



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



مسائل في الفقه المقارن

أعمال موجهة

لطلبة السنة الثالثة ليسانس فقه وأصوله

اختارها وقدمها

د. ياسين باهي

2020-2019م / 1440-1441هـ

عَنْ الرَّبَا

وأشردلك فيما يجري فيه الربا

أولاً - أنواع الربا والمقصود منها هنا

تنقسم أصول الربا إلى خمسة أنواع :

النوع الأول : ما يعبرون عنه بقولهم (أنظرني أزدك) وهو ربا النسبئة في الذمة وهو محرم إجماعاً مهما كانت نسبة الفائدة أو الزيادة .

النوع الثاني : ما يعبرون عنه بقولهم (ضع وتعجل) ، وهو نفس ربا النسبئة الجاهلية ولكنه جارٍ هنا على العكس بأن يقول المدين للدائن : ضع من الدين الذي لك علي ، أعجل لك في الدفع . واختلف العلماء في حكمها :

أجازها : ابن عباس وزفر .

منعها : ابن عمر ومالك وأبو حنيفة والثوري .

واختلف فيما قول الشافعي رحمه الله . ولسنا هنا بصدد تفصيل الأدلة والأقوال في ذلك .

النوع الثالث : التفاضل في تبادل الربويات مطلقاً إذا كانت من جنس واحد .

النوع الرابع : النسبئة في تعاوض الربويات مطلقاً .

النوع الخامس : بيع الطعام قبل قبضه لحديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ ، قال (من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه) .

ولقد عد صاحب بداية المجتهد هذا النوع الاخير من أصول الربا ،
قتبعناه في ذلك ، والحق أن بيع الطعام قبل قبضه ليس من أصول الربا
وإنما هو من الذرائع إلى الربا ، إذ هو مما يتذرع به إلى أحد الأربعة
التي قبله (١) والمقصود من هذه الأنواع بالبحث هنا إنما هو كل من النوعين
الثالث والرابع .

ثانياً - تصوير المسألة :

نص رسول الله ﷺ في الحديث الصحيح على تحريم الربا عن طريق
النسيئة أو التفاضل في الأعيان التالية : الذهب والفضة والبر والشعير
والتمر والملح . فقد روى مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه
قال :

(سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة
بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح ، الا سواء
بسواء عيناً بعين ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى) .

وقد أجمع المسلمون على تحريم الربا في كل من هذه الأعيان الستة
المنصوص عليها بالتفاضل ، والنساء . ولكنهم اختلفوا فيما سواها بسبب
اختلفهم في فهم علة الربا في هذه الأعيان المنصوص عليها (٢) ، وسيتناول
بجئنا خلاف الأئمة في علة الربا في هذه الأعيان وأدلة كل على ما يقول ،
ثم في أثر اختلافهم هذا فيما يجري فيه الربا من الأعيان الأخرى عن
طريق القياس .

(١) انظر بداية المجتهد : ١٤٠/٢ .

(٢) المجموع للنووي : ٣١٢/٩ .

ثالثاً - أقوالهم في علة الربا في الأعيان المنصوص عليها :

(المالكية) : قالوا أما حرمة ربا الفضل ، فعلته في الذهب والفضة كونها رؤوس الأثمان مع وحدة الجنس في التعاوض ، وعلته في الأصناف الأربعة الأخرى الادخار والاقتيات مع وحدة الجنس . وأما حرمة ربا النساء فعلته في الذهب والفضة مجرد كونها رؤوس أثمان ، وفي الأصناف الأربعة الأخرى مجرد الطعم ، أي دون اعتبار الاقتيات ولا وحدة الجنس .

وعلى ذلك تجتمع حرمة كل من التفاضل والنسيئة فيما يتم التعاوض فيه ، إذا كان صنفاً واحداً من رؤوس الأثمان أو المدخرات المقتناة . وينفرد النساء بالحرمة في رؤوس الأثمان أو المدخرات المقتناة إذا لم يكونا صنفاً واحداً كتمر في مقابل نوح . أما التفاضل فلا يتصور انفراده ووحده بالحرمة إذ لا بد أن توجد معه علة حرمة النساء أيضاً^(١) .

(الشافعية) : قالوا في الصحيح المعتمد عندهم : علة ربا الفضل في الذهب والفضة كونها رؤوس أثمان كما يقول المالكية ، وعلته في الأصناف الأخرى الطعم ، بشرط وحدة الجنس عند التعاوض في كل منها .

وعلة ربا النسيئة رؤوس الأثمان في الذهب والفضة ، والطعم في الأصناف الأخرى^(٢) .

(الحنابلة) قال صاحب المغني : روي عن أحمد رضي الله عنه في ذلك ثلاث روايات : أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونها موزون

(١) انظر بداية المجتهد : ١٢٩/٢ وجواهر الاكليل ١٧/٢ .

(٢) انظر المهذب والمجموع للنووي : ٣٠٤/٩ .

جنس - أي الوزن مع وحدة الجنس - وعة الأعيان الأربعة الأخرى
كونها مكيل جنس - أي الكيل مع وحدة الجنس - (١) وعلى هذا
فكل مكيل أو موزون محرم لدى التعاضد فيه النساء ، فإذا كانا جنسا
واحدًا حرم فيه التفاضل أيضاً .

أما الرواية الثانية : عنه ، فقد ذهب فيها إلى مثل ما ذهب إليه
الشافعية من أن العلة هي رؤوس الأثمان في الذهب والفضة ، والطعم في
الأصناف الأخرى .

وأما الرواية الثالثة : فهي أن العلة فيما عدا الذهب والفضة أنه
مطعم جنس مكيلاً أو موزوناً ، فلا بد لربما الفضل فيه من توفر كل
من أمور ثلاثة : الطعم والكيل أو الوزن ، ووحدة الجنس . وقد رجح
ابن قدامة في المغني هذه الرواية الثالثة ، فقال : وما وجد فيه الطعم
وحده أو الكيل أو الوزن وحده ، من جنس واحد ففيه روايتان :
والأولى أن شاء الله حله ، إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى
يقوى التمسك به .

(الحنفية) : أما علة ربا الفضل فهي الكيل أو الوزن مع وحدة
الجنس ، وأما علة ربا النساء فهي وجود أحد الوصفين : وحدة الجنس
أو الكيل والوزن . ولا فرق في ذلك عندم بين الذهب والفضة ،
والأصناف الأربعة الأخرى .

وبناء على ذلك فحيثما قام التعاضد بين شيئين ، وكانا مختلفين جنسياً
ولكنهما يخضعان للكيل أو الوزن أو لم يكونا يخضعان لأحدهما ولكنها
من جنس واحد ، جاز فيه التفاضل وحرم النساء ، فلا بد من الحلول

(١) المغني لابن قدامة : ٥/٤ .

فيها . وحيثما قام التعاوض بين شيئين وكانا متفقين جنساً وخاضعين
للكيل أو الوزن ، حرم فيها الفضل والنساء معاً . وحيثما فقد فيها
الوصفان جاز فيها التفاضل والنساء (١) .

(الظاهرية والشيعة) : قالوا لا علة الربا في هذه الأصناف الستة
المنصوص عليها ، فلا يجمل عليها شيء آخر في التحريم .

نتائج من خلال هذه الأقوال

ولدى التأمل في أقوال هذه المذاهب ومقارنتها ببعضها نخرج بالنتائج
التالية :

أولاً - لا خلاف في أن ربا النساء تابع لربا الفضل ، فكل ما
حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء بالاتفاق .

ثانياً - لا يجري ربا الفضل إلا في الجنس الواحد بالاتفاق . إلا
ما روي عن سعيد بن جبير أنه قال : كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما .
لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً (٢) .

ثالثاً - ذهب الأئمة ما عدا الحنفية إلى أن اتحاد الجنس وحده ليس
علة للربا مطلقاً . وانفردت الحنفية بالقول بأن اتحاد الجنس وحده يكون
علة لربا النسب ، فلا يجوز مبادلة أي شيئين متعددين جنساً إلا على وجه الحلول .
ولبعض الحنابلة قول يتفق مع هذا الذي انفردت به الحنفية .

رابعاً - اتفقت المالكية والشافعية على أن علة الربا في الذهب والفضة
كونها رؤوس الاثمان .

خامساً - اتفقت الحنابلة في أصح ما يروى عن أحمد ، والحنفية ، على

(١) انظر الهداية للمرغيناني ٤/٣ و ٤/٥ وبدائع الصنائع : ١٨٢/٥ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة : ٤/٥ و ٩ .

أن علة الربا هي مجرد الوزن والكيل فيجري عندهما الربا في الطعومات وغيرها ما دامت خاضعة للوزن أو الكيل .

سادساً - انفردت الظاهرية والشيعة بعدم تعليل الربا في الاصناف الستة المنصوص عليها .

رابعاً - أدلة المذاهب

(المالكية) استدلت المالكية على تعليل الربا في الذهب والفضة بثمانية الاشياء ، ، بالاستقواء ، فقد رأوا أن الاجماع قد تم على جواز إسلام الذهب والفضة فيما سواهما من الاموال ، ولو كانت علة الربا في الذهب والفضة موجودة في شيء مما سواهما لحرم ذلك ، اذ يحرم أي تباع أو تعاوض بين شيئين جمعتهما علة واحدة الربا الا بشرط التقابض . والصفة التي تخص الذهب والفضة ولا تتجاوزهما إلى غيرهما في الغالب ، انما هي جوهرية الاثمان (١) .

واستدلوا على تعليل الربا في الاصناف الأربعة الاخرى بالادخار مع الاقتيات ، بأنه لا يخلو إما أن تكون العلة مطلق الطعم ، أو الطعم الموصوف بالاقتيات والادخار ، لا جائز أن يكون الطعم وحده هو العلة إذ لو كان كذلك ، لاكتفى الرسول ﷺ بالتنبيه إلى صنف واحد من الأربعة ، فلما ذكر عدداً ورأينا أن كلها يتصف بالادخار ، علم أنه قصد بذلك التنبيه على المعنى الزائد على الطعم وهو الادخار والاقتيات . وكل واحد من الأربعة نوع خاص من أنواع المدخرات فلا تكرار في ذكرها . وبهذا أصبح تعداد الأصناف الأربعة من قبيل التاميين لا التاكيد (٢) .

(١) انظر المجموع للنووي : ٣٩٣/٩ والدرديري على الشرح الكبير : ٤٥/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ١٣٠/٢ والمجموع : ٤٠٢/٩ .

هذا الى أن الأقوات هي أحوج أصناف الطعام والمدخرات الى حفظها من أسباب الغرر في المعاملات .

(الشافعية) : أما دليلهم على علة الذهب والفضة ، فهو نفس الدليل الذي استند اليه المالكية .

وأما دليلهم على علية (الطعم) للأصناف الأربعة الاخرى ، فهو حديث مسلم عن معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال (الطعام بالطعام مثلاً بمثل) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن القاعدة العربية المتفق عليها هي أن الحكم بالمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق . فالحكم بالربا على الطعام يدل على أن كونه طعاماً هو العلة لذلك ، والطعام اسم لكل ما يطعم من ما كول ومشروب ، بدليل حديث عائشة (مكثنا مع نبينا ﷺ سنة مائتا طعام إلا الأسودان التمر والماء) .

كما يستدل الشافعية على علية (الطعم) بدليل الدوران أيضاً ، فيقولون ، اننا لدى التأمل نجد أنه كلما اختلفت صفة الطعم عن هذه الأصناف الأربعة المنصوص عليها فقدت حرمة الربا فيها ، وكلما عادت اليها صفة الطعم تعلقت بها الحرمة ، فالحب مادام مطعوماً يحرم فيه الربا ، فإذا زرع وخرج نباتاً بطل فيه الربا وجاز التعاوض فيه بمختلف الوجوه ، فاذا انعقد الحب وعاد مطعوماً عادت اليه الحرمة .

وهذا هو الدوران الذي يعتبر مسلماً من مسالك العلة الصحيحة ، ومقتضى ذلك اعتبار هذه الصفة هي العلة (١) .

(الخنابلة) : وقد قلنا أن الذي روي عن الامام أحمد في ذلك ثلاث

(١) المهذب للشيرازي والمجموع للنووي : ٣٩٥/٩ .

روايات ، احدهما وهي أشهرها ، أن العلة في الذهب والفضة هي أنها
موزون جنس واحد ، وفي الأصناف الأربعة الأخرى أنها مكيل جنس
واحد ، والرواية الثانية كالشافعية إلا أنه عبر عن علة ربا الذهب والفضة
بالثمنية بدلاً من جوهرية الأثمان . والرواية الثالثة أن العلة في الأصناف
الأربعة أنها مطعوم جنس واحد مع الكيل أو الوزن ، وهو قديم
قولي الشافعي .

ولنذكر دليل كلا الروايتين الأولى والثالثة ، أما الثانية فدليلها هو
دليل الشافعية .

استدل الذين رجحوا الرواية الأولى من علماء الحنابلة بما يلي :

أولاً - مرواه الامام أحمد في مسنده عن ابن عمر أن النبي ﷺ
قال (لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين
فاني أخاف عليكم الرماء) - أي الربا - وما رواه الدارقطني عن أنس
أن النبي ﷺ قال : (ما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل
مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً) .

ومحل الاستدلال أن النبي ﷺ أناط النهي عن الربا في الحديث الأول
بأن يكون الشيء مما يخضع للصبيان ، وأناطه في الحديث الثاني بكل
ما يخضع للوزن أو الكيل ، فكانه قال : يجب التساوي في كل متبادلين
من جنس واحد إذا كانا يخضعان للكيل أو الوزن .

ثانياً - قالوا إن مقتضى البيع المساواة ، والذي يؤثر في تحقيقها إنما
هو الكيل أو الوزن مع الجنس ، فان الكيل أو الوزن يسوي بينها
صورة والجنس يسوي بينهما معنى ، فكانت حكمة ربا الفضل (١)

(١) المغني لابن قدامة : ٤ / ٥ و ٩ .

واستدل الذين رجحوا الرواية الثالثة بما يلي :

أولاً - ما رواه الدارقطني عن سعيد بن المسيب عن رسول الله ﷺ أنه قال : (لا ربا إلا فيما كيل أو وزن بما يؤكل أو يشرب) ومحل الاستدلال به واضح .

ومثل ذلك ما رواه مسلم عن معمر (الطعام بالطعام مثلاً بمثل) والمماثلة لا تنضبط إلا بكيل أو وزن ، فدل الحديث على أن الربا لا يحرم إلا في مطعوم يوزن أو يكال .

ثانياً - قالوا وردت في هذا الباب أحاديث مختلفة لا بد من الجمع بينها ليتكامل المقصود بجموعها . فنهى النبي ﷺ عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل ينبغي أن يتقيد بما فيه معيار شرعي ، وهو الكيل والوزن ، ونهيه ﷺ عن بيع الصاع بالصاعين ينبغي أن يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه في الحديث الأول .

ثالثاً - الأصل في الأشياء والمعاضات الحل ، وليس في تحريم الربا لمجرد الطعم أو لمجرد الوزن والكيل دليل موثوق به ، فكان لا بد من جمع هاتين العلتين إلى بعضها وإناطة الحكم بهما معاً ليقوى دليل الحرمة في مقابل دليل الأصل وهو الحل (١) .

وقد قلنا إن هذه الرواية الثالثة هي مذهب الشافعي القديم .

(الحنفية) : استدلوا على ما ذهبوا إليه بكل من الكتاب والسنة والاجتهاد .

أما الكتاب فقوله تعالى : (أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين

(١) انظر تفصيل هذه الأدلة في كل من المغنى لابن قدامة : ٤ / ٦ و ٧ والمجموع

للنووي : ٣٩٧/٩ .

وزنوا بالقسطاس المستقيم ولا تبغضوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الأرض مفسدين) وقوله تعالى (ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنهم يخسرون) قال صاحب البدائع بعد أن ذكر هذه الآيات : فقد جعل حرمة الربا بالكيل والموزون مطلقاً عن شرط الطعم ، فدلّ على أن العلة هي الكيل والوزن (١) .

وأما السنة : فقد استدلوا بما رواه البخاري عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما أنها حدثاه أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عديّ الانصاري فاستعمله على خبير فقدم بتمر جنيب ، فقال له رسول الله ﷺ : أكل تمر خبير هكذا ؟ قال لا والله يا رسول الله إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجميع ، فقال رسول الله ﷺ : لا تفعلوا ، ولكن مثلاً بمثل ، أو بيعوا هذا واشتروا بقيمته من هذا ، وكذلك الميزان . ومحل الاستدلال بهذا الحديث هو قوله : وكذلك الميزان . قالوا فقد أراد به الموزون عن طريق الكناية ، أي وكذلك كل موزون ، فدلّ الحديث على أن كل موزون لا يجوز التفاضل فيه (٢) .

كما استدلوا أيضاً بما استدل به الحنابلة الرواية الأولى عن أحمد من حديثي الدارقطني وأحمد بن حنبل ، وقد سبق ذكرهما وبيات كيفية الاستدلال بهما .

وأما دليل الاجتهاد ، فقد قالوا إنما حرم الرسول الفضل في المعيار الشرعي الذي هو الوزن والكيل في الأشياء الستة التي نص عليها إذا كانت جنساً واحداً ، لكونه زيادة مال خالية عن العوض مع امكان

(١) بدائع الصنائع للكاساني : ١٨٤/٥ .

(٢) المرجع السابق : ١٨٤/٥ وانظر المجموع للنووي : ٣٩٣/٩ .

التحرز عنه ، إذ المقصود بتحريم الربا التخلص من الغبن الكثير الذي يكون فيه ، ومن أجل أمثلة الغبن زيادة المال في أحد العوضين المتجانسين دون مقابل له .

فاذا ثبت أن هذه الزيادة على المعيار هي السبب ، فإن هذا السبب موجود في الجص والحديد وسائر الأموال غير المطعومة ، فلا ينبغي أن يكون ثمة فرق بين مطعوم وغيره إذا تحقق السبب الذي قلناه (١) .

وقالوا أيضاً ، أن أصل حرمة الربا إنما هو للابتعاد عن الغبن بين المتبايعين ، وإن أول سبيل للتخلص من الغبن إنما هو تحقيق معنى التساوي بين العوضين ، وأوضح ميزان لتحقيق معنى التساوي هو الوزن والكيل ، فكما يخضع لذلك بما لا ينطوي على اختلاف في القيمة والمنفعة ، يجب التساوي فيه ويحرم فيه الربا . وإذا فقد ثبت أن خضوع المال لقانون الوزن والكيل هو العلة لحرمة الربا فيه (٢) .

بقي أن تعلم دليل الحنفية على اعتبارهم التجانس وحده علة لربا النسبية ، وقد استدلوا لذلك بما يلي :

١ - حديث سمرة بن جندب قال (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة) قالوا فقد نهى النبي ﷺ عن النسيئة بين عوضين لم يوجد فيها الكيل ولا الوزن ، اللهم إلا التجانس ، فدل على أنه وحده علة لربا النسبية .

٢ - قلنا ان علة تحريم الربا في الاصناف الستة هي زيادة مال خالية عن العوض ، وقلنا أن أصل حرمة الربا إنما هو للتخلص من الغبن الذي قد يكون بين المتبايعين .

(١) بدائع الصنائع : ١٨٤/٥ وأحكام القرآن للجصاص : ٥٥٥/١ .

(٢) عن بداية المجتهد مع زيادة بسط وتوضيح : ١٣١/٢ .

وكما يكون الغبن والزيادة بدون عوض في المحسوس عن طريق الكيل أو الوزن ، فانه يكون أيضاً تقديراً عن طريق الحلول في أحد العوضين والتأجيل في الآخر ، إذ لا مساواة بين النقد والنسيئة لأن العين خير من الدين والمعجل أكثر قيمة من المؤجل .

فمن أجل ذلك اعتبر الجنس شرط العلة ولم يعتبر شرطها كما ذهب إليه الآخرون (١) .

(الظاهرية) : المذهب الذي ذهب إليه الظاهرية ، فرع عن انكارهم القياس ، إذ لما أنكروا مشروعية القياس لم يجدوا أنفسهم بحاجة إلى أن يفكروا في علة الربا في هذه الأصناف الستة . هذا إلى أنهم قالوا إن الأصل في الأشياء الإباحة والأصل في المبيعات والمعاوضات أن تكون صحيحة عند وجود التراضي . واشتراط المماثلة والتقابض في الأصناف الخمسة طارئ على الأصل ، فيختص الشرط بمورده ويبقى باوراءه على الأصل العام (٢) .

خامساً — المناقشة بين أدلة المذاهب

١ - نوقشت أدلة المالكية بما يلي :

آ - أن الرطب ربوي بالنص ، مع أنه ليس مدخراً ، ولو كانت علة الربا هي الطعم والادخار كما تقولون لما كان ربوياً ، فسان قالوا إن الرطب يؤول إلى الادخار أجيب بأن المتفق عليه أن الربا جارحني في الرطب الذي لا يؤول إلى ذلك .

(١) بدائع الصنائع : ١٨٧/٥ وبداية المجتهد : ١٣٣/٢ .

(٢) انظر ما ذكره صاحب المحلى مطولاً في بيان وجهة نظر الظاهرية ومناقشة المذاهب

الآخري : ٥٤٤/٨ .

ب - ما ذكرتموه من ضرورة حمل الأصناف الأربعة على التأسيس لا التأكيد يردّه حديث معمر بن عبد الله (كنت اسمع رسول الله ﷺ يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل) إذ الحديث هنا واضح أنه يعلق الربا بالطعم المطلق ، فدل على أن تعداد الأصناف الأربعة في الحديث الآخر إما قصد به مجرد التمثيل (١) .

ج - كما يمكن أن يناقشوا بأن اشتراط الطعم مع الاقتيات في ربا الفضل ، واشتراط الطعم وحده في ربا النسبة تفريق بدون موجب . فقد شرط الرسول ﷺ عند اختلاف الأصناف الستة التقابض وحرم النساء ، أي إنه أناط حرمة النساء بنفس الأصناف المذكورة ، التي استظهرتم منها عليّة الطعم والاقتيات ، وهو تحكم في الفرق .

٢ - ناقش الحنفية مذهب الشافعية في تعليلهم ربا الذهب والفضة بجوهرية الأثمان بما يلي :

آ - إن علة (جوهرية الأثمان) قاصرة ، وأنتم قررتم فساد العلة القاصرة وعلى فرض صحتها فإن التعليل بالعلة المتعدية أولى .

ب - هذه العلة فاقدة لكلا شرطي الطرد والعكس ، إذ قد توجد العلة ولا يوجد معها الحكم كالفلوس ، فهي تتصف بجوهرية الأثمان ومع ذلك فأنتم لا تجرون فيها الربا ، وقد لا توجد هذه العلة وتجرون الربا مع ذلك ، كأواني الذهب والفضة ، فقد سقطت ثنيتها ومع ذلك فأنتم تجرون فيها الربا .

ج - ومع ذلك فإن بما يبطل هذا التعليل أن رسول الله ﷺ نص في حديث أبي سعيد الخدري على أن العلة هي الوزن ، وذلك عندما قال : (وكذلك الميزان) أي الموزون .

(١) المجموع : ٤٠٢/٩ .

ويجيب الشافعية على ذلك بما يلي :

آ - العلة القاصرة صحيحة في مذهبنا ، لأن العلة ليست إلا أمارات نصها الله تعالى للأحكام ، فمنها متعدية ومنها قاصرة . وانصاف العلة بالتعدية إنما هو فرع عن صحتها وسلامتها ، فكيف يكون فرع الشيء مقوّمًا وشرطاً لوجوده ؟ ولا وجه بعد بيان ذلك للقول بأن العلة المتعدية أفضل من القاصرة .

ب - أجابوا عن الاعتراض بكون العلة غير مطردة ولا منعكسة بجرابين :

أحدهما : الرد بالنقض الاجمالي ، إذ قالوا : أنتم مجتمعون معنا على أنه يجوز إسلام الذهب والفضة في غيرهما من الأموال الموزونة ، ولو كانت العلة الوزن كما تقولون لكان ذلك باطلا . وكذلك فأنتم تقولون بجواز بيع المضروب من النحاس والحديد والرصاص ببعض متفاضلا ولو كانت العلة هي الوزن لم يجوز ذلك ، فما كان جواباً لكم عن هذا فهو جواب لنا عما اعترضتم علينا به .

ثانيها : النقض التفصيلي ، فقد قالوا : نمنع أن تكون الفلوس مها راجت ، متصفة بجوهرية الأثمان ، فصفة الجوهرية خاصة بالنقدين وإن كانت تعتبر أثماناً ولذلك فالربا لا يجري فيها . ونمنع أن تكون أواني الذهب والفضة قد سقطت عنها جوهرية الأثمان ، بل هي تنصف بذلك مها كان شكلها وصورتها . وإن كانت لا تعتبر أثماناً في تلك الحالة التي هي عليها .

ولولا أن صفة جوهرية الأثمان لا يفارقها لما حرم اتخاذها للاستعمال والزينة (١) .

(١) انظر بدائع الصنائع : ١٨٧/٥ وبداية المجتهد : ١٣٠/٢ والمجموع للنووي :

ج - وأجابوا عن كلمة (وكذلك الميزان) في حديث أبي سعيد
الخدري بثلاثة وجوه :

الوجه الأول : ما ذكره البيهقي من أن هذه الكلمة من كلام أبي
سعيد الخدري فهي موقوف عليه .

الوجه الثاني : أن ظاهر الحديث غير مراد بالاتفاق ، فإن الميزان
نفسه لا ربا فيه ، فلا بد من إضمار شيء في مكانها ، ولا يجوز فرض
العموم في المضمرة ، إذ هو تعميم بدون دليل عليه . فلا يصح تقدير
كلمة : الموزون ، هكذا عامة .

الوجه الثالث : أنه يحمل الموزون في الحديث على الذهب والفضة ،
جمعاً بين الأدلة المختلفة السابقة (١) .

٣ - - نوقشت أدلة الرواية الأولى من مذهب أحمد بن حنبل
بما يلي :

آ - حديث ابن عمر (لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم
بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين ..) لا يمكن حمله على ظاهره اتفاقاً ، إذ
لا شك أن المقصود ليس تبادل الصاعين بمغناهما الحقيقي ، فلا بد من
الاضمار والتقدير . وقد وجدت روايات صحيحة أخرى كشفت عن
المقصود بالصاعين .

فمن ذلك حديث البخاري : (كنا نوزق تمر الجميع ، وهو الخليط
من التمر ، وكنا نبيع صاعين بصاع ، فقال النبي ﷺ : لا صاعين
بصاع ولا درهم بدرهمين) فواضح من سياق الحديث أن النهي عن
مبادلة صاع من تمر بصاعين منه .

(١) المجموع للنووي : ٣٩٤/٩ والمحل لابن حزم ٥٥٦/٨ .

ومنه ما رواه أحمد في مسنده : (لإصاعي تمر بصاع ولا صاعي
حنطة بصاع ولا دزهمين بدرهم) .

فهذان الحديثان يكشفان عن المعنى المقصود بالحديث الذي رواه ابن
عمر بما لا يدع مجالاً للبس أو وهم .

ب - حديث الدارقطني عن أنس (ما وزن ، مثلاً بمثل إذا كان
نوعاً واحداً ..) الحديث ، فيه اضطراب في السند واختلاف في اللفظ ،
فقد رواه الدارقطني عن أبي بكر بن عياش عن الربيع بن صبيح ،
عن الحسن ، عن عبادة وأنس بن مالك ، ثم قال : لم يرو هذا الحديث
غير أبي بكر عن الربيع هكذا ، وخالفه جماعة ، فرووه عن الربيع
عن ابن سيرين عن عبادة وأنس بلفظ غير هذا اللفظ (١) .

وعلى فرض صحته ، فينبغي أن يفسر الموزون والمكيل بالمطعموم على
ضوء الأحاديث الأخرى .

٤ - نوقش مذهب أبي حنيفة في اعتباره مجرد التجانس جزءاً من
علة الربا وليس شرطاً لها ، من قبل الآخرين بما يلي :-

إن حديث (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان
نسيئة) مروى عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه . وقد قال الشافعي :
انه غير ثابت عن رسول الله ﷺ ، فقد قال البيهقي : أكثر الحفاظ لا يثبتون
سماع الحسن من سمرة ، وروى بالفاظ أخرى عن ابن عباس ، وهو باتفاق
معظم الحفاظ ضعيف لا يعول عليه ، والصحيح أنه مرسل عن عكرمة عن
النبي ﷺ .

