

# مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي  
العدد الثمانون - السنة العشرون - رجب - شعبان - رمضان ١٤٢٩ هـ - سبتمبر (أيلول) - أكتوبر (تشرين الأول) - نوفمبر (تشرين الثاني) ٢٠٠٨ م

## في هذا العدد

- |                                           |                                              |
|-------------------------------------------|----------------------------------------------|
| علم أصول الفقه وأثره في صحة<br>الفتوى .   | الدكتور / عبد الرحمن بن<br>عبد العزيز السديس |
| حماية رأس المال .                         | الدكتور / يوسف بن عبد الله<br>الشبيلي        |
| شقوق التمليك أحكام وضوابط                 | الدكتور / صالح بن علي<br>الشمراي             |
| أحكام العقيدة .                           | الدكتور / محمد بن عبد العزيز<br>السديس       |
| الفائدة والربا شبهات وتبريرات<br>معاصرة . | الدكتور / خالد بن عبد الرحمن<br>المشعل       |

## فتاوى الفقهاء

- كيفية انعقاد الرهن ومتى يلزم .
- نكاح المريض والمريضة .
- فوائد الوقف ومنافعه .
- أقسام الأيمان .

## مسائل في الفقه

- زكاة الأموال الباطنة ومن هو الأحق بتوليها .
- حكم ما إذا كان يجوز للمأموم مخالفة إمامه في الصلاة .
- الأغذية المهندسة وراثياً وما إذا كان من الجائز شرعاً قبولها في  
غذاء الإنسان .
- حكم ما إذا كان طول اليوم يؤثر في حكم الصيام .
- حكم من بنى مسجداً وأوصى أن يدفن فيه .
- حكم طاعة الأمر إذا كان يأمر بمعصية .

# مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية فصلية مُحَكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد الثمانون

السنة المنشرون - رجب - شعبان - رمضان ١٤٢٩ هـ - سبتمبر (للول) - أكتوبر (نشرين الأول) - نوفمبر (نشرين الثاني) ٢٠٠٨ م

صاحبها ورئيس تحريرها الدكتور / عبد الرحمن بن حسن النفيسة

## \* العنوان :

المملكة العربية السعودية - الرياض

حي العقيق - شارع التحلية

\* هاتف : ٤٨٥٣٧٠٥ - ٤٨٥٣٧٠٢

\* فاكس : ٤٨٥٣٦٩٤

\* عنوان المراسلات :

ص ب ١٩١٨ - الرياض ١١٤٤١

\* موقع المجلة على الانترنت :

www.fiqhia.com.sa

\* البريد الإلكتروني للمجلة :

fiqhia@gmail.com

\* البريد الإلكتروني لصاحب المجلة ورئيس

تحريرها : anafisal@gmail.com

\* امتياز تصميم واستضافة موقع المجلة على

الإنترنت : شركة النظم العربية للتطورة ونسج

\* وكيل التوزيع : الشركة السعودية للتوزيع

جسدة : ٠٩-٦٥٣-٠٢ - الرياض : ٠١-٤٧٢٨٨٠٥

القسم : ٠٣-٨٤١٠٨٤ - مكة المكرمة : ٠٢-٥٥٨٥٠٧٨

للخدمة لليرة : ٠٤-٨٤٧٠١٧٥ - الباحة : ٠٧-٧٧٧١١٧٥

الدويسي : ٠١-٦٤٢١٧٧٤ - الجوف : ٠٤-٦٢٥١٨٨٢

الطائف : ٠٣-٧٧١٩٤٧ - الطائف : ٠٢-٧٤٥٤٢٢٢

نيسوك : ٠٤-٤٣٢١٨١٢ - حفر الباطن : ٠٣-٧٢١٠٠٣٦

الميل : ٠٣-٣٦٢٠١٥٨ - جازان : ٠٧-٣٢٢٠١٠٤

نجران : ٠٧-٥٢٢٠٩٠١ - الاساء : ٠٣-٥٩٢٧٧٠٧

عبر : ٠٧-٢٢١٨٦٩٣ - المجمعة : ٠٦-٤٣٢٣١٦٣

حائل : ٠٦-٥٣٢١٥٥٥ - ينبع : ٠٤-٣٢٢٥٨٢٤

الفرات : ٠٤-٦٤٢١٢٩٦ - القصيم : ٠٦-٣٢٤٣٠٧٠

الرقم الحقني : ٨٠٠٠٤٤٠٠٧٦

## \* الاشتراكات : تخاطب بشأنها الإدارة

قيمة الاشتراك السنوي : للدوائر الحكومية

والمؤسسات والشركات ٢٠٠ ريال

\* الأفراد ١٠٠ ريال

## \* سعر النسخة :

السعودية : ١٥ ريالاً - السودان : ٨ جنيهات

موريتانيا : ٩٢٠٠ أوقية - الجزائر : ٢٨٤ دينار

سلطنة عمان : ٩٠٠ بيزه - اليمن : ٧٩٥ ريالاً

الكويت : دينار ونصف - مصر : ٢٢ جنيهاً

الإمارات : ١٥ درهماً - سوريا : ١٨٨ ليرة

البحرين : ٩٠٠ فلس - قطر : ١٥ ريالاً

ليبيا : ١٠٠٠ درهم - تونس : ٦ دينار

المغرب : ٣٣ درهماً - الأردن : دينار

## \* الاشتراك السنوي :

أمريكا - كندا - أوروبا : ٣٠ دولاراً

\* طبع في مطابع دار البحوث

هاتف : ٤٨٥٢٦٦٣

٤٨٥٢٦٦١

فاكس : ٤٨٥٢١٨٨

\* رقم الإيداع : ١٤ / ٠٩٨٨

رندد : ١٣١٩ - ٠٧٩٢ ISSN

## قواعد النشر وشروطه

تود هيئة "مجلة البحوث الفقهية المعاصرة" أن تبدي للإخوة الباحثين أن قواعد النشر في المجلة تقضي بما يلي:

- ١) أن يكون البحث المراد نشره مبنياً على الفقه الإسلامي .
- ٢) أن ينصب البحث على القضايا، والمسائل، والمشكلات المعاصرة، والبحث عن الحلول العلمية والعملية لها في الفقه الإسلامي، ومفاهيمه المعتمدة عند أهل السنة والجماعة .
- ٣) أن يتصف البحث بالموضوعية، والأصالة، والشمول، واتباع المنهج العلمي في البحث من حيث الاعتماد على المراجع الأصلية والإسناد والوثيق وتخريج الأحاديث مع إيضاح درجتها .
- ٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب، أو مجلة، أو أي أداة نشر أخرى . ويشمل ذلك البحوث المقدمة للنشر إلى جهة أخرى أو تلك التي سبق تقديمها للجامعات أو الندوات العلمية وخلافها .
- ٥) بيان أرقام الآيات الكريمة والمراجع العلمية في هوامش الصفحات مع ترجمة موجزة عن العلم أو الأعلام الذين وردت الإشارة إليهم .
- ٦) بيان المراجع العلمية ومؤلفيها في نهاية كل بحث حسب الحروف الهجائية مع بيان مكان وزمان طباعتها وجهة نشرها .
- ٧) أن يرفق بالبحث إفادة تتضمن عدم نشره من قبل .
- ٨) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي، أو الآراء التي تضمنها .
- ٩) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .
- ١٠) ألا تقل صفحات البحث عن عشرين صفحة من صفحات المجلة .
- ١١) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع وظيفته العلمية إن وجدت .
- ١٢) يتم تحكيم البحوث من قبل فقهاء وعلماء متخصصين وفقاً لنموذج يبين قواعد التحكيم، وإجراءاته . ومن هذه القواعد عدم معرفة المحكمين لأسماء الباحثين، وعدم معرفة الباحثين لأسماء المحكمين سواء وافقوا على نشر بحوثهم أو أبدوا بعض الملاحظات عليها أو رأوا عدم نشرها .
- ١٣) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها .

\* ترتب البحوث في المجلة يخضع للاعتبارات الفنية فقط .

\* "الآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها" .

## الهيئة العلمية الاستشارية

(الأسماء حسب الترتيب الهجائي)

الأستاذ الدكتور / أحمد محمد نور سيف

الأستاذ الدكتور / سعود بن عبد الله بن محمد الفتيسان

الأستاذ الشيخ / عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن يبه

الأستاذ الدكتور / عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

الأستاذ الدكتور / عبد الوهاب بن إبراهيم بن محمد أبو سليمان

الأستاذ الدكتور / العربي بن أحمد بلحاج

الأستاذ الدكتور / علاء الدين خروقه

الأستاذ الدكتور / محمد إبراهيم بن أحمد علي

الأستاذ الدكتور / نور الدين بن مختار الخادمي

الأستاذ الدكتور / يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين

## محتويات العدد

- رسالة من قارئ ..... ٥
- علم أصول الفقه وأثره في صحة الفتوى ..... ٨
- الدكتور / عبد الرحمن بن عبد العزيز السديس
- حماية رأس المال ..... ١٠٩
- الدكتور / يوسف بن عبد الله الشبيلي
- شقق التمليك أحكام وضوابط - بحث فقهي مقارن مع نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها في المملكة العربية السعودية ... ١٩٧
- الدكتور / صالح بن علي الشمراني
- أحكام العقيقة ..... ٢٤٥
- الدكتور / محمد بن عبد العزيز بن عبد الله السديس
- الفائدة والربا شبهات وتبريرات معاصرة ..... ٢٧٥
- الدكتور / خالد بن عبد الرحمن المشعل
- فتاوى الفقهاء :
- كيفية انعقاد الرهن ومتى يلزم ..... ٣١٤
- نكاح المريض والمريضة ..... ٣١٦
- فوائد الوقف ومنافعه ..... ٣١٨
- أقسام الأيمان ..... ٣١٩
- مسائل في الفقه :
- الدكتور / عبد الرحمن بن حسن النفيسة
- زكاة الأموال الباطنة ومن هو الأحق بتوليها ..... ٣٢٣
- حكم ما إذا كان يجوز للمأموم مخالفة إمامه في الصلاة ..... ٣٣٢
- الأغذية المهندسة وراثياً وما إذا كان من الجائز شرعاً قبولها ..... ٣٣٥
- في غذاء الإنسان ..... ٣٣٥
- حكم ما إذا كان طول اليوم يؤثر في حكم الصيام ..... ٣٤٠
- حكم من بنى مسجداً وأوصى أن يدفن فيه ..... ٣٤٢
- حكم طاعة الأمر إذا كان يأمر بمعصية ..... ٣٤٥

## رسالة من قارئ :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه ورسوله  
الأمين، وعلى أصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد:  
فإن المسلم يؤمن أن ربه هو الذي صنع الكون وأحكم صنعه  
وأنه بناه على قواعد وسنن عظيمة، وأنه ما من شيء يحدث فيه  
إلا وفق هذه القواعد والسنن، ففي مسألة الخلق في عمومها قال  
عز وجل: ﴿وَخَلَقَ كُلَّ شَيْءٍ فَقَدَرَهُ تَقْدِيرًا﴾<sup>(١)</sup>. وفي أجزاء هذا  
الخلق قال عن الأرض ﴿وَبَارَكْ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا﴾<sup>(٢)</sup>. وفي  
جريان الشمس والقمر وتعاقب الليل والنهار قال عز ذكره: ﴿لَا  
الشَّمْسُ يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تُدْرِكَ الْقَمَرَ وَلَا اللَّيْلُ سَابِقُ النَّهَارِ وَكُلٌّ فِي فَلَكٍ  
يَسْبَحُونَ﴾<sup>(٣)</sup>. وفي إنزال المطر قال جل ثناؤه: ﴿وَمَا نَزَّلَهُ إِلَّا بِقَدَرٍ  
مَعْلُومٍ﴾<sup>(٤)</sup>. وهكذا في كل الأمور والأحوال الكونية.

وكما وضع الله هذه القواعد والسنن، وضع لعباده أحكاماً  
وسنناً عظيمة؛ لتسيير حياتهم، وردت إجمالاً وتقصيلاً في  
كتابه العزيز وفي سنة رسوله محمد ﷺ، والعباد المخاطبون  
بها بين أمرين: إما أن يؤمنوا بها أو لا يؤمنوا، فإن آمنوا بها قولاً  
وعملاً تحقق لهم الأمن بكل أنواعه وأسبابه وإن خالفوها  
فسدت حياتهم وأحوالهم في كل شأن من شئونها.

(١) سورة الفرقان الآية ٢ .

(٢) سورة فصلت الآية ١٠ .

(٣) سورة يس الآية ٤٠ .

(٤) سورة الحجر الآية ٢١ .

وفساد الأحوال يتشكل في صور عديدة؛ فقد يكون في ابتلاء الأنفس بالأمراض، وقد يكون في ابتلاء الأموال بالضياع وقد يكون في ابتلاء الولد بالفساد. فلو نظرنا -على سبيل المثال- إلى الأموال في هذا العصر وما تتعرض له من الضياع بين حين وآخر لوجدنا أن الله قد وضع لها أحكاماً تصونها من العبث وتحفظها من التلف. وأول هذه الأحكام وأهمها: تنزيهها عن الربا، فقد تحدثنا من قبل في هذا الحيز، وفي بحوث المجلة عن شر الربا ومخاطره، وأن الله يحقه ولا يزيد أصحابه إلا خسراناً كما في قوله عز وجل: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا﴾ (١). كما أنه عز وجل جعل تعاطيه بمثابة الحرب له ولرسوله في قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٢). ﴿فَإِنْ لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ (٣).

وإذا تأملنا جيداً ما يحدث اليوم في العالم من انهيار في الأموال وضياع للحقوق لوجدنا أنه كان نتيجة لتعاطي الربا بكل صوره وفساده وطفغيان أصحابه. ولا شك أن أصحاب الرهون العقارية والمؤسسات المالية من مصارف وغيرها وجدوا أن مؤسساتهم تنهار في لحظات، وكانوا يدركون مخاطر الربا وسوء عاقبته، ولكن شراهم أعمتهم عن هذه الحقيقة، فاستقلوا الضعفاء وأثقلوهم بالرهون وشروطها مما

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٦ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٨ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٩ .

أعجزهم عن الوفاء بهذه الشروط، فأصبحت هذه المؤسسات عاجزة عن الوفاء بما عليها من ديون، فمن الطبيعي إذا أن تنهار في لحظات.

إن العالم يتأثر بما يحدث في جزء أو أجزاء منه فتخسر أمم أموالها؛ بسبب فساد غيرها وسوء أفعاله، من هنا فإنه لا مناص للعالم من وضع قواعد ونظم تبعد عنه مخاطر الانهيار لكل المؤسسات المالية فيه، ولن يتحقق هذا إلا بالعودة إلى شرع الله وأحكامه والخلاص من الربا والمرايين وطغاة الأموال. والله المستعان.

# علم أصول الفقه وأثره في صحة الفتوى

الدكتور / عبد الرحمن بن عبد العزيز السديس (\*)

## المقدمة :

حمداً لله على آلائه، والشكر له على نعمائه، وصلاة وسلاماً تامين  
دائبين على خاتم أنبيائه وأفضل أصفياه، وسيد أوليائه، نبينا محمد بن  
عبد الله، وعلى آله وأصحابه وخلفائه وحزبه وجنده وحلفائه، والتابعين  
ومن تبعهم بإحسان إلى يوم لقائه. أما بعد:

فإن أجل المن والالاء، وأسبغ الخيرات والنعماء، ما هدى الله إليه عباده  
من هذا الدين القويم والشرعية الغراء، التي امتازت كمالاً وشمولاً  
ووسعت الأعصار والأمصار، تأصيلاً وتفصيلاً وانتظمت مصالح العباد  
في أمور المعاش والمعاد، وزخرت بالعلوم النافعة والمعارف الجامعة في  
قضايا الدين والدنيا معاً، وحوث نصوصاً ومقاصد، وحكمًا وقواعد،  
ملأت البسيطة عدلاً وحكمة وتيسيراً ورحمة، واستوعبت قضايا الاجتهاد  
والنوازل، فبأبانت أحكامها، وأوضحت حلالها وحرامها عبر ميزان دقيق،  
ومعيار وثيق، وأصول محكمة، سار عليها علماء الإسلام، ومفتو الأنام،  
مما كان له الأثر البالغ في تحقيق الخير للأفراد والمجتمعات، وإصابة  
الحق في الاجتهادات والمستجدات.

وبين يديك - أخي القارئ الكريم - بحث ينتظم هذه المعاني العظيمة،  
عبر ثلاث قضايا رئيسة هي:

---

(\*) عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة بجامعة أم القرى - وإمام وخطيب المسجد الحرام بمكة المكرمة.

أولاً: علم أصول الفقه. ثانيها: الفتوى. ثالثها: العلاقة بينهما والاثـر الإيجابي من تلازمهما، في منظومة علمية متألّقة، ونسيج معرفي متميز، وعقد وضاء مزدان بثلاث درر متألّقة، لا تستقل إحداها عن الأخرى، ولا يقل بعضها إشراقاً وجمالاً عن نظيره، كما لا غنى للأمة عنها كلها.

أما أولها: فهو عقد واسطة علوم الشريعة، وقطب رحي الفقه في الدين به يُعرف الحلال والحرام، ويتبين الخاص والعام، ويعرف المطلق والمقيد، والمجمل والمبين ونحوها، ذلكم هو علم أصول الفقه.

ولا غرو فإنّه من أشرف العلوم قدراً وأعظمها أجراً، وأتمّها عائدة، وأعمّها فائدة، وأعلاها مرتبة، وأسناها منقبة، يملأ العيون نوراً، والقلوب سروراً، والصدور انشراحاً، ويفيد الأمور اتساعاً وانفتاحاً، هذا لأن ما بالخاص والعام من الاستقرار على نهج الانتظام، والاستمرار على سنن الاجتماع والالتئام، إنما هو بمعرفة الحلال من الحرام، والتمييز بين الجائز والفاقد في وجوه الأحكام، بحوره زخرة، ورياضه ناضرة، ونجومه زاهرة، وأصوله ثابتة، وفروعه نابذة، لا يفنى بكثرة الإنفاق كنزه، ولا يبلى على طول الزمان عزّه.

أهله قِوام الدّين وقُوامه، وبهم ائتلافه وانتظامه، وهم المرجع في التدريس والفتوى، ومحل الصدر عند النوازل والبلوى.

وإذا كان هذا الوصف لواسطة عقد علوم الشريعة فقهاً وأصولاً فإن علم أصول الفقه يحظى بالقسط الأكبر، والنصيب الأوفر، وما ذاك إلاّ لأنه يمكن المجتهدين من النظر في أصول الشريعة ومقاصدها، وقواعد الدين ونصوصه، واستنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية بإتقان

وبصيرة، فهو مأوى الأئمة، وملجأ المجتهدين، ومورد المفتين عند تحقيق المسائل وتحرير الأقوال، وتقرير الأدلة والتأصيل والتععيد للحكم في النوازل، وما يجدُّ في حياة المسلمين، مسائله مبنية على أسس متينة، وقواعد راسخة تربط بين المنقول والمعقول.

ومن ذا الذي يعرف القواعد التي تضبط وصول المرء إلى معرفة حكم الشرع في كل فعل وترك؛ ومن الذي يعرف ما في الكتاب والسنة من مجمل ومبين، وعام وخاص، ومطلق ومقيد، ومحكم ومتشابه، ومنطوق ومفهوم، وناسخ ومنسوخ، وأمر ونهي، وقواعد ذلك؟

ومن الذي يدرك التعارض بين نصوص الكتاب والسنة، ويكشف ذلك، ويرجح الأصوب، ويعلم الأحكام التكليفية والوضعية، وتفصيلاتها، والأدلة ومسائلها، والدلالات وغوامضها، وأحكام الاجتهاد، والنظر والاستنباط، ومقاصد الشريعة، والحكم على ما يجدُّ للناس من أقضية غير الأصولي؟ يعرف مصادر الأمور ومواردها، ويضع كل شيء في محله، عبر ميزان دقيق، يضبط المجتهد، ويعصمه - بتوفيق الله - من الخطأ في الاستنباط، والزلل في الاستدلال، إذ به يتبين الصحيح وغيره من الاستنباطات الشرعية، والاستدلالات العقلية والعقلية .

تلك شذرة عن القضية الأولى في هذا البحث المهم.

ثانيها: مقام التوقيع عن رب العالمين (الفتوى):

فكما لا شك فيه أن لعلماء الشريعة القدح المعلى من المنازل، والدور المجلّى في الأمة، لاسيما في المستجدات والنوازل، خاصة إذا بلغ العالم مرتبة الفتوى، لما للفتوى من مكانة عظيمة ومنزلة كبرى في

هذا الدِّين، ويكفي أن مقام المفتين هو التوقيع عن ربِّ العالمين، وفي ذلك من التشريف والتكليف ما لا يخفى، يقول الإمام العلامة ابن قيم الجوزية: "إذا كان منصب التوقيع عن الملوك بالمحل الذي لا ينكر فضله ولا يجهل قدره، وهو من أعلى المراتب السنيّات، فكيف بمنصب التوقيع عن رب الأرض والسموات" (١).

ومما يدل على عظم مكانتها أن الله سبحانه وتعالى تولاهما بنفسه، قال- عزّ من قائل - : ﴿قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ﴾ (٢)، كما كان الرسول المصطفى ﷺ يتولى هذا المنصب في حياته، وكان ذلك من مقتضى رسالته - عليه الصلاة والسلام (٣)، ثم تولّى زمام ذلك بعده صحابته الأخيار؛ فقد كان جملة منهم ممن توارد على هذا المنصب العظيم لاسيما الخلفاء الأربعة وغيرهم ممن اشتهر بالعلم، وقد عدّ العلامة ابن القيم (٤) منهم عدداً كبيراً، رضي الله عنهم وأرضاهم (٥)، ومع اهتمام السلف بالفتوى فقد كانوا رضي الله عنهم ورحمهم يتهيبونها، ويودّون أن لو كفوا مؤونتها، كما قال عبدالرحمن بن أبي

(١) إعلام الموقعين " (١٠/١).

(٢) سورة النساء الآية ١٧٦ .

(٣) إعلام الموقعين " (١١/١).

(٤) هو: الإمام أبو عبد الله شمس الدين بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الدمشقي، المعروف بابن قيم الجوزية. قال القاضي الزرعي: ما تحت أديم السماء أوسع منه علماً له مؤلفات كثيرة منها ما هو مطبوع، ومنها ما هو في خزائن المخطوطات، ومن أشهرها وأنشورها: "زاد المعاد في هدي خير العباد"، و"إعلام الموقعين"، توفي في ليلة الخميس ثالث عشر رجب وقت أذان العشاء وصلّى عليه بعد صلاة الظهر من الغد بالجامع الأموي. ينظر: "الدرر الكامنة" لابن حجر العسقلاني (٣/٤٠٠)، و"البداية والنهاية" لإسماعيل بن كثير (١٤/٢٣٤)، و"شذرات الذهب" لابن العماد الحنبلي (٦/١٦٨).

(٥) ينظر: "المصدر السابق" (١٤-١٢/١).

ليلى<sup>(١)</sup>: "أدركت عشرين ومائة من أصحاب رسول الله ﷺ ما منهم من محدث إلا ودَّ أن أخاه كفاه الحديث، ولا مفت إلا ودَّ أن أخاه كفاه الفتوى"<sup>(٢)</sup>، ولعل هذا التورع المحمود المتمشي مع الضوابط الشرعية للفتوى، هو الذي جعل الفتوى الصادرة عن علماء الشريعة عبر عصور الإسلام الزاهرة متميزة بمزايا عديدة، تظهر بجلاء كمال هذه الشريعة وشمولها ومحاسنها، وصلاحياتها لكل الأزمنة والأمكنة.

وأما ثالث القضايا وواسطة عقد البحث فهو: الأثر الإيجابي الذي يترتب على العلاقة الحميمة بين علم الأصول ومقام الفتوى:

فمما لا شك فيه أن المفتي موقعٌ عن رب العالمين، وهذه مكانة عظيمة القدر لا يمكن تبوؤها إلا بالتبحر في علوم الشريعة والغوص في أعماقها، ومن أهم ما يحتاجه المفتي من العلوم ليصل إلى الفتوى الصحيحة، علم أصول الفقه وما يشتمل عليه من أحكام وأدلة شرعية، ودلالات مرعية، ومسائل جليلة القدر بالغة الأهمية؛ إذ كيف يتأتى للمفتي أن يصدر فتواه مبنية على دليل وهو لا يعلم هل هذا الدليل منسوخ، أو مخصوص أو مقيد بدليل آخر؟ وهل وقع عليه الإجماع؟ وإذا كان من النوازل، فهل يستطيع أن يقيسه على حكم ثابت؟ وهل يكون موافقاً لمقاصد الشريعة؟ وهل اعتبر في فتواه ما تؤول إليه من مصالح، وتدرأ من مفساد وقبائح؟ كل ذلك يثبت بما لا يدع مجالاً للشك حاجة المفتي النبيل، الماسة إلى هذا العلم الجليل.

(١) هو: عبدالرحمن بن أبي ليلى أبو عيسى الكوفي والد محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى القاضي ولد لست بقين من خلافة عمر بن الخطاب، مات سنة ثلاث وثمانين. ينظر: "الطبقات" لابن سعد (١٠٩/٦)، "تهذيب الكمال" (٣٧٢/١٧).

(٢) أخرجه الدارمي في "السنن" في باب "من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع" برقم (١٣٥).

يقول الإمام الشافعي: " لا يحل لأحد يفتي في دين الله إلا رجلاً عارفاً بكتاب الله: بناسخه ومنسوخه، وبمحكمه ومتشابهه، وتأويله وتنزيله، ومكيه ومدنيه، وما أريد به، وفيما أنزل، ثم يكون بعد ذلك بصيراً بحديث رسول الله ﷺ، وبالناسخ والمنسوخ، ويعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن، ويكون بصيراً باللغة، بصيراً بالشعر، وما يحتاج إليه للعلم والقرآن، ويستعمل مع هذا الإنصاف، وقلة الكلام، ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار، ويكون له قريحة بعد هذا، فإذا كان هذا هكذا فله أن يتكلم ويفتي في الحلال والحرام، وإذا لم يكن هكذا فله أن يتكلم في العلم ولا يفتي" (١).

ويقول إمام الحرمين: "وعلم الأصول أصل الجباب حتى لا يقدم مؤخراً ولا يؤخر مقدماً، ويستبين مراتب الأدلة والحجج" (٢).

وقد أوضح الغزالي (٣) أهمية معرفة أصول الفقه للمفتي في معرض حديثه عن المعارف التي يحتاج إليها قائلًا: "إنما يكون متمكناً من الفتوى بعد أن يعرف المدارك المثمرة للأحكام، وأن يعرف كيفية الاستثمار والمدارك المثمرة للأحكام كما فصلناها أربعة الكتاب والسنة والإجماع والعقل" (٤).

(١) ينظر: "الرسالة" للإمام الشافعي (٥٠٩/١).

(٢) "البرهان في أصول الفقه" (٨٧٠/٢).

(٣) هو: محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الإمام الجليل أبو حامد الغزالي حجة الإسلام، ولد بطوس سنة ٤٥٠هـ، توفي في مصر سنة ٥٠٥هـ، له نحو مئتي مصنف من كتبه: "إحياء علوم الدين"، و"تهافت الفلاسفة"، و"الاقتصاد في الاعتقاد"، و"المستصفى من علم الأصول"، وغير ذلك. ينظر: "وفيات الأعيان" (٤٦٣/١)، و"طبقات الشافعية" للسبكي (١٠١/٤).

(٤) "المستصفى" (٣٤٢/١).

وبهذا يتبين أهمية علم أصول الفقه للمفتي، والأثر البالغ للعلاقة الحميمة بينهما، مما يحقق صحة الفتوى والتزامها المنهج الصحيح، المتمشي مع نصوص الشريعة وأصولها ومقاصدها.

لذلك وانطلاقاً من الحرص على مقام التوقيع عن رب العالمين، إذ هو أعلى مراتب العلم كما لا يخفى، ولخطورة التجرؤ على الفتوى بغير علم راسخ، تأتي أهمية هذا البحث، وإن المتأمل في واقع الفتوى المعاصرة، لتتأكد له أهمية هذا الموضوع وطرحه والتذكير به، فكم يرى الناظر نزلاء في حلائب العلم والمعرفة، وهم ليسوا منها في شيء؟! ديدنهم الجرأة على الفتوى، والتجاسر على التحليل والتحريم<sup>(١)</sup>، يتكلمون بما لا يعلمون، ويكملون ولا يفصلون، ويهرفون<sup>(٢)</sup> ويسفسطون<sup>(٣)</sup>، وهم من قليلي البضاعة في أحكام الشريعة، إذا سمعت أحدهم يتكلم، فكأنما ينزل عليه وحي، من جزمه فيما يقول وعدم توريعه، ولربما نسب ما يراه إلى الإسلام، ترى أحدهم يجيب في عظيم المسائل، مما لو عرض على عمر، لجمع له أهل بدر، وكم يملكك العجب وأنت تسمع عبارات التعظيم لذواتهم، والتعالي في نفوسهم، قاموسهم: (رأينا كذا)، (ترجيحنا)، (اختيارنا)، (والذي نراه)، و(نحن)، وهلم جرا.

يقولون هذا عندنا غير جائز ومن أنتم حتى يكون لكم عند؟!

(١) أي: الجرأة في الإقدام عليهما. "اللسان" (جسر).

(٢) يهرفون، أي: يمنحون بلا خبرة، ومنه المثل: "لا تهرف، بما لا تعرف" أي: لا تمدح قبل التجربة. ينظر: "النهاية" و"اللسان" (هرف).

(٣) يسفسطون، أي: يستعملون السفسطة في كلامهم. والسفسطة: قياس مركب من الوهميات، والغرض منه تغليب الخصم وإسكاته. "التعريفات".

وما علم هؤلاء أن الجرأة على الفتوى جرأة على النار، وأن التجاسر عليها اقتحام لجراثيمها، والعياذ بالله! بل لقد وصل الحال ببعض العوام إلى أن يفتي بعضهم بعضاً، وأصبح الحديث في علوم الشريعة بضاعة كل متعالٍ مافون<sup>(١)</sup>، حتى ساموا باعة البقول عدداً، وتكلم بعض الروبيضة<sup>(٢)</sup>، واستطالوا على منازل العلماء، ومقامات العظماء والفقهاء، وعمدوا إلى أمور من الثوابت والمبادئ، وجعلوها عرضة للتغيير والتبديل، بدعوى تغير الفتوى بتغير الزمان، ووجد من يتصل<sup>(٣)</sup> من الفتوى بأمور جاء تحريمها مما علم من الدين بالضرورة، وكثر التحايل على الشريعة.

وطالب بعض مثقفي العصر بالترخيص؛ ليتقلت من الأحكام، فطالب بعضهم بإعادة النظر في حرمة الربا، أو بعض صورته، وآخرون بالتجاسر على حجاب المرأة المسلمة، وهكذا في سبيل من التلاعب بأمور الشريعة، وعمدت بعض وسائل الإعلام، وقنواته المسموعة والمقروءة والمرئية، إلى إثارة قضايا كلية من الدين مع بعض المتعالمين ممن:

يمدون للإفتاء باعاً قصيرة وأكثرهم عند الفتاوى يكدلك<sup>(٤)</sup>

ومما زاد الطين بلة، والداء علة، ما انتشر في هذا العصر من الفضائيات وشبكات المعلومات (الإنترنت)، وما يطلق عليه فضائيات الفتوى، أو شبكات ومواقع الفتوى على الشبكة العنكبوتية، وما تعيشه من

(١) رجل الفين، ومافون، أي: ناقص العقل. "اللسان" (افن).

(٢) الروبيضة: تصغير الرابضة، وهو العليز الذي يرض عن معالي الأمور وقعد عن طلبها، وزيادة التاء للمبالغة. "النهاية" (ريض).

(٣) تنصل فلان من كذا، أي: تبرأ منه. "اللسان" (نصل).

(٤) البيت ذكره ابن القيم في "إعلام الموقعين"، ويكذلك، أي: يقول: كذلك قال فلان، بدون دليل من كتاب أو سنة. ينظر: "إعلام الموقعين" (٢٠٨/٤).

فوضى الفتاوى، وما تسببه من إثارة البلبلة والتشويه المتعمد، فهي بحق حوانيت في ناصية الجهل والقول على الله بغير علم، فيضاعفها الجرأة، وعملتها الإثارة، وأساطينها نكرات مجاهيل، يزينون سفك الدماء وتناثر الأشلاء، وأعمال العنف والإرهاب، وبعضها تعتمد إلى مفتين من نوع خاص، همّها المتاجرة والتكسب بالفتوى دون اكتراث إلى حاجة الناس إلى فتاوى منضبطة بالضوابط الشرعية، ومبنية على الأسس العلمية والمقاصدية والقواعد الأصولية، مما كان له كبير الأثر وخطيره على الوعي الإسلامي الصحيح لدى عامة المسلمين، كل ذلك يؤكد أهمية طرح هذا الموضوع وتتابع الأبحاث والدراسات فيه؛ ليضع الغيورون على مقام التوقيع عن رب العالمين حلاً لهذه الفوضى العارمة، والإسهاب غير المنضبط في هذا المجال العظيم.

لذا فإن الواجب - حماية لسياسة الإسلام، ودفاعاً عن أحكامه وتشريعاته - أن يحجر على كل متكلم في الشريعة - تحليلاً وتحريماً - وهو لا يحسن؛ فالحجر<sup>(١)</sup> لاستصلاح الأديان أولى من الحجر لاستصلاح الأموال والأبدان، والغيرة على الشريعة من المكارم؛ وهي أولى من الغيرة على المحارم، والله إنه ليحرم على من لا يهتدي لدلالة القرآن، ولا يعرف السنة والآثار، أن يتسنّم سدة العلم، ويتصدر في مجال الإفتاء، وقد قيل لسفيان الثوري - رحمه الله - في ذلك؟ فقال: "إذا كثّر الملاحون<sup>(٢)</sup>، غرقت السفينة"<sup>(٣)</sup>.

وقد تناسى هؤلاء أنهم بكلامهم في الشريعة إنما يوقعون عن

(١) الحجر: المنع من التصرف. "النهاية" (حجر).

(٢) الملاحون: جمع ملاح، وهو السفان الذي يوجه السفينة. "تاج العروس" (ملح).

(٣) "المحدث الفاصل بين الراوي والواعي" (ص ٥٦٠).

رب العالمين سبحانه، وأن الفتاوى نار تضطرم، فكم تسمع من فتاوى سردية إنشائية لا زمام لها ولا خطام، لا تنور بنور النص، ولا تزدان ببيان حكم الشريعة ومقاصدها وأصولها، تبنى على التجري لا على التحري<sup>(١)</sup>، لا تقوم على قدم الحق، فتعنت الخلق، وتشجي الخلق<sup>(٢)</sup>، وحق لهؤلاء أن تسلم الأمة من لأوائهم<sup>(٣)</sup>، وتحذر من غلوائهم<sup>(٤)</sup>.

وإن رغمت أنوف من أناس فقل يا رب لا ترغم سواها<sup>(٥)</sup>

فالواجب أن يقوم بهذا العمل المؤهلون دون المتعلمين، والأصلاء دون السُّخلاء؛ حفظاً لدين الأمة، وتوحيداً لکمتها، وضبطاً لمسالكها ومناهجها؛ لتكون مبنية على الكتاب والسنة؛ بفهم سلف الأمة - رحمهم الله - وبذلك تسلم الأمة من غوائل<sup>(٦)</sup> المحن، وبواعث الفتن، وتوجد العواصم - بإذن الله - من قواصم الجريمة الشنيعة، وهي القول على الله بغير علم.

ومن مجموع ما سبق، وخاصة في واقع الفتوى، وما تحتاجه من البناء المحكم على هذا العلم المهم، ونظراً لحاجة المكتبة الإسلامية لبحوث في هذا المجال، ولما من الله به عليّ من التخصص الدقيق في فنّ الأصول، وبعد استشارة الله عز وجل، واستشارة عدد من أهل العلم، أردت أن أدلي بدلوي، لعليّ أن أوفق في إنارة الطريق للسالكين الباحثين عن الحق، في مثل هذه القضايا المهمة، والله الموفق والهادي سواء السبيل.

(١) أي: أن أصحابها من التجريثين على الحق، لا من المتحرين له.

(٢) أشجاه الشيء: أغصه، وأشجاه العظم: إذا عرض في حلقه. "اللسان" (شجو).

(٣) اللأواء: المشقة والشدة. "اللسان" (لاي).

(٤) الغلواء بالضم، وفتح اللام: الغلو. "اللسان" (غلو).

(٥) البيت ذكره ابن القيم في "إعلام الموقعين" (٢٠٨/٤).

(٦) الغوائل: جمع غائلة، وهي الداهية. "اللسان" (غول).

## التمهيد

ويشتمل على مطلبين:

**المطلب الأول : تعريف علم أصول الفقه، ومكانته وأهميته :**

وهو اصطلاحاً: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية<sup>(١)</sup>. والمراد بالعلم بالأحكام: العلم بمعنى الصلاحية والتهيؤ لذلك بأن تكون له ملكة يقدر بها على إدراك جزيئات الأحكام، وقد اشتهر عرفاً بإطلاق العلم على هذه الملكة<sup>(٢)</sup>. ويمكن تعريف علم أصول الفقه باعتباره علماً على هذا الفن بأنه: معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد، وقوله: (معرفة) هي كالجنس في التعريف فيشمل أصول الفقه وغيره، وقوله: (دلائل الفقه) جمع مضاف يفيد العموم، فيعم الأدلة المتفق عليها والمختلف فيها، وقوله (إجمالاً) لأن المعتبر في حق الأصولي إنما هو معرفة الأدلة من حيث الإجمال ككون الإجماع حجة وكون الأمر للوجوب، وقوله: (وكيفية الاستفادة منها) أي معرفة كيفية الاستفادة الفقه من تلك الدلائل أي: استنباط الأحكام الشرعية منها، وقوله: (وحال المستفيد) أي معرفة حال طالب حكم الله تعالى من الدليل وهو المجتهد فلا يدخل فيه المقلد<sup>(٣)</sup>.

(١) "نفائس الأصول في شرح المحصول" للقرافي (٢٢/١)، و"نهاية السؤل" للسنوسي (١٦/١)، و"روضة الناظر" لابن قدامة (٥٩/١).

(٢) ينظر: "نثر الورود على مراقبي السعود" للشنقيطي (ص ٣٦، ٣٧).

(٣) "الوجيز في أصول الفقه" للكرامستي (ص ٢)، "التقريب والإرشاد الصغير" للقاضي الباقلائي (١٧٢/١)، "الإبهاج في شرح المنهاج" للسبكي (١٩/١)، "رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب" للسبكي (١٤٢/١)، و"أصول الفقه نشأته وتطوره" لشعبان محمد إسماعيل (١٠-١٢).

وتتجلى مكانة علم أصول الفقه وأهميته في الأمور الآتية:

١- إذا كان الله - تبارك وتعالى - قد تكفل بحفظ القرآن الكريم مصدر هذه الشريعة الإسلامية الغراء حيث قال: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾<sup>(١)</sup>، فإنَّ استنباط التشريع منه يستلزم وضع قواعد وضوابط محددة وهي التي أطلق عليها "علم أصول الفقه". يقول الإمام القرافي<sup>(٢)</sup>: "لولا أصول الفقه لم يثبت من الشريعة لا قليل ولا كثير، فإن كل حكم شرعي لا بد له من سبب موضوع، ودليل يدل عليه وعلى سببه، فإذا ألغينا أصول الفقه لم يثبت من الشريعة لا قليل ولا كثير، فإذا ألغينا أصول الفقه ألغينا الأدلة فلا يبقى لنا حكم ولا سبب، فإن إثبات الشرع بغير أدلته وقواعده بمجرد الهوى خلاف الإجماع، ولعلمهم لا يعبؤون بالإجماع، فإنه من جملة أصول الفقه، أو ما علموا أنه أول مراتب المجتهدين، فلو عدمه مجتهد لم يكن مجتهداً قطعاً" <sup>(٣)</sup>.

٢- علم أصول الفقه وتطبيق قواعده ومفاهيمه المختلفة يحقق القضية التي لا خلاف فيها بين المسلمين، من أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع كلها مما يؤكد صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان

(١) سورة الحجر الآية ٩ .

(٢) هو: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية. وهو مصري المولد والنشأ والوفاء. له مصنفات جلية في الفقه والأصول منها: "أنوار البروق في أنواع الفروق"، و"الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام"، و"الذخيرة" في فقه المالكية توفي عام ٦٨٤هـ. ينظر: "الديباج المذهب" لابن فرحون (٦٢-٦٧)، و"حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة" للسيوطي (٣١٦/١)، و"الأعلام" للزركلي (٩٤/١).

(٣) "نفائس الأصول في شرح المحصول" للقرافي (١٨/١).

إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فما من قضية تعرض للمسلمين - خاصة النوازل والمستجدات - على المستوى الفردي أو الجماعي، إلا ويمكن تكييفها وإعطاؤها الحكم الشرعي المستنبط من الأدلة بواسطة قواعد الأصول، وبذلك تنتهوى دعوى "سد باب الاجتهاد".

٣- هذا العلم من أكبر الوسائل لحفظ هذا الدين، والدفاع عن أدلته أمام الملحدّين والمتشكّكين، فإن فارس هذا الميدان بحق هو الأصولي المتسلح بالمنهج العلمي المتمثل في الاستدلال لرأيه بالبراهين الدامغة التي لا تقبل التشكيك ونقد الرأي المخالف بالموضوعية المصطبغة بمقاصد الشريعة من العدل والإنصاف.

٤- حاجة علماء الفقه المقارن إلى هذه المادة من الأهمية بمكان، فإن المقارنة تحتاج إلى تقوية بعض الأدلة على البعض الآخر، حتى يعمل أو يفتي بالمذهب الراجح. ولا يتحقق ذلك إلا بالاحتكام إلى القواعد الأصولية، كمعرفة دلالة المنطوق والمفهوم، وحجية كل منهما، وحكم التعارض بينهما، وأيهما المقدم.

٥- هذا العلم يعين على فهم العلوم الأخرى، فالمفسر لا يستطيع أن يفسر آيات الأحكام في القرآن الكريم إلا في ضوء معرفة قواعد المفاهيم الأصولية، وكذلك الشارح لأحاديث الرسول ﷺ المتعلقة بالأحكام.

٦- هذا العلم يفيد المتوسطين من أهل العلم الذين لم يصلوا إلى درجة المجتهدين، ولم ينزلوا إلى درجة العوام، حيث يعملون أدوات الترجيح بين أقوال المجتهدين في مسائل الخلاف، كما يفيدهم الاطمئنان إلى أن الأحكام قد بنيت على منهج سليم في النظر والاستدلال.

٧- وفي العصر الحاضر حيث أفرزت المدنية الحديثة كثيراً من المستجدات، وتتابع النوازل والمتغيرات، الأمر الذي يجعل الحاجة إلى علم أصول الفقه من الأهمية بمكان بالنسبة للمجتهدين؛ مما يؤهلهم للحكم على هذه القضايا والمستجدات.

**المطلب الثاني: التعريف بالفتوى ومكانتها وخطورتها.**

هي اصطلاحاً: تبين الحكم الشرعي عن دليل لمن سأل عنه<sup>(١)</sup>.

والمفتي هو: المستقل بأحكام الشرع نصاً واستنباطاً<sup>(٢)</sup>.

وتتجلى مكانتها وخطورتها فيما يلي:

١- أن الله - تعالى - أفتى عباده، قال - تعالى - : ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ﴾<sup>(٣)</sup>، وقال - سبحانه - : ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾<sup>(٤)</sup>.

٢- أن النبي ﷺ كان يتولى هذا المنصب في حياته، وكان ذلك من مقتضى رسالته، وقد كلفه الله - تعالى - وشرقه بذلك حيث قال عز من قائل: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(٥)</sup>.

فالمفتي خليفة النبي ﷺ في أداء وظيفة البيان، وقد تولى هذه الخلافة بعد النبي ﷺ أصحابه الكرام - رضوان الله عنهم -، ثم أهل العلم بعدهم.

(١) ينظر: "صفة الفتوى والمستفتي" لابن حمدان (ص٤).

(٢) ينظر: "النخول" للغزالي (١/٤٦٣).

(٣) سورة النساء الآية ١٢٧ .

(٤) سورة النساء الآية ١٧٦ .

(٥) سورة النحل الآية ٤٤ .

٣- أن موضع الفتوى هو بيان أحكام الله -تعالى- وتطبيقها على أفعال الناس.

وقد ذكر النووي<sup>(١)</sup> وغيره أن المفتي موقع عن الله - تعالى -<sup>(٢)</sup>. وهذا يدل على مكانة الفتوى، كما يدل أيضاً على خطورتها؛ لذلك كان السلف -رضوان الله عليهم- يتهيبون الإفتاء، فما منهم من أحد يُستفتى عن شيء إلا ودَّ أن أخاه كفاه الفتيا؛ لأنهم كانوا يدركون مكانة الفتوى وخطورتها في دين الله -تعالى- فالإفتاء بغير علم حرام؛ لأنه يتضمن الكذب على الله -تعالى- ورسوله ﷺ، ويتضمن إضلال الناس وهو من الكبائر لقوله - تعالى -: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(٣)</sup>. فقرنه - سبحانه - بالفواحش والبغي والشرك بالله عز وجل<sup>(٤)</sup>، وقوله تعالى: ﴿سَتَكْتُبُ شَهَادَتَهُمْ وَيُسْأَلُونَ﴾<sup>(٥)</sup>.

ولقول النبي ﷺ: (إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ينتزعه من صدور

(١) هو: يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي، أبوزكريا محي الدين، علامة بالفقه والحديث إماماً بارعاً حافظاً متقناً، من تصانيفه: "شرح مسلم"، و"الروضة"، و"شرح المذهب"، و"المنهاج"، و"التحقيق"، و"الأذكار" وغير ذلك. مات في سنة ٦٧٦ هـ. ينظر: "طبقات الشافعية" للسبكي (١٦٥/٥)، و"طبقات الحفاظ" (ص ٥٣٩)، و"شذرات الذهب" (٣٤٥/٥).

(٢) ينظر: "آداب الفتوى والمفتي والمستفتي" للنووي (ص ١٣، ١٤، ١٦)، و"المجموع شرح المذهب" (٧٣/١)، و"إعلام الموقعين" (١٠/١) وما بعدها.

(٣) سورة الاعراف الآية ٣٣.

(٤) ينظر في تفسير هذه الآية: "تفسير ابن كثير" (٢٥٠/٣).

(٥) سورة الزخرف الآية ١٩.

العلماء، ولكن يقبض العلم بقبض العلماء، حتى إذا لم يبق عالماً اتخذ الناس رؤوساً جهالاً، فسئلوا بغير علم، فضلوا وأضلوا<sup>(١)</sup>.

لذلك كان السلف - رضوان الله عليهم - إذا سئل أحدهم عما لا يعلم يقول للسائل: لا أدري.

وهذه بعض أقوال السلف في الحذر من الإقدام على الفتوى وعدم الجرأة عليها:

- عن زبيد<sup>(٢)</sup> قال: ما سألت إبراهيم<sup>(٣)</sup> عن شيء إلا عرفت الكراهية في وجهه<sup>(٤)</sup>.

- وعن عمر بن أبي زائدة<sup>(٥)</sup> قال: ما رأيت أحداً أكثر أن يقول إذا سئل عن شيء: لا علم لي به من الشعبي<sup>(٦)</sup> <sup>(٧)</sup>.

- وعن داود قال: سألت الشعبي: كيف كنتم تصنعون إذا سئلتكم،

---

(١) أخرجه البخاري في باب "كيف يقبض العلم" برقم (١٠٠)، ومسلم في "باب رفع العلم وقبضه وظهور الجهل والفتن في آخر الزمان" برقم (٢٦٧٣)

(٢) هو: زبيد بن الحارث بن عبد الكريم بن عمرو بن كعب اليامي ويقال الإيامي أيضاً أبو عبد الرحمن ويقال: أبو عبد الله الكوفي، مات سنة اثنتين وعشرين ومائة وقيل أربع وعشرين ومئة. ينظر: "الطبقات" لابن سعد (٣٠٩/٦)، "تهذيب الكمال" للمزي (٢٨٩/٩).

(٣) هو: إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي. فقيه أهل الكوفة. مات وهو مختلف من الحجاج سنة ست وتسعين في خلافة الوليد بن عبد الملك بالكوفة. ينظر: "الطبقات" لابن سعد (٢٧٠/٦)، "تهذيب الكمال" للمزي (٢٣٣/٢).

(٤) أخرجه الدارمي في "السنن" في باب "من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع" برقم (١٣١).

(٥) هو: عمر زكريا بن أبي زائدة الهمداني الوادعي الكوفي، مولى عمرو بن عبد الله الوادعي. ينظر: "تهذيب الكمال" للمزي (٣٤٨/٢١)، و"تاريخ الإسلام" للذهبي (٢٥٥/٦).

(٦) هو: عامر بن شراحيل وقيل ابن عبد الله بن شراحيل الشعبي أبو عمرو الكوفي ولد لست سنين خلت من خلافة عمر بن الخطاب على المشهور، مات سنة ثلاث أو أربع أو خمس ومئة. ينظر: "الطبقات" لابن سعد (٢٤٦/٦)، و"تهذيب الكمال" للمزي (٢٨/١٤).

(٧) أخرجه الدارمي في "السنن" في باب "من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع" برقم (١٣٢).

قال: على الخبير وقعت كان إذا سئل الرجل قال لصاحبه: أفتهم، فلا يزال حتى يرجع إلى الأول<sup>(١)</sup>.

- عن جعفر بن إياس<sup>(٢)</sup> قال: قلت لسعيد بن جبيرة<sup>(٣)</sup>: مالك لاتقول في الطلاق شيئاً، قال: ما منه شيء إلا قد سألت عنه، ولكني أكره أن أحلّ حراماً أو أحرّم حلالاً<sup>(٤)</sup>.

- وعن عبدالرحمن بن أبي ليلى قال: لقد أدركت في هذا المسجد عشرين ومائة من الأنصار، وما منهم من أحد يحدث بحديث إلا ودّ أن أخاه كفاه الحديث، ولايسأل عن فتياً إلا ودّ أن أخاه كفاه الفتياً<sup>(٥)</sup>. وسئل القاسم بن محمد<sup>(٦)</sup> عن شيء، فقال: إني لا أحسنه، فقال له السائل: إني جئتكم لا أعرف غيرك فقال له القاسم: لا تنظر إلى

(١) أخرجه الدارمي في "السنن" في باب "من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع" برقم (١٣٦).

(٢) هو: ابن أبي وحشية البشكري، أبو بشر الواسطي، بصري الأصل وكان ينزل بني ثعلبة وكان ساجداً خلف المقام حين مات، مات سنة أربع وعشرين ومئة، وقيل غير ذلك، وقيل ثلاث وقيل خمس وقيل ست وعشرين و مئة. ينظر: "الطبقات" لابن سعد (٢٥٣/٧)، و"تهذيب الكمال" (٥/٥).

(٣) هو: سعيد بن جبيرة الأسدي بالولاء الكوفي، أبو عبد الله: من خيار التابعين، كان أعلمهم على الإطلاق، قتله الحجاج سنة ٩٥ هـ قال الإمام أحمد بن حنبل: قتل الحجاج سعيداً وما على وجه الأرض أحد إلا وهو مفتقر إلى علمه. ينظر: "طبقات ابن سعد" (١٧٨/٦)، و"تهذيب التهذيب" (١١/٤).

(٤) أخرجه الدارمي في "السنن" في باب "من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع" برقم (١٣٤).

(٥) أخرجه الدارمي في "السنن" في باب "من هاب الفتيا وكره التنطع والتبدع" برقم (١٣٥).

(٦) هو: القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق القرشي البتيمي، أبو محمد ويقال: أبو عبد الرحمن المدني الفقيه المعروف، من خيار التابعين، مات في ولاية يزيد بن عبد الملك سنة إحدى واثنين ومئة وقيل غير ذلك. ينظر: "طبقات ابن سعد" (١٨٧/٥)، و"تهذيب الكمال" (٤٢٧/٢٣).

طول لحيتي وكثرة الناس حولي، والله ما أحسنه، فقال شيخ من قریش جالس إلى جنبه: يا ابن أخي الزمها فوالله ما رأيناك في مجلس أنبل منك اليوم، فقال القاسم: والله لأن يُقطع لساني أحبُّ إلي من أن أتكلَّم بما لا علم لي به<sup>(١)</sup>.

وقال ابن الصلاح الشهرزوري<sup>(٢)</sup>: "هاب الفتيا من هابها من أكابر العلماء العاملين وأفاضل السالفين والخالفين، وكان أحدهم لا تمنعه شهرته بالأمانة، واضطلاعه بمعرفة العضلات في اعتقاد من يسأله من العامة من أن يدافع بالجواب، أو يقول: لا أدري، أو يؤخر الجواب إلى حين يدري"<sup>(٣)</sup>. وجاء عن سحنون<sup>(٤)</sup>: أنه قال: "أشقى الناس من باع آخرته بدنياه، وأشقى منه من باع آخرته بدنياه غيره".

قال: ففكرت فيمن باع آخرته بدنياه غيره، فوجدته المفتي يأتيه الرجل قد حنث في امرأته ورقيقه، فيقول له: لا شيء عليك، فيذهب الحانث فيتمتع بامرأته ورقيقه. وقد باع دينه بدنياه هذا<sup>(٥)</sup>.

---

(١) ينظر: "إعلام الموقعين" (٢١٩/٤).

(٢) هو: عثمان بن عبد الرحمن صلاح الدين بن عثمان بن موسى الكردي الشهرزوري الشافعي أحد أئمة المسلمين علماً وديناً ولد في شرخان قرب شهرزور وتوفي سنة ٦٤٣هـ له كتاب: "معركة أنواع علم الحديث" يعرف بمقدمة ابن الصلاح، و"الأمالي"، و"الفتاوى"، و"فوائد الرحلة"، و"أدب المفتي والمستفتي"، و"طبقات الفقهاء الشافعية". ينظر: "وفيات الأعيان" (٣١٢/١)، و"طبقات الشافعية" للسيكي (١٣٧/٥).

(٣) ينظر: "أدب المفتي والمستفتي" (ص ٧٤) وما بعدها بختصار.

(٤) هو: عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون، قاض، فقيه، انتهت إليه رئاسة العلم في المغرب. روى "اللدونة" في قروء المالكية عن عبد الرحمن بن قاسم عن الإمام مالك، ولد سنة ١٦٠هـ وتوفي في رجب سنة ٢٤٠هـ ينظر: "وفيات الأعيان" (٢٩١/١)، و"هدية العارفين" (٥٦٩/١)، و"الأعلام" للزركلي (٥/٤).

(٥) ينظر: "صفة الفتوى" (ص ١٠).

ولا بد لمن يتصدى للفتوى من توافر عدد من الشروط لتكون فتواه صحيحة مقبولة هي:

- ١- الإسلام: فلا تصح فتيا الكافر.
  - ٢- العقل: فلا تصح فتيا المجنون.
  - ٣- البلوغ: فلا تصح فتيا الصغير.
  - ٤- العدالة: فلا تصح فتيا الفاسق عند جمهور العلماء؛ لأن الإفتاء الإخبار عن الحكم الشرعي، وخبر الفاسق لا يقبل<sup>(١)</sup>.
- وقال ابن القيم: تصح فتيا الفاسق إلا أن يكون معلناً بفسقه وداعياً إلى بدعته، وذلك إذا عمَّ الفسوق وغلب؛ لئلا تتعطل الأحكام، والواجب اعتبار الأصلح فالأصلح<sup>(٢)</sup>.
- وأما المبتدعة، فإن كانت بدعتهم مكفرة أو مفسقة لم تصح فتواهم، وإلا صحَّت فيما لا يدعون فيه إلى بدعهم.
- قال الخطيب البغدادي<sup>(٣)</sup>: تجوز فتاوى أهل الأهواء ومن لانكفره ببدعته ولا نفسقه، وأما الشراة والرافضة الذين يشتمون الصحابة ويسبون السلف فإن فتاويهم مردولة، وأقاويلهم غير مقبولة<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: "صفة الفتوى" لابن حمدان (ص ٢٩)، و"المجموع" (٤١/١).

(٢) ينظر: "إعلام الموقعين" (٢٢٠/٤).

(٣) هو: أحمد بن علي بن ثابت البغدادي، أبو بكر المعروف بالخطيب، الحافظ الكبير محدث الشام والعراق، صاحب التصانيف. ومن مصنفاته: "تاريخ بغداد" أربعة عشر مجلداً، و"الكفاية في علم الرواية" في مصطلح الحديث، و"الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع"، و"شرف أصحاب الحديث"، وغير ذلك. مات سنة ٤٦٣ هـ. ينظر: "وفيات الأعيان" (٩٢/١)، و"طبقات الشافعية" للسبكي (١٢/٣)، و"طبقات الحفاظ" (ص ٤٥٣).

(٤) ينظر: "الفقيه والمتفقه" (ص ٢٠٢).

٥- بلوغ رتبة المجتهد: وهو في اصطلاح الأصوليين: الفقيه المؤهل؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْأَثَمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

قال ابن عابدين<sup>(٢)</sup> (٣) نقلاً عن ابن الهمام<sup>(٤)</sup>: وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد، فأما غير المجتهد من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتي، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد على وجه الحكاية.

قال ابن الصلاح الشهرزوري<sup>(٥)</sup>: إنما يشترط اجتماع العلوم المذكورة في المفتي المطلق في جميع أبواب الشرع، أما المفتي في باب خاص من العلم، نحو علم المناسك، أو علم الفرائض، أو غيرهما. فلا يشترط فيه جميع ذلك، ومن الجائز أن ينال الإنسان منصب الفتوى

(١) سورة الاعراف الآية ٣٣ .

(٢) هو: محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية، وإمام الحنفية في عصره، مولده ووفاته في دمشق، له: "رد المحتار على الدر المختار" يعرف بحاشية ابن عابدين، و"العقود الدرية"، و"نسمات الأسفار على شرح المنار" في الأصول، توفي سنة ١٢٥٢هـ. ينظر: "روض البشر" (٢٢٠)، و"الأعلام" (٤٢/٦).

(٣) ينظر: "حاشية ابن عابدين" (٤٧/١).

(٤) هو: محمد بن عبد الوالد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم الإسكندري، كمال الدين المعروف بابن الهمام، إمام من علماء الحنفية عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه واللغة والمنطق، ولد بالإسكندرية. ونبغ في القاهرة وأقام بحلب مدة، وجاور بالحرمين، وكان معظماً عند الملوك، توفي بالقاهرة سنة ٨٦١هـ من كتبه: "فتح القدير" في شرح الهداية، و"التحريير" في أصول الفقه، و"زاد الفقير" مختصر فروع الحنفية. ينظر: "الضوء اللامع" (١٢٧/٨)، "شذرات الذهب" (٢٨٩/٧)، و"الأعلام" للزركلي (٢٥٥/٦).

(٥) ينظر: "آب المفتي والمستفتي" (ص ٩٠).

والاجتهاد في بعض الأبواب دون بعض، فمن عرف القياس وطرقه وليس عالماً بالحديث، فله أن يفتي في مسائل قياسية يعلم أن لا تعلق لها بالحديث. ومن عرف أحوال المواريث وأحكامها جاز أن يفتي فيها، وإن لم يكن عالماً بأحاديث النكاح، ولا عارفاً بما يجوز له الفتوى في غير ذلك من أبواب الفقه.

قطع بجواز هذا الغزالي وابن برهان<sup>(١)</sup> وغيرهما.

٦- جودة القرينة: وهذه ملكة فطرية، وتنمي بالتمرس.

قال النووي<sup>(٢)</sup>: شرط المفتي كونه: فقيه النفس، سليم الذهن، رصين الفكر، صحيح النظر والاستنباط. اهـ.

وهذا يصح فتياه من جهتين:

الأولى: صحة أخذه للحكم من أدلته.

الثانية: صحة تطبيقه للحكم على الواقعة المسؤول عنها، فلا يغفل عن أي من الأوصاف المؤثرة في الحكم، ولا يعتقد تأثير ما لا أثر له.

٧- الفطنة والتمعن:

قال ابن عابدين<sup>(٣)</sup>: شرط بعضهم تيقظ المفتي، قال: وهذا شرط في زماننا، فلا بد أن يكون المفتي متيقظاً يعلم حيل الناس وبسائسهم،

---

(١) هو: أحمد بن علي بن محمد الوكيل، أبو الفتح المعروف بابن برهان، فقيه بغدادي غلب عليه علم الأصول، وكان على مذهب الإمام أحمد، وصحب أبا الوفاء علي بن عقيل ثم انتقل إلى مذهب الشافعي وتفقّه على الشافعي والغزالي. توفي سنة ٥١٨ هـ عن عمر يناهز الأربعين تقريباً. ينظر: "طبقات الشافعية" للسبكي (٤/٤٢)، و "شذرات الذهب" (٤/٦٠).

(٢) ينظر: "المجموع شرح المذهب" (١/٤١).

(٣) ينظر: "حاشية ابن عابدين" (٤/٣٠١).

فإن لبعضهم مهارة في الحيل والتزوير، وقلب الكلام وتصوير الباطل في صورة الحق، فغفلة المفتي يلزم منها ضرر كبير في هذا الزمان.

وقال ابن القيم<sup>(١)</sup>: بل ينبغي له أن يكون بصيراً بمكر الناس وخداعهم وأحوالهم .. وإن لم يكن كذلك زاغ وأزاع، وكم من مسألة ظاهرها ظاهر جميل، وباطنها مكر وخداع وظلم؟ فالغُرُ ينظر إلى ظاهرها ويقضي بجوازها، وذو البصيرة ينقد مقصدها وباطنها؛ فالأول يروج عليه زَغَلُ المسائل كما يروج على الجاهل بالنقد زَغَلُ الدراهم، والثاني يخرج زيفها كما يخرج الناقذ زغل النقود، وكم من باطل يخرج الرجل بحسن لفظه وتنميته في صورة حق؟.. بل هذا أغلب أحوال الناس.

ومما يتعلق بهذا ما نبه إليه بعض العلماء من أنه يشترط في المفتي أن يكون على علم بالأعراف اللفظية للمستفتي، لئلا يفهم كلامه على غير وجهه، وهذا إن كان إفتاؤه فيما يتعلق بالألفاظ كالإيمان والإقرار ونحوها<sup>(٢)</sup>.

ومن هذه الشروط نعلم أنه:

- لا يشترط في المفتي الحرية والذكورية والنطق اتفاقاً، فتصح فتيا العبد والمرأة والأخرس ويفتي بالكتابة أو بالإشارة المفهمة<sup>(٣)</sup>.
- وكذا الأعمى تصح فتياه كما صرح بذلك المالكية<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: "إعلام الموقعين" (٢٢٩/٤).

(٢) ينظر: "المجموع شرح المذهب" (٤٦/١).

(٣) ينظر: "شرح منتهى الإرادات" (٤٥٧/٣)، و"إعلام الموقعين" (٢٢٠/٤)، وحاشية ابن عابدين (٣٠٢/٤)، و"صفة الفتوى" لابن حمدان (ص ١٣)، و"المجموع شرح المذهب" (٧٥/١).

(٤) ينظر: "حاشية الدسوقي" (١٣٠/٤).

- وأما السمع، فقد قال ابن عابدين<sup>(١)</sup>: لاشك أنه إذا كتب له السؤال وأجاب عنه جاز العمل بفتواه.

قال ابن الصلاح الشهزوري<sup>(٢)</sup>: لا يشترط في المفتي الحرية، والذكورة، كما في الراوي، وينبغي أن يكون كالراوي أيضاً في أنه لا تؤثر فيه القرابة والعداوة، وجرُّ النفع، ودفع الضرر؛ لأن المفتي في حكم من يخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص، فكان في ذلك كالراوي، لا كالشاهد، وفتواه لا يرتبط بها إلزام، بخلاف القاضي.

ووجدت عن القاضي الماوردي<sup>(٣)</sup>، فيما جابوب به القاضي أبا الطيب الطبري<sup>(٤)</sup> عن رده عليه في فتواه: بالمنع عن التلقيب بملك الملوك. ما معناه: إن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً صار خصماً معانداً تردُّ فتواه على من عاداه، كما تردُّ شهادته.

ولا بأس بأن يكون المفتي أعمى، أو أخرس مفهوم الإشارة أو كاتباً، والله أعلم.

(١) ينظر: "حاشية ابن عابدين" (٣٠٢/٤).

(٢) ينظر: "ادب المفتي والمستفتي" (ص ١٠٦-١٠٧).

(٣) هو: علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي: أفضى قضاء عصره. من العلماء الباحثين. أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة. ولد في البصرة وانتقل إلى بغداد، وولي القضاء في بلدان كثيرة ثم جعل "أفضى القضاء" في أيام القائم بأمر الله العباسي. من كتبه: "ادب الدنيا والدين"، و"الأحكام السلطانية"، و"الجاوي" في فقه الشافعية، وغير ذلك كثير. توفي سنة ٤٥٠ هـ. ينظر: "طبقات الشافعية الكبرى" (٣/٣٠٣)، و"وفيات الأعيان" (٢/٢٨٢)، و"شذرات الذهب" (٣/٢٨٥).

(٤) هو: طاهر بن عبدالله بن طاهر الطبري أبو الطيب، قاضي من أعيان الشافعية، ولد في أمّ طبرستان، واستوطن بغداد، وولي القضاء بربيع الكرخ، وتوفي ببغداد سنة ٤٥٠ هـ. له: "شرح مختصر المزني"، و"التعليقة الكبرى". ينظر: "طبقات الشافعية" (٣/١٧٦)، و"الأعلام" للزركلي (٢/٢٢٢).

وينبغي لمن نصب للفتوى أن يعتمد أصولاً محددة للفتوى يستند إليها في إصدار فتاويه؛ لأن الفتوى اجتهاد في بيان الأحكام، ولا بد أن يكون الاجتهاد مبنياً على أصول، وهذا هو المنهج الذي سار عليه العلماء الأعلام، ومثال ذلك ما ذكره العلامة ابن القيم - رحمه الله - عن أصول الفتوى عند الإمام أحمد - رحمه الله - حيث يقول:

"الأصل الأول: النصوص، فإذا وجد النص أفتى بموجبه ولم يلتفت إلى ما خالفه ولا من خالفه كائناً من كان، ولهذا لم يلتفت إلى خلاف عمر في المبتوتة لحديث فاطمة بنت قيس<sup>(١)</sup>، ولا إلى خلافه في التيمم للجنب لحديث عمار بن ياسر<sup>(٢)</sup>، ولا خلافه في استدامة المحرم الطيب الذي تطيب به قبل إحرامه لصحة حديث عائشة<sup>(٣)</sup> في ذلك، ولا خلافه في منع المفرد والقارن من الفسخ إلى التمتع لصحة أحاديث الفسخ<sup>(٤)</sup>، وكذلك لم يلتفت إلى قول علي وعثمان وطلحة وأبي أيوب وأبي بن كعب في ترك الغسل من الإكسال لصحة حديث عائشة أنها فعلته هي ورسول ﷺ فاغتسلا<sup>(٥)</sup>، ولم يلتفت إلى قول ابن عباس وإحدى الروایتين عن علي أن عدة المتوفى عنها الحامل أقصى الأجلين لصحة حديث سبيعة الأسلمية<sup>(٦)</sup>، ولم يلتفت إلى قول معاذ ومعاوية في

(١) الذي أخرجه مسلم في باب "المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها" برقم (١٤٨٠).

(٢) الذي أخرجه البخاري في باب "التيمم هل ينفخ فيهما" برقم (٣٣١).

(٣) الذي أخرجه البخاري في باب "غسل المذي والوضوء منه" برقم (٢٦٧).

(٤) الذي أخرجه البخاري في باب "تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت وإذا سعى على غير وضوء بين الصفا والمروة" برقم (١٥٦٨).

(٥) الذي أخرجه الترمذي في باب "ما جاء : إذا التقى الختانان وجب الغسل" برقم (١٠٨)، وقال "حسن صحيح".

(٦) الذي أخرجه البخاري في باب "فضل من شهد بدراً" برقم (٣٧٧٠).

تورث المسلم من الكافر لصحة الحديث المانع من التوارث بينهما<sup>(١)</sup>، ولم يلتفت إلى قول ابن عباس في الصرف لصحة الحديث بخلافه<sup>(٢)</sup>، ولا إلى قوله بإباحة لحوم الحمر كذلك<sup>(٣)</sup>، وهذا كثير جداً، ولم يكن يقدم على الحديث الصحيح عملاً ولا رأياً ولا قياساً ولا قول صاحب ولا عدم علمه بالمخالف الذي يسميه كثير من الناس إجماعاً ويقدمونه على الحديث الصحيح، وقد كذب أحمد من ادعى هذا الإجماع ولم يسغ تقديمه على الحديث الثابت، وكذلك الشافعي أيضاً نص في رسالته الجديدة على أن ما لا يعلم فيه بخلاف لا يقال له إجماع، ولفظه ما لا يعلم فيه خلاف فليس إجماعاً، وقال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سمعت أبي يقول ما يدعي فيه الرجل الإجماع فهو كذب من ادعى الإجماع، فهو كاذب لعل الناس لختلفوا ما يدرية ولم ينته إليه، فليقل لا نعلم الناس لختلفوا، هذه دعوى يشتر المريسي والأصم، ولكنه يقول: "لا نعلم الناس لختلفوا أو لم يبلغني ذلك"، هذا لفظه.

ونصوص رسول الله ﷺ أجل عند الإمام أحمد وسائر أئمة الحديث من أن يقدموا عليها توهم إجماع مضمونه عدم العلم بالمخالف، ولو ساغ لتعطلت النصوص، وساغ لكل من لم يعلم مخالفاً في حكم مسألة أن يقدم جهله بالمخالف على النصوص، فهذا هو الذي أنكره الإمام أحمد والشافعي من دعوى الإجماع، لا ما يظنه بعض الناس أنه استبعاد لوجوده.

الأصل الثاني: من أصول فتاوى الإمام أحمد ما أفتى به الصحابة،

(١) الذي أخرجه البخاري في باب "أين ركز النبي ﷺ الراية يوم الفتح" برقم (٤٠٣٢).

(٢) الذي أخرجه البخاري في باب "بيع القضة بالقضة" برقم (٢٠٦٧).

(٣) الذي أخرجه البخاري في باب "كسر الصليب وقتل الخنزير" برقم (٢٣٤٥).

فإنه إذا وجد لبعضهم فتوى لا يعرف له مخالف منهم فيها لم يعدها إلى غيرها، ولم يقل إن ذلك إجماع، بل من ورعه في العبارة يقول: لا أعلم شيئاً يدفعه، أو نحو هذا، كما قال في رواية أبي طالب: لا أعلم شيئاً يدفع قول ابن عباس وابن عمر وأحد عشر من التابعين عطاء ومجاهد وأهل المدينة على تسري العبد، وهكذا قال أنس بن مالك: لا أعلم أحداً رد شهادة العبد، حكاه عنه الإمام أحمد، وإذا وجد الإمام أحمد هذا النوع عن الصحابة لم يقدم عليه عملاً ولا رأياً ولا قياساً.

الأصل الثالث من أصوله: إذا اختلف الصحابة، تخير من أقوالهم ما كان أقربها إلى الكتاب والسنة، ولم يخرج عن أقوالهم، فإن لم يتبين له موافقة أحد الأقوال حكمي الخلاف فيها ولم يجزم بقول.

قال إسحاق بن إبراهيم بن هانئ في "مسائله": "قيل لأبي عبد الله يكون الرجل في قومه فيسأل عن الشيء فيه اختلاف، قال يفتي بما وافق الكتاب والسنة، وما لم يوافق الكتاب والسنة أمسك عنه، قيل له: أفيجاب عليه، قيل: لا".

الأصل الرابع: الأخذ بالمرسل والحديث والضعيف إذا لم يكن في الباب شيء يدفعه، وهو الذي رجحه على القياس، وليس المراد بالضعيف عنده الباطل، ولا المنكر، ولا ما في روايته متهم، بحيث لا يسوغ الذهاب إليه، فالعمل به بل الحديث الضعيف عنده قسيم الصحيح، وقسم من أقسام الحسن، ولم يكن يقسم الحديث إلى صحيح وحسن وضعيف، بل إلى صحيح وضعيف، وللضعيف عنده مراتب، فإذا لم يجد في الباب أثراً يدفعه، ولا قول صاحب، ولا إجماعاً على خلافه،

كان العمل به عنده أولى من القياس.

وليس أحد من الأئمة إلا وهو موافقه على هذا الأصل من حيث الجملة، فإنه ما منهم أحد إلا وقد قدّم الحديث الضعيف على القياس. فقدّم أبو حنيفة حديث القهقهة<sup>(١)</sup> في الصلاة على محض القياس، وأجمع أهل الحديث على ضعفه، وقدّم حديث الوضوء بنبيذ التمر على القياس<sup>(٢)</sup>، وأكثر أهل الحديث يضعفه، وقدّم حديث أكثر الحيض عشرة أيام<sup>(٣)</sup>، وهو ضعيف باتفاقهم على محض القياس، فإن الذي تراه في اليوم الثالث عشر مساو في الحد والحقيقة والصفة لدم اليوم العاشر، وقدّم حديث (لا مهر أقل من عشرة دراهم)<sup>(٤)</sup>، وأجمعوا على ضعفه بل بطلانه على محض القياس، فإن بذل الصداق معاوضة في مقابلة بذل البضع فما تراضيا عليه جاز قليلا كان أو كثيرا.

وقدم الشافعي خبر تحريم صيد وج<sup>(٥)</sup> مع ضعفه على القياس، وقدّم خبر جواز الصلاة بمكة في وقت النهي<sup>(٦)</sup> مع ضعفه ومخالفته لقياس غيرها من البلاد، وقدّم في أحد قوليه حديث من قاء أو رعف: فليتوضأ وليبن على صلاته<sup>(٧)</sup> على القياس مع ضعف الخبر وإرساله.

(١) الذي أخرجه الدارقطني في باب "أحاديث القهقهة في الصلاة وعلها" برقم (١١).

(٢) الذي أخرجه أبو جعفر الطحاوي في شرح معاني الآثار في باب "الرجل لا يجد إلا نبيذ التمر هل يتوضأ به أو يتيمم" برقم (٥٧٢).

(٣) الذي أخرجه الدارمي في باب "ما جاء في أكثر الحيض" برقم (٨٣٢).

(٤) الذي أخرجه الدارقطني في باب "المهر" برقم (١٦).

(٥) الذي أخرجه أبو داود في باب رقم "٩٧" برقم (٢٠٣٢).

(٦) الذي أخرجه أبو داود في باب "الطواف بعد العصر" برقم (١٨٩٤).

(٧) الذي أخرجه البيهقي في "السنن الكبرى" في باب "ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج الحدث" برقم (٦٥٢).

وأما مالك فإنه يقدم الحديث المرسل والمنقطع والبلاغات وقول الصحابي على القياس.

الأصل الخامس: القياس للضرورة:

فإذا لم يكن عند الإمام أحمد في المسألة نص ولا قول الصحابة أو واحد منهم ولا أثر مرسل أو ضعيف عدل إلى الأصل الخامس وهو القياس، فاستعمله للضرورة، وقد قال في كتاب الخلال: "سألت الشافعي عن القياس، فقال: إنما يصار إليه عند الضرورة"، أو ما هذا معناه.

فهذه الأصول الخمسة من أصول فتاويه وعليها مدارها، وقد يتوقف في الفتوى لتعارض الأدلة عنده، أو لاختلاف الصحابة فيها، أو لعدم اطلاعه فيها على أثر أو قول أحد من الصحابة والتابعين.

وكان شديد الكرامة والمنع للإفتاء بمسألة ليس فيها أثر عن السلف، كما قال لبعض أصحابه: "إياك أن تتكلم في مسألة ليس لك فيها إمام" (١).

وبعد: فقد كانت تلك الماحة تعريفية في علم الأصول ومقام الفتوى، أو ربتها تمهيداً للدخول في صلب البحث، مبتدئاً بالفصل الأول المتعلق بالأحكام وأثرها في صحة الفتوى.

---

(١) ينظر: "إعلام الموقعين عن رب العالمين" (١/٢٩-٣٢).

## الفصل الأول الأحكام وأثرها في صحة الفتوى

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد: إن الأحكام الشرعية لا تؤخذ إلا عن الله تعالى وإلا عن رسوله ﷺ، إذ الحكم لله وحده، فالحلال ما أحل، والحرام ما حرم، ولا يجوز إثبات حكم شرعي بغير الأدلة الشرعية التي نصبها الله ورسوله لمعرفة الحلال والحرام، والأمر والنهي، والإيجاب والتحريم. وهذا أصل عظيم من أصول هذا الدين القيم، قال تعالى مخاطباً نبيه ﷺ: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأُمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (١).

يقول الشوكاني (٢) "اعلم أنه لا خلاف في كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبعد بلوغ الدعوة" (٣).

والأحكام الشرعية لا تكون مخالفة للعقول الصحيحة، والفطر السليمة، وكل خبر يُظن أن العقل يحيله، فلا يخلو من أن يكون غير صحيح، أو يكون الاستدلال به غير صحيح، أو يكون هذا العقل فلسفاً ناقصاً. والشرع لا يأتي بمحالات العقول، ولكن يأتي بمحارقاتها! (٤).

(١) سورة الجاثية الآية ١٨ .

(٢) هو: أبو علي بدر الدين محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ولد سنة ١١٧٣ هـ، في بلدة "هجرة شوكان"، مفسر ومحدث وأصولي وفقه مجتهد، له المؤلفات الجليلة النافعة في أغلب العلوم منها: "نيل الأوطار" و"إرشاد الفحول"، توفي يوم الأربعاء السادس والعشرين من جمادى الآخرة سنة ١٢٥٠ هـ بصنعاء. ينظر: "البدر الطالع" للشوكاني (٢١٤/٢)، و"التاج المكلل" للصديق خان (٣٠٥-٣١٧).

(٣) "إرشاد الفحول" (٦٢/١).

(٤) ينظر: "شرح العقيدة الطحاوية" لابن أبي العز الحنفي (ص ٢٢٧-٢٢٨).

هذا، والأحكام الشرعية إما أحكام تكليفية، وإما أحكام وضعية. ومتى أطلقت الأحكام انصرفت إلى الأحكام التكليفية؛ لأن تسمية الحكم الوضعي خطاب الشارع فيها تجوز؛ ولأن الحكم الوضعي كون الشيء سبباً وشرطاً ومانعاً ونحو ذلك.

ومن الأصوليين من يرى أنه مندرج تحت الحكم التكلفي، ولا مشاحة في الاصطلاح .. (١).

هذا، وسأجمل هذا الفصل بعد هذا التمهيد في ثلاثة مباحث:

### المبحث الأول : الأحكام التكليفية.

ومفردها: الحكم التكلفي، وهو: "خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاختصاص أو التخيير" (٢) ومتى أطلق الحكم الشرعي انصرف إلى التكلفي، وإن لمعرفة هذه الأحكام أثراً من الأهمية بكان في صحة الفتوى، كما أن الجهل بها تترتب عليه آثار سلبية تنعكس على صحة الفتوى. وللحكم التكلفي خمسة أقسام (٣) هي: الواجب، والمندوب، والحرام، والمكروه، والمباح.

---

(١) ينظر: "رفع الحجاب عن مختصر ابن الحاجب" لابن السبكي (٤٨٢/١-٤٨٤)، و"بوضحة الناظر" لابن قدامة (١٣٤/١)، مع "نزهة الخاطر العاطر" لابن يدران، و"شرح الكوكب المنير" لابن النجار الفتوح (٤٣٤-٤٣٥).

(٢) فالاختصاص طلب الفعل، أو الكف عنه، فإن كان طلباً بالضرورة كان واجباً. وإن كان طلباً غير ملزم كان مندوباً. والكف عنه إن كان ملزماً فهو الحرام، وإن كان غير ملزم فهو المكروه. والتخيير موضوعه المباح. ينظر: "مختصر ابن الحاجب مع رفع الحجاب" لابن السبكي (٤٨٢-٤٨٨).

(٣) هكذا عند الجمهور، وعند الحنفية سبعة أقسام بزيادة الفرض، والمكروه تحريماً. ينظر: "فوائح الرحموت" لابن نظام الدين الانصاري، و"شرح مسلم الثبوت" لمحب الدين عبد الشكور (٥٨/١).

وهذه الأقسام إنما تُحدُّ وتنضبط بشرع الله، إذ الحكم لله وحده، ولا يجوز إثبات حكم شرعي - تكليفي أو وضعي - بغير الأدلة الشرعية التي جعلها الله طريقاً لمعرفة أحكامه، وهذا أصلٌ عظيم من أصول الدين.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: " .. فلهذا كان دين المؤمنين بالله ورسوله أن الأحكام الخمسة: الإيجاب، والاستحباب، والتحليل، والكرهية، والتحريم، لا تؤخذ إلا عن رسول الله ﷺ، فلا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله، ولا حرام إلا ما حرّمه الله ورسوله.. " (١).

والقول على الله بغير علم، وبغير سند شرعي محرمٌ وهو من كبائر الذنوب، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكُذْبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكُذْبَ﴾ (٢).

ومن أجل هذا؛ عني الأصوليون ببيان هذه الأحكام التكليفية، ومسائلها، والقواعد التي تنتج عنها، كما سألخصه فيما يلي إن شاء الله:

١- الواجب، وتعريفه: ما طلب الشارع فعله طلباً جازماً، ويلحق الذم تاركه، ويرادفه الفرض عند الجمهور خلافاً للحنفية (٣).

والذم الذي يلحق تاركه لا يثبت إلا بالشرع خلافاً لما قالته المعتزلة (٤).

(١) "مجموع الفتاوى" (٢٢/٢٢٦)، "الفتاوى الكبرى" (٢/٨٧).

(٢) سورة النحل الآية ١١٦.

(٣) ينظر خلاف الجمهور والحنفية في: "أصول السرخسي" (١/١١٠)، و"كشف الأسرار عن أصول المزدوي" (٢/٣٠٣)، و"روضة الناظر" (١/١٠١)، و"شرح الكوكب المنير" (١/٣٥١).

(٤) المعتزلة: أتباعُ وأصلبُ بنِ عطاء، الذي اعتزل مجلس الحسن البصري، وقرّر أن الفاسق في منزلة بين منزلتين، لا مؤمنٌ ولا كافرٌ، وهو مخلّد في النار، ومذهبهم في الصفات التعطيل، كالجهمية، وفي القدر كالقدرية ينكرون تعلق قضاء الله وقدره بأفعال العبد، وهم فرق =

من أن الذم بترك الواجب إنما بحسب العقل<sup>(١)</sup>.

ويستفاد الوجوب بالأمر الذي لا صارف له، وبالتصريح بلفظ الإيجاب، والفرض، والكتب، والحث، واللزم، ويترتيب العقاب على الترك، وبإحباط العمل على الترك، ونحو ذلك<sup>(٢)</sup>.

وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والأمر بالشيء أمر بلوازمه، وتحت هاتين القاعدتين مسائل وفروع ليس هذا مجال بسطها<sup>(٣)</sup>.

وينقسم الواجب باعتبارات متعددة إلى تقسيمات متنوعة أهمها:

- باعتبار ذاته ينقسم إلى معين لا يقوم غيره مقامه، كالصلاة، وإلى مخير يقوم غيره مقامه، كواحدة من خصال الكفارة.

- وباعتبار وقته إلى مضيق لا يسع وقته أكثر من فعل مثله، كصوم رمضان، وإلى موسّع يسع وقته لأكثر من فعله، كالصلوات الخمس.

- وباعتبار فاعله إلى عيني، وهو ما وجب على كل شخص بعينه لا يقوم غيره فيه مقامه، وإلى كفائي، وهو ما إذا قام به البعض سقط عن الآخرين، كالصلاة على الجنازة؛ وإلا أثم الجميع.

---

حشني: لهم عقائد فلسفة مخالفة لمنهج السلف - رحمهم الله - ينظر (٤٣/١) من "الملل والنحل" للشهرستاني، وينظر (ص ٩٣، ١٥) من "كتاب الفصل" لابن حزم.

(١) ينظر: "البحر المحيط" للزركشي (١٧٥-١٧٨)، و"مختصر ابن الحاجب مع رفع الحاجب" لابن السبكي (٤٩١-٤٩٢).

(٢) ينظر: "شرح الكوكب المنير" لابن النجار الفتوح (٣٥٤-٣٥٦).

(٣) ينظر: المصدر نفسه (٣٥٧-٣٦٢)، و"البحر المحيط" للزركشي (٢٢٣-٢٣١)، و"مجموع فتاوى شيخ الإسلام" (١٦١/٢٠)، و"جمع الجوامع مع التشنيف" (٢٦٧-٢٧٩).

- وباعتبار زمن أدائه إلى مطلق، ومقيد بزمن معين <sup>(١)</sup>.

٢- المندوب، وهو: ما طلب الشارع فعله طلباً غير جازم.

وهو تكليف ومأمور به حقيقة <sup>(٢)</sup>، لدخوله في حد الأمر من حيث الإيجاب والندب؛ ولأنه مستدعى، ومطلوب، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾ <sup>(٣)</sup>.

ويسمى المندوب سنةً، ومستحباً، وتطوعاً، وطاعةً، ونفلًا، وقريةً، ومُرغباً فيه، وإحساناً، وفضيلةً. وبعض المندوبات أكد <sup>(٤)</sup>.

والمندوب وما في معناه لا يثبت إلا بالأحاديث المقبولة دون المردودة الضعيفة. هذا هو الصحيح الراجح <sup>(٥)</sup>.

ولا يلزم المندوب بالشروع فيه إلا فيما استثنى ووقع الإجماع في

(١) ينظر: "شرح المنهاج للبيضاوي" لشمس الدين الأصفهاني (٨٦/١-٩٩) تحقيق/د. عبد الكريم النملة، و"جمع الجوامع" لابن السبكي مع شرحه "تشنيف المسامع" للزركشي (٢٤٣/١-٢٤٨، ٢٥١، ٢٥٨)، و"البحر المحيط" للزركشي (١٧٩/١-٢٢٢).

(٢) خلافاً للكرخي، والرازي، والجصاص من الحنفية، فعندهم أنه غير مأمور به حقيقة، وإن كان يتناول الأمر مجازاً. ينظر: "أصول السرخسي" (٣٣/١)، و"كشف الأسرار عن أصول البزدوي" للبخاري (١٧٩/١-١٨١)، و"المحصول" (٢٩٩/٢) مع "نفائس الأصول".

(٣) سورة النحل الآية ٩٠.

(٤) ينظر: "المحصول" للرازي (٨٣/١-٨٤) مع "نفائس الأصول" للقرافي، و"جمع الجوامع" (١٠٠/١) مع "البدر الطالع" لجلال الدين المحلي، و"شرح الكوكب المنير" (٤٠٣/١-٤٠٥).

(٥) ينظر: "مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية" (٦٥/١٨)، وما بعدها، و"الاعتصام" للشاطبي (١٦٣/١-١٦٧)، و"صحيح الترغيب والترهيب" للألباني (٦٥/١-٦٦، ٤٧-٤٨) وذكر أن المقولة الشائعة المعروفة بين جمهور أهل العلم وطلابه - من أن الحديث الضعيف يعمل به في فضائل الأعمال، ويعتبرون ذلك قاعدة علمية لا جدال فيها عندهم - غير مسلمة على إطلاقها عند المحققين من العلماء. المصدر نفسه (٤٧/١).

## الحج والعمرة<sup>(١)</sup>.

٣- الحرام، وهو: ما طلب الشارع الكف عنه على سبيل الجزم بحيث يتعلق بفاعله الذم.

ويسمى محظوراً، وممنوعاً، ومزجوراً عنه، ومعصية، وذنباً، وقبيحاً، وسيئة، وفاحشة، وإثمًا، وحرجاً، وتحريجاً، وعقوبة.

ويستفاد التحريم من: النهي الذي لا صارف له، والتصريح بالتحريم، والحظر، والوعيد على الفعل، وذم الفاعل، ونحو ذلك<sup>(٢)</sup>.

٤- المكروه، وهو: ما طلب الشارع الكف عنه طلباً غير جازم بأن كان منهيًا عنه، واقترن النهي بما يدل على عدم قصد التحريم. وقد يطلق خاصة في كلام السلف على المحرم. وقد يطلق على مكروه كراهة تنزيه، وعلى ترك الأولى، وهو ترك ما فعله راجح، أو فعل ما تركه راجح، ويطلق أيضاً على فعل ما فيه شبهة وتردد.

وهو تكليف ومنهي عنه حقيقة؛ لدخوله في حدّ النهي من حيث التحريم والكراهية<sup>(٣)</sup>.

---

(١) وعند أبي حنيفة يجب المندوب مطلقاً بالشروع؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَطْلُوا أَمْثَالَكُمْ﴾ محمد: من الآية ٣٣. ينظر: "المغني في أصول الفقه" للخيارزي (ص ٨٥)، و"جمع الجوامع" (١٠١/١-١٠٢) مع "البدر الطالع" للمحلي، و"البحر المحيط" (٢٨٩/١-٢٩٠). و"شرح الكوكب المنير" (٤٠٧/١-٤١٢).

