مجلة
البحوث الفقهية المعاصرة
مجلّة علميّة مُحكّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

في هذا العدد

الحماية الشرعية والنظامية للأسرار الصحية للمريض في المملكة العربية السعودية.	الدكتور/ مسفر بن حسن مسفر القحطاني.
الضرائب بين التأصيل الشرعي والتحليل المالي مع التركيز على ضريبة الدخل.	الدكتور/ شوقي أحمد دنيا.
المسائل الفقهية والمعاصرة المتعلقة بحديث: (لا تبع ما ليس عندك).	الباحثة/ سارة بنت صالح بن عبدالرحمن العجيري.
أحكام تعجيل زكاة المال وتأخيرها في الفقه الإسلامي.	الدكتور/ نعيم سماره المصري.
أثر الهجر بين الزوجين في فسخ النكاح.	الدكتورة/ نائفة بنت خميس عشوي العنزي.
قاعدة العادة محكمة وتطبيقها على خدمة المرأة لزوجها.	الدكتورة/ منيرة بنت محمد الحديثي.

فتاوى الفقهاء

- حكم ما إذا وهب كل من الزوج والزوجة لآخر.
- حكم مالو أعطى رجل آخر أرضًا على شرط.
- حكم بيع طلع النخل.
- حكم من غصب أرضا، فحفر فيها بئرا فطالبه المالك بطمها.

مسائل في الفقه

- حكم الاستعانة بالحمض النووي DNA في إثبات النسب أو نفيه، وحكم الاستعانة بالوسائل العلمية العصرية في حياة المسلم.
- حضانة الأولاد الصغار حق لأمهم.
- ما يجب على المطلقة وما يجب لها.
- حكم التلبية في الحج والعمرة، وما إذا كانت شرطًا أم سنة أم واجبة.
- حكم ما يفضل من المطعوم بعد استخراج مادة منه وتحويلها إلى مواد محرمة.



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

مجلة
البحوث الفقهية المعاصرة

« من يرد الله به خيرًا يفقهه في الدين »
« متفقٌ عليه»

السنة الثامنة والعشرون العدد مائة وثمانية

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صدر العدد الأول من مجلة البحوث الفقهية المعاصرة في شهر رمضان المبارك في عام ألفٍ وأربعمائة وتسعة للهجرة النبوية .

موقع المجلة على الانترنت :

www.alfiqhia.com

البريد الالكتروني :

fiqhia@gmail.com

البريد الالكتروني لصاحب المجلة ورئيس تحريرها :

anafisa1@gmail.com

مجلة البحوث الفقهية المعاصرة

مجلة علمية فصلية مُحكّمة متخصصة في الفقه الإسلامي

العدد مائة وثمانية

السنة الثامنة والعشرون

صاحبها ورئيس تحريرها الدكتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة

* **العنوان:**
المملكة العربية السعودية - الرياض
حي العقيق - شارع التحلية
* هاتف: ٤٨٥٣٧٠٢
* فاكس: ٤٨٥٣٦٩٤
* **عنوان المراسلات:**
ص.ب ١٩١٨ - الرياض ١١٤٤١

* **أمين المجلة**

الدكتور / شرف الدين بن عبد الرحمن النفيسه

* **وكيل التوزيع:** الشركة الوطنية الموحدة للتوزيع
الرياض: ٤٨٧١٤١٤
فاكس: ٤٨٧١٤٠٦

* **الاشتراكات:** تخاطب بشأنها الإدارة
قيمة الاشتراك السنوي، للدوائر الحكومية والمؤسسات والشركات ٢٠٠ ريال
* الأفراد ١٠٠ ريال

* **سعر النسخة:**

السعودية : ١٥ ريالاً.	السودان: ٢٠٠ جنيهاً.
موريتانيا: ١٢٠٠ أوقية	الجزائر: ٢٨٤ دينار.
سلطنة عمان: ٩٠٠ بيزه	اليمن: ٥٩٧ ريالاً.
الكويت: دينار ونصف.	مصر: ٢٢ جنيهاً.
الإمارات : ١٥ درهماً.	سوريا : ١٨٨ ليرة.
البحرين : ٩٠٠ فلس.	قطر : ١٥ ريالاً.
ليبيا : ١٠٠٠ درهم.	تونس : ٦ دنانير.
المغرب : ٣٣ درهماً.	الأردن : دينار واحد .

* **الاشتراك السنوي:**
أمريكا - كندا - أوروبا: ٣٠ دولاراً

* **رقم الإيداع :** ١٤/٠١٨٨.
ردمد: NSSI : ١٣١٩-٠٧٩٢

الهيـئة العلمـية الاستشـارية

(الأسماء حسب الترتيب الهجائي)

الأستاذ الدكتور / أحمد محمد نور سيف - المملكة العربية السعودية

الأستاذ الدكتور / حمزة بن حسين الشريف - المملكة العربية السعودية

الأستاذ الدكتور / سعود بن عبد الله الفنيسان - المملكة العربية السعودية

الأستاذ الدكتور / صالح بن غانم السدلان - المملكة العربية السعودية

الأستاذ الشيخ / عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيّه - الجمهورية الموريتانية الإسلامية

الأستاذ الدكتور / عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان - المملكة العربية السعودية

الأستاذ الدكتور / العربي بن أحمد بلحاج - الجمهورية الجزائرية

الأستاذ الدكتور / علاء الدين خروفه - الولايات المتحدة الأمريكية

الأستاذ الدكتور / محمد بن يعقوب التركستاني - المملكة العربية السعودية

الأستاذ الدكتور / نور الدين بن مختار الخادمي - الجمهورية التونسية

الأستاذ الدكتور / يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - المملكة العربية السعودية

هيئة التحرير

(الأسماء حسب الترتيب الهجائي)

الأستاذ الدكتور / حسن عبد الغني أبو غدة - الأستاذ في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

الأستاذ الدكتور / سعد بن تركي الخثلان - أستاذ الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الدكتور / عبد الله بن أحمد سالم المحمادي - أستاذ مشارك في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الأستاذ الدكتور/ عبد العزيز بن سعود الضويحي - رئيس قسم الدراسات الإسلامية في جامعة الملك سعود

الأستاذ الدكتور / محمد جبر الألفي - الأستاذ في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

الأستاذ الدكتور / هشام بن عبد الملك آل الشيخ - الأستاذ في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

قـواعد النـشر وشروطـه

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

١) أن يكون البحث المراد نشره مبنياً على الفقه الإسلامي .

٢) أن ينصب البحث على القضايا، والمسائل، والمشكلات والنوازل المعاصرة، والبحث عن الحلول العلمية والعملية لها في الفقه الإسلامي، ومفاهيمه المعتمدة عند أهل السنة والجماعة.

٣) أن يتصف البحث بالموضوعية، والأصالة، والشمول، وسلامة اللغة، واتباع المنهج العلمي في البحث من حيث الاعتماد على المراجع الأصلية والإسناد والتوثيق وتخريج الأحاديث مع إيضاح درجتها.

٤) أن يكون البحث مما لم يسبق نشره في كتاب، أو مجلة، أو أي أداة نشر أخرى. ويشمل ذلك البحوث المقدمة للنشر إلى جهة أخرى أو تلك التي سبق تقديمها للجامعات أو الندوات العلمية وخلافها .

٥) بيان أرقام الآيات الكريمة والمراجع العلمية الأصلية في هوامش الصفحات مع ترجمة موجزة عن الْعَلَمِ أو الأعلام الذين وردت الإشارة إليهم في البحث.

٦) بيان المراجع العلمية ومؤلفيها في نهاية كل بحث حسب الحروف الهجائية مع بيان مكان وزمان طباعتها وجهة نشرها .

٧) أن يُرفق بالبحث إفادة تتضمن عدم نشره من قبل .

٨) أن يختم البحث بخلاصة تبين النتيجة والرأي، أو الآراء التي تضمنها .

٩) أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية .

١٠) ألا تقل صفحات البحث عن خمسين صفحة من صفحات المجلة .

١١) يكتب اسم الباحث ثلاثياً مع وظيفته العلمية إن وجدت .

١٢) يحق لهيئة التحرير مراجعة البحث مراجعة أولية وتقرير مدى أهليته للتحكيم.

١٣) يتم تحكيم البحوث بشكل سري من قبل فقهاء وعلماء متخصصين وأساتذة جامعات من ذوي الرتب العلمية العالية، وذلك وفقاً لقواعد التحكيم، وإجراءاته.

ومن هذه القواعد ما يلي:

أ- يتم إرسال البحث بعد وروده مباشرة إلى التحكيم.

ب- يتم إبلاغ الباحث بنتيجة التحكيم خلال عشرة أيام على الأكثر.

ج- إذا كان البحث يحتاج إلى تعديل أرسل للباحث للقيام به فإذا تأخر عن إجراء التعديل المطلوب لمدة تزيد على ستين يوماً فيعد البحث مسحوباً.

د- عدم معرفة الباحثين لأسماء المحكِّمين وعدم معرفة المحكِّمين لأسماء الباحثين سواء وافقوا على نشر بحوثهم أو أبدوا بعض الملاحظات عليها أو رأوا عدم نشرها.

هـ- لا تتجاوز مدة التحكيم ثلاثين يوماً من تاريخ إرساله إلى المحكِّمين.

١٤) يحق للباحث إعادة نشر بحثه في كتاب أو خلافه وذلك بعد نشره في المجلة على أن يشير إلى سبق نشره فيها.

١٥) لا يجوز للباحث أن يسحب بحثه بعد إرساله للمجلة مالم يكن هناك أسباب تقتنع بها المجلة.

١٦) يحق للمجلة إعادة نشر البحوث التي سبق نشرها.

١٧) يحق للباحث الحصول على أربع مستلات من بحثه.

١٨) البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها .

* ترتيب البحوث في المجلة يخضع للاعتبارات الفنية فقط.
* "الآراء المنشورة في المجلة تعبِّر عن وجهة نظر أصحابها".

محتويات العدد

* رسالة من قارئ ٦
* الحماية الشرعية والنظامية للأسرار الصحية للمريض في المملكة العربية السعودية. ٩
الدكتور/ مسفر بن حسن مسفر القحطاني
* الضرائب بين التأصيل الشرعي والتحليل المالي مع التركيز على ضريبة الدخل ... ٨٠
الدكتور/ شوقي أحمد دنيا
* المسائل الفقهية والمعاصرة المتعلقة بحديث: (لا تبع ما ليس عندك) ١٥٥
الباحثة/ سارة بنت صالح بن عبدالرحمن العجيري
* أحكام تعجيل زكاة المال وتأخيرها في الفقه الإسلامي ٢٤٩
الدكتور/ نعيم سماره المصري
* أثر الهجر بين الزوجين في فسخ النكاح ٣٢٠
الدكتورة/ نائفة بنت خميس عشوي العنزي
* قاعدة العادة محكمة وتطبيقها على خدمة المرأة لزوجها ٣٩٢
الدكتورة/ منيرة بنت محمد الحديثي

* فتاوى الفقهاء:
- حكم ما إذا وهب كل من الزوج والزوجة لآخر..... ٤٣٤
- حكم مالو أعطى رجل آخر أرضا على شرط ٤٣٦
- حكم بيع طلع النخل ٤٣٨
- حكم من غصب أرضا، فحفرفيها بئرا فطالبه المالك بطمها ٤٤٠

* مسائل في الفقه:
الدكتور عبد الرحمن بن حسن النفيسه
- حكم الاستعانة بالحمض النووي DNA في إثبات النسب أو نفيه، وحكم الاستعانة بالوسائل العلمية العصرية في حياة المسلم ٤٤٢
- حضانة الأولاد الصغار حق لأمهم ٤٥٥
- ما يجب على المطلقة وما يجب لها ٤٦٣
- حكم التلبية في الحج والعمرة، وما إذا كانت شرطًا أم سنة أم واجبة . ٤٦٩
- حكم ما يفضل من المطعوم بعد استخراج مادة منه وتحويلها إلى مواد محرمة ٤٧٤

رسالة من قارئ

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

فقد سألني سائل عن تربية الولد وعلاقتها بسلوكه، وهذا السائل يدرك -رغم سؤاله- أن تربية الولد يقوم عليها كيانه المادي والروحي؛ فالجزء المادي من هذا الكيان يعتمد على مسؤولية الوالد في الإنفاق على ولده، من خلال عمله لتوفير هذا الإنفاق، بل إنه يرتكب الأخطاء في توفير هذا الإنفاق (ومع استثناء الخطأ في هذا العمل) فإن إتفاق الوالد على ولده مما يؤجر عليه، ناهيك بأنه واجب عليه. والأصل في ذلك من القرآن الكريم قول الله -عز وجل- ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1] وقوله -عز ذكره- ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾[2] والأصل فيه من السنة قول رسول الله ﷺ: «دينار أنفقته في سبيل الله، ودينار أنفقته في رقبة، ودينار تصدقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك. وأعظمها أجرًا الذي أنفقته على أهلك»[3] وقوله -عليه الصلاة

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٣٣.

(٢) سورة الطلاق الآية ٧.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة، باب فضل النفقة على العيال والمملوك صحيح مسلم بشرح النووي ج٤ ص٢٧٦٧، رقمه(٩٩٥).

والسلام: «أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله»[1].

وأما الجزء الروحي في كيان الولد فهو أيضًا مسؤولية الوالدين، بل هي بالتأكيد مساوية لمسؤولية الإنفاق عليه؛ فالأخطاء التي يرتكبها الولد في مسار حياته هي في الأصل نتيجة تقصير والديه في تربيته، فإذا كان -مثلًا- لا يؤدي شعائر دينه، ولا يعظمها فلأن والديه لم يعوداه إياها؛ تحقيقًا لأمر رسول الله ﷺ في أمر الوالدين بأمر ولدهم بالصلاة -مثلًا-: «مرو أبناءكم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر.. الحديث»[2] وإذا كان الولد لا يدرك حق والديه عليه؛ فلأنهما لم يعلماه هذا الحق، وإذا كان الولد سيئ الخلق في تعامله معهم أو مع غيرهم؛ فلأنهما لم يعلماه حسن الخلق في صغره.. وهكذا.

ومع أن الولد زينة وفضل كبير من الله على والديه، إلا أنه فتنة لهما؛ لقول الله -عز وجل- ﴿إِنَّمَآ أَمْوَٰلُكُمْ وَأَوْلَٰدُكُمْ فِتْنَةٌ﴾[3] وقوله -عز ذكره- ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِنَّ مِنْ أَزْوَٰجِكُمْ وَأَوْلَٰدِكُمْ عَدُوًّا لَّكُمْ فَٱحْذَرُوهُمْ﴾[4] وعلاج الفتنة والحذر منهم لا يكون إلا بحسن التربية.

وفي هذا السياق من مسألة التربية، فإن عددًا من الوالدين في بلاد

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الزكاة، باب فضل النفقة على العيال والمملوك، صحيح مسلم بشرح النووي ج٤ ص٢٧٦٧، رقمه(٩٩٤).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة؟ سنن أبي داود ج١ ص١٩٧، رقمه(٤٩٤)

(٣) سورة التغابن الآية ١٥.

(٤) سورة التغابن الآية ١٤.

المسلمين يشعرون بالقلق من سلوك أولادهم، وما ينتج من هذا السلوك من المخاطر المشهودة مما هو معلوم، سواء في بلادهم أو في البلاد التي هاجروا إليها ابتغاء رزقهم. ومع أن أسباب هذا السلوك تختلف في التحليل والتعليل من شخص لآخر، إلا أنه ما من شك في أن التربية أساس في هذا السلوك؛ بسبب ما تتعرضت له من الإهمال والغفلة، مع أسباب أخرى لا يتسع المقام لذكرها.

ولم يكن الوالدون في بلاد المسلمين فحسب هم الذين يشعرون بالقلق من سلوك بعض أولادهم؛ فقد شعرت بهذا القلق بلدان كثيرة، فمنذ أكثر من أربعين سنة شهدت أوربا وأمريكا وآسيا انحراف عدد من الفتيان فيها، نتج منه تكوين منظمات وحوادث كثيرة، وكان من تحليل أسباب هذا الانحراف غفلة الوالدين عن تربية أولادهم، أو تقصيرهم فيها.

وفي هذا الزمان الذي كثرت فيه وسائل الإغراء للفتيان، أصبحت أسر هناك تحرم على الأطفال مشاهدة الأفلام، ومشاهدة القنوات الفضائية، كما تحرم عليهم ممارسة الألعاب المثيرة، وكذا بعض الأطعمة والأشربة مما يؤثر في السلوك من المخاطر .. إن تصحيح التربية للفتيان سيظل أساسًا في حياتهم، وليس من خيار آخر سوى هذا التصحيح؛ فالفتى يولد على فطرة سليمة فطره الله -عز وحل- عليها، والحفاظ على سلامة هذه الفطرة واجب حكمي على والديه

وينشأ ناشئ الفتيان منا على ما كان عوده أبوه

والله المستعان

الحماية الشرعية والنظامية للأسرار الصحية للمريض فـي المملكة العربية السعودية

الدكتور/ مسفر بن حسن مسفر القحطاني(*)

المقدمة:

الحمد لله الذي علمنا ما لم نكن نعلم، وهدانا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا إلى صراطه المستقيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، أشرف الخلق المبعوث من رب العباد بشيرًا ونذيرًا، وأرسله بالشريعة السمحاء ليخرج الناس من الظلمات إلى النور، شريعة جامعة لا يشوبها نقص ولا فطور، تلائم قواعدها كل زمان ومكان بما يحقق مصلحة الجماعة و مصلحة الفرد في آن واحد.

وقد أقر الإسلام للإنسان الحماية من أن يسفك دمه، أو ينتهك عرضه، أو يغتصب ماله، وكل ذلك جمعه رسول الله ﷺ في قوله (كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ: دَمُهُ وَعِرْضُهُ وَمَالُهُ)(١)، وحرمة المسلم، كلمة جامعة في وجوب محافظة المسلم على حقوق أخيه، وعدم تعديه عليها بغير حق(٢).

ولا شك في أن من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، الحق في

(*) أستاذ الأنظمة المشارك بقسم العلوم القانونية كلية الملك فهد الأمنية - الرياض - المملكة العربية السعودية.

(١) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، رقم ٢٥٦٤.

(٢) الجندي، حسني، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ص ١٢.

صيانة مستودع أسراره وخصوصياته، فقد عني الإسلام بشمول تلك الأسرار بالحماية والحفظ، خاصة إذا كان صاحب تلك الأسرار ممن ابتلي بأحد الأمراض، وأن هذا المريض ما كان ليخبر أحدًا بسره أو يطلع عليه غيره إلا بسبب مرضه.

ونظرا لخطورة الآثار الناجمة عن إفشاء الأسرار الصحية للمريض، خاصة مع تنامي استخدام التقنيات المعاصرة، مثل وسائل التواصل الاجتماعي وعدم احتراز بعض الممارسين الصحيين في المحافظة على أسرار المرضى، بالرغم من وجود النصوص النظامية التي تجرّم ذلك؛ مما يستدعي التصدي لهذه الممارسات الخاطئة ؛ من هنا جاءت فكرة هذا البحث وجعلت عنوانه (الحماية الشرعية والنظامية للأسرار الصحية للمريض في المملكة)، ببيان هذا المفهوم، وأوجه الحماية التي وفرتها شريعتنا الإسلامية، وعلى إثرها النظم القانونية بالمملكة العربية السعودية لهذا الحق، والموقفين الشرعي والنظامي من الاعتداء على هذه الأسرار؛ تجريمًا وعقوبة بما يتواءم مع تحقيق المصلحتين العامة والخاصة.

أهمية دراسة البحث و أهدافه:

تكمن أهمية دراسة موضوع البحث في إظهار أحكام الشريعة، ومدى توافق نظام المهن الصحية بالمملكة العربية السعودية وغيره من أنظمة المملكة معها في حماية السر الصحي للمريض، وكذلك تأصيل

حق المريض ومصلحته الخاصة في حماية أسراره الصحية ومواءمته مع المصلحة العامة للمجتمع، وذلك من الناحيتين الشرعية والنظامية، ومن تلك الأهمية البالغة تتضح الأهداف التي يسعى البحث للوصول إليها، ويمكن إيجازها فيما يلي:

١. تعرف ماهية السر الصحي للمريض.

٢. بيان مفهوم الحماية الشرعية والنظامية لأسرار المريض.

٣. تأصيل حماية السر الصحي للمريض من الناحية الشرعية والأدلة الفقهية على ذلك.

٤. التأصيل النظامي من خلال إبراز أنواع المسؤولية المهنية للممارس الصحي، هي تمثل طرق الحماية لسر المريض، وبيان أركان جريمة إفشاء السر الصحي للمريض.

٥. معرفة العقوبات النظامية المترتبة على جريمة إفشاء أسرار المريض الصحية، ومدى تحقيقها للردع العام و الخاص لعدم العود لتلك الجريمة.

٦. سرد الحالات المستثناة من جريمة إفشاء أسرار المريض وأسباب إباحتها.

منهج البحث وتساؤلاته:

يرمي البحث إلى تحقيق أهدافه من خلال اتخاذ المنهج الاستقرائي والاستنباطي لحماية الأسرار الصحية للمريض، من خلال النصوص

الشرعية، وكذلك المنهج التحليلي فيما ورد في أنظمة المملكة العربية السعودية ذات الصلة بموضوع البحث.

كما يسعى البحث إلى الإجابة عن عدد من التساؤلات، ومنها:-

٧. ما نطاق السر الصحي للمريض ؟

٨. كيف وفر الشرع الحماية لأسرار المريض ؟

٩. كيف حقق الشرع التوازن و المواءمة بين حماية أسرار المريض و بين حماية المصالح العامة ؟

١٠. هل يمكن أن تقع جريمة إفشاء أسرار المريض عن طريق الخطأ غير العمدي ؟

١١. هل يعفى الممارس الصحي من العقاب عن جريمة إفشاء سر المريض في حالة عدم تحقق النتيجة الإجرامية لفعل الإفشاء ؟

١٢. هل حالة الضرورة من الحالات التي تبيح إفشاء السر الصحي للمريض ؟

المبحث الأول: ماهية حماية الأسرار الصحية للمريض

المطلب الأول: مفهوم السر الصحي في اللغة و الاصطلاح

السّر في اللغة:

«السين والراء يجمع فروعه إخفاء الشيء. والسرّ: خلاف الإعلان، يقال: أسررت الشيءَ إسرارًا، خلاف أعلنته»[(١)].

والسرُّ بهذا المعنى يعد نقيضًا للعلانية، وهي من الإعلان، أي الأمر

(١) ابن فارس،أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، مادة ستر،دار إحياء التراث العربي،ط١، ١٤٢٢هـ، ص٤٥٦.

الذي أُشيع العلم به بواسطة نشره على الكافة[١].

والسِّرّ هو ما تكتمه وتُخفيه، والجمع أسرار وسِرار، وهو اسم لما يُسر به الإنسان أي: يكتمه، وأصل الكلمة يدل على إخفاء الشيء وعدم إظهاره[٢].

والإسرار خلاف الإعلان، قال -تعالى-: ﴿أَوَلَا يَعْلَمُونَ أَنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا يُسِرُّونَ وَمَا يُعْلِنُونَ﴾[٣].

والسريرة مثله، قال الله -تعالى-: ﴿يَوْمَ تُبْلَى ٱلسَّرَآئِرُ﴾[٤].

أي يوم القيامة تختبر الأسرار وتعرف، وهي ما يسر في القلوب من النيات والاعتقادات وغيرها، فيعرف الحسن منها من القبيح.

السرّ في الاصطلاح الفقهي:

لم يرد للسرّ تعريف في اصطلاح الفقهاء، وربما كان ذلك لوضوح فكرته؛ إذ هو لا يخرج عن أمر يجب كتمانه، ويحرم إعلانه، أو لاحتمال اتفاق معناه اللغوي مع مضمون فكرته من الناحية الاصطلاحية.

ومع ذلك عرفه البعض بأنه: (كل أمر يجب ستره لتحقق المضرة من إعلانه أو احتمالها)[٥].

(١) النجار، عبد الله مبروك، إساءة استعمال حق النشر، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٣٨٢.

(٢) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق التراث بمكتبة الرسالة، بيروت، ط٦، ١٤١٩، مادة ستر،ص٤٠٦.

(٣) سورة البقرة الآية ٧٧.

(٤) سورة الطارق الآية ٩.

(٥) يرى البعض أن السرّ هو ما يضر إفشاؤه بسمعة مودعه وكرامته، في حين يرى آخرون أن السر غير مشين لمن يرغب في كتمانه، ولكن قد يترتب على إفشائه أضرار لمودعه أو لأقاربه، وذلك إما لطبيعة الوقائع، أو الظروف التي أحاطت بها. راجع في ذلك: حافظ، محمد محمود، الحماية=>

ويتضح من هذا التعريف أن السر يجب أن يتوافر شرطان لوجوده:

الشرط الأول: أن الأمر الذي يرد عليه الحكم بعدم جواز الإفشاء، يجب أن يكون سرًا بطبيعته، أي لا يعلمه أكثر من اثنين، فإن تجاوز ذلك لا يكون سرًا، وتنسلخ عنه حكمة التأثيم في إفشائه(١).

الشرط الثاني: أن يترتب على إفشائه ضرر لصاحبه، يستوي في ذلك أن يكون الضرر مؤكدًا أو محتملًا، كما يستوي أن يكون الضرر الحاصل من الإفشاء ضررًا معنويًا أو ماديًا، بل قد يكون الضرر المعنوي أشد وقعًا في الإيذاء، فقد جاء في أثر معاوية -رضي الله عنه- «أن إفشاء السر خيانة، وهو حرام إذا كان فيه إضرار، ولؤم إن لم يكن فيه إضرار»(٢).

ومعيار تحقق الضرر بالإفشاء معيار ذاتي، يرجع إلى شخص صاحب السر، فهـو الذي يقدر وجود الضرر، وهو الذي يستطيع أن يتنازل عن آثاره(٣).

وعرَّف مجمع الفقه الإسلامي السِّرَّ بأنه (ما يُفضي به الإنسان إلى آخر مستكتمًا إياه من قبل أو بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان، إذا كان العرف يقضي بكتمانه، كما يشمل خصوصيات

=الجنائية لأسرار الدولة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط١، ١٩٩٧م، ص١٤٢ وما بعدها. والنجار، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

(١) حسني الجندي، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام،دار النهضة العربية،ط١ص١٨٨,٢).

(٢) الغزالي، إحياء علوم الدين،دار الندوة الجديدة،بيروت، ١٣٢,٣/٣).

(٣) النجار، إساءة استعمال حق النشر، ص٣٨٦.

الإنسان، وعيوبه التي يكره أن يطلِّع عليها الناس)[1].

وعلى هذا عُرِّفت الأسرار الخاصة بأنها: (عبارة عما يحرص الفرد على إخفائه عن الغير)[2].

والسر أمانة لدى من استودع حفظه؛ التزامًا بما جاءت به الشريعة، وهو ما تقضي به المروءة وأدب التعامل[3]؛ مصداقًا لقوله -تعالى-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[4].

مفهوم السر الصحي للمريض في الاصطلاح:

ينقسم السرّ إلى أربعة أنواع[5]:

١- ما يبلغ الإنسان من الأمور التي يطلب صاحبها كتمانها عليه سواء طلب ذلك صراحة، أو بدلالة الحال، بأن يتعمد الحديث عنها حال الانفراد مثلًا.

٢- ما يريد الإنسان علمه مما تدعو المصلحة إلى كتمانه.

٣- ما أمر الشرع بكتمانه وعدم إذاعته.

٤- ما كان الأصل إخفاءه واطلع عليه شخص بسبب مهنته.

والنوع الذي يعنينا في هذا المقام هو النوع الرابع؛ وذلك لاطلاع الممارس الصحي على سر المريض الصحي بسبب مهنته، فالسر

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السر في المهن الطبية، العدد ٢٠، السنة الخامسة (رجب، شعبان، رمضان) ١٤١٤هـ (يناير، فبراير، مارس) ١٩٩٤م، ص ٢٠٧.

(٢) غنام، غنام محمد، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص١٠.

(٣) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، فتاوى مجمع الفقه الإسلامي، عدد٢٠، ص٣,٢٠٧).

(٤) سورة النساء من الآية ٥٨.

(٥) الأصفهاني، الراغب، الذريعة إلى مكارم الشريعة،ص ٢٩٧

الصحي للمريض هو كل ما وصل إلى علم الطبيب وفهمه، وتقضي الأعراف بستره في الزمان والمكان، سر لا يجوز إفشاؤه(١). ويشمل السر الطبي كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه، أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته(٢).

وعرف السر الصحي بأنه يشمل كل ما تعرف عليه الطبيب في أثناء ممارسته مهنته، بمعنى ليس ما تحصل عليه من معلومات فقط ولكن أيضا ما رأى وما سمع أو فهم(٣).

ومما لا شك فيه أن مفهوم السر الصحي يتفاوت من زمنٍ لآخر ومن شخص لآخر، أضف إلى ذلك أنه لم يرد له تعريف محدد في النظام السعودي، ولكن هذا لا يمنع من إيجاد ملامح عامة لهذا التعريف، فقد عُرّف بتعريفات منها:

«أنه واقعة ينحصر نطاق العلم بها في المريض ذاته وطبيبه المعالج، وتوجد مصلحة مشروعة للمريض في ألا يعرف أحد غيرهما بهذا المرض»(٤).

فإذا كانت مصلحة المريض في عدم معرفة أحد سره غير مشروعة فلا التزام على الطبيب بالمحافظة على السر، مثل ما إذا أبلغت امرأة

(١) ابن أبي أصيبعة، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، تحقيق عامر النجار، دار المعارف، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.

(٢) قانون أخلاقيات الطب الجزائري، مرسوم تنفيذي رقم ٩٢-٢٧٦، المادة ٥٢ فقرة ٢.

(٣) قانون أخلاقيات الطب الفرنسي، المادة ٤٢، وانظر: أحمد، مفهوم السر في الشريعة والقانون، بحث منشور، http://mqalh.com.

(٤) قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، دار النهضة العربية، ط ٣، ١٩٩٤، ص٣١.

طبيبها بعزمها على إجهاض نفسها بدون داعٍ طبي. فهنا لا يلتزم الطبيب بهذا السر؛ لعدم وجود المصلحة(١).

والواقع أنني أتفق مع مَنْ ذهب إلى وضع تعريف خاص بالسر الصحي متضمنًا التزام الممارس الصحي بحفظ هذا السر، «وهو أن يلتزم الطبيب(الممارس الصحي) بحفظ كل ما يصل إلى علمه من معلومات أيًا كانت طبيعتها، تتعلق بحالة المريض وعلاجه، والظروف المحيطة بذلك، سواء حصل عليها من المريض نفسه، أم علم بها في أثناء ممارسته مهنته أو بمناسبتها أو بسببها»(٢).

ويقصد بالتزام الممارس الصحي بحفظ هذه الأسرار، أن يلتزم الصمت، بخصوص ما يتعلق بهذه الأسرار، إلا في الحالات المرخص فيها بالإفشاء.

المطلب الثاني: مفهوم الحماية في الشرع والنظام

مفهوم الحماية الشرعية:

إن إضفاء الشرع للحماية على أمر معين يكون من خلال جعله من المحرمات أوالمحظورات الشرعية، وإخراجه من نطاق الحلال أو المباح، ويكون ذلك من خلال طريقين: إما تكليف العباد بإتيان فعل، كقوله -تعالى- ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾(٣).

---

(١) قايد، المرجع السابق، الموضع نفسه.

(٢) نجيدة، علي حسن، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص١٤٩.

(٣) سورة الإسراء الآية ٣٤.

وإما عن طريق النهي عن فعل، كقوله -تعالى- ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴾[1].

ومن هذين المثالين نجد أن الله -عز وجل- قد أحاط العهد والأمانة بالحماية، ومن ثم فإن الاعتداء على أي منهما يعد جريمة في الفقه الإسلامي.

و يعرف الفقه الإسلامي الجريمة بكونها (محظورات شرعية، زجر الله -تعالى- عنها بحد أو تعزير)[2]، و يمكن تحليل هذا التعريف على النحو الآتي:

أولًا: المحظورات الشرعية

الحظر،هو المنع والتحريم من قبل الشرع. ويشترط لتوافر وصف (المحظور الشرعي) عدة شروط:

أ- أن يكون هناك تكليف شرعي، أي أمر أو نهي من الشارع للمكلف.

ب- أن يصدر عن المكلف سلوك إيجابي يخالف به ما نهى عنه الشرع، أوسلوك سلبي يخالف به ما أمر به الشرع.

ج- أن لا يكون هناك نص يبيح استثناء السلوك المذكور.

د- أن يتطابق السلوك المرتكب مع السلوك المحظور.

هـ- أن يكون مصدر الحظر هو الشرع؛ لهذا (فلا جريمة إلا ما

(١) سورة الأنفال الآية ٢٧.

(٢) الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق:أحمد مبارك البغدادي،الكويت،دار بن قتيبة١٩٨٩،ص ٢٨٥.

عدّه الشرع جريمة)[1].

ثانيًا: زجر الله عنها بحد أو تعزير

والزجر، هو المنع و النهي. و مفاد هذا الشق من التعريف السابق أن الله -سبحانه وتعالى- أحاط المحظورات المذكورة بعقوبة حد أو بعقوبة تعزيرية. ويتضح أن هذا الشق من التعريف يتضمن إشارتين على سبيل التمثيل، لا الحصر.

الإشارة الأولى تتعلق بلفظ الجلالة؛ وذلك لأن مصادر الزجر عن المحظورات في الفقه الإسلامي ثلاثة: القرآن، والسنة، وما يصدر من ولي الأمر من تعزيرات. والإشارة الثانية تتعلق بمصطلح الحد، فقد يكون الزجر عن المحظورات الشرعية بعقوية حدية، أو بعقوبة قصاص أو دية، أو بعقوبة تعزيرية[2].

وفي ضوء ما سلف تتحقق الحماية في الشرع باكتمال مبدأ (الشرعية) أي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، و ذلك باكتمال شقي الحماية وهما:

١- شق التكليف: ومعناه أن (لا جريمة إلا بناء على ما يعدّه الشرع جريمة من أفعال المكلفين)، إيجابية كانت أم سلبية، والفعل السلبي هو الامتناع.

ويضم هذا الشق وصفًا دقيقًا للسلوك المجرّم بحيث لا يختلط بغيره،

(١) الصيفي،عبدالفتاح مصطفى، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون،دار النهضة العربية،ص ٤٤.

(٢) العوا،محمد سليم،أصول النظام الجنائي الإسلامي،دارالمعارف،ط٢، ١٩٨٣، ص ١٢٦.

ولا يتداخل مع سواه من أفعال، مثال ذلك حد الحرابة وحد السرقة، فالأول فعله أخذ المال بمكابرة و مدافعة، و الثاني أخذه خفية، و كلا الفعلين يختلف نموذجه الشرعي عن نماذج أخرى لأفعال تنطوي على عدوان على مال الغير، مثل: الغصب، و القهر، و الخيانة، و الاختلاس، و الخديعة، والجحد، والتعدي. وهكذا نجد نماذج لأفعال لا يوجد من بينها إلا حدان: هما الحرابة و السرقة، و ما عداهما فجرائم تعزيرية. ولهذا يشترط أن يتطابق الفعل المرتكب في أي جريمة مع الفعل المحدد في شق التكليف تطابقًا تامًا حتى تقوم الجريمة[١].

٢- شق الجزاء: ويتحقق في حالة مخالفة المكلف لما أوجبه عليه الشرع من تكليف، إيجابيًا كان هذا التكليف، مثل إيتاء الزكاة، أم سلبيًا مثل عدم إيذاء الغير أو الاعتداء على ماله. وقد يتمثل الجزاء في عقوبة، كما قد يتمثل في تدبير وقائي[٢].

مفهوم الحماية النظامية:

يقرر النظام جعل بعض الأفعال جرائم؛ لأن في إتيانها أو تركها ضررًا بنظام المجتمع وأعرافه وتقاليده، أو عقائده أو حياة أفراده أو أموالهم أو أعراضهم، أو غير ذلك من الاعتبارات التي يجدها المنظم جديرة بالمحافظة عليها؛ ولأن النهي عن فعل أو الأمر بإتيانه لا يكفيان لحمل الأفراد على الانصياع، فقد شرع العقاب على كل فرد لينصاع

(١) الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩١، ص ٧.
(٢) الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية و القانون، دار النهضة العربية،ص ٤٥.

لذلك فالعقاب يجعل للأمر والنهي معنى مفهومًا ونتيجة مرجوة، وهو الذي يحقق زجر الناس عن ارتكاب الجرائم ويمنع الفساد في الأرض، ويحمل الأفراد على أن يبتعدوا عما يضرهم، ولا يفعلوا إلا ما فيه خيرهم وصلاحه(١).

وعلى هذا يتضح ان للحماية النظامية من الناحية الجنائية مفهومًا معينًا؛ ذلك أن التجريم يقوم أساسًا لحماية مصالح اعتبرها النظام من المصالح الجديرة بالحماية، فيقوم بتحديدها بالنص عليها في النظام (القانون) ومقدرًا لها درجة الحماية التي تستحقها، وأن النص النظامي إنما يدور مع المصلحة التي يحميها وجودًا وعدمًا وتعديلًا. كما تفقد المصلحة جدارتها بتلك الحماية عند انتفاء علة التجريم، فالمنظم لا يعطي الوصف الجرمي لأي فعل كان؛ لأن النظريات العقابية تقتضي منه ذلك؛ لأن مصلحة جديرة بالحماية توجب عليه هذا التدخل وتطلب منه فرض العقوبة المناسبة(٢).

إن الحماية الجنائية تعني سعي المنظم نحو توفير الحد الأقصى من الحماية لطائفة المصالح والقيم الأساسية في المجتمع، فلكل قاعدة من قواعد النظام (القانون) غاية تستهدفها ومصلحة تسبغ عليها حمايتها مباشرة؛ لأنها تعدّ ضرورة من ضرورات أمنه، ومصدرًا من

(١) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، مطبعة المدني، ص ٦٨.

(٢) محسوب،صالح، التفسير والقياس في التشريعات العقابية، التجارة للطباعة، بغداد ١٩٥٣، ص٧٤.

مصادر تطوره وارتقائه[١].

وقد استخدم المنظم السعودي أحد مشتقات لفظ الحماية، ونستدل هنا بما ورد في النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية[٢] الذي يأتي على رأس هرم الأنظمة السعودية؛ حيث ورد لفظ الحماية متصدرًا نص إحدى مواد هذا النظام، فنصت على الآتي:

(تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية)[٣].

وبناء على ما سبق وجب أن يكون هناك توازن بين مقتضيات حق الدولة في العقاب ومنع الجرائم؛ حماية للمصالح المعتبرة وبين حق الإنسان في الحرية؛ توفيقًا بين المصلحتين[٤].

ويتضح مما سبق معنى الحماية النظامية، وهي ما يوفره النظام من نصوص تحيط السر الصحي للمريض بسياج من الحماية، ويجرّم كل اعتداء على تلك الأسرار ويعاقب من يفشيها.

المطلب الثالث: نطاق السر الصحي للمريض

حدد ابن أبي أُصيبعة نطاق السر الطبي «بكل ما لا يُنطق به خارجًا، وهذا التحديد جمع كل قولٍ في تحديد نطاق السر، فإذا كان ما

---

(١) أبو عامر ،محمد زكي، الحماية الإجرائية للموظف العام في التشريع المصري، الدار الفنية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص٧-٨.

(٢) الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ / ٩٠ بتاريخ ٢٧ / ٨ / ١٤١٢هـ راجع في شرح أحكام هذا النظام: أحمد بن عبد الله الباز، النظام السياسي في المملكة العربية السعودية، دار الخريجي للنشر والتوزيع، الرياض، ط٣، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

(٣) المادة السادسة والعشرون.

(٤) الحلبي ،محمد علي السالم، ضمانات الحرية الشخصية في أثناء التحري والاستدلال ،١٩٨١، ص ١٢-١٣.

سمعه الطبيب، أو علم به مما تقضي الأعراف بستره في الزمان والمكان، فذلك سرّ لا يجوز إفشاؤه»[1].

فنطاق السر الصحي للمريض هو المعيار الذي يحدد ما يعد سرًا صحيًا للمريض عن غيره من الوقائع، بمعنى أن كل ما يخرج عن هذا النطاق لا يعتبر سرًا صحيًا للمريض، ولا تستوجب الحماية النظامية للسر إلا بتوافر عدة شروط هي:-

الشرط الأول: أن يكون السر قد عهد به إلى ممارس صحي بسبب مهنته

فيجب أن يكون الممارس الصحي قد اطلع على السر بمناسبة ممارسة مهنته، فإذا لم يكن السر قد وصل إليه بسبب مهنته فلا تجريم في إفشائه من الناحية النظامية، فإذا شاهد الطبيب عرضًا ارتكاب جريمة، أو كان صديقًا للمتوفى وعلم بأمور وصلت إلى علمه بصفته صديقًا و ليس طبيبًا فلا يعد في هذه الحالات مفشيًا لسر المريض المعاقب عليه نظامًا[2].

الشرط الثاني: يجب أن يكون السر الصحي منسوبًا إلى شخص المريض

إذا اقتصرت إذاعة السر على الإفشاء فقط، سواء كانت أمراضًا أو

(١) ابن أبي أصيبعة، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، ص٤٥، وانظر، الترمانيني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، عدد ٢، السنة ٥، شعبان، ١٤٠١هـ - يونيو ١٩٨١م، ص٤٠.

(٢) سلامة، أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨ م، ص ٥٣

وقائع دون نسبتها إلى شخص معين لم يكن هناك إفشاء للسر، فلا يعد الطبيب الذي نشر مقالة علمية يشرح فيها أعراض مرض عالجه، وأسلوبه في العلاج دون تحديد لشخص المريض ،فلا يعد مفشيًا لسر المريض الصحي[١].

الشرط الثالث: أن تكون الوقائع المراد كتمانها ذات صلة بمهنة الممارس الصحي

هناك وقائع تعرض على الممارس الصحي وليس لها علاقة بمهنته، وهذه لا تعد سرًا يلتزم بكتمانه؛ ولذا يجب أن نفرق بين نوعين من الوقائع:

١. الوقائع السرية بطبيعتها أو التي بلغت علم الممارس الصحي بصفة سرية، كنوع المرض.

٢. الوقائع التي وصلت إلى علم الممارس الصحي في أثناء ممارسته لمهنته، و لكنها ليست ذات صفة طبية وليس لها صلة بالمرض، و هذه ليست سرية بطبيعتها. فيجب على الممارس الصحي واجب الكتمان في الأولى ولايلزم في الحالة الثانية[٢].

الشرط الرابع: أن يكون النبأ المطلوب كتمانه سرًا

فإذا أشيع النبأ لعدد من الأشخاص فلا تضفى عليه الحماية؛

(١) سلامة، المرجع السابق، ص ٥٢، وخيال، وجيه محمد، المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي، مكتبة هوازن السعودية، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م، ص٥٦، ٥٧.

(٢) حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٦ ،ص ٧٦٠.

لانتفاء صفة السرية[1].

المبحث الثاني: الحماية الشرعية للأسرار الصحية للمريض

المطلب الأول: الأدلة الفقهية للمحافظة على أسرار المريض

إن مصدر المحافظة على السرّ في الشريعة الإسلامية هو إلزام الشارع الحكيم بذلك من خلال النصوص الدالة على وجوب كتمان السر وعدم إفشائه، وقد يجتمع مع هذا الإلزام سبب إرادي آخر وهو الالتزام، كأن يتعاقد صاحب السر مع أمين على السر كطبيبٍ أو محامٍ، ويطَّلِع بحكم مهنته على هذا السر، فهنا يأتي الالتزام بحفظ السر تبعًا للعقد المبرم بينهما؛ استنادًا لقوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[2].

وقد تضافرت الأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع وآثار السلف على وجوب المحافظة على السرّ، وعدم إفشائه، ومنها السر الصحي للمريض وأنه من الأمانة الواجب رعايتها.

أما من القرآن الكريم، فقوله -تعالى-: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[3].

وجـه الدلالـة:

أن الله -تبارك وتعالى- أمر الناس جميعًا بحفظ الأمانة وأدائها إلى أهلها. ويدخل في هذا الأمر حفظ الحواس التي هي ودائع الله

(١) سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة ،مرجع السابق، ص ٥١.
(٢) سورة المائدة الآية ١.
(٣) سورة النساء الآية ٥٨.

-تعالى-[١]، فدلت الآية على أن الأمانة واجب من الواجبات، ولفظ الأمانة هنا عام يشمل جميع أنواع الأمانات، ولا شك في أن السر يعد من قبيل الأمانات التي يجب الحفاظ عليها؛ بل إن إفشاء السر أكثر حرمة من خيانة الأمانات المالية؛ وتعليل ذلك: أن ضياع الأمانة المالية يمكن أن يؤول إلى عوضٍ مادي، مثلي، أو قيمي إذا تعذر المثلي، أما إفشاء السر فإنه لا يؤول إلى عوض. والمصالح المتضررة لا يمكن جبرها؛ لأن مفاسدها حالّة، ومخاطرها عاجلة[٢].

ومما يدل على أن إفشاء السر خيانة قوله -تعالى-: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَخُونُواْ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ وَتَخُونُوٓاْ أَمَٰنَٰتِكُمۡ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴾[٣].

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أنه قد ورد النهي عن خيانة الأمانة، وهذا النهي جاء مقرونًا بالنهي عن أمور محرمة، وهي خيانة الله والرسول، وإفشاء السر يعد خيانة للأمانة التي اؤتمن عليها الشخص، فيدخل إفشاء السر في النهي الوارد في الآية.

و حيث إن للإنسان بوجه عام و للمريض بوجه خاص الحق في صيانة أسراره، فقد كفل الشرع الحكيم الحماية لهذا الحق، وإن كانت الشريعة الإسلامية لم تتعرض إلى تحريم إفشاء أسرار المرضى بشكل

(١) النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، تحقيق يوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م، ١/٣٦٧.
(٢) النجار، إساءة استعمال حق النشر، ص٣٧٥.
(٣) سورة الأنفال الآية ٢٧.

مباشر، إلا أنها حرمت إفشاء السر بشكل عام، سواء كان هذا السر يعد عورة ونقيصه من قدر الإنسان، أم كان هذا السر مما يعد محل فخر و شرف للإنسان، ولكنه آثر أن يحتفظ به سرًا.

فالظاهر أن إفشاء السر لا يجوز، سواء حال الموت أو الحياة، وسواء تضمن ضررًا أم لا؛ لأن هذا من قبيل حفظ العهد وهو كالوديعة التي يجب حفظها، أما ما يطلب الإنسان كتمانه مما يبلّغ به غيره، فإنه إذا كان إفشاء السر يتضمن ضررًا فإفشاء السر حرام، باتفاق الفقهاء، والضرر عام في كل ما يؤذي الإنسان، وأما إذا لم يتضمن ضررًا فالمختار عدم جواز إفشائه متى ما طلب منه الكتمان، أو دّل الحال على ذلك، أو كان مما يُكتم في العادة[1].

وقال الله -عز وجل- في محكم آياته ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾[2].

قال الزجاج: كل ما أمر الله به ونهى عنه فهو من العهد، فيدخل في ذلك ما بين العبد وربه، وما بين العباد بعضهم البعض، والوفاء بالعهد هو القيام بحفظه على الوجه الشرعي والقانون المرضي، إلا إذا دل دليل خاص على جواز النقض ؛ ﴿إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ أي مسؤولا عنه، فالمسؤول هنا هو صاحبه ؛وقيل إن العهد يسأل تبكيتًا

(١) ابن مفلح، الآداب الشرعية والمنح المرعية، عبد الله بن محمد المقدسي، تحقيق شعيب أرناؤوط، وعمر القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م. ج ٢، ص ٢٦٧

(٢) سورة الإسراء الآية ٣٤.

لناقضه[١]. وقال القاسمي، (لا تنقضوا العهود الجائزة بينكم وبين من عاهدتموهم، فتغدروا بمن أعطيتموه إياهم)[٢].

وقول الحق -جل وعلا- ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ ﴾[٣].

إن جلائل صفات المؤمنين تنحل إلى فضيلتين هما: فضيلة أداء الأمانة التي يؤتمنون عليها، وفضيلة الوفاء بالعهد. الأمانة تكون غالبًا من النفائس التي يخشى صاحبها عليها التلف، فيجعلها عند من يظن فيه حفظها، وفي الغالب يكون ذلك على انفراد بين المؤتمن والأمين، فهي لنفاستها قد تغري الأمين عليها بأن لا يردها وبأن يجحدها ربها، ولكون دفعها في الغالب عَرِيًّا عن الإشهاد تبعث محبتها الأمين على التمسك بها وعدم ردها، فلذلك جعل الله ردها من شعب الإيمان، والوفاء بالعهد من أعظم الخلق الكريم؛ لدلالته على شرف النفس وقوة العزيمة، فإن المرأين قد يلتزم كل منهما للآخر عملًا عظيمًا فيصادف أن يتوجه الوفاء بذلك الالتزام على أحدهما فيصعب عليه أن يتجشم عملًا لنفع غيره بدون مقابل ينتفع به هو، فتسول له نفسه الختر بالعهد؛ شحًا أو خورًا في العزيمة، فلذلك كان الوفاء بالعهد علامة على عظم النفس[٤].

(١) الزجاج، إبراهيم بن محمد بن السري، معاني القرآن، عالم الكتب، ١٩٨٨، ج ١، ص ٨٢٣.
(٢) القاسمي، محمد جمال الدين، تفسير القاسمي، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: الحلبي ،
(٣) سورة المؤمنون الآية ٨.
(٤) ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير و التنوير، دار التونسية للنشر، ج ١٨، ص ١٧.

الأدلة من السنة النبوية:

استجابة لهذه التوجيهات القرآنية، نجد الرسول ﷺ يتبع أساليب متعددة لغرس فضيلة كتمان السر في نفوس أصحابه، ومن أبرز تلك الأساليب أنه بدأ دعوته سرًا في مكة المكرمة، وكان أول درس قدمه إلى علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- عندما دعاه إلى الإسلام، فطلب علي أن يستشير والده أبا طالب، فكره الرسول ﷺ أن يفشي علي سرّ الدين قبل أن تقوى شوكته، فقال له: (يا علي، إذا لم تُسْلِم فاكْتُم)، فامتثل علي للأمر، وما لبث أن أعلن إسلامه[1].

ومما يدل على أن حفظ السر أمانة، ما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك)[2].

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي الكريم أمر بأداء الأمانة، وأمره واجب الطاعة، فدل على أن حفظ الأمانة من الواجبات، ومن حفظ الأمانة حفظ السر.

ومما يدل على أن إفشاء الأسرار من المحظورات الشرعية، ما رواه جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: (إذا حدث الرجل بالحديث ثم التفت، فهي أمانة)[3].

(١) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، البداية والنهاية، تحقيق: عبد الله التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ٤/٦١.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، ك البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، ح (٣٥٣٥)، وأخرجه الترمذي في السنن، ك البيوع، باب أد الأمانة إلى من ائتمنك، ح (١٢٦٤). قال أبو عيسى «هذا حديث حسن غريب». وصححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة برقم (٤٢٣).

(٣) أخرجه أبو داود في ك الأدب، باب في نقل الحديث، ح (٤٨٦٨)، وأخرجه الترمذي في سننه، ك البر والصلة، باب ما جاء أن المجالس بالأمانة، ح (١٩٥٩)، قال أبو عيسى «هذا حديث حسن، وإنما نعرفه من حديث ابن أبي ذئب»، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم (١٠٩٠).

فدل الحديث الشريف على أن حديث الرجل للرجل يعد أمانة لا يجوز إفشاؤها، فإذا كان مجرد الالتفات يعد من الإفشاء، فمن باب أولى أن يكون الإفضاء من الإفشاء المنهي عنه.

وأما الإجماع:

فقد أجمع الفقهاء على أن الأمانة مما يجب أداؤه إلى أهله، سواء كانوا من الأبرار أو من الفجار. وفي ذلك يقول القرطبي ـ رحمه الله: (وهذا إجماع، حيث أجمعوا على أن الأمانات مردودة إلى أربابها، الأبرار منهم والفجار، قاله ابن المنذر)[١].

ومن آثار الصحابة والسلف:

ما روي عن معاوية (أنه أسرَّ إلى الوليد بن عتبة حديثًا، فقال لأبيه: يا أبت، إن أمير المؤمنين أسر إليَّ حديثًا، وما أراه يطوى عنك ما بسطه إلى غيرك، فقال: لا تحدثني به، فإن من كتم سرّه كان الخيار إليه، ومن أفشاه كان الخيار عليه، قال: فقلت يا أبت، وإن هذا ليدخل بين الرجل وبين أبيه؟ فقال: لا والله يا بني، ولكن أحب ألا تذلل لسانك بأحاديث السر، فقال: فأتيت معاوية فأخبرته، فقال: يا وليد، أعتقك أبوك من رق الخطأ. فإفشاء السر خيانة، إذا كان فيه إضرار، ولؤم إن لم يكن فيه إضرار)[٢].

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م، ٥/٢٤٦.

(٢) الغزالي، إحياء علوم الدين، ٣/١٢٩ وما بعدها. كما أثر عن عمر بن عبد العزيز -رحمه الله- (ت١٠١هـ) أنه قال: «القلوب أوعية، والشفاه أقفالها، فليحفظ كل إنسان مفتاح سره». الغزالي، الموضع السابق.

وما روى أنس -رضي الله عنه- قال: مرّ بي النبي ﷺ وأنا ألعب مع الصبيان فسلّم علينا ثم دعاني فبعثني إلى حاجة له، فجئت وقد أبطأت عن أمي، فقالت: ما حسبك؟ أين كنت؟ فقلت بعثني رسول الله ﷺ إلى حاجة، فقالت: أي بني وما هي؟ فقلت: إنها سر، قالت: لا تحدث بسر رسول الله ﷺ أحدًا[1].

وقال عمر بن عبد العزيز -رحمه الله- (القلوب أوعية الأسرار، والشفاء أقفالها والألسن مفاتيحها، فليحفظ كل امرئ مفتاح سره)[2].

وقال ابن الحاجّ: ينبغي أن يكون -يعني الطبيب- أمينًا على أسرار المريض، فلا يطلع أحدًا على ما ذكره المريض؛ إذ إنه لم يأذن له في إطلاع غيره على ذلك)[3].

وجاء في كتاب (أخلاق الطبيب):

(واعلم يا بني، أنه ينبغي للطبيب أن يكون رفيقًا بالناس، حافظًا لغيبهم، كتومًا لأسرارهم، لاسيما أسرار مخدومه – أي مريضه – فإنه ربما يكون ببعض الناس من المرض ما يكتمه من أخص الناس به مثل أبيه وأمه وولده، وإنما يكتمونه خواصهم، ويفشونه إلى الطبيب ضرورة)[4].

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، باب حفظ السر، برقم ٦٢٨٩.

(٢) الماوردي، أدب الدنيا و الدين، تحقيق: محمد كريم راجح، دار اقرأ، ١٩٨٥.

(٣) ابن الحاج، المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات ،تحقيق توفيق حمدان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥،ج ٤، ص ١٤٣.

(٤) الرازي، أبو بكر محمد بن زكريا، أخلاق الطبيب، تحقيق عبداللطيف العبد، مكتبة دار التراث،١٣٩٧هـ ص ٢٦.

وذكر الماوردي-رحمه الله- (أن إظهار الرجل سر غيره أقبح من إظهار سر نفسه؛ لأنه يبوء بإحدى وصمتين: الخيانة إن كان مؤتمنًا، أو النميمة إن كان مستودعًا، فأما الضرر فربما استويا، وفيه تفاضلا، وكلاهما مذموم وهو فيهما ملوم)[١].

فمن خلال الأدلة السابقة يتضح مدى الأهمية البالغة لكتمان الأسرار، ومنها الأسرار الصحية، وعدم إفشائها، وأنه يترتب على هذا الحفظ والكتمان نتائج مثمرة، من أهمها:

١- أن في حفظ الأسرار سترًا لأسرار المسلمين التي ندب الإسلام لحفظها، وهذا من أهم أسباب الفلاح في الآخرة؛ لقوله ﷺ: (المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه.....ومن ستر مسلمًا ستره الله يوم القيامة)[٢].

٢- أن كتمان السر نوع من الصمت، والصمت من علامات الإيمان؛ لقوله ﷺ: (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرًا أو ليصمت)[٣]، كما أنه من أسباب الاستعانة على حصول المقاصد، ففي الحديث: (استعينوا على قضاء حوائجكم بالكتمان، فإن كل ذي نعمة

(١) الماوردي، تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك وسياسة الملك، تحقيق محيي هلال السرحان، دار النهضة العربية، بيروت، ط ١، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ص٣٦٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، ك المظالم، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، ح (٢٤٤٢)، وفي ك الرقاق، باب: حفظ اللسان، ح (٦٤٧٥)، ومسلم، ك البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، ح (٢٥٨٠).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، ك الأدب، باب: إكرام الضيف...، ح (٦١٣٦، ٦١٣٨)، ومسلم، ك الإيمان، باب: الحث على إكرام الجار والضيف ولزوم الصمت إلا عند الخير...، ح(٤٧).

محسود)[1].

٣- كما أن مبدأ حفظ أسرار الغير، مما يقوي وشائج المحبة والأخوة التي تربط المسلمين فيما بينهم؛ لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾[2].

٤- أن إفشاء السر من آفات اللسان التي تكون سببًا من أسباب دخول النار؛ بدليل حديث معاذ بن جبل -رضي الله عنه- عندما قال للرسول ﷺ: أنؤاخذ بما نقول ؟ فقال ﷺ: (ثكلتك أمك يا معاذ، وهل يكبّ الناس في النار على وجوههم، أو على مناخرهم إلا حصائد ألسنتهم)[3].

٥- ومفهوم المخالفة يقرر بأن المحافظة على السر سبب من أسباب دخول الجنة، حيث قال ﷺ: (من يضمن لي ما بين لحييه، وما بين رجليه، أضمن له الجنة)[4].

إن كتمان السر من علامات الصبر، قال الماوردي: (وليس يصح في الأمور بترك التسرع إليها دون كتمان السرّ فيها، فهو أقوى أسباب

---

(١) رواه الهيثمي في مجمع الزوائد، دار الريان للتراث، القاهرة، ودار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، كتاب الإيمان، باب كتمان الحوائج، ٨/١٩٥، وقال الهيثمي «رواه الطبراني في الثلاثة، وفيه سعيد بن سلام العطار، قال العجلي: لا بأس به، وكذبه أحمد وغيره، وبقية رجاله ثقات، إلا أن خالد بن معدان لم يسمع من معاذ»، وصححه الألباني، في السلسلة الصحيحة، برقم (١٤٥٣).

(٢) سورة الحجرات الآية ١٠.

(٣) أخرجه الترمذي، ك الإيمان، باب ما جاء في حرمة الصلاة، ح(٢٦١٦)، قال أبو عيسى «هذا حديث حسن صحيح»، وأحمد في المسند، ٥/٢٣٧، وابن ماجه في سننه، ك الفتن، باب كف اللسان في الفتنة، ح(٣٩٧٣)، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم (١١٢٢).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، ك الرقائق، باب حفظ اللسان، ح(٦٤٧٤).

الظفر بالمطالب، وأبلغ في كيد العدو الموارب)[١].

وتحقيق مبدأ كتمان الأسرار ليس فقط في حياة الإنسان، بل يمتد ليشمل ما بعد وفاته. من هنا يتضح أن واجب الممارس الصحي في الحفاظ على أسرار المرضى، هو واجب ديني قبل أن يكون التزامًا قانونيًا، فرضته مبادئ الشريعة الإسلامية في إطار حمايتها لحق الإنسان في الخصوصية.

المطلب الثاني: حماية أسرار المريض بين درء المفاسد وجلب المصالح

جاء الشرع بالعناية بالمصالح العامة وتقديمها على المصالح الخاصة، كما اهتم برفع المفاسد العامة وإن تضمن ذلك مفسدة خاصة، فالعناية بالأغلب والأعم هو المقدم.

قال ابن القيم، شرع النبي ﷺ لأمته إيجاب المنكر ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبّه الله ورسوله، فإذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه وأبغض إلى الله ورسوله فإنه لا يسوغ إنكاره، وإن كان الله يبغضه ويمقت أهله[٢].

وبذلك النهج نجد أن واجب الستر قد يترك لما هو أوجب منه؛ وذلك (لأن الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، وأنها ترجّح خير الخيرين، وتحصّل أعظم المصلحتين

(١) الماوردي، تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك وسياسة الملك، ص٨٩.
(٢) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، القاهرة، النهضة الجديدة، ج ٣/ ٤.

بتفويت أدناهما، وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما)[1].

فقد يكون إفشاء الأسرار واجبًا، في الحالة التي يكون كتمان السر فيها مؤديًا إلى مفسدة تلحق بالفرد أو الجماعة، أكثر من المنفعة التي تعود على صاحب السر؛ وذلك إعمالًا للقاعدة الفقهية (درء المفاسد أولى من جلب المصالح)[2].

و من الأدلة على ذلك ما جاء بحديث زينب امرأة عبدالله بن مسعود -رضي الله عنهما- قالت: انطلقت إلى النبي ﷺ فوجدت امرأة من الأنصار على الباب، فمرّ علينا بلال فقلنا: سل النبي ﷺ أيجزئ عني أن أنفق على زوجي وأيتام لي في حجري، وقلنا: لا تخبر بنا، فدخل فسأله فقال: من هما؟ قال: زينب، قال أي الزيانب؟ قال: امرأة عبدالله، قال: نعم، ولها أجران: أجر القرابة وأجر الصدقة»[3].

فالعلماء وجّهوا إخبار بلال باسم امرأة عبدالله بن مسعود -رضي الله عنهم- بأن ذلك كان جوابًا لسؤال النبي ﷺ الذي إجابته أوجب من الكتمان.

كما أن حق الإنسان في حفظ سره يجب أن لا يتضمن ضررًا على فرد آخر، فإن حفظ حق أحدهما ليس أولى من حفظ حق الآخر، وكل هذا فرع عن تطبيق قاعدة المصالح والمفاسد.

(١) تقي الدين بن تيمية، تضمين مجموع فتاوى ابن تيمية ،مجمع الملك فهد، ١٩٩٥ ،ج ٢٠، ص ٤٨.

(٢) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق، محمد الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٣هـ، ص٩٩.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر، برقم ١٤٦٦

فالشريعة الإسلامية عندما كفلت حماية الأسرار الخاصة قيدت ذلك بعدم الإضرار بحق الغير؛ لأن حق الغير يُعد من المصالح المعتبرة شرعًا واجبة الحماية؛ لذا فهو يعد قيدًا على الحق الفردي؛ حتى لا يكون استعماله على نحو يضر بذلك الغير.

وقد استند الفقهاء في ذلك إلى قوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)[١]، والضرر في الحديث يشمل مطلق الضرر تبعًا لما انتهى إليه رأي الفقهاء[٢].

والتطبيق العملي لهذه القاعدة في مسألة سر المريض أن تنصب العناية بمقاصد الشريعة من حفظ المال والنفس والعقل والنسل والدين، ولو تضررت مصلحة المريض بإفشاء سره. فيفشى سره إذا تضمن درء مفسدة عامة، أو جلب مصلحة عامة، ويقع الترجيح بحسب الاجتهاد المصلحي في مسألة درء المفسدة عن الفرد.

قال العز بن عبد السلام: الستر على الناس شيمة الأولياء، ويجوز

(١) رواه الإمام أحمد مسندًا، بلفظ «لا ضرر ولا ضرار»، المسند ط وزارة الشؤون الإسلامية في المملكة، ١٤٢٠هـ ٥/٥٥، ح (٢٨٦٥)، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا، تحقيق بشار معروف ومحمود خليل، ك الأقضية، باب القضاء في المرفق، ح (٢٨٩٥)، وابن ماجه في سننه، أبواب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ح (٢٣٤١)، وصححه الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ح (٨٩٦)، ٣/٤٠٨ - ٤٠٩. وله طريق آخر حيث أخرجه الدارقطني في سننه، ك الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت، من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما-، ح (٤٤٦٠). قال الألباني: «هذا سند لا بأس به في الشواهد، فإن ابن الحصين احتج به الشيخان، لكن قال الحافظ في التقريب: «ثقة إلا في عكرمة» قلت: وإنما تكلم في روايته عنه من قبل حفظه، وليس في صدقه، وهو يتقوى بالطريق الأول عند ابن أبي شيبه» إرواء الغليل، ٣/٤٠٩. وله طرق يقوي بعضها ببعض. وقد تقبّله جماهير أهل العلم واحتجوا به.

(٢) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر، بيروت، ط١، ص١٢٢.

إفشاء السر إذا تضمن مصلحة أو دفع ضرر، وقد كشف يوسف -عليه السلام- سر المرأة التي راودته فقال: ﴿ قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي ﴾[1] ليدفع عن نفسه ما قد يتعرض له من قتل أو عقوبة[2].

وعن جابر -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: (المجالس بالأمانة إلا ثلاثة مجالس: سفك دم حرام، أو فرج حرام، أو اقتطاع مال بغير حق)[3].

فالمعنى أن ما يدور في المجالس أمانة يجب حفظها وعدم إفشائها، إلا إن أدت إلى سفك دم أو استحلال فرج أو مال بغير حق؛ فتنتفي الأمانة هنا ولا يجب حفظ السر.

وفي حديث معاذ -رضي الله عنه- شاهد لإفشاء ما أمر بكتمانه لأجل المصلحة، فقد روى أن النبي ﷺ قال(حق العباد على الله أن لا يعذب من لا يشرك به شيئًا فقال: أفلا أبشر الناس، قال: لا تبشرهم فيتكلوا)[4] وأخبر بذلك في آخر حياته خوفًا من كتم العلم ووصولًا لمصلحة نشره.

أما الستر المندوب إليه هنا فالمراد به الستر على ذوي الهيآت ونحوهم ممن ليس معروفًا بالأذى والفساد. وأما المعروف بذلك فيستحب أن لا يستر عليه، بل ترفع قضيته إلى ولي الأمر، إن لم يخف من ذلك

(١) سورة يوسف الآية ٢٦.

(٢) شجرة المعارف والأحوال، العز بن عبد السلام، تحقيق إياد خالد الطباع، دمشق ١٩٨٩، ص ٣٨٩.

(٣) سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في نقل الحديث، برقم ٤٨٦٩.

(٤) صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب إرداف الرجل خلف الرجل، برقم ٥٩٦٨.

مفسدة؛ لأن الستر على هذا يطمعه في الإيذاء، والفساد، وانتهاك المحرمات، وجسارة غيره على مثل فعله. وهذا كله في ستر معصية وقعت وانتقضت.

وأما المعصية المتلبس بها فتجب المبادرة بإنكارها، ولا يحل تأخيرها. فإن عجز لزمه رفعها إلى ولي الأمر، إذا لم تترتب على ذلك مفسدة، وأما الرواة، والشهود، والأمناء على الصدقات، والأوقاف، والأيتام ونحوهم فيجب جرحهم عند الحاجة، ولا يحل الستر عليهم إذا رأى منهم ما يقدح في أهليتهم. وليس هذا من الغيبة المحرمة، بل من النصيحة الواجبة. وهذا مجمع عليه(١).

فبناء على ما تقدم فإنه يباح إفشاء السر فيما يلي:

١ - إذا أذن صاحب السر – وكان الحق يختص به.

٢- إذا كان عدم الإفشاء يتضمن ضررًا يلحق المجتمع، أو يضر بفرد منه ضررًا أكبر من ضرر صاحب السر.وطريق تقدير المفسدة والضرر هو الظن والاجتهاد؛ لأنه لا يمكن تحديد مقدارها بدقة.

قال العز بن عبدالسلام: أكثر المصالح والمفاسد لا وقوف على مقاديرها وتحديدها، وإنما تعرف تقريبًا لعزة الوقوف على تحديدها(٢).

هذا و قد قرر مجمع الفقه الإسلامي بشأن السر في المهن الطبية، بدورة مؤتمره الثامن والمنعقد ببندر سيري بيجوان، بروناي دار

(١) شرح النووي على مسلم، دار الخير، ١٩٩٦، ص ١٠٥.

(٢) القواعد الصغرى، العز بن عبد السلام، تحقيق صالح بن عبد العزيز آل منصور، دار الفرقان، ١٩٩٧، ص١٠٠.

السلام من ١-٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١-٢٧ (يونيو) ١٩٩٣م[١].

أن تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانه إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانه، وهذه الحالات:-

أ – حالات يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقضي بتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام إذا تعين ذلك لدرئه، وهذه الحالات نوعان:

ما فيه درء مفسدة عن المجتمع. ٢- وما فيه درء مفسدة عن الفرد.

ب – حالات يجوز فيها إفشاء السر لما فيه من:

جلب مصلحة للمجتمع. ٢- جلب مصلحة للفرد.

وهذه الحالات يجب الالتزام فيها بمقاصد الشريعة وأولوياتها من حيث حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

وهنا لابد من التنبّه إلى استعمال أحسن الألفاظ في التعبير، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة، إذ لم يكن فاحشًا ولا متفحشًا، فيتلفظ أو يكتب الطبيب العبارة المؤدية للغرض.

فكلمة غير لائق تكفي في الإخبار عن حالة المتقدم لعمل مثلًا دون ذكر

(١) ملحق قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن السر في المهن الطبية، برواي دار السلام، ١-٧ محرم ١٤١٤هـ

تفاصيل المرض، وكذلك أن المريض مصاب بمرض ينتقل بالاتصال الجنسي يكفي عن تسمية المرض، وعدم التوافق بين الزوجين كذلك يؤدي الغرض دون الحاجة لذكر اسم الداء.وقد بدأت المستشفيات بذكر التصنيف العالمي لأي مرض عوضًا عن ذكر اسمه.وضابط ما سبق أن الضرورة تقدر بقدرها.

المبحث الثالث: حماية الأسرار الصحية للمريض في أنظمة المملكة

المطلب الأول: الطرق النظامية لحماية أسرار المريض الصحية

تختلف صور الحماية النظامية أو القانونية للأسرار الصحية للمرضى باختلاف المصدر النظامي، فقد يكون مصدرَها قانونُ العقوبات أو النظام الجزائي اللذان يقرران جزاءات ذات طبيعة معينة، تمس حق الإنسان في سلامة جسده وحريته، وقد يكون مصدرها القانون الإداري، وعندئذٍ تأخذ الجزاءات الصورة التأديبية، وقد يكون مصدر تلك الحماية القانون المدني، الذي تأخذ فيه الجزاءات صورة التعويض (الضمان) عن الأضرار التي تلحق بالغير.

وفي المجال الصحي في المملكة العربية السعودية جمعت أنواع هذه الحماية في نظام مزاولة المهن الصحية، وقد أحسن المنظم السعودي صنعًا، حيث نوّع هذه الحماية إلى ثلاثة أنواع، وعبر عنها (بالمسؤولية المهنية) للممارس الصحي ؛ وفيما يلي بيان موجز لهذه الطرق:

الحماية الجزائية لأسرار المرضى:

الحماية الجزائية لأسرار المرضى هي إضفاء الحماية النظامية للمصالح التي يتوخاها المنظم، بتجريمه للأفعال الماسة بخصوصية المريض وردع كل من يخالف ذلك بنصوص نظامية، ويعبر عن ذلك بالجزاء الجنائي أو العقوبة.

فالمنظم يرى أن مصالح الجماعة والفرد وحقوقهما ومنها حماية الخصوصيات جديرة بالحماية النظامية؛ ولذا يقرر جزاءات جنائية رادعة لمن ينتهكها، بمعنى أنه يتتبع الأنشطة والأعمال ذات الصلة بالمصلحة المراد حمايتها، ويقدر أهمية حمايتها، ومن ثم يقف منها أحد موقفين:

الموقف الأول: التجريم، ويعني إضفاء صفة عدم المشروعية على كل سلوك يهدر المصلحة المراد حمايتها، أو يلحق الضرر بها.

الموقف الثاني: الإباحة، وتعني رفع صفة عدم المشروعية عن كل سلوك يحقق المصلحة المراد حمايتها.

وتأكيدًا لذلك نص نظام مزاولة المهن الصحية[1] في المملكة على أن"كل مخالفة لأحكام هذا النظام ولائحته التنفيذية لم يرد نص خاص في هذا النظام على عقوبة لها -يعاقب مرتكبها بغرامة لا تتجاوز ٢٠ الف ريـال»[2]. وهذا يعني أن كل ممارس صحي يفشي سرًا لأحد

(١) نظام مزاولة المهن الصحية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٩) بتاريخ ١٤٢٦/١١/٤ هـ
(٢) المادة الثلاثون.

المرضى في غير الحالات الحصرية المستثناة، فإنه يعاقب بغرامة مالية لا تزيد عن ٢٠ الف ريـال.

الحماية المدنية لأسرار المرضى:

إن الأضرار التي تقع على الأسرار الخاصة - غالبًا - تكون لها أثارٌ معنوية تسبب الضرر لمن انتهكت خصوصيته، مثل إفشاء أسرار المرضى وأسرار المراسلات أو المحادثات الهاتفية ونحوها.

تعريف الضرر المعنوي عند الفقهاء المعاصرين:

عرّفه البعض بأنه « الضرر الذي لا يمس الذمة المالية، بل يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو مركزه الاجتماعي»[١]. وعُرّف أيضًا بأنه «الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يُعد مهانة له، كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم في جسمه، أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثرًا، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته»[٢]. ولعلي أضرب مثالًا يتضح من خلاله صورة الضرر المعنوي: فإفشاء السر الصحي لشخص ما، وقد يكون هذا الشخص يعاني من عقم أو من مرض آخر لا يريد أن يعلم به أحد، فإذا ما أُفشي هذا السر، فإنه بلا شك سيصاب بالإيذاء في شعوره ومعنوياته، فهذا ضرر معنوي، فإذا تحقق وجوده بسبب هذا الإفشاء كان للمضرور حق المطالبة بالتعويض، وتكون مسؤولية الإفشاء على

(١) كرم، عبد الواحد ،معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار المناهج، الأردن، ط٢، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.ص٢٦٥.

(٢) الخفيف،علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.ص٤٤.

مفشي السر، وتتضاعف تلك المسؤولية حينئذ إذا تم الإفشاء عن طريق المستشفى (أو العيادة الطبية) أو أحد موظفيه.

وقد أقر المنظم التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمريض بأن يُلزم الممارس الصحي بالتعويض، وتحدد الهيأة الصحية الشرعية مقدار هذا التعويض[1].

ذلك أن مناط التجريم يرجع إلى مبدأ (كل خطأ سبب ضررًا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، ومن هذا المبدأ نجد أن المسؤولية المدنية لا تقوم في مواجهة الممارس الصحي إلا بتوافر ثلاثة أركان، هي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

الحماية التأديبية لأسرار المرضى:

يقصد بها: الجزاءات التأديبية التي توقع على الممارس الصحي نظير إخلاله بواجباته الوظيفية، أو تجاوز الحدود التي رسمها له النظام أو اللوائح، وعلى وجه العموم عدم احترام مقتضيات الوظيفة[2].

وهذا ما نص عليه نظام مزاولة المهن الصحية في المملكة، حيث نص على أنه(مع عدم الإخلال بأحكام المسؤولية الجزائية أو المدنية يكون الممارس الصحي محلًا للمساءلة التأديبية إذا أخل بأحد واجباته المنصوص عليها في هذا النظام، أو خالف أصول المهنة، أو كان في

(١) المادة السابعة والعشرين.

(٢) السمني، حسن علي، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٣ص١٠٦٨.

تصرفه ما يعد خروجًا على مقتضيات مهنته أو آدابها)[١].

وحدد المنظم العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها في حالة المخالفات المهنية وهي[٢]:

١- الإنذار

٢- الغرامة المالية بما لا يتجاوز ١٠ آلاف ريال.

٣-إلغاء الترخيص وشطب الاسم من سجل المرخص لهم.

المطلب الثاني: تجريم إفشاء أسرار المريض

تخضع جميع الأنظمة في المملكة العربية السعودية لأحكام الشريعة الإسلامية لكونها دستور الدولة، وذلك بموجب المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم التي نصت على أن «المملكة العربية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، ولغتها هي اللغة العربية، وعاصمتها مدينة الرياض».

وأكد النظام الأساسي للحكم سلطة الشريعة الإسلامية على جميع الأنظمة في الدولة، بما في ذلك النظام الأساسي نفسه، حيث نص على أنه «يُستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله -تعالى- وسنة رسوله ﷺ وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة»[٣].

ويقوم النظام الجنائي الإسلامي على أساس التمييز بين ثلاث

(١) المادة الحادية والثلاثون.
(٢) المادة الثانية والثلاثون.
(٣) المادة السابعة.

طوائف من الجرائم هي:جرائم الحدود، وجرائم القصاص، وجرائم التعازير التي تشمل كل معصية لا حد فيها ولا كفارة، وهي على نوعين:

النوع الأول: ورد بشأن تجريمه نص من القرآن، أو السنة، دون تحديد عقوبة معينة، فيكون تحديدها متروكًا لتقدير ولي الأمر، ومثال هذا النوع من الجرائم: الربا، وشهادة الزور، وانتهاك حرمة المساكن، والرشوة.

والنوع الثاني: يقرر تجريمه والعقاب عليه ولي الأمر، حسبما تقتضيه مصلحة الجماعة في الحفاظ على بقائها وسلامتها واستقرار أمنها، فلولي الأمر أن يجرم ويعاقب تعزيرًا على أي فعل يعد معصية ولو لم يرد بتجريمه والعقاب عليه نص صريح في القرآن أو السنة. وتسمى «جرائم التعزير المنظمة»، وهي تسمية ترد هذه الجرائم إلى أصلها الشرعي وهو نظام التعزير، فالأنظمة الصادرة من ولي الأمر لم تنشئ هذه الجرائم، وإنما نظمت بعض جوانبها وحددت لها العقوبات المناسبة[1].

وتُعرّف جريمة إفشاء السر بأنها (تعمُّد الإفضاء بسرٍ من شخص اؤتمن عليه في غير الأحوال التي توجب فيها الشريعة الإسلامية الإفضاء أو تجيزه)[2].

وسيرًا على هذا الدرب نجد أن نظام المهن الصحية بالمملكة العربية

(١) فتوح الشاذلي، جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية السعودية،دار المطبوعات الجامعية،١٤٢٨هـ،ص٢٠.

(٢) ابن إدريس، شريف بن أدول، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.ص٢٠.

السعودية قد جرّم بعض الأفعال، وحظر على الممارس الصحي إفشاء الأسرار التي علم بها عن طريق مهنته، و أنه لا يجوز إفشاء أسرار المرضى إلا في حالات حصرية ومحددة نص عليها هذا النظام، كما أن نظام مزاولة المهن الصحية قد فرض عقوبات تعزيرية على الممارس الصحي الذي يرتكب تلك الجريمة. وهو ما نفرد له مطلبًا خاصًا.

إلا أنه يشترط حتى تترتب المسؤولية الجنائية في حق الممارس الصحي ومعاقبته على جريمة إفشاء الأسرار الصحية للمرضى، لابد من أن تتوافر أركان تلك الجريمة وتتمثل في ركنين أساسيين وهما (الركن المادي، والركن المعنوي) بالإضافة إلى الركن المفترض لتلك الجريمة وهو(صفة الممارس الصحي)، بالإضافة للركن الشرعي وهو وجود النص المجرّم للفعل، ونتناول ذلك بشيء من التفصيل كما يلي:

الركن المادي للجريمة و عناصره:

الركن المادي يمثل صلب كل جريمة؛ لأن المنظم لا يجرم على مجرد التفكير في الجريمة أو على مجرد الدوافع و النزاعات النفسية الخالصة، وإنما يستلزم أن تظهر تلك النزاعات والعوامل النفسية في صورة واقعة مادية هي الواقعة الإجرامية، إذ لابد من أن يتخذ هذا التفكير، وتلك العوامل النفسية مظهرًا ماديًا[1].

ويتكون الركن المادي لأي جريمة من ثلاثة عناصر، و هي: (الفعل أو السلوك الإجرامي، و النتيجة الإجرامية المتحققة من هذا السلوك،

(١) قورة، عادل، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٢، ط٢، ص١٠٣.

ورابطة السببية المادية التي تربط بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية).

الفعل أو السلوك الإجرامي:

وهو فعل الجاني الذي يحدث أثرًا في العالم الخارجي، ولا يمكن محاسبة الشخص على هذا السلوك مهما بلغت خطورة أفكاره وحواسه الداخلية، فالسلوك هو الذي يخرج النية والتفكير في الإجرام إلى حيز الوجود واعتبار القانون[1].

كما يقصد به أيضًا ذلك السلوك المادي الصادر عن إرادة الإنسان ويتعارض مع القانون؛ فالفعل هو جوهر الجريمة ولهذا قيل «لا جريمة دون فعل» والفعل يشمل الإيجاب كما يشمل السلب[2].

وتتحقق أفعال الإفشاء التي تمثل أفعال الركن بالمادي بأي وسيلة كانت، تقليدية أو بواسطة التقنيات الحديثة، مثل: الفاكس أو البريد الإلكتروني، أو مواقع الإنترنت، أو تويتر أو الفيسبوك أو الواتس آب، وغيرها من وسائل الاتصال المستقبلية.

النتيجة الإجرامية:

يقصد بها الأثر المترتب على السلوك الإجرامي الذي يتمثل في التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي، سواء كان ماديًا أم شكليًا، فهناك جرائم يقوم ركنها المادي على السلوك المجرد بغض النظر عن النتيجة،

(١) عبيد، رؤوف، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨، ص ٢٢٨.
(٢) سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية،٢٠٠٢ ،ص ١٤٧.

وعليه تقسم الجرائم إلى جرائم مادية وأخرى شكلية أو جرائم السلوك المحض، و هي التي لا يتطلب لقيام ركنها المادي تحقق النتيجة. وبهذا المفهوم قسم شراح القانون الجرائم إلى نوعين:

النوع الأول: جرائم مادية: ذات النتيجة كجرائم القتل والسرقة والنصب و الجرح.

النوع الثاني:جرائم شكلية: أو جرائم السلوك المحض التي لا يتطلب ركنها المادي قيام النتيجة كجرائم ترك الأطفال، إفشاء الأسرار الممنوعة(١).

رابطة السببية المادية:

لكي يُسأل الجاني عن النتيجة التي يعتد بها القانون لقيام الركن المادي للجريمة لا بد من أن يكون فعل الجاني قد تسبب في إحداثها؛ بمعنى أن تكون النتيجة مرتبطة بفعله وناتجة منه، وعلى ذلك فإن علاقة السببية هي الصلة التي تربط بين السلوك الإجرامي و النتيجة، ومن الطبيعي أن البحث في وجود السببية من عدمها مرهون بتوافر عنصري الركن المادي للجريمة وهما: السلوك والنتيجة، وهذا يعني أن البحث في علاقة السببية يقتصر على الجرائم ذات النتيجة أي الجرائم المادية فحسب دون الجرائم الشكلية أي جرائم السلوك المجرد(٢).

(١) عالية، سمير، شرح قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية للدراسة و النشر، ٢٠٠١، ص ٢٠٦-٢٠٧.

(٢) عبيد، رؤوف، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، المرجع السابق، ص ٢٣٨-٢٣٩.

الركن المادي لجريمة إفشاء السر الصحي للمريض:

أوجب نظام المهن الصحية في المملكة على الممارس الصحي أن " يزاول الممارس الصحي مهنته لمصلحة الفرد والمجتمع في نطاق احترام حق الإنسان في الحياة وسلامته وكرامته، مراعيًا في عمله العادات والتقاليد السائدة في المملكة مبتعدًا عن الاستغلال[١].

كما جرّم المنظم إفشاء أسرار المريض الصحية، وذلك عندما نص على أنه «يجب على الممارس الصحي أن يحافظ على الأسرار التي علم بها عن طريق مهنته، ولا يجوز له إفشاؤها إلا في الأحوال التي نص عليها بالنظام»[٢]. وعليه فإن أفعال الركن المادي تتحقق إذا قام الممارس الصحي بإفشاء سر من أسرار المريض، وبالتالي يترتب على ذلك عقوبة تعزيرية.

وإفشاء السر المهني: هو تعمد الأمين كشف السر للغير أو اطلاعه عليه بأي وسيلة كانت، مع نسبته إلى شخص معين، وفي غير الأحوال التي يوجب فيها القانون الإفضاء أو يجيزه[٣].

و من بحثنا السابق لعناصر الركن المادي للجريمة نجد أن جريمة إفشاء الأسرار الصحية للمريض هي من الجرائم الشكلية أو جرائم السلوك المحض التي يتحقق ركنها المادي بمجرد إتيان السلوك الإجرامي المتمثل في فعل (الإفشاء) دون النظر إلى النتيجة الإجرامية.

(١) المادة الخامسة.

(٢) المادة الحادية والعشرون.

(٣) عبيد، رؤوف، جرائم الاعتداء على الأشخاص و الأموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ٢٩٠.

فلا يشترط لتحقق فعل الإفشاء العلانية لحدوثه، حيث إنه يحدث بمجرد إطلاع شخص عليه أو عدة أشخاص، و يقع فعل الإفشاء كذلك لواقعة معروفة لدى العامة، فعندما يفشي الممارس الصحي هذه المعلومات فإنه بذلك يؤكد صحتها لدى العامة، و هو ما استقر عليه الحال في القضاء الفرنسي، إلا أن بعض فقهاء القانون في مصر ذهب إلى وجوب التفرقة بين الواقعة المفشاة إذا كانت ذات شهرة أكيدة وواضحة لا تقبل الجدل، و بذلك لا يمكن القول بوجود سر لها، أما إذا كانت الواقعة معروفة كإشاعة فإن حدوث فعل الإفشاء يؤكدها و بذلك يتعين الالتزام بالكتمان(١).

أما عن الوسيلة التي يتم بها الإفشاء، فلم يحدد النظام (القانون) وسيلة معينة ،حيث يرجع السبب في ذلك إلى عدم وجود عبرة بالوسيلة المستخدمة؛ وذلك لأن إفشاء السر في جوهرة نقل المعلومة التي توصف بالسرية إلى حالة العلانية و ذلك بإطلاع الغير عليها(٢).

ولم يشترط المنظم في المملكة طريقة أو شكلًا معينًا للإفشاء، وإنما يتحقق بكل صورة كانت، بما في ذلك نشر صور المريض أو تقاريره عن طريق وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة، التي ساهمت في كشف الأسرار بصورة متزايدة، وهذا من السلبيات التي أفرزتها هذه التقنيات المعاصرة.

(١) حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص ٤٠٥.
(٢) عسيلان، أسامة بن عمر محمد، الحماية الجنائية لسر المهنة في الشريعة و القوانين الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة نايف، ٢٠٠٤، ص ١١٦.

ولم يشترط المنظم للعقاب على الإفشاء أن يكون كليًا، بل يتم العقاب حتى ولو كان جزئيًا.

و أما عن صور الإفشاء فقد يكون الإفشاء صريحًا أو ضمنيًا، ويكون صريحًا إذا صدر من الممارس الصحي بصورة واضحة أو مفصلة، و ضمنيًا من خلال الإشارة و التلميح، و من صور الإفشاء ما يقع في حالة إهمال الممارس الصحي بعدم وضع الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السر، كأن يشاهد شخصًا يحاول الاطلاع على أوراق دُوِّن بها أسرار المرضى، دون أن يقوم بالحفاظ على هذه الأوراق ومنع الغير من الاطلاع عليها، و من صور الإفشاء كذلك ما يكون بطريقة غير مباشرة، و تظهر في حالة الطبيب الذي يجمع بين مهمتين: إحداهما في علاج المريض، و الأخرى بتولي عمل من أعمال الخبرة في الحالة المرضية التي يتولى علاجها، فالمهمة الأولى تحتم عليه الالتزام بكتمان سر المريض، و المهمة الثانية توجب عليه الإدلاء بالمعلومات التي تحصل عليها من خلال معالجته للمريض؛ ولذلك اشترط القانون الفرنسي عدم جمع الطبيب بين علاج المريض و عمله بأعمال الخبرة، و إذا تم الجمع فيلتزم الطبيب بشروط، منها: ألا يكشف عن حالة المريض لغير الجهة التي أسندت إليه مهمة الخبرة، و كذلك عدم الكشف عن تفاصيل حالة المريض كاملة، وإنما يتوجب عليه الاكتفاء بالإجابة عن الأسئلة أو الموضوعات التي طلب منه الاستفسار عنها[1].

(١) خطاطبة، حازم محمد رشيد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء سر المهنة، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية ، القاهرة ،٢٠٠٣، ص ٧٠-٧١.

ويتضح مما سبق أنه يشترط في الإفشاء المعاقب عليه نظامًا شروط منها:

١) أن يكون الإفشاء للسر المهني عمديًا.

٢) أن يقع من أحد أمناء السر الملتزمين بكتمانه.

٣) أن يقع الإفشاء على سر من أسرار المهنة.

٤) أن يكون الإفشاء في غير الأحوال التي أوجب فيها النظام ذلك أو أجازه.

٥) يتحقق الإفشاء بأي وسيلة؛ شفهية كانت أو كتابية، صراحة أو ضمنًا.

الركن المعنوي لجريمة إفشاء السر الصحي للمريض:

لا يكفي لتقرير المسؤولية الجنائية أن يصدر عن الجاني سلوك إجرامي ذو مظهر مادي، بل لابد من توافر الركن المعنوي، والذي هو نية داخلية أو باطنية يضمرها الجاني في نفسه، والركن المعنوي يأخذ صورة القصد الجنائي وهو (علم الجاني بأنه يقوم مختارا بارتكاب الفعل الموصوف جريمة في النظام (القانون)، وعلمه أنه بذلك يخالف أوامره و نواهيه)، والقصد الجنائي يتكون من عنصري العلم والإرادة.

وتعد جريمة إفشاء أسرار المرضى من الجرائم العمدية التي يأخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن القصد الجنائي المشترط في

جريمة إفشاء السر هو القصد العام، حيث لم يشترط أكثر من تعمد الإفشاء[١].

وتطبيقًا لذلك إذا استطاع شخص الاطلاع على الوصفات العلاجية المودعة لدى الصيدلي المتعلقة بأحد المرضى، فلا يمكن القول بتحقق جريمة إفشاء من الصيدلي؛ وذلك لأن الإفشاء تم دون موافقته أو علمه، و إن كان الإهمال هو السبب في اطلاع الغير على تلك الوثائق، فإنه لا عقاب للصيدلي عليه؛ و ذلك لعدم توافر عنصر الإرادة لديه[٢].

وكذلك الحال إذا نسي الممارس الصحي وثائق خاصة بالمريض واطلع عليها الغير، أوتحدث مع مريضه بصوت مرتفع معتقدًا أن الغير لن يسمعه، فلا عقاب عليه في تلك الأحوال؛ لعدم توافر عنصر الإرادة، إلا أن ذلك لا يعفيه من المسؤولية المدنية التي تلزمه بالتعويض عن الضرر الذي لحق المريض.

أما عن وجوب توافر نية الإضرار (القصد الخاص) بصاحب السر، بمعنى أن يكون قد قُصد بالإفشاء الإضرار بمصالح مودع السر، فقد استقر رأي شراح القانون على أن جريمة الإفشاء تبنى على القصد العام، ولا تتطلب قصدًا جنائيًا خاصًا يتمثل في نية الإضرار بالمريض، حيث يكفي تحقق العلم و الإرادة بالإفشاء، حتى يتم العقاب عليها، وكذلك فلا عبرة بالباعث على ارتكاب فعل الإفشاء؛ لأنه ليس ركنًا من

(١) قايد، أسامة، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، ص ٥٠.

(٢) مصطفى، محمود مصطفى، إفشاء سر المهنة الطبية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١١، ص ٣٧٨.

أركان الجريمة[١].

ونخلص إلى أنه يتوجب لقيام الركن المعنوي في جريمة الإفشاء لابد من توافر عنصري العلم والإرادة:

أ- العلم: يتطلب هذا العنصر افتراض وجود علم الممارس الصحي وضرورته بأن السر المودع لديه له طبيعة سرية، و أنه يدخل ضمن وظيفته المهنية، وأن مهنته هي أساس علمه بالسر، فإذا جهل الممارس الصحي ذلك أو اعتقد أن هذا السر ليس له علاقة بمهنته فإنه بذلك ينتفي هذا الركن.

ب- الإرادة: و يتطلب أن تتجه إرادة الممارس الصحي إلى القيام بفعل الإفشاء و إلى النتيجة المترتبة عليها، بمعنى أن يكون الممارس الصحي عالمًا بأنه يقوم بإفشاء سر المريض الذي أودعه لديه، و أن تكون تلك الإرادة حرة مختارة خالية من الخطأ أو الإكراه المادي أو المعنوي.

الركن المفترض (صفة الممارس الصحي):

يُشترط لتحقق جريمة إفشاء سر المريض وحتى يتم عقاب مرتكبها أن يتوافر بها ركن مفترض وهو (صفة الممارس الصحي)، حيث إنه بغير وجود هذه الصفة لا يتحقق هذا الركن، ولا يتم عقاب مرتكب تلك الجريمة، ويرجع السبب في ذلك أن الركن المادي لتلك الجريمة

(١) عبد الخالق، إبراهيم، جريمة إفشاء السر، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢١.

إخلال بالتزام يقع على شخص بصفته المهنية، وهو التزام بعدم إفشاء السر[١].

و قد عرف نظام مزاولة المهن الصحية الممارس الصحي بأنه «كل من يرخص له بمزاولة المهن الصحية التي تشمل الفئات الآتية:الأطباء البشريين، وأطباء الأسنان، والصيادلة الأخصائيين، والفنيين الصحيين في (الأشعة، والتمريض، والتخدير. والمختبر، والصيدلية، والبصريات، والوبائيات، والأطراف الصناعية، والعلاج الطبيعي، ورعاية الأسنان، وتركيبها، والتصوير الطبقي، والعلاج النووي، وأجهزة الليزر، والعمليات)، والأخصائيين النفسيين والاجتماعيين وأخصائيي التغذية والصحة العامة، والقبالة، والإسعاف، ومعالجة النطق والسمع، والتأهيل الحرفي، والعلاج الحرفي، والفيزياء الطبية، وغير ذلك من المهن الصحية الأخرى التي يتم الاتفاق عليها بين وزيري الصحة والخدمات المدنية، والهيأة السعودية للتخصصات الصحية»[٢].

و يجب تحقق هذه الصفة وقت إيداع السر إلى الممارس الصحي بصفته المهنية، وليس وقت إفشاء السر، بمعنى أنه إذا اعتزل الممارس الصحي مهنته وقام بإفشاء السر بعد ذلك فإنه يعاقب على هذا الإفشاء، وذلك لأنه ملزم بالحفاظ على هذا السر الذي اكتسبه في أثناء القيام بعمله، ويجب الحفاظ عليه حتى بعد انتهاء وظيفته[٣].

(١) عبد الخالق، جريمة إفشاء السر، المرجع السابق، ص ٢٢.
(٢) المادة الأولى.
(٣) حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٧٦٤.

المطلب الثالث: عقوبات إفشاء أسرار المريض الصحية

قرر نظام مزاولة المهن الصحية بعض العقوبات الجزائية والمدنية والتأديبية التعزيرية لمن يخالف أحكام هذا النظام من الممارسين الصحيين، وهي كما يلي:

أ- العقوبة الجزائية:

نص نظام المهن الصحية أن كل مخالفة لأحكام هذا النظام أو لائحته التنفيذية لم يرد نص خاص في هذا النظام على عقوبة لها، يعاقب مرتكبها بغرامة لا تتجاوز (عشرين ألف ريال)[١].

إلا أننا نجد أن المادة الثامنة والعشرين من ذات النظام قد نصت على أن (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أنظمة أخرى، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن مائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:..... " ٧. خالف أحكام بعض المواد، و منها المادة الحادية عشرة التي تنص على أن: (يجب على الممارس الصحي - فور معاينته لمريض مشتبه في إصابته جنائيًا أو إصابته بمرض معد - أن يبلغ الجهات الأمنية والصحية المختصة).

و يمكن القول أن تشديد العقوبة الوارد بالمادة الثامنة والعشرين وتغليظها قد جاء تغليبًا لدرء المفاسد العامة على تحقق المفسدة الخاصة لشخص المريض، وهو أمر واجب يجد مصدره في الشريعة

(١) المادة الثلاثون.

على نحو ما أوضحنا بمطلب حماية أسرار المريض بين درء المفاسد وجلب المصالح.

إلا أننا نلاحظ أن النظام لم يورد نصًا خاصًا للعقاب على جريمة إفشاء السر الصحي للمريض، وإنما جعل العقوبة لهذه الجريمة ضمن نطاق مخالفة أحكام النظام ككل.

وعليه فقد حدد المنظم العقوبة الأصلية لمخالفة أحكام النظام، ومنها إفشاء السر الصحي للمريض، ويقصد بها: الجزاء الأساسي للجريمة، ولا تقع إلا إذا نطق بها القاضي وحدد نوعها ومقدارها وفقًا للنظام، وحدد المنظم العقوبة الأصلية بغرامة مالية لا تزيد على عشرين ألف ريال.

ويرى الباحث أنه يتعين تحديد نص خاص للعقاب على جريمة إفشاء الأسرار الصحية للمرضى؛ نظرًا للأهمية البالغة لتلك الأسرار على نحو ما أوضحنا سلفًا. على أن يأتي النص بعقوبة مقيدة للحرية بالاقتران مع الغرامة المالية؛ حتى يتسع نطاق العقوبة، وبما يمنح للقاضي السلطة التقديرية الكافية في تشديد العقوبة أو تخفيفها وفقًا لملابسات كل قضية تعرض عليه ووقائعها، وذلك أسوة بما قرره النظام بمادته الثامنة والعشرين، و حتى يتحقق الهدف من تلك العقوبة في حماية القواعد النظامية من الانتهاك، ولتحقيق الزجر والردع الخاص لشخص المخالف و منعه من العود لتلك الجريمة،

وكذلك تحقيق الردع العام لكل من يحمل صفة الممارس الصحي في حرصه على كتمانه للسر الصحي للمريض

ب- العقوبة المدنية (التعويض):

وقد أقر المنظم التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمريض بأن يُلزم الممارس الصحي بالتعويض، وتحدد الهيأة الصحية الشرعية مقدار هذا التعويض(١).

وهذا النص عام في كل ضرر يلحق بالمريض ومنها إفشاء أسراره الصحية.

ج- العقوبة التأديبية

نص نظام مزاولة المهن الصحية على أنه مع عدم الإخلال بأحكام المسؤولية الجزائية أو المدنية، يكون الممارس الصحي محلًا للمساءلة التأديبية، إذا أخل بأحد واجباته المنصوص عليها في هذا النظام، أو خالف أصول مهنته، أو كان في تصرفه ما يعد خروجًا على مقتضيات مهنته أو آدابها(٢).

ونص النظام على العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها في حالة المخالفات المهنية هي(٣):

١- الإنذار.

٢- غرامة مالية لا تتجاوز عشرة آلاف ريال.

(١) المادة السابعة والعشرون.
(٢) المادة الحادية والثلاثون.
(٣) المادة الثانية والثلاثون.

٣- إلغاء التراخيص بمزاولة المهنة الصحية وشطب الاسم من سجل المرخص لهم. وفي حالة إلغاء التراخيص، لا يجوز التقدم بطلب ترخيص جديد إلا بعد انقضاء سنتين على الأقل من تاريخ صدور قرار الإلغاء.

عقوبة إفشاء سر المريض النفسي في نظام الرعاية الصحية النفسية[١]:

نص نظام الرعاية الصحية النفسية على (المحافظة على سرية المعلومات الخاصة بالمريض، و عدم البوح بها أو إفشائها إلا بناءً على طلب من مجلس المراقبة العام -أو المحلي- للرعاية الصحية النفسية، أو من جهات القضاء أو التحقيق مع بيان الغرض من الحصول على هذه المعلومات، أو للأغراض العلاجية أو وجود الخطورة الحتمية على نفسه أو على الآخرين)[٢].

كما نص ذات النظام على عقوبة من يفشي سر المريض بـــــ(مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد تنص عليها أنظمة أخرى، يعاقب كل من يخالف أحكام هذا النظام بأي من العقوبات الآتية:.... ٤- السجن مدة لا تتجاوز (ثلاثة) أشهر و غرامة مالية لا تزيد على (خمسين) ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، لكل من أفشى أسرار مريض نفسي بالمخالفة لأحكام هذا النظام)[٣].

(١) نظام الرعاية الصحية النفسية، مرسوم ملكي رقم (م/٥٦) بتاريخ ١٤٣٥/٩/٢٠ هـ
(٢) المادة التاسعة /فقرة ١٣
(٣) المادة الخامسة والعشرون/أ فقرة ٤.

و هنا نجد أن نظام الرعاية الصحية النفسية قد جاء بنص خاص لعقوبة إفشاء السر الصحي للمريض النفسي، بالإضافة إلى تشديد العقوبة بتقرير عقوبة السجن لثلاثة أشهر، و زيادة الحد الأقصى للغرامة إلى خمسين ألف ريال، و ذلك خلاف لما أورده نظام مزاولة المهن الصحية.

ويلاحظ أن ورود النص بهذا الشكل في نظام الرعاية الصحية النفسية يجد سببه في الطبيعة الخاصة لأسرار المريض النفسي، إلا أننا لا نجد مقتضى في التفرقة و التشديد في الحماية الجزائية للأسرار الصحية للمريض النفسي و تمييزها عن غيرها من الأسرار الصحية لباقي المرضى، لاسيما وأن جميع المرضى لهم ذات الحقوق الشرعية والنظامية في حماية أسرارهم التي كفلها الشرع بالحماية دون تمييز بين شخص و آخر.

«ولا يحول تطبيق العقوبات المنصوص عليها في هذا النظام دون رفع الدعوى التأديبية أو رفع الدعوى الخاصة من المجني عليه»[1].

المطلب الرابع: الحالات التي يجوز فيها إفشاء السر الصحي للمريض

نص نظام مزاولة المهن الصحية على الحالات التي يجوز فيها إفشاء السر الصحي للمريض، حيث جاء أنه يجب على الممارس الصحي أن يحافظ على الأسرار التي علم بها عن طريق مهنته، ولا يجوز له

(١) المادة الخامسة والعشرون/ب.

إفشاؤها إلا في الأحوال الآتية:

أ) إذا كان الإفشاء مقصودًا به:

١. الإبلاغ عن حالة وفاة ناجمة عن حادث جنائي، أو الحيلولة دون ارتكاب جريمة، ولا يجوز الإفشاء في هذه الحالة إلا للجهة الرسمية المختصة.

٢. الإبلاغ عن مرض سارٍ أو معدٍ.

