نفقتها عوضاً عن منفعتها ولانقلبت كراءً فيتغير الوضع، بل قد يكون العلف للدابة المستعارة في زمن الغلاء أكثر من أجرتها فلا تجب نفقتها على المستعير لذلك، أما العين المحبسة فلا مانع من وجوب نفقتها على المالك إذا كانت ستتهي إليه، أما إذا كانت لا تنتهي إليه بسبب أن حق المحبس عليه لا ينقطع إلا بزوالها فنفتها حينئذٍ على المحبس عليه.

وأما الحنابلة فلم يخالفوا ما ذهب إليه الحنفية إلا في العارية فقط إذ جعلوا نفقتها على المالك بسبب خاص هو ما أشرنا إليه آنفاً وهو أنه لو جعلت على المستعير لكانت كراءً ولكانت تملكاً مع أنها إباحة بالمجان، أما نفقة العين الموصى بمنفعتها فعلى الموصى له ونفقة العين الموقوفة فعلى المستحق ونفقة المستأجرة فعلى المؤجر وهو المالك^(٢).

وأما الشافعية فلم يستثنوا من هذا الأصل السابق شيئاً بل جعلوا نفقة العين على مالكها في جميع الأحوال، وعلى ذلك تكون نفقة العارية على المعير والموصى بمنفعتها على الورثة أو الموصى له بالرقبة، حتى إنهم لم يفرقوا بين أن تكون الوصية مؤقتة أو مؤبدة، غير أن منهم من خالف في المؤبدة فجعلها على الموصى له^(٣). أما الوقف فنفتته في الغلة كما ذهب إليه الحنفية ومالك رغبة الوقف عندهم على الأظهر هو الله سبحانه وتعالى وقيل للملك للمستحق وقيل للواقف.

(١) راجع الواقف ج ٦ ص ٤١، ص ٣٨٦، ج ٥ ص ٢٧٣ والخطاب ج ٤ ص ٢٠٧ والشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٤٤٢ والمدونة ج ١٥ ص ٣٢.

(٢) راجع كشف القناع ج ٢ ص ٣٣١، ٣٣٨، ٤٤٩، ٤٥٥، ٥٢١.

(٣) راجع نهاية المحتاج ج ٦ ص ٨٦، ٨٧.

انتهاء ملك المنفعة وأسبابه

وما يتبع ذلك من وجوب رد العين إلى مالكيها

ينتهي ملك المنفعة على الإجمال بسبب من الأسباب الآتية:

١ - وفاة مالك المنفعة، وأظهر ما يكون هذا سبباً ينتهي به ملك المنفعة في رأي الحنفية. فإنهم يرون أن وفاة مالك المنفعة منهيّة للملكه في جميع الأحوال ما عدا حقوق الارتفاق، ومرجع ذلك عندهم إلى أن المنافع لا تورث، وإلى أن حقوق الارتفاق تورث، فما لا ينتقل بالموت إلى الورثة ينتهي بالوفاة إذ يصير المالك بعدها غير أهل لأن يكون مالكا، وما ينتقل بالموت إلى الورثة لا ينمحي ولا ينتهي بل يستمر في ورثة المالك بعد وفاته؛ ولذا سنرى أن ملك المستأجر ينتهي بوفاته فتنتهي بها الإجارة، وكذلك الحكم في الإعارة والوصية بالمنفعة في جميع أحوالها والوقف.

أما في رأي غيرهم من الفقهاء فالحكم يختلف؛ فملك المنفعة بالوصية لا ينتهي بوفاة الموصى له عند الشافعية والحنابلة وبعض المالكية إلا إذا جعلت وفاته بشرط الموصي نهاية لها. وملك المنفعة بالإجارة لا ينتهي بموت المستأجر عند مالك^(١)، والشافعي^(٢)، وأحمد بن حنبل^(٣). وملك المنفعة بالعارية لا ينتهي بموت المستعير عند المالكية إذا ما كانت مؤقتة بمدة فتوفي المستعير في أثنائها، سواء أكان التوقيت بطريق الاشتراط أو بطريق العرف، أما إذا كانت مطلقة فالظاهر أنها تنتهي بوفاة المستعير حينئذ؛ لأنها حينئذ معروف غير لازم، أما عند الشافعية والحنابلة فلا ملك يترتب عليها وإنما الأثر المترتب هو الإباحة وتنتهي عندهم بوفاة المباح له. وملك المنفعة بالوقف ينتهي بالوفاة عند الجميع إذا كان مطلقاً.

٢ - وفاة مالك العين المنتفع بها إذا كان ملك المنفعة بالإجارة أو بالإعارة عند بعض الفقهاء، أما إذا كان بالوصية أو بالوقف فلا من غير خلاف؛ ذلك لأن

(١) راجع الشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٣٠.

(٢) راجع نهاية المحتاج ج٥ ص ٣١٤.

(٣) راجع كشاف القناع ج٢ ص ٣١٠.

الملك بالوصية لا يكون إلا بعد وفاة مالك العين: «وهو الموصي» وانتقالها إلى الورثة مسلوقة المنفعة في مدة الوصية، وإذن فلا تأثير أيضاً لوفاة ورثة الموصي في ملك الموصى لهم المنفعة. وملك العين في الوقف هو لله عند الحنفية وكذا عند الشافعية على الأظهر، وليس لأحد من المستحقين ولا من الواقفين، وعند المالكية هو للواقف ولا يجعلون لوفاة تأثيراً في استحقاق المستحق^(١). وعند بعض الشافعية والحنابلة للموقوف عليهم، وعندئذ يصح أن يقال: إن ملك المنفعة في هذه الحال ينتهي بوفاة الموصي ولكن تبعاً لانتهاء تملكهم العين، فينتهي بانتقال تلك العين إلى الغير لا نتيجة مباشرة للوفاة^(٢).

وكذلك لا تأثير لوفاة مالك العين المرتفق بها في ملك حق الارتفاق؛ لأن العين تنتقل إلى ورثة مالكةا محملة بحقوق الارتفاق المقررة عليها لأربابها.

ووفاة المعير إنما ينتهي بها ملك المستعير لمنفعة العارية عند الحنفية، وكذا عند المالكية في بعض الأحوال إذ تكون العارية من قبيل المعروف غير اللازم^(٣)، ومرجع ذلك عند الحنفية ما أشرنا إليه فيما سبق من أن العين تنتقل بوفاة مالكةا إلى ورثته فتتبعها في ذلك منافعها، وبذا يرى أن كل منفعة تحدث بعد وفاة مالك العين ملك لورثته فلا ينفذ فيها تصرفه الذي أنشأه في حال حياته ومن ذلك تنتهي العارية.

أما عند الشافعية والحنابلة فوفاته منهية للعارية من ناحية أنها عندهم إباحة لا تملك، والإباحة تنتهي بوفاة المبيع لأنه صاحب الإذن وبوفاته يسقط إذنه بالانتفاع.

ووفاة المؤجر إنما ينتهي بها ملك المستأجر عند الحنفية لما سبق أن أشرنا إليه من أن المنافع التي تحدث بعد وفاته تكون ملكاً لورثته، وهم لم يلتزموا هذه الإجارة، فلا ينفذ تصرف المورث في ملكهم؛ ولأن الإجارة تنعقد عندهم ساعة فساعة فلا بد من قيام العاقدين عند انعقادها، فإذا توفي أحدهما لم تنعقد فنتهي بذلك^(٤).

(١) راجع الشرح الكبير للدردير، ج ٤ ص ٩٥.

(٢) راجع نهاية المحتاج، ج ٥ ص ٣٨٥ وكشاف القناع، ج ٢ ص ٤٤٨.

(٣) راجع المدونة ج ١٥ ص ١٦٧.

(٤) راجع نهاية المحتاج، ج ٥ ص ٣١٤ والمدونة ج ١١ ص ١١٧ وكشاف القناع ج ٢ ص ٣٠٩.

أما عند غيرهم فلا تنتهي الإجارة بوفاة المؤجر بل تستمر لازمة إلى نهاية المدة، رضي ورثته أم أبوا؛ لأن ورثته يرثون العين مسلوبة المنفعة مدة الإجارة فليس لهم على العقد سبيل.

ولعل وجه انتهاء العارية عند الملكية بوفاة المعير إذا لم يكن هناك توقيت تصير به لازمة ما دام الوقت، أنها في هذه الحال من قبيل المعروف غير اللازم وهو ينتهي بوفاة منشئه، إذ لا محل لبقائه بعد الوفاة، وقد أصبح متعلقاً بعين صارت مملوكة لغير صاحبه، ولم يلتزم به صاحبه وهو من كان مالكا للمعين حتى يلزم العين، ولم يلتزمه ورثته حتى يلزمهم، وهذا ما قد يستفاد من عبارة المدونة^(١) إذ جاء فيها: «فإن كان قد قبض المستعير الأرض المعارة ثم مات رب الأرض، قال: فلا شيء لورثة رب الأرض حتى يتم المستعير سكناه؛ لأنه قد قبض» وهذا قول مالك. ففيها أنه لا شيء لورثة رب الأرض «المعير» بعد وفاته إلى أن يتم المستعير سكناه، ومفهوم هذا أنه إذا لم يكن للمستعير سكن أو منفعة يطلب إتمامها انتهت العارية بوفاة المعير وردت العين إلى ورثته، وهذه الصورة إنما تتحقق عندما تكون العارية غير مؤقتة نصاً ولا عرفاً.

٣- انتهاء مدة الانتفاع إذا حددت مدة لملك المنفعة ثم لا يزال مالك المنفعة حياً عند نهايتها، وملك المنفعة في الإجارة لا يكون إلا مؤقتاً بمدة محددة معينة، أما في الإعارة فقد يكون مؤقتاً وقد لا يكون مؤقتاً. فعند توقيته لا ينتهي إلا بانتهائها عند مالك. وعند الحنفية لا يكون لازماً فإن بقيت العارية إلى نهاية المدة انتهت بانتهائها وإلا انتهت بالرجوع عنها. وفي الوصية يكون مؤقتاً وغير مؤقت. فإن كان مؤقتاً انتهت ملكية المنفعة بانتهائها وإن كل غير مؤقت كان دائماً عند الشافعية والحنابلة. وقد عرفت مذهب الحنفية والمالكية. وفي الوقف يكون مؤقتاً بمدة ويكون مطلقاً فإذا كان مؤقتاً بمدة انتهى بانتهائها وإلا انتهى بوفاة المتفع كما تقدم. ويلاحظ أن هذا السبب لا يأتي في حقوق الارتفاق عند من يجعلها لازمة دائمة كالحنفية، ويأتي عند من يميز توقيتها كالمالكية وقد أشرنا إلى هذا فيما مضى.

(١) ج ١ ص ١٦٧.

٤ - وجود ما يمنع الانتفاع بالعين، وبيان ذلك فيما يأتي:

ينتهي ملك المنفعة إذا لم تكن ديناً في الذمة بهلاك العين المنتفع بها بلا تعد ولا تقصير في جميع الأحوال، لأن هلاكها هلاك لمحل الملك وهو المنفعة، ولا يعقل بقاء الملك بعد فناء محله وزواله. والإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة في ذلك سواء، فإذا استأجرت حيواناً بعينه أو أعرت حيواناً أو أوصى لك بركوب حيوان معين ثم هلك ذلك الحيوان فإن ملك المنفعة في هذه الصور الثلاث ينتهي بهلاكه، وكذلك الحال إذا كانت العين وقفاً تقبل الهلاك كما في الخيل وقفت للغزو.

أما إذا كانت المنفعة ديناً في الذمة «وهي لا تكون كذلك إلا في الإجارة كما تقدم» فإنه لا يترتب على هلاك العين انتهاء ملكها لأن محل الملك حينئذٍ منفعة في الذمة، وهي لا تزول ولا تنعدم بهلاك العين محل الاستيفاء بل من الممكن أن تستوفي من عين أخرى. فإذا تعاقدت مع شخص على أن ينقلك من بلد إلى بلد بواسطة دابة من دوابه ثم أتاك بدابة لتنفيذ ذلك الالتزام فهلكت عندك قبل الوصول إلى البلد المطلوب فإنه لا يترتب على ذلك انتهاء الإجارة وعلى المكاري أن يأتيك بدابة أخرى تنفيذاً للتعاقد السابق.

وإذا كان تلف العين نتيجة لتعدّد أو تقصير فإنه يترتب على هذا الإلتلاف انتهاء ملك المنفعة أيضاً في الإعارة وكذلك في الإجارة إذا تم التعاقد على عين معينة، فإذا استعرت دابة فأتلفها معتد أو استأجرت دابة معينة فأتلفها معتد انتهى عقد الإجارة أو الإعارة بذلك. أما في الوصية والوقف فإن الحكم يختلف فلا ينتهي ملك المنفعة فيها بالإلتلاف؛ ذلك لأنه يجب أن يشتري بالعوض عين أخرى يستوفي الموصى له أو الموقوف عليه حقه منها كما كان يستوفيه من العين المتلفة^(١).

وينتهي ملك المنفعة أيضاً بتعيب العين المنتفع بها إذا صارت بالعييب إلى حالة لا ينتفع بها. وإن شئت قلت إذا صارت إلى حالة لا يرجى معها الانتفاع بها؛ لأن ذلك في معنى هلاكها إذ النتيجة واحدة وهي عدم إمكان الانتفاع بها على الوجه

(١) راجع الدر المختار وحاشية الدر المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٥٨ والهندية ج ٤ ص ٤٦٠ والمبسوط للسرخسي ج ٢٧ ص ١٧١.

الذي تملك به مالك المنفعة. فإذا استأجرت أرضاً لزرعها مدة من الزمن فغلبت عليها الرمال حتى غطتها واستعلت عليها أو طغى عليها ماء البحر أو النهر حتى أصبحت من مجراه فإن الإجارة تنتهي بذلك وينتهي ملك المنفعة تبعاً لذلك. ولا يختلف الحكم في الإعارة عنه في الإجارة وذلك لانتهاء الغرض من الإعارة بهذا الحادث. ويظهر لي أن هذا هو الحكم في الوصية، فإذا أوصى بمنفعة سيارة فأصحابها تلف لا يفيد فيه إصلاح؛ فإن ملك الموصى له ينتهي بذلك لأنه إذا زال الانتفاع بالعين على وجه لا عودة فيه فقد أصبح الموصى له ولا ملك له فيها فتصير العين حينئذٍ لملك رقبته؛ لأنه إنما يستبقها ليتنفع فإذا زال الانتفاع لم يكن هناك ما يستوجب الاستبقاء.

أما إذا كان التعيب الحائل من الانتفاع قريب الزوال أو لم يذهب بالانتفاع كلية كانهدام جزء من الدار أو انهدامها كلها، فإن الملكية لا تنتهي وإنما يثبت لملك المنفعة بسبب ذلك حق الفسخ بخيار العيب في الإجارة، ويلاحظ أنهم قالوا إنها لا تنتهي بانهدام الدار كلها لبقاء الانتفاع بعرضة الدار عند ذلك.

أما غضب العين فلا ينهي ملك المنفعة في الوصية، واختلف الحنفية في انتهاء الإجارة به فذهب فريق إلى أنه ينتهي إذا كان الغاصب ممن لا يستطيع دفعه وذهب آخرون إلى أنه يثبت للمستأجر حق الفسخ فقط، وفي رأي أن الإعارة في ذلك كالإجارة.

وإذا انتهى ملك المنفعة لم يبق ما يستوجب بقاء العين المتنفع بها في يد من كانت له المنفعة، وعلى هذا يجب رد العين إلى مالكيها أو إلى صاحب الولاية عليها، فإن كانت موقوفة ردت إلى الناظر، وإن كانت قد أوصى بمنفعتها أو كانت مستأجرة أو عارية ردت إلى مالك الرقبة.

ويرى الحنفية أن مؤونة رد العارية على المستعير، ورد العين المستأجرة على المؤجر، والأصل في ذلك عندهم أن من وقع القبض له كانت مؤونة الرد عليه؛ لأن الخراج بالضمآن كذا في الهندية نقلاً عن الكافي^(١)، ولما كان المستعير يقبض

(١) راجع الهندية ج ٤ ص ٣٧٢.

العارية لنفسه ولأجل مصلحته كان الرد ومؤونته عليه، فيجب عليه أن يقوم به عند استحقاقه، وكذلك المستأجر لما كان يقبض للمؤجر؛ لأن قبضه سبب لاستحقاقه الأجرة كانت مؤونة الرد على المؤجر، وكان عليه -إذا أراد- أن يسعى إلى استرداد العين المستأجرة عند انتهاء الإجارة؛ ولهذا الأصل أيضاً لزم المرتهن مؤونة رد العين المرهونة لأنه كان قد قبضها لمصلحته وهو توثقه في الاستيفاء، ولزم الغاصب مؤونة رد العين المغصوبة لأنه حين غصبها أخذها لمصلحته. وبناء على ذلك تكون مؤونة رد العين الموقوفة على مستحق منفعتها ومؤونة رد العين الموصى بمنفعتها على الموصى له فكلاهما قد قبض لنفسه^(١).

وإلى هذا ذهب الشافعية، غير أنهم قالوا إذا كان المستعير قد استعار من مستأجر فرد العين المستعارة على مالكها لا على المستأجر «المعير»، فإن نفقة الرد تكون على المالك لا عليه؛ ذلك لأنه قائم في هذا الرد مقام المستأجر وليس على المستأجر مؤونة الرد، فكذلك من قام مقامه^(٢).

ويرى الحنابلة أن مؤونة رد العارية على المستعير، وذلك يرجع إلى أن الأصل عندهم هو أن العين إذا كانت في يد غير مالكها بعقد يقتضي الضمان كان ردها إلى مالكها ومؤونته واجبين على ذي اليد، وإذا كانت بعقد لا يقتضي الضمان فلا يجب عليه الرد ولا مؤونته، وإنما تجب عليه التخلية، وبناء على هذا الأصل وجب على المستعير الرد ومؤونته؛ لأن العين في يده بعقد يقتضي الضمان في رأيهم وهو عقد الإعارة، ولم يجب ذلك على المستأجر بالنسبة إلى العين المستأجرة لأن عقد الإجارة لا يقتضي الضمان. وبناء على ذلك لا يجب على الموصى له بالمنفعة ولا على الموقوف عليه -إذا كان النظر لغيره- الرد ولا مؤونته لأن العين في أيديهم بعقد لا يقتضي ضماناً، ومن هذا يرى أن اختلاف الأصل عند الحنفية والحنابلة اقتضى اختلاف الحكم في هاتين المسألتين^(٣).

(١) راجع المبسوط ج ٢٠ ص ١٥٤ ففيه مؤونة رد العين المستأجرة على المستأجر والموصى بمنفعتها على الموصى له دون الورثة؛ لأنه ملك الخدمة بالمجان فلزمه الرد في ماله.

(٢) راجع نهاية المحتاج، ج ٥ ص ١٢٤.

(٣) راجع كشف القناع، ج ٢ ص ٣٢١.

أما الملكية فقد وافقوا غيرهم في إيجاب الرد ومؤونته على المستعير ووجهوا ذلك بأن المعير صاحب معروف فلا يكلف مؤونة الرد^(١) وقد يشير هذا التعليل إلى أن المانع من إيجاب الرد على المعير وهو مالك العين أنه صاحب معروف، ولولا ذلك لوجب الرد عليه لأنه المالك، ومقتضاه وجوب مؤونة رد العين المستأجرة على المؤجر، «مالكها» وقد يرشح لذلك أن نفقتها واجبة عليه، ومؤونة الرد ملحقة بالنفقة، كما قد نفهم منه أن مؤونة رد العين الموصى بمنفعتها والموقوفة على المنتفع لأنه منتفع بالمجان كالمستعير، ولكنني لم أعثر لهم على نص في ذلك. إلا أنني مع ذلك رأيت لهم فرعاً قد يفيد أن نفقة رد العين المستأجرة على المستأجر، فقد ذكروا أن المستأجر إذا حبس الدابة المستأجرة الأيام الكثيرة كالشهر ونحوه فصاحبها مخير بين الكراء الأول وكراء ما تعدى بحبسها فيه، وبين الكراء الأول وقيمة الدابة عند الحبس؛ ذلك لأن المتكاري قد غصب المتكاري منافع الدابة ومن ذلك بيعها في أسواقها، وقد فوت ذلك عليه فوجبت قيمتها لأن ذلك بمنزلة بيعها اهـ^(٢).

فالتعبير في هذه المسألة بأن المستأجر قد حبس الدابة -دون التعرض لأن كان طلب من المتكاري- قد يفيد أن هذا الحبس يتحقق وإن لم يوجد طلب من صاحبها، وعليه يكون متعدياً بحبسه، ولا يكون كذلك إلا إذا كان الرد واجباً عليه لا على المالك، فلينظر مذهب الملكية في ذلك.

غير أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى استبقاء العين عند مالك المنفعة بعد انتهاء ملكه إذا ترتب على ردها ضرر بين به، وذلك إذا كان في الأرض المستأجرة عند انتهاء الإجارة زرع لم يدرك، أو انتهت إجارة الدابة أو السفينة في وسط الطريق إلى الغاية، ففي مثل هذه المسائل تبقى العين إلى زوال الضرر بأجر المثل إذا كانت مدة بقائها لا تدخل في المدة التي كانت محددة في عقد الإجارة. أما إذا كانت داخلة في مدة الإجارة فإن الأجرة الواجبة عن هذه المدة تكون على حساب الأجرة المتفق عليها وفي العقد.

وجملة القول أن الأجرة الواجبة في جميع الأحوال هي أجرة المثل عن المدة التي استبقيت العين فيها إلا في حالة واحدة وهي أجرة مدة استبقيت فيها وكانت داخلة في مدة الإجارة، وذلك لا يكون طبعاً إلا إذا كان ملك المنفعة بعقد الإجارة.

(١) راجع الشرح الكبير للدردير، ج ٣ ص ٤٤٢.

(٢) راجع المتقى ج ٥ ص ٢٦٥، ومثله في المدونة وغيرها.

المبحث الثامن
الوقف الأهلي
نشأته، مشروعيته، عيونه، حاله، إصله

رَفَعُ
عبد الرَّحْمَنِ الرَّحْمَنِيُّ
أُسْكُنْهُ الْبَيْتَ الْكِبْرِيَّ
www.moswarat.com

الوقف الأهلي

نشأته، مشروعيته، عيوبه، حله، إصلاحه

(١) في السنة الثالثة من الهجرة، تصدق رسول الله ﷺ بسبعة حوائط من بساتين المدينة، كان قد أوصى له بها، جعلها في سبيل الله، فكانت هذه الصدقة أول وقف في الإسلام. كانت هذه البساتين السبعة، ملكاً لمخيريق خير بني النضير، وشهد أحدًا مع رسول الله ﷺ فقال: إن أصبتُ، فأموالي لرسول الله ﷺ، يضعها حيث أراه الله، أصيب على رأس اثنين وثلاثين شهرًا من مهاجر رسول الله ﷺ، فجعلها رسول الله ﷺ صدقة في سبيل الله عقب رجوعه من أحد، وما زالت كذلك حتى حمل من ثمرها إلى عمر بن عبد العزيز أيام خلافته، فأطعم منه جلساءه. وذكر لهم مصدره، وحدثهم عن هذه الحوائط، وما سمعه من مشيخة المهاجرين والأنصار عنها، وعن تصدق رسول الله ﷺ، وأنه دخلها أيام كان بالمدينة واليًّا عليها، وأنه أكل من العذق الذي كان رسول الله ﷺ يأكل من تمره، فلم ير مثله من التمر أطيب ولا أعذب^(١).

ثم تتابعت أوقاف الصحابة -رضوان الله عليهم- وتكاثرت، حتى لم يبق منهم ذو قدرة إلا وقف، فوقف أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وغيرهم. وقف أبو بكر رباعًا كانت له بمكة، فلم يتوارثها ورثته من بعده، ولكن كان يسكنها من حضر من ولده وولد ولده^(٢). وفي السنة السابعة من الهجرة أصاب عمر -رضي الله عنه- أرضًا بخير تدعى ثمغًا، كانت جيدة النخل، فاستأمر رسول الله ﷺ في أمرها، فقال يا رسول الله: إني أصبت أرضًا بخير، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به؟ فقال رسول الله ﷺ: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»، وفي رواية أخرى: «تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره»، فتصدق به عمر، فصدقته تلك في سبيل الله، وفي الرقاب، والمساكين، والضييف، وابن السبيل، ولذي القربى، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقه غير متمول

(١) راجع أحكام الأوقاف للخصاف في أوله.

(٢) راجع البخاري كتاب الوصايا.

به^(١). ثم كتب بها كتابه في خلافته، وأوصى بأمرها إلى السيدة حفصة أم المؤمنين ثم إلى الأكابر من آل عمر. وقال عثمان: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة لم يكن بها ماء يستعذب إلا بئر رومة، فقال رسول الله ﷺ: من يشتري بئر رومة فيجعل دلوه فيها مع دلاء المسلمين، بخير له منها في الجنة، فقال عثمان: فاشتريتها من صلب مالي، وجعلتها للمسلمين. وكذلك وقف علي -رضي الله عنه- أرضاً تسمى ينبعاً، تصدق بها علي للفقراء، والمساكين، وابن السبيل القريب والبعيد، في السلم والحرب.

(٢) كانت هذه الأوقاف الأولى صدقات في سبيل الله، وجهتها الخير العام، وسبيلها التعاون على البر، ولكن لم يمض غير قليل من الزمن حتى نهج بعض الناس بهذا النوع من الصدقة، منهجاً آخر غير منهجه الأول، فبدأوا يتخذون الوقف وسيلة لتحقيق أغراض شخصية مختلفة، وغايات مادية لم تكن تطلب من قبل، فأما جعلوه محرّجاً يخلصون منه إلى تقسيم أموالهم بعد وفاتهم بحسب ما يشتهون أو طريقاً لحرمان بعض ورثتهم مما يستحقون، وإما توسلوا به إلى إثارة بعض أولادهم على بعض، أو إجبارهم على ما يكرهون، ومجانبة ما يحبون مما قد أحل الله لهم، فإن عصوا كان الحرمان من الوقف عقابهم، وأمثلة ذلك كثيرة معروفة في الأوقاف، منها اشتراط حرمان البنات، أو اختصاصهن بمرتب معين، وجعل التزوج من أسرة غير أسرة الواقف سبباً للحرمان، أو جعله سبباً للحرمان مطلقاً في الإناث، أو حرمان بعض الأولاد، وغير ذلك.

ومن الناس من نحا به ناحية أخرى، فجعله وسيلة لحفظ ما جمع من مال، إشباعاً لأثرته، وغروراً بما يرى من حسن تصرفه، وسوء تصرف خلفه، أو اتخذه طريقاً لبقاء اسمه، وأماناً من أن ينزل الفقر بولده، فيقف أمواله على أولاده مشرطاً في وقفه من الشروط ما يرى أنه محقق لمثل هذه الأغراض. ومن ذلك وجد من الوقف نوعان: نوع لم تتغير وجهته، ولم يتنكب غايته، فكان سبيله منذ وجد، سبيل البر والصدقة، وهو ما يسمى باسم الوقف الخيري، ونوع آخر عدل به عن طريقته، ووجه إلى غير

(١) راجع البخاري.