(٢) ينظر: "المحصول" (٨٢/١) مع "نفائس الأصول" للسقرافي، و"شرح الكوكب المنير" (٣٨٦-٣٨٧)، و"بدائع الفوائد" لابن القيم (٤/٣-٤)، و"إرشاد الفحول" (٥٩/١).

(٣) ينظر: "الإحكام" للأمدى (١٢٢/١)، و"مختصر ابن الحلج" (٥٦٢-٥٦٣) مع "رفع الحاجب"، و"جمع الجوامع" (٩٥-٩٦) مع "البدر الطالع" لجلال الدين المحلي، و"شرح الكوكب المنير" (٤١٣/١-٤٢١).

٥- المباح، وهو: فعلٌ مأذون فيه من الشارع خلا من مدح أو ذمٍّ<sup>(١)</sup>.

قال الشاطبي<sup>(٢)</sup> في "الموافقات": "المباح من حيث هو مباح لا يكون مطلوب الفعل، ولا مطلوب الاجتناب.." <sup>(٣)</sup>.

وعليه؛ فإدخاله في الأحكام التكليفية من باب المسامحة والتغليب. ومذهب الجمهور أن المباح من حيث هو مباح - أي دون انضمام مقاصد أخرى إليه - غير مأمور به، ولا منهي عنه<sup>(٤)</sup>.

والمباح إباحته تكون شرعية، وهي الاستفادة من خطاب الشرع بنحو لفظ الإحلال، ورفع الجناح، والإذن، والعفو، والتخيير، ونحو ذلك. وتكون عقلية، وهي المصطلح عليها بالبراءة الأصلية والاستصحاب.

ومن أسماء المباح الذي إباحته شرعية الحلال، والمطلق، والطلق، والجائز. وربما أطلق المباح على غير الحرام، والمكروه، أي في أنه غير مطلوب الترك من حيث هو مباح<sup>(٥)</sup>.

هذه شذرة مقتضبة في بيان الأحكام التكليفية:

ولعل مما يؤكد أهمية معرفة الأحكام التكليفية للمفتي، ما يراه

(١) "شرح الكوكب المنير" (٤٢٢/١)، وينظر: "نفائس الأصول شرح المحصول" (٨٣/١).

(٢) هو: الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الفرناطي، الشهير بالشاطبي، النظار الأصولي، المفسر الفقيه، من أئمة المالكية، توفي سنة (٧٩٠هـ)، له تأليف نفيسة، من أهمها: "الموافقات في أصول الفقه"، و"الاعتصام". ينظر: "نيل الابتهاج على هامش النبيل" ص (٤٦-٥٠)، و"الأعلام" للزركلي (٧٥/١).

(٣) (١٧١/١) تعليق/ أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان.

(٤) ينظر: "فوائد الرحموت" (١١٣/١)، و"مختصر ابن الحاجب" بشروح عدة (٢٢٢/٢)، و"الإحكام" للأمدى (٦٤/١)، و"السودة" (ص ٦٥).

(٥) ينظر: "الإحكام" للأمدى (١٢٤-١٢٥)، و"الموافقات" (١٧٢-٢١٢)، و"البحر المحيط" (٢٧٥-٢٨٣)، و"شرح الكوكب المنير" (٤٢٤/١)، (٤٢٧-٤٢٨).

المتأمل من خلط بين هذه الأحكام، وتنزيلها على أفعال المكلفين، ففي أحكام الواجب يقع الخلط بين الواجب العيني والواجب الكفائي، ومثله بين الموسع والمضيق، والمعين والمخير، وأحياناً بين الواجب والمندوب، فيشدد في المندوب كما لو أنه واجب، ومثله ما نستطيع أن نطلق عليه: شيوع ثقافة التحريم، ويقابلها: الغلو في التسهيل وتتبع الرخص، وكذا الخلط بين الحرام والمكروه، وكذا عدم التفريق بين كراهة التحريم وكراهة التنزيه، والتشديد في بعض المباحات، ومعاملتها معاملة المكروه أو المحرم.

كل ذلك وغيره يدل على أهمية معرفة هذا الباب للمفتي، حتى يصيب مراد الشارع، ولا تلتبس عليه الأحكام بعدم وقوعها الموقع الصحيح على المكلفين، قال تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَاماً وَحَلالاً قُلْ اللَّهُ أَدْنَى لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثاني: الأحكام الوضعية:

قد عرّف الحكم الوضعي بتعريفات لعل أحسنها وأبعدها عن الإيرادات تعريف ابن النجار الفتوحي<sup>(٢)</sup>، حيث عرفه بقوله: "خبر استفيد من نصب الشارع علماً معرفاً لحكمه"<sup>(٣)</sup>.

والمعنى: أن الشرع وضع - أي شرع - أموراً سميت أسباباً وشروطاً،

(١) سورة يونس الآية ٥٩.

(٢) هو: محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحي، تقي الدين أبو البقاء، الشهير بابن النجار، ولد في عام ٨٩٨هـ فقيه حنبلي وقاض مصري، له "منتهى الإرادات" و"شرح الكوكب المنير"، توفي عام ٩٨٢هـ. ينظر: "النعت الأكمل" للغزي (ص ١٤١)، و"شذرات الذهب" (٥٧١/١٠)، و"الأعلام" (٦/٦).

(٣) "شرح الكوكب المنير" (٤٣٤/١).

ومواتع، ونحوها، يعرف عند وجودها أحكام الشرع من إثبات أو نفي، فالشرع بوضع هذه الأمور أخبرنا بوجود أحكامها وانتقائها.

وإنما اختير هذا التعريف؛ لتعذر معرفة خطاب الشارع في كل حال، وفي كل واقعة بعد انقطاع الوحي، وحذرًا من تعطيل أكثر الوقائع عن الأحكام الشرعية اهـ<sup>(١)</sup>.

وهناك فروق بين الحكم الوضعي والحكم التكليفي، أهمها:

- أنه يشترط في الحكم التكليفي علم المكلف وقدرته على الفعل المكلف به وكونه من كسبه، ولا يشترط ذلك ولا شيء من شروط التكليف إلا فيما استثنى في الحكم الوضعي. فالصبي وإن لم يكن مكلفًا؛ فإنه يضمن غرم المتلفات؛ لأن الضمان حكم وضع لسبب هو الإتلاف.

- أن الحكم التكليفي أمر وطلب، والحكم الوضعي إخبار<sup>(٢)</sup>.

ولمعرفة الأحكام الوضعية أهمية كبرى لدى المفتي، حتى لا يخلط بين السبب والشرط والمانع والصحة والفساد، وحتى لا يجعل الرخصة في محل العزيمة، والعزيمة في محل الرخصة، بل يجعل لكل حكمه وقدره؛ ليصيب مراد الشارع في وضع هذه الأحكام للمكلفين.

وفيما يلي نبذة يسيرة عن أهم أقسام الحكم الوضعي، وهي:

السبب، والشرط، والمانع، والصحة والفساد، والعزيمة والرخصة:

(١) (١/٤٣٤-٤٣٥). وينظر: "مختصر ابن الحاجب" (١١/٢) مع "رفع الحاجب".

(٢) ينظر: المصدر نفسه، (١/٤٣٥-٤٣٨)، وذكر أنه تستثنى قاعدتان يشترط فيهما في الحكم الوضعي العلم والقدرة. الأول: سبب عقوبة كالتقصاض، وحد الزنا. الثانية: نقل ملك، كالبيع، والهبة، والوصية، ونحوها. اهـ. بتصرف، وينظر: "روضة الناظر" (١٣٧-١٣٨) مع "نزهة الخاطر العاطر" لابن بدوان.

فالسبب : ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته.  
والشرط : ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود  
ولا عدم لذاته.  
والمانع: ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا  
عدم لذاته.

فلا بد في وجود الحكم الشرعي من توفر هذه الثلاثة؛ وإلا انتفى  
الحكم الشرعي بانتفاء أحدها. وذلك كوجوب الزكاة. فسيبه ملك النصاب،  
وشرطه حولان الحول، والمانع منه وجود الدين على صاحب المال الذي  
لا يبلغ المال النصاب لو أُدِّي وسُدَّ.

فإذا وجد النصاب، والحول، وانتفى الدين؛ وجب أداء الزكاة<sup>(١)</sup>.  
والصحة في العبادات عند المتكلمين<sup>(٢)</sup> هي: موافقة أمر الشارع،  
ولو لم تسقط الإعادة. وعند الفقهاء<sup>(٣)</sup> هي: سقوط الإعادة، بحيث لا  
يحتاج إلى فعلها مرة ثانية. فصلاة من ظن الطهارة صحيحة على قول  
المتكلمين، فاسدة على قول الفقهاء؛ لأنهم نظروا لما في نفس الأمر، وهذا  
الخلاف من قبيل الخلاف اللفظي - كما يرى كثير من الأصوليين -؛ لأن  
القضاء - بمعنى الإعادة - واجب عند الطائفتين<sup>(٤)</sup>.

(١) ينظر: "رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب" (١٣/١٧)، و"شرح الكوكب المنير"  
(٤٣٨-٤٥٨)، و"إرشاد الفحول" (٥٩-٦١).

(٢) المتكلمون هنا: جمهور الأصوليين من المالكية والشافعية والحنابلة.

(٣) الفقهاء هنا: هم أصوليو الحنفية حيث إن لهم منهجاً خاصاً في الأصول. ينظر فيهما معاً:  
"المستصفى" للقرظي (٩٤/١).

(٤) ينظر: "مختصر ابن الحاجب" (١٨/٢٠) مع "رفع الحاجب". "شرح الكوكب المنير"  
(٤٦٥-٤٦٨). وابن الحاجب ممن يرى أن الصحة والفساد أمران عقليان غير داخلين=

قال القرافي: "اتفقوا على أنه لا يجب القضاء - أي الإعادة - إذا لم يطلع على الحدث، وأنه يجب عليه إذا اطلع" (١).

والإجزاء في العبادات بمعنى الصحة: إلا أن الإجزاء وصف للعبادات فقط، بينما الصحة وصف لها وللمعاملات معاً. فالإجزاء أخص مطلقاً من الصحة (٢).

والصحة في المعاملات يراد بها: ترتب الأثر المطلوب من العقود، وذلك بالتمكن من التصرف فيما هو له، كالبيع إذا صح العقد ترتب أثره من ملك، وجواز التصرف فيه من هبة، ووقف، وأكل، ولبس، وانتفاع وغير ذلك (٣).

وأما الفساد - ويراد منه البطلان عند الجمهور - فيقابلان الصحة في العبادات وفي المعاملات (٤).

---

=في الحكم الشرعي. وعقب عليه تاج الدين ابن السبكي بقوله: "والصواب عندنا أن الصحة والبطلان والحكم بهما أمور شرعية". اهـ من "رفع الحاجب". الموضع نفسه. و"شرح المنهاج للبيضاوي" لشمس الدين الأصفهاني (١/٧٠-٧٢)، و"شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص٧٦-٧٧).

(١) "شرح تنقيح الفصول" (ص٧٦).

(٢) ينظر: "شرح تنقيح الفصول" (ص٧٧-٧٨)، و"الإحكام" للأمدي (١/١٣١)، و"المنهاج للبيضاوي" (١/٦٩، ٧٣-٧٤) مع شرحه للأصفهاني.

(٣) ينظر: "شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص٧٦-٧٧)، و"رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب" (٢/١٨-١٩)، "شرح الكوكب المنير" (١/٤٦٧-٤٦٨) بتصرف.

(٤) وفرق الحنفية في المعاملات بين الفساد والباطل، فالفساد: هو المشروع بأصله الممنوع بوصفه، كبيع درهم بدرهمين، فإن العوضين قبلان للبيع؛ ولكن جاء فساد البيع من وصفه بالزيادة. والباطل عندهم: ما لم يشرع بأصله ولا وصفه، كبيع الميتة بالدم فإنهما غير قابلين للبيع أصلاً ووصفاً، وكذلك فرق الجمهور بسبب الدليل لا كما عند الحنفية بين الفاسد والباطل في مسائل كثيرة، كالحد، والنكاح، والوكالة، والخلع، والإجارة. وغالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد إذا كانت مختلفاً فيها بين العلماء، والتي حكموا عليها =

أما العزيمة والرخصة:

فالعزيمة هي: "ما شرع من الأحكام الكلية ابتداءً"<sup>(١)</sup>. فمعنى كونها "كلية" أنها لا تختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلفون، ولا ببعض الأحوال دون بعض. ويخل تحت هذا ما شرع بسبب مصلحي في الأصل.

ومعنى "شرعيتها ابتداءً" أن يكون قصد الشارع بها إنشاء الأحكام التكليفية على العباد من أول الأمر، والناسخ كالحكم الابتدائي.

ولا يخرج عن هذا ما كان من الكليات واردة على سبب: فإن الأسباب قد تكون مفقودة قبل ذلك، فإذا وجدت؛ اقتضت أحكاماً.

قال: "وأما الرخصة؛ فما شرع لعذر شاق، استثناءً من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيها"<sup>(٢)</sup>.

وفي شرح الكوكب المنير: أن الرخصة ما ثبت على خلاف دليل شرعي لمعارض راجح<sup>(٣)</sup>.

وقد تكون الرخصة واجبة كآكل الميتة للمضطر، أو مندوبة كقصر المسافر الصلاة، أو مباحة كالجمع بين الصلاتين في غير عرفة ومزدلفة،

---

=بالبطلان إذا كانت مجتمعاً عليها، أو الخلاف فيها شاذ. ينظر: "رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب" (١٩/٢-٢٤)، و"شرح الكوكب المنير" (١/٤٧٣-٤٧٤)، و"جمع الجوامع" (١٠٧/١) مع "البدر الطالع" لجلال الدين المحلي، و"تشنيف المسامع" للزركشي على "جمع الجوامع" (١٨٥/٢-١٨٦)، و"البحر المحيط" للزركشي (١/٣٢١-٣٢٤)، و"الفروق" للقرافي (٢/٨٢)، و"القواعد والفوائد الأصولية" لابن اللحام (ص ١١١-١١٢).

(١) "الوافقات" (١/٤٦٤-٤٦٧).

(٢) المصدر نفسه.

(٣) (١/٤٧٨-٤٧٩)، وينظر: "مختصر ابن الحاجب" (٢/٢٥-٢٦) مع "رفع الحاجب"، و"جمع الجوامع" (١/١١٣-١١٤) مع "البدر الطالع" لجلال الدين المحلي.

خلافًا للحنفية الذين يمنعون الجمع في غير عرفة ومزدلفة. ولا تكون محرمة ولا مكروهة<sup>(١)</sup>.

وبعد هذه المقتطفات في بيان الأحكام الوضعية، أسوق لك - أخي القارئ الكريم - المنهج الصحيح في الفتوى، مع مراعاة هذه الأحكام في أفعال المكلفين:

فالمنهج الصحيح في الفتوى أن يتوسط المفتي فيها دون تشدد أو تساهل. يقول الشاطبي: "المفتي البالغ ذروة الدرجة، هو: الذي يحمل الناس على المعهود الوسط فيما يليق بالجمهور، فلا يذهب بهم مذهب الشدة ولا يميل بهم إلى طرف الانحلال.

والدليل على صحة هذا أنه الصراط المستقيم الذي جاءت به الشريعة، فإنه قد مر أن مقصد الشارع من المكلف الحمل على التوسط من غير إفراط ولا تفريط، فإنما خرج عن ذلك في المستفتين خرج عن قصد الشارع، ولذلك كان ما خرج عن المذهب الوسط مذمومًا عند العلماء الراسخين.

وأيضًا فإن هذا المذهب كان المفهوم من شأن رسول الله ﷺ وأصحابه الأكرمين وقد رد عليه الصلاة والسلام القتل، وقال لمعاذ لما أظال بالناس في الصلاة: (يا معاذ أفئان أنت)<sup>(٢)</sup> وقال ﷺ: (إن منكم منفرين)<sup>(٣)</sup> وقال ﷺ: (سدوا وقاربوا واغدوا وروحوا وشيء من الدلجة

(١) ينظر: "شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص ٨٥-٨٧)، و"مختصر ابن الحاجب" (٢/٢٥-).

(٢) مع "رفع الحاجب" لابن السبكي، و"شرح الكوكب المنير" (١/٤٧٩-٤٨٠).

(٣) أخرجه البخاري في باب "من شك إمامه إذا طول" برقم (٦٧٣).

(٣) أخرجه البخاري في باب "تخفيف الإمام في القيام وإتمام الركوع والسجود" برقم (٦٧٠).

والقصد القصد تبلغوا<sup>(١)</sup> وقال ﷺ: (عليكم من العمل ما تطيعون فإن الله لا يمل حتى تصلوا)<sup>(٢)</sup> وقال ﷺ: (أحب العمل إلى الله ما داوم عليه صاحبه وإن قل)<sup>(٣)</sup> ورد عليهم الوصال وكثيراً من هذا وأيضاً فإن الخروج إلى الأطراف خارج عن العدل، ولا تقوم به مصلحة الخلق أما في طرف التشديد فإنه مهلكة، وأما في طرف الانحلال فكذلك أيضاً؛ لأن المستفتى إذا ذهب به مذهب العنت والحرج بغض إليه الدين وأدى إلى الانقطاع عن سلوك طريق الآخرة وهو مشاهد، وأما إذا ذهب به مذهب الانحلال كان مظنة للمشى مع الهوى والشهوة، والشرع إنما جاء بالنهي عن الهوى واتباع الهوى مهلك والأدلة كثيرة.

فعلى هذا يكون الميل إلى الرخص في الفتيا بإطلاق مضادا للمشي على التوسط، كما أن الميل إلى التشديد مضاد له أيضاً، وربما فهم بعض الناس أن ترك الترخص تشديد فلا يجعل بينهما وسطاً، وهذا غلط، والوسط هو معظم الشريعة وأم الكتاب، ومن تأمل موارد الأحكام بالاستقراء التام عرف ذلك، وأكثر من هذا شأنه من أهل الانتماء إلى العلم يتعلق بالخلاف الوارد في المسائل العلمية بحيث يتحرى الفتوى بالقول الذي يوافق هوى المستفتي بناء منه على أن الفتوى بالقول المخالف لهواه تشديد عليه وخرج في حقه، وأن الخلاف إنما كان رحمة لهذا المعنى وليس بين التشديد والتخفيف واسطة، وهذا قلب للمعنى

(١) أخرجه البخاري في باب "القصد والمداومة على العمل" برقم (٦٠٩٨).

(٢) أخرجه البخاري في باب "صوم شعبان" برقم (١٨٦٩)، ومسلم في باب "فضيلة العمل الدائم من قيام الليل وغيره" برقم (٢١٥).

(٣) أخرجه البخاري في باب "أحب الدين إلى الله أدومه" برقم (٤٣)، ومسلم في باب "صيام النبي ﷺ في غير رمضان واستحباب أن لا يخلى شهراً عن صوم" برقم (١٧٧).

المقصود في الشريعة، وقد تقدم أن اتباع الهوى ليس من المشقات التي يترخص بسببها، وأن الخلاف إنما هو رحمة من جهة أخرى، وأن الشريعة حمل على التوسط لا على مطلق التخفيف، وإلا لزم ارتفاع مطلق التكليف من حيث هو حرج ومخالف للهوى ولا على مطلق التشديد، فليأخذ الموفق في هذا الموضع حذره، فإنه مزلة قدم على وضوح الأمر فيه.

ومن معالم المنهج الصحيح في الفتوى في هذا الباب: أخذ المفتي نفسه بالعزيمة:

فيجوز للمفتي أن يأخذ نفسه بالعزائم، يقول الشاطبي: قد يسوغ للمجتهد أن يحمل نفسه من التكليف ما هو فوق الوسط بناء على ما تقدم في أحكام الرخص ولما كان مفتياً بقوله وفعله كان له أن يخفى ما لعله يقتدي به فيه، فربما اقتدى به فيه من لا طاقة له بذلك العمل فينقطع، وإن اتفق ظهوره للناس نبه عليه، كما كان رسول الله ﷺ يفعل، إذ كان قد فاق الناس عبادة وخلقا، وكان عليه الصلاة والسلام قدوة، فربما اتبع لظهور عمله، فكان ينهى عنه في مواضع: كنهيه عن الوصال، ومراجعته لعمر بن العاص في سرد الصوم، وقد قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّ فِيكُمْ رَسُولَ اللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَمْرِ لَعَنِتُمْ﴾<sup>(١)</sup>، وأمر بحل الحبل الممدود بين الساريتين، وأنكر على الحولاء بنت تويت قيامها الليل، وربما ترك العمل خوفاً أن يعمل به الناس فيفرض عليهم، ولهذا - والله أعلم - أخفى السلف الصالح أعمالهم لئلا يتخذوا قدوة مع ما كانوا يخافون عليه أيضاً من رياء

(١) سورة الحجرات الآية ٧.

أو غيره، وإذا كان الإظهار عرضة للاقتداء لم يظهر منه إلا ما صح للجمهور أن يحتملوه" (١).

كما ينبغي أن يعلم أن التساهل في طلب الرخص قاذح في الفتوى. فينبغي على المفتي أن لا يتساهل في طلب الرخص، وكان العلماء لا يأخذون الفتوى عن دأبه التساهل في طلب الرخص. وقد حدد السمعاني (٢) حالتين للتساهل في الرخص، فقال:

"إحدهما: أن يتساهل في طلب الأدلة وطرق الأحكام ويأخذ بمبادئ النظر وأوائل الفكر، فهذا مقصر في حق الاجتهاد، فلا يحل له أن يفتي، ولا يجوز أن يستفتى، وإن جاز أن يكون ما أجاب به حقاً؛ لأنه غير مستوف لشروط الاجتهاد لجواز أن يكون الصواب من استيفاء النظر في غير ما اختلف فيه.

والحالة الثانية: أن يتساهل في طلب الرخص وتأويل الشبه ومعنى النظر ليتوصل إليها وتعليق بأضعفها، وهذا متجاوز في دينه متعد في حق الله تعالى، أو غاراً لمستفتيه عادل عما أمر الله سبحانه به في قوله: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنَهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ﴾ (٣)، وهو في هذه الحالة أعظم مائماً منه في الأولى؛ لأنه في الحالة الأولى

(١) "الموافقات" (٢٥٨/٤-٢٦٠).

(٢) هو: الإمام منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن محمد بن جعفر بن أحمد بن عبد الجبار بن الفضل بن الربيع بن مسلم التميمي المروزي السمعاني. ولد في مدينة مرو الشاهجان سنة (٤٢٦هـ)، ومن مصنفاته: "التفسير" و"القواطع في أصول الفقه"، و"الرد على القدريّة" وغيرها، توفي سنة (٤٨٩هـ). ينظر ترجمته في: "الأنساب" (٢٩٩/٣)؛ و"اللباب" (١٣٨/٢-١٣٩)؛ و"طبقات المفسرين" (٣٣٩/٢-٣٤٠).  
(٣) سورة آل عمران الآية ١٨٧.

مقصر وفي الثانية متعدد، وإن كان في الحالتين أثماً متجاوزاً لكن الثاني أعظم، وكما لا يجوز أن يطلب الرخص والشبه كذلك، لا يجوز أن يطلب التغليظ والتشديد، وليعدل في الجواب إلى ما يوجب صحة النظر من الحكم الذي تقتضيه الأدلة الصحيحة، فإن دلت على التغليظ أصاب، وإن دلت على الترخيص أصاب، وإن كان للتغليظ وجه في الاجتهاد أمسك عن ذكره<sup>(١)</sup>.

كما يستحب إعلام المستفتي بمذهب غيره إن كان أهلاً للرخصة. ذكر القاضي أبو الحسين<sup>(٢)</sup> في فروعه في كتاب "الطهارة" عن أحمد: "أنهم جاءوه بفتوى، فلم تكن على مذهب. فقال: عليكم بحلقة المدنيين"<sup>(٣)</sup>، ففي هذا دليل على أن المفتي إذا جاءه المستفتي، ولم يكن عنده رخصة له: أن يدلّه على مذهب من له فيه رخصة<sup>(٤)</sup>.

يقول ابن القيم: "من فقه المفتي ونصحه إذا سألّه المستفتي عن شيء فممنعه منه، وكانت حاجته تدعوه إليه أن يدلّه على ما هو عوض له منه، فيسدد عليه باب المحظور ويفتح له باب المباح، وهذا لا يتأتى إلا من عالم ناصح مشفق قد تاجر الله وعامله بعلمه.

---

(١) "قواطع الأدلة في الأصول" للسمعاني (٤٣٩/٣).

(٢) هو: محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، أبو الحسين بن أبي يعلى، ولد في بغداد سنة ٤٥١ هـ، نشأ في وسط علمي، فوالده القاضي أبو يعلى إمام الحنابلة، كان فقيهاً منازعاً متشدداً في السنة، من مؤلفاته: "طبقات الحنابلة"، و"المفردات في أصول الفقه"، و"المجموع في الفروع"، توفي مقتولاً عام ٥٢٦ هـ ينظر: "طبقات الحنابلة" بتحقيق العثيمين (١٣/١)، و"المنتظم" (٢٩/١٠)، و"سير أعلام النبلاء" (٦٠٢/١٩).

(٣) ينظر: "المسودة" (٤١٢/١)، و"روضة الناظر" (٣٨٦/١).

(٤) ينظر: المصادر السابقة، و"شرح الكوكب المنير" (١٠٣/٣).

فمثاله في العلماء مثال الطبيب العالم الناصح في الأطباء يحمي العليل عما يضره، ويصف له ما ينفعه، فهذا شأن أطباء الأديان والأبدان وفي الصحيح عن النبي ﷺ أنه قال: (إنه لم يكن نبي قبلي إلا كان حقا عليه أن يدل أمته على خير ما يعلمه لهم وينذرهم شر ما يعلمه لهم)<sup>(١)</sup>.

وهذا شأن خلق الرسل وورثتهم من بعدهم، ورأيت شيخنا -قدس الله روحه- يتحرى ذلك في فتاويه مهما أمكنه، ومن تأمل فتاويه وجد ذلك ظاهرا فيها، وقد منع النبي ﷺ بلالاً أن يشتري صاعاً من التمر الجيد بصاعين من الرديء، ثم دله على الطريق المباح فقال: (لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيبا)<sup>(٢)</sup> فمنعه من الطريق المحرم وأرشده إلى الطريق المباح<sup>(٣)</sup>.

كانت تلك إضاءات عن الأحكام الوضعية وأثرها في صحة الفتوى، وبها ينتهي المبحث الثاني في هذا الفصل.

### المبحث الثالث : ما لا بد منه لتصوير الأحكام (التكليف) :

إن الأحكام الشرعية بنوعيتها التكليفية والوضعية لا بد لتصورها من تحقق شروط التكليف الذي هو: "إلزام مقتضى خطاب الشارع" أي: بالامر والنهي والإباحة<sup>(٤)</sup>.

وشروط التكليف إما شروط عائدة إلى الفعل المكلف به (المحكوم

(١) أخرجه مسلم في باب "وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء الأول فالأول" برقم (١٨٤٤).

(٢) أخرجه البخاري في باب "إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه" برقم (٢٠٨٩).

(٣) "إعلام المرقعين عن رب العالمين" (٤٩١/٤).

(٤) ينظر: "روضة الناظر" (١٣٦/١) مع "نزهة الخاطر العاطر" لابن بدران، و"شرح

الكوكب المنير" (٤٨٣/١).

فيه) وإما شروط عائدة إلى المكلف نفسه (المحكوم عليه).

فشروط الفعل المكلف به عائدة إلى القدرة والاستطاعة، وهي:

- أن يكون الفعل معدوماً؛ لأن التكليف بتحصيل الموجود محال؛ لأن الموجود لا يصح التكليف به. كمن صلى الظهر من كل جهاتها فلا يمكنه تحصيلها بعينها.

- أن يكون الفعل معلوماً معروفاً عند المكلف؛ ليتصور قصده إليه. فالأمور بالصلاة يجب أن يعلم أولاً حقيقتها، وكيفية تأديتها؛ وإلا كان أمره بها تكليفاً بما لا يطاق.

- أن يكون الفعل ممكناً مقدوراً عليه؛ لأنه لا يمكن حصول الفعل المطلوب إلا بأن يكون متصور الوقوع، ولا يتصور وقوع المحال<sup>(١)</sup>.

والتكليف بالمحال أو بما لا يطاق قسمان:

الأول: المستحيل لذاته: كالجمع بين الضدين، فلا يجوز التكليف به إجماعاً، وهو غير واقع في الشريعة لقوله تعالى: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾<sup>(٢)</sup>.

الثاني: المستحيل لا لذاته؛ بل لتعلق علم الله الأزلي بأنه لا يوجد، وذلك كإيمان أبي لهب، ومثل هذا يجوز التكليف به شرعاً وواقع بإجماع المسلمين<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: "المستصفى" للغزالي (٦٥/١-٩٠)، و"روضة الناظر" (١٥٠/١-١٥٤) مع "نزعة الخاطر العاطر"، و"شرح الكوكب المنير" (١/٤٨٤-٤٩٤).

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

(٣) ينظر: "الإحكام" للأمدي (١/١٣٤ وما بعدها)، و"جمع الجوامع" (١/١٥٦-١٥٨) مع البدر الطالع لجلال الدين المحلي، و"شرح الكوكب المنير" (١/٤٨٥-٤٩٠)، و"مجموع فتاوى شيخ الإسلام" (٨/٢٩٥، ٣٠١، ٤٧٩).

والقدرة والاستطاعة التي تشترط في التكليف هي الشرعية المصححة للفعل وهي مناط الأمر والنهي، وهي التي تتقدم الفعل، كما في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾<sup>(١)</sup>.

وأما القدرة والاستطاعة القدرية المقترنة بالفعل المحققة له، فهي مناط القضاء والقدور، ولا تشترط في التكليف. وذلك مثل العصاة والكفار، فهم مكلفون بما فرض عليهم ومعاقبون بعدم الامتثال؛ لحصول القدرة والاستطاعة الشرعية لهم<sup>(٢)</sup>.

ويشترط للمكلف نفسه (المحكوم عليه) شرطان: العقل، وفهم الخطاب، مع ارتفاع الموانع التي تمنع من سلامة العقل، والمخلّة بالفهم. فالصبي، والمجنون غير مكلفين إجماعاً، ووجوب الزكاة عليهما كوجوبها على غيرهما، وكذا قيم المتلفات، والجنايات. كل ذلك ليس من باب التكليف، وإنما من باب ربط الأحكام بأسبابها؛ لتعلق الوجوب بالمال، أو بالذمة الإنسانية.

فهذه هي أهلية الوجوب، ولا تعرض لها عوارض تمنعها؛ لأنها من خطاب الوضع، ولا يشترط فيه التكليف. وأما أهلية الأداء؛ فهي التي ينافي بها التكليف، وقد يعرض للمكلف بعدها عوارض سماوية ليست بسببه، أو عوارض بفعله أو بفعل آخر تمنع من سلامة العقل أو تخل بفهم الخطاب. فالعوارض السماوية هي: الجنون، والعتة، والنسيان، والنوم، والإغماء.

(١) سورة آل عمران الآية ٩٧.

(٢) ينظر: "مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية" (٨/٢٩٠-٢٩١، ٣٧٢-٣٧٣، ١٣٠، ٤٤١)، و"شرح العقيدة الطحاوية" لابن أبي العز الحنفي (ص ٤٨٨، ٤٢٩).

وغير السماوية هي: السفه، والسكر، والجهل، والخطأ، والإكراه، والإغلاق وهو شدة الغضب.

وعوارض أهلية الأداء - بقسميها - لا تمنع كلها أصل الخطاب من حيث الجملة، ولا يلزم من تحقق بعضها إسقاط أهلية الأداء بالكلية؛ ولكن قد يؤثر هذا في صلاحية المتصف بها للإلزام والالتزام<sup>(١)</sup> وفي مقدار تحمل التبعات.

وبالجملة فهي تختلف بحسب أحوال، واعتبارات، وضوابط. والخلاف جارٍ بين الفقهاء في بعض تفاصيل ذلك.

فالسفيه مثلاً يحجر عليه عند الجمهور<sup>(٢)</sup> في التصرفات المالية خلافاً لأبي حنيفة وزفر<sup>(٣)</sup>. والناسي والمخطئ والنائم: الأظهر أن العفو عنهم بمعنى رفع الإثم؛ لأنه مرتبط على المقاصد والنيات. والسكر، والإكراه: تختلف أحوالهما باعتبارات<sup>(٤)</sup>.

(١) بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق ويتحمل التبعات. "أصول الفقه" لمحمد أبو زهرة (ص ٣٠٧).

(٢) ينظر: "أصول السرخسي" (٤٣/١)، و"المفني" لابن قدامة (٥٥٠/٤).

(٣) هو: زفر مولى مسلمة بن عبد الملك وهو أبو راشد بن زفر، زفر بن الهذيل الغنيري الفقيه صاحب أبي حنيفة. مولده سنة ست عشرة ووقته سنة ثمان وخمسين ومائة. روى عن الأعمش وإسماعيل بن أبي خالد وابن إسحاق وحجاج بن أرطاة وأبي حنيفة وجماعة. ومات كهلاً. ينظر: "الوافي في الوفيات" (١/١٩٧٩).

(٤) ينظر فيما يشترط المكلف وفي أهلية الوجوب والأداء وعوارض أهلية الأداء: "أصول السرخسي" (٣٠٥/٢-٣٢٣) تحقيق/ د: رفيق العجم، و"كشف الأسرار عن أصول البزدي" للبخاري (٣٢٤-٥٦٩)، و"المستقصى" للغزالي (٨٣/١) وما بعدها، و"الإحكام" للأمدى (٤٩/١) وما بعدها، و"البحر المحيط" (٣٤٩/١-٣٦٧، ٤٣٤-٤٣٨)، و"شرح الكوكب المنير" (٤٩٩-٥١٤)، و"أصول الفقه" للشيخ محمد أبو زهرة (ص ٢٩٤-٣٤١).

وبعد ذكر الأمور التي لا بد منها لتصوير الأحكام، أبين ما ينبغي للمفتي معرفته في ذلك: حيث يشترط في المفتي أن يكون عالماً بطرق الأحكام، قال الشيرازي<sup>(١)</sup>: "وينبغي أن يكون المفتي عارفاً بطرق الأحكام، وهي الكتاب والذي يجب أن يعرف من ذلك ما يتعلق بذكر الأحكام والحلال والحرام، دون ما فيه من القصص والأمثال والمواظم والأخبار، ويحيط بالسنن المروية عن رسول الله ﷺ في بيان الأحكام، ويعرف الطرق التي يعرف بها ما يحتاج إليه من الكتاب والسنة من أحكام الخطاب وموارد الكلام، ومصادره من الحقيقة والمجاز، والعام والخاص، والمجمل والمفصل، والمطلق والمقيد، والمنطوق والمفهوم، ويعرف من اللغة والنحو ما يعرف به مراد الله تعالى، ومراد رسوله ﷺ في خطابهما، ويعرف أحكام أفعال رسول الله ﷺ وما تقتضيه، ويعرف الناسخ من ذلك من المنسوخ، وأحكام النسخ وما يتعلق به"<sup>(٢)</sup>.

وبانتهاء هذا النقل يتم الكلام في باب الأحكام وأهميته للمفتي، وأثره على الفتوى.

انتقل بعده إلى الفصل الثاني في الأدلة وأثرها في صحة الفتوى.

---

(١) هو: إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبدالله، أبو إسحاق جمال الدين، الفقيه الشافعي، الأصولي المؤرخ الأديب، ولد سنة (٣٩٣هـ)، وتوفي سنة (٤٧٦هـ). من مصنفاته: "التبصرة في أصول الفقه"، و"اللمع وشرحه"، ينظر: "وفيات الأعيان" (٢٩/١)، و"طبقات الشافعية الكبرى" (٨٨/٣).

(٢) "اللمع" (٣٥٠/١).

## الفصل الثاني

### الأدلة وأثرها في صحة الفتوى

ويشتمل على: تمهيد، وخمسة مباحث:

**التمهيد:** ويشتمل على: مطلبين:

المطلب الأول: مراعاة ما فهمه السلف الصالح من أجل أن تؤثر  
"أدلة الفقه" في صحة الفتوى.

ويعنى بالسلف الصالح: القرون المفضلة الذين أثنى عليهم النبي ﷺ فيما أخرجه الشيخان، واللفظ للخاري من حديث عمران بن حصين<sup>(١)</sup> قال: قال رسول الله ﷺ: (خير أمتي قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم). قال عمران: فلا أدري أذكر بعد قرنه قرنين، أو ثلاثة<sup>(٢)</sup>.

قال الحافظ ابن حجر<sup>(٣)</sup> في "الفتح" عند شرحه هذا الحديث: "واتفقوا على أن آخر من كان من أتباع التابعين ممن يقبل قوله من عاش إلى حدود العشرين ومائتين. وفي هذا الموقف ظهرت البدع ظهوراً فاشياً، وأطلقت المعتزلة ألسنتها، ورفعت الفلاسفة رؤوسها، وامتنح أهل

(١) هو: عمران بن حصين عبيد الخزاعي، ويكنى: أباً نجيد، كان إسلامه عام خيبر، روى عن النبي ﷺ عدة أماديث، وغزا معه ﷺ عدة غزوات، وكان صاحب راية خزاعة يوم الفتح، توفي بالبصرة، روى عنه ابنه نجيد، وأبو الأسود الدؤلي وأبو رجاء العطاردي. ينظر: "الإصابة في تمييز الصحابة" (٧٠٥/٤)، و"تهذيب التهذيب" (١١١/٨).

(٢) أخرجه البخاري في باب "لا يشهد على شهادة جور إذا شهد" برقم (٢٥٠٨)، ومسلم في باب "فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم" برقم (٢٥٣٣).

(٣) هو: أحمد بن علي بن محمد الكتاني العسقلاني الشافعي شهاب الدين أبو الفضل، حافظ إمام بارع بمعرفة الحديث وعلمه ورجاله، ومن أشهر كتبه: "فتح الباري" و"تلخيص الحبير" و"الإصابة"، و"الدرر الكامنة"، وغيرها، توفي سنة (٨٥٢ هـ). ينظر ترجمته في: "البدر الطالع" (٨٧/١)؛ و"شذرات الذهب" (٢٧٠/٧).

العلم ليقولوا بخلق القرآن، وتغيرت الأحوال تغيراً شديداً، ولم يزل الأمر في نقص إلى الآن " اهـ (١).

وإن مراعاة ما فهمه السلف الصالح في الأصول والثوابت - وفي مقدمتهم صحابة رسول الله ﷺ - لهو السياج المنيع من تحريف معاني نصوص الكتاب والسنة، وإخراجها عن دلالاتها السليمة الصحيحة بأنواع من التأويل الفاسد، وطرق الفهم المنحرفة عن الجادة الصحيحة.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية: أن الكلام في أصول الفقه وتقسيم أدلته إلى: الكتاب، والسنة، والإجماع، ولجتهاد الرأي، والكلام في وجه دلالة الأدلة على الأحكام أمر معروف من زمن أصحاب محمد ﷺ والتابعين لهم بإحسان، ومن بعدهم من أئمة المسلمين. وهم كانوا أقعد بهذا الفن وغيره من فنون العلم الدينية ممن بعدهم..(٢).

وأصل الاستدلال وعماده عند السلف الصالح والأئمة المحققين المجددين، وجوب اتباع الدليل. وأصل الأدلة كلها كتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ. فمن عرف قول الله وقول رسوله ﷺ، وعرف مراد الألفاظ، ودلالاتها التي استعملها الشارع وفهمها السلف الصالح، فهو أحرى بأن يحكم مسائل الأصول وقواعده على الوجه السليم الذي به تصح الفتوى.

ومما هو بسبيل هذا أن يُعنى هنا بتقرير أن الحجة في الحديث المقبول دون المردود.

ولعلك ترى أن هذه المسألة لها أثر كبير، وخطر عظيم في استنباط

(١) (٦/٧).

(٢) "مجموع الفتاوى" (٤٠١/٢٠).

الأحكام من السنة النبوية التي هي ثاني أدلة الفقه الإجمالية؛ لأنه إذا لم يكن الحديث مقبولا سقط كل ما بني عليه من الأحكام، وما ظنك بفتاوى مستندة إلى أخبار مردودة !!<sup>(١)</sup>.

وإذا تقرر هذا؛ فإن أمر التصحيح والتضعيف موكل إلى المحدثين دون غيرهم، وإلا أهدر عملهم الذي بذلوا فيه مجههم، وأفنوا فيه أعمارهم ..<sup>(٢)</sup>.

وقد صرح بهذا الإمام أبو المظفر السمعاني<sup>(٣)</sup> - وهو من الأئمة في أصول الفقه - حيث قال: "واعلم أن عندنا الخبر الصحيح ما حكم أهل الحديث بصحته .. ورب خبر اشتهر عند الفقهاء وأهل الحديث لا يحكمون بصحته .. ورب خبر كان غريباً عند الفقهاء وقد حكم أهل الصنعة بصحته .."<sup>(٤)</sup>.

ولا يرد على ما قيل في مراعاة ما فهمه السلف الصالح اختلاف الصحابة ومن بعدهم من المجتهدين. فإنه اختلاف في اجتهاداتهم، واستنباطاتهم، واختلاف في المأخذ وفي الفهوم ..<sup>(٥)</sup>.

(١) وسيتاتي لهذا مزيد إيضاح عند الكلام عن دليل السنة (ص ٤٩) من هذا البحث.

(٢) ينظر: "قواطع الأدلة في الأصول" لأبي المظفر السمعاني (١/٣٩٨-٣٩٧)، و"تلبيس إبليس" لابن الجوزي (ص ١٢٠)، و"الكفاية في علم الرواية" للخطيب البغدادي (ص ٢١٢).

(٣) هو: الإمام منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن محمد بن جعفر بن أحمد بن عبد الجبار بن الفضل بن الربيع بن مسلم التميمي المروزي السمعاني، ولد في مدينة مرو الشاهجان سنة (٤٢٦هـ)، ومن مصنفاته: "التفسير" و"القواطع في أصول الفقه" و"الرد على القدرة"، وغيرها. توفي سنة (٤٨٩هـ). ينظر ترجمته في: "الأنساب" (٣/٢٩٩)؛ و"اللباب" (٢/١٣٨-١٣٩)؛ و"طبقات المفسرين" (٢/٣٣٩-٣٤٠).

(٤) "قواطع الأدلة في الأصول" (١/٣٩٧-٣٩٨).

(٥) ينظر: "فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية" (٩/١٩٦-٢٠٠)، و"الإتصاف في بيان أسباب الاختلاف" للدهلوي (٢٩-٣٠)، و"الاجتهاد المقاصدي" د. نور الدين الخادمي (١/٧٢-٨٢).

وأراء التابعين المخالفة لقول أحد الصحابة كثيرة معلومة مشهورة. وهذا لا يتنافى مع اتباعهم للصحابة، وسلوك مسلكهم ومنهجهم ومراعاة ما فهموه<sup>(١)</sup>.

المطلب الثاني: اعتبار العلاقة الجدلية بين النص والمقصد.

إن النصوص الشرعية في الأصل متضمنة للمقاصد الشرعية المرادة منها من حيث تعليل الأحكام، والحكم، والأسباب، والغايات، واعتبار المآلات.

قال الإمام الشاطبي في هذا السياق: "وإذا دل الاستقراء على هذا .. فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة. ومن هذه الجملة ثبت القياس والاجتهاد .."<sup>(٢)</sup>.

ولا يخفak أن القول بنفي تعليل الأحكام تعليلاً أصولياً فقهياً - لا على غرار التعليل الفلسفي الكلامي، ولا غرار المقولات والإلزامات الاعتزالية - قولٌ سقيم، وقد دل الاستقراء على اطراحه، وعدم الاتكاء عليه<sup>(٣)</sup>.

هذا، وإن مقتضى الاجتهاد، ومقتضى النظر الصحيح للنصوص والمقاصد من أجل عدم تناقضها عند الفتوى، يقتضي "اعتبار خصوص الجزئيات (الأدلة الشرعية التفصيلية وما أخذ عنها من القواعد) مع

(١) ينظر: "كشف الأسرار عن أصول البزدوي" (٩٤٥/٣) وما بعدهما. و "إعلام الموقعين" (٢٢٢، ١٧٨/٢).

(٢) "الموافقات" (١٣/٢)، وينظر: ما قبلها.

(٣) "شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص ٤٠٨-٤١١)، و "الموافقات" (٩/٢-١٢ مع هوامشها)، و "شرح الكوكب المنير" (١/٣١٢-٣٢٢).

اعتبار كلياتها وبالعكس، وهو منتهى نظر المجتهدين بإطلاق، وإليه ينتهي طَلَّهَم<sup>(١)</sup> في مرامي الاجتهاد<sup>(٢)</sup>.

فالذي يقتصر في الفتوى على مجرد ما فهمه من دليل جزئي، كآية، أو حديث، أو قياس، أو مصلحة مرسلّة، أو استحسان، فهو مقصر، كالذي يقتصر في الفتوى وفق المقاصد فحسب، دون رجوع للأدلة الجزئية في كل مسألة.

وقليل من النظر هنا يفضح دعاوى بعض من لا علم له بطبيعة العلاقة بين النصوص والمقاصد، ويخرج بفتاوى غير منضبطة بالضوابط الأصولية!!

ومن الأمثلة على ذلك: - ما طار به البعض من النظر إلى الدليل الخاص في مسألة قيادة المرأة للسيارة، حيث لا يمنعها من ذلك دليل معين، وأن الأصل في المسألة الحل. في حين أن الفتوى بمنعها<sup>(٣)</sup> من قيادة السيارة، قد ضم إلى هذا الأصل اعتبار كلية ومقصد شرعي في حفظ الأعراض وسدّ ذرائع الفساد، كما لا يخفى.

لذا فإن من المهم جداً أن نفهم طبيعة العلاقة بين النص والمقاصد المخترنة في مضمونه؛ لأن إساءة فهم هذه المسألة كثيراً ما تسبب اضطراباً في التصورات والنتائج، وتجر إلى أنواع من الشطط، والانحراف، والمبالغة، إما في الاعتداد بالمصالح والمقاصد حتى لا تبقى أدنى حرمة وظيفية للنصوص الشرعية، وإما في إهدار تلك المقاصد

(١) طَلَّهَم، أي: سيرهم). ينظر: "لسان العرب" لابن منظور مادة (طلق).

(٢) "الموافقات" (١٨٠/٣).

(٣) ينظر: "مجموع فتاوى ابن باز" (٣/٣٥١-٣٥٣)، و"فتاوى المرأة" (ص ١٩٤-١٩٥).

إمعانًا في التمسك بظواهر النصوص<sup>(١)</sup>.

فيجب الحذر كل الحذر من الشطط في التعويل على المقاصد، بحيث تخرج من أحكام الشريعة، ونصوصها، ورسومها.

وأين صنيع الإمام الشاطبي - إمام المقاصدين - ممن يريدون أن يقبلوا الشريعة رأساً على عقب بحجة الاستناد إلى المقاصد؟ وأن المقصود ليس هو هيئة العبادة، وإنما العبرة بروح الشريعة ومقصودها؛ ليحلوا حراما، ويحرموا حلالا، وللتحلل من أحكام الشريعة<sup>(٢)</sup>.

واليك - أخي القارئ الكريم - أنواع الأدلة التي ينبغي على المفتي معرفتها في الجملة:

قال الإمام الغزالي: "الأدلة ثلاثة: عقلية تدل لذاتها، وشرعية صارت أدلة بوضع الشرع، ووضعية، وهي العبارات اللغوية، ويحصل تمام المعرفة فيه بما ذكرناه في مقدمة الأصول من مدارك العقول لا بأقل منه، فإن من لم يعرف شروط الأدلة لم يعرف حقيقة الحكم ولا حقيقة الشرع ولم يعرف مقدمة الشارع ولا عرف من أرسل الشارع، ثم قالوا: لا بد أن يعرف حدوث العالم وافتيقاره إلى محدث موصوف بما يجب له من الصفات، منزّه عما يستحيل عليه، وأنه متعبد عباده

(١) ينظر: "الموافقات" (٧٨-٧٩)، و"مقاصد الشريعة" لابن عاشور (ص ٢٨-٣٩)، و"اعتبار المآلات، ومراعاة نتائج التصرفات" لعبد الرحمن بن معمر السنوسي (ص ٤٠٣).

(٢) ينظر: "الموافقات" للشاطبي (١/٤٢-٥٣، في الهامش) تعقيب الشيخ / أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان على المقاصدين (العصريين!!)، و"الاجتهاد المقاصدي" للدكتور / نور الدين الخادمي (٢/١٩٧-١٩٨)، و"التجديد والمجددون في أصول الفقه" للدكتور / أبي الفضل عبد السلام بن محمد بن عبد الكريم ص (٤٠٨)، و"التجديد في الفكر الإسلامي" للدكتور / عدنان محمد أمانة (ص ٤٣٥، ٤٤٠-٤٥٨).

ببعثة الرسل، وتصديقهم بالمعجزات، وليكن عارفاً بصدق الرسول والنظر في معجزته، والتخفيف في هذا عندي أن القدر الواجب من هذه الجملة اعتقاد جازم، إذ به يصير مسلماً، والإسلام شرط المفتي لا محالة، فأما معرفته بطرق الكلام والأدلة المحررة على عانتهم فليس بشرط إذ لم يكن في الصحابة والتابعين من يحسن صنعة الكلام<sup>(١)</sup>.

ومما يؤكد أهمية معرفة الأدلة، ما يراه الناظر في قنوات الفتوى وساحات المفتين، من تقصير بعضهم في معرفة الأدلة، بل إنك لو اجدت من لا يتقن آيات الأحكام، ومن يكثر الخطأ في كتاب الله، فضلاً عن الفهم عن الله سبحانه، وقل مثل ذلك في السنة، روايةً ودرايةً، فما الظن بفتوى تُعدّ توقيعاً عن رب العالمين، وهي مبنية على حديث لا يصح، وكذلك في الإجماع، والناس فيه بين طرفين ووسط: إما من يخالفه بفتاوى شاذة تخالف الإجماع، فيقع في التفريط، أو من يجزم بحكاية الإجماع على مسائل خلافية فيقع في الإفراط، و(كلا طرفي قصد الأمور ذميم)، أما في مجال الأقيسة فحدث ولا حرج، عن أقيسة تورّد بلا زمام ولا خطام، إن تحقق أصلها وفرعها فلا تتحقق علّتها؛ لوجود أحد قواعد العلة المعروفة<sup>(٢)</sup>، وهلم جرا.

وفي مجال الاستدلال ترى الخلط في باب المصالح بين المعتبرة والملغاة، والضرورة والحاجة، والذرائع بين سدها وفتحها، والعرف والعادة بين الغلو فيها أو اطراحها، والاستحسانات بين النص والهوى،

(١) "المستصفى" (٣٤٤-٣٤٢/١).

(٢) ينظر: "تيسير التحرير" (١١٤/٤)، و"مختصر ابن الحاجب مع شرحه" (٢٥٧/٢)،

و"جمع الجوامع بحاشية البناني" (٣٣٠/٢)، و"شرح الكوكب المنير" (٢٢٩/٤)،

و"إرشاد الفحول" (ص٢٢٩).

ونحو ذلك مما يجعل الإمام بهذه الأدلة ومسائلها وتنزيلها على أفعال المكلفين أمراً لا غنى للمفتي عنه حتى تقع فتواه موقعها الصحيح.

وهذه نبذة يسيرة عن الأدلة المهمة في مقام الفتوى أوردها مفصلة، وأبدؤها بأصلها وهو الكتاب الكريم:

### المبحث الأول: الكتاب (القرآن):

إن (الكتاب) متى أطلق في عرف أهل الشرع هكذا معرفاً؛ فالمراد به القرآن الكريم. وعليه؛ فالألف واللام فيه للغلبة.

قال ابن قدامة<sup>(١)</sup>: "وكتاب الله سبحانه هو كلامه، وهو القرآن الذي نزل به جبريل عليه السلام على النبي ﷺ .. وهو ما نقل إلينا بين دفتي المصحف نقلاً متواتراً، وقيدناه بالمصاحف؛ لأن الصحابة - رضي الله عنهم - بالغوا في نقله وتجريده عما سواه حتى كرهوا التعاشير، والنقط كيلا يختلط بغيره فنعلم أن المكتوب في المصحف هو القرآن وما خرج منه فليس منه"<sup>(٢)</sup>.

وتواتر القرآن الكريم ليس كأي تواتر .. !! إنه تواتر في الصدور وفي السطور<sup>(٣)</sup> .. تواتر يتجدد بتجدد القرون، والعصور، والأجيال.

---

(١) هو: عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقاد بن نصر المقدسي ، أبو محمد موفق الدين ، الفقيه الحنبلي الزاهد ، شيخ الإسلام ولحد الأئمة ، ولد سنة (٥٤١هـ) ، وتوفي سنة (٦٢٠هـ) ، من مؤلفاته : "المغني" في الفقه ، و"الروضة" في الأصول وغيرهما. ينظر ترجمته في : "المقصد الارشد" (١٥/٢) ، "شذرات الذهب" (١٥٥/٧).

(٢) "روضة الناظر" (١٧٩/١-١٨٠) مع "نزهة الخاطر العاطر" لابن بدران.

(٣) قال تعالى: ﴿بَلْ هُوَ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ فِي صُدُورِ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ﴾ العنكبوت: ٤٩. أما في السطور فهذه المصاحف التي عند جميع المسلمين. ينظر في تفسير هذه الآية: "فتح البيان في مقاصد القرآن" للعلامة/ صديق القنوجي البخاري (٢٠٥/١٠).

وهو - القرآن الكريم - كلام الله حقيقة، ليس بمخلوق<sup>(١)</sup> "منه بدأ وإليه يعود"<sup>(٢)</sup>. فهو - كما يقول الإمام الشاطبي - "كلية الشريعة، وعمدة الملة، ويتبوع الحكمة، وآية الرسالة، ونور الأبصار، والبصائر، وأنه لا طريق إلى الله سواه، ولا نجاة بغيره، ولا تمسك بشيء يخالفه. وهذا كله لا يحتاج إلى تقرير واستدلال عليه؛ لأنه معلوم من دين الأمة"<sup>(٣)</sup>.

ومالم يتواتر فهو قراءة شاذة<sup>(٤)</sup> عند الأصوليين. واختلف في الاحتجاج بها في الأحكام، وتنزيلها منزلة خبر الواحد عن النبي ﷺ، لا على أنها قرآن؛ لأن القرآن لا يثبت إلا بالتواتر، كقراءة ابن مسعود رضي الله عنه في صيام المتمتع: "فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعات" بزيادة "متتابعات"، وهذه المسألة اجتهادية مبسطة في مظانها<sup>(٥)</sup>.

ومما لاشك فيه أن كتاب الله تعالى هو الأصل للأدلة كلها. لذا فإنه يشترط في المفتي أن يكون عالماً بالقرآن، فإنه أصل الأحكام،

(١) ينظر: "مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية" (١٢/٣٦-٣٧، ١١٧-١٦٢)، و"شرح العقيدة الطحاوية" لابن أبي العز الحنفي (ص ١٧٢-١٩٠).

(٢) "كنز العمال" برقم (٢٣٠٠).

(٣) "الموافقات" (١٤٤/٤).

(٤) قال الإمام ابن الجزري في كتابه "النشر في القراءات العشر" ما مفاده: كل قراءة وافقت العربية ولو بوجه، ووافقت أحد المصاحف العثمانية ولو احتمالاً، وصح سندها فهي القراءة الصحيحة التي لا يحل لمسلم أن ينكرها سواء كانت عن السبعة، أو عن العشرة، أو عن غيرهم من الأئمة المقبولين. ومتى اختلف ركن من هذه الأركان الثلاثة أطلق عليها ضعيفة أو شاذة أو باطلة سواء كانت عن السبعة أو عن أكبر منهم. هذا هو الصحيح عند أئمة التحقيق من السلف والخلف، وهو مذهب السلف الذي لا يعرف عن أحد منهم خلافاً. اهـ. وينظر: "النشر في القراءات العشر" (٩/١)، و"شرح الكوكب المنير" (١٣٤/٢-١٣٦).

(٥) ينظر: "رفع الحجاب عن مختصر ابن الحاجب" (٨٣/٢، ٨٥-٩٥، ٩٧)، و"جمع الجوامع مع التثنية" (٣١٣-٣٢٢)، و"البحر المحيط" (١/٤٧٤-٤٨٠)، و"روضة الناظر مع نزهة الخاطر العاطر" (١/١٨١)، و"شرح الكوكب المنير" (١٣٦/٢-١٤٠).

ومنبع تفاصيل الإسلام، ولا ينبغي أن يقتنع فيه بما يفهمه من لغته، فإن معظم التفاسير يعتمد النقل، وليس له أن يعتمد في نقله على الكتب والتصانيف، فينبغي أن يحصل لنفسه علماً بحقيقته، وكذا معرفة الناسخ والمنسوخ فإنه أمر لا بد منه للمفتي حتى لا يفتي بحكم منسوخ، وعلم الأصول أصل في هذا الباب، حتى لا يقدم مؤخرًا ولا يؤخر مقدمًا، ويستبين مراتب الأدلة والحجج<sup>(١)</sup>.

يقول الإمام الشافعي: "لا يحل لأحد يفتي في دين الله إلا رجلًا عارفًا بكتاب الله: بناسخه ومنسوخه، وبمحكمه ومتشابهه، وتأويله وتنزيله، ومكيه ومدنيه، وما أريد به، وفيما أنزل، ثم يكون بعد ذلك بصيرًا بحديث رسول الله ﷺ، وبالناسخ والمنسوخ، ويعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن، ويكون بصيرًا باللغة، بصيرًا بالشعر، وما يحتاج إليه للعلم والقرآن، ويستعمل مع هذا الإنصاف، وقلة الكلام، ويكون بعد هذا مشرفًا على اختلاف أهل الأمصار، ويكون له قريحة بعد هذا، فإذا كان هذا هكذا فله أن يتكلم ويفتي في الحلال والحرام، وإذا لم يكن هكذا فله أن يتكلم في العلم ولا يفتي"<sup>(٢)</sup>.

وسيأتي بيان جهات دلالات آيات الكتاب، وكذا السنة ومقتضيات ألفاظهما وطرق دلالاتهما على الأحكام في الفصل الثالث: "الدلالات وأثرها في صحة الفتوى".

وبعد تمام القول في الدليل الأول، فهذا أوان الشروع في الدليل الثاني وهو السنة.

(١) ينظر: "البرهان في أصول الفقه" (٢/٨٧٠).

(٢) ينظر: "الرسالة" للإمام الشافعي (١/٥٠٩).

## المبحث الثاني: السنة.

وتعريفها عند الأصوليين أنها: "قول النبي ﷺ غير القرآن، وفعله، وإقراره، زاد الشافعية: وهمه ﷺ" (١).

والسنة النبوية هي الأصل الثاني للتشريع، والعمل بكتاب الله متوقف عليها؛ لأنها بيان وتفسير له. وعلى هذا يدل كلام بعض الأئمة، كقول الأوزاعي (٢): "الكتاب أحوج إلى السنة من السنة إلى الكتاب"، وكقول يحيى ابن أبي كثير (٣): "السنة قاضية على الكتاب، ليس الكتاب بقاض على السنة" لكن الإمام أحمد لما سئل عن هذا كرهه، وقال: "ما أجسُرُ على هذا أن أقوله، ولكن السنة تفسر الكتاب، وتبينه" (٤)، والكتاب والسنة أصل واحد باعتبار أنهما وحي من الله، وباعتبار الحجية، ووجوب الاتباع "إذ هما ملاك الدين وقوام الإسلام" (٥).

ولتوقف حجية السنة على عصمة النبي ﷺ، فقد وقع الاتفاق

(١) ينظر: "الإحكام" للأمدي (١/١٦٩)، و"البحر المحيط" (٤/١٦٤)، و"شرح الكوكب المنير" (٢/١٦٠-١٦١، ١٦٦).

(٢) هو: عبد الرحمن بن عمرو بن يُحَمد الأوزاعي، من قبيلة الأوزاع، أبو عمرو: إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، وأحد الكتاب المترسلين. ولد في بعلبك عام ٨٨ هـ. ونشأ في البقاع، وسكن بيروت، وتوفي بها عام ١٥٧ هـ. وله كتاب "السنن" في الفقه، و"المسائل". ينظر: "الوفيات" (١/٢٧٥)، و"حلية الأولياء" (٦/١٣٥)، و"الشذرات" (١/٢٤١).

(٣) هو: يحيى بن أبي كثير وأسمه صالح بن المتوكل الطائي، مولاهم أبو نصر اليمامي، روى عن أنس وعكرمة، وعنه ابنه عبد الله والأوزاعي وأيوب السخيتاني ويحيى الأنصاري. مات سنة ١٢٩ هـ. ينظر: "تذكرة الحفاظ" (١/١٢٧)، و"طبقات ابن سعد" (٥/٤٠٤)، و"العبر" (١/١٦٩)، و"طبقات الحفاظ" للسيوطي (ص ٥٨).

(٤) هذه الآثار في: "جامع بيان العلم وفضله" لابن عبد البر (٢/١١٩٢-١١٩٤). تحقيق/ أبي الأشبال الزهيري.

(٥) المصدر نفسه: (٢/١١١٠).

على عصمته ﷺ بعد النبوة مطلقاً فيما دلت عليه المعجزة، وفي دعوى الرسالة، وفي أمر التبليغ عن الله تعالى، وفي الأحكام والفتوى، ولو في حال الغضب، بل يستدل على شدة غضبه ﷺ على التحريم، وفي الكبائر والصغائر المزنية<sup>(١)</sup>. قال تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾<sup>(٢)</sup>، وقال ﷺ: (ألا إني أوتيت القرآن ومثله معه)<sup>(٣)</sup>، وقال: (وإن ما حرم رسول الله كما حرم الله)<sup>(٤)</sup>.

والأحاديث في هذا المعنى معلومة مشهورة<sup>(٥)</sup>. وهي بيان لقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ، إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾<sup>(٦)</sup>. قال العلامة صدیق القنوجي البخاري<sup>(٧)</sup>: "والآية - يعني آية النجم هذه - دليل كون السنة المطهرة وحياً يوحى"<sup>(٨)</sup>.

(١) ينظر: "الإحكام" للأمدى (١/ ١٧٠)، و"جمع الجوامع مع الجدر الطالع" (٢/ ٧-٨) مع الهوامش، و"البحر المحيط" (٤/ ١٦٩-١٧٠)، و"شرح الكوكب المنير" (٢/ ١٦٧-١٧٠).

(٢) سورة الحشر الآية ٧.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده برقم (١٧٢١٣)، وصححه العجلوني في "كشف الخفاء" (٢/ ٤٢٣).

(٤) أخرجه الترمذي في "سننه" باب (ما نهي عنه أن يقال عند حديث النبي ﷺ) (برقم ٢٦٦٤) وقال: حسن غريب من هذا الوجه.

(٥) ينظر: "جامع بيان العلم وفضله"، و"كتاب الفقيه والمنقذ" للخطيب البغدادي (١/ ٢٦٦-٢٧٣)، وينظر: "تفسير ابن كثير" (٧/ ٤٤٣) تحقيق/ سامي بن محمد السلامة.

(٦) سورة النجم الأيتان ٣-٤.

(٧) هو: الإمام العلامة المحقق أبو الطيب محمد صدیق بن حسن بن علي بن لطف الله القنوجي البخاري، ولد في بلدة "يريلي" موطن جده من جهة الأم عام (١٢٤٨هـ) ونشأ في بلدة "قنوج" موطن أبيه بالهند في حجر أمه يتيماً على العفاف والطهارة، توفي عام ١٣٥٧هـ ينظر: "تحف الثمر في بيان عقيدة أهل الأثر"، للقنوجي (١/ ٧)، و"أبجد العلوم" (٣ / ٢٧١ - ٢٨٢)، و"مشاهير علماء نجد وغيرهم" (ص ٤٥١ - ٤٥٧).

(٨) "فتح البيان في مقاصد القرآن" (١٣/ ٢٤٥).

وتنقسم السنة باعتبارات:

أولاً: باعتبار ذاتها إلى قولية، وفعلية، وتقريرية (١).

ثانياً: باعتبار منزلتها من القرآن الكريم تنقسم إلى:

أ- السنة المؤكدة المقررة لما في القرآن الكريم كوجوب الصلاة، فإنه ثابت بالكتاب والسنة (٢).

ب- السنة المبينة المفسرة لما في القرآن الكريم، من حيث بيان مجمله، وتخصيص عمومه، وتقييد مطلقه، ومن حيث نسخه؛ لأن النسخ من أوجه البيان؛ لكونه بيان انتهاء مدة الحكم. ومن الأصوليين من يسمى النسخ (بيان التبديل) (٣).

ج- السنة الاستقلالية، أي الزائدة على ما في القرآن الكريم، وهي التي تكون موجبة لحكم لم يأت إيجابه في القرآن أو محرمة لما لم يأت تحريمه في القرآن، كأحكام الشفعة، وميراث الجدة (٤)، وفي هذا يقول الشافعي: "ومنه ما سن رسول الله ﷺ مما ليس لله فيه نصّ حكم، وقد فرض الله في كتابه طاعة رسوله ﷺ والانتهاة إلى حكمه. فمن قبل عن رسول الله فيفرض الله قبل" (٥).

وقد وقع الاتفاق على إثبات أحكام شرعية بالسنة ليست في كتاب الله.

(١) ينظر: "الرسالة" (ص ٩٣-١٠٢)، و"الإحكام" للآمدي (١/١٦٩-١٩١)، و"جمع الجوامع مع البدر الطالع" (٢/٧-١٥)، و"شرح الكوكب المنير" (١٦٠-١٦٧).

(٢) ينظر: "الرسالة" للشافعي (٩١-٩٢).

(٣) ينظر: "أصول البزدوي مع كشف الأسرار" للبخاري (٣/٢٣٢-٢٤٣)، و"الرسالة" (٩١-٩٢)، و"منهاج الوصول" للبيضاوي مع "نهاية السؤل" للإنسوي (٢/٢٣).

(٤) ينظر: "الرسالة" (ص ٩٢-٩٣).

(٥) المصدر نفسه: (ص ٢٢).

ولا يرد على هذا ما جاء عن الإمام الشافعي في حكايته الخلاف في هذا القسم من السنة<sup>(١)</sup> فليس مراده وجود خلاف في هذا، بل في مخرجه وتوجيهه، هل هو على الاستقلال بالتشريع، أو ببخوله ضمنا في نصوص القرآن<sup>(٢)</sup>. وبمثل هذه التوجيه الأخير يوجه ما قرره الإمام الشاطبي في "الموافقات" من عدم استقلال السنة بالتشريع حيث قال: "فلا تجد في السنة أمراً إلا والقرآن قد دلّ على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية.."<sup>(٣)</sup>.

ولهذا قال العلماء إن الخلاف في هذه المسألة خلاف لفظي في التسمية فقط، لاتفاق الجميع على أن في السنة أحكاماً كثيرة ليست في القرآن الكريم<sup>(٤)</sup>.

وعليه؛ فلا يصح حديث في عرض السنة على الكتاب البتة<sup>(٥)</sup>، وكل ما جاء في هذا فضعيف أو منكر أو موضوع مختلف. كما قاله الإمام عبد الرحمن بن مهدي<sup>(٦)</sup> - فيما نقله عنه ابن عبد البر -.

(١) المصدر نفسه: (ص ٩٢).

(٢) ينظر: "إعلام الموقعين" (١/٢٩-٣١)، و"السنة ومكانتها في التشريع" (ص ٣٨٥)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" للدكتور/ عبد الله التركي (ص ٢٣٩-٢٤٠)، و"أصول الفقه الميسر" للدكتور/ شعبان محمد إسماعيل (١/٣٣٣-٣٣٤).

(٣) (٤/٣١٦) وينظر: (٤/٣٠٩، ٢١٤ وما بعدها).

(٤) ينظر: "إعلام الموقعين" (١/٣١-٢٩)، و"السنة ومكانتها في التشريع" (ص ٣٨٥)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" (ص ٣٩١-٢٤٠)، و"أصول الفقه الميسر" للدكتور/ شعبان محمد إسماعيل (١/٣٣٣-٣٣٤).

(٥) ينظر: "الرسالة" للشافعي (ص ٢٢٤-٢٢٥)، و"جامع بيان العلم وفضله" (١١٩٠/٢-١١٩١)، و"الموافقات" (٤/٣٢٩-٣٣٠).

(٦) هو: عبد الرحمن بن مهدي بن حسان بن عبد الرحمن العبدي وقيل الأزدي مولا هم، أبو سعيد البصري اللؤلؤي، ولد عام ١٣٥ هـ من الطبقة التاسعة من صفار أتباع التابعين، روى له البخاري ومسلم، توفي عام ١٩٨ هـ بالبصرة. ينظر: "تذكرة الحفاظ" (١/٣٢٩)، و"طبقات الحنابلة" (١/٢٠٧)، و"شذرات الذهب" (١/٢٥٥).

وذكر - ابن عبد البر - ما محصله: أن قوما من أهل العلم عرضوا هذا الحديث على كتاب الله، فوجدوه مخالفاً له، إذ في كتاب الله مطلق الأمر بطاعته ﷺ، والتأسي به، والتحذير من مخالفة أمره ﷺ جملة على كل حال ..<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: وتنقسم السنة باعتبار نقلها ورواتها إلى متواترة وآحاد:

فالسنة المتواترة: هي التي نقلها عدد كثير يستحيل تواطؤهم على الكذب عن مثلهم في جميع طبقات السند، ويكون مستند خبرهم الحس، كمشاهدة، أو سماع، لا لمجرد إدراك العقل. وهذا مفيد للعلم القطعي الضروري بدون حاجة إلى البحث عن أحوال الرواة<sup>(٢)</sup>.

والتواتر يكون لفظياً، وهو ما تواتر لفظه ومعناه كحديث (من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار) فإنه نقله جم غفير عن جم غفير إلى منتهاه<sup>(٣)</sup>.

ويكون معنوياً، وهو ما تواتر معناه دون لفظه، كأحاديث رفع اليدين في الدعاء، فقد ورد عن النبي ﷺ نحو مائة حديث في كل منها أنه ﷺ رفع يديه في الدعاء<sup>(٤)</sup>.

(١) "جامع بيان العلم وفضله" (٢/ ١١٩٠-١١٩١).

(٢) ينظر: "كتاب الكفاية في علم الرواية" للخطيب البغدادي (ص ٢٠-٢١). و"نخبة الفكر شرح نزاهة النظر" للمافظ ابن حجر، مع "حاشية الكمال ابن أبي شريف" (ص ٢٨-٣٤)، تحقيق د/ إبراهيم بن ناصر الناصر، و"تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للسيوطي (٢/ ٦٢٦-٦٣١).

(٣) أخرجه البخاري في باب "إثم من كذب على النبي ﷺ" برقم (١١٠).

(٤) جمعها السيوطي في جزء سماه "فض الوعاء في أحاديث رفع اليدين في الدعاء". ينظر: "تدريب الراوي شرح تقريب النواوي" للسيوطي (٢/ ٣١-٣٢)، و"تحفة الاحوذى بشرح جامع الترمذي" للعلامة المباركفوري (٢/ ١٩٧-٢٠٢).

وذكر الشاطبي في مقدمات "الموافقات" ما قال: إنه شبيه بالمتواتر المعنوي: وهو المستقرأ من جملة أدلة ظنية تضافرت على معنى واحد حتى أفادت فيه القطع، فإن للاجتماع من القوة ما ليس للافتراق<sup>(١)</sup>.

وما قصر عن التواتر هو الآحاد، ويتنوع إلى مشهور وعزيز وغريب، وعند الحنفية أن المشهور - وهو المستفيض على رأي - نوع متوسط بين المتواتر والآحاد. وهو: ما فقد شرط التواتر في طبقة الصحابة فقط، فهو في أصله آحاد، لكن انتشر، وصار ينقله قوم ثقات لا يتوهم تواطؤهم على الكذب، فصار بذلك بمنزلة المتواتر.

والآحاد بأنواعه منه مقبول. وهو الصحيح لذاته، أو لغيره، والحسن لذاته أو لغيره<sup>(٢)</sup>.

قال في جمع الجوامع: "يجب العمل به (أي بخبر الآحاد) في الفتوى والشهادة إجماعاً، وكذا سائر الأمور الدينية..." واستثنيت في ذلك أمور ومسائل لدى بعض أرباب المذاهب لأسباب لجهادية يرون الاستدلال بها أقوى وأحوط<sup>(٣)</sup>.

وقد عقد الإمام الشافعي في "الرسالة" باباً كاملاً في حجية الآحاد فقال: "الحجة في تثبيت خبر الواحد". وذكر تحت هذه الترجمة

(١) في المقدمة الثالثة (٢٨-٢٩).

(٢) ينظر: "تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي" للسيوطي (٢/٦٢١-٦٣٧)، و"نخبة الفكر شرح نهضة النظر" مع "حاشية الكمال بن أبي شريف" (ص٣٦-٤٠، ٥٠، ٦١)، و"أصول السرخسي" (١/٢٩١-٢٩٥)، و"كشف الأسرار عن أصول البيهقي" للبخاري (٢/٥٣٤-٥٣٧).

(٣) (٢/٥٥-٦٥) مع "البدر الطالع"، وينظر: "شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص٣٥٦-٣٧٨)، و"مختصر ابن الحاجب مع رفع الحاجب" (٢/٣٣٣-٣٥١، ٤٤٢-٤٦١)، و"شرح الكوكب المنير" (٢/٣٥٨-٣٦٤، ٢٣٦٧-٣٧٦).

أدلة كثيرة ووقائع على ذلك، من عهده عليه السلام، وعهد صحابته الكرام، وعهد التابعين لهم. وذكر الإجماع على ذلك من محدثي الناس، وأعلامهم بالأمصار<sup>(١)</sup>.

وإذا وجد المفتي خبر الواحد أفتى به ولو عارضه القياس، وجاء في "غاية الوصول في شرح لب الأصول: "وجب العمل به أي بخبر الواحد في الفتوى والشهادة أي ما يفتي به المفتي ويشهد به الشاهد بشرطه، وفي معنى الفتوى الحكم إجماعاً. وفي باقي الأمور الدينية والدينية في الأصح وإن عارضه قياس"<sup>(٢)</sup>.

وقال الشوكاني: "وعلى الجملة فلم يأت من خالف في العمل بخبر الواحد بشيء يصلح للتمسك به، ومن تتبع عمل الصحابة من الخلفاء وغيرهم، وعمل التابعين فتابعهم بأخبار الأحاد وجد ذلك في غاية الكثرة، وإذا وقع من بعضهم التردد في العمل به في بعض الأحوال: فذلك لأسباب خارجة عن كونه خبر واحد من رتبة في الصحة، أو تهمة للراوي، أو وجود معارض راجح، أو نحو ذلك"<sup>(٣)</sup>.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية ما مفاده: أن أحداً من الأئمة لم يجوز إثبات حكم شرعي كاستحباب، أو كراهة بحديث ضعيف. وإنما غاية ما يقوله العلماء في الأخذ بالحديث الضعيف أن يكون العمل بمقتضاه مما قد ثبت أنه مما يحبه الله، أو مما يكرهه بنص أو

(١) ينظر: (ص ٤٠١-٤٧٠) تحقيق / أحمد محمد شاكر، و "كتاب الكفاية في علم الرواية" للخطيب البغدادي (ص ٣٢-٣٩).

(٢) (٩١/١).

(٣) "إرشاد الفحول" (٢١١/١) تحقيق د/ شعبان محمد إسماعيل.

إجماع. بمعنى أن النفس ترجو ذلك الثواب، أو تخاف ذلك العقاب، كالترغيب والترهيب بالمنامات، وكلمات السلف والعلماء .. ونحو ذلك مما لا يجوز بمجرده إثبات حكم شرعي، كتنقييد المطلقات التي أطلقها الشارع بنوع من التقدير والتحديد؛ لأن استحباب هذا الوصف المعين لم يثبت بدليل شرعي مقبول<sup>(١)</sup>.

ولا يرد على هذا اختلاف أنظار المجتهدين في نفس التصحيح والتحسين والتضعيف، فهو شيء آخر؛ لأنه من موارد الاجتهاد، كما قال الحافظ الذهبي<sup>(٢)</sup>: "ثم لا تطمع بأن للحسن قاعدة تدرج كل الأحاديث الحسان فيها، فأنا على إياس من ذلك. فكم من حديث تردد فيه الحفاظ، هل هو حسن أو ضعيف أو صحيح؟ بل الحفاظ الواحد يتغير اجتهاده في الحديث الواحد. وهذا حق .. إذ الحسن لا ينفك عن ضعف ما، ولو انفك عن ذلك لصح باتفاق"<sup>(٣)</sup>.

ولا شك أن القول بالعمل بالأحاديث الضعيفة في الفضائل ونحوها قد يترتب عليه ترك البحث عن الأحاديث المقبولة لدى كثير من المنتسبين إلى العلم، بله العامة، والاكتفاء بالأحاديث الضعيفة بدعوى أن في العمل بها مندوحة. وفي هذا مخالفة صريحة للأحاديث الصحيحة التي تحذر من التحديث إلا بعد التثبت والتحري.

(١) ينظر: "مجموع الفتاوى" (١٨/٦٥-٦٨)، و"الاعتصام" للشاطبي (١/٢٢٧-٢٣١).  
٣٤٥-٣٤٦/٢، ١١-١٢.

(٢) هو: الإمام الحافظ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، حافظ مؤرخ علامة محقق، تركماني الأصل، ولد في سنة ٧٣٣هـ، صاحب التصانيف المشهورة، توفي ليلة الاثنين ثالث ذي القعدة سنة ٧٤٨هـ ينظر: "فوات الوفيات" (٢/١٨٣)، و"طبقات السبكي" (٥/٢١٦)، و"الشذرات" (٦/١٥٣).

(٣) "الموقظة في علم الحديث" (ص٨).

لذا؛ فإن كثيراً من المحققين يرون أنه لا يصح العمل بالحديث الضعيف، إلا في مجال التراجيح لأحد المعاني<sup>(١)</sup>.

ومن مجموع ما سبق، يتبين ما يجب معرفته في مقام الفتوى من مسائل السنة، وأهمية معرفة الرواية والدراية للمفتي، قال الإمام الغزالي: "يتوجب على المفتي فيما يخص السنة أن يكون على معرفة بالرواية، وتمييز الصحيح منها عن الفاسد، والمقبول عن المردود، فإن ما لا ينقله العدل عن العدل فلا حجة فيه والتخفيف فيه أن كل حديث يفتى به مما قبلته الأمة فلا حاجة به إلى النظر في إسناده، وإن خالفه بعض العلماء، فينبغي أن يعرف رواته وعدالتهم، فإن كانوا مشهورين عنده، كما يرويه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر مثلاً اعتمد عليه، فهؤلاء قد تواتر عند الناس عدالتهم وأحوالهم، والعدالة إنما تعرف بالخبرة والمشاهدة أو بتواتر الخبر، فمانزل عنه فهو تقليد، وذلك بأن يقلد البخاري ومسلماً في أخبار الصحيحين، وإنهما ما رووها إلا عما عرفوا عدالته، فهذا مجرد تقليد، وإنما يزول التقليد بأن يعرف أحوال الرواة بتسامع أحوالهم وسيرهم، ثم ينظر في سيرهم أنها تقتضي العدالة أم لا، وذلك طويل وهو في زماننا مع كثرة الوسائط عسير، والتخفيف فيه أن يكفي بتعديل الإمام العدل بعد أن

(١) وهذا هو مذهب المحققين من أئمة الحديث كـ يحيى بن معين، والإمام البخاري، والإمام مسلم، والحافظ أبي زكريا النيسابوري، وأبي زرعة الرازي، وأبي حاتم الرازي، وابن حبان، والإمام أبي سليمان الخطابي، وابن حزم، وابن العربي المالكي، والشوكاني، وآخرين. ينظر: "تحفة المودود في أحكام المولود" لابن القيم (ص ١٧)، و"سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة" للألباني (١/ ٤٥٦). ومقدمة "صحيح الترغيب والترهيب" له (٣٨/ ٣٩، ٥٣-٥٤).

عرفنا أن مذهبه في التعديل مذهب صحيح، فإن المذاهب مختلفة فيما يعدل به ويجرح، فإن من مات قبلنا بزمان امتنعت الخبرة والمشاهدة في حقه، ولو شرط أن تتواتر سيرته فذلك لا يصادف إلا في الأئمة المشهورين، فيقلد في معرفة سيرته عدلاً فيما يخبر، فنقله في تعديله بعد أن عرفنا صحة مذهبه في التعديل، فإن جوزنا للمفتي الاعتماد على الكتب الصحيحة التي ارتضى الأئمة رواتها قصر الطريق على المفتي، وإلا طال الأمر وعسر الخطب في هذا الزمان مع كثرة الوسائط، ولا يزال الأمر يزداد شدة بتعاقب الأعصار<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث: الإجماع.

وعرفه الأصوليون بتعريفات لعل أشهرها أنه: "اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته، في عصر من الأعصار، على أمر من الأمور"<sup>(٢)</sup>. وقد اتفقوا على أن الأمة لا تجتمع على حكم أو على أمر إلا عن مأخذ ومستند يوجب الاجتماع<sup>(٣)</sup>.

وقد دلّ الكتاب والسنة على أن الإجماع حجة يجب اتباعها والمصير إليها، قال تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾<sup>(٤)</sup>. وهي

(١) "المستصفى" (٣٤٢/١-٣٤٤).

(٢) كذا قال الشوكاني في "إرشاد الفحول" (٢٨٦/١)، وينظر: "كشف الأسرار عن أصول البزدوي" للبخاري (٣٣٧-٣٣٨)، و"الإحكام" للأمدي (١٩٦/١)، و"جمع الجوامع مع البدر الطالع" (١٣١-١٣٢)، و"شرح الكوكب المنير" (٢١١-٢١٢).

(٣) حكاها الأمدي في "الإحكام" (٢٦١/١) وينظر: "شرح الكوكب المنير" (٢٥٩/٢).

(٤) سورة النساء الآية ١١٥.

أقوى الأدلة من الكتاب<sup>(١)</sup>.

وقال أبو المظفر السمعاني: "والاستدلال بهذه الآية (أي على حجية الإجماع) في نهاية الاعتماد، وقد احتج الشافعي عليه بهذه الآية"<sup>(٢)</sup>.  
ومن السنة قوله ﷺ في حديث عمر بن الخطاب: (من أراد بحبوحه الجنة فليلزم الجماعة)<sup>(٣)</sup>. واستدل به الإمام الشافعي على حجية الإجماع<sup>(٤)</sup>.  
وقوله ﷺ: (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة)<sup>(٥)</sup>.

وقد روى هذا المعنى جمع من الصحابة بألفاظ متعددة مع أن طرقها كلها لا تخلو من نظر<sup>(٦)</sup> ولمعنى هذا الحديث شواهد في الصحيحين وفي غيرهما بمن الأحاديث التي لا تحصى كثرة، ولم تزل ظاهرة مشهورة بين الصحابة معمولاً بها، ولم ينكرها منكر، ولا دفعها دافع<sup>(٧)</sup>.

واتفق على أنه لا بد أن يستند الإجماع إلى نص من كتاب أو سنة، واختلف في استناده إلى اجتهاد أو قياس، وجوزه الأكثرون: لإجماع الصحابة على خلافة أبي بكر الصديق من طريق الاجتهاد، وإجماعهم

(١) كما قاله الأمدي في "الإحكام" (٢٠٠/١).

(٢) "قواطع الأدلة" (٤٦٦/١).

(٣) أخرجه الترمذي في "جامعه" في باب "ما جاء في لزوم الجماعة" برقم (٢١٦٥). وقال حسن صحيح غريب من هذا الوجه، وأحمد في "المسند" برقم (١٧٧).

(٤) "الرسالة" (ص ٤٧٣-٤٧٤).

(٥) أخرجه أبو داود في باب "ذكر الفتن ودلائلها" برقم (٤٢٥٣)، والترمذي في باب "ما جاء في لزوم الجماعة" برقم (٢١٦٧) وقال: حديث غريب من هذا الوجه، وابن ماجه في باب "السواد الأعظم" برقم (٣٩٥٠).

(٦) ينظر: "تخريج أحاديث مختصر المنهاج" للحافظ العراقي برقم (٤٩) (ص ٣٣). و"تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب" لابن كثير (ص ١٤٥ وما بعدها).

(٧) كذا قال الأمدي في "الإحكام" (١٢٩/١). وينظر: "كتاب الفقيه والمتفقه" للخطيب البغدادي (٤٠٧-٤٢٧) تحقيق/ عادل بن يوسف الغزالي.

على تحريم شحم الخنزير قياساً على لحمه<sup>(١)</sup>، ولعل هذا من قبيل الخلاف اللفظي؛ لأن جميع المسائل المجمع عليها من هذا القبيل يمكن استنادها إلى النصوص العامة فتكون من قبيل المنصوص عليه. كما يقرر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية حيث يقول: "فلا يوجد قط مسألة مجمع عليها إلا وفيها بيان من الرسول، ولكن قد يخفى ذلك على بعض الناس .. وقد استقرأنا موارد الإجماع فوجدناها كلها منصوصة، وقد لا يعلم كثير من العلماء أنها منصوصة .. كالمضاربة فإن مستندها السنة التقريرية " اهـ بتصرف<sup>(٢)</sup>.

وأما عن وقوع الإجماع، فقد وقع الاتفاق عليه في عصر الصحابة رضي الله عنهم<sup>(٣)</sup>، وتنوزع في إجماع من بعدهم<sup>(٤)</sup>.

والذي تدل عليه الروايات عن الإمام أحمد بلا خلاف أنه يأخذ بإجماع الصحابة عند اتفاقهم، ولا يخرج عن أقوالهم عند اختلافهم. وفي اعتباره إجماع التابعين والاعتداد به خلاف مشهور. وعلى هذا حمل بعضهم قوله المشهور: "من ادعى الإجماع فهو كاذب، لعل الناس يختلفوا"<sup>(٥)</sup>.

---

(١) ينظر: "الإحكام" للآمدي (١/٢٦٤-٢٦٧)، و"جمع الجوامع مع البدر الطالع" (١٤٣/٢-١٤٤)، و"روضة الناظر مع نزعة الخاطر العاطر" (١/٣٨٥)، و"شرح الكوكب المنير" (٢/٢٦١-٢٦٢).

(٢) "الفتاوى" (١٩٥/١٩-١٩٦).

(٣) ينظر: "الإحكام" لابن حزم (١/٥٥٣ وما بعدها).

(٤) ينظر: "مجموع الفتاوى" (١١/٣٤١)، و"جمع الجوامع مع التشتيف" (٣/٩٤-٩٥)، و"البحر المحيط" (٤/٤٨٢-٤٨٣)، و"روضة الناظر مع نزعة الخاطر" (١/٣٣٢-٣٣٥)، و"شرح الكوكب المنير" (٢/٢١٣-٢١٤)، و"إرشاد الفحول" (١/٢٨٨-٢٩١).

(٥) ينظر: "شرح مختصر الروضة" للطوفي (٣/١٢-١٣)، و"إرشاد الفحول" (٧٢). و"أصول مذهب الإمام أحمد" للدكتور/ عبد الله التركي (ص ٣٦٩-٣٧٦).

وقصارى القول هنا: أنه لم يتفق العلماء ولم يجمعوا على وقوع إجماع كلي عام قطعي إلا إجماع الصحابة، فإن إجماعهم ثبت وقوعه بالتواتر. فلم تكن تُثَمَّتْ عوائق، ولا موانع تمنعه، ولم يتعذر الاطلاع عليه. أما بعد عصر الصحابة فمن العسير القطع بوقوع الإجماع الكلي العام القطعي، وأقصى ما يستطاع قوله أن أحكاماً اجتهدية اشتهرت، ولم يعرف لها مخالف ..<sup>(١)</sup>.

ولا نزاع بين العلماء في وقوع الإجماع القطعي على ما هو معلوم من الدين بالضرورة، كالإجماع على وجوب الصلوات الخمس، وعلى بقية أركان الإسلام، وكالإجماع على حرمة الزنا، والسرقة، وشرب الخمر، والربا، ولالإجماعات التي من هذا القبيل مراتب وأنواع معلومة مشهورة وهي حجة مقطوع بها لا ينازع فيها منازع<sup>(٢)</sup>.

ومما يجري مجرى هذا إجماع أهل المدينة فيما سبيله النقل عن النبي ﷺ كنقلهم لمقدار الصاع، والمد. فهذا كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية حجة بالاتفاق؛ ولهذا رجع أبو يوسف<sup>(٣)</sup> إلى مالك فيه، وقال: لو رأى صاحبي (أي أبو حنيفة) كما رأيت لرجع كما رجعت. ورجع إليه في الخضروات لما قال له: هذه مباquil أهل المدينة لم يؤخذ منها

(١) ينظر: المصادر نفسها.

(٢) ينظر في هذا: "مراتب الإجماع" لابن حزم، مع نقد شيخ الإسلام ابن تيمية له. مطبوعات مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ.