٣. دفع الممارس لاتهام وجهه إليه المريض أو ذووه يتعلق بكفايته أو بكيفية ممارسته المهنة.

ب) إذا وافق صاحب السر كتابة على إفشائه، أو كان الإفشاء لذوي المريض مفيدًا لعلاجه.

ج) إذا صدر له أمر بذلك من جهة قضائية[١].

ومن مطالعة المادة السالفة نجد أن النظام قد أورد الحالات التي يجوز فيها إفشاء السر الصحي للمريض على سبيل الحصر، أي أنه لا يجوز الخروج عن تلك الحالات أو القياس عليها، و يمكن تقسيم الحالات التي قررها النظام إلى نوعين من الحالات:

الأولى: حالات الإفشاء الوجوبي التي أوجب النظام على الممارس الصحي أن يفشي فيها أسرار المريض الصحية؛ و ذلك تحقيقًا لقاعدة تغليب المصالح العامة على المصالح الخاصة.

والثانية: حالات الإفشاء الجوازي والتي يجوز فيها للممارس أن

(١) المادة الحادية والعشرون.

يفشي السر الصحي للمريض، ونعرض لتلك الحالات بالتحليل على النحو التالي:

حالات الإفشاء الوجوبي:

١- الإبلاغ عن حالة وفاة ناجمة عن حادث جنائي أو الحيلولة دون ارتكاب جريمة، ولا يجوز الإفشاء في هذه الحالة إلا للجهة الرسمية المختصة.

و هذه الحالة تفرض على الممارس الصحي أن يفشي السر الصحي للمريض؛ و ذلك تحقيقًا للمصلحة العامة و درءًا للمفسدة العامة، إلا أن النظام لم يطلق العنان للممارس الصحي في إفشاء سر المريض للعامة، و بما يكون من شأنه التشهير بالمريض أو إذاعة سره لمن ليس له صفة في الاطلاع على ذلك السر، و إنما قيد النظام هذه الحالة بقصر إبلاغ هذا السر للجهة الرسمية المختصة؛ و عليه فإنه إذا خالف الممارس الصحي وقام بإفشاء السر لغير الجهة الرسمية المختصة فإنه يستوجب العقوبات المقررة في النظام.

٢- الإبلاغ عن مرض سارٍ أو معدٍ.

حيث إن النظام في سبيل تحقيق ما يرمي إليه من حماية الصحة العامة من الأمراض الوبائية، قد يضحي بالمصلحة الفردية للمريض الذي يتضرر من إفشاء سره الصحي، كون الكتمان على هذا النبأ يؤدي إلى مفسدة مجتمعية عامة بتفشي الوباء و العدوى في المجتمع.

٣- إذا صدر له أمر بذلك من جهة قضائية.

لا شك في أن احترام الأوامر القضائية من المصالح العامة الجديرة بالحماية والواجبة التنفيذ، فلا يجوز تجاهل هذا الأمر لأي سبب كان، بالإضافة إلى أن الجهة القضائية هي الأجدر في تقدير الأولويات وتغليب أحدى المصالح على الأخرى.

حالات الإفشاء الجوازي:

١- دفع الممارس لاتهام وجهه إليه المريض أو ذووه يتعلق بكفايته أو بكيفية ممارسته المهنة.

قد يتعرض الممارس في أثناء ممارسته مهنته ومعرفته لسر المريض إلى اتهامه بالتقصير أو الخطأ في أداء واجبه من قبل المريض أو ذووه، ففي هذه الحالة يحق له -دفاعًا عن سمعته- الخروج عن الالتزام بحفظ السر، و يقوم بالكشف عن الوقائع التي من شأنها إثبات براءته؛ وذلك لأن حق الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم التي لا يلغيها أو يحجبها الالتزام بالمحافظة على السر[١].

و لكن لابد هنا من مراعاة أمرين:

أ. أن يكون كشف الوقائع السرية في الحدود التي يستطيع أن يثبت بها براءته.

ب. أن يكون كشف السر أمام القضاء، فلا يحق له الكشف عن السر في الصحف أو غيرها.

(١) قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ،ص ٦٥.

و قد ذهب بعض شراح القانون أنه يحق للأمين على السر التقدم برفع دعوى إلى القضاء للمطالبة بأتعابه قبل صاحب السر، ولكنه لا يمكن أن يتخذ ذلك ذريعة لإفشاء السر؛ لأن التزامه بسر المهنة يعلو على مصلحته المالية(١).

٢- إذا وافق صاحب السر كتابة على إفشائه.

فإن رضا صاحب السر يعفي حامله من واجب كتمانه، حيث يحق لصاحب السر أن يقوم بالإذن بإفشائه، حيث يعد هذا التصرف من أنواع التصرف في حقه، فله أن يفشيه بنفسه أو أن يطلب ممن استودعه على السر إفشاءه(٢).

و قد اشترط شراح النظام (القانون) في رضا صاحب السر كي يعد سببًا من أسباب الإباحة توافر عدة شروط هي:

* صدور الرضا من صاحب السر نفسه.

يشترط أن يصدر الرضا من صاحب السر نفسه، أو من ولي النفس إذا كان قاصرًا، فإذا تعدد من أسروا بالواقعة، و كانت لا تقبل التجزئة فإنه يتعين أن تتم موافقتهم جميعًا على الإفشاء، فرضاء أحدهم لا أثر له، كما يجب أن يصدر الرضا قبل حدوث الإفشاء، أو على الأقل وقت وقوعه، أما إذا كان الإفشاء واقعًا بغير رضا المريض، ثم حدث الرضا بعد وقوعه فلا يعد الرضا سببًا للإباحة.

(١) الجوهري، محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، ١٩٥٠، ص ٤٨١.

(٢) حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ، ص ٧٧٧.

* صدور الرضا عن إرادة حرة و إدراك.

فإذا كان المريض غير مدرك بسبب مرضه، أو قاصرًا فيكون الحق لمن له الولاية عليه.

* صدور الرضا عن بينة.

فيجب أن يكون المريض على بينه وهو يعطي الممارس تصريحًا بالإفشاء.

* صدور الموافقة كتابة.

لم يعتد النظام بالموافقة الشفهية للمريض على إفشاء سره الصحي، فقد اشترط أن تكون تلك الموافقة كتابية، فلم يكتف النظام بمجرد صدور الموافقة بعبارات صريحة، و لكنه أكد لزوم الكتابة لإثباتها، وذلك للتحوط في رعاية مصلحة المريض.

٣- إذا كان الإفشاء لذوي المريض مفيدًا لعلاجه.

اشترط النظام في هذه الحالة شرطين:

الأول: أن يكون الإفشاء لذوي المريض، فلا يجوز أن تتسع دائرة الإفشاء عن هذا النطاق، لأن ذوي المريض هم الأقرب لرعاية مصالح المريض.

الثاني: أن يكون الإفشاء مفيدًا لعلاج المريض، أي أن يكون هذا الإفشاء من أسباب العلاج أو وسيلة مساعدة للشفاء، فإن لم يكن هناك جدوى من إفشاء السر لذوي المريض في تحسن حالته الصحية،

فحينئذ تنتفي الحكمة من الإفشاء، ولا يعد ذلك سببًا من أسباب الإباحة.

وبعد استجلاء الحالات الحصرية الواردة في نظام المهن الصحية التي يجوز فيها للمارس الصحي إفشاء السر الصحي للمريض، تظهر لنا حالة مختلفة لم ينص عليها النظام، ألا وهي حالة الضرورة، فهل يمكن احتسابها سببًا من أسباب الإباحة لإفشاء السر الصحي؟

فمن بين المسائل التي أوجدت إشكالًا، هي مسألة الفحص الطبي لأغراض الزواج، فالطبيب الذي يُعرض عليه شاب يريد التقدم لخطبة فتاة، واكتشف الطبيب وعلم أن هذا الشاب مصاب بمرض يمنعه من الزواج من الناحية الطبية، وأن هذا الشاب سوف ينقل العدوى لزوجته، فهل يقوم الطبيب بإخبار أهل الفتاة؟ أيقف مكتوف الأيدي متكتمًا على سر المريض ؟

فذهب جانب من شراح القانون إلى أنه لا يجوز إفشاء السر أيًا كانت النتائج المترتبة عليه، و استندوا في ذلك أنه إذا سمح للأمين على السر أن يخالف أوامر القانون؛ اتباعًا لصوت ضميره، فإن هناك من البعض من ذوي القصد السيئ سوف يفشي السر لغرض ما في نفسه، بينما ذهب جانب آخر إلى إباحة إفشاء السر اعتمادا على حالة الضرورة، واستندوا في ذلك إلى أن القانون جرّم الإفشاء إذا تم بدون مبرر مشروع، حيث يوجب القانون وجوب الكتمان في حالة عدم وجود

مسوغ قانوني يبيح الإفشاء[1].

إلا أن حالة الضرورة -وإن كانت معقولة في مضمونها- فإنه لا يمكن الأخذ بها لسببين:

الأول: أن حالة الضرورة في القانون تعد سببًا لامتناع المسؤولية وليس سببًا للإباحة.

الثاني: أن من الشروط الواجب توافرها في حالة الضرورة أن يكون الخطر حالًا وجسيمًا.

ولذلك ذهب الفقهاء إلي تبني معيار آخر وهو رجحان المصلحة في إفشاء السر، و مضمون هذا المعيار هو أنه إذا كانت المصلحة في إفشاء السر ترجح على المصلحة في الكتمان فيكون الإفشاء مباحًا، و استندوا في ذلك إلى توافر علة المشروعية[2].

وعليه تتم المصلحة في رجحان الإفشاء في ثلاث حالات:

١- وجود خطر يهدد الجاني أو غيره، وأن يكون هذا الخطر جسيمًا يحدث ضررًا لا يمكن جبره.

٢- أن يكون هذا الخطر حالًا، و ليس لإرادة الجاني دور في حلوله.

٣- أن لا يكون في قدرة الجاني منع هذا الخطر بوسيلة أخرى.

وتطبيقًا لذلك فإنه يجوز للممارس الصحي إفشاء سر المريض إذا

(١) سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، ص ٥٨٩،وقايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة،ص٥٨.

(٢) عبيد، موفق علي، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ،رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٨،ص ١٣٢

توافرت شروط الضرورة، وترجحت المصلحة في ذلك بأن كان المرض معديًا لكي لا ينتقل إلى غيره.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة و السلام على رسول الله، فبعد الانتهاء بتوفيق الله من بحث الحماية الشرعية والنظامية للأسرار الصحية للمريض، الذي نرجو من الله أن يكون من العلم الذي ينتفع به، ويكون سببًا في زيادة حسناتنا، وإن كان جهد المُقل، إلا أن الأمل في قوله -عز وجل-: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ وَإِن تَكُ حَسَنَةً يُضَٰعِفْهَا وَيُؤْتِ مِن لَّدُنْهُ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾[1]، فقد تم التوصل لبعض النتائج والتوصيات، جاءت كما يلي:

أهم النتائج: توصل البحث إلى نتائج من أهمها:-

١- أن السر الصحي للمريض يُعرّف بأنه «أن يلتزم الممارس الصحي بحفظ كل ما يصل إلى علمه من معلومات، أيًا كانت طبيعتها، تتعلق بحالة المريض وعلاجه، والظروف المحيطة بذلك، سواء حصل عليها من المريض نفسه، أو علم بها في أثناء ممارسته مهنته أو بمناسبتها أو بسببها».

٢- تضافرت الأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع وآثار الصحابة والسلف على وجوب المحافظة على أسرار الإنسان عامة، وعدم إفشائها، ومنها السر الصحي للمريض، وأنه من الأمانة الواجب

(١) سورة النساء الآية ٤٠.

رعايتها.

٣- الشريعة الإسلامية تحمي حقوق المريض الخاصة، و منها أسراره الصحية، ولكن دون أن يتعارض ذلك مع حماية المصالح العامة للمجتمع، وأنه في حالة التعارض تقدم المصالح العامة على المصالح الخاصة.

٤- أن جريمة إفشاء السر الصحي للمريض جريمة عمدية، لا يمكن أن تقوم على الخطأ غير العمدي، ولا يسأل الممارس الصحي جزائيًا عنها إذا وقعت بطريق الإهمال وعدم الاحتراز، ولكن ذلك لا يعفيه من المسؤولية المدنية.

٥- أنه يلزم لتجريم إفشاء السر الصحي للمريض توافر أركان الجريمة المنصوص عليها نظامًا.

٦- أن جريمة إفشاء السر الصحي للمريض تعد من جرائم السلوك المحض، لا يشترط لقيامها تحقق النتيجة الإجرامية، كما أن تكرار الإفشاء للسر لا ينزع عنه صفة السرية.

٧- وكذلك أن إفشاء النبأ دون نسبته إلى صاحبه يخرج من نطاق إفشاء السر الصحي للمريض.

٨- أن نظام المهن الصحية في المملكة نص على طرق الحماية للأسرار الصحية للمريض، وهي الحماية الجزائية (التجريم والعقاب)، والحماية المدنية(التعويض للمتضرر)، والحماية التأديبية

وهي المساءلة الإدارية للممارس الصحي المفشي لسر المريض.

٩- أن هناك حالات استثنائية حصرية يجوز فيها للممارس الصحي إفشاء السر الصحي للمريض، دون مؤاخذته شرعًا ونظامًا.

١٠- أن نظام مزاولة المهن الصحية ونظام الرعاية الصحية النفسية قد قررا عقوبات تعزيرية على جريمة إفشاء سر المريض، توافقًا مع الشريعة، واحترامًا لمبادئها بنص عام في النظام الأول، ونص خاص في الثاني.

أهم التوصيات:

١- أن ينص في نظام مزاولة المهن الصحية بنص خاص لعقوبة إفشاء أسرار المريض الصحية، أسوة بنظام الرعاية الصحية النفسية.

٢- تشديد عقوبة إفشاء أسرار المريض، وذلك بعقوبة مقيدة للحرية بالاقتران مع الغرامة المالية؛ حتى يتسع نطاق العقوبة وبما يمنح للقضاء السلطة التقديرية الكافية في تشديد العقوبة أو تخفيفها؛ حتى يتحقق الهدف من تلك العقوبة في حماية القواعد النظامية من الانتهاك.

٣- أن تدخل حالة الضرورة ضمن أسباب الإباحة لجريمة إفشاء سر المريض، مع تفصيل تلك الحالة وبيان شروطها النظامية.

٤- سن آلية محددة لتوعية العاملين في المجال الصحي بأهمية المحافظة على حقوق المرضى، وخاصة أسرارهم الصحية وبيان

العقوبات المترتبة على إفشاء تلك الأسرار.

فما كان من توفيق فبفضل من الله وحده -سبحانه-، وما كان من خطأ أو تقصير أو نسيان فمن نفسي، والله أعلم وأحكم...وصلى الله على نبينا محمد.

قائمة المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.

٢. الباز،أحمد بن عبد الله، النظام السياسي في المملكة العربية السعودية، دار الخريجي للنشر والتوزيع، الرياض، ط٣، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٣. ابن أبي أصبيعة ،عيون الأنباء في طبقات الأطباء ،تحقيق عامر النجار،دار المعارف،ط١ ١٩٩٦.

٤. ابن أبي الدنيا، الصمت و آداب اللسان، تحقيق، أبو إسحاق الحويني، دار الكتاب http://waqfeya.com.

٥. ابن إدريس، شريف بن أدول، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.

٦. ابن الحاج، المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات، تحقيق توفيق حمدان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥.

٧. الترمانيني، السر الطبي،مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، عدد ٢، السنة ٥، شعبان، ١٤٠١هـ ـ يونيو ١٩٨١م.

٨. ابن تيمية، تقي الدين، تضمين مجموع فتاوى ابن تيمية، مجمع الملك

فهد، ١٩٩٥.

٩. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري http:// waqfeya.com/book.

١٠. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.

١١. الخفيف،علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.

١٢. خيال، وجيه محمد، المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي، مكتبة هوازن السعودية، ط١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

١٣. ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير و التنوير، دار التونسية للنشر.

١٤. ابن فارس، أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار إحياء التراث العربي،ط١، ١٤٢٢هـ.

١٥. ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، النهضة العربية.

١٦. ابن الجوزي، صيد الخاطر http://al-hakawati.net/arabic/civilizations.

١٧. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، البداية والنهاية، تحقيق: عبد الله التركي، دار عالم الكتب، الرياض، ط٢، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٨. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الاشباه والنظائر، تحقيق، محمد الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤٠٣ه.

١٩. كرم، عبد الواحد ،معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار المناهج، الأردن، ط٢، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م.

٢٠. ابن مفلح، الآداب الشرعية والمنح المرعية، عبد الله بن محمد المقدسي، تحقيق شعيب أرناؤوط، وعمر القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م.

٢١. أبو العلا،محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٢. أبو عامر، محمد زكي، الحماية الإجرائية للموظف العام في التشريع المصري، الدار الفنية للطباعة و النشر، ١٩٨٥

٢٣. أحمد، مفهوم السر في الشريعة و القانون، بحث منشور، http:// mqalh.com" http://mqalh.com.

٢٤. الأصفهاني، الراغب، الذريعة إلى مكارم الشريعة http://www.dorar.net/enc/akhlaq.

٢٥. الألباني، محمد ناصر الدين، السلسلة الصحيحة.

٢٦. الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

٢٧. الجندي، حسني، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، دار النهضة العربية، ط١.

٢٨. الجوهري، محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة

دكتوراه، جامعة فؤاد الأول، ١٩٥٠.

٢٩. حافظ، محمد محمود، الحماية الجنائية لأسرار الدولة، الهيأة المصرية العامة للكتاب، ط١، ١٩٩٧م.

٣٠. حسني، محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٦.

٣١. الحلبي، محمد على السالم، ضمانات الحرية الشخصية في أثناء التحري و الاستدلال، ١٩٨١.

٣٢. خطاطبة، حازم محمد رشيد، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إفشاء سر المهنة، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٣٣. الخولي، محمد عبد العزيز، الأدب النبوي، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٤٢٣ هـ.

٣٤. الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر، بيروت، ط١.

٣٥. الرازي، أخلاق الطبيب، تحقيق عبداللطيف العبد، مكتبة دار التراث،١٣٩٧هـ.

٣٦. رضوان، فتحي، من فلسفة التشريع الإسلامي، دار الكتاب اللبناني، ط٢، ١٩٧٠.

٣٧. الزجاج، إبراهيم بن حسن بن السري، معاني القرآن، عالم الكتب، ١٩٨٨.

٣٨. سلامة، أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، كلية الحقوق، القاهرة، ١٩٨٨.

٣٩. سليمان، عبد الله، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.

٤٠. السمني، حسن علي، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٣.

٤١. سنن ابن ماجه.

٤٢. سنن أبي داوود.

٤٣. شرح النووي على مسلم، دار الخير، ١٩٩٦ http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.

٤٤. الشاذلي ،فتوح ، جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية السعودية،دار المطبوعات الجامعية،١٤٢٨ه.

٤٥. صحيح البخاري.

٤٦. صحيح مسلم.

٤٧. الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، دار النهضة العربية.

٤٨. الصيفي، المطابقة في مجال التجريم، دار النهضة العربية، ط٢، ١٩٩١.

٤٩. الصيفي، عبدالفتاح مصطفى، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية و القانون،دار النهضة العربية.

٥٠. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري، تحقيق: عبدالله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، ٢٠٠١.

٥١. عالية، سمير، شرح قانون العقوبات، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر، ٢٠٠١.

٥٢. عبد الخالق، إبراهيم، جريمة إفشاء السر، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٠٢.

٥٣. عبيد، رؤوف، جرائم الاعتداء على الأشخاص و الأموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.

٥٤. عبيد، رؤوف، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨.

٥٥. عبيد، موفق علي، المسؤولية الطبية عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٨.

٥٦. العز بن عبد السلام، القواعد الصغرى، تحقيق: صالح بن عبد العزيز ابن إبراهيم آل منصور ، دار الفرقان، ١٩٩٧.

٥٧. العز بن عبد السلام، شجرة المعارف والأحوال، تحقيق إياد خالد الطباع، دمشق ١٩٨٩.

٥٨. عسيلان، أسامة بن عمر محمد، الحماية الجنائية لسر المهنة في

الشريعة و القوانين الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة نايف، ٢٠٠٤.

٥٩. العوا، محمد سليم، أصول النظام الجنائي الإسلامي، دارالمعارف،ط ٢، ١٩٨٣.

٦٠. عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، مطبعة المدني.

٦١. غنام، غنام محمد، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.

٦٢. الغزالي، أبو حامد بن محمد الطوسي، إحياء علوم الدين ،دار الندوة الجديدة، بيروت.

٦٣. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق التراث بمكتبة الرسالة، بيروت، ط٦، ١٤١٩.

٦٤. القاسمي، محمد جمال الدين، تفسير القاسمي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الحلبي للنشر.

٦٥. قانون أخلاقيات الطب الجزائري.

٦٦. قانون أخلاقيات الطب الفرنسي.

٦٧. قايد، أسامة، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

٦٨. قورة، عادل ،محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام ،ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٢.

٦٩. الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة ١٩٨٩.

٧٠. الماوردي، أدب الدنيا و الدين، تحقيق: محمد كريم راجح، دار اقرأ، ١٩٨٥.

٧١. الماوردي، تسهيل النظر وتعجيل الظفر في أخلاق الملك وسياسة الملك، تحقيق محيي هلال السرحان، دار النهضة العربية، بيروت، ط ١، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.

٧٢. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السر في المهن الطبية، العدد ٢٠، السنة الخامسة (رجب، شعبان، رمضان) ١٤١٤هـ، (يناير، فبراير، مارس) ١٩٩٤م.

٧٣. محسوب، صالح، التفسير و القياس في التشريعات العقابية، التجارة للطباعة، بغداد ١٩٥٣.

٧٤. مسند أحمد، ط وزارة الشؤون الإسلامية في المملكة، ١٤٢٠هـ.

٧٥. مصطفى، محمود مصطفى، إفشاء سر المهنة الطبية، مجلة القانون و الاقتصاد، السنة ١١.

٧٦. ملحق مجمع الفقه الإسلامي بشأن السر في المهنة الطبية، برونای دار السلام، ١٤١٤ هـ.

٧٧. النجار، عبد الله مبروك، إساءة استعمال حق النشر، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

٧٨. نجيدة، علي حسن، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.

٧٩. النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، تحقيق يوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.

٨٠. النظام الأساسي للحكم في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ / ٩٠ بتاريخ ٢٧ / ٨ / ١٤١٢هـ.

٨١. نظام الرعاية الصحية النفسية، مرسوم ملكي رقم (م/٥٦) بتاريخ ١٤٣٥/٩/٢٠ هـ.

٨٢. نظام مزاولة المهن الصحية، مرسوم ملكي رقم (م/٥٩) بتاريخ ٤ / ١١/ ١٤٢٦ هـ.

الضـرائب بين التأصيل الشـرعي والتحليل المالي مع التركيز على ضـريبة الدخل

الدكتور/ شوقي أحمد دنيا(*)

مقدمة

لسنا في حاجة إلى التذكير بأن الإنسان من فطرته أن يعيش في جماعة، وأن الجماعة لا يستقيم أمرها ويلتئم شملها دون وجود قيادة تقودها إلى ما فيه مصلحتها.

أو بعبارة أخرى: لا تستغني الأمم والشعوب عن دول وحكومات، تقوم على أمرها وتحقق لها مصالحها وتشبع لها العديد من احتياجاتها.

والمعروف أن قيام الحكومات بتلك المهام والأعمال يتطلب أموالًا في يد الدولة، تنفق على تلك المصالح والمرافق؛ ولذا لم نجد دولة في الماضي أو الحاضـر إلا ولديها نظام مالي يوفر لها الإيرادات التي تحتاجها لتتمكن من القيام بوظائفها.

وتتفاوت الدول والحكومات فيما لديها من هذه الأنظمة المالية، تبعًا للعديد من التقديرات الاقتصادية والسياسية والدينية. والدولة الإسلامية لا تشذ عن ذلك، فلديها نظامها المالي، ولديها مواردها، وعليها مهامها ووظائفها، كل ذلك انطلاقًا من الشـرعية الإسلامية،

(*) أستاذ الاقتصاد وعميد كلية التجارة – جامعة الأزهر (سابقًا).

والتزامًا بضوابطها وتنظيماتها.

والتطور البشـري من سنن الله -تعالى- في خلقه. وقد بدأت الدولة الإسلامية في صدر الإسلام، وقدم لها الإسلام نظامًا ماليًا، كما قدم لها العديد من الأدوات المالية الإيرادية من زكاة وخراج وجزية وفيئ،.إلخ.

وبتطور الدولة الإسلامية وتطور ما هي عليه من أوضاع جدت الحاجة إلى أدوات مالية عامة جديدة، مثل الضـرائب «التوظيفات» والقروض العامة.

والملاحظ أن الإسلام قد اعتد بهذا التطور، فلم يحصر إيرادات الدولة في أنواع محددة لا تخرج عنها مهما تغيرت الأوضاع وتبدلت الأحوال.

فإذا كان قد نص على إيرادات معينة فإنه قد فتح الباب أمام وجود إيرادات أخرى ترجع لاجتهاد علماء الأمة. كل ذلك تحقيقًا للقاعدة الشـرعية الكبرى، وهي أن مهمة الدولة الإسلامية تحقيق أقصى مصلحة ممكنة للأمة، ومن ثم كانت مشـروعية تصرف الحكومات خاضعة لقاعدة «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة».

والمعروف أن إيرادات الدولة تتوقف أساسًا من حيث الحجم على النفقات العامة المطلوبة، وأن هذه النفقات تتجدد في ضوء مهام الدولة ووظائفها. وكلما كانت هذه الوظائف ممتدة ومتعددة تطلبت المزيد من النفقات، وبالتالي احتاجت الدولة إلى المزيد من الإيرادات.

وعندما تطورت أوضاع الأمة الإسلامية في الماضي، واحتاجت الدولة

إلى المزيد من الأموال إضافة إلى الأموال المجباة من المصادر الشرعية النصية والإجماعية، مثل الزكاة والخراج... إلخ. فرضت مسألة إجراء توظيف، أو بعبارة معاصرة فرض ضرائب لمواجهة هذه الأوضاع، فرضت هذه المسألة نفسها على بساط البحث العلمي الفقهي، فتناولها العديد من علماء المسلمين وفقهائهم بالبحث والدراسة، وقدموا لنا في ذلك عطاء علميًا طيبًا.

واليوم نجد الدول الإسلامية في غالبيتها العظمى في حاجة إلى مزيد من الأموال للإنفاق منها على مصالح المجتمعات الإسلامية. حيث إن الزكاة لها مصارفها الخاصة. كما أن الخراج لم يعد له وجود بارز، وكذلك لا وجود الآن عمليًا لخمس الغنائم والفيء.

ومصالح المسلمين في التنمية والإسكان والعلاج والأمن والعدالة والدفاع والتعليم وغير ذلك متزايدة ملحة، فكيف تمول الحكومات الإسلامية هذه المرافق المختلفة المتزايدة؟

إن وسائل التمويل العام وطرقه مهما تنوعت وتعددت فغالبًا ما لا تستغني عن وجود الضرائب. ومن ثم بات وجودها مصلحة قاطعة لا غنى عنها. والسؤال المطروح هو: ما الضوابط و الأطر والتنظيمات الحاكمة حتى نضمن كونها داخل الإطار الشرعي؟ هذا ما تعمل الورقة الحاضرة على الإجابة عنه، من خلال الفقرات التالية:

- وظائف الدولة وحدود القطاع العام.

- موارد الدولة المنصوص والمجمع عليها.
- الوظائف (الضـرائب).
- ضـريبة الدخل.

وظائف الدولة وحدود القطاع العام

وظائف الدولة:

في ظل الاقتصاد الوضعي تتحدد وظائف الدولة ومالها من دور من قبل المجتمع في ضوء ما هو عليه من ثقافة وقيم، وما يعايشه من ظروف وملابسات وأوضاع اقتصادية. ولكون هذه المحددات متغيرة، من زمان لزمان ومن مكان لمكان، فإن وظيفة الدولة بدورها متغيرة، فنراها في الاقتصاد الاشتراكي مختلفة عنها في الاقتصاد الرأسمالي، بل نراها في داخل المجتمع الواحد والنظام الاقتصادي الواحد متغيرة من آن لآن؛ ولذلك وجدنا الدولة الحارسة ووجدنا الدولة المتدخلة ووجدنا الدولة المنتجة ووجدنا دولة الرفاهة. وكل دولة من هذه الدول ذات طبيعة ووظيفة مغايرة للأخرى.

فأحيانًا يخف الدور ويقل حتى لا يكاد يذكر، كما هو الحال في الدولة الحارسة. وأحيانًا يقوى الدور ويكبر حتى يكاد يبتلع ما عداه كلية، كما هو الحال في الدولة المنتجة، التي أخذت على عاتقها مهمة القيام بالنشاط الاقتصادي، وأحيانًا نجد الدور معتدلًا متوسطًا، كما هو الحال في الدولة المتدخلة ودولة الرفاهة، فهل الأمر في الدولة

الإسلامية على هذا النحو النحو؟

إن الاقتصاد الإسلامي إلهي المصدر، إلهي المبادئ والقواعد، يرتكز على النصوص الشـرعية، واجتهادات علماء المسلمين. واستقراء تلك المصادر وتدبرها يجعل الإجابة عن السؤال المطروح بأن الأمر في الإسلام مغاير لما عليه في الاقتصاد الوضعي مغايرة تكاد تكون كلية في هذا الشأن.

ومنشأ هذه المغايرة اختلاف الركائز والمنطلقات، فهي هناك بشـرية محضة، وهي هنا إلهية محضة، فلم يحدد المسلمون من عند أنفسهم وظائف الدولة الحاكمة لمجتمعهم ومهامها، وإنما تم ذلك من قبل الإسلام، وما على المسلمين إلا الفهم والاستنباط، ثم الصياغة في صورة مقولات فنية. فإذا قال الاقتصاديون الإسلاميون: إن كفالة الحد الأدنى من المعيشة لكل أفراد المجتمع الإسلامي من وظائف الدولة ومهامها الأساسية، فإنهم لم يبتدعوا ذلك من عندهم، وإنما هو الاهتداء والفهم والاستنباط من النصوص الشـرعية: القرآنية والنبوية. وقس على هذا بقية الوظائف والمهام.

وحيث إن الأمر في الاقتصاد الإسلامي في هذه المسألة على هذا النحو فإن القضية لا تخضع للظروف والملابسات، ولا للأهواء والتوجهات، وبالتالي تتبدل وتتغير من حين لآخر. وخاصة من حيث الحجم والقوة. وإن تطورت من حيث الشكل والصورة. وقد غاب عن البعض الفهم

الدقيق لهذا الأمر فذهب إلى أن دور الدولة في الاقتصاد الإسلامي يعتريه التغير والتبدل من حيث النطاق والحجم والقوة والضعف، تبعًا لظروف المجتمع وأوضاعه.

إن مهمة الدولة في الإسلام تتجسد في أمر واحد هو رعاية المجتمع «فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته»[١]، والرعاية -كما هو بارز في اسمها وكما فهمه العلماء- هي منتهى الحفظ والصيانة. وتحقيق أكبر مصلحة ممكنة. ومعنى ذلك أنها لا تقل في حالات وتزيد في أخرى، ولا تضعف في حالات وتقوى في حالات[٢]. وقد تناول علماء المسلمين قديمًا وحديثًا هذه الوظيفة الجامعة بالتحليل والدراسة والتفصيل، فاشتقوا منها العديد من الوظائف النوعية. والمطلع على هذه الدراسات القديمة والحديثة يجدها كلها داخلة في إطار الرعاية. كما يجد التنوع في التقسيم والتفريع، وربما في الأولويات. فهناك من ينوع هذه الوظائف بشكل كبير يتجاوز بها السبع أو العشـر، وهناك من يجمل ويدمج، وهناك من يبدأ بكذا ومن يبدأ بكذا، والكل منطلقه واحد، هو الإسلام بنصوصه وقواعده[٣].

وفى ضوء هذا التمهيد، يمكن الإشارة إلى ما نراه من وظائف للدولة في ظل الاقتصاد الإسلامي. وترتيبنا لهذه الوظائف لا يعني من قريب

(١) رواه البخاري.

(٢) د. شوقي دنيا، الدولة والاقتصاد في الفكر الإسلامي، المؤتمر العلمي السنوي الحادي والعشرون للاقتصاديين المصريين، القاهرة، ١٩٩٩م.

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية، مكتبة الحلبي، ص١٥، الجويني، غياث الأمم، الشؤون الدينية بالدوحة، ص٢٦٣ وما بعدها. أبو الأعلى المودودي الخلافة والملك، الكويت، دار القلم. ص٢٦.

أو بعيد أنه يعكس الأهمية النسبية.

(١) توفير الخدمات الأساسية للمجتمع، وعلى رأسها الدفاع والأمن والعدل، وتمتد لتشمل مختلف المرافق العامة ذات الخدمات الضرورية للعامة، مثل الطرق والجسور والمواصلات والمياه والكهرباء، وغير ذلك من كل ما تمس حاجة المجتمع إليه، كالتعليم الأساسي والصحة العامة. وقد أقسم عمر لعلي -رضي الله عنهما- على أنه لو ذهبت عناق بشاطئ الفرات لأخذ بها عمر يوم القيامة[١].

(٢) تأمين الحد الأدنى من المعيشة لكل فرد في المجتمع عجز عن توفيره بنفسه أو من خلال من تلزمه نفقته، بغض النظر عن عقيدته. إذ لا يتحقق مفهوم الرعاية مع عدم توافر ذلك المستوى المعيشي لكل فرد، والنصوص والتطبيقات الشرعية في ذلك عديدة، وتوفير ذلك يتطلب أن يكون لدى الدولة من الأموال ما يكفي لتغطية هذا الأمر. وقد وفر الإسلام للدولة الأدوات والأساليب التي تؤمن لها ذلك.

(٣) وضع الإطار الملائم للنشاط الاقتصادي. فالدولة مسؤولة عن رعاية مصالح العامة، والحفاظ على مقاصد الشرعية. وتحقيق ذلك إنما يكون من خلال العديد من السياسات الاقتصادية وغيرها، مثل السياسة المالية والسياسة النقدية والسياسة التجارية، والسياسة الدخلية. وكذلك ما يتعلق بوضع التشريعات التي تكفل حماية الحقوق لأصحابها وفض المنازعات، وكذلك توفير المعلومات والبيانات

(١) ابن الجوزي، تاريخ عمر بن الخطاب، القاهرة، المطبعة التجارية الكبرى، ص١٤٠.

وكل ما من شأنه إقامة نشاط اقتصادي جيد، وبالاختصار إن الدولة مسؤولة عن توفير المناخ الصحي لإقامة نشاط اقتصادي كفء؛ لأنها مأمورة برعاية مصالح الناس، التي هي حقوق للناس عليها بتعبير الإمام علي -رضي الله عنه-: (ولكل على الوالي حق بقدر ما يصلحه)[١].

ومن الأمثلة الفذة على ذلك ما فعله عمر -رضي الله عنه- مع راعي الغنم عندما رآه يرعى في أرض أقل خصوبة، فصاح عليه قائلًا: إني قد مررت بمكان هو أخصب من مكانك، وإن كل راع مسئول عن رعيته[٢].

(٤) الإشـراف على القطاع الخاص ومداومة النظر في شؤونه. ومهمتها هنا تتلخص في كلمتين لا ثالث لهما: الإعانة والتقويم. فعليها إعانته لينهض بدوره على الوجه الأمثل، ولها في سبيل ذلك العديد من الأدوات، والصلاحيات المالية والتجارية وغيرها . وعليها من الناحية الأخرى أن تقومه وتجبره على سلوك الجادة والحيلولة بينه وبين إلحاقه ضـررًا بالغير. ويدخل في ذلك الربا والغش والاحتكار، وكل أساليب اختلال التعامل والاستثمار والتوزيع والتصدير والاستيراد وتقديم خدمات على غير وجهها . وقد أفاضت كتب الحسبة وغيرها في ذلك. ومعنى هذا بوضوح أن ترك الحبل على الغارب للقطاع الخاص، يفعل ما يحلو له، ويترك ما يريد، هو أمر مرفوض في الإسلام، فالقطاع الخاص قائم وله صلاحياته وحقوقه. ولكنه في الوقت ذاته محاط

(١) الشريف الرضي، نهج البلاغة، بيروت، دار الأندلس، ١٩٨٠م، ص٥٢٣.
(٢) ابن سعد، الطبقات الكبرى، ج٣، ص٢٠٩، بدون ذكر ناشر .

بعيون الدولة وتحت إشـرافها، تعينه وتدعمه من جهة، وتقومه وتأخذ على يده من جهة ثانية. والاعتراف بالقطاع الخاص وحريته وحقوقه لا يتعارض مع الاعتراف للدولة حياله، من إشـراف ورقابة وتنظيم؛ تحقيقًا للإعانة والتقويم.

(٥) ضمان تشغيل الموارد والطاقات والعمل على تنميتها وعدم تبديدها . إن الإسلام ينهى عن إضاعة المال، وينهى عن الإسراف والتبذير، ويكف يد السفيه عن التصرف في ماله، ويجعل حفظ المال أحد مقاصده الكبرى. وإذا كانت هذه التكليفات والأوامر والنواهي تنصرف إلى الأشخاص فهي تنصرف كذلك إلى الدولة والقائمين على أمور الأمة، فليس من الرعاية المأمورة بها وجود موارد معطلة أو مهدرة؛ لأن ذلك يحول دون تحقيق الكثير من العبادات، كما أنه يعد معصية لله -سبحانه وتعالى-. بالإضافة إلى ما ينجم عنه من انخفاض في مستويات المعيشة وتدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية للأفراد؛ وتحقيقًا لذلك قامت الدولة في صدر الإسلام بإحياء الموات. والإقطاع، ودفع الناس إلى ممارسة النشاط الاقتصادي، وحاربت البطالة. وفي ذلك يقول الإمام ابن حزم: «ويأخذ السلطان الناس بالعمارة، وكثرة الغراس، ويقطعهم الإقطاعات في الأرض الموات، ويجعل لكل أحد ملك ما عمره، ويعينه على ذلك، لترخص الأسعار ويعيش الناس والحيوان، ويعظم الأجر ويكثر الأغنياء وما تجب فيه الزكاة»[١].

(١) نقلًا عن ابن الأزرق، بدائع السلك فى طبائع الملك، جـ١، ص٢١٩، نشر وزارة الإعلام ـــ بغداد.

(٦) تحقيق التوازن الاجتماعي والاقتصادي. فإذا كان تأمين الحد الأدنى من المعيشة وظيفة للدولة الإسلامية، فإن تحقيق التوازن بين الأفراد اجتماعيًا واقتصاديًا هو وظيفة أخرى للدولة. وتتضمن هذه الوظيفة عدالة التوزيع، ووضع ضوابط للتفاوت في الدخول والثروات وتقليل حدة التفاوت بينها. وبعبارة جامعة تحقيق العدالة الاجتماعية، وكذلك ضـرورة مراعاة الأجيال القادمة وحماية حقوقها في مصادر الثروة. فالتوازن المطلوب شـرعًا هو توازن أفقي وتوازن رأسي، أي هو توازن على مستوى الجيل الحاضـر وتوازن على مستوى الأجيال، فلا يطغى جيل على آخر. وخير برهان على ذلك ما فعلته الدولة الإسلامية في أرض الفتوح، زمن سيدنا عمر -رضي الله عنه-، حيث راعت في سياستها ومناهجها كل الأجيال المقبلة وحتى قيام الساعة[1].

الملكية العامة:

تعد الملكية العامة ركنًا من أركان الاقتصاد الإسلامي، مثلها في ذلك مثل الملكية الخاصة سواء بسواء. ويكفي هنا تناول هذه الملكية من محورين:

المحور الأول: الأموال العامة متنوعة الطبائع، فمنها ما هو مصادر وموارد للثروة، مثل الأراضي والمياه والمعادن ومصادر الطاقة...إلخ، ومنها ما هو ثروة منتجة في شكل سلع نهائية، ومنها ما هو في شكل

(١) لمعرفة موسعة يراجع: شوقي دنيا، الإسلام والتنمية الاقتصادية، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م، ص٣٣٩ وما بعدها .

نقود، مثل أموال الخراج وأموال الزكاة وغيرها.

المحور الثاني: هذه الأموال الخاضعة للملكية العامة هي كلها تحت إشـراف الحكومة، وهي المسؤولة عن التصرف فيها بالشكل الذي يحافظ عليها من جهة، ويجعلها تحقق أهدافها من جهة أخرى. وبالبحث والتحري في المصادر الإسلامية يتضح أن هذه الأموال تنقسم قسمين، من حيث مدى حرية الدولة أو الحكومة في التصرف فيها ونطاق هذا التصرف، فبعضها يمتد نطاق التصرف فيه من قبل الدولة إلى كل جوانب التصرف الممنوحة للمالك على ملكه، من بيع واستغلال وتبرع..إلخ، وبعضها يقف حق التصرف المعطى للدولة فيه إلى حد معين، أقل من الحدود السالفة، فلا يحق لها مثلًا أن تبيعه أو تمنحه. وقد حمل هذا التمييز بعض الباحثين إلى القول بأن الملكية العامة، أو بالأحرى الملكية غير الخاصة هي نوعان: ملكية عامة أو جماعية، وملكية الدولة أو بيت المال. وهذا قريب مما هو معروف في أدبيات المالية الوضعية من وجود (دومين) عام (ودومين) خاص.

الأولى هي حق لكل أفراد المجتمع، ومن ثم لا يتجاوز دور الدولة حيالها الإشـراف والإدارة، دون التصـرف في رقابها بما يفوت على أي فرد حصته في ملكيتها. وفي ذلك يقول الإمام الطحاوي: (ولا ينبغي للإمام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه، كالبحار التي يشـربون منها، وكالملح الذي يمتارون منه، وما أشبه ذلك مما لا غنى بهم

عنه)[1]، ويقول الكاساني: (وأرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغني عنها المسلمون، لا يجوز للإمام أن يقطعها أحدًا؛ لأنها حق لعامة المسلمين، وفي إقطاعها إبطال حقهم. وهذا لا يجوز)[2]. ويقول ابن قدامه: (إن المعادن الظاهرة وهي التي يتوصل إلى ما فيها من غير مؤونة ينتابها الناس وينتفعون بها، كالملح والماء والكبريت والقير والمومياء والنفط والكحل والياقوت وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين؛ لأن فيه ضـررًا بالمسلمين وتضييقًا عليهم... وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه مخالفًا)[3].

أما الثانية فهي وإن كانت في النهاية ملكًا للأمة مثل السابقة لكنها أكثر خضوعًا للدولة، حتى ليقال عنها إنها ملكية الدولة أو بيت المال، وبالتالي فإن حق تصـرف الحكومة فيها يمتد ليشمل كل ألوان التصـرفات التي للمالك على ماله، بما فيها التصـرفات في رقبتها بيعًا وتبرعًا، فهي من هذه الزاوية تعد ملكية خاصة، لكن المالك لها هو الدولة بصفتها هيأة حاكمة. وليس معنى ذلك أن الدولة مطلقة التصـرف فيها دونما ضوابط أو قيود، فتصـرف الدولة فيها مفتوح في ظل المصلحة العامة الحقيقية التي حددت معالمها الشـريعة. إن كلًا من الملكية الجماعية وملكية الدولة يخضع تصـرف الدولة فيهما

(١) الطحاوي، مختصر الطحاوي، القاهرة، بدون ناشر، ١٣٧٠هـ، ص٣٥.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، بيروت، دار الكتاب العربي، ج٣، ص٥٢.
(٣) ابن قدامة، المغني، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، جـ٥، ص٥١٢.

لضابط المصلحة العامة المنضبطة والمقننة شـرعًا، وكل ما هنالك من تمييز بينهما فإنه يرجع إلى حدود وحجمه وجوانبه هذا التصـرف، فهذا ذو حدود ضيقة، وذاك أوسع حدودًا أو نطاقًا.

وليس من اليسير قيام تحديد دقيق لمفردات كل نوع من هاتين الملكيتين بشكل يحظى باتفاق العلماء، لكن ذلك لا يمنع من وجود أمثلة بارزة واضحة لكل منهما لا تحتمل الجدال والخلاف، فهناك الطرق والأنهار والمناجم والغابات وبعض الأراضي تدخل تحت النوع الأول بغير خلاف يذكر، وهناك بعض الأراضي، مثل أراضي الصوافي، والأراضي التي آلت إلى بيت المال على سبيل الميراث، وأنواع من الإيرادات العامة يمكن، أن ندرجها تحت النوع الثاني.

يتضح مما سبق أن النظام الإسلامي للملكية يقر وجود الملكية العامة كركيزة يقوم عليها النظام الاقتصادي في الإسلام. كما يقوم على ركيزة الملكية الخاصة.

نظام استغلال الملكات العامة:

(أ) الأموال المجتمعة في بيت المال، مثل مال الخراج، والأموال الأخرى التي توجه للإنفاق في المصالح العامة الأصل فيها أن توجه مباشـرة للإنفاق على هذه المصالح، فتشيد بها السدود والقناطر، وتعبد بها الطرق، وتبنى بها المدارس والمستشفيات ومختلف المرافق، وتدفع منها الأجور والمرتبات...إلخ. ومعنى ذلك أن الشأن فيها هو الاستخدام

والإنفاق، وليس الاستغلال والحصول منها على غلة أو عائد. ومع ذلك فلنفرض أن هناك فائضًا في هذه الأموال. وقمنا بادخاره للمستقبل. كما نص على ذلك الكثير من الفقهاء وخاصة الأحناف، فهل هناك ما يمنع من استثمار هذه الأموال واستغلالها في إقامة مشـروعات اقتصادية؟. ليس هناك ما يمنع ذلك، بل إن ذلك هو النهج السليم، وإلا تحولت إلى مكتنزات، طالما أنها لم تستغل استغلالًا اقتصاديًا جيدًا. وهناك إشارات فقهية تفيدنا في ذلك، فقد ورد في المبسوط أن المروزي نقل عن محمد بن الحسن قوله (فإن اشترى الإمام بمال الخراج غنمًا سائمة للتجارة وحال عليها الحول فعليه فيها الزكاة[1]. والشاهد هنا الاعتراف الفقهي بقيام الدولة باستثمار مال الخراج واستغلاله، وذلك بتحويله إلى أصول نامية يتحقق منها ربح. وقد تمثل ذلك في عهده في شـراء غنم ترعى وتنمو وتتكاثر وتباع، بدلًا من الاحتفاظ بأموال الخراج في شكل نقدي لا ينمو على مدار الوقت. وقياسًا على ذلك، للدولة القيام باستغلال هذه الأموال بالأسلوب الذي تراه أكثر صلاحية. وقد يشمل ذلك في إقامة مشـروعات اقتصادية تنتج سلعًا وخدمات بقصد الربح. ومعنى ذلك قيام ما يعرف حاليًا بالقطاع الاقتصادي العام.

وهنا يرد تساؤل: هل يحق للدولة في ظل ظروف معينة أن تخصخص هذه المشـروعات؟ وما هي صور هذه الخصخصة؟.

أعتقد -والله أعلم- أنه طالما أن أصل هذه المشـروعات ومصدرها

(١) السرخسى، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج٣، ص٩٢.

أموال مملوكة لبيت المال، فإنه من حق الدولة أن تخصخص هذه المشـرعات خصخصة ملكية وإدارة معًا، شـريطة أن يخضع ذلك للضوابط الشـرعية الحاكمة للدولة في تصرفاتها في الأموال العامة.

(ب) الممتلكات العامة الإنتاجية المتمثلة في موارد الثروة، مثل الأراضي والمناجم والغابات والمياه ومصادر الطاقة..إلخ.

هذه الموارد تحتاج إلى استغلال وتنمية، حتى لا تترك معطلة. ومعنى ذلك إقامة المشـروعات الزراعية والصناعية والتجارية والخدمية، مثل محطات توليد الطاقة، ومشـروعات استخراج المعادن وتصنيعها، والمشـروعات الزراعية..إلخ. ومثل هذه المشـروعات تتطلب مشـروعات تتولى تصريف هذه السلع والخدمات. فهل من حق الدولة إقامة مثل هذه المشـروعات الاقتصادية العامة؟ أو بعبارة أخرى هل من حقها إقامة قطاع عام يمارس أنشطة اقتصادية متنوعة؟.

من الناحية النظرية نعم من حقها ذلك، بل قد يكون من واجبها إقامة هذه المشـروعات؛ لأنها مسؤولة عن استغلال هذه الموارد واستثمارها حتى يستفيد منها كل الناس.

وقد لا يتأتى ذلك إلا من خلال إقامة هذه المشـروعات العامة.

ومن الناحية العملية التطبيقية فقد قامت الدولة في صدر الإسلام بشيء من هذا القبيل، حيث ثبت أن الدولة في عهد عمر -رضي الله عنه- استغلت أرض الصوافي بنفسها[1]، أي أقامت ما يمكن عدّه

(١) الماوردي، مرجع سابق، ص١٩٣.

مشـروعات زراعية عامة. كما ثبت أنه عندما أجلى عمر -رضي الله عنه- اليهود من خبير قامت الدولة باستغلال حصتها في هذه الأراضي، وخيرت أصحاب الحصص الأخرى في أن يقوموا هم باستغلالها أو أن تقوم الدولة باستغلالها لهم نظير جزء من الناتج[١]. وتفيد هذه الواقعة قيام الاستغلال العام (القطاع العام) على الممتلكات العامة. وكذلك على ممتلكات خاصة بهدف استغلالها، من قبيل ما يمكن تسميته (عمعمة الإدارة) على غرار خصخصة الإدارة. وقدم الفقه تنظيرًا فقهيًا لاستغلال هذه الممتلكات الإنتاجية العامة، موضحًا أن أمام الحاكم أسلوبين لاستغلال هذه الأموال: الأسلوب العام (القطاع العام) والأسلوب الخاص، الاستغلال من قبل القطاع الخاص، وعلى الحاكم أن يختار أحسن الأسلوبين. يقول الدسوقي: (.. أما المعدن من حيث هو فيمكن استغلاله بإحدى طريقتين: إقطاعه لمن يستغله في نظير شيء لبيت المال، وهو إقطاع انتفاع لا إقطاع تمليك، وأن يجعل للمسلمين، بأن يقيم الوالي فيه من يعمل للمسلمين بأجرة)[٢]، ويقول ابن رشد: (فإن كانت المعادن في أرض حرة أو في أرض العنوة أو في الفيافي التي هي غير ممتلكة كان أمرها إلى الإمام، يقطعها لمن يعمل فيها، أو يعامل الناس على العمل فيها لجماعة المسلمين على ما يجوز له)[٣]. ويقول يحيى بن آدم: (وكل أرض لم يكن فيها أحد تمسح

(١) ابن رجب، الاستخراج في أحكام الخراج، بيروت، دار المعرفة، ص٧١.
(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، جـ١، ص٤١٦.
(٣) ابن رشد، المقدمات، بيروت، دار صادر، ص٢٢٥.

عليه ولم يوضع عليها الخراج، قال حسن: فذلك للمسلمين، وهو إلى الإمام، إن شاء أنفق عليها من بيت مال المسلمين وأستأجر من يقوم فيها، ويكون فضلها للمسلمين، وإن شاء أقطعها رجلًا ممن له غناء عن المسلمين)[١].

أما عن الأسلوب الثاني للاستغلال وهو الاستغلال الخاص، من قبل القطاع الخاص فله هو الآخر ركيزته التطبيقية. فقد ثبت أن الرسول ﷺ دفع أرض خبير لليهود ليقوموا باستغلالها نظير جزء من الناتج، عندما رأى أنهم أقدر على زراعتها، كما ثبت أن عمر -رضي الله عنه- دفع أراضي الفتوح الإسلامية التي أصبحت ملكية عامة لأصحابها السابقين ليقوموا باستغلالها نظير جزء من الناتج.. وفي الحالتين لم تقم الدولة باستغلال هذه الموارد من خلال القطاع العام. كذلك ثبت أن عثمان -رضي الله عنه- حول استغلال أراضي الصوافي من القطاع العام إلى القطاع الخاص، عندما تبين له أن الثاني أكفأ من الأول. إذ لم يزد العائد على الدولة من خلال الأسلوب العام عن تسعة ملايين درهم، بينما وصل في الأسلوب الخاص إلى خمسين مليون درهم[٢].

وعندما جاء عمر بن عبد العزيز -رحمه الله- أمر بأن تستغل أراضي الصافية من قبل القطاع الخاص طالما كان ذلك ممكنًا. وإلا تم استغلالها من قبل القطاع العام[٣].

(١) يحيى بن آدم، الخراج، بيروت، دار المعرفة، ص٢٢.
(٢) الماوردي، مرجع سابق، ص١٩٣.
(٣) يحيي بن آدم، مرجع سابق، ص٦٢.

ومن ذلك يتضح أن أصول الاقتصاد الإسلامي لا تمنع من وجود ما يعرف بالقطاع العام، سواء كان منبعه وجود موارد عامة إنتاجية تحتاج إلى استغلال، أم كان مبعثه وجود أموال عامة سائلة تحول إلى استثمارات، بدلًا من تركها بحالتها النقدية معطلة. ولا نحب أن نترك هذه المسألة دون الإشارة إلى ما هو مدون ومعروف عن بعض علماء الإسلام، من استهجانهم بل رفضهم لقيام الدولة بإقامة مشـروعات زراعية أو صناعية أو تجارية، وما قد ينجم عن ذلك من تعارض مع ما سبق طرحه. وقد استهجن كل من الماوردي وابن خلدون والدمشقي قيام الدولة بممارسة النشاط الاقتصادي، أي بعبارة أخرى وجود قطاع عام اقتصادي. وكانت مبرراتهم في ذلك ما فيه من منافسة وتضييق على القطاع الخاص، إضافة إلى ما هنالك من عجز وقصور في أداء المشـروعات العامة، وكذلك ما يضيع على الدولة من الإيرادات العامة التي كان لها الحصول عليها من المشـروعات الخاصة. وبالاختصار كان هؤلاء العلماء روادًا حقيقيين للفكر الاقتصادي المعاصر، الذي ينادي بكف يد الدولة عن ممارسة النشاط الاقتصادي؛ لما يجلبه ذلك من مضار جسيمة على الاقتصاد القومي. ومن المفيد للقارئ أن نضع أمامه فقرات من أقوال هؤلاء العلماء.

يقول الماوردي: «وعليه -يعنى السلطان- ألا يعارض صنفًا من الرعايا في مطلبه، وألا يشاركه في مكسبه، وربما كان للسلطان رأي

الاستئثار من أحد الأصناف فيتمثل إليه من لم يألفه، فيختل النظام بهم فيما نقلوا إليه؛ لأن تميزهم بإلهام الطابع أعدل في ائتلافهم من التصنع لها، وربما ضن السلطان بمكاسبهم فتعرض لهم وشاركهم فيها، فتاجر مع التجار وزرع مع الزراع، وهذا وهن في حقوق السياسة وقدح في شـروط الرياسة من جهتين: إحداهما أنه إذا تعرض لأمر قصـرت فيه يد من عداه، فإن تورك عليه لم ينهض به، وإن شورك فيه ضاق على أهله، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: (ما عدل وال اتّجر في رعيته). والثاني أن الملوك أشـرف الناس منصبًا، فخصوا بمواد السلطنة لأنها أشـرف المواد مكسبًا، فإن زاحموا العامة في إدراك مكاسبهم أوهنوا الرعايا ودنسوا الممالك، فاختل نظامها واعتل مرادها. وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا اتجر الراعي هلكت الرعية»[1].

ويقول ابن خلدون: (فصل في أن التجارة من السلطان مضـرة بالرعايا مفسدة للجباية. اعلم أن الدولة إذا ضاقت جبايتها بما قدمناه من الترف وكثرة العوائد والنفقات، وقصـر الحاصل من جبايتها على الوفاء بحاجتها ونفقاتها واحتاجت إلى المزيد من المال والجباية، فتارة توضع المكوس على بيعات الرعايا وأسواقهم. وتارة بمقاسمة الوالي والجباة وامتكاك عظامهم، لما يرون أنهم قد حصلوا على شيء طائل من أموال الجباية لا يظهره الحسبان، وتارة باستحداث التجارة والفلاحة

(١) الماوردي. قوانين الوزارة، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ص٦٧.

للسلطان، لما يرون التجار والفلاحين يحصلون على الفوائد والغلات مع يسارة أموالهم، وأن الأرباح تكون على نسبة رؤوس الأموال، فيأخذون في اكتساب الحيوان والنبات، لاستغلاله في شـراء البضائع والتعرض بها لحوالة الأسواق، ويحسبون ذلك إدرارًا للجباية وتكثيرًا للفوائد، وهو غلط عظيم، وإدخال الضـرر على الرعايا من وجوه متعددة، فأولًا مضايقة الفلاحين والتجار في شـراء الحيوان والبضائع وتيسير أسباب ذلك، فإن الرعايا متكافئون في اليسار متقاربون، ومزاحمة بعضهم بعضًا تنتهي إلى غاية موجودهم أو تقرب، وإذا رافقهم السلطان في ذلك وما له أعظم كثيرًا منهم، فلا يكاد أحد منهم يحصل على غرضه في شيء من حاجاته)[1].

وقد يبدو أن هناك شيئًا من التعارض بين هذه الأقوال وما سبق تقريره حيال المشـروعات العامة. ودرءًا لهذا التعارض ذهب بعض الباحثين إلى أن مقصود هؤلاء العلماء ليس قيام الدولة كجهاز حاكم بإقامة هذه المشـروعات، وإنما قيام الحكام بذلك لأنفسهم، ولمصلحتهم هم وليس من أجل المصلحة العامة، وأرى أن هذا التأويل فيه بعد، ونحن في سعة من القول به، ويمكن القول إن ما قاله هؤلاء العلماء صحيح وسليم في ظل الواقع الذي شاهدوه، فهم يتحدثون عن منافسة الحكومة للقطاع الخاص، ودخولها معهم في حلبة النشاط الاقتصادي وكأنها مثلهم، تمارس هذه الأنشطة كما يمارسونها، وبالطبع فإنه في

(١) ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، بيروت، دار القلم. ص١٨١.

ظل هذا الواقع فإن كل ما تخوفوا منه صحيح، ومن ثم كان موقفهم صحيحًا اقتصاديًا وأيضًا شرعيًا؛ لأن الدولة بذلك تضر ولا تصلح، وهي إنما جاءت لرعاية المصالح وحمايتها.

بيد أن نطاق القطاع العام في ضوء التصوير المتقدم لا يقوم على المنافسة والمضايقة واقتطاع حصة مما يدخل للقطاع الخاص، وإنما هو أسلوب لاستغلال الموارد العامة يمكن اتباعه إذا ما تبين بالدراسة العلمية الدقيقة أنه أمثل وأفضل من الأسلوب البديل. إن فكرة مزاحمة الأفراد في الفرص المتاحة وفي أنشطتهم من قبل الدولة مرفوضة إسلاميًا، وقد نص الفقهاء على أنه لا يجوز للدولة أن تحمي من الأراضي ما يضيق الفرص أمام الأفراد للاستفادة منها[1]، فما بالنا بإقحام الدولة نفسها في مجالات يقوم بها القطاع الخاص على وجه سليم.

موارد الدولة الإسلامية محل النص أو الإجماع، ومدى كفايتها لأداء وظائف الدولة:

بعد أن استعرضنا وظائف الدولة في الإسلام وحدود القطاع العام الذي يحظى بالقبول الشرعي، نكون قد سرنا خطوة مهمة في تعرف مدى شرعية قيام الدولة الإسلامية بفرض الضرائب. لكننا مازلنا في حاجة إلى قطع خطوة أخرى تتمثل في تعرف الموارد المالية للدولة الإسلامية التي ورد فيها نص أو إجماع، أو بعبارة أخرى تلك الموارد

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص١٨٥.

التي عاصرت نشوء الدولة الإسلامية في العصر النبوي وعصر الخلافة الراشدة. ولا تستهدف الورقة بتعرفها دراستها دراسة تأصيلية تحليلية، كما لو كانت هدفًا في حد ذاتها، وإنما كل ما نرمي إليه من ذلك هو التمكن من الإجابة عن السؤال المهم الذي يجب الإجابة عنه، قبل أن نقرر ما إذا كانت الدولة الإسلامية المعاصرة من حقها أن تفرض ضـرائب أم لا. وهو: إلى أي مدى تفي هذه الموارد الأصلية باحتياجات الدولة المعاصرة؟

إن هذه الموارد المالية تمثلت في أنواع محددة هي: الزكاة، والجزية، وخمس الغنائم، والفيء، والخراج، والعشور.

في ضوء غاية البحث الراهن يكفي التعليق على هذه الموارد على النحو التالي:

١- الزكاة: هي أحد أركان الإسلام، وهي عبادة مالية تكفلت الشـريعة بتحديد كل جوانبها، من حيث الجباية والإنفاق. فلها وعاؤها المحدد، وكذلك سعرها أو فئاتها، ولها نصابها، ولها شـروطها وأحكامها، ولها مصارفها المحددة قرآنيًا بطريق الحصر.

ومن تشـريع الزكاة نلاحظ أن مصارفها محددة لا مجال للخروج عليها، وإن كان هناك مجال للاجتهاد بداخلها، كما يلاحظ أن هذه المصارف تنصرف بشكل مركز إلى النواحي الاجتماعية، أو بعبارة أخرى تعنى بالفقراء وذوي الأوضاع والحالات الحرجة.

كما تنصرف إلى بعض النواحي ذات البعد الديني (مصرف في سبيل الله).

ومعنى ذلك أن يد الدولة ليست مطلقة في التصرف في أموال الزكاة والإنفاق منها حسبما ترى. كما يلاحظ أن احتياجات المجتمعات الإسلامية وغيرها لا تقف عند هذه الاحتياجات التي تشبعها الزكاة، فهناك احتياجات تنموية وأمنية ودفاعية وخدمية وغيرها.

كذلك نجد أن مصارف الزكاة تتجه أساسًا إلى الفقراء وتوفير الحياة الكريمة لهم. ولا حظ في ذلك للأغنياء. ومعنى ذلك أن المرافق العامة التي تفيد كلًا من الغني والفقير على السواء لا مجال لتمويلها من قبل الزكاة.

ومن تشـريع الزكاة نلاحظ أن فئات الزكاة أو مقاديرها أو أسعارها محددة لا مجال للخروج عليها، بالزيادة أو النقصان، أيًّا كانت الأوضاع السائدة في الدولة.

ومعنى ذلك كله أن الزكاة، مهما كان مقدارها لا تغني عن وجود موارد مالية أخرى في يد الدولة، تنفق منها على هذه المرافق العامة التي لا تدخل في نطاق مظلة الزكاة.

٢- الجزية: فريضة إسلامية على أهل الذمة نظير حمايتهم وتمتعهم بمرافق الدولة، ومشاركة منهم في تحمل جانب من هذه النفقات العامة. واليوم لم يعد لهذه الفريضة وجود واقعي في شتى الدول

الإسلامية. ومعنى ذلك عدم التعويل عليها في توفير بعض الإيرادات التي تحتاجها الدولة.

٣- **الخراج:** فريضة مالية فرضتها الدولة في عهد عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وحازت إجماع الصحابة، بمثابة أجرة للأراضي التي دخلت في حوزة الأمة الإسلامية وأصبحت من خلال الفتح الإسلامي ملكًا عامًا للأمة. وقد نهضت هذه الوظيفة المالية بسد معظم احتياجات الدولة الإسلامية في العصور الإسلامية الأولى. لكنها اليوم لا تكاد توجد، وإذا وجدت فهي ذات نطاق ضيق، ولا يعول عليها في سد احتياجات الدولة الإسلامية المعاصرة.

٤- **الفيء، وخمس الغنائم:** كان لهذه الإيرادات شأن يوم أن كان لدولة الإسلام شأن. أما والدول الإسلامية المعاصرة على ما هي عليه من ضعف وهوان فلا مجال للحديث عن هذه الإيرادات، التي انقلبت اليوم لتكون من باب نفقات الدول الإسلامية وأعبائها، إذ هي التي تدفع اليوم للغير ما يريد من فيء ومن غنائم. وندعو الله -تعالى- أن يكشف عن الأمة هذه الغمة.

٥- **العشور:** هي ضـريبة فرضتها الدولة الإسلامية في عهد الخليفة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- على التجار من غير المسلمين، معاملة بالمثل. وهي تندرج اليوم في النظام الضـريبي القائم، وتسمى بالرسوم الجمركية. وهي لون من ألوان الضـرائب لا تأباها الشـريعة، طالما

كانت في مصلحة الدولة الإسلامية.

هذه هي الموارد المالية الأصلية. وهي كما نرى، قد زال واقعيًا الكثير منها، ولم يبق منها عمليًا إلا الزكاة والعشور. ثم هي كما هو واضح، لا تفي باحتياجات الدولة الإسلامية لأموال تنفق منها على النفقات العامة.

ومعنى ذلك أنه لا مناص أمام الدول الإسلامية المعاصرة من التفكير الجدي في توفير موارد مالية أخرى؛ لتتمكن من النهوض بوظائفها لخدمة المجتمع. ومهما تنوعت وتعددت هذه الموارد فلا أعتقد أنها تستغني عن الضرائب. بل إنه ليمكن القول إن الضرائب تحتل موقعًا رئيسًا على خريطة موارد غالبية الدول الإسلامية المعاصرة.

مصطلحات مرادفة أو ذات صلة:

في التراث المالي الإسلامي أسماء ومصطلحات مالية بعضها مرادف لمصطلح الضريبة، وبعضها ذو صلة وثيقة بها، أو بالأحرى مرادف لنوع منها، وهو النوع الذي فقد المستند الشرعي. ومن ذلك:

١ـ الوظائف والتوظيفات: في مجال الضرائب وفرضها شاع في التراث الفكري الإسلامي مصطلح الوظائف ومصطلح التوظيفات، كما شاع، وإن كان بدرجة أقل، الكلف السلطانية والنوائب السلطانية. وتعنى تلك المصطلحات عمومًا ما نعنيه نحن الآن بالضرائب وفرضها. ومن المفارقات عدم استخدام اسم الضريبة أو مصطلحها في هذا

المجال، رغم معرفة الفكر المالي الإسلامي جيدًا بهذا الاسم. والأمر في حاجة إلى تفسير، قد لا يكون هذا مكانه، والمهم التنبيه على الدارسين والباحثين في الضـريبة في النظام المالي الإسلامي، ألا يشغلوا أنفسهم بالبحث تحت هذا الاسم «الضـريبة»، وإنما تحت اسم الوظائف أو التوظيفات أو الكلف والنوائب السلطانية.

وليس على الفكر المالي الإسلامي المعاصر من حرج في استخدام لفظة الضـريبة، وليس عليه بالضـرورة أن يجرى بحوثه ودراساته مستخدمًا المصطلحات القديمة ممثلة في الوظائف والتوظيفات.. إلخ؛ لأن العبرة في النهاية بالمضمون والمعنى في مثل تلك الأمور. بالإضافة إلى أن هذه المصطلحات المالية التراثية لم يعد لها اليوم وجود في دنيا أدبيات المالية العامة.

ونشير هنا إلى أن كل من تناول موضوع الضـريبة من علماء المسلمين، من أمثال الجويني والغزالي وابن تيمية وابن خلدون، قد استخدموا تلك المصطلحات التراثية في دراساتهم.

٢ـ المكس: هذا اللفظ شاع استخدامه في الإسلام؛ مصدرًا وفكرًا. فقد ورد في أحاديث نبوية عدة، كما ورد على ألسنة العديد من العلماء. ويلاحظ أن هذا الاسم ما ورد إلا في معرض الذم لفاعله والتجريم لارتكابه. كما يلاحظ أن مضمونه ليس بعيدًا عن مضمون الضـريبة أو الرسوم. وإذا كانت الضـرائب قد أجيزت بضوابط، فإذا لم تتوافر

هذه الضوابط كنا حيال المكوس. ومعنى ذلك أن المكوس تخالف الضـرائب من حيث التدعيم الشـرعي، رغم أنهما معًا يتفقان في كونهما أداتين ماليتين، من خلالهما تستأدي الدولة بعض الأموال من قبل الأفراد. وفيما اطلعنا عليه لم نجد من يقوم بتعريف محدد للمكس من الفقهاء. ومع ذلك يمكن استنباط تعريف له بأنه الضـريبة التي فقدت مشـروعيتها. أو هي الضـريبة الظالمة، كما عبر أحد الفقهاء المعاصرين[1].

الأساس الشـرعي لفرض الضـريبة:

بالنظر المتأني في الفكر الإسلامي حيال هذه المسألة، نجده في بدايته منذ عصر الخلافة الراشدة وحتى بداية عصر التدوين ومراحله المتقدمة، لم يتطرق إلى دراسة هذه المسألة بشكل مفصل ومباشـر، ولعل مرجع ذلك نظريًا عدم وجود أحاديث صريحة حيال هذا الموضوع، اللهم إلا أحاديث المكس، يضاف إلى ذلك عدم قيام الدولة خلال هذه الفترة بفرض ضـرائب، سوى العشور التي استقرت منذ زمن سيدنا عمر -رضي الله عنه-. ويمكن تفسير ذلك بعدم وجود حاجة تمويلية ملحة في هذه الفترة؛ لأن المصادر المالية العامة الأخرى كانت كافية.

لكن الأمور تغيرت كثيرًا بعد ذلك، فزادت النفقات العامة زيادات طائلة لأسباب موضوعية وأخرى غير موضوعية، وفي الوقت نفسه

(١) د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، جـ٢، ص١٠٩٤، مؤسسة الرسالة، بيروت.

تناقصت الإيرادات بشكل حاد، وخاصة الإيراد المتمثل في الخراج، الذي كان يمثل أهم مصدر للإيرادات العامة خلال هذه العصور.

حينئذ فرضت المسألة نفسها على بساط البحث الفقهي المفصل والمباشـر[1]. وعند ذلك ظهر اتجاهان؛ الأول يرى عدم جواز فرض الضـرائب، وحجته في ذلك، باختصار أن ذلك لم يحدث في صدر الإسلام، لا في العصر النبوي ولا في العصر الراشدي، ثم إنه يصطدم بقاعدة شـرعية متفق عليها، وهي احترام الملكية الخاصة وعدم جواز أخذ أي جزء منها إلا بحق منصوص عليه، ولو كان ذلك من قبل الدولة.

الاتجاه الثاني كان من أبرز رجالاته -إن لم يكن أبرزهم جميعًا- الإمام إمام الحرمين الجويني. وقد أيده في موقفه الرامي إلى جواز فرض الضـريبة بل إلى وجوب فرضها في بعض الحالات أئمة معاصرون له، على رأسهم الإمام ابن حزم والإمام الماوردي، مسبوقًا في ذلك من الإمام السرخسي، وإن لم يكن تناوله على هذا القدر من التفصيل والتحليل. وقد تمكن الإمام الجويني من تكوين مدرسة فقهية ترى ما ذهب إليه حيال الضـريبة، ومن أبرز رجالها الإمام الغزالي والإمام الشاطبي والإمام النووي والإمام العز بن عبد السلام وغيرهم كثير[2]. ويمكن

(١) د. شوقي أحمد دنيا، تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي - دراسة مقارنة، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤٠٤هـ ص٣٨٧.

(٢) الجويني، غياث الأمم... الإسكندرية: دار الدعوة، الطبعة الأولى، ١٩٧٩م، ص٢٠٥ وما بعدها. الغزالي، شفاء الغليل، بغداد: مطبعة الإرشاد، الطبعة الأولى، ١٩٧١م، ص٢٣٤ومابعدها. الشاطبي الاعتصام، القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، جـ٢ ص١٢١ وما بعدها. السرخسي، المبسوط، بيروت: دار المعرفة، الطبعة الثانية، جـ١٢ ص١٧٥. د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٩٧٣م، جـ٢ ص١٠٧٥ وما بعدها. د. عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، عمان: مكتبة الأقصى، جـ٢ ص٢٩٦ وما بعدها.

القول إن هذا الاتجاه كانت له الغلبة، ومرجع ذلك قوة ما استند إليه، ورده القوي على ما تمسك به الفريق الأول. إضافة إلى أنه يتواءم مع الواقع المتغير للدولة الإسلامية، وفي الوقت ذاته لا يتعارض مع نص شـرعي. إن الظروف الاقتصادية والإدارية والإيمانية في صدر الإسلام قد تغيرت كثيرًا بعد ذلك، ثم إن القواعد الشـرعية تدعم القول بفرض الضـريبة عند توافر الشـروط. فمن المتفق عليه إسلاميًا أنه «يجب ارتكاب أخف الضـررين» و«يتحمل الضـرر الخاص في سبيل دفع الضـرر العام».

والشيء الذي هو في نظري كافٍ بمفرده للقول بجواز فرض الضـريبة عند توافر شـروط ذلك، أن الدولة في الإسلام مطالبة بالمزيد والعديد من الأنشطة والمهام؛ لإشباع الحاجات العامة للأفراد على اختلاف طبائعها، من أمن وعدل وتنمية وغير ذلك. وهي في سبيل قيامها بذلك في حاجة إلى أموال تتزايد يومًا بعد يوم، فمن أين تحصل على هذه الأموال؟ إن الزكاة محددة المصارف، وليست معدة لتمويل تلك الحاجات العامة، كما أن إيرادات الملكية العامة مثل الخراج وغيره قد لا تفي. إذن لا مفر إما من فرض الضـرائب وإما من الحصول على قروض عامة. ومعلوم أن الفريق الأول ذهب إلى أنه عند الحاجة يعول فقط على الاقتراض العام. لكن ذلك، هو من جهة غير متأتٍ بصفة مستمرة، ومن جهة أخرى قد يجر على الدولة من الآثار السلبية

الشيء الكثير[1]. وإذن لا يبقى في مثل تلك الحالات إلا فرض الضـريبة. ومهما كان فيها من استقطاع لبعض الأموال، وما في ذلك من ضـرر على أصحابها إلا أنه ضـرر هين تمامًا بجوار ما يترتب على عدم إشباع الحاجات العامة، من أمن ودفاع وعدل وتنمية وعدالة إلخ.. وعند ذلك لن تبقى الأموال كلها، بل ولا الأنفس نفسها[2]. هذا هو مجمل الموقف الشـرعي حيال فرض الضـرائب.

ومنه يتضح مدى قوة الاتجاه الثاني؛ ولذلك اكتسب أنصارًا ومؤيدين من مختلف المذاهب في الماضي والحاضـر. ومع ذلك فيبقى لوجود الاتجاه الأول ميزة كبيرة، وهي الحيلولة بقدر الإمكان بين الدولة والإسراف في فرض الضـرائب. وغير خافٍ مدى جسامة المضار المترتبة على ذلك اقتصاديًا واجتماعيًا.

شـروط جواز فرض الضـريبة:

يجدر التنبيه إلى أن كل من قال بجواز فرض الضـريبة من الفقهاء نص صراحة على أن ذلك مقيد بشـروط معينة، إن توافرت تمامًا جاز وإلا فهي حرام، وهي المكس بعينه. وأهمية هذا التنبيه هنا أنه ربما فهم البعض من القول بجوازها أن ذلك على علاته، ويمكن مِن ثَم القيام به في أي وقت وأي ظرف، سواء كان هناك مبرر قوي أو مبرر ضعيف أو حتى شكلي لذلك. إن ذلك فهم خاطئ تمامًا من جهة، وهو

(١) الجويني، الغياثي، مرجع سابق، ص٢٠٣.
(٢) نفسه، ص١٩٩. السرخسي، المبسوط، ج١٢ ص١٧٥.

عدوان وبهتان وافتراء على الفقهاء الذين أجازوا الضـريبة من جهة أخرى.

إذ الحقيقة الدامغة عكس ذلك. وأمامنا أقوالهم الموثقة المنصوص عليها في مؤلفاتهم التي لا خلاف حول نسبتها إليهم تنطق بالعديد من الشـروط، يمكن إجمالها فيما يلي:

١- وجود حاجة عامة أيًّا كان نوعها؛ عسكرية أو إنمائية أو اجتماعية. وتقرير تلك الحاجة يرجع إلى الخبراء الماليين والاقتصاديين ذوي الالتزام الشـرعي. يقول الإمام القرطبي: «وضابط الأمر أنه لا يحل مال أحد إلا لضـرورة تعرض، فيؤخذ ذلك المال جهرًا لا سرًا، وينفق بالعدل لا بالاستئثار، وبرأي الجماعة لا بالاستبداد بالأمر»[1].

٢- أن تعجز سائر الفرائض المالية الأخرى التي شـرعها الإسلام عن تمويل الإنفاق على تلك الحاجة.

٣- عدم وجود إسراف في الإنفاق الحكومي بمختلف صوره ومجالاته.

فإذا توافرت هذه الشـروط جاز للحاكم فرض الضـريبة. ولم يكتف الفقهاء بذلك، بل ساروا في الطريق خطوات أخرى على درجة كبيرة من الأهمية، حيث وضعوا شـروطًا أو مواصفات للضـريبة التي للحاكم أن يفرضها. ومعنى ذلك أنه لا يكفي توافر الشـروط السابقة. إن توافرها أمر ضـروري لمشـروعية الضـريبة، لكنه بمفرده غير

(١) الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة: دار الكاتب العربي، ١٩٧٧م، جـ١١ ص٦٠.

كافٍ، حيث لابد من أن تتسم الضـريبة بمواصفات معينة، أهمها أن تكون بقدر الحاجة وليس أكثر، وأن تزول بزوالها، وأن تكون على الأغنياء. ومعيار الغنى هنا كما ذهب إليه بعض الفقهاء وجود فائض لدى الفرد عن حاجته وحاجة من يعوله لمدة عام. هذا الفائض هو وعاء الضـريبة[1].

كذلك عليها أن تتحرى العدالة بين المكلفين بها قدر الإمكان. ولنستمع لرائد الضـريبة في الفكر الإسلامي الإمام الجويني إذ يقول: «فلست أرى للإمام أن يمد يده إلى أموال أهل الإسلام ليبتنى في كل ناحية حرزًا وكنزًا، ويتأثل مفخرًا وعزًا. ولكن توجه لإدرار المؤن على ممر الزمن، فإن استغنى عنها بأموال أفاءها الله على بيت المسلمين كف طلبته على الموسرين ... فإنها -الوظائف- ليست واجبات توقيفية ومقدرات شـرعية»[2].

وربما يرد هنا تساؤل مفاده: إن معنى الكلام المذكور ومضمونه أن الدولة لا تفرض الضـريبة إلا حالة وقوع العجز المالي فعلًا، أما قبل ذلك، أو بعبارة أوضح، أما التحوط لذلك أو تقدير حدوثه فخارج عن النقاش. والواقع أن هذا الاعتراض له وجاهته. ولو سلمنا بمضمونه لما كان للقول بجواز فرض الضـريبة من الناحية العملية صدى يذكر. إذ من المعتاد أن تقوم الدول المعاصرة بإعداد موازناتها العامة

(١) الرملي، نهاية المحتاج، المكتبة الإسلامية، جـ٨ ص٤٩.
القاضي الزيدي أحمد العنسي، التاج المذهب، جـ٤ ص٤١٩ وما بعدها.
(٢) الجويني، الغياثي، ص٢١٠ مرجع سابق.

مسبقًا لعام قادم، وذلك من خلال تقدير لكلٍ من الإيرادات والنفقات. فكيف يكون العمل؟ في الواقع إن الذي يفهم من عبارات عديدة ذكرها العلماء وبالذات الجويني هو ضرورة الإعداد والتقدير المسبق، وعدم الانتظار حتى يحدث فعلًا العجز[1].

ومعنى ذلك أن تقوم الدولة بتقدير سليم ورشيد لنفقاتها الحقيقية وكذلك لإيراداتها الأخرى بخلاف الضرائب، فإذا ما ظهر عجز فلها أن تسده؛ كلًا أو جزءًا من خلال فرض الضرائب.

الباعث على فرض الضريبة في الفكر المالي الإسلامي:

الفقرة السابقة قد تكشف لنا عن الباعث والهدف من فرض الضريبة في الإسلام. ونزيد هنا الأمر وضوحًا: إننا هنا أمام مسألة ذات شقين: الشق الأول يتعلق بطبيعة الهدف الذي من أجله تفرض الضريبة، والثاني يتعلق بما إذا كان من الضروري أن تكون الحاجة إلى فرض الضريبة قد وقعت بالفعل أم متوقع وقوعها أم أن الأمر لا يخرج عن كونه احتياطًا ومجرد ارتقاب.

فيما يتعلق بالشق الأول نحن مواجهون بتساؤل: أهناك هدف محدد هو الذي تباح الضريبة من أجله، أم أن كل الأهداف المتعارف عليها في ذلك سواء؟ بعبارة أوضح، نحن نعلم أن هناك أهدافًا متعددة يسهم النظام المالي في تحقيقها في الفكر المالي الوضعي، وهي عمومًا تنحصر في وظيفة التخصيص، ووظيفة التنمية، ووظيفة العدالة،

(١) نفسه، ص١٩٣ وما بعدها، وص٢٠٧.

ووظيفة الاستقرار الاقتصادي. فالدولة في العصر الحاضـر تقوم عادة بتلك المهام وغيرها، أفيجوز شـرعًا استخدام الضـريبة للإسـهام في تحقيق كل هذه المهام، أم أن من بينها مهامًا معينة هي فقط التي يمكن استخدام الضـريبة للإسهام في إنجازها؟

الملاحظ أن الفقهاء القدامى انصرف حديثهم إلى عملية التمويل لحاجات معينة، كانت على قمتها حاجة الدفاع وحاجة الأمن، كذلك ظهرت في كتابات بعضهم حاجة المرافق الأساسية، مثل المساجد والطرق والمياه[1]. ونلاحظ تأكيدهم إشباع حاجات الفقراء، ومن الممكن أن ندرج تلك الحاجات تحت الوظائف المشار إليها. ومن الواضح أن الكثير منها يندرج تحت وظيفة التخصيص، كما أن بعضها يمكن أن يندرج تحت وظيفة عدالة التوزيع. أما وظيفة الاستقرار، وخاصة الاستقرار السعري فلا أثر لها، كذلك وظيفة التنمية بمفهومها المعاصر.

وقد يفهم بعض المعاصرين أنه من خلال تتبع أقوال الفقهاء القدامى نجد أن الضـريبة لا تباح إلا لهدف تمويلي محض. هناك حاجة لأموال عجزت المصادر الأخرى عن توفيرها، هنا فقط يمكن للضـريبة أن تظهر. أما استخدام الضـريبة في غير ذلك فلا. فمثلًا لا يجوز للدولة أن تستخدم الضـريبة لمحاربة التضخم أو الكساد. بل قد يغالي البعض فيذهب إلى أن الضـريبة فقط تظهر لأغراض الأمن

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص٢٤٥.

والدفاع. وفي رأيي أن الأمر في حاجة إلى نظر فقهي أكثر دقة يأخذ في حسبانه بعض الأمور المهمة، ومنها أن مشكلة التنمية لم تكن قد فرضت نفسها بهذا الشكل المعاصر. ثم إنه عند التحري وإنعام النظر لا نجد قوة عسكرية رادعة غير مدعومة بقوة اقتصادية، كذلك فإن مشكلة الاستقرار لم تكن هي الأخرى على هذا النحو المفصل، ولم تفلح في معالجتها كل الوسائل المالية والنقدية بل غيرها. وفي الوقت ذاته فإن خطورة التقلبات الحادة على الاقتصاد القومي وعلى المجتمع ككل لم تعد تخفى على أحد. ثم إن من تحدث بإفاضة عن فرض الضـريبة من الفقهاء، ونص بوضوح على الإنفاق العسكري نراه قد أسهب باقتدار في ضـرورة سد حاجة الفقراء من خلال الدولة وكذلك الأغنياء. فالإمام الجويني أطال في ذلك، والإمام ابن حزم أعلنها صراحة بأن للإمام أن يجبر الأغنياء على إشباع تلك الحاجة. وبأسلوب عصري نحن أمام قضية عدالة التوزيع التي تسهم فيها الضـرائب بسهم وافر لا ينكر.

ولعلنا نصل في النهاية إلى أنه إذا كانت هناك وسيلة أخرى أمام الدولة لإنجاز تلك المهام غير فرض الضـريبة، فإن على الدولة أن تستخدمها بدلًا من الضـريبة، شـريطة أن تكون مباحة شـرعًا، وألا ترتب مضار اقتصادية وغير اقتصادية أكثر مما قد ترتبه الضـريبة. ومهما يكن من أمر فنحن في حاجة إلى نظر فقهي جديد[1].

(١) على أن يلاحظ أن بعض الفقهاء المعاصرين قد أجاز فرض الضـريبة للإسهام في تحقيق كل هذه الأهداف. انظر د. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مرجع سابق، ص١٠٩٣ وما بعدها.

أما فيما يتعلق بالشق الثاني من المسألة وهو ما ينصـرف إلى المعوَّل عليه، وهل هو وقوع الحاجة فعلًا أو توقعها. فقد أشـرنا إليه في الفقرة السابقة، ونضيف هنا أن الذي يفهم من كلام الفقهاء في ذلك غير محدد، فمثلًا نرى بعضهم يجعل التوقع كالحدوث فعلًا، وهذا ما ذهب إليه الإمام الجويني.

بينما يرى البعض الآخر أن العبرة بالوقوع فعلًا، وليس مجرد التوقع، ومن ثم الاحتياط، وهذا ما يفهم من كلام الماوردي والغزالي والشاطبي.

ولاشك في أن الموقف هنا في حاجة إلى نظر فقهي جديد يرجح أي الاتجاهين، مع اعتقادي أن رأي الجويني أرجح وأولى بالأخذ به؛ لأنه يتواءم مع واقع حياتنا المعاصرة القائمة على التقدير والإعداد للمستقبل، وعدم التوقف والتعامل فقط مع الحاضـر. لكن يبقي أن يكون ذلك ناتج دراسات دقيقة موضوعية، حتى لا تتخذها الدولة ذريعة لفرض الضـرائب والمزيد منها، دون أن يكون هناك داعٍ حقيقي.

وقد يرد علينا تساؤل مفاده: هل من الضـروري إشعار الناس بالباعث على الضـريبة وإعلامهم به؟ الواضح من كلام الفقهاء أو بعضهم على الأقل أن ذلك أمر مهم. لقد صرح بعضهم بحتمية أن يكون فرض الضـريبة برأي الجماعة لا بالاستبداد بالأمر. ومعنى ذلك الإعلان عن الباعث ومعرفة المكلفين أو ممثليهم به، ولاشك في

أن ذلك مفيد، فمن خلاله يحدث الاقتناع، ومن ثم الإقبال على الدفع وعدم محاولة التهرب. كذلك يحدث الاطمئنان على وجود مبرر حقيقي لفرض الضـريبة. وهذا ما جعل الفكر المالي الوضعي يصر على أن كل ما يتعلق بالضـرائب يجب أن يكون من خلال قوانين، وليس مجرد أوامر من الجهات التنفيذية[1].

أساس فرض الضـريبة في الاقتصاد الإسلامي:

سبق أن تناول هذه المسألة الفكر المالي الوضعي. وأقرب الأسس التي قال بها إلى الفكر الإسلامي هو نظرية التضامن الاجتماعي؛ لأن ذلك يتسق مع حكمة إقامة الدولة والوظائف المنوطة بها، كما يتسق والمبدأ الإسلامي الذي ينظم ما يعرف إسلاميًا بفروض الكفاية. وهذا -إضافة إلى ما تقدم- ما يفهم من كلام بعض العلماء الذين تناولوا مسألة الضـريبة، وعلى رأسهم الإمام الجويني، ثم تلميذه الإمام الغزالي، حيث أفاضا في تأصيل عملية فرض الضـريبة وتنظيرها، ومن ثنايا كلامهم يمكن للباحث أن يطمئن على أن أساس فرض الضـريبة في النظام المالي الإسلامي هو ما جاء أخيرًا الفكر المالي الوضعي، وأطلق عليه مصطلح «نظرية التضامن الاجتماعي». وهذه بعض عبارات الجويني: «والدليل على التوظيف أنا لو فرضنا خلو الزمان عن مطاع -حاكم- لوجب على المكلفين القيام بفرائض الكفايات من غير أن يرتقبوا مرجعًا، فإذا وليهم إمام فكأنهم ولوه أن يدبرهم تعينيا وتبينيًا فيما

(١) د. حامد دراز، مرجع سابق، ص٦٧ وما بعدها.

كان من وظائفهم فرض. ولولاه لأوشك أن يتخاذلوا، ويحمل البعض الأمر فيه على البعض. ثم تنسحب المآثم على كافتهم. والإمام القوَّام يدفع التخاذل والتقالب»[١]. ثم يقول: «والذي يجب التعويل عليه أن كل واقعة وقعت في الإسلام تعين على ملتزمي الإسلام أن يقيموا أمر الله فيها، إما بأنفسهم إذا فقدوا من يليهم، أو بأن يتبعوا أمر واليهم ... والمسلمون هم المخاطبون، والإمام في التزام أحكام الإسلام كواحد من الأنام، ولكنه مستناب في تنفيذ الأحكام»[٢].

العلاقة بين الضـريبة والزكاة:

طبيعة العلاقة بين الضـريبة والزكاة فرضت نفسها على بساط البحث قديمًا وحديثًا. ومرجع ذلك تعرض المسلمين في فترات عديدة لفرائض مالية بجوار الزكاة.فكان السؤال المطروح: هل تغنى هذه الفرائض عن الزكاة؟ وبداية علينا أن نلاحظ أن الأوضاع الحالية -وإن كان لها وجه شبه بالأوضاع القديمة- فإن بينهما وجوه افتراق ومغايرة عديدة وأساسية. وأهم هذه الفروق أن الفرائض القديمة كان معظمها غير شـرعي، فكانت هي المكس بعينه، أو أقرب ما تكون منه في معظم حالاتها. وفي هذا الجو العام جاءت فتاوى العلماء السابقين. لكن اليوم نجد العديد من الضـرائب -مع ما فيها من بعض التعسف والظلم- تستخدم لتحقيق مصالح عامة لا غنى للناس عنها. ومعنى ذلك أننا

(١) الغياثي، مرجع سابق، ص٢٠٣.
(٢) المصدر نفسه، ص٢٠٣.

أمام ضـرائب مشـروعة من حيث المبدأ. بل يمكن أن تطرح المسألة بشكل أكثر تحديدًا، وهو: هب أن حكومة من حكومات العالم الإسلامي المعاصر في حاجة إلى فرض ضـرائب، وقد التزمت في ذلك بالضوابط والشـروط الإسلامية. فما العمل حيال علاقة هذه الضـرائب بالزكاة؟ هل تغنى أي منهما عن الأخرى؟ وإذا لم يكن ذلك فكيف يجمع بينهما؟

هل تغني الزكاة عن الضـريبة؟ للإجابة على ذلك، علينا استحضار أهم جوانب تشـريع الزكاة من حيث الباعث والمقدار والسعر والمصارف. وعلينا إدراك أن كل تلك الجوانب محددة تحديدًا صريحًا من قبل الشـريعة.

وربما كان أهم جانب لمسألتنا الحاضـرة هو جانب المصارف. فمصارف الزكاة محددة بشكل قاطع لا يمكن الخروج عليها. والملاحظ أن معظم أموال الزكاة مخصصة لما يعرف ماليًا بالنفقات التحويلية الاجتماعية أو نفقات الضمان والتكافل الاجتماعي. تلك النفقات المتجهة إلى الفقراء. ونحن نعلم أن المصالح العامة والحاجات العامة والجديرة بالإشباع أوسع من هذا بكثير. وبالتالي فالشطر الغالب منها لا تشمله أموال الزكاة. فكيف يشبع؟ إنه في حاجة إلى تمويل. وهنا قد لا يكون هناك مفر من فرض الضـريبة، وذلك إذا ما توافرت الشـروط المذكورة سلفًا.

إذن نستطيع القول بأن الزكاة من حيث هي لا تغني عن الضـريبة[1]. وليس معنى ذلك أنه لابد من فرض الضـريبة بجوار الزكاة في كل حال. إن الأمر -كما سبق- يتوقف على توافر أوضاع وشـروط معينة، ترجع في جملتها إلى عدم كفاية الأموال الشـرعية الأخرى منضمة إلى الزكاة، في إشباع الحاجات العامة للأفراد التي تضطلع بها الدولة. ومن هنا نفهم خطأ بعض الناس -مع حسن نواياهم- في قولهم إن الزكاة فيها الغناء والكفاية عن الضـريبة.

هل تغني الضـريبة عن الزكاة؟ للإجابة عن ذلك علينا استحضار بعض جوانب الزكاة ذات الصلة بمسألتنا، وهي أن الزكاة، بهذا الاسم، وليس باسم الضـريبة، وبهذا التنظيم المتعلق بالوعاء والسعر والمصارف هي ركن من أركان الإسلام، شأنها شأن الصلاة تمامًا بتمام. بل إنها تجب على أفراد -طبقًا لرأي كثير من الفقهاء- لا تجب عليهم الصلاة متى كانت لهم أموال.

معنى ذلك أن المسلم طالما تملك مالًا تحققت فيه شـروط الزكاة عليه حتمًا أن يؤديها باسمها ورسمها. حتى لو تمكن المجتمع بدونها من القضاء على الفقر، فهناك مصارف أخرى، وهناك الفقراء المسلمون في كل بقاع الأرض.

---

(١) وقد قال الشيخ شلتوت -رحمه الله-: «وإذا كانت الزكاة من وضع الله وكانت فرضًا إيمانيًا بحيث يجب إخراجها، وجدت حاجة إليها أم لم توجد..وكانت الضـرائب من وضع الحاكم عند الحاجة كان من البين أن إحداهما لا تغني عن الأخرى، فهما حقان مختلفان في مصدر التشريع وفي الغاية وفي المقدار وفي الاستقرار والدوام» انظر الفتاوى، دار القلم، ١٩٦٤م، ص١١٦ ومابعدها.

أما الضـريبة فهي عمل سياسي، تجريه الدولة في ظل حالات معينة، وبأنظمة وتنظيمات معينة، تختلف من دولة لأخرى، ومن حالٍ لحال، ثم إن أهدافها الإسهام في إنجاز وظائف الدولة المختلفة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. معنى ذلك أنها مختلفة عن الزكاة اسمًا ورسمًا. ثم إنها من حيث المصارف لا ينفق منها إلا القدر اليسير على الجانب الاجتماعي، فمع كثرة الضـرائب وثقل عبئها كما هو معايش حاليًا فإن الفقر والفقراء قائمان، بل يزدادن اتساعًا واستفحالًا. ومن ثم فإن الضـرائب المعاصرة رغم ثقلها لم تستطع أن تعالج مشكلة الفقر. ومرجع ذلك أنها لم تنشأ أساسًا من أجل مواجهتها بذاتها.

في ظل هذه الملابسات نجدنا نقول بثقة واطمئنان: إن الضـريبة لا تغنى عن الزكاة، بل نقول أكثر من ذلك، بفرض أن الدولة -أية دولة- كرست جهودها الضـريبية في حل مشكلة الفقر ومواجهتها فإن ذلك لا يغير من الأمر شيئًا، وتظل الزكاة قائمة مفروضة بإسمها ورسمها؛ لأننا تعبدنا بالاسم والرسم معًا.

وقد تناول هذه المسألة بقدر طيب من التحليل والتأصيل بعض الفقهاء المعاصرين[١].

إذن لا يبقى إلا احتمالان؛ إما أن تكفي الزكاة وبقية الفرائض المالية المعروفة، وعند ذلك لا محل للضـريبة. وإما أن تجتمع الضـريبة مع

(١) انظر: د. يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ج٢، ص١١٠٦ وما بعدها.

الزكاة ضمن الفرائض المالية في الدول الإسلامية المعاصرة.

والاحتمال الثاني يطرح علينا تساؤلًا مهمًا، مفاده أن اجتماع كل من الضـرائب على كثرتها، وكذلك الزكاة على المسلم مرهق له ماليًا. وهذا في حد ذاته غير النهج الإسلامي، إضافة إلى ما يحدثه ويسببه من آثار ونتائج سلبية في النشاط الاقتصادي وكفاءته. فكيف يمكن مواجهة هذا الأمر؟ إن كيفية المواجهة هنا يمكن أن تتنوع. فإذا فرضنا أن دولة إسلامية تمكنها أوضاعها الاقتصادية من عدم الإثقال في الضـريبة، بحيث تكون فريضة مالية هامشية، لا تحدث عبئًا ثقيلًا على المكلف بها في تلك الحال يمكن القول إنه من المفضل دفع المسلم لكلتا الفريضتين: الزكاة والضـريبة بشكلٍ متوازٍ، دون إسقاط إحداهما من وعاء الأخرى. فمثلًا رجل لديه عشـرة آلاف ريال. والدولة فرضت ضـريبة مقدارها ٥٪ وهناك الزكاة مقدارها ٢,٥٪ هنا نرى من الأفضل أن يقوم بدفع الاثنتين معًا من أصل ما معه.

ومبلغهما معًا = ١٠٠٠٠ × ٧٥ = ٧٥٠٠٠٠ ÷ ١٠٠٠ = ٧٥٠ ريالًا.

الزكاة = ٢٥٠ ريالًا والضـريبة = ٥٠٠ ريالًا[1].

ومع ذلك فمن حقه أن ينهج نهجًا مغايرًا، وذلك بدفع إحداهما أولًا

(١) وقد قال الإمام النووي بذلك في معرض حديثه عن اجتماع الخراج والزكاة وكيفية إخراجهما. فقال: «لو كان على الأرض خراج هو عشر زرعها ومن كل عشرة أوسق وسقان، وسق للعشر «الزكاة» يصرف على أهل الزكوات، ووسق للخراج يصرف في مصارف الخراج» انظر: المجموع، القاهرة. بدون تحديد ناشر، ج٥، ص٥٧٨.

من أصل ماله ثم ما يتبقى يصبح وعاء للثانية، وبالتالي فإن العبء عليه يكون أخف. وهنا نكون أمام مسألة جديدة. فأيهما التي يبدأ بها؟

بالطبع فإن إمكانية الاختيار مرهونة أساسًا بموقف الدولة من الزكاة واعتدادها بها أو عدم اعتدادها، وغير خاف أن هناك -وبكل أسف- العديد من الدول الإسلامية لا تعتد بالزكاة. ومن ثم لا تمكن الفرد من اقتطاعها من وعاء الضـريبة. وهنا لا يجد الفرد أمامه إلا البدء بالضـريبة ثم ما تبقى يكون وعاء للزكاة.

واقتطاع مبلغ الضـريبة له وجه ومستند شـرعي هنا، فهي دين على ماله أو حاجة من حاجات الممول[1].

أما إذا كانت الدولة تعتد بالزكاة. ومن ثم يكون أمام المكلف فرصة الاختيار بين البدء بالزكاة والبدء بالضـريبة. في تلك الحالة قال بعض الفقهاء يبدأ بالضـريبة، فهي حاجة أساسية مشغول بها المال، ومن ثم لا تكون وعاء للزكاة. ولكني أرى أن العكس هو الأولى، فيبدأ بالزكاة، وما تبقى يكون وعاء للضـريبة، ومن ثم يحافظ على مبلغ الزكاة. ونفس ما عوَّل عليه بعض العلماء يمكن لنا أن نعوَّل عليه، فنقول إن مبلغ الزكاة لا يعد وعاء صالحًا للضـريبة فهو حق للفقراء، فكيف يدفع عنه الفرد ضـريبة. ثم إنه من حاجات الممول الأصلية،

(١) وقد قال بهذا الترتيب بعض الفقهاء وهم بصدد كيفية دفع الخراج والزكاة. فقالوا يبدأ بالخراج. انظر: ابن قدامة، المغني، ج٣، ص٤٢.

التي يشملها حد الإعفاء الضـريبي. ومهما يكن من أمر فإن الأثر في كثير من الحالات لن يكون كبيرًا، ومن ثم فيمكن البدء بهذه أو بتلك. وفي كلتا الحالتين فإن العبء على المكلف سيكون أخف مما لو دفعهما معًا متزامنين من أصل المال.

الازدواج الضـريبي[1]:

يقصد بهذا المصطلح الضـريبي فرض الضـريبة نفسها أكثر من مرة على الشخص ذاته في المدة ذاتها. مثل فرض ضـريبة على أرباح الشـركة، ثم فرض ضـريبة على نصيب المساهمين من الأرباح.

وهناك ازدواج داخلي وهناك ازدواج خارجي.

وقد يكون الازدواج مقصودًا من قبل الدولة لتحقيق هدفٍ ما، مثل الحصول على مزيد من الحصيلة أو تحقيق المزيد من العبء على بعض الفئات أو تصحيح نظام الضـرائب أو غير ذلك.

وقد يكون غير مقصود وإنما نشأ من عدم تنبه الدولة له.

أما الازدواج الدولي فمنشؤه أن كل دولة تضع لنفسها نظامًا ضـريبيًا وفق احتياجاتها، دون مراعاة للتشـريعات الضـريبية في الدول الأخرى. فمثلًا لو توفي شخص في الدولة (أ) وكان مقيمًا في الدولة (ب) تاركًا أمواله في الدولة (جـ) من الممكن هنا أن تتعدد الضـرائب على تركة هذا الشخص إذا كانت الدولة (أ) تطبق مبدأ

(١) راجع في الازدواج الضـريبي ما يلي: د. عبد المنعم فوزي، مرجع سابق، ص٣١٩ وما بعدها. د. زين العابدين ناصر، مرجع سابق، ص٢٩٤ وما بعدها. د. رفعت المحجوب، مرجع سابق، ص٣١٢ وما بعدها.

الجنسية في ضـريبة التركات والدولة (ب) تطبق مبدأ الوطن والدولة (جـ) تطبق مبدأ المورد أو الموقع.

ومن الملاحظ أنه ليس هناك تجريم للازدواج في القانون الدولي. لكنه من الناحية الاقتصادية سلبي الأثر، إذ هو مرهق للمكلف، معوق لحركة رؤوس الأموال.

ويمكن تلافي هذا الازدواج من خلال التشـريعات الداخلية والاتفاقات الدولية.

وهذا التفادي للازدواج الدولي يقره النظام المالي الإسلامي ولا يرفضه، طالما كانت وراءه مصلحة للمجتمع وللدول الأخرى، وتم الاتفاق على ذلك. دعمًا للتجارة والعلاقات الاقتصادية بين الدول.

أما الازدواج الداخلي، فنلاحظ أنه في تشـريع الزكاة لا ازدواج فيها، طبقًا لنص الحديث الشـريف «لا ثنى في الصدقة»[1]. ومن الأفضل أن تخلو الأنظمة الضـريبية منه؛ لأن سلبياته تتفوق على إيجابياته. وعمومًا فإن كل حالة ينبغي أن تدرس وحدها بعناية، من خلال الضوابط الشـرعية للضـريبة، ومن خلال ما يترتب عليها مصالح ومفاسد.

