

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



جامعة الخليل

كلية الدراسات العليا

قسم القضاء الشرعي

الأحكام القضائية المستدلُّ لها بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية

اسم الطالب : أحمد فوزي حساسنه

الرقم الجامعي: 21719017

بإشراف الأستاذ الدكتور: محمد سلامة الشلش

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في برنامج القضاء

الشرعي

جامعة الخليل

1444هـ - 2023م

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستقصان في مجلة الأحكام العدلية

إعداد الطالب:

أحمد فوزي يوسف حساسنه

نوقشت هذه الرسالة يوم الاثنين بتاريخ ٢٠٢٣/٦/١٩ م الموافق ١/ذي الحجة/١٤٤٤ هـ

أعضاء لجنة المناقشة:

التوقيع



١. أ.د محمد سلامة الشلش/ مشرفاً ورئيساً



٢. أ.د حسين مطاوع الترتوري/ ممتحنًا داخليًا



٣. أ.د إسماعيل محمد الشندي/ ممتحنًا خارجيًا

الإهداء

إلى الشهداء من شعب فلسطين الأبي الذين ضحوا بأرواحهم الطاهرة.

إلى الجرحى الذين ضحوا بدمائهم الزكية.

إلى الأسرى الذين ضحوا بزهرة شبابهم.

إلى روح والدي، وإلى والدتي، وأخي، وأخواتي، وعائلي، وإلى الأصدقاء جميعاً.

إلى القضاة الذين يحكمون بالعدل لا يخافون في الله لومة لائم.

إلى العلم وأهله.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا الجهد المتواضع.

شكر وتقدير و عرفان

بعد أن أنعم الله علي بإنجاز هذه الرسالة، وإتمام هذا البحث، فإني أحمد الله على نعمه وفضله وكرمه، راجياً منه دوام النعمة، وعظيم المغفرة.

وانطلاقاً من قول الله عز وجل: ﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ

إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴿٧﴾ [إبراهيم: ٧]، وامتنالاً لقول رسول الله (ﷺ): (من لا يشكر الناس لا يشكر

الله)¹، واعتراحاً مني بضرورة رد الجميل إلى أهله، رأيت لزاماً علي أن أتوجه بجزيل الشكر والعرفان والتقدير، إلى كل من كان له سهم في إنجاز هذه الدراسة وإخراجها في صورتها النهائية، وأخص بالشكر والتقدير والعرفان:

الأستاذ الدكتور محمد سلامة الشلش مسالمة الذي تكرم بالإشراف على هذه الدراسة، فكان لتوجيهاته ونصائحه، وإرشاداته، الفضل بعد الله في إنجاز هذه الدراسة وإخراجها على هذه الحالة، فאלله أسأل أن يجزيه خير الجزاء، وأن يجعل ذلك في ميزان أعماله إنه سميع مجيب.

كما أتوجه بالشكر والعرفان والتقدير لمناقشي هذه الرسالة، الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري، والأستاذ الدكتور إسماعيل محمد شندي عمارة، لتكون ملاحظاتهم وتوجيهاتهم درراً وجواهر أزين بها رسالتي.

كما أتوجه بالشكر والعرفان إلى جميع الأساتذة والمشايخ الذين تتلمذت على أيديهم أخص منهم الدكتور مهند استيتي، والدكتور أيمن البدارين، والدكتور لؤي الغزاوي.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى جامعتي جامعة الخليل، بما حوت من مجلس أمناء ومدرسين وموظفين وطلاب، والتي شرفنتني باحتضانها إيتي في قسم الدراسات العليا.

وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين

¹رواه أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت275هـ)، سنن أبي داود، باب في شكر المعروف، رقم(4811)، المحقق: شعيب الأرنؤوط وغيره، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، 1430هـ؛ والترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى (ت279هـ)، سنن الترمذي، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، رقم(1954)، وقال: حسن صحيح، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1395هـ؛ وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، رقم(4811)، برنامجنظومةالتحقيقاتالحديثة، إنتاجمركز نور الإسلاملأبحاثالقرآنوالسننالإسكندرية، قامبإعادةفهرستهوتنسيقه: أحمد عبدالله.

والحمد لله رب العالمين.

ملخص الرسالة

تهدف هذه الرسالة إلى جمع مسائل الأحكام القضائية التي استندت إلى الاستحسان في مجلة الأحكام العدلية؛ لبيان مرونة الفقه الإسلامي وسعته، وأن الاستحسان مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، والذي يعتبر أحد مصادر التوسعة في الشريعة الإسلامية، حيث تثبت به واقعية الفقه الإسلامي، وأنه قابل في فروعه للتطور الذي لا يتنافى مع أساسيات الشريعة الإسلامية.

كما تثبت هذه الرسالة أن الاستحسان أثبت أن العبرة في باب الاجتهاد يكون بالحقائق أو الوقائع التي تناط بها الأحكام، حيث إن الاستحسان يعد من أظهر الأدلة على أن الشارع توخى بالتشريع تحقيق مصالح الناس، حيث فتح باب العدول عن الأقيسة؛ تحرياً للمصلحة، وسيوضح من خلال الجانب التطبيقي ما له أثر كبير، حيث إنه أكسب الفقه بشكل عام والفقه الحنفي بشكل خاص مرونةً عجيبةً في التعامل مع الأحكام بما لا يتعارض مع أصول وأساسيات الشريعة الإسلامية.

وكما يعتبر الاستحسان أحد مصادر التوسعة في الشريعة الإسلامية، لكن لا بد من تقييده بضوابط؛ لكي يندرج تحت الأدلة المعتمد عليها في استنباط الأحكام.

واتبعت في رسالتي هذه المنهج الوصفي مع الاستفادة من المنهجين الاستنباطي والاستقرائي، حيث تتكون هذه الرسالة من مقدمة وبابين وخاتمة، الباب الأول احتوى على فصلين، والباب الثاني احتوى على ثلاثة فصول، تناول الباب الأول تعريف الحكم في الشرع والقانون، وتعريف الاستحسان، على النحو التالي: فالفصل الأول منه: تناول تعريف الحكم في الشرع والقانون، والفصل الثاني: تعريف الاستحسان، والباب الثاني: تناول الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية، والفصل الأول منه: تناول الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في كتاب البيع والإجارة، والفصل الثاني منه: تناول الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في كتاب الكفالة والرهن والهبية والغصب والإكراه والحجر والشفعة، والفصل الثالث منه: تناول الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في كتاب الشركة والمضاربة والشهادة والإقرار.

مقدمة:

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ﷺ يَتَّيِبُهَا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا أَتَقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ

مُسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾

وبعد: فإن من فضل الله وكرمه أن تفضل علي فجعلني أعتز بانتسابي إلى العلم الشرعي، وأنتشر به فهو من أفضل القربات، وأجل الطاعات، وأولى ما تنفق فيه نفائس الأوقات، ومن أجل ذلك سعيت للحصول على موضوع يصلح لرسالة الماجستير، وكنت حريصاً كل الحرص أن يكون الموضوع من القضايا الحيوية التي لها أهميتها في الحياة اليومية.

وبعد تردد وعناء وقع اختياري بفضل من الله على موضوع الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية، فهو موضوع وثيق الصلة ببرنامج القضاء الشرعي، كما أنه يجمع بين الفقه وأصوله فهو بحث فقهي أصولي، كما أنه أيضاً يجمع بين الفقه والقانون، فإن مجلة الأحكام العدلية عبارة عن مواد قانونية وهي القانون المدني المطبق عندنا في المحاكم النظامية، فكان موضوعاً من القضايا الحيوية ذات أهمية في حياة الناس.

وموضوع الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية موضوع حيوي وواقعي، يبرز أهمية الاستحسان في الفقه الإسلامي، والذي يعتبر أصلاً من أصول الفقه الذي يبنى عليه الفروع الفقهية، حيث يعتبر الاستحسان دليلاً من الأدلة المتفق عليها باعتباره جامعاً للأدلة.

حيث وقفت على إحدى وأربعين مسألة استدلت بها مجلة الأحكام العدلية بالاستحسان، مما جعلني أطمئن إلى فائدة هذا البحث مع ما فيه من حيوية وواقعية وصلة بحياة الناس.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في:

أولاً: تحديد مفهوم الحكم القضائي؛ لأن الفقهاء لم يعيروا هذا التعريف اهتماماً كاهتمامهم بتعريف القضاء.

ثانياً: تحديد مفهوم الاستحسان؛ وذلك لأنه يشوبه بعض الغموض نتيجة لاختلاف العلماء في تعريفه اختلافاً كبيراً واختلاف اتجاهاتهم فيه أيضاً.

ثالثاً: يجيب هذا البحث عن موقف الأئمة الأربعة من الاحتجاج بالاستحسان، واعتباره دليلاً من الأدلة التي يحتج بها ويستند عليها في استنباط الأحكام في المسائل.

رابعاً: جمع المسائل التي استندت إليها المجلة على الاستحسان.

أهداف البحث:

- 1- بيان مفهوم الحكم القضائي.
- 2- بيان وتحديد مفهوم الاستحسان.
- 3- التعريف بمجلة الأحكام العدلية.
- 4- جمع المسائل التي استندت بها مجلة الأحكام العدلية بالاستحسان في باب الأحكام القضائية وإخراجها في بحث مستقل.
- 5- ضرب نماذج وأمثلة تطبيقية عن الأحكام القضائية التي اعتمدت على الاستحسان في مجلة الأحكام العدلية.
- 6- تنمية الملكة الفقهية للباحث، وإثراء معلوماته الشرعية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذه الرسالة في عدة نقاط:

- 1- لم يسبق أن جمعت مسائل الاستحسان في باب الأحكام القضائية بمؤلف مستقل.
- 2- بيان أن من سعة الشريعة الإسلامية اعتبار الاستحسان مصدراً يعمل به في النوازل والمستجدات.
- 3- هذا الموضوع يجمع بين الفقه وأصوله جميعاً.
- 4- تجمع هذه الرسالة أيضاً بين الفقه والقانون.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث في مراكز البحث العلمي والمكتبات كان مما وجدته، عدا عن الأبحاث والرسائل والأطروحات التي تتحدث عن الاستحسان ما يلي:

1- المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، للباحثة أريج ربيع الرئيس. جامعة الملك سعود، سنة 1426-1427هـ.
وهي عبارة عن رسالة ماجستير تبحث في جمع مسائل المعاملات المالية التي تستند إلى الاستحسان عند الحنفية.
ومما يميز رسالتي هذه :
- أنها لم تقتصر على المعاملات المالية فحسب، بل اشتملت أبواباً أخرى تحدثت عنها المجلة، مثل: كتاب الشهادة، وكتاب الإقرار، والكفالة، والغصب، والإكراه، والحجر.
- كما أن الرسالة تتناول الأحكام القضائية، فمجلة الأحكام العدلية عبارة عن مواد، وهذه المواد أحكام قضائية تعتمد عليها.
فبحثت عن الأحكام القضائية التي تستند إلى الاستحسان.
-كما تميزت هذه الرسالة بأنها ضربت نماذج وأمثلة تطبيقية عن الأحكام القضائية التي استندت إلى الاستحسان.

2- الاستدلال بالاستحسان في مسائل العبادات عند الحنفية، لعبد علي محمد الصليهم. جامعة الملك سعود، سنة 1425هـ.
وهي عبارة عن رسالة ماجستير تبحث في جمع مسائل العبادات التي تستند إلى الاستحسان عند الحنفية.
ومما يميز رسالتي هذه:
أنها لا تتناول العبادات، بل تتناول الأحكام القضائية التي تستند إلى الاستحسان في مجلة الأحكام العدلية.

3- تطبيقات الاستحسان في أحكام البيوع عند الحنفية دراسة تحليلية مقارنة لأمثلة مختارة، للباحث حسان عوض ابراهيم أبو عرقوب. الجامعة الأردنية، سنة 1427هـ.
وهي عبارة عن رسالة ماجستير تبحث في جمع مسائل أحكام البيوع التي استند فيها الحنفية إلى الاستحسان.
ومما يميز رسالتي:
أنها تبحث في جمع مسائل الأحكام القضائية التي استند فيها الحنفية إلى الاستحسان في مجلة الأحكام العدلية.
كما لم تقتصر على البيوع فحسب، وإنما شملت الشهادة، والإقرار، والكفالة، والغصب، والإكراه، والحجر.

منهج البحث :

اتبعت في رسالتي هذه المنهج الوصفي مع الاستفادة من المنهجين الاستنباطي والاستقرائي ،
وسأحقق ما أريد - إن شاء الله - وذلك وفق الخطوات التالية :

- 1- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في السور القرآنية.
- 2- تخريج الأحاديث النبوية، من المصادر الحديثية التي خرَّجتها بسندها ، والحكم عليها إذا كانت مروية في غير الصحيحين، أو أحدهما.
- 3- الرجوع إلى المصادر المعتمدة في كل مذهب من المذاهب.
- 4- ذكر أدلة كل مذهب مع بيان وجه الاستدلال، ومناقشتها، وترجيح ما يؤيده الدليل من غير تعصبٍ لأيٍّ منها.
- 5- ترجمت للأعلام الواردة في البحث - ترجمة مختصرة - فذكرت مؤلفاتهم إن كان لهم مؤلفات، وأحلت على مصادر التعريف بهم.
- 6- الرجوع إلى المصادر الحديثية التي يمكن الاستفادة منها في موضوع الرسالة.
- 7- الرجوع إلى المعاجم اللغوية.
- 8- إثبات النتائج، ومراعاة الموضوعية والأمانة العلمية.

حدود البحث :

تقتصر هذه الرسالة على مسائل الأحكام القضائية التي لها استدلال في مجلة الأحكام العدلية بطريق الاستسحان، من أول كتاب البيوع إلى كتاب القضاء، مع ذكر ما ذهب إليه الحنفية اتفاقاً واختلافاً في هذه المسائل.

إجراءات البحث:

- 1- ذكرت تمهيداً عند بداية كل كتاب واشتمل التمهيد على التعريف وبيان الحكم، قبل استعراض ما اشتملت عليه من مسائل.
- 2- ذكرت تصورًا عن المسألة المراد بحثها، قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها.
- 3- بينت ما إن كانت المسألة متفقاً عليها أو مختلفاً فيها عند الحنفية في جميع المسائل الواردة، وتحرير محل النزاع في المسائل الخلافية عند اللزوم وذكر الأدلة، ومناقشة ما يحتاج منها إلى مناقشة مع ذكر الراجح عندي وبيان وجه الترجيح.
- 4- بينت أوجه الاستحسان في كل مسألة أتعرض لها.

خطة الرسالة:

تم تقسيم الرسالة إلى ما يلي:

1- المقدمة، وتشمل:

- أ- ملخص الرسالة.
- ب- أهداف الرسالة.
- ت- أهمية الرسالة.
- ث- مشكلة البحث.
- ج- حدود البحث.
- ح- منهج البحث.
- خ- الدراسات السابقة.

2- الباب الأول: التعريف بالحكم القضائي والاستحسان.

وفيه فصلان:

الفصل الأول: التعريف بالحكم القضائي في الشرع والقانون

المبحث الأول: التعريف بالحكم

- المطلب الأول: التعريف بالحكم في اللغة.
- المطلب الثاني: التعريف بالحكم في الاصطلاح.
- الفرع الأول: التعريف بالحكم عند المناطقة والمتكلمين.
- الفرع الثاني: التعريف بالحكم عند الأصوليين.
- الفرع الثالث: التعريف بالحكم عند الفقهاء.
- المطلب الثالث: تعريف القضاء لغةً واصطلاحًا
- الفرع الرابع: التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي:

أولاً: التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي في الفقه الإسلامي

تمهيد

- أ- : تعريف الحنفية للحكم القضائي.
- ب- : تعريف المالكية للحكم القضائي.
- ج- : تعريف الشافعية للحكم القضائي.
- د- : تعريف الحنابلة للحكم القضائي.
- هـ- : تعريفات الفقهاء المحدثين للحكم القضائي.
- و- : موازنة بين التعريفات السابقة.
- ز- : التعريف المختار للحكم القضائي.

ثانياً: تعريف الحكم في الاصطلاح القضائي في القانون.

- أ- : الاصطلاحات المستخدمة في القانون للدلالة على الحكم.
- ب- : التعريف المختار للحكم في القانون.

المبحث الثاني: ماهية الحكم القضائي
المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وركنه.
الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي.
الفرع الثاني: ركن الحكم القضائي

المطلب الثاني: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكامًا.
الفرع الأول: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكامًا في رأي فقهاء الشريعة.
الفرع الثاني: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكامًا في القانون.

المطلب الثالث: ضوابط الحكم القضائي وتمييزه عن غيره.
الفرع الأول: الحكم القضائي وضوابطه.
الفرع الثاني: تمييز الحكم القضائي عن الفتوى والحكم التشريعي والقرار الإداري وحكم المحكم.
المسألة الأولى: الفرق بين الحكم القضائي والفتوى.
المسألة الثانية: الفرق بين الحكم القضائي والعمل التشريعي والقرار الإداري.
المسألة الثالثة: الفرق بين الحكم القضائي وحكم المحكم.

الفصل الثاني: تعريف الاستحسان
المبحث الأول: تعريف الاستحسان.
المطلب الأول: تعريف الاستحسان في اللغة.
المطلب الثاني: تعريف الاستحسان في الاصطلاح.
أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية.
ب- تعريف الاستحسان عند المالكية.
ج- تعريف الاستحسان عند الشافعية.
د- تعريف الاستحسان عند الحنابلة.
هـ- الترجيح.

المبحث الثاني: مشروعية الاستحسان وحجتيه.
المطلب الأول: مشروعية الاستحسان.
المطلب الثاني: حجية الاستحسان.
المبحث الثالث: أثر الاستحسان في مرونة الفقه الإسلامي.
المبحث الرابع: أنواع الاستحسان.
المبحث الخامس: ضوابط الاستحسان.
المبحث السادس: الاستحسان في نظر المذاهب الفقهية الأربعة.

3- الباب الثاني: الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية

ويشمل تمهيدًا وثلاثة فصول:

تمهيد: التعريف بمجلة الأحكام العدلية

الفصل الأول: كتاب البيع والإجارة

المبحث الأول: كتاب البيع

المسألة الأولى: البيع بشرط يؤيد العقد.

المسألة الثانية: البيع بشرط متعارف.

المسألة الثالثة: البيع بالاستئجار.

المسألة الرابعة: هل للمشتري بيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقارًا؟

المسألة الخامسة: خيار النقد.

المسألة السادسة: خيار التعيين.

المسألة السابعة: الغرر اليسير في البيع.

المبحث الثاني: كتاب الإجارة.

المسألة الأولى: الإطلاق عند الاستئجار.

المسألة الثانية: الإطلاق عند استئجار الدار والحانوت.

المسألة الثالثة: مخالفة المؤجر.

المسألة الرابعة: الإجارة التي يقصد منها استهلاك العين.

المسألة الخامسة: بيان مدة الإجارة.

المسألة السادسة: تضمين المنافع.

المسألة السابعة: انقضاء الإجارة.

الفصل الثاني: كتاب الكفالة والرهن والهبة والغصب والإكراه والحجر والشفعة

المبحث الأول: كتاب الكفالة

المسألة الأولى: الكفالة بالمال المودع عنده.

المبحث الثاني: كتاب الرهن

المسألة الأولى: قبض المرتهن.

المسألة الثانية: زيادة الرهن.

المبحث الثالث: كتاب الهبة

المسألة الأولى: أركان الهبة.

المسألة الثانية: هبة الدين لمن عليه الدين.

المسألة الثالثة: هبة الدين لغير من عليه الدين.

المسألة الرابعة: تغيب الواهب عن القبض.

المسألة الخامسة: قبض الموهوب له العين في المجلس.

المسألة السادسة: أهلية القبض.

المبحث الرابع: كتاب الغصب

المسألة الأولى: ضمان العقار المغصوب.

المسألة الثانية: حلُّ انتفاع الغاصب بالمغصوب.

المبحث الخامس: كتاب الإكراه

المسألة الأولى: الإكراه على البيع بأقل من ثمن المثل.

المسألة الثانية: الإكراه على الهبة.

المبحث السادس: كتاب الشفعة

المسألة الأولى: شفعة ما كان ملحقًا بالعقار.

الفصل الثالث: كتاب الشركة والمضاربة والإقرار والشهادة

المبحث الأول: كتاب الشركة

المسألة الأولى: التوكيل بالشراء.

المسألة الثانية: قبض الدين من غير توكيل.

المسألة الثالثة: التصرف في مال الشركة.

المسألة الرابعة: الضمان في شركة العنان.