(٣) هو: الإمام يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة، الفقيه المجتهد، له من المؤلفات: "الخراج" و"الأمالي"، و"الخواطر"، توفي سنة ١٨٢ هـ. ينظر: "الفوائد البهية" (ص ٢٢٥)، و"وفيات الأعيان" (٤٢١/٥)، و"طبقات الفقهاء" للشيرازي (ص ١٣٤).

صدقة على عهد النبي ﷺ، ولا أبي بكر ولا عمر ..<sup>(١)</sup>.

وإذا تقرر هذا؛ فيجب التأكد من صحة حكاية الإجماعات، والتفريق بين ما هو منها كلي عام مطلق مقطوع به يجب المصير إليه بلا خلاف، وبين ما هو منها ظني سكوتي، أو مذهبي، أو إضافي، أو إقليمي. هذا أمر في غاية الأهمية .. !!<sup>(٢)</sup>.

ومما هو بسبيل هذا قول بعض الأئمة "لا أعلم خلافا بين أهل العلم في كذا"، كقول الإمام الشافعي في زكاة البقر: "لا أعلم خلافا في أنه ليس في أقل من ثلاثين منها تبيع" والخلاف في ذلك مشهور<sup>(٣)</sup>.

وبعد ذكر أهم مسائل الإجماع، أذكر أهمية معرفته في مقام الفتوى، إذ يتوجب على المفتي أن يعرف ما أجمع عليه العلماء، ولا يفتي بخلافه، قال الإمام الغزالي: "ينبغي أن تتميز عنده مواقع الإجماع حتى لا يفتي بخلاف الإجماع، كما يلزمه معرفة النصوص حتى لا يفتي بخلافها، والتحقيق في هذا الأصل أنه لا يلزمه أن يحفظ جميع مواقع الإجماع والخلاف، بل كل مسألة يفتي فيها، فينبغي أن يعلم أن فتواه ليست مخالفاً للإجماع، إما بأن يعلم أنه موافق مذهباً من مذاهب العلماء

(١) ينظر: "مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية" (٢٠/٣٠٣-٣٠٨)، و"إحكام الفصول في أحكام الأصول" لأبي الوليد الباجي (ص ٤٨٠-٤٨٢) برقم (٥١١) تحقيق/ عبد المجيد تركي، و"مذكرة أصول الفقه" للشيخ/ محمد الأمين الشنقيطي (ص ١٥١).

(٢) ينظر: "البحر المحيط" (٤/٤٩٠-٥٠٩)، و"أصول الفقه الإسلامي" للدكتور/ وهبة الزحيلي (١/٥٠٥-٥١٩)، و"أصول الفقه الميسر" للدكتور/ شعبان محمد إسماعيل (١/٥٤٩-٥٦٦).

(٣) ينظر: "الإحكام في أصول الأحكام" لابن حزم (٢/٥٢٩-٥٥٩)، و"البحر المحيط" (٤/٥١٧-٥١٨)، و"إرشاد الفحول" (١/٣٤٣-٣٤٥)، ومن ذلك سياق ابن عبد البر وابن المنذر الإجماع، ينظر: "الإجماع" لابن المنذر.

أيهم كان، أو يعلم أن هذه واقعة متولدة في العصر لم يكن لأهل الإجماع فيها خوض فهذا القدر فيه كفاية<sup>(١)</sup>.

وإذا كان من العسير القطع بوقوع الإجماع الكلي العام القطعي الذي صورته علماء الأصول بعد عصر صحابة رسول الله ﷺ، فإن عدم إمكان وقوعه في هذا العصر - على فرض التسليم بأنه حجة ماضية في كل عصر كما هو عند الجمهور - من باب أولى.

وتصور ذلك تصوّر لحالة نظرية مثالية غير واقعية ألبتة.. ! ما لم تتواصل الأمة الإسلامية بالحق وتتعاون على البر والتقوى، وتتناد بالاعتصام بالكتاب والسنة، عقيدة، ومنهجاً، وسلوكاً، وفكراً.. ! لأنه بذلك يُهيأ للشورى الجماعية الحرة النزيهة التي عليها يتكئ الإجماع وينبني مناخ ملائم للنظر، والتناظر، وتبادل الآراء على الجادة الصحيحة، سيما في النوازل المدلهمة ذات الصلة بقضايا " الأمة " ومصالحها العامة.

ولاشك أن قرارات المجامع الفقهية المعاصرة، والهيئات واللجان العلمية من قبيل الشورى الجماعية المباركة، وتؤدي دوراً ذا أهمية عظمى في هذا الشأن، وهي أولى بالقبول من الفتاوى الفردية؛ لمعنى الاتفاق الأغلب عبر الاجتهاد الجماعي فيها. ولا يصح اعتبارها إجماعاً كالذي اصطلاح عليه الأصوليون، وإن تكلف ذلك البعض<sup>(٢)</sup>.

(١) " المستقصى " (١/ ٣٤٢-٣٤٤).

(٢) ينظر: " مزالق الأصوليين " للعلامة / محمد بن إسماعيل الصنعاني (ص ٦٣-٦٨)، و" منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة " للدكتور / مسفر بن علي القحطاني (ص ٢٣١-٢٣٢)، و" فقه النوازل " للدكتور / محمد بن حسين الجيزاني (١/ ٧٦). و" الاجتهاد فيما لا نص فيه " للدكتور / الطيب خضري السيد (١/ ٨٣-٨٤).

والذي يتعين قوله هنا ويقلل من جدوى تكلف الإجماع واعتسافه في هذا العصر: أن الواجب على جميع المسلمين رد الاعتبار للكتاب والسنة وإثبات صلاحيتهما، واعتقاد وفائهما بجميع الأحكام، والتحاكم إليها مع الرضى والتسليم بذلك، كما قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾<sup>(١)</sup>.

فلا يوجد مسألة قط مجمع عليها إلا وفيها بيان من الرسول ﷺ، ولكن قد يخفى ذلك على بعض الناس، فالشأن كلُّ الشأن في رد الاعتبار إلى سند الإجماع. كما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية وهو تحقيق في المسألة نفيس أنيس..<sup>(٢)</sup>.

ولهذا فإنه ينبغي على المفتي اعتبار فتوى المجامع الفقهية والاهتمام بها، فضلاً عن الاستئناس بها، وجعلها محور إفتائه في النوازل والمستجدات، والله أعلم.

### المبحث الرابع: القياس.

وهو في اصطلاح الأصوليين: "حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما"<sup>(٣)</sup>، وعُرف بتعريفات أخرى متقاربة<sup>(٤)</sup>.

ومحصل جميع هذه التعريفات: أنه لايد للقياس الذي هو رابع

(١) سورة النساء الآية ٦٥ .

(٢) ينظر: "مجموع الفتاوى" (١٩/١٧٦-١٧٧، ١٩٥-١٩٦).

(٣) وهو تعريف ابن قدامة (٢/٢٢٧) من الروضة مع شرحها لابن بدران.

(٤) ينظر: "الإحكام" للآمدي (٣/١٩٠)، و"الإبهاج في شرح المنهاج" للسبكي (٣/١٤١٧-١٤١٩).

(٤١٩) تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل، و"شرح الكوكب المنير" (٧/٤).

الأدلة المتفق عليها من أركان أربعة يتألف منها، وهي: أصل، وفرع، وعلة، وحكم<sup>(١)</sup>.

فالركن الأول (الأصل): والراجح فيه أنه محل حكم النص، كالخمر والبر، كما قال الآمدي: "والأشبه أن يكون الأصل هو المحل، على ما قاله الفقهاء؛ لافتقار الحكم والنص إليه ضرورة من غير عكس، فإن المحل غير مفتقر إلى النص ولا إلى الحكم"<sup>(٢)</sup>.

والركن الثاني (الفرع): والمرجّح قول الفقهاء إنه: المحلّ المشبّه. فالنبيذ بعينه فرع في إلحاقه بالخمر<sup>(٣)</sup>.

والركن الثالث (العلة): "وهي الوصف، أو المعنى الجامع المشترك بين الأصل والفرع الذي باعتباره صحت تعدية الحكم"<sup>(٤)</sup>.

وللعلة (مسالك) وهي: الأدلة أو الطرق التي تدل على أن الوصف المعين علة للحكم المعين، وهي:

النص، والإجماع، والإيماء، والسبر والتقسيم، والمناسبة، والشبه، والدوران، والطرد، وتنقيح المناط، وإلغاء الفارق، ونحوها<sup>(٥)</sup>.

والركن الرابع (حكم الأصل): وهو الحكم المقصود حمل الفرع عليه،

---

(١) "المستصفى" للغزالي (٢/٢٢٨)، و"شرح الكوكب المنير" (٤/١٢).

(٢) "الإحكام" (٣/١٩٢)، وينظر: "شرح الكوكب المنير" (٤/١٤)، و"إرشاد الفحول" (٢/١٥٠).

(٣) ينظر: "شرح مختصر الروضة" (٣/٢٣٠)، و"شرح الكوكب المنير" (٤/١٥)، و"إرشاد الفحول" (٢/١٥٠-١٥١).

(٤) ينظر: "الإحكام" للآمدي (٣/١٩٣)، و"شرح مختصر الروضة" للطوفي (٣/٢٣٢ وما بعدها).

(٥) ينظر: "مختصر ابن الحلبي مع رفع الحلبي" (٤/٣١٢-٣٥٥)، و"الإبهاج في شرح المنهاج" للسبكي (٣/١٤٩٩-١٥٧١)، و"جمع الجوامع مع البدر الطالع" (٢/٢٢٢-٢٥٦).

وعُرف بأنه: "قضاء الشرع المستفاد من خطابه، أو إخباره الوضعي بوجود، أو نذب، أو كراهة، أو حظر، أو إباحة، أو صحة، أو فساد، أو غير ذلك من أنواع قضائه" (١).

وتكتنف كل واحد من هذه الأركان الأربعة شروطاً ذكرها الأصوليون (٢). ولعلك ترى -أخي القارئ اللبيب- أن في اعتبار هذه الشروط وتحقيقها صوناً وحماية لصورة القياس الشرعي الصحيح، الذي يهدي إليه اعتبار أولي الأبصار، واستدلال المستدل، وفكرة المجتهد المستنبط..

ويدل هذا على أن معقولات النصوص ومستنبطاتها إن كانت صحيحة صريحة فهي والمنقولات الصحيحة الصريحة على جادة تشريعية أصلية .. ذلك؛ لأن الشريعة جاءت بالجمع بين التماثلات، والتفريق بين المختلفات، وكذلك القياس الشرعي الصحيح، فإنه تسوية بين التماثلين، وتفريق بين المختلفين، ودلالته توافق دلالة النص، وكل قياس خالف دلالة النص فهو قياس فاسد لا يخلو من قواعد؛ ولأن النصوص الشرعية - بمعقولاتها وعللها، ومقاصدها، وغاياتها، وحكمها، وأسرارها - دالة على جمهور الحوادث، وعلى النوازل المستجدات بمقتضى شمول الشريعة وإحاطتها بأفعال المكلفين، وصلاحياتها لكل زمان ومكان (٣).

(١) "شرح مختصر الروضة" (٢/٢٣٠)، وينظر: "شرح الكوكب المنير" (٤/١٦).

(٢) ينظر: "مختصر ابن الحاجب مع رفع الحاجب" (٤/١٥٨-٣١١)، و"جمع الجوامع مع البدر الطالع" (٢/١٧٨-٢٢١)، و"شرح الكوكب المنير" (٤/١٧-١١٤).

(٣) ينظر: "مجموع الفتاوى" لشيخ الإسلام ابن تيمية (١٩/١٧٦، ٢٨٠، ٢٨٨، ٢٨٩) (٢٠/٥٠٤-٥٠٥).

وهذا القياس الشرعي حجة عند الجمهور، وعُدَّ عندهم رابع الأدلة الشرعية المتفق عليها<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: "والذي ذهب إليه الصحابة رضي الله عنهم بأجمعهم، وجماهير الفقهاء، والمتكلمين بعدهم - رحمهم الله - وقوع التعبد به شرعاً..".

وذكر أن تواتر إجماع الصحابة على الحكم بالقياس والتعبد به ناشئ "عن مستندات كثيرة خارجة عن الحصر، وعن دلالات، وقرائن أحوال، وتكريرات، وتنبيهات تقيد علماً ضرورياً بالتعبد بالقياس، وربط الحكم بما غلب على الظن كونه مناطاً للحكم .. إلى أن قال: فيكفيها مؤنة البحث عن المستند لما علمناه على التواتر من إجماعهم"<sup>(٢)</sup>.

والأدلة على القياس كثيرة<sup>(٣)</sup>، فمن القرآن قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾<sup>(٤)</sup>.

وأما في السنة، فقد أرشد النبي ﷺ إلى القياس في مواطن، وعلل الأحكام، وبين الأوصاف المؤثرة فيها.

من ذلك: حديث عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال: هشتت يوماً

(١) "المستصفى" (٢/٢٣٤، ٢٥٣، ٢٥٤).

(٢) ينظر: "الإحكام" للأمدي (٥/٥)، و"مجموع الفتاوى" لشيخ الإسلام ابن تيمية (١١/٣٤١)، و"شرح الكوكب المنير" (٤/٢١٥-٢١٨)، و"إرشاد الفحول" (٢/١٢٩-١٤٨).

(٣) يقرر هذا ابن القيم في "إعلام الموقعين" (١/١٣٠ وما بعدها) عند شرحه كتاب عمر بن الخطاب في القضاء حيث يقول: "وقد أرشد الله عباده إليه - أي إلى القياس - في غير موضع من كتاب .. وقد اشتمل القرآن على بضعة وأربعين مثلاً تتضمن تشبيه الشيء بنظيره، والتسوية بينهما في الحكم. ...".

(٤) سورة الحشر الآية ٢.

فقبلت وأنا صائم، فأتيت النبي ﷺ فقلت: صنعت اليوم امرأً عظيماً، فقبلت وأنا صائم، فقال رسول الله ﷺ: (أرأيت لو تمضمضت بماء وأنت صائم) قلت لا بأس بذلك، فقال رسول الله ﷺ: (ففيهم؟) (١).

ومنها حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: دخل عليّ قائف، والنبي ﷺ شاهد، وأسامة ابن زيد، وزيد بن حارثة مضطجعان، فقال: "إن هذه الأقدام بعضها من بعض"، قال: فسرّ النبي ﷺ بذلك وأعجبه، فأخبر به عائشة. اهـ (٢).

ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أمي نذرت أن تحج، فماتت قبل أن تحج، أفأحج عنها؟ قال: (نعم حجي عنها، أرأيت لو كان عليّ أمك دين، أكنت قاضية؟) قالت: نعم، قال: (فاقضوا الله الذي له، فإن الله أحق بالوفاء) (٣).

ولا يخفى أن إنكار القياس الشرعي الصحيح الذي ذكر الأصوليون أركانه، وما يشترط لكل ركن، وذكروا قواعده والاعتراضات عليه مكابرة يقع في مخالفتها أصحابها، ولعلمهم أرادوا القياس الفاسد والرأي المذموم (٤).

وثمت مسائل اختلف فيها هل هي من باب القياس، أو من باب

(١) أخرجه أحمد في "مسنده" برقم (١٣٨)، وقال: "إسناده صحيح".

(٢) أخرجه الشيخان واللفظ للبخاري "صحيح البخاري مع الفتح" في كتاب "فضائل الصحابة"، باب (١٧) حديث رقم (٣٣٦٢)، ومسلم في "كتاب الرضاع"، باب (١١) حديث رقم (٣٨-١٤٥٩).

(٣) أخرجه البخاري باب (١١٢) برقم (١٧٥٤)، وقد ترجم له البخاري في "كتاب الاعتصام" بالكتاب والسنة (باب من شبه أصلاً معلوماً بأصل مبيّن).

(٤) كما ذهب إليه الظاهرية، وفي مقدمتهم الإمام أبو محمد بن حزم في كتابه "الإحكام" (١١٦٦-٩٢٩/٢).

دلالة الألفاظ؟ مع اتفاق الجميع على العمل بها، والخطب فيها يسير إذا روعيت الحقائق، كالعلة المنصوصة، قال الشوكاني: "واعلم أنه لا خلاف في الأخذ بالعلة إذا كانت منصوصة، وإنما اختلفوا هل الأخذ بها من باب القياس، أم من العمل بالنص؟ فذهب إلى الأول الجمهور، وإلى الثاني النافون للقياس .." (١).

هذا ومن أجل اجتناب الأقيسة الفاسدة التي اشتهر ذمها عند الأئمة، وشنعوا على القائلين بها؛ غني الأصوليون بضبط القياس الشرعي الصحيح - الذي يصار إليه عند الحاجة، ولا تعارض به نصوص الكتاب والسنة - وتحريره، فجعلوا له أركاناً، ولهذه الأركان شروطاً وضوابط واعتبارات، وبينوا قواعد العلة ومبطلاتها (٢)، التي يعترض بها على صحة القياس وصلاحيته، بما فيه من الجدلية الأصولية، وفي ذلك ما يوقع في الاعتساف، والتكلف، والشطط، ويبعد عن ميزان الحق والعدل، مما يؤكد أهمية القياس الصحيح، المستجمع للأركان، المستوفي للشروط المنتفية عنه الموانع، وبهذا يظهر تأدية القياس أثراً واضحاً في صحة الفتوى، فمثلاً حينما يفتي المفتي بتحريم النبيذ قياساً على الخمر؛ لعلة الإسكار وحرمة الربا في غير الأصناف الستة المعروفة؛ لعلة الكيل أو الوزن أو الطعم أو الثمنية يعد قياسه صحيحاً وفتواه سليمة، وعلى المفتي الحذر من الأقيسة التي يختل فيها شرط من الشروط المعبرة، ولهذا فإذا كان دليل

(١) "إرشاد الفحول" (١٧٠/٢).

(٢) ينظر هذه القواعد في: "جمع الجوامع مع البدر الطالع" (٢/٢٦٠-٣٠٦)، و"شرح الكوكب المنير" (٤/٢٢٩-٣٥٨).

الفتوى قياساً غير جلي وليس نصاً واضحاً صريحاً، فلا ينبغي للمفتي ذكره للمستفتي.

يقول الشيخ أحمد بن حمدان: "يجوز أن يذكر المفتي في فتواه الحجة إذا كانت نصاً واضحاً مختصراً، وأما الأقيسة وشبهها فلا ينبغي له أن يذكر شيئاً منها، ولم تجر العادة أن يذكر المفتي طريق الاجتهاد، ولا وجه القياس والاستدلال، إلا أن تكون الفتوى تتعلق بنظر قاض، فيوميء فيها على طريق الاجتهاد، ويلوح بالنكتة التي عليها بني الجواب، أو يكون غيره قد أفتى فيها بفتوى غلط فيها عنده، فيلوح بالنكتة التي أوجبت خلافه ليقيم عذره في مخالفته، وكذا لو كان فيما لقي به غموض فحسن أن يلوح بحجته، وهذا التفصيل أولى مما سبق من إطلاق المنع من تعرضه للاحتجاج... ولا ينبغي لعامي أن يطالب المفتي بالحجة فيما أفتاه به، ولا يقول له لم ولا كيف، فإن أحب أن يسكن نفسه بسماع الحجة في ذلك سأل عنها في مجلس آخر، أوفي ذلك المجلس بعد قبول الفتوى مجردة عن الحجة، وقيل له أن يطالب المفتي بالدليل لأجل احتياطه لنفسه، وإنه يلزمه أن يذكر الدليل إن كان قطعياً، ولا يلزمه ذلك إن كان ظنياً، لاقتقاره إلى اجتهاد يقصر عنه العامي"<sup>(١)</sup>.

### المبحث الخامس: الاستدلال وأثره في صحة الفتوى.

وفيه تمهيد وخمسة مطالب:

تمهيد: للاستدلال في إطلاق الفقهاء إطلاقان، عام وهو: إقامة

(١) "صفة الفتوى" (١/٦٦، ٨٤).

الدليل مطلقاً، وخاص وهو المراد هنا، وهو: نوع خاص من الأدلة غير الأربعة المتفق عليها، الكتاب والسنة والإجماع والقياس، على خلاف في تقييد القياس وإطلاقه<sup>(١)</sup>.

والكلام فيه بهذا الاعتبار الأخير - كمنهج سلوك للاستنباط والبحث عن الدليل والاهتداء إليه - يشمل الكلام عن الأدلة المختلف فيها؛ لأنها أنواع وأفراد من الاستدلال، وقد عنون غير واحد من الأصوليين لغير المتفق عليه من الأدلة "بالاستدلال"<sup>(٢)</sup>، وهو بهذا الإطلاق الخاص اصطلاح حادث لدى متأخري الأصوليين<sup>(٣)</sup>.. وقد أخذ هذا المصطلح في التقدم وفي التطور الدلالي، وأطال متأخرو الأصوليين البحث في حقيقته، وبيان معناه، وأنواعه، وطبيعته باعتباره دليلاً مستقلاً<sup>(٤)</sup>.. الأمر الذي يتضمن توضيحاً لتلك الاختلافات حوله، وهي اختلافات تحركها اختيارات ومآخذ مذهبية، أو اعتبارات منطقية استدلالية.. ويحركها كونها منتزعة من موارد ومشارب متعددة من الشريعة في منقولها ومعقولها، ومقاصدها، وفي كلياتها المأخوذة منها بالاستقراء والتتبع..

لذا: كان الاستدلال أحد المظاهر التي تتجلى فيها خصوصية الاجتهاد،

---

(١) ينظر: "الإحكام" للأمدى (١١٨/٤)، و"جمع الجوامع" لابن السبكي (٣١٣/٢) مع "البدور الطالع" لجلال الدين المحلي، و"شرح الكوكب المنير" (٣٩٧/٤).

(٢) كالأمدى في "الإحكام" وابن السبكي في "جمع الجوامع"، والزركشي في "البحر المحيط"، وابن الفجار الفتوحي في "شرح الكوكب المنير"، والشوكاني في "إرشاد الفحول" وغيرهم.

(٣) كما يقول الزركشي في "تشنيف المسامع بجمع الجوامع" (٤٠٩/٣).

(٤) ينظر: "البرهان في أصول الفقه" لإمام الحرمين (٧٢١/٢) وما بعدها، و"تشنيف المسامع بجمع الجوامع" للزركشي (٤٠٩/٣)، و"البحر المحيط" (١٣/٧).

وتتجلى في تشخيصه مع تحري موافقة ما تقتضيه مقاصد الشريعة صحة الفتوى.

يقول تاج الدين ابن السبكي: "واعلم أن علماء الأمة أجمعوا على أن (الاستدلال) دليل شرعي غير ما تقدم (يعني الاربعة الأدلة المتفق عليها) واختلفوا في تشخيصه .. وهو (يعني الاستدلال) شيء قاله كل إمام بمقتضى تأدية اجتهاده، فكأنه اتخذ دليلا، وهذا معنى مليح في سبب تسميته "بالاستدلال.." (١) ومهما يكن من الاختلاف في تشخيص "الاستدلال"؛ فإن مراعاة معقولات النصوص، ومستنبطاتها، ومعانيها، وعللها، وما ترمي إليه المقاصد والكليات الشرعية أمور هي محل اتفاق، سيما إذا حرر محل النزاع. وعند ذلك؛ فالخلاف في السميات لا يضر إذا روعيت الحقائق.. ! وبهذا يظهر أثر "الاستدلال" وتشخيصه في صحة الفتوى.

وللإستدلال أنواع كثيرة (٢) لكن مسائل بعضها متداخلة.

لذا فسأقتصر في هذا المبحث على خمسة منها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الاستدلال بالاستصحاب.

ومعناه: أن ما ثبت في الزمن الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل (٣)، وهو معنى قولهم: الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى

(١) "رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب" (٤٨١/٤ - ٤٨٣) بتصريف.

(٢) ينظر: "أصول الشاشي" (ص ١١٤)، و"شرح العضد على مختصر ابن الحاجب"

(٢٨٠/٢) وما بعدها، "الإحكام" للأمدى (١١٩/٣)، و"إرشاد الفحول" (ص ٢٠٧).

(٣) ينظر: "البحر المحيط" (١٧/٦)، و"الروضة" مع شرحها لابن بدران (٣٢٠/٢)، و"شرح

الكوكب المنير" (٤٠٥/٤)، و"إرشاد الفحول" (٢٥١/٢).

يوجد المزيل، فمن ادعاه فعليه البيان، كما في الحسيات أن الجوهر إذا شغّل المكان يبقى شاغلاً إلى أن يوجد المزيل، مأخوذ من المصاحبة، وهو ملازمة ذلك الحكم ما لم يوجد مغير، فيقال الحكم الفلاني قد كان، فلم نظنّ عدمه، وكل ما كان كذلك، فهو مظنون البقاء<sup>(١)</sup>.

وللاستصحاب أنواع:

النوع الأول: استصحاب البراءة الأصلية، أو العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية قبل ورود السمع، فالأصل براءة الذمة من التكليف الشرعية والحقوق المالية حتى يدل دليل شرعي على شغلها، كالحكم بعدم وجوب صلاة سادسة، وكالحكم بعدم الدين على من ادعى عليه ذلك.

وهذا النوع لا خلاف في اعتباره بشروط معينة<sup>(٢)</sup>.

بل عده ابن قدامة رابع الأدلة المتفق عليها<sup>(٣)</sup>.

النوع الثاني: استصحاب دليل الشرع، وله فرعان:

الأول: استصحاب عموم النص حتى يرد تخصيص.

الثاني: استصحاب العمل بالنص حتى يرد ناسخ.

واختلف في تسمية هذا "استصحاباً"، ولا نزاع في صحته<sup>(٤)</sup>.

النوع الثالث: استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع.

(١) "البحر المحيط" للزركشي (١٧/٦).

(٢) ينظر: "إرشاد الفحول" (٢٥١/٢).

(٣) ينظر: "روضة الناظر" (٣٢٠/٢-٣٢١)، مع "نزعة الخاطر" لابن يدران.

(٤) ينظر: المصدر نفسه (٣٢٢/٢)، و"شرح الكوكب المنير" (٤٠٥/٤).

قال ابن قدامة: "ليس بحجة في قول الأكثرين" <sup>(١)</sup>، مثاله: أن يقول في المتيمم إذا رأى الماء في أثناء الصلاة: الإجماع منعقد على صحة صلاته ودوامها، فنحن نستصحب ذلك حتى يأتينا دليل يزيلنا عنه <sup>(٢)</sup>. وهناك قواعد مبنية على الاستصحاب يستعان بها في صحة الفتوى، وهي:

- ١- أن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره.
  - ٢- أن الأصل في الأشياء الإباحة.
  - ٣- أن الأصل في الذمة البراءة من التكليف والحقوق.
  - ٤- أن اليقين لا يزول بالشك <sup>(٣)</sup>.
- ولعرفة الاستصحاب والرجوع إليه عند عدم الدليل أهمية كبرى للمفتي، حتى يصيب الحكم الصحيح.
- وفي رجوع المفتي إلى الاستصحاب والبراءة الأصلية عند عدم الدليل، يقول الأمدي: "لو لم يظفر المفتي في الواقعة بدليل ولا خبر الواحد، فإنه لا يمتنع خلو الواقعة عن الحكم الشرعي والمصير إلى البراءة الأصلية" <sup>(٤)</sup>.

---

(١) "روضة الناظر" (٣٢٣/٢)، مع نزعة الخاطر.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) ينظر في هذه القواعد: "أصول السرخسي" (١١٦-١١٧) وما بعدها، و"الأشياء والنظائر" لابن نجيم (ص ٥٦) وما بعدها، "جمع الجوامع" (٣٥٦/٢) وما بعدها، و"الأشياء والنظائر" للسيوطي (ص ٥٠) وما بعدها، و"تقرير القواعد وتحرير الفوائد" لابن رجب، و"مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد" لأحمد القاري، و"شرح القواعد الفقهية" للزرقا، و"أصول الفقه الإسلامي" للدكتور/ وهبة الزحيلي (٩٠٠-٩٠١).

(٤) "الإحكام" للأمدي (٦٨/٢).

ويقول الشوكاني: "وهو آخر مدار الفتوى: فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة ثم في الإجماع ثم في القياس، فإن لم يجده، فيأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله، فالأصل بقاؤه وإن كان التردد في ثبوته، فالأصل عدم ثبوته" انتهى<sup>(١)</sup>.

وجاء في المسودة: "معرفة المفتي الأصل ينبنى عليه استصحاب الحال من حظر أو إباحة أو وقف. عندما لا يجد المفتي دليلاً ويأخذ باستصحاب الحال، فينبغي أن يعرف الأصل الذي ينبنى عليه استصحاب الحال من حظر أو إباحة أو وقف، قال ابن عقيل: "من شروط المفتي أن يعرف ما الأصل الذي ينبنى عليه استصحاب الحال، هل هو الحظر أو الإباحة أو الوقف؛ ليكون عند عدم الأدلة متمسكاً بالأصل إلى أن تقوم دلالة تخرجه عن أصله"<sup>(٢)</sup>.

وقال القاضي<sup>(٣)</sup>: "واعلم أنه لا يجوز إطلاق هذه العبارة: لأن من الأشياء ما لا يجوز أن يقال إنها على الحظر، كمعرفة الله تعالى ومعرفة وحدانيته، ومنها ما لا يجوز أن يقال إنها على الإباحة: كالكفر بالله والجدد له، والقول بنفي التوحيد، وإنما يتكلم في الأشياء التي يجوز في العقول حظرها وإباحتها: كتحريم لحم الخنزير وإباحة لحم الأنعام، وتتصور هذه المسألة في شخص خلقه الله في برية لا يعرف

(١) "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" (١/٨٧).

(٢) (ص ٤٢٨).

(٣) هو: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الغراء، القاضي، الفقيه الحنبلي، الأصولي المحدث، ولد سنة ٣٨٠ هـ، له كتاب "السعة"، وتوفي سنة ٤٥٨ هـ ينظر: "طبقات الحنابلة" (٣/٣٦١)، "شذرات الذهب" (٥/٢٥٢).

شيئاً من الشرعيات، وهناك فواكه وأطعمة، هل تكون الأشياء في حقه على الإباحة؟ أو على الحظر حتى يرد شرع" (١).

وفي المسودة أيضاً: مسألة استصحاب أصل براءة الذمة من الواجبات، حتى يوجد الموجب الشرعي دليل صحيح، ذكره أصحابنا: "وله مأخذان أحدهما: أن عدم الدليل، دليل على أن الله ما أوجبه علينا؛ لأن الإيجاب من غير دليل محال، والثاني: البقاء على حكم العقل المقتضي لبراءة الذمة، أو دليل الشرع لمن قبلنا، ومن هذا الوجه يلزم بالمناظرة قال القاضي: "استصحاب براءة الذمة من الواجب، حتى يدل دليل شرعي عليه، هو صحيح بإجماع أهل العلم كما في الوتر" (٢).

وجاء فيها أيضاً: "قوله استصحاب في نفي الواجب احتراز من استصحاب نفي التحريم أو الإباحة، فإن فيه خلافاً مبنيًا على مسألة الأعيان قبل الشرع، وأما دعوى الإجماع على نفي الواجبات بالاستصحاب، ففيه نظر، فإن من يقول بالإيجاب العقلي من أصحابنا وغيرهم لا يقف الوجوب على دليل شرعي، اللهم إلا أن يراد به في الأحكام التي لا مجال للعقل فيها بالاتفاق، كوجوب الصلاة، والأضحية، ونحو ذلك" (٣).

المطلب الثاني: الاستدلال بالمصلحة المرسلة.

المصلحة المرسلة هي: ما لم يشهد الشرع لاعتباره ولا لإلغائه بدليل خاص، فخرج بهذا المصلحة المعتبرة شرعاً التي جاءت الأدلة من

(١) "العدة" للقاضي أبي يعلى (١٢٤٣/٤).

(٢) المصدران نفسيهما (٤٢٨)، (١٢٤٣/٤).

(٣) ينظر: "المسودة" (٤٢٨/١-٤٣٠).

الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس باعتبارها. وكذا الملغاة شرعاً التي جاءت هذه الأدلة نفسها بمنعها، وإلغائها.

وتسمى - المصلحة المرسله - الاستدلال المرسل، والمناسب المرسل، والاستصلاح<sup>(١)</sup>.

ويشترط للاستدلال بالمصلحة المرسله أمور منها:

١- ملاءمتها لتصرفات الشرع ومقاصده، وهو أن يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين.

٢- أن لا تنافي أصلاً من أصول الشرع، ولا دليلاً من أدلته.

٣- أنه لا مدخل للمصلحة المرسله في التعبدات، ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية؛ لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل، كالطهارات بأنواعها، وكعدد ركعات الصلوات الخمس، فإن شيئاً من التعبدات لم يكله الشارع إلى آراء العباد، فلم يبق إلا الوقوف عند ما حده، دون ابتداع زيادة أو نقصاً.

٤- أن يكون حاصل المصلحة المرسله يرجع إلى رفع حرج في الدين، والتخفيف على المكلفين، فهي من الوسائل لا من المقاصد<sup>(٢)</sup>.

٥- ألا تعارضها مصلحة أرجح أو مساوية لها، وألاً يستلزم العمل بها مفسدة أرجح منها، أو مساوية لها، وألاً يتوصل بها إلى الذرائع والحيل المحرمة<sup>(٣)</sup>.

(١) ينظر: "البحر المحيط" (٧٦/٦)، و"الاعتصام" للشاطبي (٣٥٤/٢)، و"روضة الناظر"

(١/٣٤٠-٣٤١)، مع "نزهة الخاطر العاطر" لابن بدران.

(٢) "الاعتصام" (٣٦٤-٣٦٨) بتصرف.

(٣) ينظر: "المصالح المرسله" للشنقيطي (ص ٢١).

وقد ذكر الشاطبي أمثلة للمصالح المرسلة الملائمة لتصرفات الشرع، كاتفاق أصحاب النبي ﷺ على جمع المصحف. فإنه راجع إلى حفظ الشريعة، وإلى منع الذريعة للاختلاف في القرآن الكريم. وكقضاء الخلفاء الراشدين بتضمين الصنّاع؛ لأنه لا يصلح الناس إلا ذلك. فلولاً تضمينهم - مع ميسر الحاجة إليهم - لادعوا هلاك الأموال وضياعها، ولقلّ الاحتراز، وتطرقت الخيانة، فكانت المصلحة في تضمينهم<sup>(١)</sup>.

وبالجملة فالضابط في تحديد المصلحة المرسلة هو الشرع نفسه، وما نصبه من مقاصد وأحكام وعلل وغايات، لا مجرد العقول والآراء، هذا وإن قصر المصلحة على المنافع الدنيوية الحسية فقط اختزال لفهومها الشرعي. فإن ذلك يحصل للحيوانات العجماوات فلها إحساس يميز بين الشعير والقراب، وبين الماء والنار.. !! بل منافع العباد الدينية الأخروية - وإن لم يدركها البعض، أو عدت مضاراً - أولى بالاعتبار، وأحرى بالاهتمام<sup>(٢)</sup>. ومصدق ذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئاً وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(٣)</sup>.

والفتوى بالمصالح المرسلة وفق الشروط والضوابط المتبعة محل وفاق بين المذاهب الأربعة من حيث الجملة. ومن تتبع فروع المذاهب

(١) ينظر: "الاغتصام" (٢/٣٥٤، ٣٥٦).

(٢) ينظر: "الوافقات" للشاطبي (١/٥٣٢-٥٣٧، ٣/١٨٠-١٨٣، ٥/٢٢٥-٢٢٦، ١٢٨ وما بعدها).

(٣) سورة البقرة الآية ٢١٦.

علم صحة ذلك. قال ابن دقيق العيد<sup>(١)</sup>: "الذي لاشك فيه أن للملك ترجيحاً على غيره من الفقهاء، في هذا النوع (يعني المصالح المرسله) ويليهِ أحمد بن حنبل، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره في الجملة.." <sup>(٢)</sup>.

وقال القرافي: "قد تقدم أن المصلحة المرسله في جميع المذاهب عند التحقيق؛ لأنهم يقيسون، ويفرقون بالمناسبات، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار، ولا نغني بالمصلحة المرسله إلا ذلك..." <sup>(٣)</sup>.

وبما تقدم يتقرر أهمية مراعاة المفتي للمصالح الشرعية، غير أنه لا مجال للفتوى بالمصالح عند وجود النصوص إطلاقاً، والعلماء الذين خالفوا في الاستدلال بالمصالح المرسله، وردوا الفتوى بها، إنما فعلوا ذلك خشيةً من إهدار النصوص ومدلولاتها، كما ينبغي على المفتي الحذر من المصالح الموهومة، حتى لا يوقع المكلفين بما يخالف الشريعة<sup>(٤)</sup>.

وفي وجوب مراعاة المفتي للمصلحة وأنه ثابت بفعل الصحابة رضي الله عنهم، يقول الخطيب البغدادي: "إذا رأى المفتي من المصلحة

(١) هو: محمد بن علي بن وهب تقي الدين أبو الفتح القشيري المصري المالكي ثم الشافعي. عالم زاهد ورع، له تصانيف كثيرة منها: "الإمام"، و"الإمام"، و"شرح العدة"، وشرح بعض مختصر ابن الحاجب وغيرها. توفي سنة (٧٠٢ هـ). ينظر: "شذرات الذهب" (٥/٦)، و"طبقات الشافعية الكبرى" للسبكي (٢٠٧/٩)، و"طبقات الحفاظ" (ص ٥١٣).  
(٢) ينظر: "مجموع فتاوى شيخ الإسلام" (٣٤٣/١١)، و"إرشاد الفحول" للشوكاني (٢٦٥/٢).

(٣) "شرح تنقيح الفصول" (ص ٤٤٦).

(٤) ينظر: "المواقفات" (٢٧/٢)، و"الإحكام" (١٦٨/٤)، و"الإبهاج" (١٨٥/٣)، و"نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي" للدكتور/ حسين حامد حسّان (ص ٥٣٥-٥٤٦)، و"المصلحة في التشريع الإسلامي" للدكتور/ مصطفى زيد (ص ٢١١، ٢٣٥، ٢٣٨)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" للدكتور/ عبد الله بن عبد المحسن التركي (ص ٤٨٢-٤٩٣)، و"رفع الحرج" للدكتور/ يعقوب البالحسين (ص ٢٦٣)، و"أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها" للدكتور/ عبد العزيز بن عبد الرحمن الربيعه (ص ١٩٦-٢١٥).

عندما تسأله عامة أو سوقة أن يفتي بما له فيه تاول، وإن كان لا يعتقد ذلك، بل لردع السائل وكفه، فعل، فقد روي عن ابن عباس أن رجلاً سأله عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول: فرأيت في عينيه إرادة القتل فمنعته، وأما الثاني: فجاء مستكيناً، وقد قتل فلم أؤيسه<sup>(١)</sup>.

#### المطلب الثالث: الاستدلال بالاستحسان:

وقد اختلف الأصوليون في حده وحجيته.

والحقيقة أن أقوال المانعين والمجوزين له لم تتوارد على شيء واحد، فالمانعون - وفي مقدمتهم الإمام الشافعي - منعوا الاستحسان بمعنى ما يستحسنه المجتهد بمجرد عقله، وما ينقدح في ذهنه، وفي هذا من الفتوى بالتلذذ والتشهي، واتباع الهوى ما لا يخفى، ولاشك أن هذا منكر، وضلال مبين ولم يقل به أحد من الأئمة، والمجوزون له يقصدون به العدول بالمسألة عن نظائرها لوجه هو أقوى، أو لدليل معتبر من أدلة الشرع، أو ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعاً؛ لقصد التخفيف ورفع الحرج.

وبالجملة فهو غير خارج عن مقتضى الأدلة ومآلاتها<sup>(٢)</sup>. كما قال الإمام الشاطبي: "فهذا كله يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن

(١) "الفتية والمتفق" (٨٣/٢).

(٢) ينظر: "الموافقات" (١٩٦/٥)، و"الاعتصام" للشاطبي (٣٧٠-٣٧١)، و"شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص ٤٥١-٤٥٢)، و"تشنيف المسامع بجمع الجوامع" للزركشي (٤٤١-٤٣٦/٣)، و"قواطع الأدلة" (٢٦٨-٢٧١)، و"البحر المحيط" للزركشي (٨٧/٦-٩٤)، و"نزهة خاطر العاطر" لابن بدران (٣٣٦-٣٣٨)، و"شرح الكوكب المنير" (٤٣١-٤٣٢).

مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر إلى لوازم الأدلة ومآلاتها<sup>(١)</sup>، وقال في السياق نفسه: "ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلاً"<sup>(٢)</sup>. وبهذا يتبين أن الخلاف في الاستدلال بالاستحسان يكاد يكون لفظياً، ولا مشاحة في التسمية متى روعيت الحقائق<sup>(٣)</sup>. وقد جاء عن الإمام الشافعي نفسه أنه قال: "أستحسن" في أشياء ..<sup>(٤)</sup>.

ويُمثَّل للعدول بالمسألة عن نظائرها بدليل الكتاب قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾<sup>(٥)</sup>. فظاهر العموم في جميع ما يَتَمَوَّلُ به، وهو مخصوص بالأموال الزكوية خاصة.

ومن الاستحسان بالعرف: جواز دخول الحمام من غير تقدير أجره ولا مدة السبث، ولا الماء المستعمل، والأصل في هذا المنع، ولكن تقتضيه قواعد فقهية في أبواب المعاملات. ومن الاستحسان ترك مقتضى الدليل في السير لرفع الحرج والمشقة، كجواز التفاضل اليسير في المرافعة الكثيرة<sup>(٦)</sup>.

ومن ضروب الاستحسان عند المالكية قاعدة "مراعاة الخلاف" وهو: إعطاء كل واحد من الدليلين ما يقتضيه الآخر أو بعض ما يقتضيه. كقولهم في النكاح المختلف في فسادِه إنه يفسخ بطلاق وفيه الميراث؛ لما جاء في الحديث أنه ﷺ قال: (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَنَكَحَهَا بِاطِلٍ بَاطِلٍ بَاطِلٍ) ثم قال ﷺ: (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا

(١) "الموافقات" (١٩٨/٥-١٩٩).

(٢) "الاعتصام" (٣٧١/٢).

(٣) ينظر: "قواطع الأدلة" (٢٧٠/٢)، و"تشنيف المسامح" (٤٣٩/٣-٤٤٠).

(٤) ينظر: "تشنيف المسامح" (٤٤١-٤٣٩/٣)، و"البحر المحيط" (٩٨-٩٥/٦).

(٥) سورة التوبة الآية ١٠٣.

(٦) ينظر: "الاعتصام" للشاطبي (٣٧١/٢-٣٧٤)، وينظر: "تشنيف المسامح" (٤٣٩/٣).

أصاب منها<sup>(١)</sup> قال الشاطبي: "وهذا تصحيح للمنهي عنه من وجه، ولذلك يقع فيه الميراث، ويثبت النسب للولد، وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الأحكام، وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة، وإلا كان في حكم الزنى، وليس في حكمه اتفاقاً، فالنكاح المختلف فيه قد يُراعى فيه الخلاف، فلا يقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقتزن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح. وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد" اهـ<sup>(٢)</sup>.

#### المطلب الرابع: الاستدلال بسد الذرائع وبإبطال الخيل:

والمراد به كما قال القرافي: "حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة لها منع من ذلك الفعل..<sup>(٣)</sup>، والمشهور عن الإمام مالك وأحمد أنهما يستدلان بسد الذرائع ويكثران من الفتوى بمقتضاه؛ لأنه متفرع عن النظر في المآلات<sup>(٤)</sup>. وفي هذا يقول الشاطبي: "وهذا الأصل ينبني عليه قواعد منها: قاعدة سد الذرائع

(١) أخرجه أبو داود باب "في الولي" برقم (٢٠٨٣)، والترمذي في باب "ما جاء لا نكاح إلا بولي" برقم (١١٠٢) وقال حديث حسن.

(٢) ينظر: "الموافقات" (١٠٦-١٠٨، ١٩١-١٩٢)، و"الاعتصام" للشاطبي (٣٧٥/٢)، و"مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها" لعلال الفاسي (ص١٣٦).

(٣) "الفروق" (٤٥١/٢)، وينظر: "الموافقات" (١٩٩/٤)، و"مجموع الفتاوى" (١٨٦/٢٣-١٨٧)، و"إعلام الموقعين" (١٤٧/٢).

(٤) ينظر: "شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص٤٤٨-٤٤٩)، و"شرح الكوكب المنير" (٤٣٤-٤٣٦)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" (ص٥١٣) عن "الدخل إلى مذهب أحمد" لابن بدران.

التي حَكَمها مالك في أكثر أبواب الفقه؛ لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى ما هو مقسدة" <sup>(١)</sup>، وإن المحافظة على الشريعة في أحكامها ومقاصدها، وعللها وغاياتها، يقتضي منع الوسائل إلى المحرمات، ومنع التوسل بالمشروعات إلى الممنوعات. فقاعدة سد الذرائع من القواعد التشريعية التطبيقية التي توائم بين الوسائل والمقاصد، وأثر هذا في صحة الفتوى واضح بيّن، إذ المفتي إذا عرضت عليه مسألة تؤدي إلى حرام، فينبغي عليه أن يفتي بتحريمها، والعكس بالعكس.

ويرى الشاطبي وآخرون "أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة، وإنما الخلاف في أمر آخر" <sup>(٢)</sup> ومراده أن الخلاف في المناط الذي يتحقق فيه التذرع، وهو من تحقيق المناط في الأنواع <sup>(٣)</sup>، أو هو خلاف في بعض أقسام الذرائع؛ لأن من الذرائع ما سده محل إجماع، كالمنع من حفر الآبار في الطرق، ومنها ما سده ملغى إجماعاً كزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الضرر، ومنها ما هو مختلف فيه، كبيع الآجال. وفي هذا المختلف فيه مراتب متفاوتة باعتبار إفضاؤها إلى المفسدة، وباعتبار نوع نتائجها، ويختلف الترجيح فيها بحسب تفاوتها <sup>(٤)</sup>.

وقد أبدع ابن القيم في سرد الأدلة في حجية سد الذرائع والمنع

---

(١) (١٧٧/٥ - ١٨٢ - ١٨٣، ١٨٥).

(٢) "الموافقات" (١٥٨/٥)، وينظر: "شرح تنقيح الفصول" للقرافي (ص ٤٤٨)، و"البحر المحيط" (٨٣/٦ - ٨٦).

(٣) كذا قال الشيخ عبد الله دراز في تعليقه على قول الشاطبي السابق، "الموافقات" (١٨٥/٥ - ١٨٦).

(٤) ينظر: "الموافقات" (١٨٤ - ١٨٦)، و"شرح تنقيح الفصول" (ص ٤٤٨ - ٤٤٩)، و"البحر المحيط" (٨٤/٦ - ٨٦)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" (ص ٥٠٩ - ٥١٢).

من فعل ما يؤدي إلى الحرام ولو كان جائزاً في نفسه، فبلغت تسعة وتسعين دليلاً، وقال: "إن سد الذرائع ربع التكليف" (١).

وإبطال الحيل مشابه لسد الذرائع، فهما استدلالان متشابهان متدخلان، وقد يلتقيان، وقد يفترقان أحياناً. ومن تكلم من الأصوليين على أحدهما؛ تكلم على الآخر تبعاً، والذرائع أعم، والحيل أخص. ويشترط القصد فيها لا في الذرائع (٢). وهما متفرعان عن النظر في مآلات الأفعال، وأنه معتبر مقصود شرعاً (٣).

ولذلك يتوجب على المقتي أن ينظر إلى ما يؤول إليه الفعل، فقد يكون الفعل مباحاً، ولكنه يؤول إلى محرم مثلاً، قال الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية ربما

(١) "إعلام المرقمين" (١٤٧/٣-١٧١).

(٢) ينظر: "الموافقات" (٢٠١/٤)، و"مجموع الفتاوى" (١٤٦/٣)، و"إعلام الموقعين"

(٣/١٢٤، ٣٤٦)، و"مقاصد الشريعة الإسلامية" لمحمد طاهر بن عاشور (ص ٢٦٨).

و"أصول مذهب الإمام أحمد" للدكتور/ عبد الله التركي (ص ٥٠٠-٥٠٣).

(٣) ينظر: "الموافقات" (١٧٧/٥، ١٨٢، ١٨٧).

أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد، صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق، محمود الغبّ، جار على مقاصد الشريعة<sup>(١)</sup>.

وحقيقة الحيل: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة<sup>(٢)</sup>.

فإذا فرض أن الحيل لا تهدم أصلاً شرعياً، ولا تتناقض مصلحة، شهد الشرع باعتبارها؛ فغير داخلة في النهي ولا هي باطلة.

والحيل ثلاثة أقسام: ما لا خلاف في بطلانه كحيل المنافقين والمرائين، وما لا خلاف في جوازه، كالنطق بكلمة الكفر للمكره، قال الشاطبي: "وكلا القسمين بالغ مبلغ القطع، وما لم يتبين بدليل قاطع موافقته أو مخالفته لمقصد الشارع، وهذا محل خلاف بين العلماء، فمن رأى أنه غير مخالف لمقصد الشارع أجاز الحيلة فيه، ومن رآه مخالفاً منع الحيلة فيه، لا أن أحداً من الأئمة يجيز مخالفة قصد الشارع اهـ<sup>(٣)</sup>. وقد ناقش ابن القيم من يقول بالحيل المحرمة، أو ينسب شيئاً منها لأحد من الأئمة، وأفاض في ذلك<sup>(٤)</sup>.

ولا يصح إطلاق القول بأن أحداً من الأئمة يجوز الحيل لإبطال الأحكام، ولهدم أصل من أصول الشريعة، ومن نسب شيئاً من الحيل

(١) "الموافقات" (١٩٤/٤).

(٢) "الموافقات" (١٨٧/٥)، وينظر: "مقاصد الشريعة الإسلامية" لابن عثور (ص ٢٥٩-٢٦٠).

(٣) المصدر نفسه: (١٢٤/٣).

(٤) ينظر: "إعلام الموقعين" (١٧١/٣-٤١٥).

المحرمة لواحد منهم؛ فهو جاهل بأصوله. أما إنفاذ بعض الحيل إذا فعلت عند بعض الأئمة؛ فشيء آخر، ولا يعني هذا إذنه فيها ابتداءً<sup>(١)</sup>. ولذا فإن على المفتي أن يُعنى بسد الذرائع والحيل المفضية إلى محرم، فيتعين على المفتي النظر فيما إذا كان الفعل وسيلة أو حيلة تقضي إلى فعل محرم فيمنعه، ولو كان هذا الفعل في أصله مباحاً، انطلاقاً من أن الوسيلة تأخذ حكم المقصد، كما دلت الأدلة والاستقراء على ذلك، قال الإمام ابن القيم: "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تقضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها، والإنز فيها بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً، وله طرق ووسائل تقضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفوس به وحكمته تعالى، وعلمه يلبي ذلك كل الإياء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح له الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء، منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، والافسد عليهم ما يرومون إصلاحه،

(١) "الفتاوى الكبرى" لابن تيمية (١٧٠/٣)، وينظر: "إعلام الموقعين" لابن القيم (٣/١٩٠-٢٠٠)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" (ص ٥٢٧).

فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال، ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم، بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء<sup>(١)</sup>.

#### المطلب الخامس: الاستدلال بالعرف والعادة:

إن مما هو بسبيل رفع الحرج في الشريعة: إناطة أحكام وإبتنائها على ما عرفته النفوس السليمة واستقرّ فيها من أعراف وعوائد مطردة غير فاسدة شرعا<sup>(٢)</sup>.

قال ابن عابدين الحنفي في أرجوزته "عقود رسم المفتي":

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يُدار<sup>(٣)</sup>

ومن العلماء من اعتبر العرف والعادة مترادفين كالإمام الشاطبي حيث سمى كل ذلك "عوائد"<sup>(٤)</sup>. وكابن عابدين حيث قال: "فالعادة والعرف بمعنى واحد"<sup>(٥)</sup>.

والضابط في اعتبار الأعراف في الأحكام الشرعية هو: كل فعل - (وكل قول<sup>(٦)</sup>) - رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع، ولا في اللغة.

(١) "إعلام الموقعين" (١٣٥/٣).

(٢) ينظر: "الموافقات" (٤٩٤-٤٩٦)، و"تشنيف المسامح" (٤٧١/٣-٤٧٢)، و"شرح

الكوكب المنير" (٤٤٨-٤٥٢).

(٣) "رسائل ابن عابدين" (٤٤/١).

(٤) ينظر: "الموافقات" (٤٨٨/٢، ٥٠٩).

(٥) "نشر العرف في بناء الأحكام على العرف" له، (ص٣).

(٦) وهو أن يتمارف القوم على إطلاق لفظ على معنى غير الذي وضع له أصلا، بحيث يكون هو المتبادر إلى الأذهان عند الإطلاق، كتعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الذكر =

كإحياء الموات، والحرز في السرقة، والاكل من بيت الصديق، وما يُعدّ قبضا، وإيداعاً، وإعطاءً، وهبةً، وهدية، وغصباً، والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال هذه كثيرة لا تنحصر<sup>(١)</sup>.

قال القرافي: " .. أما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيه.. "<sup>(٢)</sup>، ويجد المتتبع لتعليلات الأصوليين ولما أخذهم شيوع ذلك بالعرف والعادة في كتبهم، فقد شاع بينهم أن العادة محكمة، وأن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، ولا ينكر تغير الأحكام - المنوطة بالعرف والعادة - بتغير الأزمان والأحوال، وأن الحقيقة تترك بدلالة العرف، وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وأن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم، وأن التعيين بالعرف كالتعيين بالوصف .. وكل ذلك يشعر بأن الاستدلال والفتوى بالعرف والعادة محل اتفاق بين جميع المذاهب الفقهية .. أما النطاق الذي يعتبران فيه؛ فهو ما يختلف بين مذهب وآخر، ولعل الفقه المالكي هو أكثر المذاهب استدلالاً وإفتاءً بالعرف والعادة، يليه الفقه الحنفي، ثم الشافعي، والحنبلي..<sup>(٣)</sup>.

---

= دون الانثى، وعلى إطلاق لفظ اللحم على غير السمك، وعلى إطلاق الدابة على ذات الحافر. ينظر: "الأشباه والنظائر" لابن نجيم (ص ٩٣)، و"المواقات" (٢/ ٢٢٠)، و"الأشباه والنظائر" للسيوطي (ص ٨٩)، و"المسودة" (ص ١٢٣) وما بعدها، "رفع الحرج في الشريعة الإسلامية" للدكتور/ يعقوب البلحسين (ص ٣٤٤)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" (ص ٥٨٥).

(١) "شرح الكوكب المنير" (٤/ ٤٥٢-٤٥٣).

(٢) "شرح تنقيح الفصول" (ص ٤٤٨).

(٣) ينظر: "نشر العرف في بناء الأحكام على العرف" لابن عابدين (ص ٤ وما بعدها)، و"تقرير القواعد وتحريير الفوائد" لابن رجب (٢/ ٥٥٥-٥٧٠)، و"إعلام الموقعين" لابن القيم (٣/ ٦٦-٦٧)، و"شرح القواعد الفقهية" للزرقا (ص ٢١٩)، و"أصول مذهب الإمام أحمد" (ص ٥٩١-٦٠٠)، و"رفع الحرج في الشريعة الإسلامية" للدكتور/ يعقوب البلحسين (ص ٣٧١-٣٧٢).

والعرف والعادة أثر في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات بمقتضى مراعاة الشريعة لمصالح العباد في المعاش والمعاد، يقول ابن القيم: "هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أُمِخت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها ... إلخ" (١).

ويمثل ابن القيم لتغير الفتوى بمسألة إيقاع الطلاق الثلاث بلفظة واحدة قائلاً: "إذا عرف هذا فهذه المسألة مما تغيرت الفتوى بها بحسب الأزمنة كما عرفت لما رأته الصحابة من المصلحة؛ لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس في إيقاع الثلاث لا تندفع إلا بإمضائها عليهم، فرأوا مصلحة الإمضاء أقوى من مفسدة الوقوع" (٢).

- بقية البحث في العدد القادم -

(١) "إعلام الموقعين" (٣/٣).

(٢) "إعلام الموقعين" (٤١/٣).

## حماية رأس المال

الدكتور/ يوسف بن عبد الله الشبيلي(\*)

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فالإنسان يسعى في كسب رزقه، ويجتهد في تجميع ماله، وهو في ذلك يرجو النماء والربح، ويخاف من الخسارة والنقص. ولتحقيق ذلك يبذل وسعه للموازنة بين هذين الأمرين: النماء والحماية.

ولا شك أن الأساس الذي ينبغي أن ينطلق منه المسلم من أجل الوصول إلى هذه الغاية هو توكله على خالقه سبحانه وتعالى، وفي الحديث: (لو أنكم تتوكلون على الله حق توكله لرزقكم كما يرزق الطير، تغدوا خماصاً وتروح بطاناً)<sup>(١)</sup>.

والتوكل على الله لا يعني ترك الأخذ بالأسباب التي تحمي المال وتقيه من التعرض للهلاك أو النقصان، بل الأخذ بها مطلوب من المكلف؛ لكونه مؤتمناً على هذا المال الذي استخلفه الله عليه، ومطالباً بحفظه.

وفي العصر الحاضر تعددت أساليب الاستثمار، وتبعاً لذلك تنوعت المخاطر التي تتعرض لها تلك الاستثمارات، ما بين مخاطر اقتصادية واقتصادية وأخلاقية وغيرها، وكان من أبرز مقومات الإدارة الناجحة للاستثمار وضع الوسائل المناسبة لحماية تلك الاستثمارات من المخاطر.

---

(\*) استاذ الفقه المساعد بالمعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.  
(١) أخرجه أحمد ٣٠/١، والترمذي في كتاب الزهد، باب التوكل على الله، برقم (٢٣٤٥)، وابن ماجه، في كتاب الزهد، باب التوكل واليقين، برقم (٤١٦٤) والحاكم وصححه (٣١٨/٤) من حديث عمر رضي الله عنه .

أهمية الموضوع: تتجلى أهمية الموضوع في كونه يعالج قضية تعد من الضروريات التي جاءت الشريعة بمراعاتها، وجبلت النفوس على الحرص عليها، إلا أن تحقيقها قد يكون على حساب التنازل عن الأرباح. ومن هنا جاء البحث للتأصيل الشرعي للحماية وبيان الوسائل التي يمكن بها حماية رأس المال مع تحقيق عائد مناسب من الاستثمار.

وقد لشتملت الدراسة على (٣٥) صورة من صور حماية رأس المال، يجمع هذه الصور أن كل واحدة منها تعد نوعاً من الهندسة المالية لإدارة الاستثمار بغرض وقاية رأس المال وتقليل المخاطر التي يتعرض لها. أسأل الله أن يجنبنا الزلل، وأن يوفقنا إلى ما يرضيه من القول والعمل.

### تمهيد

## في التعريف بمصطلحات الدراسة

وفيه ثلاثة مطالب:

### المطلب الأول: حماية رأس المال:

الحماية في اللغة: المنع، يقال: حمى الشيء يحميه حمياً وحماية، بالكسر، إذا منعه، ومنه: الحمي، وهو: المريض المنوع مما يضره. وأحمى المكان: أي جعله حمى لا يقرب<sup>(١)</sup>. والحمى: المكان المنوع من الرعي<sup>(٢)</sup>. وأما "رأس المال" فهو في اللغة: أصله<sup>(٣)</sup>. ومنه قول الله تعالى

(١) القاموس المحيط، مادة (حمي) ص ١٦٤٧.

(٢) المطلع ١/ ١٨٦.

(٣) القاموس المحيط، مادة (رأس) ص ٧٠٥.

فيمَن يأكل الربا: ﴿وَإِنْ تَيْتَمَّ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾<sup>(١)</sup>. ولا يختلف المعنى الاصطلاحي لحماية رأس المال عند الفقهاء عن معناه في اللغة؛ فحماية رأس المال تعني: وقايته من النقص، إلا أن الغالب في تعبير الفقهاء استخدام لفظ "سلامة رأس المال" أو "وقاية رأس المال" بدلاً من لفظ الحماية، ومنه قولهم في المضاربة: لا ربح إلا بعد سلامة رأس المال. وقالوا: الربح وقاية لرأس المال، ومعنى ذلك: أن الربح لا يتحقق في المضاربة ولا يحكم بظهوره حتى يستوفى رأس المال؛ لأنه الأصل الذي يبنى عليه الربح<sup>(٢)</sup>.

وأما لفظ الحماية فالغالب استعماله عندهم في حماية الأبدان، مثل حماية الإمام أهل الهدنة والذمة، وحماية الرعية من الاعتداء ونحو ذلك<sup>(٣)</sup>. وحماية رأس المال قد تكون من جهة العامل أو من رب المال، أو منهما معاً:

أما من جهة العامل: فإن يتخذ الأساليب التي تحمي رأس المال من أن يتعرض لخسارة أو تلف.

وأما من جهة رب المال: فإن يشترط على العامل شروطاً يكون الغرض منها حماية رأس ماله من أن يتعرض لخسارة أو تلف.

(١) سورة البقرة الآية (٢٩٧).

(٢) انظر: المبسوط ١٠٢/٢٢. رد المحتار ٤٤٧/٨. شرح الخرشني ٢١٦/٦. القوانين الفقهية ص ٢١١. روضة الطالبين ١٣٦/٥. نهاية المحتاج ٢٣٦/٥. المغني ١٦٥/٧. شرح المنتهى ٣٣٣/٢. المحلى ٢٤٨/٨.

(٣) انظر: المبسوط ١٨١/٢ التاج والإكليل ١١٨/٢ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/ شرح النووي على صحيح مسلم ١٦٦/٢ الإنصاف ٢١٥/٤.

## المطلب الثاني : الضمان :

أولاً- تعريف الضمان :

الضمان في اللغة: الالتزام، يقال: ضمن الشيء ضماناً وضمناً فهو ضامن وضمنين: أي كفله، وضمن الرجل ضماناً: كفله، أو التزم أن يؤدي عنه، وضمنته الشيء فتضمنه: غرمته فالتزمه<sup>(١)</sup>. ومنه ما جاء في الحديث: (الخراج بالضمان)<sup>(٢)</sup>. أي أن الانتفاع بالعين مقابل تحمل التبعات عند الخسارة أو الهلاك.

وأما في الاصطلاح الفقهي فيطلق الضمان على أحد معنيين:

الأول: الضمان بمعناه الأعم، ويعني: شغل الذمة بما يجب الوفاء به، فيكون بهذا الاصطلاح مرادفاً للمعنى اللغوي، أي الالتزام، سواء أكان التزاماً بالمال أم بالنفس، وسواء أكان يعقد أم بدون عقد، وسواء أكان بالتزام من المكلف أم بإلزام من الشارع<sup>(٣)</sup>.

ومن الضمان بهذا المعنى: الكفالة بالمال أو بالنفس، وضمان المتلفات وأروش الجنايات والعيوب والكفارات وغيرها.

والثاني: الضمان بمعناه الأخص، ويعني: ضم ذمة إلى أخرى في

(١) الصحاح، مادة (ضمن) ١٥٥/٦، القاموس المحيط، مادة (ضمن) ١٥٦٤.

(٢) أخرجه أبو داود في (كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً) برقم: ٣٥٠٨، والترمذي في (كتاب البيوع / باب فيمن يشتري العبد فيشغله ثم يجد به عيباً) برقم ١٢٨٥، والنسائي في (كتاب البيوع / باب الخراج بالضمان) ٢٢٣/٧، وابن ماجه في (كتاب التجارات / باب الخراج بالضمان) برقم ٢٢٤٣ من حديث عائشة - رضي الله عنها- وهو حديث صحيح، انظر: إرواء الغليل ١٥٨/٥.

(٣) انظر: غمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٢/٢١١ نهاية المحتاج ٤/٢٨٨ الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف ٥/١.

التزام الحق، وهو هنا مرادف للكفالة بالمال أو بالبدن<sup>(١)</sup>. ويقصد بضمان رأس المال هنا: التزام العامل بسلامة رأس المال لرب العامل. ثانياً- العلاقة بين حماية رأس المال وضمانه:

من خلال تعريف كل من حماية رأس المال وضمانه فالذي يظهر أن حماية رأس المال تختلف عن ضمانه من ثلاث جهات:

الأولى: أن الحماية بذل عناية وأما الضمان فهو التزام بغاية، فالحماية يقصد منها بذل الأسباب لوقاية رأس المال من النقصان، ثم قد تتحقق تلك الغاية وهي سلامة رأس المال وقد لا تتحقق، وأما الضمان فالمقصود منه الالتزام بالنتيجة وهي تحمل أي نقص يكون في رأس المال، سواء أكان النقص بسبب قصور في الأخذ بالأسباب أم لم يكن لقصور فيها.

والثانية: أن الأصل في ضمان العامل رأس المال المنع؛ لأن المال مضمون على مالكة، وهو رب المال، ولا يضمن العامل إلا في حال تعديه أو تقريطه، وأما حماية المال فالأصل فيها الوجوب؛ إذ يجب على العامل أن يحمي رأس المال من التلف والخسارة؛ لأنه مؤتمن عليه.

والثالثة: أن الحماية بمفهومها الأعم قد يدخل فيها معنى الضمان، فمن الوسائل التي يلجأ إليها البعض لحماية رأس المال كما سيأتي- تضمين العامل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. وبغض النظر عن حكم ذلك إلا أن العلاقة بين الحماية والضمان بهذا الاعتبار علاقة عموم وخصوص مطلق، أي أن الحماية أعم مطلقاً من الضمان.

(١) شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ٢٨٣/٦، حاشية السوقي على الشرح الكبير ٣٣٠/٣ نهاية المحتاج ٤٣٢/٤ الروض المربع ص ٢٧٧.

### المطلب الثالث : التحوط :

#### أولاً- تعريف التحوط :

التحوط مأخوذ من الحَيْطَة -بالفتح والكسر-، يقال: حاطه حوطاً وحِيطَة وحِياطَة: حفظه وصانه وتعهده، كحَوَّطه وتحَوَّطه.

ولا أعلم أن المتقدمين سواء من أهل اللغة أو الفقهاء يستخدمون هذا اللفظ، وإنما يستخدمون لفظ الحِيطَة، أو الاحتياط، أو الحَوطة، والأغلب استخدام هذه الألفاظ في أبواب العبادات.

ومصطلح التحوط (hedging) في الأسواق المالية المعاصرة يعني تجنب المخاطر قدر الإمكان<sup>(١)</sup>، ويتم ذلك من خلال جملة من العقود المسماة بعقود التحوط وسيأتي بيانها بمشيئة الله.

#### ثانياً- العلاقة بين حماية رأس المال والتحوط :

تبين معنا أن التحوط يقصد منه حماية رأس المال من خلال الدخول في عقود تجنب المخاطر، وعلى هذا فالتحوط أخص من الحماية؛ إذ إن حماية رأس المال قد تكون بإجراء عقد تحوط أو بغيره.

### المبحث الأول

التأصيل الشرعي لحماية رأس المال وضمانه، وعلاقة المخاطرة بالريح

تروطة: إدارة الاستثمار إما أن تكون على سبيل المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار.

(١) التحوط في التمويل الإسلامي د. سامي السويلم ص ٦٦ .

ففي الحال الأولى -أي المضاربة- يشترك اثنان فأكثر بمال من أحدهما وعمل من الآخر، أو بمال من أحدهما وعمل منهما، أو بمال منهما وعمل من أحدهما. قلها ثلاث صور<sup>(١)</sup>.

وفي المضاربة يستحق العامل -وهو المضارب- حصة مشاعة من الربح مقابل عمله. والربح هو الفاضل عن رأس المال.

وفي الحال الثانية -أي المشاركة- يشترك اثنان فأكثر بمالهما وعملها، فينفذ تصرف كل منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه وبحكم الوكالة في نصيب شريكه، والربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه، والخسارة على قدر ماليهما<sup>(٢)</sup>.

وفي الحال الثالثة أي الوكالة بأجر- يكون المدير نائباً عن رب المال في إدارة استثمار أمواله، ويستحق أجراً معلوماً مقابل عمله. وهذا الأجر إما أن يكون مبلغاً مقطوعاً أو بنسبة من المبلغ المستثمر<sup>(٣)</sup>.

وفيما يلي بيان الأصل الشرعي في حكم حماية رأس المال المستثمر وضمانه، وعلاقة المخاطرة بالربح:

### المطلب الأول : التأصيل الشرعي لحماية رأس المال .

وفيه فرعان:

#### الفرع الأول : الحكم الشرعي لحماية رأس المال :

تقدم معنا أن حماية رأس المال تعني وقايته الخسارة أو النقص

(١) المغني ١٢١/٧ .

(٢) الروض المربع ص ٢٧٩ .

(٣) المختار ٨٧/٩، البهجة شرح التحفة ٢٩٩/٢ .

أو التلف، فالحماية بهذا المعنى مطلوبة شرعاً، سواء من قبل رب المال أو العامل. وهذه الحماية تدخل ضمن مقصد (حفظ المال) وهو أحد المقاصد الضرورية التي جاءت الشريعة برعايتها وحفظها.

ولهذا جاء الأمر من الشارع في العقود التي تكون عرضة لنوع من المخاطر باتخاذ الأسباب التي يتجنب فيها تلك المخاطر، ففي البيع الآجل مثلاً، حيث يكون الاستثمار عرضة للمخاطر الائتمانية أمر الله تعالى بكتابته، وتوثيقه، والإشهاد عليه، وأخذ الرهون، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>(١)</sup>. وقال: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾<sup>(٢)</sup>. وقال: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾<sup>(٣)</sup>.

ومما جاء في هذا الباب ما روى ابن عباس رضي الله عنهما - أن العباس كان إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه ألا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه النبي ﷺ فأجازه<sup>(٤)</sup>. فما شرطه العباس - رضي الله عنه - نوع من التحوط عن المخاطر الاقتصادية.

وتتأكد حماية رأس المال في حق العامل؛ لأنه أمين، ومن مقتضى ذلك أن يكون تصرفه في المال منوطاً بالمصلحة لرب المال؛ لكونه نائباً

(١) سورة البقرة الآية (٢٨٢) .

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٢) .

(٣) سورة البقرة الآية (٢٨٣) .

(٤) أخرجه الطبراني في الأوسط ص ١٧٥، والدارقطني ٨٧/٣، والبيهقي ١١١/٦، من طريق أبي الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس - رضي الله عنهما - وأبو الجارود قال فيه الدارقطني وغيره: ضعيف. انظر: التلخيص الحبير ٨٥/٣، التعليق المغني على الدارقطني ٨٧/٣ .

عنه فيه، فيأخذ بأسباب الحيطة في تنمية المال وفق ما جرى به العرف، وبما لا يتعارض مع القواعد الشرعية، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بأجر.

وبناء عليه نص أهل العلم على أنه لا يجوز للمضارب أو الوكيل أن يغامر بالمال فيما لم يؤذن له فيه، ولا أن يستدين على المال من غير إذن، ولا أن يشتري أو يبيع بما لا يتغلب به الناس في مثله، ولا أن يشتري أو يبيع لنفسه إلا إذا تمحضت الغبطة لصالح رب المال، ولا أن يتصرف تصرفاً يؤدي إلى الإضرار بالمال، فإن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني: المعايير الشرعية لحماية رأس المال:

يشترط في الوسائل التي يتخذها المدير لحماية رأس المال أن يتوافر فيها الضوابط الآتية:

١- ألا يكون الغرض منها تضمين مدير الاستثمار إن لم يتعد أو يقصر؛ لأن ذلك يفرع عقد الاستثمار من مضمونه، ويحوله إلى عقد قرض، وسيأتي بإذن الله- بيان بعض الصور الممنوعة من الحماية؛ لما فيها من تضمين المدير.

٢- ألا تكون الحماية بعقد محرم. وأصول المعاملات المحرمة ترجع في الغالب- إلى أحد أمرين: إما الربا، وإما الغرر والأول محرم لما فيه من الظلم، والثاني محرم لما فيه من الجهل، وكلاهما من أكل المال بالباطل. ومن أمثلة الحماية المشتملة على الربا إقراض المال بفائدة سواء

(١) بدائع الصنائع ٣٥/٨ الخرشى على مختصر خليل ٢٢٦/٦ روضة الطالبين ١٣٥/٥ الشرح الكبير على المغن ١٩/١٤ .

بقرض مباشر، أم بودائع مضمونة، أم بسندات قروض. ومن أمثلة الحماية المشتمة على الغرر: التأمين التجاري (التقليدي) على الاستثمار. ٣- أن تكون الحماية بالتساوي على جميع المشتركين في الصندوق أو المحفظة الاستثمارية، كل بحسب رأس ماله، فلا يصح أن يتحمل بعض المستثمرين من المخاطر أكثر من البعض الآخر، أو أن يعفى بعضهم من تحمل المخاطر؛ لأنهم شركاء فيما بينهم ومن القواعد المتفق عليها بين أهل العلم في باب الشركات " أن الوضعية على قدر المال " (١)، وعلى هذا فالأسهم الممتازة التي تعطي حماية لرؤوس أموال حامليها أكثر من حملة الأسهم العادية لا تصح؛ لاختلال شرط التساوي في الضمان فيما بين الشركاء.

### المطلب الثاني: التأصيل الشرعي لضمان رأس المال.

وفيه ثلاثة فروع:

#### الفرع الأول: ضمان المدير في حال التعدي أو التفريط :

الأصل الشرعي في عقد الاستثمار سواء أكان عقد مضاربة أم وكالة بأجر أن خسارة النقص في رأس المال يتحملها رب المال وحده، وأما العامل فخسارته تقع في عمله بدون أجر. فرب المال يقدم المال وفي حال الخسارة يخسر المال، والعامل يقدم العمل وفي حال الخسارة يخسر قيمة هذا العمل.

ولا خلاف بين الفقهاء أن يد العامل على رأس المال يد أمانة، سواء أكان مضارباً أم وكيلأ بأجر، فلا يضمن خسارة المال أو نقصانه

(١) بدائع الصنائع ٧٧/٦ حاشية السوقي ٣/٣٥٤ تحفة المحتاج ٢٩١/٥ المغني ٢٢/٥ .

أو هلاكه إلا في حال تعديه أو تفريطه؛ ذلك أن العامل نائب عن رب المال في اليد والتصرف وذلك يستوجب أن يكون هلاك المال أو خسارته في يده كهلاكه أو خسارته في يد صاحبه؛ لأنه قبضه بإذنه، ولأن الأصل براءة ذمة العامل من الضمان، ومن كان كذلك فلا يسوغ تضمينه إلا بأمر من الشارع<sup>(١)</sup>.

ويجوز لرب المال أن يطلب من العامل رهناً أو كفيلاً يضمن له ما يضيع من ماله أو يتلف بسبب تعدي العامل أو تقصيره<sup>(٢)</sup>.

الفرع الثاني: قيام البينة أو القرينة على تقصير المدير أو تفريطه:

بما أن يد مدير الاستثمار على المال يد أمانة، فالأصل تصديقه في عدم تحقق ربح، أو في هلاك المال أو خسارته، إلا ببينة أو قرينة تثبت ذلك.

قال في شرح المنتهى: "ويصدق عامل بيمينه في قدر ربح وعدمه وفي هلاك وخسرانٍ إن لم تكن بينة؛ لأن ذلك مقتضى تأمينه، ويصدق عامل بيمينه في نفي ما يدعى عليه من خيانة أو تفريط؛ لأن الأصل عدمها"<sup>(٣)</sup>.

والبينة التي يثبت بها تفريط المدير أو تعديه متنوعة: فقد تكون بإقراره، أو بالأوراق الثبوتية، أو القيود المصرفية، أو أوامر البيع والشراء، أو غيرها مما يدل على وقوع تعدٍ أو تفريط.

وأما القرينة، فهي ما يفيد غلبة ظن -بشهادة العرف- بوقوع التعدي أو التفريط، وإن لم يكن هناك بينة ظاهرة.

---

(١) البحر الرائق ٣١٣/٦ السبحة شرح التحفة ٢١٧/٢ ميارة على العاصمية ١٣١/٢ المغني ٧٦/٧.

(٢) الكفاية ٣١٣/٦ مواهب الجليل ٣٦٠/٥ الفروع ٢٤٠/٤.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢٢٦/٢.

وأرى أن من القرائن الاعتبارية:

١- تحقيق المدير خسائر في الاستثمار في الوقت الذي تكون فيه عامة الصناديق الاستثمارية في مثل ذلك النوع من الاستثمار قد حققت مكاسب.

٢- تحقيق الصندوق خسائر بشكل مفاجئ دون أن يكون هناك أسباب مقبولة.

٣- تحقيق المدير خسائر في استثمارات متدنية المخاطر كالمراجعات والإجراءات دون أن يكون هناك أسباب ظاهرة.

فهذه قرائن قد تدل على عدم كفاءة المدير في إدارته للاستثمار، ونقص الكفاءة أو الخبرة في هذا المجال يعد نوع تفريط؛ إذ المفترض فيه ألا يقدم على احتراف هذا العمل إلا بعد تحصنه بالخبرة والكفاءة المناسبين، فالجهد الذي يبذله المدير يجب أن يكون جهد المحترف لا جهد الممارس؛ وإلا كان تفريطاً.

والأخذ بالقرينة في هذه الحالات وأمثالها لا يعني بالضرورة تضمين العامل، بل المقصود أن القرينة تفيد ظناً غالباً بوقوع التعدي أو التفريط فإذا أراد نفي ذلك فعليه عبء دفع التهمة عنه، ببيان الأسباب المقبولة التي أدت إلى ذلك الأمر، أي هذه القرينة تدفع بقرينة أعلى منها أو ببينة.

والأخذ بالقرائن في النقل عن الأصل معمول به في مسائل كثيرة في الفقه سواء في المعاملات المالية أو في غيرها من الأبواب، ومن شواهد ذلك:

١- تضمين الراعي المشترك والسمسار للتهمة، فالمشهور في مذهب

الإمام مالك وغيره من الأئمة عدم تضمين الأجير المشترك من غير الصناعات، كالراعي المشترك والسمسار، وخالف في ذلك جمع من فقهاء المالكية، وقالوا بتضمينهم للثمة<sup>(١)</sup>.

٢- تضمين المودع للثمة، فالأصل في المودع عدم تضمينه، ولكن ذهب الفقيه المالكي ابن حبيب الأندلسي إلى تضمين صاحب الحمام ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه لجريان العادة بخيانتته<sup>(٢)</sup>.

٣- مطالبة من يدعي خلاف الظاهر بالبينة ولو كان الأصل يشهد له<sup>(٣)</sup>، كما لو ادعت المرأة على زوجها الحاضر أنه لا ينفق عليها، فالأصل يقضي بعدم الإنفاق، والظاهر المستفاد من قرائن الحال يقضي بأنه ينفق عليها، فذهب فقهاء المالكية إلى تغليب الظاهر، فتطالب المرأة بالبينة على عدم الإنفاق؛ لأنها تدعي خلاف الظاهر.

٤- وعقد الإمام ابن القيم - رحمه الله - في كتابه الطرق الحكيمة باباً كاملاً في الأخذ بالقرائن والأمارات في وسائل الإثبات، واستدل على ذلك بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة وأقوال الأئمة، ثم قال: "فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام: أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها .. إلخ"<sup>(٤)</sup>.

(١) كشف القناع عن تضمين الصناع ص ١١٣ .

(٢) كشف القناع عن تضمين الصناع ص ٩٦ .

(٣) الفروق ٧٥/٤ و ١١٢/٤ .

(٤) الطرق الحكيمة ص ٣ .

الفرع الثالث : تضمين المدير بالشرط ما لم يأت ببينة على عدم تعديه أو  
تفريطه :

الأصل في عقود الاستثمار أن يصدق المدير في دعواه عدم التعدي أو التفريط؛ لأن يده يد أمانة، ومر معنا أنه يجوز تضمينه في حال قيام قرائن تدل على إهماله ما لم يثبت خلاف ذلك، ولكن هل يجوز أن يتفق الطرفان رب المال والعامل- على أن يكون الضمان على العامل ما لم يأت ببينة تثبت عدم تعديه أو تفريطه؟ ومن البينات أن يأتي بأسباب معقولة للخسارة، كهبوط في الأسهم، أو ركود اقتصادي، أو حريق، أو سرقة، ونحو ذلك.

المسألة في نظري محل تأمل، فقد يقال: إن ذلك ذريعة إلى تضمين العامل مطلقاً. وقد يقال -وهو الأظهر- بجواز هذا الشرط؛ لأنه لا يترتب عليه محظور شرعي، ولا يؤول إلى تضمين العامل مطلقاً، وغايته أنه إن أتى بالبينة على عدم تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، وإن لم يأت بالبينة فعليه الضمان؛ لقيام التهمة، ومثل هذه الأحداث لا تخفى؛ ولكونه مفرطاً بعدم توثيق أسباب الخسارة أو التلف.

والإتيان ببينة على عدم تفريطه بينة بالنفي، وهي مقبولة عند كثير من أهل العلم، إذا كان النفي محصوراً، وأحاط به علم البينة<sup>(١)</sup>. وهذان الشرطان من السهل التحقق منهما فنياً من خلال قيود العمليات الاستثمارية خلال فترة الاستثمار.

وبناء على ما سبق، فلتضمن العامل أربع حالات:

(١) انظر: تبين الحقائق ٣/٢٥٣ تحفة المحتاج ١٠/٣١٤ .

- ١- تضمينه بالشرط مطلقاً. فهذا لا يجوز.
- ٢- عدم ضمانه إلا في حال قيام البيئة بتعديه أو تفريطه، وهذا هو الأصل.
- ٣- تضمينه بقيام القرينة على تفريطه إلا أن يأتي ببينة تنفي ذلك عنه.
- ٤- تضمينه ابتداءً بالشرط إلا أن يأتي بالبينة على عدم تعديه أو تفريطه.

فالحالتان الأخيرتان أرى أنهما أقرب إلى الحال الثانية منهما إلى الأولى؛ إذ لا يترتب عليهما تضمين العامل ضماناً مطلقاً، وهو محل المنع، والله أعلم.

### المطلب الثالث: العلاقة بين المخاطرة والربح في الشريعة.

من المعلوم أن أي استثمار لا يخلو من مخاطرة مهما كان نوع ذلك الاستثمار، ومهما كانت الوسائل المتخذة لحمايته، وتتفاوت درجات المخاطرة في الاستثمار بحسب نوع العقد وأجله وموضوعه ومكانه وزمانه وأطرافه وغير ذلك من المؤثرات فيه، ولكن ثمة سُنن إلهية تحكم هذه المؤثرات وهي في الغالب لا تتغير:

فالمخاطرة في المداينات أعلى منها في المبادلات الحالة..

والمخاطرة في عقود المشاركة أعلى منها في عقود المداينة..

والمخاطرة في التعامل مع الأفراد أعلى منها في التعامل مع

الشركات والتجار..

والعلاقة بين الربح والمخاطرة علاقة طردية، فمن يرغب في الربح الوفير فعليه أن يتحمل قدرأ أكبر من المخاطر، ومن لا يتحمل المخاطرة فليرض بالربح اليسير.

وأهل الفقه في نظرتهم إلى عنصر المخاطرة في الاستثمار طرفان ووسط: فمنهم من يربط الربح المشروع بالمخاطرة، وأن ما يميز الاستثمار الإسلامي عن التعامل الربوي اشتماله على عنصر المخاطرة، فإذا خلا الاستثمار من هذا العنصر فهو نماء غير مشروع.

ومنهم من ينحى إلى الطرف الآخر وأن الاستثمار إذا كان محققاً بالمخاطرة فهو نوع قمار وغرر.

والمأمل في النصوص الشرعية يدرك أن ليس كل مخاطرة ممنوعة، وليست كلها مشروعة.

وقبل أن نبين ضابط المخاطرة الجائزة والممنوعة يحسن أن نبين معنى الخطر:

فالخطر في اللغة: الإشراف على الهلاك، وخوف التلف<sup>(١)</sup>.

وأما عند الفقهاء، فيطلق الخطر ويراد به أحد معنيين:

الأول: ما يرادف المعنى اللغوي، أي خوف التلف والهلاك، ومنه قول الكاساني: "لا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم كبيع نتاج النجا بأن قال: بعث ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل: لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم"<sup>(٢)</sup>.

(١) المصباح المنير، (مادة غرر) ص ١٧٣ القاموس المحيط، (مادة غرر) ٤٩٤ .

(٢) بدائع الصنائع ١٣٨/٥

والثاني: بمعنى الغرر أي ما كان مجهول العاقبة، ومنه قول شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن الشركة تقتضي الاشتراك في النماء، فإذا انفرد أحدهما بالمعين لم يبق للآخر فيه نصيب، ودخله الخطر ومعنى القمار"<sup>(١)</sup>.

والتتبع لنصوص الفقهاء يظهر له أن استعمالهم للفظ "الخطر" يدور حول معنى احتمالية الوقوع، فمتى كان الأمر محتملاً فهو على خطر الوقوع أو عدمه.

ضابط المخاطرة الجائزة، والمخاطرة المنوعة:

لشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله كلام نفيس في ضابط ما يحل من المخاطرة وما يحرم: يقول - رحمه الله -: "الخطر خطران: خطر التجارة، وهو أن يشتري السلعة يقصد أن يبيعها بربح ويتوكل على الله في ذلك، فهذا لا بد منه للتجار وإن كان قد يخسر أحياناً، فالتجارة لا تكون إلا كذلك، والخطر الثاني: الميسر الذي يتضمن أكل مال الناس بالباطل، فهذا الذي حرمه الله ورسوله"<sup>(٢)</sup>.

فبين رحمه الله أن المخاطرة على نوعين:

النوع الأول: المخاطرة الجائزة: وهي تلك المخاطرة التي تكون ناشئة عن تملك السلعة، وتحمل المالك التبعة والمسئولية الناشئة عن تلفها أو نقصان قيمتها، فهذه مخاطرة مباحة، بل لا تنفك عنها أي مبادلة تجارية.

(١) الفتاوى الكبرى ٤/٦٥

(٢) تفسير آيات أشكلت ٢/٧٠٠

وهذه المخاطرة هي المقصودة في النصوص الشرعية التي تربط ما بين الربح والضمان. فتملك السلعة ينشأ عنه ضمانها، وهذا الضمان ينشأ عنه مخاطرة، وبه يستحق الربح، فإذا تجرد الأمر عن هذا الضمان فلا ربح. ومن ذلك "نهيه عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن"<sup>(١)</sup>، وقوله: (الخراج بالضمان)، ومن القواعد الشرعية المستنبطة من هذه النصوص قاعدة: "الخراج بالضمان".

فالضمان الوارد في هذه النصوص هو ضمان المسؤولية التابع للملكية وقبض السلعة؛ ولهذا جاء في الأحاديث الأخرى النهي عن بيع الإنسان ما لا يملك، وعن بيع ما لم يقبض، كما في حديث حكيم بن حزام - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال له: (لاتبع ما ليس عندك)<sup>(٢)</sup>. وفي رواية: (ابن أخي ابتعت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه)<sup>(٣)</sup>، فهذه النصوص تبين نوع الضمان الذي يستحق به الربح، وأنه ليس ضماناً مجرداً بل هو ناشئ عن تملك.

(١) أخرجه أحمد ١٧٤/٢ وأبو داود (كتاب البيوع والإجازات/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده)، والترمذي (كتاب البيوع/ باب كراهية بيع ما ليس عندك) والنسائي (كتاب البيوع/ باب بيع ما ليس عند البائع)، وابن ماجه (كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما. وهو حديث صحيح.

(٢) أخرجه أحمد ٤٠٢/٣ وأبو داود (كتاب البيوع والإجازات/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده) برقم ٣٥٠٣، والترمذي (كتاب البيوع/ باب كراهية بيع ما ليس عندك) برقم ١٢٣٢، والنسائي (كتاب البيوع/ باب بيع ما ليس عند البائع) برقم ٤٦١٣، وابن ماجه (كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن) برقم ٣١٨٧. وهو حديث صحيح.

(٣) أخرج هذه الرواية الإمام أحمد ٤٠٢/٣، وابن حبان في صحيحه (٣٥٨/١١) والدارقطني (٨/٣) والبيهقي (٣١٣/٥) والحديث صححه ابن حبان وقال عنه البيهقي: "إسناده حسن متصل".

والناظر في هذه النصوص يدرك عظمة هذه الشريعة؛ فإن هذه النصوص جاءت بلفظ الضمان دون المخاطرة، مع أن الضمان نوع مخاطرة؛ وذلك لأن المخاطرة ليست مقصودة للشارع، وكلما أمكن تجنبها فهو أفضل، بخلاف تحمل تبعة العين وضمانها فإن ذلك ضروري للمبادلات المنتجة.

وارتباط الربح بهذا النوع من الضمان أي ضمان الملك مطرد، فلا ربح لمن لم يضمن، ولا يستحق النماء من لم يتحمل هذه المخاطرة، وأما المسائل التي يوردها البعض استثناء من هذه القاعدة فهي محل نظر، ومن أشهرها مسألتان:

الأولى: الثمار إذا تلفت بأفة سماوية قبل تمكن المشتري من الجذاذ فهي من ضمان البائع، للأمر بوضع الجوائح، ومع ذلك يجوز للمشتري التصرف فيها بالبيع ونحوه؛ لأنه ملكها وقبضها قبضاً حكماً بالتخلية، فإذا باعها فيكون قد ربح فيما لم يدخل في ضمانه.