وجهته، وكان منذ وجد وسيلة للإعطاء والحرمان، وتوزيع الأموال على ما يضعه لها مالکها من نظام، واستثمارها وإدارتها بما يحقق لها في زعمه الدوام، وهو ما نسميه الآن باسم الوقف الأهلي، فالتنوع قديم، والتسمية مستحدثة، وعلى ذلك، فوجود هذا النوع الأخير من الوقف، إنما كان بعامل التطور، ودافع الحاجة، وبطريق التشبيه والقياس، ولم يأت به نص من كتاب أو سنة، ولم يقره دليل شرعي منهما.

(٣) وجمهور الفقهاء على غير هذا، لا يفرقون بين وقف جعله واقفه ابتداءً في سبيل الخير، وآخر جعله واقفه ابتداءً في سبل وأغراض أخرى يغيها على أن يؤول في نهايته إلى سبل الخير، كأن يقف على نفسه، أو على أشخاص معينين ليسوا بذوي حاجة، أو على ورثته بوصف ووضع مخصوصين، أو ما يشابه ذلك، على أن ينتهي إلى جهة من جهات البر، لا يفرقون بين النوعين من ناحية أن كلاهما قام عليه الدليل الشرعي وأقر صحته. وهذه أدلتهم، ومع كل دليل مناقشته:

أ- ما رواه الخصاص عن أسامة بن زيد عن الزهري عن مالك بن أوس بن الحدان عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، أن رسول الله ﷺ كان ينفق من صدقته في خير على أهله. وما رواه محمد بن عمر الواقدي عن سفیان بن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه قال: ألم تر أن حجراً المدري، حدثني أن صدقة رسول الله ﷺ، يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر. وما رواه الواقدي عن عبد الله بن عبيد الله بن أبي رافع عن جده أبي رافع، أنه كان يلي صدقة النبي ﷺ فيأتيه منها بالباكورة فيأكلها ويؤكلها. فهذه الآثار تدل على أن النبي ﷺ، كان يأكل من صدقته، ويؤكل منها أهله، ولا يحل ذلك له إلا بشرط سابق على ذلك حين التصدق، يكون قد استثنى به منها ما يخص به نفسه. وإذا جاز استثناء بعض ما تخرجه الأرض المتصدق بها، جاز استثناء جميع ما تخرجه في زمن معين، وإن ابتدأت به، وليس الوقف على جهة ليست من جهات البر ابتداءً إلا استثناء في مدة معينة، فكان جائزاً.

وقد طعن على هذا الدليل في سنده، وفي دلالة. فالواقدي، وأسامة بن زيد،

والزهري متكلم فيهم بما يجرحهم. وليس فيما روي، ما يدل على أن صدقة رسول الله ﷺ لم تكن في سبيل الخير ابتداءً، حتى يتخذ دليلاً على جواز هذا النوع من الوقف. وليس أكل النبي من غلة صدقته، مستلزماً لأن يسبقه استثناء بعضها لهذا الغرض، بل إن إقدام النبي ﷺ على الأكل مما تغله صدقته. دليل على جواز ذلك مطلقاً ما دام في حدود المعروف، وعلى هذا كان أمر الصحابة في صدقاتهم من بعده. وعلى افتراض أن شرطاً بذلك قد كان حين التصدق، فلا يصح أن يقاس عليه وقف جعل من أول أمره لغير جهات البر، إذ الفرق واضح بين وقف جعل من أول أمره صدقة وآخر ليس كذلك.

ب- ما ورد في بعض الروايات من حديث عمر -رضي الله عنه- في تصدقه بثمغ، إذ جاء فيها: فصدقته تلك في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين، والضيف وابن السبيل، ولذي القربى، إلى آخر ما سبق فجعل منها لذي قرابته ولمن يليها أن يأكل، وأن يؤكل صديقه، وذو القرابة أعم من أن يكون غنياً أو فقيراً، فكانت الصدقة من هذه الجهة وقفاً على الغني، وليس ذلك من قبيل الصدقة.

ونقض هذا الدليل بأن المراد من ذي القربى الفقير، دون الغني، بدليل ما تقدم من ذكر الصدقة، وأن الصدقة لا تكون على غني، وبدليل ذكرها مع أصناف عدة أعطواهم من قبيل الصدقة والبر، فكان جمعها دليلاً على اتحاد نوعها، على أن صدقة عمر، لم تجعل في بدايتها على جهة ليست من جهات البر حتى يصح اتخاذها دليلاً.

ج- ما رواه البخاري من حديث أنس -رضي الله عنه- في صدقة أبي طلحة حين نزل قوله تعالى: ﴿لَنْ نَسْأَلَكُمْ لِذِكْرِهِمْ وَمَا لِيْحَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا رَحِمْنَا بِكُمْ وَمَا نُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ١٦﴾ [آل عمران]، أن أبا طلحة جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: إن أحب أموالي إليَّ بئرحاء -وكانت حديقة كان رسول الله ﷺ يدخلها ويستظل فيها، ويشرب من مائها- فهي إلى الله -عز وجل- وإلى رسوله ﷺ أرجو بره وذخره، فضعها حيث أراك الله، فقال رسول الله ﷺ: «بخ يا

أبا طلحة، ذلك مال رابح قبلناه منك ورددناه عليك، فاجعله في الأقربين» فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه، وكان منهم أبي، وحسان، قال: وباع حسان حصته منه من معاوية فقبل له تباع صدقة أبي طلحة، فقال: ألا أبيع صاعًا من تمر بصاع من دراهم. ففيه أن الرسول ﷺ قال: «اجعله في الأقربين» وأن أبا طلحة، تصدق به على ذوي رحمه.

ورد بأن ليس في هذا الحديث، ما يدل على أن المراد بالصدقة فيه صدقة الوقف، بل فيه ما يدل على أنها صدقة تمليك منجزة، بدليل ما كان من حسان إذ باع حصته منها.

د- ما ورد عن الصحابة -رضوان الله عليهم-، إذ وقف كثير منهم على ذوي قرابتهم وأولادهم وورثتهم، فقد تصدق عثمان على ابنه أبان، بهال ابن أبي الحقيق صدقة بته بتلة، وتصدق الزبير بن العوام بدوره على بنيه لا تباع ولا توهب ولا تورث، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضره ولا مضر بها، فإذا استغنت بزوج فليس لها حق. وأن معاذًا وهو قاض، أجاز صدقة رجل تصدق بأرض له على أولاده، وحدث خارجة بن عبد الله عن إبراهيم ابن يحيى: أن زيدًا بن ثابت حبس داره على ولده وولد ولده وعلى أعقابهم لا تباع ولا توهب. وأن سعد بن أبي وقاص أخرج بناته من صدقته، وجعل للمردودة أن تسكن، وأن الورثة اختصموا فيها؛ يريدون توريثها بينهم فأنفذها مروان بن الحكم على ما صنع سعد بعد أن استشار أصحاب رسول الله ﷺ في أمرها، وأن عقبه بن عامر تصدق بدار له حبسًا لا تباع ولا توهب ولا تورث؛ على ولده وولد ولده، فإذا انقضوا فإلى أقرب الناس إليه حتى يرث الله الأرض. وأن أهل قباء من بني عمرو بن عوف، حبسوا أموالهم على أعقابهم، وأن عمر بن عبد العزيز قال لمن خاصمه في حبس العقار وجعله صدقة لمن لم يأت، ولا يدري أيكون أم لا يكون، مستنًا إلى أن أبا بكر وعمر كانا يقولان لا تجوز الصدقة ولا تحمل حتى تقبض، قال له: الذين قضوا بما تقول هم الذين حبسوا العقار والأراضين على أولادهم وأولاد أولادهم،

عمر وعثمان وزيد بن ثابت فإياك والطعن على من سلفك.

فهذه الآثار تدل على أن هذا النوع من الصدقة مشروع، وإلا ما فعلوه من غير نكير أو اعتراض.

ورد هذا الدليل بأن هذه الروايات التي جاءت بأوقاف كثير من الصحابة لم تسلم أسانيدھا من الطعن. فقد رواھا كلها محمد بن عمر الواقدي. وقد ضعفه الذهبي، وقال أحمد فيه إنه كذاب يقرب الأحاديث، وقال فيه البخاري وأبو حاتم: إنه متروك وقال النسائي: إنه يضع الحديث. ومن رجال بعض هذه الأسانيد، ابن أبي الزناد وقد قال فيه يعقوب: ثقة صدوق فيه ضعف، وقال عمرو بن علي: ما حدث به بالمدينة أصح وما حدث به في العراق وبغداد فمضطرب، وقال فيه ابن عدي: بعض ما يرويه لا يتابع عليه، ومن رجالها بشر بن الوليد وقد قال فيه صالح بن محمد صدوق لكنه لا يعقل، وكان قد خرف، وقال السليمان: منكر الحديث. ومن رجالها خارجة وقد ضعفه أحمد والدراقطني. فجميع ما تقدم من الآثار لم يسلم من طعن في سنده وجرح في رجاله، على أنها لو صحت ما أفادت؛ لأنها جاءت بأعمال للصحابة ولا يصلح عمل الصحابي حجة فيما هو محل للاجتهاد، كما في موضوعنا. وإذن فلم يسلم في الوقف الأهلي دليل فيما أعلم، ولو كان مشروعاً لنقل دليله نقلاً سليماً أو مستفيضاً بعض الإفاضة لتوافر دواعي ذلك.

(٤) وقد كان وجود هذا النوع من الوقف المعروف بالوقف الأهلي، مبعث مشكلة منذ العصور الأولى، تنبأ بها في عهد عمر -رضي الله عنه-، مسور بن مخرمة، يوم استمع إليه يقرأ كتاب صدقته في خلافته على نفر من المهاجرين والأنصار، إذ همَّ أن يقول: «يا أمير المؤمنين، إنك تحتسب الخير وتنويه، وإني أخشى أن يأتي قوم لا يحتسبون مثل حسبتك، ولا ينوون مثل نيتك، ثم يحتجون بك، فتنقطع الموارث». ولكنه أمسك حين ذكر أن ذلك كان بتوجيه من رسول الله ﷺ، وما كان لمؤمن ولا مؤمنة أن يرتاب في أمر أشار به الرسول ﷺ. وكذلك كان مصدر شكاية كان من أول من جأ

بها عائشة رضي الله عنها حين علمت أن بعض الناس يجرمون النساء من صدقاتهم فقالت، ما وجدت للناس مثلاً اليوم في صدقاتهم إلا كما قال الله تعالى: ﴿ وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُن مَيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ... ﴾ [الأنعام: ١٣٩]

والله إنه ليتصدق الرجل الصدقة العظيمة على ابنته، فترى غضارة صدقته عليها، وترى ابنته الأخرى وإنه لتعرف عليها الخصاص لما أخرجها أبوها من صدقته، ولم تزل هذه الشكاية، حتى ولي عمر بن عبد العزيز فهم أن يرد صدقات الناس التي أخرجوا منها النساء ولكن الموت عاجله^(١).

وكان أكثر ما ترد إليه الشكاية في العصور الماضية، ما يشترط فيه من شروط يراد بها التسلط على المستحقين والتحكم في شؤونهم، أو ما يرى من إهمال النظار في إدارة الأوقاف واستشارها، وطمعهم في غلتها، وكان علاج هذه الحال متناسباً معها، فتارة يكون بالموعظة الحسنة، وتارة يكون بإنشاء محاسبة ومراقبة، كما فعل ذلك توبة بن نمر قاضي مصر في عهد هشام بن عبد الملك، وأبو الطاهر عبد الملك بن محمد الحزمي قاضي مصر سنة ١٧٣، إذ أنشأ الأول بمصر ديواناً للأوقاف يلي أمورها وينظر في شؤونها، وكان الثاني يتفقد مع أعوانه الأحباس ثلاثة أيام من كل شهر، حتى إذا رأى إهمالاً عزز الناظر وقد يصل في تعزيره إلى حد الجلد، ولكن ذلك لم يغن شيئاً، وانتهى الأمر بها في العصور المتأخرة، إلى أن طمع فيها الولاة والحكام، والتمسوا الوسائل المختلفة للاستيلاء عليها، فاستولوا على كثير منها، تارة بالاعتصاب وأونة بالاستبدال الصوري، كما حصل في عهد الأمير جمال الدين يوسف، وطوراً بادعاء بطلانها؛ لأن أعيانها لم تكن ملكاً لواقفها حين وقفها، كما حصل ذلك في عهد السلطان الظاهر برقوق أتاكب العساكر، إذ رأى أن أكثر الأوقاف على عهده كانت للأمرء والحكام، أخذوا أعيانها من بيت المال، بما كان لهم عليه من سلطان، فجمع لذلك مجلساً من العلماء والقضاة، كان منهم شيخ الإسلام، سراج الدين عمر بن رسلان البلقيني وقاضي القضاة بدر الدين محمد بن أبي البقاء. وقد قرر ذلك المجلس، أن ما وقف

(١) الخصاص والمداونة.

من ذلك على أقارب الواقفين وذريتهم وعتقائهم، ممن ليس لهم نصيب في بيت المال، فوقفه باطل وأن ما وقف منه على المدارس والمساجد والعلماء، ممن لهم نصيب في بيت المال فلا سبيل إلى نقضه؛ لأن لهم في بيت المال، أكثر مما وقف عليهم؛ أي لأن وقفها عليهم من قبيل الأرصاد وهو تخصيص جزء من أموال بيت المال لجهة مستحقة فيه، من قبل ولي الأمر عليه.

ولما فتح السلطان سليم مصر زين له بعض أتباعه إلغاء ما بها من أوقاف، بحجة أنها أرض خراجية ليست مملوكة لصاحب اليد عليها ولا لمن وقفها، ولكنه أبى ذلك، وبقيت الأوقاف إلى أن ولي محمد علي أمر مصر، فمسح أرضها المزروعة فوصلت مليونين تقريبًا، ووجد أن ثلثها وقف على المساجد وغيرها من قبل الملتزمين، فأصدر أمرًا في سنة ١٢٢٨ هـ ١٨١٣م بإلغاء جميع الالتزامات، وكانت هذه الالتزامات مقاطعات أعطيت لأناس نظير مبلغ معين يؤدونه إلى الحكومة كل عام على أن يكون لهم خراجها وأمر استثمارها، فألغى ما بها من وقف تبعًا لإلغائها ووزعت الأرض على الناس لزراعتها نظير ما يدفعونه للحكومة مباشرة من خراج، وقد اعتاض الملتزمون منها، فعاضتهم الحكومة قدرًا معينًا من المال، يدفع إليهم كل عام، يسمى بفايض الالتزام، ولا يزال أثره باقيًا إلى اليوم، فيما يدفع لوزارة الأوقاف وبعض الجهات عوضًا عما ألغى من أوقاف كانت لها. ولعل وجهة محمد علي في إلغائه ما وقف من الالتزامات، كانت متفقة مع وجهة السلطان برقوق.

ومن ذلك الحين، صارت الأراضي الخراجية خالية من الوقف، ولكن الإقبال عليه قد اشتد في الأراضي الأخرى التي كان يقطعها محمد علي فيما جاوز الأراضي الخراجية وابتعد عن زمامها، ولكن محمد علي لم يستطع إلغاء الوقف فيها كما ألغاه في غيرها لأنها أعطيت لأصحابها على أن تكون ملكًا لهم؛ لذلك عمد إلى طريقة يحول بينهم وبين وقفها في المستقبل، فاستفتى في ذلك، يومئذ الشيخ الجزائري، مفتي الإسكندرية ذكرا له أن الناس قد اتخذوا الوقف وسيلة لتغيير ما شرع الله من ميراث، وفرارًا من الديون الواجبة، فهل يجوز منعهم منه لذلك، فأفتاه الشيخ الجزائري مبينًا له، اختلاف العلماء في جواز الوقف، وأن جوازه وعدم جوازه محل اجتهاد، وأن أمر

الحاكم إذا صادف محلاً مجتهداً فيه، وجب اتباعه، وأنه إذا ورد أمر من ولي الأمر يمنع العامة من وقف أملاكهم، سداً لذريعة أغراضهم الفاسدة جاز ذلك ووجب اتباعه؛ لأنه مما تقتضيه السياسة الشرعية.

وبناءً على هذه الفتيا أصدر أمرًا بمنع الناس من وقف أملاكهم ونشره مع الفتيا في أنحاء مصر، فمنع الوقف بذلك منعاً باتاً، وما زال كذلك حتى جاء سعيد فرخص في الوقف بعد الحصول على إذن به من الحكومة، ولما صدرت لائحة المقابلة يسر الإذن به لكل من يقوم بدفع المقابلة عما يريد وقفه من الأرض، ولما أعطيت الملكية التامة للناس في أبريل سنة ١٨٩١م فيما تحت أيديهم من الأراضي صار لهم بذلك حق وقفها والتصرف فيها بكل ما تقتضيه الملكية التامة، ومن ذلك أقبل الناس على وقف ما يملكون من الأرض وأكثروا من ذلك وأوغلوا فيه، حتى لكأنهم -وقد أعطيت لهم حرية التصرف في أرضهم- لم يستسيغوها بعد أن اعتادوا غل أيديهم عنها، فما لبثوا أن أسرعوا إلى إعادة الغل الذي وضع عنهم، والنزول عن حرمتهم التي ردت إليهم، فساروعا إلى وقف ما يملكون على أنفسهم ثم من بعدهم على من يشاءون من أولادهم أو عتقائهم، أو ورثتهم، متخذين الوقف طريقاً لإشباع شهواتهم، وتنفيذ أهوائهم وتحقيق أثرهم في أموالهم، بحرمان من لا يميلون إليه من ورثتهم، واختصاص من يحبون، إذ لم يجدوا في نظام الميراث والوصية ما يحقق لهم ذلك، فلكل وارث حصة مقدرة، والوصية له ممنوعة، ولا وصية لأجنبي بأكثر من الثلث والهبة في أي شكل من أشكالها تحرم الواهب في حياته مما يهب، وهو غير مستغن عنه، فليس من طريق يسلكه إلى بلوغ غرضه إلا طريق الوقف، يجعل المال به لنفسه مدة حياته، فيضمن بقاءه بغل يده عنه، ثم يجعله بعد وفاته، على من يشاء، تنفيذاً لشهوات عارضة وأغراض وقتية، فيحرم من يشاء، ويشترط كما يشاء حتى ساءت الحال وعمت البلوى وارتفعت أصوات المفكرين بالشكاية وطالبوا بالإصلاح.

(٥) لقد شرع الوقف ليكون سبيل صدقة جارية، تدر المال على استمرار في الوجوه الخيرية، والمصالح الاجتماعية، إحياء لها واستدامة لمنفعتها، وتلك حاجة اجتماعية أحسها الإنسان من قديم الزمن، فدفعته إلى مثل هذا النوع

من الصدفة فأقام المنشآت العامة من المعابد والمستشفيات، وخصص لها الأموال اللازمة لإدارتها الكفيلة بتحقيق مهمتها. ووجد لذلك عند قدماء المصريين أحباس من هذا النوع يصرف ريعها على أرواحهم ومقابرهم وتمائيلهم، وكذلك وجد عند اليونان أحباس من هذا القبيل، ثم عند الرومان، وانتشرت بعد ذلك الإيرصادات في أوروبا المسيحية على الأديرة والملاجئ والمستشفيات حتى لقد وصلت في القرن السابع عشر أيام حكم لويس الثالث عشر ثلث مساحة فرنسا تقريباً، ولم تتخلص فرنسا منها إلا بالثورة الكبرى، فاعتبرت ملكاً للدولة.

لمثل هذه الحاجات الاجتماعية وجد الوقف، ولمثلها شرعه الإسلام، كما تدل على ذلك الأوقاف الأولى التي شرحناها، ولم يشع ليكون وسيلة لحفظ المال أو اكتنازه، أو سبيلاً للحجر على ذوي الأهلية والرشد، فيما يؤول إليهم من أموال آبائهم؛ لأن ذلك كله يتعارض مع حكم الدين وغاياته، وللحجر أسباب معينة، وطرق أخرى مشروعة، تتسق والأغراض الاجتماعية الاقتصادية، وتحقيق المصالح القومية والشخصية.

ولقد كثر هذا النوع المعروف بالوقف الأهلي في مصر في عهدنا الحاضر حتى برم به كثير من المفكرين، فقاموا يطلبون الإصلاح، واصفين الداء مبینين الدواء، لكنهم كانوا مختلفين في وصفهم، متنافرين في علاجهم، لذلك وجب علينا أن نبين العلة وأن نظهر مواطن الداء؛ حتى نستطيع بعد ذلك تعيين الدواء.

(٦) وأسباب الشكاية من الوقف الأهلي كثيرة، ولكنها تترد إلى مصدرين: الأول طبيعة الوقف والثاني عوارضه، فأما ما يرجع إلى طبيعته فهو ما يأتي:

أ- أن وقف الأموال يكون بحبيسها، وغل الأيدي عن التصرف فيها بالمبادلة، وذلك يجعلها بمنأى عن حركة التداول المالية العامة، ويمنعها من أن تكون دعامة من دعائم الثقة المالية. وبعدها عن أن تصير عاملاً اقتصادياً له أثره في حركة الأسواق المالية، ونتائجه في نمو الثروة العامة، حتى تصير كالعضو

الأشل في الجسم العامل يضعفه ويمنعه عن مهمته، إذ أنها بحكم تحييسها لا تسمح للأيدي المجربة المختلفة بالعمل فيها، ولا للإرادات الناضجة بحسن القيام عليها، ولست أنسى أن تاجرًا عظيم الثراء، رغب في وقف أملاكه، فجاءني وأنا قاض فأسرَّ إلي برغبته، ورجا أن تتم في خنية خوفًا على ثقته المالية أن تنهار وعلى تجارته أن تضمحل.

وإنما يخشى من الوقف هذا الضرر إذا عم جميع الأراضي أو أكثرها، وذلك ما يخافه الآن الاقتصاديون، فإن الأراضي المصرية الموقوفة بلغت في سنة ١٩٢٦ ثمن المتزرع، ثم تجاوزت بعد عشر سنوات سبعة، وبلغ متوسط ما يقفه المصريون كل عام، تسعة عشر ألف فدان تقريبًا، وذلك غير ما وقف من الأماكن المبنية وهو يزيد عن عشرين ألف منزل، عدا الأرض الفضاء والأحكار، وتلك كثرة تهدد من غير شك الثقة المالية المصرية وحركة المال في مصر على العموم.

هذا إلى أن الوقف بطبيعته لا يتفق مع ما أعطي للإنسان الرشيد من السلطة الطبيعية المالية الكاملة؛ لأنها ما أعطيت ألا ليكون لها مجال فسيح في الأموال على العموم، والوقف يضيق من تلك السعة ويذهب بها إذا كثر فعم.

ب- سوء استشاره، وضعف استغلاله، وعدم رعايته بما ترعى به الأملاك الخاصة وذلك فيه يرجع إلى أمرين:

الأول- أن من آثار وقف الأعيان ثبوت الولاية عليها لمن تشترط له من أجنبي أو مستحق من المستحقين، فيكون العمل فيها لمن يليها فقط، ويكون عمله حينئذٍ لغيره لا لنفسه، وليس عمل الإنسان لغيره كعمله لنفسه في الجد والإخلاص، وهذا سبب ما نشاهده من قلة إيراد الأعيان الموقوفة على العموم، وكم رأينا أعيانًا موقوفة، تجاورها أعيان مملوكة لا تفضل عنها في شيء ثم يكون ريع المملوك أكثر من ريع الموقوف؛ ذلك لأن العمل في الموقوف للغير فيكون بإهمال وتفريط، وفي المملوك للنفس فيكون بصدق وإخلاص.

الثاني- شعور المستحقين والنظام أن ليس لهم من الأعيان الموقوفة إلا ريعها؛ وذلك

ما يحملهم على انتهاز هذه الفرصة، لأخذ كل ما تصل إليه أيديهم من غلة، لا يهتمهم إلا الثمرة العاجلة وإن قلت، ولا يعينهم عمارة الأعيان وحسن الاحتفاظ بها، وذلك سبب خراب كثير من الأعيان الموقوفة وضعف تربة الأراضي المحبوسة، فما نكاد نجد منزلاً خراباً بين المنازل العامرة إلا كان وقفاً، ولا أرضاً بائرة بين الأراضي الناضرة إلا كانت حبساً، ومن الأدلة على ذلك أن نسبة البور في أراضي وزارة الأوقاف بلغت خمس المجموع بينما لا تزيد هذه النسبة في الأراضي المملوكة عن $\frac{1}{12}$ من المجموع وبلغ عدد الأماكن المتخربة التابعة للوزارة، نحو ألف وأربعمائة مكان من ثمانية آلاف مكان تقريباً.

ج- أن الوقف كما قدمنا، إنما شرع ليكون سبيلاً إلى البر والخير، لا لتحقيق أغراض شخصية لا تدعو إليها مصلحة اجتماعية، ولا لغير ذلك من الأوضاع التي جعلته هادماً لنظام الميراث، وناقضاً لأحكام الوصية.

أما الميراث فقد شرعه الله، وجعله قسمة حكيمة عادلة، يتقاسم بها ورثة كل إنسان، ما يتركه لهم من مال، فيتملك كل منهم حصته منه، عيناً ومنفعة فإذا ما وقف الإنسان ماله على نفسه، ثم من بعده على أقربائه وأولاده، فقد منع عن الوارث حتماً ما أوجبه الله له في ماله من حق، لأنه إن أعطي الورثة منهم فقط على قدر ما يرثون، فقد أعطى الله لهم هذا القدر عيناً ومنفعة، وهو يأبى إلا أن يعطيه لهم منفعة فقط، وإن نقص بعضهم أو زاده أو حرمه أو أعطى من لا يرث، فقد أعطى من منعه الله وحرم من أعطاه الله، وزاد من لم يره الله مستحقاً للزيادة، ونقص من لم يره الله مستحقاً للنقص، فهو على كل حال مبدل مغير حابس عن فرائض الله، والرسول ﷺ يقول: لا حبس عن فرائض الله.

وليس يدفع هذا، ما ذهب إليه الحنفية وبعض الشافعية من أن الأعيان إذا وقفت، خرجت عن ملك واقفها، فإذا توفي، توفي وهي غير مملوكة له وليست من تركته التي فرض الله فيها نظام الميراث، شأنها شأن الأعيان يهبها ثم يموت بعد تمام

الهبه، فيموت وقد انقطعت بها صلته وأصبحت ملكاً لغيره، ذلك لا يفيد؛ لأن الإنسان إذا وقف أمواله على نفسه ابتداءً، لم يقطع صلته بها، بل جعلها بهذا الوقف أشد وأقوى، فهو ينتفع بها ما دام حيًّا ثم لا يستطيع أن يخرج عنها وأن يقطع رابطته بها كما يستطيع أن يفعل ذلك مع سائر أملاكه فإذا مات، مات وهي له، وليس يضير أن يقولوا إنها غير مملوكة؛ لأن ذلك منهم أمر فرضي افتراض إبقاء على اتساق الأحكام وعموم القواعد، بدليل أن هذه الملكية التي زعموا أنها قد زالت بالوقف، تعود إلى الظهور مرة أخرى في رأيهم إذا ما تحربت الأعيان الموقوفة ولم يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه، وأثر ظهورها قولهم برجع تلك الأعيان إلى ملك واقفها، وذلك دليل على أن ملكية الواقف لم تزل، وإنما اختفت حيناً من الزمن مراعاة لحق المستحق، حتى إذا ما انتهى حقه عادت إلى الظهور، ولذا ترى الملكية والشافعية وأحمد في رواية عنه والإمامية يرون جميعاً أن الأعيان الموقوفة لا تخرج بالوقف عن ملك واقفها، وذلك مقتضى قوله ﷺ لعمر: احبس أصلها وتصدق بالثمرة، فليس لذلك معنى إلا اجعلها محبوسة على ملكك لا تخرجها ببيع ولا هبة، كما صرح بذلك في الرواية الأخرى.

