

تعليل العقود المستحدثة بالعلل العامة (دراسة تأصيلية) أ.د. وليد مصطفى شاويش*

تاريخ وصول البحث: 2025/6/17م تاريخ قبول البحث: 2025/9/8م

الملخص

ناقشت في البحث الأصول الكلية للشريعة وأثرها في أحكام العقود، كأصل ستصحب البراءة الأصلية في العقود، وأنه لا يُقدَّم على الأصل الثابت بالشرع، وكالأصل في الشروط الإباحة، والرؤية المقاصدية العامة بمراعاة المصالح ودرء المفاسد، بالإضافة إلى أصل النهي للغرر والربا، وبينت وجوه النظر للعقود من حيث تقدير العناصر المركبة فيها، وخلص الباحث إلى نتائج أهمها أن الاجتهاد في استحداث العقود يكون بالنظر الجزئي في الدليل التفصيلي تحت كليات الأدلة الشرعية وبينت تأثير التقدير بتفكيك العقود إلى العناصر المركبة لها في الحكم الشرعي على العقود، وأن تركيب العقود يجب أن يخلو من التنافي بين العناصر المركبة لها.

الكلمات المفتاحية: العقد شريعة المتعاقدين، العقود المستحدثة، تعليل الأحكام، العلل العامة.

* أستاذ دكتور، كلية الفقه المالكي، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Justifying Newly Introduced Contracts by Means of General Legal Causes

Abstract

This study explores the major principles of Sharea and their impact on contractual rulings, including the presumption of original non-liability, the permissibility of conditions, the maqāṣid-based concern for benefits and harm, and the prohibitions of gharar and ribā (Profit). It shows that contracts should be analyzed through their constituent elements and concludes that ijtihād in new contracts must align specific evidence with overarching principles, ensuring that no contradiction arises among the elements of a contract.

Keywords: Party law contract, Emerging contracts, Legal reasoning (ta'īl al-aḥkām), General legal causes ('ilal 'āmmah)

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأولين وآخرين، فإن مسيرة الحياة البشرية تسارعت، والنوازل تترى، وأصبحت طفرات الواقع في المعاملات المالية تحتاج إلى إجابات فقهية علمية، ولكن ظهرت حالة تعليل جواز العقود بالعلل العامة العقد شريعة المتعاقدين، ونفي الجهالة وغيرها من الأصول الكلية، مع عدم الالتفات إلى العلل الجزئية الخاصة بأنواع العقود فما يجوز في الإجارة لا يجوز في الجعالة والعكس صحيح، مع أن الفقه مستمد من الأدلة التفصيلية، أما العلل الكلية فهي غير كافية في النظر مع ضرورة اعتبارها، فقد نص الفقهاء أنها تؤدي إلى الحكم ونقيضه، إذا أخذت الكليات دون جزئياتها، والأمر نفسه إذا أخذت الجزئيات دون كلياتها، وهذا ما يفسر حالة التناقض في الفتوى في عين المسألة، دون حسم لها بسبب الاستمرار في البحث في العلل العامة دون النظر في العلل الأخص.

هذا البحث مناقشة أصولية في كليات الشريعة مقارنة مع كليات الحداثة، فكليات الشريعة الأولى أن الحكم الشرعي لا يعلم إلا من جهة الشارع، أما كليات الحداثة فهي تستمد قاعدة السلوك الإنساني من مبادئ القانون الطبيعي وإليه تنسب قواعد العدالة، حيث ولدت مقولة العقد شريعة المتعاقدين، انطلاقاً من مبدأ الفردانية البشرية وليس الوحدانية الإلهية، وما يحصل بين الشرع ومبادئ القانون الطبيعي فلا يعني أن الأمر هو نفسه.

وهذا بحث ضروري لأن تسويغ الممارسات المالية في الصيرفة الرأسمالية كان تحت عناوين عامة مثل صلاحية الإسلام لكل زمان ومكان، ومرونة التشريع الإسلامي، ومقاصد الشريعة، والإشكال يكمن في قوة التشابه مع الاختلاف في الحقيقة والأصل الذي يدل عليها، وقد عقد الإمام الشاطبي في كتاب المقاصد بحثاً لذلك يشمل المسائل الخامسة إلى الثامنة من كتاب المقاصد.

أولاً: مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الأسئلة الآتية:

- 1- هل يصح تعليل الأحكام التفصيلية بالعلل العامة.
- 2- ما النموذج التطبيقية للتعليل بالعلة العامة في بيان أحكام العقود المرگبة.

ثانياً: أهداف البحث:

- 1- شرح معنى العلل الكلية وبيان الأسباب المانعة من التعليل بها عند الفقهاء والأصوليين.
- 2- بيان أهمية تحليل العقود إلى أجزائها المكونة لها في بيان أحكام العقود.

ثالثاً: منهجية البحث:

اتبع الباحث المنهج الوصفي في التعريفات والاستنباطي في استخراج الأحكام من القواعد وعلل الأحكام الفقهية، كما التزم المنهج الاستقرائي في تتبع أقوال الفقهاء والأصوليين وتصنيفها حسب الأحكام التي تجتمع فيها.

رابعاً: الدراسات السابقة:

لم يجد الباحث في حدود ما اطلع عليه دراسة مباشرة في هذا الموضوع.

خامساً: خطة البحث:

التمهيد: أهمية ضوابط النظر في تجديد العقود.

المطلب الأول: الأصول الكلية للشريعة وأثرها في أحكام العقود.

المطلب الثاني: النظر للعقود من حيث تقدير العناصر المركبة فيها.

أهمية ضوابط النظر في تجديد العقود:

ناقشت في هذا البحث العلل الكلية ذات الصلة باستحداث العقود، وبينت الأدلة على عدم صحتها مستقلة في بيان الأحكام، بل لا بد من النظر الجزئي في الدليل التفصيلي، وهي العلل الجزئية، كما ناقشت حالات تتعلق بتركيب العقد والعناصر الداخلة فيه، من حيث التقديرات التي تخرج عليها تلك العناصر، والتي يمكن تسميتها تحت الكائيات.

إن آثار العقد تكون بصحة العقد، وصحته تكون على وفق الشرع بتمام أركانه وشروطه، ومع أن الفقه الإسلامي قادر أن يبين حكم الشرع في مستجدات الحياة، إلا أننا نقف اليوم أمام مستجد مختلف عما سبق، ليست مستجدات متعلّقا بمسألة بعينها، بل نحن أمام مستجد على مستوى فكري قانوني اقتصادي يستجد في فروع المعرفة كلها، ومنها الاقتصاد والمال، ولا يخفى أن الفلسفة الكلية للعلوم الاجتماعية والقانونية على الأخص، لها قوة ناعمة في الفكر والقدرة على التأثير.

1- مستجدات الصراع مع الكليات الاقتصادية والقانونية:

تواجه الشريعة تحدياً جديداً مختلفاً لم يكن من قبل، بوجود رؤية فلسفية غربية في الفرد والملكية والمجتمع، وفلسفة القانون، التي قد تتشابه في الصورة مع الشريعة مع الاختلاف في الحقيقة، نحن أمام نظام مصرفي جزء من منظومة الدولة والقانون، فصار التحدي معرفياً وواقعياً معاً، ويصبح الأمر أكثر تعقيداً بعد حالة البعد عن المذاهب المتبوعة، وضعف ملكات

النظر فيها، وظاهرة التجديد بإعادة النظر في النص وتجاوز تلك المذاهب، على نحو أدى إلى تسرب مبادئ القانون الطبيعي إلى الفكر الديني المعاصر. لم تكن المالية والمصارف الإسلامية بعيدة عن قوى الضغط الفكري في طفرات الواقع المعاصر، وأنها وُلدت في ظرف صعب ضمن المنظومة السابقة مع ضعف مرجعية المذاهب المتبوعة وتحويلها إلى مادة خام لأخذ المادة وتكريرها في مصافي الربح والمصلحة العادية التي التبست بالمصلحة الشرعية، ضمن عموميات الحديث في المقاصد في تنكب الأدلة الجزئية والعلل التفصيلية، وأن العقد شريعة المتعاقدين، وأن الشروط الجديدة الأصل فيها الحل، مع أنها تخالف مقتضى العقد.

2- العلل الجزئية للعقود هي التي تستنبط منها الأحكام:

هذه دواع مهمة تجعل من بيان ضوابط التجديد في العقود بما يحفظ المقاصد الشرعية وعدم التباسها بالمنفعة في الفكر القانوني والاقتصادي الغربي، وأهمية التمييز بين العقد شريعة المتعاقدين والأصل في الشروط الجواز، بالإضافة إلى تقديم حلول تطبيقية جائزة في صيغ التمويل الإسلامية كبيع المصرف العين مع استثناء المدة الكافية لاسترداد رأس ماله، مع ربح حسب المتفق عليه في الإجارة المنتهية بالتملك.

وتبقى المشكلة هي الخلفية المكتبية للعاملين بالمصارف الإسلامية التي تريد أن تجني المكاسب كلها، وتحمل المخاطر للغير بناء على العقد شريعة المتعاقدين، وتطبيق العقد كما ورد من المصدر مع تغيير في الألفاظ، وهذه من المخاطر العادية المرافقة للتكليف الشرعي ولا يمكن رفعها بتغيير أصول التعاقد الشرعي الذي يقوم على توزيع شرعي للمخاطر والأرباح على نحو لا يجوز الاتفاق على خلافه.

3- الفكر الديني الجزئي والاجتهاد الفقهي الكلي:

إن الاستناد إلى أصل واحد من أصول الشريعة لا يكفي من أجل الوصول للحكم الفقهي، بل لا بد من عرض المسألة على الأصول، وإن كانت العقود مركبة فيجب النظر من جهة توافق أحكامها، فإن توافقت الأحكام صح الجمع، وإن تنافرت الأحكام لم يصح الجمع للتناقض بين الأحكام، وإن اتفقت الماهية كماهية البيع والصرف، أو اختلفت كماهية القرض والبيع، مع أن كليهما يجمعهما المعاوضة، ولكن الفرق أن القرض إرفاق يرد به القرض، والبيع فيه المماكسة، مما يعني أننا سنجد في العقود جنس المعاوضة والتبرع، والمعاوضة تحتها أنواع هي جنس وتحتها أنواع وكلها إضافيات، وعليه يجب النظر إلى التركيب بين عناصر العقد، من حيث توافق الأحكام

من تنافرها، وليس التفكير الجزئي الذي ينظر إلى العناصر المركبة كما لو كانت منفردة، وإن في المجموع ما ليس في الجميع، فإن للرجل أن يتزوج إحدى الأختين على انفراد، ولكن لا يجوز له الجمع.