والثانية: إجارة العين المستأجرة، فإن العين مضمونة على المالك، ويجوز للمستأجر أن يؤجرها على غيره بأكثر من أجرتها الأولى، فيكون قد ربح فيما لم يضمن.

والجواب عن هاتين المسألتين من وجهين:

الأول: أن الربح في كليهما مقترن بنوع من ضمان المالك؛ فمشتري الثمرة وإن كان لا يضمن تلفها بالجائحة العامة، إلا أنه يضمن ما يلحقها من تلف بغير الجائحة العامة، كسرقة اللصوص التي يمكن الاحتراز منها<sup>(١)</sup>.

(١) إعلام الموقعين ٢/ ٢٥٨

وكذلك المستأجر، فإنه لا يضمن العين المؤجرة، ولكنه يضمن منفعتها للمستأجر الثاني لكونه مالكا لها.

والثاني: أن القبض التام في هاتين المسألتين متعذر لكون المعقود عليه يحصل شيئا فشيئا، فلذا ألزم البائع بضمان تسليم المعقود عليه للمشتري، وهذا لا يتأتى إلا إذا بقي ضمانه حتى اللحظة التي يتمكن فيها المشتري من الاستيفاء التام للمعقود عليه، فيكون هذا أصلاً في كل ما من شأنه أن يحدث شيئاً فشيئاً، كصكوك الإجارة وغيرها، وفي هذا يقول ابن القيم رحمه الله: " وضع الجوائح كما هو موافق للسنة الصحيحة الصريحة فهو مقتضى القياس الصحيح؛ فإن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه؛ فإن قبض كل شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئاً فشيئاً فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان، وعلق البائع لم تنقطع عن المبيع، فإن له سقي الأصل وتعاهده ، كما لم تنقطع علق المؤجر عن العين المستأجرة، والمشتري لم يتسلم التسليم التام كما لم يتسلم المستأجر التسليم التام ، فإذا جاء أمر غالب اجتاحت الثمرة من غير تفريط من المشتري لم يحل للبائع إلزامه بثمن ما أتلّفه الله سبحانه منها قبل تمكنه من قبضها القبض المعتاد.. ولهذا لو تمكن من القبض المعتاد في وقته ثم أخره لتفريط منه أو لانتظار غلاء السعر كان التلف من ضمانه ولم توضع عنه الجائحة" (١).

(١) إعلام الموقعين ٢/ ٢٨٥

### النوع الثاني: المخاطرة المحرمة:

وهي المخاطرة التي يكون منشؤها الجهالة والغرر إما في العقود عليه أو في الأجل أو الصيغة أو غيرها مما هو مقصود في العقد فهذه النوع من المخاطر الأصل فيه التحريم؛ لما فيه من المقامرة والغرر. فإن كانت المخاطرة في مسابقة أو مغالبة فهي من القمار، وإن كانت في مبادلة تجارية فهي من الغرر.

ويستثنى من تحريم هذا النوع من المخاطر الحالات التي يغتفر فيها الغرر في العقود، وهي ثلاث:

الأولى: المخاطر التي لا يمكن التحرز منها، وتدعو إليها الحاجة، وهي تلك المخاطر التي تكون ملازمة لبعض المعاملات التي يحتاج إليها عموم الناس.

والثانية: المخاطر اليسيرة، وهي تلك التي يكون احتمال الخسارة فيها منخفضاً، كالجهل ببعض الأجزاء الدقيقة في السلعة.

والثالثة: المخاطر التي لا تكون مقصودة في العقد، وهي تلك التي تكون تابعة لنشاط حقيقي معلوم، كالجهل بموجودات بعض الأصول المالية التي تقصد لقوتها في السوق لا لموجوداتها كالأسهم والوحدات الاستثمارية<sup>(١)</sup>.

---

(١) ينظر في تفصيل هذه الحالات: الغرر وأثره في العقود ٥٨١-٦١٢

## المبحث الثاني

حماية رأس المال بوسائل يقصد منها تضمين مدير الاستثمار

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: اشتراط ضمان رأس المال على المدير .

الفرع الأول: صورة المسألة:

من المعلوم أن الأصل في عقد الاستثمار سواء أكان مضاربة أم وكالة بأجر أن خسارة المال أو نقصانه على رب المال، وأن العامل لا يضمن إلا في حال تعديه أو تفريطه، ولكن هل يجوز تضمين العامل ذلك بالشرط؟، أي إذا تضمن عقد المضاربة أو الوكالة بأجر شرطاً بأن يكون ضمان العامل لرأس المال ضماناً مطلقاً غير مقيد بحال التعدي أو التفريط، فهل هذا شرط صحيح أم باطل ؟

الفرع الثاني: حكمها الشرعي:

لا أعلم خلافاً بين الفقهاء المتقدمين على أن اشتراط الضمان على العامل في عقد المضاربة أو الوكالة بأجر شرط باطل<sup>(١)</sup>.

وقد نص على ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة، وفيه: " لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل "<sup>(٢)</sup>.

(١) البسيط ١٥/ ٨٤ البهجة شرح التحفة ٢/ ٢١٧ الحاوي الكبير ٩/ ١١٣ المغني ٧/ ١٧٩ .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤/ ٣/ ٢١٦٣ .

ومن الأدلة على ذلك:

١- أن لشروط ضمان رأس المال على المضارب يَفَرِّغ عقد القراض من مضمونه ويحوّله إلى قرض؛ ذلك أن الفرق بين القرض والقراض أن المال في الأول مضمون وفي الثاني غير مضمون، فإذا كان رب المال شريكاً في الربح فهو قرض جر نفعاً فيكون ربا<sup>(١)</sup>.

٢- ولأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد فيحكم بطلانه. قال ابن قدامة: "القسم الثالث -أي من الشروط الفاسدة-: اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعية"<sup>(٢)</sup>. وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه"<sup>(٣)</sup>.

وذهب بعض العلماء المعاصرين<sup>(٤)</sup> إلى صحة تضمين العامل بالشرط معللاً ذلك: "بأنه ليس في الأدلة الشرعية ما يمنع من جواز هذا الاشتراط وأن القول بصحته لا يقتضي مخالفة لقاعدة من قواعد الشرع المتفق عليها، ولا وقوعاً في محذور من ربا أو قمار أو بيع غرر، ولا جلباً لمفسدة راجحة"<sup>(٥)</sup>.

(١) المنتقى شرح الموطأ ٧٢/٧

(٢) المغني ٤١/٥ .

(٣) المعونة ١١٢٢/٢

(٤) د. نزيه حماد في بحثه (ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية بالشرط) ضمن كتاب في فقه المعاملات المالية والمصرفية ص ٢٨٤

(٥) ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية بالشرط ص ٢٨٥

وهذا القول -في نظري- وجيه وله قوة، لولا ما فيه من مخالفة ما عليه عامة الفقهاء بل يكاد يكون إجماعاً منهم، وما فيه من شبهة الربا، فإننا إذا قلنا بأن المال في المضاربة يمكن أن يكون مضموناً على العامل وقد أذن له باستعماله لم يعد ثمة فرق بين القرض والمضاربة بشرط الضمان إلا في الاسم، وهذا خلاف القاعدة الشرعية المقررة من أن العبرة في العقود بمقاصدها وحقائقها لا بألفاظها ومبانيها.

وقد أجاب -حفظه الله- عن هذين الأمرين بما يلي:

١- أما مخالفة ما ذكره الفقهاء فقد نقل عن بعض فقهاء المالكية والشوكاني من المتأخرين القول بجواز تضمين المضارب بالشرط إذا رضي بذلك؛ لأن التراضي هو المناط في تحليل أموال العباد، كما نقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية قوله: "وإذا شرط صاحب البذر -أي في المزارعة- أن يأخذ مثل بذره ويقتسما الباقي، جاز، كالمضاربة"<sup>(١)</sup>.

٢- وأما ما فيه من شبهة القرض الربوي، فأجاب عنها بأن بينهما فرقاً جوهرياً من حيث كون الزيادة على رأس المال في القرض الربوي محققة مضمونة في ذمة المقترض.. بينما القراض مع تضمين المضارب رأس المال بالشرط لا يترتب عليه زيادة محققة مضمونة على رأس المال في ذمة المضارب بحال، بل قد يترتب عليه زيادة محتملة في الربح لا في ذمة المضارب إذ الأمر لا يخلو إما أن يخسر المضارب في استثماره لرأس المال، أو أن لا يحقق ربحاً ولا خسارة، وفي كلتا الحالتين لا يستحق رب المال أي زيادة على رأس المال، وإما

(١) الأخبار العلمية ص ٢١٩ ونقله عنه كذلك ابن مفلح في الفروع ١٢٩/٧ .

أن يربح المضارب ففي هذه الحال فقط يستحق رب المال نصيبه في الربح الحاصل لا في ذمة المضارب<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يجاب عن هذين الأمرين بما يلي:

١- أما ما ذكره الشوكاني وبعض فقهاء المالكية فهو محتمل؛ إذ من المحتمل أن يكون التزام المضارب بالضمان على سبيل التبرع منه عند التصفية، أو في أصل العقد من غير أن يكون ذلك شرطاً، بحيث إذا أخل بهذا الالتزام لا يتمكن رب المال من مقاضاته؛ لأنهم علقوا القول به بعدم مخالفته للشرع، وإلزام المضارب بالضمان يترتب عليه محذور شرعي كما سبق.

وأما ما نقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية فليس فيه ما يدل على جواز أن يضمن العامل البذر لصاحب البذر ولا أن يضمن رأس المال لرب المال، وإنما مراده أنه يجوز في المزارعة أن يتفق صاحب البذر مع العامل على ألا يقتصما الثمرة حتى يرجع لصاحب البذر أصل ماله وهو مثل البذر التي دفعها، فلو لم يرجع له مثل بذره بسبب تلف المحصول فلا يضمنه العامل. وما ذكره رحمه الله - خلافاً للعهد في المزارعة من أن صاحب البذر والعامل يتقاسمان الغلة حين ظهورها ولو لم يسلم لصاحب البذر قيمة بذره، فبين رحمه الله جواز ذلك قياساً على المضاربة التي لا يحكم بظهور الربح فيها إلا بعد سلامة رأس المال.

٢- وأما الجواب عن شبهة القرض الربوي فمحل نظر؛ لأن رب

(١) ضمان الودائع الاستثمارية في البنوك الإسلامية بالشرط ص ٢٧٩ .

المال سيستفيد هد العامل وعمله على كل الحالات، فإذا كان المال مضموناً على العامل فهو قرض جر نفعاً لرب المال وهو عمل العامل سواء حصل ربح أم لم يحصل.

وقد ذكر أهل العلم من صور المنفعة في القرض أن يشترط المقرض على المقرض عملاً أو منفعة، قال ابن عبد البر: " وكل زيادة في سلف أو منفعة ينتفع بها المسلف فهي ربا" <sup>(١)</sup>. وقال البيهوتي: " وشرط ما يجر نفعاً نحو أن يسكنه المقرض داره مجاناً أو رخيصاً.. أو أن يعمل له عملاً أو ينتفع بالرهن أو يساقيه على نخل أو يزارعه على ضيعة" <sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني: المضاربة مع إقراض المال للمدير.

#### الفرع الأول: صورة المسألة:

من وسائل حماية رأس المال في عقود الاستثمار ما ذكره بعض فقهاء الحنفية من أن رب المال إذا أراد أن يضمن العامل رأس ماله فإنه يقرضه معظم المال؛ لتكون يد العامل على المال المقرض يد ضمان، ثم يضاربه فيما تبقى من المال، على أن يشارك العامل بالمال الذي اقترضه في ذلك الاستثمار، فيكون العامل مضارباً وشريكاً بالمال الذي اقترضه، ويتفق الطرفان على تقاسم الأرباح بما يرتضيانه، ويكون الجزء الأكبر منه لرب المال مع أن رأس ماله في تلك المضاربة هو الأقل؛ بناء على ما ذهب إليه الأحناف والحنابلة من أن قسمة

(١) الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٣٥٩.

(٢) كشف القناع ٨/ ١٤٢.

الربح في الشركة بحسب الشرط ولا يلزم أن تكون بقدر المال<sup>(١)</sup>.  
قال في المبسوط -مبيناً هذه الطريقة-: "لو أن رجلاً أراد أن يدفع  
مالاً مضاربة إلى رجل، وأراد أن يكون المضارب ضامناً له، فالحيلة  
في ذلك أن يقرضه رب المال المال إلا درهماً، ثم يشاركه بذلك الدرهم  
فيما أقرضه على أن يعمل فيهما رزقهما الله تعالى في ذلك من شيء فهو  
بينهما على كذا. وهذا صحيح؛ لأن المستقرض بالقبض يصير ضامناً  
للمستقرض متملكاً له، ثم الشركة بينهما مع التفاوت في رأس المال  
صحيحة، والربح بينهما على الشرط، ويستوي إن عملاً جميعاً أو عمل به  
أحدهما فريح، فإن الربح يكون بينهما على هذا الشرط. وإن شاء أقرض  
المال كله للمضارب ثم يدفعه المستقرض إلى المقرض مضاربة  
بالنصف ثم يدفعه المقرض إلى المستقرض بضاعة فيجوز ذلك في  
قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله"<sup>(٢)</sup>.

وذكر الزيلعي صورة أخرى لتضمن العامل بإقراضه المال، فقال:  
"وإذا أراد رب المال أن يجعل رأس المال مضموناً على المضارب، أقرضه  
رأس المال كله، ويشهد عليه، ويسلمه إليه، ثم يأخذه منه مضاربة، ثم  
يدفعه إلى المستقرض يستعين به في العمل، فإذا عمل وريح، كان  
الربح بينهما على الشرط، وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض، وإن  
لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وإن هلك هلك على المستقرض، وهو  
العامل"<sup>(٣)</sup>.

(١) بدائع الصنائع ٥١٧/٧ تنقيح الفتاوى الحامدية ٩٦/١ المبدع ٥/٦ مطالب أولي النهى  
٤٩٨/٣.

(٢) المبسوط ٢٣٨/٣٠.

(٣) تبيين الحقائق ٥٣/٥.

وهذا الأسلوب كما يجري في المضاربة فيمكن أن يطبق في الوكالة، بأن يقرض الموكل الوكيل معظم المبلغ الذي ينوي استثماره ثم يضاربه في الباقي مع مشاركة الوكيل بالمال الذي اقترضه، ويكون للوكيل الأجر المعتاد في استثمار ذلك المال، وما زاد عنه يكون للموكل.

### الفرع الثاني: حكمها الشرعي:

من الواضح أن المعاملة السابقة تجمع بين القرض والمضاربة، وكل منهما مشروط في الآخر، فرب المال يقرض العامل المال بشرط أن يضاربه فيه أو في بعضه، والغرض من القرض ليس الإرفاق وإنما تضمين العامل. فالذي يظهر هو تحريم هذه المعاملة؛ لما يلي:

أولاً- أن هذه المعاملة حيلة لتضمين العامل في المضاربة، وتضمين الوكيل في الاستثمار، وقد سبق معنا أن تضمين العامل في عقد الأمانة لا يصح؛ لما يترتب عليه من شبهة القرض الربوي، والحيلة على أمر محرم محرمة، كما هو معلوم في أصول الشريعة.

وثانياً- أن هذه المعاملة جمعت بين القرض وعقد آخر، فيشمئها النهي في قوله عليه الصلاة والسلام: (لا يحل سلف وبيع)<sup>(١)</sup>. ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - مبيناً فقه هذا الحديث: "نهى ﷺ عن أن يجمع بين سلف وبيع. فإذا جمع بين سلف وإجارة فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله. وكل تبرع يجمعه إلى البيع والإجارة مثل: الهبة والعارية والعريّة والمحابة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك: هي مثل القرض. فجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضة

(١) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما - وقد سبق تخريجه.

وتبرع؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة؛ لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض<sup>(١)</sup>، ولا يخفى أن القرض من رب المال في المعاملة التي معنا ليس قرضاً محضاً، وإنما شرط فيه أن يضاربه العامل وأن يحابه في حصته من الربح، بأن تكون حصة القرض من الربح أعلى مع أن رأس ماله في الشركة أقل.

وثالثاً- أن فقهاء الحنفية إنما ذكروا هذه الحيلة في حال خوف رب المال أن يجحد العامل ذلك المال أو يدعي تلفه، لا لأجل تضمينه مطلقاً، فتكون حيلة لأمر مباح، والحيلة على المباح مباحة، ومما يدل على ذلك ما جاء في المنظومة المحببة لابن الشخنة الحنفي، حيث يقول:

|                         |                            |
|-------------------------|----------------------------|
| إذا أراد رجل أن يدفعاً  | مألاً إلى مضارب ويقعاً     |
| ذلك مضموناً عليه إن يخف | جموده أو يدعي فيه التلف    |
| فليقرضن المال إلا درهما | لذلك الإنسان ثم بعدما      |
| يقع إقراضاً له تشاركاً  | في الدرهم الباقي فعند ذلكا |
| ... إلخ الأبيات.        |                            |

المطلب الثالث: التزام المدير بشراء الوحدات الاستثمارية أو أصول الصكوك بقيمتها الاسمية.

الفرع الأول: تصوير المسألة:

يلجأ بعض مديري الاستثمارات لضمان رأس مال الاستثمار إلى إصدار التزام من قبل المدير للمستثمرين بشراء استثماراتهم بقيمتها الاسمية.

(١) مجموع الفتاوى ٥٩/٢٩ .

ويقصد بالقيمة الاسمية: المبلغ المدفوع في بداية الاستثمار. وهذا الالتزام قد يكون بصيغة التعهد أو بالوعد الملزم للمدير. والاستثمارات التي يلتزم المدير بشرائها قد تكون على شكل وحدات استثمارية أو أصول ممثلة بصكوك أو غيرها. واسترداد قيمة هذه الوحدات أو الأصول قد يكون متاحاً في أي وقت - كما في الصناديق المفتوحة - وقد يكون مشروطاً بانتهاء فترة الاستثمار أي عند التصفية كما في الصناديق المغلقة - أو عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها. وبناء على هذا الالتزام، فمتى حل موعد إطفاء الصكوك، أو تصفية الصندوق الاستثماري، أو في حال رغبة المستثمر استرداد قيمة الوحدات أو الأصول إذا كان ذلك متاحاً قبل التصفية، فينظر: فإن كانت قيمتها السوقية أكثر من قيمتها الاسمية فيكون الاسترداد بقيمتها السوقية لأنها أحظ له، وأما إن تكبدت تلك الاستثمارات خسائر وانخفضت القيمة الاسمية للوحدات أو الصكوك عن قيمتها السوقية، فإنه سيبيعها بقيمتها الاسمية على المدير. وبذا يكون المستثمر قد ضمن رأس ماله في ذلك الاستثمار.

#### الفرع الثاني: حكمها الشرعي:

التزام المدير بشراء الوحدات أو الصكوك بقيمتها الاسمية هو في حقيقته ضمان لرأس المال، لا فرق في ذلك بين أن يكون هذا الالتزام بصيغة التعهد أم بالوعد الملزم؛ إذ لا فرق في حقيقة الأمر بينهما. وقد نص على منع هذا التعهد المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في بيانه الصادر بشأن الصكوك،

وفيه: " لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها ويجوز أن يكون التعهد بالشراء على أساس صافي قيمة الأصول أو القيمة السوقية أو القيمة العادلة أو بثمان يتفق عليه عند الشراء، وفقاً لما جاء في المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، بند ٣ / ١ / ٦ / ٢، وفي المعيار الشرعي رقم (٥) بشأن الضمانات، بند ٢ / ٢ / ٢ و ٢ / ٢ / ٢ علماً بأن مدير الصكوك ضامن لرأس المال بالقيمة الاسمية في حالات التعدي أو التقصير ومخالفة الشروط، سواء كان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار".

المطلب الرابع: الوعود المتبادلة للتحوط من تذبذب القيمة السوقية.

الفرع الأول: تصوير المسألة:

من الوسائل التي تتخذها بعض البنوك لتحقيق الحماية لعملائها المستثمرين إصدار وعود متبادلة بينها وبين المستثمر، بحيث يصدر وعد ملزم من البنك بشراء الأصول المستثمرة المملوكة للعميل في تاريخ محدد بثمان محدد، ولكنه شراء معلق على شرط بأن يكون ثمنها الجاري في السوق أقل من ذلك الثمن الذي التزم البنك بالشراء به، وفي المقابل يقدم العميل وعداً ملزماً بالبيع للبنك عند حلول الأجل بنفس الثمن المتفق عليه، ولكن بشرط أن يكون ثمنها في السوق أعلى من ذلك الثمن المحدد.

فعلى سبيل المثال، لو أن عميلاً رغب في أن يحقق الحماية لاستثماراته

بهذه الطريقة، فما عليه إلا أن يوكل البنك في أن يشتري له أصولاً استثمارية (أسهم مثلاً ب ٩٠) ويعدده البنك بأن يشتري منه هذه الأسهم في تاريخ محدد ب (١٠٠) إذا كان سعرها في السوق في ذلك الوقت يقل عن (١٠٠) ويعد العميلُ البنكَ بأن يبيعها على البنك بهذا المبلغ إذا كانت قيمتها الجارية في ذلك الوقت تزيد على (١٠٠).

والمحصلة النهائية لهذه الطريقة أن العميل سيبيع هذه الأصول على البنك في التاريخ المحدد بمبلغ (١٠٠)؛ لأن السعر الجاري في السوق وقت التنفيذ إن كان يزيد على (١٠٠) فسيلزم البنكُ العميلَ بالبيع، وإن كان أقل فسيلزمه العميلُ بالشراء، وإن كان مساوياً لها فيستوي الأمر للطرفين، إذ لا فرق بين أن يبيعها العميل على البنك أو في السوق أو أن يشتريها البنك من العميل أو من السوق<sup>(١)</sup>.

#### الفرع الثاني: حكمها الشرعي:

الذي يظهر أن الحكم الشرعي لهذه الطريقة يختلف بحسب نوع العلاقة بين البنك والعميل. ولا يخلو الأمر من إحدى حالتين:

الحال الأولي: أن يكون البنك وكياً عن العميل في الشراء، بحيث يقتصر دور البنك على كونه سمساراً عن العميل، ثم إذا تملك العميل تلك الأصول أجرياً تلك الوعود المتبادلة، فلا يظهر في ذلك محذور شرعي، سواء أكان انتقال ملكية تلك الأصول إلى البنك في وقت التنفيذ بهذه الوعود أو بالبيع الآجل؛ لأن العميل يملك هذه الأصول وله بيعها نقداً أو بالآجل. ويستثنى من ذلك ما إذا كانت تلك الأصول

---

(١) التحولات البديلة عن الضمان في المشاركة والصكوك الاستثمارية وغيرها بحث د. محمد القري .

نقوداً أو ذهباً أو فضة فإن صرف العملات وشراء الذهب والفضة يحرم فيه النساء.

والحال الثانية: أن يكون البنك مديراً لاستثمارات العميل، إما بالمضاربة أو الوكالة أو المشاركة، فقد يقال<sup>(١)</sup> بجواز هذه الوعود باعتبار أنها وعود مستقلة لا تتفق في محل واحد في زمن واحد؛ لأن أحد الوعدين معلق على شرط أن يكون سعرها في السوق أقل من مئة والثاني معلق على شرط أن يكون سعرها في السوق أعلى من مئة، فمورد الوعدين مختلف. وبهذا فليست هذه الوعود المتبادلة من المواعدة الملزمة للطرفين التي هي بمنزلة العقد وصدر فيها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (٤٠-٤١) وفيه: "المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المربحة بشرط الخيار للمقواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المربحة تشبه البيع نفسه"<sup>(٢)</sup>.

وقد يقال وهو الأظهر - بعدم الجواز؛ لأن الوعدين وإن اختلفا في شرط لزومهما إلا أن هذا الاختلاف غير مؤثر؛ لأن النتيجة الحتمية لهذه الوعود أن يتم التنفيذ بالسعر المتفق عليه سواء زادت القيمة السوقية لتلك الأصول على السعر المتفق عليه أم نقصت عنه أم عادلته؛ والمدير في حقيقة الأمر ملتزم بشراء هذه الأصول بقيمتها الاسمية وبيع محدد. وقرار المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية

(١) التحوطات البديلة عن الضمان في المشاركة والصكوك الاستثمارية وغيرها. بحث د. محمد القري.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي / الدورة الخامسة.

الإسلامية الذي سبق إيراده المتضمن تحريم التزام المدير بشراء الأصول بقيمتها الاسمية أرى أنه يشمل هذه الصورة، والله أعلم.

## المبحث الثالث

### الحماية التعاونية لرأس المال

وفيه خمسة مطالب:

**المطلب الأول: التأمين التكافلي على الاستثمار والتمويل:**

**الفرع الأول: تصوير المسألة:**

من الحلول المطروحة لحماية رأس المال في الاستثمارات: التأمين على الاستثمار تأميناً تكافلياً، وذلك من خلال إنشاء صندوق تأمين تكافلي<sup>(١)</sup> تشترك فيه مجموعة من جهات الاستثمار، ويدار من قبل شركة تأمين تكافلي مستقلة عنهم، بحيث تقتطع نسبة معينة من رؤوس أموال المستثمرين، أو من الأرباح المتحققة، وتودع ذلك الصندوق، ويتم تغذيته بشكل دوري، وإذا حصل أي ضرر في المستقبل على أي من جهات الاستثمار المشتركة في الصندوق التكافلي فيتم جبره من ذلك الصندوق.

---

(١) التأمين التكافلي: اتفاق أشخاص يكونون معرضين لآخطار متشابهة على تلافي الأضرار الناشئة عن تلك الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات في صندوق تأمين له ذمة مالية مستقلة، بحيث يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن لها، ويتولى إدارة الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق أو شركة مستقلة وتأخذ جهة الإدارة أجراً مقليل لإدارتها أعمال التأمين كما تأخذ أجراً أو حصة من الأرباح في مقابل استثمارها لأموال الصندوق بصفتها وكيلأ بأجر أو مضارب. المعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: معيار التأمين الإسلامي ص ٤٣٣.

والتأمين بهذه الطريقة يمكن أن يوجه للحماية من أنواع متعددة من المخاطر المتعلقة بالاستثمار، ومنها:

١- المخاطر على رأس المال، وذلك بحماية رأس المال من أي مخاطر محتملة من خسارة أو نقصان في قيمته أو هلاكه.

٢- مخاطر العائد على الاستثمار، وذلك لمواجهة أي انخفاض مستقبلي في الأرباح وتحقيق موازنة في التوزيعات.

٣- مخاطر العائد على التمويل، وذلك بحماية عقود التمويل لاسيما طويلة الأجل من التقلبات في معدلات العائد على التمويل، التي كثيراً ما ترتبط بالتقلبات في معدلات الفائدة على القروض الربوية.

٤- مخاطر الائتمان، وذلك بحماية عقود التمويل التي يشتمل عليها الاستثمار، كالمرايحات والإجارات وغيرها من مخاطر التعثر في السداد، أي كان سبب ذلك التعثر، من إفلاس المدين أو موته أو مماطلته أو غير ذلك، وهي مخاطر بلا شك تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستثمرين بفقدان الربح المستحق على تلك العقود وأحياناً بتآكل جزء من رأس المال، فيتم جبر هذا الضرر بالتعويض من صندوق التأمين التكافلي.

٥- مخاطر الصرف، وذلك بحماية الاستثمار من أي تذبذب في أسعار الصرف قد يؤدي إلى تآكل رأس المال، أو نقصان الربح عن حد معين.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي:

لا يظهر ما يمنع شرعاً من التأمين التكافلي لحماية الاستثمار، سواء أكان التأمين موجهاً لحماية رأس المال المستثمر من أي مخاطر

تؤدي إلى نقصانه، أو كان موجهاً لجبر نقصان الربح عند حد معين خلال فترة الاشتراك، أو كان الغرض منه صيانة الديون وعقود التمويل من مخاطر التعثر، أو التقلبات في معدلات العائد أو أسعار الصرف، شريطة أن تتحقق فيه ضوابط التأمين التكافلي، ومنها:

١- أن يكون اشتراك المستثمرين في الصندوق التكافلي على سبيل التعاون فيما بينهم، بحيث يختص هؤلاء بما في الصندوق من اشتراكات وعوائد وما يتم تكوينه من مخصصات واحتياطيات متعلقة بالتأمين والفائض التأميني، وفي المقابل يتحملون جميع المصروفات المتعلقة بإدارة عمليات التأمين.

٢- أن يكون الالتزام بالتعويض في حال وقوع الضرر صادراً من الصندوق التكافلي الذي يختص به المستثمرون وفق الوثائق واللوائح المتفق عليها، وليس من شركة إدارة التأمين<sup>(١)</sup>.

وعلى الرغم من أن التأمين التكافلي في صورته السابقة مشتمل في ظاهره على المبادلة النقدية (الاشتراكات مقابل التعويضات)، والاحتمالية فيه قائمة (فقد تزيد التعويضات المستحقة لجهة الاستثمار على الصندوق وقد تقل) إلا أن ذلك ليس من الربا ولا من الغرر المحرم شرعاً؛ لأن المبادلة لا يقصد منها المعاوضة المالية، فلا يجري عليها أحكام وضوابط المعاوضات، وإنما الغرض منها التعاون والتكافل وتفتيت المخاطر فيما بين المستثمرين، فهي من عقود الإرفاق، ومن المعلوم أن عقد الإرفاق يغتفر فيه ما لا يغتفر في عقد المعاوضة، ولا

(١) انظر معيار التأمين الإسلامي الصادر من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم (٢٦).

تجري عليه قواعد الشريعة في الربا والغرر كما في عقد المعاوضة؛ ذلك أن عقد المعاوضة مبني على المشاحة بين أطراف العقد، بخلاف عقد الإرفاق فإن أساسه التعاون فيما بينهم.

وبه يعلم أن حماية الاستثمار عن طريق التأمين التكافلي ليس ضماناً للمال، وإنما هو ترتيب فيما بين المستثمرين يقصد به توزيع المخاطر فيما بينهم.

### المطلب الثاني: الحماية من طرف ثالث.

#### الفرع الأول: تصوير المسألة:

من وسائل حماية رأس المال التزام طرف ثالث بضمان رأس المال أو به وبالربح لصالح المستثمرين أو حملة الصكوك.

والمراد بالطرف الثالث: غير مدير الاستثمار والمستثمر. والغالب أن يكون جهة حكومية، وقد يكون جهة خاصة.

#### والتزام الطرف الثالث على ضربين:

الأول: أن يكون ذلك على سبيل التبرع. وهذا هو الأغلب فيما إذا كان الضامن جهة حكومية. والغرض منه تشجيع الناس على المشاركة في المشاريع الاستثمارية المتعلقة بالمرافق العامة ونحوها، والتي قد يحجم كثير منهم عنها لولا وجود هذا الضمان<sup>(١)</sup>.

والثاني: أن يكون هذا الالتزام بأجر. وهو ما تقوم به بعض

---

(١) مثال ذلك: ضمان الحكومة في السعودية نسبة من قيمة الاكتتاب في أسهم شركة الكهرباء المملوكة بالأغلبية للحكومة .

المصارف التقليدية، حيث تؤمن على أموال المستثمرين لدى شركات تأمين تجارية<sup>(١)</sup>.

وعلى كلا الحالين إما أن يكون الضمان بنية الرجوع على العامل، أو أنه بغير نية الرجوع عليه، وهذا هو الغالب.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي:

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: التزام طرف ثالث بالضمان من غير نية الرجوع على العامل: وهذا الالتزام على نوعين:

النوع الأول: أن يكون الضامن متبرعاً:

فذهب بعض المعاصرين إلى تحريم التزام طرف ثالث من غير طرفي العقد بضمان أموال المستثمرين من غير نية الرجوع على العامل، حتى وإن كان متبرعاً بذلك<sup>(٢)</sup>.

وحجتهم في ذلك: اتفاق الفقهاء على أن الضامن إنما يصح ضمانه لما هو مضمون على الأصل، كالقرض وثمن المبيع وسائر الديون، أما ما لم يكن مضموناً على الأصل، فلا يصح ضمانه، مثل الوديعة ورأس مال المضاربة<sup>(٣)</sup>.

---

(١) هذا النوع من الالتزام ليس من الحماية التعاونية وإنما ذكر هنا لاستيفاء جميع الصور الممكنة لالتزام الطرف الثالث.

(٢) بحوث في قضايا فقهية معاصرة ص ٢٣٠ ، مجلة جامعة الملك عبد العزيز : الاقتصاد الإسلامي مج (٦) مج (٣) .

(٣) البحر الرائق ٢٥٦/٦ الكفاية ٣١٣/٦ مواهب الجليل ٣٦٠/٥ بلفة السالك ٢٤٧/٢ مغني المحتاج ٢٠٥/٣ حاشية الجمل ٣٨٠/٣ المغني ٧٦/٧ غاية المنتهى ٣٠٥/٣ .

ويناقش هذا القول بأن محل الضمان المتفق على المنع منه هو فيما إذا كان الضامن سيرجع على العامل، فهذا يؤدي إلى تضمين العامل، أما إذا كان بغير نية الرجوع فهو التزام منه بالتبرع بمال يعادل القيمة الاسمية للأصول في حال هلاكها أو نقصانها مهما كان سبب ذلك. فالالتزام هنا هو ضمان بمعناه العام لا بالمعنى الاصطلاحي الخاص الذي يرادف الكفالة، وبما أن هذا الالتزام لا يترتب عليه محذور شرعي؛ لأن الالتزام المحظور في المضاربة ونحوها من عقود الاستثمار هو ضمان العامل للخسارة، حتى لا تجتمع عليه خسارة الربح الذي كان يسعى لتحقيقه، وخسارة المال بسبب لا يد له فيه. والطرف الثالث ليس رب مال ولا عاملاً فيه، بل هو متبرع، وإذا كان التبرع بالمال جائزاً فإن التبرع بالضمان أحرى بالجواز.

وإلى القول بالجواز ذهب كثير من المعاصرين، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجمعه<sup>(١)</sup>، وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية<sup>(٢)</sup>.

والشرط الأساس عند أصحاب هذا القول أن يكون للطرف المتبرع ذمة مستقلة عن ذمة العامل. فإن لم يتحقق هذا الشرط فلا يصح الضمان، ومن ذلك أن يضمن البنك الودائع الاستثمارية لأحد فروعها، وأما إن كان للمتبرع والعامل ذمتان منفصلتان، ولكن أحدهما مملوك جزئياً للآخر، فهل يصح الضمان ؟

(١) مجلة المجمع ٢١٦٤/٣/٤ .

(٢) الفتاوى الاقتصادية ص ١٠٧، (تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية) د. سامي حمود، (سندات القراض وضمان الفريق الثالث) د. منذر قحف، مجلة المجمع ١٩٢٨ / ٣/٤

المسألة محل نظر، والأظهر - والله أعلم - أنه يصح الضمان بشرطين:

الأول: أن يكون لكل منهما شخصية مستقلة عن الآخر.

والثاني: ألا يكون أحدهما مملوكاً للآخر بالكامل، أو بحصة تمثل غالبية عظمى في الملكية بحيث تكون ملكية الغير فيها أشبه بالصورية، كأن تكون نسبة ملكية العامل ٩٩٪ من ملكية الجهة المتبرعة.

ومن التطبيقات المعاصرة لذلك:

١- من توصيات الندوة الفقهية الاقتصادية المنعقدة بين مجمع الفقه الإسلامي والبنك الإسلامي للتنمية في ١٦-١٧/٥/١٤١١ هـ: جواز ضمان البنك لما يبيعه لصندوق الاستثمار التابع له، والذي يتولى إدارته على أساس المضاربة<sup>(١)</sup>.

٢- من توصيات ندوة البركة السادسة للاقتصاد الإسلامي: جواز ضمان فرع بنك البركة في جدة لأموال المستثمرين في بنك البركة بلندن، إذا اقتضت قوانين بلد البنك المضمون (قرع لندن) ضمان أموال المستثمرين<sup>(٢)</sup>.

٣- كما جوزت الهيئة الشرعية للبنك الأردني الإسلامي ضمان الدولة لأموال الأوقاف المستثمرة التي تديرها وزارة الأوقاف<sup>(٣)</sup>.

النوع الثاني: أن يكون الالتزام بأجر:

وهذا الالتزام نوع من التأمين التجاري على الاستثمار؛ لأن الطرف

(١) مجلة المجمع ٥٣٣/١/٧.

(٢) الفتاوى الاقتصادية ص ١٠٦.

(٣) (تصوير حقيقة سندات المقارضة) ص ١٩٢٨.

الثالث يلتزم بالتعويض في مقابل الأجر المدفوع من المدير أو من المستثمرين. وعامة المجامع الفقهية على تحريم التأمين التجاري، ومنه هذا النوع من التأمين، بل إن الغرر فيه فاحش نظراً للمخاطر الكثيرة التي يتعرض لها الاستثمار ما بين مخاطر ائتمانية سياسية وأمنية وأخلاقية وغيرها.

المسألة الثانية: كفالة الطرف الثالث للعامل (الضمان الشخصي)<sup>(١)</sup>:

والمقصود أن يكون للضامن حق الرجوع على العامل. وهذه الكفالة على نوعين:

النوع الأول: الكفالة المطلقة:

أي أن الطرف الثالث سواء أكان جهة حكومية أم خاصة يكفل العامل كفالة مطلقة أي غير مقيدة بتعدي العامل أو تفريطه، على أن يكون له حق الرجوع عليه بالمال الذي ضمنه به.

وهذه الكفالة محرمة، سواء أكانت بأجر أم تبرعاً؛ لأن مآلها تضمين العامل ضماناً مطلقاً، وقد سبق معنا أنه لا يجوز أن تكون يد العمل في عقود الاستثمار يد ضمان.

النوع الثاني: أن تكون مقيدة بتعدي العامل أو تفريطه:

وهذا النوع له حالتان:

الحال الأولى: أن يكون الكفيل متبرعاً:

---

(١) الضمان الشخصي: ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، وقيد بكونه شخصياً لتمييزه عن الضمان بمعناه العام الذي يشمل ضمان اليد وضمن العقد وضمن الإلتاف والضمان بالزمام الشارع. انظر: نظرية الضمان الشخصي، د. الموسى ص ١٣٥.

كأن يضمن البنك مدير الاستثمار تجاه المستثمرين في الصناديق التابعة له ويكون ذلك مقيداً بحالات تعدي المدير أو تفريطه. وهذه الكفالة جائزة؛ إذ لا يترتب عليها محذور شرعي، وقد نص أهل العلم على جواز أن يشترط رب المال على العامل في المضاربة ضميناً أو كفيلاً يضمن له ما يضيع من ماله أو يتلف بتعدي أو تقصير<sup>(١)</sup>.

الحال الثانية: أن تكون الكفالة بأجر:

وهذه كسابقتها إلا أن الضامن يأخذ أجراً مقابل ضمانه. وهذه الحال هي الأكثر في الضمانات المالية للاستثمارات المشتملة على عقود تمويل، كالمرابيعات والبيوع الآجلة وعقود الاستصناع ونحوها. فلحماية هذه الاستثمارات يطلب الصندوق الاستثماري عادة من المستفيد من التمويل -إذ كان تصنيفه الائتماني ضعيفاً- ضماناً مالياً من أحد البنوك ذات التصنيف الائتماني العالي، ومن المعلوم أن البنوك لا تقدم هذه الضمانات مجاناً، وإنما تأخذ عليها أجراً.

فالبنك في هذه الحال ضامن بأجر، والصندوق الاستثماري مضمون له، والمستفيد من التمويل مضمون عنه.

والحكم في هذه المسألة ينبني على خلاف الفقهاء في حكم أخذ الأجر على الضمان الشخصي (الكفالة). وليس هذا هو موضع البسط في هذه المسألة، فقد كتبت فيها بحوث متعددة<sup>(٢)</sup>.

(١) المغني ٧/٧٦.

(٢) وقد ناقشت هذه المسألة مناقشة مستفيضة في كتابي (الخدمات الاستثمارية في المصارف) ١٦٤-١٧٤ وانظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢/٢٠٢. مجلة جامعة الملك عبد العزيز:

الاقتصاد الإسلامي مج (٩).

والذي يترجح للباحث فيها أن إطلاق القول بجواز أخذ الأجر على الضمان أو بمنعه فيه نظر. فيمنع أخذ الأجر على الضمان إذا آل الضمان إلى قرض؛ لما يترتب عليه من القرض بفائدة، وأما إذا كان لا يؤول إلى قرض فليس في الأدلة الشرعية ما يمنع منه، ولا يترتب عليه محظور شرعي، ومما يؤيد ذلك: ما ذكره أهل العلم من جواز أخذ ثمن الجاه، مع أن العلل التي ذكرها المانعون من أخذ الأجر على الضمان متحققة فيه، إلا أنه يفارق الضمان بكونه لا يؤول إلى القرض، لأن صاحب الجاه لا يفرم، بخلاف الضامن فإنه يفرم، وهذا يبين أن الإجماع المحكي في تحريم الأجر على الضمان ينبغي حمله على ما إذا كان يؤدي إلى القرض بمنفعة .

وبناءً على ذلك فيجوز للبنك الضامن أخذ الأجر على الضمان في الحالات التي لا تؤول إلى القرض، ومنها:

١- إذا كان الضمان الصادر من البنك مسبقاً بتسليم جميع المبلغ المضمون، لأن هذا الأجر ليس في مقابل قرض ولا ما يؤول إلى القرض، فالصرف لا يدفع من ماله شيئاً وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه.

٢- إذا كان الأجر مشروطاً على أنه في الحال التي يتم فيها تغريم الضامن (تسييل خطاب الضمان) فإنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار المبلغ الذي غرمه مخصوماً منه الأجر الذي أخذه عند إصدار الضمان، وذلك حتى لا يؤول الضمان إلى قرض بفائدة للضامن.

وغني عن القول أنه يجوز للضامن أن يأخذ الأجر مقابل الخدمات

الآخرى المقدمة لطالب خطاب الضمان، وتحمله المصروفات الإدارية، على أن يكون ذلك بأجر المثل<sup>(١)</sup>.

**المطلب الثالث : الحماية بتكوين احتياطات مخاطر الاستثمار.**

**الفرع الأول : تصوير المسألة :**

من أساليب حماية رأس المال تكوين احتياطي مخاطر الاستثمار، وذلك باقتطاع جزء من رؤوس أموال المستثمرين، أو من الأرباح المتحققة، وتجعل في حساب مخصص للاحتياطي، بحيث يتم تغذيته بشكل دوري. ويهدف تكوين هذه الاحتياطات إلى أمرين:

**الأول:** حماية رأس المال من أي مخاطر محتملة للاستثمار.

**والثاني:** مواجهة أي انخفاض مستقبلي في الأرباح، وتحقيق موازنة في التوزيعات.

وتتناسب قوة المركز المالي للصندوق الاستثماري مع قيمة الأموال المجمعة في الحساب الاحتياطي، وكلما زادت قيمة الأموال المجمعة في هذا الصندوق كلما قوي المركز المالي لصندوق الاستثمار، وقد تصل نسبة الأموال الاحتياطية في بعض الصناديق إلى ما يعادل ضعف رأس مال الصندوق الأصلي.

**الفرع الثاني : الحكم الشرعي لذلك :**

لا يظهر ما يمنع شرعاً من تكوين احتياطي مخاطر الاستثمار، سواء غذي هذا الاحتياطي باقتطاعات تؤخذ من رؤوس أموال المستثمرين أم من أرباحهم.

(١) المعايير الشرعية، معيار الضمانات ص ٦١ .

ويتعلق بتكوين الاحتياطيات ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الأصل أن يكون الاقتطاع لصالح الاحتياطي من الأموال العائدة للمستثمرين فقط أي من رؤوس أموالهم أو أرباحهم، دون الأموال العائدة للمدير؛ لأنهم أي المستثمرون - أرباب الأموال، فهم يتحملون مسئولية الحماية. وعلى هذا فيكون الاقتطاع لصالح الاحتياطي بعد اقتطاع الأجر أو الربح المخصص للمدير؛ كيلا يشارك المدير في تكوين هذه الاحتياطيات.

فإن رضي المدير بأن تحتسب حصته من الأجر أو الربح بعد خصم الاحتياطيات، أي كان هناك اتفاق بين المدير والمستثمرين على أن يكون اقتطاع الاحتياطيات من الأرباح الكلية للصندوق، فهل يصح ذلك؟

ذهب البعض إلى المنع من ذلك؛ لئلا يشارك المدير في الضمان.

وذهب البعض الآخر إلى التفرقة بين ما إذا كان الغرض من الاحتياطي وقاية رأس المال، فيجب أن يتحمله المستثمرون وحدهم دون المدير، ولا يصح اقتطاعه من الربح الكلي للصندوق؛ لأنه يؤدي إلى مشاركة المدير في الضمان، وهو ممنوع، وأما إذا كان الغرض منه تحقيق الحماية من أي انخفاض مستقبلي في الأرباح فلا مانع من ذلك؛ لأن الربح مشترك بينهما؛ فإن رضيا بتوزيعه أو بالاحتفاظ به فالحق لا يعدوهما<sup>(١)</sup>.

والذي يظهر للباحث أنه لا يوجد ما يمنع شرعاً من أن يكون الاقتطاع للاحتياطي من الربح الكلي للصندوق، سواء أكان لغرض

(١) توصيات الحلقة العلمية الثانية للبركة، الفتاوى الاقتصادية ص ١٥٦ .

حماية رأس المال، أو له وللربح، ولا يعد ذلك مشاركة منه في الضمان؛ لأن تكوين الاحتياطيات ليس ضماناً ولا هو في معنى الضمان؛ لأن الضمان التزام بالتعويض، وأما الأموال الاحتياطية فهي حماية للاستثمار لا علاقة لها بقيمة التعويض المحتمل، فقد تكفي لجبر النقص في رأس المال وقد لا تكفي. ولهذا فإن التكيف الشرعي الصحيح للاحتياطيات أنها مصروفات محملة على الاستثمار وليست ضماناً له، والأصل في هذه المصروفات أن يتحملها رب المال؛ لكونها لحماية ماله، ولكن يجوز في عقد المضاربة أو الوكالة في الاستثمار أن يتبرع العامل بتحمل بعض المصروفات عن رب المال، ومن ذلك اشتراط رب المال على العامل زكاة رأس المال من الربح، مع أن الزكاة يتحملها رب المال وحده، وقد تحيط بالربح فلا يحصل المضارب على شيء، بينما ينتفع رب المال بدفع الزكاة. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "ويصح أن يشترط رب المال زكاة رأس المال أو بعضه من الربح.. فيختص رب المال بعمله؛ لأننا نقول: لا يمتنع ذلك، كما يختص بنفعه في المساقاة إذا لم يثمر الشجر" <sup>(١)</sup>، أي فيحصل النفع لرب الشجر دون العامل.

ومن الأهمية بمكان التفرقة بين التعويضات والمصروفات، فالالتزام بالتعويض جميعه أو بعضه نوع ضمان، ولا يجوز؛ لما فيه من الغرر، وأما الالتزام بتحمل بعض المصروفات فلا محذور فيه؛ لأن المصروفات منضبطة، وما فيه من غرر فهو مغتفر؛ لكونه يسيراً تابعاً

وأما التفرقة بين الاحتياطيات الموجهة لحماية رأس المال وتلك الموجهة لحماية الانخفاض في الربح، فهي محل نظر؛ لأن الاحتياطي

(١) الأخبار العلمية ص ١٤٦.

لحماية الربح هو في الأصل وقاية لرأس المال؛ إذ لا تتصور حماية الربح دون رأس المال؛ لأن الربح فرع عنه، فحماية الربح حماية له. المسألة الثانية: لا مانع من أن تستثمر أموال الحسابات الاحتياطية في عمليات استثمارية مشروعة تكون متدنية المخاطر كالمراجعات ونحوها، حسب اللوائح المنظمة؛ وذلك حتى لا تبقى هذه الأموال معطلة بلا عائد.

المسألة الثالثة: إذا خرج المستثمر من الصندوق بعد اقتطاع هذه الاحتياطيات منه وقبل تصفية الصندوق تصفية نهائية، فيعد ذلك نوعاً من التخارج، إذ تتم التصفية الحكيمة لحصة المستثمر في الصندوق، وذلك بتقييم الأصول المملوكة له بما في ذلك قيمة هذه الاحتياطيات ويأخذ مقابلها العوض الذي تم به التخارج.

#### المطلب الرابع: تطوع العامل بالضمان.

والمقصود بذلك أن يتبرع مدير الاستثمار بعد عقد الاستثمار بالتزام الضمان.

وإلى صفة هذا التبرع ذهب بعض فقهاء المالكية. قال في حاشية النسوقي: "وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف" (١). وقاسوا جواز ذلك على ما إذا تطوع الوديع والمكثري بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد (٢).

وجمهور المالكية على التحريم حتى ولو تطوع بالضمان بعد العقد لأنه

(١) حاشية النسوقي ٥٢٠/٣ حاشية العدوي ٢٠٦/٦ .

(٢) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٣٢٣/٦ .

يكون متهماً برغبته في استدراج رب المال وإبقاء رأس المال بيده<sup>(١)</sup>.  
والأقرب والله أعلم هو القول الأول هو الصحيح لأن المحرم هو  
أن يكون الضمان مشروطاً في عقد الاستثمار، أما إذا كان تطوعاً بعد  
العقد والشروع في الاستثمار فلا يظهر المنع.

**المطلب الخامس: إقراض المدير الصندوق في حال العجز.**

**الفرع الأول: تصوير المسألة:**

من الإجراءات المتبعة في بعض الصناديق الاستثمارية والصكوك  
أن يقوم مدير الاستثمار بتقديم تمويل للصندوق أو لحملة الصكوك  
في حال نقص رأس المال أو نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع،  
ويتم التمويل بقرض حسن، أو بتمويل مشروع من المدير، أو بتمويل  
من طرف ثالث مع ضمان المدير، وقد ينص في نشرة الإصدار على  
التزام المدير بذلك.

**الفرع الثاني: الحكم الشرعي:**

لا يخلو التمويل الذي يقدمه المدير للصندوق أو لحملة الصكوك من  
أحد احتمالين:

الأول: أن يكون تطوعاً منه بعد العقد - أي بغير التزام سابق -  
فالأظهر - والله أعلم - هو جواز ذلك؛ إذ لا يترتب عليه محذور شرعي.  
فإن كان التمويل قرضاً فيجب أن يكون بغير فائدة يحصل عليها  
المدير من جرائه، وإن كان بالمرابحة أو بالتورق ونحوه فيجب أن يراعى

(١) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني ٣٢٣/٦.

فيه مصلحة المستثمرين، فلا يجوز أن اتخاذ قرار التمويل إلا إذا تمحضت المصلحة لهم، ولا يجوز أن تكون تكلفة التمويل أعلى من التكلفة السائدة في السوق.

والثاني: أن يكون بالتزام من المدير بذلك، فقد يقال بالمنع؛ لأنه يؤدي إلى الالتزام بالتعويض، وهو محرم، وفي البيان الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة ما نصه: "لا يجوز لمدير الصكوك، سواء أكان مضارباً أم شريكاً أم وكيلاً بالاستثمار أن يلتزم بأن يقدم إلى حملة الصكوك قرضاً عند نقص الربح الفعلي عن الربح المتوقع، ويجوز أن يكون احتياطياً لتغطية حالة النقص بقدر الإمكان، بشرط أن يكون ذلك منصوباً عليه في نشرة الاكتتاب. ولا مانع من توزيع الربح المتوقع تحت الحساب".

وقد يقال بالجواز؛ لأن الالتزام بالإقراض ليس التزاماً بالتعويض؛ إذ يحق للمدير الرجوع على حملة الصكوك أو المستثمرين في الصندوق بمثل ما أقرضه، وله أن يستقطع ذلك من أرباحهم اللاحقة، فإن لم تفِ فمن رؤوس أموالهم.

ونظير هذه المسألة التزام شركة الإدارة في التأمين التعاوني بتمويل صندوق التأمين التعاوني في حال العجز إما بقرض حسن، أو بتمويل مشروع منها أو من غيرها بضمانها. فالمنع من التزامها بالتعويض لا يقتضي المنع من التزامها بالتمويل.

## المبحث الرابع الحماية العقدية

يقصد بالحماية العقدية هنا استثمار الأموال في العقود التي توفر قدراً أكبر من الحماية لرأس المال، وهي العقود التي يتم فيها تنمية المال من خلال عقود تمثل علاقة دائنية؛ ذلك أن أدوات الاستثمار الإسلامية على نوعين:

١- أدوات مشاركة. ٢- وأدوات مديانة.

والأدوات من النوع الأول تتميز بوفرة العائد عليها؛ إلا أن المخاطر فيها أعلى. ولهذا تلجأ كثير من جهات الاستثمار إلى صياغة هذه الأدوات وفق هندسة مالية معينة تخفف من المخاطر المصاحبة لها، وهذا ما سنتحدث عنه بإذن الله في المطلب التالي.

وأما الأدوات من النوع الثاني، فهي تتميز بقلّة المخاطر المصاحبة لها مقارنة بالنوع الأول، إلا أن العائد عليها أقل.

وأبرز عقود التمويل التي توفر حماية لرأس المال:

١- المرابحة ( البيع الآجل لطرف ثالث).

٢- الإجارة مع الوعد بالتملك.

٣- المشاركة ثم الوعد بالتملك.

٤- السلم والاستصناع.

وفيما يلي بيان آلية توظيف هذه العقود لحماية رأس المال. وذلك في أربعة مطالب:

## المطلب الأول : الحماية بعقود المrabحة.

المrabحة: بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم<sup>(١)</sup>.

ويعد عقد المrabحة في ذاته حماية لرأس المال؛ إذ العائد مع رأس المال مضمونان على طرف ثالث، ولهذا فإن هذا العقد يحظى بالنصيب الأوفر من بين عقود الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية. ويجري تطبيق هذا العقد في المؤسسات المالية الإسلامية بأساليب متعددة، من أبرزها ثلاث طرق:

الأولى: الوكالة في الاستثمار بحيث يكون البنك أو مدير الاستثمار وكيلًا عن المستثمرين في شراء سلع نقدًا ثم بيعها بالأجل على طرف ثالث. وهذا هو المعمل به في صناديق المrabحة<sup>(٢)</sup>.

والثانية: الوكالة مع الوعد بالشراء، أو ما يسمى ب(ودائع المrabحة) أو (المrabحة المعكوسة)، حيث يتوكل البنك عن العميل في شراء سلع نقدًا مع الوعد بشراؤها منه بالأجل.

والثالثة: المضاربة في عقود المrabحة، بحيث يكون البنك مضارباً في أموال العميل، بشراء سلع ثم بيعها بالأجل، والربح بينهما، وإذا زاد الربح عن حدٍ معين فيكون للبنك (المضارب) حافزاً له على الأداء<sup>(٣)</sup>.

والمخاطر المصاحبة للاستثمار بالمrabحة متدنية إلى حد ما مقارنة

(١) بدائع الصنائع ١٧٣/٧ ، الخرشي ١٧١/٥ ، روضة الطالبين ٥٢٨/٣ ، الكافي لابن قدامة ١٣٥/٣ .

(٢) ومن أمثلته: صناديق البضائع بالريال، والدولار، واليورو لدى مصرف الراجحي، وصندوق المrabح لدى بنك البلاد.

(٣) ومن أمثلته حساب البلاد لدى بنك البلاد.

بغيره من العقود، ويمكن تصنيف طرق الحماية من هذه المخاطر وفقاً لنوع هذه المخاطر، وذلك على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: الحماية من المخاطر الائتمانية:

ويقصد بالمخاطر الائتمانية تلك المخاطر الناشئة من احتمالية تعثر المستفيد من التمويل، ويمكن تقليص تلك المخاطر إلى درجة كبيرة بعدد من الإجراءات والتدابير التي تحمي حق رب المال، ومنها: أولاً- دراسة الملاءة الائتمانية للعميل.

ثانياً- أخذ الرهونات والضمانات.

ثالثاً- اشتراط حلول بعض أقساط الدين المؤجلة في حال ماطلة المدين بأداء بعض الأقساط الحالة<sup>(١)</sup>.

رابعاً- التأمين على هذه الديون تأميناً تعاونياً، وقد سبق بيان ذلك في المطلب السابق.

#### الفرع الثاني: الحماية من مخاطر العائد:

وتبرز هذه المخاطر في عقود المربحة المتوسطة والطويلة، حيث إن مقدار الدين ثابت في الذمة، بينما قد تتغير معدلات العائد على المربحات في السوق ارتفاعاً أو انخفاضاً بشكل ملحوظ، الأمر الذي يمثل تحدياً لعقود التمويل الإسلامي طويلة الأجل مقارنة بالتمويل التقليدي الذي يربط العائد على رأس المال بالفائدة المتغيرة (floating interest).

وثمة حلول متعددة لمعالجة هذه المخاطر، أشير إلى طريقتين منهما:

(١) وهو شرط صحيح إذا لم يكن الدين معسراً، انظر: إعلام الموقعين ٣٩/٤، رد المحتار ٥٤/٧، قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مجلة المجمع ٤٤٨/١/٦.

### الطريقة الاولى: المرابحة مع حافز الخصم:

وكيفية هذه الطريقة أن يتم البيع بهامش ربح أعلى من السائد في السوق، مع الوعد الملزم من الدائن بأن يحط من الدين عن العميل ما زاد عن معدل العائد على السوق تحفيزاً له على الأداء في حال سداده في الوقت المحدد<sup>(١)</sup>، وليس في هذا الالتزام محظور شرعي؛ إذ المحرم شرعاً أن يزداد في الدين بعد ثبوته، وأما هنا فالالتزام بالحط لا بالزيادة، كما أنه ليس من الاتفاق على (ضع وتعجل) التي ذهب الجمهور إلى المنع منه؛ لأن السداد هنا في حينه وليس فيه تأجيل.

### الطريقة الثانية: الجمع بين المرابحة والمشاركة:

وهذه الطريقة مناسبة إذا كان المدين منشأة تجارية، بحيث يتكون الثمن من جزأين: جزء أجل في ذمة المدين يغطي رأس المال، وجزء يتمثل في ملكية شائعة من أصوله المنتجة، وبموجب هذه الملكية يستحق الدائن نصيباً من الأرباح حسب الاتفاق، ويتم التخارج بينهما من خلال المشاركة المتناقصة<sup>(٢)</sup>.. والجمع بين أكثر من عقد جائز إذا لم يكن من بينها قرض ولم يترتب على الجمع بينها تحايل على أمر محرم؛ عملاً بالقاعدة الشرعية: أن الأصل في العقود هو الإباحة.

### الفرع الثالث: الحماية من مخاطر عدم توفر السيولة:

فقد تحتاج المؤسسة المالية إلى السيولة أثناء فترة المرابحة، ويتعذر بيع الدين النقدي الذي في ذمة المدين بنقد؛ لما فيه من الصرف مع التأخير وهو محرم شرعاً.

(١) وقد أخذ بهذه الطريقة بعض الهيئات الشرعية، ومنها الهيئة الشرعية لبنك البلاد.

(٢) التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم ص ١٤٧.

ومن الحلول المناسبة لذلك بيع دين المراجعة بسلع حاضرة تكون قابلة للتسييل بسهولة كالأسهم أو المعادن ونحو ذلك، وهو بيع صحيح على ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وهو إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(١)</sup>؛ إذ لا يترتب على هذا البيع محذور شرعي من ربا أو غرر أو ظلم، والأصل في المعاملات هو الحل.

### المطلب الثاني: الإجارة مع الوعد بالتملك.

تعد الإجارة مع الوعد بالتملك من أفضل الوسائل لحماية رأس المال<sup>(٢)</sup>، لاسيما حمايته من المخاطر الائتمانية؛ لأن الأصل الممول مملوك باسم البنك أو المؤسسة المالية؛ فإذا لم يف المستأجر بأقساط الإجارة تمكن البنك من استيفاء حقه بإعادة وضع يده على ذلك الأصل، خلافاً للبيع الآجل الذي يكون فيه المبيع مملوكاً للعميل وتحت يده؛ ولهذا فإن المؤسسة المالية لا تتشدد في دراسة الملاءة الائتمانية للعميل كما هو الحال في عقود البيع الآجل.

والإجارة مع الوعد بالتملك تتضمن عقدين منفصلين زماناً وأحكاماً، هما:

- الإجارة ثم الهبة.

- أو الإجارة ثم البيع.

ويصح أن يكون التملك (إطفاء قيمة الصك) بعقد هبة معلق على

(١) منح الجليل ٥٦٤/٢ شرح الخرشي ٧٧/٥ المبدع شرح المقنع ١٩٩/٤ مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٠٦/٢٩ تهذيب سنن أبي داود لابن القيم ١١٤/٥ .

(٢) انظر في تفاصيل شروط وضوابط الإجارة مع الوعد بالتملك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدورة الثانية عشرة.

سداد الأقساط، أو بوعدها بالهبة، أو بوعدها بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن حقيقي، أو بوعدها بالبيع في أثناء مدة الإجارة بأجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن تتحقق الحماية لرأس المال في الإجارة مع الوعد بالتملك بوسائل متعددة، من أبرزها ما يلي:

الفرع الأول: الإجارة مع الوعد بالتملك بقيمة اسمية وعائد منضبط :  
من وسائل حماية رأس المال في الإجارة التمويلية: الإجارة مع وعد المستأجر بشراء العين المؤجرة بقيمة محددة، أو بوعدها من المالك ببيعها بتلك القيمة، وتكون الأجرة المستحقة خلال فترة التأجير متغيرة بحيث تربط بمؤشر معلوم منضبط.

ويتميز التمويل بهذه الصيغة بتوافر الحماية فيه لأمور أربعة:  
الأمر الأول: الحماية لرأس المال: ذلك أن الوعد بالتملك معلق بسداد أقساط الإجارة، مما يوفر حماية قوية للمؤجر، فإذا لم يف المستأجر بالشرط فلا تملك، وبالتالي تبقى العين بيد مالكةا.

وتتحقق الحماية لرأس المال في عقود الإجارة المنتهية بالتملك وصكوك الإجارة في أن انتقال الملكية (أي إطفاء قيمة الصك) يكون بعد استيفاء رأس المال، وهو القيمة الاسمية للصك، سواء تم الإطفاء مرة واحدة أو تدريجياً. ولا بأس في أن يلتزم المستأجر في هذه الصكوك بشرائها بقيمتها الاسمية إذا لم يكن مديراً للاستثمار، وقد جاء في البيان الصادر من المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة

(١) معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، المعايير الشرعية ص ١٣١ .

للمؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ ٦ / ١ / ١٤٢٩ هـ ما نصه: "يجوز للمستأجر في التعهد في صكوك الإجارة شراء الأصول المؤجرة عند إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية على ألا يكون شريكاً أو مضارباً أو وكيلأ بالاستثمار". وهذا التعهد جائز إذا كان من المستأجر لا من مدير الاستثمار<sup>(١)</sup>؛ ولهذا جاء في البيان أنف الذكر: "لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها ويجوز أن يكون التعهد بالشراء على أساس صافي قيمة الأصول أو القيمة السوقية أو القيمة العادلة أو بثمن يتفق عليه عند الشراء...أما إذا كانت موجودات صكوك المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بالاستثمار تقتصر على أصول مؤجرة إجارة منتهية بالتمليك، فيجوز لمدير الصكوك التعهد بشراء تلك الأصول -عند إطفاء الصكوك- بباقي أقساط الأجرة لجميع الأصول، باعتبارها تمثل صافي قيمتها".

والامر الثاني: الحماية المشروعة، وهي غير المضمونة؛ ذلك أنها ترتبط بالملك؛ لأنها تمثل أصولاً حقيقية مملوكة، وبهذه الملكية يستحق الربح، وهذا ما يميزها عن سندات القروض التقليدية. فمالك الصك يتحمل مسئوليته كمالك للأصل الذي يمثل الصك، فلذا استحق الغنم، عملاً بالقاعدة الشرعية: (الخراج بالضمان)، و(الغنم بالغرم).

والامر الثالث: الحماية من مخاطر السيولة؛ إذ يمكن تداولها شرعاً؛ لأن بيعها يكيف على أنه بيع لأعيان ومنافع؛ إذ الأغلب في موجوداتها

---

(١) لأن التزام المستأجر بالشراء لا يترتب عليه محذور شرعي بخلاف التزام المدير بالشراء فإنه يحول العقد إلى قرض كما تقدم.

هو الأعيان والمنافع، وهذا ما يميزها عن صكوك المرابحة والانتفاع.  
والأمر الرابع: حماية العائد؛ فالعائد عليها يمكن أن يربط بمؤشر  
منضبط يتغير بتغير معدلات العائد على رأس المال في السوق أو  
بغيره من المؤشرات المنضبطة، وهذا ما يميزها عن التمويل بعقود  
المداينات كالمرابحة والتورق وغيرهما حيث يكون الدين ثابتاً لا يتغير.  
الفرع الثاني: الاستصناع أو الشراء من طرف ثالث ثم التأجير:

تعد الصيغة الأكثر رواجاً في صكوك الإجارة في الأسواق المالية  
اليوم هي تلك التي يتم فيها شراء أصل أو حق مملوك للجهة الراغبة  
في الحصول على التمويل، ثم تأجيره عليها إجارة منتهية بوعده ملزم  
منها بشراء الأصل بقيمته الاسمية. فإذا كانت قيمة شراء الأصل  
ابتداء بعشرة ملايين، والأجرة المستحقة ثلاثة ملايين في ثلاث سنوات،  
فهذا يعني أن الشركة حصلت على تمويل بمقدار عشرة ملايين قيمة  
بيعتها للأصل، وأعبائه أي التمويل - بثلاثة عشر مليون ثمناً لاستعادتها  
الأصل بقيمته الاسمية والأجرة المستحقة عن فترة الإجارة. وشبهة  
مضارعة العينة<sup>(١)</sup> في هذا العقد قائمة. وكون المدة طويلة بين الشراء  
ثم البيع بما يؤدي إلى تغير قيمة العين غير مؤثرة؛ لأن التملك  
سيكون بالقيمة الاسمية، ولا يلتفت فيه إلى التغير في القيمة الحقيقية  
للأصل. وكذلك كون المالك يضمن الأصول المملوكة لا يبعدها عن  
هذه الشبهة؛ فإن المشتري في العينة (التمول) يضمن العين خلال  
فترة تملكه لها قبل إعادة بيعها على البائع الأول.

(١) العينة: أن يبيع سلعة بالأجل ثم يشتريها نقداً بأقل مما باعها به. الروض المربع ص ٢٤١  
ففيها اجتمع عقدان: حال ومؤجل لغرض التحايل على القرض بفائدة.

ولا شك أن هذا يمثل مخاطرة من نوع آخر بالنسبة للصكوك، وهي المخاطرة الشرعية، وفقدان الثقة بكونها بديلاً شرعياً مناسباً عن السندات. ولتحقيق الحماية في هذا الجانب فإن الصيغة المقترحة للبعد عن هذه الشبهة أن يشتري حملة الصكوك الأصل الذي ترغب الجهة الممولة في تملكه من طرف ثالث، أو تنفيذ عقد استصناع لبنائه إن كان يحتاج إلى بناء، ثم تأجيرها على تلك الجهة إجارة منتهية بالوعد بالتملك بسعر التكلفة التي تعادل القيمة الاسمية.

وهذه الطريقة تحقق الحماية من وجهين:

الأول: التأكد من أن الصكوك مُمَوَّل بها شراء أو بناء أصول حقيقية؛ لأن الواقع أن بعض الشركات تطرح صكوكاً لتمويل رأس مالها العامل لا لشراء أصول حقيقية، وتوهم حملة الصكوك بأنه يملكون موجودات عينية.

والثاني: البعد عن شبهة مضارعة العينة.

والصكوك بالصيغة المقترحة قابلة للتداول من أول يوم إذا تم استثمار السيولة المتحصلة منها في مرابحات سلعية، حتى وإن لم توجد الأصول المؤجرة، ولا يعد ذلك من تداول الديون؛ لأن الديون هنا تابعة لنشاط المحفظة الاستثمارية التي تستثمر فيها السيولة، وهو تقليب الأموال في شراء السلع وبيعها، كما لو كانت تلك الأموال في صندوق من صناديق المراهجة.

الفرع الثالث: المسؤولية المحدودة لحملة الصكوك:

من أهم المخاطر التي قد يتعرض لها حملة صكوك الإجارة الأضرار

التي قد تقع بسبب الأصول المملوكة على الغير، كأن يحترق الأصل المؤجر، أو يتهدم جزء منه فيؤدي إلى أضرار وتلفيات في أرواح أو ممتلكات للآخرين، مما يؤدي إلى الإحجاف برؤوس أموالهم، بل وربما يطالبون في أموالهم الخاصة لتعويض تلك الأضرار.

ومن الحلول للحماية من هذه المخاطر: إنشاء شركة ذات مسئولية محدودة تكون مملوكة لحملة الصكوك، وتتملك هذه الأصول، بحيث إذا حصل ضرر على الآخرين فلا تتعدى مسئوليتهم موجودات تلك الشركة، وهي الأصول المملوكة.

والحماية من هذه المخاطر مشروعة، ولا تتعارض مع كونهم ملاكاً لهذا الأصل؛ إذ هم يضمنون بمقدار ملكيتهم، ونظير ذلك: مسئولية الشريك في الشركات ذات المسئولية المحدودة؛ فإنها لا تتجاوز ما يملكه في تلك الشركة.

الفرع الرابع: تحميل المستأجر الضمان والصيانة الأساسية الطارئة ما لم يثبت عدم تعديه أو تفريطه :

تتنوع المسئولية عن الأعيان المؤجرة بحسب نوع الضرر الذي يلحق بها. ويمكن أن تقسم هذه المسئولية إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: الصيانة التشغيلية العادية:

وهي ما يستلزمه استعمال العين المؤجرة لاستمرارية استخدامها، مثل: تزويد الآلات بالمياه والوقود والزيوت، وتنظيف الأجزاء الداخلية، وتغيير الأجزاء الصغيرة غير الجوهرية التي تستهلك بسبب الاستعمال. فالأصل أن المسئولية عن هذه الصيانة على المستأجر؛ لأنها بسبب استعماله. كما نص

على ذلك أهل العلم. قال ابن قدامة: "وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع...وما كان لاستيفاء المنافع، كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكري"<sup>(١)</sup>.

#### القسم الثاني: الصيانة الوقائية الدورية:

وتتمثل في أعمال محددة تتم في آجال معلومة يتم فيها تغيير بعض الأجزاء، وضبط وتجديد البعض الآخر، وتشمل كذلك كل ما يمكن ضبطه بالوصف أو المقدار أو العرف في العقد؛ سواء أكانت الصيانة مجرد عمل أم كانت عملاً وتغيير قطع وأجزاء ومعدات، فهذا النوع من الصيانة الأصل فيه أنه على المؤجر ويجوز تحميله على المستأجر بالشرط عند عامة أهل العلم؛ لأنه عمل منضبط والغرض فيه يسير<sup>(٢)</sup>.

#### القسم الثالث: الصيانة الأساسية الطارئة:

وتشمل ما ينبغي عمله لمواجهة ما يطرأ من أعطال فنية أساسية على الأعيان المؤجرة. ولا خلاف بين أهل العلم أن الأصل في هذا النوع أنه واجب على المؤجر؛ لأنه مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله، ولا يضمنه المستأجر إلا في حال تعديه أو تقريظه، فإن شرط في العقد أن يغرم المستأجر هذه الأعمال فهو شرط باطل عند عامة أهل العلم؛ لأن فيه غرراً فاحشاً، إذ يؤدي إلى جعل الأجرة ما سمي في العقد مع نفقات الصيانة المجهولة، فيؤدي إلى جهالة الأجرة. والعلم بها شرط لصحة الإجارة<sup>(٣)</sup>.

(١) المغني ٢٦٥/٥ الفروع ٤٤٩/٤

(٢) انظر أمثلة لهذا النوع فيما ذكره الفقهاء المتقدمون في: المبسوط ١٥٧/١٥ المدونة ٥١٥/٣

مجلة مجمع الفقه ١٦٧/٢/١١

(٣) انظر: المبسوط ١٥٧/١٥، حاشية الدسوقي ٤٨/٤ تحفة المحتاج ١٢٧/٦ شرح المنتهى

٢٦/٢

#### القسم الرابع: ضمان تلف العين المؤجرة:

ويشمل تحمل المسؤولية عن تلف العين بسبب حريق أو سرقة أو كارثة طبيعية، أو غير ذلك، ولا خلاف بين أهل العلم أن الأصل في هذا الضمان أنه على المؤجر، وأن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط، فإن شرط عليه الضمان مطلقاً فهو شرط باطل عند عامة الفقهاء؛ لما فيه من الغرر، والمستأجر على خطر، فقد تسلم العين فيغنىم النقص في الأجرة بسبب ضمانه، وقد تهلك هلاكاً كلياً بجائحة أو غيرها فيغرم<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن تحميل المستأجر الصيانة الأساسية وضمن التلف مطلقاً فيه غرر كبير، وإضرار بالمستأجر، ومن جانب آخر فإن إثبات تعديه أو تفريطه في استعماله للعين المؤجرة يكاد يكون متعذراً في كثير من الحالات، لكونه يتفرد باستعمال العين بعيداً عن نظر المؤجر، وأي تلف يقع على العين -ولو كان لسوء استخدامه- فمن الطبيعي أن يدعي عدم تعديه أو تفريطه، لما جبلت عليه النفس الإنسانية من إنكار ما عليها، ودفع الضرر عن المستأجر ينبغي ألا يكون بتحميله على المؤجر؛ فلا ضرر ولا ضرار.

ومن الوسائل التي أرى أنها مناسبة لحماية رؤوس أموال حملة الصكوك ونحوهم ممن يستثمر في عقود الإجارة أن يتضمن عقد الإجارة شرطاً أن أي ضرر أو تلف أو عطل يقع في العين المؤجرة فالأصل أن يتحمله المستأجر، ما لم يثبت عدم تعديه أو تفريطه في

(١) المبسوط ١٥٧/١٥ حاشية السوقي ٤٨/٤ مغني المحتاج ٤٤٤/٣ الفني ٣١٢/٥.

ذلك الضرر ومن طرق الإثبات:

- ١- وقوع أسباب ظاهرة، كالكوارث، ونحوها.
  - ٢- شهادة أهل الخبرة بأن في العين المؤجرة خللاً مصنعياً أو في الدار عيباً هندسياً، ونحو ذلك.
  - ٣- شهادة الجهات الأمنية بأن الحريق لم يكن بتفريط من المستأجر، ونحو ذلك، وكذا شهادة أهل الخبرة بأن التلف الحادث لم يكن بتفريط من المستأجر وإنما لأمر خارج، مثل تلف محركات الطائرة المستأجرة بسبب الاصطدام بالنسور.
  - ٤- وقوع التلف في أجزاء لا يتصور فيها الإهمال، مثل تشقق الجدران، وزوال دهان السيارة، ونحو ذلك.
- والمسوغ لجواز هذا الشرط ما تقدم ذكره في تضمين العامل في المضاربة بمثل هذا الشرط<sup>(١)</sup>، ولما فيه من المصلحة وصيانة أموال الناس، وسد ذريعة الفساد وإهمال الأموال للعلم بعدم الضمان. ونظير ذلك ما ذهب إليه فقهاء المالكية من تضمين الصناع؛ للمصلحة العامة<sup>(٢)</sup>. فالمصلحة التي حملتهم على تضمين الصناع متحققة في المستأجرين.
- الفرع الخامس: التأمين التعاوني على الأصول المؤجر ضد التلف والصيانة الطارئة:

من الوسائل المناسبة لحماية رأس المال في الإجارة التمويلية بما في ذلك صكوك الإجارة التأمين على الأصول المؤجرة وفق صيغ عقود

(١) انظر: المطلب الثاني من البحث الأول من هذا البحث.

(٢) بداية المجتهد ٢/٢٣١ البهجة شرح التحفة ٢/٢٨٢.

تأمين تعاوني، ويمكن أن يشمل التأمين الأضرار الناشئة عن تلف الأصول أو هلاكها، وكذلك الأضرار الناشئة عن تعطلها.

ويجب أن يتحمل مسئولية التأمين ملاك الأصول وهم حملة الصكوك ولا يجوز أن يتحملها المستأجر، ولكن لا مانع من أن تضمن تكلفة التأمين الأجرة المستحقة على المستأجر باعتبارها جزءاً من المصروفات التي تكبدها المؤجر.

#### الفرع السادس: الإجارة مع الإلزام المتبادل بنقل الملكية:

إطفاء قيمة الأصل المؤجر إجارة تمويلية ، بما في ذلك صكوك الإجارة، يكون بإحدى طريقتين:

الأولى: الإطفاء بالتدريج، وفي هذه الحال تضمن قيمة أصل الصك مع العائد في أقساط الأجرة، ثم يكون التملك بعد انتهاء المدة بهبة معلقة، أو مع الالتزام بها من قبل المؤجر، ولا إشكال في هذه الطريقة؛ لكونها تحقق حماية للمؤجر باستعادة رأس ماله وعائد معلوم، وحماية للمستأجر بتحقيقه من انتقال ملكية الأصل إليه بعد سداد أقساط الأجرة<sup>(١)</sup>.

والثانية: الإطفاء مرة واحدة في نهاية مدة الإجارة، وفي هذه الحال تكون أقساط الإجارة بقدر العائد المستحق فقط، ثم في نهاية المدة تنتقل ملكية الأصل إلى المستأجر بثمن يعادل القيمة الاسمية

(١) وما يذكره البعض من أن الوعد الملزم بالهبة يختلف عن الهبة المعلقة في أن الواعد مخير بين أن ينفذ وعده أو يتحمل الضرر بينما في التعليق لا خيار له، فهو تنظير لا يصح قضاء ولا نظاماً ولو كان القضاء على تخيير الواعد لا رضي المستأجر بهذا العقد ابتداءً، فما هو التعويض الذي يجبر ضرره فيما إذا كان الأصل المؤجر منزلاً يسكنه، أو مصنعاً يديره؟ وبه يعلم أن الوعد الملزم متى ما كان صحيحاً فيجب الوفاء به.

للأصل المؤجر، ولا إشكال في هذه الطريقة من الناحية الشرعية؛ لأن التملك يكون بعد انتهاء الإجارة إلا أن الوعد الملزم من طرف واحد لا يحقق الحماية لكلا الطرفين؛ لأن الوعد إن كان من المؤجر بالبيع بالقيمة الاسمية، فقد تنقص القيمة الجارية للأصل وقت التنفيذ عن القيمة الاسمية فيكون من الأفضل للمستأجر أن يشتري مثل ذلك الأصل من السوق بدلاً من أن يشتريه من المؤجر. وإن كان الوعد من المستأجر بالشراء بالقيمة الاسمية فقد تزيد قيمة الأصل في السوق وقت التنفيذ فيكون من الأفضل للمؤجر أن يبيع الأصل في السوق بدلاً من أن يبيعه على المستأجر.

ويظهر مثل هذا الإشكال فيما إذا رغب المستأجر في فسخ الإجارة وشراء الأصل قبل انتهاء مدة الإجارة، فالوعد الملزم من طرف واحد لا يحقق الحماية للجانبين سواء أكان الإطفاء بالتدريج (الطريقة الأولى) أو مرة واحدة (الطريقة الثانية).

ومن الحلول المطروحة لحماية رأس المال من ذلك ثلاثة حلول:

الأول: الحماية بالبيع المعلق: وذلك بالإجارة مدة معلومة بأقساط أجرة معلومة، مع البيع بالقيمة الاسمية<sup>(١)</sup>، ويكون البيع معلقاً على سداد أقساط الإجارة عن فترة التأجير.

فذهب بعض المعاصرين<sup>(٢)</sup> إلى المنع من هذه الصورة، إلا أن اللجنة

---

(١) المراد بالقيمة الاسمية نفسها أو بنسبة مربوطة بها كالتصف، أو مبلغ محدد ولو لم يكن له علاقة بالقيمة الاسمية. والمراد بالقيمة الاسمية: تكلفة شراء الأصل.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإجارة المنتهية بالتمليك، المعايير الشرعية معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ص ١٣١ .

الشرعية المشكلة بأمر من المقام السامي في السعودية للنتظر في الإجارة المنتهية بالتملك رأيت جواز الإجارة مع البيع المعلق على سداد أقساط الإجارة، وهذا فيما يظهر هو الأقرب، إذا تحققت أربعة شروط:

١- ألا ينفذ البيع إلا بعد انتهاء الإجارة أو فسخها؛ لئلا يكون من البيعتين فيبيعة.

٢- أن تطبق أحكام الإجارة خلال فترة التأجير وأحكام البيع بعد البيع، ومن ذلك تحمل المؤجر ضمان العين المؤجرة، لئلا تكون الإجارة صورية.

٣- ألا يكون المستأجر مضارباً أو وكيلأ في الاستثمار؛ لئلا يؤول إلى تضمين المضارب وهو ممنوع شرعاً.

٤- ألا يكون الأصل المؤجر مملوكاً ابتداءً للمستأجر ثم أعيد تملكه له بالإجارة المنتهية بالتملك؛ لأن هذا من صور بيع الوفاء.

فإذا تحققت هذه الشروط فلا يظهر ما يمنع من صحة العقد. والبيع المعلق بيع صحيح على ما رجحه جمع من أهل العلم<sup>(١)</sup>؛ إذ الأصل في العقود والشروط الصحة ما لم تخالف الشرع، وليس في شرط التعليق ما يخالف الشريعة، فهو:

- ليس من البيعتين فيبيعة؛ إذ النهي لا يشمل أي اجتماع لعقدين، وإنما المراد النهي عن اجتماع عقدين كل واحد منهما مباح في حال انفراده، وإذا جمع بينهما ترتب على ذلك الوقوع في محرم، كالربا (مثل العينة والجمع بين القرض والبيع)، أو الغرر (كما في بيعتك

(١) وهو قول عند الحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وغيرهما. المغني ٢٤٩/٤ الإصناف ٣٢/١٧ نظرية العقد ص ٢٢٨ إعلام الموقعين ٣/٣٩٩.

بتسعة نقداً أو بعشرة نسيئة من غير بث)، أو النزاع (الجمع بين عقدين في محل واحد وزمن واحد).

- وليس من الكالئ بالكالئ؛ لأن المبيع ليس ديناً موصوفاً في الذمة وإنما هو معين؛ ولأن البيع ليس معلقاً على زمن مؤجل، وإنما على سداد الأقساط، فلو فسخت الإجارة بعد إبرامها برضى الطرفين وأدى المستأجر الثمن لزم البيع.

- وليس من الغرر؛ لأن ما علق عليه العقد إن حصل، حصل العقد، وإن لم يحصل لم يحصل العقد، فعلى التقديرين لا يكون أي من العقدين قد قمر الآخر أو كل ماله بالباطل<sup>(١)</sup>.

- ولا يخل بمبدأ الرضا في العقود؛ لأن قصر الرضا على العقد الناجز تحكم لا دليل عليه، فالرضا لا يستلزم التنجيز.

الثاني: الحماية بالمواعدة: وذلك بإجارة الأصل مدة معلومة بأجرة معلومة، مع المواعدة الملزمة للطرفين ببيع الأصل بقيمته الاسمية، وتكون المواعدة معلقة على سداد المستأجر أقساط الإجارة عن فترة التأجير، سواء أكمل المستأجر مدة الإجارة أو رغب في فسخها قبل انتهائها. وحكم هذه المواعدة كالبيع المعلق.

الثالث: الحماية بالوعود المتبادلة مع اختلاف محل الورود: وذلك بإجارة الأصل مدة معلومة بأقساط أجرة معلومة، مع وعد ملزم من البائع ببيع الأصل بقيمته الاسمية في نهاية مدة الإجارة أو متى ما فسخت وطلب المستأجر ذلك، ويكون الوعد معلقاً على شرط أن تكون

(١) نظرية العقد ص ٢٢٨.

القيمة الجارية (السوقية) للأصل وقت التنفيذ أعلى من قيمته الاسمية، وفي المقابل يعد المستأجر وعداً ملزماً بشراء الأصل بقيمته الاسمية عند انتهاء الإجارة أو فسخها، ويكون الوعد معلقاً على شرط أن تكون قيمة الأصل في السوق وقت التنفيذ أقل من قيمته الاسمية.

فذهب بعض المعاصرين إلى جواز هذه الطريقة دون الطريقتين الأوليين، باعتبار أن الوعدين مختلفان في محل ورودهما، فلا تدخل في المواعدة التي صدرت بعض القرارات الجمعية باعتبارها بيعاً معلقاً. والذي يظهر أنه لا فرق بين هذه الصورة واللتين قبلها؛ لأن مؤداها التزام الطرفين بالتنفيذ بالقيمة الاسمية مهما كان الأمر، فلو كانت القيمة الجارية للأصل وقت التنفيذ أعلى من القيمة الاسمية فالمؤجر ملزم بالبيع بناء على وعده، والمستأجر ملزم -عقلاً- بالشراء بتلك القيمة، إذ لا يتصور أن يذهب ويشتريه من السوق بثمن أعلى مع أن بإمكانه أن يشتريه بثمن أقل، ولو فعل ذلك لاستحق أن يحجر عليه لسفاهه. ومثل ذلك لو كانت القيمة الجارية أقل من الاسمية وقت التنفيذ فلا يتصور أن المؤجر سيبيع في السوق مع أن بإمكانه إلزام المستأجر بالشراء بثمن أعلى مما في السوق. فمن جواز هذه الصورة فأرى أنه يلزمه تجويز الصورتين الآخرين.

### المطلب الثالث : الحماية بالمشاركة مع الإجارة ثم التملك .

في هذا الأسلوب يشترك البنك أو الصندوق الاستثماري مع العميل المتمول في شراء أصل أو أصول متعددة، وتكون حصة كل منهما مشاعة، ثم يؤجر الصندوق حصته على العميل مدة معينة

وبعدها تنقل ملكية تلك الحصة إلى العميل إما بالتدريج (المشاركة المتناقصة) أو مرة واحدة.

ويكون انتقال الملكية من الصندوق إلى العميل إما بالوعد الملزم أو بالوعود المتبادلة أو بالمواعدة أو بالبيع المعلق. والكلام في هذه المسألة كالكلام في صيغ التمليك في المسألة السابقة؛ إذ لا فرق بين أن يبيع الشخص أصلاً ينفرد بملكه، أو يبيع حصة له في أصل يملكه مشاركة مع غيره. والشركة هنا شركة ملك وليست شركة عقد. فإن كان يبيع الحصص بالقيمة الاسمية فيشترط الشروط الأربعة السابقة في بيع الأصل كاملاً. ويمكن أن يجعل التمويل بالمشاركة المتناقصة على شكل صكوك، فيكون لحامل الصك ملكية في هذه الأصول، وحق في الأجرة المستحقة على تأجيرها.

وما يميز المشاركة المتناقصة أنها توفر حماية لرأس المال أكثر من الإجارة المنتهية بالتمليك؛ لأن ما تنتقل ملكيته من الحصص ينتقل معه ضمانه، فبدلاً من أن يكون يتحمل حملة الصكوك ضمان جميع هذه الأصول طيلة فترة التأجير، فإنهم لا يضمنون إلا الحصص المتبقية في ملكهم فقط.

#### المطلب الرابع: الحماية في عقود السلم الاستصناع.

السلم من عقود التمويل التي يتم فيها تقديم نقد حاضر في مقابل سلعة موصوفة في الذمة مؤجلة، فإن كانت السلعة تحتاج إلى تصنيع فهو الاستصناع، وهو جائز عند الأحناف وبعض الحنابلة، ولولم يُسَلَّم رأس المال في العقد، أي مع تأجيل البدلين، وهذا ما عليه العمل

الآن في عقود المقاولات والتوريد وغيرها، بل وما عليه العمل في العصور السابقة، فلم يزل الناس يتعاملون فيه من غير نكير<sup>(١)</sup>.

وما يميز هذين العقدين أن العوض - وهو السلعة الموصوفة - مضمونة في ذمة المدين، وهذا يؤهلها لأن يكونا من أفضل العقود توفيراً للحماية لرأس المال.

والمخاطر التي ترد على هذين العقدين منشؤها تقلبات الأسعار بسبب طول مدة التسليم، وفيما يلي بيان هذه المخاطر ووسائل الحماية منها:

#### الفرع الأول: الحماية بضبط المسلم فيه بالقيمة لا بالكمية:

تتمثل مخاطر رأس المال في السلم في أن قيمة السلعة وقت التسليم قد تختلف بدرجة كبيرة عن القيمة المتوقعة بما يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بأحد الطرفين، فلو أن السلم كان في (١٠٠ طن) من الحديد برأس مال مئة ألف، وفي وقت التسليم انخفضت قيمة الحديد في السوق بحيث أصبحت قيمة (١٠٠ طن) تسعين ألفاً، فهذا يعني خسارة في رأس المال بمقدار ١٠٪، وكذلك لو حصل العكس، فيتضرر البائع.

