

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي
العدد الخامس والثمانون - السنة الحادية والعشرون - ذو الحجة، ١٤٣٠هـ - محرم - صفر - ربيع الأول ١٤٣١هـ - فبراير (شباط) - مارس (آذار) - إبريل (نيسان) - مايو (أيار) ٢٠١٠م

في هذا العدد

- | | |
|---|---|
| التمويل بالمضاربة في المعاملات المالية. | الدكتور / حسن عبدالغني أبو غدة |
| الندوب عند الأصوليين. | الدكتور / محمد سعد بن أحمد اليوبي |
| الشفاعة في القضاء. | إبراهيم بن عبدالعزيز الجهنّي |
| قسمة التركة قبل الوفاة. | الدكتور / عبدالله بن فهد بن إبراهيم الخيد |
| قاعدة: البقاء أسهل من الابتداء. | الدكتور / عبدالعزيز بن عبدالرحمن المشعل |
| تولي المرأة وظيفة الماذون الشرعي. | الدكتور / سامي بن فراج بن عيد الحازمي |

فتاوى الفقهاء

- لا يتقيد ولا يتخصص إذن الولي بزمان ومكان.
- القاضي لا ينقض حكمه ولا حكم من قبله.
- ما تجوز به شهادة أهل الأهواء.
- الرجلان يدعيان شيئاً وهو في أيديهما جميعاً.

مسائل في الفقه

- تحريم التعدي على الأعراض.
- الموت الدماغى وما إذا كان يجوز للطبيب نزع الآلات.
- حكم الأموال التي تودع في البنوك.
- الفرق بين المداهنة والمدارة.
- حكم التعامل مع غير المسلمين.

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية فصلية مُحكَّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد الخامس والثمانون

السنة الحادية والعشرون - ذو الحجة ١٤٣٠ هـ - محرم - صفر - ربيع الأول ١٤٣١ هـ - فبراير (شباط) -

مارس (آذار) - إبريل (نيسان) - مايو (آيار) ٢٠١٠ م

صاحبها ورئيس تحريرها الدكتور / عبد الرحمن بن حسن النفيسة

* العنوان :

المملكة العربية السعودية - الرياض

حي العقيق - شارع التحلية

* هاتف : 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 : a.nafisa@hotmail.com

* امتياز تصميم واستضافة موقع المجلة على

الإنترنت : شركة النظم العربية المتطورة (نسج) ،

* وكيل التوزيع : الشركة السعودية للتوزيع

جسلة : ٠٩-٦٥٣-٢٠٩ ، الرياض : ٠١-٤٧٢٨٨٠٥

الخميس : ٠٨٤٠-٨٤١-٣ ، مكة المكرمة : ٠٨٥٠-٥٥٨٥-٢

للنبذة للفترة : ٠١٢٥-٨٤٧-٤ ، الباحة : ٠١١٥-٧٣٧١-٧

الدوادمي : ٠١٢٧٤-٦٤٢١-١ ، الجوف : ٠١٨٨٢-٦٢٥-٤

الخفجي : ٠٣-٧٦٧١٩٤٧ ، الطائف : ٠٢-٧٤٥٤٢٢٢

تبوك : ٠٤٢٣١٨١٢٢ ، حفر الباطن : ٠٣٦-٧٢١٠٠٣

الجبيل : ٠١٥٨-٣٦٣-٣ ، جازان : ٠١٠٤-٣٢٢-٧

بجرا : ٠٩٠١-٥٢٢-٧ ، الاحساء : ٠٧-٥٩٢٧٧٠٣

عسير : ٠٧٢٢١٨٩٩٣ ، انجمنه : ٠٧٢٢١٨٩٩٣

حاتل : ٠٦-٥٣٢١٥٥٥ ، ينبع : ٠٤-٣٢٢٥٨٣٤

الغريات : ٠٤-٦٤٢١٢٩٦ ، القصيم : ٠٦-٣٢٤٣٠٧٠

الرقم المجاني : ٨٠٠٠٢٤٤٠٠٧٦

* الاشتراكات : تخاطب بشأنها الإدارة

قيمة الاشتراك السنوي ، للدوائر الحكومية

والمؤسسات والشركات : ٢٠٠ ريال

* الأفراد : ١٠٠ ريال

* سعر النسخة :

السعودية : ١٥٠ ريالاً ، السودان : ٨ جنيهات ،

موريتانيا : ١٢٠٠ أوقية ، الجزائر : ٢٨٤ دينار ،

سلطنة عمان : ٩٠٠ بيزه ، اليمن : ٧٩٥ ريالاً ،

الكويت : دينار ونصف ، مصر : ٢٢ جنيهات ،

الإمارات : ١٥٠ درهماً ، سوريا : ١٨٨ ليرة ،

البحرين : ٩٠٠ فلس ، قطر : ١٥٠ ريالاً ،

ليبيا : ١٠٠٠ درهم ، تونس : ٩٠ دنانير ،

المغرب : ٣٣ درهماً ، الأردن : دينار ،

* الاشتراك السنوي :

أمريكا - كندا - أوروبا : ٣٠ دولاراً

* طبع في مطابع دار البحوث

هاتف : ٤٨٥٢٦٦٣

٤٨٥٢١٦١

فاكس : ٤٨٥٢١٨٨

* رقم الإيداع : ١٤ / ١٨٨

رشد : ٧٩٢ - ١٣١٩

ISSN : ١٣١٩ - ٧٩٢

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 النهج العلمي في البحث من حيث الاعتماد على المراجع الأصلية والإسناد والتوثيق 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 العَلَم 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 الفنيسان

الأستاذ الشيخ / عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه

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 / نور الدين بن مختار الخادمي

الأستاذ الدكتور / يعقوب بن عبد الوهاب الباسين

محتويات العدد

- رسالة من قارئ ٥
- التمويل بالمضاربة في المعاملات المالية ٧
- الدكتور/ حسن عبدالغني أبو غدة
- المندوب عند الأصوليين ١٠٢
- الدكتور/ محمد سعد بن أحمد اليوبي
- الشفاعة في القضاء ١٨٤
- إبراهيم بن عبدالعزيز الجهني
- قسمة التركة قبل الوفاة ٢٢٥
- الدكتور/ عبدالله بن فهد بن إبراهيم الحيد
- قاعدة: البقاء أسهل من الابتداء ٢٦١
- الدكتور/ عبدالعزيز بن عبدالرحمن المشعل
- تولي المرأة وظيفة الماذون الشرعي ٣٠٢
- الدكتور/ سامي بن فراج بن عيد الحازمي
- فتاوى الفقهاء :
- لا يتقيد ولا يتخصص إذن الولي بزمان ومكان ٣٣٤
- القاضي لا ينقض حكمه ولا حكم من قبله ٣٣٧
- ما تجوز به شهادة أهل الأهواء ٣٣٨
- الرجلان يدعيان شيئاً وهو في أيديهما جميعاً ٣٤٠
- مسائل في الفقه :
- الدكتور/ عبد الرحمن بن حسن النفيسه
- تحريم التعدي على الأعراض ٣٤٢
- الموت الدماغى وما إذا كان يجوز للطبيب نزع الآلات ٣٤٨
- حكم الأموال التي تودع في البنوك ٣٥٤
- الفرق بين المداينة والمداواة ٣٥٨
- حكم التعامل مع غير المسلمين ٣٦٢

رسالة من قارئ:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه ورسوله الأمين وعلى آله وصحابه ومن اقتفى أثرهم إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن أمة المسلمين تمر - كما يبدو - بعدد من الأزمات التي تتوالى حسب طبيعة المرحلة الدولية التي تعيشها.

ومن هذه الأزمات: تعرض «الفكر الوافد» لموروثاتها أو بعضها، وموقف بعض أبنائها من هذا الفكر، فهناك من ينكر أهمية بعض هذه الموروثات أو كلها، فيراها شيئاً من الماضي يجب نسيانه، وهناك من يتساهل في نظرتة، فيرى في بعضها عادات تجب مراجعتها حتى لو اقتضت هذه المراجعة إنكارها، وهناك من يفرق بين أنواع الموروثات فيرى هذا ولا يرى ذاك.

وبالمقابل لهذا الموقف، هناك في الأمة من ينظر إلى هذه الأزمات المتولدة نتيجة الفكر الوافد بأنها فتن لها أسبابها ومقدماتها، وهناك من يراها حدثاً تفرضه طبيعة الزمن الذي يتوالى ويتتابع بما فيه من المتغيرات التلقائية والمفروضة. وهناك من ينظر إليها بحسبها فكراً وافداً من أعدائها بسبب ضعف الأمة وهوانها في نفسها، ومن ثم هوانها على أعدائها.

والآراء في هذا عديدة تنطلق من نظرة أصحابها إلى الحياة ومدى قوة إيمانهم وضعفهم فيها. وأياً كان الجدل حول هذا الرأي أو ذاك فإن أحداً لا ينكر تغير «المراحل» في حياة الأمم أياً كان مسماها، فما كان قبل

أربعمائة عام أو أقل يغير حتما ما بعده، وهذا « البعد » سيغيّره ما يأتي بعده وهكذا. ولكن الإشكال أن يتعرض الفكر الوافد إلى ثوابت الأمة فيراها ضمن «نهاية التاريخ» ثم تصاب الأمة بالعجز والغفلة فلا تعرف كيف تتعامل مع هذا الفكر.

والأخطر من هذا كله أن يكون المسوّق لهذا الفكر نفراً من أبناء الأمة إما نتيجة إصابتهم بعدم الإدراك، أو لأنهم تقمشوا هذا الفكر فأصبحوا يرعونّه ويدعون له كما فعل أصحاب الطرق والفرق التي مازالت الأمة تختلف حولها بعد أن تغلّغت في أعماقها.

وفي كل الأحوال ليس من واق أو حافظ للأمة من الضياع سوى عقيدتها فلاشك أن الحفاظ على هذه العقيدة وثوابتها هو الحصن المنيع ضد الفكر الوافد الذي يريد وضع الأمة في مرحلة ما يسمى نهاية التاريخ. والله المستعان.

التمويل بالمضاربة في المعاملات المالية المعاصرة عقد السِّلَم والاستصناع نموذجاً

الدكتور / حسن عبد الغني أبوغدة*

المقدمة *

نبذة عن البحث وأهميته وأبرز خطواته

أولاً: ملخص البحث:

جرى في هذا البحث تحديد مفهوم التمويل، والألفاظ ذات الصلة به، وبيان مشروعيته، وأهميته في الحياة، وبخاصة المعاصرة، وبيان أن الإسلام يدعو إلى استثمار الأموال وتنميتها من خلال تمويل المشاريع الفردية والمشاركة والعامة.

كما تم تحديد مفهوم التمويل بالمضاربة، والألفاظ ذات الصلة به، وتبيين حكم المضاربة، والغاية منها، وعرض أبرز أحكامها، وأنها تُعتبر في عصرنا القناة الأولى والأهم، بل نقطة الانطلاق لشتى الاستثمارات المالية، التي يُقصد بها تعمير الأوطان، والنهوض بالمجتمعات، وتوفير السِّلَع والخدمات، فضلاً عن تحقيق الأرباح، وتكثير الأموال وتنميتها. وجرى في هذا البحث أيضاً تعريف السِّلَم، والاستصناع، وبيان أبرز أحكامهما، وأهميتهما في الحياة عموماً، والحياة المعاصرة خصوصاً، مع ذكر الأمثلة والنماذج الواقعية، وما تقوم به المصارف الإسلامية

(*) أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية، قسم الدراسات الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود.

انطلاقاً من المضاربة من تفعيل دورهما، باعتبارهما من الأوعية والأدوات الاستثمارية والتنمية في كثير من المشاريع والابتكارات المهمة في عصرنا، على المستوى المحلي والإقليمي والدولي، وما تحقّق بذلك من نجاحات وعوائد مالية وفيرة بعيداً عن التعامل بالربا فضلاً عما تمّ من آثار إيجابية في تنمية الأموال، والحدّ من البطالة، وإيجاد فرص للعمل، وارتقاء بمستويات المعيشة...

ثانياً: مشكلة البحث:

تبدو مشكلة البحث في عدة أمور، منها ما يلي:

١- ما يظنه بعض الناس ومنهم مسلمون خطأً، أن نظام الفائدة الربوي الذي يقوم عليه كثير من اقتصاديات الدول المعاصرة، هو النظام الأوحّد الصالح للتمويل والاستثمار والتنمية في عالمنا المعاصر.

٢- ما يراه آخرون من المسلمين أن الإسلام دين شامل وكامل، ولكن لا تزال وسائله وأدواته في تنمية الأموال واستثمارها قديمة لا يمكن تطبيقها في عصرنا.

٣- ما يُشاهد في العالم الإسلامي من وجود كثير من الأموال المنقولة وغير المنقولة، ولكنها معطّلة عن التمويل والاستثمار والتنمية الفردية أو الجماعية، بسبب عدم معرفة أصحابها ولا سماعهم بأدوات الاستثمار الإسلامية ومنها السلم، والاستصناع وبسبب إحجامهم عن استثمارها في البنوك الربوية؛ وذلك تنزّهاً عن المال الحرام والكسب الخبيث.

٤- يسعى هذا البحث إلى إثبات خطأ التصورات والمفاهيم الآنفة، وبيّن بالوقائع عكس ذلك.

ثالثاً، أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

هذا الموضوع جدير بالدراسة والبحث لما يلي:

١- الحاجة إلى تجلية مواقف الإسلام الإيجابية من فكرة تملك المال، ودعوته إلى تمويل المشاريع البناءة الهادفة، واستثمار كل ما يمكن استثماره من أموال نقدية، أو عينية، أو عقارات، أو منافع وخدمات... ونهيه عن تعطيلها وحبسها، حتى اعتبر ابن تيمية رحمه الله استثمار المال وتنميته واجباً شرعياً لا يجوز التخلف عنه...^(١)

٢- الإسهام في بيان العلاقة التداخلية المتوازنة بين الأحكام الشرعية ووقائع الحياة العملية، وذلك من خلال إقامة الحجة والبرهان على حيوية ومرونة وواقعية الفقه الإسلامي، في تعامله مع متطلبات كل عصر، وما يحتاج إليه من معاملات مالية، تهدف إلى تحقيق مصالح الناس وتنمية المجتمعات، من غير خروج على تعاليم الإسلام وتوجيهاته.

٣- تبصير المسلمين بأن التمويل بالمضاربة، هو من أهم الصيغ التي قدمتها الشريعة الإسلامية بديلاً أساسياً عن أسلوب التعامل الربوي المحرم، وعلى هذا الأساس تركز معاملات المصارف الإسلامية ووسائلها الاستثمارية الأخرى، ومنها السلم، والاستصناع، اللذان صار لهما شأن كبير في التجارة المحلية والإقليمية والدولية.

٤- جمع المادة العلمية المتعلقة بموضوع البحث من مواضعها المتفرقة القديمة والحديثة، وعرضها مرتبة في صورة كلية متكاملة،

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١٠/٣١ و ١٠٥/٣٤.

تعكس موقف الإسلام من التمويل والاستثمار والتنمية في هذين النموذجين: السلم، والاستصناع.

٥- دراسة هذا الموضوع دراسة علمية، شاملة، موثقة، تعطي صورة كلية واضحة ومتكاملة عن عناصره، ومفرداته، ومحتوياته.

رابعاً: أهداف البحث:

١- تحديد مفهوم التمويل في الإسلام، وبيان أهميته وبخاصة في حياة المسلمين المعاصرة.

٢- بيان أن الإسلام يدعو إلى استثمار الأموال وتنميتها من خلال تمويل المشاريع الفردية والمشاركة.

٣- تحديد مفهوم التمويل بالمضاربة، وبيان الغاية منها، وعرض أهم أحكامها، وإبراز أنها القناة الأولى والأهم، بل نقطة الانطلاق لتمويل شتى المشاريع المعاصرة، وبخاصة الخدمات العامة ذات رؤوس الأموال الكثيرة التي يعجز عنها الأفراد، وربما بعض الدول.

٤- بيان أن السلم والاستصناع من أهم أدوات الاستثمار الإسلامي المعاصر، المنبثقة عن التمويل بالمضاربة، التي تمارسها المصارف الإسلامية وغيرها من المراكز المالية؛ نظراً لما حققته من منافع وعوائد، من مثل إقامة المشاريع الضخمة، وتكثير الأموال، وتوفير السلع الغذائية المختلفة، والأبنية السكنية والتعليمية والصحية، ووسائل المواصلات بأنواعها، والخدمات العامة والخاصة، وتنشيط التجارة الداخلية والخارجية، وتنمية الأوطان، والحد من البطالة، وإيجاد فرص للعمل، والارتقاء بمستويات المعيشة.

خامساً: منهج البحث وإجراءاته:

تقوم هذه الدراسة على الطريقة العلمية المؤدية إلى الحقائق، وذلك باستقراء الأقوال من مصادرها المعتمدة، فضلاً عن تتبع الأدلة من الكتاب والسنة، ورصد الأحداث العملية من سيرة النبي ﷺ، وحياة أصحابه رضي الله عنه، مع تخريجها وتحليلها، وبيان وجوه الدلالة فيها، واختيار الراجح منها مما يتوافق مع الأدلة الأقوى، ويحقق مصالح الناس واحتياجاتهم، وربط ذلك بما هو معمول به في المصارف الإسلامية، في مجال السلم والاستصناع.

وقد التزمت في توثيق المعلومات، بالرجوع إلى المصادر المتنوعة المعتبرة، مقدماً المرجع الأكثر استيفاء للنص، أو للفكرة، أو للعبارة المعزوة، ثم الذي يليه ... مكثفياً باسم الكتاب والموضع المراد فيه، مع أنني سأذكره ومؤلفه وطبعته بالتفصيل في فهرس خاص بالمراجع .

المبحث الأول

في تعريف التمويل وبيان مشروعيته والترغيب فيه وفيه مطلبان

المطلب الأول: في تعريف التمويل وبيان الألفاظ ذات الصلة به

أولاً: تعريف التمويل لغة:

التمويل: مصدر للفعل المضعف: مَوَّلَ، يقال: تمَوَّلَ الرجلُ: اتَّخَذَ مالاً، ومَوَّلَهُ غيره: قَدَّمَ له ما يحتاج من المال ^(١).

والمال لغة: ما ملكته من جميع الأشياء، من دراهم ودينارين، أو ذهب وفضة، أو حنطة وشعير، أو خبز، أو ثياب، أو عُروضِ تجارة، أو عقار، أو شجر، أو حيوان، أو سلاح، أو غير ذلك... وكان أهل البادية في القديم يطلقون المال على الإبل؛ لأنها أكثر أموالهم، وهو الآن يطلق عند كثير من الناس على النَّقْدِ. وسُمِّيَ جميعُ ما تقدم مالا؛ لميل النفس إليه، وتمويلُها إياه، اقتناءً واحتفاظاً، وهو يُذَكَّرُ ويؤنَّثُ، ويُجمع على أموال ^(٢).

ثانياً: تعريف التمويل اصطلاحاً:

انتشر لفظ «التمويل» مؤخراً بكثرة على الصعيد الاقتصادي والمالي؛ نظراً لتوسع النشاط الاستثماري ومشاركة الأفراد فيه، فضلاً عن المؤسسات والشركات والدول؛ وذلك طلباً لمزيد من الربح والعائد

(١) انظر مادة: «مَوَّلَ» و«مال» في: لسان العرب، والصاحح، والمعجم الوسيط.

(٢) انظر: مادة: «مَوَّلَ» و«مال» في: لسان العرب، والقاموس المحيط، والصاحح، والمعجم الوسيط، والمغرب، والمعجم الاقتصادي.

المالي، إضافة إلى أن كثيراً من الخِدْمات والمَشروعات الحيوية مرتفعة التكاليف، وتحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة، من خلال عمليات التمويل، وذلك كشركات المياه، والكهرباء، والهاتف، والمواصلات....

وقد عُرِفَ التمويل بأنه: «مجموعةُ الفعاليات التي تؤدي إلى توفير الأموال اللازمة للدفع، والغرضُ منه تزويد المنشأة، أو أيِّ قطاعٍ عاملٍ بالأموال اللازمة لتحقيق أهدافه، وتسديد التزاماته المالية، وتمويل البرامج المقترحة»^(١).

وفي هذا الصدد يقول الخبير الاقتصادي الدكتور شوقي دنيا: وينصرف مفهوم التمويل إلى تكوين الموارد، وتعبئتها، وتوجيهها لإقامة الاستثمارات المختلفة^(٢).

ثم يزيد الأمر توضيحاً فيقول: التمويل عملية مركبة وذات أبعاد، بل مراحل، فهي تتطلب توفير الموارد والطاقات، وتتطلب توفير المال النقدي والسلع الاستهلاكية، وهي تتطلب تجنيد وتعبئة تلك الموارد، ثم توجيهها في قنوات لإنجاز الاستثمارات^(٣).

وهكذا يكون المعنى المقصود بالتمويل في اللغة والاصطلاح متقارباً، ومفاده: تقديمُ المال المنقول أو غير المنقول^(٤)، إلى جهةٍ ما، من أجل

(١) معجم المصطلحات التجارية والمصرفية، ص ١٦٤.

(٢) تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي، ص ١٦٤.

(٣) المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٤) يتصور التمويل من حيث المعنى العام والمال بالمال غير المنقول، في المزارعة والمساواة وذلك للعمل فيهما، ويتصور في المضاربة أيضاً ولو في غير المنقول كالعقار عند غير الجمهور كالبن أبي ليل الذي أجازها في غير الأثمان، والحنفية والحنابلة الذين أجازوا التمويل مضاربة، إن فوض رب المال المضارب ببيع العروض والمضاربة بأثمانها... انظر بداية المجتهد ٢/٤٥ (١) والهداية ٣/٢٠٢ وروضة الطالبين ١١٧/٥ والبدع ٥/٥.

سدّ احتياجاتها، أو تحقيق مزيد من الربح والعوائد في مشاريع ما...

ثالثاً: الألفاظ ذات الصلة بالتمويل:

ظهرت أثناء البحث ألفاظ ذات صلة بالتمويل، تلتقي به إجمالاً في المعنى والمال، وقد جاءت هذه الألفاظ في كتب اللغة، وفي كتابات الفقهاء السابقين، وهي على النحو التالي:

١- التثْمِير والاستثمار:

التثْمِير في اللغة: مصدر للفعل ثَمَرَ، ويراد به: طلب الثَّمَر من المال بعموم أنواعه، يقال: ثَمَرَ الرجلُ ماله: نَمَاهُ وَكَثَّرَهُ، وَثَمَرَ اللهُ ماله تَثْمِيراً: كَثَّرَهُ، أما الاستثمار فهو مصدر للفعل: استثمر، ومعناه مع ما قبله واحد^(١).

أما معنى التثْمِير والاستثمار اصطلاحاً: فإن الفقهاء السابقين لم يكونوا يستعملون لفظي: «التثْمِير» و«الاستثمار» كثيراً كما هو شائع اليوم في النشاطات المالية والاقتصادية بل كان استعمالهم لهما محدوداً، وقد ذكروهما في الحديث عن الزكاة، وعن الشركة، وعن المضاربة على وجه الخصوص، وكانوا يقصدون بهما في المضاربة: طُرُق تنمية رأس المال وتكثيره من خلال تمويل المضارب.

جاء في تفسير الطبري: «وأصل الزكاة نماء المال وتثميّره وزيادته»^(٢). ثم قال الطبري: «وهي أي: الزكاة مالٌ يُخْرَج من مالٍ لتثْمِير الله بإخراجها مما أُخْرِجَتْ منه...»^(٣).

وجاء في كتاب النصيحة الولديّة: «وليحرص أي: المسلم على تثْمِير

(١) انظر مادة: «ثَمَرَ» في القاموس المحيط، والصاحح، والمصباح المنير، والمعجم الوسيط.

(٢) تفسير الطبري ٢٥٧/١.

(٣) المرجع السابق.

مال أخيه، كما يحرص على تثمير ماله»^(١).

وذكروا أيضاً: أنه إذا خَلَطَ المضاربُ مال المضاربة بماله، أو مال غيره لاستثماره، فلا يدخل ذلك تحت مطلق عقد المضاربة، ولكن بالنظر إلى أنه اجتهد في التثمير، فإنه يملكه، كما إذا قيل له: اعمل رأيك^(٢).

أما علماء الاقتصاد فيقولون عن التثمير أو الاستثمار إنه: «إنفاق نقدي خلال فترة معينة من الزمن، يقصد به المحافظة على رصيد رأس المال أو تنميته، عن طريق إنتاج أو شراء السلع، أو المعدات الإنتاجية التي تسهم في إشباع الحاجات الاقتصادية للأفراد أو المجتمع، بشكل مباشر أو غير مباشر، في الفترات الزمنية التالية»^(٣).

وأما عند المصرفيين فالاستثمار هو: «أن يقوم المصرف بتوظيف جزء من أمواله الخاصة، أو المودعة لديه في العمليات الاستثمارية، ومن بينها التوظيف في الشركات الصناعية، والتجارية، والمالية، والعقارية، كما قد يشترك المصرف في تأسيس الشركات، وقد يقوم بدور الشركات القابضة»^(٤).

وهكذا يكون المعنى المقصود بالاستثمار في اللغة والاصطلاح الفقهي والمصرفي متقارباً، ومفاده: بذل المال المنقول أو غير المنقول، إلى جهة مَّا، من أجل العمل على تحقيق مزيد من الربح والعوائد، وهو ما يلتقي مآلاً مع التمويل...

(١) النصيحة الولدية ٢٦/١.

(٢) فتح القدير ٨٩/٧.

(٣) شركات الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، ص ٢٧.

(٤) معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، ص ٤٣.

٢- تنمية المال:

التنمية في اللغة: مصدرٌ للفعل المتعدّي بالتضعيف: نَمَى، أما فعله المجرد اللازم فهو: نَمًا. يقال: نَمَا الزرعُ، ونَمَا المالُ، نُمُوًا. ويقال: نُمِيَ الرجلُ الزرعُ، ونُمِيَ الرجلُ المالَ، تنمِيَةً ... وكلُّ من التعبيرين يدل على حدوث الزيادة والكثرة^(١)، ومع هذا فيبدو لي: أن «النمو» يحدث تلقائيًا بذاته، أما «التنمية» فلا تتم بذاتها، بل يتدخل خارجي.

أما المال: فتقدم في البداية الكلام على تعريفه، وأنواعه، وإطلاقاته ... وأما تنمية المال اصطلاحاً: فقد استعمل الفقهاء ألفاظ: «التنمية» و«النماء» و«الاستِثْمَاء» ونحوها، بمعنى: تثير المال وزيادته، وذلك عند الحديث عن الزكاة^(٢)، والمساقاة^(٣)، والشركة^(٤)، والمضاربة^(٥). جاء في بدائع الصنائع: «المقصود من هذا العقد أي: المضاربة استِثْمَاءُ المال»^(٦).

وفي حاشية الصاوي: أن القِرَاض أي: المضاربة جائز؛ لأن الضرورة دعت إليه، لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم، وليس كل أحد يقدر على تنمية ماله بنفسه^(٧).

وأما عند الاقتصاديين: فقد ظهر مصطلح «التنمية» بكثرة عقب

(١) الصحاح والمعجم الوسيط: مادة: (نَمَا).

(٢) انظر: المجموع ٤٠/٦.

(٣) انظر: كشاف القناع ٥٢٧/٢ والمغني ٥٤٢/٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥٨/٦ وكشاف القناع ٥٠٥/٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٨٨/٦.

(٦) بدائع الصنائع ٨٨/٦.

(٧) حاشية الصاوي ٢٢٧/٢.

الحرب العالمية الثانية، وذلك في كتابات كثير من المفكرين والمنظرين، وفي كتابات المنظّمات الدولية، في أثناء الحديث عن تجاوز ما خلفته الحرب من دمار وضياع للمنجزات البشرية الفردية والحكومية^(١). ثم تمّ التركيز على مفهوم التنمية الاقتصادية واتسعت دلالته، فصار يُقصد به: إنتاج المزيد من السلع والخدمات بمواصفات جيدة، وتوفير مستوى معيشي مرتفع ومتسارع للناس^(٢).

وهكذا يكون المعنى المقصود بتنمية المال في اللغة والاصطلاح الفقهي والاقتصادي متقارباً، ومجمله: العمل بوسيلة ما على إحداث زيادة وكثرة في السلع والخدمات والمال المنقول وغير المنقول؛ للارتقاء بالمستوى المعيشي، وهو ما يلتقي مآلاً مع التمويل وأهدافه...

المطلب الثاني: في مشروعية التمويل والترغيب فيه

ليس هناك من دين ولا نظام ولا قانون، حتّى على تدوير المال واستثماره واستثماره بالنفس، أو بوساطة الأفراد الآخرين، أو بشكل جماعي على صورة مشاريع مع الآخرين، كما فعل الإسلام، وكثيرة هي النصوص القرآنية والنبوية التي تدعو إلى طلب الرزق والسعي في الأرض والازدياد من المال الحلال، والتعاون في سبيل ذلك على البر والتقوى...

على أن دعوة الإسلام إلى تدوير المال واستثماره فردياً أو جماعياً،

(١) المعجم النقدي لعلم الاجتماع: مصطلح: (تنمية) ص ٢٠٥ و ٢٠٩ والإعلام والتنمية، ص ١٤٧.

(٢) الموسوعة العربية العالمية ٤١٢/٢ والموارد البشرية والتنمية، ص ٦٨.

غايتهما الاستفادة مما خلقه الله للناس، وجعله قياماً لحياتهم ومعاشهم، وتحقيق مصالحهم الدينية والدنيوية، ومن النصوص الواردة في هذا المجال ما يلي:

١- قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْشَرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١). ويلاحظ أن الخطاب هنا جاء بصيغة الجمع.

٢- قول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَأَذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ﴾^(٢). وقد ذكر القرطبي: أن العرب في الجاهلية كان لهم أسواق يقصدونها في المواسم ويتاجرون فيها، فلما فرض الله تعالى الحج، تحرّج بعض الصحابة وتأنّوا في أن يتّجروا فيه، فنزلت هذه الآية^(٣).

٣- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾^(٤). جاء في تفسير قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾ أي: اجعلوها مكاناً لرزقهم، بأن تتّجروا فيها وتربّحوا، وتنفقوا منها عليهم، حتى لا تُسْتَفْتَدَ^(٥).

٤- حديث النبي ﷺ: «أَنَّهُ خَطَبَ النَّاسَ فَقَالَ: «أَلَا مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا

(١) سورة الجمعة: ١٠.

(٢) سورة البقرة: ١٩٨.

(٣) تفسير القرطبي ٤١٣/٢.

(٤) سورة النساء: ٥.

(٥) الكشف ٤٧٢/١ وأنوار التنزيل، ص ١٠٣.

له مال، فليُتَجَرَّ فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»^(١). ولا يخفى ما في الحديث من دعوة وحث على استثمار مال من لا قدرة له على استثماره، أو لا معرفة له بشؤون الأسواق والتجارات وطرق تنمية المال، وذلك كشأن كثير من صغار السن، وكبار السن، والموظفين، والعجزة، والأرامل ...

٥- حديث النبي ﷺ: «إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال»^(٢). قال الباجي: يحتمل أن يريد بقوله: «إضاعة المال»: ترك تثميره وحفظه، أو إنفاقه في غير وجهه في السرف والمعاصي^(٣).

٦- حديث النبي ﷺ: «مَنْ باع داراً ولم يجعل ثمنها في مثلها، لم يُبَارَك له فيها»^(٤). وفي هذا الحديث دعوة إلى المحافظة على الأصول الاستثمارية وعدم التفريط فيها، وأن لا يُوجَّه ثمنها في حال بيعها إلى سلعة استهلاكية، بل إلى أصل استثماري آخر^(٥). أو أن يستفاد منها في التأجير ونحوه ولا تعطل.

٧- حديث النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها

(١) سنن الترمذي ٣٢/٣ برقم ٦٤ (١) واللفظ له، وقال: في إسناده مقال، والمعجم الأوسط للطبراني ٢٦٤/٤ برقم ٤١٥٢ ولفظه: «اتجروا في أموال اليتامى؛ لا تأكلها الزكاة، والسنن الكبرى للدارقطني ١١٠/٢ برقم ١، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٦٧/٣: أخبرني سيدي وشيخي يعني: الحافظ الشهير زين الدين العراقي - أن إسناده صحيح.

(٢) صحيح البخاري ٥٢٧/٢ برقم ١٤٠٧ وصحيح مسلم ١/١٢٤ (١) برقم ٥٩٣.

(٣) المنتقى شرح الموطأ، ٣١٥/٧.

(٤) سنن ابن ماجه ٨٢٢/٢ برقم ٢٤٩ (١) ومسنند أحمد ٣٠٧/٤ برقم ١٨٧٦ (١) وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته برقم ٦١١٩ و١١٠٦٤.

(٥) علم الاقتصاد والمذاهب الاقتصادية ص ٤٤٧

أخاه...» ^(١). وذكر العلماء: أن في هذا الحديث دعوة إلى أن يزرع الإنسان أرضه بنفسه، فإن لم يفعل فليُعْطِها على سبيل الاستحباب غيره عارية؛ ليزرعها ثم يردها إليه، حتى لا تبقى معطلة...^(٢).

٨- ومن التطبيقات العملية على ما تقدم في تنمية المال غير المنقول واستثمار الأراضي في المزارعة والمساواة ^(٣)، ما جاء في المزارعة: أن الأنصار قالت للنبي ﷺ: «اقسم بيننا وبين إخواننا أي: المهاجرين النخيل، قال: لا، فقالوا: تكفوننا المؤونة، ونكفيكم العمل» ^(٤). وجاء في المساواة: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطْر ما يخرج منها، من ثمر أو زرع...» ^(٥).

ومن هذا ما ذكره: أن أبا بكر رضي الله عنه كان يُعطي أرضه لغيره، يستثمرها بالثلث والرابع، وكذلك كان يفعل عمر، وعلي ^(٦). وسعد بن أبي وقاص، وعبد الله بن مسعود ^(٧) رضي الله عنهم جميعاً. بل روى البخاري معلّقاً أنه ما بالمدينة أهل بيت هجرة، إلا وهم يزرعون على الثلث والرابع، وزارع علي، وسعد بن مالك، وعبد الله بن مسعود، وعمر بن عبد العزيز... ^(٨).

(١) صحيح البخاري ٢/٨٢٥ برقم ٢٢١٦ وصحيح مسلم ٢/١١٧٦ برقم ١٥٣٦.

(٢) انظر: كتب رسائل وفتاوى ابن تيمية ٢٩/١١٢ و١١٥ وفتح الباري ٥/٢٢.

(٣) المزارعة كما في المغني ٧/٥٥٥: «دفع الأرض إلى من يزرعها ويعمل عليها، والزرع بينهما.. والمساواة: كما في التعريفات ص ١٨٨: «دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره».

(٤) صحيح البخاري ٢/٨١٩ برقم ٢٢٠٠.

(٥) صحيح مسلم ٢/١١٨٦ برقم ١٥٥١.

(٦) انظر هذه الآثار في: المصنف لابن أبي شيبة ٤/٢٧٧ برقم ٢١٢٣٢.

(٧) انظر: المصنف لابن أبي شيبة ٤/٢٧٧ برقم ٢١٢٢٦.

(٨) صحيح البخاري وذكره معلّقاً ٢/٨٢٠ في باب المزارعة بالشطْر، وانظر: المصنف لابن أبي شيبة ٤/٣٧٨ برقم ٢١٢٤٦.

أما مشروعية استثمار الأموال وتنميتها من خلال المضاربة بها^(١)، فيدل على ذلك ما ذكروه: أن النبي ﷺ ضارب لخديجة رضي الله عنها بمالٍ لها أرسلته به إلى الشام، وأنفَذَتْ معه غلاماً لها يقال له: ميسرة^(٢)، وقد حكاها النبي ﷺ عن نفسه بعد النبوة، فصار إقراراً منه بذلك^(٣). واحتجوا لذلك أيضاً بأن النبي ﷺ بُعِثَ، وجماعة من أصحابه يتعاملون بالمضاربة، فأقرهم عليها^(٤).

وذكروا: أن حكيم بن حزام رضي الله عنه «كان يدفع المال مقارضة أي: مضاربة إلى الرجل ويشترط عليه: أن لا يمرَّ به بطنٌ وادٍ، ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضَمِنَ ذلك المال، قال: فإذا تعدَّى أمره ضَمَنَهُ من فعل ذلك»^(٥).

وروي نحو هذه القصة عن العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه، وأنه رفع شَرْطَهُ إلى رسول الله ﷺ فأجازَه^(٦).

وعن زيد بن أسلم عن أبيه رضي الله عنه: قال: «خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهم في جيش إلى العراق، فلما قَفَلَا مرَّا على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، فرحَّبَ بهما وسهَّلَ، وهو أميرُ البصرة، فقال: لو أقدرُ لكما على أمر أنفعُكما به لفعلتُ، ثم قال: بلى، هاهنا مالٌ من مال

(١) المضاربة كما في التعريفات ص ١٩٤: «شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر».

(٢) انظر: شرح الزرقاني على موطأ مالك ٢/ ٤٣٧ والبداية والنهاية ٢/ ٢٩٢ وتهذيب سيرة ابن كثير ص ٩٠.

(٣) نهاية المحتاج ٥/ ٢١٨، ولم أجد هذا النص فيما رجعت إليه من كتب الحديث.

(٤) ذكره صاحب نيل الأوطار ولم يخرُجه ٥/ ٢٦٦-٢٦٧ وذكره في نصب الراية وسكت عنه ٤/ ١١٣.

وقال الزيلعي في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ٢/ ١٨١: لم أجده.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ١١/ ١ (١) برقم ١١٣٩٠ وضعفه.

(٦) المرجع السابق ١١/ ٦ (١) برقم ١١٣٩ وضعفه.

الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فَأُسْلِفُكُمْأُ فقتبعا عن به متاعاً من متاع العراق، فقتبيعانه في المدينة، ففعلنا، فكتب إلى عمر رضي الله عنه يأخذ منهما المال، فلما قدما المدينة باعاً وربحاً، فلما رفعنا ذلك إلى عمر رضي الله عنه قال: أكلُ الجيش أسلفه كما أسلفكما؟ قالوا: لا، قال عمر رضي الله عنه: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما!! أديا المالَ وربحَه، فأما عبد الله فسلم، وأما عبيدُ الله فقال: لا ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المالُ أو نقصَ لضمناهُ، قال: أدياه، فسكتَ عبد الله، وراجعهُ عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لو جعلته قراضاً أي: مضاربة فقال: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه المالَ ونصفَ ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصفَ ربح المال» ^(١).

وهكذا يتأكد لنا: أن الاتجاه العام في الإسلام يقضي بأن يستثمر الإنسان بنفسه إن استطاع جميع أمواله القابلة للاستثمار والتنمية، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، أو يمول بها غيره ليستثمرها ويقتسم معه الربح، في المضاربة أو في غيرها كما سيأتي بيانه، وأنه لا ينبغي أن يُعطَل المال عن الاستثمار بالنفس، أو تمويل غيره به ليستثمره، إلا لسبب مشروع، قال ابن تيمية رحمه الله: «لا يُحبس المال أبداً لغير علة محدودة ... فَإِنَّ حَبْسَ مِثْلِ هَذَا مِنَ الْفُسَادِ، وَاللَّهُ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ» ^(٢). وقال أيضاً: «من كان له عقار لا يعمره، ولا يؤجره، فهو سفيه مبذر لماله، فينبغي أن

(١) السنن الكبرى للبيهقي ١١/٦ (١) برقم ١١٢٨٥ والموطأ ٢/٦٨٧ برقم ١٢٧٢، وذكر الشوكاني في نيل الأوطار ٥/٢٦٧: أن إسناده صحيح.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢١/٢١٠.

يَحْجُرُ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ؛ لَثَلَا يَضِيعُ مَالُهُ»^(١).

ولا يخفى أن بإمكان أصحاب الثروات المعطلة الذين لا يُحسنون استثمارها، أن يوجَّهوها إلى سبُل الاستثمار المشروعة، حيث يوجد اليوم الكثير من المشاريع، والخطط، والطموحات الوطنية، والإقليمية، والدولية، التي تنهض لها مصارف، وشركات، ومؤسسات مالية إسلامية، محلية، وعالمية، موثوق فيها؛ وهي تقبل صفقات تمويلية بعقود محدَّدة لها عوائد ربحية مشروعة ومُغرية لتضيفها إلى رؤوس أموالها؛ للقيام بتنفيذ الخِدْمَات والمشروعات الحيوية المرتفعة التكاليف، التي تحتاج إلى رؤوس أموال كثيرة، كمشاريع الإسكان، والاتصالات، والتعليم، وبناء المصانع... إضافة إلى مشاريع أخرى عالمية، كصنع السيارات، والبواخر، والطائرات...

المبحث الثاني

في حقيقة المضاربة وحُكمها والغاية منها وأبرز
أحكامها وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول:

في حقيقة المضاربة وتكييفها وبيان الألفاظ ذات الصلة بها

أولاً: تعريف المضاربة لغةً:

المُضَارَبَةُ: مصدرٌ للفعل الرباعي: ضَارَبَ، وهو على وزن المفاعلة،

ويدلُّ على اشتراك اثنين في أمرٍ ما، يُقال: ضارب فلانٌ لفلان في ماله:

(١) المرجع السابق ١٠٥/٢٤.

اتَّجَرَ لَهُ فِيهِ، وَلَهُ حَصَّةٌ مَعْيِنَّةٌ مِنْ رِبْحِهِ، وَأَصْلُ الْفِعْلِ الثَّلَاثِي لِلْمُضَارَبَةِ: ضَرَبَ، يُقَالُ: ضَرَبَ الرَّجُلُ فِي الْأَرْضِ: ذَهَبَ فِيهَا مَسَافِرًا، أَوْ تَاجِرًا، أَوْ غَازِيًا... وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾^(١). وَفِيهِ أَيْضًا: ﴿وَأَخْرَجُوا بِضُرَّتِهِمْ مِنَ الْأَرْضِ لِيَبْتَلُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(٢).

وُسُمِّيَتِ الْمُتَاجِرَةُ بِمَالِ الْآخَرِ مُضَارَبَةً؛ إِمَّا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ يُضْرَبُ لَهُ فِي الرِّبْحِ بِسَهْمٍ، وَإِمَّا لِأَنَّ الْمُضَارِبَ الْعَامِلَ يَضْرِبُ فِي الْأَرْضِ يَبْحَثُ وَيَفْكُرُ وَيَتَصَرَّفُ بِفِكْرِهِ وَرَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ، وَهَذَا مِنْ قَوْلِهِمْ: فَلَانُ يَضْرِبُ الْأُمُورَ ظَهْرًا لِبَطْنٍ: يُطَرِّقُ وَيَفْكُرُ فِيهَا^(٣).

ثَانِيًا: تَعْرِيفُ الْمُضَارَبَةِ اصْطِلَاحًا:

عَرَّفَ الْحَنْفِيَّةُ الْمُضَارَبَةَ بِأَنَّهَا: عَقْدُ شَرِكَةٍ فِي الرِّبْحِ، بِمَالٍ مِنْ جَانِبٍ، وَعَمَلٌ مِنْ جَانِبِ الْمُضَارِبِ^(٤).

وَهِيَ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ: تَوَكُّيلٌ عَلَى تَجَرٍّ فِي نَقْدٍ مُضْرُوبٍ مُسَلَّمٍ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ^(٥).

وَذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ إِلَى أَنَّهَا: دَفْعُ مَالٍ لِلْمُضَارِبِ لِيَتَّجَرَ فِيهِ، وَالرِّبْحُ مَشْتَرَكٌ^(٦).

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ: ١٠١.

(٢) سُورَةُ الزُّمَرِ: ٢٠.

انظر مادة: «ضرب» في لسان العرب والصحاح والمعجم الوسيط،

(٣) الْمُضَارَبَةُ لِلْمَاورِدِيِّ ص ٩٩ وَالْإِنْصَافُ ٤٢٧/٥ وانظر مادة: «ضرب» في: المعجم الوسيط.

(٤) رد المحتار ٤٨٣/٤

(٥) حاشية الدسوقي ٥١٧/٢

(٦) مغني المحتاج ٣٩٨/٢

وعرفها الحنابلة بأنها: «دفع مال وما في معناه، معين معلوم قدره... إلى من يتجر فيه، بجزء معلوم من ربحه»^(١).

هذا، ويلاحظ على تعريف الحنفية: عدم نصه على ذكر نسبة الربح الشائعة بين الطرفين.

أما تعريف المالكية: ففيه أن المضاربة توكيل، وهذا الوصف لا يناسب حقيقتها؛ لأنها صورة من صور الشركة كما سيأتي. وأما تعريف الشافعية والحنابلة: فليس فيهما أنها عقد واتفاق بين طرفين.

ولعل من الأنسب في ضوء ما سبق، وفي ضوء التعاملات المصرفية المعاصرة، أن يكون تعريف المضاربة على النحو التالي: عقد شركة، يدفع بموجبه طرف آخر مالا ليتجر فيه، ويقتسمان الربح بحصص شائعة اتفاقا عليها.

وهذا التعريف يشمل المضاربة بالنقد الذي يسميه الفقهاء: الأثمان ويعروض التجارة كالسلع والعقار^(٢)، وغير ذلك مما تتاجر وتتعامل فيه المصارف الإسلامية وغيرها كما سيأتي بيانه.

ثالثاً: الألفاظ ذات الصلة بالمضاربة،

ظهرت أثناء البحث ألفاظ ذات صلة بالمضاربة، تلتقي بها في المعنى

(١) كشف القناع ٥٠٣/٢

(٢) يجدر بالذكر: أن المضاربة لا تجوز عند المالكية والشافعية إلا في الأثمان حصراً، وتجوز عند الحنفية والحنابلة في الأثمان، وفي عروض التجارة، إن فوض رب المال المضارب بيع العروض والمضاربة في أثمانها، أما ابن أبي ليلى فيجيز المضاربة في الأثمان وفي عروض التجارة مطلقاً، انظر: الهداية ٢٠٢/٢ وبداية المجتهد ٤٥/٣ (١) وروضة الطالبين ١١٧/٥ والمبدع ٥/٥.

والمآل، وقد جاءت هذه الألفاظ في كتب اللغة، وفي كتابات الفقهاء السابقين، وهي على النحو التالي:

١- القِرَاضُ والمُقَارَضَةُ:

وهما في اللغة بمعنى المضاربة عند أهل الحجاز، وأصلهما من «القِرْض»، أي: القَطْع؛ وذلك لأن المالك صاحب المال قَطَعَ للعامل المضارب قطعةً من ماله وأعطاهما له ليتاجر فيها، أو لأن المضارب يقطع المسافات في السير للتجارة في المال^(١).

والقِرَاضُ والمُقَارَضَةُ في الاصطلاح الفقهي، بمعنى المضاربة أيضاً، جاء في الإقناع: «القِرَاض... ويسمى أيضاً: مُضاربة، ومُقَارَضَةً»^(٢).

٢- الشَّرَكَةُ:

هي في اللغة مصدر من الفعل: شَرَك، مأخوذة من قولهم: شَرِكَ فلانُ فلاناً في الأمر، شَرِكاً، وشَرَكَةً، وشَرَكَةً: كان لكل منهما نصيب منه، فهو شريك^(٣). ويقال لها أيضاً: المشاركة، ويقال: شاركه، وتشاركه، واشتركا، كلها بمعنى: خالطه، وتخالط، واختلطا^(٤).

وتُجْمَع الشركة على شَرِكَات، وهي في الاصطلاح الفقهي: ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على سبيل الشيوع^(٥).

وقد شرع الله تعالى الشركات توسعة على الناس، ومراعاة

(١) انظر: مادتي: «ضَرَبَ» و «قَرَضَ» في: لسان العرب والصاح، وفي الفائق ١٨٧/٢ وغاية البيان ٢٢٠/١ والإنصاف ٤٢٧/٥.

(٢) الإقناع ٢٤/٢ (١) وانظر: فتاوى الشُّعْدي ٥٤٠/١ والقوانين الفقهية ١٨٦/١ والإنصاف ٤٥١/٥.

(٣) انظر: مادتي: «خَلَطَ» و «شَرَكَ» في: المعجم الوسيط ولسان العرب.

(٤) انظر: مادتي: «خَلَطَ» و «شَرَكَ» في: لسان العرب والصاح.

(٥) مغني المحتاج ٢٢١/٢.

لمصالحهم، وتمويلاً لمشاريعهم، وتحقيقاً لطموحاتهم، ومزاوجة بين إمكاناتهم وقدراتهم، واستثماراً وتنمية لأموالهم، وأفكارهم، وطاقاتهم، وأوطانهم...

وأما صلة الشركة بالمضاربة فهي صلة العام بالخاص، وبيانها فيما يلي.

رابعاً، حقيقة المضاربة وكونها شركة :

يرى بعض فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية: أن المضاربة هي من جنس الإجارة؛ لأن المضارب يعمل لرب المال مقابل أجر، وهو ما اتفق عليه من ربح، فهي بهذا الوصف معاوضة محلها المنفعة، وليس معنى هذا أنها إجارة محضّة، بل فيها نوعٌ إجارة وشَبَهٌ بها؛ ولذا يُرْجَع إليها في حال الخلل وتعدّر تطبيق أحكام المضاربة الصحيحة. جاء في بدائع الصنائع: القياس أنه أي عقد المضاربة لا يجوز؛ لأنه استئجار بأجر مجهول، بل بأجر معدوم ولعمل مجهول، لكننا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع^(١).

وجاء في القوانين الفقهية: القراض جائز، وهو مستثنى من الغرر والإجارة المجهولة^(٢).

وجاء في مغني المحتاج: أن القراض رخصة خارجة عن قياس الإجازات، وهو عقد غرر، إذ العمل فيه غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جُوز للحاجة^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٧٩/٦.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٧٩ وانظر: مواهب الجليل ٣٥٦/٥.

(٣) مغني المحتاج ٢/٣٠٩ و ٣١٠ وانظر: المهذب ٢٨٥/١.

وذهب آخرون منهم الحنابلة إلى أن المضاربة هي في حقيقتها شركة، وهذا ما رجّحه ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى، وهو الذي تؤيده الأدلة من الكتاب والسنة، وما تناقله الرواة عن الصحابة رضي الله عنهم، بل إن العديد من الفقهاء صنّفوا المضاربة في باب الشركة وأحكامها، وقد يذكرها بعضهم بعدها، وليس في باب الإجازات ونحوها^(١).

هذا، وتنقسم الشركة في الفقه الإسلامي إلى عدة أنواع أبرزها ما يلي:

١- شركة الأبدان (الأعمال): يشترك فيها اثنان فأكثر فيما يتقبّلونه من أعمال بدنية، كصناعة، أو خياطة، أو نجارة، أو بناء، أو تركيب أدوات صحية، أو نحو ذلك مما يؤدّونه بأبدانهم وعملهم، على أن يُقسّم ما يحصل لهم من ربح، بنسبة معلومة اتفقا عليها^(٢).

٢- شركة الوجوه: يشترك فيها اثنان فأكثر من غير أن يكون لهم رأس مال على أن يشتروا سلعاً وبضائع بالدين؛ اعتماداً على وجاهتهم وسمعتهم ومعرفة التجار بهم وثقتهم فيهم، على أن يقسم الربح الحاصل بينهم بحسب ما اتفقوا عليه في العقد، وقد يطلق عليها شركة المقاليس^(٣)؛ لعدم وجود رأس مال لهم.

٣- شركة الأموال: وهي ما يُخلَط فيها مال الشركاء بقصد الاسترباح، الذي يُقسّم بحسب نسبة رأس المال، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، أما

(١) المغني ١٢٢/٧ ودليل الطالب ١٣٧/١ والكا في ٢٦٧/٢ وكتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ١٠٤٩٨/٢٩ والقواعد النورانية ص ١٧٠ وإعلام الموقعين ٤/٢ وانظر: بدائع الصنائع ٧٩/٦ والجامع الصغير ٦٧/١ والمهذب ٣٨٥/١.

(٢) المغني ١١/٧ وانظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ١٢٤.

(٣) كشاف القناع ٥٢٦/٣ وانظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ١٣٥.

الخسارة فهي بحسب نصيب كل شريك في رأس المال، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك، وتقسم شركة الأموال إلى قسمين رئيسين:

أ - شركة المفاوضة: مأخوذة من التفويض في التصرف، وهي ما يشترك فيها اثنان فأكثر في العمل والمال، مع اشتراط التساوي في كل شيء، في المال، والأهلية، والتصرف، والدَّيْن، والرَّبح، والخسارة، ويُفَوِّضُ فيها كُلُّ شريك شريكه بالشراء والبيع، والمضاربة، والرهن، والضمان، والتوكيل، والسفر، والتصرف في جميع أمواله بما فيه المصلحة، وهي قائمة على التوكيل والكفالة بين الشركاء، ولذا قيل لها: شركة المفاوضة؛ لما فيها من التفويض بالتصرف...

ب - شركة العِئَان (بكسر العين وفتحها): العِئَان بكسر العين، مأخوذة من عِئَان الفرس، والعِئَان بفتح العين مأخوذة من الأمر المطلق غير المحدد، يقال: نظر إلى عِئَان السماء، أي: صفائها وقضائها...

وشركة العِئَان مقتصرة على فكرة التوكيل فقط، وإلزام الطرف الآخر بنتائج تصرفات شريكه الوكيل في حال تصرفه في مال الشركة فقط، بينما ينسحب هذا الإلزام على جميع أموال الشريكين في شركة المفاوضة؛ لأنها وقعت على جميع أموالهما، ويقسم الربح في شركة العِئَان بحسب ما اتُّفق عليه^(١).

٤- شركة الأبدان والأموال معاً: وهذه هي المضاربة موضوع حديثنا الذي نواصله.

(١) انظر: الصحاح مادة: «عِئَان» والمغني ١٢٣/٧ وكشاف القناع ٥٣/٢ (١) وبحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ١٣٥ ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص ٢٠٣ و٢٠٥ و٢٠٦.

خامساً: تكييف المضاربة وأطوارها وبيان صفة المضارب:

بالرغم من بروز طابع (المشاركة) بين رب المال والعامل المضارب، وذلك بتقديم الأول (المال) وتقديم الثاني (العمل) للاشتراك معاً في (الربح) فإن تكييف العلاقة بينهما يأخذ أطواراً مختلفة في الاعتبار والأحكام، وذلك على النحو التالي:

١- يعتبر المضارب (أميناً) بمنزلة الوديع من حيث علاقته برب المال، وذلك إذا قبض المال ولم يشرع في العمل، ويجب عليه حفظه، وهو يضمنه إذا تعدى أو قصّر كما هو مقرر في مواضعه.

٢- يعتبر المضارب (وكيلاً) لرب المال إذا شرع في العمل، وهو يقوم مقامه فيما عهد إليه به من التصرف في ماله.

٣- يعتبر المضارب (شريكاً) لرب المال إذا حصل ربح ويقسم بينهما بحسب المتفق عليه.

٤- يعتبر المضارب (أجيراً) إذا تبين فساد المضاربة، ويثبت له أجر المثل إن تحقق ربح، وإلا فلا أجر له في الصحيح؛ لئلا تكون المضاربة الفاسدة أجدى من الصحيحة، التي من أحكامها الأصلية، أنه لا شيء للمضارب إن لم يحصل ربح.

٥- يعتبر المضارب (غاصباً) إذا خالف القيود والشروط المشروعة المتعاقد عليها، وهو يضمن الضرر، وليس له ربح ولا أجر.

٦- يعتبر المضارب (مقترضاً) إن أخذ المال من مالكة ليتاجر فيه، واشترط على المالك أن له وحده الربح كله دون رب المال.

٧- يعتبر المضارب (متبرعاً) إن أخذ المال من مالكة ليعمل فيه،

واشترط عليه المالك أن الربح كله له وحده دون المضارب، وهذا ما يسمى: (الإبضاع) ^(١).

وفي هذا المعنى يقول الفقيه الحنفي الجرجاني (المتوفى عام ٨١٦هـ) عن المضاربة: « وهي إيداع أولاً، وتوكيل عند عمله، وشركة إن ربح، وغصب إن خالف، وبضاعة إن شُرط كل الربح للمالك، وقرض إن شُرط للمضارب » ^(٢).

وينبغي أن يلاحظ هنا ما قرره الفقهاء في عدة مواضع من أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني... ^(٣).

المطلب الثاني: في بيان حكم المضاربة وأدلتها ومدى توافقها مع القياس أولاً، حكم المضاربة وأدلتها،

مع أن الفقهاء مختلفون في حقيقة المضاربة وكونها نوع إجارة، أو نوع شركة... فقد اتفقوا على مشروعيتها وأنها جائزة، واستدلوا لمشروعيتها وجوازها بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع واختلفوا في مشروعية ثبوتها بالقياس كما استدلوا استئناساً بالآثار المنقولة عن الصحابة رضي الله عنهم، وبيان ذلك على النحو التالي:

١- عموم قول الله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا

(١) انظر: المبسوط ١٩/٢٢ وبدائع الصنائع ٦/ ٨٠ و٨٧ وحاشية الدسوقي ٢/ ١٨-١٩ وبلغة السالك ٣/ ٥٤٧ والمهذب ١/ ٢٨٨ ومغني المحتاج ٢/ ٣١ (١) والمغني ٧/ ١٢٥ والمبدع ٥/ ١٩.

(٢) التعريفات ص ١٩٤.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية ص ١٢.

فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴿١﴾. وهو ما احتج به الكاساني والماوردي وغيرهما، ووجه الاستدلال: أن المضارب بمال غيره ممن يبتغي الفضل والزيادة من ربه بسعيه وضربه في الأرض، وقد نفى الله تعالى عنه الإثم والحرَج، فدلَّ ذلك على جواز المضاربة (٢).

٢- عموم قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ ﴾ (٣). ووجه الاستدلال: أن الله تعالى ندب ورغب في الضرب في الأرض للتجارة وطلب الرزق (٤).

٣- عموم قوله تعالى: ﴿ وَآخَرُونَ يَصْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ ﴾ (٥). ووجه الاستدلال: أن الله تعالى أقرَّ الضرب في الأرض طلباً للرزق وابتغاءً من فضله، والمضارب يفعل ذلك، فكانت المضاربة جائزة (٦).

٤- ما ذكره أن النبي ﷺ ضارب لخديجة رضي الله عنها بمالٍ لها أرسلته به إلى الشام، وأنفذت معه غلاماً لها يقال له: ميسرة (٧)، وقد حكاها النبي ﷺ عن نفسه بعد النبوة، فصار إقراراً منه بذلك (٨).

(١) سورة البقرة: ١٩٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧٩/٦ والإقناع ٣٤/٢ (١) وفتح الوهاب ٤١/١ (١) وأصواء البيان ٤٩/٣.

(٣) سورة الجمعة: ١٠.

(٤) بدائع الصنائع ٧٩/٦ و٨٨.

(٥) سورة المزمل: ٢٠.

(٦) بدائع الصنائع ٧٩/٦ - ٨٠ ومواهب الجليل ٣٥٥/٥ وإعانة الطالبين ٩٩/٣ والمغني ١٣٣/٧.

(٧) إعانة الطالبين ٩٩/٣ وشرح الزرقاني ٤٣٧/٣ والبداية والنهاية ٢٩٣/٢ وتهذيب سيرة ابن كثير ص ٩٠.

(٨) انظر: حاشية البجيرمي ١٤٥/٣ ونهاية المحتاج ٢١٨/٥، ولم أجد هذا النص فيما رجعت إليه من كتب الحديث.

٥- ما رُوي أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاثُ فيهن البركة: البيعُ إلى أجل، والمُقارضةُ أي: المضاربة وإخلاطُ الثُر بالشعير للبيت لا للبيع»^(١).
٦- ما رُوي أن النبي ﷺ بُعِثَ والناسُ يتعاملون بالمضاربة، فأقرهم عليها^(٢).

٧- الإجماع: قال ابن قدامة رحمه الله: «وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة بالجملة، ذكره ابن المنذر»^(٣).

٨- القياس: احتج بعض الفقهاء لمشروعية المضاربة بقياسها على المساقاة، بجامع عمل العامل في كل منهما ببيع مال المالك، أو بجامع أن العامل قد لا يملك مالاً، والمالك قد لا يعرف التصرف، ومن هنا أورد العديد من الفقهاء المساقاة قبل المضاربة مباشرة؛ لأن المساقاة مقيسٌ عليها^(٤).

٩- ومما ذكروه في الاستدلال للمضاربة، بعضُ الآثار عن الصحابة مما يُمكن الاستئناس به، ومن ذلك ما رُوي أن حكيم بن حزام ﷺ «كان يدفع المال مقارضةً إلى الرجل ويشترط عليه: أن لا يمرَّ به بطن وادٍ، ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال، قال: فإذا تعدَّى أمره ضمنه من فعل ذلك»^(٥).

(١) فتح القدير ١٥٨/٦ وتحفة المحتاج ٢٨٧/٢ والحديث في سنن ابن ماجه ٢/٧٦٨ برقم ٢٢٨٩ وإسناده ضعيف كما في مصباح الزجاجة ٣٧/٢ وضعيف جداً كما في ضعيف سنن ابن ماجه ص ١٧٧.

(٢) ذكره صاحب نيل الأوطار ولم يخرجه ٥/٢٦٦-٢٦٧ وذكره في نصب الراية وسكت عنه ٤/١١٣ وقال الزيلعي في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٨١/٢: لم أجده.

(٣) المغني ٧/١٣٢-١٣٤ وانظر: مراتب الإجماع ص ٩ (١) وبدائع الصنائع ٧٩/٧.

(٤) نهاية المحتاج ٥/٢١٨ وانظر: المغني ٧/١٣٤، والمساقاة كما في التعريفات ص ١٨٨: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي وضعفه ١١/٦ (١) برقم ١١٣٩٠.

١٠- وروي عن العباس بن عبد المطلب عليه السلام، أنه كان يفعل كما كان يفعل حكيم بن حزام عليه السلام في قصته الأنفة، وأنه رفع شَرطه إلى رسول الله عليه السلام فأجازه ^(١).

١١- وعن زيد بن أسلم عن أبيه رضي الله عنه: قال: «خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب رضي الله عنهم في جيش إلى العراق، فلما قَفَلَا مرًّا على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، فرحَّبَ بهما وسهَّلَ، وهو أمير البصرة، فقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلتُ، ثم قال: بلى، ها هنا مالٌ من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسْلِفْكُمْاهُ فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، فتبيعانه في المدينة، ففعلوا، فكتب إلى عمر رضي الله عنه يأخذ منهما المال، فلما قدما المدينة باعوا وربحوا، فلما رفعوا ذلك إلى عمر رضي الله عنه قال: أكلُ الجيش أسلفه كما أسلفكما؟ قالوا: لا، قال عمر رضي الله عنه: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما!! أدِّيا المالَ وربِّحْه، فأما عبد الله فسَلِّمْ، وأما عبيدُ الله فقال: لا ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المالُ أو نقص لضمَّناه، قال: أدِّياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لو جعلته قِراضاً أي: مضاربة فقال: قد جعلته قِراضاً، فأخذ عمر بن الخطاب رضي الله عنه المالَ ونصفَ ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصفَ ربح المال» ^(٢).

(١) المرجع السابق وضَعْفُه ١١/٦ (١) برقم ١١٣٩ (١).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ١١/٦ (١) برقم ١١٢٨٥ والموطأ ٦٨٧/٢ برقم ١٣٧٢، وذكر الشوكاني في نيل الأوطار ٢٦٧/٥: أن إسناده صحيح.

١٢- وهناك آثارٌ أخرى في مشروعية المضاربة، بعضها مروي عن عثمان^(١)، وعلي^(٢)، وابن مسعود، وجابر، وابن عمر^(٣)، وعائشة^(٤)... رضي الله عنهم جميعاً.

ثانياً: مدى توافق المضاربة مع القياس:

يرى جمهور الفقهاء: أن المضاربة شرعت على خلاف القياس؛ لأن القياس عندهم يقتضي عدم جواز الاستئجار بأجر مجهول، أو معدوم، على عمل مجهول، وقالوا: إن هذا القياس قد تُرك لما ورد في جوازها في الأدلة السابقة وغيرها.

قال الكاساني رحمه الله: «فالقياس أنه أي: عقد المضاربة لا يجوز لأنه استئجار بأجر مجهول، بل بأجر معدوم، ولعمل مجهول، لكنّا تركنا القياس بالكتاب العزيز والسنة والإجماع»^(٥).

وقال الحطاب رحمه الله: «لا خلاف بين المسلمين في جوازه أي: القراض وهو مستثنى من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة»^(٦). وقال الخطيب الشربيني رحمه الله: «هي رخصة خارجة عن قياس الإجازات، كما خرجت المساقاة عن بيع ما لم يخلق»^(٧).

وذهب ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى في كلام طويل

(١) شرح الزرقاني على موطأ مالك ٤٣٦/٣ و الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٨/٢ (١) برقم ٨٤٨

(٢) المصنف لعبد الرزاق ٢٤٨/٨ برقم ١٥٠٨٧ والتلخيص الحبير ٥٨/٣.

(٣) شرح الزرقاني على موطأ مالك ٤٣٦/٣ و الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٨/٢ (١) برقم ٨٤٨.

(٤) شرح الزرقاني على موطأ مالك ٤٣٦/٣.

(٥) بدائع الصنائع ٧٩/٦ وهذا الذي ذكره الكاساني يسميه الحنفية: «الاستحسان» وهو: ترك العمل بالقياس الجلي؛ لدليل أقوى منه ويعارضه، انظر: التعريفات ص ١٢.

(٦) مواهب الجليل ٣٥٦/٥.

(٧) مغني المحتاج ٢/٢٠٩.

لهما إلى أن المضاربة شُرِعت على مقتضى القياس؛ وذلك بناء على ما يريانه من أنه ليس في الشريعة شيء على خلاف القياس، وأن ما يُظَنُّ مخالفته للقياس هو أحد أمرين: إما يكون القياس فاسداً، وإما يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص أنه من الشرع، أما القياس الصحيح فإن الشريعة لا تأتي بخلافه.

وبناء على هذا فإن المضاربة عندهما ليست من الإجارة التي اشتملت على أجر مجهول أو معدوم لعمل مجهول، بل هي مشاركة، يدفع أحد الطرفين ماله، ويعمل الآخر ببدنه، وما قسم الله من رزق كان بينهما شائعاً بحسب ما اتفقا عليه، وهذا هو العدل الذي يشتركان في مغنمِهِ ومغرمِهِ، فإذا حصل مغنمٌ وربحٌ اشتركا فيه، وإن لم يحصل اشتركا في المغرم، وذهب نفقُ بدنِ هذا، كما ذهب مالُ هذا ^(١).

وأرى أن ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى هو الراجح، وهو الذي تؤيده الأدلة السابقة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وما تناقله الرواة عن الصحابة رضي الله عنهم، بل إن العديد من الفقهاء صنفوا المضاربة في باب الشركة ومتعلقاتها، وليس في باب الإجازات ونحوها ^(٢).

(١) كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ٢٩/٩٨ و١٠٤ والقواعد النورانية ص ١٧٠ وإعلام الموقعين ٢/٤.
(٢) انظر: المهذب ١/٢٨٥ والمغني ٧/١٣٢ ودليل الطالب ١/١٣٧.

المطلب الثالث: في الغاية من المضاربة وبيان حكمة مشروعيتها:

لا يخفى أن للمضاربة في كل زمن دوراً خاصاً ومهماً على صعيد الأفراد، والشركات، بل والدول في مجال التمويل، والاستثمار، والتنمية، وتوفير السلع والخدمات، ويتم اللجوء إليها غالباً كلما كان هناك رأس مال بدون خبرة، وخبرة بدون رأس مال.

وهي تُعدُّ من الأساليب الفذَّة التي شرعها الإسلام لاستثمار أموال المالكين، وتحقيق الأرباح لهم بعيداً عن الربا وذلك من خلال تمويلهم لغيرهم وإشراكهم معهم في تلك الأرباح، ومعنى هذا: أن القصد من المضاربة إيجاد فرص من التعاون بين الثروات المالية التي يُقدِّمها المالكون، وبين الخبرات والطاقات البدنية والفكرية والإبداعية المعطلة غالباً التي سيبدلها المضاربون العاملون.

وفضلاً عن كونها تتَّصف بالمرونة في التطبيق، فإن مجالاتها وأماكنها وأزمانها عامة وموسَّعة، لا يحُدُّها نوعُ عمل، ولا صنفُ بضاعة، ولا إقليمٌ دون إقليم، ولا ليلٌ ولا نهار...

أما الغايات والحِكم التشريعية التي توجَّهاها الإسلام في المضاربة، فبيانها على النحو التالي:

١- حماية رأس المال من التآكل والضياع: دعا الإسلام إلى تشغيل المال واستثماره والانتفاع به، ونهى عن حبسه وتعطيله حتى لا تآكله الصدقة، ويفقد قوته الشرائية مع تطاول الزمن، ويشهد لهذا عموم دلالة قول النبي ﷺ: «أَلَا مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ، فَلْيَتَجَرَّ فِيهِ، وَلَا يَتْرِكْهُ

حتى تأكله الصدقة»^(١). ومن المعلوم أن مضاربة القوي الأمين بالمال، يزيده ويحقق ما قصد إليه الحديث.

٢- زيادة رأس المال في حال استثماره: ويتحقق هذا باستثمار أموال الذين لا يعرفون طرق الاستثمار، أو لا تُتاح لهم الأوقات اللازمة لذلك، وفي هذا المعنى يقول النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه...»^(٢).

٣- توجيه المال إلى الإعمار والتنمية: من الوظائف الأساسية التي خلقها الله تعالى في المال أَنْ يُوجَّه إلى عمارة الكون، وتنمية الحياة، ونفع الناس، وإشادة العماثر، وإقامة المشاريع؛ لتقوم به مصالح الدين والدنيا، كما قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾^(٣). ولا شك أن التمويل بالمضاربة يحقق ذلك، حيث إن حياة الناس تكون قد قامت على حال أفضل، وهذا ما تجاهد الدول لتحقيقه.

٤- الاستفادة من الطاقات الإنتاجية والإبداعية المعطلة: يلاحظ أن الحياة مليئة بأعداد كثيرة من الناس، يملكون القدرات الذهنية الفائقة، والطاقات البدنية، والأفكار الإبداعية، ولكنهم لا يملكون المال لتحقيق طموحاتهم، فمن خلال المضاربة والمزاوجة بين هذه الطاقات

(١) سنن الترمذي ٣/٢٢ برقم ٦٤ (١) واللفظ له، وقال: في إسناده مقال، والمعجم الأوسط للطبراني ٤/٢٦٤ برقم ٤١٥٢ ولفظه: «أتجروا في أموال اليتامى؛ لا تأكلها الزكاة، وسنن الدارقطني ٢/١١٠ برقم ١، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣/٦٧: أخبرني سيدي وشيخي يعني: الحافظ الشهر زين الدين العراقي: أن إسناده صحيح.

(٢) صحيح البخاري ٢/٨٢٥ برقم ٢٢١٦ وصحيح مسلم ٣/١١٧٦ برقم ١٥٢٦.

(٣) سورة النساء: ٥.

وبين المال تتحقق الآمال، ويستفاد من الطاقات الإنتاجية والإبداعية، وينتفع الجميع.

٥- الحدُّ من انتشار البطالة: لا تخلق المجتمعات من أفراد وجماعات يشكون من البطالة والفراغ والحاجة؛ لأنهم لا يملكون المال والعقار، ولكنهم يملكون الخبرة في معرفة طرق الاستثمار، والوقت الكافي الذي يمكنهم من تنمية المال وتدويره، مع ما هم عليه من الأمانة والنزاهة والجدية وحسن السيرة، فهؤلاء يُمكن أن يُتَّحالفَ معهم ويُتعاونَ، من خلال إمدادهم بالمال؛ ليقوموا باستثماره وتنميته، مضاربةً بينهم وبين أصحاب المال، وبهذه الطريقة يمكن القضاء على البطالة أو الحد منها.

٦- إيجاد تحالف بين رأس المال والعمل والحدُّ من معاناة أصحابهما: تقدم أن الحياة مليئة بأعداد كثيرة من الناس يملكون الأموال المنقولة وغير المنقولة، ولكنهم لا يحسنون استثمارها، ولا يعرفون الطرق الصحيحة في ذلك، وربُّما لم يكن عندهم من الأوقات ما يمكنهم من القيام بتنميتها واستثمارها ومباشرة الإشراف عليها، ولا شك أن هؤلاء يُعانون مشكلة اقتصادية، قد تنسحب تداعياتها على المجتمع بعمومه...

كما أن الحياة ذاتها مليئة بأعداد أخرى من الناس كثيرة، يشكون البطالة والفراغ والحاجة؛ لأنهم لا يملكون المال والعقار، ولكنهم يملكون الخبرة في معرفة طرق الاستثمار، والوقت الكافي الذي يمكنهم من تنمية المال وتدويره، مع ما هم عليه من الأمانة والنزاهة والجدية

وحسن السيرة، ولا شك أن هؤلاء أيضاً يُعانون مشكلة اقتصادية ومعيشية من وجه آخر، قد تنسحب تداعياتها على المجتمع بعمومه... ومن أجل إزالة هذه المشكلة الخطيرة أو الحد منها، عمل الإسلام على إيجاد تحالف وتعاون واندماج بين رأس المال والعمل، وربط الوفرة المالية المثمرة الفاعلة، بالعقول والأيدي الماهرة القادرة، من خلال عقد المضاربة، وذلك بما يعود بالخير العميم على جميع الناس.

٧- رفع المستوى المعيشي للفقراء وعموم الناس: لا يخفى أن المضاربة تعود على صاحب المال وعلى المضارب العامل بالربح والوفرة المالية، وذلك مما يُعين على رفع مستوى الدخل، وتحسين الوضع المعيشي وبخاصة للفقراء، فيتمكنون من توفير احتياجاتهم واحتياجات أسرهم ومتطلبات أولادهم.

٨- تقوية الروابط الاجتماعية وتشجيع العمل الجماعي المشترك: من الحكم التشريعية التي تشتمل عليها المضاربة، أنها تحقق مزيداً من الترابط الاجتماعي، وتُعوّد على العمل الجماعي المشترك، وتُشيع صفات المحبة والمودة بين أطرافها، وتجعلهم يشتركون معاً في حمل هموم استثماراتهم وأعمالهم، والبحث عن الأساليب الأجدى لنجاحها، وتقديم النصائح الصادقة من أجل زيادتها وتنميتها، وهذا ما يُميز استثمار المال وتنميته في المضاربة الحلال، من استثماره وتنميته في طريق الربا والفائدة المحرمة.

هذا، وقد أشار الفقهاء قديماً إلى بعض هذه المعاني الآتفة، فقال الكاساني رحمه الله وهو يذكر حكمة مشروعية المضاربة: « الناس

يحتاجون إلى عقد المضاربة؛ لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة لكنه لا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفعُ الحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم»^(١).

وقال ابن قدامة رحمه الله في حكمة مشروعيها أيضاً: «لأن بالناس حاجة إلى المضاربة؛ فإنَّ الدراهم والدنانير لا تُنمَّى إلا بالتقليب والتجارة، وليس كلُّ من يملكها يُحسن التجارة، ولا كلُّ من يُحسن التجارة له رأس مال، فاحتيج إليها من الجانبين، فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين»^(٢). وقد جاءت نصوص أخرى عن فقهاء آخرين تؤيد هذه المعاني...^(٣).

المطلب الرابع: في بيان أبرز أحكام المضاربة

ليس الغرض هنا الاستيفاء التفصيلي لأحكام المضاربة صغيرها وكبيرها، بل القصد الإشارة إلى ما يكون به قيام المضاربة من أركان، وأطراف، وما يتصل بذلك من الشروط، ومن الصور المطورة التي لا تخرج على منصوص الشريعة، ولا تُعارض ما عليه القواعد والمقاصد الشرعية؛ وذلك من أجل التوصل إلى مقصود هذه الدراسة؛ والوفاء بمتطلبات الواقع العملي في التمويل بالمضاربة، وصلتها ببعض نماذج المعاملات المالية المعاصرة من مثل السلم والاستصناع، وسيكون

(١) بدائع الصنائع ٦/٧٩.

(٢) المغني ٧/١٣٤.

(٣) انظر: حاشية البجيرمي ٣/١٤٥.

الحديث في هذا على النحو التالي:

أولاً: لزوم عقد المضاربة:

ذكر الفقهاء: أن عقد المضاربة غير لازم في حق كل واحد من الطرفين، وله فسخه قبل أن يشرع العامل المضارب في العمل، ونقل ابن رشد الإجماع على هذا، فإذا وقع الفسخ فلا شيء للعامل؛ لأنه لم يباشر العمل.

واختلفوا في لزوم العقد بعد شروع المضارب في العمل، فقال مالك: هو لازم، لأنه عقد يورث، وهذا من باب مراعاة أمن العقود الموروثة، وذهب الجمهور إلى أن لكل واحد من الطرفين فسخ العقد إذا شاء، والعقد لا يورث؛ لأن العامل المضارب متصرف في مال غيره بإذنه، فهو كالوكيل، غير أن له أجر المثل لما عمل^(١).

ثانياً: أركان المضاربة:

للمضاربة ستة أركان هي على النحو التالي:

١- الصيغة: وهي مما اتفق عليه الفقهاء هنا، كشأن ركنية الصيغة في العقود الأخرى، لكنهم اختلفوا في اعتبار ما عداها، وبتعبير آخر: هل تشمل الركنية العناصر الستة: الصيغة، ورب المال، والعامل، ورأس المال، والعمل، والربح، أو أن غير الصيغة أي: الأمور الخمسة الأخيرة هي من مقومات العقد، دون معنى الركنية المستلزم فيه الجزئية في الماهية؟^(٢).

(١) بداية الجتهد ٤٥٦/٣ والمبسوط ١٩/٢٢ وبدائع الصنائع ٧٨/٦ والمهذب ٤١٢/١ والكافي ٢٨٠/٢.

(٢) رد المحتار ٤٨٣/٤ وحاشية الدسوقي ٥١٧/٣ والإقناع ٢/٢٤ (١) والغني ١٣٤/٧.

والصيغة عند الحنفية هي الركن الوحيد في المضاربة ^(١)، ويُقصد بالصيغة كما هو معلوم: الإيجاب والقبول، وهما يكونان بكل لفظ مفهوم يدل على المقصود، سواء كان بلفظ المضاربة كأن يقول ربُّ المال للمضارب: دفعتُ إليك هذا المال مضاربة، ولك نصفُ أرباحه، فيقول المضارب: قبلتُ ذلك أو كان بلفظ المُقَارَضَة، أو القِراض، أو المُعَامَلَة.. ^(٢).

٢- ربُّ المال: وهو الطرف المالك الذي يُقدِّم المال ويُموِّل العامل المضارب.

٣- العامل المضارب: وهو الطرف الذي يأخذ المال ليتاجر به ويديره بحسب خبرته.

٤- رأس المال: وهو ما يُقدِّم للعامل المضارب، ليقوم بالتَّجَار فيه واستثماره وتنميته.

٥- العمل: ويعبَّرون عنه أحياناً: بإذن رب المال للعامل في التصرف وإدارة المال، تجارة، وبيعاً، وشراء...

٦- الربح: وهو ما يتفقان عليه من مقدار معلوم شائع في الربح، كأن يأخذ العامل الربح، أو الثلث، أو النصف، أو غير ذلك، ويأخذ ربُّ المال الباقي... ^(٣).

ثالثاً: شروط المضاربة،

لكلٍّ من عناصر المضاربة السابقة شروطٌ ينبغي تحقُّقها؛ لئلا

(١) رد المحتار ٤/٤٨٣.

(٢) رد المحتار ٤/٤٨٣ وحاشية الدسوقي ٣/٥١٧ والإقناع ٢/٣٤ (١) والمغني ٧/١٣٤.

(٣) رد المحتار ٤/٤٨٣ وحاشية الدسوقي ٣/٥١٧ والإقناع ٢/٣٤ (١) والمغني ٧/١٣٤.

يترتب عليها فساد المضاربة، وهي على النحو التالي:

١- **شروط الصيغة:** يُشترط فيها أن تكون منجزة، بحيث يترتب عليها أثرها فوراً، بأيّ تعبير كان؛ لأن العبرة في العقود لمقاصدها ومعانيها، لا لألفاظها ومبانيها، وأن تكون غير مضافة إلى زمن مستقبل، ولا معلقة على أمر ما، قد يوجد وقد لا يوجد، وإلا فهي فاسدة. والصيغة المنجزة، كأن يقول رب المال للمضارب: دفعتُ إليك هذا المال مضاربة، ولك نصف أرباحه، فيقول العامل المضارب: قبلتُ ذلك. والصيغة المضافة إلى زمن مستقبل، كأن يقول المالك للمضارب: خذ هذا المال واعمل به ابتداء من الشهر القادم. والصيغة المعلقة على شرط، كأن يقول المالك: إن أعطاني فلان مقدار ديني عليه وهو مائة ألف، سلّمتك إياه لتضارب فيه^(١).

٢- **شروط العاقلين:** يُشترط في العاقلين الأهلية، سواء اعتبرنا المضاربة نوعاً من الشركة، أو من الإجارة، أو من الوكالة، فقد ذكر بعض الفقهاء: أن المضاربة توكيل وتوكل، يُشترط لها أهلية التوكيل في المالك، وأهلية التوكل في المضارب، فلا يكون واحد منهما سفيهاً، أو صبيّاً، أو مجنوناً، أو نحو ذلك مما يُخلُّ بالشروط العامة المتصلة بالأهلية^(٢).

٣- **شروط رأس المال:** وهي ما يلي:

أ - كون رأس المال من الأثمان (النقود) لا عروض تجارة كعقار

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨٠/٦ وبلغه السالك ٥٤٧/٢ ومغني المحتاج ٢/٣١ (١) والمغني ٧/ ١٢٥.

(٢) رد المحتار ٤٨٥/٤ وحاشية الدسوقي ٥١٧/٢ ومغني المحتاج ٢/٢١٤ والمغني ٧/ ١٢٤.

وسلّم: اشترط المالكية والشافعية أن يكون رأس مال المضاربة من الأثمان حصراً؛ لأن في العروض رأس المال مجهولاً، بخلاف النقود، وأجاز الحنفية والحنابلة أن يكون رأس مال المضاربة من عروض التجارة، إن فوّض ربُّ المال المضارب في بيع العروض غَرّاً، فقد يقبضها وهي تساوي قيمة ما، ويردّها وهي تساوي قيمة غيرها، فيكون والمضاربة في أثمانها، أما ابن أبي ليلى فيرى جواز المضاربة في الأثمان وفي عروض التجارة مطلقاً؛ لأن العروض تتضمن قيمها الثمنية^(١)، ولم يَعدْ لهذا الخلاف كبير أثر في زماننا؛ لتعامل المصارف الإسلامية وغيرها بالنقود المتداولة.

ب - كون رأس المال حاضراً ومعلومًا عند العقد: وذلك ليُضبط قدره وصفته، ويُسلّم للمضارب، ولا يقع التنازع فيه.

ج - ألا يكون رأس المال ديناً في ذمة مدين: لأن الدين في الذمة قد يوجد وقد لا يوجد، فإن كان المضارب نفسه هو المدين فهو جائز عند بعض الفقهاء؛ لتحقيق وجوده بيده وإمكان عمله فيه... ولا يخفى أن ما ذهب إليه الجمهور هو ما عليه التطبيق في المصارف، علماً بأنه يصار في بعض الأحيان إلى نقل المبالغ المودعة في الحسابات الجارية وهي في الحقيقة ديون أو ودائع نقلاً حسابياً دون إعادة تسليم.

د - تسليم رأس المال إلى العامل المضارب: ويُقصد به أن يُمكن من أخذه ليتصرّف فيه، فإن اشترط بقاؤه في يد مالكة أو أن يعمل معه لم يصح، لكنّ الحنابلة جَوّزوا أن يأخذ المضارب رأس المال تدريجياً،

(١) انظر: الهداية ٢٠٢/٣ وبداية المجتهد ٤٥/٣ (١) وروضة الطالبين ١١٧/٥ والمبدع ٥/٥.

كلّما احتاج شيئاً أخذه بالتدرُّج؛ وقالوا: إن مورد العقد هو العمل^(١).

٤- شروط العمل في المضاربة: وهي على النحو التالي:

أ- التزام ما يقتضيه عقد المضاربة: وذلك كالبدء بالعمل، وتولي البيع والشراء والاتجار، ونحو ذلك من الأعمال والتصرفات، التي جرت العادة أن يقوم بها المضارب.

ب - التزام القيود إن كانت موجودة التي قيدها بها رب المال: وذلك مما لا يسدُّ وجوه العمل أمامه، وهو ما يُعرف بالمضاربة المقيّدة التي هي قسيمة المضاربة المطلقة، مع ملاحظة أن مثل هذه التصرفات والقيود حالياً تنظمها عادة صيغ العقود المفصلة التي تستخدمها المصارف الإسلامية وغيرها من المراكز المالية^(٢).

٥- شروط الربح: وهي على النحو التالي:

أ- معلومية النصيب المخصّص الشائع لكل من الطرفين: فإن عُرِف نصيبٌ واحدٍ منهما بأن كان له النصفُ مثلاً، أو نسبةٌ مئويةٌ من مثل ٣٠٪ وسُكِتَ عن بيان نصيب الآخر صحت المضاربة؛ لأن ما بقي هو نصيب الآخر، ولا يصح أن يُحدّد لأحدهما مبلغٌ مقطوع يختص به، كأن يكون له عشرة آلاف من الأرباح، وما بقي فهو للآخر؛ لما في هذا من الغرر؛ إذ من الممكن أن يكون هذا المبلغ، أو لا يكون، أو يكون

(١) انظر هذه الشروط لرأس المال في: الهداية ٢/٢-٢٠٢ والفتاوى الهندية ٢٨٦/٤ وبداية المجتهد ٢١٠/٣ (١) ٤٥٧ وحاشية الدسوقي ٢/٣-٥١٧ والإقناع ٢/٣٤ (١) ومغني المحتاج ٢/٣١٠ والمغني ١٨٢/٧ والمبدع ٥/٢٠ ومطالب أولي النهى ٣/٥١٤

(٢) انظر: الهداية ٢/٣-٢٠٢ والفتاوى الهندية ٢٨٦/٤ وبداية المجتهد ٢/٤٥ (١) ٤٥٩ وحاشية الدسوقي ٢/٣-٥١٨ والإقناع ٢/٣٤ (١) ومغني المحتاج ٢/٣١٠ والمغني ٧/١٤٥ والمبدع ٥/١٨-٢٠ ومطالب أولي النهى ٣/٥١٤

بأضعافٍ كثيرة، فيحصل ظلم لأحد الطرفين.

ب- كون حصة المضارب من الأرباح: فإن كان من رأس المال فسد عقد المضاربة^(١).

وهناك تفاصيل أخرى لشروط المضاربة، يمكن تتبعها والتعرف عليها في مظانها في كتب الفقه المتخصصة.

رابعاً، إطلاق المضاربة وتقييدها؛

تتنوع المضاربة إلى نوعين هما ما يلي:

١- المضاربة المطلقة: هي التي لم تتقيّد بزمان، ولا بمكان، ولا بنوع بيع، ولا بنوع بضاعة، ولا بمعاملة شخص بعينه، ويمكن فيها للمضارب أن يبيع ويشترى نقداً وبالدين، أو أن يسافر بمال المضاربة، أو أن يشارك غيره، أو يخلط ماله معه، أو يؤجر ما يشتريه، أو يرهن أو يوكّل... ويفعل المتعارف عليه بين التجار فيما فيه مصلحة المضاربة، وصورتها: أن يقول رب المال: أعطيتك هذا المال مضاربة، على أن يكون الربح مشتركاً بيننا على وجه كذا، أو يقول له: اعمل فيه برأيك، أو بما أراك الله ... ولا شك أن هذا الأسلوب من التمويل يمنح المضارب حرية واسعة في إدارة المال واستثماره، والبحث عن عوائده المشروعة، بأسلوب أمثل وفرص متاحة أفضل، مع يسر ومرونة في حرية الحركة، وغالباً ما يتم هذا الأسلوب مع الجهات التي تتمتع بدرجة عالية من الخبرة التجارية، والحنكة في معرفة الأسواق، ومواسمها، ومتطلباتها، وأسعارها، ومصاريفها، وهو ما يجري عليه العمل في العديد من المصارف الإسلامية...

(١) انظر: المراجع السابقة

٢- المضاربة المقيّدة: هي التي قُيِّدت بزمانٍ، أو بمكان، أو بنوع بيع، أو بضاعةٍ معينة، أو بائعٍ، أو مشترٍ... لأن بعض القيود مفيد في التجارة، وقد يكون أقرب من غيره إلى تحقيق المقصود، فضلاً عن أن الأماكن والأزمان والأشخاص يختلف بعضها عن بعض، فيكون التقييد مفيداً^(١).

خامساً: نفقات المضاربة واستعانة المضارب بغيره؛

يجوز للمضارب أن يستعين بغيره فيما يعجز عن القيام به وحده، وذلك بحسب العرف والعادة في مثل هذا العمل، كما يجوز له أن يستأجر أجراً أو يوظف عمالاً؛ لأن مثل هذه الأمور يجري بها العرف، وهي من عادة التجار وضرورات التجارة، وله أن يوكل غيره في البيع والشراء، وأن يودعه المال إن كان ممن يحفظه، والضابط في جميع ذلك: أن كل ما يجري به عرف التجار والتجارة يجوز العمل به، ويُتَّقَى عليه من مال المضاربة، وما لا يجري فلا يجوز، والأصل في هذا قولهم: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً». و«العادة محكمة»^(٢).
أما إذا كان العمل المطلوب خفيفاً وسهلاً، ولا يشق على المضارب، وجرت العادة أن يتولاه بنفسه، فإنه لا يصح له أن يستعين بغيره، أو أن يستأجره من مال المضاربة، لأن الربح الذي يستحقه هو في مقابل تلك الأعمال الواجبة عليه، فإذا ما أنفق عليها يكون الإنفاق من ماله

(١) انظر: الهداية ٢/٣٠٢ والفتاوى الهندية ٤/٢٨٩ وبداية المجتهد ٢/٤٥ (١) ٤٥٩ وحاشية الدسوقي ٢/٥٢٦ والإقناع ٢/٢٤ (١) ومغني المحتاج ٢/٣١٠ والمغني ٧/١٤٧ والبدع ٥/٤٢ ومطالب أولي النهى ٢/٥١٤.

(٢) انظر القاعدتين في: شرح القواعد الفقهية ص ١٦٥ و ١٨٢.

الخاص، وليس من مال المضاربة ولا أرباحها...

وتُستقطع كل نفقة تحتاجها المضاربة من مال المضاربة، كنفقات الإعلانات، والنقل، والشحن، والسفر، ونحو ذلك من مقتضيات المضاربة بحسب عُرف التجار، إلا إذا تم اشتراط شيء بخلاف هذا؛ لحديث النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حَرَّمَ حلالاً، أو أحلَّ حراماً»^(١). مع ملاحظة أن مثل هذه التصرفات والقيود تنظمها عادة صيغ العقود المفصلة، التي تستخدمها المصارف الإسلامية، والمراكز المالية، والجهات الاستثمارية الأخرى...

سادساً: ضمان المضارب؛

لا خلاف بين الفقهاء المتقدمين في أن اشتراط الضمان على العامل المضارب في عقد المضاربة باطل؛ لأنه ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، إذ أصل العقد قائم على الأمانة، فإذا شُرِط فيه الضمان، فذلك خلاف موجب الأصل، وهذا يُفَرِّغ عقد المضاربة من مضمونه ويحوّله إلى قرض.

أما إذا فَرِط المضارب أو تعدّى في تصرفه، فلا خلاف في أنه يضمن؛ لأنه يُعدُّ «أميناً» من حيث علاقته برب المال، وهذا يوجب عليه حفظ المال، كما أن عليه الانصياع إلى طلب رب المال في القيود التي وُضعت في المضاربة، فإنْ خالفها كان كالغاصب، وعليه

(١) انظر: الهداية ٢/٢١ (١) وبداية المجتهد ٣/٤٥٧ والمهذب ١/٢٨٦ والبدع ٥/٢٨ والمغني ٦٦٢ والحدِيث رواه البخاري رحمه الله معلقاً في صحيحه ٢/٧٩٤ بصيغة الجزم، فقال: وقال النبي: (المسلمون عند شروطهم). ورواه الترمذي في سننه واللفظ له ٢/٦٣٤ وقال: هذا حديث حسن صحيح.

الضمان، ولا ربح له، وقيل: له أجر المثل، أو الأقل منه ومما سُمِّي له من الربح^(١).

أما عند بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين، فيرى الدكتور نزيه حماد صحة تضمين العامل بالشرط إن رضي بذلك؛ لأن التراضي هو المناط في تحليل أموال العباد^(٢).