ضـرائب الكسب الخبيث:

المسألة تتشعب شعبتين: الوعاء خبيث لكن الضـريبة مدفوعة من مال آخر طيب، والضـريبة نفسها مال خبيث مدفوعة من مال

(١) أبو عبيد، مرجع سابق، ص٣٧٥.

طيب. أي أن الخبث أحيانًا ينظر فيه إلى الوعاء وأحيانًا ينظر فيه إلى الضـريبة. وخبث الكسب هنا المقصود به أنه غير حلال، أي تم من طريق أو بوسيلة غير مشـروعة.

والتساؤل هنا أيجوز أن تكون هذه الأموال وعاء للضـريبة أو تدفع منها الضـريبة؟

يمكن القول إن الفقه الإسلامي لم يحفل كثيرًا بهذه المسألة، لكنه حفل بمسألة قريبة وهي ما يتعلق بالزكاة. والكثير من الفقهاء على عدم جواز إخراج الزكاة من المال الخبيث. لكن بعضهم، وأذكر منهم ابن تيمية قال بجواز ذلك. فالأموال التي بأيدي الظلمة النهابين إذا لم يعرف لها مالك معين فعلى من هي بيده إخراج زكاتها. وإخراج قدر الزكاة منها أحسن من ترك ذلك كلية[1].

وقد دافع بعض المعاصرين بقوة عن ذلك الرأي. فبدفعها يستفيد أصحابها، ويكون في ذلك رادع لمن هي بيده عن الاستمرار في الكسب على هذا النهج غير الشـرعي. ونحن نؤيد ذلك مع عدم إعفاء الدولة من مسؤوليتها حيال إعطاء كل ذي حق حقه، والحيلولة بين الأفراد والمكاسب الخبيثة.

هذا في الزكاة التي هي ركن من أركان الإسلام ومن أجل القربات إلى الله -تعالى-. لكن الأمر في الضـريبة على خلاف ذلك تمامًا، فالضـريبة، كما سبق، فريضة أو وظيفة توظفها الدولة عند الحاجة

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج٣٠، ص٣٤٥.

للإسهام في تحقيق بعض أهدافها. ومعنى ذلك أنه لا يسوغ إعفاء الأموال الخبيثة منها، وإلا كان ذلك بمثابة عقوبة للأفراد الملتزمين في سلوكهم الاقتصادي. والأحرى أن تشدد الضـرائب على مثل تلك الأموال؛ حملًا لأصحابها على التخلي عن هذه الطرق غير الشـرعية في الكسب. والمسألة في حاجة إلى نظرٍ فقهي يلاحظ كل هذه الملابسات(١).

التهرب من الضـريبة:

التهرب الضـريبي معناه تخلص المكلف بالضـريبة من دفعها دون أن يُنقل عبؤها إلى شخص آخر(٢).

وهناك عدة أنواع لهذا التهرب، الذي يهمنا منها أخطرها وهو ما يسمى بالتهرب غير المشـروع أو الغش الضـريبي، وهذا النوع له صور وأساليب عديدة يلجأ إليها المتهرب، مثل إخفاء الأموال، وتقديم إقرارات غير صحيحة، وتقديم عقود صورية ..إلخ.

وللتهرب الضـريبي آثار سلبية عديدة، منها زيادة العبء الضـريبي، وتعطيل المشـروعات، والإضـرار بالغير وتدهور الأخلاقيات، والإخلال بمبدأ العدالة، واضطرار الدولة إلى الاستدانة وعدم إنجاز النفقات العامة.

وهناك أسباب وعوامل عديدة وراء هذا التهرب، منها عدم الرشد

(١) د. محمود أبو السعود، فقه الزكاة المعاصر، المملكة المتحدة، أكسفورد للنشر، ١٩٨٩م، ص٥٩ وما بعدها.

(٢) لمعرفة موسعة، انظر: د. عبد المنعم فوزي، مرجع سابق، ص٣١٣ وما بعدها، د. زين العابدين ناصر، مرجع سابق، ص٣٤٥ وما بعدها، د. رفعت المحجوب، مرجع سابق، ص٣٢١ ومابعدها.

في الإنفاق العام، وسوء النظام الضـريبي، وعدم الوعي الضـريبي، وعدم وجود عقوبات رادعة ..إلخ.

وخير سبيل لمواجهة التهرب هو ما كان من خلال علاج هذه الأسباب مجتمعة، وعدم الاقتصار على عامل دون الآخر.

والتساؤل هنا هو: هل يقع التهرب كثيرًا من الضـرائب الإسلامية؟ وما الحكم الشـرعي له؟

لا يصح القول بعدم وجود تهرب من الفرائض الإسلامية، ناهيك عن الضـرائب منها كلية، لكن الذي يمكن قوله إنه إذا ما التزمت الدولة بالضوابط الإسلامية في فرض الضـريبة وتنظيمها وفي إنفاقها العام فإن ظاهرة التهرب الضـريبي قد تخف كثيرًا. خاصة وأن المكلف بها يعلم حكم الشـرع في طاعة ولي الأمر وتنفيذ أوامره. وأنه إن تمكن من التهرب من الضـريبة أمام الدولة فلن يستطيع الإفلات من عقاب الله -عزوجل-.

وقد تكلم الفقهاء كثيرًا في التهرب من الضـرائب. وخلاصة ما قالوه.

إنه إذا ما كانت الضـريبة شـرعية فلا يجوز على الإطلاق التهرب منها. وفي ذلك يقول أبو جعفر البلخي: «ما يضـر به الإمام على الرعية مصلحة لهم يصير دينًا واجبًا وحقًا مستحقًا كالخراج»[1]. ويقول الكمال بن الهمام: «إنها -الضـريبة الشـرعية- واجبة على كل مسلم بإيجاب طاعة ولي الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين، ولم يلزم بيت المال

(١) ابن عابدين، رد المحتار، مرجع سابق، ج٢، ص٣٣٦.

أو لزمه ولا شيء فيه»[١].

أما إذا كان هناك ظلم في الضـريبة، أو بعبارة أوضح لم تستوف الضوابط الشـرعية لها. فقد فرقوا بين حالتين: الأولى إذا كان سيترتب على التهرب إضـرار بالغير، كأن يتحمل عن المتهرب ما عليه، وذلك واضح تمامًا في الضـريبة التوزيعية. وفي تلك الحالة لا يجوز التهرب؛ لأنه -وإن كان دفعًا لظلم- إلا أنه يلحق الظلم والضـرر بالغير. أما إذا لم يترتب على التهرب إلحاق ضـرر بالغير فيجوز للمكلف بالضـريبة التهرب منها.

يقول الإمام السرخسي: توجه على جماعة جباية بغير حق فلبعضهم دفعها عن نفسه، إذا لم يحمل حصته على الباقين، وإلا فالأولى أن لا يدفعها عن نفسه»[٢]. ويقول الإمام ابن تيمية: «وحينئذ فهؤلاء المشتركون -المكلفون- ليس لبعضهم أن يفعل ما به ظلم غيره، بل إما أن يؤدي قسطه فيكون عادلًا، وإما أن يؤدي زائدًا على قسطه فيكون محسنًا. وليس له أن يمتنع عن أداء قسطه من ذلك المال امتناعًا يؤخذ به قسطه من سائر الشـركاء، فيتضاعف الظلم عليهم، فإن المال إذا كان يؤخذ لا محالة -مثل الضـريبة التوزيعية- وامتنع بجاه أو رشوة أو نحوهما كان قد ظلم من يؤخذ منه القسط الذي يخصه. وليس هذا بمنزلة أن يدفع عن نفسه الظلم من غير ظلم لغيره فإن هذا جائز»[٣].

(١) شرح فتح القدير، ج٧ ص٢٢٢.
(٢) المبسوط ج١٧ ص٣٢٣.
(٣) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج٣٠، ص٣٣٩ وما بعدها.

ولو طبقنا مسألة الضـرر في أيامنا هذه في ضوء أهداف الضـريبة فإنه يمكن القول إن أي تهرب سوف يلحق لا محالة أضـرارًا بالمجتمع، حتى ولو كان في الضـريبة بعض الظلم؛ ولذا فقد يكون الأولى عدم اللجوء إلى التهرب، وبدلًا منه تواجه الحكومات بما هنالك من ثغرات ومظالم وتطالب بإزالتها، وإلا فلو شاعت فكرة التهرب هذه لمجرد شعور الفرد أو إحساسه بأن الضـريبة ظالمة لانهار النظام الضـريبي كلية، ومن ثم أخفقت الدولة في إنجاز ما عليها من مهام ووظائف تستهدف تحقيق مصالح المجتمع وإشباع الحاجات العامة للأفراد.

أما تحايل المسلم لتحاشي أداء الضـرائب في بلد غير إسلامي، وذلك مثل الكثير من المسلمين الذين يقيمون في دول غير إسلامية ويخضعون لما فيها من ضـرائب، فالذي أراه في هذه المسألة أنه لا فرق في الحكم بين كون المسلم في بلد إسلامي أو في بلد غير إسلامي، وما لا يجوز هنا لا يجوز هناك. فهذه أنظمة دنيوية وقد ارتضى المسلم ذلك، وعليه أن يفي بما تعاهد عليه، وتعاقد ورضي به. ثم إن الضـرائب تستهدف الإسهام في إنجاز خدمات عديدة، المسلم المقيم يستفيد منها؛ لذلك لا أرى جواز التهرب بشكل مطلق وعام من الضـرائب. لكن قد يكون ذلك حيال ضـرائب معينة إذا كانت مخصصة لأهداف محددة غير مشـروعة. والمسألة في نظري في النهاية تحتاج إلى نظر فقهي أعمق.

القبالة في أداء الضـريبة:

القبالة لغة هي الكفالة[١] واصطلاحًا إعطاء حق تحصيل الفريضة المالية -التي تمثلت أولًا في الخراج ثم شملت الضـرائب بعد ذلك- لشخصٍ ما نظير دفعه مقدمًا للدولة مبلغًا معينًا[٢]. ومعنى ذلك أنه بدلًا من قيام الدولة من خلال موظفيها بجباية الفرائض المالية تعهد بذلك العمل إلى شخصٍ ما يقوم عادة بدفع مبلغ من المال للدولة ثم يتولى هو بعد ذلك جباية الخراج أو الضـريبة بالقدر الذي يراه وبالأسلوب الذي يروق له، وتساعده الدولة في ذلك.

وهذا تنظيم مالي وإداري غير سليم، لما يجره من مفاسد وسلبيات على كلٍ من بيت المال والمكلفين، فهو عادة ما يدفع مبلغًا أقل من مبلغ الضريبة، ثم يقوم بجباية ما هو أكثر منه بكثير. ومن ثم فهو يظلم الطرفين، وظلمه للمكلفين أشد قسوة، مما يترتب عليه تدهور النشاط الاقتصادي، ومن ثم ضياع الحصيلة. وقد حذر أبو يوسف الخليفة هارون الرشيد من استخدام هذا الأسلوب لما رآه فيه من مضار[٣].

ومع ذلك فقد شاع في الدول الإسلامية عبر العصور المختلفة، وتطور في بعضها إلى ما هو الأسوأ، فمثلًا أصبح في مصر في العصر العثماني يعرف بنظام الالتزام[٤]. وكان سببًا في هروب الفلاحين من البلاد

(١) إسماعيل الجوهري، الصحاح، تحقيق أحمد عطار، بدون تحديد ناشر، ١٤٠٢هـ، ج٥، ص١٧٩٥. ابن منظور، لسان العرب، بيروت: دار صادر، بدون تاريخ، ج١١، ص٧.

(٢) د. محمود لاشين، الفاروق عمر والخراج، القاهرة: دار سابق للطبع والنشر، ص٤٣.

(٣) أبو يوسف، الخراج، مرجع سابق، ص١٠٥.

(٤) د. محمود لاشين، مرجع سابق، ص١٤٤ وما بعدها. د. إبراهيم المويلحي، الأرض والفلاح في العصر العثماني، الجمعية المصرية للدراسات التاريخية، ١٩٧٤م، ص٢٣٦ وما بعدها.

وتعطل الزراعة ونقص الأيدي العاملة. وقد أجاد المؤرخ الجبرتي في وصف هذه الأوضاع بالغة السوء[1]؛ لذلك قال العلماء إن هذا التنظيم محرم شـرعًا. وعدّوا من يقوم به بمثابة المرابى[2].

ضـرائب تراثية:

حفل المجتمع الإسلامي عبر دوله المتعددة وعصوره المديدة، ماعدا العهد الراشدي، بالعديد من الضـرائب ذات النوعيات المختلفة والتسميات المتعددة. ومرجع ذلك العديد من العوامل، التي ترجع في النهاية إلى تزايد الإنفاق العام لأسباب موضوعية وأخرى سفهية، وتناقص الإيرادات العامة الشـرعية؛ لأسباب معظمها يرجع إلى الفساد الإداري والحروب والفتن والخلافات بين الفئات العديدة من الناس.

كل ذلك ولد عجزًا مطردًا مستفحلًا في بعض الحالات، الأمر الذي اضطرت معه الدولة إلى فرض المزيد والعديد من الضـرائب، ولم تترك أية فرصة سانحة حتى تجعل منها واقعة منشئة للضـريبة، وقد صور هذه الوضعية العديد من المفكرين المسلمين، وعلى رأسهم ابن خلدون، الذي يقول في ذلك: «... وباستمرار الدولة وتعاقبها، وتزايد الترف، فيكثر أهل الدولة الوظائف -الضـرائب- والوزائع حينئذ على الرعايا والأكرة والفلاحين وسائر أهل المغارم، ويزيدون في كل وظيفة ووزيعة مقدارًا عظيمًا، لتكثر لهم الجباية، ويصنعون المكوس على المبايعات

(١) عبد الرحمن الجبرتي، عجائب الآثار، القاهرة: لجنة البيان العربي، الطبعة الأولى، ج٣، ص٢٧٩ وما بعدها.

(٢) ابن رجب، الاستخراج لأحكام الخراج، بيروت: دار المعرفة، ١٩٧٩م، ص٥٣.

وفي الأبواب -الحدود-»[١]. وكانت كثرة هذه الضـرائب أحد الأسباب التي أدت إلى تدهور الحالة الاقتصادية في مصر في العصر المملوكي[٢].

على أية حال لا خلاف حول شيوع هذه الضـرائب في المجتمع الإسلامي وشمولها لكل نشاطٍ، أيا كانت جدواه الاقتصادية[٣].

ومن الطبيعي أن القليل منها كان شـرعيًا. والكثير كان ظلمًا محضًا، أو بعبارة إسلامية دقيقة كان مكسًا. ويمكن لنا أن نشير إلى أسماء بعض تلك الضـرائب.

(١) الضـريبة على الحجاج. وهي أفحش تلك الضـرائب، أو بالأحرى المكوس. وقد ظهرت هذه الضـريبة في أكثر من بلد إسلامي، ففي مصر في العصر الفاطمي كانت تفرض ضـريبة على الحجاج المغاربة[٤].

(٢) ضـرائب النقود. وهي في حقيقتها رسوم تحصلها دار صك العملة ممن يقومون بصك نقود لديها بواقع ١٪، وقد شاعت هذه الضـريبة في المجتمع الإسلامي[٥].

(٣) ضـرائب الجهبذة. وهي ضـرائب تعسفية ظالمة ظهرت في

(١) ابن خلدون، المقدمة، القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، ص٢٧٩.
(٢) الأسدي، التيسير والاعتبار، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٦٧م، ص٧٩.
(٣) حتى ما كان منها عقيمًا من الناحية الاقتصادية، يقول ابن خلدون: «حتى إنه إذا ضـربت المكوس على الأصناف آخر الدولة ضـربت على من يشتغل بالبحث عن الدقائق والمطالب من الحمقى والمهووسين» ص١٣٨٨.
(٤) ابن كثير، البداية والنهاية، ج١٢، ص٢٩٩.
(٥) د. عبد العزيز الدوري، تاريخ العراق الاقتصادي في القرن الرابع الهجري، بغداد: مطبعة المعارف، ص٢٢١.

أواخر القرن الثالث الهجري. وكانت تحصلها الدولة من الجهابذة[1].

ضـريبة الدخل

نفصل القول هنا في هذا النوع من الضـريبة؛ لما له من أهمية كبيرة بين أنواع الضـرائب المتعددة.

مفهوم ضـريبة الدخل: هي تلك الضـريبة التي تتخذ من دخل المكلف وعاءً لها. وبرغم شهرة هذا النوع من الضـرائب وشيوعه وامتداده تاريخيًا، فإن هناك بعض المسائل التي تطلبت بذل المزيد من الدراسة والفكر من علماء المالية، ومن ذلك تحديد مفهوم الدخل. ولا شك في أن هذا التحديد على درجة كبيرة من الأهمية، فهو الوعاء الذي تفرض عليه الضـريبة، فإذا لم يكن محددًا بوضوح عانت الضـريبة من الغموض واللبس، وفقدت بالتالي ركنًا من أركان الضـريبة الجيدة. وللأسف فإن هذا التحديد القاطع لمفهوم الدخل لم يوجد بعد في التشـريعات الضـريبية المختلفة، بل إن الكثير منها نأى بنفسه عن الدخول في لجة هذه المسألة، مكتفيًا بالنص على مكونات الوعاء الضـريبي ومفرداته.

وبرغم ذلك فقد وجدت بعض الاجتهادات في هذا الأمر، يمكن إرجاعها إلى نظريتين: نظرية المصدر ونظرية الإثراء[2].

أما نظرية المصدر فتذهب إلى أن الدخل هو كل قوة شـرائية صافية

(١) نفس المصدر، ص١٥٧ وما بعدها. الصابي، الوزراء، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة: ١٩٥٨م، ص٣٦٤ وما بعدها.

(٢) د. حامد دراز، مرجع سابق، ص٩٧ وما بعدها.

ناتجة من مصدر قابل للبقاء، توضع تحت تصرف الممول بصفة دورية.

وتحليل هذا المفهوم يفصح لنا عن عناصر عديدة يجب توافرها حتى نكون أمام ما يسمى ماليًا بالدخل. وهي أن يتمثل الدخل في قوة شـرائية، أي نقود أو ما يمكن تقديره بالنقود، ويخرج من ذلك ما يحصل عليه الشخص من منافع لا تخضع للتقدير المادي.

وأن يكون مصدره قابلًا للبقاء بحيث يمكن لهذا المصدر أن يولد الدخل لأكثر من مرة، مثل العمل والأراضي والشـركات...إلخ. وأن يكون تحت تصرف الممول، بمعنى أن يكون قد أنفق بالفعل وليس محتملًا، سواء تسلمه المكلف بالضـريبة أم لم يتسلمه. وأن يكون حصول الممول عليه بصفة دورية. فلا يكفي أن يحصل المرء مرة عليه حتى يقال إنه دخل خاضع للضـريبة. وأن يكون هذا الدخل صافيًا، أي بعد خصم كافة النفقات اللازمة للحصول عليه، علمًا بأن تحديد هذه النفقات أمر تكتنفه بعض الصعوبات[1].

أما نظرية الإثراء فتذهب إلى أن الدخل هو قيمة الزيادة الصافية في ثروة الممول بين تاريخين. والواضح أن هذه النظرية توسع من مفهوم الدخل عن النظرية السابقة. وهناك المزيد من الصعوبات التي تواجه الإدارة الضـريبية في تحديد دخل المكلف في ضوء هذه النظرية.

أهمية ضـريبة الدخل: تلعب ضـريبة الدخل دورًا مهمًا في الهيكل

(١) المصدر السابق، ص١٠١ وما بعدها.

الضـريبي في مختلف الدول، ويرجع ذلك إلى ما لهذه الضـريبة من مزايا، منها غزارة الحصيلة، وتجددها، وكذلك ملاءمة هذه الضـريبة لمختلف درجات الكفاءة الإدارية، إضافة إلى سهولة تقبلها من المكلفين، وهي مع ذلك تمثل أداة جيدة من أدوات السياسة المالية، التي تستخدم لتحقيق أهداف المجتمع، كما أنها تتلافى بعض العيوب التي تلحق بضـرائب الثروة ورأس المال والاستهلاك.

أنواع ضـريبة الدخل: ظهر في التطبيق العملي أسلوبان لتطبيق هذه الضـريبة: الأول فرض الضـريبة على مجموع دخل الممول. فهي ضـريبة موحدة على الدخل لكل ممول. والثاني فرض أكثر من ضـريبة دخل على الممول الواحد، تبعًا لتعدد دخوله. ولكلٍ منهما مزايا ومثالب[1]:

١- الضـريبة الموحدة على الدخل: وهي ضـريبة وعاؤها مجموع الدخل الصافي للممول. وعادة ما يقوم الممول بحصر جميع أنواع الدخول التي حصل عليها خلال العام من أرباح لمشـروعاته وإيرادات لممتلكاته، وكذلك ما حصل عليه من مرتبات ومكافآت وغيرها، ثم يقوم باقتطاع النفقات والأعباء التي تحملها في سبيل تحقيق هذه الدخول، التي سمح بها القانون، ثم يقدم بذلك إقرارًا للإدارة الضـريبية.

مزايا وعيوب هذا النوع من ضـرائب الدخل: لا شك في أن لهذا النوع الكثير من المزايا، كما أن له أيضًا العديد من المثالب، ومن مزاياه

(١) نفسه، ص١٠٣.

أنه يقدم صورة واضحة عن حالة الممول المالية ومقدرته، وكذلك عن أعبائه العائلية، ومن ثم يتأتى منحه ما يمكن من إعفاءات. كذلك فإن هذا النوع يسمح بتطبيق أسلوب التصاعد الضـريبي، ومن ثم تتوحد المعاملة الضـريبية في حال التساوي والتماثل، وتختلف في حال التفاوت، الأمر الذي يحقق العدالة الضـريبية في بعديها الأفقي والرأسي. كما أن هذا النوع يتميز بيسر وسهولة التطبيق، وخاصة في الدول المتقدمة. حيث يقوم الممول بتقديم إقرار واحد عن كل دخوله، وهذا أيسر عليه، كما أن الإدارة الضـريبية تتعامل مع إقرار واحد لكل ممول بدلًا من عدة إقرارات، وفي ذلك ما فيه من توفير للجهد والوقت والتكلفة.

ومع هذه الميزات فإن لهذا النوع من المثالب الشيء الكثير، ومن ذلك ما يتضمنه من درجة عالية من المخاطر، فنجاح الممول في التهرب معناه ضياع كل ما للدولة حياله من ضـرائب. ثم إنه يتطلب جهازًا ضـريبيًا جيدًا، وكذلك وجود الممول المتعلم ذي الوعي الضـريبي الجيد. وفوق ذلك فإن هذا النوع لا يسمح للدولة بالتمييز بين مصادر الدخل المختلفة، لتعامل كل دخل المعاملة المناسبة من تخفيف أو تشديد.

٢- الضـرائب النوعية أو المتعددة على الدخل: وفكرة هذا النوع من ضـرائب الدخل مقابلة لفكرة النوع السابق، فالأمر هنا هو تصنيف

الدخول وليس تجميعها، فمثلًا هناك دخول المرتبات والمكافآت «دخل العمل»، وهناك دخول الأرباح التجارية والصناعية والزراعية (دخل العمل ورأس المال)، وهناك دخول القيم المنقولة مثل الأسهم والسندات وغيرها .. فتقوم الإدارة الضـريبية بالتعامل المستقل مع كل دخل من هذه الدخول، من حيث سعر الضـريبة ونظامها وربطها وتحصيلها وغير ذلك.

ويمكن القول إن هذا النظام الضـريبي يقابل النظام السابق في المزايا والعيوب، فمزايا الأول هي عيوب الثاني، وعيوب الأول هي مزايا الثاني. وعمومًا فإن أهم ما يتميز به هذا النظام هو تمكن الدولة من المعاملة الملائمة لأنواع الدخول المختلفة؛ تبعًا لمصادرها وما تستهدفه الدولة من أهداف اقتصادية واجتماعية. والملاحظ أننا في هذا النظام أمام عدد من ضـرائب الدخل يختلف من دولة لأخرى، وليس هناك عدد أمثل لهذه الضـرائب. وإنما يتوقف الأمر على ظروف كل دولة.

مدى سريان الجواز الشـرعي على ضـريبة الدخل:

ما تقدم من قول عن الحكم الشـرعي للضـريبة كان ينصرف إلى الضـريبة بوجه عام، والمعروف أن للضـريبة أنواعًا عديدة بحسب الوعاء وحسب السعر وحسب الربط وحسب التحصيل وحسب مراعاة ظروف المكلف وغير ذلك.

والمعروف أن هذه الأنواع تختلف عن بعضها، لا من هذا الجانب

فقط، بل من حيث مدى تحقق مواصفات الضـريبة الجيدة في كل منها، طبقًا لما استقر عليه علماء المالية العامة.

وفي ضوء الضوابط الشـرعية، وفي ضوء ما استقر عليه الفكر الضـريبي من قواعد ومبادئ للضـريبة الجيدة، وفي ضوء تحديد أهم سمات ضـريبة الدخل وخصائصها يمكننا أن نتعرف على مدى القبول الشـرعي لضـريبة الدخل.

مواصفات الضـريبة الجيدة: عند علماء المالية العامة الضـريبة الجيدة هي التي تحقق الملاءمة للدولة وللمكلف[1]، ويكون ذلك بتوفر هذه المواصفات:

١- وفرة الحصيلة: وذلك لأن الهدف الرئيس من فرض الضـريبة يظل الإسهام في تغطية النفقات العامة. ويتحقق ذلك باتساع الوعاء، كذلك يلعب السعر دورًا في الحصيلة، وكان المعتقد أنه برفع السعر تزداد الحصيلة، لكن الواقع أثبت أنه في حالات عديدة كلما قل السعر زادت الحصيلة، حيث إن رفع السعر ينعكس على الوعاء فيقلل من اتساعه، لخروج الكثير من دائرة المكلفين. كما أن رفع السعر يغري بالتهرب من دفع الضـريبة. ومهما كان لهذا المبدأ من أهمية فلا ينبغي أن يطغى على بقية المبادئ، التي قد تتعارض معه، وخاصة مبدأ العدالة، الذي تفوق أهميته أهمية مبدأ الوفرة.

٢- العدالة: ولهذا المبدأ أهميته الكبرى، وكلما حقق النظام

(١) د. محمد فؤاد إبراهيم، مبادئ علم المالية العامة، ص٣٨٨، د. علي لطفي، مرجع سابق، ص٣٤.

الضـريبي هذا المبدأ اكتسب درجة عالية من الحسن والجودة. ولا تقف أهمية مبدأ العدالة عند الاعتبارات الاجتماعية بل تتعداه إلى الاعتبارات الاقتصادية، فالعدالة متطلب ضـروري لتحقيق مبدأ الوفرة في الحصيلة، ولتحقيق مبدأ الاستمرارية وعدم تآكل الأوعية الضـريبية. وقد اختلف علماء المالية حول أي نظام ضـريبي يحقق هذا المبدأ، أهي الضـريبة النسبية أم الضـريبة التصاعدية. وبرغم ذيوع من يقول بالتصاعدية وشهرته فإن الضـريبة النسبية مازالت تجد دعمًا قويًا كضـريبة تحقق العدالة بدرجة لا تقل عن الضـريبة التصاعدية إن لم تزد[1].

٣- الثبات: بمعنى أن تطمئن الدولة إلى أن حصيلة الضـريبة ثابتة بشكل تقريبي، برغم ما قد يعترى الاقتصاد القوي والمجتمع من تقلبات اقتصادية. ومن الصعب تحقيق هذا المبدأ في ضـريبة واحدة، ولكن من الممكن تطبيقه على النظام الضـريبي ككل، حيث يحتوي على العديد من الضـرائب، بحيث يقل تأثره بتقلبات الأوضاع الاقتصادية. ولا يقف أمر الثبات عند ذلك، بل يتعداه إلى ثبات النظام الضـريبي واستقراره وعدم تعرضه بين الحين والحين للتعديل والتغيير؛ حتى لا تتأثر المبادئ الأخرى للضـريبة.

٤- المرونة: والمقصود بذلك سهولة اتخاذ الدولة بعض التعديلات

(١) د. أحمد الجعويني، اقتصاديات المالية العامة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٦٧م، ص٨٩ وما بعدها.

في مكونات الضـريبة، من وعاء لسعر... إلخ، تمشيًا مع التطورات التي تجد.

٥- **الوضوح:** كلما كانت الضـريبة واضحة ومحددة الأركان والمعالم من سعر لوعاء لطريقة تحصيل لموعد، لغير ذلك كانت ضـريبة جيدة. ولا شك في أن مرجع ذلك اعتبارات عديدة تنعكس في النهاية في وفرة الحصيلة، ويسر التحصيل، وعدم النزوع إلى التهرب. ولذا فإن البعض يذهب إلى ضـرورة أن يصل الوضوح إلى درجة اليقين. أي أن يكون المكلف على علم يقيني بكل جوانب الضـريبة ومن ثم فلا نزاع ولا تهرب.

٦- **الاقتصاد:** والمقصود بذلك أن تكون الضـريبة قليلة الأعباء بقدر الإمكان، أي أن تحصيلها لا يستلزم المزيد من النفقات التي تأكل الحصيلة. وبالتالي فكلما كانت الضـريبة قليلة التكاليف كانت أفضل.

٧- **المواءمة:** والمقصود بذلك أن تتواءم وتتمشى الضـريبة مع ظروف ورغبات المكلف ورغباته، من حيث الوقت، والسعر، والوعاء، وأسلوب التحصيل، وأسلوب الربط، وغير ذلك. والهدف من هذا الوصف الابتعاد بقدر الإمكان عن كل ما يؤدي إلى تجنب الضـريبة أو التهرب منها.

أهم سمات ضـريبة الدخل:

من أهم سمات ضـريبة الدخل أن وعاءها وهو الدخل هو وعاء

متجدد دوري، طالما بقي مصدره واستمر. وهذه ميزة مهمة توفر للضـريبة عنصر الاستمرارية النسبية، عكس ما لو كان الوعاء شيئًا آخر غير الدخل، مثل الإنفاق في الضـرائب غير المباشـرة، فالضـريبة متوقفة على قيام الشخص بعملية إنفاق معينة، فإذا تمت وقعت الضـريبة وإلا فلا، وبعبارة فنية فإن الواقعة المنشئة للضـريبة في حال ضـريبة الدخل هي أكثر استقرارًا وديمومة من غيرها.

ثم إنها تحافظ بطبيعتها على مصدر الدخل ولا تمسه أيًا كانت طبيعة هذا المصدر، عكس بعض الضـرائب الأخرى التي قد تنال الثروة أو رأس المال، الأمر الذي يعرضه للتآكل. ومن جهة أخرى فإن ضـريبة الدخل بحكم كونها مربوطة بالدخل لا تتعرض للثروة أو لرأس المال المعطل. فطالما ليس هناك دخل فلا مجال لهذه الضـريبة، وبالتالي فهي تفتقد أثر التحفيز على تشغيل الثروات ورؤوس الأموال، بدلًا من تركها مكتنزة أو معطلة.

ثم إن الدخل يعد ماليًا وشـرعيًا مؤشـرًا قويًا أكثر من غيره على مقدرة الشخص على الدفع، والمعروف أن المقدرة على الدفع تمثل أهم أساس نظري يستند إليه عند فرض الضـريبة.

كذلك فإن هذه الضـريبة مباشـرة، وقابلة لأن تكون شخصية، تراعي أحوال وأوضاع المكلف. وتميز بين شخص وآخر، طبقًا لهذه الأوضاع. وهي بحكم طبيعتها تميز إلى حد كبير بين الأغنياء والفقراء،

عكس بعض الضـرائب التي تصيب كلًا من الغني والفقير، بل إن الفقير ليصاب في بعضها بدرجة أكبر من إصابة الغني، وذلك مثل الضـريبة غير المباشـرة على السلع الأساسية.

كما أن الضـريبة على الدخل تساير ما يجري على الدخل من تطورات، فإذا زاد زادت حصيلتها وإذا قل قلت حصيلتها، وأيضًا يتأثر سعرها بهذه التطورات، إذا ما أخذنا فيها بنظام الضـريبة التصاعدية، وأخيرًا فإنها أقل راجعية من غيرها حيث لا يتمكن المكلف بها من نقل عبئها إلى غيره بدرجة كبيرة.

لهذه الاعتبارات وغيرها اعتبرت ضـرائب أو ضـريبة الدخل في معظم التشـريعات الضـريبية المعاصرة العماد الرئيسـ لهيكل الضـرائب فيها . حتى إن الكثير من هذه التشـريعات أخذ في الاقتصار عليها وحدها. ولهذا فإنها تنال المشـروعية الإسلامية إذا ما توافرت شـروط فرضها.

التنظيم الفني لضـريبة الدخل، كما نراه:

١- وعاء الضـريبة. من المفضل أن يكون جميع الدخول التي يحصل عليها الشخص، سواء كان مصدرها عملًا أو ملكية أو عملًا وملكية معًا. اقتداء بالزكاة التي استوعبت كل أنواع الدخول.

وكلما اتسع الوعاء أمكن تقليل السعر من جهة، وتوفير الكثير من الإيرادات من جهة أخرى، إضافة إلى تأمين مبدأ المساواة بين الأفراد في

تحمل بعض الأعباء العامة. وقد أشار إلى ذلك بوضوح كل من الإمام الجويني والإمام الغزالي، فيقول الجويني: «وإذا وظف الإمام على الغلات والثمرات وضـروب الزوائد والفوائد من الجهات يسيرًا من كثير سهل احتماله ووفر به أهب الإسلام وماله، واستظهر رجاله، وانتظمت قواعد الملك وأحواله...»[1]. «ولو عيَّن الإمام أقوامًا من ذوي اليسار لجرَّ ذلك حزازات في النفوس، وفكرًا سيئة في الضمائر والحدوس، وإذا رتب على الفضلات والثمرات والغلات قدرًا قريبًا كان طريقًا في رعاية الجنود والرعية مقتصدة مرضية»[2]. ويقول الغزالي: «ثم إليه النظر في توظيف ذلك على وجوه الغلات والثمار كي لا يؤدي تخصيص بعض الناس إلى إيغار الصدور وإيحاش القلوب، ويقع ذلك قليلًا من كثير لا تجحف بهم ويحصل به الغرض»[3]. في هذه الأقوال نجد الدلالة واضحة على أفضلية تعميم وعاء الضـريبة على كل الدخول بل أهميته؛ لما في ذلك من مزايا متعددة؛ اجتماعية واقتصادية. وهذا ما يأخذ به اليوم الفكر المالي الوضعي.

٢- من المفضل أو الأولى أن تكون ضـرائب نوعية وليست ضـريبة موحدة أو مجمعة، بمعنى أن تكون هناك ضـريبة على كل نوع من الدخول على حدة. كأن تكون هناك ضـريبة على كسب العمل، وأخرى على إيرادات القيم المنقولة، وثالثة على الأرباح الزراعية، ورابعة على

(١) الغياثي، ص٢٨١ وما بعدها، طبعة الدوحة.
(٢) نفسه، ص٢٨٣.
(٣) الغزالي، شفاء الغليل، بغدد، مطبعة الإرشاد، ١٩٧١م، ص٢٣٦.

الأرباح التجارية، وخامسة على الأرباح الصناعية، وكذلك ضـريبة على إيرادات المهن الحرة، وهكذا . طبقًا للتصنيف المتعارف عليه ماليًا في تصنيف الدخول من حيث كونها وعاء للضـريبة.

والسبب في اختيار هذا النوع من نظم ضـرائب الدخل أنه أكثر من غيره مراعاة للعدالة بين الأفراد، وهذا مطلب اقتصادي مهم، وفوق ذلك مطلب شـرعي أساسي. وانطلاقًا من ذلك جاءت الفرائض المالية الإسلامية المعروفة، فتجد الزكاة هي في الحقيقة زكوات، وليست زكاة واحدة، فهناك زكاة على كذا، وزكاة على كذا ... الخ. ولكل زكاة وعاؤها ونصابها وسعرها. ومن خلال هذا النظام تستطيع الدولة التمييز بين دخل ودخل، طبقًا للاعتبارات الاجتماعية والاعتبارات الاقتصادية وغيرها، ومع هذه الميزات فإنها لا تلبي بيسر مطلب مراعاة مقدرة الممول عكس الضـريبة الموحدة على مجموع الدخول. ومهما يكن فالأمر متسع أمام الدولة في ضوء القاعدة الشـرعية «تحقيق أقصـى قدر ممكن من المصلحة».

٣- سعر الضـريبة «معدلها»:

ليس هناك سعر محدد ملزم للضـريبة على كل دخل، مثل أن تكون ٥٪ مثلًا على كسب العمل و١٠٪ على إيراد القيم المنقولة...إلخ. الأمر في ذلك متروك للسلطة التقديرية للدولة في ضوء الاعتبارات الموضوعية التي يقرها المجلس النيابي انبثاقًا من آراء الخبراء والمختصين. فلسنا

أمام معدلات توقيفية مثل الزكاة في غالبية الأحوال. ثم إن المسألة كلها تدور مع الظروف والأوضاع السائدة والمحيطة، وتحقيق المصلحة في ضوء هذه الأوضاع. واهتداء واسترشادًا بنظام الإيرادات الشـرعية المعروفة من زكاة لخراج لجزية على الدولة أن تراعي عند تحديد السعر مقدار المشقة في تحصيل الدخل، ومقدار المخاطر المحيطة بتحقيقه، فدخل يأتي سهلًا دون نفقات كبيرة ودون مخاطر جسيمة لا يعامل معاملة دخل تكتنف تحصيله تلك المخاطر والأعباء، كذلك عليها أن تراعي المصلحة العامة للأمة، بمعنى أن تتخذ من هذه الضـريبة أداة مالية تسهم في تحقيق مصالح الأمة من تنمية لعدالة لاستقرار..إلخ. وبالتالي فقد يتغير السعر من دخل زراعي لدخل تجاري لدخل صناعي حسب أهمية النشاط، واحتياج الأمة له. كل ذلك تطبيقًا للقاعدة الكلية الشـرعية «التصـرف على الأمة منوط بالمصلحة». وقد قال العلماء: إن المقصود ليس تحقيق مجرد مصلحة وإنما تحقيق أقصى مصلحة ممكنة. ومن ثم فلا يجوز شـرعًا اتخاذ إجراء أو رسم سياسة تحقق قدرًا من المصلحة كان من الممكن أن تنهض سياسة أخرى بتحقيق قدر أكبر منه. ومن خيرة ما قيل في ذلك على لسان العلماء هذه المقولة الرائعة للإمام القرافي «يجب على الوالي بذل الجهد فيما هو أصلح للمسلمين، فإذا فكر واستوعب فكره في وجوه المصالح ووجد بعد ذلك مصلحة هي أرجح للمسلمين وجب عليه فعلها، وتحتمت عليه، ويأثم

بتركها، فعليه الاجتهاد وجوبًا وبذل الجهد في وجوه المصالح...»[١].

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم عدم وجود قيد يحدد بشكل قاطع سعر ضـريبة الدخل فإنه من المفضل ماليًا وشـرعيًا تقليل هذا المعدل أو السعر بقدر الإمكان، ولنا في الفرائض المالية الشـرعية المعروفة خير أسوة، فالزكاة في معظمها لا تتجاوز ١٠٪ من الدخل، اللهم إلا في زكاة الركاز والمعادن عند بعض الفقهاء، وكذلك الخراج نجد معدله أو نسبته قليلة لا تجهد المكلف، وأيضًا الجزية. ثم إن عدم الغلو في سعر الضـريبة يباعد بين المكلفين بها والتهرب منها، وكذلك لا يقتل الحافز على تحقيق الدخل، بخروج الكثير من حلبة العمل والإنتاج. وبالاختصار فإن تحديد سعر معتدل هو في صالح المكلف، وهو أيضًا في صالح الدولة؛ لأنه يوفر لها حصيلة وفيرة ومستمرة في نفس الوقت. وقد أبدع في تفصيل وتحليل هذه المسألة العلامة ابن خلدون[٢] وكذلك بعض علماء المالية المعاصرين[٣].

٤- **النسبية والتصاعدية فيها:** إذا فرض سعر معين على الدخل مهما زاد الدخل، مثل ٥٪ أو ١٠٪.. إلخ. كنا أمام الضـريبة النسبية، أما إذا تغير السعر زيادة ونقصًا بزيادة الدخل ونقصه، مثل أن يكون ٥٪ إذا لم يتجاوز الدخل ١٠٠٠٠ جنيه، فإذا زاد الدخل عن ذلك كان

(١) القرافي، الفروق، بيروت، دار المعرفة، ج٣، ص١٧.

(٢) المقدمة، مرجع سابق، ٢٧٩.

(٣) وعلى رأسهم لافر، لمزيد من المعرفة يراجع مايكل ابدجمان، الاقتصاد الكلي، ترجمة د. محمد منصور، دار المريخ، ١٩٨٨م، ص٣٥٣.

سعر الضـريبة ١٠٪ مثلًا، إذا كان الحال على هذا النحو كنا أمام ضـريبة تصاعدية.

وهناك تفاصيل فنية تتعلق بكل من الضـريبتين لا مجال للدخول فيها، والنقطة الجديرة بالاهتمام هي مدى تحقيق كل منهما لمبادئ الضـريبة الجيدة، وخاصة مبدأ العدالة. وقد حدث سجال طويل بين علماء المالية حول مدى تحقيق كل منهما لهذا المبدأ. فذهب فريق إلى أن الضـريبة النسبية تحقق هذا المبدأ بدرجة أكبر من التصاعدية، بينما ذهب فريق آخر إلى العكس[١]، ولا نستطيع علميًا أن نقول ونجزم بصواب توجه الأخر وخطئه. ومن ثم فإن المجال مفتوح أمام الدولة لتأخذ بأي منهما في ضوء الظروف المحيطة، شـريطة أن تستفيد بآراء الخبراء. ولو أردنا الاستئناس بتنظيم الفرائض الشـرعية الأصلية من زكاة لخراج لوجدنا أنهما فرائض نسبية، فالزكاة على الثروة النقدية ٢,٥٪ مهما بلغ مقدارها، وعلى الناتج الزراعي ٥٪ أو ١٠٪ مهما كان حجمه. وكذلك لم نجد الخراج يتغير مقداره أو معدله بكثرة المساحة أو الناتج. وبرغم أولوية وأفضلية الاستئناس بذلك في وضح النظام الضـريبي فإن المعوَّل عليه أساسًا هو مدى تحقيق أكبر مصلحة ممكنه لكل من الدولة والمكلف. وما يحقق ذلك سواء كان نسبيًا أو تصاعديًا فهو واجب الاتباع والتطبيق.

(١) د. أحمد الجعويني، مرجع سابق، ص٨٩ وما بعدها، د. علي لطفي، مرجع سابق، ص٤٤ وما بعدها.

٥- الدخل الصافي أو الدخل الإجمالي: ونحن بإزاء ضـريبة الدخل فإن وعاء الضـريبة هو الدخل، لكن ما المقصود بهذا الدخل؟ هل هو الدخل الصافي أو الدخل الإجمالي؟ والفرق بينهما يتمثل في النفقات والتكاليف التي يتحملها الإنسان في سبيل حصوله على هذا الدخل. فهناك على سبيل المثال الأرباح الصافية وهناك الأرباح الإجمالية. والوضع المالي السليم أن تؤخذ هذه النفقات والتكاليف في الحسبان، لكن كيف تؤخذ في الحسبان، هناك أساليب فنية متعددة، منها تنوع سعر الضـريبة، فيكون مرتفعًا عند قلة التكاليف ويكون منخفضًا عند ارتفاعها، أسوة بزكاة الزروع. والتي يتراوح سعرها بين العشـر ونصف العشـر تبعًا لمدى التكلفة المحتملة. ومنها اقتطاع هذه التكاليف من الدخل والوصول إلى الدخل الصافي، وهو الذي يعد وعاءً للضـريبة. ومعنى ذلك أنه من الممكن الأخذ بالدخل الإجمالي وبالدخل الصافي. لكن عند اتباع النظام الأول يتفاوت السعر من دخل لآخر، طبقًا لقلة أعبائه أو ضخامتها. والأيسر من ذلك استخدام منهج الدخل الصافي، على أن يلاحظ عدم التلاعب في النفقات والتكاليف وتضخيمها بما يكاد يبتلع الدخل.

٦- حد الإعفاء: في الكثير من الضـرائب نجد حدًا من الوعاء معفى من الضـريبة. أو بعبارة أوضح نجد النظام يقرر حدًا إذا قل الوعاء عنه عفي من الضـريبة وإذا بلغه أو زاد، دخل صاحبه في عداد

المكلفين بهذه الضـريبة.

ووراء هذا الإعفاء اعتبارات متنوعة[1]، منها ما هو اجتماعي، مثل: إعفاء الحد الأدنى من المعيشة، فمن لا يملك إلا هذا المستوى لا يكلف بدفع ضـريبة؛ لأنه محتاج عندئذ إلى من يسد له هذا المستوى الأدنى من احتياجاته، والذي يقوم بذلك عادة هي الدولة، فما حكمة أن تأخذ شيئًا لترده ثانية؟. يضاف إلى ذلك أن تكلفة جباية مثل هذه الضـريبة من الارتفاع بمكان، ومن ثم تفتقد الضـريبة مبدأ الاقتصاد، ومبدأ وفرة الحصيلة. ومع التسليم بأهمية هذا التنظيم فقد تعترضه صعوبات عديدة، تتمثل في التحديد الموضوعي لهذا المستوى الذي يختلف من فرد لآخر، تبعًا لما عليه من أعباء عائلية واجتماعية..إلخ، ومع ذلك فعادة ما تقرر النظم حدًا للإعفاء. وهناك نوع آخر من الإعفاء هو الإعفاء للأعباء العائلية. وهو إعفاء مرتبط بالأسرة وحجمها ومقدار ما يقع على كاهل الفرد من هذه الأعباء. ومن الواضح أن الأعزب يعامل معاملة غير معاملة المتزوج، وأن المتزوج الذي لا يعول غير المتزوج الذي يعول، والذي يعول ولدًا غير الذي يعول أكثر، وهكذا .

وهناك إعفاءات لأهداف اقتصادية. مثل: تشجيع الصناعة أو الزراعة أو الحرف أو تعمير هذا المكان أو ذاك، وهناك اعتبارات أخرى.

وعمومًا فإن فكرة الإعفاء في حدود معينة فكرة مقبولة شـرعًا، فمثلًا نجد في الزكاة ما يعرف بالنصاب، وهو المستوى الذي إذا بلغه

(١) د. علي لطفي، مرجع سابق، ص٥٤ وما بعدها.

الوعاء وجبت فيه الزكاة. وإذا لم يبلغه لا زكاة عليه.

ولا نستطيع أن تقرر حدًا معينًا للإعفاء يعمم في كل الحالات. لكن الذي نستطيع تقريره بثقة واطمئنان هو أهمية الاعتداد بفكرة حد الإعفاء، وعدم إغفالها، على أن يترك للدولة سلطة تقدير هذا الحد في ضوء ظروفها، وطبقًا لما يشير به أهل الخبرة والمعرفة.

٧- الجمع بين الزكاة وضـريبة الدخل:

من القضايا التي تثار عادة عند الحديث عن الضـريبة في الإسلام قضية الجمع بين الزكاة والضـريبة، فالمعروف أن المسلم يؤدي الزكاة ثم إنه في ظل وجود ضـريبة سوف يؤدي الضـريبة، وعادة ما يثار موضوع العبء المالي على المكلف، حيث تجتمع عليه الزكاة والضـريبة معًا.

ومجمل القول في ذلك، أنه في ظل ما سبق من قول لا نجد مانعًا شـرعيًا من اجتماع الزكاة والضـريبة معًا على شخص واحد، لأنهما ليستا متبادلتين، بحيث تحل أحدهما محل الأخرى؛ وإنما التكييف الشـرعي هو، كما سبق، أنهما متكاملتان، فهذه فريضة مالية وهذه فريضة مالية أخرى. والمعروف أن الزكاة تمثل الحد الأدنى الواجب في المال، وهذا لا ينفي ارتفاع الواجب عن هذا الحد عندما تستدعي الظروف. على أن ذلك لا يمنع من أهمية مراعاة وجود الزكاة عند فرض الضـريبة، وذلك بالتخفيف من معدلاتها من جهة، ورفع حد الإعفاء

من جهة ثانية، أو على الأقل خصم مبلغ الزكاة من وعاء الضـريبة.

وقد حاول بعض الباحثين إيجاد وسيلة للتخفيف بقدر الإمكان على المكلف، فطرحت فكرة خصم مقدار الضـريبة من وعاء الزكاة، كما طرحت الفكرة المقابلة وهي خصم الزكاة من وعاء الضـريبة؛ لأن أيًّا من الزكاة والضـريبة باتت تمثل حقًا على المال، أو بعبارة أخرى تمثل دينًا على المال، ومن ثم اقتطاع، كما تقتطع الديون.

وفكرة الخصم هذه فكرة مقبولة ماليًا وشـرعيًا، ويبقى المفاضلة بين الأسلوبين؛ اقتطاع الزكاة أو اقتطاع الضـريبة[1]، وبرغم إمكانية كل منهما فإنني أرى أفضلية الأسلوب الذي يوفي حصيلة الزكاة، فهي الأصل، والضـريبة تظل فرعًا. وبالتالي فقد يكون الأولى خصم الزكاة من وعاء الضـريبة، أي أن المال يخضع أولًا للزكاة ويستنزل منه مقدارها، وما يتبقى يعد وعاء الضـريبة، مع اقتطاع ما يكون هناك من اقتطاعات أخرى. وهنا ينبغي الحذر من سوء فهم اقتطاع الضـريبة من الزكاة، فالمقصود هو اقتطاع مبلغ الضـريبة من وعاء الزكاة وليس من الزكاة نفسها، فهذا أسلوب خاطئ؛ لأنه يؤدي عمليًا إلى إلغاء الزكاة؛ لأن الضـريبة في غالب الأمر يكون مبلغها أكبر من مبلغ الزكاة.

كيفية تقدير وعاء الضـريبة:

بعد أن يتم تحديد وعاء الضـريبة، سواء كانت ضـريبة دخل موحدة

(١) لمزيد من المعرفة يراجع د. يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ج٢، ص١١١٠ وما بعدها.

على مجموع دخول الشخص أو ضـريبة دخل نوعية، وبعد تحديد سعر الضـريبة، سواء كان نسبيًا أو تصاعديًا يبقى ما يعرف بربط الضـريبة وتحصيلها، بمعنى كيفية تقدير الوعاء والطرق المتاحة في ذلك، ثم كيفية تحصيل الضـريبة والأساليب الممكن استخدامها في هذا الشأن.

وقد عرف الفن المالي أكثر من طريقة لتقدير وعاء الضـريبة، فهناك التقدير من خلال المظاهر الخارجية، بمعنى أن تستدل الإدارة على دخل الشخص من خلال مظاهر وقرائن خارجية، مثل محل السكن ومثل الوظيفة، ومثل امتلاك سلعة معينة كالعربة أو المسكن، ومثل نمط تعليم الأولاد، وهل هم في مدارس حكومية أو مدارس خاصة؟ ..إلخ.

وبرغم سهولة استخدام هذه الطريقة فهي طريقة معيبة؛ لأن تعبيرها عن مقدرة المكلف المالية هو مجرد تعبير ظني كثيرًا ما يأتي مضللًا. ومع ذلك فمن المفضل أن يسترشد ويستأنس به فقط؛ لأنه لا يفتقد التعبير الجزئي عن الوضع المالي للشخص.

ولعل من أفضل الطرق في تقدير وعاء الضـريبة طريقة الإقرار، وذلك بأن يلتزم الشخص بتقديم إقرار سنوي بما تحصَّل عليه خلال العام من دخول مختلفة، وتقوم الجهة الإدارية بفحص هذا الإقرار والتأكد من صحته وسلامته بما هو متاح لها من آليات، مثل الإطلاع

على الحسابات والمستندات، والرجوع إلى بعض الجهات التى يمكن أن تمدها بالمعلومات الصحيحة.

وعلى الدولة أن تعي جيدًا أنها كلما ابتعدت عن التشديد كان ذلك أفضل؛ حتى لا يلجأ الشخص إلى التهرب والتحايل، مع ملاحظة عدم الوقوع في شـرك الخداع والتضليل الذي يحيكه بعض الأشخاص. وإذا ما تم الربط تبقى مرحلة أخيرة هي التحصيل. وكلما كان أسلوب التحصيل ملائمًا كان أفضل لكل من الدولة والأفراد . فيمكن أن يتم الدفع نقدًا أو بشيك، وقد يكون مقسطًا، وقد يكون عينيًا، ومن المهم أيضًا اختيار الوقت المناسب؛ أسوة بالزكاة وبالخراج؛ فكل ذلك يؤدي إلى وفرة الحصيلة واستمراريتها.

ضـريبة الدخل والأشخاص العاديون والاعتباريون:

من القضايا التي تثار عادة عند الحديث عن الضـريبة عامة وضـريبة الدخل خاصة هوية المكلف بها وطبيعته، والمعروف أن الأشخاص هم أشخاص عاديون، مثل محمد وعلي...إلخ وأشخاص اعتباريون مثل المشـروعات والشـركات والهيآت والمؤسسات...إلخ.

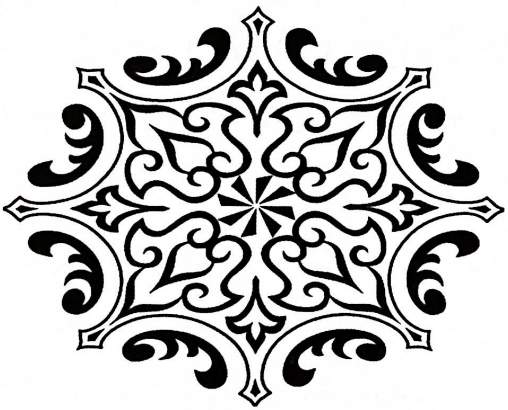
وإذا كان للشخص العادي علاقة فكذلك للشخص الاعتباري علاقة. فنجد المشـروعات تحقق سنويًا دخولًا في شكل أرباح عادة.

أتفرض ضـريبة الدخل على الأشخاص الطبيعيين فقط؟ أم تفرض كذلك على الأشخاص الاعتباريين؟

من الناحية النظرية ليس هناك ما يمنع من فرضها على كليهما. ومن الناحية التطبيقية نجد تنوع المواقف، فهناك من الدول ما تكتفي بفرضها على الأشخاص العاديين وهناك ما يجمع بينهما.

ومن الناحية الشـرعية لا نجد مانعًا يحول دون فرضهما عليهما معًا، شـريطة تلافي ما يعرف بالازدواج الضـريبي، بحيث لا تفرض الضـريبة نفسها على وعاء واحد مرتين؛ تطبيقًا للحديث الشـريف «لا ثني في الصدقة»؛ لأن في ذلك مزيدًا من العبء الضـريبي على المكلف. وكلما خف العبء الضـريبي على الشخص كان ذلك أصلح للدولة وللأشخاص معًا.

والله أعلم



المسائل الفقهية والمعاصرة المتعلقة بحديث: (لا تبع ما ليس عندك) -دراسة تأصيلية-

الباحثة/ سارة بنت صالح بن عبدالرحمن العجيري(*)

المقدمة:

الحمد لله الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملًا، والصلاة والسلام على إمام المصلحين وقائد الغر المحجلين، وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الأصل في البيع الحل، إلا الطارئ ولقد وضح الله في كتابه الكريم وبين النبي ﷺ في سنته المطهرة أحكام المعاملات، لحاجة الناس إلى ذلك كحاجتهم إلى الغذاء التي تقوى بها أبدانهم، وإلى الملابس والمساكن والمراكب وغيرها من ضروريات الحياة ومكملاتها[1].

فالأصل في المعاملات وما يرافقها الإباحة، ولا يحرم منها شيء إلا بنص يدل على الحظر والفساد؛ لقول الله -تعالى- في كتابه العزيز: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[2]، فإنه عام في إباحة جميع البيوع، وهذا جعل الشريعة قادرة على استيعاب جميع النوازل والمستجدات، قال ابن عبد السلام: «وكما أن حقيقته معلومة (أي البيع لكل الناس) فحكمه من الإباحة معلوم من الدين بالضرورة...وقوله ﷺ: (أفضل

(*) محاضرة بجامعة أم القرى - كلية الشريعة، باحثة بمرحلة الدكتوراه بجامعة أم القرى - تخصص الفقه وأصوله.

(١) ينظر: الملخص الفقهي، الشيخ صالح الفوزان آل فوزان، ٢/ ٧.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

الكسب بيع مبرور وعمل الرجل بيده)[١]، والبيع المبرور الذي بر فيه صاحبه فلم يعص الله فيه ولا به ولا معه»[٢].

وإنّ أَقْوَمَ الطرق للوصول إلى معرفة الأحكام الشرعية يكمن في العودة إلى المنبع الصافي المتمثل في الكتاب والسنة، ثم الإفادة بما ذكره الفقهاء على مر العصور والاستعانة به، وبما ذكره المفسرون وشرَّاح الحديث النبوي الشريف.

ومن هذا المنطلق اخترت حديثًا نبويًّا شريفًا ثار حول معناه كثير من الجدل والنقاش، ووضع منه البعض قواعد وآراء تعد بعيدة عن معناه وفحواه؛ ليكون مجالًا لبحثي، ولأقوم بدراسته دراسة حديثية لرواياته وألفاظه، ودرجة قوته، وسبب وروده، ودراسة لغوية لغريب مفرداته و إيضاح مقصده الإجمالي، ودراسة أصولية لمعاني مفرداته، وإيراد القواعد الأصولية المتعلقة بجمله، ودراسة فقهية لمسائله وما يمكن أن يستنبط منه من الأحكام، وما هو بعيد عن معناه ومناطه، مع ذكر تطبيقاته، وعلاقته ببعض العقود المعاصرة سلبًا أو إيجابًا، وإيراد القواعد الفقهية المتعلقة به، التي لها أثر في حكمه.

وتبرز أهمية البحث في الآتي:

• إن في تحرير معنى الحديث، وجمع الصور المندرجة تحته، يتبين أن هناك صورًا أباحتها الشريعة مما ليس عند الإنسان، فتتعارض

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، (٤٦٦/٢)، برقم (١٥٨٧٤)، وصححه الألباني في الجامع الصغير وزيادته (١/ ٢٠١)، برقم (٢٠٠٦) .

(٢) ينظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ٢٢٧/٤.

ظاهريًا مع نص الحديث فتحتاج إلى توفيق بينها.

• إن في تعليلات الفقهاء في منع صور من المعاملات المالية بأن هذا العقد من بيع الإنسان ما ليس عنده، استنادًا إلى هذا الحديث (لا تبع ما ليس عندك)، وما في معناه من الأحاديث، فبعضهم استدل به على معان لا يدل عليها، فيحتاج إلى تبين المعنى وما يدخل تحته من صور، وما لا يدخل.

• إن في إيضاح معنى هذا الحديث، ومعرفة الصور التي تدخل في معناه مساهمة في تيسير معرفة بعض أحكام المعاملات المالية الحادثة في الفقه المعاصر.

• الربط بين الأحكام الشرعية وعللها .

• الربط بين هذا الحديث وغيره من النصوص التي لها علاقة به.

• الكشف عن طريقة الفقهاء في بناء الأحكام الشرعية .

• تطبيق القواعد الأصولية في استنباط الأحكام على هذا الحديث .

• تطبيق القواعد الفقهية في استنباط الأحكام على هذا الحديث .

المبحث الأول: وفيه: ثلاثة مطالب ..

المطلب الأول: متن الحديث و سبب وروده .

• ورد النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده في عدة أحاديث، أذكر منها:

• عن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: قلت يا رسول الله: يأتيني

الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق، فقال: (لا تبع ما ليس عندك)[١].

وسؤال حكيم ورد بعدة صيغ:

- فعند أبي داود: يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟
- وعند النسائي: يأتيني الرجل فيسألني البيع ليس عندي، أبيعه منه ثم أبتاعه له من السوق؟
- وعند الترمذي: يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟
- وعند ابن ماجه: الرجل يسألني البيع وليس عندي أ فأبيعه؟
- وفي روايةٍ لأحمد والترمذي: نهاني رسول الله ﷺ أن أبيع ما ليس عندي[٢].

- **سبب ورود الحديث من هذه الروايات يفيد:**

أن حكيمًا يسأل النبي ﷺ عن حكم عقد بيعٍ مع مشترٍ يطلب سلعة منه، وهي ليست عنده وقت الطلب، فيبيعه إياها قبل أن يملكها، على أن يذهب إلى السوق فيشتريها ثم يسلمها للمشتري، فيجيبه رسول

(١) أخرجه الخمسة، وهذا لفظ أحمد: مسند الإمام أحمد (٣/ ٤٠٢)، سنن أبي داود: في البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم (٣٥٠٥)، سنن النسائي: في البيوع باب بيع ما ليس عند البائع، رقم (٤٦٢٧)، سنن الترمذي: في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٢)، وحسنه، سنن ابن ماجه: في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، رقم (٢١٨٧). والحديث صححه النووي في المجموع (٩/ ٢٥٩)، والألباني في إرواء الغليل (٥/ ١٣٢).

(٢) مسند الإمام أحمد (٣/ ٤٠٢)، سنن الترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الإنسان ما ليس عنده، رقم (١٢٣٣)، وقال: "حديث حسن".

الله بالنهي، بقوله: «لا تبع ما ليس عندك».

إلا أن رواية الترمذي فيها إشكال، وهو قول حكيم (ثم أبيعه) بعد قوله (أبتاع له من السوق)، مما يفيد ظاهرًا أنه لا يبيعه السلعة حتى يملكها، وهذا المعنى تخالفه باقي الروايات .

أورد هذا الإشكال وأجاب عنه المباركفوري بقوله: «قوله (أبتاع له من السوق) بتقدير همزة الاستفهام، أي: أأشتري له من السوق؟ وفي رواية أبي داود (أ فأبتاع له من السوق)، (ثم أبيعه) لم يقع هذا اللفظ في رواية أبي داود، ولا في رواية النسائي، ولا في رواية ابن ماجه، والظاهر أنه ليس على معناه الحقيقي، بل المراد منه التسليم، ومقصود السائل أنه هل يبيع ما ليس عنده، ثم يشتريه من السوق، ثم يسلمه للمشتري الذي اشترى له منه»[1].

فتكون باقي الروايات مفسرة رواية الترمذي على أن حكيمًا يبيعه قبل أن يشتريه ويملكه، ثم يذهب إلى السوق فيشتريه ثم يسلّمه إياه .

وأيضًا وردت روايات متعددة في النهي عن بيع ما لا يملكه البائع في سياق المنهيات عنها:

- عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما- قال: (نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن)[2].

(١) ينظر: تحفة الأحوذي (٤/ ٣٦٠).
(٢) أخرجه الخمسة: مسند الإمام أحمد (٢/ ١٧٤)، وسنن أبي داود في البيوع، باب في العربان، رقم (٣٥٠٤)، وسنن النسائي في البيوع باب بيع ما ليس عند البائع، رقم (٤٦٤٥)، وسنن الترمذي

• عن عتاب بن أسيد -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال له حين أمّره على مكة:(هل أنت مبلغ عني قومك ما آمرك به؟ قل لهم: لا يجمع أحد بيعًا ولا سلمًا، ولا يبع أحد بيع غرر، ولا يبع أحد ما ليس عنده)[١].

• عن عبد الله بن عمرو -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: (لا يجوز طلاق، ولا بيع، ولا عتق، ولا وفاء نذر فيما لا يملك)[٢].

• عن عبد الله بن عمرو- رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال:(لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ما ليس عندك)[٣].

المطلب الثاني: بيان المعاني لمفردات الحديث.

• معنى (البيع) في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء:

• **البيع في اللغة:** مصدر باع إذا أخذ شيئًا في مقابل شيء آخر «وهو من الأضداد»[٤].

«فالبيع إعطاء الثمن وأخذ المثمن والشراء إعطاء الثمن وأخذ المثمن

في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك رقم (١٢٣٤)، وسنن ابن ماجه في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك رقم (٢١٨٨)، وقال الترمذي عقبه: «حديث حسن صحيح». وصححه الحاكم و وافقه الذهبي، المستدرك (٢/ ٢١)، وحسنه الألباني في إرواء الغليل (٥/١٤٦).

(١) أخرجه الطبراني في الكبير، وبنحوه البيهقي في سننه: المعجم الكبير (١٧/ ١٦٢)، وضعفه الهيثمي في المجمع (٤/ ١٥٣)، سنن البيهقي (٥/ ٣١٣)، وفيه محمد بن إسحاق وهو مدلس، وقد عنعنه.

(٢) أخرجه أحمد، وأبو داود، وأخرجه النسائي بلفظ (ليس على رجل بيع فيما لا يملك) . مسند أحمد (٢/ ١٩٠)، سنن أبي داود في الطلاق، باب في الطلاق قبل النكاح رقم (٢١٩٠)، سنن النسائي في البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع رقم (٤٦٦٢)، صححه الألباني في إرواء الغليل(٦/١٧٣).

(٣) أخرجه النسائي، وأبو داود، سنن النسائي في البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع رقم (٤٦١٢)، وسنن أبي داود باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم (٣٤٨٦).

(٤) ينظر: لسان العرب لابن منظور (٥/ ٤٠١).

ويقال للبيع الشراء وللشراء البيع»[١].

• **وفي اصطلاح الفقهاء:** عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على وجه التأبيد لا على وجه القربة[٢].

• **ومعنى (عند) في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء:**

• **عند في اللغة:** «حضور الشيء ودنوه، وفيها ثلاث لغات: عند (بكسر العين وفتحها وضمها)، وهي ظرف في الزمان والمكان، تقول: عند الليل، وعند الحائط...قال الأزهري: وهي بلغاتها الثلاث أقصى نهايات القرب ولذلك، لم تصغر»[٣]. أي: الشيء الحاضر الأكثر قربًا ودنوًا.

• **وفي اصطلاح الفقهاء:** «كلمة حضرة، والغيبة تنافيها»[٤]. أي الحاضر.

وعرفها الشوكاني[٥]: «إنها تستعمل في الحاضر القريب، وما في حوزتك وإن كان بعيدًا»[٦].

وقد بيّن ذلك ابن القيم بقوله: «العندية هنا ليست عندية الحس والمشاهدة، فإنه يجوز أن يبيعه ما ليس تحت يده ومشاهدته، وإنما

(١) ينظر: المفردات للراغب الأصفهاني (ص٨٦) .
(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية (٩/ ٥).
(٣) ينظر: لسان العرب (٣/ ٣٠٩)، مادة (عند).
(٤) ينظر: بدائع الصنائع للكاساني (٥/ ١٦٣).
(٥) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الملقب بـبدر الدن الشوكاني، أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة وفقهائها، ومن كبار علماء اليمن ولد في هجرة شوكان في اليمن ١١٧٣ هـ ونشأ بصنعاء، وولي قضائها سنة ١٢٢٩ هـ ومات حاكمًا بها في سنة ١٢٥٠ هـ .، ينظر: طبقات فقهاء اليمن (ص ٢٢)، للبجلي . معجم المؤلفين (١١/ ٥٣)، لعمر رضا كحَّالة .
(٦) ينظر: نيل الأوطار للشوكاني (٥/ ٢٥٣).

هي عندية الحكم والتمكين»[١].

والواقع أن المبيع الموجود في حيازة البائع وإن كان بعيدًا، يعبر عنه بأنه عنده، كقول القائل: «عندي بيت في مدينة كذا». وإن باعه فإنما باع شيئًا عنده.

وهذا التفسير أدق من تفسير من قصر العندية على الملك، فقد يكون الشيء مملوكًا للبائع لكنه غير متمكن منه، ولا قادر على تسليمه كالطير في الهواء مثلًا.

الخلاصة: أن معنى (عندك) الواردة في الحديث: ما كان حاضرًا قريبًا لديك، أو كان في حوزتك وإن كان بعيدًا، بحيث يكون تحت قدرتك وقت طلبه.

المطلب الثالث: المعنى الإجمالي للحديث.

إن معنى الحديث بألفاظه ورواياته يدل على: النهي عن بيع شيء معين بذاته لا يملكه الإنسان، ويكون الحصول عليه على غرر واحتمال، كما أوضح ذلك سؤال الراوي نفسه، وهو: أن الرجل يأتي إلى حكيم بن حزام يطلب منه شراء سلعة يعتقد أنها عنده، وهي في الحقيقة ليست عنده، والمشتري لا يعلم، وحكيم لم يشأ أن يخبره، فيبيعه السلعة ويقبض ثمنها، على أمل أن يشتريها من السوق، ثم يسلمها له؛ ولذلك نهاه النبي ﷺ عن ذلك.

و قد اختلف العلماء في بيان المراد بالنهي عن بيع الإنسان ما ليس

(١) ينظر: تهذيب السنن (٩/ ٢٩٩).

عنده على أقوال:

الأول: أن المراد به النهي عن بيع العين المعيّنة التي ليست عند البائع، بل هي مملوكة لغيره، فيبيعها ثم يسعى في شرائها من صاحبها، ثم يسلّمها للمشتري. فيكون معنى الحديث: لا تبع ما ليس عندك من الأعيان؛ لجواز السلم إلى أجل. وإليه ذهب الشافعي[١]، والبغوي[٢][٣]، والخطابي[٤][٥].

الثاني: أن المراد به النهي عن أن يبيع ما في الذمة إذا لم يكن عنده، وهو يتناول السلم إذا لم يكن عنده، لكن جاءت النصوص بجواز السلم المؤجل، فبقي هذا في السلم الحالّ. وإليه ذهب الجمهور[٦].

ذلك لأن الأعيان لا تثبت في الذمة للتفاوت الكبير بين أفرادها، أما يثبت في الذمة بالوصف أو بغيره فيصح بيعه وهو مما لا تتفاوت

---

(١) ينظر: الرسالة (ص/ ٣٣٩- ٣٤٠).

(٢) إمام حافظ وفقيه ومجتهد، واسمه الكامل «أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي»، ويلقب أيضًا بركن الدين ومحيي السنة. أحد العلماء الذين خدموا القرآن والسنة النبوية الإسلامية، دراسة وتدريسًا، وتأليفًا. والفراء: نسبة إلى عمل الفراء وبيعها. والبغوي: نسبة إلى بلدة يقال لها: (بغ) وبَغْشور، وهي بلدة بخراسان بين مرو وهرا. ينظر: سير أعلام النبلاء – للذهبي (١٩/ ٤٣٩)، طبقات المفسرين للداودي، ص ١٦١ –١٦٢.

(٣) ينظر: شرح السنة (٨/ ١٤٠).

(٤) الإمام العلامة، الحافظ اللغوي، أبو سليمان، حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب البستي الخطابي، ولد سنة بضع عشرة وثلاثمائة . فقيه محدث، من أهل بست (من بلاد كابل) من نسل زيد بن الخطاب أخي عمر بن الخطاب، صاحب التصانيف له:معالم السنن - مجلدان، في شرح سنن أبي داود، بيان إعجاز القرآن - إصلاح غلط المحدثين - غريب الحديث - تفسير أحاديث الجامع الصحيح للبخاري. توفي الخطابي ببست في شهر ربيع الآخر سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة . ينظر: سير أعلام النبلاء – للذهبي (١٧/ ٢٣)، الأعلام- للزركلي (٢/ ٢٧٣).

(٥) ينظر: معالم السنن (٥/ ١٤٣).

(٦) ينظر: فتح القدير (٧/ ٧٣)، الذخيرة (٥/ ٢٢٤)، المجموع (١٣/ ٩٧)، الإنصاف (٥/ ٧٧)، زاد المعاد (٥/ ٨١٣).

أفراده، فلا يحدث نزاع بين البائع والمشتري عند التسليم، فتكون علة التحريم هي جهالة المبيع المفضية إلى النزاع، وتتجلى حكمة الشارع من التحريم وهي استقرار تعاملات الناس.

الثالث: أن المراد به النهي عن أن يبيع ما في الذمة مما هو ليس مملوكًا له، ولا يقدر على تسليمه، ويربح فيه قبل أن يملكه ويضمنه ويقدر على تسليمه، فهو نهي عن السلم الحالّ إذا لم يكن عند البائع ما باعه .

وهذا ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية[(١)(٢)]، وابن القيم[(٣)(٤)].

ويتضمن ما ليس مملوكا أيضًا بيع المبيع وهو في حيازة البائع الأول، أي قبل دخوله في ضمانه.

وعليه فإن هذا الحديث هو مستند العلماء في تحريم هذا النوع من البيع، وقد عللوا النهي بعلل ستناولها - بمشيئة الله تعالى - في علة النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده في المبحث الثاني في مطلب القواعد الأصولية .

(١) هو شيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله الحراني، ثم الدمشقي، تقي الدين، أبو العباس، قدم مع والده من حران إلى دمشق في صغره، وأخذ عنه وعن غيره من علمائها، وبرع في مختلف العلوم، وامتحن وأوذي وحبس عدة مرات، وصنف مصنفات كثيرة وجليلة منها: منهاج السنة، والسياسية الشرعية، وتوفي سنة ٧٢٨ هـ (ينظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ٢/٣٨٧، والمقصد الأرشد ١/١٣٢).

(٢) ينظر: تفسير آيات أشكلت (٢/٦٩١)، مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩) .

(٣) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، الدمشقي، يكنى بأبي عبد الله، ويعرف بـ «ابن قيم الجوزية»، تفقه على شيخ الإسلام ابن تيمية حتى صار من أبرز تلاميذه، وامتحن وأوذي مرارًا، له مصنفات نفيسة في فنون متعددة منها: زاد المعاد، وإعلام الموقعين، وتوفي سنة ٧٥١ هـ (ينظر: ذيل طبقات الحنابلة ٢/٤٤٧، والمقصد الأرشد ٢/٣٧٤).

(٤) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٨١٣).

المبحث الثاني وفيه: ثلاثة مطالب ..

المطلب الأول: الدلالات الأصولية لمفردات الحديث.

بعد أن ثبتت صحة النص، وأيدته شواهد من نصوص أخرى، فإن الاستدلال به يتناول الأمور الآتية:

- دلالة النص على التحريم؛ لمجيئه بصيغة (لا) الناهية الدالة على التحريم عند الإطلاق، وعدم وجود القرينة الصارفة[1].
- الشمول الاستغراقي لجميع ما يصدق عليه النص؛ لوروده بإحدى صيغ العموم وهي الأسماء الموصولة، ومنها (ما) بمعنى الذي[2].
- استحضار قاعدة العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وعدم قصر الحديث على سبب وروده[3].
- صرف لفظ (عندك) عن الحقيقة إلى المجاز لقرينة إباحة بيع العقار، وإن لم يكن موجودًا حسًا عند البائع.

والاستدلال بالعمومات السابقة يصلح لذكر جميع الصور التي تندرج تحت النص، ولا يمنع من استثناء عدد منه بالتخصيص المبني على الدليل.

المطلب الثاني: القواعد الأصولية المتعلقة بجمل الحديث.

- **دلالة النهي على التحريم مع احتمال الكراهة.**

النهي في الحديث يدل على حرمة المنهي عنه ولا سيما أن هناك

(١) ينظر: البحر المحيط (٢/ ١٥٥)، إرشاد الفحول (١/ ٢٧٨).
(٢) ينظر: البحر المحيط (٢/ ٢٤٧)، إرشاد الفحول (١/ ٣٠٥).
(٣) ينظر: البحر المحيط (٢/ ٣٥٢)، إرشاد الفحول (١/ ٣٣٣).

قرائن تعينه لذلك، مثل: بعض رواياته الواردة بلفظ: «لا يحل».

فيدل هذا الحديث الشريف بألفاظه ورواياته على النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان.

فحول دلالة النهي فيه، ورد الحديث بألفاظه الأربعة -كما سبق- وهي:

- **بلفظ:** «لا تبع ما ليس عندك» أي: بصيغة النهي.
- **بلفظ:** «نهاني أن أبيع ما ليس عندي» أي بلفظ النهي.
- **بلفظ:** «لا يجوز طلاق ولا بيع .... فيما لا يملك». أي بلفظ: «لا يجوز».
- **بلفظ:** «لا يحل سلف وبيع... ولا بيع ما ليس عندك»، أي بلفظ: «لا يحل».

فاللفظ الرابع واضح في دلالته على عدم حل ذلك، بينما الألفاظ الثلاثة الأولى في دلالتها على الحرمة محل خلاف، حيث اختلف العلماء في ذلك على أكثر من خمسة عشر رأيًا[١].

- **فمنهم من قال:** إن النهي حقيقة في التحريم[٢].
- **ومنهم من قال:** إنه حقيقة في الكراهة[٣].
- **ومنهم من قال:** إنه للتهديد[٤].

(١) ينظر: الإحكام للآمدي (٢/٤٧، ...)، والمحصول للسرخسي (ج ق ٢/٤٦٩)، والمستصفى للغزالي (١/٤٨٤)، وجمع الجوامع للسبكي (١/٢٩٢).
(٢) المراجع السابقة نفسها.
(٣) المراجع السابقة نفسها.
(٤) المراجع السابقة نفسها.

• **الراجح:**

هو أن النهي حقيقة في التحريم، إلا إذا دل دليل على غير ذلك، ويتأكد دلالة النهي في حديثنا هذا على التحريم بسبب ورود لفظ «ولا يحل».

• دلالة النهي تقتضي الفساد والبطلان.

وقد ثار خلاف حول مدى دلالة النهي على الفساد والبطلان أم لا؟ على تفصيل فيه.

• فذهب الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة والظاهرية إلى:

أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، سواء كان النهي لذات المنهي عنه كالنهي عن بيع الملاقيح، والنهي عن بيع الميتة، أم كان لوصف لازم كالنهي عن بيع درهم بدرهمين[1].

وأما النهي عن الشيء لوصف غير ملازم كالنهي عن البيع وقت أذان الجمعة فلا يوجب فساده إلا عند الحنابلة، والظاهرية[2].

• وذهب الحنفية إلى: أن النهي عند عدم وجود قرينة دالة على أن النهي لمعنى في ذات المنهي عنه، أو لغيره - لا يدل على أن المنهي عنه بذاته غير مشروع، بل ينسحب على معنى لغيره، فيكون الأصل

---

(١) ينظر: المستصفى، للغزالي (٢/٢٤)، وفواتح الرحموت بهامش المستصفى (١/٣٩٦ ــ ٤٠٥)، والتلويح على التوضيح (١/٤١٤)، وتيسير التحرير (١/٣٧٦)، والبرهان لإمام الحرمين، للإمام الجويني (١/٢٨٣)، والمنهاج للبيضاوي (١/٥٨)، والإبهاج على المنهاج (٢/٦٧)، والمنثور في القواعد للزركشي (٣/٧ ــ ٢١)، وشرح الكوكب المنير (٢/٨٤)، والإحكام للآمدي (٢/٢٤٨)، والمحلى لابن حزم (٩/٤١٨).

(٢) المصادر السابقة نفسها .

مشروعًا، والفساد في الوصف فقط[١].

فالحنفية اتفقوا مع الجمهور: في أن النهي لذات الشيء المنهي عنه يدل على بطلانه، واتفقوا معهم -ما عدا الحنابلة والظاهرية- في أن النهي عن شيء لوصف غير لازم لا يدل على الفساد أو البطلان.

بينما اختلفوا معهم جميعًا: في أن النهي عن شيء، تدل القرائن على أن النهي عنه لوصف لازم له لا يدل على البطلان، بل على الفساد.

حيث إنهم فرقوا بينهما، فجعلوا البطلان للشيء المنهي عنه لذاته، والفساد للشيء المنهي عنه لوصف لازم.

ومن المعلوم أن الباطل لا يترتب عليه أي أثر، بينما الفاسد عندهم يترتب عليه بعد القبض جملة من الاثار العقدية[٢].

و قد رجح الدكتور علي القره داغي مذهب الجمهور[٣].

فعلى ضوء ذلك يكون النهي في الحديث الذي معنا:

- من باب النهي عن الشيء لوصف لازم إذا فسر الحديث بالغرر، فيكون المنهي عنه باطلًا وفاسدًا عند الجمهور، وفاسدًا عند الحنفية.
- أما لو فسّر «ما ليس عندك» بالمعدوم الحقيقي عينًا وذمة، فيكون النهي لذات الشيء، وحينئذ يكون باطلًا بالاتفاق.
- أما لو فسّر بما هو غائب عن الإنسان كالبعير الشارد وإن كان

(١) ينظر: تيسير التحرير (١/٣٧٦)، وفتح الغفار (١/٧٧).
(٢) ينظر: تيسير التحرير (١/٣٧٦)، وفتح الغفار (١/٧٧).
(٣) رجحه الدكتور علي محيي الدين القره داغي في بحثه بعنوان حديث لا تبع ما ليس عندك - سنده وفقهه، (ص ٢٢).

ملكه، فيكون النهي لوصف غير لازم، فلا يدل على البطلان عند الجمهور -كما سبق-.

فتحديد المعنى هو الذي يحدد مصير النهي، أيقتضي فساد المنهي عنه أم لا؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره، وتظهر تطبيقاته من خلال الجوانب الفقهية التي نذكرها.

وأن النهي فيه لأجل وصف لازم، وحينئذ يدل على فساد المنهي عنه -كما هو رأي الجمهور- وهذا يعني أن بيع شيء معين بذاته وفيه غرر محقق من الحصول عليه - يكون فاسدًا، أو باطلًا[1].

- **علة النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده.**

العلة في اللغة: تغير المحل، ومنه سمي المرض علة؛ لأن بحلوله يتغير الحال من القوة إلى الضعف[2].

وفي الاصطلاح: وصف ظاهر منضبط، دل الدليل على كونه مناطًا للحكم[3].

فالشريعة قد ناطت الأحكام، أي علقتها على أوصاف ظاهرة غير خفية، منضبطة، فيوجد الحكم الشرعي بوجود هذه الأوصاف ويعدم بعدمه .

وقد اختلفت تعليلات العلماء لهذا النهي بعبارات مختلفة، منها ما

---

(١) ينظر: حديث لا تبع ما ليس عندك، للدكتور القره داغي، ص ٢٢.
(٢) ينظر: مادة (ع ل ل) في المصباح المنير (ص ٣٤٧)، تاج العروس (٣٠/ ٤٧) .
(٣) ينظر: المستصفى (٢/ ٢٣٧)، التحبير شرح التحرير (٧/ ٣١٧٧)، كشف الأسرار (٤/ ١٧١)، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص١٤٦).

يأتي:

• إنها تمليك البائع للمشتري شيئًا لا يملكه[١].

• إنها عدم القدرة على تسليم المبيع، مما يترتب عليه نزاع، ويفوّت القصد من البيع وهو تمليك التصرف[٢].

• إنها ما يشتمل عليه من الغرر[٣].

وقد قال الصدّيق الضرير: «علة النهي هي الغرر الناشئ عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، وما قد يترتب على ذلك من نزاع، فإن البائع قد لا يجد المبيع في السوق، والمشتري يطلبه به ولا يرضى إمهاله؛ لأن العقد تم على أن يسلمه المبيع في الحال، ولأن بيع الإنسان ما لا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملك»[٤].

وهذا الحديث يجسد مثالًا على ما أوتي النبي من جوامع الكلم الذي أعطى غزارة في المعاني المستفادة من هذا النص:

أولها: العندية أشمل من الملك؛ لأن التعبير عن الملك بلام الاختصاص يكون بالقول (لا تبع ما ليس لك)، ولم يرد النص كذلك، فالتعليل باشتراط امتلاك المبيع قصر للفظ على بعض معانيه بلا مسوغ.

ثانيها: لإثبات شرط العندية في المبيع جاء النص في سياق النهي (لا تبع ما ليس)، وكل تعليل يبيح بيع ما ليس عند الإنسان بمعناه العام

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٧)، والمغني (٤/ ٢٩٤).
(٢) ينظر: المهذب (١/ ٢٦٣)، المغني الموضع السابق.
(٣) ينظر: المنتقى (٣/ ٤١١)، تفسير آيات أشكلت (٢/ ٦٩١)، زاد المعاد (٥/ ٨١٥- ٨١٦).
(٤) ينظر: الغرر وأثره في العقود (ص ٣٣٧).

هو تأويل للنص، وشرط تأويل النص أن لا يعود على أصله بالإبطال.

ثالثها: لا يوجد ما يمنع أن يكون للحكم الشرعي أكثر من علة.

ولذا فإن تعليل التحريم في صور كثيرة من المعاملات قديمًا وحديثًا بما ليس عند البائع يصدق عليها، ولا يستثنى منه أو يخصص عمومه إلا بدليل[1].

رابعها: علل التحريم التالية مندرجة تحت هذا الأصل العام، وتؤيدها نصوص أخرى:

- الغرر، وقد يكون نوعًا منه.
- العجز عن التسليم، وقد يفرق بين القدرة على التسليم حالًا أو مستقبلًا، ولكن الحديث يشملهما ابتداءً.
- عدم الملك أصالة، وعدم الإذن وكالة أو ولاية خاصة أو عامة، سواءً لمصلحته أم لمصلحة المالك الأصلي.
- عدم القبض، سواء للغرر أو لعدم الضمان .
- عدم الضمان .
- عدم الوجود، وهو بيع المعدوم .
- الشبه بالقمار والميسر والمخاطرة من غير حاجة ولا مصلحة.
- ما قد يترتب من نزاع بسبب عدم القدرة على التسليم حين الطلب.

والمتأمل في علل العلماء للنهي يجد أن عدم القدرة على التسليم هي

(١) ينظر: بحث بعنوان :"بيع الإنسان ما ليس عنده دراسة تأصيلية وتطبيقات معاصرة"، للدكتور خالد زيد الجبلي، (ص٨).

منشأ ما أثاره الفقهاء من علل.

فالغرر ناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وأن تمليك البائع ما لا يملك فيما يبيع بالأصالة عن نفسه، وكونه محالًا ناشئ عن عدم القدرة على التسليم، وأن ما قد يترتب من نزاع بين البائع والمشتري (مع ما يبدو من كونها حكمة تحريم) ناشئ عن عدم القدرة على التسليم.

فهي بحق مدار كل العلل سالفة الذكر، ومن خلالها يتحدد ما يدخل تحت النهي وما يخرج عنه من صور وممارسات. أضف إلى ذلك أن خروج المبيع عن ضمان البائع يمثل علة للتحريم، بتقدير أن من باع ما ليس عنده قصد أن يربح ما لم يضمن[١].

المطلب الثالث: العلاقة بين الحديث وغيره من النصوص التي لها أثر في حكم حديث الباب .

- **الحديث الأول: دليل جواز السلم[٢].**
- العلاقة بين أدلة السلم وبين حديث: (لاتبع ما ليس عندك) .

قد دلت الأدلة على جواز عقد السلم، وجاء النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، فما العلاقة بينهما؟

إن العلاقة بينهما تتبين بحسب تفسير النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وقد تقدم ذكر اختلاف العلماء في بيان المراد بالنهي عن

(١) المرجع السابق .
(٢) ينظر تعريف السلم وأدلته من هذا البحث، المبحث الثالث

بيع الإنسان ما ليس عنده على أقوال[1]، وبيان ذلك:

أولًا: من رأى أن المراد به بيع العين المعينة التي ليست عند البائع، وهو رأي الشافعي، فإن الجهة تكون بينهما منفكة؛ لأن النهي في الحديث وارد على العين المعينة، والسلم وارد على الموصوف المؤجل.

ثانيًا: من حمل الحديث على عمومه في بيع كل ما ليس عند البائع، وهو رأي الجمهور، خصّ السلم من هذا العموم بالنصوص الواردة فيه . فيكون النهي عن بيع (ما ليس عندك) من العام المخصوص.

ثالثًا: من جعل العندية في النهي عن بيع (ما ليس عندك) عندية الحكم والتمكين، وأن المراد ما لم يكن البائع على ثقة من توفيته في العادة، فلا يدخل في النهي، ولو كان المبيع مؤجلًا، وهو ما اختاره شيخ الإسلام وابن القيم.

فيكون النهي عن بيع (ما ليس عندك) من العام الذي أريد به الخصوص[2].

وفهم جماعة من الفقهاء (منهم الحنفية): أن هذا الحديث يدل على عدم جواز بيع المعدوم، ومن ثمة قالوا: «إن مشروعية السَّلَم -وهو بيع المعدوم- جاءت استثناء، حيث سموه بالاستحسان بناءً على أن **القاعدة العامة:** هي عدم جواز بيع المعدوم؛ استنادًا على الأحاديث الواردة فيه. ويقولون «-والقياس يأباه - أي السلم - ولكنا تركناه بما

(١) تقدم بحثه.

(٢) ينظر: أحاديث البيوع المنهي عنها (ص١٧٩).

روِّيناه، ووجه القياس أنه بيع المعدوم، إذ المبيع - هو المسلم فيه -»[١].

وعند التحقيق للدكتور علي القره داغي يقول: "أن هذا الحديث الشريف إنما هو في بيع ما لا يملكه الإنسان، كما أنه في بيع شيء معين، أو بعبارة أخرى أن الحديث في بيان حكم بيع ما ليس عنده -أي لا يملكه- وليس في بيان حكم السلم، فكل عقد -في نظري- له تكييفه الخاص به وأحكامه وآثاره الخاصة، فلا ينبغي أن نحمل أحكامًا خاصة بالبيع على السلم أو بالبيع.... وقصدي من هذا العرض بيان ضعف مسلك من يدخل السَّلَم في البيع، ثم يجعل جواز السَّلَم استثناء من هذا الحديث الذي نحن في صدده.

مع أن التحقيق: هو أن السَّلَم ليس بيعًا بمعناه الاصطلاحي، ولا المعقود عليه فيه معدومًا، وإنما هو موصوف في الذمة، وما هو موجود في الذمة ليس معدومًا، كما أن هذا الحديث ليس فيه دلالة على منع بيع المعدوم»[٢].

قد أفاض ابن القيم في المسألة فقال: «قد ظن طائفة أن بيع السلم مخصوص من النهي عن بيع ما ليس عنده، وليس هو كما ظنوه، فإن السلم يرد على أمر مضمون في الذمة ثابت فيها، مقدور على تسليمه عند محله، ولا غرر في ذلك ولا خطر، بل هو جعل المال في ذمة المسلَم إليه، يجب عليه أداؤه عند محله، فهو يشبه تأجيل الثمن في ذمة

(١) ينظر: فتح القدير (٧/٦٩)، والخرشي (٥/٢٠٢)، والغاية القصوى (١/٤٩٣)، والمغني لابن قدامة (٤/٣٠٤).
(٢) ينظر: بحث بعنوان حديث لا تبع ما ليس عندك - سنده وفقهه .. د. علي القره داغي، (ص٣٠).

المشتري .فهذا شغل لذمة المشتري بالثمن المضمون، وهذا شغل لذمة البائع بالمبيع المضمون، فهذا لون، وبيع ما ليس عنده لون»[1].

ثم قال: «والصواب أنه على وفق القياس، فإنه بيع مضمون في الذمة موصوف مقدور على تسليمه غالبًا، وهو المعاوضة على المنافع في الإجارة... وقياس السَّلَم على بيع العين المعدومة ـــ التي لا يُدرى: أيقدر على تحصيلها أم لا؟ والبائع والمشتري منها على غرر ـــ من أفسد القياس صورة ومعنى، وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا هو مقدور له، وبين السَّلَم في مُغلٍّ مضمون في نصِّه مقدور في العادة على تسليمه، فالجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمذكَّى، والربا والبيع»[2]، وقد سبقه إلى ذلك شيخه ابن تيمية.

والخلاصة: الذي يظهر بعد بحث علاقة السلم بالنهي عن بيع (ما ليس عندك) أنه من العام الذي أريد به الخصوص[3].

وأن بيع ما ليس عندك لا يشمل السَّلَم المؤجل، أو الحال لسببين:

السبب الأول: أن الحديث وارد في البيع، وهو له مفهومه الخاص حيث يقع على الأعيان فقط؛ ولذلك يسمى العقد الوارد على المنافع إجارة أو إعارة أو نحوهما، فالسَّلَم له مدلوله الخاص لا يدخل في البيع؛ لأنه عقد وارد على شيء موصوف في الذمة ـــ كما سبق- فالسلم

---

(١) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٨١٠- ٨١١).
(٢) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٨١٠- ٨١١).
(٣) ينظر: بحث بعنوان :"بيع الإنسان ما ليس عنده دراسة تأصيلية وتطبيقات معاصرة"، للدكتور خالد زيد الجبلي، (ص٨).

عقد خاص، وأنه أقرب إلى كونه دينًا من الديون، ولذلك أدخله ابن عباس في آية الدين[١].

السبب الثاني: أن السَّلَم ليس عقدًا واردًا على المعدوم، بل هو وارد على موجود موصوف في الذمة مضمون ثابت فيها مقدور على تسليمه عند مَحِلِّه، ولا غرر فيه، ولا خطر[٢].

- **الحديث الثاني: دليل النهي عن بيع الغرر[٣].**
- العلاقة بين أدلة بيع الغرر و حديث: (لاتبع ما ليس عندك) .

قد دلَّت الأحاديث على النهي عن بيع الغرر، وجاء النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، فما العلاقة بينهما؟

إن مرجع ذلك النهي يعود -بالإضافة إلى حديث حكيم- إلى حديث صحيح آخر وهو ما رواه مسلم، وأصحاب السنن وغيرهم بسندهم عن أبـي هريرة قال: «إن النبـي ﷺ نهى عن بيع الغرر»[٤].

والعلاقة بينهما تبين سبب نهيه ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

قال ابن القيم: «وأما قوله (لا تبع ما ليس عندك)، فمطابق لنهيه عن بيع الغرر؛ لأنه إذا باع ما ليس عنده فليس هو على ثقة من حصوله،

---

(١) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٨ ــ ٥٢٩).

(٢) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٨١٠- ٨١١).

(٣) تعريف الغرر في اللغة عرفه ابن منظور: بالخطر وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء، ينظر: لسان العرب (٤/ ٩٤)، واصطلاحًا: عرفه الشيرازي: «والغرر ما انطوى عنه أمره، وخفي عليه عاقبته» ينظر: المهذب مع المجموع (٩/ ٢٥٧).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٤/ ١١٥٤)، وسنن أبـي داود (٢/ ٢٢٨) الحديث ٢٥٠٣، والنسائي (٢/ ٢١٧)، والترمذي ــ مع التحفة ــ (٤/ ٤٢٤) الحديث ١٢٤٨، وابن ماجه الحديث (٢/ ٧٣٩)، والبيهقي (٥/ ٢٦٧)، ومسند أحمد (٣/ ٤٠١، ٤٠٣).

بل قد يحصل له، وقد لا يحصل له، فيكون غررًا»[١].

فهو منهي عنه؛ لأن القصد من البيع تمليك التصرف، ولا يمكن ذلك هنا، فإنه إذا تعّذر تسليم المبيع فإن البيع يفوت مقصوده[٢].

ويرى الكاساني[٣] أن هذه الصورة لا تدخل تحت باب ما ليس **عند الإنسان حيث قال:** «ولا يدخل فيها المعدوم، ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد، ولا الأشياء المباحة، ذلك ما تدل عليه قصة الحديث»[٤].

ويرد عليه أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وأن العام لا يخصص بذكر فرد من أفراده، والحكم على فرد مما يندرج تحت العام لا يسقط عمومه عن الباقي[٥].

فالغرر يدخل فيه المعدوم عينًا ووصفًا .... وكذلك يدخل فيه المجهول جهالة فاحشة، وكل ما هو قائم على احتمال الوجود والعدم، أو احتمال الحصول عليه وعدمه، أو احتمال ربح كثير وعدمه[٦].

قال ابن القيم: «وأما بيع الغرر، فمن إضافة المصدر إلى مفعوله، كبيع الملاقيح والمضامين.

والغرر: هو المبيع نفسه، وهو فعل بمعنى مفعول، أي: مغرور به.

---

(١) ينظر: تهذيب السنن (٩/ ٢٩٩).

(٢) ينظر: الكافي: الموضع السابق.

(٣) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني أو الكاساني، يروي بكليهم علاء الدين: فقيه حنفي، من أهل حلب. له (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع –سبع مجلدات، فقه، و السلطان المبين في أصول الدين). توفي في حلب، سنة ٥٨٧). ينظر: الأعلام – للزركلي (٢/ ٧٠).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٧) .

(٥) ينظر: البحر المحيط (٢/ ٣٧٤)، إرشاد الفحول (١/ ٣٣٦) .

(٦) ينظر: المهذب مع المجموع (٩/ ٢٥٧).

وهذا كبيع الفرس الشارد، والطير في الهواء.. ونحو ذلك مما لا يعلم حصوله أو لا يقدر على تسليمه، أو لا يعرف حقيقته ومقداره، ومنه بيع حَبَل الحَبَلَة.

ومنه بيع الملامسة والمنابذة، وقد جاء تفسيرهما في نفس الحديث، ففي صحيح مسلم عن أبـي هريرة -رضي الله عنه-: «نهى عن بيعتين: الملامسة والمنابذة، أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، والمنابذة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه».

وليس من بيع الغرر بيع المغيبات في الأرض، كاللفت والجزر والفجل والقلقاس والبصل ونحوها، فإنها معلومة بالعادة يعرفها أهل الخبرة بها، وظاهرها عنوان باطنها فهو كظاهر الصبرة مع باطنها، ولو قدر أن في ذلك غررًا فهو غرر يسير يغتفر في جنب المصلحة العامة التي لا بد للناس منها، فإن ذلك غرر لا يكون موجبًا للمنع»[(١)].

قال النووي[(٢)]: «النهي عن بيع الغرر أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، وتدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملك البائع عليه،

(١) ينظر: زاد المعاد (٥/٨١٨ ــ ٨٢٠).

(٢) هو يحيى بن شرف بن مري الحزامي، النووي، يكنى بأبي زكريا، محيي الدين، ولد في نوى عام ٦٣١ هـ، وتعلم في دمشق، وأقام بها زمنًا طويلًا، يعد أستاذ المتأخرين من الشافعية، صنف مصنفات جليلة ومتنوعة، منها: شرح صحيح مسلم، ورياض الصالحين، وتوفي سنة ٦٧٦ هـ (ينظر: تذكرة الحفاظ ٤/ ١٤٧٠، وطبقات الشافعية للسبكي ٥/ ١٦٥).

وبيع السمك في الماء الكثير، واللبن في الضرع»[1]. وقال أيضًا: «الأصل أن بيع الغرر باطل... والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، أما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر... وذكر أو أنثى، كامل الأعضاء، أو ناقصها... فهذا يصح بيعه بالإجماع، ونقل العلماء الإجماع أيضًا في أشياء غررها حقير...، وقد يختلف العلماء في بعض المسائل كبيع العين الغائبة، وبيع الحنطة في سنبلها، ويكون اختلافهم مبنيًّا على هذه القاعدة، فبعضهم يرى الغرر يسيرًا لا يؤثر، وبعضهم يراه مؤثرًا»[2].

الخلاصة: أن هذا الحديث: (لا تبع ما ليس عندك) يتفق مع حديث النهي عن الغرر من حيث الدلالة والهدف، ويبين أن من علة النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده هو بسبب الغرر من كونه غير مقدور على تسليمه.

- **الحديث الثالث: دليل النهي عن البيع قبل القبض[3].**
- العلاقة بين أدلة النهي عن بيع ما لم يقبض[4] وحديث: (لا تبع ما ليس عندك).

---

(١) ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم على الحديث رقم (١٥١٣).
(٢) ينظر: المجموع (٩/ ٢٥٨).
(٣) ينظر: تعريف القبض وأدلته في المسألة الثانية من هذا المبحث.
(٤) ترجم البخاري لحديث (لا تبع ما ليس عندك) ولم يخرجه في صحيحه؛ لأنه ليس على شرطه، فقال في كتاب البيوع: «باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك»، قال الحافظ في الفتح (٤/ ٣٤٩) : «فاستنبطه من النهي عن البيع قبل القبض، ووجه الاستدلال منه بطريق الأولى».

قد دلت الأدلة على النهي عن بيع ما لم يقبض، وجاء النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، فما العلاقة بينهما؟

العلاقة بينهما تبين أن من باع سلعة لم يقبضها فقد باع ما ليس عنده.

فمن باع سلعة قد ملكها، لكنه لم يقبضها[١] من بائعها -لم يصح بيعه-؛ وذلك:

• لعدم استيلائه على سلعته، وعدم انقطاع علاقة بائعها الأول عنها، فقد يمتنع عن إقباضها، خاصة إذا رأى المشتري قدر الربح فيها، وربما تحيّل على فسخ العقد، وأفضى ذلك إلى الخصومة والعداوة[٢].

• ولأن السلعة قبل قبضها من ضمان البائع، فإذا باع المشتري السلعة قبل قبضها كان قد ربح في شيء لم يدخل في ضمانه[٣].

وهل يختلف الحكم في المبيع قبل قبضه إن كان طعامًا أو غيره؟

فقد اتفق الفقهاء على أن من اشترى طعامًا فليس له بيعه حتى يقبضه، وإنما وقع الخلاف فيما سوى الطعام، وسنذكر أقوال الفقهاء في هذه المسألة في مبحث مسائل البحث[٤] -بمشيئة الله تعالى-.

ولعل الأقرب أن الحكم عام في الطعام وغيره، وهو مذهب

(١) في بيان كيفية القبض جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: «قبض الأموال كما يكون حسًا في حالة الأخذ باليد أو الكيل أو الوزن في الطعام، أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض، يتحقق اعتبارًا وحكمًا بالتخلية مع التمكين من التصرف، ولو لم يوجد القبض حسًا، وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها، واختلاف الأعراف فيما يكون قبضًا لها». مجلة المجمع (٦/٧٧١).

(٢) ينظر: الحاوي (٥/٢٢١)، مجموع الفتاوى (٢٩/٥١٣)، إعلام الموقعين (٣/١٤٩).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/٥١٣).

(٤) ينظر: مسائل بيع المملوك قبل قبضه من بحثنا هذا

الشافعية[1]، ورواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[2]، وابن القيم[3] -على تفصيل عندهما-؛ وذلك لوجوه:

أولًا: عموم النهي في حديث حكيم السابق، فإن (بيعا) نكرة في سياق الشرط فتفيد العموم، وفي حديث زيد السابق (السلع) تفيد عموم السلع من طعام وغيره .

وهذا ما فهمه ابن عباس -رضي الله عنهما- فيما رواه عن النبي ﷺ أنه قال: (من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه) قال ابن عباس: «وأحسب كل شيء مثله»[4].

ثانيًا: أن عموم السلع قبل قبضها من ضمان البائع، فإذا باع المشتري السلعة قبل قبضها فإنه قد ربح في شيء لم يدخل في ضمانه.

ثالثًا: أن ملك المبيع لا يستقر إلا بالقبض، وبيع ما لم يستقر ملكه باطل؛ لأنه ربما هلك فانفسخ العقد، وذلك غرر[5].