وأما الوصية فقد ذهب جمهور المسلمين إلى أنها للوارث ممنوعة إلا بإجازة الورثة، وللأجنبي جائزة ما دامت لم تتجاوز ثلث التركة، فإن تجاوزت توقفت فيما زاد عن الثلث على إجازة الورثة أيضاً، وإيجازتهم الوقف على الوارث والأجنبي بعد وفاة الواقف الموقوف عليه بلا قيد، أحلوا به ما حرموه بالميراث والوصية وأطلقوا ما قيدوا، وذلك تناقض ظاهر؛ لأن انتفاع الموقوف عليهم بعد وفاة الواقف بالأعيان الموقوفة انتفاع مضاف إلى ما بعد الموت لا ريب فيه، وليست الوصية شيئاً خلاف هذا.

وأما ما يرجع من العيوب إلى عوارض الوقف فهو ما يأتي:

أ- كثرة الخصومات فيه وشدة النزاع عليه حرماناً واستحقاقاً وزيادة ونقصاً وتقديماً وتأخيراً مما ملأ المحاكم وشغل المستحقين ومزق وحدتهم وألقى بينهم العداوة والبغضاء. ومرجع ذلك إلى أمرين: الأول: سوء توثيقه

بضعف بيانه وإجمال عبارته وخفاء دلالاته وتناقض شرائطه، مما ينتهي بالوقف إلى حالة غير مرغوب فيها من أحد. وإلى وضع لا يفهمه كاتبه ولا يريده منشئه، ثم يكون بعد ذلك مصدر شقاء للمستحقين؛ وسبب كل هذا ضعف، من يعهد إليه في توثيق الوقف. الثاني: الولاية من ناحية طلبها والطمع فيها وإثبات استحقاقها والشكاية منها، مما يطول أمده وتتضاعف نفقته ثم لا يصل فيه أحد الخصمين إلى حقه أمام ضعفه وقوة خصمه.

ب- إنه اتخذ سبيلاً للظلم في حالات كثيرة بما يشترط فيه من شروط آثمة لا يقرها الدين ولا يرضاها الخلق مما تقدم بيانه.

ج- إن إنشاء الوقف الأهلي بوضعه المعروف لنا افتيات على المستقبل بلا علم، وتحكم فيه وهو غيب، إن يتبع فيه إلا الظن وما تهوى الأنفس. ولقد يجيء الزمن بغير ما يظن الواقف ويهوى، فيعطي من لو عرفه لحرمه، ويمنع من لو رآه لأعطاه، ويقدر تقديرًا لو طال إليه أجله لكان أشد الناس إنكارًا عليه وأكثرهم شكاية منه، يتمنى أن لو استطاع تغييره، وليس من المقبول أن يفرض شخص إرادته على جيل تفصله عنه مئات السنين ويبعده منه تطور الزمن واختلاف العادة.

د- أن الوقف في كثير من حالاته يكون مدعاة إلى البطالة واللهو؛ لأن العمل فيه إنما هو للولي عليه فقط وكل حظ المستحقين منه أن توزع عليهم غلته كل سنة تبعًا بلا سعي إليها ولا عمل فيها، فتطمئن أنفسهم إلى ذلك، ولا يجدون في أنفسهم حاجة تدعوهم إلى العمل فيعتادون البطالة ويندفعون إلى حياة اللهو واللعب.

(٧) هذه أسباب الشكاية من الوقف الأهلي وهي لا تمس الوقف الخيري إلا مسًا خفيفًا من اليسير علاجه بتحسين إدارته، أما بالنسبة للوقف الأهلي فهي منه متمكنة؛ ولذا حاول كثير من الباحثين اليوم علاجها، ولكنهم لم يكونوا في محاولتهم أحرارًا خالصين؛ إذ كانت تتسلط عليهم فيه مؤثرات شتى، يرجع

بعضها إلى العادة، وقوتها، وبعضها إلى العاطفة الدينية وبعضها إلى الرغبة في كسب الأنصار وتجنب أسباب المعارضة، فانهى بهم النظر إلى طرق للعلاج مختلفة، منها ما فقد التناسق والتلاؤم بين عناصره، فجاء مضطرب الأساس متنافر الأجزاء، ومنها ما أغفل فيه بعض أعراض العلة تهاوناً بها فلم يأت وافياً بالعرض ولا مؤدياً إلى الغاية، ومنها ما تطرف فيه أصحابه، فكان بعيداً عن الواقع في التنفيذ، وأرجو أن يصل بحثي إلى علاج يكون أساسه النظرة العميقة الخالصة، والمعرفة التي تحيط بجميع أعراض العلة وحاجة المجتمع وحقوق الناس، والفكرة المستجيبة لنداء العقل المتقادة لتوجيه المنطق، والبناء على الأسس التي أقامها قبلي أولئك الذين اعترف لهم بفضل سبق وتمهيد الطريق وحس الهداية وصدق العمل وإخلاص النية، وليس يخلو عرض فكري من إشارة إلى آرائهم وبيان بعض ما وصلوا إليه في أبحاثهم.

إن علاج هذه الحال لا يتم إلا بأمرين: معالجة العلة الماثلة والوقاية من تجدها وعودها إلى الظهور.

فأما الوقاية فقد اختلف الرأي في طريقها إلى رأي يرى ألا سبيل إليها إلا بمنع الناس من الوقف الأهلي في المستقبل، وإلى رأي آخر يرى أنها تتحقق بوضع نظام خاص يضمن وجودها إذا ما أريد، سلبياً من عيوبه، يعتمد الرأي الأول على أن عيوب الوقف الأهلي لا يمكن التخلص منها جميعاً، إذ كيف يتم له أن يخلص من مناقضته لنظام الميراث والوصية. إنه إن اختلف معه كان تغييراً وتبديلاً للمشروع بما هو غير مشروع، وإن اتفق معه في كل الأحكام لم يصح شيئاً آخر خلافهما، ويستندون في منعهم هذا إلى ما ذهب إليه بعض الصحابة والتابعين والعلماء من القول ببطلان الوقف. فقد روي عن ابن عباس وشريح وأبي حنيفة وزفر وعلي وابن مسعود وعطاء والشعبي وأبي بكر بن محمد، غير أن بعض هؤلاء أجازه في الخيل والسلاح فقط وكذلك يؤيده ما أشرنا إليه من قبل من أن الوقف الأهلي غير مشروع.

أما أصحاب الرأي الثاني فيرون أن في الإمكان تجنب أسباب الشكاية، وأن من

المصلحة أن لا مجال بين الناس وبينه لتحقيق الحاجة إليه وتمسك الناس به من قديم الزمان ومن اليسير أن يوجد على وفق تشريع يوضع على الأسس الآتية:

الأول: أن مجال بين الناس وبين الأوقاف الأهلية المؤبدة فلا يقبل منهم إلا المؤقتة بمدة يقدرها الشارع تبعاً للحاجة والمصلحة، أو المحددة بطبقات من النسل معينة يحددها الشارع كذلك، على أن تعود الأعيان بعد ذلك بمنافعها إلى ملك واقفها أو ورثته، ونكون بذلك قد أخذنا بما ذهب إليه المالكية وأبو يوسف في رواية عنه والإمامية من جواز توقيت الوقف ويتم لنا بهذا الأساس ما يأتي:

- أ- زوال الخوف من صيرورة الأرض جميعها أو أكثرها وقفًا وما لذلك من أثر في الحالة الاقتصادية.
- ب- زوال ما لوحظ على الوقف الأهلي من أنه لا يتفق مع ما للإنسان من الحرية الكاملة في التصرف؛ لأنه يصبح وصية بالمنافع إلى أمد أما الأعيان فعلى ملك أربابها.
- ج- يزول ما لوحظ عليه من أنه افتيات على مستقبل بعيد مجهول لأنه أصبح موقوفًا.

الثاني: أن يمنع الواقفون من اشتراط شروط تتنافى مع مقاصد الشارع الإسلامي العامة أو مع مبادئ الأخلاق الفاضلة أو مع ما استقر في البلد من نظام عام، أو اشتراط شروط لا تؤدي إلى أغراض صحيحة بل يعد اشتراطها من قبل اللهو أو التحكم بلا مبرر، ومصدر هذا الأساس مذهب المالكية والظاهرية وغيرهم وبه يتم لنا ما يأتي:

- أ- ألا يتناقض الوقف مع الميراث والوصية لأن الخروج عليهما لا يقره الشارع بل يصبح الوقف به وبما قبله نوعًا من الوصية بالمنافع.
- ب- ألا يتخذ الوقف سبيلًا للظلم والعسف وفرض إيرادات عابثة.

الثالث: أن يشرع للولاية على الوقف نظام عادل يجعل الولاية عليه تابعة للاستحقاق فيه ما أمكن ذلك بلا ضرر ينتج عنه، وهذه نتيجة طبيعية لصيرورة الوقف نوعاً من الوصية المنفعة؛ لأن من حق المنتفع أن يضع يده على العين التي تعلق بها حقه لاستيفائه منها، وهو مذهب الحنفية وكثير من العلماء ويتبعه قسمة الأعيان الموقوفة بين المنتفعين قسمة زمانية أو مكانية وبذلك الأساس يتحقق لنا ما يأتي:

- أ- أن يكون استشاره والعمل فيه لصاحب المنفعة فلا يسوء استغلاله.
- ب- زوال ضرر الشركة بعدم جواز قسمته إذ يصبح الوقف واجب القسمة بين المنتفعين إلا إذا تراضوا على الشركة.
- ج- أن يجد المستحقون فيه مجالاً لعملهم فلا يكون الوقف مدعاة إلى البطالة والكنس وحياة اللهو واللعب.
- د- انقطاع أسباب النزاع على الولاية والخصومة فيها.

الرابع: أن يمنع الوقف على نفس الواقف؛ لأنه يصبح بعد ما قدمناه من الأسس ضرباً من اللهو وبذلك لا يعد حجراً على المالك ولا حداً من سلطته وهذا هو مذهب الشافعية والمالكية ومحمد.

الخامس: أن يوضع نظام كفيل بحسن الأداء في توثيق الوقف وإحكام عبارته ووضوح دلالاته ومنع الاختلاف فيها، وذلك بوضع نماذج له، وألا يقوم عليه إلا من يحسنه؛ وبهذا تنقطع الخصومات إلى حد كبير في الأوقاف.

(٨) هذه هي الأسس التي تذهب بجميع ما يكون للوقف الأهلي من أثر سيئ، ولسنا الآن بصدد تفصيلها وتفصيل أحكامها؛ لأن ذلك من عمل الشارع عند وضعه القانون الخاص بذلك، وبالرجوع إليها يتبين أنها تنتهي بالوقف الأهلي المقبول الذي يؤذن بسماحه إلى ضرب خاص من الوصية بالمنافع لا يمتاز عنها في شيء إلا بتفصيل الأحكام، وتفريع الفروع، وأنها لا تسمح

للوقف الأهلي غير المشروع - وهو الوقف الذي نشكو منه - بالوجود بعد تقريرها، وأن الرأين الماضيين قد انتهيا بها إلى نتيجة واحدة هي منع الوقف الأهلي الذي نشكو منه، وإحلال الوصية بالمنافع محله، وهي كافية لأن تسد حاجات الناس وتحقق الأغراض المشروعة لهم، فيستطيعوا بها أن يصلوا من يرغبون في صلته، وأن يعينوا من يودون معونته، وأن يتخذوها وسيلة لتيسير أرزاق أسرهم حيناً من الزمن ووقايتهم من مذلة الحاجة والفقر إذا لاحظوا عليهم نقصاً في الرشد. وبناءً على ما رأته ابتداء اللجنة المشكلة لوضع قانون في الوصية من الأخذ بقول بعض المفسرين والهادية من الإمامية وهو جواز الوصية للوارث بما لا يزيد عن الثلث يمكن للناس في حدوده أن يفضلوا بعض أولادهم على بعض لأسباب تبرر ذلك شرعاً دون أن يكون للأهواء التي تصطنعها المطامع وتدفع إليها الضغائن أثر في ذلك.

وفي ظني أن هذا الوضع من الإصلاح سليم مما يعترض به المخالفون، مبين في نقضه لملاحظاتهم إلا في ثلاثة أمور تحتاج إلى شيء من البيان:

الأول: ذكروا أن الوقف الأهلي المؤبد ينتهي في أكثر أحواله إلى وقف خيري مصرفه وجوه البر العامة بانقراض أهله، ونظرة إلى ما هو موجود الآن من الأوقاف التي أصبحت للخير، كافية في تبين صحة ذلك، فإذا ما منع الوقف الأهلي المؤبد فقد منعنا على الخير أوفر مصدر وأعظم مورد.

وهذا في الواقع حق ولكن أي شأن لخير يكون سبيله الشر؟ أليس هذا هو ما يقوله المفسدون من أن الغاية تبرر الوساطة؟ لقد قامت على غير هذا المبدأ الأخلاق، وبغيره جاءت الشرائع.

الثاني: أن الوقف الأهلي المؤبد سبيل لدوام الذكر وبقاء الأسر بجاهها ومكانتها، وكم رأينا له آثاراً طيبة في أسر كريمة، وقاها شر الفاقة، وجنبها مذلة الفقر والحاجة وحفظ عليها عزتها وأبقى على جاهها وكرامتها.

ولكن أليس من الخير لمن أراد دوام الذكر أن يكون وسيلته إليه الوقف على

وجوه البر دون التعلق بالمظهر الكاذب والمتاع الباطل؟ وإذا كان للرقف الأهلي المؤبد منافع في بعض الأسر فله في أخرى هي أكثر عددًا وأرفع مكانة آثام فرقت كلمتها، وقطعت أواصرها بما نشأ عنه من نزاع، واشتجر فيه من خصام وليس يخلو ضار من منفعة ولا نافع من مضرة وإنما الحكم للموازنة.

الثالث: أن في هذا المنع حجر على الإنسان وقيد من حريته وإذا كان له أن يقف جميع أملاكه ابتداءً على أجنبي أو وارث فلم لا يجوز له ذلك بعد وفاته، ويرد هذا أن للحرية حدودًا مشروعة، فإذا تجاوزها كانت ظلمًا وإفسادًا، والإنسان بعد وفاته لا مطمع له في أمواله، فمن السهل عليه أن يتقاد إلى الهوى في توزيعها أما في حال الحياة فحرصه عليها يمنعه من أن يبدها وإن فعل - وهو نادر - ففي نظام الحجر خير مانع.

(٩) هذه هي طرق الوقاية وهي كفيلة بتحقيقها أما علاج العلة القائمة فليس باليسير، فإن شأن ما وجد من الوقف الأهلي واستقر بأوضاعه المختلفة وشروطه المتنوعة، ليس كشأن ما يراد إنشاؤه على القالب الذي وضعناه والوصف الذي أردناه؛ ولذا تشعب الرأي في علاج حال هذه الأوقاف ففريق يرى حلها لا فرق بين قديمها وحديثها، ثم قسمة أعيانها بين مستحقيها بنسبة استحقاقهم فيها، وفريق آخر يرى بقاءها وإصلاحها بما يوضع لها من نظم ويشرع لها من قوانين.

فأما الفريق الأول فما أشبهه بالطبيب يدعى لعلاج عضو فيستعصى عليه علاجه ويتأبى عليه شفاؤه، فيعمد إلى بتره مخافة أن يمتد إلى سائر الأعضاء فساده، وإذا فالتجأؤهم إلى هذه الفكرة آية عجزهم، واعتراف منهم بالأطريق إلى إصلاحها، مع الإصرار على بقائها، إذ ليس من الحكمة الالتجاء إلى الهدم إذا ما أمكن التعمير والإصلاح.

غير أنه لا بد مع ذلك لقيام هذه الفكرة ووجوب الأخذ بها أن يتوافر لها أمران:

الأول: أن يكون لها سند من التشريع الإسلامي.

الثاني: ألا تقوم في طريقها العوائق المانعة، وألا تعترض سبيل من يريد بها العقبات التي لا يستطيع اجتيازها.

أما الأول فقد أشار أصحابها إلى أنهم يستندون إلى الرأي القائل ببطلان الوقف وقد تقدم ذكره. وأرى أن هذا لا يصلح أن يكون سنداً لهم لسببين:

الأول: أنه يقضي ببطلان الوقف الأهلي منذ وجد ونشأ، وهم لا يرون ذلك فيما تبين من شرحهم لرأيهم، ثم هو إلى ذلك يتنافى مع ما كان من تمسك بهذا الوقف في الأزمان الماضية الطويلة، ومع ما صدر فيه من أحكام نهائية برد أعيان أخذت منه إليه، وبيئات استحقاق فيه، أو ولاية عليه، أو غير ذلك، مما يتضمن إقراره والاعتراف بصحته، وليس لمشروع أن يغفل كل هذا أو يتناساه في تشريعه.

الثاني: أن الاستناد إليه يقضي بوجوب رد الأعيان الموقوفة إلى مالكيها إن كان حيّاً، وإلى ورثته إن كان ميتاً وكانوا معروفين، وإلى المالية باعتبارها قد حلت محل بيت المال إن كانوا مجهولين؛ ذلك لأن الوقف إذا صدر باطلاً لم يكن له أثر في ملكية الأعيان فتبقى على ملك صاحبها، وإذا مات مات وهي تركة له. وما أظن أصحاب هذه الفكرة -فكرة الحل- حين يعرض عليهم ذلك، إلا أشد الناس حرصاً على بقاء الوقف الأهلي، وتمسكاً بصحته، ونفوراً من حله، وتحملاً لضرره؛ وإذن فليس يصلح سنداً لهم فيما أرى إلا أن يستندوا إلى ما ذهب إليه الإمامية من الشيعة فقد ذهبوا إلى ما يأتي:

- أ- إذا اختلف المستحقون في الوقف اختلافاً شديداً، أو صار الوقف إلى حالة يخشى فيها عليه الفساد، جاز بيعه وقسمة ثمنه عليهم بنسبة استحقاقهم فيه.
- ب- إذا صار الوقف إلى حالة لا يجدي فيها نفعاً لمستحقه، أو احتاجوا إليه حاجة شديدة جاز بيعه وقسمة ثمنه بينهم بنسبة استحقاقهم.
- ج- إذا كان بيع الوقف أنفع لمستحقه وتراضوا على بيعه جاز بيعه، وقسمة ثمنه

بينهم كذلك^(١) وإذا أضفنا إلى ذلك ما نقله صاحب كتاب المعيار من المالكية عن العبدروسي المالكي من أنه يجوز أن يتصرف في الوقف بما فيه المصلحة، إذا كانت هذه المصلحة بحيث لو وجدت في زمن الواقف لحملته على هذا التصرف مستحسنًا له، وكذا ما أفتى به القاضي أبو الحسن علي بن محسود المالكي من جواز بيع الوقف وقسمة ثمنه على المستحقين إذا ما خيف عليهم أن يهلكوا جوعًا، وكذا ما يراه المالكية من العمل بالمصالح المرسلة، وإذا فعلنا ذلك وجدنا أن هذه الأقوال بجملتها تصلح أن تكون أساسًا لفكرة حل الوقف وقسمة أعيانه بين مستحقيه بنسبة استحقاقهم فيه على الرغم مما قيدت به من القيود التي تخرج بها بعض الأوقاف القليلة العدد ولكنها لا تخلو من سبب يفضي إلى حلها كذلك بطريق القياس.

وأما الثاني وهو عدم وجود عقبات تعترض سبيلها فلا يظهر لي أنه متحقق الوجود للموانع الآتية:

أ- إن الالتجاء إلى فكرة الحل يذهب بما يجب أن يتوافر للعقود الصحيحة من بقاء وثقة واستقرار، وفيه اعتداء بين على عقود صحيحة صدرت في ظل تشريع قائم يؤيدها ويرتب عليها الحقوق والآثار، وذلك يتنافى مع المبدأ التشريعي العام القاضي بالألا يكون للقوانين أثر رجعي بالنسبة على ما تقرر واستقر من حقوق مالية؛ وذلك ما وضع أساسه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إذ قضى بقضاء في حادثة يختلف مع قضاء له ماضٍ في حادثة أخرى سابقة، فحدثه بعض الحاضرين في ذلك مريدًا منه أن ينقض قضاءه السابق، فقال: ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي.

ب- إن القول بحل الوقف الأهلي بعد مرور الأزمان الطويلة على إنشائه، ومضي الأجيال المتعاقبة على إقراره يتناقض مع ما مضى عليه التشريع الحديث، من أن مرور الزمن تأثيرًا كبيرًا في تثبيت الحقوق المضطربة وإقرارها وحمايتها من المنازعة، حتى لقد جعل مضي المدة الطويلة سببًا

(١) راجع كتاب الأحكام، وشرائع الإسلام، ومسالك الأفهام ورياض السائل.

من أسباب التملك؛ فما بالهم اليوم لا يجعلون مضي المدد الطويلة، ومرور الحقب العديدة سببًا من أسباب عدم نقض الصحيح والاعتداء على الحق الثابت الصريح؟

ج- إن جميع ما للمستحقين من حقوق في الأعيان الموقوفة أثر من آثار وقفها ونتيجة لازمة لبقاء عقد الوقف وصحته، فإذا ما بطل هذا العقد بحله، أو اعتبر غير موجود لبطلانه، أو اعتبر منتهيًا في وقت ما، أو موقوفًا، وجب أن يترتب على ذلك حتمًا زوال آثاره، أو بطلانها أو انتهاؤها أو وقفها، وعلى أية حال فالنتيجة واحدة وهو زوال الأثر من الوجود، كالبيع إذا بطل أو فسخ زالت جميع آثاره، وكان البيع لبائعه والثلث لصاحبه وهكذا، وعليه فإذا حل الوقف، على أي معنى أريد به من كلمة الحل، زال ما للمستحق فيه من حق تبعًا لزوال مصدره، وبطلان منشئه، وإذن فالنتيجة الطبيعية المعقولة اللازمة للحل لزومًا لا محيد عنه، انقطاع صلة المستحقين بالأعيان، ووجب حينئذ أن ترد الأعيان إلى واقفها إن كان حيًّا، أو إلى ورثته إن كان ميتًا وكانوا معروفين، أو إلى المالية كما قدمنا. ويظهر هذا واضحًا جليًّا عند من يقول ببقاء ملكية الواقف لما وقفه من أعيان وهم المالكية والشافعية وأحمد والإمامية في رواية عنهم. أما عند من يقول: بزوال ملكيتها لا إلى مالك وهم الحنفية والشافعية على أصح الروايتين وأحمد في رواية عنه، فأمرها متردد بين أن تعود أيضًا إلى ملك واقفها، أو أن تكون للمصالح العامة. أما الأول فمبناه أن حل الوقف وبطلانه يرجعها إلى الحال التي كانت عليها قبل الوقف، فتعود ملكًا للواقف، كالبيع إذا فسخ رجع العوضان فيه إلى حائلهما قبل إنشائه فيرجع المبيع إلى بائعه والثلث إلى المشتري وهذا واضح. وأما الثاني فمبناه أن وقفها قد أخرجها عن ملك مالكةا إلى ملك الله -تعالى- فإذا بطل الوقف لم تعد إلى ملك الواقف وبقيت لله -تعالى-، فسيبيلها حينئذ المصالح العامة وهذا غير ظاهر. وعلى كل حال فلن نجد سبيلًا لقسمتها حينئذ على المستحقين حتى على رأي من يقول بأن الأعيان

الموقوفة ملك للموقوف عليهم، وهو مروى عن الإمامية وأصح الرأيين عندهم وظاهر مذهب الحنابلة؛ ذلك لأن هذه الملكية وكل حق للمستحق إنما ثبت أثرًا لبقاء الوقف، فإذا زال، زالت معه آثاره وانقطعت بذلك صلة المستحقين بالأعيان؛ لأنه لا يقبل القول ببقاء بعض آثار الوقف بعد حله دون بعض؛ لأن هذا هو الهوى والتحكم وإرادة الوصول إلى الغرض من غير طريق، فإما أن تبقى الآثار كلها وحينئذ فلا معنى لحله، وإما أن تذهب كلها ومنها حقوق المستحقين فلا معنى لقسمة الأعيان عليهم، ذلك أمر أظنه واضحًا والقانون لا يستطيع أن يشرع غير المعقول وأن يبنى على غير أساس.

د- تبيننا مما مضى أن للواقف آثارًا ترتب عليه، تبقى ببقائه وتزول بزواله، وهذه الآثار أو هذه الحقوق جعلت لكثير من الناس والجهات، على أن تستوفي في أزمان مستقبلية متعاقبة بحسب الترتيب الذي وضعه الواقف وليس حق منها بأقوى من الآخر؛ لأن منشأ الجميع واحد وسببه متحد، فإذا ما حل الوقف فأصحاب الحقوق بعد حله بالنسبة إلى أعيانه على السواء، فإما أن تكون حقوقهم جميعًا فيها منقطعة فلا يختص أحد منهم بشيء منها، وإما أن تكون قائمة تستوجب أن تقسم الأعيان بحسبها فالواجب حينئذ قسمتها عليهم جميعًا، وهذا غير ممكن؛ لأن منهم من لم يوجد. أما قسمتها على بعضهم دون بعض فتفريق بين حقوق متساوية المنشأ والقوة بلا مبرر، ولا يمكن أن يقال إننا نفرق بينها بسبق الزمن فتقسم على المستحقين فعلاً، لأنهم أسبق زمنًا، لأن سبق الزمن لا تأثير له في قوة الحق، إنما جعل الزمن ظرفًا للاستيفاء فقط فلا يتقلب منشأً لحق آخر هو الاختصاص بملكية الأعيان، وقد يتجلى ما في هذا من إجحاف إذا ما عرضنا حوادث كالحوادث الآتية:

أ- كثير من الواقفين يقفون أموالهم على أولادهم ولكنهم يجعلون لبعض أتباعهم أو أقربائهم مرتبات سنوية مدى حياتهم فقط ومن بعدهم يكون كل الربيع لذريتهم، فإذا حل هذا الوقف في حياة أصحاب المرتبات انقلبت

• عرفتهم دائمة بعد أن كانت مؤقتة وتوارثها ورثتهم ولم يكن من غرض الواقف إعطاؤهم، وحرّم أولاد الواقف من بعض ما أراد الواقف إعطاؤه لهم، كل ذلك بلا سند وبلا مبرر إلا إرادة حل الوقف.

ب- من الواقفين من يجعل في وقفه مرتباً سنوياً يخصصه لسداد ديونه فإذا ما حل الوقف فأعطي الدائنون بدل هذا المرتب أعياناً منه كانت النتيجة أن يأخذ الدائنون أكثر مما لهم أو أقل وهذا على كل حال ظلم وإجحاف.