كما يرى الدكتور سامي حمود جواز تضمين المضارب المشترك كالمصرف الإسلامي الذي يستثمر أموال المضاربين قياساً على تضمين بعض الفقهاء للأجير المشترك^(٣).

لكن لم يَسَلَمْ هذان الرأيان من الردِّ والانتقاد؛ لما فيهما من شبهة القرض الربوي، ولأن الأجير المشترك يعمل لمؤجره نظير أجر معلوم محدّد، أما المضارب فهو شريك فيما يكون من أرباح المضاربة^(٤).

هذا، وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة: «لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نصّ بضمان عامل المضاربة رأس المال، أو ضمان ربح مقطوع، أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النصّ على ذلك صراحة أو ضمناً، بطل شرط الضمان، واستحقّ المضارب ربح مضاربة المثل»^(٥).

(١) المبدع ٢٥/٥ والبسوط ٨٤/١٥ وبداية المجتهد ٤٥٣/٢ والحاوي الكبير ١٣/٩ والمغني ٧/١٦٢ و١٧٩.

(٢) فقه المعاملات المالية والمصرفية ص ٢٨٤.

(٣) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٤١.

(٤) انظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ١/٢٥-٢٧.

(٥) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٢١٦٣/٤.

سابعاً، اشتراك رب المال في العمل مع المضارب؛

ذكر الفقهاء خمس صور يمكن في بعضها أن يشترك رب المال في العمل مع المضارب، وتُطبَّق هذه الصور في المعاملات المالية المعاصرة التي تقوم بها المصارف الإسلامية، وهذه الصور الخمس هي على النحو التالي:

الصورة الأولى: وهي الصورة الأصلية للمضاربة، ويقدم فيها الطرف الأول (ربُّ المال) رأس المال، ويقوم الطرف الثاني (المضارب) بالعمل^(١).

الصورة الثانية: يشترك الطرفان في تقديم رأس المال، وينفرد المضارب في العمل، وهذه الصورة تجمع بين الشركة والمضاربة، وهي جائزة، واشترط بعضهم كالشافعية والحنابلة أن يأذن (رب المال) بخلط (المضارب) مال المضاربة بمال نفسه^(٢).

الصورة الثالثة: يُقدِّم الطرف الأول رأس المال، ويشترك مع المضارب في العمل، فإن كان اشتراكه من غير شرط ولا أجر، بل على سبيل الإعانة، فهو جائز بالاتفاق، وإن شرط العمل معه فهو جائز عند بعض الحنابلة وفاء بالشرط، وغير جائز عند الجمهور؛ لأن من مقتضى المضاربة عندهم إطلاق التصرف للمضارب، فضلاً عن تسليم رأس المال^(٣).

(١) المغني ٧/١٢٢.

(٢) المغني ٧/١٣٤ و١٢٥ والدونة ١٢/١٠٢ ودروسة الطالبين ٥/١١٩ واللبسوط ٢٢/٣٢.

(٣) بدائع الصنائع ٦/٨٥ والدونة ١٢/١١ (١) والإقناع ٢/٣٤ (١) والمغني ٧/١٣٦.

الصورة الرابعة: أن يقدم طرف رأس المال للمضارب، ثم يقدم طرف ثان، أو ثالث، أو أكثر، رأس مال آخر لهذا المضارب، ولهذه الصورة حالتان:

١- أن يميّز المضارب بين هذه الأموال ولا يخلط بعضها ببعض، وهذا جائز، لأن (رب المال) لا يملك منافع المضارب وأوقاته كلها، فلم يمنع هذا من المضاربة الأخرى، لكن المالكية والحنابلة اشترطوا إذن رب المال الأول، إن كان هناك ضرر على المضاربة، وإذنه وإذن الثاني في المضاربة الثالثة، وهكذا ...

٢- أن يخلط المضارب الأموال كلها، وهذا جائز أيضاً إذا أذن المضاربون وهذا نوع من المضاربة المطلقة ولم يبدأ المضارب في العمل، أو إذا أعاد مال المضاربة الأولى نقوداً أي: بعد البدء في العمل ثم خلط الأموال الأخرى بها^(١).

الصورة الخامسة: أن ينفرد شخص في تقديم المال، ويشترك أكثر من مضارب في العمل، ولهذه الصورة حالتان:

١- كون المال قد دفع في (عقدين) مضاربتين مختلفتين، وهذا جائز بلا خلاف.

٢- كون عقد المضاربة في عقد واحد، وهذا جائز أيضاً، ولو جعل لأحدهما أكثر من الآخر، كما لو دفع رجل إلى رجلين ألفاً مضاربة، على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فلاأحدهما بعينه نصف الربح، وللآخر سدس الربح، ولرب المال ثلث الربح، فهو جائز على ما

(١) الدونة ١٠٧/١٢ والإقناع ٢٤٢/٢ والمغني ١٥٩/٧ و١٦٩.

اشتراطاً؛ لأن رب المال شرط على كل واحد من المضاربين جزءاً معلوماً من الربح، وفاوت بينهما في الشرط؛ لتفاوتهما في الخبرة والهداية إلى التجارة المربحة، كما في الأجيرين المتفاوتين، وذلك صحيح، ومنع المالكية تفاوتهما في الربح؛ لأنهما كشريكي الأبدان^(١).

ثامناً، مضاربة المضارب بمال المضاربة،

اتفقت نصوص الفقهاء على أنه لا يجوز للعامل المضارب أن يضارب بالمال إلا بإذن رب المال، وعللوا هذا بأن فيه إيجاب حق لشخص (المضارب الثاني) في مال غيره (رب المال)، وهو ممنوع شرعاً، فإن أذن له جاز.

واختلفوا على قولين في استحقاق (المضارب الأول) للربح، فيما إذا دفع مال المضاربة إلى (مضارب ثان) بإذن رب المال:

القول الأول: ما ذهب إليه الحنفية من أن (للمضارب الأول) حقاً في ربح المضاربة، بحسب ما اتفق عليه مع (المضارب الثاني)؛ لأن عمل الثاني وقع له، فكأنما عمل الأول بنفسه.

القول الثاني: ما ذهب إليه الجمهور من أن (المضارب الأول) لا يستحق شيئاً من الربح، لأنه لم يكن منه مال ولا عمل، والربح لا يُستحق إلا بهما، فكأنما انسلخ المضارب الأول من المضاربة، فلا شيء له، وهو يعتبر مجرد وكيل لرب المال في ذلك، قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: « وإذا أذن رب المال في دفع المال مضاربة، جاز ذلك، نص عليه أحمد، ولا نعلم فيه خلافاً، ويكون العامل الأول وكيلاً لرب المال

(١) المغني ٧/١٣٨ و١٤٣ والمبسوط ٢٢/٣ (١) والدونة ١٢/٩٠ والإقناع ٢/٣٤٢.

في ذلك، فإذا دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح، كان صحيحاً، وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح؛ لأنه ليس من جهته مال ولا عمل، والربح إنما يُستحق بواحد منهما...»^(١).

ولا شك أنه يَسَعُ المصارفَ الإسلامية (التي هي بمثابة المضارب الأول) التي تضارب بأموال المستثمرين الأخذُ بأيٍّ من القولين، وهي في الغالب توكلُ غيرها (الذي هو بمثابة المضارب الثاني) كما هو معروف، للعمل في رأس مال المضاربة بعلم المستثمرين، مع ملاحظة وجود أعراف مصرفية في هذا المجال، وهي حق المصرف (المضارب الأول) في إدخال غيره معه توكيلاً أو مضاربة، مع عدم تغيير نسب الأرباح الخاصة به، حيث تكون داخلة في عموم نسبة أرباح إدارة عملية المضاربة، كأن يكون للمضارب الأول (٦٠٪)، وللمضارب الثاني (٣٠٪) من الربح الكلي، ومن المقرر في القواعد الفقهية أن: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٢).

تاسعاً: توقيت المضاربة بأجل محدد،

للفقهاء قولان في تقييد المضاربة بأجل محدد:

القول الأول: يجوز توقيتها وتحديد زمن لها باتفاق الطرفين، كأن تكون مدتها سنة واحدة، وبه قال الحنفية والحنابلة؛ وعللوا ذلك بأن فيها توكيلاً وتوكلاً، وهما يحتملان التخصيص بوقت دون وقت.

القول الثاني: لا يجوز توقيتها بزمن وإلا فسدت؛ وعللوا ذلك

(١) بدائع الصنائع ٩٧/٦ وحاشية الدسوقي ٥٢٦/٣ وروضة الطالبين ١٣٢/٥ والمغني ١٥٨/٧.

(٢) انظر القاعدة الفقهية في: شرح القواعد الفقهية ص ١٨٢.

بقياسها على عقود المعاوضات التي تفسد بالتوقيت، ولأن حق المضارب في البيع قائم لأجل الربح، فلا ينبغي تحديد وقت؛ لأنه ينافي مقتضى ذلك ويضر بالمضارب^(١).

ومن المعروف في البنوك الإسلامية، أن بعضها يحدّد أجلاً لا يمكن من التحلّل منه قبل انقضائه، وبعضها يفعل عكس ذلك...

عاشراً، **قسمة ربح المضاربة قبل قبض رأس المال**؛

للفقهاء قولان في قسمة ربح المضاربة قبل المفاصلة وقبض رأس المال:

القول الأول: ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، من أنه لا يجوز ذلك؛ لأن الربح هو الزيادة على رأس المال، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل، ولا يمكن التأكد من سلامة الأصل إلا بعد المفاصلة وقبض رأس المال، وهو المعمول به في بعض المصارف الإسلامية، وقد يقوم بعضها بتوزيع الأرباح في فترات دورية...

القول الثاني: ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، من أنه يجوز ذلك إن رضي الطرفان، لأن الحق لهما، والمال مالهما، فجاز لهما أن يتقاسما الربح كالشريكين، ولكن لا يستقر الربح بينهما إلا بالقسمة، فإذا ظهرت بعدُ خسارة فإنها تجبر وتستوفى من الربح؛ لأن الربح وقاية لرأس المال^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٩٩/٦ والقوانين الفقهية ص ١٨٦ وروضة الطالبين ١٢/٥ (١) والمغني ١٧٧/٧.

(٢) بدائع الصنائع ١٠٧/٦ والمدونة ٩٩/١٢ وروضة الطالبين ١٤٤/٥ والمغني ١٦٥/٧ و١٧٢.

حادي عشر، فساد المضاربة وآثاره:

المضاربة الفاسدة كثيرة الوقوع؛ لأنها تنطبق على كل حالة يُراد إيقاعها على وجه الصحة فتقع على غير المرام، وذلك حين يختلُ شيء من عناصرها السابقة، بعد أن وُجد الجهد من العامل المضارب، ورُصد المال من صاحبه، وحينئذ لا ينبغي أن يكون الفساد الحاصل مهديراً للتصرف؛ وذلك من باب المحافظة على الحقوق والجهود، بل ينبغي أن يُعتبر مُعدلاً للإرادة الواقعة من العاقدين، ومُغيّراً لآثار المضاربة واستحقاقاتها في ضوء ما يلي:

١- اعتبار المضارب في المضاربة الفاسدة أجيراً بالمثل: إذا لم تُحدّد حصة المضارب أو نسبته من الربح، أو جُعِلَ الربح لأحدهما مبلغاً معيناً كعشرة آلاف، وشرع المضارب في العمل، فحينئذ تفسد المضاربة وتنقطع، ويُعدُّ العامل أجيراً لربِّ المال، ويثبت له أجر المثل عند بعضهم كما تقدم بيانه وإن لم يحصل ربح.

٢- اعتبار المضاربة الفاسدة قراضاً بالمثل: وهو ما ذكره المالكية بكثرة، وذلك إذا ظلت المضاربة قائمة لوجود حقيقتها في التصرف، إلا أن فيها فساداً غير مخلٍّ بالحقيقة الشرعية لها، كما إذا كان رأس المال من العُروض، أو كانت المضاربة بجزء مبهّم من الربح، أو كانت بشرط ضمان المضارب لمال المضاربة، أو جاء المضارب بأمر مستنكر ليس على مثله يتقارض الناس...

وتفسير قراض المثل عند المالكية: أنه جزء من الربح، يساوي ما يؤخذ عادة في مثل رأس المال المضارب به، ويرجع تقديرُ هذا إلى أهل

الخبرة، بغض النظر عن الجزء المسمّى في العقد، ويظلُّ الحكم الأصلي هنا: أنه لا ربح للعامل المضارب إذا لم يحصل ربحُ البتّة، وهذه الحالة خلاف حالة أجرة المثل، التي لا علاقة لها بوجود الربح أو عدمه...^(١).

ثاني عشر: انتهاء المضاربة:

ينتهي عقد المضاربة بعدة أمور على النحو التالي:

- ١- فسخ المضاربة: ويكون قبل أن يشرع العامل في العمل بإجماع الفقهاء، أو بعد الشروع فيه بحسب ما ذهب إليه الجمهور سوى المالكية لأنه عقد غير لازم عندهم، كما يكون الفسخ في حالات الإخلال ببعض عناصرها وشروطها، وتقدم بيان هذا والآثار المترتبة عليه.
- ٢- فقدان أحد الطرفين لأهلية التصرف: وذلك كجنونه، أو الحجر عليه بالسّفقه، وخالف الحنفية في انتهاؤها بالحجر على المضارب، فقالوا: لا تنتهي بالحجر عليه لأنها كالوكالة، والسفيه والصبي المميّز من أهل الوكالة عندهم إذا ارتضاها الموكّل، غير أنهم اتفقوا على أنها تنتهي بالحجر على ربِّ المال بالفلس، بخلاف المضارب؛ لأنه وإن حُكِم عليه بالفلس فهو أهل لأن يتصرف في مال غيره بحكم الوكالة^(٢). ولا يخفى أن هذا الأمر ينطبق على المصارف في بعض الحالات، كما إذا تم وضع اليد على ممتلكاتها، أو أُعلن إفلاسها، وهذا ما تُنظّم التعامل معه الجهات الإدارية المختصة في كل بلد.

(١) انظر: الطلقين ٤٠٩/٢ وحاشية الدسوقي ٥١٨-٥١٩ وشرح الزرقاني ٤٥٦/٢ والمبسوط

١٩/٢٢ وبيدائع الصنائع ٨٧/٦ و١٠٨ والمهذب ٣٨٨/١ وإعانة الطالبين ١٠/٢ (١) والمغني ١٨٠/٧

والبديع ٢١ و١٩/٥

(٢) بيدائع الصنائع ٧٨/٦ وإعانة الطالبين ١٠٠/١ وكشاف القناع ٥٢٢/٣

٣- هلاك مال المضاربة بعد قبضه: وذلك لأنه محل عقدها، وللعلماء أقوال فيها تفصيل وإسهاب فيما إذا كان الهلاك بعد الشراء وقبل نقد الثمن، أو بعد الشراء والتصرف^(١). ولا يمنع هذا من تضمين المضارب إن كان مقصراً أو متعدداً كما سبق بيانه.

٤- موت أحد طرفي عقد المضاربة: يرى الجمهور أن المضاربة تنفسخ بموت رب المال أو المضارب قبل مباشرة العمل أو بعده؛ لأنها عقد جائز كالوكالة، فكما أن الوكالة تنفسخ بموت أحد طرفيها، فكذا المضاربة، أما المالكية فيرون أنها لا تنفسخ؛ لأنها عقد لازم ويورث، ويحل الوارث محل المورث ويُتم المضاربة... وذكر الفقهاء أيضاً أنه كما تنتهي المضاربة بموت أحد طرفيها، فإنها تنتهي بردته عن الإسلام^(٢).

المبحث الثالث

في مدى صلاحية المضاربة في الاستثمار الجماعي المصري وأساليب استثمارها في المعاملات المالية المعاصرة وفيه مطلبان

المطلب الأول: في مدى صلاحية المضاربة في الاستثمار الجماعي
المصري

أولاً: وصف حال المضاربة قديماً وحديثاً،
كانت أغلب عقود المضاربة في الأزمان السابقة تأخذ طابعاً تموالياً

(١) تنظر التفاصيل في: بدائع الصنائع ٧٨/٦ وكشاف القناع ٥١٤/٣

(٢) بدائع الصنائع ٧٨/٦ وحاشية الدسوقي ٥٣٦/٣ وكشاف القناع ٥٢٢/٣ وكتب ورسائل وفتاوى

ابن تيمية ٨٦/٢٠ - ٨٧

(ثنائياً) بسيطاً في شكل العلاقة بين الممول (رب المال)، وبين العامل (المضارب)، الذي يتقبَّل (رأس المال) من شخص واحد، وغالباً ما كان كل طرف يعرف الطرف الآخر معرفة شخصية، أما في زماننا فقد توسَّع الطابع التمويلي للمضاربة وكثُرَت مصادرها، حتى صار الممولون (أرباب الأموال) متعدِّدين، مقابل المصرف الإسلامي (المضارب)، الذي يجمع (رؤوس أموال) ضخمة ويخلطها في وعاء واحد، ثم يستثمرها في مجال واحد، أو في مجالات متعددة، أو يجعل من نفسه (ربَّ مال) فيُعْطيه إلى طرف (مضارب) جديد ليضارب به... فما حكم هذا التصرفات؟ وما طبيعة العلاقة التعاقدية بين المستثمرين (أرباب الأموال) والعامل (المضارب الأول)، والعامل (المضارب الثاني)؟

ثانياً، طبيعة العلاقة التعاقدية في المضاربة،

تعتبر العلاقة التعاقدية التي تحدَّث عنها الفقهاء السابقون في المضاربة الثنائية (التقليدية) كغيرها من العلاقات الموجودة في العقود، حيث تنشأ هذه العلاقة بين الطرفين المشتركين في إبرام العقد، وهما هنا: الممول (رب المال)، والعامل (المضارب).

وتقدِّم أن بعض الفقهاء يرى في هذه المضاربة شبهاً (بالإجارة)، ولذا يرجعون إليها في أَجْر المثل في حال حدوث خلل، أو تعذُّر تطبيق أحكام المضاربة الصحيحة، بينما يرى غيرهم كبعض الحنفية أنها (توكيل) بالعمل، و (شركة) إن حصل ربح.

ويرى آخرون منهم الحنابلة وبعض الحنفية أن المضاربة في حقيقتها نوعُ (شركة)، وهو ما رجَّحه ابن تيمية وابن القيم، وتمَّ

اختياره واعتماده فيما مضى.

ولا يخفى أنه بالرغم من بروز طابع (المشاركة) بين طرفي المضاربة (التقليدية) من أجل الاشتراك معاً في الربح، فإن العلاقة بينهما قد تأخذ أطواراً مختلفة في الاعتبار والأحكام، وذلك على النحو التالي:

- ١- إذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح كله للمضارب كان هذا (قَرْضاً)، ولا شيء البتة لرب المال؛ لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني^(١).
- ٢- إذا اشترط رب المال أن الربح كله له، كان العامل (متبرعاً)، وصارت العلاقة بينهما على سبيل الإبضاع^(٢).
- ٣- إذا قبض المضارب المال ولم يشرع في العمل، فإنه يُعدُّ (أميناً) من حيث علاقته برب المال، فعليه حفظ المال، كما أن عليه رد المال إلى صاحبه حال طلبه، فإن ضاع منه دون تعدُّ أو تقصير فليس عليه ضمانه، كما هو مقرر في أحكام الوديعة^(٣).
- ٤- إذا شرع المضارب في العمل كان (وكيلاً) لرب المال، فيقوم مقامه فيما عهد إليه به من التصرف في ماله^(٤).
- ٥- إذا حصل ربح تحولت العلاقة بين الطرفين إلى علاقة (مشاركة)

(١) بدائع الصنائع ٨٠/٦ والجامع الصغير ٤٢٥/١ والمهذب ٣٨٥/١ والفروع ٢٨٨/٤

(٢) بدائع الصنائع ٨٧/٦ وحاشية البجيرمي ٤٤/٢ والإنصاف ٤١٧/٥

(٣) بدائع الصنائع ٢١٢/٦ والجامع الصغير ٤٢٣/١ والفواكه الدواني ١٧٠/٢ والإقناع ٣٧٩/٢

والمغني ١٥٨/٧

(٤) الدر المختار ٦٤٦/٥ وإعانة الطالبين ١٠٠/٢ و١٠٤.

محضة، وهي مشاركة عقدية تقتضي الاشتراك في الربح^(١).

٦- إذا تبين فساد المضاربة تحولت العلاقة إلى (إجارة)، ويأخذ رب المال ماله وجميع الربح الناشئ عن العمل، وللمضارب أجر المثل إن كان هناك ربح، فإن لم يكن ربح فلا أجر له في الصحيح؛ لئلا تكون المضاربة الفاسدة أجدى من الصحيحة التي من أحكامها الأصلية، أنه لا شيء للمضارب إن لم يحصل الربح^(٢).

٧- إذا خالف المضارب شيئاً من القيود أو الشروط التي تضمنها العقد، تحول إلى (غاصب) من حيث علاقته برب المال، وضمن المال ولا أجر له البتة^(٣).

وهكذا يتضح أن أصل العلاقة بين طرفي المضاربة تنصّف بالثنائية في أغلب الحالات التي ذكرها الفقهاء السابقون وقد تتطوّر هذه العملية التمويلية، وينبني عليها حالات استثمارية جماعية أخرى ذكرها الفقهاء السابقون كالمراوحة، أو الإجارة، أو السلم، أو الاستصناع...، وذلك حين يعمد المضارب (الأول) بصفته الجديدة (رب المال) إلى التعامل مع طرف آخر (مضارب ثانٍ) واحد أو أكثر، في تنمية المال واستثماره، بغير إذن المالك، أو بإذنه كأن تكون المضاربة مطلقة، بأن قال له فيها المالك: اعمل برأيك، مع ملاحظة أنه ينبغي أن تطبّق على جميع هذه التصرفات الأحكام والآثار المقررة في مواضعها والتي ذكرها الفقهاء السابقون^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٨٠ والمهذب ١/ ٢٨٥ والمغني ٧/ ١٢٨ - ١٢٩.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧ والمهذب ١/ ٢٨٨.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٨٧ والمهذب ١/ ٢٨٨ والمغني ٧/ ١٤٧.

(٤) بدائع الصنائع ٦/ ٨٨ والجامع الصغير ١/ ٤٢٥ والمهذب ١/ ٢٨٦ والمغني ٧/ ١٥٨.

وهكذا يمكن القول: إن طبيعة العلاقة التعاقدية في المضاربة تكون (ثنائية) أحياناً، وتكون تفويضية مطلقة (جماعية) أحياناً أخرى، كل بحسب حصته وعمله...

ثالثاً: مدى صلاحية المضاربة في الاستثمار الجماعي المصرفي:

تناول عدد من الفقهاء والباحثين المعاصرين هذا الموضوع وكان لهم اتجاهان:

الاتجاه الأول: عدم صلاحية التمويل بالمضاربة (التقليدية) للاستثمار الجماعي المصرفي، وقد انفرد به الدكتور سامي حسن حمود، الذي يرى أن تطبيق قواعد وأحكام المضاربة المذكورة في المؤلفات الفقهية، أمر متعذر عملياً في مجالات الاستثمار الجماعي على النسق المصرفي، وذلك لما يلي:

١- أن المضاربة المذكورة في الفقه هي تعاقدٌ (ثنائي) بين طرفين، يجوز أن يكون أحدهما أكثر من واحد، لكن لا يجوز لطرف ثالث الانضمام إليه بعد الشروع في العمل.

٢- أن لرب المال أن يقيّد المضارب بالشروط التي يراها مناسبة لحفظ ماله، وله أن يفسخ العقد ويطلب من المضارب تنضيد رأس المال^(١)، عند الجمهور القائلين بأن المضاربة عقد غير لازم كما سبق بيان هذا.

٣- أن اقتسام الأرباح في المضاربة مبني على أساس التصفية الكاملة للعملية؛ وذلك حتى يتمكن رب المال من استرداد رأس ماله أولاً، ثم يُقسَم الربح المتبقي بحسب اتفاق الطرفين، وذلك بعد سلامة رأس

(١) معنى تنضيد رأس المال: تحويله إلى نقد كما في حاشية البحرمي ٣/ ١٥٤ ١٥٥ والإتقان ٢/ ٢٤٤

المال لصاحبه، وهذا يتعارض مع فكرة الاستثمار الجماعي المصرفي التي تقوم على أساس استمرار الاستثمار من ناحية، وإجراء توزيع الأرباح في فترات دورية من ناحية أخرى، ومن المتعذر إجراء التصفية الكلية في نهاية كل فترة يوزع فيها الربح على المستثمرين^(١).

واقترح الدكتور سامي حمود شكلاً جديداً للمضاربة يلائم الاستثمار الجماعي المتعدد، وأطلق عليه اسم: (المضاربة المشتركة)، ومجمل فكرتها: أنه كما أمكن للإجارة بالنظر إلى مقصودها المتمثل في الحصول على منفعة معينة في مقابل عوض معلوم أن تستوعب في نطاقها أحكام الأجير المشترك، كذلك يُمكن للمضاربة مع المحافظة على مقصودها المتمثل في الاسترباح من خلال المال والعمل أن تستوعب أحكام المضارب المشترك... وتضم ثلاثة فرقاء:

الفريق الأول: جماعة المستثمرين، وهم أصحاب الودائع الاستثمارية (أرباب الأموال).

الفريق الثاني: جماعة المضاربين أصحاب المشاريع، وهم الذين يأخذون المال للعمل به (المضارب الثاني).

الفريق الثالث: (المضارب الأول المشترك) وهي الجهة الوسيطة التي تتوسط بين الفريقين السابقين، وتقوم بتحقيق التوافق والانتظام في توارد الأموال، وإعطائها للراغبين من الفريق الثاني للعمل فيها، في المضاربات المعقودة مع كل منهم على انفراد.

(١) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٢٢ - ٤٢٦

ويُعتبر الفريق الثالث الوسيط الشخص الجديد في نظام المضاربة المشتركة، ويوصف بالمضارب المشترك تجاه أصحاب الودائع المستثمرين لأنه لا يلتزم بالعمل كمضارب خاص لشخص معين أو أشخاص معينين، بل لكل من يرغب في التمويل واستثمار ما لديه من مال، ويعتبر تجاههم ضامناً؛ وذلك كالأجير المشترك على القول المختار فيه.

وأما في تعامله أي: الطرف الوسيط الذي هو المضارب المشترك مع الفريق الثاني، فإنه كمالك المال، حيث يعطي للفريق الثاني وهم جماعة المضاربين أصحاب المشاريع هذا المال بالشروط المنفردة التي يتفق بها مع من يتعامل معه على حدة.

وأما بالنسبة للربح الذي قد يتحصّل، فإن الفريق الأول أصحاب الودائع الاستثمارية يُعتبرون شركاء فيه، رغم عدم وجود أي تعاقد بينهم، وذلك باعتبار أنهم يتعاقدون مع المضارب المشترك، كل بحسب الشروط التي يراها مناسبة له ضمن حدود الاختيار المعلن للعموم، والذي يُمثّل إيجاباً قائماً لكل من يريد الاستثمار ودخول هذا الميدان.

وأما الفريق الثاني المضاربون الجدد، فإنهم مستقلون تماماً بعضهم عن بعض، سواء في العمل، أو الربح، أو الشروط، فكل منهم يعمل مستقلاً عن الآخر في المال المسلّم إليه، فلا تُجبر خسارة أي واحد منهم بربح الآخر، ولا تؤثر تصفية العلاقة مع أحدهم على استمرار عمل الآخرين، بحسب ما تعاقدوا عليه من شروط^(١).

(١) تطوير الأعمال المصرفية ص ٤٢٨ وما بعدها، وبحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ٢٢٧ - ٢٢٩

وخلاصة هذا الاتجاه: أن قواعد وأحكام المضاربة (التقليدية) المذكورة في المؤلفات الفقهية القديمة يتعدّر تطبيقها عملياً؛ لأنها لا تستوعب وحدها مجالات الاستثمار الجماعي المصرفي المعاصر، بل لا بدّ من الاستفادة من أحكام الأجير المشترك، في تخريج (المضارب المشترك) الوسيط بين المستثمرين أرباب الودائع والأموال، وبين المضاربين (الجدد) الذين يأخذون المال للعمل به...

الاتجاه الثاني: صلاحية التمويل بالمضاربة (التقليدية) للاستثمار الجماعي المصرفي: وأول من قال به الدكتور محمد عبد الله العربي رحمه الله، وطالب البنوك الربوية بتعديل أعمالها الاستثمارية للتوافق مع قواعد وأحكام عقد المضاربة الإسلامي^(١).

وفي تكييفه للعلاقة بين المستثمرين أرباب الودائع والأموال، وبين المصرف الإسلامي الوسيط، يعتبر المودعين في مجموعهم لا فرادى (رب المال)، والمصرف الوسيط هو (المضارب) مضاربة مطلقة.

أما الأرباح وتوزيعها فإنه يرى أنه في كل سنة مالية أو أقل بحسب العُرف المصرفي يقوم المصرف بتسوية شاملة بين أرباح وخسائر جميع المشروعات الاستثمارية التي وظّف فيها أموال الودائع وأموال المساهمين، ثم يخصم البنك بعد هذه التسوية من الصافي مصاريفه العمومية بما فيها أجور الموظفين والعمال والاحتياطات التي قد يفرضها القانون الوضعي على البنوك، ثم يوزع الباقي بينه وبين المودعين.

(١) فقه المضاربة في التطبيق العملي والتجديد الاقتصادي ص ٤٠.

أما علاقة المصرف الإسلامي (المضارب الوسيط) بأصحاب المشروعات الاستثمارية (المضاربين الجدد)، فتقوم على اعتبار أن المصرف هو (رب المال) وأصحاب المشروعات الاستثمارية الذين مؤلهم بالمال هم (المضارب الجديد)، وفي ضوء هذا تسري قواعد المضاربة وأحكامها على رب المال وتحدد واجباته^(١)، وعلى أساس هذه الفكرة قامت الاستثمارات الجماعية وتنمية الودائع والأموال في المصارف والشركات الاستثمارية الإسلامية..^(٢)

رابعاً: المناقشة والترجيح بين الاتجاهين السابقين:

يمكن أن يناقش الاتجاه الأول القائل بعدم استيعاب أحكام المضاربة (التقليدية) للاستثمارات الجماعية المعاصرة بما يلي:

١- إن تشريع الإسلام للمضاربة إنما يهدف إلى استثمار وتنمية الموارد المالية (المال) والطاقات البشرية التي هي (العمل)، والاستفادة من الإمكانيات والطاقات البدنية والذهنية الإبداعية، والقضاء على البطالة، وتحقيق الإعمار والتنمية في المجتمع، ونحو ذلك مما سبق بيانه في غايات المضاربة وأهدافها، وهي غايات نبيلة وأهداف تتحصّل من خلال التعاون على البر والتقوى، بعيداً عن الربا والغرر وأكل أموال الناس بالباطل، وهو ما تقوم به الجهات المالية المستثمرة ذات الخبرة بشؤون تنمية المال واستثماره، تحت إشراف ومراقبة هيئات شرعية موثوق فيها، ومشهود لها بالنزاهة والعلم.

(١) المعاملات المصرفية وموقف الإسلام منها ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) المبادئ الاقتصادية في الإسلام ص ٢٣١.

٢- ليس في تخريج (تعُدُّ المستثمرين معاً)، و(المضاربة المشتركة)، و(المضارب الوسيط)، و(المضاربين الجدد)، خروجٌ على إجماع الفقهاء، ولا على ما ذكره؛ لأن الإجماع الوارد في المضاربة، إنما هو على أصل مشروعيتها، وليس على تفاصيل الأحكام فيها، التي هي مسائل اجتهادية، ترجع إلى تحقيق التعاون والعدالة، أما أحكام المضاربة التفصيلية المذكورة في كتب الفقه القديمة، فقد نقل عن الشيخ علي الخفيف رحمه الله: أنها لا تستند في كل مسألة منها إلى نص قرآني أو سنة صريحة، إذ إن المضاربة من عقود الجاهلية التي شاع التعامل بها على صورة معينة وقتئذ؛ للوفاء بحاجات الناس المحدودة في مجتمع قليل التنوع الاقتصادي، فأقرها الإسلام وتعامل بها المسلمون دون تغيير؛ وذلك لعدم وجود ما يدعو إلى التغيير والتطوير، وليس للشروط ونحوها مما عرض له الفقهاء السابقون مستندٌ إلا نصوصاً محدودة جداً من السنة النبوية، لا تفي بالأحكام التفصيلية التي ذكرها الفقهاء الذين أعملوا الاجتهاد كثيراً في بيان تلك التفاصيل، ومما يعزِّز هذا اختلافهم في العديد من أحكامها، ومن ذلك كون المضاربة نوعً توكيل، أو نوعً إجارة، أو نوعً شركة، وهذا الأخير هو ما رجحه ابن تيمية وابن القيم...^(١).

٣- إن انضمام أعداد أخرى لاحقة من المستثمرين وأصحاب الأموال من الفريق الأول كل بعقدٍ خاص به مع الفريق الثالث الوسيط (الذي هو المضارب الأول) وحصول خلط لهذه الأموال أمر جائز كما سبق

(١) انظر: بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ٢٤٢-٢٤٤.

بيانه، وقد نُقِلَ عن مالك رحمه الله ما يجيز خلط أموال المضاربة، جاء في المدونة: « قلتُ: رأيتُ إن أخذ رجل قِراضاً من رجل، أكون له أن يأخذ ما لا آخر من رجل آخر قِراضاً ؟ قال مالك: نعم، له أن يأخذ من غير الأول، إذا لم يشغله عن قراض الأول لكثرة مال الأول، فإذا كان المال كثيراً فلا يكون له أن يأخذ من آخر حينئذ شيئاً، قلتُ: ويكون له أن يخلط المالين إذا أخذهما وهو يحتمل العمل بهما ؟ قال: نعم، إذا أخذ المالين من غير شرط من الثاني الذي يدفع إليه أن يخلطهما خلطهما ولا ضمان عليه» (١).

وبناء على هذا، فلا يوجد ما يمنع شرعاً من خلط أموال المودعين والمستثمرين، واعتبارهم مجتمعين (ربّ مال) في المضاربة، واعتبار المصرف الإسلامي الوسيط (مضارباً مشتركاً).

٤- أما الشروط التي يضعها ربُّ المال لحفظ ماله، والتي تُقَيِّد من حرية المصرف المضارب، فيمكن التغلب عليها من خلال اتفاق المصرف الإسلامي المضارب الوسيط مع أرباب الأموال المودعين على أن تكون المضاربة معه مطلقة، وتقدم معنا ما ذكره الفقهاء من أن للمضارب حرية التصرف في مال المضاربة في كل ما يقع في التجارة، إن قال له ربُّ المال: اعمل برأيك، أو نحوها من العبارات التي تفيد إطلاق يده... (٢).

(١) المدونة الكبرى ١٢/١٠٧.

(٢) انظر: المغني ٧/١٧٢ وبدائع الصنائع ٦/٩٥ وبداية المجتهد ٣/٤٥ (١) ٤٥٩ ومغني المحتاج ٢/٣١٠.

٥- أما كون اقتسام الأرباح في المضاربة مبنياً على أساس التصفية الكاملة للعملية، حتى يتمكن رب المال من استرداد رأس ماله أولاً، ثم يُقسَم الربح المتبقي بحسب اتفاق الطرفين بعد سلامة رأس المال لصاحبه، وأن هذا يتعارض مع فكرة الاستثمار الجماعي المصرفي التي تقوم على أساس استمرار الاستثمار من ناحية، وإجراء توزيع المصرف للأرباح في فترات دورية من ناحية أخرى، فالجواب على هذا: أنه إذا تراضى ربُّ المال والمضارب على اقتسام الربح أولاً دون رأس المال جاز؛ لأن الحقَّ لهما، ثم متى ظهر في المال خُسران استوفى من العامل المضارب، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحق، وهو مذهب الحنابلة، بخلاف الحنفية والمالكية...^(١).

وخلاصة ما سبق: أن ما أثير من كلام حول عدم صلاحية التمويل بالمضاربة للاستثمار الجماعي المصرفي غير مسلم به، وأن قواعد المضاربة وأحكامها في المذاهب الفقهية المتنوعة تسعُ الاستثمارات والنشاطات التي تقوم بها المصارف والشركات الاستثمارية الإسلامية وغيرها، وذلك من خلال المضاربة المطلقة، واعتبار الوسيط مضارباً، ثم مفوضاً عن المودعين بصفته ربَّ مال بالنسبة إلى أصحاب المشاريع (المضاربين الجدد) مع تعديل بعض الإجراءات الحسابية المصرفية بحسب أحكام الشريعة الإسلامية.

هذا، وقد حققت فكرة التمويل بالمضاربة المعاصرة هدفاً طالما

(١) المغني ١٣١/٧ و١٥٠ (١) و١٧٢ و١٦٥ ونبائع الصنائع ٨٧/٦ و١٠٧ والمودنة ٩٩/١٢ وروضة الطالبين ١٤٤/٥.

تطلّع إليه أصحاب الغيرة على الشريعة الإسلامية بإظهار أحكامها،
لتأخذ سبيلها إلى التطبيق العملي في المصارف والشركات الاستثمارية
الإسلامية، وهذا ما سنعرض له في المطلب التالي.

المطلب الثاني: أساليب استثمار المصارف للمضاربة في المعاملات المالية المعاصرة

أولاً: نماذج الاكتتاب في المضاربة المصرفية الإسلامية،

تُعدّ المضاربة أعظم وسيلة تمويلية تعتمد المصارف الإسلامية
ومن تبعها بعدئذ من المراكز والشركات المالية الاستثمارية وعلى
هذا الأساس تُوظّف هذه الجهات الأموال الضخمة التي تلتقأها من
المدّعين والمستثمرين، وبما أن المضاربة مطلقة ومقيدة، فقد أخضعت
المصارف الإسلامية التصرف في هذه الأموال بحسب رغبات المستثمرين
والعقود التي تبرمها معهم، وإن كان للمضاربة المطلقة الشأن الأغلب
في ذلك، حتى يستطيع المصرف التصرف بحرية أوسع مع المستثمرين
الجدد الذين يتعامل معهم^(١).

ويقوم المصرف الإسلامي بافتتاح وعاء اعتباري يسمى « صندوق
المضاربة» أو «برنامج المضاربة»، ويهدف إلى تلقي الاكتتاب لاستثمار
أموال المضاربة في مكان محدد، كأن يكون في بلد ما، أو في عدة بلدان،
وفي نشاط مباح لنوع أو لأنواع محددة، كالבضائع، أو العقار، وفي

(١) انظر: النظام النقدي والمصرفي في اقتصاد إسلامي ص ٢٤ والإطار القانوني للنشاط المصرفي في
باكستان ص ٥٥.

أساليب محددة، وذلك من مثل الاستثمار في المراجعة، أو بيع الأجل، أو التأجير المنتهي بالتمليك، أو الأسهم...

ويبين المصرف رأس مال البرنامج أو الصندوق المصرح به نظاماً، والمُصدَّر له من حصص الاكتتاب، ومدى إمكانية تغطية الفارق إن وجد، والجهة الراغبة في تغطيته.

كما قد يُطلق مدة معينة كخمس عشرة سنة، مع إمكان تمديد المدة المذكورة..

وعادة ما تتضمن نشرات وطلبات الاكتتاب التي يصدرها المصرف معلومات وافية بالجهة المؤسسة للبرنامج أو الصندوق، وتُعرَّف به، وبأهدافه، وإدارته، وعملته النقدية، وقيمة وحداته، وطريقة الاشتراك فيه، وإمكانية استرداد المبالغ، ومخاطر الاستثمار في الصندوق، والاحتياجات اللازمة لتقليلها، ومصرفات الإدارة وأتعابها، وتفويض إدارة الصندوق بالعمل والمضاربة، والفترة الزمنية المحددة أو المطلقة لعمل الصندوق، وتوزيع الأرباح الناتجة من المضاربة، وغير ذلك من الأحكام والشروط والمعلومات التي لا بد أن تُقدَّم لرب المال المستثمر؛ حتى يكون على بينة من أمره... وقد تختلف هذه المعلومات من برنامج أو صندوق إلى آخر بحسب طبيعته، والجهة المصرفية القائمة عليه...

هذا، وقد نظر مجمع الفقه الإسلامي فيما تضمنته (سندات المقارضة وسندات الاستثمار) المعروضة عليه في دورة مؤتمره الرابع بجدة في عام ١٤٠٨ هـ / ١٩٨٨ م، واتخذ فيها قرارات مناسبة... .

ثانياً : أساليب الصناديق الاستثمارية في المصارف الإسلامية :

نظراً لتزايد دور المال في الحياة المعاصرة، وتطور ونمو الإمكانيات المالية بصورة سريعة، عمد كثير من الناس إلى توجيه أموالهم ومدخراتهم إلى العمليات الاستثمارية المتنوعة، وذلك من خلال تمويل المصارف الإسلامية والجهات والمراكز المالية المتخصصة، التي تقوم بإدارة هذه الاستثمارات فيما يعرف بالبرامج أو الصناديق الاستثمارية المتنوعة. فما حقيقة هذه الصناديق ؟ وما أنواعها ؟ وما تكييف العلاقة في التمويل بالمضاربة وتثميرها في صناديق الاستثمار ؟ وما الأساليب الاستثمارية المعاصرة بناء على التمويل بالمضاربة ؟ هذا ما نعرض له فيما يلي:

١- تعريف الصناديق الاستثمارية:

عرفتها بعض الجهات كما يُتعامل بها في المصارف التجارية بأنها: «كيانات مالية تقوم على تجميع مدّخرات الراغبين في الاستثمار في الأوراق المالية، في وعاء واحد، تُوجَّه نحو شراء وبيع الأوراق المالية المختلفة»^(١).

وعرفتھا جهات أخرى في ضوء ما يُتعامل بها في المصارف الإسلامية بأنها: «عقدُ مضاربة بين إدارة الصندوق التي تقوم بالعمل فقط، وبين المكتتبين فيه، يُمثِّل المكتتبون في مجموعهم رب المال، فيدفعون مبالغ نقدية معينة إلى إدارة الصندوق، التي تمثل دور المضارب، فتتولى تجميع حصيلة الاكتتاب التي تمثل

(١) سوق الأوراق المالية ص ١٠٢.

رأس مال المضاربة، وتدفع للمكتتبين صكوكاً بقيمة معينة، تُمثل لكل منهم حصةً شائعة في رأس المال، الذي تقوم الإدارة باستثماره بطريق مباشر في مشروعات حقيقية مختلفة ومتنوعة، أو بطريق غير مباشر كبيع وشراء أصول مالية وأوراق مالية، كأسهم الشركات الإسلامية، ثم توزيع الأرباح الملتزم بها من كلا الطرفين بصفتهم رب المال، ما لم تُفَرِّط إدارة الصندوق المضارب فإن فَرَّطت يقع عليها»^(١).

وبما أن هذا المذكور أخيراً توصيف طويل وليس تعريفاً مختصراً، فيمكن القول في ضوئه، بأن الصناديق الاستثمارية هي: أوعية تمويلية اعتبارية تجمع مدخرات مستثمرين في حصص معلومة هي رأس المال، بهدف استثمارها من قبل إدارة مضاربة مضاربة مطلقة، وتوزيع الأرباح الشائعة المحددة مسبقاً لكل طرف.

٢. أنواع الصناديق الاستثمارية^(٢) :

تتنوع الصناديق الاستثمارية من حيث نظام المشاركة فيها، ومن حيث محتويات الاستثمار إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: من حيث نظام المشاركة: وتكون في الصناديق المفتوحة ذات رؤوس الأموال المتغيرة غير المحددة المقادير والأزمان، وتزداد وحداتها أو تنقص بازدياد أو نقصان عدد المستثمرين بصفة دورية، وذلك طبقاً لما تنص عليه اتفاقية الصندوق.

(١) صناديق الاستثمار دراسة وتحليل من منظور الاقتصاد الإسلامي ص ٢١.

(٢) انظر: ماهية صناديق الاستثمار وإدارتها في المملكة العربية السعودية ص ٨٩.

النوع الثاني: من حيث نظام المشاركة أيضاً: وتكون في الصناديق المغلقة المحددة رؤوس الأموال، والوحدات، وأزمة الاكتتاب والاستثمار، والتي لها هدف معين وأحكام خاصة تفصلها نشرة الاكتتاب.

النوع الثالث: من حيث محتويات الاستثمار: وهي على النحو التالي:

١- صناديق البيع بالأجل.

٢- صناديق البيع بالمربحة للأمر بالشراء.

٣- صناديق عقد الإجارة.

٤- صناديق عقد المشاركة.

٥- صناديق الأسهم.

٦- صناديق عقد المزارعة والمساقاة.

٧- صناديق عقد السلم.

٨- صناديق عقد الاستصناع.

وسيقصر كلامنا في البحث الرابع اللاحق على السلم والاستصناع، باعتبار كل منهما نموذجاً للتمويل بالمضاربة في المعاملات المالية المعاصرة، التي تتناولها هذه الدراسة.

٣- طبيعة (تكييف) العلاقة بين التمويل بالمضاربة وتتميرها

في الصناديق الاستثمارية:

تقوم فكرة التمويل بالمضاربة المقيّدة والمطلقة التي تباشرها المصارف الإسلامية، على أساس ضخ الأموال المتجمعة لديها وتوجيهها ربما مع بعض أموالها هي نحو مشاريع تنموية ربحية، ويشارك في هذه النشاطات ثلاثة أطراف هي على النحو التالي:

الطرف الأول: هم الأفراد المستثمرون أصحاب الأموال الذين قدّموا الودائع الاستثمارية وموّلوا الصندوق، وهم في مجموعهم في صفة (رب المال) بحسب ما تقدم في أحكام المضاربة.

الطرف الثاني: هو المصرف الإسلامي القائم على إدارة الصناديق، وهو هنا بصفة (المضارب) المفوض بطريقة المضاربة المطلقة غالباً، التي تتيح له أن يدفع المال بدوره إلى جهة أخرى على سبيل المضاربة أو غيرها كما تقدم في أحكام المضاربة.

وبما أن الطرف الثاني (المضارب) قد فوّض من قبل المستثمرين في استثمار المال وتنميته، فهو يأخذ هنا صفة جديدة نيابة عن فوضه وهي صفة (رب المال)، فيقوم باستثمار المال الذي يقدمه لأصحاب المشاريع والخبرات (الطرف الثالث) من أجل تكثيره وتثمينه.

الطرف الثالث: هم أصحاب المشروعات الذين يأخذون صفة (المضارب الثاني) المقدّم لهم المال من رب المال (الثاني) الذي كان يأخذ صفة (المضارب الأول) ^(١).

وبهذا ينتهي الحديث عن مجمل ما يُتعامَل به في المصارف والصناديق الاستثمارية على اختلاف أنواعها، ويأتي دور الكلام في عقد السلم والاستصناع، باعتبار كلٍّ منهما نموذجاً للتمويل بالمضاربة في المعاملات المالية المعاصرة.

(١) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ٢٣٥

المبحث الرابع

التطبيقات المعاصرة للتمويل بالمضاربة

في السلم والاستصناع وفيه مطلبان

المطلب الأول: تطبيق التمويل بالمضاربة في السلم
أولاً: تعريف السلم:

السَّلَمُ ويقال له: السَّلَفُ هو في اللغة: إعطاء ذهب أو فضة (نقد) في سلعة معلومة إلى أجل معلوم، وسُمِّيَ بذلك لوجوب تقديم الثمن وتسليمه^(١).

وهو في الاصطلاح الفقهي: «عقدٌ على موصوف في ذمة مؤجلٍ بثمن مقبوض في مجلس العقد»^(٢). كمن يدفع مبلغاً معيناً من المال في مجلس العقد ثمنَ خمسةِ أطنانٍ من القمح، موصوفة بصفات محدَّدة، تُسَلَّمُ إليه في وقت لاحق متفق عليه.
ثانياً: حكم عقد السلم وأدلتها:

أجمع الفقهاء على مشروعية عقد السلم وأنه جائز، واستدلوا لذلك بالقرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والمعقول، وبيان ذلك على النحو التالي:

١- عموم قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾^(٣). والسلم نوعٌ من الديون؛ لأنَّ المُسَلَّمَ فيه ثابت في

(١) انظر مادة: «سَلَمَ» في: لسان العرب، وفي النهاية ٢/٣٩٦.

(٢) منتهى الإرادات ٢/٨٧.

(٣) البقرة/٢٨٢.

الذمة إلى أجل معين، فتدخل إباحته تحت عموم هذه الآية، كما ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما ^(١).

٢- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة، والناس يُسْلِفون في التمر السنتين والثلاث، فقال: «من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» ^(٢).

٣- الإجماع: قال ابن قدامة رحمه الله: «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز» ^(٣).

٤- المعقول: وبيانه: أن كثيراً من الناس في حاجة إلى رأس مال، فيعقدون لغيرهم على سلع مؤجلة ليست في ملكهم، بأثمان أرخص، مقابل معجل من المال، فيستفيدون ويفيدون، ولو كانت السلع في ملكهم لباعوها بأوفر الأثمان، ولم يحتاجوا إلى السلم ^(٤).

ثالثاً: الغاية من تشريع عقد السلم:

شرع الله تعالى عقد السلم مع أنه بيع معدوم غير موجود في الواقع تيسيراً على الناس في تحصيل أرزاقهم، وتحقيق مصالحهم، وتمويل بعضهم بعضاً، واستثمار أموالهم وتنميتها، وفي هذا المعنى يقول ابن قدامة رحمه الله: «ولأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها، لتكُمّل، وقد تعوزهم النفقة، فجوّز لهم السلم ليرتفقوا، ويرتفق المسلم بالاسترخاء» ^(٥).

(١) تفسير ابن كثير ١/٣٢٥.

(٢) صحيح البخاري ٢/٧٨ (١) برقم ٢١٢٥ وصحيح مسلم ٣/١٢٦ برقم ١٦٠٤.

(٣) المغني ٦/٢٨٥.

(٤) الاختيار ٢/٢٤.

(٥) المغني ٦/٢٨٥.

رابعاً : أركان عقد السلم وشروطه :

أركان السلم تتماثل إجمالاً مع أركان العقود العامة، وهي هنا ثلاثة: الصيغة (الإيجاب، والقبول)، والعاقدان (المُسْلِم أي: المشتري والمُسْلَم إليه أي: البائع)، والمحل (المال المعجل، والسلعة المؤجلة).

أما شروطه فأبرزها ما يلي:

- ١- قبض رأس المال في المجلس قبل التفرق.
- ٢- كون المسلم فيه موجوداً في الأسواق وقت الوفاء ليُمكن تسليمه.
- ٣- كون المسلم فيه معلوم الجنس والنوع والقدر، منضبط الصفات، كالمكيلات والموزونات والمذروعات (المقيسات) والمعدودات إذا كانت متقاربة كالبيض والجوز وبعض أنواع الفاكهة والخضار.....
- ٤- كون المسلم فيه مؤجلاً ولو ثلاثة أيام، وإلا كان بيعاً حالاً.
- ٥- بيان مكان التسليم فيما له حمل ومؤونة^(١).

خامساً : طبيعة (تكييف) العلاقة بين المستثمرين والمصرف فيما يخص صندوق السلم :

تُكَيَّف طريقة البيع بالسلم، بصفة المَصْرِف (مضارباً) مفوضاً من خلال التمويل الذي حصل عليه بهذا الخصوص من المستثمرين وإنشائه صندوقاً اعتبارياً، وقيامه من خلال عقد السلم بتمويل عمليات زراعية مع المزارعين مثلاً الذين يُتوقع أن تتوفر لهم السلعة في الموسم من محاصيلهم، أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها

(١) انظر: الاختيار ٢٧/٢ والقوانين الفقهية ١٧٧/١ والإقناع ٢٩/٢ (١) وكشاف القناع ٢٩٢/٢ وما بعدها.

ويسلموها إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم، فيُقدم لهم المصرف بهذا التمويل خدمات جلييلة، ويدفع عنهم كل مشقة لتحقيق إنتاجهم. ومن خلال هذا التمويل يحقق المصرف المضارب بأموال المستثمرين أرباحاً، حيث يبيع المحاصيل المسلمة إليه في حينها ولو على دفعات بأسعار أعلى من التي اشتراها بها، ويكسب الفارق بين سعر الشراء المنخفض النقدي، وسعر البيع المرتفع في حينه، مع توفر ضمانات محدّدة لاستيفاء هذه المحاصيل في مواعيدها، ثم توزيع الأرباح بين الصندوق المضارب والمودعين بحسب العقود المتفق عليها^(١).

سادساً: تطبيق المصارف الإسلامية لعقد السلم:

أدركت المصارف الإسلامية مدى المنافع التي تحقّقها عقود السلم لها، وللمستثمرين، ولعامة الناس ممن يحتاجون إلى الخدمات الائتمانية متوسطة الأجل، أو طويلة الأجل، فقامت بتطبيقها وممارستها باعتبارها وسائل وأدوات ذات كفاءة عالية للوفاء بحاجاتها، ولأن من الوظائف الأساسية للمصرف هي: تقديم خدمة الائتمان، والاستفادة من عوض الأجل المتعلق بتقديم هذه الخدمة، وكان ذلك ضمن الاعتبارات والتطبيقات التالية:

١- البائع: وهو هنا (المسلم إليه) الذي يحصل عاجلاً على ما يريده من مال، مقابل التزامه بالوفاء بالمسلم فيه أجلاً، فهو يستفيد من ذلك بتغطية احتياجاته المالية، سواء كانت تخص نفقاته الشخصية والعائلية، أو كانت لغرض مشاريعه ونشاطاته التجارية والإنتاجية...

(١) انظر: أدوات الاستثمار الإسلامي ص ٤٦ و٤٨.

٢- المشتري: وهو هذا (المصرف الممّول) الذي يحصل على السلعة التي يريد المتاجرة بها، في الوقت الذي يريده، فتتشغل بها ذمة البائع الذي يجب عليه الوفاء بما التزم به، ويلاحظ هنا أن المصرف يستفيد من رخص السعر، إذ إن بيع السلم أرخص من بيع الحاضر غالباً، فبإمّن بذلك من تقلب الأسعار. وبناء على هذا يستطيع المصرف أن يتحوّل في هذا الصدد إلى بائع، ويعقد سلماً موازياً بسعر أعلى، يبيع فيه بضاعة من نفس النوع الذي اشتراه بالسلم الأول، دون ربط مباشر بين العقدين، كما يستطيع الانتظار حتى يتسلم المبيع، فيبيعه بثمن حالّ أو مؤجل أعلى مما اشتراه به، ويحقّق بذلك أرباحاً مميزة...^(١).

٣- تسليم وتسلم السلعة في الأجل المحدد: توجد أمام المصرف الإسلامي حالات عدة يمكن اختيار أحدها، ومن ذلك:

أ - يتسلم المصرف السلعة في الأجل المحدد ، ويتولى تصريفها بمعرفته ببيع حالّ، أو آجل، بالثمن الذي يريده.

ب- يوكل المصرف البائع (المسلم إليه) ببيع السلعة نيابة عنه نظير أجر إن شاء.

ج - يوعد المصرف إلى البائع (المسلم إليه) بتسليم السلعة إلى طرف ثالث، سواء كان هو المشتري في عقد السلم الموازي، أو كان مشترياً طارئاً^(٢).

(١) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢١٥/١ وما بعدها، وفيه أن عقد السلم الموازي هو عقد سلم بنفس مواصفات عقد السلم الأول، من غير وجود ارتباط عقدي بينهما، لكن مع وجود فرق في الثمن، وفي زمن التسليم، ومكانه...

(٢) انظر: أدوات الاستثمار الإسلامي ص ٤٢.

سابعاً: مجالات تطبيق المصارف الإسلامية لعقد السلم:

يَصْلُحُ السلم للقيام بتمويل عمليات زراعية ومواد غذائية ونحوها، حيث يتعامل المصرف مع منتجين لهذه الأصناف، يتوقع أن تتوفر هذه السلع لديهم في المواسم، سواء من محاصيلهم، أو مما يمكن أن يشتروه من الأسواق، ويسلموه إلى المصرف، أو إلى الجهة التي يريد، وهو يُقَدِّم لهم مقابل هذا الاتفاق تمويلاً يسد احتياجاتهم، ويحقق طموحاتهم في مشاريعهم.

ومن المجالات التي تصلح فيها عمليات التمويل بالسلم، وتمارس بعضُها جهاتٌ من الأفراد، والشركات، والمؤسسات، والمصارف الإسلامية والزراعية والتجارية وغيرها، ما له صلة بالتنمية الزراعية، والغذائية، ونحوها... كتمويل المزارعين ونحوهم، وشراء المحاصيل منهم، سواء كانت قطناً، أو صوفاً، أو زيتاً، أو قمحاً، أو طحيناً، أو خبزاً، أو عسلأ، أو ذرة، أو شعيراً، أو أرزاً، أو فواكه، أو خضاراً، أو زبيباً، أو بيضاً، أو دجاجاً، أو أسماكاً، أو لحوماً.....^(١).

وقل نحو ذلك فيما تحتاجه الشعوب والدول في كل آن وحين، وبخاصة في عصرنا هذا الذي بدأ ينحسر فيه الأمن الغذائي، وغلت فيه الأسعار وارتفعت على الصعيد العالمي، وهي في هذا السبيل في ازدياد، مما يتطلب ازدياد اهتمام المصارف الإسلامية بعقود السلم في مثل هذه المحاصيل والمنتجات، ثم إعادة تسويقها وبيعها والربح فيها،

(١) انظر المغني ٦/٢٨٥-٣٩٤ والاختيار ٢/٣٤-٢٨ ففيهما ذكر بعض هذه المواد والسلع وغيرها مما يجوز التعامل فيه بالسلم.

سواء كان هذا في المدى القصير، أو المتوسط، أو الطويل. هذا، ولا يخفى أنه قد أنشأت بعض الجهات المالية المعاصرة صناديق تمويل استثمارية في مجالات السلم الآنفه، استفاد منها كثير من المساهمين والمستثمرين فوائد مالية جمّة، وترى بعض هذه الجهات أن هذا العقد من الوسائل الحيوية التي تتيح بأمان اقتحام الأسواق التي تتسم المنافسة فيها بالمرونة والسعة، مع وجود ضمانات كافية ضد المخاطر المعتادة^(١).

ثامناً: قرار لمجمع الفقه الإسلامي ذي صلة بعقد السلم المصري:
تبيّن مما سبق أن عقد السلم بشروطه هو من العقود الجائزة شرعاً، وله في عصرنا أهمية لا تُنكر، ويمكن أن يكون وعاء استثمارياً حيوياً للتمويل بالمضاربة، وهذا ما تقوم به المصارف الإسلامية وغيرها من المراكز المالية.

غير أنه وقعت أثناء تلك الاستثمارات التمويلية بعض الممارسات والتطبيقات، التي يُحتاج فيها إلى بيان الحكم الشرعي، ومن هذا القبيل ما عُرض على مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة وقرر فيه ما يلي: أن للمُسلم (المشتري في عقد السلم) مبادلة المُسلم فيه بشيء آخر غير النقد بعد حلول الأجل، سواء كان الاستبدال بجنسه أو بغير جنسه، حيث إنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع، وذلك بشرط أن يكون البديل صالحاً لأن يُجعل مسلماً فيه برأس مال السلم.

(١) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢١٣/١ و ٢٣٩-٢٤٠.

وفي حالة عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل، يُخَيَّرُ الْمُسْلِمُ (المشتري) بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإن كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة. كما لا يجوز وجود الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير، كما لا يصح جعل رأس مال السلم ديناً^(١).

المطلب الثاني: تطبيق التمويل بالمضاربة في الاستصناع أولاً: تعريف الاستصناع،

الاستصناع في اللغة: طلبُ صنْعِ الشيء وعمله لأنه غير موجود، وفعله الماضي: صَنَعَ^(٢).

وهو في الاصطلاح الفقهي: عقد على مبيع في الذمة يُطَلَبُ عمله^(٣). كشركة تجارية تتفق مع مصنع على أن يصنع لها عدداً من السيارات، بأوصاف محددة...

وذكر بعض الحنفية: أن الاستصناع مُواعدة فقط حتى يكون للمتعاقدين الخيار، والأصح عند الحنفية أنه عقد على العين دون العمل، حتى لو جاء بعين من غير عمله جاز^(٤).

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص ١٩٤ الطبعة الثانية لدار البشير بجدة.

(٢) انظر مادة: «صَنَعَ» في لسان العرب، وانظر: بدائع الصنائع ٢/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٢/٥ وانظر: الشرح الكبير ٢/٣ وحاشية البجيرمي ٢٣٩/٢ والإقناع ٢٩/٢ (١).

وكشاف القناع ٢٩/٢ (١) وأحكام المعاملات الشرعية ص ٤٧٦ و ٤٧٨.

(٤) الاختيار ٢/٢٨.

وعقد الاستصناع مما انفرد الحنفية في القول به، وفي تسميته «الفقهية»، وفي الحديث عن أحكامه، وميزوه من عقد السلم في كون الشيء مستصنعاً من آدمي كالأواني، والأسلحة، والأحذية، لا كونه موجوداً بخلق الله تعالى وإيجاده كالحبوب، والفواكه، والخضار، والبيض، كما ميزوه عنه في عدم ذكر الأجل، فإن ذكر فيه الأجل وحُدِّد كان سَلماً عند الإمام أبي حنيفة دون صاحبيه رحم الله تعالى الجميع بينما يرى الجمهور أنه من السَّلَم، ولذا أوردوا صورته وأمثله في باب السلم وإن لم يطلقوا عليه اسم الاستصناع^(١).

ثانياً: حكم عقد الاستصناع وأدلته:

يرى الحنفية مشروعية عقد الاستصناع منفرداً عن السَّلَم، وأنه جائز، بل قال محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله: «الاستصناع جائز بإجماع المسلمين»^(٢)، ولعله يقصد الإجماع على العمل به كما يأتي بيانه لاحقاً لا على تسميته «الفقهية» التي انفرد بها الحنفية، واستدلوا لمشروعيتها بالسنة النبوية، والإجماع العملي، والمعقول، وبيان هذا فيما يلي:

- ١- ما جاء عن النبي ﷺ أنه بعث إلى امرأة من الأنصار: «مُري غلامك النجار يعمل لي أعواداً، أجلس عليهن إذا كلمت الناس»^(٣).
- ٢- ما جاء عن النبي ﷺ أنه: «اصطنع خاتماً من ذهب، وكان

(١) الاختيار ٣٩/٢ والوسيط ١٦٦/٤ وحاشية الدسوقي ٢١٧/٢ وفتح الوهاب ٣٢٢/١ والإنصاف ٣٠٠/٤.

(٢) الجامع الصغير ١/٢٢٥.

(٣) صحيح البخاري ٧٢٨/٢ برقم ١٩٨٨ وصحيح مسلم ٢٨٦/١ برقم ٥٤٤.

يلبسه، فيجعل فَصَّهُ في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: إني كنتُ ألبس هذا الخاتم، وأجعل فَصَّهُ من داخل، فرمى به، ثم قال: والله لا ألبسه أبداً، فنبد الناس خواتيمهم»^(١).

٢- الإجماع العملي: وبيانه: أن الناس تعاملوا بالاستصناع منذ عهد النبي ﷺ وفي سائر الأعصار بعده من غير نكير، فكان إجماعاً عملياً وهو ما قصده محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله في قوله الآنف وهو حجة؛ لقول النبي ﷺ: « لا تجتمع أمتي على ضلالة»، ولقوله أيضاً: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحاً، فهو عند الله قبيح»^(٢).

٤- المعقول: وبيانه كما ذكر الكاساني رحمه الله: أن الحاجة تدعو إليه؛ لأن الإنسان قد يَحْتَاج إلى خُفٍّ أو نعل ومثله في زماننا الطاولات، والكراسي، والكهربائيات، والالكترونيات، والبيوت، والمدارس، والسيارات، والطائرات من جنس مخصوص، ونوع مخصوص، على قدر مخصوص، وصفة مخصوصة، وقُلماً يَتَّفِق وجوده مصنوعاً أي: بحسب طلبه وحاجته فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يَجْزَ لوقع الناس في الحرج...^(٣).

(١) صحيح البخاري ٦/ ٢٤٥٠ برقم ٦٢٧٥ وصحيح مسلم ٢/ ١٦٥٥ برقم ٢٠٩١.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/٥ والحديث الأول في سنن ابن ماجه ٢/ ١٣٠٣ برقم ١٢٩٥ وسنن الترمذي ٤/ ٤٦٦ برقم ٢١٦٧ ومستدرک الحاكم ١/ ٢٠٠ برقم ٣٩٤ و٣٩٧ وقال: روي هذا الحديث بأسانيد يصح مثله الحديث، أما الحديث الثاني فليس من كلام النبي ﷺ، بل هو موقوف على عبد الله بن مسعود (كما في مسند أحمد ١/ ٢٧٩ برقم ٣٦٠٠ وكما في مستدرک الحاكم ٢/ ٨٣ برقم ٤٤٦٥ وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، وقال في كشف الخفاء ٢/ ١٨٨: صح موقوفاً عن ابن مسعود).
(٣) بدائع الصنائع ٢/٥.

ثالثاً: الغاية من تشريع عقد الاستصناع؛

شرع الله تعالى عقد الاستصناع مع أنه بيع معدوم تيسيراً على الناس في تحصيل أرزاقهم، وتحقيق مصالحهم، وتمويل بعضهم بعضاً، واستثمار أموالهم وتنميتها، وقد سبق آنفاً في المعقول كلام الكاساني رحمه الله في هذا المعنى، ويزيد الأمر وضوحاً ما يتخرج عليه في عصرنا من حاجات الناس ومصالحهم.

رابعاً: أركان عقد الاستصناع وشروطه؛

تتشابه أركان عقد الاستصناع مع أركان العقود عامة، وهي هنا ثلاثة: الصيغة (الإيجاب والقبول)، والعاقدان (المستصنع أي: المشتري صاحب الحاجة والصانع أي: البائع)، والمحل (السلعة، والثمن).

أما شروطه فأبرزها ما يلي:

- ١- بيان المصنوع بياناً تاماً من حيث الجنس، والنوع، والقدرة، والأوصاف، التي لا تدع مجالاً للاختلاف بين العاقدین.
- ٢- كون المصنوع مما يجري التعامل باستصناعه أي: مما يصنعه الإنسان كالطاوولات، والكراسي، والجوالات، والسيارات، لا مما يخلقه الله تعالى كالحبوب، والفواكه، والثمار، والبيض، وإلا كان سلماً.
- ٣- أن لا يكون العقد محدداً للأجل، وإلا كان سلماً عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه صار بمعناه بمقتضى الحديث النبوي السابق ذكره في السلم في قوله: ﷺ «فليسلم... إلى أجل معلوم». حيث جعل النبي ﷺ العقد المؤقت سلماً، ويُشترط فيه حينئذ ما يُشترط في السلم، كقبض

الضمن في المجلس... ولم يشترط أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هذا الشرط وقالوا: إن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع بقصد تعجيل العمل، وإنه بضرب الأجل لا يصير سلفاً؛ لأنه استصناع حقيقة، كما أن السلف لا يصير استصناعاً بحذف الأجل^(١). وهذا هو الأولى بالاعتبار.

خامساً: لزوم عقد الاستصناع،

ذكر بعض الحنفية: أن عقد الاستصناع غير لازم في حق الصانع (البائع)، وله أن يفسخ العقد ولا يمضي فيه؛ لأن في إلزامه بالمضي فيه ضرراً، وهو إلتاف ماله في عمل المطلوب.

وقالوا: إنه إذا شرع في العمل وأتمه، كان له أن يفسخ العقد ويبيع ما صنعه لغير المستصنع؛ لأنه ملكه أي: ملك الصانع والعقد لم يقع على هذا بعينه، وكان للمستصنع (المشتري) أن يفسخ العقد أيضاً قبل أن يراه؛ لأن من له خيار الرؤية يثبت له الفسخ قبلها، فإذا رآه ورضيه، فبأخذه جبراً عن الصانع (البائع)، لأنه تعين له، وله مع ذلك تركه بخيار الرؤية أيضاً، إن جاء على غير المتفق عليه^(٢).

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أن لكل واحد منهما الخيار؛ لما فيه من دفع الضرر عنه، ودفع الضرر واجب. وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، أنه لا خيار لواحد من الطرفين، أما الصانع فلأنه بائع ويجب عليه المضي في العقد، وأما المستصنع فلما يترتب من ضرر على الصانع^(٣).

(١) الاختيار ٢٩/٢ وبدائع الصنائع ٢/٥.

(٢) الاختيار ٢٨/٢ وأحكام المعاملات الشرعية ص ٤٧٩-٤٨٠.

(٣) بدائع الصنائع ٤٣/٥ وأحكام المعاملات الشرعية ص ٤٧٩-٤٨٠.

وأرى أن ما ذهب إليه أبو يوسف رحمه الله هو الأولى؛ مادام مطابقاً للمواصفات المتفق عليها، لأنه الأقرب إلى قواعد العدل والإنصاف، والأعون على استقرار التعامل في الأسواق بين التجار، والمصانع، والشركات، والمُصدِّرين، والمُورِّدين، سواء كان هذا على الصعيد المحلي، أو الصعيد الإقليمي، أو الصعيد العالمي.

سادساً: طبيعة (تكييف) العلاقة بين المستثمرين والمصرف

فيما يخص صندوق الاستصناع،

تُكَيَّف طريقة البيع بالاستصناع، بصفة المصرف (مضارباً) مفوضاً من خلال التمويل الذي حصل عليه بهذا الخصوص من المستثمرين وإنشائه صندوقاً اعتبارياً، وقيامه من خلال عقد الاستصناع بتمويل كليٍّ أو جزئيٍّ أو متدرجٍ في مواعيد محددة لعمليات ومشاريع صناعية، وإنشائية، وإعمارية، يقوم بها أصحاب المصانع، والورشات الصغيرة والكبيرة، ومقاولو البناء وأصحاب ورشات «الديكور» ونحوهم، فيُقدِّم لهم المصرف بهذا التمويل خدمات جليلة، ويدفع عنهم كل مشقة لتحقيق احتياجاتهم والمضي في إنتاجهم.

ومن خلال هذا التمويل يحقق المصرف المضارب بأموال المستثمرين أرباحاً، حيث يبيع المصنوعات والمشاريع المسلمة إليه في حينها ولو على دفعات بأسعار أعلى من التي اشتراها بها، ويكسب الفارق بين سعر الشراء المنخفض، وسعر البيع المرتفع في حينه، مع توفر ضمانات محدَّدة لاستيفاء هذه المصنوعات والمشاريع

في مواعيدها، ثم توزيع الأرباح بين الصندوق المضارب والمودعين بحسب العقود المتفق عليها^(١).

سابعاً: تطبيق المصارف الإسلامية لعقد الاستصناع؛

تأكد للمصارف الإسلامية مدى المنافع التي تُحققها عقود الاستصناع لها وللمستثمرين، وللتجار، وأصحاب المصانع، والمقاولين، وأصحاب الورشات الصغيرة والكبيرة، الذين يحتاجون إلى المبالغ الائتمانية متوسطة الأجل أو طويلة الأجل، كما أدركت مدى المنافع التي تتحقق لخاصة الناس وعامتهم من خلال توفير متطلباتهم من هذه المصنوعات، والمنتجات، والسلع، والمباني، والخدمات، فقامت باقتحام مجالات عقود الاستصناع وتطبيقها، باعتبارها وسائل وأدوات ذات كفاءة عالية للوفاء بحاجاتها وحاجات المنتجين والمستهلكين، ولأن من الوظائف الأساسية للمصرف هي: تقديم خدمة الائتمان، والاستفادة من عوض الأجل المتعلق بتقديم هذه الخدمة، وكان ذلك ضمن الاعتبارات والتطبيقات التالية:

١- البائع: وهو هنا (الصانع) الذي يحصل على ما يريده من ثمن المصنوع أو بعض ثمنه، ولو بالتدرُّج، مقابل التزامه بالوفاء بتسليم المصنوع في مواعيد لاحقة متفق عليها، فهو يستفيد من ذلك بتغطية احتياجاته المالية، سواء كانت تخص نفقاته الشخصية والعائلية، أو كانت لغرض الإنفاق على مشاريعه ونشاطاته التجارية والإنتاجية وأجور عماله...

(١) انظر: أدوات الاستثمار الإسلامي ص ٥١ و ٥٨.

٢- **المشتري:** وهو هنا المستصنع (المصرف الممول) الذي يحصل على المصنوعات، والسلع، والمنتجات، والمشاريع، التي يريد المتاجرة بها، في الوقت الذي يريده، فتتشغل بها ذمة البائع الذي يجب عليه الوفاء بما التزم به، ويلاحظ هنا أن المصرف يستفيد من رخص السعر، إذ إن «بيع الاستصناع» أرخص من بيع الحاضر غالباً، فبإمّن بذلك من تقلب الأسعار. وبناء على هذا يستطيع المصرف أن يتحوّل في هذا الصدد إلى بائع، ويعقد استصناعاً موازياً بسعر أعلى، يبيع فيه سلعاً ومصنوعات ومشاريع من نفس النوع الذي اشتراه بالاستصناع الأول، دون ربط مباشر بين العقدين، كما يستطيع الانتظار حتى يتسلّم المنتج، فيبيعه بثمن حالّ، أو مؤجل، أعلى مما اشتراه به، ويحقّق بذلك أرباحاً مميزة...^(١).

٣- **تسليم وتسلم السلع والمنتجات والمشاريع المصنوعة في الأجل المحدد:** توجد أمام المصرف الإسلامي حالات عدة يمكن اختيار أحدها، ومن ذلك:

أ- يتسلم المصرف السلع، والمنتجات، والمشاريع المصنوعة، في الأجل المحدد، ويتولى تصريفها بمعرفته ببيعه حالّ، أو آجل، بالثمن الذي يريده.

ب - يوكل المصرفُ البائعَ (الصانع) ببيع السلعة نيابة عنه نظير أجر إن شاء.

(١) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ٢٤٠/١ وما بعدها ففيها مزيد تفصيل لعقد الاستصناع الموازي.

ج - يوعز المصرف إلى البائع (الصانع) بتسليم المصنوعات إلى طرف ثالث، سواء كان هو المشتري في عقد الاستصناع الموازي، أو كان مشترياً طارئاً^(١).

ثامناً: مجالات تطبيق المصارف الإسلامية لعقد الاستصناع:
يصلح عقد الاستصناع للقيام بتمويل ورشات، وصناعات، ومشاريع، حيث يتعامل المصرف مع أصحابها المنتجين، ويتوقع أن يوفروا له هذه السلع والمصنوعات والمشاريع في المواسم والمواعيد التي يحددها، سواء من صناعتهم وجهودهم الذاتية، أو مما يمكن أن يحصلوا عليه من الأسواق، ويسلموه إلى المصرف، أو إلى الجهة التي يحددها، على دفعة واحدة أو على دفعات متلاحقة، وهو يقدم لهم مقابل هذا الاتفاق تمويلاً كلياً أو جزئياً متدرجاً يسدُّ احتياجاتهم، ويحقق طموحاتهم في مشاريعهم...

ومن الصور التي تصلح فيها عمليات التمويل بالاستصناع، وتُمارَس على نطاق واسع من قِبَل جهاتٍ من التجار، والشركات، والمؤسسات، والمصارف الإسلامية وغيرها، ما له صلة بمجالات التنمية التجارية، والصناعية، والزراعية، والغذائية، والسياحية والتعليمية، ونحوها... وذلك كاستصناع الألبسة، والأغذية وتعليبها، واستصناع المفروشات، ولُعب الأطفال، والأدوات الكهربائية والمنزلية، وطبع الكتب والصحف، وعمل « الديكورات »، وتعبيد الطرقات، واستصناع

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٥ والاختيار ٣٩/٢ والدر المختار ٢٢٤/٥ وحاشية الدسوقي ٢١٧/٣ والمغني ٢٨٧/٦ و٢٩٦ و٣٩٧ و٣٩٨ ففيها ذكر المصنوعات والسلع والمواد التي كانوا يتعاملون فيها بالاستصناع في زمانهم

المعدّات الصناعية، والزراعية، والسيارات، والقطارات ومحطاتها، والسفن وأحواضها، والطائرات ومطاراتها، وكإقامة المباني المتنوعة من المجمعات السكنية، والفنادق، والمنتجعات السياحية، والمستشفيات، والمساجد، والأسواق، والمدارس، والجامعات، وإنشاء المصانع...

وقلّ نحو ذلك فيما تحتاجه الشعوب والدول، وبخاصة في عصرنا هذا الذي توسعت فيه شبكة الحياة المعاصرة المتطورة، وصار لا يستغنى عن كثير من الأشياء، ونشطت فيه الصناعات العالمية على مستوى التجارة الخارجية الدولية، مع ارتفاع مستمر في الأسعار، مما يتطلب ازدياد اهتمام المصارف الإسلامية بعقود الاستصناع في مثل هذه المنتجات والمصنوعات والمشاريع، ثم إعادة تسويقها وبيعها والربح فيها، سواء كان هذا في المدى القصير، أو المتوسط، أو الطويل. هذا، ولا يخفى أن بعض المصارف الإسلامية والمراكز المالية الأخرى، قد أنشأت صناديق تمويل استثمارية في مجالات الاستصناع الآتية، استفاد منها كثير من المساهمين والمستثمرين فوائدها المالية جمة.

وترى بعض الجهات أن عقد الاستصناع من الوسائل الحيوية، التي تتيح بأمان اقتحام الأسواق التي تتسم بالمنافسة فيها بالمرونة والسعة، مع وجود ضمانات كافية ضد المخاطر المعتادة^(١).

تاسعاً: حكم تعامل المصارف الإسلامية بعقد الاستصناع،

من خلال ما تقدم عن الاستصناع، وأطرافه، وشروطه، وأحكامه،

(١) انظر: أدوات الاستثمار الإسلامي ص ٥١ و٥٧.

يمكن إجمال القول بأنه من العقود المالية الجائزة شرعاً، ليس عند الحنفية وحدهم، بل عند الجمهور أيضاً، الذين لم يخصّوه بالذكر ولم يسمّوه بهذا الاسم، بل أدخلوه في السّلم وضربوا له الأمثلة والنماذج العملية التي تعامل بها الناس منذ العهد النبوي، والتي تلتقي مآلاً في مجملها مع ما ذكره الحنفية، وإن كان هناك فرق يسير في بعض الأحكام^(١).

هذا، ونظراً لما لعقد الاستصناع من أهمية لا يمكن التغاضي عنها في عصرنا هذا، الذي نشط فيه الاستثمار على نطاق واسع، فقد قامت المصارف الإسلامية بممارسة هذا العقد الممول من أموال المودعين والمستثمرين في صناديق اعتبارية خاصة، مراعية في ذلك ما ذكره الفقهاء في مجمل أركانه وشروطه وأحكامه السابق ذكرها.

وليس من مانع شرعي فيما تتخذه المصارف الإسلامية من إجراءات احتياطية، كوجود شروط جزائية تضعها على الصّناع القائمين بالمشاريع ونحوها، وذلك ضماناً لحقوقها ولحقوق المودعين والمستثمرين، الذين فوّضوها بالمضاربة عنهم، وتأكيداً على الطرف الآخر (الصانع) بوجوب وفائه بالعقد ومقتضياته، ووجوب التزامه بتسليم المتعاقد عليه في وقته المحدّد، وهو ما يتوافق مع ما صدر في قرار مجمع الفقه الإسلامي برقم (١٠٩) في دورته (١٢)، ونصه: «يجوز أن يُشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود

(١) انظر أمثلة الحنفية وأمثلة الجمهور وما يترتب عليها من أحكام في: بدائع الصنائع ٣/٥ والاختيار ٣٩/٢ والدر المختار ٢٢٤/٥ وحاشية الدسوقي ٢١٧/٣ وفتح الوهاب ٢٢٢/١ والمغني ٣٨٧/٦ و٣٩٦ و٣٩٧ و٣٩٨ والإنصاف ٣٠٠/٤

التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإنَّ هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا يجوز هذا الشرط مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورّد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه... ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنِع إذا تأخر في أداء ما عليه»^(١).

وبنحو هذا جاء قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورتها الخامسة المنعقدة ما بين ٢٢٥ / ٨ / ١٣٩٤ هـ^(٢). وينحويهما أيضاً جاء قرار دار الإفتاء المصرية^(٣).

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، الدورة

الثانية عشرة لعام ١٤٢١ هـ ص ٦ الطبعة الثانية لدار البشير بجدة

(٢) انظر مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢ ص ١٤١-١٤٢

(٣) انظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ١/ ٨٥٩

الخاتمة

في أبرز معالم البحث ونتائجه

يمكن بيان أبرز معالم البحث ونتائجه فيما يلي:

١- يُقصد بالتمويل في هذا البحث: تقديمُ المال المنقول أو غير المنقول، إلى جهة مَّا، من أجل سدِّ احتياجاتها، أو تحقيق مزيد من الربح والعوائد....ويلتقي مع هذا المعنى إجمالاً ومالاً ألفاظ أخرى من مثل: استثمار المال، وتثميـره، وتنميته.

٢- تمَّ التنويه بأنه ليس من دين، ولا نظام، ولا قانون، حتَّى على تدوير المال، وتنميته، واستثماره، كما فعل الإسلام، وكثيرةٌ هي النصوص القرآنية والنبوية، التي تدعو إلى طلب الرزق، والسعي في الأرض، وتكثير المال الحلال، وتدويره، سواء بالنفس، أو بالتعاون مع الآخرين، من خلال تمويلهم به.

٣- التأكيد على أن دعوة الإسلام إلى التمويل والاستثمار، غايتها تجنبُّ تعطيل الثروات وحبسها، والاستفادة مما سخَّره الله تعالى، وجعله قياماً لحياة الناس وتقوية لمعاشهم، ووسيلة لتبادل المصالح والمنافع فيما بينهم، والارتقاء بشؤونهم الدينية والدنيوية.

٤- استحضار العديد من نصوص الكتاب والسنة، ونصوص الفقهاء، التي تضمَّنت الدعوة إلى استثمار المال وتنميته، بالنفس، أو بتمويل الآخرين به، سواء كان منقولاً أو غير منقول، وأنه لا ينبغي أن يُحبس ويُعطَّل عن ذلك إلا لسبب مشروع، وإلا كان هذا من الفساد،

والله لا يحب الفساد، فمن كان له عقار لا يعمره ولا يؤجره فهو سفيه مبذّر لماله كما يقول ابن تيمية رحمه الله ينبغي أن يُحجر عليه لمصلحة نفسه؛ لئلا يضيع ماله...

٥- إن ما يشاهد اليوم في العالم الإسلامي من وجود كثير من الأموال والثروات المنقولة وغير المنقولة المعطّلة عن الاستثمار والتنمية، يعود سببه إلى عدم معرفة مالكيها ولا سماعهم بأدوات ووسائل الاستثمار المصرفية الإسلامية، كما يعود إلى إحجامهم تنزّهاً عن استثمارها في البنوك الربوية ومعاملاتها المحرّمة، التي يحسبون خطأ أنها الجهة الوحيدة لتنمية المال واستثماره.

٦- التأكيد على شمول دين الإسلام وكماله، وأنه يملك الوسائل والأدوات المصرفية المعاصرة لتنمية الأموال واستثمارها، أو تمويل الآخرين بها، وهذا ما تقوم به كثير من المصارف الإسلامية، التي أضحت لها الريادة في النشاطات التمويلية والتنمية والربحية...

٧- يُقصد بالمضاربة في هذا البحث عقد شركة، يدفع بموجبه طرفٌ لآخر مالاً ليتجر به، ثم يقتسمان الربح بحصص شائعة اتفاقاً عليها.

٨- للمضاربة دور خاص ومهم في مجال التجارة، والاستثمار، والتمويل، وسد الحاجات الفردية والاجتماعية، وتحقيق الأرباح...

٩- تُعدّ المضاربة من الأساليب الفذّة التي شرعها الإسلام لاستثمار أموال المالكين وتحقيق الأرباح لهم بعيداً عن الربا، وذلك من خلال تمويلهم لغيرهم، وإشراكهم معهم في تلك الأرباح، وإيجاد فرص من التعاون بين الثروات المالية، وبين الخبرات الفكرية والإبداعية

والطاقات البدنية المعطّلة، التي سيبدّلها المضاربون العاملون، فضلاً عن كونها تتّصف بالمرونة في التطبيق، حيث إن مجالاتها وأماكنها وأزمانها عامة لا حدود لها.

١٠- تمّ استحضار الألفاظ ذات الصلة بالمضاربة، التي تلتقي معها إجمالاً ومالاً في المعنى، من مثل: القراض، والمقارضة، والشركة...

١١- بيان أن المضاربة في الإسلام من العقود الجائزة غير اللازمة، حتى بعد شروع المضارب في العمل، وهو ما ذهب إليه عامة الفقهاء سوى الإمام مالك رحم الله تعالى الجميع، وهي من جنس الشركات كما رجّح ذلك ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى، وليست من الإجارة ولا الوكالة كما يرى بعض الفقهاء، وإن كانت تمر بمراحل تشبه ذلك.

١٢- استحضار العديد من النصوص الدالة على مشروعية المضاربة، ومن ذلك ما جرى في العهد النبوي بحضور النبي ﷺ، بل إن النبي ﷺ نفسه ضارب قبل النبوة بمال خديجة رضي الله عنها، وضارب أصحابه من بعده بعضهم بأموال بعض... وبيان ما ذهب إليه الجمهور من أن المضاربة شرعت على خلاف القياس اعتماداً على هذه الأدلة، وأن ابن تيمية وابن القيم يريان خلاف ذلك وإنها متوافقة مع القياس.

١٣- من مقاصد تشريع المضاربة وغاياتها: حماية رأس المال من التآكل والضّياع، والعمل على تكثيره وزيادته بالاستثمار، وتوجيهه إلى الإعمار والتنمية، والاستفادة من الطاقات الإبداعية المعطّلة، وإيجاد تحالف وتعاون بين رأس المال والعمل، ورفع المستوى

المعيشي للفقراء وعموم الناس، وتقوية الروابط الاجتماعية، وتشجيع العمل الجماعي المشترك...

١٤- عرض أبرز أحكام المضاربة من مثل أركانها الصيغة، ورب المال، والمضارب، ورأس المال، والعمل، والربح وشروطها، وكونها مقيدة ومطلقة، وما يتصل بذلك من نفقات، واشتراك رب المال في العمل مع المضارب، ومضاربة المضارب بمال المضاربة، والضمان الذي يتحمله، وإمكانية توقيت المضاربة، وقسمة الربح قبل قبض رأس المال، والتصرفات المفسدة لها، والأمور التي تُبطلها، أو تُنتهيها.

١٥- توصيف المضاربة قديماً وحديثاً، وبيان ماهية العلاقة التعاقدية في المضاربة، بين رب المال، والمضارب، واتجاهات الفقهاء السابقين في ذلك، حيث يرى بعضهم: أن المضاربة نوعٌ إجارة، وترى طائفة: أنها نوعٌ وكالة، ويرى آخرون: أنها نوعٌ شركة، وهذا الأخير ما رجَّحه ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله تعالى، وجرى اختياره واعتماده في هذا البحث.

١٦- بيان أن للعلماء المعاصرين اتجاهين في صلاحية المضاربة لتمويل الاستثمارات الجماعية المصرفية المعاصرة، وأن ما أثير من كلام حول عدم صلاحيتها غيرُ مسلّم به، وهو الذي جرى اعتماده في هذا البحث؛ لأن قواعد المضاربة وأحكامها في المذاهب الفقهية المتنوعة تسخُ الاستثمارات والنشاطات التي تقوم بها المصارف الإسلامية، وذلك من خلال المضاربة المطلقة، التي يُموّل المودعون (أرباب الأموال) فيها المصرف ويطلقون يده، فيصير (مضارباً مفوضاً)، ثم يقوم بصفته هذه

(كربّ المال) بتمويل أصحاب المشاريع (المضاربين الجدد)، مع إجراءات حسابية مصرفية متفق عليها لا تخرج على أحكام الشريعة الإسلامية.

١٧- عرض ما حقّقه التمويل بالمضاربة من أهداف اقتصادية وتنموية ومعيشية، طالما تطلّع إليها أصحاب الغيرة على الشريعة الإسلامية، حتى غدا أسلوب التمويل بالمضاربة حقيقة مسلماً بها، استحققت التقدير والاحترام والتأسي، في العديد من بلاد المسلمين وغيرها.

١٨- التعريف بصناديق الاستثمار أو ما يسمى: « الأساليب والأدوات » التي أحدثتها المصارف الإسلامية كأوعية استثمارية، منبثقة عن التمويل بالمضاربة المطلقة، وبيان أن لهذه الصناديق أهدافاً وشروطاً ومواصفات مهنية متطورة، وأنظمة منضبطة، ونماذج اكتتاب معلنة الشروط والمواصفات والتوقيات، وهيئات رقابة ومتابعة شرعية ومصرفية...

١٩- بيان أن الصناديق الاستثمارية تتنوع من حيث نظام المشاركة فيها إلى صناديق مفتوحة، ذات رؤوس أموال متغيرة، غير محدّدة المقادير والأزمان، وإلى صناديق مغلقة، محدّدة رؤوس الأموال والوحدات وأزمنة الاكتتاب والاستثمار، ولكل أهداف وأحكام خاصة مفصلة.

٢٠- بيان أن صناديق الاستثمار، تتنوّع من حيث طبيعة الاستثمار فيها إلى أنواع عديدة، لها مستندات شرعية من الكتاب والسنة، ومن هذه الصناديق: صندوق عقد السلم، وصندوق عقد الاستصناع، ولكل منهما صورته، ومجالاته، وأحكامه، وهما موضع التطبيق في هذا البحث.

٢١- تم تكييف العلاقة في التمويل بالمضاربة وتثميرها من خلال عقد السلم والاستصناع، وذلك بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، انطلاقاً من فكرة المضاربة المطلقة والمشاركة، التي ذكرها العديد من الفقهاء السابقين والمعاصرين.

٢٢- جرى تعريف السلم وبيان حقيقته كنموذج للمضاربة في المعاملات المالية المعاصرة، وبيان حكمه الشرعي، والغاية من تشريعه، وأركانه وشروطه، وتحديد العلاقة التعاقدية الاستثمارية بين الأطراف ذات الصلة بالسلم تمويلاً واستثماراً، وما تقوم به المصارف الإسلامية من تطبيق لهذا العقد، والمجالات والصور العملية المتعامل فيها أو التي يمكن أن يتعامل فيها بالسلم في الأسواق المحلية والدولية على الصعيدين الزراعي والغذائي، كما تمّ بيان قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الصلة بعقد السلم المصرفي وتطبيقاته.

٢٣- جرى تعريف الاستصناع، وبيان أنه منفرد عن السلم عند الحنفية بخلاف الجمهور الذين يوردون الأمثلة الكثيرة التي يسعها الاستصناع الذي قال به الحنفية، كما تم بيان حكمه الشرعي، والغاية من تشريعه، وأركانه وشروطه، وأنه عقد لازم كما ذهب إلى هذا أبو يوسف القاضي رحمه الله تعالى، وهو الذي تم اختياره في هذا البحث، وتم أيضاً تحديد العلاقة التعاقدية الاستثمارية بين الأطراف ذات الصلة بعقد الاستصناع تمويلاً واستثماراً، وما تقوم به المصارف الإسلامية من تطبيق لهذا العقد، والمجالات والصور العملية المتعامل فيها أو التي يمكن أن يتعامل فيها بالاستصناع في الأسواق المحلية والدولية، مما

له صلة بمجالات التنمية التجارية، والصناعية، والزراعية، والغذائية، والسياحية، والتعليمية، ونحوها... وذلك كاستصناع الألبسة، والأغذية وتعليبها، واستصناع المفروشات، ولُعب الأطفال، والأدوات الكهربائية والمنزلية، والمعدات الصناعية، والزراعية، والسيارات، والقطارات ومحطاتها، والسفن وأحواضها، والطائرات ومطاراتها، والمجمعات السكنية، والفنادق، والمنتجعات السياحية، والمستشفيات، والمساجد، والأسواق، والمدارس، والجامعات... كما تمّ بيان حكم تعامل المصارف الإسلامية بعقد الاستصناع، وما صدر من قرارات ذات صلة بهذا التعامل لمجمع الفقه الإسلامي، ولهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ولدار الإفتاء المصرية.

٢٤- التنويه بما حققته المصارف الإسلامية من تطور ونمو، يتمثل في تزايد أرصدها من حسابات الاستثمار، وتوسّع عملياتها في المضاربات التي أسهمت في خدمة المجتمع، في المجالات التجارية، والصناعية، والعمرانية، والصحية، والخدمية ...