المسألة الخامسة: ضمان العمل في شركة العنان.

المسألة السادسة: إقرار أحد شريكي العنان على الآخر.

المبحث الثاني: كتاب المضاربة

المسألة الأولى: صيغ المضاربة.

المسألة الثانية: شراء المضارب بالذمة.

المسألة الثالثة: سلطة المضارب بالتصرف.

المبحث الثالث: كتاب الإقرار

المسألة الأولى: إقرار الوكيل بالخصومة على موكله.

المسألة الثانية: إقرار المريض.

المبحث الرابع: كتاب الشهادة

المسألة الأولى: الشهادة بالتسامع.

المسألة الثانية: الشهادة على الشهادة.

الباب الأول

التعريف بالحكم القضائي والاستحسان

الفصل الأول

التعريف بالحكم القضائي في الشرع والقانون

المبحث الأول: التعريف بالحكم

المبحث الثاني: ماهية الحكم القضائي

الفصل الأول: التعريف بالحكم القضائي في الشرع والقانون

المبحث الأول: التعريف بالحكم في الشرع

تمهيد:

إنّ معرفة المصطلحات والتعريفات في فن من الفنون أو في علم من العلوم أمر ذو أهمية كبرى؛ لأن فهم هذا الفن ومعرفة هذا العلم متوقف على فهم ومعرفة تلك المصطلحات والتعريفات، وبدون ذلك يقع الاضطراب في الفهم، والإخلال بالمقصود، مما يستلزم الحصول على تطبيق خاطئ، ونتائج مغلوطة.

وكلمة حكم تختلف في اللغة عن الاصطلاح، ففي اللغة لها عدة معانٍ، كما أن أصحاب المنطق والفلسفة يريدون بالحكم غير ما يريده علماء الكلام، وكذلك الحكم في الاصطلاح الشرعي.

وهذا كله يختلف عما أريده من معنى الحكم القضائي في علم القضاء الإسلامي، عن معنى الحكم القضائي القانوني، فاللفظ من قبيل المشترك¹.

وبالتالي سأبحث تعريف الحكم في اللغة، ثم في الاصطلاح على اختلاف أنواعه، إلى أن أصل إلى تعريف الحكم القضائي في علم القضاء الإسلامي، والحكم القضائي القانوني.

¹المشترك: هو اللفظ الموضوع لحقيقتين مختلفتين، أو أكثر، وضعاً أولاً من حيث هما كذلك، ينظر: الرازي، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر (ت606هـ)، المحصول، تحقيق: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ.

المطلب الأول

التعريف بالحكم في اللغة

وردت كلمة الحُكْم لمعانٍ متعددة، منها:

- 1- **القضاء:** سواء أُلزم أو لم يلزم، فالحكم مصدر قولك: حكم بينهم يحكم، أي: قضى، وحكم له وحكم عليه بالأمر حكماً وحكومة، وحكمت بينهم فأنا حاكم وحكّم والجمع حكام، وفي أسماء الله تعالى الحكم والحكيم وهما بمعنى الحاكم، وهو القاضي فهو فعيل بمعنى فاعل، وحاكمه إلى الحاكم دعاه، وخاصمه في طلب الحكم، وحكّمته: فوّضت الحكم إليه، وجمع حكم أحكام¹.
وخصص بعض اللغويين الحكم بالقضاء بالعدل، لا القضاء – مطلقاً² – وبذلك فسر قول النابغة الذبياني³: (البسيط).

- 2- **أما عن أصل استعمال كلمة (حكم)** فموضوع لمنع يقصد به إصلاح، وللمنع من الفساد، ومنه سمّيت حَكَمَة اللجام⁶؛ لأنها ترد الدابة، والعرب تقول: حكمت وأحكمت وحكمت إلى حمام سراع وارد التمد⁴
أي كن حكيمًا كفتاة الحي التي نظرت إلى الحمام فأحصتها، ولم تخطئ عددها⁵.

¹ الجوهري، أبو نصر اسماعيل الفارابي(ت393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، 1902/5، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، 1407هـ، الأصفهاني، أبو القاسم حسين المعروف بالرابع الأصفهاني(ت502هـ)، المفردات في غريب القرآن، ص248-249، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت؛ ابن منظور، أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري الإفريقي(ت711هـ)، لسان العرب، 141-140/12، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ؛ الفيومي، أحمد بن محمد الحموي(ت770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 145/1، المكتبة العلمية، بيروت؛ الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب(ت817هـ)، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، 487/2، تحقيق: محمد علي النجار، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1416هـ؛ القنوي، قاسم بن عبد الله بن أمير(ت978هـ)، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ص86، تحقيق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، 1424هـ، الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني(ت1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، 510/31، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.

² الأزهرى، محمد بن أحمد الهروي(ت370هـ)، تهذيب اللغة، 125/2، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.

³ هو زياد بن معاوية بن ضباب بن بني ذبيان ويكنى أبا أمية، من فحول شعراء الطبقة الأولى في زمانه ومن أصحاب المعلقات، ت 7 قبل البعثة، ينظر: الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن فارس الدمشقي(ت1396هـ)، الأعلام، 55-54/3، دار العلم للملايين، 2002م.

⁴ التمد: الماء القليل، وقيل: هو القليل يبقى في الجلد، وقيل: هو الذي يظهر في الشتاء ويذهب في الصيف، ينظر الأزهرى، تهذيب اللغة، 70/4؛ ابن منظور، لسان العرب، 141/12.

⁵ الأزهرى، تهذيب اللغة، 113/4؛ الجوهري، الصحاح، 1902-1901/5؛ ابن منظور، لسان العرب، 142/12؛ الزبيدي، تاج العروس، 254/8؛ 113.

⁶ حكمة اللجام – بفتح الحاء والكاف والميم – هي ما أحاط بالحنك، يقال: حكمت الفرس وأحكمتها بالحكمة، وسميت بذلك؛ لأنها تمنع الدابة من الجري الشديد والجمع حكّم، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 144/12.

بمعنى منعت ورددت، فيقال: حكمت السفيه تحكيماً وأحكمته، إذا أخذت على يده، أو بصرته ما هو عليه، قال جرير¹: (الكامل)

أبني حنيفة أحكموا سفهاءكم
إني أخاف عليكم أن أغضبا

أي: كفوهم وامنعوهم من التعرض لي²، وكذلك قولهم: حَكَّم البيتم كما تحكَّم ولدك يقصد امنعه من الفساد وأصلحه كما تصلح ولدك، وكما تمنعه من الفساد، ومن هذا المعنى قيل للحاكم حاكم؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم³.

3- العلم والفقاه: ومنه قول الله تعالى في شأن يحيى بن زكريا عليه السلام: ﴿وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ

صَبِيًّا ﴿١٢﴾ [مريم: ١٢] أي: أتيناها علماً وفقهاً للأحكام⁴.

4- الرجوع، يقال: حكم فلان عن الشيء، أي: رجع، وأحكمته أنا، أي: رجعته⁵.

5- ويقال أيضاً: استحکم الرجل إذا تناهى عما يضره في دينه ودنياه، ومنه قول ذي الرمة⁶
الرمة⁶ (الطويل):

لمستحکم جزل المروءة مؤمن
من القوم لا يهوى الكلام اللواغيا⁷

¹ هو جرير بن عطية الخطفي، يعد أشهر أهل زمانه، له مساجلات مع الشعراء منها: نقائض جرير والفرزدق، له ديوان شعر، ت110هـ، ينظر: الزركلي، الأعلام، 118/2-119؛ ابن سلام، محمد بن سلام الجمحي (ت232هـ)، طبقات فحول الشعراء، 297/2، تحقيق: محمود محمد شاكر، دار المدني، جدة.

² ابن منظور، لسان العرب، 143/12-144.

³ الأزهري، تهذيب اللغة، 69/4؛ ابن منظور، لسان العرب، 143/12.

⁴ الأزهري، تهذيب اللغة، 69/4؛ ابن منظور، لسان العرب، 141/12؛ الفيروزآبادي، بصائر نوي التمييز، 490/2.

⁵ الأزهري، تهذيب اللغة، 69/4؛ ابن منظور، لسان العرب، 144/12.

⁶ هو غيلان بن عتبة من بني عدي، شاعر من فحول الطبقة الثانية في عصره، ت117هـ، ينظر: الزركلي، الأعلام، 124/5.

⁷ ابن منظور، لسان العرب، 143/12.

المطلب الثاني: التعريف بالحكم في الاصطلاح

الفرع الأول: التعريف بالحكم عند المناطقة والمتكلمين

أولاً: تعريف الحكم عند المناطقة

أما تعريف الحكم في الاصطلاح المنطقي فهو: " إدراك أن النسبة واقعة أو ليست بواقعة"¹، ويسمى ذلك تصديقاً في اصطلاح المنطقيين والحكماء، والنسبة هي الحاصل بين المسند والمسند إليه كالواقعة بين (القيام) و (زيد) في قول: قام زيد أو لم يقم زيد، فيكون إدراك وقوع النسبة متحققاً في المثال الأول وهو قام زيد، فيسمى حينئذ الحكم حكماً إيجابياً، أما عدم وقوع النسبة فيتحقق في قول: لم يقم زيد، ويسمى حينئذ حكماً سلبياً².

ثانياً: تعريف الحكم عند أهل العرف:

يطلق الحكم في العرف ويراد به: " نسبة أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً " قال التفتازاني³: " الحكم يطلق في العرف على إسناد أمر إلى آخر، أي نسبته إليه بالإيجاب أو السلب ". وبعبارة أخرى هو: " إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه "⁴.

ومثال ذلك قول: قام زيد، فالإسناد هو القيام وهو أمر إيجابي، أما إسناد الأمر السلبي كقول: لم يقم زيد، فالإسناد في المثالين هو الحكم⁵.

ومثال الإثبات قول: العالم حادث، ومثال النفي قول: مولانا تعالى ليس بحادث⁶.

ثالثاً: أقسام الحكم عند علماء الكلام:

قسم علماء الكلام الحكم إلى ثلاثة أقسام⁷: عقلي وعادي وشرعي، وسأبحث فيما يلي الحكم العقلي والعادي، وأرجئ بحث الحكم الشرعي إلى أن أصل لمعنى الحكم عند الأصوليين.

أ- الحكم العقلي:

وهو: " إثبات أمر لآخر أو نفيه عنه من غير توقف على تكرار، ولا وضع واضح "¹، مثال ذلك: الله موجود، والأربعة زوج، والضدان لا يجتمعان².

¹ التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (ت793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، 20/1، مكتبة صبيح بمصر، بدون طبعة، وبدون تاريخ، المكتبة الشاملة؛ التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، 694/1.

² التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، 694/1.

³ هو مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، سعد الدين، عالم متبحر في الفقه والأصول، والمنطق والكلام، والنحو، والتصريف، والتفسير، من مصنفاته: حاشية على الكشاف للزمخشري، المقاصد في علم الكلام، التلويح على التوضيح لصدر الشريعة وغيرها، ت793هـ، ينظر: الزركلي، الأعلام، 219/7.

⁴ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 19/1-20.

⁵ محمد صالح الرشيد، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، ص5-6، نقلاً عن كتاب نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، لأبي البصل، د. عبد الناصر موسى أبو البصل، ص26، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، وهي عبارة عن أطروحة دكتوراة قدمها الباحث في جامعة الزيتونة.

⁶ ميارة، محمد بن أحمد المالكي، الدر الثمين والمورد المعين، 23/1- تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ.

⁷ كما هو صنيع صاحب متن السنوسية وغيره، وتبعه على ذلك شراحها، ينظر: ميارة، الدر الثمين، ص23.

وينقسم الحكم العقلي إلى ثلاثة أقسام: واجب، ومستحيل، وجائز:

ب- الحكم العادي:

وهو: "إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه بواسطة التكرار"³، وقال الكفوي⁴: الحكم العادي: هو "إثبات ربط بين أمر وآخر وجودًا أو عدمًا بواسطة تكرار القران بينهما على الحس مع صحة التخلف وعدم تأثير أحدهما في الآخر البتة"⁵، مثال ذلك: الإنسان لا يطير في الهواء، ولا يمشي على الماء⁶، أو السمك لا يعيش على اليابسة مثلًا.. وهكذا.

الفرع الثاني

التعريف بالحكم عند الأصوليين

إن إلقاء نظرة فاحصة على الفكر الأصولي وما كتبه الأصوليون في موضوع الحكم الشرعي، يتبين أن تعريف الحكم الشرعي قد تدرج من تعريف بسيط – لم يسلم من الطعن والنقد – إلى تعريفات أكثر دقة حتى يصل إلى تعريف جامع مانع⁷ ارتضاه جمهور الأصوليين حتى يومنا هذا.

وفيما يلي بعض هذه التعريفات، وما وجّه إليها من نقد - باختصار – ثم الخروج بتعريف يسلم من تلك الانتقادات:

التعريف الأول:

الحكم الشرعي هو: "خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين"⁸.

وهذا التعريف غير مانع لدخول أفراد من غير المعرف في التعريف وذلك مثل قول الله

تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصافات: ٩٦].

وكذلك سائر القصص المبيّنة لأحوال المكلفين وأفعالهم، والأخبار المتعلقة بأعمالهم¹، فهذه أولاً: خطاب من الله تعالى، وثانياً: لها تعلق بأفعال المكلفين، وهي ليست أحكاماً كما هو معلوم.

¹ الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني (ت1094هـ)، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، 381/1، تحقيق: عدنان درويش، ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.

² هذه الأمثلة، الربيع، د. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي، السبب عند الأصوليين، مطابع جامعة الإمام محمد بن سعود، 55/1.

³ ميارة، الدر الثمين، ص24.

⁴ هو أيوب بن موسى الحسيني، الكوفي، الحنفي، أبو البقاء، فقيه، قاض، ت1094هـ، من مصنفاته: الكليات، ينظر: الزركلي، الأعلام، 38/2؛ الباباني، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم (ت1399هـ)، إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، 380/4، عني بتصحيحه وطبعه على نسخة المؤلف: محمد شرف الدين بالتقاي رئيس أمور الدين، والمعلم رفعت بيلكه الكليسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

⁵ الكفوي، الكليات، ص381.

⁶ الربيع، السبب عند الأصوليين، 60/1.

⁷ أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص28.

⁸ الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت505هـ)، المستقصى، 45/1، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، 1413هـ؛ الأصفهاني، شمس الدين محمود بن عبد الرحمن أبي القاسم (ت749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 324/1، تحقيق: محمد مظهر بقاء، دار المدني، السعودية، 1406هـ.

لذا يلزم إضافة قيد إلى التعريف يخرج ما دخل فيه من غير أفراده وهو ما ذكر في التعريف الثاني.

التعريف الثاني:

الحكم الشرعي هو: " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتضاء أو التخيير "2.

ويختلف هذا التعريف عن سابقه بزيادة قولهم: " بالاعتضاء أو التخيير " ليخرج الخطاب المتعلق بالقصص والأخبار عن الأعمال.

وهذا التعريف لم يسلم من النقد أيضًا، فقد اعترض عليه بأنه غير جامع فهناك أحكام شرعية لكنها لم تدخل في التعريف، مثال ذلك: سببية دلوك الشمس لوجوب الصلاة، وشرطية الطهارة لها، ومانعية النجاسة عنها³ وهي التي يقال لها الأحكام الوضعية.

فيجب إضافة قيد آخر على التعريف لتدخل مثل هذه الأحكام وهو ما ذكر في التعريف الثالث.

التعريف الثالث:

الحكم الشرعي: " هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتضاء أو التخيير أو الوضع "4.

وهذا التعريف قد اختاره المحققون من الأصوليين⁵، وهو تعريف جامع مانع، وفي ذلك الوقت يسلم من المطاعن التي وجهت لسابقه.

والخطاب: ما يفيد به إفهام من هو مهيب للفهم، هذا أحد قولي العلماء، ومنهم من قال: إن خطاب الله تعالى هنا المقصود به الكلام النفسي الأزلي⁶.

وخرج بقوله " خطاب الله تعالى " خطاب غيره، وليس المقصود بالخطاب هنا ما أضيف إلى الله تعالى في القرآن فقط؛ لأن الحكم هو خطاب الله تعالى مطلقاً، والحكم الشرعي يثبت بالأدلة

¹ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 21/1.

² هذا التعريف اختاره الإمام ابن الحاجب المالكي في المختصر، ومن بعده الإمام البيضاوي الشافعي في كتابه الشهير " المنهاج "، ينظر: الأصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 325/1؛ الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الشافعي (ت772هـ)، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول، 16/1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ.

³ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 14/1.

⁴ الأصفهاني، بيان المختصر، 327/1؛ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 14/1؛ التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، 697/1، وقد اختار هذا التعريف معظم المحدثين إن لم أقل جميعهم، ينظر في ذلك: خلاف، علم أصول الفقه، ص100.

⁵ غير أن الأمدي قد اختار تعريفاً آخر للحكم لا يخرج عن معنى التعريف المذكور، فقال: " الحكم: خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية، وهو إما متعلق بالاعتضاء أو التخيير أو الوضع "؛ الأمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد الثعلبي الأمدي (ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، 96/1، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.

⁶ الأصفهاني، بيان المختصر، 323/1؛ الإسنوي، نهاية السؤل، 63/1؛ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 22/1.

كلها سواء أكانت قرآناً أم سنة أم إجماعاً أم قياساً، أم غيرها؛ لأن هذه الأدلة معرفات للحكم لا مثبتات¹.

وخرج بقوله " المتعلق بأفعال المكلفين " ما ليس له تعلق بأفعالهم كالخطاب المتعلق بذات الله سبحانه وتعالى كقول الله: ﴿ اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ ﴾ [البقرة: ٢٥٥].

والخطاب المتعلق بذوات المكلفين كقوله: ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴾ [الصافات: ٩٦].

والخطاب المتعلق بالحيوان كقوله تعالى: ﴿ يَجِبَالٌ أَوِيٍّ مَعَهُ وَالطَّيْرُ وَآلِنَا لَهُ الْحَدِيدَ ﴾ [سبأ: ١٠]، والخطاب المتعلق بالجماد كقوله تعالى: ﴿ وَيَوْمَ نُسِرُّ الْجِبَالَ ﴾ [الكهف: ٤٧]. فهذه وإن كانت خطابات لله تعالى فلا تعتبر أحكاماً شرعية؛ لأنها لا تتعلق بأفعال المكلفين². وقوله: " بالاقتضاء " يقصد به الطلب، وهو نوعان: طلب الفعل وطلب الترك. وطلب الفعل إن كان جازماً فهو الإيجاب، وإن كان غير جازم فهو الندب. وطلب الترك إن كان جازماً فهو التحريم، وإن كان غير جازم فهو الكراهة. أما التخيير فيقصد به الإباحة؛ لأن معنى التخيير إباحة الفعل والترك للمكلف³. أما " الوضع " فهو: وضع الشارع وجعله سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً، أو فاسداً. والراجح أن العزيمة والرخصة من أقسام الحكم التكليفي⁴.

وعلى ذلك يشمل الحكم الشرعي: الواجب، والمندوب، والمحرم، والمكروه، والمباح، والسبب، والشرط، والمانع، والصحة، والفساد، والعزيمة، والرخصة. وقد قسم الأصوليون الحكم الشرعي إلى قسمين: تكليفي، ووضعي.

فالحكم التكليفي: خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير⁵.

وبناء على ذلك يشمل الحكم التكليفي: الواجب، والمندوب، والمحرم، والمكروه، والمباح⁶.

¹الإسنوي، نهاية السؤل، 17/1.

²الأصفهاني، بيان المختصر، 326/1.

³التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 326/1.

⁴الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد الرعيني (ت954هـ)، قرّة العين بشرح ورفقات إمام الحرمين، ص32، دار الفتح للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، 1438هـ.

⁵الطوفي، سليمان بن عبد القوي الحنبلي (ت716هـ)، اللبل في أصول الفقه، وهو مختصر روضة الناظر للموفق ابن قدامة، ص18-19؛ خلاف، علم أصول الفقه، ص103.

⁶ينبغي التنبيه إلى أن تقسيم الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع: إنما هو جار إلى أصول المتكلمين وهم الجمهور، ويقابلهم الحنفية بمنهجهم الخاص في الأصول والذين قسموا الحكم التكليفي إلى سبعة أنواع: الفرض، والواجب، والمندوب، والمحرم، والمكروه تحريماً، والمكروه تنزيهاً، والمباح.

أما الحكم الوضعي فهو: " ربط الشارع بين أمرين مما يتعلق بالمكلفين بأن جعل أحدهما لآخر سبباً أو شرطاً أو مانعاً منه "1 ويدخل في الحكم الوضعي أيضاً الصحة، والفساد؛ لارتباطهما بأفعال المكلفين².