ج- قد يعطى الوقف لشخص على أن يكون من بعد وفاته لجهة خيرية عامة، فإذا ما حل الوقف تملك هذا الشخص جميع أعيانه وحرمت الجهة الخيرية، ففات على الواقف غرض البر والنفع العام، وفاتت على المجتمع تلك المصلحة، ولا شك في ضرر ذلك.

د- من الأسباب الداعية إلى حل الوقف ما فيه من نزاع وخصام وفرقة. وقد يكون مرجع ذلك إلى سوء خلق المستحقين أو فساد تربيتهم، فكيف ينقلب هذا سبباً مستوجباً زيادة أملاكهم، وما كان أجدره بأن يكون سبباً لحرمانهم، هذا ترتب غريب!

هـ- من أسباب التفكير في حل الوقف الأهلي أنه اتخذ سبباً للظلم والعسف بما اشترط فيه من شروط آثمة، وأنه جعل وسيلة لهدم نظام الميراث ونقض أحكام الوصية، وأنه لمن أعجب العجب بعد ذلك أن يكون سبيل رفع هذا الظلم وحل هذه المشكلة، إقرار هذا الظلم على أتم صورة، وتمكين هذه المشكلة على أتم وجه، فقد كان هذا الظلم قاصراً على المنافع فتجاوزها إلى الأعيان كذلك. وبذلك نكون قد أضفنا إلى ظلم الواقف ظلماً آخر، من حيث أردنا أن نرفعه.

و- لقد تبين من دراسة حال المستحقين في الأوقاف الأهلية، أن الديون قد أغرقتهم، وليس أدل على ذلك من أن نذكر أن الديون المحجوز بها على المستحقين في الأوقاف المشمولة بنظر وزارة الأوقاف

بلغت مليوناً من الجنيهات، في حين أن استحقاقهم السنوي يقارب ١٢٠ ألف جنيه، فإذا ما نقضنا الأوقاف الأهلية فملكنا أعيانها لمثل هؤلاء المستحقين فقد جعلناها طعاماً هنيئاً وشراباً سائغاً للدائنين. وانتهى الأمر بنا إلى فاجعة اجتماعية مالية بحرمان المستحقين من الأعيان وريعها. وليس يرضيني ما اقترحه بعض الباحثين علاجاً لذلك، من أن يتضمن القانون الصادر بحل الوقف نصاً يمنع أصحاب الديون السابقة على الحل، من نزع ملكية أعيانه؛ لأن ذلك خروج على مبادئ التشريع العامة، وتصرف فيه بالهوى، وإلا فما الفرق بين هذه الأعيان يملكها المدينون، وأعيان أخرى يرثونها أو توهب لهم؟

ز- إن الوقف الأهلي في أكثر أحواله يشتمل على مرتبات معينة لأشخاص أو جهات، فإذا ما أريد قسمت أعيانه بين المستحقين بعد حله، فعلى أي أساس تقدر الأعيان التي تملك لأصحاب المرتبات لتغل لهم مرتباتهم؟ أعلى أساس غلتها هذا العام أم على أساس غلتها في عام آخر أو على المتوسط؟ لا شك أن ذلك مثار نزاع عظيم دونه ما كان بينهم من نزاع في الوقف فهل نحل الوقف لنخلص من نزاع فيه إلى نزاع أشد منه؟

د- إن نظام الوقف الأهلي في عصرنا الحاضر قد امتد وتشعب وطال عليه الزمن، حتى اتصل بحكم ذلك بغيره من النظم الاقتصادية واشتبك معها اشتباكاً أصبح به كالحلقة في سلسلة النظام الاقتصادي، فإذا ما انفصمت هذه الحلقة بحل الوقف الأهلي، انفرط عقد هذا النظام وكان من وراء ذلك اضطراب مالي يلحق الأفراد في جملتهم، والجماعات والمصالح الكبرى كوزارة الأوقاف. وإذن فليس من المصلحة القضاء مرة واحدة على نظام متغلغل في أناطيم الدولة المالية، رتبت عليه حقوق وارتبطت به التزامات، وسنت بسببه شرائع وقوانين.

(١٠) هذه هي بعض العقبات القائمة في سبيل حل الوقف الأهلي، وقسمة

أعيانه على مستحقه، وهي مجتمعة، عقبات أرى أن ليس في مكنة الحكيم الرشيد اجتيازها بدون ضرر كبير وجور عظيم، كما أنه ليس من الحكمة التهاون بأمرها، والتغافل عن فداحة أثارها؛ ولذا كانت سبباً في صد كثير عن هذه الفكرة على الرغم من وجود أساس لها من التشريع الإسلامي كما قدمنا.

فإذا لاحظنا مع ذلك أن العلاج ممكن مع التغاضي عن ضرر يسير لا يخلو منه أي تشريع، رأينا أن القول بحل الوقف الأهلي غير مستقيم على إطلاقه، ولا مقبول على أن يكون مبدأ عاماً، بل يصح أن نلجأ إليه في بعض حالات جزئية خاصة يستعصى علاجها ويتعذر حل إشكالاتها وإصلاحها، تطبيقاً لقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات» وقاعدة «الضرورة تقدر بقدرها»، أما في غير ذلك فليس يليق بالمصلح الحكيم أن يلجأ إلى الهدم إذا ما أمكنه التعمير. وإذا ما استعرضنا أسباب العلة وجدنا أنها لا تتأبى على العلاج، ولا تستعصي على الإصلاح. إذا ما وضع قانون على الأصول الآتية:

أ- كل وقف أريد به تغيير ما فرضه الله من أحكام الميراث، أو نقض ما استقر عليه العمل من أحكام الوصية، ولا يزال واقفه حياً اعتبر لاغياً وكانت أعيانه مملوكة لواقفها كما كانت، إبطالاً لذلك القصد السيئ الأثيم، ورداً لتغيير ما شرعه الله قال ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» أي مردود - وكذلك الحكم إذا توفي الواقف وكان الورثة أحياء معروفين فإن الأعيان تنتقل إليهم وتكون ملكاً لهم بطريق الميراث، ردّاً لتغيير ما شرعه الله. وإلى هذا ذهب كثير من العلماء وارتضاه صاحب الروضة الندية، وقد لجأنا في هذه الحال إلى نقض الوقف مراعاة لحقوق ثابتة قائمة لها مطالب، فلا سبيل إلى المحافظة عليها إلا بالنقض. غير أنه يلاحظ في الحالة الأخيرة - حال وفاة الواقف - أن يعتبر كل مستحق بالفعل موصى له بالمنفعة بقدر حصته من الوقف. إذا كان أجنبياً، وبما يزيد عن حصته بطريق الميراث إذا كان وارثاً، وإذن فيستمر منتفعاً بذلك مدة حياته على هذا الاعتبار، فإذا توفي انقطع حقه ولم يبق له إلا حقه بالميراث إذا كان وارثاً، يستمر ذلك طبقاً

لأحكام الوصية، وإنما لجأنا إلى ذلك حتى لا يفاجأ المستحقون بنقض ما بنوا عليه حياتهم وقامت به أرزاقهم، وليس يخرج في روحه ومعناه عن أصول التشريع الإسلامي؛ لأن انتفاع الموقوف عليه بالأعيان الموقوفة بعد وفاة الواقف، انتفاع مضاف إلى ما بعد الموت، فكان في معنى الوصية. وإذ لوحظ أن النية قد انعقدت على الأخذ بما ذهب إليه بعض العلماء من جواز الوصية للوارث بما لا يزيد عن الثلث كما قدمنا، لم تجد عقبة في تطبيق ذلك على الورثة الموقوف عليهم، وبذلك نقف موقفاً وسطاً راعينا فيه حقوق الورثة الموجودين. فلم نحرّمهم حقهم في الميراث وهو الحق الذي فرضه الله لهم، وراعينا فيه حقوق المستحقين القائمة فاعتبرناهم موصى لهم بها مدة حياتهم طبقاً لأحكام الوصية، أما من يأتي بعدهم من الموقوف عليهم ففي مراعاة حقوقهم حسب عن الميراث إلى النهاية ثم هي مع ذلك حقوق غير مستقرة ولا ثابتة، ألا ترى أنهم إن كانوا موجودين فقد يدركهم الموت قبل الاستحقاق، ولم يقيموا حياتهم عليها. ولم تكن مصدر أرزاقهم حتى يحملنا ذلك على اعتبارها، وإن كانوا لا يزالون في العدم فليس لمعدوم حق.

ب- في غير الحالين السابقين، إذا صار الوقف إلى حال لا يتفجع به فيها بأن تخرب ولم تمكن عمارته بأي طريق ولا استبداله. رجع ملكاً للمالية باعتبارها حلت محل بيت المال وذلك رأي كثير من الحنفية.

ج- إذا كان الوقف منتفعاً به، ولكن كثر فيه المستحقون إلى درجة تضاعف معها الاستحقاق، حتى أصبح عديم المنفعة، قليل الغناء، أعطي ريعه للأحوج فالأحوج من مستحقه بحسب ما يراه القاضي، وذلك رأي للقاضي عياض المالكي نقل عنه في نوازل ابن رشد، فإن لم يوجد فيهم محتاج جعلناه لجهات الخير حتى يستجد من مستحقه محتاج فيعطى منه حاجته، وقد يؤخذ ذلك من فتيا القاضي عياض؛ لأن جعله للمحتاج من المستحقين في معنى جعله لجهات الخير، مع تقديم المحتاج من المستحقين لأولويته، كما يقدم أقارب الواقف الفقراء على غيرهم عند الوقف على الفقراء. وإن شئنا حللناه وقسمناه على المستحقين بنسبة استحقاقهم أخذاً برأي الإمامية وفي هذا ما قدمنا الكلام عليه.

د- في غير الأحوال السابقة وما يشبهها مما لا يمكن فيه الإصلاح ولا العلاج تبقى الأوقاف الأهلية الموجودة، محافظة على حقوق المستحقين فيها، وتقديماً لهم على بيت المال «وزارة المالية» باعتبار أنهم موصى لهم، والموصى له مقدم على بيت المال عند الحنفية، ويوضع لإدارتها وقسمة ريعها والفصل فيها تشريع يبنى على الأسس الآتية:

١- يبطل فيها كل شرط أثم لا يتفق مع مقصد الدين الإسلامي، ولا مع العقل، ولا يؤدي إلى مصلحة مفيدة، بل يعد التمسك به لعباً أو تحكماً بلا مبرر، ولنا من مذهب المالكية ومذهب الظاهرية في هذا المضمار مصدر غزير المادة صالح للتشريع الذي يتفق وحاجات العصر الحاضر، فيبطل من الشروط شرط حرمان البنات وإيثار بعض الأولاد على بعض بأكثر من الثلث على ما ذهبنا إليه من جواز الوصية للوارث، واشتراط عدم التزوج في الاستحقاق واشتراط التزوج من أسرة معينة فيه أيضاً وما أشبه ذلك، وبذلك نقضي على ما في الأوقاف من ظلم، وما تضمنت من جور، ويزول كثير من أسباب الخصومة والنزاع.

٢- يؤخذ بما ذهب إليه بعض المالكية والحنابلة من جواز قسمة الموقوف على المستحقين قسمة إجبار متى لم يترتب على ذلك ضرر ببعضهم، وتكون هذه القسمة لازمة لا تنقض إلا باتفاقهم أو بتغير أنصبتهم، ولا تبطل بالوفاة بل ينتقل نصيب المتوفى إلى من يستحقه، فإن كان متعدداً قسم بينهم، وليس يصير ذلك كما يزعم بعض المفكرين، فذلك هو الشأن في الملك، يقسم بانتقاله إلى الورثة بوفاء المورث، ثم يكون لكل مستحق أن ينتفع بنصيبه في الأعيان الموقوفة بما شاء من أنواع الانتفاع، استغلالاً أو استعمالاً «سكنى» كما هو رأي الحنابلة. وإذا لم تمكن القسمة المكانية أمكنت القسمة الزمانية.

٣- يتبع في تفسير عبارة الوقف لغة الواقف وبيئته باعتباره شخصاً يعيش في مجتمعه لا باعتباره واقفاً من الواقفين، حتى لا يكلف عرف الموثقين.

٤- يوضع للولاية على هذه الأوقاف نظام يقرر ما يأتي:

أ- وجوب إيجاد محاسبة دقيقة، ومراقبة نزيهة متيقظة مع تسهيل الإجراءات.

- ب- تقديم المستحق على غيره في النظر على حصته ما دام صالحاً.
- ج- تثبت الناظر المعين من قبل الواقف على النظام المعمول به في الوصي المختار حتى إذا رأى القاضي أن من مصلحة الوقف إقامة المستحق على حصته فعل.
- د- أخذ كفالة شخصية أو مالية من كل ناظر على وقف يكون لغيره فيه استحقاق.
- هـ- يؤخذ بما ذهب إليه بعض المالكية والحنابلة من جواز صرف أموال البدل الضئيلة في إصلاح باقي أعيان الوقف وتعميرها إذا لم يمكن أن يشتري بها عين تضم إلى أعيان الوقف.
- و- يراعى أن أحكام الوقف لم يأت بها كتاب ولم ترد بها سنة خاصة بها وإنما استنبطها العلماء من القواعد العامة والأحكام المماثلة، لتوفير المصلحة وتثبيت العدالة ومنع الجور، وذلك ما يختلف باختلاف الأنظار، وللعادات والعرف فيه مجال، بهذه الأسس نستطيع إصلاح حال الأوقاف الأهلية الموجودة ونقضي على أسباب الشكاية أو أكثرها على الأقل، وهو موقف وسط، وخير الأمور أوساطها والله الموفق إلى سبيل الرشاد.

رَفْعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنها الفردوس
www.moswarat.com

المبحث التاسع
الجماعة
أو الوعد بجائزة
(بحث مقارنة)

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الجعالة

أو الوعد بجائزة

(بحث مقارنة)

الجعالة بتثليث الجيم ولكن كسرهما أشهر - وهي لغة ما يعطيه الإنسان لغيره نظير عمل يقوم به - كالجعل - والجميلة.

وفي لسان الفقهاء التزام مال معلوم نظير عمل معين معلوم أو لآبسته جهالة، ومثالها عندما يكون العمل معلومًا أن يقول شخص: من نقل متاعي هذا إلى مكان كذا فله مني مبلغ كذا من المال. ومثالها إذا ما شاب العمل جهالة أن يقول: من رد علي فرسي الضال فله مني كذا من المال. فإن العمل الذي سيباشره العامل في هذه الصورة يختلف باختلاف مكان الضال قريبًا وبعدًا، وباختلاف طريق الوصول إليه وطريقة نقل الفرس، وليس يعلم ما سيتطلبه قيامه بهذا العمل؛ فكان لذلك مجهولاً بعض الجهالة.

وهذا الالتزام قد يكون لشخص معلوم كأن يقول الجاعل لآخر: إن بنيت لي هذا الجدار فلك كذا، وقد يكون الإيجاب فيه غير موجه إلى معين كأن يقول الجاعل: من وجد قلبي فرده إلى فله كذا من المال.

ومما تقدم يرى أن الجعالة لا تتحقق إلا إذا كان الجعل نظير عمل، فلو جعل الجعل لشخص نظير وجوده في مركز معين أو في وضع خاص كمن يجعل جعلاً لأول مولود في يوم كذا، فليس ذلك بجعالة وإنما يعتبر عدة، وستكلم عليها.

وظاهر عبارة القانون المدني كما سيأتي يتفق مع هذا الرأي، وخالف في ذلك القانون الإيطالي فسوى بين الحالين إذ لم يشترط فيه أن يكون الجعل نظير عمل^(١).

وهذا الالتزام صحيح عند المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية وبعض الزيدية استناداً إلى قوله تعالى: ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ، حَمُلْ بِهِ وَأَنَا بِهِ رَعِيمٌ﴾ [يوسف]. فإن ذلك جعالة وقد قصها الله علينا في كتابه من غير اعتراض عليها فدل ذلك على أنها مشروعة.

(١) حجازي ج ١ ص ٦٠٠، النظرية العامة للالتزام.

وقد أقر رسول الله ﷺ أبا سعيد الخدري على أخذه جعلاً نظير رقية رقاها لديغاً، وقد روي في ذلك عن أبي سعيد قال: انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء - لا ينفعه شيء - فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلمهم أن يكون عندهم بعض شيء، فأتوهم فقالوا: أيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء لا ينفعه فهل عندكم من شيء؟ قال بعضهم إني والله لأرقى ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً فصالحوهم على قطع من غنم فانطلق يتفل عليه ويقرأ ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ [الفاتحة]، فكأنها نشط من عقال^(١)، فانطلق يمشي وما به قلته «أي علته» قال: فأوفهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال بعضهم اقتسموا، فقال الذي رقى لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر له الذي كان فننظر الذي يأمرنا به، فقدموا على النبي ﷺ فذكروا له ذلك فقال: وما يدريك أنها رقية، ثم قال قد أصبتم، اقتسموا واضربوا لي معكم سهماً وضحك النبي ﷺ^(٢).

ويرى من يستدل بهذا الحديث على جواز الجعالة أن ذلك الاتفاق الذي تضمنه ليس من قبيل الإجارة؛ لأن الجعل فيه إنما كان في الواقع نظير قيام أحدهم برقية يشفى بها اللديغ، وذلك شرط لا تصح معه الإجارة، لأن الشفاء من الله تعالى وليس للأجير إلا الرقية، ولا يستحق عليها أجراً، فلم يكن ذلك الاتفاق إجارة لذلك وكان جعالة من أهل ذلك الحي هؤلاء الرهط أن قام أحدهم برقية شفي بها لديغهم.

ويرى الحنفية أنه عقد فاسد لأنه من قبيل الإجارة التي لم تستوف شروط صحتها من العلم بالعمل والعلم بالأجير وقبوله في المجلس والعلم بالمدة فيما يحتاج إليها وغير ذلك من الشروط.

ويعرف هذا الالتزام في القانون المدني باسم «الوعد بجائزة» وفيه جاءت المادة ١٦٢ مدني إذ نص فيها على أنه، من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الجائزة أو دون علم بها.

(١) العقال: هو حبل يشده ذراع البهيمة.

(٢) رواه الجماعة، وهذا لفظ البخاري.

ومثال ذلك أن يوجه شخص إلى الجمهور وعدا بجائزة لمن يعثر على شيء مفقود، أو لمن يكشف غوامض جريمة، أو لمن يقبض على مجرم هارب، أو لمن يرسم لوحة، أو لمن يكشف عن دواء لمرض معين أو لمن يقوم بكشف علمي أو صناعي، أو لمن يفوز في مسابقة من المسابقات، ونحو ذلك. ويعرف بأنه إعلان موجه إلى الجمهور عن التزام بإعطاء جائزة عن عمل يقوم به شخص غير معين في ذاته.

وتسمية هذا النوع بهذا الاسم «الوعد بجائزة» تشعر بأن معنى المعاوضة فيه غير مقصود أو على الأقل ليس أمرًا جوهريًا فيه، وأن أداء المال فيه إنما هو مكافأة أو جائزة لا عوض على ما بذل من جهد ونشاط من العامل.

وقد يكون ذلك في سبيل مصلحة أدبية لا يعود نفعها إلى غير العامل وليس ينال الجاعل منها شيء يعطى عنه تعويضًا، وذلك لا ينفي أن من صور هذا الالتزام ما يتحقق في القيام به وصول منفعة إلى الجاعل يمكن تقويمها بالمال، وعندئذ يظهر فيه معنى المعاوضة وإن لم يكن مقصودًا.

وإذن فليس لهذا الالتزام طابع واحد في جميع صورته، وعلى ذلك سمي جعالة بالنظر إلى بعض صورته، ووعداً بجائزة بالنظر إلى بعض صور أخرى له، والجعل تبرع إذا كان النشاط الذي يبذله العامل تعود فائدته إليه وحده دون أن يترتب عليه كسب مالي للجاعل، كأن يوجه شخص إلى الجمهور وعداً بجائزة لأحسن مؤلف في مادة كذا، أو لمن يكشف عن دواء لمرض كذا.

وقد يحمل معنى المعاوضة، كما إذا وجه شخص إلى الجمهور وعداً بجائزة لمن يستخرج ماء بحفر بئر في أرضه بجهة كذا.

أركان هذا الالتزام:

وأركان هذا الالتزام عند الفقهاء: صيغة - وجاعل وعامل - وعمل وعوض.

أولاً - صيغة الجعالة:

يجب أن تكون صيغة هذا الالتزام دالة دلالة قطعية على التزام صاحبها بهال نظير عمل يقوم به آخر، ويجب أن يكون ذلك العمل معلوماً علماً لا يؤدي إلى النزاع،

فليس يشترط فيه العلم التام، فإذا كانت الصيغة تدل على التزام غير صاحبها لم يترتب عليها أثر وكانت مجرد إخبار، كأن يقول شخص من فعل كذا أعطاه فلان كذا أو التزم له فلان بكذا إذا كان يحدث عن شخص آخر خلافه، وعلى ذلك يرى أن تكون الصيغة كاشفة عن إرادة الجاعل بلا احتمال. وليس هذا محل خلاف.

ولا يشترط أن تكون لفظاً، بل يصح أن تكون بالكتابة كأبي عقد من العقود. ويلاحظ أن فقهاء الشريعة يجوزون في هذا الالتزام أن يكون الإيجاب فيه موجهاً إلى الجمهور كأن يقول الجاعل من فعل كذا فله كذا، فيستحق الجعل أي شخص يقوم بهذا العمل، ويجوز أن يوجه إلى شخص معين كأن يقول الجاعل لآخر إذا أتيتني بابني الضال فلك كذا، فلا يستحق الجعل إلا من وجه إليه هذا الإيجاب، إذا ما جاءه بابه، ولا يشترط عندئذ قبوله، بل يستحق بالفعل، فشأنه شأن الوكيل لا يشترط قبوله لفظاً لانعقاد الوكالة بل يكفي فيها التنفيذ.

وهذا خلاف ما ذهب إليه القانون المدني، إذ جاء فيه أن الإيجاب في هذا الالتزام يجب أن يوجه إلى الجمهور كما يدل على ذلك نص المادة ١٦٢، إذ جاء فيها: من وجه إلى الجمهور وعداً بجائزة.. إلخ. وعلى ذلك إذا وجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين خرج عن أن يكون ذلك وعداً بجائزة في نظر القانون بالمعنى المراد من المادة المذكورة، وسرت على هذا الإيجاب القواعد العامة للإيجاب في العقود من وجوب اقتران القبول به، وعندئذ يصبح ذلك الالتزام عقداً بالمعنى الصحيح لا التزاماً بإرادة منفردة، ويدخل في الإجارة.

ويجب في نظر القانون أن يكون توجيه الإيجاب إلى الجمهور عن طريق علني وذلك بطريق من طرق النشر المعروفة كالإعلان في الصحف، أو توزيع النشرات، أو المناذاة في الطرق أو نحو ذلك مما يصل به الإيجاب إلى مسامع الجمهور.

ولا يرى فقهاء الإسلام ذلك شرطاً بل يكفي أن يصدر الإيجاب من الملتزم وإن لم يتحقق له ذلك الإعلان.

وبصدور هذا الإيجاب منه أصبح ملتزماً بالجعل إذا ما قام أي شخص ممن تتناوله عبارة الإيجاب بعد علمه به كما سيأتي بيان ذلك.

وذلك فرق جوهري بين الفقهاء في انعقاد هذا الالتزام بالإيجاب، إذ يكفي في الفقه الإسلامي صدوره من الجاعل بينما يشترط في القانون مع ذلك إعلانه ومع اشتراط القانون ذلك الإعلان لم يشترط علم العامل بذلك الالتزام. بينما يشترطه جمهور الفقهاء واعتبروا من يقوم بالعمل من غير علم بالإيجاب متبرعاً لا يستحق جعلاً.

ثانياً - طرفا الجعالة:

أما طرفا الجعالة فهما الجاعل والعامل. أما الجاعل فيشترط فيه أن يكون أهلاً للالتزام والتبرع فلا تنعقد الجعالة من مجنون ولا من صبي ولا من سفيه، وهذا أمر واضح.

أما العامل فليس يشترط فيه إلا قيامه بالعمل المطلوب سواء أداه بنفسه أو بنائبه، إذا لم يكن هناك ما يدل على اشتراط قيامه به بنفسه.

وذهب الشافعية إلى أن العامل إذا لم يكن معيناً بأن وجه الإيجاب إلى الجمهور جاز له أن ينيب غيره في العمل ويستحق بعمله الجعل إذ إنابته صحيحة كالتوكيل في الاحتطاب والاستسقاء، وإن كان معيناً لم يجز له أن ينيب عنه في العمل غيره إلا لعجزه عنه مع علم الجاعل بذلك، أو لعدم لياقة العمل به^(١). وعلى ذلك إذا قام بهذا العمل صبي أو مجنون استحق الجعل أو الجائزة بعمله إذا سمع النداء أو علم به. ذهب إلى ذلك الماوردي، وخالفه بعض الشافعية إذ قالوا إنه لا اعتبار بعلم الصغير أو المجنون وإذا لم يكن لعلمها اعتبار لم يتحقق شرط استحقاق الجعل وهو أن يكون القيام بالعمل عن علم بالإيجاب.

ووجه ما ذهب إليه الماوردي أنها استحقاقاً بعملها لأن هذا الالتزام يتم بإرادة الجاعل وحده ويوجد بها وليس عقداً مزدوجاً يتوقف على القبول، وإنما يثبت استحقاق العامل فيه بعمله لا بقبول منه، وذلك بناءً على التزام الجاعل، وإنما

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤٦٧.

اشترط العلم حتى لا يتمحض العمل تبرعاً، والصغير والمجنون ليسا من أهل التبرع فاستحقا الجعل بعملهما.

وإذا اشترك في العمل وإتمامه أكثر من واحد استحقوا وقسم بينهم الجعل^(١).

ثالثاً - العمل المطلوب بالجعالة:

يرى الفقهاء أن يكون ذلك العمل معلوماً على وضع لا يترتب عليه نزاع وإن لم يكن العلم به تاماً، وذلك يتحقق بألا تكون الجهالة به مانعة من القيام به على وجه لا يؤدي إلى المنازعة فيه: أهو المطلوب أم لا؟

ومن الشافعية من يرى أن العمل إذا كان معلوماً علماً تصح معه الإجارة عليه لم تصح فيه الجعالة للاستغناء عنها حينئذٍ بالإجارة وعدم جواز اللجوء إلى ما يعد من قبيل الاستثناء. ولكن القول الأول أصح.

وكذلك يرى الشافعية أنه لا بد في العمل من أن يكون في القيام به كلفة أو مؤونة وليس واجباً، فلو قال شخص: من رد على كيس نقودي الضائع فله كذا، فرده عليه من وجد الكيس وهو في يده، لم يستحق شيئاً، إذ رده عليه في هذه الحالة لا كلفة فيه ولا مشقة، وهو واجب عليه شرعاً، ولا أجر ولا جعل على واجب، وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية.

ولا يرى الشافعية صحة توقيت الجعالة، فإذا قال شخص: من رد على فرسي إلى شهر فله كذا، لم يصح لأن تقدير المدة مخل بمقصود العقد، فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض. في حين أن تحقيق هذا الغرض قد يكون حين انتهاء المدة وشيكاً ولولا انتهاءها لتم واستحق الجعل.