المطلب الأول

الأصول الكلية للشرعية وأثرها في أحكام العقود

إن الباحث لن يناقش الكليات الشرعية مقارنة مع مبادئ القانون الطبيعي، ولكن يبحث بشكل ملخص في التمييز بين المنفعة العادية التي تدركها الطبائع الإنسانية، والمصلحة الشرعية التي لا تدرك إلا من جهة الشرع، وهذا يعني أنه لا تخلو مسألة من حكم الشرعي دلت عليها الشرعية، وأن التدبر بأن هذا عقد جديد وراجع إلى أصل كلي، هو الإباحة يحتاج إلى نظر وبحث، ولا يصح إطلاقه من كل وجه، بل يجب البحث في الأدلة الجزئية بالتوافق مع المقاصد الكلية في تعيين الحكم الشرعي.

أولاً: بطلان تقديم الأصول العقلية المجردة على حكم الشرع:

يقول الإمام الجويني: (ونحن نعلم أنه لم يُفَوَّضَ إلى ذوي الرأي والأحلام أن يفعلوا ما يستصوبون، فكم من أمر تقضي العقول بأنه الصواب في حكم الإيالة والسياسة، والشرع وارد بتحريمه، ولسنا ننكر تعلق مسائل الشرع بوجوه من المصالح، ولكنها مقصورة على الأصول المحصورة، وليست ثابتة على الاسترسال في جميع وجوه الاستصلاح، ومسالك الاستصواب، ثم نعلم مع ذلك أنه لا يخلو واقعة عن حكم الله تعالى على المتعبدین)¹.

وإذا تبين أن الشرع متحكّم، فأباح غرراً ومنع آخر، وأجاز استثناء صور واقعة تحت أصول الربا كالعرايا، أو الغرر كالجعالة، وشدد على الغرر في المعاوضات، وتخفف منه في الزواج، وأطلقه في الرهن، ونجد أن الشرع متحكم في استثناء بعض الجزئيات من كليات وإدراجها تحت كليات أخرى، وإن إطلاق الإذن فيما لم يرد فيه النص، لا بد فيه أولاً من الإلحاق بالأصل، أو الإلحاق بالاستثناء، ومجرد الإلحاق بالإذن المطلق من غير دليل ترجيح بلا مرجح، والتساوي هو في الإلحاق بالإذن المطلق أولاً، وهو الذي فيه البحث، وليس في الإلحاق بالأصل أو الاستثناء. وإن زعم الإطلاق في الإذن، لأنه لم يرد فيه أمر ولا نهي، بدعوى أن العقد شريعة المتعاقدين، لا يصح مع علمنا بأن الشارع متحكم في ترتيب الجزئيات تحت كلياتها، أو استثناءها من هذا

الكلي، وجعلها تحت كلي آخر، كالعربة والقرض الحسن استثنيا من الربا، لما ظهر فيهما من جانب المعروف من جانب المُعْرى والمقرض، ولم يَدُرَّ الفضل من الجانبين، أو من جانب المعْرى له والمقرض، فخرجت هذه المستثنيات من تحت كلي النهي عن الربا، إلى النذب والمعروف، ولم يتضح لنا الاستثناء من المنع إلا بتعيين القواعد والنصوص الجزئية.

وإن قواعد النهي الكلية كتحریم الربا، وما يقع تحت كلي النهي عن الربا من قواعد جزئية تحتها، مثل: ضع وتعجل، وبيع الكالئ بالكالئ، وفسخ الدين بالدين، وبيع الدين بالدين، وبيع الطعام بالطعام إلى أجل، مع التأكيد على جانب الاستثناءات من النهي، وأن أصول الربا هذه ليست في رتبة واحدة، بل بعضها أخف من بعض، فلنا أن نعتبر قبض الأوائل كقبض الأواخر في بيع الكالئ بالكالئ كالسلم، ولا يصح القول بأن قبض الأوائل كقبض الأواخر في فسخ الدين في الدين الذي هو أشد تحريما من بيع الكالئ بالكالئ، وهذا كله يجعل الحكم بالكليات دون البحث في تفاصيل الجزئيات تحتها أو المستثناة منها، مجازفة في الحكم من غير استقصاء في البحث.

ثانيا: استصحاب البراءة الأصلية في العقود لا يُقدَّم على الأصل الثابت بالشرع:

جرى الفقهاء على ترتيب الأدلة من حيث قوتها، وفيما يأتي أبين الترتيب بين الأصول النقلية والعقلية في الدلالة على الأحكام.

1- التعريف بالبراءة الأصلية:

إن البراءة الأصلية حكم عقلي، ولا يقاس عليه العقود بعد ورود الشرع، بل تقاس على الأحكام الشرعية بعد ورود الشرعي، لأن القياس على البراءة الأصلية لا يسمى قياسا شرعيا، ولا تثبت به الأحكام الشرعية مع ترك الأصول الشرعية في العقود، قال في المراقي: مُستلجق الشرعي هو الشرعي وغيره لغيره مَرعي²

قال في نشر البنود: (يعني أن حكم الأصل لا بد أن يكون شرعيا لا لغويا ولا عقليا غير شرعي، إذا استلحق حكما شرعيا، فإن كان المطلوب إثباته غير ذلك، بناء على جواز القياس في العقلية واللغويات، فلا بد أن يكون حكم الأصل غير شرعي، وهذا معنى قوله: وغيره لغيره مَرعي بفتح الميم، أي محفوظ ومروي عن أهل الأصول، والنفي الأصلي ليس بحكم شرعي على المختار كما تقدم في المقدمة، وإنما قلنا ولا عقليا غير شرعي، لأن العقلية قد تكون شرعية، كجواز رؤيته تعالى، قوله: مستلجق هو بكسر الحاء)³

قال في المراقي: قد عُرف التكليف بالدليل ذي العقل قبل صارف النقل⁴

يبين الناظم أن المجتهد مكلف بمعرفة الأصل العقلي قبل ورود الشرع، وهي الإباحة العقلية، أو النفي الأصلي، وهو عدم التكليف إلا بعد ورود الشرع، فيجب على المجتهد أن يَعْلَم حكم البراءة الأصلية لأن ما يأتي برفعها لا يكون نسخاً لحكم شرعي، والنسخ لاحق للحكم الشرعي، والصارف عن الحكم العقلي وهو الدليل النقلي.

قال في نشر البنود مؤكداً هذا المعنى: (يعني أن من شروط المجتهد أن يكون عارفاً بأنه مكلف بالتمسك بالدليل العقلي أي البراءة الأصلية إلى أن يصرف عنه صارف من النقل أي الشرع، فإن صرف عنه ذلك الصارف عمل بذلك الصارف، كان ذلك الصارف نصّاً أو إجماعاً أو قياساً، وسميت البراءة الأصلية دليلاً عقلياً لأنها موجودة من العقل، والنقول جمع نقل)⁵.

2- وجوب تقديم الأصل الشرعي على البراءة الأصلية:

يجب التمييز بين الأحكام العقلية في البراءة الأصلية، كأن نقول الأصل في الأشياء الإباحة، فهذا أصل عقلي، وبين أن نقول الأصل في الأموال والأعراض والدماء التحريم، فهذا دليل شرعي، وعليه فإن الشك في العقد، هو شك في سبب الإباحة، والشك في السبب مؤثر في تحريم أموال الغير، وإبقائها على أصلها في التحريم، لأن السبب أقوى الأحكام الوضعية تأثيراً في الأحكام، فهو أقوى أثراً من الشرط والمانع، لأنه يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، والشك فيه يعني وجوب استصحاب الحكم الشرعي بأن الأصل في أموال الغير التحريم، وليس البراءة الأصلية العقلية.

وسبب وجوب تقديم الأصل الشرعي على العقلي، أن البراءة الأصلية هي استصحاب حكم عقلي، وهذا من باب الاستدلال، الذي يمكن أن يكون دليلاً، أما الأصل الشرعي فهو ثابت بكثرة الأدلة من نصوص الشريعة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس على الأصول الشرعية، فالأصل الشرعي في الطعام الحل، وفي النساء وأموال الغير التحريم، مما يعني أن عموم مقالة الأصل في الأشياء الإباحة هي مقالة النفي الأصلي، والبراءة الأصلية في غير موضع الأصل الشرعي.

عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ خطب الناس يوم النحر ... فقال: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا»، فأعادها مراراً، ثم رفع رأسه فقال: " اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت - قال ابن عباس رضي الله عنهما: فوالذي نفسي بيده، إنها لوصيته إلى أمته، فليبلغ الشاهد الغائب)⁶، ونصوص الأصل التحريم في الدماء والأموال والأعراض كثيرة، فهي في قوة الأصول التي كثرت عليها أدلة الشريعة

حتى صارت أصولاً كلية، بخلاف استصحاب البراءة الأصلية، فهو قبل الشرع، ولا يكون أصلاً في الأموال وهي محل البحث هنا، لأن الأصل في الأموال التحريم.

ثالثاً: حكم التعليل بالعلل العامة:

نلاحظ في تبرير الأحكام الشرعية تعليل الأحكام بعِلل عامة، وهذا لا يفرق بين شروط التعليل بالحكمة التي هي المناسبة التي لا تنضبط كالمشقة في السفر، وبين العلة التي هي السفر، والمطر في الجمع، وغير ذلك من العلل الجزئية، فيذهب الباحث إلى الحكمة العامة مع وجود الدليل الأخص، وهي العلة الأخص، وهذا التقديم للعلل العامة على العلل الأخص، يؤدي إلى تناقضات فقهية ليست بغائبة عن واقعنا، بل إن كثيراً من الخلاف المنتشر ولا يكاد ينحسر، حاصل بسبب التعليل بالعلل العامة دون التعليل بالعلل الخاصة، وإنما العبرة بالنظر، فلا تعارض بين الأعم والأخص، لعدم التساوي الموجب للترجيح أو التوقف أو التساقط، بل يجب العمل بالأخص لأنه محكم في محله، ولا موجب للترجيح الأصولي الذي هو فرع التساوي، ولا تساوي بين الأخص والأعم، بل يمكن العمل بكل في محله وأفراده.

1-تناقض الأحكام في التعليل بالعلل العامة:

إن الفقه مستمد من الأدلة التفصيلية التي تُعين حكماً في مسألة جزئية، وكذلك العلة لا بد أن تدل على حكم تفصيلي، متعلق في مسألة بعينها، أما العلل العامة فلا تعتبر دليلاً شرعياً، جاء في الغيث الهامع في شروط العلة: (الثالث: أن تتعين، أي تكون وصفاً معيناً لا مبهماً، وخالف فيه بعضهم فذهب إلى جواز الإلحاق بمجرد الاشتراك في وصف عام أو مطلق، وإن لم تتعين العلة فيه، ورده الجمهور بأنه يلزمه منه مساواة العامي للمجتهد في إثبات الأحكام بأن يعلم مساواة ذلك الفرع لأصل من الأصول في وصف عام في الجملة)⁷.