الفرع الثالث

تعريف الحكم عند الفقهاء

اتضح فيما سبق أن المقصود بالحكم عند الأصوليين هو نفس خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين...، إلا أن الفقهاء يختلفون عن الأصوليين في معنى الحكم عندهم، فهم يقصدون بالحكم: الأثر الثابت بالخطاب كالوجوب والحرمة وغيرهما³.

وتوضيح ذلك أن قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ ﴾ [الإسراء: ٣٢] حكم عند الأصوليين فهو طلب ترك جازم، أما أثر هذا الحكم (الخطاب) وهو حرمة الزنا، فعند الفقهاء هو الحكم.

وقول الله تعالى: ﴿ وَأَقِمُّوا الصَّلَاةَ ﴾ [البقرة: ١١٠] حكم عند الأصوليين، فالخطاب نفسه هنا هو الحكم – ويتضمن طلب الفعل وهو إيجاب – " فالإيجاب هو نفس قوله افعل، وليس للفعل منه صفة حقيقية... وهو إذا نسب إلى الحاكم يسمى إيجاباً، وإذا نسب إلى ما فيه الحكم وهو الفعل يسمى وجوباً"⁴ وعند الفقهاء الحكم هو وجوب إقامة الصلاة أو إقامة الصلاة واجبة... وهكذا في جميع الأحكام الشرعية.

وخلاصة القول أن الحكم عند الأصوليين هو نفس خطاب الله تعالى بالاقضاء من طلب فعل، أو ترك، أو التخيير، أو الوضع من جعل الشيء سبباً، أو مانعاً، أو شرطاً، أما عند السادة الفقهاء فالحكم هو أثر ذلك الخطاب، وهو ما ثبت بطلب الفعل أو الترك أو التخيير أو الوضع، والمسألة كما هو واضح مسألة اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح بالإضافة لانعدام الأثر المترتب على هذا الاختلاف من الناحية العملية⁵.

وأساس ذلك التقسيم هو قوة ثبوت دليل الحكم، فما طلب الشارع فعله طلباً جازماً وثبت بدليل قطعي الثبوت فهو الفرض، وإذا كان الدليل ظنياً فهو الواجب، وما طلب الكف عنه طلباً جازماً وثبت بدليل قطعي فهو المحرم، وإن كان الدليل ظنياً فهو المكروه تحريماً، أما المنذوب والمباح فلا خلاف بين الحنفية والجمهور فيهما، ينظر في ذلك: البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين (ت730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، 302/2، دار الكتاب الإسلامي؛ خلاف، علم أصول الفقه، ص115-116.

¹ خلاف، علم أصول الفقه، ص100 وما بعدها.

² الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد الرعيبي المالكي (ت954هـ)، قررة العين بشرح ورفقات إمام الحرمين، حققه وعلق عليه: د. محمد عايش، دار الفتح للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، 1438هـ.

³ التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون، 699/1.

⁴ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 24/1.

⁵ الربيع، السبب عند الأصوليين، 66-62/1.

ويطلق الفقهاء أيضاً الحكم على الأثر المترتب على العقود والفسوخ، كملك الرقبة أو المنفعة المرتبة على فعل المكلف وهو الشراء، وقيل إن ذلك من طريق الاشتراك اللفظي¹، وهو أمر صحيح حيث إن لفظ الحكم يطلق ويراد به معاني كثيرة مختلفة كما مر.

¹التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، 699/1.

المطلب الثالث: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف القضاء لغةً

وردت كلمة القضاء في اللغة لمعان متعددة، منها:

- 1- قضى: القضاء: الحكم، وأصله قضاي؛ لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، والجمع الأقضية، والقضية مثله، والجمع قضايا على فعالي وأصله فعائل. وقضى عليه يقضي قضاءً وقضية، الأخيرة مصدر كأولى، والاسم القضية فقط؛ قال أهل الحجاز: القاضي معناه في اللغة: القاطع للأمر المحكم لها. واستقضى فلان أي جعل قاضياً يحكم بين الناس. وقضى الأمير قاضياً: كما تقول: أمر أميراً. وتقول: قضى بينهم قضية وقضايا. والقضايا: الأحكام، واحدها قضية. وفي صلح الحديبية: هذا ما قضى عليه محمد، هو فاعل من القضاء الفصل والحكم؛ لأنه كان بينه وبين أهل مكة، وقد تكرر في الحديث ذكر القضاء، وأصله القطع والفصل. يقال: قضى يقضي قضاءً فهو قاض إذا حكم وفصل¹.
- 2- الوجوب والوقوع²، مثل قول الله تعالى: ﴿ قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾ [يوسف: 41].
- 3- الإتمام والإكمال³، مثل قول الله تعالى: ﴿ فَلَئِمَّا قَضَىٰ مُوسَىٰ الْأَجَلَ ﴾ [القصص: 29]، وقوله تعالى: ﴿ أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ ﴾ [القصص: 28].
- 4- العهد والإيصال، مثل قول الله تعالى: ﴿ إِذْ قَضَيْنَا إِلَىٰ مُوسَىٰ الْأَمْرَ ﴾ [القصص: 44]⁴.
- 5- الأمر، مثل قول الله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ [الإسراء: 23]⁵.
- 6- الخلق والتقدير، كقول الله تعالى: ﴿ فَقَضْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ ﴾ [فصلت: 12]⁶.
- 7- العمل، مثل قول الله تعالى: ﴿ فَأَقِضْ مَا أَنْتَ قَاضٍ إِنَّمَا تَقْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴾ [طه: 72]⁷.
- 8- الأداء، يقال: قضى الدائن دينه، أي أدى دينه¹.

¹ ابن منظور، لسان العرب، 186/15.

² المرجع السابق، 187/15.

³ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 1325/1، حققه: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد العرفسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005م.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، 187/15.

⁵ المرجع السابق، 186/15.

⁶ المرجع السابق، 186/15.

⁷ المرجع السابق، 186/15.

ثانياً: تعريف القضاء اصطلاحاً

1- تعريف الحنفية:

- عرفه الموصلي²: قول ملزم يصدر عن ولاية عامة. وفيه معنى اللغة، فكأنه ألزمه بالحكم وأخبره به، وفرغ من الحكم بينهما أو فرغا من الخصومة، وقدر ما كان عليه وما له، وأقام قضاءه مقام صلحهما وتراضيهما؛ لأن كل واحد منهما قاطع للخصومة³.
- ويعترض عليه أن ما يصدر عن القاضي ليس القول فحسب بل الفعل، كما أنه يصدر عن ولاية جزئية كالمحكم، كما لم يبين ركن القضاء وهو فصل الخصومات وقطع المنازعات.
- عرفه الحصكفي⁴: فصل الخصومات وقطع المنازعات⁵.
- ويعترض عليه أنه لم يبين مصدر الحكم، كما أنه لم يظهر أهمية الإلزام في الحكم القضائي.

2- تعريف المالكية:

- الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام⁶.
- ويعترض عليه أن الإخبار عن حكم شرعي لا تدخل في ماهية التعريف، كما لم يظهر مصدر الحكم.

3- تعريف الشافعية:

- إلزام من له الإلزام بحكم الشرع⁷.
- يعترض عليه أنه لم يبين ركن القضاء وهو فصل الخصومة، وقطع المنازعة.

4- تعريف الحنابلة:

- بيان الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات⁸.

¹المرجع السابق، 187/15.

²هو عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل، فقيه حنفي، من كبار الحنفية، ولد بالموصل، ورحل إلى دمشق، وولي قضاء الكوفة مدة، ثم استقر ببغداد مدرساً، وتوفي فيها سنة 683هـ، له كتب، منها: الاختيار لتعليل المختار، ينظر: الزركلي، الأعلام، 135/4.

³الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، 82/2، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ.

⁴هو محمد بن علي بن محمد الحِصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي، مفتي الحنفية في دمشق، مولده ووفاته فيها، توفي سنة 1088هـ، كان فاضلاً عالي الهمة، عاكفاً على التدريس والإفادة، من كتبه: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار في فقه الحنفية، وإفاضة الأنوار على أصول المنار، والدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر، وشرح قطر الندى في النحو، ينظر: الحموي، محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، 63/4، دار صادر، بيروت.

⁵الحصكفي، الدر المختار، شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ص463، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، 1423هـ.

⁶ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد(ت799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، 11/1، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، 1406هـ.

⁷ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 101/10، المكتبة التجارية الكبرى، 1357هـ؛ الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس(ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 235/8، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1404هـ.

⁸البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي(ت1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، 485/3، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ.

يعترض عليه أنه لم يظهر مصدر الحكم.

التعريف المختار للقضاء:

فصل الخصومة وقطع المنازعة على سبيل الإلزام.

شرح مفردات التعريف:

فصل الخصومة وقطع المنازعة: هو ركن القضاء، ومن أجله أنشئ القضاء؛ لتحقيق العدل وإنصاف المظلومين، وردع الظالمين، وإنهاء الخصومة وقطع المنازعة.

على سبيل الإلزام: نص على صفة الإلزام في الحكم القضائي؛ الذي يميزه عن الفتوى والاستشارة.

الفرع الرابع

التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي

أولاً: التعريف بالحكم في الاصطلاح القضائي في الفقه الإسلامي

لم يحظ تعريف " الحكم القضائي " باهتمام غالبية الفقهاء - بوجه عام - كاهتمامهم بتعريف القضاء نفسه، ويرجع ذلك إلى أنهم اقتصرُوا على تعريف القضاء للدلالة على الحكم؛ لأن القضاء في حقيقته يدور على معنى الفصل بين المتخاصمين، إضافة إلى أن اللغويين يطلقون الحكم على القضاء والقضاء على الحكم.

إلا أن بعض الفقهاء قد وضعوا تعريفات خاصة بالحكم القضائي بالإضافة لتعريف القضاء نفسه، ومن هؤلاء الإمام ابن الغرس¹ من الحنفية، والإمام القرافي² من المالكية، والإمام ابن حجر³ الهيثمي من الشافعية، والإمام البهوتي⁴ من الحنابلة⁵.

أ- : تعريف الحنفية للحكم القضائي

1- تعريف ابن الغرس الحنفي:

انفرد ابن الغرس بتعريف الحكم عند الحنفية فقال: " الإلزام في الظاهر على صيغة⁶ صيغة⁶ مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً "1.

¹ هو العلامة محمد بن محمد بن خليل، بدر الدين ابن الغرس، المصري، فقيه حنفي، تولى عدة وظائف وناب في القضاء، وتولى مشيخة تربة برسباي إلى أن توفي سنة 932هـ، من مصنفاته: شرح على شرح السعد على العقائد النسفية، الفواكه البدرية في الأفضية الحكمية، ينظر: السخاوي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن (ت902هـ)، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، 220/9، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.

² هو الإمام شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، إمام مجتهد، أحد أعلام المالكية، برع في الفقه، والأصول، والعلوم العقلية وغيرها من علوم الشريعة، من شيوخه: الإمام العز بن عبد السلام سلطان العلماء، من مؤلفاته: الفروق، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تنقيح الفصول، الأمنية في إدراك النية... توفي سنة 684هـ، ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، 237-236/1، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

³ هو أحمد بن محمد بن علي ابن حجر الهيثمي، توفي سنة 974هـ، من مصنفاته: تحفة المحتاج لشرح المنهاج، الصواعق المحرقة على أهل البدع والزندقة، الفتاوى الكبرى الفقهية، ينظر: ابن العماد الحنبلي، عبد الحي بن أحمد بن محمد (ت1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 543-541/10، تحقيق: محمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1406هـ.

⁴ هو العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المصري، فقيه أصولي، مفسر، شيخ الحنابلة عصره، له تصانيف عدة، منها: كشاف القناع عن متن الإقناع، شرح منتهى الإرادات، الروض المربع شرح زاد المستقنع وغيرها، توفي رحمه الله سنة 1051هـ في القاهرة، ينظر: الزركلي، الأعلام، 307/7.

⁵ أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص34.

⁶ الوارد في كتاب الفواكه البدرية المطبوع قوله "صفة" وكذلك التمرتاشي، أبو صالح محمد بن عبد الله (ت1003هـ)، في مسعفة الحكام على الأحكام، ص188، حققه: سامر مازن الفُجج، دار الفتح للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، 1428هـ. والذي يترجح أن الصواب " صيغة " بدلاً من صفة؛ وذلك لما سيذكر في شرح التعريف أن المقصود هو الصيغة الشرعية كقول القاضي: حكمت... إلخ، وهذا هو ما اختاره العلامة ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار، فذكر " الصيغة لا الصفة "، ينظر: ابن الغرس، الفواكه البدرية، ص8/7، نقلاً عن كتاب نظرية الأحكام القضائية لأبي البصل؛ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد

والمراد بالإلزام:" التقرير التام سواء كان إيجاباً إلى فعل أو ترك أو إظهار ثبوت معنى في محل "2 ويفهم من كلام ابن الغرس هنا أنه يحلل المقصود من الإلزام الذي يتضمنه حكم القاضي وهو عين ما يعبر عنه الآن " بالالتزام أو الحق الشخصي "3 في القانون المدني، فحكم القاضي يتضمن أحد ثلاثة أشياء:
الأول: أمر المحكوم عليه (الملتزم) بفعل، والفعل إما أن يكون أداء مبلغ من المال، أو تسليم الشيء المتنازع عليه، أو القيام بالعمل المطلوب إن كان عملاً، والأمر في جميع الحالات، يكون بالإلجاء، وقابلاً للتنفيذ قهراً عن طريق السلطة المختصة.
الثاني: أمر المحكوم عليه بترك، أي الامتناع عن فعل، كحكم القاضي بمنع المحكوم عليه من بناء بيته في ملك الغير، أو بفتح نافذة تطل على بيت جاره وتكشف ما بداخله فتؤذيه.

الثالث: الحكم بثبوت شيء، كالحكم بثبوت الحرية أو العتق مثلاً، وذلك في الحالات التي يكون فيها المحل قابلاً لهذا الثبوت⁴.
وقوله في " الظاهر " احتراز عما ألزم به الشرع في نفس الأمر، كوجوب الصلاة والحج وغيره، فهذه الأمور ثابتة بخطاب الله تعالى دون حاجة لحكم⁵.
والمقصود ب (الصيغة المختصة) الاحتراز عن مطلق الإلزام، فلا تعتبر إلا الصيغة الشرعية المقصودة في باب الحكم، كقول القاضي: حكمت وقضيت وألزمت⁶... إلخ مما يدل على حكم القاضي.
وقوله:" بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً "احتراز عن الجور والتشهي، فالحكم المعتبر هو الذي " يظن الحاكم لزومه شرعاً لا تشهياً أو ظلماً ".
ثم ذكر ابن الغرس ما يقصد بمعنى قوله في " الظاهر " أن حكم القاضي ليس منشئاً أو مثبتاً للحق، بل هو مظهر فقط⁷.
يتجه على تعريف ابن الغرس أنه لم يتعرض لحقيقة الحكم القضائي، والتي هي فصل الخصومة في الأصل، وعدم تعرضه للحكم الذي لا يتضمن إلزاماً كالإطلاق والإباحة فيما يدخل تحت حكم القاضي.

2- تعريف مجلة الأحكام العدلية للحكم:

عرفت المجلة الحكم القضائي في المادة (1786) التي تقول:" الحكم هو عبارة قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها "1.

العزیزالدمشقي(ت1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، 352/5، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1412هـ.

¹ابن الغرس، الفواكه البدرية، ص7.

²التمرتاشي، مسعفة الحكام على الأحكام، ص188.

³الالتزام أو الحق الشخصي كما يسميه القانون الأردني هو:" رابطة قانونية بين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل"، المادة " 68 " من القانون المدني الأردني.

⁴الرشيدى، محمد صالح، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، ص7.

⁵ابن عابدين، رد المحتار، 352/5.

⁶المرجع السابق، 352/5.

⁷المرجع السابق، 352/5.

وهذا التعريف مرتبط بتعريف القاضي الذي أورده المجلة نفسها في المادة (1785) والتي تقول: "القاضي هو الذات الذي نُصِّبَ وعيِّن من قبل السلطان؛ لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة".

وبالنظر إلى تعريف الحكم في المجلة أجد أنه يتضمن مسألتين:
الأولى: تحديد حقيقة الحكم (ماهية الحكم).
الثاني: صدور الحكم عن القاضي: أي مباشر الحكم.

ويدخل في تعريف المجلة للحكم الصلح بين الخصمين، لذا أجد شارح المجلة العلامة حيدر² يضع تعريفاً آخر للحكم مستمداً من تعريف المجلة ولكنه أضاف قيداً واحداً له، إذ قال: "الحكم في اصطلاح الفقهاء هو عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها على الوجه المخصوص"³.
وذكر قيد " على الوجه المخصوص " وضع لإخراج الصلح الذي يجري بين الخصمين، والوجه المخصوص هو الصيغة الشرعية التي ذكرها ابن الغرس وابن عابدين من قبل، وهي قول القاضي: ألزمت، أو حكمت، أو أنفذت عليك القضاء⁴.
قد يقال إن تعريف المجلة لم يذكر " الإلزام " ليفترق الحكم عن الفتوى، وقد يجاب على ذلك بأن القاضي قراره ملزم، أو أن إيراد العلامة علي حيدر لقيد " على وجه مخصوص " قد يشملها، ولكن العلامة حيدر نفسه صرح بما يريده من هذا القيد وهو إخراج الصلح⁵ من التعريف إلا أن الدكتور عبد الناصر أبو البصل يرجح دخول الإلزام في قيد " على وجه مخصوص " لسبب واحد هو إيراده لعبارة ابن الغرس وابن عابدين وفيها الإلزام والحكم والنفوذ وهي تدل على الإلزام⁶.
ويرد على ذلك أن شارح المجلة صرح ماذا يريد من القيد وهو إخراج الصلح من التعريف، فيبقى التعريف على مدلول صاحبه.
بقي إن تعريف المجلة لا يشمل الحكم الصادر من المحكم والذي يعتبر حكماً بالمعنى الصحيح.

¹ حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 573/4، دار الجبل، الطبعة الأولى، 1411هـ؛ سليم باز، شرح المجلة، ص1171، مع الملاحظ أن في شرح علي حيدر استخدم لفظ " قاضي " ولعله من المعرب؛ لأن الأصل باللغة التركية، وفي شرح سليم باز استخدم لفظ " الحاكم " في التعريفين، والاصطلاحان صحيحان ومستخدمان في كثير من الدول إلى الآن.

² هو علي حيدر أفندي، من علماء الدولة العثمانية، تقلد فيها عدة مناصب، منها: وزير العدلية، أمين الفتيا، أستاذ في مدرسة الحقوق بالأستانة، من مصنفاته: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، وهو من أوسع شروح المجلة العدلية، أصول استماع الدعوى، ت1353، old.shamela.ws

³ حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 574/4.

⁴ حيدر، علي، درر الحكام، 574/4؛ ابن عابدين، رد المحتار، 352/5.

⁵ ذكر العلامة حيدر في شرحه على المجلة سبب عدم وضع المجلة لقيد " على وجه مخصوص " لإخراج الصلح؛ وهو أن واضعي المجلة يعتبرون الصلح الذي يحدث في مجلس القضاء حكماً بالمعنى القضائي؛ ذلك لأن قطع الطرفين المنازعة بينهما صلحاً يخرج بعبارة القاضي كما أنها تخرج بعبارة المحاكمة، ينظر: حيدر، علي، درر الحكام، 574/4.

⁶ أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص39.

ب- : تعريف الملكية للحكم القضائي

1- تعريف الإمام القرافي:

عرف الإمام القرافي الحكم بأنه: "إنشاء إطلاق وإلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا"¹.

ويقصد بقوله "إنشاء إطلاق" الاحتراز عن القول بأن الحكم إلزام فقط، فمن الأحكام ما يكون مضمونها إطلاقاً لا إلزام فيه، ومثال ذلك: حكم القاضي بزوال ملك الأرض زال عنها الإحياء².

وكذلك حكمه بزوال الملك عن الصيد والنحل والحمام البري... إذا خرج من يد حائزه وأصبح غير مقدور عليه، فهذه الأشياء كلها في الأصل كانت مباحة لجميع الناس (مطلقة)، وغير مقيدة بملك³ أحد، وإنما أصبحت مملوكة لمن حصل له سبب تملكها، وهو إحياء الأرض الموات، والحيازة في الصيد والحيوان البري، فيحنما يزول هذا السبب تعود إلى حالتها الأصلية وهي الإباحة والإطلاق، فحكم الحاكم هنا بزوال الملك عن هذه الأشياء هو في حقيقته "إطلاق" فيحق لأي واحد من الناس تملك هذه الأشياء بأسبابها الشرعية استناداً إلى هذا الحكم المتضمن لإباحتها وإطلاقها⁴.