(١) انظر تكملة المجموع : ٦٧/١٠ و لصب الآية : ٧/٤ والمحلى لابن حزم : ٥٥٢/٨ .

وعلى فرض ثبوته فهو محمول على أن يكون الأجل في العوضين معاً ،
فيكون بيع دين بدين وهو فاسد اتفاقاً (١) .

والموجب لحمل الحديث على هذا المعنى ، الأحاديث الكثيرة الأخرى
التي تنص على جواز بيع الحيوان بالحيوان ، فمن ذلك حديث عبد الله بن عمرو
ابن العاص قال : أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً ، فنقدت الأبل
فأمرني أن آخذ على قلاص الصدقة ، فكننت آخذ البعير بالقلوصين وثلاثة
قلائص من أبل الصدقة (رواه أبو داود وأحمد والدارقطني . ومنه ما رواه
مالك في الموطأ والشافعي في مسنده عن علي رضي الله عنه أنه باع جملاً
إلى أجل بعشرين بغيراً (٢) .

ونوقش مذهبهم في اعتبار الكيل والوزن وحدهما ، علة في الربا
بما يلي :

أولاً - أما دليلهم من الكتاب ، وهو قوله تعالى : (وأوفوا
الكيل ولا تكونوا من الخسرين . .) والآيات المشابهة الأخرى ، فهو
غير وارد في محل النزاع ، إذ هذه الآيات إنما تنهى عن وجوه الغش والخداع
في المبيعات ، ومن أهمها التلاعب بالكيل والميزان . أما موضوع البحث
فهو اتفاق الطرفين على التفاضل من غير تلاعب أو خداع من جانب
لآخر ، فالآيات بمنى عن محل النزاع .

ثانياً - يجب عما استدلوا به من السنة بمثل ما نوقش به مذهب
الامام أحمد ، فالحديثان اللذان يستدل بهما الحنابلة في الرواية الأولى
عن أحدهما من أدلة الحنفية أيضاً .

(١) انظر سبل السلام : ٥٨/٣ و ٥٩ ونيل الأوطار : ٥/٢٤٠ .

(٢) المجموع للنووي : ٣٩٩/٩ ونيل الأوطار : ٥/٣٤١ .

سادساً - أثر هذه العلة فيما يجري فيه الربا

جرى اتفاق الأئمة واختلافهم فيما يجري فيه الربا ، حسب اتفاقهم واختلافهم في مناط الحكم وعلته ، وقد رأيت من العرض الذي ذكرناه أن هنالك قدراً مشتركاً في التعليل الذي ذهبوا إليه : وهنالك جوانب بقيت محل خلاف بينهم . وهذا يعني أن هنالك اتفاقاً بالنسبة للحكم على بعض الأموال وخلافاً بينهم في بعضها الآخر .

مبادئ متفق عليها :

اتفق الفقهاء كلهم على جريان الربا في كل من الأصناف الستة التي نص عليها الحديث ، إلا ما كان من شأن عبد الله بن عباس رضي الله عنه ، فقد أنكر حرمة الربا فيما عدا ربا النسيئة مستنداً إلى الحديث المعروف (إنما الربا في النسيئة) . إلا أن الصحيح أنه رجع عن هذا الرأي بعد بحث بينه وبين سعيد الحديري في ذلك (١) .

واتفقوا - ما عدا الظاهرية - على جريان الربا في كل مطعم ومقتات خاضع للكيل أو الوزن .

واتفقوا على عدم جريان الربا فيما لم يكن مطعوماً ولم يخضع لكيل أو وزن ولم يتوفر فيه التجانس .

مكان الخلاف :

ثم اختلفوا فيما وراء هذه الأمور الثلاثة ، حسب اختلافهم في العلة فلنذكر ما ذهب إليه صاحب كل مذهب على حدة :

(١) انظر التحقيق الذي ساقه السبكي في ذلك في تكملة المجموع : ٥٢/١٠ .

١ - (الظاهرية والشيعة) لم يروا حرمة الربا فيما عدا الأصناف الستة المنصوص عليها .

٢ - (الشافعية) قالوا - بناء على تعليلهم الربا بجوهرية الأثمان والطعم - أنه يجري الربا في كل ما يتصف بأنه مطعوم لغة سواء كان مقتاتاً أم لا ، مكبلاً أو موزوناً أم لا ، وسواء كان ذلك غالباً أم قليلاً ونادراً ، كالفاكهة والدواء .

وبالمقابل ، فلا ربا عندهم في غير المطعوم وإن كان موزوناً أو مكبلاً كاللص والنورة والتراب والاسمنت وغيره .

أما جوهرية الأثمان ، فلم يتجاوزوا بها إلى غير الذهب والفضة ، في المعتمد من المذهب . قالوا : لأن العلة قاصرة ، لا توجد في غير محل النص ، أما الفلوس منها اختلفت فان ارتباط الثمنية بها ارتباط فرعي وليس بجوهري .

ثم ينظر ، فيما دخل في معنى الثمنية والطعم ، فان بيع بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء ، والتفرق قبل القبض ، لحديث عبادة السابق . وان بيع بغير جنسه نظرت : فان كان بما يجري فيه الربا بعة واحدة كالأثمان أو المطعومات ، جاز التفاضل وحرم النساء والتفرق قبل القبض وان كان بما يجري فيه الربا بعلتين ، كذهب بطعوم ، جاز التفاضل والنساء والتفرق قبل القبض ، لإجماع الأمة على جواز اسلام الذهب والفضة في المطعومات .

وقد اتضح لك فيما مضى أن الشافعي لا يعتبر الجنسية جزءاً من العلة كما يرى الحنفي ، بل يعتبرها محلاً للعلة التي هي الطعم أو الثمنية ، كالإحصان في إقامة الحد ، فهو كما تعلم ليس إلا محلاً لعلة الرجم وهي الزنا، وليس

مشتركا معه في العلية ، وإلا لكان مقتضى ذلك أن يكون الأحصاف
موجباً للحد .

ولذا يجوز عند الشافعية اسلام ثوب في ثوب مثله إلى أجل ، لفقد
العلة وهي الطعم أو الثمنية .

٣ - (الحنفية) قالوا - بناء على تعليلهم الربا بكل من الجنسية
والوزن والكيل - أنه يجري الربا في كل ما ينضبط بالوزن أو الكيل
أو في كل عوضين متحدين جنساً ، لا فرق بين أن يكون ذلك مطعوماً
أو غير مطعوم . فيجري الربا عندهم في الجص والحجارة والاسمنت
مادام مكبلاً أو موزوناً .

ثم ينظر : فان اجتمعت العلتان معاً ، كآث كان العوضان
متجانسين وكانا مكيلين أو موزونين أيضاً كقمح بقمح ، حرم فيه كل
من التفاضل والنساء ، وان وجدت فيها علة واحدة فقط كالتجانس أو
الكيل والوزن ، جاز التفاضل وحرم النساء ، أما إذا فقدت العلتان
معاً جاز التعاوض كيفما كان .

ويتفرع على تعليلهم الربا بالكيل أو الوزن ، انهم يذهبون إلى أنه
لا يكفي لاعتبار العلة موجودة أن يكون العوضان بما يكال أو يوزن
عادة ، بل لا بد أن يكون هذا العوض بعينه خاضعاً للكيل أو الوزن .
وبناء على ذلك ، لا يجري الربا في تبادل أقل من نصف صاع جنطه
أو تمر مثلاً ، لأن المتعارف أن ما كان أقل من نصف صاع لا يكال
عادة . فلا يجري فيه الربا عندهم (١) .

ويتفرع على قولهم بأن علة الربا طارئة على أصل الحكم ، وهو حل
البيوع الثابت بقوله تعالى : « وأحل الله البيع ، وقوله « يا أيها الذين

(١) انظر البداية : ٤٦/٣ وبدائع الصنائع : ١٨٥/٥ .

آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، أنهم يرون حل مثل هذه المعاملات أصلاً ، وتحريم بعضها مستثنى وطارئاً ، ويترب على نظرم هذا ما يلي (١) :

١ - لا يشترط التقابض مع الحلول ، فيما يحرم فيه النساء . وهم يحملون « يداً بيد » ، في حديث عبادة بن الصامت على الحلول و « عينا بعين » ، على التأكيد .

٢ - أجازوا بيع الرطب بالتمر لمجرد ظهور شكل المساواة بالوزن (ما عدا محمداً وأبا يوسف) استناداً منهم إلى أن الأصل الإباحة .

٣ - لم يعتبروا المساواة المشرطة مخدوشة في بيع مد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم (٢) ، إذ صرفوا كل جنس إلى جنسه في التقابل تقديراً وذلك ترجيحاً للأصل وهو الإباحة .

٤ - يجوز بيع اللحم بالحيوان عندهم سواء اتحد الأصل كشتاتين أو اختلف كشاة وبقرة ، وخالف محمد بن الحسن فيما اتحد أصلها فمنع إلا بشروط - قالوا لأن سبب التحريم وهو المعيار الشرعي لم يثبت يقيناً ، فرجع إلى الأصل وهو الحل (٣) .

والأئمة الآخرون يخالفون الحنفية في كل ذلك ، فقد قالوا بمنع التفرق قبل القبض ، ومنع بيع اللحم بالحيوان ، والرطب بالتمر ،

(١) انظر بدائع الصنائع : ١٨٨/٥ .

(٢) ومثل ذلك أن يتم التعاوض بين مطعمومين كل منها خليط من نوعين متماثلين ، دون أن يلاحظ التساوي والتقابل بين الأنواع المختلفة ذاتها . فقد أبطله الأئمة الثلاثة وانفردت الحنفية بتسويفه .

(٣) البدائع : ١٨٩/٥ .

ومد عجوة ودرهم بمثلها (١)، ما لم يتم التقابل بين المدّ والمدّ والعجوة والعجوة .
ويقول الشافعي : ان الأصل في هذه البيوع المنع وليس الحل ،
وذلك بموجب حديث : لا تبيعوا الذهب بالذهب .. الخ . والحل طارئ
بالاستثناء . فكان التشديد في البحث عن موجبات الحل أولى من العكس (٢).

٤- (المالكية) قالوا بناء على تعليلهم الربا برؤوس الأثمان أو
القوت المدخر مع وحدة الجنس - إن كثيراً بما اعتبره الشافعي ربوياً
لا يعتبر كذلك ، وذلك مثل المطعومات التي لا تدخل في أصول المعاش
كالأدوية وأكثر الفواكه .. وكذلك يخرج بعة المالكية كثير بما اعتبره
الحنفية ربوياً بسبب محض الكيل والوزن .

اللهم إلا في ربا النسبة فيجري عندهم على كل المطعومات ، طبقاً لما
ذهب إليه الشافعي ، لما قد علمت من أنه يعتبر في ربا الفضل الطعم والاقنيات
وفي النسبة الطعم فقط .

ويتفرع على تعليلهم برؤوس الأثمان أن لا تكون الفلوس على اختلافها
ربوية كما هو الصحيح في مذهب الشافعية ، لأنها ولو كانت أثماناً في بعض
الحالات غير أنها لا تسمى على كل حال رؤوس الأثمان . فالعلة عندهم
أيضا قاصرة كالشافعية (٣) .

إلا أن المالكية انفردوا عن الفقهاء الآخرين في تحديد معنى التجانس .

(١) المغني لابن قدامة : ٣٠/٤ و ١٣ وجواهر الكيل : ٢١/٢ وبداية المجتهد :
١٣٩/٢ ومغني المحتاج للشربيني : ٢٤/٢ وما بعده .

(٢) انظر تخريج الفروع على الاصول بتحقيق الدكتور محمد أديب صالح : ٦٧ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد : ١٣٠/٢ . ولاحظ أننا إنما نتحدث عن ربا الفضل ونسبة اليد

أما ربا الجاهلية القائم على الفائدة والداخل تحت شعار (أنظرني أزدك) فهو مجرم قطعاً
سواء كان التعامل بالذهب أو الفضة أو الاوراق أو الفلوس ، ولا عبرة لوم من قد
يقيس هذا على ذلك .

فالتجانس بين العوضين يعتبر عندهم بوحدة المنافع لا بوحدة التسمية كما هو الضابط عند غيرهم . فكل عوضين كانت المنفعة منها متساوية أو متقاربة ، اعتبروا جنساً واحداً ، مثله : تبادل شاة بأخرى ، ينظر : فان كان كلاهما للدر لم يميز النساء لكونها جنساً واحداً ، اما إذا كانت احدهما للذبح والأخرى للدر ، جاز النساء لاختلاف الصنف على هذا التقدير .

وبناء على هذا فانما يلتقي رأي المالكية مع الآخرين في العوضين الذين شملها امم واحد ، وجمعتهما منفعة واحدة أيضاً ، هذا ما رجحه ابن رشد من مذهبه (١) .

هـ - (الحنابلة) على الرواية الأولى عن أحمد رضي الله عنه ، يتفق مذهبه مع مذهب الحنفية فيما أسلفنا ، إلا أنه لا يقول - كما ذكرنا - بعدم اشتراط التقابض وبقية الأمور الاربعة الاخرى المتفرعة عن مبدأ أبي حنيفة رضي الله عنه القائل بأن الأصل في هذه البيوع الحل .

وعلى الرواية الثانية ، يصدق عليه ما قلنا في مذهب الشافعي .

وعلى الرواية الثالثة ، وهي التي رجحها ابن قدامة ، فانما يجري الربا في المطعوم الذي اتصف بصفة الكيل أو الوزن ، فلا يجري الربا فيما يباع بالحبة وان كان مطعوماً ، ولا يجري فيما لا يطعم وأن كان مكيلاً أو موزوناً .

وهذه الرواية تجمع بين دليلي أبي حنيفة في اعتباره الكيل والشافعي في اعتباره الطعم ، وبذلك يقوى هذا الرأي في المذهب الحنبلي ، وهو الذي اعتمده ابن قدامة كما أسلفنا .

(١) بداية المجتهد : ١٣٣/٢ .

ولعل هذا هو أقرب المذاهب كلها إلى الاعتقاد ، نظراً لقوة دليبه ، إذ لا الطعم وحده يستند إلى دليل قوي في اعتباره علة الربا ، ولا الكيل وحده يستند إلى دليل كاف في ذلك ، وبشبهه أن يكون كل منها جزءاً من العلة . فإذا تكونت العلة من كليهما تضاءلت قوة الدليل وتكاملت وجوهه ثم هو يسرها على الناس أيضاً .
والله سبحانه وتعالى أعلم .

خاتمة عن بيع اللحم بالحيوان :

اتفق الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد ، على حرمة بيع اللحم بالحيوان وأنه لا يصح .

وقد روي عن مالك أنه يفصل : فان بيع اللحم بحيوان معتد للحم لم يجز ، لأنه جنس واحد ، وقد انتفى التساوي . أما إن بيع بحيوان غير معتد للحم فيجوز لعدم وجود التجانس (١) .
وقال أبو حنيفة يجوز مطلقاً لأنه باع مالا ربويًا بما لا ربا فيه ، فأشبهه ببيع اللحم بالدرهم .

ومصدر الخلاف بين الحنفية والأئمة الآخرين في هذا ، معارضة القواعد والتعليقات السابقة التي ذكرناها مع الحديث الذي رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن مسيب مرسلًا : أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان . فظاهر القواعد السابقة أن اللحم مع الحيوان جنسان مختلفان ، فكان ينبغي جواز بيعها ببعض دون نظر لأمر التساوي ، إلا أن الحديث ينهى عنه مع ذلك .

فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث للقواعد السابقة - كرواية

(١) انظر بداية المجتهد : ١٣٨/٢ والمغني لابن قدامة : ٣٠/٤ .

التفصيل عن الامام مالك - أخذوا به ، ولم يشكل ذلك على ما ذهبوا اليه من التفصيل ، إذ هو محمول عندهم عليه .
ومن انقذح عنده تعارض الحديث مع القواعد ، كان عليه أحد شئتين :

إما تغليب الحديث ، واعتباره أصلاً زائداً برأسه ، وقد ذهب إلى ذلك الشافعي وأحمد رحمهما الله .

وإما تغليب القواعد ، وقد ذهب إلى ذلك أبو حنيفة ، غير أن هذا لا يسلم لهم إلا إذا كانوا يرون في الحديث ضعفاً بحيث يجعله لا يقاوم قوة القواعد والتعليقات المأخوذة من حديث عبادة وغيره في الاجناس الربوية .
والحديث أخرجه أيضاً الدارقطني عن مالك بن أنس ، وقال : تفرد به يزيد بن مروان عن مالك والصواب فيه عن ابن المسيب مرسل .

ورواه أيضاً ابن خزيمة عن الحسن بن سمره بن جندب ، وهو أيضاً مرسل عند من لم يثبت رؤية الحسن لسمره ومنهم البيهقي كما مر ذكره .
وأخرج بعنانه البيهقي من طريق الشافعي أن رسول الله ﷺ نهي أن يباع حمي بميت ، وقال عنه البيهقي : وهو مرسل يؤكد مرسل ابن المسيب .

والحديث بطرقه المختلفة هذه يعتبر قوياً لا شائبة فيه تمنع من الاخذ به ، وقال الشافعي عنه : لا نعلم أحداً من الصحابة قال بخلاف ذلك^(١) .

أثر الخلافات الاصولية في الخلاف في هذه المسألة :

يعود قسم كبير من الخلاف بين الائمة في هذه المسألة إلى اختلافهم في ثلاث مسائل من مسائل الاصول .

(١) انظر ما ذكره نصب الراية عن هذا الحديث : ٣٩/٤ .

المسألة الأولى :

مسلك (الدوران) في استنباط العلة ، فقد ذهب الشافعية وكثير من الاصوليين إلى أن من مسالك اكتشاف العلة (الدوران) وهو الطرد والعكس ، مع ظهور مناسبة بين الوصف والحكم ، وخالف الحنفية في صحة هذا المسلك فلم يعتدوا به (١) .

ولقد رأيت أن من نتيجة هذا الاختلاف اعتبار الشافعية والمالكية جوهرية الأثمان علة الربا في الذهب والفضة ، معتمدين على مسلك الدوران والمناسبة كما قد رأيت ، وهو أنهم وجدوا الاجماع مستقراً على جواز اسلام الذهب والفضة ، كلما كان ذلك في مقابل غيرهما من الأموال ، وعلى حرمة اسلامها كلما كان ذلك في مقابل مال مثلها .

في حين أن الحنفية لم يقولوا بذلك ، بل اعتبروا أن مجرد الوزن والتجانس هو العلة ولم يلتزموا بحجة الشافعية والحنفية لأنهم لا يقولون بصحة دليل الدوران مع المناسبة وحدها لاكتشاف العلة وإثباتها .

المسألة الثانية :

العلة القاصرة وهي التي لا تقبل التعدية من الأصل إلى أي فرع آخر فقد ذهب الحنفية إلى أن من شرائط العلة القياسية أن لا تكون قاصرة فإن كانت كذلك فلا عبرة بها ، خلافاً لأكثر الاصوليين .

وقد رأيت أن من نتائج هذا الخلاف أن المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الثانية عن الامام أحمد ، ذهبوا إلى أن علة الربا في الذهب والفضة هي جوهرية الأثمان أو رؤوس الأثمان ، فلم يجزوا الربا بناء على ذلك في النقود والمعادن الأخرى ، إذ هي علة قاصرة لا تتحقق إلا في

(١) انظر شرح مسلم الشبوت : ٣٠٢/٢ .

الذهب والفضة فقط ، أما الحنفية فلم يوافقوا على ذلك ، رجوعاً إلى ما يقتضيه أصلهم الذي تمسكوا به من عدم اعتبار العلة القاصرة .

المسألة الثالثة : المضمرات التي يقتضيا نسق الكلام هل يجري فيها للعموم أو لا ؟ .. فقد اختلف الأصوليون في هذه المسألة أيضاً ، فذهب الشافعية وكثير من الأصوليين إلى أن العموم لا يجري في المحذوفات والمقتضيات المضمرة ، ويعبرون عن هذا بقولهم : (المقتضى لا عموم له) فمثلاً قول رسول الله ﷺ : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ، يتعذر حمله على ظاهره . فلا بدّ من التقدير ليصح الكلام ، كأن نقدر : رفع حكم الخطأ عن أمتي . وإذا كانت أحكام الخطأ والنسيان كثيرة متعددة ، فهل نضمر كلمة عامة تشمل الجميع ، أم نضمر ما واحداً منها ليصدق به أصل المعنى ؟

ذهب الشافعية وكثير من الأصوليين إلى أنه يمتنع إضمار الجميع ؛ إذ الإضمار على خلاف الأصل ، ولولا الضرورة لما أضمرنا شيئاً . ويحصل المقصود بإضمار البعض وهو ما كان أقربها إلى الحقيقة ، فوجب الاكتفاء به ، ضرورة العمل على تقليل مخالفة الأصل (١) .

وذهب الحنفية إلى أن تقدير العموم في مثل هذه الأحوال جائز . وقد رأيت من نتائج هذا الخلاف أن الشافعية والمالكية قدروا في حديث البخاري : (وكذلك الميزان) وكذلك الموزون من المطعومات ولم يقدروا عموم الموزونات ، جمعاً بين الأدلة ، وعملاً بقاعدة : لا عموم في المقتضى .

أما الحنفية فقد قدروا : (وكذلك الموزون) فقدروا كلمة عامة

(١) انظر الاحكام الأمدي : ٦٣/٢ والمستصفي للغزالي : ٦١/١ .

تشمل الموزونات كلها ، عملاً بأصلهم الذي تمسكوا به وهو أنه لا يمتنع
تقدير العموم بالنسبة للألفاظ المقدرة .

هذه المسائل الثلاث : هي أهم المسائل الأصولية التي اشتركت في
إيجاد الخلاف بين الأئمة في هذا الموضوع الفقهي العام .

★ ★ ★

العقوبات بأخذ المال

إعلم أن هذه المسألة ليست بما وقع فيه الخلاف بين الائمة على نحو ما وقع في المسائل السابقة التي درسناها ، فليس فيها مجال لاي بحث مقارن بين المذاهب ، ولكننا مع ذلك آثرنا أن نعرض لها بالشرح والبحث لسببين :

أحدهما : ان لبسا قد وقع في الحديث عنها بسبب الكيفية التي عالج بها بعض السلف رحمهم الله ، فتسلل بسبب ذلك إلى هذه المسألة التي لا نزاع فيها بحث آخر يجتمل الخلاف والنزاع ، فاقتضى الامر تحرير محل الوفاق وابعاد نواحي الخلاف والنظر عن أصل المسألة .

ثانيها : النزعة التي تطوف بأذهان بعض الباحثين المعاصرين ، تدفعهم إلى القول بصحة التعزير على الجرائم المختلفة بأخذ المال ؛ وهم يتكثون في هذا على ذلك اللبس الذي جاء نتيجة طريقة غير دقيقة في البحث سلكها أحد علماء السلف رحمه الله . والقصد من ذلك تسويغ ما يقضى به قانون العقوبات اليوم من جعل الغرامة المالية أساماً ذا دور فعال في محاربة الجنح على اختلافها واقامة العدل وتحصينه .

بيد أن الأمر يختلف بين كل من حكم الشريعة ونظر القانون ، نظراً لاختلاف منطلق كل من الأدلة والقواعد فيما بينها ، فاقتضى الأمر تجلية الحقيقة في ذلك ، والكشف عن وجهة نظر الشريعة الاسلامية والملاحظات

المهمة التي تقتضي جعل العقوبات والتعزيرات المختلفة بنأى عن التعرض.
للاموال والممتلكات .

فهذان السببان : هما الدافع إلى وضع هذه المسألة للبحث والنظر ،
ونحن من أجل ذلك نتبع الطريقة التالية في البحث :
أولاً - تحرير محل البحث وفصله عما قد يلتبس به من صور
ومسائل أخرى .

ثانياً - جملة ما ورد من أدلة الكتاب والسنة في هذا البحث .
ثالثاً - عرض كلام الائمة في ذلك وبيان ما تم الاتفاق عليه .
رابعاً - جملة الملايسات والشبه التي تحوم حول هذه المسألة والكشف
عن وجه الحقيقة فيها .
خامساً - أدلة من القواعد العامة على أن ما تم الاجماع عليه
هو الحق .

أولاً - تحرير محل البحث :

آثرنا أن يكون عنوان هذه المسألة : التعزير بأخذ المال ، ولم نتبع
مسلك من جعل عنوانها : التعزير بالعقوبات المالية ؛ تسهيلاً لضبط محل
البحث ، واحترازاً عن صور أخرى لاعلاقة لنا بها في هذا المقام .
فانت تعلم أن الشريعة الاسلامية تقسم العقوبات إلى قسمين :
عقوبات محددة منصوص عليها . فلا يزداد عليها ولا ينقص منها ولا يستبدل
بها غيرها ، وتسمى (الحدود) وعقوبات غير محددة لم ينص على
نوعها وكميتها كتاب ولا سنة ، فهي إلى الحاكم المسلم يجتهد فيها حسب

درجة الجنابة وحسب نوعية الجاني وحسب الظروف والأسباب الدافعة وتسمى (التعزير) .

وقد أجمع العلماء على أن للامام أو القاضي أن يتخير في معاقبة الجاني الذي اقترف جنابة لاحد فيها ، بين الحبس والضرب والتفني والتشهير والتقريع والتأنيب .

وتحدث العلماء عن التعزير باتسلاف المال في الجنابات الواقعة على الاموال ، كمن غش لبناً فأراقه عليه الحاكم ، كما تحدثوا عن التعزير بأخذ المال في الجنابات التي تتعلق باكتساب المال بدون حق ، كاكْتساب الوالي أموالاً عن طريق ولايته ، وليس شيء من هذا كله متعلقاً بمحل البحث .

ولكن ما هو الحكم الشرعي في معاقبة الحاكم إنساناً على اقرار جنابة لا علاقة لها بالمال ، بأخذ غرامة مالية منه وتمليكها لبيت مال المسلمين أو لجهة أو لشخص ما ؟ .

هذا هو محل البحث ، وهذا ما نريد أن نكشف عن وجه الحقيقة فيه ، عن طريق ذكر الأدلة الواردة في ذلك أولاً ، ثم عن طريق بيان ما قاله في ذلك الأئمة ثانياً ، وعن طريق القواعد والأسس الشرعية العامة ثالثاً .

ثانياً - جملة ما ورد من أدلة الكتاب والسنة في هذا البحث

ونقصد بهذا العنوان كل ما قد ورد بما يتعلق بهذا البحث تسويغاً أو منعاً . فأما التسويغ ، فقد ورد فيه حديثان : أحدهما ما رواه أبو داود والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال : في كل إبل سائمه ، في كل أربعين ، ابنة لبون ، لا يفرق

أبل عن حسابها ، من أعطاهما مؤتجراً فله أجرها ومن أبى فانا آخذوها ،
وشرط ماله عزمة من عزمات ربنا ، لأجل لآل محمد منها شيء .

ثانيهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه
سئل عن الثمر المعلق فقال : (من أصاب بفيه من ذي حاجة غير
متخذ خبئة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله
والعقوبة ، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجربن فبلغ ثمن الجنب
فعليه القطع . ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه والعقوبة) (١) رواه
أبو داود وابن ماجه . ورواه الامام أحمد بالفاظ مختلفة .

وسنتحدث عن هذين الحديثين في المكان المناسب فيما بعد .
وأما المنع ، فأنت خير بأن الأدلة العامة المتعلقة بالنهي عن أخذ
أموال الناس إلا بالحق تشمل هذه الصورة ، مالم يأت دليل خاص
يخرجها من دائرة العموم ويضعها ضمن دائرة ما أخذ بالحق ، إذ ما يؤخذ بالحق
لا يعلم أنه كذلك إلا عن طريق الأدلة نفسها التي نهت عن الأخذ بالباطل .

إذا علمت هذا ، فقد قال الله عز وجل : (ولا تأكلوا أموالكم
بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال رسول الله
ﷺ في الحديث المتفق عليه : (تعلمن أن كل مسلم أخ للمسلم وأن
المسلمين أخوة ، فلا يجمل لامرئ من أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس
منه) وقد دلت نصوص الكتاب والسنة على انحصار وسائل التملك في
الأسباب التالية :

احراز المباحات بشروطه المعروفة ، والعقود الشرعية بشروطها
المعروفة ، والارث حسب بيان الشريعة وتفضيلها المعروف ، والضمانات
التي تستتبع الغصب والاتلاف ، والصدقات والهبات التي تكون قائمة على

(١) الخبئة معطف الإزار وطرف الثوب ، أي لا يأخذ منه في ثوبه ، والجربن
موضع تجفيف التمر ، الجنب الترس .