ولحماية رأس المال فيمكن أن تقدر كمية المسلم فيه بالقيمة بدلاً من تقديرها بالكمية، فيقع الاتفاق بينهما على أن يدفع المشتري (المسلم) (٩٠ مثلاً) في مقابل أن يتسلم من البائع (المسلم إليه) كمية من السلعة تعادل قيمتها في السوق وقت التسليم (١٠٠). وبذا تتحقق الحماية للطرفين من تقلبات السعر وقت التسليم<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر تفصيل أقوال أهل العلم في الاستصناع في: فتح القدير للكمال ابن الهمام ٢٤٣/٦ المقدمات الممهدة ٣٢/٢ الحاوي الكبير ٦٦/٧ الإنصاف ١٠٥/١١

(٢) التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم ص ١٥٦

وهذه الصيغة لا يظهر فيها محظور شرعاً، إذا كان للسلعة المعقود عليها قيمة سوقية منضبطة، كالمعادن والوقود ونحوه، فليس فيها ربا لأن المعاوضة بين نقد وسلعة، وليس فيها غرر؛ لأن المعقود عليه يؤول إلى العلم على وجه لا يؤدي إلى المنازعة. وممن اختار جوازها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن مفلح - رحمهما الله -<sup>(١)</sup>.

ومن التطبيقات المعاصرة لهذه الصيغة:

١- بطاقات الاتصال مسبقة الدفع، حيث يدفع الشخص (٩٠) ليحصل على مكالمات بقيمة (١٠٠) مثلاً، فهي سلم في المنافع، والمسلم فيه مقدار بالقيمة لا بالكمية وهي الدقائق هنا، وقد تكون حالة أو مؤجلة، كما أن السلم يصح حالاً إذا كان البائع مالكاً للسلعة، ويصح مؤجلاً.

٢- بطاقات الوقود مسبقة الدفع، وهي كسابقتها إلا أن المسلم فيه سلعة موصوفة وهو الوقود.

الفرع الثاني: الحماية في الاستصناع بتقدير الثمن بسعر التكلفة وربح

معلوم:

من المعتاد في عقود الاستصناع الضخمة أن يستغرق وقت التنفيذ زمناً طويلاً يصل أحياناً إلى عدة سنوات، فقد تتغير أسعار المواد الأساسية للبناء والتشييد بما يؤدي إلى الإضرار بأي من طرفي العقد، فلو استثمر صندوق في بناء أبراج سكنية مثلاً، ثم ارتفعت أسعار مواد البناء بشكل فاحش كما هو الحال الآن حيث زادت المواد خلال سنتين بنسبة تتجاوز ٥٠٪ فهذا يعني خسارة في رأس

(١) الأخبار العلمية ص ١٩٣ الفروع ٤/ ١٩٧.

المال المستثمر بما يعادل الفرق بين الأسعار الحقيقية للمواد بعد ارتفاعها والأسعار التي كانت متوقعة للتنفيذ، وقد يحصل العكس فيتضرر المستثمر.

وللحماية من هذه المخاطرة، فيمكن أن يتفق على أن تكون المحاسبة على المواد بناء على تكلفة شرائها من السوق وبيع معلوم للصانع كـ (١٠٪ مثلاً)، وبذا تتحقق الحماية للطرفين من تقلبات الأسعار. ولا غرر في هذه الصيغة: إذ الثمن مرتبط بأمر لا مجال للمنازعة فيه، فمآله إلى العلم الذي لا يؤدي إلى النزاع، والبيع بسعر المثل - وهو السعر السائد في السوق - أطيب لقلب المتبايعين من تحديد الثمن مساومة. يقول ابن القيم - رحمه الله -: "اختلفت الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن وقت العقد... والصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر ومصر - جواز البيع بما ينقطع به السعر، وهو منصوص الإمام أحمد، واختاره شيخنا، وسمعته يقول: هو أطيب لقلب المشتري من المساومة، يقول: لي أسوة بالناس أخذ بما يأخذ به غيري، وليس في كتاب الله، ولا سنة رسوله، ولا إجماع الأمة، ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه، وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجرة المثل، والبيع بثمن المثل؛ فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل، فيجوز" (١).

## المبحث الخامس الحماية المركبة (عقود التحوط)

يقصد بالحماية المركبة في هذه الدراسة: جمع أكثر من عقد في العملية الاستثمارية؛ لغرض التحوط، وتقليل المخاطر التي يتعرض لها رأس المال، والتحوط (hedging) نوع من الهندسة المالية للعقود. ولا تزال الأسواق المالية تزج بشكل متتابع بالعديد من أدوات التحوط، وكثير منها مع الأسف لا يتوافق مع الضوابط والمقاصد في الشريعة. وأدوات التحوط التقليدية تعتمد في الأساس على المشتقات (derivatives)، وأشهر أنواع المشتقات المالية ثلاثة:

١- الخيارات (Options).

٢- والمستقبلات (Futures).

٣- والمبادلات (Swaps).

والمشتقات تهدف من حيث الأصل إلى تبادل المخاطر المالية، بحيث تنتقل إلى الطرف الأكثر جدارة وقدرة على تحملها، بينما الطرف الآخر يتفرغ للعملية الإنتاجية. فالشركة المصنعة التي تتخوف من تقلبات أسعار المواد التي تنوي تصنيعها بما قد يمنعها من زيادة كمية الإنتاج يمكنها التخلص من هذه المخاطر من خلال العقود المستقبلية، بنقل هذه المخاطر إلى غيرها، ومن ثم تتمكن من رفع مستوى الإنتاج، لكن الناظر في واقع الأسواق المالية يدرك تماماً أن المشتقات (التقليدية) أصبحت أحد أهم أدوات المجازفة (speculation) إذ تحولت إلى مبادلات بفرض المقامرة على فروقات الأسعار ولا

يقصد منها نقل ملكية الأصل محل الاشتقاق؛ إذ إن ما يربو على ٩٠٪ من هذه العقود يتم تسويتها قبل حلول أجل التسليم.

ولذا كان من الضروري ابتكار أدوات مشروعة للتحوط، تحقق الحماية لرأس المال مع تلافي سلبيات الأدوات التقليدية.

وبالنظر في العقود المشروعة للاستثمار فهي إما عقود مدائية، أو عقود مشاركة، والنوع الأول يحقق حماية أكثر بعائد أقل، والنوع الثاني يحقق عائداً أكبر بحماية أقل، فالطريقة البدهية للتحوط هي المزج بين عقد مدائية وعقد مشاركة لزيادة العائد مع المحافظة على رأس المال.

وفيما يلي بعض الوسائل المقترحة للتحوط وفق صيغ استثمارية تجمع أكثر من عقد، ولكن قبل ذكر هذه الوسائل نؤكد ما ذكر سلفاً من أن الجمع بين أكثر من عقد لا حرج فيه من حيث الأصل ما لم يترتب على الجمع بينهما محرم، كالربا (مثل العينة و الجمع بين القرض والبيع)، أو الغرر (كما في بعثك بتسعة نقداً أو بعشرة نسيئة من غير بت)، أو النزاع (الجمع بين عقدين في محل واحد وزمن واحد).

وفي الحماية المركبة مطلبان:

المطلب الأول: التحوط لرأس المال من تذبذب القيمة السوقية للأصول.  
وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الجمع بين المراهبة والمشاركة:

وفي هذه الطريقة تقسم المحفظة الاستثمارية إلى جزأين: الجزء الأكبر (٩٥٪) مثلاً في مرابحات مع جهات ذات ملاءة ائتمانية جيدة

بربح (٥٪)، والجزء الثاني (٥٪) في عقد مشاركة، كالمشاركة في الأسهم، أو في حصص عقارية، ونحوها. وبهذا تتحقق الحماية لرأس المال بعقد المراجعة، مع احتمالية تحقيق عائد أفضل من خلال المتاجرة في السهم، ومن الممكن زيادة حصة إحدى الجهتين على حساب الأخرى بحسب النسبة التي يريد تحقيق الحماية لها من رأس المال، فكلما زادت حصة المشاركة كانت فرص زيادة الربح أعلى ونسبة المحمي من رأس المال أقل، وهكذا.

وهذه الطريقة معمول بها في الصناديق الاستثمارية المتوازنة، مثل صندوق الراجحي المتوازن بالريال، وبالدولار واليورو.

#### الفرع الثاني: الجمع بين الإجارة والمشاركة:

وهذه الطريقة كسابقتها إلا أنه بدلاً من المراجعة يتم التحوط بعقد إجارة، مثل استثمار الجزء الأكبر من المحفظة في شراء صكوك إجارة ذات عائد يغطي رأس المال.

#### الفرع الثالث: الجمع بين المراجعة وبيع العربون<sup>(١)</sup>:

وكيفية ذلك: أن يقسم المدير رأس المال (١٠٠ مثلاً) إلى جزأين: الجزء الأكبر (٩٣) مثلاً في مرابحات مع جهات ذات ملاءة ائتمانية جيدة بربح (٧)، وبذا تتحقق الحماية لرأس المال، والجزء الثاني (٧) يجعلها عربوناً في شراء أسهم بقيمة (٧٠٠) فإذا ارتفعت قيمة الأسهم إلى (٨٠٠) مثلاً أمضى العقد وقبض الأسهم ثم باعها فدفعت

(١) بيع العربون: أن يبرم عقد معاوضة -كالبيع أو الإجارة- ويدفع بعض الثمن على أنه إن مضى في العقد أتم الثمن وإلا فهو للبايع. انظر: المغرب ص ٣٠٩، والقول بجوازه من مفردات مذهب الحنابلة. وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ٨ / ٣ / ٧٢ .

الثلث إلى البائع وتحقق للصندوق ربح كبير (١٠٠) أي بما يعادل رأس المال، وإذا لم يحصل الارتفاع المتوقع فغاية ما في الأمر أن يعدل عن الماضي في العقد ويخسر مبلغ (٧) الذي دفعه عربوناً، ولكن تحقق له السلامة لرأس المال<sup>(١)</sup>.

ومن الممكن زيادة حصة إحدى الجهتين على حساب الأخرى بحسب النسبة التي يريد تحقيق الحماية لها من رأس المال، فكلما زادت حصة العربون كانت فرص زيادة الربح أعلى ونسبة المحمي من رأس المال أقل، وهكذا.

الفرع الرابع: تنويع الأصول بما يحقق الحماية لرأس المال :

والمقصود أن تشكل موجودات المحفظة الاستثمارية بطريقة يتحقق معها الحماية لرأس المال، كأن يجمع بين سلع لها علاقات عكسية مثل (الدولار والذهب) و(الدولار والنفط) والغرض أنه إذا انخفض الدولار فإنه يحمي رأس ماله بارتفاع الذهب، وهكذا.

المطلب الثاني: التحوط لرأس المال من تذبذب أسعار الصرف .

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الجمع بين مرابحتين متقابلتين :

من أبرز المخاطر التي قد يتأكل معها رأس المال: التذبذب في أسعار الصرف بين العملة التي تشتري بها السلع والعملية التي تباع بها، فلو أن مستثمراً اشترى سلعاً بمليون يورو تحل بعد سنة وسعر

(١) التحوطات البديلة عن الضمان ص ٢٩ .

الصرف مع الريال وقت الشراء هو ( ١ يورو / ٥ ريالات ) ثم باعها في السوق المحلية بربح ٢٠٪ أي بما يعادل ( مليون ومائتي ألف يورو = ٦ ملايين ريال ) فلما حل موعد السداد، كان سعر الصرف بين العملاتين ( ١ يورو / ٧ ريالات ) أي أن المبلغ المطلوب سداؤه بالريال هو ( ٧ ملايين ريال ) فهذا يعني خسارة في رأس المال بمقدار (مليون ريال).

والتحوط التقليدي للتخفيف في أسعار الصرف يتم من خلال الصرف المؤجل (Swaps)، وهو محرم لما فيه من التأجيل في الصرف.

ومن الحلول المطروحة أن يجري من يرغب في الحماية مرابحتين متقابلتين، بحيث تكون كل واحدة منفصلة عن الأخرى، فيحصل في العملية الأولى على تمويل (تورق مثلاً) بالريال، ثم في العملية الثانية يستثمر السيولة المتحصلة من العملية الأولى (في البيع الآجل مثلاً) باليورو، بحيث يكون أجل العمليتين واحداً، وبذا يكون مديناً بالريال ودائناً باليورو، ثم تتم المصارفة بنفسية كل منهما إلى الآخر.

فلو أن المستثمر في المثال السابق يخشى من ارتفاع سعر اليورو مقابل الريال، ويرغب في التحوط عن الالتزام الذي عليه باليورو وهو (مليون يورو)، بأن يثبت سعر صرفه مع الريال على السعر ١ يورو / ٥ ريال، فتنتم الحماية بخطوتين:

١- في الأولى: يحصل على تمويل من البنك بالريال (كالتورق مثلاً)، بحيث يشتري سلعاً ب ٥ ملايين ريال تحل بعد سنة، ثم بعد قبضه السلع يبيعها نقداً ب ٤٨٠٠٠٠٠ ريال.

٢- وفي الثانية: يستثمر المبلغ الذي تحصل عليه من العملية

الاولى وهو ٤٨٠٠٠٠٠٠ ريال في شراء سلع نقداً ثم بيعها بمليون يورو تحل بعد سنة.

والنتيجة أنه وقت حلول الأجل سيكون على المستثمر دين قدره ٥ ملايين ريال، يسدده من ثمن بيعه السلع (٦ مليون ريال)، وله دين قدره مليون يورو يقضي به الالتزام الذي عليه باليورو. وبهذا يكون قد حمى نفسه من تنذبذب سعر الصرف بين العملتين وثبت السعر على ١ يورو / ٥ ريال، وتحصل له الربح الذي كان يرمي إليه وهو (مليون ريال).

ولا يظهر في هذه الصيغة محظور شرعي، شريطة أن تكون العملتان منفصلتين، وتجرى كل عملية على سلعة مختلفة، فلا يصح أن يبيع البنك على المستثمر سلعة بالأجل ثم يشتريها البنك منه بالأجل نفسه بالعملة الأخرى؛ لأن هذه الصورة حيلة ظاهرة على ريا النسبية.

وممن أجاز هذه الصيغة الهيئة الشرعية لبنك البلاد<sup>(١)</sup>.

الفرع الثاني: الجمع بين قرضين بعملتين (القروض المتبادلة):

وفي هذه الطريقة تجري عملية قروض متبادلة بين المستثمر والبنك بالعملتين المراد تثبيت سعر صرفهما. فالمستثمر الذي عليه التزام بمليون يورو يحل بعد سنة ويريد أن يثبت سعر صرف اليورو مقابل الريال على ١ يورو / ٥ ريال؛ لتخوفه من ارتفاع سعر اليورو مقابل الريال، فإنه يقرض البنك مليون يورو<sup>(٢)</sup> على أن يستردها بعد

(١) في منتج الحماية من تنذبذب سعر الصرف (الأمان).

(٢) ومن الممكن أن يوفر مبلغ القرض من تمويل (تورق أو غيره) بالريال، إذا لم يكن عنده سيولة تكفي لذلك.

سنة بنفس المقدار، وفي المقابل يقرضه البنك خمسة ملايين ريال على أن يردها للبنك بعد سنة بنفس المقدار، فإذا حل الأجل فإنه يكون على المستثمر دين قدره (٥) ملايين ريال، يسدده من ثمن بيعه السلع التي سبق أن اشتراها باليورو، وله دين قدره مليون يورو يقضي به الالتزام الذي عليه باليورو.

وحكم هذه المعاملة مبني على حكم القروض المتبادلة، والأظهر فيها أي القروض المتبادلة - الجواز إذا كانت على وجه المائلة بين القرضين، أي بدون أن يترتب عليها فوائد لأحدهما على الآخر، ولا تدخل في القرض الذي يجر نفعاً؛ لأن محل المنع إنما هو في المنفعة التي يختص بها المقرض، أما إذا كانت المنفعة مشتركة بين المقرض والمقرض، على وجه يحقق مصلحة عادلة للطرفين، فليست ممنوعة ولا هي في حكم المنوع، وهي نظير السفتجة التي نص أهل العلم على جوازها؛ لأن المنفعة فيها لا تخص المقرض وحده، وإنما تعم الطرفين<sup>(١)</sup>.

(١) المغني ٤٣٦/٦ مجموع فتاوى ابن تيمية ٥١٥/٢٠ إعلام الموقعين ١/٣٨٦ المقاصد بين الفوائد الدائنة والمدينة، د. نزيه حماد (في فقه المعاملات المالية المعاصرة) ص ٢٩٤.

## خاتمة الدراسة، وأهم النتائج

وبعد: فهذا ما تيسر جمعه في هذه الدراسة الموجزة، وقد تضمنت تأصيلاً شرعياً لحماية رأس المال، والفرق بينها وبين ضمانه، وأهم الوسائل المقترحة لتحقيق هذه الحماية، وبلغ مجموع هذه الوسائل (٣٥) وسيلة، منها (٦) وسائل، ظهر للباحث تحريمها، وأما الباقي فهي على أصل الإباحة، وفيما يلي مسرد لأهم نتائج البحث:

١- حماية رأس المال تعني بذل الأسباب لوقايته من النقصان، وهي تختلف عن ضمانه بأن النتيجة وهي سلامة رأس المال قد تتحقق وقد لا تتحقق، وأما الضمان فالمقصود منه الالتزام بالنتيجة وهي تحمل أي نقص يكون في رأس المال، سواء أكان النقص بسبب قصور في الأخذ بالأسباب أم لم يكن لقصور فيها.

٢- حماية رأس المال مشروعة من حيث الأصل بثلاثة شروط: ألا يكون الغرض منها تضمين مدير الاستثمار، وألا تكون بعقد محرم، وأن تكون بالتساوي بين الشركاء.

٣- إدارة الاستثمار إما أن تكون على سبيل المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار، والأصل أنه لا ضمان على المدير إلا في حال تعديه أو تفريطه.

٤- تضمين المدير لا يخلو من أربع حالات:

(١) تضمينه بالشرط مطلقاً. فهذا لا يجوز.

(٢) عدم ضمانه إلا في حال قيام البينة بتعديه أو تفريطه، وهذا هو الأصل.

٣) تضمينه بقيام القرينة على تفريطه إلا أن يأتي ببينة تنفي ذلك عنه، فيصح، ومن القرائن على الإهمال: تحقيقه خسائر وغيره ممن يماثله في العمل يحقق أرباحاً، أو تحقيقه خسائر مفاجئة من غير أسباب معقولة.

٤) تضمينه ابتداءً بالشرط إلا أن يأتي بالبينة على عدم تعديه أو تفريطه، فيصح هذا الشرط.

٥- المخاطرة نوعان: مشروعة وهي التي بسبب تحمل مسئولية ملك الأصل محل الاستثمار، وممنوعة: وهي التي بسبب الجهالة في العقد، وهذه هي المقامرة.

٦- لا تجوز حماية رأس المال بوسائل يقصد منها تضمين المدير، ومنها:

(١)- اشتراط ضمان رأس المال على المدير.

(٢)- المضاربة مع إقراض المال للمدير.

(٣)- التزام المدير بشراء الأصول بقيمتها الاسمية.

(٤)- الوعود المتبادلة للتحوط من تنذبذ القيمة السوقية.

(٥)- كفالة طرف ثالث لمدير الاستثمار كفالة مطلقة أي غير مقيدة بالتعدي أو التفريط - مع حق الرجوع عليه.

٧- من الصور الممنوعة لحماية رأس المال:

(٦)- التزام طرف ثالث بالضمان بأجر، وهو من التأمين التجاري الذي صدرت قرارات المجامع بتحريمه.

- ٨- تجوز حماية رأس المال بصيغة تعاونية ، ومن وسائل ذلك :
- (٧) - التأمين التكافلي على الاستثمار والتمويل ضد المخاطر الرأسمالية أو الائتمانية أو مخاطر الصرف أو عائد الاستثمار أو عائد التمويل.
- (٨) - التزام طرف ثالث بالضمان تبرعاً من غير نية الرجوع.
- (٩) - التزام طرف ثالث تبرعاً بضمان تعدي المدير أو تفريطه مع حقه في الرجوع عليه.
- (١٠) - التزام طرف ثالث بأجر ضمان تعدي المدير أو تفريطه مع حقه في الرجوع عليه.
- (١١) - تكوين احتياطات لحماية رأس المال أو هو مع العائد وتقتطع من حقوق المستثمرين.
- (١٢) - تكوين احتياطات لحماية رأس المال أو هو مع العائد وتقتطع من الربح الكلي بما في ذلك ما يخص المدير.
- (١٣) - تطوع العامل بالضمان بعد العقد.
- (١٤) - القرض الحسن من المدير لأرباب الأموال في حال العجز.
- (١٥) - التزام المدير بالقرض الحسن لأرباب الأموال في حال العجز.
- ٩- تجوز حماية رأس المال بعقود الائتمان ، ومن وسائل تحقيق ذلك :
- (١٦) - عقد المراجعة، بطريق الوكالة في الاستثمار، أو الوكالة مع الوعد بالشراء، أو بالمضاربة في عقود المراجعة.

(١٧)- أخذ الرهونات والضمانات، والدراسة الائتمانية، والتأمين التعاوني على الديون.

(١٨)- المراجعة مع حافظ الخصم.

(١٩)- الجمع بين المراجعة والمشاركة.

(٢٠)- بيع دين المراجعة بسلع قابلة للتسييل.

(٢١)- الإجارة مع الوعد بالتملك بقيمة اسمية وعائد منضبط.

(٢٢)- الاستصناع أو الشراء من طرف ثالث ثم التأجير.

(٢٣)- إنشاء شركة ذات مسئولية محدودة تملك الأصول، وتكون مملوكة للمستثمرين.

(٢٤)- تحميل المستأجر في الصكوك الضمان والصيانة الأساسية الطارئة ما لم يثبت عدم تعديه أو تفريطه.

(٢٥)- التأمين التعاوني على الأصول المؤجر ضد التلف والصيانة الطارئة.

(٢٦)- الإجارة مع الإلزام المتبادل بنقل الملكية، إما بالبيع المعلق، أو بالمواعدة، أو بالمواعدة مع اختلاف محل الوجود.

(٢٧)- المشاركة مع التأجير ثم التمليك التدريجي أو المعلق.

(٢٨)- عقد السلم مع ضبط المسلم فيه بالقيمة لا بالكمية.

(٢٩)- الاستصناع مع تقدير الثمن بسعر التكلفة وبيع معلوم.

١٠- تجوز حماية رأس المال بالتحوط بالمعقود المركبة، والأصل صحة جمع

أكثر من عقد ما لم يترتب على اجتماعهما محذور، ومن وسائل الحماية:

(٣٠)- الجمع بين المراجعة والمشاركة.

(٣١)- الجمع بين الإجارة والمشاركة.

(٣٢)- الجمع بين المراجعة وبيع العربون.

(٣٣)- تنويع الأصول بما يحقق الوقاية لرأس المال.

(٣٤)- الجمع بين مباحثتين متقابلتين بعمليتين للحماية من تنذب

سعر الصرف.

(٣٥)- الجمع بين قرضين متقابلين (القروض المتبادلة) بعمليتين

للحماية من تنذب سعر الصرف.

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً. وصلى الله وسلم على

نبيينا محمد.

## قائمة المراجع

- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، علاء الدين علي الفارسي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ .
- الأخبار العلمية من الإختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية، علاء الدين أبي الحسن الدمشقي الحنبلي، دار العاصمة، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ .
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ .
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، مكتبة الرياض الحديثة.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبي الحسن المرادوي، مطبوع مع الشرح الكبير.
- أنواء البروق في أنواع الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، دار عالم الكتب.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية .
- بحوث في قضايا فقهية معاصرة، محمد تقي العثماني، دار القلم، ١٤١٩ هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ .
- بداية المجتهد، محمد بن رشد القرطبي الأندلسي، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣ هـ .
- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، أحمد الصاوي المالكي، دار المعرفة، ١٤٠٩ هـ.
- البهجة في شرح التحفة، علي التسولي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ .
- التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

- تاج العروس، الزبيدي، من منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان .
- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العيدري، دار الكتب العلمية.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان الزيلعي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية .
- تحرير الكلام في مسائل الالتزام، محمد بن محمد الخطاب، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤هـ .
- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي الهيثمي، دار إحياء التراث العربي.
- تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء حتى لا يوجد في طائفة من كتب التفسير فيها القول بالصواب بل لا يوجد فيها إلا ما هو خطأ، أحمد بن تيمية، تحقيق: عبد العزيز الخليفة، مكتبة الرشد الرياض الطبعة الأولى ١٤١٧هـ .
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبي الفضل شهاب الدين العسقلاني، دار أحد .
- التحوطات البديلة عن الضمان في المشاركة والصكوك الاستثمارية وغيرها، بحث د. محمد الفري، ندوة البركة، ٢٨.
- تهذيب السنن، لابن قيم الجوزية، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود .
- الجامع الصحيح، لأبي عبد الله محمد البخاري، المطبعة السلفية، ١٤٠٠هـ .
- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد القرطبي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ .
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك، صالح الأزهرى، دار الفكر.
- حاشية الجمل على شرح المنهج، سليمان الجمل، مؤسسة التاريخ العربي .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد بن أحمد الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية .

- الحارثي الكبير، لأبي الحسن الماوردي، المكتبة التجارية، ١٤١٤ هـ .
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي، مطبوع مع رد المحتار .
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ .
- الروض المربع، للبهوتي، دار التراث .
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ .
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان السجستاني، دار الحديث، الطبعة الأولى، ١٣٩٣ هـ .
- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد القزويني، دار الفكر .
- سنن الترمذي، أبي عيسى محمد الترمذي، المكتبة الإسلامية .
- سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، دار المعرفة .
- السنن الكبرى، الحافظ أبي بكر أحمد البيهقي، دار المعرفة، ١٤١٣ هـ .
- سنن النسائي، مكتب المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية، ١٤٠٩ هـ .
- شرح البهجة، زكريا بن محمد الأنصاري، المطبعة الميمنية .
- الشرح الكبير على المقنع، شمس الدين ابن قدامة المقدسي، دار هجر، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ .
- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل، أبي عبد الله محمد بن الخرشي، دار صادر .
- شرح منتهى الإرادات، منصور البهوتي، دار الفكر .
- شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، محمد بن أحمد عيش، دار صادر .
- شرح ميارة على تحفة ابن عاصم، (الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام)، محمد الفاسي (ميارة)، مطبعة الاستقامة، مصر .
- الصحاح : للجوهري، دار الكتاب العربي، ١٣٧٧ هـ .
- صحيح مسلم لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، المكتبة الإسلامية .

- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن القيم الجوزية، دارالمدني .
- الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، د. الصديق محمد الأمين الضرير، دار الجيل، الطبعة الثانية، ١٤١٠ هـ .
- الفتاوى الكبرى، تقي الدين ابن تيمية، دار الكتب العلمية .
- الفروع، شمس الدين ابن مفلح، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥ هـ .
- في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حماد، دار القلم، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ .
- القاموس المحيط، الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٤٠٧ هـ .
- القوانين الفقهية، لابن جزي محمد الكلبي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ .
- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، مرعي الكرمي، مطبوع مع مطالب أولي النهى .
- كشف القناع عن تضمين الصناع، للمعداني، الدار التونسية للنشر، ١٩٨٦ .
- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور البهوتي، مكتبة نزار مصطفى الباز، الطبعة الثانية، ١٤١٨ هـ .
- الكفاية على الهداية، جلال الدين الخوارزمي، مطبوع مع شرح فتح القدير .
- كنز الدقائق، شهاب الدين أحمد الشلبي، مطبوع بهامش تبين الحقائق شرح كنز الدقائق .
- الميسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعركة، ١٤١٤ هـ .
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ١٤١٨ هـ .
- مجمع الضمانات، غانم بن محمد البغدادي، دار الكتاب الإسلامي .
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، مصور عن طبعة الإفتاء .
- المحلى، لأبي محمد علي بن حزم، دار الآفاق الجديدة .
- المدونة، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية .

- المصباح المنير، أحمد الفيومي المقرئ، مكتبة لبنان، ١٩٨٧ .
- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٢٨هـ .
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى الرحيباني، المكتب الإسلامي.
- المغرب، ناصر بن عبد السيد المطرزي، دار الكتاب العربي.
- المغني، موفق الدين أبي محمد ابن قدامة المقدسي، دار إحياء التراث العربي.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين الشربيني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ .
- المقدمات الممهدة لبيان ما تضمنته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها للمشكلات، ابن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ .
- المنققي شرح الموطأ، سليمان الباجي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ .
- مواهب الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن محمد الخطّاب، دار الفكر.
- نظرية العقد، لابن تيمية، السنة المحمدية، ١٣٦٨هـ .
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين الأنصاري الشهير بالشافعي الصغير، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ .

# شقق التملك أحكام وضوابط

## بحث فقهي مقارن مع نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها في المملكة العربية السعودية

الدكتور / صالح بن علي الشمراني(\*)

الحمد لله الذي خلق خلقه أطوارا، وصرفهم في أطوار الخلق كيف شاء عزة واقتدارا، وأرسل الرسل إلى المكلفين إعدارا مته وإنذارا.  
وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، وخيرته من خلقه، وحجته على عباده، وأمينه على وحيه، أرسله رحمة للعالمين، وقدوة للعاملين، ومحجة للسالكين، وحجة على المعاندين، وحسرة على الكافرين، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين ويعد:

فإن الشريعة المحمدية رحمة وعدل كلها، وأموال الناس كانت من جملة ما جاءت الشريعة برعايته وحفظه، فهي ضمان في مواجهة كل ما يسعى إلى فسادها وإتلافها، حتى ولو كان السعي من ملاكها وأربابها، وهي في جانب العقود والمعاضات لا ترضى بكل ما من شأنه أن يكون سبيلا للخصومات والمنازعات واقتراق القلوب؛ ولذا حُرِّصَتْ على أن تكون العقود في البيع والإجارة ونحوهما على غاية الوضوح، والبعد عن الغرر والتفريط والتدليس والغش، وكل ما من شأنه أن يكون طريقا لأكل أموال الناس بالباطل، ومن القواعد المقررة في الشريعة والتي هي ركيزة في هذا الباب:

(\*) جامعة أم القرى - معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي.

قاعدة: الضرر يزال، وأصلها حديث: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(١)</sup>.

وقاعدة: الضرر لا يزال بالضرر<sup>(٢)</sup>.

ومن الأمور التي صارت ظاهرة في حياة الناس اليوم حينما عجزوا عن بناء البيوت والدور؛ السعي إلى تملك وحدات سكنية على صورة النقد أو بالأجل، والذي يهم هنا هو النظر في عقود التمليك<sup>(٣)</sup> هذه من حيث سلامتها وانتفاء الغرر عنها، ثم ما تؤول إليه بعد التمليك من جهة اشتراك الملاك في بعض منافع الوحدات، ومسائل الضمان فيها.

والداعي لهذا البحث أن بعض العقود التي تجري بين الناس في هذا الباب تُسلط على الوحدة السكنية فقط (الشقة مثلاً)<sup>(٤)</sup>، دون النظر إلى ما له صلة بها من متعلقات قد يكون في إغفالها إدخال هذه العقود في باب المحظور؛ لما يكتنفها من الغرر من جهة، وأكل أموال الناس بالباطل من جهة أخرى، ومن ذلك:

١- إغفال التخصيص على الأرض التي تشترك فيها هذه الوحدات

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه ٢٣٤٠ من حديث ابن عباس وعبيدة بن الصامت، والحاكم في مستدركه ٧٠٥٨/٢ من حديث أبي سعيد.

(٢) الاشباه والنظائر ٨٣/١.

(٣) التمليك : مصدر من المَلَك والمَلِك : وهو احتواء الشيء والاستبداد به، وأَمَلَك الشيء ومَلَكه إياه تملِكاً جعله مَلَكاً له يَمْلِكُه، اللسان مادة ملك.

(٤) الشَّقُّ والشَّقَّة بالكسر: نصف الشيء إذا شَقَّ. يقال: أخذت شِقَّ الشاة، وشَقَّة الشاة، والشَّق: الناحية من الجبل، والشَّقَّة: القطعة المشقوقة، وهي في استعمال الناس اليوم تطلق على نصف البيت أو ناحية منه. والشَّقَّة والشَّقَّة: تطلق أيضاً على السفر البعيد ومنه قوله تعالى: (ولكن بعدت عليهم الشقة). لسان العرب والصحاح مادة: شقق. والوحدة السكنية هنا: إما أن تكون شقة من جملة شقق، أو بيت من عدة طوابق (فلة).

واعتبارها لا زالت في ملك المالك الاساسي لها (المؤسس للمشروع أو المسوق).

٢- استصحاب المالك الاساسي (المسوق) للملكية سطح جملة البناء وأقنيته، أو المحلات التجارية والتصرف فيها زيادة ونقصا واستثمارا.

٣- عدم وضوح مسائل الضمان والصيانة للأساسات والخدمات المشتركة<sup>(١)</sup>.

٤- استمرار حق الانتفاع باختصاص البناء للمالك الاساسي (ومن ذلك القرض العقاري، أو العوض عن نزاع الملكية).

٥- الاختلاف في تحمل رسوم البناء ودخوليات الخدمات المختلفة. وعليه فهذا البحث إنما هو إثارة لبعض هذه الجوانب التي يرى الباحث الحاجة إلى بحث الكلام فيها، ولا يستبعد وصول بعض الخصومات إلى المحاكم للبث في منازعات كان أصله إغفال ما ذكر، ولم أجد بالتتبع القاصر من أفرد هذا ببحث.

وقد صدر قرار مجلس الوزراء بالسعودية رقم ٤٠ وتاريخ ١٤٢٣/٢/٩هـ والمرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٤٢٣/٢/١١هـ القاضي بالموافقة على نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها، مكونا من تسعة عشر مادة، سيأتي التعرض لهذه المواد حسب ورود مباحثها، مع المقارنة والنقد حسب ما يظهر لي، والله تعالى ولي التوفيق.

تنبيهات:

الأول: أن النظام المشار إليه غير كاف في معرفة الأحكام في هذا الباب لامرين:

(١) الخدمات: كالكهرباء، والصرف الصحي، والماء ونحوها.

أولهما: عدم الاستيعاب والمقارنة.

ثانيهما: أنه رد في بعض مواده الأمر عند التنازع إلى القضاء كما في المادة الثالثة، والرابعة عشر، والسادسة عشر.

التنبيه الثاني: أن هناك كتابات عامة في هذا الموضوع سوى ما حرره المتقدمون في أبواب الفقه - كتاب الصلح، وياب بيع الأصول، والشروط في البيع - ومن تلك الكتابات :

١- ملكية الشقق والطبقات دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية رسالة ماجستير في جامعة بغداد عام ١٩٧٨ م للباحثة سعاد حسين علي.

٢- البناء وأحكامه في الفقه الإسلامي رسالة من المعهد العالي للقضاء قدمت سنة ١٤٠٦ هـ للباحث : إبراهيم محمد الفائز.

٣- أحكام الجوار في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير - جامعة الإمام ١٤١٠ هـ للباحث / عبد الرحمن بن أحمد بن فائق، من مطبوعات دار الأندلس الخضراء.

٤- كتاب الإعلان بأحكام البنين لمحمد بن إبراهيم اللخمي تحقيق / عبد الرحمن بن صالح الأطرم.

٥- تملك الشقق والطوابق معالجة قانونية لـ/ أحمد منير فهمي.

٦- حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية للملكية الشقق في المملكة العربية السعودية والقانون المقارن لـ/ أحمد عبد العال أبو قرين.

أما البحث الأول وإن كان في ذات الموضوع إلا أنني لم أطلع عليه، ويبدو من تاريخه حيث قد كتب قبل ثلاثين سنة أن ما طرأ على الموضوع من مستجدات يجعل الحاجة إلى الكتابة فيه قائمة، بالإضافة إلى اختلاف العرف والنظام بين البلدين السعودية والعراق، وأما البحوث : الثاني والثالث والرابع فأعم من موضع البحث .

وأما الخامس فبحث قانوني، وأما السادس فلم أطلع عليه، ويبدو من عنوانه التركيز على حق الملكية والمقارنة بين الشريعة والقانون.

التنبيه الثالث: الكلام سيكون في الوحدات التي تبنى ثم تباع على الملاك، أما فيما لو اشترك اثنان أو أكثر في تشييد بناء فإنهم يعتبرون جميعاً شركاء في ملكيته أرضاً وبناء، ملكية شائعة في كل طبقاته ووحداته العقارية وملاحقه، كل بنسبة مساهمته في رأس المال والمصروفات ما لم يتفقا على خلاف ذلك، وهذا منصوص المادة الثانية من نظام الوحدات العقارية في فقرته الخامسة.

ولكن متى ما أراد الشركاء قسمة الحصص الشائعة فلهم ذلك، وقد جاء في المادة الثالثة : للشركاء أن يتقاسموا حصصهم الشائعة في البناء المشترك، ويختص كل منهم بوحدة عقارية أو أكثر، فإن لم يتفقوا فلطالبها اللجوء إلى القضاء.

الرابع : من الركائز التي يقوم عليها البحث أن من ملك أرضاً ملك سماءها، وقد عبّر عن هذا المعنى كثير من الفقهاء فقالوا : السماء أو الهواء تابع للقرار، ونحو ذلك من العبارات<sup>(١)</sup>.

(١) انظر : الروض المربع ٢٤٤، كشاف القناع ٤٠٤/٣، البيان للعراني ٢٦٤/٦ .

قال القرطبي: فمن له البيت له أركانه، ولا خلاف أن له العلو إلى السماء<sup>(١)</sup>.

ولو قيل مثلاً: إن اشتراك ملاك الوحدات السكنية في أرض جملة البناء وسمائه يعتبر كالمشروط في العقد وإن لم يُنص عليه فيه فإن واقع بعض المسوقين يفيد خلاف ذلك ؛ لاستمرار تصرفاتهم بالزيادة في عدد الأدوار والتحكم في واجهات المشروع، وخدمات البناء كغرفة السائق والارتدادات والمداخل، والمواقف، والنوافير ونحو ذلك، وأكثر ما يقع هذا الإغفال حينما يتم تبادل الوحدات بصور شخصية دون الرجوع إلى الطرق الرسمية؛ إذ إن التملك في كتابة العدل يتملك المشتري الوحدة السكنية وينص في الصك أن يلتزم بما ورد في نظام ملكية الوحدات العقارية الذي سبقت الإشارة إليه، وقد جاء في المادة السابعة منه :

تتم إجراءات نقل الملكية أمام الجهة المختصة في توثيق العقود وإصدار الصكوك المتعلقة بها وفقاً للإجراءات النافذة، مع مراعاة ما ورد في هذا النظام.

ومما ورد في هذا النظام التنصيص على الاشتراك في الأجزاء المشتركة من البناء، ففي الفقرة الأولى من المادة الرابعة : يكون مالكو الوحدات العقارية في بناء واحد شركاء في الأجزاء المشتركة ما لم يتفق على خلاف ذلك.

التنبيه الخامس: كل ما يشار إليه من حقوق الملك أو الانتفاع أو

(١) الجامع للقرطبي ٧٥/١٦ .

الضمان إنما هو في حالة المشاحة والخصومة، وإلا فمن طابت نفسه بإسقاط حقه أو تحمل ضمان غيره فلا إشكال فيه، وله ما وجه إليه؛ ما لم يترتب على هذا الإسقاط إضرار بالآخرين، إلا أن ذكر ذلك عند العقد والاتفاق عليه مما يزيل الغرر ويقطع بواعث الخصومة، وهذا مقصد من مقاصد الشريعة في جميع العقود.

#### بداية البحث :

عند النظر في منازل التمليك نجدها غالباً ما تكون متحدة في جهة أو عدة جهات، وهي بذلك لا تخلو من أحوال :

الحالة الأولى: أن تكون وحدتين (فلتين) متجاورتين أو متلاصقتين، وكل منهما مستقل بأرضه، وسمائه، وجداره، ومداخله، وخدماته.

الحالة الثانية: أن تكون وحدتين بينهما جدار مشترك، إلا أن كلا منهما مستقل بأرضه، وسمائه، ومداخله، وخدماته، وهو ما يسمى في عرف الناس اليوم بـ (الدبلوكس).

الحالة الثالثة: أن تجتمع عدة وحدات (شقق) في طابق أو عدة طوابق بمسخل واحد أو مداخل، وأرض وسماء واحدة لجملة البناء.

فأما الحالة الأولى: فليست محل البحث إذ إن الاستقلال فيها ظاهر، وكل مالك مستقل بضمان ملكه، وجواز التصرف فيه، ولا يلحق جاره من ضمان ملكه شيء، وتجري عليهما أحكام الجوار العامة.

وأما الحالة الثانية (الدبلوكس): فمحل البحث فيها يتركز في ضمان الجدار المشترك بينهما، وجواز التصرف فيه، ومدى انتفاع الجارين به، وهذا الجدار لا يخلو من خمس حالات :

الأولى : أن يكون قراره وبنأؤه لأحدهما دون الآخر.  
الثانية : أن يكون قراره لأحدهما وبنأؤه للآخر.  
الثالثة : أن يكون قراره لأحدهما وبنأؤه بينهما.  
الرابعة : أن يكون قراره بينهما وبنأؤه لأحدهما.  
الخامسة : أن يكون بينهما في القرار والبناء، وهو حال  
(الدبلوكسات اليوم).

والبحث في هذه الحالات يكون في ثلاث جهات :  
الجهة الأولى: من جهة جواز التصرف فيه. (بزيادة أو نقصان).  
الجهة الثانية: جواز الانتفاع به. (بالتعليق، أو الإسناد عليه، أو  
تمديد خدمات الماء والكهرباء عليه أو فيه).  
الجهة الثالثة: ضمان سقوطه أو تلفه.

فأولا : إذا كان بنأؤه وقراره لأحدهما دون الآخر :  
فلما لكة جواز التصرف فيه بالزيادة والنقصان، وجواز الانتفاع به  
على وجه لا يصل به إلى إلحاق الأذى بجاره، أو الانتفاع بهواء جاره  
إلا بإذنه ؛ فإن الهواء تبع للقرار كما تقدم<sup>(١)</sup>.

وأما الجار فالأصل أنه ليس له التعرض لجدار جاره، وليس له  
حق الانتفاع به إلا بإذن جاره كما لا ينتفع بأرض جاره إلا بإذنه.  
ولكن إن ظهر له حاجة في الانتفاع بجدار جاره فما الحكم ؟  
وقبل الإجابة يمكن حصر حاجته إلى جدار جاره من وجهين:

(١) المغني ٣٤/٧.

الوجه الأول: أن يحتاج إليه للإنسان والتعليق كان يسند عليه خشبة أو نحو ذلك للتسقيف أو غيره، ويتعذر عليه تحقيق هذه الحاجة إلا باستخدامه، كأن يبني ثلاثة جدر ويحتاج جدار جاره رابعا يسقف عليه، فهل له ذلك ؟ وهل يجبر صاحب الجدار على السماح له بذلك أم لا ؟

والجواب: أنه متى كان انتفاعه يضر بالجدار فلا خلاف أنه لا يجوز؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر<sup>(١)</sup>، وأما إن كان الانتفاع لا يضر بالجدار ولا بصاحبه ففي جواز ذلك قولان لأهل العلم :

الأول: يجبر مالك الجدار على تمكين جاره من الانتفاع بجداره، وبه قال أحمد والشافعي في القديم؛ لحديث أبي هريرة المتفق عليه أن النبي ﷺ قال: (لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبه في جداره) ثم قال أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين اكتافكم<sup>(٢)</sup>.

والقول الثاني: وهو مذهب الجمهور قالوا: لا يجبر الجار على ذلك؛ لقوله ﷺ: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)<sup>(٣)</sup>. وما في معناه من الأحاديث؛ ولأنه انتفاع بملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه، كزراعة أرضه أو البناء فيها، وحملوا الحديث على الاستحباب ومنهم من تأوله<sup>(٤)</sup>.

والصحيح - والله أعلم - هو القول الأول للخبر؛ ولأنه انتفاع لا

(١) المغني ٣٤/٧، كشف القناع ٤٠٤/٣ .

(٢) متفق عليه: رواه البخاري في المظالم ح ٢٤٦٣، ومسلم في المساقاة ح ١٦٠٩ .

(٣) رواه أحمد في مسنده ٧٢/٥ .

(٤) البيان ٢٦١/٦، المغني ٣٥/٧، المجموع ٨٨/١٣ .

يضر كالاستغلال به أو الاستناد إليه، ويفرق بينه وبين الزرع والبناء بأن الزرع والبناء يضر ولم تدع الحاجة إليه.

الوجه الثاني من وجوه الانتفاع تمديد مجاري المياه أو أسلاك الكهرباء ونحوها على جدار الجار، فإن كان ذلك مما يضر بالجدار فلا يجوز بغير إذن صاحبه، وإن لم يكن في إمرار ذلك ضرر وامتنع مالك الجدار فهل يجبر على ذلك أم لا ؟

نص الفقهاء رحمهم الله في مسألة ما لو لاحتاج في القديم إلى إجراء مجرى أو مسيل في أرض أو سطح الجار على ذكر الخلاف في ذلك<sup>(١)</sup>:

ف قيل: لا يجبر؛ لأن الأصل حرمة مال الغير، ولا يحل بغير طيب نفس منه كما مر في مسألة وضع الخشب على جدار الجار.

وقيل: يجبر لانتفاء الضرر، ولما روي أن الضحاك ومحمد بن مسلمة اختلفا في خليج أراد الضحاك أن يجريه في أرض محمد بن مسلمة، فامتنع منه، فترافعا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: "والله لأمرنه ولو على بطنك"<sup>(٢)</sup>.

والصواب والله أعلم أنه يجبر لانتفاء الضرر بذلك قياسا على وضع الخشب ولقضاء عمر رضي الله عنه.

ضمان الجدار: أما ضمانه في حالة السقوط أو التضرر فهو على مالكة ما لم يحصل التعدي من الجار أو من غيره.

(١) البيان ٢٥٨/٦، المجموع ٨٤/١٣.

(٢) رواه مالك في الموطأ ٧٤٦/٢.

ويبقى أن يشار إلى مسألتين لهما تعلق بحقوق كل منهما:

المسألة الأولى: إذا تقرر أن الهواء تابع للقرار في الملك فكل تصرف من الجار يؤدي إلى إشغال هواء أرض جاره يلزمه إزالته، مثاله : لو كانت له شجرة انتشرت أغصانها فوق ملك جاره، فللجار أن يطالبه بإزالة ما انتشر فوق ملكه؛ لأن الهواء تابع للقرار، ولأنه ليس له الانتفاع بأرض جاره بغير إذنه فكذاك هواء أرض جاره .

قال في الكشف: وإن حصل في هوائه الملوك له هو أو منفعة أو في هواء جدار له فيه شركة في عينه أو منفعة أغصان شجرة غيره أو حصلت الأغصان على جداره فطالبه - أي طالب رب العقار أو بعضه أو منفعة - صاحب الأغصان بإزالتها لزمه أي لزم رب الأغصان إزالتها؛ لأن الهواء تابع للقرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره كالدابة إذا دخلت ملكه، وطريقه إما بالقطع أوليه إلى ناحية أخرى، وسواء أثر ضرراً أو لا . فإن أبى رب الأغصان إزالتها لم يجبر ؛ لأنه أي حصولها في هوائه ليس من فعله . ويضمن ربها أي الأغصان ما تلف بها بعد المطالبة ... ولأن حصلت الأغصان في هوائه إزالتها إذا أبى مالكاها بلا حكم حاكم؛ لأن ذلك إخلاء ملكه الواجب إخلاؤه<sup>(١)</sup>.

وقد جاء في المادة السانسة من نظام الوحدات ما نصه :

على كل مالك وفقاً لهذا النظام ألا يغلو في استعمال حقه إلى الحد الذي يضر بجاره، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، ... على أن يراعى في ذلك

(١) كشف القناع ٤٠٤/٣ .

الآداب الشرعية والعرف وطبيعة العقار، وموقع كل وحدة عقارية بالنسبة للأخرى، والغرض الذي خصصت له كل وحدة.

المسألة الثانية: إذا اختلف ارتفاع سطحيهما وكان إشراف الجار يضر بجاره فهل يجبر الأعلى على وضع سترة؟ قولان للعلماء :

الأول : لا يجبر؛ لأن الضرر من الإشراف فقط فيمنع منه دون أن يجبر على بناء سترة، وهذا مذهب الشافعية.

الثاني: يجبر؛ لحصول الضرر بالإشراف، والإنسان ممنوع من الانتفاع بملكه على وجه يستضر به غيره، كما لا يجوز أن يدق في ملكه ما يهتز به حائط جاره، وهذا مذهب الحنابلة<sup>(١)</sup>.

ثانيا : أن يكون قرار الجدار لأحدهما وبناءه للآخر :

وهذه الحالة متصورة إذا أذن صاحب القرار لجاره أن يبني بينهما جدارا، فيكون على أحدهما القرار وعلى الآخر البنيان، فإذا فعلا فهما شريكان فيه، ينتفعان به على وفق ما اتفقا عليه .

وأما لو بنى الجار في قرار جاره جدارا بينهما بغير إذنه فإنه يضمن إزالته، ولا ينتفع به صاحب القرار؛ لأن البنيان لجاره، ولا ينتفع به الباني؛ لأنه وضع على قرار غيره حتى يصطلحا .

ومتى ما أراد أحدهما بناءه لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة؛ لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به . قال ابن قدامة: لا أعلم في هذا خلافا<sup>(٢)</sup>.

(١) البيان ٢٦٤/٦، المغني ٣٥/٧ .

(٢) المغني ٤٧/٧ .

ثالثا : أن يكون قراره لأحدهما وبنائهما بينهما.

وهذه الحالة كسابقتها إلا أن صاحب القرار ساعد جاره في تكلفة البنيان، فهما على ما اتفقا عليه في البنيان وكيفية الانتفاع.

رابعا : أن يكون بناء الجدار لأحدهما وقراره بينهما :

والبحث يكون في هذه الحالة في مسائل :

المسألة الأولى : أن من بناء يجوز له التصرف فيه على وجه لا يلحق الضرر بجاره كما تقدم، وله هدمه إن أراد ؛ لأنه ملكه خاصة.

المسألة الثانية : إذا ما انهدم فهل للشريك أن يجبر شريكه على بنائه ؟ قولان للعلماء هما روايتان عن أحمد وقولان للشافعي :

الأول: يجبر، وهو مذهب المالكية؛ لأنه إنفاق على ملك مشترك يزيل الضرر عنهما، وقياسا على الإيجابار على القسمة، وعلى إطعام العبد المشترك.

الثاني: لا يجبر، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنه إنفاق لا يجبر عليه لو انفرد به فلم يجب مع الاشتراك، والضرر لا يزال بالضرر<sup>(١)</sup>.

وسياتي القولان نفسيهما في الحالة التالية.

المسألة الثالثة: إن أراد شريكه بناء لم يمنعه شريكه؛ لأنه يعيد ما كان مؤسسا في مشترك، ويكون المعاد ملكه يضع عليه ما يشاء، وينقضه إذا شاء، وليس للآخر أن يقول لا تنقضه لأغرم حصتي من القيمة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) البيان ٢٦٨/٦، الكافي لابن قدامة ١٢٢/٢ .

(٢) البيان ٢٦٩/٦، المحرر للرافعي ١٨٥ .

المسألة الرابعة: متى ما أراد الشريك الانتفاع به دفع نصف قيمته وانتفع، ويجبر الباني على أخذها أو إزالة بنائه لبني معه؛ لأن القرار مشترك بينهما فلم يجز أن يسقط حق شريكه<sup>(١)</sup>.

ومتى ما بنياه معا صار يأخذ حكم الحالة التالية، وهي :

خامسا : أن يكون بينهما في القرار والبناء :

وفيها مسائل :

المسألة الأولى: إذا كان بينهما في البناء والقرار فهما شريكان فيه، ولكل واحد منهما حق الانتفاع والتصرف على وجه لا يضر بالشريك أو يفسد الجدار، كالدق الذي يهز الحيطان ونحو ذلك<sup>(٢)</sup>.

المسألة الثانية: لكل واحد الإفادة منه في تمديد أسلاك الكهرباء ومواسير المياه ونحوها بالشرط المتقدم.

قال في التوضيح: ويحرم إحداثه في ملكه ما يضر بجاره ... فإن فعل فله منعه كابتداء إحيائه، وكدق وسقي يتعدى إليه<sup>(٣)</sup>.

وقد جاء في المادة الرابعة من نظام الوحدات العقارية: تكون الحواجز الجانبية والحيطان بين وحدتين متلاصقتين في بناء قائم مشتركة بين أصحابها ما لم يثبت خلاف ذلك، ولا يحق لأي منهما استعمال حصته فيما يلحق ضررا بالآخر.

المسألة الثالثة : إن هدمه أحدهما فله حالتان:

(١) الكافي لابن قدامة ١٢٢/٢ .

(٢) التوضيح ٦٨٢/٢، الكافي لابن قدامة ٢١٢/٢، دليل الطالب ١٢٧/١، كشف القناع

٤١٠/٣، مواهب الجليل ١٥٠/٥، المجموع ٨٤/١٣، البحر الرائق ٣٠/٧ .

(٣) التوضيح ٦٨٢/٢، وانظر: المغني ٥٢/٧ .

الأولى : أن يهدمه لحاجة أو لغير حاجة ؛ فيلزم على بنائه .  
الثانية : أن يهدمه لخوف سقوطه ، فلا يلزم ببنائه كما لو انهدم بنفسه ؛ لأنه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه<sup>(١)</sup>.  
المسألة الرابعة : إن انهدم بنفسه فاتفقا على بنائه ويكون بينهما نصفين جاز<sup>(٢)</sup>، وإن أراد أحدهما بناءه لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة ؛ لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ، قال ابن قدامة : لا أعلم في هذا خلافا<sup>(٣)</sup>.  
وإن كان أساسه عريضا فله البناء في نصيبه خاصة بعد القسمة<sup>(٤)</sup>.  
المسألة الخامسة : إذا انهدم أو تلف ولم تمكن قسمة عرصته فطالب أحدهما الآخر ببنائه معه فهل يجبر عليه ؟ قولان للعلماء هما روايتان عن أحمد<sup>(٥)</sup>.  
الأولى : نعم نقله الجماعة وصححه القاضي وقدمه في المحرر والفروع ، وبه قال مالك في إحدى روايتيه ، والشافعي في القديم ؛ لقوله عليه السلام : ( لا ضرر ولا إضرار ) ، ولأن في ترك بنائه إضرارا فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما .  
والثانية : لا يجبر . قال ابن قدامة : وهي أقوى دليلا ، وهذا مذهب أبي حنيفة ورواية عند المالكية ، وهو الجديد من قولي الشافعي .

(١) المغني ٤٧/٧ .

(٢) المغني ٤٧/٧ .

(٣) المغني ٤٧/٧ .

(٤) البحر الرائق ٣٠/٧ شرح فتح القدير ٣٢٣/٧ .

(٥) المغني ٤٥/٧ ، المبدع ٣٠١/٤ ، التوضيح ٦٨٢/٢ ، المهذب ٣٣٦/١ ، البيان ٢٦٨/٦ ، المحرر

للراقي ١٨٤ ، مواهب الجليل ١٥٠/٥ ، البحر الرائق ٣٠/٧ شرح فتح القدير ٣٢٣/٧ .

ودليل هذا القول:

١- أنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكة على الإنفاق عليه كما لو انفرد به.

٢- ولأنه لا يجبر على بنائه ابتداءً.

وأجاب هؤلاء على أدلة المجبرين: بأن الإيجاب هنا يخالف الإيجاب على القسمة فإنها دفع للضرر بما لا ضرر فيه، والبناء فيه ضرر لما فيه من الغرامة وإنفاق المال، والضرر لا يزول بمثله، وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحادث، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع، أو يكون معسرا.

الحالة الثالثة: أن تجتمع عدة وحدات (شقق) في طابق أو عدة طوابق بمدخل واحد أو مدخل، وأرض وسماء واحدة لجملة البناء.

والبحث في هذه الحالة يكون في مسائل:

المسألة الأولى: هل يصح أن تتعدد الأيدي في البناء الواحد فيملك أحدهم السفلى ويملك الآخر العلو؟

والإجابة على هذا السؤال أصل في جواز تملك الشقق من عدمه، إذ لا يخلو البناء في الدور من أن يكون من طبقة واحدة أو عدة طباق، فأما السفلى (الطابق الأرضي) فيجوز بيعه ؛ لأنه عقار<sup>(١)</sup>، فإن باع معه العلو فلا إشكال، وأما إذا أفرد العلو بالبيع فيكون محل البحث، وهو هل يصح أن يكون السفلى لواحد والعلو لآخر ؟

والجواب يقال: تصرف المالك في بيع العلو يكون بإحدى طرق ثلاث:

(١) تحفة الفقهاء ٥١/٣ .

١- أن يبيعه مع كامل البناء فلا إشكال في هذه الحالة كما تقدم، ويشمل البيع ما اقتضاه العرف من الفناء والقضاء ونحو ذلك مما هو متصل بها وهو من مصلحتها<sup>(١)</sup>.

٢- أن يبيع علو البناء (السطح) لينشئ عليه المشتري بناء جديدا، ففي جواز هذا قولان للعلماء:

الأول: الجواز بشرط الوصف بأن يصف منتهى البنيان (عدد الأدوار وصفها)؛ لاختلاف البيوت في قوة التحمل بالزيادة عليها، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، وأجازه بعض الحنفية والمالكية<sup>(٢)</sup>.

قال في تحفة الفقهاء: وأما في بيع العلو وحده فقياس واستحسان؛ لأنه ليس بعقار ولكن في معناه؛ لأن حق التعلي يتعلق بالبقعة على التأييد فهو بمنزلة البقعة<sup>(٣)</sup>.

وأشار في البحر الرائق<sup>(٤)</sup> إلى جواز بيع سقف السفلى قبل نقضه كما يجوز بيع البناء قبل هدمه.

وقال الشافعي: إذا اشترى علو بيت على أن يبني على حائطه أو يسكن على سطحه فهو جائز إذا سمي منتهى البنيان؛ لأنه ليس كالأرض في احتمال ما يبني عليها<sup>(٥)</sup>.

قال في الأم: "ولو أن رجلا باع علو بيت لا بناء عليه على أن

(١) المغني ١٤٣/٦ .

(٢) الفواكه الدواني ٢٣٥/٢، مواهب الجليل ١٤٤/٥ .

(٣) تحفة الفقهاء ٥١/٣ .

(٤) ٨٨ / ٦ .

(٥) مختصر اختلاف الفقهاء ١٢٥ / ٣، واختلف الشافعية هل يكون ذلك بيعا أم إجارة. وفائدة

الخلافا فيما لو سقط البنيان . البيان ٢٥٧/٦ .

للمشتري أن يبني على جداره ويسكن على سطحه وسمى منتهى البناء أجزت ذلك، كما أجاز أن يبيع أرضاً لا بناء فيها، ولا فرق بينهما إلا في خصلة : أن من باع داراً لا بناء فيها فللمشتري أن يبني ما شاء، ومن باع سطحاً بأرضه أو أرضاً ورءوس جدران احتجت إلى أن أعلم كم مبلغ البناء؛ لأن من البناء ما لا تحمله الجدران<sup>(١)</sup>.

وقال ابن مفلح من الحنابلة: ويجوز أن يشتري علو بيت يبني عليه بنياناً موصوفاً؛ لأنه ملك للبائع فجاز بيعه كالأرض، ومعنى موصوفاً أي معلوماً<sup>(٢)</sup>.

وفي المحرر: ومن اشترى علو مبنًى لبني عليه إذا بنى جاز إذا وصفاً<sup>(٣)</sup>.

الثاني: عدم الجواز، وهذا مذهب الحنفية، وحكي قول عند الشافعية: وعللوا ذلك بأن المبيع حينئذ ليس إلا حق السطلي، وحق السطلي ليس بمال؛ لأن المال عين يمكن إحرازها وإمسакها، ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء، وليس الهواء مالاً يباع، والمبيع لا بد أن يكون أحدهما - أي مالاً أو حقاً متعلقاً بمالاً<sup>(٤)</sup>.

فاشترط الحنفية أن يكون مبنياً، قال في مختصر اختلاف الفقهاء في رجل له سفلى وبيت وآخر بيت وهو علوه فوقها فباع صاحب العلو بيته العلو: لم يجز، وإنما يجوز البيع إذا كان مبنياً؛ لأنه باعه البناء<sup>(٥)</sup>.

(١) الأم ٢٢٦/٣.

(٢) المبدع ٢٩٣/٤، وانظر كشاف القناع ٤٠٣/٣.

(٣) المحرر ٣٤٣/١.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٢/٥.

(٥) مختصر اختلاف الفقهاء ١٢٥/٣، وانظر: بداية البتدي ١٣٥/١.

قال في بدائع الصنائع : ويجوز بيع بيت العلو دون السفلى إذا كان على العلو بناء، وإن لم يكن عليه بناء لا يجوز ؛ لأنه بيع الهواء على الانفراد<sup>(١)</sup>.

وقال المزني من الشافعية: وقال في أدب القاضي: لا يجوز أن يقسم دارا على أن يكون لأحدهما العلو وللآخر السفلى حتى يكون السفلى والعلو لواحد<sup>(٢)</sup>.

وإذا تقرر الخلاف فإن رُجِحَ الجواز فيمكن الإفادة من القول به في القول بإجازة تمليك الشقق بشرطه السابق وهو معرفة منتهى البنيان وصفته كما سيأتي في الحالة الثالثة، ولكن ينشأ سؤال آخر متعلق بجواز بيع السطح وحده، وهو : هل لمسوقي الشقق استثناء سطح البناء لأنفسهم أو بيع سطح البناء وحده ؟

والجواب: تقدم أن من ملك أرضا فله علوها إلى السماء بغير خلاف، وعليه فملاك الوحدات العقارية يملكون سطح البناء ملكا مشاعا، يقتسمون منفعته إن قبلت القسمة وكل ما يزداد عليه فهو ملك للجميع بشرطه، ولكن يجوز للمسوق أن يستثنى السطح عند بيع الوحدات (الشقق) لينشئ عليه وحدات جديدة محيطة سواء باع الوحدات الجديدة التي أنشأها على السطح أو أبقى نفسه شريكا لساثر الملاك، لكن بثلاثة شروط:

الاول: أن يبني عليه بناء معلوما في عدد طبقاته ومساحاته بحيث لا يضر بالبناء.

(١) بدائع الصنائع ١٦٦/٥ .

(٢) مختصر اختلاف الفقهاء ٣ / ١٢٥ .

الثاني: أن يعلم كل ممتلك عند تملكه نسبة وحدته إلى كامل البناء بصورته النهائية وفق مخططة المعتمد، ويكون ذلك قبل بيع سائر الوحدات، لأن نسبة ملاك الوحدات من أرض البناء وسمائه وحقوقه تقل بزيادة عدد الأدوار.

الثالث: أن يعود السطح النهائي ملكا مشاعا بين الجميع لما تقرر بأن قضاء البنيان تبع لقراره.

وقد احتاط نظام الوحدات العقارية لهذه الجزئية فنص في الفقرة الثالثة من المادة الثانية على أنه يجب أن يبقى شكل وحدود الأرض وأطوالها والبناء ومقاييسه مطابقا للمخطط المعتمد.

٣- أن يبيعه العلو المبني، وهذا حال شقق التملك اليوم، وفي جواز بيعها وجهان للعلماء :

الأول: الجواز : وهو مذهب الجمهور نص عليه فقهاء الحنفية<sup>(١)</sup>، والمالكية<sup>(٢)</sup>، وهو مقتضى قول الشافعي في المسألة السابقة، وهو الوجه الآخر عند الحنابلة جزم به في المحرر والوجيز وصححه في الفروع؛ لأنه ملك للمصالح فجاز له أخذ العوض عنه كالقرار، وشرطه إذا وصف العلو والسفل ليكون معلوما، ويصح فعل ذلك صلحا أبدا وإجارة مدة معلومة أيضا<sup>(٣)</sup>.

قال ابن عابدين: لو كان العلو لصاحب السفلى فقال: بعتك علو هذا

(١) فتاوى السفدي الحنفي ١/٥٠٠، المبسوط ١٤/١٣٢. حاشية ابن عابدين ٥٢/٥، البحر الرائق ٨٨/٦.

(٢) حاشية السوقي ٣/١٥، الفواكه الدواني ٢/٢٣٥.

(٣) البدع ٤/٢٩٣.

السفل بكذا، صح، ويكون سطح السفل لصاحب السفل، والمشتري حق القرار، حتى لو انهدم العلو كان له أن يبني عليه علواً آخر مثل الأول؛ لأن السفل اسم لمبنى مسقف، فكان سطح السفل سقفاً للسفل<sup>(١)</sup>.

وقال المرداوي الحنبلي في الإنصاف: يصح إذا وصف العلو والسفل وهو الصحيح من المذهب<sup>(٢)</sup>.

القول الثاني : عدم الجواز وهو وجه عند الحنابلة : لأنه بيع العلو دون القرار فلم يجز كالمعدوم<sup>(٣)</sup>. ولما قد يكون في ذلك من الغرر.

وعلى القول بالجواز يفرع القول بجواز تمليك الشقق اليوم، ولكن ينبغي التأكيد على وصف كل وحدة ومعرفة نسبتها من كامل البناء وأرضه وسماؤه، وقد جاء في الفقرة الرابعة من المادة الثانية من نظام الوحدات العقارية ما نصه: تبقى محتويات صك الملكية مطابقة لأوصاف الأرض وحدودها وشكلها وأوصاف الوحدة العقارية، وحدودها وشكلها الهندسي، فإذا اختلف الأوصاف عن الواقع تجري الجهة المختصة تصحيح بيانات الصك وفقاً للإجراءات النافذة، ويمكن إصدار صك لكل وحدة.

وظاهر هذه المادة أنه لا يبدأ بتمليك الوحدات إلا بعد أن يتم اعتماد الصورة والهيكل النهائي للبناء، ولكن يبقى هناك إشكال في قولها : فإذا اختلف الأوصاف عن الواقع، فإنه إن كان هذا الاختلاف قبل بداية التمليك وأجريت التعديلات على الوحدات قبل ذلك فلا

(١) حاشية ابن عابدين ٥٢/٥

(٢) الإنصاف ٢٥١/٥ .

(٣) المبدع ٢٩٣/٤، الإنصاف ٢٥١/٥ .

إشكال، ولكن إن كان الاختلاف بعد التملك فلا يجوز إلا برضى جميع الملاك كما مر في شروط جواز إحداث المؤسس والمسوق على أصل البناء كما مر في الفقرة السابقة.

المسألة الثانية : نسبة الوحدة العقارية من أرض البناء وسمائه، ونسبة الغنم في الاختصاصات (كالقروض وقيمة نزع الملكية)، والغرم في الضمانات والخدمات (كالماء والصرف الصحي):

تقدمت الإشارة إلى أن من ملك أرضاً ملك قضاءها، وحيث أن قضاء البنيان يكون على أكثر من وحدة عقارية فإن سماء هذا البنيان ملك للجميع من يوم الشراء على حسب ما اعتمدت عليه خرائط البناء النهائية. وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من نظام الوحدات العقارية أن مالكي الوحدات العقارية في بناء واحد شركاء في الأجزاء المشتركة ما لم يتفق على خلاف ذلك.

والوحدات (الشقق) وإن اتفقت مساحاتها إلا أن قيمها تختلف باختلاف مواقعها ومواصفاتها، وعليه فيحتمل في قسمة الحقوق المشاعة بين ملاك الوحدات كالسطح أو الأرض فيما لو انهدم البناء واصطلحوا على قسمتها أو اقتسام قيمتها ثلاثة أوجه :

الأول : أن يكون حق التملك أو الانتفاع بسطوح البناء أو أرضه أو اختصاصاته وكذا نسبة الغرم على عدد الوحدات العقارية بغض النظر عن مساحاتها ومواقعها.

الثاني: أن يكون على قدر حصص الملاك فيما يسمى في عرفهم اليوم بالذرة ( المساحة ) بغض النظر عن مواقعها ومواصفاتها.

الثالث: أن يكون حسب قيمة الشقة، مهما كانت مساحتها وموقعها، فإنه ربما زادت قيمة الشقة عن نظيرتها وحتى عن بعض ما هو أكبر منها نظرا لموقعها أو مواصفاتها.

فلو كان البناء يتكون من أربع شقق، اثنتان منها مساحة كل واحدة ٢٠٠م<sup>٢</sup>، واثنتان مساحة الواحدة ١٠٠م<sup>٢</sup>:

فعلى الوجه الأول: تقسم الحقوق بالتساوي دون النظر إلى المساحات. وعلى الوجه الثاني: يكون لصاحبي الأوليين لكل واحد منهما ٣/١ قيمة الأرض وثلاث حق التملك والانتفاع بالسطح فيما يقبل القسمة، وثلاث معاوض نزع الملكية وهكذا، ولكل واحد من مالكي الشقتين الآخرين ٦/١ قيمة الأرض وسدس حق الانتفاع بكل ما هو مشاع مما يقبل القسمة مما سبق.

وعلى الوجه الثالث: تكون النسبة وفق قيمة كل شقة بعد أن يتمنها أهل الاختصاص، ففي المثال السابق لو كانت قيمة إحدى الشقق ٤٠٠ ألف، والثلاث الباقيات قيمة كل واحدة ٢٠٠ ألف، فعليه تقسم قيمة الأرض أو ما يراد قسمته إلى خمسة أسهم لصاحب الأولى سهمان، وللبقية سهم لكل واحد منهم دون النظر في مساحة الشقة.

فأما الوجه الأول فلا يعتمد عليه؛ لانتفاء العدل فيه، حين يساوى بين الملاك على وجه يكون فيه إضرار ببعضهم؛ لاختلاف مساحات ومواقع ومواصفات وحداتهم.

ويبقى النظر في الوجهين الآخرين، وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من نظام الوحدات العقارية على اعتماد الوجه الثالث،

وعندها فحكم الحاكم هنا يرفع الخلاف، وقد جاء فيها: تكون حصة كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه مفرزا.

وفائدة بحث هذه المسألة يكون في حالات منها :

الأولى : فيما لو انهدم البناء، فإن ثمن الأرض تكون بين الجميع على حسب قيمة كل وحدة كما تقدم.

الثانية: فيما لو مَكَّن أهل البناء من زيادة عدد الأدوار عليه، فإنها لا تكون الزيادة إلا برضا جميع الملاك بشرط عدم الإضرار بأصل البناء، ويكون استثمار الزيادة للجميع، ونصيب كل صاحب وحدة فيما يغرم أو يغنم على حسب نسبة قيمة وحدته بين الوحدات.

الثالثة: فيما لو منح البناء قرضا أو عوض الملاك بدلا عن نزع ملكية الموقع فتكون قسمته كما تقدم، وهو ما نصت عليه المادة الثامنة من نظام الوحدات العقارية في فقرتها حيث جاء فيها :

إذا اقتضت المصلحة العامة نزع ملكية البناء، فإن كان المنزوع لكامل البناء أو بعضه أو لما هو مشترك كالحديقة والارتداد؛ فإن لكل مالك من التعويض بقدر نسبة قيمة ما يملكه من البناء، أما إذا كان المنزوع جزءا مفرزا من البناء فإن التعويض لصاحب الجزء المنزوع.

هذا فيما يقبل القسمة، أما ما لا يقبل القسمة فقد جاء في الفقرة الرابعة من المادة الرابعة من نظام الوحدات : يكون نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة فيما لا يقبل القسمة جزءا مشاعا في الأرض والبناء، ويلحق بالوحدة العقارية إلحاقا تاما في التصرفات جميعا ما لم يتفق على خلاف ذلك.

### ضمان الخدمات المشتركة :

بناء على ما سبق فهل تكون نسبة ما على المالك من تكلفة الصيانة، وتسديد استحقاقات البناء، وضمان المنافع المشتركة (كالمدخل الرئيسي، وغرفة السائق، والدرج، والسطوح، والمصعد، والواجهات الخارجية للبنيان، والسترة ونحوها) وفقا لقيمة وحدته على القول المختار آنفا ؟

أما نظام الوحدات العقارية فقد جاء في المادة الخامسة منه أن كل مالك وحدة عقارية أو أكثر يشتركون في تكاليف صيانة الأجزاء المشتركة المذكورة في المادة الرابعة وإدارتها وترميمها كل بقدر ما يملك من البناء.

ولكن قد يكون في ذلك شيء لتفاوت الملاك في الانتفاع والاختصاص ببعض المنافع فأجرة الخدمات العامة التي تنتج عن الاستهلاك والاستخدام (قواتير صيانة أو استخدام) يمكن تقسيمها إلى أقسام: قسم يشترك الجميع في الانتفاع به ولا تتأثر فواتيره بكثرة السكان أو قلتهم كالحديقة والقناء والمدخل .

قسم يتفاوت فيه الملاك لاختلاف مواقع وحداتهم كالدرج والمصعد. وقسم يتفاوتون فيه لاختلاف استهلاكهم كالمياه، وأجرة الصرف الصحي.

فأما القسم الأول فيكون الضمان والتحمل فيها وفقا لنسبة قيمة كل وحدة من كامل البناء ولا إشكال.

وأما القسمان الآخران فهل يمكن أن يقال بهذا، أو يكون النظر إليها وفقاً لقاعدة الغنم بالغرم.

فمثلاً: الانتفاع بالمصعد قليل بل نادر جداً من أصحاب الدور الأرضي، فصيانته أو تركيبه أو تسديد فلتورته الكهربائية وكذلك صيانة وتعديل ما يحتاج إلى تعديل وصيانة في الدرج ينبغي النظر فيه.

وقد جرت شركات التمليك على إلزام جميع الملاك بمبلغ شهري أو سنوي مقابل الصيانة والخدمات، ولا شك أن في هذا نوع غرر ولكن هل يغتفر لمشقة تقدير أجرة انتفاع كل مالك.

ولكن أرى -والله تعالى أعلم- أن تحمل صلب الدور الأرضي لشيء من ذلك يعد جوراً عليه، والتسوية بين من يكون في الدور الثاني ومن هو في الدور العاشر في ذلك من الظلم لتفاوت الانتفاع به بينهما، فللقاضي النظر في هذا عند الخصومة والمشاحة.

وقد جرت بعض جهات التمليك على توزيع الخدمات على الوحدات السكنية بحيث يكون لكل شقة خطوط وخزانات مستقلة للمياه، وخطوط وحوايات مستقلة للصرف الصحي، وتمديدات وعدادات مستقلة للكهرباء، وهذا حسن، ولكن تبقى التسوية في تحمل الخدمات العامة مع تفاوت الاستخدام كقواتير استخدام أو صيانة المصعد والدرج والسطوح أتركها لينظر فيها، ويفاوت بين الملاك في تحمل تبعاتها.

ومتى ما نص في العقد على إجراء معين يرضى به كل مالك ويشترط عليه فقد يتوجه، والمسلمون على شروطهم، ولا يحق له

حينها التخلي عن التزاماته تجاه سائر الملاك، ومما نص عليه نظام الوحدات العقارية ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة الخامسة: ليس لأي مالك وحدة عقارية التخلي عن حصته في الأجزاء المشتركة بغية التخلص من الاشتراك في تكاليف حفظها أو صيانتها أو ترميمها.

المسألة الثالثة: لو عثر على ركان، أو كنز، أو حُفَرٍ بئرٍ ماء، أو كُشِفَ عن معدن أو نَظف في أرض البنين أو في قنائها فمن يملكه؟ هل هو لصاحب الدور الأرضي؟ أم للجميع؟ وهل للمؤسس شيء منه.

والجواب: قد تقرر أن الملاك شركاء في أرض البناء يملك كل منهم حقا مشاعا منها إذا لم تقبل القسمة، وقد خرجت من ملك البائع (المسوق)، ولكن لو عثر في الأرض على ما له قيمة فهل تكون للمالك الأرض الأول الذي أنشأ البناء وسوق الشقق؟ أم تكون لأهل الوحدات كل بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه؟

والجواب : لا خلاف أن من ملك أرضا أن له العلو إلى السماء، واختلَفَ فيمن ملك أرضا هل يملك أسفلها (ما تحتها من باطن الأرض) على قولين<sup>(١)</sup>:

الأول: من ملك أرضا فليس له في باطن الأرض شيء، واستدل له بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: (اشترى رجل من رجل عقارا له، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني إنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب. وقال الذي له الأرض: إنما بعنتك الأرض وما

(١) الجامع للقرطبي ٧٥/١٦.

فيها . فتحاكما إلى رجل ، فقال الذي تحاكما إليه : ألكما ولد ؟ قال أحدهما : لي غلام ، وقال الآخر : لي جارية . قال : أنكحوا الغلام الجارية ، وأنفقوا على أنفسهما منه وتصدقاً<sup>(١)</sup> .

ووجه الدلالة من الحديث أن الحاكم لم يحكم به لأحدهما<sup>(٢)</sup> .

القول الثاني: أن من ملك أرضاً ملك ما في بطنها؛ كما يملك ترابها وحجارتها، وهذا الصحيح والله أعلم، وقد يجاب عن الحديث بأنه تم على طريقة الصلح لا الحكم، ثم هو داخل في مسألة شرع من قبلنا . وإذا قيل إنها تبع للأرض تملك بملكها كما هو الصحيح؛ فإنه إذا بيعت الوحدات العقارية فقد خرجت من ملك السوق، وخرج ما في باطن الأرض تبعاً لها .

قال ابن قدامة: فإن كان في الأرض معادن جامدة كمعادن الذهب، والفضة، والحديد، والنحاس، والرصاص ونحوها دخلت في البيع، وملكت بملك الأرض التي هي فيها ؛ لأنها من أجزائها فهي كترابها وأحجارها<sup>(٣)</sup>، وإن ظهر فيها ولم يكن يعلمه البائع فلا خيار<sup>(٤)</sup> .

(١) متفق عليه : رواه البخاري كحديث الأنبياء ح ٣٢٨٥ ، ومسلم ح ١٧٢١ .

(٢) فيأخذ حكم الركاز إن علم أنه من دفن الجاهلية، أو يكون لقطة، وإن جهل حاله وضع في بيت المال. فتح الباري ٦/ ٦٣٥ .

(٣) المغني ٦/ ١٤٥ .

(٤) هذا إن كان قد ملكها بالبيع أما فيما لو ملكها ( السوق ) بالإرث أو الإقطاع فله الخيار لما روى أبو عبيد في الأموال ٣٣٨ أن بني بلال بن الحارث باعوا من عمر بن عبد العزيز أرضاً كان رسول الله ﷺ قد أقطعها بلالاً، فظهر فيها معدن، فأتوا عمر وقالوا: إنما بعنا الأرض ولم تبع المعدن، وأتوا عمر بن عبد العزيز بالكتاب الذي فيه قطيعة النبي ﷺ لأبيهم، فأخذ عمر فقبله وجعل يمسحها على عينيه، ورد عليهم المعدن . ويحتمل هنا الخيار له؛ لأن الأرض قد أحدث فيها البنيان، وقد يحمل من عمر على التورع والإيثار، والله أعلم .

وأما البئر تحفر في فناء البناء فإنها ملك الجميع، ولن حفرها أن يعود على البقية بأجرة الحفر وتكلفة متعلقاتها، وغرمهم فيها وغنمهم منها يكون على وفق نسبة وحداتهم السكنية كما تقدم في المسألة الثانية، ولهم منع من امتنع من الانتفاع بها حتى يؤدي ما عليه كما سيأتي في مبحث الامتناع.

المسألة الرابعة : ضمان الحيطان والسقف الذي بين الوجدتين (الشقتين) :

هل هو على رب السفلى أم العلو أم بينهما ؟ فلو حصل تشقق في سطوح البناء، أو تسرب من دورات المياه فمن يضمنها ؟ هل هو صاحب الدور الأعلى؟ أم المتضرر الأسفل؟ أم يكون الضمان بينهما؟ من المعلوم أن حوائط كل شقة ملك صاحبها، ما كان منها في الأدوار السفلى وما كان في الأدوار العليا؛ لأنه المنتفع بها وهي من جملة البيت<sup>(١)</sup>، ولكل التصرف في حيطان شقته على وجه لا يضر بغيره، فليس لصاحب السفلى أن يحدث فيها ما يضعفها ويؤدي إلى سقوط ما فوقها، كما أنه ليس لصاحب العلو الزيادة على حيطانه على وجه يضر بجملة البناء ويضعف تحملها<sup>(٢)</sup>.

وأما السقف بين الشقتين فاختلف العلماء هل هو بينهما؟ أم لصاحب السفلى ؟ أم أنه لصاحب العلو ؟ ثلاثة أقوال:

الأول: أنه بينهما وهذا مذهب الشافعية والحنابلة؛ لأنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به كالحائط بين الملكين<sup>(٣)</sup>. قال النووي: السقف

(١) المغني ٤٤/٧ .

(٢) الجامع للقرطبي ٧٥/١٦ .

(٣) المغني ٤٤/٧-٤٥، الإنصاف ٢٧١/٥ .

المتوسط بين سفلى أحدهما وعلو الآخر كالجدار بين ملكيهما<sup>(١)</sup>.

الذاني: أنه لصاحب السفلى؛ لأن السقف على ملكه ؟ وهذا مذهب أبي حنيفة وحكي عن مالك<sup>(٢)</sup>. واستدل لهذا بقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا أَنْ يَكُونَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً لَجَعَلْنَا لِمَنْ يَكْفُرُ بِالرَّحْمَنِ لِيُوتِيَهُمْ سَقْفًا مِّنْ فَضَّةٍ وَمَعَارِجَ عَلَيْهَا يَظْهَرُونَ﴾<sup>(٣)</sup>، فلما أضاف السقف إلى البيت وجب أن يحكم بالسقف لصاحب البيت (السفل) كما أن الأبواب له<sup>(٤)</sup>.

الثالث : أنه لصاحب العلو ؛ لأنه يجلس عليه، ويتصرف فيه، ولا يمكنه السكنى إلا به، وهذا محكي عن مالك أيضا.

والصحيح الأول، وأنه بينهما كلاهما ينفع به؛ لأنه سماء صاحب السفلى يظله، وأرض صاحب العلو تقله، فاستويا فيه<sup>(٥)</sup>.

وإذا تبين هذا فضمان تلفه عليهما، ومن تسبب فيه أو في أذى لجاره فعليه ضمانه، فلو حصل لصاحب السفلى أذى من أعلى يتسرب مياه الحمام ونحوه فإن القاعدة أن الضرر يزال، وتلزم صاحب العلو إزالته، ومتى تسببت إزالته في تغيير سطح صاحب السفلى فيشمل الضمان إعادته على حاله.

المسألة الخامسة: حدود التصرف والتعديل في البناء، وفيها مباحث:

المبحث الأول: التدخل والتصرف والإحداث في البناء زيادة ونقصانا له جهتان:

(١) روضة الطالبين ٤ / ٢٢٦ .

(٢) المغني ٧ / ٤٤-٤٥، البحر الرائق ٧ / ٣٠، مواهب الجليل ٥ / ١٤٧ .

(٣) سورة الزخرف الآية ٣٣ .

(٤) الجامع للقرطبي ١٦ / ٧٤ .

(٥) المغني ٧ / ٤٤-٤٥ .

الجهة الأولى: أن يكون من أحد الملاك لمصلحة نفسه ووحدته فقط، وله طريقتان:

الطريقة الأولى: أن يطل التدخل وحدة (شقة) الغير، فلا يخلو من حالتين:

الأولى: ألا يكون ثمة ضرر عليه و لا على عامة البناء يستدعي هذا التدخل، وإنما يرغب فقط في تحسين وحدته على وجه قد يضر بمن فوقه أو تحته؛ فكما أن الأصل أن الضرر لا يزال بالضرر فكذلك لا يُمكن من أمر تحسيني يترتب عليه الضرر لغيره، وليس له ذلك إلا بإذن المتضرر من الشركاء، ومتى ما أذن له جاره الأعلى أو الأسفل بذلك فيلزمه إعادة البناء على ما كان عليه.

ويدخل في هذا منعه من الزيادة في وحدته كأن يزيد حماما أو غرفة فلا يجوز، قال القرطبي: وليس لرب العلو أن يبني على علوه شيئا لم يكن قبل ذلك إلا الشيء الخفيف الذي لا يضر بصاحب السفلى<sup>(١)</sup>.

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة الخامسة الاحتياط لهذه الجزئية، ففيها: لأي مالك بعد موافقة جمعية الملاك أن يحسن على نفقته الانتفاع بالأجزاء المشتركة أو جزء منها دون أن يغير من تخصيصها أو ما يلحق الضرر بالآخرين.

الثانية: أن يكون تدخله ناتج عن ضرر كأن يحتاج إلى هدم السقف لضرر لاحق به، فالأصل أن الضرر يزال، وليس لهم أن يمنعوه، وعليه إزالة الضرر عنهم، وقد جاء في الفقرة السادسة من

(١) الجامع للقرطبي ٧٥/١٦ .

المادة الخامسة ما نصه: إذا دعت الضرورة لإجراء بعض الأعمال حفظا لسلامة البناء المشترك أو لحسن الانتفاع بالأجزاء المشتركة أو صيانتها أو ترميمها داخل أي وحدة من هذا البناء فليس للمالكها أو جمعية الملاك معارضة المتضرر في ذلك، على أن تعاد الحال في هذه الوحدة إلى ما كانت عليه على نفقة المباشر فور انتهاء الإصلاحات اللازمة.

الطريقة الثانية: أن يكون التدخل والتصرف في وحدة (شقة) نفسه، فالأصل أن جدران وحدات السفلى وإن كانت ملكا لصاحب السفلى لكنه لا يمكنه التصرف فيها على وجه يضر بصاحب العلو؛ لأن منفعتها عامة، ولهم منعه، والأصل في ذلك حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا)<sup>(١)</sup>.

فمضى ما هدم صاحب السفلى - سطحه أو حيطانه - على وجه يعرض من في العلو إلى الخطر فإنه يضمن السفلى والعلو الساقط معه كما تقدم، وليس على صاحب العلو مساعدته.

قال ابن قدامة: وأيهما هدم الحائط أو السقف فعليه إعادته إلا أن يخاف سقوطه ويجب هدمه فيصير كالمنهدم بنفسه<sup>(٢)</sup>.

(١) رواه البخاري ح ٢٣٦١.

(٢) الكافي ٢/٢١٦.

وقد جاء في نظام الوحدات العقارية ما يتفق مع هذا، ففي الفقرة الخامسة من المادة الخامسة: على صاحب السفل القيام بالأعمال والترميمات العادية لمنع ضرر العلو وسقوطه، وعلى صاحب العلو ألا يحدث في بنائه ما يضر بالسفل، وأن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع ضرر السفل.

الجهة الثانية: أن يكون التدخل لأجل كامل البناء ومصلحة الجميع، فعندها يكون الهدم والبناء على الجميع بموافقتهم جميعاً، كأن يحدث في المبنى حريق أو سقوط جزء منه يؤول بالبناء كله إلى السقوط أو نحو ذلك، فيشترك الجميع في الضمان كما تقدم في الحادث بين الوحنتين؛ لأن منفعتها للجميع فوجب أن يشتركوا في البناء.

قال ابن قدامة: وإن كان السفل لأحدهما والعلو للآخر فانهدم السقف الذي بينهما فالحكم فيه كالحادث المشترك سواء؛ لأنه ينفعهما فهو كالحادث بينهما<sup>(١)</sup>.

ودفعاً لهذه المفسدة فلازم على كل صاحب وحدة أن يتعاهد شقته بما يمنع إلحاق الضرر بكامل البناء، كأن يمنع تسرب المياه الذي يؤدي إلى هبوط البناء ونحو ذلك، وقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة: على مالك الوحدة صيانة حصته المستقلة وترميمها -ولو لم يكن ينتفع بها- لدفع الضرر عن الآخرين أو عن الأجزاء المشتركة.

المبحث الثاني : طريقة البناء :

يمكن أن يكون للبناء طريقتان :

---

(١) الكافي ٢/ ٢١٦ .

الأولى: أن يشترك جميع الملاك في القواعد والاساسات، ثم يستقل كل صاحب وحدة ببناء وتكلفة وحدته، وما كان مشتركا بين اثنين من حيطان ودرج فهو بينهما، وكل أهل طبقة يتحملون كلفة الدرج إليهم.

الطريقة الثانية: أن يكون البناء بين الجميع كل حسب قيمة وحدته كما ترجح في المسألة الثانية، فصاحب الوحدة (الشقة) التي تكون على واجهة البناء وفي المكان المميز منه تحتمل أكثر من غيرها بغض النظر عن المساحات، فكما يغنم لو باعها بأكثر مما يبيع غيره فكذلك يغرم في البناء والصيانة أكثر من غيره، والله تعالى أعلم.

#### المبحث الثالث : الامتناع :

وإذا امتنع أحدهم فلا يخلو الممتنع إما أن يكون صاحب السفل، أو صاحب العلو . فإن كان صاحب العلو فهل يملك صاحب السفل إجباره على مباتاته ؟

روايتان عن أحمد هما قولان عند الحنفية<sup>(١)</sup>:

الأولى: لا يجبر؛ لأنه ملكه خاصة، وهذا مذهب الشافعية قولا ولحدا؛ لأن حيطان السفل لصاحب السفل، فلا يجبر صاحب العلو على بنائه<sup>(٢)</sup>.  
والثانية: يجبر؛ لأنهما ينتفعان به فأشبهه الحائض المشترك.