أما الإلزام فقد جعله القرافي مقابلاً للإطلاق، فيكون التقدير حينئذ "إنشاء إطلاق، أو إنشاء إلزام" وإنشاء الإلزام يكون إذا تضمن الحكم طلباً من المحكوم عليه بفعل شيء أو أداء أمر معين، أو الكف عن شيء، ومثاله: الحكم على الشخص بالإنفاق على زوجته، أو ولده، أو قريبه، أو الحكم بلزوم الصداق في ذمة الزوج ووجوب دفعه للزوجة، أو الحكم بالشفعة، أو بهدم البناء الذي تعدى به مالكة على أرض الجار... إلخ⁵.

وقوله في "مسائل الاجتهاد" احتراز من الحكم على خلاف الإجماع، فمثل هذا الحكم يعتبر باطلاً لا يعتد به، بل لا يعدّ حكماً في نظر القرافي⁶.

وقوله "المتقارب" أي الاجتهاد المتقارب احتراز عن الحكم الذي يستند إلى رأي مخالف لأراء العلماء دون سند معتبر، فمثل ذلك الحكم غير معتبر، وليس حجة في نظر القرافي الذي يقول عن قيد المتقارب الأنف الذكر "احتراز من

¹القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، 33/1، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1416هـ؛ وقد تبني هذا التعريف أيضاً العلامة قاسم من الحنفية في كتابه موجبات الأحكام، ص190-191، ولم ينسبه للقرافي مع أنه نقل عنه، إذ الحنفي متأخر عن القرافي بقرون عدة.

²يقصد بالإحياء: إحياء الأرض الموات وهو سبب من أسباب الملكية في الشريعة الإسلامية لقوله (ﷺ): "من أحيا أرضاً ميتة فهي له"، ينظر: الترمذي، محمد بن عيسى(ت279هـ)، الجامع المختصر من السنن عن رسول الله (ﷺ) ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل المعروف ب(جامع الترمذي)، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات، 654/3.

³الملك: يعني اختصاص حاجز شرعاً يسوّغ لصاحبه التصرف إلا لمانع؛ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، 333/1، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، 1425هـ.

⁴القرافي، الإحكام، ص33-34.

⁵أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص40.

⁶المرجع السابق، ص40.

الخلافة الذي ضعف مدركه جداً، فإن الحاكم إذا حكم به لا عبرة بحكمه وينقض، فلا بد حينئذ من تقارب المدارك في اعتبار الحكم"¹.

وقوله: " فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا " بيان لمجال الأحكام القضائية ونطاقها واحتراز عن " مسائل الاجتهاد في العبادة ونحوها، فإن التنازع فيها ليس لمصالح الدنيا، بل لمصالح الآخرة، فلا جرم لا يدخلها حكم الحاكم أصلاً"².

ويتجه على تعريف الإمام القرافي للحكم في قوله: " إنشاء إطلاق " وجعله الإطلاق في مقابل الإلزام، في حين يكون الإطلاق متضمناً للإلزام، وبالتالي يكون الاقتصار على الإلزام كافيًا في التعريف، ومن الأمثلة على ذلك الحكم بزوال الملك عن الأرض التي زال عنها الإحياء، فهناك جانبان للحكم³:

الجانب الأول: إلزام الشخص الذي كان مالكاً للأرض بالإحياء بزوال اختصاصه عن تلك الأرض، ومضمون الحكم بإلزامه أن يمتنع عن التعرض لأي شخص يريد إحياء تلك الأرض التي أصبحت موأناً مطلقة.

الجانب الثاني: الإطلاق أو الحكم بالإباحة والإذن لجميع الناس بإحياء تلك الأرض، ويدخل في الناس المالك نفسه الذي حكم عليه بزوال ملكيته للأرض.

وقد أجاب الإمام القرافي عن هذا الاعتراض بعد أن سلم بوجود فقال ما ملخصه: " إن إفادة الإطلاق للإلزام إنما هي بطريق اللزوم وليست بالمقصود الأول من الكلام وإنما بالمقصود الثاني، والكلام في الحقائق دائماً يقع في الرتبة الأولى والمقصود الأول لا فيما بعدها"⁴.

ولكن هذه الإجابة من القرافي غير مسلم بها؛ لأن المقصود الأول للحكم بزوال الإحياء هو إلزام المالك بعدم الاختصاص، ومن ثم يكون الحكم بالإباحة هو المقصود الثاني، وكيف يكون المحكوم عليه في الحكم القضائي متعلقاً بالمقصود الثاني وفي الرتبة الثانية وهو طرف في النزاع؟ هذا غير ممكن؛ لأن الإطلاق المذكور في الحكم هو متضمن للإلزام⁵.

ويتجه على تعريف القرافي أيضاً أنه لا يشمل إلا الحكم الذي ينقض، أي ما كان في مسائل الاجتهاد، وهو بذلك يتحدث عن الحكم الذي يجوز الحجية المطلقة لا مطلق الحكم، فالحكم من حيث الماهية قد يوجد، ولكنه يعتبر باطلاً غير معتد به.

فالحكم المخالف للإجماع مثلاً لا يدخل في تعريف القرافي؛ لأنه باطل كما صرح بذلك القرافي نفسه⁶، ولكن هذا الحكم الباطل يعد حكماً من حيث صورته الخارجية، الخارجية، إضافة إلى أن بطلان الحكم المتصور مخالفته للإجماع لا يكون إلا بعد صدوره وظهوره إلى حيز الوجود، ثم يبحث في مخالفته للإجماع، فإن ثبتت هذه المخالفة يحكم ببطلان الحكم وينقض⁷.

¹القرافي، الإحكام، ص35.

²المرجع السابق، ص35-36.

³أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص41.

⁴القرافي، الإحكام، ص34.

⁵أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص40-41.

⁶القرافي، الإحكام، ص35.

⁷أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص41.

2- تعريف العلامة الدردير¹:

عرف الدردير الحكم بأنه: "الإعلام على وجه الإلزام"². وهذا التعريف راجع إلى تعريف الدردير نفسه للقضاء في الاصطلاح الشرعي وبعبارة أخرى: إن هذا التعريف إنما هو شرح وبيان لكلمة "حكم" الواردة في تعريف القضاء³ كما سيظهر جلياً فيما يلي:

عرف الدردير القضاء بقوله: "هو حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده كدين وحبس، وقتل،... إلى أن قال: "ليرتب على ما ثبت عنده بمقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى"⁴.

وعلى ذلك فالقضاء هو: "حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده... أما الحكم فهو: "الإعلام على وجه الإلزام يصدر من حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده"⁵.

وحتى يكتمل التعريف يضاف إليه قوله: "ليرتب على ما ثبت عنده بمقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى"⁶.

وبتحليل التعريف فإنه يتضمن العناصر الآتية:
أولاً: الإلزام.

ثانياً: مصدر الحكم من حاكم أو محكم.

ثالثاً: ارتباط الإلزام بما ثبت لدى الحاكم من وقائع كالدين والقتل وغيرها...
وينقص هذا التعريف عدم إيراده لفصل الخصومة وهي أساس الأحكام القضائية، فالإعلام الملزم المتعلق بالثبوت إنما هو متحصل عن فصل الخصومة التي عُرضت أمام القضاء.

ت- تعريف الشافعية للحكم القضائي

1- تعريف شيخ الإسلام زكريا الأنصاري⁷:

عرف الأنصاري الحكم بقوله: "أما الحكم ويعبر عنه بالقضاء والمراد به الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية" وهو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع"⁸.

¹ هو العلامة أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهرى، فقيه، صوفي، من تصانيفه: أقرب المسالك، وشرحه له الصغير والكبير، ت1201هـ، ينظر: الزركلي، الأعلام، 1/244.

² الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي الشهير بالصاوي(ت1241هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 187/4، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ.

³ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 187/4.

⁴ الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 186/4.

⁵ هذا التعريف بهذا الشكل إنما هو تجميع لما قيل سابقاً من تعريف للقضاء والحكم.

⁶ الدردير، الشرح الصغير، 186/4.

⁷ هو الإمام زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري، الشافعي، عالم، فقيه شافعي، له مشاركة في الفرائض والتفسير والقراءات والتجويد والحديث والتصوف والنحو والمنطق، تولى القضاء في القاهرة، من تصانيفه: حاشية على تفسير البيضاوي، شرح منهاج الوصول في الأصول، شرح صحيح مسلم، اختصار منهج النووي وشرحه للمختصر وغيرها، ت925هـ، ينظر: الزركلي، الأعلام، 46/3؛ موسى سركيس، يوسف بن إلبان، معجم المطبوعات العربية والمعربة، 484-482/2، مطبعة سركيس، مصر، 1436هـ.

⁸ الأنصاري، عماد الرضا ببيان أدب القضا(مخطوط، ورقة 14أ)، نقلاً عن كتاب نظرية الحكم القضائي، ص45.

وهذا التعريف ذكره كثير من الشافعية باعتباره تعريفاً للقضاء، فالحكم الذي يستفيدة القاضي بالولاية - كما قال ابن عبد السلام¹ - هو إظهار حكم الشرع في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه².

ويتجه على تعريف الأنصاري وكذلك ما في معناه كقول ابن عبد السلام المذكور عدم إيرادهما لخصوصية الحكم القضائي وماهيته، صحيح أن الحكم فيه إلزام وهو يصدر من صاحب ولاية عامة، ولكن الحكم أيضاً يصدر من المحكم وولايته ليست عامة بل خاصة وجزئية، كما أن فصل الخصومة الذي يعتبر أساس الحكم القضائي - كما قلت سابقاً - ليس وارداً في التعريف.

2- تعريف الإمام ابن حجر الهيتمي:

الحكم القضائي عند الإمام ابن حجر هو: " ما يصدر من متول عمومًا وخصوصًا راجعًا إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص"³.
فقوله: " ما يصدر " يقصد به وسائل التعبير عن الحكم القضائي من قول أو فعل كالكتابة مثلاً.

وقوله: " من متول عمومًا وخصوصًا " يقصد بذلك الشخص الذي يصدر الحكم وصفته من قاض، أو حاكم، أو محكم، وبذلك تندرج الولايات جميعها سواء أكانت ولاية عامة أو خاصة.

وقوله: " راجعًا إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء " يقصد به أن يكون الحكم متعلقًا بقضية رفعت للقاضي ليحكم فيها، ويكون حكمه كاشفًا للحق وليس منشئًا، فهو متعلق بواقعة سابقة على القضاء، والإلزام الذي يتضمنه الحكم هو إلزام بشيء وقع قبل الحكم كالعقد ونحوه، ويرجع وضع هذا القيد في التعريف لسببين:

الأول: لبيان أن الحكم كاشف عن الحق وليس منشئًا له، وأن الإلزام فيه سابق عليه.
الثاني: لإخراج ما يفعله القاضي من عقود وغيرها من دائرة الأحكام، فهذه العقود تنشأ عنها إلزامات مباشرة وجديدة، وليست سابقة على الحكم، والله أعلم.

وقوله: " على وجه مخصوص " لعل المراد به أصول التقاضي والإجراءات من دعوى وبيانات ونحوها.

ويتجه على تعريف الإمام ابن حجر أنه يصدق على معظم أعمال القضاء وإن لم تتضمن أحكامًا، إضافة إلى خلوه من القيود التي تميز الحكم القضائي عن غيره كالفصل في الخصومات، مع ملاحظة أن ألفاظ التعريف لا يعرف المقصود منها إلا بالشرح والتفصيل مما يجعل الغموض يكتنف بعض فقراته.

¹ هو الإمام عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الدمشقي، الملقب بسطان العلماء وبائع السلاطين، من أكابر فقهاء الشافعية، من تصانيفه: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مختصر نهاية المطالب للجوريني، ت660هـ، ينظر: ابن شاکر، صلاح الدين محمد بن شاکر بن أحمد بن عبد الرحمن بن شاکر (ت764هـ)، فوات الوفيات، 351-350/2، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1973م -1974م؛ الزركلي، الأعلام، 21/4.

² المناوي، شرح عماد الرضا، 228/1، نقلًا عن كتاب نظرية الحكم القضائي، ص45.

³ ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، 198/2.

ث- تعريف الحنابلة للحكم القضائي

1- تعريف البهوتي للحكم:

ذكر العلامة البهوتي تعريف الحكم في كتابين من كتبه، الأول: شرح منتهى الإرادات والثاني: كشاف القناع¹ على النحو التالي:
أولاً: قال في شرح المنتهى معرّفًا للحكم بأنه: " فصل الخصومات " أو " الإلزام بحكم شرعي " وكان هذا التعريف منه شرحًا وتعقيبًا على كلام صاحب المنتهى الذي قال عن الحكم بأنه " الفصل " فقط.²
ثانيًا: قوله في كشاف القناع عن متن الإقناع عند قول صاحب الإقناع عن الحكم بأنه: " الإلزام بالحكم الشرعي " فأضاف البهوتي " فصل الخصومات "، ثم قال: " والحكم إنشاء لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام، أو للإباحة والإطلاق إن كان الحكم في الإباحة " ³ وقد مثل للأخير بحكم الحاكم ببطلان إحياء الأرض الموات وصيرورتها مباحة لجميع الناس، وعزا هذا الكلام لابن قندس⁴ من الحنابلة⁵.

وبالنظر فيما سبق من نقل عن العلامة البهوتي يتضح أن للحكم تعريفين عنده:
الأول: " فصل الخصومات " وهذا التعريف يورد أساس وماهية الحكم، إلا أنه بهذه الصيغة يحتاج إلى ما يقيد ويوضحه أكثر، فلم يذكر من يصدر الحكم، ولا ما يكون به الحكم صادرًا من قول أو فعل.
الثاني: " الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومة " ويقصد البهوتي أن الحكم القضائي قد يكون فصلًا في خصومة بقرار ملزم يتضمن حكمًا شرعيًا، وقد يكون أيضًا إلزامًا بالحكم الشرعي من غير خصومة، ومثل لهذه الحالة بقول: " كعقد رفع إليه - أي إلى القاضي - فحكم به ولا خصومة " ⁶.
ويتجه على هذا التعريف أيضًا احتياجه لبعض القيود كسابقه، بالإضافة إلى أن الحكم بلا خصومة غير مسلم به من الناحية الواقعية، فإذا رفع إليه عقد مثلاً وحكم ببطلانه، فلا بد أن يكون هذا الحكم صادرًا لصالح شخص وضد مصلحة شخص آخر، وهم أطراف العقد، وإلا أصبح الحكم شبيهًا بالفتوى. أما ما ذكره البهوتي من أن الحكم إنشاء للإلزام أو للإباحة، فهذا - والله أعلم - منقول عن الإمام القرافي من المالكية، وقد مر ذكره في تعريف القرافي للحكم سابقًا⁷.

¹ الكتاب الأول هو شرح منتهى الإرادات ويسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، والمنتهى من تأليف العلامة ابن النجار الحنبلي، أما الكتاب الثاني فهو كشاف القناع عن متن الإقناع، ومنتى الإقناع كتاب في الفقه الحنبلي من تأليف العلامة شرف الدين موسى الحجاوي، وكلا الكتابين من الكتب المعتمدة المعمول بها عند الحنابلة.

² البهوتي، دقائق أولي النهى، 485/3.

³ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 280/6، دار الكتب العلمية.

⁴ هو العلامة أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلبي، الدمشقي، الحنبلي، عالم مشارك في الفقه والأصول والتفسير والعربية والمنطق، من تصانيفه: حاشية على المحرر، وحاشية على الفروع لابن مفلح، ت681هـ، ينظر: السخاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، 14/11-15.

⁵ البهوتي، كشاف القناع، 285/6.

⁶ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 512/3.

⁷ القرافي، الأحكام، 33/1.

ج- : تعريفات الفقهاء المحدثين للحكم القضائي

1- تعريف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي¹:

وقد عرف الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي الحكم القضائي بقوله: "فصل الخصومة وحسم النزاع بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام"².

وهذا التعريف جيد، وفيه من محددات الحكم ما يجعله مختلفاً عن التعريفات التي سبقته، كفصل الخصومة، والإلزام، وذكر مباشر إصدار الحكم وهو القاضي، ثم فيه ما يكون به الحكم صادرًا من القول والفعل.

إلا أن هذا التعريف لا يدخل فيه حكم المحكم، كما لا يشمل الحكم الضمني، وهو من الأحكام التي اعتد بها عدد من الفقهاء³.

2- تعريف الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين⁴:

وقد عرف الحكم القضائي بأنه: "فصل الخصومة بقول أو فعل يصدر عن القاضي ومن في حكمه بطريق الإلزام"⁵.

وهذا التعريف جيد، ففيه العناصر التي تحدد ماهية الحكم كفصل الخصومة، ثم فيه مباشر الحكم كالقاضي ومن في حكمه، بالإضافة إلى صفة الإلزام في الأحكام القضائية التي تميزها عن الفتاوى، غير أن الحكم الضمني لا يدخل ضمن هذا التعريف على وجاهته.

وبالنظر والتدقيق في التعريفات المتقدمة فإن بعضها قد اتفق في عنصر معين من عناصر الحكم وركز على إظهاره، وبعضها الآخر قد اتفق في أكثر من عنصر، فالنص على عنصر الإلزام في الحكم القضائي اتفق على إيرادها والتركيز عليه في التعريف كل من: ابن الغرس، القرافي، الدردير، زكريا الأنصاري، والبهوتي، ومن المحدثين: الزحيلي، ومحمد نعيم ياسين.

أما النص على عنصر فصل الخصومة فقد أورده كل من: مجلة الأحكام العدلية، والبهوتي، ثم الزحيلي، ومحمد نعيم من المحدثين.

أما النص على الشخص الذي يصدرُ الحكمُ عنه وصفته فقد أوردته تعريفات كل من: ابن حجر الهيثمي، زكريا الأنصاري، الدردير، مجلة الأحكام العدلية، والزحيلي، ومحمد نعيم من المحدثين.

¹ الزحيلي، وهبة مصطفى، معاصر، أستاذ في الفقه والأصول، حاز على درجة الدكتوراة من الأزهر عام 1962م، من مصنفاته: آثار الحرب في الفقه الإسلامي، الفقه الإسلامي وأدلته (8 مجلدات)، أصول الفقه الإسلامي (2م)، نظرية الضرورة الشرعية (مجلد واحد)، وغيرها، ت2015م، ينظر: موقع هيئة الشام الإسلامية <https://islamicssham.org>

² الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، 6289/8، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الرابعة، أعده للمكتبة الشاملة أبو أكرم الحلبي، عضو في ملتقى أهل الحديث.

³ أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص50.

⁴ هو الدكتور محمد نعيم ياسين، معاصر، أستاذ، وباحث حصل على الدكتوراة من جامعة الأزهر عام 1971م، درس في الجامعة الأردنية وجامعة الكويت، من مصنفاته: نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات، الجهاد ميادينه وأساليبه، الإيمان، ينظر: موقع رابطة أدباء الشام

<https://www.odabasham.net>

⁵ ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص643، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.

ومما سبق يتبين اتفاق التعريفات أو بعضها في إيراد عنصر معين، أنه عنصر مهم يجب عدم إغفاله في تعريف الحكم القضائي وبيان معناه.

موازنة بين التعريفات السابقة¹:

وقبل أن أنتهي من الحديث عن تعريف الحكم ينبغي الإشارة إلى علاقة التعريفات المتقدمة للحكم بعضها مع بعض إن كانت هناك علاقة، فبالنسبة لتعريف المناطقة والمتكلمين للحكم وعلاقته بالتعريف اللغوي للحكم فإنه لا علاقة بينهما، وأن المناطقة قد أخذوا لفظ " الحكم " ووضعوا معنى اصطلاحياً مغايراً لمعناه في اللغة، بل لا يمت إليه بصلة، وليس شرطاً أن يكون بين المعنى اللغوي والاصطلاحى أو المعنى الجديد علاقة، وإن كان الغالب وجودها.

أما الحكم عند الأصوليين والفقهاء فهو يرتبط شيئاً ما ببعض معاني الحكم في اللغة، ففي الحكم الشرعي يحصل العلم والفقهاء، وهما أحد معاني الحكم في اللغة، وكذلك يحصل بالحكم الشرعي - المتضمن تكليفاً ملزماً - منعاً للمكلف يقصد به إصلاحه، بل صلاح دنياه وآخرته، وهذا مرتبط بأصل كلمة حكم في اللغة، والتي وضعت لمنع يقصد به إصلاح كما مر، كما أن في الحكم الشرعي قضاءً عادلاً، حيث تتضمن الأحكام الشرعية عدلَ قضاءٍ يحل به النزاعات والمشكلات.