تم البحث بحمد الله تعالى وتوفيقه

المندوب عند الأصوليين

الدكتور محمد سعد بن أحمد اليوبي *

المقدمة :

الحمد لله الذي أنزل كتابه هداية للمتقين، وجعله شفاء ورحمة للمؤمنين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ولا معين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، ومن سلك سبيلهم، واتبع نهجهم إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن الأحكام الشرعية هي الثمرة المرجوة من دراسة أصول الفقه، وهي نتيجة فهم الأدلة، وإعمال قواعد أصول الفقه فيها، ولذا كان موضوع أصول الفقه عند جماعة من علماء الأصول الأحكام والأدلة^(١)، فالأحكام على هذا الرأي تمثل جانباً مهماً في أصول الفقه. وعند بعض الأصوليين موضوع أصول الفقه الأدلة^(٢)، وتعتبر الأحكام مقدمة لها، لا بد من دراستها ليتصورها الدارس للأصول؛ حتى يتمكن من إثباتها بالأدلة. وأياً كان الراجح من الخلاف في ذلك فإن الأصوليين

(*) الأستاذ المشارك بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

(١) هذا رأي صدر الشريعة ومن معه، انظر: التوضيح مع التلويح ٢٢/١، وتيسير التحرير ١٨/١، وغاية الوصول إلى دقائق علم الأصول ص ٤٤.

(٢) هذا الرأي لجمهور الأصوليين، انظر: الإحكام للأمدي ٧/١، ومختصر ابن الحاجب مع شرح العضد ١/، والبحر المحيط ٣٠/١، وتيسير التحرير ١٨/١، ونشر البنود ٨/١، وغاية الأصول إلى دقائق علم الأصول ص ٤٢.

قد أفردوا دراسة الأحكام بباب خاص في مؤلفاتهم، تناولوا فيه الحكم الشرعي بقسميه: التكليفي والوضعي، وتناولوا أقسام كل واحد من التكليفي والوضعي بالدراسة، وفي جانب الحكم التكليفي نجد أن العلماء قد صرفوا جُلَّ عنايتهم لمسائل الأحكام التكليفية الإلزامية أي: الواجب والمحرم وبحثوا ما عدا ذلك بحثاً إجمالياً مقتضياً، لم يفصلوا مسأله، ولم يوسعوا مباحثه.

ولم أقف في الدراسات المعاصرة على كتاب يخص المندوب بالبحث، عدا الدراسات التي تناولت الحكم التكليفي على وجه العموم، ومن ذلك: - الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد أبي الفتح البيانوني، وهو رسالة دكتوراه، تقدم بها الباحث للجامعة الأزهرية^(١). وقد بحث المندوب، من ص ١٦١-١٩٤، أي: ما يقارب ٣٣ صفحة. ونظراً لعموم موضوع الرسالة، فإن الباحث لم يعمق البحث في مسائل المندوب، وإن تناولها يبحث أوسع من بحث الأصوليين لها في كتبهم. ومن هنا رأيت الحاجة ماسة لدراسة (المندوب عند الأصوليين)، دراسة علمية تجلي أهميته، وتبين مكانته في الشريعة، وتناقش مسأله، وتبين حقيقة الخلاف فيها.

منهج البحث:

لقد كانت كتابتي في هذا الموضوع ضمنَ منهجٍ معيّن التزمته به قدر الإمكان، وهذا المنهج يتلخص فيما يأتي:

١- الرجوع إلى المصادر الأصلية في البحث ما استطعتُ إلى ذلك سبيلاً.

(١) وقد طبع بدار القلم، بدمشق الطبعة الأولى، عام ١٤٠٩هـ.

٢- الحرص على التزام الأمانة العلمية في عزو الأقوال إلى قائلها، وبذل الجهد في نقل قول كل قائل من كتابه إن تمكنت من ذلك وإلا نقلته من كتب أصحابه المعتمدة.

٣- الحرص على تدعيم البحث بالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة، ونصوص العلماء مع تمييز كل ذلك بعلامات التنصيص، والأقواس.

٤- اتبعت في عرض المسائل الأصولية طريقة معينة تتلخص فيما يأتي:

أ- تحرير محل النزاع في المسألة، وذلك بذكر مواضع الاتفاق، ومواضع الخلاف.

ب - ذكر الأقوال في مواضع الاختلاف منسوبة إلى أصحابها.

ت- ذكر الأدلة مرتبة حسب ترتيب الأقوال، وذكر ما يرد على كل دليل من اعتراضات، وما أجيب به عن تلك الاعتراضات بعد الدليل مباشرة. لم أخرج عن هذا المنهج إلا في بعض الأقوال التي فيها تفصيل في حكم إتمام المندوب؛ لأن أدلتها تعليل لا يحسن فصله عن القول ؛ فذكرته لذلك بعد القول مباشرة.

ث - بيان حقيقة الخلاف من حيث كونه لفظياً أو حقيقياً، فإن كان لفظياً، بينت وجه الاتفاق على المعنى، وإن كان حقيقياً بينت ثمرته.

ج - ذكر القول الراجح في المسألة مدعماً بدليله.

٥- بيان مواضع الآيات القرآنية الكريمة في المصحف، وذلك بذكر اسم السورة ورقم الآية.

٦- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في ثنايا البحث من كتب الأحاديث المشهورة.

٧- تخريج الآبيات الشعرية من دواوين قائلها إن تمكنت من ذلك، وإلا ذكرت من ذكرها من العلماء.

٨- الترجمة للأعلام الواردة أسماؤهم في البحث.
هذا، وقد بذلت في هذا البحث نفيس وقتي، وهو عمل بشري عرضة للخطأ، والتوفيق بيد الله، وهو حسبي عليه توكلت، وإليه أنيب.

التمهيد

التعريف بالحكم الشرعي

الحكم لغة: المنع والقضاء، يقال: حكمت عليه بكذا، أي: منعته من خلافه.

قال في المصباح المنير: «الحكم القضاء، وأصله المنع، يقال: حكمت عليه بكذا إذا منعت من خلافه، فلم يقدر على الخروج من ذلك، وحكمت بين القوم: فصلت بينهم»^(١).

الحكم الشرعي اصطلاحاً: عرّف بتعريفات كثيرة، لعل من أحسنها تعريفه بأنه: «خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»^(٢).

الخطاب: توجيه الكلام نحو الغير للإفهام، وبإضافته إلى الله تعالى خرج خطاب من سواه، أما خطاب الرسول صلى الله عليه وسلم فإنما وجبت طاعته طاعة لله ولأنه مبين لخطاب الله تعالى .

(١) المصباح المنير ١/ ١٤٥.

(٢) مختصر ابن الحاجب مع شرح العضد ١/ ٢٢١.

وقولهم: (المتعلق بأفعال المكلفين): خرج من ليس كذلك كالمجنون والصبي.

قولهم: (بأفعال) جمع فعل، والمراد به ما يصدر عن المكلف من قول أو فعل أو اعتقاد؛ لأن الحكم كما يتعلق بالأفعال، مثل: الصلاة، والزكاة، فإنه يتعلق بالاعتقاد كوجوب الواحداية لله تعالى.

وهو قيد في التعريف خرج به المتعلق بذوات المكلفين نحو قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾^(١).

وقولهم: (بالاقتضاء أو التخيير) الاقتضاء معناه الطلب، وهو إما طلب فعل أو طلب ترك، وطلب الفعل إن كان جازماً فهو الإيجاب، أو غير جازم فهو الندب.

وطلب الترك إن كان جازماً فهو التحريم، وإن كان غير جازم فهو الكراهة. وأما التخيير فهو الإباحة.

وقيد (بالاقتضاء أو التخيير) أحترز به عن الخبر المتعلق بفعل المكلفين، نحو قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾^(٢). فهذا ليس بحكم؛ لأنه لا اقتضاء فيه ولا تخيير، وإنما هو إخبار وإعلام.

قولهم: (أو الوضع) الوضع هو الجعل، وهو قيد لإدخال الحكم الوضعي: السبب، والشرط والمانع والرخصة والعزيمة^(٣).

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الحكم الشرعي إما أن يتعلق بأفعال

(١) سورة الروم: ٢٠.

(٢) سورة الصافات: ٩٦.

(٣) انظر: شرح العضد على ابن الحاجب ١/ ٢٢٢.

المكلفين على جهة الطلب أو على جهة التخيير، أو على جهة الوضع .
وقد اصطلح الأصوليون على تسمية الحكم المتعلق بفعل المكلف على
جهة الطلب أو التخيير بالحكم التكليفي.
وعلى تسمية الحكم المتعلق بفعل المكلف على جهة الوضع بالحكم
الوضعي، وبهذا قرروا أن الحكم الشرعي ينقسم إلى قسمين: حكم
تكليفي، وحكم وضعي.
وقسم جمهور العلماء الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام: (الإيجاب،
والنذب، والتحریم، والكراهة، والإباحة) ^(١). والحديث في هذا البحث
عن أحد متعلقات هذه الأقسام وهو: المندوب.



(١) يجعل الحنفية الحكم التكليفي سبعة أقسام، حيث أضافوا قسمين آخرين هما: (الفرض، والمكروه
كراهة تحریمیة) فقالوا: إن طلب الفعل على سبيل الجزم: إن كان دليله قطعياً في الثبوت والدلالة
سمي فرضاً، وإن كان دليله ظنياً في الثبوت أو الدلالة سمي واجباً، وإن طلب الكف عن الفعل الوارد
بصفة الجزم: إن كان ثابتاً بدليل قطعي الثبوت والدلالة فيسمى الحرام عند الحنفية كما قال غيرهم،
وإن كان ثابتاً بدليل ظني الثبوت أو الدلالة سمي مكروه تحریم، انظر: التوضيح ١٢٣/٢، وتيسير
التحرير ١٣٥/٢.

الفصل الأول

تعريف المندوب، وأسماءه وأقسامه وأهميته، وطرق معرفته، وحكمه.

المبحث الأول: تعريف المندوب

المطلب الأول: تعريف المندوب لغة

المندوب: اسم مفعول من النذب، والنذب في اللغة: الدعاء، قال الشاعر^(١):

لا يسألون أخاهم حين يندبهم في النائبات على ما قال برهانا

قال في الصحاح: «وَنَدَبَهُ لِأَمْرٍ فَانْتَدَبَ لَهُ، أَي دَعَاهُ لَهُ فَأَجَابَ»^(٢).

وقال في القاموس: «وَنَدَبَهُ إِلَى الْأَمْرِ، كَنَصَرَهُ دَعَاهُ، وَحَثَّهُ، وَوَجَّهَهُ،

وَالْمَيَّتَ بَكَاهُ، وَعَدَّدَ مَحَاسِنَهُ، وَالْأَسْمُ النَّدْبَةُ، بِالضَّمِّ»^(٣).

وقال ابن فارس^(٤): «النون والdal والباء ثلاث كلمات: إحداها الأثر، والثانية

الخطر. والثالثة تدلُّ على خفة في شيء، فالأول النَّدْب: أثر الجُرْح، والجمع

أنداب، وذلك إذا لم يرتفع عن الجلد. والثاني: النَّدْب: الخطر. وأندب نفسه:

خاطر بها. قال: ولم أقم على ندب يوماً ولي نفس مُحْطَرٍ^(٥)

(١) هو قريظ بن أنيف، شرح ديوان الحماسة ١/ ١١٩.

(٢) الصحاح ١/ ٢٢٢.

(٣) القاموس المحيط ١/ ١٣٦.

(٤) هو: أبو الحسن، أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد، اللغوي: القزويني، له تصانيف كثيرة منها: مجمل

اللغة، ومعجم مقاييس اللغة، وفقه اللغة، توفي سنة ٣٩٥ هـ. انظر ترجمته في: إنباء الرواة ١/ ١٢٨،

ويغية الوعاة ١/ ٣٥٢، والبلغة في تراجم أئمة النحو واللغة ص ٦١.

(٥) كذا ورد الاستشهاد بهذا القدر في المجمل (٤/ ٦٢٦). والبيت بكماله في الصحاح (١/ ٢٢٣): أَيَهْلِكَ مُعْتَمٌ

وزيد ولم أقم ... على ندب يوماً ولي نفس مُحْطَرٍ

والبيت لعروة بن الورد في ديوانه ٢٨. ومعتم وزيد: جده كما في الصحاح.

والأصل الثالث رجلٌ نَذَبَ: خفيف. والنَّدْب: الفَرَس الماضِي. وعندنا أَنَّ النَّدْبَ في الأمر قريبٌ من هذا؛ لأنَّ الفقهاء يقولون: إِنَّ النَّدْب ما ليس بفرض. وإن كان هذا صحيحاً فلأنَّ الحال فيه خفيفة.

ومما ليس من هذا الباب نَدْبُ النَّارِبَةِ الميتَ بِحُسْنِ الثَّنَاء عليه. والنَّدْب: أَنْ تدْعُوَ القَوْمَ إلى الأمر، فانتدبهم^(١).

وقيده الأمدي^(٢) بالدعاء إلى أمر مهم^(٣)، قال الطوفي^(٤): «وهو أخص مما ذكرناه، وهو أنسب وأشهر في كلام العرب وأغلب، وعليه يحمل عموم كلام غيره»^(٥).

وذكر ابن عقيل^(٦): أَنَّ النَّدْب حثٌ بترغيب لا ترهيب^(٧).

فتحصل مما سبق أَنَّ المندوبَ إليه لغة المدعو إليه، مع ملاحظة ما ذكره الأمدي من كونه مهماً، وما أشار إليه ابن عقيل من كون الدعاء فيه حثٌ بترغيب، وهذه جميعاً حاصلة في المندوب شرعاً كما سيأتي فهو مدعو إليه ومرغب فيه وهو أمر مهم.

(١) معجم مقاييس اللغة ٤/١٢٠٥.

(٢) هو: علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الفقيه الأصولي الملقب بـ (سيف الدين)، له تصانيف كثيرة منها: الإحكام في أصول الأحكام، ومنتهى السؤل، توفي سنة ٦٣١ هـ. انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ٥/١٢٩، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢/٧٩).

(٣) انظر الإحكام للأمدي ١/١١٩، والنفاثات للقرافي ١/٢٧٧.

(٤) هو: سليمان بن عبد القوي بن سعيد الطوفي الصرصري ثم البغدادي الفقيه الأصولي الحنبلي، له مصنفات كثيرة منها: مختصر الروضة وشرحه، ومختصر المحصول، ومعراج الوصول إلى علم الأصول، وشرح مختصر التبريزي. انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة: ٢/٣٦٦ وما بعدها، ومختصر طبقات الحنابلة لابن الشطي ص ٦٠، والصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي ٦٥/١١٠، ومقدمة شرح مختصر الروضة لإبراهيم بن علي ١/٩٧.

(٥) شرح مختصر الطوفي ١/٣٥٣.

(٦) هو: أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد البغدادي الحنبلي، من مؤلفاته: الواضح في أصول الفقه، والجدال على طريقة الفقهاء، توفي سنة ٥١٢ هـ. انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة ١/١٤٢، والفتح المبين ٢/١٢.

(٧) الواضح ١/١٢٦.

وأصل المندوب: المندوب إليه ثم توسع فيه بحذف حرف الجر، فاستكن الضمير^(١).

المطلب الثاني: تعريف المندوب اصطلاحاً

قبل تعريف المندوب لابد من تعريف النذب أولاً؛ لأن الحكم هو النذب، وأما المندوب فهو صفة لفعل المكلف فهو متعلق بالحكم لا نفس الحكم^(٢)، ولا يتم تعريف متعلق الحكم إلا بعد تعريف الحكم نفسه. أولاً: تعريف النذب.

للعلماء مسلكان في تعريف النذب :

المسلك الأول: تعريف النذب مباشرة.

ومن التعريفات المدرجة تحت هذا المسلك ما يأتي:

١- «النذب اقتضاء الفعل بالقول ممن هو دونه على وجه يتضمن التخيير بين الفعل والترك». ذكر هذا التعريف أبو يعلى^(٣).

المراد بالاقتضاء: الطلب.

وقوله: (اقتضاء الفعل) أخرج اقتضاء الترك؛ فيخرج التحريم والكراهة.

وقوله: (ممن هو دونه) إشارة إلى تحقق رتبة الأمر، فيخرج

الالتماس وهو الطلب من المساوي، والدعاء وهو الطلب من الأعلى.

(١) نهاية السؤل: ٧٧/١، والإبهاج: ١٥٨/٢.

(٢) انظر: النفائس: ٢٦٥/٢.

(٣) العدة لأبي يعلى: ١٦٢/١، وأبو يعلى هو: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد الفراء، القاضي، من أئمة الحنابلة، وشيخهم في عصره، عالم زمانه وناشر مذهب الإمام أحمد له مصنفات منها: العدة في أصول الفقه، ومختصر العدة، والكفاية، ومختصر الكفاية، توفي سنة ٤٥٨ هـ انظر ترجمته في: طبقات الحنابلة: ١٩٢/٢، والمنهج الأحمد: ١٢٨/٢.

وقوله: (على وجه التخيير بين الفعل والترك) أخرج الواجب فإنه لا تخيير فيه بين الفعل والترك، أعني التخيير المطلق.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير مانع من دخول الإباحة فيه، لأن الإباحة تتضمن التخيير بين الفعل والترك. فيحتاج إلى إضافة قيد يخرج الإباحة، وهو ترجيح الفعل على الترك.

٢- «استدعاء الأعلى للفعل ممن هو دونه على وجه التخيير بين الفعل والترك». ذكره ابن عقيل أيضاً^(١). وهذا التعريف كالتعريف الأول.

٣- «اقتضاء من الأعلى للأدنى بالفعل على وجه يقابل فاعله بالثواب على فعله، ولا يقابل بالعقاب على تركه». ذكره ابن عقيل^(٢). هذا التعريف قريب مما قبله لكنه يختلف عنه من حيث إنه جعل القيد الأخير فيه المخرج للإيجاب هو: «على وجه يقابل فاعله بالثواب على فعله» وهو مخرج للإباحة، وقوله: «ولا يقابل بالعقاب على الترك» يخرج الإيجاب.

٤- «استدعاء أو اقتضاء الأعلى الأدنى بالفعل على وجه الأولى، أو على وجه لا يآثم بتركه»^(٣).

قوله: «على وجه الأولى أو على وجه لا يآثم بالترك» كان الأولى أن يقال: على وجه الأولى وعلى وجه لا يآثم بالترك. إذا أراد بالأولوية أولوية الفعل على الترك ليخرج الواجب.

٥- «الاستدعاء بتضمن التخيير بين الفعل والترك لا إلى بدل»^(٤).

(١) الواضح ١/١٢٥.

(٢) الواضح ١/١٢٥.

(٣) الواضح ١/١٢٥.

(٤) الواضح لابن عقيل ١/٣٠، وانظر: ١/١٢٦ منه.

يرد على هذا التعريف ما يرد على التعريف الأول من أنه غير مانع، لكن فيه زيادة قوله: « لا إلى بدل » وهو يخرج الواجب المخير والواجب الموسع والكفائي.

قال ابن عقيل بعد أن ذكر عدداً من التعريفات السابقة: « وهذا وأمثاله رسوم وتعريفات، لا أنه تحديد بشروط الحد ». وقال: « وهذه التعاريف كلها لو عدت، لما زال معنى الذنب، فهي دلائل »^(١).

المسلك الثاني: تعريف الذنب عن طريق تقسيم الحكم الشرعي:

وقد يصاغ من ذلك تعاريف للذنب، فمن ذلك :

تقسيم الأمدى حيث قال: « إذا عرف معنى الحكم الشرعي فهو إما أن يكون متعلقاً بخطاب الطلب والاقضاء أو لا يكون فإن كان الأول فالطلب إما للفعل أو للترك، وكل واحد منهما إما جازم أو غير جازم، فما تعلق بالطلب الجازم للفعل، فهو: الوجوب، وما تعلق بغير الجازم منه فهو: الذنب، وما تعلق بالطلب الجازم للترك فهو: الحرمة، وما تعلق بغير الجازم منه فهو: الكراهة »^(٢).

ذكر نحو هذا التقسيم الطوفي^(٣) وابن السبكي^(٤) والزرکشي^(٥) وابن

(١) الواضح ١/ ١٢٥.

(٢) الإحكام ١/ ٩٦.

(٣) انظر: شرح مختصر الطوفي ١/ ٢٦١.

(٤) انظر جمع الجوامع مع شرح المحلى وحاشية زكريا الأنصاري ١/ ٢٢٣، وابن السبكي هو: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي السبكي الشافعي الفقيه الأصولي، من مؤلفاته: جمع الجوامع، ورفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، وتكملة الإبهاج، توفي سنة ٧٧١ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب ٣/ ١٠٤).

(٥) انظر: البحر المحيط ١/ ١٧٥، والزرکشي هو: محمد بن بهادر بن عبد الله الزرکشي، المصري الشافعي، الفقيه الأصولي من مؤلفاته: البحر للحيط في أصول الفقه، وتشتيف المسامع شرح جمع الجوامع، توفي سنة ٧٩٤ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب ٢/ ١٦٧، ومعجم المؤلفين ٩/ ١٢١).

اللاحام^(١) والمرداوي^(٢) والفتوحى^(٣).

وبناء على هذا التقسيم يمكن أن يعرف النذب بأنه: الاقتضاء الوارد بطلب الفعل طلباً غير جازم.

١- تقسيم ابن الحاجب^(٤) حيث قال: «فإن كان طلباً لفعل غير كف، ينتهض تركه في جميع وقته سبباً للعقاب فوجوب، وإن انتهض فعله خاصة للثواب فندب، وإن كان طلباً لكف عن فعل ينتهض فعله سبباً للعقاب فتحريم، ... وإن انتهض الكف خاصة للثواب فتحريم، وإن كان تخييراً فأباحة»^(٥).

وذكر نحو هذا التقسيم ابن مفلح^(٦).

وبناء على هذا التقسيم يمكن أن يعرف النذب بأنه: طلب فعل غير كف ينتهض فعله خاصة للثواب.

(١) انظر: المختصر في أصول الفقه ص ٥٧. وابن اللحام هو: أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البجلي الحنبلي، من مؤلفاته: المختصر في أصول الفقه، والقواعد والفوائد الأصولية، توفي سنة ٨٠٣ هـ انظر ترجمته في الجوهر المنضد ص ٨١.

(٢) انظر: التبشير شرح التحرير ٩٠٧/٢. و المرداوي هو: علي بن سليمان بن أحمد الدمشقي الصالحي الحنبلي، الفقيه الأصولي من مؤلفاته: الإتيصاف في معرفة الراجح من الخلاف، والتحرير وشرحه التبشير، توفي سنة ٨٨٥ هـ انظر ترجمته في: (الجوهر المنضد ص ٩٩).

(٣) انظر: شرح الكوكب المنير ٣٤٠/١. و الفتوحى هو: محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى المصري الحنبلي الشهير بـ (ابن النجار) الفقيه، الأصولي. له مصنفات منها: منتهى الإرادات في الفقه الحنبلي، وشرح الكوكب المنير. انظر ترجمته في: النعت الأكمل ص ١٤١، والمدخل لابن بدران ص ٤٤٠، ومعجم المؤلفين ٢٧٦/٨.

(٤) هو: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، ويلقب بجمال الدين، الفقيه الأصولي اللغوي، من مؤلفاته: الكافية في النحو، ومنتهى السؤل والأمل في علمي الأصول الجدل، توفي سنة ٦٤٦ هـ انظر ترجمته في: (الديباج المذهب ص ١٨٩، وبغية الوعاة ١٣٤/٢).

(٥) مختصر ابن الحاجب مع بيان المختصر ٢٢٠/١، وشرح العضد ٢٢٥/٢.

(٦) انظر: أصول ابن مفلح ١٨٣/١. وابن مفلح هو: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج الراميني، المقدسي الحنبلي الفقيه النحوي الأصولي. له مصنفات كثيرة منها: الفروع، والأصول، والآداب الشرعية، توفي رحمه الله سنة ٧٦٢ هـ انظر ترجمته في: الجوهر المنضد ص ١١٢، ومختصر طبقات الحنابلة ص ٧٠.

٢- تقسيم البيضاوي^(١) حيث قال: «الخطاب إن اقتضى الوجود ومنع النقيض فوجوب، وإن لم يمنع فندب، وإن اقتضى الترك ومنع النقيض فحرمة، وإلا فكراهة، وإن خير فأباحة»^(٢).

وذكر نحو هذا التقسيم ابن مفلح^(٣).

ومن هذا التقسيم قد يعرف الذنب بأنه: الخطاب المقتضي وجود الفعل غير المانع من النقيض.

٣- تقسيم ابن الهمام^(٤) حيث قال: «الاقتضاء إن كان حتماً لفعل غير كف فالإيجاب، أو ترجيحاً فالندب، أو لكف حتماً فالتحريم»^(٥).

من هذا التقسيم يعرف الذنب بأنه: اقتضاء ترجيح فعل غير كف.

ثانياً: تعريف المندوب:

عرف المندوب بعدة تعريفات منها:

١- قال إمام الحرمين^(٦) في التلخيص: «هو الفعل المأمور به الذي لا يلحق الذم والمأثم شرعاً على تركه من حيث هو ترك له»^(٧).

(١) هو: عبد الله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشافعي، الملقب بـ (ناصر الدين) فقيه، أصولي، مفسر، له تصانيف كثيرة منها: التفسير، ومنهاج الأصول، توفي سنة ٦٨٥ هـ وقيل ٦٩١ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي: ٥/٥٩، وطبقات الشافعية للأسنوي: ١/١٣٦، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة: ٢/١٧٢).

(٢) منهاج الأصول مع نهاية السؤل ١/٧١، والإيهاج ٢/١٣٩.

(٣) انظر: أصول ابن مفلح ١/١٨٤.

(٤) هو: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشهير بـ (ابن الهمام)، السيواسي الحنفي، فقيه، أصولي، متكلم، له تصانيف مقبولة معتبرة منها: فتح القدير شرح الهداية في الفقه، والتحرير في أصول الفقه، توفي سنة ٨٦١ هـ انظر ترجمته في: الفوائد البهية ص ١٨٠، والفتح المبين: ٢/٣٦.

(٥) التحرير لابن الهمام ص ٢١٧، وتيسر التحرير ١/١٣٢-١٣٤.

(٦) هو: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، أبو المعالي، الملقب بإمام الحرمين، الفقيه الأصولي المتكلم، أحد كبار الشافعية، من مؤلفاته في أصول الفقه: البرهان والتلخيص والورقات، توفي سنة ٤٧٨ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ٣/٢٤٨، وطبقات الشافعية للأسنوي ١/١٦٥).

(٧) التلخيص ١/١٦٢.

إذا تأملنا هذا التعريف الذي ذكره إمام الحرمين نلاحظ أموراً:
- أنه يعتبر المندوب مأموراً به، لأنه قال: المندوب هو الفعل المأمور به،
وخرج بقوله: المأمور به المنهْي عنه سواء كان منهيّاً عنه نهْي تحريم أم
نهْي كراهية.

- أن قوله: «الذي لا يلحق الذم والمأثم شرعاً على تركه» أخرج الواجب،
وقيد الذم بالشرعي؛ ليبين أن الذم شرعي لا عقلي خلافاً للمعتزلة في ذلك.
- وقوله من حيث هو ترك له، أي لا يذم من هذه الحيثية، أما لو تركه
لا نشغاله بما هو محرم ومعصية فيذم حينئذ من تلك الحيثية، وقد نبه
على ذلك فقال: «ونتحرز بقولنا من حيث هو ترك له، عن شيء، وهو أنه
لو أقبل على ضد من أصداد المندوب إليه، وهو معصية في نفسه، فتلحقه
اللائمة إذا ترك المندوب إليه ولكن لا تلحقه اللائمة من حيث إن ما بدأ
منه ترك للمندوب إليه بل لعصيانه»^(١).

٢- وعرفه بعض الشافعية بأنه: «ما كان فعله خيراً من تركه من
غير لائمة في تركه»^(٢)، قال إمام الحرمين: «وهذا يدخل عليه شيء، وهو
أن من الأفعال قبل ورود الشرائع ما يكون خيراً للمرء في اقتضاء لذة
ودفع مضرة ولا يسمى ندباً»^(٣).

٣- وعرفه إمام الحرمين في البرهان بقوله: «الفعل المقتضى شرعاً من
غير لوم على تركه»^(٤).

(١) التلخيص ١/١٦٢-١٦٣.

(٢) التلخيص ١/١٦٢-١٦٣.

(٣) التلخيص ١/١٦٢-١٦٣.

(٤) البرهان ١/٣١٠.

- ٤- وعرفه الباجي^(١) بقوله: «هو المأمور الذي في فعله ثواب، وليس في تركه عقاب من حيث هو ترك له على وجه ما»^(٢).
- وهذا قريب من تعريف إمام الحرمين الأول.
- ٥- وقيل: «ما في فعله ثواب، وليس في تركه عقاب»^(٣).
- ٦- وقال الشيرازي^(٤): «ما تعلق الثواب بفعله، ولم يتعلق العقاب بتركه»^(٥).
- ٧- وقال ابن العربي^(٦): «هو الذي في فعله ثواب، وليس في تركه عقاب»^(٧).
- ٨- وقال ابن السمعاني^(٨): «ما يثاب على فعله، ولا يعاقب على تركه»^(٩).
- ٩- وقيل: «ما في فعله أجر، وليس في تركه وزر»^(١٠).

وهذه التعاريف من الخامس إلى التاسع بمعنى واحد، وكلها تعريف للمندوب بثمرة من ثمراته، وهي وجود الثواب على الفعل وعدم العقاب

(١) هو: سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي المالكي، الفقيه الأصولي من مؤلفاته: المنتقى شرح الموطأ، والإشارات في أصول الفقه، وإحكام الفصول، توفي سنة ٤٧٤ هـ انظر ترجمته في: (الديباج المذهب ص ١٢٠ وطبقات الحفاظ ص ٤٢٩).

(٢) الحدود ص ١١٢.

(٣) العدة لأبي يعلى ١/١٦٢، والواضح ١/١٢٥، وروضة الناظر ١/١٩٠.

(٤) هو: إبراهيم بن علي بن يوسف، أبو إسحاق الفقيه الأصولي، أحد أئمة الشافعية من مؤلفاته: التنبيه، والمهذب وكلاهما في الفقه، واللمع وشرحه، والتبصرة في أصول الفقه، توفي سنة ٤٧٦ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ٣ / ٨٨).

(٥) شرح اللمع ١/١٠٦.

(٦) هو: محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي المافري الأندلسي الأشبيلي المالكي، فقيه أصولي مفسر أحد أئمة المالكية، من مؤلفاته: المحصول في الأصول، وأحكام القرآن، توفي سنة ٥٤٢ هـ انظر ترجمته في: (الديباج المذهب ص ٢٨١، وشجرة النور الزكية ص ١٣٦ والفتح المبين ٢/٢٨).

(٧) المحصول لابن العربي ص ٢٢.

(٨) هو: منصور بن أحمد بن عبد الجبار التميمي، أبو المظفر السمعاني الحنفي ثم الشافعي، من مؤلفاته: القواطع في أصول الفقه، توفي سنة ٤٨٨ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ٤ / ٢١، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/ ٢٧٣).

(٩) القواطع ١/ ٢٠.

(١٠) العدة لأبي يعلى ١/ ١٦٢.

على الترك، وهو تعريف بالرسم كما هو معلوم عند علماء الأصول.
١٠ - وقال أبو الخطاب^(١): «هو ما ندب الشرع إلى فعله لأجل الثواب»^(٢).
ويرد على هذا التعريف أنه أخذ النذب وجعله في حد المندوب، وهذا دور.
١١ - وقال ابن قدامة^(٣): «وحده في الشرع مأمور لا يلحق بتركه ذم من حيث تركه من غير حاجة إلى بدل»^(٤).

هذا التعريف قريب من تعريف إمام الحرمين الأول، وزاد عليه بإخراج الواجب المخير ونحوه، وذلك بقوله من غير حاجة إلى بدل.
١٢ - وقال الرازي^(٥): «هو الذي يكون فعله راجحاً على تركه في نظر الشرع، ويكون تركه جائزاً»^(٦).

ثم قال: «وقولنا: في نظر الشارع: احتراز عن الأكل قبل ورود الشرع فإن فعله خير من تركه؛ لما فيه من اللذة، لكن الرجحان لما لم يكن مستفاداً من الشرع فلا جرم أنه لا يسمى مندوباً»^(٧).

(١) هو: محفوظ بن أحمد بن الحسين بن أحمد الكلوثاني، أبو الخطاب البغدادي، الفقيه الحنبلي الأصولي، من مؤلفاته: «الهداية في الفقه، والخلاف الكبير المسمى بالانتصار في المسائل الكبرى، والخلاف الصغير المسمى برؤوس المسائل». وله أيضاً كتاب التهذيب في الفرائض، والتمهيد في أصول الفقه، توفي سنة ٥١٠ هـ أنظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة ١/١١٦ وما بعدها.

(٢) التمهيد/١/٦٤.

(٣) هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، موفق الدين أبو محمد، أحد كبار الحنابلة، من مؤلفاته: المغني، والكافي، والمفتح، وروضة الناظر، توفي سنة ٦٢٠ هـ أنظر ترجمته في: (ذيل طبقات الحنابلة ٢/١٣٣، وشذرات الذهب ٥/٨٨).

(٤) روضة الناظر/١/١٨٩.

(٥) هو: محمد بن عمر بن الحسين بن علي التميمي البكري الطبرستاني الرازي المعروف بابن الخطيب، من مؤلفاته: التفسير الكبير، والحصول في الأصول، توفي سنة ٦٠٦ هـ أنظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ٥/٢٣، وطبقات الشافعية للأسنوي ٢/١٢٣، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهاب ٢/٦٥).

(٦) الحصول للرازي/١/١٢٨.

(٧) الحصول للرازي/١/١٢٩.

١٣- وعرفه الآمدي بقوله: «المطلوب فعله شرعاً من غير ذم على تركه مطلقاً»^(١).

ويمثل تعريف الآمدي عرفه ابن الساعاتي^(٢)، وابن الحاجب^(٣).

١٤- وقال القرافي^(٤): «ما رجع فعله على تركه شرعاً من غير ذم»^(٥).

قال شارحه^(٦) في رفع النقاب عن تنقيح الشهاب: «قوله: (ما رجع فعله) أخرج ثلاثة أشياء، وهي: المحرم والمكروه والمباح.

وقوله: (من غير ذم) أخرج به الواجب؛ لأنه رجع فعله على تركه مع الذم على تركه»^(٧).

١٥- وعرفه البيضاوي بقوله: «ما يحمد فاعله، ولا يذم تاركه»^(٨).

١٦- وقال ابن جزى^(٩): «والمندوب ما طلب الشرع فعله طلباً غير جازم»^(١٠).

(١) الإحكام ١/١١٩.

(٢) انظر: نهاية الوصول ١/ ١٨٠. وابن الساعاتي هو: أحمد بن علي بن غلب بن أبي الضياء مظفر الدين، المعروف بابن الساعاتي الحنفي، من مؤلفاته: البديع في أصول الفقه، توفي سنة ٦٩٤ هـ انظر ترجمته في: الجواهر المضية ١/ ٢٠٨، والفوائد البهية ص ٢٦.

(٣) انظر منتهى الوصول والأمل ص ٣٩.

(٤) هو: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي المالكي، الفقيه الأصولي، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، له مؤلفات عديدة مفيدة منها: شرح الحصول (النفاس)، وتنقيح الفصول وشرحه، والفروق، والعقد المنظوم، توفي سنة ٦٨٤ هـ انظر ترجمته في: (الديباج المذهب ص ٦٢، وشجرة النور الزكية ص ١٨٨).

(٥) شرح تنقيح الفصول ص ٧١.

(٦) هو: حسين بن علي بن طلحة الرجرجي الشوشاوي، الفقيه الأصولي المالكي، من مؤلفاته: رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، توفي سنة ٨٩٩ هـ انظر ترجمته في: مقدمة محقق رفع النقاب ١/ ١٧ وما بعدها.

(٧) رفع النقاب ١/ ٦٦٧.

(٨) المنهاج مع الإبهاج ٢/ ١٥٥، ونهاية السؤل ١/ ٧٨.

(٩) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي الفقيه الأصولي المالكي، من مؤلفاته: القوانين الفقهية، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، توفي سنة ٧٤١ هـ انظر ترجمته في: طبقات المفسرين للداودي ٢/ ٨١، والفتح المبين ٢/ ١٤٨.

(١٠) تقريب الوصول ص ٢١٢.

وقريب من هذا التعريف تعريف المحلي الآتي بعده.

١٧- وقال ابن مفلح: «المندوب شرعاً: فعل تعلق به الذنب، وقد سبق»^(١).

١٨- وقال المحلي^(٢): «الفعل المطلوب طلباً غير جازم»^(٣).

وهو مثل تعريف ابن جزي السابق.

١٩- وقال الزركشي في البحر: «ما يمدح فاعله، ولا يذم تاركة من

حيث هو تارك له»^(٤).

٢٠- وقال المرداوي: «ما أثيب فاعله ولو قولاً وعمل قلب ولم يعاقب

تاركة مطلقاً»^(٥).

التعريف المختار

قبل اختيار تعريف من التعريفات السابقة، أنبه على أمرين:

الأول: أن المندوب مطلوب ومأمور به^(٦): وهذا واضح من خلال تعريفات الذنب التي صُدّرت بالاقتضاء أو الاستدعاء، ولذا قال ابن عقيل: «ومن جعله أمراً حقيقة، قال: هو استدعاء أو اقتضاء الأعلى الأدنى بالفعل على وجه الأولى، أو على وجه لا يَأْثُم بتركه»^(٧).

وكذلك التصريح بأنه مأمور به، كما في تعريف كل من: إمام

(١) أصول ابن مفلح ٢٢٩/١.

(٢) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم، جلال الدين المحلي الشافعي الفقيه الأصولي المفسر، من مؤلفاته: شرح جمع الجوامع، وشرح الورقات كلاماً في أصول الفقه، وشرح المنهاج في الفقه، توفي سنة ٨٦٤ هـ. انظر ترجمته في: (طبقات المفسرين للدواودي ٨٤/٢، والبدر الطالع ١١٥/٢).

(٣) شرح المحلي مع حاشية الأنصاري ٢٣٦/١.

(٤) البحر المحيط ٢٨٤/١.

(٥) التحرير وشرحه التحبير ٩٧٨/٢، وانظر: شرح الكوكب ٤٠٢/١.

(٦) وهذه مسألة خلافية سيأتي الحديث عنها في مبحث مستقل.

(٧) الواضح لابن عقيل ٣٠/١، وانظر: ١٢٦/١ منه.

الحرمين في التلخيص، وتعريف الباجي، وتعريف ابن قدامة.
أو التصريح بأنه مطلوب، كما في تعريف الأمدى ومن تبعه كابن
الساعاتي، وابن الحاجب، والمحلي، وكذلك التعبير بـ (ما طلب) كما في
تعريف ابن جزي. أو التعبير بـ (الفعل المقتضى) أي: المطلوب، كما في
تعريف إمام الحرمين في البرهان.

الثاني: أن جميع التعريفات السابقة بينت ما يشترك فيه
المندوب والواجب وما يفترقان فيه، فهما يشتركان في أن كلاً منهما
مطلوب وممدوح ويثاب على فعله، وإن اختلفت درجات الطلب،
ففي الواجب الطلب جازم وفي المندوب غير جازم.

ويفترقان: في أن الواجب لا يجوز تركه مطلقاً أي: إلى غير بدل،
ومن تركه مطلقاً فهو مستحق للعقاب، ويذم على فعله هذا.

والمندوب يجوز تركه مطلقاً إلى غير بدل، ولا يلحق تاركه ذم ولا
عقاب؛ ولهذا تضمنت جميع التعريفات ما يشير إلى ذلك، وتفاوتت
في تقييد الترك بكونه مطلقاً. ولذا قال بعضهم: لا يعاقب أو لا يذم
تاركه، ولم يقيدوه بشيء اكتفاء بالنفي في قوله: لا يذم أو لا يعاقب،
فإنه يفيد العموم لكونه نكرة في سياق النفي كما صرح بذلك شراح
المنهاج للبيضاوي^(١).

وقيده بعضهم بقوله: لا يعاقب أو لا يذم تاركه مطلقاً.
وفائدة تقييد الترك بالإطلاق: إخراج الواجبات الثلاثة: الواجب

(١) معراج المنهاج للجزري ١/٥٤، والإبهاج ٢/١٥٥، ونهاية السؤل ١/٧٨، وشرح البدخشي ١/٦٢، وشرح
المنهاج للأصفهاني ١/٦٠.

المخير، والموسع، والكفائي. فإنه يذم تاركها مطلقاً، فإن من ترك بعض خصال الواجب المخير لا يذم إلا إذا ترك الواجب مطلقاً ولم يفعل شيئاً من خصاله، وكذا الموسع إذا تركه ليفعله في آخر الوقت لا يذم ولكن إذا تركه ولم يفعله حتى خرج الوقت فإنه يذم، ومثله الواجب الكفائي من تركه مطلقاً يذم، ومن تركه لقيام غيره به لا يذم. وبعضهم عبر بقوله: (تركه إلى غير بدل أو من غير حاجة إلى بدل) ليخرج الواجبات المذكورة كما تقدم.

وبعد ما تقدم من بيان لما اشتملت عليه تعريفات المندوب وما اتفقت عليه وما اختلفت فيه، ظهر لي أن أولى التعريفات في ذلك تعريف الآمدي، و يليه تعريف ابن جزي والمحلي: وتعريف الآمدي المختار هو: «المطلوب فعله شرعاً من غير ذم على تركه مطلقاً».

شرح التعريف وبيان محترزاته:

قوله: (المطلوب) جنس في التعريف يدخل فيه مطلوب الفعل ومطلوب الترك، وفيه إشارة إلى أن المندوب مأمور به. وقوله: (المطلوب فعله) أخرج المحرم والمكروه؛ فإن المطلوب تركهما لا فعلهما، وكذلك ما ليس بمطلوب لذاته كالمباح. وقوله: (شرعاً) إشارة إلى كون الطلب شرعياً لا عقلياً كما تقول المعتزلة. وقوله: (من غير ذم على تركه) أخرج الواجب؛ فإن تاركه مذموم. وقوله: (مطلقاً) أخرج الواجبات الثلاثة كما تقدم: الواجب المخير والموسع والكفائي.

المبحث الثاني: أسماء المندوب وأقسامه

المطلب الأول: تقسيم المندوب باعتبار أسمائه في المذاهب المختلفة

بعد اتفاق العلماء على ما تقدم من أن المندوب ما في فعله ثواب، وليس في تركه عقاب، اختلفت طريقتهم في بعض الألفاظ المشاركة للمندوب في حقيقته، مثل: السنة، والمستحب، والنفل، والتطوع، والفضيلة الخ، هل هي ألفاظ مترادفة أم أن بينها تفاوتاً؛ فتكون مراتب للمندوب وأقساماً له، والمتأمل في ذلك يجد أن لكل مذهب طريقة في ذلك، وعليه فإني سأذكر ما في كل مذهب من ذلك، ثم أثني بذكر ما قيل في معنى كل لفظ من الألفاظ السابقة:

أولاً: أسماء المندوب وأقسامه عند الحنفية

تشير كتب الحنفية إلى بعض أسماء المندوب مثل: السنة، والنفل، والتطوع، والمستحب^(١). كما تشير إلى أن النفل، والمندوب، والمستحب، والتطوع عندهم مترادفة.

قال البخاري^(٢) في كشف الأسرار: «وأما حد النفل، وهو المسمى بالمندوب والمستحب والتطوع، فقليل: ما فعله خير من تركه في الشرع وقيل: هو ما يمدح المكلف على فعله ولا يذم على تركه وقيل: هو المطلوب فعله شرعاً من غير ذم على تركه مطلقاً»^(٣).

(١) انظر: كشف الأسرار للبخاري ٣٠٢/٢، و ميزان الأصول للسمرقندي ص ٢٧-٢٨، وص ٣٤، وفتح الغفار ٦٦/٢.

(٢) هو: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين، البخاري الحنفي الفقيه الأصولي من مؤلفاته: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، وشرح أصول الأخسكيكي توفي سنة ٧٣٠ هـ انظر ترجمته في: (الجواهر المضبية ٢/ ٤٢٨، والفوائد البهية ص ٩٤).

(٣) كشف الأسرار للبخاري ٣٠٢/٢، وانظر ميزان الأصول للسمرقندي ص ٢٧-٢٨، وص ٣٤.

وأشار كثير منهم إلى ترادف النفل والتطوع^(١). وسيأتي في كلام ابن نجيم^(٢) أن الأصوليين لم يفرقوا بين هذه الألفاظ، وإنما فرق بينها الفقهاء.

والذي تذكره جل كتب الحنفية تقسيم المندوب إلى سنة ونفل^(٣) ثم قسموا السنة إلى سنة الهدى، وسنة الزوائد^(٤)، وعرفوها بما يأتي :

١- سنة الهدى: أخذها من تكميل الهدى أي: الدين، وهي التي تعلق بتركها كراهية أو إساءة، والإساءة دون الكراهة، ومثال سنة الهدى عند الحنفية: الأذان، والإقامة، والجماعة، والسنن الرواتب، ولهذا قال محمد في بعضها: إنه يصير مسيئاً، وفي بعضها: إنه يأثم، وفي بعضها: يجب القضاء، وهي سنة الفجر ولكن لا يعاقب بتركها؛ لأنها ليست بفريضة ولا واجبة.

وهذا القسم يسمى بالسنة المؤكدة كما أشار إلى ذلك بعض الحنفية^(٥). قال البخاري في كشف الأسرار: «وأما السنة فكل نفل واطب عليه رسول الله ﷺ مثل التشهد في الصلوات، والسنن الرواتب، وحكمها أنه

(١) أصول السرخسي/١/١١٥، وكشف الأسرار شرح المنار/١/٤٥٨.

(٢) هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بـ (ابن نجيم) الفقيه الأصولي الحنفي، من مؤلفاته: الأشباه والنظائر، وفتح الغفار، توفي سنة ٩٧٠هـ، انظر ترجمته في: طبقات الأصوليين/٢/٧٨.

(٣) قسم الحنفية الحكم إلى رخصة وعزيمة ثم قسموا العزيمة إلى أربعة أقسام: (فرض، وواجب، وسنة، ونفل). انظر: أصول السرخسي/١/١١٤، وأصول البزدي مع شرحه كشف الأسرار/٢/٣٠٠ وما بعدها، والمنار مع شرحه كشف الأسرار/١/٤٥٦-٤٥٨، والتوضيح/٢/١٢٤، والمغني للبخاري مع شرحه للمؤلف/١/١٢٥، والتقريب والتحجير/٢/١٤٩، وفتح الغفار/٢/٦٢-٦٧، ونور الأنوار/١/٤٥٦-٤٥٨.

(٤) انظر: أصول السرخسي/١/١١٤، وأصول البزدي مع شرحه كشف الأسرار/٢/٣١٠، والمنار مع شرحه كشف الأسرار/١/٤٥٦-٤٥٨، والتوضيح/٢/١٢٤، والمغني للبخاري مع شرحه للمؤلف/١/١٣٥، والتقريب والتحجير/٢/١٤٩، وفتح الغفار/٢/٦٥-٦٧، ونور الأنوار/١/٤٥٦-٤٥٨.

(٥) انظر: فتح الغفار/٢/٦٦.

يندب إلى تحصيلها، ويلام على تركها مع لحوق إثم يسير»^(١).

ويلاحظ في هذا القسم عند الحنفية أمور:

- أنه ما واطب عليه النبي ﷺ كما ذكر البخاري.

- أن حكم هذا النوع الاتباع حتى إنه قريب من الواجب^(٢)، قال السرخسي^(٣): «حكم السنة هو الاتباع، فقد ثبت بالدليل أن رسول الله ﷺ متبع فيما سلك من طريق الدين قولاً وفعلًا، وكذلك الصحابة بعده، وهذا الاتباع الثابت بمطلق السنة خال عن صفة الفرضية والوجوب إلا أن يكون من أعلام الدين، فإن ذلك بمنزلة الواجب في حكم العمل على ما قال مكحول^(٤) رحمه الله: السنة سنتان^(٥): سنة أخذها هدى وتركها ضلالة، وسنة أخذها حسن وتركها لا بأس به، فالأول نحو صلاة العيد والأذان والإقامة والصلاة بالجماعة، ولهذا لو تركها قوم استوجبوا اللوم والعتاب، ولو تركها أهل بلدة وأصروا على ذلك قوتلوا عليها ليأتوا بها»^(٦).

(١) كشف الأسرار ٢/٣٠٨.

(٢) كما صرح بذلك السرخسي في أصوله ١/١١٤، والخبازي في شرح المغني ١/١٣٦.

(٣) هو: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة، أحد أئمة الحنفية المجتهدين من مؤلفاته: المبسوط في الفقه، وشرح السير الكبير، وكتاب في الأصول انظر ترجمته في: (الجواهر المضية ٢/ ٧٨، والفوائد البهية ص ١٥٨).

(٤) هو: مكحول عالم أهل الشام أبو عبد الله بن أبي مسلم الهذلي الفقيه الحافظ مولى امرأة من هذيل، وأصله من كابل، وقيل: هو من أولاد كسرى، وباراه بدمشق بطرف سوق الأحد، وقال الزهري: العلماء ثلاثة فذكر منهم مكحول. وقال أبو حاتم: ما أعلم بالشام أفقه من مكحول. توفي سنة ١١٣ هـ انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ١/١٠٨.

(٥) هذا أصل تقسيم الحنفية للسنة.

(٦) أصول السرخسي ١/١١٤.

وقال الخبازي^(١): «وحكم السنة قريب من الواجب في المطالبة بالأداء، لكنهما تفاوتتا في جزاء الترك؛ فإن تارك السنة يستحق العتاب، وتارك الواجب يستحق العقاب، والعتاب دون العقاب، فكانت السنة دون الواجب؛ لتكون المؤاخظة على قدر المشروع كمالاً وقصداً»^(٢).

١- أن تارك سنة الهدى يلحقه اللوم والعتاب، قال في التحرير: «وتاركها مضلل ملوم»^(٣)، وقد تقدم أنه يتعلق بتركها كراهية أو إساءة، والإساءة دون الكراهة، وعند بعض العلماء أن ترك السنة المؤكدة قريب من الحرام يستحق حرمان الشفاعة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «من ترك سنتي لم ينل شفاعتي»^(٤).

٢- سنة الزوائد هي: التي ليس في فعلها تكميل للدين لكن فعلها أفضل من تركها، ولا يتعلق بتركها كراهة ولا إساءة، نحو تطويل القراءة في الصلاة، وتطويل الركوع والسجود، وسائر أفعاله صلى الله عليه وسلم التي يأتي بها في الصلاة في حالة القيام والركوع والسجود، وأفعاله خارج الصلاة من المشي واللبس والأكل، فإن العبد لا يطالب بإقامتها، ولا يأثم بتركها، ولا يصير مسيئاً، والأفضل أن يأتي بها.

قال ابن نجيم: «وكانهم أرادوا بها السنن التي ليست بمؤكدة التي

(١) هو: عمر بن محمد بن عمر الخبازي، الخجندي، الحنفي (جلال الدين، أبو محمد) فقيه، أصولي، من مؤلفاته: المغني في أصول الفقه، وحواش على الهداية في فروع الفقه الحنفي. وتوفي سنة ٦٩١ هـ، انظر ترجمته في: الجواهر المضية ٢/٦٦٨، وتاج التراجم ص ٢٢٠.

(٢) شرح المغني ١/١٣٦.

(٣) التحرير مع شرحه التقرير والتحبير ٢/١٤٩.

(٤) انظر فتح الغفار ٢/٦٦. ولم أقف على هذا الحديث بعد البحث عنه، وهو حديث لا أصل له، قال الألباني: إنه لا أصل له، انظر: تحذير الساجد ص ٣٩، وتلخيص صفة صلاة النبي ص ٣.

تارة يطلقون عليه اسم السنة، وتارة: المستحب، وتارة: المندوب، وقد فرق الفقهاء بين الثلاثة، فقالوا: ما واظب النبي عليه الصلاة والسلام على فعله من غير ترك ما بلا عذر سنة، وما لم يواظب عليه مستحب إن استوى فعله وتركه، ومندوب إن ترجح تركه على فعله بأن فعله مرة أو مرتين، والأصوليون لم يفرقوا بين المستحب والمندوب»^(١).

وحكم تارك سنن الزوائد أنه لا يستوجب إساءة ولا كراهة ولا لوم ولا عتاب^(٢).

٣- النفل: وهو ما يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه، وهذا تعريف له بحكمه، ومرادهم بعدم العقوبة عدم الإساءة على تركه.

قال ابن نجيم: «وظاهر كلامهم أن النفل ما لم يفعله ﷺ ولم يرغب فيه بخصوصه؛ لأنهم جعلوه مقابلاً للسنة بنوعيتها، أعني سنة الهدى والزوائد، ولذا قال في التوضيح: وهو دون سنن الزوائد^(٣)، فهو عبادة مشروعة؛ ولذا لم يرغب فيها الشارع بخصوصها، وأما الفقهاء فالنفل عندهم ما دعا إليه ﷺ خصوصاً وعموماً من غير إيجاب بدليل قولهم باب النوافل»^(٤).

من خلال ما تقدم يظهر أثر هذا التقسيم عند الحنفية في مدى قوة طلب كل واحد من الأقسام وما يترتب على تركه.

وقد أشرت في بداية الكلام عن أسماء المندوب وأقسامه أنهم ذكروا بعض الألفاظ التي تطلق على المندوب، وفي ما يأتي بيان لها:

(١) فتح الغفار/٢/٦٦.

(٢) فتح الغفار/٢/٦٦.

(٣) التوضيح/٢/١٢٥.

(٤) فتح الغفار/٢/٦٦.

- السنة: الطريقة المسلوكة في الدين من غير افتراض ولا وجوب^(١).
و قال السمرقندي^(٢) في الميزان: هي ما واطب عليه رسول الله ﷺ
ولم يتركه إلا لعذر^(٣).

- المستحب: مرادف للنفل كما تقدم، ولكن ذكر ابن نجيم: أن ما لم
يواظب عليه مستحب إن استوى فعله وتركه^(٤).

- التطوع: قال في الميزان: «هو اكتساب الخير طوعاً»^(٥).

وقال قبل ذلك: «التطوع في اللغة اسم لكل خير يباشره المرء عن
طوع واختيار من غير إيجاب موجب، وأما في عرف الشرع فمستعمل
على مقتضى اللغة»^(٦).

وقال النسفي^(٧) في كشف الأسرار شرح المنار: «والتطوع كالنفل،
فهو ما يأتي به العبد تطوعاً من غير إيجاب عليه، ولا يلام على تركه»^(٨).

ثانياً، أسماء المندوب وأقسامه عند المالكية

أشار بعض المالكية إلى ترادف الفضيلة والندب والمستحب، فهذه

(١) كشف الأسرار للبخاري ٢/٢٠٢، وانظر ميزان الأصول للسمرقندي ص ٢٧-٢٨، وص ٢٤.

(٢) هو: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، علاء الدين السمرقندي، الحنفي من مؤلفاته: تحفة الفقهاء، وميزان
الأصول توفي سنة ٥٣٩. انظر ترجمته في: (الجواهر المضية ٣/ ١٨، ٨٢، وتاج التراجم ص ٢٥٢).

(٣) ميزان الأصول ص ٢٤.

(٤) فتح الغفار ٢/ ٦٦، ومراده باستواء فعله وتركه أي من النبي صلى الله عليه وسلم أي: يكون فعله له
قدر تركه.

(٥) ميزان الأصول ص ٢٤.

(٦) ميزان الأصول ص ٢٨.

(٧) هو: عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي، الحنفي (حافظ الدين، أبو البركات) فقيه، أصولي مفسر،
متكلم، من مؤلفاته: المنار في أصول الفقه وشرحه كشف الأسرار، والعمدة في أصول الدين، توفي
سنة ٧١٠هـ انظر ترجمته في: تاج التراجم ص ١٧٤.

(٨) كشف الأسرار ١/ ٤٥٨.

الثلاثة معناها ما فعله النبي ﷺ مرة أو مرتين مما في فعله ثواب، وليس في تركه عقاب^(١).

قال في المراقي^(٢):

فضيلة والذنب والذي استحب ترادفت
وقال اليوسي^(٣): «قال بعض أصحابنا: المندوب له ألقاب: مندوب، ومسنون، ونفل، ومستحب، ومرغب فيه، وفضيلة، وتطوع، واختلاف ألفاظه يرجع إلى قوة تأكيد بعضها على بعض. فالسنة فوق الرغبة، والرغبة فوق المندوب، والمندوب فوق النافلة، والنافلة فوق الفضيلة، والفضيلة فوق التطوع، وذلك كله على حسب كثرة الأجر وقلته»^(٤).

والذي عليه أكثر المالكية تقسيم المندوب إلى ثلاثة أقسام: سنن، وרגائب، ونوافل^(٥). وأضاف بعضهم: التطوع^(٦)، وبعضهم: الفضيلة، والمستحب^(٧). قال ابن رشد^(٨): «وهو أي المندوب على ثلاثة أقسام: سنن، وרגائب، ونوافل: فالسنن: ما أمر به النبي ﷺ بفعله، واقترن

(١) انظر: نشر البنود ١/٣٢.

(٢) المراقي مع نشر البنود ١/٣٢.

(٣) هو: الحسن بن مسعود بن محمد اليوسي المالكي، من مؤلفاته: البذور اللوامع شرح جمع الجوامع، توفي سنة ١١٠٢ هـ انظر ترجمته في مقدمة البذور اللوامع ١/٣٠ وما بعدها.

(٤) البذور اللوامع ١/٢٦٨.

(٥) انظر: المقدمات ١/٤١، والقواعد للمقري ٢/٢٨٦-٢٨٨، ونشر البنود ١/٣٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٣١٢.

(٦) انظر: نشر البنود ١/٣٢.

(٧) انظر تقريب الوصول ص ٢١٥.

(٨) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي القرطبي، أبو الوليد، الفقيه الأصولي، زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب. له مصنفات كثيرة منها: البيان والتحصيل لما في المستخرجة من الوجوه والتعليل، وكتاب المقدمات. توفي سنة ٥٢٠ هـ انظر ترجمته في: الديباج المذهب ص ٢٧٩، وشجرة النور الزكية ص ١٢٩.

بأمره ما يدل على أن مراده الذنب، أو لم يقترن به قرينة على من يحمل الأوامر على الذنب ما لم يقترن بها ما يدل أن المراد به الوجوب، أو داوم النبي ﷺ على فعله بصفة النوافل والرغائب: ما داوم النبي ﷺ على فعله بصفة النوافل، ورغب فيه بقوله: من فعل كذا، فله كذا.

والنوافل: ما قرر الشرع أن في فعله ثواباً من غير أن يأمر النبي ﷺ به، أو يرغب فيه، أو يداوم عليه^(١).

ومن خلال ما ورد عن المالكية في تفسير هذه المصطلحات نجد الآتي:

١- السنة

السنة تطلق عند المالكية على ما يأتي^(٢):

- ما أمر به النبي ﷺ بفعله، واقتن بأمره ما يدل على أن مراده الذنب.
- أو لم يقتن به قرينة على من يحمل الأوامر على الذنب ما لم يقتن بها ما يدل أن المراد به الوجوب.
- أو داوم النبي ﷺ على فعله بصفة النوافل.
- أو فهم منه الدوام عليه لو تكرر سببه كصلاة الكسوف، أو ارتفع المانع منه.
- أو دعا إلى مثل ذلك فيه، أو فهم دعاؤه بدليل يقتضيه كالعمل.
- واختلفت المالكية في زيادة وصف آخر للسنة، وهو إظهار النبي ﷺ في جماعة، حيث اعتبره أكثر المالكية^(٣)، ولم يعتبره بعضهم، قال

(١) المقدمات ١/٤١.

(٢) انظر: المقدمات ١/٤١، والقواعد للمقري ٢/٢٨٦-٢٨٨، ونشر البنود ١/٢٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٣١٢.

(٣) الحدود ص ١١٤، ونشر البنود ١/٢٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٢١٢.

المقري^(١): «وزاد قوم على الدوام الإظهار، وبنى المالكية عليه خلافهم في ركعتي الفجر^(٢)».

وأقول: الإظهار ليس من مدلولها لغة، ولا دليل على اعتباره شرعاً. ثم إن ركعتي الفجر إن لم تكن سنة بالإظهار فهي سنة بالحض عليها (لا تدعوها وإن طردتكم الخيل)^(٣)، (ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها)^(٤)»^(٥).

- وعند ابن عبد الحكم^(٦) أن معنى السنة: ما كان مقدراً لا يزداد عليه ولا ينقص منه؛ ولذا جعل ركعتي الفجر من السنن^(٧).

٢- الرغبة

قال ابن رشد: «ما داوم النبي ﷺ على فعله بصفة النوافل، ورغب فيه بقوله: من فعل كذا، فله كذا»^(٨).

(١) هو: محمد بن أحمد بن بكر بن يحيى القرشي المقرئ يكنى أبا عبد الله، قاضي الجماعة بفاس فقيه مالكي، له مصنفات منها: القواعد، توفي سنة ٧٥٩ هـ. انظر ترجمته في: الديباج المذهب ص ٢٨٨، ونيل الابتهاج ص ٢٤٩، وما بعدها.

(٢) اختلف المالكية في ركعتي الفجر هل هما سنة أو رغبة على قولين: فمنهم من قال: هما سنة، ومنهم من قال: هما رغبة. وفائدة الخلاف تظهر في أمرين: تفاوت الثواب: لأن ثواب السنة أوفى من ثواب الرغبة، فعل السنة في المسجد أفضل من فعلها في البيوت بخلاف الرغبة.

وكل من السنة والرغبة لا بد له من نية تخصه، انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٣١٢.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الصلاة باب في تخفيف ركعتي الفجر- حديث رقم (١٢٥٨).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب صلاة المسافرين باب استحباب ركعتي سنة الفجر والمث عليهما حديث (١٧٢١).

(٥) القواعد ٢/٢٨٦-٣٨٧.

(٦) هو: أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم الفقيه الحافظ، من مؤلفاته: المختصرات الثلاثة: الكبير، والأوسط، والصغير، توفي سنة ٢١٤ هـ. انظر ترجمته في: الديباج المذهب ص ١٣٤، وشجرة النور الزكية ص ٥٩.

(٧) انظر: الحدود للباقي ص ١١٤.

(٨) المقدمات ١/٤١، وانظر: نشر البنود ١/٢٢.

وجعل ابن المقرئ الرغبة والفضيلة بمعنى واحد، فقال: «الفضيلة ما اختص من المندوب بزيادة لا تبلغ به درجة السنة، وتسمى رغبة، هذا مذهب مالك^(١)» (٢).

وقال الدسوقي^(٣): «ما رغب فيه الشارع وحده، ولم يفعله في جماعة، والمراد أنه حده تحديدا بحيث لو زيد فيه عمدا أو نقص عمدا لبطل»^(٤). فتحصل من هذا أن الرغبة عند المالكية ما توفر فيه أحد أمرين:
- ما رغب فيه الشارع بذكر الفضل المترتب عليه.

- ما داوم النبي ﷺ على فعله بصفة النوافل، لا بصفة السنة، أي لم يظهره في جماعة.

٣- النافلة

قال ابن رشد: «ما قرر الشرع أن في فعله ثواباً من غير أن يأمر النبي ﷺ به، أو يرغب فيه، أو يداوم عليه»^(٥).

وقال الدسوقي في تعريقه: «ما فعله النبي ﷺ ولم يداوم عليه، أي: يتركه في بعض الأحيان، ويفعله في بعض الأحيان وليس المراد أنه يتركه رأساً؛ لأن من خصائصه أنه إذا عمل عملاً من البر لا يتركه بعد ذلك رأساً»^(٦).

(١) هو: مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة المشهورين جمع بين الفقه والحديث، ألف الموطأ، توفي رحمه الله سنة ١٧٩ هـ انظر ترجمته في: (الانتقاء ص ٨، والديباج المذهب ص ١٧).

(٢) القواعد ٢٨٧/٢.

(٣) هو: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من مؤلفاته: حاشية على شرح الدردير لمختصر خليل، توفي سنة ١٢٣٠ هـ انظر ترجمته في: معجم المؤلفين ٨/٢٩٢.

(٤) حاشية الدسوقي ٣١٢/١.

(٥) المقدمات ٤١/١، وانظر: نشر البنود ٢٢/١.

(٦) حاشية الدسوقي ٣١٢/١.

٤- التطوع

التطوع عند المالكية: ما ينشئه الإنسان باختياره من الأوراد^(١) وجعله ابن جزي مرادفاً للمندوب: حيث قال: «أما المندوب فهو التطوع»^(٢).

٥- الفضيلة

جعل بعض المالكية الفضيلة مرادفة للمندوب كما تقدم في كلام صاحب المراقي. وبعضهم جعلها مرادفة للمستحب كما قال ابن جزي^(٣). وجعل ابن المقري الرغبة والفضيلة بمعنى واحد، فقال: «الفضيلة ما اختص من المندوب بزيادة لا تبلغ به درجة السنة، وتسمى رغبة، هذا مذهب مالك»^(٤).

الترتيب بين هذه الأقسام عند المالكية على النحو التالي:

ذكر ابن جزي الترتيب بين هذه الأقسام بقوله:

«أعلاها السنة، ودونها المستحب وهو الفضيلة ودونها النافلة»^(٥).

وقال اليوسي: «فالسنة فوق الرغبة، والرغبة فوق المندوب، والمندوب فوق النافلة، والنافلة فوق الفضيلة، والفضيلة فوق التطوع، وذلك كله على حسب كثرة الأجر وقلته»^(٦).

(١) انظر: نشر البنود ١/ ٢٢.

(٢) تقريب الوصول ص ٢١٦.

(٣) تقريب الوصول ص ٢١٦.

(٤) القواعد ٢/ ٣٨٧.

(٥) تقريب الوصول ص ٢١٦.

(٦) البدور اللوامع ١/ ٢٦٨.

ما يترتب على هذا التقسيم:

قد نبه حلولو^(١) في الضياء اللامع على ما يترتب على هذا التقسيم، حيث قال: «وقد فرق أصحابنا بين تارك السنة في الصلاة وتارك الفضيلة، فقالوا: لا يسجد للفضيلة، ولا للمستحب، وإن سجد لذلك بطلت صلاته»^(٢).

ثالثاً: أسماء المندوب وأقسامه عند الشافعية

ذهب جمهور الشافعية أن السنة، والمستحب، والمندوب، والتطوع، والنفل، والمرغب فيه، والحسن، كلها بمعنى واحد، وهو ما رجّح الشرع فعله على تركه، وجاز تركه^(٣).

وذهب بعضهم إلى أن لكل لفظ معنى يخصه، وقد ذكر الزركشي خمسة أوجه عندهم^(٤):

الوجه الأول: ما ذكرناه هنا عن جمهور الشافعية.

الوجه الثاني: للقاضي حسين^(٥) والبغوي^(٦) أن ما عدا الفرائض ثلاثة أقسام:

(١) هو: أحمد بن خلف بن حلولو القروي، المغربي المالكي، نزيل تونس فقيه، أصولي. من مؤلفاته: شرح مختصر الشيخ خليل في فروع الفقه الحنبلي، شرح جمع الجوامع للسبكي، شرح التتقيح للقرافي، شرح الإشارات للباجي. انظر ترجمته في: معجم المؤلفين ١/٢١٥.

(٢) الضياء اللامع ١/١٢١.

(٣) انظر: المحصول ١/١٢٩، والإبهاج ٢/١٥٧، ونهاية السؤل ١/٧٩، وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع ١/١٦٨، والبحر المحيط ١/٢٨٤-٢٨٥.

(٤) انظر: البحر المحيط ١/٢٨٤-٢٨٥.

(٥) هو: حسين بن محمد بن أحمد المروزي، وقيل: المروزي بالذال، شيخ الشافعية بخراسان، من مؤلفاته: التعليقة الكبرى، والفتاوى، توفي سنة ٤٦٢ هـ انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات ١/١٦٤، وسر أعلام النبلاء ١٨/٢٦٠).

(٦) انظر: الإبهاج ٢/١٥٧، وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع ١/١٦٨. والبغوي هو: الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي المفسر، من مؤلفاته: شرح السنة، ومعالم التنزيل، والمصابيح، والتهذيب في المذهب، توفي سنة ٥٢٦ هـ انظر ترجمته في: (سير أعلام النبلاء ١٩/٤٣٩-٤٤٣، وطبقات الشافعية للأسنوي ١/١٠١).

- سنة: وهي ما واطب عليها النبي ﷺ .

- ومستحب: وهو ما فعله مرة أو مرتين، وألحق بعضهم به ما أمر به ولم ينقل أنه فعله .

- وتطوعات: وهو ما لم يرد فيه بخصوصه نقل، بل يفعله الإنسان ابتداء كالنوافل المطلقة، ورده القاضي أبو الطيب^(١) في «المنهاج» بأن النبي ﷺ حج في عمره مرة واحدة، وأفعاله فيها سنة، وإن لم تتكرر، والاستسقاء من الصلاة والخطبة لم ينقل إلا مرة، وذلك سنة مستحبة.

الوجه الثالث: أن النفل والتطوع لفظان مترادفان، وهما ما سوى الفرائض والسنن، والمستحب، ونحو ذلك أنواع لها.

الوجه الرابع: قاله الحلبي^(٢): السنة ما استحب فعله وكره تركه، والتطوع ما استحب فعله ولم يكره تركه.

الوجه الخامس: حكاه صاحب المطلب^(٣) وهو أن:

- السنة ما فعله ﷺ .

- والمستحب ما أمر به سواء فعله أو لا، أو فعله ولم يداوم عليه،

فالسنة إذا مأخوذة من الإدامة .

(١) هو: طاهر بن عبدالله بن طاهر بن عبد الله القاضي، أحد أئمة المذهب الشافعي وشيوخه، من مؤلفاته: التعلية، والمجرد، وشرح الفروع، توفي سنة ٤٥٠ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٢٢٦/١، وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٥٠) .

(٢) هو: الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم الحلبي، قال عنه الحاكم: دكان شيخ الشافعيين بما وراء النهر وأديبهم، وأنظرهم بعد أستاذيه: القفال الشافعي، والأورني، من مؤلفاته: شعب الإيمان، وآيات الساعة، انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للأسنوي ١٩٤/١، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١٧٨/١) .

(٣) أي: صاحب المطلب العالي، وهو ابن الرفعة، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، من مؤلفاته: شرح التنبيه المسمى بالكفاية، والمطلب شرح الوسيط، توفي سنة ٧١٠ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ١٧٧/٥، وطبقات الشافعية للأسنوي ٢٧٩/١) .

- وقيل: السنة ما ترتب كالرواتب مع الفرائض،
- والنفل والندب ما زاد على ذلك .

فتحصل من مجموع ما ذكره الشافعية في معاني هذه الألفاظ ما يأتي:
١- السنة:

ما واطب عليها النبي ﷺ .
وقال الحلبي: ما استحب فعله، وكره تركه.
وقيل: ما فعله النبي ﷺ .
وقيل: ما ترتب كالرواتب مع الفرائض.

٢- المستحب

قال القاضي حسين: ما فعله النبي ﷺ مرة أو مرتين^(١).
قال الزركشي: «والحق بعضهم به ما أمر به، ولم ينقل أنه فعله»^(٢).
وقيل: المستحب ما أمر به سواء فعله أو لا، أو فعله ولم يداوم عليه.

٣- التطوع

قال القاضي حسين والبلغوي: التطوع ما ينشئه الإنسان باختياره،
ولم يرد فيه نقل^(٣).

ونقل الزركشي في البحر عن القاضي حسين والبلغوي أن التطوع: ما
لم يرد بخصوصه نقل، بل يفعله الإنسان ابتداء كالنوافل المطلقة^(٤).
والمعنى واحد.

(١) انظر البحر المحيط ٢٨٤/١، وتشنيف المسامع ١/١٦٨.

(٢) البحر المحيط ٢٨٤.

(٣) انظر: الإبهاج ٢/١٥٧، وجمع الجوامع مع تشنيف المسامع ١/١٦٨.

(٤) انظر: البحر المحيط ١/٢٨٤.

٤- النفل

حكى الزركشي وجهاً عند الشافعية أن النفل والتطوع لفظان مترادفان، وهما ما سوى الفرائض والسنن، والمستحب، ونحو ذلك أنواع لها^(١).

رابعاً، أسماء المندوب وأقسامه عند الحنابلة

عند جمهور الحنابلة أن المندوب يسمى: سنة، ومستحباً، وتطوعاً، وطاعة، ونفلاً، وقربة، ومرغباً فيه، وإحساناً^(٢).

قال ابن حمدان^(٣) في مقنعه: «ويسمى الذنب: تطوعاً، وطاعة، ونفلاً، وقربة، أجماعاً»^(٤).

وقال ابن قاضي الجبل^(٥) في أصوله: «ومن أسمائه: النفل، والتطوع، والمرغب فيه، والمستحب، والإحسان».

وقيد بعضهم قوله: إحساناً، إن كان نفعاً للغير مقصوداً.

وقال الشيخ أبو طالب^(٦) مدرس المستنصرية من الحنابلة في حاويه

(١) انظر البحر المحيط ١/٢٨٤.

(٢) انظر: التحرير مع التحرير ٢/٩٧٩، وشرح الكوكب المنير ١/٤٠٣، والمدخل لابن بدران ص ١٥٢.

(٣) هو أحمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان، أبو عبد الله، النمري الحراني. فقيه حنبلي، أديب. من مؤلفاته: الرعاية الكبرى، والرعاية الصغرى كلاهما في الفقه، وصفة المفتي والمستفتي، توفي سنة ٦٩٥ هـ. انظر ترجمته في: شذرات الذهب ٥/٤٢٨، والأعلام ١/١١٩، ومعجم المؤلفين ١/٢١١.

(٤) انظر: التحرير مع التحرير ٢/٩٧٩، وشرح الكوكب المنير ١/٤٠٣.

(٥) هو: أحمد بن الحسن بن عبد الله ابن قدامة، جمال الإسلام، شرف الدين، ابن قاضي الجبل: شيخ الحنابلة في عصره. له مصنفات منها: (الفائق) في فروع الفقه، و (أصول الفقه) لم يكمله. توفي سنة ٧٧١ هـ. انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة ٢/٤٥٢، والمدخل إلى مذهب أحمد ص ٤١٠.

(٦) هو: عبد الرحمن بن عمر بن أبي القاسم بن علي بن عثمان البصري، الفقيه الضرير، الإمام نور الدين أبو طالب، وله تصانيف عديدة، منها: كتاب جامع العلو في تفسير كتاب الله الحي القيوم، وكتاب الحاوي في الفقه، والكافي في شرح الخرقى، والواضح في شرح الخرقى، والشافي في المذهب، توفي سنة ٦٨٤ هـ. انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة ٢/٣١٢.

الكبير: (إن المندوب ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يعظم أجره يسمى سنة .

والثاني: ما يقل أجره يسمى نافلة .

والثالث: ما يتوسط في الأجر بين هذين، فيسمى فضيلة ورغيبة .

وما واظب على فعله غير مظهر له، ففيه وجهان:

أحدهما: تسميته سنة، نظرا إلى المواظبة .

والثاني: تسميته فضيلة، نظرا إلى ترك إظهاره. وهذا كركعتي الفجر^(١).

قال المرداوي: «ركعتا الفجر يسميان سنة بلا نزاع، وهما من أعلى

السنن لعظم أجرهما، وقد قال النبي ﷺ: (ركعتا الفجر خير من الدنيا

وما فيها)^(٢)، وهما أكد السنن، فذكر الوجهين في ذلك، كونها سنة أو

فضيلة، وأن الفضيلة أحط رتبة من السنة غير صحيح. فإن الأصحاب

نصوا على أنها أفضل السنن الرواتب. وقال في المستوعب بعد أن قال:

«قال القاضي في الغسلات الثلاث في الوضوء: الأولى: فريضة، والثانية:

فضيلة، والثالثة: سنة» - : «إذا قيل لك: أي موضع تقدم فيه الفضيلة على

السنة ؟ فقل: هنا» . فظاهره: أن السنة أعلى من الفضيلة^(٣).

المطلب الثاني: تقسيم المندوب باعتبار الفاعل

ينقسم المندوب باعتبار الفاعل إلى قسمين^(٤):

(١) التحبير للمرداوي ٢/٩٧٩-٩٨٢.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) التحبير للمرداوي ٢/٩٧٩-٩٨٢.

(٤) انظر: شرح تنقيح الفصول مع شرحه كشف النقاب ٢/٦٢٥، والفرق للقرافي ١/١١٧، وجمع الجوامع

مع شرح المحلي وحاشية الأنصاري ١/٢٥٤، والتمهيد للأسنوي ص ٧٥، والبحر المحيط ١/٢٩١-٢٩٣،

والتحبير للمرداوي ٢/٨٨٨، وشرح الكوكب المنير ١/٣٧٤، وتيسير التحرير ٢/٢١٢، ونشر البنود ١/٢٠٠.

الأول: سنة العين: وهو ما طلب حصوله استحباباً من كل شخص.

ومثاله: الوتر، وصيام الأيام الفاضلة، وصلاة العيدين.

الثاني: سنة الكفاية: هي: مهم يقصد حصوله من غير نظر بالذات

إلى فاعله، كابتهاء السلام، وتشميت العاطس، والتسمية للأكل من جهة

جماعة في الثلاث مثلاً^(١). الفرق بين فرض الكفاية وسنة الكفاية

سنة الكفاية تتفق مع فرض الكفاية في بعض الأمور وتخالفه في أخرى.

تتفق معه في ما يأتي^(٢):

أحدها: أنها من حيث التمييز عن سنة العين، مهم بقصد حصوله

من غير نظر بالذات إلى فاعله.

ثانيها: أنها أفضل من سنة العين عند من يرى أن فرض الكفاية أفضل

من فرض العين، لسقوط الطلب بقيام البعض بها عن الكل المطلوبين بها^(٣).

ثالثها: أنها مطلوبة من الكل عند الجمهور كفرض الكفاية^(٤).

رابعها: أنها تتعين بالشروع فيها أي: تصير به سنة عين يعني

مثلاً في تأكد طلب الإتمام على الأصح^(٥).

قال ابن دقيق العيد: «ويفارق فرض الكفاية سنة الكفاية في أن فرض الكفاية

لا ينافيه الاستحباب في حق من زاد على القدر الذي سقط به الفرض، والسنة على

الكفاية ينافيها الاستحباب فيما زاد من ذلك الوجه الذي اقتضى الاستحباب»^(٦).

(١) انظر: شرح المحلى وحاشية الأنصاري ٢٥٤/١.

(٢) انظر: شرح المحلى وحاشية الأنصاري ٢٥٤/١.

(٣) انظر: البحر المحيط ٢٥١/١.

(٤) انظر: البحر المحيط ٢٤١/١.

(٥) انظر: المصدر السابق ٢٤١/١.

(٦) انظر: البحر المحيط ٢٩٢/١..

المبحث الثالث: طرق معرفة المندوب وأهميته

المطلب الأول: طرق معرفة المندوب

لمعرفة المندوب طرق كثيرة منها:

أولاً: صيغة الأمر^(١) المصروفة عن الوجوب إلى النذب، مثل: الأمر في قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَحْدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَءَاتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَّتَكُمْ عَلَى الْإِغْلَاءِ إِنْ أَرَدْتُمْ نَحْصَنَ الْبَنَاتِغُوا عَرْضَ الْحَيَوةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ (٣٣) ﴿٢﴾ فالأمر في الآية محمول على النذب عند جماهير العلماء، قال القرطبي^(٣) رحمه الله: «وتمسك الجمهور بأن الإجماع منعقد على أنه لو سأله أن يبيعه من غيره لم يلزمه ذلك، ولم يجبر عليه، وإن ضوعف له في الثمن. وكذلك لو قال له: اعتقني أو دبّرني أو زوجني لم يلزمه ذلك بإجماع، فكذلك الكتابة؛ لأنها معاوضة؛ فلا تصح إلا عن تراض»^(٤).

(١) للأمر صيغ تدل على وجوب طلب الفعل إذا تجردت عن القرائن الصارفة عن الوجوب، وهي أربع:

١- فعل الأمر: مثل: قوله تعالى: (أقم الصلاة).
٢- المضارع المجزوم بلام الأمر: مثل قوله تعالى: (ثم ليقتضوا نفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق).

٣- اسم فعل الأمر: مثل قوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}.

٤- المصدر النائب عن فعل الأمر: مثل قوله تعالى: (فضرب الرقاب).

انظر: الإبهاج ١٠١٦/٢، والبحر المحيط ٣٥٦/٢، ومذكرة الشيخ الأمين ص ١٨٨.

(٢) سورة النور: ٣٣.

(٣) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري، الخزرجي، الأندلسي، القرطبي المالكي المفسر من مصنفاته: جامع أحكام القرآن في التفسير، والتذكار في أفضل الأذكار، والتذكرة. توفي سنة ٦٧١ هـ. انظر

ترجمته في: الديباج المذهب ص ٣١٧، وطبقات المفسرين للساودي: ٦٩/١.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٢٤٥/١٢، وانظر: التحبير للمرداوي ٢١٨٥/٥.

ثانياً: فعل النبي ﷺ وقد ذكر العلماء سبع حالات يكون فيها فعله **محمولاً على الذنب، وهي (١):**

١- أن يثبت بقوله ونصه **ﷺ** أن فعله على سبيل الذنب والاستحباب، ومثاله: حديث أسامة بن زيد (٢) قال قلت: يا رسول الله إنك تصوم حتى لا تكاد تفطر، وتفطر حتى لا تكاد أن تصوم إلا يومين إن دخلا في صيامك وإلا صمتها قال: أي يومين، قلت: يوم الإثنين ويوم الخميس، قال: ذاك يومان تعرض فيهما الأعمال على رب العالمين فأحب أن يعرض عملي وأنا صائم (٣). فبين **ﷺ** أنه استحب صيام اليومين المذكورين لما ذكره من عرض الأعمال، ولو كان صومهما واجبا لبيّنه.

٢- أن يكون الفعل بياناً لقول دال على الذنب، أو امتثالاً له.

٣- أن يسوّي بين الفعل وفعل آخر مندوب، والتخيير تسوية، لأنه لا خير بين ما هو مندوب وما ليس بمندوب.

٤- أن يكون وقوع الفعل مع قرينة قد تقرر في الشريعة أنها أمانة

للذنب، كصلاة الرسول **ﷺ** الوتر على الراحلة (٤)، فإنه دليل على أن

(١) انظر: المحصول للرازي ١/٣/٢٨١-٢٨٢، المحقق من علم الأصول لأبي شامة ص ١٥٦، والبحر المحيط ٤/ ١٨٨، وأفعال الرسول **ﷺ** للأشقر ١/ ١٧٨، وأفعال الرسول **ﷺ** للعروسي ص ١٨٢.

(٢) هو الصحابي الجليل: أسامة بن زيد بن حارثة، الحبُّ بنُ الحبِّ، يكنى أبا محمد، ويقال (أبو زيد) ولد في الإسلام، ومات النبي صلى الله عليه وسلم، وله عشرون سنة وقيل ثمانين سنة، وكان أمره على جيش عظيم، فمات النبي صلى الله عليه وسلم قبل أن يتوجه، فأنفذه أبو بكر رضي الله عنه، توفي رضي الله عنه في آخر خلافة عثمان رضي الله عنه، انظر ترجمته في: (الاستيعاب) ١/ ٢٤٤، والإصابة: ١/ ٤٦).

(٣) أخرجه النسائي في سننه صوم النبي صلى الله عليه وسلم حديث رقم (٢٣٥٨). قال الألباني: حسن صحيح (صحيح الترمذي والتهذيب ١/ ٢٥٢).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الوتر باب الوتر في السفر حديث رقم (١٠٠٠)، ومسلم في صحيحه كتاب صلاة المسافرين باب جواز صلاة النافلة على الدابة في السفر حيث توجهت حديث رقم (١٦٥٢)، والترمذي في سننه الصلاة باب ما جاء في الوتر على الراحلة حديث (٢٢٣).

الوقت ليس بواجب؛ لأن الفرائض لا تصلى على الراحة.

٥- أن يقع الفعل قضاء لمندوب، كالركعتين بعد العصر، صلاهما النبي ﷺ بدلا عن الركعتين التي بعد الظهر^(١).

٦- المواظبة على الفعل في العبادة مع الإخلال به أحيانا لغير عذر ولا نسخ، فالمواظبة تدل على أنه طاعة وقربة، وتركه أحيانا يدل على أنه ليس بواجب.

٧- أن يعلم من قصده ﷺ أنه قصد القربة بذلك الفعل، فيعلم أنه راجح الوجود، ثم تعرف انتفاء الوجوب بحكم الاستصحاب؛ فيثبت النذب .

ثالثاً: التعبير بالنذب أو بعض أسمائه كالاستحباب والتطوع والنافلة وما تصرف من ذلك^(٢). قال ابن عقيل: «أصرح صيغة في النذب: افعل فقد نذبتك، أو نذبتك إلى كذا وكذا، أو أستحب لك أن تفعل كذا، فهذه ألفاظ لا يقع الخلاف فيها؛ لأنها صريحة فيما وضعت له»^(٣)، ومن ذلك التعبير بالألفاظ التالية:

١- التعبير بلفظ النذب وما تصرف منه. ومن أمثلة ذلك:

حديث جابر بن عبد الله^(٤) قال نذب النبي ﷺ الناس - قال صدقة أظنه - يوم الخندق فانتدب الزبير، ثم نذب فانتدب الزبير، ثم

(١) في صحيح البخاري المغازي باب وفد عبد القيس حديث (٤٢٧٠)، وفي صحيح مسلم كتاب العيدين (٨٢٤).

(٢) انظر: الأساليب الشرعية الدالة على الأحكام التكليفية ص ٣٢٨-٣٦٦.

(٣) الواضح ٤٥٩/٢.

(٤) هو: الصحابي الجليل جابر بن عبد الله بن حرام بن كعب الأنصاري الصحابي الجليل، أحد المكرمين عن النبي ﷺ توفي - رضى الله عنه - سنة ٧٨ هـ انظر ترجمته في: (الاستيعاب ٢٢٢/١، والإصابة ٢١٤/١).

ندب الناس فانتدب الزبير فقال النبي ﷺ «إن لكل نبي حوارياً، وإن حوارِيَّ الزبير بن العوام»^(١)»^(٢).

٢- التعبير بلفظ الاستحباب وما تصرف منه. ومن أمثلة ذلك: حديث أبي برزة الأسلمي^(٣): «كان يستحب أن يؤخر العشاء التي تدعونها العتمة، وكان يكره النوم قبلها والحديث بعدها»^(٤).

٣- التعبير بلفظ التطوع وما تصرف منه، ومن أمثلة ذلك: قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَلْمِزُونَ الْمُطَّوِّعِينَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فِي الصَّدَقَاتِ وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ فَيَسْخَرُونَ مِنْهُمْ سَخِرَ اللَّهُ مِنْهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٥) أي: يلمزون المتطوعين، وهم المتبرعون بأموالهم.

- حديث أم حبيبة^(٦) زوج النبي ﷺ أنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول «ما من عبد مسلم يصلي لله كل يوم ثنتي عشرة ركعة تطوعاً غير

(١) هو: الصحابي الجليل الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب القرشي الأسدي، أبو عبد الله، حوارِي رسول الله ﷺ وابن عمته. أمه صفية بنت عبد المطلب، وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى، انظر ترجمته في: الإصابة ٥٢٦/١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الجهاد والسير باب هل يبعث الطليعة وحده حديث (٢٨٤٧).

(٣) هو: الصحابي الجليل أبو برزة الأسلمي: مشهور. واسمه نضلة بن عبيد على الصحيح، وقيل: ابن عبد الله، وقيل: ابن عائذ، وقيل: عبد الله بن نضلة، وقيل بالتصغير: وقال الهيثم بن عدي: خالد بن نضلة، انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢٥/٤، والإصابة ٢٠/٤.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب صلاة المسافرين باب فضل السنن الرواتب بعد الفرائض حديث (١٧٢٩).

(٥) سورة التوبة: ٧٩.

(٦) هي: رمة بنت أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس الأموية زوج النبي ﷺ تكنى أم حبيبة، وهي بها أشهر من اسمها، وقيل: بل اسمها هند، ورمة أصح أمها صفية بنت أبي العاص بن أمية. انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢٩٦/٤، والإصابة ٢٩٩/٤.

فريضة إلا بنى الله له بيتاً في الجنة أو إلا بنى له بيت في الجنة»^(١).

٤- التعبير بلفظ النافلة وما تصرف منها، ومن أمثلة ذلك:

- قول الله تعالى: ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ عَسَىٰ أَنْ يَبْعَثَكَ رَبُّكَ مَقَامًا مَّحْمُودًا﴾^(٢).

- حديث أبي ذر^(٣) قال: قال لي رسول الله ﷺ: «كيف أنت إذا كانت عليك أمراء يؤخرون الصلاة عن وقتها أو يمتنون الصلاة عن وقتها». قال: قلت: فما تأمرني قال: «صل الصلاة لوقتها، فإن أدركتها معهم فصل فإنها لك نافلة»^(٤).

رابعاً: الترغيب في الفعل بمدح فاعله، وبيان ما يترتب عليه من الأجر والثواب، وما أشبه ذلك، وقد ذكر العز بن عبد السلام^(٥) رحمه الله عدداً من الأساليب الدالة على طلب الفعل في كتابه الإمام^(٦)، وتبعه

(١) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب صلاة المسافرين باب فضل السنن الرواتب بعد الفرائض حديث (١٧٢٩).

(٢) سورة الإسراء: ٧٩.

(٣) هو: الصحابي الجليل جندب بن جنادة أبو ذر الغفاري، كان إسلام أبي ذر قديماً، فيقال: بعد ثلاثة، ويقال: بعد أربعة، وقد روي عنه أنه قال: أنا رابع الإسلام، ثم رجع إلى بلاد قومه بعدما أسلم فأقام بها حتى مضت بدر وأحد والخندق ثم قدم على النبي ﷺ المدينة فصاحبه إلى أن مات ﷺ، انظر ترجمته في: الاستيعاب ٦٢/٤، والإصابة ٦٢/٤.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب كراهية تأخير الصلاة عن وقتها. حديث رقم (١٤٩٧).

(٥) هو: عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم السلمي الملقب بـ (سلطان العلماء) الفقيه الأصولي. له مؤلفات نافعة منها: القواعد الكبرى المعروف بـ (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) والقواعد الصغرى المعروف بـ (اختصار المقاصد) وتفسير القرآن، توفي سنة ٦٦٠ هـ. انظر ترجمته في: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي: ٨٠/٥، وطبقات الشافعية للإسنوي: ٨٤/٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبة: ١٠٩/٢.

(٦) انظر: الإمام للعز فإنه قد توسع في ذلك، حيث ذكر ثلاثة وثلاثين أسلوباً، وذكر الأمثلة عليها ص ٨٧-١٠٣.

في ذلك ابن القيم^(١) رحمه الله حيث قال: «كل فعل عظمه الله ورسوله، ومدحه أو مدح فاعله لأجله، أو فرح به أو أحبه أو أحب فاعله أو رضي به أو رضي عن فاعله أو وصفه بالطيب أو البركة أو الحسن أو نصبه سببا لمحبه أو لثواب عاجل أو آجل أو نصبه سببا لذكره لعبده أو لشكره له أو لهديته إياه أو لإرضاء فاعله أو لمغفرة ذنبه وتكفير سيئاته أو لقبوله أو لنصرة فاعله أو بشاره فاعله بالطيب أو وصف الفعل بكونه معروفا أو نفي الحزن والخوف عن فاعله أو وعده بالأمن أو نصبه سببا لولايته أو أخبر عن دعاء الرسل بحصوله أو وصفه بكونه قربة أو أقسم به أو بفاعله، كالقسم بخيل المجاهدين وإغارتها أو ضحك الرب جل جلاله من فاعله أو عجبه به فهو دليل على مشروعيته المشتركة بين الوجوب والندب»^(٢).

المطلب الثاني: أهمية المندوب

للمندوب أهمية كبيرة تتجلى من خلال ما يلي:

- أن المندوب حمى يحمي الواجب من الضياع، وسياج وحصن منيع يمنع التعدي على الواجبات، فمن حافظ على المندوبات، كان أشد محافظة على الواجبات، ومن تساهل في المندوبات وتركها، ربما أدى به ذلك إلى التساهل في الواجبات، وكان كالراعي يرعى حول

(١) هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي ثم الدمشقي، الفقيه، الأصولي المفسر النحوي، شمس الدين، أبو عبد الله، ابن قيم الجوزية، أخذ العلم عن كثيرين من أشهرهم شيخ الإسلام ابن تيمية حيث لازمه مدة طويلة، ومصنفاته كثيرة ونافعة منها: إعلام الموقعين، وزاد المعاد، وبيائع الفوائد، توفي سنة ٧٥١ هـ انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة: ٤٧/٢، ومختصر طبقات الحنابلة لابن الشطي ص ٦٨.

(٢) بدائع الفوائد ٤/٤.

الحمى يوشك أن يرتفع فيه.

- أن المندوب خادم للواجب، ومهيئ له سواء تقدمه أم قارنه أم لحقه، وفي ذلك يقول الشاطبي^(١) رحمه الله: «المندوب إذا اعتبرته اعتباراً أعم من الاعتبار المتقدم وجدته خادماً للواجب؛ لأنه إما مقدمة له، أو تذكاري به؛ كان من جنس الواجب أولاً.