الخلاصة: من باع سلعة لم يقبضها فقد باع ما ليس عنده.

ومستند مساواة الطعام لغيره من السلع حمله على العموم في بيع ما ليس عند البائع - مدار البحث - .

وهي مبنية على القاعدة الأصولية السابقة: إفراد فرد من العام بحكمه لا يخصصه .

(١) ينظر: الأم (٣/ ٦٩-٧٠)، المجموع (٩/ ٢٦٤)، مغني المحتاج (٢/ ٦٨).
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٣).
(٣) ينظر: تهذيب السنن (٩/ ٢٧٧).
(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم (١٥٢٥).
(٥) ينظر: الحاوي (٥/ ٢٢١)، والمجموع (٩/ ٢٦٤).

• **الحديث الرابع: دليل بيع مال الغير دون إذنه لمصلحة المالك**[١].

• العلاقة بين بيع مال الغير دون إذنه لمصلحة المالك و حديث: (لاتبع ما ليس عندك):

قد أجاز بعض العلماء بيع مال الغير دون إذن؛ إذا فيه ربح للمالك، وجاء النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، فما العلاقة بينهما؟

بيع ملك الغير لمصلحة المالك ويعبِّر عنه العلماء بتصرف الفضولي، وستناول المقصود به والمسائل المتعلقة به بالتفصيل في مسائل البحث في المبحث الثالث – بمشيئة الله -تعالى-.

• **صورته:** إذا كان المبيع معينًا مملوكًا للغير فيبيع ملك غيره لمصلحة مالكه دون إذنه؛ خدمة له ظانًا نفعه بذلك.

• وقد اختلف العلماء في حكم بيعه على قولين نذكرهما هنا بإيجاز:

القول الأول: أن بيعه باطل.

وهو المذهب عند الشافعية[٢]، والحنابلة[٣].

القول الثاني: أن بيعه موقوف على الإجازة، فإن أجازه المالك صح، وإلا فلا.

---

(١) تناولت المسألة بمزيد بسط في المبحث الثالث من بحثنا هذا والفرق بين من يبيع مال الغير لمصلحة البائع أو لمصلحة المالك و أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها.

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٥٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٥).

(٣) ينظر: المحرر (١/ ٣١٠)، المغني (٤/ ٣٢١).

وهو المذهب عند الحنفية[١]، والمالكية[٢]، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية[٣]، وابن القيم[٤].

• **واختلف في الحكم التكليفي لبيع الفضولي:**

منهم من يحرمه مطلقًا، ومنهم يجيزه مطلقًا، ومنهم من يجيزه إلا في العقار وما شابهه، ومن العلماء من يربطه بمقصد الفضولي، فإن كان يقصد النفع للمالك جاز وإلا كان حرامًا[٥].

• والتحقيق في العلاقة بين بيع الإنسان ما ليس عنده وبيع الفضولي:

أن مورد الحديث مختلف عن عقد الفضولي؛ وذلك:

لأن الحديث وارد في جواب سائل تلاحظ فيه الظروف والملابسات التي أحاطت به، فهو في شخص يأتي إليه آخر طالبًا منه شيئًا، فيعقد البيع معه عليه مباشرة، ثم يذهب إلى السوق فيشتري فيسلمه.

أما بيع الفضولي -مثلًا- فهو شخص يريد أن يقدم خدمة لصاحبه فيبيع له أو يشتري ظنًا منه أن له رغبة في ذلك، أو أن يوكله صاحبه بالشراء، فيشتري له، ثم يبيع له إفادة إليه، كما حدث للصحابي الجليل حكيم بن حزام نفسه، وكذلك عروة البارقي، حيث أخذ كل واحد دينارًا من رسول الله ﷺ ليشتري به أضحية -كفعل حكيم-، وشاة

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٨٢)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٤٨).
(٢) ينظر: مواهب الجليل (٦/ ٧٥)، ومنح الجليل (٤/ ٤٥٨).
(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (١٩/ ٢٤٩- ٢٥٠).
(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ٥٦).
(٥) ينظر: حاشية الدسوقي٣/١٣ ومدونة الفقه المالكي وأدلته (٣/٢٤٠)، مواهب الجليل (٤/ ٢٧٠)، المبحث الثالث من بحثنا هذا.

-كفعل عروة- فاشترى شاتين بدينار، ثم باع واحدة منهما، ثم أتى بشاة ودينار[١].

فهذا البيع لا يدخل في حديث الباب وإن دخل فهو مخصص بنصوصه..

وإن تخصيص هذه الصورة من أصل النهي عن بيع الإنسان ما لم يملك هو أن لها مرحلتين:

المرحلة الأولى: وهو بيع الفضولي لملك غيره قبل موافقة المالك الأصلي، وهنا لا عبرة بتصرفه، ولو امتنع المالك من البيع فلا ينعقد العقد، وهذه الصورة تندرج تحت عموم الحديث .

المرحلة الثانية: وهي موافقة المالك الأصلي على بيع الفضولي، فالعبرة هنا لقول المالك لا لقول الفضولي، وعليه يكون المالك باع ما يملكه، وليس بيع لما لا يملك كما جاء به النص .

الخلاصة: أن الفرق بين بيع الفضولي ومن يبيع ما ليس عنده..

• أن كليهما باع ما لا يملك، إلا أن الفضولي لا يبغي ربحًا من وراء العملية فهو ليس تاجرًا، بل إنه تصرف تصرفًا قد يكون سببه السعي وراء مصلحة المالك، وقد يكون غير ذلك، لكنه سيسلم الثمن والربح إلى المالك إذا أجاز الصفقة.

(١) حديث عروة أخرجه البخاري في صحيحه في المناقب، باب سؤال المشركين، رقم (٣٤٤٣). ينظر تفصيل الحديث في هذا البحث في المبحث الثالث (ص ٤٥). وأما حديث حكيم بن حزام فرواه أبو داود والترمذي. ينظر: سنن أبي داود ـــ مع العون (٢٣٨/٩ ـــ ٢٤٣)، قال النووي في المجموع (٢٦٢/٩): «وإسناد الترمذي صحيح، وإسناد الآخرين حسن فهو حديث صحيح»، ونيل الأوطار (١٢/٧).

• أما في بيع الإنسان ما لا يملك فصاحب التصرف هو تاجر يبغي الربح ولا يريد أن يخسر زبونه، فيشتري له سلعة بثمن، ويبيعها له بثمن آخر لا علاقة له بالثمن الأول، أعلى أو أخفض.

لذلك لا يدخل هذا البيع في حديثنا هذا، ولو دخل فهو مخصص بالأحاديث الثابتة في هذا المجال.

المبحث الثالث: وفيه: مطلبان ..

المطلب الأول: مسائل الحديث.

المسألة الأولى: خلاف العلماء في معنى حديث (لا تبع ما ليس عندك).

• تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، ونقل أن بيع ما ليس عند الإنسان من الأصول المجمع على تحريمها[1].

وفي المغني: «ولا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها، ليمضي ويشتريها ويسلمها، رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفًا»[2].

واحتجوا بالحديث، إلا أنهم اختلفوا فيما يمكن أن يتضمنه النهي من معنى، فمنه:

• من يرى أن النهي خاص بالمعين دون الموصوف في الذمة، ومن يراه في الموصوف في الذمة دون المعين.

---

(١) ينظر: التمهيد (١٤/ ٢١٦).
(٢) ينظر: المغني (٤/ ٢٩٦).

• ومن يراه في المملوك غير المقدور على تسليمه، ومن يراه في غير المملوك بتقديره في ملك غير بائعه.

• ومن يراه في الحاضر غير المملوك، ومن يراه في المعدوم، ومن يراه في الغائب.

• ومن يراه في البائع فيما يبيعه بالأصالة عن نفسه، أو حينما يبيع مباحًا قبل الاستيلاء عليه.

بمعنى أنهم اختلفوا في:

• **المبيع:** بين: المعين، والموصوف في الذمة، والمملوك الخارج عن القدرة، وغير المملوك بتقديره في ملك غير البائع، والحاضر غير المملوك، والمعدوم، والغائب، والمباح قبل الاستيلاء عليه.

• **البيع:** بين: الحال، والبيع مطلقًا (حالًا ومؤجلًا).

• **البائع:** بين: من يبيع ما يملكه كالغائب والخارج عن الحوزة، ومن يبيع ملك غيره كالفضولي.

• **الأقوال في المسألة ومناقشتها:**

اختلف العلماء في معنى حديث: (لا تبع ما ليس عندك) إلى ثلاثة أقوال، ذكرها ابن تيمية في مواضع من كتبه، ونقلها عنه موافقًا له تلميذه ابن القيم[1]، خلاصتها:

(١) نقل ابن القيم -رحمه الله- كلام شيخه موافقًا له في زاد المعاد (٥/٨١١)، وخالف الشافعي في قوله بأن حديث حكيم بن حزام في بيع الأعيان . وقال في إعلام الموقعين (٢/١٩): «قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك، يحمل على معنيين: أحدهما: أن يبيع عينًا معينة، وهي ليست عنده، بل ملك للغير، فيبيعها، ثم يسعى في تحصيلها، وتسليمها إلى المشتري. والثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن كان في الذمة، وهذا أشبه، فليس عنده حسًا ولا معنى،=

القول الأول: ذهب الشافعي إلى أن حديث حكيم بن حزام إنما ينهى عن بيع الأعيان المعينة، ليكون بيع الموصوف في الذمة ليس داخلًا تحته مطلقًا، لا حالًا، ولا مؤجلًا، ويستدل لذلك بأنه إذا جاز بيع السلم المؤجل بالإجماع، مع كونه ليس عند البائع، وقت العقد، جاز السلم الحال من باب أولى[1].

ونوقش هذا: بأن هذا ضعيف جدًا، فإن حكيم بن حزام ما كان يبيع شيئًا معينًا، هو ملك لغيره، ثم ينطلق فيشتريه منه، ولا كان الذين يأتونه يقولون له: نطلب دار فلان، وإنما الذي يفعله الناس أن يأتيه الطالب، فيقول: أريد طعام كذا، وكذا، وثوبًا صفته كذا وكذا،

=فيكون قد باعه شيئًا لا يدري هل يحصل له أم لا؟ "...إلا أنه في تهذيب السنن (٩/٢٩٩) رجع إلى قول الشافعي، قال -رحمه الله-: «ظن طائفة أن السلم مخصوص من عموم هذا الحديث - يعني حديث حكيم بن حزام - فإنه بيع ما ليس عنده، وليس كما ظنوه، فإن الحديث تناول بيع الأعيان، وأما السلم فعقد على ما في الذمة، بل شرطه أن يكون في الذمة، فلو أسلم في معين عنده كان فاسدًا" فهذا ذهاب من ابن القيم إلى أن الحديث في بيع الأعيان، وهو خلاف ما اختاره شيخه -رحمه الله- كما سيأتي إن شاء الله -تعالى-، فإنه ضعف أن يكون المشتري قد اشترى من حكيم عبد فلان أو سلعة فلان، وإنما اشترى شيئًا موصوفًا في ذمته، حالًا، وهو ليس عند البائع، وقاس عليه النهي عن بيع الأعيان إذا لم تكن عنده.

(١) قال الشافعي كما في مختصر المزني (ص ٥٥٣): "أما حديث حكيم بن حزام فإن رسول الله ﷺ نهاه والله أعلم عن أن يبيع شيئًا بعينه لا يملكه، والدليل على أن هذا معنى حديث حكيم ابن حزام -والله أعلم- حديث أبي المنهال عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ أمر من أسلف في تمر سنتين أو ثلاثًا، أن يسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم. وهذا بيع ما ليس عند المرء، ولكنه بيع صفة مضمونة على بائعها، وإذا أتى بها البائع لزمت المشتري وليست بيع عين، بيع العين إذا هلكت قبل قبض المبتاع انتقض فيها البيع، ولا يكون بيع العين مضمونًا على البائع فيأتي بمثله إذا هلكت".
وقال ابن دقيق العيد في إحكام الأحكام (٣/١٧٨): «الصورة الرابعة دل عليها قوله ق (ولا بيع ما ليس عندك) مثاله: أن يبيع منه متاعًا لا يملكه، ثم يشتريه من مالكه، ويدفعه إليه، وهذا فاسد؛ لأنه باع ما ليس في ملكه حاضرًا عنده، ولا غائبًا في ملكه، وتحت حوزته، قال العلامة البغوي في شرح السنة: هذا في بيوع الأعيان، دون بيوع الصفات، فلذا قيل: السلم في شيء موصوف، عام الوجود عند المحل المشروط يجوز، وإن لم يكن في ملكه حال العقد...». وانظر الأم (٣/٩٧)، ومختصر المزني (ص ٩٠).

فيقول: نعم أعطيك، فيبيعه منه، ثم يذهب، فيحصله من عند غيره إذا لم يكن عنده؛ ولهذا قال: يأتيني، فيطلب البيع ليس عندي، لم يقل: يطلب مني ما هو مملوك لغيري. فالطالب قد طلب الجنس، ولم يطلب شيئًا معينًا، كما جرت عادة الطالب[1].

القول الثاني: ذهب الجمهور إلى أن النهي عن بيع ما ليس عند البائع يشمل أمرين:

- بيع المعين مما ليس مملوكًا له.
- وبيع الموصوف في الذمة إذا كان حالًا، وهو ما يسمى بالسلم الحال[2].

قال الحنفية: «ومنه ما روي أن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله، إني أرى الشيء في السوق ثم يطلبه مني طالب، فأبيعه، ثم أشتريه، فأسلمه، فقال ﷺ: لا تبع ما ليس عندك. فهذا عموم في كل بيع لما ليس

(١) ينظر تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء (٢/٦٩٠-٦٩١).

(٢) بنظر في مذهب الحنفية: الحجة محمد بن الحسن (٢/٦١٤)، الهداية شرح البداية (٣/٧٣) .وأما في مذهب المالكية، فجاء في المدونة (٤/٣٠): «قال مالك: كل من اشترى طعامًا أو غير ذلك، إذا لم يكن بعينه، فنقد رأس المال، أو لم ينقد، فلا خير فيه، طعامًا كان ذلك أو سلعة من السلع إذا لم تكن بعينها، إذا كان أجل ذلك قريبًا يومًا أو يومين أو ثلاثة فلا خير فيه، إذا كانت عليه مضمونة؛ لأن هذا الأجل ليس من آجال السلم ... فإن كانت سلعة بعينها وكان موضعها قريبًا اليوم واليومين، ونحو ذلك طعامًا كان أو غيره فلا بأس بالنقد فيه». وجاء في المعونة (٢/٩٨٨): «وإنما قلنا: إن الأجل شرط في السلم، وأنه لا يجوز أن يكون حالًا خلافًا للشافعي؛ لقوله ﷺ: فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم إلى أجل معلوم». وانظر الذخيرة (٥/٢٥٣)، والجامع لأحكام القرآن (٣/٣٧٩). وفي بلغة السالك (٣/١٧٢): «والحاصل أن السلم لا بد أن يؤجل بأجل معلوم، أقله نصف شهر ...».وفي مذهب الحنابلة، قال في الإنصاف (٥/٩٨): «فإن أسلم حالًا، أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح، وهو المذهب، وعليه الأصحاب. وذكر في الانتصار رواية: يصح حالًا، واختاره الشيخ تقي الدين إن كان في ملكه، قال: وهو المراد بقوله -عليه أفضل الصلاة والسلام- لحكيم بن حزام -رضي الله عنه-، «لا تبع ما ليس عندك»، أي ما ليس في ملكك، فلو لم يجز السلم حالًا، لقال: لا تبع هذا، سواء كان عندك أولا ..». وينظر: الكافي (٢/١١٢)، المبدع (٤/١٨٩).

عند الإنسان سواء، كان عينًا أو في الذمة»[1].

ورأى الجمهور أن عموم حديث (لا تبع ما ليس عندك) يقتضي النهي عن بيع ما في الذمة إذا لم يكن عنده، وهو يتناول النهي عن السلم مطلقًا، لكن جاءت الأحاديث في جواز السلم المؤجل، فبقي النهي عن السلم الحال.

وأن المراد بقوله في الحديث: نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، يعني في ملكك[2].

ونوقش هذا: بأن المنع من بيع السلم الحال إذا كان المبيع في ملك البائع، والبائع قادر على تسليم المبيع، وبين أن حكيم بن حزام إنما سأله عن بيع شيء في الذمة يبيعه حالًا؛ لأنه قال: أبيعه، ثم أذهب فأبتاعه، فقال له: لا تبع ما ليس عندك، فلو كان السلم الحال لا يجوز مطلقًا، لقال له ابتداء: لا تبع هذا، سواء كان عنده أو ليس عنده، فإن صاحب هذا القول يقول: بيع ما في الذمة حالًا لا يجوز، ولو كان عنده ما يسلمه[3].

القول الثالث: يرى ابن تيمية أن النهي في حديث لا تبع ما ليس عندك، يشمل أمرين:

الأول: النهي عن بيع المعين إذا لم يكن عنده.

الثاني: النهي عن بيع السلم الحال إذا لم يكن عنده، فإن كان

(١) ينظر: الفصول في الأصول (١/٣٤٥).
(٢) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي (٢/٢٥٥).
(٣) ينظر تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء (٢/٦٩٢).

عنده وقت العقد جاز.

قال ابن تيمية: «أظهر الأقوال: أن الحديث لم يرد به النهي عن السلم المؤجل ولا الحال مطلقًا، وإنما أريد به النهي عن بيع ما في الذمة مما ليس مملوكًا له، ولا يقدر على تسليمه، ويربح فيه قبل أن يملكه، ويقدر على تسليمه، فقول الرسول ﷺ في حديث حكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك»

العندية هنا ليست عندية الحس والمشاهدة، وإنما هي عندية الحكم والتمكين؛ ولهذا جاز بيع المعدوم الموصوف في الذمة إذا كان وقت التسليم قادرًا على تسليمه كبيع السلم.

فمعنى حديث حكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك، أن يبيعه شيئًا موصوفًا حالًا، وهو لم يملكه، ويربح فيه قبل أن يدخل ضمانه، وقبل أن يكون قادرًا على تسليمه، أما إذا باعه موصوفًا في الذمة حالًا، وهو عند بائعه قادرًا على تسليمه، فلا حرج إن شاء الله -تعالى-.

وإذا لم يكن جائزًا بيع ما في الذمة مما ليس هو مملوكًا للبائع، ولا يقدر على تسليمه، فبيع المعين الذي لم يملكه أولى بالمنع»[1].

فتلخص أن ابن تيمية يرى أن بيع ما ليس عند الإنسان، إن كان معينًا ليس مملوكًا له، فهو ممنوع، وإن كان موصوفًا في الذمة اشترط أن يكون عنده في ملكه.

الخلاصـــــة: أن الأقوال متفقة على منع بيع المعين الذي لا يملكه

(١) نفس المرجع السابق.

الإنسان، فيبيعه، ثم يذهب يشتريه.

وأما بيع الموصوف في الذمة مما ليس عند البائع، فإن كان مؤجلًا جاز بالإجماع، وهو السلم المؤجل.

وإن كان حالًا، فقد اختلفت الأقوال ونذكرها هنا بإجمال[1]:

فقيل: يجوز مطلقًا، وهو قول الشافعي.

وقيل: لا يجوز مطلقًا، وهو قول الجمهور.

وقيل: يجوز إن كان عنده في ملكه، ولا يجوز إن لم يكن عنده، وهو اختيار ابن تيمية.

- **الترجيح:**

أرى أن الراجح في ذلك قول الشافعي -رحمه الله-[2].

والذي حمل ابن تيمية على منع السلم الحال إذا لم يكن عند البائع هو لفظ حديث حكيم بن حزام: (أبيعه، ثم أذهب فأبتاعه، فقال له: لا تبع ما ليس عندك).

قال ابن تيمية: «فلو كان السلم الحال لا يجوز مطلقًا، لقال له ابتداء: لا تبع هذا، سواء كان عنده، أو ليس عنده»[3]. وإذا عرفنا أن حديث حكيم بن حزام بهذا اللفظ ليس محفوظًا - لم يكن في المسألة حرج من حمل حديث: (لا تبع ما ليس عندك) على الشيء المعين.

ولأن السلم الحال كالسلم المؤجل مضمون على صاحبه، فلا حرج في

(١) سنتناولها بمزيد من البسط في المسألة الثالثة بذكر أدلتهم ومناقشتها (ص ٥٠).
(٢) ينظر في المسألة الثالثة من هذا المبحث (ص٤٩).
(٣) ينظر تفسير آيات أشكلت (٢/٦٩٢).

الربح فيه؛ لأن الربح إنما نهي عنه، إذا كان في شيء لم يضمنه.

أما إذا كان عليه ضمانه، فالغنم بالغرم، وكونه قد لا يقدر على تسليمه، فهذه العلة موجودة في السلم المؤجل.

بل هي أظهر منها في السلم الحال، ولم يمنع ذلك من جواز المعاملة، وسوف يأتي -إن شاء الله تعالى- مزيد بسط لهذه المسألة في بحث: خلاف العلماء في السلم الحال، في مسائل هذا المبحث.

المسألة الثانية: صور بيع المعيّن المندرجة تحت الحديث.

المبيع إما معين أو موصوف، ويراد بالمعين الأموال الحاضرة، ويقابله المبيع الموصوف، ويسمى أيضًا الديْن ويثبت بالعقد وغيره، ويثبت بالذمة، وستقتصر هذه المسألة على صور بيع المبيع المعين التي تندرج تحت الحديث -مدار البحث-، فيما تتناول المسألة التي تليها صور بيع المبيع الموصوف التي تندرج تحته.

والمبيع المعين مما ليس عند الإنسان قد يكون مملوكًا له وقد يكون غير مملوك له، وهنا سيكون توضيح الصورتين في القسمين الآتيين:

القسم الأول: بيع المعيّن المملوك لبائعه، المعجوز عن تسليمه، وتحته فرعان:

إن أثر عقد البيع هو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وتمكينه من التصرف فيه، وغاية كل عقد تحقق آثاره، وتخلف الأثر عن العقد يلغي فائدة العقد، وكأنه غير موجود حقيقة.

الفرع الأول: بيع المملوك الخارج عن الحيازة.

• **صُوَرهُ:** والمغصوب الذي لا يستطيع رده من غاصبه، والجمل الشارد، والطير في الهواء الذي لا يعتاد الرجوع، والمال الضائع.

• **حكمه:** هذه يحرم بيعها بالاتفاق(١)؛ لأن بائعها لا يقدر على تسليمها، مع كونه مالكًا لها، وبيع ما لا يقدر على تسليمه يفضي إلى إيقاع العداوة والبغضاء، وفيه أكل أموال الناس بالباطل(٢).

وهذا من بيوع الغرر، كما قال الشافعي: «ومن بيوع الغرر بيع السمك في الماء، وبيع العبد الآبق، وبيع الطير في السماء، ونحو ذلك من البيوع»(٣).

وبيع الغرر منهي عنه كما جاء في الحديث (نهى عن بيع الغرر)(٤).

ولأن القصد من البيع تمليك التصرف، ولا يمكن ذلك هنا، فإنه إذا تعّذر تسليم المبيع فإن البيع يفوت مقصوده(٥).

ويرى الكاساني أن هذه الصورة لا تدخل تحت باب ما ليس عند الإنسان حيث قال: «ولا يدخل فيها المعدوم، ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد، ولا الأشياء المباحة، ذلك ما تدل عليه قصة الحديث»(٦).

ويرد عليه: أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وأن العام

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٤٧)، المنتقى (٣/ ٤٤٠)، مغني المحتاج (٢/ ١٢)، الكافي (٢/ ٤).
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٣).
(٣) ينظر: سنن الترمذي (٣/ ٥٣٢).
(٤) أخرجه مسلم في صحيحه :في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر. رقم (٣٨٨١)، من حديث أبي هريرة.
(٥) ينظر: الكافي (٢/ ٤).
(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٤٧) .

لا يخصص بذكر فرد من أفراده، والحكم على فرد مما يندرج تحت العام لا يسقط عمومه عن الباقي[١].

الفرع الثاني: بيع المملوك قبل قبضه.

تعريف القبض: كما عرفه الكاساني: «هو التمكن والتخلي وارتفاع الموانع عرفًا وعادة حقيقة»[٢].

أدلة النهي عن البيع قبل القبض:

• جاء في حديث حكيم بن حزام - رضي الله عنه- قال: قلت: يا رسول الله، إني أشتري بيوعًا، فما يحل لي، وما يحرم عليّ؟ فقال لي: (إذا بعت بيعًا فلا تبعه حتى تقبضه)[٣].

• وأيضًا حديث حكيم بن حزام نفسه، ولكنه خاص بالطعام، ونصه: قال حكيم بن حزام: قال لي رسول الله: ألم يأتني، أو لم يبلغني -أو كما شاء من ذلك- أنك تبيع الطعام؟ قال: بلى يا رسول الله. فقال رسول الله : «فلا تبع طعامًا حتى تشتريه وتستوفيه»[٤].

• وفي حديث زيد بن ثابت -رضي الله عنه- (نهى رسول الله ﷺ أن

---

(١) ينظر: البحر المحيط (٢/ ٣٧٤)، إرشاد الفحول (١/ ٣٣٦) .

(٢) بدائع الصنائع (٥/ ١٤٨) .

(٣) أخرجه أحمد، والبيهقي: مسند الإمام أحمد (٣/ ٤٠٢)، وقال محققه الأرناؤوط: "هذا إسناد حسن" .سنن البيهقي(٥/ ٣١٣) وقال عقبه: "هذا إسناد حسن متصل". وقال ابن القيم عن رواية البيهقي:" وهذا إسناد على شرطهما، سوى عبد الله بن عصمة، وقد وثقه ابن حبان، واحتج به النسائي". تهذيب السنن (٩/ ٢٧٦) . والحديث صححه الألباني في صحيح الجامع (ص/ ٣٥).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٣/ ٤٠٣) والطبراني في المعجم الكبير، الحديث ٣٠٩٧. والشافعي (ترتيب مسند الشافعي (٢/ ١٤٣) الحديث (٤٧٦، ٤٧٧). والدارقطني بأكثر من سند (٢/ ٩). والبيهقي بأكثر من سند (٥/ ٣١٢، ٣١٣). وابن حبان في صحيحه (الإحسان ٧/ ٢٢٨-٢٢٩). والنسائي في سننه الكبرى (٤/ ٢٣٢).

تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم)[1].

حكم البيع قبل القبض: قد أجمع العلماء على أن من اشترى طعامًا فليس له بيعه حتى يقبضه[2]، وإنما وقع الخلاف فيما سوى الطعام.

أقوال الفقهاء في المسألة:

• **القول الأول:** لا يصح بيع المبيع قبل قبضه، سواء أكان منقولًا أم عقارًا، وإن أذن البائع وقبض الثمن.

وهو مذهب الشافعية[3]، ورواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[4]، وابن القيم[5] -على تفصيل عندهما-.

أدلتهم: الأحاديث المتقدم ذكرها .

وجه الدلالة:

• لعدم استيلائه على سلعته، وعدم انقطاع علاقة بائعها الأول عنها، فقد يمتنع عن إقباضها، خاصة إذا رأى المشتري قدر الربح فيها، وربما تحيّل على فسخ العقد، وأفضى ذلك إلى الخصومة والعداوة[6].

• ولأن السلعة قبل قبضها من ضمان البائع، فإذا باع المشتري السلعة قبل قبضها كان قد ربح في شيء لم يدخل في ضمانه[7].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه في البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى، برقم (٣٥٠١)، وصححه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٦) .

(٢) نقل الإجماع: النووي في شرح مسلم (١٠/ ١٧٠)، وابن قدامة في المغني (٤/ ٢٣٥).

(٣) ينظر: الأم (٣/ ٦٩-٧٠)، المجموع (٩/ ٢٦٤)، مغني المحتاج (٢/ ٦٨).

(٤) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٣).

(٥) ينظر: تهذيب السنن (٩/ ٢٧٧).

(٦) ينظر: الحاوي (٥/ ٢٢١)، مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٣)، إعلام الموقعين (٣/ ١٤٩).

(٧) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٥١٣).

• **القول الثاني:** أنه لا يصح بيع المنقول قبل قبضه، ولا يفرق الحنفية في ذلك بين الطعام وغيره من المنقولات، ولكن أجازوا بيع العقار قبل قبضه استحسانًا.

وهو مذهب الحنفية[١].

أدلتهم: عموم النهي في الأحاديث المتقدم ذكرها.

وما فهمه ابن عباس - رضي الله عنهما - فيما رواه عن النبي ﷺ أنه قال: (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه) قال ابن عباس: «وأحسب كل شيء مثله»[٢].

• **القول الثالث:** أن المُحَرَّمَ المُفْسِدَ للبيع هو بيع الطعام دون غيره من جميع الأشياء قبل قبضه، سواءٌ أكان الطعام ربويًا كالقمح أم غير ربوي كالتفاح عندهم.

وهو مذهب مالك في المشهور عنه[٣]، ورواية عن الإمام أحمد[٤].

أدلتهم: أخذًا بظاهر حديث ابن عباس -رضي الله عنه- المتقدم ذكره، ولغلبة تغير الطعام دون سواه، ولكن اشترط المالكية شرطين لفساد هذا النوع من البيع[٥]:

• أن يكون الطعام مأخوذًا بطريق المعاوضة، أي في مقابلة شيء،

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٨/٣٢٥١)، المبسوط (١٤/٣)، وفتح القدير (٧/٢٢)، وتبيين الحقائق (٤/٨١).
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم (١٥٢٥).
(٣) ينظر: المدونة (٩/٩٠).
(٤) ينظر: المغني (٤/١٢٠ ــ ١٢١)، ومجموع الفتاوى (٢٩/٣٩٨).
(٥) ينظر: المدونة (٩/٨٨ ــ ٨٩).

بخلاف ما كان هبة أو ميراثًا.

- أن تكون المعاوضة بالكيل أو الوزن أو العدد.

- **القول الرابع:** تعددت رواياته في الممنوع بيعه قبل قبضه.

وهو مذهب الحنابلة[1].

رواية بالمنع مطلقًا وهي ما وافق مذهب الشافعية، وفي رواية أخرى قصر المنع على الطعام كمذهب المالكية، لكن على تعميم المنع لبيع الطعام بلا شرطٍ، خلافًا لمالك الذي اشترط شرطين لمنع بيع الطعام. وفي رواية ثالثة أن ما كان متعينًا - كالصبرة تباع من غير كيل - يجوز بيعه قبل قبضه، وما ليس بمتعين - ككفيز من صُبْرَةٍ، أو رطل من زَبْرَةِ حدِيدٍ - فإنه لا يجوز بيعه حتى يُكال أو يُوزن. ففي هذه الرواية توسع بالزيادة على الطعام.

- **الراجح:**

نرى أن الراجح هو من باع سلعة قد ملكها، لكنه لم يقبضها من بائعها لم يصح بيعه، والحكم عام في الطعام وغيره، وهو مذهب الشافعية، ورواية عن أحمد، وهو الأحوط -والله أعلم-.

وذلك لوجوه[2]:

أن ملك المبيع لا يستقر إلا بالقبض، وبيع ما لم يستقر ملكه باطل؛ لأنه ربما هلك فانفسخ العقد، وذلك غرر[3].

(١) ينظر: المغني (٤/ ١٢١- ١٢٣).

(٢) يرجع للمبحث الثاني من بحثنا هذا في مسألة النهي عن البيع قبل القبض (ص ٢٦).

(٣) ينظر: الحاوي (٥/ ٢٢١)، والمجموع (٩/ ٢٦٤).

القسم الثاني: بيع المعيّن غير المملوك لبائعه، وتحته فرعان:

الفرع الأول: بيع ملك الغير لمصلحة البائع.

• **صورته:** إذا كان المبيع معينًا مملوكًا للغير، ولم يكن بائعه قد ملكه حين العقد، وإنما باع تلك السلعة قبل أن يتملكها، ثم ذهب ليشتريها ويسلمها للمشتري.

• **حكمه:** هذا البيع باطل، وقد حكى الإجماع على بطلانه غير واحد من أهل العلم.

قال في المغني: «ولا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها، ليمضي ويشتريها ويسلمها، رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفًا»[(١)].

ثم احتج بحديث حكيمٍ السابق.

• **وفي هذا البيع محذوران:**

الأول: أنه باع ما لا يملك.

قال ابن القيم: «وأما قوله (لا تبع ما ليس عندك)، فمطابق لنهيه عن بيع الغرر؛ لأنه إذا باع ما ليس عنده فليس هو على ثقة من حصوله، بل قد يحصل له، وقد لا يحصل له، فيكون غررًا»[(٢)].

الثاني: أنه ربح فيما لم يضمن. وقد ورد النهي عن ذلك، كما في حديث عبد الله بن عمرو السابق.

• **ومرد التحريم في هذه الصورة:** أن الأصل في العقد أن يقع صحيحًا تترتب عليه آثاره فورًا، فإذا لم يكن المبيع مملوكًا للبائع

(١) ينظر: المغني (٤/ ٢٩٦).
(٢) ينظر: تهذيب السنن (٩/ ٢٩٩).

فقد تخلف شرط من شروط صحة العقد، وهو أن يكون المعقود عليه مملوكًا للعاقد له حق التصرف فيه .

الفرع الثاني: بيع ملك الغير لمصلحة المالك. ويعبِّر عنه العلماء بتصرف الفضولي[١].

• **تعريف الفضولي في الاصطلاح:** هو من لم يكن وليًا، ولا أصيلًا، ولا وكيلًا في العقد[٢].

وقيل: بيع الفضولي: هو الذي يبيع مال غيره ممن لا ولاية له عليه، وليس وكيلًا له، وعلى ما يشبه ذلك من التبرع بمال الغير بهبة أو عتق أو نحوهما، ومن استفادة الزوج مال زوجته، وهي ساكنة، ومن حضور رب الدين لقسم تركة مدينه[٣].

وقيل بأنه: من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي[٤]، وليس هذا على إطلاقه، فإن جماعة من العلماء يخصون الفضولي فيمن يتصرف في ملك غيره لمصلحة مالكه، كما سيأتي .

• **صورته:** إذا كان المبيع معينًا مملوكًا للغير فيبيع ملك غيره

---

(١) الفضولي من الفَضْلَ أي الزيادة، والجمع فُضُولٌ مثل فَلْس و فُلُوس، و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه؛ و لهذا نسب إليه على لفظه فقيل (فُضُولِيٌّ) لمن يشتغل بما لا يعنيه؛ لأنه جعل علمًا على نوع من الكلام، فنزل منزلة المفرد، وسمي بالواحد و اشتق منه (فَضَالَةٌ) مثل جهالة، وضلالة وسمي به ومنه (فَضَالَةُ بنُ عُبَيْد) و (الفُضَالَةُ) بالضم: اسم لما يفضل و(الفَضْلَةُ) مثله و (تَفَضَّلَ) عليه و (أَفْضَلَ) (إفضَالًا) بمعنى و(فَضَّلتُهُ) على غيره (تَفْضِيلًا) صيرته أفضل منه، و(اسْتَفْضَلْتُ) من الشيء و (أَفْضَلْتُ) منه بمعنى و (الفَضِيلَةُ) و (الفَضْلُ) الخير. ينظر المصباح المنير (ص٤٧٥).

(٢) تعريفات الجرجاني (ص٢١٥).

(٣) ينظر: شرح ميارة (٨/٢).

(٤) ينظر: البحر الرائق (١٦٠/٦)، التعريفات (ص ٢١٥).

لمصلحة مالكه دون إذنه؛ خدمة له ظانًا نفعه بذلك.

• وقد اختلف العلماء في الحكم التكليفي لتصرف الفضولي على أقوال:

القول الأول: يحرم بيع الفضولي وشراؤه، قال القرافي: وهو المعتمد يعني في مذهب مالك[١].

القول الثاني: أنه مطلوب؛ لأنه من باب التعاون على البر والتقوى، اختاره بعض المالكية[٢].

القول الثالث: يمنع في العقار، ويجوز في العروض[٣].

• الراجح:

نرجح من الخلاف ما قاله الحطاب، قال: «الحق أن ذلك يختلف بحسب المقاصد، وما يعلم من حال المالك أنه الأصلح له»[٤].

ولأن الناس يطلبون الربح في العادة، ويتطلعون له، فإذا باع أحد مالهم نيابة عنهم وكان ذلك في صالحهم لم يكن في ذلك اعتداء على حقهم، ولا ضياع لمالهم، فإن المالك هو من سوف يباشر قبض ماله، والأمر متوقف على إجازته، فإن أجازه، وإلا فحقه محفوظ. وهذا

(١) ينظر: أنواع البروق في أنواع الفروق (١٦٨/٢)، ومواهب الجليل (٤٣/٤). وقال الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير (٥٤٣/٢): حين شرح كلمة «وطلاق الفضولي كبيعه» قال: «التشبيه في توقف كل على إجازة المالك، لا في أصل القدوم، فإنه اتفق على عدم جواز قدوم الفضولي على الطلاق، بخلاف البيع، فقيل بالحرمة، وقيل بالجواز، وقيل بالاستحباب، والمعتمد الحرمة، والفرق بينه وبين الطلاق: أن الناس شأنهم يطلبون الأرباح في سلعهم بالبيع، بخلاف النساء». وينظر منح الجليل (٤٥/٤).

(٢) ينظر: مواهب الجليل (٢٧٠/٤).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (١٢/٣).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

أرجح.

• خلاف الفقهاء في صحة بيع الفضولي:

جاء في مجلة الأحكام العدلية: البيع الذي يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفًا على إجازة ذلك الغير[1].

وجاء في موسوعة القواعد والضوابط الفقهية: الإجازة إذا لاقت عقدًا موقوفًا صحت[2].

الموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك[3].

• .. واختلف الفقهاء في صحة بيع الفضولي على قولين:

القول الأول: ينعقد بيع الفضولي، ويكون موقوفًا على إجازة المالك. وهذا القول هو مذهب الحنفية[4]، والقديم من قولي الإمام الشافعي[5]،

---

(١) ينظر: المادة (٣٦٨).

(٢) ينظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية ـ الندوي (١١/٢) نقلًا من شرح الزيادات (٢٩٠٣).

(٣) ينظر: الهداية مع فتح القدير (٢٣٥/٩).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (١٥٠/٥)، المبسوط (١٥٣/١٣)، البناية للعيني (٣٩٩/٧)، شرح فتح القدير (٥٠/٧)، تبيين الحقائق (١٠٢/٤-١٠٣). ويشترط الحنفية لإجازة عقد الفضولي شرطين، هما: الأول: أن يكون للعقد مجيز عند وقوعه، فما لا مجيز له حال العقد لا ينعقد أصلًا. مثاله: صبي باع مثلًا، ثم بلغ قبل إجازة وليه، فأجازه بنفسه، جاز؛ لأن له وليًا يجيزه حالة العقد، بخلاف ما لو طلق أو أعتق مثلًا، ثم بلغ، فأجازه بنفسه، لم يجز؛ لأنه وقت العقد لا مجيز له، فيبطل. انظر حاشية ابن عابدين (١٠٧/٥)، وهذا بناء على أن طلاق الصبي وعتقه لا يقع. الشرط الثاني: قيام العاقدين، والمالك، والمعقود عليه، فلو هلك العاقدان، أو أحدهما قبل الإجازة لم تلحق العقد الإجازة؛ لأن قيامهما ضروري في قيام العقد، فقيام المشتري مثلًا ليلزم الثمن، وبعد الموت لا يلزمه شيء، ما لم يكن لزمه حال حياته، وقيام البائع ليلزمه حقوق العقد، ولا تلزمه إلا حيًا، وقيام المالك؛ لأن الإجازة لا تكون إلا منه دون ورثته. وقيام المعقود عليه؛ لأن الملك إنما ينتقل بعد الإجازة، ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك. انظر فتح القدير (٥٤/٧-٥٥). وهذان الشرطان فيما إذا كان الثمن دينًا كالدراهم، فإن كان الثمن عروضًا، فلا بد من توفر شرط آخر، وهو قيام الثمن. ينظر: بدائع الصنائع (١٥٢/٥).

(٥) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة (٢٠١/٢)، المجموع (٣١٢/٩).

ومذهب المالكية[١]، وأحمد في رواية عنه[٢]، اختارها ابن تيمية[٣]، وابن القيم[٤].

القول الثاني: بيعه باطل.

وهو قول الشافعي في الجديد[٥]، والمشهور من مذهب الحنابلة[٦]، واختيار ابن حزم[٧][٨].

• الأدلة مناقشتها:

أدلة القول الأول: من أهم أدلة من قال: يصح بيع الفضولي ويكون موقوفًا على إجازة المالك.

---

(١) ينظر: مواهب الجليل (٤/ ٢٧٠)، التاج والإكليل (٤/ ٢٧٠)، القوانين الفقهية (ص ١٦٣)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٢)، الخرشي (٥/ ١٨)، ويشترط عند المالكية أن يكون الفضولي غائبًا غيبة بعيدة لا يمكن فيها إعلامه حال العقد، فإن كان حاضرًا، وسكت حال العقد، فإن العقد يلزمه، وكذا إذا كان غائبًا قريبًا من مكان العقد، بحيث يتسنى إعلامه.

(٢) ينظر: المحرر في الفقه (١/ ٣١٠)، الإنصاف (٤/ ٢٨٣).

(٣) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٩/ ٢٤٩).

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٢/ ٣٥)، زاد المعاد (٥/ ١٥٧).

(٥) ينظر: قال النووي في المجموع (٩/ ٣١٢): «لو باع مال غيره بغير إذن، ولا ولاية، فقولان، الصحيح: أن العقد باطل، وهذا نصه في الجديد، وبه قطع المصنف.. والقول الثاني: وهو القديم: أنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع، وإلا لغا.. وقال السيوطي في الأشباه والنظائر (ص ٢٨٥): «بيع الفضولي، وفيه قولان، أصحهما، وهو المنصوص في الجديد، أنه باطل». وينظر حاشيتا قليوبي وعميرة (٢/ ٢٠١).

(٦) ينظر: الإنصاف (٤/ ٢٨٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩)، دليل الطالب (ص ١٠٦)، مجموع الفتاوى (٣٠/ ٦٤)، كشاف القناع (٣/ ١٥٧).

(٧) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، يكنى بأبي محمد، أحد أئمة الظاهرية، كان ذكيًا حافظًا، وكان شافعي المذهب فانتقل إلى القول بالظاهر، قال عنه صاعد بن أحمد: " أجمع أهل الأندلس لعلوم الإسلام "، له مصنفات منها: المحلى، ومراتب الإجماع، توفي سنة ٤٥٦ هـ. (ينظر: تذكرة الحفاظ ٣/ ١١٤٦، وشذرات الذهب ٣/ ٢٩٩).

(٨) ينظر: قال ابن حزم -رحمه الله- في المحلى (٤/ ٤٣٤): «ولا يحل لأحد أن يبيع مال غيره بغير إذن صاحب المال له في بيعه، فإن وقع فسخ أبدًا، سواء أكان صاحب المال حاضرًا يرى ذلك، أو غائبًا، ولا يكون سكوته رضا بالبيع، طالت المدة أو قصرت.

الدليل الأول:

استدلوا بقوله : ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1].

وقوله : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2].

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[3].

وجه الدلالة: شرع -سبحانه وتعالى- البيع، والشراء، والتجارة، وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما إذا وجد هذا من المالك بطريق الأصالة، وبين ما وجد منه عن طريق الإجازة، وبين وجود الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاقها إلا ما خص بدليل[4].

فالأصل في المعاملات الحل حتى يأتي دليل صحيح صريح على ثبوت النهي عن معاملة بخصوصها، ولا يوجد نهي صريح في عدم بيع الفضولي.

ونوقش هذا: بأن هذه الآيات عامة، ومخصصة بالنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، وبالنهي عن بيع ما لا يملكه البائع.

وسيأتي الجواب على هذا الاعتراض عند أدلة القائلين بالبطلان إن

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.
(٢) سورة النساء الآية ٢٩ .
(٣) سورة الجمعة الآية ١٠ .
(٤) ينظر: المبسوط (١٣/٢٨٣)، المغني (٤/٢٩٦).

شاء الله -تعالى-.

الدليل الثاني:

قال: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[1].

وجه الدلالة: أن في هذا البيع إعانة لأخيه، وإحسانًا إليه[2].

فعقد الفضولي فيه مصلحة للعاقدين، مصلحة للبائع، حيث تم له بيع بضاعته بمبلغ له فيه مصلحة وغبطة، وقد يذهب المشتري ولا يعود، وفيه مصلحة للمشتري بحيث تيسر له حصوله على السلعة في وقت حاجته دون مشقة، والفضولي لم يبع لنفسه حتى يكون متهمًا، وإنما باع لغيره.

ونوقش هذا: بأن بيع مال الغير ليس من البر والتقوى، بل هو من الإثم والعدوان.

ورد هذا: بأن العدوان لو كان باعه على وجه الغصب، أما لو باعه لمالكه، فأين العدوان في هذا، وهو موقوف على إجازة صاحبه، فإن أجازه وإلا لم يرتفع ملكه.

الدليل الثالث:

حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق[3] الأرز فليكن مثله)، قالوا: ومن صاحب فرق الأرز ؟ فذكر حديث الغار حين سقط

(١) سورة المائدة الآية ٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٤٩).

(٣) الفرق: بفتح الراء وإسكانها، مكيال يسع ستة عشر رطلًا. ينظر: المصباح المنير (٢/٤٧١).

عليهم الجبل، فقال كل واحد منهم: اذكروا أحسن عملكم، **قال:** (وقال الثالث: اللهم إنك تعلم أني استأجرت أجيرًا بفرق أرز، فلما أمسيت عرضت عليه حقه، فأبى أن يأخذه وذهب، فثمّرته له، حتى جمعت له بقرًا ورعاءها، فلقيني فقال: أعطني حقي. فقلت: اذهب إلى تلك البقر ورعائها فخذها. فذهب فاستاقها)[1].

وجه الدلالة: أن الرجل تصرف للأجير ببيع ماله دون إذنه، وهي -وإن كانت من شرع من قبلنا-، إلا أن النبي ﷺ ذكرها على وجه المدح والإقرار، فتكون من شرعنا[2].

الدليل الرابع:

حديث عروة البارقي -رضي الله عنه- قال: دفع إليّ رسول الله دينارًا لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فذكر له ما كان من أمره، فقال رسول الله ﷺ: (بارك الله لك في صفقة يمينك)[3].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ قد أذن لعروة بشراء شاة واحدة، ولم

(١) أخرجه أحمد وأبو داود: مسند أحمد (٢/١١٦) سنن أبي داود في البيوع، باب في الرجل يتجر في مال الرجل، برقم(٣٣٨٩)، وأصله في الصحيحين: صحيح البخاري في الحرث والمزارعة، باب إذا زرع بمال قوم بغير إذنهم، وكان ذلك صلاحًا لهم، برقم (٢٢٠٨) صحيح مسلم، في الذكر والدعاء، باب قصة أصحاب الغار الثلاثة، برقم (٧١٢٥) .

(٢) ينظر: المجموع (٩/٢٦٣)، فتح الباري (٦/٥٠٧).

(٣) أخرجه البخاري، والخمسة عدا النسائي: صحيح البخاري في المناقب، باب سؤال المشركين.. رقم (٣٤٤٣). قال ابن القيم: "انفرد بإخراجه البخاري، وقد استدرك عليه روايته عن الحي وهم غير معروفين، وما كان هكذا فليس من شرطه في كتابه" تهذيب السنن (٩/ ١٧١). مسند الإمام أحمد (٤/ ٣٧٥)، وسنن أبي داود في البيوع، باب في المضارب يخالف رقم (٣٣٨٦)، وسنن الترمذي في البيوع باب (٣٤) رقم (١٢٥٨)، وسنن ابن ماجه في الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح (٢٤٠٢) . والحديث صححه النووي في المجموع (٩/ ٢٦٢)، والألباني في إرواء الغليل (٥/ ١٢٨).

يأذن له بالبيع، فاشترى شاة أخرى وباع، ولم يكن وكيلًا بمطلق التصرف، وكل ذلك من قبيل تصرف الفضولي، فأجازه النبي ﷺ ودعا له بالبركة[١]. وقد علّق الشافعي القول به على صحته، فقال: «إن صح الحديث قلت به»[٢].

نوقش هذا: الحديث ليس على شرط البخاري، ومقصود البخاري في ذكره ما كان موصولًا منه، وهو حديث (الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة[٣].

الدليل الخامس:

أن عقد الفضولي إذا أجازه المالك جاز قياسًا على الوصية بأكثر من الثلث، فإنها تصح وتكون موقوفة على إجازة الورثة[٤].

الدليل السادس:

أن عقد الفضولي إذا أجازه المالك جاز بالقياس على البيع بشرط الخيار؛ بجامع أن كلًّا منهما عقد يتوقف على الإجازة، فكما أن البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام يجوز، وهو بيع موقوف على الإجازة، فكذا بيع الفضولي[٥].

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٨٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٩).
(٢) نقله عنه الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٦/ ٦٣٤)، وينظر: الأم (٤/ ٣٣).
(٣) جاء في تهذيب السنن (٩/ ١٧١): "انفرد بإخراجه البخاري، وقد استدرك عليه روايته له عن الحي، وهم غير معروفين، وما كان هكذا فليس من شرط كتابه".
(٤) ينظر: المبسوط (١٣/ ٢٨٣)، المغني (٤/ ٢٩٦).
(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٩).

الدليل السابع:

أنه لا ضرر فيه على المالك مع تخييره، بل فيه مصلحة له، فإن رضي وإلا لم يصبه ما يضره[١].

الدليل الثامن:

قال شيخ الإسلام: «والقول بوقف العقود عند الحاجة متفق عليه بين الصحابة، ثبت ذلك عنهم في قضايا متعددة، ولم يعلم أن أحدًا أنكر ذلك »[٢].

أدلة القول الثاني: من أهم أدلة من قال: بيع الفضولي باطل.

الدليل الأول:

الاستدلال بأحاديث النهي عن بيع الإنسان ما لا يملك المتقدمة[٣].

وجه الدلالة: المقصود من النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان: أي ما ليس في ملكه وحيازته عند قيام العقد، وبيع الفضولي يصدق عليه أنه ليس ملكًا للبائع، ولا في حيازته، فيكون منهيًا عنه؛ لعدم الملك[٤].

ونوقش هذا بثلاثة أمور[٥]:

• أن الحديث ورد على معنى وهو أن يأتي الرجل فيعقد مع رجل بيع ما ليس عنده، ثم يذهب البائع إلى آخر ليشتري السلعة ليسلمها للمشتري الأول.

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٤٩/٥)، مجموع الفتاوى (٥٨٠/٢٠)، إعلام الموقعين (٥٦/٢).
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٥٧٩/٢٠-٥٨٠).
(٣) ينظر: المبحث الأول من هذا البحث (ص٢).
(٤) ينظر: المجموع (٢٦٢/٩)، المغني (٢٩٦/٤).
(٥) ينظر: اختيارات شيخ الإسلام الفقهية (٦/ ٨٤- ٨٥).

وهذا المعنى غير موجود هنا؛ لأن الفضولي يبيع لغيره لا لنفسه.

• أن المراد بالحديث النهي عن بيع ما ليس مقدورًا عليه، بدليل جواز بيع الوكيل مع كونه ليس مالكًا، فدل على أن المراد ليس المنع من بيع ما لا يملك مطلقًا.

فتصرف الفضولي في حقيقته، هو وكالة معلقة على الإجازة، فهو يبيع المال لمصلحة مالكه، وليس لمصلحته هو حتى يقال: كيف يبيع ما ليس عنده، وإذا كان يبيعه نيابة عن صاحبه فإنه لا يصح أن يقال: إن المبيع ليس مملوكًا لبائعه، ولو باع الفضولي السلعة المعينة لحظ نفسه بناء على أنه سوف يشتريها من صاحبها فيما بعد لم ينعقد البيع إجماعًا؛ لأنه باع ما لا يملك.

قال ابن قدامة: «ولا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها، ليمضي، ويشتريها، ويسلمها. رواية واحدة، وهو قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفًا... ثم ذكر حديث حكيم: «لا تبع ما ليس عندك».

• أن عقد السلم يصح بيع المسلَم فيه وقت العقد، مع أنه ليس بمالك له، فكذلك الحال في بيع الفضولي.

الدليل الثاني:

أنه تصرف لم يصدر عن ولاية شرعية، فلم يصح[1].

ونوقش هذا: بأن الإذن موجود، فيجعل إجازته في الانتهاء كالإذن

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/١٤٨)، مغني المحتاج (٢/١٥).

في الابتداء[1].

الدليل الثالث:

القياس على بيع السمك في الماء، والطير في الهواء، بجامع عدم القدرة على التسليم

قال النووي: ولأن الفضولي «باع ما لم يقدر على تسليمه، فلم يصح، كبيع الآبق، والسمك في الماء، والطير في الهواء[2].

ونوقش هذا: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المنع من بيع السمك في الماء؛ لأنه غير مملوك أصلًا، ولا يكون قابلًا للتمليك، بخلاف تصرف الفضولي فإنه تصرف تمليك، وقد صدر من أهله، فوجب القول بانعقاده، ولا ضرر فيه على المالك لتخييره والطرف الآخر؛ لأنه أقدم عليه طائعًا، وفيه نفع له، فثبتت القدرة الشرعية[3].

- **الترجيح:**

عند استعراض أدلة الفريقين أجد مذهب الحنفية والمالكية القائلين بأن بيع الفضولي جائز، ويكون نفاذه موقوفًا على إجازة المالك ورضاه – والله أعلم –؛ وذلك:

- لقوة أدلتهم.
- ولإمكان مناقشة ما استدل به المانعون.
- ولأن تصرف الفضولي فيه مصلحة للمالك، ولا ضرر فيه.

(١) ينظر: المبسوط (١٣/٢٨٢).
(٢) ينظر: المجموع (٩/٢٦٣)، المغني (٤/٢٩٦).
(٣) ينظر: المبسوط (١٣/٢٨٥).

المسألة الثالثة: صور بيع الموصوف المندرجة تحت الحديث.

الموصوف في الذمة إما أن يكون مؤجلًا أو حالًا، وهو ما سأعرض له في هذه المسألة، وفيه قسمان:

القسم الأول: بيع الموصوف في الذمة بيعًا مؤجلًا.

وهو المراد ببيع السلم عند الإطلاق.

- **تعريف السلم:**

في اللغة: السلم والسلف بمعنى واحد، وهو التقديم والتسليم، وسمي سلمًا لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفًا لتقديمه قبل أوان استلام المبيع(١).

وفي الاصطلاح: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفه إلا أن معانيها واحدة، ولعل من أجمع وأوضح ما عرّف به هو أنه: عقد على موصوف في الذمة مؤجل، بثمن مقبوض في مجلس العقد(٢).

فالمسلَم فيه دين في الذمة مؤجل أجلًا معلومًا، يكون عام الوجود عند حلول أجله، إذا ضبطت صفاته، وتم قبض رأس ماله في مجلس العقد.

- **حكمه ودليله:**

السلم جائز بالكتاب والسنة والإجماع:

أولًا: من الكتاب قوله -تعالى-: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم

(١) ينظر: التعريفات (ص ١٦٠)، تحرير ألفاظ التنبيه (ص١٨٧).
(٢) ينظر: المطلع (ص ٢٤٥)، تحرير ألفاظ التنبيه: الموضع السابق.

بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾[1].

قال ابن عباس: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى أن الله قد أحله، وأذن فيه» ثم قرأ هذه الآية[2].

ثانيًا: من السنة: عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث، فقال: (من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)[3].

ثالثًا: الدليل من الإجماع: فقد حكاه غير واحد من أهل العلم[4].

- **الحكمة من مشروعيته:**

هي حاجة الناس إلى السلم لما فيه من رفع المشقة عنهم؛ وذلك لأن التجار يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعلى تجارتهم، وقد تعوزهم النفقة، فجوّز لهم السلم، ليرتفقوا، ويرتفق المسلِم على السلعة بثمن رخيص[5].

فالسلم بيع موصوف في الذمة، والموصوف في الذمة موجود في الذمة وهو كالموجود حقيقة؛ لأنه من باب الديون، والديون لا تتعلق بالموجود، وإنما تتعلق بالذمة فيما يصلح أن يكون دينًا.

فهي بطبيعتها ليست عند الإنسان حسًا ومشاهدة، لكنه قادر

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٢) أخرجه البيهقي والحاكم وصححه: سنن البيهقي (٦/١٨)، المستدرك (٢/٣١٤)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٥/٢١٣).

(٣) متفق عليه: صحيح البخاري في السلم، باب السلم في وزن معلوم، رقم (٢١٢٥)، وصحيح مسلم في المساقاة، باب السلم، رقم (٤٢٠٢).

(٤) ينظر: شرح صحيح مسلم للنووي (١١/ ٤١)، والمغني (٤/ ٣٣٨).

(٥) ينظر: المغني: الموضع السابق.

على تسليم مبيع موصوف يوجد غالبًا عند الأجل الذي حدد للتسليم، فيصدق عليه الحديث من جهة عدم الوجود، لكنه يختلف عن المبيع المعين بذاته أن عدم وجوده يخل بتسليمه، لكن الموصوف يصدق على كل مبيع تتحقق فيه الصفات، فوجوده بوجود الصفات لا بذاته. كما سيأتي بيانه .

القسم الثاني: بيع الموصوف في الذمة بيعًا حالاً.

• **صورته:** أن تكون السلعة موصوفة في الذمة، وتباع بيعًا حالًا، وهو ما يسمى بالسلم الحالّ.

• أقوال العلماء فيه: فقد اختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز السلم الحالّ، فلابد من أجل في السلم .

وهو المذهب عند الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والحنابلة[٣].

ومع اشتراط الجمهور للأجل، إلا أنهم قد اختلفوا في أقل مدته على أقوال، ليس هذا موضع بسطها.

القول الثاني: جواز السلم الحال مطلقًا.

وهو المذهب عند الشافعية[٤].

القول الثالث: جواز السلم الحال إذا كانت السلعة في ملك البائع، ولا يجوز إذا لم تكن عنده.

---

(١) ينظر: المبسوط (١٢/ ٢٢١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢).
(٢) ينظر: الذخيرة (٥/ ٢٥١)، الفواكه الدواني (٣/ ١١٤٠).
(٣) ينظر: المغني (٤/ ٣٥٥)، الإنصاف (٥/ ٧٧).
(٤) ينظر: روضة الطالبين (٤/ ٧)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٥).

وهذه رواية عند الحنابلة[١]، اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية[٢] وابن القيم[٣].

• **الأدلة ومناقشتها:**

أدلة القول الأول:

• حديث ابن عباس المتقدم (من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم).

وجه الدلالة: أنه نص صراحة على اشتراط الأجل.

ونوقش: بأن ذكر الأجل في الحديث ليس من أجل اشتراط الأجل في العقد، وإنما معناه أنه إن كان هناك أجل فليكن معلومًا.

فالمراد نفي الجهالة في الأجل والقدر والصفة، لا منع السلم الحال[٤].

• أن السلم شرع على خلاف الأصل؛ لأن الأصل تعجيل المبيع[٥].

ونوقش: بعدم التسليم بأن السلم على خلاف الأصل، بل تأجيل المبيع كتأجيل الثمن، كلاهما من المصالح[٦].

• أن السلم إنما شرع رخصة للرفق بالأمة، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، فظهر أن السلم من المصالح الحاجية[٧].

(١) ينظر: الإنصاف (٥/ ٧٧).
(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩).
(٣) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٨١٢).
(٤) ينظر: شرح النووي على مسلم (١١/ ٤١)، زاد المعاد (٥/ ٨١٢).
(٥) ينظر: المغني (٤/ ٣٥٥).
(٦) ينظر: تفسير آيات أشكلت (٢/ ٦٩٣)، زاد المعاد (٥/ ٨١٣).
(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢)، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٧٩).

ونوقش: بأن المسلَم فيه موجود عند المسلَم إليه، لكنه غائب عنه، والرفق يدعو إلى تجويز السلم الحال في حقه، كما جاز في المؤجل[١].

• إذا لم يشترط الأجل في السلم كان من باب بيع ما ليس عند البائع، وهو لم يرخَّص فيه إلا في السلم[٢].

ونوقش: بأن النهي عن بيع ما ليس عند البائع في ملكه، لا ما كان غائبًا عنه، قال شيخ الإسلام: «فلو كان السلف الحال لا يجوز مطلقًا لقال له ابتداء: لا تبع هذا. سواء عنده أو ليس عنده..، فلما لم ينه النبي ﷺ عن ذلك مطلقًا، بل قال: (لا تبع ما ليس عندك) علم أنه ﷺ فرّق بين ما هو عنده، ويملكه ويقدر على تسليمه، وما ليس كذلك، وإن كان كلاهما في الذمة»[٣].

• أن الحلول في السلم يخرجه عن اسمه؛ لأنه يسمى سلمًا وسلفًا لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر[٤].

ونوقش: بأن العبرة في العقود بحقائقها ومقاصدها لا بألفاظها[٥].

أدلة القول الثاني:

• إذا جاز السلم مؤجلًا مع الغرر، فجواز الحال أولى؛ لأنه أبعد عن الغرر[٦].

---

(١) ينظر: تفسير آيات أشكلت (٢/٦٩٩).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/٢١٢)، الجامع لأحكام القرآن (٣/ ٣٧٩) .
(٣) تفسير آيات أشكلت (٢/٦٩٢)، وينظر: زاد المعاد (٥/٨١٢-٨١٣).
(٤) ينظر: المغني (٤/٣٥٥) .
(٥) ينظر: مجموع الفتاوى (٢٠/ ٥٢٩).
(٦) ينظر: الأم (٣/ ٩٥).

• أن الحاجة المعلل بها في جواز السلم المؤجل موجودة في السلم الحال[1].

ونوقش: بأن هذا استدلال على جواز السلم الحال، لكنه ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بما إذا كانت السلعة في ملكه. وذلك أن السلعة إذا لم تكن عنده، فقد يحصل عليها، وقد لا يحصل عليها، وهذا نوع من الغرر، وإن حصله فقد حصله بثمن أعلى مما تسلفه فيندم، وقد يحصله بسعر أرخص من ذلك فيندم المسلف؛ لأنه كان يمكنه أن يشتريه هو بذلك الرخص.

فصار هذا من نوع الميسر والقمار والمخاطرة، كبيع العبد الآبق والبعير الشارد يباع بدون ثمنه، فإن حصل ندم البائع، وإن لم يحصل ندم المشتري[2].

أدلة القول الثالث: من أهم ما استدل به حديث حكيم السابق قال: يأتيني الرجل فيسألني البيع ليس عندي، أبيعه منه، ثم أبتاعه له من السوق ؟ فقال: (لا تبع ما ليس عندك).

وقد استدلوا به على عدم جواز السلم الحال إذا لم يكن عنده من وجهين:-

الأول: أن الحديث في النهي عن بيع شيء في الذمة، وليس النهي عن بيع شيء معين يملكه زيد أو عمرو.

---

(١) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٨١٢).

(٢) ينظر: تفسير آيات أشكلت (٢/ ٦٩٩)، زاد المعاد (٥/ ٨١٥).

فإن حكيم بن حزام ما كان يبيع شيئًا معينًا هو ملك لغيره ثم ينطلق فيشتريه منه؛ ولهذا قال: يأتيني فيطلب مني المبيع ليس عندي، لم يقل يطلب مني ما هو مملوك لغيري، فالطالب طلب الجنس، ليس له غرض في ملك شخص بعينه دون ما سواه مما هو مثله أو خير منه[١].

ثانيًا: أن يبيعه حالاً وليس مؤجلًا، فإنه قال: أبيعه، ثم أذهب فأبتاعه، فقال له: (لا تبع ما ليس عندك).

فلو كان السلم الحال لا يجوز مطلقًا، لقال له: لا تبع هذا، سواء كان عنده أو ليس عنده.

فلما قال (لا تبع ما ليس عندك) كان هذا دليلًا على جواز السلم الحال إذا كان عنده، ففرق بين ما هو عنده ويملكه ويقدر على تسليمه، وما ليس كذلك[٢].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وأكثر الناس لو علموا لم يشتروا منه، بل يذهبون هم فيشترون من حيث اشترى هو، وإن قدّر أن منهم من يعلم ويشتري، كما لو كانت عنده لكونه يشتريها من مكان بعيد، أو يشتري جملة ونحو ذلك، مما قد يتعسر على المشتري منه، وإنما يفعل ذلك إذا ظن أن هذا الربح هو الربح لو كانت عنده»[٣].

• الترجيح:

(١) ينظر: تفسير آيات أشكلت (٢/ ٦٩٠-٦٩١).
(٢) ينظر: تفسير آيات أشكلت (٢/ ٦٩٢)، زاد المعاد (٥/ ٨١٢- ٨١٣).
(٣) تفسير آيات أشكلت (٢/ ٧٠١).

الأقرب -والله أعلم- هو جواز السلم الحال إذا كان في ملك البائع، وذلك:

- لقوة ما استدلوا به ووجاهته.
- لمناقشة أدلة المخالفين بما يفيد عدم صحة الاستدلال بما ذكر.
- لأن من أصول الشريعة أن الأصل في المعاملات الإباحة.

المطلب الثاني: المسائل المعاصرة الملحقة بمسائل الحديث

إن معرفة الحكم الشرعي لكثير من المعاملات المالية المعاصرة، غير المنصوص على حكم لها يكون بالتخريج على المعاملات المنصوص على حكم لها، وفيما يلي تطبيقات معاصرة حاول بعض الباحثين الاحتجاج بحديث (لا تبع ما ليس عندك) في عدم صحة بعض هذه العقود، ونحن هنا نذكر أهم هذه المسائل المعاصرة مع التعليق على ما ذكر حولها؛ ليتبين لنا مدى صحة الاحتجاج به في هذه التطبيقات:

المسألة الأولى: بيع المرابحة للآمر بالشراء.

- **تعريف المرابحة في اصطلاح الفقهاء:** البيع بمثل رأس المال مع زيادة ربح معلوم[1].
- **صورتها في عصرنا الحاضر:** أن يشتري المصرف السلعة لنفسه بناء على طلب العميل، ثم يبيعها على العميل بثمن مؤجل يربح فيه.
- **مسمياتها:** سماها الشيخ بكر أبو زيد: (بيع المواعدة)؛ لأنها

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٠)، مواهب الجليل (٤/ ٢٣٩)، مغني المحتاج (٢/ ٤٧٦)، الفروع (٤/ ١١٨)، المحلى (٧/ ٥٠٠).

في جميع صورها مبنية على الوعد - ملتزمًا به كان أو غير ملتزم-[١].

ولها تسميات أخرى منها: المرابحة المصرفية، المرابحة للواعد بالشراء، المواعدة على المرابحة[٢].

ويرى أن صورتها تدخل تحت اسم (السلم الحال)، المنهي عنه في قصة حديث حكيم بن حزام[٣].

ولهذه المسألة صورتان:

• **الصورة الأولى:** المرابحة التي تنبني على المواعدة والالتزام بالوفاء بها بالاتفاق بين الطرفين، قبل حيازة المصرف للسلعة واستقرارها في ملكه .

• فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز هذه المرابحة

وهذا ما انتهى إليه مؤتمر المصرف الإسلامي الأول المنعقد بدبي، ومؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت[٤].

يقول الشيخ القرضاوي: «وهنا نقرر مطمئنين: أن العلماء الذين شاركوا في مؤتمر المصرف الإسلامي الأول في دبـي، ومؤتمر المصرف الإسلامي الثاني في الكويت إنما أجازوا للمصرف الإسلامي البيع للآمر بالشراء إذا تملك السلعة بالفعل، وما يجري بين المصرف وطالب

(١) ينظر: فقه النوازل (٢/ ٦٥) .

(٢) ينظر: فقه النوازل (٢/ ٦٥)، بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية للمصري (ص ١١٢٩، ١١٦٦).

(٣) ينظر: الهامش السابق.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥ / ١٠٦١ - ١٠٦٢)، بحوث فقهية (١/ ٧٧) .

الشراء قبل ذلك إنما هو مواعدة بينهما، وليست بيعًا ولا شراءً»[١].

القول الثاني: تحريم هذه المرابحة

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي[٢]، وأفتت به اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية[٣].

- **الأدلة ومناقشتها:**

أدلة القول الأول:

١ - حديث (لا ضرر ولا ضرار)[٤].

وجه الدلالة: أن في الإلزام بالمواعدة في بيع المرابحة منعا من الإضرار بالمصرف والعميل، فقد يأتي المصرف بالسلعة على الوصف المشترط ثم يبدو للعميل عدم أخذها، وقد يكون الحال على النقيض بأن يستغل المصرف حاجة العميل للسلعة مما يسبب في إيقاع الضرر له[٥].

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أنه اجتهاد في مقابلة عموم النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع السلعة قبل قبضها .

---

(١) ينظر: بحث بعنوان: بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، محمد الأشقر، (ص٨٣).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥ / ١٥٩٩) .

(٣) ينظر: مجلة البحوث الإسلامية (٧ / ١١٤) .

(٤) أخرجه الامام أحمد، وابن ماجه: مسند أحمد (٥/٣٢٧)، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم (٢٣٤٠)، والحديث حسنه النووي في الأربعين وابن الصلاح وابن رجب، ينظر: جامع العلوم والحكم (ص/٣٠٤)، وصححه الألباني في إرواء الغليل (٣/٤٠٣) .

(٥) ينظر: مجلة المجمع (٥ / ١١٠٤).

الثاني: أن رفع الضرر يمكن بطرق أخرى مشروعة، كشرط الخيار مثلًا، فلا يتعين الإلزام بالمواعدة طريقًا لرفع الضرر؛ لما يترتب عليه من محذور شرعي(١).

٢ - أن الحاجة داعية إلى مثل هذه المعاملة، كما دعت إلى السلم والاستصناع، واغتفر ما يعتريهما من غرر؛ تقديرًا للحاجة، والحاجة هنا اتساع رقعة التعامل وتضخم رؤوس الأموال(٢).

ونوقش: بأنه اجتهاد في مقابلة النص(٣).

أدلة القول الثاني:

١- أن في هذا العقد بيع على سلعة مقدرة التملك للمصرف بربح قبل أن يملك المصرف السلعة ملكًا حقيقًا، إذ الإلزام أبرز خصائص العقد، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني(٤).

٢ - عموم الأحاديث التي نصت على النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده.

٣ - عموم الأدلة التي نهت عن بيع الإنسان ما اشتراه قبل قبضه .

فإذا كانت النصوص صريحة صحيحة عن النبي ﷺ في النهي عن بيع ما لم يقبض، وأن العلة عدم تمام الاستيلاء والاستقرار في ملك المشتري، فكيف يجوز للمصرف أن يبيع ما لم يملك أصلًا ويصافق

(١) ينظر: إعلام الموقعين (٤/٢٩)، مجلة البحوث الإسلامية (٧٣ / ٢٥٩) .
(٢) ينظر: فقه النوازل (٢/٩٦) .
(٣) فقه النوازل (٢/٩٦) .
(٤) ينظر: بحوث فقهية (١/٧٢)، فقه النوازل (٢/ ٩١) .

ويربح فيه؟ فملكه تقديري لا حقيقي، واستيلاؤه عليه تقديري لا حقيقي، فالمنع من هذا يكون من باب الأولى[1].

- **الترجيح :**

الراجح - والله أعلم – هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ وذلك:

- لقوة دليلهم .
- ولإمكان مناقشة دليل المخالف .

- **الصورة الثانية:** المرابحة التي تنبني على التواعد بين الطرفين غير الملزم .

- **اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:**

القول الأول: تحريم هذه المرابحة. وبه قال الشيخ محمد العثيمين[2].

القول الثاني: جواز هذه المرابحة .

وبه قال جمهور أهل العلم من الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعية[5]، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي[6].

---

(١) فقه النوازل (٢/ ٩٣) .

(٢) ينظر: الشرح الممتع (٨ / ٢٢٤) . ونسبه د. محمد الأشقر إلى الحنابلة لما فهمه من قول ابن قدامة :"إن الحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين، وهو أن يظهرا عقدًا مباحًا يريدان به محرمًا مخادعة وتوسلًا إلى فعل ما حرم الله " . المغني (٤/ ١٩٤) .ينظر: بحوث فقهية (١/ ١٠١).

(٣) ينظر: المخارج في الحيل (ص /٣٧) .

(٤) ونص المالكية في هذه الصورة على الكراهة، فإن ذكر العاقد مقدار الربح فإنه يكون حرامًا. ينظر: الشرح الكبير (٣/ ٨٨)، منح الجليل (٥/ ١٠٣).

(٥) ينظر: الأم (٣ / ٣٩) .

(٦) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٥ / ١٥٩٩). وهو رأي الشيخ عبد العزيز بن باز، ينظر: مجلة البحوث الإسلامية (٧/ ٥٣) .

• **الأدلة ومناقشتها:**

دليل القول الأول: أن في هذا تحايلًا على الربا؛ فالمصرف يشتري السلعة ليبيعها بأكثر إلى العميل، وليس له قصد في اشترائها ابتداء[١].

ونوقش: بأن المصرف يشتري حقيقة وليس من شرط الشراء الاستهلاك أو الاقتناء، بل من مقاصده الربح كما هو عمل التجارة[٢].

أدلة القول الثاني:

١ - قوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[٣].

وجه الدلالة: أن هذه المعاملة داخلة في عموم ما أحل الله من البيع.

٢ - أن الأصل في المعاملات الحل، إلا ما قام الدليل على تحريمه[٤].

٣ - أنه ليس في هذه الصورة التزام بالوعد بالعقد، أو بالتعويض عن الضرر لو هلكت السلعة فلا ضمان على العميل، فالمصرف يخاطر بشراء السلعة لنفسه، وهو على غير يقين من شراء العميل لها بربح، فلو عدل أحدهما عن رغبته فلا إلزام، ولا يترتب عليه أي أثر، فهذه الدرجة من المخاطرة هي التي جعلتها في حيز الجواز[٥].

• **الترجيح:**

الراجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول.

• لقوة دليلهم .

(١) ينظر: الشرح الممتع (٨ / ٢٢٤) .
(٢) ينظر: مجلة البحوث الاسلامية (٧٣/ ٢٦١).
(٣) سورة البقرة، (آية: ٢٧٥).
(٤) ينظر: مجلة البحوث الإسلامية (٧ / ٥٣) .
(٥) ينظر: بحوث فقهية ١/ ١٠٣)، فقه النوازل (٢/ ٩٠) .

• ولإمكان مناقشة دليل المخالف.

• ووجه ربط مسألة بيع المرابحة للآمر بالشراء بالحديث - مدار البحث -:

تطبيقات عدد من البنوك الإسلامية التي تبيع السلعة وهي في ملك البائع الأول دون حيازة لها، وهي الصورة الأولى المتقدمة من هذا العقد، وهي القصة نفسها التي كانت سببًا لورود الحديث وقد سأل عنها حكيم بن حزام .

المسالة الثانية: عقود المستقبليات

• **المقصود بالعقود المستقبلية:** هي عقود يتم الاتفاق فيها على الشيء المبيع وسعره وكميته عند إبرام العقد، على أن يتم تسليم المبيع ودفع الثمن في المستقبل[1].

فالعقد يبرم وقت الاتفاق، ويكون لازمًا لطرفيه، يجب عليهما تنفيذ مقتضاه في التاريخ المتفق عليه . ووصف العقد بالمستقبل منظور فيه إلى وقت تنفيذه، لا إلى وقت إبرامه[2].

والذين يتعاملون في سوق المستقبليات لا يقصدون شراء السلع أو بيعها، وإنما يقصدون الحصول على فرق سعري البيع والشراء فحسب . ففي هذه المعاملة بيع لما لا يملكه الإنسان، فهو استرباح بدون التجارة الحقيقية، وربح لما لا يضمن، وهذان محرمان بالنص.

(١) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة (٢/٩٢٣) .

(٢) ينظر: أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة (٢/٩٢٣)، بحوث في قضايا فقهية معاصرة (ص/١٣١) .

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: «إن العقود الآجلة بأنواعها التي تجري على المكشوف -أي على الأسهم والسلع التي ليست في ملك البائع- بالكيفية التي تجري في السوق المالية (البورصة) غير جائزة شرعًا؛ لأنها تشتمل على بيع الشخص ما لا يملك؛ اعتمادًا على أنه سيشتريه فيما بعد ويسلمه في الموعد المحدد، وهذا منهي عنه شرعًا؛ لما صح عن رسول الله ﷺ أنه قال (لا تبع ما ليس عندك)، وكذلك ..أن النبي ﷺ: (نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم)»[1].

المسألة الثالثة: التورّق المنظم

• المقصود بالتورق المنظم: هو قيام البائع (المصرف) بترتيب عملية التورق للمشتري، بحيث يبيع سلعة على المتورِّق بثمن آجل، ثم ينوب البائع عن المشتري ببيع السلعة نقدًا على طرف آخر، ويسلم الثمن النقدي للمتورِّق[2].

• **وسمي منظمًا؛** لما تقوم عليه هذه المعاملة من تنظيم بين أطراف عدة . فالعميل يُوكل المصرف في بيع السلعة قبل أن يتملكها العميل، والمصرف متفق مسبقًا مع المشتري النهائي لإتمام شراء السلعة بثمن محدد.

فالعميل في العقد نفسه الذي يشتري فيه السلعة من المصرف يوكل

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي (ص/١٢٣) .
(٢) ينظر: قضايا في الاقتصاد والتمويل الإسلامي (ص/ ٣٨٠) .

المصرف في بيعها قبل أن يتملكها .

• فهذا يدخل في بيع الإنسان ما ليس عنده .

المسألة الرابعة: بيع حق التقدم لصندوق التنمية العقاري

• **صورتها:** أن يستحق شخص قرضًا من الصندوق العقاري[١]، ولعدم حاجته له يعمد إلى المعاوضة عنه . فيعاوض صاحب القرض شخصًا آخر يرغب بشراء حق التقدم في الصندوق على مبلغ معين مقابل هذا التنازل[٢].

• تكييفها: أنها من بيع حق الانتفاع، وهو حق لا تصح المعاوضة عليه .

قال ابن القيم في الفرق بين حق المنفعة وحق الانتفاع: «تمليك المنفعة شيء، وتمليك الانتفاع شيء آخر، فالأول يملك به الانتفاع والمعاوضة، والثاني يملك به الانتفاع دون المعاوضة»[٣].

وقد صدرت فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية[٤].

وبه أفتى الشيخ محمد العثيمين[٥]، من أن المعاوضة عن حق التقدم لصندوق التنمية العقاري لا تجوز قبل بناء المسكن ونزول القرض؛

(١) وهو جهة حكومية تقرض المواطنين بأقساط ميسرة لغرض البناء .

(٢) ينظر: بحوث ندوة المعاوضات على الحقوق والالتزامات (ص/٥٤) .

(٣) بدائع الفوائد (١/٤-٥)، وينظر في الفرق بينهما كذلك: الفروق للقرافي (١/٣٣٠) .

(٤) ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة (١٤/١١٩)، (٢٣/٤٣٧) .

(٥) وقد كيفها الشيخ على أنها من حق الانتفاع الذي لا يجوز المعاوضة عليه . ينظر: لقاء الباب المفتوح (٩٧/١٣)، (٢٠٤/٢١).

وذلك لأنها من المعاوضة عما لا يملك المعاوض .

• فهذا يدخل في بيع الإنسان ما ليس عنده .

المسألة الخامسة: بيع المنحة

• **صورتها:** أن يبيع مواطن أمرًا قد صدر من ولي الأمر بمنحه قطعة أرض، وقد حدد فيه مساحة القطعة، دون مكانها على وجه التحديد[١].

أما تعيين مكانها على وجه التحديد وهو ما يسمى بتطبيق المنحة فتقوم به البلدية التي تتبع المنطقة الواردة في الأمر .

• **تكييفها:** هذه الورقة مجرد وعد، ولم تصبح المنحة بعدُ ملكًا لمن منحت له؛ لأن ملكيتها لا تكون إلا بعد تطبيقها من قبل الجهة المسؤولة، واستلام صك الأرض .

وقد أفتى الشيخ عبد العزيز بن باز ـ رحمه الله ـ مفتي عام المملكة السابق بمنع بيعها؛ وذلك للغرر، ولعدم تمام ملكه عليها[٢].

• فتدخل في بيع الإنسان ما ليس عنده .

المسألة السادسة: عقد الاستصناع

• **المقصود به:** عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة[٣].

---

(١) ينظر: بحوث ندوة المعاوضات على الحقوق والالتزامات (ص/٥٨) .

(٢) ينظر: مجموع فتاوى الشيخ ابن باز (١٩/٤٦) .

(٣) هذا هو تعريف مجلة الأحكام العدلية المادة ١٢٤٤، ويراجع: بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٧)، وحاشية ابن عابدين (٤/٢١٢)، وفتح القدير (٧/١١٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٢١٦)، والمقدمات لابن رشد (٢/٣٢)، والأم (٣/١٣١)، والمغني لابن قدامة (٤/٣١٠ ـــ ٣١٦).

• صورته: كانت صورته في القديم بسيطة، حيث يجري على الصناعات الخفيفة كالحذاء والشباك، ونحوهما. وقد تطور اليوم في البنوك الإسلامية حيث يتم من خلاله استصناع مختلف الصناعات، والمقاولات[1].

• **حكمه:** ذهب البعض -قديمًا وحديثًا- إلى منع عقد الاستصناع؛ بناءً على أنه عقد وارد على معدوم، أو على ما ليس عندك.

• وذهب بعضهم الآخر إلى أن الأصل فيه عدم الجواز، لكن أجيز في حدود ضيقة للضرورة أو الحاجة الملحة.

• وهؤلاء الذين منعوه استندوا إلى هذا الحديث.

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ما يلي: «إن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع –على أساس اعتباره لازمًا– وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم»[2].

فجاء القرار.. لزوم عقد الاستصناع، وأنه عقد مستقل.

• **والتحقيق في عقد الاستصناع:** عند الدكتور علي القره داغي

(١) ينظر: بحث الدكتور علي القره داغي بعنوان: عقد الاستصناع المقدم إلى الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي.
(٢) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته (٩/٥٦٩).

في بحثه[١] قال:

إن عقد الاستصناع: عقد وارد على عمل في شيء موصوف في الذمة، وهو في ذلك مثل السَّلَم، ولكنه يختلف عنه من حيث إن السلم وارد على العين فقط دون العمل، فهو عقد ملزم للطرفين، و عقد وارد على العمل والعين في الذمة[٢].

فهذا الحديث -كما سبق- في بيع عين على غرر، وليس في بيع شيء موصوف في الذمة، وقد قال المحققون: «إن الموجود في الذمة كالموجود حقيقة»[٣].

المسألة السابعة: بعض عقود البورصة

لا شك في أن هذا الحديث يعالج كثيرًا من العقود التي تجري في الأسواق المالية (البورصة)، حيث تجري دون أن يكون لها محل معين، ولا شيء موصوف في الذمة، ولا تتوافر فيها الشروط والضوابط الشرعية، ويكون فيها غرر بيِّن واضح مثل ما يسمى: بعقود المرابحة والوضيعة[٤]، وعقود الاختيارات ونحوها[٥].

(١) ينظر: بحث الدكتور علي القره داغي بعنوان: عقد الاستصناع المقدم إلى الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي، ص١١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ينظر: زاد المعاد (٥/ ٨١١).

(٤) المرابحة والوضيعة هما في البورصة مختلفان تمامًا عن المرابحة والوضيعة في الفقه الإسلامي، فمثلًا تعني المرابحة في البورصة طلب تأجيل موعد تسوية الصفقة حتى موعد التصفية اللاحق، وذلك يحدث عندما يشعر المتعاملون في السوق بأنهم لن يستطيعوا تنفيذ الصفقة التي عقدوها؛ نظرًا لتطور الأسعار خلافًا لتقديراتهم، فيلجؤون إلى المرابحة والوضيعة.. يراجع في تفصيل ذلك بحث الدكتور علي القره داغي بعنوان: الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي. المقدم للدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي التاسع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي عقد بجدة من ٧ ــ ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ ــ ١٤ مايو ١٩٩٢م.

(٥) المراجع السابقة.

المبحث الرابع: القواعد الفقهيّة المتعلقة بالحديث

يحكم المعاملات بصفة عامة مجموعة من القواعد الفقهية المستنبطة من مصادر الشريعة الإسلامية منها ما هو عام، ومنها ما له صلة وثيقة بالمعاملات المالية، التي يرجع إليها للحكم على مشروعية هذا الأمر أو عدم مشروعيته.

ولقد تمكنت مجامع الفقه الإسلامي المعاصرة وما في حكمها من دراسة المعاملات المالية المستجدة المعاصرة وتحليلها وفهمها وأصدروا لها الأحكام والفتاوى التي توضح الجائز منها والمنهي عنه شرعًا في ضوء القواعد الفقهية، وقد يسر هذا على الناس ضبط معاملاتهم.

ويختص المبحث هنا بإيراد القواعد الفقهية التي لها علاقة بحديث الباب ولها أثر في حكمه.. وأثر في حكم المعاملات والتطبيقات المعاصرة التي تخـَّرج عليه، وذلك بصورة مبسطة دون الاستطراد في معنى القاعدة وأدلتها[1].

من أهم القواعد الفقهية ذات الصلة بحديث: (لا تبع ما ليس عندك) وعلاقتها بالحكم على الحديث وتطبيقاته المعاصرة، هي كالآتي:

- **لا ينعقد البيع إلا من مالك أو مأذون له[2].**

علاقتها بالحديث: دليل هذه القاعدة هو حديث الباب، عندما

(١) ينظر: لمزيد من التفصيل إلى المراجع الآتية: جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، د.علي أحمد الندوي - بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، د.عبدالستار أبو غدة – المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. علي السالوسي.

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية للزرقا، (ص ٣٣١)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي، (١/ ٣٨٢)،

أجاب النبي حكيم بن حزام بقوله: (لا تبع ما ليس عندك) أي إذا كانت السلعة لا يملكها فالبيع لا ينعقد، إلا إذا كان مأذونًا له يبيع لغيره. وبائع السلعة الذي يبيعها للآخرين إن كانت لمصلحة البائع، فالبيع غير صحيح باتفاق الفقهاء على ذلك، وإن كانت لمصلحة المالك فهنا يصح البيع منه إن كان مأذونًا، وأيضًا إن لم يكن أذن له إذا رضي المالك عند من يرى الجواز؛ كما مر بنا في بيع الفضولي وحديث عروة بن أبي الجعد حيث أمضى النبي ﷺ بيعه.

• **المشقة تجلب التيسير**[1].

علاقتها بالحديث: اتسمت الشريعة الإسلامية بمرونتها في المعاملات المالية بما يحقق التيسير ورفع المشقة عن الناس، ونلمس أثر هذه القاعدة في جواز الفقهاء بيع الموصوف في الذمة (السلم) وخروجه من حديث الباب (النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان)؛ لأن السلم موضوع العقد فيه وهو البضاعة غير ثابتة وموجودة عند إبرام العقد. فهو بيع معدوم وبيع المعدوم باطل، ولكن جوز هنا لحاجة الناس إليه، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة. وأيضًا الاستصناع فهو وارد على عمل في شيء موصوف في الذمة، وهو في ذلك مثل السَّلَم، ولكنه يختلف عنه من حيث إن السلم وارد على العين فقط دون العمل واغتفر ما يعتريهما من الغرر تقديرًا للحاجة، والحاجة هنا داعية

(١) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي، (١/ ٤٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (ص:٦٤)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، (ص: ٢١٨).

لاتساع رقعة التعامل وتضخم رؤوس الأموال، وحاجة المنشآت إلى دعمها بالآلات والمباني التي لا قوام لها إلا بها، فإن لم تتم تلك المعاملة وقع المسلم في حرج ومشقة الفوات لمصالح يريد تحقيقها، جوازه وخروجه من عموم نهي الحديث.

- **الضرر يزال**[1].

علاقتها بالحديث: نجد أن الشريعة الإسلامية حرمت مجموعة من البيوع التي يترتب عليها أضرار، ومنها النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده؛ لما يترتب عليه من مفاسد، حتى إن كانت المصلحة متحققة من هذا البيع إلا أن تركه أولى من تلك المصلحة.

- **الأمور بمقاصدها**[2].

علاقتها بالحديث: النية هي الفاصلة بين ما يصح وما لا يصح، فلا بد من تحديد النية والهدف والمقصد في أي معاملة مالية. والاعتبار في العقود حول المعنى المقصود، وليست الألفاظ والمصطلحات، والأولى أن يتفق المقصد مع اللفظ، و إن اختلف القصد مع اللفظ فمراعاة القصد أولى، ونجد ذلك فيمن جوز السلم الحال بلفظ البيع، فلا فرق بين لفظ ولفظ؛ فالاعتبار في العقود بحقائقها ومقاصدها لا ألفاظها وبيع الأعيان الحاضرة التي يتأخر قبضها نفسه يسمى سلفًا إذا عجل

(١) ينظر: الموافقات للشاطبي، (٣/١٨٥)، الأشباه والنظائر للسيوطي، (ص: ٧)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (ص:٧٢).

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر للسبكي، (١/٥٤)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، (ص:٢٣)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، (ص: ٣٣).

له الثمن.

• **الجهالة توجب فساد العقود إذا كانت مُفْضِية إلى نزاع مشكل**[١].

علاقتها بالحديث: نجد أثر هذه الجهالة في علة النهي لهذا الحديث الناشئة عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد، فإن البائع قد لا يجد المبيع في السوق، والمشتري يطلبه به ولا يرضى إمهاله؛ لأن العقد تم على أن يسلمه المبيع في الحال، ولأن بيع الإنسان ما لا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه تمليك ما لا يملك الذي يؤدي إلى النزاع والخصومة.

• **الأصل منع ما يؤدي إلى النزاع في البيوع**[٢].

علاقتها بالحديث: وهذا نجد في علة النهي عن بيع ما ليس عنده؛ لأن السلعة لا يملكها وقت إبرام العقد، وسيبحث عنها قد يجدها وقد لا يجدها؛ لذا فهو قد يعجز عن تسليمها، فيؤدي النزاع بين البائع والمشتري.

• **الأصل في المعاملات الإباحة**[٣].

علاقتها بالحديث: تعد البيوع مباحة ما عدا المحرم منها بنص صريح مثل حديث الباب، والبيوع التي تدخل فيه كبيع المعدوم، وبيع ما لم يملك، وبيع ما لم يقبض، وربح ما لم يضمن، والمعاملات المعاصرة المندرجة تحته .

(١) ينظر: الفروق للقرافي، (٤/١٣)، فتح القدير لابن الهمام، (٤/٢٢٣).
(٢) ينظر: الفروق للقرافي، (٤/٦)، فتح القدير لابن الهمام، (٩/٦).
(٣) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، (ص٦٠)، الفروق للقرافي، (٤/١٢٠).

• **الأصل في العقود الصحة**[1].

علاقتها بالحديث: تعد عقود البيوع صحيحة ما عدا المحرم منها بنص صريح، مثل البيوع المنهي عنها، كحديث النهي عن بيع ما ليس عنده، والبيوع التي تدخل فيه.

• **الغرر الكثير يفسد العقود**[2].

علاقتها بالحديث: يعد الغرر جسيمًا كثيرًا إذا كان الضرر جسيمًا، ويعد الغرر يسيرًا إذا كان الضرر يسيرًا، وتأسيسًا على ذلك تفسد العقود، ومن ذلك كان حديث النهي عن بيع مالم ليس عنده؛ لكون الغرر جسيمًا فهو غير مقدور على تسليمه وقت العقد، ويدخل فيه بيع المعدوم، و بيع المجهول ثمنًا أو وصفًا أو أجلًا .

الخاتمة:

وفي نهاية البحث قد يبدو للناظر أن مسألة بيع ما ليس عندك واضحة وبسيطة، ولكن الواقع أوضح غير ذلك، فقد تبين اتساع الموضوع وتشعب الآراء فيه، وفيما يلي عرض ألخص ما توصلت إليه من نتائج:

أولًا: معنى (عند) الواردة في الحديث: ما كان حاضرًا قريبًا لديك، أو في حوزتك وإن كان بعيدًا، بحيث يكون تحت قدرتك وقت طلبه.

ثانيًا: ذكر بعض الفقهاء أن (ما ليس عندك): أي ما ليس في ملكك.

(١) ينظر: القواعد لابن رجب، (ص :٣٤٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة للزحيلي، (٢/٨٣٣).

(٢) ينظر: الفروق للقرافي، (١/ ١٧٠)، نظرية المقاصد للشاطبي، (ص:٦٥).

وذكر آخرون: ما ليس في ملكك ولا تحت مقدرتك.

والحق أن القدرة على التسليم مع مشروعية التصرف بالبيع تحقق قصد الشارع، فالبائع قد يملك ولا يحوز فلا يقدر على التسليم، ومن ثم لا يمكنه ملكه من تجاوز النهي الوارد في الحديث. وقد لا يملك المبيع الذي تحت حوزته وقدرته، ويكون بيعه صحيحًا مع عدم الملك، حينما يكون وكيلًا يبيع بإذن موكله الذي يملك المبيع. بمعنى أن عدم ثبوت ملك البائع للمبيع يمكن ألا يؤثر في صحة البيع، بينما خروج المبيع عن قدرة البائع على تسليمه حتى لو كان مالكًا له يجعل البيع داخلًا تحت نهي الحديث.

ثالثًا: علة النهي: هي عدم القدرة على التسليم، وما ينشأ عنها من غرر فاحش، ومن استحالة تمليك البائع ما لا يملك للمشتري فيما يبيع بالأصالة عن نفسه، ومن تفويت القصد بالبيع في تمليك التصرف، ومما قد ينشأ من نزاع بين البائع والمشتري، إضافة إلى عدم دخول المبيع في ضمان البائع، ومن ثم لا يجوز له أن يربح في ما لم يضمن.

رابعًا: أن النهي الوارد في بيع الإنسان ما ليس عنده يشمل صورًا:

- بيع العين المعينة المملوكة لبائعها إذا كان يعجز عن تسليمها.
- بيع العين المعينة المملوكة لغير البائع وقت العقد، ويستثنى من ذلك بيع الفضولي إذا أجازه المالك.
- السلم الحال في الذمة إذا لم يكن عند البائع ما يوفيه.

• أن بيع السلم المؤجل غير داخل في النهي؛ لأن البائع على ثقة من توفيته في العادة، والنهي في الحديث من العام الذي أريد به الخصوص.

• أن مسألة البحث أصل كبير يخرّج عليه كثير من المسائل المعاصرة.

التوصيات:

وبعد خوض غمار هذه المسألة التي تعد من المسائل الجوهرية في فقه المعاملات المالية أوصي بأهمية دراسة النصوص المتعلقة بالمعاملات المالية دراسة تأصيلية؛ لمعرفة دلالاتها، وما يمكن أن يدخل فيها من صور، وما تشتمل عليه من مسائل تكون أصلًا في الفقه المعاصر.

قائمة المصادر والمراجع

أولًا: كتب علوم القرآن الكريم:

١. البحر المحيط في التفسير، أبو حيان، محمد بن يوسف بن علي بن يوسف ابن حيان، أثير الدين الأندلسي (المتوفى: ٧٤٥هـ)، المحقق: صدقي محمد جميل، الناشر: دار الفكر – بيروت، الطبعة: ١٤٢٠ هـ.

٢. تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، إسماعيل، تحقيق عبد الرزاق المهدي، طبعة عام ٢٠٠٥م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

٣. تفسير آيات أشكلت، ابن تيمية، تحقيق ودراسة: عبدالعزيز بن محمد الخليفة، مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.

٤. جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر،

الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

٥. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، خرج أحاديثه عماد البارودي وخيري سعيد، بدون رقم طبعه، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر.

٦. الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد ابن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م، ٢٠ جزءا (في ١٠ مجلدات).

ثانيًا: كتب الحديث الشريف وشروحه وعمومه:

١. سبل السلام، محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (المتوفى: ١١٨٢هـ)،ط الرابعة ١٣٧٩هـ/ ١٩٦٠م، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

٢. السلسلة الصحيحة المجلدات الكاملة، الألباني، محمد ناصر الدين، ١-٩.

٣. سنن ابن ماجه، ابن ماجه، أبو عبد الله محمد، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي.

٤. سنن أبي داود، أبو داود، سليمان بن الأشعث، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت.

٥. سنن الترمذي، الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى، كتاب الجامع الكبير -تحقيق بشار عواد معروف،، دار الغرب الإسلامي -بيروت، ١٩٩٨م

٦. السنن الكبرى، للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط٣، دار الكتب

العلمية، بيروت-لبنان، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٧. شعب الإيمان، البيهقي، أحمد بن الحسين، تحقيق عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، ط١، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م.

٨. صحيح ابن حبان، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي (ت٣٥٤هـ)، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، تحقيق شعيب الأرنؤوط .

٩. صحيح ابن خزيمة لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري (ت٣١١هـ)، طبعة المكتب الإسلامي، تحقيق د. محمد مصطفى الأعظمي .

١٠. صحيح البخاري للبخاري: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، طبعت بالأفست عن طبعة دار الكتب العامرة باستانبول، الناشر: دار الكتب العلمية (بيروت - لبنان).

١١. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، الكتاب: تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

١٢. صحيح وضعيف سنن النسائي، محمد ناصر الدين الألباني، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .

١٣. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، ح / محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة - بيروت .

١٤.الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (ت٢٣٥هـ) . مكتبة الرشد . الطبعة الأولى . تحقيق كمال يوسف الحوت .

١٥.مسند إسحاق بن راهويه لإسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن راهويه الحنظلي (ت٢٣٨هـ)، مكتبة الإيمان، الطبعة الأولى، تحقيق د.عبد الغفور ابن عبد الحق البلوشي .

١٦.مسند الإمام أحمد بن حنبل، ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط –عادل مرشد وآخرون،، ط١٤٢١،١هـ-٢٠٠١م،مؤسسة الرسالة.

١٧.المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت٢١١هـ)، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي .

١٨.معالم السنن، الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، وهو شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية - حلب، ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م

١٩.المعجم الأوسط، الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد و عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين –القاهرة.

٢٠.المعجم الكبير، الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، ط٢، مكتبة ابن تيمية –القاهرة.

٢١.نيل الأوطار، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إدارة الطباعة المنيرية.

ثالثًا: كتب الفقه

كتب الحنفية

١. الاختيار لتعليل المختار، ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلي، ت ٦٨٣ هـ، تحقيق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، ط٣، دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان، ١٤٢٦ هـ- ٢٠٠٥ م.

٢. • بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، علاء الدين،ت ٥٨٧، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦ م .

٣. البناية في شرح الهداية لبدر الدين العيني (ت٨٥٥هـ) دار الفكر . الطبعة الثانية .

٤. تحفة الفقهاء، السمرقندي، علاء الدين، ت ٥٣٩هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م.

٥. الجوهرة النيرة، الحنفي، أبو بكر بن علي بن محمد، ط١،المطبعة الخيرية، ١٣٢٢هـ.

٦. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ا بن عابدين، ت١٢٥٢، المعروفة بحاشية ابن عابدين، عج ٨،دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت، ١٤٢١ هـ، ٢٠٠٠ م.

كتب المالكية:

١. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، للحافظ أبي

عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي (ت٤٦٣هـ) . الطبعة الأولى . دار قتيبة . تحقيق د . عبد المعطي أمين قلعجي .

٢. بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط٤،مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر،١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.

٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفه ، دار الفكر.

٤. الذخيرة، القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، ت ٦٨٤، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب – بيروت، ١٩٩٤ م .

٥. المدونة، مالك،ابن أنس، ت ١٧٩ ه، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥ه-١٩٩٤م.

٦. مواهب الجليل فى شرح مختصر خليل، الطرابلسي،شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن،، ط٣،دار الفكر،١٤١٢ه-١٩٩٢م.

٧. الموطأ، مالك بن أنس، ت /محمد مصطفى الأعظمي،الطبعة: الاولى ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م،الناشر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان .

جـ- كتب الشافعية:

١. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، لمحمد الشربيني الخطيب، طبعة دار الفكر، تحقيق مكتب البحوث والدراسات .

٢. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت٢٠٤هـ)، طبعة دار الفكر .

٣. الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت٤٥٠هـ)، طبعة دار الفكر، تحقيق الدكتور محمود مطرجي .

٤. روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية .

٥. المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، طبعة دار الفكر.

٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، لمحمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، تحقيق الشيخين علي محمد معوض وعادل عبد الموجود .

د- كتب الحنابلة:

١. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الحنبلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، ط٢، دار إحياء التراث العربي.

٢. التاج والإكليل لمختصر خليل، المالكي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، ط١،دار الكتب العلمية،١٤١٦هـ-١٩٩٤م.

٣. كشاف القناع عن متن الإقناع، الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، دار الكتب العلمية .

٤. المبدع في شرح المقنع، بن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، أبو إسحاق، ت ٨٨٤، دار عالم الكتب – الرياض،١٤٢٢هـ-٢٠٠٣م.

٥. المغنى، ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن

أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، مكتبة القاهرة،١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

هـ- كتب الفقه الظاهري:

١. المحلى لابن حزم: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، الناشر دار الآفاق الجديدة (بيروت،لبنان).

رابعًا: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

١. الإحكام في أصول الأحكام للآمدي: علي بن محمد، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ، المكتب الإسلامي (بيروت- لبنان).

٢. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني: محمد بن علي، دار المعرفة (بيروت - لبنان).

٣. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لابن نجيم: زين العابدين بن إبراهيم، طبعة عام ١٤٠٠ هـ، دار الكتب العلمية (بيروت - لبنان).

٤. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للسيوطي: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار إحياء الكتاب العربي، عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٥. أصول السرخسي للسرخسي: أبي بكر محمد بن أحمد، تحقيق أبي الوفاء الأفغاني، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن - الهند، دار المعرفة بيروت ١٣٩٣ هـ.

٦. التمهيد في أصول الفقه لأبي الخطاب: محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، دراسة وتحقيق د مفيد محمد أبو عمشة، الطبعة الأولى ١٤٠٦

هـ، دار المدني بجدة، وهو من مطبوعات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة.

٧. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، أو المختصر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، لابن النجار: محمد بن أحمد، تحقيق كل من: د محمد الزحيلي، ود نزيه حماد، طبعة عام ١٤٠٠ هـ دار الفكر بدمشق، وهو أيضًا من مطبوعات مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة.

٨. العدة في أصول الفقه للقاضي أبي يعلى: محمد بن الحسين الفراء، تحقيق وتعليق وتخريج د أحمد بن علي سير المباركي، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ.

٩. الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق، القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد، الناشر: عالم الكتب.

١٠. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، الناشر: دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

١١. المحصول في علم أصول الفقه للرازي: فخر الدين محمد بن عمر، دراسة وتحقيق د طه جابر فياض العلواني، الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ، طبع جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.