وكذلك للحكم بمعناه الاصطلاحى عند الفقهاء والأصوليين ارتباط مع معنى الحكم عند المناطقة والمتكلمين، فقولنا مثلاً: " الصلاة واجبة " يتضمن إسناد أمر إلى أمر وهكذا. مع العلم أن الأصوليين كثيراً ما يدرجون المنطق في مباحثهم، وبينون عليه مسائل أصولية. أما الحكم بمعناه الاصطلاحى والقضائى فقد أخذ من معاني الحكم في اللغة معنى القضاء مطلقاً ثم المنع، وذلك أن القضاء في حقيقته هو الحكم، وهو الوظيفة الأصلية للقضاء، أما المنع فقد مر أن اللغويين قالوا: يقال للحاكم حاكم؛ لأنه يمنع الظالم من الظلم؛ ولأنه ينصف المظلوم، ويأخذ على يد الظالم، ويعيد الحقوق لأصحابها، ولا يتم ذلك إلا بالحكم.

أما ارتباط الحكم في الاصطلاح القضائى بالحكم في اصطلاح المناطقة والمتكلمين؛ فلأن الحكم القضائى قد يتضمن إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه، وهذا من الحكم المنطقي، فالحكم باستحقاق المدعي للحق المتنازع عليه إثبات أمر لأمر إيجابياً، أما إذا حكم برد الدعوى أو تركها فيكون الحكم تجاه المدعي سلباً وهو نفي استحقاقه للشيء.

والحكم القضائى في ذاته إنما يستند إلى الحكم الشرعي فالقاضي يلزم الخصوم بالحكم الشرعي، وكثير من الفقهاء قالوا بأن الحكم هو الإلزام بالحكم الشرعي.

كما أن الحكم أيضاً بالإضافة إلى استناد القاضي فيه إلى الحكم الشرعي يتضمن أحياناً حكماً وضعياً أو تكليفاً، كالوجوب والحرمة أو السببية والمناعية، وكذلك قد يتضمن الإلزام بأثار عقد أو تصرف معين.

¹أبو البصل، نظرية الحكم القضائى، 54-55.

ح- : التعريف المختار للحكم القضائي:

بناءً على ما تقدم عرضه من تعريفات السادة الفقهاء المتقدمين والمتأخرين، وما وجّه إليها من نقد واعتراض، وتمشيًا مع حقيقة الحكم القضائي فإنه يمكن القول أن التعريف المختار للحكم القضائي هو:

" الحكم هو ما يصدر عن القاضي ومَنْ في حكمه، فاصلاً في الخصومة، متضمناً لإلزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها أو تقرير معنى في محلّ قابلٍ له " ¹.

وقد وقع الاختيار على هذا التعريف بالاستمداد مما ذكر من تعريفات سابقة؛ لأنه بهذه الصيغة يتجّب الانتقادات الموجّهة لسابقه.

شرح مفردات التعريف:

أ- " ما يصدر " يشمل القول والفعل مما يعبر بهما عن صدور الحكم القضائي وظهوره إلى حيز الوجود.

ب- قوله: " عن القاضي ومَنْ في حكمه " يشمل كلَّ شخص تتوافر فيه صفة إصدار الحكم القضائي كالسلطان والقاضي والمحكم.

ت- قوله: " فاصلاً في الخصومة " يتضمن ماهية الحكم القضائي وحقيقته، فالقضاء وُجِدَ أساساً لفصل الخصومات وهو ما يتم بالحكم القضائي.

ث- قوله: " متضمناً لإلزام " فيه نص على صفة الإلزام في الحكم القضائي الذي يميزه عن الفتوى والاستشارة.

ج- قوله: " إلزام المحكوم عليه بفعل أو بالامتناع عن فعل " يشمل كلَّ الأحكام المدنية التي تتضمن إجبار المحكوم عليه بالقيام بعمل معين، كأداء مبلغ الدين أو القيام بتنفيذ العقد المبرم بين طرفي الحكم، أما الامتناع عن فعل فهو يتضمن صور الالتزامات السلبية الواجبة على المحكوم عليه، سواء كانت ناتجة عن عقد، أو عن القانون والتشريع مباشرة، وذلك مثل عدم فتح النوافذ المطلّة على الجار، أو عدم قطع مجرى المياه ومنعها من الوصول إلى أرض المجاورين وهكذا.

ح- قوله: " إيقاع عقوبة " يتضمن الأحكام الجنائية كلّها، سواء أكانت قصاصاً أم حدّاً أم تعزيراً.

خ- قوله: " تقرير معنى في محل قابل له " يتضمن مسائل الثبوت والإنشاءات التي تجري في مجلس القاضي، وتشمل ثبوت الصفات والنسب وما شابهه، وكذلك يدخل فيها الحكم الضمني؛ لأنه بمثابة التقرير يستفاد من نص الحكم الصريح.

¹ أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، 52-53.

ثانياً: تعريف الحكم في الاصطلاح القضائي في القانون

لم يتعرض قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني¹ ولا قانون أصول المحاكمات الشرعية² لتعريف الحكم القضائي، وكذلك الأمر في تشريعات الدول العربية³ أيضاً؛ لأن القوانين تهتم بالتنظيم وتحديد المراكز القانونية أكثر من الاهتمام بتحديد التعريفات، وإنما ترك أمر التعريفات للفقهاء والقضاة، وهو بالتالي يتيح لكتاب وشرّاح القانون والقضاة والمحامين مجالاً واسعاً للاجتهاد في وضع التعريفات.

إلا أنّ التشريعات الإجرائية قد تتخذ مسلكاً في الحديث عن الأحكام يتضح من خلال دراسة مراد تلك التشريعات من إطلاقها لفظ الحكم، أو استخدامها لمصطلحات معينة؛ لتعبر عن الحكم القضائي، أو عما يصدر عن القضاء من قرارات.

أ- الاصطلاحات المستخدمة في القانون للدلالة على الحكم:

بالنظر في نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني يتضح أن المقنن لم يلتزم منهجاً واحداً في إطلاقه للمصطلحات الدالة على الحكم. فقد اعتبر المقنن أنه إذا تعذر إجراء عملية التبليغ، جاز لطالب التبليغ أن يستصدر أمراً من المحكمة بتعليق صورة من الورقة القضائية على لوحة إعلانات المحكمة وصورة أخرى على جانب ظاهر للعيان في آخر محل إقامة أو مكان عمل للمراد تبليغه وينشر إعلان موجز في إحدى الصحف اليومية، كما في المادة (21) من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني. كما أطلق المقنن الفلسطيني - القرار - على الطلبات المستعجلة كما جاء في المادة (106).

إلا أن المقنن الفلسطيني قد جاء في المادة (192) معطياً توجيهاً حدد مراده من تعريف الحكم بالمعنى القضائي الدقيق حيث قال: " لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الخصومة كلها عدا القرارات الوقتية المستعجلة، والقرارات الصادرة بوقف الدعوى، والقرارات القابلة للتنفيذ الجبري، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص، والحالات التي نص القانون على جواز الطعن فيها استقلاً".

وكما هو واضح من نص المادة (192) فقد ميز المقنن بين نوعين من القرارات:

الأول: ما يصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي به الخصومة.

الثاني: ما يصدر منهيّاً للخصومة كلها.

وهذا التمييز له فوائد مهمة تستلزم إعادة النظر في إطلاق مصطلح واحد على أشياء متغايرة.

¹ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، المنشور بتاريخ 2001/9/5م.
² قانون أصول المحاكمات الشرعية: " هو القانون الذي تطبقه المحاكم الشرعية في إجراءات التقاضي لديها، وهو القانون رقم (21) لسنة 1959م منشور بالعدد 1449 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1959/11/1م".
³ ومن ذلك قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني سنة 1988م المنشور في الجريدة الرسمية في العدد 3545 بتاريخ 1988/4/2م؛ ومجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية، فهي لم تتعرض لتعريف الحكم كغيرها من تشريعات الدول العربية.

أما تعريف الحكم وتحديد مدلوله عند القانونيين، فقد اختلفوا وذهبوا في ذلك إلى عدة آراء أجملها فيما يلي:

الرأي الأول: ذهب إلى أن الحكم هو: "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادرًا في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه"¹.
ووفق هذا الرأي يتميز الحكم بشيئين:

الأول: أنه صادر من هيئة قضائية، وبالتالي ما يصدر عن هيئة غير قضائية لا يعتبر حكمًا.

الثاني: أنه صادر في خصومة، أي باستناد الهيئة القضائية إلى سلطاتها القضائية²، فيكون ما تصدره الهيئة مستندة فيه إلى سلطاتها الولائية ليس حكمًا. والقرار يعتبر حكمًا طبقًا لهذا الرأي، سواء كان صادرًا في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه.

الرأي الثاني: يرى أن الحكم يراد به: "كل ما يصدر عن القضاء، سواء أكان متعلقًا بخصومة أم لا".

وهذا الرأي يوسع من نطاق الأحكام القضائية إلى حد كبير³ بحيث تدخل الأعمال الولائية ضمن نطاق الحكم القضائي، وهذا ما ترفضه قواعد قوانين الإجراءات.
الرأي الثالث: الحكم هو: "القرار الصادر عن جهة قضائية للفصل في المنازعات وفق قواعد المرافعات"⁴.
وهذا التعريف جيد:

- 1- لأنه بين العمل الأساسي للعمل القضائي وهو فصل الخصومات وقطع المنازعات.
- 2- لأنه بين الجهة التي تصدر الحكم، وهو القاضي أو المحكم أو السلطان.
- 3- قصر الحكم على العمل القضائي، وهو فصل الخصومات دون غيره، أي دون العمل الولائي.
- 4- أن الحكم يسير وفق قواعد الإجراءات.

الرأي الرابع: يعرف الحكم بأنه: "كل إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، وذلك أيًا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وأيًا كان مضمونه"⁵.
هذا التعريف يوسع من نطاق الأحكام القضائية؛ لأنه ليس كل إعلان لفكر القاضي يصب في إنهاء الخصومة.

ب- التعريف المختار للحكم في القانون:

¹ أبو الوفا، د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام وقانون المرافعات، ص32، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة، الاسكندرية.

² المرجع السابق، ص32.

³ محمد حامد فهمي، المرافعات، ص608، نقلًا عن كتاب تسبيب الأحكام في المواد المدنية والتجارية لعهد الأشرم.

⁴ المرجع السابق، ص608.

⁵ فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، ص358، نقلًا عن كتاب تسبيب الأحكام في المواد المدنية والتجارية لعهد الأشرم.

بالنظر إلى التعريفات السابق ذكرها أميل إلى أن أفضل تعريف يصدق على الحكم القضائي هو الذي يعرفه بأنه: " القرار الصادر عن جهة قضائية للفصل في المنازعات وفق قواعد المرافعات".

وبذلك يقترب تعريف الحكم في القانون مع تعريفه في الشريعة، حيث إنه بين الوظيفة الأساسية للعمل القضائي وهي فصل الخصومات وقطع المنازعات، أما يصدر عن المحكمة أثناء سير الدعوى ولا تفصل به الخصومة، فإن إطلاق مصطلح حكم عليه يكون من قبيل التجاوز لا الحقيقة، أما المحكم فحكمه داخل في التعريف.

المبحث الثاني

ماهية الحكم القضائي

المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وركنه

الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي

بعد أن تعرض القضية على القاضي، وتمر في الإجراءات التي سنّها القانون من تصحيح للدعوى إذا كانت غير صحيحة، ومن عرض أدلة الإثبات، وطلب المدعي الحكم، وغير ذلك من الإجراءات، إلى أن تصل إلى مرحلة إصدار الحكم، يكون القاضي في هذه المرحلة قد كوّن رأياً يحل به النزاع، هذا الرأي أو الحل الذي يحل به النزاع هو ما يقال عنه الحكم في مرحلته الأولى، قبل ظهوره وإعلانه للخصوم وللناس.

وتطبيقاً لذلك قال بعض الفقهاء عن الحكم إنّه إلزام نفساني، أي أمر قائم بالنفس لا باللسان، وأول من قال بذلك الإمام العز بن عبد السلام الذي عرّف الحكم بأنه: " الإلزام النفساني المستفاد من جهة الولاية"¹، وتبعه في ذلك الإمام القرافي المالكي الذي يقول مستدلاً على أن حكم الحاكم نفساني لا لساني: " إنّه إذا حكم - أي القاضي - فتارة يخبر عنه - أي عن حكمه - بلسانه فيقول: اشهدوا علي أنني حكمت بكذا، وتارة يُسأل عن ذلك فيشير برأسه أو غير ذلك مما يفهم عنه به أن حكمه، وتارة يكتبُ به إلى حاكم آخر، أو يُحضِرُ مكتوباً للشهود، فيقول: اشهدوا عليّ بمضمونه، أو يبعث بمكتوب الحاكم - أي مكتوب القاضي - إلى الإقليم الآخر من غير عبارة ولا إشارة، ويكون ذلك دليلاً على أنه حكم. فدل ذلك على أن حكمه غير لفظه وكتابته وإشارته، وما ذلك إلا الكلام النفساني، وما عداه دليل عليه، كسائر ما قام بالنفس من الأحكام والأخبار وغيرهما، فظهر أن حكم الحاكم نفساني لا لساني"².

وقد أولى الفقهاء مسألة الأمر النفساني عناية كبيرة حتى إنّ بعضهم قد اعتبر إصدار القاضي للحكم في نفسه مكتسباً للحجية المطلقة للحكم. وممن قال بذلك الإمام ابن عبد السلام الذي يقول: " إذا حكم - أي القاضي - في نفسه في مختلف فيه لم يتأثر بنقض مخالف له"³، وكلامه هذا خطير لم يقره عليه فقهاء الشافعية، كابن حجر الهيتمي مثلاً الذي عقب على قول ابن عبد السلام بقوله: "وظاهره - أي ظاهر كلامه - أنه بعد حكم المخالف يُقبلُ ادعاؤه ذلك الحكم؛ لأنه لا يُعرفُ إلا من جهته وفيه نظر. والذي يتجّه أنه إن كان أشهد به قيل حكم المخالف لم يُعتدَّ بحكم المخالف وإلا اعتدَّ به"⁴.

¹الرملي، شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 257/8؛ الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى(1204هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، 350/5، دار الفكر.

²القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص58-59.

³ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج، 140/10، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، 1357هـ، ثم صورتها دار إحياء التراث العربي - بيروت.

⁴ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 140/10.

وهذا يدل أيضًا على أن الحكم الشرعي أمر قائم بالنفس لا باللسان، وأنه قد يقترن إنشاء الحكم بما يدل عليه فيوافق إنشاء الحكم وقت الإشهاد عليه، وقد يفتقران سنين كثيرة بأن يحكم في شيء ولا يُشهد بالحكم على نفسه في ذلك إلا بعد مدة طويلة، فتبين أن الحكم الشرعي في نفسه قائم بذاته من كلامه النفساني لا اللساني¹. ولا يؤثر ذلك على صدوره، المهم إثبات صدوره وإعلانه إلى حيز الواقع الملموس.

الفرع الثاني: ركن الحكم القضائي

ركن الشيء، جانبه الأقوى، وجمعه أركان وأركان، ومدار الركن في اللغة على الجانب القوي من الشيء الذي به قوامه وعليه استناده².

أما في الاصطلاح الفقهي، فالركن: ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءًا داخليًا في ماهيته³.

وركن الحكم القضائي هو ما يدل عليه من قول أو فعل⁴، فيقال للقاضي إنه حكم بكذا، بأي فعل يصدر عنه يفيد إلزام المحكوم عليه بالحق للمحكوم له، وهذا عند من يقول بأن الفعل قد يدل على الحكم، أما من يقول باشتراط الصيغة القولية يكون الحكم صادرًا بقول القاضي: حكمتُ أو ما يقوم مقامها⁵.

وهذا كله جار على مصطلح الحنفية في الركن، وهو هنا الصيغة فقط، أما القاضي والدعوى وغيرهما فمستلزمات تابعة للصيغة.

¹ ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام 134/1.

² ابن منظور، لسان العرب، 13/185؛ الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، 5/2126.

³ هذا التعريف جار على مصطلح الحنفية في الركن، ينظر: الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت816هـ)، التعريفات، 1/112، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1403هـ-1983م؛ الفيومي، المصباح المنير، 1/237، وعند الجمهور فالركن: هو ما يتوقف عليه أساسًا وجود الشيء وإن كان خارجًا عن ماهيته؛ ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/359، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 1/70.

⁴ ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد (ت970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 6/277، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لعمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت1138هـ)، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

⁵ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 5/352.

المطلب الثاني: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً

الفرع الأول: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً في رأي فقهاء الشريعة

تعرض على القضاء أمور كثيرة، وتصرفات عديدة، فيصدر القضاء بشأنها أحكاماً أو قرارات، وقد يعهد إلى القضاء أمور لا تعتبر خاصة في القضاء، وبالتالي ما يصدر عن القضاء منها ما اتفق الفقهاء على اعتباره حكماً، ومنها ما اختلفوا فيه، وفيما يلي أحكام هذه المسائل:

أولاً: فصل الخصومات

أو ما يسمى بالأعمال القضائية؛ لأن الوظيفة الأساسية للقضاء هي فصل الخصومات، يقول العلامة ابن خلدون¹ عن القضاء إنه: "منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع..."²، ويتضح العمل القضائي وإظهار الوظيفة الأصلية للقضاء من استعراض تعريفات الفقهاء للقضاء، فالحنفية يعرفونه بأنه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص"³، والحنابلة يعرفونه بأنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات"⁴، والذي يصدره القضاء فاصلاً في الخصومة يعتبر حكماً بالإجماع، دونما خلاف يذكر، والخصومات المذكورة هنا ليس المقصود بها خصومات المعاملات أو الأحوال الشخصية فحسب، بل كل أنواع الخصومات من جنایات وحدود ومعاملات وغيرها.

ثانياً: الأعمال الولائية التي تدخل في اختصاص القضاء

الأعمال الولائية هي أعمال لا تحتاج إلى خصومة، ومرجعها الولاية العامة للقاضي، ولا يدخل هذا النوع تحت حصر، ومن ذلك تزويج من لا ولي لها، والإذن ببيع أموال ناقصي الأهلية، أو قسمتها، أو إقامة ناظر على الأوقاف، ونحو ذلك من الأعمال ذات الطرف الواحد⁵.

وقد لاحظ ابن خلدون هذه الأعمال الولائية، وأنها في الأصل ليست من وظيفة القضاء، فقال: "إلا أن القاضي إنما كان له في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط، ثم دفع لهم بعد ذلك أمور أخرى على التدريج بحسب اشتغال الخلفاء والملوك بالسياسة الكبرى، واستقر منصب القضاء آخر الأمر على أنه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامة

¹ هو عبد الرحمن بن محمد بن محمد المعروف بابن خلدون، عالم عصره، أديب، مؤرخ، يعتبر مؤسس علم الاجتماع، تقلد القضاء، من مصنفاته: كتابه التاريخ المسمى بالعبر وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، وقدم له بمقدمة تعرف بمقدمة ابن خلدون، ت808هـ، ينظر: السخاوي، الضوء اللامع، 149-145/4.

² ابن خلدون، التاريخ المسمى بالعبر وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، ص275، تحقيق: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية 1408هـ.

³ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 352/5.

⁴ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 485/3.

⁵ آل دريب، د. سعود بن سعد، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام نظام السلطة القضائية، ص60، مكتبة الملك فهد الوطنية، 1410هـ.

للمسلمين، بالنظر في أموال المحجور عليهم من المجانين واليتامى والمفلسين وأهل السفه، وفي وصايا المسلمين وأوقافهم، وتزويج الأيتام عند فقد الأولياء... إلخ¹.