فالذي من جنسه: كنوافل الصلوات مع فرائضها، ونوافل الصيام والصدقة والحج وغير ذلك مع فرائضها.

والذي من غير جنسه: كطهارة الخبث في الجسد والثوب والمصلى، والسواك، وأخذ الزينة، وغير ذلك مع الصلاة، وكتعجيل الإفطار، وتأخير السحور، وكف اللسان عما لا يعنى مع الصيام، وما أشبه ذلك فإذا كان كذلك فهو لاحق بقسم الواجب بالكل وقلما يشذ عنه مندوب يكون مندوباً بالكل والجزء»^(٢).

- أن المندوب يجبر ما في الواجب من نقص، وقد وردت النصوص بذلك، منها قوله ﷺ: «إِنَّ أَوَّلَ مَا يُحَاسَبُ بِهِ الْعَبْدُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ عَمَلِهِ: صَلَاتُهُ، فَإِنْ صَلَحَتْ، فَقَدْ أَفْلَحَ وَأَنْجَحَ، وَإِنْ فَسَدَتْ، فَقَدْ خَابَ وَخَسِرَ، فَإِنْ انْتَقَصَ مِنْ فَرِيضَتِهِ شَيْئًا، قَالَ الرَّبُّ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: انْظُرُوا، هَلْ لِعَبْدِي مِنْ تَطَوُّعٍ؟ فَيَكْمَلُ بِهَا مَا انْتَقَصَ مِنَ الْفَرِيضَةِ،

(١) هو: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الغرناطي، أبو إسحاق الشهير بالشاطبي فقيه، أصولي مفسر، محدث لغوي، (له استنباطات جليلة ودقائق منيفة وفوائد لطيفة، وأبحاث شريفة، وقواعد محررة). له مصنفات نافعة منها: الاعتصام، والموافقات في أصول الفقه، توفي سنة ٧٩٠هـ انظر ترجمته في: نيل الابتهاج بطريرك الديباج ص ٤٦، وشجرة النور الزكية ص ٢٣١، والفتح المبين ٢/٢٠٤.

(٢) الموافقات ١/١٥١.

ثم يكون سائر عمله على ذلك»^(١). أي: وسائر الفرائض مع سننها ونوافلها كذلك يجبر بها نقصها.

- أن الله عز وجل يرفع به منزلة العبد ويعطيه عليه الأجر العظيم، كما قال النبي ﷺ فيما يرويه عن ربه تبارك وتعالى: «وما يزال عبدي يتقرب إلي بالنوافل حتى أحبه، فإذا أحببته كنت سمعه الذي يسمع به، وبصره الذي يبصر به، ويده التي يبطش بها ورجله التي يمشي بها، وإن سألني لأعطينه، ولئن استعاذني لأعيذنه»^(٢).

المبحث الرابع: حكم المندوب

مما تقدّم يعلم أن المندوب يجوز تركه إلى غير بدل، وأن تاركه لا يأثم ولا يستحق العقاب، وأن ذلك مما يميزه عن الواجب الذي لا يجوز تركه مطلقاً، وأن تاركه آثم مستحق للعقاب. لكن ينبغي التنبيه هنا على أمور:

الأمر الأول: أن بعض العلماء شدد في ترك السنة المؤكدة، واعتبرها قريباً من الواجب كما تقدم عند الحنفية^(٣)، وحكمها أنه يندب إلى تحصيلها، ويلام على تركها مع لحوق إثم يسير^(٤)، وإذا كانت من أعلام

(١) أخرجه الترمذي في سننه كتاب الصلاة باب ما جاء أن أول ما يحاسب به العبد يوم القيامة الصلاة حديث رقم ٤١٥، وقال: حسن غريب، والنسائي، حديث رقم ٤٦٥، وابن ماجه في سننه كتاب إقامة الصلاة والسنة باب ما جاء في أول ما يحاسب به العبد الصلاة حديث رقم ١٤٩١. وصححه الألباني (مشكاة المصابيح/١/٢٩٧).

(٢) أخرجه البخاري كتاب الرقاق باب التواضع حديث رقم ٦٥٠٢.

(٣) كما صرح بذلك السرخسي في أصوله/١/١١٤، والخبازي في شرح المغني/١/١٣٦.

(٤) كشف الأسرار/٢/٣٠٨.

الدين، فإن ذلك بمنزلة الواجب في حكم العمل على ما قال مكحول رحمه الله: السنة سنتان: سنة أخذها هدى وتركها ضلالة، وسنة أخذها حسن وتركها لا بأس به، فالأول نحو صلاة العيد والأذان والإقامة والصلاة بالجماعة، ولهذا لو تركها قوم استوجبوا اللوم والعتاب، ولو تركها أهل بلدة وأصروا على ذلك قوتلوا عليها ليأتوا بها^(١).

قال في التلويح: «وترك السنة المؤكدة قريب من الحرام يستحق حرمان الشفاعة»^(٢).

وقد ذكر بعض الحنابلة إثم من ترك السنة المؤكدة: كالوتر والسنن الرواتب، قال ابن مفلح: «ونقل أبو طالب: الوتر سنة سنّها النبي ﷺ، فمن ترك سنة من سننه، فهو رجل سوء، وأثمّه القاضي، ومراده؛ لأنه لا يسلم من ترك فرض، وإلا فلا يَأْثَمُ بسنة، كذا كان ينبغي أن يقول، لكن ذكر فيمن ترك الصلاة أن من داوم على ترك السنن أثم، واحتج بقول الإمام أحمد فيمن ترك الوتر: رجل سوء، مع قوله: إنه سنة»^(٣).
الأمر الثاني: أنه لا يجوز الإصرار والمداومة على ترك السنة المؤكدة قال النووي^(٤): «من ترك السنن الراتبة وتسييحات الركوع والسجود أحياناً لا ترد شهادته، ومن اعتاد تركها ردت شهادته؛ لتهاونه بالدين

(١) أصول السرخسي/١/١١٤.

(٢) التلويح/٢/١٢٦.

(٣) الفروع لابن مفلح/٦/٥٦٠.

(٤) هو: يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي، الفقيه الشافعي الحافظ الزاهد، له مؤلفات كثيرة نافعة منها: المجموع شرح المذهب ولم يتفه، وروضة الطالبين، والمنهاج، ورياض الصالحين، وشرح مسلم، توفي سنة ٦٧٦ هـ، انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للأسنوي) ١١٦/٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١٥٢/٢).

هذا بقلة مبالاته بالمهمات»^(١).

وقال ابن تيمية^(٢): «من أصر على تركها أي: السنن الرواتب دل ذلك على قلة دينه، وزُدتْ شهادته في مذهب أحمد والشافعي وغيرهما»^(٣).
وقال ابن مفلح: «وقال أي: القاضي في مسألة الوتر عن قول أحمد فيمن تركه عمدا: رجل سوء، لا ينبغي أن تقبل شهادته، فإنه لا شهادة له، ظاهر هذا أنه واجب، وليس على ظاهره، وإنما قال هذا فيمن تركه طول عمره أو أكثره؛ فإنه يفسق بذلك، وكذلك جميع السنن الراتبة إذا داوم على تركها، لأنه بالمدائمة يحصل راغبا عن السنة، وقد قال ﷺ: (من رغب عن سنتي فليس مني)^(٤)؛ ولأنه بالمدائمة تلحقه التهمة بأنه غير معتقد لكونها سنة، وهذا ممنوع منه» إلى أن قال: «وكذا في الفصول: الإدمان على ترك هذه السنن الراتبة غير جائز، واحتج بقول أحمد في الوتر: لأنه يعد راغبا عن السنة. وقال بعد قول أحمد في الوتر: وهذا يقتضي أنه حكم بفسقه»^(٥).

الأمر الثالث: أن المندوب يترك إذا كان في تركه مصلحة. مثل ترك بعض المندوبات لمصلحة تأليف القلوب.

قال ابن تيمية: «فيستحب الجهر بها- أي: البسمة في الصلاة

(١) روضة الطالبين ١/٢٢٢.

(٢) هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني، الدمشقي، الإمام الفقيه المجتهد المحدث الحافظ الأصولي، أبو العباس تقي الدين، شيخ الإسلام، وتصانيفه كثيرة قيمة، منها: الإيمان، ودرء تعارض العقل والنقل، ومنهاج السنة، واقتضاء الصراط المستقيم، توفي رحمه الله سنة ٧٢٨ هـ انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة: ٢/٣٨٧، وطبقات المفسرين: ١/٤٦، والبدر الطالع ١/٦٢.

(٣) مجموع الفتاوى ٢٢/١٢٧، ٢٥٣.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح باب الترغيب في النكاح حديث (٥٠٦٣). ومسلم في صحيحه كتاب النكاح باب استحباب النكاح حديث (٥).

(٥) الفروع لابن مفلح ٦/٥٦١.

الجهرية لمصلحة راجحة حتى إنه نص يعني الإمام أحمد على أن من صلى بالمدينة يجهر بها، فقال بعض أصحابه: لأنهم كانوا ينكرون على من يجهر بها، ويستحب للرجل أن يقصد إلى تأليف القلوب بترك هذه المستحبات؛ لأن مصلحة التأليف في الدين أعظم من مصلحة فعل مثل هذا، كما ترك النبي ﷺ تغيير بناء البيت، لما في إبقائه من تأليف القلوب، وكما أنكر ابن مسعود على عثمان إتمام الصلاة في السفر ثم صلى خلفه متما، وقال: الخلاف شر»^(١).

الأمر الرابع: أن المندوب لا يترك لكونه صار شعاراً للمبتدعة. وذهب بعض أهل العلم إلى أن المندوب يستحب تركه إذا كان شعاراً للمبتدعة. قال الزركشي في البحر: «لا يترك المندوب لكونه صار شعاراً للمبتدعة خلافاً لابن أبي هريرة^(٢)، ولهذا ترك الترجيع في الأذان، والجهر بالبسملة، والقنوت في الصبح، والتختم في اليمين، وتسطيع القبور محتجا بأنه ﷺ ترك القيام للجنائز لما أخبر أن اليهود تفعله. وأجيب بأن له ذلك؛ لأنه مشرع بخلاف غيره لا يترك سنة صحت عنه. وفصل الغزالي بين السنن المستقلة وبين الهيئات التابعة، فقال: لا يترك القنوت إذا صار شعاراً للمبتدعة بخلاف التسطيع والتختم في اليمين ونحوهما فإنها هيئات تابعة فحصل ثلاثة أوجه. والصحيح المنع مطلقاً»^(٣).

(١) القواعد النورانية ص ٤٢.

(٢) هو: هو: الحسن بن الحسين القاضي، أبو علي بن أبي هريرة البغدادي أحد أئمة الشافعية، من مؤلفاته: التعليقة الكبرى على مختصر الزني توفي سنة ٢٤٥ هـ - انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/ ١٢٦).

(٣) البحر المحيط ١/ ٢٩١.

وقد قرر شيخ الإسلام ابن تيمية أن أئمة المذاهب قد عملوا بالسنة مع موافقة عمل بعض المبتدعة بها، ولم يكن عمل المبتدعة بها سبباً في تركها، فقال: «الذي عليه أئمة الإسلام أن ما كان مشروعاً لم يترك لمجرد فعل أهل البدع، لا الرافضة ولا غيرهم، وأصول الأئمة كلهم توافق هذا»^(١).

ثم قرر ذلك بكلام طويل مثّل فيه لعمل أئمة المذاهب بالسنة مع عمل المبتدعة بها^(٢).

وبين في آخره أن العمل بما كان شعاراً للمبتدعة وتركه يرجع إلى تعارض المصلحة والمفسدة، فمتى غلبت المفسدة ترك العمل بذلك درءاً للمفسدة، فقال: «فإنه إذا كان في فعل مستحب مفسدة راجحة لم يصر مستحباً، ومن هنا ذهب من ذهب من الفقهاء إلى ترك بعض المستحبات إذا صارت شعاراً لهم، فلا يتميز السني من الرافضي، ومصلحة التميز عنهم لأجل هجرانهم ومخالفتهم أعظم من مصلحة هذا المستحب. وهذا الذي ذهب إليه يحتاج إليه في بعض المواضع إذا كان في الاختلاط والاشتباه مفسدة راجحة على مصلحة فعل ذلك المستحب، لكن هذا أمر عارض لا يقتضي أن يجعل المشروع ليس بمشروع دائماً، بل هذا مثل لباس شعار الكفار وإن كان مباحاً إذا لم يكن شعاراً لهم كلبس العمامة الصفراء، فإنه جائز إذا لم يكن شعاراً لليهود، فإذا صار شعاراً لهم نهى عن ذلك»^(٣).

(١) منهاج السنة ١٤٩/٤.

(٢) انظر: المصدر السابق ١٤٩/٤ - ١٥٤.

(٣) انظر: المصدر السابق ١٥٤/٤.

الأمر الخامس: أن المندوب قد يترك إذا خشي من اعتقاد العامة وجوبه قرر الشاطبي رحمه الله ذلك بما لا مزيد عليه، حيث قال: «كذلك إن كان مندوباً مجهول الحكم، فإن كان مندوباً مظنة لاعتقاد الوجوب؛ فبيانته بالترك أو بالقول الذي يجتمع إليه الترك كما فعل في ترك الأضحية، وترك صيام الست من شوال، وأشباه ذلك، وإن كان مظنة لاعتقاد عدم الطلب أو مظنة للترك، فبيانته بالفعل والدوام فيه على وزن المظنة، كما في السنن والمندوبات التي تنوسيت في هذه الأزمدة»^(١).

وقال: «المندوب من حقيقة استقراره مندوباً أن لا يسوى بينه وبين الواجب، لا في القول ولا في الفعل، كما لا يسوى بينهما في الاعتقاد، فإن سوى بينهما في القول أو الفعل فعلى وجه لا يخل بالاعتقاد»^(٢).

ثم استدل لهذا الأصل بعدة أمور إلى أن قال: «والثالث: أن الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يقتدى بهم؛ فتركوا أشياء، وأظهروا ذلك؛ ليبينوا أن تركها غير قادح، وإن كانت مطلوبة، فمن ذلك: ترك عثمان^(٣) القصر في السفر في خلافته، وقال: إني إمام الناس فنظر إليّ الأعراب وأهل البادية أصلي ركعتين؛ فيقولون: هكذا فرضت^(٤). وأكثر المسلمين على

(١) الموافقات ٢/ ٣٢٠-٣٢١.

(٢) الموافقات ٢/ ٣٢٠-٣٢١.

(٣) هو الصحابي الجليل: عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي، أبو عبد الله، أمير المؤمنين وثالث الخلفاء الراشدين ذو النورين، مجهز جيش العسرة، وأحد المبشرين بالجنة، قال النبي ﷺ: (لكل نبي رفيق، ورفيقي في الجنة عثمان) أخرجه الترمذي ٥/ ٦٢٤. قُتِلَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في داره مظلوما سنة ٣٥هـ انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢/ ٦٩، والإصابة: ٢/ ٤٥٥.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٢/ ٥١٨، وذكره بنصه الطرطوشي في الحوادث والبدع ص ٤٢.

أن القصر مطلوب، وقال حذيفة بن أسيد^(١): شهدت أبا بكر وعمر وكانا لا يضحيان مخافة أن يرى الناس أنها واجبة^(٢)، وقال بلال^(٣): لا أبالي أن أضحى بكبش أو بديك^(٤)، وعن ابن عباس^(٥): أنه كان يشتري لحما بدرهمين يوم الأضحى، ويقول لعكرمة^(٦) من سألك فقل: هذه أضحية ابن عباس^(٧)، وكان غنيا، وقال بعضهم: إني لأترك أضحياتي وإني لمن أيسرهم مخافة أن يظن الجيران أنها واجبة^(٨)، وقال أبو أيوب الأنصاري^(٩): كنا نضحى عن النساء وأهلينا فلما تباهى الناس بذلك تركناها، ولا خلاف في أن الأضحية مطلوبة^(١٠).

وقال الزركشي: «ولا يترك لخوف اعتقاد العامة وجوبه خلافاً لما لك،

(١) هو الصحابي الجليل: حذيفة بن أسيد - بالفتح - ويقال أمية بن أسيد بن خالد بن الأعوز بن واقعة بن حرام بن غفار الغفاري أبو سريحة - بمهملتين وزن عجيبة مشهور بكنيته شهد الحديبية، وذكر فيمن بايع تحت الشجرة ثم نزل الكوفة، توفي رحمته الله سنة ٤٢ هـ، انظر ترجمته في: الاستيعاب ١/ ٢٧٨، والإصابة: ١/ ٣١٦.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤/ ٣٨١.

(٣) هو الصحابي الجليل: بلال بن رباح الحبشي المؤذن، وهو بلال بن حمامة وهي أمة. اشتراه أبو بكر الصديق من المشركين لما كانوا يعذبونه على التوحيد فأعتقه فلزم النبي ﷺ، وأذن له وشهد معه جميع المشاهد ثم خرج بلال بعد النبي ﷺ مجاهداً إلى أن مات بالشام سنة ٢٠ هـ، انظر ترجمته في: الإصابة: ١/ ١٦٩.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤/ ٣٨٥.

(٥) هو الصحابي الجليل: عبد الله بن العباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي الصحابي الجليل حبر الأمة ابن عم رسول الله ﷺ - توفي رحمته الله سنة ٦٨ هـ، انظر ترجمته في: (الاستيعاب ٢/ ٢٤٢، والإصابة ٢/ ٢٢٢).

(٦) هو: عكرمة الحبر العالم أبو عبد الله البربري ثم المدني الهاشمي مولى ابن عباس، مات سنة ١٠٧ هـ، انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ١/ ٩٥-٩٦.

(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٤/ ٣٨٣.

(٨) ذكره عبد الرزاق في مصنفه عن أبي مسعود الأنصاري ٤/ ٣٨٣.

(٩) هو الصحابي الجليل: خالد بن زيد بن كليب بن ثعلبة بن عبد عوف بن غنم بن مالك بن النجار، أبو أيوب الأنصاري، انظر ترجمته في: الإصابة: ١/ ٤٠٤.

(١٠) الموافقات ٣/ ٢٢٤-٢٢٥، الآثار التي ذكره الشاطبي هنا موجودة بتقصها في كتاب الحوادث والبديع للطرطوشي ص ٤٢-٤٣، وانظر: الباعث على إنكار البديع والحوادث لأبي شامة فقد قرر ماقرره الشاطبي ص ٥٧.

ووافقه من أصحابنا أبو إسحاق المروزي^(١) فيما حكاه الدارمي^(٢) في الاستذكار أنه قال: لا أحب أن يداوم الإمام على مثل أن يقرأ كل يوم جمعة بالجمعة ونحوه؛ لئلا يعتقد العامة وجوبه^(٣).

والصحيح ما تقدم من أنه ينبغي ترك بعض المستحبات إذا خشي من اعتقاد العامة وجوبها؛ لما تقدم عن الصحابة، والله أعلم.

الأمر السادس: أن المندوب بالجزء يكون واجباً بالكل

ذكر الشاطبي أن ترك المندوب بالكل غير جائز وإن كان غير لازم بالجزء. قال - رحمه الله - في الموافقات: «إذا كان الفعل مندوباً بالجزء كان واجباً بالكل، كالأذان في المساجد الجوامع أو غيرها وصلاة الجماعة، وصلاة العيدين، وصدقة التطوع، والنكاح، والوتر، والفجر، والعمرة وسائر النوافل الرواتب، فإنها مندوب إليها بالجزء، ولو فرض تركها جملة لجرح التارك لها، ألا ترى أن في الأذان إظهاراً لشعائر الإسلام، ولذلك يستحق أهل المصر القتل إذا تركوه...»^(٤).

(١) هو: إبراهيم بن أحمد المروزي، أبو إسحاق، أحد أئمة المذهب الشافعي، من مؤلفاته: شرح المختصر، وكتاب التوسط بين الشافعي والمزني لما اعترض به المزني، توفي سنة ٤٣٠ هـ انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات ١٧٥/٢، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١٠٥/١).

(٢) هو: أبو الفرج محمد بن عبد الواحد بن محمد الدارمي البغدادي الشافعي، من مؤلفاته: الاستذكار، وجمع الجوامع ومودع البدائع، توفي سنة ٤٤٨ هـ انظر ترجمته في: (سير أعلام النبلاء ٥٢/١٨، وطبقات الشافعية للأسنوي ٢٤٦/١).

(٣) البحر المحيط ٢٩١/١.

(٤) الموافقات ١٣٣/١.

الفصل الثاني المسائل المتعلقة بالمندوب.

المبحث الأول: هل المندوب مأمور به حقيقة أو مجازاً؟^(١)

المطلب الأول: تحرير محل النزاع في المسألة

قبل البدء في ذكر الأقوال لابد من تحرير محل النزاع في المسألة، وذلك من خلال ما يأتي:

أولاً: أن محل النزاع في كون المندوب مأموراً به إنما هو في كونه مأموراً به حقيقة أو مجازاً، وقد صرح بذلك عدد من العلماء، منهم:

١- الزركشي حيث قال في تشنيف السامع معقبات على كلام ابن السبكي: «ظاهر كلام المصنف أن الخلاف في كونه مأموراً به أم لا، وإنما الخلاف في أنه حقيقة أو مجاز»^(٢).

وقال في البحر المحيط: «المندوب مطلوب بالاتفاق كما قاله إمام الحرمين وابن القشيري، فعلى هذا مطلوب هذه المسألة هل اقتضاء الشرع للمندوب أمر حقيقة أم لا؟»^(٣).

٢- التفتازاني^(٤) حيث قال: «لا نزاع في أنه تتعلق به صيغة الأمر

(١) اختلفت ترجمة الأصوليين لهذه المسألة، فمنهم من يترجم لها بقوله: هل المندوب مأمور به أو غير مأمور به؟ وربما ساق أدلته على نحو يفهم منه أن الخلاف في الأمر به. ومنهم من يترجم لها بقوله: هل المندوب مأمور به حقيقة أو مجازاً؟ وربما ساق أدلته على هذا النحو.

(٢) تشنيف السامع ١/ ٢٣٦.

(٣) البحر المحيط ١/ ٢٨٧.

(٤) هو: مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني الملقب بـ (سعد الدين) الشافعي، الأصولي المفسر، المتكلم، البلاغي، أخذ عن العضد وغيره. له مصنفات منها: حاشية على شرح العضد، وشرح التلخيص، والتلويح على التوضيح، توفي سنة ٧٩١ هـ انظر ترجمته في: بغية الوعاة: ٢/ ٢٨٥، والفتح المبين: ٢/ ٢٠٦.

حقيقة أو مجازاً»^(١).

٣- زكريّا الأنصاري^(٢) حيث قال: «إن الخلاف في كونه مأموراً به حقيقة أو مجازاً لا في كونه مأموراً به»^(٣).

٤- اليوسي في البدور اللوامع، حيث قال: «الخلاف في كونه المندوب مأموراً به إنما هو في كونه مأموراً به حقيقة، أما كونه مأموراً به ولو مجازاً فلا نزاع فيه»^(٤).

ثانياً: يفهم من كلام أبي الخطاب وابن السمعاني أن محل النزاع، هو فيما إذا قام الدليل على انتفاء الوجوب وحمل على الذنب هل يكون حقيقة فيه أو لا؟.

قال ابن السمعاني: «اختلف أصحابنا في الأمر إذا قام الدليل فيه على انتفاء الوجوب وحمل على الذنب هل يكون حقيقة فيه أو لا؟»^(٥).

ثالثاً: أن محل النزاع في صيغة (أ م ر)، لا في صيغة (افعل)

١- قال ابن السبكي: «الكلام هنا في الأمر (أ م ر) لا في صيغة (افعل)، والأمر مقول على الواجب والمندوب بالحقيقة. و(افعل) مختصة بالوجوب، فالندب مأمور به حقيقة، ولا يدخل فيه صيغة (افعل)»^(٦).

(١) حاشية التفقازاني ٤/٢.

(٢) هو: زكريّا بن محمد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري السنيكي، القاهري، الأزهرى الشافعي، زين الدين أبو يحيى، مشارك في الفقه والحديث والتفسير والنحو والمنطق. من مؤلفاته: شرح منهاج الأصول للبيضاوي، وغاية الوصول شرح لب الأصول مختصر جمع الجوامع، توفي سنة ٩٢٦هـ انظر ترجمته في: شذرات الذهب ٨/١٣٤، ونظم العقيان للسيوطي ص ١١٣، والبدور الطالع ١/٢٥٢، والفتح المبين ١٠٢/٣.

(٣) حاشية زكريّا الأنصاري ١/٣١٤، وانظر: التقرير والتحجير ٢/١٤٢، وتيسير التحرير ٢/٢٢٢.

(٤) البدور اللوامع ١١٢/٢.

(٥) قواطع الأكلة ١/١١١، وانظر التمهيد لأبي الخطاب ١/١٧٤.

(٦) رفع الحاجب ١/٥٥٨.

٢- وقال الزركشي: « الكلام هنا في الأمر هو صيغة (أ م ر) لا في صيغة (افعل)، والأمر مقول على الواجب والمندوب بالحقيقة، و (افعل) يختص بالوجوب»^(١).

المطلب الثاني: الأقوال في المسألة

اختلف الأصوليون في كون المندوب مأموراً به حقيقة أو مجازاً على قولين:
القول الأول: أن المندوب مأمور به حقيقة.

وذهب إلى هذا جمهور العلماء من المالكية^(٢)، ونسبه الزركشي إلى أكثر الشافعية^(٣)، وهو مذهب الحنابلة^(٤)، واختاره البزدوي^(٥) من الحنفية^(٦).

(١) البحر المحيط ١/٢٨٧.

(٢) وقد صرح باختياره من المالكية: القاضي الباقلاني، والمازري، والباقي، وقال: « المندوب مأمور به عند محققي شيوخنا كالقاضي أبي بكر، والقاضي أبي جعفر وعامة الفقهاء والمتكلمين»، وابن الحاجب في مختصره، وصاحب رفع النقاب، وقال: «إنه قول الجماهرة»، وقال صاحب الضياء اللامع: « إنه مذهب الأكثر». انظر: التقريب والإرشاد للباقلاني ٢/٣١، إيضاح المنحصول من برهان الأصول للمازري ص ٢٢٠، وإحكام الفصول للباقي ص ١٩٤، ومختصر ابن الحاجب ٢/٤-٥، ورفع النقاب عن تنقيح الشهاب ١/٦٨٨، والضياء اللامع شرح جمع الجوامع ١/٢١٤.

(٣) قال في تشنيف المسامع ١/٢٣٥: «أكثر أصحابنا على أنه مأمور به حقيقة كما قال ابن الصباغ في العدة»، وقال في البحر المحيط ١/٢٦٨: «المندوب مأمور به حقيقة في قول القاضي، والغزالي، وابن الصباغ، ونقله عن أبي بكر الدقاق وكثير من الأصحاب. وقال سليم في « التقريب »: إنه قول أكثر أصحابنا». وانظر أقوال الشافعية في: البرهان ١/٢٩٤، والنصرة ص ٣٦، والقواطع ١/١١١، والمستصفى ١/٢٤٨، والمنحصول ١/٣٥٣، ونهاية الوصول للهندي ٢/٦٩٣.

(٤) انظر: العدة لأبي يعلى ١/١٥٨، ٢/٤٨، والتمهيد لأبي الخطاب ١/١٧٤، والواضح لابن عقيل ١/٥١٧، وروضة الناظر ١/١٩٠، وأصول ابن مفلح ١/٢٢٩، والقواعد والفوائد الأصولية ص ١٦٤، وشرح مختصر الروضة للطوفي ١/٣٥٤، والتحبير للمرداوي ٢/٩٨٥.

(٥) هو: علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم، أبو الحسن، فخر الإسلام البزدوي، المكنى بأبي العسر، من مؤلفاته: كتاب في أصول الفقه، وشرح الجامع الكبير وشرح الجامع الصغير، توفي سنة ٨٢٤ هـ انظر ترجمته في: الجواهر المضية ٢/٥٩٤، وتاج التراجم ص ٢٠٥، والفوائد البهية ص ١٢٤.

(٦) انظر: أصول البزدوي مع كشف الأسرار ١/١١٩.

القول الثاني: أن المندوب مأمور به مجازاً.

وزهب إلى هذا القول عامة الحنفية^(١)، واختاره من المالكية ابن العربي^(٢)، واختاره عدد من الشافعية منهم: أبو إسحاق الشيرازي^(٣) واستحسنه ابن السمعاني^(٤) وأبو حامد الإسفرائيني^(٥) وأبو بكر الشاشي^(٦)، ونقله ابن برهان^(٧) في الأوسط عن معظم الشافعية كما حكاه عنه الزركشي^(٨)، واختاره من الحنابلة الحلواني^(٩) وأبو الخطاب في مسألة الأمر بالشيء نهي عن ضده^(١٠).

(١) انظر: الفصول للجصاص ٨٥/٢، وأصول السرخسي ١٤/١، وأصول اليزدوي مع كشف الأسرار ١١٩/١، والتوضيح شرح التنقيح ومعه التلويح ١٥٦/١، والتحرير مع التقرير والتحبير ١٤٢/٢، ونيسير التحرير ١٢٢/٢.

(٢) انظر: المحصول لابن العربي ص ٦٧، وحكا المازري والباجي قولاً عند المالكية، انظر: المحصول للمازري ص ٢٢٠، وإحكام الفصول للباجي ص ١٩٤.

(٣) انظر: شرح اللمع ١٥٨/١، والتبصرة ص ٣٦.

(٤) انظر: قواطع الأدلة ١١٢/١.

(٥) هو: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهران الإسفرائيني، أحد أئمة الشافعية، توفي سنة ٤١٨ هـ انظر ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات ١٦٩/٢، وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص ١٢٥.

(٦) هو: أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل القفال الكبير الشاشي، أحد أئمة الإسلام، من مؤلفاته: أدب القضاء، ومحاسن الإسلام، توفي سنة ٣٦٥ هـ، انظر ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٨٢، وطبقات الشافعية للأسنوي ٤/٢.

(٧) هو: أحمد بن علي بن برهان، أبو الفتح الشافعي، من مؤلفاته: البسيط، والوسيط، والوجيز، والوصول إلى الأصول، كلها في أصول الفقه، توفي سنة ٥١٨ هـ وقيل: ٥٢٠ هـ انظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ٤/٤٢، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١/٢٧٩، ومعجم المؤلفين ٢/٢٢).

(٨) انظر: البحر المحيط ٢٨٦/١، وتشنيف السامع ٢٣٦/١.

(٩) انظر: أصول ابن مفلح ٢٢٩/١، والتحبير للمرداوي ٩٨٥-٩٨٦.

والحلواني هو: محمد بن علي بن محمد الحلواني، أبو الفتح، الحنبلي، من مؤلفاته: كفاية المبتدئ في الفقه، ومصنف في أصول الفقه، توفي سنة ٥٠٥ هـ. انظر ترجمته في: (طبقات الحنابلة ٢/٢٥٧، وذيل طبقات الحنابلة ١/١٠٦).

(١٠) ونصه في التمهيد ٢٣٢/١: «عل قولنا: صيغة (العل) لا تكون أمراً حقيقة في النواقل: لأن صيغة الأمر تقتضي الإيجاب».

المطلب الثالث: الأدلة ومناقشتها

أولاً: أدلة القول الأول

استدل القائلون بأن المندوب مأمور به حقيقة بالأدلة التالية^(١):

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾^(٢).

وقوله سبحانه: ﴿يُبَيِّنُ أَقِيمِ الصَّلَاةَ وَامْرُءًا بِالْمَعْرُوفِ وَأَنَّهُ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأَصْبِرْ عَلَىٰ مَا أَصَابَكَ إِنَّ ذَٰلِكَ مِنْ عَزَمِ الْأُمُورِ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن من العدل والإحسان والمعروف ما هو مندوب فثبت أنه داخل تحت الأمر^(٤).

الدليل الثاني: أن فعل المندوب يسمى طاعة بالاتفاق، والطاعة هي امتثال الأمر، فالمندوب مأمور به.

وبيان ذلك : أن فعل المندوب يسمى طاعة بالاتفاق، وليس ذلك لذات الفعل المندوب إليه وخصوص نفسه، وإلا كان طاعة بتقدير ورود النهي عنه، ولا لصفة من الصفات التي يشاركه فيها غيره من الحوادث وإلا كان كل حادث طاعة، ولا لكونه مراداً لله تعالى وإلا

(١) انظر الأثلة في: العدة لأبي يعلى ١/٢٥٠-٢٥٦، والواضح لابن عقيل ٢/٥١٨-٥٢٤، والتمهيد لأبي الخطاب ٢/١٧٥-١٧٨، والروضة لابن قدامة ١/١٩٠-١٩٣، والإحكام للأقدي ١/١٢٠، وأصول البيهقي مع شرحه كشف الأسرار ١/١١٩-٢٢١، وشرح مختصر الروضة ١/٢٥٤-٢٥٨، وبيان المختصر ١/٣٩٢.

(٢) سورة النحل: ٩٠.

(٣) سورة لقمان: ١٧.

(٤) انظر روضة الناظر لابن قدامة ١/١٩٢.

كان كل مراد الوقوع طاعة، وليس كذلك، ولا لكونه مثابا عليه، فإنه لا يخرج عن كونه طاعة وإن لم يثب عليه، ولا لكونه موعودا بالثواب عليه؛ لأنه لو ورد فيه وعد لتحقيق؛ لاستحالة الخلف في خبر الشارع؛ والثواب غير لازم له بالإجماع، والأصل عدم ما سوى ذلك؛ فتعين أن يكون طاعة؛ لما فيه من امتثال الأمر؛ فإن امتثال الأمر يسمى طاعة؛ ولهذا يقال فلان مطاع الأمر، ومنه قول الشاعر:

ولو كنت ذا أمر مطاع لما بدا توان من المأمور في حال أمركا
اعترض على هذا الدليل بما يأتي:

أ- أنه إنما كان طاعة لكونه مقتضى ومطلوبا ممن له الطلب والاختضاء، ولا يلزم أن يكون ذلك لكونه مأمورا.
أجيب عنه: أن الاختضاء والطلب هو الأمر، فالتسليم بأن المندوب مقتضى ومطلوب تسليم بأنه مأمور به.

ب- أنه لو كان فعله طاعة؛ لكونه مأمورا لكان تركه معصية؛ لكونه مأمورا ولذلك يقال: أمر فَعَصَى، ومنه قول الشاعر^(١):

أمرتك أمرا جازما فعصيتني فأصبحت مسلوب الإرادة نادماً
وليس كذلك بالإجماع.

أجيب عنه: أن العصيان اسم ذم مختص بمخالفة أمر الإيجاب لا بمخالفة مطلق أمر ويجب أن يكون كذلك جمعا بين ما ذكرناه من الإطلاق وما ذكرناه من الدليل.

الدليل الثالث: أن الأمر ينقسم إلى إيجاب ونذب، ومورد القسمة مشترك.

(١) الشاعر هو الحصين بن المنذر قاله ليزيد بن المهلب، كما في وفيات الأعيان ٥/ ٣٢٢.

وبيان ذلك: أن الخطاب إما أن يرد باقتضاء الفعل أو تركه، واقتضاء الفعل هو طلبه والأمر به، ثم الأمر إما مع الجزم، وهو الإيجاب، أو لا مع الجزم، وهو النذب. فقد انقسم الأمر إلى إيجاب ونذب، وكل شيء قُسم أقساماً، فاسم ذلك الشيء صادق على كل واحد من تلك الأقسام، كما إذا قلنا: الحيوان إما ناطق أو غير ناطق كالفرس والشاة والطائر، فاسم الحيوان صادق على الجميع، فكل واحد من هذه يسمى حيواناً، فكذلك الأمر يصدق على الواجب والمندوب، فهذا معنى قولهم: مورد القسمة مشترك بين أقسام ذلك المعنى، فيكون المندوب مأموراً به، كما أن الواجب كذلك.

الدليل الرابع: أن المندوب بعض الواجب؛ لأن الواجب هو ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه، والنذب ما يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه، فإذا أريد به النذب فقد أريد به بعض ما يشتمل عليه الوجوب فكان حقيقة فيه كما لو أريد من العام بعضه يكون حقيقة فيه، وكما لو أطلق لفظ الإنسان على الأعمى والأشل ومقطوع الرجل يكون حقيقة وإن فات بعضه، وكيف لا؟ ومن شرط المجاز أن يكون المعنى المجازي مغايراً للمعنى الحقيقي، وهذا هو عين المعنى الحقيقي، لأنه جزؤه إلا أنه قاصر فكيف يكون اللفظ فيه مجازاً؟ ولأن من شرط ثبوت المجاز انتفاء الحقيقة بالكلية فما بقي شيء من الحقيقة لا يتحقق الشرط فلا يتحقق المجاز.

مناقشة هذا الدليل:

١- أن الأمر حقيقة في الإيجاب، فإذا استعمل في غيره يكون مجازاً كما لو استعمل في التهديد، والدليل على أن النذب غير الإيجاب أن من

لوازم الإيجاب استحقاق العقوبة على الترك ومن لوازم النذب عدم استحقاقها على الترك وباشتراكهما في استحقاق الثواب لا تنتفي هذه الغيرية، فثبت أنه مجاز فيه؛ فلذا يصح نفيه، فإنه لو قال: ما أمرت بصلاة الضحى، ولا بصوم أيام الحيض يصح ولا يكذب بخلاف، ما لو قال: ما أمرت بالصلوات الخمس، ولا بصيام رمضان، فإنه يكذب، بل يكفر، وصحة التكذيب والنفي من خواص المجاز.

٢- أنه ليس هذا كالعام إذا أريد به بعضه فإنه حقيقة فيه؛ لأنه موضوع لشمول جمع من المسميات لا لاستغراقها عند بعض العلماء، والشمول موجود في البعض والكل حتى إنَّ مَنْ شرط الاستغراق فيه يقول: إنه مجاز في البعض أيضا. وكذا لفظ الإنسان موضوع بإزاء معنى الإنسانية، وبالعَمى والشلل لا ينتقض ذلك المعنى، بخلاف الأمر فإنه موضوع للطلب المانع من النقيض، والنذب مغاير له لا محالة.

٣- لا نسلم أن من شرط المجاز انتفاء الحقيقة بالكلية، بل الشرط انتفاء الكلية، وذلك يحصل بانتفاء جزء منها كما يحصل بانتفاء كلها، يوضحه أن أهل اللسان اتفقوا على أن إطلاق اسم الكل على البعض من جهات المجاز، ولو كان الانتفاء بالكلية شرطا لما صح هذا القول منهم.

٤- وكذا القول بأنه حقيقة في النذب مع كونه حقيقة في الوجوب لا يمكن إلا بأن يجعل مشتركا بينهما بالاشتراك اللفظي أو المعنوي بأن يجعل موضوعا لمطلق الطلب كما هو مذهب بعض الحنفية من مشايخ سمرقند، ومذهب بعض أصحاب الشافعي فأما من جعله خاصا في الوجوب عينا فلا يمكنه القول بأنه حقيقة في غيره.

ثانياً، أدلة القول الثاني

استدل القائلون بأن المندوب غير مأمور به حقيقة بالأدلة التالية^(١):
الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿لَا تَجْعَلُوا دُعَاءَ الرَّسُولِ بَيْنَكُمْ كَدُعَاءِ بَعْضِكُمْ بَعْضًا قَدْ يَعْلَمُ اللَّهُ الَّذِينَ يَتَسَلَّلُونَ مِنْكُمْ لِوَاذًا فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أنه لو كان المندوب مأموراً به لخشي على تاركه لحوق الوعيد، وليس المندوب كذلك.

الدليل الثاني: قول النبي ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة»^(٣).

وجه الاستدلال: أن السواك مندوب إليه، وقد أخبر النبي ﷺ أنه لم يأمر به خشية المشقة على الأمة.

أجيب: أن المراد بقوله ﷺ: «لَأْمَرْتُهُمْ» أي: أمر إيجاب؛ لأنه هو الذي تحصل به المشقة، أما الأمر لا على طريق الإيجاب فلا مشقة فيه.
الدليل الثالث: قول النبي ﷺ لبريرة^(٤) (لما عتقت وزوجها حر):

(١) انظر: الفصول للجصاص ٨٥/٢، وأصول السرخسي ١٤/١، والعدة لأبي يعلى ٢٥٠/١ وما بعدها، وأصول البزدي مع كشف الأمرار ١١٩/١-١٢٠، والتوضيح شرح التنقيح ومعه التلويح ١٥٦/١-١٥٨، والتحرير مع التقرير والتحرير ١٤٢/٢، وتيسير التحرير ١٢٢/٢.

(٢) سورة النور: ٦٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الجمعة باب السواك يوم الجمعة حديث (٨٨٧). ومسلم في صحيحه كتاب الطهارة باب السواك حديث (٦١٢).

(٤) بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق، كانت مولاة لبعض بني هلال فكاتبوها ثم باعوها من عائشة وجاء الحديث في شأنها بأن الولاء لمن أعتق. وعتقت تحت زوج فخيرها رسول الله ﷺ فكانت سنة. واختلف في زوجها هل كان عبداً أو حراً ففي نقل أهل المدينة أنه كان عبداً يسمى مغيثاً. انظر ترجمتها في: الاستيعاب ٢٤٣/٤، والإصابة ٢٤٥/٤.

«لو راجعته». قالت يا رسول الله تأمرني قال «إنما أنا أشفع». قالت لا حاجة لي فيه^(١).

وجه الاستدلال منه: أن شفاعة النبي ﷺ تقتضي طاعته ندباً واستحباباً، وقد نفى النبي ﷺ الأمر بذلك بقوله: «إِنَّمَا أَنَا أَشْفَعُ»، أي: لا آمر؛ فدل على أن المندوب غير مأمور به.

أجيب: بأن المنفي أمر الإيجاب الذي يقتضي الامتثال، لأن السؤال وقع عن هذا أي: هل تأمرني أمراً لا خيرة لي فيه؟ أو أنه على سبيل التخيير؟ الدليل الرابع: أن أهل اللغة يفرقون بين قول القائل لمن دونه: افعل كذا، أو لتفعل كذا، وبين قوله: أسألك أن تفعل كذا، وأرغب إليك أن تفعل كذا، ويسمون أحدهما أمراً والآخر سؤالاً وطلباً؛ فدل على أن المندوب غير مأمور به.

أجيب عن هذا: أن تفريق أهل اللغة بينهما في باب الإيجاب، فيسمون أحدهما أمر إيجاب والآخر أمر استحباب وطلب، فأما أن يفرقوا بينهما في كونهما أمراً فغير مسلم.

الدليل الخامس: أن المندوب لو كان مأموراً به لعصى تاركة، لكنه لا يعصى تاركة؛ فلا يكون مأموراً به.

أما الملازمة؛ فلأن المعصية مخالفة الأمر لقوله تعالى: ﴿أَلَا تَتَّبِعُونَ أَفْعَصَيْتَ أَمْرِي﴾^(٢)، والمعنى: عصيتني بمخالفة أمري، فلو كان المندوب مأموراً به؛ لعصى تاركة؛ لأنه مخالف للأمر، ومخالف الأمر عاص.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الطلاق باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة حديث (٥٢٨٢).

(٢) سورة طه: ٩٢.

وأما أن تارك المندوب لا يعصي بتركه فبالاتفاق.
أجيب عنه: إن عنيتم أن المأمور مطلقاً يعصي تاركه، فهو ممنوع،
كما أن فاعل المنهي مطلقاً لا يلزم أن يكون عاصياً بدليل فاعل المكروه،
ثم يلزم منه أن يكون المكروه ليس منهيّاً عنه؛ لأنه مقابل المندوب.
وإن عنيتم أن المأمور به الجازم هو الذي يعصي تاركه؛ فهو مسلم
لكن المندوب ليس مأموراً به جزمًا حتى يعصي تاركه.
ثم يصح أن يقال: عصى وخالف أمر الله لكن لا على الإطلاق؛ لثلا
يلتبس بالواجب، بل يقال مقيداً، فيقال عصى أمر الله في المندوب.

المطلب الرابع: سبب الخلاف في المسألة

جعل بعض الأصوليين سبب الخلاف في هذه المسألة راجعاً إلى أن
الأمر هل هو حقيقة في الترجيح المطلق من غير إشعار بجواز المنع من
الترك أو في الترجيح المانع من النقيض؟
قال الزركشي: «منشأ الخلاف هاهنا: أن الأمر حقيقة في ماذا؟ فإن
كان حقيقة في الترجيح المطلق من غير إشعار بجواز المنع من الترك،
ولا بالمنع منه؛ فالمندوب مأمور به، وإن كان حقيقة في الترجيح المانع
من النقيض؛ فلا يكون مأموراً به. وحاصله: أن الأمر إن كان حقيقة
في القدر المشترك بين الوجوب والندب كان مأموراً به، وإن كان حقيقة
في الوجوب فلا»^(١).

قال الرازي: «اختلفوا في أن المندوب هل هو مأمور به أم لا والحق أن
المراد من الأمر إن كان هو الترجيح المطلق من غير إشعار بجواز الترك

(١) البحر المحيط ٢٨٧.

ولا بالمنع من الترك؛ فنعم . وإن كان هو الترجيح المانع من النقيض؛ فلا، لكننا لما بينا أن الأمر للوجوب كان الحق هو التفسير الثاني^(١).

وقال الصفي الهندي^(٢): «والحق أن هذه المسألة فرع مسألة أن الأمر حقيقة في ماذا؟ فمن قال: إن الأمر حقيقة في الوجوب فقط، فالمندوب يجب ألا يكون مأموراً به. ومن قال: إنه حقيقة في الذنب أو في القدر المشترك بينه وبين الواجب والمباح، أو بينه وبين الواجب أو هو مشترك بينهما، فالمندوب عندهم مأمور به»^(٣).

وقال الطوفي: «مأخذ الخلاف في المسألة تردد المندوب بين الواجب والمباح، فمن حيث إنه مقتضى ومستدعى ومطلوب ومثاب عليه أشبه الواجب، فألحق به، ومن حيث إنه لا عقاب في تركه أشبه المباح، فألحق به»^(٤).

وقال الكتاني: «مأخذ الخلاف أن المندوب هل يشارك الواجب في الحقيقة»^(٥).

قال الطوفي: «وهو ضعيف أي ما ذكره الكتاني لأنه إن عني أن بينهما قدراً مشتركاً، فلا نزاع فيه، وهو الثواب على الفعل، وإن عني أنه يشارك الواجب في كمال حقيقته، فلا نزاع أيضاً في عدم ذلك، وإلا كان

(١) الحصول ٣٥٣/٢/١.

(٢) هو: محمد بن عبد الرحيم بن محمد الهندي الأرموي المتكلم على مذهب الأشعري، فقيه أصولي، من مؤلفاته: الزبدة في علم الكلام، وله في أصول الفقه: النهاية، والرسالة، والفاائق، توفي سنة ٧١٥ هـ أنظر ترجمته في: (طبقات الشافعية للسبكي ٢٤٠/٥، وطبقات الشافعية لابن قاضي شهبه ٢/٢٢٧).

(٣) نهاية الوصول ٦٤٠-٦٤٢.

(٤) شرح مختصر الروضة ٣٥٧/١.

(٥) المصدر السابق ٣٥٨/١.

المندوب واجباً، وقد افترقاً في العقاب أو الوعيد على الترك وعدمه»^(١).

المطلب الخامس: الراجح

بعد عرض الأقوال في المسألة والأدلة وما أورد عليها من مناقشات تبين الآتي:

أولاً: أن المندوب مطلوب شرعاً على كل حال، سواء قلنا: إنه مأمور به حقيقة أو مجازاً. وهذا القدر كاف في معرفة حقيقة المندوب. ثانياً: أن المندوب مأمور به أمراً مقيداً لا مطلقاً، فيدخل في مطلق الأمر، ولا يدخل في الأمر المطلق، قال في المسودة: «التحقيق في مسألة أمر النذب مع قولنا: إن الأمر المطلق يفيد الإيجاب أن يقال: الأمر المطلق لا يكون إلا إيجاباً، وأما المندوب إليه فهو مأمور به أمراً مقيداً لا مطلقاً، فيدخل في مطلق الأمر لا في الأمر المطلق»^(٢).

وبهذا يظهر أن المندوب مأمور به حقيقة وإن تفاوتت درجات الطلب بينه وبين الواجب.

وكيف يسوغ القول بأنه غير مأمور به حقيقة ثم يقال بأنه يثاب على فعله.

هذا ما ظهر لي، والله أعلم.

المطلب السادس: حقيقة الخلاف في المسألة

اختلف الأصوليون في حقيقة الاختلاف في هذه المسألة هل هو خلاف لفظي ليس له ثمرة أو خلاف حقيقي له ثمرة ؟

(١) شرح مختصر الروضة ١/ ٣٥٨.

(٢) المسودة ص ٦.

ذهب بعض الأصوليين إلى أن الخلاف في هذه المسألة لا ثمرة له، وممن ذهب إلى هذا القول إمام الحرمين، حيث قال: «وهذه المسألة ليس فيها فائدة وجدوى من طريق المعنى، فإن الاقتضاء مسلم، وتسميته أمراً يؤخذ من اللسان لا من مسالك العقول ولا يمكن جزم الدعوى على أهل اللغة في ذلك، فقد يقول القائل: ندبتك وما أمرتك، وهو يعني ما جزمت عليك الأمر، وقد يقول: أمرتك استحباباً، فالقول في ذلك قريب، ومنتهاه آيل إلى اللفظ»^(١).

وقد وافق إمام الحرمين على هذا عددٌ من الأصوليين، منهم: الكمال ابن الهمام، وابن أمير الحاج^(٢)، ومحمد أمين باد شاه^(٣).

وذهب بعض الأصوليين إلى أن له ثمرة^(٤)، ومنهم المازري^(٥)، حيث ناقش إمام الحرمين في اعتباره الخلاف لفظياً، فقال: «هذه المسألة ذكر أبو المعالي: أنه لا فائدة في الخلاف فيها، ولا جدوى، وإنما هي نقاش في عبارة، وليس الأمر كما ظن، وذلك أنه كثير مما يقع في ألفاظ

(١) البرهان ١/٢٤٩.

(٢) هو: محمد بن محمد بن حسين بن سليمان بن عمر بن محمد بن الطيبي الحنفي، فقيه أصولي، مفسر له مصنفات منها: شرح التحرير لابن الهمام (التقرير والتحبير) وحلية المحلي في الفقه توفي سنة ٨٧٩ هـ انظر ترجمته في: نظم العقيان ص ١٦١، والفتح المبين: ٤٧/٣، ومعجم المؤلفين ١١/٢٧٤.

(٣) التحرير مع التقرير والتحبير ١/٤٢٢، وتيسير التحرير ٢/٢٢٢. ومحمد أمين هو: محمد أمين بن محمود البخاري، أمير باد شاه، من مؤلفاته: تيسير التحرير، وتفسير سورة الفتح، توفي سنة ٩٨٧ هـ انظر ترجمته في: معجم المؤلفين ٩/٨٠.

(٤) انظر: التمهيد لأبي الخطاب ١/١٧٥، وشرح مختصر الروضة للطوفي ١/٣٥٧.

(٥) هو: محمد بن علي بن التميمي، المازري المكنى أبا عبد الله، المالكي. قال ابن فرحون: (لم يكن في عصره للمالكية في أقطار الأرض في وقته أفقه منه ولا أقوم لمذهبهم). له مصنفات كثيرة منها: شرح البرهان، وشرح صحيح مسلم المسمى (المعلم بفوائد صحيح مسلم) توفي رحمه الله سنة ٥٢٦ هـ انظر ترجمته في: (الديباج المذهب ص ٢٧٩، والفتح المبين: ٣/٢٦).

الرواية: أمر ﷺ بكذا ونهى عن كذا، فيفتقر الفقيه هاهنا إلى معرفة المراد باللفظ^(١).

والزركشي حيث قال: «قيل: الخلاف لفظي، إذ المندوب مطلوب بالاتفاق كما قاله إمام الحرمين وابن القشيري^(٢)، فعلى هذا مطلوب هذه المسألة هل اقتضاء الشرع للمندوب أمر حقيقة أم لا ؟ والصحيح: أنه معنوي، وله فوائد :

أحدها: قال المازري^(٣) والأبياري^(٤): إنما جعل الإمام الخلاف لفظيا ؛ لتعلقه ببحث اللغة، وإلا فقائدها في الأصول أنه إذا قال الراوي: أمرنا، أو أمرنا النبي ﷺ بكذا فإن قلنا: لفظ الأمر يختص بالوجوب كان اللفظ ظاهرا في ذلك حتى يقوم دليل على خلافه، وإن قلنا: إنه يتردد بينهما لزم أن يكون مجملا، وهذه المسألة خولف فيها من وجهين :

أحدهما: البحث العقلي هل وجد في النذب حقيقة الأمر ؟ والثاني: هل يسمى النذب أمرا؟ وهذا بحث لغوي، وقد نوزع في الأمر الأول.

وكذا جعل ابن برهان من فوائد الخلاف ما لو قال الصحابي: أمرنا

(١) إيضاح الحصول ص ٢٢٠.

(٢) هو: أبو نصر عبد الرحيم بن الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن هوازن القشيري النيسابوري، النحوي المتكلم الأصولي، توفي سنة ٥١٤ هـ انظر ترجمته في: طبقات الشافعية للأسنوي ١٤٩/٦.

(٣) المصدر السابق ص ٢٢٠.

(٤) هو: علي بن إسماعيل بن علي بن حسن بن عطية الأبياري (شمس الدين، أبو الحسن)، فقيه أصولي مالكي، متكلم. من تصانيفه: شرح البرهان لإمام الحرمين في الأصول، توفي سنة ٦١٦ هـ انظر ترجمته في: الديباج المذهب ص ٢١٢، وشجرة النور الزكية ١٦٦.

أو أمرنا رسول الله ﷺ أو نهانا فعندنا يجب قبوله، وقال الظاهرية: لا يقبل حتى يعقل لفظ رسول الله ﷺ؛ لأن المندوب عندهم ليس بمأمور به، وعندنا مأمور به .

الثانية: أنه إذا ورد لفظ الأمر، ودل دليل على أنه لم يرد به الوجوب فمن قال: بأنه حقيقة حملة على الذنب، ولم يحتج في ذلك إلى دليل ؛ لأن اللفظ عنده حقيقتين: إحداهما بالإطلاق، والأخرى بالتقييد، وكما حمل عند الإطلاق على إحداهما حمل عند التقييد على الأخرى، ومن قال: إنه مجاز لم يحمله عليه إلا بدليل ؛ لأن حمل اللفظ على المجاز لا يجوز إلا بدلالة (١) .

والذي يظهر أن الخلاف ليس له ثمرة فقهية، ولكن ثمرته أصولية كما تقدم، والله أعلم.

المبحث الثاني: هل المندوب من الأحكام التكليفية

المطلب الأول: الأقوال في المسألة

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

- القول الأول: أن المندوب ليس مكلفاً به، وذهب إلى هذا جمهور الأصوليين (٢)
القول الثاني: أنه مكلف به، وذهب إلى هذا الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني (٣)،

(١) البحر المحيط ١/٢٨٧-٢٨٨.

(٢) انظر: الإحكام للأمدى ١/١٢١، ومختصر ابن الحاجب مع بيان المختصر ١/٣٩٦، وأصول ابن مفلح ١/٢٣٥، وجمع الجوامع مع شرح المحلى وحاشية الأنصاري ١/٣١٦، والتحبير للمرداوي ٢/٩٩٠، وتيسر التحرير مع التحرير ٢/٢٢٤، والبدور اللوامع شرح جمع الجوامع ٢/١١٢.

(٣) المصادر السابقة.

والقاضي أبو بكر الباقلاني^(١)، وابن عقيل^(٢)، والموفق ابن قدامة^(٣)، والطوفي^(٤)،
والصفي الهندي^(٥) وابن قاضي الجبل^(٦).

المطلب الثاني: الأدلة ومناقشتها

أولاً: أدلة القول الأول

استدل أصحاب القول الأول:

بأن التكليف إنما يكون بما فيه كلفة ومشقة، والمندوب مساو
للمباح في التخيير بين الفعل والترك من غير حرج مع زيادة الثواب على
الفعل، والمباح ليس من أحكام التكليف، فالمندوب أولى.

ثانياً: أدلة القول الثاني

١- أن تخصيص الفعل بوعده الثواب يحث العاقل على الفعل،
وهذا من الكلفة^(٧).

٢- أن المندوب لا يخلو عن كلفة ومشقة، فإنه سبب للثواب، وفعله
رغبة في الثواب مشق كفعل الواجب، وتركه مشق لفوات الثواب الجزيل
بفعله وربما كان ذلك أشق من الفعل بخلاف ترك المباح^(٨).

(١) التقريب والإرشاد ٢٨٦/١. والباقلاني هو: محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن قاسم الباقلاني
البصري ثم البغدادي المالكي الفقيه الأصولي المتكلم، من مؤلفاته: التقريب والإرشاد في أصول الفقه، توفي
سنة ٤٠٣ هـ انظر ترجمته في: (سير أعلام النبلاء ١٧/١٦٠-١٩٣، والديباج للمذهب ص ٢٦٧، وشجرة
النور الزكية ٩٢/١).

(٢) عزاه إليه ابن مفلح في أصوله ٢٣٤/١، وتبعه المرادوي في التحرير وشرحه ٩٩٠/٢، ولم أجده في الواضح
صريحاً، انظر الواضح ٦٨/١ وما بعدها.

(٣) انظر: الروضة ٢٢٠/١.

(٤) شرح مختصر الروضة ١٧٩/١.

(٥) نهاية الوصول ٦٤٢/٢، وذكر أنه قول الجماهير.

(٦) انظر التمييز للمرادوي ٩٩٠/٢.

(٧) المنحول ص ٢١.

(٨) انظر الإحكام للآمدي ١٢١/١.

أجيب عن هذا: بأنه يلزم عليه أن يكون حكم الشارع على الفعل بكونه سبباً للثواب حكماً تكليفياً؛ لأنه إن أتى بالفعل رغبة في الثواب الذي هو مسببه؛ فهو مشق، وإن تركه شق عليه ما فاتته من الثواب، وهو خلاف الإجماع.

المطلب الثالث: حقيقة الخلاف في كون المندوب مكلفاً به أو لا
ذكر كثير من العلماء أن الخلاف في هذه المسألة لفظي لا يترتب عليه ثمرة^(١).

وكون الخلاف لفظياً باعتبار تفسير التكليف، فمن فسره بإلزام ما فيه مشقة وكلفة نفاه عن المندوب، ومن فسره بطلب ما فيه كلفة أثبت له^(٢). وهذا هو الظاهر فمبنى الخلاف على تفسير التكليف، والله أعلم.

المبحث الثالث: حكم إتمام المندوب لمن شرع فيه
وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: تحرير محل النزاع والأقوال في المسألة

- اتفق العلماء على إتمام الحج والعمرة.
 - اتفق الأئمة الأربعة على أنه لا يلزم إتمام الصدقة والقراءة والأنكار^(٣).
 - اتفقوا على أن الأفضل إتمام المندوب خروجاً من الخلاف.
- واختلفوا فيما عدا ذلك على أقوال:

القول الأول: أنه لا يلزم إتمام غير الحج والعمرة بالشروع فيه،

(١) انظر: البرهان ١/١٠١، ومختصر ابن الحاجب مع شرح العضد ٥/٢، وبيان المختصر ١/٢٩٦، وأصول ابن مفلح ١/٢٢٥.

(٢) انظر: سلاسل الذهب ص ١١١، والبحر المحيط ١/٣٤١، وتيسير التحرير ٢/٢٢٤.

(٣) التحرير ٢/٩٩٦، والفروع لابن مفلح ٢/١٣٦، والمبدع ٣/٥٨.

بل هو مخير بين إتمامه وقطعه. وذهب إلى هذا: جمهور العلماء^(١).

القول الثاني: أنه يلزم إتمام المندوب بالشروع فيه.

وذهب إلى هذا القول: الحنفية^(٢)، ونسب إلى المالكية^(٣).

القول الثالث: التفصيل، بمعنى أنه يلزم إتمام المندوب في بعض

التطوعات دون بعض، ويتفرع عن هذا القول عدد من الأقوال:

- أنه يلزم إتمام المندوب في سبع مسائل، هي: النسكان (الحج

والعمرة)، والصلاة، والصوم، والاعتكاف، والائتمام، والطواف. وهذا

الذي حرره القرافي من مذهب المالكية^(٤).

(١) انظر: المحصول ٢/١-٢٥٥-٢٥٦، وتخريج الفروع على الأصول ص ٥٩، وجمع الجوامع لابن السبكي مع تشنيف المسامع ١/١٦٩، والبحر المحيط ١/٢٨٩-٢٩٠، والتحبير للمرداوي ٢/٩٩٦ وما بعدها، ونشر البنود ١/٣٣-٣٤.

(٢) انظر: أصول السرخسي ١/١١٥-١١٦، وأصول البزدوي مع شرحه كشف الأسرار ٢/٣١٢، والتفحيح وشرحه التوضيح والتلويح ٢/١٢٥.

(٣) هكذا نسب إليهم القول بإطلاق، نسب ابن العربي في أحكام القرآن ٣/١٧٠٣، وكذلك القرطبي في التفسير ١٦/٢٥٥ حيث قال: «احتج علماؤنا وغيرهم بهذه الآية يعني قوله تعالى: (ولا تبطلوا أعمالكم) على أن التحلل من التطوع - صلاة كان أو صوما - بعد التلبس به لا يجوز، لأن فيه إبطال العمل، وقد نهى الله عنه». ونسبه إليهم الزركشي في (تشنيف المسامع ١/١٦٩) حيث قال: «ونقل ابن المنير عن مالك مثل قول أبي حنيفة»، وكذلك نسب إليهم الرداوي في التحبير ٢/٩٩٦.

والصحيح التفصيل كما سيأتي.

(٤) قال القرافي في الذخيرة ١/٢٥٦: «لا يوجد ذلك أي وجوب إتمام المندوب لمن شرع فيه عندها إلا في سبع مسائل: النسكين والصلاة والصوم والاعتكاف والائتمام والطواف أما الشروع في تجديد الوضوء فنص أصحابنا على أن قطعه لا يوجب قضاء، وكذلك الشروع في الصدقة والقراءة والأذكار وغير ذلك من القربات، وللخصم القياس على جميع ذلك، ولنا الفرق إن أمكن»، ونظمها الحطاب بقوله:

قف واستمع مسائل قد حكموا
بكونها بالابتداء تلزم

صلاتنا وصومنا وحجنا
وعمره لنا كذا اعتكافنا

طوافنا مع ائتمام المقتدي
فيلزم القضا بقطع عامد

انظر: مواهب الجليل للحطاب ٢/٩٠، وذكر الحطاب عن الشيخ زروق ضابطا فيما يجب إتمامه، حيث قال:

«وأصل المذهب أن كل عبادة توقف أولها على آخرها يجب إتمامها». وقال صاحب نشر البنود: إن النقل لا

يلزم بالشروع إلا في بعض المسائل. انظر: نشر البنود ١/٣٣-٣٤، وانظر: الضياء اللامع ١/١٣٢، والبنود

اللوامع ٢/٢٧٢.

- أنه يلزم إتمام الصوم، ويلزم القضاء إن أفطر، وهذا القول رواية عند الحنابلة؛ لأنه عبادة تجب بإفسادها الكفارة العظمى كالحج^(١).

- أنه يلزم إتمام صلاة التطوع دون الصوم، وهو رواية عن الإمام أحمد، مال إليها أبو إسحاق الجوزجاني^(٢)، وقال الصلاة ذات إحرام وإحلال كالحج^(٣).

- أنه يلزم الاعتكاف كالصوم، وهو رواية عند الحنابلة^(٤).

- أنه يلزم إتمام الطواف لمن تلبس به، نقله الزركشي عن بعض الشافعية^(٥)، وقال المرداوي: «وذكر القاضي وجماعة من الأصحاب: (أن الطواف كالصلاة في الأحكام، إلا ما خصه الدليل)، فظاهره: أنه كالصلاة هنا، وفاقا لمالك»^(٦).

المطلب الثاني: الأدلة ومناقشتها

أولاً: أدلة القول الأول

استدل أصحاب القول الأول القائلون: إن المندوب لا يجب بالشروع فيه بالأدلة التالية^(٧):

-
- (١) الكافي لابن قدامة ١/٣٦٤، والمبدع لابن مفلح ٢/٥٨، والتحبير ٢/٩٩٥.
(٢) هو: إبراهيم بن يعقوب، أبو إسحاق الجوزجاني، له جزءان مسائل عن الإمام أحمد، انظر ترجمته في: طبقات الحنابلة ١/٩٨.
(٣) انظر: الكافي ١/٣٦٥، والفروع ٢/١٣٥، والمبدع ٢/٥٨، والتحبير ٢/٩٥٥.
(٤) انظر: التحبير ٢/٩٥٥.
(٥) انظر: تشنيف السامع ١/١٧١.
(٦) التحبير ٢/٩٩٦، وانظر المبدع ٢/٥٨.
(٧) انظر: المحصول ١/٢٥٥-٢٥٦، وجمع الجوامع لابن السبكي مع تشنيف السامع ١/١٦٩، والبحر المحيط ١/٢٨٩-٢٩٠، وفتح الباري ١/١٠٧، والتحبير للمرداوي ٢/٩٩٦.

الدليل الأول: عن عائشة أم المؤمنين^(١) - رضي الله عنها - قالت قال لي رسول الله ﷺ ذات يوم «يا عائشة هل عندكم شيء». قالت فقلت يا رسول الله ما عندنا شيء. قال «فإني صائم». قالت فخرج رسول الله ﷺ فأهديت لنا هدية - أو جاءنا زور - قالت - فلما رجع رسول الله ﷺ قلت يا رسول الله أهديت لنا هدية - أو جاءنا زور^(٢) - وقد خبأت لك شيئاً. قال «ما هو». قلت: حيس^(٣). قال: «هاتيه». فجئت به فأكل ثم قال «قد كنت أصبحت صائماً»^(٤). قال طلحة^(٥): فحدثت مجاهداً^(٦) بهذا الحديث فقال: ذاك بمنزلة الرجل يخرج الصدقة من ماله فإن شاء أمضاها وإن شاء أمسكها.

الدليل الثاني: عن أم هانئ^(٧) أن رسول الله ﷺ دخل عليها يوم

(١) هي: عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها وعن أبيها وهي زوج النبي ﷺ وكانت أحب أزواجه إليه، فضلها على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام، توفيت رضي الله عنها سنة ٥٧ هـ وقيل: ٥٨ هـ. انظر ترجمتها في: (الاستيعاب ٣٤٥/٤، والإصابة ٢٤٨/٤).

(٢) قال ابن قتيبة: «الزور: الزائر، وهو في الأصل: مصدر وضع موضع الاسم كصوم ونوم بمعنى صائم وتائم». وقد يكون الزور جمع زائر كزأكب وزكب. وقد تكرر في الحديث، النهاية مادة (زور).

(٣) الحيس: تمر ينزع نواه، ويدق مع أقط، ويعجنان بالسمن ثم يدلك باليد حتى يبقى كالثريد، وربما جعل معه سويق، وهو مصدر في الأصل يقال: (حاس) الرجل حيساً من باب باع إذا اتخذ ذلك. انظر الصباح المنبر ١/١٦٩.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه باب جواز صوم النافلة بنية من النهار قبل الزوال وجواز فطر الصائم نفلاً من غير عذر. (٣٢).

(٥) لعله: طلحة بن يحيى بن طلحة بن عبيد الله التيمي المدني نزيل الكوفة. توفي سنة ١٤٨ هـ انظر: تهذيب التهذيب ٥/٢٥.

(٦) هو: مجاهد بن جبر الإمام أبو الحجاج المخزومي مولاهم المكي المقرئ المفسر الحافظ مولى السائب بن أبي السائب المخزومي، توفي سنة ١٠٣ هـ انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ ١/٩٢.

(٧) هي: أم هانئ بنت أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم الهاشمية ابنة عم النبي ﷺ. قيل: اسمها فاختة، وقيل: اسمها فاطمة، وقيل: هند، والأول أشهر. روت أم هانئ عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أحاديث في الكتب الستة وغيرها. انظر ترجمتها في: (الاستيعاب ٤/٤٧٨، والإصابة ٤/٤٧٩).

الفتح فأتي بإناء فشرب ثم ناولني، فقلت: إنني صائمة، فقال رسول الله ﷺ: المتطوع أمير نفسه؛ فإن شئت فصومي، وإن شئت فأفطري^(١).

قال أبو عبد الرحمن^(٢) لم يسمعه جعدة^(٣) من أم هانئ.

الدليل الثالث: ما ورد في صحيح البخاري أن النبي ﷺ أمر جويرية بنت الحارث^(٤) أن تفطر يوم الجمعة بعد أن شرعت فيه^(٥).

فدل على أن الشروع في العبادة لا يستلزم الإتمام إذا كانت نافلة بهذا النص في الصوم، وبالقياص في الباقي.

الدليل الرابع: أن النفل لما شرع على هذا الوصف، وهو أنه غير لازم حتى يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه؛ وجب أن يبقى كذلك بعد الشروع ولا يصير لازماً؛ لأن حقيقة الشيء لا تتغير بالشروع، ألا ترى أنه بعد الشروع نفل كما كان قبله؛ ولهذا يتأدى بنية النفل، ولو أتمه كان مؤدياً للنفل لا مسقطاً للواجب، ولو صار فرضاً لما ثبتت هذه الأحكام، وإذا كان نفلاً حقيقة وجب أن يكون مخيراً في الباقي كما كان مخيراً في الابتداء؛ تحقيقاً للنقلية؛ لأن آخره من جنس أوله^(٦).

(١) السنن الكبرى للنسائي باب الرخصة للصائم المتطوع أن يفطر حديث (٢٢٨٨).

(٢) أي: النسائي، انظر: السنن الكبرى للنسائي ٣/٣٦٥.

(٣) قال في ميزان الاعتدال ١/٢٩٩: ((جعدة عن أم هانئ [ت، س]. روى عنه شعبة لا يدرى من هو، لكن شيوخ شعبة عامتهم جيد، وهو من ولد أم هانئ، وصوابه شعبة، عن جعدة، عن أبي صالح، عن أم هانئ، قال البخاري: لا يعرف إلا بحديث فيه نظر - يعني: الصائم المتطوع أمير نفسه)).

(٤) هي: أم المؤمنين زوج النبي صلى الله عليه وسلم جويرية بنت الحارث بن أبي ضرار بن حبيب ابن جذيمة الخزاعية المصطفوية، انظر ترجمتها في: (الاستيعاب ٤/٢٥٩، والإصابة ٤/٢٥٩).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الصيام باب صوم يوم الجمعة حديث (١٩٨٦).

(٦) انظر: كشف الأسرار ٢/٣١٢.

ثانياً: أدلة القول الثاني

استدل القائلون بأن النفل يجب بالشروع فيه بالأدلة التالية^(١):
الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا
الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن عدم إتمام المندوب بعد الشروع فيه إبطال له،
فيكون داخلاً في النهي المذكور في الآية الكريمة.

وأجيب عن الاستدلال بالآية: أن معنى الآية: ولا تبطلوا أعمالكم
بالردة بدليل ما قبلها^(٣)، وهي قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا وَصَدُّوا
عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَشَاقُّوا الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُمُ الْهُدَىٰ لَنْ يَضُرُّوا اللَّهَ شَيْئًا
وَسَيَحْطِ أَعْمَالُهُمْ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا
أَعْمَالَكُمْ﴾^(٤).

الدليل الثاني: أنه جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد، ثائر
الرأس، يسمع دوي صوته، ولا يفقه ما يقول حتى دنا، فإذا هو يسأل
عن الإسلام، فقال رسول الله ﷺ « خمس صلوات في اليوم والليلة »
. فقال: هل علي غيرها، قال « لا، إلا أن تطوع ». قال رسول الله ﷺ
« وصيام رمضان ». قال هل علي غيره، قال: « لا، إلا أن تطوع ». .
قال: وذكر له رسول الله ﷺ الزكاة . قال هل علي غيرها، قال: « لا، إلا

(١) انظر الأدلة وماورد عليها من مناقشات في: أصول السرخسي ١١٥/١-١١٦، وأصول البزدوي مع
شرحه كشف الأسرار ٣١٢/٢، والتنقيح وشرحه التوضيح والتلويح ١٢٥/٢، وأحكام القرآن لابن
العربي ١٧٠٤/٣، وتشنيف المسامع ١٧٠/١، والبدور اللوامع ٢٧٢/١-٢٨٠.

(٢) سورة محمد: ٣٣ .

(٣) انظر: التجهيز للمرباوي ٩٩٢/٢.

(٤) سورة محمد: ٣٣-٣٢ .

أن تطوع . قال: فأدبر الرجل، وهو يقول: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص . قال رسول الله ﷺ: « أفلح إن صدق » ^(١) .

وجه الاستدلال: أن قول النبي ﷺ «لَا، إِلَّا أَنْ تَطُوعَ» بعد قول الرجل « هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا » معناه لا يجب عليك غيرها إلا أن تطوع؛ فيلزمك التطوع، وإن كان تطوعاً في أصله .

أجيب: أن الاستثناء منقطع، بدليل أن النبي ﷺ قد أبطل تطوعه ^(٢) .
الدليل الثالث: عن عائشة قالت: أصبحت أنا وحفصة ^(٣) صائمتين، فأهدي لنا طعام والطعام محروص عليه، فأكلنا منه، ودخل علينا النبي ﷺ فابتدرتني حفصة، وكانت بنت أبيها، فقالت: يا رسول الله أصبحنا صائمتين فأهدي لنا طعام، فأكلنا منه، فتبسم النبي ﷺ وقال: صوما يوماً مكانه ^(٤) .

وجه الاستدلال: قوله: صوما أمر بالقضاء، والأمر للوجوب؛ فدل على أن الشروع في المندوب يجعله واجباً، فيلزم قضاؤه .
ويجاب عن هذا: أنه على فرض صحة الحديث ^(٥)، فإن الأمر محمول على الاستحباب، بدليل قوله ﷺ وفعله السابق في الفطر بعد الشروع في الصوم .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الإيمان باب الزكاة من الإسلام حديث (٤٦)، ومسلم في صحيحه باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام حديث (١٠٩) .

(٢) انظر: تشنيف المسامع ١/١٧٠، والتجبير للمرداوي ٢/٩٩٢ .

(٣) هي: حفصة بنت عمر بن الخطاب أمير المؤمنين هي أم المؤمنين زوج النبي ﷺ، توفيت رضي الله عنها سنة ٤٥هـ انظر ترجمتها في: الاستيعاب ٤/٢٦٠، والإصابة ٤/٢٦٥ .

(٤) أخرجه النسائي في السنن الكبرى باب ما يجب على الصائم إذا أفطر حديث (٢٢٧٧-٢٢٨٧) .

(٥) قال النسائي: «هذا الحديث منكر، الرخصة للصائم المتطوع أن يفطر» انظر في الكلام عنه سنن النسائي الكبرى ٢/٣٦٢-٣٦٣ .

الدليل الرابع: قوله ﷺ: «لا ينبغي لنبي يلبس لأمتة فيضعها حتى يحكم الله»^(١).

استدل به على ذلك ابن المنير^(٢).

وأجيب عن هذا: بأن في الحديث إشارة إلى الاختصاص، وهو قوله: «لا ينبغي لنبي»، وهذا يدل على مخالفة النبي لغيره في هذا الحكم^(٣).
الدليل الخامس: أن ما أداه المتنقل قد صار عبادة لله تعالى مسلماً إليه؛ لأنه لما شرع في الصوم أو في الصلاة وأدى جزءاً منه فقد تقرب إلى الله تعالى بأداء ذلك الجزء، وصار العمل لله تعالى حقاً له بالنص، ولهذا لو مات كان مثاباً على ذلك، وحق غيره محترم، فيحرم عليه التعرض له بالإفساد، ومضمون عليه إتلافه بالنص والإجماع، فوجب صيانتته وحفظه احترازاً عن ارتكاب المحرم ووجوب الضمان، ولا سبيل إلى حفظه وصيانتته إلا بإلزام الباقي، وهنا أمران متعارضان: الجزء المؤدى من العبادة، والجزء غير المؤدى، فإذا نظرنا إلى المؤدى، قلنا: يجب إلزام الباقي صيانة له عن البطلان، وإذا نظرنا إلى غير المؤدى نفسه، قلنا: لا يجب إلزام الباقي، لأنه في ذاته نفل كما قاله الشافعي، والنظر يقتضي ترجيح الإلزام بالباقي احتياطاً للعبادة وصوناً لها من الإبطال.

(١) صحيح البخاري باب قول الله تعالى: (وأمرهم شورى بينهم).

(٢) انظر: تشنيف المسامع / ١٧٠. وابن المنير هو: أحمد بن محمد بن منصور بن أبي القاسم بن مختار بن أبي بكر بن علي أبو العباس المتعوت بناصر الدين المعروف بابن المنير الجروي الجذامي الإسكندري، مالكي فقيه أصولي، من مؤلفاته: تفسير القرآن سماعه: البحر الكبير في نخب التفسير، وكتاب الانتصاف من الكشاف، توفي سنة ٦٨٢ هـ انظر ترجمته في: الديباج الذهب ص ٧١.

(٣) انظر: تشنيف المسامع / ١٧٠.

أجيب عن هذا من وجهين:

- عدم التسليم بأن المؤدى صار عبادة لله تعالى؛ لأن ما شرع فيه عبادة صوم أو صلاة، وهي مما لا يتجزأ؛ فلا يكون الموجود طاعة إلا بانضمام الباقي إليه، وإذا لم يكن طاعة لا يحرم إبطاله.

- لئن سلمنا كونه عبادة، فلا نسلم أن أداء الباقي شرط لبقائه عبادة، والدليل عليه أن المؤدى باعتراض الموت لا يخرج عن كونه عبادة حتى ينال به الثواب بلا خلاف بين الأمة، ولو كان أداء الباقي شرطاً لبقائه عبادة لبطل بفوات الشرط، يوضحه أن أداء الباقي لو جعل شرطاً لا يخلو من أن يجعل شرطاً لانعقاد المؤدى عبادة أو لبقائه عبادة، فإن قلتم بالأول فالامتناع عن مباشرة شرط الانعقاد لا يعد إبطالا، وإن قلتم بالثاني فهو خلاف المعقول؛ لأنه لما انعقد عبادة بدون الباقي فلأن يبقى بدونه كان الأولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

الدليل السادس: قياس المندوب على المنذور بجامع أن كلا منهما صار حقاً لله، فالنذر صار حقاً لله بالتسمية لا بالفعل، والمندوب صار حقاً بالفعل الذي هو الشروع فيه لا بمجرد التسمية، وما صار حقاً لله بالفعل أولى مما صار حقاً له بمجرد التسمية.

بيان ذلك من وجهين:

- أن المؤدى وقع لله تعالى مسلماً إليه كما ذكر سابقاً، وأما المنذور فلأنه جعل لله تعالى تسمية ولا شك أن ما وقع لله تعالى فعلاً أقوى مما صار له تسمية؛ لأنه بمنزلة الوعد.

- أن إيجاب ابتداء الفعل أقوى من إيجاب بقاءه؛ لما عرف أن البقاء

أسهل من الابتداء، ثم وجب لصيانة أدنى الأمرين وهو: التسمية ما هو أقوى الأمرين وهو: ابتداء الفعل؛ فلأنَّ يجب لصيانة ما هو أقوى الأمرين وهو ابتداء الفعل أدنى الأمرين وهو إيفاء الفعل وإتمامه من باب أولى.

وأجيب عن هذا بما يأتي :

- الفرق بين النذر والشروع في المندوب؛ لأن النذر التزام بالقول، وله ولاية ذلك فإذا أتى بكلمة الالتزام لزمه، وأما الشروع فليس بالتزام بل هو أداء بعض العبادة، ولم يوجد فيما بقي التزام فلا يلزمه، ونظيره الكفالة مع القرض أو الصدقة، فإن الكفيل لما التزم بالقول؛ فيلزمه ما التزم، فأما المقرض والمتصدق فلا يلتزم بالقول ولكن إن شرع في الإعطاء فبقدر ما أدى يصح، ولا يلزمه ما لم يعط. يوضح الفرق بينهما لو نذر أربع ركعات يلزمه، ولو شرع يصلي أربع ركعات لا يلزمه . ولو نذر الصلاة قائماً يلزمه القيام، ولو شرع قائماً لا يلزمه، ولو نذر صوم يوم النحر يلزمه عندكم، ولو شرع فيه لا يلزمه على أن الشروع أداء بالفعل، والنذر إيجاب في الذمة بالقول. - أنه يلزمه في النذر بقدر ما سمى، فكذاك بالشروع يلزمه بقدر ما أدى، وما لم يؤده لا يلزمه كما أن ما لم يسمه بالنذر لا يلزمه.

المطلب الثالث: الراجح

من خلال ما تقدم يتبين لي أن القول الراجح هو: أن المندوب لا يلزم بالشروع فيه، لكون هذا القول أقوى دليلاً، وأصرح دلالة، والله أعلم.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث أحمد الله على نعمته عليّ بإتمام هذا البحث، وفي ختامه أذكر أهم نتائجه، وخلاصة مباحثه، وهي على النحو التالي :

١- أن المندوب عرف بتعريفات كثيرة، وهي متقاربة في بيان معناه، وبيان المقصود منه، ولكن أظهر تلك التعريفات، أنه المطلوب فعله شرعاً من غير ذم على تركه مطلقاً.

٢- أن العلماء متفقون على أن المندوب ما في فعله ثواب، وليس في تركه عقاب، بيد أنه قد اختلفت طريقتهم في بعض الألفاظ المشاركة للمندوب في حقيقته، مثل: السنة، والمستحب، والنفل، والتطوع، والفضيلة..... الخ، هل هي ألفاظ مترادفة أم أن بينها تفاوتاً؛ فتكون مراتب للمندوب وأقساماً له، وقد تبين من خلال البحث اصطلاح كل مذهب في ذلك، وما يترتب على تلك الاصطلاحات من فروق مذهبية، قد يترتب عليها بعض الأحكام الفقهية في ذلك المذهب، وقد تكون لبيان مراتب المندوب، وقد تكون مجرد اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح.

٣- مما تبين خلال البحث أن المندوب على أقسام فمن ما هو على الكفاية، ومنه ما هو سنة عين يستحب فعلها من كل شخص، وتبين ما تلتقي فيه سنة الكفاية مع فرض الكفاية، وما تختلف فيه عن فرض الكفاية.

٤- أن الطرق والأساليب التي يعرف بها المندوب كثيرة، ومنها :

- صيغة الأمر المصروفة عن الوجوب إلى الندب.

- فعل النبي ﷺ وقد ذكر العلماء سبع حالات يكون فيها فعله ﷺ محمولاً على الذنب، سبق بيانها في البحث.
- التعبير بالذنب أو بعض أسمائه، كالاستحباب، والتطوع، والنافلة، وما تصرف من ذلك.
- الترغيب في الفعل بمدح فاعله وبيان ما يترتب عليه من الأجر والثواب وما أشبه ذلك.
- ٥- أن المندوب أهمية كبيرة في الشريعة، تتمثل هذه الأهمية فيما يأتي:
- أن المندوب حمى يحمي الواجب من الضياع، وسياج وحصن منيع يمنع التعدي على الواجبات.
- أن المندوب خادم للواجب، ومهيئ له سواء تقدمه أم قارنه أم لحقه، وفي ذلك.
- أن المندوب يجبر ما في الواجب من نقص.
- ٦- أن حكم المندوب جواز الترك إلى غير بدل، وأن تاركه لا يأثم ولا يستحق العقاب، وأن ذلك مما يميزه عن الواجب الذي لا يجوز تركه مطلقاً، لكن ثمة أمور ينبغي التنبيه لها، والتنبيه عليها، وهي:
- أن بعض العلماء شدد في ترك السنة المؤكدة، واعتبرها قريباً من الواجب.
- أنه لا يجوز الإصرار والمداومة على ترك السنة المؤكدة.
- أن المندوب يترك إذا كان في تركه مصلحة.
- أن المندوب لا يترك لكونه صار شعاراً للمبتدعة.

- أن المندوب قد يترك إذا خُشي من اعتقاد العامة وجوبه
٧- وقد تبين في مسألة: هل المندوب مأمور به أو غير مأمور به ما
يأتي:

- أن المندوب مطلوب شرعاً على كل حال، سواء قلنا: إنه مأمور به
حقيقة أو مجازاً. وهذا القدر كاف في معرفة حقيقة المندوب.
- أن المندوب مأمور به أمراً مقيداً لا مطلقاً، فيدخل في مطلق
الأمر، ولا يدخل في الأمر المطلق.

- أن الخلاف في كون المندوب مأموراً به أو لا، خلاف له ثمرة
أصولية في بعض المسائل الأصولية، وليس له ثمرة فقهية .
٨- أن الخلاف في كون المندوب من أحكام التكليف أولاً، خلاف
لفظي لا يترتب عليه ثمرة فقهية.

٩- أن المندوب لا يجب على من شرع فيه، وله قطعه، لكن يستحب
له إتمامه، تحصيلاً لمصلحته، وخروجاً من الخلاف.
وفي ختام هذا البحث، أحمد الله على ما منَّ به عليّ أولاً وآخرأً، وأسأله
سبحانه بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يجعل هذا البحث لوجهه
خالصاً، ولعباده نافعاً، وأن ينفعني به يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا
من أتى الله بقلب سليم.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد
لله رب العالمين.

الشفاعة في القضاء

إبراهيم بن عبد العزيز الجهني*

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله. أما بعد: فلقد انتشرت في عصرنا الحاضر الشفاعة في مجالات عدة ومنها القضاء، وهي من المواضيع المهمة التي تحتاج لدراسة وبحث وعناية علمية وجمعها في بحث مستقل مع بيان أحكامها، ولهذا ولغيره أردت أن أشارك بهذا البحث المتواضع بعنوان: (الشفاعة في القضاء) ولعلي أتناول هذه المسألة، بدراسة فقهية مقارنة بأسلوب علمي رصين، وأسأل الله عز وجل أن يلهمني الحق والصواب فيما أقول.

منهج البحث:

الرجوع إلى المصادر الأصلية الفقهية المعتمدة في كل مذهب. إذا كانت المسألة خلافية تتبعت الأقوال في المسألة مع استقصاء الأدلة والمناقشة لكل قول مع الترجيح. أخرج الآيات وأعزوها إلى سورها مع بيان أرقامها.

(*) قاضي المحكمة العامة بالرين بمحافظة القويعية وإمام وخطيب جامع الإمام عبد الرحمن الفيصل آل سعود بحي الصحافة في الرياض.

خرجت الأحاديث فإن كان في الصحيحين أو أحدهما، اكتفيت بذكره عند أحدهما، وإن كان في غيرهما حرصت على تخريجه من كتب السنن والآثار، وأحياناً أذكر الحكم على الحديث، والتخريج يكون بذكر الجزء والصفحة، ورقمه.

تعريف الشفاعة لغة واصطلاحاً:

الشفاعة لغة: مصدر قولهم شَفَعَ يَشْفَعُ وهو مأخوذ من مَادَّة (ش ف ع) التي تدل على مقارنة الشيئين، ومن ذلك الشَّفْعُ خلاف الوَثَرِ، تقول: كان فرداً فشفعته، قال سبحانه ﴿وَالشَّفْعَ وَالْوَتْرَ﴾^(١). وَشَفَعَ فلانٌ لفلانٍ إذا جاء ملتمساً مطلبه ومعيناً له، قال الراغب: الشَّفْعُ ضَمُّ الشَّيْءِ إِلَى مِثْلِهِ.

والشفيع: الشافع. والجمع شفعاء واستشفع بفلان على فلان، وتشفع له إليه فشفعه فيه. قال الفارسي: اسْتَشْفَعَهُ طَلَبَ مِنْهُ الشَّفَاعَةَ، أي قال له: كن لي شافعاً، واستشفعته إلى فلان أي سألته أن يشفع لي إليه. وفي التنزيل: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفَعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقِينًا﴾^(٢) أي من انضم إلى غيره وعاونه وصار شفعاً له، أو شفيعاً في فعل الخير والشر فعاونه وقواه شاركه في نفعه وضره^(٣)، ومنه الشفاعة يوم القيامة قال تعالى: ﴿لَا يَمْلِكُونَ الشَّفَعَةَ إِلَّا مَنْ أَخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا﴾^(٤).

(١) سورة الفجر آية: ٣.

(٢) سورة النساء، آية: ٨٥.

(٣) انظر: الصحاح (١٢٢٨/٢)، لسان العرب (١٨٢/٨)، مقاييس اللغة، لابن فارس (٢٠١٢)، المفردات للراغب (٢٦٢).

(٤) سورة مريم، آية: ٨٧.

وهذه المعاني كلها لها ارتباط وثيق بالمعنى الاصطلاحي.
الشفاعة اصطلاحاً^(١): عرفها بعض فقهاء الحنفية بأنها: (طلب ترك الواجب)^(٢).

وينتقد هذا التعريف بأمرين :

أولاً: أنه غير جامع، فقد تكون الشفاعة بطلب ترك غير الواجب كالشفاعة في أمر من الأمور التي يستحب فعلها كالشفاعة عند رب العمل، بإيقاع عقد إجارة

لفلان من الناس، وأيضاً: فالشفاعة كما أنها قد تكون تركاً فقد تكون فعلاً فيكون بذلك غير جامع .

ثانياً: أنه غير مانع، فقد يدخل فيه الشفاعة في الحدود بعد بلوغها السلطان وهي في هذه الحالة محرمة لا تجوز .

وعرفها ابن قدامة بقوله: (طَلَبُ إسْقَاطِ حَقٍّ وَجَبَ لِلَّهِ تَعَالَى)^(٣) .
وانتقد هذا التعريف: بأن الشفاعة كما تكون في إسقاط حق وجب لله تعالى، فقد تكون في إسقاط حق وجب للمخلوق، فيكون التعريف غير مانع.
وعرفها الشريف الجرجاني بقوله: (هي السَّوَالُ فِي التَّجَاوُزِ عَنِ الذَّنُوبِ مِنَ الَّذِي وَقَعَتُ الْجَنَائِيَةُ فِي حَقِّهِ)^(٤) .

وينتقد هذا التعريف: بأنه ليس كل ذنب تجوز الشفاعة فيه، فلو قُيدَ التعريف بقوله: فيما تجوز الشفاعة - أو السؤال - فيه لكان حسناً .

(١) المراد هنا اصطلاح الفقهاء .

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤/٤) تبين الحقائق للزيلعي: (١٦٢/٢) .

(٣) المغني لابن قدامة: (٢٩٥/١٠) .

(٤) انظر: التعريفات للجرجاني: ص ١٢٣ .

وعرفها صاحب معجم لغة الفقهاء بقوله: (التماسُ العفو والتخفيفُ من العقوبة عن الغير من غير دليل) ^(١).

التعريف المختار للشفاعة: التوسط، لقضاء حاجة الغير، في أمر مستحسن، أو مستقبح شرعاً.

شرح التعريف: التوسط: المراد بها الشفاعة، وهذا اللفظ من مترادفات الشفاعة، وقد اخترته، خشية حصول الدور في التعريف.

لقضاء حاجة الغير: سواء كان هذا الغير مسلماً أم كافراً، قريباً أم بعيداً، لعموم الأمر بالشفاعة.

في أمر مستحسن: المراد هنا الشفاعة الحسنة، لأن ضابطها أن تكون فيما استحسنة الشرع.

أو مستقبح: والمراد هنا الشفاعة السيئة، لأن ضابطها أن تكون فيما استقبحه الشرع.

شرعاً: أي المستحسن والمستقبح في نظر العرف الشرعي، لأن عليه مدار الأمور المستنبطة في الفقه الإسلامي.

وبهذا يظهر أن المعنى اللغوي والاصطلاحي للشفاعة متقاربان.

الألفاظ ذات الصلة والفرق بينها وبين الشفاعة:

الفرع الأول: الفرق بين الشفاعة والجاه:

الجاه صفة لشخص يتميز بها إما لجاهه الديني، أو الدنيوي، بينما الشفاعة إعمال لهذا الجاه ^(٢) إما بأمر مشروع كالشفاعة الحسنة أو أمر غير مشروع كالشفاعة السيئة.

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء: ص ٢٦٤.

(٢) مفردات الراغب الأصفهاني ص: ٢٥٩.

الفرع الثاني: الفرق بين الشفاعة والكفالة:

الشفاعة هي: الانضمام إلى آخر ناصراً له، وسائلاً عنه، أو هي ضم غيرك إلى جاهك ووسيلتك، فهي على التحقيق إظهار لمنزلة الشفيع عند المشفع، وإيصال منفعة للمشفوع.

والكفالة هي: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونه^(١). وعليه فيكون الفرق بين الشفاعة والكفالة: أن الشفاعة هي إحسان محض تنتهي عُقْلة الشفيع بالمشفوع عنده بمجرد القبول أو الرفض، بينما الكفيل يشغل ذمته إما بكفالة مال، أو بدن، فلا تنتهي علقه الكفيل بالمكفول عنده إلا ببراءة ذمة المكفول أو إبرائه للكفيل بخلاف الشفاعة.