١٢. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، أحمد الريسوني، الناشر: الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الطبعة: الثانية - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م.

خامسًا: كتب فقه عام

١. الإجماع، ابن المنذر أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (المتوفى: ٣١٩هـ فؤاد عبد المنعم أحمد. ص٤٠، دار المسلم للنشر والتوزيع- الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤مـ

٢. زاد المعاد فى هدى خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: ٧٥١هـ)، ١/٣٦٣.

٣. الطرق الحكمية، ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، مكتبة دار البيان.

٤. نيل الأوطار – الشوكاني، تحقيق عصام الدين الصبابطي، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٣٣م،دار الحديث مصر.

سادسًا: كتب التاريخ والرجال والطبقات:

١. الأعلام للزركلي: خير الدين الزركلي، الطبعة الخامسة ١٩٨٠ هـ الناشر دار العلم للملايين، (بيروت - لبنان).

٢. تذكرة الحفاظ للذهبي: شمس الدين أبي عبد الله محمد الذهبي، دار إحياء التراث العربي (بيروت - لبنان).

٣. تقريب التهذيب لابن حجر: أحمد بن علي، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، الطبعة الثانية ١٣٩٥ هـ الناشر دار المعرفة (بيروت - لبنان).

٤. تهذيب الأسماء واللغات للنووي: أبي زكريا يحيى بن شرف، طبع المطبعة المنيرية، الناشر دار الكتب العلمية (بيروت - لبنان).

٥. تهذيب التهذيب لابن حجر: أحمد بن علي، الطبعة الأولى ١٣٢٥ هـ، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية (حيدر آباد - الدكن - الهند).

٦. الجرح والتعديل لأبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، (حيدر آباد - الدكن - الهند).

٧. سير أعلام النبلاء للذهبي: شمس الدين محمد بن أحمد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وجماعة، الناشر مؤسسة الرسالة ١٤٠١ هـ وما بعدها.

٨. شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد: أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، دار الكتب العلمية (بيروت - لبنان).

٩. طبقات الحنابلة للقاضي أبي الحسين: محمد بن محمد بن الحسين الفراء، الناشر دار المعرفة (بيروت - لبنان).

١٠. طبقات الشافعية للسبكي: عبد الوهاب بن تقي الدين، الناشر دار المعرفة (بيروت - لبنان).

١١. المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد لابن مفلح: برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله) تحقيق د عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ، مطبعة المدني بالقاهرة، الناشر مكتبة الرشد بالرياض.

١٢. ميزان الاعتدال في نقد الرجال للذهبي: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، تحقيق محمد علي البجاوي، الناشر دار المعرفة (بيروت- لبنان).

سابعًا: كتب اللغة والغريب:

١. التعريفات للجرجاني؛ علي بن محمد، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ، دار الكتب العلمية (بيروت - لبنان).

٢. تهذيب اللغة للأزهري: أبي منصور محمد بن أحمد، تحقيق الأستاذ عبد العظيم محمود، ومراجعة محمد علي النجار، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مطابع سجل العربي في القاهرة.

٣. حلية الفقهاء لابن فارس: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، تحقيق د عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطعبة الأولى ١٤٠٣ هـ، الشركة المتحدة للتوزيع (بيروت - لبنان).

٤. القاموس المحيط للفيروزآبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، المؤسسة العربية للطباعة والنشر (بيروت - لبنان) دار الجيل.

٥. لسان العرب لابن منظور: جمال الدين محمد بن مكرم بن علي، الناشر: دار صادر، (بيروت - لبنان).

٦. مختار الصحاح للرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، إخراج دائرة المعاجم في مكتبة لبنان ببيروت.

٧. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للفيومي: أحمد بن محمد ابن علي، المكتبة العلمية (بيروت - لبنان).

٨. النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد

الطناحي، توزيع دار الباز بمكة المكرمة.

ثامنًا: كتب قضايا معاصرة في المعاملات المالية:

١. الأسواق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، المقدم للدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي التاسع لمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي عقد بجدة من ٧ ـــ ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ ـــ ١٤ مايو ١٩٩٢م.

٢. بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، د.عبدالستار أبو غدة، الناشر: بيت التمويل الكويتي، ١٩٩٣ .

٣. العقود المالية المركبة للدكتور عبدالله العمراني، دار كنوز أشبيليا بالرياض الطبعة الأولى سنة ١٤٢٧هـ.

٤. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. علي السالوسي، مكتبة الفلاح بالكويت.

تاسعًا: مجلات علمية وبحوث متعلقة بدراسة الحديث:

١. بيع الإنسان ما ليس عنده ..دراسة تأصيلية وتطبيقات معاصرة، بحث للدكتور خالد بن زيد الجبلي، وهو بحث منشور في المجلة الفقهية السعودية في العدد ١٦ عام ١٤٣٤هـ.

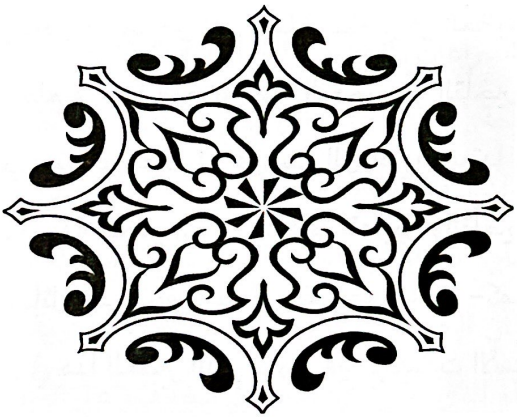
٢. حديث لا تبع ما ليس عندك – سنده وفقهه .. دراسة تحليلية، بحث للدكتور علي محيي الدين القره داغي، وهو مطبوع ضمن كتابه: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة .

٣. لا تبع ما ليس عندك محاولة لقراءة النص، ندوة حوار للدكتور أحمد

محمد خليل الاسلامبولي، عرضها بتاريخ ١٤٢٦/٢/١٣هـ، التي يقيمها مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجده.

٤. مجلة البحوث الإسلامية، مجلة دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء في الرياض، العدد الخامس عشر.

٥. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مجلة دورية تصدر عن رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، العدد السادس عشر.



أحكام تعجيل زكاة المال وتأخيرها في الفقه الإسلامي
-دراسة مقارنة-

الدكتور/ نعيم سماره المصري(*)

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد ﷺ، أما بعد:

تعد الزكاة من أهم أركان الإسلام، اقترن ذكرها في القرآن الكريم بالصلاة في أكثر من موضع، وكذلك السنة النبوية أشارت إلى أهميتها ومكانتها في الإسلام، وأثرها في الفرد والمجتمع، ومن هنا كانت فكرة البحث أن يتناول مسألة من أهم مسائل هذا الركن العظيم في الإسلام، يحتاجها المسلم في هذا الزمن، وهي التعجيل أو التأخير لزكاة ماله قبل الوجوب وبعده، حيث إن فرضية الزكاة وأنصبتها من الأحكام الواضحة المعروفة للجميع، وأما أحكام التعجيل والتأخير وما يترتب عليها من مسائل فهي تخفى على البعض، مع حاجته -كما ذكرت- إلى هذه المسائل في هذا العصر الذي كثرت فيه وتعددت الأسباب الدافعة إلى التعجيل أو التأخير أحيانًا، وقد وردت هذه المسائل متفرقة في كتب المذاهب الفقهية، وتناولت بعض البحوث والفتاوى المعاصرة حكم التعجيل للزكاة، ومسألة التأخير في أدائها.

(*) أستاذ الفقه المقارن المشارك كلية الشريعة جامعة الأزهر – غزة فلسطين.

ولم أعثر -حسب اطلاعي- على بحث جمع بين أحكام التعجيل والتأخير معًا، وما يترتب عليهما من مسائل فقهية، فرأيت أن يكون هذا البحث عونًا للمسلم في معرفة أحكام مسألة من أهم مسائل ركن دينه الثاني بعد الصلاة.

وانحصر البحث في زكاة المال دون الزروع؛ وذلك لأن زكاة الزروع قد بين الله -سبحانه وتعالى- وقت وجوبها وأدائها في قوله -جل شأنه-: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾[1].

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في أنه يعالج مسألة من أهم مسائل زكاة المال وهي التعجيل والتأخير في أدائها، وما يترتب على ذلك من مسائل فقهية، حيث كثرت الصراعات والحروب والكوارث في العالم الإسلامي، وبرزت الحاجة واضحة إلى معرفة المسائل التي اختلف فيها الفقهاء، وبيان الراجح منها بقدر المستطاع، أو تضييق الخلاف بالجمع بين الأقوال، وإلى هذه الحاجة نبه الشيخ محمود شلتوت -رحمه الله بقوله: «رغم ما أعتقد من أن الخلاف النظري يدل على حيوية فكرية قوية، وعلى سماحة النظام الذي يكون في ظله ذلك الخلاف، على الرغم من ذلك، فكم يضيق صدري حينما أرى مجال الخلاف بين الأئمة في تطبيق هذه الفريضة يتسع على النحو الذي نراه في كتب الفقه والأحكام»[2].

(١) سورة الأنعام الآية ١٤١.
(٢) الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت، ص ١٠٩.

المبحث الأول: تمهيـــــدي

المطلب الأول: تعريف مصطلحات البحث

أولًا – التعجيل:

أ – التعجيل لغةً:

تدور معاني التعجيل في اللغة على الإسراع والاستحثاث، فالتعجيل الاستحثاث وطلب العجلة، يقال استعجل الرجل حثه، وأمره أن يُعجل الأمر، والعَجَلَةُ السرعة خلاف البطء[1]، والمُعجَل المقدم، يقال تَعَجَل من الكراء كذا، وعَجَل له من الثمن كذا تعجيلًا أي قدم، ومنه مقدم الصداق[2]. والعَجَلَةُ طلب الشيء وتحريه قبل أوانه[3].

ب – التعجيل في الاصطلاح:

لا يخرج التعجيل في معناه الاصطلاحي عما ورد في المعنى اللغوي، فيعرف بأنه: «الإسراع بإحضار نحو المال أو الدين»[4]. وهذا التعريف تعريف عام يتوافق مع المعنى اللغوي، وعلى هذا المعنى جاءت بعض الآيات القرآنية، قال -تعالى-: ﴿ قَالَ هُمْ أُولَآءِ عَلَىٰٓ أَثَرِى وَعَجِلْتُ إِلَيْكَ رَبِّ لِتَرْضَىٰ ﴾[5]. وقوله -تعالى-: ﴿لَا تُحَرِّكْ بِهِۦ لِسَانَكَ لِتَعْجَلَ بِهِۦٓ ﴾[6].

والفقهاء -رحمهم الله- لم يصرحوا بتعريف التعجيل فيما أعلم،

(١) انظر في ذلك: لسان العرب لابن منظور، ٢/٥٨٦، العين للفراهيدي ١/٢٢٧، القاموس المحيط للفيروز أبادي، ص ٢٦٥.
(٢) لسان العرب لابن منظور ١١/٤٢٥.
(٣) المفردات في غريب القرآن للأصفهاني ص ٥٤٨.
(٤) التوقيف على مهمات التعاريف لمحمد المناوي، ص ١٠٠.
(٥) سورة طه الآية ٨٤.
(٦) سورة القيامة الآية ١٦.

لظهور معناه ووضوحه. ويأتي التعجيل عندهم لمعنيين هما[١]:

١ – أداء الحق قبل وقته، ومنه تعجيل الزكاة أي أداؤها قبل وجوبها.

٢ – أداء الحق في أول وقته، ومنه تعجيل صلاة المغرب، وتعجيل الفطر للصائم.

قال ﷺ: (لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر)[٢].

والأمر الأول هو المقصود في مسائل هذا البحث، فيعرف التعجيل على هذا الاعتبار بأنه: «الإتيان بالفعل قبل وقته المحدد له شرعًا بإذن الشارع»[٣].

ثانيًا - التأخير:

أ – التأخير في اللغة: التأخير لغة ضد التقديم، ومؤخر كل شيء خلاف مقدمه.

ب - التأخير في الاصطلاح: هو فعل الشيء في آخر وقته المحدد له شرعًا، كتأخير السحور والصلاة.

أو خارج وقته سواء كان الوقت محددًا شرعًا كتأخير الزكاة، أو متفقًا عليه كتأخير الدين. وقد يكون التأخير في الاتفاقات بين الناس بضرب أجل جديد فيسمى تأجيلًا، وعليه يكون التأخير أعم من التأجيل، إذ التأخير بأجل أو بغير أجل يسمى تأخيرًا.

---

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء: أ.د. محمد رواس قلعجي وآخرون، ١/١٣٥.

(٢) صحيح البخاري، البخاري، ٣/٣٦ حديث ١٩٥٧.

(٣) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبدالرحمن عبدالمنعم ١/٤٦٨.

والمراد من كل ذلك هو تأخير الفعل عن وقته المحدد شرعًا، كتأخير الزكاة عن وقت أدائها[١].

ثالثًا - تعريف الزكاة:

أ- الزكاة لغة: تطلق الزكاة لغة على معان متعددة، أهمها: النماء والطهارة والزيادة والبركة والمدح والصلاح[٢]، ومعظم هذه المعاني قد استعمل في القرآن الكريم، قال -تعالى-: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّىٰهَا﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ﴾[٤].

ب- الزكاة اصطلاحًا: لا يخلو كتاب فقهي من تعريف الزكاة، وللفقهاء في تعريفها اصطلاحًا نظرتان، فمنهم من نظر إليها من جهة المال الذي تخرج منه الزكاة، ومنهم من نظر إليها من جهة إلى فعل المزكي، وقد أطلقها المشرع وأراد بها كلا المعنيين، ولكن الغالب في استعمال المشرع لها أنها فعل الزكاة؛ لأنها توصف بالوجوب، وهو من صفات الأفعال دون الأعيان[٥]، ومن تعريفات الفقهاء لها بتقدير الفعل الآتي:

١ - الحنفية: الزكاة هي «تمليك المال من فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه، بشرط قطع المنفعة عن الملك من كل وجه لله -تعالى-»[٦].

---

(١) انظر: معجم لغة الفقهاء، قلعجي وآخرون ١/١١٨.
(٢) انظر: لسان العرب لابن منظور ١٤/٣٥٨، تاج العروس للزبيدي ٣٨/٢٢٣.
(٣) سورة الشمس الآية ٩.
(٤) سورة التوبة: ١٠٣.
(٥) البحر الرائق لابن نجيم ٢/٢١٦.
(٦) رد المحتار لابن عابدين ٣/١٧١، البحر الرائق لابن نجيم ٢/٢١٦.

وعرفها الموصلي بأنها: «إيجاب طائفة من المال في مال مخصوص لمالك مخصوص»[١].

٢- **المالكية:** «اسم لقدر من المال يخرجه المسلم في وقت مخصوص لطائفة مخصوصة بالنية»[٢].

٣- **الشافعية:** «الزكاة هي اسم لقدر مخصوص من مال مخصوص يجب صرفه لأصناف مخصوصة بشرائط»[٣].

٤- **الحنابلة:** الزكاة شرعًا هي: «حق واجب في مال مخصوص لطائفة مخصوصة في وقت مخصوص»[٤].

ونلاحظ أن هذه التعريفات متقاربة في معانيها، فلفظ الزكاة إذا أطلق عند الفقهاء ينصرف لحق يجب في المال بشرائط مخصوصة، وتكثر القيود في التعريفات وفقًا لما ذهب إليه كل مذهب.

وقد عرفها الدكتور القرضاوي بقوله: «والزكاة في الشرع تطلق على الحصة المقدرة في المال التي فرضها الله للمستحقين، كما تطلق على نفس إخراج هذه الحصة»[٥].

رابعًا - تعريف المال:

أ - المال في اللغة: المال لغة مشتق من (مَوَل)، ويطلق في اللغة على

(١) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١/٩٩.
(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب ٢/٢٥٥، وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣.
(٣) مغني المحتاج للشربيني ٢/٦٢، الحاوي الكبير للماوردي ٤/٣.
(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهوتي ٢/١٦٦، وانظر: المغني لابن قدامة ٢/٥٧٢، منتهى الإرادات لمحمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار ١/٤٣٥.
(٥) فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي ١/٣٧.

كل ما يملكه الإنسان من أشياء، وجمعه أموال[١]، وأصله ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره، كالنقد وما يمكن أن يقوم مقامه[٢].

ب- المال في الاصطلاح: ذهب الفقهاء من حيث الجملة في تحديد معنى المال اصطلاحًا إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: ما ذهب إليه الأحناف، ومن تعريفاتهم للمال أنه: «ما صح إحرازه على قصد التمول»[٣]. أو هو: «اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز»[٤].

وعرفت المجلة المال في المادة (١٢٦) بأنه: «ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولًا أو كان غير منقول»، ويظهر من هذه التعريفات للمال أنها تتطلب توافر عنصرين فيه هما:

١- إمكان الادخار والإحراز.

٢- إمكان الانتفاع به عادة.

الاتجاه الثاني: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من غير الأحناف، ومن تعريفاتهم للمال:

١- تعريف المالكية: «هو كل ما تمتد إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعًا للانتفاع به»[٥].

٢ – تعريف الشافعية: «لا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع

(١) لسان العرب لابن منظور ١١/٦٣٥، المصباح المنير للحموي ٢/٥٨٦.
(٢) معجم لغة الفقهاء، قلعجي وآخرون ١/٣٩٦.
(٣) المبسوط للسرخسي ٧/١٦٠.
(٤) المبسوط للسرخسي ١١/٧٩.
(٥) أحكام القرآن لابن العربي ٢/١٠٧.

بها وتلزم متلفه وإن قلت ولا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك»[١]. وهو: «ما كان منتفعًا به، وهو إما أعيان أو منافع»[٢].

٣- تعريف الحنابلة: المال هو: «ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة»[٣]، أو هو: «ما يباح نفعه مطلقًا»[٤].

ونلاحظ: أن تعريفات جمهور الفقهاء لم تشترط إمكان الإحراز والحيازة للمال، وهو ما يعني أن المنافع تعد أموالًا عند الجمهور، ولا تعد أموالًا عند الأحناف.

وتعريف الفقهاء المعاصرين للمال لا يخرج عن تعريف جمهور الفقهاء ومن أوضحها أن المال هو: «كل ما له قيمة عرفًا وجاز الانتفاع به في حال السعة والاختيار»[٥].

المطلب الثاني: شروط وجوب زكاة المال

اشترط الفقهاء لوجوب الزكاة في المال ثلاثة شروط، هي: الملك التام، والنصاب، والحول.

أولًا – شرط الملك التام:

الملك كما عرفه الجرجاني هو: «اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقًا لتصرفه فيه، وحاجزًا عن تصرف غيره فيه»[٦].

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٧.
(٢) الأشباه والنظائر للزركشي ٣/٢٢٢.
(٣) المقنع لابن قدامة ٢/٥.
(٤) منتهى الإرادات لابن النجار ٢/٢٤٥.
(٥) ضمان المنافع، د. إبراهيم الدبو ٢٢٨ -٢٢٩.
(٦) التعريفات للجرجاني ص ٣٦٣.

وعرفه القرافي في الفروق بأنه: «حكم شرعي قدر وجوده في عين أو في منفعة، يقتضي تمكين من أضيف إليه من الأشخاص من انتفاعه بالعين أو المنفعة أو الاعتياض عنها، ما لم يوجد مانع من ذلك[١]، وقد أوجز الشيخ الزرقا تعريف الملك بقوله الملك هو: «اختصاص شرعًا يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع»[٢].

وتمام الملك أن يكون المال مملوكًا له رقبة ويدًا[٣]، أي يكون المال بيده ولم يتعلق به حق غيره، وأن يتصرف فيه باختياره، وأن تكون فوائده حاصلة له[٤].

وبذلك يتضح أن الملك التام مصطلح فقهي يتضمن عنصرين، هما: الملك وتمامه. والمراد بالملك التام هنا الحيازة والتصرف والاختصاص الذي أتاحه الله للإنسان، فمعنى ملك الإنسان أنه أحق بالانتفاع بعينه أو منفعته من غيره، وذلك باستيلائه عليه بوسيلة من وسائل التملك المشروعة.

والمراد به في الزكاة هو القدرة على التصرف في المال على وجه لا يتعلق بذلك تبعة في الدنيا ولا غرامة في الآخرة[٥].

الأدلة على اشتراط الملك التام لوجوب الزكاة في المال:

يستدل على اشتراط أن يكون المال مملوكًا للشخص ملكًا تامًا حتى

(١) الفروق للقرافي ٣/٢٣٢.
(٢) المدخل الفقهي العام، الشيخ مصطفى الزرقا ١/٢٤٠.
(٣) البحر الرائق ٢/٢١٨.
(٤) مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى للسيوطي ٢/١٤.
(٥) فقه الزكاة للقرضاوي ١/١٢٩.

تجب فيه الزكاة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

١- **من القرآن الكريم:** قوله -تعالى-: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾(١)، وقوله -تعالى-: ﴿ وَٱلَّذِينَ فِيٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾(٢).

وجه الدلالة من الآيتين: أضاف الله -سبحانه وتعالى- الأموال إلى الشخص المأخوذ منه أو المطلوب منه الزكاة، وفي ذلك دلالة على اشتراط ملكيتها حتى تؤدى الزكاة عنها.

٢- **من السنة النبوية:** عن ابن عباس -رضي الله عنهما-: (أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذًا -رضي الله عنه- إلى اليمن قال: إنك تقدم على قوم أهل كتاب، فليكن أول ما تدعوهم إليه عبادة الله، فإذا عرفوا الله فأخبرهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات في يومهم وليلتهم، فإذا فعلوا الصلاة فأخبرهم أن الله فرض عليهم زكاة من أموالهم وترد على فقرائهم، فإذا أطاعوا بها فخذ منهم، وتوق كرائم أموال الناس»(٣).

وجه الدلالة: قول النبي ﷺ: (زكاة من أموالهم)، حيث أضاف الأموال هنا إلى من تؤخذ منهم الزكاة، وهذه الإضافة تقتضي الملكية، فلا يكون المال للشخص إلا إذا ملكه ملكية تامة تميزه على غيره بحق الانتفاع والتصرف فيه.

(١) سورة التوبة الآية ١٠٣.
(٢) سورة المعارج الاية ٢٤.
(٣) صحيح البخاري، البخاري ٢/١١٩ حديث ١٤٥٨.

٣ - من الإجماع: أجمع الفقهاء على أن الملك التام شرط لوجوب الزكاة في المال[١].

٤- من المعقول: المعقول يؤيد اشتراط الملك التام لوجوب الزكاة في المال؛ للآتي:

- الزكاة فيها تمليك المال للمستحقين لها من الفقراء والمساكين وسائر المصارف، والتمليك فرع عن الملك، إذ كيف يملك الإنسان غيره شيئًا لا يملكه هو[٢]؟

- الملك الناقص ليس نعمة كاملة، والزكاة إنما تجب مقابل النعمة التي أنعم الله بها على الإنسان[٣].

- المال إذا لم يكن مقدورًا الانتفاع به في حق المالك، لا يكون المالك به غنيًا، ولا زكاة على غير الغني[٤].

ثانيًا- شرط بلوغ النصاب:

النصاب في اللغة الأصل والمرجع، يقال رجع الأمر إلى نصابه، وكذلك مقبض السكين، وهو من المال القدر الذي تجب الزكاة فيه، ومن الأعضاء العدد الذي يصح به عقد الجلسة، ويقال هلك نصاب مال فلان ما استطرفه[٥].

والمقصود به (النصاب) عند الفقهاء في الزكاة هو: «القدر الذي إذا

(١) بداية المجتهد لابن رشد ١/٣٢١.
(٢) فقه الزكاة للقرضاوي ١/١٣١.
(٣) كشاف القناع للبهوتي ٢/١٩٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١/٣٩١.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٩.
(٥) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية ٢/٩٢٥، لسان العرب لابن منظور ١/٧٦١.

بلغه المال وجبت فيه الزكاة»[١]. أو هو: «ما لا تجب فيما دونه زكاة من مال»[٢].

فلا تجب الزكاة في ضئيل المال، بل لابد من أن يبلغ المال قدرًا محددًا وهو المسمى بالنصاب، فإذا بلغه وجبت فيه الزكاة، والنصاب يختلف باختلاف المال المزكى.

والحكمة في اشتراط النصاب واضحة بينه، وهي أن الزكاة ضريبة تؤخذ من الغني مواساة للفقير، فلابد من أن تؤخذ من مال يحتمل المواساة ولا معنى أن تؤخذ من الفقير، وهو في حاجة إلى أن يُعان لا أن يُعين[٣].

الأدلة على اشتراط النصاب: ويستدل على اشتراط النصاب في المال لوجوب الزكاة بالسنة والإجماع والمعقول.

١ – **من السنة:** روي عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: «ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة، وليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة، وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»[٤].

وجه الدلالة من الحديث: يبين النبي ﷺ بصريح العبارة أن لكل نوع من الأموال مقدارًا معينًا تجب فيه الزكاة، ولا تجب فيما دونه،

(١) معجم لغة الفقهاء، قلعجي وآخرون ص ٤٨٠، مواهب الجليل للحطاب ٢/٢٥٥.
(٢) التعريفات الفقهية، محمد البركتي ص ٢٢٨.
(٣) فقه الزكاة للقرضاوي ١/١٥١.
(٤) صحيح البخاري، للبخاري ٢/١٦ حديث ١٤٤٧.

وهذا المقدار هو النصاب، فيشترط في المال بلوغه حتى تجب الزكاة فيه.

الإجماع: أجمع الفقهاء على شرط بلوغ النصاب لوجوب الزكاة في المال من الزروع والثمار(١).

من المعقول: يستدل على شرط النصاب في المال لوجوب الزكاة من المعقول للآتي:

- الزكاة لا تجب إلا على الغني، والغني لا يحصل إلا بالمال الفاضل عن الحاجة الأصلية، وما دون النصاب لا يفضل عن الحاجة الأصلية فلا يصير الشخص غنيًا به.

- وفي هذا المعنى جاء قوله ﷺ في الحديث الذي يرويه أبو هريرة -رضي الله عنه-: «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول»(٢).

- لأن الزكاة شرعت للمواساة والرفق بالفقراء، ومن لا يملك نصابًا ليس أهلًا للمواساة(٣).

ثالثًا - شرط الحول:

الحول هو السنة؛ لأنها تحول أي تمضي(٤)، ويطلق الحول عند الفقهاء على السنة الهجرية الكاملة، وهي اثنا عشر شهرًا قمريًا(٥).

(١) بداية المجتهد لابن رشد ١/٣٥٣.
(٢) صحيح البخاري للبخاري ٢/١١٢ حديث ١٤٢٦.
(٣) فقه الزكاة للقرضاوي ١/١٥١.
(٤) التعريفات الفقهية، محمد البركتي ص ٨٢.
(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء، قلعجي وآخرون ص ٧٠.

والمراد بالحول في زكاة المال أن يمر على المال المراد تزكيته وقد بلغ نصابًا عند مالكه سنة (هجرية) كاملة، وذلك في زكاة النقدين والأنعام وعروض التجارة[١].

ويستدل على شرط الحول في وجوب زكاة المال من السنة والإجماع والمعقول.

١ – من السنة: ما رواه علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ: «وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول»[٢]، وما روي عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: «من استفاد مالًا فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول عند ربه»[٣].

وجه الدلالة من الحديثين: هو أن كلًا من الحديثين يدل بمنطوقه على عدم وجوب الزكاة في المال قبل حولان الحول، ويدل بمفهوم المخالفة على وجوب الزكاة بعد انتهاء الحول.

من الإجماع: نقل كل من ابن المنذر وابن رشد وابن قدامة الإجماع على أن حولان الحول شرط لوجوب الزكاة في المال البالغ النصاب[٤].

من المعقول: يستدل من المعقول على اشتراط الحول لوجوب الزكاة، حيث إن المقصود من مشروعية الزكاة مواساة الفقير، ولا يتحقق هذا المعنى إلا بالنماء؛ لذا تم تقدير المدة اللازمة للنماء بالحول؛ وذلك لأن

(١) المجتهد لابن رشد ١/٣٦١.
(٢) سنن أبي داود لأبي داود ٣/٢٤ حديث ١٥٧٣، قال الأرنؤوط: إسناده حسن.
(٣) سنن الترمذي للترمذي ٣/١٧ حديث ٦٣٢، صححه الترمذي قال المباركفوري: هو في حكم المرفوع تحفة الأحوذي للمباركفوري ٣/٢٢٠.
(٤) الإجماع لابن المنذر ص ٤٧، بداية المجتهد لابن رشد ١/٣٦١، المغني لابن قدامة ٢/٦٢٥.

الحول يشتمل على الفصول الأربعة التي يتم فيها تغير الأسعار ارتفاعًا ونزولًا فأنيط الحكم به[1].

يقول ابن القيم -رحمه الله- في هدي النبي ﷺ في الزكاة: «إنه أوجبها مرة كل عام وجعل حول الزروع والثمار عند كمالها واستوائها، وهذا أعدل ما يكون، إذ وجوبها كل شهر أو كل جمعة يضر بأرباب الأموال، ووجوبها في العمر مرة يضر بالمساكين، فلم يكن أعدل من وجوبها كل عام مرة»[2].

المبحث الثاني: تعجيل الزكاة

المطلب الأول: حكم تعجيل الزكاة

تحرير محل النـزاع:

مسألة تعجيل إخراج الزكاة قبل الحول اتفق الفقهاء فيها على مواطن واختلفوا في أخرى، وذلك على النحو الآتي:

أولًا: اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب؛ لأنه لم يوجد سبب وجوبها، فلم يجز تقديمها، كأداء الثمن قبل البيع، والدية قبل القتل[3].

ومن القواعد التي نص عليها ابن رجب قوله: «العبادات كلها، سواء كانت بدنية أو مالية أو مركبة منهما لا يجوز تقديمها على سبب وجوبها، ويجوز تقديمها بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب أو قبل

(١) الاختيار لتعليل المختار، الموصلي ١/١٠١.
(٢) زاد المعاد لابن القيم ٢/٥.
(٣) مراتب الإجماع لابن حزم ص ٣٧، الفروق للقرافي ٣/١٣٧، المغني لابن قدامة ٢/٦٣١.

شرط الوجوب»[١].

ومن النصوص التي وردت عند الفقهاء في ذلك:

قال المرغيناني: «وإن قدم الزكاة على الحول وهو مالك للنصاب جاز»[٢].

وقال الشاشي: «كل ما وجبت الزكاة فيه بالحول والنصاب لا يجوز تقديم زكاته على ملك النصاب»[٣].

قال القاضي عبدالوهاب: «أما زكاة العين فمن شروطها النصاب والحول، إلا أن يكون من معدن»[٤].

وقال النووي: «يجوز تعجيل الزكاة قبل الحول، ولا يجوز قبل تمام النصاب»[٥].

وقال ابن قدامة: «ولا يجوز تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب، بغير خلاف علمناه»[٦].

ثانيًا: إذا وجد النصاب وملكه صاحب المال ملكًا تامًا وهو سبب وجوب الزكاة، فإن للعلماء اتجاهين في جواز تعجيل إخراج الزكاة قبل تمام شرط الحول، هما: الأول بالجواز، والثاني بالمنع، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

---

(١) القواعد لابن رجب، القاعدة الرابعة ص ٦.
(٢) شرح فتح القدير على الهداية لابن الهمام ٢/٢٠٤.
(٣) حلية العلماء للشاشي ٣/١١٣.
(٤) المعونة على مذهب عالم المدينة للبغدادي ١/٣٦٠.
(٥) روضة الطالبين للنووي ٢/٢١٢.
(٦) المغني لابن قدامة ٢/٦٣١.

الاتجاه الأول: جواز تعجيل إخراج الزكاة وتقديمها على الحول إذا وجد سبب وجوبها وهـو النصاب، وإليه ذهب جماهير العلماء وهم: الحسن البصري، وسعيد بن جبير، والزهري، والأوزاعي، وإسحق، وأبو عبيد(١)، والحنفية(٢)، ورواية عن الإمام مالك(٣)، والشافعية على الراجح في المذهب(٤)، والحنابلة(٥).

الاتجاه الثاني: لا يجوز تقديم الزكاة عن موعدها، والحول شرط صحة لإخراجها، ومن تعجل قبل الحول لا تجزئه وعليه الإعادة. وهذا الاتجاه هو مذهب المالكية(٦)، وابن حزم الظاهري(٧)، ووجه عند الشافعية. قال ابن المنذر: «لا يجوز التعجيل مطلقًا ...»(٨).

سبب الخلاف: سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة هو تردد الزكاة بين معنى العبادة و حق واجب للمساكين، فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز إخراجها قبل الوقت وهو حلول الحول، ومن

(١) الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ص ٥٢٣، المغني لابن قدامة ٢/٦٢٩.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥٠، فتح القدير لابن الهمام ٢/٢٠٤، حاشية ابن عابدين ٣/٢٢٠، تحفة الفقهاء للسمرقندي ١/٣١٢.
(٣) المدونة للإمام مالك ١/٣٣٥، الذخيرة للقرافي ٣/١٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١١٦، شرح التلقين للمازري ١/٣٨٣.
(٤) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٢/١٣٢، الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٢٤، روضة الطالبين للنووي ٢/٢١٢، الأم للإمام لشافعي ٢/٢٢.
(٥) المغني لابن قدامة ٢/٦٢٩، كشاف القناع للبهوتي ٢/٢٦٥، الشرح الممتع لابن عثيمين ٦/٢١٤، مجموع فتاوى ابن تيمية لابن تيمية ٢٥/٨٥.
(٦) المدونة للإمام مالك ١/٣٣٥، الذخيرة للقرافي ٣/١٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١١٦.
(٧) المحلى لابن حزم ٤/٢١١.
(٨) روضة الطالبين للنووي ٢/٢١٢، المجموع شرح المهذب للنووي ٦/٨٤٦، الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٢٤.

شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز إخراجها قبل الأجل على وجه التطوع[١].

الأدلـــــة:

أدلة الاتجاه الأول: استدل أصحاب هذا الاتجاه القائلون بجواز تقديم الزكاة عن موعدها، وتعجيلها إذا وجد النصاب بالآتي:

١ – عن علي -رضي الله عنه- «أن العباس بن عبدالمطلب -رضي الله عنه- سأل النبي ﷺ في تعجيل صدقته قبل أن تَحِلْ فرخص له في ذلك»[٢].

وجه الدلالة: الحديث دل بصريح نصه على جواز تعجيل إخراج الزكاة قبل الحول.

٢– عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: بعث رسول الله ﷺ عمر -رضي الله عنه- على الصدقة، فقيل منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس عم النبي ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرًا فأغناه الله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالدًا فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله -تعالى-، وأما العباس فهي عليّ ومثلها معها، ثم قال: يا عمر، أما سمعت أن عم الرجل صنو أبيه»[٣].

وجه الدلالة من الحديث: الحديث يدل على جواز تعجيل الزكاة

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ١/٣٦٧.

(٢) مسند الإمام أحمد، أحمد بن محمد بن حنبل ١/٣٢٥ حديث ٨٢٢، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. المستدرك للحاكم ٣/٣٣٢، وقال الذهبي: صحيح.

(٣) المستند المستخرج على صحيح مسلم، أحمد بن عبدالله الأصبهاني ٣/٦١ حديث ٢٢٠٧.

ولو لعامين، وهذا واضح من قوله ﷺ فهي علي ومثلها، حيث ورد في روايات أخرى للحديث أن النبي ﷺ قد أخذ واستلف من العباس صدقة عامين، ولم يتحمل عنه ما عليه من زكاة لأجل امتناعه، إذ كان يكفيه أن يتحمل مثلها من غير زيادة، وأيضًا الحمل على الامتناع فيه سوء ظن بالعباس عم النبي ﷺ(١).

٣ – استدلوا بالقياس بأن هذا تعجيل لمال وجد سبب وجوبه قبل وجوبه، فجاز كتعجيل قضاء الدين قبل حلول أجله، وأداء كفارة اليمين بعد الحلف وقبل الحنث، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق، وهو مسلم وجائز عند مالك(٢).

٤ – قالوا لأنه حق مالي أُجِّلَ للرفق فجاز تعجيله قبل أجله أو محله، كالدين المؤجل ودية الخطأ، فهي تشبه الحقوق المالية المؤجلة(٣).

٥ – مبنى فرض الزكاة في الإسلام على رعاية الفقراء ورعاية أرباب المال من جهة أخرى، والقول بجواز التعجيل فيه مصلحة عاجلة للفقير، ولا يتعارض مع مصلحة صاحب المال المتطوع(٤).

٦ – القول بجواز تعجيل الزكاة مظهر من مظاهر التخفيف والتيسير التي دعا إليها الإسلام، وقد ورد التخفيف في الشرع على وجوه متعددة، منها قصر الصلاة في السفر، ومسح الخف بدلًا من

(١) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٤/ ١٥٠.
(٢) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٣٠.
(٣) الإنصاف للمرداوي ٣/ ٢٠٤.
(٤) تعجيل الزكاة، د. عبدالله بن وكيل الشيخ، بحث منشور في بحوث ودراسات علمية، ٢٢ رمضان ١٤٣٤هـ وفق ٢٠١٣/٦/٣٠م.

غسل الرجلين، والجمع بين الصلاتين، وكذلك يكون تعجيل الزكاة من أرباب المال للفقراء[١].

أدلة الاتجاه الثاني:

استدل القائلون بعدم جواز تعجيل الزكاة قبل حلول الحول على رأيهم بالآتي:

١ – ما أخرجه الدارقطني من قوله ﷺ: «لا زكاة في مال امرئ حتى يحول عليه الحول»[٢].

٢ – وما روي عن علي -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: «وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول»[٣].

٣ – عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: «من استفاد مالًا فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول عند ربه»[٤].

وجه الدلالة من الأحاديث: دلت الأحاديث الثلاثة بمنطوقها على عدم وجوب الزكاة في المال قبل حولان الحول، فهي تعد صريحة في عدم جواز تعجيل الزكاة قبل الحول.

٤ – الحول والنصاب شرطان لإخراج الزكاة فلا يجوز تقديمها على أحدهما، فكما أنه لا يجوز تقديم الزكاة على شرط النصاب اتفاقًا فكذلك الحول[٥].

(١) المرجع السابق.
(٢) سنن الدارقطني، الدارقطني ٢/ ٩٠ حديث ١.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) المعونة على مذهب عالم المدينة للبغدادي ١/ ٣٦٦.

٥ – القياس: قاسوا الزكاة على الصلاة، حيث إنه لا يجوز تعجيل الصلاة قبل وقتها ومن فعل ذلك فكأنه لم يصل، فكذلك الزكاة لا يجوز تعجيلها قبل حلول وقتها وهو الحول.

قال الخطابي: «والذي يعجل زكاة ماله كمن صلى الظهر قبل الزوال أو الصبح قبل طلوع الفجر، أليس يعيد صلاته؟ قال: كذلك الذي يؤدي زكاة ماله قبل أن يحول عليها الحول عليه أن يعيد زكاته»(١).

وقال ابن حزم: «لو كان القياس حقًا لكان تعجيل الزكاة قبل وقتها على تعجيل الصلاة قبل وقتها والصوم قبل وقته أصح؛ لأنها كلها عبادات محدودة بأوقات لا يجوز تقديمها»(٢).

٦ – لا يجوز تعجيل الزكاة قبل الحول؛ لأنه يمكن أن يحول عليه الحول وقد تلف ماله، فيصير تطوعًا ويكون إخراجها بلا نية، وقد يستغني الفقير الذي أخذها قبل حلول حولها فلا يكون من أهلها(٣).

المناقشـــــة:

أولًا: مناقشة أدلة الاتجاه الأول الذي أجاز تعجيل الزكاة قبل حلول الحول:

اعترض على أدلة هذا القول بعدة اعتراضات أهمها:

١ – حديث علي -رضي الله عنه- أخرجه الدارقطني وقال فيه

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٣/٢٤٨.
(٢) المحلى لابن حزم ٤/٢١٥.
(٣) الكافي لابن عبدالبر ١/٣٠٣.

اختلاف، ورجح إرساله، وقال الشافعي: لا أدري أثبت أم لا؟ يعني هذا الحديث[١].

ويجاب عنه بأن هذا الحديث كثرة طرقه تقويه، وقوّى ابن حجر -رحمه الله- متنه لكثرة طرقه، حيث قال: وليس ثبوت هذه القصة في تعجيل صدقة العباس ببعيد في النظر بمجموع هذه الطرق.

وقال في إرواء الغليل معقبًا على قول ابن حجر: وهذا الذي نجزم به لصحة سندها مرسلًا، وهذه شواهد لم يشتد ضعفها، فهو يتقوى بها ويرتقي إلى أوجه الحسن على أقل الأحوال[٢].

٢ - قياس الزكاة على الديون المؤجلة والكفارات: اعترض عليه بأنه قياس باطل؛ لأن تعجيل ديون الناس المؤجلة قد وجبت، ثم اتفق الدائن والمدين على تعجيلها والزكاة لم تجب بعد، فقياس ما لم يجب على ما قد وجب في الأداء باطل. وكذلك تعجيل ديون الناس المؤجلة لا يجوز إلا برضا من عليه الدين، وليست الزكاة كذلك؛ لأنها ليست لإنسان بعينه ليجوز الرضا منه بالتعجيل، وإنما هي لأهل صفات تحدث فيمن لم يكن من أهلها، وتبطل عمن كان من أهلها[٣].

ويجاب عن هذا الاعتراض بأننا لا نقول بالوجوب في إخراجها قبل حلول الحول وهو الأجل، ولكن بالجواز، وفرق بين الوجوب والجواز، وهناك معاملات مالية متعلقة بفرائض شرعية لا تحتاج إلى رضا

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٤/١٥٠.
(٢) إرواء الغليل لمحمد ناصر الدين الألباني ٣/٣٤٩.
(٣) المحلى لابن حزم ٤/٢١٥.

الطرفين في تنفيذها كالوصية مثلًا سواء كانت لمعين أو جهة.

٣ – الاستدلال بأن الزكاة حق مالي أجل للرفق فجاز تعجيله قبل أجله، اعترض عليه بأن الزكاة لا تجب إلا عند انقضاء الحول، لا قبل ذلك؛ لصحة النص بإخراج الرسول ﷺ المصدقين عند الحول لا قبل ذلك، وما كان النبي ﷺ ليضيع حقًّا قد وجب، ولإجماع الأمة على وجوبها عند الحول ولم يجمعوا على وجوبها قبله، ولا تجب الفرائض إلا بنص أو إجماع[1].

وأجيب عن هذا الاعتراض بأننا مع الإجماع؛ لأن الزكاة لا تجب إلا بالحول، وقولنا بجواز التعجيل لا يتعارض مع هذا الإجماع، وأما بخصوص فعل النبي ﷺ وإرسال المصدقين، فقد ثبت في صحيح مسلم من قصة عمر -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ عجل زكاة العباس للحاجة، ولا وجه للوجوب في فعل النبي ﷺ، وما فهم أحد من الصحابة -رضوان الله عليهم- أن فعله كان للوجوب في حينه، فيحمل على الجواز.

مناقشة أدلة الاتجاه الثاني:

١ – استدلالهم بالأحاديث المروية عن علي -رضي الله عنه- وابن عمر -رضي الله عنهما-، وما أخرجه الدارقطني وأنها صريحة في منع التعجيل، اعترض عليه بأن هذه الأحاديث تدل على وقت الوجوب، وهو أنه لا تجب الزكاة ولا يلزم بإخراجها مالك النصاب إلا بعد الحول.

(١) المحلى لابن حزم ٤/٢١٥.

وهذا لا ينفي جواز التعجيل الذي يكون على وجه التبرع لا الإلزام، وبذلك يجمع بين هذه الأحاديث وبين خبر العباس الصحيح والجمع بين الأدلة أولى من ترك بعضها.

قال الماوردي: أما قوله ﷺ: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول»، فالمراد به نفي الوجوب دون الإجزاء[١].

ويمكن أيضًا أن يقال إنه لا تعارض بين حديث ابن عمر وقصة العباس والأخبار الواردة في جواز تعجيل الزكاة. حيث إن المقصود بحديث ابن عمر أنه لا زكاة في المال المستفاد حتى يحول عليه الحول، والمال المستفاد هو المال الذي حصل للمالك في أثناء الحول، من هبة أو ميراث أو وصية ونحوها ولا يكون من نتاج المال الأول.

٢- قولهم الحول والنصاب شرطان لإخراج الزكاة فلا يجوز تقديمها على أحدهما، وكما لا يجوز تقديمها على النصاب اتفاقًا فكذلك الحول، غير مسلم به؛ لأن تقديم الزكاة قبل ملك النصاب تقديم لها على سببها، فأشبه تقديم الكفارة على اليمين، وكفارة القتل على الجرح، ولأنه قد قدمها على الشرطين، وها هنا قدمها على أحدهما[٢]، أي في صورة التعجيل نكون قدمنا الزكاة على أحد الشرطين فافترقت المسألة، وإخراجها بعد النصاب كالأداء بعد وجود سببها، كما هو في الكفارة قبل الحنث.

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٤/ ١٢٧.
(٢) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٣٠.

٣- قياسهم الزكاة على الصلاة، وأن من صلى قبل دخول الوقت فلا صلاة له، وكذلك الزكاة فإن لها وقتًا فمن أخرجها قبل وقتها لا تجزئه ويعيدها، يجاب عنه بأن الصلاة تعبد محض، والتوقيت فيها غير معقول المعنى فيجب أن يقتصر عليه، وهي كذلك حق لله على بدن الإنسان، أما الزكاة فهي حق وعبادة في المال، والحول فيه للتوسعة وكذلك فإن الوقت إذا دخل في الشيء رفقًا بالإنسان كان له أن يعجله ويترك الإرفاق بنفسه، كالدين المؤجل حيث يجوز تعجيله، وكذلك كمن أدى زكاة مال غائب عنه، وإن لم يكن على غير يقين من وجوبها على هذا المال لاحتمال أن يكون تالفًا في ذلك الوقت[١].

ويقول عبيد بن القاسم بن سلام في رده على هذا الاستدلال: «والذي عندنا فيه أن السنة فرقت بينهما (الصلاة والزكاة)، ألا ترى أن الصلاة لها أوقات وحدود معلومة عن رسول الله ﷺ، ويحدثه عن جبريل -عليه السلام- أنه أمه فيها وحدها له، فليست تتعدى تلك الأوقات بتقديم ولا تأخير! ولم يأت عنه ﷺ وقّت للزكاة يومًا من الزمان معلومًا، إنما أوجبها في كل عام مرة، وذلك أن الناس تختلف عليهم استفادة المال ... فكيف يجوز أن يكون للزكاة يوم معلوم يشترك فيه الناس، وأما الصلاة فإن وجوبها على الناس معًا في ميقات واحد؛ فلهذا أفتى العلماء بتعجيل الزكاة قبل محلها، وفرقوا بينها وبين الصلاة مع

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٣٠، معالم السنن للخطابي ٢/ ٥٤، الشرح الممتع على زاد المستنقع لابن عثيمين ٦/ ٢١٧.

الحديث المأثور عن النبي في عمه العباس»[١].

٤- أما استدلالهم بالمعقول وهو احتمال تلف المال المزكى عنه، أو غنى الفقير، يجاب عنه بأن المال الغائب عن مالكه وقد بلغ نصابًا يزكى عنه مع احتمال أن يكون تالفًا وقتها، والفقير إذا غني هذا هو مقصد الزكاة، وقد كان هذا المال وقت إخراجه بنية صحيحة ولمصرف صحيح.

الراجح: بعد استعراض أقوال الفقهاء في مسألة تعجيل إخراج الزكاة قبل حلول الحول وأدلتهم ومناقشتها، فإن الباحث يرى أن القول الراجح والمختار هو القول الأول الذي أجاز التعجيل في إخراج الزكاة؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدل بها، وكل ما تقدم عليها من اعتراضات لا تقوى إلى ردها أو حتى الشك في جواز التعجيل، ويكفي هذا الرأي قوة أن النبي ﷺ رخص للعباس في تعجيل صدقته، بقصة ثابتة في صحيح مسلم -رحمه الله-، وبهذا القول أخذ جماهير العلماء المعاصرين، منهم الشيخ ابن باز، والشيخ محمد بن صالح العثيمين، والشيخ عبدالله بن عبدالرحمن الجبرين[٢]، والشيخ عبدالعزيز السلمان[٣]، والشيخ الدكتور عبدالله بن وكيل الشيخ[٤]، والشيخ

(١) الأموال لأبي عبيد ص ٥٢٤.
(٢) اللجنة الدائمة للإفتاء ٩/٤٠٢، ٤٢٢.
(٣) التلخيصات لجل أحكام الزكاة، عبدالعزيز محمد السلمان، ص ٤٩.
(٤) تعجيل الزكاة، د. عبدالله وكيل الشيخ، بحث منشور في بحوث ودراسات علمية، ٢٢ رمضان ١٤٣٤هـ وفق ٢٠١٣/٦/٣٠م.

الدكتور يوسف القرضاوي، إذا عرضت حاجة لذلك[1]، والشيخ محمد التويجري[2].

المطلب الثاني: مسائل متفرعة عن حكم التعجيل

بعد أن اتفق جماهير الفقهاء على جواز تعجيل إخراج زكاة المال إذا بلغ نصابًا وقبل حلول الحول من حيث الجملة، اختلفوا في كثير من المسائل المتعلقة بالتعجيل، التي تعد متفرعة من هذا الحكم، نوضح أهمها في الآتي:

المسألة الأولى – مدة التعجيل:

تعددت الروايات في كل مذهب من المذاهب الفقهية في المدة التي يجوز التعجيل إليها في الزكاة، ونستعرض لها في كل مذهب باختصار، ثم نخلص إلى الأقوال.

أولًا – آراء كل مذهب:

مذهب الحنفية[3]:

يجوز عند الحنفية التعجيل لسنة أو لسنتين أو أكثر، واشترطوا للتعجيل في إخراج الزكاة ثلاثة شروط هي:

١- أن يكون مالكًا للنصاب في أول الحول.

٢- أن يكون مالكًا للنصاب في آخر الحول.

---

(١) فقه الزكاة للقرضاوي ٢/٨٢٣.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، محمد التويجري ج ٣/٦٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥١، حاشية ابن عابدين ٣/٢٢٠، البناية شرح الهداية للعيني ٣/٣٦٥، المبسوط للسرخسي ٣/٣٢، فتح القدير لابن الهمام ٢/٢٠٦.

٣- أن يكون النصاب مستمرًا ولا ينقطع فيما بين ذلك.

وقد قال الكاساني في البدائع إن الشرط الثالث فيه حرج للتجار؛ ولذلك فإن المعتمد من هذه الشروط هو توافر النصاب في أول الحول وآخره.

وخالف الإمام زفر المذهب في تعجيل الزكاة، وقال إن الزكاة لا تعجل إلا لحول (نصاب) واحد.

مذهب المالكية[1]:

عند المالكية رواية (خلاف المذهب) تجيز تعجيل الزكاة لوقت قريب أو يسير، واختلف في تحديد هذا القرب أو الوقت اليسير على الآتي:

١- يجوز التعجيل ليوم أو يومين فقط.

٢- يجوز التعجيل لعشرة أيام ونحوها.

٣- يجوز التعجيل لشهرين وما دونهما.

٤- يجوز التعجيل لشهر فقط.

والمعتمد في هذه التفسيرات الأربعة هو جواز التعجيل لشهر فقط، فلا يجوز التقديم لأكثر منه، مع أن هذه الرواية هي خلاف المذهب كما ذكرها. وهو ما أخذت به الهيأة العامة للشؤون الإسلامية بدولة الإمارات العربية، حيث أجابت عن سؤال: هل يجوز تقديم موعد إخراج الزكاة؟ بقولها: «يجوز تقديم زكاة النقود قبل موعدها بشهر

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١١٦/٢، الذخيرة للقرافي ١٣٧/٣، الفواكه الدواني للأزهري ٣٤٦/١.

فأقل، ولا يجوز تقديمها لأكثر من شهر؛ لأن الزكاة لا تجب إلا بحولان الحول»[1].

مذهب الشافعية[2]:

للشافعية وجهان في المدة التي يجوز فيها تعجيل الزكاة:

أحدهما: لا يجوز التعجيل لأكثر من عام.

والثاني: يجوز التعجيل لعام أو عامين أو أكثر، واشترطوا في ذلك أن يبقى بعد المعجل نصاب.

والأصح في المذهب أنه لا يجوز التعجيل لأكثر من عام، قال الرافعي: «صحح الأكثرون المنع» يعني منع التعجيل لأكثر من عام.

مذهب الحنابلة[3]:

نقل ابن قدامة وغيره في مذهب الحنابلة روايتين في المدة التي يجوز تعجيل الزكاة إليها هما:

الأولى: لا يجوز التعجيل لأكثر من عام.

الثانية: يجوز التعجيل في أداء الزكاة لعامين فقط.

ثانيًا – الأقوال في المسألة:

وبالنظر في آراء المذاهب الفقهية في المدة التي يجوز فيها تعجيل

---

(١) موقع الهيأة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف، دولة الإمارات العربية المتحدة، الفتوى رقم ١٦٤٨٤ بتاريخ ٢٠١١/٤/٥.

(٢) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ١٣٢/٢، الحاوي الكبير للماوردي ١٢٥/٤، أسنى المطالب للأنصاري ٣٦١/١، روضة الطالبين للنووي ٢١٢/٢، المجموع شرح المهذب للشيرازي ١٤٦/٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٦٣٣/٢، كشاف القناع للبهوتي ٢٦٥/٢، الشرح الممتع لابن عثيمين ٢١٧/٦، الإقناع للحجاوي ٢٨٧/١، الإنصاف للمرداوي ٢٠٥/٣.

الزكاة، يمكن إجمالها في الأقوال الأربعة الآتية:

القول الأول: يجوز التعجيل لأكثر من سنة وسنتين ولو عشر سنوات، وهو مذهب الأحناف، وقول عن الشافعية.

القول الثاني: يجوز التعجيل لسنة واحدة فقط، وهو مذهب الشافعية ورواية في مذهب الحنابلة وقول الإمام زفر من الأحناف.

القول الثالث: يجوز التعجيل لسنة أو سنتين فقط، وهو قول الحنابلة في الرواية الثانية هي المذهب عندهم.

القول الرابع: لا يجوز التعجيل لأكثر من شهر، وهو رواية عند المالكية وعلى خلاف المذهب.

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على جواز التعجيل في الزكاة لسنة أو سنتين أو أكثر بالآتي:

١- حديث العباس -رضي الله عنه- الذي ورد فيه أن النبي ﷺ استلف (عجل) صدقته لعامين. عن علي -رضي الله عنه- فذكر قصة وفيها أن النبي ﷺ قال: «إنا كنا احتجنا فاستلفنا العباس صدقة عامين»[(١)]. وكذلك حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- والذي ورد فيه قوله ﷺ: «وأما العباس فهي عليّ ومثلها معها»[(٢)].

وجه الدلالة: دلت الأحاديث بصريح نصها على جواز تعجيل

(١) سنن أبي داود لأبي داود ٣/ ١٥ حديث ١٧٩٥، قال الألباني: مرسل صحيح الإسناد له شواهد تقويه، إرواء الغليل للألباني ٣/ ٣٤٨.

(٢) سبق تخريجه. ص١٩

الصدقة لمدة عامين، ولا فرق بين عامين أو أكثر[١].

٢- السبب موجود في التعجيل سواء لسنة أو لسنتين، ويقصد به سبب الوجوب وهو ملك النصاب النامي فيجوز التعجيل لسنة أو أكثر؛ لأن النصاب الأول هو الأصل في السببية والزائد عليه تابع له[٢].

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني على أن التعجيل لا يجوز إلا لسنة واحدة بحديث العباس -رضي الله عنه- الذي فيه أن النبي ﷺ قال: «إنا كنا احتجنا فاستلفنا العباس صدقة عامين»[٣].

وجه الدلالة: الحديث يدل على أن الصدقة يجوز تعجيلها لسنة واحدة فقط، حيث إن النبي ﷺ استلف صدقة العباس لعامين متواليين أحدهما بعد الآخر، في كل دفعة صدقة عام.

قالوا ويمكن حمل الحديث على أنه أخذ منه في رأس الحول زكاة العام الماضي وهي واجبة، وزكاة العام المقبل وهي معجلة؛ لذلك قال الراوي استلف من العباس زكاة عامين[٤].

أدلة القول الثالث: استدل أصحاب القول الثالث على جواز التعجيل في الزكاة لمدة سنتين فقط بحديث علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- «أن النبي ﷺ تعجل من العباس صدقة سنتين»، ورواية مسلم بقوله ﷺ: «فهي عليّ ومثلها معها»[٥].

(١) المجموع شرح المهذب للشيرازي ٦/١٤٦.
(٢) حاشية ابن عابدين ٣/٢٢١، فتح القدير لابن الهمام ٢/٢٠٦.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٢٥، مغني المحتاج للشربيني ٢/١٣٣.
(٥) سبق تخريجه.

وجه الدلالة: واضح من نص الحديث أن النبي ﷺ استلف أي تعجل صدقة العباس لمدة عامين، والزكاة من العبادات ويقتصر فيها على ما ورد فيه النص[١].

أدلة القول الرابع: ذهب أصحاب القول الرابع إلى جواز التعجيل لشهر فأقل، وهو التفسير الراجح لقولهم يجوز التعجيل لوقت قريب أو يسير، ولم أعثر على دليل لهذه الرواية وتفسيرها فيما اطلعت عليه، ولكن يمكن توجيه ذلك على أساس المذهب عند المالكية بعدم جواز التعجيل في الصدقة، وأن المدة اليسيرة لا تؤثر في الحكم، ويعد الشهر من الوقت اليسير.

الراجح: بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم في المدة التي يجوز تعجيل زكاة المال فيها، فإنه يترجح لدي -والله أعلم- القول بجواز التعجيل لمدة عام أو عامين فقط، وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث؛ وذلك وقوفًا مع النص الوارد في حكم التعجيل، وتوسطًا بين القول بالجواز المطلق والقول بالجواز لمدة سنة واحدة فقط، وأن هذا القول بالتوسط هو الأرفق، ويمكن معه ضبط الموارد المالية السنوية للفقراء، وهذا الرأي هو ما أخذت به دار الإفتاء المصرية[٢]، واللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية[٣]، ورجحه الدكتور يوسف

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٢/٢٦٥، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى للسيوطي ٢/١٣٠.
(٢) موقع دار الإفتاء المصرية، د. علي جمعة محمد، رقم مسلسل ٢٤٧٤ تاريخ ٢٧/٥/٢٠٠٨م.
(٣) اللجنة الدائمة للإفتاء ٩/٤٢٢.

القرضاوي[١].

المسألة الثانية – هلاك الزكاة المعجلة قبل دفعها لمستحقها:

إذا أخرج مالك النصاب زكاة ماله معجلة، ثم هلك هذا المال الذي أخرجه قبل أن يصل إلى مستحقيه، ففي ضمانها خلاف بين الفقهاء، تناولوه في مسألة ضمان ولي الأمر للزكاة إذا أخذها معجلة وهلك المال في يده قبل أن يدفعه، وهو على النحو الآتي:

القول الأول: الإمام لا يضمن إلا إذا فرط، وهو قول الحنفية[٢]، والحنابلة[٣]. قال الكاساني: «وإن هلك في يده (أي الإمام) لا يضمن عندنا»[٤]. وقال ابن قدامة: «إذا تسلف الإمام الزكاة فهلكت في يده فلا ضمان عليه وكانت من ضمان الفقراء، ولا فرق بين أن يسأله ذلك رب المال أو الفقراء أو لم يسأله أحد»[٥]. وقال المرداوي: «هذا الصحيح من المذهب»[٦].

القول الثاني: ذهب الشافعية[٧] في ضمان الإمام للزكاة المعجلة إلى التفريق بين أن يكون تسلفها بسؤال من الفقراء أو رب المال أو بغير سؤال، على النحو الآتي:

---

(١) فقه الزكاة للقرضاوي ٢/٨٢٧.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣.
(٣) المغني لابن قدامة ٢/٦٣٧.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥٢.
(٥) المغني لابن قدامة ٢/٦٣٧.
(٦) الإنصاف في معرفة الخلاف للمرداوي ٣/٢١٥.
(٧) المجموع شرح المهذب للنووي ٦/١٥٧، الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٢٨، البيان للعمراني ٣/٣٩٩.

١ – إذا تعجل الإمام الزكاة وتسلفها بغير سؤال (طلب) من الفقراء، وإنما لِما يرى هو من المصلحة، ضمنها إن تلفت قبل أن تصل إلى مستحقيها.

٢ – إذا تعجل الإمام الزكاة وتسلفها بسؤال من الفقراء فإن ضمانها عليهم إذا تلفت قبل وصولها إليهم.

٣ – إذا تعجل الإمام الزكاة وتسلفها بسؤال من أرباب المال فتلفت فإن ضمانها يكون على أرباب المال.

٤ – إذا تعجل الإمام الزكاة وتسلفها بمسألة من الفقراء ورب المال ففي ضمانها وجهان: أحدهما أنها من ضمان رب المال، والثاني من ضمان الفقراء.

الاستدلال:

الأدلة للقول الأول: استدل أصحاب القول الأول على قولهم بعدم ضمان ولي الأمر في حال عدم التفريط بالآتي:

١ – أن الضمان يجب على الإنسان بفعله غير المشروع، وفعل ولي الأمر مأذون فيه؛ فلا يصلح سببًا لوجوب الضمان، والهلاك ليس من صنيعه بل هو محض من تقدير الله -تعالى-[1].

٢ – الإمام له ولاية على الفقراء، بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير إذن سلفًا، فإذا تلفت في يده من غير تفريط لم يضمن، كولي اليتيم إذا

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥٢.

قبض له[1].

الأدلة للقول الثاني:

١- قوله ﷺ: «أما العباس فهي (صدقة) عليّ ومثلها معها»[2].

وجه الدلالة: النبي ﷺ أخبر في هذا الحديث أنه ضامن لزكاة العباس، وهو لا يقع منه التفريط، فدل على أن الزكاة مضمونة على الإمام وإن لم يفرط حال تعجلها.

٢- الفقراء أهل رشد فلا يولى عليهم، فإذا قبض الإمام مالهم بغير إذنهم قبل محله وجب عليه الضمان، كالوكيل إذا قبض مال موكله قبل محله بغير إذنه[3].

٣- إن تسلف الإمام الزكاة بسؤال رب المال فلا ضمان عليه؛ لأنه وكيل رب المال، فكان الهلاك من ضمانة (الموكل)، كما لو وكل رجل في حمل شيء إلى مكان فهلك في يده، وكذلك الأمر إذا كان تسلف الصدقة بسؤال الفقراء فلا يضمنها الإمام؛ لأنه قبض بإذنهم فصار كالوكيل إذا قبض دين موكله بإذنه فهلك في يده[4].

المناقشة: ناقش أصحاب القول الأول وجه الدلالة من الحديث بأن الإمام له ولاية على الفقراء بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير إذنهم سلفًا، فإذا تلفت الزكاة في يده من غير تفريط لا يضمن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٦٣٨.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) المجموع شرح المهذب للنووي ٦/١٥٧.
(٤) المرجع السابق ٦/١٥٧، البيان للعمراني ٣/٣٩٩.

ويمكن مناقشة دليلهم الثاني وهو قولهم إن الفقراء أهل رشد فلا يولى عليهم، بأن هذا يبطل بما إذا قبض الصدقة بعد وجوبها، فهي لا تحتاج إلى إذن منهم.

القول الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في مسألة ضمان الإمام للزكاة إذا تعجلها قبل حلول أجلها وهو الحول نرى أنه غير ضامن لها إذا لم يفرط؛ لقوة أدلة أصحاب هذا القول ووجاهتها، حيث إنها تتوافق مع الولاية العامة التي يتمتع بها الإمام فيما يراه من مصلحة.

ولما كان غالب ما يدفع من الزكاة في هذه الأيام هو خارج ولاية ولي الأمر التنفيذية، ومتروك للجمعيات الخيرية، أو مؤسسات الزكاة وهي في معظمها مؤسسات أهلية خاضعة للدولة بصفة رقابية لا تنفيذية، فإن حكم ضمان أموال الزكاة التي تدفع إليها معجلة ينطبق عليها ما رجحناه في المسألة، من عدم ضمانها على الجمعيات أو مؤسسات الزكاة، ما لم تفرط في حفظها. والله أعلم.

المسألة الثالثة – تغير حال الفقير الآخذ للزكاة المعجلة بالموت أو الاستغناء:

أولًا – موت الفقير الآخذ للزكاة المعجلة:

أ – إذا مات الفقير الآخذ للزكاة المعجلة بعد القبض وبعد تمام الحول فإن الزكاة وقعت موقعها. قال الماوردي: «الوالي إذا تعجل

من رجل بعيرًا ودفعه إلى فقير لما رأى من حاجته وشدة خلته ومات الفقير، فإن مات بعد الحول فلا تراجع والزكاة مجزئة؛ لأنه قد كان من مستحقي الزكاة عند وجوبها»[١].

ب – إذا مات الفقير بعد قبض الزكاة المعجلة وقبل تمام الحول، فإن الفقهاء اختلفوا في إجزاء الزكاة، والحالة هذه على قولين:

القول الأول: قال الحنفية والحنابلة إن الزكاة مجزئة، وقد وقعت موقعها الصحيح، ولا يحتاج مخرجها إلى إعادة[٢].

قال ابن نجيم: «اعلم أنه لو عجل زكاة ماله فأيسر الفقير قبل تمام الحول أو مات أو ارتد جاز عن الزكاة»[٣].

وقال الحجاوي: «إن عجلها فدفعها لمستحقها فمات قابضها أو ارتد أو استغنى منها أو من غيرها أجزأت عنه»[٤].

القول الثاني: قال الشافعية إذا مات الفقير الآخذ للزكاة المعجلة قبل تمام الحول فإنها لا تجزئ مخرجها، وعليه أن يخرج الزكاة ثانيًا. وفي استرجاعها من تركة الفقير المتوفى، فرقوا بين أن يكون قد بَيَّنَ رَبُ المال عند الدفع أنها زكاة معجلة أم لا؟ فإن بَيَّنَ أنها زكاة معجلة له الاسترجاع وإلا فلا[٥].

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٣٥.
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ١/٢٧٦، البناية شرح الهداية للعيني ٣/٣٦٤، المبدع لابن مفلح ٢/٤٠١، المغني لابن قدامة ٢/٦٣٦.
(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٢/٢٤٢، البناية شرح الهداية للعيني ٣/٣٦٤.
(٤) الإقناع لطالب الانتفاع للحجاوي ١/٢٨٩.
(٥) المجموع شرح المهذب للنووي ٦/١٥٤، البيان للعمراني ٣/٣٩٧، الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٣٥.

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول (الحنفية والحنابلة) على رأيهم بالآتي:

١ – أن الفقير كان مصرفًا للزكاة وقت الصرف؛ فصح الأداء إليه فلا ينتقض بهذه العوارض[١].

٢ – أن رب المال أدى الزكاة إلى مستحقها؛ فلا يمنع الإجزاء موت الفقير كما لو استغنى[٢].

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني (الشافعية) على رأيهم بالآتي:

١ – يشترط في الزكاة المعجلة أن يكون القابض لها في آخر الحول مستحقًا، فلو خرج عن الاستحقاق بموت لم يحسب المدفوع إليه من الزكاة؛ لخروجه عن الأهلية عند الوجوب[٣].

٢ – تعجل الزكاة موقوف بين الإجزاء والاسترجاع، ودفعها لفقير وموته قبل الحول لا يجزئ رب المال، فكان له الاسترجاع[٤].

الراجح: القول الراجح في هذه المسألة -والله أعلم- هو قول الحنفية والحنابلة بأن من أخرج الزكاة معجلة لفقير مستحقها ثم مات قبل الحول فإنها تكون مجزئة؛ لأنه أداها على الوجه الصحيح

(١) الإقناع للحجاوي ١/٤٦٣.
(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٢/٢٤٢، الزيلعي ١/٢٧٦.
(٣) مغني المحتاج للشربيني ٢/١٣٤.
(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٣٥.

عند الإخراج، فلا يؤثر فيه تغير حال القابض لها، كما لو كان فقيرًا ثم استغنى بها[1]. والقول بتحميلها على تركته فيه مشقة لورثة الفقير، حيث إنه توفي فقيرًا ولا تركة تحتمل الإرجاع بعده.

ثانيًا – استغناء الفقير الآخذ للزكاة المعجلة:

إذا قبض الفقير الزكاة المعجلة ثم استغنى قبل حلول الحول، فقد اختلف الفقهاء في إجزاء هذه الزكاة على قولين:

القول الأول: قال الحنفية والحنابلة إن الزكاة في هذه الحالة أجزأت صاحبها، وليس له الرجوع فيها أو إخراج بدل منها[2].

القول الثاني: فرق الشافعية بين أن يكون غنى الفقير من الزكاة المدفوعة إليه، أومن غيرها فقالوا:

١ – إن كان الفقير استغنى من الزكاة المعجلة إليه فقد أجزأت ووقعت موقعها الصحيح.

٢ – إذا كان الفقير استغنى من غير الزكاة المدفوعة إليه لم تجزئ، وهي لم تقع موقعها الصحيح، وأخذ منه ما أخذ من الصدقة[3].

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل الحنفية والحنابلة على قولهم بالآتي:

١ – إن مخرج الزكاة إذا أخرجها معجلة لمستحقها تكون لاقت

(١) المغني لابن قدامة ٢/٦٣٦.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٢/٥٤٢، تبيين الحقائق للزيلعي ١/٢٧٦، الإنصاف للمرداوي ٣/٢١، منتهى الإرادات للبهوتي ١/٤٥٢.

(٣) الأم للشافعي ١/٢٢، مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٢/١٣٢، فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زكريا الأنصاري ١/١٣٦.

مستحقها في وقتها، فلا تتغير بالغنى الحادث[١].

٢- أن الزكاة المعجلة حق أداه إلى مستحقه فبرئ منه، كالدين يتعجله قبل أجله[٢].

أدلة القول الثاني: استدل الشافعية على قولهم بالآتي:

١- الزكاة لا تجوز إلا لمن هو أهل الصدقة، واستغناء الفقير من غيرها قبل حلول الحول تأكد به العلم أنه ليس من أهل الصدقة، فعلمنا أنه أعطاه ما ليس له[٣].

٢- أن الزكاة إنما تصرف إلى الفقير ليستغني بها، وإن استغنى بمال آخر لم يحسب المعجل من الزكاة؛ لخروجه عن أهلية أخذ الزكاة عند الوجوب[٤].

الراجح: بعد النظر في أقوال الفقهاء في المسألة التي استدلوا بها، وهي اجتهادية لا نص فيها، يرى الباحث أن الرأي الراجح هو قول الشافعية، حيث إن مقصود الزكاة هو إغناء الفقير، فإذا استغنى بها أجزأت وإن كان من غيرها فهي لا تجزئ، وفارق ذلك ما إذا استغنى بها حيث إنه هو المقصود من الزكاة، سواء كان قبل الحول أو بعد الحول، وفارق كذلك ما إذا مات الفقير قبل الحول، وهو ما رجحناه في المسألة السابقة، حيث إن موت الفقير الآخذ للزكاة لا يخرجه عن

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥٢.
(٢) المغني لابن قدامة ٢/٦٣٤.
(٣) الأم للشافعي ٢/٢٢.
(٤) البيان للعمراني ٣/٣٩٨.

الفقر، وهو يخالف من أخذ زكاة فاستغنى من غيرها بمال تملكه، فخرج به من وصف مستحقي الزكاة. والله أعلم.

المسألة الرابعة – تغير حال الدافع للزكاة المعجلة بنقصان النصاب:

إذا أخرج رب المال زكاة ماله معجلة وقبل حلول الحول نقص النصاب بهلاك المال أو بعضه، فقد اختلف الفقهاء في رجوع رب المال على الفقير بما دفعه إليه من زكاة على قولين:

القول الأول: قال الحنفية[1] والحنابلة[2] ليس لرب المال الرجوع على الفقير الذي دفع له زكاة ماله معجلة.

القول الثاني: للشافعية[3] ورأي لبعض الحنابلة[4] فرق أصحاب هذا القول بين أن يكون الدافع للزكاة معجلة هو الوالي أو من ينوب عنه أو رب المال بنفسه على النحو التالي:

أ– إذا كان الذي دفع الزكاة معجلة للفقير هو الوالي أو من ينوب عنه فله استرجاع الزكاة المدفوعة، سواء بيَّن للفقير عند دفعها إليه أنها معجلة أم لا.

ب– إذا كان رب المال هو الذي دفعها بنفسه للفقير، فإذا بيَّن له عند دفعها إليه أنها زكاة معجلة له استرجاعها وإلا فلا.

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ١/٣١٤، المبسوط للسرخسي ٢/١٧٧.
(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١/٤٥٢، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٢/٤٠١.
(٣) المجموع شرح المهذب للنووي ٦/١٤٩، الحاوي الكبير للماوردي ٤/١٣٩، فتح العزيز لرافعي ٥/٥٣٩.
(٤) المغني لابن قدامة ٢/٦٣٦.

الأدلـــــــة:

أدلة القول الأول: استدل الحنفية والحنابلة على ما ذهبوا إليه من انقطاع حق رب المال في الزكاة المدفوعة معجلة بالآتي:

١- أن ما قام به رب المال وقع أصل القربة، وإنما التوقف في صفة الفرضية فلا يصح الرجوع[١].

٢ - الزكاة المعجلة زكاة دفعت إلى مستحقها فلم يجز استرجاعها كما لو تغير حال الفقير، وكذلك فهي وصلت إلى الفقير بإذن صاحبها فوجب أن ينقطع حقه عنها كغير المعجلة[٢].

أدلة القول الثاني: استدل الشافعية ومن معهم على ما ذهبوا إليه بالآتي:

١ - إذا لم يبين أنها زكاة معجلة لم يجز له الرجوع؛ لأن الظاهر أن ذلك زكاة واجبة/أو صدقة تطوع، وقد لزمت بالقبض فلم يملك الرجوع.

٢ - إن بَيَّنَ أنها معجلة يثبت له الرجوع؛ لأنه مال دفعه عما يستحقه القابض في الثاني، فإذا طرأ ما يمنع الاستحقاق ثبت له الرجوع، كما لو عجل أجرة الدار ثم انهدمت الدار قبل إنقضاء المدة[٣].

الراجح: بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم فإن القول الراجح في المسألة هو ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة بأن رب المال ليس له

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ١/٣١٤.
(٢) المغني لابن قدامة ٢/٦٣٦، الشرح الممتع على زاد المستنقع لابن عثيمين ٦/٢١٨.
(٣) المجموع شرح المهذب ٦/١٤٩، الحاوي الكبير ٤/١٣٩، المغني لابن قدامة ٢/٦٣٦.

استرجاع الزكاة المدفوعة للفقير، بسبب نقصان النصاب أو هلاك بعض ماله؛ لأنه حين دفع الزكاة كانت في محلها ولمستحقها، ولم يتغير حال من أخذها، والقول بإرجاعها فيه تحميل الفقير ما لا يطيقه، ولا فرق بين أن يبين له أنها زكاة معجلة أولم يبين، فالفقير استلمها على أنها زكاة وهو مستحق لها. والله أعلم.

المبحث الثالث: تأخير الزكاة بعد وجوبها

المطلب الأول: حكم تأخير الزكاة

إذا وجبت الزكاة بتحقق شروطها؛ فلا يخلو حال رب المال عن أمرين هما:

الأول: التمكن من أدائها.

الثاني: عدم التمكن من أدائها.

الحالة الأولى – التمكن من أدائها:

إذا وجبت الزكاة على رب المال وتمكن من أدائها، فقد اختلف الفقهاء في جواز تأخيرها عن وقت وجوبها على قولين:

القول الأول: لا يجوز تأخير الزكاة بعد وجوبها مع التمكن من إخراجها، ويأثم رب المال بذلك. وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، ورواية عن أبي حنيفة وقول

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢/١١٧، بداية المجتهد لابن رشد ١/٣٢٧، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبدالبر ١/٣٠٣.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٤/٥٣، البيان للعمراني ٣/١٥٤، مغني المحتاج للشربيني ٢/١٢٩، حلية العلماء للقفال ٣/١٠، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين للمليباري الهندي ١/٢٤٨.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٢/٢٧٠، المغني لابن قدامة ٢/٦٨٤، الملخص الفقهي لصالح الفوزان١/٣٥٨.

أبي يوسف ومحمد، والمفتى به عند الحنفية[١].

القول الثاني: يجوز تأخير أداء زكاة المال بعد وجوبها، ولا إثم على رب المال ولو مع التمكن من إخراجها، وهو قول جمهور مشايخ الحنفية، كما نقل ذلك ابن عابدين في حاشيته[٢]، وابن الهمام في شرح الهداية[٣]، والكاساني في البدائع[٤].

سبب الخلاف في المسألة: يرجع سبب الخلاف في المسألة إلى اختلاف الفقهاء في دلالة الأمر المطلق غير المقيد بزمن، وهو كما ذكر الإمام الشوكاني: «الأمر المطلق هو أن يقول أفعل ولا يقيده بزمان معين، فإذا لم يفعل المكلف ذلك في أول أوقات الإمكان، أفيجب فعله فيما بعد أم يحتاج إلى دليل؟ فمن لم يقل بالفور يقول إن ذلك الأمر المطلق يقتضي الفعل مطلقًا، فلا يخرج المكلف عن العهدة إلا بفعله، ومن قال بالفور قال إنه يقتضي الفعل بعد أول أوقات الإمكان»[٥].

ويعد حكم تأخير الزكاة من أحد التطبيقات الفقهية لهذا الخلاف الأصولي، حيث قوله -تعالى-: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[٦]، دل على الأمر بإخراج الزكاة دون تقييد بزمن، فمن الفقهاء من حمل دلالة النص على الفور بقرائن أخرى هي المسارعة في فعل الطاعات، ومنهم من حمله على

(١) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٣/١٩٢، فتح القدير لابن الهمام ٢/١٥٦.
(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٣/١٩١.
(٣) فتح القدير لابن الهمام ٢/١٥٥،
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣.
(٥) إرشاد الفحول للشوكاني ١/٢٧١.
(٦) سورة البقرة الآية ٤٣.

التراخي.

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على رأيهم بعدم جواز تأخير الزكاة عن وقت وجوبها مع التمكن بالآتي:

أولًا – القرآن الكريم:

١ – قوله -تعالى-: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾.

وجه الدلالة: الأمر في الآية مطلقًا عن أي تقييد بزمن، والأصل في الأمر المطلق أنه على الفور؛ ولذلك يستحق المؤخر للامتثال العقاب، ومما يؤيد ذلك قوله -تعالى-: ﴿وَسَارِعُوٓاْ إِلَىٰ مَغۡفِرَةٖ مِّن رَّبِّكُمۡ﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَبِقُواْ ٱلۡخَيۡرَٰتِۚ﴾[٢]، ولذلك أخرج الله إبليس وسخط عليه ووبخه لامتناعه عن السجود عندما أمره بذلك[٣].

٢- قوله -تعالى-: ﴿وَأَنفِقُواْ مِن مَّا رَزَقۡنَٰكُم مِّن قَبۡلِ أَن يَأۡتِيَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ فَيَقُولَ رَبِّ لَوۡلَآ أَخَّرۡتَنِيٓ إِلَىٰٓ أَجَلٖ قَرِيبٖ فَأَصَّدَّقَ وَأَكُن مِّنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾[٤].

وجه الدلالة: الآية تدل على وجوب تعجيل الزكاة ولا يجوز تأخيرها أصلًا، وكذلك سائر العبادات إذا تعين وقتها[٥].

---

(١) سورة آل عمران الآية ١٣٣.
(٢) سورة البقرة الآية ١٤٨.
(٣) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٨٤.
(٤) سورة المنافقون الآية ١٠.
(٥) تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن لمحمد بن أبي بكر القرطبي ١٨/ ١٣٠.

٣ – قوله -تعالى-: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾[١].

وجه الدلالة: دلت الآية أنه لا يجوز تأخير الزكاة في الزروع عن وقت الحصاد، ويجب إخراجها على الفور، ويلحق بها زكاة غيرها من الأموال، بجامع أنها جميعًا زكوات وإن اختلفت الأموال.

ثانيًا – من السنة الشريفة:

١ – عن عقبة بن الحارث -رضي الله عنه- قال: «صلى رسول الله ﷺ العصر فأسرع ثم دخل بيته، فلم يلبث أن خرج فقلت له أو قيل له، فقال: كنت خلفت في البيت تبرًا من الصدقة فكرهت أن أبيته فقسمته»[٢].

وجه الدلالة: يدل الحديث على الإسراع في إخراج الصدقة وقت وجوبها، فإذا كان توزيعها من قبل الإمام وهي في بيت المال يكره تأخيره، فمن باب أولى إخراجها ممن وجبت عليه في ماله.

٢ – عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، أي الصدقة أعظم أجرًا؟ قال: أن تصدق وأنت صحيح شحيح تخشى الفقر وتأمل الغنى، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان»[٣].

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الإهمال والإبطاء في صدقة التطوع وهي المقصودة من الحديث مذمومان، فإن ذلك يكون في الزكاة أشد؛

(١) سورة الأنعام الآية ١٤١.
(٢) صحيح البخاري للبخاري، حديث ١٤٣٠.
(٣) صحيح البخاري للبخاري ٢/ ١١٠، حديث ١٤١٩.

لأنها واجبة، وقد يصل إلى التحريم.

٣ – عن مسروق قال: قال عبدالله: «آكل الربا وموكله وشاهداه إذا علماه، والواشمة والمستوشمة ولاوي الصدقة، والمرتد أعرابيًا بعد الهجرة ملعون على لسان محمد يوم القيامة»[١].

وجه الدلالة: قوله ﷺ: «لاوي الصدقة» وهو المماطل بها، والمطل التسويف والتأخير ممن يستحقون اللعن يوم القيامة، ولا يكون اللعن إلا من ترك واجب الأداء، فدل الحديث على وجوب المبادرة بإخراج الصدقة، والمراد بها هنا الزكاة الواجبة، وعدم تأخيرها وإلا استوجب اللعن.

٤ – عن أبي ذر -رضي الله عنه- قال: «انتهيت إلى رسول الله ﷺ وهو جالس في ظل الكعبة، فلما رآني مقبلًا قال: هم الأخسرون ورب الكعبة. فقلت: ما لي لعله أُنزل فيَّ شيء، من هم؟ فداك أبي وأمي. فقال: الأكثرون أموالًا إلا من قال هكذا، وحثا بين يديه، وعن يمينه وعن شماله، ثم قال: والذي نفسي بيده لا يموت رجل فيدع إبلًا أو بقرًا لم يؤد زكاتها إلا جاءت يوم القيامة أعظم ما كانت وأسمنه تطؤه بأخفافها وتنطحه بقرونها، كلما نفدت أخراها عادت عليه أولاها، حتى يقضى بين الناس»[٢].

---

(١) مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل ٤/ ٧٠ حديث ٣٨٨١. قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، المستدرك للحاكم ١/ ٣٨٧.

(٢) سنن الترمذي للترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف ٣/ ٥١٧ حديث ٦١٧، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وجه الدلالة: الحديث واضح الدلالة في عدم جواز تأخير الزكاة مع الإمكان عن موعدها؛ لأن الإنسان لا يدري في أي وقت يموت، والمؤخر للزكاة بلا عذر قد يموت ولم يخرج زكاته، فيدخل في عموم من وصفهم الحديث.

ثانيًا – من المعقول:

١ – لو جاز التأخير في أداء الزكاة بعد وجوبها من غير عذر فإنه يتضرر الفقراء، حيث إنه سيؤخرها رب المال بمقتضى طبعه وثقة منه بأنه لا يأثم بالتأخير، فتسقط عنه بالموت أو بتلف المال أو بعجزه عن الأداء، فيكون الضرر حينئذ على الفقراء، وهو ما لا يتوافق مع مقاصد تشريع الزكاة من حاجة الفقراء، وهي حاجة ناجزة، فمتى لم تجب الزكاة على الفور لم يحصل المقصود من الإيجاب على وجه التمام[١].

٢ – الزكاة عبادة تتكرر فلا يجوز تأخيرها إلى وقت وجوب مثلها كالصلاة والصوم[٢].

٣ – الإنسان لا يدري ما يعرض له، فهو إذا أخر الواجب يكون مخاطرًا، فقد يموت ويبقى الواجب في ذمته، وإبراء الذمة واجب، ونحو ذلك تأخير الواجبات يلزم منه تراكمها، وحينئذ يغريه الشيطان بالبخل إذا كان الواجب من المال، أو بالتكاسل إذا كان الواجب من الأعمال الدينية[٣].

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢/١٥٥، المغني لابن قدامة ٢/٦٨٤.
(٢) المغني لابن قدامة ٢/٦٨٥.
(٣) الشرح الممتع لابن عثيمين ٢/٣٢٧.

أدلة القول الثاني:

١ – قوله -تعالى-: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[١].

وجه الدلالة: أن الأمر في الآية مطلق من غير تقييد بزمن أو مكان للأداء، والأمر المطلق لا يقتضي الفور ولا التراخي، بل مجرد طلب المأمور به، فيجوز للمكلف كل من التراخي والفور في الامتثال؛ لأنه لم يطلب منه الفعل مقيدًا، فيجوز بأحدهما فيبقى على خياره في المباح الأصلي[٢].

٢ – استدلوا بمن عليه زكاة إذا هلك النصاب بعد تمام الحول والتمكن من الأداء أنه لا يضمن، ولو كانت على الفور لضمن، كما أخر صوم رمضان عن وقته فإن عليه القضاء[٣].

أولًا – مناقشة أدلة القول الأول:

يمكن مناقشة أدلة أصحاب القول الأول بالآتي:

١- الآيات القرآنية التي تم الاستدلال بها، لا يوجد فيها دلالة صريحة على فورية أداء الزكاة بعد وجوبها، فهي إما تحث على المبادرة في فعل الخيرات والصدقات ومنها الزكاة، وإما أن الأمر فيها مطلق لم يعين وقت الأداء، ونحن نتحدث عن الوجوب لا المبادرة، والإسراع لنيل الفضيلة والثواب.

---

(١) سورة البقرة الآية ٤٣.

(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ج ٢ ص ١٥٥.

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٣ ص ١٩١، بدائع الصنائع ٣/٢، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢٦٣/١.

٢- الأحاديث التي تم الاستدلال بها على وجوب أداء الزكاة فور تحقق شرطها هي أيضًا -كما في الآيات القرآنية-، لا يوجد فيها حديث واحد أو نص صريح بفورية الأداء، وكل ما تضمنته من دلالات هي الحث على فعل الخير وإخراج الصدقات دون تحديد زمن لذلك، ونتفق مع من قال بفضيلة الإسراع في أعمال الخير ومنها الزكاة، ولكن مسألتنا متعلقة بالوجوب وعدمه.

٣- قولهم إن الزكاة عبادة تتكرر فلا يجوز تأخيرها إلى وقت وجوبها كالصلاة والصوم، نقول إن الزكاة عبادة مالية يتعلق حق الفقراء فيها بالمال الواجب فيه الزكاة، وهي أشبه بالوديعة وأحكامها، بخلاف الصلاة والصوم فهما عبادة محضة بين العبد وربه.

٤- قولهم إن القول بعدم فورية الأداء للزكاة بعد وجوبها قد يؤدي إلى التأخير والتهرب من الزكاة مما يضر بالفقراء، يرد عليه أن الأعمال بالنيات، والله هو الذي يتولاها ويحاسب عليها، ويمكن التهرب من الزكاة بأساليب أخرى تؤدي إلى فوات حق الفقراء، ولا يأثم رب المال بظاهر هذه الأساليب.

ثانيًا - مناقشة أدلة القول الثاني:

يمكن مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني بالآتي:

١- قولهم بأن الأمر في الآية مطلق لم يقيد بزمن فهو يقتضي الفور والتراخي، فإنه مع التسليم به، فإن هناك قرينة تجعل هذا الأمر يحمل

على الفور ويقتضيه، وهي مصلحة الفقراء التي من أجلها شرعت الزكاة، وهي مصلحة عاجلة، فوجب أن يكون أداء الزكاة على الفور حتى تتحقق هذه المصلحة على وجهها الأكمل[1].

٢- نقل عن الإمام أبي حنيفة في رواية وهي قول أبي يوسف ومحمد، والثلاثة أئمة مذهب الحنفية رد شهادة من يؤخر الزكاة؛ لأن ترك الواجب مفسق، وعليه فإن التأخير في أداء الزكاة بعد وجوبها وعدم الفورية يعد حرامًا، وإلا لما استوجب فاعله الفسق ورد الشهادة[2].

٣- القول بأن الزكاة افتراضها على التراخي يجب حمله على أن المراد بالنظر إلى دليل الافتراض، أي أن دليل الافتراض لا يوجبها على الفور، وهو لا ينفي وجود دليل الإيجاب للفورية[3].

القول الراجح: بعد النظر في أدلة الأقوال والمناقشة فإن الباحث يرى -والله أعلم- أن القول الراجح في المسألة هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في القول الأول من وجوب أداء الزكاة على الفور، وأنه لا يجوز تأخيرها عن وقت وجوبها مع التمكن من الأداء؛ وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول من المنقول، ووجاهة توجيههم من المعقول، ولأن العبادات تؤخذ على سبيل الاحتياط، وهو الذي يتوافق مع الحث على المبادرة إلى الطاعات والمسارعة في أدائها بصفة عامة، كما دلت عليه النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، فإذا كانت المبادرة في الأعمال

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٨٤.
(٢) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٣/ ١٩٢، فتح القدير لابن الهمام ٢/ ١٥٦.
(٣) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٣/ ١٩٢.

الصالحة محمودة، فهي في الفرائض -ومنها الزكاة- أكثر حمدًا، وفي ذلك يقول ابن بطال: «إن الخير ينبغي أن يبادر به، فإن الآفات تعرض والموانع تمنع والموت لا يؤمن والتسويف غير محمود، والمبادرة أخلص للذمة، وأنفى للحاجة، وأبعد عن المطل المذموم، وأرضى للرب -تعالى-، وأمحى للذنب»[١].

وهذا القول الذي رجحناه هو ما أخذت به اللجنة الدائمة للإفتاء[٢]، وعبد العزيز محمد السلمان[٣]، والعلامة الدكتور القرضاوي[٤]، وغيرهم.

الحالة الثانية – عدم التمكن من أداء الزكاة:

من حيث الجملة أجاز الفقهاء تأخير إخراج الزكاة بعد وجوبها حال عدم التمكن، وقد اختلفت وجهات نظرهم في الأسباب والأحوال التي يفسر بها عدم التمكن على النحو الآتي:

أولًا – مذهب المالكية:

يعد مذهب المالكية من أضيق المذاهب التي تجيز تأخير إخراج الزكاة بعد وجوبها لعدم التمكن، وجعلوا ذلك في عدم وجود من تصرف لهم الزكاة، أو عدم الوصول إليهم، أو غياب المال الذي تجب فيه الزكاة.

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٤/١٤٩، فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ٣/٢٩٩.

(٢) فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء ٩/٣٩٨.

(٣) التلخيصات لجل أحكام الزكاة، عبدالعزيز السلمان، ص ٤٦.

(٤) فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي ٢/٨٢٣، انظر: موسوعة القه الإسلامي، محمد التويجري ٣/٦٩.

جاء في حاشية الدسوقي: «ولم يمكن الأداء منها إما لعدم مستحق أو لعدم الوصول إليه أو لغيبة المال»[1].

ثانيًا – مذهب الشافعية:

ذهب فقهاء الشافعية إلى أن التمكن من إخراج الزكاة بعد وجوبها لا يقتصر على الحول والنصاب، بل لابد من تحقق شروط تضاف إلى ذلك، تعد بمجموعها ممكنة لرب المال من إخراج الزكاة، ونصوا على حضور المال والأصناف والتروي في استحقاق الحاضرين؛ وعليه يمكن القول بأن الأعذار المبيحة لتأخير إخراج الزكاة عند الشافعية هي:

١ – عدم حضور المال، فلا تجب الزكاة على المال الغائب، وكذلك حضور الأصناف المستحقين للزكاة.

٢ – التروي حال التردد في استحقاق الحاضرين؛ ليتأكد من وصولها إلى مستحقها.

٣ – يجوز في المذهب كذلك أن يؤخر إخراج الزكاة لطلب الأفضل بأن يوجد الإمام أو نائبه، وأن يكون التفريق للزكاة من خلالهما أفضل.

٤ – ويجوز كذلك تأخير الزكاة لانتظار قريب أو جار أو أحوج أو أصلح على الراجح في المذهب، إذا لم يشتد ضرر الحاضرين من الفقراء والمستحقين بهذا التأخير[2].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/١١٦، شرح التلقين للمازري ١/٣٨٣.
(٢) مغني المحتاج للشربيني ٣/١٢٩، روضة الطالبين للنووي ٢/٢٥.

ثالثًا - مذهب الحنابلة:

اشترط الحنابلة للمبادرة في الزكاة أن يكون الإخراج ممكنًا، فإذا لم يمكنه الإخراج فإنه لا تلزمه المبادرة والفورية، وأرجعوا عدم الإمكان وجواز التأخير للحالات الآتية:

١- إذا تعذر عليه الإخراج كما لو كان ماله غائبًا، فإنه يجوز التأخير لحين حضوره.

٢- أن يلحق رب المال ضرر في إخراج الزكاة فور وجوبها، ومن ذلك أن يحول عليه الحول قبل مجيء الساعي، فيخشى إن أخرجها بنفسه أن يأخذها الساعي منه مرة أخرى.

- أن يخشى على نفسه أو ماله إذا أخرج الزكاة، وذلك بأن يكون بين قوم من الفقراء لصوص، ولو أخرج الزكاة لقالوا: إنه ذو مال فيسطون على بيته ويسرقونه أو يقتلوه، وهذا ضرر يحل له أن يؤخر الزكاة؛ لقوله ﷺ في الحديث: «لا ضرر ولا ضرار»(١).

٣ - يجوز لرب المال أن يؤخر إخراج زكاته لمصلحة، ومن ذلك:

- أن يؤخرها من أجل أن يدفعها إلى من هو أحق بها، من ذي قرابة أو حاجة شديدة، لفترة يسيرة.

- أن يؤخرها من أجل أن يتحرى من يستحقها، وفي ذلك مصلحة للمستحق، حيث إن الأمانة ضاعت في هذا الزمن، وكثر طلاب المال من

(١) سنن ابن ماجة، لابن ماجة ٤٣٢/٣ حديث٢٣٤١٢ قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، المستدرك للحاكم ٥٧/٢، وقال الذهبي: على شرط مسلم.

غير مستحقيه.

- أن يؤخر إخراج الزكاة لمصلحة الفقير، فمثلًا في رمضان يكثر إخراج الزكاة ويغتني الفقراء أو أكثرهم، لكن في أيام الشتاء التي لا توافق رمضان فيكون الفقراء أشد حاجة ويقل من يخرج الزكاة، فهنا يجوز تأخيرها؛ لأن في ذلك مصلحة لمن يستحقها، ولكن هذا شرط أن يفرزها عن ماله، وأن يكتب وثيقة يذكر فيها أنها زكاة وجبت في رمضان وأخرها للشتاء لمصلحة الفقراء؛ وذلك حتى لا يضيع حقهم إذا ما توفي رب المال ولا يعلم الورثة بذلك[1].

الراجح من هذه المذاهب في المسألة:

وبالنظر في مذاهب الفقهاء في أحوال جواز تأخير إخراج الزكاة بعد وجوبها لعدم التمكن، نرى أن المالكية لم يتوسعوا في ذلك واقتصروا على حضور المال ومن تُصرف لهم، بينما توسع كل من الشافعية والحنابلة في تفسير حالة التمكن من إخراج الزكاة، وهو ما نميل إليه، وأخذت به اللجنة الدائمة للإفتاء، ورجحه العلامة الدكتور يوسف القرضاوي مع توسع أكثر بقوله: «وإذا أجزنا تعجيل الزكاة لحاجة أو مصلحة فإن تأخيرها عن وقت إخراجها الواجب لا يجوز إلا لحاجة داعية أو مصلحة معتبرة تقتضي ذلك، مثل تأخيرها لقريب ذي حاجة ... وله أن يؤخرها لعذر مالي حل به فأحوجه إلى مال الزكاة، فلا بأس

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٨٥، الشرح الممتع على زاد المستنقع لابن عثيمين ٦/ ١٨٨-١٩٠، كشاف القناع على متن الإقناع للبهوتي ٢/ ٢٧٠.

أن ينفقه ويبقى دينًا في عنقه، وعليه الأداء في أول فرصة تسنح له»[١].

المطلب الثاني: هلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه

إذا وجبت الزكاة في المال فأخر مالكه إخراجها مع تمكنه حتى هلك المال أو بعضه، فقد اختلف الفقهاء في ضمان الزكاة على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وابن حزم الظاهري[٥]، ومن قال بأن الزكاة على الفور من الحنفية[٦]، إلى أنه إذا تأخر رب المال عن إخراج زكاته بعد وجوبها مع تمكنه من الإخراج فهو ضامن لها.

القول الثاني: مذهب الحنفية وهو قول عامة مشايخهم أنه لا ضمان على من أخر إخراج الزكاة فهلك المال أو بعضه، وتسقط الزكاة بهلاك المال كله، أو بقدر الهالك إن تلف بعضه[٧].

سبب الخلاف: يرجع السبب في اختلاف الفقهاء في ضمان الزكاة على رب المال إذا أخرها عن وقت الوجوب مع التمكن -كما يقول ابن رشد- إلى اختلافهم في تشبيه الزكاة بالديون، أعني أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال، أو تشبيهها بالحقوق التي تتعلق بعين المال،

(١) فقه الزكاة، د. يوسف القرضاوي ٢/٨٢٧-٨٢٨، فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، مجلد ٩ فتوى رقم ٤٣٤٩. وانظر: الأموال لأبي عبيد ص ٥٢٤.

(٢) المدونة للإمام مالك ١/٣٢٧، حاشية الدسوقي ٢/١١٧، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر ١/٣٠٢، بداية المجتهد ١/٣٢٧.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٤/٥٣، البيان للعمراني ٣/١٥٤، روضة الطالبين ٢ /٢٢٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٢/٦٨٥، الشرح الممتع على زاد المستنقع للعثيمين ٦/٤٥.

(٥) المحلى بالآثار لابن حزم ٤/٧١.

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٢/٣.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣، فتح القدير لابن الهمام ٢/٢٠١.

لا بذمة الذي يده على المال كالأمناء. فالسبب هو تردد شبه المالك بين الغريم والأمين، فمن شبههم بالغرماء قال يضمنون، ومن شبههم بالأمناء قال لا ضمان عليهم[١].

الأدلـــــة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من ضمان الزكاة إذا أخرها مع التمكن من إخراجها بالآتي:

١- قوله ﷺ: «وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول»[٢].

وجه الدلالة من الحديث: مفهوم الحديث يدل على أن النبي ﷺ أوجب الزكاة في المال بعد الحول مطلقًا ولم يفرق بين أن يتمكن من الأداء أو لا يتمكن[٣].

٢- أن الزكاة حق تعلق وجوبه بوجود المال، فإذا وجب لم يسقط وجوبه بعد الإمكان بتلف المال، كصدقة الفطر، والحج إذا تلف ماله بعد إمكان أدائه[٤].

٣- أن الزكاة حق متعين على رب المال، تلف قبل وصوله إلى مستحقه فلم يبرأ منه بذلك كدين الآدمي[٥].

٤- إن تمكن من إخراج الزكاة ولم يؤدها صار بالتأخير مفرطًا،

(١) بداية المجتهد لابن رشد ١/٣٢٧-٣٢٨.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) البيان للعمراني ٣/١٥٣.
(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٤/٥٣.
(٥) المغني لابن قدامة ٢/٦٨٦.

كالمودع عنده إذا طولب برد الوديعة فلم يردها حتى هلكت[١].

٥- تأخير الزكاة عن وقت محلها يجعلها متعلقة بالذمة، وما تعلق بالذمة لا يسقط بتلف المال[٢].

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني على قولهم بالآتي:

١- اعتمد أصحاب القول الثاني في مسألة ضمان الزكاة إذا هلك المال أو النصاب بعد الوجوب على الأصل عندهم، بأن إخراجها على التراخي؛ ولذلك إن تلف المال فلا ضمان عليه، جاء في البدائع: «ويجوز أن تبنى مسألة هلاك النصاب على هذا الأصل؛ لأن الواجب لما كان على التراخي عندنا لم يكن بتأخيره الأداء عن أول أوقات الإمكان مفرطًا، فلا يضمن»[٣].

٢ – أن الزكاة إذا وجبت على رب المال كانت في يده أمانة كالوديعة، والودائع لا يضمنها إلا بجناية أو مطالبة ربها بها فيمنعه حتى هلكت[٤].

٣ – المستحق غير معين فهي للمساكين، ولرب المال أن يحبس زكاته عن قوم ويصرفها إلى قوم، وما لم يكن المستحق غير معين لا يوجد منه الطلب، حتى لو طلب؛ لأن المستحق هو فقير يعينه المالك للمال، لا كل فقير حيث للمالك الصرف إلى من يشاء من الفقراء، فإذا لم يتعين

(١) تبيين الحقائق للزيلعي بحاشية الشلبي ١/ ٢٧٠، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢/ ٢٠٢.
(٢) الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبدالبر ١/ ٣٠٣.
(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/ ٣.
(٤) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢/ ٢٠٢.

مستحق الزكاة لا يلزمه الضمان[1].

المناقشـــة:

أولًا- يمكن مناقشة أدلة القول الأول بالآتي:

١- الحديث لا دلالة فيه على الضمان، وكل ما فيه أنه يبين شرطًا من شروط وجوب الزكاة وهو الحول، أي أنه لا زكاة واجبة في مال حتى يحول عليه الحول.

٢- قولهم إن الزكاة أصبحت حقًا متعلقًا بذمة رب المال، فهو غير مسلم به، حيث إنها حق يتعلق بعين المال، فإذا هلك لم يبق لها محل.

٣- قولهم إنه إذا تمكن من الإخراج ولم يؤدِ الزكاة صار بالتأخير مفرطًا، فهو ضامن لها، كالوديعة إذا فرط فيها من هي عنده، نقول إن الزكاة تجب على التراخي، وبذلك لا يكون بالتأخير مفرطًا.

ثانيًا - يمكن مناقشة أدلة القول الثاني بالآتي:

١- قولهم إن الزكاة واجبة على التراخي، وبذلك لا يعد بتأخيره إخراجها مفرطًا ولا ضامنًا، يجاب عنه بأننا سبق أن رجحنا أن الزكاة واجبة على الفور مع التمكن من إخراجها؛ وبذلك يكون تأخيره لها عن وقت الوجوب يقتضي الضمان.