وقد اختلف الفقهاء وكذلك القانونيون في هذه الأعمال هل تعتبر أحكامًا وأعمالًا قضائية لها ما للأحكام من حجية، أم هي أعمال إدارية ليست لها صفة الأحكام ولا تجوز حجيتها؟ ذلك ما سأبحثه في النقاط التالية:

الأعمال الولائية ورأي فقهاء الشريعة فيها:

للقضاء وظائف كثيرة - غير فصل الخصومات - اختلف الفقهاء في بعضها، واتفقوا في بعضها الآخر أنها ليست حكمًا، فالأعمال التي يقوم بها القضاء عادة، واستقر العمل على أنها من اختصاصاته، فهذه أضيفت إلى القضاء؛ باعتبار أنه أقر على حمايتها، والقيام بشأنها، وأحرص من غيره عليها، وأجمل هذه الأعمال والاختصاصات بما يلي:

1- عقد العقود: كالبيع والشراء في أموال اليتامى، والغائبين والمدينين، وتزويج من لا ولي

لها من النساء، وما شابه ذلك، فهذه التصرفات اختلف فيها الفقهاء:

أ- فالحنفية والحنابلة² يرون أنها أحكام قضائية، ولها ما للأحكام من حجية، وأيدهم المالكية في حالة واحدة، وهي إذا كانت هذه العقود والتصرفات تتوقف على إبطال أو اعتماد تصرف سابقٍ عليها، كأن يعقد على امرأة بعقد يستحق الفسخ، فيقوم القاضي بتزويجها من آخر، ففي هذه الحالة يعتبر المالكية التزويج الثاني الذي قام به القاضي حكمًا بإبطال العقد الأول ضمناً³.

ب- أما المالكية في غير الحالة المستثناة، والشافعية⁴ فلم يعتبروا لقيام القضاء بهذه العقود أي حجية غير ما تكتسبه تلك العقود من قوة ملزمة في ذاتها، وهي ليست أحكامًا قضائية، فيجوز عرضها على غير مصدرها ونقضها، كما لو صدرت من مصدر آخر ليست له أي صفة قضائية.

2- إثبات الصفات عند الحاكم: كثبوت العدالة، والجرح، وأهلية الأم للحضانة، أو أهلية

الوصية ونحو ذلك، فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

أ- الحنفية والحنابلة يعتبرون إثبات الصفات أحكامًا؛ باعتبار إثبات الصفات من قبيل الثبوت⁵.

¹ ابن خلدون، التاريخ المسمى بالعبير وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، ص 276.

² ابن عابدين، رد المحتار، 424/5؛ البهوتي، دقائق أولي النهى، 489/3.

³ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 103/1.

⁴ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 103/1؛ ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، 199/2.

⁵ ابن الهمام، كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد (ت 861هـ)، فتح القدير، 426/7-427، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ؛ البهوتي، دقائق أولي النهى، 489/3.

ب- أما الشافعية فقالوا: إنَّ ثبوت الحق يعتبر حكماً بقبول البيينة¹ وتعديلاً لها، أي إثبات العدالة يعتبر حكماً يمنع القاضي الآخر من إعادة البيينة أمامه؛ لأنهم يعتبرونها إثباتاً مؤدياً إلى الحكم.

ت- أما المالكية فقد ذهب بعضهم إلى عدم اعتبار إثبات الصفات أحكاماً²؛ لأنه إثبات سبب، فمن لم يكن ذلك عنده سبباً لا يلزمه أن يرتب عليه حكماً.

إلا أن الراجح في المذهب اعتبارها أحكاماً فقد جاء في تعريف القضاء عند الإمام ابن عرفة أنه: " صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في مصالح عموم المسلمين"³، فقله: " ولو بتعديل أو تجريح " أي أن حكم القاضي يشمل التعديل والتجريح، وإذا لم يرض الخصم بالشاهدين إذا عدلا فقال القاضي: حكمت بتعديلهما، فإن شهادتهما تنفذ، وكذلك يقال في التجريح، وقد جاء في التعريف بالمبالغة لدفع ما يتوهم من أن القاضي لا يحكم إلا في الأموال ونحوها لا بالتعديل والتجريح⁴.

والذي أميل إليه أن إثبات الصفات تعتبر من قبيل الأحكام؛ لأن إثبات الصفة أو عدم إثباتها ينهي النزاع، والصفات تثبت لمدعيها عند توافر الشروط المستلزمة لإثباتها، ولا يمنع الحكم بإثبات الصفة في الحال من إمكان تغييرها في المستقبل إذا وجد مانع من إثباتها، والعكس صحيح، ولا يعتبر هذا نقضاً للحكم الأول، كما أنه لا يعتبر مانعاً من تسجيل ثبوت الصفة إمكان تغييرها في المستقبل؛ لضمان استقرار معاملات الناس.

فعلى سبيل المثال ما لو تزوجت صاحبة حق الحضانة بغير محرم من الصغير المحضون، ثم طُقت، فإنه يعود إليها حق حضانتها لزوال المانع⁵.

وقد ذهب بعض الشافعية إلى منع القاضي من تسجيل الثبوت بالفسق⁶، كما هو رأي الإمام الجرجاني⁷؛ الذي علل رأيه بأن الفاسق يقدر على إسقاط ذلك الثبوت بالتوبة متى شاء، ولذلك لا فائدة من تسجيل ثبوت الفسق، إلا أن فقهاء المذهب لم يرتضوا هذا الرأي، وذهبوا إلى جواز التسجيل، بل إلى وجوب تسجيل ثبوت الفسق عند الحاجة إليه، ومثلوا لذلك بالشاهد والحاكم.

فثبوت الفسق له أثر كبير بالنسبة للماضي، أما المستقبل فبإمكانه أن يتوب ويصبح عدلاً، فإذا ثبت الفسق بالنسبة للماضي، فإن حكم القاضي الذي بني على أساس شهادة ذلك الشاهد يعتبر باطلاً، وكذلك حكم القاضي الفاسق يمكن نقضه.

¹الرملي، نهاية المحتاج، 257/8.

²القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص182.

³الخرشي، محمد بن عبدالله (ت1101هـ)، شرح مختصر خليل، 138/7، دار الفكر للطباعة، بيروت.

⁴العدوي، علي بن أحمد الصعيدي (ت1189هـ) حاشية العدوي على الخرشي، 138/7، دار الفكر للطباعة، بيروت.

⁵إذا زال المانع عاد الممنوع: الزرقا، أحمد بن محمد (ت1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، ص191-194، الطبعة الثانية، دار القلم.

⁶المناوي، شرح عماد الرضا، 323/1.

⁷هو أبو العباس أحمد بن محمد الجرجاني، شيخ الشافعية في البصرة، من مصنفاته: التحرير والمعاملة، البلغة، الشافي، (ت482هـ)، ينظر: ابن قاضي شهبة، أبو بكر بن أحمد الأسدي الشهبي الدمشقي (ت851هـ)، طبقات الشافعية، 167/1، تحقيق: د.الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ.

3- ثبوت أسباب المطالبات: كثبوت قيمة المتلفات، وثبوت الدين، والنفقة للزوجات

والأقارب، وأجرة المثل، أو مهر المثل وغيرها، ففي هذه المسائل اختلف الفقهاء:

أ- فعند جمهور الحنفية والحنابلة الثبوت حكم¹؛ باعتبار أنها من قبيل الثبوت.

ب- أما المالكية والشافعية فلا يعدون مثل تلك الأمور أحكاماً²؛ لأنه إثبات سبب، فمن لم

يكن ذلك عنده سبباً لا يلزمه أن يرتب عليه حكماً .

4- إثبات أسباب الأحكام الشرعية: نحو الزوال ورؤية الهلال في رمضان وشوال وذي

الحجة، وغيرها، مما يترتب عليه ثبوت أحكام شرعية³.

والأصل في هذه المسائل أنها لا تحتاج إلى حكم حاكم، فلو جاء عدلان وأخبرا أنهما شاهدا هلال رمضان، فيجب على من سمع شهادتهما أن يصوم، وكذلك لو شهد واحد يلزمهم الصوم على مذهب الحنفية في حالة الغيم أو الغبار ونحوه كضباب أو ندى، والشافعية والحنابلة في إثباته بشهادة عدل واحد⁴.

ولكن الفقهاء نصوا على أن يأتي الشاهد الذي يرى الهلال إلى مجلس القضاء؛ ليؤدي الشهادة حسبة لله تعالى؛ لأن بثبوت الهلال تثبت أحكاماً شرعية مهمة، فيجب إبلاغ الناس حتى يلتزموا تلك الأحكام، فإذا جاء شاهدا عدل إلى القاضي، وشهدا برؤية الهلال، وحكم بثبوت دخول شهر رمضان، أو برؤية هلال رمضان أو شوال أو غيرهما من الشهور، فهل يكون حكمه ملزماً للناس ومكتسباً للحجية القضائية كباقي الأحكام؟

هذه المسألة اختلف فيها الفقهاء، ولم ينص أكثرهم عليها صراحة، بل تستنتج من خلال كلامهم على أحكام ثبوت هلال رمضان، وللفقهاء آرايان في هذه المسألة أبينهما فيما يلي:

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة⁵، ويرون أن إثبات القاضي له يعتبر بمثابة الحكم، فيكون ملزماً للناس وللقتضاة الآخرين، ومكتسباً للحجية القضائية، ومن نصوصهم التي يستفاد منها في هذا الحكم ما يلي:

أ- قال الكمال بن الهمام من الحنفية: " ولو شهدوا أن قاضي بلد كذا شهد عنده اثنان برؤية الهلال في ليلة كذا، وقضى بشهادتهما، جاز لهذا القاضي - أي الثاني - أن يحكم بشهادتهما؛ لأن قضاء القاضي حجة وقد شهدوا به..."⁶.

ب- وقال الإمام النووي في معرض رده على رأي أبي حنيفة¹ في عدد الشهود الذين يثبت بهم دخول شهر رمضان ما نصه: "لو شهد برؤيته اثنان أو واحد وحكم به حاكم لم

¹ ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، 302/1، دار المعرفة؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 489/3.

² القرافي، الإحكام، ص181؛ المناوي، شرح عماد الرضا، 320/1.

³ القرافي، الإحكام، ص182.

⁴ الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل الحنفي (ت1231هـ)، حاشيته على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص652، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1418هـ؛ ابن حجر الهيتمي، المنهاج القويم شرح المقدمة الحضرمية، ص243، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 142هـ؛ البهوتي، كشاف القناع، 304/2.

⁵ ابن الهمام، فتح القدير، 314/2؛ النووي، المجموع شرح المذهب، 283/6؛ ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج (ت763هـ)، الفروع وتصحيح الفروع، 417-416/4، المحقق: عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة.

⁶ ابن الهمام، كمال الدين، فتح القدير، 314/2.

ينقض بالإجماع، ووجب الصوم بالإجماع، ولو كان مستحيلًا لم ينفذ حكمه ووجب نقضه².

ت- وقال البهوتي من الحنابلة: "لو حكم حاكم بشهادة واحد عُملَ بها وجوبًا"³، قال ذلك في معرض حديثه على قبول واحد في إثبات رمضان.

الرأي الثاني: وهو رأي المالكية والحنابلة، ويرون أن إثبات رؤية الهلال ليس حكمًا، وإنما إثبات سبب فقط، ولهذا لا يكتسب حجية الأحكام، فإذا حكم حنفي أو شافعي أو حنبلي بثبوت هلال رمضان بشهادة عدل واحد فإن حكمه وثبوته لا يعد حكمًا، وللمالكي أن لا يصوم بناء على ذلك الثبوت؛ لأنه ليس بحكم وإنما هو إثبات سبب، فمن لم يكن ذلك عنده سببًا لا يلزمه أن يُرتب عليه حكمًا⁴.

والذي يظهر أن أصحاب الرأي الأول قد ذهبوا إلى الإلزام في إثبات القاضي لرؤية الهلال؛ وذلك لتستقر أوضاع الناس بعدم تهاونهم في اتباع قرارات الحكام، وبخاصة في مثل هذه المسألة، ولا يقدر في اعتبار قرار القاضي بثبوت هلال رمضان أو غيره من الشهور عدم اشتراط الدعوى؛ لأن الشهادة هنا هي شهادة حسبية، والدعوى أصلًا حسبية، وهذه لم يشترط الفقهاء فيها الدعوى ظاهرًا، والحقيقة أن الدعوى موجودة وسببها موجود، فحينما يرى المسلم هلال رمضان فهذا يعني لديه أن صوم رمضان وجب على المسلمين، وبالتالي يجب إعلامهم بثبوت الشهر، وإذا لم يعلموا فإنهم سيفطرون ويكونون مرتكبين لجريمة الإفطار في وقت الصيام، فالشرع هنا أوجب عليه الإبلاغ وأداء الشهادة عند الحاكم؛ حتى يعلم الناس ويتثبت من الخبر، فإذا رأى الحاكم أن الشاهد عدل فإنه يثبت شهادته ويحكم بموجبها، فالدعوى هنا مفترضة من قبل الشرع وتسمى الدعوى الحسبية.

أما المالكية والحنابلة الذين لم يعتبروا إثبات القاضي حكمًا فالذي يغلب على الظن أن المالكية ذهبوا إلى هذا الرأي لسببين⁵:

الأول: عدم اعتبار المالكية ثبوت الأسباب الشرعية حكمًا.

الثاني: مراعاة لرأي مذهبهم في عدم جواز إثبات هلال رمضان بشاهد واحد، فقد يكون عدد كبير من المالكية في منطقة ما يحكم بها قاض شافعي أو غيره ممن يرون إثباته بشاهد، فلا يتخرجون من عدم الصيام إذا أثبتته القضاة الآخرون.

¹ يرى الإمام أبو حنيفة أن رمضان فقط يثبت بشهادة واحد إن كانت السماء مغيمة، أما إذا كانت مُصحية لم يثبت رمضان بواحد ولا باثنين إلا بعد الاستفاضة، واحتج لأبي حنيفة بأنه يبعد أن ينظر الجماعة الكبيرة إلى مطلع الهلال وأبصارهم صحيحة ولا مانع من الرؤية ويراه واحد أو اثنان دونهم. ينظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 3/7، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ؛ المسألة في المجموع شرح المهذب للنووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (ت676هـ)، 282/6، دار الفكر.

² النووي، المجموع شرح المهذب، 283/6.

³ البهوتي، كشاف القناع، 304/2.

⁴ القرافي، الأحكام، ص182؛ ابن مفلح، الفروع، 215/11.

⁵ أبو البصل، نظرية الأحكام، ص73.

أما الحنابلة فعلموا رأيهم بأن أمور الدين والعبادات المشتركة بين المسلمين لا يحكم فيها إلا الله ورسوله إجماعاً، وبالتالي لا مدخل لحكم القاضي فيها¹.

5- **تنفيذ القاضي حكم غيره² من القضاة:** إذا قُدِّم للقاضي حكم صادر عن قاض آخر فقال القاضي: ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا وكذا، ثم قام بتنفيذ الحكم³ فهذه المسألة اختلف فيها الفقهاء على مذهبين:
المذهب الأول: مذهب جمهور الفقهاء، الحنفية والمالكية والراجح عند الشافعية والحنابلة، وذهبوا إلى أن تنفيذ الحكم ليس حكماً من المنفذ⁴.
المذهب الثاني: وهو لبعض الشافعية وبعض الحنابلة، وابن الشاط⁵ من المالكية، فالشافعية والحنابلة يرون أن تنفيذ الحكم يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ⁶، فهو في هذه الحالة حكم ضمني وليس حكماً صريحاً.

أما ابن الشاط المالكي فيرى أن التنفيذ هو عين الحكم، ولا معنى للحكم إلا التنفيذ⁷.

وحجة أصحاب الرأي الأول أنهم يرون التنفيذ المجرد للحكم غير مستوف للشروط الموضوعية للحكم كالدعوى والخصومة، إضافة إلى ذلك أن الحكم بالمحكوم به تحصيل للحاصل وهو أمر محال⁸.

أما الذين يرون أن تنفيذ الحكم يتضمن الحكم بالصحة، فهؤلاء نظروا لحجية الحكم الأصلي ولحجية فعل القاضي المنفذ، فإذا رفع للقاضي حكم مختلف فيه كما لو رفع إليه حكم مبني على علم القاضي فقام بتنفيذه، فهذا يتضمن إجازة للحكم الأول وحكماً بصحة ذلك الحكم؛ لأنه إذا كان القاضي المنفذ لا يرى صحة الحكم فلا يلزمه الحكم بصحته وجاز له نقضه⁹.

¹ ابن مفلح، الفروع، 215/11.

² يلاحظ هنا أن من صيغ وألفاظ الحكم القضائي قول القاضي: أنفذت عليك القضاء وهذا غير ما أنا بصدد، وكذلك قيام القاضي بتنفيذ حكم أصدره بنفسه، مسألة غير التي أنا بصدد.

³ ويسمى الحنفية ذلك العمل اتصالاً، أي إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول، ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 353/5.

⁴ ابن عابدين، رد المحتار، 353/5؛ القرافي، الإحكام، ص184؛ الرملي، الفتاوى الخيرية، 8/2؛ البهوتي، دقائق أولي النهى، 504/3.

⁵ هو العلامة قاسم بن عبدالله بن الشاط الأنصاري، السبتي، فقيه مالكي، أصولي، من مؤلفاته: أنوار البروق في تعقب مسائل الفروق، (ت723هـ)، ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص311، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ.

⁶ الرملي، نهاية المحتاج، 258/8؛ الرشدي، أحمد بن عبد الرزاق المغربي، حاشيته على نهاية المحتاج، 258/8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ؛ المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 317-316/11، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.

⁷ ابن الشاط، قاسم بن عبدالله (ت723هـ)، إدرار الشروق على أنوار الفروق، 50/4، عالم الكتب.

⁸ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 504/3.

⁹ المرادوي، الإنصاف، 316-315/11.

أما حجة ابن الشاط المالكي فيوضحها بقوله: "إنه لو أن حاكمًا ثبت عنده بوجه الثبوت أن لزيد عند عمرو مائة دينار فأمره أن يعطيه إياها، إن ذلك الأمر لا يصح بوجه أن يكون إخبارًا، وهذا الموضوع وما أشبهه من مواضع الإجماع"¹.

والحكم عند المالكية إنشاء إطلاق أو إلزام وليس إخبارًا، فظهر أن التنفيذ إنشاء، والإنشاء حكم في مثل تلك الحالة.

إلا أن أصحاب الرأي الأول لم يجردوا تنفيذ الحكم من كل حجية، بل اعتبروه إثباتًا للحكم الأول وله حجية بالنسبة لقبول البيئة فقط عند الشافعية².

كما أنه يعتبر عملاً بالحكم المنفذ وإجازة له وإمضاء، كتتنفيذ الوارث للوصية عند الحنابلة³.

وقد يصبح تنفيذ الحكم حكمًا بالمحكوم به عند الحنفية والمالكية والشافعية⁴ إذا توافرت فيه الشروط التالية:

1- من حيث الصيغة، أن يقول القاضي المنفذ: "حكمتُ بما حكمَ به الأول وألزمتُ بموجبه ومقتضاه"⁵.

2- أن تصدر الصيغة المذكورة بعد أن تجرى بين يدي القاضي الثاني دعوى صحيحة وخصومة جديدة⁶.

ويتبين من اشتراط الفقهاء لذلك أنهم يريدون إعادة طرح الدعوى والخصومة من جديد أمام القاضي المنفذ، وبالتالي يثور تساؤل عن فائدة الحكم الأول إذا لم يكن واجب النفاذ بمجرد إثباته لدى الثاني؟

والجواب عن ذلك أنه إذا قبلت البيئة التي قدمت في الحكم الأول، ولم يكن هناك حاجة إلى إعادتها، فهنا ثبتت له نوع حجية، وإن استلزم الثاني إعادة طرح الدعوى والخصومة كاملة من جديد، ويتضح أن الحكم الأول لا فائدة منه؛ لأنه سيتم الاعتماد على الحكم الثاني في التنفيذ⁷.

الفرع الثاني: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكامًا في القانون

بمتابعة الأعمال التي يقوم بها القضاء في عصرنا الحاضر يتبين أنها ليست من طبيعة واحدة، حيث إن العمل الأساسي للقضاء هو فصل الخصومات، ولكن أضيفت أعمال أخرى للقضاء، ويمكن القول أن أعمال القضاء اليوم ثلاثة أنواع⁸:

¹ ابن الشاط، إدرار الشروق، 50/4.

² الرملي، نهاية المحتاج، 257/8-258.

³ البهوتي، شرح منتهى الإردات، 504/3.

⁴ ابن عابدين، رد المحتار، 353/5؛ القرافي، الإحكام، ص184؛ الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الرشدي، 258/8.

⁵ القرافي، الإحكام، ص184.

⁶ الرملي، نهاية المحتاج مع حاشية الرشدي، 258/8.

⁷ أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص75-76.

⁸ المرجع السابق، ص76-77.

النوع الأول: الأعمال التي تدخل في وظيفة القضاء أساسًا، وقد أطلق عليها العمل القضائي، والقرار الذي يصدر بشأنها يسمى "حكمًا".