قال الصفي الهندي: (وثانيهما: قال بعضهم: يجوز الإلحاق بمجرد الاشتراك في الوصف المطلق العام، وأطبق الجماهير على فساده من حيث إن ذلك يقتضي ثبوت أحكام متناقضة في الفرع الواحد؛ لأن ما من فرع يفرض إلا ويشبه أصولاً كثيرة متناقضة الأحكام في أوصاف عامة، فلو جاز إلحاق الفرع بالأصل بمجرد الاشتراك في الوصف العام لجاز إلحاق كل فرع بكل الأصول؛ إذ ليس إلحاقه ببعضها أولى من إلحاقه بالبعض الآخر، وحينئذ يلزم ثبوت الأحكام المتناقضة في كل واحد من الفروع، ولأن ذلك يفضي إلى التسوية بين المجتهد والعامي في إثبات الأحكام الشرعية في الوقائع الحادثة؛ لأن ما من عامي جاهل يفرض إلا ويعلم أن هذا الفرع يشبه أصلاً من الأصول في وصف عام فيثبت حكمه فيه لاشتراكهما في ذلك الوصف العام)⁸.

وما يفيد النص أن العلل العامة يشترك فيها المجتهد والمقلد العامي، فلا فضل فيها، فيمكن للعامي أن يعلل الأحكام بجلب المصالح وترك المفسد، وأن الله حرم الظلم وأمر بالعدل، والإسلام دين الوسطية ثم لكل مصلحته ومفسدته ووسطه الخاص، وغير ذلك من التعليقات التي تدخل التناقض على النظر، وتحويل الشريعة إلى رأي عام لاستواء العامي والمجتهد، والتناقضات الداخلية التي قد تؤدي إليها العلل العامة، فيمكن أن يدعي أحد بإلغاء القصاص لأن الإسلام يقوم على حفظ النفس، وإلغاء القوامة للرجل لأن الناس سواسية كأسنان المشط.

2- العلل العامة تلغي العلل الجزئية:

وتؤدي أيضا إلى إلغاء أحكام الشريعة التي بنيت على علة خاصة، كإباحة الفائدة المصرفية، لأنها خالية من الظلم لأنها بين الشركات الكبرى، مع أن الربا محرم بعلّة جزئية هي مطلق الزيادة في عقد القرض، وهذا النموذج يفسر حالة الانقلابات الحادة في إباحة ما حُرّم من المعاملات، بسبب الإحداث في التعليل بالعلل العامة، ثم هدم العلل الجزئية بتلك العلل العامة، وبما أنها جميعا من الشريعة، تشابه الأمر على الناس، واتسع الخرق على الراقع، وحقيقة الإشكال هي في تقديم الأعم على الأخص، والترجيح باعتبار المحل هو محز البحث.

ولو فرضنا الأخذ بعلّة النماء في التجارة وطرحنا علة التجرة التي هي أخص من النماء، لتناقضت الأحكام، فإذا خسر التاجر صاحب الألوفا المؤلفة لم تجب عليه الزكاة في التجارة لعدم حصول النماء، ومن عنده أرض قنية وتضاعف ثمنها وجب عليه الزكاة، مع أنها فعلا لا تجب في مال القنية، وانقلبت الأحكام عندئذ، فوجب الزكاة فيما لم يجب، ولم تجب فيما وجب، بسبب إلغاء العلل الجزئية القريبة، وإعمال العلل الكلية البعيدة، وهذا من التشابه داخل الشريعة، والخطورة في قوة التشابه، والجمع والفرق هما أساس الفقه، وإدراك الفرق هو جوهر الفقه.

3- اعتراض متوقع على عدم جواز التعليل بالعلل العامة:

جاء في كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «... فاعرف الأشباه والأمثال وقس الأمور»⁹، ويمكن للمحتج بالعلل العامة أن يحتج بأثر عمر رضي الله عنه، فيقول: إنه يكفي أن يكون الشيء نظيرا وشبهيا في وصف واحد، وبناء عليه يجوز التعليل بالعلّة العامة كالغرر والربا، ولا يلزم من ذلك تقصي خصوصية العقد والعلل الجزئية الخاصة.

ويجب الصفي الهندي عن ذلك بقوله: (وجوابه: منع تحقق المشابهة والنظارة بمجرد الاشتراك في الأوصاف العامة؛ وهذا لأن الضدين والنقيضين قد يشتركان في الأوصاف العامة نحو المذكورية والمعلومية والمخبرية مع أنه لا يعد أحدهما شبيهاً ونظيراً للآخر بل لابد من الاشتراك بوصف خاص سلمناه، لكنه عام وتخصيص العموم بالإجماع جائز إجماعاً، وقد أجمع السلف على أنه لابد في الإلحاق من الاشتراك بوصف خاص، بدليل أنهم كانوا يتوقفون في حكم المسألة الحادث، وما كانوا يلحقونها بأن أصل اتفق بعد عجزهم عن إلحاقها بما يشاركها في وصف خاص، ولو كان الإلحاق جائزاً بمطلق الوصف لما كان للتوقف إذ ذاك معنى)¹⁰.

رابعاً: الأصل في الشروط الإباحة:

وهذا الأصل يلحق بالأصل في الأشياء الإباحة، وفرع عنها، وله وجه في حكم التعليل بالعلل العامة، لأنه يقال هذا شرط جائز لم يرد من الشرع نص بمنعه، ولكن هذا الأصل له خصوصية جديرة بأن يفرد في الدراسة، نظر الدعوى أن الأصل في الشروط الإباحة.

1- الأصل في الشروط:

لا يمكن فصل مسألة الأصل في الشروط عن مقتضى العقد باعتبار نوع العقد من بيع وإجارة وشركة إلخ، أو النبي عن الشرط المعين كاجتماع القرض والبيع، أو الشروط التي تؤدي إلى الجهالة والتنازع، فإن رَفَعَ العرف عنها الجهالة والتنازع جازت، حيث كان المرء في ذلك هو العرف، وليس النص الشرعي، وعليه يجب أن يراعى العرف المتغير الذي يرفع الجهالة عن محل الحكم، وبين الحكم الفقهي الثابت بالشرع الذي لا يغيره العرف، كما أنه أُجمع على جواز الشروط المؤكدة للعقد كالكفالة والرهن بالحق في العقد، وبناء عليه، فإن إطلاق القول بأن الأصل في الشروط المنع أو الجواز دون هذه القيود لا يصح، ولا يمكن مع الإطلاق بالمنع أو الجواز تعليل الأحكام الفقهية وتوجيهها بحسب اجتهادات الفقهاء.

2- تحقيق المناط النوعي في مقتضى العقد:

لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز الشروط المخالفة لمقتضى العقد، ولكن الخلاف هو في تحقيق المناط النوعي لمقتضى العقد، فالحنفية مثلاً يعتبرون استثناء المنفعة في البيع مخالفاً لمقتضى العقد، بينما لا يرى المالكية ذلك، مع أن الجميع متفق على تعيين مناط مقتضى العقد أصلاً لا تجوز مخالفته بالشروط، وإنما الاختلاف في تحقيق مناطه النوعي¹¹، ولا يجوز الزعم بأن أحد المذهبين لا يشترط اعتبار مقتضى العقد في الشروط، وإن الملاحظ أن أكثر ما يؤدي إلى

تعدد اجتهاد الفقهاء في هذه المسألة هو اختلافهم في تحقيق مناط مقتضى العقد، لا اختلافهم في اعتبار مقتضى العقد.

3- النصوص الشرعية فيما ورد في الشروط:

ما جاء في الكتاب العزيز من نصوص الكتاب ومن السنة في عموم الوفاء بالعقد والوعد هو أعم من النصوص الآتي بيانها، والأخص مقدم على الأعم، فالاستدلال بعموم النصوص الواردة لا يصح مع ورود النص الخاص، لأن الخاص قطعي في محله، وفيما يأتي عرض النصوص في الشروط المنهي عنها والمأذون فيها، مما يعني أن الأصل الشرعي ثابت منعا وإباحة، وليس للإباحة العقلية هنا أي وجود، لوجود الأصول الشرعية النقلية المخصصة لعمومات الشريعة في الوفاء بالعقد والوعد، وفيما يأتي بيان ذلك:

4- الأصل في الشروط الجواز:

عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين» زاد أحمد، «إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا» وزاد سليمان بن داود، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم»¹²، وفيما يأتي نصوص الحنفية في مدى اعتبار الشروط في العقد.

قال في البدائع: ((وأما) المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا، لا تفارقها إلا في قدر القيد والأصل فيه أن القيد إن كان مفيدا يثبت؛ لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن، وإذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر؛ لقول النبي ﷺ «المسلمون عند شروطهم» فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقا فيما وراءه على الأصل المعهود في المطلق إذا قيد ببعض المذكور، إنه يبقى مطلقا فيما وراءه، كالعام إذا خص منه بعضه، إنه يبقى عاما فيما وراءه، وإن لم يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا؛ لأن ما لا فائدة فيه يلغو ويلحق بالعدم)¹³.

وقال في التنبيه على مشكلات الهداية: (وقد أُورِدَ عليهم قوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أو أحل حراما أو حرم حلالا" وهذه الشروط تحرم حلالا وهو التزويج عليها، والتسري، والمسافرة بها، وبغيرها، فكانت مردودة، وأجابوا أنا لم نحرّم الحلال وإنما أثبتنا لهم به فسخ نكاحها عند فوت الشرط كما اعتبرتموه أنتم في تكميل مهر المثل عند فوته)¹⁴، وهذا كله يؤكد عدم صحة إطلاق مقولة: الأصل في الشروط المنع ونسبة ذلك للحنفية، دون القيود

المذكورة في تعيين محل البحث، ومحدد مقتضى العقد بالذات، فهو قطب الرحى في فهم الشروط جوازاً ومنعاً، والنصوص جارية مجرى الأصول والفقه جارٍ في تعيين المناط.

5- الأصل في الشروط المنع:

1- ما أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن أم المؤمنين عائشة زوج النبي: أنها قالت: جاءت بريرة فقالت: إني كاتبته أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية. فأعينيني فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم، عددها ويكون لي ولاؤك، فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها. فقالت لهم ذلك. فأبوا عليها. فجاءت من عند أهلها ورسول الله ﷺ جالس. فقالت لعائشة: إني قد عرضت عليهم ذلك فأبوا علي. إلا أن يكون الولاء لهم. فسمع ذلك رسول الله ﷺ فسألهما، فأخبرته عائشة، فقال رسول الله ﷺ: «خذيهما واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس. فحمد الله وأثنى عليه. ثم قال: «أما بعد، فما بال رجال يشترون شروطاً ليست في كتاب الله؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل. وإن كان مائة شرط. قضاء الله أحق. وشرط الله أوثق. وإنما الولاء لمن أعتق»¹⁵.