وإلى هذا ذهب المالكية ولكنهم استثنوا من ذلك حالة ما إذا اشترط الجاعل للعامل حينئذٍ أن يترك العمل متى شاء وإن له من الجعل بنسبة ما عمل، فعندئذٍ يصح توقيتها لأن اشتراط هذا الشرط يلغي المدة.

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٦٥.

ذلك تعليلهم. والنظر فيه يقضي بأن ذلك الشرط لا يلغي المدة ولا يلغي أن استحقاق تمام الجعل إنما يكون بإتمام العمل فيها وإن كان يقضي بعدم ضياع أجر ما تم فيها من سعي، وهذا مقتضى الشرط الأخير من الشرط، أما الشرط الأول فإن اشتراطه لم يأت بجديد، لأن للعامل أن يترك العمل متى شاء بعد ابتدائه.

وخالف في ذلك الحنابلة فصححوا الجعالة مع اشتراط إتمام العمل في وقت معين كأن يقول: من خاط لي هذا الثوب في يوم كذا أو في مدة كذا فله مني كذا، فإن أتم العمل في المدة استحق الجعل وإلا لا.

وهذا ما ذهب إليه التشريع الوضعي، إذ جاء في الوسيط للأستاذ السنهوري: ويستوي أن يكون الوعد قد حددت له مدة أم لم تحدد، ففي الحالتين يلتزم الواعد وإن كان لكل حالة حكمها كما سنين ذلك.

وذهب بعض المالكية إلى أنه يشترط في العمل المطلوب أن يكون فيه منفعة للجاعل وإلا لم تصح الجعالة، وذهب آخرون إلى أنه لا يشترط فيها ذلك، فمن قال من سعد جبل كذا فله مني كذا، صحت منه هذه الجعالة. والقول الأول هو المشهور عند المالكية^(١).

هذا وينبغي أن يلاحظ أن قيام العامل بالعمل لا يتوقف عليه شرعاً وجود هذا الالتزام؛ ذلك لأن التزام الجاعل يوجد بوجود إيجابه، غير أن الملتزم له غير معين، وإنما يتعين بقيامه بالعمل، ومن هذا يتضح أن الجعالة ليست عقداً بين طرفين بل هي عند نشأتها التزام من جانب واحد وإن كان غير لازم، بخلاف العقد بمناه الأخص فإن وجوده يتوقف على وجود الإيجاب والقبول.

ويرى علماء الفقه الوضعي أن يكون العمل الذي يهدف الواعد إلى تحقيقه بوعد عملاً له فيه مصلحة مادية، أو أدبية مقصودة له وهو يرغب في تحقيقه لذلك، أما إذا كان لا يرغب في تحقيقه ولا يناله منه إذا تحقق إلا الضرر ولم يقصد بوعد إلا الدعاية، كأن يعد صانع أو تاجر بإعطاء جائزة لمن يثبت أو لمن يظهر أن في صناعته أو

(١) ج ٤ ص ٦٤ الشرح الكبير.

في بضائعه عيوبًا - وهذا النوع كثيرًا ما يوجد في الصحف - فإن بعض الشراح يرى ألا يترتب على هذا أي أثر قانوني. وحجته في ذلك عدم جدية هذا الالتزام وأنه ليس الغرض منه في الواقع التزام.

ويرى آخرون أن مثل هذا يجب فيه على القاضي أن يستهدي في كل حادثة بظروفها وملاساتها معتمدًا على قواعد العدالة وحسن النية، فيقضي في الأمر على مقتضى ما يصل إليه اجتهاده من إلزامه أو عدم إلزامه، أما غيرهم فلم يشترط ذلك. ويبدو من تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للجعالة أن العمل الذي جعل الجعل في نظيره يجب أن يكون مستقبلًا أي أن يحدث بعد الالتزام حتى يتأتى توافر شرط العلم بالالتزام قبل إقدام العامل على العمل، فلو أن شخصًا التزم بجعل نظير عمل وهو عمل ماض قام به شخص لم يكن من المتصور فيها أن يكون الإقدام على العمل بعد العلم بالالتزام ولم يمكن أن يكون الالتزام بالجعل حينئذٍ نظير القيام بذلك العمل لأنه قد تم من قبل. وإنما يعد الالتزام في هذه الحال عدة لمن قام بالعمل متى كان الجاعل على علم بتمام العمل.

أما إذا كان غير عالم بذلك عند الالتزام ثم ظهر بعده أن العمل المطلوب الذي جعل الجعل نظير القيام به قد قام به شخص قبل الالتزام فقد يختلف النظر عند ذلك^(١)

(١) إذا كان الجاعل لا يعلم بتمام العمل عند الإيجاب ثم ظهر بعده أن العمل قد تم قبله فليس يصلح أن يعد الإيجاب حينئذٍ عدة لمن قام به، لأنه كان مجهولًا للجاعل عند إيجابه والعدة لا تكون مقبولة لمجهول لا يعرفه الواعد، إذ لا يصح أن يقول شخص: ألزمت نفسي بإعطاء عشرين جنيهاً مثلاً لواحد من الناس.

ولا يصح كذلك أن يكون جعالة صحيحة، إذ أن الظاهر من كلام الفقهاء أنها إنما تكون في عمل يطلب إحداثة، أما ما كان موجودًا فعليًا فلا محل لأن يلتزم في مقابلة إيجابه وقد تم - شيء من المال - وإذن يكون الإيجاب في هذا الحال لغوًا من القول لا يترتب عليه أثر، إلا إذا كان حال الجاعل أو عبارته تدل على الوعد، كأن يكون عند الإيجاب عالمًا بتمام العمل وقد أراد منح فاعله شيئًا من المال كجائزة.

هذا ما ينتهي إليه النظر بالنسبة إلى الجاعل، أما بالنسبة إلى العامل فإنه يرى أنه قد قام بالعمل قبل حدوث الإيجاب، وإقدامه على العمل على هذا الوضع دليل تبرعه به، وعلى ذلك لا يستحق عليه شيئًا إلا عند بعض المالكية إذ يرون أنه إذا كان العمل منفعه للجاعل وليس من شأنه أن يقوم به إلا بأجر فإنه يستحق عندئذٍ أجر مثله سواء أكان إيجاب من الجاعل بعد تمام العمل أم لا، وهذا ما ذهب إليه ابن القاسم.

لأن البادي من عبارات الفقهاء أن الجعالة إنما تكون في عمل يطلب إحداثه وإيجاده، أما ما حدث ووجد فعلاً فلا محل لأن يلتزم شيء في مقابلة إحداثه «كمن يستأجر أجيراً على القيام بعمل قد تم قبل عقد الإجارة» وبخاصة إذا لوحظ ما اشترطه جمهور الفقهاء في استحقاق الجعل من إقدام العامل على العمل وهو على علم بالالتزام، إذ أن هذا الشرط يقضي بعدم استحقاق العامل شيئاً في تلك الحالة لإقدامه على العمل متبرعاً على ما يظهر من حاله، إذ لم يوجد التزام بالجعل قبل إقدامه فضلاً عن أن يكون عالماً به عند إقدامه.

وخالف في ذلك بعض المالكية، فعن ابن القاسم أن العامل إذا سمع الإيجاب أو علم به فعمل كان له الجعل، أما إذا عمل دون علم به فإن له أجر مثله، إذا كان لا يقدم على هذا العمل عادة إلا بأجر، وعند ذلك يجب أن يكون في ذلك العمل منفعة للجاعل وإلا لم يكن للعامل إلا ما أنفقه في سبيل العمل.

وقال ابن الماجشون وأصنع رواية عن حبيب عن مالك: يجب الجعل لمن قام بالعمل سواء سمع قول الجاعل أم لا وسواء أكان ذلك من شأنه، أم لا، وظاهر هذا عدم اشتراط علم العامل بالإيجاب عند العمل واستظهر ابن رشد قول ابن القاسم^(١).

ويرى الشيعة الجعفرية أن الإيجاب إذا صدر بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه كان للعامل أجر ما قام به من العمل بعد الإيجاب فقط يحتسب ذلك من الجعل بنسبة ما عمل بعد الإيجاب إلى العمل كله وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٢).

أما الفقه الغربي فقد ذهب إلى أن الالتزام بإعطاء جائزة على عمل حدث فعلاً والواعد على علم بذلك يعد من قبيل الوعد بجائزة، وعبرة المادة ١٦٢ في فقرتها الأولى تتعارض مع هذا الرأي؛ لأن توجيه الوعد بالجائزة على العمل إلى الجمهور يدل على إرادة حفزه على العمل المطلوب وحمله على إيجاده فإذا كان موجوداً فعلاً كان توجيه هذا الوعد إلى الجمهور عبثاً. أما عند عدم علم الواعد بتمام العمل قبل الوعد فقد اختلف الرأي بين اعتباره وعداً بجائزة وعدم اعتباره كذلك، نظراً لما قد يفهم من

(١) ذخيرة ج٤ ورقة ١٥٤ والمواق ج٥ ص ٤٥٢.

(٢) كشاف جزء ٢ ص ٤١٧. وفي الذخيرة ج٤ ورقة ١٥.

إقدام الواعد على وعده أنه إنما أراد بالتزامه استنفار العاملين والمتسابقين واستشارتهم إلى التنافس والتسابق والمصارعة إلى هذا العمل المطلوب وذلك لا يكون إلا إذا كان ذلك العمل لم يحدث بعد، واعتبار ذلك أساساً في وعده أو عدم اعتباره. وفي رأبي أنه يجب في ذلك أن يهتدي إلى خير الرأيين بالنظر في ظروف كل حادثة وملاساتها^(١).

الجعل الموعود به:

يرى الفقهاء أنه يجب أن يكون مالا، وعلى ذلك فكل ما صح أجره في الإجارة صح جعلاً في الجعالة، وما لا يصح جعله أجره لم يصح جعله جعلاً، فإذا كان الجعل مجهولاً فسد العقد، وإذا عمل العامل العمل مع ذلك كان له أجر مثله كما في الإجارة الفاسدة. ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية.

ويجوز للجاعل أن يزيد وينقص في العمل المطلوب وكذلك في الجعل إذا كان ذلك قبل الشروع في العمل، وبذلك يفسح الالتزام السابق بالالتزام اللاحق.

كما يجوز كذلك قبل الفراغ بعد الشروع في العمل وعندئذ يكون للعامل أجر المثل على قول لانفساخ الالتزام السابق وشروع العامل في العمل قبل علمه بالالتزام اللاحق، وسيأتي بيان ذلك.

وليس للعامل حق الحبس إلى أن يدفع إليه الجعل فيما إذا أمكن الحبس فيه كرد مفقودة أو ضالة أو نحو ذلك^(٢).

والجعالة تخالف الإجارة فيما يأتي:

أولاً- أنها تصح على عمل مجهول كما تصح على عمل معلوم، ولكن الإجارة لا تصح إلا على عمل معلوم.

ثانياً- أن الجعالة لا يشترط في انعقادها أن يوجه الإيجاب فيها إلى معين بل يصح أن يوجه إلى الجمهور، ولكن الإجارة لا تنعقد إلا بإيجاب وقبول بين طرفين معينين.

(١) راجع حجازي ص ٥٩٥ وما بعدها.

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٤١٨ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٤٧٦.

ثالثًا- أن الجعالة إذا وجهت إلى معين لم يشترط في انعقادها قبوله، بخلاف الإجارة إذ يشترط في انعقادها قبول من وجه إليه الإيجاب.

رابعًا- أن الجعالة عقد غير لازم، على ما سيأتي بيانه بخلاف الإجارة فإنها عقد لازم؟

خامسًا- أن الاستحقاق في الجعالة لا يكون إلا بتمام العمل بينما الاستحقاق في الإجارة يكون بالعقد، وبناءً على ذلك فإذا اشترط في الجعالة تعجيل الجعل فسد العقد واستحق العامل بالعمل أجر المثل.

ووجه ذلك أن الإيجاب إذا كان موجهاً إلى الجمهور فلا محل لاشتراط هذا الشرط، لأن اشتراطه إنما يكون من العامل عادة لأنه في مصلحته والعامل لم يتعين واشتراطه من الجاعل على نفسه التزام بما لا يلزمه؛ لأنه لم يلزمه شيء لأحد وإذا كان موجهاً إلى شخص معين فاشترط هذا الشرط من وجه إليه كان اشتراطاً لدفع مال لم يجب بعد فلا يصح هذا الشرط لذلك، والشروط الفاسدة مفسدة للعقد عند الشافعية.

فإن تسلم الجعل بلا شرط تعجيله امتنع عليه أن يتصرف فيه. أما في الإجارة فذلك الشرط فيها صحيح وتملك الأجرة المعجلة بقبضها عندئذ فيجوز للمستأجر أن يتصرف فيها كما يشاء.

سادسًا- أن العامل لا التزام له فيها بخلاف الإجارة، فإن الأجير يكون فيها ملتزماً بالعمل.

انعقاد الجعالة:

وينشأ الوعد بالالتزام في الجعالة من طرف واحد بعبارة ما دام العمل لم يشرع فيه أحد كما قدمنا، فإن شرع فيه شخص عالماً به كان شروعه ارتباطاً غير لازم من ناحيته، وتم هذا الارتباط بينه وبين الجاعل، فإذا قام بالعمل وأتمه وجب له الجعل، وإن أتمه غير عالم بالإيجاب لم يستحق بعمله شيئاً عند الجمهور على ما بينا فيما سبق؛

لأنه متبرع في هذا الحال - وإن علم في أثناءه كان له من الجعل بنسبة ما عمل بعد العلم وإلى هذا ذهب الحنابلة^(١) وإليه ذهب الشيعة الجعفرية أيضاً، وقد ذهبوا كذلك إلى أن العامل إذا أتم العمل قبل أن يعلم برجوع كله وإلا كان له أجر ما أتمه منه قبل علمه بالرجوع إن علم أثناء العمل^(٢).

وقد قدمنا أن الشريعة الإسلامية يتساوى في نظرها أن يكون الإيجاب موجهًا إلى الجمهور وأن يكون موجهًا إلى شخص معين، وفي الحالين لا يشترط لتتام الالتزام قبول من أحد بل لو أن الإيجاب قد وجه إلى شخص معين بجعل معين قبله ذلك الشخص بأقل من ذلك، الجعل بأن قال له الجاعل إذا فعلت كذا فلك عشرون جنيهاً فقال من وجه إليه الإيجاب: إني ألتزم فعله بعشرة جنيهاً فقط، ثم أتم العمل بعد ذلك استحق العشرين لتتام الالتزام عليها، والقبول لا أثر له في إتمامه ولا في التزام الجاعل بالجعل، لأنه ينشأ بعبارة وحدها؛ ولذا صح أن يوجه الإيجاب إلى الجمهور وإلى شخص معين.

أما القانون فقد لاحظ واضعه أن الإيجاب عندما يوجه إلى شخص معين يكون الغرض منه الارتباط مع ذلك الشخص، وذلك ما يعني إرادة التعاقد معه، فوجب أن يكون لهذه الإرادة أثرها من اعتبار هذه الحالة من حالات التعاقد لا من حالات إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة؛ ولذا رأى القانون في الوعد بجائزة أن يكون الإيجاب موجهًا إلى الجمهور لا إلى شخص معين، وإلا طبق عليه أحكام العقد.

هذا وإذا رد الإيجاب من وجه إليه في هذه الحال ارتد عند بعض الشافعية حتى لا يستحق الجعل إذا عمل إلا بإيجاب جديد، وعلى هذا الرأي يرى أن الجعالة ترتد بالرد من العامل المعين عند بعض الشافعية. غير أنه قد جاء في كلام الإمام ما يفيد أنها لا ترتد بالرد بدليل ما سبق ذكره من عدم التزام العامل بما يلزم به نفسه من جعل أقل مما التزم به الجاعل، وقد استظهر السبكي هذا القول وأن الواجب عند ذلك هو الجعل الذي سماه الجاعل، ولم يجعل قبول العامل بأقل من الجعل أثرًا ولم ترتد به الجعالة في الزيادة على ما قبل.

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٤١٧.

(٢) تحرير الأحكام ج ٣ ص ١٢٣.

غير أنه يلاحظ أنه يشترط في الشريعة لاستحقاق العامل الجعل ألا يكون قد أقدم على العمل متبرعاً، وقد يرى أن في رده الجعالة ثم إقدامه على العمل بعد رده إياها دليلاً على تبرعه بالعمل، فإذا تبين ذلك لم يستحق بعمله شيئاً وإن لم يتبين ذلك استحق على القول بأنها لا ترتد بالرد.

حكم الجعالة:

إذا تمت الجعالة بتمام الإيجاب مستوفية شروطها كانت غير لازمة قبل الشروع في العمل، ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة وإليه ذهب القانون المدني إذا كانت غير مؤقتة بوقت، وعلى هذا يكون لكل من الجاعل والعامل إذا كان معيناً الرجوع مع ملاحظة أن تعيين العامل يخرجها عن أن تكون جعالة في نظر القانون على ما تقدم.

وعلى ذلك إذا رجع الجاعل أو الواعد رجوعاً مستوفياً شروطه ثم عمل العامل العمل وأتمه بعد ذلك لم يستحق شيئاً قولاً واحداً لأن شروعه فيه عالملاً برجوع الجاعل يجعل قيامه بالعمل تبرعاً لا يستحق عليه جعلاً.

فإن شرع فيه جاهلاً برجوع الجاعل فالأصح عند الشافعية أنه لا يستحق شيئاً من الجعل كذلك على الجاعل إذ كان عليه أن يتثبت من بقاء الجاعل على التزامه قبل أن يقدم على العمل، وهو قول غيرهم أيضاً.

واستحسن البلقيني أنه يستحق الجعل في هذه الحال، إذ كان على الجاعل أن يعلن رجوعه.

هذا ويلاحظ أن القانون يشترط في صحة الرجوع الإعلان ويشترط فيه ألا يكون في جعالة حددت مدتها وفي أثنائها كما قدمنا، إذ يرى القانون لزوم الجعالة عندما تكون محددة المدة، فقد جاء في المادة ١٦٢ فقرة ٢: «إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد - وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة شهور من تاريخ إعلانه للجمهور».

ويقضي القانون الإيطالي بجواز رجوعه في المدة إذا كان لذلك سبب مبرر، أما الفقه فيجوز الرجوع في أثنائها من غير قيد.

هذا وقد اشترط القانون في صحة الرجوع الإعلان كما قلنا، كما اشترط ذلك في الإيجاب إذا أوجب فيه أن يوجه إلى الجمهور، ولم يشترط الفقهاء ذلك في الحاليين. ولعل مرد ذلك إلى ما تقضي به الشريعة من وجوب الوفاء بالالتزام أو الوعد على أي وضع صدر من صاحبه من علانية أو إسرار، بخلاف القانون إذ رأى إغفال حالة الإسرار لأنها لا تعد عادة وسيلة من وسائل الطلب والإثارة والاستنفار إلى العمل، وفي تركها ترك لمثار النزاع والخصومة عادة.

أما بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه فإنه يكون لازماً عند مالك بالنسبة إلى الجاعل فلا يملك أن يستبد بفسخه حتى لا ينال العامل ضرر: وبناءً على ذلك يستحق العامل الجعل بإتمامه العمل بعد الرجوع، ولا يكون لازماً عنده بالنسبة إلى العامل، فله أن يمتنع عن العمل فلا يتمه، وعندئذ لا يستحق شيئاً على ما عمل لتركه العمل اختياراً.

ومحل ذلك إذا لم ينتفع الجاعل بما أتم العامل من عمل، فإن انتفع به بأن استأجر من قام بإتمام العمل بناءً على ما تم منه كان له أجر مثله منسوباً إلى أجر ما تم به العمل.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الجعالة لا تلزم بالشروع فيها بالنسبة إلى الجاعل ولكن يكون للعامل الذي شرع في العمل قبل الرجوع أجر مثل ما عمل قبل الرجوع^(١).

أما الفقه الوضعي فقد اختلفت فيه الآراء بالنسبة لحق الواعد في الرجوع عن وعده في هذه الحال.

(أ) فمن الشراح من يرى أن حق الواعد في الرجوع في هذه الحال يبقى مطلقاً غير مقيد، فيجوز له العدول ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالعامل، وذلك مبني

(١) راجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٤ ص ٦٠ و ٦١ و ٦٢ و ٦٤ و ٦٥ وكشاف القناع ج ٢ ص ١٧؛ وما بعدها ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٤٦٢ وما بعدها.

على أن مركز العامل مركز احتمالي ولم يكن له إلا مجرد أمل في الاستحقاق ما دام أن العمل لم يتم. وإلى ذلك ما دام الدائن لم يتعين لا يلزم المدين بالتزامه في مال له فيه كل الحق دون غيره.

(ب) ويرى آخرون أنه لا يملك في هذه الحال أن يرجع حتى لا يضر بذلك من شرع في العمل.

(ت) ويرى فريق ثالث أنه يجوز له أن يرجع بشرط أن يعطي من شرع في العمل مقدار ما خسره في شروعه فيه على ألا يتجاوز ذلك قيمة الجعل المحدد وأساس ذلك عندئذ المسؤولية التقصيرية لا الوعد بجائزة إذ أنه قد سقط بالرجوع.

هذا ويلاحظ أن عبارة القانون مطلقة إذ نصها: «إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور»^(١). ولم يقيد ذلك بأن له هذا الحق قبل شروع العامل في العمل.

أما بعد تمام العمل فلا يملك الجاعل باتفاق بين المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة أن يرجع؛ لأن حق العامل قد ثبت واستقر في ذمته بإتمامه العمل وإلى ذلك ذهب الفقه الغربي وذلك ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ مدني.

انقضاء الجعالة وانتهاءها:

إذا كانت الجعالة محددة بمدة أقتت بها انتهت بانتهاء المدة، وذلك على ما ذهب إليه الحنابلة كما تقدم.

وقد قدمنا أنها تنتهي كذلك برجوع الجاعل أو العامل عند تعيينه على ما فصلنا القول فيه فيما سبق.

وكذلك تنتهي بموت الجاعل وبجنونه وإغماؤه المتصلين بموته إذا حصل ذلك قبل الشروع في العمل، وكذلك إذا حدث بعد الشروع فيه عند الشافعي وأحمد، غير

(١) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي ج٢ ص ٦٠٥ و ص ٦٠٦.

أنه إذا كان المتوفى هو الجاعل وأتم العامل باقي العمل بعد الوفاة كان له أجر مثل ما عمل في الحياة فقط دون ما عمل بعد الوفاة لبطلان الجعالة بالوفاة، وإن لم يتمه لم يستحق شيئاً وذلك ما يظهر من عبارة أسنى المطالب على روض الطالب^(١) لأن الجاعل لم يلتزم بشيء إلا نظير إتمام العمل - ولم يتم العمل - فلم يتحقق السبب.

وهذا الرأي محل نقد؛ لأن العامل مضطر لإتمام العمل ليستحق أجراً عما عمل، والمضطر لا يعد متبرعاً وعلى ذلك كان المستحسن أن يستحق أجر مثله عما عمل بعد الوفاة.

وإن كان المتوفى هو العامل فأتم ورثته العمل استحقوا بقدر ما عمل مورثهم فقط إن كان قد خص بالجعل؛ لأن الجاعل لم يلتزم لهم بشيء ولم يقوموا بالعمل كله. وإن لم يتموا العمل لم يستحقوا على عمل مورثهم شيئاً.

أما إذا كانت الجعالة موجهة إلى الجمهور فالظاهر أنهم يستحقون كل الجعل بالإتمام: بعضه ميراثاً وبعضه بعملهم؛ لأنهم بذلك شاركوا مورثهم في إتمام العمل. وقد قدمنا الحكم في استحقاق الجعل عند المشاركة في إتمام العمل.

وعند مالك لا تبطل الجعالة بموت الجاعل بعد الشروع في العمل ولا بموت العامل فيلزم ورثة الجاعل بأداء الجعل من تركته عند تمام العمل بعد وفاته ويقوم ورثة العامل بإتمام العمل بعد وفاته وعندئذ يكون لهم الجعل بتمامه، ووجه هذا واضح فإن المتفق عليه أنه إذا اشترك في العمل أكثر من واحد قسم الجعل على من قام به وإتمام العمل إنما تم بالعامل وورثته من بعده فلا يعدو هذا اشتراكهم جميعاً في إتمامه فوجب أن يستحقوا الجعل اتفاقاً.

ويرى علماء الفقه الغربي أن هذا الالتزام لا يفسخ بوفاة الملتزم ولا بزوال أهليته، وذلك لتام الالتزام بصدور الإيجاب الذي أفصح عن الإرادة، ولا تعلق للأهلية بها بعد ذلك، وبناءً على ذلك ينتقل حق الرجوع عن الالتزام الذي كان للملتزم إلى ورثته، فيجوز لهم من الرجوع ما كان لمورثهم منه، ويمتنع عليهم ما يمتنع عليه على ما بيناه^(٢).

(١) ج ٢ ص ٤٤٣.

(٢) راجع حجازي ج ١ ص ٦١٠.

المبحث العاشر
شهادات الاستثمار بأنواعها الثلاثة
تطبيقاً للقواعد الفقهية العامة
والأصول الشرعية للمعاملات

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

أصول البحث

أبدأ هذا البحث بذكر الأصول التي اتخذتها أساساً له، وسيلاً إلى التعرف على الحكم الشرعي فيما يصدره البنك الأهلي، نيابة عن الحكومة من شهادات الاستثمار، وفي سلامة هذه الأصول وإقرارها سلامة الحكم الذي انتهى إليه في هذا التعاقد، إذا ما سلم التطبيق والاستنتاج؛ ولذا رأيت أن أبدأ بعرضها لتكون محلاً للبحث والنظر.

الأصل الأول:

للناس في مجال المعاملات المالية، التي تتوقف عليها معاشهم، وتتوفر بها مصالحهم أن يستحدثوا من العقود - في حدود الشريعة وأصولها - ما تدعو إليه حاجتهم، وتحملهم عليه مصالحهم دون أن يلحقهم حرج بهذا الاستحداث؛ لأن العقود ما شرعت إلا لتكون وسيلة لسد الحاجات، وطريقاً لنيل المصالح؛ ولذا أقر الشارع الإسلامي - حين جاءت شريعته إلى الناس - ما كانت عليه المعاملة في جزيرة العرب، بعد أن حرم الضار منها، وكمل الناقص وأصلح الفاسد وهذب المعيب، ورخص للناس في عقود لا تتسق مع سنته حين رأى حاجاتهم إليها وجرى عرفهم بها، مع تغاضيه عما قد يحدث من ضرره... وفي سبيل وفائها بالعرض منها، أوجب الوفاء بها عامة، فجاء في الكتاب الحكيم ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ [المائدة: ١] دون أن يفرق بين عقد معروف وعقد مستحدث جديد حاشاً عقداً حرمه لماله من ضرر.

ذلك هو القول الحق والمذهب السليم، والقول بخلافه - وإن ذهب إليه كثير من الفقهاء فيما يظهر في بعض ما عللوا به بعض الأحكام - لا تقوم به مصالح الناس، ولا يصلح معه أمر معاشهم، ولا يتسق مع تطور المعاملات، وكثرة المخترعات، وتتابع الاكتشافات، وما يستتبعه كل ذلك من اختلاف وتغير في وسائل الانتفاع وطرقه وأوضاعه.