الفرع الثالث: الفرق بين الشفاعة والرشوة:

الرشوة هي: ما يعطيه الشخص لحاكم، أو غيره، ليحكم له، أو يحمله على ما يريد، فيكون الفرق الجوهرى بين الشفاعة والرشوة هو: أن الشفاعة الحسنة تدخل في باب المعروف والقربة لله تعالى، لأن الساعي فيها لا يرجو غير الأجر والمثوبة من الله تعالى، فإذا خرج من هذا الباب إلى طلب الأجر والمثوبة من المشفوع له، فقد ولج باب الرشوة. وهنا يستوي في ذلك أن يكون المقابل مادياً أو معنوياً، فقد روي عن أبي أمامة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من شفع لأخيه شفاعة، فأهدى له هدية، فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»^(٢).

(١) مغني المحتاج (١٩٨/٢) نهاية المحتاج (٤٤٢/٤).

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع والإجارة، باب في الهدية لقضاء الحاجة، حديث (٣٥٤٣) وأحمد في مسنده (٢١٨٧٦)، وحسنه عبد القادر الأرناؤوط جامع الأصول (١١/١١٤) والألباني: صحيح الجامع رقم (٦٣١٦) وقال الشيخ ابن باز: سنده لا بأس به (تعليقه على بلوغ الرام).

الفرع الرابع: الفرق بين الشفاعة والصلح،

الشفاعة عامة والصلح خاص.

فالشفاعة هي: إظهار لمنزلة الشفيع عند المشفع وإيصال منفعته للمشفوع^(١) بينما الصلح هو: معاهدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين^(٢).
فالشفاعة عامة في قضاء حوائج المشفوع له أيا كانت، بينما الصلح خاص في قطع الخصومة، وإنهاء النزاع فهو يعقب خلافاً غالباً.

موقف الإسلام من الشفاعة:

لقد أولى الإسلام أحكام الشفاعة في الفقه الإسلامي عناية كبرى، وفصل في أحكامها، وبين حلالها وحرامها، من خلال الكتاب والسنة والمعقول، ومن ذلك:

أولاً: الأدلة على الشفاعة من الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُّقْبِلًا﴾^(٣).

وجه الدلالة: تدل هذه الآية أن الشارع، قد رغب في الشفاعة الحسنة ورتب عليها أجراً، وحذر من الشفاعة السيئة ورتب عليها وزراً، مما يدل على أهمية الشفاعة لدى الشارع.

٢- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا مِمَّا رَزَقْنَاكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَ يَوْمٌ لَا بَيْعٌ فِيهِ وَلَا خُلَّةٌ وَلَا شَفْعَةٌ وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٤).

(١) مفردات الراغب الأصفهاني ص ٢٥٩.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/٤٧٦).

(٣) سورة النساء آية: ٨٥.

(٤) سورة البقرة آية: ٢٥٤.

وجه الدلالة: هذه الآية مخرجها في الشفاعة عام، والمراد بها خاص، فعندما يقول الله تعالى: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ يَوْمَ لَا يَبِيعُ فِيهِ وَلَا خُلَّةٌ وَلَا شَفَعَةٌ﴾ فالشارع نفى الشفاعة في الآخرة في حق الكفار مما يدل مفهومه على ثبوتها في الدنيا، وقد علم سبحانه أن ناساً يتحابون في الدنيا ويشفع بعضهم لبعض^(١)، مما يدل على اهتمام الشارع بأمر الشفاعة.

ثانياً: الأدلة على الشفاعة من السنة:

- ١- عن أبي موسى رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتاه طالب حاجة أقبل على جلسائه فقال: «اشفعوا تؤجروا وليقض الله على لسان نبيه ما أحب»^(٢).
- ٢- عن عائشة رضي الله عنها قالت: « أن قريشاً أهمهم شأن المخزومية التي سرقت، فقالوا: ومن يجترئ إلا أسامة ابن زيد، حب رسول الله ﷺ، فكلمه أسامة فقال رسول الله ﷺ: أتشفع في حد من حدود الله؟ وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»^(٣).
- ٣- عن جابر رضي الله عنه قال: «أصيب عبد الله، وترك عيالاً، فطلبت إلى أصحاب الدين أن يضعوا بعضاً من دينه فأبوا، فأتيت النبي ﷺ فاستشفعت به عليهم، فأبوا، فقال: صنف تمر كل شيء منه على حدته، عذق ابن زيد على حدة، واللين على حدة والعجوة على حدة، ثم أحضرهم حتى أتيتك ففعلت، ثم جاء النبي ﷺ فقعد عليه، وكال لكل رجل حتى استوفى منه، وبقي التمر كما هو كأنه لم يمس»^(٤).

(١) جامع البيان (٣٨٣/٥).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب التحريض على الصدقة، حديث (١٤١٢) (٥٢/٤)، وأخرجه مسلم، كتاب البر والصلة، باب استحباب الشفاعة في ما ليس بحرام، حديث (٦٦٣٤) (١٥٢/١٦).

(٣) أخرجه البخاري واللفظ له، كتاب الحدود، باب حد السرقة، حديث (٦٧٨٨) (٨٧/١٢)، ومسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، حديث (٤٣٦٤) (١٥٥/١١).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعتي، حديث (٢١٠٣) (٧٥/٥).

٤- فعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «من نفّس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه...» الحديث^(١).

٥- وعن ابن عباس رضي الله عنه أن مغيثاً كان عبداً فقال: «يا رسول الله اشفع لي إليها - فقال رسول الله ﷺ - يا بريرة: إتقي الله فإنه زوجك وأبو ولدك. فقالت يا رسول الله: أأمرني بذلك؟ قال: لا إنما أنا شافع. فكان - أي مغيث - دموعه تسيل على خديه. فقال رسول الله ﷺ للعباس: ألا تتعجب من حب مغيث بريرة وبغضها له»^(٢).

وجه الدلالة في هذه الأحاديث:

في هذه الأحاديث دلالة صريحة على اهتمام الشارع في الشفاعة، فقد حث عليها النبي ﷺ بقوله، وتارة بفعله، وأخرى بإقراره، وبينَ الجائز والمندوب منها وحث عليه، والمحرم وحذر منه، فهي مباحة في الأصل إلا أنه قد يتغير حكمها تبعاً للمغير والسبب، فقد تكون محرمة كالشفاعة في الحدود بعد بلوغها السلطان^(٣).

(١) أخرجه مسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، حديث رقم (٦٨٠٣) (١/١٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الطلاق - باب شفاعة النبي ﷺ في زواج بريرة، حديث (٥٢٨٣) (٤٠٨/٩).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٩٥/١٠)، بداية المجتهد (٤٥٢/٢)، المغني (٢٩٤/١٠) منار السبيل (٣٦٥/٤).

وقد تكون جائزة كالشفاعة في الحدود قبل بلوغها السلطان، وقد تكون واجبة كالشفاعة في دفع ظلم يقدر على دفعه دون أن يحصل ضرر أعظم منه^(١). وقد تكون مندوبة كالشفاعة في النكاح وهكذا كما سيأتي بيانه - بإذن الله -.

ثالثاً: من المعقول:

أن من حكمة الله أنه خلق الخلق، وجعلهم فوق بعض درجات، في المال، والجاه، والخلق، والملك، فيؤتي هذا، ويحرم هذا ويرفع هذا، .. فعندئذ يحتاج بعضهم بعضاً، في تحقيق مآربهم، لتعدد مشاربهم، ومصادق ذلك قوله تعالى: ﴿لَسَخَذَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ سَخِرِيًّا﴾^(٢) ومن طرق التسخير الشفاعة، مما يدل على أهميتها لدى الشارع أن جعلها طريقاً من طرق قضاء الحاجات، وتفريج الكربات.

الشفاعة الحسنة وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف الشفاعة الحسنة لغة واصطلاحاً:

الشفاعة لغة: سبق تعريفها^(٣).

الحسنة: ضد السيئة، والحسن: ما حسن من كل شيء^(٤).

الشفاعة الحسنة اصطلاحاً:

قال القاسمي: «الشفاعة الحسنة: أن يتوسط في أمر يترتب عليه

خير، من دفع ضرر، أو جلب نفع، ابتغاء لوجه الله»^(٥).

(١) انظر: بداية المجتهد (٤٥٣/٢)، تبين الحقائق (١٦٣/٣)، الشرح الصغير للدردير (٤٨٩/٤) منتهى الإرادات ص ٤٥٦.

(٢) سورة الزخرف: ٣٢.

(٣) الشفاعة لغة سبق تعريفها.

(٤) انظر القاموس المحيط ص ١١٨٩، ١١٩٠.

(٥) انظر: محاسن التأويل (٣٢٢/٥).

وقال الزمخشري: «هي التي روعي بها حق مسلم، ودفع بها عنه شر، أو جلب إليه خير وابتغى به وجه الله، ولم تؤخذ عليها رشوة، وكانت في أمر جائز لا في حد من حدود الله ولا في حق من الحقوق - يعني الواجبة عليه»^(١).

وبدل لذلك قول الله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُقْبِلًا﴾^(٢).
التعريف المختار للشفاعة الحسنة هو: التوسط، لقضاء حاجة الغير في أمر مستحسن، شرعاً^(٣).

الفرع الثاني: ضوابط الشفاعة الحسنة:

لا تخرج ضوابط الشفاعة الحسنة غالباً عما ذكر سابقاً في تعريفها فتكون فيما روعي فيها حق مسلم، ودفع عنه بها شر، أو جلب إليه خير، وابتغى بها وجه الله، ولم يؤخذ عليها رشوة، وكانت في أمر جائز، لا في حد من حدود الله بلغت السلطان، ولا في حق من الحقوق^(٤).
فالضابط العام لها هي: أن تكون فيما استحسنته الشرع^(٥).

فكل أمر استحسنته الشارع فالشفاعة فيه مشروعة.

الفرع الثالث: صور الشفاعة الحسنة:

ضابط الشفاعة الحسنة - كما سبق - هي أن تكون فيما استحسنته الشرع، ويدخل في هذا الضابط صور كثيرة، كشفاعة الناس فيما بينهم

(١) انظر: الكشاف (٥٤٩/١).

(٢) سورة النساء آية (٨٥).

(٣) وقد سبق شرح التعريف.

(٤) الكشاف (٥٤٩/١).

(٥) تفسير القرآن الحكيم (٢٠٦/٥ - ٢٠٩) السياسة الشرعية ص ٧.

في قضاء حوائجهم، والشفاعة في التزويج، والشفاعة في وضع الدين، والشفاعة للإصلاح بين المتخاصمين.

وفيما يلي بيان كل حالة:

١- الشفاعة في قضاء الحوائج:

وهذه من علامات الترابط الأخوي، واجتماع الكلمة، واتحاد الصف، ونقاء القلوب من غائلة الحسد والحقد والتباغض، ومحبة الخير للغير، فالاجتهاد فيها تقريباً إلى الله تعالى، من أنفس الطاعات، وأزكى القربات وأجزلها. فعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «من نفّس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه...» الحديث^(١). فالمراد بقوله ﷺ نفّس أي: (فَرَّج) والكربة: (ما أهم النفس وغم القلب) ففي هذا الحديث فضل قضاء حوائج المسلمين، ونفعهم، بما تيسر من علم، أو مال، أو جاه، أو نصح، أو دلالة على خير، أو إعانته بنفسه، أو سفارته، أو وساطته، أو شفاعته، أو دعائه له بظهر الغيب^(٢) مما يدل على عظيم فضل قضاء حوائج المسلمين.

٢- الشفاعة في وضع الدين:

فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: «أن أباه توفي وترك عليه ثلاثين وسقاً لرجل من اليهود فاستنظره جابر، فأبى أن يُنظره، فكلّم جابر رسول

(١) أخرجه مسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، حديث رقم (٦٨٠٢) (٩/١٧).

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم (٢٧٩/١٦).

الله ﷺ ليشفع له إليه، فجاء رسول الله ﷺ فكلّم اليهودي ليأخذ تمر نخله بالتي هي له فأبى، فدخل رسول الله ﷺ النخل فمشى فيها، ثم قال لجابر: جد له فأوف الذي له فجده بعدما رجع رسول الله ﷺ فأوفاه ثلاثين وسقاً وفضلت له سبعة عشر وسقاً، فجاء جابر رسول الله ﷺ ليخبره بالذي كان فوجده يصلي العصر، فلما انصرف أخبره بالفضل، فقال أخبر بذلك ابن الخطاب، فذهب جابر إلى عمر فأخبره، فقال له عمر: لقد علمت حين مشى فيها رسول الله ﷺ ليباركن فيها»^(١).

٣- الشفاعة في التزويج: فعن أبي الخير عن أبي رهم قال: قال رسول الله ﷺ: «من أفضل الشفاعة أن يشفع بين الاثنين في النكاح»^(٢). وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن مغيثاً كان عبداً فقال - كما سبق ذكره -: «يا رسول الله اشفع لي إليها - فقال رسول الله ﷺ - يا بريرة: إتقي الله فإنه زوجك وأبو ولدك. فقالت يا رسول الله: أأمرني بذلك؟ قال: لا إنما أنا شافع. فكان - أي مغيث - دموعه تسيل على خديه. فقال رسول الله ﷺ للعباس: ألا تتعجب من حب مغيث بريرة وبغضها له»^(٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإستقراض، باب إذا قاص أو جازقه في الدين تمراً بثمر حديث (٢٣٩٦) (١١٧/٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب شفاعة في التزويج (١٩٧٥/٦٣٥/١)، قال في مصباح الزجاجة (٢٤٤/١) بعد أن ساق إسناده هذا إسناده مرسل أبو رهم اسمه أسيد بفتح الهمزة وقيل بضمها، قال البخاري: تابعي وقال أبو حاتم: ليست له صحبة، وذكره ابن حبان في الثقات، وضعفه الألباني. انظر: موسوعة الأحاديث والآثار الضعيفة والموضوعة (٢٦٨/٩) رقم (٣٦٠٣)، وسبب تضعيفه أن الحديث قيل بإرساله فأبى رهم مختلف في صحبته للنبي - صلى الله عليه وسلم -. انظر: أسد الغابة (٦٠/١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الطلاق - باب شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في زواج بريرة، حديث (٥٢٨٣) (٤٠٨/٩).

فهذه الأحاديث وغيرها تدل على أن الشفاعة في النكاح شفاعة حسنة ومندوب إليها.

٤- الإستشفاع عند إمام المسلمين بطلب الدعاء لرفع القحط أو البأس:

إذا استشفع غير المسلمين عند إمام المسلمين، أو بالمسلمين أنفسهم عند القحط، أو البأس فلا يجوز ردهم، لما رواه ابن مسعود رضي الله عنه: «أن قريشاً أبطؤوا عن الإسلام فدعا عليهم رسول الله ﷺ فأخذتهم سنة حتى هلكوا فيها - وأكلوا الميتة والعظام فجاءه أبو سفيان، فقال: يا محمد جئت تأمر بصلة الرحم وإن قومك هلكوا، فدع الله تعالى، فقرأ ﴿فَارْتَقِبْ يَوْمَ تَأْتِي السَّمَاءُ بِدُحَانٍ مُّبِينٍ﴾ ^(١) ثم عادوا إلى كفرهم، فذلك قول الله تعالى: ﴿يَوْمَ تَبْطِشُ الْبُطْسَةُ الْكُبْرَى﴾ ^(٢) الحديث ^(٣).

قال ابن حجر العسقلاني - رحمه الله -: «الاستشفاع إنما وقع بعد دعاء النبي ﷺ بالقحط، ثم سأل أن يدعو برفع ذلك ففعل، فنظيره أن يكون إمام المسلمين هو الذي دعا على الكفار بالجدب فأجيب، فجاء الكفار ليسألونه الدعاء بالسقيا» ^(٤).

الفرع الرابع: حكم الشفاعة الحسنة:

للشفاعة الحسنة من حيث الحكم ثلاثة أحوال، يختلف فيها الحكم بحسب الحال، وهي كالتالي:

الحالة الأولى: الجواز، فتكون جائزة ومباحة كالشفاعة في الحدود قبل بلوغها إلى الإمام، وهي جائزة كذلك في المباحات لأصحاب الحوائج، وفي التعازير قبل وصولها إلى الإمام، وبعده ^(٥).

(١) سورة الدخان آية: ١٠.

(٢) سورة الدخان آية: ١٦.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب التفسير، باب روايته التي هو في بيتها، حديث (٤٥٧٥) (٩/٢٧٠).

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري (٢/٦٠٤).

(٥) انظر: بداية الجتهد (٢/٤٥٣)، منتهى الإردات ص ٤٥٦.

الحالة الثانية: الندب، وهو أن يشفع في أمر ندب الشارع إلى فعله، وتحصيله، للأجر والثواب، كالشفاعة في التخفيف من الدين، والشفاعة في النكاح، ونحوهما.

ولها تين الحالتين أدلة منها:

١- قوله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا وَكَانَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ مُّقِيبًا﴾ (١).

وجه الدلالة: تدل الآية في منطوقها، أن الشارع حث على الشفاعة الحسنة ورتب عليها أجراً، فتكون مندوباً إليها (٢).

٢- عن أبي موسى رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أتاه طالب حاجة أقبل على جلسائه فقال: (اشفعوا تؤجروا وليقض الله على لسان نبيه ما أحب)» (٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حث أصحابه على الشفاعة، ورغبهم فيها وبين ما لها من الأجر مما يدل على أنها مندوب إليها.

ويفهم كذلك من الحديث «أنه ليس على عمومته، بل مخصوص بما تجوز الشفاعة فيه، وهي الشفاعة الحسنة، وضابطها ما أذن فيه الشرع دون ما لم يأذن فيه كما دلت عليه الآية» (٤).

٣- حديث جابر رضي الله عنه وفيه - كما سبق ذكره - : «فأنيت النبي ﷺ فاستشفعت به عليهم فأبوا، فقال: صنف تمر كل شيء منه على حدته، عذق ابن زيد على حده، واللين على حده، والعجوة على حده. ثم أحضرهم حتى أتيتك، ففعلت ثم جاء النبي ﷺ فقعده عليه، وكال لكل رجل حتى استوفى وبقي التمر كما هو كأنه لم يلمس» (٥).

(١) سورة النساء آية : ٨٥ .

(٢) انظر : الجامع لأحكام القرآن (٢٩٥/٥)، جامع البيان (٥٨١/٨).

(٣) سبق تخريجه .

(٤) انظر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٦٧/١٢).

(٥) سبق تخريجه .

وجه الدلالة: استجابة النبي ﷺ لطلب جابر، وعدم إنكارها عليه، وحث الغرماء على قبول الشفاعة يدل على جوازها والندب إليها.

الحالة الثالثة: الوجوب، وهو «أن يشفع فيما يجب عليه الشفاعة فيه، كأن يستطيع دفع مظلمة عن آخر، دون أن يترقب على دفعها ضرر أعظم منه، أو يتوقف القيام بالواجب على هذه الشفاعة، فيجب عليه حينئذ القيام بها، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»^(١).

الشفاعة السيئة وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: تعريف الشفاعة السيئة لغة واصطلاحاً:

الشفاعة لغة: سبق تعريفها^(٢).

السيئة ضدّ الحسنة: وساءه: فعَلَ بِهِ ما يُكرَهُ، والسُّوءُ: اسمه، والسيئةُ: الخَطِيئَةُ، وساءَ: قَبَحَ والمراد هنا المعنى الأول^(٣).

الشفاعة السيئة اصطلاحاً:

قال القاسمي: «هي ما كانت خلاف الحسنة، بأن كانت في أمر غير مشروع، فهي شفاعة لا يقصد بها وجه الله، ولا يراعى فيها حق المسلم، أو تكون في حد من حدود الله، أو تجلب ضرراً على مسلم، أو تكون سبباً في ظلم، أو إظهاراً لمنكر، أو أخذ عليها أجراً»^(٤).

التعريف المختار للشفاعة السيئة هو: التوسط، لقضاء حاجة الغير،

في أمر مستقبح، شرعاً^(٥).

(١) انظر: المغني (١٠/٢٤٩).

(٢) سبق تعريفها.

(٣) انظر: القاموس المحيط ص ٢٨٢١.

(٤) محاسن التأويل ص (٩١).

(٥) قد سبق شرح التعريف.

الفرع الثاني: ضوابط الشفاعة السيئة :

فالشفاعة السيئة هي: كل شفاعة لدرء حد من حدود الله بعد بلوغه السلطان، أو لارتكاب معصية من معاصي الله، أو لهضم حق من حقوق الناس، دون أن يكون ذلك على سبيل العفو أو المسامحة، من صاحب الحق نفسه^(١).
فالضابط العام للشفاعة السيئة هو: أن تكون فيما نهى الشارع عنه.

الفرع الثالث: صور الشفاعة السيئة :

ضابط الشفاعة السيئة كما سبق هو: أن تكون الشفاعة فيما حرمه الشارع، ويدخل تحت هذا الضابط صور كثيرة، كالشفاعة في حد من حدود الله بعد بلوغه الإمام، والشفاعة لظلم مسلم، أو اقتطاع حق من حقوقه، إلى غير ذلك، وفيما يلي إطلالة على بعض صور الشفاعة السيئة:

١- الشفاعة في حد من حدود الله: وتسمى (الشفاعة المانعة) فعن ابن عمر، رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فقد ضاد الله، ومن خاصم في باطل وهو يعلم لم يزل في سخط الله حتى ينزع، ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردة الخبال حتى يخرج مما قال»^(٢) وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «يا أسامة أتشفع في حد من حدود الله؟» ثم قام فخطب فقال: «إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»^(٣).

(١) الأخلاق الإسلامية وأساسها، د. عبد الرحمن الميداني (٦٦/٢).

(٢) سنن أبي دواء، كتاب الاقضية، باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها، حديث (٣٥٩٧) (١٢٨/٢) وأحمد في مسنده (٣٥٧٧)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوكالة، باب إن من خاصم أو أعان في خصومة باطلة (١١٥٢٥) (٤٦٤/٨)، وابن أبي شيبه في مصنفه، ما جاء في التشفع للسارق حديث (٤١٢) (٤٦٢/٦)، ورواه الطبراني في الأوسط (مجمع البحرين ١٠٥/٤ رقم ٢١٧١) إلى قوله: حتى ينزع، ثم بعد ذلك اختلفت الرواية.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الحدود، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع، حديث رقم (٦٦٤٠) (١٣٠/١٤) ومسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره. والنهي عن الشفاعة في الحدود رقم (١٦٨٨) (١٥٥/١١).

قال الإمام الشوكاني - رحمه الله - : «إن حديث ابن عمر فيه دليل على تحريم الشفاعة في الحدود، والترهيب لفاعلها بما هو غاية في ذلك، وهو وصفه بمضادة الله تعالى في أمره، ولكن ينبغي أن يقيد المنع من الشفاعة بما إذا كان بعد الرفع إلى الإمام لا قبله»^(١) لما في حديث صفوان بن أمية الذي رواه الإمام أحمد أن النبي ﷺ قال لما أراد أن يقطع الذي سرق رداءه فتشفع فيه: (هلا كان قبل أن تأتيني به؟)^(٢).

٢- الشفاعة لظلم مسلم أو اقتطاع حق من حقوقه:

ومن صور الشفاعة السيئة أن يترتب عليها ظلم مسلم، أو اقتطاع حق من حقوقه، فعن أبي أمامة بن ثعلبة الحارثي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار، وحرم عليه الجنة» فقال رجل: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ فقال: «وإن كان قضيياً من أراك»^(٣).

٣- الشفاعة التي تؤدي إلى جر الأبرياء إلى مقام الحكم وأخذهم من غير ذنب: من أبشع صور الشفاعة السيئة المحرمة الآثمة الشفاعة التي تؤدي إلى جر الأبرياء إلى مقام الحكم وأخذهم من غير ذنب، وظلمهم بقوة الجاه والشفاعة. فقد روى الترمذي بسنده عن صفوان بن عسال قال:

(١) انظر: نيل الأوطار (١٠٧/٤)، التمهيد (٣٢١/٥)، الاستذكار (٧٦/٥).

(٢) انظر: الموطأ ص ٧٢٧ - ٧٣٨، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته بعد أن يأتي به الإمام (٦٨/٧) وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز (٨٦٥/٣) رقم ٢٥٩٥، والحاكم في المستدرک (٣٨٠/٤) وقال صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، وأحمد في مسنده - (٤٦٥/٦، ٤٦٦)، والبيهقي في سننه (٢٦٥/٨) قال الألباني في إرواء الغليل: رجاله ثقات. انظر: إرواء الغليل (٣٤٨/٧).

(٣) رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من أقتطع حق مسلم بيمين فاجرة، حديث رقم (٣١٠) (٣١٢/١٢).

قال رسول الله ﷺ: «ولا تمشوا بيريء إلى سلطان فيقتله»^(١).

٤- الشفاعة لتولية القريب، مع علمه أن غيره أولى وأحق منه. فيسلب الحق من مستحقه ويهبه لقريبه بشفاعته، فهذا النوع من الشفاعة لا يجوز ودليله ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ: «من استعمل رجلاً من عصابة، وفي تلك العصابة من هو أَرْضَى لله منه، فقد خان الله، وخان رسوله، وخان المؤمنين»^(٢).

الفرع الرابع: حكم الشفاعة السيئة:

الشفاعة السيئة محرمة لا تجوز، ويأثم الشافع، والمشفوع له إن رضي، وقد اتفق الفقهاء على حرمة الشفاعة السيئة^(٣)، ولذلك أدلة منها:

١- قوله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا﴾^(٤).

الشاهد: قوله سبحانه: ﴿وَمَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا﴾.

وجه الاستشهاد: أن الله رتب على هذه الشفاعة كفلاً من الإثم، والإثم لا يكون إلا في أمر حرمه الشارع، فتكون هذه الشفاعة محرمة^(٥).

٢- عن عائشة رضي الله عنها- قالت: «إن قريشاً أهمهم شأن المخزومية التي سرقت فقالوا: ومن يجترئ إلا أسامة بن زيد حب

(١) رواه الترمذي في سننه كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة بني إسرائيل ٣٠٦/٤، حديث رقم (٣٤٣٧) وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي في السنن الكبرى، كتاب السير، باب تأويل قوله جل ثناؤه: ولقد أتينا موسى تسع آيات، (١٩٨/٥) حديث رقم (٨٦٥٦).

(٢) رواه الحاكم في المستدرک (١٠٤/٤) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وسكت عنه الذهبي، قال في الترغيب والترهيب (١٢٥/٥): صحيح الإسناد.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: (٤، ٣/٤)، وشرح فتح القدير (٤/٥)، وبداية المجتهد (٤٥٣/٢)، والمغني (٢٩٤/١٠) ومنار السبيل (٣٦٥/٤).

(٤) سورة النساء: آية، ٨٥.

(٥) انظر: الجامع لأحكام القرآن (٢٩٥/٥)، وجامع البيان (٥٨١/٨) وأحكام القرآن (٤٦٣/١).

رسول الله ﷺ فكلمه أسامة فقال رسول الله ﷺ: « أتشفع في حد من حدود الله؟ وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها »^(١).

وجه الدلالة:

عدم قبول النبي ﷺ شفاععة زيد رضي الله عنه وإنكاره عليه، وبيان حرمة ذلك على الملأ، كل ذلك يدل على حرمة هذه الشفاععة، وعظم إثم صاحبها.
٣- عن ابن عمر عن النبي ﷺ، قال: « من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فهو مضاد لله في أمره »^(٢).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ جعل من حال دون حد، مضاداً لله في أمره، مما يدل على أن الشفاععة في الحدود بعد بلوغها السلطان، وثبوت سببها، من الكبائر المحرمة، المتوعد عليها في الدنيا والآخرة.

المبحث الأول: الشفاععة في القضاء

القضاء من الأعمال العظيمة، والولايات البالغة الخطورة، فهي دائرة بين الترغيب والترهيب، فبالقضاء بعثت الرسل، وبالقضاء به قامت السماوات والأرض، وجعله النبي ﷺ من النعم التي يباح الحسد عليها لمن أداها على وجهها الصحيح، فقد جاء في حديث ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: « لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً فسلطه علىهلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها »^(٣).

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب العلم والحكمة، باب الاغتباط في العلم، حديث (٧٣) (٢٢٣/١) وفي كتاب الزكاة، باب إنفاق المال في حقه، حديث (١٢٨٩) (٢٢/٤) وفي كتاب الأحكام، باب أجر من قضى بالحكمة، حديث (٦٩٨٣) (١٤/١٥)، ومسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضل من يقوم بالقرآن ويعلمه، حديث (١٨٤٦) (٨١/٦).

وفي الحديث الصحيح سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله^(١) فبدأ بالإمام العادل . وما ورد في الترغيب بالقضاء على وجه العدل لا يحصى سواء من الكتاب أو السنة، أما حكم طلب القضاء فله ثلاث حالات:

الحالة الأولى: التحريم: لا يجوز لمسلم أن يطلب القضاء ويحرص عليه، أو يطلب من أحد أن يشفع له فيه ؛ لأن هذا كله سيكون عليه حسرة وندامة في عرصات يوم القيامة، وقد ورد التهيب من ذلك وتحريمه في عدة مواضع:

الموضع الأول: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ستحرصون على الإمارة، وتكون حسرة وندامة يوم القيامة، فنعمت المرضعة، وبئست الفاطمة»^(٢). قال ابن حجر: « نعم المرضعة أي: في الدنيا، وبئست الفاطمة أي: بعد الموت، لأنه يصير إلى المحاسبة على ذلك، فهو كالذي يطمم قبل أن يستغني فيكون في ذلك هلاكه»^(٣) والعياذ بالله .

الموضع الثاني: ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه: «من ابتغى القضاء وسأل فيه الشفعاء وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه، أو أجبر عليه، ينزل عليه ملك يسدده»^(٤).

وجه الدلالة: الحديث ظاهر الدلالة، حيث قرن طلب القضاء بسؤال الشفعاء فيه مما يدل على أنهما بحكم واحد، فإذا طلبه مباشرة

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه البخاري، كتاب الأحكام باب ما يكره من الإمارة، حديث (٧١٤٨) (٢٠/١٥) .

(٣) إتحاف القاري باختصار فتح الباري (٤٢٤/٥) .

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود والديات، باب كراهية طلب الإمارة، حديث (٣٥٧٨) (٥٢١/٤) وفي المسند (٤٠٨/٣) وفي غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام ص ١٢٩ برقم (١٧٦)، وأخرجه الترمذي، كتاب الحدود، باب كراهية طلب الإمارة (٦٣/١٥) (٢٠٦٩٣) وقال: هذا حديث حسن غريب، والبيهقي في السنن الكبرى، باب كراهية طلب الإمارة، حديث (٢٠٦٩٣) (٦٣/١٥) .

أو بواسطة فقد لحقه الوعيد، وناله المحذور، بأن يوكل إلى نفسه، وما هو الظن بمن يوكل إلى جهده، أو إلى الخلق - نعوذ بالله من أن يكلنا إلى أنفسنا أو إلى أحد من خلقه طرفة عين أو أقل من ذلك - عندها سيكون جائراً في حكمه، ظالماً في قضائه، - والله المستعان -.

الموضع الثالث: قوله ﷺ: « يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة فإنك إن توتها من غير مسألة تعن عليها، وإن توتها عن مسألة توكل إليها»^(١).
وجه الدلالة: دل الحديث بمنطوقه دلالة ظاهرة على تحريم سؤال الإمارة بـ «لا» الناهية، وتحريم سؤالها يدل على تحريم طلب الشفاعة فيها، لأن طلب الشفاعة فيها طلب لها - والله أعلم -

الموضع الرابع: قوله ﷺ: « إنا لا نستعمل على عملنا هذا من أراد»^(٢) ونظر عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى شاب في وفد قدموا عليه فأعجبه حاله، فإذا هو يسأل القضاء، فقال له عمر رضى الله عنه: «إن الأمر لا يقوى عليه من يحبه». وفي هذا صريح الدلالة على عدم استعمال من طلب الولاية - والقضاء من أجل الولايات - فإذا كان الأمر كذلك، فلا يجوز إرسال من يشفع في ذلك، إذ يترتب عليه أمران :

أولاً: طلب القضاء، فيقع في المحذور.

ثانياً: الخيانة، فعند إرسال من يشفع ربما يلبس على الحاكم، أن الشفيع جاء دون علم المشفوع له، فيظن خيراً والأمر غير ذلك.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان والنذور، باب قول الله تعالى ((لا يؤخذكم الله..)) حديث (٦٤٧٥) (١١/٢) ومسلم، كتاب الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة، حديث (٤٦٧١) (١٦/١٦٢).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الإجارة، باب الإجارة، بدون لفظ «هذا»، حديث (٦) (١٠٥/٢)، وأورده في كتاب استنابة المرتدين الحديث رقم (٦) ضمن حديث طويل، وأخرجه مسلم ضمن حديث طويل في كتاب الإمارة - باب النهي عن طلب الإمارة، حديث (٢٣٥) (١٢/١٦٢).

الموضع الخامس: عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: دخلت على النبي ﷺ أنا ورجلان من قومي. فقال أحد الرجلين: أمرنا يا رسول الله، وقال الآخر مثله. فقال ﷺ: «إنا لا نولي هذا من سألنا ولا من حرص عليه»^(١). وفي هذا دلالة ظاهرة على رد من طلب الإمارة فيحرم طلب الشفاعة فيه، لأن ما حرم في نفسه حرمت الوسيلة الموصلة إليه.

ففي الأدلة السابقة دلالة ظاهرة على تحريم طلب القضاء فبالتالي تحريم الشفاعة من شخص ليشفع له عند السلطان ليولى القضاء. قال أهل العلم: « ويحرم الدخول في القضاء على من لا يحسنه، ولم تجتمع فيه شروطه، والشفاعة له وإعانتة على التولية، ويحرم الدخول فيه لفعل الصحابة - رضي الله عنهما- »^(٢).

الحالة الثانية: يجب فيها طلب القضاء، وعليه، إذا لم يتوصل للقضاء بدونها، فيجب عليه طلب الشفاعة فيها إن استطاع وهي: « فيما إذا كان من أهل الاجتهاد، أو من أهل العلم والعدالة ولا يكون هناك قاض، أو يكون لكن لا تحل ولايته، أو ليس في البلد من يصلح للقضاء غيره، أو لكونه إن لم يل القضاء وليه من لا تحل ولايته، وكذلك إن كان القضاء بيد من لا يحل بقاءه عليه، ولا سبيل إلى عزله إلا بتصدي هذا إلى الولاية، فيتعين عليه التصدي لذلك والسعي فيه، إذا قصد بطلبه حفظ الحقوق وجريان الأحكام على وفق الشرع؛ لأن في تحصيله القيام بفرض الكفاية»^(٣) فعندئذ يجب عليه طلب القضاء وسؤال من يشفع له إن

(١) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب ما يكره من الحرص على الإمارة، حديث (٢٢٦١) (٤٢٣/٥).

(٢) حاشية الروض (٥١١/٧).

(٣) انظر: تبصرة الحكام (١٤/١).

استطاع، وهذا حكم تكليفي آخر غير الحكم الأول، ففي الأصل: التحريم ؛ لأنها كانت فرض كفاية عليه، أما هنا فأصبح طلب القضاء فرض عين في حقه، ومما يستدل به في هذا المقام قوله تعالى حكاية عن يوسف عليه السلام: ﴿ قَالَ أَجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْهَا ﴾ ^(١) فإنه كان بين قوم كفار فأراد استصلاحهم، ودعاهم إلى الله بالسعي في هذه الولاية دون غيرها، لأن المتولي لأرزاق العباد، تذلل له الرقاب، وتخضع له الجبابرة، ولا يستغني أحد عن بابه - بإذن الله -، فلهذا طلب هذه المرتبة دون الإمارة والوزارة وغيرهما من الولايات ^(٢).

الحالة الثالثة: يستحب له طلب القضاء، وبالتالي يستحب له طلب الشفاعة فيه وذلك فيما إذا كان عالم خفي علمه عن الناس، فأراد الإمام أن يشهره بولاية القضاء، ليعلم الجاهل ويفتي المسترشد، أو كان حامل الذكر لا يعرفه الإمام، ولا الناس، فأراد السعي إلى القضاء ليعرف موضع علمه، فيستحب له تحصيل ذلك والدخول بهذه النية. قال ابن فرحون: «وقد يستحب لمن لم يتعين عليه ولكن يرى أنه أنهض به، وأنفع للمسلمين من آخر تولاه، وهو ممن يستحق التولية» ^(٣).

وهذه الحالة مدارها على النية، بأن تكون نيته في ذلك هو ما ذكر، إلا أن الأبرأ للذمة، والأحوط أن يبحث عن يسد الخلة، ويشفع لغيره، ولا يطلبها لنفسه ^(٤).

(١) سورة يوسف آية ٥٥.

(٢) تبصرة الحكام (١٤/١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ذكر ابن فرحون في تبصرة الحكام حالتين: الأولى: يباح فيها طلب القضاء والثانية: يكره فيها طلب القضاء، لكنه لم يذكر أدلة لما ذكره فأثرت عدم نقلها. للمزيد انظر: تبصرة الحكام (١٤/١).

الفرع الثاني، صور الشفاعة عند الإمام لتولية القضاء،

للشفاعة عند الإمام لتولية القضاء صور عدة، منها:

الصورة الأولى: صورة تحرم فيها الشفاعة لطلب القضاء، كما في قصة عمر بن الخطاب حينما قدم عليه وقد فنظر إلى شاب من الوفد فأعجبه حاله، فإذا هو يسأل القضاء فقال عمر: «إن الأمر لا يقوى عليه من يحبه»^(١).

فهنا عمر لم يوله القضاء، مع أنه قد أعجبه، ولكن منعه طلبه إياه، ولو كان طلبه مستحباً أو واجباً لولاه عمر، وما رده، لما كان طلبه محرماً لم يوله. ومنها: ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه وهو يذكر أبغض العباد إلى الله بقوله: «إن من أبغض العباد إلى الله عبداً لهج برواية القضاء، حتى سماه جهال الناس عالماً، فإذا أكثر من غير طائل أجلس قاضياً بين الناس، ضامناً لتلخيص ما التبس على غيره، فمثله كمثل غزل العنكبوت»^(٢).

فهنا ذمه معاذ رضي الله عنه لحرصه، ولاشك أن مثله من يطلب الشفاعة بنفس هذه الصورة، كأن يطلب من شخص أن يشفع له عند آخر بالذكر الحسن عند الإمام، بقصد طلب توليته. ومما لا ريب فيه، أن قول معاذ هذا يدل على أنه طلب ما يحرم عليه، لا ما يجب أو يستحب، لذمه هنا.

ومنها: ما رواه أبو بردة، عن أبي موسى، قال: انطلقت مع رجلين إلى النبي ﷺ فتشهد أحدهما ثم قال: لتستعين بنا على عملك، وقال الآخر مثل قول صاحبه، فقال: إن أخونكم عندنا من طلبه. فاعتذر أبو موسى إلى النبي ﷺ وقال: لم أعلم بما جاء له، فلم يستعين بهما على شيء حتى مات^(٣).

(١) انظر: أخبار القضاة ص ٢٢.

(٢) انظر: أخبار القضاة ص ٢٤.

(٣) انظر: أخبار القضاة ص ٥٢.

فهنا لم يستعملهما النبي ﷺ وقد فهم أبو موسى رضي الله عنه أن مجيئه شفاعته منه لهما واعتذر، مما يدل على تحريم الشفاععة في ذلك، ولو كانت جائزة لما أقر النبي ﷺ أبا موسى رضي الله عنه على اعتذاره.

الصورة الثانية: تجب فيها الشفاععة لطلب القضاء، ولها عدة أمثلة وصور، جمعها ابن فرحون المالكي بقوله: «إذا كان من أهل الاجتهاد، أو من أهل العلم والعدالة ولا يكون هناك قاض، أو يكون ولكن لا تحل ولايته، أو ليس في البلد من يصلح للقضاء غيره، أو لكونه إن لم يل القضاء وليه من لا تحل ولايته، وكذلك إن كان القضاء بيد من لا يحل بقاؤه عليه، ولا سبيل إلى عزله، إلا بتصدي هذا إلى الولاية فيتعين عليه التصدي لذلك، والسعي فيه، إذا قصد بطله حفظ الحقوق، وجريان الأحكام على وفق الشرع، لأن في تحصيله القيام بفرض الكفاية»^(١).

فهذه كلها صور تجب فيها الشفاععة لتولية القضاء عند توفر أحدها، مع كمال قيودها، وانتفاء موانعها، وقد حصل شيء من ذلك في حياة السلف كما يذكر المولى بن روبية، قال: «قال لي رجاء بن حيوة: ولّى الأمير، اليوم عبد الله بن موهب القضاء، ولو اخترت بين أن أحمل إلى حفرتي وبين ما ولي ابن موهب لاخترت أن أحمل إلى حفرتي، فقلت له: فإن الناس يتحدثون أنك أنت أشرت به، قال: صدقوا؛ لأنني نظرت للعامة ولم أنظر له»^(٢).

المطلب الثاني: الشفاععة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين وفيه فرعان:

الفرع الأول: الشفاععة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين وفيه

ثلاثة مسائل:

(١) تبصرة الحكام (١/١٤).

(٢) أخبار القضاة ص ٢٨.

المسألة الأولى: حكم الشفاعة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين:
لقد شرع الله الإصلاح بين المتخاصمين في مواضع عدة من الكتاب
والسنة وحث عليه:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ ^(١).
وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاصًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ ^(٢).

وجه الدلالة من الآيتين: أن الله تعالى ندب الزوجين إلى الصلح فيما
بينهما عند التنازع، فَتَرَكَ بعض الحق استدامة للحرمة، وبقاء لعقد النكاح
خير من طلب الفرقة والطلاق ^(٣).

وقوله تعالى: ﴿ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ﴾ ^(٤).

ومن السنة: عن سهل بن سعد رضي الله عنه أن أهل قباء اقتتلوا حتى تراموا
بالحجارة فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: «انذهبوا بنا نصلح بينهم» ^(٥).
وقد أجمعت الأمة على مشروعية الصلح، قال: ابن رشد الحفيد: «واتفق
المسلمون على جوازه على الإقرار، واختلفوا في جوازه على الإنكار» ^(٦).

(١) سورة النساء آية: ٢٥.

(٢) سورة النساء آية: ١٢٨.

(٣) انظر: إعلام الموقعين (١٠٧/١)، وجامع البيان (٢٠٦/٥).

(٤) سورة النساء آية: ١٠٤.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب الصلح، باب قول الإمام لأصحابه انذهبوا بنا نصلح، حديث (٢٦٢٨) (٦٢٩/٥).

(٦) بداية المجتهد (٢٧٧/٢).

وجه الدلالة من هذه الأدلة: أن الشارع أمر بالإصلاح بين الناس،
ونذب إليه، ولاشك أن القاضي يدخل في الأمر دخولاً أولاً لأمرين:
الأول: أن القاضي يفصل بين الخصومات، فتأتي الخصومات، فيكون
مباشراً لها، ولاشك أنه أولى ممن لا يلي الخصومات ولا يعلم عنها.
الثاني: وردت أدلة خاصة تبين أن النبي ﷺ كان هو الذي يتولى القضاء
بين الناس، وقد أصلح بين الخصوم، مما يدل على الأمر باتباعه ﷺ ومن ذلك:
ما جاء عن كعب بن مالك رضي الله عنه أنه تقاضى مع ابن أبي حردد ديناً
له كان على عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى
سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله ﷺ حتى
كشف سجف حجرته، ونادى كعب بن مالك فقال: يا كعب، فقال ليبيك
يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك قال كعب: قد فعلت
يا رسول الله - قال رسول الله ﷺ قم فاقضه^(١).

قال النووي رحمه الله: «وفي هذا الحديث جواز المطالبة بالدين في
المسجد، والشفاعة إلى صاحب الحق، والإصلاح بين الخصوم، وحسن
التوسط بينهما»^(٢).

وأيضاً من الأدلة الخاصة في عرض الشفاعة للإصلاح بين
المتخاصمين ما ورد عنه ﷺ أنه أصلح بين بني عمرو بن عوف لما
وقع بينهم، وقال لرجلين اختصما عنده: (اذهبا فاقتما، ثم توخيا
الحق، ثم استهما، ثم ليحلل كل منكما صاحبه) وجوز في دم العمد أن

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: شرح صحيح مسلم، للنووي (١٠/٢٢٠).

يأخذ أولياء المقتول ما صولحوا عليه، ولما استشهد عبد الله بن حرام الأنصاري والد جابر رضي الله عنه وكان عليه دين، سأل النبي ﷺ غرماءه أن يقللوا حائطه ويحللوا أباه.

قال عطاء عن ابن عباس: «إنه كان لا يرى بأساً بالمخارجة، يعني الصلح بالميراث»^(١). إلى غير ذلك من الأدلة الكثيرة التي تدل على أن النبي ﷺ كان يباشر الصلح بين الخصوم ولا شك أنه ﷺ هو الحاكم آنذاك، وهو بمنزلة الوالي الأعظم والقاضي والإمام، مما يدل على مشروعية الشفاعة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين، وقد روي عن عمر رضي الله عنه قوله: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن».

حكم الصلح :

لقد دلت الأدلة السابقة على أن الشارع رغب في الصلح، وحث عليه، بل وأمر به في بعض الآيات كقوله تعالى: ﴿فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ فهذا أمر، والأمر كما يقول الأصوليون والفقهاء: صيغته تقييد الوجوب، ولا تدل على غيره إلا بقريته^(٢)، والصلح بطبيعته يتضمن تنازلاً عن بعض الحق في معظم الأحوال، أو على الأقل إذا كان الصلح في صورة الإبراء وإذا كان الأمر كذلك، فإن الشخص لا يجبر على التنازل عن حقه، وإنما يكون تنازله عن طوعية واختيار، وعلى سبيل التسامح فهذا هو الصارف للأمر -هنا- عن الوجوب^(٣).

(١) إلام الموقعين (٩٢، ٩/١) نيل الأوطار (٢٩١/٥).

(٢) انظر: إرشاد الفحول (٢/١)، الروضة الندية ص ٤٦، روضة الناظر (٨٧/١).

(٣) مواهب الجليل (٨٠-٧٩/٥).

وإذا قلنا لا يفيد الوجوب هنا فإنه لا يفيد الإباحة أيضاً، فإن المباح هو الذي يستوي فيه جانب الفعل والترك في حق المكلف. ويكون المكلف مخيراً، فلا يعاقب على تركه، ولا يثاب على فعله، وعندما نتأمل الصلح نجد أنه لا ينطبق عليه هذا الوصف، فإن الشارع قد استحسنه ودعا إليه، فعليه يكون هذا هو الذي صرفه عن الأصل الذي تبني عليه الكثير من الأشياء^(١)، فإذا كان لا يفيد الوجوب ولا الإباحة فيتعين القول بأنه مفيد للندب، من جانب قبوله، أو السعي فيه.

نظرة في كلام الفقهاء عن حكم الشفاعة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين: سبق أن ذكرنا بأن القاضي يدخل في الأمر بالصلح دخولاً أولياً، إلا أنه وبعد وقوفي على أقول الفقهاء ورأيهم في المسألة خلصت إلى عدة أراء فيها شيء من التفصيل على ما يأتي:

الرأي الأول: يرى أنه ليس من مهمة القاضي الصلح بين الخصوم، بل هذه مهمة غيره من الإمام أو جماعة المسلمين، أما القاضي فمهمته البحث عن البينات والفصل في الدعوى على ضوء القواعد الشرعية؛ لأن القاضي عين للفصل في الخصومات، ولأجل ذلك تقدم له الخصمان، وهذا الرأي ذهب إليه شريح القاضي كما ذكر ذلك عنه محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك رضي الله عنه^(٢).

الرأي الثاني: يرى أنه يندب إلى القاضي رد الخصوم إذا اشتبه عليه وجه الحكم، أو تقاربت الحجتان، أو كانت الدعوى في أمور قد درست، أما إذا تبين له وجه الحكم فلا يسعه إلا الفصل، وهذا الرأي ذكره في معين

(١) كما يقول الفقهاء: الأصل في الأشياء الإباحة لقوله تعالى: ﴿مَّا كُنَّا لَكُمْ لَبِيسًا﴾ (البقرة ٢٩).

(٢) الأحكام السلطانية ص ٧٠.

الحكام حين قال: « إنما يجوز للقاضي أن يأمر بالصلح، إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير أن بعض الخصمين ألحن بحجته من الآخر، أو تكون الدعوى في أمور قد درست، وتقادمت وتشابهت، أما إذا تبين للقاضي الظالم من المظلوم، فلا يسعه من الله إلا فصل القضاء » وذهب إلى هذا الحنفية وأكثر المالكية وهو مذهب الحنابلة^(١). واستدلوا بعدة أدلة منها: قوله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾^(٢). إن هذه الآية نزلت في قصة الزبير مع الأنصاري والنبي صلى الله عليه وسلم كان عالما بالحكم الشرعي وقد تبين له وجه الحق فيها، فلما لم يقتنع الأنصاري بهذا الصلح حكم بالحكم الملزم مما يدل على بيان وجه الحق عند النبي ﷺ.

وقد نوقش هذا الدليل: بأن النبي ﷺ عرض الصلح هنا باعتباره مصلحا لا قاضيا، وعلى فرض التسليم أنه عرضه باعتباره قاضيا فكلا المتداعيين من أهل الفضل وهذا مما تجوز فيه عرض الصلح حتى ولو كان الحق بينا وظاهرا.

الرأي الثالث: يرى أن للقاضي أن يرد الخصمين للصلح إن طمع منهم في ذلك، ولا يزيد على مرة أو مرتين، وإن لم يطمع منهم لم يردهم إلى الصلح، وهذا رأي الكاساني^(٣).

الرأي الرابع: أن للقاضي رد الخصوم للصلح ولو بدا وضوح الحق، قال النووي: « إذا اتضح الحكم للقاضي بين الخصمين، فالمستحب أن

(١) معين الحكام ص ١٥٢، الميسوط (٢٠ / ١٣٦) وتبصرة الحكام (١ / ٤٢) المغني (٩ / ٥٢).

(٢) سورة النساء: آية ٦٥.

(٣) البدائع (٧ / ١٢).

يأمرهما بالصلح، فإن لم يفعلا لم يجز ترادفهما؛ لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا الخصمين» وهو ظاهر قول الحنفية والمالكية والشافعية، بل ذكر ابن حجر أنه قول جمهور العلماء واستدلوا بعموم الأدلة الأمرة بالصلح من دون أن تفرق بين القاضي وغيره مثل قوله تعالى ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١) وجه الدلالة: أن الله تعالى ذكر أن الصلح خير فعم على جميع أنواع الصلح، ولا شك أن المجرم لا يوصف بالخيرية فدل على جوازه والندب إليه. وقول عمر رضي الله عنه: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فهذا عام ولا يخصص إلا بدليل ولا يوجد^(٢).

الترجيح: سبق أن القاضي يدخل في الأمر بالصلح دخولاً أولياً، إلا أن الطريقة التي يعرض بها الصلح هي التي تختلف من قاضٍ إلى آخر، وجميع الآراء السابقة تؤيد تقديم الصلح على الحكم، حتى رأي القاضي شريح يؤيد ذلك لكن من وجه آخر، وهو: أن يباشر الصلح غيره، فيكون رأيه من حيث مبدأ الصلح: الأمر به، وعليه فالذي يظهر أن مكان الخلاف في طريقة عرض الصلح وفي بعض القيود، ومن أجمل ما وقفت عليه في ذلك، ولعله الصحيح والأنسب - إن شاء الله - رأي لابن عابدين الحنفي - رحمه الله - حيث يقول: «لا ينبغي للقاضي أن يباشر الصلح بنفسه بل يفوض ذلك لغيره من المتوسطين، وسبيله ألا يبادر إلى القضاء، بل يرد الخصوم إلى الصلح مرتين، أو ثلاثاً، إذا كان يرجو الإصلاح بينهما، ولا يطلبون القضاء لا محالة، فإذا طلبوا القضاء لا محالة وأبو الصلح،

(١) سورة النساء: آية ١٥٨.

(٢) شرح المهذب للشيرازي (١٨/٤٠٣)، المبسوط (٢٠/١٣٦)، آداب القاضي لابن القاص (١/١٩٥)، الإنصاف (١١/٢٤٥)، فتح الباري (٥/٣٦٢).

وكان وجه القضاء ملتبساً غير مستبين للقاضي فعليه أن يردهم إلى الصلح، وأما إذا كان مستبيناً: فإن وقعت الخصومة بين أجنبيين، يقضي بينهم ولا يردهم إلى الصلح حين ردوه، وإن وقعت بين أهل قبيلتين أو بين المحارم يردهم إلى الصلح مرتين أو ثلاثاً وإن أبو الصلح^(١).

لأنه ينبغي العلم بأن القول بمشروعية الشفاعة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين ليس على إطلاقه، بل له ضوابط تضبطه، لئلا تنجر القضية إلى الحيف أو الظلم - كما سيأتي في المسألة التالية - بإذن الله - .

المسألة الثانية: ضوابط الشفاعة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين:

من مهمة القاضي في الشريعة الإسلامية، إنصاف المظلوم من الظالم، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، والفصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات، إما صلحاً عن تراض - مراعيّاً فيه عدم الإلزام - أو إجباراً بحكم بات، ويعتبر فيه الإلزام، لذا لما كان الصلح عقد يتم عن تراض، ويجوز للقاضي أن يشفع فيه، كان لزاماً وضع ضوابط تضمن حق المتداعيين، وتكون بمثابة العلامات التي لا يتجاوزها القاضي في قضائه، فيجب عليه عند شفاعته للإصلاح بين المتخاصمين مراعاة الضوابط التالية:

الضابط الأول: يتأكد على القاضي عرض الصلح على الخصوم، قبل البت في حكمه في حالات ذكرها الفقهاء، وهي كما يلي:

إذا أشكل على القاضي الحكم في القضية التي أمامه، ولم يعرف وجه

(١) انظر: اليسوط (١٦/٦٦)، معين الحكام ص ١٩، وقبصرة الحكام (١/٢٤)، الأم (٦/٢١٦)، وروضة الطالبين (١١/١٦٢)، والمبدع (١٠/٦٠).

الحق فيها، قال في معين الحكام : «وينبغي للقاضي أن يندب للصلح إذا أشكل عليه وجه القضاء، فإن أبيا أو أبى أحدهما لم يلح عليه إلحاحاً شديداً يشبه الإلزام، بل يفصل بينهما بالواجب، أو يترك الحكم بينهما»^(١). إذا كان الخصمان من أهل الفضل، أو كان بينهما رحم، تأكد على القاضي الشفاعة عندهما ليصلح بينهما، وذلك حرصاً على بقاء المحبة والرحم بينهما، قال في معين الحكام: «وإذا خشى القاضي من تفاقم الأمر بين المتخاصمين، أو كانا من أهل الفضل، أو بينهما رحم، أمرهما بالصلح»^(٢).

الضابط الثاني: أن يرضى الخصمان على الصلح رضاً تاماً، لا إكراه فيه بوجه من الوجوه، فلا يكون رضاهما أو أحدهما عجزاً عن الوصول إلى حقه، فيكره على إسقاط بعضه ليحوز البعض الآخر، فالتراضي التام باعتبار أن هذا منه للخصومة وقاطع له، ومزيل للنزاع والخلاف، فعند انعدام التراضي ينعدم المقصود منه، قال في المبسوط: صلح المكره لا يجوز، فإن كان المدعي رجلاً فأكره السلطان المدعي عليه على صلح أحدهما، فصالحهما جميعاً، لم يجز صلحه مع من أكره على الصلح معه، وجاز مع الآخر»^(٣). ا.هـ.

فإكراه القاضي للخصم بهذه الشفاعة التي توحى إما الرضا أو ضياع حقه، مدخل من مداخل إبطال الصلح للمكره قال في الوسيط: «إذا شاب التراضي إكراه جاز إبطال الصلح وفقاً للقواعد المقررة في الإكراه»^(٤).

(١) انظر: معين الحكام (ص ١٥٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: المبسوط (٦٦/١٦).

(٤) انظر: الوسيط، للسنيوري: (٥٣٧/٥).

الضابط الثالث: أن تكون شفاعة القاضي في الصلح «عادلة» كما أمر الله - جل وعلا - بقوله: ﴿فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ﴾ ^(١) والصلح الجائر هو الظلم بعينه وبعض الناس لا يعتمد العدل في الصلح - بل يصلح صلحاً ظالماً - وربما يشفع القاضي بين الخصمين صلحاً جائراً ليستفيد هو من إنهاء النزاع، وعدم النظر في القضية، وهذا ظلم جائر، فيجب على القاضي أن يصلح بين الغريمين دون تطفيف من حق أحدهما، والنبي ﷺ صالح بين كعب وغريمه أعدل الصلح، فأمره أن يأخذ الشطر، وكذلك لما عزم على طلاق سودة رضيت بأن تهب له ليلتها وتبقي حقها من النفقة والكسوة، فهذا أعدل الصلح، فإن الله أباح للرجل أن يطلق زوجته ويستبدل بها غيرها، فإن رضيت بترك بعض حقها وأخذ بعضه مع إمساكها، كان هذا من الصلح، وقد أمر الله بالإصلاح بين الطائفتين المقتتلتين أولاً، فإن بغت إحداهما على الأخرى فحينئذ أمر بقتال الباغية لا بالصلح لأنها ظالمة، ففي الإصلاح مع ظلمها، هضم لحق الطائفة المظلومة.

ومن الصلح الجائر: أن يشفع القاضي للإصلاح بين المتخاصمين مع بيان وجه الحق له، فهذا صلح جائر ظالم لا وجه له، بل الواجب عليه في هذه الحالة: أن يمكن المظلوم من استيفاء حقه، ثم يطلب إليه برضاه أن يترك بعض حقه بغير محاباة، ولا إكراه، والبعض من أهل الولايات يصلحون بين القادر الظالم، والخصم الضعيف المظلوم بما يرضي به القادر صاحب الجاه، ويكون له فيه الحظ، ويكون الإغماض والحييف فيه على الضعيف، ويظن أنه قد أصلح!!!

(١) سورة الحجرات، آية : ٩.

وهذا ظلم صريح، فليتنبه له القاضي، فإن مظنة العدل والقسط فيه أكثر من غيره وكذا الجور والحييف فيه أغلظ منه في غيره^(١). - والله المستعان-
المسألة الثالثة: صور الشفاعة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين:

للشفاعة من القاضي التي يصلح بها بين الخصمين صور كثيرة أذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

الصورة الأولى: ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين صوراً عدة حيث قال: أصلح النبي ﷺ بين بني عمرو بن عوف لما وقع بينهما ولما تنازع كعب بن مالك وابن أبي حدرد أصلح النبي ﷺ بأن استوضع من دين كعب الشطر وأمر غريمه بقضائه، ولما استشهد عبد الله بن حرام والد جابر رضي الله عنه عليه دين، سأل النبي ﷺ غرماءه أن يقبلوا تمر حائطه ويحللوا أباه^(٢).

وجه الدلالة: في هذه الصور باشر النبي ﷺ الصلح بنفسه على سبيل الشفاعة لا الإلزام، إذ لو أبوا الصلح لحكم النبي ﷺ وقصل في القضية كما فعل ﷺ حين تنازع الزبير بين العوام رضي الله عنه مع رجل من الأنصار في شراج الحرة، فقال ﷺ للزبير: أسق أرضك ثم أرسل الماء إلى جارك. فقال الأنصاري: أن كان ابن عمك، فتلون وجه النبي ﷺ وأمر الزبير أن يسقي حتى يبلغ الجدر، ثم يرسل الماء إلى جاره... الحديث.

(١) انظر: إعلام الموقعين (٩٣/١) بتصرف. ومما ينبغي للقاضي أن يبينه للخصوم أن هذا الصلح في الظاهر أما في الباطن فلا تبرأ ذمة الظالم إذا كان يعلم. جاء في شرح الخريشي: لا يحل المصالح به للظالم في الباطن بل ذمته مشغولة للمظلوم فيما بينه وبين الله، وفرع فروعاً ثمانية أجاز نقض الصلح في ست منها ومنع في اثنين، فارجع إليها إن شئت في كتابه: الخريشي على مختصر خليل (٦،٥/٦).

(٢) انظر: إعلام الموقعين (٩٢/١).

قال القرطبي معلقاً على هذا الحديث: « بأن قضاءه ﷺ أولاً كان على وجه الصلح، ولما أبى الأنصاري، حكم للزير باستيفاء حقه»^(١).

الصورة الثانية: فيما إذا تقدمت امرأة إلى القاضي تطلب الخلع من زوجها لسبب شرعي صحيح ولا تملك ما تفقدي به نفسها، فللقاضي أن يشفع عند الزوج بأن يكون افتداؤها للخلع، هو القيام بحضانة ولده بالمجان في مدة الحضانة، فلو وافق الطرفان، وافترقا على ذلك، صح الخلع ولزمها ذلك، وإذا لم تقم بحضانته لوفاته، أو وفاتها، أو هربها، أو خروجها عن أهلية الحضانة، أو امتنعت رجع عليها بأجرة المدة، أو ما بقي منها^(٢).

الصورة الثالثة: لو عزم شخص على فراق زوجته، فلما قدم عند القاضي ليثبت طلاقها، وهي ما زلت في عدتها، فللقاضي أن يشفع للمرأة عند زوجها باسترجاعها، وبقاء مصالح النكاح، على أن تهب ليلتها لزوجته الأخرى مثلاً، فذلك جائز، وهو صلح صحيح، وشفاعته صحيحة « لأن الله سبحانه أباح للرجل أن يطلق زوجته ويستبدل بها غيرها، فإن رضيت بترك بعض حقها وأخذ بعضه بشرط أن يمسكها كان صلحاً عادلاً وصحيحاً»^(٣)، وهو جائز بنص القرآن وذلك في قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوراً أَوْ إِعْرَاصاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾^(٤).

(١) انظر: أحكام القرآن (٥/٢٧٧، ٢٦٦).

(٢) انظر: البهجة شرح النخبة (١/٢٤٥).

(٣) انظر: إعلام الموقعين (١/٩٣).

(٤) سورة النساء آية: ١٢٨.

وقد روي أن سودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة، قالت يا رسول الله: جعلت يومي لعائشة، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومين: يومها ويوم سودة^(١). وروي أن النبي ﷺ غضب يوماً من زوجة صفيه، فقالت صفيه لعائشة أصلحي بيني وبين رسول الله ﷺ وقد وهبت يومي لك. فذهبت عائشة إلى رسول الله ﷺ وأخبرته بذلك ف رضي عن صفيه، وأعطى يومها الذي وهبته لعائشة^(٢)، فهذه الأدلة تدل على صحة هذا الصلح وبالتالي صحة الشفاعة فيه.

الصورة الرابعة: إذا ادعى مدع على آخر رطل ذهب، فصادق المدعى عليه على الدعوى، وطلب المدعى عليه المصالحة على عشرة كيلو من الفضة، فللقاضي أن يشفع بينهما لقبول هذا الصلح، وإنفاذه بشرط عدم النسيئة^(٣)، لأن المدعى به والمصالح عليه كلاهما من الأموال الربوية، والأموال الربوية إذا اختلف أجناسها، يجوز فيها التفاضل ولا يجوز نسيئته لقوله ﷺ: «إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»^(٤).

الفرع الثاني: الشفاعة لإصلاح ذات البين وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الشفاعة لإصلاح ذات البين:

الشفاعة لإصلاح ذات البين من الأعمال الجليلة، والطاعات العظيمة، وهي: سعادة عظيمة، وراحة عميمة، تنال الشافع لإصلاح ذات البين،

(١) أخرجه مسلم، كتاب الرضاع، باب جواز هبتها لويتها لغيرها، حديث (١٢٤٢) (٦٤٨/٢).

(٢) انظر: تفسير القرطبي (٤٠٣/٥، ٤٠٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥٣/٦).

(٤) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق، حديث (٤٠١٧) (١٣/١١).

فيتسبب بصفاء النفوس، وسلامة الصدور، وتقارب الأرحام، فهو عمل نذب إليه الشارع، وحث عليه، وأمر به، ورتب عليه الثواب الجزيل، والفضل العظيم، ولذلك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة وأقوال سلف الأمة:
أولاً، من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿لَا حَيْزَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ (١).

قوله تعالى: ﴿وإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (٢) إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ (٣).

قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾ (٤).

وجه الدلالة: وجه الدلالة من هذه الأدلة ظاهرة، حيث أمر الله بالصلح وحث عليه، ونذب إليه، مما يدل على أن الشفاعة فيه مندوب إليه، لأنها توصل إليه.
ثانياً، من السنة:

أ- عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟» قالوا: بلى يا رسول

(١) سورة النساء، آية: ١١٤

(٢) سورة الحجرات آية: ٩-١٠

(٣) سورة الأنفال، آية: ١

الله. قال: «إصلاح ذات البين، فإن فساد ذات البين هي الحالقة»^(١).
قال الترمذي: «ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: هي الحالقة، لا أقول تحلق الشعر ولكن تحلق الدين».

ب - عن سهل بن سعد رضي الله عنه أن أهل قباء اقتتلوا حتى تراموا بالحجارة فأخبر النبي ﷺ بذلك فقال: (اذهبوا بنا نصلح بينهم)^(٢).
وجه الدلالة من الحديثين: أمر الله بالصلح، وجعله أفضل من درجة الصائم والمصلي والمتصدق، وأصلح بين أهل قباء لما علم ما حصل منهم، ولك أن تتصور أن أقبح خلة يتحل بها المرء بعد الشرك بالله الكذب، ومع هذا فقد أجازه الشارع إذا اضطرتت إليه عند إصلاح ذات البين، كل هذا يدل في أقل أحواله، على أن إصلاح ذات البين سنة مؤكدة، وعليه: تكون الشفاعة فيه بنفس درجته، لأنها موصلة إليه.
وقال الأوزاعي: «ما خطوة أحب إلى الله تعالى من خطوة في إصلاح ذات البين، ومن أصلح بين اثنين كتب الله له براءة من النار» .

وعليه: فيكون إصلاح ذات البين والشفاعة فيه سنة مؤكدة في أقل أحواله.
المسألة الثانية: أثر الشفاعة لإصلاح ذات البين في القضاء،
لإصلاح ذات البين والشفاعة فيه أثر عظيم في القضاء، إذ أن القضاء إذا لجأ إليه الخصمان فهو في الأصل، فصل في الخصومة، وقطع لها، وهو إلزام لا اختيار فيه، فالشفاعة لإصلاح ذات البين تحقق العدالة القضائية، مع زوال الخصومة، إضافة إلى رضا المتخاصمين،

(١) انظر: الترغيب والترهيب (٢/٤٨٨).

(٢) سبق تخريجه .

وبقاء المودة، ووجه ذلك: أن القضاء أمر يوجب الشحناء والتفريق بين الخصوم بخلاف الصلح، فإنه أقرب لجمع الخواطر وتأليف النفوس^(١)، فلن يضطر الخصوم للقضاء إذا أُصلح بينهم فيكون لهذا أعظم الأثر في بقاء المودة في المجتمع المسلم، محققاً أبرز علامته، بأنه أمة واحدة، يحب كل واحد منهم لصاحبه ما يحب لنفسه -.

(١) انظر: الشرح الكبير ١ (١٥٢/٤)، شرح الخرشي (١٦٨/٧)، المغني (٢٩٩/١١).

الخاتمة

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات والصلاة والسلام على رسوله الكريم محمد بن عبد الله صلوات الله عليه وسلامه وبعد: وفي نهاية الجولة العلمية في موضوع الشفاعة في القضاء أدون أبرز ما توصلت إليه من النتائج وهي:

لقد أولى الإسلام أحكام الشفاعة في الفقه الإسلامي، عناية كبرى، وفصل أحكامها وما يجوز منها ولا ما يجوز.

أن الشفاعة الحسنة تكون فيما استحسنته الشريعة الإسلامية، ويختلف حكمها بحسب الحال، فتكون جائزة، ومندوبة، وواجبة .

أن الشفاعة السيئة تكون فيما حرمه الله، وحكمها التحريم .

أن حكم الشفاعة في طلب القضاء، يختلف من حال إلى آخر، فيكون محرماً كما لو طلب المشفوع له الشفاعة في القضاء وحرص عليه بلا سبب يبيح له ذلك، ويكون واجباً كما لو لم يكن في البلد مجتهد إلا هو، ويكون مستحباً كما لو كان عالماً خفياً لا يُعَرَف، والناس في حاجة إلى علمه، فيشفع له ليشتهر أمره، ولكل حالة صور وأمثلة .

تشرع الشفاعة من القاضي للإصلاح بين المتخاصمين، لأدلة عامة وأخرى خاصة، على أن يرضى الخصمان بهذا الصلح، ويكون الصلح عادلاً .

تستحب الشفاعة لإصلاح ذات البين، ولها أثر عظيم في القضاء، لأنها تجمع بين العدل، والرضا بالحكم.

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

قسمة التركة قبل الوفاة

الدكتور / عبد الله بن ههد بن إبراهيم الحيد *

المقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونستغفره ونستهديه، 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 رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه إلى يوم الدين، وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد فهذا بحث فقهي عنوانه: (حكم قسمة التركة قبل الموت) يتعلق بحكم قيام المسلم أو المسلمة بتقديم قسمة وتوزيع ما سيتركه من أموال على من يرثه من أقاربه؛ مراعاة لمصلحة شرعية، مثل إصلاح ذات البين وتقوية أواصر القرابة، والبعد عن أسباب الفرقة والاختلاف والشحناء، أو تعجيل استفادة الأقارب من مال قريبتهم، وسد حاجاتهم.

دعاني إلى اختيار هذا الموضوع كثرة الأسئلة والاستشارات عن حكم المسألة، بعد سماع الناس حوادث كثيرة وخطيرة يندى لها الجبين من دعاوى ومخاصمات، وعداوات، بل تعدى وقتال؛ بسبب الاختلاف على قسمة الأموال والتركات بعد وفاة الأقارب من الآباء والأمهات.

ومن هنا تظهر أهمية الموضوع؛ لعلاقته الوثيقة بجانب مهم من حياة الناس

(*) الأستاذ المشارك بقسم الثقافة الإسلامية كلية التربية جامعة الملك سعود.

خاصة في هذا العصر وهو جانب الأموال، وانتقال ملكيتها، وتحريكها وتعجيل الاستفادة منها، وتوظيفها فيما يعود على الناس بالنفع في العاجل والآجل، وأن لا تكون سبباً للشروع والآثام. فجاءت الرغبة إلى بحث هذا الموضوع للعناية به، وإبرازه. وقد جعلت هذا البحث في مقدمة، وتمهيد، وأربعة فصول، وخاتمة. أسأل الله أن ينفع به كاتبه وقارئه، وأن يصلح أحوال المسلمين في كل مكان.

التمهيد

أولاً: تعريف قسمة التركة،

القِسْمَةُ في اللغة: مأخوذة من القَسَمُ: وهو مصدر قَسَمَ الشيءَ يَقْسِمُهُ قِسْماً فانقسم، وقَسَّمَهُ: جَزَّاهُ، وهي القسمة^(١).

والقسمة في الاصطلاح هي: تمييز الحقوق، وإفراز الأنصبة^(٢).

والتركة في اللغة: مأخوذة من الترك والإبقاء، يقال ترك الشيء: خلاه.

وتركة الميت: ما يتركه من التراث المتروك، وهو الميراث^(٣).

والتركة في الاصطلاح هي: ما يتركه الميت ويخلفه من ثمال، والجمع تركات.

وقسمة التركة هي: إعطاء كل وارث ما يستحقه شرعاً من مال مورثه^(٤).

قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ

(١) انظر: مختار الصحاح للرازي / ٥٣٥، لسان العرب لابن منظور ٢٦٢٨/٥، القاموس المحيط للفيروزآبادي ٢ / ١٥١٢.

(٢) انظر: التعريفات للجرجاني / ١٧٥، طلبية الطلبة للنسفي / ٢٥٦، القاموس القهقي لسعدي أبو جيب / ٢٠٢.

(٣) انظر: مختار الصحاح / ٧٧، القاموس المحيط ٢ / ١٢٣٩، لسان العرب ١ / ٤٢٠.

(٤) انظر: التعريفات / ٥٦، القاموس الفقهي / ٤٩، التحفة الخيرية للباजوري / ٢٢٩، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية للدكتور صالح الفوزان / ١٩٤.

وَقُولُوا لِمَنْ قَوْلًا مَعْرُوفًا^(١)، والمراد بالقسمة: قسمة الميراث^(٢).

ثانياً، أهمية قسمة التركة وعلم الفرائض:

أهمية قسمة التركة تتبين من خلال فائدته، وإذا تأملنا في قسمة التركة نجد أنها الثمرة المقصودة من علم الفرائض والمواريث، وهي الغرض من تعلمه، وما يذكره العلماء من أبواب ومسائل في هذا العلم إنما هي وسائل، الغاية منها معرفة ما يخص كل وارث، وما يستحقه شرعاً مما خلفه مورثه لاعطائه إياه^(٣)، وفي ذلك سعي إلى إيصال الحقوق إلى أهلها، وهذا مقصد شرعي عظيم.

ولهذا عدَّ العلماء هذا المقصد سبباً من أسباب أهمية علم الفرائض، إضافة إلى أسباب أخرى من أبرزها:

١- أن الله سبحانه وتعالى تولى تقدير الفرائض بنفسه، ولم يفوض ذلك إلى ملك مقرب، ولا إلى نبي مرسل، بل بيّن ما لكل وارث في ثلاث آيات من سورة النساء، وهي قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرَّمُلْ حَظُّ الْأُنثَيَيْنِ إِن كَانَ نِسَاءُ فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلَا بُوْدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لِلَّهِ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِلْمِثْلِثِ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْأُمِّهِ الشُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٌ ءَابَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَعْمَا فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً حَكِيماً ١١﴾ • وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ

(١) سورة النساء، الآية: ٨.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٥ / ٥٤، تفسير ابن كثير ١ / ٤٥٥، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام

المتان لابن سعدي / ١٦٥.

(٣) انظر: الفوائد الشنشورية / ١٧٧، العذب الفائض لإبراهيم الفرضي ٢ / ١١٢، ١١٤، التحفة الخيرية

/ ٢٢٩، التحقيقات المرضية / ١١، ١٩٤.

فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوْصِيَنَّ بِهِمَا أَوْ ذِيْنٌ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمَّ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوْصِيَنَّ بِهِمَا أَوْ ذِيْنٌ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُوْرَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوْصِيَنَّ بِهِمَا أَوْ ذِيْنٌ غَيْرَ مُضَاكَرٍ وَصِيَّتِهِ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١١﴾

وقوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرَأَةٌ هَلَكَ لَهَا وَلَهُ وَلَدٌ وَأُخْتُ فَلَهَا يَصْفُ مَارَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثَّلَاثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَلِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَصِلُوا وَاللَّهُ يَكُلُّ شَيْءًا عَلَيْهِ﴾ (١١).

ووعده سبحانه وتعالى من أطاعه في تنفيذه على الوجه المشروع بالجنات التي تجري من تحتها الأنهار يوم القيامة، وتوعده من تعدى هذه الحدود بالنار والعذاب المهين، فقال تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٢﴾ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ ﴿١٣﴾﴾ (١٢).

٢- ما ورد من أحاديث في فضل علم الفرائض، والحث على تعلمه، وتعليمه مثل:

أ - «تعلموا الفرائض وعلموها فإنها نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول

شيء ينزع من أمتي» (٤).

ب - «العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل: آية محكمة، أو سنة قائمة، أو

(١) سورة النساء، الآيتان: ١١، ١٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٧٦.

(٣) سورة النساء، الآيتان: ١٣، ١٤.

(٤) أخرجه ابن ماجه ٢/ ٩٨ (٢٧٦٩)، والدارقطني ٥/ ١١٧ (٤٠٥٩)، والحاكم في المستدرک ٤/

٣٦٩ (٧٩٤٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وضعفه السخاوي في المقاصد الحسنة / ١٧٢،

والألباني في ضعيف الجامع الصغير / ٣٦١ (٢٤٥١)، والحديث له شاهد من حديث عبد الله ابن

عمرو رضي الله عنهما الآتي.

فريضة عادلة»^(١).

ج _ «تَعَلَّمُوا الْقُرْآنَ وَعَلِّمُوهُ النَّاسَ، وَتَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوها، فَإِنِّي أَمْرُ مَقْبُوضٍ وَالْعِلْمُ مَرْفُوعٌ، يَوْشِكُ أَنْ يَخْتَلِفَ اثْنَانِ فِي الْفَرِيضَةِ وَالْمَسْأَلَةِ فَلَا يَجِدَانِ أَحَدًا يَخْبِرُهُمَا»^(٢).

وهذه الأحاديث وإن كانت ضعيفة الأسانيد؛ لكنها تشعر بأن لها أصلاً، والله أعلم.

٣ _ أن أحكام الفرائض من الفقه، والعلماء يذكرونها في كتب الفقه إلى أن أُفردت في كتبٍ مستقلة، وأصبحت علماً مُستقلاً، ولا يخفى أهمية الفقه في الدين؛ فإن: «من يُرد الله به خيراً يفقهه في الدين» كما ثبت ذلك في الحديث الصحيح المتفق عليه^(٣).

٤ _ اهتمام العلماء سلفاً وخلفاً بهذا العلم، فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ فَإِنَّها مِنْ دِينِكُمْ»^(٤)، وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «مَنْ تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ فَلْيَتَعَلَّمِ الْفَرَائِضَ»^(٥).

(١) أخرجه أبوداود ١١٩ / ٣ (٢٨٨٥)، وابن ماجه ٤٠ / ١ (٥٤)، والنسائي في الكبرى ٢٤٣ / ٦ (١٢١٧٢) والدارقطني ١١٨ / ٥ (٤٠٦٠) والحاكم ٣٦٩ / ٤ (٧٩٤٩) وصححه من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، والحديث ضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير ٥٦٤ (٢٨٧١).

(٢) أخرجه الترمذي ٤١٤ / ٤ (٢٠٩١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال الترمذي: هذا حديث فيه اضطراب. أـهـ وأخرجه الدارمي ٦٤ / ١ (٢٢٧)، والنسائي في الكبرى ٢٤٣ / ٦ (١٢١٧٢)، والدارقطني ١٤٤ / ٥ (٤١٠٣) والحاكم ٣٦٩ / ٤ (٧٩٥٠) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، والحديث فيه انقطاع كما ذكر السخاوي في المقاصد الحسنة ١٧٢، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير ٣٦١ (٢٤٥٠).

(٣) أخرجه البخاري ١٦٤ / ١ (٧١)، ومسلم ١٢٨ / ٧ (٢٢٨٦) من حديث معاوية رضي الله عنه.

(٤) أخرجه الدارمي في سننه ٢٤٧ / ٢ (٢٨٥٤)، والنسائي في الكبرى ٣٤٤ / ٦ (١٢١٧٧).

(٥) أخرجه الدارمي في سننه ٢٤٧ / ٢ (٢٨٦١)، والنسائي في الكبرى ٣٤٤ / ٦ (١٢١٧٩).

ثالثاً: حقيقة الموت:

الموت في اللغة: ضد الحياة، والميت ضد الحي، يقال مات يموت فهو ميت، وقومٌ موتى وأموات وميتون.

وأصل الموت في لغة العرب: السكون، وكل ما سكن فقد مات ^(١).

والموت في الاصطلاح: مفارقة الروح للجسد وخروجها منه، وانقطاع تعلقها به، والميت هو الذي فارق الحياة ^(٢).

وهو أمر قدره الله على كل نفس مهما بذلت من أسباب للوقاية منه، قال تعالى: ﴿مَنْ قَدَرْنَا نَحْنُ الْمَوْتُ وَمَا نَحْنُ بِمَسْبُوقِينَ﴾ ^(٣)، وقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّقُونَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾ ^(٤)، وقال تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾ ^(٥)، وقال تعالى: ﴿قُلْ إِنْ الْمَوْتَ الَّذِي تَفِرُّونَ مِنْهُ فَإِنَّهُ مُلَاقِيكُمْ﴾ ^(٦)، وقال عز وجل: ﴿إِنَّمَا تَكُونُوا بُدْرِكُكُمْ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنْتُمْ فِي بُرُوجٍ مُشِيدَةٍ﴾ ^(٧).

وقد خلق الله الموت والحياة ابتلاءً واختباراً للعباد، قال تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ ^(٨).

وقدّر الله الموت ومكان حصوله، وجعل ذلك من الأمور الغيبية التي استأثر

(١) انظر: مختار الصحاح / ١٦٦، ٦٣٩، لسان العرب ٦ / ٤٢٩٥.

(٢) انظر: الروح لابن القيم ٢٤٣/١، فتح القدير للشوكاني ٥ / ٢٥٨ معجم لغة الفقهاء / ٤٦٨.

(٣) سورة الواقعة، الآية: ٦٠.

(٤) سورة آل عمران، الآية: ١٨٥.

(٥) سورة الزمر، الآية: ٣٠.

(٦) سورة الجمعة، الآية: ٨.

(٧) سورة النساء، الآية: ٧٨.

(٨) سورة الملك، الآية: ٢.

الله تعالى بعلمها، فلا يعلمها أحد إلا بعد إعلامه تعالى بها، قال عز وجل: ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ﴾^(١).

وفي الحديث المتفق عليه: «إن أحدكم يُجمع في بطن أمه أربعين يوماً، ثم علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع: برزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيد...»^(٢).

وللموت علامات ظاهرة ذكرها الفقهاء، وهي معلومة بالمشاهدة، ومن أهمها ما يلي:

١- شُحوص البصر، يدل عليه الحديث الصحيح: «دخل رسول الله ﷺ على أبي سلمة رضي الله عنه وقد شق بصره فأغمضه ثم قال: إن الروح إذا قبض تبعه البصر...»^(٣).

٢- استرخاء القدمين .

٣- اعوجاج الأنف .

٤ - انخساف الصُدغين^(٤).

٥ - برودة الجسد .

وفي هذا العصر مع التقدم العلمي والتطور الطبي والتقنية الحديثة، ومعرفة عمل أجهزة الجسم المختلفة، خاصة ما يتعلق بالدماغ والقلب والدورة الدموية في الجسم والتنفس أصبح الأطباء المختصون هم أكثر الناس معرفة بعلامات الموت،

(١) سورة لقمان، الآية : ٣٤، وانظر: تفسير ابن كثير ٣ / ٤٥٣ - ٤٥٥.

(٢) أخرجه البخاري واللفظ له ١١ / ٤٧٧ (٦٥٩٤)، ومسلم ١٦ / ٤٠٦ (٦٦٦٥) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(٣) أخرجه مسلم ٦ / ٤٦٢ (٢١٢٧) من حديث أم سلمة رضي الله عنها، ومعنى شق بصره : شُحص، يقال شق بصر الميت إذا شُحص ونظر إلى شيء لا يرتد إليه طرفه .

انظر : شرح النووي لصحيح مسلم ٦ / ٤٦٢، لسان العرب ٤ / ٢٣٠٠.

(٤) الصُدغ : ما انحدر من الرأس إلى مركب اللحيين، وقيل : هو ما بين العين والأذن .

انظر : لسان العرب ٤ / ٢٤١٥، ٢٤١٦، القاموس الفقهي / ٢٧٢.

ولهذا فإن من المتعارف عليه الآن إسناد تقارير وفاة الأشخاص إلى الأطباء، الذين تحملوا هذه المسؤولية بكتابة تقرير طبي بوقاة من تيقن لهم وفاته؛ ليُبنى على ذلك التقرير ما يُبنى من أحكام فقهية واجراءات نظامية^(١).

وقد كشف الطب الحديث أن الموت يمر بعدة مراحل: ففي الأحوال العادية تبدأ ظاهرة الموت بتوقف القلب والتنفس، وبهذا يتوقف ورود الدم المُحمل بالأكسجين إلى بقية الأعضاء، فيسري فيها بالتدريج، وأول الأعضاء التي تموت من جراء ذلك هي ما يسمى بالجملة العصبية، وهي: (المخ، والمخيخ، وجذع الدماغ)، وهذه الأعضاء تموت بإذن الله في غضون دقائق معدودة من توقف ورود الدورة الدموية، وبالتالي ورود الأكسجين إليها .

ثم يسري الموت إلى بقية الأعضاء على مراحل تتفاوت من عضو إلى عضو، حتى تموت جميع الخلايا، ويحصل ما يسمى بالموت الخلوي وهي المرحلة الختامية من مراحل الموت^(٢) .

(١) انظر: الموسوعة الطبية الفقهية للدكتور أحمد كنعان / ٨٧٤، ٨٧٥ .

(٢) انظر: المرجع السابق .

الفصل الأول

قسمة التركة بعد الموت

إذا مات الإنسان فإنه يتعلق بتركته أربعة حقوق، هي على الترتيب التالي:

١- مؤونة تجهيزه، وتكفينه، ودفنه، من أجرة الغسل وحفر القبر وحمله، وثمان الكفن ونحوه.

٢- أداء الديون الواجبة عليه، سواء كانت لله تعالى كالزكاة، وصدقة الفطر، والحج الواجب، والكفارات والنذور، أو كانت للآدميين كثمن المبيع، والأجرة، والقرض، والغصب، وقيم المثلقات؛ للحديث: «أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية»^(١).

٣- الوصية بالثلث فأقل لغير الورثة؛ للآية الكريمة: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ﴾^(٢)، ولقوله ﷺ: «... الثلث والثلث كثير»^(٣)، وقوله ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»^(٤).

٤- الإرث، فبعد أن يُخرج من التركة الحقوق السابقة يُقسم الباقي على الورثة بحسب أنصبتهم الشرعية^(٥).

(١) أخرجه أحمد ٣٣ / ٢ (٥٩٥)، والترمذي ٤١٦ / ٤ (٢٠٩٥)، وابن ماجه ٣ / ٩٤ (٢٧٦٥)، والحاكم ٤ / ٢٧٣ (٧٩٦٧) من حديث علي رضي الله عنه، وفي إسناده الحارث الأعور، قال الترمذي: وقد تكلم بعض أهل العلم في الحارث، والعمل على هذا الحديث عند عامة أهل العلم أمه. وقال ابن كثير في تفسيره ١ / ٤٥٩ أجمع العلماء من السلف والخلف على أن الدين مقدم على الوصية أ. هـ. والحديث حسنه الألباني في إرواء الغليل ٦ / ١٠٧ (١٦٦٧).

(٢) سورة النساء، الآية: ١١.

(٣) أخرجه البخاري ٥ / ٣٦٣ (٢٧٤٢)، ومسلم ١١ / ٥٤ (٤١١٧) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(٤) أخرجه أحمد في المسند ٣٦ / ٦٢٨ (٢٢٢٩٤)، وأبو داود ٣ / ١١٤ (٢٨٧٠)، والترمذي ٤ / ٤٢٣، ٤٢٤ (٢١٢٠) وقال: حسن صحيح وابن ماجه ٣ / ٩٣ (٢٧٦٣) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.

(٥) انظر: الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ١٨ / ٩، ١٠، التحقيقات المرضية ٢٩ / ٣٠، أحكام التركات والوارث للذكور بدران أبو العينين / ٥٤، الفقه الحنبلي الميسر للدكتور وهبة الزحيلي ٣ / ٤١٦.

فقسمة التركة إنما تكون بعد موت صاحبها؛ يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَرْتُمْ هَلْ لَكُمْ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتْ أُخْتَيْنِ فَلَهُمَا النِّسْلَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ (١)، وقوله ﷺ: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاءً فعلينا قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته» متفق عليه (٢).

ولهذا ذكر العلماء أنه يشترط في الإرث: تحقق موت المورث (المالك للمال) حقيقة أو حكماً؛ لأن ملكه باق ما دام حياً، ومن حين تنتهي حياته تنتهي ملكيته، فموته شرط لورثة المال عنه (٣).

فلا بد إذاً من العلم بانتهاء حياته حقيقة، أو حكماً كما في المفقود الذي حكم القاضي بموته؛ لينتقل المال (التركة) بقسمته على الورثة المستحقين له شرعاً، وذلك حسب نصيب كل واحد منهم، وذلك عن طريق: الفرض، والفروض المقدرة في كتاب الله ستة فروض هي: النصف (نصف المال)، والربع، والثلث، والثلثان، والثلث، والسدس، والفرض السابع ثبت بالاجتهاد وهو ثلث الباقي، أو عن طريق التعصيب بأن يأخذ العاصب جميع المال، أو ما أبقت الفروض (٤)؛ لقوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر» متفق عليه (٥).

(١) سورة النساء، الآية: ١٧٦.

(٢) أخرجه البخاري ٩/١٢ (٦٧٣١) ومسلم ١١/٦١ (٤١٣٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) وشروط الإرث ثلاثة، الأول: تحقق موت المورث. الثاني: تحقق حياة الوارث. الثالث: العلم بالسبب المقتضي للإرث. انظر: العذب الفائض ١/ ١٧، التحقيقات المرضية / ٣٦، ٢٣٤ أحكام التركات والموارث / ٤٥.

(٤) انظر: الرحبية بشرح سبط المارديني / ٤٦ - ٤٨، الفوائد الشنشورية / ٤٣، ٤٤.

(٥) أخرجه البخاري واللفظ له ١١/١٢ (٦٧٣٢)، ومسلم ١١/ ٥٤ (٤١١٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

الفصل الثاني

قسمة التركة قبل الموت

قسمة التركة إنما تكون بعد موت صاحبها، هذا هو الأصل في الإسلام، فما دام الإنسان حياً فهو مالكٌ لجميع أمواله يتصرف فيها بما شاء في حدود ما شرعه الله، فإذا مات انتهى ملكه لتلك الأموال، وانتقلت ملكيتها إلى ورثته المستحقين كل حسب نصيبه الشرعي، كما دلت عليه الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة، كما في آيات المواريث الثلاث^(١)، وكما في الحديثين السابقين: « ألحقوا الفرائض بأهلها »، «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاءً فعلينا قضاؤه، ومن ترك مالا فلورثته»، وكما في حديث: «أيكم مال وارثه أحب إليه من ماله؟ قالوا: يارسول الله ما منا من أحد إلا ماله أحب إليه، قال: فإن ماله ما قدّم، ومال وارثه ما أخر»^(٢).

ولهذا اشترط العلماء في الإرث التحقق من موت المورث كما سبق.

لكن قد يرغب مسلم أو مسلمة في قسمة أمواله أو بعضها وتوزيعها في حال حياته على من سيخلفه فيها ممن يستحق الإرث منه؛ مراعاة لمصلحة شرعية يراها صاحب المال، مثل: تعجيل نفع ورثته من أولاد ونحوهم من أجل دفع حاجاتهم الحالية للمال لتسديد ديونهم أو لمؤونة زواجهم، أو لشراء مسكن أو مركوب، أو لأداء واجب كالنفقة .

(١) سبق ذكرها قريباً .

(٢) أخرجه البخاري ١١ / ٢٦٠ برقم (٦٤٤٢) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

ومثل إرادة صاحب المال: حصول الاجتماع والألفة والمحبة والوئام والصلة والبر بين ورثته عند قيامه هو في حياته بتوزيع ماله حسب القسمة الشرعية العادلة، ودرء الفرقة والبغض والشتات وقطيعة الرحم وفساد ذات البين، وما يتبع ذلك من شحناء ومخاصمات وكيد واعتداء، مما يغلب على ظن صاحب المال حدوثه بعد موته إذا لم يبادر بقسمة ماله في حياته؛ لوجود بوادر الاختلاف وأمارات الخصومة بسبب ضعف الإيمان، وحب الدنيا والتنافس فيها؛ أو بسبب الفرقة بين الأولاد، أو لاختلاف أمهاتهم^(١)، أو يخشى المسلم أن لا تقسم تركته بعد وفاته القسمة الشرعية، لتطبيق القوانين الوضعية في البلاد التي يقيم فيها.

وفي هذه الحالة يكتفي صاحب المال بالإبقاء على جزء من ماله؛ لحاجاته التي يرى أنها يسيرة، مثل: أن يكتفي بالراتب التقاعدي^(٢)، أو أجرة بيت يسكن في بعضه، وقد أوصى به في وجوه البر بعد وفاته.

مع ملاحظة أن الإنسان غالباً في حال كبره يكون أكثر زهداً في ملأ الدنيا وشهواتها، وأكثر حباً وشفقةً على أولاده، وحرصاً على مستقبلهم واستغنائهم عن الناس، ويشهد لهذا قوله تعالى في محكم التنزيل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا بَلَغَتِ الْمَرْءُ مِنْ نَحْسِهَا وَلَهُ عِلْمٌ بِمَا يُصْنَعُ فَلْيَسِّرْ لَهَا رِزْقَهَا مِنَ الْغَنِيِّ وَرِزْقَهَا مِنْ تَحْتِهَا يَدًا وَلَا تَبْسُطْ إِلَيْهَا أَيْدِيَكُمْ وَأَقْبِلُوا لَهَا بِأَبْصَارِكُمْ وَلَا يَعْزَلُ اللَّهُ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ وَلِلَّهِ الْوَسْطَةُ الْأَعْلَى﴾ وفي الحديث الصحيح: «... إنك إن تركت ولدك أغنياً لعلكم تتفكروا»^(٣).