محض الرض القلبي ، ولا داعي إلى أن نطيل بذكر النصوص الدالة على مشروعية التملك عن طريق هذه الأسباب ، إنما الذي ينبغي أن تنتبه إليه هو أنه لا يوجد أي نص أو دليل شرعي يضيف إلى هذه الأسباب سبباً آخر هو : التملك عن طريق انزال العقوبات ، وإذا لم يوجد أي نص على هذا فلا شك أن هذا السبب يدخل في عموم النهي الأصلي ألا وهو النهي عن أخذ أموال الناس بالباطل .

ولك أن تقول : ولكن حديث بهز بن حكيم السابق يدل على مشروعية التملك عن طريق العقوبة ، فالجواب على ذلك أن الحديث لا ينهض أن يكون دليلاً عليه لما سأتى قريباً

ثالثاً - عرض كلام الائمة في ذلك وبيان ماتم الاتفاق عليه

١ - الشافعية : اتفق علماء الشافعية على أن من استحق التعزير بارتكاب مالا حد فيه من الجنايات أو المحرمات ، كان للامام أن يعزره بضرب أو سجن أو تغريب أو تشهير بين الناس ، أو إغلاظ له في القول ، ولم يزيدوا على هذه الوسائل شيئاً آخر . ولو كان التعزير باخذ المال جائزاً عندهم لذكروه ، هذا ما تنص عليه كتب الشافعية عامة في باب التعزير . وفي باب الزكاة نص الشافعية على أن الممتنع عن دفع الزكاة ، تؤخذ منه الزكاة قهراً ، ويعزر أن لم يكن له عذر في الامتناع عن الدفع ، ولا يغرم شيئاً من المال .

قال في المهذب :

(. . وان منعها بخلا أخذت منه وعزر (أي بوجهه من أوجه التعزير السابقة) وقال في القديم : تؤخذ الزكاة وشرط ماله عقوبة .

لما روي بهز بن حكيم عن أبيه عن جده .. الحديث والصحيح هو الأول (١) .

وقال الإمام المزني في مختصره نقلاً عن نص الشافعي : (ولو غلَّ صدقته عزر) وقد عرفت معنى التعزير ووجوهه (إن كان الامام عادلاً إلا أن يدعي الجهالة ، ولا يعزر إذ لم يكن الامام عادلاً) (٢)

وذكر النووي في مجموعه تفصيلاً لهذا الكلام فقال :

(. . . وإذا منعها حيث لا عذر أخذت منه قهراً كما ذكرناه ، وهل يؤخذ معها نصف ماله عقوبة له ؟ . فيه طريقتان : أحدهما القطع بأنه لا يؤخذ ، وبمن صرح بهذا الطريق القاضي أبو الطيب في تعليقه والماوردي والمحاملي في كتبه الثلاثة والمصنف في التنبيه وآخرون .

وحكوا الأخذ عن مالك ، قيل وليس هو مذهبه أيضاً ، والطريق الثاني - وهو المشهور وبه قطع المصنف هنا والاكثرون - وفيه قولان : الجديد لا يؤخذ ، والقديم يؤخذ وذكر المصنف دليلها ، واتفق الاصحاب على أن الصحيح أنه لا يؤخذ) (٣) .

٣ - الحنفية : شأن التعزير عند الحنفية ككشأنه عند الشافعية ، فلا يجوز أن يتجاوز به الامام ما ذكرناه أيضاً إلى أخذ شيء من المال مطلقاً ، قال في تنوير الأبصار : (ويكون بالضرب والحبس والصفع وفرك الاذن وبالكلام العنيف وبنظر القاضي اليه بوجه عبوس وشم غير القذف ، لا بأخذ مال في المذهب) وعلق ابن عابدين في حاشيته على

(١) المذهب لأبي اسحاق الشيرازي : باب الزكاة : ٢٣١/٥ من المجموع .

(٢) مختصر المزني : ٢٠٤/١ على هامش الأم .

(٣) المجموع للنووي : ٣٣٤/٥ .

قوله : في المذهب ، فصل الامر في ذلك قائلًا : (قال في الفتح : وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال ، وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز ، ثم قال) وظاهره ان ذلك رواية ضعيفة عن ابي يوسف ، قال في الشرنبلالية ولا يفتى بهذا ، لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه ، ثم نقل عن البزازيه قوله : ان معنى التعزير بأخذ المال - على القول به - امسك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم اليه ، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال ، كما يتوهمه الظلمة ، إذ لا يجوز لاحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي ، ثم قال : والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال (١) .

وهذا الذي ذكره صاحب تنوير الأبصار ونقله ابن عابدين عن البزازيه وغيرها هو ما يقوله عامة علماء المذهب في هذه المسألة .

٣ - المالكية : لم يقع خلاف عند المالكية في أنه لا يجوز التعزير بأخذ المال ، وعباراتهم في بيان هذا الحكم اصرح واقطع من عبارات غيرهم من علماء المذاهب الاخرى .

قال العلامة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدرديري تعليقاً على قوله « وقد يكون أي التعزير بغير ذلك » : (أي كائلافة لما يملكه كإراقة اللبن على من غشه حيث كان يسيرا ، ولا يجوز التعزير بأخذ المال اجماعاً ، وما روي عن الامام ابي يوسف صاحب ابي حنيفة من انه جوز للسلطان التعزير بأخذ المال ، فمعناه كما قال البزازيه من أئمة الحنفية ان يسك المال عنده مدة لينزجر ثم يعيده اليه ، لا أن يأخذه لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ، إذ لا يجوز أخذ مال

(١) انظر الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه : رد المختار : ١٨٤/٣ .

مسلم بغير سبب شرعي أي كسراء وهبة (١) .
والغريب أن بعض الكاتبين نقل عن مذهب المالكية ، رغم هذا ،
القول بجواز فرض عقوبات مالية على بعض الجنايات ؟ !! . . . وكان
هذا النقل الذي لا يعتمد على دقة في البحث والنظر ، من جملة الاسباب
التي أورثت هذه المسألة شيئاً من الغموض عند كثير من الباحثين .

وموعد الحديث عن هذه الأسباب الفقرة التالية لعرض مذاهب الأئمة
٤ - الحنابلة : قال ابن قدامة في مغنيه : (والتعزير يكون
بالضرب والحبس والتوبيخ ولا يجوز قطع شيء منه ولا أخذ ماله ، لأن
الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يُقتدى به ، ولأن الواجب
ادب ، والتأنيب لا يكون بالاتلاف) (٢) .

وقال في باب الزكاة : (وان منعها معتقداً وجوبها وقدر الامام
على أخذها منه ، أخذها وعززه ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل
العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم ، وكذلك ان غل ماله
وكتمه حتى لا يأخذ الامام زكاته فظهر عليه) (٣)

وبذلك تعلم ان مذهب الحنابلة في هذا لا يختلف عن مذهب بقية
الأئمة الذين استعرضنا مذاهبهم في هذه المسألة .

وإذا تبين لك هذا ، علمت أن إجماع المذاهب الأربعة قد انعقد على
على أن التعزير لا يجوز أن يكون بأخذ شيء من مال المعزّر وتملك
غيره له كائناً من كان .

وإذ قد انتهينا من بيان هذه الحقيقة ، فلننتقل إلى ما بعدها ..

(١) الشرح الكبير للدسوقي : ٣١٥/٤ .

(٢) المغني لابن قدامة : ١٥٩/٩ .

(٣) المرجع السابق : ٤٧٧/٢ .

رابعاً - جملة الملابس والشبه التي تحوم هذه المسألة

والكشف عن وجه الحقيقة فيها

وتتلخص هذه الشبه والملابس فيما يلي :

- ١ - حديث بهز بن حكيم السابق ذكره .
- ٢ - كلام مختلط ذكره ابن القيم في هذه المسألة .
- ٣ - ما يعزى إلى الامام مالك على السنة بعض الكاتبين اليوم من انه كان يقول بالعقوبة عن طريق أخذ المال .

وسنكشف لك عن وجه الحقيقة من وراء هذه الملابس ، لتقف على ان ما أجمع عليه الأئمة هو المتفق مع مقتضى النصوص وكل ما ورد في هذا الباب .

أولاً - حديث بهز بن حكيم ، ونقصد به ما رواه أبو داود والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال : في كل إبل سائمة ، في كل أربعين ابنة لبون لا يفرق إبل عن حسابها ، من اعطاها مؤجراً فله اجرها ، ومن أبى فإننا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ، لا يجل لآل محمد منها شيء .

فهذا الحديث يدل بوضوح على مشروعية تعزيز الممتنع عن دفع الزكاة بأخذ المال منه تملكاً واحتيازاً ، فلماذا لم يأخذ به الأئمة في ذلك ؟ . .

والجواب أن هذا الحديث تفرد به بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ، مخالفاً بذلك الثقات فلم يروا عن أحد من الصحابة أو التابعين أو تابعيهم أنه ﷺ قد شطر مال من منع الزكاة أو أوصى بذلك أحد الصحابة الذين كان يرسلهم لجمع الصدقات ، وإنما المحفوظ عكس ذلك قولاً وعملاً .

وليس بهز بن حكيم من العدالة والحفظ والضبط بمكان حتى يكون
تفرده صحيحاً .

روى البيهقي عن الشافعي رحمه الله أنه قال : هذا الحديث - أي
حديث بهز بن حكيم - لا يثبت أهل العلم بالحديث ، ولو ثبت لقلنا به (١) .

وقال ابن حجر في ترجمة بهز بن حكيم نقلاً عن يحيى بن معين :
اسناده صحيح إذا كان ممن دونه ثقة ، أي إذا كان من يروى عنه
ثقة ، وقال عنه أبو زرعة : صالح ولكنه ليس بالمشهور ، وقال أبو حاتم
هو شيخ يكتب حديثه ولا يحتج به ، وقال الحاكم : كان من الثقات
ممن يجمع حديثه وإنما اسقط من الصحيح روايته عن أبيه عن جده لأنها
شاذة لا متابيع لها عليها ، قال : وهو عند الشافعي ليس بحجة ، ولم
يحدث شعبة عنه وقال له : من أنت ومن أبوك ؟ وقال ابن حبان كان
يخطئ كثيراً ، ثم قال : وأما أحمد واسحاق فإنها يحتجان به وتركه
جماعة من أئمتنا ولولا حديثه ، أنا آخذوها وشطر ماله لأدخلناه
في الثقات (٢) .

وبناء على هذا فالحديث شاذ مردود ، بل هو منكر أيضاً ، إذ
لا يعرف متن هذا الحديث عن غير رواية بهز عن أبيه عن جده ،
وهو في ذلك مخالف من هو احفظ واضبط منه .

أما ما يذكره آخرون في الجواب على هذا الحديث ، من أنه
منسوخ وأنه كان في صدر الإسلام وان الذي نسخه قوله ﷺ ليس في
المال حق سوى الزكاة ، فليس بجواب سديد ، بل هو جواب غير صالح ،
إذ النسخ لا يثبت إلا بدليل كما هو معروف ، وحديث ليس في المال

(١) المجموع للنووي : ٣٣٢/٥ .

(٢) انظر تهذيب التهذيب : ٤٩٨/١ .

حق سوى الزكاة ضعيف لا يمتنع به ، قال البيهقي : والذي يرويه أصحابنا في التعالقي : ليس في المال حق سوى الزكاة ، لا أحفظ فيه اسناداً (١) .

ثانياً - كلام مختلط ذكره ابن القيم في هذه المسألة :

عقد ابن القيم رحمه الله في كتابه الطرق الحكيمة فصلاً مستقلاً عن العقوبات المالية فأطلق القول بجوازها ، ونقل ذلك عن الأئمة مالك وأحمد والشافعي في أحد قولي ، دون أن يفرق بين عقوبة أخذ المال امتلاكاً وأخذه اتلافاً ، ودون أن يفرق في ذلك بين الجنابات المتعلقة بالمال والمتعلقة بغيره ، وراح يستشهد بفيض من الأحاديث والآثار على كل ذلك ، ومعظمها لا علاقة له بمسألتنا التي نتحدث فيها والتي هي محل اتفاق جمهور العلماء .

ولننقل لك خلاصة كلامه في ذلك قال :

(واما التعزير بالعقوبات المالية فم شروع أيضاً في مواضع مخصوصة في مذهب مالك واحمد واحد قولي الشافعي ، وقد جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه بذلك في مواضع ، منها اباحته ﷺ سلب الذي يسطاد في حرم المدينة لمن وجدته ، ومثل أمره ﷺ بكسر دنان الخمر وشق ظروفها ، ومثل أمره لعبد الله بن عمرو بأن يحرق الثوبين المعصفرين ، ومثل أمره يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الخمر الإنسانية ثم استأذنوه في غسلها فأذن لهم . . ومثل هدمه مسجد الضرار ، ومثل تحريق متاع الغال ، ومثل حرمان السلب على الذي أساء على نائبه ، ومثل إضعاف الغرم على سارق مالا قطع فيه من الثمر والكثير (أي جمار النخل) ومثل أخذه شطر مال مانع الزكاة عزيمة من عزمات الرب

(١) انظر المجموع : ٣٣٢/٥ .

تبارك وتعالى ، ومثل أمر لابس خاتم الذهب بطرحه فطرحة فلم يعرض له أحد ، ومثل تحريق موسى عليه السلام العجل والقائه برادته في اليم ، ومثل قطع نخيل اليهود اغاظة لهم ، ومثل تحريق عمر وعلي رضي الله عنه المكان الذي يباع فيه الخمر ، وتحريق عمر قصر سعد بن أبي وقاص لما احتجب فيه عن الرعية .

ثم قال : وهذه قضايا صحيحة معروفة وليس بسهل دعوى نسخها ، ومن قال ان العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك فقد غلط على مذاهب الأئمة نقلاً واستدلالاً .

فأكثر هذه المسائل سائغ في مذهب احمد وكثير منها سائغ عند مالك ، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة لها بعد موته مبطل أيضاً للدعوى نسخها ، والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب ولا سنة ولا إجماع يصح دعواهم ، إلا أن يقول أحدهم مذهب أصحابنا عدم جوازها . فمذهب أصحابه عيار^(١) على القبول والرد ، وإذا ارتفع عن هذه الطبقة ادعى انها منسوخة بالاجماع ، وهذا غلط أيضاً فان الأئمة لم تجمع على نسخها . ثم أطال ابن القيم في ذكر الأدلة والأقوال التي تثبت أن المالكية وآخرين قالوا بجواز العقوبة بانلاف المال^(٢) .

فهذا ما قاله ابن القيم في هذا الصدد ؛ وأنت ترى أنه يقحم إباحة التعزير بامتلاك مال الجاني في غمار حديثه عن جواز انلاف المال عليه في الجنايات المتعلقة بالمال ، دون أن يفرق بين هذا وذاك . وقد علمت بما سبق في تحرير محل البحث أن كلا من الصورتين مسألة على حدة بينها فارق كبير ، وهيات أن تكون احدهما دليلاً على الاخرى ، ولقد

(١) هكذا في مختلف النسخ ، ولعل (عيار) من عار الشيء يعبر إذا أفلت ، أي إن مذاهب أصحابه غير مقيدة بدليل القبول أو الرد .

(٢) الطرق الحكيمة : ٢٤٥ .

رأيت كيف فرق المالكية بين التعزير باتلاف المال على الجاني والتعزير بأخذه امتلاكاً ، حتى قال العلامة الدسوقي بعد أن قرر مشروعية الصررة الاولى : ولا يجوز التعزير بأخذ المال اجماعاً .

ثم انك تراه كيف يستمد القوة من مجموع هذه الآثار والاحاديث المختلفة التي لا علاقة لكثير منها بباب العقوبة والتعزير أصلاً ، كتحرير نجيل اليهود ، ومسجد الضرار ، وتحرير موسى عليه السلام العجل وإلقاء برادته في اليم ، ليحتج بها على المانعين لعقوبة التعزير بالمال ، وأكثرهم إنما ينعون منها ما كان امتلاكاً له كما مر بيانه ، وهي طريقة يحق لنا أن نعجب كل العجب من أن يتبعها عالم كابن القيم في بحثه ونقائه مع الأئمة .

أما ما يتعلق ببحثنا من مجموع ما ساقه من أحاديث وآثار ، فلا يتجاوز حديثين اثنين : أولهما : حديث بهز بن حكيم السابق ذكره ، وقد علمت ما فيه من الشذوذ والنكاره وما ذكره أئمة الحديث عن بهز بن حكيم وحديثه هذا .

ثانيها : ما أشار اليه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ وقد ذكرناه في أول البحث : (من أصاب بفيه من ذي حاجة ، غير متخذ خبئة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجربن فبلغ ثمن الجنب فعليه القطع ، ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه والعقوبة) (١)

فهذا الحديث الثاني ، يقال فيه مثل ما قد قيل عن حديث بهز بن حكيم ، وخلاصة ذلك أن هذا الحديث تفرد بروايته عمرو بن شعيب عن

(١) أنظر التعليق في ص : ١٥١

أبيه عن جده ، وقد ضعفه طائفة كبيرة من علماء الحديث مطلقاً ،
والذين لم يضعفوه اشتراطوا للأخذ بحديثه أن يروى عن سعيد بن المسيب
أو سليمان بن يسار أو عروة أو غيرهم من الثقات ، أو يروى عن أبيه
ولكن بدون عنعنة ، بأن يقول : حدثني أبي . فأما إذا روى عن أبيه
أو جده فلا حجة فيه ، إذ إنه إذا روي بالعننة فإنما هي صحيفة أو
كتاب عنده كان ينقل عنه ، قال ابن معين فيما يرويه عنه الساجي :
عمرو بن شعيب ثقة في نفسه ، وماروي عن أبيه عن جده لا حجة فيه
وليس بتصل ، وهو ضعيف من قبيل أنه مرسل ، وجد شعيب عبارة
عن كتب عبد الله بن عمرو فكان يرويها عن جده إرسالاً ، وقال أبو عبيد
الآجري : قيل لأبي داود : عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده حجة ؟
قال : لا ، ولا نصف حجة ، وروى الذهبي عن الاثرم : سئل أحمد
عن عمرو بن شعيب فقال : ربما احتججنا بحديثه وربما وجس في القلب
منه (١) .

هذا كله بقطع النظر عن حديث تفرد به عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده ، أما ما تفرد به وكان الثقات وعلماء الحديث والفقهاء يحفظون
غيره مما يخالفه ولا يتفق معه ، كحديث : على اليد ما أخذت حتى
ترد (٢) وحديث : لا يجمل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعباً ولا جاداً ،
فإن أخذه فليرده عليه (٣) . فشذوذ الحديث عندئذ ، بل نكارته ، واضحة
وللائمة العذر كل العذر في أن لا يعتمدوا عليه ، سواء أجروا
على القول بتضعيف عمرو بن شعيب أم جروا على القول بتوثيقه ، مالم
يروى عن أبيه عن جده .

(١) تهذيب التهذيب : ٥٣/٨ وميزان الاعتدال : ٢٦٤/٣ .

(٢) أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو داود .

(٣) أخرجه أبو داود والترمذي .

ولو فرضنا أنه لا شدوذ في هذا الحديث ولا مقال في أحد من رواه
ولا علة في سنده فإنما هو حجة عندئذ فيها ورد فيه فقط ، لا يزداد عليه
ولا تبنى عليه قاعدة ، وذلك جمعاً بين الأحاديث المختلفة في هذا الموضوع
وتوفيقاً بينه وبين ما هو معروف من هديه عليه الصلاة والسلام فيما هو
معروف من عامة شأنه ﷺ في تعزير الآئمين ومعاقبة الجانحين .

وهذا ما مال إليه اجتهاد الحنابلة ، فذهبوا إلى أن السرقة من الثمر
المعلق أي الذي لم يحرز في جريته بعد ، عليه غرامة مثليه ، وكذلك
الماشية تسرق من المرعى من غير أن تكون محرزه ، عليها مثلاً قيمتها ،
وذلك تمسكاً منهم بما دل عليه النص ، ولم يقيسوا على هاتين الحالتين
غيرهما ، بل نصوا في باب التعزير والزكاة على عدم جواز التعزير بأخذ
المال ، كما نقلنا لك نص كلامهم في ذلك (١) .

فذهب الحنابلة إذاً ليس قرولاً بجواز التعزير والمعاقبة بالمال ، وإنما
مذهبهم عكس ذلك ، مع استثناء هاتين الحالتين اللتين اعتمدا فيها على
حديث عمرو بن شعيب .

ولسنا نعرف مصداقاً لقول ابن القيم : (فأكثر هذه المسائل سائغ
في مذهب احمد وكثير منها سائغ عند مالك) غير هذا الذي ذكرناه ،
عن مذهب الامام احمد . وهذا الذي سنذكره فيما يلي من مذهب مالك :

ثالثاً - ما يعزى الى الامام مالك على السنة بعض الكاتبين اليوم
من أنه كان يقول بالعقوبة بالمال :

ولعل معتمد هؤلاء الكتاب في ذلك ، كلام ابن القيم في هذا الصدد ،
وما عزاه إلى الامام مالك من أن كثيراً من مسائل التعزير بالمال
سائغ عنده .

(١) انظر ما ذكرناه من مذهب الحنابلة في هذا الموضوع ، وانظر المغني : ٦٩/٩ -

والحقيقة أن هذا العزو المطلق العاري عن أي تفصيل أو بيان أو
تقييد ، كلام لا معنى له ، خصوصاً بالنسبة لهذه المسألة التي تحتها فروع
وأشكال مختلفة ، يفتقر بعضها عن البعض الآخر في المعنى والدليل والحكم
وإن شملها جميعاً اسم : العقوبات المالية ، وهو الاسم الذي وضعه ابن
القيم رحمه الله عنواناً لهذا البحث .

فما هي هذه المسائل التي سوغها مالك رحمه الله في باب العقوبات
المالية ومن أي نوع هي ؟ ..

هل هي من نوع أخذ المال من المعاقب على سبيل الامتلاك له ، أم
هي من نوع اتلاف المال عليه أو توزيعه على الفقراء ؟ وعلى كل حال
فهل هي خاصة بالجنايات المتعلقة بالأموال فحسب أم هي عامة لكل
أنواع الجنايات ؟ ..

والجواب أن المالكية يقسمون الجناية إلى نوعين : جناية في المال ،
وجناية في غيره ، فأما الجناية في غير المال فلم يقل أحد من المالكية
إنه يجوز معاقبة صاحبها بالمال ، إلا ما نقله الشاطبي عن ابن العطار من
القول بذلك في بعض الحالات ، ورد عليه القرطبي قائلاً : إن ذلك من
باب العقوبة بالمال ، وذلك لا يجوز على حال .

وأما الجناية الواقعة في المال نفسه فيجوز عندهم المعاقبة بتفويت
ذلك المال عليه . واليك ما يقوله في ذلك الشاطبي في كتابه الاعتصام ،
بعد أن نقل عن الغزالي القول بجرمة ذلك بالاتفاق في الجنايات التي لا
علاقة لها بالأموال :

« وأما مذهب مالك ، فإن العقوبة في المال عنده ضربان : أحدهما
كما صوره الغزالي فلا مرية في أنه غير صحيح ... والثاني أن تكون
جناية الجاني في نفس ذلك المال أو في عرضه ، فالعقوبة عنده فيه ثابتة ،

فانه قال في الزعفران المغشوش إذا وجد بيد الذي غشه : إنه يتصدق به على المساكين قل أو أكثر، وذهب ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون إلى أنه يتصدق بما قل منه دون ما أكثر ، وذلك محكي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأنه أراق اللبن المغشوش بالماء ، ووجه ذلك التأديب للغاش ، وهذا التأديب لا نص يشهد له ، لكن من باب الحكم على الخاصة لاجل العامة ، وقد تقدم نظيره في مسألة تضمين الصناع ، على أن أبا الحسن اللخمي قد وضع له أصلاً شرعياً ، وذلك أنه عليه السلام أمر بكفء القدر التي اغليت بلحوم الحجر قبل أن تقسم^(١) .
فهذه هي صورة العقوبة بالمال كما رأها مالك رحمه الله ، وعليها فرغ اصحابه في مذهبه كما يبدو من تتبع جزئيات المسائل ، وهي بدون ريب مختلفة كل الاختلاف عن التعزير على الجنايات المختلفة بغرامات مالية عليها تؤخذ امتلاكاً ؛ وهي أصل مسألتنا التي نبحت فيها والتي تم فيها اجماع الائمة على منع ذلك كما مر بيانه ، وهي مختلفة أيضاً كل الاختلاف عن مصادرة أموال الاغنياء عند المصلحة ، وان اشتمى بعض الكاتبين أن لا يرى بينها أي فرق أو اختلاف .

والغريب أن من الباحثين من أدخل كل هذه الصور المتباعدة في دائرة واحدة ثم ادخلها جميعاً تحت ما كان قد أقدم عليه عمر رضي الله عنه من مشاطرة بعض الولاة أموالهم ، فاستدل بعمله هذا على مشروعية شيء اسمه : امتلاك أموال الناس عن طريق المصادرة إما تطبيقاً لعقوبة أو تحقيقاً لمصلحة .

وبين ما فعله عمر رضي الله عنه ، وهذه المسائل الاخرى بوث شامع جداً لا يمكن للباحث الصادق في بحثه أن لا يتبينه ولا يعلم به لأول نظره .

(١) الاعتصام : ٢٩٩/٢ .

إن ما فعله عمر رضي الله عنه تطبيق لحكم شرعي معروف متفق عليه في باب الولاية والقضاء ، وهو أنه ليس لأي إنسان يشغل وظيفة دينية من قضاء أو ولاية أو فتوى أن يسخر تلك الوظيفة لاستغلال قرش واحد من المال سواء كان نوع ذلك الاستغلال بحمد ذاته مشروعاً أم لا ، وسواء كان بطريق مباشرة أو غير مباشرة .

وحديث رسول الله ﷺ في ذلك مع العامل الذي عاد من الجهة التي كان قد أرسله إليها وقال له : هذا لكم وهذا أهدي إلي - هذا الحديث معلوم وصريح وهو أساس هذا الحكم ورأس أدلته .

فقد لاحظ عمر أن بعض عماله يذهب إلى مكان عمله ومعه شيء من المال له ، فيرى فرصة التجارة هناك سانحة ، فيشغل ما فاض من وقته بالتجارة ، أو يجد من المسلمين من يكرمه ويحبه رعاية لمركزه الاسلامي . وحبا بالاسلام وبمثليه ، فيعود أمثال هؤلاء إلى عمر وقد ايسروا بسبب ما نالهم من الحفاوة والاكرام ، فيعمد إلى هذه الزيادات التي جاءوا بها ويضعها في بيت مال المسلمين ، نظراً إلى أنها جاءت بسبب مركز كل منهم ومكانته ، وهو سبب يقضي ان يكون المسلمون عامة هم الملاك لهذا المال ، إذ هو إنما ناله باسمهم وبتمثيله لهم ونيابة عنهم .

فإن هذا بما نحن فيه من معاقبة الجناة والجائحين بالغرامات المالية - نأخذها منهم امتلاكاً؟! ..

وهكذا يتضح لك بما ذكرنا ، أن المالكية لم يختلفوا عن بقية المذاهب فيما اتفقوا عليه من حرمة التعزير على الجنايات بأخذ الاموال عليها ، وإنما خاضوا في مسائل اخرى غير هذه لا علاقة لنا بها في هذا المقام .

وهذا الذي نقله ابن القيم عنهم عموماً ودون أي قيد أو تفصيل ،

جعل كثيراً من الباحثين اليوم يعتمدون على هذا النقل ، كما قلنا ،
لتحميل المذهب المالكي ما لا يحمل من الوزر .

ويجدر بك أن تعود مرة أخرى إلى النص الذي نقلناه آنفاً ، من
الشرح الكبير للعلامة الدسوقي المالكي ، وقوله : (ولا يجوز التعزير
بأخذ المال اجماعاً) ، لتقف على مشكلة السطحية في النظر والبحث في
كثير من المسائل الفقهية الخطيرة عند كثير من الباحثين اليوم .