2- (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك)¹⁶، وقد فسره محمد بن الحسن فقال: (أما السلف والبيع فالرجل يقول للرجل أبيعك عبدي هذا بكذا أو كذا على أن تقرضني كذا وكذا، وأما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بألف حالا ومؤجلاً بالفين، وأما ربح ما لم يضمن فالرجل يشتري الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح)¹⁷.

6- إن كان الأصل في الشروط مقتضى العقد فما فائدة النصوص:

فائدة النصوص هي وجود أصليين شرعيين أحدهما ينفي والآخر يثبت وهذا يدل على أن الشروط مهما كانت، فهي راجعة إلى أحد هذين الأصليين في النفي والإثبات والأمر والنهي، من حيث الأصول النقلية التي تعتضد بأصول أخرى كمقتضى العقد، وهذا يعني بطلان الإطلاق في الشروط، فلا تكون ممنوعة أو جائزة، وهذا الإطلاق في اعتبار مقتضى لا يصلح حجة في الأحكام دون الالتفات لغيره كالنص، فالحنفية رجحوا أصل مقتضى العقد بمنع استثناء المنفعة من المبيع، وجاء النص بإباحة الاستثناء في حديث جابر رضي الله عنه.

وقد أخرجه البخاري عن جابر رضي الله عنه: (أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فمر النبي ﷺ، فضربه فدعا له، فسار بسير ليس يسير مثله، ثم قال: بعنيه بوقية، قلت: لا، ثم قال: بعنيه بوقية، فبعته، فاستثنيت حُمْلانَه إلى أهلي، فلما قدمنا أتيتَه بالجمل ونقدي ثمنه، ثم انصرف، فأرسل على إثري، قال: ما كنت لأخذ جملك، فخذ جملك ذلك، فهو مالك)¹⁸.

وإن مقتضى البحث هو الاطلاع على الأصول الكلية والنظر في النصوص الجزئية، ليكون الترجيح بين الأصول، ولا يصح الترجيح مع الغفلة عن بعض الأصول وإعمال بعض، ولا يقضى على فروع مذهب بأصول مذهب آخر، بل تفهم فروع المذهب ضمن نظرية المذهب المتكاملة في اعتبار الأصول مع جزئياتها، وقواعد الترجيح عند اللجوء إليها، فقد تأول الحنفية حديث جابر السابق، الذي عمل به المالكية، ولا يكون ذلك ردا من الحنفية- حاشاهم- للحديث النبوي.

جاء في المعتصر: (وفي الثاني مهما ابتاعه منه بلا شرط وإن النبي ﷺ قال له بعد البيع: تبلغ عليه إلى المدينة تفضلا منه عليه وليس رواتهما بدون رواية الحديث الأول في المقدار في العلم ولا في الضبط وإذا تكافأت الروايات في ذلك ارتفعت ولم يكن بعضها أولى من بعض وسقط في هذا الحديث الاحتجاج بجواز البيع بالشرط ووافق ما حكينا عن عمرو ابن مسعود وابن عمرو زينب امرأة ابن مسعود في النهي عن البيع بالشرط فيه ما ليس منه وقد وافق ذلك ما روي عن رسول الله ﷺ من النهي عن بيع وسلف وعن شرطين فيبيعة¹⁹ فدل ذلك على أن هذه الأشياء التي ليست من البياعات إذا كانت فيها أفسدتها²⁰.

هذا تأويل من الحنفية بإعمال حديث جابر بأنه كان تفضلا من النبي صلى الله عليه وسلم وليس شرطا في استثناء المنفعة، وقدموا استدلالا بأصول كثرت عليها الأدلة، وكأنهم مع المالكية فرسي رهان يتنافسان على بلوغ مراد الشارع، والشارع رضي عنهم بأجرين للمصيب وأجر للمخطئ، أما الغفلة عن حصر أصول الأدلة، وقواعد الترجيح بينها كما رأينا، وأما الذهاب إلى الثقافة العامة في العلل العامة التي يستوي فيها العامي والمجتهد، فهذا لا يصح في أصول الاجتهاد، وأقدم هذا النموذج من اختلاف الحنفية والمالكية في استثناء المنفعة، لإظهار تكامل النظرية المذهبية في العلل والأدلة، التي تقدم فقها مستقرا أما الغناء فيذهب جفاء، أما ما ينفع الناس فيمكن في الأرض.

خامسا: الرؤية المقاصدية العامة بمراعاة المصالح ودرء المفاسد:

إن الشريعة مشتملة على المقاصد، وهذه المقاصد لها نظامها في الكليات والجزئيات، ولا يجوز للمفتي أن يبتغي بينهما سبيلا، فلا بد من إعمالهما معا، فلم تكن المقاصد كليات إلا بما اشتملت عليه من جزئيات مبنية على أصول الاجتهاد في أصول الفقه، وإن تبني فكرة المصلحة بعيدا عن أصول الاجتهاد يؤدي إلى اشتباه المصلحة الشرعية بالمنفعة الدنيوية، وتصبح هذه العمومات

مصدرا للأحكام، ويستغنى عن الفقه الفروي التفصيلي وأصول الفقه، بالإضافة إلى السقوط في شَرَك المنفعة العرفية القائمة على التقدير الذوقي الخاص.

1- المقاصد الكلية ثابتة بالفروع الجزئية:

مقاصد الشريعة لها مسالكها التي تؤدي إليها، وأبرز تلك المسالك، هو استقراء جزئيات الشريعة الثابتة بالاجتهاد الفقهي، فما أذن فيها هو المصلحة، وما حرّمه الشارع فهو مفسدة، ولولا استقراء الجزئيات الثابتة بالاجتهاد الفقهي على منهجية أصول الفقه لما عُرِفَت المقاصد، بل إن نظام الفروع الشرعية هو الذي لَوَّح بتلك المقاصد، وإن زعم الذهاب مع المقاصد دون جزئياتها، يعني أن المقاصد لم تُعَدِّ كليات، لأن الكلي لا يكون كلياً إلا بجزئياته، فهَدُمَ الجزئيات الفقهية بأدلتها التفصيلية، يعني بالضرورة زوال كليات الشريعة في مقاصدها، وهذا تناقض تأباه الشريعة.

2- التمييز بين المصلحة الشرعية والمنفعة العادية:

بعد بيان الأدلة النقلية في الشروط، لا يصح القول إن الشرط الجديد مسكوت عنه، ويرجع إلى البراءة الأصلية، فهو إما متروك شرعاً وإما فيه بيان لله تعالى، والرجوع إلى الأصل في البراءة الأصلية هي عقلية، واستصحاب العقل قبل ورود الشرع، وهو تفسير طبعي، ويمكن أن يحصل بانقطاع العلم بعد انعدام نقلة المذاهب، لا أن المذاهب الفقهية والأصولية ليس فيها أصل شرعي، فالذهاب إلى الأصول العامة، وترك الفروع الجزئية، هي مرحلة من مراحل انقطاع العلم جزئياً، وليست حالة أصلية، فهي كحالة أكل الميتة، ولا بد من النظر بحسب الإمكان حتى لا يخلو العباد من التكاليف.

يقول الإمام الجويني: (ثم لسنّا نضمن مع ما قربناه اشتغال الحفظ على قضايا جميع ما يتوقع وقوعه من الوقائع. فإن فرضت واقعة لا يحويها نصوص، ولا تضبطها حدود روابط، وجوامع ضوابط. ولم تكن في معنى ما انطوت النصوص عليه. فالقول فيها يلتحق بالكلام فيما إذا خلا الزمان عن نقلة المذاهب، وسيأتي ذلك في المرتبة الثالثة على الترتيب، وهي المقصودة من الركن الثالث، وما عداها كالمقدمات والتسبيب)^{xxi}.

قال الشيخ السهوري: (مذهب القانون الطبيعي عند المعتزلة من المسلمين: (ومما هو جدير بالذكر أن الإسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعي وزاد عليها أنه ميز بين القانون الطبيعي

والدين وجعل العقل لا الوحي هو الكاشف لهذا القانون، وهو مذهب المعتزلة المعروف، فعندهم أن الحسن والقبح (أي المأمور به والمنهي عنه أي القانون) يدركهما العقل، والشرع جاء كاشفا عما أدركه العقل قبل وروده، فالمعتزلة إذن تقول بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين^{xxii}. وقد عبر الشيخ السهوري عن المبادئ العامة في القانون الطبيعي بأنها صحيحة، ولكنه إذا نزل إلى الواقع اختلفت من جيل إلى جيل ويختلف باختلاف الأمم، والقانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة غير عملي لأن مبادئه الأساسية ثابتة لا تتغير، أما تفصيلاته فهي غير متغيرة، قال السهوري: (عيب القانون مذهب القانون الطبيعي هو أنه لا يعطينا قانونا طبيعيا يجمع بين أن يكون صحيحا وعمليا، فالقانون الطبيعي الثابت قنون عملي غير صحيح، والقانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة قانون صحيح غير عملي، وذلك أن القانون الطبيعي الثابت ينزل إلى تفاصيل الحياة وينحدر إلى تفرعاتها فهو عملي من هذه الوجهة، ولكنه غير صحيح لأن القانون ينزل إلى كل هذه التفصيلات، يتغير بتغير الأمة والجيل، فليس صحيحا أن يقال بأنه قانون ثابت، والقانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة إذا كان صحيحا لأن مبادئه الأساسية لا تتغير، فهو غير عملي لأن هذه المبادئ الأساسية لا تصلح للتطبيق العملي المباشر على تفصيلات الحياة، أما ما يصلح منه للتطبيق العملي فتفصيلاته متغيرة ومن ذلك نلمس ضعف القانون الطبيعي فهو إن كان صحيحا يكون غير عملي، وإذا كان عمليا يكون غير صحيح^{xxiii}).

3- مناقشة العقد شرعية المتعاقدين في ضوء هذا الأصل:

بناء على أن الأصل في الأموال التحريم، وهو أصل كلي شرعي تضافرت عليه النصوص، فإن اللجوء إلى الإباحة العقلية بأن الأصل في الأشياء الإباحة قلب للأصول الكلية في الشريعة وإقصاء لها، ورجوع إلى الحكم العقلي قبل ورود الشريعة بما يخالف ما جاءت به الشريعة، فلا يصح استصحاب البراءة الأصلية في مسائل شرعية ثبت حكمها بالشرع، ويمكن طرح سؤال هنا هو هل الأصل في الشروط الإباحة أم المنع؟

4- تعيين البحث ضمن المذاهب أم الأصول العامة:

فإذا وقعت واقعة فلا يخلو إما أن يصادف النقلة فيها جوابا من الأئمة الماضين، وإما أن لا يجدوا فيها بعينها جوابا فإن وجدوا فيها مذهب الأئمة منصوبا عليه، نقلوه واتبعه المستفتون^{xxiv}، ثم يذكر الحالة الثانية: (وإن وقعت واقعة لم يصادف النقلة فيها مذهبا منصوبا عليه للإمام المقدم، وقد عري الزمان عن المجتهدين، فهذا مقام يتعين صرف الاهتمام

إلى الوقوف على المغزى منه والمرام، وهو سر الكلام في هذه المرتبة. فأقول: قد تقدم أن نقل الفقه يستدعي كيسا وفطنة وحظوة بالغة في الفقه.