٢- قولهم إن الوديعة لا تضمن إلا بجناية أو منع يد الطالب، الجواب عنه أن يقال إن تأخير الزكاة بعد إمكان إخراجها جناية منه عليها، ومن الودائع ما تجب ضمانها من غير مطالبه، وهي ما لم يعلم رضا

(١) المرجع السابق.

مالكها بإمساكها، مثل موت رب الوديعة يوجب على المودع ردها على الوارث، فإن لم يردها أو يعلمه بها ضمنها، وكذلك الزكاة ليس يُعلم رضا مستحقها بحبسها، فوجب أن يلزمه ضمانها[١].

٣- قولهم إن مستحقها غير معين وله أن يحبسها عن قوم ويصرفها على آخرين فغير صحيح؛ لأنه يجوز أن يصرفها عن قوم إلى غيرهم إذا حضر جميع المساكين، فأما إذا حضر بعضهم لم يجز أن يحبسها عمن حضر ليدفعها إلى من لم يحضر، فإن فعل ذلك ضمن. والله أعلم[٢].

الراجح: بعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها فإن الباحث يرى ضمان زكاة المال إذا وجبت وتم تأخيرها مع التمكن من إخراجها؛ وذلك لوجاهة ما استدلوا به وتوافقه مع مقصد تشريع الزكاة وهو إغناء الفقراء وهم أهم أصناف مستحقيها بوصول الحق إليهم، والقول بعدم الضمان مع التمكن من إخراج الزكاة قد يؤدي إلى التكاسل والتهاون فيها، مما يضيع حق الفقراء والمساكين، ولا يتوافق مع المقصد من تشريع الزكاة، وهو ما أخذت به اللجنة الدائمة للإفتاء بقولها: «الزكاة واجبة في ذمته وهي دين عليه يخرجها متى استطاع؛ لأنه بتأخيره غير الجائز يعد مفرطًا في حق أهل الزكاة»[٣]. والله أعلم.

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٤/٥٣.
(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٤/٥٤.
(٣) فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، مجلد ٩، الفتوى رقم ٣٥٤٣، وانظر: موسوعة الفقه الإسلامي للتويجري ٣/٦٦.

الخاتمـــة

الحمد لله الذي بفضله ونعمه تتم الصالحات، وبعد أن وفقنا الله وأتممنا هذا البحث في أحكام تعجيل، زكاة المال وتأخيرها، يمكن أن نجمل أهم النتائج التي توصلت إليها في الآتي:

زكاة المال من غير الزروع والمعدن والكنز والركاز يشترط لوجوبها الملك التام والنصاب والحول.

لا يجوز تعجيل إخراج الزكاة في الأموال قبل ملك النصاب بالاتفاق بين الفقهاء.

يجوز تعجيل إخراج الزكاة إذا بلغت النصاب قبل حولان الحول، وهو ما ذهب إليه جماهير فقهاء المذاهب، والعلماء المعاصرون.

المدة التي يجوز التعجيل إليها في إخراج الزكاة هي عام أو عامان؛ تمسكًا بالنص وعملًا بالأحوط.

تعجيل الزكاة وإخراجها قبل حلول الحول لا يوجب الضمان على الإمام أو المؤسسات والجمعيات الخيرية التي تجمعها إذا تلفت بغير تفريط منهم.

موت الفقير الذي قبض الزكاة المعجلة قبل حلول الحول لا يؤثر في صحة إخراجها، فهي مجزئة ولا يلزم رب المال أن يخرج بدلها؛ لأنها وقعت موقعها الصحيح عند إخراجها.

إذا قبض الفقير الزكاة المعجلة واستغنى بسببها قبل حلول الحول

وهو وقت وجوب إخراج الزكاة، فإنها تجزئ مخرجها، وقد حققت المقصد الشرعي منها وهو إغناء الفقير.

إذا استغنى الفقير الذي قبض الزكاة قبل حلول الحول من مال غيرها كهدية أو ميراث أو غير ذلك، فإن الزكاة لا تجزئ مخرجها، حيث إن قابضها باستغنائه من غيرها خرج من وصف مستحقيها.

تغير حال دافع الزكاة المعجلة قبل الحول، بأن أصبح لا يملك نصابًا؛ لهلاك المال أو بعضه قبل حلول الحول لا يجيز له استرجاع الزكاة المدفوعة للفقير.

ملك النصاب ملكًا تامًا وحولان الحول على ذلك يوجب إخراج الزكاة على الفور، ولا يجوز تأخيرها مع التمكن من ذلك.

يجوز تأخير الزكاة عن وقت إخراجها الواجب لحاجة داعية إلى ذلك، أو لدفع ضرر أو لتحقيق مصلحة معتبرة شرعًا، وكل ذلك يدخل في تفسير عدم التمكن من إخراجها.

تأخير الزكاة مع التمكن من إخراجها يوجب ضمانها على رب المال إذا هلكت، ولا تسقط عنه؛ لتعلق حق الفقراء بعين المال.

المراجـــــــع

١. الإجماع: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ / ٢٠٠٤، دار المسلم للنشر والتوزيع.

٢. الاختيار لتعليل المختار: عبدالله بن محمود الموصلي، طبعة ١٩٣٧م،

مطبعة الحلبي، القاهرة، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م، دار الكتاب العربي.

٤. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: محمد ناصرالدين الألباني، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

٥. الإسلام عقيدة وشريعة: محمود شلتوت، طبعة دار العلم، مصر.

٦. أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة.

٧. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون طبعة وتاريخ.

٨. الأم: أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م.

٩. الأموال: أبو عبيد القاسم بن سلام، تحقيق: محمد خليل هراس، مكتبة الكليات الأزهرية، دار الفكر، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٤٠١هـ / ١٩٨١م.

١٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: أبو الحسن علي بن سلمان المرداوي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، دار إحياء التراث العربي.

١١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف

بابن نجيم، الطبعة الثانية بدون تاريخ، دار الكتاب الإسلامي.

١٢.بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، طبعة ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة.

١٣.بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م، دار الكتب العلمية.

١٤.البناية شرح الهداية: أبو محمد محمود بن أحمد بن حسين العيني، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ / ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٥.البيان في فقه الإمام الشافعي: يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن عبدالله بن عمران العراني، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ / ٢٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٦.تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد الحسيني الملقب بمرتضى الزبيدي، دار الهداية.

١٧.التاج والإكيل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبدالله المواق، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ / ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية.

١٨.تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي: عثمان بن علي بن محمد البارعي فخر الدين الزيلعي، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة.

١٩.تحفة الفقهاء: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان.

٢٠.التعريفات: علي بن حمد بن علي الجرجاني، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م، شركة القدس للتصدير، الدراسة، القاهرة.

٢١.التعريفات الفقهية: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣م، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٢.التلخيصات لجل أحكام الزكاة: عبدالعزيز المحمد السلمان، الطبعة السادسة ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م، بدون دار نشر.

٢٣.التوقيف على مهمات التعاريف: محمد عبدالرؤوف المناوي، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م، عالم الكتب، القاهرة.

٢٤.الجامع لأحكام القرآن – تفسير القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر ابن فرح الأنصاري شمس الدين القرطبي، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م، دار الكتب المصرية، القاهرة.

٢٥.حاشية الدسوقي لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي على الشرح البكير: أبي البركات أحمد بن محمد العدوي، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ / ١٩٩٦م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٦.الحاوي الكبير: لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، طبعة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٢٧.حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: محمد بن أحمد الحسين بن عمر أبو بكر الشاشي القفال، الطبعة الأول ١٩٨٠م، مؤسسة الرسالة، دار

الأرقم، بيروت، عمان.

٢٨.الذخيرة: أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الطبعة الأولى ١٩٩٤م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

٢٩.رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: محمد أمين الشهير بابن عابدين، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م، دار الكتب العلمية، بيروت.

٣٠.روضة الطالبين وعمدة المفتين: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، المكتب الإسلامي، بيروت.

٣١.زاد المعاد في هدي خير العباد: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد ابن قيم الجوزية، الطبعة السابعة والعشرون ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٣٢.سنن ابن ماجة:ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، الطبعة الاولى ١٤٣٠ه_٢٠٠٩م،دار الرسالة العالمية.

٣٣.سنن ابو داوود: سليمان بن الاشعث بن اسحق بن بشير السجستاني، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قرة بللي، الطبعة الاولى،١٤٣٠ه_٢٠٠٩م، دار الرسالة العالمية.

٣٤.سنن الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي،تحقيق بشار عواد معروف، الطبعة الثانية ١٣٩٥ه_١٩٧٥م،مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي _مصر

٣٥.سنن الدار قطني:علي بن عمر، أبو الحسن الدار قطني، تحقيق السيد عبد

الله هاشم المدني،طبعة ١٣٨٦ه_١٩٦٦م، دار المعرفة_بيروت.

٣٦.شرح التلقين: محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

٣٧.الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، إشراف مؤسسة الشيخ محمد بن صالح العثيمين الخيرية.

٣٨.شرح فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام على الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٣٩.صحيح الخاري: محمد بن إسماعيل، أبو عبد الله البخاري_تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر_الطبعة الاولى١٤٢٢ه،دار طوق النجاة.

٤٠.ضمان المنافع: إبراهيم الدبو، دار عمان، عمان، الأردن.

٤١.العين: عبدالرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، دار الهلال ومكتبتها.

٤٢.فتح الباري بشرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٤٣.فتح العزيز بشرح الوجيز: عبدالكريم بن محمد الرافعي، دار الفكر، بدون طبعة.

٤٤.فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين: أحمد بن عبدالعزيز بن زين الدين بن علي بن أحمد المليباري الهندي، الطبعة الأولى.

٤٥.فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: زكريا بن محمد بن أحمد

الأنصاري،الطبعة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م، دار الفكر للطباعة والنشر.

٤٦.الفروق: أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن، الشهير بالقرافي، عالم الكتب.

٤٧.فقه الزكاة: يوسف القرضاوي، الطبعة الثامنة ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٤٨.الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غانم بن سالم بن مهنا الأزهري، دار الفكر، تاريخ النشر ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م.

٤٩.القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، الطبعة الثانية ٢٠٠٥، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٥٠.القواعد لابن رجب: عبدالرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السلامي، دار الكتب العلمية.

٥١.كتاب الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر، الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م، مكتبة الرياض الحديثة، البطحاء، الرياض.

٥٢.كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس إدريس البهوتي، طبعة ١٤٠٢هـ / ١٩٨٢م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت.

٥٣.لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، ابن منظور، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ دار صادر، بيروت.

٥٤.المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد، ابن مفلح، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ / ١٩٩٧م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٥٥.المبسوط: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تاريخ النشر ١٤١٤هـ / ١٩٩٣م دار المعرفة، بيروت.

٥٦.مجلة الأحكام العدلية: علي حيدر، تعريب فهمي الحسني، دار الكتب العلمية، بيروت.

٥٧.المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي): أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.

٥٨.مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي، طبعة إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين.

٥٩.المحلى بالآثار: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الفكر، بيروت.

٦٠.المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة التاسعة ١٩٦٨، مطابع ألف باء الأديب، دمشق.

٦١.المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية.

٦٢.مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، درا الكتب العلمية، بيروت.

٦٣.المستدرك على الصحيحين: أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، إشراف: د. يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت.

٦٤.مسند الإمام أحمد: أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق أحمد شاكر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ_١٩٩٥م، دار الحديث القاهرة.

٦٥.المسند المستخرج على صحيح الإمام مسلم: أحمد بن عبد الله بن أحمد ابن إسحق الأصبهاني، تحقيق محمد إسماعيل الشافعي، الطبعة الأولى ١٤١٧ه_١٩٦٦م، دار الكتب العلمية بيروت_لبنان.

٦٦.المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، المكتبة العلمية، بيروت.

٦٧.مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، المكتب الإسلامي.

٦٨.معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب المعروف بالخطابي، الطبعة الأولى ١٣٥١هـ/١٩٣٢م، المطبعة العلمية، حلب.

٦٩.معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع.

٧٠.المعونة على مذهب عالم المدينة: عبدالوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.

٧١.مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، دار الكتب العلمية.

٧٢.المغني لابن قدامة: أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، مكتبة الرياض الحديث، الرياض.

٧٣.المفردات في غريب القرآن: أبو القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهاني، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت.

٧٤.الملخص الفقهي: صالح بن فوزان بن عبدالله الفوزان، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية.

٧٥.منتهى الإرادات: محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ / ١٩٩٩م، مؤسسة الرسالة.

٧٦.مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م، دار الفكر.

٧٧.موسوعة الفقه الإسلامي: محمد بن إبراهيم بن عبدالله التويجري، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ – ٢٠٠٩م، بدون دار نشر.

٧٨.نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر.

المواقع الإلكترونية:

٧٩. موقع اللجنة الدائمة للإفتاء: المملكة العربية السعودية.

٨٠. موقع دار الإفتاء المصرية: جمهورية مصر العربية.

٨١. موقع الهيأة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف: دولة الإمارات العربية المتحدة.

أثر الهجر بين الزوجين في فسخ النكاح

الدكتورة/ نائفة بنت خميس عشوي العنزي(*)

مقدمة

الحمد لله الحكيم العليم، الذي رفع العلم والعلماء وشرع لنا من الدين ما تستقيم به دنيانا وآخرتنا، وشرح صدورنا للعلم ونور قلوبنا بالإيمان، ووفقنا للتفقه في الدين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء، وسيد العلماء، المبعوث رحمة للأنام، وهاديًا للبشرية وسراجًا منيرًا، وبعد:

فإن الله تعالى أنزل هذا الدين هدى ونورًا للناس أجمعين، فيه تشريع كامل لجميع نواحي الحياة، ولقد اهتم الإسلام بالأسرة وعني بها، فحث بداية على الزواج ورغب فيه، حيث قال الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾(١)، وقال ﷺ: «يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»(٢).

وعني الإسلام بالعلاقة بين الزوجين، حيث شرع من الأنظمة ما

(*) أستاذ الفقه المساعد، قسم الدراسات الإسلامية كلية الآداب، جامعة الأميرة نوره بنت عبد الرحمن.

(١) سورة النور الآية ٣٢.

(٢) صحيح البخاري: ٥/ ١٩٥٠.

يكفل صلاحها واستمرارها، فرغب بداية في اختيار الزوجة الصالحة، وحث أهل الفتاة على عدم رفض صاحب الدين إن تقدم إليهم، فقال ﷺ: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»(١).

وقال ﷺ: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»(٢)، ثم شرع من الأنظمة ما يمنع أي إشكال بين الزوجين، فجعل للزوج حقوقًا على زوجته ورتب عليه واجبات تجاهها، وجعل للزوجة حقوقًا ورتب عليها واجبات كذلك، فإن التزم كل طرف منهما بما عليه من واجبات صلحت حياتهما واستمرت بأحسن حال، وإن حصل تقصير من أحد الزوجين تجاه الآخر، حث الإسلام صاحب الحق على الصبر والتحمل، حيث قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾(٣)، وقال الرسول ﷺ: «لا يفرك(٤) مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقًا رضي منها آخر، أو قال غيره»(٥).

وإن حصل نشوز من الزوجة رتبت الشريعة من الوسائل العلاجية ما يكفل إصلاح ذلك، حيث قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَٱلَّٰتِى

(١) صحيح مسلم: ٢/١٠٨٦.

(٢) سنن الترمذي: ٣/٣٩٤، والسيل الجرار، محمد بن علي الشوكاني، تحقق: محمود إبراهيم زايد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ، ٢/٢٩٢.

(٣) سورة النساء الآية ١٩.

(٤) يفرك: يبغض، انظر: صحيح مسلم بشرح النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٩٢هـ، ١٠/٥٨.

(٥) صحيح مسلم، ٢/١٠٩١.

تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾(١)، وإن حصل النشوز من الزوج حث الإسلام على إصلاح الأمر، حيث قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾(٢)، وأمر الزوج بعدم الإضرار بالزوجة، حيث قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾(٣). وبناء على ذلك جاءت هذه الدراسة بعنوان: (أثر الهجر بين الزوجين في فسخ النكاح).

مشكلة الدراسة:

ورغم كل التوجيهات القرآنية للزوجين إلا أنه قد تسوء العلاقة بينهما، ويصبح استمرارها مستحيلًا، وتستنفذ كل وسائل العلاج، ويصبح الفراق بين الزوجين هو الحل الوحيد المسعد والمغني لكل منهما حيث قال الله -سبحانه وتعالى:- ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾(٤)؛ ولأن هجر النساء والإضرار بهن والشقاق بين الأزواج أصبح منتشرًا في هذه الأيام؛ لبعد الناس عن الدين ولعدم فهم كل من الزوجين ما عليه تجاه الآخر، ارتأيت أن أكتب دراستي في هذا الموضوع، لعلي أقدم شيئًا يخدم الأمة، ويساعد

(١) سورة النساء الآية ٣٤.
(٢) سورة النساء الآية ١٢٨.
(٣) سورة البقرة الآية ٢٣١.
(٤) سورة النساء الآية ١٣٠.

على إصلاح الأحوال بين الأزواج.

ومع أن هذا الموضوع طرقه الفقهاء قديمًا بأبواب متفرقة ومتناثرة في كتب الفقه والتفسير، وكتب به بعض العلماء حديثًا، إلا أنه بحاجة إلى زيادة بحث وتوضيح وتبويب وتجميع؛ ليسهل على الباحث الاطلاع والبحث؛ لذا يمكننا صياغة مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس التالي: ما أحكام الهجر بين الزوجين التي تؤدي إلى فسخ النكاح؟.

أسئلة الدراسة:

- ما أدلة تحريم الإضرار بالزوجة؟
- ما التأصيل الفهمي للهجر بين الزوجين؟
- ما مشروعية التفريق بسبب الهجر؟
- ما التأصيل الفهمي للفسخ؟
- ما معيار التفريق بين الفسخ والطلاق عند الفقهاء؟
- ما أقسام الفرقة التي تعد فسخًا؟
- ما وقت وقوع الفرقة للهجر؟
- ما موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق للهجر؟

أهمية الدراسة:

١- هذا الموضوع عملي يمس حياة معظم أفراد المجتمع، وتكثر قضاياه في المحاكم الشرعية في هذه الأيام، فلا بد من بيان الأحكام المتعلقة به وتوضيحها.

٢- إن هذا الموضوع بحاجة إلى زيادة بحث وتوضيح وتجميع وتبويب؛ لكي يسهل على الباحث الاطلاع عليها.

٣- بيان صلاحية هذه الشريعة وعظمتها في حرصها على استمرار العلاقة الزوجية والعشرة بالمعروف بين الزوجين.

٤- الرد على افتراءات أعداء الإسلام الذين يزعمون أن الإسلام يظلم المرأة ويحولها إلى جارية للرجل.

٥- عدم وجود بحث مستقل بموضوع (أحكام الهجر بين الزوجين, وأثره في فسخ النكاح) وما وجد في هذا الموضوع بحاجة إلى زيادة وتجميع وتوضيح.

٦- جهل كثير من الناس بكيفية حل المشكلات الزوجية، وأن الشريعة كفيلة برفع أي ضرر يقع على أحد الزوجين من قبل الآخر، أو بسبب استمرار العلاقة الزوجية بينهما.

٧- بيان قدرة الشريعة الإسلامية ومرونتها في حل المشكلات والخلافات المستجدة بين الأزواج، ومعالجتها في كل زمان ومكان.

أهداف الدراسة:

- تعرف الخلافات الزوجية، وأدلة تحريم الإضرار بالزوجة.
- تعرف التأصيل الفهمي للهجر بين الزوجين.
- تعرف مشروعية التفريق بسبب الهجر (إثبات حقوق الزوجة في العشرة).

- تعرَّف التأصيل الفهمي للفسخ.
- تعرَّف معيار التفريق بين الفسخ والطلاق عند الفقهاء.
- تعرَّف أقسام الفرقة التي تعد فسخًا.
- تعرف وقت وقوع الفرقة للهجر، ونوعها.
- تعَّرف موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق للهجر.

خطة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة في تسعة مباحث، بين مقدمة وخاتمة، وذلك كالآتي:

المبحث الأول: الخلافات الزوجية

المبحث الثاني: أدلة تحريم الإضرار بالزوجة

المبحث الثالث: التأصيل الفهمي للهجر بين الزوجين

المبحث الرابع: مشروعية التفريق بسبب الهجر (إثبات حقوق الزوجة في العشرة).

المبحث الخامس: التأصيل الفهمي للفسخ.

المبحث السادس: معيار التفريق بين الفسخ والطلاق عند الفقهاء.

المبحث السابع: أقسام الفرقة التي تعد فسخًا.

المبحث الثامن: وقت وقوع الفرقة للهجر، ونوعها.

المبحث التاسع: موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق للهجر.

المبحث الأول: الخلافات الزوجية:

لقد عالج الإسلام المشاكل التي تعرض للزوجين في زواجهما، فوجههما إلى الصبر والتحمل؛ لأن كثيرًا ما تسيطر الكراهة على أحدهما لصاحبه؛ لصفة لا تعجبه فيه بسبب خلقي أو غير ذلك مما لا يخل بالدين، هذا في الوقت الذي يغمض البصر عن الخير الكثير، وفي ذلك قال الرسول ﷺ: «لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقًا، رضي منها آخر»(١). وكم من رجل يمل امرأته ويكرهها، ثم يرزقه الله منها أولادًا نجباء، أو تظهر فيها مزايا لا توجد في مثيلاتها، فيكون لها احترام عنده وينمو في قلبه حبها. فعلى الزوج أن يتفكر في أمره ويتمهل كثيرًا قبل أن تسيطر عليه عوامل الكراهية، ويجب عليه أن يعلم أنه لا يخلو كذلك من عيوب تصبر عليها زوجته، وكان من حقها أن لا تصبر هي الأخرى على عيوبه مثله(٢).

بناء على ما سبق، يجب النظر في علاج الخلافات الزوجية لسبب النشوز حتى نستطيع علاجه، فإذا كان النشوز من قبل الزوج: فإن الإسلام قد وجه المرأة إلى علاج ما قد يظهر من الزوج من نشوز، وذلك بأن تتنازل له عن بعض حقها في المبيت أو في النفقة(٣)، قال -تعالى-: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ

(١) رواه مسلم ٤/١٧٨.
(٢) أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري، ط١، دار ابن حزم للطباعة النشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧م، ٣٦.
(٣) انظر: فتح الباري ٩/٣٠٤.

قلا

أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[1]. «وهذا هو الذي فعلته أم المؤمنين سودة بنت زمعة حين أحست أن النبي ﷺ يميل إلى عائشة وخشيت من الطلاق، فصالحته ﷺ على أن تبقى له زوجة وتنازل عن ليلتها في المبيت لعائشة»[2].

وأما إذا كان النشوز من قبل الزوجة، فعلى الزوج إذا أراد أن يعالج ذلك اتباع ما بينته الآية: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾[3].

١- **الوعظ:** وهو بترغيبها في طاعة الزوج وبيان ثواب ذلك في الكتاب والسنة، أما إذا لم تفد هذه الوسيلة فله أن ينتقل إلى الأخرى.

٢- **الهجر:** ويكون بأن يدير ظهره لزوجته في الفراش؛ إشعارًا لها بأنه غاضب عليها، ولا يكون هجره بترك المضجع، فهذا لم تفده الآية الكريمة، وإذا لم يجد الهجر نفعًا فله استعمال الوسيلة الأخرى.

٣- **الضرب:** ويجب أن يكون غير مبرح؛ لأنه للتأديب لا للانتقام، ولا يلجأ إليه الزوج إلا عندما لا ينفع ما سبقه[4].

وروي عن ابن عباس أنه قال: تهجرها في المضجع، فإن أقبلت، وإلا

(١) سورة النساء الآية ١٢٨.
(٢) انظر: ابن كثير ١/٥٦٢.
(٣) سورة النساء الآية ٣٤.
(٤) انظر: أحكام القرآن لابن عربي، ١/٢٤٠, وأحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري: ٣٧.

فقد أحل الله أن تضربها ضربًا غير مبرح ولا تكسر عظمًا. فإن أقبلت وإلا فقد أحل الله لك منها الفدية، يعني إذا طلبت الزوجة بذل مال للزوج لقاء طلاقها وهو الخلع[١]. وأما إذا اشتد الخلاف بين الزوجين وتمكن، وتعذر الإصلاح بينهما في محيط الأسرة، فيلجأ إلى التحكيم لخصم النزاع.

قال -تعالى-: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[٢]، قال ابن كثير ما مختصره: «فإن تفاقم أمرهما وطالت خصومتهما بعد وسائل العلاج المذكورة، بعث الحاكم ثقة من أهل الزوج، وثقة من أهل الزوجة ليجتمعا فينظر في أمرهما، ويفعلا ما فيه الخير والمصلحة من تفريق أو توفيق»[٣]، فهذه هي وسائل الشريعة الإسلامية في علاج مشكلات الأسرة، وهي وسائل تكفل للأسرة مكانتها وسمعتها وحفظ أسرارها وحصر الخلاف في دائرة ضيقة. فإن كان التوفيق والإصلاح فبها ونعمت، وإلا فالفراق بالمعروف بغير بدل أو ببدل وهو المعروف بالخلع[٤].

المبحث الثاني: أدلة تحريم الإضرار بالزوجة:

وردت أدلة عديدة في القرآن والسنة تفيد تحريم الإضرار بالآخرين

(١) روح المعاني للآلوسي ٥/٢٦، تفسير آيات الأحكام لابن العربي ١/٤٢٠.
(٢) سورة النساء الآية ٣٥.
(٣) تفسير ابن كثير ١/٤٩٣، وانظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/٤٢١.
(٤) انظر: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري: ٣٨.

بشكل عام وبالزوجة بشكل خاص:

١- من الكتاب:

أولًا: قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾(١).

وجه الدلالة: إن الله -تعالى- نهى الأزواج عن أن تكون الرجعة التي أبيحت لهم على وجه الإضرار، وأعلمهم أنه وإن كان قد ينفذ حكمهم فيها، فإنهم قد أمروا بإيقاعها على وجه المعروف دون الإضرار، فمن أوقعها على وجه الإضرار لتطويل العدة على الزوجة فقد ظلم نفسه(٢).

ثانيًا: قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ ﴾(٣).

وجه الدلالة: دلت الآية على حرمة الإضرار بالمعتدة بالتضييق عليها لأنها في حكم الزوجة فتكون حرمة الإضرار بالزوجة من باب أولى(٤).

ثالثًا: قال الله -سبحانه وتعالى-: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ ﴾(٥).

وجه الدلالة: دلت الآية على أنه لا يحل للرجل أن يعضل المرأة، بأن

(١) سورة البقرة الآية ٢٣١.
(٢) المنتقى شرح الموطأ، ٤/١٢٦.
(٣) سورة الطلاق الآية ٦.
(٤) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٧م: ٤٢.
(٥) سورة النساء الآية ١٩.

يمنعها ويضيق عليها حتى تعطيه بعض الصداق، ولا أن يضربها لأجل ذلك[١].

٢- من السنة:

أولًا: قال الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٢].

ثانيًا: قال الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه»[٣].

وجه الدلالة: دل الحديثان على أن إيقاع الضرر على الآخرين بشكل عام حرام؛ لذلك لا يجوز إيقاعه على الزوجة من باب أولى[٤].

ثالثًا: قال الرسول ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا، فإنما هن عندكم عوان»[٥].

وجه الدلالة: فقد دل الحديث على وجوب الإحسان للنساء والصبر عليهن، والإحسان ينافي الإضرار، فكان الضرر بهن محرمًا[٦].

المبحث الثالث: التأصيل الفهمي للهجر بين الزوجين:

١- الهجر في اللغة:

من هَجَرَ، والهَجْرُ ضد الوصل، يقال: هَجَره يَهْجُرُه هَجْرًا وهجرانًا:

---

(١) أحكام القرآن للجصاص، ١/٥٣٥، الأم للشافعي، ٥/١٢٦، الفتاوى الكبرى، تقي الدين بن تيمية، ٣/١٥٥.

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند ١/٣١٣.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٦٩.

(٤) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ٤٣.

(٥) سنن الترمذي، ٤/ ٣٩١، وسنن ابن ماجة، ٥/ ٤٤٦، باب حق المرأة على الزوج، رقم الحديث (١٨٤١).

(٦) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ٤٤.

صرمه وقطعه، والاسم من الهَجْر هِجْرَةٌ، والتهاجر: التقاطع، وهَجَرَ الشيء وأهْجَرَه: تركه، والهجر مأخوذ من الهجران، وهو ترك ما يلزمك تعاهده[1]. والهَجرُ -بالفتح- ضد الوصل، يقال: هَجَرَهُ يَهْجُرُهُ هَجرًا، وهِجرانًا، ـ بالكسر: صَرَمَهُ، وهما يَهْتَجِرَانِ ويَتَهَاجَرَانِ، والاسم منه: الهِجرَةُ، والهُجرُ ـ بالضم: القُبحُ والفُحشُ في المنطق[2]، والهجر ضد الوصل، والتهاجر التقاطع، وفي الحديث «لا هجرة بعد ثلاث»[3]، يقال: هجرت الشيء هجرًا إذا تركته وأغفلته، والاسم الهجرة، والهجرة: الخروج من أرض إلى أخرى، وأصل المهاجرة عند العرب: خروج البدوي من باديته إلى المدن[4]، وقال الراغب الأصفهاني في «المفردات»: الهَجرُ والهِجرَانُ: مفارقة الإنسان غيره إما بالبدن، وإما باللسان، وإما بالقلب»[5].

٢- الهجر في الاصطلاح:

«ترك الدخول على النساء والإقامة عندهن، وهو من الهجران بمعنى البعد»[6]. ولم أقف للهجر على تعريف عند العلماء، ولعل السبب في ذلك هو عدم خروج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فقد جاء في

(١) ابن منظور، لسان العرب مادة (هجر) ١٥/٣١، ٣٢، الفيومي، المصباح المنير مادة (هجر) ص٣٢٦.

(٢) ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦/٣٤.

(٣) صحيح مسلم، رقم ٤٦٤٥، كتاب البر والصلة والآداب.

(٤) انظر: لسان العرب لابن منظور، ٥/٢٥٠.

(٥) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، بيروت، دار المعرفة، ٥٣٦.

(٦) فتح الباري لابن حجر العسقلاني، ٩/٣٠١، سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، ٢/٢٠٨.

معنى الهجر في تفسير قوله -تعالى-: ﴿وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ﴾[١] أربعة أقوال متقاربة:

الأول: يوليها ظهره في فراشه، وهو قول ابن عباس.

الثاني: لا يكلمها إن وطئها، وهو قول عكرمة وأبى الضحى.

الثالث: يكلمها ويجامعها، ولكن بقول فيه غلظة وشدة إذا قال لها تعالي، وهو قول سفيان.

الرابع: لا يجمعها وإياه فراش ولا وطئ حتى ترجع إلى الذي يريد، وهو قول إبراهيم النخعي وشعبة وقتادة والحسن البصري، ورواه ابن وهب وابن القاسم عن مالك[٢].

قال ابن العربي: «إن جميع موارد (هجر) في لسان العرب تدور على حرف واحد، وهو البُعْد، يكون معنى الآية: أبعدوهن في المضاجع»[٣].

والمتأمل في قول ابن العربي يجده يميل إلى ترجيح القول الرابع؛ لموافقته لتفسيره، ولأن ترك الفراش والوطء معًا لا يتحققان إلا بالإبعاد في المضجع. والحق أن حصول الهجر واقع بترك الوطء، أو بترك المبيت، أو بهما معًا؛ لأن من وطء زوجته مرة في الشهر، ولم يبت عندها باقي الشهر، يصدق عليه أنه هاجر لها، كما أن من يبيت عند زوجته باستمرار، ولا يطؤها، يصدق عليه أنه هاجر لها، ومن ترك

(١) سورة النساء الآية ٣٤.

(٢) انظر: ابن العربي، أحكام القرآن ١/٥٣٣ وما بعدها. والتفريق القضائي بين الزوجين، عدنان علي النجار: ١٥.

(٣) انظر: ابن العربي، أحكام القرآن ١/٥٣٣.

الوطء والمبيت معًا، يصدق عليه أنه هاجر لزوجته أيضًا، وعليه فيمكن تعريف الهجر بأنه: «ترك وطء الزوجة والمبيت عندها أو الامتناع من أحدهما مع الإقامة في نفس البلد»[١].

الألفاظ ذات الصلة للهجر:

أ - الترك:

الترك في اللغة: مصدر ترك، يقال: ترك الشيء تركا: طرحه وخلاه، وتركت المنزل: رحلت عنه، وتركت الرجل: فارقته، ثم استعير للإسقاط في المعاني فقيل: ترك حقه: إذا أسقطه، وترك ركعة من الصلاة: لم يأت بها، فإنه إسقاط لما ثبت شرعا، وتركت البحر ساكنا: لم أغيره عن حاله، وترك الميت مالا: خلفه، والاسم التركة[٢].

وفي الاصطلاح: قال البركتي: الترك عدم فعل المقدور بقصد أو بغير قصد، أو مفارقة ما يكون الإنسان فيه[٣].

والصلة بين الهجر والترك عموم وخصوص مطلق، والترك أعم.

ب - النشوز:

من معاني النشوز في اللغة: العصيان والامتناع، يقال: نشزت المرأة من زوجها نشوزا: عصته وامتنعت عليه، ونشز الرجل من امرأته نشوزا: تركها وجفاها.

قال أبو إسحاق: النشوز يكون بين الزوجين، وهو كراهة كل واحد

(١) التفريق القضائي بين الزوجين، عدنان علي النجار: ١٥.
(٢) المصباح المنير، والمعجم الوسيط مادة (ترك).
(٣) قواعد الفقه للبركتي ص٢١.

منهما صاحبه[١].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي[٢].

والصلة بين الهجر والنشوز: أن نشوز الزوجة يكون سببًا لهجر الزوج لها في المضجع تأديبا لها على نشوزها.

ج - البغض:

البغض لغة: الكره والمقت، يقال: بغض الشيء بغضا: كرهه ومقته، والبغضاء: شدة البغض، وهي - كما قال البركتي - في القلب. واصطلاحًا: قال الراغب: البغض: نفار النفس عن الشيء الذي ترغب عنه، وهو ضد الحب الذي هو انجذاب النفس إلى الشيء الذي ترغب فيه[٣].

والصلة: أن البغض قد يكون سببًا من أسباب الهجر.

المبحث الرابع: مشروعية التفريق بسبب الهجر (إثبات حقوق الزوجة في العشرة):

مشروعية الهجر:

الهَجر المشروع هجر الرجل لزوجته، وهجر الوالد لولده، وهجر أهل البدع، وأهل المعاصي، والمجاهرين بها، ونحو ذلك، فالنبي ﷺ

(١) المصباح المنير، ولسان العرب مادة (نشز).

(٢) الدر المختار ورد المحتار (٢ / ٤٤٦ دار إحياء التراث العربي)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢ / ٣٤٤ دار الفكر)، وحاشية القليوبي ٣ / ٢٩٩، والمغني (٧ / ٤٦ دار المنار - القاهرة).

(٣) المعجم الوسيط مادة (بغض)، وقواعد الفقه للبركتي ص ١٦.

هجر بعض نسائه أربعين يومًا، وابن عمر هجر ابنًا له إلى أن مات[1]، وهجر النساء من أجل تأديبهن مشروع بالكتاب والسنة، ومن الأدلة على ذلك:

أولًا: من الكتاب:

قوله -تعالى-: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾[2].

ثانيًا: من السنة:

١- سئل رسول الله ﷺ: ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: «أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت أو اكتسبت، ولا تضرب الوجه، ولا تهجر إلا في البيت»[3].

٢- قال الرسول ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا، فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئًا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربًا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلًا»[4].

٣- فعله ﷺ حيث ورد أنه هجر نساءه شهرًا[5]، فقد جاء (أن النبي

(١) تأملات في مسألة الهجر في ضوء الكتاب والسنة وفهم سلف الأمة،ط١، دار أضواء السلف للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩م: ١٨.

(٢) سورة النساء الآية ٣٤.

(٣) رواه أبي داود، ٦/ ٤٥، كتاب النكاح، رقم الحديث (١٨٣٠)، ورواه أحمد، كتاب أول مسند البصريين، رقم الحديث (١٩١٦٢).

(٤) سنن الترمذي، ٤/ ٣٩١، وسنن ابن ماجه، ٥/ ٤٤٦، باب حق المرأة على الزوج، رقم الحديث (١٨٤١).

(٥) نيل الأوطار، للشوكاني، ٦/٢٥٢.

ﷺ أقسم ألا يدخل على أزواجه شهرًا، وروي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: لما مضت تسع وعشرون ليلة أعدهن دخل علي رسول الله ﷺ، قالت: بدأ بي، فقلت: يا رسول الله، إنك أقسمت أن لا تدخل علينا شهرًا، وإنك دخلت من تسع وعشرين أعدهن، فقال: إن الشهر تسع وعشرون)[1].

وقد تبين من تعريف الهجر أنه ترك للمعاشرة الزوجية؛ ولذلك فإن الحديث عن مشروعية التفريق بسبب الهجر يرتكز إلى إثبات حقوق الزوجة في العشرة، وبيان حكمها فأتناول ذلك في فروع سبعة، أتكلم في أولها عن حرص الشريعة على حسن العشرة بين الزوجين، ثم أنتقل إلى إثبات حق الزوجة في المبيت، ثم إلى حكم سوء معاشرة الزوج لزوجته، ثم بإثبات حقوقها الزوجية ،ثم على حكم التأديب الخاصة للزوجة، ثم ما يكون به نشوز الزوجة، وأختتم المبحث بأنه هل يشترط تكرار النشوز حتى يشرع الهجر والضرب؟ وذلك على النحو التالي:

١- حرص الشريعة على حسن العشرة:

إن الاعتناء بضبط نظام الأسرة مقصد شرعي، اهتمت به جميع الشرائع السماوية، ولما كانت الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، فقد أولت الأسرة اهتمامًا عظيمًا، فكان اعتناؤها بأمر النكاح من أسمى مقاصدها؛ لأن النكاح أصل نظام العائلة، واستقراره نواة لاستقرار الأسرة وبناء المجتمع، وقد بيَّن الحق ـ تبارك وتعالى ـ الأسس التي

(١) صحيح مسلم، كتاب الصيام، رقم ١٨١٣.

يجب أن تبنى عليها العلاقة الزوجية حتى يمكن لهذه العلاقة أن تؤتي ثمارها، وذلك في قوله -تعالى-: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[1]، وما حسن العشرة إلا دوام المحبة والرحمة!

كما حفَّ الشارع العلاقة الزوجية بشرف عظيم؛ ألا وهو شرف المشروعية التي اختص بها بني البشر؛ لما يترتب عليها من شرف الآثار والنتائج[2]، فقال -تعالى-: ﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ۖ فَلَمَّا تَغَشَّىٰهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِۦ ۖ فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ ءَاتَيْتَنَا صَٰلِحًا لَّنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ ﴾[3]، فلا أدل على اهتمام الشريعة بحسن العشرة الزوجية من قوله ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا ﴾ مع قوله ﴿لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ﴾.

كما راعت الشريعة مصلحة المرأة لكونها الجانب الأضعف في العلاقة الزوجية، فليس من حق الجانب القوي أن يقهر الضعيف، وقد حث النبي ﷺ على حسن معاملة المرأة فقال: «استوصوا بالنساء خيرًا»[4]، وقد نبَّه النبي ﷺ أن أعظم ما يكون من الخير هو ما يكون في حق الزوجة من المعاملة بالمعروف، وحسن العشرة؛ حيث قال: «خيركم

(١) سورة الروم الآية ٢١.
(٢) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص٣١٧ وما بعدها.
(٣) سورة الأعراف الآية ١٨٩.
(٤) صحيح البخاري (٦٧) كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، حديث رقم (٥١٨٦) ٣/١٦٦٧.

خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»[١]. ثم إن الحق ـ تبارك وتعالى ـ قد بين أن للزوجة حقوقًا كما عليها واجبات، فقال أحكم الحاكمين: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٢]، وجاء في المغني عن بعض أهل العلم: «إن التماثل ههنا هو تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق للآخر بالمعروف، ولا يماطله به، ولا يظهر الكراهية، بل يؤديه ببشر وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة؛ لقوله -تعالى-: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٣]، وهذا من المعروف»[٤].

٢- حق الزوجة في مبيت زوجها عندها:

لا أحد ينكر مشروعية مبيت الزوج عند زوجته، إلا أن أقوال الفقهاء قد تباينت في وجوب هذا الحق ومقداره، وذلك على قولين:

القول الأول: إن المبيت حق للزوجة، فإذا طالبت به ألزم الزوج بأقله، وهو ليلة من أربع، ليال وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في قوله الأول، وابن عرفة من المالكية، والحنابلة[٥].

والقول الثاني: لا يجب المبيت عند الزوجة، وإنما يستحب ذلك، وأدنى الاستحباب ليلة من أربع ليال؛ اعتبارًا بمن له أربع زوجات، فإن

(١) سنن الترمذي (٤٦) كتاب المناقب، (٦٤) باب فضل أزواج النبي، حديث رقم (٣٨٩٥) ٥/٥٢١، سنن ابن ماجة (٩) كتاب النكاح، (٥٠) باب حسن معاشرة النساء، حديث رقم (١٩٧٧) ١/٦٣٦، والحديث صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجة حديث رقم (١٦٠٨) ١/٣٣٤، صحيح سنن الترمذي حديث رقم (٣٠٥٧) ٣/٢٤٥.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢٨.

(٣) سورة النساء الآية ١٩.

(٤) ابن قدامة، المغني ١٠/٢٢٠.

(٥) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٢/٤٩٣، حاشية الدسوقي ٣/٢٠٥، ابن قدامة، المغني ١٠/٢٣٧.

اشتكت الوحدة ضمت لجماعة تسكن معهم للاستئناس بهم، وهذا قول أبي حنيفة الذي رجع إليه، وقول جمهور المالكية والشافعية[1].

٣- حق الزوجة في الوطء:

تبين في الفرع السابق ثبوت حق المرأة على زوجها في المبيت، ولما كان الوطء مغايرًا للمبيت؛ لأنه قد يوجد ولا يوجد الوطء، وبما أن الاستمتاع بالوطء أحد مقاصد النكاح وحاجة المرأة له لا تقل عن حاجة الرجل، فإني أفرد هذا الفرع للحديث عن هذا الحق، فأذكر ما اتفقوا عليه أولًا، ثم أذكر أقوالهم فيما اختلفوا فيه، وذلك على النحو التالي:

أولًا: موضع الاتفاق: اتفق الفقهاء على وجوب وطء الرجل زوجته مرة واحدة[2].

ثانيًا: موضع الخلاف: اختلف الفقهاء في حكم استدامة الوطء، هل هو حق للمرأة كما هو حق للرجل؟ وكم هو القدر الواجب على الزوج منه، وذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء، ويجب عليه في الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تجب ديانة لا قضاء، وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية[3].

---

(١) انظر: ابن عابدين، رد المحتار ٤/ ٣٨٠، حاشية الدسوقي ٣/ ٢٠٥، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٢/ ٢٥١ وما بعدها.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٤٨٩ وما بعدها، محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ٣/ ٥٣٥ وما بعدها، الشافعي، الأم ٥/ ٤٢ وما بعدها، ابن قدامة، المغني ١٠/ ٢٣٩.

(٣) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٤٨٩ وما بعدها، ابن الهمام، فتح القدير ٣/ ٤٣٥.

القول الثاني: يجب على الزوج وطء زوجته كل أربعة أشهر مرة على الأقل؛ إلحاقًا له بالمُولِي إلا لعذر كالمرض، وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية، وجمهور المالكية والحنابلة(١).

القول الثالث: يجب على الرجل وطء زوجته، ويُقضى به عليه، حيث تضررت المرأة بتركه، فإن اشتكت قلته قضى لها في كل أربع ليالٍ بليلة، وهو قول بعض المالكية(٢).

القول الرابع: لا يجب على الزوج تكرار الوطء، ولا يأثم بتركه، لكن يستحب له أن يحصن زوجته، وهو قول الشافعية(٣).

٤- حكم سوء معاشرة الزوج لزوجته:

نبين هذه المسألة من وجهين:

الوجه الأول: ما يجب على الزوج تجاه زوجته: الأصل في الزواج قيام علاقة شرعية مبنية على المحبة والمعاملة الحسنة بين الزوجين. وقد بين الله ذلك في كتابه العزيز، وجعله من آياته للذين يتفكرون؛ لما فيه من الحكمة الإلهية العظمية فقال -تعالى-: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾(٤) والمعنى ظاهر في أن الله

(١) انظر: ابن عابدين، رد المحتار ٤/٣٧٩ وما بعدها، ابن رشد، بداية المجتهد ٣/١٨٩، القاضي أبا محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي، الإشراف عل نكت مسائل الخلاف ٢/٧٦٤، ابن قدامة، المغني ١٠/٢٣٩، البهوتي، كشاف القناع ٥/١٩٢.

(٢) محمد عليش، شرح منح الجليل ٣/٥٣٦، أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك في شرح إرشاد السالك ١/٤٠٤.

(٣) الشيرازي، المهذب ٢/٦٧، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٣/٢٥١ وما بعدها.

(٤) سورة الروم الآية ٢١.

جعل للرجل في المرأة ما يسكن إليه فقال: (وجعل بينكم مودة ورحمة) وروي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن المودة حب الرجل امرأته، والرحمة رحمته إياها أن يصيبها بسوء[1].

وبعد أن نهى الله عن إرث النساء كرهًا وعضلهن؛ لما في ذلك من الظلم والإضرار بهن أمر بمعاشرتهن بالمعروف فقال: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا ﴾[2].

والمقصود بالعشرة في الآية المخالطة، وحسن المعاملة وكرم الصحبة وهذا واضح في قوله -تعالى- (بالمعروف).

ولعلم الله أن الزوج ربما يكره زوجته إما لنقص في جمالها، وإما لعيب خَلقي أو خُلقي فيها (لا يرقى إلى درجة الفحش) فقد ندب -تعالى- إلى الصبر عليها؛ لما قد يعوض زوجها بشيء آخر أهم من جمالها كبركتها عليه، وإنجابها منه أولادًا صالحين، فقال -تعالى-: (فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرًا) وفي هذا المعنى روى أبو هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: (لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقًا رضي منها آخر)[3].

والأحاديث في وجوب حسن العشرة بين الزوجين كثيرة، منها قول

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٤/١٧.
(٢) سورة النساء الآية ١٩.
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/٥٨).

الرسول ﷺ: (خياركم خياركم لأهلهم)[١]. وقوله ﷺ: (استوصوا بالنساء خيرًا، فإنما هن عوان عندكم... الحديث)[٢].

فدل كل ذلك على أن الزواج رباط شرعي يقوم على المودة والرحمة وحسن الخلق، وليس على الخصام أو الشقاق، ولا على ظلم الزوج لزوجته، أو ظلمها له أو تنكر كل منهما لصاحبه؛ لما يؤدي إليه ذلك من الطلاق الذي أبغضه الله؛ بدلالة قول رسوله -عليه الصلاة والسلام-: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق)[٣].

كما دل ذلك على ما للزوجة على الزوج من حق الرعاية الخاصة إلى جانب مراعاة الحقوق العامة المتبادلة بينهما.

الوجه الثاني: ما يجب للزوجة في حال سوء عشرة زوجها لها.

إذا ساءت العشرة بين الزوجين بأن ظلمها أو آذاها، أو نشزت هي وتغيرت العلاقة بينهما وأصبح لها حكم شرعي معين. ففي مذهب المالكي يعد ترك الإضرار واجبًا كما يعد الإضرار أحد وجوه الفراق بين الزوجين[٤].

وفي المذهب الشافعي إذا أساء الزوج خلقه، وآذى زوجته بنحو ضرب بلا سبب نهي من غير تعزير؛ لما يورثه التعزير من وحشةفاقتصر الأمر على النهي، فإن عاد الزوج إلى الإساءة عزره الحاكم بطلبها بما

(١) أخرجه الترمذي في سننه ٢/ ٣١١.
(٢) أخرجه الترمذي في سننه ٢/ ٣١٥.
(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ١/ ٦٥٠.
(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٤٦- ١٥١ وانظر منح الجليل ٣/ ٥٥٠.

يراه، فإن اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، ويعهد كل منهما إلى وكيله بما يراه، ثم يفعل الوكيلان الأصلح من صلح أو تفريق[1].

وفي المذهب الحنبلي أن الشقاق إذا وقع بين الزوجين نظر فيه الحاكم فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها، والتعدي عليها، وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف، فإن خيف الشقاق بينهما بعث الحاكم حكمًا من أهل الزوج، وحكمًا من أهل الزوجة ليفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق؛ استدلالًا بقول الله -تعالى-: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾[2].

وقد روي عن الإمام أحمد أن الحكمين بمثابة وكيلين لا يملكان التفريق بين الزوجين إلا بإذنهما وهو ما ذهب إليه الإمام أبوحنيفة وأحد قولي الإمام الشافعي. وفي رواية أخرى عن الإمام أحمد أنهما حاكمان، ولهما أن يفعلا ما يريانه من جمع وتفريق بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما[3].

---

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٣٩١ والأم ٥/ ١١٦.
(٢) سورة النساء الآية ٣٥.
(٣) المغني والشرح الكبير ٨/ ١٦٦ وكشاف القناع ٥/ ٢١٠.

٥- تأديب الزوجة الناشزة:

لقد ذهب جماهير أهل العلم إلى أن من أحكام عقد النكاح ولاية الزوج على تأديب زوجته إذا استعصت عليه، وترفعت عن مطاوعته ومتابعته فيما يجب عليها من ذلك، بأن كانت ناشزة، ونصوا أن له أن يؤدبها على ذلك، كما جاء في التنزيل ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾[(١)]. فيعظها أولًا بالرفق واللين، لعلها تقبل الموعظة فتدع النشوز، فإن لم ينفع معها الوعظ هجرها في المضجع[(٢)]. فإن أصرت على البغض والعصيان ضربها بالقدر الذي يصلحها له، ويحملها على توفية حقه. وقد قيد الحنابلة ذلك بأن لا يكون الزوج مفرطًا في حقوقه عليها. وقالوا فإن كان مانعًا لحقها، فإنه لا يمكّن من هذه الأشياء حتى يؤديه ويحسن عشرتها؛ لأنه يكون ظالمًا بطلبه حقه مع منعه حقها[(٣)].

أما ما تعد به المرأة ناشزة مستحقه لهذا التأديب، فقد ضرب له الفقهاء أمثلة عديدة: منها الامتناع عن فراشه، أو منعه من الاستمتاع بها بدون وجه شرعي، ومنها ترك مسكنه والامتناع عن مساكنته،

(١) سورة النساء من الآية ٣٤.

(٢) قال الغزالي: وذلك من ليلة إلى ثلاث ليال، فإن لم ينفع ذلك ضربها، الإحياء ٢/٤٥ وقال الحنابلة: له أن يهجرها في المضجع ماشاء ما دامت كذلك، وليس له أن يهجرها في الكلام فوق ثلاث. كشاف القناع ٥/٢٣٤. وقال المالكيه: وغاية الهجر شهر – أي الأولى له ألا يزيد على ذلك – ولا يبلغ الأربعة الأشهر التي للمولى. مواهب الجليل ٤/١٥ وقال الشافعية: له أن يهجرها في المضجع، فلا يجامعها، لا في الكلام، فإنه محرم عليه فوق ثلاث. تحفة المحتاج ٧/٤٥٥.

(٣) كشاف القناع ٥/٢٣٤ والمبدع ٧/٢١٥.

وكذا خروجها من منزله بغير إذنه بلاحق، ومنها شتمه وتمزيق ثيابه وإغلاق الباب في وجهه ، ونحو ذلك من ألوان الإيذاء والتمرد والتعالي عما فرض الله عليها من معاشرته بالمعروف(١).

ولا يخفى أن هذا الترتيب في تأديبها واجب في قول جماهير الفقهاء، فلا يجوز للزوج أن ينتقل من الوعظ إلى الهجر إلا عند عدم جدوى الوعظ، ولا من الهجر إلى الضرب إلا حيث لم ينفع الهجر(٢). قال الرازي: إنه -تعالى- ابتدأ بالوعظ، ثم ترقى منه إلى الهجران في المضاجع، ثم ترقى منه إلى الضرب، وذلك تنبيه يجرى مجري التصريح في أنه مهما حصل الغرض بالطريق الأخف وجب الاكتفاء به، ولم يجز الإقدام على الطريق الأشق(٣).

ثم إن الوسيلة الأخيرة لعلاج نشوزها، وهي الضرب، إذا تحقق الزوج أو غلب على ظنه عدم جدواها في تحقيق المقصود، فقد نص الشافعية والمالكية على عدم جواز ضربها حينئذ؛ لأنه يكون عقوبة بلا فائدة . إذ من المعلوم أن إضرار الزوجة بالضرب غير مباح في ذاته، وإنما جاز في حالة تعينه وسيلة لإصلاحها، وكل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل شرعًا، كما جاء في القواعد الفقهية(٤). ومن هنا قال ابن الحاجب: (إذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد، لم

(١) الدرالمختار مع رد المحتار ٣/١٨٨ وروضة الطالبين ٧/٣٦٩ ٤/٦٠ والمغني ١٠/٢٥٩.
(٢) المغني ١٠/٢٦٠ قليوبي وعميرة ٣/٣٠٥ والبحر الرائق ٣/٢٣٦ ومواهب الجليل ٤/١٥.
(٣) تفسير الفخر الرازي ١٠/٩٠.
(٤) قواعد الأحكام للعز٢/١٢١.

يجز له ضربها[١]. وجاء في منح الجليل: إذا تحقق الزوج، أو ظن عدم إفادة الضرب، أو شك فيها، فلا يضربها؛ لأنه وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها[٢].

وحتى في الحالة التي يباح فيها ضرب الزوجة فقد نص كثير من محققي الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، على أن الأولى والأفضل للزوج شرعًا العفو عنها وعدم ضربها؛ إبقاء للمودة والرحمة في الحياة الزوجية[٣]. وذلك لما روى أبو داود والنسائي وابن ماجة والحاكم عن إياس بن عبد الله -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: (لا تضربوا إماء الله، فجاء عمر إلى النبي ﷺ فقال: ذئرن[٤] النساء على أزواجهن. فرخص في ضربهن. فأطاف بآل رسول الله ﷺ نساء كثير ،يشكون أزواجهن. فقال النبي ﷺ: لقد طاف بآل محمد نساء كثير يشكون أزواجهن، ليس أولئك بخيارهم)[٥].

وروي عن عطاء منع ضرب الزوجة مطلقًا، فقال: لا يضربها الزوج وإن أمرها ونهاها فلم تطعه، ولكن يغضب عليها.

وقد علق القاضي أبو بكر ابن العربي على ذلك فقال: هذا من فقه عطاء فإنه من فهمه بالشريعة، ووقوفه على مظان الاجتهاد، على أن

(١) مواهب الجليل ٤/١٥.
(٢) ٢/١٧٦.
(٣) الأم ٥/١٧٦ وكشاف القناع ٥/٢٣٤.
(٤) قال الخطابي: ذئرن:معناه سوء الخلق والجرأة على الأزواج. والذائر: المغتاظ على خصمه المستعد للشر. ويقال أذأرت الرجل بالشر: إذا أغريته به. فيكون معناه على هذا: أنهن أغرين بأزواجهن، واستخففن بحقوقهن.(معالم السنن ٣/٦٩).
(٥) مختصر سنن أبي داود للمنذري ٣/٦٨ وسنن ابن ماجة ١/٦٣٨ والمستدرك ٢/١٨٨.

الأمر بالضرب هنا أمر إباحة، ووقف على الكراهة من طريق أخرى في قول النبي ﷺ في حديث عبد الله بن زمعة: (إني لأكره للرجل يضرب أمته عند غضبه، ولعله أن يضاجعها من يومه)[1]. وروى ابن نافع عن مالك عن يحيى بن سعيد أن رسول الله ﷺ استؤذن في ضرب النساء، فقال: (اضربوا ولن يضرب خياركم ، فأباح، وندب إلى الترك، وإن في الهجر لغاية الأدب). والذي عندي: أن الرجال والنساء لا يستوون في ذلك... والحر تكفيه الإشارة، ومن النساء بل من الرجال من لا يقيمه إلا الأدب، فإذا علم ذلك الرجل، فله أن يؤدب، وإن ترك فهو أفضل)[2].

ثم إن الزوج إذا ترجح في نظره أن الضرب هو العلاج الناجع لرفع نشوزها بعد أن توسل إليه بالوعظ ثم بالهجر، فلم يجد ذلك شيئًا، فعليه أن يكون به رفيقًا. وقد نص جماهير الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على أنه لا يجوز كون الضرب مبرحا[3]. أي مؤثرًا أو شاقًا – ولا مدميًا، ولا أن يبلغ فيه حدًا من الحدود[4].

ويجب عليه أن يتوقى فيه الوجه[5]، تكرمة لها، والأماكن المهلكة؛ حفاظًا عليها، والمواضع المستحسنة لئلا يشوهها؛ لأن المقصود منه

---

(١) أخرجه البخاري (الفتح ٩/٣٠٢).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ١/٤٢٠.

(٣) لما روى مسلم في صحيحه عن النبي ﷺ قال: (إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدًا تكرهونه، فإن فعلن، فاضربوهن ضربًا غير مبرح) صحيح مسلم ٢/٨٨٩.

(٤) قال الحنابلة: فلا يتجاوز فيها عشرة أسواط؛ لما روي عن البخاري ومسلم عن النبي ﷺ: (لا يجلد أحدكم فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله) كشاف القناع ٥/٢٣٤.

(٥) لما روى البخاري ومسلم عن النبي ﷺ قال: (إذا قاتل أحدكم أخاه فليتجنب الوجه) صحيح البخاري مع الفتح ٥/١٨٢ وصحيح مسلم بشرح النووي ١٦/١٦٦.

الإصلاح، لا الانتقام ولا الإتلاف. وحتى لو تعين ذلك وسيلة لتأديبها، بأن غلب على ظن الزوج أنها لا تدع النشوز إلا بضرب مبرح أو شائن أو نحو ذلك، فليس له أن يؤدبها به[1].

٦- ما يكون به نشوز الزوجة:

اختلف الفقهاء فيما يكون به على نشوز المرأة على زوجها، ولهم في ذلك تفصيل. فقال الحنفية: لا نفقة للناشزة لفوات التسليم من جهتها وهو النشوز، والنشوز قد يكون في النكاح، وقد يكون في العدة.

فأما النشوز في النكاح فهو أن تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله، بأن خرجت بغير إذنه وغابت أو سافرت، فأما إذا كانت في منزله ومنعت نفسها فلها النفقة؛ لأنها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرًا وغالبًا، فكان معنى التسليم حاصلًا.

وجاء في رد المحتار: وشمل النشوز بخروجها من منزله الخروج الحكمي، كأن كان المنزل لها فمنعته من الدخول عليها، فهي كالخارجة ما لم تكن سألته النقلة - بأن قالت له: حولني إلى منزلك، أو: اكتر لي منزلًا فإني محتاجة إلى منزلي هذا آخذ كراءه - فلها النفقة حينئذ.

ولو كان في المنزل شبهة - كبيت السلطان - فامتنعت منه فهي ناشزة لعدم اعتبار الشبهة في زماننا، بخلاف ما إذا خرجت من بيت الغصب؛ لأن السكنى في المغصوب حرام، والامتناع عن الحرام واجب، بخلاف الامتناع عن الشبهة فإنه مندوب، فيقدم عليه حق الزوج

(١) رد المحتار٣/ ١٩٠ والأم ٥/ ١٧٦ ومواهب الجليل ٤/ ١٥ وكشاف القناع ٥/ ٢٣٤.

الواجب.

ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار، أو عكسه، فلا نفقة لها لنقص التسليم، قال في المجتبى: وبه عرف جواب واقعة في زماننا أنه لو تزوج من المحترفات التي تكون بالنهار في مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها، قال في النهر: وفيه نظر، وجهه - كما ذكر ابن عابدين - أنها معذورة لاشتغالها بمصالحها، بخلاف المسألة المقيس عليها، فإنها لا عذر لها فنقص التسليم منسوب إليها، وإذا كان له منعها من ذلك فإن عصته وخرجت بلا إذن كانت ناشزة ما دامت خارجة، وإن لم يمنعها لم تكن ناشزة[1].

والنشوز في العدة أن تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها، أو تخرج لمعنى من قبلها. وقد روي أن فاطمة بنت قيس كانت تبذو على أحمائها، فعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن فاطمة بنت قيس أخبرته أنها كانت تحت أبي عمرو بن حفص بن المغيرة فطلقها آخر ثلاث تطليقات، فزعمت أنها جاءت رسول الله ﷺ تستفتيه في خروجها من بيتها، فأمرها أن تنتقل إلى بيت ابن أم مكتوم الأعمى، فأبى مروان أن يصدقه في خروج المطلقة من بيتها، وقال عروة: إن عائشة أنكرت ذلك على فاطمة بنت قيس[2]؛ ولأن الإخراج كان لمعنى من قبلها، فصارت كأنها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها.

(١) بدائع الصنائع ٤ / ٢٢، والاختيار ٤ / ٥، والدر المختار ٢ / ٦٤٧.
(٢) أخرجه مسلم (٢ / ١١١٦).

وقال المالكية: مما يكون به نشوز الزوجة منعها زوجها من الوطء أو الاستمتاع - في المشهور - وخروجها بغير إذن زوجها لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه أو لا يحب خروجها إليه، وعجز الزوج عن منعها ابتداء ثم عن ردها لمحل طاعته، فإن قدر على منعها ابتداء أو على ردها بصلحها أو بحاكم فلا تكون ناشزًا، ويكون النشوز كذلك بتركها حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة أو صيام رمضان، وبإغلاقها الباب دونه، وبأن تخونه في نفسها أو ماله[1].

وقال الشافعية: مما يكون به نشوز الزوجة خروجها بغير إذن زوجها من المنزل لا إلى القاضي لطلب الحق منه، ولا إلى اكتساب النفقة إذا أعسر بها الزوج، ولا إلى استفتاء إن لم يكن زوجها فقيهًا ولم يستفت لها، ولا إلى الطحن أو الخبز أو شراء ما لا بد منه، أو الخوف من انهدام المنزل، أو جلاء من حولها من الجيران في غيبة الزوج، أو انقضاء إجارة المنزل أو رجوع معيره ،وكذا لو خرجت لحاجتها في البلد بإذنه، فلا تعد ناشزة بذلك.

وتكون الزوجة ناشزة كذلك بإغلاقها الباب في وجه زوجها، وعدم فتحها الباب ليدخل وكان قفله منها، وبمنعه من فتح الباب، وحبسها زوجها، ودعواها طلاقًا، وكونها معتدة عن غيره كوطء شبهة.

وتكون ناشزة بمنعها الزوج من الاستمتاع بها حيث لا عذر، لا

(١) الشرح الصغير ٢ / ٥١١، وشرح الزرقاني ٤ / ٦٠، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢ / ٣٤٣.

منعه من ذلك تدللًا، ويدخل في المنع من الاستمتاع الذي تنشز به المنع من نحو قبلة - وإن مكنته من الجماع - حيث لا عذر في امتناعها منه، فإن عذرت كأن كان به صنان مستحكم - مثلًا - وتأذت به تأذيًا لا يحتمل لم تعد ناشزة، وتصدق في ذلك إن لم تدل قرينة قوية على كذبها.

وقالوا: إن شتم المرأة زوجها وإيذاءها له بنحو لسانها لا يكون نشوزًا، بل تأثم به وتستحق التأديب عليه.

ويكون النشوز كذلك إذا دعا الزوج نساءه إلى منزله الذي أعده لإتيانهن فيه، فتمتنع إحداهن، بخلاف ما لو دعا إحداهن لمنزل ضرتها فلا يعد امتناعها نشوزًا، ومحل كون امتناعها نشوزًا عند دعائها لمنزله إن لم تكن شريفة، وإلا فلا يعد نشوزًا حيث كان منزله في بيت آخر، فإن كان في البيت الذي هو فيه عد ذلك نشوزًا.

وتعد الزوجة ناشزة إذا سافرت بدون زوجها بلا إذنه، أو بإذن لغير حاجته بأن كان لحاجتها، أو لحاجة أجنبي، أو لحاجتهما، أو لا لحاجة كنزهة.

ولو سافرت الزوجة مع الزوج - ولو بلا إذن - فلا تكون ناشزة إن لم ينهها، فإن نهاها كانت ناشزة، سواء أقدر على ردها أم لا. نعم، إن استمتع بها لا تكون بعد الاستمتاع بها ناشزة؛ لأن استمتاعه بها رضًا بمصاحبتها له.

ولو ارتحلت لخراب البلد وارتحل أهلها، واقتصرت على قدر الضرورة لا تعد ناشزة. وقالوا: من أمارات نشوز الزوجة قولًا أن تجيب زوجها بكلام خشن بعد أن كانت تجيبه بكلام لين، فلو كان الكلام الخشن عادتها لم يكن نشوزًا إلا إن زاد. ومن أمارات نشوزها فعلًا أن يجد منها إعراضًا وعبوسًا؛ لأنه لا يكون إلا عن كراهة، وبذلك فارق السب والشتم؛ لأنه قد يكون لسوء الخلق، لكن للزوج تأديبها عليه ولو بلا حاكم(١).

وقال الحنابلة: أمارات النشوز مثل أن تتثاقل أو تتدافع إذا دعاها للاستمتاع، ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة، أو تجيبه متبرمة متكرهة، ويختل أدبها في حقه.

ويكون نشوز الزوجة على زوجها بأن تعصيه فيما فرض الله عليها من طاعة، وتمتنع من فراشه، أو تخرج من منزله بغير إذنه(٢).

٧- هل يشترط تكرار النشوز حتى يشرع الضرب:

اختلف الفقهاء في اشتراط تكرار نشوز المرأة لضربها:

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الضرب لتأديب الزوجة الناشزة مشروع بتحقق نشوزها ولو لأول مرة دون أن يتكرر النشوز؛ لظاهر قوله -تعالى-: ﴿وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ

(١) شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٣ / ٣٠٥، ٤ / ٧٨، وشرح التحرير وحاشية الشرقاوي ٢ / ٢٨٣ - ٢٨٥.

(٢) المغني ٧ / ٤٦، وكشاف القناع ٥ / ٢٠٩.

فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾[1] فتقديره: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن، والخوف هنا بمعنى العلم كما في قوله -تعالى-: ﴿ فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾[2] والأولى بقاؤه على ظاهره، ولأن المرأة صرحت بنشوزها فكان لزوجها ضربها كما لو أصرت، ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود.

ورجح الرافعي وأبو حامد والمحاملي وغيرهم من فقهاء الشافعية، وهو ظاهر كلام الخرقي من الحنابلة أنه إن تحقق نشوز الزوجة ولم يتكرر ولم يظهر إصرارها عليه لا يجوز ضربها؛ لأن الجناية لم تتأكد بالتكرار، ولأن المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل، وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل[3].

واشترط المالكية والشافعية لمشروعية ضرب الناشزة أن يعلم الزوج أو يغلب على ظنه أو يظن أن الضرب يفيد في تأديبها وردعها عن النشوز، فإن غلب على ظنه أنه لا يفيد لم يجز له ضربها ويحرم؛ لأنه عقوبة مستغنى عنها[4].

وقيد الزركشي ضرب الزوج امرأته الناشزة بنفسه لكفها عن

(١) سورة النساء الآية ٣٤.
(٢) سورة البقرة الآية ١٨٢
(٣) بدائع الصنائع ٢ / ٣٣٤، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢ / ٣٤٣، وروضة الطالبين ٧ / ٣٦٩، ومغني المحتاج ٢ / ٢٥٩ - ٢٦٠، وشرح المنهاج مع القليوبي ٣ / ٣٠٥، وشرح المنهج مع الجمل ٤ / ٢٨٩، وشرح التحرير مع الشرقاوي ٢ / ٢٨٥، والمغني ٧ / ٤٦.
(٤) مواهب الجليل ٤ / ١٥، ونهاية المحتاج ٦ / ٣٨٣، ومغني المحتاج ٣ / ٢٦٠.

النشوز وتأديبها بما إذا لم يكن بينهما عداوة، وإلا فيتعين الرفع إلى القاضي لتأديبها[١].

أنواع الهجر:

أولًا: الهجر في الكلام: اتفق الفقهاء على أنه يحق للرجل أن يؤدب زوجته الناشز بمقاطعتها وترك الكلام معها[٢]. واختلف الفقهاء في المدة التي يحق للرجل فيها هجر زوجته بالكلام على النحو التالي:

أولًا: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة ومعظم المالكية والشافعية إلى أنه يجوز للزوج أن يهجر زوجته أكثر من ثلاثة أيام[٣].

واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: «لا يحل لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال، يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام»[٤]، وقوله ﷺ: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث، فمن هجر فوق ثلاث فمات دخل النار»[٥].

وجه الدلالة في الحديثين:

---

(١) نهاية المحتاج ٦ / ٣٨٤، ومغني المحتاج ٣ / ٢٦٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ٢/٣٣٤، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم)، ٣/٢٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، ٢/٣٤٤، مغني المحتاج للشربيني، ٤/٤٢٧، كشاف القناع للبهوتي، ٥/٢٠٩.

(٣) بدائع الصنائع، ٢/٣٣٤، المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف الباجي، ٧/٢١٥، أسنى المطالب للأنصاري، ٣/٢٣٩، مغني المحتاج للشربيني، ٤/٤٢٧، المغني لابن قدامة، ٧/٢٤٢.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الأدب، ٥٦١٣. وورد في موضع آخر (لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث، يلتقيان فيصد هذا ويصد هذا، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام) انظر: صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، ٥٧٦٨، وفي رواية أخرى في صحيح مسلم ١٢/٤١٨، رقم (٤٦٤٤)، قال ﷺ: (لا يحل للمؤمن أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام).

(٥) سنن أبي داود، ١٣/٧٠، كتاب الأدب رقم ٤٢٦٨، مسند أحمد، ٢/٣٩٢، رقم ٩٠٨١، إسناده صحيح، انظر: كنز العمال، المتقي الهندي، ١٩/٣٤.

أولًا: قوله ﷺ لا يحل: أي يحرم على المسلم أن يهجر أخاه أكثر من ثلاثة أيام، وترتيب العقوبة على الهاجر يؤكد حرمة ذلك[١].

ثانيًا: وذهب بعض فقهاء الشافعية والمالكية إلى أنه يجوز للرجل أن يهجر زوجته الناشز ولا يكلمها فوق ثلاثة أيام؛ بقصد تأديبها وإصلاح دينها وردها عن المعصية[٢]، واستدلوا على ذلك: (بهجره ﷺ للثلاثة الذين خلفوا ونهيه للصحابة عن الحديث معهم)[٣].

الترجيح:

الرأي الراجح -والله أعلم- هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة ما استدلوا به من الأحاديث ووضوحه وعمومه، أما الثلاثة الذين خلفوا يمكن أن يكون هجرهم من قبل الرسول ﷺ وأمره الصحابة بهجرهم حكمًا خاصًا بهم، أو عقابًا للتخلف عن الجهاد مع الرسول ﷺ، وهذه قضية أكبر من علاقات داخلية بين المسلمين. وكذلك فإن مقاطعة الرجل زوجته وعدم التكلم معها أكثر من ثلاثة أيام قد يكون له مردود سيئ على تربية أطفالهما؛ لأنه ملفت لنظرهم بخلاف الهجر في المضجع، وقد يؤدي إلى زيادة نشوزها لظهوره أمام الأقارب أو الأولاد، وكذلك فإن الهجر في الكلام ليس له من التأثير على الزوجة مثل ما له عليها الهجر في المضجع[٤].

---

(١) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ١٠٩.
(٢) حاشية الصاوي، ٤/٧٤٥، نهاية المحتاج للرملي، ٦/٣٩١، تحفة المحتاج للهيتمي، ٧/٤٥٥.
(٣) نهاية المحتاج للرملي، ٦/٣٩١، تحفة المحتاج للهيتمي، ٧/٤٥٥.
(٤) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ١١٠.

ثانيًا: الهجر في المضجع:

اختلف الفقهاء في كيفية الهجر في المضجع على عدة أقوال منها:

١- قيل يهجرها بأن لا يجامعها، أي ترك الوطء.

٢- وقيل يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعته إياها، لا أن يترك جماعها ومضاجعتها؛ لان ذلك حق مشترك بينهما، فيكون في ذلك عليه من الضرر ما عليها، فلا يؤدبها بما يضر بنفسه، ويبطل حقه.

٣- وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع، ويضاجع أخرى في حقها وقسمها؛ لأن حقها عليه في القسم في حال الموافقة وحفظ حدود الله -تعالى- لا في حال التضييع وخوف النشوز والتنازع.

٤- وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها لا في وقت حاجته إليها؛ لأن هذا للتأديب والزجر، فينبغي أن لا يؤدب نفسه بامتناعه عن المضاجعة في حال حاجته إليها[١].

٥- وقيل: المراد أن يهجر فراشها فلا يضاجعها فيه[٢].

٦- وقيل: يهجرها في الكلام ثلاثة أيام لا فوقها[٣].

٧- وقيل: هو أن يقول لها هُجْرًا أي إغلاظًا في القول[٤].

٨- وقيل: هو أن يربطها بالهجار، وهو حبل يربط فيه البعير الشارد[٥]، وهذا المعنى بعيد عن المقصود -والله أعلم- ولا يليق بمسلم

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني، ٢/٣٣٣.
(٢) مغني المحتاج للشربيني، ٤/٤٢٧.
(٣) كشاف القناع للبهوتي، ٥/٢٠٩.
(٤) مغني المحتاج للشربيني، ٤/٤٢٧.
(٥) نفس المصدر.

أن يربط زوجته كالبعير؛ ولأن فيه مهانة لكرامتها الإنسانية.

الراجح:

أرى أنه يمكن لكل رجل أن يهجر زوجته الناشز بالطريقة التي يرجح أنها تردعها وتردها عن عصيانها، فإن أدرك أحدهم أن مجرد توليتها ظهره يردعها فله أن يكتفي بذلك، وإن أدرك آخر أنه لا يردع زوجته إلا عدم مضاجعتها، وعدم المبيت معها في بيت واحد، وترك الحديث معها فله ذلك، بشرط أن لا تزيد مقاطعة كلامها عن ثلاثة أيام؛ لورود النص في ذلك[1].

مدة الهجر في المضجع:

للفقهاء في مدة الهجر في المضجع رأيان:

أولًا: رأي الجمهور:

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه يحق للزوج أن يهجر زوجته الناشز ما دامت على نشوزها، دون تحديد مدة لذلك[2]، ويستدل لرأيهم بقوله -سبحانه وتعالى-: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾[3].

وجه الدلالة:

أن الله -سبحانه وتعالى- حدد نهاية الهجر بطاعة الزوجة أما ما

(١) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ١١١.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ٢/٣٣٣، الأم للشافعي، ٥/٢٠٨، المغني لابن قدامة، ٧/٢٤٢.
(٣) سورة النساء الآية ٣٤.

دامت ناشزًا فيحق للزوج أن يستمر بهجرها، فلم تحدد الآية مدة الهجر، ويؤيد هذا ما روي أن أنس بن مالك كانت عنده امرأة في خلقها سوء، فكان يهجرها خمسة أشهر وستة أشهر ثم يرجع إليها ولا يرى في ذلك إيلاءً[١].

ثانيًا: رأي المالكية:

ذهب فقهاء المالكية إلى أنه يحق للزوج أن يهجر زوجته الناشز شهرًا إلى أربعة أشهر، حيث قالوا: (له هجرها فوق الشهر ودون الأربعة أشهر)[٢]، واستدلوا بفعله ﷺ: (حيث آلى من نسائه شهرًا فلما مضى تسعة وعشرون يومًا غدا أو راح، فقيل له: إنك حلفت أن لا تدخل شهرًا؟ فقال إن الشهر يكون تسعة وعشرين يومًا)[٣]، وقالوا: على الزوج أن لا يبلغ بالهجر مدة الإيلاء[٤] وهي أقصى مدة يسمح للزوج فيها هجر زوجته. حيث قال -سبحانه وتعالى-: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[٥].

الرأي الراجح:

أرى أن رأي الجمهور هو الراجح -والله أعلم-، فللزوج أن يهجر زوجته الناشز بقدر ما يرى أنه يردعها عن نشوزها، وقد جاءت الآية:

(١) أحكام القرآن للجصاص، ١/٤٨٧.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، ٧/٤، مواهب الجليل للحطاب، ١٦/٤، حاشية الدسوقي، ٣٤٤/٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الصوم، رقم ١٧٧٧.

(٤) الإيلاء: هو اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة، مثل: والله لا أجامعك أربعة أشهر، انظر: التعريفات للجرجاني، ١٢/١.

(٥) سورة البقرة الآية ٢٢٦.

﴿وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ﴾ دون تحديد مدة للهجر بسبب النشوز، أما هجره ﷺ نساءه شهرًا فليس فيه دليل على تحديد مدة للهجر[1].

والهجر في الإيلاء الذي حدده الشرع بأربعة أشهر يختلف عن الهجر حال نشوز الزوجة، فالهجر في النشوز يكون بسبب عصيان الزوجة وتمردها على زوجها؛ لذلك يجوز أن يستمر حتى ترجع الزوجة عن نشوزها، ولا يجوز أن يستمر أكثر من ذلك؛ لقول الله -تعالى-: ﴿فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًا﴾[2]، أما الهجر في الإيلاء فغالبًا ما يكون تمردًا من الزوج، ولذلك حدد بأربعة أشهر حتى لا يستمر الظلم الواقع عليها أكثر من ذلك.

أين يكون الهجر؟

يجوز للزوج أن يهجر زوجته داخل البيت أو خارجه حسب ما يراه مناسبًا لردها عن نشوزها، فكما جاء في فتح الباري: (الهجران يجوز أن يكون في البيوت وفي غير البيوت، كما فعل النبي ﷺ حيث هجر نساءه خارج بيوتهن. والحق أن ذلك يختلف باختلاف الأحوال، فربما كان الهجران في البيوت أشد من الهجران في غيرها، وبالعكس بل الغالب أن الهجران في غير البيوت آلم للنفوس، وخصوصًا النساء لضعف نفوسهن)[3].

---

(١) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ١١٣.
(٢) سورة النساء الآية ٣٤.
(٣) فتح الباري لابن حجر العسقلاني، ٩/٣٠١.

المبحث الخامس: التأصيل الفهمي للفسخ:

الفسخ في اللغة:

هو النقض والرفع والإزالة والضعف والفساد، فَسَخَ الشيء نقضه. والفسخ الضعيف الذي ينفسخ عند الشدة، وفَسَخَه فَسْخًا أفسده، يقال: فسخت البيع بين البيعين والنكاح فانفسخ البيع والنكاح، أي نقضته فانتقض، وفسخ الشيء فرقه، وأفسخ القرآن نسيه، وفسخت عني ثوبي إذا طرحته(١).

الفسخ في الاصطلاح:

عرفه الحنفية والمالكية بأنه «رفع العقد من الأصل»(٢). وللشافعية في تعريف الفسخ قولان: الأول: «حَلُّ ارتباط العقد»(٣). والثاني: «رفع العقد في حالة لا من أصله»(٤). وأما الحنابلة فلم أقف على تعريف للفسخ، إلا أن فروعهم الفقهية تدل على اتفاقهم مع الشافعية فيما ذهبوا إليه من تعريفات للفسخ(٥).

يظهر من التعريفات السابقة أنها تشترك في أن الفسخ رفع ونقض

---

(١) انظر: الفيومي، المصباح المنير مادة (فسخ) ص٢٤٤، ابن منظور، لسان العرب مادة (فسخ) ١٠/ ٢٦٠ وما بعدها، أبو جيب، القاموس الفقهي مادة (طلق) ص٢٨٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٢/ ٤٩٧، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق ٢/ ٢٦، محمد علين بن حسين المالكي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية بهامش الفروق ٢/ ٣٥. وتبيين الحقائق للزيلعي، ٤/ ١٩٧، البحر الرائق لابن نجيم، ٨/ ٤٦٦.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر ص٢٨٧.

(٤) محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع ١٧/ ٢٨٣. المجموع شرح المهذب، يحيى بن شرف النووي، ١١/ ٤٠٦، الإنصاف للمرداوي، ٤/ ٤٨٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ١/ ٣٩١، مطالب أولي النهى للرحيباني، ٣/ ١٠٤.

(٥) انظر: ابن قدامة، المغني ١٠/ ٦٢.

للعقد، سواء من أصله أو من حينه، وتختلف في أن الفسخ عند الحنفية والمالكية للعقد من أصله وعند الشافعية والحنابلة من حينه أي من حين حصول الفسخ[١]. وبذلك يتضح أن الفسخ نوعان[٢]: فسخ ينقض العقد من أصله، وذلك إذا كان سبب الفسخ متصلًا بإنشاء عقد الزواج، كالفسخ بخيار البلوغ، وفسخ ينقض العقد من حينه، وهو ما كان سببه خلل طرأ على العقد فمنع استمراره، فلزم التفريق كالفسخ لإباء دخول الزوج في الإسلام أو طروء ما يوجب حرمة المصاهرة.

والذي يظهر من هذه التعاريف أنها تشترك في أن الفسخ نقض العقد، سواء كان ذلك من أصله، أو لحادث طرأ عليه، إلا أن الشافعية قد أشاروا في تعريفهم الثاني إلى الفسخ لحادث طرأ على النكاح. وعلى ذلك فإن فرقة الفسخ نوعان:

الأول: فسخ ينقض العقد من أصله، وذلك إذا كان سبب الفسخ متصلًا بإنشاء الزواج، فإنه يكون غير لازم للزوجين، أو لأحدهما، وذلك كالفسخ بخيار البلوغ والإقامة في غير دار الإسلام[٣]. والثاني: فسخ لا ينقض العقد من أصله، وهو ما كان بسبب خلل طرأ على العقد، فمنع استمراره، بمعنى أن الخلل رفع الحل السابق بين الزوجين، فتعين التفريق؛ كالفسخ لإباء الزوجة الدخول في الإسلام، أو ردتها، أو طروء

(١) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ٢١٩.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني، ٢/٤٩٧، مغني المحتاج للشربيني، ٣/٢٠٤.
(٣) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٢/٤٩٧، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٣/٢٠٤ وما بعدها، أبا زهرة، الأحوال الشخصية ص٢٧٧ وما بعدها، بدران أبا العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ١/٢٩٥.

ما يوجب حرمة المصاهرة[١]، مع مراعاة خلاف الفقهاء في الأخير[٢].

الفرق بين النوعين السابقين:

١- الفسخ الذي ينقض العقد من أصله، لا يوجب شيئًا من المهر إذا لم يتأكد بالدخول الحقيقي، أو الخلوة الصحيحة، أو الموت، سواء أكان الفسخ بسبب من الزوج أم من الزوجة؛ لأن العقد نُقض من أصله، فلا تترتب عليه أحكامه.

أما الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله، فإذا كان من جهة المرأة قبل أن يؤكد المهر؛ فإنه يسقط بأكمله، وإن كان بسبب من الزوج ففيه نصف المهر.

٢- إن الزوجة التي فسخ نكاحها بما ينقض العقد من أصله، لا يلحقها طلاق في أثناء عدتها؛ فإن طلقها بعد هذا الفسخ، ثم استأنفا حياة زوجية جديدة، فإن هذه الطلقة لا تُحتسب؛ لأن الطلاق أثر للعقد، فإذا نقض رُفعت أحكامه، وأما التي فسخ نكاحها بما لا ينقض العقد من أصله، فإنه يلحقها الطلاق في العدة، فإذا كان سبب

---

(١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٢/٤٩٩، ٥٠٣، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٣/٢٠٣ وما بعدها، المطيعي، تكملة المجموع ١٧/٢٨٣، شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥/١٦٢، ٢١٧.

(٢) اتفق جمهور الفقهاء على أن الفرقة بطروء حرمة المصاهرة، هي فسخ لا طلاق فيه، واختلفوا في صورتها على النحو التالي: أ- تثبت حرمة المصاهرة بزنى الزوج بأم زوجته أو بنتها، أو زنى المرأة بأب الزوج أو ابنه، وكذلك بالمس أو النظر إلى الفرج بشهوة وإليه ذهب الحنفية والحنابلة. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع ٢/٣٨٧ وما بعدها، الزركشي، شرح الزركشي ٥/١٦٢.

ب- لا يترتب على زنى أحد الزوجين بأحد فروعه أو أصوله حرمة بينهما، ولا فسخ بسببه، إلا أن حرمة المصاهرة يمكن أن تقع بوطء زوجة الأب أو الابن بشبهة، وإليه ذهب المالكية والشافعية. انظر: حاشية الدسوقي ٣/٦٣ وما بعدها، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ٣/١٧٩.

الفسخ مؤقتًا، واستأنفا حياة زوجية جديدة، احتُسبت تلك الطلقة من الطلقات الثلاث.

٣- الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله ينقسم إلى قسمين: الأول: نوع يمنع الزواج بعده مؤبدًا، كالفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أصول الآخر، أو فروعه، ما يوجب حرمة المصاهرة. والثاني: نوع يحرم الزواج مؤقتًا، كالتحريم الحاصل بالردة[١].

المبحث السادس: معيار التفريق بين الفسخ والطلاق عند الفقهاء:

أولًا: عند الحنفية[٢]:

كل فرقة تقع من الزوج أو ممن ينوب عنه تكون طلاقًا، كالفرقة بسبب الإيلاء أو الخلع أو تطليق الزوج زوجته بلفظ من الألفاظ الدالة على حل عقد الزواج، وكل فرقة تكون من قبل الزوجة، ولا يمكن أن تكون من قبل الزوج تكون فسخًا، كالفرقة بسبب عدم الكفاءة أو لنقصان المهر.

وإذا وقعت الفرقة من قبل أحد الزوجين ويمكن أن يقع مثلها من الآخر، كفعل أحد الزوجين ما يوجب حرمة المصاهرة والفسخ بخيار

(١) انظر: الإمام أبا زهرة، الأحوال الشخصية ص٢٧٧، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ١/ ٢٩٥، محمد سلام مدكور، أحكام الأسرة في الإسلام ٢/ ١٩ وما بعدها. والتفريق القضائي بين الزوجين (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني)، عدنان علي النجار، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٤م: ١٥.

(٢) فتح القدير لابن الهمام، ٣/ ٢١، بدائع الصنائع للكاساني، ٣/ ٢٤٦، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ٢/ ٤٧٤.

البلوغ والإقامة فهي فسخ في معظم الأحوال.

والفرقة بسبب ارتداد الزوجة أو إبائها الإسلام فإنها تكون فسخًا، أما بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق عند محمد بن الحسن، والفرقة بسبب إباء الزوج الدخول في الإسلام تعد طلاقًا عند أبي حنيفة ومحمد، وفسخًا عند أبي يوسف.

من الفرق التي تعد طلاقًا عند الحنفية: تطليق الزوج أو نائبه، أو تطليق الزوجة نفسها بتفويض من الزوج، والفرقة بسبب الخلع أو الإيلاء، والتطليق بسبب العيوب، واللعان عند أبي حنيفة ومحمد، والتفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد.

ومن الفرق التي تعد فسخًا عندهم: كل فرقة ناتجة من خلل في عقد الزواج عند إنشائه، أو سبب طارئ على العقد يستوجب حرمة المصاهرة، أو الفرقة لعدم كفاءة الزوج، أو الفرقة بسبب خيار البلوغ، أو نقصان المهر، أو إباء الزوجة غير الكتابية الدخول في الإسلام، أو إباء الزوج عند أبي يوسف، أو لردة أحد الزوجين عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ثانيًا: عند المالكية[1]:

اختلف قول الإمام مالك في الفرق بين الفسخ والطلاق على قولين:

أ- إن كان النكاح فيه خلاف خارج عن مذهبه ـ يعني في جوازه ـ

(١) بداية المجتهد لابن رشد، ٢/٥٧.

وكان الخلاف مشهورًا فالفرقة عنده هي طلاق لا فسخ مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها، والمحرم.

ب- إن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفريق، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخًا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح أو العدة، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقًا.

وعلى ذلك فالتفريق بين الزوجين إذا ارتبط بعقد صحيح يكون طلاقًا في الحالات التالية:

أ- الطلاق الذي يوقعه الزوج أو نائبه أو تطليق الزوجة نفسها بتفويض من الزوج.

ب- الفرقة بالخلع أو الطلاق على مال.

ت- التفريق للعيب أو للإعسار بالمهر أو النفقة أو للمضارة والشقاق أو للغيبة أو الإيلاء أو لعدم الكفاءة.

ث- التفريق لردة أحد الزوجين.

وتكون الفرقة فسخًا عندهم في الحالات التالية:

أ- إذا وقع العقد غير صحيح كالزواج بالمحارم، أو زوجة الغير أو معتدة.

ب- إذا طرأ على الزواج ما يوجب الحرمة المؤبدة، كالاتصال الجنسي بشبهة من أحد الزوجين بأصول الآخر.

ت- الفرقة بسبب اللعان لترتب الحرمة المؤبدة على ذلك.

ث- الفرقة بسبب إباء الزوج الدخول في الإسلام بعد إسلام الزوجة، أو إباء الزوجة غير الكتابية الدخول في الإسلام بعد إسلام زوجها، لطروء مفسدة على عقد الزواج.

ثالثًا: عند الشافعية[1]:

معيار التفرقة بين الفسخ والطلاق عند الشافعية هو أن الطلاق ما ابتدأه الزوج فأوقعه على امرأته بطلاق صريح أو كلام يشبه الطلاق يريد به الطلاق، وكذلك ما جعل إلى امرأته من أمرها فطلقت نفسها، أو إلى غيرها فطلقها، فهو كطلاقه؛ لأنه بأمره وقع، وهذا كله إذا كان الطلاق فيه من الزوج أو ممن جعله إليه الزوج واحدة أو اثنتين؛ فالزوج يملك فيه رجعة المطلقة ما كانت في عدة منه، وكذلك إن آلى من امرأته فطلق أو قال لامرأته: أنت طالق ألبتة، فحلف ما أراد إلا واحدة أو أنت خلية أو بائن أو برية، فحلف ما أراد إلا واحدة فهي واحدة يملك الرجعة، لا يكون من هذا شيء بائن أبدًا إن كانت الزوجة مدخولًا بها.

وكل ما حكم فيه بالفرقة وإن لم ينطق بها الزوج ولم يردها وما لو أراد الزوج أن لا توقع عليه الفرقة أوقعت فهذه فرقة لا تسمى طلاقًا وإنما فسخًا؛ لأن الطلاق ليس من الزوج وهو لم يقله ولم يرضه بل يريد رده ولا يرد. ومن الفرق التي تعد فسخًا عند الشافعية:

(١) الأم للشافعي، ٥/١٢٧، الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ٩/٦٨٦٩.

١- الأمة تعتق عند العبد فتختار فراقه.

٢- المرأة تكون عند العنين فيؤجل سنة فلا يمس فتختار فراقه.

٤- أن تُزوج المرأة الرجل فينتسب حرًا فيوجد عبدًا فتخير فتفارقه.

٤- فرقة العيوب يتزوج الرجل المرأة فتجد فيه عيبًا كالجنون أو البرص فتختار فراقه.

٥- الزوجان يسلم أحدهما ولا يسلم الآخر حتى تنقضي العدة.

٦- العقد الفاسد مثل: النكاح بغير ولي ونكاح العبد بغير إذن سيده ونكاح الأمة بغير إذن سيدها.

٧- ردة أحد الزوجين أو إسلام أحدهما، والآخر مقيم على الكفر.

٨- الفرقة بسبب الإعسار بالمهر أو النفقة أو الكسوة أو المسكن.

٩- الفرقة بسبب الرضاع بشرط كونه خمس رضعات مشبعات.

١٠- الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته.

١١- الفرقة بسبب سبي الزوجين أو أحدهما أو ملك أحدهما الآخر.

١٢- الفرقة بسبب وطء شبهة كوطأ أم زوجته.

١٣- فرقة اللعان.

رابعًا: عند الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية أن كل ما يوقعه (الزوج أو نائبه) على زوجته للتفريق بينهما يعد طلاقًا، وكل فرقة لا يوقعها الزوج تكون فسخًا، إلا أنهم زادوا على الشافعية في الفروق التي تعد

فسخًا:

أ- الفرقة بسبب عدم وفاء أحد الزوجين بما اشترط عليه الآخر من شروط اقترنت بعقد الزواج.

ب- إذا تم الخلع بلفظ الفسخ أو المفاسخة فإنه يعد فسخًا[1].

الرأي الراجح:

أرى ترجيح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وهو أن كل فرقة يوقعها القاضي تعد فسخًا، ولا يعد التفريق طلاقًا إلا كان بقول الزوج.

ويدل على رجحان ذلك:

١- أن الله جعل الطلاق حقًا خالصًا للزوج وإعطاء القاضي هذا الحق يخالف ذلك.

٢- تجيز النصوص مراجعة الزوج زوجته بعد الطلقة الأولى والثانية في أثناء العدة؛ ولذا فإن الذين جعلوا تفريق القاضي طلاقًا بائنًا مع أن الطلقة قد تكون الأولى يخالف النصوص.

٣- إذا طلق القاضي على الزوج وهو رافض لذلك، يكون الزوج مكرهًا على الطلاق، وفي وقوع طلاق المكره خلاف.

٤- إن الزوج يملك على زوجته ثلاث طلقات، وإذا اعتبر تفريق القاضي طلاقًا فإنه ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج طلقة من غير أن يوقعها[2].

(١) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ٢٢٥.
(٢) الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، د. عمر سليمان الأشقر، ص٢٣٤.

المبحث السابع: أقسام الفرقة التي تعد فسخًا:

تنقسم الفرقة التي تعد فسخًا إلى قسمين:

١- فسخ ينقض العقد من أصله: مثل الفسخ بخيار البلوغ والإفاقة والفسخ؛ لعدم الكفاءة ولنقصان المهر عن مهر المثل، وبسبب عدم إجازة الولي أو صاحب الشأن تزويج الفضولي أو تزويج ناقص الأهلية نفسه.

وهذا النوع من الفسخ لا يوجب شيئًا من المهر إن لم يتأكد المهر بأحد مؤكداته[١]، ولا يلحق الزوجة فيه الطلاق في أثناء العدة.

٢- فسخ لا ينقض العقد من أصله وإنما من حينه: فهو يطرأ على العقد فيمنع استمراره، مثل ارتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول الزوج الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، أو بسبب امتناع الزوجة غير الكتابية الدخول في الإسلام بعد إسلام الزوج، أو الفسخ بسبب الملاعنة عند أبي يوسف والمالكية والشافعية والحنابلة[٢].

وهذا النوع من الفسخ إن حصل بسبب من الزوجة فإنه لا يوجب لها شيئًا من المهر إن لم يتأكد المهر بأحد مؤكداته، وإن تأكد وجب كاملًا، وإن حصل الفسخ بسبب من الزوج ولم يتأكد المهر بأحد مؤكداته وجب للزوجة نصف المهر المسمى، فإن لم يكن لها مهر مسمى وجب

(١) مؤكدات المهر: الموت، والدخول الحقيقي، والخلوة الصحيحة عند الجمهور بخلاف المالكية، والاستمتاع فيها دون الفرج، من قُبلة أو نظر بشهوة عند الإمام مالك. انظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، ومحمود السرطاوي، ص١٨٨ وما بعدها.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية، أ.د. محمود السرطاوي، ص٢٧٣.

لها المتعة[١].

وإذا أوقع الزوج على زوجته الطلاق في هذا الفسخ فأثناء العدة فإنه يحسب من عدد الطلقات التي يملكها على زوجته، فإذا تزوجها بعد زوال المانع الذي أوجب الفسخ ملك بالعقد الجديد ما بقي له من طلقات عليها فحسب.

التفريق للشقاق أهو فسخ أم طلاق؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

أولًا: المالكية:

ذهب المالكية إلى أن التفريق للشقاق يقع طلاقًا بائنًا، سواء أكان الحكمان من قبل القاضي أم من قبل الزوجين، وهو طلقة واحدة، حتى لو أوقع الحكمان طلقتين أم ثلاثًا لم يقع بحكمهما أكثر من واحدة، وسواء أكان تفريقهما طلاقًا أم مخالعة على بدل، فالحكمان يوقعان طلقة واحدة بائنة على الزوجة. وقد علل المالكية ذلك لوجهين: أحدهما كلي، والآخر معنوي:

أ- أما الكلي فكل طلاق ينفذه الحكم فإنه بائن.

ب- أن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق، كما كان أول دفعة، فلم يكن ذلك يفيد شيئًا؛ فامتنعت الرجعة لأجله[٢].

---

(١) متعة المرأة: المال الذي يعطى للمرأة بعد الطلاق، انظر: لسان العرب لابن منظور ٨/ ٣٣٠.
(٢) حاشية الدسوقي، ٣/ ٢١٢، أحكام القرآن لابن العربي، ١/ ٥٤٢.

ثانيًا: الشافعية[١] والحنابلة[٢]:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنهما إن فُرِّقا بخلع فطلاق بائن، وإن فُرِّقا بطلاق فهو طلاق. حيث قالوا: وإذا رأى حَكَمُ الزوج الطلاق استقل به ولا يزيد على طلقة، وإن رأى الخلع ووافقه حَكَمُهَا تخالعا وإن لم يرض الزوجان[٣]. ولا يرى الحنفية الفرقة في هذه الحالة إلا بالتوكيل[٤].

المناقشة والترجيح:

يلاحظ مما سبق أن المالكية التزموا بما جعلوه لأنفسهم من معيار للتفرقة بين الفسخ والطلاق، حيث قالوا: إن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبهم -يعني في جوازه- وكان الخلاف مشهورًا فالفرقة عندهم هي طلاق لا فسخ؛ ولذلك جعلوا التفريق للشقاق طلاقًا بائنًا.

أما الشافعية والحنابلة فلم يلتزموا بما جعلوه من ضابط حيث قالوا: إن كل ما يوقعه (الزوج أو نائبه) على زوجته للتفريق بينهما يعد طلاقًا، وكل فرقة لا يوقعها الزوج تكون فسخًا، وكل ما حكم فيه بالفرقة وإن لم ينطق بها الزوج ولم يردها، وأما لو أراد الزوج أن لا توقع عليه الفرقة أوقعت فهذه فرقة لا تسمى طلاقًا وإنما فسخًا؛ لأن الطلاق ليس من الزوج، وهو لم يقله ولم يرضه بل يريد رده ولا

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة، ٣/٣٠٨.
(٢) كشاف القناع للبهوتي، ٥/٢١١.
(٣) كشاف القناع للبهوتي، ٥/٢١١.
(٤) أحكام القرآن للجصاص، ٢/٢٧١.

يرد[١].

ولعل مرجع ذلك أن الحَكَمَيْن وكيلان عند الشافعي في أحد قوليه وفي رواية عند أحمد[٢]، أو لسبب ارتباط فرقة الشقاق بالمال في كثير من الحالات. ولذلك أرى أن الأصل في فرقة الشقاق حسب ضابط الشافعية والحنابلة الذي رجحته سابقًا أن تكون فسخًا لا طلاقًا؛ لأن القاضي هو الذي أوقع الطلاق أو أجبر الزوج على إيقاعه.

المبحث الثامن: وقت وقوع الفرقة للهجر، ونوعها:

وقت وقوع الفرقة:

إن الحديث عن وقت وقوع الفرقة للهجر يتمحور في أمرين: وقت وقوع الفرقة بترك المبيت، ثم وقت وقوعها بترك الوطء، وأتناول ذلك في بندين:

أولًا: وقت وقوع الفرقة بترك المبيت:

اتفق القائلون بوجوب مبيت الرجل عند زوجته على أقل المبيت، وهو ليلة من أربع، وحجتهم في ذلك حكم كعب بن سُور فيمن جاءت تشكو زوجها لعمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ؛ حيث حكم لها بليلة من أربع، إلا أنهم لم يتفقوا على المدة التي يجوز للمرأة بعدها أن تطلب التفريق من زوجها إذا لم يبت عندها، ففي حين لم يضع فقهاء الحنفية والمالكية لذلك حدًا، فإن الحنابلة قد حدوا لذلك حدًا فقالوا:

(١) عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي: ٢٢٩.
(٢) المغني لابن قدامة، ١٠/ ٢٦٤.

إن أبى الزوج المبيت في اليوم المقرر، حتى انقضت أربعة أشهر بلا عذر لأحدهما، فرَّق القاضي بطلبها، إلحاقًا بالمولي؛ لتحقق الضرر في كل منهما[1].

وهذا ما أميل إليه للسببين الآتيين:

١- إن الأصل في وجوب المبيت عند الزوجة هو قوله -تعالى-: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[2]، فإذا لم يتحقق الإمساك بالمعروف، وامتنع الزوج عن المبيت عند زوجته، وجب في حقه التخيير، كما جاء في الآية: ﴿أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[3]، ولا يمكن لهذا التخيير أن يستقيم إلا بوضع حدود تفصل بين الأمرين؛ فوجب التوقيت في ذلك.

٢- إن تحديد أقل ما يجب من المبيت، وعدم تحديد الجزاء المترتب على تركه، يعطي الفرصة للأزواج الذين لا يزعهم دين ولا خلق للتهرب من أداء هذا الحق، وما أكثر أمثال هؤلاء في زماننا، إلا من رحم الله![4].

ثانيًا: وقت وقوع الفرقة بترك الوطء:

اختلف القائلون بمشروعية التفريق بسبب الهجر في المدة التي تضرب لتارك الوطء بدون عذر، على قولين:

القول الأول: يضرب لتارك الوطء أجل الإيلاء من يوم المدافعة، ثم

(١) انظر: عبدالقادر بن عمر التغلبي الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٢/١٥٨، إبراهيم ابن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل ٢/٩٤٥ وما بعدها.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣١.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣١.

(٤) التفريق القضائي بين الزوجين، عدنان علي النجار: ٧٦.

يؤمر بالوطء أو الطلاق، وهو قول بعض المالكية وجمهور الحنابلة[١].

القول الثاني: إذا ترك الزوج الوطء ضِرارًا بزوجته، يُتلوم له بالاجتهاد أي يُمهل ويُنتظر ـ ويُطلق عليه دون ضرب من أجل الإيلاء، وهو ما ذهب إليه أكثر فقهاء المالكية[٢].