خامساً — ادلة من القواعد العامة على أن ماتم عليه الاجماع هو الحق

١ - العقوبة بأخذ المال ، إنما تعني نقل ملكية المال الذي وقعت
العقوبة به من يد الى أخرى . وسواء كانت هذه اليد الاخرى يد الدولة
أو يد فرد معين من الناس ، فلا بد من أن تكون حيازة تلك اليد
لهذا المال بسبب من أسباب التملك الشرعي الصحيح التي أوضحناها في
أول البحث ، وواضح أنها لا تدخل في واحد منها ؛ فلا هي تدخل في
احراز المباحات ، ولا العقود ولا الخلفية ولا التولد من المملوك .

ولا ينبغي ان تتوهم امكان قياس هذه المسألة على ضمان المتلفات أو
المغصوبات أو على الكفارات ، لأن العوض من المتلف ليس عقوبة له ،
وإنما هو تسوية حقوقية ، فلا ينبغي أن تقاس العقوبات عليها .

وأما الكفارات ، فهي عبادات زواجر أو جوارب ، لا يقاس عليها
غيرها ، كما قرر ذلك علماء الاصول . إذ هي في جملتها منوطة بالنصوص
الدالة عليها فقط .

٢ - معنى العقوبة للجاني والجاني ، فيما تقرره الشريعة الاسلامية
ويقرره علماء القانوت : حمل الجاني وغيره على الابتعاد عن

مقارنة الجرائم والجنايات بوسيلة من وسائل الأيلام أو التضييق بحيث تكافأ مع ما اقترفه من وسيلة اللذة أو الكسب غير المشروع .

فاقتضى ذلك أن يناط بكل اكتساب لعمل غير مشروع إضرار معين يكون من شأنه صد الناس عن مقارفته وحملهم على أن يجذر بعضهم بعضاً منه ، وإنما يتم ذلك إذا كانت العقوبات المشروعة اضراراً من كل وجه وبالنسبة لجميع الناس ؛ وعندئذ يتوحد موقفهم جميعاً على اختلاف ظروفهم وطبقاتهم ، حيال الجريمة ، كما تستوى الجريمة نفسها في انعكاساتها الضارة بالنسبة للجميع .

ولكن إذا وضعت الغرامة المالية بين أنواع هذا الإضرار الزجري ، فإن الامر يختلف عندئذ ، ان الغرامة المالية في الوقت الذي تعتبر فيه زجراً واضراراً بالنسبة للجاني فانها تعتبر كسباً وفائدة بالنسبة للشخص الممتلك لهذه الغرامة ، سواء كان شخصاً معنوياً يتمثل في الدولة أو شخصاً حسياً يتمثل في أحد الافراد ، وعندئذ تصبح تلك الجناية التي استلزمت دفع هذه الغرامة ذات أثرين مختلفين في المجتمع بوقت واحد أحدهما المفسدة بالنسبة للمقترف وثانيها المصلحة بالنسبة للمكتسب . وهذه النتيجة المزدوجة تعتبر من أخطر مظاهر التناقض والاضطراب التي تهدد المجتمع .

أما عندما تكون الجناية متعلقة بالمال نفسه ، فإن الامر عندئذ لاينطوي على هذا التناقض والاضطراب ، حتى ولو دفع المال إلى الفقراء والمساكين ؛ لأنها تتخذ مسوغاً آخر إلى جانب العقوبة ، الا وهو معنى التعويض ، فالغش في المال مثلاً إنما يعود بالضرر على الآخرين ، اذ هم الذين يجتنبون ذلك الغش ، وهو ضرر يتمثل في فوات مال عليهم بدون مقابل ، فكان مشروعاً لهم أن يتلقوا في مقابل ذلك تعويضاً ، ولما

كان الذي سيقع عليه الضرر مجهولاً فإن أولى الناس بذلك التعويض هو أحقهم بالحجز عن ذلك الضرر وهم الفقراء .

٣ - إن النتيجة الطبيعية لهذا التناقض بين ثمري الجناية بالنسبة للناس، تجعل الناس فرقا تقربص ببعضها ليكتسب كل فريق منهم من ضرر الآخر ، ولا ينبغي أن نتصور الدولة بريئة من الوقوع في هذا الشرك . فإن من الطبيعي عندما تكون الجنايات مورداً معيناً بالنسبة للدولة أن تتطلع إلى مزيد من الجنايات المربحة لها ، كما تتطلع إلى مرافقها المالية الأخرى، خصوصاً عندما تقع في أزمات مالية مختلفة .

وربما كان من نتيجة ذلك أن لا تجتاز الجرائم والجنح مراحل التحقيق الكافية في شأنها، وذلك استعجالاً للوصول إلى الثمرة المرجوة من وراءها وفي ذلك من الأضرار بالمتهم مالا يخفى على أحد .

فهذا هو حكم الشريعة الإسلامية في التعزير بأخذ الأموال ، ذكرناه مع أدلة ذلك ومع بيان اتفاق الائمة عليه ، وبيان وجهة نظر الشريعة الإسلامية في ذلك .

وإذا كان للقانون الجنائي المعمول به اليوم منطلق آخر ، يعتمد فيه على امتيازات معينة تضاف إلى أسباب التملك المعتمدة في القانون المدني . فذلك بحث آخر لا علاقة لنا به في هذا المجال .

والله أعلم

★ ★ ★

القضاء بشاهدين

مقدمة :

تنقسم الدعاوي إلى ثلاثة أقسام :

قسم يتعلق بالحقوق المالية ، وقسم يتعلق بالعقوبات وأسبابها ، وقسم يتعلق بغير ذلك مما يعود إلى الاحوال الشخصية المختلفة ، كالنكاح والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية ..

فأما المتعلق بالعقوبات وأسبابها ، فقد أجمع جمهور المسلمين على أنه لا يقبل فيها إلا شهادة رجلين ، إلا الزنا فقد أجمعوا على أنه يشترط لبوتها أربعة شهود ، لقوله تعالى : (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) .

وأما المتعلق بما عدا الاموال ، من الاحوال الشخصية المختلفة ، فما كان الشأن فيه أن لا يطلع عليه إلا الرجال ، كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة ، فلا بد فيه من شهادة رجلين ، وما اختلفت بمعرفته للنساء ، أو كان الغالب أن يطلع عليه النساء كالولادة والحيض ، والبكارة والثيوبة ، ثبت برجلين ، ورجل وامرأتين ، وبأربع نسوة .

وأما ما يتعلق بالاموال كالبيع والاجارة والشركات والرهن والضمان ، فيثبت برجلين ورجل وامرأتين .

فأما ما لا يثبت برجل وامرأتين ، فقد تم الاجماع على أنه لا يجوز
القضاء فيه بشاهد ويمين وأما ما يثبت بها ، فما كان متعلقاً بأموال النساء
فقد تم الاجماع أيضاً على أنه لا يجوز القضاء فيه بشاهد ويمين ، وما
كان متعلقاً بالأموال فقد وقع فيه خلاف وهو محل بحثنا في هذه المسألة .
إذاً فموضوع البحث هو :

الدعاوي المتعلقة بالاموال هل يصح القضاء فيها بشاهد ويمين
أم لا ؟ :

مذاهب الفقهاء في ذلك :

اختلف الأئمة في هذه المسألة الى قسمين : جمهور ، ومخالف .
فأما الجمهور ، فقد ذهبوا إلى صحة القضاء فيها بالشاهد واليمين ،
وهم : مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور وفقهاء المدينة .
وذهب المخالفون إلى عدم صحة القضاء فيها بشاهد ويمين ، وهم :
أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وزيد بن علي .

دليل الجمهور :

استدل الجمهور على ما ذهبوا اليه ، بالسنة ، ثم بالمعقول . أما دليلهم
من السنة فقد اعتمدوا على ما يلي :

أولاً - ما رواه مسلم وأبو داود وأحمد وابن ماجه عن ابن عباس
أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد ، وفي رواية أحمد بزيادة : إنما
كان ذلك في الاموال .

ثانياً - ما رواه أحمد والدارقطني والترمذي ، عن علي بن أبي طالب
رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق
وقضى به أمير المؤمنين عليّ بالعراق .

ثالثاً - ما رواه أحمد وابن ماجه والترمذي عن جابر رضي الله عنه
أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد .

وأما دليلهم من المعقول ، فهو قولهم : ان اليمين ، إنما تكون
حجة أقوى المتداعين بدليل أنه لا يقبل بين المنكر إلا بعد أن يعجز
المدعي عن اثبات بينته ، إذ يضعف حينئذ جانب المدعي ويقوى جانب
المنكر ، فيطالب باليمين ، فإن أحجم المنكر عن اليمين رجع موقفه
بذلك إلى الضعف ، وظهر عليه المدعي ، فيطالب هو باليمين ، فإذا كان
الأمر كذلك ، فلا شك أن جانب المدعي يصبح أقوى من جانب
المنكر بسبب شهادة الشاهد الواحد له ، ولكنها لا تكفي للقضاء له ،
فاقتضى ذلك أن تتم الشهادة الناقصة باليمين (١) .

دليل المخالفين :

استدل الحنفية ومن ذهب مذهبهم بالكتاب والسنة .
فأما دليل الكتاب فقوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء . .) وقوله
تعالى : (وأشهدوا ذوي عدل منكم) ووجه الاستدلال بالآيتين : أن
الله تعالى إنما أمر أن يكون الاعتماد في الحكم على شاهدين من الرجال
أو رجل وامرأتين ، وأمر الله تعالى للوجوب . ، وإنما يتحقق تنفيذ أمره
بعدم قبول الشاهد مع يمين المدعي ، مصيراً إلى ما هو مطلوب بصريح
الآية . نظير ذلك قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منها مائة جلدة)
فلو نقص الحاكم الجلد عن المائة لكان مخالفاً لأمر الله تعالى (٢) .

(١) انظر الام للشافعي : ٦/٧ - ٩ ، وانظر المغني لابن قدامة : ٢٢١/١٠ .

(٢) انظر الجصاص في أحكام القرآن : ٦١١/١ .

وأما دليلهم من السنة فقد اعتمدوا في ذلك ما يلي :

أولاً - مارواه علقمة عن أبيه في شأن الحضرمي الذي خصم الكندي في أرض ادعاهما في يده ، فقال له النبي ﷺ : (شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك) فقد أمر المدعي باحضار شاهدين فإن لم يتوفر له ذلك طوبى المنكر باليمين ، وأوضح للمدعي أن لا سبيل له إلا ذلك .

ثانياً - مارواه الشيخان عن رسول الله ﷺ أنه قال (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وفي لفظ (واليمين على المدعى عليه) ومحل الاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ فرق بين البينة واليمين ، فغير جائز أن يكون اليمين بينة ، لأنه لو كان كذلك لكان الحديث بمنزلة قول القائل : البينة على المدعي والبينة على المدعى عليه . . وإذا ثبت أن اليمين ليس بينة وأن الرسول ﷺ إنما طالب المدعي بالبينة فقط ، فقد تبين أنه لا مدخل لليمين إلى المدعي ، وإنما هو من علاقة المدعى عليه .
ثالثاً - ان الزهري لم يكن يقضي بالشاهد مع اليمين ، وكان يعتبر القضاء بهما بدعة .

مناقشة الأدلة :

أولاً - مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور .

تنحصر مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور في نقطتين :

أولاهما - التمسك بأصلهم الذي قرروه في الاصول ، من أن الزيادة

على النص نسخ .

ثانيها - تضعيف الاحاديث التي اعتمدها الجمهور ، وإيراد الاحتمالات

المختلفة في معناها .

فقالوا أولاً : لو اعتمدنا أحاديث القضاء بشاهد ويمين ، لاستلزم ذلك نسخ الكتاب المتواتر بدليل الآحاد ، وذلك غير جائز . ووجه النسخ الذي يستلزمه قول الجمهور كما يقول الجصاص : أن المفهوم الذي لا يرتاب به أحد من سامعي الآية من أهل اللغة ، حظر قبول أقل من شاهدين أو رجل وامرأتين ، وفي استعمال هذا الخبر ترك لموجب الآية والاقتصار على أقل من العدد المذكور (١) .

وقالوا ثانياً : إن الطرق التي رويت منها أحاديث المستدلين بجواز القضاء بشاهد ويمين ، لا تخلو عن مطعن ، وعلى فرض صحتها فانها أهم من أن تدل على المدعى ، بل يحتمل أن يكون المراد بها معنى آخر غير الذي فهموه .

فأما المطاعن التي فيها ، فقد جاء بعضها عن طريق سيف بن سليمان المكي ، عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ، والمعروف أن سيف بن سليمان ضعيف ، وعمرو بن دينار لم يسمع من ابن عباس ، وجاء بعضها من حديث ربيعة بن عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة وقد قال الربيع بن سليمان المؤذن : سألت سهيلاً عن هذا الحديث فقال : أخبرني ربيعة (وهو عندي ثقة) أني حدثته إياه ، ولا أحفظه ؛ قالوا : وقد كانت أصابت سهيلاً علة أزلت بعض عقله ونسي بعض حديثه ، فكان سهيل بعد مجئ هذا الحديث عن ربيعة عنه عن أبيه . . . الخ ، ومثل هذا الحديث لا تثبت به شريعة مع انكار من روى عنه له وفقد معرفته به (٢) .

وأما بيان كونها أهم من أن تدل على خصوص المدعى ، فذلك كما

(١) المرجع السابق : ٦١٦/١ .

(٢) الجصاص : ٦١٤/١ وشرح معاني الآثار للطحاوي : ١٤٥/٤ .

قال الطحاوي : « انكم إنما رويتم أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد ، ولم يبين في الحديث كيف كان ذلك ولا السبب فيه ولا المستحلف من هو ؟ ... فقد يجوز أن يكون ذلك على ما ذكرتم ويجوز أن يكون أريد به يمين المدعى عليه ، وإذا ادعى المدعى ولم يتم على دعواه إلا شاهداً واحداً فاستحلف النبي ﷺ المدعى عليه ، فروى ذلك ، ليعلم الناس أن المدعى يجب له اليمين على المدعى عليه لذات الدعوى ، لا لحجة أخرى غيرها ، كما قال قوم : ان المدعى لا يجب له اليمين فيما ادعى إلا أن يقيم البينة على أنه قد كانت بينه وبين المدعى عليه خلطة ، فإن أقام على ذلك بينة ، استحلف له وإلا لم يستحلف - فأراد الذي روى هذا الحديث أن ينفي هذا القول ، وبشأن اليمين بالدعوى لذاتها وان لم يكن مع الدعوى غيرها ، فهذا وجه .

وقد يجوز أن يكون أريد به يمين المدعى مع شاهده الوحيد ، لأن شاهده الواحد كان بمن يحكم بشهادته وحده ، وهو خزيمة بن ثابت ، فان رسول الله ﷺ قد كان عدل شهادته بشهادة رجلين .

فاذا احتمل ما جاء عن النبي ﷺ هذه الوجوه ، فلا ينبغي لأحد أن يأتي إلى خبر قد احتمل هذه التاويلات ، فيعطفه على أحدها بلا دليل يدل على ذلك من كتاب أو سنة أو اجماع ثم يزعم أن من خالف ذلك مخالف لما روى عن رسول الله ﷺ (١) .

بل المتعين ، أمام ورود هذه الاحتمالات ، أن نصرف معنى الحديث إلى ما يتفق مع دلالة ما هو ظاهر من الكتاب والسنة ، ودلالة كل من الكتاب والسنة تعارض تفسير المخالفين لنا .

(١) شرح معاني الآثار : ١٤٦/٤ وانظر أحكام القرآن للجصاص : ١/٦١٦ .

فأما معارضة دليل الكتاب ، فتتضح في قوله تعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأما معارضة دلالة السنة المتفق عليها ، فتتضح فيما اتفق عليه من أنه لا يحكم بشهادة جارية إلى نفسه مغنياً ولا دافع عنها مغرماً ، والحكم باليمين مع الشاهد على النحو الذي ذهب إليه المخالف ، حكم بشهادة جارية إلى نفسه مغنياً إذ إن بين المدعي أشد في هذا المعنى من شهادة القريب الذي يريد أن يجر مغنياً للمشهد له (١) .

ثانياً - مناقشة الجمهور لادلة الحنفية وردودهم :

قالوا أولاً - كان من الممكن أن يثبت لكم الدليل في آية البقرة على امتناع القضاء بأقل من شاهدين لو أخذتم بفهوم المخالفة ، ولكنكم أنكروتموه ، وعليه فإنه لا يثبت لكم في الآية دليل على أكثر من ثبوت القضاء بشاهدين أو شاهد وامرأتين وهو أمر لا علاقة له البتة بدلالة النص على العكس ، ولا نسلم أن في قوله تعالى (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) حصراً ، بل غاية ما تدل عليه بنصها أن شهادة امرأتين ورجل يثبت به القضاء ، وما وراء ذلك مسكوت عنه ، ومعروف أن أداة الحصر نصاً في النفي والاثبات هي (إنما) و (ما) و (إلا) ولا شيء منها هنا . ولو كنتم ممن يقولون بفهوم المخالفة لما صح لكم أن تقولوا به في هذه الآية ولا في حديث (شاهدك أو يمينه) لأن دلالتها على مفهوم المخالفة إنما هي عن طريق مفهوم العدد ومفهوم العدد باطل لا ينهض به شيء .. على أنا نقول : ان العمل بشهادة المرأتين والرجل الواحد مخالف لمفهوم حديث (شاهدك أو يمينه) فكيف عطلتم مفهوم الحديث حتى قبلتم شهادة المرأتين ، في حين إنكم لم تعطلوه بصدد

(١) انظر المرجع السابق : ١٤٧/٤ .

الشاهد واليمين ؟ .. فإن قالوا : قدمنا على مفهوم حديث (شاهدك أو يمينه) منطوق الآية الكريمة ، قلنا لهم ونحن قدمنا على هذا المفهوم منطوق الأحاديث الواردة بالقضاء بشاهد ويمين (١) .

وقالوا ثانياً - لا تثبت علينا الحجة بعدم جواز نسخ المتواتر بالآحاد إذ هو مبني على ما ذهبتم إليه من ان الزيادة على الأصل نسخ . وهذا ما لا نقول نحن به .

ويناقش الامام الشافعي الحنفية في ذلك فيقول ما خلاصته : إذا كانت الزيادة على الاصل نسخاً عندهم ، وهو غير جائز إذا كانت الزيادة وردت بطريق الآحاد ، فلماذا رددتم السنة في حكم اليمين مع الشاهد كي لا تتناولوا الآية ، ولم تردوا أثراً ورد باقل من شاهد ويمين وتأولتم عليه القرآن .

وهو الأثر الوارد عن علي رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة في أمر النسب ، وعن عمر بن الخطاب أنه حكم بالقسامة عند عدم الشهود على القتل ، مع أن من روى اليمين مع الشاهد عن رسول الله ﷺ أوثق وأعرف ممن روى عن علي وعمر رضي الله عنها ؟ .. (٢) .

وقالوا ثالثاً - لا نسلم أن في الطرق التي روي منها حديث (قضي رسول الله ﷺ بشاهد ويمين) ضعفاً يخل بالاخذ به ، وذلك لما يلي :

أما الرواية : التي جاءت عن طريق سيف بن سليمان فقد ذكر ابن عبد البر (وهو من أجل علماء الحديث) أنه لا مطعن في اسناد هذا الحديث لأحد ، وهذا يدل على أن سيف بن سليمان ليس فيه مطعن

(١) نيل الأوطار : ٢٨٦/٨ .

(٢) الأم للشافعي : ١٠/٧ و ١١ .

كما ذكرتم ، وقد قال الامام أحمد عنه : ثقة ، وقال علي بن المديني عن يحيى بن سعيد : كان عندنا ثبنا بمن يصدق ويحفظ ، وقال أبو زرعة الدمشقي ثبت ... وقال الساجي : اجمعوا على أنه صدوق ثقة غير أنه اتهم بالقدر (١) وأما القول بأن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس فهو حديث مرسل ، فقد قال الحاكم : إن عمرو قد سمع من ابن عباس عدة أحاديث ، فلا ينكر أن يكون قد سمع منه هذا الحديث ، وقال ابن حجر عنه : روى عن ابن عباس وابن الزبير و... الخ .

ونقل عن ابن عيينه أنه قال عنه : ثقة ، ثقة ، ثقة (٢) وقال الشافعي وهو يناقش الحنفية حول ما قيل عن ضعف هذه الاحاديث التي أخذ بها الجمهور : وقد جهدت أن أتقصي ما كلموني به في ردّ اليمين مع الشاهد ، فكان بما كلمني به بعض من ردّها أن قال : لم تروها إلا من حديث مرسل ، قلنا لم نثبتها بحديث مرسل ، وإنما اثبتناها بحديث ابن عباس ، وهو ثابت عن رسول الله ﷺ ولا يرد أحد من أهل العلم مثله لو لم يكن فيها غيره مع أن معه غيره ممن يشده (٣) .

وأما الرواية التي جاءت من حديث ربيعة بن عبد الرحمن عن سهيل ، فقد كان يثبت لكم ما أردتم من ضعف هذه الرواية لو لم يقل سهيل عن ربيعة إنه حجة ... ولا يضير - بعد أن يقول سهيل عنه ذلك - أن يكون سهيل قد نسي ما كان قد رواه له ، إذ بما لا شك فيه أن نسيان الراوي أو ضعف عقله بسبب الكبر لا يعود بالنقض على صحة ما كان قد رواه أثناء كامل حفظه ووعيه ، خصوصاً إذا كان ثمة رواية حفظوا منه ما كان قد رواه لهم .

(١) تهذيب التهذيب : ٢٩٤/٤ .

(٢) المرجع السابق : ٣٠/٨ .

(٣) الأم : ٦/٧ .

وقالوا رابعاً - لا نسلم صحة الاحتمالات التي أوردتموها لتأويل
الحديث الذي صح في القضاء بالشاهد مع اليمين لما يلي :

أولاً - جاء في اللفظ الذي رواه أحمد والدارقطني والترمذي عن
علي بن أبي طالب ما ينفي تلك الاحتمالات التي أوردتموها ، فقد ورد
عندهم بلفظ : (قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق) فهذا
نص في المعنى الذي فهمه الجمهور - وهو ينفي الاحتمالات الأخرى .

ثانياً - إن الصحابة والتابعين الذين اعتمدوا هذا الحديث ، إنما
فهموه كما فهم الجمهور ، ولم يطرق أحد منهم إليه شيئاً من الاحتمالات
التي طرفتموها ، وقد كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يقضي بالشاهد
الواحد ويمين صاحب الحق معتمداً هذا الحديث ، وهو أحد الرواة له ،
والراوي أعلم بمعنى الحديث الذي رواه .

وقالوا خامساً : يجب على استدلالكم بحديث (شاهدك أو يمينه)
بأنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك للمدعي لأنه لم يكن له حتى شاهد واحد ، وطبيعي
أن يطلب منه الرسول صلى الله عليه وسلم حينئذ الشكل الكامل للحجة التي ينبغي أن
تعتمدها الدعوى ، ولو أنه توفر له شاهد واحد لطلب منه عندئذ اليمين
أما وإنه لا يتوفر له حتى الشاهد الواحد فلا قيمة ليمينه البتة أي إن
قيمة اليمين إنما توجد بعد وجود الشاهد الواحد .

وقالوا سادساً : إن ما نقلتموه عن الزهري لا يبدو أن يكون
رأياً له ، ورأي المحدث لا ينقض صحة الاحاديث المروية عنه أو عن غيره
في الموضوع ، نعم لو أن الزهري أثبت مطعناً صحيحاً في طرق هذه
الاحاديث ، لكان ذلك عمدة لكم .

وقالوا سابعاً : ان حديث « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »

ليس للحصر ، بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها ، وفي حق الأمانة لظهور جنابتهم وفي حق الملائع وفي القسامة ، وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة^(١) كما يرد عليهم بأن النكول من المدعى عليه موجب للحكم لصالح المدعي بيمينه وهو مناف للحديث الذي استدلوا به ومناف للآية التي استدلوا بها ، ومناف لما ذهبوا اليه من أن الزيادة على النص نسخ وأنه لا يجوز نسخ المتواتر بالآحاد .

الترجيح :

والذي يبدو بعد عرض الأدلة التي مضت مع مناقشتها وبيان ما قيل حول كل منها أنه لا مسوغ لمنع القضاء بشاهد ويمين ، إذ الأمر كله منوط بصحة الحديث المروي عن النبي ﷺ في ذلك ، وما دام أنه لم يثبت في طريقه ضعف أو مطعن كما ذكرنا فلا معنى لتترك الأخذ به خصوصاً إذا تبين لنا أنه لا تعارض بينه وبين الأدلة التي أوجبت شاهدين إذ حتى لو أخذنا فيها بمفهوم المخالفة ، فإن هذا الحديث يعتبر مقدماً عليه ، إذ النص مقدم على المفهوم ، أو هو مخصص للآية ومعظم الأحكام المجمع عليها مأخوذ من دلالاتي الكتاب والسنة عن طريق التخصيص وشبهه ، يستوى في الأخذ بها الحنفية وغيرهم . وهذا دليل على أن ما انفرد به الحنفية من قولهم إن الزيادة على الأصل نسخ وأنه لا يجوز نسخ المتواتر بالآحاد خلاف لفظي قلما يظهر له أثر ، على أنا نقول لهم : أرايتم لو أن الزيادة على الأصل كانت متصلة به أكنتم تعتبرونها أيضاً نسخاً ؟ . . وجوابهم على ذلك أنها لا تعتبر إذ ذاك نسخاً ، فيقال لهم فما الفرق بين

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٢٢١/١٠ .

أن تكون الزيادة متصلة به ومنفصلة عنه حتى يستوجب اعتبارها في الصورة
الأولى زيادة مقبولة غير رافعة وفي الصورة الثانية زيادة غير مقبولة بحجة
أنها رافعة .

وقد تبين لك أن من أهم أسباب الخلاف في هذا الموضوع خلافهم
في هذه المسألة الأصولية المشهورة : هل الزيادة على النص تعتبر نسخاً
أم لا ؟

وإذا أردت أن تتقف على مزيد من النقاش والبحث في هذا الموضوع
فارجع إلى كتاب الجزء السابع من الأم للامام الشافعي رحمه الله ،
ففيه مناظرة طويلة حول هذا البحث .

التسعير في الإسلام

د. ماجد أبو رخية

تمهيد

تحديد الموضوع والتعريف به

الإسلام في نظامه المالي يقر الملكية الفردية ما دامت وسائل التملك مشروعة، ويقر حرية التصرف في الأموال ما دام ذلك التصرف متمشياً مع روح الشريعة ، وما دامت مصلحة الفرد لا تطنى على مصلحة الجماعة .

فإن حصل طغيان من قبل الفرد أو الجماعة، أو بدأت مؤشرات تلوح في الأفق، فإن في النظام الإسلامي من التدابير ما هو كفيلاً بإيقاف الناس عند حدودهم .

ولحفظ قاعدة التوازن في كل شيء بين الفرد والمجتمع بين الحاكم والمحكوم، كانت النصوص القرآنية ، والأحاديث النبوية التي تنهى عن الظلم والفساد ، والغش والاحتكار .

وفي ضوء هذه القاعدة كانت أحاديث التسعير التي وردت عن النبي ﷺ .

ولما كانت مسألة التسعير تتناول جانباً من الجوانب المالية في المجتمع ، وكان الناس - تحت وطأة الغلاء المستمر - يسألون عن حكم التسعير في الإسلام فقد رأيت كتابة هذه المسألة تحت عنوان: « التسعير في الإسلام » .

التسعير لغة^(١) : تقدير السعر

والسعر بكسر السين الذي يقوم عليه الثمن ، والجمع أسعار ، يقال أسعروا
وسعروا ، أي اتفقوا على سعر .

التسعير اصطلاحاً^(٢) :

هو أمر من السلطان أو نائبه ، أو ولاته على الأمصار ، لأهل السوق أن لا
يبعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا دون زيادة أو نقص لمصلحة ترى .

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء وأدلتهم

وسأتناول هذه المسألة من جانبين:

الجانب الأول: التسعير في الأحوال العادية التي لا غلاء فيها .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

رأي يمنع التسعير ، ورأي يجيزه وإليك البيان:

١- المانعون:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على عدم جواز
التسعير في الأحوال العادية التي لا يظهر فيها ظلم من التجار، ولا غلاء في
الأسعار وقولهم هذا هو قول لابن عمر وسالم بن عبدالله، والقاسم بن
محمد^(٣) .

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة سعر .

(٢) نيل الأوطار: ٢٤٧/٥ ، عون المعبود ، شرح سنن أبي داود: ٣٢١/٩ .