ثم الفقيه الناقل يفرض على وجهين: أحدهما - أن يكون في الفقه على مبلغ يتأتى منه بسببه نقل المذاهب في الجليات والخفايا تصويرا، وتحريرا، وتقريرا، ولا يكون في فن الفقه بحيث يستد له قياس غير المنصوص عليه على المنصوص. فإن كان كذلك، اعتمد فيما نقل، وإن وقعت واقعات لا نصوص لصاحب المذهب في أعيانها، فما تعرى عن النص ينقسم قسمين: أحدهما: أن يكون في معنى المنصوص عليه، ولا يحتاج في درك ذلك إلى فضل نظر، وسر عبر، وإنعام فكر، فلا يتصور أن يخلو عن الإحاطة بمدارك هذه المسالك من يستقل بنقل الفقه، فليالحق في هذا القسم غير المنصوص عليه بالمنصوص عليه.^{xxv}

سادسا: أصل النهي للغرر:

1- الغرر لغة:

(غرر: غره يغره غرا وغرورا وغرة؛ الأخيرة عن اللحياني، فهو مغرور وغرير: خدعه وأطعمه بالباطل)^{xxvi}، (التغرة مصدر غررته إذا ألقيته في الغرر وهو من التغرير كالتعلة من التعليل)^{xxvii}، ويقال: (غره غَرًا وغرورا وغرة، بالكسر، فهو مغرور وغرير، كأمر: خدعه، وأطعمه بالباطل ... وأنا غَرِيرٌ منه، أي: أَحَدَرَكُهُ، وغرر بنفسه تغريرا وتَغَرَةً، كتَجَلَّة: عرضها للهلكة، والاسم: الغَرَر، محركة)^{xxviii}، وبناء عليه فإن الفقيه غرير من الغرر، أي يحذر منه.

2- الغرر اصطلاحا:

وللغرر تعريفات عدة، ذكرها الفقهاء، أنقل منها ما يحصل به تصور الغرر المراد بحثه، قال في العناية: (ولأن فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه. قال المغرب في الحديث: نهى عن بيع الغرر: وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء)^{xxix}، وقال في موضع آخر (والغرر: ما طوي عنك علمه وقد تقدم)^{xxx}، وفي حاشية البجيرمي: ((لانتفاء الغرر) وهو ما انطوت عنا عاقبته أو تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما، أي شأنه ذلك كالسمك في البحر والطير في الهواء)^{xxxi}.

وقال الخرشي: ((قوله: وكبيع الغرر) الإضافة لأدنى ملابسة أي: البيع الملابس للغرر لا أن الغرر مبيع والغرر هو التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثاني على غيره^{xxxii}، وهل الغرر هو نفسه الخطر قال: ((وكل عقد بيع) وهو ما كان لتمليك الرقبة (أو) ب (إجارة) بكسر الهمزة مع الهمزة مع المد وعدمه وهي العقد على منافع الحيوان العاقل (أو) ب (كراء) بالمد وهو العقد على منفعة ما لا يعقل من حيوان أو غيره (بخطر أو غرر) أي وكان فيه خطر أو غرورهما لفظان مترادفان بمعنى واحد، وهو ما جهلت عينه وقيل: ما تردد بين السلامة، والعطب (في ثمن أو مثمون أو أجل فلا يجوز) مثاله في الثمن أن يشتري منه سلعة ببيعه الشارد، ومثاله في المثمون أن يشتري منه عبده الأبق بعشرة دراهم ومثاله في الأجل أن يشتري منه سلعة إلى قدوم زيد ولا يدري متى يقدم وقوله: (ولا يجوز بيع الغرر ولا بيع شيء مجهول ولا إلى أجل مجهول) مكرر؛ لأنه بعض ما قبله^{xxxiii}).

سادساً: أصل النهي عن الربا:

أصل النهي في الربا قسمان: الفضل والنساء^{xxxiv}، وأصول النساء هي: فسخ الدين في الدين، وضع وتعجل، وبيع الكالئ بالكالئ، وبيع الدين بالدين، وبيع الطعام بالطعام إلى أجل^{xxxv}، أما ربا الفضل، فهو إما فضلٌ محقق كبيع الربويات من جنسها مع زيادة، وإما فضلٌ موهوم: كبيع وسلف، ونقد بنقد مع سلعة، أو بيع وصرف، وتوهم الربا كتحققه، ورخص بالاستثناء من الربا تحت قاعدة المعروف: العرية، والقرض الحسن، والعلة العامة في الربا أنه إذا دار الفضل من جانب المدين أو المقرض، أو دار الفضل من الجانبين الدائن والمدين، والمقرض والمقرض، فهو الربا الممنوع، وحيث دار الفضل من جانب واحد هو الدائن، أو المقرض فهو معروف جائز.

سابعاً: تعدد مناهات التحريم غير الربا والغرر:

مناهات التحريم في العقود لا تقتصر على الغرر والربا، فأكل أموال الناس بالباطل أعم منهما، فمن مناهات التحريم غير الغير والربا: الضمان بجعل، وحط الضمان وأزيدك في دين البيع، وثمن الوجه، والتدليس، والغش، وكتمان العيب، والنجش، والبيع على بيع أخيه، والبيع وقت النداء لمزاحمة ما هو أوجب وهو خطبة الجمعة، هذا في حالات الاختيار، أما في حالات الاضطرار فالأمر له ميزانه وقاعدته، من حيث إن الضرورة تقدر بقدرها، ولا يجوز أن تلغي الضرورة

الأصل، والرخصة أن تلغي العزيمة، والاستثناء أن يبطل المستثنى منه، بإخراجه كله حتى لا يبقى منه شيء.

المطلب الثاني

النظر للعقود من حيث تقدير العناصر المركبة فيها

إن النظر في العقود يحتاج إلى تحليلها إلى عناصر أولية في الذهن، في الخارجي فإن شيء واحد، والذهن هو القادر على تقدير ما ليس مذكورا ولا مشاهدا في الحس، حتى يستقيم العقد صحيحا في مجال التأصيل، ولولا هذا التقدير لم يصح التأصيل للوجود العيني في الخارج، في كونها يحمل على وجهين في الصحة وعدمها، فيغلب جانب الصحة أو الفساد.

أولا: شركة الجبر استحقاق وليست على أصل الشركة:

1- حقيقة شركة الجبر:

الشركة عند المالكية هي ارتباط عقدي، وعرفها خليل بقوله: (الشركة: إذن في التصرف لهما مع أنفسهما وإنما تصح من أهل التوكيل والتوكل ولزمت بما يدل عرفا)

³⁶، أما شركة الجبر فقد عرفها في الفواكه: (لم يتعرض المصنف لشركة الجبر ولم أر من حدها، ويمكن رسمها بأنها استحقاق شخص الدخول مع مشتر سلعة لنفسه من سوقها المعد لها على وجه مخصوص)³⁷، وذكرها خليل بقوله: (وأجبر عليها إن اشترى شيئا بسوقه لا لكسفر وقنية وغيره حاضر لم يتكلم من تجاره وهل وفي الزقاق لا كبيتته؟ قولان)³⁸.

وقد بين الوجه المخصوص، وهي الشروط التي تصح بها شركة الجبر بقوله: (والوجه المخصوص كون الشراة للتجارة في البلد لا إن اشتراها للسفر بها ولو للتجارة أو للقنية أو من غير سوقها، وأن يكون مريد الدخول من تجار تلك السلعة، وأن يكون حاضرا لشرائها وساكنا لم يتكلم، وسواء كان من أهل ذلك السوق أم لا، فإذا وجدت تلك الشروط في الحاضر قضي له بالدخول قهرا على المشتري، كما أن المشتري لو طلب المشاركة من الحاضر لخسارة مثلا وأبى الحاضر لقضي عليه بالدخول مع المشتري)³⁹.

ويلاحظ أن شركة الجبر هي حالة اختيار وليس اضطرار، وقد تفرض شراكة إجبارية بالطعام خاصة دون شروط شركة الجبر، بشرط أن يكون في الشراء إضرار بالجميع حاصل وقت الشراء، دفعا لضرر عام في الانفراد بشراء الطعام خاصة، ويشارك الناس معه في الثمن الذي اشتراه.

قال: ((قوله والطعام إذا احتيج إليه إلخ) حاصل ما في المسألة أنه إذا اشترى طعاما من سوق بلده وأضر ذلك بالناس في وقت الشراء فإنه يمنع من ذلك، ولكن يشترك فيه الناس بالثمن الذي اشتراه به سواء كان أهل سوقه أو غيرهم، ولا يشترط وجود شروط شركة الجبر الآتية فإن لم يعلم ثمنه فسعر يومه أي يوم البيع في وقت الضرر، وأما إن كان وقت الشراء لا ضرر في الشراء ثم اضطر له بعد ذلك فإنه يجبر على بيعه وقت الضرورة بسعر وقته)⁴⁰.

وكذلك يحصل الجبر بإخراج الطعام في أحوال الضرورة ولو كان الطعام جلب من خارج السوق أو تخزين ثمار المزروعات قبل التجزئ فيها، فهذه أحوال اضطرارية قال: (ظاهر العتبية وقول ابن رشد إذا وقعت الشدة أمر أهل الطعام بإخراجه مطلقا كان من زراعة أو جلب)⁴¹، وهذا الجبر على الشركة في الطعام، ووجوب إخراجه لعرضه للبيع خاص بالطعام، وليس من باب شركة الجبر.

2- الكأنية في المزايدة فيها السكوت كأنة لفظ:

إذا سأل أحد المزايدين على السلعة جميع المزايدين ليكفوا عن المزايدة ليأخذ السلعة برخص⁴²، وبعد الاطلاع خير البائع بين الرد أو الإمضاء، فاختر الإمضاء، فإن الجميع شركاء بتواطئهم على ترك الزيادة، وتلزمهم الشركة، ولا يشترط لذلك شروط شركة الجبر، فلا يشترط أنه أرادها للتجارة أم لا، في سوق السلعة أم لا.