الأصل الثاني:

إن تعامل الناس بعقد على صورة معينة جرى بها العرف، لا يصلح وحده دليلاً على أن أي خروج عن صورته، أو أي خلاف لوضعه محظور شرعاً؛ لأنه إذا كان من

شروطه ما أوجب الشارع مراعاته، وكان الخروج أو الخلاف في هذا النوع من الشروط، فإن حظر الشارع للانحراف عنه حيثئذٍ لمخالفة ما أوجب الشارع مراعاته وألزم الناس باتباعه. أما إذا كان الخلاف فيما لم يرد فيه إيجاب ولا إلزام، إنما كانت مراعاته في التعامل والتمسك به، بحكم العادة وعرف الناس فيه، وسكت الشارع عن حكم مخالفته؛ فإن الخلاف حيثئذٍ يكون انحرافاً عن أمر سكت عنه الشارع ولم يبين حكم مخالفته، والحكم في مثله الإباحة، تطبيقاً لمبدأ الإباحة الأصلية فيما سكت عنه الشارع.

والأمر الجدير بالنظر والبحث، هو: متى نعد العقد الذي يجري به التعامل، عقداً جديداً مستقلاً مستحدثاً، يجوز التعامل به شرعاً، تطبيقاً للأصل الأول السابق بيانه، لا ينظر فيه إلى ما فقد من شروط وأوصاف روعيت في غيره من العقود ولا اعتداد فيه حيثئذٍ إلا بما استقر عليه التعامل؟

ومتى نعدّه عقداً ملحقاً بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، إذا لاحظنا أنه فقد شرطاً من شروطه التي اشترطها الفقهاء فيه، اجتهاداً منهم، ورتبوا على عدمها بطلان العقد أو فساد، وعندئذٍ يعطى الحكم الذي رتبته الفقهاء على ذلك، من بطلان أو فساد، فلا يجوز التعامل به، ولا يلتفت إلى جريان العرف به لاعتبار العرف حيثئذٍ عرفاً فاسداً؛ لجريانه به على هذه الصورة الفاسدة.

لقد ذكرنا، أن العقد إذا كان عقداً جديداً مستحدثاً، لا شبه له بعقد من العقود المعروفة وانطبق عليه الأصل الأول السابق، فإن حكمه هو جواز التعامل به لما بينا. أما إذا كان عقداً له اشتراك، وشبه بعقد معين من العقود المعروفة شرعاً، كعقد الاستثمار الذي هو محل بحثنا، إذ نرى له اشتراك وشبه بعقد المضاربة، من ناحية أن المال في كل منهما من طرف، والعمل فيه من طرف آخر، فإنه عندئذٍ: يجب النظر في موضع مخالفته بشيبهه، فإن كانت مخالفته في شرط أوجب الشارع مراعاته، كان العقد محظوراً، والتعامل به محظوراً؛ لأن ما تضمن المحظور محظور، ولأن الشارع إذا حظر أمراً من الأمور في عقد من العقود، كان محظوراً في كل عقد، إذ لا يغير من حكم الشارع عليه، وجوده في عقد آخر؛ ذلك وإن وجوده في عقد آخر لا ينفي ما يترتب عليه من الضرر الذي كان علة حظره، وهو في هذه الحال محظور، سواء اعتبرناه صورة فاسدة أو باطلة من صور شبيهه، أم عددناه غير ملحق بعقد آخر.

وإن كانت مخالفته في أمر لم يرد فيه من الشارع نص بإيجاب مراعاته، ولا دليل على خطر إغفاله، وإنما كانت مخالفته في أمر اجتهادي رأى الفقهاء مراعاته في سبيله اجتهاداً منهم، مبنياً على العرف، بغية الوقوف عند الصورة التي أقرها الشارع احتياطاً وورعاً فإن النظر إليه قد يختلف. أيعد عقداً مستحدثاً مستقلاً بنفسه لا يلحق بشبيهه رغم مشابهته به، فيكون حكمه الجواز، بناءً على الأصل الأول، أم نعهه ملحفاً بشبيهه وصورة من صورته لم تتوافر فيها الشروط التي أوجب الفقهاء توافرها بناءً على اجتهادهم؟ وعندئذ: يكون له الحكم الذي رتبته الفقهاء على فقدها، فيكون باطلاً أو فاسداً حسب اختلاف طبيعة الشرط الفاقد.

إن الحكم عليه بوضع من هذين الوضعين، يتطلب بيان وجه المشابهة التي تستوجب إلحاقه بشبيهه، وجعله صورة من صورته لم تتوافر فيها شروطه، التي ارتأها الفقهاء اجتهاداً منهم، والمشابهة التي لا تستوجب ذلك، ويصح أن يعد العقد معها، عقداً مستقلاً مستحدثاً له حكم الإباحة.

وفي رأبي، أنه: إذا كانت المشابهة نتيجة اشتراك في أركان العقد، وعناصره ومعناه وغرض العاقدين منه، وجب حينئذ: إلحاقه بشبيهه، واعتباره صورة من صورته لم تتوافر فيها جميع شروطه، إذ ليس بعد هذا الوفاق اختلاف جوهري يستوجب التباين والتعدد؛ ولذا يكون لهذه الصورة عندئذ، ما رتبته الفقهاء على هذا -أما إذا اختلفت الأركان، أو اختلف المعنى أو الغرض من العقد والقصد منه فإنه لا محل عندئذ للإلحاق- والبين: أن إلحاق العقد بشبيهه في الصورة الأولى، لا محل للتردد فيه؛ لأن وجود العقد وتميزه عن غيره إنما يكون بأركانه ومعناه والغرض منه فإذا لم يكن اختلاف في ذلك، تبين أن الصورة المستحدثة ليست إلا صورة من العقد المشابه الذي يقوم على هذه الأمور وعندئذ يكون جواز التعامل بها وعدم جوازها تابعاً لما رأى المجتهد من قوة الإلزام والحجية إذا كان سنده في اجتهاده مجرد الاستدلال وما لمعارضة العرف له من أثر في ذلك وأيهما يكون له الرجحان.

أما إذا حدث اختلاف في الغرض أو في المعنى أو في الأركان فإنه يمتنع حينئذ الإلحاق بالعقد المشابه واعتبارها صورة من صورته ويجب عندئذ اعتبارها عقداً مستقلاً مستحدثاً. التعامل به جائز مباح على الأصل الأول.

أما التشابه في غير ذلك فلا يصلح أساساً لإلحاق عقد بعقد ومن ثم لا يشترط فيه ما يشترط في العقد المشابه. ومن العنت والبعد عن الصواب محاولة حمل أحدهما على الآخر في هذه الحال، ومن ثم يكون العمل بالعقد المستحدث في هذه الحال جائزاً بناءً على الأصل السابق.

وقد يكون من الأيسر بالناس والبعد بهم عن الحرج وصلاح أمورهم أن العقد إذا جرى به التعامل ورضيه الناس وأقبلوا عليه مع مخالفته لعقد آخر شبيه به فيما لم يوجب الشارع مراعاته أن يعد عقداً مستقلاً مستحدثاً في حدود الأصول الشرعية وفي الإطار الذي يحقق أغراضها وفي سبيل الهدف الذي أراده الشارع من شريعته وعندئذ يكون عقداً مشروعاً واجب الوفاء لعموم قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ [المائدة: ١] ومن العنت والحرج أن يتجه النظر إلى إلحاقه بغيره طلباً لحظره أو منع الناس منه؛ لأن الشارع لم يعرفه فيحال بين الناس وبين منافعه دون أن يكون في هذا المنع غير الحرج بهم. وعلى هذا فليس يحرم من العقود التي يجري بها العرف إلا ما حرمه الشارع بدليل من أدلته أو أدى إلى ضرر بالناس أو بعاقديه.

الأصل الثالث:

أن يكون العقد. قد تم عن رضا وطيب نفس من العاقدين، وأن يكون خالياً من الربا وشبهته ومن الغرر الفاحش، ومن الغش والتدليس محققاً لمنفعة عاقديه، ولم ينه عنه الشارع ولا يؤدي إلى ضرر ولا إلى حرمان شخص من حقه.

الأصل الرابع:

أن الأمر: إنها يكون خارجاً عن نطاق الأصول الشرعية إذا خالف نصاً أو إجماعاً، أما إذا كان محلاً لاختلاف الفقهاء في جوازه شرعاً فإن القول بجوازه عندئذ. وقد استند في رأي من ذهب إليه إلى دليل شرعي يحول دون القول بأنه خارج عن الأصول الشرعية؛ ذلك لأن مناط الأحكام الشرعية وإيجاب العمل بها هو الظن الراجح في رأي أي مجتهد وترجيحه كان ذلك أساساً سليماً لاعتباره حكماً شرعياً مكلفاً به في نظر من ذهب إليه وامتنع عند ذلك اعتباره خارجاً عن حدود الشريعة نظراً لإيجاب العمل به شرعاً في الجملة.

هذه هي أصول بحثي. ورجائي من الله - جل وعلا - أن يجنبني الخطأ والذلل

إنه سميع مجيب.

شهادات الاستثمار

شهادات الاستثمار هي: صكوك يصدرها البنك الأهلي نيابة عن الدولة لتكون حجة لمن حررت له على أنه أودع لديه مبلغاً من ماله مبيئاً بها بقصد تنميته واستثماره. وهي ثلاثة أنواع:

- نوع منها يعرف بالشهادات ذات القيمة المتزايدة ويرمز له باسم المجموعة (أ).
- ونوع ثان يعرف بالشهادات ذات العائد الجاري، ويرمز له باسم المجموعة (ب).
- ونوع ثالث يعرف بالشهادات ذات الجوائز، ويرمز له باسم المجموعة (ج).

ويقرم البنك الأهلي -بصفته وكيلًا عن الحكومة- بإصدار هذه الشهادات، وبالتعاقد مع المودعين أموالهم، وتقبل ما يدفعونه نتيجة لهذا التعاقد من الأموال وتسليمه إلى الحكومة لتقوم بتنميته واستثماره تنفيذًا لاتفاقها مع أصحابه على مقتضى الشروط والأوضاع التي نص عليها القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ والقرارات التي صدرت من وزير الاقتصاد بناءً على عرض مجلس إدارة البنك الأهلي تنفيذًا للقانون المذكور وهي الشروط والأوضاع التي تم عليها الاتفاق بين الحكومة والمودعين بوكالة البنك الأهلي.

وتنفيذًا للقانون المشار إليه صدر من وزير الاقتصاد القرار رقم ٣٩٢ لسنة ١٩٦٥ والقرار رقم ٦٨٠ لسنة ١٩٦٥ القاضيان بإعطاء البنك الأهلي حق إصدار الأنواع الثلاثة المبينة من شهادات الاستثمار، وأن تكون قيم النوع الأول من هذه الشهادات وهي الشهادات ذات القيمة المتزايدة: جنيه، ٥٠ ج، ١٠ ج، ٥٠ ج، ١٠٠ ج، ٥٠٠ ج وتستحق أرباحها بعد ١٠ سنوات من تاريخ إصدارها، وهي مدة استغلالها، وقيم النوع الثاني ذي العائد الجاري: ١٠ ج، ٥٠ ج، ١٠٠ ج، ٥٠٠ ج، ١٠٠٠ ج، ٥٠٠٠ ج ومدة استغلالها ١٠ سنوات من تاريخ إصدارها، وقيمة فوائدها ٥٪ من رأس المال في النوعين في السنة، وتستحق أرباح النوع الثاني للمالك كل ستة أشهر، كما جعلت قيمة الشهادة من النوع الثالث وهي الشهادات ذات الجوائز: جنيه مصري.

وجعل للمالك في الأنواع الثلاثة حق استرداد ماله في أي وقت يشاء بعد مضي ستة أشهر من تاريخ إصدارها كما نص في القرار على أن الاتفاق بشأنها اتفاق شخصي

ومن ثم لا يجوز إحلال شخص آخر محل المودع بطريق البيع أو الحوالة أو التنازل وعلى أن تكون حصيلة هذه الشهادات مالا مخصصا لتمويل (مشروعات التنمية) التي يصدر بتعيينها قرار من وزير الاقتصاد، وأن تكون فيه جميع النفقات التي يتطلبها إصدار هذه الشهادات، واستهلاكها من مال وأن يكون لها حساب خاص.

وكذلك صدر القرار رقم ٦٥٨ لسنة ١٩٦٥ من وزير الاقتصاد ببيان ما تستخدم فيه حصيلة هذه الشهادات، وهو مشروعات التنمية المدرجة في الميزانية.

ومن ذلك يتبين: أن حصيلة هذه الشهادات بأنواعها الثلاثة، يقوم بدفعها حاملو هذه الشهادات إلى الحكومة، لتصرف فيها في سبيل الاستثمار، والتنمية، بناءً على اتفاق وتعاقد يتم بين أربابها وبين الدولة، وهو عقد يشبه عقد المضاربة الذي يتم بين صاحب المال، وبين العامل فيه، وهو عقد يكون المال فيه من جانب، والعمل من جانب آخر استثماراً، وتنمية، وهو عقد كان معروفاً في الجاهلية وأقره الإسلام بعد ظهوره، غير أن لهذا العقد سمات، وأوضاع لا توجد في عقد الاستثمار، الذي نحن بصدد بيان الحكم الشرعي فيه، وفيما يلي بيان لما تدل عليه هذه الشهادات من اتفاق، ومدى شبهتها ومفارقتها بعقد المضاربة.

شهادات الاستثمار ذات الجوائز

هذا هو النوع الثالث من شهادات الاستثمار، والذي يرمز إليه بحرف (ج) وهو أبعد الأنواع الثلاثة شبيهاً عن القراض، فليس يشترك معه إلا أن المال فيه من جانب، والعمل من جانب آخر، وليس في ربح ماله اشتراك بين رب المال والعامل، وإنما الربح فيه جميعه للعامل، وليست هذه سنة القراض، وإنما هي سنة القرض، إذا اتجر المقرض بما اقترضه؛ لأنه عندئذ يتجر بماله الذي تملكه بعقد القرض وقبضه، أو بعقد القرض والتصرف في المال المقرض - على خلاف في ذلك بين الفقهاء - وهذا هو الحكم أيضاً في المال يدفع وديعة فيتجر فيه الوديع بدون إذن من مالكه، فإن ذلك يعد منه اعتداءً على الوديعة تصبح به مضمونة عليه، وعندئذ يتملكها بضمانه، فإذا اتجر بها اتجر بماله، فيكون الربح له خاصة.

وعلى ذلك يعد المال الذي يدفع بقصد استثماره إلى الحكومة في هذا العقد، مالاً اقترضته الحكومة من صاحبه، أو وديعة لديها اتجرت فيها اعتداءً بدون إذن من مالكةا، حتى بعد اختصاصها بربحه حكماً شرعياً ترتب على سببه، فكان لها التصرف فيه بالتملك والإنفاق في سهامها. ويبدو لي: أن كلا الأمرين غير مقبول؛ فاعتباره فرضاً، يعترض سبيله: أن عقد الاستثمار يفيد تملكاً ولم يقصد منه، في حين أن عقد القرض يتمثل في: تملك مال بمثله للانتفاع به عن طريق استهلاكه ثم رد مثله إلى المالك، وذلك معنى غير مقصود، ولا مراد للعاقدين في عقود الاستثمار، ولا يقصد منها إلا دفع مال لاستثماره، ومن ثم: كان أخذ المال بمقتضاه قائماً مقام صاحبه في التصرف فيه، في سبيل تنميته، واستثماره، وهذا ما يجعله وكيلاً عن صاحب المال في ذلك، ويجعل ربح المال لصاحبه لا له - وكذلك يعترض سبيله: أنه إذا اعتبر قرضاً كان قرضاً محظوراً شرعاً من ناحية أنه قرض يجر نفعاً إلى المقرض، هو أخذه الجائزة إذا أصابته القرعة أو انتظامه في الفئة التي يختار منها المكافأون، وقد حرم الرسول ﷺ كل قرض جر نفعاً إلى صاحبه. كما يعترض سبيله كذلك: أن العامل في المال، والمستثمر له في موضوعنا هذا، هو الدولة وإذا كان الربح لها، كان مالاً عاماً له حكم أموال بيت المال، وذلك ما يستوجب البحث في جواز إعطائه جوائز لبعض الأفراد،

من ليس لهم حق في بيت المال، دون أن يكون في هذا الإعطاء منفعة عامة ظاهرة لجماعة المسلمين، وذلك ما يجعل أخذ هذه الجوائز محل شبهة، من ناحية أنه لجماعة المسلمين، أعطي لغير مستحقه، وعلى ذلك لا يعد مالاً طيباً لمن يأخذه.

وكذلك اعتباره وديعة اتجر فيها بدون إذن مالکها، يعترضه: أن هذا أمر خلاف الواقع؛ فإن المودعين في عقد الاستثمار إنما يدفعون أموالهم بقصد استثمارها. وذلك إذن منهم بالاتجار بها.

والذي أراه مقبولاً غير مناف للواقع، هو اعتبار هذا العقد من الأبخاع، الذي يشترط فيه العامل في المال على رب المال، أن يكون الربح جميعه له؛ لأن عقد الأبخاع، هو عقد يدفع بمقتضاه المال إلى من يعمل فيه، على أن يكون الربح لصاحب المال والعامل متبرع بعمله واشترط جعل الربح فيه للعامل دون رب المال، شرط فاسد، مفسد للعقد عند جمهور الفقهاء، ولكن نقل عن مالك - رحمه الله - ما يدل على صحة هذا الاشتراط؛ ولذا أجاز كثير من المالكية، في مثل هذا العقد لصاحب المال أن يتبرع بالربح فيه، جميعه للعامل، فيكون له الربح، وليس لرب المال منه شيء، كما أجاز بعضهم هذا الشرط أيضاً في القراض، على أن يكون تبرعاً يخرج به العقد عن معنى القراض، وتكون تسميته بالقراض من قبيل التجوز، كما ذكر ذلك الخطاب.

جاء في الخطاب: ^(١) يجوز القراض على أن يكون الربح فيه لغير العاقدين أو لأحدهما. وجاء في شرح الباجي على الموطأ: يجوز اشتراط جميع الربح لأحد العاقدين في القراض في مشهور مذهب مالك ^(٢)، ونقل الخطاب عن المدونة من مالك أنه قال: من أعطى رجلاً مالاً ليعمل فيه على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به ^(٣).

ويلاحظ أن الخطاب قد أشار في هذا الموضع، إلى أن ذلك لا يعد من قبيل المضاربة بل من التبرعات، وأن إطلاق اسم القراض عليه مجاز.

(١) ج ٥ ص ٣٥٥.

(٢) ج ٥ ص ١٥٢.

(٣) ج ٥ ص ٣٥٦.

ونقل عن عياض: أن العامل في مثل هذه الصورة يكون ضامناً، وهو قول سحنون كالسلف، وعقب الخطاب على ذلك بقوله: محل ذلك إن لم يشترط أن لا ضمان عليه. وبناءً على ذلك: يكون إيداع الناس أموالهم لدى البنك الأهلي - بصفته نائباً عن الدولة بمقتضى ما أصدرته من القوانين والقرارات - للاستثمار والإنفاق من ربحه، باعتباره ملكاً لها فيما تضمنته الميزانية من وسائل التنمية والاستثمار، التي تؤدي إلى الزيادة، في موارد الدولة ونمو الصناعة وتنوعها، وانتشارها، وتنشيط التجارة ورفقي الزراعة، وامتداد المواصلات، وكل ما تفيده منه الدولة في ثرائها، وقوتها، أمر مشروع لا يخرج عن نطاق الأصول الشرعية، وذلك استناداً إلى ما نقل عن مالك - رضي الله عنه، وعن أصحابه - (الأصل الرابع) وإلى أن هذه الوسائل جميعها، وسائل مشروعة ليس فيها وسيلة محظورة.

ذلك أنه في ظل التشريع الذي أشرنا إليه والرضا به، فإن هذا التعاقد يعد تعاقدًا شرط فيه الربح للعامل، وذلك جازئ في مشهور مذهب مالك، كما نقلنا؛ ولذا تختص به الدولة، ولها أن تصرفه في مصارفها العامة وأن تقتطع منه جزءاً تجعله منجاً لمن تختاره من المودعين، ترغيباً لهم في الإقبال على هذا الادخار، وفي احتجاز بعض أموالهم لسداد ما يفاجمهم به الزمن، من نوازل وحاجات قد لا يجدون في غيرها سداداً، وكثيراً ما يفاجم الناس في حياتهم بحاجات عديدة، منها المتوقع ومنها غير المتوقع، ثم يعوزهم سدادها بسبب عدم وجود مدخرات لهم. وليس على الدولة حرج في حمل الناس وترغيبهم في ذلك بسبب ما تمنحه لهم من منح، إذ لا يخرج ذلك عن أن يكون مصرفاً من مصارف الشريعة العامة، التي يعود خيرها على الأمة جميعاً، وبخاصة إذا لوحظ أن تملكها لهذا المال كان من هذه السبيل، لمن تمنحهم هذه المنح، واتجاه الدولة إلى أن يكون اختيارها مؤسساً على الاقتراع، اتجاه مشروع من ناحية، أن هذه المنح لا تأتي بفائدتها من التغريب إلا إذا كان غير مقصور على طائفة معينة من المودعين، وهذا ما تحققه القرعة؛ وذلك لأن المودعين متساوون في إقبالهم على ما رغبوا فيه من الادخار، وليس من سبيل إلى ترجيح بعضهم على بعض إلا بالقرعة. وقد كان رسول الله ﷺ يقرع بين زوجاته إذا أراد السفر بإحداهن.

وكذلك يعد بسبب عقده في ظل التشريع الذي أشرنا إليه، أنه قد تم على ما نص عليه في هذا التشريع، من التزام صاحب المال ألا يسترد شيئاً من ماله قبل مضي ستة أشهر من تاريخ العقد، وهذا ما يعني الاتفاق على توقيت العقد بستة أشهر، على الأقل، وألا يكون لصاحب المال إنهاؤه قبل هذا التاريخ، وتوقيت عقود العمل على العموم لا يتعارض وأصول الشريعة، وليس يخرج عقد الاستثمار من أن يعد عقداً على العمل في المال بذليل أنه يصح الاستئجار عليه، وعقد الإجارة عقد لازم، وهو عقد على العمل في إجارة الأشخاص، ويرى المالكية أن عقد العارية إذا ما أقت كان عقداً لازماً، إلى أن ينتهي وقته. وعلى الجملة يرى أن استرداد مالك المال لماله من المباحات، والشأن في المباحات إذا ما دعت الحاجة أو المنفعة إلى الحظر فيها، كان لولي الأمر أن يحظرها، -وخلاصة ذلك كله: أن توقيت هذا العقد ولزومه مدة توقيته، ليس مما يتنافى مع أصول التشريع الإسلامي.

ومما تقدم، يتبين: أن هذا النوع من العقود مشروع وجائز؛ لأنه تعاقد جديد مستحدث في نطاق الأصول الشرعية، ولا يتضمن محظوراً حظه الشارع، وقد دعت إليه مصلحة عامة، ولا يضره من ناحية جواز شرعاً ضمان البنك الأهلي للمال الذي كان موضوعاً له؛ لأنه ضمان، تبرع به البنك دون أن يكون شرطاً في العقد، أو عنصراً من عناصره، وصحة هذا الضمان أو عدم صحته -لأنه ضمان لما لا يصح ضمانه من الأموال- أمر يتعلق بالمدعين وبالبنك، ولا يتصل بموضوع الاتفاق وتمامه، ومن ثم: لا يكون له تأثير في هذا الاتفاق ولا فيما يترتب عليه من آثار.

عن النوعين الآخرين: الأول والثاني من شهادات الاستثمار

يتمثل كل من هذين العقدين في اتفاق بين المودع والدولة، مدته عشر سنوات على إيداع ماله لدى الدولة، ليكون تحت تصرفها في سبيل التنمية والاستثمار. المدرجين في ميزانيتها، على أن يكون ربح المال بين الدولة والمودع، للمودع منه 5% من رأس المال عن كل عام، وللدولة بقية الربح، مع بقاء ملك المودع لماله، وعلى أن ليس للمودع استرداد شيء من ماله إلا بعد ستة أشهر من تاريخ العقد، وإذا استرد ماله أو بعضه

في أثناء مدة العقد عد ذلك فسحًا للعقد في مقدار ما استرده من وقت إنشاء العقد، ورد إليه من رأس ماله ما أراد استرداده مضافاً إليه ربحه في المدة الماضية، مقدراً بثلاثة في المائة عن كل عام منها وليس بين العقد الأول - من العقدين - والثاني إلا فرق من ناحية، أن الربح في النوع الأول - المرموز إليه بحرف (أ) لا يعطى لصاحب المال إلا بعد عشر سنوات (مدة العقد) وإنما يضاف إلى رأس المال لاستشاره معه بشروطه، أما في النوع الثاني - المرموز إليه بحرف (ب) - فإنه يعطى نصفه كل ستة أشهر.

والتعاقد في هذين النوعين يشبه القراض من وجوه هذا بيانها:

الأول: أن رأس المال فيهما من أحد طرفي العقد والعمل فيه من الطرف الآخر.

الثاني: أن الربح فيهما مشترك بين رب المال والعامل، وإن اختلفت فيهما صورة الاشتراك.

الثالث: أن رأس المال فيهما أمانة في يد العامل؛ لأنه مال للطرف الآخر دفعه إلى العامل.

الرابع: أن العامل في المال في الحالين يعد وكيلاً عن رب رأس المال في العقدين.

هذه وجوه المشاركة، والمشاركة، ولكنها يختلفان في الأمور الآتية:

الأول: أن كلاً من العقدين، وإن عقد على الاشتراك في الربح، إلا أن المشاركة في عقد المضاربة، تكون بإعطاء المضارب سهماً معيناً من جميع الربح كربعه أو ٥٪ منه، وبإقيه لرب المال، وعلى عدم اختصاص أحد طرفي العقد بمبلغ معين من الربح، كعشرة دنانير حتى لا يؤدي ذلك إلى انقطاع الشركة عندما لا يتجاوز الربح كله هذا المقدار، وهذا إذا ما جاء العمل في المال بربح، فإن لم يأت بربح فلا اشتراك، وقد تحدث خسارة، فإذا حدثت خسارة كانت من رأس المال، وذلك يعني أنها على رب المال وحده دون مساءلة المضارب عن شيء منها - أما عقد الاستثمار الذي نحن بصدده فإن حصة رب المال من الربح معينة المقدار؛ بسبب جعلها نسبة محددة من رأس المال المعين كأن تكون الحصة ٥٪ من مقدار رأس المال في السنة، سواءً جاء ربح

من العمل في المال أم لم يجيء، وسواء حدثت خسارة أو لم تحدث، وذلك ما يستلزم أن يكون العامل ملزماً بدفع هذه الحصة لرب المال على أية حال، وعدم إلزام رب المال بأية خسارة.

الثاني: أن الاستثمار في عقد المضاربة يكون بالتجارة في رأس المال، أما في عقد الاستثمار فيكون بكل وسيلة من وسائل التنمية، وإن لم تعد من قبيل التجارة عادة وبخاصة في الزمن السالف، كأن يشق برأس المال مروى أو مصرف تصلح به أرض للزراعة فتأتي بنماء وفير، أو يقام به مبنى لاستغلاله بطريق إجارته، أو نحو ذلك من وسائل التنمية التي تؤدي إلى تنمية الاقتصاد العام وازدهاره، سواء في مجال التجارة أو الزراعة أو الصناعة.