(٣) الفتاوى الهندية: ٣١٤/٣ ، الاختيار لتعليل المختار: ١٦٠/٤ ، المتقى شرح الموطأ: ١٧/٥ ،
مختصر الزني الأم: ٢٠٩/٢ ، المغني: ٢٣٩/٤ ، تحفة الأحوذى: ٢٣٩/٤ .

وقد استدلووا بما يلي :

أ- قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(١).

وجه الدلالة في الآية الكريمة أن الناس مسلطون على أموالهم ، والتسعير حجر عليهم ، والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين ، وليس نظره في مصلحة رخص الثمن أولى من نظره في مصلحة البائع بتوفير الثمن^(٢).

ب - ما رواه الترمذي بسنده عن أنس رضي الله عنه قال: « غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ ، فقال الناس: يا رسول الله غلا السعر ، فسعر لنا ، فقال رسول الله ﷺ: (إن الله هو المسعر القابض ، الباسط ، الرازق ، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني في دم ولا مال) . رواه الخمسة إلا النسائي وصححه ابن حبان ، وقال أبو عيسى حديث حسن صحيح^(٣) .

ج - ما رواه أبو داود مرسلًا بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً جاء فقال: يا رسول الله ، سعر ، فقال: (بل أدعو) ثم جاء رجل فقال: يا رسول الله ، سعر ، فقال: (بل الله يخفض ، ويرفع ، وإني لأرجو أن ألقى الله ، وليس لأحد عندي مظلمة) . إسناده حسن كما قال الحافظ^(٤) .

وجه الدلالة في هذين الحديثين أنه عليه الصلاة والسلام ، لم يسعر ، وقد سأله ذلك ، ولو جاز لأجابهم إليه ، وإذا كان عليه الصلاة والسلام لم يسعر وقد طلب منه التسعير رغم غلاء السعر ، كما نص الحديث ، فمن باب أولى أن لا يكون تسعير في الأحوال التي تكون فيها الأسعار عادية^(٥) .

د - وأما الاستدلال بالمعقول فقد بينه صاحب المغني بقوله: « قال بعض أصحابنا ، التسعير سبب الغلاء ، لأن الجالين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا

(١) سورة النساء: ٢٩ .

(٢) عون المعبود: ٣٢١/٩ .

(٣) عارضة الأحوذني: ٥٣/٦ ، سنن أبي داود مع شرح عون المعبود: ٣٢١/٩ ، سبل السلام: ٢٥/٣ .

(٤) سنن أبي داود مع شرح عون المعبود: ٣٢١/٩ ، نيل الأوطار: ٢٤٧/٥ .

(٥) المغني: ٢٣٩/٤ .

بسلعهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون . ومن عنده البضاعة يمتنع عن بيعها ويكتمها ، ويطلبها أهل الحاجة إليها فلا يجدونها إلا قليلاً . فيرفعون في ثمنها ليصلوا إليها ، فتغلوا الأسعار ، ويحصل الإضرار بالجانين ، جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري من الوصول إلى غرضه^(١) .

٢- المجيزون :

نقل القول بجواز التسعير مطلقاً حتى في الأحوال العادية عن سعيد بن المسيب ، وربيعة بن عبدالرحمن ، ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وقد علل هذا القول بأن مصلحة الناس تكون بالتسعير ومنع الغلاء .

وقد نقل أشعب عن مالك ، أن صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن ثلث رطل ولحم الإبل نصف رطل ، وإلا خرجوا من السوق ، قال إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم ، فلا بأس به ، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق .

وجه هذه الرواية أن في التسعير مصلحة للناس ، ومع ذلك فإن أصحاب السلع في مثل هذه الحالة لا يجبرون على البيع ، وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذي حدده الإمام على حسب ما يرى من المصلحة التي تعود للبائع والمشتري بحيث لا يمنع البائع من الربح ، ولكن يحال بينه وبين ربح يضر بالمشتري^(٢) .

وبعد : فإن ما أميل إليه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، فقولهم هو الأولي ؛ بالأخذ والاعتبار نظراً لقوة أدلتهم ، ولأن ما ذهبوا إليه يتفق مع منطوق الأحاديث النبوية .

ويمكن الرد على ما ذهب إليه المجيزون بما يلي :

أ- إن ما ذهبوا إليه يتعارض مع ظاهر الأحاديث الصريحة التي بينت أنه عليه الصلاة والسلام لم يسعر رغم غلاء السعر وطلب التسعير .

(١) المغني : ٢٣٩/٤ .

(٢) المتقى : ١٩/٥ .

ب - الأصل في الشريعة هو حرية التعامل بين الناس ما داموا واقفين عند حدود الله ، وهذه الحرية تعد عاملاً قوياً في زيادة الفعالية الاقتصادية .

والتسعير دون الحاجة إليه عمل يخالف الأصل الذي بني عليه التعامل، ويقيد الحرية ويؤدي إلى اختفاء السلع، الأمر الذي لا يعود على الأمة إلا بالغلاء والبلاء، كما يؤدي إلى انتشار ما يعرف بـ (السوق السوداء) على نطاق واسع.

ج - يقول ابن تيمية عن هذا النوع من التسعير: « فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباحه الله لهم فهو حرام »^(١).

الجانب الثاني: التسعير في حالة الغلاء.

للفقهاء في هذه المسألة رأيان، رأي يمنع التسعير، ورأي يجيزه، وإليك البيان:

١- المانعون:

ذهب كثير من الشافعية والحنابلة ، والمالكية ، إلى القول بمنع التسعير إذا غلا السعر ، وبهذا الرأي أخذ الإمام الشوكاني^(٢).

وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

أ- بما أخرجه الإمام مالك في الموطأ بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله ، سعر لنا، فقال: (بل ادعوا الله) ، ثم جاء رجل ، فقال يا رسول الله ، سعر لنا ، فقال: (بل الله يرفع ويخفض، وإنني لأرجو أن ألقى الله ، وليست لأحد عندي مظلمة)^(٣).

وجه الدلالة في هذا الحديث هو أن التسعير يعد اجباراً للناس على بيع ما

(١) الموطأ بشرح المتقى: ١٨/٥ ، نيل الأوطار: ٢٤٧/٥ .

(٢) الحسبه ص ٢٠ .

(٣) مختصر المزني على هامش الأم: ٢٠٩/٢ ، المتقى: ٨/٥ ، أحكام السوق ص ٤٤ ، المغني: ٩/٤ ، نيل الأوطار: ٢٤٧/٥ .

عندهم بغير طيب من أنفسهم ، وهذا ظلم لهم .

ب - بما أخرجه البيهقي عن عمر رضي الله عنه : « أنه مر بحاطب بسوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زيب ، فسأله عن سعرهما ، فسعر له مدين لكل درهم ، فقال عمر رضي الله عنه : قد حدثت بغير مقبلة من الطائف تحمل زيباً ، وهم يعتبرون بسعرك ، فإما أن ترفع السعر ، وإما أن تدخل زيبك البيت فتبيعه كيف شئت .

فلما رجع عمر ، حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره ، فقال له : إن الذي قلت لك ليس بعزمة مني ولا قضاء ، إنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع ، وكيف شئت فبع »^(١) .

قال الشافعي بعد سياق هذا الحديث : « وبه أقول لأن الناس مسلطون على أموالهم ، ليس لأحد أن يأخذها ولا شيئاً منها بغير طيب أنفسهم ، إلا في المواضع التي تلزمهم ، وهذا ليس منها »^(٢) .

ج - بما روي عن أنس قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ ، فقالوا : يا رسول الله ، غلا السعر فسعر لنا ، فقال : (إن الله هو المسعر القابض ، الباسط ، الرازق ، إني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال)^(٣) .

وهذا الحديث ظاهر الدلالة على ما ذهب إليه الجمهور ، وفيه التصريح ، بأن رسول الله ﷺ لم يسعر رغم غلاء السعر .

يقول الشوكاني : « وظاهر الأحاديث أنه لا فرق بين حالة الغلاء وحالة الرخص ، ولا فرق بين المجلوب وغيره »^(٤) .

(١) السنن الكبرى : ٣٩/٦ .

(٢) مختصر المزني على هامش الأم : ٢٠٧/٢ .

(٣) عون المعبود : ٣٢١/٩ ، عارضة الأحودي : ٥٣/٦ .

(٤) نيل الأوطار : ٢٤٧/٥ ، انظر الفروع : ٥١/٤ .

٢- المجيزون:

ذهب الحنفية وبعض المالكية وابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية إلى القول بجواز التسعير إذا غلا السعر ، وإليك بيان أقوالهم ووجهات نظرهم:

أ- يقول صاحب الفتاوى الهندية: « ولا يسعر بالإجماع إلا إذا كان أرباب الطعام يتعدون عن القيمة ، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير ، فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والبصر، وهو المختار وبه يفتى »^(١) .

ب - يقول ابن العربي المالكي في عارضة الأحوذى بعد ذكره لحديث أنس رضي الله عنه: « والتسعير على الناس إذا خيف على أهل السوق أن يفسدوا أموال المسلمين ... وما قاله النبي ﷺ حق وما فعله حكم ، لكن على قوم صح ثباتهم ، واستسلموا إلى ربهم ، وأما قوم قصدوا أكل أموال الناس والتضييق عليهم ، فباب الله أوسع ، وحكمه أمضى »^(٢) .

ج - يقول ابن تيمية: « فمثل أن يمتنع أرباب السلع عن بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بالزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل، ولا معنى للتسعير إلا لإزامهم بقيمة المثل، فيجب أن يلتزموا بما ألزمهم الله به »^(٣) .

وقد استدلل لرأيه هذا بما يلي:

١- بما ورد في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال: (من اعتق شركاً له في عبد وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل ، فأعطي شركاؤه حصصهم ، وعتق عليه العبد)^(٤) .

يقول ابن تيمية مبيناً وجه الدالة في الحديث: « هذا الذي أمر به النبي ﷺ من تقويم الجميع بقيمة المثل هو حقيقة التسعير »^(٥) .

(١) الفتاوى الهندية: ٢١٤/٣ .

(٢) عارضة الأحوذى: ٥٣/٦ .

(٣) الحسبة: ص ٢١ .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٣٥/١٠ .

(٥) الحسبة: ص ٣٩ .

٢ - إن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد أي أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوكل الحاضر العالم بالسعر للبادي الجالب للسلعة ، لأنه إذا توكل له مع خبرته بحاجة الناس إليه ، غلا الثمن على المشتري ، فنهاه عن التوكل له مع أن جنس الوكالة مباح - لما فيه من زيادة السعر على الناس^(١) .

٣- بما روي أن رجلاً كانت له شجرة في أرض غيره ، وكان صاحب الأرض يتضرر دخول صاحب الشجرة ، فشكى ذلك إلى النبي ﷺ ، فأمره أن يقبل منه بدلها أو يتبرع له بها ، فلم يفعل ، فأذن لصاحب الأرض في قلعها، وقال لصاحب الشجرة إنما أنت مضار^(٢) .

والشاهد أنه عليه الصلاة والسلام ، أوجب على صاحب الشجرة أن يتبرع بها إذا لم يبيعها ، وهذا يدل على وجوب البيع عند حاجة المشتري ، وأين حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام^(٣) .

هذا وقد استدلل ابن تيمية بمجموعة من الأحاديث والشواهد التي تدور حول هذا المعنى ، ثم ختم كلامه عن التسعير بالجملة التالية: « وإذا كانت حاجة الناس تندفع إذا عملوا ما يكفي الناس بحيث يشتري إذ ذاك بالثمن المعروف لم يحتج إلى التسعير ، وأما إذا كانت حاجة الناس لا تندفع إلا بالتسعير العادل ، سعر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط »^(٤) .

المبحث الثاني: المناقشة

من خلال الاطلاع على أدلة الفريقين في مسألة التسعير مع الغلاء تبين لنا - والله أعلم - أن ما ذهب إليه الفريق الثاني - وهو القول بجواز التسعير في حالة الغلاء - هو الأولي بالأخذ والاعتبار ، للأسباب التالية:

(١) الحسبة: ص ٤١ .

(٢) سنن أبي داود ، شرح عون المعبود: ٦٤/١٠ .

(٣) الحسبة: ص ٤٧ .

(٤) الحسبة: ص ٤٨ .

١- لأنه يوافق الشريعة التي تقوم أصلاً على مراعاة الصالح العام ، وقد قيل
أيضا وجدت المصلحة فثم شرع الله ، وإذا كانت المصلحة الفردية قد روعيت
كما ثبت في كثير من الأحاديث والوقائع ، فإن مراعات المصلحة العامة تكون
من باب أولى .

٢- إن استدلال الفريق الأول بالأحاديث وأخذه بظاهرها لا يمنع من الجمع
بينها وبين أدلة الفريق الثاني ، والقاعدة الأصولية تقول: « إعمال الدليلين أولى
من إهمال أحدهما » فمن الممكن حمل الأحاديث المانعة من التسعير رغم
الغلاء على أن ذلك يكون في الأحوال العادية التي يخضع فيها السعر لما يعرف
بقانون العرض والطلب والتي لا دخل فيها لإرادة الإنسان، ولا تكون بسبب
الرغبة في زيادة الثمن من قبل أرباب السلع .

وأما حينما تستبين الرغبة في الظلم الناتج عن تعمد زيادة الثمن ، ووضع
المشتري تحت الأمر الواقع ، فلا أعتقد أن هذا مفهوم النصوص ، بل إن هذا
المفهوم مغاير لروح الشريعة .

٣- إن هذا القول ليس فيه معارضة للحديث بالرأي أو المصلحة، فإن الحديث
ليس لفظاً عاماً ليقول قائل إنه يمنع التسعير في هذه الحالة، بل جاء في قضية
معينة هي غلاء السعر في المدينة بسبب قلة الجلب إليها، وليس في هذه القضية أن
أحداً امتنع عن بيع ما يجلب عليه ، أو أنه طلب في ذلك أكثر من عوض
المثل .

٤- إن الغلاء بلاء كما يقال ، وهو يؤدي بالإنسان إلى أحد أمرين كلاهما
مر ، إما أن لا يشتري السلعة رغم حاجته إليها ، فيقع في الحرج والله تعالى
يقول: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ، وإما أن يضطر إلى
شرائها رغم عدم قدرته المادية ، فيضطر إلى إرهاق نفسه بالدين الذي هو سبب
من أسباب الفقر الذي قرن بالكفر ، حيث كان ﷺ يستعيذ بالله ويقول:
(اللهم إني أعوذ بك من الكفر والفقر) ^(١) .

(١) سنن النسائي شرح السيوطي: ٢٦٧/٨ .

صورة التسعير:

والمراد بصورة التسعير - عند من يراه - الكيفية التي يتم بها تحديد السعر للسلعة المراد تسعيرها من قبل ذوي الاختصاص .

قال ابن حبيب المالكي: « ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ، ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم ، فيسألهم كيف يشترون ، وكيف يبيعون ، فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعمامة سداد حتى يرضوا به .

ثم قال: ولا يجبرون على التسعير ، ولكن عن رضا ، وعلى هذا أجازته من أجازته ، ووجه ذلك أنه بهذا يتوصل إلى معرفة مصالح الباعة والمشتريين ، ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون به اجحاف للناس .
وإذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك إلى فساد الأسعار ، واقتناء الأقوات ، واتلاف أموال الناس »^(١) .

ملاحظة على التعريف:

الذي نلاحظه من خلال وصف ابن حبيب للكيفية التي يتم بها التسعير هو أن التسعير لا يتم خبط عشواء ، وإنما بناء على خطة مدروسة يقوم بها ذوو الخبرة والاختصاص ، وتقوم أساساً على الموازنة بين مصلحة البائع والمشتري دون إفراط أو تفريط ، حتى لا يؤدي التسعير إلى ظهور ما يعرف بـ (السوق السوداء) حيث تباع السلع بأثمان غالية الأمر الذي يعود بالضرر البالغ الخطورة على المستهلك ، وهو الذي من أجله كان التسعير .

المبحث الثالث: الرأي الراجح

من خلال ما سبق بيانه فإنني أرى ما يلي:

١- حرمة التسعير في الأحوال العادية التي تكون فيها الأسعار طبيعية بعيدة عما يعرف بالتحايل والغش والاحتكار والتواطؤ .

(١) المتقى شرح الموطأ: ٥١٧/٥ ، كتاب التيسير في أحكام التسعير: ص ٤٩ .

- ٢- حرمة التسعير في الأحوال التي يكون فيها غلاء طبيعي، وليس في مقدور التجار وغيرهم الخيلولة دونه أو الحد منه لكون الأمر خارجاً عن إرادتهم.
- ٣- جواز التسعير في الأحوال التي يكون الغلاء بسبب مباشر أو غير مباشر يتبع إرادة الإنسان ، ويخضع لهواه حيث تلعب الأهواء والشهوات والمطامع دورها في الموضوع ، وهذا يتجلى بشكل واضح في حال الاحتكار والاستغلال، أو إنفاق أرباب السلع المتجين أو الجالين على فرض سعر معين.
- ٤- إن مسألة التسعير تتناول جميع الأشياء المعدة للتجارة دون التفريق بين متاع ومتاع ، أي أنني لا أرى التسعير محصوراً فيما يتعلق بالأقوات ، بل أرى جوازه في كل ما يحتاج إليه أبناء الأمة .



شفعة الجار

د. ماجد أبو رحية

تمهيد

تحديد الموضوع والتعريف به وأدلة مشروعيته

تعد الشفعة من الدلالات الواضحة على واقعية الإسلام في تشريعاته ، كما تعد وسيلة من وسائل دفع الضرر في حالات معينة ، إلا أنه قد جرى فيمن يستحقها خلاف بين الفقهاء ، فهل هي حق يثبت للشريك الذي لم يقاسم فقط؟ أم أنها حق يثبت للجار كما يثبت للشريك ؟

هذا الخلاف سببه ورود أحاديث متعددة في الشفعة ، لكل في فهمها وتأويلها شرعه ومنهاج .

وسيكون حديثي - بإذن الله - خاصاً ببيان آراء الفقهاء في جانب من جوانب الشفعة وهو شفعة الجار .

أولاً - تعريف الشفعة:

الشفعة لغة^(١):

ماخوذة من الشفع خلاف الوتر وهو الزوج ، تقول كان وترأ فشفعته شفعاً، والشفعة تعني الضم ، لأن الشفيع يضم المشفوع فيه إلى ملكه .

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، مادة شفع .

الشفعة اصطلاحاً:

جاء تعريف الشفعة عند الفقهاء على النحو التالي:

١- عرف الحنفية^(١) الشفعة بأنها: «تمليك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه»، كما عرفت عند بعضهم بأنها «حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار».

٢- وقد عرف المالكية الشفعة بأنها^(٢): «أخذ الشريك حصة شريكه جبراً شراء» .

٣- بينما عرف الشافعية الشفعة بأنها: «حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك يعرض بما ملك به لدفع الضرر»^(٣).

٤- أما الحنابلة^(٤) فقد عرفوا الشفعة بأنها: «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المتقلة عنه من يد من انتقلت إليه» .

ثانياً - مشروعية الشفعة:

الشفعة مشروعة بالسنة والإجماع، وقد وردت فيها أحاديث متعددة منها ما يلي:

١- حديث جابر بن عبدالله الذي قال فيه: (قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)^(٥).

٢- حديث جابر بن عبدالله الذي قال فيه: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ، لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإذا باعها ولم يؤذنه فهو أحق به)^(٦).

(١) تكملة فتح القدير: ٣٦٩/٩ .

(٢) كفاية الطالب الرباني: ٢٢٨/٢ .

(٣) نهاية المحتاج: ١٨٧/٧ .

(٤) المغني: ٣٠٧/٥ .

(٥) رواه البخاري ، واللفظ له ، انظر صحيح البخاري ، شرح فتح الباري: ٣٦٠/٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي .

(٦) رواه مسلم واللفظ له ، انظر صحيح مسلم بشرح النووي: ٥٤٦/١١ ، بذل المجهود: ١٩١/١٥ .
سائين وجه الدلالة في هذه الأحاديث عند عرض آراء الفقهاء وأدلتهم - خشية الإطالة .

٣- حديث أبي رافع مولى النبي ﷺ وفيه أنه قال لسعد ابن أبي وقاص: يا سعد ، اتبع مني بيتي في دارك ، فقال سعد والله ما ابتاعهما ، فقال المسور: والله لتبتاعنهما ، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة، قال أبو رافع لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار ، ولولا أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: (لجار أحق بسقبيه ، ما أعطيتها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه)^(١) .

٤- حديث عمرو بن الشريد عن أبيه الشريد بن سويد قال: قلت يا رسول الله ، أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ؟ فقال: (الجار أحق بسقبيه ما كان)^(٢) .

وإضافة إلى ثبوت الشفعة بالسنة فإنها ثابتة بإجماع أهل العلم على ما بينهم من خلاف فيمن تكون له الشفعة^(٣) .

يقول صاحب المغني: « ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة ... ، وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة ، والإجماع المنعقد قبله »^(٤) .

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء

في الوقت الذي أجمع فيه الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم في العقار والأرض ، فقد اختلفوا في ثبوتها للجار نظراً لورود أحاديث متباينة في الموضوع ، ونظراً لاختلافهم في العلة التي من أجلها شرعت الشفعة ، وهل هي أمر تعبدية لا يعقل معناها كما يرى ابن الجويني ؟ أم أنها شرعت لدفع ضرر مؤنة القسمة وما يلزم فيها من النفقة كما يرى جمهور الفقهاء ، أم

(١) رواه البخاري واللفظ له ، انظر صحيح البخاري شرح فتح الباري: ٣٦١/٤ ، سنن البيهقي: ١٠٥/٦ ، سنن النسائي: ١٨٢/٧ .

(٢) رواه أحمد ، واللفظ له انظر الفتح الرباني: ١٥٣/١٥ ، سنن النسائي: ١٨٢/٧ .

(٣) المغني: ٣٠٧/٥ ، بداية المجتهد: ١٥٢/٢ .

(٤) المغني: ٣٠٨/٥ .

أنها شرعت دفعا لضرار الجوار والصحة كما يرى الحنفية^(١) .
 وبناء عليه فقد حصر جمهور الفقهاء الشفعة في العقار في الشريك الذي لم يقاسم ، ولم يثبتوها للجار ، وهذا هو مذهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) ، وقد نقل هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان رضي الله عنهما ، وهو ما ذهب إليه الأوزاعي ، والليث وأبو ثور، وسعيد ابن المسيب ، والزهري ، وعمر بن عبدالعزيز وغيرهم^(٥) .
 في حين ذهب الحنفية^(٦) إلى القول بأن حق الشفعة يثبت للجار كما يثبت للشريك . وهذا ما ذهب إليه النخعي ، وشريح القاضي ، والثوري، وقناة ، والحسن البصري ، وحماد وابن أبي ليلى وابن سيرين^(٧) .

المبحث الثاني : الأدلة

أولاً - أدلة القائلين بعدم جواز الشفعة للجار .

استدل الذين لم يجيزوا الشفعة للجار بأدلة من السنة والمعقول على النحو التالي :

أ- أدلتهم من السنة :

١- ما رواه جابر بن عبدالله رضي الله عنه بقوله: « قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »^(٨) .

(١) عارضة الأحوذى: ١٣١/٦ ، بدائع الصنائع: ٢٦٨٢/٦ .

(٢) كفاية الطالب الرباني: ٢٢٨/٢، منح الجليل: ١٨٧/٧، الكافي في فقه أهل المدينة: ١٨٢/٢ .

(٣) المهذب: ٤٩٤/١ ، نهاية المحتاج: ١٩٤/٥ .

(٤) المغني: ٣٠٧/٥ .

(٥) شرح النووي على مسلم: ٤٦/١١ ، نيل الأوطار: ٣٣١/٥ ، بذل المجهود: ١٩٨/١٥ .

(٦) بدائع الصنائع: ٢٦٨١/٦ ، البناية شرح الهداية: ٣٢٠/١٠ ، تبين الحقائق: ٢٧٥/٥ .

(٧) شرح النووي على مسلم: ٤٦/١١ ، بذل المجهود: ١٩٨/١٥ .

(٨) سبق تخريجه .

- وفي رواية لمسلم عن أبي الزبير ، عن جابر ، قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط ، لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باعها ولم يؤذنه فهو أحق به »^(١) .
- وفي رواية عن أبي سلمة عن جابر : « إنما جعل رسول الله ﷺ حق الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »^(٢) .
- ٢- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه بقوله قال رسول الله ﷺ : (إذا قسمت الدار وحدثت فلا شفعة فيها)^(٣) .
- ٣- ما رواه الزهري عن ابن أبي سلمة أن رسول الله ﷺ قال : (الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)^(٤) .
- ٤- ما رواه عبادة بن الصامت بقوله : (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرض والدور)^(٥) .

ووجه الدلالة في هذه الأحاديث هو ما يلي :

- ١- أن الرسول ﷺ جعل حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، وبين أن هذا الحق الممنوح يزول بزوال سببه وهو الشركة (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) .
- أي إذا قسمت وبانت الحدود ، واتضح المعالم ، وأصبح نصيب كل واحد مستقلاً معروفاً ، فلا شفعة .
- ٢- أن هذه الأحاديث صريحة بشكل لا يقبل التأويل في الدلالة على أن الشفعة إنما تكون للشريك فحسب ، وأنه لا محل للجار لأنه ليس شريكاً ، وبالتالي فإن النصوص لا تشملته^(٦) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) سنن أبي داود مع شرح بذل المجهود: ١٩١/١٥ ، نيل الأوطار: ٣٣١/٥ .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) سنن النسائي: ٢٨١/٧ .

(٥) مسند الإمام أحمد بشرح الفتح الرباني: ١٥٣/١٥ .

(٦) نهاية المحتاج: ١٩٨/٥ ، عارضة الأحوذى: ١٣٦/٦ .

٣- أن لفظ إنما الذي ورد في بعض روايات حديث جابر له مدلوله ، يقول الخطابي: « وكلمة إنما يعمل تركيبها ، وهي مثبتة للشيء ، نافية لما سواه ، فثبت أنه لا شفعة في المقسوم »^(١) .

والعلاقة بين الجار وجاره في الأرض أو الحائط ، أو العقار ، قائمة على أن كلاً منهما يعرف حده ، وهذا وصف لا يدخل الجار في الشفعة، بل ينفي الشفعة عنه ، لأن ما بينه وبين جاره مقسوم واضح المعالم .

٤- إن اللام في الشفعة للجنس ، وهذا يفيد الاستغراق ، فيقتضي قصر الشفعة على الشريك الذي لم يقاسم .

ب - أدلتهم من المعقول:

استدل أصحاب هذا الرأي لما ذهبوا إليه من المعقول على النحو التالي:

أ- إن الشفعة إذا لم تجب للشريك الذي قاسم - وقد أصبح جاراً بعد مقاسمته - فمن باب أولى أنها لا تجب للجار الذي لم يكن شريكاً من قبل^(٢) .

ب - لقد شرعت الشفعة للشريك دفعا للضرر الحاصل ، ووجه ذلك أنه في حالة عدم اثبات الشفعة للشريك ، فإنه سيضطر إلى المقاسمة وهذا أمر يدخل عليه الضرر نتيجة لنقصان قيمة ملكه ، ثم إنه يحتاج إلى إحداث مرافق جديدة بعد أن كانت المرافق واحدة ، وهذا يسبب له مزيداً من التكلفة ، وهذه العلة خاصة بالشريك دون الجار^(٣) .

ج- أن الشفعة وردت على خلاف الأصل وهو عدم جواز أخذ مال الغير بغير رضاه ، وورودها فيما لم يقسم ، إما أن يكون غير معقول المعنى ، فيبقى الأمر في المقسوم على الأصل ، وهو عدم جواز الشفعة ، وإما أن يكون ورودها معللاً بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة ، لأنه لازم لا يدفع إلا

(١) بطل المجهود: ١٩١/١٥ .

(٢) بداية المجتهد: ٢٥٧/٢ .

(٣) المهذب: ٤٩٥/١ ، المغني: ٣٠٦/٧ .

بالشفعة، ومثل هذا الضرر ليس متحققاً بالنسبة للجار لإمكانية رفعه عن طريق السلطان .

وسواء أكان الأمر هذا ، أم ذلك ، فإن ورود الشفعة للشريك الذي لم يقاسم على خلاف الأصل يمنع تعدية الحكم إلى غيره أو إلحاق غيره به^(١) .