قال الخريشي مفرقا بين هذه المسألة ومسألة شركة الجبر: (وليست كمسألة شركة الجبر المشترط فيها أن يكون الاشتراء بالسوق لا بالبيت وغيره حاضر ساكت لم يتكلم من تجاره إلخ ولعل الفرق استواء الجميع هنا في الظلم إذ السائل ظالم بسؤاله لغيره وغيره ظالم بإجابته بخلاف مسألة شركة الجبر وكلام تت ظاهر في أن الاشتراك إنما هو في حالة قيام السلعة وإجازة البيع وأما، إن فانت ولزم المشتري الأكثر من الثمن، أو القيمة فإنه لا اشتراك بينه وبينهم ويختص بها المشتري)⁴³.

ثانيا: الوعد الملزم في الإجارة المنتهية بالتمليك أو التعويض عليه:

نص المالكية على لزوم الوعد إذا أدخل الواعد الموعد في كلفة، يقول القرافي (نقول وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به، وبعضها عدم الوفاء به أنه إن أدخله في

سبب يلزم بوعده لزم كما قال مالك وابن القاسم وسحنون أو وعده مقرونا بذكر السبب كما قاله أصبغ لتأكد العزم على الدفع حينئذ ويحمل عدم اللزوم على خلاف ذلك⁴⁴، ولما كان الوعد ملزماً، فالقاعدة أن ما لا يجوز إنشاؤه لا يجوز الوعد به، فإنشاء البيع لا يجوز الوعد به إذا كان البيع لا يصح ابتداءً.

1- توضيح قرار المجمع الفقهي والمعايير الشرعية بخصوص الإجارة المنتهية بالتملك:

بين المجمع الفقهي⁴⁵ شروط جواز الإجارة المنتهية بالتملك بما يأتي:

- 1- وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.
- 2- أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.
- ج- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من تلف غير ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فانت المنفعة.
- د- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.
- هـ- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

و- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية، على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

وبالنظر إلى البند الأول نجد أن الوعد الملزم يصح بعد انتهاء الإجارة الفعلية، بينما سكت القرار عن التعويض على نكول الواعد بالإجارة، وأما في معيار الأيوبي الشرعي فنص على الوعد ولكنه رتب عليه تعويضاً بقدر الضرر⁴⁶، هذا على فرض صحة الوعد الملزم ونسبته للمالكية وهي نسبة لم يصح، ومع ذلك رتبت المعايير تعويضاً مالياً بقدر الضرر على المستأجر، ويقتطع هذا التعويض من المبلغ المدفوع مسبقاً ضماناً لجدية العمل.

مما يعني أن المعايير جمعت بين قول بالوعد الملزم أجازته المجمع، وبين التعويض على الضرر، ولم تبين المعايير أن هذا الضرر هو تكاليف الإجراءات أم هو تعويض على الكسب الفائت، ولكنها سمتة ضرراً، والشريعة تعرف التعويض على الضرر الواقع وليس المتوقع، وأن ارتكاب الضرر في الشريعة يكون التعويض فيه بموجب الضرر فعلاً، ولا يحتاج إلى ارتباط عقدي، وفوض العمل البنك بالاقتطاع من الدفعة المقدمة، والبنك يقدر الضرر ويقتطع بحسب ما يراه، فالبنك هو

الحكم والخصم وتحوط لنفسه مع وجود عميل لا تتيسر له الحماية الفقهية في مواجهة مؤسسة البنك، والقانون يجري بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه قد يكون أكثر عدالة في اعتباره العقد إذعان، وأن على القاضي أن يعدل التزامات بحسب الضرر الفعلي ووفق تعويض معقول.

2- النهج العام للمصارف تحت تأثير الواقع والذرائع:

إن التأمل في صيغة العقد بين العميل والبنك يجد دائما انزياحا واضحا للمكاسب باتجاه البنك، حيث يحصد مكاسب البيع والإجارة والتأمين، ثم تحويل مخاطر البيع والإجارة والتأمين على العميل، فتجد أن المعايير تأخذ من قرارات المجمع وتعرض عن بعضها، والبنوك تأخذ ببعض المعايير الشرعية وتعرض عن بعض، في حالة تلفيقية انتقائية، مع وجود حلول شرعية يمكن أن تكون عادلة في مواجهة الإجارة المنتهية بالتملك، التي تعلق الملكية على شرط السداد هذا قانون مدني غربي ومناف تماما للتعاقد الشرعي، الذي يعتبر البيع ناقلا للملكية بالعقد، لأن العقد سبب والنقل مسبب عن العقد ولا يتأخر العقد عن مسببه، على نحو تنحاز فيه الفتوى والقانون باتجاه البنك على حساب المجتمع.

3- البديل المشروع بيع العين واستثناء المنفعة:

بدلا من الإجارة المنتهية بالتملك وتلك الطرق الطويلة والملتوية التي تصل إلى الغاية القريبة- وهو شأن الحيل- بكلفة زائدة، يمكن للمصرف أن يبيع العين ويملكها العميل مع كافة الضمانات، وأن يستثني البنك المنفعة له عشرين سنة أو ثلاثين بحسب ما يراه، وللبنك التأجير بواسطة وحدات متخصصة له، ويمكن أن يكون المستأجر غالبا هو مالك العين المستثناة منفعتها التي ملكها البنك، ولكن النموذج الكلي للبنوك يعارض هذه الصيغة، لأن النموذج المصرفي الإسلامي لم يخرج عن كلي الصيرفة التقليدية في القيام بدور الوساطة والعمل المكتبي الخالي من مخاطر عمل التأجير والدخول في دورة حقيقية في العمل، ناهيك عن مخاطر التضخم وتقلبات سعر الفائدة، والتباطؤ القضائي في استرداد العين المباعة والمرهونة، مما يفقد المصارف الإسلامية القدرة على منافسة البنوك الربوية.

لذلك تلجأ المصارف الإسلامية إلى ربط الإجارة بسعر الفائدة الربوي في المصرف المركزي المترتب بسعر الأب المؤسس وهو الليبور: معدل سعر الإقراض في لندن، وتسمية الأجرة بأنها أجرة متغيرة بدلا من مجهولة، مع أن تغيير الاسم يفضحه سعر الفائدة الربوي في المصرف

المركزي، وعندئذ يصبح عقد الإجارة المنتهية بالتمليك خليطاً من أنصاف العقود، بيع على إجارة على وعد ملزم على هبة بشرط السداد، وأجرة متغيرة، مع تناف مع الأحكام الوضعية في تعطيل آثار البيع إلى حين سداد الأقساط التي تظهر مرة على أنها بيع ومرة على أنها أجرة، وكأنها متحورات المنفعة العادية لا المصلحة الشرعية لا وجه لها ولا يد ولا لسان، وليس لها إلا تبرير الواقع لمصلحة البنوك على حساب المجتمع.

ثالثاً: هل المنفعة اليسيرة في النقد الرقبي كالمنفعة في النجس:

1- بيان الكأنية بين المنفعة اليسيرة في النجس والنقد الرقبي:

لم تكتمل الصفة النقدية في النقد الرقبي، ومن هنا حرم تداوله بوصفه نقداً، فهل يعفى من الزكاة قياساً على العين النجسة فلا قيمة لها، أم أن البيتكوين فيه الزكاة؛ لأنه أقرب للنقدية من العين النجسة، ومنع تداوله لأنه لم تكتمل له الصفة القانونية والشرعية في النقد، ومنع بيعه لأنه أكل أموال الناس بالباطل، فما فيه من منفعة التداول لا تقاس شرعاً على النجاسات غير المنتفع به شرعاً، فالأصل الذي هو اشتراط المنتفع به شرعاً يتناول بالمنع النجس والنقد الرقبي، بعلّة واحدة هي أكل أموال الناس بالباطل، وعليه لسنا بحاجة لقياس البيتكوين في الكأنية على النجس، لأن كليهما من أفراد الكلي ويتناولهما الأصل بنفسه، دون ملجئ القياس للبيتكوين على النجس.

ولكن يظهر وجوب زكاة النقد الرقبي بالرغم من عدم جواز بيعه وتداوله على النحو الحاصل في شرط النقدية في زكاة عينه، فيقال إن لم يكن النقد الرقبي نقداً فلا زكاة فيه، مع أن فيه حقيقة انتفاع على وجه لا يرقى إلى مستوى الحماية في العملات المحمية بالقانون من حيث إن لها قوة إبراء مطلقة، وفي نفس الوقت مع هذا التبادل العالمي للنقد الرقبي على وجه النقود، لا يمكن قياسها على الفلوس، وقد تجاوزت قيمتها أضعافاً مضاعفة من النقود الورقية.

2- وجوب الزكاة للنقد الرقبي مع منع التداول وعدم الانتفاع:

إن أقرب قياس مسائل على المسائل في النقد الرقبي، هي قياس النقد الرقبي على النقيدين المحرمين كخاتم الرجل الذهبي، وأنية النقيدين للمرأة كإبريق من ذهب أو فضة، فهما يحرم بيعهما على حالهما إلا ليكسرا، لحرمة الانتفاع بهما، ومع ذلك وجبت زكاتهما مع تحريم بيعهما، لصفة النقدية فيهما مع أنهما حلي حرام، والقياس لا يلزم منه المطابقة من كل وجه، إنما هو من جهة العلة التي هي المماثلة في صفة النقدية بين النقيدين المحرمين والنقد الرقبي.

3- اعتراض وجيه:

قد يُعترض على ما سبق بأن من شروط العلة في الفرع أن تكون تامة ولا يجوز أن تكون أدون منها في الأصل، وإن النقود الرقمية هي أدون من النقود الورقية، فليس تبادل النقود الرقمية كتبادل العملات الورقية، وعندئذ لا يصح قياسك النقود الرقمية على الورقية والنقدين، لعدم تمام العلة في الفرع!

والجواب: إن الفرق هو في نطاق التبادل وليس في وصف النقدية القاصرة، فإن دولا اعتبرت النقود الرقمية وأذنت لها بالتداول في السوق المالي، ويمكن الشراء بها عبر الحواسيب في الفضاء الرقمي أكثر من النقد الورقي، فكما أن النقد الورقي في العملات المحلية على نطاق الدولة ويجري فيه ما يجري في النقدين، فإن أي عملة رقمية تبادلها هو أكثر من التبادل على النطاق المحلي لدولة ما، وإنما جاء المنع من التداول من حيث أمانها وعدم رواجها وحمايتها قانونا من قبل الدولة، وما فيها من الغرر، وليس لجهة نقديتها في نفسها، ولكن يتفاوت نطاق وساطتها في التبادل، كما أن دولة تمنع تداول الدولار فيها، فلا يخرج الدولار عن صفة النقدية، وإن منعت بعض الدولة تداوله فيها.