نوع فرقة الهجر:

لم يذكر القائلون بمشروعية التفريق للهجر نوع الفرقة الواقعة به صراحة، إلا أنه يمكن الاهتداء لذلك بالرجوع إلى أصل المشروعية، وهو إلحاق الهاجر لزوجته بترك الوطء أو المبيت بالمولي[٣]، حيث قد تبين قياسهم الهجر على الإيلاء، وأن ذلك مرجعهم في مشروعية التفريق للهجر، فإن من البديهي أن يأخذ المقيس حكم المقيس عليه؛ لأن نتيجة القياس هي ثبوت حكم الأصل للفرع، فينسحب على الهجر ما ينسحب على الإيلاء من جميع الوجوه، فتكون فرقة الهجر طلاقًا رجعيًا كفرقة الإيلاء[٤].

المبحث التاسع: موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق للهجر:

بعد مراجعة ما وقع تحت يدي من قوانين الأحوال الشخصية أو

(١) انظر: أبا بكر الكشناوي، أسهل المدارك ٢/٢٢، ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل ٢/٩٤٥.

(٢) محمد عليش، شرح منح الجليل ٤/٢٠٤ وما بعدها، وانظر: أبا بكر الكشناوي، أسهل المدارك ٢/٢٢.

(٣) انظر: ابن رشد، بداية المجتهد ٣/١٨٩ وما بعدها، أبا بكر الكشناوي، أسهل المدارك ٤/٢٢، عبدالقادر الشيباني، نيل المآرب ٢/١٥٨، ابن ضويان، منار السبيل ٢/٩٥٤ وما بعدها.

(٤) التفريق القضائي بين الزوجين، عدنان علي النجار: ٧٨.

شروحها، تبين أن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، الذي يجري العمل بمقتضاه حاليًا، لم ينص على التفريق للهجر[١]، وكذلك القانون السوري، والمصري، إلا أن قانون الأحوال الشخصية المصري جعل الهجر صورة من صور الضرر التي تجيز التطليق، ومنحت محكمة النقض المصرية، محكمة الموضوع[٢] حرية تقدير عناصر الضرر، ما دام أنها تستدل على ذلك بأدلة سائغة، وقد جرى العمل بمحاكم الأحوال الشخصية على أن أقل مدة الهجر التي يجوز بعدها للزوجة طلب التطليق هي ستة أشهر هجرية سابقة على رفع الدعوى[٣].

وحجتهم في ذلك هو ما استنَّه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- من إرساله للجند بوصف هذه المدة أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليها من يوم غياب زوجها عنها، بعد أن استفتى السيدة حفصة بقوله: يا بنية، كم تصبر المرأة على زوجها[٤].

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص في المادة (١٢٣) على التفريق للهجر صراحة[٥].

(١) جاء في تعميم قاضي القضاة رقم ٢٠٠٣/٢٣ أن للزوجة الحق في طلب التفريق إذا أثبتت غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر. انظر: محمد ناجي فارس، تعاميم قاضي القضاة ونائبه ص١٢٣.

(٢) المراد بمحكمة الموضوع: هي المحكمة التي تنظر في الدعوى من حيث موضوعها، أما محكمة القانون أو الاستئناف: فهي المحكمة التي تنظر في تدقيق الأحكام التي تصدر عن محكمة الموضوع أو محكمة البداية.

(٣) انظر: جلال الدين سعيد عثمان، أحكام الأسرة بين الشرع والقانون ١/ ٢٤١، ٢٤٣، ٢٦٠.

(٤) انظر: البيهقي، السنن الكبرى كتاب السير، باب الإمام لا يجمر بالغزي ٩/ ٢٩.

(٥) نص المادة (١٢٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: «إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها، أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول، وكان معروفًا محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائنًا إذا تضررت من بُعْدِه عنها أو هجره لها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه». راتب عطا الله الظاهر، مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ص١٢٩.

بعد هذا الاستعراض بقي أن أذكر النواحي الإيجابية، والسلبية من هذه القوانين، وذلك على النحو التالي:

أولًا: قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني:

رغم إيجابية ما ورد في تعميم رئيس القضاة، الذي ينص على حق الزوجة في طلب التفريق، إذا أثبتت هجر زوجها لها سنة فأكثر، إلا أن الأمر بحاجة إلى النظر في المدة التي يجوز بعدها للزوجة طلب التفريق؛ لما يوجد من فارق بين الغائب والهاجر[1].

ثانيًا: قانون الأحوال المصري:

أ- النواحي الإيجابية: وأهمها بندان:

١- عدّ الهجر من صور الضرر الذي يقع على المرأة، وتستحق بوقوعه طلب التطليق.

٢- الاجتهاد في ضرب المدة التي يجوز بعدها للزوجة رفع طلب التطليق من زوجها الهاجر لها.

ب- النواحي السلبية: وهي بندان كذلك:

١- عدم التوفيق في المدة المضروبة؛ لأنني إن سلمت بجواز الاستناد إلى ما استنه عمر ـ رضي الله عنه ـ فإن ذلك قياس مع الفارق؛ لأن الجندي الذي يدافع عن الإسلام وبلاد المسلمين لا يقصد ضرر زوجته، بخلاف من ترك زوجته، وأقام عند زوجة أخرى، أو في بيت أهله، وترك زوجته بدون إيناس أو عفاف.

(١) التفريق القضائي بين الزوجين، عدنان علي النجار: ٧٩.

٢- فضلًا عن ذلك، فقد جاء في جواب السيدة حفصة ـ رضي الله عنها ـ أن أقصى مدة يمكن أن تصبر المرأة لغياب زوجها هي خمسة أشهر أو أربعة أشهر، وأما الشهران الأخيران فقد جعلهما عمر ـ رضي الله عنه ـ بمثابة عذر لسفر الجنود؛ حيث كانوا يمكثون في سفرهم أيامًا وأسابيع[1].

ثالثًا: قانون الأحوال الشخصية الأردني:

أ- النواحي الإيجابية:

١- النص على جواز التفريق بسبب الهجر صراحة.

٢- إطلاق النص فيما يخص الإثبات؛ إذ لم يحدد كون الإثبات بالبينة، الأمر الذي يمكن معه إثبات الهجر باليمين، أو النكول، أو بهما معًا.

ب- النواحي السلبية:

تحديد مدة الهجر بالسنة؛ إذ ليس من العدل أن تُحتبس المرأة لحق الرجل سنة كاملة وهو مقيم في نفس البلد، دون أن يصلها حسب الوجه الشرعي، ولا مجال لقياس مدة الهجر على مدة الغياب؛ لأن الهاجر يقيم في نفس البلد، ويمكن الاطلاع على عذره إن كان له عذر، بخلاف الغائب، فقد يكون له عذر يصعب الوقوف عليهن والعلم به حال غيابه.

بعد إمعان النظر فيما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية؛ فإنني

(١) انظر: البيهقي، السنن الكبرى ٩/ ٢٩، ابن قدامة، المغني ١٠/ ٢٤١.

أرى أن الحاجة مُلحة لاستنباط نص قانوني يتلاءم مع الراجح من أقوال الفقهاء القائلين بمشروعية التفريق بسبب الهجر، ويتناسب كذلك مع الواقع الذي يعيشه الناس(١).

النص المقترح:

إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها أربعة أشهر فأكثر دون عذر، وكان محل إقامته معروفًا، فإن لها أن تطالبه بالمعاشرة أو التطليق، فإن أبى الزوج ذلك طلقها عليه القاضي رجعيًا، ولا تعتبر الرجعة إلا بعود المعاشرة الزوجية(٢).

الخاتمة

نختم البحث بالنقاط التالية:

- لقد عالج الإسلام المشاكل التي تعرض للزوجين في زواجهما فوجههما إلى الصبر والتحمل لأن كثيرًا ما تسيطر الكراهة على أحدهما لصاحبه لصفة لا تعجبه فيه بسبب خلقي أو غير ذلك مما لا يخل بالدين، هذا في الوقت الذي يغمض البصر عن الخير الكثير، وفي ذلك قال الرسول صل الله عليه وسلم: «لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقًا، رضي منها آخر.

- وردت أدلة عديدة في القرآن والسنة تفيد تحريم الإضرار بالآخرين بشكل عام وبالزوجة بشكل خاص.

(١) التفريق القضائي بين الزوجين، عدنان علي النجار: ٨٠.
(٢) التفريق القضائي بين الزوجين، عدنان علي النجار: ٨١.

- الهَجْرُ ضد الوصل، واصطلاحا: ترك الدخول على النساء والإقامة عندهن، وهو من الهجران بمعنى البعد.

- الهَجر المشروع هجر الرجل لزوجته، وهجر الوالد لولده، وهجر أهل البدع، وأهل المعاصي، والمجاهرين بها، ونحو ذلك.

- لقد حرصت الشريعة على حسن العشرة وإن الاعتناء بضبط نظام الأسرة مقصد شرعي، اهتمت به جميع الشرائع السماوية، ولما كانت الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، فقد أولت الأسرة اهتمامًا عظيمًا.

- لا أحد ينكر مشروعية مبيت الزوج عند زوجته، إلا أن أقوال الفقهاء قد تباينت في وجوب هذا الحق ومقداره.

- اتفق الفقهاء على وجوب وطء الرجل زوجته مرة واحدة ولكن اختلفوا في حكم استدامة الوطء، هل هو حق للمرأة كما هو حق للرجل؟ وكم هو القدر الواجب على الزوج منه.

- الأصل في الزواج قيام علاقة شرعية مبنية على المحبة والمعاملة الحسنة بين الزوجين. وقد بين الله ذلك في كتابه العزيز وجعله من آياته للذين يتفكرون لما فيه من الحكمة الإلهية العظمية.

- لقد ذهب جماهير أهل العلم إلى أن من أحكام عقد النكاح ولاية الزوج على تأديب زوجته إذا استعصت عليه وترفعت عن مطاوعته ومتابعته فيما يجب عليها من ذلك، بأن كانت ناشزة، ونصوا أن له أن يؤدبها على ذلك.

- اختلف الفقهاء فيما يكون به على نشوز المرأة على زوجها، ولهم في ذلك تفصيل.

- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الضرب لتأديب الزوجة الناشزة مشروع بتحقق نشوزها ولو لأول مرة دون أن يتكرر النشوز.

- اتفق الفقهاء على أنه يحق للرجل أن يؤدب زوجته الناشز بمقاطعتها وترك الكلام معها. واختلف الفقهاء في المدة التي يحق للرجل فيها هجر زوجته بالكلام.

- اختلف الفقهاء في كيفية الهجر في المضجع على عدة أقوال: قيل يهجرها بأن لا يجامعها، وقيل يهجرها بأن لا يكلمها في حال مضاجعته إياها وقيل يهجرها بأن يفارقها في المضجع، ويضاجع أخرى في حقها وقسمها وقيل يهجرها بترك مضاجعتها وجماعها لوقت غلبة شهوتها وحاجتها وقيل: المراد أن يهجر فراشها فلا يضاجعها فيه وقيل: يهجرها في الكلام ثلاثة أيام لا فوقها وقيل: هو أن يقول لها هُجْرًا أي إغلاظًا في القول وقيل: هو أن يربطها بالهجار، وهو حبل يربط فيه البعير الشارد.

- ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحق للزوج أن يهجر زوجته الناشز ما دامت على نشوزها دون تحديد مدة لذلك.

- يجوز للزوج أن يهجر زوجته داخل البيت أو خارجه حسب ما يراه مناسبًا لردها عن نشوزها.

- الفسخ هو النقض والرفع والإزالة والضعف والفساد، في الاصطلاح «رفع العقد من الأصل» أو«حَلُّ ارتباط العقد».

- الفسخ نوعان:الأول: فسخ ينقض العقد من أصله، وذلك إذا كان سبب الفسخ متصلًا بإنشاء الزواج والثاني: فسخ لا ينقض العقد من أصله، وهو ما كان بسبب خلل طرأ على العقد وهناك فرق بينهما.

- كل فرقة تقع من الزوج أو ممن ينوب عنه تكون طلاقًا، وأماإذا وقعت الفرقة من قبل أحد الزوجين ويمكن أن يقع مثلها من الآخر كفعل أحد الزوجين ما يوجب حرمة المصاهرة والفسخ بخيار البلوغ والإقامة فهي فسخ في معظم الأحوال.

- تنقسم الفرقة التي تعد فسخًا إلى قسمين:فسخ ينقض العقد من أصله فسخ لا ينقض العقد من أصله وإنما من حينه: فهو يطرأ على العقد فيمنع استمراره.

- اختلف الفقهاء هل التفريق في الشقاق فسخ أم الطلاق.

- إن الحديث عن وقت وقوع الفرقة للهجر يتمحور في أمرين: وقت وقوع الفرقة بترك المبيت، ثم وقت وقوعها بترك الوطء.

- لم يذكر القائلون بمشروعية التفريق للهجر نوع الفرقة الواقعة به صراحة، إلا أنه يمكن الاهتداء لذلك بالرجوع إلى أصل المشروعية، وهو إلحاق الهاجر لزوجته بترك الوطء أو المبيت بالمولي.

- إن قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، الذي يجري العمل

بمقتضاه حاليًا، لم ينص على التفريق للهجر، وكذلك القانون السوري، والمصري، إلا أن قانون الأحوال الشخصية المصري اعتبر الهجر صورة من صور الضرر التي تجيز التطليق، ومنحت محكمة النقض المصرية، محكمة الموضوع. وصلي الله تعالى على خير خلقه محمد وعلى أصحابه ومن تعبهم بإحسان إلى يوم الدين.

أهم المصادر والمراجع

١. أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري، ط١، دار ابن حزم للطباعة النشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٧م

٢. أحكام القرآن: أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص (ت ٣٧٠هـ) ط / دار الفكر.

٣. أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي (٤٦٨ – ٥٤٣ هـ) محمد عبد القادر عطا، ط ٣ / دار الكتب العلمية - بيروت – لبنان (١٤٢٤ – ٢٠٠٢هـ.

٤. إحياء علوم الدين، أبوحامد محمد بن محمد الغزالي، دارالفكر- بيروت الطبعة الثالثة.

٥. الاختيار لتعليل المختار: تاليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (٥٩٩- ٦٨٣ هـ).

٦. أسهل المدارك في شرح إرشاد السالك أبو بكر بن حسن الكشناوي،

دار الفكر- بيروت لبنان.

٧. الأشباه والنظائر في الفروع، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار الفكر – بيروت.

٨. الأم: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القرشي المطلي (١٥٠ – ٢٠٤) ت: حسان عبد المنان، ط / بيت الأفكار الدولية.

٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي الحنبلي، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨ه ١٩٩٧م.

١٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم الحنفي، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨ه ١٩٩٧م.

١١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض – عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية ببيروت. ط٣، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.

١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق: محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي ببيروت، ط٢، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م.

١٣. تأملات في مسألة الهجر في ضوء الكتاب والسنة وفهم سلف الأمة،ط١، دار أضواء السلف للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٩م.

١٤. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دارالكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

١٥. تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج: عمر بن علي بن أحمد الوادياشي الأندلسي (٧٢٣ -٨٠٤) ت: عبد الله بن سعاف اللحياني، ط ١/ دار حراء – مكة المكرمة (١٤٠٦هـ).

١٦. التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني (٧٤٠ – ٨١٦) ت: إبراهيم الأيباري، ط ١ / دار الكتاب العربي – بيروت (١٤٠٥هـ).

١٧. التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني)، عدنان علي النجار، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٤م.

١٨. التفسير الكبير: للإمام فخر الدين الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين الرازي (٥٤٤ – ٦٠٦ هـ ط / دار أحياء التراث العربي – بيروت – لبنان.

١٩. تفسير القرآن العظيم: للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤هـ) ط / دار المعرفة – بيروت (١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م).

٢٠. الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١هـ): الشيخ هشام سمير البخاري، ط١ / دار أحياء التراث العربي – بيروت – لبنان (١٤١٦ – ١٩٩٥).

٢١. حاشية ابن عابدين (رد المحتار على در المختار)، لمحمد أمين بن عمر عابدين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود – علي محمد معوض، دار عالم الكتب بالرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣ه ٢٠٠٣.

٢٢. حاشية الدسوقي: للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات الدريدر، ت: محمد عليش، ط / دار الفكر.

٢٣. الدر المختار: للحصفكي (ت ١٠٧٧) ط٢ / دار الفكر – بيروت (١٣٨٦هـ).

٢٤. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم وسبع المثاني، أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي ، دار الفكر، بيروت لبنان.

٢٥. روضة الطالبين، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للسيوطي، تحقيق: علي محمد معوض– عادل أجمد عبد الموجود، دار عالم الكتب، ١٤١٣ه ٢٠٠٣م.

٢٦. سبل السلام شرح بلوغ المرام: للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني المعروف بالأمير (٧٧٣ – ٨٥٢) ط ٥ / دار إحياء التراث العربي –

بيروت (١٣٩١ – ١٩٧١).

٢٧. سنن ابن ماجه، للإمام أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، تحقيق: ياسر حسن – عز الدين ضلّي – عماد الطيار، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق – بيروت. ط١، ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م.

٢٨. سنن أبي داود، للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار ابن حزم ببيروت، ط١، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م.

٢٩. سنن الترمذي، للإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: ياسر حسن – عز الدين ضلّي – عماد الطيار، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق – بيروت، ط١، ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م.

٣٠. سنن الدارقطني. للإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني، دار ابن حزم ببيروت، ط١ ١٤٣٢هـ ٢٠١١م.

٣١. السنن الكبرى للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين ابن علي البيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي لابن التركماني، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية في الهند، ط١، ١٣٤٤هـ.

٣٢. السيل الجرار، محمد بن علي الشوكاني، تحقق: محمود إبراهيم زايد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ.

٣٣. شرح الزركشي على مختصر الخرقي شمس الدين محمد بن عبدالله الزركشي، دار أولي النهي –بيروت لبنان.

٣٤. شرح مسلم بشرح النووي، محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدرس البهوتي، دارالفكر – بيروت لبنان.

٣٥. شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل .

٣٦. صحيح البخاري، للإمام الحافظ محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري، تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار طويق بالرياض. ط١، ١٤٣١هـ ٢٠١٠م.

٣٧. صحيح مسلم، للإمام أبي الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: ياسر حسن – عز الدين ضلّي – عماد الطيار، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق – بيروت. ط١، ١٤٣٠هـ ٢٠٠٩م.

٣٨. عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون: نايف محمد عبدالجواد الجنيدي، جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٧م

٣٩. الفتاوى الكبرى للإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية (٦٦١- ٧٢٨ هـ): ت: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، ط ١ / دار الكتب العلمية - بيروت (١٤٠٨ هـ ١٩٨٨م.

٤٠. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة

بالرياض. ط١، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م.

٤١. الفروق شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي،

٤٢. الفقه الإسلامي وأدلته: للدكتور وهبة الزحيلي، ط ٤/ دار الفكر المعاصر – دمشق (١٤٢٥- ٢٠٠٤).

٤٣. قليوبي وعميرة حاشيتا الإمامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابي الحلبي.

٤٤. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، سلطان العلماء أبو محمد عزالدين عبد العزيز بن عبدالسلام السلمي، دار الجيل –بيروت لبنان، الطبعة الثانية -١٤٠٠.

٤٥. القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، للإمام محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم ببيروت، ط١، ١٤٣٤ه ٢٠١٣م.

٤٦. كشاف القناع على متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١هـــــ) ت: هلال مصيلحي مصطفى هلال، ط/ دار الفكر – بيروت (١٤٠٩هـــــ).

٤٧. لسان العرب المحيط: للعلامة ابن منظور، ط/ دار لسان العرب، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون – مكتبة الخانجي (القاهرة)- و دار الرفاعي (الرياض) – ط٢ – ١٤٠٤هـــ.

٤٨. المبدع شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م.

٤٩. المجموع شرح المهذب للشيرازي، للإمام أبي زكريا محيى الدين بن شرف النووي، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد بجدة، الطبعة الوحيدة الكاملة

٥٠. المستدرك على الصحيحين، للإمام الحافظ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي، بإشرا: د/ يوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة ببيروت.

٥١. مسند الإمام أحمد بن حنبل: أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني (١٦٤-٢٤١) ط/ مؤسسة قرطبة – مصر.

٥٢. المصباح المنير في غريب الكبير، للرافعي العالم العالمة أحمد بن علي المقري الفيومي، المتوفي سنة ٥٧٧٠، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

٥٣. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق الطبعة الأولي ١٣٨١.

٥٤. المعجم الوسيط قام بإخراجه جماعة من العلماء، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع – استانبول –تركيا.

٥٥. معجم مقاييس اللغة: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار

النشر: دار الجيل – بيروت الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، تحقيق: عبدالسلام محمد هارون.

٥٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، تحقيق: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة ببيروت، ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م.

٥٧. المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي. د/ عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب بالرياض. ط٣، ١٤١٧هـ ١٩٩٧م.

٥٨. المغني والشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامة المقدسي وشمس الدين ابن أبي عمر ابن قدامة المقدسي ، دارالكتاب العربي للنشروالتوزيع – بيروت لبنان الطبعة الثانية ١٣٩٣.

٥٩. المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد سيد كيلاني، بيروت، دار المعرفة.

٦٠. المنتقى شرح موطأ مالك، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: محمود شاكر، دار إحياء التراث العربي ببيروت. ط١، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٥م.

٦١. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للعلامة أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، تحقيق:

الشيخ زكريا عميرات، دار عالم الكت

٦٢. المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي، دار الفكر – بيروت لبنان.

٦٣. موسوعة الفقه الإسلامي، المعروفة بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية، يصدرها المجلس الأعلى للشؤن الإسلامية - قاهرة – مصر ١٤١٠.

٦٤. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه ابن شهاب الرملي ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦.

٦٥. نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي بن محمد الشوكاني (١١٧٣-١٢٥٥هـ) ط/ دار الحديث – القاهرة. وط/ دار الجيل – بيروت (١٩٧٣م).

٦٦. نيل المآرب بشرح دليل الطالب عبدالقادر بن عمر التغلبي الشيباني، منار السبيل في شرح الدليل إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان،

٦٧. -الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، د. عمر سليمان الأشقر.

قاعدة العادة محكمة وتطبيقها على خدمة المرأة لزوجها دراسة فقهية مقارنة

الدكتورة/ منيرة محمد الحديثي(*)

المقدمة

الحمد لله الذي له ما في السماوات وما في الأرض، وله الحمد في الآخرة، وهو الحكيم الخبير، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه وسلّم تسليمًا كثيرًا.

أما بعد،

فقد أقر الإسلام الناس على عوائدهم وأعرافهم ما لم تخالف الشريعة، واستند الشارع الحكيم على العرف والعادة في تشريع أحكام شتى، وتفريع فروع عديدة في مختلف نواحي الحياة، إذ إن في اعتبار الشرع للعرف والعادة تيسيرًا على المكلفين ورفعًا للحرج عنهم، وقد اتفق الفقهاء على اعتبارهما أصلًا من الأصول التي تبنى عليها الأحكام.

ومن هذا المنطلق وقع اختياري على دراسة القواعد الفقهية من خلال قاعدة (العادة محكمة) وتطبيقها على خدمة المرأة لزوجها؛ وذلك لأهمية دراسة القواعد الفقهية وتطبيقاتها في تنمية الملكة الفقهية واكتساب مهارة تطبيق الفروع على الأصول.

(*) أستاذ الفقه المساعد، قسم الدراسات الإسلامية كلية الآداب، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن.

وللجدل الدائر حول حكم خدمة المرأة لزوجها في وسائل التواصل الاجتماعي، وفي مجال النساء وغيرها، آثرت اختياره؛ لما يترتب على عدم تجلية هذا الموضوع من آثار سلبية في الأسرة والمجتمع، وتطبيق هذا الموضوع على قاعدة (العادة محكمة).

ملخص

أقر الإسلام الناس على عوائدهم وأعرافهم ما لم تخالف الشرع أو تصادم الدليل، واستند على العرف والعادة في اعتبار كثير من الأحكام؛ لما في ذلك من التيسير على المكلفين ورفع الحرج عنهم، وقد اتفق الفقهاء على اعتبار العرف والعادة أصلًا من الأصول التي تبنى عليها الأحكام، ولأهمية هذا الأمر تناولت القاعدة الفقهية (العادة محكمة)، وتطبيقها على خدمة المرأة لزوجها؛ لتجلية اللبس حول هذا الموضوع الذي كثر الحديث حوله في وسائل التواصل الاجتماعي، ومجالس النساء، وفي الصحف، حيث خلص الموضوع إلى أن تطبيق قاعدة (العادة محكمة)، يفيد القول الوسط بين من يحمل الزوجة كل شيء وبين من يسقط عنها كل شيء، وأن تحكيم العرف يوجب عليها خدمة زوجها بالمعروف.

الدراسات السابقة:

١- العرف والعادة في رأي الفقهاء: رسالة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة، وهي من أقدم الدراسات المعاصرة، وهي رسالة حصل بها مؤلفها على شهادة الأستاذية.

٢- العرف وأثره في الشريعة والقانون، للشيخ أحمد بن علي سير مباركي.

٣- القواعد الفقهية الكبرى، الشيخ صالح بن غانم السدلان، تحدث فيه عن القاعدة والضابط، والفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، واستعرض فيه القواعد الفقهية الكبرى.

٤- قاعدة (العادة محكمة) للدكتور يعقوب الباحسين، تحدث فيه عن العرف والعادة وحجيتهما، مع دراسة بعض القواعد المتفرعة عنها، وهذا ليس مجالًا لبحثي.

منهج البحث:

سلكت في هذا البحث المنهج المعتمد لدى الباحثين على النحو التالي:

١. كتابة الآيات بالرسم العثماني، مع بيان رقم الآية واسم السورة.

٢. تخريج الأحاديث النبوية وآثار الصحابة -رضي الله عنهم- من مظانها الأصلية.

٣. عرض أقوال الفقهاء في المسائل وأدلتهم، وأخذ أقوال كل مذهب من مصادره الأصلية.

٤. الترجمة للأعلام من غير مشاهير الصحابة.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

المقدمة: ذكرت فيها أهمية الموضوع، وخطة البحث والمنهج الذي

سأسير عليه في أثناء البحث.

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف القاعدة، وتعريف الفقه.

المسألة الثانية: تعريف القاعدة الفقهية.

المبحث الثاني: قاعدة (العادة محكمة)، وفيه عدة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العادة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف العرف في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والعادة.

المطلب الرابع: حجية العرف والعادة.

المطلب الخامس: الأدلة على حجية العرف والعادة.

المطلب السادس: شروط الاستدلال بالعرف والعادة.

المطلب السابع: معنى قاعدة (العادة محكمة).

المبحث الثالث: التطبيق الفقهي للقاعدة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في حكم خدمة المرأة لزوجها.

المطلب الثاني: الأدلة.

الخاتمة

المبحث الأول: تعريف القاعدة الفقهية وأهميتها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف القاعدة، وتعريف الفقه:

تعريف القاعدة:

القواعد في اللغة جمع قاعدة، والقاعدة مشتقة من الفعل الثلاثي (قعد) الذي يرجع معناه إلى الجلوس(١).

والقواعد من الشيء ما يرتكز عليه(٢)، وقاعدة البناء: أساسه الذي ينطبق على جزئيات؛ وجمعها قواعد(٣).

قال -تعالى-: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ﴾(٤).

تعريف الفقه في الاصطلاح:

الفقه في اللغة:

الفقه في الأصل، الفهم، يقال فقه الرجل بالكسر – يفقه فقهًا إذا فهم وعلم، وفقه بالضم يفقه إذا صار فقيهًا عالمًا(٥).

والفقه العلم بالشيء والفهم له، وغلب على علم الدين؛ لسيادته

(١) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة (٥/١٠٨).
(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (٣/٣٥٧) والفيومي، المصباح المنير (٢/٥١٠).
(٣) ينظر: لغة الفقهاء (٣٥٤).
(٤) سورة البقرة الآية ٢٢.
(٥) ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر (٣/٣٦٥).

وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم، فالفقه يعني الفهم والعلم[١].

والفقه في الاصطلاح:

هو معرفة الأحكام الشرعية العملية بأدلتها التفصيلية[٢].

المسألة الثانية: تعريف القاعدة الفقهية:

قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها[٣].

وهي حكم شرعي في قضية أغلبية يتفرع منها أحكام ما حصل تحتها[٤].

والقواعد الفقهية هي القواعد التي يستنبطها الفقهاء من النصوص التي تحتمل التأويل، أو القواعد التي ترد في نصوص هي أحاديث غير قطعية الورود، حتى لو كانت صحيحة. ذلك أن أحاديث الآحاد الصحيحة التي لا تحتمل التأويل تعد أضعف من القرآن الكريم؛ لأن نصوصه كلها متواتره؛ ولذلك قد يحدث تعارض بين بعض هذه النصوص عند الفقهاء في بعض الأحيان، وفي هذه الحالة ينبغي التوفيق بين النصوص حسب المتعارف في التعارض والترجيح[٥]، فهي أصول فقهية كلية تتضمن أحكامًا تشريعية عامة، في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها[٦].

---

(١) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (١٣/٥٢٢).
(٢) الشوكاني، إرشاد الفحول ص٣.
(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر (١/١١)، شرح التلويح على التوضيح (١/٣٥).
(٤) الندوي، القواعد الفقهية (٤٣).
(٥) السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (١٦).
(٦) الزرقا، المدخل الفقهي العام (٢/٩٦٥).

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية:

١. فهم هذه القواعد وحفظها يساعد الفقيه على فهم مناهج الفتوى، ويطلعه على حقائق الفقه ومآخذه[١].

٢. قال السيوطي[٢]: «إن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه، ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان»[٣].

٣. موضوعه بعبارة موجزة، فهي تمتاز بمزيد من الإيجاز في صياغتها، فقد تصاغ بكلمتين مثل (العادة محكمة) أو بضع كلمات من كلمات العموم مثل (المشقة تجلب التيسير)[٤].

٤. تخريج الفروع استنادًا إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه التناقض الذي قد يترتب على التخريج من المناسبات الجزئية[٥].

٥. عند دراسة الفقيه للقواعد الفقهية يحدد فهم أوجه التشابه في المسائل واستخراجها؛ فبذلك تتسع دائرة التطبيق العلمي لهذه القواعد، وربما تنشأ عن ذلك قواعد جديده فيثرى الفقه الإسلامي، ويجد الناس

(١) ينظر: ابن رجب، القواعد (٣).
(٢) الحافظ جلال الدين السيوطي، ولد سنة (٥٤٩) وكان محدثًا فقيهًا نحويًا لغويًا. انظر ترجمته في شذرات الذهب (٨/٥١ - ٥٥).
(٣) الأشباه والنظائر (٦).
(٤) ينظر: السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (٢٨).
(٥) ينظر: القرافي، الفروق (١/٣).

الحلول لكثير من القضايا المستعصية والمباحث الشائكة[١].

٦. إدراك مقاصد الشريعة، فمعرفة القاعدة العامة يفهم فيه مقصد الشريعة في ذلك المشقة تجلب التيسير، يفهم منها أن رفع الحرج والتيسير على العباد مقصد من مقاصد الشريعة[٢].

المبحث الثاني: قاعدة (العادة محكمة):

وفيه عدة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العادة في اللغة:

عود يعود وتعود، والعادة معروفة والجمع عادات، وعوائد، واعتاده وتعوده، صار عادة له[٣].

وهي ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى[٤].

وهي مأخوذة من العود أو المعاودة، بمعنى التكرار.

والعادة، الديدن، والديدن الدأب والاستمرار على الشيء، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى[٥].

تعريف العادة في الاصطلاح:

هي ما اعتاده الناس في دنياهم، مما يحتاجون إليه[٦] واستمروا

(١) ينظر: العجلان، القواعد الفقهية الكبرى ٩٦.
(٢) المرجع السابق.
(٣) ينظر: الرازي، مختار الصحاح (١٩٣).
(٤) ينظر: الجرجاني، التعريفات (١٥١).
(٥) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (١/٩٥٩).
(٦) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٩/١٦ – ١٧).

عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة أخرى[١] وهي الأمر المتكرر ولو من غير علامة عقلية[٢].

يقول ابن عابدين[٣] «والعادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مدة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاه بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية؛ فالعادة والعرف بمعنى واحد»[٤].

وهكذا نجد أن التعريفات السابقة تدور حول المعاودة والتكرار، حتى أصبحت عادة معروفة مستقرة في النفوس، تلقتها العقول بالقبول؛ فأصبحت قانونًا يرجعون إليه ويحتكمون إليه.

المطلب الثاني: تعريف العرف لغة:

وردت كلمة العرف في اللغة على معان كثيرة؛ قال ابن فارس[٥]: العين والراء والفاء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلًا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة، وسمي عرف الفرس بذلك لتتابع الشعر فيه، والأصل الآخر السكون والطمأنينة، ومنه المعرفة والعرفان. تقول عرف فلانًا عرفانًا ومعرفة وهذا أمر

(١) ينظر، الجرجاني، التعريفات (١٩٣).
(٢) ينظر، أمير بادشاه، تيسير التحرير (١/٣٨٦).
(٣) محمد أمين بن عابدين الحنفي، فقيه الديار الشامية ولد بدمشق (١١٩٨هـ - ١٢٥٢) من تصانيفه (رد المختار) وغيرها، انظر ترجمته في، الزركلي، الإعلام (٦/٤٢).
(٤) رسائل ابن عابدين (١/١٨٦).
(٥) أحمد بن فارس الرازي، من أئمة اللغة والأدب. أصله من قزوين، ولد سنة (٣٢٩هـ) قرأ عليه البديع الهمداني والصاحب ابن عباد وغيرهما من أعيان البيان، من تصانيفه مقاييس اللغة وغيرها. توفي سنة (٣٩٥هـ) انظر ترجمته في الوافي بالوفيات (٧/١٨١).

معروف، وسمي المعروف بذلك لأن النفوس تسكن إليه[١].

ثانيًا: تعريف العرف في الاصطلاح:

العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول[٢]. والعرف والمعروف كل خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس[٣]، وما اعتاده الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم[٤].

عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه «ما اعتاده الناس، وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، وقد يكون معتبرًا شرعًا أو غير معتبر»[٥].

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والعادة:

اختلفت آراء الفقهاء حول الفرق بين العرف والعادة إلى عدة أقوال:

يختلف العرف عن العادة، فالعادة أعم من العرف؛ لأنها الأمر المتكرر مطلقًا سواءً كان مصدره الفعل أو أمر طبيعي، كسرعة البلوغ في المناطق الحارة، وسواءً كان قولًا أو فعلًا صادرًا عن فرد أو جماعة. قال به ابن أمير الحاج[٦] وابن فرحون المالكي[٧] ومصطفى الزرقا[٨]

(١) ينظر: مقاييس اللغة (مادة عرف (٤/ ٢٨١) وابن منظور، لسان العرب (٩/ ٢٣٦).
(٢) ينظر: الجرجاني، التعريفات (١٩٣).
(٣) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٧/ ٣٤٦).
(٤) ينظر: أبو زهرة، أصول الفقه (٨٩).
(٥) قرارات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي وتوصياته (ص٧١) قرار رقم (٤٧).
(٦) محمد بن شمس الحلبي المعروف بابن أمير الحاج، ولد سنة (٨٢٥هـ - ٨٧٩) في حلب، كان إمامًا علامه، صنف التصانيف الشهيرة منها التقرير والتحبير وغيرها. تنظر ترجمته في الذهبي، شذرات الذهب (٩/ ٤٩٠).
(٧) إبراهيم بن فرحون اليعمري، مغربي الأصل ولد في المدينة، عالم من أعيان المذهب المالكي، رحل إلى مصر والقدس والشام. له الديباج المذهب في أعيان المذهب المالكي، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام وغيرها. تنظر ترجمته في الزركلي، الأعلام.
(٨) مصطفى بن أحمد الزرقا، ولد في حلب سنة (١٣٢٢ - ١٤٢٠هـ) له التصانيف الواسعة=

فكل عرف عادة ولا عكس، واليه ذهب ابن تيمية[١].

العادة مخصوصة بالفعل، والعرف يكون قوليًا وفعليًا، وأن العرف أعم من العادة، فيعمل بالعموم والخصوص المطلق الذي اقتصر إطلاقه على عادة الجمهور التي للفعل فيها مدخل. قال به الكمال بن الهمام[٢] من الحنفية والبزدوي[٣][٤]. وقد علق الأستاذ أبو سنه على هذا القول بقوله: وهذا القصر لا معنى له؛ لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معًا[٥].

أنه لا فرق بينهما، أي أنهما بمعنى واحد. ونص ابن عابدين على أنهما بمعنى واحد وإن كانا مختلفين من حيث المفهوم[٦].

المطلب الرابع: حجية العرف والعادة:

للعادات والأعراف سلطان على النفوس وتحكم في العقول، فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضرورات الحياة التي لا يستغنى عنها،

=والمؤلفات القيمة منها المدخل الفقهي العام، والمدخل إلى نظرية الالتزام وغيرها. حصل على جائزة الملك فيصل للدراسات الإسلامية سنة ١٤٠٤هـ تقديرًا لإنجازاته وجهوده في خدمة هذا الدين العظيم. تنظر في ترجمته في feghweh.com.

(١) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، ولد (٦٦١ – ٧٢٦) شيخ الإسلام الفقيه والمجتهد والمحدث، والحافظ المفسر والأصولي الزاهد، صنف التصانيف وله الفتاوى، تنظر ترجمته في الذيل على طبقات الحنابلة (٤/٣٨٧ – ٤٥٨).

(٢) ينظر: ابن تيمية، الفتاوى (٩/٥٢٢) والبخاري كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٢/٩٦-٩٨) والزرقا، المدخل إلى الفقه الإسلامي (٢/٤٨١).

(٣) الكمال الهمام محمد بن عبد الواحد الحنفي ولد سنه (٧٩٠-٨٦١هـ) بحر في العلوم، وكان إمامًا في الأصول والتفسير والفقه والفرائض والنحو وغيرها من العلوم. تنظر ترجمته في الزركلي، الأعلام (٦/٢٥٥).

(٤) محمد بن الحسين النسفي البزدوي القاضي العلامة شيخ الحنفية، إمام الأئمة، ملأ الكون بتصانيفه في الأصول والفروع، ولد ببخارى (٤٢١-٤٩٣).

(٥) العرف والعادة (١١).

(٦) نشر العرف (١٣).

ومن المفاخر التي يعتز بها، وقد ترتفع قداستها عند بعضهم إلى مرتبة الدين، فيرون أنفسهم ملزمين باعتناقها والجري على سننها، ويرون الخروج عليها إثمًا عظيمًا[١].

والعرف لا ينكر دوره وأثره في الفقه الإسلامي بصفة عامة، ما دام لا يتعارض مع نصوص الشريعة.

قال ابن نجيم[٢]: «واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلًا»[٣].

وقال الإمام القرافي[٤]: «وأما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها»[٥].

والعرف والعادة حظيا بنصيب وافر في تغير الأحكام حسب تغيرها، ويرتكز عليها كثير من الأحكام والفروع الفقهية، واعتبرت العادة المتبعة في المدينة من مصادر التشريع عند الإمام مالك، الذي كان يراعي كثيرًا ما تعارفه أهل المدينة.

يقول أبو زهرة[٦]: «والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف

---

(١) انظر: السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (٢٥٩).

(٢) زين الدين ابن نجيم، فقيه أصولي حنفي، ولد (٩٢٦/٩٦٩هـ)، له مؤلفات منها الأشباه والنظائر والبحر الرائق. انظر ترجمته: الزركلي، الأعلام (٣/١٠٤).

(٣) الأشباه والنظائر (٩٣).

(٤) شهاب الدين بن أحمد القرافي المالكي، إمام حافظ وفقيه أصولي ولد بمصر (٦٢٦هـ-٦٨٤) ونشأ بها، انتهت إليه رئاسة المالكية، من تصانيفه الفروق والذخيرة وغيرهما. تنظر ترجمته في ابن فرحون، الديباج المذهب (١/٢٣٦).

(٥) شرح تنقيح الفصول (٤٨٨).

(٦) أبو زهرة، الإمام محمد المصري، فقيه أصولي محقق متفنن واسع الاطلاع، ولد بمصر (١٣١٦ هـ) ألف أكثر من ٤٠ كتابًا، انظر ترجمته في الزركلي، الأعلام (٦ / ٢٥).

ويعده أصلًا من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي؛ لأن المصالح المرسلة من دعامة الفقه المالكي في الاستدلال».

ولا شك في أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة، لا يصح أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به، وهم يتركون القياس إذا خالف العرف، بل إن العرف يخصص العام، ويقيد المطلق عند المالكية[١]، وكذا القواعد الخمس التي ينبني عليها الفقه[٢].

ومن أدلة الفقه تحكيم العادة، وهو معنى قول الفقهاء إن العادة محكمة أي معمول بها شرعًا[٣].

لذا يجب الاعتناء بفهم العرف، وليعلم الناظر أن كل حكم يتلقى عن لفظ في تعامل الخلق، وللناس في ذلك القبيل من التعامل عرف، فلن يحيط بسر ذلك الحكم من لم يحظ بمجاري العرف؛ لأن الألفاظ المطلقة في كل صنف من المعاملة محمولة بين أهلها على العرف[٤].

ويقول ابن تيمية -رحمه الله- في مذهب أحمد وأصوله قوله إن ما لم يقدره الشارع فإنه يرجع فيه إلى العرف[٥].

وقد اعتبر الفقهاء عدة قواعد تؤيد الاحتجاج بالعرف والعادة وتحكيمها، مثل (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا)، ولا ينكر تغير

(١)ينظر: أبو زهرة، الإمام مالك، ٣٥٣.
(٢) ينظر: ابن حجر، فتح الباري (٤ / ٤٠٦).
(٣) ينظر: ابن النجار، شرح الكوكب المنير (٤ / ٤٤٨).
(٤) ينظر: عبد العظيم الديب فقه إمام الحرمين (٣٧٥).
(٥) مجموعة الفتاوى (٣٥ / ٣٥٠).

الأحكام بتغير الزمان[١].

وهذه الأحكام تتغير بتغير الأعراف، فالجمود على المنقولات ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء السلف، وإن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين؛ فإن كل ماهو في الشريعة يتبع العوائد،يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وإن الأحكام المرتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا أبطلت، وإنه بهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المرتبة على العوائد.

وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه، وعلى هذا القانون تراعي الفتاوى طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه[٢].

ولا نزاع بين العلماء في أن العرف المخالف لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير باختلاف البيئات والعادات لا يلتفت إليه، ولا يعتد به، ويجب إلغاؤه، فالعوائد معمول بها في الشرع مالم تخالف دليلًا شرعيًا، فإنه حينئذ يجب طرحها واتباع الدليل الشرعي[٣].

المطلب الخامس: الأدلة على حجية العرف والعادة:

أولًا: القرآن الكريم:

(١) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (٣ / ٣) ومجلة الأحكام العدلية المادة (٣٩ / ٤٤).
(٢) ينظر: القرافي، الفروق (١ / ١٧٦ – ١٧٧).
(٣) ينظر: القرافي، شرح التنقيح (٢١٢).

أ- قوله -تعالى-: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾[١].

استدل بها بعض الفقهاء على اعتبار العرف في التشريع، وأنها الأصل في تحكيم العرف بما يعرفه الناس يعتادونه. وقال القرافي في حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت: إن القول لمن شهدت له العادة، فكل ما شهدت به العادة قُضي به؛ لظاهر الآية إلا أن يكون هناك بينة[٢].

ب- قوله -تعالى-: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾[٣].

فالمعروف هو ما تعارفه الناس، فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط، وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك، وأجبر على نفقة مثلها[٤].

ج- قال -تعالى-: ﴿ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا

(١) سورة الأعراف الآية ١٩٩.
(٢) الفروق (٣/١٤٩).
(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٣.
(٤) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن (٢/١٠٥).

تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۚ﴾[1].

قال ابن تيمية -رحمه الله- «أمر الله تعالى بإطعام المساكين من أوسط ما يطعم الناس أهليهم، وقد تنازع العلماء في ذلك: هل ذلك مقدر بالشرع أو يرجع إلى العرف، وكذلك تنازعوا في النفقة، نفقة الزوجة، والراجح في هذا كله أن يرجع فيه إلى العرف، فيطعم كل قوم مما يطعمون أهليهم»[2].

ثانيًا: السنة النبوية:

أ- قوله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»[3].

فهذا الحديث أصل في قاعدة (العادة محكمة) واعتبار العرف في التشريع، فالحسن كل ما أمر الله به، وكل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن لها النفوس.

ب- عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال (الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة)[4].

فهذا مبدأ عام قرره الرسول ﷺ في الاعتماد على العرف الجاري بين الناس.

(١) سورة المائدة الآية ٨٩.

(٢) مجموع الفتاوى (٢٦/١١٢ - ١١٤).

(٣) رواه أحمد بن حنبل في مسنده موقوفًا على ابن مسعود بإسناد حسن (١/٣٧٩) وأخرجه البزار في مسنده (١/٢١٣) والطبراني في المعجم الأوسط (٤/٥٨).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣/٢٤٦) كتاب البيوع، باب في قول النبي ﷺ المكيال مكيال المدينة برقم (٣٣٤٠) والنسائي في المجتبى (٥/٥٤) كتاب الزكاة باب الصاع رقم (٢٥٢٠) والبيهقي في الكبرى (٦/٣١) رقم (١٤٩٠),

ج- ما روي عن عائشة -رضي الله عنهما- أن هند بنت عتبة قالت: «يا رسول الله، إن أبا سفيان -زوجها- رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال ﷺ «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[١].

فقد أحالها النبي ﷺ في مقدار ما تأخذه للنفقة إلى العرف[٢]، بأن تأخذ الكفاية بالمعروف، ولم يقدر لها نوعًا ولا قدرًا[٣].

قال النووي[٤]: «في هذا الحديث فوائد، وذكر منها اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي»[٥].

وقد ترجم البخاري لهذا الأثر «باب من أجرى الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة»[٦].

وذكر ابن حجر[٧] أن مقصود البخاري من هذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف[٨].

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥/٧) كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف. رقم (٥٣٦٤) ومسلم في صحيحه (١٣٣٨/٣) كتاب الأقضية، باب قضية هند برقم (١٧١٤).

(٢) ابن حجر، فتح الباري (٤٤٧/٤).

(٣) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٨٦/٣٤).

(٤) محيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، من أهل نوى، ولد في دمشق (٦٣١هـ) إمام جليل محدث له المجموع وروضة الطالبين وشرح صحيح مسلم وغيرها، تنظر ترجمته في ابن السبكي، طبقات الشافعية الكبرى (١٩٥/٨).

(٥) شرح صحيح مسلم (٧٢/٨).

(٦) صحيح البخاري (٤١١).

(٧) أحمد بن علي الشهير بابن حجر، ولد (٧٧٣هـ - ٨٥٢هـ) حافظ الإسلام، انتهت إليه معرفة الرجال، وعال الأحاديث. تنظر ترجمته في شذرات الذهب (٢٧٠/٧).

(٨) فتح الباري (٧٤/٤).

المطلب السادس: شروط الاستدلال بالعرف والعادة:

الشرط الأول: أن تكون العادة مطردة أو غالبة:

قال السيوطي «إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا»[١].

وتنص المادتان (٤١ – ٤٢) من مجلة الأحكام العدلية على أنه " إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت، والثانية "العبرة للغالب الشائع لا النادر»[٢].

وذكر القرافي في الفروق «الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شان الشريعة، كما يقدم الغالب في طهارة المياه، وعقود المسلمين، ويقصر في السفر ويفطر بناءً على غالب الحال وهو المشقة»[٣].

ولولا أن اطراد العادات معلوم لما عرف الدين من أصله، فضلًا عن تعرف فروعه؛ لأن الدين لا يعرف إلا عند الاعتراف للمعجزة إلا أنها خارق للعادة، ولا يحصل فعل خارق للعادة إلا بعد تقرير إطراد العادة في الحال والاستقبال كما أطردت في الماضي[٤].

والمقصود بالغلبة هو أن تكون القاعدة معروفة في الأكثرية، أي أنها لا تتخلف كثيرًا[٥]، ويكون جريان أهل العرف عليها حاصلًا في أكثر الحوادث[٦].

---

(١) الأشباه والنظائر (١٠١).
(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢٨).
(٣) الفروق (٤/١٠٤).
(٤) ينظر: الشاطبي، الموافقات (٢ / ٢٠٥).
(٥) الباحسين، العرف والعادة في رأي الفقهاء (٥٦).
(٦) الزرقا، المدخل الفقهي العام (٢/ ٨٧٠).

ومبنى الأحكام الشرعية تكون للغالب، ولا عبرة بالشذوذ أو انخرام بعض آحاد القواعد، فلكل قاعدة فقهية استثناءات ولكنها لا ترقى لمستوى إبطال القاعدة وإسقاطها؛ فالنادر في الشرع لا حكم له، وهو ما عبر عنه العلماء بقولهم (وإنما العبرة بالغالب).

يقول الشاطبي[١] وإذا كانت العوائد معتبرة شرعًا فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة، وإنما ينظر إلى انخراقها، ومعنى انخراقها أنها تزول بالنسبة إلى جزئي، فيخلفها في الموضع حالة إما من حالات الأعذار المعتادة في الناس أو من غير ذلك[٢].

الشرط الثاني: أن لا يخالف نصًا ثابتًا أو أصلا شرعيًا[٣]:

فإذا كان العرف مخالفًا لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير باختلاف البيئات والعادات لا يلتفت إليه ولا يعتد به، بل يجب إلغاؤه، فالعوائد معمول بها في الشرع ما لم تخالف دليلًا شرعيًا، فإنه حينئذ يجب طرحها واتباع الدليل الشرعي، ومعنى العمل بها أن يقيد أو يخصص بها بعض الأحكام الشرعية الفرعية[٤].

وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن أحمد وغيره من فقهاء أهل الإسلام يقولون: إن الأصل في العبادات التوقيف فلا يشرع فيها إلا ما شرعه

---

(١) إبراهيم بن موسى الشهير بالشاطبي، ولد في سنة (٥٣٨هـ)، أصولي حافظ من أهل غرناطة. كان من أئمة المالكية، له الموافقات والاعتصام وغيرهما، تنظر ترجمته في الزركلي، الأعلام (١/ ٧٥).

(٢) الموافقات (٢/ ١١٥).

(٣) ينظر: رسائل ابن عابدين (٢/ ١١٥).

(٤) ينظر: القرافي، شرح التنقيح (١٢/ ٢/ ٢).

الله -تعالى- وإلا وقعنا في معنى[1] قوله -تعالى-: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦ خَلْقُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَمَا بَثَّ فِيهِمَا مِن دَآبَّةٍ ۚ وَهُوَ عَلَىٰ جَمْعِهِمْ إِذَا يَشَآءُ قَدِيرٌ ﴾[2].

فإذا كانت مخالفة للنص الشرعي سقط اعتبارها ولم يصح تطبيقها، فكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر[3].

الشرط الثالث: أن يكون العرف موجودًا عند إنشاء التصرف:

ومعناه أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجودًا وقت إنشائه، بأن يكون العرف سابقًا على وقت التصرف، ثم يستمر إلى زمانه، فيقارنه، سواءً أكان هذا التصرف قولًا أو فعلًا[4] فإذا طرأ عرف جديد بعد اعتبار العرف السائد عند صدور الفعل أو القول لا يعتبر هذا العرف، لأنه أي هذا العرف الطارئ يعمل فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله، فخرج بهذا الشرط أمران.

الأول: إذا كان العرف طارئًا على التصرف وحادثًا بعده أو قارن العلم بمقتضاه.

الثاني: إذا كان سابقًا على التصرف وتغير قبل إنشاء التصرف، فإنه لا يصح حمله على كل منهما[5].

(١) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (١٧/٢٩).
(٢) سورة الشورى الآية ٢١.
(٣) ينظر: السرخسي، المبسوط (١٩٦/١٢).
(٤) ينظر: السيوطي الأشباه والنظائر (١٣٦) والزرقا شرح القواعد الفقهية (٢٢٠).
(٥) ينظر: أبو سنة، العرف والعادة في راي الفقهاء (٦٥).

الشرط الرابع:

أن لا يخالف العرف شرطًا لأحد المتعاقدين أو كليهما، فإذا كان هناك اتفاق صريح بين المتعاقدين على خلاف العرف كان الشرط معتبرًا، فالعبرة بالتصريح لا بالعرف، وذلك حين يوافق مقصود العقد[١].

قال علي حيدر[٢]: إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفًا لنص أو شرط لأحد المتعاقدين[٣].

المطلب السابع: معنى قاعدة (العادة محكمة):

سبق تعريف العادة في اللغة والاصطلاح[٤].

أما كلمة محكمة، فهي اسم مفعول من الفعل حكم، أي مفوض إليهما الحكم، يقال: حكمت الرجل فوضت إليه الحكم، وحكمه في الأمر أجاز حكمه[٥].

معنى القاعدة (العادة محكمة):

أي أن العادة تجعل حكمًا لإثبات حكم شرعي، أي أن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة أو العرف، إذا لم يكن هناك نص

(١) ينظر: ابن عبد السلام، قواعد الأحكام (٢/١٨٦).
(٢) علي حيدر، خواجة أفندي، فقيه حنفي، كان الرئيس الأول لمحكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية، ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة، من مصنفاته، درر الحكام شرح مجلة الأحكام. ويكيبيديا الموسعة الحرة
(٣) انظر: درر الحكام (١/٤٢) وانظر السدلان، القواعد الفقهية الكبرى (٨٤).
(٤) ص٩-١١.
(٥) ينظر: الزرقا، شرح القواعد الفقهية (١٦٥).

شرعي مخالف لتلك العادة[1].

فالمحكمة هي المرجع عند النزاع؛ لأنها دليل ينبني عليه الحكم، وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى[2] التي وردت في أغلب كتب القواعد الفقهية وكتب الأصول.

وقد قرر الفقهاء على هذه القاعدة أحكامًا كثيرة تبين مدى أهميتها وحاجة الناس إليها، لتنضوي تحتها المسائل المستجدة.

قال ابن عابدين: والعرف في الشرع له اعتبار؛ لذا عليه الحكم قد يدار[3].

وجاء في المبسوط «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»[4].

المبحث الثالث: التطبيق الفقهي للقاعدة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في حكم خدمة المرأة لزوجها:

اختلف الفقهاء في وجوب خدمة الزوجة لزوجها على قولين:

القول الأول: لا تجب الخدمة على الزوجة، ولكن الأولى فعل ما جرت العادة به:

---

(١) ينظر: حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/٤٤) وابن نجيم الأشباه والنظائر (٩٣).

(٢) الأمور بمقاصدها (٢)الضرر يزال(٣) المشقة تجلب التيسير (٤)اليقين لا يزال بالشك.

(٣) رسائل ابن عابدين (٢/١١٤ – ١١٥).

(٤) السرخسي (٢/١٩٦).

قال به بعض المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] في المنصوص عليه في مذهب أحمد، وصوبه في الانصاف، وقال به الظاهرية[٤].

قال ابن رشد[٥] «وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك، وذلك أن قومًا أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوه على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها، وهو مشهور قول مالك وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة»[٦].

القول الثاني: تجب الخدمة على المرأة لزوجها بالمعروف:

قال به الحنفية[٧] وجمهور المالكية[٨]، وقال به أبو ثور[٩] وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[١٠] وابن القيم[١١].

---

(١) ينظر: القرافي، الذخيرة (٤/٤٦٧)، والحطاب، مواهب الجليل(٥/٥٤٧) وابن رشد، بداية المجتهد (٢/٥٦).

(٢) ينظر: النووي، المجموع (١٦/٤٢٦) الرملي، نهاية المحتاج (٧/١٨٧).

(٣) ينظر، ابن قدامة، المغني (١٠/٢٢٥) والمرداوي، الإنصاف (٨/٢٦٧)، والبهوتي، كشاف القناع (٥/١٩٥).

(٤) ينظر: ابن حزم، المحلى (١٠/٧٣-٧٤).

(٥) أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي المالكي، شيخ المالكية، فقيه، أصولي بارع متقن محقق، ولد بقرطبة سنة (٤٥٠ - ٥٢٠هـ). تنظر ترجمته في الذهبي، سير أعلام النبلاء (١٩/٥٠١).

(٦) بداية المجتهد (٢/٥٦).

(٧) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (٤/٢٤) ابن الهمام، شرح فتح القدير(٤/٣٨٨) الفتاوى الهندية (١/٥٤٨) البحر الرائق (٤/١٩٩).

(٨) ينظر: حاشية الدسوقي (٥/٥١٠-٥١١) التاج والإكليل (٤/١٨٥) القيرواني، الفواكه الدواني (٢/٢٣-٢٤) حاشية العدوي (٢/٨٩).

(٩) أبو ثور إبراهيم بن خالد الكلبي، إمام من أئمة الفقه، نقل لنا مذهب الشافعي القديم، له مصنفات جمع فيها الفقه والحديث. توفي ببغداد سنة (٢٤٦هـ) تنظر ترجمته في الزركلي، الأعلام (١/٣٠).

(١٠) ينظر: الاختيارات الفقهية (٤٢٠).

(١١) زاد المعاد (٥/١٦٩-١٧٠).

قال ابن تيمية[1]: «ويجب على المرأة خدمة زوجها بالمعروف من مثلها لمثله، يتنوع ذلك بتنوع الأحوال؛ فخدمة البدوية ليست كخدمة القروية، وخدمة القوية ليست كخدمة الضعيفة»[2].

أدلة أصحاب القول الأول:

أولًا- القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[3].

أي ولهنّ على الرجال من الحق مثل ما للرجال عليهن، فليؤد كل واحد منهما إلى الآخر ما يجب عليه بالمعروف[4].

وفسر الرازي[5] المعروف بقوله: «والمعروف في هذا الباب قد يكون محددًا بشرط وعقد، وقد يكون غير محدد إلا من جهة العرف»[6] ويدخل في هذه الآية جميع الحقوق التي للمرأة وعليها، وإن مرد ذلك إلى ما يتعارفه الناس بينهم ويعدونه معروفًا[7]. فكل ما يوجبه العقد لكل واحد من الزوجين على الأخرى النفقة والاستمتاع والمبيت للمرأة،

---

(١) الإمام أبو عبدالله شمس الدين، الشهير بابن قيم الجوزية، ولد سنة (٦٩٠هـ/٧٥١هـ) له مؤلفات جليلة.انظر ترجمتهفي: الصفدي،الوافي بالوفيات (٢/ ٢٧٠-٢٧٢).

(٢) مجموع الفتاوى (٣٤/ ٩٠-٩١).

(٣) سورة البقرة الآية ٢٢٨.

(٤) ينظر: تفسير ابن كثير (١/ ٦٠٩ – ٦١٠).

(٥) أبو عبد الله محمد البكري، الفخر الرازي، الشافعي المذهب ولد عام (٥٤٤ – ٦٠٦) صنف التصانيف المفيدة، مفاتيح الغيب، والبيان وغيرهما، تنظر ترجمته في الزركلي، الأعلام (٦/ ٣١٣).

(٦) التفسير الكبير (٦/ ١٢٨).

(٧) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين (١/ ٢٥٢).

وكالاستمتاع للزوج يرجع فيه إلى العرف[١]، وهو يختلف باختلاف الأزمنة والأحوال والعادات.

قال محمد رشيد رضا[٢] -رحمه الله-: «وما قاله الشيخ تقي الدين وما بينه به في الإنصاف من الرجوع إلى العرف، لا يعدو مافي الآية قيد شعرة»[٣].

ثانيًا: السنة النبوية:

أ-عن علي -رضي الله عنه- أن فاطمة -رضي الله عنها- أتت النبي ﷺ تشكو الله ما تلقى في يدها من الرحى، وبلغها أنه جاءه رقيق فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة -رضي الله عنهما- فلما جاء أخبرته عائشة -رضي الله عنها-. قال: «فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا فذهبنا نقوم. فقال: على مكانكما، فجاء فقعد بيني وبينها، حتى وجدت برد قدميه على بطني. فقال ألا أدلكما على خير مما سألتما ؟ إذا أخذتما مضاجعكما، أو أويتما إلى فراشكما فسبحا ثلاثًا وثلاثين، واحمدا ثلاثًا وثلاثين، وكبرا أربعًا وثلاثين، فهو خير لكما من خادم»[٤].

---

(١) ينظر: ابن تيمية (مجموع الفتاوى ٢٩/١٧٣).

(٢) محمد رشيد رضا، صاحب مجلة المنار، عالم بالحديث والأدب والتاريخ والتفسير، ولد في القلمون من بلاد الشام، رحل إلى مصر، له تفسير القرآن الحكيم. توفي بالقاهرة، تنظر ترجمته في الزركلي، الأعلام (٦/١٢٦).

(٣) تفسير المنار (٢/٣٠١).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النفقات، باب عمل المرأة في بيت زوجها (٧/٦٥) رقم (٥٣٦١) ومسلم في صحيحه كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب التسبيح أول النهار وعند النوم (٤/٢٠٩١) رقم (٢٧٢٧).

وجه الاستدلال:

أن فاطمة -رضي الله عنها- شكت ما تلقى من المشقة في خدمة زوجها وسألته خادمًا يعينها، فلم يأمر زوجها عليًا بأن يكفيها ذلك، ولم يلزمه بإحضار خادم لها؛ فدل ذلك على أن الخدمة واجبة.

كما لم يأمر زوجها بأن يكفيها ذلك إما بإخدامها خادمًا وإما باستئجار من يقوم بذلك وإما أن يتعاطى ذلك بنفسه، ولو كانت كفاية ذلك إلى علي لأمره به، كما أمره أن يسوق إليها صداقها قبل الدخول، مع أن سوق الصداق ليس بواجب عليه ويترك أن يأمره بالواجب[1].

ب- حديث أسماء بنت أبي بكر الصديق -رضي الله عنهما- قالت: «تزوجني الزبير وما له في الأرض من مال ولا مملوك ولا شيء غير ناضح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه وأسقي الماء، وأخرز غربه وأعجن، ولم أكن أحسن أخبز، وكان يخبز جارات لي من الأنصار وكن نسوة صدق، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ، وهي فيما على ثلثي فرسخ، فجئت يومًا والنوى على رأسي، فلقيت رسول الله ﷺ ومعه نفر من الأنصار، فدعاني ثم قال «إخ إخ» ليحملني خلفه – فاستحييت أن أسير مع الرجال وذكرت الزبير وغيرته – وكان أغير الناس – فعرف رسول الله ﷺ إني قد استحييت فمضى، فجئت الزبير فقلت: لقيني رسول الله ﷺ وعلى رأسي النوى ومعه نفر من

(١) فتح الباري (٩/٦٢٧).

أصحابه، فأناخ لأركب، فاستحييت منه وعرفت غيرتك، فقال: والله لحملك النوى كان أشد علي من ركوبك معه، قالت: حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس، فكأنما أعتقني»[١].

وجه الاستدلال:

أنه لما رأى النبي ﷺ أسماء -رضي الله عنهما- والعلف على رأسها والزبير -رضي الله عنه- من أصحابه وجلسائه، لم يقل له لا خدمة عليها، وأن هذا ظلم لها، بل أقره على استخدامها وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم، مع علمه ﷺ بأن منهن الكارهة والراضية وهذا أمر لا ريب فيه[٢].

كما تدل هذه القصة على أن على المرأة القيام بجميع ما يحتاجه إليه زوجها من الخدمة[٣].

وقد أجاب ابن حزم[٤] على الاستدلال بهذه الأدلة: «لا حجة لأهل هذا القول في شيء من هذه الأخبار؛ لأنه ليس في شيء منها ولا من غيرها: أنه -عليه الصلاة والسلام- أمرهما بذلك، إنما كانتا متبرعتين بذلك، وهما أهل الفضل والمبرة -رضي الله عنهما- ونحن لا نمنع من ذلك إن تطوعت المرأة به، إنما نتكلم عن سر الحق الذي تجب به الفتيا

(١) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الغيرة (٧/ ٣٥) رقم (٥٢٢٤) ومسلم كتاب السلام، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق (٤/ ١٧١٦) رقم (٢١٨٢).

(٢) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد (٥/ ١٧٦).

(٣) ينظر: ابن حجر فتح الباري (٩/ ٤٠٢).

(٤) أبو محمد علي بن أحمد بن حزم القرطبي الظاهري، إمام حافظ فقيه علامة، أديب شاعر، ولد سنة (٣٨٤هـ - ٤٥٦هـ) تصانيفه كثيرة منها المحلى والأحكام في أصول الأحكام وغيرهما تنظر ترجمته في الذهبي تذكرة الحفاظ (٣/ ١١٤٦).

والقضاء بإلزامه»[1].

حـ- ما يروي ابن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: «... والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها»[2].

وجه الاستدلال:

يفيد هذا الحديث الشريف أن المرأة راعية في بيت زوجها، والخدمة من الرعاية، وقد بينت أن نساء الصحابة -رضوان الله عليهم- كن يخدمن أزواجهن، ويربين أولادهن، وهذا من تمام الرعاية.

د- حديث جابر بن عبد الله[3] -رضي الله عنهما- قال: «هلك أبي وترك سبع بنات أو تسع بنات، فتزوجت امرأة ثيبًا، فقال لي رسول الله ﷺ يا جابر فقلت: نعم، فقال: بكرًا أم ثيبًا؟ قلت: بل ثيبًا. قال: فهلا جارية تلاعبها وتلاعبك وتضاحكها تضاحكك ؟ قال: فقلت له: إن عبد الله هلك وترك بنات، وإني كرهت أن أجيئهن بمثلهن، فتزوجت امرأة تقوم عليهن وتصلحهن، فقال: بارك الله لك، أو خيرًا» وعند مسلم قال: أصبت[4]. وقد ترجم البخاري عليه بقوله: باب عون المرأة زوجها في ولده، قال ابن حجر: «وكأنه استنبط قيام المرأة على ولد زوجها،

---

(١) المحلى (٩/٢٢٨).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٢٤٠٩).

(٣) جابر بن عبد الله بن حرام، صحابي جليل من أهل بيعة الرضوان، روى علمًا كثيرًا عن عمرو ابن أبي بكر، قيل أنه عاش ٩٤ سنة توفي سنة ٩٨هـ تنظر ترجمته في الذهبي، سير أعلام النبلاء (٣/١٨٩-١٩٤).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه باب عون المرأة زوجها في ولده، كتاب النفقات رقم (٥٣٦٧) ومسلم في صحيحه، باب استحباب نكاح البكر، كتاب النكاح رقم (٦٢٣٤).

من قيام امرأة جابر على أخواته. ووجه ذلك منه: بطريق الأولى[١]، وإذا كان كذلك فخدمتها لزوجها بالمعروف، أولى من خدمة أولاده من غيرها ومن يعول من أهله»[٢].

هـ- عن عائشة رضي الله عنها – أن النبي ﷺ قال لها: يا عائشة، هلمي المدية[٣] اشحذيها بحجر ففعلت[٤].

وجه الاستدلال:

أن النبي ﷺ كان يأمر نساءه خدمته وهن أمهات المؤمنين، فغيرهن أولى[٥].

دليل (العادة محكمة):

أ- العرف السائد بين الناس أن الزوجة تقوم بخدمة زوجها وبمصالح بيتها؛ لأن العقود المطلقة إنما تنزل على العرف، والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلية[٦]. قال الإمام القرطبي:

«ولهذا قال علماؤنا: عليها أن تفرش الفراش وتطبخ القدر وتقم الدار بحسب حالها، وعادة مثلها، قال -تعالى- ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾[٧] فكأنه جمع لنا فيها السكن والاستمتاع وضربًا من

(١) فتح الباري (٩/٥١٣).
(٢) ينظر الكراني: خدمة المرأة لزوجها (٥١).
(٣) المدية: الشفرة وجمعها مدى ومدي. انظر: لسان العرب ١٤/٤١
(٤) أخرجه مسلم، في صحيحه (٣/١٥٥٧) كتاب الأضاحي، باب استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل التسمية والتكبير، رقم (١٩٦٧).
(٥) ينظر: ابن قدامة المغني (١٠/٢٢٥).
(٦) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد (٥/١٧١)
(٧) سورة الأعراف: ١٨٩.

الخدمة بحسب جري العادة، وهذا أمر دائر على العرف الذي هو أصل من أصول الشريعة، فإن نساء الأعراب وسكان البوادي يخدمن أزواجهن حتى في استعذاب الماء وسياسة الدواب»[١].

ب- إن الخدمة جارية على المعتاد من الأحوال، واعتبار حال الزوج في ذلك أولى؛ لأن المنزل له. والحال جارية على قدره، ولحال النساء في ذلك اعتبار: فإن كانا رفيعي الحال، فالخدمة ساقطة، وإن كان هو شريف رفيع الحال، فلا خدمة عليها، وإن لم يكن كذلك وكان غنيًا. روعي في هذا شرفها مع غناه، فلها الخدمة وإن كان فقيرًا لم ينفعها شرفها، وكانت الخدمة عليها»[٢].

ج- بين النبي ﷺ، أن لهن علينا رزقهن وكسوتهن بالمعروف، فعلى الزوج أن يأتيها برزقها ممكنًا لها أكله، والكسوة ممكنا لها لباسها؛ لأن ما لا يوصل إلى أكله ولباسه إلا بعجن وطبخ، وغزل ونسج، وخياطة فليس رزقًا ولا كسوة، وهذا لا خلاف فيه في اللغة والمشاهدة[٣].

ويجاب عن هذا بأن هذا غير مسلم، فلو أعطى زوجته نقودًا، لكان رازقًا لها بالمعروف؛ لأن الرزق هو كل ما ينتفع به، والرزق العطاء[٤].

أدلة أصحاب القول الثاني:

١- استدلوا بحديث علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- «أن فاطمة

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (١٠/١٤٥).
(٢) ينظر: المنتقى للباجي (٥/٤٤٣).
(٣) ينظر: ابن حزم ؛ المحلى (٩/٢٢٨-٢٢٩).
(٤) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (١٠/١٥).

-رضي الله عنهما- أتت النبي ﷺ تسألة خادمًا.... ».

وجه الاستدلال: من وجهين:

أن خدمة فاطمة -رضي الله عنها- كانت تطوعًا منها، ولم تكن لازمة لها أو واجبة عليها(١).

ويجاب عنه:

أن فاطمة -رضي الله عنها- اشتكت للنبي ﷺ ما تجد من المشقة في الخدمة، ولم يقل لعلي -رضي الله عنه- لا خدمة عليها، وإنما هي عليك والنبي ﷺ لا يحابي في الحكم أحدًا(٢).

الوجه الثاني:

أن النبي ﷺ حكم بين على بن أبي طالب وبين زوجته فاطمة -رضي عنهما- حين اشتكيا إليه الخدمة، فحكم على فاطمة بالخدمة الباطنة، خدمة البيت، وحكم على علي -رضي الله عنه- بالخدمة الظاهرة. والخدمة الباطنة: العجين، والطبخ والفرش وكنس البيت، واستقاء الماء وعمل البيت كله(٣).

ويجاب عنه، بأنه لا يعرف في شيء من الأخبار الثابتة أن النبي ﷺ قضى على فاطمة -رضي الله عنها- بالخدمة الباطنة، وكان نكاحهم سائرًا على المتعارف عليه بما يكون بين الأزواج من المعروف، أما إجبار المرأة على الخدمة فليس له أصل في السنة، بل إن الإجماع منعقد على أن

(١) ينظر: ابن حجر، فتح الباري (٩/٤٠٢/٤٠٣).
(٢) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد (٥/١٧١).
(٣) ينظر: الباجي المنتقى (٥ / ٤٤٢) ابن رشد، البيان والتحصيل (٥ / ٤٢٦).

على الزوج مؤونة الزوجة كلها[1].

٢- حديث أسماء بنت أبي بكر وخدمتها للزبير.

وجه الاستدلال:

أن الخدمة غير واجبة عليها، وأن هذا كله من المعروف والمروءات التي تعارفها الناس، وهو أن المرأة تخدم زوجها بهذه الأمور المذكورة ونحوها، وكله تبرع من المرأة وإحسان منها إلى زوجها، وحسن معاشرة وفعل معروف معه[2].

ويجاب عنه من وجهين:

أ- بأن النبي ﷺ أقره على استخدامها، وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم، مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية[3].

ب- المعقود عليه من جهتها الاستمتاع ومنفعة البضع، لا الاستخدام وبذل المنافع، فلا يملك غيره من منافعها[4].

ويجاب عن ذلك:

المهر في مقابلة البضع وكل من الزوجين يقضي وطره من صاحبه؛ لأن الله -تعالى- أوجب لها النفقة والمسكن والكسوة ليكون في مقابلة استمتاعه بها، وخدمتها له وما جرت به عادة الأزواج[5].

---

(١) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال (٧ / ٥٣٩).
(٢) ينظر: ابن قدامة، المغني (١٠/٢٢٦) وابن حزم، المحلى (١٠/٧٤).
(٣) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد (٥/١٧١).
(٤) ينظر: ابن قدامة، المغنى (١٠/٢٢٥) وابن القيم، زاد المعاد (٥/١٧٠).
(٥) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد (٥/١٧٠).

الترجيح:

بعد استعراض أقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم خدمة المرأة لزوجها يترجح القول بوجوب خدمة المرأة لزوجها بالمعروف؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول، وسلامتها عن المعارضة، كما أن تحكيم العرف والعادة في هذه المسألة وسط بين من يحملها كل شيء وبين من يضع عنها كل شيء، ورجحه الحافظ بن حجر قال: والذي يترجح حمل الأمر في ذلك على عوائد البلاد، فإنها مختلفة في هذا الباب[١].

وأيضًا لضعف القول بأنه لا يجب عليها الخدمة بأي حال، ولم يكن لهم دليل على صواب ما قالوا به، فكل ما عندهم في هذا الباب إنما هو تأويل الأدلة التي تدل على الوجوب. قال ابن تيمية: وهذا القول ضعيف كضعف قول من قال: لا تجب عليه العشرة والوطء، فإن هذا ليس معاشرة له بالمعروف[٢].

وقال محمد رشيد رضا: «وإذا أردت أن تعرف مسافة البعد بين ما يعمل أكثر المسلمين، وما يعتقدون من شريعتهم فانظر في معاملتهم لنسائهم تجدهم يظلمونهن بقدر الاستطاعة، لا يصد أحدهم عن ظلم امرأته إلا العجز، ويحملونهن مالا يحملنه إلا بالتكلف والجهد، ويكثرون الشكوى من تقصيرهن، ولئن سألتهم عن اعتقادهم فيما

(١) فتح الباري (٩/ ٣٢٤).
(٢) الفتاوى (٣٤-٩٠).

يجب لهم عليهن ليقولن، كما يقول أكثر فقهائهم: إنه لا يجب لنا عليهن خدمة، ولا طبخ ولا غسل، ولا كنس ولا فرش ولا إرضاع طفل، ولا تربية ولد، وإنما يجب عليهن المكث في البيت والتمكين من الاستمتاع».

وهذه مبالغة في إعفائهن من التكاليف الواجبة عليهن في حكم الشرع والعرف، يقابلها المبالغة في وضع التكاليف عليهن بالفعل[1].

كما أنه لم يثبت عن النبي ﷺ في أي موضع ما يفيد بعدم وجوب خدمة الزوجة لزوجها واعتبارها، وبما أن المخالفين لهذا القول أرجعوا الأمر للعادة، وهو ذات القول الأول ومدار الاتفاق؛ فيلزمهم إذًا القول بالوجوب؛ فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

الخاتمة

١. علم القواعد الفقهية من العلوم المهمة التي تيسر للباحث معرفة الأحكام الشرعية في المسائل المختلفة.

٢. تولية الشرع أهمية كبيرة لأعراف الناس وعادتهم، وتحكيمها في كثير من مناحي الحياة، حيث يتم إعمالها واتخاذ الدليل من خلالها، فجعلها أصلًا يرجع إليه عند التخاصم.

٣. أن العادة هي المرجع الفصل في التنازع إذا لم يكن هناك دليل شرعي، وبها يثبت الحكم الشرعي.

٤. أهمية قاعدة (العادة محكمة) ومناسبة تطبيقها على كثير من

(١) تفسير المنار (٢ / ٣٠١ - ٣٠٢).

أمور النكاح، وما يتبعه من مسائل كثيرة أعادها الشرع إلى العرف.

٥. وجوب خدمة الزوجة لزوجها بالمعروف، وتحكيم العرف والعادة وفق قاعدة (العادة محكمة)، في هذه المسألة قول وسط بين من يحملها كل شيء، ومن يضع عنها كل شيء.

المصادر والمراجع

١. أحكام القرآن، أحمد بن علي الجصاص، تحقيق محمد محمد الصاوي، ط دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٨٥م.

٢. أصول الفقه، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤٢٤هـ.

٣. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، محمد الأمين الشنقيطي، دار الفكر (١٤١٥هـ/١٩٩٥م).

٤. إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن القيم، ط.٢٠، مطبعة السعادة، مصر.

٥. الاختيارات الفقهية، شيخ الإسلام ابن تيمية، ط، السنة المحمدية بمصر، محمد حامد الفقي.

٦. الأعـلام، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، الطبعة، ١٥/١٤٢٢هـ.

٧. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، لبنان.

٨. الأشباه والنظائر، الحافظ جلال الدين السيوطي، ط، دار الكتب

العلمية، لبنان ط. الأولى سنة ١٣٩٩هـ.

٩. الأشباه والنظائر، زين الدين الحنفي، مؤسسة الحلبي وشركاه مصر، ١٣٨٧هـ.

١٠. الأشباه والنظائر، تاج الدين السبكي، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي عوض، دار الكتب العلمية، ط. الأولى، ١٤١١، بيروت.

١١. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، ط٢: دون.

١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، ط. الثانية، بيروت، ١٩٨٦م.

١٣. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الإمام محمد بن رشد القرطبي، ط.الثانية، بيروت ١٩٨٦م.

١٤. تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، مطابع الاستقامة، مصر، ط. الرابعة.

١٥. تفسير المنار، محمد رشيد رضا، ط، دار الفكر العربي، لبنان.

١٦. التقرير والتحبير شرح التحرير، دار الكتب العلمية – بيروت (١٤٠٣هـ)، ط٢.

١٧. التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٨. تذكرة الحفاظ،شمس الدين الذهبي،دار الكتب العلمية، بيروت–

لبنان، ط١،(١٤١٩هـ/١٩٩٨م).

١٩. تيسير التحرير، أمير بادشاه، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر (١٣٥٠).

٢٠. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله بن أحمد القرطبي، الناشر، دار الشعب.

٢١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية.

٢٢. حاشية العدوي، شرح كفاية الطالب الرباني، علي الصعيدي العدوي،المحقق يوسف البقاعي، الناشر، دار الفكر، بيروت.

٢٣. حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، الناشر، دار الفكر، بيروت، ط.٢،١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٢٤. الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، ابن فرحون، تحقيق محمد أبو النور، دار التراث، القاهرة.

٢٥. الذخيرة، أبو العباس الشهير بالقرافي، الناشر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط.١، ١٩٩٤م.

٢٦. زاد المعاد في هدي خير العباد، ابن قيم الجوزيه، تحقيق، شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط، ٢٥/١٤١٢هـ.

٢٧. الذيل على طبقات الحنابلة، زين الدين الدمشقي، المحقق د. عبد الرحمن العثيمين، الناشر، مكتبة العبيكان، الرباط، ط.الأولى،

١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.

٢٨. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين السبكي، الناشر، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط. الثانية، ١٤١٣هـ.

٢٩. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين البيهقي، ط. أولى، جيدر آباد الدكن، ١٣٥٤هـ.

٣٠. سنن أبي داود، أبي سليمان بن الأشعث، تعليق: عزت الدعاس.

٣١. سير أعلام النبلاء، محمد بن أحمد الذهبي، مؤسسة الرسالة، سنة النشر، ١٤٢٢-٢٠٠١م.

٣٢. الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار النشر، دار ابن الجوزي، ط. الأولى (١٤٢٢-١٤٢٨هـ).

٣٣. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي الحنبلي، المحقق عبد القادر الأرناؤوط، محمد الأرناووط، الناشر، دار ابن كثير (١٤٠٦-١٩٨٦م).

٣٤. شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، مكتبة صبيح، مصر.

٣٥. شرح القواعد الفقهية، أحمد الزرقا، نسقه وراجعه د. عبد الستار أبو غده، نشر دار الغروب الإسلامي، (١٤٠٣هـ-١٩٨٣م).

٣٦. شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه سعد، دار الطباعة الفنية المتحدة،مصر (١٩٧٨م).

٣٧. صحيح البخاري، أبي عبد الله بن إسماعيل البخاري، ط. الحلبي.

٣٨. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط.١، الحلبي.

٣٩. صحيح مسلم بشرح النووي، للحافظ يحيى بن شرف النووي، ط. الأولى (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م) دار الرياض للتراث، القاهرة.

٤٠. طبقات الشافعية، جمال الدين الأسنوي، تحقيق عبد الله الجبوري، ط (١٤٠٠هـ-١٩٨١م) الناشر دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض.

٤١. العرف والعادة في رأي الفقهاء أحمد أبو سنة، مطابع الأزهر، ١٩٤٧م.

٤٢. الفتاوى الكبرى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، توزيع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء.

٤٣. الفتاوى الهندية (المسماة العالميكيرية/ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام/ ط.٣ (١٤٠٠-١٩٨١م) الناشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٤٤. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني شهاب الدين النفراوي، دار الفكر (١٤١٥هـ-١٩٩٥م).

٤٥. فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري، أحمد بن حجر العسقلاني، قام بإخراجه محب الدين الخطيب، محمد فؤاد عبد الباقي.

٤٦. فتح القدير، كمال الدين المعروف ابن الهمام، دار الفكر.

٤٧. الفروق، شهاب الدين القرافي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر ١٣٤٤هـ.

٤٨. القواعد، عبد الرحمن بن رجب، نشر دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

٤٩. القواعد الفقهية، د. علي الندوي، دار القلم، دمشق، الطبعة الرابعة ١٤١٨هـ.

٥٠. القواعد الفقهية الكبرى في الفقه الإسلامي، عبد الله العجلان، الرياض دار طيبة.

٥١. القواعد الفقهية الكبرى، صالح السدلان، ط.الثانية، دار المأثور ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.

٥٢. قاعدة العادة محكمة، يعقوب الباحسين، ط. الثانية، مكتبة الرشد، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٥٣. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

٥٤. اكتشاف القناع عن متن الإقناع، منصور البهوتي، الناشر عالم الكتب.

٥٥. لسان العرب، محمد بن منظور، مصور، بيروت، ط١٠.

٥٦. المبسوط، شمس الدين السرخسي، ط. الثالثة، (١٣٩٨هـ-١٩٨٧م)، الناشر، دار المعرفة للطباعة والنشر.

٥٧. المجموع، الإمام أبو بكر النووي، مصر.

٥٨. المحلى، محمد بن أحمد بن حزم، بيروت.

٥٩. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، مطابع ألف باء، الأديب، دمشق (١٩٦٧/١٩٨٦).

٦٠. المصباح المنير، أحمد الفيومي، مكتبة لبنان (١٩٩٠).

٦١. المعجم الكبير، أبو القاسم الطبراني، المحقق حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط. الثانية.

٦٢. المغني، موفق الدين بن قدامة المقدسي، تحقيق عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو، ط. الأولى، ١٤٠٦هـ، الناشر هجر للطباعة والنشر.

٦٣. المنتقي شرح موطأ مالك، أبو الوليد الباجي، مطبعة السعادة، مصر (١٣٣٢هـ).

٦٤. مسند الإمام أحمد، الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ط.الرابعة (١٤٠٣هـ-١٩٨٣) المكتب الإسلامي، بيروت.

٦٥. مقاييس اللغة، لابن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام هارون، دار الكتب العلمية.

٦٦. معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعة جي، دار النفائس، بيروت، الأولى ١٤٠٥هـ.

٦٧. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، أبو عبد الله المغربي المعروف بابن الخطاب، ط. الثانية.

٦٨. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد الرملي، ط. مطبعة الحلبي.

٦٩. الوافي بالوفيات، صلاح الدين الصفدي، تحقيق: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ).

٧٠. الوسيط في أصول الفقه، وهبة الزحيلي، مطابع جامعة دمشق ١٣٨٥هـ.

٧١. ويكيبيديا، الموسوعة الحرة.

فتاوى الفقهاء(*)

حكم ما إذا وهب كل من الزوج والزوجة لآخر

علي حيدر

لووهب كل من الزوج والزوجة لآخر شيئا حال كون الزوجية قائمة بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع .

حتى لو وقعت الفرقة بينهما أو كان الزوج مسلما والزوجة غير مسلمة فليس له الرجوع؛ لأن الزوجية نظيرة القرابة كما أنه يجري التوارث بينهما بلا حاجب. ولا تجوز شهادة كل منهما للآخر وعليه المقصود في هبة كل منهما للآخر الصلة والتواد كما في هبة الأقارب وليس العوض. وإذا حصل الغرض المقصود من الهبة على الوجه المحرر فلا رجوع فيها (الزيلعي). وعلى ما يفهم من تعبير (حال كون الزوجية قائمة) أن الزوجية المانعة من الرجوع عن الهبة هي الزوجية الموجودة وقت الهبة أما الزوجية وقت الرجوع فليست مانعة عن الرجوع (الملتقى). فعليه لو وهب أحد امرأة أجنبية شيئا ثم بعد ذلك تزوج منها فله الرجوع عن هبته. إذا لم يكن مانع آخر؛ لأن مقصود الواهب في هذه الصورة العوض بناء عليه حق الرجوع ثابت ولا يسقط هذا الحق بالتزوج (الزيلعي). كما أنه لو أرسل أحد بعض الأمتعة لزوجته الغير المدخول بها هدية وأرسلت الزوجة له هدايا

(*) تختار المجلة في كل عدد من أعدادها بعضاً من فتاوى السلف للدلالة على حيوية الفقه الإسلامي ودوره الرائد في معالجة القضايا والمشكلات المعاصرة .

عوضا عن هداياه لها سواء أصرحت عند الإرسال بكونها عوضا أم لا تصرح ثم زفا لبعضهما وحصل افتراق بينهما وادعى الزوج أن ما أرسله للزوجة كان عارية وليس هبة وحلف اليمين على ذلك فللزوجة أيضا استرداد ما أرسلته له؛ لأنه إذا لم يكن ما أرسله الزوج هبة فلا عوض عليه. وإذا استهلكه أحد من الزوج والزوجة كان ضامنا؛ لأن استهلاك العارية موجب للضمان (الدر المختار). كذلك لو وهب أحد مالا لزوجته التي طلقها طلاقا بائنا فله بعد ذلك الرجوع إذا لم يكن مانع آخر وبالعكس لو وهبها والزوجية قائمة وافترقا بعد ذلك يعني لو طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا فليس له الرجوع عن هبته. وإن كانت حليلة وكان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة (الطحطاوي). أما الوصية فالحكم على خلاف ذلك يعني أن المعتبر فيها وقت الوفاة وليس وقت الوصية ومع أنه يعتبر في الهبة وقت الهبة ففي الوصية يعتبر وقت الموت ولا يعتبر فيها وقت الإيصاء وعليه لو طلق أحد زوجته طلاقا بائنا بعد أن أوصى لها وصية وتوفي بعد ذلك مصرا على إيصائه تصح الوصية كما أنه لو تزوج أحد من أجنبية بعد أن كان أوصى لها وتوفي بعد ذلك فلا تصح الوصية (جواهر الفقه). قيل في هذه المادة أحد من الزوج والزوجة؛ لأنه لو وهب أحد من أقرباء الزوج أوالزوجة لأقرباء الآخر شيئا فيجوز الرجوع عن هذه الهبة. فعليه لو وهب قريب البنت شيئا

لأبي الولد وسلمه إياه ثم افترق الزوج والزوجة فللواهب الرجوع عن الهبة (القاعدية) ما لم يكن مانع للرجوع[١].

حكم مالو أعطى رجل آخر أرضًا على شرط

أبو الوليد ابن رشد القرطبي

وسئل أصبغ[٢] عن رجل أعطى رجلاً أرضاً على أن يضرب حولها جداراً أو يحفر حولها سياجاً أو يزرب حولها ويغرسها ، فإذا بلغ الغرس كذا وكذا لأجل حدَّداه بينهما فله النصف من جميع الغرس والجدار والسياج والزرب والأرض فإنه لا يتم في موضعه ذلك إلا أن يسدوا حوله من كثرة المواشي واختلاف الناس والمضيق في موضعهم ذلك ، وكيف إن كانت الأرض في موضع لا يخاف على الغرس فيه فساد ما ذكرت لك واشترط عليه السداد ؟

قال أصبغ : إن كانت مؤونة يسيرة فهو جائز ، وإن كانت مؤونة السياج والحائط والزرب يعظم ويكثر فلا خير فيه ، وهو زيادة في المجاعلة وهو غرر أيضاً لعله لا يتم من الغراس شيء فترجع الأرض بحيطانها وسياجاتها إلى ربها فيكونان قد تخاطرا ، ويكفيك أن يحمل هذا على ما تحمل على المساقاة من سد الحظار وسد الشرب وما لا تعظم مؤنته ولا تكثر نفقته فيجوز كذلك قال مالك فيما قد علمت ،

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ج ٤ ص٤١٠.

(٢) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع، فقيه من كبار المالكية بمصر. قال ابن الماجشون: ما أخرجت مصر مثل أصبغ. وكان كاتب ابن وهب وله تصانيف. وفيات الأعيان لابن خلكان ج١ ص٧٩.

وإلا لم يجز .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يجوز لرب الأرض أن يشترط على المغارس إلا القدر اليسير الذي يجوز لرب الحائط أن يشترطه على المساقي في المساقاة صحيح ، لأن المغارسة على جزء من الأرض مقيسة عليها حسبما قد ذكرناه في رسم طلق من سماع ابن القاسم ، وهي على القول الثاني مقيسة على الجعل فلا يجوز أيضاً اشتراط الزيادة الكثيرة فيه إذ لا يجوز ذلك في الجعل لأنه متى أحيل عن سنته باشتراط الزيادة فيه من أحدهما خرج عن أصله وعاد إلى الإجارة الفاسدة ، وقد أجاز ابن القاسم في سماع حسين بعد هذا أن يشترط رب الأرض على العامل عمل نصيبه سنين مسماة بعد المقاسمة ، وأنكر ذلك سحنون ، فقوله في إنكاره صحيح على قياس قول أصبغ هذا ، ولأصبغ في الواضحة مثل قول ابن القاسم هذا في سماع حسين ، وزاد قال : وذلك أنه إذا غارسه على حد معروف واشترط أن يقوم له بحصته إلى أجل من السنين قد تمت المجاعلة بينهما وصار لك واحد نصفه يصنع فيه ما شاء ، وصار لصاحب الأرض على الغارس عمل وخدمة إلى أجل معروف في نصفه الذي صار له ، فجاز ذلك ، واعترض عليه الفضل قوله قد تمت المجاعلة بينهما ، وقال : أرأيت إن أبطل الغرس من قبل أن يبلغ النبات الذي تعاملا عليه وأبى الغارس أن يعيد غرسه أتتم المغارسة بينهما ؟ واعتراضه صحيح والله الموفق[1].

(١) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ج١٥ص٤١٦.

حكم بيع طلع النخل

أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي

بيع الطلع في قشره مفردا مقطوعا على الأرض أو على النخل بشرط القطع فيه وجهان (قال) أبو إسحق لا يصح لأن المقصود من الطلع ما في نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه (وقال) ابن أبي هريرة يصح لأن الجميع مأكول والمأكول إذا استتر بعضه ببعض جاز بيعه والأول أصح عند المحاملي وصاحب العدة والشيخ أبي حامد فيما نقل عنه والثاني أصح عند الشيخ أبي حامد والماوردي والقاضي الطبري والروياني والجرجاني وقال الإمام إن معظم الاصحاب ذهبوا إليه وان صاحب التقريب حكى فيه قولين وبناهما على بيع الحنطة في سنبلها ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد أنه اختار قول أبي إسحق ثم المجوزون لذلك إنما يجوزونه بشرط القطع إذا كان على النخل كما دل عليه كلام ابن الصباغ والروياني وغيرهما وهو ظاهر والمسألة مذكورة في الكتاب في باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووي هناك ولا خلاف أن وقت التأبير لا يكون لوجود التأبير قال صاحب التتمة كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة وسيأتي في كلام الإمام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ونذكر تأويله هناك إن شاء الله تعالى وقال ابن الرفعة إذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشتري وإن شقق في أوانه فهو للبائع وإن لم يتشقق بنفسه ولا شقق في أو انه فهل يكون للبائع إقامة لوقت

التشقق مقام التشقق أولا فيه نظر واحتمال (قلت) وهذا الاحتمال باطل والحكم كما مر مع الظهور وجودا وعدما.

(فرع)

قال الشيخ أبو محمد إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فجزم الكمام للمشتري فإنه يترك على النخلة نقله عنه في النهاية وجزم به في الروضة نقلا عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة.

(فرع) باع نخلة لم يخرج طلعها فإنه يخرج طلعها على ملك المشتري فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في الكافي.

(فرع)

لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة كان تأكيدا ولك أن تقول يصير كشرط الحمل إذا صرح به وفيه خلاف وسيأتي نظيره فيما إذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح قالوا فيها يصح وسيأتي البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لأن المؤبرة التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولا واحدا ولكن يشترط فيه شرط القطع وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف فمن يقول بعدم الصحة يوجب إلحاقها بالحمل فإذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمل وفيه خلاف (والأصح) عند الرافعي بطلانه والله أعلم.

(فرعان) ذكرهما أبو العباس بن سريج ونقلهما الشيخ أبو حامد في تعليقه عنه (أحدهما) اشترى نخلة فأثمرت في يد البائع فالثمرة

للمشتري ولايكون شئ من الثمن مقابلا لها وهي أمانة في يد البائع فإن سلمها استقر البيع في النخلة وخرجت الثمرة من أمانته وإن تلفتا انفسخ البيع في النخلة وعليه رد ثمنها ولا شئ عليه لأجل الثمرة وإن تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن وإن سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري وأخذ الثمرة ولا شئ للبائع (الثاني) اشترى أرضا عليها نخيل مؤبرة واشترط كل ذلك وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتسلمها فالثمرة الحادثة في ملك المشتري فإن أكل البائع الثمرتين جميعا كان عاصيا فيهما وعليه بدل الثمرة الخارجة إن كان أكلها رطبا فثمنه وإن كان أكلها تمرا فمثله وأما الخارجة فالمشتري بالخيار لأجلها فإن فسخ البيع رجع بجميع الثمن وإن أجاز فعلى القولين في جناية البائع (إن قلنا) كالآفة السماوية أجاز في الأرض والنخل بحصتهما من الثمن (وإن قلنا) كالأجنبي أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة والله أعلم[1].

حكم من غصب أرضا ، فحفرفيها بئرا فطالبه المالك بطمها

موفق الدين بن قدامة المقدسي

وإن غصب أرضا، فحفر فيها بئرا فطالبه المالك بطمها، لزمه ذلك؛ لأنه يضر بالأرض، ولأن التراب ملكه، نقله من موضعه، فلزمه رده،

(١) المجموع شرح المهذب ج ١١/ ٣٥٠.

كتراب الأرض. وكذلك إن حفر فيها نهرا، أو حفر بئرا في ملك رجل بغير إذنه.

وإن أراد الغاصب طمها، فمنعه المالك، نظرنا؛ فإن كان له غرض في طمها، بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه، أو ملك غيره، أو طريق يحتاج إلى تفريغه، فله الرد؛ لما فيه من الغرض.

وبهذا قال الشافعي وإن لم يكن له غرض في طم البئر، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه، وأبرأه المغصوب منه مما حفر، وأذن فيه، لم يكن له طمها، في أحد الوجهين؛ لأنه إتلاف لا نفع فيه، فلم يكن له فعله، كما لو غصب نقرة، فطبعها دراهم، ثم أراد جعلها نقرة. وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية. وقال بعضهم: له طمها. وهو الوجه الثاني لنا؛ لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك، لأنه إبراء مما لم يجب بعد، وهو أيضا إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها. ولنا، أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاحب الأرض، زال التعدي، فزال الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب، وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به. وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء، ولكن منعه من طمها؛ لأنه يتضمن رضاه بذلك[1].

(١) المغني ج٧ص ٣٦٨.

مسائل في الفقه(*)

٤٩٦- حكم الاستعانة بالحمض النووي DNA في إثبات النسب أو نفيه، وحكم الاستعانة بالوسائل العلمية العصرية في حياة المسلم

سؤال من الأخ رضوان محمد من الجزائر، عن حكم الاستعانة بالحمض النووي في إثبات النسب أو نفيه والجرائم، وحكم الاستعانة بالوسائل العلمية العصرية في حياة المسلم؟

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبيه ورسوله الأمين محمد، وعلى آله وصحابته، ومن تبعهم واتبع سبيلهم إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الخلاف حول نسب هذا الإنسان أو ذاك قديم قدم الإنسان نفسه، خاصة في الأمم التي يحكمها الدين وقواعده؛ ذلك أن الإنسان بفطرته محكوم بما توجبه عليه هذا الفطرة من الأخلاق، والاهتمام بنسله واختصاصه العيني به، وتنزيه هذا النسل من المعايب والنقائص، وقد يصاحب هذا الاهتمام أسباب تتنازع فيها النفس ثم تبدأ بالشك مع ما يلقيه الشيطان من الوساوس، فيظن هذا الإنسان أو ذاك أن الولد المنسوب له ليس ولده، وقد يبقى هذا التنازع بينه

(*) هذه المسائل ترد من الإخوة القراء، ويجيب عنها صاحب المجلة ورئيس تحريرها معالي الدكتور/ عبدالرحمن بن حسن النفيسة، وتنشر في موقع المجلة على الشبكة (www.alfiqhia.com).

وبين نفسه، وقد ينتقل إلى الملأ فيرجع حينئذ إلى الوسيلة التي تنفي عنه هذه الشكوك.

وقد عرف الإسلام ثلاث وسائل لإثبات النسب: الأولى - قيام الزوجية (الفراش)، والأصل فيه قصة ابن وليدة زمعة، فعن أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- قالت كان عتبة (بن أبي وقاص) عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة[1]: احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله[2].

وقيام الزوجية أو الفراش قد لا يثبت النسب أو ينفيه بشكل قاطع؛ لأن الولد قد لا يكون لصاحب الفراش عندما ترتكب زوجته سلوكًا يتنافى مع عفة الزوجة وطهارتها، وهذا هو ما حدث في قصة ابن وليدة زمعة، فمع أن رسول الله ﷺ قضى به لزمعة لكون الوليدة

(١) زوجة رسول الله ﷺ وهي سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس من لؤي من قريش، إحدى زوجات النبي ﷺ، كانت في الجاهلية زوجة السكران بن عمرو بن عبد شمس، وأسلمت ثم أسلم زوجها وهاجرا إلى الحبشة في الهجرة الثانية، ثم عادا إلى مكة. فتوفي السكران ، فتزوجها النبي ﷺ بعد خديجة -رضي الله عنها- وتوفيت في المدينة، طبقات ابن سعد ج٨ ص٣٥.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب تفسير المشبهات فتح الباري ج٤ ص٣٤٢ برقم (٢٠٥٣).

جاريته وكانت على فراشه، إلا أنه -عليه الصلاة والسلام- أمر زوجته سودة أن تحتجب منه؛ بسبب شبهه بعتبة بن أبي وقاص رغم أنها تعد عمته قضاء، فاحتجبت منه ديانة، والحكم بأن الولد للفراش محكوم بما ورد في الكتاب والسنة والعقل، أما الكتاب فقول الله -عز وجل- ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً ﴾[1] الآية. فالزوجة فراش لزوجها، وينتج من هذا الفراش ولد لهما كما قال -عز وجل- ﴿ فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ مِمَّ خُلِقَ ﴾[2] ﴿ خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ ﴾[3] ﴿ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴾[4].

وأما السنة فقول رسول الله ﷺ الولد للفراش -كما سبق ذكره-.

وأما العقل فإن الزوج يختص عينًا بزوجته حكمًا وعقلًا، ويفترض أن الولد الذي يولد على فراشهما ولدهما. الوسيلة الثانية: (القيافة): وهذه إحدى الوسائل الشرعية لإثبات النسب، ففي مذهب الإمام مالك[5] والشافعي[6] وأحمد[7] يجوز الاعتماد عليها في إثبات النسب حال النزاع فيه؛ استدلالًا بما روته أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- أن أم سليم الأنصارية -رضي الله- عنها قالت: يا رسول الله، إن الله لا يستحي من الحق، فهل على المرأة من غسل إذا احتلمت؟

(١) سورة النحل الآية ٧٢.
(٢) سورة الطارق الآية ٥.
(٣) سورة الطارق الآية ٦.
(٤) سورة الطارق الآية ٧.
(٥) الفروق للقرافي ج٤ ص ٩٩ ومواهب الجليل ج٥ ص٢٤٧.
(٦) نهاية المحتاج للرملي ج٨ ص٢٧٥ ومغني المحتاج للشربيني ج ٤ ص٤٨٩.
(٧) المغني لابن قدامة ج٧ ص٤٨٣ ومنهى الإرادات للبهوتي ج٣ ص٢٢٤.

فقال رسول الله ﷺ: نعم إذا رأت الماء، فقالت أم سلمة: وتحتلم المرأة؟ فقال: تربت يداك، فبم يشبهها ولدها[١]؟ واستدلالًا أيضًا بما روته أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- بقولها: دخل عليّ رسول الله ﷺ مسرورًا تبرق أسارير وجهه، فقال: إن مجزِّزًا[٢] نظر آنفًا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض[٣]. وفي هذا نفي لقدح أهل الجاهلية في نسب أسامة بسبب بشرته السوداء المغايرة لبشرة أبيه البيضاء، واستدلالًا أيضًا بفعل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقد كان يأخذ بقول القافة ويلحق الأولاد المولودين في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام، فلم ينكر عليه ذلك أحد من الصحابة[٤]. وقد خالف الحنفية في ذلك فقالوا بعدم جواز إثبات النسب بالقيافة؛ لأن الله -عز وجل- حصر هذا الإثبات في الفراش، أما نفي النسب فدليله اللعان الذي شرعه الله[٥].