ثانياً - أدلة القائلين بالشفعة للجار:

استدل الذين ذهبوا إلى القول بثبوت الشفعة للجار بأدلة من السنة والمعقول على النحو التالي:

١- أدلتهم من السنة:

١- ما رواه عمرو بن الشريد ، قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور بن مخرمة ، فوضع يده على إحدى منكبي ، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ ، فقال: يا سعد ، ابتع مني بيتي في دارك ، فقال سعد: والله ما ابتاعهما ، فقال المسور: والله لتبتاعنهما ، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، قال أبو رافع: لقد أعطيت بهما خمسمائة دينار، ولولا أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: (الجار أحق بسقبه) ما أعطيتكها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاها إياه^(٢) .

٢- ما رواه عبدالمالك بن أبي سليمان عن عطاء ، عن جابر ، قال: قال رسول الله ﷺ: (الجار أحق بسقبه ينتظر به ، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً)^(٣) .

٣- عن عمر بن الشريد بن سويد قال: قلت يا رسول الله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ، قال: (الجار أحق بسقبه)^(٤) .

(١) المغني: ٣٠٧/٧ ، بدائع الصنائع: ٢٨٨٢/٦ ، كفاية الطالب الرباني: ٢٢٨/٢ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) رواه الخمسة إلا النسائي ، انظر نيل الأوطار: ٣٣٦/٥ ، شرح معاني الآثار: ١٢٠/٤ ، سنن البيهقي: ١٠٦/٦ .

(٤) سبق تخريجه .

٤- ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ (جار الدار أحق بالدار) وفي رواية (من غيره)^(١) .

٥- ما رواه جابر بقوله: (قضى رسول الله ﷺ بالشفعة والحوار)^(٢) .

ووجه الدلالة في هذه الأحاديث أنها بظاهرها تثبت الشفعة للجار ، وقد ورد حديث جابر الذي يرويه عبدالمملك بن أبي سليمان مقيداً الجار الذي تثبت له الشفعة بوحدة الطريق مع جاره ، والحنفية وغيرهم يقولون بهذا ، وإن كان الحنفية يعتبرون هذا النوع من الجيران مقدماً على غيره ، فهم يشبثون الشفعة أولاً للشريك في المبيع ، ثم للشريك في الحقوق - والجار الذي يشترك مع جاره في مرفق من طريق أو مشرب ، إنما هو شريك في الحقوق - ومن ثم يشبثونها للجار العادي ، ويرأيهم أخذ القانون الأردني كما سنين فيما بعد .

وقد وردت أحاديث أخرى مثبتة الشفعة للجار دون قيد ، وكان حديث عمرو ابن الشريد نصاً واضحاً على أن الاشتراك في المبيع نفسه أو في حقوق المبيع ليس شرطاً في شفعة الجار ، لأن قوله ﷺ: (الجار أحق بسقبة) كان جواباً لسؤاله عن أرض منفردة لا حق لأحد فيها ولا طريق^(٣) .

وفي الوقت نفسه فإن ظاهر حديث سمرة يفيد الحق بأخذ الدار كلها ، والذي يأخذ الدار كلها هو الجار ، وأما الشريك فإنه يأخذ بعضها^(٤) .

ثم إن من القواعد الأصولية عند الحنفية أنه إذا تعارض المطلق والمقيد ، وكان التعارض في سبب الحكم ، فإن المطلق لا يحمل على المقيد إذ قد يكون للحكم أسباب متعددة . والحال كذلك في أحاديث الشفعة للجار حيث وردت مطلقة في بعض الأحاديث ، ومقيدة بعدم القسمة في أحاديث أخرى . فلم يحملوا المطلق على المقيد ، بل أثبتوا الشفعة للجار مطلقاً ، ولو لم يكن شريكاً مخالطاً

(١) سنن البيهقي: ١٠٦/٦ ، شرح معاني الآثار: ١٢٤/٤ ، سنن الترمذي مع عارضة الأحرفي: ١٢٩/٦ .

(٢) سنن النسائي: ٢٨١/٧ .

(٣) بدائع الصنائع: ٢٦٨١/٦ ، تبين الحقائق: ٢٣٩/٦ ، شرح معاني الآثار: ١٢٤/٤ .

(٤) الجوهر النقي: ١٠٧/٦ .

عملاً بإطلاق حديث: (الجار أحق بسببه) .

ب - أدلتهم من المعقول:

استدل الذين ذهبوا إلى ثبوت الشفعة للجار من المعقول بقولهم إن الشفعة تثبت لدفع ضرر القادم الجديد ، لا لضرر مؤنة القسمة ، وإن تعليل ثبوتها بدفع ضرر القسمة غير سديد ؛ لأن القسمة في ذاتها مشروعة وليست بضرر ، فما من شركة إلا ومصيرها إلى القسمة ، لأن الإنسان ميال بطبعه إلى الاستقلال بأمواله . وإذا كان الأمر كذلك ، فإن ضرر المشتري الجديد متوقع الحصول عند المجاورة ، والجار يضيق ذرعاً بسوء طباع جاره ، خاصة إذا كان يضاذه ، وقد قيل إن أضيق السجون معاشر الأضداد ، وعليه فإن الشفعة تثبت للجار لدفع مثل هذا الضرر^(١) .

المبحث الثالث: المناقشة والردود

أولاً - مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور:

وجه الحنفية أحاديث الشفعة التي تحصر الشفعة في الشريك على النحو التالي:

١- أنها تثبت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة ، وباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باعها بعدها ، فلم يبق للشريك الآخر حق لا في الداخل ، ولا في نفس الدار ، وحيث لا شفعة^(٢) .

وفي تأويل آخر يقول الزيلعي: « والمراد بما روي والله أعلم ، أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء ، لأنهم أحق منه ، وحقه متأخر عن حقهم ، وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث »^(٣) .

٢- إن أحاديث الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، إنما هي من باب تخصيص

(١) تبين الحقائق: ٢٤٠/٦ ، بدائع الصنائع: ٢٦٨٢/٦ .

(٢) بدائع الصنائع: ٢٢٨٣/٦ ، تكملة فتح القدير: ٣٧٠/٩ .

(٣) تبين الحقائق: ٢٤٠/٦ .

الشيء بالذكر ، وهذا لا يدل على نفي ما عداه ، وإنما قد تقتضي تأكيد المذكور لا نفي غيره .

ثم إن كلمة - إنما - كما يقول صاحب النهاية قد تجميء للإثبات بطريق الكمال، كما يقال إنما العالم في البلد زيد ، أي الكمال فيه والمشهور به زيد، ولم يرد نفي العلم عن غيره .

والأمر كذلك هنا فالشريك الذي لم يقاسم هو المستحق الأول للشفعة حتى لا يزاحمه غيره ، فكان الأمر في الأحاديث محمولاً على إثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره ^(١) .

٣- إن قضاء النبي ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الأرض والدور - كما ورد في بعض الأحاديث - ليس من شأنه أن ينفي الشفعة بالجوار ، لأن التنصيص على الحكم الموصوف بصفة لا ينفي الحكم عما عداه كما تقرر في الأصول .

٤- إن في حديث جابر إدراجاً منه وهو قوله: « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وهذا القول منقول عن ابن أبي حاتم ، وعليه فلاحجة في عدم استحقاق الجار للشفعة، ويؤيد هذا الأحاديث المثبتة لحق الجار في الشفعة.

وعلى القول بعدم الإدراج واعتبار الكلام من صلب الحديث فإنه يحمل على معنى أنه لا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق ^(٢) .

والحقيقة أن القول بالإدراج فيه نظر ، لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج ، وإن ورود تلك العبارة في غير حديث جابر مشعر بعدم الإدراج ، ولا يضر في ذلك عدم إخراج الإمام مسلم لتلك الزيادة، لأن بعض الأئمة يقتصر على ذكر بعض الحديث ، والحكم هنا للزيادة، لا سيما وقد أخرجها مثل البخاري ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع: ٢٢٨٣/٦ ، تكملة فتح القدير: ٣٧٥/٩ .

(٢) تكملة فتح القدير: ٣٧٥/٩ ، فتح الباري: ٣٦٠/٤ ، بذل المجهود: ١٩٣/١٥ .

(٣) فتح الباري: ٣٦٠/٤ ، نيل الأوطار: ٣٣٤ .

وأما رد الحنفية على ما استدل به الجمهور من المعقول فكان على النحو التالي :

١- يقول الزيلعي : « ولا نسلم أن الشفعة وجبت لدفع أجرة القسمة ، وكيف يكون ذلك وأجرة القسمة مشروعة ، وكيف يجوز إلحاق الضرر بالمشتري بأخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم مشروع ، وإنما العلة الموجبة هي دفع الضرر يلحقه بسوء العشرة على الدوام ، ولو كانت لدفع أجرة القسمة لوجبت في المتقول»^(١) .

٢- وأما قولهم بأن ضرر القسمة لا يندفع إلا بالشفعة ، بينما يندفع ضرر الجوار بالرفع إلى السلطان ، فيجانب عنه بأن ضرر الجوار لا يندفع بالرفع إلى السلطان ، لأنه ضرر في حد ذاته ، فالإنسان يتأذى بالذهاب المستمر إلى أبواب المحاكم ، وفي الوقت نفسه فهو ليس قادراً على مقارعة السوء بالسوء ، خاصة إذا كان الجار كثير الإساءة ، دائم الأذى^(٢) .

٣- إن القسمة بحد ذاتها ليست ضرراً ، بل هي تكميل لمنافع الملك ، وبيان ذلك أنه إذا كان الشريك يتحمل مزيداً من النفقات لإضافة مرافق جديدة بسبب القسمة ، فإنه في المقابل يستقل بأرضه مما يؤدي إلى زيادة سعر ما يملكه أضعافاً مضاعفة ، لأن إقبال الناس على شراء الأرض أو العقار المشترك أقل بكثير من الإقبال على شراء العقار الذي يستقل به صاحبه ، لما في الإقدام على شراء الأول من متاعب ومصاعب ومشكلات يدركها كل من له اطلاع على مثل هذه الأمور .

ثانياً - رد الجمهور على أدلة الحنفية :

جاء رد جمهور الفقهاء على أدلة الحنفية على النحو التالي :

١- إن لفظ الجار الذي ورد في حديث أبي رافع والأحاديث الأخرى محمول على الشريك ، لأن الشريك يسمى جاراً ، وكل شيء يقارب شيئاً يقال له جار ، وعليه فإن زوجة الرجل تسمى جارة لما بينها وبين زوجها من المخالطة .

أجارتنا بيني فإنك طالقة كذاك أمور الناس غاد وطارقة

(١) تبين الحقائق : ٢٤٠/٦ .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٨٨٣/٦ .

وقد روي عن حمل بن مالك أنه قال: كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها . والمراد بالجارتين الزوجتين . يقول الأعشى: وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج^(١) .

٢- أن أبا رافع كان شريكاً لسعد بن أبي وقاص في البيتين ، ولذلك دعاه إلى الشراء منه ، يقول ابن العربي: « وقد كان بيت أبي رافع في الدار ولم تصرف طرق ، ولا وقعت حدود ، بل كانت الساحة بينهما والطريق واحدة لهما »^(٢) .

٣- إن أبا رافع متطوع فيما صنع كما يقول الشافعي ، وقول النبي ﷺ: (الجار أحق بسقبة) لا يحتمل إلا معنيين لا ثالث لهما ، إما أن يكون أراد أن الشفعة لكل جار ، أو أراد بعض الجيران دون بعض ، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أن لا شفعة فيما قسم ، فدل على أن الشفعة للجار الذي لم يقاسم دون الجار المقاسم^(٣) .

٤- وفي حديث أبي رافع يقول البيهقي: « في سياق القصة دلالة على أنه ورد في غير الشفعة ، وأنه أحق بأن يعرض عليه »^(٤) .

٥- أن حديث أبي رافع مصروف الظاهر ، لأنه يقتضي أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ، ولا قائل بهذا^(٥) .

٦- أما حديث عمرو بن الشريد فقد قال فيه الخطابي: « تكلم أهل الحديث في إسناد هذا الحديث واضطراب الرواة فيه ، فقال بعضهم عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع ، وقال بعضهم عن أبيه عن أبي رافع ، وأرسله بعضهم ، وقال فيه قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد ، والأحاديث التي جاءت في أن لا شفعة إلا للشريك أسانيداً صحيحة ، خالية من الإرسال ليس فيها شيء

(١) المغني: ٣١٠/٥ ، الفتح الرباني: ١٥٣/١٥ ، نيل الأوطار: ٣٣٢/٥ .

(٢) المرجع السابق: ١٣٢/٦ .

(٣) سنن البيهقي: ١٠٦/٦ .

(٤) المرجع السابق: ١٠٦/٦ .

(٥) فيض القدير: ٣٠٣/٣ ، نيل الأوطار: ٣٣٢/٥ .

من اضطراب « (١) .

٧- أما حديث سمرة فهو عن الحسن عن سمرة ، وفي سماع الحسن عن سمرة مقال ، فهو لم يسمع منه إلا حديث العقيقة (٢) .

٨- أما حديث عبدالمملك بن أبي سليمان ، عن عطاء عن جابر ، فقد قال عنه الترمذي: « هذا حديث غريب ، لا نعلم أحداً رواه غير عبدالمملك ابن أبي سليمان ، وقد تكلم شعبة في عبدالمملك من أجل هذا الحديث » (٣) .

وقد نقل البيهقي عن الشافعي قوله في هذا الحديث: « سمعنا بعض أهل العلم بالحديث يقولون نخاف أن لا يكون هذا الحديث محفوظاً ، قيل له ، ومن أين قلت هذا ؟ قال: إنما رواه عن جابر بن عبدالله ، وقد روى أبو سلمة عن عبدالرحمن عن جابر مفسراً أن رسول الله ﷺ قال: (الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة) ، وأبو سلمة من الحفاظ، وروى أبو الزبير - وهو من الحفاظ - عن جابر ما يوافق قول أبي سلمة ، ويخالف ما روى عبدالمملك عن ابن أبي سليمان » (٤) .

وقال الترمذي ، سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث ، فقال: لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبدالمملك تفرد به .

وقال أحمد هذا الحديث منكر .

وقال شعبة سها فيه عبدالمملك ، فإن روى حديثاً مثله طرحت حديثه (٥) .

ثالثاً - تعقيب الحنفية على رد الجمهور:

يمكننا صياغة تعقيب الحنفية على رد الجمهور على النحو التالي:

(١) بذل المجهود: ١٩٥/١٥ .

(٢) المغني: ٣١٠/٥ ، نيل الأوطار: ٣٣٢/٥ .

(٣) سنن الترمذي مع عارضة الأحوذى: ١٣٠/٦ .

(٤) سنن البيهقي: ١٠٦/٦ .

(٥) نيل الأوطار: ٣٣٦/٥ ، تهذيب التهذيب: ٣٩٧/٦ ، سنن الترمذي مع عارضة الأحوذى: ٦/١٣٠ .

١- إن حمل كلمة الجار الواردة في الأحاديث على الشريك حمل ليس في موضعه ، فالأصل في الكلام الحقيقة ، وظاهر الأحاديث خاصة حديث عمرو بن الشريد يدفع مثل هذا التوجه .

ثم إن الزوجة لم تسم جارة ، لأن لحمها مخالط للحم زوجها ، ولا لأن دمها مخالط لدمه ، بل لقربها منه ، وكذا الحال في الجار ، فقد سمي جاراً لقربه من جاره ، لا لمخالطته إياه فيما جاوره^(١) .

٢- أما القول بأن سياق القصة في حديث أبي رافع ليس وارداً في الشفعة، وأن أبا رافع كان شريكاً لسعد في بيته ، فقد رد عليه صاحب الجوهر النقي بقوله: « هذا ممنوع ، بل سياقها يدل على أنه ورد في الشفعة، وكذا فهم البخاري وأبو داود ، وغيرهما ، وقد صرح بذلك في قول (أحق بشفعة أخيه)، والعرض مستحب ، وظاهر قوله أحق ، وقوله ينتظر به الوجوب^(٢) .

وقد أورد ابن حجر عن عمر بن شبه أن سعداً كان قد اتخذ دارين بالبلاط متقابلتين بينهما عشرة أذرع ، وكانت التي عن يمين المسجد لأبي رافع ، فاشتراها سعد منه ، وهذا فيه دلالة على أن سعداً كان جاراً لأبي رافع قبل أن يشتري داره ، ولم يكن شريكاً كما يقول ابن حجر^(٣) .

٣- أما قولهم بأن ظاهر حديث أبي رافع معدول به عن الظاهر . . الخ.

فيرد عليه بأن الحديث لا يدل عندنا على أن الجار أحق من كل واحد حتى من الشريك ، لأن شفعة الشريك مقدمة على شفعة الجار باتفاق ، لكنه محمول على أن الجار أحق بالشفعة من المشتري الذي لا جوار له^(٤) .

٤- أما قول الشافعي بأن حديث أبي رافع لا يحتمل إلا معنيين . . الخ.

فقد رد عليه بأن حمل الحديث على الجار الذي لم يقاسم ليس في محله،

(١) بذل المجهود: ١٩٦/١٥ ، نيل الأوطار: ٣٣٤/٥ .

(٢) الجوهر النقي: ١٠٦/٦ .

(٣) فتح الباري: ٣٦١/٤ .

(٤) نيل الأوطار: ٣٣٢/٥ .

لأن سياق القصة لا يدل على ذلك ، لأن مال أبي رافع كان مفروضاً بالقسمة عن مال سعد ، فأبو رافع لم يكن شريكاً ، وإنما كان جاراً ، كما ذكر ابن شبه وابن حجر ^(١) .

٥- أما قولهم عن حديث عمرو بن الشريد أنه مضطرب ، فيجاب عنه بأن الحديث سنده جيد كما قال صاحب الفتح الرباني ، وقد أخرجه الإمام أحمد ، والبيهقي ، والنسائي ، وابن ماجه ، والطحاوي ، وعبدالرزاق ، وغيرهم ^(٢) .

٦- وأما حديث الحسن عن سمرة ، فقد قال فيه الترمذي : « حديث سمرة ، حديث حسن صحيح ، وروى عيسى بن يونس عن سعيد عن ابن أبي عروبه ، عن قتادة عن النبي ﷺ مثله ، وروى عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ ، والصحيح عند أهل العلم حديث الحسن عن سمرة » ^(٣) .

٧- أما ما قيل في عبدالملك بن أبي سليمان وحديثه فيجاب عنه بما يلي :

أ- نقل الزيلعي عن ابن الجوزي قوله في التنقيح : « واعلم أن حديث عبدالملك ابن أبي سليمان حديث صحيح ، ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة ، وهي الشفعة في كل ما لم يقسم فإن في حديث عبدالملك إذا كان طريقهما واحداً ، وحديث جابر المشهور لم ينف فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط تصريف الطرق ، فيقول إذا اشترك الجاران في المنافع كالبيئر أو السطح أو الطريق ، فالجار أولى بصقب جاره ، لحديث عبدالملك ، وإذا لم يشتركا في شيء من المنافع ، فلا شفعه لحديث جابر المشهور .

وطعن شعبة في عبدالملك بسبب هذا الحديث لا يقدر فيه ، فإنه ثقة وشعبة لم يكن من الخذاق في الفقه ليجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، إنما كان حافظاً ، وغير شعبة إنما طعن فيه تبعاً لشعبة ، وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه ، واستشهد به البخاري . . . » ^(٤) .

(١) الجوهري النقي: ١٠٦/٦ ، فتح الباري: ٣٦١/٤ .

(٢) الفتح الرباني: ١٥٤/١٥ ، نيل الأوطار: ٣٥٤/٥ .

(٣) سند الترمذي مع عارضة الأحودي: ١٢٩/٦ .

(٤) نصب الراية: ١٧٤/٤ .

ب - وعبدالمملك أحد الأئمة في الحديث ، قال عنه سفيان: حفاظ الناس إسماعيل ابن أبي خالد ، وعبدالمملك بن أبي سليمان ، وكان الثوري يقول عنه، حدثني الميزان ، وثقه يحيى بن معين ، والترمذي ، وابن عمار ، وأحمد بن حنبل ، والموصلي والعجلي ، والنسائي ، وقال فيه الترمذي: ثقة مأمون ، لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة ، وذكره ابن حبان في الثقات ، وقال: ربما أخطأ ، وكان من خيار أهل الكوفة وحفاظهم ، وليس من الإنصاف ترك حديث شيخ ثبت صحت عنه السنة بأوهام يهمل فيها ^(١) .

ج - ثم إن من المعروف عند المحدثين أن الرجل لا يضعف بالحديث ، وإنما الحديث يضعف بالرجل ، ومن هنا كان كلام حول قول ابن حبان عن بهز بن حكيم في حديث الزكاة ^(٢): « لولا هذا الحديث لأدخلت بهزا الثقات » قال ابن قيم الجوزية: « فإنه إذا لم يكن لضعفه سبب إلا رواية هذا الحديث ، وهذا الحديث إنما رد لضعفه ، كان هذا دوراً باطلاً . . . وليس في روايته لهذا ما يوجب ضعفه ، فإنه لم يخالف فيه الثقات » ^(٣) .

د - وأما القول بأن رواية كل من أبي سلمة وأبي الزبير - وهما من الثقات - عن جابر تخالف رواية عبدالمملك عن جابر . فيجاء عنها بأن النسائي أخرج في سننه عن محمد بن عبدالعزيز ابن أبي رزمة عن الفضل بن موسى عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر « أن النبي ﷺ قضى بالشفعة » . وهذا كما يقول صاحب الجوهر النقي سند صحيح يظهر به أن أبا الزبير روى ما يوافق رواية عبدالمملك لا رواية أبي سلمة ^(٤) .

(١) تهذيب التهذيب: ٣٩٧/٦ ، بذل المجهود: ١٩٨/١٥ ، نصب الراية: ١٧٤/٤ .

(٢) الحديث المراد هو ما تفرد فيه بهز بن حكيم عن أبيه وفيه أن رسول الله ﷺ قال في مانع الزكاة (. . . من أعطاهم مؤتجرأ فله أجرها ، ومن منعها ، فلإننا آخذوها وشرط ماله . . .) انظر الفتح الرياني: ٢١٨/٨ .

(٣) تهذيب سنن أبي داود: ١٩٤/٢ .

(٤) الجوهر النقي: ١٠٦/٦ ، سنن النسائي: ٢٨١/٧ .

المبحث الرابع: الرأي الراجح

بعد أن قمت بإبراز أهم الأقوال التي قيلت في شفعة الجار ، وبيان توجيه الفقهاء للأدلة الواردة وكيفية فهمها ، فإنني أميل إلى اختيار القول بإثبات الشفعة للجار أخذاً بذهب الحنفية في هذه المسألة وجرياً مع ما عليه العمل في القانون المدني الأردني للأسباب التالية:

١- الجمع بين الأدلة:

إن الجمع بين الأدلة ما أمكن قاعدة معتمدة من قواعد التعارض والترجيح ، وقد أخذت بهذه القاعدة ، خاصة بعد أن ترجح عندي صحة حديث عبدالمالك ابن أبي سليمان ، وحديث عمرو بن الشريد .

٢- إزالة الضرر:

إن دفع الضرر المتوقع أمر مطلوب ، ولذلك أقول بشفعة الجار اعتماداً على القاعدة الفقهية القائلة: « الضرر يدفع بقدر الإمكان » ، يقول شيخنا الأستاذ مصطفى الزرقاء: « هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الكافية الكافلة وفقاً لقاعدة المصالح المرسله والسياسة الشرعية؛ لأن الوقاية خير من العلاج وذلك بقدر الإمكان . . . وفي ميدان الحقوق الخاصة شرع حق الشفعة لمقاصد منها دفع ضرر سوء الجوار »^(١) .

٣- الأمر بالإحسان إلى الجار:

إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تأمر بالإحسان إلى الجار كثيرة، وحسبنا قوله ﷺ في الحديث الذي يرويه الشيخان: (ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه) .
وقوله عليه الصلاة والسلام فيما يرويه الشيخان أيضاً: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره) .

(١) المدخل الفقهي العام: ٩٨١/٢ .

وإذا كانت المسألة كذلك ، أليس من البر أن نحسن إلى الجار ، ونكف الأذى عنه بإعطائه حق الشفعة ، وتقديمه على المشتري الجديد جلباً لمصلحة ودفعاً لمفسدة ؟ وهل الإحسان إلى الجار محصور في مسائل معينة ، أم أنه شامل لكل ما يدخل عليه سعادة وهناء ، كيف وقد عضدت الأحاديث العامة التي تأمر بالإحسان إليه أحاديث خاصة تثبت الشفعة له .

٤- إن طبيعة الأبنية الحديث سواء أكانت سكنية أم تجارية ، قد تعقدت وتشابكت فيها الأمور ، فالأبنية طوابق تشبه الأبراج والسلالم ، والمصاعد، والجدران فيها مشتركة ، وإن كان كل واحداً مستقلاً في شقته أو مكتبه ، فإنه ملتصق مع جيرانه بحائط أو أكثر .

ولذلك فإن مثل هذه الشقق ، وإن كانت مسجلة في السجل العقاري بأسماء أصحابها ، إلا أنها واقعة ضمن دور مشتركة .

جاء في المادة (١٠١١) من مجلة الأحكام العدلية ما يلي: « إذا كان الطابق العلوي من البناء ملك أحد والسفلي ملك آخر يعد أحدهما للآخر جاراً ملاصقاً » .

واعتبرت المجلة الاشتراك في الحائط في حكم الاشتراك في الدار نفسها حيث نصت المادة (١٠١٢) على ما يلي: « المشاركة في حائط الدار هو في حكم المشاركة في نفس الدار » .

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن القول بشفعة الجار أدعى إلى فك الارتباط المزمع ، وأدعى إلى مراعاة مصالح الناس ، والله أعلم .

﴿ ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذا هديتنا ، وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب ﴾ .

وآخر دعواتهم أن الحمد لله رب العالمين .

* * * * *

انتفاع المرتهن بالعين المرهونة

د. عبدالناصر أبو البصل

تمهيد

التعريف بالرهن وبيان مشروعيته وحكمته وتحديد محل الاختلاف فيه

الرهن هو: « جعل عين مالية وثيقة بدين يمكن استيفاءه منها أو من ثمنها^(١) وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾^(٢).

وأما السنة فقد روى البخاري عن عائشة ، رضي الله عنها ، « أن النبي ﷺ رهن درعه عند يهودي ... »^(٣).

والرهن من جملة عقود التوثيق التي تيسر وتسهل المعاملات المالية في المجتمع .

فالدائن الذي يأخذ رهناً ، يسهل عليه إقراض الراهن ، أو يبعه ما يحتاج ، إلى أجل ، وهو مطمئن إلى أن دينه لن يضيع ؛ لأن العين المرهونة تكفل له الوفاء أو تضمنه بتعبير آخر .

(١) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ٣٧٦ ، تكملة البحر الرائق للطوري: ٨ / ٢٦٤ ، الروض المربع للبهوتي: ٢ / ٢١٤ ، شرح حدود ابن عرفة للرصاص: ٢ / ٤٠٩ .

(٢) سورة البقرة: ٣٨٢ .

(٣) صحيح البخاري (مع الفتح) : ٥ / ١٤٣ .

فإذا أفلس المدين ، أو امتنع من الوفاء بالدين دون حق ، فإن الدائن يستطيع حينئذ أن يبيع العين المرهونة واستيفاء دينه ، وهو في ذلك يتمتع بحق التقدم على جميع الدائنين ، لأنَّ حقه مضمون بعين .

وإذا كان المقصود من الرهن ضمان حق الدائن وتوثيقه فقط ، فإن ملكية الراهن للعين تبقى كما هي ، ولا تخرج عن ملكه بمقتضى العقد وإن حبسها الدائن المرتهن عنده .

ولهذا اتفق الفقهاء على أن منافع العين المرهونة تكون ملكاً للراهن ، ولا يملك المرتهن أن يتفجع منها بشيء إذا لم يأذن له الراهن وكان المرهون من غير المركوب والمحلوب^(١) .

تحديد محل اختلاف الفقهاء في هذه المسألة:

في بحثنا لمسألة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة نجد أمامنا الاحتمالات الآتية:

أولاً: بخصوص رضا المالك (الراهن) إما أن يأذن للمرتهن بالانتفاع ، وإما أن يمانع من ذلك .

ثانياً: بخصوص أصل الدين الذي جعل الرهن توثيقاً له ، إما أن يكون نتيجة قرض ، وإما أن يكون نتيجة بيع أو إجارة (معاوضة) .