خامسا: مسألة مد عجوّة ودرهم بدرهمين ورد الدرهم:

أخرج مسلم عن فضالة بن عبيد، قال: (اشترت يوم خيبر قلادة باثني عشر دينارا، فيها ذهب وخرز، ففصلتها، فوجدت فيها أكثر من اثني عشر دينارا، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «لا تباع حتى تفصل»⁴⁷، ومحل هذه المسألة بيع الربوي بجنسه ومعه سلعة، فقد منعه الشافعية في المسألة المعروفة عندهم بمد عجوّة

وأجازه الحنفية لحمل حال المسلم على الصلاح، فبيع الربوي بجنسه مع سلعة، كدرهمين فضة بدرهمين وثوب، فيكون الثوب خاليا من الثمن وهو الربا، أما إن كان لها وجهان: وجه في الربا ووجه في البيع الصحيح، فإنه يحمل على الصحة، مثل بيع ثوب ودرهم بدرهمين، فيكون الدرهم مقابل الدرهم، والثوب مقابل الدرهم الثاني، فيجوز حملا للفعل على الصحة، بصرف النظر عن القيمة في الدرهمين والثوب،

قال في التجريد: (يبطل إذا باع فضة وثوبًا بفضة يعلم عند العقد أنها إذا قسمت عليها أصاب الفضة مثل وزنها، والمعنى فيه، وهو الأصل: الأصل أن الفضة بجنسها يستحق منها المماثلة، فإذا كان عوضها مثلها بقي الثوب لا عوض له فيكون ربا، وليس كذلك إذا كانت الفضة المنفردة أكثر من الفضة التي مع الثوب؛ لأن المماثلة فيها مستحقة، فتكون بمثلها ويبقى الثوب، وفي مقابلته

عوض لو نص عليه بدلاً عنه جاز؛ فحمل إطلاق العقد عليه تحريماً لصحته⁴⁸، وذلك بناء على الأصل أن أفعال العباد تحمل على الصحة ما أمكن، إن النظر إلى الأجزاء وليس للقيمة هو تحليل العقد إلى عناصر عدة، وصحة مقابل كل عنصر بما ينوبه شرعاً أولى أن يلحق بما لا يشرع، فهل هذا التفريق يكون من باب الكأنية بمعنى كأن كل عنصر وحده مع مقابله بما يصح شرعاً، فيكون ذلك من باب التقدير والكأنية فله شبه بها، وهذا مثال للتعليل بالعلل الجزئية ولا بمطلق المصلحة العامة.

سادساً: الكأنية في بيع الاستجرار وبيعة أهل المدينة:

1- بيع الاستجرار:

قال في الدر المختار: (ما يستجره الإنسان من البياح إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً)⁴⁹، وسبب عدم الجواز هو منع بيع المعدوم، لأن المشتري تعاقد على الشراء، وقد تكون معدومة، وقد تخرج على المعاطاة ولكن المذهب لا يجيز المعاطاة في النفائس فقد تكون بعض السلع نفائس وخسائس فتصح المعاطاة في الخسيس دون النفيس، وقد يخرج على ضمان المتلفات بإذن مالكيها وهو البائع، ويعترض بأن ذلك لا يعرف له أصل في الشرع، والضمان للمثليات بالمثل لا بالقيمة والاستجرار ضمان بالقيمة، وإنما هي من قرض الأعيان استحساناً إذ لا يصح في القياس قرض الأعيان، والأقرب ما خرجه صاحب النهر من أنه بيع بالمعاطاة وهذا هو الأقرب⁵⁰.

2- بيعة أهل المدينة:

صورتها، ما ذكره في البيان والتحصيل: (عن سالم بن عبد الله، أنه قال كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلاً بدينار، نأخذ كل يوم كذا وكذا رطلاً والتمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك ديناً بدين، ولم يروا به بأساً؛ فهذا أجازة مالك وأصحابه اتباعاً لما جرى عليه العمل بالمدينة بشرطين، أحدهما أن يشرع في أخذ ما سلم فيه. والثاني أن يكون أصل ذلك عند المسلم إليه على ما قال غير ابن القاسم ههنا، فليس ذلك بسلم محض؛ ولذلك جازتا خير رأس المال فيه، ووجب فسخه إن مرض أو مات أو فلس، ولا يشتري شيء بعينه حقيقة، ولذلك جاز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله)⁵¹.

وقد بين الشرح الكبير أن كون البائع هو من أهل حرفة الشيء، فكأنه معين حاضر، قال: ((و) جاز (الشراء من دائم العمل) حقيقة أو حكماً ككون البائع من أهل حرفة ذلك الشيء لتيسره عنده فأشبهه المعقود عليه المعين في الصورتين)⁵²، وفي حاشية الدسوقي (ووجه كونه بيعاً لا سلماً

أنهم نزلوا دوام العمل منزلة تعين المبيع والمسلم فيه لا يكون معيناً⁵³، وقال في ضابط دائم العمل: ((قوله والشرء من دائم العمل) هو الذي لا يفتر عنه غالباً)⁵⁴، وغالب العمل كدوام العمل⁵⁵.

ومما يؤكد أن دوام العمل أو غالبه كالمتعين عنده أن البيوع كلها مبنية على التقدير إلا المعاطاة قال: (واعلم أنه متى وقع البيع ديناً بدين، أو عينا بدين اشتمل على التقدير في الذمة ولا يخرج البيع عن التقدير، إلا في بيع المعاطاة)⁵⁶، والتقديرات عند المالكية دائرة حول إعطاء الموجود حكم المعدوم، أو المعدوم حكم الموجود⁵⁷، وهي ما يعرف بقاعدة التقديرات.

وهذه التقديرات ضرورية لاستمرار الفقه على أصوله وتخريجاته، فكل ما مر في تخريج الاستجرار عند الحنفية، ومبدأ التقديرات في البيع عن المالكية، إنما هو مبني على أن العقل البشري مبني على التناسق ونفي التناقض، فإذا جاء ما يتوهم أنه خارج عن أصل، فلا بد من رده إلى أصل آخر، فتغدو الشريعة عندئذ متماسكة في فروعها وأصولها، وهذا هو معنى المذهب الفقهي، الذي يظهر الفرق الشاسع بين المدرسة العلمية وبين الأفكار الشخصية التي تُقدم على أنها فتوى ثم تتناقض فيما بينها، ويكون تناقضها بعد ذلك سبب انتهاء صلاحيتها، وهذا هو الذي يفسر صلاحية المذاهب المتبوعة وامتدادها، وانقطاع الرؤى الفكرية الدينية وانحسارها، ووصولها إلى طريق مسدود.

نتائج البحث والتوصيات:

أولاً: نتائج البحث:

- 1- الاجتهاد في استحداث العقود يكون بالنظر الجزئي في الدليل التفصيلي تحت كليات الأدلة الشرعية
- 2- الكأنية أو التقدير بتفكيك العقود إلى العناصر المركبة لها مؤثر في الحكم الشرعي على العقود.
- 3- تركيب العقود يجب أن يخلو من التنافي بين العناصر المركبة لها.

ثانياً: التوصيات:

- 1- استكمال البحث في الأصول الكلية للتعاقد مع نماذج تطبيقية لها، مثل البيع بما ينقطع به السعر، السلم بالسعر.
- 2- استكمال البحث في العقود المركبة من عناصر متعددة ودراستها على وفق أصول صحة تركيب العقود.

الهوامش:

- 1 عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم (ت 478هـ/ 1085م)، تحقيق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، ط2، 1401هـ، ص430.
- 2 جاء في قطر السواقي على بحر المراقي: (هذا البيان من الشارح للقياس الشرعي، وهو الذي يكون أصله حكماً شرعياً، كأن يكون الأصل الحكم الشرعي هو تحريم الخمر، فيقاس عليه حكم شرعي آخر وهو حرمة النبيذ والمخدرات والحبوب الملهوسة، التي تحدث غياباً للعقل مع نشوة وطرب، أما القياس العقلي فلا يكون حكم الأصل عقلياً، مثلاً، الموجود علة لإمكان الرؤية، وعلة الوصف بالعالم قيام المصدر به وهو العلم، والحياة شرط للعلم، وإحكام المصنوع دليل على علم الصانع، وتقدم السبب شرط لحصول المسبب، فهذه علل عقلية ليس فيها جامع مشترك بين الفرع والأصل، فلا يعني أن الوجود لله علة لإمكان الرؤية، أن ماهية الوجود مشتركة بين الخالق والمخلوق، بل هذه مستفادة باللزومات العقلية وليس من المشترك في الماهية كما هو الحال في القياس الشرعي في قياس المخدرات على الخمر، إذ العلة هي وصف مشترك مناسب وهي الإسكار فهما) وليد شاويش، قطر السواقي على بحر المراقي (مخطوط)، وهذا القياس العقلي لا يثبت به أحكام الشرعية على وفق أصول أهل السنة، لأن الحكم الشرعي الذي فيه الثواب وعليه العقاب في الآخرة يكون شرعياً وذلك خلافاً للمعتزلة.
- 3 سيدي عبد الله بن الحاج بن إبراهيم العلوي، نشر البنود شرح مراقي السعود، تحقيق شيخي محمد الأمين بن محمد بيب، ط1، 1426هـ/ 2005م، ج2، ص270.
- 4 العلوي، نشر البنود شرح مراقي السعود، ج2/ 596.
- 5 العلوي، نشر البنود شرح مراقي السعود، ج2، ص596.
- 6 محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، ج2، ص176.
- 7 ولي الدين أبي زرة أحمد بن عبد الرحيم العراقي (ت 826هـ/ 1423م) الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، تحقيق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية، ط1، 1425هـ- 2004م، ص553.
- 8 صفى الدين محمد بن عبد الرحيم الأرموي الهندي (ت 715هـ/ 1315م)، نهاية الوصول في دراية الأصول، تحقيق: د. صالح بن سليمان اليوسف وآخرون، المكتبة التجارية بمكة المكرمة، ط1، 1416هـ- 1996م، ج8، ص3385.
- 9 أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت 463هـ/ 1070م) جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1414هـ- 1994م، ج2، ص871.
- 10 الهندي، نهاية الوصول في دراية الأصول، ج8، ص3386.
- 11 يتفق العلماء على الاقتضاء الأصلي كحرمة ربا الفضل وإباحة الصيد، لا تختلف فيها المذاهب، بل هي قول واحد عند الجميع، ولكن تتعدد المذاهب في تعيين المناط هو شأن أئمة الاجتهاد والنظر، فقد اتفق الجميع على تعيين المناط، وهو عدم جواز مخالفة الشروط لمقتضى العقد كما هو في المثال أعلاه، ويختلفون في تعيين مناطه هل هو الاقتيات والادخار عند المالكية، والطعمية عند الشافعية، والكيل والوزن عند الحنفية، ثم يجري الخلاف بعد تعيين المناط في تحقيق المناط النوعي، فيما يعد جنساً واحداً وما يعد أجناساً تبعاً لتعيين المناط، لذلك أكدت في المتن أن تعيين المناط وهو مقتضى العقد مختلف فيه ولكن وقع تعدد الاجتهاد في تحقيق المناط النوعي في الشروط، فما عده مذهب أنه مخالف، عده آخر بعدم المخالفة وهو تحقيق مناط وليس تعييناً له.
- 12 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأقضية باب الصلح، ج3، ص304، وأخرجه الترمذي، سنن الترمذي، في أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس وقال: هذا حديث حسن صحيح.
- 13 علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت 587هـ/ 1191م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ- 1986م، ج6، ص98، وانظر: عثمان بن علي بن محسن الباري، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت 743هـ/ 1342م)، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط1، 1313هـ، ج2، ص102 حيث اعتبر الأصل هو اعتبار الشرط الشرعي في قيد تحريم الأم بالدخول.
- 14 صدر الدين علي بن علي ابن أبي العز الحنفي (المتوفى 792هـ)، التنبيه على مشكلات الهداية، تحقيق ودراسة: عبد الحكيم بن محمد شاكر وآخرون، مكتبة الرشد ناشرون - المملكة العربية السعودية، ط1 1424هـ- 2003م، ج3، ص1242.