النوع الثاني: أعمال من الممكن أن يقوم بها غير القضاء كرجال الإدارة مثلاً، ولكنها أضيفت للقضاء لأسباب معينة، وقد أطلق عليها الأعمال الولائية، وما يصدر بشأنها يسمى قرارًا ولائيًا، أو أمرًا كما يسمى في القانون المصري.

النوع الثالث: أعمال إدارية بحتة هدفها تنظيم العمل في القضاء، يطلق عليها اسم القرارات الإدارية.

ومسألة التمييز بين هذه الأنواع الثلاثة أمر مهم من حيث الآثار المترتبة على كل منها، ثم ضرورة البحث في معيار التفرقة بين هذه الأنواع، أو معيار معرفة كل نوع منها؛ لمعرفة كيفية التعامل معها من حيث الإجراءات والطعن والآثار.

تظهر أهمية التفرقة بين الحكم والأمر (الحكم القضائي والعمل الولائي) في الآثار التي يرتبها كل منهما وفي الخصائص التي يضيفها القانون على كل منهما، ويمكن إجمال هذه الأهمية بما يلي:

1- إن الحكم القضائي وفصل المنازعات - بحسب الأصل - تدخل في وظيفة القضاء، وما يخرج عن هذا الاختصاص يعد استثناءً، أما العمل الولائي فالأصل أن يكون اختصاص القضاء به على سبيل الحصر وبنص خاص¹.

2- إن الحكم القضائي يحوز حجبة الشيء المحكوم به، أما الأمر الولائي فلا يكتسب تلك الحجبة التي هي من صفات الأحكام².

3- الطعن في الحكم القضائي يكون وفق طرق الطعن المقررة في القانون، كالاستئناف والنقض (التمييز والتعقيب) أو الاعتراض عليه إذا كان غيابياً، أما الأمر الولائي فيجوز رفع دعوى مبتدأة لإلغائه³ أو إبطاله، أضف إلى ذلك أن الطعن في الحكم محدد بمواعيد بمواعيد إذا جاوزها طالب الطعن ردّ طلبه، أما الأمر فلا يخضع لذلك النظام.

4- يجب أن يصدر الحكم وفق إجراءات وشكل معين منها ما يلي:

أ- من حيث الطلب أوجب القانون أن يصدر طلب الحكم وفق شكل وشروط معينة وهي الدعوى، وإذا اختل شرط يترتب الفساد أو البطلان، أما الأمر الولائي فلا يشترط ذلك، وبعضها يصدر بعد طلب شفاهي⁴.

ب- يجب أن يكون الحكم مسبباً تسببياً كافياً، وإلا كان مصيره البطلان، أما القرار الولائي فلا يشترط فيه التسبب⁵.

5- الحكم لا يكون واجب النفاذ إلا بعد مرور مدة معينة يصبح بعدها الحكم حائزاً لقوته التنفيذية إلا ما استثنى بنص خاص، أما الأمر الولائي فلا ينتظر أي مدة، وإنما تكون

¹ أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام، ص48.

² المرجع السابق، ص49.

³ المرجع السابق، ص49.

⁴ أبو البصل، نظرية الأحكام، ص86-87.

⁵ عمر، محمد عبد الخالق، قانون المرافعات، ص21.

الحجج معتمدة، وحجة لما ظهرت من أجله بمجرد صدورها من المحكمة وفق القانون¹.
6- القاضي عند مباشرته للعمل الولائي يأمر، وعندما يباشر عملاً قضائياً يحكم²، وفي حالة الأمر يكون إصداره الأمر وفق ما طلبه صاحب الشأن إما بقبول الطلب أو برفضه، أما الحكم فله إجراءات معينة فهو يحكم بناء على الدعوى، أي على طلب الخصم، أما رفضه فيكون إما بعدم الاختصاص أو بردّ الدعوى؛ لبطلانها، أو لعدم الخصومة... إلخ³.
أضف إلى ذلك إن إصدار الحكم يكون في معظم حالاته بألفاظ وصيغ معينة بخلاف الأمر الولائي.

المطلب الثالث: ضوابط الحكم القضائي، وتمييزه عن غيره

الفرع الأول: الحكم القضائي وضوابطه

لما كان الراجح لدى الفقهاء في مسألة الحكم القضائي أنه ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه فاصلاً في الخصومة...، وعند القانونين هو الشكل العام في التعبير عن العمل القضائي⁴، وإذا أوضحت معالم الحكم القضائي فإنني أكون بذلك قد بينت الحكم القضائي في إطاره وشكله العام، ولما كان موضوع هذه الرسالة يبحث في الحكم القضائي المستدل له بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية فإنه من الواجب أن أبين ضوابط الحكم القضائي.

ضوابط الحكم القضائي:

أولاً: وجود منازعة معينة يستلزم تدخل القضاء:

وقد عرّفت المنازعة: " بأنها الخلاف في وجهات النظر بمناسبة الإخلال بقاعدة قانونية، أو الاعتداء على حق أو مصلحة مشروعة"، ومسألة المنازعة تؤخذ بمعناها الواسع، فتدخل فيها الخصومة وإن لم تكن هناك مواجهة حقيقية بين شخصين كالأحكام الغيابية. واشتراط الخصومة أو المنازعة لتمييز الحكم أو العمل القضائي أمر مهم؛ لأن حلّ المنازعات وفصل الخصومات هو الوظيفة الأساسية للقضاء، وهو الذي يميز الحكم القضائي عن العمل التشريعي الذي يصدر من جهة واحدة وهي السلطة التشريعية، ويكون متصفاً بالعمومية والتجريد، في حين الحكم القضائي يكون في مواجهة خصم ضد خصم آخر، وليست له صفة العموم والتجريد⁵.

ثانياً: أن يصدر من هيئة قضائية معتمدة:

¹ أبو البصل، نظرية الأحكام، ص 87.

² أبو الوفاء، أحمد، نظرية الأحكام، ص 49-50.

³ أبو البصل، نظرية الأحكام، ص 87.

⁴ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، ص 13.

⁵ أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ص 78.

أن تكون هذه الهيئة القضائية مشكلة حسب القانون الخاص بتشكيلها الذي تصدره الدولة، بحيث يكتسب القرار الذي تصدره الهيئة صفة الحكم وأثره¹.

ثالثاً: أن يكون هذا العمل صادرًا وفق إجراءات وشكل معين فرضه القانون²:

فالحكم القضائي كما بين قانون أصول المحاكمات والقوانين الإجرائية، يصدر بعد إجراءات معينة، ووفق شكل معين، وبشروط معينة، بخلاف الأعمال الولائية أو الإدارية التي تقوم بها المحاكم، وتتمتع في إصدارها وعدمه بسلطة تقديرية واسعة.

والإجراءات التي فرضها القانون لإصدار العمل القضائي هدفها تحقيق أكبر ضمانات وحماية للأفراد؛ لاقتضاء حقوقهم أو عدم ضياعها أو للدفاع عنها، ولضمان تطبيق القواعد التشريعية على النزاع المعروض تطبيقاً سليماً.

وبالنظر لهذه الضوابط الثلاثة أجد أنها تميز العمل القضائي عن غيره، فإذا انخرم واحد من هذه الضوابط، فيكون أمام قرار إداري أو عمل ولائي أو عمل قضائي باطل بسبب انخراط هذا الضابط.

الفرع الثاني: تمييز الحكم القضائي عن الفتوى والحكم التشريعي والقرار الإداري وحكم المحكم

المسألة الأولى: الفرق بين الحكم القضائي والفتوى

تعريف الفتوى:

الفتوى في اللغة: الإبانة، يقال: أفناه في الأمر: أبانه له، قال ابن منظور: الفتيا: تبين المشكل من الأحكام³ ومنه قول الله تعالى: ﴿وَسْتَفتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ﴾ [النساء: ١٢٧].

أما في الاصطلاح فهي: إخبار عن حكم الله في الواقعة، فالمفتي بناء على ذلك "هو المخبر بحكم الله تعالى لمعرفته بدليله"⁴، فالعادة تجري بأن يرفع للمفتي استفتاء على شكل سؤال أو واقعة يطلب منه بيان حكم الشرع فيها، فيقوم هو بدوره بالنظر فيها وإعطاء حكم الشرع في تلك الواقعة.

وينفق الحكم القضائي مع الفتوى في أن كليهما فيه إخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة المعروضة، إلا أنهما يختلفان في عدة أمور أجملها فيما يلي:

¹ أبو البصل، نظرية الأحكام، ص78.

² المرجع السابق، ص78.

³ ابن منظور، لسان العرب، 147/15-148.

⁴ الإمام أحمد بن حمدان الحنبلي (ت695هـ)، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، ص4، المحقق: محمد بن ناصر الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1397هـ.

- 1- إنَّ الحكم القضائي يتصف بصفة الإلزام، بخلاف الفتوى التي ليست لها هذه الصفة، وهذه الصفة من أهم خصائص الحكم القضائي¹.
- يقول ابن راشد²: "حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"³.
- والإفتاء إخبار عن حكم شرعي دون إلزام، فالمستفتي مخير بين الالتزام بمضمون الفتوى وعدمه؛ لعدم وجود سلطة تجبره على تنفيذ ذلك الإخبار كما في الحكم القضائي.
- 2- إنَّ مجال الفتوى أوسع من مجال الحكم القضائي من عدة جوانب:
- الجانب الأول: إن الفتوى تدخل كافة جوانب الحياة دون تخصيص، أما الحكم القضائي فمسائله المطالبة بحقوق العباد وليست المطالبة بحقوق الله⁴.
- الجانب الثاني: إنَّ الحكم القضائي يختص بما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، أما الفتوى فتختص أيضاً فيما يقع فيه الخلاف لمصالح الآخرة⁵.
- الجانب الثالث: الحكم القضائي أكثر تقييداً - من جهة المحكوم له - من الفتوى من جهة المستفتي، وبيان ذلك أن المفتي يجوز له الإفتاء لنفسه ولغيره مهما كانت درجة قرابته كأبيه وولده وزوجه، أما الحكم القضائي فلا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادته له، ولا على عدوه⁶؛ وذلك للتغاير بين علة منع الحكم للقريب، وهي التهمة التهمة التي تعتبر متخلفة في مسألة الفتوى لعموم الحكم فيها.
- الجانب الرابع: إن أثر الفتوى عام يشمل المستفتي وغيره، أما الحكم فأثره خاص بأطراف النزاع الصادر فيه ذلك الحكم فلا يتعداهما⁷.
- 3- أن الحكم القضائي يرفع الخلاف، أما الفتوى فلا خلاف حتى يرفعه⁸.
- 4- ينبني على كون الفتيا إخباراً عن الله تعالى في حكم المسألة أنها تقبل النسخ في عهد الرسول (ﷺ)؛ لأنها شريعة عامة، بخلاف الحكم⁹.

المسألة الثانية: الفرق بين الحكم القضائي والعمل التشريعي والقرار الإداري

يتميز الحكم القضائي بأنه يصدر في منازعة بين خصمين، ولا تتعداهما آثاره غالباً، أما العمل التشريعي فيفترق عن الحكم في الأمور التالية¹⁰:

¹القرافي، الفروق، 53/4-54، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.

²هو محمد بن عبدالله بن راشد البكري، أبو عبدالله، فقيه مالكي، أديب، من مصنفاته: تحفة اللبيب، المذهب في ضبط قواعد المذهب، النظم البديع في اختصار التفريع، (ت736هـ)، ينظر: ابن مخلوف، شجرة النور الزكية، ص297-298.

³ابن فرحون، التبصرة، 11/1.

⁴القرافي، الفروق، 48/4.

⁵القرافي، الفروق، 52/4.

⁶السعدي، الشيخ عبدالرحمن بن ناصر (ت1376هـ)، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتفاسيم البديعة النافعة، ص146، مطبعة المدني.

⁷أبو البصل، نظرية الأحكام، ص92.

⁸القرافي، الفروق، 103/2-105.

⁹القرافي، الأحكام، ص103.

¹⁰أبو البصل، نظرية الأحكام، ص92-93.

- 1- العمل التشريعي سابق على المنازعة، فالمنازعة أو الواقعة حينما تعرض على القضاء، ينظر في التشريع (القانون) للبحث عن القاعدة القانونية التي تنطبق على النزاع فتطبق عليه، ويحكم بمضمونها بعد التأكد من كونها شاملة للنزاع المنظور فيه، وبالتالي يكون العمل التشريعي سابقاً على المنازعة وعلى الحكم.
- 2- العمل التشريعي لا يصدر في منازعة وخصومة، وإنما هو من عمل طرف واحد.
- 3- العمل التشريعي يتصف بالعموم والتجريد، فقواعد القانون كما يعلم ينبغي أن تكون عامّة ومجرّدة، بحيث تنطبق على كل الحالات التي تحدث في المجتمع مما يتعلق بتلك القاعدة، وليست خاصة بشخص بعينه أو بحالة بعينها، كما هو الحال في الحكم القضائي مثلاً.

ويفترق الحكم عن القرار الإداري أيضاً، فالحكم لا يصدر إلا بناء على طلب من صاحب الحق الذي وقع الاعتداء عليه، فيطلب من القضاء تحصيل حقه أو حمايته، ولا يجوز للقضاء أن يتدخل من تلقاء نفسه، فيصدر الأحكام دونما طلب من أصحاب الحقوق.

أما الإدارة فتتدخل من تلقاء نفسها - وهذا من واجباتها - فتسير المرافق وتحافظ على المصالح وتحفظ النظام، فتصدر قراراتها الإدارية التي تحقق أهدافها المرجوة منها، ولو لم يطلب منها ذلك، كما لا يشترط لإصدار القرار الإداري أن يكون في منازعة¹ بخلاف الحكم يشترط له ذلك.

يضاف إلى ما سبق أن الحكم القضائي لا بد لإصداره من شروط وشكليات خاصّة بالأحكام، وإجراءات معينة، ليست مطلوبة من الإدارة حال إصدارها القرارات الإدارية.

المسألة الثالثة: الفرق بين الحكم القضائي وحكم المحكّم

يتفق الحكم الذي يصدر عن القاضي مع الحكم الذي يصدره المحكّم في أن كلّ واحدٍ منهما يعتبر قراراً فاصلاً في خصومة، ولكنّ هناك فروقاً بين الحكمين من عدة جوانب أجملها بما يلي:

أولاً: الحكم القضائي يصدر عن شخص ذي ولاية عامة، فهو بالتالي عمل من أعمال مرفق القضاء الذي ترعاه وتشرف عليه الدولة، أما حكم المحكّم فهو صادر عن شخص له ولاية خاصّة بذلك النزاع فقط، كما أن ولايته مستمدة من إرادة الخصوم وليست من الدولة².

¹ عبد الباسط جميعي ومحمد إبراهيم، مبادئ المرافعات، ص601، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1973م.

² أبو البصل، نظرية الأحكام، ص93-94.

ثانيًا: الحكم القضائي نطاقه أوسع وأعم من نطاق أحكام المحكم الذي لا يتجاوز المسائل المالية، وبعض مسائل الأحوال الشخصية فحسب، ولذلك اعتبر حكم المحكم في مسائل العقوبات والحدود باطلاً؛ لأنها من حقوق الشرع ولا يقوم بها إلا المختص¹.

ثالثًا: الحكم القضائي لازم للخصوم، سواء قبل إصداره أو بعده، فلا يستطيع أحد أطراف النزاع أن يرجع أو يستنكف عن مثوله أمام القضاء، إلا إذا كان مدعيًا فيترك إذا ترك الدعوى، تطبيقًا للقاعدة التي تقول: " المدعي من إذا ترك ترك "2، أما المدعى عليه فيلزم بالحضور، وإذا رفض ذلك يجبر أو يحكم عليه غيابيًا، في حين أن أطراف النزاع في التحكيم ليسوا ملزمين بالاستمرار في عملية التحكيم؛ لأنه ليس بلازم، وإنما يلزم بعد صدوره أما قبله فلا³.

رابعًا: يقتصر أثر حكم المحكم على الأطراف الذين اتفقوا على التحكيم فقط ولا يتعداهم، في حين يلزم الحكم القضائي ويحتج به على الجميع⁴.

ومثال ذلك عند الحنفية: إذا حكم المحكم في قضية قتل خطأ بالدية على العاقلة، فإن العاقلة في هذه الحالة غير ملزمة بهذا الحكم، سواء رضيت أو لم ترض، وعند بعض المذاهب كالشافعية تلزم إذا رضيت فقط⁵.

خامسًا: حكم المحكم تابع لحكم القاضي، فلو حكم المحكم في فصل مجتهد فيه، ثم رفع هذا الحكم إلى القاضي وكان رأي القاضي يخالف رأي المحكم فله أن ينقضه، بخلاف حكم القاضي في المسائل المجتهد فيها يلزم ولا ينقض من قبل القضاة الآخرين⁶.

سادسًا: حكم القاضي يرفع الخلاف الفقهي بالاتفاق، أما حكم المحكم فلا يرفع الخلاف عند الحنفية ويرفعه عند المالكية⁷.

سابعًا: يعتبر الحكم القضائي باطلاً إذا كان المحكوم له من أصول أو فروع القاضي، أما في حكم المحكم فقد أجاز الشافعية للمحكم أن يحكم لوالده وولده⁸.

¹الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 3/7.

²ابن الهمام، فتح القدير، 153/8.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 3/7.

⁴أبو البصل، نظرية الأحكام، ص94.

⁵الزبيعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي (ت743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، 193/4، المطبعة الكبرى الأميرية- بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ؛ ابن أبي الدم، القاضي شهاب الدين أبي اسحاق إبراهيم بن عبدالله الهمداني الحموي المعروف بابن أبي الدم الشافعي، (ت642هـ)، أدب القضاء، ص148، تحقيق: دمحي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1404هـ-1984م.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 3/7.

⁷الطحطاوي، حاشيته على الدر المختار، 208/3؛ الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد الشهير بالدردير (ت1201هـ)، الشرح الكبير على مختصر خليل، 136/4، دار الفكر.

⁸ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، 290/4.

الفصل الثاني

تعريف الاستحسان

المبحث الأول: تعريف الاستحسان

المبحث الثاني: حجية الاستحسان

المبحث الثالث: أثر الاستحسان في مرونة الفقه الإسلامي

المبحث الرابع: أنواع الاستحسان

المبحث الخامس: ضوابط الاستحسان

المبحث السادس: الاستحسان في نظر المذاهب الفقهية الأربعة

الفصل الثاني: تعريف الاستحسان

المبحث الأول

تعريف الاستحسان

المطلب الأول: تعريف الاستحسان في اللغة

يطلق الاستحسان في اللغة على عدة معانٍ، منها:

الاستحسان مصدر لِحَسُنَ، وَالْحُسْنُ: هو نقيض القبح ومنه الإحسان ويأتي بمقابلة الإساءة، أما الاستحسان فهو: ما يعده الشخص حسناً¹.

المطلب الثاني: تعريف الاستحسان في الاصطلاح:

أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية:

1- تعريف أبي الحسن الكرخي²:

ونقل عن أبي الحسن الكرخي تعريفان للاستحسان:

الأول: أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول³.

الثاني: ترك حكم إلى حكم هو أولى منه لولاه لكان الحكم الأول ثابتاً⁴.

يؤخذ على التعريف الأول أنه غير جامع؛ لأنه لم يدخل فيه ما عدل عنه إلى القياس، وغير مانع؛ لأنه دخل فيه تخصيص العموم، والناسخ ينسخ المنسوخ، وذكر كلمة الإنسان، والذي يصح أن يذكر كلمة المجتهد⁵.

والتعريف الثاني جامع، لكنه غير مانع، ويظهر أن الكرخي عدل عن التعريف الأول إلى الثاني، لكن التعريف الثاني لم يشتهر عنه، والذي ذكر التعريف الثاني

¹ ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة 57/2؛ ابن منظور، لسان العرب 114/13؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط 1189/1.

² هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم البغدادي الحنفي، الفقيه، الإمام الزاهد، مفتي العراق، وشيخ الحنفية (ت340هـ)، من مؤلفاته: المختصر في الفقه، شرح الجامع الصغير، شرح الجامع الكبير، ورسالة في الأصول؛ ينظر: ابن قطلوبغا، أبو الفداء زين الدين السوداني (ت879هـ)، تاج التراجم، ص200، المحقق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، 1413هـ؛ الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، 427-426/15، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1405هـ.

³ البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، 3/4؛ البصري، محمد بن علي الطيب أبو الحسين الحسين المعتزلي (436هـ)، المعتمد، 296/2، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ.

⁴ الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (370هـ)، الفصول في الأصول، 234/4، وزارة الأوقاف الكويتية، 1414هـ-1994م.