وأما إن كان الامتناع من صاحب السفل فليس له منع صاحب العلو من بنائه إن أراد، ولكن هل لصاحب العلو إجباره على البناء؟ فيه

(١) الكافي ٢/٢١٦، البحر الرائق ٧/٣٠ شرح فتح القدير ٧/٣٢٣ .

(٢) المهذب ١/٣٣٧، روضة الطالبين ٤/٢١٦، البيان ٦/٢٧١ .

قولان عند الشافعية والحنابلة صحح في الإنصاف الإجمار<sup>(١)</sup>، وهو مذهب المالكية<sup>(٢)</sup>.

قال النسوقي في حاشيته: من اشترى علوا على سفلى فيلزم صاحب الأسفل إذا انهدم إعادته؛ لأجل أن يتمكن صاحب الأعلى بالانتفاع<sup>(٣)</sup>.

ولو قيل بعدم الإجمار قبناه أحدهما فهل للباني أن يمنع شريكه من الانتفاع؟ فإن كان الممتنع صاحب السفلى فيمنع من سكناه حتى يدفع نصيبه أم لا؟ قولان لأحمد: الأول: أن له أن يمنعه، صححه في الفروع، وقال في الإنصاف: الأولى المنع<sup>(٤)</sup>.

قال أحمد رحمه الله: لا ينتفع به صاحب السفلى حتى يؤدي القيمة<sup>(٥)</sup>.  
الثاني: عدم المنع، وهو مذهب الشافعية، وعليه فلصاحب السفلى السكنى في المعاد؛ لأن العرصه ملكه، وليس له الانتفاع به بفتح كوة وغرز وتد ونحوهما، ولأعلى هدمه؛ لأنه ملكه<sup>(٦)</sup>.

(١) فإن قيل: يجبر الزمه الحاكم، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه. وإن لم يكن له مال اقترض عليه، فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكا لصاحب السفلى؛ لأنه بنى له، وتكون النفقة في ذمته، ويعيد صاحب العلو غرقته عليه، وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفلى؛ لأنها ملكه لا حق لصاحب السفلى فيه. المذهب ٣٣٧/١، البيان ٢٧١/٦، مغني المحتاج ١٩٠/٢، المحرر ٣٤٣/١، الفروع ٢١٥/٤، الإنصاف ٢٧١/٥.

(٢) الدونة ٥٢٢/١٤، مواهب الجليل ١٤٧/٥، الجامع للقرطبي ٧٥/١٦.

(٣) حاشية النسوقي ١٥/٣. وفي الشرح لكبير: فإن سقط الأعلى على الأسفل فهدمه اجبر رب الأسفل على البناء أو البيع ممن يبني ليبنى رب العلو علوه عليه. الشرح الكبير ٢٦٦/٣، وانظر: مواهب الجليل ١٤٤/٥.

(٤) المحرر ٣٤٣/١، الفروع ٢١٥/٤، الإنصاف ٢٧١/٥.

(٥) الكافي ٢١٦/٢.

(٦) البيان ٢٧١/٦، مغني المحتاج ١٩٠/٢.

ومتى ما امتنع صاحب السفلى فأقيم البناء فليس له مطالبة من بنى بأجرة مقابل البناء فوقه؛ لأنه لا يملك البناء وقراره لا ينتفع به من في العلو، والله أعلم.

وإن كان الامتناع من صاحب العلو فبنى صاحب السفلى فله منع صاحب العلو من الانتفاع بالبناء على السطح حتى يؤدي ما عليه من تكلفة الأساسات والقواعد لاشتراكهم فيها.

#### المسألة السادسة : ضمان العمر الافتراضي للبناء :

حينما يقوم المؤسس ببيع جميع الوحدات السكنية (الشقق) ويخلي يده من المبنى فهل تبقى جودة البناء من حيث الأساسات والتحمل في ضمانه مدة معينة ؟ أم أن البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ويصبح البناء من حين التفرق في ضمان الملاك الجدد ؟

وتوضيح ذلك بحيث ما لو أنهدم البناء في أقل من عمره المفترض والذي يحدده أهل الاختصاص، فهل يعود ملاك الشقق على المؤسس بشيء؟

وسبب هذا أن بعض المشاريع تتعرض للفناء في مدد قصيرة قبل نهاية عمرها الافتراضي<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن سقوط البناء أو تهيأه للسقوط عن طريق التشقق والتصدع على وجه يفوت الانتفاع به أنه عيب مؤثر فيه، إذ إن كل صفة تنقص بها قيمة العين عند أهل العرف فهي عيب<sup>(٢)</sup>، والأصل أنه

(١) وقد نشرت الصحف خبر مدرسة حديثة تعرضت للتصدع الذي أوجب تخليتها من الطلاب وعمرها لم يزد على ثلاث سنوات جريدة الوطن ١٨ أو ١٩ / ٥ / ١٤٢٨.

(٢) البيان ٥/ ٢٧٩، المغني ٦/ ٢٣٥ .

متى ما علم المشتري بالمبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الإمسك والفسخ، سواء كان البائع علم العيب وكنمه أو لم يعلم، قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا<sup>(١)</sup>.

ولكن يبقى النظر في هذا الحادث هل يثبت به خيار العيب ؛ لانه مؤثر يفوت الانتفاع، أم لا يثبت ؛ لأن يد البائع قد اخلت وأصبح البناء في ضمان المشتري؟

والجواب: لم أجد ببحتي القاصر من ينص من الفقهاء على هذه المسألة بعينها، ولكن بالنظر في كلامهم وتأصيلهم في العيوب المؤثرة وأحكام الرد يمكن أن تجعل كما قال ابن رشد كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عن تقدمه، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره<sup>(٢)</sup>.

وبالنظر في هذه المسألة نجد أن هذا الحادث (وهو السقوط أو التصدع) الحاصل بعد العقد وتمليك الشق لا يخلو من حالتين<sup>(٣)</sup>:

أولاهما: أن يستند حدوثه إلى سبب بعد القبض، فعندها لا يكون للمشتري خيار الرد والضمان عليه<sup>(٤)</sup>، ومثاله هنا أن يحدث انهيار في

(١) للفتي ٢٢٥/٦ .

(٢) بداية المجتهد ١٢٤٧/٣ .

(٣) البيان ٢٧٨/٥ .

(٤) سواء حدث هذا خلال ثلاثة أيام أو بعدما خلافا لقناعة حيث يثبت له الخيار في مدة العهدة عنده وهي ثلاثة أيام، ولما لك عهدتان في الرقيق خاصة. بداية المجتهد ١٢٤٩/٣، الفتى ٢٣٣/٦، البيان ٢٧٨/٥ .

وأما إذا باعه الشقة على أنه بالخيار مدة معلومة فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات:  
الأولى: أن يردها في مدة الخيار قبل حدوث العيب فلا إشكال ولا ضمان عليه، قال ابن قدامة في ثبوت الرد بالعيب أو فيما لو شرط لنفسه الخيار مدة معلومة: لا خلاف بين=

الأرض كما قد يحصل في الأراضي الملحية ونحوها، أو خسف، أو هزة أرضية طبيعية، أو هزة ناتجة عن تفجير ونحوه من العوارض الخارجية، أو أمطار أو فيضانات لا يحتملها مثل هذا البناء في العادة، أو كان مثل هذا البناء بشهادة أهل الاختصاص يحتمل التعرض للسقوط والتلف في مثل هذه المدة، فليس للمالك الشقاق أن يرجعوا على المؤسس بشيء، ولا ضمان عليه ؛ لأن الشقاق صارت في يدهم وضمانهم.

قال ابن رشد: ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن يستند حدوثه إلى سبب قبل العقد، وكان هذا السبب ناتجا عن تدليس البائع وغشه كرداءة البناء وسوء تنفيذه؛ فلا يخلو من حالتين:

=أهل العلم في ثبوت الرد يهذين الأمرين. المغني/٦/ ٣٠ .  
الثاني: أن يحدث العيب في مدة الخيار ويكون المشتري قد استغل الشقة خلال مدة الخيار فضمن البناء عليه لانقطاع الخيار بالاستعمال. البيان/٥/ ٤٤، المغني/٦/ ١٨ .  
الثالث: لم يكن استغلالها بعد ولا زالت في مدة الخيار فهل يكون ضمانها عليه ؟ ثلاثة أقوال للعلماء:

القول الأول: أن له الرد ولا شيء عليه، والبناء في ضمان البائع، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، وهذا ظاهر ما في الدونة حيث جاء فيها : ٤٤١/١٤ : قلت: أرايت إن لشريت دارا على أبي بالخيار ثلاثا فأنهدمت في أيام الخيار أكون لي أن أردا أم لا في قول مالك؟ قال : نعم لك أن تردا عند مالك ولا يكون عليك فيما أنهدم منها شيء. وانظر بداية المجتهد/٣/ ١٣١٢ .

القول الثاني: ليس له خيار الرد ؛ لأنها صارت في ضمانه بمجرد العقد وهلك وهي في يده، وكما أن خراجها له فضمنها عليه، وهذا مذهب الحنابلة، وأحد أقوال الشافعي، المغني/٦/ ٢٣، البيان/٥/ ٤٠، بداية المجتهد/٣/ ١٣١٢ .

القول الثالث: أنها من ضمان البائع إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فيكون الضمان عليه، وهذا مذهب أبي حنيفة. الهداية مع نصب الرأية/٤/ ١٧ .

(١) بداية المجتهد/٣/ ١٢٦٦ . والعهدة مرت في الهامش السابق.

الحالة الأولى: أن يعلم المشتري بذلك ويرضى به فلا خيار له حينئذ<sup>(١)</sup>.

الحالة الثانية: أن لا يعلم المشتري بهذا العيب<sup>(٢)</sup>؛ فلا يخلو عقد

التملك من ثلاث طرق:

الطريقة الأولى: أن ينص في العقد على أن البائع يضمن البناء مدة معينة ولا يضمن بعدها، فلا إشكال في هذه الحالة، فإن حصل انهدام أو انهيار في البناء كله أو في جهة منه يتعذر مع وجودها الانتفاع به وكان ذلك في مدة الضمان فإن السوق يضمن، وللاك الشق الرجوع عليه بقيمة وحداتهم<sup>(٣)</sup>، وإن حصل ذلك بعد مدة الضمان التي رضىها الطرفان فلا يضمن السوق.

الطريقة الثانية: ألا يُنص في عقد التملك على مدة معينة للضمان، فمتى ما آل البناء إلى التصدع أو السقوط الناتج عن تقصير المؤسس للمشروع (السوق) فإنه يضمن<sup>(٤)</sup>.

---

(١) البيان ٢٨٩/٥ .

(٢) لأن الأصل في شراء البيوت والدور الاكتفاء برؤية ظواهرها، ولا يشترط رؤية أساس البناء. روضة الطالبين ٣/٣٧١، مغني المحتاج ٢/٢٠ الجرح الرائق ٦/٣١، بدائع الصنائع ٢٩٤/٥ .

(٣) وما كان من استغلال للمبيع فهو مقابل الضمان، ولا يعطي المشتري المالك في مقابل ذلك شيئا: قال ابن قدامة: «ولا نعلم في هذا خلافا» المغني ٦/٢٢٦، والدليل قوله ﷺ: (الخراج بالضمان). روى الترمذي في البيوع، باب ما جاء في من يشتري عبدا فيستقله ثم يجد به عيبا، وقال: «هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم، ورواه أبو داود في البيوع، باب في من اشترى عبدا فاستقله ثم وجد به عيبا».

(٤) وللمشتري عند مالك وأحمد وإسحاق وطائفة الخياريين أن يمسك أو يرد المبيع ويأخذ الثمن كاملا أو يمسك ويأخذ أرض العيب، وعند الحنفية والشافعية ليس له إلا الإمساك أو الرد وأخذ الثمن. بداية المجتهد ٣/١٢٥٢، المغني ٦/٢٢٩، الهداية شرح البداية مع نصب الراية ٤/٢٥، البيان للعمراني ٥/٢٧٨ .

الطريقة الثالثة: أن يبيعه على البراءة من كل عيب، فهل يبرأ أم لا؟ ثلاثة أقوال لأهل العلم هي روايات عن الإمام أحمد ووجوه عند الشافعية، والرجوع فيها إلى اجتهاد القاضي، وأتركها لينظر فيها<sup>(١)</sup>.

المسألة السابعة : حق الشفعة بين ملاك الشقق :

الشفعة هي: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه، وهي ثابتة بالسنة والإجماع<sup>(٢)</sup>.

وحيث كان الكلام بخصوص شقق التمليك فإذا باع أحدهم وحدته (شقته) فهل تثبت الشفعة لأحد من ملاك الشقق في نفس البناء؟ وإذا قيل بثبوتها فهل إذا باع من في العلو هل يملك من في السفلى الشفعة ؟ أو باع من في السفلى هل يملك من في العلو الشفعة ؟ ومن هو أولى بها هل هو من فوقه أو تحته أم المجاور له في الحائط في نفس الدور؟

وقبل الإجابة يحسن التنبيه على أن الفقهاء اختلفوا فيمن يجب له الشفعة على قولين :

الأول: أنها لا تجب إلا للشريك غير المقاسم، وهذا مذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>(٣)</sup>.

---

(١) الأولى: يبرأ من كل عيب، وهو مذهب الحنفية، والثانية: يبرأ من كل عيب لم يعلمه وهو مذهب مالك، والثالثة: لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب. المغني ٦/٢٦٥، البيان ٥/٣٢٥، الهداية شرح البداية مع نصب الرأية ٤/٣٠، بداية المجتهد ٣/١٢٦٢ .  
(٢) المغني ٧/٤٣٥ .

(٣) مواهب الجليل ٥/٣١٢، المغني ٧/٤٣٦، بداية المجتهد ٢/١٤٠٣، الكافي ٢/٢٣٢، المهذب ١/٣٧٦، الوسيط ٤/٧٢ .

الثاني : الشفعة مرتبة : فتجب للشريك غير المقاسم، ثم للشريك المقاسم، ثم للجار الملاصق<sup>(١)</sup>.

وقد اتفقوا على أن الشفعة تكون في العقار وما يكون تبعاً للأرض من البناء والغراس . قال ابن قدامة : ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً<sup>(٢)</sup>.

وملاك الشقق بينهم جوار من جهة، ومن جهة أخرى بينهم شركة لاشتراكهم في الأرض والسماء والمرافق العامة، واشتراك بعضهم في الحيطان والأسقف، فالشفعة تثبت على قول الحنفية بلا إشكال لحصول الجوار والملاصقة والشركة في الأرض وبعض المرافق؛ فيثبت حق الشفعة لكل منهما على الآخر<sup>(٣)</sup>.

وهل تثبت على قول الجمهور لوجود الشركة في الأرض ؟ أم لا تثبت؛ لحصول القسمة، واستقلال الوحدات عن بعضها، احتمالان<sup>(٤)</sup>؛ وجه المنع أن شبههما بالجارين أكبر من كونهما شريكين، ولحصول الاستقلال في كل وحدة؛ ولأن كلا منها بناء منفرد، ولأن الأرض تبع للبناء لا العكس.

وجه ثبوت الشفعة حصول الشركة في المشاع وهو الأرض. وإذا كان القول بثبوت الشفعة للجار له وجهه، فالقول بثبوتها هنا

(١) بداية المبتدئ ٢٠٧/١، البحر الرائق ١٤٣/٨ .

(٢) المغني ١٨٠/٥، وانظر : المهذب ٣٧٧/١، البحر الرائق ١٩٨/٦، الهداية ٣٥/٤ .

(٣) الهداية ٣٥/٤، البحر الرائق ١٥٧/٨ .

(٤) التاج والإكليل ٣١٩/٥، حاشية السوقي ٤٨١/٣، المهذب ٣٧٧/١، النجم الوماج ٢٢٣/٥.

مغني المحتاج ٢٩٧/٢، والحنبلية كشف القناع ١٤٠/٤ .

مع الشركة في الأرض وجيه جدا؛ لاتصال الملك اتصال تأييد وقرار وللخلطة في الطريق والمداخل.

وإذا ثبت حق الشفعة فمن هو أولى بها من ملاك الشقق الأخرى؟  
والجواب: أنها تكون للأقرب فالأقرب :

١- فتكون للخليط في نفس المبيع، كأن يكون معه شريك في الوحدة العقارية (الشقة).

٢- ثم تكون للخليط في حق المبيع، وهو من يشترك معه في الطريق (الدرج) ونحوه.

٣- ثم تكون للملاصق.

٤- ثم للجار المقابل.

٥- ثم الأقرب فالأقرب.

فإذا بيع شقة في الدار المكونة من ثلاثة أدوار وكان البائع صاحب الأرضي أو العلوي فالشفعة للأوسط، وإن كان البائع الأوسط فبين السفلي والعلوي<sup>(١)</sup>.

ولو كان هناك شقتين متلاصقتين إحداهما مع الشقة المباعة في نفس الدور يلتصقان في الجدار والأخرى أسفل أو أعلى منها يلتصقان في السطح فأيهما يكون أولى بالشفعة؟ هل تكون بين صاحب العلو والسفل؟ أم تكون للملاصق في نفس الدور؟ فيه احتمال ومرد ذلك والله تعالى أعلم إلى حصول الضرر وكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص ضررا وأشد فكان أحق بها؛ لقوة الموجب لها،

(١) فتاوى السفدي الحنفي ١/ ٥٠٠.

فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فله أن يأخذ  
إن شهد<sup>(١)</sup>.

#### المسألة الثامنة : جمعية الملاك :

جاء في المادة التاسعة من نظام الوحدات العقارية أن على الملاك  
الذين تجاوز عددهم خمسة لوحدات تزيد عن عشر أن يكونوا بينهم  
جمعية لمصلحة العقار تتمتع بشخصية معنوية، ولها ذمة مالية مستقلة،  
وتكون موارد هذه الجمعية في الأساس على حساب الملاك، وتقوم  
الجمعية بوضع لوائح لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن  
إدارته، وتتخذ القرارات الملزمة بالأغلبية، وحيث إن المصلحة العامة  
تقتضي هذا فإنه أمر حسن ينقطع به النزاع، على أن ينبه كل مالك عند  
تملكه بما له وما عليه حتى يدخل في هذا العقد على بينة من أمره تمنع  
الغرر وتزيل الضرر، وأن يتم اختيار المدير والأعضاء بطرق نزيهة.

---

(١) البحر الرائق ٨ / ١٤٣ .

## مراجع البحث

- ١- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل - للعلامة محمد ناصر الدين الألباني - طبعة المكتب الإسلامي - الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ.
- ٢- الأشباه والنظائر: عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي - دار الكتب العلمية: بيروت - ١٤٠٣ - الطبعة الأولى .
- ٣- الأم لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي - المتوفى سنة ٢٠٤ هـ - تحقيق / د. رفعت فوزي - طبعة دار الوفاء - المنصورة - - الطبعة الثانية ١٤٢٥ هـ.
- ٤- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن - دار النشر - دار إحياء التراث العربي - بيروت - تحقيق / محمد حامد الفقي.
- ٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢ - الطبعة الثانية.
- ٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضي أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي - ت ٥٩٥ هـ - ت / ماجد الحموي - طبعة دار ابن الحزم - مكتبة المعارف - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق / زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر - دار النشر - دار المعرفة - بيروت.
- ٨- البيان في مذهب الشافعي - للعلامة أبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني - تحقيق / قاسم النوري - طبعة دار المنهاج.
- ٩- تحفة الأحوذني شرح الترمذي للحافظ أبي العلاء المبارك فوري ط دار الكتب العلمية - بيروت.
- ١٠- تحفة الفقهاء - محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي - دار النشر - دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٠٥ - الطبعة - الأولى.
- ١١- التعريفات - علي بن محمد بن علي الجرجاني - دار النشر - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٥ - الطبعة - الأولى - تحقيق / إبراهيم الأبياري.
- ١٢- تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير - أحمد بن علي بن حجر أبو

- القضل العسقلاني - المدينة للنورة - ١٣٨٤ - ١٩٦٤- تحقيق/ السيد عبدالله هاشم اليماني المدني.
- ١٣- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر المتوفى سنة ٤٦٣هـ - تحقيق/ أسامة إبراهيم، وحاتم أبو زيد- طبعة الفاروق الحديثة - طبعة ١٤٢٦هـ.
- ١٤- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد- أبو عمر يوسف بن عبد البر النمري- طبعة وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - ١٣٨٧- تحقيق/ مصطفى العلوي ,محمد عبد الكبير البكري.
- ١٥- دليل الطالب على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل-مرعي بن يوسف الحنبلي- المكتب الإسلامي - بيروت ١٣٨٩هـ.
- ١٦- الروض المربع -منصور البهوتي- طبعة المكتبة العصرية - تحقيق يوسف الشيخ - ١٤١٧هـ.
- ١٧- روضة الطالبين وعمدة المفتين- طبعة المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥- الطبعة - الثانية.
- ١٨- الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي - تحقيق/ عبد الرزاق المهدي - طبعة دار الكتاب العربي - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
- ١٩- حاشية النسوقي على الشرح الكبير- محمد عرفه الدسوقي- دار النشر - دار الفكر - بيروت - تحقيق/ محمد عيش.
- ٢٠- حاشية رد المحتار على الدر المختار - شرح تنوير الأبصار- محمد أمين- دار النشر - دار الفكر -بيروت - ١٣٨٦- الطبعة - الثانية.
- ٢١- سلسلة الأحاديث الصحيحة للعلامة محمد ناصر الدين الألباني طبعة مكتبة المعارف الرياض - ١٤١٥هـ.
- ٢٢- سنن ابن ملج: محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني- دار الفكر : بيروت- تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي.
- ٢٣- سنن أبي داود- سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي -- دار النشر - دار الفكر -تحقيق/ محمد محيي الدين عبد الحميد.
- ٢٤- سنن البيهقي الكبرى- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر

البيهقي- دار النشر - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - ١٤١٤ - ١٩٩٤ -  
تحقيق / محمد عبد القادر عطا.

٢٥- سنن الدارقطني- علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي- دار النشر  
- دار المعرفة - بيروت - ١٣٨٦ - ١٩٦٦- تحقيق / السيد عبد الله هاشم  
يمانبي المدني.

٢٦- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس البهوتي ت/ عبد الله  
التركي ط / مؤسسة الرسالة.

٢٧- صحيح مسلم بشرح النووي- أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي-  
دار الخير - بيروت ١٤١٦ هـ- الطبعة - الطبعة الثالثة- إعداد / علي  
عبد الحميد أبو الخير.

٢٨- (فتاوى السغدري) النتف في الفتاوى/ علي بن الحسين بن محمد السغدري-  
دار النشر - مؤسسة الرسالة ، دار الفرقان - بيروت ، عمان - الأردن- سنة  
النشر - ١٤٠٤ - الطبعة الثانية - اسم المحقق د. صلاح الدين الناهي

٢٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري ط دار السلام - الرياض - ودار  
الفيحاء - دمشق ١٤١٨ هـ

٣٠- الفروع وتصحيح الفروع: محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله- دار الكتب  
العلمية - بيروت- ١٤١٨ هـ الطبعة الأولى- اسم المحقق أبو الزهراء حازم  
القاضي.

٣١- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني- أحمد بن غنيم بن سالم  
النفراوي المالكي - دار النشر - دار الفكر - بيروت ١٤١٥ .

٣٢- الكافي في فقه الإمام أحمد - تحقيق / محمد فارس ومسعد السعدني -  
طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٤١٤ هـ.

٣٣- الكافي في فقه أهل المدينة- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر  
القرطبي - دار النشر - دار الكتب العلمية- بيروت - ١٤٠٧ - الطبعة الأولى.

٣٤- لسان العرب للعلامة ابن منظور سنة ٤١١ هـ - طبعة دار إحياء التراث  
العربي بيروت - لبنان - الطبعة الثانية ١٤١٩ هـ.

٣٥- المبدع في شرح المقنع- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو  
إسحاق- دار النشر - المكتبة الإسلامية - بيروت ١٤٠٠ .

- ٣٦- المدونة الكبرى/ مالك بن أنس- دار صادر- بيروت.
- ٣٧- المجتبى من السنن - أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي- دار النشر  
- مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب - ١٤٠٦ - ١٩٨٦ - الطبعة - الثانية-  
تحقيق/ عبدالفتاح أبو غدة.
- ٣٨- المجموع شرح المذهب- محبى الدين بن شرف النووي- دار النشر - دار  
الفكر - بيروت ١٤١٧ - ١٩٩٦ - الطبعة الأولى- تحقيق: محمود مطرحي.
- ٣٩- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل- / عبد السلام بن عبد  
الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني- مكتبة المعارف- الرياض- ١٤٠٤هـ-  
الطبعة الثانية.
- ٤٠- المحرر للإمام أبي القاسم الرافعي - تحقيق محمد حسن - دار الكتب  
العلمية الأولى - بيروت-لبنان-١٤٢٦هـ.
- ٤١- المحلى - للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن حزم - المتوفى سنة ٤٥٦هـ  
ت/أحمد شاكِر - طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الطبعة  
الأولى ١٤١٨هـ.
- ٤٢- مختار الصحاح - للمشيخ محمد بن أبي بكر الرازي - طبعة دار الفكر  
العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٩٧ م.
- ٤٣- مختصر اختلاف العلماء- الجصاص /أحمد بن محمد بن سلامة  
الطحاوي- دار النشر - دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤١٧- الطبعة  
- الثانية- تحقيق/ د. عبد الله نذير أحمد.
- ٤٤- المستدرك على الصحيحين- محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري- نشر  
دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - ١٩٩٠- الطبعة - الأولى- تحقيق/  
مصطفى عبد القادر عطا.
- ٤٥- مسند الإمام أحمد - طبعة وزارة الشؤون الإسلامية - الرياض - تحقيق/  
شعيب الأرنؤوط وآخرون - الطبعة الثانية - طبعة ١٤٢٠هـ.
- ٤٦- المصنف في الأحاديث والآثار- أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة  
الكوفي- دار النشر - مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٩- الطبعة - الأولى-  
تحقيق/ كمال يوسف الحوت.

- ٤٧- المصنف- أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني- دار النشر - المكتب الإسلامي - بيروت ١٤٠٣هـ - الطبعة الثانية- تحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي.
- ٤٨- المغني لابن قدامة - تحقيق / عبد الله التركي - طبعة دار عالم الكتب ١٤١٧هـ
- ٤٩- المذهب في فقه الإمام الشافعي: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق - دار الفكر - بيروت .
- ٥٠- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل- محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبدالله - دار النشر - دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨ - الطبعة الثانية.
- ٥١- موطأ الإمام مالك - مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي- دار إحياء التراث العربي- مصر- اسم المحقق محمد فؤاد عبد الباقي.
- ٥٢- النجم الوهاج في شرح المنهاج لكمال الدين محمد الدميري طبعة دار المنهاج ١٤٢٥هـ
- ٥٣- نصاب الراية لجمال الدين الزيلعي - ط دار الكتب العلمية بحاشية الهداية - بيروت- لبنان- ١٤١٢هـ
- ٥٤- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار- محمد بن علي بن محمد الشوكاتي - دار النشر - دار الجيل - بيروت ١٩٧٣ .
- ٥٥- الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين المرغناني - ط دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان- ١٤١٢هـ

## أحكام العقيقة

الدكتور / محمد بن عبد العزيز بن عبد الله السديس<sup>(\*)</sup>

مقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿ أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾<sup>(١)</sup>.

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾<sup>(٢)</sup>.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا، يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴾<sup>(٣)</sup>.

أما بعد:

فلقد ظهرت عناية الإسلام برعاية الصغير وتربيته وبيان حقوقه

---

(\*) عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة - قسم الفقه - جامعة القصيم .

(١) نال عمران آية ١٠٢ .

(٢) النساء آية ١ .

(٣) الأحزاب آية ٧٠-٧١ هذه خطبة الحاجة التي كان النبي ﷺ يعلمها أصحابه من حديث ابن مسعود رواها أصحاب السنن. قال الترمذي حديث عبد الله حديث حسن: سنن الترمذي في أبواب النكاح ٢/ ٢٨٦ - ٢٨٥ برقم ١١٠٥

منذ ولادته ونشأته، يقول تعالى في محكم التنزيل: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(١)</sup>.

فكان هذا في حق ذلك الرضيع وهو نداء من الشارع الحكيم لكل الآباء والأمهات من غير استثناء، لمعرفة ما عليهم من حقوق تجاه أولئك الصغار ذكوراً كانوا أو إناثاً، وهكذا جاءت تعاليم الإسلام بمثل هذه الحقوق من عبادات ومعاملات، وأنزل الله بها الآيات تتلى إلى يوم القيامة.

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (ما من مولود إلا يولد على الفطرة) ثم يقول أبو هريرة: اقرؤوا إن شئتم ﴿فَطَرَتِ اللَّهُ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾<sup>(٢)</sup>.

وفي رواية (كل إنسان تلده أمه يلكزه الشيطان في حضنيه)<sup>(٣)</sup>. ومعنى الفطرة هي ما أخذ عليهم في أصلاب آبائهم وقيل: هي ما قضي عليه من سعادة أو شقاوه وقيل: هي ما هييء له.

ومعنى في حضنيه في الحديث الحضان هو الجنب وقيل الخاصرة<sup>(٤)</sup>. فالشيطان بالمرصاد للمولود من حين يخرج إلى الدنيا فحين الخروج يتبره عدوه ويضمه إليه، ويحرص على أن يجعله في قبضته وتحت أسرته ومن جملة أوليائه وحزبه، فهو أحرص شيء على هذا<sup>(٥)</sup>.

(١) البقرة آية ٢٣٣ .

(٢) الروم آية ٢٠ .

(٣) صحيح مسلم ٢٠٤٧/٤ رقم الحديث ٢٦٥٨ كتاب القدر .

(٤) شرح النووي لصحيح مسلم ٢٠٨/١٦، ٢١٠ .

(٥) انظر تحفة المودود لابن قيم الجوزية ص ٥٨ .

ويقول عز وجل في محكم التنزيل: ﴿وَشَارِكْهُمْ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ﴾<sup>(١)</sup>. ومعنى المشاركة في الآية شامل لكل معصية تعلقت بأموالهم وأولادهم من منع الزكاة والكفارات والحقوق الواجبة، وعدم تأديب أولادهم وتربيتهم على الخير وترك الشر<sup>(٢)</sup>.

وقد يفوت الأولاد الصغار الخير الكثير بسبب تفريط الأبوين أو أحدهما في هذه الحقوق، والولد ينتفع بذلك غاية الانتفاع، ومن تلك الحقوق ما ينبج عن المولود، فأحببت الكتابة حول هذا الموضوع وأسميته (أحكام العقيقة).

ثبت في مسند الإمام أحمد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وإسناده حسن قال: سئل الرسول ﷺ عن العقيقة فقال: (إن الله لا يحب العقوق) وكأنه كره الاسم، قالوا: يا رسول الله إنما نسألك عن أحدنا يولد له، قال: (من أحب منكم أن ينسك عن ولده فليفعل...) الحديث<sup>(٣)</sup>.

قال ابن عبد البر: وكان الواجب بظاهر هذا الحديث أن يقال للذبيحة عن المولود نسكة ولا يقال عقيقة، لكني لا أعلم أحداً من العلماء مال إلى ذلك ولا قال به، وأظنهم -والله أعلم- تركوا العمل بهذا المعنى المدلول عليه من هذا الحديث لما صح عندهم في غيره من لفظ العقيقة<sup>(٤)</sup>.

(١) الإسراء آية ٦٤ .

(٢) تفسير ابن سعدي ٢٩٧/٤ .

(٣) انظر المسند ١٨٣/٢ . ٣٦٩/٥ . وأخرجه مالك في الموطأ من حديث زيد بن اسلم ص ٣٣٦ رواية يحيى بن يحيى الليثي وعبد الرزاق في المصنف برقم ٧٩٦١ / ٤ ٣٣٠ / ٤ والحاكم وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي كتاب الذبائح انظر المستدرک وبهامشه التلخيص ٢٣٨/٤ .

(٤) انظر التمهيد ٣٠٦/٤ .

ونظير هذا اختلاف أهل العلم أيضاً في تسمية العشاء بالعتمة، والتحقيق في الموضوعين كما يقول ابن القيم كراهية هجر الاسم المشروع من العشاء والنسيكة والاستبدال به اسم العقيقة والعتمة، فأما إذا كان المستعمل هو الاسم الشرعي ولم يهجر وأطلق الاسم الآخر أحياناً فلا بأس بذلك<sup>(١)</sup>.

ولقد سلكت في هذا البحث حسب المتبع في البحوث العلمية من توثيق المسائل وإرجاعها إلى مظانها من أمهات كتب الفقه والحديث والتفسير واللغة، وذكرت مذاهب أهل العلم لاسيما الأئمة الأربعة ولجتهدت في ذلك قدر المستطاع. أسأل الله عز وجل الإخلاص في القول والعمل وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

## المبحث الأول

### معنى العقيقة

أصل العق : الشق والقطع، قال أبو عبيد: أصله الشعر الذي يكون على رأس الصبي حين يولد، وإنما سميت الشاة التي تنبح عنه في تلك الحال عقيقه؛ لأنه يخلق عنه ذلك الشعر عند الذبح، فسميت الشاة عقيقه لعقيقه الشعر عنه وكذلك كل مولود من البهائم فإن الشعر الذي يكون عليه حين يولد عقيقة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر تحفة المودود ص ٤٢ .

(٢) ٢٨٤/٢، وانظر الصحاح ١٥٢٧/٤ مادة عقق .

فإذا حلق ونبت ثانية فقد زال عنه اسم العقيدة<sup>(١)</sup>.

فيقال: عق عنه يوم أسبوعه أي حُلقت عقيقته ونبح عنه، فكان النبح مع الحلق فنقل من الشعر إلى النبح فقل للشاة عقيقة<sup>(٢)</sup> وسمي الشعر الذي يخرج به المولود من بطن أمه عقيقة لأنه يحلق عنه.

وقيل للذبيحة التي تنبح عنه: عقيقة لأنه يشق حلقها بسببه، فيكون المراد: إما قطع شعر الصبي، وإما شق أوداج الشاة بالنبح<sup>(٣)</sup>.

فالعقيقة إما أن تكون أخذت من الفعل عق، ومعلوم أن العق هو القطع والشق، وإما أن تكون من الشعر الذي على رأس المولود فسميت العقيقة باسم ذلك الشعر، فجعل العقيقة للأمرين أولى فهي الشاة التي تنبح عن المولود شكراً لله على نعمة الولد، وقيل هي الطعام الذي يصنع ويدعى إليه من أجل الولد فإذا طبخها فهو أولى فقد كفى المساكين والجيران مؤنة الطبخ، يقول ابن القيم: وهو زيادة في الإحسان وفي شكر هذه النعمة، ويتمتع الجيران والأولاد والمساكين بها هنيئة مكفية المؤنة، فإن من أهدى إليه لحم مطبوخ مهيو للأكل مطيب كان فرحه وسروره به أتم من فرحه بلحم نيئ يحتاج إلى كلفة وتعب، فلهذا قال الإمام أحمد: يتحملون ذلك، وأيضاً فإن الأطعمة المعتادة التي تجري مجرى الشكران كلها سبيلها الطبخ ومن ذلك العقيقة ولها أسماء متعددة<sup>(٤)</sup>.

(١) غريب الحديث لابن قتيبة ٤٩٠/١ والنهاية ٢٧٦/٣ .

(٢) غريب الحديث لأبي إسحاق الحري ٤٥/١، واللسان ٤٩٨/١٠ .

(٣) انظر جامع الأصول لابن الأثير ٤٩٨/٧ .

(٤) منها:

١- القرى طعام الضيفان. =

فكان الطعام عند هذه الأشياء أحسن من تفريق اللحم في مكارم الأخلاق والجود والله أعلم.

وقال الخطابي: العقيقة اسم الشاة المذبوحة عن الولد سميت بذلك لأنها تعق مذابحها<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### حكم العقيقة

اختلف أهل العلم في حكمها على ثلاثة أقوال: فمنهم من يرى أنها واجبة، ومنهم من يرى أنها سنة، ومنهم من لا يرى ذلك ويقول هي تطوع على سبيل الإباحة والجواز.

القول الأول: وهو الوجوب قال به الظاهرية

القول الثاني: وهو قول عامة أهل العلم أنها سنة مؤكدة

---

= ٢- والمائدة طعام الدعوة.

٣- والتحفة طعام الزائر.

٤- والوليمة طعام العرس.

٥- والخرس طعام الولادة.

٦- والعقيقة طعام الذبح عنه يوم حلق رأسه في السابع.

٧- والغديره طعام الختان.

٨- والوضيمة طعام المأتم.

٩- والنقعة طعام القادم من سفره.

١٠- والوكيرة طعام الفراخ من البناء.

(١) انظر تحفة المودود ص ٦٠ والمغني ١٣/٣٩٣ وانظر التمهيد ١٠/١٨٢ والحاوي ٩/٥٥٥ وفتح الباري ٩/٢٤٧، ٥٠٠ وشرح النووي ٩/٢١٧ ومعالم السنن ٤/٢٨٧ وغريب الحديث للخطابي ١/٢٦٨.

القول الثالث: وهو قول الحنفية أنها تطوع<sup>(١)</sup>.

واستدل أصحاب القول الأول بظاهر حديث سمرة بن جندب<sup>(٢)</sup> وهو قول النبي ﷺ فيما رواه أحمد وأصحاب السنن (كل غلام مرتين بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الأذى ويسمى) وفي رواية (كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه) وفي رواية (ويحلق ويسمى)<sup>(٣)</sup>.

فهذا الحديث يقتضي الوجوب، حيث شبه لزوم العقيدة بالمولود بالرهن في يد المرتين والرهن يجب الوفاء به.

وفي مسائل الإمام أحمد رواية إسحاق بن إبراهيم بن هاني<sup>(٤)</sup> سألت أبا عبد الله عن حديث النبي ﷺ هذا ما معناه قال: إذا لم يعق عنه فهو محتبس بعقيقته حتى يعق عنه<sup>(٥)</sup>.

الدليل الثاني على الوجوب ما جاء عن عائشة - رضي الله عنها -

---

(١) انظر المحلى ٥٢٣/٧ والتمهيد ٣١١/٤، وبداية المجتهد ٤٦٢/١، وبيان الصنائع ٦٩/٥، والحاوي ١٢٦/١٥، وحلية العلماء ٤٦٤/١، والمغني ٣٩٣/١٣، وحاشية ابن عابدين ٣٢٦/٦.

(٢) وهو صحابي مشهور من القادة سكن البصرة، ومات - رضي الله عنه - سنة ثمان وخمسين انظر في ترجمته الاستيعاب ٢٥٦/٤ وأسد الغلبة ٤٥٤/٢.

(٣) انظر مسند الإمام أحمد الموسوعة الحديثية ٢٧١/٣٢، وأبو داود في الاضاحي ٢٦٠/٣، والترمذي في الاضاحي ٣٦٤/٢ والنسائي في العقيدة ١٤٧/٧ وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم برقم ١٥٥٩ وصححه الألباني في إرواء الغليل ٣٨٥/٤ رقم ١١٦٥.

(٤) البغدادى الولد والنشأة والوفاة لازم الإمام أحمد إلى أن مات وكانت وفاته سنة ٢٧٥ هـ له ترجمة في طبقات الحنابلة ١٠٨/١ والمقصد الارشاد ٢٤١/٢.

(٥) ١٣٠/٢ رقم ١٧٣٦.

قالت: (أمرنا رسول الله ﷺ أن نعتق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتين)<sup>(١)</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث الأمر بها وهذا يقتضي الوجوب وكان بريدة الأسلمي - رضي الله عنه -<sup>(٢)</sup> يوجبها وشبهها بالصلاة، وقال الناس يعرضون يوم القيامة على العقبة كما يعرضون على الصلوات الخمس<sup>(٣)</sup>.  
الدليل الثالث: ما رواه البخاري في كتاب العقبة موقوفاً ومرفوعاً عن سلمان بن عامر قال: (مع الغلام عقبته فأهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى)<sup>(٤)</sup>.

ووجه الدلالة منه أن هذا يدل على الوجوب من وجهين أحدهما قوله مع الغلام عقبته وهذا ليس إخباراً عن الواقع بل عن الواجب، ثم أمرهم بأن يخرجوا عنه هذا الذي معه فقال أهريقوا عنه دماً<sup>(٥)</sup>.

ولاستدل جمهور أهل العلم بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده لما سئل النبي ﷺ عن العقبة في الحديث السابق.

---

(١) رواه أحمد في المستدرج المنظر الموسوعة الحديثية ١٤٤/٤٢ والترمذي في أبواب الأضاحي وقال حديث عائشة حسن صحيح ٣٥/٣ برقم ١٥٤٩ وقال في إرواء الغليل: قلت صحيح على شرط مسلم ٣٩٠/٤.

(٢) صحابي سكن البصرة ثم غزا خراسان مات سنة ٦٣ هـ انظر طبقات ابن سعد ٢٤١/٤ ولبد الغلبة ٢٠٩/١ والأصلية ٢٤١/١.

(٣) انظر التمهيد ٣١١/٣ والاستنكار ٣١٥/٤ والمحلي ٥٢٥/٧ والمغني ٣٩٤/١٣.

(٤) صحيح البخاري كتاب العقبة باب إمطة الأذى عن الصبي ٢١٧/٦.

قال ابن حجر: هو صحابي سكن البصرة ماله في البخاري غير هذا الحديث. وقال الترمذي هذا حديث صحيح. انظر سنن الترمذي في أبواب الأضاحي باب ما جاء في العقبة ٣/٣٥ رقم ١٥٥٢ وفتح الباري ٥٠٤/٩.

(٥) تحفة المودود ص ٤٦-٤٧.

ووجه الدلالة: أن هذا الحديث يدل على الاستحباب ولو كانت واجبة لكان وجوباً معلوماً من الدين بالضرورة، لأن ذلك مما تدعو الحاجة إليه وتعم به البلوى، فكان رسول الله ﷺ يبين وجوبها للأمة بياناً عاماً كافياً تقوم به الحجة وينقطع معه العذر وقد علقها بمحبة فاعلها فقال: (من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل) وفعله ﷺ لها لا يدل على الوجوب وإنما يدل على الاستحباب<sup>(١)</sup> لأن الواجب لا يقال فيه من أحب فليفعل؛ فدل على أنه كره الاسم وندب إلى الفعل.

وفي هذا الحديث كراهية ما يقبح معناه من الأسماء، وكان الرسول ﷺ يحب الاسم الحسن ويعجبه الفال الحسن.

وكان الواجب بظاهر هذا الحديث أن يقال للزبيحة عن المولود نسكة ولا يقال عقيدة وفي حديث سمرة بن جندب وسلمان بن عامر الضبي السابقين لفظ العقيدة فدل على الإباحة لا على الكراهة في الاسم، وعلى هذا كتب الفقهاء في كل الأمصار ليس فيها إلا العقيدة لا النسكة على أن هذا الحديث ليس فيه تصريح بالكراهية<sup>(٢)</sup>.

أما أصحاب القول الثالث: فإن حاصل المذهب عندهم أن العقيدة مباحة أو تطوع، قال محمد بن الحسن: قد كانت في الجاهلية نبائح ينبحونها، منها العقيدة كانت في الجاهلية، ثم فعلها المسلمون في أول الإسلام فنسخها نبح الأضحية، فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل<sup>(٣)</sup>.

قال ابن عبد البر: ليس نبح الأضحى بناسخ للعقيدة عند جمهور

(١) تحفة المودود ص ٤٦-٤٧ .

(٢) انظر التمهيد ٣٠٥/٤ والاستنكار ٣١٣/٤ والحاوي ١٢٧/١٥ والمغني ٣٩٤/١٣ .

(٣) انظر بدائع الصنائع ٦٩/٥ كتاب التضحية وحاشيته ابن عابدين ٣٢٦/٦ .

العلماء، ولا جاء في الآثار المرفوعة ولا عن السلف ما يدل على ذلك ولا أصل له<sup>(١)</sup>.

وقد استفاضت الأحاديث أن النبي ﷺ قد عرق عن الحسن والحسين كما في حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - كما جاء ذلك عند أبي داود والنسائي أن رسول الله ﷺ (عرق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً) وفي رواية (كبشين كبشين)<sup>(٢)</sup>.

والعقيقة سنة رسول الله ﷺ وفعلها أصحابه - رضي الله عنهم - وليست من أمر الجاهلية، والآثار كثيرة مرفوعة عن الصحابة والتابعين وعلماء المسلمين في استحباب العمل بها وتأكيدها سنتها .

وأما الحديث السابق (إن الله لا يحب العقوق). فهو ليس على توهين أمر العقيقة عند عامة أهل العلم، ولكنه كره تسميتها بهذا الاسم على طريقته ﷺ في تغيير الاسم القبيح إلى ما هو أحسن منه، فأحب أن يسميها بأحسن منه من نسيكة أو نبيحة أو نحوها، فهذا يدل على أنه كره الاسم وندب إلى الفعل ففيه تأكيد على الاستحباب جمعاً بين الأخبار قال الإمام مالك في الموطأ: وليست العقيقة واجبة ولكنها يستحب العمل بها<sup>(٣)</sup> وبهذا السياق يتبين لنا رجحان ما ذهب إليه جمهور العلماء والله أعلم.

(١) انظر الاستذكار ٣١٦/٤ والتمهيد ٣١٣/٤ .

(٢) انظر سنن أبي داود كتاب الأضاحي ١٠٧/٣ رقم ٢٨٤١ وسنن النسائي ١٦٦/٧ رقم ٤٢١٩ . كتاب العقيقة والحاكم في المستدرک وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي ٢٣٧/٤ كتاب النبايح .

(٣) انظر ص ٣٣٦، وشرح السنة ٢٦٣/١١، والحاوي ١٢٧/١٥، والمغني ٣٩٥/١٣، والتمهيد ٣١٣/٤، والاستذكار ٤١٥/٤، وجامع الأصول لابن الأثير ٥٠١/٧ .

## المبحث الثالث

### مقدار العقيقة

لختلف أهل العلم في التسوية بين الغلام والجارية في مقدار العقيقة وهل هناك تفاضل بين الذكر والأنثى، أو هما على حد سواء فيها أو هي عن الذكر دون الأنثى ثلاثة أقوال للعلماء في ذلك .

القول الاول: التسوية بينهما فلا فرق بين الذكر والأنثى في مقدار العقيقة فهما سواء من غير تفضيل، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك قال في الموطأ: الأمر عندنا في العقيقة أن من عق فلنما يعق عن ولده بشاة الذكور والإناث<sup>(١)</sup>. أدلة هذا القول:

١- ما جاء في الموطأ عن نافع أن عبد الله بن عمر لم يكن يسأله لحد من أهله عقيقة إلا أعطاه إياها، وكان يعق عن ولده بشاة شاة عن الذكور والإناث. وإسناده صحيح.

٢- عن هشام بن عروة: أن أباه عروة بن الزبير كان يعق عن بنيه الذكور والإناث بشاة شاة<sup>(٢)</sup> وإسناده صحيح .

٣- حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - السابق أن النبي ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً.

القول الثاني: يعق عن الجارية شاه وعن الغلام شاتان، وهذا قال به

---

(١) انظر موطأ مالك رواية يحيى الليثي ص ٣٣٧، كتاب العقيقة، وانظر التمهيد ٤/ ٣١٤، والاستنكار ٤/ ٣١٨، وبنية المجتهد ١/ ٤٦٣ .

(٢) الموطأ باب العمل في العقيقة ص ٣٣٦ رقم ١٠٧٩-١٠٨٢، وانظر مصنف عبد الرزاق ٣٣١/٤ برقم ٧٩٦٤، والمصنف لابن أبي شيبة كتاب العقيقة باب من قال يسوي بين الغلام والجارية ٥/ ٥٣١، وانظر شرح السنة ١١/ ٢٦٥، وجامع الأصول ٧/ ٥٠٤ .

أكثر أهل العلم واستدلوا على ذلك بدليلين:

١- عن أم كرز الكعبية قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول: (عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاه) وفي رواية بلفظ (مثلان) قال أبو داود سمعت أحمد أي مستويتان ومتقاربتان<sup>(١)</sup>.

٢- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ (أمرهم عن الغلام شاتان متكافئتان وعن الجارية شاه). قال الترمذي حديث عائشة حديث حسن صحيح.

القول الثالث: هو ما انفرد به الحسن البصري لا يعق عن الجارية وإنما يعق عن الغلام فكان لا يرى عن الجارية عقيقة واستدل على ذلك بحديث سمرة بن جندب وسلمان بن عامر الضبي السابقين.

ووجه الدلالة منهما أن الغلام يطلق ويراد لسم الذكر دون الأنثى، ولأن السرور يختص بالغلام دون الجارية فالعقيقة شكر للنعمة الحاصلة بالولد والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة<sup>(٢)</sup>.

والصحيح - والله أعلم - من هذه الأقوال الثلاثة القول الثاني، وهو قول جمهور العلماء وقد رجح هذا القول ابن القيم رحمه الله وقال: وهذه قاعدة الشريعة فإن الله سبحانه فاضل بين الذكر والأنثى، وجعل الأنثى على النصف من الذكر في الموارث والديات والشهادات والعقود والعقيقة<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر سنن الترمذي ٣/٣٥ برقم ١٥٤٩، ١٥٥٠، وسنن أبي داود كتاب الأضحية ٣/١٠٥، برقم ٢٨٣٤، ٢٨٣٦، وسنن النسائي ٧/١٦٥ برقم ٤٢١٦-٤٢١٧، وجامع الأصول ٧/٥٠٢.

(٢) انظر الحاوي ١٥/١٢٨ والمغني ١٣/٣٩٥ والاستذكار ٤/٣١٩، هذا من زوائد القول ولا حجة للذين قالوا به لأن الذكر والأنثى هبة من الله لعباده فيجب على المسلم أن يسر ويرضى بما وهبه الله له ويشرع له أن يعق عن ابنه أو بنته بكبش من غير تفضيل بينهما كما ذكر ذلك الإمام مالك رحمه الله (المجلة).

(٣) انظر تحفة المودود ص ٥٣، والحاوي ١٥/١٢٨.

## المبحث الرابع

### وقت العقيقة

تكاد تتفق كلمة الفقهاء في وقت العقيقة وهو اليوم السابع لما جاء في حديث سمرة ابن جندب السابق من قوله ﷺ: (تذبح عنه يوم سابعه) وفي مسائل الإمام أحمد رواية الكوسج قلت: متى تذبح العقيقة؟ قال يوم السابع<sup>(١)</sup>، قال أبو داود: سمعت أحمد قال: العقيقة تذبح يوم السابع<sup>(٢)</sup>، وفي مسائل ابنه صالح، وكان يستحب لمن عق عن ولده أن يذبح عنه يوم السابع<sup>(٣)</sup>.

وقال مالك: ولا يعق عن المولود إلا يوم سابعه ضحوة، فإن جاوز يوم السابع لم يعق عنه، وقد روي عنه أنه يعق عنه في السابع الثاني، ولا يعد اليوم الذي ولد فيه، إلا أن يولد قبل الفجر من ليلة ذلك اليوم. ولقد اختلف أصحاب مالك في مبدأ وقت الإجزاء فقليل وقت الضحى وقليل بعد الفجر قياساً على قول مالك في الهدايا فيحسب يوم الولادة إن ولد قبل الفجر أو معه، ولا يعد اليوم الذي ولد فيه إن ولد بعد الفجر وقليل: يحسب إن ولد قبل الزوال لا بعده<sup>(٤)</sup>.

وقال مالك أيضاً إن مات قبل اليوم السابع لم يعق عنه.

وقال الليث: يعق عن المولود في أيام سابعه كلها في أيها شاء، فإن

(١) كتاب مسائل الإمام أحمد ٣٩٤٨/٨ كتاب النبايح .

(٢) كتاب مسائل الإمام أحمد ص ٢٥٦ باب العقيقة .

(٣) كتاب مسائل الإمام أحمد ٢/٢١٠، مسائل في العقيقة وانظر المغني ١٣/٢٩٦، وشرح

الزوكشي ٥٢/٧ .

(٤) انظر التمهيد ٤، ٤١٢ وبداية المجتهد ١/٤٦٤ .

لم يتهيأ لهم العقيقة في سابعه، فلا بأس أن يعق عنه بعد ذلك. وليس بواجب أن يعق عنه بعد سبعة أيام<sup>(١)</sup>.

وعند الشافعية: السنة ذبح العقيقة يوم السابع من الولادة. وهل يحسب يوم الولادة من السبعة ؟

فيه وجهان: أصحهما يحسب فيذبح في السادس مما بعده، والثاني: لا يحسب فيذبح في السابع مما بعده وهو المنصوص عندهم، ولكن المذهب الأول، فإن ولد ليلاً حسب اليوم الذي يلي تلك الليلة بلا خلاف بينهم، فلو ذبحها بعد السابع أو قبله وبعد الولادة أجزأه وإن ذبحها قبل الولادة لم تجزه بلا خلاف بل تكون شاة لحم<sup>(٢)</sup>.

هذه السنة أن تذبح العقيقة في اليوم السابع، فإن فات ذلك اليوم ففي أربعة عشر فإن فات ففي إحدى وعشرين وهذا يروى عن عائشة فيما رواه الحاكم في المستدرک عن أم کرز وأبي کرز - رضي الله عنهما - قالوا: نذرت امرأة من آل عبد الرحمن بن أبي بكر إن ولدت امرأة عبد الرحمن نحرنا جزوراً فقالت عائشة - رضي الله عنها - (لا بل السنة أفضل عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة تقطع جدولاً<sup>(٣)</sup>) ولا يكسر لها عظم، فيأكل ويطعم، ويتصدق وليكن ذلك يوم السابع فإن لم يكن ففي أربعة عشر فإن لم يكن ففي إحدى وعشرين<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر الاستذکار ٣١٧/٤ .

(٢) انظر المذهب ٢٤٨/١ والمجموع ٤٣١/٨، وروضة الطالبين ٢٢٩/٣ .

(٣) الجدول جمع جدل بالكسر والفتح وهو العضو انظر النهاية ٢٤٨/١. وشرح النسبة ٢٦٨/١١ .

(٤) وقال الحاكم: هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافق الذهبي انظر ٢٣٩/٤ . وصححه الألباني انظر ارواء الغليل ٣٩٦/٤ .

وإن ذبح العقيدة قبل ذلك أو بعده أجزأه لحصول المقصود به، فإن تجاوز إحدى وعشرين فيستحب في كل سابع فيجعله ثمانية وعشرين، فإن لم يكن ففي خمسة وثلاثين، وعلى هذا قياساً على ما قبله، ويحتمل أن يجوز النبح في كل وقت لأنه قضاء فائت.

وماذا بعد البلوغ هل يعق عن نفسه ؟

ذهب جمهور العلماء إلى عدم فعل العقيدة بعد البلوغ، فإذا بلغ فلا عقيدة عليه وسئل أحمد عن المسألة فقال: ذلك على الوالد، يعني لا يعق عن نفسه؛ لأن السنة في حق غيره، فأكثر أهل العلم على أنه يعق عن الذكر والأنثى الصغيرين فقط، ودليل ذلك نص الحديث (يوم سابعه).

وشذ من العلماء من قال يعق الكبير عن نفسه، ويستدل على ذلك بحديث أن النبي ﷺ عق عن نفسه بعدما بعث بالنبوة، رواه عبد الرزاق عن عبد الله بن محرز عن قتاده عن أنس، قال: عق رسول الله ﷺ عن نفسه بعدما بعث بالنبوة<sup>(١)</sup>.

قال ابن عبد البر : وعبد الله بن محرز ليس حديثه حجة<sup>(٢)</sup>.

وقال في المجموع : وهذا حديث باطل، قال البيهقي هو حديث منكر وروي من وجه آخر عن قتاده ومن وجه عن أنس وليس بشيء، قال أحمد: حديث عبد الله بن محرز عن قتاده عن أنس أن النبي ﷺ عق منكر، وعبد الله بن محرز ضعيف<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر مصنف عبد الرزاق كتاب العقيدة ٣٢٩/٧ برقم ٧٩٦٠ .

(٢) انظر الاستذكار ٣١٨/٤ .

(٣) انظر المجموع ٤٣٢/٨، وتحفة المودود ص ٧٠ وسنن البيهقي ٣٠٠/٩، جماع ابواب العقيدة من كتاب الضحايا .

وبهذا يتبين رجحان ما ذهب إليه جمهور أهل العلم أن العقيقة عن الذكر والأنثى الصغيرين فقط، وأن الكبير لا يعق عن نفسه .

مسألة: إذا اجتمع وقت عقيقة ووقت أضحية فهل تجزئ إحداهما عن الأخرى ؟ هذا محل خلاف بين العلماء على قولين أحدهما: الإجزاء وذلك لحصول المقصود منها بذبح واحد، كما لو صلى ركعتين ونوى بهما تحية المسجد والسنة المكتوبة، أو صلى بعد الطواف فرضاً أو سنة مكتوبة وقع عنه وعن ركعتي الطواف، وكذلك لو ذبح المتمتع والقارن شاة يوم النحر أجزأ عن دم المتعة وعن الأضحية.

الثاني: عدم الإجزاء وذلك لأن كل واحدة منهما ذبح مستقل عن الأخرى، فهما بسببين مختلفين فلا يقوم الذبح الواحد عنهما كدم المتعة ودم القدية. قال الإمام أحمد في رواية حنبل أرجو أن تجزئ الأضحية عن العقيقة<sup>(١)</sup>.

## المبحث الخامس

### صفة العقيقة

أجمع العلماء أنه لا يجوز في العقيقة إلا ما يجوز في الضحايا من الأزواج الثمانية، قال مالك: فإنما هي بمنزلة النسك والضحايا، لا يجوز فيها عوراء ولا عجفاء ولا مكسورة ولا مريضة ولا العضباء، كما في الأضحية سواء؛ لأنها تقاس عليها<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله ٣/٨٨٠، والإنصاف ٤/١١١، وتحفة المودود ص ٦٧

(٢) انظر الاستذكار ٤/٣٢١، والمغني ١٣/٤٠، والمجموع ٨/٤٢٨ .

وقد أخبر النبي ﷺ أن ما ينبج عن المولود إنما ينبغي أن يكون على سبيل النسك، كالأضحية والهدي فقال ﷺ: (من أحب أن ينسك عن ولده فليفعل). فجعلها على سبيل الأضحية والنسك فيستحب فيها من الصفات ما يستحب في الضحايا والهدي ويتجنب فيها من العيوب ما يتجنب في الأضحية على حد سواء من بهيمة الأنعام الإبل والبقر والغنم، وأيهما أفضل هذا محل خلاف بين الفقهاء.

فذهب الظاهرية إلى أنه لا يجزئ في العقيقة إلا ما وقع عليه اسم شاة، إما من الضأن وإما من المعز فقط الذكر والأنثى، ولا يجزئ غيره لا من الإبل ولا من البقر، ولا يجزئ مادونهما مما لا يقع عليه لسم شاه<sup>(١)</sup>. وتمسكوا بما ورد في الحديث أنه ﷺ: (عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً). وحديث (عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان). فهذه الأحاديث جاءت نصاً في الغنم دون الإبل والبقر؛ فلا يجزئ في العقيقة إلا ذلك.

وعند الشافعية: المذهب أن الأفضل البدن ثم البقر ثم الضأن فما كان أعظم وأكثر نفعاً فهو الأفضل، واستدلوا على ذلك أن النبي ﷺ فاضل بين الإبل والبقر والغنم، كما في حديث يوم الجمعة عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: (من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أقرن..). الحديث رواه البخاري ومسلم<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر المحلى ٥٢٣/٧.

(٢) انظر صحيح البخاري كتاب الجمعة باب فضل الجمعة ٢١٢/١، وصحيح مسلم كتاب الجمعة باب الطيب ٥٨٢/٢ برقم ٨٥٠.

وهذا التفاضل في بهيمة الأنعام دليل على تقديم البدن من الإبل والبقر قياساً على الهدايا لأنها نسك ..

والوجه الثاني عند الشافعية: أن الغنم أفضل من الإبل والبقر، والوجه الأول هو المذهب وهو أصح الوجهين<sup>(١)</sup>.

وأما المالكية والحنابلة: الأفضل فيها الضأن كالأضحية. واستدلوا على ذلك بحديث عقبة بن عامر قال (كنا نضحي مع رسول الله ﷺ بالجذع من الضأن)<sup>(٢)</sup>. فالعقيقة تقاس عليها وللمالكية في الإجزاء بالإبل والبقر روايتان الصحيح والمذهب الإجزاء، أما الحنابلة فتجزئ الإبل والبقر ولكن بشرط أن تكون كاملة فلا يجزئ سُبُع بقرة أو سبع بدنة، وهذا ما تخالف فيه العقيقة الهدى والأضاحي عندهم<sup>(٣)</sup>.

فالعقيقة يسلك فيها مسلك الضحايا في سنّها والتسمية عليها عند النبح، والأكل والتصدق منها، والهدية والانبخار وعدم البيع فلا يباع من لحمها شيء ولا من جلدها ويأكلون ويتصدقون من لحمها، ومن أهل العلم من يرى أنه لا يكسر عظمها تفاؤلاً بالسلامة للمولود ويستدلون على ذلك بما ورد عن عائشة أنها قالت (والعقيقة تطبخ أجاداً ولا يكسر لها عظم) رواه الحاكم<sup>(٤)</sup>.

مسألة : أيهما أفضل نبح العقيقة أو التصديق بثمانها ؟

(١) انظر المجموع ٤٣٠/٨ وروضة الطالبين ٢٣٠/٣ .

(٢) رواه البخاري في الأضاحي ٢٣٤/٦ ومسلم في الأضاحي ١٥٥٦/٣ .

(٣) انظر بداية المجتهد ٤٦٣/١ وتحفة المودود ص ٦٤ .

(٤) انظر المستدرک کتاب النبايح وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ٢٣٨/٤ . ٢٣٩ .

وابن أبي شيبة في المصنف كتاب العقيقة ٢٣٩/٨ .

لا شك أن الذبح أفضل فهو عبادة ومن أفضل القرب إلى الله، وقد قرنهما جل وعلا بالصلاة في مواضع كثيرة، كقوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾<sup>(١)</sup>. وقوله: ﴿إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾<sup>(٢)</sup>. وذلك لشرف هاتين العبادتين وفضلهما ودلالتهما على محبة الله تعالى وإخلاص الدين له والتقرب إليه بالقلب واللسان والجوارح وبالذبح الذي هو بذل ما تحبه النفس من المال لما هو أحب إليها وهو الله تعالى. ومن أخلص في صلاته ونسكه استلزم ذلك إخلاصه لله في سائر أعماله وأقواله<sup>(٣)</sup>.

وقد سئل أحمد عن العقيقة إن استقرض فقال: وإنى لأرجو إن استقرض أن يعجل الله الخلف لأنه أحيا سنة من سنن رسول الله ﷺ واتباع ما جاء عنه<sup>(٤)</sup>. قال ابن المنذر: صدق أحمد إحياء السنن واتباعها أفضل. ولهذا لو تصدق بأضعاف القيمة في الأضحية أو دم التمتع والقران فلا يقوم مقام الذبح بحال، فالعقيقة ذبيحة أمر النبي ﷺ بها فكانت أولى من الصدقة<sup>(٥)</sup>.

## المبحث السادس

### حلق رأس المولود

أما حلق رأس الصبي عند العقيقة فإن العلماء يستحبون ذلك، وقد

(١) سورة الكوثر آية ٢ .

(٢) سورة الأنعام آية ١٦٢ .

(٣) انظر تفسير ابن سعدي ٥١١/٢ .

(٤) مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح ٢١٠/٢-٢١١ .

(٥) انظر المغني ١٣/٣٩٥ والمجموع ٨/٤٣٣ .

ثبت ذلك عن النبي ﷺ في حديث سمرة بن جندب السابق ولما جاء أن النبي ﷺ قال لغاطمة لما ولدت الحسن: (احلقي رأسه)<sup>(١)</sup>.

وفي حديث سلمان بن عامر قوله (وأميطوا عنه الأذى) قال الخطابي: معنى إمطة الأذى حلق الرأس وإزالة ما عليه من الشعر<sup>(٢)</sup>.

وكره أهل العلماء أن يلطخ رأس الصبي بدم كما كان يفعله أهل الجاهلية، وإنه نسخ في الإسلام وشذ من العلماء من قال: يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم لما جاء عن بريدة الأسلمي - رضي الله عنه - يقول: (كنا في الجاهلية إذا ولد لأحدنا غلام نبخ شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الله بالإسلام كنا ننبخ شاة ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران)<sup>(٣)</sup>.

قال ابن عبد البر: انفرد الحسن وقتادة بأن الصبي يمس رأسه بقطنة قد غمست في دم، وأنكر جمهور العلماء ذلك وقالوا كان هذا في الجاهلية فنسخ بالإسلام واحتجوا بحديث سلمان بن عامر قوله (وأميطوا عنه الأذى) وقالوا كيف يأمر بإمطة الأذى عنه ويحمل على رأسه الأذى، وهذا يقتضي أن لا يمس رأسه بدم لأنه أذى وجاء في سنن ابن ملجه أن النبي ﷺ قال: (يعق عن الغلام ولا يمس رأسه بدم) وقال إسناداه حسن<sup>(٤)</sup>.

وأنكر العلماء حديث همام عن قتادة عن الحسن عن سمرة قوله في الحديث (ويديمي) وقالوا هذا وهم من همام؛ لأنه لم يقل أحد في ذلك

(١) رواه الإمام أحمد في المسند من حديث أبي رافع ٦/٣٩٠-٣٩٢، ومصنف عبد الرزاق ٤/٣٣٣ برقم ٧٩٧٣-٧٩٧٤، والمصنف لابن أبي شيبة ٨/٥٢٩.

(٢) انظر معالم السنن ٤/٢٨٧ وجامع الأصول ٧/٥٠٠.

(٣) رواه أبو داود انظر سنن أبي داود آخر كتاب الأضاحي ٣/١٠٧ برقم ٢٨٤٣، وانظر جامع الأصول ٧/٤٩٩.

(٤) كتاب النبايح باب العقيدة ٢/١٠٥٧ برقم ٣١٦٦.

الحديث (ويدمي) غيره وإنما قالوا (ويحلق رأسه)<sup>(١)</sup>.

قال أبو داود: وهذا وهم من همام، وقال أيضاً: ويسمى أصح، كذا قال سلام بن أبي مطيع عن قتادة، وإياس بن دغفل وأشعث<sup>(٢)</sup>.

قال أحمد: وما أراه إلا خطأ وقيل: هو تصحيف<sup>(٣)</sup>.

ومما يتعلق بالخلق مسألة القزع وهي حلق بعض الرأس وترك بعضه، فالقزع أن يحلق رأس الصبي ويترك منه مواضع فيها الشعر متفرقة<sup>(٤)</sup>.

وثبت النهي عنه وصح عن النبي ﷺ فيما رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - (نهى عن القزع) وفي لفظ (احلقه كله أو دعه كله)<sup>(٥)</sup> وهو أنواع :

١- أن يحلق من رأسه مواضع ههنا وههنا.

٢- أن يحلق وسطه ويترك جوانبه.

٣- أن يحلق الجوانب ويترك الوسط.

٤- أن يحلق المقدمة ويترك المؤخرة.

وهذا كله مذموم، وقد أجمع العلماء على كراهة القزع، والحكمة في كراهته أنه تشويه للخلق، وقيل لأنه أذى، وقيل لأنه زي اليهود، والله أعلم<sup>(٦)</sup>.

(١) انظر الاستذكار ٣٢٠/٤ وبداية المجتهد ٤٦٤/١، والمغني ٣٩٩/١٣.

(٢) انظر سنن أبي داود رقم الحديث ٢٨٣٧-٢٨٣٨.

(٣) انظر المغني ٣٩٩/١٣.

(٤) انظر معنى القزع، غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام ١٨٤/١-١٨٥-٣/٤٤٠ والنهاية ٥٩/٤، والمصباح المنير ٥٠٣/٢.

(٥) انظر صحيح البخاري في كتاب اللباس ٦٠/٧، ومسلم كتاب اللباس ١٦٧٥/٣، وسنن أبي داود كتاب الترجل ٤٠١/٢.

(٦) انظر تحفة المودود ص ٨٠ والمغني ١٢٣/١، وشرح النووي ١٠١/١٤.

## المبحث السابع

### تسمية المولود

يستحب أن يسمى المولود في اليوم السابع ويجوز قبله وبعده، وجاءت الأحاديث الصحيحة بذلك كما في حديث سمرة بن جندب السابق وجاء فيه (ويسمى) وإن سماه قبل السابع جاز، كما في صحيح مسلم عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: (ولد لي الليلة غلام فسميته باسم أبي، إبراهيم)<sup>(١)</sup>.

ففي هذا جواز تسمية المولود يوم ولادته، وسمى ﷺ الغلام الذي جاء به أنس بن مالك - رضي الله عنه - عبد الله<sup>(٢)</sup>.

والأمر في التسمية واسع، والولجب أن يسمى بأحسن الأسماء؛ لما جاء في الحديث عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ (إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم)<sup>(٣)</sup>.

وقال ﷺ في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - (إن أحب أسمائكم إلى الله عبد الله وعبد الرحمن)<sup>(٤)</sup> رواه مسلم.

وفي سنن أبي داود قال ﷺ: (تسموا بأسماء الأنبياء، وأحب الأسماء إلى الله عبد الله وعبد الرحمن وأصدقها حارث وهمام وأقبحها حرب

(١) كتاب الفضائل باب رحمة ﷺ الصبيان والعيال ٤/١٨٠٧ برقم ٢٣١٥ .

(٢) رواه البخاري في كتاب العقيدة باب تسمية المولود ٧/١٠٩ ومسلم كتاب الآداب ٣/١٦٨٩ برقم ٢١٤٤ .

(٣) رواه أحمد في المسند انظر الموسوعة الحديثية ٣٦/٢٣ برقم ٢١٦٩٣ وأبو داود كتاب الأدب ٢/٥٨٤ برقم ٤٩٤٨ وشرح السنة باب تحسين الأسماء ١٢/٣٢٧ برقم ٣٣٦٠ قال النووي إسناده جيد انظر المجموع ٨/٤٣٦ .

(٤) انظر صحيح مسلم كتاب الآداب ٣/١٦٨٢ برقم ٢١٣٢ .

ومرة<sup>(١)</sup>. وإنما صار الحارث وهمام من أصدق الأسماء من أجل مطابقة الاسم معناه؛ لأن الحارث هو الكاسب يقال حرث الرجل إذا كسب قال الله سبحانه وتعالى: ﴿مَنْ كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ الْآخِرَةِ نَزِدْ لَهُ فِي حَرْثِهِ﴾<sup>(٢)</sup>. الحرث العمل والكسب ومنه سمي الرجل حارثاً، وهمام من هممت بالشئ: إذا أريدته وما من أحد إلا وهو في كسب أو يهيم بشئ، وإنما صار حرب ومرة من أقبح الأسماء لما في الحرب من المكاره، وفي مرة من المارة والبشاعة. وكان رسول الله ﷺ يحب الفأل الحسن والاسم الحسن<sup>(٣)</sup>. وقد اتفق العلماء على استحسان الأسماء المضافة إلى الله، كعبد الله وعبد الرحمن وما أشبه ذلك، واختلفوا في أحب الأسماء إلى الله فقال الجمهور أحبها إلى الله عبد الله وعبد الرحمن، وقال سعيد بن المسيب: أحب الأسماء إليه أسماء الأنبياء.

والحديث الصحيح فيما رواه مسلم من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - السابق يدل على أن أحب الأسماء إليه عبد الله وعبد الرحمن وما أشبه ذلك من الأسماء المضافة إلى الله<sup>(٤)</sup>، والله أعلم.

ويكره التسمي بأسماء الملائكة مثل جبريل وميكائيل؛ لأن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قد كره ذلك، ولم يأتنا عن أحد من الصحابة ولا التابعين أنه سمي ولداً باسم أحد منهم<sup>(٥)</sup>.

(١) كتاب الآداب باب في تغيير الأسماء ٢٨٨/٤ برقم ٤٩٥٠.

(٢) سورة الشورى آية ٢٠.

(٣) شرح السنة ١٢/٣٣٤.

(٤) انظر المغني ١٣/٣٩٨، والمجموع ٨/٤٣٣.

(٥) انظر شرح السنة ١٢/٣٣٦.

## الخاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله في ختام هذا البحث ومن خلال مسائله تبين أن من حق المولود في اليوم السابع أن يراق عنه دم كما هو سنة النبي ﷺ من قوله وفعله، وكذا بطلان ما كان يفعله أهل الجاهلية الأولى من لطم دم العقيقة برأس المولود، وشذوذ من يرى أن هذا النسك خاص بالذكر دون الأنثى، وأن من أهل العلم من لم يفرق بينهما واعتبارهما على حد سواء في العقيقة، مع بيان صفات هذا النسك وما يجوز فيه من الأزواج الثمانية، وأن نبح العقيقة أفضل من ثمنها وإن زاد الثمن، وأخيراً أن من حق المولود ذكراً كان أو أنثى اختيار الاسم الحسن له فإنه يدعى به يوم القيامة وأنه كان ﷺ يحب الفأل الحسن والاسم الحسن فيجب الاقتداء به ﷺ.

وقد جاء المبحث السادس والسابع مما يقترن بالعقيقة من المتدويات حيث يذكرهما العلماء في هذا الباب، وبهذا ينتهي ما أردت الكتابة فيه وحسبي أنني بذلت جهدي في نقل كلام أئمة الإسلام من أمهات كتب المذاهب الفقهية الشهورة وجمعت بقدر المستطاع شتات مسائل هذا الموضوع.

وأسأل الله أن يغفر ما كان من تقصير أو تفريط أو زلل، كما أسأله جلا وعلا العلم النافع والعمل الصالح وأن يحفظ أئمتنا وولاة الأمر فينا ويجعل ما قدموه للعلم والعلماء وما بذلوه للتعليم وطلابه خدمة للكتاب والسنة والدراسات الإسلامية في موازين أعمالهم وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## فهرس المصادر والمراجع

- الإجماع : لابن المنذر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، دار الكتب العلمية - بيروت لبنان، ط: الأولى ١٤٠٥ هـ.
- أسد الغابة في معرفة الصحابة لابن الأثير - دار الفكر - بيروت ١٣٩٠ هـ.
- الإشراف على مذاهب أهل العلم : لابن المنذر، تحقيق / محمد نجيب، إدارة إحياء التراث بقطر، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ .
- الإفصاح: عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة، المؤسسة السعدية بالرياض.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين المرادوي، صححه وحققه محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث - بيروت.
- الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر - دار الكتاب العربي مع الاستيعاب في أسماء الأصحاب للقرطبي المالكي - دار الكتاب العربي .
- الأم : لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة - بيروت .
- الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب - الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - دار ابن حزم - بيروت .
- الاستذكار لابن عبد البر - دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني الحنفي، دار الكتاب العربي - بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد القرطبي، دار المعرفة - بيروت - ط السابعة ١٤٠٥ هـ.
- البداية والنهاية: لابن كثير، تحقيق / محمد النجار، مطبعة الفجالة - القاهرة.
- تحفة المودود في أحكام المولود لابن قيم الجوزية الطبعة الأولى .
- تفسير البغوي المسمى معالم التنزيل - دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ .
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية - بولاق ١٣١٣ هـ .

تحف الأريب بما في القرآن من الغريب لأبي حيان الأندلسي - الطبعة الأولى - ١٣٩٧ هـ - بغداد .

تفسير القرآن العظيم : لعلم الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير، دار المعرفة - بيروت ١٤٠٥ هـ .

تلخيص الحبير في تخريج الأحاديث الراقية الكبير : لابن حجر العسقلاني، دار المعرفة بيروت، تصحيح عبد الله يماني ١٣٨٤ هـ .

التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر القرطبي، تحقيق / مصطفى العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، نشر وزارة الأوقاف بالمغرب .

تهذيب الأسماء واللغات : للإمام النووي و دار الكتب العلمية - بيروت .

تهذيب التهذيب : لابن حجر العسقلاني، دار المعرفة - حيدرآباد

١٣٢٥ هـ - الطبعة الأولى .

تفسير القرطبي المسمى الجامع لأحكام القرآن - دار إحياء التراث العربي بيروت - الطبعة الثانية ١٣٧٢ هـ .

تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تحقيق / عبد السلام هارون وراجع محمد علي النجار، الدار المصرية للتأليف والترجمة ١٩٦٤ م .

تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان : للشیخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تحقيق / محمد النجار، المؤسسة السعدية .

جامع الأصول لابن الأثير - تحقيق الأرنؤوط - طبع ١٣٨٩ هـ - ١٣٩٠ هـ الطبعة الأولى .

جامع البيان : لأبي جعفر الطبري - دار الفكر .

الجامع الصحيح المسمى سنن الترمذي - مكتبة الرياض ١٤٠٠ هـ - دار الفكر - بيروت .

الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: لأبي الحسن الماوردي البصري، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة .

حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: لسيف الدين القفال، تحقيق/ ياسين أحمد، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ مكتبة الرسالة الأردن .

حاشية ابن عابدين المسماة رد المحتار على الدر المختار - دار الفكر - بيروت

- الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ .

الروض المربع: لمنصور البهوتي بحاشية العنقري، توزيع الإفتاء بالرياض.  
روضة الطالبين وعمدة المفتين : للإمام النووي، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط : الثانية ١٤٠٥هـ .

زاد المسير لابن الجوزي، المكتب الإسلامي، دمشق - ط : الثالثة ١٤٠٤هـ  
سبل السلام شرح بلوغ المرام : للإمام الصنعاني، صححه / محمد محرز، مطابع جامعة الإمام - ١٣٩٧هـ .  
سنن ابن ماجة: لأبي عبد الله القزويني، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي - بيروت .

سنن أبي داود، دار الفكر، نشر دار إحياء السنة النبوية، راجعه / محمد محيي الدين عبد الحميد .

سنن الدارقطني : دار المعرفة - بيروت، تحقيق / عبد الله هاشم .

السنن الكبرى : للبيهقي، دار المعرفة، بيروت .

سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، عناية / عبد الفتاح أبوغدة، ط : الثانية - بيروت ١٤٠٦هـ، دار البشائر الإسلامية .

سير أعلام النبلاء: للحافظ الذهبي، ط الثانية ١٤٠٢هـ مؤسسة الرسالة، بيروت.

شرح فتح القدير لابن الهمام على الهداية - الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ .

شرح الزركشي : تحقيق / عبد الله جبرين، مكتبة العبيكان ط : ١٤١٢ هـ .

شرح السنة : لأبي محمد الحسين البغوي، تحقيق / شعيب الأرنؤوط وزهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط : الثانية ١٤٠٢هـ - بيروت .

شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين البابرتي - مطبعة مصطفى البابي مصر.

الشرح الكبير: لشمس الدين أبي الفرج المقدسي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - كلية الشريعة .

شرح النووي على صحيح مسلم، دار الفكر .

الصحاح : للجوهري، تحقيق / أحمد عطار، دار العلم - بيروت الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ .

صحيح مسلم ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي، توزيع : الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية - الرياض .

صحيح البخاري - دار الفكر - بيروت - المسمى الجامع الصحيح طبع ١٣١٥ هـ .

طبقات الحنابلة : للقاضي أبي يعلى، دار المعرفة - بيروت، تصحيح محمد حامد الفقي .

طبقات الشافعية : للأسنوي، تحقيق / عبد الله الجبوري - دار العلوم، الرياض ١٤٠١ هـ .

طبقات الفقهاء : لأبي إسحاق الشيرازي، تصحيح / خليل مليس - دار العلم - بيروت .

الطبقات الكبرى : لابن سعد، دار صادر، بيروت .

غريب الحديث : لأبي إسحاق إبراهيم الحري، تحقيق / سليمان العايد جامعة أم القرى - مركز البحث العلمي - مكة المكرمة .

غريب الحديث : لابن قتيبة - تحقيق الجبوري - الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ - مطبعة العاني - بغداد .

غريب الحديث : لأبي عبيد - القاسم بن سلام، دار الكتاب العربي - بيروت ١٣٩٦ هـ - طبعة مصورة عن مطبعة حيدرآباد .

غريب الحديث : لأبي سليمان حمد بن محمد الخطابي تحقيق / عبد الكريم إبراهيم الفرباوي، دار الفكر - دمشق ١٤٠٢ هـ جامعة أم القرى - مركز البحث العلمي - مكة المكرمة .

فتح الباري شرح صحيح البخاري: لابن حجر العسقلاني، اشرف على طبعه محب الدين الخطيب، توزيع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية .

فتح العزيز شرح الوجيز : للإمام الراقعي - مطبوع في حاشية المجموع، دار الفكر .

الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، البنا، دار إحياء التراث العربي - بيروت .

فتح القدير: للإمام الشوكاني ، توزيع دار الباز - مكة المكرمة .

## \* أحكام العقيقة \*

- الفروع: لأبي عبد الله محمد بن مفلح، مراجعة عبد الستار أحمد، علم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة عام ١٤٠٢ هـ.
- الكافي في فقه أهل المدينة: لابن عبد البر يوسف القرطبي، تحقيق/ محمد محمد أحمد، مكتبة الرياض الحديثة - البطحاء .
- كشف القناع على متن الإقناع: لمنصور البهوتي، مطبعة الحكومة - مكة المكرمة ١٣٩٤ هـ.
- الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة - المكتب الإسلامي - الطبعة الرابعة ١٤٠٥ هـ.
- لسان العرب : لأبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور، مطبعة دار صادر - بيروت .
- المبدع في شرح المقنع : لأبي إسحاق برهان الدين البعلي - المكتب الإسلامي - بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ .
- المبسوط: لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت ط الأولى ١٣٩٨ هـ.
- مجموع الفتاوى: لشيخ الإسلام ابن تيمية، جمع / عبد الرحمن القاسم، طبع على نفقة خادم الحرمين الشريفين حفظه الله، أشرف عليه المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتبة المعارف - الرباط .
- المجموع: للإمام النووي دار الفكر .
- المحلى: لابن حزم الأندلسي، دار الفكر .
- مختصر الخرقى: لأبي القاسم عمر بن الحسن الخرقى، تحقيق / زهير الشاويش المكتب الإسلامي - بيروت، ط : الثالثة ١٤٠٣ هـ .
- مختصر المزني : مطبوع مع الأم للشافعي - دار المعرفة - بيروت .
- الدونة الكبرى : للإمام مالك / رواية سحنون بن سعيد، مطبعة السعادة - دار صادر .
- المسند: للإمام أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي.
- المستدرک: للحاكم النيسابوري، دار المعرفة بيروت، إشراف يوسف المرعشلي.
- الموسوعة الحديثية - مسند الإمام أحمد بن حنبل - مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ - المشرف العام عبد الله التركي .

مسائل الإمام أحمد - رواية ابنه عبد الله - تحقيق علي المهنا - مكتبة الدار بالمدينة.

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: لأحمد بن محمد الفيومي - المكتبة العلمية، بيروت - لبنان .

مصنف ابن أبي شيبة العبسي، تحقيق / الأعظمي الدارالسلفية - الهند الطبعة الأولى ١٣٨٦ هـ

مصنف عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق الأعظمي، ط : الأولى ١٣٩٠هـ، المكتب الإسلامي - بيروت .

المطلع على أبواب المقنع: لأبي عبد الله شمس الدين الحنبلي، المكتب الإسلامي - بيروت ١٤٠١هـ .

معالم السنن شرح سنن أبي داود للإمام الخطابي، ط الثانية - بيروت - المكتبة العلمية .

المغني لابن قدامة المقدسي، تحقيق / التركي والطلو- دارهجر ١٩٩٠م.

مسائل الإمام أحمد رواية ابنه صالح - الدار العلمية الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ الهند.

مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - محمد الشربيني الخطيب - مكتبة مصطفى البابي - مصر ١٩٩٧م.

المقنع لابن قدامة موفق الدين، دارالباز - مكة المكرمة .

المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الأصفهاني - دارالمعرفة - بيروت .

المنتقى شرح موطأ مالك : للباجي، ط : الأولى عام ١٣٣٢هـ - بيروت .

المهذب في فقه الإمام الشافعي: لأبي إسحاق الشيرازي، ط: الثانية ١٣٧٩هـ دارالمعرفة - بيروت .

موطأ مالك : رواية يحيى، دار النفائس .

## الفائدة والربا شبهات وتبريرات معاصرة

الدكتور / خالد بن عبد الرحمن المشعل (\*)

١ / مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وبعد:

فيعتبر سعر الفائدة من العناصر المهمة في النظرية الاقتصادية التقليدية. وقد تركزت الجهود منذ زمن طويل لمحاولة تفسير وتبرير الفائدة وظهرت عشرات النظريات في هذا المجال<sup>(١)</sup>. وانتقل هذا المنهج إلى بعض كتاب الاقتصاد الإسلامي محاولة منهم أيضا تبرير وتفسير الفائدة بما يتفق في نظرهم مع مبادئ الاقتصاد الإسلامي.

ويعتبر هذا الموضوع من أكثر الموضوعات الاقتصادية جدلا في الماضي والحاضر، وعلى الرغم من أن الكتابات حول بعض عناصر هذا الموضوع قد بدأت قبل حوالي نصف قرن الزمان إلا أن الملاحظ تجدد طرح هذه الآراء والأفكار بصيغ مختلفة في العصر الحاضر، فلا تكاد تمر مناسبة علمية اقتصادية تناقش قضايا الاقتصاد

---

(\*) عميد الدراسات العليا بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الرياض، وأستاذ الاقتصاد الإسلامي المشارك.

(١) انظر على سبيل المثال:

- Hillier, Brian, The Macroeconomic debate, Blackwell, Oxford, 1991.  
- Parkin, Michael & Bade, Robin, Modern Macroeconomics, Philip Allan, 1988.  
- Iqbal, Munawar Ahmad, Ausaf, Islamic Finance and Economic Development, Palgrave Macmillan, 2005 .

الإسلامي إلا وتعرض صورة من صور هذا الموضوع للنقاش. ولهذا يهدف هذا البحث إلى جمع هذه الآراء والنظريات وتقييمها من أجل تقديمها إلى الباحثين الجدد -على اختلاف خلفياتهم العلمية- بأسلوب مناسب يخدم مناقشة هذا الموضوع ويوضح الإطار العام له. وسيركز هذا البحث - وبشكل موجز - على عرض بعض هذه النظريات والآراء والتبريرات ومناقشة قروض هذه الآراء والنظريات. حيث يتناول القسم الثاني من البحث توضيح العلاقة بين الفائدة والربا، وفي القسم الثالث عرض مفصل للشبهات والنظريات المطروحة، أما القسم الرابع فيعرض للملامح الرئيسية والإطار العام للنظرية الإسلامية.

## ٢ / العلاقة بين الفائدة والربا :

إن معرفة العلاقة بين الفائدة والربا تتطلب تعريف كل من الفائدة والربا والألفاظ ذات الصلة بهما. فالفائدة لغة: هي ما استغنته من علم أو مال<sup>(١)</sup> والجمع فوائد وأقصدت المال استغنته وأعطيته ضد. وهما يتفايدان بالمال يفيد كل صاحبه<sup>(٢)</sup>.

وإذا أردنا أن نتعرف على مفهوم الفائدة في اصطلاح الفقهاء فلا بد من معرفة بعض الكلمات ذات العلاقة والصلة بموضوع المال ونمائه وريحه ومن أهم هذه الكلمات الربح والغلة والفائدة، وبالتعريف الدقيق لكل هذه المصطلحات يمكن أن نصل إلى الإجابة على العلاقة بين الفائدة والربا، وبالتالي إلى الحكم الشرعي للفائدة.

(١) الرازي، مختار الصحاح مادة فید.

(٢) الفيروزآبادي، القاموس المحيط فصل الفاء باب الدال.

## ١ / ٢ الربح :

الربح: الربح في عرف الفقهاء هو زائد ثمن مبيع نتج على ثمنه الأول<sup>(١)</sup>.

ويتضح من هذا التعريف أن الربح هو ما نتج عن عملية تبادل تجاري تنقلب فيه النقود إلى عروض تجارية ثم تباع بأزيد من ثمن شرائها، فهذه الزيادة تسمى في العرف الفقهي ربحاً وهو ما عبر عنه ابن قدامة بقوله: وإن النماء في الغالب في التجارة إنما يحصل بالتقليب<sup>(٢)</sup> ولهذا لا يدخل تحت مفهوم الربح ما يحصل عليه الإنسان من غير عملية تجارية.

## ٢ / ٢ الغلة :

الغلة : الغلة في اللغة يقال: أَغْلَتِ الضيعة فهي مُغْلَةٌ إذا أَتَتْ بشئ وأصلها باق<sup>(٣)</sup> والغلة الدخل من كراء دار وأجر غلام وعائد أرض من ريعها أو كرائها، والغلة واحدة الغلات<sup>(٤)</sup>.