والشبه وسيلة ظنية أو غير قاطعة، فقد يشبه الولد أباه أو أمه وقد لا يشبههما البتة وقد يشبه أحد أجداده من أبيه أو أمه فيختلف لونه عن لون أبيه أو أمه، وشاهده أن رجلًا أتى رسول

(١) أخرجه البخاري في كتاب أحاديث الأنبياء باب خلق آدم صلوات الله عليه برقم (٣٣٢٨).
(٢) هو مجزز الدلجي القائف وهو مجزز بن الأعور بن صعدة بن مدلج الكناني المدلجي، وإنما قيل له: مجزز لأنه كان كلما أسر أسيرًا جز ناصيته. أسد الغابة ج٥ ص٦١.
(٣) أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب القايف برقم (٦٧٧٠).
(٤) الموطأ ج٢ ص٢١٥.
(٥) المبسوط للسرخسي ج١٧ ص٧٠.

الله ﷺ فقال: إن امرأتي ولدت غلامًا أسود، فقال رسول الله: هل لك من إبل؟ قال نعم. قال -عليه الصلاة والسلام- ما ألوانها؟ فقال: حمر، فقال: فهل فيها من أورق؟ أي (ما كان في لونه بياض مائل إلى السواد) قال: نعم، فقال -عليه الصلاة والسلام- فأنى هو؟ فقال: لعله يا رسول الله عرق نزع به[١].

الوسيلة الثالثة (اللعان) - والمراد به يمين الزوج بزنى زوجته أو بنفي الولد منها، فيكون بهذه اليمين قد قذفها بالزنى، والأصل فيه قول الله -عز وجل- ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[٢] ﴿ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾[٣] ﴿ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾[٤] ﴿ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾[٥] وكيفيته أمام القضاء أن يشهد الزوج القاذف أربع مرات أنه لمن الصادقين فيما رماها به، ويقول في الشهادة الخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين فيما رماها به، ثم تقوم المرأة أمام القضاء فتشهد أربع شهادات بالله إنه من الكاذبين فيما رماها به، وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الطلاق باب إذا عرض بنفي الولد برقم (٥٣٠٥).
(٢) سورة النور الآية ٦.
(٣) سورة النور الآية ٧.
(٤) سورة النور الآية ٨.
(٥) سورة النور الآية ٩.

قلت: واللعان يمين تحتمل الصدق كما تحتمل الكذب حسب ديانة المتلاعنين أو أحدهما، فهو وسيلة ظنية يحكم به القاضي حسب ظاهر البينة المتمثلة في يمين المتلاعنين أو أحدهما وإن كان هذا كاذبًا، وهذا ما حدث في قضية هلال بن أمية حين رمى زوجته بابن عمه شريك بن سحماء، فكذبت في يمينها فجاء ولدها شبيهًا بشريك، فقال رسول الله ﷺ لولا ما قضى من الأيمان الكاذبة لكان لي فيها أمر (أي الرجم)[1].

والحمض النووي وسيلة علمية عصرية يقوم على كشف الصفات الوراثية بين الأب والأم والولد، وقد ثبت علميًا أن فصيلة دم الشخص تتأثر بفصيلة دم أبيه وأمه، فيرث الولد صفات من أبيه عن طريق الحيوان المنوي، ويرث هذه الصفات من أمه عن طريق البييضة بشكل متساو، والصفات الوراثية في كل شخص تختلف عن الآخر، فبواسطة الحمض النووي يتم تحديد بنوة هذا الشخص من ذاك؛ لوجود تشابه بينه وأبيه وأمه في هذا الحمض، فلإثبات

(١) رمى هلال بن أمية امرأته بابن عمه شريك بن سحماء وأنها حبلى، قال فأرسل رسول الله ﷺ إلى الخليل والمرأة والزوج فاجتمعوا عنده، فقال النبي ﷺ لزوجها هلال: ويحك ما تقول في بنت عمك وابن عمك وخليلك أن تقذفها ببهتان؟ فقال الزوج: أقسم بالله يا رسول الله لقد رأيته معها على بطنها وإنها لحبلى وما قربتها منذ أربعة أشهر، فقال النبي ﷺ، للمرأة: ويحك ما يقول زوجك؟ قالت: أحلف بالله إنه لكاذب وما رأى منا شيئًا يريبه، وذكر كلامًا طويلًا في الإنكار، فقال النبي ﷺ للخليل: ويحك ما يقول ابن عمك؟ فقال: أقسم بالله ما رأى ما يقول وإنه لمن الكاذبين، وذكر كلامًا طويلًا في الإنكار، قال فقال النبي ﷺ للمرأة والزوج: قوما فاحلفا بالله، فقاما عند المنبر في دبر صلاة العصر فحلف زوجها هلال بن أمية فقال: أشهد بالله إني لمن الصادقين، فذكر لعانه وصفة لعانها، وذكر في لعان الزوج إنها لحبلى من غيري وإني لمن الصادقين، ثم لم يذكر أنه أحلف شريكًا وإنما ذكر قول النبي ﷺ إذا ولدت فأتوني به، فولدت غلامًا أسود جعدًا كأنه من الحبشة، فلما أن نظر إليه فرأى شبهه بشريك وكان ابن حبشية، قال: لولا ما مضى من الأيمان لكان لي فيها أمر. يعني الرجم، السنن الكبرى للبيهقي ج٧ ص٤٠٧.

النسب أو نفيه لا بد من وجود أصل الصفات الوراثية الموجودة في الولد في كل من أبيه وأمه، فلو وجد نصف هذه الصفات في الأم ووجد النصف الآخر غير مطابق لصفات الأب فهذا يدل على أنه ليس أباه[1].

من هنا يجب النظر إلى الحمض النووي على أنه وسيلة شرعية قطعية لإثبات النسب أو نفيه.

وأما حكم الاستعانة بالوسائل العلمية العصرية، فهذه الوسائل في إطلاقها متعددة، منذ أن تمكن الإنسان في القرنين الماضيين من اختراع هذه الوسائل وتطويرها، فالسيارات والطائرات ومختلف المراكب -كمثل بسيط- إحده هذه الوسائل، وقد استعان المسلم بها في أداء عبادته في حجه وتجارته ومختلف أموره، والمراصد الفلكية وسيلة لتحديد رؤية الهلال في بدايته ونهايته، كما أنها وسيلة لتحديد وقت الحج في زمانه، ناهيك بالوسائل الأخرى المعلومة لتحديد أوقات الصلوات حسب أماكنها ومعرفة تحديد اتجاه القبلة في الحضر والسفر.

فهذه الوسائل -كمثل بسيط- مما استعان بها المسلم وانتفع منها فهي مشروعة والاستعانة بها واجبة، ولا يمنع من ذلك إلا إذا

(١) ينظر في مسألة الحمض النووي أثر التقنية الحديثة في الخلاف الفقهي للدكتور هشام آل الشيخ ص٧٠٩ وما بعدها، طبع مكتبة الرشد بالرياض. وكتاب القضاء بالقرائن المعاصرة للدكتور عبد الله العجلان ج١ ص٢٧٣ وما بعدها. طبع عمادة البحث العلمي بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، وقراءات خاصة.

كانت هذه الوسائل أو إحداها مقيدة بحكم شرعي معلوم في المسألة المراد الاستعانة فيها بهذه الوسائل؛ فالاستعانة بالمراصد الفلكية لتحديد رؤية الهلال لبداية صيام رمضان ونهايته جائزة بل قد تكون واجبة، ولكنها لا تقدم على الرؤية (إذا كانت هذه ممكنة)؛ لأن رسول الله ﷺ قال: (صوموا لرؤيته وأفطرو لرؤيته...) الحديث[1]. وهكذا في كل أمر فيه تقييد للوسيلة أو النازلة، وهذا من النادر، لأن كل وسيلة علمية معاصرة أو آتية تفيد المسلم في أداء عبادته ومختلف حياته تعد مشروعة، بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة.

وأساس هذه القاعدة أحكام كثيرة من كتاب الله وسنة رسوله محمد ﷺ؛ أما الكتاب فمنه قوله -عز وجل- ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[2] فمع أن هذه الآية جاءت في معرض الدلالة على قدرة الله إلا أنها دليل على منته ورحمته لخلقه بتسخير ما في الأرض لهم، سواء كان ذلك في مجال المطعومات أو المشروبات أو في مجال الانتفاع أو الاستمتاع أو الاستشفاء ونحو ذلك، فكل ما سخره الله لعباده مباح لهم ولا يمنع من ذلك إلا ما حرمه أو حرمه رسوله عليهم بحكم، كالتداوي مثلًا بالخمر ونحوها.

ومن هذه الآيات قول الله -عز ذكره- ﴿وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلْأَسْمَآءَ

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصيام باب قول النبي ﷺ: (إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا) برقم (١٩٠٩).
(٢) سورة البقرة الآية ٢٩.

كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى ٱلْمَلَٰٓئِكَةِ ﴾[١] وهذا التعليم يشمل أسماء الإنسان والنبات والماء والحيوان وسائر الموجودات والكائنات، سواء ما كان منها وما يكون. وتعليم الله لآدم تعليم لذريته من بعده، وهذا التعليم يقتضي أن كل علم علمه الإنسان في ماضيه أو حاضره أو سيعلمه في مستقبله إنما هو من علم الله له، وليس في هذا عجب؛ لأنه -عز وجل- هو الذي خلق هذا الإنسان وخلق فيه العقل وهذا العقل وسيلة للعلم إلى جانب الوسائل الأخرى من السمع والبصر ومختلف الحواس ودلائلها، وشاهده أيضًا قوله -عز وجل- ﴿ عَلَّمَ ٱلْإِنسَٰنَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ﴾[٢] وتقرير الله لهذه الحقيقة تقرير لآدم وذريته وتقرير للملائكة حين قالوا على سبيل الاستفهام ﴿أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ ٱلدِّمَآءَ ﴾[٣] فأجابهم﴿إِنِّيٓ أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾[٤] فاختص وحده بالعلم فهو -عز وجل- العليم في ذاته العلية، وهو المعلم لخلقه أنى كانوا في مختلف أحوالهم وتكرر أزمنتهم وأمكنتهم. ومن الآيات قول الله -عز ذكره- ﴿ وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾[٥] ومع أن هذه الآية جاءت بعد الرد على اليهود بأن أمر الروح من عند الله وحده، كما قال -عز وجل- ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلرُّوحِ ۖ قُلِ ٱلرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّى ﴾. فقد بين -جل ثناؤه- أن العلم كله له

(١) سورة البقرة الآية ٣١.
(٢) سورة العلق الآية ٥.
(٣) سورة البقرة من الآية ٣٠.
(٤) سورة البقرة من الآية ٣٠.
(٥) سورة الإسراء الآية ٨٥.

وحده، وأن ما أوتي الإنسان من العلم يعد قليلًا في كمه أو كيفه؛ فاقتضى هذا أن علم الإنسان يستمده حكمًا من الله، وهذا الاستمداد يتتابع حسب أحوال الزمان وعمل الإنسان، فإذا كانت القيافة في الماضي دليلاً على معرفة شبه الإنسان فإن الحمض النووي القائم على كشف الصفة الوراثية بين الولد ووالديه دليل على هذا الشبه، والفارق بينهما في الزمن فحسب، فكل منهما من علم الله للإنسان حسب زمانه وعلمه وتطور حياته. ومن الآيات الدالة على أن الأصل في الأشياء الإباحة قول الله -عز وجل- ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ ﴾[1]. وفي هذا إنكار على من يحرم شيئًا لم يحرمه الله؛ فكل زينة يتزيَّنُ بها الإنسان في مظهره أو في مختلف أحواله، وأيًّا كان اسمها أو صفتها تعد حلالًا له ما لم يدل الدليل على تحريمها، كلبس الذهب للرجال مثلًا.

ومن الآيات قول الله -عز وجل- ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[2] وهذه أيضًا منة من الله على عباده بأن سخر لهم (أي ذلَّل وسَهَّل لهم) ما في السموات وما في الأرض؛ فمن السماء رزقهم كما قال -عز وجل- ﴿ وَفِي ٱلسَّمَآءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ ﴾[3] وقد فسره ابن عباس بأنه المطر[4]،

(١) سورة الأعراف الآية ٣٢.
(٢) سورة الجاثية الآية ١٣.
(٣) سورة الذاريات الآية ٢٢.
(٤) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج٤ ص٢٣٦.

وسخر لهم ما في الأرض، وهذا يقتضي أن كل شيء في الأرض ينفعهم في حياتهم، سواء في طعامهم أو شرابهم أو سكنهم أو استشفائهم وغير ذلك من أمور حياتهم مباح لهم، ولا يمنعهم من هذا الانتفاع إلا ما حرمه عليهم وفصَّله لهم، كما قال -عز وجل- ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[1] ومع ذلك استثنى من هذا التحريم ما تدعو إليه ضرورتهم فقال ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[2] وهذا أيضًا رحمة منه لعباده، وما هذه الأحكام إلا آيات لقوم يتفكرون في منته على عباده ورحمته لهم. ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[3].

ومن الآيات الدالة على أن الأصل في الأشياء الإباحة نهي الله عن السؤال فيما عفا عنه أو سكت عنه، كما قال -عز وجل- ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾[4].

وكما أن هذه القاعدة في الكتاب فهي أيضًا أصل في السنة، فقد كان رسول الله ﷺ يكره السؤال فيما لم تكن له حاجة؛ خشية أن تفرض على أمته أحكام تعجز عنها، ففي هذا روى أبو هريرة -رضي الله عنه- قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: أيها الناس قد فرض الله عليكم الحج فحجوا، فقال رجل: أكل عام يا رسول الله؟ فسكت حتى قالها ثلاثًا، فقال رسول الله ﷺ: (لو قلت نعم

(١) سورة الأنعام من الآية ١١٩.
(٢) سورة الأنعام من الآية ١١٩.
(٣) سورة الجاثية الآية ١٣.
(٤) سورة المائدة الآية ١٠١.

لوجبت ولما استطعتم) ثم قال: (ذروني ما تركتكم، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه)[١].

كما روى المغيرة بن شعبة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعًا وهات، وكره ثلاثًا: قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال. قال الإمام القرطبي في (كثرة السؤال) الكثير من السؤال في المسائل الفقهية تنطعًا وتكلفًا فيما لم ينزل، والأغلوطات وتشقيق المولدات، وقد كان السلف يكرهون ذلك ويرونه من التكلف[٢].

كما روى سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: (إن أعظم المسلمين جرمًا من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته)[٣]. كما روى سلمان الفارسي -رضي الله عنه- قال: سئل رسول الله ﷺ عن شيء من السمن والجبن والفِراء، فقال: (الحلال ما أحل الله في كتابه والحرام ما حرم الله في كتابه وما سكت عنه فهو مما عفا عنه)[٤].

ففي هذه الأحاديث دليل على أن حكمة الله اقتضت أن الأصل

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر صحيح مسلم بشرح النووي ج٦ ص٣٦١٢، رقمه (١٣٣٧).

(٢) أخرجه الإمام أحمد في المسند -٤ ٢٢٥٥.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال وتكلف ما لا يعنيه برقم (٧٢٨٩)

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب اللباس باب ما جاء في لبس الفراء برقم (١٧٢٦).

في الأشياء الإباحة؛ لعلم الله بأحوال عباده، وأن ما حرم عليهم قد فصل لهم في كتابه وعلى لسان رسوله، فما عليهم إلا أن ينتفعوا بما سخر لهم في الحياة الدنيا، ولا يمنعهم من ذلك إلا ما حرم عليهم مما هو مفصل ومبين لهم -كما ذكر-.

وكما في الكتاب والسنة بأن الأصل في الأشياء الإباحة قال بذلك جمع من الفقهاء، ففي مذهب الإمام أبي حنيفة: الأصل في الأشياء الإباحة عند بعض أصحاب المذهب(١)، وفي مذهب الإمام الشافعي الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم؛ استدلالًا بالأحاديث السابقة(٢). وفي مذهب الإمام أحمد قال شيخ الإسلام ابن تيمية: (اعلم أن الأصل في جميع الأعيان الموجودة على اختلاف أصنافها وتباين أوصافها أن تكون حلالًا مطلقًا للآدميين، وأن تكون طاهرة لا يحرم عليهم ملابستها ومباشرتها ومماستها. وهذه كلمة جامعة ومقالة عامة، وقضية فاضلة عظيمة المنفعة، واسعة البركة، يفزع إليها حملة الشريعة فيما لا يحصى من الأعمال وحوادث الناس) وقد أشار -رحمه الله- إلى أنه دل عليها أدلة عدة من الشريعة، هي: كتاب الله، وسنة رسوله، واتباع سبيل المؤمنين... ثم مسالك القياس والاعتبار، ومناهج الرأي والاستبصار(٣).

وخلاصة المسألة: أن الحمض النووي DNA وكذا الوسائل

(١) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة لابن نجيم ص٦٦.
(٢) الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي ص٤٣-٤٤.
(٣) مجموع الفتاوى ج١ ص٥٣٥.

العلمية المعاصرة مما يجب الاستعانة بها فيما يهم المسلم في حياته، سواء في إثبات النسب أو نفيه أو في إثبات الجرائم ونحو ذلك من نوازل العصر مما لم يرد فيه نص يدل على التحريم؛ وذلك بناء على قاعدة أن الأصل في الأشياء الإباحة المبنية على كتاب الله وسنة رسوله محمد ﷺ.

٤٩٧- حضانة الأولاد الصغار حق لأمهم.

سؤال يقول: كثيرًا ما يقع النزاع بين الزوج وزوجته عمن هو الأحق منهما بحضانة ولدهما، خاصة عندما يقع الطلاق بينهما، والسؤال: عمن هو الأحق منهما بهذه الحضانة.

الحضانة في اللغة: الولاية على الطفل لتربيته وتدبير شئونه فحضنه جعله في حضنه، وحضن الرجل الصبي رعاه[١] والحضانة في الاصطلاح تعني تربية الولد وحفظه؛ لعدم قدرته على الاستقلال بأموره[٢]. وتثور مشكلة الحضانة لأسباب عدة: إما بسبب وفاة الوالدين أو أحدهما، وإما بسبب طلاق يحدث بينهما، والولد في صغره فلا بد له حينئذ من حاضن يقوم بتدبير أموره، كطعامه وشرابه ولباسه وحفظه وتربيته؛ مما يستوجب بالضرورة وجود هذا الحاضن حفظًا له من الضياع.

ومع أن مشكلة الطلاق وما ينتج منها من النزاع حول حضانة

(١) المعجم الوسيط ج١ ص١٨٢.

(٢) كتاب التعريفات ص٩٣. المغني ص٦١٣. كشاف القناع ج٥ ص٤٩٥. القوانين الفقهية ص٢٢٤.

الولد قديمة قدم العلاقة الزوجية، إلا أن هذه المشكلة تبدو أكثر تعقيدًا في هذا الزمان بسبب كثرة الطلاق وعدم تماسك الأسرة؛ مما يؤدي إلى تشرد الأولاد وضياعهم وتحولهم إلى مشكلة عصية لأهليهم وبلدانهم.

ومن المشاهد أن النزاع حول الحضانة يبدأ في الغالب من الأب؛ إما لحرصه على تربية ولده اعتقادًا منه أنه هو الأصلح له، وإما لمجرد رغبته في نزعه من زوجته بعد فراقه لها، والأم حين تطالب بحضانة ولدها ترى أن ذلك من حقها، فهي أقدر على تربيته وأكثر شفقة وعطفًا عليه، وهذا هو الغالب الأعم في الأمهات. وفي هذا قال أبو بكر الصديق -رضي الله عنه- لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لما تخاصم مع زوجته أم عاصم حول حضانة عاصم: يا عمر، ريحها وشمها ولطفها خير له منك. أو كما قال -رضي الله عنه[1]. هذا في العموم، فالحضانة إذًا للولد -ذكرًا أم أنثى- حق لأمه في حال صغره، على أن تتوافر فيها عدة شروط: أولها- أن تكون مسلمة إذا كان الولد مسلمًا، فلا حضانة لغير المسلمة. وقد تباينت آراء الفقهاء في هذا الشرط فمنهم من قال به ومنهم من خالفه.

وفي مذهب الإمام أبي حنيفة للأم حق الحضانة ولو كانت كتابية أو مجوسية، إلا أن تكون مرتدة حتى تسلم؛ لأنها نجسة، أو فاجرة

(١) مصنف ابن أبي شيبة ج٤ ص١٦٢. وسنن سعيد بن منصور ج٢ ص١٠٩.

فجورًا يضيع الولد به كالزنى والغناء والسرقة، وقيل إنها الأحق بحضانة الولد ولو كانت سيئة السيرة معروفة بالفجور مالم يعقل ذلك إذا كانت غير مأمونة، واستدلوا على ذلك بما روي أن امرأة قالت لرسول الله ﷺ: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني. فقال رسول الله ﷺ: (أنت أحق به مالم تتزوجي)[1]. وفي مذهب الإمام مالك: لا تكون الحضانة لفاجرة[2]. وفي مذهب الإمام الشافعي مثل ذلك، قال أبو سعيد الاصطخري: لا تثبت للكافر على المسلم، واستدل على ذلك بما روى عبد الحميد بن سلمة عن أبيه قال: أسلم أبي وأبت أمي أن تسلم وأنا غلام فاختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا غلام، اذهب إلى أيهما شئت إن شئت إلى أبيك وإن شئت إلى أمك، فتوجهت إلى أمي، فلما رآني رسول الله ﷺ سمعته يقول: اللهم اهده، فملت إلى أبي فقعدت في حجره[3]. والصحيح في المذهب أنه لا ولاية لغير المسلمة سواء كانت ذمية أو نحوها[4].

وفي مذهب الإمام أحمد أن الحضانة ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال؛ ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر

---

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين ج٣ ص٥٥٥-٥٥٦. والبناية شرح الهداية للعيني ج٥ ص٦٤٤-٦٤٧.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص٢٩٦.

(٣) المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج٢ ص١٦٩. وروضة الطالبين للإمام النووي ج٩ ص٩٨.

(٤) المهذب للشيرازي ج٢ ص١٦٩.

أولى؛ لأن ضرره أكثر، فيفتنه عن دينه؛ لأن الحاضن الكافر يعلمه الكفر ويخرجه من دين الإسلام، والحضانة إنما تثبت لحفظ الولد، فلا تكون في وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه[١].

ويرى الإمام ابن حزم أن الأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاعة، فإذا بلغا من السن والاستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة للكافرة ولا لفاسقة، واستشهد أبو محمد على ذلك بقول الله -عزوجل- ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[٢] وقوله -عز وجل- ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[٣] فلا يجوز -كما قال أبو محمد- نقله أو نقلها عن موضع جعلها الله -تعالى- فيه بغير نص[٤].

قلت: والأصل أنه لا ولاية لغير المسلمة على طفلها المسلم؛ لأن الحضانة مثل الولاية أو هي الولاية، ولم يجعل الله لغير المسلم ولاية على المسلم، وفي هذا قال -عز وجل- ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[٥] والمولود يولد على الفطرة، فأبواه أو أحدهما يجعله على هذا الدين أو ذاك، وفي هذا قال رسول الله :(كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه)[٦] فَعُلِمَ

(١) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ج٩ ص١٩٧-٢٩٨.
(٢) سورة الأنفال الآية ٧٥.
(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٣.
(٤) المحلى بالآثار ج١٠ ص١٤٣.
(٥) سورة النساء الآية ١٤١.
(٦) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين. صحيح مسلم بشرح النووي ج١١ ص١٩٩، رقمه (٢٦٨٥).

من هذا أن الوالدين أو أحدهما يؤثر في ديانة الطفل، والأم غير المسلمة لا تؤمن على حضانة ولدها، والأصل أن يكون على فطرته وهي الإسلام فإذا جعلت لها الحضانة فسوف تجعله يدين بالدين الذي تدين به هي.

قلت: هذا من حيث الأصل، ولكن قد تحدث حالات يضطر الطفل فيها إلى أمه، فلو كان في مكان لا توجد فيه حاضنة مسلمة وكان هذا يهدد حياته، أو كان هذا لا يريد إلا لبن أمه، أو لم يكن له أهل غير أمه، فمن هنا يجوز لها حضانته إلى أن يعقل ويفهم ويخشى عليه من أمه، فحينئذ تنتقل الحضانة إلى أحد من أهله المسلمين، فإن لم يكن له أهل وجبت حضانته ورعايته من قبل المسلمين، ويتمثل هذا في جمعيات الرعاية المسلمة وما في حكمها ممن يكون مسؤولًا عن رعاية أطفال المسلمين، وهذه الحالات الاستثنائية تقدر من قبل القضاء بعد معرفة وقائعها وأسبابها.

الشرط الثاني من شروط الحاضنة: أن تكون عاقلة، فلا حضانة لفاقدة العقل، ويشمل ذلك غير المتزنة في سلوكها، كمن فيها خلل نفسي يؤثر في سلامة الطفل أو يعرضه للخطر. الشرط الثالث: أن تكون قادرة على حفظ الولد وتربيته كأمثاله، فلا حضانة للعاجزة أو المريضة مرضًا مقعدًا أو معديًا، وكذا المتقدمة في السن أو صغيرته؛ لما يودي إليه ذلك من ضياعه. الشرط الرابع: أن تكون

من أهل الأمانة، فلا ولاية للفاسقة أو سيئة السلوك، ويشمل ذلك ممتهنة الغناء أو التمثيل وما في حكم ذلك من الأفعال المخلة بالخلق وحسن السلوك؛ لأن الغاية من حضانة الطفل توافر حسن رعايته وحسن تربيته حتى تكون نشأته نشأة صحيحة. الشرط الخامس: أن تكون الأم الحاضنة غير متزوجة؛ والأصل في ذلك قول رسول الله ﷺ في الحديث المشار إليه آنفًا (أنت أحق به ما لم تتزوجي) والعلة في ذلك أن زواجها قد يحرم الطفل من حسن رعايتها حين تهتم بزوجها وأطفاله منها، وقيل إن المراد بذلك الزوج الأجنبي، أما إذا كان الزوج قريبًا للطفل كعمه مثلًا فلا يمنع زواجها منه من الحق في حضانته؛ لأن عمه من أهل الحضانة، ناهيك بأنه سيكون أكثر عطفًا عليه لقرابته منه. ويرى الإمام ابن حزم بأنه لم يأت نص صحيح قط بأن الأم إذا تزوجت يسقط حقها في الحضانة[١]، وهذه الحالات التي تحدث على خلاف الأصل مما يقدرها القضاء ويفصل فيها.

ولا يستمر الطفل في حضانة أمه، فإذا بلغ حدًّا من العمر خيّر بين أبيه وأمه فيكون مع من اختاره منهما، وقد تباينت آراء الأئمة -رحمهم الله- في مسألة الاختيار من عدمه، فعند الإمام أبي حنيفة لا يخيّر، ولكن إذا استقل بنفسه؛ فأصبح يأكل بنفسه ويلبس بنفسه ويستنجي بنفسه فالأب حينئذ أحق به[٢]. وعند الإمام

(١) المحلى بالآثار ج١٠ ص١٤٢.
(٢) الجوهرة النيرة ج٤ ص٢٥٧.

مالك لا يخيّر[١] وعند الإمام الشافعي[٢] وأحمد[٣] يخيّر، والحجة في ذلك أن رسول الله ﷺ خير غلامًا بين أبيه وأمه، وذلك فيما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن ينزع بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني، فقال رسول الله ﷺ للغلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به[٤]. والحجة في ذلك أيضًا عمل الصحابة.

كما تباينت آراء الفقهاء حول تخيير البنت، فعند الإمام أبي حنيفة أن أمها أحق بها حتى تحيض وتتزوج[٥]. وعند الإمام مالك أن الأم أحق بحضانتها حتى تتزوج أو يدخل بها[٦]. وعند الإمام الشافعي تخيّر البنت كالغلام[٧]. وعند الإمام أحمد لا تخيّر، فإذا بلغت سبع سنين تكون عند أبيها؛ والحجة في ذلك أنها تحتاج إلى حفظ وأبوها أقدر من أمها على حفظها؛ ولأنها إذا بلغت هذه السن أصبحت قابلة للتزويج، وقد تزوج رسول الله ﷺ عائشة وهي بنت سبع سنين[٨].

قلت: هذه خلاصة آراء الأئمة في تخيير الغلام والبنت من عدمه،

(١) المدونة الكبرى ج٢ ص٢٥٨.
(٢) روضة الطالبين ج٩ ص١٠٣.
(٣) المغني مع الشرح الكبير ج٩ ص٣٠٠.
(٤) أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق باب من أحق بالولد برقم (٢٢٧٧) ج٢ ص٢٦٢.
(٥) حاشية رد المحتار ج١ ص٦٤١. وبدائع الصنائع ج٤ ص٤٢-٤٣.
(٦) حاشية الدسوقي ج٢ ص٣٥٦.
(٧) مغني المحتاج ج٣ ص٣٥٦.
(٨) المغني والشرح الكبير ج٩ ص٣٣٠.

ولعل الصواب تخيير الغلام بين أبيه وأمه إذا بلغ من العمر حدًا معينًا أقله سبع سنين، وليس لأكثره حد، فالغلام الذي خيره رسول الله ﷺ قد تجاوز سبع سنوات، فهو كما قالت أمه يسقيها من بئر أبي عنبة وينفعها، ولا يفعل هذا إلا من تجاوز هذه السن فتخييره واجب، سواء كان بين سبع سنين أو قد تجاوزها. أما البنت فلعل الصواب تخييرها بين أبيها وأمها؛ لأن من العدل عدم التفريق بينها وبين أخيها في التخيير، بل قد تكون أولى منه، فإذا خيرت واختارت أمها فتكون عندها حتى تحيض أو تتزوج، كما هو الأمر عند الإمامين أبي حنيفة ومالك؛ ذلك أن الأم أقدر من الأب على تعليمها أمور الزواج وأمور النساء، فهي في هذه الأمور تستحيي من الرجال ولو كان أقرب إليها كأبيها.

وخلاصة المسألة: أن الأم أحق بحضانة أولادها في حال صغرهم، على أن تتوافر فيها الشروط التالية: أولها: أن تكون مسلمة إذا كان الطفل مسلمًا، ويستثنى من ذلك حالات معينة كعدم وجود غيرها لحضانته مما يخشى معه على حياته، وهذا الأمر يقدره القضاء حسب الحالة. الشرط الثاني: أن تكون عاقلة فلا حضانة لمن كانت غير متزنة في تصرفاتها، أو كان بها خلل نفسي يخشى على الطفل منه. الشرط الثالث: أن تكون قادرة على حفظ الولد وتربيته كأمثاله، فلا حضانة للعاجزة أو المريضة مرضًا مقعدًا أو

معديًا وكذا المتقدمة في السن أو صغيرته. الشرط الرابع: أن تكون من أهل الأمانة، فلا حق للفاسقة في الحضانة أو سيئة السلوك أو ممتهنة الغناء أو التمثيل أو نحو ذلك من الأفعال المخلة بالأخلاق. الشرط الخامس: أن تكون غير متزوجة، ما لم يكن الزوج من أقارب للطفل كعمه.

ويجب أن يخيّر الغلام بين أبيه وأمه إذا بلغ سبع سنين أو أكثر فيكون مع من اختاره منهما. كما يجب أن تخيّر البنت إذا بلغت سبع سنين، فإذا اختارت أمها بقيت معها حتى تتزوج ما دام في ذلك مصلحة لها، وفي كل الأحوال يقدر القضاء الأحكام حسب الوقائع التي تتبين له مع الاستناد على الأصول الشرعية وتفصيلاتها.

٤٩٨- ما يجب على المطلقة وما يجب لها.

سؤال من الأخت مسعودة من الجزائر، عما يجب على المطلقة وما يجب لها.

يجب أولًا على المرأة المطلقة العدة، والعدة في اللغة هي الإحصاء وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء أو الأشهر، مأخوذة من العد[1].

وفي الاصطلاح اسم المدة التي تنتظر فيها المرأة لمعرفة ما إذا

(١) لسان العرب مادة: «عد» ج٨ ص٩١.

كان رحمها قد برئ من الحمل من زوجها[١]. والأصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، أما الكتاب فقول الله -عز وجل- في حق المطلقات عمومًا ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[٢] وقوله في حق الآيسات من المحيض لكبرهن ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾[٣] وقوله عز وجل في حق أولات الحمل ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[٤] وقوله -عز ذكره- ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾[٥].

وأما وجوب العدة في السنة، ففي حديث أم عطية أن رسول الله ﷺ قال: (لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا)[٦]. وقوله -عليه الصلاة والسلام- لفاطمة بنت قيس: (اعتدي في بيت ابن أم مكتوم)[٧]. وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة في سلفها وخلفها على وجوب العدة دون مخالف. وأما المعقول فإن من حقائق الحياة وما خلقه الله فيها من الفطرة أن يستقل كل إنسان بنسبه، فابن زيد لزيد وابن عمر لعمر. ولكي يتحقق

(١) التعريفات للجرجاني ص١٥٣.
(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢٦.
(٣) سورة الطلاق الآية ٤.
(٤) سورة الطلاق الآية ٤.
(٥) سورة البقرة الآية ٢٣٤.
(٦) أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام، صحيح مسلم بشرح النووي ج٦ ص٤٠٢٨، رقمه(٩٢٦).
(٧) أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، صحيح مسلم بشرح النووي ج٦ ص٤٠٢٤، رقمه (١٤٨٠).

هذا المعيار يجب براءة رحم المرأة من زوجها قبل أن تستعد لزوج آخر، فلو لم تجب العدة لاختلطت الأنساب.

ومدة العدة للمطلقة ثلاثة قروء كما ورد النص على ذلك في القرآن الكريم، وهناك خلاف في معنى القرء والراجح أن المراد به الحيض، فالعدة تظل قائمة إلى أن تحيض المرأة ثلاث حيض بعد الطلاق، ولو طلقها وهي حائض فلا يحتسب ذلك الطهر من العدة؛ لأن هذا الطلاق محرم أصلًا، وحال من وطئت بشبهة وكذا حال المزني بها كحال المطلقة في العدة؛ لأن المراد استبراء الرحم، وهذا الاستبراء لا يحصل إلا بعد حيضها ثلاث حيض كاملة.

ولا تجب العدة على المطلقة غير المسوسة كالخطوبة أو التي لم يدخل بها، وكل من لم تمس بنكاح أو ما في حكمه؛ لقول الله -عزوجل- ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[1].

وفي حال العدة يجب على المطلقة سواء كانت ذات رجعة أو بائنة عدم الخروج من بيتها إلا للضرورة، كزيارة أهلها أو قضاء حاجتها كالخروج للعمل إذا كانت مثلًا موظفة ونحوها. والأصل في ذلك حديث جابر -رضي الله عنه- قال: طلقت خالتي ثلاثًا فخرجت تجذ نخلها (أي تقطع ثمره) فلقيها رجل فنهاها عن

(١) سورة الأحزاب الآية ٤٩.

ذلك، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لها: اخرجي فجذي نخلك لعلك أن تتصدقي منه)[١]. ولا يجوز لزوجها إخراجها من بيتها ما لم تكن قد ارتكبت إثمًا ظاهرًا؛ لقول الله -عز وجل- ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[٢].

والحكمة من عدم خروج المطلقة من بيتها في حال العدة أن تكون قريبة من زوجها في حال الرجعية، لعله يراجعها، فوجودها أمامه في المنزل سبب لإرجاعه لها؛ لأن الإسلام يدعو إلى استمرار الزوجية ويكره الطلاق. أما المبتوتة، فوجودها في بيت الزوج حال العدة حالة مؤقتة إلى أن تنتهي العدة ثم تستعد للزواج وتتدبر أمرها.

وللمطلقة ذات الرجعة النفقة والسكن كما ذكر في حال انتظار للرجعة لزوجها، ولا خلاف في ذلك. أما البائنة فقد اختلف الفقهاء في أمرها، فعند الإمام أبي حنيفة يحق لها النفقة والمسكن مثل المطلقة ذات الرجعة؛ لأنها مكلفة بقضاء مدة العدة في بيت زوجها، فهي محتسبة لحقه عليها في بقائها في منزله، فتجب لها عندئذ النفقة[٣].

(١) أخرجه مسلم في كتاب النكاح، باب جواز خروج المعتدة البائن، والمتوفى عنها زوجها. صحيح مسلم بشرح النووي ج٦ ص ٤٠٥٤، رقمه (١٤٨٣).
(٢) سورة الطلاق الآية ١.
(٣) كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ص٢٠٩-٢١٠.

ووجه الاستدلال حديث أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ أنه قال: (المطلقة ثلاثًا لها السكن والنفقة)[1]. ووجه الاستدلال أيضًا ما نقل عن الشعبي أنه قال: قال عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- لما ذكر له حديث فاطمة بنت قيس الذي ذكر فيه أنه ﷺ قال: ليس لها نفقة: لا نترك كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت لها السكن، والنفقة، سمعت رسول الله ﷺ يقول لها السكن والنفقة، قال الله -عز وجل- ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[2].

وعند الإمام مالك، للمبتوتة السكن ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملًا. قال الإمام سمعت ابن شهاب يقول: لا تخرج المبتوتة من بيتها حتى تحل، وليس لها نفقة إلا إن تكون حاملًا فينفق عليها حتى تضع حملها[3]. وقال بمثل هذا الإمام الشافعي[4].

وعند الإمام أحمد، لا نفقة لها ولا سكن؛ لحديث فاطمة بنت قيس، وتفصيله أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسختطه، فقال والله مالك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: (ليس لك عليه

(١) رواه الدار قطني في سننه وقد تكلم صاحب إعلاء السنن على رواة الحديث وثقة بعضهم والاختلاف في البعض الآخر، وأن الاختلاف في التوثيق لا يضر. إعلاء السنن للتهانوي ج١١ ص٣١٦.
(٢) رواه الطحاوي وقال صاحب السنن سنده منقطع. المرجع السابق نفسه.
(٣) أوجز المسالك إلى موطأ مالك ج١١ ص٢٨.
(٤) المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج٢ ص١٤٦-١٤٧.

نفقة ...) الحديث[١]. وقيل إن أم المؤمنين عائشة -رضي الله عنها- قالت: مالفاطمة بنت قيس خير في أن تذكر هذا الحديث[٢].

قلت: ولعل ما كان بين فاطمة بنت قيس وأهل زوجها من خلاف، وخروجها من بيت الزوجية قد أسقط حقها في النفقة، فهذه حالة خاصة بها، إن حق المبتوتة في النفقة والسكن حق خُلُقِي إلى كونه حقًا شرعيًا؛ فهي تقيم في بيت الزوجية وقد لا تستطيع الحصول على ما يكفي لعيشها، وهو أمر مناطه الضرورة لحفظ النفس فمن ذا الذي يستطيع الإنفاق عليها غير من هي محتبسة في بيته لحقه عليها؟ ولأن الله -عز وجل- أمر بإمتاعها وجعل ذلك على المتقين، في قوله -عز ذكره- ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾[٣] كما أنه -جل ثناؤه- أمر الزوجين بأن لا ينسيا ما كان بينهما من العشرة والولد والعلاقة مدة من الزمن، مما يستدعي منهما مراعاة ذلك، فمن هنا يقتضي الواجب الخلقي والشرعي أن على الزوج إسكان مبتوتته والإنفاق عليها، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة، ورآه حقًا واجبًا على الزوج.

وكما يجب للمطلقة ذات الرجعة والمبتوتة السكن والنفقة يجب

---

(١) المغني ج١١ ص ٢٢٩-٢٩٦.

(٢) ونص الحديث (عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: ليس لك عليه نفقة ....) أخرجه مسلم في كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاث لا نفقة لها. صحيح مسلم شرح النووي ج٦ ص٤٠٣٦، رقمه (١٤٨٠).

(٣) سورة البقرة الآية ٢٤١.

كذلك للمطلقة الحامل، والأصل فيه قول الله -عز وجل- ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1]. وهذا يقتضي أن على الزوج إسكان مطلقته الحامل والإنفاق عليها، سواء كان طلاقه لها رجعيًا أم مبتوتًا وذلك مدة الحمل؛ لأنها محتسبة لحقه وحق حملها.

وخلاصة المسألة: أنه يجب على المطلقة ذات الرجعة أو البائنة العدة ثلاث حيض وعدم الخروج من بيت زوجها إلا لضرورة تقتضيها الحال، كزيارة أهلها أو قضاء حاجاتها أو أداء عملها إذا كانت عاملة، كما يجب على زوجها عدم إخراجها من بيتها لقول الله -عز وجل- ﴿وَاتَّقُواْ اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[2] كما يجب عليه إسكانها والإنفاق عليها حتى تنتهي عدتها.

أما المطلقة الحامل فعدتها مدة حملها، وعلى زوجها إسكانها والإنفاق عليها حتى تضع حملها.

٤٩٩- حكم التلبية في الحج والعمرة، وما إذا كانت شرطًا أم سنة أم واجبة.

سؤال عن حكم التلبية في الحج والعمرة، وما إذا كانت تعد شرطًا أم سنة أم واجبة.

---

(١) سورة الطلاق الآية ٦.

(٢) سورة الطلاق من الآية ١.

التلبية في الحج والعمرة مما علمه ومارسه الحجاج والعمار؛ فمنذ فجر الإسلام وهم يؤدون حجهم وعمرهم ويستشعرون عِظَمَ التلبية؛ استجابة لنداء نبي الله إبراهيم -عليه السلام- حين أذّن في الناس في الحج؛ استجابة لأمر الله له في قوله -عز وجل- ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾[1] واستجابة أيضًا لما فعله رسول الله ﷺ في حجة الوداع، ففي حديث جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما- عن هذه الحجة قال: فصلى رسول الله ﷺ في المسجد -في ذي الحليفة- ثم ركب القصواء حتى إذا استوت به ناقته على البيداء .... أهلّ بالتوحيد: لبيك اللهم لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك، وأهلّ الناس بهذا الذي يهلّون به، فلم يرد رسول الله ﷺ عليهم شيئًا منه، ولزم تلبيته[2].

والحاج والمعتمر قد يسأل عما إذا كانت التلبية واجبة عليه في نسكه، أم أنها مجرد سنة، أو استحباب، أو مجرد ذكر إن فعله فحسن وإن لم يفعله فلا جناح عليه. وحول هذه المسألة تباينت آراء الأئمة -رحمهم الله- ففي مذهب الإمام أبي حنيفة تعد التلبية شرطًا حين يحرم الحاج، فلا تكفي النية في الإحرام بل تجب التلبية؛ أو ما يقوم مقامها ولو بغير العربية، وهذا الشرط مرة والزيادة

(١) سورة الحج الآية ٢٧.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ. صحيح مسلم بشرح النووي ج٥ ص٢٢٣-٢٢٧.

سنّة، ويكون بتركها مسيئًا. والأصل في هذا الشرط قول الله -عزوجل- ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ ۚ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ ۗ وَمَا تَفْعَلُوا۟ مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمْهُ ٱللَّهُ ۗ وَتَزَوَّدُوا۟ فَإِنَّ خَيْرَ ٱلزَّادِ ٱلتَّقْوَىٰ ۚ وَٱتَّقُونِ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ﴾[1] فالفرض المراد به هنا التلبية، فإذا نوى ولبس فقد أحرم لأنه أتى بالنية والذكر، كما في الصلاة فيدخل في الإحرام[2].

وفي مذهب الإمام الشافعي[3] وأحمد أن التلبية سنة أو مستحبة؛ لأنها ذكر فلم تجب في الحج كسائر الأذكار[4].

ويرى الإمام مالك أن على من تركها دم، وقال غيره بوجوبها، ومن قال بهذا الوجوب استدل بأن أفعال الرسول ﷺ إذا أتت بيانًا الواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك[5] لقوله -عليه الصلاة والسلام-: خذوا عني مناسككم[6].

قلت: ولعل هذا هو الصواب، فمع أن في شرط التلبية في الإحرام -عند الأحناف- قوة الحكم في تعظيم أمر التلبية، فقد يكون فيه عسر كبير للحاج الذي لم يلبِ عند إحرامه بسبب فساد هذا الإحرام لفقد الشرط، فيكون (الوجوب) حينئذ هو التوسط في الحكم؛

(١) سورة البقرة الآية ١٩٧.
(٢) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ج١ ص١٤٤.
(٣) المهذب للشيرازي ج١ ص٢٠٦. و روضة الطالبين للإمام النووي ج٣ ص٢٧٣.
(٤) المغني لابن قدامة بتحقيق عبد الله التركي ج٥ ص١٠٠.
(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج١ ص٢٤٧. والثمر الداني في تقريب المعاني في شرح أبي زيد القيرواني، جمع وتحقيق عبد السميع الأبي الأزهري ص٣٦٢.
(٦) أخرجه مسلم في كتاب الحج باب استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكبًا برقم (١٢٩٧).

للأدلة التالية:

أولها: أن الله أمر نبيه إبراهيم -وهو أمر لنبيه ورسوله محمد وأمته- أن يؤذن في الناس في قوله -عز وجل-: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ يَأْتِينَ مِن كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ﴾[1] ﴿لِّيَشْهَدُوا۟ مَنَٰفِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَٰتٍ﴾[2]. وهذا يقتضي وجوب الذكر بالتلبية والجهر بها؛ لأن الله حين أمر نبيه إبراهيم بالأذان للحج بيَّنَ الغاية منه، فهو إلى جانب أنه ركن من أركان الإسلام فيه منفعة للناس، وفيه ذكر لاسم الله، فإذا لم يكن هذا الذكر انتفت إحدى الغايات من الحج، وحاشا أن تنتفي هذه الغاية. وثانيها: أن في التلبية إجابة وطاعة لله -عز وجل- في أمره لنبيه إبراهيم -عليه السلام- بالنداء للحج. والتلبية توحيد لله -عز وجل- بحمده ونفي الشرك عنه؛ ولهذا كان التوحيد أفضل ما يدعو به الحاج في صعيد عرفات؛ لقول رسول الله ﷺ: (أفضل ما قلت أنا والنبيين من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير)[3]. فأقل ما يمكن لمن ترك هذه التلبية أن يريق دمًا؛ تكفيرًا عن إساءته وخطئه. وثالث الأدلة: أن التلبية من فعل رسول الله ﷺ، فقد بدأ حجته النبوية بالإهلال بالتوحيد، ولم يعلم عنه أنه تركها أو قلل منها، أو أسَرَّ بها، بل

(١) سورة الحج الآية ٢٧.
(٢) سورة الحج الآية ٢٨.
(٣) أخرجه الترمذي في كتاب الدعوات باب في دعاء يوم عرفة برقم (٣٥٨٥).

كان يداوم عليها، ويجهر بها، كما كان أصحابه يجهرون بها حتى كانت أصواتهم تُبَحُّ من ترديدها والتصويت بها. وقد أخبر -عليه الصلاة والسلام- أن جبريل جاءه وقال له أن يأمر أصحابه بها؛ لأنها من شعائر الحج، وكان -عليه الصلاة والسلام- يلبي إذا رأى راكبًا، أو صعد أكمة، أو هبط واديًا. وكان يلبِّي في أدبار الصلوات المكتوبة، وفي آخر الليل، ولم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة، كما ذكر ذلك الفضل بن العباس . ولو لم تكن التلبية واجبة لما أمر بها أصحابه، كما قال له جبريل -عليه السلام-، فوجب علينا أن نفعل مثل ما كان يفعل؛ لقول الله -عز وجل- ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ﴾[1].

ورابع الأدلة: إذا قيل باستحباب التلبية دون وجوبها فسيكون الإتيان بها من عدمه متروكًا لرغبة الحاج أو المعتمر، وهذا قد يُلَبِّي وقد لا يُلَبِّي طالما أن التلبية من باب الاستحباب له، وهنا سيكون أمر تركها واردًا، وهو ما يقع اليوم من بعض الحجاج مما يخالف المراد من إظهار شعائر الحج، ومنها ذكر اسم الله -تعالى- وتوحيده والجهر به في أيام الحج المعلومات .

وخامس الأدلة: قوله -عليه الصلاة والسلام- في حجته النبوية: (خذوا عني مناسككم فلعلي لا ألقاكم بعد عامي هذا)[2]. وهذا

(١) سورة الأحزاب الآية ٢١.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الحج، باب استحباب إدامة التلبية حتى يشرع في رمي جمرة العقبة يوم النحر، صحيح مسلم مع شرحه إكمال إكمال المعلم للأبي، ج٤ ص٢٤٣، برقم (٧٦٢) .

يقتضي الأخذ بما كان يفعله -عليه الصلاة والسلام-، ومن ذلك إهلاله بالتلبية، وهذا يقتضي الوجوب طالما أنه لم يأت ما ينفيه بدليل آخر .

وسادس الأدلة: أن التلبية، ورفع الصوت بها مما كان يفعله المسلمون منذ فجر الإسلام، وما فعله ويفعله خلفهم من بعدهم حين حجهم وعمرهم لبيت الله الحرام، فأصبح هذا إجماعًا يقتضي الوجوب فمن ترك هذا الوجوب حق عليه دم عن إساءته.

وخلاصة المسألة: أن القول بوجوب الدم على من ترك التلبية في الحج أو العمرة -كما قال الإمام مالك- لعله الصواب -إن شاء الله- وذلك لعدد من الأدلة هي: أمر الله لنبيه إبراهيم أن يؤذن في الحج؛ وأن في التلبية إجابة وطاعة الله -عز وجل-، وأنها من فعل رسول الله ﷺ، وإذا قيل باستحبابها دون وجوبها فسيكون الإتيان بها من عدمه متروكًا لرغبة الحاج؛ مما يخالف المراد منها. ومن أدلة الوجوب أنها من المناسك التي أمرنا رسول الله ﷺ بأخذها عنه، ومن الأدلة أنها من فعل المسلمين في سلفهم وخلفهم، فأصبح هذا إجماعًا على الوجوب.

٥٠٠- حكم ما يفضل من المطعوم بعد استخراج مادة منه وتحويلها إلى مواد محرمة

سؤال من الأخ رضوان بن محمد من الجزائر، عن حكم شراء

قمح استخرجت منه مادة محرمة بعمليات معينة، وما بقي من القمح بعد هذا الاستخراج يستورده من فرنسا أحد التجار لكي يبيعه طعامًا للأنعام.

المفهوم من السؤال أن تجار الخمور يستخرجون من بعض أنواع المطعومات كالشعير والعنب والتمر أحد أنواع الخمر، وهذا الاستخراج يتم وفق طرق صناعية معينة مع ما يمزج به من مواد أخرى. ويبقى من المطعوم بعد فصل المادة منه بقايا كثيرة أو قليلة حسب طبيعة هذا المطعوم وكميته ونوعه، وهذه البقايا تكون محل السؤال حول مدى حلها وحرمتها، كما هو سؤال الأخ السائل.

قلت: الأصل أن المادة المستخرجة من المطعوم إذا كانت تحول بأي طريقة إلى مادة خمرية فهذه المادة تعد محرمة أيًا كان مسماها؛ لأن الخمر في أسمائها وصفاتها وأنواعها رجس من عمل الشيطان، كما قال الله -عز وجل- ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[1].

أما ما يبقى من المطعوم بعد استخراج المادة منه، فإن كان هذا قد تأثر بالاستخراج المشار إليه فأصبح فيه شيء من المادة الخمرية فهذا حكمه حكم هذه المادة، ولو كان تأثير الاستخراج

(١) سورة المائدة الآية ٩٠.

فيه قليلًا؛ لقول رسول الله ﷺ «ما أسكر كثيره فقليله حرام»[1].

أما إذا كان هذا الباقي لم يتأثر بهذا الاستخراج -وربما أن هذا هو الغالب- فهو حلال يجوز الانتفاع منه للإنسان والحيوان.

فالجواب إذًا عن السؤال أنه إذا كان مايشتريه التاجر المشار إليه، من بقايا المطعوم بعد استخراج المادة منه، سليمًا في ذاته من أي شوائب محرمة بعد الاستخراج الذي حدث فهو حلال.

والله أعلم

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الأشربة، باب النهي عن المنكر، برقم (٣٦٨١)، و أخرجه البخاري في كتاب الأشربة، باب الخمر من العسل والتبغ فتح الباري ج ٥ ص ٤٤، رقمه(٥٥٨١)، بلفظ «كل شراب أسكر فهو حرام».

وثائق في الفقه

مقدمة

تنص المادة الثالثة من نظام (المجلة) على ((أن تكون على اتصال وتعاون مع مؤتمرات الفقه الاسلامي وتنفيذًا لهذه المادة تنشر المجلة ما يتيسر لها الحصول عليه من هذه القرارات)).

من قرارات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث

الوقف وما يتصل به من أحكام

فقد انعقدت بتيسير الله وتوفيقه الدَّورة العادية العشرون للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث بمدينة استانبول بتركيا في الفترة من الثاني عشر وحتى الخامس عشر من شهر رجب سنة ١٤٣١هـ-، الموافق للرابع والعشرين حتى السابع والعشرين من شهر حزيران (يونيو) ٢٠١٠م، برئاسة سماحة الإمام العلامة يوسف القرضاوي رئيس المجلس، وبحضور أغلبية أعضائه، وعدد من الضيوف والمراقبين.

بعد استعراض الأبحاث التي تناولت موضوع (الوقف)، قرر المجلس ما يلي:

لقد شرع الإسلام الوقف -ولا سيما الوقف الخيري منه- بأدلة من القرآن والسنة والإجماع، واعتبره جزءًا مهمًّا من منظومة الخير في نظامه، وهو أسلوب من أساليب تأبيد الخير التي تميّز بها الإسلام؛ وكان أول وقف هو وقف النبي صلى الله عليه وسلم لأموال مخيريق

اليهودي، الذي قتل مع المسلمين في غزوة أحد، وأوصى بأمواله للنبي صلى الله عليه وسلم؛ كما اعتنى الصحابة رضي الله عنهم بإقامة الأوقاف، واعتنى المسلمون من بعدهم على مرّ العصور كذلك بتأسيس الأوقاف وإدارتها.

ولقد أبدع المسلمون في الحضارة الإسلامية في إقامة أوقاف متخصصة في سائر ميادين الحياة، كوقف الزوجات الغاضبات، ووقف مؤنس المرضى والغرباء، ووقف الإيحاء إلى المريض بالشفاء، ووقف الأواني المكسورة، ووقف على الحيوانات.

وإن المسلمين في عصرنا الحاضر -وخصوصًا المسلمين في أوروبا- مدعوون إلى إحياء سنة الوقف مع مراعاة كل ما من شأنه تطويره والإفادة من ريعه في سائر المجالات المشروعة، ومن ذلك:

١. التوسعة في الوقف، ليشمل وقف العقار والمنقول، والوقف المؤبد، والوقف المؤقت، ووقف النقود للإقراض والاستثمار.

٢. عدم الالتزام من شروط الواقف، ما كان فيه ضرر للوقف، أو للموقوف عليهم، وما كان منها مخالفًا للشرع.

٣. ضرورة تطوير الوقف وتجديده فقهًا وأسلوبًا وتوسيعًا، واتخاذ أساليب معاصرة في المحافظة على أراضيه ومبانيه، وتنمية إيراداته.

٤. العمل على إشراك الجمهور المسلم -من الأغنياء ومتوسطي الدخل ومحدودي الدخل- في المساهمة في الوقف، بحيث يدفع كل واحد من

هؤلاء ما يتيسر له، والقليل على القليل كثير.

٥. الاستفادة من الصيغ الجديدة في تمويل الوقف كالمرابحة، وعقد الاستصناع، والإجارة، والمضاربة، وكذلك صيغ التمويل القائمة على الاكتتاب الخاص (الصكوك).

٦. الاستفادة من تجربة الصناديق الوقفية المتخصصة والتي تساهم في تنمية أوضاع المسلمين والمجتمع عموما، في مجال التنمية العلمية والدعوية، ورعاية الأسرة، والرعاية الصحية، والحفاظ على البيئة.

٧. وجوب المحافظة على الوقف واستمراره وتنميته حتى لا تتعطل منافعه جزئيًا أو كليًا، بإعمال الحلول التي جاء بها الفقه الإسلامي لمعالجة مشكلة الوقف إذا تعطل أو قلّ إنتاجه، كاحتجاز بعض الغلة لإصلاح الموقوف أو ترميمه، أو التحكير، أو الاستبدال أو المعاوضة بالضوابط الفقهية المعروفة.

٨. الاستفادة من صيغة الترست "Trust " والفاونديشن والأسوسييشن كصورة من صور الوقف.

التأمين الصحي

فقد انعقدت بتيسير الله وتوفيقه الدَّورة العادية العشرون للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث بمدينة استانبول بتركيا في الفترة من الثاني عشر حتى الخامس عشر من شهر رجب سنة ١٤٣١هـ، الموافق للرابع والعشرين حتى السابع والعشرين من شهر حزيران (يونيو) ٢٠١٠م،

برئاسة سماحة الإمام العلامة يوسف القرضاوي رئيس المجلس وبحضور أغلبية أعضائه وعدد من الضيوف والمراقبين.

اطلع المجلس على موضوع (التأمين الصحي)، وبعد الدراسة والمناقشة قرر ما يلي:

الأصل هو إجراء التأمين الصحي الفردي والجماعي مع شركات التأمين التكافلي إن وجدت، وإن لم توجد فلا مانع من إجرائه مع شركات التأمين التجارية لأن الضرورة أو الحاجة تقتضيه.

إلزام القاضي للزوج بقبول الخلع

فقد انعقدت بتيسير الله وتوفيقه الدَّورة العادية العشرون للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث بمدينة استانبول بتركيا في الفترة من الثاني عشر حتى الخامس عشر من شهر رجب سنة ١٤٣١هـ، الموافق للرابع والعشرين حتى السابع والعشرين من شهر حزيران (يونيو) ٢٠١٠م، برئاسة سماحة الإمام العلامة يوسف القرضاوي رئيس المجلس وبحضور أغلبية أعضائه وعدد من الضيوف والمراقبين.

اطلع المجلس على موضوع (إلزام القاضي للزوج بقبول الخلع) فيما يتصل بوضع المسلمين في الغرب، وبعد الدراسة والمناقشة قرر ما يلي:

إذا رفعت المرأة المتضررة أمرَها إلى مجالس القضاء الشرعي للمسلمين في أوربا طالِبَةً الاختلاعَ من زَوْجِها، فإجراءاتُ القضاء تَقْتَضي أن يَكونَ مِن حَقِّ القاضي إلزامُ الزَّوْجِ بقَبولِ الفِديَةِ وخَلْعِ

زوجَتِهِ إذا ثبت له الضرر، وذلك بعدَ استِنفادِ ما يتقدَّمُ ذلِكَ مِن إجراءٍ يتَمَثَّلُ في التَّالي:

أولًا: يأمرُ بالحَكَمَيْنِ، أو يَعْمَلُ بنفسِهِ، على الإصْلاحِ بينَهما لاستدامَةِ عَقْدِ الزَّواجِ.

ثانيًا: إذا لم يأمُرْ بالحكَمَيْنِ، وعَمِلَ على الإصلاحِ ولم يَكُنْ؛ صارَ إلى إقناعِ الزَّوْجِ بالتَّطليقِ أو قَبولِ الخُلْعِ.

ثالثًا: إنْ أبى الزَّوجُ قَبُولَ الخُلْعِ حكم بالفراق؛ تَحقيقًا للمَقاصِدِ في دَفْعِ الضَّرَرِ عن المرأة في مُقابَلَةِ تعنُّتِ الزَّوْجِ.

التراجع عن الوفاء بالعقد بعد توقيعه

توقيع العقد في أي صفقة ملزم للطرفين شرعًا، ولا يجوز لأحدهما أن يرجع فيه بإرادته المنفردة، دون رضى الطرف الآخر، فهذا مخالف لما أمر الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم- وأكدته نصوص القرآن والسنة. قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} [المائدة: من الآية١]، وقال عز وجل: {وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولًا} [الإسراء: من الآية٣٤]، وقال تعالى: {وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا} [النحل: من الآية٩١].

وحمل القرآن بشدة على الذين يتهاونون بالعهود وينقضونها من بعد ميثاقها، في آيات كثيرة، منها: {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ

وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ} [آل عمران:٧٧].

واعتبر النبي صلى الله عليه وسلم نقض العهد من شعب النفاق، وخصال المنافق الأساسية: "أربع من كن فيه كان منافقًا خالصًا، ومن كان فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها" وذكر منها: "إذا عاهد غدر" رواه الشيخان عن عبد الله بن عمرو.

وليس من الضروري أن يكون العقد مكتوبًا، فمجرد الإيجاب والقبول مشافهة يكفي في إيجاد العقد، ولكن له خيار المجلس على ما نرجحه، فلو تبين له عقد آخر، وهما لا يزالان في مجلس العقد، فمن حقه أن يرجع، كما جاء في الحديث الصحيح: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا" متفق عليه عن ابن عمر. فقد جعل الحديث فرصة للتراجع لمن تسرع في التعاقد دون روية.

ومثل ذلك لو كان مغبونًا غبنًا فاحشًا يرفع أمره إلى جهة تحكيم تثبت له خيار الغبن إذا تبين لها ذلك، عملًا بمذهب الحنابلة وغيرهم.

ويستطيع المسلم أن يخرج من ورطة التراجع في العقد بعد إتمامه إذا اشترط لنفسه الخيار أيامًا معدودة، يستطيع فيها أن يرجع في صفقته خلالها، وهذا ما نصح به النبي صلى الله عليه وسلم أحد الصحابة، حين شكا إليه أنه كثيرًا ما يخدع في البيع، فقال له: "إذا بايعت فقل: لا خلابة" أي لا خداع، وهذا في الصحيحين، وفي خارج الصحيحين: "ولي

الخيار ثلاثة أيام"، والمسلمون عند شروطهم. [القرار ٦/٦] .

اشتراط مراعاة السن في الأضحية

قرر المجلس بأن اعتبار السن المحدد للأضحية في الضأن والبقر هو للتحقق من الانتفاع بها ليكون ما يضحّى به مجزئًا، والسن هو علامة أو أمارة على ذلك، والأصل مراعاة اشتراط السن في الظروف العادية، ما لم يتحقق النمو المطلوب قبل السن، خصوصًا الضأن الذي ينمو بسرعة في أوروبا، وكذلك عجول التسمين التي تنمو في عدة شهور، سواء أتم ذلك بنمو طبيعي أم باستخدام طرق التسمين، فإن التضحية بها جائزة تحقيقًا للمقصود الشرعي من اشتراط السن، وقد أفتى بهذا بعض مشاهير المالكية، وينبغي مراعاة المتطلبات الصحية لتجنب الأضرار التي قد تحدث من ذبائح مريضة أو مشتملة على موانع معروفة، مثل جنون البقر، والله أعلم.

وبالمناسبة فإن المجلس ينبه المسلمين إلى ما يلي:

- الحرص على الالتـزام بالقوانين الصحية التي تشترط رقابة الطبيب البيطري على الذبائح في المسالخ الرسمية.

- يجوز شرعًا أن يوكّل المسلم غيره بذبح أضحيته عنه، ولو في بلد آخر، خاصة في البلاد التي يتعرض فيها المسلمون للاضطهاد أو المجاعة أو الحاجة الملحة.

- في حال تعذر حصول المضحي على أضحية من المسلخ في اليوم

الأول من أيام العيد، فلا مانع أن يكون ذلك إلى اليوم الرابع من أيام العيد. [الدورة السابعة]

حكم تناول الخل المصنوع من الخمر

قرار المجلس: الخمر إذا تخللت – أي تحولت إلى خل- بنفسها فهي حلال وطاهرة بالإجماع، وإذا كانت تخللت بمعالجة وعمل متعمد، كوضع ملح أو خبز أو بصل أو خل أو مادة كيميائية معينة، فقد اختلف فيها الفقهاء، فمنهم من قال: تطهر ويحل الانتفاع بها، لانقلاب عينها وزوال الوصف المفسد فيها، ومنهم من قال: لا تطهر، ولا يحل الانتفاع بها؛ لأنا أمرنا باجتنابها، وفي التحليل اقتراب منها، فلا يجوز.

وبعد أن استعرض المجلس أدلة الفريقين خلص إلى ترجيح المذهب الأول وهو طهارة الخل وحل الانتفاع به؛ وذلك لأن التخليل – مثل التخلل- يزيل الوصف المفسد وهو الإسكار، ويثبت وصف الصلاحية؛ لأن فيه مصلحة التغذي والتداوي وغيرهما، ولأن علة التنجيس والتحريم هي الإسكار، وقد زالت، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، تأكد هذا بقوله عليه الصلاة والسلام: "نعم الإدام الخل"(رواه مسلم)، من غير تفريق بين خل وآخر، ولا طلب منا البحث عن أصله ماذا كان.

وما روي بخلاف ذلك مما يدل على المنع من تخليلها فإنما هو من باب الردع والتشديد عليهم في أول الأمر، حتى لا يتهاونوا فيها بحال. [القرار ٧/ ٤]

ضوابط التعامل في اللقاء بين الجنسين

قرار المجلس: اللقاء والتعاون والتكامل بين الرجال والنساء أمر فطري، ولا يمكن منعه واقعًا، ولم يرد في دين الفطرة ما يحجره بإطلاق، وإنما أحاطه بالضوابط التالية:

١. منع الخلوة (وهي وجود رجل وامرأة أجنبية عنه في موضع لا يراهما فيه أحد) امتثالًا لقول النبي – صلى الله عليه وسلم- في الحديث الصحيح: "ما خلا رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما" (رواه أحمد).

٢. توقي التَّماسّ (وهو التلاصق والتراص بالأبدان بين الرجل والمرأة الأجنبية عنه) حذر الإثارة والفتنة.

٣. تجنب التبرج (وهو الكشف عما أمر الله ورسوله –صلى الله عليه وسلم- بستره من البدن)، إذ يجب على المرأة حين اجتماعها بالرجال غير المحارم أن تستر كل جسدها ما عدا الوجه واليدين، على مذهب جمهور الفقهاء.

التزام المرأة الحشمة في حديثها وحركاتها، فلا تتصنع من الكلام والحركات مما يؤدي إلى إثارة الغرائز، قال تعالى: {إن اتقيتنَّ فلا تخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض وقلن قولًا معروفًا} [الأحزاب: ٣٢]، وقال تعالى: {ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن} [النور: ٣١].

فإذا التزم الرجال والنساء في أي لقاء أو نشاط بهذه الضوابط

الشرعية، فلا حرج عليهم في ذلك، ما كان موضوع اللقاء أو النشاط جديًا، سواء أكان علميًا أم ثقافيًا ونحو ذلك.

ولا فرق في ضرورة الالتزام بهذه الضوابط بين أن يتعلّق الأمر بفتيات مسلمات أو غير مسلمات؛ لأن الإثارة محتملة في الحالتين، على أن الانفصال في المجلس الواحد في المقاعد بين الرجال والنساء هو الأفضل، خصوصًا إذا لم تكن هناك حاجة إلى خلافه.

[الدورة السابعة]

كشف المرأة المسلمة عورتها أمام غير المسلمة

أجاب المجلس عن سؤال حول عورة المسلمات أمام غير المسلمات واشتراكهن في مسبح آمن خاص بهن، بأنه لا مانع من هذا الاشتراك وأن عورة المسلمة تجاه غير المسلمة هي كعورة الرجل أمام الرجل، أي من السرة إلى الركبة، على ما هو المذهب المعتمد عند الحنابلة وقول صحيح في المذاهب الثلاثة.

ويوصي المجلس الأخوات الصالحات بالحرص على غض البصر عما يظهر من العورات، وعلى أن يتخذن من بينهن من تدربهن على السباحة، ونظرًا لما بدا من حرص هؤلاء النسوة غير المسلمات على صورة من صور الحشمة في الابتعاد عن خلطة الرجال في هذا الموضع، فإن على المسلمات الاستفادة من ذلك في دعوتهن إلى الإسلام وقيمه.

[القرار ٤/٥]

أكل ذبائح أهل الكتاب في الدول الغربية

ناقش المجلس باستفاضة تامة هذا الموضوع المهم الذي أثار كثيرًا من الجدل والخلاف حول مدى شرعيته، وتوصل إلى ضرورة حرص المسلمين على الالتزام بشروط التذكية كما جاءت بها الشريعة الإسلامية، إرضاءً للرب سبحانه، ومحافظة على شخصيتهم الدينية مما تتعرض له من أخطار، وصونًا لأنفسهم من تناول المحرمات. وبعد استعراض طرائق الذبح المتبعة وما يتضمنه الكثير منها من مخالفات شرعية تؤدي إلى موت عدد غير قليل من الحيوانات، لاسيما الدجاج، فقد قرر المجلس عدم جواز تناول لحوم الدواجن والأبقار، بخلاف الأغنام والعجل الصغيرة، فإن طريقة ذبحها لا تتنافى مع شروط الذكاة الشرعية في بعض البلدان.

هذا ويوصي المجلس أن يتخذ المسلمون في ديار الغرب مذابح خاصة بهم حتى ترتاح ضمائرهم ويحافظوا على شخصيتهم الدينية والحضارية.

ويدعو المجلس الدول الغربية إلى الاعتراف بالخصوصيات الدينية للمسلمين، ومنها تمكينهم من الذبح حسب الشريعة الإسلامية أسوة بغيرهم من الجماعات الدينية الأخرى كاليهود. كما يدعو الدول الإسلامية إلى استيراد اللحوم الحلال التي تخضع لمراقبة شرعية من قبل المراكز الإسلامية الموثوق بها في ديار الغرب. [الدورة الثالثة]

نقل أعضاء الإنسان لإنسان آخر

أ- يؤكد المجلس قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة (التابع لرابطة العالم الإسلامي) وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة (المنبثق عن منظمة مؤتمر العالم الإسلامي) رقم ٢٦ (١/٤) بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيًا كان أو ميتًا، ونصه:

من حيث التعريف والتقسيم:

أولًا: يقصد هنا بالعضو أي جزء من الإنسان، من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كقرنية العين. سواء أكان متصلًا به، أم منفصلًا عنه.

ثانيًا: الانتفاع الذي هو محل البحث، هو استفادة دعت ضرورة المستفيد لاستبقاء أصل الحياة، أو المحافظة على وظيفة أساسية من وظائف الجسم كالبصر ونحوه. على أن يكون المستفيد يتمتع بحياة محترمة شرعًا.

ثالثًا: تنقسم صور الانتفاع هذه إلى الأقسام التالية:

١. نقل العضو من حي.
٢. نقل العضو من ميت.
٣. النقل من الأجنة.

الصورة الأولى: وهي نقل العضو من حي، تشمل الحالات التالية:

أ- نقل العضو من مكان من الجسد إلى مكان آخر من الجسد نفسه، كنقل الجلد والغضاريف والعظام والأوردة والدم ونحوها.

ب- نقل العضو من جسم إنسان حي إلى جسم إنسان آخر. وينقسم العضو في هذه الحالة إلى ما تتوقف عليه الحياة وما لا تتوقف عليه.

أما ما تتوقف عليه الحياة، فقد يكون فرديًا، وقد يكون غير فردي، فالأول كالقلب والكبد، والثاني كالكلية والرئتين.

وأما ما تتوقف عليه الحياة، فمنه ما يقوم بوظيفة أساسية في الجسم ومنه ما لا يقوم بها. ومنه ما يتجدد تلقائيًا كالدم، ومنه ما لا يتجدد، ومنه ما له تأثير على الأنساب والمورِّثات، والشخصية العامة، كالخصية والمبيض وخلايا الجهاز العصبي، ومنه ما لا تأثير له على شيء من ذلك.

الصورة الثانية: وهي نقل العضو من ميت:

ويلاحظ أن الموت يشمل حالتين:

الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلًا نهائيًا لا رجعة فيه طبيًا.

الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفًا تامًا لا رجعة فيه طبيًا.

وقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة:

الصورة الثالثة: وهي النقل من الأجنة، وتتم الاستفادة منها في ثلاث حالات:

١. حالة الأجنة التي تسقط تلقائيًا.

٢. حالة الأجنة التي تسقط لعامل طبي أو جنائي.

٣. حالة اللقائح المستنبتة خارج الرحم.

من حيث الأحكام الشرعية:

أولًا: يجوز نقل العضو من جسم الإنسان إلى مكان آخر من جسمه، مع مراعاة التأكد من أن النفع المتوقع من هذه العملية أرجح من الضرر المترتب عليها، وبشرط أن يكون ذلك لإيجاد عضو مفقود أو لإعادة شكله أو وظيفته المعهودة له، أو لإصلاح عيب أو إزالة دمامة تسبب للشخص أذى نفسيًا أو عضويًا.

ثانيًا: يجوز نقل العضو من جسم إلى جسم إنسان آخر، إن كان هذا العضو يتجدد تلقائيًا، كالدم والجلد، ويراعى في ذلك كون الباذل كامل الأهلية، وتحقق الشرعية المعتبرة.

ثالثًا: تجوز الاستفادة من جزء من العضو الذي استؤصل من الجسم لعلة مرضية لشخص آخر، كأخذ قرنية العين لإنسان ما عند استئصال العين لعلة مرضية.

رابعًا: يحرم نقل عضو تتوقف عليه الحياة كالقلب من إنسان إلى إنسان آخر.

خامسًا: يحرم نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفة أساسية في حياته وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها، كنقل قرنية العينين كلتيهما، أما إن كان النقل يعطل جزءًا من وظيفة أساسية فهو محل بحث ونظر، كما يأتي في الفقرة الثامنة.

سادسًا: يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة وليٍّ أمر المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له.

سابعًا: وينبغي ملاحظة: أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها، مشروط بألا يتم ذلك بوساطة بيع العضو، إذ لا يجوز إخضاع الإنسان للبيع بحال ما.

أما بذل المال من المستفيد، ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة أو مكافأة وتكريمًا، فمحل اجتهاد ونظر.

ثامنًا: كل ما عدا الحالات والصور المذكورة، مما يدخل في أصل الموضوع، فهو محل بحث ونظر، ويجب طرحه للدراسة والبحث في دورة قادمة، على ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية.

ب- يؤكد المجلس أيضًا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة رقم: ٥٧ (٦/٨) بشأن زراعة الأعضاء التناسلية، ونصه:

أولًا: زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلقّ جديد، فإن زرعهما محرم شرعًا.

ثانيًا: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية- ما عدا العورات المغلظة-

جائز لضرورة مشروعة وفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم: ٢٦ (١ / ٤) لهذا المجمع، والله أعلم.

ج- يؤكد المجلس أيضًا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة رقم ٥٤ (٦/٥) بشأن زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي ونصه:

أولًا: إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو الغدة الكظرية للمريض نفسه وفيه ميزة القبول المناعي؛ لأن الخلايا من الجسم نفسه، فلا بأس من ذلك شرعًا.

ثانيًا: إذا كان المصدر هو أخذها من جنين حيواني فلا مانع من هذه الطريقة إن أمكن نجاحها ولم يترتب على ذلك محاذير شرعية. وقد ذكر الأطباء أن هذه الطريقة نجحت بين فصائل مختلفة من الحيوان، ومن المأمول نجاحها باتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة لتفادي الرفض المناعي.

ثالثًا: إذا كان المصدر للحصول على الأنسجة هو خلايا حية من مخ جنين باكر (في الأسبوع العاشر أو الحادي عشر) فيختلف الحكم على النحو التالي.

أ: الطريقة الأولى: أخذها مباشرة من الجنين الإنساني في بطن أمه، بفتح الرحم جراحيًا، وتستتبع هذه الطريقة إماتة الجنين بمجرد أخذ الخلايا من مخه، ويحرم ذلك شرعًا إلا إذا كان بعد إجهاض طبيعي غير متعمد أو إجهاض مشروع لإنقاذ حياة الأم وتحقق موت الجنين،

مع مراعاة الشروط التي سترد في موضوع الاستفادة من الأجنة في القرار رقم: ٩٥ (٦/٨) لهذه الدورة.

ب: الطريقة الثانية: وهي طريقة قد يحملها المستقبل القريب في طياته باستزراع خلايا المخ في مزارع للإفادة منها، ولا بأس في ذلك شرعًا إذا كان المصدر للخلايا المستزرعة مشروعًا، وتم الحصول عليها على الوجه المشروع.

رابعًا: المولود اللادماغي: طالما ولد حيًا، لا يجوز التعرض له بأخذ شيء من أعضائه إلى أن يتحقق موته بموت جذع دماغه، ولا فرق بينه وبين غيره من الأسوياء في هذا الموضوع، فإذا مات فإن الأخذ من أعضائه تراعى فيه الأحكام والشروط المعتبرة في نقل أعضاء الموتى من الإذن المعتبر، وعدم وجود البديل وتحقق الضرورة وغيرها، ومما تضمنه القرار رقم: ٢٦(١/٤) من قرارات الدورة الرابعة لهذا المجمع ولا مانع شرعًا من إبقاء هذا المولود اللادماغي على أجهزة الإنعاش إلى ما بعد موت جذع المخ- والذي يمكن تشخيصه- للمحافظة على حيوية الأعضاء الصالحة للنقل، توطئة للاستفادة منها بنقلها إلى غيره بالشروط المشار إليها.

٢- تحديد المنتفع بالأعضاء، ووسيلة ذلك:

هذا وقد استكمل المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث بعد المناقشة المسائل الآتية التي تتعلّق بنقل الأعضاء، وهي:

أ- إذا حدد المتبرع أو ورثته شخصًا معينًا للانتفاع بالعضو المتبرع به أو فوّض جهة معينة بتحديد الشخص المنتفع به، فيجب الالتزام بذلك ما أمكن، فإن لم يمكن لسبب إرادي أو طبي فإنه يرجع في ذلك إلى ورثة المتبرع، فإن لم يتيسر فيرجع إلى الجهة المعنية بمصالح المسلمين في البلاد غير الإسلامية.

ب- إذا كتب الشخص وثيقة للتبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته فتطبق على ذلك أحكام الوصية، ولا يجوز للورثة أو غيرهم تبديل الوصية.

ج- في حالة وجود قانون بأن من لم يصرح بعدم الرغبة في أن ينتفع بأعضائه بعد وفاته يعتبر موافقًا؛ فإن عدم التصريح بالرفض يعتبر موافقة ضمنية. [القرار ٢/٦]

تشييع المسلم لجنازة قريبه الكافر

قرار المجلس: لقد أمر الإسلام ببر الوالدين والإحسان إليهما حتى ولو كانا غير مسلمين، قال تعالى: {وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا} [الإسراء: من الآية٢٣]، وقال تعالى: {وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا} [لقمان: من الآية١٥]، كما أمر الإسلام بصلة الرحم وحث على ذلك.

ويتأكد واجب البـرّ والصلة في مناسبات الفرح والسرور، وفي مناسبات المصائب والكروب، ومن أعظمها الموت الذي يجمع الأقارب

عند فقدان أحدهم، والإنسان بفطرته يجد حاجة للتعبير عن عاطفته نحو الميت من أقربائه وممن تربطه به صلة. ولذلك فقد جاء في الحديث الصحيح عن أبي هريرة -رضي الله عنه-: زار النبي صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله، فقال: "استأذنت ربي في أن أستغفر لها فلم يؤذن لي، واستأذنته في أن أزور قبرها فأذن لي، فزوروا القبور فإنها تذكر الموت" رواه مسلم وأحمد وأهل السنن إلا الترمذي.

ويضاف إلى هذا ما دعا إليه الإسلام من احترام الإنسان، مؤمنًا كان أو كافرًا، في حياته وبعد مماته، وقد صحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري ومسلم، قوله عن اليهودي الذي قام لجنازته، ردًّا على من أخبره أنه يهودي، فقال عليه الصلاة والسلام: "أليست نفسًا؟". فكيف إذا كانت نفس والدٍ أو والدة أو قريب ذي رحم؟

وبناء على ما سبق ذكره، فإنه يجوز للمسلم أن يحضر تشييع جنازة والديه أو أحد أقربائه غير المسلمين، ولا حرج في حضوره للمراسم الدينية التي تقام عادة للأموات في الكنائس والمعابد، على أن لا يشارك في الصلوات والطقوس وغيرها من الأمور الدينية، وكذلك يجوز له حضور الدّفن، ولتكن نيته في ذلك وفاءً بحق البر والصلة، ومشاركة الأسرة في مصابها، وتقوية الصلة بأقربائه، وتجنّب ما يؤدّي إلى الجفوة معهم في حال غيابه عن مثل هذه المناسبات.[القرار ٤/٦]

حكم استئذان المرأة في خروجها من المنزل وسفرها بلا محرم

المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث

أضيف في ١٤٣٣/٠٧/١٢ الموافق ٢٠١٢/٠٦/٠٢ - ١٠:٠٨ ص

قرر المجلس في دورته الخامسة ما يلي:

حكم استئذان المرأة عند الخروج من المنزل

وهو أمر واجب على المرأة إذا أرادت الخروج من المنزل بالنسبة للمرأة إن كان للعمل أو الدراسة أو لقضاء شؤون المنزل والأولاد، فإن هذا الخروج لا يحتاج إلا إلى موافقة عامة من الزوج، ولا تحتاج الزوجة أن تستأذن في كل مرة، وهذا أمر يحكمه العرف.

أما إذا كان هذا الخروج إلى زيارة أسرة غير معروفة عند الزوج، أو أن هذا الخروج يترتب عليه مبيت خارج بيت الزوجية، فهذا لا بد فيه من إذن وموافقة الزوج. فإن لم يوافق لا يصح للمرأة الخروج.

والخلق الإسلامي يقتضي أن الرجل أيضًا إذا أراد أن يسافر أو يبيت خارج المنزل أن يخبر زوجته بذلك؛ لأن من حقها أيضًا أن تعرف مكان زوجها عند غيابه من المنزل.

حكم سفر المرأة دون محرم

وهذا الأصل فيه عدم الجواز؛ لحديث النبي ﷺ: "لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم عليها" (متفق عليه).

ومن هذا النص العام قال بعض أهل العلم بعدم جواز سفر المرأة وحدها.

وقيد آخرون جواز السفر بوجود رفقة مؤمنة من الرجال أو من الرجال والنساء معًا.

والنهي في الحديث معلل بالخوف على المرأة من الأذى الذي قد يلحقها، وبالفتنة إذا سافرت وحدها، خاصة وأن مخاطر الأسفار قديمًا كثيرة. وأمير المؤمنين عمر بن الخطاب – رضي الله عنه- أذن لأمهات المؤمنين أن يسافرن إلى الحج مع الرفقة المؤمنة، وأرسل معهن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف(رواه البخاري).

وفي حديث النبي ﷺ لعدي بن حاتم: "فإن طالت بك حياة لترَيَنَّ الظَّعينة ترتحلُ من الحِيرَة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف أحدًا إلا الله"(رواه البخاري). وهذا يؤكد أن العلة هي الخوف، فإن تحقق الأمن وانعدم الخوف جاز للمرأة أن تسافر، خاصة إذا نظرنا إلى سهولة السفر في الوقت الحاضر، وأصبح السفر في الطائرات والقطارات والحافلات، وفي جميع هذه الوسائل تتحقق الرفقة ويتحقق الأمن للمرأة المسلمة.

هذا في السفر الذي تسافره المرأة من مدينة إلى أخرى أو من بلد إلى آخر وتصل في نفس اليوم الذي سافرت فيه حيث تجد الرفقة الآمنة.

أما إذا كان السفر يتطلب مبيتًا في الطريق كالفنادق، أو أن السفر للقيام بعمل معين يتطلب إقامة مدة معينة، فالأصل في هذه الحالة أن تسافر المرأة مع محرم لها، أو تقيم المدة المطلوبة مع أسرة مسلمة في ذلك البلد، سدًا لذريعة الفتنة أو الأذى الذي قد يحصل للمرأة.

وأخيرًا: فإن المجلس يوصي الآباء بتربية بناتهم والأزواج بتربية زوجاتهم على منهج الله تعالى، فالمرأة المسلمة إذا أخذت حقها في التربية والتوجيه وتعلمت أحكام شرعها وفقهت دينها كان ذلك هو الضمان الأساسي للاستقامة على منهج الله تبارك وتعالى. الدورة الخامسة

تطليق القاضي الكافر للمسلمات من أزواجهن في البلاد الكافرة

الأصل أن المسلم لا يرجع في قضائه إلا إلى قاضٍ مسلم أو من يقوم مقامه، غير أنه بسبب غياب قضاء إسلامي حتى الآن يتحاكم إليه المسلمون في غير البلاد الإسلامية، فإنه يتعين على المسلم الذي أجرى عقد زواجه وفق قوانين هذه البلاد، تنفيذ قرار القاضي غير المسلم بالطلاق؛ لأن هذا المسلم لما عقد زواجه وفق هذا القانون غير الإسلامي، فقد رضي ضمنًا بنتائجه، ومنها أن هذا العقد لا يحل عروته إلا القاضي، وهو ما يمكن اعتباره تفويضًا من الزوج جائزًا له شرعًا عند الجمهور، ولو لم يصرح بذلك، لأن القاعدة الفقهية تقول (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا)، وتنفيذ أحكام القضاء ولو كان غير إسلامي

جائز من باب جلب المصالح ودفع المفاسد وحسمًا للفوضى، كما أفاده كلام غير واحد من حذاق العلماء كالعز بن عبد السلام وابن تيمية والشاطبي.(القرار ٣/٥).

دفن المسلم في مقابر غير المسلمين

قرار المجلس: هناك أحكام شرعية مقررة تتعلق بشأن المسلم إذا مات، مثل تغسيله وتكفينه والصلاة عليه، ومن ذلك دفنه في مقابر المسلمين طريقة في الدفن واتخاذ المقابر، من حيث البساطة والتوجيه إلى القبلة، والبعد عن مشابهة المشركين والمترفين وأمثالهم.

ومن المعروف: أن أهل كل دين لهم مقابرهم الخاصة بهم، فاليهود لهم مقابرهم، والنصارى لهم مقابرهم، والوثنيون لهم مقابرهم، ولا عجب أن يكون للمسلمين مقابرهم أيضًا، وعلى المسلمين في البلاد غير الإسلامية أن يسعوا -بالتضامن فيما بينهم- إلى اتخاذ مقابر خاصة بهم، ما وجدوا إلى ذلك سبيلًا؛ لما في ذلك من تعزيز لوجودهم وحفظ لشخصيتهم.

فإذا لم يستطيعوا الحصول على مقبرة خاصة مستقلة، فلا أقل من أن يكون لهم رقعة خاصة في طرف من أطراف مقبرة غير المسلمين، يدفنون فيها موتاهم.

فإذا لم يتيسر هذا ولا ذاك ومات لهم ميت، فيدفن حيث أمكن ولو في غير مقابر المسلمين، إذ لا يكلف الله نفسًا إلا وسعها، ولن يضير

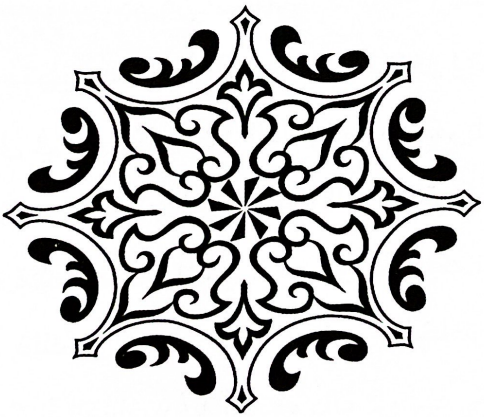
المسلم إذا مات في هذه الحالة أن يدفن في مقابر غير المسلمين، فإن الذي ينفع المسلم في آخرته هو سعيه وعمله الصالح، وليس موقع دفنه {وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى} [النجم:٣٩]، وكما قال سلمان الفارسي – رضي الله عنه –: "إن الأرض لا تقدس أحدًا، وإنما يقدس المرء عمله". (رواه الإمام في الموطأ). هذا، وإن القيام بدفن الميت حيث يموت هو الأصل شرعًا، وهو أيسر من تكلف بعض المسلمين نقل موتاهم إلى بلاد إسلامية، لما في ذلك من المشقة وتبديد الأموال.

وليس بعد المقبرة الإسلامية عن أهل الميت مسوّغًا لدفنه في مقبرة غير المسلمين؛ لأن الأصل في زيارة المقابر إنما شرعت أساسًا لمصلحة الزائر؛ للعبرة والاتعاظ، كما ثبت في الحديث: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها، فإنها ترق القلب، وتدمع العين، وتذكر الآخرة" (رواه الإمام أحمد والحاكم عن أنس).

أما الميت فيستطيع المسلم أن يدعو له ويستغفر له، ويصله الثواب بفضل الله تعالى في أي مكان كان الداعي والمستغفر له(خالف عضو المجلس الدكتور محمد فؤاد البرازي هذا القرار بقوله: "أرى في حالة عدم وجود مقبرة إسلامية، فإنه يرخص لورثة الميت نقله إلى بلده إن كان في وسعهم ذلك، وإلا جاز دفنه في الجزء الخاص بالمسلمين من مقابر النصارى". [القرار ٥/٦].

حكم تطليق المرأة نفسها قرار المجلس: إن المجلس قد قرر بعد

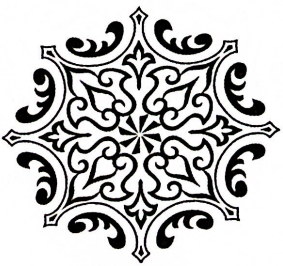
بحث مستفيض ما يلي: أولاً: أن الطلاق من حيث الأساس حق أعطاه الإسلام للرجل. ثانيًا: يمكن أن تطلق المرأة نفسها إذا اشترطت ذلك في عقد الزواج أو إذا فوضها زوجها بذلك بعد العقد. ثالثًا: يمكن للمرأة أن تخالع زوجها إذا رغبت في ذلك أمام القاضي الذي يجب عليه أن يبذل كل جهد ممكن للإصلاح بينهما، فإن يئس قضى بالخلع. رابعًا: يمكن للمرأة أن تتفق مع زوجها على الطلاق ضمن أي شروط مشروعة يتراضيان عليها. خامسًا: يمكن للمرأة تطلب من القاضي التفريق بسبب الضرر المعتبر شرعًا، وله أن يحكم بذلك إذا أثبتت الزوجة ادعاءها، وبعد أن يبذل جهده في الإصلاح بين الزوجين كما أمر الله تعالى، وخاصة اختيار حكمين يساعدانه في هذه المهمة. (القرار ٢ / ٥).



كتب وردت إلى المجلة

- مرويات أبي عمرو الداني وأقواله في التفسير من كتاب المكتفى في الوقف والابتداء – جمعا وتخريجا ودراسة .
- الآيات الملقبات في القرآن الكريم ، من أول القرآن الكريم إلى نهاية سورة النساء – دراسة تفسيرية .
- النهي الصريح عن اتباع الأهواء وأهلها في القرآن الكريم .
- مقومات أمن الإنسان في القرآن الكريم، لفضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور / عبد الله بن عبد الرحمن الشثري وكيل جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (سابقًا) وأستاذ القرآن وعلومه في كلية أصول الدين وإمام وخطيب جامع خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبد العزيز بالرياض .
- اتحاف ذوي الألباب حقيقة الإرهاب، للشيخ أبي الحسن رضوان بن ياسين بن أحمد الشهاب.
- صفحات من سيرة المربي عبد الرحمن البياني، للأستاذ أيمن أحمد ذو الغنى.
- الحضارات وفاق لا صدام للدكتور عبد المعين الشواف.
- ذكريات المستقبل، طبيب من قلب البادية، للدكتور حرب بن عطا الهرفي البلوي.
- كما وردت للمجلة المجلات التالية:

- مجلة البحوث الإسلامية التي تصدرها الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء.
- مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية التي تصدرها كلية الدراسات الإسلامية والعربية في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- مجلة التوحيد التي تصدرها جماعة أنصار السنة المحمدية في مصر.
- مجلة النور التي تصدرها الجامعة الإسلامية إشاعة العلوم – آكل كوا ، نندوربار (الهند).
- وتشكر المجلة وتقدر للأخوة الأعزاء هذه الهدايا العلمية القيمة فيما تضمنته من جهود علمية نفيسه ستضاف إلى المكتبة العربية والإسلامية، ونسأل الله -عز وجل- أن يجزيهم خير الجزاء على هذه الجهود.



or title. Because Allah had treated it as dirt and the act of Satan as mentioned in the Holy Quran " O you have believed, indeed, intoxicant, gambling, stone throwing and diving arrows are but defilement form the work of Satan, so avoid it , so that you may be successful.(Holy Quran 90-5). As for the remained after extracting the substance, if it effected with intoxicant it shall be considered as intoxicant, and it shall become as prohibited regardless of its quantity, as said by the Prophet (P.B.U.H)., "whatever item which larger quantity intoxicates its lesser quantity is also Haraam prohibited". However, if the remained stuff is not affected by the this process, -perhaps- mostly it may happen- then this remained stuff shall be considered as Halaal and beneficial for the human being and the animals as well. .The answer in a nutshell, is the above remained stuff after extracting its substance that is imported by the business man shall stand Halaal as it itself is pure and not affected by the substance that has been converted to intoxicant.



His prophet Abraham "and makes a proclamation to the people for Hajj". The Talbiah is a response to the Allah`s order. It is an act practiced by the Prophet (P.B.U.H). If it would be a desirable act and not the obligatory, then it would be left on the pilgrims` / hajji`s choice that is against the spirit of the order of Allah his messenger. It stands among the rituals ordered by the Prophet P.B.U.H. . Both of the predecessors and successors of the Ummah have been practicing this act, so, it is considered as obligatory by the consensus.

Issue No: 500

Ruling on whatever remains in any food grain after extracting its substance and converting the same in to the prohibited component.

Bother Redhwan Mohammad asked about Shariah ruling on purchasing of the remained of wheat after the extraction of its substance that have been converted into the prohibited component. This stuff is being imported from France to consume as animal food.

Answer No: 500

In principle, any substance extracted from any Halal eatable stuff and converted into intoxicant item, it will be considered Hraam, the prohibited, regardless of its name

Issue No: 498 The divorced woman`s rights and duties.

The above question is asked by the sister Mas`uodah from Algeria.

The Answer No:498

The divorced woman whether with revocable or irrevocable divorce, must wait for three menstrual cycles, and she shouldn't go out of the house, except in the necessity cases, like visiting her family, fulfilling some needs or going to her work if is employee. Similarly, the husband should not ask her to leave the home, as ordered by Allah, the Almighty, "and fear Allah, your lord. Do not turn them out of their (husbands`) houses, nor should they themselves leave (during that period) unless they are committing a clear immorality. The divorced woman should be provided with the provision until end of the waiting period. With regard to the pregnant divorced, her waiting period shall remain until the delivery.

Issue No: 499

Ruling on recitation of Talbiah in the Hajj and `Umrah, whether it is a precondition, obligatory or desirable act.

Answer No 499:

The sacrifice as expiation is obligatory on whosoever neglects the Talbiah, as said by Imam Malik. There are a number of evidences in this regard: Allah had ordered

Answer: The mother is worthier to the custody and guardianship of her minor kids, provided she fulfills the following conditions:

She must be the Muslim save, in exceptional cases that would be settled by the court of law.

She must be a sane. Because the unbalanced or mentally un-healthy woman shall not be entrusted with this important and responsible task for safety of the kids.

She must be capable of maintaining the proper safety of the kid, and his upbringing and the nourishment. Similarly, she should be free from any disability and the infectious disease, and she should be neither too old nor too young to shoulder the responsibility of a mother.

She must be a pious and trust worthy woman. Because the immoral, misconduct, or fond of music and films or such the person of such bad characters shall not be eligible for custody of and guardianship of the Muslim kids.

She should not be married to the person who is the nearest relative of the kids like, uncle of the kids.

Both the boy and the girl when they reached to age seven years would be given a choice with their own free will to choose either father or mother to live with. However, court verdict shall prevail in all the conditions, based on the Shariah principles.

Issues in Fiqh

Issue No: *496 :*

Shariah ruling on utilisation and relying on DNA test as to proving or negating the lineage, and applying the other modern scientific methods and benefitting from them in the daily life of the Muslims.

The above question asked by the brother Redhwan Mohammad from Algeria.

Answer No: 496

The DNA tests and the other modern scientific methods that the Muslims have to benefit from them in their life, whether to prove or deny the lineage, or to establish the evidences in criminal cases, are the contemporary Fiqhi issues about which noting has mentioned in the primary Shariah texts that didn't explicitly indicated the permission or prohibition thereof. However, their usage is lawful. It is because in principle, all the things (affair, acts, deeds and eatable, etc.) are lawful and permissible until and unless the Holy Quran and the Sunnah of Prophet (P.B.U.H) declare them prohibited.

Issue No: 497 Custody and the Guardianship rights of the minors are deserved by their mother.

The disputes arise very often at time of divorce or separation between the parents, that who is worthier to the custody and the guardianship of their kids?

Contents

CASES FROM JURISPRUDENCE (FIQH) POINT OF VIEW

Dr. Abdur Rahman Ibn Hassan Al Nafisah.

- Shariah ruling on utilisation and relying on DNA test as to proving or negating the lineage, and applying the other modern scientific methods and benefitting from them in the daily life of the Muslims.....5

- Custody and the Guardianship rights of the minors are deserved by their mother 5

- The divorced woman`s rights and duties 7

- Ruling on recitation of Talbiah in the Hajj and `Umrah, whether it is a precondition, obligatory or desirable act 7

- Ruling on whatever remains in any food grain after extracting its substance and converting the same in to the prohibited component..... 8

Editorial Board

Names according to Alphabetical order.

- Professor Dr. Abdul Aziz bib Saud Al-Dhawahi

Professor King Saud University

- Dr. Abdullah bin Ahmad Salem Al-Mehmadi

Associate Professor the Higher Institute for Judicial studies Imam Mohammad bin Saud Islamic University

- Professor Dr. Hassan Abdul Ghani Abu Guddah

Professor King Saud University

- Professor Dr. Hesham bin Abdul Mali Aal Al-Shiekh

Professor the Higher Institute for Judicial studies Imam Mohammad bin Saud Islamic University

- Professor Dr. Muhammad Jabar Al-Alfi

Professor the Higher Institute for Judicial studies Imam Mohammad bin Saud Islamic University

- Professor Dr. Saad bin Turkey Khathlan

Honorable Member Supreme Body of `Ulama Kingdom of Saudi Arabia

THE CONSULTATIVE SCIENTIFIC BODY

Names according to Alphabetical order.

- Professor Dr. Ahmad Mohd. Nour Saif
- Professor Dr. Hamza bin Husain Al-Fa'r Al-Sharif
- Professor Dr. Saud Bin Abdullah Bin Mohd. Al-Fnaisan
- Professor Dr. Saleh bin Ghanem Al-Sadlaan
- Professor Sheikh Abdullah Bin Al-Sheikh Al-Mahfouz Bin Biah
- Professor Dr. Abdul-Wahab Bin Ibrahim Bin Mohd. Abu Sulleiman
- Professor Dr. Al-Arabi Bin Ahmad Balhaj
- Professor Dr. Ala'uddin Kharoufa
- Professor Dr. Mohammed bin Yaqub Al-Turkistani
- Professor Dr. Nouruddin Bin Mukhtar Al-Khademi
- Professor Dr. Yacoub Bin Abdul-Wahhab Alba-Husain

In the Name of Allah , Most Gracious , Most Merciful

PRINCIPLES AND REGULATIONS FOR PUBLICATION

Contemporary Jurisprudence Research Journal staff would like to notify researchers that principles of publication in the journal necessitate the following :

1- Research submitted for publication, should be based on Islamic (Fiqh) jurisprudence.

2- Research should concentrate on issues , questions and contemporary problems and the way of finding both scientific and practical solutions for them according to Islamic (Fiqh) jurisprudence , and its concepts which are confirmed by the people of Sunnah .

3- Research should be objective and comprehensive. It should follow a scientific method in terms of depending on original references, documentation and explanation of (Ahadeeth) showing their degree of authenticity .

4- Any research submitted for publication , should not have been published in either a book, a journal or any other means of publication.

5- References should be mentioned in a margin at the lower parts of the page a long with a short biography for the figures mentioned in the research .

6- Scientific references and their authors' names should be alphabetically indicated at the end of any research . Place and date of printing along with the publishing house should also be mentioned.

7- A statement indicating that the research has not been published before, should be attached to the research .

8- Research should be concluded by a brief summary manifesting results and opinions included therein .

9- A satisfied abstract should be attached to the research to be translated into English.

10- Pages of research should not be less than twenty pages of the journal.

11- Researcher's name should be fully written along with his scientific post, if any .

12- Researches are arbitrated by (Fuqaha) jurists and specialized scholars ('Ulama) according to a form which indicates principles and procedures of arbitration . Among these principles is that arbitrators should not know the authors' names and vice versa whether the arbitrators agree that their researches to be published or they show some observations or even recommend not to be published .

13- Researches which are not published , will not be returned .

* All essays herein published express the viewpoints of their authors.

Whom Allah intends good grants him the

Knowledge and insight in Religion Hadith

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE RESEARCH JOURNAL

A journal specialised in Islamic jurisprudence

Issue No. 108 -Dec 2016 - Twenty Eight Year

Editor - in - Chief Dr. Abdur Rahman Hassan Al Nafisah

Annual Subscription:

For Govt Offices and Agencies : SR. 200

For Individuals :SR.100

Price Per Copy:

K.S.A SR. 15	Mauritania On.1200
Qatar QR. 12	Tunisia Dr. 6
Syria L.L. 188	Libya L.Dr. 1000
Sudan S.D. 8	S of Oman P. 900
Algeria D. 284	Bahrain BF. 900
Jordan JD. 1	Kuwait K.D.1. 5
Egypt Le. 22	Yemen Y.R. 795
U.A.E D. 15	Moroco D. 33

Annual Subscription :

U.S.A Canada & Europe US. $ 30

* A. *Al* Nafisah PRINTING PRESS

Phone: 4852663 - 4852161

Fax: 4852188

NO. : 14/0188

ISSN : 1319 - 0792

Address :

Al-Aqiq - Al-Tahlia Str.

Riyadh - K.S.A

Phone. 4853702

Fax. 4853694

P.O. Box : 1918

Riyadh : 11441

Secrtary of the Journal

Sharafaldeen bin Nafisah

*** Website:**

www.alfiqhia.com

* E-Mail: fiqhia@gmail.com

* E-Mail Editor - in - Chief:

a.nafisa@hotmail.com

*** Distributors:**

Al Watania Distribution Co.

Riyadh: 4871414

CONTEMPORARY JURISPRUDENCE
RESEARCH JOURNAL
A Journal Concerned with Islamic Jurisprudence
Issue No. 108 - Dec 2016 - Twenty Eight Year

IN THIS ISSUE

Cases From Jurisprudence(fiqh)

Point of view

-Shariah ruling on utilisation and relying on DNA test as to proving or negating the lineage, and applying the other modern scientific methods and benefitting from them in the daily life of the Muslims.

- Custody and the Guardianship rights of the minors are deserved by their mother.

- The divorced woman`s rights and duties.

- Ruling on recitation of Talbiah in the Hajj and `Umrah, whether it is a precondition, obligatory or desirable act.

- Ruling on whatever remains in any food grain after extracting its substance and converting the same in to the prohibited component.

مطابع ع . النفيسه

ISSN ١٣١٩ - ٠٧٩٢ ردمد