الثالث: أن عقد المضاربة عقد غير لازم لكل من طرفيه فسخه في أي وقت، ما لم يشرع المضارب في العمل، فإذا شرع فيه كان للفقهاء في عدم لزومه آراء وتفصيل -يرجع إلى بيانه في موضعه- أما عقد الاستثمار فهو لازم في ستة الأشهر التالية لعقده، فلا يجوز لرب المال فسخه فيها، ولكن يجوز له بعد مضيها، واسترداد ماله أو جزء منه.

الرابع: أن نقص رأس المال في يد العامل بأي سبب ليس للعامل فيه اعتداء ولا تقصير يكون على رب المال في ماله، ولا يتبع العامل بشيء منه، أما في عقدنا هذا فليس يسأل رب المال عن أي نقص يلحق برأس المال بل يكون له في هذه الحال رأس ماله كاملاً... وربحه المشروط له في العقد - وهذا وإن عد اختلافاً بين العقدين في الظاهر ليس في واقع الأمر اختلافاً بينهما في آثارهما، بل كان ذلك كما سيأتي نتيجة لضمان البنك الأهلي رأس المال وربحه.

الخامس: أن لرب المال في عقد القراض تقييد العامل باعتباره وكيلاً عنه في مجال الاستثمار بما يرى فيه محافظة على ماله، أو ضماناً لربحه، أو سبيلاً إلى اقتصاد في نفقاته أو نحو ذلك، وليس ذلك لرب المال في عقد الاستثمار إذ ليس له أن يقيد الحكومة في طرق استثمارها لماله بأي قيد، رغم أنها عاملة فيه بولاية منه.

هذه هي الفروق بين العقدین، أو موضوعات الخلاف بينهما وهي تمنع كما يرى: أن يعد عقد الاستثمار عقد قراض بالمعنى الذي كان معروفاً في الجاهلية وفي الإسلام، وعلى الوضع الذي تناوله الفقهاء بالبحث والتأصيل، والتصوير، والتعليل، وإظهار الشروط، والعناصر التي انتقل بها هذا العقد من عصر الجاهلية، ومعاملتهم إلى عصر الإسلام، وإلى التعامل فيه - وإذن: فلا مندوحة لنا من الميل إلى أحد النظريين فيما أن نعهده عقد قراض، انحراف التعامل به عن وضعه، وعن شروطه التي يجب مراعاتها فيه فيكون عقد قراض فاسداً حولنا فيه ما أدى إليه اجتهاد المجتهدين الناظرين في أمره، وإما أن نعهده عقداً آخر ليس بعقد القراض ولا صورة فاسدة من صورته، وإن رئي أنه في الظاهر شبيه به. ذلك ما سيكون مجال بحثنا فيما يلي:

ذكرنا ما لعقد القراض من أحكام خالفه فيها عقد الاستثمار، وهي أحكام إذا رجعنا إلى مصادرها من كتب الفقه نجد أنها لا تستند إلى نص من كتاب، أو سنة صريحة، فهو عقد من عقود الجاهلية، التي شاع تعامل الناس به قبل الإسلام، وقد تعاملوا به يومئذٍ على صورة معينة تعارفوها، كان فيها الوفاء بمطالبهم، والسداد لحاجاتهم وهي مطالب وحاجات قليلة معدودة، إذ كانت لمجتمع بدائي محدود المعاملة، ضيق المسعى محصور النشاط الاقتصادي، يقل في مبادلاته ومعاقباته التنوع، ثم كان للأمانة والثقة فيه محل، مما كان يؤدي إلى اطمئنان الناس بعضهم ببعض في عهودهم، والتزاماتهم، دون حاجة فيها إلى كفلاء، وقد انتقلت تلك الصورة التي كانت للقراض في الجاهلية إلى الإسلام بعد ظهوره، فشاع القراض بصورته المعروفة في المجتمع الإسلامي، فتعامل به الصحابة دون تغيير فيها ولا تبديل، وكان القراض بصورته السبيل الشائع فيه لاستثمار أموالهم، وقد كان لرسول الله ﷺ معرفة بها قبل بعثته إذ خرج يومئذٍ إلى الشام مضارباً في مال السيدة خديجة -رضي الله عنها- وعاد بربح عظيم، كان لها منه حظ لم تظفر به من قبل، وحين عمل به أصحابه، واتصل علمه بمعاملتهم به أقرهم عليها، كما أقرهم على شروط اشترطها بعضهم في قراضهم؛ حفاظاً على أموالهم، فقد «روي عن حكيم بن حزام -صاحب رسول الله ﷺ- أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة يضارب به ألا يجعل ماله في

كبد رطبة، ولا يحملها في بحر، ولا ينزل به بطن مسبل، فإن فعل شيئاً من ذلك كان ضامناً^(١) وذلك ما يدل بمفهومه على أن المضارب أمين فيما تحت يده من مال، كما رويت آثار عن جماعة من الصحابة دلت على تعاملهم بها. فقد روي عن علي -رضي الله عنه- أنه قال فيها: «الوضيعة على رأس المال، والربح على ما اصطلحوا عليه». وكان ابن عباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط من الشروط ما يرى أن فيه حفاظاً على ماله، وأنه رفع إلى رسول الله ﷺ ما كان يشترطه فأقره. وكان جابر إذا سئل عن الاشتراط في القراض يقول: «لا بأس بذلك». والآثار في القراض كثيرة ولكنها لم تتضمن تغييراً في صورته عما كانت عليه في الجاهلية.

وجملة القول: أن الصحابة كانوا يتعاملون بالمضاربة على الصورة التي كانت عليها في الجاهلية، وكان ذلك من غير تكبر، فكان إجماعاً منهم على جوازها، غير أنه كما يقول صاحب نيل الأوطار: ليس فيها شيء مرفوع إلى النبي ﷺ إلا ما أخرجه ابن ماجه من حديث صهيب أنه قال: ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل والمقارضة، وأخلاق البر بالشعير للبيت لا للبيع. وفي إسناده مقال. ويقول ابن حزم في المحلى: كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض، فما وجدنا فيه أصلاً فيها البتة. والأمر المقطوع به أن التعامل بها كان في عصر النبي ﷺ وأنه علم به فأقره، ولو لا ذلك ما جاز.

هذا ما ذكره الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في سند المضاربة، وهو يدل على أن المضاربة معاملة عرفت في الجاهلية، وتعامل الناس بها، وانتقلت إلى عصر الإسلام فتعامل الصحابة بها دون تغيير فيها، وأن النبي ﷺ أقرها، أما ما تضمنته من الشروط التي فصلها الفقهاء، فقد كانت شروطاً وليدة الحاجة، حين تعامل الناس بها، ومتطلب مجتمعهم وما جرى به تعاملهم وما استقر عليه عرفهم، ولم يحدث ما يدعو إلى تغيير فيها؛ ولذا يرى أنه ليس لما عرض له الفقهاء من شروط فيها مصدر سوى الاجتهاد، وذلك ما بدا من صنيع الفقهاء حين أرادوا بيان أدلة هذه الشروط ومصدر إيجاب مراعاتها، ألا ترى أنهم حين ذكروا أنه لا يجوز فيها اشتراط مبلغ معين من الربح لأحد

(١) روى ذلك الدارقطني وأخرجه البيهقي، وقوى الحافظ إسناده رواية الشوكاني في نيل الأوطار على حكاية ما ورد: ألا تجعل مالي... ولا تحمله... الخ.

طرفيها؛ عللوا ذلك بأنه شرط يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح، وذلك إذا لم يربح رأس المال إلا مقدار المبلغ المشترط أو دونه، وعدم الاشتراك في الربح مناف لمقتضى العقد؛ لأنه عقد على الاشتراك في الربح، فإذا لم يكن اشتراك في الربح لم يكن للعقد موضوع ولا محل، وكان هذا محلاً لاتفاق المذاهب. غير أن الحنابلة قد صرحوا بأنه إذا لم يكن مثل هذا الشرط مؤدياً إلى قطع الشركة في حالة ما من الأحوال، كان شرطاً صحيحاً ملزماً، كما إذا اشترط أن يكون الربح مناصفة بين الطرفين على أن يعطى رب المال منه قبل ذلك مائة جنيه إذا زاد الربح على مائة؛ ذلك لأن هذا الشرط لا يكون له أثر إلا عند زيادة الربح على مائة، وعندئذ يتحقق: الاشتراك فيما زاد عليها، ولا ينقطع به الاشتراك في الربح، ذكر ذلك صاحب كشف القناع، وإذا لاحظنا أن سبب المنع في هذا الاشتراط هو ما ذكرنا، رأينا أنه ليس من المحتمل أن يكون مثل هذا الشرط على الوضع الذي ذكرنا، محل خلاف بين المذاهب.

وهذا الوضع لا يتوافر في عقد الاستثمار، فإن حصة رب المال فيه من الربح مقدرة بما يجعلها معينة المقدار، فهي نسبة معينة من رأس المال المحدد المقدار، كربعه أو ٥٪ منه أو نحو ذلك، وذلك ما قد يؤدي إلى قطع المشاركة في الربح بين رب المال والعامل، إذا لم يربح رأس المال إلا هذا المقدار، وعندئذ يضيع من العامل في الربح فلا يكون له منه شيء نظير عمله، ولم يسد هذا ما يسعى إليه العاقدان من عقدهما، وهذا ما يجعل النظر إلى هذا العقد متجهاً إلى عدم تجويزه؛ لأنه في هذه الحال يتبين أنه عقد فيه غرر فاحش بالعامل، لأنه إنما دخل على أن يكون له حصة من الربح، فإذا آل الأمر فيه إلى الحرمان كان ذلك غرراً، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر^(١)، غير أن ذلك قد يدفع بأنه غرر غير فاحش، بسبب ندرته، إلى درجة توحى بعدم الالتفات إليه، والنهي إنما هو عن الغرر الفاحش، والنادر لا يعد فاحشاً فضلاً عن أنه لا اعتبار له في التشريع، لأن التشريع إنما يراعى فيه الأمر الغالب ولا ينظر فيه إلى القليل النادر، أما دليل تلك الندرة فهو ما نعرفه عن التجارة وأحوالها، وإقبال الناس عليها مع ما هي معرضة له من الربح والخسارة، ولو لم يكن الربح غالباً، والخسارة نادرة، ما

(١) روى أحمد عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» نيل الأوطار ج ٥ ص ١٢٥.

كان لها هذا الروح والانتشار وما جعلها الكتاب الحكيم وسيلة من وسائل التعريب في العمل حين يقول: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَجْرٍ لَّكُمْ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ ﴿١٠﴾ تَوَمَّنْ يَا اللَّهُ وَرَسُولِهِ وَجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١١﴾﴾ [الصف]،

وحين يقول: ﴿... يَرْجُونَ مَجْرَةً لَّن تَكُونُ ﴿٢٩﴾﴾ [فاطر]، وحين أشاد بذكر من لا تلهيه عن أمره حين يقول: ﴿رَجَالٌ لَا لِّلِهِمْ مَجْرَةٌ وَلَا يَبِيعُ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ...﴾ [النور: ٣٧]، وحين يقول: ﴿وَإِذَا رَأَوْا مَجْرَةً أَوْهُوْا أَنْفُسُوْا إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَائِمًا قَلَّ مَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ اللَّهِوِ وَمِنَ النَّجْرَةِ وَاللَّهُ خَيْرُ الرَّزِقِينَ ﴿١١﴾﴾ [الجمعة] - ذلك هو الشأن فيها بصفة عامة، أما إذا كانت بيد حكومة أو شركة أو جماعة، فإن حالات الربح تزداد وتتكاثر حتى لا يكاد يبقى لحالات الخسارة وجود، على أنه مما يجب ملاحظته، ومراعاته، أن الاشتراك في الربح نتيجة للعقد إنما يكون في العقدين - عقد المضاربة، وعقد الاستثمار - إذا جاء العمل في رأس المال بربح يتحقق فيه الاشتراك، أما إذا لم يأت بربح ما، فلا يكون حينئذ ما يتحقق فيه الاشتراك، ففي المضاربة لا يكون للضارب شيء، وإذا كانت خسارة، كانت في رأس المال يتحملها رب المال وحده، وكذلك الحال في عقد الاستثمار، لا يكون له شيء إذا لم يأت بربح يزيد على حصة رأس المال، وإذا كانت خسارة لم يتحملها رأس المال، وكان لصاحبه رأس ماله كاملاً مضافاً إليه ربحه المشترك له في العقد، غير أن ذلك ليس أثراً للعقد كما سيأتي بيان ذلك.

وجملة القول: أن بين العقدين اختلافاً فيما يجب أن يتوفر فيهما من المشاركة في الربح وأن المشاركة في عقد القراض أثر من آثار العقد؛ لأنه عقد على المشاركة، فإذا انتفت لم يكن للعقد موضوع، ولا وجود، وسنبين أن هذا المعنى في عقد الاستثمار، ليس له الوضع الذي له في عقد القراض، ومن ثم احتمال ألا يكون له الأثر الذي أشرنا إليه وهو أثره في عقد القراض.

عن وسائل الاستثمار في العقدين

يذكر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، أن عقد القراض: هو عقد على استثمار المال بطريق التجارة، يكون فيه المال من جانب والعمل من الجانب الآخر، والربح مشترك بين الجانبين، ويذكرون أن التجارة: هي التصرف في المال بالبيع، والشراء، وهو ما يذكره أهل اللغة حين بيانهم لمعنى التجارة، ولعل مرد ذلك إلى أمرين:

أحدهما: أن العمل في المال بيعًا وشراءً هو ما كان معروفًا شائعًا في الجاهلية، ووسيلة الكسب عند أهلها، ولم يكن للكسب عندهم وسيلة أخرى معروفة، لها تلك المكانة التي كانت لهذا التبادل، ومن ثم: كان قراضهم قائمًا على البيع والشراء وهو التجارة في عرفهم، ولغتهم، وظل الأمر على ذلك إلى ما بعد ظهور الإسلام، وقيام الدولة الإسلامية، ولذا كان ذلك هو طريق استثمار المسلمين لأموالهم، بحكم ماضيهم وعاداتهم، وربما لم يكن لهم معرفة بغير هذا الطريق؛ ولذلك تعاملوا بالقراض حين تعاملوا به على وضعه الذي كانوا يعرفونه في الجاهلية؛ ولذا ظلت المضاربة عملاً في المال بالتجارة بيعًا، وشراءً، إلى زمن تأصيل الفقه ووضع قواعده.

ثانيهما: أن المضاربة وهي تقوم على العمل في المال، لاستثماره والاشتراك في ربحه تقتضي أن العمل فيها يجب أن يكون عملاً له ثمرة مادية، من جنس رأس المال حتى تعد زيادة وتنمية فيه، يعرف باسم الربح، والبادي أن ذلك، إنما يتوفر بواسطة التجارة بيعًا، وشراءً حيث يدفع رأس المال في سبيل الحصول على سلع تباع بما هو من جنسه مع زيادته عليه فتكون الزيادة نماءً وربحًا، أما إنفاق المال في سبيل أخرى، تأتي بثمرات وغللات مما هو معروف الآن كإنفاقه في إصلاح الأراضي السبخة، أو في شق مراوي ومصارف لأرض لا ماء لها، أو في شراء آلات لحرث الأرض، أو نحو ذلك فلا يتناولها اسم التجارة لغة وإذا أتى ببال فإنما يجيء به بطريق غير مباشر ومن غير جنس رأس المال، ومن ثم لا يعد زيادة فيه، وإن عد فائدة له، وكان إطلاق اسم الربح عليه محل تساهل أو تجوز إذا كان ربح المال لا يطلق عرفًا إلا على ما كان من جنسه، لا ما كان سلعة أو مصنوعات أو محصولات.

ذلك ما يرجع إليه فيما يبدو لي، قصر المضاربة على العمل في المال بيعًا وشراءً، وذلك ما يقتصر عليه الاستثمار في موضوع عقدنا فإن الاستثمار فيه - بحسب ما نص عليه في قانونه - يكون بوضعه فيما تضمنته الميزانية من وسائل التنمية، والاستثمار، وهذا المعنى أعم من معنى التجارة، ومن ثم أمكن أن يعد ذلك خلافًا بين العقدين.

غير أنه يبدو لي: أنه لا محل لتنفيذ المضاربة بالبيع والشراء في مالها. فإن المضاربة ما شرعت إلا لتكون وسيلة من وسائل استثمار المال وإنائه، فإذا ما استحدثت وسائل أخرى لاستثماره وجب أن يتناولها العمل في المضاربة لوفائها بالغرض الذي يطلب من التجارة، دون أن يكون في ذلك حريجة شرعية، وبخاصة إذا ما تضمن العقد الإذن للمضارب في ذلك، ممن له ولاية التصرف، على أني لم أر في كلام أي فقيه ما دل على حظر ذلك شرعًا في المضاربة، وإن دل بيانهم لعمل المضارب على ذلك بطريق الفحوى، فقد ذكر الشافعية: أن وظيفة المضارب وعمله في المال هو التجارة فيه للاسترباح والإنماء، وذلك بالبيع والشراء وما جرت به عادة التجارة، وأن اشتراط أي شرط يحول دون عمله المعتاد المتعارف مفسد للقراض، كأن يشترط عليه أن يقارض في الغزل وينسجه ويبيعه، أو في القماش على أن يفصله أثوابًا يبيعها - كما ذكر الحنفية: أنه إنما يجوز أن يشترط على المقارض من الأعمال ما يقوم به التجار عادة، حتى لا يكون من عمل المضارب إلا التجارة التي يستحق بها المشاركة في الربح؛ وذلك لأنه إذا انضم إليها أعمال أخرى فإنه يستحق عليها أجرًا يحتسب من حصته في الربح، وذلك ما يستوجب الجهالة في أجره، والجهالة في مقدار ربحه، والجهالة في الربح تفسد المضاربة، وإذا كان عمل المضارب في سلع المضاربة بما لم تجر به عادة التجار في سلعهم مفسدًا لها، لما ذكرنا، فإن ذلك قد يستنبط منه أن العمل في مال التجارة وبيعها صناعة وتغييرًا، وتحويلاً ونحو ذلك، مما لم يكن معدودًا من عمل التجار في الزمن الماضي لا يتناوله عقد المضاربة، فليس للمضارب أن ينشئ بهال المضاربة مصنعًا للورق يحول به الحشائش النباتية، أو فضلات قصب السكر، أو نبات الأرز ونحو ذلك، إلى ورق يباع ليكون ثمنه ربحًا لمال المضاربة بعد أن تقطع منه نفقات المصنع، وإنما السبيل إلى ذلك الاستصناع والإجارة في رأيهم وهذا في رأيي

مذهب أملاه عليهم ماضيهم، وعرفهم، وليس مقتضى مصلحة ولا دليل، إذ ليس في قصر المضاربة على التجارة بالبيع والشراء نص من كتاب أو سنة، ولا قياس، وإنما كان عرفاً جرى عليه عمل الناس واستمر إلى الأزمان المتأخرة، وليس في هذا ما يدل على أنه لا يجوز الاستثمار بما قد يستحدث له من وسائل أخرى، ليس للشارع فيها حظر، على أن العرف الآن قد جرى على التوسع في معنى التجارة فأصبحت تتناول عقوداً عديدة، وأعمالاً متنوعة، لم تكن تتناولها من قبل.

وعلى ذلك فلا ينبغي أن يعد من وجوه الخلاف بين القراض وعقد الاستثمار: أن العمل في القراض مقصور على البيع والشراء، وليس الأمر كذلك في عقد الاستثمار.

عن لزوم العقد

يذكر الفقهاء: أن عقد القراض غير لازم، لكل من طرفيه فسخه في أي وقت ما لم يشرع المضارب في العمل، فإذا شرع في العمل اختلف رأيهم في جواز فسخه عندئذٍ. فذهب الأئمة الأربعة: إلى لزومه ما دام مال المضاربة غير ناضٍ، فإذا نض كان لكل من طرفيه فسخه.

وذهب آخرون إلى أنه يصير لازماً بالنسبة لرب المال إن سافر المضارب لأجل العمل في المال، وكان قد تزود لسفره من ماله، وهذا ما لم يقم رب المال بتعويضه، فإن تزود من مال المضاربة امتنع على المضارب الفسخ إلى آخر ما ذكر في ذلك من تفصيل يرجع إليه في موضعه.

ونتيجة ذلك: أن عقد القراض يعرض له ما يستوجب لزومه إلى حين، وهذا ما يدل على أن لزومه لا يتنافى مع شرعه وحقيقته.

أما عقد الاستثمار فقد استوجب القانون الصادر بشأنه لزومه في ستة الأشهر التالية للعقد وبعدها يصير غير لازم.

ومقتضى القواعد الفقهية: أن كلاً من العقدين وقد تضمن إقامة العامل في المال وكيلاً عن رب المال في التصرف يعد غير لازم؛ لعدم لزوم الوكالة، ويكون إقدام

كل من طرفيه على فسخه أمرًا مباحًا له، وقد يعطى للمباح ما يجعله ممنوعًا لمصلحة اقتضت ذلك.

وقد رأى المشرع أن المصلحة التي دعت إلى استحداث عقد الاستثمار، ومراعاة مصلحة كل من طرفيه جميعًا تقتضي لزومه في ستة الأشهر التالية لعقده، لتكون فرصة يتمكن فيها العامل من تدبير أمر العمل فيه وإحكام نظامه، ومن ثم لا يكون بين العقدين في هذا الموضوع خلاف جوهري يؤدي إلى عدم تسويغ عقد الاستثمار، وبخاصة إذا لوحظ أن عقد الاستثمار قد تم في ظل القانون على توقيته، وذلك ما يوجب التزام الطرفين بالتزام ذلك مراعاة لحق كل منهما في هذا التوقيت، وقد يكون من المقبول أن يكون هذا هو حكم المضاربة إذا أقتت، إذا أدى الاجتهاد إلى ذلك أسوة بعقد الشركة، إذ رأى بعض الفقهاء، لزومها عند توقيتها.

تقضي القواعد الفقهية العامة أن يكون العامل في العقدين أمينًا فيما تحت يده من مال؛ لأنه يعمل فيه بإذن وولاية من صاحبه، وذلك ما يستوجب أن يكون تلف هذا المال، أو جزء منه في يد العامل فيه بسبب لا يد فيه للعامل يكون على رب المال في ماله، فلا يسأل عنه العامل وذلك هو الحكم في عقد المضاربة، وما يجب أن يكون الحكم كذلك في عقد الاستثمار، غير أنه في عقد الاستثمار قد تدخّل عامل خارجي حال دون أن يغرم رب المال ما ينقص من ماله وأن يضيع عليه ما طلبه من ربح يأتي به العمل في ماله، وذلك العامل هو: تبرع البنك الأهلي بضمان رأس المال وضمان ما طلبه ربه من حصة في ربحه. وليس من شك في أن هذا الضمان ضمان لما لا يصح، لأنه ضمان لما يعد من الأمانات وليس يصح في الأمانات إلا ضمان تسليمها إلى صاحبها، لأنه هو الأمر الواجب، وذلك ما دامت موجودة في يد من حازها، ولكن البنك الأهلي قد ألزم نفسه متبرعًا بسبب هذا الضمان ألا ينال رب المال في عقد الاستثمار أي نقص في ماله، ولا حرمان من ربحه الذي تم الاتفاق عليه، بل يرد إليه رأس ماله كاملاً عند استرداده مع ربحه المشترك. وليس هذا أثرًا ولا حكمًا لعقد الاستثمار، ولا شرطًا فيه، إذ لم يعقد هذا، وليس في القانون الصادر به أي نص يدل على ذلك الضمان حتى يعد بناءً على النص عليه شرطًا تم عليه العقد، ولم يكن هذا الضمان إلا تبرعًا من

البنك الأهلي ترغيباً منه في المودعين المستثمرين، وحملًا لهم على الادخار بهذا الطريق الذي يؤدي إلى تحقيق مصالح عامة للدولة. أما أن هذا الضمان يلزم البنك متبرعاً بما التزم به فالقواعد الفقهية تأبى ذلك، لأنه ضمان غير صحيح، وهذا لا تعلق له بعقد الاستثمار من ناحية جوازه شرعاً، أو عدم جوازه؛ لأنه أمر خارج عنه وليس جزءاً منه ولا شرطاً فيه. وعلى هذا فليس بين عقد المضاربة وعقد الاستثمار من هذه الناحية بناءً على ذلك اختلاف، والعامل في كل منهما أمين على ما تحت يده من مال والنقص فيه يكون في كل منهما من رأس المال إذا لم يكن للعامل يد فيه، غير أنه قد حال دون انتقاص رأس المال في عقد الاستثمار، تبرع البنك الأهلي به إذا حدث.

عما لرب المال من حق تقييد العامل في عمله

ليس لرب المال حق في تقييد العامل في عقد الاستثمار بما يرى أنه في مصلحته من قيود، وإن عد في تصرفه نائباً عنه يستمد ولايته منه بخلاف الحال في عقد القراض. ومرد ذلك إلى أن رب المال في عقد الاستثمار وقد أقدم عليه ملتزماً أن يكون على وفق ما وضعه القانون من أحكام. منها: إطلاق يد العامل وإرادته في التصرف وذلك في حدود الإطار الذي حدده القانون، ورآه السبيل السليم للمضي في الاستثمار على أحسن وجه. وأن التقييد فيه يشل سلطة المتصرف، ويجول بينه وبين اتجاهات نافعة، وتصرفات مفيدة وافرة الربح، وليس في الشريعة ما يمنع من مثل ذلك الحظر، فقد ذكر الفقهاء في شروط المضاربة، بطلان كل شرط يشترطه رب المال يشل يد المضارب ويمنعه من التصرف المعتاد، وذلك ما يصحح أن يتخذ أصلاً، يقاس عليه مثل هذا الحظر. وإذن: فليس يعد مثل هذا الاختلاف فرقاً جوهرياً، يحول دون اعتبار عقد الاستثمار من المضاربة.

ومن بياننا السابق يتضح، أن مواضع الخلاف بين العقدين، ليست من الأمور التي تستند إلى نصوص من الكتاب والسنة، وأنها أمور اجتهادية، ليس ما يمنع شرعاً أن يكون لجريان العرف بخلاف أثره في جواز مخالفتها، إذا ما أسعفت بذلك قواعد الترجيح.