وتستعمل في عرف الفقهاء للدلالة على إنتاج ما أصله جامد، ولهذا تطلق الغلة على ما تخرجه الأرض وما ينتجه العبد وما يدره الحيوان من لبن وصوف وغيرهما وجاء في دستور العلماء: غلة الشئ حاصلة كلجرة الدار المستأجرة والزراعة الحاصلة من زرع الأرض<sup>(٥)</sup>.

(١) الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريبر ٤٦١/١ .

(٢) ابن قدامة، المغني ٣/٣٤ .

(٣) ابن منظور، لسان العرب مادة (غل).

(٤) الزبيدي، تاج العروس من القاموس مادة (غل).

(٥) عبد النبي بن عبد الرسول الاحمد نكري، دستور العلماء ٧/٣ .

كما تطلق على ما تجدد - نتج - من سلع التجارة قبل بيع رقبائها كغلة العبد وثمر النخل المشتري للتجارة<sup>(١)</sup>.

وتتخذ الغلة شكل النقود أو السلع أو الخدمات، بخلاف الربح الذي لا يتخذ إلا شكل النقود.

### ٢ / ٣ الفائدة:

تطلق الفائدة في عرف الفقهاء - كما عرفها النسوقي - على ما تجدد - نتج - لا عن مال أو عن مال غير مزكى كميزات أو عطية أو هبة وثمر عروض القنية<sup>(٢)</sup> وتخرج بهذا التعريف الغلة والربح؛ لأنها حصلت عن مال، ويقصد بثمر عروض القنية ما إذا اشترى سلعة للاقتناء لا للإيجار بعشرة ثم باعها بعشرين فلا يسمى هذا ربحاً بل فائدة. ويمكن أن نضع ضابطاً للفائدة من خلال هذه التعريف: أنها ما يحصل عليه الإنسان دون عمل أو جهد أو قصد التجارة.

والمبدأ المقرر في الإسلام أن النقود لا تلد النقود بمفردها ولا نماء لها بحد ذاتها فالفائدة في التعريف الفقهي تقتصر على نماء العروض والسلع المعدة للقنية - الأصول الثابتة - دون الأموال النقدية التي يشترط لشرعية نمائها أن تدخل في دورة بيع وشراء وتنتقل بها من نقد إلى عروض تجارية - سلع - ثم تعود نقوداً مرة أخرى فإن النماء الناتج عنها في هذه الحالة يعتبر ربحاً مشروعاً، لالتقاء المال مع العمل في هذه الدورة وتقليبه من حال إلى حال ولتوفر عنصر المخاطرة فيه بتعرضه لاحتمال الربح والخسارة.

(١) النسوقي . حاشية النسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٦١ .

(٢) النسوقي . حاشية النسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٦١ .

وهذا الأمر بعكس الحال تماماً في العرف الاقتصادي الذي يسمى فيها نماء المال بذاته ربحاً رأسمالياً سواء أكان المال نقداً أم غيره، بل إن التسمية تكاد تنحصر في نماء المال النقدي وهي الفائدة في العرف المصرفي<sup>(١)</sup>.

وبعد أن تم تعريف كل من الربح والغلة والفائدة في العرف الفقهي بقي أن نتعرف بشكل دقيق على مفهوم الفائدة في العرف المصرفي، حتى يمكن التعرف على العلاقة بين الفائدة والربا.

الفائدة في العرف المصرفي هي الثمن المدفوع نظير استخدام النقود<sup>(٢)</sup> أو هي الثمن النقدي لاستعمال مبلغ نقدي.

ومن هنا يتضح أن معنى الفائدة في عرف الفقهاء يختلف عن معناها في العرف المصرفي والاقتصادي، كما أن معنى الفائدة في كلتا الحالتين يختلف عن معنى الربح في الفقه الإسلامي.

وإذا كان الأمر كذلك يتبقى سؤال مهم وهو: هل يختلف معنى الفائدة في العرف المصرفي عن معنى الربا المحرم في الفقه الإسلامي كما اختلف الربح أو لا ؟

والإجابة على هذا السؤال المهم تتطلب تعريف الربا لكي نتمكن من معرفة أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

٢ / ٤ الربا :

الربا في اللغة: من ربا الشيء إذا زاد قال السقاء في قوله تعالى:

(١) انظر حسن بن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام ص ٢٥٤ .

(٢) حسن عبد الله الأمين ، الفوائد المصرفية والربا ص ٦ ، ٣ .

﴿فَاخَذَهُمْ أَخْذَةً رَابِيَةً﴾<sup>(١)</sup>. أي زائدة كقولك أربيت إذا أخذت أكثر مما أعطيت<sup>(٢)</sup>. فالربا في اللغة هو الزيادة مطلقاً قال تعالى: ﴿اهْتَزَّتْ وَرَبَّتْ﴾<sup>(٣)</sup>. أي نمت وزادت.

وفي الاصطلاح الشرعي: الزيادة في أشياء مخصوصة<sup>(٤)</sup>. أو هو عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما<sup>(٥)</sup>.

والربا في الشريعة الإسلامية نوعان:

النوع الأول: ربا الديون - وقد اشتهر باسم ربا النسيئة - وهو ربا الجاهلية الذي حرمه القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾<sup>(٦)</sup>. وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحْلُ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>(٧)</sup>. وحرمة النبي صلوات الله وسلامه عليه بقوله: (إن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبداً به ربا العباس بن عبدالمطلب فإنه موضوع كله)<sup>(٨)</sup>.

(١) سورة الحاقة الآية ١٠ .

(٢) انظر الرازي ، مختار الصحاح مادة (ربا) .

(٣) سورة الحج الآية ٥ .

(٤) ابن قدامة ، المغني مكتبة الرياض الحديثة ٤/٣ .

(٥) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ٢/ ٢١ .

(٦) سورة آل عمران الآية ١٣٠ .

(٧) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٨) أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله في باب حجة النبي ﷺ وأخرجه ابن ملجة في سننه في كتاب المناسك عنه أيضاً رقم الحديث ٣٠٧٤. وأخرجه الدارمي في سننه عن جابر أيضاً في كتاب مناسك الحج رقم الحديث ١٨٥٧ .

وربا الديون هذا يتخذ صورتين :

١- الزيادة على القرض في صلب العقد أي القرض بزيادة مشروطة عند العقد، وبالتالي أخذ هذه الزيادة مع القرض عند حلول الأجل.

٢- الزيادة على الدين نظير تأجيله مرة ثانية عند حلول أجل السداد وعجز المدين عنه سواء كان البيع ناشئاً عن البيع بثمن مؤجل أم عن قرض.

وربا الديون هذا هو ما تعارف أهل الجاهلية عليه وهو ما يسمى بالربا الجلي<sup>(١)</sup>.

أما النوع الثاني: فهو ربا البيوع وهو الربا الذي يكون في المبيعات ويسميه الفقهاء: ربا الفضل؛ تغليباً؛ لأنه في حقيقته ربا فضل وربا نسيئة، وهو خاص بالأشياء الستة: الذهب والفضة والتمر والبر والشعير والملح وما قيس عليها عند جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

يقول عليه الصلاة والسلام: (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل بدأ بيد فإذا اختلف الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان بدأ بيد)<sup>(٣)</sup>.

وهذا النوع من الربا لم يكن معروفاً عند العرب في الجاهلية بكونه ربا أي أنهم وإن كانوا يتعاملون به إلا أنهم لم يكونوا يطلقون

(١) ابن قسّم ، حاشية الروض المربع ٤/٤٩٢ .

(٢) انظر: مرغيشاني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ٦١/٣، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١٢٩/٢، الشربيني، مغني المحتاج ٢٢/٢ وما بعدها، ابن قدامة، المغني ٤/٤ وما بعدها.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه بما أخرجه الترمذي في الجامع عن عبادة في كتاب البيع برقم ١٢٤٠ ولحمد في المستدع ٣١٤/٥ .

عليه اسم الربا ولم يعرف بهذا الوصف، فليس داخلاً في معنى الربا العرفي عندهم وإنما ذكرته السنة وجعلته محرماً وكله يتعلق بالبيع<sup>(١)</sup>. وهو الربا الخفي وحرم لأنه ذريعة إلى الجلي كما يقول ابن القيم<sup>(٢)</sup>.

وبعد هذا التعريف الموجز للربا يمكن أن نقارن بين هذا المعنى وبين معنى الفائدة في العرف المصرفي التي سبق أن ذكرنا أنها تعني الثمن المدفوع نظير استخدام النقود أو هي الثمن النقدي لاستعمال مبلغ نقدي.

وإذا علمنا أن المبالغ النقدية التي تستعملها المصارف وتدفع في مقابل استعمالها مبلغاً من النقد يسمى الفائدة ما هي إلا الودائع لأجل أو ودائع الاضار من جهة وأن المبالغ النقدية التي تقرضها البنوك للمستثمرين والمقترضين من جهة أخرى وتتقاضى في مقابل ذلك مبلغاً من النقد عليها وباسم الفائدة ما هي في الحقيقة إلا المبالغ المتحصلة من الودائع مع رؤوس أموال تلك البنوك الخاصة - والتي لا تمثل إلا نسبة صغيرة من المبالغ النقدية المتوفرة لديها - ثم إذا علمنا مرة أخرى أن الفقه القانوني والتشريع قد استقر على اعتبار الودائع المصرفية النقدية بأنواعها المختلفة قروضاً يملكها البنك ويلتزم إزاء المودعين بردها مع فوائدها إن كانت مؤجلة أو للاضار. إذا علمنا ذلك يتبين لنا دون أدنى شك أن معنى الفائدة على ضوء ما تقدم يلتقي تماماً في مقاييس الفقه والشريعة الإسلامية بمعنى الزيادة في القرض

(١) حسن الامين، الفوائد المصرفية والربا ص ٦ .

(٢) ابن قاسم ٤٩٢/٤ .

عند العقد وهذه إحدى صورتي ربا الجاهلية التي حرمها القرآن الكريم والسنة النبوية .

فالفائدة إذن ما هي إلا زيادة مشروطة في قرض مؤجل لمصلحة المودع في حالة الودائع المؤجلة أو ودائع الاسخار، كما أنها زيادة في قرض مؤجل أيضاً لمصلحة البنك في حالة إقراضه لشخص آخر<sup>(١)</sup>.

### ٣ / شبهات حول الفائدة :

بعد هذه العرض الموجز للعلاقة بين الفائدة في العرف المصرفي والربا في الفقه الإسلامي والذي تبين من خلاله أنهما شيء واحد، نعرض بعض الشبهات والتبريرات التي ذكرت لتفسير وتبرير الفائدة من قبل علماء الاقتصاد أو من قبل بعض الاقتصاديين المسلمين ونحاول مناقشة هذه الآراء.

#### ٣ / ١ الفائدة المركبة والفائدة البسيطة :

يرى بعض كتاب الاقتصاد الإسلامي أن التحريم في الفائدة الربوية قاصر على الربا المضاعف دون غيره واستندوا إلى ما يأتي :

١- يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>(٢)</sup>.

فهذه الآية تقصر التحريم على الربا المضاعف دون البسيط.

٢- إن حقيقة الاستغلال تتحقق مع الربا المضاعف أما الزيادة

(١) حسن الأمين، ص ٦-٨ .

(٢) سورة آل عمران الآية ١٣٠ .

البسيطة فلا تكون محرمة؛ لأنها لا تحقق الاستغلال ولا تنمي الثروات بطريقة ظالمة.

وممن ذهب إلى هذا الرأي عبد العزيز جاويش حيث أجاز الفائدة القليلة وكان الدافع إلى إجازة جاويش للفائدة البسيطة هو أنه حدثت أزمة مالية في مصر وامتنعت المصارف الأجنبية عن إقراض مصر وتمويلها بالمال فاتجهت الأنظار إلى إنشاء شركة مالية تتعامل بالفائدة ودارت مناقشات عديدة إزاء هذا الاتجاه. إلا أن جمهور الفقهاء وقف ضد هذا الرأي وأكد على حرمة الربا قليلة وكثيره. وكان العلماء في الدولة العثمانية قد أفتوا بجواز الفائدة القليلة حينما سئلوا عن إنشاء مصرف إسلامي، وقد أبحاث الدولة العثمانية للقضاة أن يحكموا بالفائدة على أن لا تبلغ هذه الفائدة مثل الدين الأصلي: أي لا تبلغ ضعف القرض؛ لأن الضعف فأكثر يعتبر حراماً، أما أقل من الضعف فإنه يعتبر مباحاً وكان نص الفتوى كالتالي :

إن مشايخ الإسلام قرروا أنه مادامت الأموال المودعة بهذا المصرف والتي تستقرض أو ترد، والمبالغ التي تؤخذ أو تترك بأي صورة مادامت تعود بربح قليل وتسير حسب إحدى الطرق التي نص عليها فقهاؤنا فهي والحالة هذه محللة<sup>(١)</sup>.

ويمكن الرد على هذه الشبهة بالآتي:

(١) أبو سريح محمد عبد الهادي ، الربا والقرض في الفقه الإسلامي دار الاعتصام القاهرة، ص ١٥٦/ ١٥٧ نقلاً عن : محمد أبو زهرة ، مقال عن الربا في مجلة العربي الكويتية عدد ٥٩ عام ١٩٦٣ م . فتوى الدولة العثمانية الصادرة في ١٠ شوال سنة ١٣٢٨ هـ .

- إن قول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ يمكن أن يخرج على أنه يمثل مرحلة أولى من مراحل تحريم الربا، فالشريعة الإسلامية تدرك طبيعة المجتمع وطبيعة العمل المحرم فقد كان الربا سائداً في الجاهلية فكان من الحكمة أن لا يحرم مرة واحدة بالكلية، بل لا بد من التدرج في التحريم حتى لا يصطدم الحكم بالواقع مما يترتب عليه إهمال الحكم الشرعي بالكلية. وهذا هو أسلوب القرآن الكريم في مثل هذه الأمور، فالخمر مثلاً لم يحرم دفعة واحدة وإنما حرم بالتدرج فكانت النتيجة أن تُقبل هذا الحكم من قبل أفراد المجتمع .

جاء في تفسير آيات الأحكام: لقد مر تحريم الربا بأربعة أدوار كما حدث في تحريم الخمر وذلك تمشياً مع قاعدة التدرج.

الدور الأول: نزل قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لِيَرْبُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

وهذه الآية الكريمة نزلت في مكة وهي كما يظهر ليس فيها ما يشير إلى تحريم الربا وإنما هي إشارة إلى بغض الله للربا وأن الربا ليس له ثواب عند الله فهي إذن موعظة سلبية.

الدور الثاني : نزل قوله تعالى: ﴿فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيراً﴾<sup>(٢)</sup>. ﴿وَأَخَذْنَاهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾<sup>(٣)</sup>. وهذه الآية المدنية وهي قصة ذكرها الله سبحانه وتعالى علينا من سيرة اليهود الذين حرم الله عليهم الربا فأكلوه واستحقوا عليه

(١) سورة الروم الآية ٣٩ .

(٢) سورة النساء الآية ١٦٠ .

(٣) سورة النساء الآية ١٦١ .

اللعة والغضب وهو تحريم بالتلويح لا بالتصريح لأنه حكاية عن جرائم اليهود وليس فيه ما يدل دلالة قطعية على أن الربا محرم على المسلمين. وهذا نظير الدور الثاني في تحريم الخمر: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾<sup>(١)</sup>. حيث كان التحريم فيه بالتلويح لا بالتصريح .

الدور الثالث: نزل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾<sup>(٢)</sup>. وهذه الآية مدنية وفيها تحريم صريح ولكنه تحريم جزئي لا كلي؛ لأنه تحريم لنوع من أنواع الربا الذي يسمى الربا الفاحش وهو الربا الذي بلغ من الشناعة والقبح والإجرام الذروة العليا حيث كان الدين فيه يتزايد حتى يصبح أضعافاً مضاعفة يضعف عن سداذه كاهل المستدين الذي استدان لحاجة وضرورة وهو يشبه تحريم الخمر في المرحلة الثالثة: حيث كان التحريم جزئياً لا كلياً في أوقات الصلاة.

الدور الرابع: وفي هذا الدور الأخير نزل التحريم الكلي القاطع الذي لا يفرق فيه القرآن الكريم بين قليل أو كثير والذي تدل النصوص الكريمة على أنه قد تم فيه التشريع السماوي بالنسبة إلى حكم الربا. فقد نزل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾<sup>(٣)</sup>. ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتِمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾<sup>(٤)</sup>.

(١) سورة البقرة الآية ٢١٩ .

(٢) سورة آل عمران الآية ١٣٠ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٨ .

(٤) سورة البقرة الآية ٢٧٩ .

وهذه الآيات الكريمة التي كانت المرحلة النهائية في تحريم الربا تشبه المرحلة النهائية في تحريم الخمر في المرحلة الرابعة منها حيث حرمت الخمر تحريماً قاطعاً جازماً في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>(١)</sup>. وبهذا البيان يتضح لنا سر التشريع الإسلامي في معالجة الامراض الاجتماعية التي كان عليها العرب في الجاهلية بالسير بهم في طريق التدرج<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن تخرج هذه الآية بتخريج آخر وهو كما يقول الشيخ محمود شلتوت في تفسير القرآن الكريم : بقي علينا أن ننبه في هذا الشأن لأمر خطير، هو أن بعض الباحثين المولعين بتصحيح التصرفات الحديثة، وتخرجها على أساس فقهي إسلامي، ليعرفوا بالتجديد وعمق التفكير، يحاولون أن يجددوا تخرجها للمعاملات الربوية التي يقع التعامل بها في المصارف أو في صناديق التوفير أو السندات الحكومية أو نحوها، ويلتمسون السبيل إلى ذلك، فمنهم من يزعم أن القرآن الكريم إنما حرم الربا الفاحش بدليل قوله تعالى (أضعافاً مضاعفة) فهذا قيد في التحريم لا بد أن يكون له فائدة، وإلا كان الاتيان به عبثاً، تعالى الله عن ذلك، وما فائدته في زعمهم إلا أن يؤخذ بمفهومه، وهو إباحة ما لم يكن أضعافاً مضاعفة من الربا.

وهذا قول باطل، فإن الله سبحانه وتعالى أتى بقوله (أضعافاً مضاعفة) توبيخاً لهم على ما كانوا يفعلون، وإبرازاً لفعلهم السيئ،

(١) سورة المائدة الآية ٩٠.

(٢) محمد علي الصابوني. روائع البيان في تفسير آيات الاحكام من القرآن. ص ٣٩٠-٣٩١.

وتشهيراً بهم، وقد جاء مثل هذا الأسلوب في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْرَهُوا قِيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّبَتِّغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾<sup>(١)</sup>. فليس الغرض أن يحرم عليهم إكراه الفتيات على البغاء في حالة إراستهن التحصن، وأن يبيحه لهن إذا لم يردن التحصن ولكنه يبشع ما يفعلونه ويشهر به. ومعنى الآية: لقد بلغ الأمر أنكم تكرهون فتياتكم على البغاء وهن يردن التحصن، وهذا أقطع ما يصل إليه مولى مع مولاته، فكذلك الأمر في آية الربا فمعنى الآية: لقد بلغ بكم الأمر في استحلال أكل الربا أنكم تأكلونه أضعافاً مضاعفة فلا تفعلوا ذلك<sup>(٢)</sup>.

جاء تحريم الربا في غير هذه الآية مطلقاً وصريحاً حيث يقول تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>(٣)</sup>.

ويقول تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾<sup>(٤)</sup>. ﴿فَإِنْ لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾<sup>(٥)</sup>. فهذه الآيات لم تفرق بين قليل الربا وكثيره بل حرمت الجميع وجعلت للمرابي رأس ماله دون زيادة أو نقص ولو قليلاً.

كما جاءت السنة المطهرة الشريفة بتحريم الربا قليله وكثيره منها:

(١) سورة النور الآية ٣٣.

(٢) محمود شلتوت، تفسير القرآن الكريم، ص ١٥٠-١٥١.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٤) سورة البقرة الآية ٢٧٨.

(٥) سورة البقرة الآية ٢٧٩.

- لعن رسول الله أكل الربا وموكله وكتبه وشاهديه وقال هم سواء<sup>(١)</sup>.
- الربا بضع وسبعون حوبا أدناها مثل أن ينكح الرجل أمه.

### ٣ / ٢ الفائدة والقروض الاستهلاكية:

يفرق بعض الكتاب<sup>(٢)</sup> بين الربا والفائدة ويرون أن الإسلام حرم الربا ولم يحرم الفائدة، والربا في نظرهم هو ما يؤخذ في القروض الاستهلاكية أما الفائدة فهي ما يحصل عليه المقرض لأغراض إنتاجية (استثمارية). ويستندون في هذا الرأي إلى ما يأتي :

- إن العرب في الجاهلية لم تكن تعرف سوى القروض الاستهلاكية فقط ولهذا فإن تحريم الإسلام للربا جاء متفقاً مع ما كان معروفاً عند العرب في الجاهلية، أما القروض الإنتاجية فلم تكن معروفة لديهم وإنما هي من الأمور التي جدت على مر الأيام .

- أنه يترتب على القروض الإنتاجية أن يحصل المقرض على عوائد وأرباح هذه الأموال، وليس من العدل أن يحرم المالك الحقيقي لهذه الأموال - للمقرض - من عائد نظير استفادة المقرضين من هذه الأموال.

أما القروض الاستهلاكية: فهي الحالة التي تحرم فيها أخذ فائدة ربوية وذلك لأن المقرض لا يقدم على الاقتراض إلا لحاجته الاستهلاكية الملحة .

- في العصر الحديث تغير المفهوم بتغير الطبيعة في القروض

(١) أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله في باب الربا انظر صحيح مسلم بشرح النووي ٢٦/١١ .

(٢) منهم معروف الدواليبي: وقد نقل رأيه عن هذا الموضوع لبيب شقير في كتاب تاريخ الفكر الاقتصادي ص ٨١ .

بعد انتشار المصارف فلم يعد المقرض - وهو المصرف هنا - هو ذلك الطرف الضعيف الذي يخضع لاستغلال المقرض وشروطه ولم يعد المقرض هو ذلك الطرف الجبار الذي يستغل حاجة المقرض، بل انعكس الوضع تماماً فأصبح المقرض - المصارف - هي صاحبة الرأي والقوة وتقرض على المقرض - المودع - الشروط التي تملئها عليه حيث إنها تحدد نسبة الفائدة وطريقة التعامل معها .

ولما كانت الطريقة انعكست الآن تماماً فلا بد من التفريق بين القرض الإنتاجي والقرض الاستهلاكي من حيث جواز الفائدة في الأول وتحريمها في الثاني، يقول الدكتور الدواليبي وهو من المؤيدين لهذا الرأي: إن القرض المحرم لم يكن له صفة القرض الإنتاجي وأن القرض الذي حرمه المشرع الإسلامي لم يكن يصلح إلا للاستهلاك لأن الفائدة فيه لم تكن إلا شكلاً من أشكال استثمار عون المحتاجين الذين هم أولى بالعطف والرعاية<sup>(١)</sup>.

وهذه الشبهة ضعيفة لا تحتاج لبيان ضعفها إلى أكثر من التأمل في الآية القرآنية ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، ليس فيها ما يشعر بأن العرب كانت تتعامل بالربا للأغراض التجارية، ثم ألم يكن العرب تجاراً فما المانع لهم من التعامل بالربا في التجارة وهم الذين حاولوا تشبيه البيع بالربا زعماً منهم بأن البيع مثل الربا<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: أبوسريع محمد عبدالهادي، الربا والقرض في الفقه الاسلامي ص ١٥٣-١٥٤، أما نص الدواليبي فهو قد نقله عن لبحث مؤتمر القانون الإسلامي المنعقد في باريس يولييه سنة ١٩٥١م.

(٢) د. عمر بن سليمان الأشقر، الربا وأثره على المجتمع الانساني ص ٧٢-٧٥ .

ثم إن يهود المدينة كانوا يقدمون المال ليس من أجل أغراض استهلاكية فحسب وإنما من أجل التجارة أيضاً فوجود المضاربة والمشاركة بين العرب لا يدل على أن الفائدة الإنتاجية لم تكن منتشرة بينهم<sup>(١)</sup>.

ثم إن الحكمة الرئيسية لتحريم الفائدة في القروض الممنوحة لأغراض إنتاجية تشتق من فكرة العدالة بين الإنسان وأخيه وهي الفكرة التي تعتبر حجر الزاوية في نظرة الإسلام للحياة الاجتماعية، فلا ريب أن عدم التيقن حاصل في أي مشروع استثماري كما أنه لا يمكن تحديد الربح أو الخسارة مسبقاً وعلى ذلك يكون مجافياً للعدالة إلى حد بعيد أن يتوفر للطرف الذي يقدم رأس مال نقدياً ضمان الحصول على عائد ثابت ومحدد سلفاً في حين أن الطرف الذي يقدم عنصر التنظيم في المشروع يلقي على عاتقه وحده عبء عدم التيقن من مصير نشاطه في هذا المشروع. ومن جهة أخرى فلإن تحديد سعر ثابت للفائدة يمكن أن لا يكون عادلاً أيضاً حتى في حق صاحب المال إذا ما تحصل المقرض على الربح يفوق بكثير حدود ما يدفعه إلى المقرض عن طريق الفائدة<sup>(٢)</sup>.

وفي الحقيقة يمكن القول أنه لا فرق بين الربا في القرآن الكريم وبين الفائدة في النظرية الاقتصادية التقليدية فهو فرق في الدرجة وليس في النوع؛ لأن الربا والفائدة يمثلان الزيادة في رأس المال المقرض ولا يترتب على تسمية الربا بالفائدة تغيير في خصائص كل منهما ثم إن الضرر لا يقتصر على الفائدة في القروض الاستهلاكية فحسب بل إن فائدة القروض الإنتاجية ضارة أيضاً؛ لأنها ستدخل في

(١) محمد منان، الاقتصاد الإسلامي، من النظرية والتطبيق، ترجمة د. منصور التركي ص ١٣٦ .

(٢) تقرير مجلس الفكر الإسلامي في الباكستان: إلغاء الفائدة من الاقتصاد ص ٢٤ .

التكاليف وبالتالي في السعر ومن ثم يتضرر المستهلك .

وخلاصة القول أن الفائدة على أنواع القروض كلها ربا محرم لا فرق بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكي وما يسمى بالقرض الإنتاجي وكثير الربا وقليله حرام والإقراض بالربا محرم لا تبيحه حاجة ولا ضرورة والاقتراض بالربا محرم كذلك ولا يرتفع إثمه إلا إذا دعت إليه ضرورة وكل امرئ متروك لدينه في تقرير الضرورة<sup>(١)</sup>.

### ٣/٣ سعر الفائدة ومكافأة الادخار:

يرى الاقتصاديون التقليديون أن سعر الفائدة ليس سوى مكافأة للمدخرين على الادخار وارتفاع سعر الفائدة يؤدي إلى زيادة عرض المدخرات من قبل الأفراد للاستفادة من هذه المكافأة. غير أن هذه النظرة قد انتقدت من قبل كثير من الاقتصاديين ومن بينهم كينز الذي أكد على أن الادخار ليس دالة في سعر الفائدة فقط وإنما يتوقف بدرجة رئيسة على الدخل القومي<sup>(٢)</sup>، كما أن سعر الفائدة ليس هو الأداة التي تحفظ التوازن بين الادخار والاستثمار كما قرر الاقتصاديون التقليديون. ومن جهة أخرى فإن ادخار الأفراد يتوقف أساسا على عوامل نفسية واجتماعية وسياسية كالرغبة في تكوين احتياطي لظروف المستقبل او غيرها من العوامل التي هي أبعد ما تكون عن التغير في سعر الفائدة<sup>(٣)</sup>.

(١) الفتوى التي أصدرها مؤتمر الفقه الثاني شهر محرم ١٣٨٥ هـ وانظر لمزيد من التفاصيل حول الفرق بين الربا والفائدة: محمد أبو زهرة: تحريم الربا تنظيم اقتصادي: ص ٥٣-٦١ .  
(٢) انظر: د. محمد عمر شابرا، نحو نظام نقدي عادل: دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الإسلام، ص ١٦٨ .

(٣) انظر لمزيد من التفاصيل: د خالد المشعل، صياغة وتقدير دالة الادخار العائلي في المملكة العربية السعودية. بحث منشور في مجلة أفاق اقتصادية العدد ٨٠ للعام ١٩٩٩ م .

### ٣ / ٤ الفائدة والتضحية والحرمان والامتناع :

من النظريات التي ظهرت في تفسير الفائدة ما يعرف بنظرية الحرمان عن الاستهلاك الحاضر ونظرية الانتظار والامتناع، وتحاول هذه النظريات تفسير الفائدة على أنها تعويض للمنخر عن تضحيته وحرمانه من الاستهلاك في الوقت الحاضر. ومع ذلك فمن البديهي أن التضحية الناتجة عن الحرمان تتناسب عكسيا مع مستويات الدخل. ومن هذا المنطلق ينشأ السؤال التالي: لماذا إذن يفرض الأغنياء أسعارا باهظة للفائدة عن منخراتهم على الرغم من أن تضحياتهم أو حرمانهم لا يقارن بتضحية وحرمان الفقراء؟

ولهذا يقرر لاسال (Lassale) وهو اقتصادي اشتراكي بسخرية من هذا التفسير: فائدة رأس المال هي مكافأة الحرمان كلام عجيب كلام يعدل وزنه ذهباً إن أصحاب الملايين من الأوروبيين وكذلك الزهاد والتائبون والنساک على ساق واحدة، أذرعهم ممدودة، وأجسامهم منحنية وسحناتهم شاحبة يمدون إلى الشعب قصصاتهم ليجمعوا مكافأة حرمانهم. وفي وسط هؤلاء وعلى رأس كل التائبين محلات روتشيلد. وفي الواقع إن جميع الأموال إنما هو عمل الأغنياء الذي لا يخضعون إلى الحرمان أو التضحية<sup>(١)</sup>. ولهذا حاول مارشال أن يغير لفظ الحرمان والتعفف إلى لفظ الانتظار (waiting).

والانتظار هو عملية الامتناع عن التصرف بالسلع خلال زمن ما، فامتناع البعض -المسخرين- يجعل من الممكن للآخرين (المستثمرين) أن يقوموا بعملية الاستثمار لهذا الاسخار. ولهذا فإنه لا بد من تأجيل

(١) د. رفيق المصري، مصرف التنمية الإسلامي ص ٢٨٩ .

بعض النفقات الاستهلاكية الى زمن تال أي لا بد من الانتظار وعلى هذا الأساس فإن معدل الفائدة ليس إلا مكافأة للاسار .

وفي الحقيقة إن هذا الرأي الذي عبر عنه مارشال ليس إلا نظرية التعفف أو الحرمان نفسها بعد أن صاغها بمزيد من العناية والتحسين من حيث التعبيرات والمصطلحات المستخدمة أما من حيث فكرتها الرئيسية فهي تتفق مع فكرة نظرية الحرمان والتضحية وهي التأخير في التمتع بالسلع والمقترن باستثمار رؤوس الأموال واختلاف التعبير لا يغير من حقيقة المشكلة <sup>(١)</sup>، ثم إن هذه النظريات لا تستطيع تفسير كيفية إيجاد معيار يحدد لنا سعر الانتظار هذا .

ومن جهة أخرى فإن الواقع يخالف ما تنص عليه هذه النظريات التي تفسر الفائدة على أنها تضحية وحرمان، حيث نجد أن أكثر الناس لا ينفقون كل ما يكسبون اليوم على الفور بل يؤثرون أن يدخروا نصيباً منه لمستقبلهم بل إن الغالبية العظمى من الناس على الأقل يضيقون على أنفسهم ويقللون من حاجاتهم ويريدون أن يدخروا جانباً من أموالهم لقضاء حاجاتهم في المستقبل . ولهذا يمكن القول إن الفرق المذكور بين القيمة في الحاضر والمستقبل من الوجهة النفسية لا يعدو أن يكون مغالطة ليس إلا <sup>(٢)</sup>.

### ٣ / ٥ الفائدة وإنتاجية رأس المال :

من النظريات التي قدمت لتفسير وتبرير الفائدة ما يعرف بنظرية إنتاجية رأس المال التي تنطلق من حقيقة إنتاجية الطبيعة. فهذه النظرية

(١) المرجع سابق ص ٢٩٠ .

(٢) أبو الأعلى المودودي ، الربا ، مؤسسة الرسالة طبعة عام ١٤٠٤ هـ ص ٢٠ .

تقوم على أساس أن في حين أن مالك الأرض يحصل على عائد وهو أجر الأرض دون عمل أو مخاطرة، فالمالك نظرا لتنازله عن شي منتج استحق هذا العائد وقعلا فإن الذي يملك رأس مال يريد أن يقرضه، لو لم يحصل على فائدة لكان من الأصلح له أن يشتري قطعة من الأرض تؤمن له ريعا دون عمل أو مخاطرة أيضا.

فبناء على هذه النظرية فمن حق صاحب رأس المال أن يأخذ الفائدة والتي هي تعبير عن حقه في جزء من الأرباح التي جناها المقترض بواسطة ما قدم إليه من مال، فرأس المال يشارك في الناتج لأن له إنتاجية<sup>(١)</sup>.

ومن هذا المنطلق نشأ السؤال التالي: لماذا يجوز الربح في الشركة ولا يجوز فائدة المال في القرض مع أن الفائدة ليست إلا مبلغاً محدوداً؟ نعم هي مضمونة ولكنها قليلة محدودة، أما الربح فهو غير مضمون ولكنه أكثر. فلماذا لا يخير المال بين الصنفين فالدائن عندما يقبل فائدة محدودة إنما يتنازل عن حصة من الربح مقابل تأمين لدى المدين من الخسارة<sup>(٢)</sup>.

ولكن - في الحقيقة - فشلت تلك النظرية في تبرير الفائدة من خلال الآتي:

- مع تسليمنا بأهمية عنصر رأس المال وبدوره في زيادة الإنتاج

(١) انظر رفيق المصري، مصرف التنمية الاسلامي ط ١ ص : ٢٨٦ .

(٢) انظر رفيق المصري: النظام المصرفي خصائصه ومشكلاته: دراسات في الاقتصاد الاسلامي: بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الثاني للاقتصاد الإسلامي الناصر المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي ط ١٤٠٥ هـ ص ١٧٦ .

ولكن هذه الحقيقة لا تفسر لماذا يكون هناك سعر محدد للفائدة، فلو كانت الفائدة تدفع بسبب إنتاجية رأس المال لتطلب الأمر أن تكون هذه الفائدة متغيرة حسب تغير إنتاجية رأس المال من صناعة إلى أخرى. ثم إن إنتاجية رأس المال قد تنتهي إلى كمية سالبة ويرجع ذلك مثلاً إلى الهبوط غير المتوقع في أسعار المنتجات فحينئذ لا تستطيع هذه النظرية الإجابة على أسباب فرض الفائدة على مثل رأس المال هذا<sup>(١)</sup>.

- ثم إن هذه النظرية لا تستطيع تفسير وتبرير الفائدة على القروض الاستهلاكية، حيث لا وجود لإنتاجية رأس المال في مثل هذه الحالات ومع ذلك توجد الفائدة على القروض الاستهلاكية.

- ثم إن التعريف العلمي لرأس المال الحقيقي: هو الكمية المتجمعة من الأجهزة والمعدات والآلات والمباني التي يملكها قطاع الأعمال، وعند السؤال عن سعر رأس المال تكون الإجابة الفائدة. فكيف تعطى الآلة أو المبنى فائدة؟

فمعلوم أن الفائدة إنما تعطى على القروض فقط - أي رأس المال النقدي فقط - قد يبرر ذلك بأن النقود هي الوسيلة لشراء رأس المال إلا أن هذا المبرر غير كاف؛ لأن النقود وسيلة لشراء السلع الاستهلاكية أيضاً ومعنى ذلك أنه لا بد من النظر إلى هذه القضية بدقة فرأس المال ضروري في العملية الإنتاجية ويساهم بشكل فعلي فيها بينما النقود لا تساهم في عملية الإنتاج مطلقاً فهي عقبة بذاتها. ومن هنا لا بد لنا

(١) انظر: د. محمد عارف: السياسة النقدية في اقتصاد إسلامي لاروي، المركز العالي لأبحاث

الاقتصاد الإسلامي - جدة، ١٤٠٢ هـ - ص ١٧-٢٠.

- د. محمد منان، الاقتصاد الإسلامي ص ١٣٨-١٤٠.

من أن نميز بين رأس المال والقرض، فإذا كانت الفائدة مكافأة القرض فلنقل إن الأجر أو الربح هو مكافأة رأس المال، وهذا التمييز لا بد منه حتى في الاقتصاد التقليدي. ولهذا فإنه لا يمكن إنكار رأس المال وعدم اعتباره عنصرا من عناصر الإنتاج خوفا من أن يعتبر سعره هو الربا المحرم، ولا يصح أن يحمل تحريم الفائدة في الإسلام على أنه يستدعي إنكار كون رأس المال عنصرا من عناصر الإنتاج، فلكل حقه ومكافأته فراس المال له الإيجار والربح والقرض ليس له فائدة.

ومعنى هذا أن رأس المال في حد ذاته غير منتج، إنما تطبيق ومشاركة الجهود الإنسانية على رصيد من رأس المال هو الذي يولد الناتج والدخل، ولا يمكن إذن للعائد على رأس المال أن يتحدد مسبقا وبصورة غير مشروعة على خلاف حالة الفائدة، ولكن يمكن أن يتحدد فقط بالعودة على نتائج النشاط اعتمادا على ما يتحقق من أرباح أو خسارة<sup>(١)</sup> وبهذا الرد يمكن الإجابة على من يرى أن الفائدة بمثابة تعويض عن تعطيل استثمار المال حيث إن الشطر الأعظم من الأموال المتاحة للإقراض هي نتيجة مدخرات، والمدخرات لا تتغير كذلك إلا إذا شاركت إيجابيا في عملية الإنتاج وليس هناك ما يقطع بأن البديل عن إقراض هذه الأموال بفائدة هو استثمارها على هذا النحو كبديل متاح بل قد يتم استهلاك هذه المدخرات استهلاكاً كمالياً<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر: د. محمد تحف : الاقتصاد الإسلامي، ص ٦٥-٦٨ .

- د. محمد عارف : السياسة النقدية، ص ١٩-٢٠ .

- د خالد المشعل، الجانب النظري لدالة الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي.

(٢) د. عبد الهادي علي النجار، الإسلام والاقتصاد دراسة من المنظور الإسلامي لأبرز لقضايا الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة ص ١٠٩-١١٠ .

### ٣ / ٦ الفائدة وندرة رأس المال :

ترى نظرة ندرة رأس المال أنه لا يمكن أن يتصور أن هناك كمية لا نهائية أو غير محدودة من رأس المال، ولو كان سعر الفائدة صفراً لكان الطلب على رأس المال غير محدود أيضاً. والندرة النسبية لرأس المال تتوقف هي نفسها على عدم كفاية الميل إلى الانخار، الأمر الذي يشكل السبب الرئيسي لوجود معدل الفائدة. وترى هذه النظرية أن السبب في محدودية عرض رأس المال هو أن الانخار يحتاج إلى جهد، والمقرضون يطالبون بفائدة لأن رأس المال نادر بالنسبة لاحتياجات الإنتاج، ويطلب رجال الأعمال رأس المال - على الرغم من ذلك - لأنه منتج وهم يرضون بدفع الفائدة لأن معدل الربح الذي يحصلون عليه من استثماراتهم هو أعلى من الفائدة التي يدفعونها، وهكذا فإن الإنتاجية والامتناع كل منهما ضروري لتفسير الفائدة فإنتاجية رأس المال هي أساس الطلب عليه وإذا ازداد هذا الطلب فلا بد أن يزداد الحرمان ويرتفع ثمن عرض الانخار<sup>(١)</sup>.

ويعترض على هذه النظرية بأنه لا توجد ندرة نسبية في رأس المال على نحو ما في الأرض الزراعية لأن الأموال نتاج التفاعل بين الجهد الإنساني والموارد الطبيعية، ومن هذا التفاعل تتولد الثروة الاقتصادية، ومن هذه الثروة يستهلك المجتمع ما يحتاجه ويدخر قدرأً آخر. ويتوظيف هذه المدخرات تزيد رؤوس الأموال المتاحة للنشاط الاقتصادي وهكذا لا يكون هناك ندرة نسبية وحين تتوفر رؤوس الأموال المتاحة للاستثمار في صورة مدخرات خاصة أو حكومية فإن سعر الفائدة

(١) انظر: رفيق المصري : مصرف التنمية الإسلامي، الطبعة الثانية ص ٣١١ .

يهبط بطبيعته إلى الصفر ولا يبقى هناك مجال يعيش فيه المستثمر المتبطل (functionless investor) على حساب المجتمع بما يقتضيه من فائض ربوي في صورة فائدة<sup>(١)</sup>. ويرى كينز أن من واجب الدولة أن تعتمد على تحقيق وفرة المدخرات ومن ثم وفرة رؤوس الأموال المتاحة للتوظيف في النشاط الاقتصادي وبهذا يتحقق العمالة الكاملة وتنتفي ندرة رأس المال ويهبط سعر الفائدة إلى الصفر<sup>(٢)</sup>.

ومن جهة أخرى تبرر هذه النظرية قيمة رأس المال وضرورة مكافآته ولكنها للأسف تقترح الفائدة كشكل من أشكال المكافأة وهذا الاقتراح الذي هو عقدة المشكلة وصلبها يبقى بدون سند<sup>(٣)</sup>.

### ٣ / ٧ سعر الفائدة وتفضيل السيولة :

تفسر نظرية كينز سعر الفائدة بأنه المقابل الذي يحصل عليه الأفراد مقابل تنازلهم عن السيولة، فالفرد يفضل أن يحتفظ بالنقود في شكل سائل حتى يمكنه استعماله في كل مناسبة ودون تمهل أو انتظار. وهذه النظرة لا ترجع فقط إلى عوامل نفسية في تفضيل السلع الحاضرة على المؤجلة كما يرى بعض الاقتصاديين، بل ترجع أيضا إلى أن النقد يمكن حفظه بدون مصاريف تذكر وذلك لتلبية كل الحاجات الممكنة أو المحتملة أو الطارئة. ومع ذلك يجب أن نشير إلى أن تكلفة هذا الاحتفاظ تتعلق أيضا بعامل خارجي ذي طابع اقتصادي كلي ألا

(١) د. رفيق المصري : المرجع السابق ص ٣١١ .

(٢) د. عيسى عبده / وضع الربا في البناء الاقتصادي ص ١٨٣-١٨٦، وانظر أيضا في هذه النقطة: فكري أحمد نعمان، النظرية الاقتصادية في الإسلام ص ٢٣٢-٢٣٣ .

(٣) د. رفيق المصري : المرجع سابق ص ٣١١ .

وهو سياسة الإصدار النقدي فيرى كينز أن معدل الفائدة هو الثمن الذي تلتقي عنده الرغبة بالاحتفاظ بالثروة في صورتها السائلة مع كمية النقد الجاهز، إذ إن النقد كما يرى كينز هو ليس مجرد أوراق أو قطع لها قيمة قانونية وإنما يلعب دوراً فعالاً في الحياة الاقتصادية، فهو السيولة في أحسن صورها فهو أصل ممتاز يحرص عليه الأفراد لأنه يعود عليهم بالفوائد في تلبية الدوافع التالية:

- دافع المعاملات.

- دافع الاحتياط.

- دافع المضاربة<sup>(١)</sup>.

ولكن من الممكن القول إن على الفرد حتى ولو كان سعر الفائدة صفراً - أن يرتب نفسه بحيث يحتفظ بكمية من الأموال السائلة لسد حاجاته دون أن يهمل استغلال أو استثمار باقي موجوداته، وذلك لزيادة ثروته أو المحافظة عليها على الأقل فلا شك أن هناك منافع للسيولة ولكن هناك أيضاً منافع للاستثمار فالسيولة تواجه بها حاجات الإنفاق والاستثمار تحقق به الرغبة في الربح وتنمية الثروة. ومما لا شك فيه أن الربح مهم في عملية الاستثمار فبدونه لا يمكن القيام بأي مشروع من قبل الأفراد ولكن الربح والفائدة ليسا شيئاً واحداً<sup>(٢)</sup>.

ومن جهة أخرى فإن نظرية كينز التي تقوم على فكرة التفضيل النقدي تقوم في أساسها على المضاربة. والمضاربة في حد ذاتها ظاهرة

---

(١) انظر لمزيد من التفصيل: د. خالد المشعل، الجانب النظري لدالة الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي ( مطبوعات جامعة الإمام ) عام ١٤١٠هـ .

(٢) د. رفيق المصري، مصرف التنمية الإسلامي ص ٣٠٤-٣٠٥ .

لا يقرها الإسلام بهذا المفهوم إذ إنها عادة ما تكون مصحوبة بالاكتناز والمقامرة وصور الاسترباح غير المشروع التي تضر بالمجتمع<sup>(١)</sup>. ومن هنا فإن الإسلام يدحض تأسيس الفائدة على اعتبار نفسي ويؤكد أن السعر العادي للفائدة هو - حقا - السعر المساوي للصفر<sup>(٢)</sup>.

### ٣ / ٨ الفائدة وتغطية نفقات المصرف :

من الآراء التي ظهرت لتبرير الفائدة أنها بمثابة تغطية النفقات الكتابية والإدارية للمصرف، والشريعة الإسلامية تجعل النفقة مشروعة ولكن لا تجعلها في إطار الفائدة والربا. فنفقة سداد القرض في مكان غير المكان الذي تم فيه الإقراض يتحملها طالب النقل سواء كان المدين أو الدائن. وقد فرغ الفقهاء على ذلك جواز أجرة كتابة الوثائق والخطابات وإمسك الدفاتر والسجلات. والفقهاء الإسلامي يقر أن أخذ النفقة والأجرة أمر مشروع؛ فعن مالك أنه بلغه أن عمر رضي الله عنه سئل في رجل أسلف طعاماً على أن يعطيه إياه في بلد آخر فكره عمر وقال: أين كراء الحمل ؟<sup>(٣)</sup>.

كما ورد الحكم بإباحة الأجر على كتابة الوثائق والسجلات: جاء في حاشية ابن عابدين: يستحق القاضي الأجر على كتب الوثائق والمحاضر والسجلات قدر ما يجوز لغيره كالمفتي فإنه يستحق أجر المثل على كتابته الفتوى. وجاء في جامع الفصولين: للقاضي أن يأخذ ما يجوز

(١) انظر د. منان، الاقتصاد الإسلامي ص ص ١٣٩-١٤١ .

(٢) انظر د. محمد عارف، السياسة النقدية ص ١٩-٢٠ .

(٣) ابن الربيع الشيباني، تيسير الوصول إلى جامع الوصول من حديث الرسول ﷺ، المكتبة التجارية الكبرى مصر ١٣٨٦ هـ / ١ / ٧٧ .

لغيره، وما قيل في كل ألف خمسة دراهم لا تقوم به ولا يليق ذلك بالفقه وإنما يأخذ مثله بقدر مشقته أو بقدر عمله في صنعته<sup>(١)</sup>. وجاء في المغنى: يجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه، أو سجلات ولا بد من التقدير بالمدة أو العمل<sup>(٢)</sup>.

ويختلف سعر الفائدة عن الأجرة في القياسين السابقين: فعلى أساس أن سعر الفائدة يتحدد بالنظر إلى نوع القرض ومنته والمركز المالي للمقترض والظروف الاقتصادية السائدة، فضلا عن أنه إذا كانت الفائدة تقابل النفقة أو الأجرة، فإنه يتعين أن يكون سعرها موحدًا، وسواء كان البنك تجارياً أو صناعياً أو زراعياً (متخصصاً) ولأصبحت واجبة الأداء للبنك مرة واحدة عند عقد القرض وليس كل عام طوال فترة القرض .

وفضلاً عن ذلك فإن الفائدة التي يدفعها البنك على الوديعة التي يأخذها من المقترض تختلف عن تلك التي يتلقاها لقاء قيامه هو بالإقراض<sup>(٣)</sup>.

وعلى ذلك يبطل اعتبار الفائدة بمثابة أجرة البنك على أعماله فالأجرة مشروعة أما الفائدة فحرام.

وفي ضوء ما تقدم بجواز أن يستوفي المصرف من عميله مقترضاً كان أو غيره أجراً مقابل الأعباء الإدارية بما فيها الأعباء الكتابية الناشئة المتعلقة بالقرض أو غيره فمن المعروف أن الأجر يستقضى

(١) ابن عابدين ، حاشية بن عابدين، ٩٢/٦ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، ٤٦٣/٥ .

(٣) د. عبدالهادي علي النجار ، الإسلام والاقتصاد ص ١٠٧-١٠٩ .

مقابل منفعة، ويشترط في المنفعة المقابلة للأجر أن تكون معلومة القدر وذلك إما بغايتها أو بتحديد مدتها، أي أن يتم ربط الأجر بوجود خدمة فعلية أو منفعة مقصودة ومتقومة في النظر الشرعي<sup>(١)</sup>.

ولكن نعود فنقول إنه ينبغي التحديد هنا بعدم توسيع مفهوم الأجر وإساءة فهمه لكيلا يكون هذا الأجر ستارا للربا (الفائدة) ولهذا يجب أن يكون الأجر مبلغا مقطوعا لا يتكرر إلا بتكرر الخدمة أو المنفعة. فاستحقاق المصرف للأجر نظير قيامه بأعمال إعداد العقد وفتح الحساب وتسجيل الاتفاق وما إلى ذلك يجب أن يكون على أساس مبلغ مقطوع وليس على أساس نسبة من قيمة القرض . حتى نسلم من الوقوع في شبهة الربا.

### ٣ / ٩ الفائدة ومخاطر الإقراض :

ترى نظرية المخاطر أن الفائدة لا تشكل إلا تعويضا عن المخاطر من كل نوع والتي يتعرض لها الدائن.

ويمكن الرد على هذه النظرية بأنه إذا كان صحيحا أن الفائدة تعد ثمنا للمخاطر، فإن الذي يضمن أصل القرض ليس هو الفائدة، حيث يكون الأخير معرضا أيضا لذات المخاطر تبعا لأصل الدين. وإنما هو ما يضمن زوال الخطر ومبرراته بالضمان الشخصي والمادي<sup>(٢)</sup>.

ثم إن هذه النظرية لم تراع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها المقرض، وأخيراً فإن هذه النظرية تريد أن يكون هناك معدلا محددا

(١) سيد الهوازي ، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ، ص ١ ص ٣١ .

(٢) انظر: د. محمد عمر شابرا، نحو نظام نقدي عادل: دراسة للنقد والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الإسلام، ص ١٧٣ .

على مستوى الأخطار والحاجات وبمعنى آخر تريد أن تقول لا إقراض إلا للأغنياء؛ ومن هنا لا يمكن اعتبار الفائدة ثمنا للمخاطر على هذا الأساس<sup>(١)</sup>.

فالحقوق التي يستحقها الدائن - المقرض - على أساس الخطر بطريق معقول لا تعدو أن يرتهن من مدينه شيئا أو يقرضه على كفالة أو يطالبه بمن يضمن له سلامة ماله أو لا يعرض ماله للخطر أصلا فيأبى أن يقرضه شيئا أبدا وليس الخطر سلعة يساوم في قيمتها ولا منزلا ولا أثاثا تؤخذ أجرته فهذا من قبيل الإيثار إذا لم يكن أداة للكسب، فمن أراد الإيثار فعليه بالاعتناع بما لهذا العمل الخلفي من الفوائد المعنوية<sup>(٢)</sup>.

### ٣ / ١٠ الفائدة وسعر الخصم:

يعتبر موضوع القيمة الحالية وسعر الخصم أحد المتغيرات المهمة في صياغة دالة الاستثمار وتعتبر طريقة القيم الحالية من أهم طرق التقويم المالي للمشروعات الاستثمارية ولهذا لقيت هذه الطريقة مزيدا من البحث والتحليل في الاقتصاد التقليدي. ويمثل سعر الفائدة الأداة الأشهر المستخدمة كسعر خصم تخصم بها للقيم الآجلة لتقدير ربحية المشروعات الاستثمارية.

وفي هذا الإطار قدمت عدة دراسات للتعرف على موقف الاقتصاد الإسلامي من التفريق بين القيم الحاضرة الحالية والقيم الآجلة وهل

(١) انظر لمزيد من التفصيل: عبد الهادي النجار، الإسلام والاقتصاد ص ١٠٧-١١٠ .

- د. رفيق المصري، مصرف التنمية الإسلامي، ص ٢٨٦ .

(٢) أبو الأعلى المودودي، الربا، ص ١٠ .

هناك معيار للتفريق بينهما ؟ وما هي طبيعة سعر الخصم المستخدم؟ وبخاصة إذا كنا ندرك تماما موقف الاقتصاد الإسلامي من سعر الفائدة وهو التحريم. وخلصت هذه الدراسات إلى ما يلي:

- أن سعر الخصم (الكفاية الحدية لرأس المال) قد يقوم على عوامل لا تخالف المبادئ الشرعية، وبالتالي يمكن قبولها إسلاميا.

- يفرق الاقتصاد الإسلامي بين القيم الحاضرة والقيم الآجلة للمبالغ النقدية، ويقيم للزمن قيمة مالية في غير باب القرض والاقتراض.

- يعتمد الاقتصاد الإسلامي على بيع السلم والبيع الآجل ومسألة (ضع وتعجل) كأدلة شرعية صريحة على ضرورة التفريق بين الحاضر والمؤجل.

- لا يقر الاقتصاد الإسلامي استخدام سعر الفائدة كسعر خصم به المبالغ الآجلة لإيجاد قيمتها الحاضرة، ولا يمانع من استخدام أدوات أخرى.

- إن سبب الخطأ القائم هو: الاعتقاد بأن سعر الخصم وسعر الفائدة هما شيء واحد، والحقيقة أنهما سعران مختلفان ومعرفة كل واحد منهما لا تعتمد على معرفة الآخر.

وعلى ضوء ما تقدم من نتائج يمكن أن نقر مصطلح الكفاية الحدية لرأس المال. وقد قدمت عدة دراسات وأبحاث تتناول البديل المقترح للخصم وأهم هذه المقترحات:

- معدل العائد على الودائع المركزية قصيرة الأجل (المعام).

- معدل العائد من أفضل استثمار بديل يتصف بنفس مواصفات المشروع تحت الدراسة.

- متوسط المعدل المتوقع مقدرا بأوزان نسبية لعوائد الاستثمارات المثيلة التي تتصف بنفس درجة المخاطرة للمشروع تحت الدراسة<sup>(١)</sup>.

### ٣ / ١١ الفائدة كمؤشر مالي :

قدم بعض الاقتصاديين اقتراحا يقوم على أساس أنه طالما أن:  $(id = f(iw))$  حيث:  $(id)$  هو سعر الفائدة المحلي و  $(iw)$  هو سعر الفائدة العالمي، وأنه نظرا لأن الاقتصاديات الإسلامية هي جزء من منظومة الاقتصاديات العالمية وأنه طالما أن أسعار الفائدة تعطي مؤشرا عن أداء الاقتصاد العالمي ككل فيمكن استخدامها كمؤشر وليس كمحدد لحرمتها وذلك قياسا على معدلات الأرباح التي تستخدمها المؤسسات المالية الإسلامية في الوقت الحاضر في عقود التورق والمرابحة وبيعو التقيسيط التي تتأثر ارتفاعا وانخفاضاً بأسعار الفائدة.

ولعل من أهم الأمثلة التي قدمت في هذا السياق معدلات ليبور (LIBOR) وليبور هو معدل سعر الفائدة على القروض المتبادلة بين البنوك في سوق لندن. ويعتبر الآن هو سعر الفائدة المرجعي الأوسع استخداماً على النطاق الدولي للقروض قصيرة الأجل. ويحسب يوميا بواسطة جمعية البنوك البريطانية (BBA)، ويعد علامة تجارية

(١) انظر لمزيد من التفصيل: د. خالد المشعل، القيم الحالية وسعر الخصم في اقتصاد إسلامي، بحث مقدم الى ندوة المؤشرات المالية البديلة عن معدل الفائدة التي نظمتها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة بالتعاون مع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض في الفترة (١٥ ربيع الثاني ١٤٢٨ هـ الموافق ١-٢ مايو ٢٠٠٧).

مملوكة للجمعية، وقد تعاقدت الجمعية مع رويتر لإدارة عملية حساب ليبور، وبثه عالمياً بشكل يومي بعد الساعة الحادية عشرة صباحاً بتوقيت لندن<sup>(١)</sup>.

#### ٤ / ملامح النظرة الإسلامية:

يعترف الاقتصاد الإسلامي بأهمية رأس المال وبدوره في العملية الإنتاجية كما لا ينكر الاقتصاد الإسلامي أن الانخار تضحية أو تنازل عن الاستهلاك وأن الإنسان يفضل السلع الحاضرة.

كما لا يمكن إنكار حقيقة أن رأس المال المقترض يمكن أن يكون منتجاً إلا أنه من جهة أخرى يجب الاعتراف أيضاً بأن حب الربح أو التعلق بالثروة أو الخوف من المستقبل يدفع إلى الانخار ويحرض على الاستثمار حتى في حال غياب الفائدة وعدم الاعتراف بها<sup>(٢)</sup>.

ولكن ليس معنى هذا أن الاقتصاد الإسلامي يقبل تفسير وتبرير الفائدة بأنها نظير المخاطرة أو الحرمان أو تفضيل السيولة.

وعلى الرغم من اعتراف الاقتصاد الإسلامي بنظرية إنتاجية رأس المال إلا أنه لا يتفق معها في النتيجة، فالالاقتصاد الإسلامي لا يبرر الفائدة كمائد مقابل إنتاجية رأس المال وإنما يرى أن عائد رأس المال لا يخلو من حالتين:

---

(١) انظر: د. محمد السحبياني، آلية تحديد معدلات ليبور، بحث مقدم إلى ندوة المؤشرات المالية البديلة عن معدل الفائدة التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة بالتعاون مع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض في الفترة (١٥ ربيع الثاني ١٤٢٨ هـ الموافق ٢-١ مايو ٢٠٠٧).

(٢) د. رفيق المصري، مصرف القعة الإسلامي ط٢ ص ٣١٥.

١- بالنسبة لرأس المال الحقيقي كالألات والمعدات فيمكن أن يكون الإيجار هو عائد هذا النوع من رأس المال مقابل اشتراكه في العملية الإنتاجية و معلوم أن الإيجار يمكن تحديده مسبقا. جاء في الكافي: ويجوز استئجار الغنم لتدوس الزرع<sup>(١)</sup>، وجاء في المدونة جواز استئجار القدور والآنية<sup>(٢)</sup>.

- ونقل ابن المنذر إجماع العلماء على جواز أن يكتري الرجل رحاء الماء بالنهار بلجر معلوم وكذلك استئجار الخيم والمحامل والمعماريات<sup>(٣)</sup>.

ففي هذه النصوص دليل على جواز تأجير الآلة والمعدات والأصول الإنتاجية بإيجار معلوم؛ لأن هذه الأشياء السابقة تعتبر من أهم آلات الإنتاج في السابق. وعلى هذا نعتبر الإيجار كعائد على رأس المال الحقيقي من الأمور المتفق عليها، كما يمكن أن يأخذ عائدا في صورة ربح كما لو دفع الآلة كمشاركة أو مضاربة على أن له جزءا معينا من الناتج وذلك عند بعض الفقهاء الذين لا يشترطون لصحة الشركة أن يكون رأس المال نقديا فقد جاء في المغني عن الشركة والمضاربة بالعروض: وذهب أحمد في رواية أن المضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال. واختار هذا الرأي أبو بكر وأبو الخطاب، وهو قول لمالك وابن أبي ليلى وطاؤوس والأوزاعي وحمام بن أبي سليمان، لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون ربح المال بينهما وهذا حاصل في العروض كحصوله في الأثمان

(١) ابن قدامة الكافي ص ٢ ص ٣٠١ .

(٢) المدونة ص ٤ ص ٤١٤ .

(٣) ابن المنذر الإجماع، ط ١ ص ١٢٩ .

فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها<sup>(١)</sup>.

وجاء فيه أيضا: وتصح الشركة على قياس ما نقل عن أحمد فيمن دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها والسمك (الناتج) بينهما نصفين لأنها عين تنمى بالعمل فيها فصحت الشركة بها<sup>(٢)</sup>.

وكذلك يصح على قياس أحمد لو لشرق ثلاثة من أحدهما دابة ومن الآخر راوية (قربة) ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله بينهم. ومن هذا يتضح أن رأس المال الحقيقي (الآلات والمعدات كالشبكة والقربة وغيرها) يمكن أن يكون عائدها الربح وليس الإيجار.

٢- أما بالنسبة لرأس المال النقدي فلا يعترف الاقتصاد الإسلامي له بالأجر المحدد مسبقا سواء أقرض لأغراض إنتاجية أو استهلاكية وإنما يقر له نصيب من العائد المتحقق من العملية الإنتاجية.

## ٥ / خاتمة:

بعد هذا العرض المفصل لحقيقة كل من الربا والفائدة والشبهات والتفسيرات والتبريرات الاقتصادية تبين أن سعر الفائدة وإن اختلفت صورته ومسمياته ما هو إلا صورة من صور الربا المحرم. وهذا كله يؤكد أن الطريقة الإسلامية لاستغلال رأس المال النقدي، وهي المضاربة أو المشاركة، هي الطريقة الوحيدة المناسبة لمكافحة الأموال المقدمة للإنتاج حيث يتعرض صاحب رأس المال بالضرورة إلى خطر الخسارة مثله في ذلك مثل رب العمل. وتثبت في الوقت نفسه مجانية القرض للاستهلاك لكونه عقدا من عقود الارتفاق وليس الاستثمار.

(١) المغني ١٧/٥ .

(٢) ابن قدامة ، المغني ١١/٥ ، ١٢ ، ١٣ .

ثم إن الصور المختلفة والتنويع لأسلوب المضاربة أو المشاركة - عكس الفائدة - تشجع المبادرات الاقتصادية وتؤمن وفرة فرص الاستثمار والعمالة، وتستبعد الصورة الربوية للمقرضين ولا تزيد من تكاليف الإنتاج ولا في المستوى العام للأسعار مما يسهم في التقليل من الآثار التضخمية وتقضي على عملية المقامرة والميسر وما قد تسببه من الصراع بين الطبقات.

إن النظريات التي ترى مكافأة رأس المال الحالي المقدم للإنتاج يمكن أن تتم بواسطة الفائدة المسبقة لم تدرك أن هذه المكافأة قد تكون صورة ضارة وغير ملائمة إذ تبدو هذه الفائدة وهمية بل سالبة بالنسبة لصغار المخبرين والمودعين عندما يكون معدل التضخم أسرع من معدل الفائدة، وبالنسبة لكبار الممولين تشكل الفائدة وسيلة من وسائل تجميع الثروات وتركيزها في أيدي قليلة<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول: يقر الاقتصاد الإسلامي لرأس المال النقدي بالفائدة الملحقه (الربح) ولا يعترف له أبداً بالفائدة المسبقة ولا يسلبه حقه كما هو الحال في بعض النظم الاقتصادية الاشتراكية. ولهذا فليس بمستغرب أن تتجه البنوك والمؤسسات المالية التقليدية إلى فتح نوافذ إسلامية وعرض العديد من المنتجات المالية الإسلامية القائمة على ما قرره الشريعة الإسلامية من صور المشاركة والمرابحة.

---

(١) انظر: د. رفيق المصري، مصرف التنمية الإسلامي ص ٢ ص ٣١٥-٣١٨. محمد منان، الاقتصاد الإسلامي ص ١٤١.

## أهم المراجع والمصادر

### المراجع العربية:

- أبو الأعلى المودودي، الربا، مؤسسة الرسالة طبعة عام ١٤٠٤هـ.
- الإمام مالك، المدونة، دار صادر بيروت.
- مجلس الفكر الإسلامي في باكستان: إلغاء الفائدة من الاقتصاد: الناشر: المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي جدة الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ.
- حسن بن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، دار الشروق الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ.
- حسن عبد الله الأمين، الفوائد المصرفية والربا، الناشر الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.
- د خالد المشعل، صياغة وتقدير دالة الانخار العائلي في المملكة العربية السعودية. بحث منشور في مجلة آفاق اقتصادية العدد ٨٠ للعام ١٩٩٩م.
- د خالد المشعل، الجانب النظري لدالة الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي (مطبوعات جامعة الإمام) عام ١٤١٠هـ.
- د. خالد المشعل، القيم الحالية وسعر الخصم في اقتصاد إسلامي، بحث مقدم إلى ندوة المؤشرات المالية البديلة عن معدل الفائدة التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة بالتعاون مع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض في الفترة (١٥ ربيع الثاني ١٤٢٨ هـ الموافق ١-٢ مايو ٢٠٠٧).
- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريدر دار الفكر للطباعة والنشر - الرازي، مختار الصحاح.
- ابن الربيع الشيباني، تيسير الوصول إلى جامع الوصول من حديث الرسول ﷺ، المكتبة التجارية الكبرى مصر ١٣٨٦هـ.
- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة الطبعة السادسة ١٤٠٢هـ.
- د. رفيع المصري: النظام المصرفي خصائصه ومشكلاته: دراسات في الاقتصاد الإسلامي: بحوث مختارة من المؤتمر العالمي الثاني للاقتصاد الإسلامي، الناشر المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي ط١ ١٤٠٥هـ.

- الزبيدي، تاج العروس من القاموس
- أبو سريـع محمد عبدالهـادي، الربـا والقـرض في الفقه الإسلامي، دار الاعتصام القاهرة
- سيد الهواري، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ١٤٠٢ هـ
- ابن عابدين، حاشية بن عابدين، الناشر مصطفى البابي الحلبي- مصر الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ
- عبدالنبي بن عبدالرسول الأحمد نكري، دستور العلماء، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند الطبعة الثانية ١٣٩٥ هـ
- الفيروز آبادي، القاموس المحيط
- د. عبدالهادي علي النجار، الإسلام والاقتصاد دراسة من المنظور الإسلامي لأبرز لقضايا الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة الناشر: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب - الكويت سلسلة عالم المعرفة ٦٣ عام ١٤٠٣ هـ
- د. عمر بن سليمان الأشقر، الربا وأثره على المجتمع الإنساني: الناشر دار الدعوة الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ
- د. عيسى عبده / وضع الربا في البناء الاقتصادي، دار الاعتصام
- ابن قاسم، حاشية الروض المربع
- ابن قدامه، المغني مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠١ هـ
- ابن قدامة الكافي المكتب الإسلامي ط ٢ ١٣٩٩ هـ
- محمد أبو زهرة : تحريم الربا تنظيم اقتصادي : الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ - الدار السعودية
- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر
- د. محمد السحيباني، آلية تحديد معدلات لبيور، بحث مقدم إلى ندوة المؤشرات المالية البديلة عن معدل الفائدة التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بجدة بالتعاون مع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض في الفترة (١٥ ربيع الثاني ١٤٢٨ هـ الموافق ١-٢ مايو ٢٠٠٧
- محمود شلتوت، تفسير القرآن الكريم، دار الشروق، الطبعة السادسة ١٣٩٤ هـ

- د. محمد عارف : السياسة النقدية في اقتصاد إسلامي لا ريوبي، المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي - جدة، ١٤٠٢هـ
- محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام من القرآن، منشورات مكتبة الغزالي، دمشق - الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ
- د. محمد عمر شابرار، نحو نظام نقدي عادل: دراسة للنقود والمصارف والسياسة النقدية في ضوء الإسلام، دار البشير للنشر، عمان، ١٩٩٠
- د. محمد قحف: الاقتصاد الإسلامي، دار القلم - الكويت، الطبعة الاولى ١٣٩٩هـ
- د محمد منان، الاقتصاد الاسلامي بين النظرية والتطبيق . ترجمة د. منصور التركي، المكتب المصري الحديث
- المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتب الاسلامي
- ابن المنذر، الإجماع، دار طبية للنشر ط١
- ابن منظور، لسان العرب.

#### المراجع الاجنبية:

- Hillier, Braian, The Macroeconomic debate, Blackwell, Oxford, 1991.
- Parkin, Michael & Bade, Robin, Modern Macroeconomics, Philip Allan, 1988.
- Iqbql, Munawar & Ahmad, Ausaf, Islamic Finance and Economic Development, Palgrave Macmillan, 2005 .

## فتاوى الفقهاء (\*)

### كيفية انعقاد الرهن ومتى يلزم

لسليم رستم باز (\*\*)

ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ولكنه لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم وذلك لأن الرهن عقد تبرع لكون الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً والتبرع لا يتم إلا بالقبض. ولا يشترط لصحة الرجوع رضا المرتهن لأنه لما كان الرهن غير تام كان للراهن أن ينقرد بالرجوع. ثم إن القبض يكون حقيقة أو حكماً كالتخلية بين الرهن والمرتهن بدون حائل ولا مانع حتى إذا وجدت على هذا الوجه ولم يأخذ المرتهن الرهن فضاء كان ضامناً (طحطاوي). وأما شروط صحة القبض فأنواع: منها أن يأذن الراهن والإذن نوعان: نص وما يجري مجرى النص، ودلالة. أما الأول فإن يقول أذنت له بالقبض أو رضيت به أو أقبض فيجوز القبض في المجلس وبعد الافتراق استحساناً، ومنها أهلية القبض وهي العقل وأما بيان أنواع القبض فهو نوعان نوع بطريق الأصالة ونوع بطريق النيابة أما القبض بطريق الأصالة فهو أن يقبض بنفسه أو بالقبض بطريق النيابة فنوعان: نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى

---

(\*) تختار المجلة في كل عدد من أعدادها بعضاً من فتاوى فقهاء السلف في القضايا والمشكلات المعاصرة.

(\*\*) هو سليم بن رستم بن إلياس بن طنوس باز. ولد في بيروت سنة (١٢٧٥هـ) وتوفي سنة (١٣٣٨)، عالم بالحقوق، تعلم في مدارس لبنان، واحترف المحاماة، وتقلب في مناصب القضاء، له (٣٩ مصنفاً) أكثرها قوانين ترجمها عن التركية، واشهر كتبه «شرح المجلة»، و«شرح قانون أصول المحاكمات الحقوقية»، و«مراقبة الحقوق»، انظر: الأعلام للزركلي، ج ٣ ص ١١٨.

نفس القبض أما الأول فيجوز قبض الأب والوصي عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن حتى لو هلك في يده كان الهلاك على المرتهن وأما الذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن المرهون إذا كان مقبوضاً عند العقد فهل ينوب ذلك عن قبض الرهن فالأصل فيه أن القبضين إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى (هنديّة ملخصاً).

ثم اعلم أنه إذا شهد الشهود على إقرار الراهن بقبض المرتهن ولم يشهدوا على معاينة القبض تقبل شهادتهم. قال في الحامدية عن جواهر الفتاوى رجل رهن داره والراهن متصرف فيها حتى مات ثم اختلف المرتهن وورثة الراهن أنه كان مقبوضاً أم لا فبرهن المرتهن على إقرار الراهن بالرهن والتسليم يحكم بصحة الرهن ودعوى فساد الرهن لا تقبل بظاهر ما كان بيد الراهن لأنه لما حكم عليه بإقراره بالرهن حمل على أن يده كانت يد عارية اهـ. وفيها إن ادعى المرتهن الرهن مع القبض يقبل برهانه عليهما وإن ادعى الرهن فقط لا يقبل لأن مجرد العقد ليس بلازم اهـ (١).

---

(١) شرح المجلة ط ٢ ص ٣٨٥-٣٨٦.

## نكاح المريض والمريضة

للإمام مالك ابن أنس (\*)

سئل الإمام مالك أرايت المرأة تتزوج وهي مريضة أيجوز تزويجها أم لا (قال) لا يجوز تزويجها عند مالك قال فإن تزويجها ويدخل بها الزوج وهي مريضة (قال) إن ماتت كان لها الصداق إن كان مسها ولا ميراث له منها وإن مات هو وقد مسها فلها الصداق ولا ميراث لها وإن كان لم يمسه فلا صداق لها ولا ميراث (قلت) فإن صحت أيثبت النكاح (قال) قد اختلف فيه وأحب قوله إليّ أن يقيم على نكاحه ولقد كان مالك مرة يقول يفسخ ثم عرضته عليه فقال امحه والذي أخذ به في نكاح المريض والمريضة أنهما إذا صحا أقرأ على نكاحهما (قلت) أرايت إن تزوج في مرضه ويدخل بها ففرقت بينهما أتجعل صداقها في جميع ماله أم في ثلثه في قول مالك (قال) قال مالك يكون صداقها في ثلثه مبدأ على الوصايا والعق ولا ميراث لها وإن لم يدخل بها فلا صداق لها ولا ميراث (قلت) فإن صح قبل أن يدخل أيفرق بينهما (قال) لا يفرق بينهما دخل أو لم يدخل ويكون عليه الصداق الذي سمي لها وإن كانت المرأة مريضة فتزوجت في مرضها فإنه لا يجوز هذا النكاح (قلت) وإن صحت فإنه جائز دخل بها أو لم يدخل ولها الصداق الذي سمي (قال) وإن ماتت من مرضها لم يرثها (ابن وهب) عن ابن أبي ذئب وغيره عن ابن شهاب أنه قال في الرجل يتزوج المرأة قد يئس له من الحياة أن صداقها في الثلث ولا ميراث لها (ابن وهب) عن يونس عن أبي

شهاب أنه قال لا نرى لنكاحه جوازا من أجل أنه أدخل الصداق في حق الورثة وليس له إلا الثلث يوصي فيه ولا يدخل ميراث المرأة التي تزوج في ميراث ورثته (وقال) ربيعة في صداقها إذا نكحها في مرضه أنه في ثلثه وليس لها ميراث لأنه قد وقف عن ماله فليس له من ماله إلا ما أخذ من ثلثه ولا يقع الميراث إلا بعد وفاته (ابن وهب) عن الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد أنه قال نرى أن لا يجوز لمن تزوج في مرض صداق إلا في ثلث المال<sup>(١)</sup>.

---

(١) المدونة الكبرى ج ٢ ص ١٨٦ .

## فوائد الوقف ومنافعه

### للإمام النووي (\*)

للموقوف عليه، يتصرف فيها تصرف الملاك في الأملاك فإن كان شجرة، ملك الموقوف عليه ثمارها، ولا يملك أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه كشجر الخلاف، فأغصانها كثمر غيرها، وإن كان الموقوف بهيمة، ملك صوفها ووبرها ولبنها قطعاً، ويملك نتاجها أيضاً على الأصح كالثمرة. والثاني: تكون وقفاً تبعاً لأمه كولد الأضحية. وقيل: الوجهان في ولد الفرس والحصان فأما ولد النعم فيملكه قطعاً، لأن المطلوب منها الدّر والنسل. وقيل: لا حق فيه للموقوف عليه، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، إلا أن يصرح بخلافه، وهذا الخلاف في نتاج حدث بعد الوقف. فإن وقف البهيمة وهي حامل، فإن قلنا: الحادث وقف، فهذا أولى، وإلا، فوجهان بناءً على أن الحمل هل له حكم، أم لا؟ وهذا المذكور في الدّر والنسل هو فيما إذا أطلق أو شرطهما للموقوف عليه. فلو وقف دابة على ركوب إنسان، ولم يشترط له الدّر والنسل، قيل: حكمهما حكم وقف منقطع الآخر. وقال البيهقي: ينبغي أن يكون للواقف، وهذا أوجه، لأن الدّر والنسل لا مصرف لهما أولاً ولا آخراً<sup>(١)</sup>.

---

(\*) هو الإمام يحيى بن شرف بن مري بن حسن، النووي أو النواوي أبو زكريا محيي الدين ولد سنة ٦٣١ وتوفي سنة ٦٧٦ هـ من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق، علامة في الفقه والحديث واللغة، تعلم في دمشق، وأقام بها زمناً، من تصانيفه «المجموع شرح المذهب»، و«روضة الطالبين»، و«المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج». انظر: الأعلام للزركلي ج ٩ ص ١٨٥.

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين ج ٥ ص ٣٤٢-٣٤٣.

## أقسام الأيمان

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة (\*)

تنقسم الأيمان إلى خمسة أقسام (أحدها) واجب وهي التي ينجي بها إنساناً معصوماً من هلكة كما روي عن سويد بن حنظلة قال: خرجنا نريد النبي ﷺ ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فخرج القوم أن يحلفوا وحلفت أنا أنه أخي فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال النبي ﷺ: (صدقت المسلم أخو المسلم) رواه أبو داود والنسائي. فهذا ومثله واجب لأن إنجاء المعصوم واجب وقد تعين في اليمين فيجب وكذلك إنجاء نفسه مثل أن تتوجه عليه أيمان القسامة في دعوى القتل عليه وهو بريء.

(الثاني) مندوب وهو الحلف الذي تتعلق به مصلحة من إصلاح بين متخاصمين أو إزالة حقد من قلب مسلم عن الحالف أو غيره أو دفع شر فهذا مندوب لأن فعل هذه الأمور مندوب إليه واليمين مفضية إليه وإن حلف على فعل طاعة أو ترك معصية ففيه وجهان: (أحدهما) أنه مندوب إليه وهو قول بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي لأن ذلك يدعوه إلى فعل الطاعات وترك المعاصي.

---

(\*) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين، ولد سنة ٥٤١هـ، وتوفي سنة ٦٢٠هـ، خرج من بلده صغيراً مع عمه عندما ابتليت بالصليبيين، واستقر بدمشق، واشترك مع صلاح الدين في محاربة الصليبيين، رحل في طلب العلم إلى بغداد ثم عاد إلى دمشق، من تصانيفه: «المغني في الفقه شرح مختصر الخراقي» عشر مجلدات؛ و«الكافي»؛ و«المقنع»؛ و«العمدة». وله في أصول الفقه: «روضة الناظر». انظر: نيل طبقات الحنابلة لابن رجب ص ١٣٣-١٤٦، والأعلام للزركلي، ج ٤ ص ١٩١.

(والثاني) ليس بمندوب إليه لأن النبي ﷺ وأصحابه لم يكونوا يفعلون ذلك في الأكثر الأغلب ولا حث النبي ﷺ أحداً عليه ولا نذبه إليه ولو كان ذلك طاعة لم يخلوا به ولأن ذلك يجري مجرى النذر وقد نهى النبي ﷺ عن النذر وقال: (إنه لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل) متفق عليه.

(الثالث) المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه والحلف على الخبر بشيء وهو صادق فيه أو يظن أنه فيه صادق فإن الله تعالى قال ﴿لَا يُؤْخَذُكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾<sup>(١)</sup>. ومن صور اللغو أن يحلف على شيء يظنه كما حلف عليه ويبين بخلافه فأما الحلف على الحقوق عند الحاكم ففيه وجهان:

(أحدهما) أن تركه أولى من فعله فيكون مكروهاً ذكر ذلك أصحابنا وأصحاب الشافعي لما روي أن عثمان والمقداد تحاكما إلى عمر في مال استقرضه المقداد فجعل عمر اليمين على المقداد فردها على عثمان فقال عمر: لقد أنصفك فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد ولم يحلف فقال خفت أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمين عثمان.

(والثاني) أنه مباح فعله كتركه لأن الله تعالى أمر نبيه بالحلف على الحق في ثلاثة مواضع. وروى محمد بن كعب القرظي أن عمر قال على المنبر وفي يده عصا: يا أيها الناس لا تمنعكم اليمين من حقوقكم فوالذي نفسي بيده إن في يدي لعصا.

وروى عمر بن شيبة في كتاب قضاة البصرة بإسناده عن الشعبي

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٥.

أن عمر وأبياً تحاكما إلى زيد في نخل ادعاه أبي فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد: اعف أمير المؤمنين فقال عمر: ولم يعفي أمير المؤمنين؟ إن عرفت شيئاً استحقفته بيمينني وإلا تركته والله الذي لا إله إلا هو أن النخل لنخلي وما لأبي فيه حق فلما خرجا وهب النخل لأبي فقبل له: يا أمير المؤمنين هلا كان هذا قبل اليمين؟ فقال: خفت أن لا أحلف فلا يحلف الناس على حقوقهم بعدي فيكون سنة، ولأنه حلف صدق على حق فأشبهه الحلف عند غير الحاكم.

(الرابع) المكروه وهو الحلف على فعل مكروه أو ترك مندوب قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ﴾<sup>(١)</sup>.

وروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه حلف لا ينفق على مسطح بعد الذي قال لعائشة ما قال وكان من جملة أهل الإفك الذين تكلموا في عائشة رضي الله عنها فأنزل الله تعالى ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولَئِ الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى وَالْمَسَاكِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا﴾<sup>(٢)</sup>. وقيل المراد بقوله ﴿وَلَا يَأْتَلِ﴾ أي لا يمتنع ولأن اليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة، فإن قيل لو كانت مكروهة لأنكر النبي ﷺ على الأعرابي الذي سأل عن الصلوات فقال: هل علي غيرها؟ فقال (لا إلا أن تطوع) فقال: والذي بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها ولم ينكر عليه النبي ﷺ بل قال: (أفلح الرجل إن صدق) قلنا لا يلزم هذا فإن اليمين

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٤ .

(٢) سورة النور الآية ٢٢ .

على تركها لا تزيد على تركها ولو تركها لم ينكر عليه ويكفي في ذلك بيان أن ما تركه تطوع، وقد بينه له النبي ﷺ بقوله (لا إلا أن تطوع). ولأن هذه اليمين إن تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئاً، وهذا في الفضل يزيد على ما قبله من ترك التطوع فيترجح جانب الإثبات بها على تركها فيكون من قبيل المندوب فكيف ينكر؟ ولأن في الإقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج إليه وهو بيان أن ترك التطوع غير مؤخذ به فلو أنكر على الحالف لحمل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحقوق الإثم بتركه فيفوت الغرض، ومن قسم المكروه الحلف في البيع والشراء فإن النبي ﷺ قال: (الحلف منفق للسلعة محق للبركة) رواه ابن ماجه.

(القسم الخامس) المحرم وهو الحلف بالكاذب فإن الله تعالى ذمه بقوله ﴿وَيَحْلِفُونَ عَلَى الْكَذِبِ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾<sup>(١)</sup>. ولأن الكذب حرام فإذا كان مخلوقاً عليه كان أشد في التحريم وإن أبطل به حقاً أو اقتطع به مال معصوم كان أشد فإنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: (من حلف يمينا فاجرة يقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان) وأنزل الله عز وجل في ذلك ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(٢)</sup>. ومن هذا القسم الحلف على فعل معصية أو ترك واجب فإن المخلوف عليه حرام فكان الحلف حراماً لأنه وسيلة إليه والوسيلة تأخذ حكم المتوصل إليه<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة المجادلة الآية ١٤ .

(٢) سورة آل عمران الآية ٧٧ .

(٣) المغني ج ١١ ص ١٦٦-١٧١ .

## مسائل في الفقه<sup>(\*)</sup>

٣٥٤- زكاة الأموال الباطنة ومن هو الأحق بتوليها.

**سؤال من الأخ عطية الله ... من الرياض عن زكاة الأموال الباطنة وتقصير الناس في إخراجها، وما إذا كان من المناسب تولي ولي الأمر لها أسوة بالأموال الظاهرة.**

من المعلوم من الدين بالضرورة أن الله أوجب على المسلمين زكاة أموالهم؛ تطهيراً لها، ونقياً لإخوانهم المستحقين لها. كما أوجب على أوليائهم أخذ هذه الزكاة منهم لصرفها في مصالحهم وحوائجهم. والأصل في ذلك: قوله عز وجل لنبيه ورسوله محمد ﷺ ﴿ خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾<sup>(١)</sup>. وقوله: ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ ﴾<sup>(٢)</sup>. ﴿ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ ﴾<sup>(٣)</sup>. وقول رسوله ﷺ لمعاذ بن جبل لما بعثه إلى اليمن: ( فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم )<sup>(٤)</sup>. والأصل فيه أيضاً: فعل رسول الله ﷺ وخلفاؤه من بعده في بعث السعاة لأخذ الزكاة.

والأموال المرادة بالزكاة ظاهرة، وباطنة. فالظاهرة هي: بهيمة الأنعام

---

(\*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء، ويجب عنها صاحب المجلة ورئيس تحريرها الدكتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة، وتُنشر في موقع المجلة على الشبكة (www.fiqhia.com.sa).

(١) سورة التوبة من الآية ١٠٣ .

(٢) سورة المعارج الآية ٢٤ .

(٣) سورة المعارج الآية ٢٥ .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة، فتح الباري ج ٣ ص ٣٠٧، برقم (١٣٩٥).

من الإبل والبقر والغنم، وكذا الغلات الزراعية من الثمار والحبوب ونحوها؛  
أما الأموال الباطنة فهي: النقود وما في حكمها وعروض التجارة.

ولم يكن في عهد رسول الله ﷺ وخلافة أبي بكر وعمر رضي الله  
عنهما فرق في أخذ الزكاة من الأموال الظاهرة والباطنة؛ فكان الناس  
يدفعون إلى السعاة زكاة أموالهم من بهيمة الأنعام والثمار والنقود. أما  
في عهد عثمان رضي الله عنه فكان السعاة يأخذون الزكاة من الأموال  
الظاهرة مع ترك الأموال الباطنة لأصحابها لإخراجها من قبلم. ولهذا  
عدة أسباب منها: أن الأموال بعد الفتوحات تكسبت في أيدي الناس  
فأصبح من الصعب جمعها من الأصقاع فتركت لأصحابها لكي يؤدونها  
بصفتهم نولاً عن الخليفة. ومنها: أن أصحاب الأموال كانوا مأمونين في  
إخراجها بسبب تمسكهم بدينهم؛ فلا خوف إذاً من عدم إخراجها. وقد  
يكون من هذه الأسباب أن الدولة -آنذاك- كانت تتعرض لبعض الفتن  
فكانت المصلحة تقتضي ترك زكاة الأموال الباطنة لأصحابها.

وبعد انتهاء خلافة عثمان رضي الله عنه بقي وضع الأموال الباطنة  
على ما هو عليه، ثم نشأ بعد ذلك الخلاف بين الفقهاء حول مدى حق  
ولي أمر المسلمين في قسر أصحاب هذه الأموال على دفعها إليه أم  
تفويضها إليهم كما فعل عثمان رضي الله عنه. ففي مذهب الإمام أبي  
حنيفة: أن للإمام المطالبة بزكاة الأموال الظاهرة ومقائلة من يمتنع عن  
دفعها كما فعل أبو بكر رضي الله عنه؛ أما الأموال الباطنة فتفوض  
لأصحابها كما فعل عثمان رضي الله عنه ووافق عليه الصحابة، ولكن  
هذا التفويض لا يبطل حق الإمام عن الأخذ، ولهذا قال الأصحاب: إن

الإمام إذا علم من أهل بلدة أنهم يتركون أداء الزكاة من الأموال الباطنة فإنه يطالبهم بها، لكن إذا أراد الإمام أن يأخذها بنفسه من غير تهمة الترك من أربابها فليس له ذلك؛ لما فيه من مخالفة إجماع الصحابة رضي الله عنهم<sup>(١)</sup>.

وفي مذهب الإمام مالك ذكر الإمام القرطبي: أن الإمام إذا كان يعدل في الأخذ والصرف لم يسغ للمالك أن يتولى الصرف بنفسه في الناض (الدرهم والدنانير) ولا في غيره وقيل في المذهب: تترك زكاة الناض لأربابه. وقال ابن الماجشون: هذا إذا كان الصرف للفقراء والمساكين خاصة، فإن احتيج إلى صرفها لغيرهما من الأصناف فلا يفرق عليهم إلا الإمام<sup>(٢)</sup>. وذكر صاحب النخبة: أن لأرباب الناض تفريقه على مستحقه، وإن كان عدلاً؛ لأنها قريبة، والأصل: مباشرة القرب وليس في قول الله تعالى ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ عموم بل لفظ ﴿صَدَقَةً﴾ مطلق يكفي فيه فرد من أفراد<sup>(٣)</sup>.

وفي مذهب الإمام الشافعي ذكر الإمام الماوردي: أنه ليس لوالي الصدقات نظر في زكاة الأموال الباطنة، وأربابها أحق بإخراج زكاتها منها، إلا أن يبذلها أربابها طوعاً فيقبلها منهم، ويكون في تفريقها عوناً لهم، ويختص نظر الوالي في زكاة الأموال الظاهرة فقط<sup>(٤)</sup>.

وبعد أن ذكر الإمام الخوئي قول الماوردي قال: فإن علم الإمام من

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكلساني ج ٢ ص ٧، وحاشية رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ج ٢ ص ٢٦٠.

(٢) جامع الأحكام الفقهية ج ١ ص ٣٢٣.

(٣) النخبة في فروع المالكية للقرافي ج ٢ ص ٥٠٧.

(٤) الأحكام السلطانية والولايات الدينية ص ١١٣.

رجل أنه لا يؤدي زكاته بنفسه فهل له أن يقول: إما أن تدفع بنفسك وإما أن تدفع إلي حتى أفرق؟ فيه وجهان يجريان في المطالبة بالنذور والكفارات، والأصح وجوب هذا القول إزالة للمنكر<sup>(١)</sup>.