ثالثاً: بخصوص العين المرهونة ، إما أن تحتاج إلى مؤنة كالشاة والفرس ، وإما أن لا تحتاج إلى ذلك كالدار والمتاع .

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في حكم هذه المسألة اختلافاً بيناً ، ولكن يمكن رد هذا الاختلاف إلى نوعين رئيسيين خشية الاستطراد والإطالة .

(١) انظر: المغني لابن قدامة: ٤٣١/٤ - ٤٣٣ ، تكملة البحر الرائق: ٢٧١/٨ ، بداية المجتهد: ٢٧٦/٢ ، شرح الخرشي على خليل: ٢٤٩/٥ - ٢٥٠ . مقارنة المذاهب للشيخ شلتوت والسايس ص ١٤٧ .

الفصل الأول

إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء وأدلتهم

اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى ثلاثة أقوال على النحو الآتي:

القول الأول: المانعون.

وهم الحنفية في قول عندهم^(١) ، والشافعية في الأظهر ، والإمام أحمد في رواية إذا اشترطه المرتهن في العقد^(٢) .

ومن نصوص الحنفية في هذا ، ما نقله ابن عابدين عن محمد بن أسلم السمرقندي أنه قال: « ولا يحل له - أي المرتهن - أن يتنع بشيء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن »^(٣) .

ومن نصوص الشافعية في هذه المسألة ما نص عليه النووي في المنهاج حيث يقول: « وإن شرط ما يضر المرتهن بطل الشرط وإن نفع المرتهن وضر الراهن ، كشرط منفعته للمرتهن بطل الشرط ، وكذا الرهن في الأظهر... »^(٤) .

القول الثاني: الجواز مطلقاً.

وهو قول عند الحنفية ، بل هو المنصوص عليه عند المتأخرين ، وعند بعض

(١) البحر الرائق: ٢٧١/٨ ، رد المحتار: ١٦٦/٥ .

(٢) الأم للشافعي: ١٥٥/٣ ، الوجيز للغزالي: ١٦١/١ ، متن المنهاج للنووي مع معني المحتاج: ١٢٢/٢ ، الإقناع للشرييني: ٢٥-٢٤/٢ .

(٣) رد المحتار: ١٦٦/٥ . وانظر في هذا الشأن غمز عيون البصائر للحموي: ٢٤٤/٣ .

(٤) المنهاج مع معني المحتاج: ١٢٢/٢ .

المتقدمين ، ومنه ما نقل عن صاحب المبسوط قوله « وليس للمرتهن أن يتنفع بالمرهون إلا بإذن الراهن فإذا أذن له جاز أن يفعل ما أذن له فيه »^(١) .
وبهذا القول أخذ القانون المدني الأردني في المادة ١٣٩٢ .

القول الثالث: الجواز المقيّد بشروط .

وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة ، وقال به أيضاً الحسن وابن سيرين وإسحاق بن راهوية^(٢) .
وخلاصة قول هذا الفريق أنه يجوز للمرتهن أن يتنفع بالمرهون ، بالشروط الآتية:

- ١- أن يأذن الراهن بالانتفاع .
 - ٢- أن لا يكون الدين نتيجة قرض (أي في عقد معاوضة) .
 - ٣- أن تحدّد مدة الانتفاع .
- فالمالكية أجازوا الانتفاع بعد إذن الراهن إذا كان الدين نتيحة معاوضة كالبيع ونحوه ، وكان المرهون ماله مؤنة كالعقار ، وبشرط تحديد المدة المحددة للانتفاع، أما الانتفاع بالحيوان فيكره عندهم .
- وأما الشافعية فأجازوا الانتفاع إذا كان مشروطاً في العقد وحددت مدة الانتفاع ، وكان العقد عقد بيع، أما إن كان الشرط في عقد إجارة فلا يصح .
- وأما الحنابلة فكالمالكية والشافعية، إلا أن هناك رواية عن الإمام أحمد بفساد الرهن إذا اشترط في عقد البيع انتفاع المرتهن؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الرهن .

(١) تكملة البحر الرائق: ٢٧١/٨ ، شرح الطائي على الكتر: ١٤٢ ، رد المحتار: ١٦٦/٥ .
(٢) شرح الخرشي: ٢٤٩/٥ - ٢٥٠ ، مع حاشية العدوي ، الكافي لابن عبد البر: ٤١٤ ، جواهر الإكليل للآبي: ٨٢/٢ . نهاية المحتاج للرملي: ٢٣٠/٤ - ٢٣١ ، مغني المحتاج: ١٢٢/٢ ، المغني لابن قدامة: ٤٣١/٤ - ٤٣٢ - مجلة الأحكام الشرعية الحنبلية ص ٣٣٣ ، المادة: ٩٧٤ .

المبحث الثاني: الأدلة

أولاً - أدلة المانعين (قول عند الحنفية والشافعية وأحمد) ..

استدل المانعون بما يأتي :

١- إن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة يؤدي إلى الربا ، حيث إن المرتهن سيستوفي دينه كاملاً ، وبالتالي تكون المنفعة التي حصل عليها فضلاً دون عوض ، وهو الربا^(١) ، والقاعدة تقول «كل قرض جر نفعاً فهو ربا أو حرام»^(٢) .

٢- وإذا كان الربا حراماً فلا يحل أخذه ، وإن رضي بذلك المتعاقد الآخر ، وفي مسألتنا هذه ، رضي الراهن وإذنه للمرتهن بالانتفاع إذن بالربا ، وهو أمر لا يملكه الراهن ؛ لثبوت حرمة الربا .

والظاهر أن الحنفية لا يفرقون في هذه المسألة بين دين القرض وغيره ؛ بجامع ثبوت كل منهما في الذمة .

٣- وعلل الشافعية منع اشتراط المنفعة للمرتهن ، بأن هذا الشرط مخالفٌ لمقتضى العقد أولاً ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين - وهو المرتهن - ، وضرر بالراهن ثانياً^(٣) .

فمقتضى عقد الرهن ، أن منفعه للراهن ؛ لأنه مالك الرهن وقد روي عن الرسول ما يؤيد هذا الاتجاه وهو قوله ﷺ : (لا يغلِق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه)^(٤) فظاهر الحديث يدل على أن مالك العين المرهونة هو المستحق لمنافع المرهون ؛ لأنه هو المكلف بالنفقات ، وإعطاء المرتهن حق الانتفاع يخالف هذا المبدأ .

(١) رد المحتار: ١٦٦/٥ .

(٢) تذكر هذه القاعدة عند بعض الكتاب على أنها حديث نبوي ، والصواب أنها ليست كذلك ؛ فهي قاعدة ذكرها الحنفية في كتبهم ومعناها صحيح ، أما إسنادها للرسول ﷺ فلم يثبت . انظر المقاصد الحسنة للسخاوي ، القواعد الفقهية للتدوي ص: ٢٣٧ هامش .

(٣) نهاية المحتاج: ٢٣٠/٤ - ٢٣١ ، مغني المحتاج: ١٢٢/٢ ، الإقناع ص ٢٥ ، الوجيز ص: ١/١٦١ .

(٤) سيأتي تخريجه .

ثانياً - أدلة المجيزين (القول الثاني) .

يمكننا إجمال أدلة المجيزين للإنتفاع بالعين المرهونة بإذن الراهن بما يأتي:

١- قوله ﷺ: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه)^(١) ووجه الدلالة أن الراهن قد طابت نفسه بالسماح للمرتهن بالانتفاع .

٢- بقياس انتفاع المرتهن على انتفاع « الغير »^(٢) ، فكما يجوز للأجنبي الانتفاع بمال الغير بإذنه بالاتفاق، يجوز للمرتهن الانتفاع بإذن الراهن (المالك) .

ثالثاً - أدلة المجيزين - بقيود - (القول الثالث : الجمهور) .

استدل الجمهور على جواز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن وفق القيود التي ذكرت سابقاً بما يأتي:

١- بما ذكره أصحاب القول الثاني من الأدلة ، وتفيد في مجموعها جواز الانتفاع بالأذن دون تفصيل .

٢- أما دليلهم على اشتراط كون أصل الدين معاوضة وليس قرضاً^(٣) ، أن الانتفاع بالرهن الناتج عن قرض إنما هو قرض جر نفعاً وهو محرم .

وأما في المعاوضة كالبيع ، فإن الانتفاع بالعين يكون في مقابلة بعض الثمن، وبهذا يكون العقد عقد بيع وإجارة ، وهو جائز .

٣- وأما دليل اشتراط تعيين المدة في الانتفاع ، فدليله أن عدم تحديد مدة الانتفاع يشكل جهالة في بعض الصفقة ، فالعقد كما تقدم عبارة عن بيع وإجارة ، ولا بد في الإجارة من بيان المدة وإلا فسدت . وفسادها يؤدي إلى فساد ثمن المبيع ، ولهذا وجب تحديد المدة^(٤) .

(١) رواه الحاكم والدارقطني وابن حبان في صحيحه . انظر: التلخيص الحبير لابن حجر: ٣ / ٤٦٤٥ .

(٢) انظر: الفقه الإسلامي المقارن للدريني ص ٦٥٠ .

(٣) انظر: المغني لابن قدامة: ٤ / ٤٣١ - ٤٣٢ ، الكافي لابن عبد البر: ٤١٤ جواهر الإكليل: ٨٢ / ٢ .

(٤) نهاية المحتاج: ٢٣٠ ، مغني المحتاج: ٢ / ١٢٢ ، جواهر الإكليل: ٨٢ / ٢ ، الكافي: ٤١٤ .

المبحث الثالث: المناقشة

أولاً - المانعون :

١- يتجه على استدلال المانعين بقولهم: أن انتفاع المرتهن يؤدي إلى الربا، غير مسلم ، إلا في حالة واحدة ، وهي ما إذا كان الدين نتيجة قرض ، أما إن كان نتيجة معاوضة ونظر إلى مدة الانتفاع على أنها مقابل بعض الثمن فلا يمكن القول بالربا ؛ لأن الربا فضل خال عن عوض ، وفي المعاوضات لا يعد الانتفاع دون عوض ، بل له مقابل ينفي عنه شبهة الربا.

وبالتالي يكون إذن الراهن بالانتفاع ليس إذناً بالمحرم .

٢- أما قول الشافعية بأن شرط الانتفاع مخالف لمقتضى العقد ، فهذا وفق مذهبهم ؛ لأن مقتضى عقد الرهن ثبوت حق حبس المرهون لمصلحة المرتهن، واشتراط الانتفاع ليس من مقتضيات عقد الرهن ، ولكن في الوقت نفسه لا يخالف مقتضاه .

والقول بأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وضرراً بالآخر ، فهو يعني أن المرتهن سيتنفع بالرهن ، وأن الراهن سيخسر هذا الانتفاع ، أقول اشتراط مثل هذا الشرط لا يجعله في عداد الشروط الباطلة ، خاصة وأنا راعينا عدم وقوع المحذور ، كالربا والغرر .

٣- وأما حديث الرسول ﷺ والذي فيه (له غنمه وعليه غرمه) فعلى التسليم بصحته ، فإنه يقرر قاعدة لا ينكرها أحد ، وهي أن الرهن يبقى على ملك صاحبه ، وله منفعه ، وعليه نفقاته ، وما نحن فيه غير هذا ؛ لأن الراهن المالك أذن للمرتهن بالانتفاع ولم ينازعه حقه .

ثانياً - المجيزون :

١- يتجه على استدلال المجيزين بإطلاق بالحديث (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه) بأنه - أي الحديث - ليس على إطلاقه ، فهو مقيد بما لا يؤدي إلى الحرام ، فلا يجوز للمرتهن أن يتنفع بالرهن الحاصل نتيجة قرض ؛

لأنه في حكم الربا ، والرضا لا يحل الربا .

٢- أما الاستدلال بقياس المرتهن على الغير ، فقياس مع الفارق ، فإن الإذن للغير من باب التعاون على البر ، ومن باب الصدقة والهبة ولا خير في هذا ، أما المرتهن ، فانتفاعه ولو بإذن الراهن ، والرهن نتيجة قرض شبهة كبيرة ، إذ لولا إباحة الانتفاع لما أقرضه ؛ وهذا ربا ، وإذا لم يكن نتيجة قرض ، وكان العقد معاوضة ؛ فالمحابة ظاهرة ، والاستغلال واضح ، فالراهن لم يكن يسمح للمرتهن بالانتفاع لولا أنه يريد الاستدانة ، ولو عن طريق المعاوضة .
والبائع لم يكن ليؤجل ثمن المبيع لولا إذن الراهن له بالانتفاع ، أو موافقته على شرط الانتفاع ، وبهذا يفترق المرتهن عن الأجنبي .

يتجه على استدلال المجيزين بقيود ، ما اتجه على استدلال المجيزين مطلقاً ، ويضاف إليه أن ما وضعوه من قيود إنما هو لإبعاد شبهة الربا عن العقد ، ولكن واقع الناس ، واستعمالهم لمثل هذا الطريق ، ينبغيء بأن إذن الراهن بالانتفاع ولو حددت المدة واشترط في صلب العقد ، إذن مشوب بضغط الحاجة ، فالمرتهن لا يبيع بالنسيئة إلا إذا قدم المدين رهناً ، واشترط عليه إباحة الانتفاع . وتحديد المدة ، وإن كان الهدف منه رفع الجهالة عن عقد الإجارة ، إلا أنه لا يمنع استغلال ظرف المدين الراهن وحاجته ، فتقدر قيمة مدة الانتفاع تقديراً غير عادل .

الفصل الثاني

انتفاع المرتهن دون إذن الراهن

المبحث الأول: مذاهب الفقهاء

إذا كانت العين المرهونة من غير المركوب والمحلوب ، فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز انتفاع المرتهن إذا لم يأذن الراهن .
أما إذا كانت العين من المركوب والمحلوب ، ولم يأذن الراهن بالانتفاع ، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة إلى الآراء الآتية:
الرأي الأول: المانعون وهم الجمهور^(١) : الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية مرجوحة .

ووفق هذا الرأي، لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن، إذا لم يأذن الراهن^(٢) .
الرأي الثاني: المجيزون ، وهم الحنابلة في الراجح عندهم ، والإمام اسحق ابن راهوية والليث بن سعد والحسن البصري وابن حزم الظاهري^(٣) .
وخلاصة قول هؤلاء العلماء: أن للمرتهن الحق في الانتفاع بالعين المرهونة، إذا كانت مما يركب أو يحلب بأن يركب الدابة أو يحلبها ، بمقدار ما ينفق عليها متحريراً العدل في ذلك ، ولو لم يأذن الراهن بالانتفاع وسواء امتنع عن الانتفاع على المرهون أم لم يمتنع ، فللمرتهن الانتفاع بقدر ما ينفق.

(١) تكملة البحر الرائق: ٢٧١/٨ ، بداية المجتهد: ٢٧٦/٢ ، المغني لابن قدامة: ٤٣٢/٤ ، ٤٣٣ ، فتح الباري: ١٤٤/٥ ، نيل الأوطار: ٣٥٣/٥ ، تحفة الأحوذى: ٤٦١/٤ ، المحلى لابن حزم: ٣٦٧/٦ .

(٢) فإن فعل كان متعدياً وضامناً ، وإن اتفق على المرهون فلا يحق له الرجوع بما أنفق لأنه متطوع . للمراجع السابقة .

(٣) المغني لابن قدامة: ٣١/٤ ، اعلام الموقعين لابن القيم: ٢٣/٢ ، فتح الباري: ١٤٤/٥ ، نيل الأوطار: ٣٥٣/٥ ، المحلى لابن حزم: ٣٦٧/٦ .

وقد وافق أبو ثور والأوزاعي والليث فيما نقله عنه الشوكاني أصحاب هذا الرأي ، فيما ذهبوا إليه ، من جواز الانتفاع إذا امتنع الراهن من الانتفاع على المرهون ، أما إذا لم يمتنع ، واستعد للإنفاق على المرهون فلا يجوز والحالة هذه أن يتنفع المرتهن بشيء من الرهن ^(١) .

المبحث الثاني: الأدلة

أولاً - أدلة المانعين: (الجمهور) .

استدل المانعون على مذهبهم بما يأتي:

١- قوله ﷺ: (لا يَخْلُقُ الرهنُ من صاحبه الذي رهنته ، له غنمه ، وعليه غرمه) رواه الشافعي والدارقطني والحاكم عن أبي هريرة ورجاله ثقات ^(٢) .
ووجه الدلالة من الحديث واضحة ، فالرهن لا يخرج عن ملك صاحبه، أي الراهن ، ويثبت له زيادته ومنافعه ، وعليه غرمه أي هلاكه ونفقته ، وليس للمرتهن شيء من ذلك .

٢- قوله ﷺ: (الرهن مركوب ومحلوب) رواه الدارقطني والحاكم وصححه عن أبي هريرة ، وفي رواية أخرى رواها الإمام البخاري في صحيحه: « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً » ^(٣) .

ووجه الدلالة من الحديث كما قال الشافعي « يشبه أن يكون المراد مَنْ رهن ذات در وظهر ، لم يمنع الراهن من درها وظهرها ، فهي محلوبة ومركوبة له كما كانت من قبل الرهن » ^(٤) .

٣- قوله ﷺ: « لا يحلبن أحدٌ ماشية امرئ بغير إذنه . . » ، رواه البخاري عن عبدالله بن عمر ^(٥) .

(١) المغني لابن قدامة: ٤٣٣/٤ ، نيل الأوطار: ٣٥٤/٥ .

(٢) بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني (مع سبل السلام) : ٦٨/٣ ، نيل الأوطار: ٣٥٤/٥ .

(٣) انظر نيل الأوطار: ٣٥٣/٥ ، البخاري مع الفتح: ١٤٣/٥ .

(٤) انظر فتح الباري: ١٤٤/٥ ، نهاية المحتاج: ٢٥٩/٤ ، سبل السلام: ٦٧/٥ .

(٥) صحيح البخاري (مع الفتح) : ٨٨/٥ . نيل الأوطار: ٣٥٤/٥ .

ووجه الدلالة في هذا الحديث لا إشكال فيه ، فالراهن إذا لم يأذن للمرتهن أن يحلب العين المرهونه ، فلا يحل له ذلك ، وكذلك الركوب .
٤- العين المرهونة ، ملك للراهن ، وليست للمرتهن ، وبالتالي فهي ملك الغير بالنسبة له - المرتهن - ، وملك الغير لا يجوز الانتفاع به إلا بإذن صاحبه^(١) ؛ وفي هذا لا فرق بين الرهن وملك الغير من هذه الجهة .

ثانياً - أدلة المجيزين :

استدل المجيزون لمذهبهم بما يأتي :

١- قوله ﷺ : (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) رواه البخاري^(٢) في صحيحه عن أبي هريرة ، ورواه الترمذي في جامعه وقال : هذا حديث حسن صحيح^(٣) .

ووجه الدلالة أن الحديث يدل بمنطوقه على إباحة الانتفاع في مقابلة الانفاق ، والذي ينتفع ركوباً أو حلباً ، هو الذي ينفق ، كائناً من كان ، إلا أن الراهن يستحق الركوب والشرب بمقتضى ملكيته للعين المرهونة ، لا بمقتضى الإنفاق ، وبهذا يكون المقصود بالذي يركب ، ويشرب ، المرتهن .

٢- قوله ﷺ : (إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته) رواه أحمد في مسنده والدارقطني في سننه^(٤) .
وهذا الحديث نص واضح للدلالة على المسألة ، فهو يدل بمنطوقه على أن المرتهن هو الذي ينفق على المرهون ، وله بمقابل ذلك ، أن يشرب من لبن الشاة محل الرهن .

(١) المغني لابن قدامة: ٤٣٢/٤ .

(٢) صحيح البخاري (مع الفتح) : ١٤٣/٥ .

(٣) جامع الترمذي (مع التحفة) : ٤٦١/٤ .

(٤) مسند الإمام أحمد: ٢٢٨/٢ ، سنن الدارقطني: ٣٤/٣ ، نيل الأوطار: ٣٥٣/٥ .

المبحث الثالث: المناقشة والردود

أولاً - مناقشة أدلة الجمهور:

١- يتجه على استدلال الجمهور بحديث أبي هريرة: « لا يغلث الرهن من صاحبه ... » عدة أمور أهمها^(١):

إن هذا الحديث مختلف في وصله وإرساله ورفعته ، فقد صحح أبو داود ، والبزار ، والدارقطني ، وابن القطان ارساله عن سعيد بن المسيب ، بدون ذكر أبي هريرة ، وكذلك البيهقي في السنن الكبرى .

وقال الحافظ بن حجر في التلخيص « وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة » . وقال أيضاً في بلوغ المرام: « إن رجاله ثقات إلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره ارساله » .

وينبغي التنبيه إلى أن قول الحافظ رحمه الله عن الحديث « رجاله ثقات » لا تعني أن الحديث صحيح^(٢) ، وغاية ما يشبهه القول بأن رجاله ثقات عدالة رجال السنن ، ومعلوم أن الصحيح يشترط له: عدالة رجال السنن ، والسلامة من العلل ، والمعول عليه هو الحكم على السنن بقوله « إسناده صحيح أو حسن » .

وقد روى الحديث المذكور الحافظ ابن حزم وحسن إسناده ، إلا أن الحافظ ابن حجر قد تعقبه في هذا ؛ بأن أحد رواة الحديث واسمه عبدالله بن نصر الأصم قد تصحف عند ابن حزم إلى نصر بن عاصم والصواب هو الأول ، ومع ذلك فعبدالله بن نصر له أحاديث منكورة .

يضاف إلى هذا ، أن مستند الجمهور في الحديث هو قوله « له غنمه وعليه غرمه » وهذه الزيادة في ثبوتها نظر ، فقد بين ابن وهب وكذلك أبو داود في المراسيل أنها ليست من الحديث ، وإنما هي من قول سعيد ابن المسيب .

(١) انظر في ذلك: نيل الأوطار: ٣٥٤/٥ - ٣٥٥ ، بلوغ المرام ص ١٥٨ ، سبل السلام: ٦٨/٣ ، السنن الكبرى: ٣٩/٦ .

(٢) انظر تمام المنة: ص ٢٦ .

بقي أن يقال: إن هذا الحديث على فرض ثبوته لا يقوى على معارضة ما في صحيح البخاري من قوله ﷺ: (الظهر يركب بنفقته ... الحديث .

وعلى فرض ثبوته أيضاً، فإن معناه أن المرتهن يملك زيادة الرهن لأنه مالكة.

٢- ويتجه على استدلالهم بحديث « الرهن مركوب ومحلوب » وكذلك «الظهر يركب بنفقته ..» الحديث ما يأتي:

إن قولهم بأن المقصود من الحديث هو تقرير حق الراهن في الانتفاع ، مردود لأمرين ، أولهما: إننا إذا اعتبرنا الحديث مجملاً فقد زال الاجمال وبين بورود نص آخر يوضحه ، وهو الحديث الوارد في مسند أحمد ، وفيه (إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ...) وفي الحديث السابق قال « وعلى الذي يشرب نفقته » فيكون المرتهن الذي ينفق هو الذي يشرب^(١).

وثانيهما: إن القول بأن المراد من النص هو الراهن ، بعيد من حيث ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي ، فالراهن يركب ويشرب بمقتضى حق الملكية^(٢) ، وليس بمقتضى انفاقه ، والذي يظهر في النص أن المسألة معاوضة ؛ فالذي ينفق يشرب بمقابل انفاقه ، وهو المرتهن .

٣- وأما استدلالهم بحديث ابن عمر (لا يحلبن أحدٌ ماشية امرئٍ بغير إذنه ..) فهو حديث صحيح ويعارضه حديثه صحيح آخر تقدم وفيه (الظهر يركب بنفقته ...) الحديث .

والجمع بين الحديثين يكون بأن يعتبر حديث ابن عمر من قبيل العام ، وحديث أبي هريرة ، الأخير ، من قبيل الخاص ، فيكون الأولُ مخصوصاً بالثاني ، ولا ضمير من هذا الجمع ، بل هو الواجب في مثل هذه الحالة^(٣).

٤- أما قياسهم العين المرهونة على ملك الغير ، فقياس مع الفارق ؛ فالعين المرهونة تكون تحت يد المرتهن ، وليست في يد الراهن ، وتحتاج أيضاً إلى

(١) انظر فتح الباري: ١٤٤/٥ .

(٢) المغني لابن قدامة: ٤٣٣/٤ ، نيل الأوطار: ٣٥٣/٥ .

(٣) نيل الأوطار: ٣٥٤/٥ .

نفقة ، وإذا منعنا المرتهن من الانتفاع ، مقابل إنفاقه ، فإننا نضيع الانتفاع بالعين ، فلا يتفجع الراهن ولا المرتهن ، وقد يمتنع الراهن من الإنفاق على العين ، فلا بد حينئذ من القول بجواز انتفاع المرتهن مقابل ما سيدفعه من نفقة .

ثانياً - مناقشة أدلة المجيزين (الحنابلة واسحق ...) :

ناقش الجمهور الحنابلة في استدلالهم بحديث أبي هريرة (- الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ...) إلخ بأن هذا الحديث - كما يقول ابن عبد البر - يرد أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة ، لا يختلف في صحتها « ومن ذلك ما يأتي ^(١) :

١- أن هذا الحديث مخالف للقياس من وجهين :

أولهما : أنه يجوز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه .

ثانيهما : أنه يجعل ضمان ما انتفع به المرتهن من ركوب وشرب بالنفقة لا بالقيمة .

٢- أن الحديث منسوخ بحديث ابن عمر (لا تحلبُ ماشيةً امرئٍ بغير إذنه) رواه البخاري .

٣- هذا الحديث محمول على أنه كان قبل تحريم الربا ، وبعد تحريم الربا نسخ حكمه ؛ لأن الربا محرم بجميع أشكاله ، من بيع اللبن في الضرع ، وقرض جرّ نفعاً ، وغيره ، ويدخل فيه أيضاً ما أيسح للمرتهن في هذا الحديث .

أما الحديث الثاني ، وهو قوله ﷺ : (إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته) ، فيرد عليه ما ورد على الحديث السابق من اعتراضات ، إضافة إلى أن ابن حزم قد قال في المحلى عن هذه الرواية : بأنها من طريق إسماعيل بن سالم الصايغ عن هشيم ، فالتخليط من قبله ، لا من قبل هشيم فمن فوقه ، وذكر أنه روى الحديث عن هشيم

(١) انظر: فتح الباري: ١٤٤٠ ، تحفة الأحوذى: ٤٦٣/٤ ، نيل الأوطار: ٣٥٣/٥ ، إعلام الموقعين: ٢٢/٢ ، سبل السلام: ٦٧/٣ .

من طريق سعيد ابن منصور ، وهو أحفظ وأضبط لحديث هشيم « ولم يذكر ابن حزم في رواية سعيد بن منصور لفظ المرتهن^(١) .

المبحث الرابع: الرأي الرجح

بعد النظر في أدلة الفريقين والاعتراضات عليها يتضح ما يلي:

أولاً - أن الاعتراضات الواردة على أدلة الجمهور « المانعين » قوية ولا إجابة عليها ، فالحديث الأول لا يقوى على معارضة الأحاديث الصحيحة ، إضافة إلى أن دلالة على قولهم فيها شيء من التكلف .

أما الحديث الثاني (لا تحلب ماشية امرئ إلا بإذنه ...) فهو حديث عام وحديث (الرهن يركب ...) يخصصه ، وبهذا يمكن الجمع بينهما .

وكذلك القول بالنسبة للقاعدة في ملك الغير ، فهي قاعدة عامة يخصص منها العين المرهونة بالنسبة للمرتهن إذا أنفق عليها .

ثانياً: بالنسبة للاعتراضات الواردة من قبل الجمهور على أدلة الخاتبة ومن معهم ، فهي اعتراضات قوية لو سلمت من الإجابة والرد ، وبيان ذلك فيما يأتي:

١- القول بأن حديث أبي هريرة: (الظهر يركب بنفقته ...) مخالف للقياس؛ فجوابه ابتداء أن القياس لا ينظر إليه في مقابلة الدليل الصحيح الثابت ، وقد رأينا أن انتفاع المرتهن بالرهن في مقابل النفقة عليه ثابت بنص حديث البخاري ، ولو لم يأذن الراهن ، فالحديث إذن في هذه المسألة نص بذاته يمكن أن يقاس عليه ما كان نظيراً له .

وقد ثبت أيضاً أن الشرع يجيز التصرف في ملك الغير ، ولو لم يأذن في حالات منها ، أنه يباع مال المدين المتمرد والمماطل عن الأداء بغير إذنه^(٢) ، لئلا تتعطل المصالح .