- 15 مالك: الموطأ، كتاب العتاقة والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق.
- 16 أبو داود، سنن أبي داود، أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ج3، ص 283، الترمذي، سنن الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية ما ليس عندك، وقال: هذا حديث حسن صحيح.
- 17 أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيثاني الحنفي بدر الدين العيني (ت855هـ/1451م)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420 هـ - 2000 م، ج8، ص 185.
- 18 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.
- 19 مناهج الفقهاء في قبول الحديث في الاستدلال من حيث صحة معناه لا من حيث سنده، وأن قبول الفقهاء للعمل بالحديث هو تصحيح لمعناه، تحت الأصول الكلية والأقيسة.
- 20 يوسف بن موسى بن محمد، أبو المحاسن جمال الدين الملقب الحنفي (ت803هـ/1400م)، المعاصر من المختصر من مشكل الآثار، عالم الكتب، بيروت، ج1، ص 348.
- xxi الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، ص 423.
- xxii السهري، علم أصول القانون، خلاصة المحاضرات التي ألقاها على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق، مصر، مطبعة فتح الله إلیاس نوري، 1354/1936، ص 24.
- xxiii السهري، علم أصول القانون، ص 35 فما بعدها.
- xxiv الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، ص 418.
- xxv الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، ص 420 فما بعدها.
- xxvi محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويحي الإفريقي (ت711هـ، 1311م)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3 - 1414 هـ، ج5، ص 11.
- xxvii ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص 13.
- xxviii مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت817هـ/1414م)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط8، 1426 هـ - 2005 م، ص 449.
- xxix محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (المتوفى: 786هـ/1384م)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، ج6، ص 411.
- xxx البابري، العناية شرح الهداية، ج6، ص 512.
- xxxi سليمان بن محمد بن عمر البجيري المصري الشافعي (ت1221هـ/1806م) حاشية البجيري على الخطيب، دار الفكر، 1415هـ - 1995م، ج3، ص 4.
- xxxii محمد بن عبد الله الخريشي (ت1101هـ/1689م)، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، ج5، ص 69، وانظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت1230هـ/1815م)، الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، ج3، ص 55.
- xxxiii أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي (ت1189هـ/1775م)، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1414هـ - 1994م، ج2، ص 149 فما بعدها.
- xxxiv قال في مناهج التحصيل: (والذي اعتبره مالك - رضي الله عنه - في الذرائع في هذه البيوع التذرع بها إلى وجوه الربا المتفق على تحريمها؛ مثل التأخير، أو بيع وسلف، وذهب بذهب مع أحدهما سلعة، أو ضع وتعلج، أو بيع الطعام قبل أن يستوفي، أو بيع وصرف، فإن هذه أصول الربا، فمنها ما هو متفق عليه في المذهب، ومنها ما هو مختلف فيه، على ما لا يخفى على من طالع المذهب) أبو الحسن علي بن سعيد الرجرجي (ت633هـ/1235م)، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، دار ابن حزم، ط1، 1428 هـ - 2007 م، ج6، ص 270.

- جاء في حاشية العدوي: (قوله: من أصول الربا، أي من أنواع الربا فأنواعه بانضمام هذا إلى الثلاثة المتقدمة أربعة، ولعله اصطلاح لبعضهم تبعه إلا فالمفهوم من خليل اثنان فقط ربا الفضل، والنساء فتدبر) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج2، ص 147.

xxxv (بيع الطعام قبل قبضه لا يتصور فيه الربا، بل إما التعبد وإما حماية الأقوات: قال العدوي تعبد وقيل معلل بأن غرض الشارع سهولة الوصول إلى الطعام ليتوصل إليه القوي، والضعيف، ولو جاز قبل قبضه لربما أخفى بإمكان شرائه من مالكه وبيعه خفية فلم يتوصل إليه الفقير ولأجل نفع الكيال، والجمال) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج2، ص 148.

- وعلّة أخرى محتملة وهي العينة، جاء في المعونة: (وذكر ابن وهب عن مالك أن ما لا ربا فيه يجوز بيعه قبل قبضه لأنه أخفض رتبة من المقتات بدليل إباحة التفاضل فيه وسقوط الزكاة منه، والأول أصح للعموم، ولأن النبي لأجل العينة وأن يعلم أن الشراء لم يكن لها وهذا يستوي فيه المقتات وغيره)، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت 422هـ/ 1031 م)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ص 969.

- وتعرف العينة: (البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها) شرح حدود ابن عرفة، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (ت 894هـ/ 1489 م)، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ، ص 266، إن علة العينة لا تقتصر على الطعام وإن كانت توجد في بيع الطعام، وما علّل به العدوي سابقا، هو أخص في الطعام، ولا يتعدى لغيره وهو مبني على الفرق في أقوات العباد وطعامهم.

- قال في المعونة: (لأن المقصود منها لما كان المعروف دون المتاجرة والمغابنة جاز للرفق واستثنى من أصل البيع كما استثنيت العرية من بيع الرطب بالتمر للرفق، والحوالة من بيع الدين بالدين لأنه لم يقصد فيها ذلك وهذا إذا وقع العقد الثاني على الوجه الذي وقع عليه العقد الأول بمثل المال لا زيادة فيه ولا نقصان ولا مخالفة في تعجيل أو تأجيل: فيعلم بذلك أن الفاعل له لم يقصد المتاجرة والتريخ، وإنما أثر على نفسه وقصد فعل الجميل والرفق بمن فعل ذلك معه، ومضى وقع على خلاف ذلك من زيادة أو نقصان أو مرفق بتأخير أو تعجيل على أنهما لم يريدوا الوجه الذي له وقعت الرخصة، وإنما أراد الوجه الممنوع من بيع الطعام قبل قبضه فمنعنا منه) عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ص 971.

36 خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت 776هـ/ 1374 م)، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426هـ/ 2005 م، ص 178.

37 أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (ت 1126هـ/ 1714 م)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1415هـ - 1995 م، ج2، ص 121.

38 خليل، مختصر خليل، ص 179.

39 النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، ص 121.

40 الخريشي، شرح مختصر خليل، ج5، ص 9.

41 الخريشي، شرح مختصر خليل، ج5، ص 9.

42 الخريشي، شرح مختصر خليل، ج5، ص 83.

43 الخريشي، شرح مختصر خليل، ج5، ص 83.

44 أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ/ 1285 م)، الفروق، عالم الكتب، ج4، ص 25.

45 قرار رقم: 110 (4/12)، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة إلى 1 رجب 1421هـ الموافق 23 - 28 أيلول (سبتمبر) 2000 م،

46 المعيار 9، المعايير الشرعية ص 242.

47 صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب.

48 أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (ت 428 هـ/ 1037 م)، التجريد، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، دار السلام، القاهرة، ط2، 1427 هـ - 2006 م، ج5، ص 2366.

- 49 ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت 1252هـ / 1836)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، ج4، ص 516.
- 50 قال ابن عابدين: (وخرجها في النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطي، وأنه لا يحتاج في مثله إلى بيان الثمن؛ لأنه معلوم. اهـ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، ص 516.
- وذكر تخريجات عديدة ليس منها جعل المعلوم كالموجود، فقال: قلت: ووجهه أن ثمن الخبز معلوم فإذا انعقد بيعا بالتعاطي وقت الأخذ مع دفع الثمن قبله، فكذا إذا تأخر دفع الثمن بالأولى، وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الأخذ مثل الخبز واللحم أما إذا كان ثمنه مجهولا فإنه وقت الأخذ لا ينعقد بيعا بالتعاطي لجهالة الثمن، فإذا تصرف فيه الأخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا، وإن كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لا ينعقد بالنية، فيكون شبهه القرض المضمون بمثله أو بقيمته فإذا توافقا على شيء بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الأخذ، لكن يبقى الإشكال في جواز التصرف فيه إذا كان قيما، فإن قرض القيبي لا يصح، فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض، أو على المقبوض على سوم الشراء) ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، ج4، ص 516.
- 51 الرجاعي، البيان والتحصيل، ج7، ص 208.
- 52 الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، ج3، ص 216.
- 53 الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، ج3، ص 216 فما بعدها.
- 54 الخريشي، شرح مختصر خليل، ج5، ص 223.
- 55 ((قوله وإن لم يدم) بأن كان انقطاعه أكثر أو تساوى عمله، وانقطاعه فالحاصل أنه إذا كان دائم العمل أو غالبه هو ما أشار له المصنف بقوله والشراء وأما إذا كان الانقطاع أكثر أو استويا فهو قول المصنف فهو سلم) الخريشي، شرح مختصر خليل، ج5، ص 223.
- 56 أحمد بن علي المنجور (ت 995هـ / 1587م)، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، ج2، ص 473.
- 57 قال بعد ذكر قاعدة إعطاء الموجود حكم المعلوم: (وتسمى هذه القاعدة بقاعدة التقديرات الشرعية وقد تكلم عليها القرافي في مواضع من فروقه) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ج2، ص 469.
- قال في الفروق: (الرد بالعيب المتقدم ذكرها والسؤال فيها فنقول العقد واقع ولا سبيل إلى رفعه لكن من قواعد الشرع التقديرات وهي إعطاء الموجود حكم المعلوم والمعلوم حكم الموجود فهذا العقد وإن كان واقعا لكن يقدره الشرع معدوما أي يعطيه الآن حكم عقد لم يوجد لا أنه يرفع بعد وجوده فاندفع الإشكال) القرافي، الفروق، ج2، ص 27.