(١) لاسيما والوقائع والقصص المحزنة تطرق السامع، ونقض المضاجع، وتدمي القلوب؛ لأرحام قطعت وخصومات حلت، وعداوات استحسنت، بل وضرب وقتل بين ذوي الأرحام من إخوة وأخوات، وبين أولاد عم وأولاد عمات، فإلى الله المشتكى وإنا لله وإنا إليه راجعون.

(٢) يستحق الموظف في القطاع الحكومي والخاص معاشاً تقاعدياً عن الحسميات التي كانت تُستقطع من راتبه أثناء أداء الخدمة؛ وذلك لتوفير حياة كريمة له بعد تقاعده عن العمل. انظر: الأعمال المالية في الإدارة الحكومية بالملكة العربية السعودية لخالد بن عبد الله الخضير / ٢٣١.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٦٦.

خيرٌ من أن تتركهم عالة يتكففون الناس»^(١).

وهذه الرغبة في قسمة المال حال الحياة أصبحت واقعة في هذا العصر، ويظهر ذلك من خلال الاستفتاءات والاستشارات، ومن خلال الطلبات الموجهة للمحاكم من قبل بعض أصحاب الأموال.

ومن هنا تأتي الحاجة في هذا الفصل إلى ذكر حكم قسمة التركة قبل الموت، فيقال: يباح للإنسان أن يقسم ماله أو بعضه بين ورثته قبل موته؛ لأن ذلك من باب العطية^(٢) والهبة الجائزة^(٣)، والدليل على ذلك حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما: «أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحت ابني هذا غلاماً. فقال: أكل ولدك نحت مثله..»، فإن قوله ﷺ في الحديث: «أكل ولدك نحت مثله» دليل على جواز الهبة للأولاد؛ ولهذا عنون البخاري على هذا الحديث بباب (الهبة للولد)^(٤)، ويدل عليه أيضاً ما روي: «أن سعد بن عبادَةَ ﷺ قَسَمَ ماله بين أولاده، فلما مات وَلَدٌ له حمل، فأمر أبويكر وعمر رضي الله عنهما أن يُعطى الحمل نصيبه من المال»^(٥)، وسيأتي أن أبا بكر ﷺ نحل عائشة رضي الله عنها.

- (١) أخرجه البخاري ١٤/١٢ (٦٧٣٣)، ومسلم ٨١/١١ (٤١٨٥) من حديث سعد بن أبي وقاص .
 (٢) العطية : التعليل في الحياة بغير عوض، والجمع : عطايا، وهي بمعنى : الهبة، والنطة . انظر : البحر الرائق لابن نجيم ٧ / ٤٨٣، الكافي لابن عبد البر ٢ / ١٠٠٣، مغني المحتاج للشريني ٢ / ٣٩٦، المغني لابن قدامة ٨ / ٢٣٩، الإقناع للحجاوي ٣ / ١٠١، التعريفات ٨ / ٢٥٦، القاموس الفقهي ٢٥٣، معجم لغة الفقهاء ٣١٦، ٤٧٦، ٤٩٢ .
 (٣) انظر : الهداية للمرغنياني ٣ / ٢٢٤، المبسوط للرخسي ١٢ / ٤٧، ٤٨ . تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢ / ١٥٣، الكافي ٢ / ٩٩٩، مواهب الجليل للخطاب ٨ / ٢، المهذب للشيرازي ٣ / ٦٩١، نهاية المحتاج للرملي ٥ / ٤٠٤، الهداية لأبي الخطاب ٢١١ / ٨، المغني ٨ / ٢٤٠، الإقناع ٣ / ١٠١ .
 (٤) سيأتي تخريج الحديث .
 (٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩ / ٩٨، ٩٩ (١٦٤٩٨)، وابن حزم في المحلى ٩ / ١٤٢، وذكره ابن تيمية في مجموع الفتاوى ٢١ / ٢٧٦ .

ومما يدل على على جواز هبة المال وقسمته قبل الموت أن الهبة إذا كانت تصح من الواهب للأجانب في جميع ماله وهو في حال الصحة، فتصح هبته لأولاده من باب أولى؛ ولهذا ذكر الفقهاء مشروعية العدل والتسوية بين الأولاد في العطية، كما سيأتي؛ ولأن العطية إنما هي استعجال لما يكون بعد الموت، فإن العطية لها حالان: الأول: العطية في الحياة، الثاني: الميراث بعد الموت^(١).

وقد ورد النص على مسألة قسمة المال قبل الموت عن الإمام أحمد رحمه الله، فنقل عنه الأكثر: أنه لا يُكره، وروي عنه: إن شاء قسم وإن شاء لم يقسم إذا لم يُفْضَل^(٢).

والمشروع في العطية: العدل والتسوية بين الأولاد^(٣)؛ عملاً بالنصوص الشرعية الآمرة بالعدل، فإن العدل أصل شرعي عظيم أمر الله به كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾^(٤)، وبَيَّنَّه النبي

(١) انظر: المغني ٨ / ٢٥٩، الشرح الكبير ١٧ / ٦٠.

(٢) ونُقل عنه: (أحب إلي أن لا يقسم ماله ويذعه على فرائض الله تعالى، لعله أن يولد له).

انظر: المغني ٨ / ٢٧١، الشرح الكبير ١٧ / ٧٢، بدائع الفوائد لابن القيم ٢ / ١٠٠، الفروع لابن مفلح ٧ / ٤١٤، الإقناع ٣ / ١٠٩، منتهى الإرادات للفتوح ٣ / ٤٠٦، ولم أقف على نص هذه المسألة بعينها منقولاً عن الأئمة الثلاثة أبي حنيفة ومالك والشافعي رحمهم الله فيما اطلعت عليه، وقد صرح النفراوي من علماء المالكية في كتابه الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ٢ / ٢٢٢ أنه (لا يكره قسمته بينهم على أن للذكر مثل حظ الأنثيين)، وانظر: القوانين الفقهية لابن جُزي / ٢٨٤، الفقه المالكي الميسر للدكتور وهبة الزحيلي ١ / ٦٩٦.

(٣) نقل ابن عبد البر في كتابه الإجماع / ٢٢٧ أن العلماء مجمعون على استحباب التسوية في العطية بين الأبناء، وقال ابن قدامة في المغني ٨ / ٢٥٩: (ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية وكراهة التفضيل)، وقد صرح كثير من الفقهاء بالوجوب. انظر: البحر الرائق ٧ / ٤٩٠، روضة الطالبين للنووي ٥ / ٢٧٨، فتح الباري لابن حجر ٥ / ٢١٤، فتاوى ابن تيمية ٣١ / ٢٩٧، الفروع ٧ / ٤١٢، الإقناع ٣ / ١٠٨، منتهى الإرادات ٣ / ٤٠٥، أوجز المسالك إلى موطأ مالك للكاتبهلهوي ١٢ / ٢٥٦، الفقه الحنبلي الميسر ٣ / ٢٥٦.

(٤) سورة النحل، الآية: ٩٠.

ﷺ في هذه المسألة بخصوصها بياناً شافياً في حديث النعمان بن بشير بن سعد رضي الله عنهما: «أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحت ابني هذا غُلماً. فقال: أكل ولدك نحت مثله ؟ قال: لا. قال: فارجه»، وفي رواية: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم. قال: فرجع فرد عطيته»، وفي رواية: «قال: ألك ولد سواه ؟ قال: نعم. قال: لا تُشهدني على جور» متفق عليه ^(١). وهذا الحديث واضح في تأكيد رسول الله ﷺ على العدل بين الأولاد، ونهيه عن تفضيل بعضهم على بعض؛ لأن ذلك من باب الجور، وفيه خروج عن أحكام العدل الذي أمر الله عباده به .

وشرع العدل والتسوية بين الأولاد في العطية لما في ذلك من حسن الأدب في التعامل معهم، وحصول التآلف والترابط والتواد والتعاطف بين الأقارب وذوي الأرحام؛ ولأن التفضيل بين الأولاد في العطية سبب لأن يعرض في قلب المفضل شيء يمنعه من بر الوالد، كما أنه سبب للحسد والحقد والبغضاء والشحناء والقطيعة بين الإخوة والأخوات وغير ذلك مما نهت عنه شريعة الإسلام ^(٢).

ثم اختلف العلماء في معنى التسوية بين الأولاد على قولين:
القول الأول: أن التسوية المشروعة أن يُقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا قول عطاء، وشريح، ومحمد

(١) أخرجه البخاري (باب الهبة للولد) ٥ / ٢١٠، ٢١١، ٢٥٨، (٢٥٨٦، ٢٥٨٧، ٢٦٥٠)، ومسلم ١١ / ٦٨ - ٧١ (٤١٥٣ - ٤١٦١)، وزاد مسلم في رواية: «قال: فأشهد على هذا غيري»، ثم قال: أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء ؟ قال: بلى، قال: فلا إذا .

(٢) انظر: مختصر المزني/ ١٢٤، مغني المحتاج/ ٢ / ٤٠١، فتح الباري ٥ / ٢١٥، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٦ / ٢٢٥، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ١٣ / ١٩٠، ١٩١.

بن الحسن من الحنفية، وهو قول عند بعض المالكية، ووجه عند الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة^(١).

القول الثاني: أن المشروع في التسوية أن تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر، وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عن الإمام أحمد^(٢).

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

- ١- أن الله سبحانه وتعالى قسم بينهم في كتابه العزيز فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، والأولى الاقتداء بقسمة الله تعالى الذي هو أعلم بمصالح العباد^(٣).
- ٢- أن العطية في الحياة أحد حالي العطية فيجعل للذكر منها مثل حظ الأنثيين كحالة الموت يعني: الميراث، يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت، فينبغي أن تكون على حسبه، كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك الكفارات المعجلة، فكذا في العطية فإن حظ الأنثى من ذلك المال هو حظها منه لو أبقاها الواهب في يده حتى مات^(٤).
- ٣- أن الذكر أحوج من الأنثى، من قبل أنهما إذا تزوجا جميعاً فالصداق

(١) انظر: المبسوط ١٢ / ٥٦، بدائع الصنائع للكاساني ٨ / ١١٣، الفواكه الدواني ٢ / ٢٢٢، أوجز المسالك ١٢ / ٢٥٧، روضة الطالبين ٥ / ٣٧٩، فتح الباري ٥ / ٢١٤، نهاية المحتاج ٥ / ٤١٦، الهداية لأبي الخطاب ٢١٢ / ٨، المغني ٨ / ٢٥٩، المقنع مع الإنصاف ١٧ / ٥٩، الفروع ٧ / ٤١٣، حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٦ / ١٥، المحل لابن حزم ٩ / ١٤٢.

(٢) انظر: المبسوط ١٢ / ٥٦، بدائع الصنائع ٨ / ١١٣، البحر الرائق لابن نجيم ٧ / ٤٩٠، القوانين الفقهية ٣٨٤ / شرح النووي لصحيح مسلم ١١ / ٦٧، فتح الباري ٥ / ٢١٤، روضة الطالبين ٥ / ٣٧٩، مغني المحتاج ٢ / ٤٠١، نهاية المحتاج ٥ / ٤١٦، الفروع ٧ / ٤١٣، الإنصاف ١٧ / ٥٩.

(٣) انظر: المغني ٨ / ٢٥٩، ٢٦٠، حاشية ابن قاسم ٦ / ١٥.

(٤) انظر: فتح الباري ٥ / ٢١٤، المغني ٨ / ٢٥٩، ٢٦٠.

والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك، فكان أولى بالتفضيل؛ لزيادة حاجته، وقد قَسَمَ الله تعالى الميراث ففَضَّلَ الذكر مقروناً بهذا المعنى فَيُعْلَلُ به، ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة^(١).

٤- أن القصد من العطية صلة الرحم، وإذا سَوَّى بين الذكور والإناث أدى إلى قطع الرحم، والتباغض؛ لأن الذكور يقولون: كان هذا المال سيؤول إلينا بعد موته على التفضيل، وما أدى إلى هذا المعنى مُنْع منه، ألا ترى أنه مُنْع من الجمع بين الأختين في عقد النكاح؛ لأنه يؤدي إلى قطع الرحم الماسة من التباغض كذلك هاهنا^(٢).

أدلة أصحاب القول الثاني:

١ - أن النبي ﷺ قال في بعض روايات حديث بشير بن سعد رضي الله عنه السابق «سَوِّ بينهم»^(٣)، وظاهر الأمر بالتسوية يشهد بمشروعية التسوية بين الذكر والأنثى في العطية^(٤).

٢ - حديث: «سوا بين أولادكم في العطية، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضّلت النساء»^(٥).

٣ - أن عطية الأولاد عطية في الحياة، فاستوى فيها الذكر والأنثى كالنفقة والكسوة^(٦).

(١) انظر: المغني ٨ / ٢٦٠، الشرح الكبير ١٧ / ٦١.

(٢) انظر: رؤوس المسائل الخلائية ٣ / ١٠٥٧.

(٣) هذه الرواية أخرجه النسائي ٦ / ٥٧٣ (٣٦٨٨)، وابن حبان ١١ / ٤٩٨ (٥٠٩٨)، وعبد الرزاق في مصنفه ٩ / ٩٧.

(٤) انظر: فتح الباري ٥ / ٢٦٤.

(٥) أخرجه البيهقي في سننه ٦ / ٢٩٤ (١٢٠٠٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، والحديث حسن إسناداه الحافظ ابن حجر في الفتح ٥ / ٢١٤ بعد أن عزاه لسعيد بن منصور والبيهقي.

(٦) انظر: المغني ٨ / ٢٥٩.

٤ - أن في التسوية تأليف القلوب، والتفضيل يورث الوحشة بينهم، فكانت التسوية أولى^(١).

وأجاب أصحاب القول الثاني على استدلال أصحاب القول الأول فقالوا: إن الذكر والأنثى إنما يختلفان في الميراث بالعصوبة، فأما إذا كان بالرحم فهما سواء كالإخوة والأخوات من الأم^(٢).

والراجح: القول الأول، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، وابن باز، وبه صدرت الفتوى من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية^(٣).

وقد أجاب أصحاب القول الأول على استدلال أصحاب القول الثاني فقالوا: إن حديث بشير رضي الله عنه قضية في عين، وحكاية حال لاعموم لها، وإنما ثبت حكمها فيما ماثلها، ولا نعلم حال أولاد بشير رضي الله عنه، هل كان فيهم أنثى أو لا ؟ ولعل النبي ﷺ قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر.

ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى.

ويُحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء، لا في صفته، فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه، وكذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما، ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى. وهذا خبر عن جميعهم، على أن الصحيح من الحديث أنه مرسل^(٤).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨ / ١١٥.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢ / ٤٠١.

(٣) انظر: فتاوى ابن تيمية ٢١ / ١٩٧، حاشية ابن قاسم ٦ / ١٥، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ١٦ / ٢١٣، مجموع فتاوى سماحة الشيخ ابن باز ٢٠ / ٤٧، ٤٩، ٥٠.

(٤) انظر: المغني ٨ / ٢٦٠، الشرح الكبير ١٧ / ٦١.

الفصل الثالث

الرجوع فيما قسم من التركة قبل الموت

سبق في الفصل الثاني أنه يُباح للإنسان أن يقسم ماله قبل موته على وراثته الأحياء القسمة الشرعية، فيُعطي كل واحد منهم نصيبه المفروض له شرعاً في تركته .

فإذا حصلت تلك القسمة، والأموال لاتزال باقية في ملك الورثة وتصرفهم، ثم أراد صاحب المال الرجوع في قسمته، ورد ما قسمه من الأموال إليه لمصلحة شرعية: كأن يُولد له ولد حادث فيريد إعادة القسمة والتسوية بين جميع أولاده، أو يفتقر ويحتاج إلى المال، أو يرى أن المقسوم عليهم قد استعانوا بما أعطاهم إياه على معصية الله وأصروا عليها، فإن الأمر لا يخلو: إما أن يكون صاحب المال والداً للمقسوم له، أو غير والد، وإن كان والداً، فلا يخلو: أن يكون أباً، أو أماً وبناءً عليه فإن هذا الفصل يشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: رجوع الوالد:

المطلب الأول رجوع الأب:

اختلف الفقهاء في جواز رجوع الأب في عطيته لأولاده على قولين:
القول الأول: قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة قد قالوا بجواز رجوع الأب في عطيته لأولاده^(١)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

(١) انظر: الموطأ / ٥٣٥، المدونة الكبرى للإمام مالك / ٦، ١٤٢، ١٤٣، الكافي / ٢ / ١٠٠٤، مواهب الجليل / ٨ / ٢٥، مختصر الزني / ١٣٤، المهذب / ٣ / ٦٩٦، روضة الطالبين / ٥ / ٣٧٨، ٣٧٩، فتح الباري / ٥ / ٢١٥، مغني المحتاج / ٢ / ٤٠١، نهاية المحتاج / ٥ / ٤١٦، رؤوس المسائل / ٣ / ١٠٥٩، الهداية لأبي الخطاب / ٢١٢ / ٨، المغني / ٨ / ٢٦١، الإنصاف / ١٧ / ٨١.

١ - حديث بشير بن سعد رضي الله عنه السابق، وقول النبي ﷺ «فارجعه» فأمره بالرجوع في هبته، وقد امتثل بشير رضي الله عنه ذلك فرجع في هبته لولده فردها ^(١).

٢ - حديث: «لا يحل للرجل أن يُعطي العطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يُعطي ولده، ومثل الذي يُعطي العطية فيرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه» ^(٢).

٣ - الحديث المرفوع: «لا يرجع في هبته إلا الوالد من ولده، والعائد في هبته كالعائد في قيئه» ^(٣).

٤ - ما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه: «أنه نحل عائشة رضي الله عنها جاداً عشرين وسقاً من ماله، فلما حضرته الوفاة قال: ... فلو كنت جددتي واحترتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث ...» ^(٤).

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده ٢٦ / ٤ (٢١١٩) من حديث ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم، وأخرجه أبوداود ٣ / ٢٩١ (٥٩٣٩) والترمذي ٣ / ٥٨٤، ٥٨٣ (١٢٩٩) وكذلك النسائي ٦ / ٥٧٦ (٢٦٩٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦ / ٢٩٦ (١٢٠١٠)، وأخرجه ابن ماجه ٢ / ٥٥٢ (٢٤٢٠) دون قوله «ومثل الذي يُعطي ...» والحديث قال عنه الترمذي ٣ / ٥٨٤ حسن صحيح أهـ وقال ابن حجر في الفتح ٥ / ٢١١ ورجاله ثقات .

(٣) أخرجه أحمد في المسند ١١ / ٣٠٨ (٦٧٠٥)، والنسائي ٦ / ٥٧٦ (٣٦٩١) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرجه ابن ماجه ٢ / ٥٥٢ (٢٤٢١)، والدارقطني ٣ / ٤٦٠ (٢٩٦٨) دون قوله: «والعائد في هبته...»، والحديث صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير ٢ / ١٢٧١ (٧٦٨٦) .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ / ٥٣٢ (١٤٣٤)، والبيهقي في الكبرى ٦ / ٢٩٥ (١٢٠٠٤)، وعبد الرزاق في مصنفه ٩ / ١٠١ (١٦٥٠٧، ١٦٥٠٨، ١٦٥١٢)، وابن حزم في المحلى ٩ / ١٤٢. والنحلة: العطية، ومعنى جادٌ عشرين وسقاً: يحتمل أنه أعطاهما ثمرة بهذا المقدار، أو أعطاهما أرضاً أو أشجاراً تثمر هذا المقدار، والوسق: مكيال قدره ستون صاعاً. انظر: طلبه الطلبة / ٢٣٢، أوجز المسالك ١٢ / ٢٥٩، معجم لغة الفقهاء / ١٦٠، ٤٧٦، ٥٠٢.

القول الثاني: قول الحنفية ليس للأب الرجوع في هبته^(١)، واستدلوا على ذلك بما يلي:

- ١- حديث: «العائد في هبته كالعائد في قبته» متفق عليه^(٢).
- ٢- قول عمر رضي الله عنه: «من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها»^(٣).

والراجع: القول الأول؛ لقوة أدلتهم، وقد أجاب أصحاب القول الأول عن الاستدلال بحديث: «العائد في هبته ...» بأنه حديث عام يُخصص بحديث بشير رضي الله عنه السابق، وبالحديث الآخر «... إلا الوالد فيما يُعطي ولده»^(٤).

المطلب الثاني، رجوع الأم:

اختلف الفقهاء في رجوع الأم في عطيتها على قولين:

القول الأول: أن الأم كالأب في الرجوع في الهبة، وهذا مذهب الشافعي^(٥)، وهو قول المالكية بشرط أن يكون الأب حياً^(٦)، واستدلوا بما يلي:

- ١- دخول الأم في الحديثين السابقين: «لا يحل للرجل أن يُعطي العطية فيرجع

(١) انظر: المبسوط ١٢ / ٤٩، ٥٤، الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٢٨، بدائع الصنائع ٨ / ١٣١، البحر الرائق ٧ / ٥٠٠، البناية شرح الهداية للعيني ٩ / ٢٢٨، المغني ٨ / ٢٦١.

(٢) أخرجه البخاري ٥ / ٢٣٤ (٢٦٢١) ومسلم ١١ / ٦٧ (٤١٥٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ / ٥٣٤ (١٤٣٦)، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٩ / ١٠٥ (١٦٥١٩) بلفظ: «... ومن أعطى في حق أو قرابة أجزنا عطيته»، وأخرجه ابن حزم في المحل ٩ / ١٢٨ بلفظ: «من وهب هبة فلم يشب منها فهو أحق بها إلا لذي رحم».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) وهو ظاهر كلام الخرقى من الحنابلة. انظر: روضة الطالبين ٥ / ٣٧٩، مغني المحتاج ٢ / ٤٠١، ٤٠٢، فتح الباري ٥ / ٢١٥، تكملة المجموع ١٧ / ٣٠٦، المغني ٨ / ٢٦٢.

(٦) فإن كان ميتاً فلا رجوع لها، لأنها هبة ليتيم، وهبة اليتيم لازمة كصدقة التطوع التي لا يرجع فيها عند المالكية انظر: المدونة الكبرى ٦ / ١٤٢، الكافي ٢ / ١٠٠٥، مواهب الجليل ٨ / ٢٦، المغني ٨ / ٢٦٢.

فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده»، « لا يرجع في هبته إلا الوالد من ولده»، فإن لفظ: « الوالد» يتناول: الأب والأم .

٢- أن الأم مساوية للأب في الدخول فيما دل عليه حديث النعمان السابق من جهة الأمر بالتسوية بين الأولاد، والنهي عن تفضيل بعضهم، فينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع في الهبة، لا سيما وأن الرجوع فيها قد يتعين طريقاً عند عدم التسوية بين الأولاد ^(١) .

القول الثاني: أنه ليس للأم الرجوع في الهبة، وهو المنصوص عن أحمد^(٢)، والدليل على ذلك ما يلي:

- ١- أن للأب أن يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ؛ لقول النبي ﷺ: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه» ^(٣)، فالحديث يتناول الأب دون الأم .
- ٢- أن للأب ولاية على ولده، ويحوز جميع ماله في الميراث والأم بخلافه^(٤) .

والراجع هو: القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ويُجاب عن الاستدلال بالحديث السابق بأن الحديث لا يدل على عدم جواز رجوع الأم في هبتها، وإنما يدل على أن أطيّب وأحل ما يأكله الرجل هو أكله من كسبه بسعيه وطلبه الرزق والمعيشة، وأن الولد من كسبه؛ لأن الوالد هو الذي طلبه وسعى في تحصيله.

والاستدلال بأن الحديث نص على الرجل فيُفهم منه أن المرأة

(١) انظر: الكافي ٢ / ١٠٠٥، مغني المحتاج ٢ / ٤٠١، المغني ٨ / ٢٦٣ .

(٢) انظر: رؤوس المسائل الخلافية ٣ / ١٠٦٣، الهداية لأبي الخطاب / ٢١٣، المغني ٨ / ٢٦٣، الإنصاف ١٧ / ٨٧، ٨٨ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده ٤٠ / ٣٤ (٢٤٠٣٢)، والدارمي ٢ / ١٦٢ (٢٥٤٠) وأبو داود ٣ / ٢٨٩ (٣٥٢٨) والترمذي ٣ / ٦٣٠، ٦٣١ (١٣٥٨) وقال: حسن صحيح، وأخرجه النسائي ٧ / ٢٧٦ (٤٤٦١) وابن ماجه ٢ / ٥١٠ (٢٣٣٢) كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) انظر: رؤوس المسائل الخلافية ٣ / ١٠٦٣، المغني ٨ / ٢٦٣، الشرح الكبير ١٧ / ٨٧، ٨٨ .

بخلافه هو استدلال بمفهوم المخالفة، وهو ضعيف ومختلف فيه، فقد يُقال بأن النص على الرجل في الحديث خرج مخرج الغالب؛ لأن الغالب أن الرجل هو الذي يكتسب؛ لوجوب النفقة عليه دون المرأة .

ويُجاب عن الاستدلال بأن الأب له ولاية على ولده دون الأم؛ بأنه لا يلزم من ذلك عدم جواز رجوع الأم في هبتها، خاصة أن ما سبق من أحاديث تدل على جواز رجوعها. والله أعلم.

المبحث الثاني: رجوع غير الوالد :

إن كان صاحب المال ليس والدًا للمقسوم له، فقد اختلف الفقهاء في جواز رجوعه في عطيته لأولاده على قولين:

القول الأول: قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أنه ليس له الرجوع فيما وهبه ^(١) .

واستدلوا على ذلك بما يلي:

- ١ - الحديث المتفق عليه: «العائد في هبته كالعائد في قبضه» ^(٢) .
- ٢ - الحديث السابق: « لا يحل لرجل أن يُعطي العطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يُعطي ولده، ومثل الذي يُعطي العطية فيرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قبضه» ^(٣) .

(١) انظر: الدونة الكبرى ٦ / ١٤٥، القوانين الفقهية ٣٨٥ / الفواكه الدواني ٢ / ٢١٨، المذهب

٢ / ٦٩٦، روضة الطالبين ٥ / ٣٧٩، نهاية المحتاج ٥ / ٤١٧، المغني ٨ / ٢٧٧، الإنصاف ١٧ / ١١١،

الإقناع ٣ / ١٠٩.

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

٣ - حديث: «لا يرجع في هبته إلا الوالد من ولده، والعائد في هبته كالعائد في قبته»^(١).

٤ - أن غير الوالد لا ولاية له في المال، فلا يستحق الرجوع في الهبة^(٢).
القول الثاني: قول الحنفية بالتفريق بين الأرحام وغيرهم فقالوا: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها، ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع^(٣).

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ - الحديث المرفوع: «الرجل أحق بهبته مالم يثب منها»^(٤) أي: مالم يعوض، فجعل النبي عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يصل إليه العوض.

٢ - قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها»^(٥).

٣ - أن المقصود غالباً من الهبة: التعويض بالمال، فثبت ولاية الفسخ عند فواته؛ إذ العقد يقبله^(٦).

والراجح والله أعلم قول الجمهور؛ لقوة أدلتهم.

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر: المغني ٨ / ٢٧٨، رؤوس المسائل الخلافية ٣ / ١٠٦٥.

(٣) انظر: المبسوط ١٢ / ٥٣، الهداية للمرغيناني ٣ / ٢٢٧، ٢٢٨، تحفة الفقهاء ٢ / ١٧٠، البحر الرائق ٧ / ٤٩٤، ٥٠٠، البنائة ٩ / ٢٢٧، ٢٣٨.

(٤) أخرجه ابن ماجه ٢ / ٥٥٦ (٢٤٣٠)، والبيهقي ٦ / ٣٠٠ (١٢٠٢٤)، والدارقطني ٣ / ٤٦١ (٢٩٧٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٦ / ٤٧٤ (١٧٤٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. والحديث ضعفه البيهقي في سننه ٦ / ٣٠٠، والألباني في ضعيف الجامع الصغير ٤٦٢ / ٣١٥١.

(٥) سبق تخريجه .

(٦) انظر: الهداية للمرغيناني ٢ / ٢٢٧، طلبة الطلبة ٢٣٤ / بدائع الصنائع ٨ / ١١٩، ١٢٠، البنائة ٩ / ٢٢٩ - ٢٣١، المغني ٨ / ٢٧٧.

الفصل الرابع

قسمة التركة في موت الدماغ

الموت الدماغى هو حالة تطرأ على الدماغ، فتؤدى إلى تعطل وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه بإذن الله .

ويحدث موت الدماغ لأسباب مختلفة، منها: الرضوض العنيفة على الرأس، والأورام، والالتهابات .

والدماغ من أنبل أعضاء الجسم، فهو أداة العقل وفيه مراكز الإدراك والإحساس والتعلم، وهو مركز التنفس الذي به ترتبط الحياة، والدماغ هو الذي يوجه حركات الجسم. ويتكون الدماغ من ثلاثة أجزاء هي: المخ، والمخيخ، وجذع الدماغ .

ويؤدى الدماغ وظائفه بواسطة مئات المليارات من الخلايا العصبية التي لا تتجدد ولا تتكاثر، وهذه المراكز العصبية الهامة جداً تقع في جذع الدماغ، وإذا ماتت فإن الإنسان يُعد ميتاً؛ لأن الدماغ إذا مات توقف التنفس والقلب، ونزل الموت الذي قدّره الله على كل نفس .

وتنفس المريض بواسطة الآلة المنقّسة مهما طال يُعد لا قيمة له ولا يعطي الحياة للإنسان، وكذلك استمرار النبض من القلب، بل وتدفق الدم من الشرايين والأوردة ما عدا الدماغ لا يُعد علامة على الحياة طالما أن الدماغ قد توقفت حياته ودورته الدموية توقفاً تاماً لا رجعة فيه بإذن الله ^(١).

وفي ندوة: (الحياة الإنسانية) التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية
(١) انظر: الموسوعة الطبية الفقهية / ٨٨٠، ٨٨١، موت القلب أو الدماغ للدكتور محمد البار / ٩٠، ١٠٨، ٩١.

في ٢٤ / ٤ / ١٤٠٥ هـ صدر في بيان الندوة: أن المعتمد عليه عند الأطباء في تشخيص موت الإنسان، هو خمود منطقة المخ المنوط بها الوظائف الحياتية الأساسية، وهو ما يعبر عنه بموت جذع المخ .

وإن أياً من الأعضاء والوظائف الرئيسة الأخرى، كالقلب والتنفس قد يتوقف مؤقتاً؛ لكن يُمكن إسعافه ما دام جذع المخ حياً، أما إذا كان جذع المخ قد مات فلا أمل في إنقاذه إلا أن يشاء الله ويكون المريض قد انتهت حياته، ولو كانت في أجهزة أخرى من الجسم بقية من حركة أو وظيفة .

واتفق الرأي في الندوة على أنه إذا تحقق موت جذع المخ بتقرير لجنة طبية مختصة جاز حينئذٍ وقف أجهزة الإنعاش الصناعية^(١).

ثم أقيمت ندوة في الكويت (من ١٧ - ١٩ / ١٢ / ١٩٩٦ م)، وتبين للمجتمعين أنه ما من حالة تأكد فيها تشخيص موت الدماغ عادت إليها الحياة. وقد أقرت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الدلائل الإرشادية لتقرير موت الدماغ بما فيه جذعه، والشروط المسبقة الواجب توافرها قبل التفكير في تشخيص موت الدماغ، والشروط الطبية المعتبرة في تشخيص الموت الدماغى، والفحوصات التأكيدية لموت الدماغ، وهذا من قبيل الالتزام بالاحتياطات الشرعية والطبية؛ لحصول الطمأنينة في إثبات هذه القضية المصيرية لكل إنسان، وهي قضية موته، وما يترتب على ذلك من أحكام . وقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة المنعقدة في عمان بالأردن سنة ١٤٠٧ هـ أن الشخص يُعد ميتاً إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً .

(١) انظر: موت القلب أو الدماغ / ١٦٦، ١٦٧ .

ثم وافق المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة عام ١٤٠٨هـ على رفع أجهزة الإنعاش وإيقافها متى تبين بالفحوصات الطبية المؤكدة من قبل المختصين بأن هذا الشخص قد مات دماغياً. ومع التقدم العلمي ظهرت تقنيات ووسائل الإنعاش الحديثة التي تساعد بشكل كبير على بقاء وظائف الجسم الحيوية الهامة متواصلة ومستمرة في العمل، حتى يُرى الميت دماغياً وكأنه لا يزال حياً، فالجسم ينمو، والشعر والأظافر يطولان، والشخص يتبول ويتغوط، وتبقى مظاهر الحياة المختلفة بادية عليه، ما عدا فقدان الوعي والغيوبة .

وحصل العناية البالغة بتلك التقنيات؛ لكونها سبباً هاماً للتمكن من الاستفادة بصورة كبيرة من أعضاء المتوفى دماغياً، وزراعتها في أجسام مرضى لإنقاذهم بإذن الله من الموت ^(١) .

ومن هنا ظهر كثير من المشكلات والأسئلة حول موت الدماغ أو الموت الدماغى وأثره على الأحكام الشرعية، ومن ذلك:

١ - هل يجوز رفع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً ؟

والجواب أنه قد مر قريباً أن المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي قد وافق على رفع وإيقاف أجهزة الإنعاش عن الشخص الميت دماغياً، كذلك جاء جواز رفع أجهزة الإنعاش في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته المنعقدة في الأردن شهر صفر من العام ١٤٠٧هـ .

وكان من توصيات ندوة الحياة الإنسانية: جواز إيقاف أجهزة الإنعاش إذا

(١) انظر : الموسوعة الطبية الفقهية للدكتور أحمد كنعان / ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٥، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي / ٣٤٥ - ٣٥٧ .

تحقق موت جذع المخ بتقرير لجنة طبية^(١)، وجاء في الفتوى رقم: (٦٦١٩) من فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في إجابة على بعض الأسئلة ما نصه: (إذا كان الواقع كما ذكر جاز إيقاف الأجهزة التي تشغل القلب وجهاز التنفس أوتوماتيكياً إذا كان القلب لا ينبض والتنفس لا وجود له إلا بالأجهزة؛ لأنه على هذا يكون ميتاً، وحركة القلب والتنفس إنما هي بالأجهزة لا حياة الشخص، لكن يجب التأكد من موته بعد رفع الأجهزة، وقبل إعلان الموت؛ لكمال الاحتياط^(٢)).

وبناء على ذلك فيجوز إيقاف أجهزة الإنعاش إذا تأكد يقيناً من أهل الاختصاص الثقات أن المريض قد فقد وظائفه الحيوية التي تقوم عليها حياته وأنه مات يقيناً، ولم تكن هناك مصلحة ترجى من إبقائه على أجهزة الإنعاش كالرغبة في استقطاع بعض أعضائه وزراعتها في مريض بحاجة إليها^(٣).

٢ - هل يُعد من مات دماغه ميتاً ؟ تسري عليه الأحكام الشرعية التي تسري على الموتى، من قسمة تركته وإحدااد زوجته وغير ذلك من الأحكام؛ لما سبق قريباً من أن من مات دماغه فقد تعطلت جميع وظائف الدماغ وانتهت حياته، أم يُعد حياً لبقاء مظاهر الحياة على بقية أعضائه ؟

ولا شك أن هذا من المسائل العويصة، والمشكلات الصعبة؛ لأنها تتعلق بالحكم بالموت على شخص، والموت يترتب عليه أحكام كثيرة ويتعلق به حقوق وواجبات

(١) انظر: صفحتي (٣٢، ٣٣)، موت القلب أو الدماغ / ١٦٧، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٧٣٢/٢/٣،

٨٠٩/٢/٣، قراءات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي / ٢١٤.

(٢) انظر: مجلة البحوث الإسلامية، العدد (٥٨) صفحة (١٠٥).

(٣) انظر: رفع الأجهزة الطبية عن المريض للدكتور عبدالله الطريقي / ٢٨ - ٤١، أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي / ٣٥٩ - ٣٦٠.

عظيمة، وهذه المسألة من النوازل التي تحتاج إلى عناية بالغة، وبحث ودراسة وتمحيص من المجامع الفقهية، والهيئات الشرعية، ولجان الفتوى .

والذي تطمئن إليه النفس الأخذ بمبدأ الاحتياط في مثل هذه المسائل، وعدم الاستعجال في الحكم على شخص بالموت وإجراء الأحكام الشرعية عليه ومن ذلك: قسمة تركته إلا بعد التأكد من موته، فمن تحقق موت دماغه فيُنظر إن استمرت وظائف جسمه الحيوية في العمل بعد رفع أجهزة الإنعاش، واستمر تنفسه وقلبه فإنه لا يزال حياً ولا يمكن الحكم بوفاته، وإن توقف التنفس والقلب وجميع أعضاء الجسم عن العمل فإنه يحكم بموته، ومن ثم تُرتب الآثار الشرعية على ذلك بما فيها قسمة تركته ^(١) .

وبناء على ما سبق فإنه لا يحق لأقارب من مات دماغياً المطالبة قضاءً بقسمة أمواله، أو القيام بتوزيعها على ورثته في أثناء موت الدماغ فقط حتى تموت بقية أعضاء الجسم وتتوقف عن العمل بما في ذلك التنفس ونبض القلب؛ لأن الموت من القضايا المصيرية الكبرى للإنسان، والتي تترتب عليها آثار وأحكام وحقوق كثيرة فكان لابد من الاحتياط فيها ^(٢)؛ ولما سبق ذكره من أن العلماء اشتهروا في الإرث: تحقق موت المورث، والله أعلم.

(١) انظر: أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي / ٢٥٧، ٢٥٨ .

(٢) انظر: المرجع السابق / ٢٥٨ .

الخاتمة

أذكر في خاتمة البحث أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث فيما يأتي:

- ١- قسمة التركة هي: إعطاء كل وارث ما يستحقه شرعاً من مال مورثه.
- ٢- أهمية قسمة التركة وعلم الفرائض تتضح من خلال مايلي:
 - أ - فيها إيصال الحقوق إلى أهلها بإعطاء كل وارث ما يستحقه شرعاً من مال مورثه .
 - ب - أن الله سبحانه وتعالى تولى تقدير الفرائض بنفسه، فبين حق كل وارث في ثلاث آيات في سورة النساء، ووعد سبحانه وتعالى من أطاعه في تنفيذها بالجنات والفوز العظيم، وتوعد من تعدى تلك الحدود بالنار والعذاب المهيّن
 - ج - ورود أحاديث في فضل علم الفرائض، والحث على تعلمه، وتعليمه وهي وإن كانت ضعيفة بأفرادها؛ لكن مجموعها يشعر بأن لها أصلاً.
 - د - أن أحكام الفرائض من الفقه في الدين الذي من حصّله فقد أراد الله به خيراً .

هـ - اهتمام العلماء سلفاً وخلفاً بعلم الفرائض .

٣- الموت هو: خروج الروح من الجسد، وانقطاع تعلقها به، والميت هو الذي فارق الحياة. والموت أمر قدره الله على كل نفس مهما بذلت من أسباب للوقاية منه، وقد خلق الله الموت والحياة ابتلاءً واختباراً للعباد .

ووقت الموت ومكان حصوله، من الأمور الغيبية التي استأثر الله تعالى بعلمها.

٤- للموت علامات ظاهرة، من أهمها ما يلي:

أ - سُخُوص البصر .

ب - استرخاء القدمين .

ج - اعوجاج الأنف .

د - انخساف الصُّدغين .

هـ- برودة الجسد .

٥ - مع التقدم العلمي في هذا العصر أصبح الأطباء المختصون هم أكثر الناس معرفة بعلامات الموت، ولهذا أُسند إليهم تقارير الوفاة التي يُبنى عليها الأحكام الفقهية والإجراءات النظامية .

٦ - كشف الطب الحديث أن الموت يمر بعدة مراحل: فببداً بإذن الله يتوقف القلب والتنفس، ثم في غضون دقائق معدودة تموت الجملة العصبية (المخ، والمخيخ، وجذع الدماغ)، ثم يسري الموت إلى بقية الأعضاء حتى تموت جميع الخلايا .

٧ - إذا مات الإنسان فإنه يتعلق بتركته أربعة حقوق، هي على الترتيب التالي:

أ - مؤونة تجهيزه، وتكفينه، ودفنه.

ب- أداء الديون الواجبة عليه، سواء كانت لله تعالى أو للآدميين .

ج - الوصية بالثلث فأقل لغير الورثة.

د - الميراث .

٨ - الأصل في قسمة التركة أن تكون بعد موت صاحبها، ولهذا اشترط العلماء في الإرث: التحقق من موت المورث حقيقةً أو حكماً؛ لأن الإنسان ما دام حياً فهو مالك لجميع أمواله يتصرف فيها بما يشاء في حدود ما شرع الله،

فإذا مات انتهت ملكيته لتلك الأموال، وانتقلت ملكيتها إلى ورثته المستحقين كل حسب نصيبه الشرعي.

٩ - قد يرغب مسلم أو مسلمة في قسمة أمواله أو بعضها حال حياته على من سيرثه من أقاربه؛ مراعاة لمصلحة شرعية يراها مثل: تعجيل انتفاعهم بالمال لدفع حاجاتهم، أو لقصد حصول الاجتماع والألفة والصلة بين ورثته، أو خوفاً من الفتنة من بعده بوقوع الفرقة والخصام وقطيعة الأرحام بينهم، أو يخشى المسلم أن لا تقسم تركته بعد وفاته القسمة الشرعية لإقامته في بلاد لا تطبق شرع الله عز وجل، ويكتفي صاحب المال بالإبقاء على جزء من ماله لحاجته، أو يكتفي بالراتب التقاعدي أو أجرة بيت أو نحو ذلك، وهذه الرغبة أصبحت واقعة في هذا العصر، ويظهر ذلك من خلال الإستفتاءات والاستشارات والمطالبات القضائية.

١٠ - لا يُكره للحي ذكراً كان أو أنثى أن يقسم ماله أو بعضه، ويُوزعه بين ورثته قبل موته، بل ذلك مباح جائز، والدليل على الجواز ما روي: أن سعد بن عبادَةَ رضي الله عنه قَسَمَ ماله بين أولاده؛ ولأن قسمته لماله حال حياته هي من باب العطية الجائزة، والعطية إنما هي استعجال لما يكون بعد الموت . بل يُمكن أن يُقال: إن هذه القسمة مُرغَّبٌ فيها؛ لتحقيقها مصالح ومقاصد شرعية عظيمة، وما يترتب عليها من دفع مفسد وشُرور كبيرة.

لكن ينبغي الاحتياط في تلك القسمة بأن لا تشمل جميع ماله بل بعضه، فيُبقي صاحب المال جُزءاً مناسباً من ماله لحاجاته ومصالحه؛ فإن الأحوال تتغير وتبديل، والحاجات تتجدد، وذلك حتى لا يفتقر فيحتاج إلى أولاده وأقاربه فيمنعونهم ولا يعطونه، أو يُولد له ولد فأكثر فيحتاج إلى إعطائه مثل

نصيب إخوانه مراعاة للتسوية والعدل بين أولاده فلا يجد شيئاً، فتعود عاقبة قسمته ماله وبالأعلى عليه.

١١ - المشروع في العطية: العدل والتسوية بين الأولاد؛ عملاً بالنصوص الشرعية الآمرة بالعدل، ولما في ذلك من حصول التألف والترابط؛ ولأن التفضيل بين الأولاد في العطية سببٌ للحسد والحقد والشحناء وقطيعة الأرحام .

١٢ - اختلف العلماء في معنى التسوية بين الأولاد على قولين:

القول الأول: أن التسوية المشروعة أن يُقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا قول عطاء، وشريح، ومحمد بن الحسن من الحنفية، وهو قول عند بعض المالكية، ووجه عند الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: أن المشروع في التسوية أن تُعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر، وهو قول الجمهور. والراجح: القول الأول، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم وابن باز، وبه صدرت الفتوى من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء .

١٣ - إذا قسم الإنسان ماله أو بعضه قبل موته ثم أراد الرجوع في قسمته، ورد ما قسمه من الأموال إليه لمصلحة شرعية: كأن يُولد له ولد حادث فيريد إعادة القسمة والتسوية بين جميع أولاده، أو يفتقر ويحتاج إلى المال، أو يرى أن المقسوم عليهم قد استعانوا بما أعطاهم إياه على معصية الله وأصروا عليها، فإن الأمر لا يخلو: إما أن يكون صاحب المال والداً للمقسوم له، أو غير والد، فإن كان والداً، فلا يخلو: أن يكون أباً، أو أمّاً فإن كان أباً فإن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة قد قالوا بجواز رجوع الأب في عطيته

لأولاده، وخالف في ذلك الحنفية فقالوا: ليس للأب الرجوع في هبته، والراجح: القول الأول؛ لقوة أدلتهم.

وإن كان صاحب المال أمّا، فإن الجمهور اختلفوا على قولين:

القول الأول: أن الأم كالأب في الرجوع في الهبة، وهذا مذهب الشافعي، وهو قول المالكية بشرط أن يكون الأب حياً .

القول الثاني: أنه ليس للأم الرجوع في الهبة، وهو المنصوص عن أحمد .

والراجح هو: القول الأول؛ لقوة ما استدلوا به .

وإن كان صاحب المال ليس والدًا للمقسوم له، فليس له الرجوع فيما وهبه عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة .

وفَرَّقَ الحنفية بين الأرحام وغيرهم فقالوا: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع مالم يثب عليها، ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع.

والراجح قول الجمهور؛ لقوة أدلتهم .

١٤ - الموت الدماغى هو حالة تطرأ على الدماغ، فتؤدي إلى تعطيل وظائفه تعطيلًا نهائيًا؛ لأن الدماغ إذا مات توقف التنفس والقلب، ونزل الموت الذي قدره الله على كل نفس، وما من حالة تأكد فيها الأطباء من تشخيص موت الدماغ عادت إليها الحياة .

والمعتمد عليه عند الأطباء في تشخيص موت الإنسان، هو خمود منطقة المخ المنوط بها الوظائف الحياتية الأساسية، وهو ما يعبر عنه بموت جذع المخ.

وقد أفتى مجمع الفقه الإسلامى في دورته الثالثة المنعقدة في عمان بالأردن سنة ١٤٠٧ هـ، أن الشخص يُعد ميتاً إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائيًا .

ثم وافق المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة سنة ١٤٠٨هـ على رفع أجهزة الإنعاش وإيقافها متى تبين بالفحوصات الطبية المؤكدة من قبل المختصين بأن هذا الشخص قد مات دماغياً .

١٥ - مع التقدم العلمي ظهرت تقنيات ووسائل الإنعاش الحديثة التي تساعد بشكل كبير على بقاء وظائف الجسم الحيوية مستمرة في العمل، حتى يرى الميت دماغياً وكأنه لا يزال حياً، وحصل العناية البالغة بتلك التقنيات؛ لكونها سبباً هاماً للتمكن من الاستفادة بصورة كبيرة من أعضاء المتوفى دماغياً، وزراعتها في أجسام مرضى لإنقاذهم بإذن الله من الموت .

١٦ - ظهر في هذا العصر كثير من المشكلات والأسئلة حول الموت الدماغي وأثره على الأحكام الشرعية، ومنها:

١ - هل يجوز رفع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً ؟

والجواب أنه يجوز إيقاف أجهزة الإنعاش إذا تأكد يقيناً من أهل الاختصاص والثقات أن المريض قد فقد وظائفه الحيوية التي تقوم عليها حياته وأنه مات يقيناً، ولم تكن هناك مصلحة ترجى من إبقائه على أجهزة الإنعاش كالرغبة في استقطاع بعض أعضائه وزراعتها في مريض بحاجة إليها.

٢ - هل يُعد من مات دماغه ميتاً ؟ تسري عليه الأحكام الشرعية، مثل: قسمة تركته وإحداق زوجته؛ لتعطل جميع وظائف الدماغ وانتهاء حياته، أم يُعد حياً لبقاء مظاهر الحياة على بقية أعضاءه ؟

وهذه من المشكلات الصعبة؛ لأنها تتعلق بالحكم بالموت على شخص، والموت يترتب عليه أحكام وحقوق كثيرة، وهي من النوازل

التي تحتاج إلى عناية بالغة، ويحث ودراسة من المجامع الفقهية، والهيئات الشرعية، ولجان الفتوى .

والذي تطمئن إليه النفس الأخذ بمبدأ الاحتياط في مثل هذه المسائل، وعدم الاستعجال في الحكم على شخص بالموت وإجراء الأحكام الشرعية عليه ومن ذلك: قسمة تركته إلا بعد التأكد من موته، فمن تحقق موت دماغه فيُنظر إن استمرت وظائف جسمه في العمل بعد رفع أجهزة الإنعاش، واستمر تنفسه وعمل قلبه فإنه لا يزال حياً، وإن توقف التنفس والقلب وجميع أعضاء الجسم عن العمل فإنه يحكم بموته، ومن ثم تُرتب الآثار الشرعية على ذلك بما فيها قسمة تركته .

١٧ - لا يحق لأقارب من مات دماغياً المطالبة قضاءً بقسمة أمواله، أو قيامهم بتوزيعها على ورثته في أثناء موت الدماغ فقط حتى تموت بقية أعضاء الجسم وتتوقف عن العمل بما في ذلك التنفس ونبض القلب؛ لأن الموت من القضايا المصيرية الكبرى للإنسان، والتي تترتب عليها آثار وأحكام وحقوق كثيرة فكان لابد من الاحتياط فيها؛ ولأن العلماء اشتهروا في الإرث: تحقق موت المؤثر، والله أعلم.

وفي ختام هذا البحث، أسأل الله أن يوفق جميع المسلمين لكل خير، وأن يرزقهم العلم النافع والعمل الصالح، وﷺ على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

قاعدة: البقاء أسهل من الابتداء وتطبيقاتها الفقهية

الدكتور/ عبدالعزيز بن عبدالرحمن المشعل*

الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه
أجمعين وبعد:

فإن قواعد الفقه هي الوسيلة التي يتحقق بها ضبط فروعه وجزئياته،
وتخريجها على أصولها، وقد أدرك الفقهاء الأوائل هذا المعنى فاعتنوا بها أيما
عناية، بل اعتبرها بعضهم أصلاً ثانياً من أصول الشريعة.

يقول القرافي: «فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله منارها شرفاً وعلواً
اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى أصول الفقه... والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جلية،
كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، ... وهذه القواعد
مهمة في الفقه، عظيمة النفع، ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف»^(١).
وقال أيضاً: «ومن ضبط الفقه بقواعده، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات
لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب»^(٢).

(*) الأستاذ المشارك بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

(١) الفروق للقرافي ٢/١.

(٢) المصدر السابق ٣/١.

ولا يخفى ما لهذه القواعد الفقهية من فوائد عديدة ومن أهمها:

١- تكوين الملكة الفقهية لدى طالب العلم، وهذا يساعد على تنمية تلمس الحكم الشرعي لديه في كثير من المسائل الفقهية.

٢- جمع الجزئيات والفروع الفقهية المتناثرة، وضبطها في لفظ محكم.

٣- إدراك مقاصد الشريعة وحكمها من خلال معرفة وجه الربط بين الفروع المختلفة المندرجة تحت هذه القاعدة أو تلك، فقاعدة: «الضرر يزال» يفهم منها أن رفع الضرر مقصد من مقاصد الشريعة.

وأخيراً أختتم بكلام نفيس ذكره ابن رجب في مقدمة كتابه (القواعد) مبيناً فيه هذه الفوائد حيث يقول: «فهذه قواعد مهمة، وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه على مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد»^(١).

ولا يخفى على من له أدنى نظر وتأمل في القواعد الفقهية كثرة هذه القواعد، وتنوعها، وتعدد ألفاظ القاعدة الواحدة بحيث يعبر عنها بأكثر من لفظ مع التقارب الواضح في المعنى والمدلول، والتطبيق الفقهي على الفروع، ولعل من بين هذه القواعد التي تعددت ألفاظها وكثرت إلى درجة قد توهم أحياناً بأن هناك فرقاً بينها في المعنى قاعدة (البقاء أسهل من الابتداء) التي يعبر عنها أحياناً بـ (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء) وتارة يعبر عنها بقولهم (الاستدامة أقوى من الابتداء) وتارة أخرى بقولهم: (المنع أسهل من الرفع) إلى غير ذلك من العبارات. وقد بني على هذه القواعد فروع فقهية كثيرة جداً، فأحببت أن أमित اللثام في هذا البحث عما بين هذه القواعد المختلفة لفظاً من العلاقة في المعنى والمضمون

(١) القواعد لابن رجب ص ٣.

والتطبيق الفقهي، ومن ثم استعنت بالله تعالى ورأيت أن يكون عنوان هذا البحث (قاعدة: البقاء أسهل من الابتداء، وتطبيقاتها الفقهية).

خطة البحث:

وضعت خطة للكتابة في هذا البحث قوامها مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث وخاتمة.

منهجي في البحث:

١ - سلكت في إعداد هذا البحث المنهج الاستقرائي الوصفي التحليلي في جمع المادة العلمية المتعلقة به ودراستها.

٢ - قمت بجمع كلام العلماء حول قاعدة (البقاء أسهل من الابتداء) والقواعد ذات الصلة بها وتوثيق ذلك توثيقاً علمياً أساسه الاستقراء لمطان وجودها في كتب الفقه والقواعد الفقهية.

٣ - اعتنيت بتحرير اللفظ الذي عبر به كل من تطرق إلى هذه القاعدة مع الموازنة بينه وبين ما عبر به غيره موضحاً من خلال ذلك مدى تأثير علماء كل مذهب بعضهم ببعض وبناء المتأخر منهم على ما ذكره المتقدم، ومراحل تكوين هذه القاعدة وتطورها في كلام العلماء.

٤ - عنيت بذكر التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة وما يتصل بها من قواعد من خلال ذكر عدد من الفروع الفقهية المبنية على هذه القواعد، موضحاً وجه بنائها عند من يرى ذلك من الفقهاء.

٥ - ذكرت جملة من التطبيقات المعاصرة لهذه القاعدة، حيث إنها من القواعد التي تلامس واقع حياة الناس.

فهذه هي الطريقة التي سلكتها في تناول هذا الموضوع على ضوء الخطة

التي رسمتها له، وأسأل الله تعالى أن أكون قد تمكنت من تحقيق بعض مقاصد الكتابة فيه، فإن كان ذلك فهو المطلوب ولله وحده النعمة والفضل، وإن كانت الأخرى فهو جهد بشر معرض للنقص فالكمال لله وحده سبحانه وتعالى. وصلى الله على نبيينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

تمهيد في نشأة قاعدة (البقاء أسهل من الابتداء) والقواعد ذات الصلة:

إن المتأمل في نشأة هذه القاعدة يدرك علاقة ذلك بحديث الفقهاء والأصوليين عن الموانع الشرعية لصحة العبادات والمعاملات من حيث النظر إلى الفرق بين حال العبادة أو المعاملة قبل إيقاعها، وحالها بعد الإيقاع والمباشرة.

ولعل أقدم من أشار إلى ذلك فيما اطلعت عليه - هو السرخسي من الحنفية (ت ٤٩٠ هـ) عندما ذكر جملة من المسائل الفقهية التي يفرق فيها بين الابتداء والبقاء مثل مسألة: موانع صحة النكاح ثم قال معللاً لذلك: «لأن اعتبار البقاء بالابتداء في أصول الشرع ضعيف جداً؛ فإن قيام العدة وعدم الشهود يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع البقاء»^(١).

وبالتأمل فيما ذكره السرخسي نجد أنه قد ربط الحديث عن موضوع هذه القاعدة بالموانع الشرعية وأن منها ما يمنع ابتداء وانتهاء، ومنها ما يمنع ابتداء فقط، ثم جاء العز بن عبد السلام (ت ٦٦٠ هـ) فقسم الموانع الشرعية بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما يمنع الصحة ابتداءً ودواماً، ومن أمثلته: الكفر، فإنه يمنع ابتداء العبادة ودوامها، وكذلك الردة فإنها تمنع صحة النكاح ابتداءً ودواماً إن

(١) أصول السرخسي ٢/٢٥٦.

وقعت قبل الدخول، وإن وقعت بعد الدخول ودامت حتى انقضت العدة فإنها تقطع الدوام^(١).

القسم الثاني: ما يمنع الابتداء ولا يمنع الدوام، وهذا هو الموافق للفظ القاعدة التي نتناولها في هذا البحث، وقد مثل له العز بن عبد السلام بأمثلة كثيرة منها:

المثال الأول: الإحرام، فإنه يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع الدوام.

المثال الثاني: العدة، تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع الدوام.

المثال الثالث: وجود الطول، يمنع ابتداء نكاح الأمة ولا يمنع الدوام.

المثال الرابع: أمن العنت، يمنع الابتداء في نكاح الأمة ولا يمنع الدوام^(٢).

أما القراني (ت ٦٨٤هـ) فيذهب إلى أن الموانع الشرعية ثلاثة أقسام في نظره وهي:

القسم الأول: ما يمنع ابتداء الحكم واستمراره، ومثل له بالرضاع يمنع ابتداء حكم النكاح واستمراره إذا طرأ عليه، وذلك كأن يعقد على بنت في المهد فترضعها أمه فتصير أخته من الرضاع فتحرم عليه^(٣).

القسم الثاني: ما يمنع ابتداءه فقط دون استمراره ومثل له بالاستبراء؛ فإنه يمنع ابتداء النكاح ولا يبطل استمراره إذا طرأ عليه، وذلك أن المستبرأة كالمعتدة لا يجوز العقد عليها صوناً لماء الغير عن الاختلاط، فإذا غصبت امرأة متزوجة، أو زنت اختياراً، أو وطئت بشبهة فإنها تستبرأ من هذا الماء ليتبين هل منه ولد فيلحق بالغير في وطء الشبهة، أو يلاعن منه في الزنا، ومع ذلك فإن النكاح لا

(١) قواعد الأحكام ٢/٢٦٣-٢٦٤.

(٢) المصدر السابق ٢/٢٦٤.

(٣) شرح تنقيح الفصول للقراني ص ٨٤.

يبطل بهذا الاستبراء، فقد قوي الاستبراء على منع المبادي، وما قوي على قطع التماضي، كما ذكر ذلك القرافي^(١).

القسم الثالث: المختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني، ومثل له بالإحرام بالنسبة إلى وضع اليد على الصيد، فالمحرم لا يحل له أن يضع يده على الصيد، فالإحرام يمنع من ذلك، ولكن إذا أحرم والصيد عنده فهل يجب عليه إطلاقه؟ فيه خلاف.

كما مثل لهذا القسم أيضاً بالطَّوْل فإنه يمنع من نكاح الأمة ابتداءً، فإن طراً عليه بأن نكح أمة ثم وجد طَّوْل الحرة فهل يبطل نكاحه؟ ثم ذكر مثلاً ثالثاً، وهو وجود الماء فإنه يمنع من التيمم ابتداءً فإذا طراً بعد ذلك فهل يبطل التيمم؟ فيه خلاف^(٢).

وفي نظري أن ما جعله القرافي قسماً ثالثاً هو بعينه ما ذكره العز بن عبد السلام في القسم الثاني، إلا أن القرافي نظر إلى ما حصل فيه اتفاق على إعمال هذه القاعدة فجعله في القسم الثاني، وما جرى فيه خلاف جعله في القسم الثالث. أما ما جرى عليه العز بن عبد السلام فهو النظر إلى ما اختلف فيه حكم الدوام عن حكم الابتداء على أنه قسم واحد بغض النظر عما جرى فيه من الخلاف بين الفقهاء.

ولعل ما ذهب إليه القرافي مبني على تجريد النظر إلى الخلاف والوفاق عند المالكية، حيث جاء المقرئ من المالكية (ت ٧٥٨ هـ) فذكر كلام القرافي مختصراً^(٣).

(١) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٢) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٣) القواعد للمقرئ ٢ / ٢٨٠ - ٢٨١.

إلا أنه يفهم من سياق كلامه أن التقسيم الذي ذكره القرافي إنما هو بالنظر إلى الخلاف والوفاق في المذهب المالكي حيث أشار إلى ذلك عند ذكر القسم الثالث وإن لم يصرح بهذا التقسيم فقال: «واختلف المالكية فيمن وجد الطُّول، والماء بعد التيمم، والإحرام بعد الصيد أهى من الأول أم من الثاني؟»^(١).

أما البيضاوي (ت ٦٨٤هـ) فقد تكلم عن هذه الموانع بإيجاز شديد حيث قال: «الرابعة: الشيء يدفع الحكم كالعدة، أو يرفعه كالطلاق، أو يدفع ويرفع كالرضاع»^(٢).

وظاهر كلامه أن القسم الأول وهي ما يدفع الحكم كالعدة فإنه لا يرفعه، وما يرفعه كالطلاق لا يمنعه أما الثالث فظاهر.

وفسر ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) كلام البيضاوي السابق وجعله في الوصف المجعول علة وأنه يكون على ثلاثة أقسام:

الأول: أن يكون دافعاً للحكم وليس رافعاً، كالعدة فإنها دافعة لحل النكاح، إذا وجدت في ابتداء النكاح، وليست رافعة له إذا وجدت في أثناؤه، فإن الموطوءة بشبهة ونحوها تعتد وهي باقية على الزوجية.

الثاني: أن يكون رافعاً للحكم فقط وليس دافعاً كالطلاق فإنه يرفع حل الاستمتاع، ولكن لا يدفعه، إذ الطلاق لا يمنع وقوع نكاح جديد.

الثالث: أن يكون دافعاً ورافعاً، كالرضاع فإنه يمنع من ابتداء النكاح ومن دوامه إذا طرأ، وكذا اللعان إذا طرأ قطع ومنع الابتداء وحرم على التأبيد^(٣).

(١) القواعد للمقري ٢/٣٨١.

(٢) المنهاج بشرحه الإبهاج ٢/١٥٣.

(٣) الإبهاج ٢/١٥٣.

ثم قال: «وأقسام هذا النوع كثيرة أعني كون الشيء يمنع من الدوام والابتداء»^(١). أما القسم الأول وهو محل بحثنا في هذه القاعدة فقال عنه ابن السبكي: «لأن الدوام من القوة ما ليس للابتداء، وهذه قاعدة في الفقه عظيمة كثرت مسائلها»^(٢). ولعل الجديد في تقسيم البيضاوي وبعده ابن السبكي هذا أنهما ذكرا قسماً لم يتعرض له السابقون وهو ما يرفع الدوام دون الابتداء، وهذا عكس القاعدة التي نتكلم عنها وسنفرد ذلك في مبحث مستقل^(٣) مخصصه للحديث عن القواعد ذات الصلة ومنها قاعدة: (يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام) وهي قاعدة ترتب عليها عدد من التطبيقات الفقهية.

ومما تقدم يظهر لنا بجلاء أن قاعدة: (البقاء أسهل من الابتداء) والقواعد ذات الصلة مبنية على تقسيم الموانع الشرعية.

ولعل أول من صاغ ذلك على هيئة قاعدة هو المقرئ من المالكية (ت ٧٥٨ هـ) حيث يقول في القاعدة الحادية والثلاثين بعد المئة: «قاعدة: الموانع منها ما يعتبر في الابتداء والدوام... وفي الابتداء فقط... واختلف المالكية فيمن وجد الطول، والماء بعد التيمم، والإحرام بعد الصيد أهى من الأول أم من الثاني؟»^(٤).

ويلحظ الربط الواضح بين صياغة هذه القاعدة ومسألة الموانع الشرعية حيث إن هذه القاعدة قد بنيت على تقسيم هذه الموانع إلى الأقسام التي ذكرها من قبله من المالكية وغيرهم كما سبقت الإشارة إليه.

(١) المصدر السابق ١٥٢/٣.

(٢) المصدر السابق ١٥٢/٣.

(٣) انظر: المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا البحث.

(٤) القواعد للمقرئ ٢/٢٨٠.

وتابع السيوطي (ت ٩١١هـ) المقرئ في ذلك فصاغ قاعدة في أشباهه مماثلة لما ذكره المقرئ إلا أنه أوردتها بشكل محكم مختصر كما هو الشأن في القواعد فقال: «القاعدة العشرون: المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟»^(١).

ثم ختم حديثه عن هذه القاعدة قائلاً: «خاتمة: يعبر عن أحد شقي هذه القاعدة بقاعدة: يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، ولهم قاعدة عكس هذه وهي: يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام»^(٢).

ولعله يقصد بأحد شقي القاعدة أن المانع الطارئ ليس كالمقارن.

وفي ضوء ما تقدم يتضح لنا وجه بناء هذه القاعدة محل البحث وما يرد إليها من القواعد الأخرى على مسألة: الموانع الشرعية، ولعل هذا يقتضي الحديث عن المانع نفسه وذكر تعريفه لغة، واصطلاحاً.

أما تعريفه لغة فإن مادة الكلمة مكونة من ثلاثة حروف أصول هي الميم والنون والعين (منع)، وهي تدل على معنى واحد، وهو خلاف الإعطاء^(٣).

وأما تعريفه اصطلاحاً فقد تعددت عبارات العلماء في ذلك، ومن أقرب ما قيل في تعريفه أنه «ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته»^(٤).

وعرفه بعض المتأخرين بأنه «وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده عدم السبب أو الحكم»^(٥).

(١) الأشباه والنظائر ٢٨٨/١.

(٢) المصدر السابق ٢٨٩/١.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس مادة (منع).

(٤) انظر: الفروق للقرافي ٦٢/١، شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٦/١، شرح الكوكب المنير ٤٥٦/١.

(٥) ينظر في هذا التعريف ونحوه من تعريفات المتأخرين: المانع عند الأصوليين د/ عبدالعزيز الربيعه ص ١١١-١١٢.

المبحث الأول ألفاظ القاعدة في كلام العلماء

إن المتأمل لما كتبه العلماء حول هذه القاعدة يجد أن المتقدمين منهم قد تناولوها في ثنايا كلامهم دون أن يصوغوا لها لفظاً محدداً، وستتناول هنا ألفاظ القاعدة من كلام العلماء في كل مذهب من المذاهب الأربعة على حدة.

المطلب الأول: ألفاظ القاعدة في المذهب الحنفي:

لعل أول من تطرق إلى هذه القاعدة هو أبو زيد الدبوسي (ت ٤٣٠ هـ) في تأسيس النظر حيث يقول: «الأصل عند محمد أن البقاء على الشيء يجوز أن يعطى له حكم الابتداء، وعند أبي يوسف لا يعطى له حكم الابتداء في بعض المواضع»^(١) ثم ذكر بعض الفروع الفقهية الموضحة لذلك.

ثم جاء السرخسي (ت ٤٩٠ هـ) فزاد ذلك إيضاحاً في تعليقه التفريق بين ما يمنع البقاء والابتداء وما يمنع الابتداء فقط دون البقاء حيث يقول: «لأن اعتبار البقاء بالابتداء في نصوص الشرع ضعيف جداً، فإن قيام العدة وعدم الشهود يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع البقاء، والاستغناء عن نكاح الأمة بنكاح الحرة يمنع نكاحها ابتداءً ولا يمنع البقاء، إذا تزوج الحرة بعد الأمة»^(٢).

كما أكثر السرخسي من ذكر هذه القاعدة والتعليل بها في كثير من الفروع الفقهية المبنية عليها وذلك في كتابه المبسوط.

(١) تأسيس النظر ص ٧٦.

(٢) أصول السرخسي ٢/٢٥٦.

يقول معللاً إحدى المسائل في باب الحدث: «لأن البقاء على الشيء أيسر من الابتداء»^(١).

ويقول في موضع آخر: «لأنه لما لم يتناف الإحرامان ابتداء لا يتنافيان بقاء، بل البقاء أسهل من الابتداء»^(٢).

كما علل بها في مسألة أخرى في الشروط قائلاً: «إن بقاء الشيء أهون من ابتدائه»^(٣).

ثم جاء الكاساني (ت ٥٨٧هـ) من الحنفية وتابع السرخسي في ذلك وعلل بهذه القاعدة في كثير من الفروع الفقهية، ومنها على سبيل المثال ما ذكره عند كلامه عن مسألة بيع السيف المحل بفضة أو نحوه بفضة، أو الجارية التي على عنقها طوق فضة بفضة مفردة قال: «ينظر إن كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جائز، وفساد الصرف لا يتعدى إلى البيع؛ لأنه إذا أمكن تخليصها من غير ضرر جاز؛ لأنهما شيان منفصلان؛ ولهذا جاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداء فلأن يبقى جائزاً انتهاء أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء»^(٤).

كما نقل عن أبي يوسف كلاماً حول تأصيل هذه القاعدة وبناء الأحكام عليها فقال: «وروي عن أبي يوسف أن الشيوخ الطارئ على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة، صورته: إذا رهن شيئاً وسلط المرتهن أو العدل على بيعه كيف شاء مجتمعاً أو متفرقاً فباع نصفه شائعاً أو استحق بعض الرهن شائعاً.

(١) المبسوط ١١٨/٢.

(٢) المصدر السابق ١١٦/٤.

(٣) المصدر السابق ١٩٧/٣٠.

(٤) بدائع الصنائع ٢١٧/٥، وانظر نحو ذلك في ١٣١/٦، ٣٠٩/٥.

وجه رواية أبي يوسف: أن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء؛ لأن البقاء أسهل من حكم الابتداء، لهذا فرق الشرع بين الطارئ والمقارن في كثير من الأحكام كالعدة الطارئة، والإتيان الطارئ، ونحو ذلك فكون الحيازة شرطاً في ابتداء العقد لا يدل على كونها شرط البقاء على الصحة^(١).

ويظهر من خلال تعليقه لرأي أبي يوسف في المسألة. ووجه روايته التعليل بهذه القاعدة العامة وهي: أن حال البقاء ليس كحال الابتداء وهو ما أشار إليه الدبوسي فيما نقله من التقييد عن أبي يوسف في ذلك، ومثله ما أشار إليه السرخسي أيضاً فيما سبق نقله عنهما.

كما ذكر ابن نجيم (ت ٩٧٠هـ) هذه القاعدة بلفظ «البقاء أسهل من الابتداء»^(٢) ولعله أول من صرح بكونها قاعدة من الحنفية.

أما من سبقه فلم يصرحوا بذلك وإنما عللوا بها ما ذكروه من مسائل مبنية عليها، وهذا ظاهر جداً في اعتبارهم لها.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية هذا اللفظ بنصه في المادة السادسة والخمسين حيث ورد فيها في المادة (٥٦) «البقاء أسهل من الابتداء»^(٣).

كما ذكرت بلفظ آخر في القاعدة التي قبلها حيث وردت في المادة (٥٥) بلفظ «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء»^(٤).

ومما سبق تبين أنه لا داعي لذكرهما معاً بل كان يكفي بالمادة (٥٦) أو دمج المادتين معاً بأن تكون الأولى منهما تفسيراً للثانية وتوضيحاً لها.

(١) بدائع الصنائع ١٢٨/٦، وانظر نحو ذلك في الهداية شرح بداية المبتدي ١٥٤/١٠.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٢٦.

(٣) شرح المجلة لسليم رستم ٤٢.

(٤) شرح المجلة لسليم رستم ٤٢.

ولذلك عمد بعض شراح المجلة إلى التصرف في الترتيب وقدم الأخيرة على الأولى؛ لأنها الأصل^(١).

المطلب الثاني: أفاظ القاعدة في المذهب المالكي:

تطرق القرافي (ت ٦٨٤هـ) من المالكية إلى هذه القاعدة عند حديثه عن أقسام الموانع الشرعية، فقال: الموانع الشرعية على ثلاثة أقسام: منها ما يمنع ابتداء الحكم واستمراره، ومنها ما يمنع ابتداءه فقط، ومنها ما يختلف فيه هل يلحق بالأمر الأول أو بالثاني؟

فالأول: كالرضاع يمنع ابتداء حكم النكاح واستمراره إذا طرأ عليه.

والثاني: كالاستبراء يمنع ابتداء النكاح ولا يبطل استمراره إذا طرأ عليه.

والثالث: كالإحرام بالنسبة إلى وضع اليد على الصيد فإنه يمنع من وضع اليد على الصيد ابتداءً، فإن طرأ على الصيد فهل تجب إزالة اليد عنه؟ فيه خلاف بين العلماء.

وكالطَّوْل يمنع من نكاح الأمة ابتداءً فإن طرأ عليه فهل يبطله؟ خلاف^(٢).

ويلحظ أن القرافي أفرد بعض المسائل المختلف في كون المانع فيها يمنع استمرار الحكم كما منع ابتداءه في قسم خاص بينما لم يفعل السابقون ذلك، ولعله نظر إلى الخلاف في المذهب المالكي نفسه بدليل أن بعض من سبقه كالسرخسي ذكر مسألة الطول ولم يذكر فيها خلافاً.

أما المقرئ من المالكية (ت ٧٥٨هـ) فقد تعرض لذكر مضمون هذه القاعدة

(١) انظر: شرح المجلة للأتاسي ١/١٢٦، المدخل الفقهي للزرقاء ١٠١٦-١٠١٧.

(٢) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٨٤.

في ثلاثة مواضع من كتابه القواعد: الأول: في القاعدة السادسة والخمسين حيث يقول: «قاعدة: اختلف المالكية في التماذي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم أو لا؟ ... وأعلم أن هذا التشبيه وهو قولنا: الدوام كالابتداء أو لا؟ لا يفيد العكس وهو قولنا: الابتداء هل هو كالدوام أو لا؟»^(١).

أما الموضع الثاني فهو عند كلامه عن القاعدة التي تليها وهي القاعدة السابعة والخمسون حيث قال: «قاعدة: اختلف العقلاء في افتقار حال بقاء الحادث إلى السبب كحال حدوثه، فإن قلنا بافتقاره فوجوده ملزوم لوجود سببه أبداً، فدوامه كابتدائه، وإلا فهو الآن مستغن، وقد كان مفتقراً، فلا يكون الآن على ما كان، فهذا أصل هذه القاعدة عندي.

قال ابن العربي: «وهي أصل تبني عليه في الشريعة أحكام في الطهارة والأيمان وغيرهما، واختلف فيه قول مالك وأصحابه»^(٢).

أما الموضع الثالث فهو عند حديثه عن أقسام الموانع التي ذكرها القرافي قبله إلا أن المقرئ أورد ذلك على هيئة قاعدة فقال: «القاعدة الحادية والثلاثون بعد المئة: قاعدة: الموانع منها ما يعتبر في الابتداء والدوام... وفي الابتداء فقط... واختلف المالكية فيمن وجد الطول والماء بعد التيمم والإحرام بعد الصيد أي من الأول أم من الثاني؟»^(٣).

ومما تقدم نقله عن المقرئ يتبين لنا أنه أول من ساق ذلك ضمن القواعد وعبر عنه بلفظ قاعدة كذا، أما من سبقه من العلماء من المالكية وغيرهم فلم يصرح أحد منهم فيما اطلعت عليه بلفظ القاعدة عند حديثه عن ذلك.

(١) القواعد للمقرئ ٢٧٨/١، ٢٧٩.

(٢) المصدر السابق ٢٧٩/١ - ٢٨٠.

(٣) المصدر السابق ٢/ ٢٨٠ - ٢٨١.

المطلب الثالث ألتأظف القاعدة فف المذهب الشافعي:

تناول العز بن عبدالسلام (ت ٦٦٠هـ) جملة من التطبيقات الفقهية العائفة إلى هذه القاعدة، ولم يصغ لها عبارة محددة ولم يسقها مساق القواعد، وذلك عند حديثه عن أقسام الموانع وأن منها ما يمنع الصحة في الابتداء والدوام كالكفر مثلاً، فإنه مانع من ابتداء العبادة ودوامها، ومنها ما يمنع الابتداء ولا يمنع الدوام، وذكر جملة من الأمثلة على هذا القسم.

يقول في هذا الشأن: «القسم الثاني: ما يمنع الابتداء، ولا يمنع الدوام، وله أمثلة: أحدها: الإحرام فإنه يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع الدوام. المثال الثاني: العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع الدوام»^(١) ثم ذكر جملة من الأمثلة الأخرى^(٢).

وبعد العز بن عبدالسلام جاء ابن الوكيل (ت ٧١٦هـ) فصاغ هذا المعنى الذي أشار إليه العز في قاعدة من قواعده في الأشباه والنظائر فقال: «قاعدة: يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء، وقد يحتمل في الابتداء ما لا يحتمل في الدوام»^(٣). كما عبر عنها ابن السبكي (ت ٧٧١هـ) بلفظ قريب من ذلك إلا أنه جعلها من فروع قاعدة: الدفع أسهل من الرفع حيث يقول: «قاعدة: الدفع أسهل من الرفع، ومن فروعها: المسائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»^(٤). وبنحو ذلك عبر الزركشي (ت ٧٩٤هـ) فقال: «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»^(٥).

(١) قواعد الأحكام ٨٨/٢.

(٢) انظر: قواعد الأحكام ٨٨/٢.

(٣) الأشباه والنظائر لابن الوكيل تحقيق: د/ عادل الشويخ ٢٩٦/٢.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٧/١ وانظر نحوه في الإبهاج ١٦٤/٢.

(٥) المنثور للزركشي ٣٧٤/٢.

ومما تقدم نقله يتبين لنا أن ابن الوكيل هو أول من صاغ لفظاً لهذه القاعدة التي بين أيدينا من الشافعية ثم تتابع على ذلك من جاء بعده من الشافعية وغيرهم.

المطلب الرابع: ألقاظ القاعدة في المذهب الحنبلي؛

تبلورت هذه القاعدة في كلام العلماء بعد ذلك حيث جاء شيخ الإسلام بن تيمية (ت ٧٢٨ هـ) بصياغة لفظ لها في تعليقه لبعض التطبيقات الفقهية السابقة وغيرها فعبر عنها في موضع بقوله «والاستدامة أقوى من الابتداء»^(١).

كما عبر عنها في مواضع أخرى بقوله: «الدوام أقوى من الابتداء»^(٢).

يقول شيخ الإسلام: «الدوام أقوى من الابتداء؛ فالعدة والردة والإحرام تمتع ابتداءه - أي النكاح - دون دوامه»^(٣).

وقال في موضع آخر عند حديثه عن حكم بناء الحمامات: «وعلى هذا فقد يقال: نحن إنما نكره بناءها ابتداء، فأما إذا بناها غيرنا فلا نأمر بهدمها؛ لما في ذلك من الفساد، وكلام أحمد المتقدم إنما هو في البناء لا في الإبقاء، والاستدامة أقوى من الابتداء، ولهذا كان الإحرام والعدة يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع دوامه»^(٤).

ثم جاء تلميذه العلامة ابن القيم (ت ٧٥١ هـ) فبين أن أحكام الدوام لا تؤخذ من أحكام الابتداء، وأحكام الابتداء لا تؤخذ من أحكام الدوام في عامة مسائل الشريعة، ثم ضرب أمثلة كثيرة على ذلك ومنها: أن الإحرام ينافي ابتداء النكاح والطيب دون استدامتهما، والنكاح ينافي قيام العدة والردة دون استدامتهما،

(١) مجموع الفتاوى ٣١/٣١٢.

(٢) مجموع الفتاوى ٣٢/١٤٨، ٣٣٨.

(٣) مجموع الفتاوى ٣٢/١٤٨.

(٤) مجموع الفتاوى ٢١/٣١٢.

والحدث ينافي ابتداء المسح على الخفين دون استدامته...^(١) إلى أن قال: «وأضعاف أضعاف ذلك من الأحكام التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام، فيحتاج في ابتدائها إلى ما لا يحتاج إليه في دوامها»^(٢).

وقال أيضاً: «قال الموقعون عند الأجل – والكلام في مسألة تعليق الطلاق بوقت يجيء لا محالة كرأس السنة والشهر – لا يجوز أن يؤخذ حكم الدوام من حكم الابتداء؛ فإن الشريعة فرقتهما في مواضع كثيرة، فإن ابتداء النكاح في الإحرام فاسد، دون دوامه، وابتداء عقده على المعتدة فاسد، دون دوامه»^(٣).

وقال في موضع آخر: «وأيّن أحكام الابتداء من الدوام؟ وقد فرق النص والإجماع والقياس بينهما»^(٤).

وبالتأمل في كلام شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم يتبين لنا أنهما قد حاولا صياغة هذه القاعدة في لفظ موجز دون تصريح بأنها قاعدة كذا، وذلك لأنهما لم يتناولوا ذلك في كتاب خاص بالقواعد الفقهية إلا أن الذي يظهر بجلاء أنهما أول من أسهما في تحرير لفظها، والتعليل بها حيث يتبين لنا في مثل قول شيخ الإسلام: (الاستدامة أقوى من الابتداء) وقوله: (الدوام أقوى من الابتداء)؛ وهذا تصريح بالتعليل بالقاعدة. ثم جاء بعد ذلك ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) فظهر تأثره بمن سبقه من علماء الشافعية كابن السبكي وغيره فقال: «القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المئة: المنع أسهل من الرفع»^(٥) ومثل لهذه القاعدة بأمثلة كثيرة جداً ومنها تلك الأمثلة

(١) إعلام الموقعين ٢/ ٣٥٦.

(٢) المصدر السابق ٢/ ٣٥٧.

(٣) إغاثة اللهفان لابن القيم ١/ ١٧٣.

(٤) إعلام الموقعين ٢/ ٣٥٦.

(٥) القواعد لابن رجب ص ٣٠٠.

التي ذكرها كل من عبر عن هذه القاعدة بلفظ: (الاستدانة أقوى من الابتداء) ونحوه^(١) إلا أنه يلحظ أن ابن رجب استبدل كلمة (الدفع) التي عبر بها ابن السبكي بكلمة (المنع) ، ومؤدى الكلمتين واحد؛ لأن الدفع والمنع بمعنى واحد هنا، فالقصد أن دفع الشيء أو منع وقوعه أولى وهو أيسر بكثير من الرفع، وهو تغيير الشيء بعد وقوعه فعلاً؛ إذ يحتاج من القوة ما لا يحتاج إليه في حالة المنع قبل الوقوع، وهذا شيء ظاهر وملموس ومحسوس سواء كان ذلك في الأمور الحسية المشاهدة، أو في الأحكام الشرعية أيضاً.

المبحث الثاني

القواعد ذات الصلة بقاعدة: «البقاء أسهل من الابتداء»

المطلب الأول: قاعدة: المنع أو الدفع أسهل أو أولى من الرفع؛

من أهم القواعد ذات الصلة بهذه القاعدة التي بين أيدينا قاعدة (المنع أو الدفع أسهل من الرفع) التي عبر بها غير واحد من العلماء عند حديثهم عن التطبيقات الفقهية للقاعدة محل بحثنا.

ولعل أول من عبر عن هذه القاعدة بهذا اللفظ فيما اطلعت عليه هو ابن القيم (ت ٧٥١هـ) فيما سبق نقله عنه عندما تحدث عن قاعدة البقاء أسهل من الابتداء حيث علل لها بأن الدافع أسهل من الرافع^(٢).

كما عبر بذلك أيضاً المقرئ من المالكية (ت ٧٥٨هـ) حيث يقول: «قاعدة:

(١) انظر ذلك في: القواعد لابن رجب ص ٣٠٠-٣٠١.

(٢) إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

الدفع أولى من الرفع، إياك وما يعتذر منه»^(١)، كما عبر ابن السبكي من الشافعية بنحو ذلك أيضاً^(٢).

وكذلك فعل ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) حيث صاغها بقوله: «قاعدة: المنع أسهل من الرفع»^(٣)، ووردت بنحو ذلك عند كل من الزركشي^(٤)، والسيوطي^(٥)، ومن جاء بعد ذلك^(٦).

علاقة قاعدة: (البقاء أسهل من الابتداء) بقاعدة: (المنع أسهل من الرفع):
تعد قاعدة (البقاء أسهل من الابتداء) أو (الاستدامة أقوى من الابتداء) أو (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء) ونحوها من العبارات المؤدية للغرض، يعد ذلك كله فرعاً من فروع قاعدة عظيمة وهي قاعدة: «الدفع أسهل من الرفع»؛ وأول من أشار إلى ذلك فيما اطلعت عليه ابن السبكي من الشافعية حيث يقول: «قاعدة: الدفع أسهل من الرفع».

ومن فروعها: المسائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء فإننا ندفعه ابتداء، ولا نرفعه دواماً؛ لصعوبة الرفع»^(٧).

كما أن العلامة ابن القيم قد ذكر في ثنايا كلامه ما يشير إلى ذلك حيث ذكر جملة من الفروع الفقهية التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام ثم قال معقباً على ذلك «وأضعاف أضعاف ذلك من الأحكام التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام،

(١) القواعد للمقري ٢/ ٥٩٠.

(٢) الأشباه والنظائر ١/ ١٢٧، وانظر: الإبهاج ٢/ ٢٢٧.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٠٠.

(٤) المنثور ٢/ ١٥٥.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢/ ٣١٠.

(٦) انظر: المدخل للزرقا ٢/ ١٠١٦، جمهرة القواعد الفقهية للنووي ٢/ ٧٣٥.

(٧) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/ ١٢٧ وانظر نحوه في الإبهاج ٢/ ١٥٣.

فيحتاج في ابتدائها إلى ما لا يحتاج إليه في دوامها؛ وذلك لقوة الدوام وثبوته واستقرار حكمه .. وأيضاً: فالدافع أسهل من الرفع^(١). حيث علل لصحة قاعدة الاستدامة أقوى من الابتداء بالقاعدة الأم وهي: الدافع أسهل من الرفع.

كما أورد ابن القيم هذا المعنى بعبارة أخرى تفيد المعنى نفسه فقال: «قالوا: فالكفارة أقوى من الاستثناء؛ لأنها ترفع حكم اليمين، والاستثناء يمنع عقدها، والرفع أقوى من المانع»^(٢).

كما قرن الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقا بين القاعدتين عند حديثه عن ذلك فقال: «القاعدة الرابعة عشرة: البقاء أسهل من الابتداء، كما أن الدفع أسهل من الرفع.

وعلى هذا يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها، ولا يغتفر ذلك في حال انعقادها»^(٣).

بل أشار صراحة إلى أن قاعدة «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء» متفرعة عنها فقال: «ويتجلى ذلك في أمثلة القاعدة التالية المتفرعة منها: «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء وذلك؛ لأن البقاء أسهل كما أفادته القاعدة السابقة»^(٤).

كما ذكر ذلك بعض الباحثين المعاصرين^(٥).

ومع كل ما تقدم نقله نجد أن كلاً من الزركشي والسيوطي من الشافعية

(١) إعلام الموقعين ٣/٣٥٧.

(٢) المصدر السابق ٤/٨٥، وانظر أيضاً: القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لعبدالمجيد الجزائري ص ٤٦٨.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقا / ١٠٦٦.

(٤) المصدر السابق / ١٠١٦-١٠١٧.

(٥) انظر: القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين ص ٤٦٨ وانظر في ذلك أيضاً: جمهرة القواعد الفقهية للندوي ١/٥٣١.

قد أفردا كل واحدة من القاعدتين عن الأخرى وتناولوا كلاّ منهما بمعزل عن صاحبتهما مما يشعر بأنهما قاعدتان لا قاعدة واحدة، فقد تناول الزركشي هذه القاعدة عند حديثه عن القواعد المندرجة تحت حرف الدال فقال: «الدفع أقوى من الرفع»^(١) ثم تناول الأخرى في آخر كتابه عند حديثه عن القواعد الموجودة تحت حرف الباء فقال: «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»^(٢).

وكذلك فعل السيوطي أيضاً فتناول القاعدة باللفظ الأول في القاعدة الثالثة عشرة وعبر عنها بقوله: «الدفع أقوى من الرفع»^(٣).

كما تناولها باللفظ الثاني في القاعدة العشرين وهي المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟ حيث ذكر في خاتمة بعد هذه القاعدة ما نصه: «يعبر عن أحد شقي هذه القاعدة بقاعدة: يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»^(٤).

ولعله يقصد بأحد شقي القاعدة تلك المسائل التي يكون المانع الطارئ فيها ليس كالمقارن بل يختلف حكمه، وهو المقصود بقول بعضهم يمنع ابتداء ولا يمنع انتهاء، أو البقاء أسهل من الابتداء.

ومما يلحظ أن كلاّ من الزركشي والسيوطي قد عبراً بلفظ «الدفع أقوى من الرفع» وهذا خلاف ما عبر به من قبلهما من الشافعية وغيرهم الذين أثروا التعبير بقولهم «أسهل» أو «أولى» بدلاً من «أقوى» ويرى بعض الباحثين أن هذه المغايرة في الصياغة لا أثر لها على المعنى والمدلول فلا فرق بين التعبير بلفظ «أسهل» أو «أقوى» وذلك لأن المآل واحد، حيث إن الشيء بعد بقائه واستدامته يكون قوياً

(١) المنثور ٢/ ١٥٥.

(٢) المصدر السابق ٣/ ٢٧٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/ ٣١٠.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/ ٣٨٨.

بحيث لا يسهل انتزاعه ورفعته، ومن هنا يكون استبقاؤه على ما هو عليه أيسر وأهون، فإن قوة البقاء والدوام تقتضي التيسير والتخفيف في بعض الأحكام^(١). إلا أنه يمكن أن يناقش ذلك بأن هذا التوجيه لا يظهر فيه معنى التعبير بلفظ (أقوى) وإنما يظهر فيه معنى التعبير بلفظ «أولى» أو «أسهل» وما ذكر في القاعدة عند الزركشي والسيوطي معناه: أن الدفع أقوى من الرفع فكيف يكون ذلك إذا كان البقاء هو الأقوى؟ الذي يظهر لي أن سر التعبير بلفظ أقوى، هو أن من عبر بذلك نظر إلى موقف الدافع في هذه الصور، فإنه أقوى من موقف الرافع الذي يريد التغيير، ومن هنا عبر بعضهم بأن (الدفع أقوى من الرفع) يفسر ذلك أن بعضهم قد أضاف ذلك إلى الدافع نفسه فقال: (الدافع أسهل من الرفع)^(٢) والله أعلم.

المطلب الثاني: قاعدة: المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟

هذا اللفظ ذكره السيوطي كما سبق التنبيه على ذلك فقال: «القاعدة العشرون: المانع الطارئ هل هو كالمقارن؟»^(٣) وذلك إن فيه خلافاً، وذكر جملة من المسائل المبنية على ذلك وأن منها ما يجزم فيه بأن الطارئ كالمقارن^(٤). ثم أشار إلى العلاقة بين هذه القاعدة والقاعدة التي بين أيدينا فقال إنه يعبر عن أحد شقيها، وهو أن الطارئ ليس كالمقارن بقاعدة «يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء».

(١) انظر: جوهرة القواعد الفقهية للتدوي ١/٥٣١-٥٣٢.

(٢) انظر: إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٢٨٨.

(٤) القواعد للمقري ٢/٢٨٠-٢٨١.

كما تقدم أن أول من حاول صياغة قاعدة من هذا المعنى هو المقرري من المالكية إلا أنه أطال في لفظها، ومزجها بالفروع الفقهية مما أخرجها عن طبيعة القاعدة من حيث الإيجاز في اللفظ والجزالة في المعنى فقال: «قاعدة: الموانع منها ما يعتبر في الابتداء والدوام... وفي الابتداء فقط ... واختلف المالكية فيمن وجد الطول والماء بعد التيمم ... أهي من الأول أم من الثاني؟»^(١).

المطلب الثالث، قاعدة: «يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام»:

من القواعد ذات الصلة الوثيقة بالقاعدة محل البحث عكس هذه القاعدة، وهي الأمور التي يغتفر فيها في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام، وقد أشار إلى هذه القاعدة ضمناً عدد من العلماء الذين ذكروا أقسام الموانع الشرعية، حيث ذكروا منها ما يمنع الدوام دون الابتداء، وقد نبه على ذلك غير واحد كالسرخسي^(٢)، والكاساني^(٣)، وابن القيم^(٤)، وغيرهم^(٥).

ولعل أول من صرح بذلك في هيئة قاعدة هو ابن الوكيل حيث جمع القاعدتين في لفظ واحد فقال: «قاعدة: يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء، وقد يحتمل في الابتداء ما لا يحتمل في الدوام»^(٦).

ثم جاء ابن السبكي وأشار إلى عكس هذه القاعدة قائلاً: «ويتعرج هذا إلى أنه

(١) القواعد للمقرري ٢/ ٢٨٠-٢٨١.

(٢) أصول السرخسي ٢/ ٢٥٦.

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ١٢٨.

(٤) إعلام الموقعين ٢/ ٣٥٧.

(٥) ينظر: المنهاج بشرحه الإبهاج ٣/ ١٥٣.

(٦) الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٢/ ٢٩٦.