(١) المحلى: ٣٦٩/٦ .

(٢) سبل السلام: ٦٧/٣ .

ومعلوم أن الأحكام الشرعية لم تشرع عبثاً ، وإنما شرعت لتحقيق المصالح ودرء المفاسد .

والقياس الشرعي وجد لاستثمار النصوص المعللة لاستيعاب أكبر قدر من الوقائع غير المنصوص عليها ، لتحقيق المصلحة الشرعية .

وعلى هذا ، إذا وجدنا أن تطبيق القياس في حالة من الحالات لا يؤدي إلى المقصد الشرعي من الحكم ، وإنما يؤدي إلى نقيضه ، فالواجب حيثئذ على المجتهد أن يعدل عن القياس إلى غيره ، فكيف إذا وجدت حالة كما ذكرنا ووجد نص صحيح ثابت يؤدي للمصلحة المعتبرة ، ألا يجب المصير إلى هذا النص وتطبيقه ؟

هذا ما يجيبنا عليه الإمام ابن القيم رحمه الله حيث يقول: « والصواب ما دل عليه الحديث ، وقواعد الشريعة وأصولها لا تقتضي سواه ؛ فإن الرهن إذا كان حيواناً فهو محترم في نفسه ، لحق الله سبحانه ، وللمالك فيه حق الملك ، وللمرتهن حق الوثيقة ، وقد شرع الله سبحانه الرهن مقبوضاً بيد المرتهن فإذا كان بيده فلم يركبه ولم يحلبه ذهب نفعه باطلاً ، وإن مكن صاحبه من ركوبه خرج عن يده وتوثيقه ، وإن كلف صاحبه كل وقت أن يأتي ليأخذ لبنه شق عليه غاية المشقة ، ولا سيما مع بعد المسافة ، وإن كلف المرتهن بيع اللبن وحفظ ثمنه للراهن شق عليه ؛ فكان مقتضى العدل والقياس ومصلحة الراهن والمرتهن والحيوان أن يستوفي المرتهن منفعة الركوب والحلب ، ويعوض عنهما بالنفقة ، ففي هذا جمع بين المصلحتين ، وتوفير الحقين ، فإن نفقة الحيوان واجبة على صاحبه ، والمرتهن إذا أنفق عليه أدي عنه واجباً ، وله فيه حق فله أن يرجع بيده ، ومنفعة الركوب والحلب تصلح أن تكون بدلاً ، فأخذها خير من أن تهدر على صاحبها باطلاً ، ويلزم بعوض ما أنفق المرتهن . وإن قيل للمرتهن « لا رجوع لك » كان في ذلك اضطرار به ، ولم تسمح نفسه بالنفقة على الحيوان ، فكان ما جاءت به الشريعة هو الغاية التي ما فوقها في العدل ، والحكمة ، والمصلحة ، شيء يختار »^(١) .

(١) اعلام الموقعين: ٢٢/٢ - ٢٣ .

أما الوجه الثاني من وجوه مخالفة الحديث للقياس وهو « أنه جعل ضمان الانتفاع بالنفقة لا بالقيمة » فالجواب عنه: أن الحديث أطلق ولم يقيد الانتفاع بمقدار النفقة ؛ وذلك لأن النفقة قد تتفاوت ، والانتفاع قد يتفاوت ، وإلزام المرتهن بحساب كل انتفاع قل أو كثر ، وحساب كل انفاق قل أو كثر فيه عسر ، ومشقة وحرَج على المرتهن^(١) ، والشريعة جاءت بنفي الحرج .

إضافة إلى أن هذه المسألة لها نظائر في الفقه ، منها أن الشريعة أوجبت على المشتري الذي رد الشاة المصراة ، أن يرد معها صاعاً من تمر مقابل انتفاعه بحليها^(٢) ، مع العلم أن الصاع قد يزيد أو ينقص عن قيمة اللبن المتفع به .

٢- أما القول بأن حديث أبي هريرة منسوخ بحديث ابن عمر (لا تحلب ماشية امريء بغير إذنه) .

فقد أجاب عنه الحافظ ابن حجر بقوله: (إن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، والتاريخ في هذا متعذر ، والجمع بين الأحاديث ممكن)^(٣) .

والجمع بين الحديثين يمكن بأن يجعل حديث ابن عمر هو القاعدة العامة في الانتفاع بمال الغير ، وحديث أبي هريرة خاص بالعين المرهونة ، فالأول عام والثاني خاص . وبهذا يتم إعمال الدليلين .

٣- وأما القول بأن الحديث محمول على أنه كان قبل تحريم الربا . . . فهو قول يحتاج إلى دليل ، ولا دليل هنا يثبت هذا الاعتراض ، فيبقى معمولاً به ، ثم إن الانتفاع المرتهن ليس مجاناً وإنما هو بمقابل النفقة ، فلا يعتبر من قبيل الربا .

٤- ما اعترض به ابن حزم على حديث: (إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها . . .) من أن لفظ « المرتهن » غير صحيحة وإنها من تخليط إسماعيل بن سالم الصايغ الذي سمع الحديث من هشيم . . . فجوابه^(٤) أن هذه اللفظة لم يتفرد بروايتها إسماعيل المذكور ، فقد رواها الإمام أحمد في مسنده

(١) الروضة الندية: ١٤٦/٢ .

(٢) سبل السلام: ٦٧/٣ .

(٣) فتح الباري: ١٤٤ .

(٤) فتح الباري لابن حجر: ١٤٤/٥ .

عن هشيم ، ورواها الدارقطني من طريق زياد بن أيوب عن هشيم ، وبهذا يتضح أن رواية سعيد بن منصور للحديث من طريق هشيم وعدم ذكره لهذه اللفظة رواية شاذة ، لأن ثلاثة من الأئمة الثقات خالفوه ورووها .

وبعد أن سلمت أدلة القائلين بجواز الانتفاع بالعين المرهونة ، إذا كانت مما يركب أو يحلب ، ولو لم يأذن الراهن ، وأجيب عن الاعتراضات الواردة عليها يتضح بجلاء أن هذا القول هو الراجح وهو الحري بالقبول مع التذکر بأن الأولى بالمرتهن أن يجعل انتفاعه بقدر ما ينفق تحرياً للعدل والله سبحانه أعلم .



حقوق التأليف والاختراع

أولاً - حق التأليف :

اتفقت دول العالم على حماية حق المؤلف، وكان أول اتفاق دولي هو اتفاق «بيرن» لسنة (١٨٨٦م)، ثم جرت عليه عدة تعديلات في السنوات التالية كان آخرها في (بروكسل) سنة (١٩٧٦م). ولما صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تضمن تلك الحماية. فجاء في المادة (٢٧): «إن لكل فرد الحق في حماية المصالح الأدبية والمادية المترتبة على إنتاجه العلمي والأدبي والفني ونظمت هيئة اليونسكو عقد اتفاق في جنيف في ٦/٩/١٩٥٢م. وأصدرت كثير من الدول أنظمة وقوانين خاصة بحماية حقوق المؤلف. وفيما يلي بيان لمعنى هذا الحق وحكمه .

١ - معنى حق التأليف:

التأليف لغة: من ألف، فالهمزة واللام والفاء أصل واحد يدل على انضمام الشيء إلى الشيء. وكل شيء ضممت بعضه إلى بعض فقد ألفته تأليفاً^(١). قال أبو البقاء: «التأليف جمع الأشياء المتناسبة»^(٢)، ولذلك سميت الصداقة ألفة لتوافق الطباع فيها والقلوب. ويطلق على كتابة البحث أو الكتاب تأليفاً، لأن الكاتب يجمع بين المعلومات على وجه التناسب، ويطلق على الكتاب مؤلفاً، لأنه يجمع معلومات تتعلق بعلم أو أدب أو فن .

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للتأليف عن المعنى اللغوي، ويندرج تحت اسم التأليف: اختراع معدوم، وجمع مفترق، وتكميل ناقص، وتفصيل مجمل، وتهذيب مطول، وترتيب مخلط، وتعيين مبهم، وتبيين خطأ^(٣).

فالتأليف ما ينطوي على عمل إبداعي أيأ كانت درجته من الأهمية: كأن يستنبط المؤلف جديداً لم يسبق إليه، أو أن يكون تطويراً لعمل علمي عن طريق تفسيره والتفصيل فيه، أو تصحيح أخطائه، أو إكمال نقص فيه أو تلخيصه بجذف المكرر ليسهل على الدارسين حفظه ومدارسته .

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ١/١٣١.

(٢) الكلبيات لأبي البقاء الكفوي: ٢/٦٢.

(٣) قواعد التحديث للقاسمي: ٣٧، المقدمة لابن خلدون.

أما النقل المجرد أو التجميع العاري عن أي عمل إبداعي فلا يعد ابتكاراً. والناس لا يحتاجون إليه كثيراً، كما قال ابن خلدون بعد أن ذكر مقاصد التأليف: «فهذه جماع المقاصد التي ينبغي اعتمادها بالتأليف ومراعاتها، وما سوى ذلك ففعل غير محتاج إليه، وخطأ عن الجادة التي يتعين سلوكها في نظر العقلاء: مثل انتحال ما تقدم لغيره من التأليف أن ينسبه إلى نفسه ببعض تلبيس من تبديل الألفاظ وتقديم المتأخر وعكسه، أو حذف ما يحتاج إليه الفن، أو يأتي بما لا يحتاج إليه، أو يبدل الصواب بالخطأ، أو يأتي بما لا فائدة فيه، فهذا شأن الجهل والقحّة»^(١).

وحق التأليف صورة من الحقوق المعنوية أو حقوق الابتكار يُعطي المؤلف الحق في الاحتفاظ بثمرة جهده الفكري، ونسبة هذا الجهد إليه، واحتجاز المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها من نشره وتعميمه .

فالمؤلف يحصل على حقين: حق أدبي، وهو يرتبط ارتباطاً أبدياً بشخصية المؤلف، فلا ينسب ذلك الجهد إلى غيره مهما طال الأمد على الابتكار. وحق مالي مقابل نشر الكتاب للمؤلف ولورثته من بعده لمدة معينة: كخمسين سنة من وفاة المؤلف^(٢).

ب- حق التأليف في نظر الشريعة الإسلامية:

هذه المسألة من المسائل المعاصرة التي لم يوجد فيها نص خاص في القرآن والسنة والإجماع وأقوال الصحابة والمجتهدين. ولهذا اختلف العلماء المعاصرون في اعتباره حقاً يتطلب حماية قانونية على قولين:

(١) المقدمة لابن خلدون.

(٢) الحقوق على المصنفات لأبي اليزيد عليّ المتيت: ١٩.

القول الأول: ذهب بعض العلماء المعاصرين ومنهم الدكتور أحمد الحجي الكردي إلى عدم اعتبار حق التأليف، وبالتالي عدم حل المقابل المالي لهذا الحق^(١).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- إن اعتبار هذا الحق قد يؤدي إلى حبس المؤلف لمصنعه العلمي عن الطبع والتداول إلا في مقابل مالي يحصل عليه. وهذا يعتبر من قبيل كتمان العلم الذي نهى عنه الشارع، في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنَ الْكِتَابِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّاعِنُونَ﴾ [البقرة: ١٥٩].

وقوله ﷺ: (من سئل عن علم ثم كتبه أجم يوم القيامة بلجام من نار)^(٢) وقد علق على ذلك العجلوني بما نقله عن المقاصد فقال: «ويشمل الوعيد حبس الكتب عمن يطلبها للانتفاع»^(٣) وأنه لا خير فيمن احتبس علمه عن قومه وقديماً قال الشاعر زهير:

ومن يك ذا فضل فيبخل بفضله على قومه يستغن عنه ويذم

٢- إن العلم يعد قرينة وطاعة، وليس من قبيل التجارة أو الصناعة. والقرينة لا يجوز الحصول على أجر مالي في أدائها، ومن ثم فإنه يجب على العالم أن ينصرف لعلمه تحصيلاً وتدريراً دون مقابل. وعلى الأمة بعد ذلك أن تكفي أمور معيشتها؛ كما كان الحال في السلف الصالح رضوان الله عليهم. فقد كان

(١) حكم الإسلام في حقوق التأليف والنشر والترجمة للدكتور أحمد الحجي الكردي. بحث منشور

في مجلة هدى الإسلام المجلد (٢٥)، العددان: ٧، ٨، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

(٢) سنن الترمذي: ٢٩/٥، وقال: حديث حسن.

(٣) كشف الخفاء للعجلوني: ٣٥٩/٢.

الخلفاء يغدقون على العلماء الكثير الكثير، ويكرمونها غاية الإكرام، ويكفونهم أمور دنياهم. وإن تبجيل العالم وتكريمه والرجوع إليه في أمور القضاء والسياسة والحكم والاقتصاد لخير مكافأة نقدمها للعلماء، وخير جزاء تطمئن به نفوس العلماء^(١). وقد أمر النبي ﷺ بتكريم العلماء في قوله ﷺ: (ليس منا من لم يوقر كبيرنا، ويرحم صغيرنا، ومن لم يعرف لعالمنا حقه)^(٢).

٣- قياس حق المؤلف على حق الشفعة من حيث كونه حقاً مجرداً، وما كان من هذا القبيل، فلا يجوز الاعتياض عنه، ومن ثم فلا يجوز للمؤلف الحصول على مقابل مادي لإنتاجه الذهني^(٣).

القول الثاني: ذهب كثير من العلماء المعاصرين منهم الأستاذ مصطفى الزرقاء، والدكتور محمد فتحي الدريني، والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي والدكتور وهبة الزحيلي إلى اعتبار حق التأليف، وبالتالي حل المقابل المالي لهذا الحق^(٤). واستدلوا لذلك بما يلي:

١- أن المنافع تعتبر أموالاً عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٥)، وهي من الأمور المعنوية، ولا ريب أن الإنتاج الذهني يمثل منفعة من منافع الإنسان، فيعد مالاً تجوز المعاوضة عنه شرعاً.

(١) بحث حكم الإسلام في حقوق التأليف للكردوي، ص ٥٩.

(٢) كشف الخفاء للعجلوني: ٢/٢٢٥.

(٣) حكم الإسلام في حقوق التأليف للكردوي: ٥٩.

(٤) انظر: المدخل الفقهي، نظرية الالتزام: ٢١/٣، حق الابتكار في الفقه الإسلامي للدكتور محمد فتحي الدريني: ١٣٦، قضايا فقهية معاصرة، الحقوق المعنوية للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: ٨٤-٨٩، حق التأليف والنشر ضمن كتاب حق الابتكار في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، ص ١٨٨.

(٥) انظر: الموافقات للشاطبي: ١٧/٢، والفروق للقرافي: ٢/٢٠٨، مغني المحتاج للشربيني: ٢/٢٨٦، المشور في القواعد للزركشي: ٣/٢٢٢، منتهى الإرادات لابن النجار: ١/٣٣٩.

والمراد بالمنافع: هي ما يستفاد من الأعيان: كسكنى الدار وركوب السيارة، ويدل على كونها مالاً أن طبع الإنسان يميل إليها كالأعيان، فيسعى إلى اقتنائها. ولأن العرف العام في الأسواق يعتبرها أموالاً. ولأن الشارع اعتبرها أموالاً بدليل قوله تعالى على لسان شعيب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لموسى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَجًا ۖ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ۖ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ ۚ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴾ [القصص: ٢٧] فالشارع أجاز أن يكون عمل الإنسان (المنفعة) مهراً، والأصل في المهر أن يكون مالاً بدليل قوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ۖ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْفِحِينَ ﴾ [النساء: ٢٤] فتكون المنفعة مالاً .

٢- أن العرف العام جرى على اعتبار حق المؤلف في تأليفه وإبداعه. فأقر التعويض عنه، والجائزة عليه. ولو كان هذا الحق لا يصلح محلاً للتبادل والكسب الحلال لعدت الجائزة والتعويض عنه كسباً محرماً^(١). ومن المعلوم أن العرف العام يعد مصدراً من مصادر التشريع إذا لم يتصادم مع نص شرعي أو أصل عام في الشريعة الإسلامية، كما أن العرف له دخل كبير في مالية الأشياء كما قال السيوطي «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها، وتلزم متلفه وإن قلت، وما لا يطرحه الناس»^(٢).

ومفاد هذا أن العرف هو أساس مالية الأشياء لقوله: «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة» أي بين الناس عرفاً بحيث أضحي محلاً للمعاوضة «يباع بها»^(٣) ومن المقرر أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي .

(١) حق التأليف في القوانين الوضعية المعاصرة وفي نظر الشرع الإسلامي لصالح الدين الناهي.

بحث منشور في مجلة هدى الإسلام، مجلد (٢٥) العددان (٧، ٨)، ص ٤٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٩٧.

(٣) حق الابتكار في الفقه الإسلامي للدريبي، ص ٢٤.

٣- أن الشريعة الإسلامية حرمت انتحال الرجل قولاً لغيره أو إسناده إلى غير من صدر منه، وقضت بضرورة نسبة القول إلى قائله والفكرة إلى صاحبها؛ لينال هو دون غيره أجر ما قد تنطوي عليه من خير، أو يتحمل وزر ما قد تجره من شر^(١). فقد روي عن الإمام أحمد: أنه امتنع عن الإقدام على الاستفادة بالنقل أو الكتابة عن مقال أو مؤلف عرف صاحبه إلا بعد الاستئذان منه. فقد روى الغزالي أن الإمام أحمد سئل عن سقطت منه ورقة كتب فيها أحاديث أو نحوها أيجوز لمن وجدها أن يكتب منها، ثم يردها؟ قال: لا. بل يستأذن ثم يكتب^(٢).

٤- إذا كان المؤلف مسؤولاً عما يكتبه ويتلفظ به ويجاسب عليه بدليل قوله تعالى: ﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴾ [ق: ١٨] وقوله ﷺ: (إن العبد ليتكلم بالكلمة من رضوان الله لا يلقي لها بالاً يرفعه الله بها درجات، وإن العبد ليتكلم بالكلمة من سخط الله لا يلقي لها بالاً يهوي بها في جهنم)^(٣) فيكون له الحق فيما أبدعه من خير عملاً بقاعدة: «الغنم بالغرم»^(٤) وقاعدة: «الخراج بالضمان»^(٥).

٥- الإبداع الذهني أصل للوسائل المادية من سيارة وطائرة ومذياع وغير ذلك مما له صفة المادية، فلا بد من اعتبار الأصل له صفة المادية^(٦).

(١) الحقوق المعنوية للبوطي ضمن كتاب قضايا فقهية معاصرة، ص ٨٣.

(٢) كشف القناع للبهوتي: ٦٤/٤.

(٣) صحيح البخاري: ١٨٥/٧.

(٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، ص ٣٦٩.

(٥) المنشور في القواعد: ١١٩/٢.

(٦) الحق المالي للمؤلف لعبدالسميع أبو الخير، ص ١٩.

٦- التخريج على قاعدة: «المصالح المرسلة» في ميدان الحقوق الخاصة^(١).
ويتحقق ذلك من جهتين - كما قال الدريني:

أ - من ناحية كونه ملكاً منصباً على مال، أي: كونه حقاً عينياً مالياً إذ المصلحة فيه خاصة عائدة إلى المؤلف أولاً وإلى الناشر والموزع ومن إليهما. وهذا ظاهر في كونه حقاً خاصاً مالياً .

ب - أن فيه مصلحة عامة مؤكدة راجعة إلى المجتمع الإنساني كله، وهي الانتفاع بما فيه من قيم فكرية ذات أثر بالغ في شتى شؤون الحياة. وهو بهذه المثابة حق من حقوق الله تعالى لشمول نفعه وعظيم خطره .

والمصلحة المرسلة بنوعيتها مرعية في الدين تبنى عليها الأحكام؛ لأنها من مباني العدل والحق، وعلى هذا فالإنتاج الفكري ملك، لأن الحكم الشرعي المقدر وجوده فيه نهضت به المصلحة المرسلة والعرف^(٢).

والراجع ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن حق التأليف معتبر شرعاً، ويجوز الاعتياض عنه؛ لأنه يحتل مكانة مهمة في حياة الناس، وهو من أكد المصالح وأقواها أثراً وأعمها نفعاً، وقد يستتبع القول بعدم اعتباره حقاً وعدم حل الاعتياض عنه الانقطاع عن القيام بالتأليف والكتابة، لأنه يكلف العالم تكاليف مالية كثيرة وتكاليف ذهنية، فإذا لم يجد الحافز عليه، أهمله وأراح نفسه من تحمل أعبائه المالية والذهنية .

وأما ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن اعتبار ذلك حقاً للمؤلف يؤدي إلى حبس العلم عن الناس ومنع تداوله، فغير مسلم بدليل الواقع، فاعتبار حق المبتكر فيما ابتكره من مصنوعات لا يمنع ترويجه ونشرها. وإنما يعتبر ذلك

(١) المدخل الفقهي، نظرية الالتزام: ٢١/٣.

(٢) حق الابتكار في الفقه الإسلامي للدريني: ٨٣-٨٤.

من قبيل التحايل الشيطاني من أصحاب دور النشر لإعادة طبع الكتاب دون أن يدفعوا للمؤلف شيئاً من حقه^(١).

وأما ما قيل من أن نشر العلم يعد قرينة وطاعة وليس من قبيل التجارة والصناعة، والقرينة لا يجوز أخذ الأجر في أدائها؛ فغير مسلم، لأن المتأخرين من الفقهاء أفتوا بجواز أخذ الأجرة على فعل الطاعات، كالإمامة، والأذان، وتعليم القرآن^(٢).

وأما قياس حق المؤلف على حق الشفعة فقياس مع الفارق؛ لأن حق الشفعة من الحقوق التي أثبتها الشارع لأجل دفع الضرر عن الشفيع، فلا يجوز الاعتياض عنها. أما حق المؤلف فلم يكن لأجل شيء كدفع ضرر عن المؤلف، وإنما مقابل جهد فكري وبدني بذله المؤلف في إعداد مؤلفه، فيجوز الاعتياض عنه^(٣).

ثانياً - حق براءة الاختراع :

إذا كان حق التأليف يتعلق بالأعمال الأدبية والفنية، فإن حق براءة الاختراع يتعلق بالأعمال الصناعية: كبراءة اختراع المذياع، أو براءة اختراع دواء لمرض معين. ويرجع تنظيم هذا الحق إلى أواخر القرن الثامن عشر الميلادي، حيث صدر أول قانون فيه في فرنسا سنة (١٧٩١)، ثم عدل ونسخ وحل محله قانون (١٩٦٨)، وقد عقدت عدة اتفاقيات لحماية هذا الحق، كان أولها اتفاقية باريس سنة (١٨٨٣) ثم جرى عليها عدة تعديلات كان آخرها تعديل (ستوكهولم) سنة (١٩٦٧). وقد خضع الأردن والعراق لقانون براءة الاختراع العثماني الصادر سنة (١٨٧٩) ثم صدر في الأردن قانون خاص في امتيازات

(١) انظر: الحق المالي للمؤلف: ص ٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق، ص ٧.

الاختراع والرسوم سنة (١٩٥٣) ^(١). وفيما يلي بيان لمعنى براءة الاختراع، وطبيعتها وأنواعها وحكمها في نظر الشريعة الإسلامية .

١ - معنى براءة الاختراع :

براءة الاختراع مركب إضافي يتكون من براءة واختراع. فلا بد من بيان معنى كل منهما على انفراد، ثم بيان المركب الإضافي باعتباره مصطلحاً .

١ - معنى البراءة: البراءة لغة: من برأ، قال ابن فارس: «الباء والراء والهمزة أصلان إليهما ترجع فروع الباب: أحدهما الخلق يقال: برأ الله الخلق يبرؤهم برءاً. والأصل الثاني: التباعد من الشيء ومزايته، ومن ذلك البرء، وهو السلامة من السقم» ^(٢).

ووجه تسمية الشهادة بالبراءة أن العالم هو الذي أوجد الاختراع، ولم تبق فكرته حبيسة النفس، وإنما انفصلت وأذيعت للناس وطرحت عليهم وأعلنت، وأصبحت ملكاً عاماً. قال الدكتور الناهي: «والأصل في منح هذا السند أن المخترع يذيع اختراعه، ويعلنه ويطرحة في مجال الثروة العامة» ^(٣).

٢ - معنى الاختراع: الاختراع لغة: من خرع الشيء خرعاً واختراعاً، بمعنى شقه وأبدعه وأنشأه ^(٤). فالاختراع إبداع شيء لم يكن له وجود. وهو يتضمن عنصرين: الأول: عمل ذهني يتعلق بالصناعة. والثاني: وجود شيء جديد ^(٥).

(١) انظر: الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية للدكتور صلاح الدين الناهي: ٢٢-٢٦.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ١/٢٣٦.

(٣) الوجيز في الملكية الصناعية للناهي، ص ٦٠.

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس: ٢/١٧١، والمعجم الوسيط: ١/٢٢٧.

(٥) الوجيز في الملكية الصناعية للناهي: ٦٧-٨١.

٣- تعريفه باعتباره مصطلحاً: براءة الاختراع هي: «وثيقة تمنح من طرف دائرة رسمية، أو من مكتب عامل باسم مجموعة من الأقطار بناء على طلب بذلك، ويترتب على هذه الشهادة الرسمية حق من منحت له في استخدام الاختراع، المعين فيها وأعماله والتنازل عنه بالبيع واستيراده»^(١).

وبعبارة أخرى: «سند رسمي عام تمنحه سلطة إدارية مختصة لمن يطلبه بشروط شكلية وموضوعية معينة وتتضمن البراءة وصفاً للاختراع ويترتب على منحها لمستحقيها وخلفائه لمدة معينة حق قاصر حاجز تحميه دعوى التقليد والغش، وهذا الحق هو عبارة عن الترخيص باستغلال الاختراع الذي تغطيه البراءة ما لم يصدر بخلاف ذلك حكم قضائي»^(٢).

فهذه البراءة تمنح المخترع عدة حقوق منها:

الأول: حق استغلال المخترع لاختراعه واستغلال الورثة له بعد وفاته بمدة معينة تقدرها قوانين البراءة بحيث يسقط هذا الحق بعدها، ويصبح من جملة الثروة العامة، وهذه المدة في قانون براءة الاختراع العراقي هي خمسة عشر عاماً تبدأ من تاريخ طلب البراءة .

والثاني: حق المخترع في أن ينسب الاختراع إليه من البراءة التي تصدر باسم صاحب العمل^(٣).

ب- الطبيعة القانونية لبراءة الاختراع:

لقد قيل إن براءة الاختراع عقد يبرم بين المخترع وبين الهيئة الاجتماعية. ولكن هذا التصوير بعيد عن الدقة والواقع؛ لأن واقع البراءة أنها منحه يمنحها

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق، ص ١٣.

(٣) المرجع السابق: ١٧٣-١٨١.

القانون، وليست عقداً بين طرفين، فهي عبارة عن سند رسمي يمنحه القانون وفق شروط معينة ينظمها القانون^(١).

ج- أنواع براءة الاختراع:

تقسم البراءات تقسيمات متنوعة بتنوع مضمونها ومدائها:

١- البراءة الحقة الكاملة، ويشترط لها شروط مشددة.

٢- البراءة الصغرى أو شهادات المنفعة، وهي التي تمنح عند توفر شروط ميسرة، ويترتب عليها حقوق محددة أدنى من الحقوق التي تمنحها البراءة الكاملة.

٣- براءة الإضافة، وتمنح عادة عن تحسين الاختراع الذي سبق منح البراءة عنه.

٤- براءة الاستيراد؛ وتمنح لمن يستخدم لأول مرة في بلد ما اكتشافاً تحقق في بلد أجنبي. ويلاحظ أن هذا القسم من البراءات لا يحمي اختراعاً، ولكنه يعرض مبادرة صناعية. وقد ندر هذا القسم من البراءات في عصرنا^(٢).

د- حق براءة الاختراع في نظر الشريعة الإسلامية:

إن في الإسلام متسعاً لهذا الحق، ويمكن تخريجه على قاعدة «المصالح المرسله» التي سبق أن أشرنا إليها في حق المؤلف، ووجه المصلحة في حماية هذا الحق تشجيع الاختراع والإبداع، كي يعلم من يبذل جهده في الاختراع أنه سيختص باستثماره، وسيكون محمياً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلالها^(٣).

(١) المرجع السابق، ص ١١٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٦١.

(٣) بتصرف من المدخل الفقهي، نظرية الالتزام، الزرقا، ص ٢١.