وفي مذهب الإمام أحمد: أن من المستحب للإنسان تفرقة زكاته بنفسه حتى يكون على تعيين من صرفها إلى مستحقيها، لا فرق في ذلك بين الأموال الظاهرة والباطنة، وإن دفعها إلى السلطان فجائز، سواء كان الإمام عادلاً أم غير عادل. وذكر الإمام ابن قدامة: قول من قال من الفقهاء بدفعها للإمام، ومنهم: الشعبي، ومحمد بن علي، وأبو رزين، والأوزاعي؛ لأن الإمام أعلم بمصارفها ودفعها إليه يبرئه ظاهراً وباطناً ودفعها إلى الفقير لا يبرئه باطناً؛ لاحتمال أن يكون غير مستحق لها، ولأنه يخرج من الخلاف وتزول عنه التهمة، وكان ابن عمر يدفع زكاته إلى من جاءه من سعاة ابن الزبير أو نجدة الحروري<sup>(٢)</sup>.

واستدلوا بما روي عن سهيل بن أبي صالح قال: أتيت سعد بن أبي وقاص، فقلت: عندي مال وأريد أن أخرج زكاته، وهؤلاء القوم على ما ترى، فما تأمرني؟ قال: ادفعها إليهم. فأتيت ابن عمر، فقال: مثل ذلك، فأتيت أبا هريرة، فقال: مثل ذلك، فأتيت أبا سعيد، فقال: مثل ذلك، وروي نحوه عن عائشة رضي الله عنها<sup>(٣)</sup>.

(١) روضة الطالبين ج ٢ ص ٢٠٦، وينظر نهاية المحتاج للرمل ج ٣ ص ١٣٥ .

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٩٣ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج ٤ ص ١١٥، كتاب الزكاة، باب الاختيار في دفعها إلى الوالي، وعبد الرزاق في المصنف ج ٤ ص ٤٦، كتاب الزكاة، باب موضع الصدقة ودفع الصدقة في مواضعها، وابن أبي شيبة في المصنف ج ٣ ص ١٥٦، كتاب الزكاة، باب من قال تدفع الزكاة إلى السلطان.

وفي رده على من يقول بدفعها للإمام، ذكر الإمام ابن قدامة: فضل ترك صاحب الأموال إليه للتصرف في زكاتها بنفسه، وهذا الفضل هو إيصال الحق لمستحقه، مع توفير أجر العمالة وصيانة حقهم عن خطر الخيانة وتفريج كربة مستحقيها وإغنائه بها مع إعطائها للأولى بها من محاريج أقاربه، وذوي رحمه، وصلة رحمه بها فكان أفضل كما لو لم يكن أخذها من أهل العدل. فإن قيل: فالكلام في الإمام العادل والخيانة مأمونة بحقه قيل: الإمام لا يتولى ذلك بنفسه وإنما يفوضه إلى نوابه فلا تؤمن منهم الخيانة ثم ربما لا يصل إلى المستحق الذي قد علمه المالك من أهله، وجيرانه شيء منها وهم أحق الناس بصلته وصدقته ومواساته. والقول بأن أخذ الإمام يبرئه ظاهراً وباطناً يبطل بدفعها إلى غير العادل، فإنه يبرئه أيضاً، وقد سلموا أنه ليس بأفضل، ثم إن البراءة الظاهرة تكفي. وأما القول أنه تزول به التهمة فالجواب عليه أنه متى أظهرها زالت التهمة، سواء أخرجها بنفسه أو دفعها إلى الإمام ثم قال: ولا يختلف المذهب أن دفعها إلى الإمام جائز، سواء كان عادلاً أو غير عادل، وسواء كانت من الأموال الظاهرة أو الباطنة ويبرأ بدفعها سواء تلفت في يد الإمام أو لم تتلف أو صرفها في مصارفها أو لم يصرفها؛ ولأن الإمام نائب شرعاً عنهم فبرئ بدفعها إليه كولي اليتيم إذا قبضها له. ولا يختلف المذهب أيضاً في أن صاحب المال يجوز أن يفرقها بنفسه. انتهى باختصار كلامه رحمه الله<sup>(١)</sup>.

ومما سبق: يتبين أنه لا خلاف بين الفقهاء رحمهم الله في أن

(١) المغني ج ٤ ص ٩٢-٩٥، والأحكام السلطانية لأبي يعلى محمد بن الحسين الفراء ص ١١٥. والإنصاف للمرادوي ج ٣ ص ١٩١-١٩٢، وكشاف القناع للبهوتي ج ٢ ص ٢٥٨-٢٥٩.

أصحاب الأموال إذا دفعوا زكاة أموالهم الباطنة والظاهرة إلى ولي أمرهم وجب عليه ولايتها. كما أنه لا خلاف بينهم في أن له الحق في أن يأخذ زكاة أموالهم الظاهرة والباطنة إذا تبين له أنهم لا يخرجونها. أما خلافهم فينصب في الغالب على ما إذا كان له الحق في أن يتولى زكاة أموالهم الباطنة.

قلت: ولعل من الأفضل أو هو الأولى أن يتولى ولي الأمر ولاية هذه الزكاة للأسباب التالية:

أولاً: إن الله أمر نبيه ورسوله محمدًا ﷺ أن يأخذ الزكاة من العباد في قوله عز وجل: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً <sup>(١)</sup> ﴾. وقوله: ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ <sup>(٢)</sup> ﴾. ﴿ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ <sup>(٣)</sup> ﴾. وهذان حكمان أمران لم يفرقا بين الأموال الظاهرة والباطنة، وقد استجاب رسول الله ﷺ لهذا الأمر فبعث السعاة لأخذ الزكاة من هذه الأموال دون تفرقة بينها. ويدل على ذلك: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث عمر بن الخطاب على الصدقة فمضت ابن حميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله ﷺ: (ما ينقم ابن حميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله. وأما خالد بن الوليد فإنكم تظلمون خالداً قد احتبس أذراعه وأعتده في سبيل الله. وأما العباس فهي عليه ومثلها معها). وفي رواية أخرى: (فهي علي ومثلها معها) <sup>(٤)</sup>. كما يدل عليه ما رواه أبو داود أن

(١) سورة التوبة من الآية ١٠٣ .

(٢) سورة المعارج الآية ٢٤ .

(٣) سورة المعارج الآية ٢٥ .

(٤) صحيح سنن أبي داود للالباني ج ١ ص ٣٠٤، برقم (١٤٢٩). وقال الالباني: «صحيح».

رسول الله ﷺ قال: (هاتوا ربع العشور من كل أربعين درهما درهم)<sup>(١)</sup>.  
وقد درج أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على أخذ الزكاة من  
أرباب الأموال دون تفرقة بينها كما تدل على ذلك الروايات.

ثانياً: إن توقف عثمان رضي الله عنه عن أخذ الزكاة من الأموال  
الباطنة كانت له أسباب ذكرناها -أنفأ- فكان في لجته أنه يبتغي المصلحة  
التي قدرها في ظروف معينة، والاجتهاد يتغير بتغير الظروف خاصة  
إذا رأى ولي الأمر رفع الخلاف حول هذا الاجتهاد.

ثالثاً: إن زمن عثمان رضي الله عنه غير زماننا؛ فالفاس -آنذاك- كانوا  
أشد تمسكاً بدينهم، والمال يغري صاحبه فيدخل به كما قال تعالى:  
﴿وَتَحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا﴾<sup>(٢)</sup>؛ ففي تولي ولي الأمر لزكاة المال الباطن  
مصلحة لصاحبه؛ وذلك بإعانتة على إخراجه والتغلب على هواه كحال  
الذي يؤمر بالمعروف كرهاً فيكون في ذلك خيراً له كما قال رسول الله  
ﷺ: (عجب الله من قوم يدخلون الجنة بالسلاسل)<sup>(٣)</sup>. وفي رواية أبي  
داود: (عجب ربنا عز وجل من قوم يقادون إلى الجنة بالسلاسل)<sup>(٤)</sup>.

رابعاً: إن الذين فضلوا ترك المال الباطن لصاحبه لإخراج زكاته  
كانوا يخشون من عدم إيصاله إلى الفقراء، وخاصة إذا كان الولاية غير  
أهل للأمانة والعدل، وهذا المحذور ينتفي إذا كانوا على خلاف ذلك.

(١) صحيح سنن أبي داود للالباني ج ١ ص ٢٩٥، برقم (١٣٩٠)، وقال الألباني: صحيح.

(٢) سورة الفجر الآية ٢٠.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب الأسارى في السلاسل، فتح الباري ج ٦  
ص ١٦٨، برقم (٣٠١٠).

(٤) صحيح سنن أبي داود للالباني، ج ٢ ص ٥٠٩، برقم (٢٣٣٠).

خامساً: إن ترك المال لصاحبه لإخراج زكاته قد يكون فيه محاباة لأقاربه وأصدقائه ممن لا يستحقون الزكاة لغناهم، وفي ترك ولايته لولي الأمر العادل مصلحة ظاهرة للأمة، وسيكون أقارب وأصدقاء صاحب المال المحتاجين من بين من تشملهم هذه الزكاة من أصحاب الاستحقاق.

سادساً: إن الخشية من الولاة وعدم إيصالهم الزكاة للفقراء لم تعد قضية مهمة في الزمن المعاصر؛ ذلك أن الإدارة المالية في الدولة الحديثة تقوم في عملها على أسس إدارية ومحاسبية علمية، ويفترض في هذه الإدارة تولي أمر الزكاة وصرفها للمستحقين لها وفق تلك الأسس.

سابعاً: إن ولي الأمر في أي بلد من بلاد المسلمين إذا قرر تولي زكاة الأموال الباطنة وجب عليه وضع تنظيم عادل لا ضرر فيه، ولا ضرار، يتم بموجبه التعرف على هذه الأموال، وكيفية جباية الزكاة منها وتوزيعها على أصحابها؛ على أن يكون ذلك على أسس من العدل والنية الصادقة في أداء هذا الركن من أركان الإسلام الذي فرضه الله تطهيراً لأموال الأغنياء وبراً بالفقراء من عباده.

ثامناً: إن زكاة الأموال الظاهرة في عدد من بلاد المسلمين لا تعد شيئاً من حيث كمها وذلك بالمقارنة مع الأموال الباطنة المتراكمة في المصارف المحلية والأجنبية، وفي تولي ولي الأمر لهذه الزكاة عوناً لأصحابها على أنفسهم؛ ناهيك بما له من فوائد عظيمة لفقراء المسلمين ومحاوليهم.

وخلاصة المسألة: أن زكاة الأموال الظاهرة والباطنة كانت تدفع للسعاة الذين كانوا يعينون من قبل رسول الله ﷺ، ومن الخليفين أبي بكر وعمر. ثم ترك عثمان رضي الله عنه زكاة الأموال الباطنة لأربابها لأسباب قدرها

في زمانه . ولا خلاف بين الفقهاء في أن لولي الأمر الحق في أخذ الزكاة بنوعيتها إذا تبين له أن أهل بلد لا يخرجونها . أما الخلاف فينصب على ما إذا كان له الحق في تولي زكاة الأموال الباطنة خلافاً لما كان عليه الحال في زمن عثمان رضي الله عنه .

ولعل الأفضل والأولى أن يتولى ولي الأمر ولاية هذه الزكاة بدليل أن الله عز وجل أمر نبيه أن يأخذ الزكاة من المكلفين دون تفريق بين الأموال الظاهرة والباطنة . وقد فعل ذلك رسول الله ﷺ كما فعله أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، وكان لتوقف عثمان رضي الله عنه أخذ الزكاة من الأموال الباطنة ظروف معينة .

وفي تولي ولي الأمر لهذه الزكاة مصلحة لأرباب الأموال ؛ وذلك بإعانتهم على إخراجها وإبراء ذمتهم وتطهير أموالهم . كما أن فيه مصلحة ظاهرة لأصحاب الاستحقاق ؛ لأن زكاة الأموال الظاهرة في عدد من بلاد المسلمين لا تعد شيئاً من حيث كمها بالمقارنة مع الأموال الباطنة المتراكمة في المصارف المحلية والأجنبية . ناهيك أن ترك المال لصاحبه لإخراج زكاته قد يكون فيه تساهل منه في إخراجهِ وعدم إيصاله لأصحاب الاستحقاق من الفقراء والمحتاجين .

٣٥٥- حكم ما إذا كان يجوز للمأموم مخالفة إمامه في الصلاة.

سؤال من الأخ شمس الدين .. من نيجيريا يسأل فيه عما إذا كان للمأموم مخالفة إمامه ومن ذلك على سبيل المثال: جلسة الاستراحة إذا لم يجلسها الإمام.

المأموم في الصلاة تابع لإمامه في ركوعه، وسجوده، وقيامه، وفي سائر حركته في الصلاة. وهذه التبعية تقتضي منه ملازمته، وعدم مفارقتها، أو مخالفتها ما لم يدل على ذلك دليل شرعي وللمخالفة ثلاث حالات:

الحالة الأولى: مخالفة المأموم لإمامه عمداً أو تهاوناً: فهذه المخالفة تبطل الصلاة والأصل فيه: نهى رسول الله ﷺ فيما رواه أنس بن مالك قال: صلى بنا رسول الله ﷺ ذات يوم. فلمّا قضى الصلاة أقبل علينا بوجهه، فقال: (أيها الناس إني إمامكم. فلا تسبقوني بالركوع، ولا بالسجود، ولا بالقيام، ولا بالانصراف، فإني أراكم أمامي ومن خلفي...) الحديث<sup>(١)</sup>. وما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (أما يخشى أحدكم إذا رفع رأسه قبل الإمام أن يجعل الله رأسه رأس حمار أو يجعل الله صورته صورة حمار)<sup>(٢)</sup>. ففي الحديث الأول نهى عن مخالفة الإمام، وعدم الانتهاء عن المخالفة يوجب بطلان الصلاة؛ لأن النهي يقتضي الفساد وفي الحديث الثاني: وعيد، والوعيد يقتضي الخوف من وقوعه وفي هذا قال الإمام أحمد: «لو كان لهذا

(١) أخرجه مسلم في كتاب الصلاة، باب تحريم سبق الإمام بركوع أو سجود ونحوهما، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ١٦٣، برقم (٤٢٦).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب إثم من رفع رأسه قبل الإمام، فتح الباري ج ٢ ص ٢١٤، برقم (٦٩١).

(الموعود) صلاة لرجا له الثواب ولم يخش عليه العقاب»<sup>(١)</sup>.

ويطالان الصلاة في هذه الحالة له وجه مشروع ومعقول؛ ذلك أن المأموم تابع لإمامه، فإذا قارنه أو خالفه لم يعد مأموماً بل أصبح إماماً لنفسه، وهذا يناقِي الهدف من صلاة الجماعة فالمراد منها: الاجتماع وعدم التفرق. وقد وصف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه هذه المخالفة بالشذوذ في قوله لرجل سبق إمامه: «لا وحدك صليت، ولا بإمامك اقتديت»<sup>(٢)</sup>.

الحالة الثانية: المخالفة في حال السهو أو العجز: ومن ذلك لو ركع الإمام ورفع قبل ركوع المأموم بسبب عذر من زحام، أو نعاس، أو عجلة الإمام، فإن على المأموم أن يفعل ما سُبِقَ به ويدرك إمامه ولا شيء عليه<sup>(٣)</sup>.

الحالة الثالثة: جلسة الاستراحة: وفيها: خلاف بين الفقهاء: ففي مذهب الإمام أبي حنيفة<sup>(٤)</sup> ومالك<sup>(٥)</sup> والشافعي<sup>(٦)</sup> وأحمد<sup>(٧)</sup> أن على

(١) المغني لابن قدامة ج ٢ ص ٢١٠.

(٢) المغني لابن قدامة ج ٢ ص ٢١٠.

(٣) سئل الإمام أحمد رحمه الله عما إذا سجد الإمام فرفع رأسه قبل أن يسجد المأموم فلجاب: إن كانت سجدة واحدة فيتبعه إذا رفع رأسه وإن سبقه بركعة كاملة أو أكثر فإنه يتبع إمامه ويقضي ما سبقه الإمام به. ولما سئل عن رجل نعس خلف الإمام حتى صلى ركعتين؟ قال: «كأنه أدرك ركعتين، فإذا سلم الإمام صلى ركعتين، وإن سبقه بأكثر من ركن، وأقل من ركعة، ثم زال عذره فالمنصوص أن يتبع إمامه، ولا يعتد بتلك الركعة، ولما قيل له عن رجل ركع إمامه وسجد وهو قائم لا يشعر ولم يركع حتى سجد الإمام قال: يسجد معه، ويأتي بركعة مكانها». المغني ج ٢ ص ٢١١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، ج ٢ ص ٧٧، ٧٨، والفتاوى الهندية ج ١ ص ٨٣.

(٥) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٤٦.

(٦) روضة الطالبين للنووي ج ١ ص ٢٦٠، ونهاية المحتاج ج ١ ص ٥١٨، والمجموع شرح المذهب ج ٣ ص ٤٤٣.

(٧) المغني لابن قدامة ج ٢ ص ٢٠٩-٢١١، والإنصاف للمرداوي ج ٢ ص ٧١-٧٢.

المأموم ألا يجلس إذا قام من السجدة الثانية، وهذا النهي للكرامة يقول النعمان بن أبي عياش: أدركت غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ لا يجلس هذه الجلسة<sup>(١)</sup>.

وفي قول للإمام الشافعي، وأحمد: أن هذه الجلسة تسن استدلالاً بما رواه مالك بن الحويرث أن رسول الله ﷺ كان يجلس إذا رفع رأسه من السجود قبل أن ينهض في الركعة الأولى<sup>(٢)</sup>. قال الإمام ابن قدامة: «ذكره أيضاً أبو حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ وهو حديث حسن صحيح، فيتعين العمل به والمصير إليه»<sup>(٣)</sup>. وقد ذكر هذه الجلسة أيضاً الشيخ الألباني في صفة صلاة رسول الله ﷺ<sup>(٤)</sup>.

قلت: والأصح - والله أعلم - جواز جلسة الاستراحة لمن يحتاج إليها؛ لكبر سنه، أو مرضه، أو ضعفه؛ لأن جلوس رسول الله ﷺ حُمِلَ على أنه كان في آخر عمره عند كبره وضعفه؛ فمن احتاج إليها إذا جاز له أن يفعلها، ولو لم يفعلها إمامه؛ لأن مناطها الحاجة، ولا تعارض حينئذٍ بين فعلها ووجوب متابعة المأموم لإمامه؛ لأنها جلسة خفيفة يلحق بعدها المأموم بإمامه.

(١) المغني ج ٢ ص ٢١٢ .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأذان، باب من صلى بالناس وهو لا يريد إلا أن يعلمهم صلاة النبي ﷺ وسنته، فتح الباري ج ٢ ص ١٩١-١٩٢، برقم (٦٧٧).

(٣) المغني ج ٢ ص ٢١٣ .

(٤) صفة صلاة النبي ﷺ للألباني ص ١٥٤-١٥٥ .

٣٥٦- الأغذية المهندسة وراثياً وما إذا كان من الجائز شرعاً

قبولها في غذاء الإنسان.

سؤال من الأخ محمد المهدي من الرياض عن موقف الشريعة من إنتاج وبيع الأغذية المعدلة هندستها الوراثية، وما إذا كان لا يجوز الترويج لها في العالم الثالث الذي - كما يقول - لا تعلم شعوبه أضرار هذه الأغذية على الصحة والبيئة في المدى البعيد.

يواجه الإنسان المعاصر مشكلات عديدة تتعلق بغذائه، وقد انعكست هذه المشكلات على صحته وسلوكه: فعرف أمراضاً معقدة لم يكن يعرفها أسلافه من قبل. وعرف كذلك سلوكاً شاذاً لم يعرفه أسلافه فأصبح يقتل أمه وأباه، ويقتل ولده ويبيعه بثمن بخس. وأصبح يعبث بنفسه، ويدمر عقله بالمخدرات، ويعبث بغيره بما يخالف فطرته التي فطره الله عليها. ولم يكن هذا العبث سلوكاً فردياً شاذاً بل أصبح في بعض وجوه ظاهرة كما هو الحال في الشذوذ الذي أصبح في بعض بلاد الغرب مباحاً توضع له الأنظمة والقواعد وتقام له الاحتفالات في صور مشينة تخالف الفطرة وقيم الإنسان وأخلاقه.

ولا شك أن هذه الأمراض المصاحبة لسلوك الإنسان المعاصر ليست مجرد أفعال عفوية، وإنما هي نتاج للبيئة التي يعيشها الإنسان بكل ما فيها من العبث الذي تمارسه المعامل والمختبرات بفعل اللهث المادي الذي تقف وراءه الشركات الكبرى. ولعل الإنسان بدأ يشعر بوطأة هذا العبث، وما سيؤدي إليه من تدمير الأجيال القادمة، وابتلائها

بالأمراض، وفساد الأخلاق، فأصبح يتابع ما يجري من جدل حول هذه القضية أو تلك بفعل ما هيأته له وسائل الاتصال الحديثة.

ومن أهم القضايا التي يجري الجدل حولها حالياً: هندسة طعام الإنسان وراثياً. فالذين يؤيدون هذه الهندسة يحتجون بأنها سوف تزيد إنتاج محاصيل الأغذية، ورفع قيمتها الغذائية لمساعدة الإنسان على حل مشكلة الجوع التي يعاني منها. كما يحتجون بأن هذه الهندسة تقلل من الأمراض التي تنتج عن استخدام الكيماويات الزراعية في المنتجات العادية. كما يرى هؤلاء أن استخدام هذه التقنية سوف يحل مشكلات البلاد الصحراوية التي تواجه مشكلة الحصول على محاصيل غذائية لإطعام شعوبها، وأن الدول التي يطلب منها مساعدة هذه الدول وغيرها لا تستطيع تقديم هذه المساعدة إلا من خلال هذه الأغذية المعدلة.

أما المعارضون لهذه الهندسة فيعددون المخاطر التي نتجت عن استخدامها منذ عام ١٩٩٤ م. ومن هذه المخاطر: ازدياد الأمراض الناتجة عن الطعام أضعافاً مضاعفة عما كانت عليه من قبل ومنها: الإجهاض، والتسمم الدموي، وحدوث الخلل في جهاز القلب، والجهاز الهضمي والعصبي؛ إضافة إلى تكاثر البكتيريا والفيروسات التي لا يعلم سبب تكاثرها، وتمرداها على الأدوية. كما يرى هؤلاء المعارضون أن الشركات المحتكرة وأصحاب النهم المالي وراء هذه الهندسة، وأن ادعاءهم بالحرص على تطوير غذاء الإنسان يراد منه ستر مخاطر هذه الأغذية.

**\* الأغذية الهندسة وراثياً وما إذا كان من الجائز شرعاً قبولها في غذاء الإنسان \***

---

ولعل في واقع الإنسان المعاصر ما يؤيد حجة هؤلاء في عدم ثبوت سلامة هذه الأغذية؛ ذلك أن الشركات التي تتولى هذا النوع من الهندسة قد لا تهتم بالآثار التي تنتج عنها في المدى البعيد؛ لأنها في سبيل رغباتها العاجلة في الثراء تستعجل تسويق منتجات هذه الهندسة دون دراسة كافية للتأكد من سلامتها وصلاحياتها للغذاء الأدمي. وهذا لا ينطبق على حالات الغذاء فحسب بل على بعض المنتجات الصناعية المعاصرة.

ومن ذلك على سبيل المثال: قضية الجوال الذي يقال عن تأثيره على صحة الإنسان بعد مرور عشر سنوات من استخدامه. ومن ذلك أيضاً: مسألة استدراج السحب لإنزال المطر، أو ما يسمى الاستمطار وتأثير مادة يود الفضة المستخدم فيه على صحة الإنسان وسلامة النبات والحيوان.

قلت: هذه لمحة عن الجدل الدائر حول المنتجات الغذائية الهندسة وراثياً. أما مسألة جوازها شرعاً من عدمه فتدخل في عموم الحكم بوجوب الأكل من الطيبات الذي أمر الله به في قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾<sup>(١)</sup>. وقوله جل ثناؤه: ﴿يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ﴾ الآية<sup>(٢)</sup>. والطيبات هنا اسم جامع. ولما أجمل الله الحكم بالأكل من الطيبات نفى هذه الصفة عن أنواع من الانعام فقال عز وجل: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنَازِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾<sup>(٣)</sup>. ثم فصل أنواع هذه المحرمات

---

(١) سورة البقرة الآية ١٧٢ .

(٢) سورة المؤمنون الآية ٥١ .

(٣) سورة البقرة الآية ١٧٣ .

يقوله تعالى في آية أخرى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهْلُ لَغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ ﴾ الآية (١).

والطيبات هنا - كما ذكر - اسم جامع لكل ما هو حلال غير محرم في حكمه. ولكل ما كان طيباً في ذاته أي: غير مستقذر في كينونته. وأمر الله للمؤمنين بالأكل من الطيبات مبني على أن الله طيب، ولا يقبل من المؤمنين به إلا الطيب في مأكلهم ومشربهم وفي هذا: قال رسول الله ﷺ: (أيها الناس: إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً. وإن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين) ثم ذكر الآيتين (٢).

والأصل: أن كل أكل لا يكون طيباً يعد محرماً كما هو الحال في الأعيان المبينة في الآيتين المشار إليهما. والمأكول الطيب لا يتعين إلا بالعلم، فمن شك فيما إذا كان اللحم الذي يريد أكله لحم خنزير أم لحماً آخر وجب عليه التوقف عن أكله. ومن شك في أن بهيمة الأنعام ماتت خنقاً أو متردية أو نطيحة وجب عليه التوقف عن الأكل منها.

وينبني على هذا: أنه إذا كان ثمة شك في الأطعمة المهندسة وراثياً كما هو قائم حالياً، فيجب التوقف عن إنتاجها، أو الأكل منها إلى حين ثبوت صلاحها؛ لأن الشك فيها يدل على عدم براءتها من المخاطر، والأصل: أن يدرأ الإنسان المخاطر عن نفسه؛ لأن الحفاظ عليها من الضرورات الشرعية.

(١) سورة المائدة من الآية ٣.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ٢٧٩٧، برقم (١٠١٥).

• الأغذية المهندسة وراثياً وما إذا كان من الجائز شرعاً قبولها في غذاء الإنسان •

---

وخلاصة المسألة أن هناك جدلاً قائماً حول سلامة الأغذية المهندسة وراثياً ويرى المعارضون لها أن أمراض الأطعمة قد ازدادت بعد إنتاج هذه الأغذية.

والأصل : أن الله أمر بالأكل من الطيبات فكل أكل غير طيب يعد محرماً . ولا يتعين المأكول الطيب إلا بالعلم ؛ فمن يشك في سلامة أكل ما يجب عليه التوقف عن أكله ؛ لأن الشك ينافي العلم .

### ٣٥٧- حكم ما إذا كان طول اليوم يؤثر في حكم الصيام.

سؤال من الأخت فرح من المملكة المتحدة تقول فيه: انتقلت إلى المملكة المتحدة في فصل الصيف وكنت راغبة في صيام رمضان. وكما هو معروف أن أيام الصيف طويلة بالمقارنة مع لياليه، وقد سمعت من البعض أن دخول شهر رمضان لو صادف فصل الصيف لا يجب صيامه نظراً لطول نهاره وتساءل الأخت عما إذا كان هذا القول صحيحاً أم لا؟

الصيام أحد أركان الإسلام الخمسة، وقد فرض الله صيامه على المسلم البالغ العاقل في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(١)</sup>. وقوله عز ذكره: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾<sup>(٢)</sup>. والكتب هنا بمعنى: القرض المقتضي الوجوب والتكليف. وركنية الصيام في الإسلام واضحة في قول رسول الله ﷺ: (بني الإسلام على خمس: شهادة ألا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، والحج، وصوم رمضان)<sup>(٣)</sup>. ولما جاءه رجل يسأله عما إذا فرض الله عليه من الصيام قال له عليه الصلاة والسلام: (شهر رمضان إلا أن تتطوع شيئاً)<sup>(٤)</sup>.

وقرئ الصيام مطلق الوجوب حين يهل شهر رمضان، سواء كان

(١) سورة البقرة الآية ١٨٣.

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٥.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان، باب دعاؤكم بإيمانكم، فتح الباري ج ١ ص ٦٤، برقم (٢٨).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الصوم، باب وجوب صوم رمضان، فتح الباري ج ٤ ص ١٢٣، برقم (١٨١٩).

• حكم ما إذا كان طول اليوم يؤثر في حكم الصيام •

---

هذا الإهمال في فصل الشتاء أم في فصل الصيف. ولا يستثنى من هذا الفرض إلا عدم القدرة، والمراد بذلك: أصحاب الأعذار وهم: كبار السن الذين يعجزون عن صيامه عجزاً حسيّاً. وكذلك المرضى الذين لا يرجى براء أمراضهم إذا كانت هذه الأمراض شديدة تعرض حياتهم للخطر. وعلى هؤلاء إطعام مسكين عن كل يوم من أيام رمضان. أما إذا كان الصيام يؤثر فيهم تأثيراً مؤقتاً، ولا يعرض حياتهم للخطر فيجب عليهم قضاؤه إذا زالت أعذارهم. ومن أصحاب الأعذار الذين لا يلزمهم الصوم في الحال: المرأة الحائض والنفساء فيجب عليهما قضاء ما فاتهما من صيامه. وكذا المرأة الحامل أو المرضع إذا خافتا على وليدهما، وعليهما القضاء والكفارة. وكذا لا يلزم الصوم في الحال من يتعرض لجوع، أو عطش شديدين يعرضان حياته للخطر، وهو فوات النفس؛ فهذه أعذار تعد من باب الضرورات وتقدر بقدرها.

أما ما ذكرته الأخت السائلة عما قيل لها بأن الصيام في فصل الصيف لا يجب وذلك لطول نهاره؛ فهذا قول غير صحيح مخالف لأمر الله ورسوله فكل من كان من غير أهل الأعذار فهو مكلف بصيام شهر رمضان سواء طال يومه أم قصر.

والله تعالى أعلم.

### ٣٥٨ - حكم من بنى مسجداً وأوصى أن يدفن فيه .

سؤال من الأخ الشيخ عبد الملك بن عدنان بن عبد الله رئيس جمعية ابن تيمية في غانا يقول فيه: إن رجلاً بنى مسجداً وأوصى أن يدفن فيه بعد موته ويسأل عن حكم هذه الوصية.

عمارة المساجد من أعظم القربات عند الله؛ لأنها بيوته التي يذكر فيها غدواً وعشياً كما قال تعالى: ﴿ فِي بُيُوتِ أَذُنَ اللَّهِ أَنْ تَرْفَعَ وَيَذْكُرَ فِيهَا اسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ ﴾ (١). ﴿ رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ ﴾ الآية (٢).

وقد شهد الله لعمارها بالإيمان في قوله عز وجل: ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَاجِدَ اللَّهِ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَلَمْ يَخْشَ إِلَّا اللَّهَ فَعَسَىٰ أُولَٰئِكَ أَنْ يَكُونُوا مِنَ الْمُهْتَدِينَ ﴾ (٣). وإعمارها له معنيان: الإعمار بمعنى التعميد فيها بإقامة الصلاة، وذكر الله فيها. والإعمار المادي بمعنى: تشييدها على أن يكون القصد من هذا الإعمار في معنييه عبادة الله وحده.

والأصل: أن المساجد لا تبني إلا لعبادة الله عز وجل كما قال تعالى ﴿ وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا ﴾ (٤). وهذا يقتضي بطلان كل عمل فيها خلاف هذه العبادة. وقد سار السلف الصالح منذ عهد رسول الله ﷺ وصحابته على هذا المنهج فزدهوا المساجد وصانوها

(١) سورة النور الآية ٣٦ .

(٢) سورة النور من الآية ٣٧ .

(٣) سورة التوبة الآية ١٨ .

(٤) سورة الجن الآية ١٨ .

\* حكم من بنى مسجداً وأوصى أن يدفن فيه \*

عن كل عمل يخالف الأصل من تشييدها. ومع مرور الزمن، وشيوع الفرق، وما تعرضت له العقيدة في بعض بلاد المسلمين من الوهن والتحريف قام بعض المسلمين في العصور المتأخرة بصرف المساجد عن أصلها حين بنوها على قبور من سموهم بالآولياء والصالحين، وقد أدى هذا إلى خلل في العقيدة، وذلك بتعظيم هذه القبور والاعتقاد بأن أصحابها ينفعونهم أو يضرّونهم من دون الله: بل كانوا يشركونهم مع الله في العبادة، وهذا هو الشرك الذي حذر الله منه ووعد أصحابه بعدم المغفرة له في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ﴾<sup>(١)</sup>.

وقد حذر رسول الله ﷺ من بناء المساجد على القبور بقوله: (ألا وإن من كان قبلكم كانوا يتخذون قبور أنبيائهم وصالحيهم مساجد، ألا فلا تتخذوا القبور مساجد. فإني أنهاكم عن ذلك)<sup>(٢)</sup>. كما حذر عليه الصلاة والسلام من فعل الأمم السابقة في اتخاذ قبور أنبيائهم مساجد؛ وذلك فيما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن أم حبيبة وأم سلمة ذكرتا لرسول الله ﷺ كنيسة رأينها بالحبشة، وفيها تصاوير لرسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: (أولئك إذا كان فيهم الرجل الصالح فمات بنوا على قبره مسجداً، وصوروا فيه تلك الصور. أولئك شرار الخلق عند الله يوم القيامة)<sup>(٣)</sup>.

(١) سورة النساء الآية ٤٨ .

(٢) أخرجه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن بناء المساجد على القبور، واتخاذ الصور فيها، والنهي عن اتخاذ القبور مساجد، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٣ ص ١٧٨٣، برقم (٥٣٢).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن بناء المساجد على القبور، واتخاذ الصور فيها، والنهي عن اتخاذ القبور مساجد، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٣ ص ١٧٨١، برقم (٥٢٨).

وما روته أيضاً أنه لما نُزِلَ به عليه الصلاة والسلام طَفِقَ يطرح خميصه له على وجهه، فإذا اغتمَّ كشفها عن وجهه. فقال وهو كذلك: (لعنة الله على اليهود والنصارى؛ اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد)<sup>(١)</sup>.

وفي هذا النهي والتحذير: الحكم بتحريم بناء المساجد على القبور بأي صفة كانت، سواء كان البناء على قبر أو قبور قائمة أو كانت هذه المساجد قائمة أصلاً ووضعت القبور فيها إما بسبب اجتهداد أو وصية أو نحو ذلك.

وينبغي على ذلك أن وصية الرجل في سؤال الأخ عبد الملك صحيحة فيما يتعلق ببناء المسجد، ونرجو أن يكون له في ذلك الأجر. أما وصيته بوضع قبره فيه فتعد وصية غير صحيحة، ولا يجوز العمل بها؛ لأن الوصية يجب أن تكون في أمر مشروع، وبناء المساجد على القبور أو وضعها فيها يعد غير مشروع، لما يفضي إليه من المفاصد والاعتقادات في أصحابها.

والله تعالى أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن بناء المساجد على القبور، واتخاذ الصور فيها، والنهي عن اتخاذ القبور مساجد، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٣ ص ١٧٨٢ - ١٧٨٣، برقم (٥٣١).

### ٣٥٩ - حكم طاعة الأمر إذا كان يأمر بمعصية .

سؤال من الأخ مروان محمد من الجزائر يذكر فيه أن مدير أحد المستشفيات أمر ممرضاً يعمل لديه أن يحلق لحيته وأنه إذا لم يفعل فسوف يفصل من وظيفته.

الأصل أن أمر الأمر المخلوق محكوم بأمر الخالق، وهو الله عز وجل؛ وهذا يقتضي أنه لا طاعة لأمر المخلوق إذا كان يأمر بمعصية الخالق. فإذا أطاع المأمور أمر الأمر بالمعصية أصبح كل منهما عاصياً لله عز وجل، وقد دل على هذا الكتاب، والسنة، والمعقول.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا وَإِنْ جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾<sup>(١)</sup>. وقيل: إن هذه الآية نزلت في سعد بن أبي وقاص وأمه فقد كان رضي الله عنه باراً بأمه فأسلم ولم تسلم فقالت له: والله لتسدعن دينك أو لا أكل ولا أشرب حتى أموت فتعير بي ويقال: يا قاتل أمه وقد بقيت يوماً قال سعد: فقلت يا أماه: لو كانت لك مائة نفس فخرجت نفساً نفساً ما تركت ديني هذا، فإن شئت فلكي وإن شئت فلا تأكلي فلما رأت ذلك أكلت<sup>(٢)</sup>.

وفي هذه الآية حكمان: أولهما: وصية الله للولد بالإحسان إلى والديه. والوصية هنا بمعنى الأمر الدال على الوجوب والطاعة. وثانيهما: الاستثناء من الأمر وهو هنا: عدم الطاعة إذا كان أمرهما لولدهما بالمعصية

(١) سورة العنكبوت من الآية ٨ .

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ٣ ص ٣٢٨ . والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٣ ص ٣٩١ .

فلا يلزمه حينئذٍ إلا مصاحبتهما بالمعروف الذي دل عليه قوله تعالى في الآية الأخرى ﴿وَأِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾<sup>(١)</sup>. وهذا الحكم خاص بالوالدين، أما ما عداهما فلا يلزم للمأمور شيئاً من المصاحبة إذا كان الأمر له بمعصية.

وأما السنة فما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: (السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحبّ وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة)<sup>(٢)</sup>. وما رواه علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث سرية وأمر عليهم رجالاً من الانصار وأمرهم أن يطيعوه فغضب عليهم وقال: أليس قد أمر النبي ﷺ أن تطيعوني؟ قالوا: بلى، قال: قد عزمْتُ عليكم لما جمعتم حطباً وأوقدتم ناراً ثم نخلتم فيها. فجمعوا حطباً فأوقدوا ناراً؛ فلماً همُّوا بالدخول فقاموا ينظر بعضهم إلى بعض فقال بعضهم: إنّما تبعنا النبي ﷺ فراراً من النار أفندخلها؟ فبينما هم كذلك إذ خمدت النار وسكن غضبه فذكر للنبي ﷺ فقال: (لو دخلوها ما خرجوا منها أبداً، إنّما الطاعة في المعروف)<sup>(٣)</sup>.

قال الخطابي: «هذا يدل على أن طاعة الولاة لا تجب إلا في المعروف كالخروج في البعث إذا أمر به الولاة، والنفوذ لهم في الأمور التي هي الطاعات ومصالح للمسلمين، فأما ما كان منها معصية كقتل النفس المحرمة وما أشبهه فلا طاعة لهم في ذلك (إنما الطاعة في

(١) سورة لقمان الآية ١٥ .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام، ما لم تكن معصية، فتح الباري ج ١٣ ص ١٣٠، برقم (٧١٤٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام، ما لم تكن معصية، فتح الباري ج ١٣ ص ١٣٠، برقم (٧١٤٥).

المعروف) لا في المنكر. والمراد بالمعروف ما كان من الأمور المعروفة في الشرع، وهذا تقييد لما أطلق في الأحاديث المطلقة القاضية بطاعة أولي الأمر على العموم<sup>(١)</sup>.

قلت: هذا في عموم المسألة، وينبغي عليه أنه في حالة الأخ الممرض لا يجب عليه طاعة أمره بحلق لحيته، بل تجب عليه معصيته؛ لأن حلق اللحية من المنهي عنه أو هو المحرم في الإجمال لقول رسول الله ﷺ: (أنهكوا الشوارب، وأعفوا اللحى)<sup>(٢)</sup>. والإعفاء هنا بمعنى إطلاق اللحية؛ لأن حلقها دخل في مخالفة الأمر وهو هنا رسول الله ﷺ الذي يبلغ الأمر عن ربه. فاقترضى هذا طاعته، ومخالفة من يأمر بأمر فيه معصيته. والأصل فيه قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ رِسُولَهُ وَلَا تَوَلَّوْا عَنْهُ وَأَنْتُمْ تَسْمَعُونَ﴾<sup>(٣)</sup>. وقوله ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾<sup>(٤)</sup>. وقوله عز ذكره: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾<sup>(٥)</sup>.

وأما ما قد يفعله الأمر بالمعصية - كحال مدير المستشفى - من فعل يضار المأمور في سمعته، أو كرامته، أو رزقه، فمرده إلى القضاء للحكم فيه، فيحق حينئذ للأخ الممرض في المسألة مقاضاة من يتعرض له في وظيفته؛ لأنه يعد في حكم المعتدى عليه دون حق.

(١) عون المعبود ج ٧ ص ٢٠٨.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب اللباس، باب إعفاء اللحى، فتح الباري، ج ١٠ ص ٣٦٣، برقم (٥٨٩٣).

(٣) سورة الأنفال الآية ٢٠.

(٤) سورة آل عمران الآية ١٣٢.

(٥) سورة الحشر الآية ٧.

وخلاصة المسألة : أنه لا يجب على الأخ الممرض في المسألة طاعة مدير المستشفى بحلق لحيته بل يجب عليه معصيته لأن حلقها مخالف لأمر رسول الله ﷺ بإعفاء اللحى . وأما ما قد يفعله مدير المستشفى من فعل يضاره في وظيفته فمرده إلى القضاء ؛ فيحق له حينئذٍ مقاضاته لأنه يعد في حكم المعتدي عليه .

والله تعالى أعلم .

## إهداءات إلى مكتبة المجلة

ورد إلى مكتبة المجلة عدد من المجلات العلمية منها:

- مجلة البحوث الإسلامية: العدد ٨٣ ذوالقعدة - ذو الحجة ١٤٢٨هـ  
التي تصدر من الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء في المملكة العربية السعودية، وقد احتوت على مجموعة من الفتاوى لسماحة مفتي عام المملكة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ، وسماحة مفتي عام المملكة السابق الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز - رحمه الله -، وفتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، وعدد من البحوث العلمية والفقهية.

- مجلة الدراسات اللغوية: المجلد العاشر العدد الثالث - رجب - رمضان ١٤٢٩هـ، فصلية محكمة تصدر عن مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، وقد اشتملت على عدد من البحوث النحوية واللغوية.

- مجلة الدرعية: العدد ٤١، ربيع الأول ١٤٢٩هـ: فصلية محكمة تعنى بتاريخ المملكة العربية السعودية والجزيرة العربية وتراث العرب، وقد احتوت على عدد من البحوث الفقهية والتراثية.

- مجلة المعرفة: العدد ١٦٤ ذو القعدة ١٤٢٩هـ: شهرية تصدر عن وزارة التربية والتعليم في المملكة العربية السعودية، وقد احتوت على العديد من المقالات والمواضيع التربوية.

- مجلة الفيصل: العددان ٣٨٩-٣٩٠ ذو القعدة - ذو الحجة ١٤٢٩هـ

وقد احتوت على عدد من المقالات الثقافية والتراثية والتربوية.

- مجلة الحج والعمرة: العدد ٨ شعبان ١٤٢٩هـ: شهرية تصدر عن وزارة الحج بالملكة العربية السعودية، وقد احتوت على عدد من المقالات المتعلقة بالحج والمشاعر المقدسة.

- مجلة المنهل: العدد ٦١٤ ذو القعدة / ذو الحجة ١٤٢٩هـ: مجلة شهرية للأداب والعلوم والثقافة، تصدر عن دار المنهل للصحافة والنشر في جدة، وقد تضمن هذا العدد عدداً من المقالات والدراسات الثقافية المتنوعة.

- مجلة التبيان: العدد ٥٢ ذو القعدة ١٤٢٩هـ: أسبوعية شاملة تصدرها الجمعية الشرعية الرئيسية في مصر، وقد اشتملت على عدد من المقالات والمواضيع الشرعية والدعوية والثقافية.

- مجلة التوحيد: العدد ٤٤٤ ذو الحجة ١٤٢٩هـ: مجلة إسلامية ثقافية شهرية تصدر عن جماعة أنصار السنة المحمدية في مصر، وقد احتوت على عدد من المقالات الفقهية والشرعية.

- مجلة الفرقان: العدد ٥٠٥ - ١ رمضان ١٤٢٩هـ: مجلة إسلامية أسبوعية تصدر عن جمعية إحياء التراث الإسلامي بدولة الكويت، تشتمل على مقالات ومواضيع إسلامية وثقافية.

## رسائل وردت إلى المجلة

تلقت المجلة عدداً من الرسائل والاتصالات من الإخوة الباحثين والقراء والعاملين في المؤسسات الأكاديمية والتعليمية والخيرية الإسلامية تتضمن ثناءهم وكريم مشاعرهم وإعجابهم بمحتوى المجلة والمواضيع العلمية التي تنشر فيها. وهي إذ تقدر هؤلاء الإخوة والأخوات على ما أبدوه من المشاعر الكريمة، فإنها تؤكد لهم أنها ستكون -بإذن الله- عند حسن ظنهم لخدمة شرع الله وسنة نبيه محمد ﷺ.

من دولة الإمارات العربية المتحدة: الأستاذ/ زايد الخلفي من وحدة بحوث الكتاب والسنة.

من الجزائر: الأخت الدكتورة/ أم نائل بركاني، والأستاذ/ بن صغير مراد، والأستاذ/ أحمد عبد الجابر عبد العليم، والأستاذ/ ولي أحمد، والأستاذ/ شبيبة مسعود، والأستاذ/ نور الدين عمر، والأستاذة/ كلثوم نور الهدى، والأستاذ/ رشدي بوغنبور.

من فلسطين: أسرة إذاعة القرآن الكريم بنابلس.

من المملكة المغربية: الدكتور مولاي محمد الإدريسي الطاهري.

من غانا: الأستاذة/ سميرة هارون مشرفة المدرسة الإسلامية النسوية، والأستاذ/ يعقوب آدم من جمعية الطلبة الدينية، والاخ/ أبوبكر الصديق، والشيخ/ سعد من حلقة سعد بن أبي وقاص الإسلامية، والشيخ/ داود عبد الحميد من حلقة علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

Muslim is required to obey the commandment of the Allah's Prophet (PBUH) and disobey his boss in the work place who orders him to commit the wrongdoing.

With regard to the action of the person who orders to commit the sin -as is the case with the director of the hospital- which can cause the damage to the subordinate in terms of his reputation, dignity and job, he should consult the court in order to seek the correct ruling. The affected nurse has the right to sue in the court whosoever interferes in his job in this case, because he is considered as an aggrieved without a right.

### **359- The ruling about obeying the ruler or leader even if he orders to do the sins.**

In this question, Br. Marwan Mohammad from Algeria states that one of the hospitals directors ordered a nurse employed by him to shave his beard, warning him that in case of not fulfilling this order he will be fired from his job.

Indeed, the order of a human being is subject to follow the order of the Creator which is Almighty Allah. This clearly indicates that one should not obey an order of a human being if he orders him to disobey the order of the Allah (SWAT). If the subordinate followed the order of a human being to commit the wrongdoing, both would be considered as the sinful in eyes of Allah (SWT) as evident from the Qur'an, the Sunnah and the logics.

An in the above described case, the brother should not follow the instruction of his boss to shave his beard; rather he is encouraged to disobey him due to the fact that shaving beard is a forbidden act. Our beloved Prophet Muhammad (PBUH) is reported to have said: [*Trim closely the moustache, and let the beard grow*]<sup>(1)</sup>. And to let here means to let the beard grow, because shaving comes under the disobedience of the commander's order, i.e. the Prophet (PBUH) who delivers the order on behalf of Allah (SWAT). Hence, in view of the above Hadith, a

---

(1) Reported by Bukhari.

In view of this interdiction and warning, it is proved that it is strictly prohibited to build a mosque on the graves by any means either it was built on one or several graves, or those mosques were existing and the graves were built on them later on as a matter of ijtehad (diligence) or will and so on.

Based on the above discussion, it is established that bequeath of a person, as is in the question, is valid and he will be offered reward for it. However, about his bequeath to put his grave in it, it is considered invalid and such a will can not be executed. Because, for a will to be valid, it has to be in a legitimate deed and building a mosque on the graves or to put them inside the mosque is unlawful act. Such an action is likely to be associated with false belief in person buried in these graves.

The reason why the Lawmaker, Allah (SWT), has forbidden putting mosques on tombs is that this has led many people in the past to polytheism as believing in the person who is known to be righteous, is more probable than believing or fearing a piece of wood or a stone. For this reason, the Prophet Muhammad (PBUH) closed this door by forbidding praying in any graveyard whatsoever it is. It is then forbidden for Muslims to pray in such places even if they don't seek any blessing related to that very place.

mosque and bequeathed to be buried inside it after his death. Then he wants to know the Shariah view point about such kind of will.

Primarily the mosques are not built but to worship Almighty Allah, as Allah (SWT) said: ***[And that the mosques are Allah's, therefore call not upon any one with Allah]***<sup>(1)</sup>. This demands that any deed opposed to this worship should be considered as false. The righteous ancestors (salaf) followed this manner since the time of the Prophet (PBUH) and his Companions' (RA). They kept the mosques free from any deed opposed to the original objective they were built for.

The Prophet (PBUH) warned against building a mosque on the graves by saying: ***[Those who came before you were taking their messengers and saints' graves as mosques, so never take the graves as mosques. Thus I interdict you from doing so]***<sup>(2)</sup>.

He also warned about the action of the previous nations who took their messengers' graves as mosques: ***[They used to build places of worship on the tombs of their righteous men when they died. They would be indeed the worst among all the people in the eyes of Allah (SWT) on the Day of Judgment]***<sup>(3)</sup>.

---

(1) Qur'an 72:18.

(2) Reported by Muslim.

(3) Reported by Muslim.

as they come out of their sickness. And as for those who aren't allowed to fast immediately include the menstruated women and those women who have the period after the delivery. They have to compensate those missed days of fasting later on. With regard to the pregnant and breast-feeding mothers who are worried about their babies, they have to compensate those missed days of fasting and to pay expiation. Also fasting is not a necessity for those who are starving and thirsty to death which may affect their lives and this is death, so those are a necessity excuses.

As far as the question of the sister is concerned that she heard that if the season of Ramadan happens to occur in the summer, one is not obliged to observe the fasting due to the length of the day. This is wrong statement and is against the decree and instruction issued by Allah (SWT) and His beloved Prophet (PBUH). Any one who does not have an acceptable reason is obliged to observe the fast during the month of Ramadan no matter whether the day is long or short. Allah knows the best.

### **358- The ruling if someone built a mosque and bequeathed to be buried inside it.**

This question is received from Br. Sheikh Abdul Malik Bin Adnan bin Abdullah, the director of Ibn Taymiyah Association in Ghana wherein he states that there is a man who built a

heard from some people that if Ramadan happens to occur in summer, it will not be obligatory to observe the fasting due to its daytime length. And she further asks whether this saying is right or not?

Fasting is one of the five pillars of Islamic, and Allah (SWT) ordained that all the mature adult Muslim (male and female) must observe fast in this following Qur'ani verse: *[O you who believe! fasting is prescribed for you, as it was prescribed for those before you, so that you may guard]*<sup>(1)</sup>.

In another place His Almighty says: *[And whosoever of you is present let him fast the month]*<sup>(2)</sup>. And the prescribed here means obligation which has a mandatory necessity.

Also the fasting obligation is absolutely compulsory when Ramadan comes either this occurrence takes place in winter or summer. None is excluded from this except those are not able to fast. Unable includes the elderly people, the people who are severely sick and the people who are in the state of traveling. Such people are obliged to feed a needy one for every Ramadan day. As for those who are likely to be affected temporarily by the disease without being exposed to the threat of their lives, they must compensate and make up those missed days as soon

---

(1) Qur'an 02:183.

(2) Qur'an 02:185

*Allah ordered the believers as he ordered the messenger*]<sup>(1)</sup>. Then He mentioned the above tow Verses.

Fundamentally, any food which does not fall under the category of good foods, will be considered prohibited, and the good food could only be defined by "awareness". So if one doubted about the meat he is going to eat as if it was pork or another meat, one must stop eating it. Similarly, if one doubted whether the livestock was strangled, declined or butted, one must stop eating it.

Based on the above, if there is a doubt about the genetic engineered foodstuff as is being done these days, its production and eating must be stopped until it is proved to be certainly edible. Because the doubt in it indicates that it is not free from danger, and primarily the human has to know the risks himself; for the self-prevention is one of the legitimate necessities of the Shariah.

### **357- Ruling about whether the day length affects the fasting verdict.**

In this question, Sister Farah from the United Kingdom says: I've shifted to the United Kingdom in summer and I wanted to fast in Ramadan. And as it's well known that the summer daytime is longer compared to its nighttime, and I've

---

(1) Reported by Muslim.

And for those who disagree with this engineering, they are taking into account the dangers resulted from its use since 1994. Among these dangers are the increasing diseases caused by the use of such foodstuff to a great extent.

In respect to the issue of whether it is legitimately permissible or not ? It comes under the generality ruling of the necessity of eating the palatable and non-detrimental food as per Allah's order as clearly evident from the following Qur'anic verse [*O you who believe! Eat of the good things that we have provided you with, and give thanks to Allah if Him it is that you serve*]<sup>(1)</sup> and the verse [*O messengers! Eat of the good things and do well; surely I know what you do*]<sup>(2)</sup>.

And the good things -as mentioned- are a comprehensive name of all the lawful things that are not declared as prohibited. Any thing which is good from the inside and not filthy in its entity will be considered as good thing. On the other hand, Allah's order to believers to eat the good things is based on the fact that Allah is good and won't accept from those who believe in Him anything but the good things in their eating and drinking. In the similar meaning the Prophet (PBUH) is reported to have said: [*O people, Allah is good and won't accept anything but good, and*

---

(1) Qur'an 2:172

(2) Qur'an 23:51

The most preferred opinion is that -Allah knows the best- it is permitted to do the rest-sitting for those who have to do so need it because of elderly age, sickness or weakness; for the Prophet (PBUH) did the rest-sit because of his elderly age and the weakness when he grew old. Therefore it is allowed for those who are forced to do so even if the Imam didn't perform it because of the necessity. And there is no conflict between performing it and the necessity of the follower to follow his Imam, since it is a minor sit and the follower will continue to follow his Imam.

### **356- Verdict about the genetically engineered foodstuff and whether it is acceptable according to Shariah as human's food.**

This question received from Br. Mohammed Al-Mahdi from Riyadh. He asks about the Shariah view points regarding the production and selling of the genetic engineered foodstuff, and whether is it not allowed to promote them in the third world whose -as he mentioned- habitants don't know the detriment impact of this foodstuff on health and the environment in the long run.

One of the issues which is been under dispute nowadays is the genetic engineered foodstuff, and those who sustain this engineering they claim that it will increase the agricultural crop and will increase its nutritive value to help human overcome the starvation trouble.

**355- The ruling about permissibility of a follower (a person who follows the Imam in performing the prayer) to disobey the Imam in the prayer.**

This question received from Br. Shamsuddin of Nigeria wherein he asks whether the follower could disobey the Imam in the prayer; for instance the rest-sitting which the Imam didn't do.

The follower in the prayer should follow his Imam while kneeling (Ruku), prostration (Sujood), and his rising up (Qiyam), and in every movement during the prayer. And this following requires from the follower to exactly follow his Imam and not to contradict or to dissent with him, unless it's been evidently legitimated. There are three situations of this contradiction or disobedience:

**First:** When the follower intentionally disobeyed or contradicted his Imam or by negligence. This contradiction will cause invalidation of the prayer

**Second:** The disobedience as a matter of inattention or weakness: as if the Imam kneels and rose-up before the follower rising because of the congestion or drowsiness excuses, or the Imam's acceleration. In such case, the follower should perform what he didn't perform and to continue following his Imam and he has nothing to do any thing extra.

**Third:** The rest-sitting, which has a disagreement between the jurists.

tween the religious scholars about the leader's right to collect the Zakat in both cases if he found that the people are not paying it in any country. But the disagreement is on his right to handle the collection of Zakat of the invisible funds, contrary to what was in practice during the reign of caliph Othman (RA).

Perhaps the best and the most preferable way is that the ruler handles the collection of such Zakat as Almighty Allah ordained His Messenger (PBUH) to collect the Zakat from those who have to pay it without making a distinction between the invisible and the visible funds. The Prophet (PBUH) as well as Abu Baker and Omar (RA) did the same. Othman (RA) stopped the collection of Zakat of the invisible funds due to special circumstances he faced during his reign.

It is a kind of favour to the owners of the funds when the ruler undertakes to handle collection of these Zakat as he helps them to pay, acquit, and to purify their funds. Also it comes in the favour of the beneficiaries because the Zakat of visible funds in some Islamic countries in terms of quantity is nothing compared with the accumulated invisible funds in local and the foreign banks.

Contrary to this, when it is left to the discretion of the funds owners to pay the Zakat they may neglect paying and delivering it to the poor and needy beneficiaries.

## **CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH)**

### **POINT OF VIEW (\*)**

*Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah*

#### **354- The invisible funds alms-giving (Zakat) and who is the most disserving to handle it.**

In this question Br. Atiatullah from Riyadh asks about the Zakat of invisible funds and the people's negligence in paying it and whether is it appropriate that the ruler deals with it similar to that of the visible funds.

The funds that are subject to Zakat could be either visible or invisible. The visible funds are livestock such as cows, goats, or the agricultural crops such as fruits, seeds and so on. However, the invisible funds are money and commercial offers.

The visible and invisible Zakat funds used to be paid to the couriers who were appointed by the Prophet (PBUH) and the Caliphs Abu Baker and Omar (RA). However, later on Caliph Othman (RA) gave up collecting the Zakat of the invisible funds leaving it to the discretion of the funds owners due to some circumstances he faced at his time. There is no disagreement be-

---

(\*) These questions are received from the readers, and are answered by the properitor and the edictor-in-chief of the Journal Dr. Abdurrahman H. An-Nafisah, and are published on the Journl's web-site ([www.fiqhia.com.sa](http://www.fiqhia.com.sa)).

al-Fadl and Riba al-Nasiyah. It applies to six items: gold, silver, date, raisin, wheat and barley and to their similarities.

When comparing the above case and the monetary amounts used by the banks, it is clear without any doubt that the meaning of interest as discussed above applies absolutely to the increment in loan as per the Shariah standards when executing the contract. This is one of the two forms of Riba al-Jahiliyah which is prohibited by both the Qura'an and the Sunnah.

The interest of all kinds is a form of prohibited Riba. This confirms that the Islamic way of exploiting the capital could only be achieved through means of speculation and participation. This being alone an appropriate way of compensating the capital offered for production as the owner of the capital necessarily has to expose to the loss risks like the employer. In the meantime, it shows that the free loan for the consumption is a contract of easement and not investment.

To sum up, the Islamic economy recognizes capital monetary benefit to the profit and does not recognize predefined interests and does not spoil one's right as is the case in some socialist economic systems. Therefore, there is no surprise to see that many traditional banks and financial institutions tend to open the Islamic windows by introducing various types of Islamic financial products based on the guidelines of the Islamic Shariah in forms of speculation and profits sharing (Murabahah).

This is quite unlike the case in economic norm in which the money growth alone is considered as capital profits whether cash or otherwise.

However, interest in banking practice refers to the price paid for the use of cash or cash price paid for use of cash amount. From this point it is clear that the juristic meaning of the interest is different from that of the banking and economic tradition. It is also clear that the meaning of interest in both cases is different from the meaning of profit in Islamic jurisprudence.

In Shariah context, Riba refers to any contractual (conditional) increment in a loan contract or an exchange contract of certain items, it doesn't matter of money or any other standardized commodity. As per Islamic Shariah, there are two types of usury:

First: Riba of loan which is generally known as Riba al-Nasiyah or Riba al-Jahiliyyah which has been prohibited in the Qur'an. There are two forms of such Riba:

- Increment could be when a loan contract is made or at contractual (conditional) increment in a loan contract or an exchange contract of certain items and taking this increment along with the loan when due.

- Increment in the debt when rescheduling a previous debt and inability of the debtor to settle it.

Second: Riba al-Buyu (usury in trade) which is termed by jurists as Riba al-Fadal for it quietly similar to that of Riba

## **Contemporary Suspicion and Justifications about Interests and Riba**

***Dr. Khalid bin Abdul Rahman Al-Mishal<sup>(\*)</sup>***

### **1- Relation between Interests and Riba:**

The literal meaning of interest or Riba as it is used in the Arabic language means to excess or increase. In the Islamic terminology interest means effortless profit or that profit which comes free from compensation or that extra earning obtained that is free of exchange.

It is an established principle of Islam that money alone does not beget money nor can grow itself. The juristic (Fiqhi) definition of interest is confined to the growth of commercial deals and commodity ready for acquisition – the fixed capital – excluding the cash money which can only grow if enters in the process of sale and purchase and be transferred to commercial deals – commodity – then returned again in cash. In this case, the growth achieved would be considered a legitimate profit, because the capital meets with the labor in this cycle changing from one condition to another and provides a risk element of being exposed to the possibility of profit and loss.

---

(\*) Associate Professor of Economy, Department of Economics, College of Economics and Business Studies, Imam Muhammad bin Saud Islamic University

Also the newborn-immolation (Aqiqa) follows the normal immolation in its age and in mentioning the name of Allah (SWT) when slaying it, eating, giving some of it for the needy people, giving some of it as a gift, and saving some of it, and never sell any part neither the meat nor the leather, and only to eat and to give some for the needy people from its meat.

As for shaving the newborn's head when slaying the newborn's-immolation, the jurists deemed it desirable and it was proven by the Prophet (PBUH). And to cut some of the newborns hair while leaving some is called "Al-Quz'ah or tufts of baby hair. This means to shave some of the baby's hairs and leaving others. It is clearly forbidden according to the teachings of the Prophet (PBUH) as reported by Ibn Omar (RA) that Prophet (PBUH) forbade from (Al-Quz'ah), in another words "shave it all or leave it all".

Finally, it is newborn's right either a boy or a girl to choose a good name for him/her because he will be called by it at the Day of Judgment. And the Prophet (PBUH) used to like the good omen and the good names. Hence, we should follow him (PBUH).

newborn's right in his seventh day to pour blood for him as evident from the Sunnah of the Prophet (PBUH) both in his sayings and the practice. This ceremony could be called Naseeka or Aqiqa. It nullifies the pre-Islamic actions being exercised by the people of Al-Jahiliyah (ignorant nations) as they used to stain the newborns head with blood. Atypically, there are scholars who are of view that this ritual is particular for the boys and not for the girls. However, there are scholars who did not differentiate between them as they consider that both have the equal rights in Aqiqa.

And the majority of the jurists opine that for Aqiqa to be valid is to perform it before reaching the puberty age. If a child reached the puberty age, there would be no Aqiqa for him.

There is unanimous agreement among the majority of the jurists that it is not permitted to slaughter the animals in ritual of Aqiqa except those 8 pairs only that are permitted to be slaughtered in the ritual of sacrifice during Hajj season or Eid Al-Adha.

Malik said: It is considered as sacrifice or Aqiqa. The animals to be offered in Aqiqa should not be one-eyed, skinny, broken, sick, or injured exactly as is the case with the immolation ritual; they are both the same. It is more preferable to slay the newborn's-immolation than paying its price even if the paid amount is higher.

bear in mind that the jurists have differed with regard to establishing the preemptive rights as follows:

1. As per the majority of the scholars, the preemptive right is only established in favour of a non-participant shareholder.

2. There are ranks to be followed with regard to the preemptive rights: The first one is established in favour of the non-participant shareholder, and then comes participant shareholder then the attached neighbor.

According to Hanafi School of Thought, preemptive right is established without dispute in order to seek the neighborhood. With regard to the preemptive rights in the land and some amenities, both parties have the similar preemptive rights.

With regards to question that if the preemptive right is established, then who will be given preference among owners of the other apartments? The answer is that the closest neighbor will be preferred over others.

### **Rulings about Aqiqa (new-born immolation)**

*Dr. Mohammad Bin Abdul-Aziz Al-Sudais (\*)*.

The Aqiqa or new born-immolation is the Sunnah of the Prophet (PBUH) and his companions (RA) also did it. It is the

---

(\*) Member of the Faculty of Sharah, Qasim University.

The para (5) of article (4) of the real-estate law stipulates that the proportion should be determined according to the value of the each apartment after being duly evaluated by the experts. For example, if the value of one of the apartments is estimated to be 400 thousands whereas the value of the remaining 3 apartments is 200 thousands each, then land or the desired dividable items be divided into 5 shares; two shares to go to the first owner and the remaining owners will receive 1 share each regardless of the area of the apartments.

#### **Right of Preemption (Shufa):**

Shufah also known as “preemption rights to purchase is a privilege extended to the select shareholder to adjacent, not land on the opposite side. It is allowed according to the Sunnah and the consensus of the scholars to exercise such rights.

In case of the ownership apartments, if one of the owners sells his apartment will any of the owners of the apartments in the same building have the preemption rights? Having said that if the owner of the upper floor wants to sell his apartment, will the preemption rights be established in favour of the owner who owns an apartment on the lower floor or vice versa? Or who will be given preference; the one who lives on upper floor or the next door neighbor living on the same floor?

Before answering to these crucial questions, it is better to

certainly cause persistent damage. With regard to using in a way that neither the wall nor the owner is being affected from such action, then it is allowed as per opinions of majority of the scholars. However, the neighbor should not be compelled to do so pursuant to the tradition of the Prophet (PBUH): The wealth of a Muslim is not permissible (halal) but with one's own free will. There are other hadiths to provide the similar meaning.

Second Aspect: The ways of making use of neighbor's wall in terms of installing pipelines for water, electricity etc. on the wall. In the case such action is likely to cause damage to the wall, it will not be allowed without obtaining prior approval from the owner. If no damage is likely to occur because of such amendment and owner does not allow, it will also not be permitted; for it is not allowed to interfere with one's wealth or property but with one's own free will as discussed in the issue of installing or hanging wood pillars on the wall.

### **Guarantee of Wall:**

The guarantee of the wall in case of collapse and damage, it is responsibility of the owner as long as no encroachment is caused by the neighbor or any other party. There are cases in which the areas of units (apartments) are same, but their locations and specifications differ from one another. In this case, what would be the proportion of the legitimate rights between the owners of the units such as terrace and the land if the building is destructed?

The case of duplex has 3 aspects to be taken into account:

First Aspect: In terms of permissibility to utilize it (with increase or decrease).

Second Aspect: Permissibility to utilize it in terms of (hanging or support to it or extending the water and electricity utilities on it).

Third Aspect: Guarantee of its collapse and damage.

If it was built and determined for one another, the owner may make amendments in it either by increasing or decreasing and it is permitted to make use of it in a way that the neighbor is not affected. However, the utilizing of the ventilation of the neighbor is subject to his approval.

With regards to the neighbor, fundamentally he does not have the right to interfere with the neighbor's wall; nor he has the right to utilize it without seeking his approval. The same is applied to the land owned by the neighbor.

However, if necessity arises for one to make use of one's neighbor's wall, then what will be the ruling in this regards?

Before answering this question, the necessity to use the wall of the neighbor should be defined from the following aspects:

First Aspect: One needs to hang or support a wood pillar to the wall and so on. In this case, if such an action causes damage to the wall, it is absolutely not permitted; for the damage will

the lives of the people today is that when they fail to built their own homes they seek to own the housing units or apartments by paying cash or on credit. In this paper, our objective is to look into these ownership deeds in terms of their security and absence of jeopardy (ghirar) and then to discuss the sharing by owners some facilities of the units as well as the issues related to the guarantee of rights of all the parties. This paper will focus on the units that are built then sold to the owners. While looking at the ownership homes, we find that they will not be free from the following cases:

First Case: The two neighboring units (2 villas) or attached with one another and each of them be independent in terms of the land, the sky, the walls, the entrances and the amenities.

Second Case: The two units with shared wall but each will be independent in terms of the land, the sky, the walls, the entrances and the amenities. Today this kind of home is commonly known as duplex.

Third Case: A band of various units (apartments) on different floors with entrance/s and one land and sky for all the building.

Here we would like to discuss case 2 of duplexes with regards to the guarantee of walls shared between the two neighbors, the permissibility to disposition and the extent of its usage by them.

- Manufacturing after evaluating the value with its cost price and known profit.

j) It is also allowed to protect the capital with specification of gain and partnership combination. There is no harm to combine more than one contract together unless this does lead to a prohibited act.

- Combination between the profits sharing and partnership.

- Combination between leasing (Ijarah) and partnership.

- Diversification of assets in order to protect the capital.

- Combination between two profits sharing agreements against one another with two different currencies to protect the capital from the fluctuation of the exchange rate. .

- Combination of two loans against one another (the reciprocal loans) with two different currencies in order to protect the capital from the fluctuation of the exchange rate.

### **Rulings and Regulations about Ownership of Apartments**

*Dr. Saleh bin Ali Al-Shamrani<sup>(\*)</sup>.*

Among the issues that have turned to be a phenomenon in

---

(\*) Umm QI-Qura University, Institute of Scientific Research and Preservation of Islamic Heritage

speculation in the profits sharing deed.

- Taking mortgages and guarantees, the credit study, the cooperative insurance on the debts.

- Profits sharing with discount or motivation.

- To combine between profits sharing and partnership.

- Sell of profits with goods that could be liquidated.

- Leasing with a promise of transferring the ownership with nominal value and a regular income.

- Manufacturing or buy from a third party then leasing.

- Establishing a limited liability company that should own the assets and owned by the investors.

- To hold the tenant liable in the guarantee deed towards the basic and emergency maintenance unless his non-negligence or infraction is proved.

- The cooperative insurance on the leased assets against damage and emergency maintenance.

- The leasing with a mutual commitment of ownership transfer either by a suspended sale or a promise sale with difference of delivery location.

- Partnership with leasing then gradual or suspended transfer of ownership.

- A suspended sale contract (Aqd al-Silm) paid in advanced where the items are known by its value not by its quantity.

- Cooperative (Takaful) insurance on investment and financing against capital and credit risks or exchange or investment or financing return risks.

- A third party commitment to guarantee voluntarily without a withdrawal intention.

- A third party commitment to voluntarily guarantee the manager's infraction or negligence with a right to make claim against him.

- A third party commitment to recompense the guarantee of the manager's infraction or negligence having right to claim against him.

- To set out provisions to protect the capital or with the revenue while deducting from the investors' rights.

- To set out provisions to protect the capital or with the return and deduction from the gross profits including the manager's rights.

- A voluntarily guarantee by the employee after the execution of the contract.

- A commitment from the manager to offer the interest-free loan to the funds owners in case of failure or deficit.

i) It is permitted to protect the capital by ways of credit contract. This may include:

- Profits Sharing Deed (Aqd al-Murabahah) through authorization in the investment or authorization of promise to buy or

4- Initially make him liable; however, later on evidences proved that no negligence or infraction was from his side. This condition is valid and acceptable.

e) There are two types of risks: legitimated risk, which is resulted by holding the responsibility of the asset's ownership of the subject investment. And forbidden risk, which is resulted by the contract ignorance and termed as gambling.

f) It is not permitted to protect the capitals by methods that were intended to hold the investment manager as liable such as:

- To stipulate that the manager is obliged to secure or guarantee the capital.

- Speculation while lending money to the manager.

- To oblige the investment manager to purchase the assets with its nominal value, and reciprocal promises to take precautions against the market value fluctuation, as well as third party unlimited/absolute guarantee in favour of the investment manager - - unlimited against infraction and negligence- keeping the right to reclaim the manager.

g) One of the forbidden ways to protect the capital is to have a third party to commit to guarantee with fee. This is a commercial insurance policy which was prohibited in accordance with the resolutions issued by a number of the Fiqh Academies.

h) It is allowed to protect the capital in a mutual and cooperative manner. This includes:

whether it occurred because of the failure in taking into account the causes or there could not be any loss.

b) Fundamentally, it is allowed as per the laws of Shariah to protect the capital provided that these three conditions are fulfilled: (1) it should not aim to hold the investment manager as liable (2) it should not come under the term of a prohibited contract (3) it must be equal between the partners.

c) The investment management could be either in way of speculation, or sharing, or by proxy. As per Shariah law, no obligation of liability should be imposed on the investment manager except in case of his proved negligence or infraction.

d) Setting liability on the manager of investment is not free from any of the following four cases:

1- The liability under specific condition. Such kind of liability is not permitted as per Shariah law.

2- He should not be held liable but only with proven evidences of his negligence and infraction. This is the correct opinion.

3- He should be held liable based on the presumption unless he produces convincing evidence to renounce the accusation being made on him. Such liability is considered valid. The presumptions of negligence include: realizing losses in the similar businesses that generally realize profits, or realizing unexpected losses without justifiable reasons.

tehad (striving) to follow one of the particular Madhabs (schools of thought); for if they don't do so, they are likely to depart from the correct method particularly while searching the permissibility in different Madhabs (schools of thought) of Ulema.

7.It is obligatory upon a Mufti to know the contradictory and parable cases. In case of issuance of contradictory fatwa from two or more Muftis, the questioner should opt the best one then the more logical. In case of two different opinions of one Mufti in the same case, the questioner should stick to the more cautious opinion till the time a consensus is reached on one of them. In this case, he will not have an option. If the action of the Mufti is found to be contrary to that of the Immam he follows whose Madhab (school of thought), the questioner will comply with the fatwa of the Mufti of his time.

## **Protection of Capitals in Islamic Jurisprudence**

*Dr. Yousuf Al-Shubaily* (\*).

a) Protection of capital means to exert efforts to protect it from loss. Hence, its meaning is different from that of guarantee in terms of result because the security of the capital may be realized or may not be. Whereas the guarantee means to stick to the result in terms of bearing any loss in the capital no matter

---

(\*) Assistant Professor, The Higher Institute of Judiciary, Riyadh.

must be able to differentiate between the special evidence and common evidence and have thorough knowledge of general and special wordings as well as the connected and separated appropriations. He should issue his fatwa based on the special evidence when there is a contradiction between the special and general meaning. In case the evidence supports the special meaning, he should issue his fatwa based on this special evidence, and similarly in case of having two evidences, general and restricted, he should rely on the restricted evidence as a matter of preference.

5. It is must for a Mufti to be competitive enough in performing ijtehad<sup>(1)</sup> (striving) with regards to the cases he is going to issue the fatwa about. He is also required to have authority on the auditory and rational evidences and difference of their rankings in terms of strength and weakness. Furthermore, he should be well versed with the situation and be just so that he can be trusted in his ruling being his objective to guide the people to the righteous path. There are different types of mujtehids (strivers): (1) an independent and unbounded mujtehid (2) a mujtehid who sticks to a particular Madhab (school of thought) and (3) a mujtehid who focuses on some particular branches of fiqh.

6. It is must for Muftis who did not reach the degree of ij-

---

(1) Striving; scholarly endeavor; competence to infer expert legal rulings from foundational proofs within or without a particular School.

objective of the Shariah as clearly evident from the following Qur'anic verse [*Hold to forgiveness; command what is right; But turn away from the ignorant*]<sup>(1)</sup>.

4. It is mandatory for f Mufti to be well versed with the semantics of the Qur'an and the Sunnah, in terms of their true and figurative usage by interpreting them according to the explanations and understandings adopted by the Prophet (PBUH), His companions (may Allah be pleased with them) and their successors. In doing so, he must take into consideration the context and requisites of the situations and look into the milieu of the sentence. Furthermore, he must be aware of the two types of statement (1) explicit (2) non-explicit. Likewise, he is urged to have sound knowledge of semantics of understanding in terms of agreement and disagreement and so on. He should also know the conditions set out by the majority of the scholars with regards to reckoning with this understanding, and the logics of semantics. He should also not issue the fatwa concisely without mentioning a sound evidence to support his opinion on the issue. In other words, his fatwa should be well explained. A Mufti must also have sound knowledge of the imperative and negative forms and their respective reasoning adopted by majority of the Muslim Ummah. In addition, he is required to be familiar with the contexts encompassing these forms. Furthermore, a Mufti

---

(1) Qur'an 7:199.

conditions for its implementation and defects of reasoning (illah)<sup>(1)</sup>.

3. A Mufti must adhere to the credibility of the texts in terms of their derivations, meanings, illah and objectives based on the understanding of the predecessor pious scholars. He is also obliged to take into account, while reasoning out transmitted interest, that it should conform to the dispositions of the Shariah and its objectives and ensure that it should not nullify any of the foundations of Shariah as it has nothing to do with the matters of worships. After that, he should ensure that the outcome of this interest should lead to eradication and softening of the difficulty and should not conflict with an equal or superior interest. Furthermore, implementation of such interest should not cause a more likely or similar corruption; rather it should serve to improve the condition of the person who seeks the legal opinion. Similarly, while inferring to approbation, he should look at the consequences of the fatwa he would issue from all its aspects and he should take into consideration the barring of the means leading to prohibited and unlawful; for the means is considered as the objective. A Mufti is also urged to bear in mind the tradition and custom of the person who is seeking the fatwa provided that it should not come into conflict with the text or

---

(1) Defect or defects hidden within the chain or text of an ostensibly sound hadith.

## Science of Usool Al-Fiq and Its Effect on Validity of Fatwa (legal opinion)

*Dr. Abdur Rahman Al-Sudais* <sup>(\*)</sup>.

1. Usool Al-Fiqh is a science that has an exact methodology for deriving and dictating Islamic Law. It has relevance to fatwa and a qualified and competitive Mufti<sup>(1)</sup> is the one who is skilled in this particular science and implies it when studying and understanding the cases and relate them to the currents.

2. A Mufti must be fully aware of the evidences of agreed upon rulings in terms of their objectives and degrees. He should not bring something before which deserves to come later and vice versa and should not make a conclusion based upon atypical evidence or an abrogated or a special or a general stipulation unless he knows how to relate it to the event. In this regard, his knowledge should be based on the understanding and reasoning of the pious predecessor scholars (salaf). Similarly, it is must for a Mufti to be aware of the authority of the consensus (ijma) and its positioning. He should also ensure validity of narrations related to consensus (ijma) and should be able to perform analogy (qiyas) taking into account all its pillars,

---

(\*) Professo of Fiqh, Umm Al-Qura University and Imam of Al-Haram Mosque in Makkah.

(1) One who issues legal opinions and responses.

*lievers.*]<sup>(1)</sup>. and [But if you do (it) not, then be apprised of war from Allah and His Messenger]<sup>(2)</sup>.

When we carefully ponder over the current financial crises and credit crunch taking place in the modern world that caused loss of wealth and destruction of rights, we find that it is an outcome of practicing usury in its corrupted forms and transgression of the its masters. There is no doubt that the mortgage owners and the financial institutions and the banks realized earlier that their systems would collapse at any moment. They were aware of the risks of usury and its evil effect; however, their voracity blinded them from this very fact and they exploited the weaker section of the society putting on them the burden of mortgages with unjust conditions. As a result, they could not fulfill these conditions, and, in turn, those institutions too were unable to fulfill their responsibilities towards their debts. Naturally, they were destined to ruin in moments.

As a result of the current credit crunch and subprime crises, the world is highly affected and the nations are losing their wealth on accounts of other's corruption and misconducts. In view of the above, the world has no choice but to formulate rules and regulations to avoid collapse of all the financial institutions. This could only be achieved by reverting to the Law of Allah and liberation from the usury and the oppressors of the wealth. We should turn to Allah to seek help.

---

(1) Qur'an 2:278.

(2) Qur'an 2:279.

selves to steer and manage their daily lives. These principles and norms have been mentioned in the Qur'an and the Sunnah of His Prophet (PBUH) as a whole as well as in details whereby they are asked either to believe in them or deny them. When they believe in them verbally and practically, they realize all types of peace and security. On contrary, when they opt to go against these established principles; their life collapses from each and every aspect.

The corruption of the conditions takes various forms. One could be afflicted with diseases or loss of the wealth or involvement of one's son in corruption. For example, when we look at the wealth and capitals and their losses from time to time, we find that Allah (SWT) formulated rules and laws to protect them from damage and loss. The very first rule in this direction is the purification or protection of the wealth from the adverse effects of usury (riba). We have dealt comprehensively in earlier issues of the Journal the evils and risks associated with the usury. Allah blots out the usury and dislikes the people who practice it as He says: *[Allah will deprive usury of all blessing]*<sup>(1)</sup>. i.e. Allah does not bless usury, and He causes charitable deeds to prosper. The act of usury itself lights the fuse of the ultimate destruction of the system that builds, supports and perpetrates it. Usury is as heinous sin as that it is considered similar to waging war against Allah (SWT) and His beloved Prophet (PBUH) as the verse read: *[O you who believe! Be careful of (your duty to) Allah and relinquish what remains (due) from usury, if you are be-*

---

(1) Qur'an 2:276.

## A letter from a Reader

All Praise be to Allah, Lord of the Worlds. Peace and blessings of Allah (SWT) be upon our Prophet Muhammad, and on his family and companions and their followers till the Day of Resurrection.

A Muslim believes that his Lord is the one who created the universe with perfection and built it based on prodigious rules and norms. He also believes that nothing takes place in this universe but in accordance with these established rules and norms. With regards to the issue of general creation, Allah (SWT) says: *[It is He who created all things, and ordered them in due proportions]*<sup>(1)</sup>. i.e. He created all things with measure. Concerning elements of this creation, the Almighty Allah speaks about the earth in this verse: *[And bestowed blessings on the earth, and measure therein all things to give them nourishment in due proportion]*<sup>(2)</sup>. The logic behind the movement of sun and moon and rotation of the night and the day is stated as such: *[It is not permitted to the Sun to catch up the Moon, nor can the Night outstrip the Day: Each (just) swims along in (its own) orbit (according to Law).]*<sup>(3)</sup>. Another verse speaks of rainfall: *[But We only send down thereof in due and ascertainable measures]*<sup>(4)</sup>.

As Allah (SWT) formulated these principles and norms, He too instituted the indigenous rules and laws for his

---

(1) Qur'an 25:2.

(2) Qur'an 41:10.

(3) Qur'an 36:40

(4) Qur'an 15:21.

## Contents

|                                                                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| • A Letter from a Reader .....                                                                                                                   | 5  |
| • Science of Usool Al-Fiq and Its Effect on Validity of Fatwa (legal opinion) .....                                                              | 8  |
| <i>Dr. Abdur Rahman Al-Sudais</i>                                                                                                                |    |
| • Protection of Capitals in Islamic Jurisprudence .....                                                                                          | 12 |
| <i>Dr. Yousuf Al-Shubaily</i>                                                                                                                    |    |
| • Rulings and Regulations about Ownership of Apartments .....                                                                                    | 17 |
| <i>Dr. Saleh bin Ali Al-Shamrani</i>                                                                                                             |    |
| • Rulings about Aqiqa (new-born immolation) .....                                                                                                | 22 |
| <i>Dr. Mohammad Bin Abdul-Aziz Al-Sudais</i>                                                                                                     |    |
| • Contemporary Suspicion and Justifications about Interests and Riba .....                                                                       | 25 |
| <i>Dr. Khalid bin Abdul Rahman Al-Mishal</i>                                                                                                     |    |
| • CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW                                                                                                  |    |
| <i>Dr. Abdur Rahman Ibn Hassan Al Nafisah.</i>                                                                                                   |    |
| • The invisible funds alms-giving (Zakat) and who is the most disserving to handle it .....                                                      | 28 |
| • The ruling about permissibility of a follower (a person who follows the Imam in performing the prayer) to disobey the Imam in the prayer ..... | 30 |
| • Verdict about the genetically engineered foodstuff and whether it is acceptable according to Shariah as human's food .....                     | 31 |
| • Ruling about whether the day length affects the fasting verdict .....                                                                          | 33 |
| • The ruling if someone built a mosque and bequeathed to be buried inside it .....                                                               | 35 |
| • The ruling about obeying the ruler or leader even if he orders to do the sins .....                                                            | 38 |

**THE CONSULTATIVE SCIENTIFIC BODY**

**Names according to Alphabetical order.**

- **Professor Dr. Ahmad Mohd. Nour Saif**
- **Professor Dr. Saud Bin Abdullah Bin Mohd. Al-Fnaisan**
- **Professor Sheikh Abdullah Bin Al-Sheikh Al-Mahfouz  
Bin Biah**
- **Professor Dr. Abdul-Malek Bin Abdullah Bin Idhaish**
- **Professor Dr. Abdul-Wahab Bin Ibrahim Bin Mohd.  
Abu Sulleiman**
- **Professor Dr. Al-Arabi Bin Ahmad Balhaj**
- **Professor Dr. Ala'uddin Kharoufa**
- **Professor Dr. Mohd. Ibrahim Bin Ahmad Ali**
- **Professor Dr. Nouruddin Bin Mukhtar Al-Khademi**
- **Professor Dr. Yacoub Bin Abdul-Wahhab Alba-Husain**

*In the Name of Allah , Most Gracious , Most Merciful*

## PRINCIPLES AND REGULATIONS FOR PUBLICATION

*Contemporary Jurisprudence Research Journal staff would like to notify researchers that principles of publication in the journal necessitate the following :*

- 1- Research submitted for publication, should be based on Islamic (Fiqh) jurisprudence .*
- 2- Research should concentrate on issues , questions and contemporary problems and the way of finding both scientific and practical solutions for them according to Islamic (Fiqh) jurisprudence , and its concepts which are confirmed by the people of Sunnah .*
- 3- Research should be objective and comprehensive. It should follow a scientific method in terms of depending on original references, documentation and explanation of (Ahadeeth) showing their degree of authenticity .*
- 4- Any research submitted for publication , should not have been published in either a book, a journal or any other means of publication.*
- 5- References should be mentioned in a margin at the lower parts of the page a long with a short biography for the figures mentioned in the research .*
- 6- Scientific references and their authors' names should be alphabetically indicated at the end of any research . Place and date of printing along with the publishing house should also be mentioned.*
- 7- A statement indicating that the research has not been published before, should be attached to the research .*
- 8- Research should be concluded by a brief summary manifesting results and opinions included therein .*
- 9- A satisfied abstract should be attached to the research to be translated into English .*
- 10- Pages of research should not be less than twenty pages of the journal.*
- 11- Researcher's name should be fully written along with his scientific post, if any .*
- 12- Researches are arbitrated by (Fuqaha) jurists and specialized scholars ('Ulama) according to a form which indicates principles and procedures of arbitration . Among these principles is that arbitrators should not know the authors' names and vice versa whether the arbitrators agree that their researches to be published or they show some observations or even recommend not to be published .*
- 13- Researches which are not published , will not be returned .*

*\* All essays herein published express the viewpoints of their authors.*

Whom Allah intends good grants him the  
Knowledge and insight in Religion Hadith

## CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A journal specialised in Islamic jurisprudence

Issue No. 80 - Twenty Year

Sep - Oct - Nov 2008

Editor - in - Chief *Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah*

### Annual Subscription:

For Govt Offices and Agencies : SR. 200

For Individuals : SR. 100

### Price Per Copy:

K.S.A SR. 15 Mauritania On.1200

Qatar QR. 12 Tunisia Dr. 6

Syria L.L. 188 Libya L.Dr. 1000

Sudan S.D. 8 S of Oman P. 900

Algeria D. 284 Bahrain BF. 900

Jordan JD. 1 Kuwait K.D.L. 5

Egypt Le. 22 Yemen Y.R. 795

U.A.E D. 15 Morocco D. 33

### Annual Subscription :

U.S.A Canada & Europe US. \$ 30

\* DAR AL-BOHOOS PRINTING PRESS

Phone: 4852663 - 4852161

Fax: 4852188

NO. : 14/0188

ISSN : 1319 - 0792

### Address :

Al-Aqiq - Al-Tahlia Str.

Riyadh - K.S.A

Phone. 4853702

4853705

Fax. 4853694

P.O. Box: 1918 .

Riyadh: 11441 .

\* Website: [www.fiqhia.com.sa](http://www.fiqhia.com.sa)

\* E-Mail: [fiqhia@gmail.com](mailto:fiqhia@gmail.com)

\* E-Mail Editor - in - Chief:

[anafisal@gmail.com](mailto:anafisal@gmail.com)

\* Pority right of designing and  
hosting the magazine's website on  
the internet by Advanced Arabic  
Systems Co. (Naseej).

\* Distributors :

Saudi Distribution Co.

Jeddah: 02-4530909

Riyadh: 01-4728805

# CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

Issue No. 80 - Twenty Year

Sep - Oct - Nov 2008

## IN THIS ISSUE

- |                                                                                       |                                              |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| - <i>Science of Usool Al-Fiq and Its Effect on Validity of Fatwa (legal opinion).</i> | <i>Dr. Abdur Rahman Al-Sudais</i>            |
| - <i>Protection of Capitals in Islamic Jurisprudence.</i>                             | <i>Dr. Yousuf Al-Shubaily</i>                |
| - <i>Rulings and Regulations about Ownership of Apartments.</i>                       | <i>Dr. Saleh bin Ali Al-Shamrani</i>         |
| - <i>Rulings about Aqiqa (new-born immolation).</i>                                   | <i>Dr. Mohammad Bin Abdul-Aziz Al-Sudais</i> |
| - <i>Contemporary Suspicion and Justifications about Interests and Riba.</i>          | <i>Dr. Khalid bin Abdul Rahman Al-Mishal</i> |

## CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

- The invisible funds alms-giving (Zakat) and who is the most disserving to handle it..
- The ruling about permissibility of a follower (a person who follows the Imam in performing the prayer) to disobey the Imam in the prayer.
- Verdict about the genetically engineered foodstuff and whether it is acceptable according to Shariah as human's food.
- Ruling about whether the day length affects the fasting verdict.
- The ruling if someone built a mosque and bequeathed to be buried inside it.
- The ruling about obeying the ruler or leader even if he orders to do the sins.