قد يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام عكس القاعدة الأولى^(١).

كما ذكر الزركشي هذه القاعدة فقال: «يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام»^(٢). كما أشار إلى ذلك ابن نجيم في موضعين من كتابه الأشباه حيث يقول في الأول: «ظفرت بمسألتين يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في البقاء، عكس القاعدة المشهورة. الأول: يصح تقليد الفاسق القضاء ابتداء، ولو كان عدلاً ابتداء ففسق انعزل عن بعض المشايخ، وذكر ابن الكمال أن الفتوى عليه.

الثانية: «لو أبق المأذون انحجر، ولو أذن للأبق صح، كما في قضاء المعراج، وقيده قاضي خان بما في يده»^(٣).

وذكر ذلك في موضع آخر بعد ذلك فقال: «البقاء أسهل من الابتداء إلا في مسألتين»^(٤) وذكر المسألتين السابقتين.

أما السيوطي فقد أشار إلى ذلك بقوله: «ولهم قاعدة عكس هذه، وهي: يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام»^(٥).

وقد ذكر معظم هؤلاء مسائل فقهية مبنية على عكس هذه القاعدة، وهي كما يقول ابن السبكي معدودة غير عديدة بمعنى أنها لا تصل من حيث الكثرة إلى المسائل المبنية على القاعدة الأم محل البحث^(٦).

كما أن كلام ابن نجيم المتقدم يوضح أن عكس هذه القاعدة إنما هو بمثابة الاستثناء من القاعدة الأولى.

(١) الإبهاج ١٥٣/٣.

(٢) المنثور ٣٧٢/٣.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٢.

(٤) المصدر السابق ص ٢٢٦.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٨٩/١.

(٦) انظر: الإبهاج ١٥٣/٣.

المبحث الثالث

تأصيل قاعدة: البقاء أسهل من الابتداء (صلتها بأصول الفقه وقواعد التشريع)

إذا أردنا تأصيل هذه القاعدة وبيان علاقتها بأصول الفقه وقواعد التشريع وردّها إلى هذه الأصول والقواعد يتبين لنا علاقتها الوثيقة بعدد من هذه الأصول والقواعد، وبيان ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: صلتها بالاستصحاب:

من المعلوم أن الاستصحاب أصل من أصول الفقه، وترجع إليه قواعد أصولية وفقهية لا تحصى، وهذه القاعدة التي بين أيدينا وهي قاعدة البقاء أسهل من الابتداء أو أقوى من الابتداء من جملة هذه القواعد التي ترد إلى الاستصحاب، ووجه ذلك أن من معاني الاستصحاب وتطبيقاته الاستبقاء والتقرير لما كان على ما كان عليه، ومراعاة مقتضى الحال، اعتباراً للمصالح المرجوة من بقاءه، والمفاسد المتوقعة حدوثها عند إرادته تغييره ورفع.

يقول ابن القيم: «وأضعاف أضعاف ذلك من الأحكام التي يفرق فيها بين الابتداء والدوام، فيحتاج في ابتدائها إلى ما لا يحتاج إليه في دوامها، وذلك لقوة الدوام وثبوته واستقرار حكمه.

وأيضاً: فهو مستصحب بالأصل... والمستدام تابع لأصله الثابت»^(١).

(١) إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

فأشار رحمه الله إلى أن مستند هذه القاعدة استصحاب الحكم الثابت المستقر بسبب قوة الدوام.

المطلب الثاني، صلتها بمراعاة المآل والمصالح والمفاسد،

أشار الشاطبي رحمه الله إلى ارتباط هذه القاعدة بمراعاة المآل والنظر فيما يترتب على الدفع أو الرفع من مفاسد هي أشد ضرراً من مقتضى النهي عن التصرف، فقاعدة (المنع أسهل من الرفع) تحقق مقاصد الشرع في العدل والرفق بالخلق، والتيسير عليهم.

يقول الشاطبي في إيضاح ذلك: «وذلك أن الممنوعات في الشرع إذا وقعت فلا يكون إيقاعها من المكلف سبباً في الحيف عليه بزائد على ما شرع له من الزواجر وغيرها، كالغصب مثلاً إذا وقع فإن المغصوب منه لا بد أن يوفى حقه، لكن لا على وجه يؤدي إلى إضرار الغاصب فوق ما يليق به في العدل والإنصاف...»^(١).

ثم قال بعد ذلك: «إذا ثبت هذا فمن واقع منهياً عنه فقد يكون فيما يترتب عليه من الأحكام زائداً على ما ينبغي بحكم التبعية لا بحكم الأصالة، أو مؤد إلى أمر أشد عليه من مقتضى النهي، فيترك وما فعل من ذلك، أو نجيز ما وقع من الفساد على وجه يليق بالعدل، نظراً إلى أن ذلك الواقع واقع المكلف فيه دليلاً على الجملة، وإن كان مرجوحاً فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه؛ لأن ذلك أولى من إزالتها مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع، لما افترن من القرائن المرجحة»^(٢).

(١) الموافقات ٢/٤ - ٢٠٢ - ٢٠٣.

(٢) الموافقات ٢/٤ - ٢٠٣ - ٢٠٤.

ثم ضرب الشاطبي أمثلة كثيرة على ذلك ومنها:

- ١ - حديث تأسيس البيت على قواعد إبراهيم وهو ما أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «لولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدد في البيت، وأن ألصق بابي بالأرض»^(١).
- ٢ - حديث ترك قتل المنافقين حيث قال النبي ﷺ لمن أشار عليه بذلك: «دعه، لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه»^(٢).

حيث إن موجب القتل حاصل وهو الكفر بعد الإسلام، والسعي في إفساد حال المسلمين؛ فكانوا بذلك أضر على الإسلام من المشركين فقتلهم درء لمفسدة حياتهم، ولكن المآل الآخر وهو هذه التهمة تبعد الطمأنينة عن مريدي الإسلام، وهي أشد ضرراً على الإسلام من بقائهم.

- ٣ - ولعل من أوضح الأمثلة على القاعدة التي نتكلم عنها حديث البائل في المسجد وهو ما أخرجه البخاري عن أنس قال: «إن أعرابياً بال في المسجد فقاموا إليه فقال رسول الله ﷺ: «لا تزرموه ثم دعا بدلو من ماء فصب عليه»^(٣).
- ووجه الاستدلال به هنا أن النبي ﷺ أمر بتركه حتى يتم بوله، لأنه لو قطع بوله لنجست ثيابه، ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه، فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه على قطعه بما يدخل عليه من الضرر وبأنه ينجس موضعين وإذا ترك فالذي ينجسه موضع واحد^(٤).

(١) أخرجه البخاري بهذا اللفظ في الصحيح - كتاب الحج - باب فضل مكة وبنائها ٢/٤٣٩ برقم (١٥٨٤) كما أخرجه مسلم عنها أيضاً في كتاب الحج - باب نقض الكعبة وبنائها ٢/٩٦٨-٩٦٩ برقم (١٣٣٣).

(٢) أخرجه مسلم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما في كتاب البر والصلة والآداب باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً ٤/١٩٩٩ برقم: (٢٥٨٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الأدب - باب الرفق في الأمر كله ١٠/٤٤٩ برقم (٦٠٢٥) وأخرجه مسلم في كتاب الطهارة، باب وجوب غسل البول ١/٢٣٦ برقم (٢٨٤).

(٤) للوافقات ٤/٢٠٤.

ثم قال الشاطبي بعد عرض عدد من الأمثلة التطبيقية لذلك في بعض الأحكام الشرعية كإجراء النكاح الفاسد مجرى الصحيح فيما يترتب عليه ... وهذا كله نظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقص والإبطال من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة النهي أو تزيد^(١).

المطلب الثالث: صلتها بسد الذرائع:

من القواعد المعتبرة في الشريعة سد الذرائع حيث إن العمل قد يكون مشروعاً بأصله لكن ينهى عنه لما قد يؤول إليه من المفسدة، أو قد يكون ممنوعاً لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وشواهد ذلك في أدلة الشرع، وفتاوى الأئمة المعتبرين كثيرة وظاهرة.

يقول الشاطبي موضحاً ذلك: «حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً، لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها؛ فإنها، غالباً تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية، لكن مآله غير مشروع.

والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها؛ فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع»^(٢). ثم بين الشاطبي بعد ذلك أن هذا الأصل الذي ذكره يبني عليه قواعد كثيرة منها قاعدة الذرائع.

ولعل معظم التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة التي بين أيدينا تناسب ما كان ممنوعاً في الأصل ثم يحصل إيقاعه من المكلف عن جهل ونحوه فيكون القول

(١) الموافقات ٤/ ٢٠٥.

(٢) الموافقات ٤/ ١٩٨.

بفساد المعاملة أو التصرف في هذه الحالة مفضياً إلى مفساد عظيمة أعظم من تركه وإبقائه على ما هو عليه فتقتضي هذه القاعدة تحكيم الأمر الواقع، ويبقى جهد العلماء فيما بعد ذلك منصباً على التوعية وتوجيه الناس إلى تحريم هذه المعاملة أو هذا التصرف وهذا أسهل وأيسر كثيراً من رفع الشيء بعد وقوعه وترتب عدد من الآثار عليه، ولذلك يكون منعه قبل الوقوع أسهل وأيسر من رفعه بعد الوقوع، والله أعلم.

المطلب الرابع: صلتها بمراعاة الخلاف:

لعل لهذه القاعدة صلة واضحة بمسألة مراعاة الخلاف، وهو أن المسائل المختلف فيها بين العلماء قد يراعى فيها قول المخالف، وإن كان على خلاف الراجح، فليست المسائل المتفق عليها كالمختلف فيها.

يقول الشاطبي موضحاً ذلك: «ألا تراهم يقولون - ويعني أصحابه المالكية -: كل نكاح فاسد اختلف فيه فإنه يثبت به الميراث، ويفتقر في فسخه إلى الطلاق؛ وإذا دخل مع الإمام في الركوع وكبر للركوع ناسياً تكبيرة الإحرام فإنه يتمادى مع الإمام مراعاة لقول من قال: إن تكبيرة الركوع تجزئ من تكبيرة الإحرام.. ومثله جار في عقود البيع وغيرها، فلا يعاملون الفاسد المختلف في فساده معاملة المتفق على فساده، ويعطلون التفرقة بالخلاف فأنت تراهم يعتبرون الخلاف»^(١).
وبالتأمل فيما ذكره الشاطبي وغيره في هذا المقام نجد أن أساس التفرقة عندهم هو اختلاف مآل المسألة قبل وقوعها عن حالها بعد الوقوع وما يترتب على الوقوع عادة من أمور جديدة تستدعي نظراً جديداً، وتنشأ إشكالات لا يحصل

(١) الموافقات ٤/ ١٥٠.

الانفكاك عنها إلا بالبناء على الأمر الواقع بالفعل، واعتباره شرعياً بالنظر إلى قول المخالف، وإن كان مرجوحاً في أصل النظر وقبل وقوع المسألة.

يقول الشاطبي: «وذلك بأن يكون دليل المسألة يقتضي المنع ابتداءً، ويكون هو الراجح، ثم بعد الوقوع يصير الراجح مرجوحاً؛ لمعارضة دليل آخر يقتضي رجحان دليل المخالف، فيكون القول بأحدهما في غير الوجه الذي يقول فيه بالقول الآخر، فالأول فيما بعد الوقوع والآخر فيما قبله، وهما مسألتان مختلفتان، فليس جمعاً بين متنافيين ولا قولاً بهما معاً»^(١).

وما ذكره الشاطبي في هذا المقام يمكن أن يخرج عليه كثير من المسائل التي ذكرها العلماء من تطبيقات قاعدة (الاستدانة أقوى من الابتداء) أو (المنع أسهل من الرفع) كما يعبر بعضهم، ومن هذه المسائل ما أشار إليه الشاطبي نفسه فيما نقلناه عنه سابقاً من أمثلة عملية تطبيقية^(٢)، وسيأتي لبعضها مزيد إيضاح عند الحديث عن التطبيقات الفقهيّة للقاعدة^(٣).

المطلب الخامس: صلتها بالواقع والحس والتجربة والمشاهدة:

إن لهذه القاعدة (المنع أسهل أو أولى من الرفع) صلة قوية بالواقع حيث يشهد لها ويؤيد صحتها، ومن ذلك أن مما جرى كالمثل عند العرب قولهم: «إياك وما يعتذر منه» ومعنى هذا المثل أن الشخص ينبغي أن يفكر في الكلمة أو التصرف قبل الإقدام عليه؛ لأنه يسهل عليه جداً الامتناع عن ذلك، لكن إذا تفوه بالكلام، أو أقدم على التصرف ثم حصل منه الندم أو التراجع فإن ذلك يكلفه كثيراً من العناء

(١) الموافقات ٤/١٥١-١٥٢.

(٢) انظر: ص ٢٩ من هذا البحث.

(٣) انظر: ص ٣٤ من هذا البحث وما بعدها.

النفسي، وطلب رضا الطرف الآخر، وتقديم الاعتذار إليه، وقد لا ينفع ذلك أحياناً. وممن جرى على ما يفهم من هذه القاعدة: قولهم: «فكر في الصعود قبل النزول» أو «في الخروج قبل الدخول» ونحو ذلك.

وفي نظري أن المثل المتداول: «الوقاية خير من العلاج» ونحوه لا ينأى كثيراً عن هذه القاعدة التي بين أيدينا فكم يسهل منع حصول المرض باتباع طرق الوقاية منه بإذن الله وكم يصعب رفعه إذا وقع وما يستدعيه ذلك من الآثار، بل قد تصعب السيطرة عليه وينتشر في الناس إلى أن يكون وباء والعياذ بالله.

وما أشرت إليه يتوافق تماماً مع قاعدة (المنع أسهل أو أولى من الرفع) لكنه أيضاً لا يختلف عما يفهم من قاعدة: (يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء) لكونها متفرعة عنها فبما أن الرفع شاق وصعب جاءت قاعدة يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء حيث يغض الطرف لصعوبة المنع بعد الوقوع، وهذا في الأحكام الشرعية كما سيأتي، وفي غيرها أيضاً كما هو حال الواقع والحس والمشاهدة والتجربة.

ولو أردنا أن نسترسل في ذكر الشواهد والأدلة لضاق بنا المقام ولكن حسبنا الإشارة إلى شيء من ذلك وقد تقدم ما يكفي إن شاء الله.

وخلاصة القول: أن هذه القاعدة المعمول بها في المذاهب الأربعة كلها مبنية على التيسير ورفع الحرج في الأحكام التي يتلبس المكلفون بها عن جهل ونحوه ثم يعسر الانتزاع منها؛ لأن الشيء بعد بنائه واستدامته يكتسب نوعاً من القوة والثبات بحيث لا يسهل انتزاعه ورفع، ومن هنا يكون استبقاؤه وتركه على حال أهون وأيسر، ومن القواعد الشرعية المقررة: التيسير ورفع الحرج.

ويحسن التنبيه هنا إلى أمر مهم وهو أن هذه القاعدة لا ينبغي أن تتخذ وسيلة للإقدام على المناهي الشرعية بقصد فرضها أمراً واقعاً ومن ثم يصعب التخلص

منه، فيجب التفريق بين حكم المسألة ابتداءً وحكمها دواماً، فمن يعلم بحرمة أمر ثم يقدم عليه فإنه يأثم بهذا الفعل لاقترافه محظوراً شرعياً، لكن يبقى النظر في حكم العبادة أو المعاملة بعد ذلك خاضعاً لنوع المانع من صحتها هل هو من قبيل ما يمنع الابتداء والدوام؟ أو لا؟ فإن كان من النوع الأول فلا كلام لنا فيه هنا. وإن كان من النوع الثاني فإن تصحيح العبادة أو المعاملة لا يعني عدم مؤاخذه من أقدم على فعلها على وجه منهي عنه، والله أعلم.

المبحث الرابع

منزلة قاعدة: «البقاء أسهل من الابتداء» في الفقه،

وتطبيقاتها الفقهية

المطلب الأول: منزلة هذه القاعدة في الفقه:

ذكر ابن السبكي عند تناوله لهذه القاعدة ما يدل على عظيم منزلتها وأهميتها وكثرة مسائلها في التطبيقات الفقهية العملية.

يقول ابن السبكي: «لأن للدوام والقوة ما ليس للابتداء، وهذه قاعدة في الفقه عظيمة، كثرت مسائلها، ومن أراد الإحاطة بفروعها فعليه بكتابنا الأشباه والنظائر أتمه الله»^(١).

وبالرجوع إلى الكتاب المذكور تبين أن الفروع الفقهية التي ذكرها تحت هذه القاعدة كثيرة جداً^(٢).

(١) الإبهاج ٢/١٥٣.

(٢) المصدر السابق الصفحة نفسها.

كما سبقه إلى ذكر هذه الفروع وغيرها العلامة ابن القيم الذي ذكر ما يصل إلى عشرين فرعاً فقهياً لهذه القاعدة التي عبر عنها غالباً بأن البقاء أو الاستدامة أقوى من الابتداء، فكثيراً ما يكون هناك موانع في الشريعة تمنع الابتداء ولا تمنع البقاء والدوام لقوته، ومقاومته للمنع أو الرفع، فيكون البقاء أسهل من الابتداء أي أن الحكم بالبقاء أسهل من الحكم بالشيء ابتداءً^(١).

وإن الناظر في كتب الفقه والقواعد الفقهية في المذاهب الأربعة يجدها زاخرة بالفروع الفقهية الكثيرة التي كان لهذه القاعدة أثر فيها، مما يدل على أن هذه القاعدة معمول بها في الجملة، وإن حصل هناك خلاف في بعض الفروع الفقهية فإنه خلاف جزئي، لا أثر له على اعتبار هذه القاعدة والعمل بها.

وسأذكر فيما يأتي عدداً من التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة مرتبة حسب أبواب الفقه، مع مراعاة تنوع النقل عن المذاهب المختلفة.

المطلب الثاني: تطبيقاتها الفقهية:

أولاً: تطبيقاتها في العبادات:

- ١ - أن الذهول عن نية العبادة ينافي ابتداءها دون استدامتها^(٢).
- ٢ - أن الماء المستعمل في الطهارة، إذا بلغ قلتين بعد الاستعمال فهل يعود طهوراً؟ فيه خلاف؛ لكن لو استعمل القلتين ابتداء لم يصر مستعملاً بلا خلاف، ذكر ذلك السيوطي وغيره، وعلى ذلك قائلًا: «والفرق أن الكثرة في الابتداء دافعة، وفي الأثناء رافعة، والدفع أقوى من الرفع»^(٣) ومعنى ذلك: أن الكثرة الطارئة على

(١) إعلام الموقعين ٢/٢٥٦-٢٥٧ وانظر: ٢/٤٣٤-٤٣٥.

(٢) إعلام الموقعين ٢/٢٥٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٣١٠.

الماء بعد الاستعمال لا تؤثر فلا يعود طهوراً .

٣ - أن الحدث يمنع ابتداء المسح على الخفين، ولا يمنع استدامة ذلك إذا لبس الخفين على طهارة ثم أحدث بعد ذلك^(١) .

٤ - أن المتيمم إذا رأى الماء قبل الصلاة لم يتيمم، وإذا رأى الماء في أثناء الصلاة أتمها، فتكون رؤية الماء قبل الصلاة مانعة من التيمم، أما رؤيته في أثنائها فهي غير مانعة، لأن البقاء أسهل من الابتداء^(٢) .

٥ - أن حصول الغنى ينافي جواز الأخذ من الزكاة ابتداء، ولا ينافيه دواماً، ذكر ذلك ابن القيم^(٣) .

٦ - أن السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر ويمنع وجوب الصوم، وإذا سافر في أثناء يوم من رمضان ففيه خلاف، وهناك من يرى أن ذلك لا يمنع وجوب الصوم عليه^(٤) .

٧ - أن القدرة على التكفير بالمال بوجدان الرقبة في كفارتي الظهار والقتل تمنع التكفير بالصوم ابتداء، ولا تمنع ذلك دواماً^(٥) .

٨ - أن الإحرام ينافي ابتداء النكاح والطيب دون استدامتها^(٦) .

٩ - أن القدرة على هدي التمتع والقران تمنع الانتقال إلى الصوم ابتداء، لا دواماً^(٧) .

١٠ - أن نكاح المحرم لا يصح، وتصح رجعته تنزيلاً لها منزلة الدوام^(٨) .

(١) إعلام الموقعين ٢/٣٥٧، الأشياء والنظائر للسيوطي ١/٣١٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢/٨٨، الأشياء والنظائر لابن الوكيل ٢/٣٠١، إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

(٣) إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

(٤) القواعد لابن رجب ص ٣٠٠-٣٠١.

(٥) قواعد الأحكام ٢/٨٨، إعلام الموقعين ٢/٣٥٧، القواعد لابن رجب ص ٣٠١.

(٦) إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

(٧) المصدر السابق الصفحة نفسها.

(٨) الأشياء والنظائر لابن الوكيل ٢/٢٩٧، الإبهاج ٢/١٥٢، المنثور ٢/٣٧٤.

١١ - أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل، فإن شرعت فيه بدون إذنه، فليس له منعها بعد الشروع والمباشرة؛ لأن الملازمة بالشروع لها اعتبار في نظر الشرع؛ حيث يصير النفل واجباً، وهذا مردود إلى هذه القاعدة^(١).

ثانياً: تطبيقاتها في المعاملات:

ذكر الفقهاء عدة تطبيقات لقاعدة البقاء أسهل من الابتداء في مجال المعاملات المالية حيث يمكن اغتفار اختلال بعض شروط العقود في حال استمرارها بعد وجودها في حين أن مثل ذلك لا يغتفر وقت انعقادها، ومن ذلك ما يأتي:

١- أن البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع إلى المشتري حتى يقبض ثمنه، فإن سلمه قبل ذلك لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه ذكر ذلك ابن رجب نقلاً عن صاحب المغني^(٢).

٢- أن ابتداء المضاربة أو القراض على العروض لا يصح، ولو فسخ والمال عروض ثم عقد المالك لذلك العامل القراض عليها صح، بخلاف الابتداء، ذكر ذلك الزركشي من الشافعية^(٣).

٣- أن عقد الإجارة يشترط لصحته أن يكون العين المؤجرة متميزة لا حصة مشاعة، ولكن الفقهاء اغتفروا الشيوع الطارئ دون المقارن للعقد، لأن الطارئ تكون في حال استمرار العقد وبقائه^(٤).

٤- أنه لا تجوز إجارة العين المغصوبة لمن لا يقدر على تخليصها، ولو غصبها بعد العقد من لا يقدر المستأجر على تخليصها منه لم تنفسخ الإجارة،

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٣١٠.

(٢) القواعد لابن رجب ص ٣٠١، وانظر: المغني لابن قدامة ٦/٢٨٧-٢٨٨.

(٣) المنثور ٣/٢٤٧.

(٤) شرح المجلة للأتاسي المادة (٥٥)، المدخل الفقهي للنزقا ص ١٧-١٠١.

ويخير المستأجر بين فسخ العقد وإمضائه، ذكر ذلك ابن القيم^(١).

٥- أن الوكيل بالبيع لا يملك حق التوكيل به ابتداءً، لكنه يملك إجازة بيع الفضولي، ذكر ذلك ابن نجيم وغيره^(٢).

يقول ابن نجيم: «وقريب من هذا الجنس من لا تجوز إجازته ابتداءً، وتجوز انتهاؤه... ومنه: أن الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل به، ويملك إجازة بيع بآئعه فضولي، والمعنى فيه أنه إذا أجاز يحيط علمه بما أتى به خليفته، ووكيل الوكيل كذلك، فتكون إجازته في الانتهاء عن بصيرة بخلاف الإجازة في الابتداء»^(٣).

ثالثاً: تطبيقات القاعدة في فقه الأسرة:

علل كثير من الفقهاء عند كلامهم على بعض المسائل المتعلقة بالنكاح بهذه القاعدة كثيراً، واستعملوها في توجيه التفريق بين حكم الشيء ابتداءً وحكمه انتهاءً ومن هذا القبيل ما يأتي:

١- أن اختلاف الدين يمنع ابتداء النكاح، ولا يرفعه في الأثناء فإذا ارتدت المرأة عن دين الإسلام فيجوز الإبقاء عليها زوجة، رغم أنه لا يجوز العقد عليها وهي كافرة ابتداءً^(٤).

٢- أن العدة تنافي ابتداء النكاح ولا تنافي بقاءه واستمراره إذا طرأت في أثنائه؛ فإن الموطوءة بشبهة ونحوها تعتد وهي باقية على الزوجية^(٥).

٣- أن توقيت النكاح مانع من ابتدائه، ولا يمنع من دوامه وبقائه، فإذا قال

(١) إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٢، شرح المجلة للاتاسي مادة (٥٥).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٢.

(٤) إعلام الموقعين ٢/٣٧٥، الإبهاج ٣/١٥٣، القواعد لابن رجب ص ٣٠١.

(٥) قواعد الأحكام ٢/٨٨، إعلام الموقعين ٢/٣٧٥، الإبهاج ٢/١٥٣.

- أنت طالق غداً أو بعد شهر صح ذلك عند بعض الفقهاء^(١).
- ٤- أن زوال خوف العنت ينافي ابتداء عقد النكاح على الأمة دون استدامته، فإذا وجد الطول بعد ذلك لم ينفسخ نكاح الأمة^(٢).
- ٥- أن المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها، فإن سلمت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه؟ فيه خلاف، ومن يرى أنها لا تملك ذلك فإنه يعلل بهذه القاعدة^(٣).
- ٦- أن المرأة إذا أنكحت نفسها بغير إذن وليها فحكمه المنع عند الجمهور^(٤)، ولكن إذا وقع هذا النكاح ودخل الزوج بزوجه فإن بعض الفقهاء يرون أنه لا يعامل في آثاره بالمنع؛ لما يؤول إليه من مفسد بتعطيل الميراث والنسب^(٥).
- ٧- أن فقد الكفاءة في النكاح ينافي لزومه ابتداء، لكن لا يمنع صحته دواماً لاعتبار هذه القاعدة^(٦).
- ٨- ما ذكره الزركشي نقلاً عن القاضي حسين أنه قال: «قال أصحابنا: كل امرأة جاز له ابتداء نكاحها في الإسلام، جاز للمسلم إمساكها بعقد مضى في الشرك»^(٧).

(١) قواعد الأحكام ٨٨/٢، الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٣٠٢/٢، الإبهاج ١٥٣/٣.

(٢) قواعد الأحكام ٨٨/٢، أعلام الموقعين ٣٥٧/٢، الإبهاج ١٥٣/٣.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٠١.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٤٥/٩.

(٥) انظر: المغني ٣٤٦/٩-٣٤٧.

(٦) أعلام الموقعين ٣٥٧/٢.

(٧) المنتور ٣٧٤/٣.

رابعاً: تطبيقاتها في مسائل الجهاد:

من تطبيقات هذه القاعدة في مسائل الجهاد ما يأتي:

- ١- أنه ليس للشخص الخروج إلى الجهاد دون إذن والديه، ولو فعل ذلك كان عاقباً مخالفاً لأمر الله، ولكن إذا انغمس في القتال، والتقى الصفان، فليس له الرجوع حينئذ وإن لم يستأذن في الخروج؛ ذكر ذلك إمام الحرمين الجويني^(١).
- ٢- أنه لو حضر القتال شخص لا يستطيع المشاركة فيه كالمعضوب أو الزمّن أو الأعمى فإنه لا يسهم لهم، لكن لو حضر أحد منهم صحيحاً ثم عرض له شيء من ذلك في الحرب لم يسقط حقه في السهم، ذكر ذلك الزركشي^(٢).
- ٣- أن عقد الذمة لا يعقد مع تهمة الخيانة، لكن لو حصل اتهامهم بعد العقد لم ينبذ عهدهم؛ بخلاف الهدنة فإنه ينبذ فيها العقد بالتهمة^(٣).
- ٤- أن أهل الذمة يمنعون من ابتداء إحداث كنيسة ونحوها في دار الإسلام، ولا يمنعون من استدامتها، وإبقائها، إذا دخل ذلك في عهدهم^(٤).

خامساً: من تطبيقاتها المعاصرة:

لعل من التطبيقات المعاصرة لهذه القاعدة وما يتصل بها من قواعد ما يأتي:

- ١- من التطبيقات المعاصرة لقاعدة «المنع أسهل من الرفع» أنه قد يكون من السهل الميسور على أهل الحسبة أن يدفعوا أنواعاً من الشر والفساد عن الناس قبل أن تعم وتنتشر، حيث يتعذر عليهم بعد ذلك رفعها ومنع وقوعها، مما يستدعي أحياناً ضرورة مسابقة الواقع شيئاً فشيئاً، والإنكار التدريجي خشية من وقوع

(١) الغياثي لإمام الحرمين الجويني ص ٣٦٠ ت: د. عبد العظيم الديب.

(٢) المنثور ٣/٢٧٤.

(٣) الأشباه والنظائر لابن الوكيل تحقيق د/ عادل الشويخ ٢/٢٩٦، المنثور للزركشي ٢/٢٧٤.

(٤) مجموع الفتاوى ٢١/٣١٢-٣١٣، إعلام الموقعين ٢/٣٥٧.

مفاسد أعظم، وهذا منهج حكيم في سياسة إصلاح الواقع يفرق به بين ما بابه الدفع من القضايا، وما بابه الرفع، كما يفرقون بين معاني النهي والترهيب من المنكرات قبل وقوعها، ومعاني الحكمة والتقريب في تغييرها بعد شيوعها.

٢- لعل من التطبيقات المعاصرة لقاعدة: «المنع أسهل من الرفع» أيضاً ما تقوم به الدول والمنظمات والهيئات الطبية لتفادي انتشار الأوبئة والأمراض من نشر الوعي الصحي بين الناس بخطورتها، واتخاذ كافة الوسائل والتدابير التي تحول بإذن الله دون انتشارها وتحولها إلى وباء يهلك الحرث والنسل، وكما يقال في المثل: درهم وقاية خير من قنطار علاج، وذلك لأن بذل الأسباب لمنعها وانتشارها أسهل من فعل ذلك بعد استفحالتها وانتشارها بين الناس.

٣- لعل من تطبيقات هذه القاعدة الحكم باستمرار انعقاد المجالس واللجان المحكومة بحضور عدد معين من أعضائها كالنصف أو الثلثين، وذلك إذا حصل نقص يسير عن هذا العدد في أثنائها لعارض حيث يفتقر في البقاء ما لا يفتقر في الابتداء أو نقول: إن البقاء أسهل من الابتداء في حين أنه لو نقص العدد المشترك في بداية الجلسة لما عدت منعقدة نظاماً.

٤- يمكن أن يخرج على قاعدة «المنع أسهل من الرفع» المثل العربي المشهور: «رب كلمة قالت لصاحبها: دعني» وما في معناه من الأمثال الأخرى كقولهم: «إياك وما يعتذر منه»، فإنه بإمكان الشخص أن يدفع عن نفسه كثيراً من الشرور إذا فكر في مآل ما سينطق به من كلامه، ومدى تأثيره على السامعين، فقد يكون غنياً عن سماع ما لا يليق من السب والشتم أو الرد عليه بما هو كوقع السهام عليه، مما يضطره بعد ذلك إلى الاعتذار، أو الدخول في لجاج وخصومة لا تنتهي، وكان مبدأ ذلك كلمة لم يحسب لها المتكلم بها أي حساب، وهذا كثير في الواقع.

خاتمة البحث

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على نبيينا محمد وعلى آله وصحبه وبعد،،،

فقد وقف بنا هذا البحث على عدد من النتائج ومنها ما يأتي:

١- أن قاعدة (البقاء أسهل من الابتداء) من القواعد المهمة في الفقه ولها أثر في العديد من المسائل الفقهية المبنية عليها.

٢- أن هذه القاعدة قد نشأت من خلال حديث الفقهاء والأصوليين عن الموانع الشرعية، وعلى ذلك بنى من تحدث عنها وأقردها فيما بعد بلفظ خاص بها.

٣- أن لهذه القاعدة ألفاظاً وصيغاً متعددة حيث عبر عنها كثيرون بقولهم: البقاء أسهل من الابتداء وعبر آخرون عن هذا المعنى بصيغ أخرى كقولهم: (يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء).

وقولهم: (الاستدامة أقوى من الابتداء) أو (الدوام أقوى من الابتداء) كما عبر بعضهم عن هذا المعنى بقولهم (المنع أو الدفع أسهل من الرفع) وقد تبين من خلال البحث أن هذه الصيغ وإن اختلفت في اللفظ إلا أنها متفقة على المعنى المراد في هذا المقام، وقد عالج المبحث الثاني من هذا البحث القواعد ذات الصلة بالقاعدة الأم ومدى علاقتها بهذه القواعد.

٤- تطرق البحث إلى قاعدة مهمة ذات علاقة وثيقة بالقاعدة محل البحث وهي قاعدة (يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام) وهي

عكسها، إلا أنه تبين من خلال البحث أن تطبيقات القاعدة محل البحث أكثر وأوسع من تطبيقات عكسها، إذ إن القاعدة الأخيرة هي بمثابة الاستثناء من القاعدة محل البحث، فلا غرو أن يكون المستثنى أقل من المستثنى منه.

٥- تبين أن لهذه القاعدة تطبيقات فقهية لا حصر لها في العبادات والمعاملات وفقه الأسرة بل ولها تطبيقات معاصرة ذكرنا طرفاً منها في المبحث الأخير.

وفي ختام هذا البحث المتواضع أسأل الله تعالى التوفيق والسداد، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



تولي المرأة وظيفة المأذون الشرعي

دراسة فقهية تأصيلية

الدكتور / سامي بن فراج بن عيد الحازمي*

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، أحمدُه سبحانه وأشكره على فضله ونعمه، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، الملك الحق المبين، وأشهد أن نبينا وسيدنا محمداً عبده ورسوله، صادق الوعد الأمين، اللهم صل وسلم وبارك على عبدك ورسولك محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فإن الله تعالى خلق الناس من نفس واحدة، وخلق منها زوجها، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(١).

وأمرهم رجالاً ونساءً باتباع هذا الدين، ورتب لهم على ذلك الأجر والثواب، وسوى فيه بين الذكر والأنثى، فقال تعالى: ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاتٍ طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾^(٢).

ثم فرّق بين الذكر والأنثى في الخلقة والتكوين، وأناط بكل منهما ما يناسب

(*) أستاذ الفقه المساعد بقسم القضاء بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى.

(١) سورة النساء: آية (١).

(٢) سورة النحل: آية (٩٧).

فطرته من واجبات ومسئوليات، قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَىٰ﴾^(١)، فشرع للذكر ما يناسب فطرته، وللأنثى ما يناسب خلقها وطبيعتها، وأعفاها عما لا تتحمله ولا يليق بها.

ولم يفرق الشرع بين الصنفين إلا حيث تقتضي المصلحة ذلك، حين يكون الخير في أن يختلف حكم كل واحد منهما عن الآخر.

ولقد كثر الحديث عن تولي المرأة مهام ووظيفة المأذون الشرعي، وموقف الشرع منه، خصوصاً بعد تعيين أول امرأة تعمل كمأذون في العالم الإسلامي، وذلك في جمهورية مصر.

وتباينت مواقف الفقهاء والباحثين المعاصرين حول هذه القضية، فممنهم من قال بعدم جواز تولي المرأة مهام المأذونية شرعاً؛ لتعارضها مع قواعد الشرع في حدوث الاختلاط والخلو ومزاحمة مجتمع الرجال....، ولأن مهمة المأذون الشرعي تعتبر فرعاً من فروع القضاء، ونوعاً من الولاية التي لا تجوز للمرأة.

ومنهم من قال بجواز تولي المرأة مهام المأذونية؛ بناءً على أن المرأة كالرجل في عامة الأحكام إلا ما دل على خصوصيتها....، وأن وظيفة المأذون وظيفة إدارية بحته تخضع فقط لإجراءات من السلطات المختصة.

كما كثر جدل الجاهلين ومراؤهم في هذا الموضوع بغير علم ولا هدى. ولم أجد أحداً أفرد هذه المسألة بالتأليف من منظور شرعي، سوى بعض الفتاوى والمقالات التي صدرت من بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين، عبر وسائل الإعلام المختلفة.

(١) سورة آل عمران: آية (٣٦).

لذا عمدت إلى بحث هذه المسألة المستجدة، واستعنت الله تعالى في دراستها دراسة فقهية تأصيلية على ضوء الأدلة والقواعد الشرعية، مبيناً حكمها، وعنوانت لهذه الدراسة بـ (تولي المرأة وظيفة المأذون الشرعي، دراسة فقهية تأصيلية).

منهج البحث:

- ١- حاولت قدر الإمكان تأصيل هذا البحث تأصيلاً شرعياً، وذلك بربطه بقواعد الشرع ذات الصلة، وبمقاصد الشريعة الإسلامية.
 - ٢- عزو الآيات القرآنية إلى السور، مع ذكر أرقامها.
 - ٣- عزو الأحاديث النبوية، والآثار الواردة، فما كان منها في الصحيحين أو أحدهما، فإني أكتفي بعزوه إليهما، وما لم يكن في أي منهما، فإني أعزوه إلى كتب الأحاديث والآثار، ثم أبين الحكم عليها من كلام أهل العلم.
 - ٤- ترجمت للأعلام غير المشاهير.
 - ٥- شرحت الغريب والمصطلحات.
 - ٦- ذيلت هذا البحث بفهرس للمصادر والمراجع.
- والله أسأل أن يتقبله مني بحسن المثوبة والجزاء، فمنه وحده الاستمداد، وعليه التوكل والاستناد، وهو حسبنا ونعم الوكيل.
- وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

التمهيد:

في التعريف بالمأذون الشرعي، وعاقده النكاح، والمملك.
يطلق على من يجري عقد النكاح عدة أوصاف، أبرزها ثلاثة أوصاف وهي:
المأذون الشرعي، وعاقده النكاح، والمملك.
وقديماً كان يطلق عليه مأذون القاضي؛ لأن المأذونية فرع من فروع القضاء،
ثم اختصر وتعارفه الناس بوصف المأذون^(١).

وفيما يلي التعريف بكل منها:

أولاً: التعريف بالمأذون الشرعي،

المأذون في اللغة: مصدر «أذن»، وإن كان الظاهر أنه صفة، لكنه يحتاج إلى
حذف الصلة، فبعد أن تكون «المأذون له»، تُحذف الصلة لفهم المعنى وللتخفيف،
فتصبح «المأذون»، وهو معنى يقتضي سبق الحجر والمنع؛ لأن معنى «أذنت له في
كذا، أي: أطلقت له فعله، فهو مأذون له بعد أن كان ممنوعاً منه. ويقال: «أذن
له في الشيء» أي: أباحه له^(٢).

أما إضافته إلى كلمة «الشرعي»؛ فلأن مَنْ أذن له هو الحاكم الشرعي، أو ولي
الأمر القائم على تطبيق الشرع الحنيف^(٣).

والمأذون الشرعي اصطلاحاً: هو موثق عقود الزواج والطلاق^(٤).

فمأذون عقود النكاح مصطلح يطلق على مَنْ أذن له بعقد النكاح سواء من

(١) المأذون الشرعي وواجباته الشرعية والنظامية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد الشعبي، مجلة العدل (٢٠) (ص ٢٣).

(٢) المصباح المنير للفيومي (١/ ١٠)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (ص ١٢٦).

(٣) المأذون الشرعي وواجباته الشرعية والنظامية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد الشعبي، مجلة العدل (٢٠) (ص ٢٤).

(٤) المعجم الوسيط (ص ١٢).

قبل الحاكم أو من طرفي العقد.

والمراد به: مَنْ يجري عقد النكاح على الترتيب الشرعي من حيث الأركان والشروط^(١).

ثانياً: التعريف بعقد النكاح:

عاقِد النكاح مركب إضافي من كلمتين هما: «عاقِد» و «النكاح» فعاقِد اسم فاعِل من عَقَدَ. والعَقْد: الرِبط والشَد، ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء^(٢).

وعقدة النكاح وغيره: إحكامه وإبرامه ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ. وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ ذَلِيلٌ﴾ (٣) (٤) أي: إحكامه، والمعنى: لا تعزموا على عقدة النكاح في زمان العدة^(٥).

قال الجرجاني^(٦): «العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول»^(٧).

(١) المأذون الشرعي وواجباته الشرعية والنظامية في المملكة العربية السعودية، د. أحمد الشعبي، مجلة العدل (٢٠) (ص ٢٤).

(٢) المغرب في ترتيب المغرب للمطرزي (٧٢/٢)، لسان العرب لابن منظور (٢/٢٩٧)، القاموس المحيط (ص ٢٨٢).

(٣) سورة البقرة، آية (٢٣٥).

(٤) المصباح المنير (٧١/٢).

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٩٢/٣).

(٦) هو علي بن محمد بن علي الحنفلي الشريف الجرجاني، ولد بجرجان سنة ٧٠٤ هـ وتوفي بشيراز سنة ٨١٦ هـ بغية الوعاة للسيوطي (١٩٧، ١٩٦/٢).

(٧) التعريفات للجرجاني (ص ١٥٢).

أما النكاح فهو في اللغة يطلق على الضم والجمع، يقال: تناكحت الأشجار، إذا تمايلت، وانضم بعضها إلى بعض، ويُطلق على الوطء، وعلى العقد دون الوطء^(١).

وعليه فإن معنى هذا المركب الإضافي «عاقِد النكاح» هو الشخص الذي يقوم بإجراء وتوثيق عقد إباحة ووطء.

ثالثاً: التعريف بالملك:

الملك في اللغة هو اسم فاعل من الإملاك، على وزن مُفْعَل، والإملاك: التزويج، وشهدنا إملاك فلان ومِلاكه، أي: إنكاحه وتزويجه.

ويقال: أملك فلان فلاناً المرأة، أي: زوّجه إياها، وأملكنا فلاناً فلانته، أي: زوّجناه إياها. ومنه قوله ﷺ: (اذهبْ فَقَدْ مَلَكْتُكِهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ)^(٢)، أي: زوّجتكها، كما هو نص الروايات الأخرى للحديث^(٣).

وبهذا نخلص إلى أن هذه الأوصاف الثلاثة - أعني: المأذون الشرعي وعاقِد النكاح والملك - مدلولها واحد، كما رأينا من خلال التعريفات؛ ولذلك فهي تعد من المترادفات.

(١) لسان العرب (٢/٦٢٥)، المصباح المنير (٢/٦٢٤)، القاموس المحيط (ص ٢٦٤).
(٢) أخرجه البخاري في كتاب فضائل القرآن، باب القراءة عن ظهر القلب. صحيح البخاري (٤/١٩٢٠)
[٤٧٤٢]، ومسلم في كتاب النكاح، باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك، من قليل وكثير، واستحباب كونه خمسمائة درهم لقن لا يُجف به. صحيح مسلم (٢/١٠٤٠) [١٤٢٥].
(٣) المصباح المنير (٢/٢٤٦)، المغرب في ترتيب المغرب (٢/٢٧٥).

المبحث الأول: تسجيل عقد النكاح، ونشأة المأذونية.

المطلب الأول: تسجيل عقد النكاح؛

معلوم أن توثيق عقد النكاح بتدوينه لا يُعدّ شرعاً من أركان ولا من شروط صحة العقد، فلم تشترط الشريعة الإسلامية أن يُجرى عقد النكاح على يد قاض أو عالم، ويستطيع العاقدان إجراء العقد بنفسيهما، من غير احتياج إلى وسيط يقوم بإجرائه، ويكفي في انعقاده النطق بالإيجاب والقبول مشافهة بحضور شاهدين، مع توفر أركانه وشروطه، ولم يكن يُطالب المسلمون بتسجيل عقد النكاح وكتابته، اكتفاءً بالإشهاد عليه وإعلانه وإشهاره^(١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢) - عندما سُئل عن تزويج الولي المرأة -: «ولا يفتقر ذلك إلى حاكم باتفاق العلماء»^(٣).

وابتدأت كتابة العقود عندما بدأ المسلمون يؤخرون المهر أو شيئاً منه، وأصبحت هذه الوثائق التي يُدون فيها مؤخر الصداق أحياناً وثيقة لإثبات الزواج^(٤).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولم يكن الصحابة يكتبون صداقات؛ لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف، فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر، والمدة تطول ويُنسى؛ صاروا يكتبون المؤخر،

(١) أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د. عمر سليمان الأشقر (ص ١٧٤)، المأذون الشرعي وواجباته الشرعية والنظامية (ص ١١).

(٢) هو أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، ولد بحران عام ٦٦١ هـ تبحر في العلوم الشرعية، توفي بدمشق سنة ٧٢٨ هـ الدرر الكامنة لابن حجر (١/ ١٤٤ - ١٦٠).

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٢/ ٣٤).

(٤) أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د. عمر سليمان الأشقر (ص ١٧٤).

وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له»^(١).

ولما كثر الناس وتوفر الكتّاب ووسائل الكتابة، وظهرت الدواوين، وكثرت حالات التجاحد بين الناس، لزمّت الكتابة توثيقاً للعقود، لاسيما عقد النكاح؛ لما له من الخطر العظيم لمساسه بأعراض الناس وأنسابهم، ومعلوم أن صيانة العرض والنسب من المصالح التي حرص الشرع الحنيف على كفالتها.

ومن هنا كانت ولاية توثيق عقد النكاح بتدوينه بين أطرافه واجبة على إمام المسلمين وولي أمرهم^(٢).

ونظراً لكثرة الأعباء الملقاة على عاتق ولي أمر المسلمين عادة، وتضايق وقته الذي يحول دون تمكنه من مباشرته بنفسه، وأن له الحق في الاستعانة بمن يثق بهم من الأكفاء لأداء تلك الواجبات نيابةً عنه، وعلى رأس تلك الواجبات ولاية القضاء، لذا فقد أسند هذا الأمر إلى القضاة، فأصبح القاضي هو الذي يتولى التوثيق بتدوين عقد النكاح. وقد نصت معظم القوانين والنظم في البلاد الإسلامية على وجوب توثيق عقد النكاح^(٣)، وجعلوا من الضرورة أن يكون العقد لدى مُثبّت، يتولاه ويتحقق من توفر أركانه وشروطه، وانتفاء موانعه، ويُصدر بهذا العقد وثيقة تُثبت ما جرى لديه من عقد نكاح، وقد أسند هذا الأمر إلى المحاكم؛ لارتباط ذلك بعملها^(٤).

واعتبرت جهة القضاء مسئولة ومشرفة على هذا العمل والقائمين عليه، كما لزم أيضاً وضع نوع من التنظيم والترتيب لهذا العمل، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع^(٥).

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية (١٣١/٢٢).

(٢) للمأذون الشرعي وواجباته الشرعية والنظامية (ص ١١).

(٣) أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د. عمر سليمان الأشقر (ص ١٧٥).

(٤) الإنتهاءات الشبوتية في المحاكم الشرعية، د. ناصر المحيبيد (٨٤٤/٢).

(٥) المأذون الشرعي وواجباته الشرعية والنظامية (ص ١١).

المطلب الثاني: نشأة المأذونية؛

تقدم في المطلب السابق أن تسجيل عقد النكاح وتوثيقه أصبح أمراً واجباً لأبد منه، وأن ذلك كان يتم عن طريق القضاة.

ومن المعلوم أن الأمر لم يقف عند هذا الحد، بل تجاوزته فاحتاج القضاة بعد فترة من الزمن إلى الاستعانة بمن يثقون بهم من العدول الأكفاء، للقيام نيابة عنهم بتدوين عقود النكاح؛ لتكاثر أعباء القضاء عليهم، وعدم تمكنهم من الوفاء بها.

فُحص من يقوم بهذا العمل؛ تخفيفاً على القاضي وإعانة له، فأُسند هذا العمل لمن يسمى: بالمأذون الشرعي، وهو من أُذن له في إجراء عقود النكاح، وبالتالي فهو يُعتبر نائباً عن القاضي في ذلك.

ولقد ألزمت القوانين والنظم في الديار الإسلامية العاقلين بإجراء عقد النكاح على يد مأذون شرعي، كما ألزمت بتوثيقه وتسجيله، وإصدار وثيقة نكاح، وهذه الوثيقة لا تقبل الطعن، ولا يقبل من أحد الزوجين الانتفاء من الزواج، أو من الحقوق المترتبة على ذلك الزواج حال وجودها^(١).

(١) أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د. عمر سليمان الأشقر (ص ١٧٦).

المبحث الثاني: الإجراءات التي يتخذها المأذون الشرعي في إجراء عقد النكاح.

لا شك أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره؛ لذا كان لابد من معرفة المهام التي يقوم بها المأذون الشرعي، والتي من أبرزها إجراء عقد النكاح؛ وذلك لمعرفة حكم تولي المرأة لمهام هذه الوظيفة.

وتتلخص الإجراءات التي يتخذها المأذون الشرعي لإجراء عقد النكاح فيما يلي^(١).

١- حضور أطراف النكاح وهم الخاطب والمخطوبة والولي، ومعهم ما يثبت شخصيتهم، والتأكد من صلة الولي بالمرأة، فإن كان غير الأب، كالأخ والابن، فيعتمد على صك حصر الورثة.

٢- إذا كان عقد النكاح يجري بموجب وكالة من الطرفين أو أحدهما، يتأكد المأذون من أن الوكيل مخوّل بالتزويج.

٣- تحقق المأذون الشرعي من توفر أركان النكاح وشروطه وانتفاء موانعه لديهما.

٤- تحقق المأذون الشرعي من اكتمال الإجراءات النظامية لهذا الإثبات، وإحضار الأصل للبطاقات الشخصية.

٥- تسمية الصداق ومعرفة مقداره قبل العقد، وهل هو مُسلم أو لا؟، ومقدار الصداق المعجل والمؤجل.

٦- التأكد من رضى المخطوبة وموافقتها على النكاح، باستئمار المرأة الثيب واستئذان البكر ولو كان الولي هو الأب، ومعرفة شروطها.

٧- حضور شاهدين ومعهم ما يثبت شخصيتهم؛ ليُعرفا بالمخطوبة ويشهدان على إجراء العقد ومقدار المهر والشروط المذكورة.

(١) الإنهاءات الثبوتية في المحاكم الشرعية، د. ناصر المحميد (٦٩٦/٢).

- ٨- يُسن إلقاء خطبة الحاجة عند العقد^(١).
- ٩- تلقين طرفي العقد صيغة الإيجاب والقبول للنكاح، فيتلفظ الولي بالإيجاب قائلاً: زوّجتك يا فلان - ابنتي أو أختي ونحوهما - فلانة. ويتلفظ راغب الزواج بالقبول قائلاً: قبلت زواج فلانة.
- ١٠- تدوين المأذون الشرعي عقد النكاح بين الطرفين، ومقدار الصداق والشروط المذكورة لهذا الزواج في ضبط عقد النكاح.
- ١١- استكمال كافة المعلومات الواردة في عقود الأنكحة، وكتابة تأريخ إجراء العقد ورقمه ومصدره وذكر الشهود ونحو ذلك.
- ١٢- كتابة أسماء الولي والزوج والزوجة والشاهدين، وأخذ توقيعاتهم في دفتر الضبط.
- ١٣- يُستحب تهنئة طرفي العقد بالصيغة الواردة شرعاً والدعاء لهما.
- ١٤- تُحرر وثيقة عقد نكاح ما دُون في دفتر الضبط لدى المأذون الشرعي، وتوقيعه وتسليم الوثيقة للزوج.

(١) وهي أن يقول: إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنُسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا ضَلَّ لَهُ وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ. وَيَقْرَأُ ثَلَاثَ آيَاتٍ:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُوا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَكُمْ وَبَيْنَهُمَا رَحِمًا وَرَبُّكُمُ اللَّهُ كَانَ عَلَيْكُمْ مِنْكُمْ رَقِيبًا﴾ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾. (سنن الترمذي (٤١٢/٣)، سنن أبي داود (٢٢٨/٢)، سنن النسائي (١١٦/٣)، مسند أبي عوانة (٤٤/٣)، المنقح لابن الجارود (١٧٠/١)، المعجم الكبير للطبراني (٩٨/١٠)، مسند أبي يعلى (١٦٨/٩). قال الترمذي «حديث حسن» (٤١٢/٣)، وقال ابن الملقن: «حديث صحيح»، البدر المنير (٥٣٢/٧).

المبحث الثالث: حكم تولي المرأة وظيفة المأذون.

اختلف العلماء المعاصرون في حكم تولي المرأة وظيفة ومهام المأذون الشرعي. وقبل عرض أقوالهم وأدلتهم، لابد من ذكر سبب الاختلاف في هذه المسألة .

وأرى أن سبب الاختلاف يتركز على عدة نقاط أهمها ما يلي:

١- الاختلاف في تولي المرأة ولاية القضاء، فمن رأى أن لها تولي ذلك، قال بجواز مأذونيتها، ومن منع من ذلك، قال بعدم الجواز.

٢- الاختلاف في حكم تزويج المرأة نفسها وغيرها، وتوجيه الآثار الواردة في ذلك، كالواردة عن عائشة رضي الله عنها، وغيرها.

٣- هل تعتبر المأذونية فرعاً من فروع القضاء، وهل المأذون الشرعي يُعد نائباً عن القاضي، فإن كان كذلك لزم أن يتصف المأذون ببعض الصفات المشترطة في القاضي، ومن أهمها: أن يكون مسلماً، ذكراً.

٤- الاختلاف في كون هذا العمل يتعارض مع قواعد الشرع، كقاعدة سد الذرائع، ويتمثل ذلك في حدوث الاختلاط والخلوة ومزاحمة مجتمع الرجال.

٥- الاختلاف في كونه معارض للعرف السليم.

الأقوال والأدلة،

كان اختلاف العلماء المعاصرين في تولي المرأة وظيفة المأذون - كما تقدم - على قولين فمنهم من أجاز ومنهم من منع، وسأعرض أقوالهم مع أدلتها، وما يمكن مناقشته منها، ومن ثمّ البيان والترجيح.

المجيزون تولي المرأة وظيفة المأذون، وأدلتهم:

أجاز جمع من الفقهاء والباحثين المعاصرين^(١) تولي المرأة وظيفة المأذون، واستندوا على عدة أدلة، وهي كما يلي:

أولاً: استدلوا بالأدلة التي استدل بها الحنفية على جواز تولي المرأة نكاح نفسها، ونكاح غيرها، وقالوا: إذا جاز لها الولاية في ذلك؛ فمن باب أولى جواز عقدها للنكاح، وبالتالي جواز أن يأذن لها القاضي بإنشاء عقد النكاح، إذا احتاج إليها كولي^(٢).

وبإليك الأدلة التي استدل بها على جواز تولي المرأة نكاح نفسها:
أولاً: من الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لِمَنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: من وجهين:

الأول: أن الله تعالى أضاف عقد النكاح إليها في قوله: ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ ﴾
الثاني: نسب التراجع في قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَرَاجَعَا ﴾
إلى الزوجين من غير ذكر الولي، وهذا دليل على تصور النكاح منها، وأنها

(١) ممن أجاز ذلك: د. علي جمعة مفتي الديار المصرية، و د. سيد طنطاوي شيخ الأزهر، و د. سعود الفقيسان عميد كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سابقاً، والشيخ محمود عاشور وكيل الأزهر سابقاً وعضو مجمع البحوث الإسلامية، و د. عمر مختار القاضي الأستاذ بجامعة الأزهر عضو الأمانة العامة لرابطة الجامعات الإسلامية.

(٢) مقال للدكتور: علي جمعة، مفتي الديار المصرية. مجلة الأهرام العربي، الصفحة ٢٨، بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١م، وانظر: (مجلة المجتمع رقم ١٧٩٣) في ٢٠٠٨/٢/١٥م، وموقع: علماء الشريعة، على الشبكة العنكبوتية.

(٣) سورة البقرة: آية (٢٣٠).

صاحبة حق في إجراء العقد على نفسها^(١).

المناقشة:

نوقش بأن الاستدلال بالآية لا يصح؛ لأن النكاح عندكم - أي الحنفية - حقيقة في الوطاء، فلا يكون المراد به هنا العقد عندكم^(٢)، ويكون المراد به الوطاء.

وعلى أن المراد به العقد، فتكون إضافته إليها بمعنى حقها في اختيار الزوج، لا تولى عقد النكاح^(٣).

٢- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَ الَّذِينَ ءَاتَيْتَ أَجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عِمِكَ وَبَنَاتِ عَمَّتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكَ وَبَنَاتِ خَلَّتِكَ الَّتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسًا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا ۝٤﴾.

وجه الاستدلال،

الآية نص في اعتبار المرأة في النكاح، وصحة انعقاده بقولها، وبلغظ الهبة^(٥).

(١) أحكام القرآن للجصاص (١٠١/٢)، وبدائع الصنائع للكاساني (٢٤٨/٢)، تبين الحقائق للزيلعي (١١٧/٢).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (٢٦٨/١).

(٣) ولاية المرأة في الفقه الإسلامي لحافظ محمد أنور (ص ٥٧٥).

(٤) سورة الأحزاب: آية (٥٠).

(٥) أحكام القرآن للجصاص (١٠٢/٢)، بدائع الصنائع للكاساني (٢٤٨/٢).

المناقشة:

نوقش بأن الآية ليس فيها دلالة على انعقاد النكاح بعبارة النساء، بل تدل الآية على جواز هبة المرأة نفسها لرسول الله ﷺ، وهذا خاص به خالص له ولا يشاركه أحد، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾، فبطل الاستدلال^(١).

٣- قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾^(٢).

وجه الاستدلال:

في الآية دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها، من غير شرط الولي^(٣).

المناقشة:

يمكن مناقشته بأن هذا خطاب للأولياء، وبيان أن الحق في التزويج لهن، فقوله تعالى: ﴿ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ أي: من جائز شرعاً، يريد من اختيار أعيان الأزواج وتقدير الصداق، دون مباشرة العقد؛ لأنه حق للأولياء^(٤).

٤- قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا رَضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَُمْ أَزْكًى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾^(٥).

(١) المغني لابن قدامة (٦/ ٧٠).

(٢) سورة البقرة: آية (٢٢٤).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٠١)، بداية المجتهد لابن رشد (٧/ ٢).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٢٨٤).

(٥) سورة البقرة: آية (٢٣٢).

وجه الاستدلال:

دللت هذه الآية على جواز النكاح إذا عقدت المرأة على نفسها بغير ولي ولا إذن وليها، من وجهين^(١):

أحدها: إضافة عقد النكاح إلى المرأة، فدل على جواز النكاح بعبارتها، من غير شرط إذن الولي.

والثاني: نهيه تعالى عن العضل - وهو المنع عن نكاحهن - إذا تراضى الزوجان.

المناقشة:

أما الوجه الأول، فإن إضافة العقد للمرأة؛ فلأنها محل له. وأما الوجه الثاني، فإن عضلها الامتناع عن تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، ويدل عليه أنها نزلت في معقل بن يسار رضي الله عنه^(٢)، حين امتنع عن تزويج أخته التي طلقها زوجها، فدعاه النبي ﷺ، فزوجها^(٣).

(١) أحكام القرآن للجصاص (٢/١٠٠)، بدائع الصنائع (٢/٢٤٨).

(٢) هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر المزني، له صحبة، وكان ممن بايع تحت الشجرة، مات بالبصرة في آخر خلافة معاوية، (أسد الغاية لابن الأثير ٤/٢٩٨).

(٣) المغني (٩/٢٤٦)، أحكام القرآن لابن العربي (١/٢٧٢)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/١٥٨)، تفسير القرآن العظيم لابن كثير (١/٢٨٢). وقصة معقل بن يسار أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح إلا بولي، (صحيح البخاري ٥/١٩٧٢، [٤٨٢٧]).

ثانياً: من السنة:

عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الْأَيُّمُ^(١) أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»^(٢).
وجه الاستدلال:

أنه أثبت لكل منها ومن الولي حقاً في ضمن قوله: (أَحَقُّ)، ومعلوم أنه ليس للولي سوى مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به^(٣).
المناقشة:

نوقش بأن معنى (أَحَقُّ) أنها أحق بنفسها في أنه لا يعقد عليها إلا برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد عقد النكاح على نفسها دون وليها^(٤).
ثالثاً: من الآثار:

عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ^(٥) أَنَّ عَائِشَةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ زَوَّجَتْ حَفْصَةَ بِنْتَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ^(٦) الْمُنْذَرَ بْنَ الزُّبَيْرِ^(٧)، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ غَائِبٌ بِالشَّامِ،

(١) الأيم: في الأصل التي لا زوج لها بكرة كانت أو ثيباً، مطلقة كانت أو متوفى عنها، ويريد بالأيم في هذا الحديث الثيب خاصة. يقال: تأيمت المرأة وأمت، إذا أقامت لا تتزوج. (النهاية لابن الأثير ٨٥/١).
(٢) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، بَابِ اسْتِئْذَانِ الثَّيْبِ فِي النِّكَاحِ بِالنِّطْقِ وَالْبِكْرِ بِالسُّكُوتِ. (صحيح مسلم ١٠٢٧/٢ [١٤٢٩]).

(٣) فتح القدير لابن الهمام (٢٥٩/٣).

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٧٢/٣)، الأم للشافعي (١٦٨/٥)، الحاوي الكبير للماوردي (٤٣/٩)، المجموع للنووي (٣٠٠/٢).

(٥) هو عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق القرشي التميمي أبو محمد، الفقيه، ولد في حياة عائشة زوج النبي ﷺ، كان ثقة ورعاً، توفي بالشام سنة ١٢٦ هـ (تهذيب الكمال للمزي ٣٤٧/١٧ - ٣٥١).

(٦) هي حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق، كانت تحت المنذر بن الزبير، وهي تابعة ثقة. (تهذيب الكمال ١٥٣/٣٥).

(٧) هو المنذر بن الزبير الأمير أبو عثمان أحد الأبطال، ولد زمن عمر، وكان ممن غزا القسطنطينية مع يزيد، ووقعت عليه، قتل سنة ٦٤ هـ (سير أعلام النبلاء للذهبي ٢٨١/٣).

فَلَمَّا قَدِمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ قَالَ : وَمِثْلِي يُصْنَعُ هَذَا بِهِ ؟ وَمِثْلِي يُفْتَاتُ عَلَيْهِ ^(١) ؟
فَكَلَّمْتُ عَائِشَةَ الْمُنْذِرَ بْنَ الزُّبَيْرِ، فَقَالَ الْمُنْذِرُ : فَإِنَّ ذَلِكَ بِيَدِ عَبْدِ
الرَّحْمَنِ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ : مَا كُنْتُ لَأُرَدَّ أَمْرًا قَضَيْتِهِ، فَقَرَّتْ حَفْصَةُ
عِنْدَ الْمُنْذِرِ وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ طَلَاقًا ^(٢).

وجه الدلالة: أن عائشة رضي الله عنها باشرت وتولت عقد
النكاح.

المناقشة:

نوقش بأنه ليس على ظاهره، ولم يرد بقوله: (زَوَّجَتْ حَفْصَةَ) إلا
الخطبة والكناية في الصداق والرضا ونحو ذلك، دون العقد، فيحمل
على أنها مهدت أسباب تزويجها، ثم أشارت على من ولي أمرها عند
غيبه أبيها، حتى عقد النكاح، وإنما أضيف النكاح إليها لاختيارها ذلك
وإذنها فيه وتمهيدها أسبابه ^(٣).

بدليل الحديث المأثور عنها أنها كانت إذا أرادت نكاح امرأة من
نسائها دعت رهطاً من أهلها فتشهدت حتى إذا لم يبق إلا النكاح،
قالت: يا فلان أنكح، فإن النساء لا ينكحن ^(٤).

(١) يفتات عليه: أي: أفات بهن وتُفعل دوني. قال أبو عبيد: كل من أحدث دونك شيئاً فقد فاتك به. (مشارك
الأخبار للقاضي عياض ١٦٤/٢)، (غريب الحديث لابن سلام ٢/٢٢٩).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٥٥٥/٢)، وابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٧/٣)، وسعيد بن منصور في السنن
(٤٢٩/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٢/٧) وفي معرفة السنن والآثار (٢٣٢/٥). وصححه إسناده
ابن حجر كما في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٦٠/٢).

(٣) الاستذكار لابن عبد البر (٢٢/٦)، المنتقى للباجي (٢٥١/٣)، معرفة السنن والآثار للبيهقي
(٢٣٣/٥).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٠١/٦) [١٠٤٩٩]، وابن أبي شيبة ٤٥٨/٣ [١٥٩٩٩]، والبيهقي في
معرفة السنن والآثار (٢٣٣/٥)، وصححه ابن حجر في فتح الباري (١٨٦/٩).

رابعاً: من المعقول:

١- أن المرأة إذا تولت عقد النكاح بنفسها فقد تصرفت في خالص حقها، وهي من أهلها لكونها عاقلة بالغة؛ ولهذا كان لها اختيار الأزواج، فلا تُزوّج ممن لا ترضاه^(١).

المناقشة:

يمكن مناقشته من وجهين:

الأول: عدم التسليم بأنه من خالص حقها، بل للولي حق في ذلك جعله له الشارع، كحديث عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: «لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ»^(٢).

الثاني: أنها إنما منعت الاستقلال بالنكاح؛ لقصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة. وصيانة لها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها^(٣).

٢- أن لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج، فجاز لها أن تتصرف في عقد النكاح، وإنما يطالب الولي بالتزويج؛ كيلا تنسب إلى الوقاحة^(٤).

(١) المبسوط (١٢/٥)، الهداية شرح البداية (١٩٦/١)، فتح القدير لابن الهمام (٢٥٧/٣)، البحر الرائق لابن نجيم (١١٧/٣).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (١١٩/٩)، وابن حبان في صحيحه (٢٨٦/٩)، والدارقطني في السنن (٢٢٦/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٨/١٠) وفي معرفة السنن والآثار (٢٥٣/٥). وروى الحديث أيضاً أبو هريرة وجابر بن عبد الله وابن عباس وأبو موسى الأشعري رضي الله عنهم. وصحح الحديث جمع من أهل الحديث كابن المديني وابن حجر وغيرهم. انظر: (المحرر في الحديث لابن قدامة ص ٥٤٤)، التلخيص الحبير لابن حجر (٥٦/٣)، البدر المنير لابن الملقن (٤٧٥/٧).

(٣) المغني (٢٤٤/٩).

(٤) الهداية شرح البداية (١٩٦/١)، المبسوط (١٢/٥)، البحر الرائق (١١٧/٣).

المناقشة:

نوقش بأن قياس النكاح على المال، قياس مع الفارق، فإن المرأة ماثلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجوزة في هذا المعنى على التأبيد، مع أن ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها^(١).

هذا وبعد ذكر الأدلة التي استدلت بها الحنفية على جواز تولي المرأة نكاح نفسها، ونكاح غيرها، وما تم من مناقشة لها، يظهر ضعف هذا القول، وأن القول بأنه لا يجوز للمرأة أن تتولى عقد النكاح، وأن الولي شرط في صحة عقد النكاح، هو القول الراجح، وهو قول جمهور أهل العلم. ويؤيد ذلك أيضاً عدة أدلة من الكتاب والسنة، منها ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيْسِتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسْفَحَاتٍ وَلَا مُنْخَذَاتٍ أَخَذَانِ فَإِذَا أَحْصَيْنَ فَإِنْ أَتَيْتُمْ بِفَحْشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصِيرُوا خَيْرٌ لَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٢)، أي: بولاية أربابهن المالكين وإنزهم^(٣)، ولم يخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهن^(٤).

٢- عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ»^(٥).

(١) بداية المجتهد (٩/٢).

(٢) سورة النساء، آية (٢٥).

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٤١/٥).

(٤) المصدر السابق (٧٣/٢).

(٥) تقدم تخريجه.

٢- عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...»^(١).

وبالتالي يظهر ضعف قياس تولي المرأة مهام المأذون، على تولي المرأة لنكاح نفسها أو نكاح غيرها؛ لعدم صحة الأصل المقيس عليه؛ وذلك لضعف أدلته بما حصل من مناقشة.

ثانياً: أن المرأة كالرجل في عامة الأحكام، إلا ما دل على خصوصيتها، فهي تتولى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والنصيحة والدعوة إلى الله، كما يقوم بها الرجال تماماً^(٢).

المناقشة:

يمكن مناقشته بأنه لا يصح القياس على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والنصيحة والدعوة إلى الله؛ لأنه قياس مع الفارق، فإن أداء واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والدعوة إلى الله، لا يكون إلا في الحدود المقررة لكل من الرجل والمرأة، وتختلف دائرة هذا الواجب حسب كل شخص، فالمرأة لها محيطها الخاص وهو ما يتعلق بالنساء، وفي الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء، ونحو ذلك، ووفق ضوابط وشروط، كعدم الاختلاط بالرجال وعدم مزاحمتهم والخلوة بهم ونحو

(١) أخرجه الترمذي في الجامع (٤٠٨/٣)، وأبو داود في السنن (٢٢٩/٢)، وأحمد في المسند (٦٦/٦)، والحاكم (١٨٢/٢)، وابن حبان (٢٨٤/٩)، والنسائي (٢٨٥/٣)، والدارمي (١٨٥/٢)، والدارقطني (٢٢١/٣)، وأبو يعلى (٢٥١/٨)، وأبو عوانة (١٨/٣)، وسعيد بن منصور (١٧٥/١)، والبيهقي (١٠٥/٧). قال ابن معين: «إنه أصح حديث في الباب». وحسن الحديث الترمذي، وصححه أبو عوانة وابن خزيمة وابن حبان والحاكم وابن الجوزي والذهبي وابن الملقن وابن حجر وغيرهم. انظر: (التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٢٥٥/٢)، تنقيح تحقيق أحاديث التعليق لابن عبد الهادي (١٤٣/٣)، مصباح الزجاجة للبوصيري (١٠٣/٢)، خلاصة البدر المنير (١٨٧/٢)، فتح الباري (١٩١/٩)).

(٢) مقال للدكتور: سعود الفتيان، بملحق الرسالة بصحيفة المدينة بتاريخ ١٤٢٩/٢/٢٩ هـ.

ذلك. وهذا لا يسلم منه عمل المأذون، وبالتالي لا يستدل بهذا الدليل في هذا المقام.
ثالثاً: ذهب الفقهاء إلى أن الحاكم له أن يزوج بدلاً من الولي عند فقدّه أو غيابه، حتى قالوا: «الحاكم ولي من لا ولي له»^(١)، ومعلوم أن المأذون إنما قد أذن من الحاكم ولي الأمر أو القاضي، فهو يقوم مقامه^(٢).

المناقشة:

يمكن مناقشته بأن الاستدلال بهذا بعيد وضعيف؛ لأنه خارج محل النزاع، فكلما لمنا ليس في ولاية السلطان لمن لا ولي له، بل في عقد المرأة للنكاح.

رابعاً: أن عمل المأذون له شق قانوني (نظامي)، وهو مجرد التوثيق، وشق شرعي، وهو العلم بأحكام الزواج والطلاق، فليس للمأذون ولاية في غير ما ولاه القانون فيه. ومتى توفر الشق القانوني والشرعي في المرأة، فلا مانع أن تعمل المرأة موثقة لعقود الزواج والطلاق، حيث لا يوجد في الشريعة ما يسمى بالمأذون، وليس له شروط محددة كالقضاء والولايات. والتوثيق وظيفة إدارية بحتة، تخضع لإجراءات من السلطات المختصة^(٣).

وبهذا يعلم أنه ليس هناك في الشريعة ما يحرم على المرأة أن تعمل في مثل هذه الوظيفة، وأنه ليس من الولايات العامة التي جاء الشرع بمنعها على

(١) أصله حديث بلفظ: (... فإن السلطان ولي من لا ولي له)، وهو عجز حديث عائشة السابق: (أيما امرأة نكحت...).

(٢) مقال للدكتور: علي جمعة، مفتي الديار المصرية، مجلة الأهرام العربي، الصفحة ٢٨، بتاريخ ٢٠٠٨/٣/١ م.

(٣) موقع: (مأذونون جمهورية مصر العربية)، على الشبكة العنكبوتية.

المراة، وأن عمل المأذون هو توفيق وتوثيق يمكن للمراة أن تقوم به^(١).
المنافشة:

يمكن مناقشته بأن عمل المأذون يترتب عليه قيام المراة ببعض المحرمات، من الاختلاط والخلو ومزاحمة مجتمع الرجال، وأن المأذون قد يتعرض لبعض الأمور التي ينزه الشرع المراة عنها. وما أدى إلى حرام فهو حرام^(٢).

خامساً: أن العرف وإن جرى أن يقوم الرجل بإجراء عقد النكاح ، إلا أن الشرع لا يمنعه، مادام أن المراة تعرف شروطه وكيفيته، فالمسألة لا علاقة لها بالحل أو الحرمة، بقدر ما ترتبط بالعادات والتقاليد^(٣).
المنافشة:

يمكن مناقشته بما نوقش به الدليل الرابع.

المانعون تولي المراة وظيفة المأذون، وأدلتهم:

منع جمع من الفقهاء والباحثين المعاصرين^(٤) تولي المراة وظيفة المأذون، وقالوا بعدم جوازه، واستندوا على عدة أدلة، وهي كما يلي:

(١) مقال للدكتور: سعود الفنينسان، بملحق الرسالة بصحيفة المدينة بتاريخ ٢٩/٢/١٤٢٩ هـ وانظر:

(مجلة المجتمع رقم (١٧٩٣) في ١٥/٣/٢٠٠٨ م، وموقع: علماء الشريعة، على الشبكة العنكبوتية).

(٢) انظر هذه القاعدة في: (الفروق للقرافي ٣/٢٠٠، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١٨٤/٢، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ٣٨٥/٤، أعلام الموقعين لابن القيم ١٣٧/٣).

(٣) مجلة المجتمع رقم (١٧٩٣) في ١٥/٣/٢٠٠٨ م، وموقع: علماء الشريعة، على الشبكة العنكبوتية.

(٤) ممن منع ذلك: سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله آل الشيخ مفتي عام المملكة العربية السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء والرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، والشيخ عبد الحميد الأطرش رئيس لجنة الفتوى بالأزهر، و د. نصر فريد مفتي الديار المصرية السابق وعضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، و د. إسماعيل الدفتار الأستاذ بكلية أصول الدين بالأزهر وعضو مجمع البحوث الإسلامية، و د. يوسف قاسم أستاذ الشريعة بجامعة القاهرة، و د. حامد أبو طالب عميد كلية الشريعة بالأزهر سابقاً، والشيخ محمد المنجد المشرف على موقع الإسلام، سؤال وجواب .

أولاً: الأحاديث والآثار الواردة في عدم جواز تولي المرأة عقد النكاح^(١)، ومنها ما يلي:

١- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا»^(٢).

وجه الاستدلال: فيه دليل على أن المرأة ليس لها ولاية في الإنكاح لنفسها ولا لغيرها، فلا عبرة لها في النكاح إيجاباً ولا قبولاً، فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا غيره، ولا تزوج غيرها بولاية ولا بوكالة، ولا تقبل النكاح بولاية ولا وكالة^(٣).

المناقشة:

نوقش هذا الدليل من جانبين:

الأول: أن الحديث ضعيف لا يحتج بمثله^(٤).

الجواب: أجيب عن هذه المناقشة بأن الحديث صحيح، وقد رواه الدارقطني^(٥) بإسناد على شرط الصحيحين^(٦).

(١) مقال للدكتور: أحمد المعبي بملحق الرسالة بصحيفة المدينة، بتاريخ ١٤٢٩/٢/٦ هـ موقع الإسلام، سؤال وجواب.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٠٦/١)، والدارقطني (٢٢٧/٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٠/٧).

(٣) سبل السلام للصنعاني (١٢٠/٣).

(٤) قال ابن الجوزي - بعد أن ساق طرق الحديث-: «وفي الطريق الأول جميل وفي الثاني مسلم، وكلاهما لا يعرف» (التحقيق في أحاديث الخلاف ٢/٢٥٩)، وانظر: (نصب الراية للزيلعي ٢/١٨٨)، و (تذكرة المحتاج لابن الملقن ص ١٤).

(٥) هو الإمام الحافظ أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي، من أهل محلة دار قطن ببغداد، ولد سنة ٣٠٦ هـ وتوفي سنة ٣٨٥ هـ (سير أعلام النبلاء ١١/٤٤٩).

(٦) انظر: تحفة المحتاج (٢/٣٦٤)، خلاصة البدر المنير (٢/١٨٧)، سبل السلام (٣/١٢٠)، إرواء الغليل للالباني (٦/٢٤٨، ٢٤٩).

الثاني: على فرض التسليم بصحة الحديث، فإنه محمول على وجه الكراهة لحضور المرأة مجلس الإملاك؛ لأنه مأمور بإعلان النكاح؛ ولذلك يجمع له الناس، فكره للمرأة حضور ذلك المجمع^(١).

الجواب: يمكن أن يجاب عنه بأن الأصل في النهي التحريم^(٢)، ولا ينصرف إلى الكراهة إلا بقريضة، ولا قرينة هنا.

٢- ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها كانت إذا أرادت نكاح امرأة من نساؤها، دعت رهطاً من أهلها فتشهدت حتى إذا لم يبق إلا النكاح، قالت: يا فلان أنكح، فإن النساء لا ينكحن^(٣).

ثانياً: تعارضها مع قواعد الشرع كقاعدة «سد الذرائع»^(٤)، وما يترتب على قيام المرأة بهذه الوظيفة من المحرمات، من الاختلاط والخلوة ومزاحمة مجتمع الرجال، وعدم إمكانية الفصل بين

(١) أحكام القرآن للجصاص (١٠٣/٢، ١٠٤)، الباب في الجمع بين السنة والكتاب للمنبجي (٦٦٢/٢).
(٢) انظر هذه القاعدة في: (كشف الأسرار للبخاري ٢٥٦/١، المحصول للرازي ٤٧٠/٢، الإبهاج شرح المنهاج للسيكي ٦٧/٢، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ١٠٠/٢، التحبير شرح التحرير للمرداوي ٢٢٧٩/٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) سدّ الذرائع: هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويَتَوَصَّلُ بها إلى فعل المَحْظُور. قال ابن القيم: ولما كانت المقاصد لا يَتَوَصَّلُ إليها إلا بأسباب وطُرُق تفضي إليها، كانت طُرُقها وأَسْبَابُهَا تابعة لها مُعْتَبَرَةً بها، فَوَسَائِلُ الْمُحْرَمَاتِ وَالْمَخَاصِي فِي كَرَاهِيَّتِهَا وَالْمَنْعِ مِنْهَا، بِحَسَبِ إِفْضَالِهَا إِلَى غَايَاتِهَا وَأَرْثِقَاتِهَا، بِهَا، وَوَسَائِلُ الطَّاعَاتِ وَالْقُرْبَاتِ فِي مُحَبَّتِهَا وَالْإِذْنِ فِيهَا، بِحَسَبِ إِفْضَالِهَا إِلَى غَايَتِهَا، فَوَسِيلَةُ الْمَقْصُودِ تَابِعَةٌ لِلْمَقْصُودِ، وَكُلَاهُمَا مَقْصُودٌ، لَكِنَّهُ مَقْصُودٌ قَصْدُ الْغَايَاتِ، وَهِيَ مَقْصُودَةٌ قَصْدُ الْوَسَائِلِ، فَإِذَا حَرَّمَ الرَّبُّ نَعَالِي شَيْءٍ وَلَهُ طَرِيقٌ وَوَسَائِلُ تَفْضِي إِلَيْهِ، فَإِنَّهُ يُحَرِّمُهَا وَيَمْنَعُ مِنْهَا؛ تَحْقِيقًا لِلتَّحْرِيمِ وَتَنْبِيْهًُا لَهُ وَمَنْعًا أَنْ يُقَرَّبَ حِمَاهُ، وَلَوْ أَبَاحَ الْوَسَائِلَ وَالذَّرَائِعَ الْمُفْضِيَةَ إِلَيْهِ، لَكَانَ ذَلِكَ تَقْصُصًا لِلتَّحْرِيمِ، وَإِعْزَازًا لِلنَّفُوسِ بِهِ وَحِكْمَةً تَعَالَى وَعِلْمُهُ يَأْبِي ذَلِكَ كُلَّ الْإِنَاءِ.

إعلام الموقعين (٣٥/٣). وانظر هذه القاعدة في: (الفروق للقرافي ٥٩/٢، الموافقات للشاطبي ٣٦٠/٢، البحر المحيط للزركشي ٣٨٢/٤).

المختلفين من أهل العروسين أثناء كتابة العقد، والعمل على تقريب وجهات النظر، وأن المأذون قد يتعرض لبعض الأمور التي ينزّه الشرع المرأة عنها، وعن التعرض لمثل هذه الممارسات حفاظاً عليها. وما أدى إلى حرام فهو حرام^(١).

ثالثاً: أن المأذونية تعتبر فرعاً من فروع القضاء، بل هو نائب عن القاضي الشرعي، ولذا لزم أن يكون المأذون الشرعي متصفاً في شخصه ببعض الصفات المشترطة في القاضي، ومن أعظمها أن يكون مسلماً، ذكر^(٢).

المناقشة:

يمكن مناقشته بأن اشتراط الذكورة في القاضي مسألة مختلف فيها، فقد ذهب ابن حزم^(٣) إلى عدم اشتراطها، وأجاز أن تتولى المرأة القضاء، وذهب الحنفية إلى جواز تولي المرأة القضاء فيما تجوز فيه شهادتها، أي في غير الحدود والقصاص^(٤).

الجواب:

يجاب عن هذه المناقشة بأن القول الراجح والذي يسنده الدليل هو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء وهو اشتراط الذكورة في القاضي، وعدم جواز تولي المرأة القضاء مطلقاً، ومن أبرز أدلتهم على ذلك ما يلي:

(١) ملحق الرسالة بصحيفة المدينة، بتاريخ ١٤٢٩/٢/٢٩ هـ و ١٤٢٩/٢/٦ هـ، مجلة المجتمع رقم (١٧٩٣) في ١٥/٣/٢٠٠٨ م، موقع: علماء الشريعة، على الشبكة العنكبوتية.

(٢) مقال للدكتور: أحمد المعبي بملحق الرسالة بصحيفة المدينة، بتاريخ ١٤٢٩/٢/٦ هـ.

(٣) هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأموي الوزير الظاهري، نافح عن مذهب الظاهرية ونصره، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤ هـ وتوفي سنة ٤٥٦ هـ (سير أعلام النبلاء ١٨/١٨٤).

(٤) المحل لابن حزم (٥٢٨/٨)، بدائع الصنائع (٣/٧)، فتح القدير لابن الهمام (٢٩٧/٧).

١- قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَإِذَا فَضَّلْتُمْ عَلَيْهِنَّ فَعُظْمُوهُنَّ فَعُظْمُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضَرُّوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ (١).

وجه الاستدلال:

دللت الآية على أن الرجل قيم على المرأة، أي: هو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت؛ لأن الرجال أفضل من النساء، والرجل خير من المرأة؛ ولهذا كانت النبوة مختصة بالرجال، وكذلك الملك الأعظم (٢).

٢- قول النبي ﷺ: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ» (٣).

وجه الاستدلال:

في الحديث دلالة على أن المرأة لا تلي الإمارة ولا القضاء (٤).

٣- قال ابن قدامة (٥): «لم يول النبي ﷺ ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً» (٦).

(١) سورة النساء، آية (٣٤).

(٢) تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٤/٤٩٢)، تفسير البيضاوي (٢/١٨٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كِسْرَى وَفَيْضَرَ. (صحيح البخاري (٤/١٦١٠) [٤١٦٣]).

(٤) فتح الباري (٨/١٢٨).

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي ثم الدمشقي، موفق الدين، من محققي مذهب الحنابلة، ولد سنة ٥٤١ هـ، وتوفي سنة ٦٢٠ هـ. (المنهج الأحمد للعلمي (٤/١٤٨)).

(٦) المغني (١٠/٩٢).

رابعاً: أن تولي المرأة مهام المأذونية مخالف للعرف السليم، فإن المجتمع الإسلامي - بكل ما لديه من أعراف راسخة - لن يقبل أن تقوم امرأة بإبرام عقد الزواج في المحافل الرجالية، مما يجعل الأمر غير مقبول من الناحية الواقعية، ومن ناحية العرف السليم^(١).

ترجيح وتوضيح:

بعد ذكر أقوال العلماء المعاصرين في هذه المسألة المستجدة، وهي تولي المرأة وظيفة ومهام المأذون، وبعد استعراض أدلة كل قول ومناقشته وما يرد عليه من نقاش، يظهر لي - والله أعلم - أن الراجح هو قول من قال بعدم جواز تولي المرأة لهذه الوظيفة.

ويترجح هذا القول لقوة الأدلة الدالة على ما ذهبوا إليه، وهي أدلة من الكتاب والسنة وما تقتضيه قواعد الشرع الحنيف، وقد سلمت عن الاعتراضات، والمناقشات الواردة على بعضها لا تقوى على تضعيفها، والاستدلال بها واضح؛ ولأن هذا القول نظر إلى جميع نصوص الشرع وقواعده التي تُبنى عليها هذه المسألة، أما القول الثاني وهو القائل بجواز تولي المرأة لمهام المأذون، فنظر إلى جانب دون جانب، وأدلتها لا تنهض حجة لما استدل بها عليه.

ولاشك أن القول بمنع المرأة من تولي وظيفة ومهام المأذون يتفق مع أصول الشريعة الغراء المنزلة من عند العليم الخبير الحكيم في شرعه، فالإسلام أكرم المرأة وحفظ أخلاقها وصان عرضها من العبث والبغي والعدوان، لما أعفها عن كثير من مهام الحياة العملية من الكسب وغيره،

(١) ملحق الرسالة بصحيفة المدينة، بتاريخ ١٤٢٩/٢/٢٩ هـ.

حتى لا تختلط بالرجال الأجانب وتزاحمهم في المحافل؛ لئلا تفتتن بهم أو يفتتنوا بها أو يعبتوا بها، فيفسدوا أخلاقها وعرضها، فمن هنا حرم الإسلام الخلوة بها للرجل الأجنبي منها، وأمرها بالقرار في بيتها وعدم الخروج منه إلا لضرورة، قال تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ أَجْنِهْلَةٍ أُولَىٰ وَاقْنَعْنَ الصَّلَاةَ وَءَاتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا﴾ (١).

قال القرطبي (٢): «معنى هذه الآية الأمر بلزوم البيت، وإن كان الخطاب لنساء النبي ﷺ، فقد دخل غيرهن فيه بالمعنى، هذا لو لم يرد دليل يخص جميع النساء، كيف والشرعية طافحة بلزوم النساء بيوتهن، والانكفاف عن الخروج منها إلا لضرورة» (٣).

وعند الخروج أمرها بالحشمة والوقار، وعدم التبرج وإظهار الزينة إلا ما ظهر منها، فهي اعتبرت في الشرع كيانا كامناً، لا يستحسن في أي حال من الأحوال بروزه إلى ظهور الأشهاد دونما حاجة، فقد قال رسول الله ﷺ: «الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ فَإِذَا خَرَجَتْ اسْتَشْرَفَهَا» (٤) الشَّيْطَانُ» (٥).

وانشغال المرأة بوظيفة المأذون يؤدي إلى ارتكاب هذه المحرمات،

(١) سورة الأحزاب، آية (٣٣).

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الأندلسي القرطبي، من كبار المفسرين، توفي سنة ٧٧١ هـ. (الذبيح المذهب لابن فرحون (ص ٣١٧، ٣١٨)).

(٣) الجامع لأحكام القرآن (١٤/١٧٩).

(٤) استشرَفَهَا: يعني رفع البصر إليها ليغويها، أو يغوي بها، فيوقع أحدهما أو كلاهما في الفتنة. (فيض القدير للمناوي (٦/٢٦٦)).

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٢/٤٧٦)، وقال: «حديث حسن صحيح غريب»، وابن أبي شيبة (٢/١٥٧)، وابن حبان (١٢/٤١٣)، وابن خزيمة (٣/٩٣)، والطبراني في الأوسط (٢/١٨٩)، والبزار (٥/٤٢٧).

قال الهيثمي: «رجاله رجال الصحيح». (مجمع الزوائد ٤/٣١٤).

وتجاوز حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، وما أدى إلى حرام فهو حرام.

ولذلك أعفيت النساء عن كثير من الأوامر والشعائر التي يتوقف امتثالها على الخروج من البيت، مثل صلاة الجمعة، فكم لها من فضيلة وشرف، وكم ورد من التأكيد بحضورها في الكتاب والسنة.

ولا يجب عليهن حضور الصلاة في جماعة، ولو حضرن لقمن خلف الصفوف. وتشجيع الجنائز من حق المسلم على أخيه، ولكن أعفيت النساء عن هذا الحكم، ونهين عن اتباع الجنائز.

ثم إن من القواعد الثابتة في الشريعة الإسلامية قاعدة: (درء المفسد أولى من جلب المصالح)^(١)، فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قُدم دفع المفسدة غالباً؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات^(٢).

فهذا دفع المفسدة عند تعارضها مع المصلحة واستوائهما، أما إذا كانت المفسدة أشد من المصلحة فدفعها أولى وأشد، وهذا واضح، يقبله كل عاقل. وإذا أردنا أن نناقش تولي المرأة لوظيفة المأذون نرى أن مضاره تفوق منافعه.

فمن المضار ما تقدم ذكره من الاختلاط المؤدي إلى ضرر الأمة...، وكذا إهمال البيت، وشئون الأولاد، مما يؤدي إلى تفكك الأسرة.

ثم إن هذا العمل ليس فيه إكرام للمرأة، بل هو إهانة لها. ولا يُختر بما يقال وينادى به في هذا العصر بأن هذه الوظيفة فيها

(١) انظر هذه القاعدة في: (الفروق للقرافي ٢/٣٠٧، الموافقات للشاطبي ٤/٢٧٢، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٧)، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٤/٤٤٧).

(٢) انظر: (الفروق للقرافي ٢/٣٠٧، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٨٧)).

إثبات لكرامة المرأة وشعورها بإنسانيتها، فقد نادى بعض الناس بتسوية المرأة في كل حق وواجب، ودعوا إلى تولي المرأة الولايات العامة مثل الرجل، ورأوا أن ذلك من احترامها وإكرامها، ومن الطبيعي أن يرجع المسلمون إلى القرآن والسنة في معرفة الأحكام؛ لأن كل ما فيه احترام وتكريم للمرأة مبين فيهما، وكل ما يخالف ما جاء في الكتاب والسنة ليس فيه تكريم ولا احترام، بل هو إهانة وتذليل للإنسانية.

لذا فإن القول بالمنع هو الصواب، فإن الشريعة تتوخى كلها، ويجب النظر في جميع الأحكام الشريعة بعضها مع بعض، ونجد أن الله خلق الرجل لأعمال، وأنات به المسؤوليات، وأعفى عنها المرأة، وخلق المرأة لأعمال وأنات بها المسؤوليات تناسب فطرتها، لا تحملها الرجل، وقسم دائرة كل جنس في حياته، وهو حكيم في خلقه وفي شرعه.

وأخيراً فبعد هذا البيان لهذه المسألة وتوضيح حكمها وفق نصوص الشرع وما تقتضيه قواعده، فإنني أنبه على أنه يجوز للمرأة أن تمهد لعقد الزواج من حيث الصداق ورضا الطرفين، ولا يجوز لها أن تباشر التزويج بنفسها، كما تقدم.

وإذا تمَّ العقد الشرعي برضا الطرفين وموافقة الولي، وتولت المرأة توثيق عقد النكاح؛ كأن تكون موظفة في محكمة، أو دائرة شرعية، أو ما يشبه ذلك من أعمال المأذونية، فلا يظهر المنع؛ لأن العقد قد تمَّ، وليس لها إلا توثيق ذلك على الورق، ولكن وفق الضوابط الشرعية.

أما أن تكون هي شاهدة على عقد النكاح، أو يكون المرجع في تقويم الشهود إليها، أو أن تكون هي التي تلي عقد النكاح، فلا يجوز.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين،
وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإنَّه من خلال عملي في هذا البحث المعنون بـ (تولي المرأة وظيفة
المأذون، دراسة فقهية تأصيلية)، توصلت إلى عدة نتائج، أرى تسجيل
أهمها كخاتمة لهذا العمل، وهي كالتالي:

١- إن الإسلام فرَّق بين الذكر والأنثى في الخلقة والتكوين، وأناط
بكل منهما ما يناسب فطرته من واجبات ومسئوليات.

٢- إن الإسلام أكرم المرأة وحفظ أخلاقها وصان عرضها من العبث
والبغي والعدوان.

٣- المأذون الشرعي وعاقده النكاح والمملك مدلولها واحد، فهي
تطلق على موثق عقود الزواج والطلاق.

٤- توثيق عقد النكاح بتدوينه، لا يُعد شرعاً من أركان ولا من
شروط صحة العقد.

٥- لا يجوز للمرأة أن تتولى عقد النكاح، والولي شرط في صحة عقد
النكاح.

٦- لا يصح قياس تولي المرأة مهام المأذونية، على تولي المرأة لنكاح
نفسها أو نكاح غيرها.