التعرف على حكم الشريعة في عقد الاستثمار

كانت المضاربة طريقاً من طرق استثمار المال في الجاهلية، وكانت له خصائصه وصفاته التي يتميز بها عن غيره من طرق الاستثمار، وكانت قريش تضارب بأموالها في رحلتي الشتاء والصيف إلى اليمن والشام، وقد خرج رسول الله ﷺ إلى الشام قبل بعثته مضارباً بهال خديجة - رضي الله عنها - وظلت كذلك طريقاً لاستثمار المال بعد ظهور الإسلام، فضارب الصحابة بأموالهم حال إسلامهم، كما كانوا يفعلون حال جاهليتهم، ووصل علم ذلك إلى رسول الله ﷺ فأقرهم عليها، وظلت صورتها على ما كانت عليه في الجاهلية إلى عصر تدوين الفقه، ووضع قواعده وضوابطه، فكان عمل الفقهاء فيها قاصراً على بيانها وتجلية حقيقتها وذكر شروطها، وأن الانحراف عن صورتها التي عرفت بها مفسد لها، ومؤد إلى حظرها سواء أكان ذلك بتقييدها بغير ما عرفت به أم بترك شرط من شروطها، أو بتغيير في صورتها فمنعوا أن يحدد الربح فيها، وأن يكون العمل في رأس مالها بغير ما جرت به عادة التجار، ولم يكن لهم سند في ذلك إلا وقوفهم عند الصورة التي أقرت لها، وأقرها الرسول ﷺ عليها، غير أن هذا: لا يدل على حظر أي تغيير فيها، وكل ما يدل عليه: أن التغيير يخرجها عن أن تكون من قبيل المضاربة التي أقرها رسول الله ﷺ وتعامل عليها أصحابه وذلك لا يدل على أن التعامل بها حثيثٌ محظور، إذ أن ذلك يعد أمراً مسكوتاً عنه، وليس السكوت عن حكم دليلاً من أدلة الحظر، وإنما يثبت الحظر بدليل يدل عليه من كتاب، أو سنة، أو إجماع، أو قياس، وما وجدنا من الأئمة من استند فيما شرط فيها من شروط إلى نص بل كان سندهم الاجتهاد كما ذكرنا.

لقد ثبت من استقراء أحكام الشريعة، ومبادئها ودلائلها: أن الحظر في المعاملات منوط بأن يكون في التعامل بها ربياً، أو شبهة، أو غرر فاحش، ويكون مؤدياً إلى ضرر أو إلى نزاع، أو منهياً عنه من الشارع، فإذا سلمت المعاملة من ذلك، وكان فيها منفعة لأحد طرفيها، كانت جائزة مشروعة، استناداً إلى أن الأصل في الأفعال الإباحة، وهو المذهب السليم الذي تؤيده آي الكتاب العزيز، فإن من الحرج أن يحال بين الناس وبين ما يرون فيه منفعة لهم، حينما لا يكون من الشارع نهي عنه،

والله تعالى يقول في كتابه: ﴿... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ...﴾ [الحج: ٧٨].
 والمعاملة في الأموال مناطها الحاجة إليها، وجريان العرف السليم بها؛ لأن في ذلك تحقيقاً لمصالح الناس، وسبيلاً إلى منع الإضرار بهم، ولذا أقر الشارع حين جاء، ما عليه الناس من معاملات صالحة سليمة وكامل ما رآه منها ناقصاً، وأصلح ما رآه منها معيماً ولقد رخص الرسول ﷺ في السلم وبيع العرية، حين لمس حاجة الناس في عهده إليهما. رغم ما سبق ذلك من منع لبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الرطب بالتمر خرصاً، ثم أجاز جمهور الفقهاء فيما بعد عصره، الاستصناع - في حين أنه بيع معدوم نهى عنه - حين احتاج الناس إليه وجرى عرفهم به، وغير ذلك كثير. وعليه فلا حرج أن يستحدث الناس من ضروب المعاملات ما لم يكن معروفاً، متى كان خالياً من أسباب الحظر، وعلى هذا الأساس: يكون حكم الشارع على عقد الاستثمار، الذي نحن بصدد بيانه مؤسساً فيما يرى المجتهد على هذا المبدأ، فإن كان سالماً من الربا ومن شبهة ومن الغرر الفاحش، ومن الضرر، ومن أن يؤدي إلى نزاع، كان الحكم بجوازه اجتهاداً أقرب إلى الصحة وإلى التيسير على الناس، وإلا كان غير جائز، وذلك ما يقتضينا عرض هذا العقد بصفاته وعناصره، وشروطه، وما يتضمن من اتفاق، والتزام، وما ترتب عليه من أحكام وآثار لينظر في حكمه على هذا الأساس مع مراعاة ما قدمنا من الأصول التي تقوم عليها العقود.

وليس بسليم ما رآه بعض الفقهاء: من أنه يكفي في الحكم بحظر عقد، أن يكون عقداً مستحدثاً لم يرد عن الشارع فيه نص، وأنه ليس للناس أن يستحدثوا عقوداً لا يعرفها الشارع، فإن اتفقات الناس وعقودهم تنبع دائماً من معاملاتهم المالية، ومعاملات الناس متطورة متغيرة متعددة، بسبب تطور الصناعات، وتعدد وجوه الانتفاع، بسبب ما يستحدث ويتكرر من الآلات والاختراعات في مجال الصناعة والانتفاع، وليس من المقبول أن يحظر على الناس أن ينتفعوا بها لم يجرمه الله عليهم بناءً على أن ذلك الانتفاع لم يكن معروفاً في الزمن السالف، وإلا حيل بين الناس وبين أن ينتفعوا بالكهرباء والمغناطيس والأشعة على اختلافها؛ لأن ذلك السبيل إلى الانتفاع به لم يكن معروفاً للشارع، ولا يقبل أن يكون ذلك في معنى حظره وتحريمه.

وعلى هذا الأساس نعرض لبيان عقد الاستثمار وتحليله فيما يلي:

يقوم هذا العقد على الأسس الآتية:

الأول: تمثله في الاتفاق بين طرفيه على أن يكون المال فيه من أحد طرفيه، والعمل من الطرف الآخر قصدًا إلى استثماره. وهذا أمر مشروع معروف في كثير من العقود مثل المضاربة والمزارعة والمساقاة.

الثاني: أن يكون ما يأتي به العمل في المال من ربح، ونماء ملكًا للعامل فيه، إلا حصة منه مقدارها ٥٪ من رأس المال في السنة تكون لصاحب المال، وتملك العامل في مال غيره لربح هو نتيجة عمله فيه أمر يتنافى مع قاعدة نماء المال للمالكه؛ ولهذا قال الفقهاء: إذا عمل المقرض فيما اقترضه فربح كان له النماء لأنه نماء ما ملكه بالقرض، وإذا اتجر الوديع في الوديعة فربح ولم يكن ذلك بإذن من المودع كان النماء له، وإن كان لا يطيب له؛ لأنه بالاتجار فيها بدون إذن مالكيها، اعتدى عليها فضمنها بالاعتداء عليها، وملكها بالضمان، فكان النماء عندئذ نماء مال للوديع فكان ملكًا له بناءً على ذلك، ولكن لا يطيب له، أما إذا اتجر بإذن المودع فإن النماء عندئذ يكون للمودع؛ لأنه المالك لأصل المال، وهو الوديعة تملك بسبب ذلك نماءها.

وعندما يكون النماء لمالك المال لا يكون للعامل إلا جزاء عمله وهو أجره على عمله، إذا كان يعمل بطريق الإجارة أو بما يلحق بالإجارة، ويكون أجره في مال مالك الأصل، أو هو حصة من الربح، أو الثمرة شائعة فيه، إذا كان يعمل فيه بطريق القراض، أو بطريق المزارعة أو المساقاة، وعندئذ يجب أن يستمر ما يستحقه كل من الطرفين حصة شائعة، حتى تتحقق المشاركة في النماء والثمر بين صاحب المال والعامل فيه؛ لأن تعيين مقدار لأحدهما قد يؤدي إلى قطع المشاركة إذا لم يزد الربح على هذا القدر، فيكون الربح كله لمن كان التحديد في حظه ولا يبقى للأخر شيء، وهذا خلاف ما شرع له العقد، ونقض له لأنه إنما عقد على المشاركة؛ ولهذا يمتنع التحديد، وهذا بخلاف ما إذا كان ما يستحقه العامل أجرًا فإن ذلك يستوجب تعيينه، وإلا كان العقد محظورًا بنص الشارع؛ لأنه حينئذ يؤدي إلى المنازعة، والمعاملات يجب فيها تجنب النزاع؛ ولذا لا يستثنى من

ذلك إلا ما جرى فيه التعامل عرفاً على عدم التعيين والتحديد، تساهلاً ورضاً بما يقضي به العرف وذلك ما يجعله في حكم المقدر المعلوم^(١).

وبالنظر في عقد الاستثمار الذي نحن بصدده نجد أنه عقد تم على دفع مال للحكومة لاستثماره على أن يكون لصاحب المال من الربح ٥٪ من رأس المال سنوياً، وللحكومة باقيه، وذلك ما يجعل الربح مشتركاً بين صاحب المال والحكومة إذا زاد على ٥٪ من رأس المال في السنة أما إذا لم يزد على ذلك، أو كانت خسارة فلا شركة، والربح كله لصاحب المال إن وجد ربح في هذه الحال.

ذاك ما يقوم عليه عقد الاستثمار وما يجب النظر فيه على ضوء المبادئ الشرعية والأصول الفقهية، أهو اتفاق يجا فيها ويعد خارجاً عنها، ولا تسوغه أصولها؟ أم هو اتفاق في إطارها ولا يعد خارجاً عن نطاقها ولا يتعارض مع أصولها؟

إن الأصول الشرعية والمبادئ الفقهية، لا تقضي بأن تكون المشاركة في الربح بين رب المال والعامل فيه نتيجة حتمية لازمة لعمل العامل بغير طريق الإجارة، بل يصح أن يكون ما يأتي به عمل العامل عندئذ في المال من ربح ليس محلاً لمشاركة، بل كما يجوز أن يكون مشتركاً بين رب المال والعامل، يجوز أن يكون جميعه لرب المال، ويجوز أن يكون جميعه للعامل، فإننا نجد من العقود الجائزة شرعاً عقد الإيضاع، وهو: عقد يكون فيه المال من جانب، والعمل من جانب آخر، كما هو الحال في القراض، ولكن الربح فيه جميعه يكون لصاحب المال، ويعد العامل متبرعاً بعمله فيه، وليس له شيء من الربح وهو محل اتفاق بين الفقهاء ونجد إلى ذلك في مذهب المالكية: «أنه يجوز في عقد الإيضاع أن يشترط الربح كله فيه للعامل، ولا يكون لرب المال منه شيء» بل نجد في الخطاب وغيره من كتب المالكية، أنه يجوز في القراض أن يشترط الربح لغير عاقديه أو لأحدهما، ومقتضى ذلك جواز شرطه لأجنبي ليس طرفاً في العقد دون أن يكون له مال أو عمل.

واشتراطه كله لرب المال أو للعامل فيه، وإذا جاز هذا الاشتراط في القراض على أي وضع سوغ به لزم ذلك جواز اشتراط بعض الربح لرب المال، سواء أدى هذا

(١) الخطاب ج ٥ ص ٣٥٥.

الاشتراط إلى استغراق المبلغ المشترط جميع الربح وعدم بقاء شيء منه للعامل أم لم يؤد إلى ذلك، لأن ذلك ليس أسوأ وضعًا، ولا حالًا من اشتراط الربح جميعه لرب المال، وهذا أمر جائز، وهذا ما يصلح أساسًا لاعتبار ما يتم عليه هذا العقد من شروط تختص بتوزيع الربح غير خارج عن الأصول الشرعية، والمبادئ الفقهية - بل يوجد في المدونة ما هو أوضح من ذلك منقولاً عن مالك - رضي الله عنه - فقد جاء فيها: قال مالك: «من أعطى رجلاً مالاً، يعمل فيه على أن الربح للعامل فلا بأس به وكذلك»^(١) قال ابن القاسم: «إن أعطيت مالاً قراضاً على أن الربح للعامل فذلك جائز»، وقد قال مالك: فيمن أعطى رجلاً مالاً ليعمل فيه على أن الربح للعامل ولا ضمان عليه أنه لا بأس به، وكذلك إن أعطاه نخلاً مساقاة على أن له جميع التمر فلا بأس به، وفي المدونة أنه يجوز في مشهور مذهب مالك اشتراط كل الربح لأحد العاقدين أو لغيرهما في القراض. وفي المواقف كذلك إن قال له خذ قراضاً، والربح لك جاز، وكان الربح للعامل، ولا ضمان عليه، وإن قال: خذه واعمل فيه والربح لك جاز، وهو ضامن لما خسر إلا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه فلا يكون عليه ضمان^(٢).

وكذلك جاء في الخطاب بعد أن ساق ما أشرنا إليه سابقاً: والمعروف أن الربح إذا كان للعامل كان ذلك من باب القرض وكان العامل مالكاً لما أعطي له من المال؛ لأنه إذا كان المال على ملك صاحبه والربح ثمرته، فإن الثمرة تكون ملكاً للمالك المال ولم تكن للعامل. ثم قال: والظاهر أن جواز جعل الربح للعامل مع بقاء المال على ملك صاحبه مبني على التبرع بالربح للعامل؛ ولذا لم يكن على العامل ضمان وظل المال أمانة في يده. وجاء في الخطاب كذلك: أن هذا ليس محل اتفاق بين جميع الفقهاء، بل من الفقهاء من يرى أن ربح المال للمالك المال وإن شرط أن يكون للعامل فيه، والشرط باطل، وأن ذلك عام في جميع الأمانات إذا ما عمل فيها الأمين بإذن المالك، وهذا بخلاف ما إذا اعتدى فعمل بغير إذن المالك وتصرف فإن الربح يكون للعامل لصيرورة المال ملكاً له بضمانه.

(١) جاء في المواقف ج ٥ ص ٣٦٣ على هامش الخطاب.

(٢) المواقف ج ٥ ص ٣٦٣ على هامش الخطاب.

وبناءً على ما ذكر يتبين أن عقد الاستثمار الذي نحن بصدده يتضمن اشتراط الربح للعامل في المال وهو الحكومة عدا مبلغاً معيناً منه مقداره ٥٪ من رأس المال في السنة.. يستلزم جوازه، ما ذهب إليه مالك وجماعة من فقهاء مذهبه مما أشرنا إليه فيما سبق، ويتبين من ذلك أنه لا يتعارض مع الأصول الشرعية، ولا يكون التعامل به خارجاً عن نطاق المبادئ الفقهية؛ ذلك لأنه إذا جاز في رأي مالك كما قدمنا أن يعطي المال لآخر ليعمل به على أن يكون الربح جميعه لرب المال ولا شيء للعامل، كما في البضاعة، وإذا جاز أيضاً أن يجعل الربح جميعه للعامل دون أن يكون ضامناً لرأس المال ولا شيء منه لرب المال، وإذا جاز أن يكون الربح لأجنبي عن العقد، فأولى بالجواز: ما إذا جعل من الربح مبلغ معين لرب المال، والباقي منه للعامل إن وجد ربح، وإلا فلا شيء للعامل، ويكون العامل متبرعاً بعمله، لأن هذا - كما قدمنا - ليس أسوأ حالاً ولا وضعاً، من اشتراط كل الربح لرب المال، أو لأجنبي، وذلك ما قام الاتفاق عليه، وما قصده العاقدان من العقد.

والأمر الذي يجب لفت النظر إليه هنا؛ هو أن هذا الاشتراط خاص بتوزيع الربح بين رب المال والحكومة، وأن الالتزام به والعمل بمقتضاه، إنما يكون حيث يكون ربح فإذا لم يكن ربح ما وكانت خسارة فلا يكون لهذا الاشتراط محل، ولا يختلف مقتضى العقد عندئذ، بحسب القواعد الفقهية عن مقتضى عقد القراض، وذلك المقتضى هو أن تكون الخسارة في رأس المال، ومن ثم لا يسأل عنها العامل فيه، كما أنه إذا حدث نقص في المال لا يد للعامل فيه يكون على صاحبه، ولا يسأل عنه العامل؛ لأنه أمين على المال. ذلك ما يستوجبه العقد من حيث هو عقد خاضع لقواعد العقود العامة وقواعد الأمانات، ذلك لأنه ليس من شروط العقد أن العامل ملزم بدفع ٥٪ من رأس المال لصاحبه عند الخسارة، وليس من شروطه أن العامل يسأل عن أي نقص حدث فيه، أو أن المال في ضمانه، وإنما كان لرب المال رأس ماله سالمًا عند استرداده، ولو أصابه نقص، وكان له ما شرط له من ربح، ولو خسر العامل نتيجة التزام ليس عنصراً من عناصر العقد، ولا شرطاً فيه اشتراطه رب المال أو العامل، وذلك هو ضمان البنك الأهلي سلامة رأس المال لصاحبه، والوفاء بما اشترط له من

ربح على أي وضع انتهى إليه الاستثمار، وهو ضمان تبرع به البنك الأهلي اختياريًا دون أن يرد له ذكر في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ وما صدر من قرارات بناءً عليه.

وقد أقدم البنك الأهلي على هذا الضمان، قصدًا منه إلى توفير الطمأنينة بمآل هذا التعاقد والثقة بوسائل الاستثمار فيه والقائمين بها، حملًا للناس على الإقبال عليه تنمية لفكرة الادخار القومي وانتشارها وزيادة رأس المال العامل في وسائل التعمير والإنماء وازدهار الثراء العام.

أما أن هذا ضمان بها لا يصح ضمانه لعدم توفر ما يشترط في المال المضمون من الشروط فذلك ما لا تأثير له في العقد من ناحية جوازه، أو عدم جوازه، لأنه أمر خارج عنه، وليس شرطًا فيه، وليس يعني الناس أن يكون هذا الضمان غير صحيح شرعًا، إذا ما وثقوا بأن البنك الأهلي عند التزامه لا يجيد عنه، وأنه إذا تعهد التزم، وأوفى حفاظًا على سمعته، وبخاصة إذا كان مرد التزامه وتنفيذه إلى قانون وضعي معمول به يلزمه بالتزامه هذا. على أن هذا الموضوع، ليس من المتوقع أن يكون محل خصامة ومنازعة بين أرباب الأموال والبنك، فإن حدوث خسارة أو نقص في رأس مال العقد، أمر نادر تصل الندرة فيه إلى أن يكون غير محتمل الوقوع، ومآل هذا وضعه يؤدي إلى ما يقصد منه من عرض دون نظر في صحته أو عدمها.

إنه ليس بين صاحب المال والحكومة ما يحدد العلاقة بينهما ويحكمها، سوى العقد وقد بينا أن هذا العقد قد خلا من أي شرط يقضي بضمن الحكومة لرأس المال، أو يقضي بالتزامها بدفع الربح في حال الخسارة، إذ كل ما تضمنه العقد هو كيفية توزيع الربح، وذلك إنهما يكون عند وجود ربح يوزع، أما إذا لم يوجد ربح فلا موضع للتوزيع والقسمة. وآية ذلك: أن المال لا يدفع بناءً على هذا العقد إلا بقصد استثماره، وما يأتي به الاستثمار، وهو بحسب العرف شركة بين صاحب المال والعامل، الأول بهاله، والثاني بعمله، فإذا نص على حصة أحدهما، كان ذلك بيانًا لحق الآخر، وكان ذلك أمرًا مختصًا بتوزيع الربح، لا التزامًا من العامل بدفع ما شرط لصاحب المال على أي وضع كان المال، وما دار بخلد صاحب المال أن ما شرطه لنفسه في العقد هو من مال العامل بمقتضى العقد، بل الأمر المعروف الذي ينتشر علمه في الناس،

ويتم في نطاقه هذا التعاقد، هو أن ما يعطي لصاحب المال، من ربحه، وأن التزامات العقد لا تتجاوز هذا النطاق، وهذا ما يجب حمل العقد عليه، متى كان الأمر المعروف للناس مؤيداً له، وفيه اليسر للناس بحمل معاملاتهم على الصحة، وبه تتجنب ما يشق عليهم من اعتبار التزام الحكومة بدفع حصة صاحب المال إليه التزاماً غير مقيد بالربح، بل تلتزم ربحت أو خسرت، وفي ذلك ما فيه من التزام بما لا يلزم ومن أخذ مال بدون مقابل، اللهم إلا إذا قيل: إن طيب النفس به من المعطي متوفر، فإن للدولة أن تنفق مثل ذلك ما رأت أن في إنفاقه مصلحة عامة تعود على المجتمع.

ولا شك أن إنفاق مثل هذا المال على هذا الوجه، يغري أرباب الأموال باستثمار أموالهم بهذه الوسيلة السهلة الميسرة المكفولة بالضمان من البنك الأهلي، فيكون من ذلك حصيلة ضخمة من الأموال تنفقها الدولة وتستثمرها في المصالح الاقتصادية العامة، التي يترتب عليها زيادة ثراء الدولة وعمرانها، وانتشار المعارف فيها، وقوتها، فضلاً عما فيه من تربية الناس على خلق الادخار في سبيل الاستثمار وحملهم على الاقتصاد، والبعد بهم عن اختزان الأموال وإمساكها لغير مصلحة، وإذا قيل: إن ضمان البنك الأهلي قد صار له من الشهرة، ومعرفة الناس به، وقبولهم له، ما يجعل التعاقد معه مراعى فيه ذلك الضمان، وأمرًا لا حمل عليه، وهو ضمان غير صحيح شرعاً، فليس ذلك بضائر، بل ما كان ضمان البنك إلا لهذا الغرض، وليس يغير العقد أن يضمن آثاره شخص ثالث ليس طرفاً في العقد، وهو شخص ثالث غير الحكومة؛ لأن له ذمة غير ذمة الحكومة، ومناط التغاير في الشخصية هو اختلاف الذمة وبخاصة في مجال الضمان.

واستثمار الدولة لهذه الأموال هو بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ والقرارات التي صدرت تنفيذاً له في المشروعات الاستثمارية المقررة بخطة التنمية بميزانية الدولة، وهذه ولاية استمدتها الدولة من أرباب الأموال المتعاقدين معها، وجميعها طرق مشروعة، وليس لرب المال بحكم هذا العقد أن يقيد الحكومة في ذلك بأي قيد، وذلك لضمان إطلاق يد الحكومة، وعدم غل يدها في الاستثمار واختيار ما ترى فيه مصلحة، وليس في ذلك خروج عن أصول التشريع الإسلامي، كما أن التزام

أرباب الأموال بعدم استرداد شيء من أموالهم قبل مضي ستة أشهر من تاريخ العقد، وما يقتضيه ذلك من توقيت العقد ولزومه في ستة الأشهر التالية لنشأته، لا يناقض أصلاً من أصول التشريع ولا يتعارض مع مبادئه، أما بعد هذه المدة، فالعقد يكون غير لازم، ولصاحب المال أن يسترد ماله كله أو بعضه، في أي وقت وذلك ما يتسق مع ما يتضمنه العقد من وكالة العامل في المال عن صاحب المال، واسترداد أي مبلغ يعد فسخاً للعقد في مقدار ما استرده، غير أنه لا يعطى عما استرده إلا ربحاً مقداره ٣٪ منه في العام عن المدة الماضية، وذلك بعض ما تم الاتفاق عليه في العقد، وإذا قد ظهر أن ليس في أصل الاتفاق حظر فإنه لا يكون في الرضا ببعضه أيضاً حظر.

ومما تقدم بيانه يتضح أن ليس في هذا العقد غرر فاحش بأحد طرفيه، فصاحب المال عالم بمآل ماله، وأن ماله سيرد إليه كاملاً عند طلب استرداده، كما أنه واثق مطمئن بما ابتغاه من ربح في ماله، وكذلك الحكومة ما أقدمت على هذا النوع من التعامل إلا عن بينة وطمأنينة بنتائجها ومآلها، ولذا كان المآل في هذا العقد خيراً من مآل رأس المال في الشركات والقراض، وهي على ما قد تتعرض له من خسارة أكثر احتمالاً ووقوعاً مما يتعرض له هذا العقد جائزة مشروعة، ولذا كان الظن بصحة هذا العقد ومشروعيته راجحاً، وبخاصة إذا لوحظ بعده عن الربا وشبهته، فإن ما يستحق به صاحب المال يستحقه بهاله وما يستحقه صاحب العمل يستحقه بعمله، والربا إنما يكون في قرض أو مبادلة، وليس العقد عقد قرض ولا عقد مبادلة مال بمال، وليس من جرائه أو آثاره ضرر بأحد عقديه، ولا يؤدي إلى نزاع بينهما كما هو مبين، لعدم الغرر فيه، ولا يعرف فيه نهى عن الشارع، فهو عقد جديد مستحدث إنما حدث في هذا العصر، وللناس أن يستحدثوا من العقود ما يرون لهم فيه مصلحة أو حاجة كما قدمنا، وبناءً على ما ذكر يكون هذا التعاقد فيما وصل إليه نظري واجتهادي - بناءً على ما أوضحت - عقداً جائزاً.

ذلك رأبي وظني فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأ، فما أسرع عدولي عنه إذا ما تبين لي وجه الخطأ، وأن نظري فيه قد انحرف أو غفل أو ضل، والعصمة لله، والله الموفق للصواب.

مراجع الكتاب

التفاسير:

- ١- تفسير الكشاف للزمخشري.
- ٢- تفسير القرآن العظيم لإسماعيل بن عمر بن كثير.
- ٣- تفسير الطبري لمحمد بن جرير الطبري.
- ٤- تفسير البيان للآلوسي.
- ٥- أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص.
- ٦- أحكام القرآن لابن العربي.

كتب السنة:

- ١- صحيح البخاري وشرحه لابن حجر.
- ٢- صحيح مسلم وشرحه للنووي.
- ٣- الموطأ لمالك وشرحه للزرقاني.
- ٤- نيل الأوطار للشوكاني.

الفقه والقانون:

- ١- أحكام المعاملات الشرعية لصاحب البحث.
- ٢- إرشاد الفحول للإمام الشوكاني.
- ٣- أصول الاقتصاد للدكتور محمد صالح.
- ٤- الأم للشافعي.
- ٥- الأموال لأبي عبيد.
- ٦- الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم.
- ٧- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي.
- ٨- الإسنوي على هامش التحرير.
- ٩- التلويح والتوضيح.
- ١٠- الحقوق للدكتور الناهي.
- ١١- الخراج لأبي يوسف.

- ١٢- الخراج ليحيى بن آدم.
- ١٣- روضة الناظر.
- ١٤- شرح الوقاية لصدر الشريعة.
- ١٥- فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام.
- ١٦- الفروق للقرافي.
- ١٧- كشف الأسرار على البزدوي
- ١٨- المبسوط للسرخسي.
- ١٩- المستصفى للإمام الغزالي.

تاريخ:

- ١- الأحكام المرعية ^(١) للأراضي المصرية.
- ٢- البداية والنهاية لابن كثير.
- ٣- بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب.
- ٤- فتوح البلدان للبلاذري.
- ٥- قصة الملكية للدكتور علي عبد الواحد.

(١) هذه ترجمة عربية لكتاب ألفه بالفرنسية يعقوب أرتين اندي كان أميناً لمكتبة المعهد الفرنسي في مصر وأخيراً كان وكيلاً لنتظاره المعارف المصرية، وعنوان الكتاب. أي الملكية العقارية في مصر - وقد طبع بالقاهرة في سنة ١٨٨٣ م.

٢٠١٠ / ١٧٠٦	رقم الإيداع
٩٧٧ - ١٠ - ٢٥٧٧ - ٥	L. S. B. N الترقيم الدولي

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

بحوث ومقالات
في

التشريع الإسلامي

I.S.B.N. 977-10-2577-5

تطلب جميع منشوراتنا من وكيلنا الوحيد بالكويت والجزائر

دار الكتاب الحديث



9 77 1 0 6 8 6 5 3