٧- لا يجوز تولي المرأة لوظيفة ومهام المأذون.

فتاوي الفقهاء (*)

لا يتقيد ولا يتخصص إذن الولي بزمان ومكان ولا بنوع من

البيع والشراء

علي حيدر (**)

مثلاً لو أذن الولي الصغير المميز يوماً وشهراً يكون مأذوناً على الإطلاق ويبقى مستمراً على ذلك الأذن ما لم يحجره الولي كذا لو قال له بيع واشتر في السوق الفلاني يكون مأذوناً بالبيع والشراء في كل مكان كذلك لو قال له بيع واشتر المال الفلاني فله أن يبيع ويشترى كل جنس المال ولا يتقيد ولا يتخصص إذن الوالي (١) بزمان (٢) بمكان (٣) بنوع من البيع والشراء (٤) بمعاملة شخص معين، حتى لو جرى التخصيص بالتصرفات بسبب اقتدار ووقوف الصبي على التصرف فيها، وللعلم بعدم اقتداره على التصرفات الأخرى فلا يتخصص الإذن لأنه لما كان الإذن إسقاطاً، فلا يقبل التقييد، وليس الإذن إنابة وتوكيلاً ولو كان إنابة وتوكيلاً لتقيد وتخصص كما هو مذكور في المادة (١٤٥٦١١) (مثلاً مسكين) وعليه فتجارة الصغير في كل نوع من أنواع التجارة وأخذها وعطاؤه صحيحان، كما أن الغبن الفاحش ورهنه مالاً وإعارته ثوباً وحيواناً صحيحة أيضاً ولو كان

(*) تختار المجلة في كل عدد من أعدادها بعضاً من فتاوي فقهاء السلف في القضايا والمشكلات المعاصرة.

(**) هو علي حيدر باشا بن جابر الحسني من أشراف مكة، ولد بالأسنانة سنة ١٢٨٠هـ وتعلم بها، وتولى مناصب وزارة الأوقاف والعدل، ورئاسة محكمة التمييز، وأمانة الفتيا في الدولة العثمانية، وكان مدرساً لمجلة الأحكام العدلية بكلية الحقوق بالأسنانة، واستقر في الشام، وتوفي ببيروت سنة ١٣٥٣هـ من مؤلفاته «درر الأحكام شرح مجلة الأحكام». انظر: الأعلام للزركلي، ج ٤ ص ٣٨٤.

الولي قد منعه البيع والشراء مع الغبن الفاحش لأن البيع مع الغبن الفاحش من عادات التجار ويقصد به جلب القلوب فيبيعون صفقة واحدة مع الغبن الفاحش ويبيعون صفقة أخرى بالربح وعليه فللصبي المأذون أن يباشر كل نوع من أنواع البيع والشراء.

ويستفاد من قوله لا يتقيد ولا يتخصص على الإطلاق أن الولي سواء نهى عن مخالفة تقييده صراحة أو سكت عن ذلك فلا يتقيد ولا يتخصص يعني مثلاً لو قال الولي صراحة للصغير بع واشتر في المكان الفلاني أو قال له بع واشتر حنطة ولا تبع أو تشتري غيرها ونهى عن خلافها فله أن يبيع ويشترى في ذلك المكان أو أن يبيع ويشترى غير ذلك المكان أو أن يبيع ويشترى غير ذلك الشيء المعين حتى أنه لو قال أذنك لشهر وحجرتك لمرور شهر فإذا لم يحجر بعد مرور الشهر مجدداً بقي مأذوناً أيضاً (الهندية في الباب الثاني، رد المحتار).

إن جواز البيع والشراء مع الغبن الفاحش المبين آنفاً هو مذهب الإمام الأعظم أما عند الإمامين فإن البيع والشراء بالغبن الفاحش غير جائزين ويجري الاختلاف المذكور في المعتوه المأذون أيضاً (رد المحتار) والحجر كالإذن أيضاً لا يقبل التخصص والتجزؤ انظر شرح المادة (٩٧٣١١) (أما عند الإمام الشافعي والإمام زفر) فإن الإذن يتقيد ويتخصص بها وإليك سبب الاختلاف:

إن الإذن عند الأئمة الحنفية هو إسقاط فلا يتقيد أما عند الشافعية فهو إنابة وتوكيل فيتقيد (رد المحتار).

مثلاً لو أذن الولي الصغير المميز بالبيع والشراء يوم واحداً أو شهراً يكون الصغير المميز مأذوناً على الإطلاق، يعني يكون مأذوناً في ذلك اليوم أو في ذلك

الشهر وفي غيره من الأيام والأشهر ويبقى مأذونا دائماً ما لم يحجزه الولي ولا ينحجر بانقضاء ذلك اليوم أو الشهر، أما بعد الإذن للولي كما هو مذكور في المادة (٩٧٣١١) أن يحجر الصغير مجدداً ويبطل الإذن الذي أعطاه له وهذا مثال لعدم تقيد الإذن وتخصصه بالزمان.

كذا لو قال له: بع واشتر في السوق الفلاني يكون الصغير مأذوناً بالبيع والشراء في ذلك السوق وفي غيره وفي كل مكان وهذا مثال لعدم تقيد الإذن بالمكان كذلك لو قال ولي الصغير له بع مالا من النوع الفلاني كأن يأذن له ببيع الخبز سواء منعه من بيع أموال أخرى وشرائها أم لم يمنعه فله أن يبيع ويشترى ما يشاء من أجناس الأموال (الدر المختار ورد المحتار والهداية).

إلا أنه إذا أمر الولي بشراء شيء معين كالطعام والكساء فيكون ذلك من قبيل الاستخدام ولا يعد مأذونا كما ذكر في المادة (٩٦٩١١) (رد المحتار) وهذا مثال لعدم تقيد وتخصص الإذن بنوع من الأخذ والعطاء كذلك لو قال الولي للصغير بع واشتر مع الرجل الفلاني أي بأن يأمره الولي ويقيده بمعاملة شخص معين فلا يعتبر الأمر والتقييد وللصغير أن يشتري ويبيع من كل أحد (التنوير ورد المحتار)^(١).

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر المادة: ٩٧١٠

القاضي لا ينقض حكمه

ولا حكم من قبله إلا إذا خالف نصاً قاطعاً

لأبي بكر بن حسن الكشناوي

القاضي لا ينقض حكمه ولا حكم من قبله إلا إذا خالف نصاً قاطعاً قال - رحمه الله تعالى -: (وليس له ولا لغيره نقض حكم إلا أن يخالف قاطعاً أو يكون جوراً ولا يحكم وعنده شك و تردد) يعني أن القاضي ليس له ولا لغيره أن ينقض الحكم، سواء كان حكمه أو حكم غيره، إلا أن يخالف نصاً قاطعاً أو يكون جوراً صريحاً فيجب عليه نقضه هو أو غيره ممن ولي بعده. قال ابن جزى في القوانين: الفصل الرابع في نقض القضاء: إذا أصاب الحاكم لم ينقض حكمه أصلاً، وإن أخطأ فذلك على أربعة أوجه: الأول أن يحكم بما يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، فينقض هو حكم نفسه بذلك، وينقضه القاضي الوالي بعده، ويلحق بذلك الحكم بالقول الشاذ، الثاني أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهاد فينقضه أيضاً هو ومن يلي بعده. الثالث أن يحكم بعد الاجتهاد ثم يتبين له الصواب في خلاف ما حكم به فلا ينقضه من ولي بعده، واختلف هل ينقضه هو أم لا؟ الرابع أن يقصد الحكم بمذهب فيذهل ويحكم بغيره من المذاهب فيفسخه هو ولا يفسخه غيره. أ هـ قوانين. فراجع تبصرة الحكام لابن فرحون في ما يلحق بالركن الثاني من بيان ما ينقض فيه قضاء القاضي وثلاثة فصول بعده تقف فيها على جميع أقوال أئمة المذهب المتعلقة بهذا الباب إن شاء الله والله الموفق للصواب. (١).

(١) أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك لأبي بكر بن حسن الكشناوي ج ٢ ص ٢٠٣-٢٠٤.

ما تجوز به شهادة أهل الأهواء

للإمام محمد بن إدريس الشافعي

قال الشافعي: رحمه الله تعالى ذهب الناس من تأويل القرآن والأحاديث أو من ذهب منهم إلى أمور اختلفوا فيها فتباينوا فيها تبايناً شديداً واستحل فيها بعضهم من بعض ما تطول حكايته كان ذلك منهم متقادماً منه ما كان في عهد السلف وبعدهم إلى اليوم فلم نعلم أحداً من سلف هذه الأمة يقتدي به ولا من التابعين بعدهم رد شهادة أحد بتأويل وإن خطأه وضلله ورآه استحل فيه ما حرم عليه ولا رد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله وإن بلغ فيه استحلال الدم والمال أو المفرط من القول وذلك أنا وجدنا الدماء أعظم ما يعصى الله تعالى بها بعد الشرك ووجدنا متأولين يستحلونها بوجوه وقد رغب لهم نظراًؤهم عنها وخالفوهم فيها ولم يردوا شهادتهم بما رأوا من خلافهم فكل مستحل بتأويل من قول أو غيره فشهادته ماضية لا ترد من خطأ في تأويله وذلك أنه قد يستحل من خالفه الخطأ إلا أن يكون منهم من يعرف استحلال شهادة الزور على الرجل لأنه يراه حلال الدم أو حلال المال فترد شهادته بالزور أو يكون منهم من يستحل ويرى الشهادة للرجل إذا وثق به فيحلف له على حقه ويشهد له بالبت ولم يحضره ولم يسمعه فترد شهادته من قبل استحلاله الشهادة بالزور أو يكون منهم من يباين الرجل المخالف له مباينة العداوة له فترد شهادته من جهة العداوة فأى هذا كان فيهم وفي غيرهم ممن لا ينسب إلى هوى رددت شهادته وأيهم سلم من هذا أجزت شهادته وشهادة من يرى الكذب شركاً بالله أو معصية له يوجب عليها

النار أولى أن تطيب النفس عليها من شهادة من يخفف المأثم عليها، وكذلك إذا كانوا مما يشتم قوماً على وجه تأويل في شتمهم لا على وجه العداوة وذلك أنا إذا أجزنا شهادتهم على استحلال الدماء كانت شهادتهم بشتم الرجال أولى أن لا ترد لأنه متأول في الوجهين والشم أخف من القتل فأما من يشتم على العصبية أو العداوة لنفس أو على ادعائه أن يكون مشتوماً مكافئاً بالشم فهذه العداوة لنفسه وكل هؤلاء ترد شهادته عن شتمه على العداوة. وأما الرجل من أهل الفقه يسأل عن الرجل من أهل الحديث فيقول كفوا عن حديثه ولا تقبلوا حديثه لأنه يغلط أو يحدث بما لم يسمع وليس بينه وبين الرجل عداوة فليس هذا من الأذى الذي يكون به القاتل لهذا فيه مجروحاً عنه لو شهد بهذا عليه إلا أن يعرف بعداوة له فتد بالعداوة لا بهذا القول، وكذلك إن قال إنه لا يبصر الفتيا ولا يعرفها فليس هذا بعداوة ولا غيبة إذا كان يقوله لمن يخاف أن يتبعه فيخطئ باتباعه وهذا من معاني الشهادات وهو لو شهد عليه بأعظم من هذا لم يكن هذا غيبة إنما الغيبة أن يؤذيه بالأمر لا بشهادته لأحد يأخذ به منه حقاً في حد ولا قصاص ولا عقوبة ولا مال ولا حد لله ولا مثل ما وصفت من أن يكون جاهلاً بعيوبه فينصحه في أن لا يغتر به في دينه إذا أخذ عنه من دينه من لا يبصره فهذا كله معاني الشهادات التي لا تعد غيبة (قال) والمستحل لنكاح المتعة والمفتي بها والعامل بها ممن لا ترد شهادته، وكذلك لو كان موسراً فنكح أمة مستحلاً لنكاحها مسلمة أو مشركة لأننا نجد من مفتي الناس وأعلامهم من يستحل هذا وهكذا المستحل الدينار بالدينارين والدرهم بالدرهمين يداً بيد والعامل به لأننا نجد من أعلام الناس من يفتي به ويعمل به ويرويه، وكذلك المستحل لإتيان النساء في أدبارهن فهذا كله عندنا مكروه

محرم وأن خالفنا الناس فيه فرغبنا عن قولهم ولم يدعنا هذا إلى أن نجرحهم ونقول لهم إنكم حللتم ما حرم الله وأخطأتم لأنهم يدعون علينا الخطأ كما ندعيه عليهم وينسبون من قال قولنا إلى أنه حرم ما أحل الله عز وجل^(١).

الرجلان يدعيان شيئاً وهو في أيديهما جميعاً

الإمام أحمد بن حنبل

قلت: الرجلين يدعيان الشيء وهو في أيديهما جميعاً؟
قال: إذا كان الشيء في أيديهما، فادعياه جميعاً، فهو بينهما نصفين. فإن ادعى أحدهما الكل، وادعى الآخر النصف، فهو بينهما نصفين. لكنونة الشيء في أيديهما ومن الناس من يقول: للذي ادعى الكل ثلاثة أرباع، وللذي ادعى النصف الربع. وقد ذكر ابن القيم رواية نحوها عن الإمام أحمد في بدائع الفوائد ٧٦/٤ - ٧٧، وإذا كان الشيء في أيديهما، وادعى أحدهما كله والآخر نصفه، ولا بينة لهما فهو بينهما نصفان، لكنونة الشيء في أيديهما، وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه، ولا يمين على الآخر، لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه.

هذا هو المذهب نص عليه. وقال ابن قدامة: لا نعلم فيه خلافاً إلا ما حكى عن ابن شبرمة أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه.

قلت: قول شبرمة رواه أحمد في رقم (١٦١) بإسناده، وأشار إليه هنا بقوله

(١) كتاب الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ج ٦ ص ٢٠٥ - ٢٠٦.

«ومن الناس من يقول: للذي ادعى الكل ثلاثة أرباع، إلخ.
ونقل المرداوي قولاً آخر وهو أنه يكون بينهما نصفين ويتحالفان. وقال:
ذكره أبو بكر وابن أبي موسى وأبو الفرج. المغني ٢٨٣/٩، بدائع الفوائد
٧٦/٤ - ٧٧، الإنصاف ١١/٣٧٨.

وإذا لم تكن السلعة في أيديهما فادعياها وأقاما البيينة جميعاً، أقرع بينهما
على اليمين، فأيهما أصابته القرعة حلف وكانت السلعة له. يبدو أن المرداوي
أشار إلى هذه الرواية حيث قال: لو لم تكن بيد أحد فنقل صالح وحنبل: هي
لأحدهما بقرعة كالتي بيد ثالث. الإنصاف ١١/٣٩٧. وفي هذه المسألة عن
أحمد ثلاث روايات.

الأولى: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه،
وهذا هو المذهب.

الثانية: تقسم العين بينهما.

الثالثة: يقرع بينهما فمن قرع صاحبه أخذها بغير يمين المحرر ٢/٢٢٧ -
٢٢٨، المبدع ١٠/١٦٧^(١).

(١) مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابنه أبي الفضل صالح ج ٢ ص ٢٧٥-٢٧٦.

مسائل في الفقه (*)

٣٨٠- تحريم التعدي على الأعراض وما يجب فيه

سؤال من الأخ أحمد بلخيري من الجزائر يذكر فيه أن بعضاً من الشباب الملتزم بات يتعرض لأعراض عدد من العلماء والدعاة، ويحذرون من سماع أقوالهم، أو قراءة كتبهم ويذكرون أنهم يفعلون ذلك لأن، علماء آخرين نصحوهم، وحذروهم من هؤلاء وقد ذكر الأخ السائل بعضاً من أسماء هؤلاء وهؤلاء.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه ورسوله الأمين، أما بعد: فإن من أسباب الفتن في الأمة التعرض للأعراض إما بقصد التلهي المجرد مما يدخل في حكم (القليل والقال) أو لمجرد الأهواء والظنون، واقتضاء ما ليس للمقتفي به علم، أو لأي أسباب ومقاصد أخرى، فكل هذا مما يعد محرماً وسيلة وغاية والأصل في تحريمه الكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب: فمنه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾^(١).

والمراد تحريم القول بلا علم كمن يقول: إنه رأى ما لم ير، أو سمع ما لم يسمع، فاقترضى هذا أن كل قول يقوله قائله سوف يسأل

(*) هذه المسائل ترد على الإخوة القراء. ويجب عنها صاحب المجلة ورئيس تحريرها الدكتور عبدالرحمن بن حسن النفيسة، وتنتشر في موقع المجلة على الشبكة (www.fiqhia.com.sa).
(١) سورة الإسراء الآية ٣٦.

عنه سمعه وبصره وعقله. ومن الكتاب أيضاً قوله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا
الَّذِينَ آمَنُوا أَجْتَبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ
بَعْضُكُم بَعْضًا يَخِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ
وَأَنفُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ﴾^(١)، والنهي المقتضي للتحريم هنا بين
فيما يجب على المسلم من اجتناب الظنون والأهواء؛ وما ينشأ عنها
من التجسس والاعتياب، واستشراق الاطلاع على العورات وتسفل
المقاصد. وقد شبه الله - عز وجل - هذا الفعل بأكل الإنسان للحم
أخيه ميتاً؛ ليكون هذا التشبيه زيادة في تحريمه؛ لأن أكل لحم الإنسان
مما تقشعر فيه النفوس السوية. هذا من الكتاب.

أما السنة فقد حرمت التعرض للأعراض، ومن ذلك: القيل والقال
والظنون والاعتياب والبهتان ومن ذلك: قول رسول الله ﷺ في حجة
الوداع: «إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم
هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا»^(٢)، وقوله: «إن الله يرضى لكم ثلاثاً
ويسخط لكم ثلاثاً، فيرضى لكم أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئاً، وأن
تعصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا، ويكره لكم قيل وقال، وكثرة
السؤال وإضاعة المال»^(٣) وقوله - عليه الصلاة والسلام - إن أفرى
الفرى أن يرى الرجل عينيه ما لم تريا^(٤) وقوله - عليه الصلاة والسلام

(١) سورة الحجرات الآية ١٢.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الحج باب الخطبة أيام منى، ج ٢، ص ١٩١.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الأفضية، باب النهي عن كثرة المسائل، صحيح مسلم بشرح النووي ج ٧ ص ٤٧٢١، رقمه (١٧٥١).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب التعبير، باب من كذب في حلمه، فتح الباري ج ١٢ ص ٤٤٦، رقمه (٧٠٤٢).

- لما سئل عن الغيبة قال: أن تذكر من المرء ما يكره أن يسمع قيل:
يا رسول الله وإن كان حقاً فقال - عليه الصلاة والسلام - إذا قلت
باطلاً فذلك البهتان ^(١) وقوله - عليه الصلاة والسلام - من وقاه الله
شر اثنين ولج الجنة ما بين لحييه، وما بين رجليه ^(٢).

وأما الإجماع فإن الأمة في سلفها وخلفها مجمعة على تحريم
التعرض للأعراض؛ لما ينشأ عنه من الفساد بين الأمة

وأما المعقول فإن من سنن الله وحكمه في خلقه أن جعل الأرض
صالحة لحياتهم ومعاشهم، وهذا الصلاح يقتضي حكماً وعقلاً أن
يحيوا فيها وهم مطمئنون، كما أن من سنن الله وحكمه في خلقه أن
جعل عباده متساوين في حرمة أعراضهم ودمائهم وأموالهم، فإذا
تعرض بعضهم لبعض، سواء في العرض أو النفس أو المال انتفى
اطمئنانهم، فينشأ عن ذلك الكثير من المفاصد مما يتنافى مع حكم الله
وأمره وحكمه في صلاح البلاد والعباد، ولهذا شدد رسول الله ﷺ على
هذا الأمر في حجة الوداع، فجعل حرمة الأعراض والدماء والأموال مثل:
حرمة يوم عرفة، وشهر ذي الحجة، وبيت الله الحرام.

قلت: هذا من حيث العموم في المسألة، أما بخصوص سؤال الأخ
السائل، فإن التعرض لأعراض العلماء والدعاة أشد حرمة لمناطه
بالتعرض؛ لعلمهم الذي هو من علم الله المكلفين بتبليغه إلى عباده.
والذين يتعرضون للعلماء في أعراضهم أقسام ثلاثة: القسم الأول:

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ص ٦٩٨، رقمه (١٨٠٨).

(٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ص ٦٩٩، رقمه (١٨٠٩).

أهل الأهواء خاصة من المبتدعين في الدين الذين يدركون أن ابتداعهم لا يتحقق إلا بمحاربتهم للعلماء، والتنقص منهم، والطعن فيهم وفي علمهم وهذا معروف في كل زمان ومكان؛ وفي هذا قال الإمام أحمد: «إذا رأيت الرجل يغمز حماد بن سلمة فاتهمه على الإسلام فإنه كان شديداً على المبتدعة»^(١) القسم الثاني: المبتدئون في العلم ممن يستهويهم حب الظهور والإثارة حتى يكون لهم دور في المنزلة العلمية التي يظنون أن العلماء الكبار يتبوءونها دونهم ومن ذلك -مثلاً- اتهام الإمام الشافعي بالتشيع، وفي هذا قال الذهبي: «ومن زعم أن الشافعي يتشيع فهو مفتر ولا يدري ما يقول، فلو كان شيعياً - وحاشاه من ذلك- لما قال الخلفاء الراشدون خمسة، بدأ بالصديق، وختم بعمر بن عبد العزيز»^(٢) القسم الثالث: الجهلة: وهم الذين يطعنون في العلماء دون أن يكون لهم علم أو دراية فيما يقولونه عنهم سوى ما يشيعه المعادون لهم تحت ذرائع وحجج لا تخرج من مفهوم الهوى والظنون. وكما يعاني بعض العلماء في هذا الزمان من الطعن فيهم، فقد واجه علماء السلف مثل هذا الطعن - كما أشير إليه - وقد تصدى عدد من العلماء لهذا الطعن فبينوا ما للعلماء والدعاة من الفضل والمنزلة العالية فشيخ الإسلام بن تيمية في كتابه: (رفع الملام عن الأئمة الأعلام) يقول: .. فيجب على المسلمين بعد موالاته الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم موالاته المؤمنين كما نطق به القرآن خصوصاً العلماء الذين هم ورثة

(١) سير أعلام النبلاء، ج ٧، ص ٤٥٠.

(٢) سير أعلام النبلاء، ج ١٠، ص ٥٩.

الأنبياء الذين جعلهم الله بمنزلة النجوم يهتدى بهم في ظلمات البر والبحر، وقد أجمع المسلمون على هدايتهم ودرائتهم إذ كل أمة قبل مبعث نبينا محمد ﷺ فعلماؤهم شرارها إلا المسلمين، فإن علمائهم خيارهم فإنهم خلفاء الرسول في أمته والمحيون لما مات من سنته، بهم قام الكتاب وبه قاموا، وبهم نطق الكتاب، وبه نطقوا، وليعلم أنه ليس أحد من الأئمة المقبولين عند الأمة قبولاً عاماً يتعمد مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء من سنته دقيق ولا جليل»^(١) أما الإمام الحافظ بن عساكر فيقول: «... اعلم يا أخي وفقنا الله وإياك لمرضاته وجعلنا من يخشاه ويتقيه حق ثقافته: أن لحوم العلماء - رحمة الله عليهم - مسمومة وعادة الله في هتك أستار منتقصيهم معلومة لأن الواقعة فيهم بما هم منه براء أمره عظيم والتناول لأعراضهم بالزور والافتراء مرتع وخيم والاختلاف على من اختاره الله منهم لنشر العلم خلق ذميم»^(٢).

قلت: وتحريم التعدي على الأعراض لا يعني تجاوز الأخطاء التي قد تحدث عمداً أو جهلاً ممن ينتسب إلى العلماء والدعاة .

فإذا كان الواجب يقتضي التحذير من الوقوع في أعراض العلماء وغيرهم فإن الواجب يقتضي أيضاً التحذير من الذين يتقولون على الله أو على رسوله بغير علم فيبيحون الربا، أو السحر، أو الرشأ أو غير ذلك من المحرمات وسواء كان هذا القول في فتوى، أو كتاب، أو وسيلة

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام، ص ٩ - ١٠.

(٢) تبين كذب المفتري فيما نسب للإمام الأشعري لابن عساكر ص ٢٨.

نشر، أو محطة فضائية أو غيرها، لأن هذا أشد جرماً وأعظم إثماً لأنه كذب على الله وعلى رسوله وقد حذر الله منه في قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَفْسِكُمْ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبُ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ﴾^(١) ﴿مَتَّعٌ قَلِيلٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٢) كما حذر منه رسول الله ﷺ بقوله: «من كذب علي متعمداً فليتبوأ عقده من النار»^(٣) والأدلة في هذا كثيرة.

وحاصل المسألة أن التعدي على الأعراض مما حرمه الله ورسوله وأن المتعدي على العلماء والدعاة في أعراضهم أشد إثماً لأنه تعد على الدين الذي يدعون إليه ويستوي في الإثم المتعدي ومن يحرضه أو يشجعه على تعديه.

والذين يتعرضون للعلماء والدعاة أقسام ثلاثة، الأول: أهل الأهواء خاصة من المبتدعين في الدين الذين يعلمون أن ابتداعهم لا يتحقق إلا بمحاربتهم للعلماء.

الثاني: المبتدئون في العلم ممن يستهويهم الظهور لكي يكون لهم دور في المنزلة العلمية التي يتبوؤها العلماء الكبار. القسم الثالث: الجهلة الذين يتعدون على الأعراض دون أن يكون لهم علم أو دراية فيما يقولونه سوى اقتفاء الإشاعات والظنون.

وتحريم التعدي على الأعراض لا يعني تجاوز الأخطاء التي تحدث

(١) سورة النحل: الآية ١١٦.

(٢) سورة النحل: الآية ١١٧.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب إثم من كذب على النبي ﷺ، فتح الباري ج ١ ص ٢٤٢، رقمه (١٠٧).

عمداً أو جهلاً ممن ينتسب إلى العلماء والدعاة، فمن يتعد على غيره أياً كانت صفته يجازى بمثل ما يناسب فعله. وإذا كان من الواجب التحذير من الوقوع في أعراض العلماء وغيرهم، فإن الواجب يقتضي أيضاً التحذير من الذين يتقولون على الله بغير علم؛ فيبيحون الربا، أو السحر، أو الرشا وغير ذلك من المحرمات.

٣٨١- الموت الدماغي وما إذا كان يجوز للطبيب نزع

الألات الطبية للميت إكلينيكيًا؟

سؤال من الأخ صادق رشيد من الجزائر.

التعريف البسيط للموت الدماغي هو موت جذع الدماغ لدى الإنسان^(١) فقد يتعرض هذا لإصابات بليغة نتيجة الحوادث المفاجئة كما هو الحال في حوادث السيارات، أو يتعرض لمرض دائم أو مفاجئ مما ينتج عنه خلل في دماغه أو توقف قلبه. والإشكال الذي يواجه الأطباء أثناء تشخيص هذه الحالة الشك في تلف جذع الدماغ تلفاً كاملاً يجزمون معه بحدوث الوفاة، وهذا الشك قد يجعل المريض تحت حالة الإنعاش إلى أن يتم التأكد من الناحية الشرعية عن سلامته أو وفاته، والإشكال الذي يواجه أيضاً الأطباء والفقهاء أن بعض الأعضاء

(١) وضع الأطباء في الغرب خمسة معايير للموت الدماغي هي: عدم الاستجابة للمؤثرات الخارجية بصورة قاطعة، وانتهاء الحركة وانقطاع حركة التنفس التلقائية، وغياب الأفعال المنعكسة الدالة على نشاط الجهاز العصبي المركزي، التأكد من انتهاء نشاط الدماغ بواسطة جهاز تخطيط الدماغ بالكهرباء، ضرورة فقد النهائي لوظائف التنفس التلقائي. ينظر معصومية الجثة في الفقه الإسلامي للدكتور بلحاج العربي، ص ٤٠.

الحيوية للمصاب قد تتوقف وقد يموت جذع دماغه، ومع ذلك يستمر تنفسه بأجهزة الإنعاش فهل يعد في هذه الحالة حياً أو ميتاً؟ بالنسبة للأطباء لا يبدو أن هناك مشكلة حول تحقق موت المريض إذا رأوا أن جذع الدماغ لديه قد مات وفقاً للمعايير الطبية المتداولة، أما بالنسبة للفقهاء فتبدو المشكلة أكثر تعقيداً عندما يكون المريض في غيبوبة طويلة، ويعتمد في تنفسه على أجهزة الإنعاش، ففي هذه الحالة هل يجوز نزعها عنه خوفاً من طول غيبوبته، خاصة وأن هذه الأجهزة تضع على أسرته تكاليف مادية ؟ هناك من الفقهاء من قال بجواز إيقاف هذه الأجهزة، وقد استند في هذا على عدد من الأدلة، منها:

أن التداوى ليس من الواجب حتى في الحالات التي يرجى شفاؤها، ومنها: أن كون التداوى من المباح يجعل قتل الرحمة المنفعل (Passive Euthanasia) أمراً مباحاً بالاستناد إلى مفهوم رأي الجمهور ومن هذه الأدلة: حديث الجارية التي تصرع^(١)، ومنها: عدم وجود إجماع على وجوب التداوى، حيث لم يتداو أبو ذر وأبي بن كعب وغيرهما، ولم ينكر ذلك عليهم أحد من الصحابة مما يفهم معه الجواز. ومن هذه الأدلة أيضاً: أن القضية تدور بين الفاضل والمفضول هل التداوى أفضل أم لا؟

فإذا كان كذلك فنتيجة موت الرحمة حتماً تكون الجواز وقد تكون مطلوبة في بعض الحالات القاسية والميتوس منها^(٢).

(١) أخرجه البخاري في كتاب المرضى باب فضل من يصرع من الريح برقم (٥٦٥٢) فتح الباري، ج ١٠، ص ١١٩.

(٢) القرار الصادر من المجلس الأوربي للإفتاء، بتاريخ ٢٠٠٢/٧/١.

وقد أجيب عن هذه الأدلة بما يلي:

أولاً: أن سنة رسول الله ﷺ جاءت بالأمر بالتداوي منها قوله عليه الصلاة والسلام: «ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء»^(١)، وقوله في حديث ابن مسعود المرفوع: «إن الله عز وجل لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله»^(٢). وأمره عليه أفضل الصلاة والسلام بالتداوي في قوله: «يا عباد الله تداووا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد هو الهرم»^(٣). وفي تعامله مع صحابته أمر عليه الصلاة والسلام طبيباً أن يذهب إلى أبي بن كعب بن زرارة فقطع منه عرقاً ثم كواه^(٤) كما كوى سعد بن معاذ في أكحله^(٥).

ففي هذه الأحاديث إخبار وأمر، أما الإخبار فإنه عليه الصلاة والسلام بين (أن لكل داء دواء)^(٦)، وهذا البيان يفيد الجزم، والقطع، لأن رسول الله ما ينطق عن الهوى وإنما يبلغ عن ربه. وأما الأمر بالتداوي فقول عليه الصلاة والسلام: «تداووا ولا تداووا بحرام»^(٧)،

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطب باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء برقم (٥٦٧٨) فتح الباري ج ١٠، ص ١٤١.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ج ١، ص ٤٤٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب الطب باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء برقم (٣٤٣٦)، ج ٢، ص ١١٣٧.

(٤) أخرجه الحافظ بن حجر في فتح الباري، ج ١٠، ص ٦٤.

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد، وجواز إنزال أهل الحصن على حكم حاكم عدل أهل للحكم، صحيح مسلم مع شرحه إكمال إكمال المعلم، ج ٦، ص ٣٦٧، رقم الحديث ٦٥، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الطب، باب من اكتوى، سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ١١٥٦، رقم الحديث، ٣٤٩٤.

(٦) أخرجه مسلم في كتاب السلام باب لكل داء دواء واستحباب التداوي برقم (٢٢٠٤) شرح النووي، ج ٩/٥٩١٧.

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب الطب باب في الأدوية المكروهة برقم (٢٨٧٤)، ج ٣، ص ٢٨٨.

وهذا أمر جاء على وجه الإطلاق فيجري على إطلاقه، ولم يستثن منه إلا
التداوي بالحرام، فدل هذا على وجوب الأمر بالتداوي.
ثانياً: أن الفقهاء وإن قال بعضهم بالجواز فقد قال بعضهم
بالوجوب^(١)، ومن اجتهد وقال بالجواز فلا يعني أنه ينكر التداوي
فالمسألة عنده تدور بين قدرة مريض على الصبر والتحمل فيمتنع
بطوعه عن التداوي، رغبة منه في ابتغاء الأجر، وبين مريض آخر
لا يستطيع الصبر، فيجوز له التداوي دون إنكار عليه. وكأي أمر
اجتهادي فقد دارت أقوال الفقهاء في المذهب الواحد بين مجيز للتداوي
وموجب له^(٢).

والذي تردد منهم بين استحباب التداوي وبين تركه كان ينظر
إلى الأمر من عدة أسباب: أولها: أن التداوي - آنذاك - كان محدوداً
وضعيفاً فلم ير في الاعتماد عليه فائدة للمريض. وثانيها: أن الصبر
على المرض والألم فيه أجر كبير، والأجر هنا أهم من دواء قد يشفى
بسببه المريض وقد لا يشفى، ثالثها: - وهو الأهم - البعد عن مظنة
الاعتماد على التداوي وما فيه من ترك التوكل على الله مما يؤثر في
عقيدة المسلم وإيمانه بأن الشافي هو الله.

ثالثاً: الاستشهاد بحديث الجارية التي تصرع، ونص هذا الحديث
ما قاله ابن عباس رضي الله عنه لعطاء بن أبي رباح: ألا أريك امرأة من أهل

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ج ٥، ص ٧١، ٢٢٨، والفواكه الدواني على رسالة
أبي زيد القيرواني ج ٢ ص ٣٦٨ - ٣٦٩، وحاشية الجمل على شرح المنهج لذكرى الأنصاري، ج ٢، ص
١٣٤ - ١٣٥، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، ج ٢، ص ٤٦٣.

(٢) الإنصاف، ج ٢، ص ٤٦٣.

الجنة؟ قلت: بلى، قال: هذه المرأة السوداء أتت النبي ﷺ فقالت: إني أصرع وإني أتكشف فادع الله لي، قال: (إن شئت صبرت ولك الجنة وإن شئت دعوت الله أن يعافيك) فقالت: أصبر، ثم قالت: إني أتكشف، ادع لي ألا أتكشف فدعا لها^(١).

وليس في هذا الحديث ما يمنع التداوي أو ينكره؛ فالرسول عليه الصلاة والسلام خيرها بين أن يدعو لها (دعائه هذا دواء) أو تصبر على مرضها فتجزي على صبرها بالجنة، فاختارت الصبر عليه بوصفه مرضاً متقطعاً طمعاً فيما هو أكبر من الصحة؛ لأنها كانت تستطيع تحمل الصرع والصبر عليه، أما انكشاف عورتها فلم تستطيع الصبر عليها لما ينالها منه من الضيق والأذى، فاستثنته، وذلك بطلبها من رسول الله ﷺ الدعاء لها بأن لا تتكشف، فاستجاب لها عليه الصلاة والسلام، وهذا دليل على أهمية التداوي (وهو في هذا المقام الدعاء لها).

رابعاً: أن القول بعدم وجود إجماع على وجوب التداوي من الصحابة ليس فيه دليل على إنكار التداوي، أو تركه، فربما لم يكن مرض أبي ذر وأبي بن كعب ملجأ للبحث عن دواء له، وعدم تداويهما لا يعني بأي حال أن كل الصحابة قد امتنعوا عن التداوي، والناس يختلفون في أمر التداوي فنحن نشاهد أناساً يذهبون إلى الطبيب لمجرد عارض يسير ولا يقبلون العلاج إلا إذا كان من عدة أدوية. ومنهم من ينتابه المرض ولا يذهب للطبيب إلا إذا اشتد به الألم، بحيث لا يستطيع مقاومته إلا بعلاج يساعده.

(١) أخرجه البخاري في كتاب المرضى، باب فضل من يصرع من الريح، فتح الباري، ج ١٠، ص ١٩٩، رقم الحديث ٥٦٥٢، وأخرجه مسلم في كتاب البر والصلة والآداب، باب ثواب المؤمن فيما يصيبه من مرض أو حزن أو نحو ذلك، صحيح المسلم مع شرحه إكمال إكمال المعلم، ج ٨، ص ٥٢١، رقم الحديث ٥٤.

والمعنى أن امتناع اثنين أو ثلاثة من الصحابة عن التداوى لا يسوغ القول بإيقاف أجهزة الإنعاش الطبى عن مريض يتنفس وينبض قلبه.

إن أجهزة الإنعاش الطبى دواء لمن يحتاج مرضه إليها، ولا تختلف عن أي دواء آخر إلا في صفاتها أو تعقيدها؛ فالمرضى الذي يستخدمها مثل المريض الذي يستخدم أجهزة (غسيل الكلى)، ومثل المريض الذي يستخدم أدوية (ضغط الدم) أو (السكري)؛ فالقول بإيقاف أجهزة الإنعاش بحجة أن دماغ المريض قد مات، مثل القول بإيقاف أجهزة غسيل الكلى أو إيقاف الدواء عن مريض يحتاج مرضه إلى هذا الدواء، أي كأننا نقول لهؤلاء المرضى سنوقف أجهزتهم وأدويتكم؛ لكي تموتوا.

خامساً: القول بأن بقاء المريض على هذه الحالة (أجهزة الإنعاش الطبى) يتكلف نفقات كثيرة دون طائل، ويحجز أجهزة قد يحتاج إليها غيره - لا يسوغ شرعاً إيقاف هذه الأجهزة، لأن حياة الإنسان أغلى من المادة، ولو أخذنا بهذا القول على إطلاقه لقبولنا النظرية المادية المتطرفة التي ترى أن قيمة الإنسان تقاس بمدى إنتاجه، وبالتالي نحكم بنهاية الإنسان إذا كبر أو أصابه مرض، وهذا لا يقول به عاقل. وينبني على ما سبق ذكره أن الوفاة المعترف بها شرعاً، وتترتب عليها مختلف أحكام الوفاة من إرث ووصايا وخلافها لا تتحقق إلا إذا فارقت الروح الجسد، وانتهت بذلك كل مظاهر حياة الإنسان من نبض القلب والتنفس، وتوقفت الدورة الدموية وغير ذلك مما هو معروف لدى الأطباء المتخصصين، وأن موت دماغه بعضه أو كله لا يعني نهاية حياته؛ لأن

له أَجْلاً لَا يَعْلَمُهُ إِلَّا اللَّهُ لِقَوْلِهِ -عز وجل -: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ طِينٍ ثُمَّ قَضَىٰ أَجْلاً وَأَجَلٌ مُّسَمًّى عِنْدَهُ﴾^(١). وهو عمر الإنسان في الدنيا، والقول بأن مريضاً ما ميتوس من شفائه لا يتفق مع عقيدة المسلم، فالشافعي هو الله كما في قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِي﴾^(٢). والمسلم لا ييأس ولا يقنط مهما كان مسمى المرض وشدته وخطورته، لأن الله عز وجل قال في محكم التنزيل: ﴿إِنَّهُ لَا يَأْتِسُّ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ﴾^(٣). وقال - عز وجل -: ﴿لَا تَقْنَطُوا مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ﴾^(٤).

٣٨٢- حكم الأموال التي تودع في البنوك

سؤال من الأخ إبراهيم نويري من الجزائر يقول فيه: تضاربت آراء الفقهاء والمجتهدين حول فوائد الودائع البنكية؛ فهناك من يبيحها، وينفي عنها شبهة الربا ويخرجها من إطار فوائد القروض البنكية وهناك من يلحقها بهذه الأخيرة، ويرى بأنها هي الأخرى حرام ثم يقول: علماً بأن الودائع البنكية، التي نتحدث عنها هي: ودائع في بنوك ربوية ويأمل الأخ السائل توضيح مدى مشروعية هذه الودائع في بلد لا توجد فيه بنوك إسلامية .

والجواب أن الناس قد تعارفوا على تسمية المال الذي يضعه صاحبه في البنك (دون أخذ فائدة عنه) أنه وديعة، وعلى تسمية المال الذي

(١) سورة الأنعام: الآية ٢.

(٢) سورة الشعراء: الآية ٨٠.

(٣) سورة يوسف: الآية ٨٧.

(٤) سورة الزمر: الآية ٥٣.

يضعه في البنك (مع أخذ فائدة عنه) بأنه قرض وهذه التسمية بالنسبة للوديعة مخالفة لمعنى الوديعة في الشرع الإسلامي، فمن أحكامها: أنها أمانة تحفظ بعينها لدى المستودع، فإذا تلفت لا يضمنها ما لم يكن متعديا عليها ويكون تلفها من نصيب صاحبها. ومن هذه الأحكام: أن ملكيتها تبقى على ذمة صاحبها ولا تنتقل إلى المستودع، بل تظل أمانة عنده. ومن هذه الأحكام أنه لا يحق للمستودع الانتفاع بها بل يبقئها عنده إلى حين طلب صاحبها لها ^(١).

والمال الذي يضعه صاحبه لدى البنك لا يعده البنك أمانة يحتفظ به بعينه وإنما يضعه مع أمواله، ويستخدمه في عملياته المصرفية، ويلتزم برد مثله حين طلبه وهذا مغاير لأحكام الوديعة في الشرع الإسلامي، فالتكييف الصحيح أن المال الذي يضعه صاحبه لدى البنك يعد قرضا (سلفا) لأنه يضمنه في ذمته بحسبه يتصرف فيه ويلتزم برد مثله دون دفع فائدة عنه، وهذا هو حال من يودع ماله لدى البنك دون طلب فائدة عليه فهو في مفهومه وديعة، ولكنه في تكييفه قرض حاله حال المال الذي كان يتعاطى فيه عبد الله بن الزبير رضي الله عنه، فقد كان أصحاب الأموال يأتون له بالمال ويريدونه وديعة عنده فيقول لهم هو (سلف) لأنه أحسن لهم، فقد ورد في صحيح البخاري عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير قال «لما وقف الزبير يوم الجمل دعاني فقلت إلى جنبه فقال: يا بني لا يقتل اليوم إلا ظالم أو مظلوم، وإني لا أراني إلا سأقتل اليوم مظلوما، وإن من أكبر همي لديني، أفترى يبقي ديننا من مالنا

(١) ينظر: تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٢٨٨، والفواكه الدواني ج ٢ ص ١٨٥، وروضة الطالبين ج ٦ ص ٣٢٤، وكشاف القناع ج ٤ ص ١٦٦.

شيئاً فقال: يا بني، بع مالنا، فاقض ديني. وأوصى بالثلث، وثلثه لبنيه- يعني بني عبد الله بن الزبير، يقول: ثلث الثلث - فإن فضل من مالنا فضل بعد قضاء الدين فثلثه لولدك. قال هشام: وكان بعض ولد عبد الله قد وازى بعض بني الزبير-خبيب وعباد - وله يومئذ تسعة بنين وتسع بنات. قال عبد الله فجعل يوصيني بدينه ويقول: يا بني إن عجزت عن شيء منه فاستعن عليه مولاي. قال: فو الله ما دريت ما أراد حتى قلت: يا أبة من مولاك ؟ قال: الله. قال: فو الله ما وقعت في كربة من دينه إلا قلت: يا مولى الزبير اقض عنه دينه، فيقضيه. فقتل الزبير رضي الله عنه ولم يدع ديناراً ولا درهماً، إلا أرضين منها الغابة، وإحدى عشرة داراً بالمدينة، ودارين بالبصرة، وداراً بالكوفة، وداراً بمصر. قال: وإنما كان دينه الذي عليه أن الرجل كان يأتيه بالمال فيستودعه إياه، فيقول الزبير: لا، ولكنه سلف، فإنني أخشى عليه الضيعة ^(١). قال الإمام بن حجر (لا ولكنه سلف) أي ما كان يقبض من أحد وديعة إلا إن رضي صاحبها أن يجعلها في ذمته، وكان غرضه بذلك أنه كان يخشى على المال أن يضيع فيظن به التقصير في حفظه فرأى أن يجعله مضموناً فيكون أوثق لصاحب المال وأبقى لمروءته. زاد ابن بطال: وليطيب له ربح ذلك المال. قلت: وروى الزبير بن بكار من طريق هشام بن عروة أن كلا من عثمان وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الأسود وأبى العاص بن الربيع وعبد الله بن مسعود والمقداد بن عمرو أوصى إلى الزبير بن العوام ^(٢).

وينبني على ما سبق أن المال الذي يدفعه صاحبه إلى البنك لحفظه

(١) أخرجه البخاري في كتاب فرض الخمس، باب بركة الغازي في ماله حيا وميتا مع النبي صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر، فتح الباري ج ٦ ص ٢٦٢-٢٦٣، رقمه (٢١٢٩).

(٢) فتح الباري ج ٦ ص ٢٦٦.

بعد قرضاً رغم تسميته له بأنه وديعة والقاعدة في هذا أن كل قرض جر منفعة فهو ربا^(١) فإذا أودع صاحب المال ماله لدى البنك وطلب عنه فائدة دورية أو سنوية قليلة أو كثيرة أصبح متعاطياً للربا في صورته الواضحة، وإذا كان سلف الأمة مجمعاً على تحريم الربا في صورتيه المعروفتين (ربا النسيئة وربا الفضل) فإن من بعدهم من الأمة في الزمان المعاصر مجمع على أن فوائد الودائع البنكية في صورها المختلفة محرمة، ولا عبرة لمن شذ عن هذا الإجماع وانساق وراء شبه وحجج واهية.

قلت: ولن يتحقق لأمة المسلمين مبتغاها في الرقى الاقتصادي والاجتماعي إلا إذا تخلصت من الربا في صورته وشوائبه؛ فالعالم لم يتعرض لما تعرض له من الكوارث الاجتماعية والانهيال المالي إلا بسبب تعاطي الربا وسيطرته على موارده ومؤسساته وأخلاقه وليس ببعيد عنا ما شهدناه في المدة الماضية من انهيار العديد من المؤسسات المالية من بنوك وشركات ومؤسسات اقتصادية ومالية لا يزال العالم يعاني من آثارها وتبعاتها المتمثلة في فواحش القروض وغلاء الأسعار وتوغل الفقر واستيطانه في العديد من بلاد العالم، ولن يستطيع أحد مهما كانت طاقاته وموارده وقواه أن ينجو من هذه المخاطر إلا بعد أن ينجو من الربا ويستجيب لقول الحق - تبارك وتعالى - في قوله المبين: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾^(٢) ﴿فَإِنْ لَّمْ تَقْعَمُوا فَاذْنَبُوا يُحَرِّبْ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولُهُ﴾^(٣) الآية.

(١) زوائد مسند الحارث اللهيثي ص ١٤١-١٤٢ ونصب الراية للزبيدي ج ٤ ص ١٢٠، والمطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية لابن حجر ج ١ ص ٤١١.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٨.

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٧٩.

وخلاصة ما ذكر أن الناس قد تعارفوا على تسمية المال الذي يضعه صاحبه في البنك (دون أخذ فائدة عنه) أنه وديعة، وعلى تسمية المال الذي يضعه في البنك (مع أخذ فائدة عنه) بأنه قرض، وهذه التسمية بالنسبة للوديعة مخالفة للمعنى الشرعي، فللوديعة عدة أحكام منها: إنها أمانة تحفظ بعينها لدى المستودع وملكيته تبقى على ذمة صاحبها، ولا يحق للمستودع الانتفاع بها، وهذا يخالف ما يجري في البنك، فهو لا يعتبر المال المودع لديه أمانة يحفظه بعينه، بل يخلطه مع أمواله ويستخدمه في عملياته، ويلتزم برد مثله حين طلبه .

فالتكييف الصحيح أن المال الذي يضعه صاحبه في البنك دون أخذ فائدة عنه يعتبر قرضاً، والأصل في الشرع أن كل قرض جر منفعة فهو ربا وكما أجمع سلف الأمة على أن ربا الفضل وربا النسيئة محرمان، فإن خلف الأمة مجمعون على أن فوائد الودائع في صورها المختلفة محرمة ولا عبرة لمن شذ عن هذا الإجماع.

٣٨٣- الفرق بين المداهنة والمداواة

كتاب من الأخ عادل الطيب من الجزائر يسأل فيه عن حكم الأشخاص الذين يداهنون أصحاب العقائد الفاسدة.

المداهنة إظهار خلاف ما يضمّر الإنسان، وداهن - فلانا - مداهنة: أظهر خلاف ما أضمر وخدعه وغشه^(١).

ويجب التفريق بين مسألتين:

(١) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٥٤٦، والمعجم الوسيط ج ١ ص ٣٠١.

المسألة الأولى المداهنة في أمر الدين أو التقول، فيه خلاف أحكامه أيا كانت الغاية والوسيلة من المداهن، والمتقول فهذا محرم. وقد بين الله لنبيه ورسوله محمد ﷺ وأمته هذا التحريم في آيات عدة منها: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ﴾^(١) وهذا نهى مقتضاه: التحريم وعاقبته الخسران، والظلمة هنا: كل من تعدى حدود الله وأحكامه وأصحاب العقائد الفاسدة هم من الظلمة لأنهم يتعدون حدود الله ويتركون أحكامه ويميلون إلى أوامر غيره من الشياطين وأمثالهم، فمن ركن إلى هؤلاء فقد رضي بأفعالهم، والأصل أن من رضي بفعل غيره أصبح بمثابة الشريك معه، ومن الآيات أيضا قول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ كَادُوا لَيَفْتِنُونَكَ عَنِ الَّذِي أُوتِيتَ وَإِلَيْكَ لِنَفْتِنِي عَلَيْكَ غَيْرُهُ وَإِذَا تَاخَذُوكَ خَلِيلًا﴾^(٢) ﴿وَلَوْلَا أَن تَبْتَئِنَّاكَ لَقَدْ كِدْتَ تَرْكَنُ إِلَيْهِمْ شَيْئًا قَلِيلًا﴾^(٣) ﴿إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ ثُمَّ لَا تَجِدُ لَكَ عَلَيْكَ نَصِيرًا﴾^(٤).

ففي سبب نزول قوله عز وجل ﴿وَإِنْ كَادُوا لَيَفْتِنُونَكَ﴾ عدة روايات منها أن وفد ثقيف لما وفدوا على رسول الله ﷺ سألوه أن يمتنعهم بالهتهم سنة حتى يأخذوا ما يهدى لها، فإذا أخذه كسروها وأسلموا. كما سألوه أن يحرم واديهم (وادي ثقيف) كما حرم مكة حتى يعرف

(١) سورة هود الآية ١١٣.

(٢) سورة الإسراء الآية ٧٣.

(٣) سورة الإسراء الآية ٧٤.

(٤) سورة الإسراء الآية ٧٥.

العرب فضلهم وقيل: إن رسول الله ﷺ هم أن يعطيهم ذلك طمعا في إسلامهم، وقيل: أن أكابر قريش قالوا لرسول الله ﷺ اطرده هؤلاء السقاط والموالي حتى نجلس معك يقصدون بهم نفر من أصحابه^(١) وفي قوله تعالى ﴿وَلَوْلَا أَنْ تُبَنَّاتِكُ﴾ الآية دلالة على أنه - عز وجل - عصمه من الميل القليل إلى هؤلاء الظلمة وقيل: إن رسول الله ﷺ لم يهم بالركون إليهم وهو الصحيح، وأن المراد من كلام الله أنه لولا فضله على نبيه ورسوله لكان منه ميل إلى موافقتهم. وقال ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ معصوم، ولكن هذا تعريف للأمة؛ لئلا يركن أحد منهم إلى المشركين في شيء من أحكام الله وشرائعه^(٢).

ومن الآيات الدالة أيضا على تحريم المداينة قول الله تعالى: ﴿فَلَا تُطِيعِ الْمُكَذِّبِينَ﴾^(٣) ﴿وَدُّوا لَوْ نَدَّهْنُ فَيَذَرُوهُمْ﴾^(٤) والمراد أن هؤلاء المكذبين بالرسالة وبما جاءت به من أحكام الله وأوامره ونواهيهم يودون من النبي ﷺ أن يصافحهم ويميل إلى ما هم عليه من التكذيب والكفر.

المسألة الثانية: المداراة: وهي في اللغة المدافعة والملاينة، وفي الاصطلاح: الملاينة وحسن الصحبة والمعاشرة واحتمال الآخرين لئلا ينفروا^(٥) وقيل: إنها خفض الجناح للناس، ولين الكلمة وترك الإغلاظ لهم في القول أو هي بالمعنى الآخر الرفق بالجاهل في التعليم، والفاسق

(١) المراد بهم عمار وخباب وبلال وعبد الله بن مسعود وغيرهم من الصحابة الذين عايشوا ظهور الرسالة وأوذوا في سبيل إيمانهم بها.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي ج ١٠ ص ٢٩٩-٣٠٠.

(٣) سورة القلم الآية ٨.

(٤) سورة القلم الآية ٩.

(٥) لسان العرب ج ١ ص ٩٧٦.

في النهي عن فعله وترك الإغلاظ عليه حيث لا يظهر ما هو فيه والإنكار عليه بلطف القول والفعل ولا سيما إذا احتيج إلى تألفه^(١).

وعلى هذا يكون اللجوء إلى المدارة لأسباب عدة: منها: اتقاء شر إنسان أو أناس لسوء سلوكهم، ولبذاءتهم وفحشهم في القول، وفي حديث عروة بن الزبير أن عائشة - رضي الله عنها - أخبرته أنه استأذن على رسول الله ﷺ رجل فقال انذنوا له، فبئس ابن العشيرة - أو بئس أخو العشيرة - فلما دخل ألان له الكلام فقلت له: يا رسول الله قلت ما قلت ثم ألنت له في القول فقال: أي عائشة إن شر الناس عند الله من تركه - أو ودعه - الناس اتقاء فحشه^(٢) ومن هذه الأسباب: ما قد يعترى المداري من ضعف في قوته مما يضطره إلى مدارة من هو أقوى منه اتقاء شره كمدارة المسلمين لعدوهم حين لا يستطيعون مغالبته فيدارونه إلى أن تكون لهم قوة.

ومن هذه الأسباب: مدارة من يكون في الإغلاظ له مفسدة، وهو ما كان يفعله رسول الله ﷺ من عدم التعرض للمنافقين رغم قدرته عليهم؛ لأنه خشي أن يقال أن محمدا ينتقم من أصحابه.

ومن هذه الأسباب مدارة من يكون في مداراته مصلحة راجحة للأمة كمدارة ذوي القوة والبأس ابتغاء نفعهم ودفْع ضررهم ولو كان فيهم فسق.

وخلاصة ما سبق تحريم المداينة في أمر الدين أو التقول فيه خلاف

(١) فتح الباري ج ١٠ ص ٥٤٥.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الأدب، باب المدارة مع الناس، فتح الباري ج ١٠ ص ٥٤٤ رقمه (٦١٢١).

أحكامه أيا كانت الوسيلة والغاية، فمن داهن أصحاب العقائد الفاسدة فهو شريك لهم لأنهم من الظلمة الذين يتعدون حدود الله وأحكامه ويميلون إلى أوامر غيره من الشياطين.

وتفترق المداينة عن المداراة، فهذه تعني الملاينة واحتمال الآخرين ومن أسبابها: اتقاء شر إنسان أو أناس؛ لسوء سلوكهم ومنها ما قد يعتري المداري من ضعف في قوته مما يضطره إلى مداراة من هو أقوى منه اتقاء شره كمداراة المسلمين لعدوهم حين لا يستطيعون مغالبتها، فيدارونه إلى أن تكون لهم قوة، ومن هذه الأسباب: مداراة من يكون في الإغلاظ له مفسدة أو مداراة من يكون في مداراته مصلحة راجحة للأمة كمداراة ذوي القوة في الأمة ابتغاء نفعهم لها ولو كان فيهم فسق وهكذا.

٣٨٤ - حكم التعامل مع غير المسلمين

سؤال من الأخت نادية بوروايس من الجزائر عن حكم تعامل المسلمين مع غير المسلمين.

يطلق لفظ (غير المسلمين) على كل من لا يؤمن بدين الإسلام ومنهم: أهل الكتاب (اليهود والنصارى) وقد جاءت أكثر الأحكام فيهم؛ لكونهم أهل كتب سماوية جاءتهم بها رسل من عند الله، فكانت مسئوليتهم أشد من غيرهم. ومنهم أيضاً (المجوس) و(الصابئون) و(البوذيون) و(الهندوس) وغيرهم ممن لهم ملة أو نحلة أو دين غير دين الإسلام وكل هؤلاء لا يعفون من مسئوليتهم في الدخول في دين الإسلام إذا بلغهم؛ لأن هذا الدين أنزل للناس كافة كما أمر الله - عز وجل - نبيه

ورسوله محمدا ﷺ أن يقول لهم ذلك في قوله عز ذكره: ﴿ قُلْ يَتَايَهُا
النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا ﴾ ^(١) وقوله: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ
إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا ﴾ ^(٢).

و الأصل العام: أن التعامل مع غير المسلمين جائز طالما أنه لا يؤثر
على المسلم في دينه والأصل في ذلك ما ورد في كتاب الله عز وجل عن
جواز أكل طعام أهل الكتاب والزواج من نسائهم كما في قوله عز وجل:
﴿ أَلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ
وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾ ^(٣). هذا
من الكتاب إما من السنة، فقد تعامل رسول الله ﷺ مع عبد الله بن
أرقط، وكان مشركاً ليكون دليلاً إلى المدينة ^(٤) كما تعامل مع اليهود
في المدينة حيث ساقاهم وزارعهم وأكل من طعامهم ودخل عليهم في
مجالسهم ودخلوا عليه في مجلسه ففي حديث أم المؤمنين عائشة رضي
الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه
درعه ^(٥) وبهذا يستدل على جواز بيع السلاح من غير المسلم. وفي حديث
عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ عامل اليهود في
خيبر على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ^(٦).

(١) سورة الأعراف الآية ١٥٨.

(٢) سورة سبأ الآية ٢٨.

(٣) سورة المائدة الآية ٥.

(٤) أحكام أهل الذمة لابن القيم ص ٢٧٥، والسيرة النبوية لابن هشام ج ٢ ص ١٤٢.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الرهن، باب الرهن عند اليهود وغيرهم، فتح الباري ج ٥ ص ١٧٢، رقمه
(٢٥١٣).

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة، فتح الباري ج ٥
ص ١٧، رقمه (٢٣٢٩).

قلت: وفي هذا الزمان تطور الاتصال بين الإنسان، وتشابكت فيه مصالحه وعلاقاته رغم مختلف دياناته، وأصبح يرتبط ببعضه، إما من خلال معاهدات أو اتفاقات ثنائية، أو جماعية كما هو الحال في ميثاق الأمم المتحدة. كما أصبح التعامل بينه في أمور الدنيا من أهم ضروراته، وما دام أن هذا التعامل لا يؤثر على المسلم في دينه كالتعامل بالربا أو المحرمات فليس عليه من حرج فيه، بل هو مما تحث عليه قواعد الإسلام ومقاصده؛ في الدعوة وحسن المجادلة.

وهاتان القاعدتان ليستا خاصتين بأمور الدين، بل هما عامتان في أمور الدنيا لأن هذه تتبع للدين، فالدعوة -مثلا- إلى ترك الربا والتخلص منه في الاقتصاد الأممي دعوة إلى الدين، والدعوة إلى ترك المحرمات التي قد يتعامل بها غير المسلمين دعوة أيضا إلى الدين وهكذا.

فلا يمكن إذا التبشير بقواعد الإسلام ومقاصده وسماحته إلا من خلال تعامل المسلمين مع غيرهم أيا كانت عقائدهم، وعلى الجيل المسلم الناشئ الذي يعاني من حساسيات كثيرة، بحكم قسوة الأعداء على أمته أن يدرك هذا جيدا، حتى لا تنزل به قدم، وهو يبحث عن مسار جديد يحاول فيه تغيير واقع يعاني منه.

other than their religious celebrations, visiting the ill among them, and in some cases, following their funeral processions if they do not involve any non-Islamic religious rituals.

The ruling in these kinds of dealings may rise to the degree of recommendation if the parties involved are neighbors, colleagues at work, travel companions, or something similar to that, provided one maintains the intention to call them to Allah (SWT) and bring them closer to Islam as much as possible.

It is also permissible to congratulate non-Muslims in their social and private occasions, as this is included in the justice and kindness with which Muslims were commanded to deal with non-Muslims. However, the participating in non-Muslim religious celebrations or congratulating them for these occasions is prohibited, as this implies endorsement for rituals and doctrines that are not part of the Islamic creed.

situation of Muslims who try to comply with the whims of their enemy at a time when former does not have power over the later. It is clear from the above discussion that one can adopt the policy of pleasing others (mudarah) for greater interests of the Ummah.

384- Ruling about dealing With non - Muslims

In this question received from sister Nadia Buraweess from Algeria wherein she wants to know the correct Islamic point of view with regard to dealing with non-Muslims.

The answer is that it is permissible to deal with non-Muslims as long as such relation is not harmful in terms of religious matters as evident from the following Qur'anic verse:

[This day are (all) things good and pure made lawful unto you. The food of the People of the Book is lawful unto you and yours is lawful unto them. (Lawful unto you in marriage) are (not only) chaste women who are believers, but chaste women among the People of the Book]¹.

It is also evident from the Sunnah as the Prophet (PBUH) hired Abdullah bin Arqat, who was a polytheist, to be his guide to Madinah. Furthermore, he had dealings with the Jews of Madinah in terms of engaging with them in marketing, agriculture, eating their foods and participating in their assemblies.

Hence, it is lawful to have dealing with non-Muslims who desire to live in peace with Muslims. This covers many forms of dealings such as responding to their invitations, inviting them to Muslims homes, allowing them to enter mosques in order to introduce Islam to them and make it closer to their hearts, exchanging gifts with them in

1- Qur'an 5:5

according to the pre agreement with the customer. The delay usury is in delaying what the bank should pay to the lender who is, in fact, the depositor himself. As for the third kind of deposits, it is lawful, as it does not involve any interest. But if the bank is a usury-taking bank, the depositor is then helping them in their dealings. But if one is obliged by necessity to deposit his money in a usury taking bank, one must not take any interest from that and should not take that interest as part of his own properties.

383- Ruling about People who Adulate the Men of Corrupt Ideologies

In this question Br. Adil Al-Tayyib from Algeria asks about Shariah ruling about people of correct ideologies adulate the people of distorted creeds, either for the sack of their vested interests with them or to please them.

The answer is that adulation or flattering is prohibited in matter of religion or fabricating lies against its rulings, regardless of the means and the purpose for which it was aimed at. If a person adulated the people of corrupt ideologies, he would be considered as one of their accomplices; for these people are tyrants who transgress the limits of Allah (SWT) and tend to follow the paths of Satan. There is difference between adulation and willingness to please (mudarah) as later relates to compliance with someone's whims in order to seek prevention from the evils of bad person/persons known for their misconducts. A person does such act of pleasing other merely due to his weakness which makes him comply with whims of those who are stronger than him in order to protect himself from evil of that particular person. The clear example of such act is the current

some specific rulings as elaborated below.

Wadi'ah is among the lawful transactions in Islam. It is defined as "Any belonging that is left by its owner or his representative with somebody to take care of it". It is likable for the person who is confident that he could take care of the Wadi'ah to accept it. If he does, he should then handle it with care and should not dispose of it. As for the deposits that are accepted by banks from individual or institutions, to be invested in several fields, they could be divided into three types:

- 1- Fixed deposits that are limited to fixed term- not less than three months - and which cannot be taken back before the end of this term. The banks give some fixed interest for the depositors on a percentage base and which increase according to the increase of the fixed term.
- 2- Depositing money with notification: In this case, the depositor cannot withdraw what he has deposited unless he notifies the bank before the end of an agreed period of time. The banks give also an interest lesser than the interest they give for fixed term deposits.
- 3 - Call deposits, these could be withdrawn at any time. The owners of this kind of deposits are not given any interests from the banks. This type of deposits is called current account. Truly speaking, if somebody thinks about these kinds of deposits, he finds that they are pure loans under the name of Wadi'ah. As a result, the fixed deposits and the deposits under notification, which result in interests given by the banks are Riba, because they are nothing but fixed terms loans with interest. This kind of loans involves both the delay usury and the excess usury. As for the excess usury, it is in the interest that is given by the bank in addition to what it has taken

said: [He it is created you from clay, and then decreed a stated term (for you). And there is in His presence another determined term; yet ye doubt within yourselves!]¹. This is the life of a mankind in this world. It is none but Allah (SWT) who cures all the diseases: [And when I am ill, it is He Who cures me]². A Muslim is never get disappointed no matter what kind of disease he suffers from; for Allah has said: [Truly no one despairs of Allah's Soothing Mercy, except those who have no faith]³. Another verse states: [Despair not of the Mercy of Allah].

382- Ruling about Banking Interests

In this question received from Br. Ibrahim Nuwairi from Algeria wherein he states that there is difference of opinions among the scholars about interests of money deposited in the bank. He further mentions that some scholars declare it permissible considering that it does not come under the frame of bank loans. On the other hand, others are of view that it should be considered as the banking loans which is prohibited. Then, he further elaborate that the bank deposits under question are those which are deposited in the interest-based banks. He wants to know Shariah viewpoint about such deposits in a country where no Islamic banks exist.

The answer is that people generally call the money deposited by its owner to a bank without having interest as wadi'ah (deposit) and the one deposited with taking interest is known as loan. However, the term of 'wadi'ah' is incorrect for such deposit; for it is against the meaning of wadi'ah established by the Shariah for. Wadi'ah has

1- Qur'an 6:2

2- Qur'an 26:80.

3- Qur'an 12:87.

381- Brain Death: Is it Permissible for a Physician to Clinically Remove the Life Support Device

We received this question from Br. Sadiq Rasheed of Algeria. The answer is that the life support device is a kind of medicine to treat the illness and it is not different from any other medicine in terms of characteristics and implications. Therefore, a patient who is on life support is similar to patient who uses kidney dialysis or who takes diabetic and blood pressure medicines. So removing the life support on the pretext that the brain is already dead is similar to stopping the dialysis and discontinuing the medicine by a patient who requires it. It is as if we say to those patients that we are going to switch your devices or medicines so that you can die.

As for the saying that if a patient stays on such situation (life support devices), it will cost a lot of money with no reason and such devices might be required by another patient, it is not permissible to switch off such devices because the human life more valuable than any materialistic costs. If we accept such view, we might have accepted extreme materialistic theory that provides that the value of a mankind is measured by the extent of his productivity. And when he becomes old or inflicted by a disease his life should be ended; for he is no longer productive. Can any wise person accept such theory?

Based on the above discussion, it is established that, according to Shariah, the recognized death is one which occurs by departure of the soul from the body after which all the rulings of death will be applicable in terms of inheritance and wills. With regard to the brain death, partially or as entirely, does not mean end of the life; for the death has a prescribed time which Allah (SWT) knows alone as he

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW*

380- Prohibition of Infringing Dignities:

This question received from Br. Ahmad Balkhairi from Algeria wherein he mentions that some religious youths nowadays have started infringing the dignities of a number of scholars and dawa activists warning the laymen against listening to their speeches and reading their books.

The answer is that it is one of heinous acts to infringe the dignities of the scholars; for those who directly involved in such heinous acts and those who encouraged doing so would equally be considered as sinful.

There are three kinds of people who attack the scholars; (1) the people of lust, particularly those of innovators who certainly know that they cannot achieve their desired objectives without insulting and attacking the scholars; (2) those who just started learning and desire to obtain the dignified status of that which is enjoyed by the senior scholars; (3) the ignorant who do so for no reasons but to endorse the rumors and doubts being spread against a particular scholars.

The prohibition of infringing the dignities does not mean to overlook the mistakes occurred, intentionally or unintentionally, by a layman or by a scholar. Whosoever attacks the dignity of any person, in any capacity, will be punished according to the level of sins he might have committed. On the other hand, it is advisable to be cautious from those who speak against Allah (SWT) without knowledge and permit the things which Allah (SWT) has prohibited such as usury, spell and bribery etc.

*These questions are received from the readers, and are answered by the properitor and the editor -in - chief of the Journal Dr. Ab durrahman H. An- Nafisah, and are published on the Journl's website (www.fiqhia.com.sa)

5. It is not correct to consider the act of conducting the Nikah by a woman as being her own or other's Nikah.
6. If she is conducting her own Nikah, it is not permissible for her to do so.
7. It is not allowed for a woman to carry out the duty of performing Nikah. It is Allah (SWT) who created the men and women and assigned them their respective duties based on their very nature. So both are urged to carry out their duties within the limits set out by Allah (SWT).
8. It is to be noted that a woman can facilitate the marriage in terms of bringing the both parties closer and obtaining their approval. However, she is not allowed to conduct the marriage herself.
9. When a legal marriage is established in accordance with the consent of both parties and approval of the wali, and then a woman attested the marriage contract being an employee of the marriage department or court etc., it is not prohibited. For, the contract has already been finalized and nothing remained except a document attestation. However, such attestation should be done in full observation of the Shariah rules. With regard to her being the witness of the Nikah; or being reference point for rectification of the witnesses; or it is she who performs the rituals of the Nikah, it will not be permissible.

- The result of the difference of opinion appears. In the increase in the estate which takes place between the time of death and the time of repayment of the debt. According to the opinion of the Shafayees , the Hanbalis legists, the increase belongs to the heirs and they will dispose it without any hindrance from the creditors and others. But according to the Hanafi view, the increase will be subject to the estate, being linked to the debts payable from it.

Appointment of a Woman for the Duty of Performing Nikah: A Juristic Root Study

Dr. Sami b. Farraj bin Eid Al-Hazmi*

1. Islam has distinguished between male and female based on the nature of their different creation and assigned to them the duties and responsibilities commensurate with their very physical and mental nature.
2. It does respect women more than any other society or religion. It protects their dignities and honours in public and safeguarded their due rights in all aspects.
3. The conductor of Nikah (or marriage official) is one who testifies and attests the marriage and divorce contracts, and, in legal term, it is not considered as one of the pillars or the conditions to be fulfilled for validation of the contract.
4. It is not permissible for a woman to conduct the Nikah and the presence of wali (guardian) is the condition for validity and authenticity of the Nikah.

* Assistant Fiqh Professor, College of Shariah and Islamic Studies, Umm Al-Qura University, Makkah al-Mukarrmah, Kingdom of Saudi Arabia.

However, the first opinion is the preferred one.

11. If the owner of the wealth was not the mother/father, he or she has no right to take back the donation (atiyah). The opinion is held by majority of Malikis, Shafayees and Hanbalis jurists.
12. The Hanafis have differentiated between the direct and indirect relatives. So, according to them, if the donation was granted to an indirect relative, it can be taken back and, on contrary, if it was given to a direct relative, it cannot be taken back. The preferred opinion is the one which is held by the majority of the jurists based on their strong evidences.

Some other issued related to Heirs and the Decedent's Heritage

- The schools concur that the heritage devolves on the heirs immediately after the death if there is no debt or will involved. They also concur that the remainder of the heritage exceeding debts and bequests stands transferred to the heirs. The schools differ whether that part of the heritage covered by debts and bequests will be considered transferred to the heirs or not.
- The Hanafis state: The part which equals the value of debt will not be included in the property of the heirs. Consequently, if the complete estate is covered by debt, the heirs will not own anything from it. But they have a right to free the estate from the creditors by paying them their claim on the estate. If the estate is not totally covered by debt, the heirs will own the remainder.
- The Shafayees and the majority of Hanbali Jurists say: The heirs will come to own the indebted part of the estate, irrespective of whether the debt covers the whole estate or only a part of it. However, the debt will relate to the whole estate and the estate will be liable for it.

Ataa, Shuraih, Mohammad b. Al-Hasan of Hanafi school of thought and some Malikis and Ashafayees. The Hanbalis are also of the same view.

Another opinion is, which is held by Jamhour (majority), is that the female will be given equal to what is given to the male. However, according to me, the first opinion is preferred one, which was also adopted by Ibn Taimiyah, Ibn al-Qayyim and Ibn Baaz, and in favour of which the fatwa was issued from the Permanent Committee for Scientific Research and Ifta.

10. If someone distributed all or some portions of his wealth among his children prior to his death, then wanted to redistribute in observance of Shariah interest, such as birth of a new child which required redistribution for the sake of equality; or he became poor and needed money; or he observed that the recipients of the wealth used it for disobedience of Allah (SWT), the situation will be: Either the owner of the wealth was father of the beneficiaries of the distribution or was not their father. Contrary to this, the distributor could be the father or the mother. If he was the father, he has the right to take back the donation (atiyah) offered to his children as held by majority of Malikis, Shafayees and Hanbalis jurists. However, according to Hanafis, it is not permissible for father to return or take back his given donation (atiyah). The first opinion is preferred. And if the owner of the wealth was the mother, the jurists have two different opinions: (1) The mother is similar to the father with regard to taking back the donation (atiyah). This is the view of Shafayees and the Malikis are of the similar opinion with the condition that the father was still alive. (2) A mother cannot take back the donation her given (atiyah) as held by Imam Ahmad.

as it achieves greater objectives and interests of the Shariah and avoid the consequences of corruptions likely to occur thereafter. However, precaution must be observed in such type of distribution to ensure that it does not include the entire wealth; rather it should apply to some portions of it. It is advisable that the owner of the wealth should retain a reasonable portion for himself to meet his requirements and interests due to the fact that the conditions do not remain always same and the requirements are renewed. This subsequently will help him to avoid poverty and relying on the helps and assistance from his children and relatives who might not will to help him at the time of need. Another problem is that, in case of having more than one child, he might not be able to maintain equality and justice between his children and subsequently be the subject of committing sin of distribution of his wealth among his children unjustly.

8. It is urged by the Shariah to observe the spirit of justice and equability while offering Atiyah (donation) to any of the children as evident by the Qur'an and the Sunnah. This is, such acts of justice strengthen the bonds of love and enhance the harmony and unity within the family. On contrary, distribution of the donation among the children unjustly is resulted in spreading jealousy, malignity and rupture of relations.

9. The jurists have differed with regard to meaning of justice and equality to be observed between the children.

One opinion is that the legally established equality denotes distribution of wealth among the children as per the inheritance distribution system prescribed the Allah (SWT), i.e. for the male what is equal to the shares of two females. This opinion is held by

5. In principle, the inheritance distribution is established upon death of the inheritor as the jurists made it conditional to ensure the death of the inheritor in reality or in legal term. This is because, as long as a mankind is alive, he is owner of all his wealth and estates and may do whatever he wishes observing the limits set by Allah (SWT). But, when he dies, his ownership of those money and wealth is terminated and transferred to his legal heirs according to their legitimate shares.
6. A Muslims (man and woman) may desire to distribute his/her wealth and estates partially in his life to his legal heirs in consideration of a Shariah interest such as: to let the heirs benefits from the wealth to meet their needs; or to maintain bonds of love and relation among the heirs; or to avoid differences and disputes likely to occur among them after his death; or fearing that his inheritance may not be distributed correctly after his death in a country where Islamic law is not applicable. He may keep a portion of his wealth to meet his own requirements or may take a pension or rent of the house etc. Such a desire has become realty in our modern time as obvious from many questions, consultations and legal claims received from time to time.
7. It is not disliked for a live person, male or female, to divide his/her wealth wholly or partially and distribute among his legal heirs prior to his death; rather it is permissible (mubah). It is evident from the fact that a companion of the Prophet (PBUH) Saad b. Ubadah distributed his wealth among his children in his life; for such distribution in one's life is considered as permissible donation/gift and it is none but an expedition of the benefits that take place after the death. Rather, it could be said that such distribution is desirable

(or ordainments as regards laws of inheritance), and whosoever obeys Allah and His Messenger will be admitted to Gardens under which rivers flow (in Paradise), to abide therein, and that will be the great success. The following points further outline the importance of this particular law:

- a) When it is applied correctly, all the heirs receive their legitimate due shares from the wealth and estate of their inheritors.
 - b) Allah (SWT) has explained himself the law of inheritance distribution in three verses of Surah al-Nisa. Furthermore, Allah (SWT) promised the heaven for those who submit to His Will and implement this law properly and warned those who transgress these limits with the hellfire and heinous punishment.
 - c) The laws of inheritance distribution are as important as they as knowledge of religion (fiqh fi al-din) and whoever attains this particular knowledge will be entitled to special reward from Allah.
3. Traditionally, Islamic jurisprudence defines death as complete cessation of the heart or respiration. And a dead person is the one who has left this worldly life. Death is prescribed by Allah (SWT) for all the humankind and it will occur no matter whatever measures are taken to prevent it. Allah (SWT) has created the death and the life in order to test his servants. The time and place of death are related to the foreseen knowledge of Allah and it is beyond human knowledge.
4. When a mankind dies, four rights will be established in his heritance as per the following sequences:
- a) Preparation of coffin, burial, paying his debt, his will for two third of wealth or less for people other than the heirs.

need of his spiritual guidance.

4. A judge can intercede to reconcile between the two parties provided that it be based on sound proofs and justice and both agree on such reconciliation.
5. It is desired to have intercession in order to maintain harmony; for it has great importance in judiciary as it is associated with justice and mutual agreement on the judgment.

Distribution of Inheritance Prior to Death

Dr. Abdullah bin Fahad Al-Hayyid

The issue of inheritance is of fundamental importance. If it is applied correctly all the heirs receive their just and legitimate shares resulting in clean-heartedness, happiness and blessings. If it is not applied at all or not correctly, bitterness, hatred, in-fighting and loss of blessing prevail forever.

This branch of Islamic Law is so important that it has been given its own status. The Prophet (PBUH) said: "Learn the laws of inheritance and teach it to people, for it is half of knowledge". This paper discusses the importance of inheritance and its legitimate and illegitimate distribution as follows:

1. Distribution of inheritance means to grant all the heirs their legitimate due shares in the estate or wealth owned by their inheritors.
2. The particular importance of the Islamic laws of inheritance is obvious from the verses immediately following those verses giving specific details on inheritance shares, "These are limits (set by) Allah

• Assistant Professor of Islamic Fiqh, King Saud University, Riyadh, Saudi Arabia

Intercession (al-Shafa'ah) in Judiciary

Ibrahim bin Abdul Aziz Al-Johni*

Shafa'a is the Arabic noun for intercession or mediation or asking forgiveness from Allah for someone else. The word is used also in laying a petition before a king, interceding for a debtor, and in judicial procedure as obvious from the Qur'an and the Sunnah of the Prophet (PBUH):

"Whoso makes a righteous intercession shall partake of the good that ensues therefrom, and whoso makes an evil intercession will bear the consequence thereof" (Qur'an 4:85).

"He who by his intercession invalidates one of Allah's hudud (laws concerning transgressions) is challenging Allah" (Bukhari, Anbiya' ch. 54).

Islamic Fiqh has given due importance to the rules and regulations related to intercession by classifying its rulings in terms of permissibility and prohibition.

1. The good intercession is one which is applauded by the Shariah and its rulings differ according to situations. It could be permissible, desired (mandoob) and obligatory.
2. The bad intercession is one which is prohibited by Allah (SWT) and is considered as prohibited.
3. The ruling about intercession to influence the judiciary differs from case to case. It would be prohibited if the person who sought intercession in matter of judiciary unnecessarily. It would be obligatory if there is no other Mujtahid other than that particular person. It will be considered as Mustahib (desired) if the interceder was a hidden scholar who was not known and the people were in

* Judge at Al-Rain Public Court, Al-Quwayyah District, and Imam and Khatib of Abdur Rahman Al-Faisal Mosque, Riyadh.

will be entitled to receive upon doing so.

5. The importance and benefits of al-Mandoob according to Shariah are provided as follows:

- It causes protection of obligatory rituals being tampered with and is a way of overall protection to wajibat (obligatory actions).

- Furthermore, it serves the wajib (obligatory) and facilitates it being observed and comprehends the deficiencies being exercised in performing wajib (obligatory).

6. Although it is allowed to leave it without any substitute and even if one does not do it he will not be punished unlike the wajib (obligatory) which is not allowed to leave at any rate, there still remain some issues to be cautious about:

- Some scholars adopted an extreme view about leaving sunnal al-mu'akkadah (emphasized sunnah) considering it in place of wajib (obligatory).

- It is not allowed to insist on constantly leaving the sunnal al-mu'akkadah (emphasized sunnah).

- A mandoob can be left if it is associated with some interest or benefit.

- A mandoob cannot be left for being the motto of the al-mubtadi'ah (people who innovate in matters of religion).

- It can be left if there is fear that the general people may think of it being a wajib (obligatory).

The mythologists have mentioned several aspects of al-mandoob and discussed at length its comprehensive rulings. It is advisable to do it desirably without compelling others to do it. A proper understanding of the Shariah rulings cannot be achieved without knowing the legal terms in their proper contexts.

accounts and broadening of their Mudharabah transactions. So, they have made tremendous contributions to serving the society in all commercial, industrial, population, and health and service sectors.

Al-Mandoob and How it is Treated by Methodologists (Al-Usooliyun)

Dr. Mohammed Saad bin Ahmed Al-Yubi*

Al-Mandoob linguistically means 'Requested'. Technically: That which The Legislator has ordered but not by way of obligation.

1. Example: The Rawaatib (ie sunnah prayers). It is desired to perform it and one can leave it without being subject of any punishment.
2. There is consensus among the scholars that one who does it in obedience is rewarded and the one who leaves it is not punished. However, they differ with regard to the terms used for it such as al-Sunnah, al-Mustahab, al-Nfi, al-Tatatawu and the purpose which these terms were adopted by jurists.
3. There are different types of Al-Mandoob such as kifayah and sunnah ain to be desirably performed by all the people.
4. There are different forms and methods known for al-Mandoob such as:
 - The Prophet (PBUH) has done it and the scholars have mentioned seven different ways practically proved from the Prophet (PBUH) as discussed earlier in this paper.
 - This paper explores the definitions of some terms used for it such mustahab (desirably), tatuwu (voluntarily), nafi (supergatary) etc.
 - It also explains why it is desired what types of rewards one

* Associate Professor of Usool al-Fiqh, International Islamic University, Madinah Al-Munwarah, Kingdom of Saudi Arabia

direct it to let growth and make use of the creative talents. It also creates alliance and collaboration between the capital and the work, which eventually leads to uplifting of the poor and the common men's living standard as well as it tremendously contributes in strengthening the social bonds and encouraging the collective work.

12. The contemporary jurists have two views with regard to validity of Mudharabah for financing the collective investments in the contemporary banking system. The controversy over invalidity of Mudharabah is baseless as well as illogical; for the rules and regulations stipulated by various schools of thought (Madhahib) include the investments and activities carried out by the Islamic banks through absolute Mudharabah made by the depositors (owner of money) to the bank authorizing it to invest the deposited money. Hence, based on the authority given by the depositors to the bank, the later becomes (owner of money by proxy) and consequently finances the new Mudharibs (speculator) after agreeing on the calculation procedures by both parties in the limits of the Islamic Shariah.
13. The financing by Mudharabah achieved the objectives of economic and financial growth as desired by well-wishers of Islam and this form of financing has become a living reality that received due appreciation and popularity in many Muslim and non-Muslim countries worldwide.
14. Investment funds vary in terms of participation (Musharakah) system in those funds. They could be open funds with variable capitals of unspecified amounts and periods as well as closed funds with specified capitals and units and the periods of IPO and investment.
15. It is to be pointed that the growth and development of the Islamic banks can be seen in increasing the volumes of their investment

having leadership in financing and profitability activities.

7. What is intended in this research by Mudharabah is to make a contract whereby a party pays money to another party for the purpose of trade, and then they share profits on common shares according to their agreement.
8. Mudharabah plays a vital role in trade transactions, investment, financing, meeting people's individual and social requirements and generating profits.
9. Mudharabah is one of unique methods legalized by Islam for investing the funds of the capital owners and generate profits for them without involvement of riba by financing others and sharing profits with them. It also creates avenues of cooperation between the financial capitals, the creative intellectual expertise, and the physical energies to be exerted by the working partners. Furthermore, it is associated with implementation flexibility; for its scopes, places and tenures are common without any limitation.
10. It is stated that according to Islam, Mudharabah is one of valid and unbinding contract even after the working partner has started the work. This is the view of majority of jurists, except Imam Malik. As per, the preferred opinions of Ibn Taimiyah and Ibn Qaiyyim, it similar to companies and does not come under the castigatory of Ijarah (leasing) nor the Wakalah¹, as held by some jurists, although it passes through similar phases.
11. The legalization of Mudharabah is aimed at protecting capitals from being lost, working on its growth by means of investment,

1- Wakalah means agency, or the delegating of a duty to another party for specific purposes and under specific conditions. Under this concept, the bank acts as your agent in completing a particular financial transaction. As your agent, the Bank will be paid a certain amount of fee for the services it provides.

circulation either by one-self or in collaboration with others by ways of financing.

3. Islam's emphasis on calling to financing and investment is aimed at avoiding freezing of wealth and to make best use of it in order to facilitate the life of people and enhance their livelihood. This is also a means of exchanging interests and benefits amongst the people and uplifting their living standard at both secular as well as religious levels.
4. Many texts can be traced in the Qur'an, the Sunnah and the juristic sources that encourage capital investment, moveable or immoveable, either by oneself or through financing others to achieve this purpose. It is to be noted that a capital or money should not be left un-invested and un-operational without a legitimate reason; otherwise it would cause corruption which is disliked by Allah (SWT). If a person owns a land and does not make a construction on it or does not lease it, he will be considered as brainless and extravagant as termed by Ibn Tamiyah; for he is urged to do so for his own benefits lest his money is not lost.
5. It is observed that these days huge amount of money and capitals, moveable or immoveable, are left un-invested in the Islamic World. This is because the owners of these capitals are unaware of the means and sources offered by the Islamic investment banking. Another factor is that they are reluctant to invest with the traditional riba-based banks as they mistakenly believe that except these banks there are no other alternatives for making capital investment.
6. This research outlines that Islam is a complete way of life and it offers contemporary interest-free banking solutions for capital investment and financing others. There exist nowadays many Islamic banks

Mudharabah Financing in Contemporary Financial Transactions Bai' al-Salam¹ and al Istisnah² Model: A Juristic Study

Prof. Dr. Hasan Abdul Ghani Abu Ghudab*

A Mudharabah transaction is derived from a partnership based on risk and profit sharing. This partnership is a kind of collaboration between an investor and an entrepreneur under which the former provides funds to the latter for the purpose of investment and profit sharing. This is how it works in practice. Here is provided a brief about various types of Mudharabah transactions as follows.

1. What is intended by financing in this research is to offer capital, moveable or immovable, to someone in order to meet his needs or achieve more profits. Some other terms such as capital investment and growth are also used for such type of transaction.
2. It is to be noted that there is no religion or law that encouraged circulation and investment of money as did Islam. There are several Qur'anic and prophetic texts which urge earning a livelihood and striving to increase the wealth by permissible means and make its

* Professor of Comparative Fiqh and Shariah Policy, Department of Islamic Study, College of Education, King Saud University

1- Bai al-Salam is Advance payment for goods which are to be delivered at a specified future date. Under normal circumstances, a sale cannot be effected unless the goods are in existence at the time of the bargain. However, this type of sale is an exception, provided the goods are defined and the date of delivery is fixed. The objects of sale must be tangible goods that can be defined as to quantity, quality and workmanship. This mode of financing is often applied in the agricultural sector, where the bank advances money for various inputs to receive a share in the crop, which it then sells

2- Al-Istisnah is a contract of acquisition of goods by specification or order, where the price is paid in advance, or progressively in accordance with the progress of a job. For example, to purchase a yet to be constructed house, payments would be made to the builder according to the stage of work completed. This type of financing, along with Salam, is used as a purchasing mechanism, and Murabahah and Bai Bithaman Ajil are for financing sales

Different people adopt different opinions about such imported thought depending upon the extent of their strength and weakness of faith (Iman). Whatever could be the reason, no one can deny the changing of phases in life of nations, regardless of their names. Whatever was the situation before four years will not remain same forever, as one dimension is different from another and so on. However, the complicity is that the 'imported thought' is challenging the durability of the Ummah and deems it as a part of 'end of history'. Their objective is that by doing so the Ummah will be inflicted by the weakness and the negligence to an extent that, at some stage, it will not know how to deal with such thought.

The more dangerous aspect of it is that it is being marketed by a group of people who, unfortunately, belong to our Ummah. They do it, either due to their unawareness or because they swallowed this thought considering it as the correct ideology, thus call others to adopt it, as was the case with followers of different sects about whom there still exists disagreement among the Muslim Ummah.

At any rate, nothing can prevent the Ummah from being doomed but its creed. Undoubtedly, maintaining the creed and preserving its pillars is the strongest fortress against infiltration of 'imported thought' that aims to put the Ummah at the 'end of history' phase. We seek help from Allah (SWT).

Letter from a Reader

Praise be to Allah, the Lord of the Worlds; and blessings and peace be upon our Prophet Muhammad and upon all his Family and Companions till the Day of Judgment.

The Muslim Ummah, as obvious, is passing through a number of crises as a result of nature of geographic and political changes taking place in the current international affairs.

The 'imported thought' is one of such crises challenging the established Islamic legacies and the attitude of some of the Muslims towards it. There exist a number of groups among the Muslims who deny the importance of these legacies, partially or as a whole, considering them as elements of past which must be forgotten. A group adopts a view that some of the Islamic traditions must be revised even if it requires its denial. Another group differentiates between the types of Islamic legacies and accepts that which meet its criteria and rejects what goes against their whims.

Contrary to this, there are people in the Muslim Ummah who look at these crises being the consequences of the 'imported thought' aimed at spreading strife, whereas other group deem it as an event imposed by the nature of time as a result of changes that have been taking place from time to time. Some of them look at it with a different angle and blame the enemies of Islam who do so for weakening the Ummah on intellectual level.

Contents

• A Letter from a Reader	5
• Mudharabah Financing in Contemporary Financial Transactions Bai' al-Salam and al-Istisnah Model: A Juristic Study	7
<i>Dr. Hasan Abdul Ghani Abu Ghudah</i>	
• Al-Mandoob and How it is Treated by Methodologists (Al-Usooliyun)	11
<i>Dr. Mohammed Saad bin Ahmed Al-Ayubi</i>	
• Intercession (Al-Shafa'ah) in Judiciary	13
<i>Ibrahim bin Abdul Aziz Al-Johni</i>	
• Distribution of Inheritance Prior to Death	14
<i>Dr. Abdullah bin Fahad Al-Hayyid</i>	
• Appointment of a Woman for the Duty of Performing Nikah: A Juristic Root Study	20
<i>Dr. Sami b. Farraj bin Eid Al-Hazmi</i>	
• CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW	
<i>Dr. Abdur Rahman Ibn Hassan Al Nafisah.</i>	
- Prohibition of Infringing Dignities	22
- Brain Death: Is it Permissible for a Physician to Clinically Remove the Life Support Device	23
- Ruling about Banking Interests	24
- Ruling about People who Adulate the Men of Corrupt Ideologies	26
- Ruling about dealing with non-Muslims	27

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. 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. 85 - Twenty One Year

Feb - Mar - Apr - May 2010

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.I. 5
Egypt Le. 22	Yemen Y.R. 795
U.A.E D. 15	Moroco 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

Fax. 4853694

P.O. Box: 1918 .

Riyadh: 11441 .

* Website: www.fiqhia.com.sa

* E-Mail: fiqhia@gmail.com

* E-Mail Editor - in - Chief:

a.nafisa@hotmail.com

* Pority right of designing and
hosting the magazine's website on
the internet by Advanced Arabic
Systems Co. (Nasee).

* Distributors :

Saudi Distribution Co.

Jeddah: 02-6530909

Riyadh: 01-4728805

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence

Issue No. 85 - Twenty One Year

Feb - Mar - Apr - May 2010

IN THIS ISSUE

- | | |
|---|---|
| - <i>Mudharabah Financing in Contemporary Financial Transactions Bai' al-Salam and al-Istisnah Model: A Juristic Study.</i> | <i>Dr. Hasan Abdul Ghani Abu Ghudah</i> |
| - <i>Al-Mandoob and How it is Treated by Methodologists (Al-Usooliyun).</i> | <i>Dr. Mohammed Saad bin Ahmed Al- yubi</i> |
| - <i>Intercession (Al-Shafa'ah) in Judiciary.</i> | <i>Ibrahim bin Abdul Aziz Al-Johni</i> |
| - <i>Distribution of Inheritance Prior to Death.</i> | <i>Dr. Abdullah bin Fahad Al-Hayyid</i> |
| - <i>Appointment of a Woman for the Duty of Performing Nikah: A Juristic Root Study.</i> | <i>Dr. Sami b. Farraj bin Eid Al-Hazmi</i> |

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH)

POINT OF VIEW

Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah

- Prohibition of Infringing Dignities.
- Brain Death: Is it Permissible for a Physician to Clinically Remove the Life Support Device.
- Ruling about Banking Interests.
- Ruling about People who Adulate the Men of Corrupt Ideologies.
- Ruling about dealing with non-Muslims.