⁵ شلبي، محمد مصطفى، تحليل الأحكام، ص334، مطبعة الأزهر؛ أ.د. الترتوري، حسين مطاوع، بحث: الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه، ص154، من مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السابعة، العدد السابع والعشرون 1416هـ.

هو الجصاص¹ وهو من تلاميذ الكرخي وأقرب الناس إليه من غيره، والأولى أن ينسب التعريف الثاني إليه؛ لأنه سلم من بعض المآخذ².

2- تعريف الدبوسي³: الميل بالحكم عن الطريق الظاهر إلى الخفي بدليل شرعي⁴.
يؤخذ على تعريف الدبوسي أنه غير جامع ولا مانع؛ لأن فيه ميل المجتهد عن العام إلى العام المخصص، وعن المنسوخ إلى الناسخ، كما أن كلمة دليل مطلقة تشمل الدليل القوي والضعيف، فالاستحسان عن ترك العمل بالدليل الضعيف، والعمل بالدليل القوي، وليس ذات الدليل⁵.

ب- تعريف الاستحسان عند المالكية:

1- تعريف ابن العربي⁶: إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء، والترخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته⁷.

2- تعريف الشاطبي⁸: قال هو في مذهب مالك: استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي⁹.

ثم بين المراد من هذا المعنى بقوله: ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس¹⁰.

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها حصرت الدليل الصالح للتطبيق على المصلحة، فإن كان الفعل مصلحة راجحة أجز، وإن كان فيه ضرر معتبر منع، وهذا دليل على أن مرتكز الاستحسان عند المالكية على المصلحة¹¹.

¹ أحمد بن علي أبو بكر الرازي، الإمام الكبير الشأن المعروف بالجصاص (ت370هـ)، درس الفقه على أبي الحسن الكرخي، ولم يزل حتى انتهت إليه الرياسة، من مؤلفاته: أحكام القرآن، شرح مختصر شيخه أبي الحسن الكرخي، شرح مختصر الطحاوي، وله كتاب في الأصول بعنوان (الفصول في الأصول)؛ الغزي، تقي الدين التميمي الداري الغزي (ت1010هـ)، الطبقات السنوية في تراجم الحنفية، 415-412/1، تحقيق: عبد الفتاح الجلو، دار الرفاعي، الطبعة الأولى، 1403هـ.

² الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية، ص154.

³ أبو زيد عبيد الله بن عمر، العلامة، شيخ الحنفية، القاضي، البخاري (ت430هـ)، عالم ما وراء النهر، وأول من وضع علم الخلاف وأبرزه، من مصنفاته: تقويم الأدلة؛ ينظر: ابن قطلوبغا، تاج التراجم، ص192.

⁴ الدبوسي، أبو زيد عبد الله بن عمر، تقويم الأدلة في أصول الفقه، ص405، المحقق: خليل محي الدين الميس، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1421هـ-2001م.

⁵ الترتوري، حسين، بحث الاستحسان عند الحنفية، ص155.

⁶ محمد بن عبد الله بن محمد الأندلسي، الأشيلي، المالكي، برز في علوم كثيرة منها: علم الحديث، الفقه، الأصول، وعلوم القرآن. من مصنفاته: المحصول في علم الأصول، العواصم من القواصم، مشكل الكتاب والسنة، ت543هـ، ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (256-252/2).

⁷ ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر، المحصول في أصول الفقه، ص132، تحقيق: سعيد اليدر، سعيد فودة، دار البيارق، عمان، الطبعة الأولى، 1420هـ.

⁸ أبو اسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، يعد من أشهر المحققين الأصوليين المفسرين، له كتب عديدة، منها: الاعتصام، الموافقات، الإفادات والإنشادات، ت790هـ، ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ص332-333.

⁹ الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد (ت790هـ)، الموافقات، 194/5، تحقيق: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1417هـ.

¹⁰ المرجع السابق، 194/5.

¹¹ المرجع السابق، 194/5.

ت- تعريف الاستحسان عند الشافعية:

1- العدول بحكم المسألة عن نظائرها، بدليل خاص من القرآن¹.

هذا التعريف الذي أشاروا إليه بألفاظ متقاربة من تعريف الكرخي وقد تقدم.

ث- تعريف الاستحسان عند الحنابلة:

1- تعريف ابن قدامة²: أن تترك حكماً إلى حكم هو أولى منه³.

أما تعريف ابن قدامة فقد انتقد من جهة استخدام لفظ (الحكم)، وذلك كما يلي: أن القوة للأدلة؛ لأنه يمكن ترتيبها في الشرع وتقديم بعضها على بعض⁴.
ويجاب على هذا الاعتراض بما يلي:

أن استخدام لفظ (الحكم) بدلاً عن الدليل ليس له أي أثر على حقيقة المعنى؛ لأن المقصود منه واضح في أن المراد عنده الأخذ بالأقوى من الأدلة⁵.

أما الحكم فإنه لا يزال إلى حكم آخر.

وبالنظر إلى هذه التعريفات يتضح ما يلي:

أن الأصوليين من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وإن كان قد وقع اختلاف بينهم

في تعريف الاستحسان إلا أنهم متفقون على ما يلي:

أن الاستحسان إذا كان ترجيح دليل على دليل آخر، أو كان عدولاً عن حكم إلى حكم، أو ترك حكم، أو استثناء جزئية في حكم كلي، أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص، فينبغي أن يستند الحكم المعدول إليه لدليل شرعي يوجب العدول، ولا خلاف في هذا كونه معمولاً به عند جميع الفقهاء⁶.

وذكر الدكتور مصطفى شلبي⁷ أن الراجح في الاستحسان أنه يطلق بإطلاقين عند متأخري الحنفية:

أحدهما: خاص وهو: قياس خفي في مقابلة قياس جلي.

¹الغزالي، المستصفي، 173/1.

²ابن قدامة: هو الشيخ الإمام، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي الجماعلي، برع في علوم كثيرة، منها: علم التفسير، والفقه، وأصول الفقه، والخلاف، من أشهر مصنفاته: المغني، المقنع، الكافي، روضة الناظر، ت629هـ، ينظر: ابن العماد، شذرات الذهب، 245/8.

³ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، 1/473، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1423هـ.

⁴الكلوذاني، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الحنبلي (ت510هـ)، التمهيد في أصول الفقه، 93/4، التحقيق: مفيد محمد أبو عمشة (الجزء1-2)، ومحمد بن علي بن إبراهيم (الجزء3-4)، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي- جامعة أم القرى، الطبعة الأولى 1406هـ.

⁵آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، بدأ بتصنيفها الجد مجد الدين عبد السلام (ت652هـ)، وأضاف عليها الأب عبد الحليم (ت682هـ)، ثم أكملها الحفيد أحمد (ت728هـ)، ص452، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي.

⁶خلاف، عبد الوهاب، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ص147، مطابع دار الكتاب العربي، مصر.

⁷الدكتور محمد مصطفى شلبي (1910م – 1977م)، عالم أزهري، من مصنفاته: تحليل الأحكام، الاستحسان، أصول الفقه الإسلامي...، ينظر: مدونات الجزيرة بعنوان (محمد مصطفى شلبي.. أستاذ الفقه الذي اشتهر بتعليق الأحكام)، <https://www.aljazeera.net>

والآخر: عام وهو: كل دليل في مقابلة قياس جلي أعم من أن يكون نصًا، أو إجماعًا، أو ضرورة، أو قياسًا خفيًا.

والمعنى الأول هو المشهور في الأصول، والثاني هو المشهور في الفقه¹.

وبعد هذا التعرض لأهم تعريفات الاستحسان عند الأصوليين من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، فإن ما أميل إليه في تعريف الاستحسان هو تعريف شيخنا الأستاذ الدكتور حسين الترتوري؛ لأنه تعريف جامع مانع يسلم من كل المآخذ التي وجهت للتعريفات التي سبقته؛ ولأنه يشمل جميع أنواع الاستحسان وهو:

ترجيح المجتهد الاجتهاد الخفي على الاجتهاد الظاهر لدليل أقوى².

وذلك لما يلي:

- 1- يشمل هذا التعريف جميع أنواع الاستحسان، سواء استحسان النص، أو استحسان الإجماع، أو استحسان القياس، أو استحسان الضرورة، أو استحسان العرف، أو استحسان المصلحة.
- 2- يمنع هذا التعريف دخول غيره فيه، ومبين لحقيقة الاستحسان وجوهره.
- 3- هذا المعنى متفق عليه بين الفقهاء والأصوليين.
- 4- يبين هذا التعريف أن الاستحسان هو العدول عن حكم عام، أو أصل عام، أو دليل كلي، إلى حكم آخر بدليل شرعي أقوى يقتضي هذا العدول.
- 5- بين التعريف أن الاستحسان المقبول هو استحسان المجتهد، وينبغي عن هذا عدم جواز استحسان العامي بما يستحسنه عقله.
- 6- بين هذا التعريف أن الدليل الذي يبنى عليه الحكم لا بد أن يكون أقوى من حكم الأصل؛ لأن الاستحسان استثناء جزء من كل، فلا بد أن يكون المستثنى أقوى من المستثنى منه.
- 7- يظهر هذا التعريف دور المجتهد وعمله في استيعاب النصوص، وتكييفها لما يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، التي تحاول دائمًا الابتعاد عن كل ما فيه حرج وتضييق على المكلفين.

¹شليبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام، ص334.

²الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه، ص156.

المبحث الثاني: حجية الاستحسان

أ- استدلال المثبتون للاستحسان بأدلة نقلية، وعقلية أبينها فيما يلي:

1- قال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ

أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿١٨﴾ [الزمر: ١٨].

وجه الدلالة: أن الآية جاءت في معرض الثناء والمدح لمتبع أحسن القول، والاستحسان دليل وقول، وهو من أحسن ما يتبع، فهو حجة¹.

2- قال الله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [الزمر: ٥٥].

وجه الدلالة: أن الآية تضمنت فعل الأمر ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ﴾ وهو دال على الطلب

باتباع ما هو أحسن، وهذا من الاستحسان، فدل على كونه حجة².

3- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ³ (رضي الله عنه)، قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ نَظَرَ فِي قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَوَجَدَ قَلْبَ مُحَمَّدٍ

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَاصْطَفَاهُ لِنَفْسِهِ، فَأَبْنَعَتْهُ بِرِسَالَتِهِ، ثُمَّ نَظَرَ فِي

قُلُوبِ الْعِبَادِ بَعْدَ قَلْبِ مُحَمَّدٍ، فَوَجَدَ قُلُوبَ أَصْحَابِهِ خَيْرَ قُلُوبِ الْعِبَادِ، فَجَعَلَهُمْ وَرَاءَ

نَبِيِّهِ، يُقَاتِلُونَ عَلَى دِينِهِ، فَمَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا، فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا

فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ»⁴

وجه الدلالة: لو لا أنه حجة لما كان عند الله حسنًا⁵.

4- استدلووا أيضًا بالإجماع الوارد في عدة قضايا، ومن ذلك:

أ- دخول أجره الحمام من غير تقدير أجره الماء المسكوب، ولا تحديد مدة المكث

فيه استنادًا إلى تقرير رسول الله (ﷺ) من خلال دخول حمام الجحفة⁶.

ب- استحسان شرب الماء من أيدي السقائين من غير تحديد مقدار الماء والأجرة

فيه⁷.

¹الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 159/4.

²المرجع السابق، 195/4.

³هو عبدالله بن مسعود بن غافل، يكنى بأبي عبد الرحمن، روى الكثير عن النبي (ﷺ)، أخى رسول الله (ﷺ) بينه وبين ابن الزبير، وسعد بن معاذ (رضي الله عنه)، يعد من أقدم الناس إسلامًا، وأول من جهر بالقرآن، شهد بدرًا والحديبية، وهاجر الهجرة، ت سنة 32هـ، ينظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي (ت سنة 463هـ)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، 987/3 - 993، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى 1412هـ.

⁴أحمد بن حنبل (ت 241هـ)، مسند الإمام أحمد، (3600)، إسناده حسن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره في الموسوعة الحديثية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.

⁵الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 159/4.

⁶الجحفة: هي قرية كبيرة على طريق المدينة من مكة، سميت بذلك؛ لأن السيل اجتفها وحمل أهلها في بعض الأعوام، وهي ميفات أهل الشام، ينظر: ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الشيباني (ت 606هـ)، النهاية في غريب الحديث، 377/4، تحقيق: طاهر الزاوي، محمود الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ.

⁷الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 159/4.

ومن المعلوم أن الجهالة تفسد العقد، فجاءت هذه القضايا استثناءً؛ لرفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم.

5- إن في تجويز الاستحسان فتحاً لباب الاجتهاد في الوقائع التي لو حكم فيها بطريق القياس، أو غيره من الأحكام لأدى ذلك إلى جلب الفساد، وتفويت كثير من المصالح، والمتتبع لنصوص الشريعة الإسلامية يجد هذا المعنى من الشارع، مثل: تحليل لحم الميتة للمضطر، فيعد الأخذ به من باب الرحمة أو الرخصة التي امتازت بها الشريعة الإسلامية¹.

المنافشة:

مناقشة أدلة القائلين بحجية الاستحسان:

يمكن مناقشة من استدل على جواز الاستحسان بما يلي:

أولاً: الاستدلال بقول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَلْبَابِ ﴿١٨﴾﴾ [الزمر: ١٨]، ويقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا﴾ [الأعراف: ١٤٥]، حيث إن الآيتين ورد فيهما لفظ (أحسن)، والمراد به المعنى اللغوي لا المعنى الاصطلاحي، بل يعتبر هذا اللفظ أجنبياً عن المعاني المذكورة في التعريف الاصطلاحي².

ثانياً: أن مقتضى التعبير بأحسن يفيد أن هناك أقوالاً بعضها أحسن من بعض، بمعنى ترجيح بعضها على بعض، وهذا لا يصدر إلا عن الشارع³.

ثالثاً: أن الآيتين السابقتين لم يرد فيهما أي معنى يفيد حجية الاستحسان بدليل أن الله - سبحانه وتعالى - لم يورد فيها لفظ الاستحسان، أو لم يقل: فيتبعون ما استحسنوا في مجالات الاستنباط⁴.

رابعاً: أما قول الله تعالى: ﴿وَأَتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [الزمر: ٥٥]، فإن المراد بها اتباع الأدلة الشرعية، مثل: الكتاب، والسنة، فهذه الآية لا تفيد إثبات أن الاستحسان مما أنزل أو مما لم ينزل، فالاستدلال في غير محله وموضعه، فيبطل الاستحسان⁵.

¹ الفرфор، محمد نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسله، ص74-75، دار دمشق، الطبعة الأولى، 1987م.

² حكيم، د. محمد تقي، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ص373، مؤسسة آل البيت للطباعة والنشر، 1979م.

³ د. محمد تقي حكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ص374.

⁴ المرجع السابق، ص374.

⁵ الغزالي، المستصفي، 1/172.

خامساً: أما حديث (فما رأى المسلمون حسناً...)، فيعترض على الاستدلال به بعدة أمور، وهي:

- 1- إن الأثر المروي عن ابن مسعود (رضي الله عنه) يمكن أن يكون غير صادر عن النبي (صلى الله عليه وسلم) فهو موقوف عليه، فلا يصلح أن يكون هذا دليلاً للاستدلال به على حجية الاستحسان¹.
- 2- إن هذا الأثر خبر واحد، والخبر الواحد لا تثبت به الأصول².
- 3- إن الاستحسان يعتبر من المعاني الحديثية عند المتأخرين، فلا يصح نسبتها إلى ابن مسعود (رضي الله عنه)³.
- 4- إن كلمة (المسلمين) - إن صحت الرواية - فيها تأكيد على قاعدة الملازمة بين حكم الشارع، وحكم العقل، إذ الكلمة تحمل على معنيين: أحدهما خاص والآخر عام، وكلا المعنيين لا دليل فيه على الاستحسان، إذ إن المعنى العام مسلم به، حيث يؤدي إلى قبول استحسان العامي، والطفل، والمجتهد على حد سواء. والمعنى الخاص فيه دليل على حجة الإجماع لا الاستحسان⁴.

والجواب عن هذه المناقشة واضح بيانه كما يأتي:

- 1- إن الله سبحانه وتعالى لم يقصد (بأحسن) في الآية معناها اللغوي، بل المراد بالآية أن يعتقد المجتهد أن هذا الحكم في الشرع حسن، وهذا مما لا يختلف في قوله أحد ما دام لا يخالف الشريعة الإسلامية⁵.
- 2- إن مقتضى التعبير بأحسن يفيد ترجيح بعض الأدلة على بعضها عند وجود قرائن للمجتهد، فالشارع لم يحصر دور المجتهد للترجيح بين الأدلة، بل أبرز دوره حين جعل كثيرًا من الأحكام تخضع لتقدير الناس وأعرافهم، حيث أعطى كثيرًا من القضايا حكمًا دون تجاوز للأدلة الشرعية⁶.
- 3- أن الله سبحانه وتعالى لم يرد عنه في آية ما لفظ (الاستحسان) ولم يقل: اتبعوا ما استحسنتم، وبالمقابل لم يورد هذا في الإجماع، ولا القياس بل فهم واستنبط ذلك من خلال الآيات، وقد قامت الأدلة على حجيته عند جمهور العلماء والمسلمين⁷.

¹ حكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، 375.

² الغزالي، المستصفى، 172/1.

³ حكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، 375.

⁴ الغزالي، المستصفى، 172/1؛ الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، 159/4.

⁵ ابن عقيل، أبو الوفاء علي بن عقيل البغدادي (ت513هـ)، الواضح في أصول الفقه، 100/2، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1420هـ - 1999م.

⁶ عارم، نصره، تخصيص العموم بالاستحسان، ص162، نقلًا عن كتاب المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، ص35.

⁷ عوض، صالح، الاستحسان عند علماء أصول الفقه وأثره في الفقه الإسلامي، ص69، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1410هـ.

- 4- أن القول بأن الحديث موقوف لا يصح الاستدلال به، فهو مردود؛ لأن الحديث رواه ابن مسعود (رضي الله عنه) عن النبي (صلى الله عليه وسلم)، وقد ورد في مسند الإمام أحمد الذي يعد من كبار المحدثين المشهورين بحفظ الحديث، حتى أنه أطلق عليه إمام السنة لمعرفته الوطيدة بالحديث، كما أن هذا الحديث يتقوى بطرقه الأخرى، حيث إنه قد ورد مرفوعاً في بعض الروايات، والأصح وقفه على ابن مسعود (رضي الله عنه) إلا أنه يعد موقوف حسن¹.
- 5- أن خبر الأحاد حجة تثبت به الأصول والمعاملات، لا سيما إذا حفته القرائن والدلائل الدالة على ذلك².
- 6- أن لفظ الاستحسان ليس بغريب في معناه اللغوي، فهو مشتق من أحسن، وقد ورد هذا اللفظ في القرآن الكريم، والسنة النبوية.
- 7- أنه إذا كان المراد من كلمة (المسلمين) العلماء المجتهدين، فإن استحسان أحد المجتهدين المدعوم بالأدلة لا يتوجب العمل به، فمن المعلوم كثرة اختلاف الفقهاء في المسائل الفرعية، وعلى المجتهد أن يأخذ ما يراه راجحاً³.

أما ما استدلوا به من الإجماع فيعترض عليه من وجهين:
الوجه الأول: فقد اعترض على هذا الدليل الغزالي، بقوله: (من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل؟)⁴.
ثم بين أن الدليل الذي استندوا إليه في الإجماع هو جريان ذلك في عصر رسول الله (صلى الله عليه وسلم) مع علمه به، وتقريره من أجل رفع الحرج، لوجود المشقة في تقدير الماء المشروب، والمصبوب في الحمام⁵.

الوجه الثاني: أنه يحتمل أن يكون سند هذا الفعل القياس؛ لأن قرينة حال (السقاء) تدل على المعاطاة وترك المماكسة بعوض فيما بذله في غالب الأمر، وما يبذل له في الغالب يكون ثمن المثل، فيقبله السقاء وإلا عليه الزيادة⁶.
وفي حال دخول الحمام واستعمال الماء فإن هذا أيضاً مستباح بالقرينة. فالماء متلف بشرط العوض، بقرينة حال الحمامي. فإن ارتضى الحمامي فعليه دفع المثل وإلا طالبه بالمزيد، وهذا قياس، والقياس حجة⁷.

¹ العجلوني، اسماعيل بن محمد، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، 188/2، رقم الحديث: 2214، مكتبة القدسي، القاهرة، 1351هـ؛ الحموي، نظرية الاستحسان، ص118، نقلاً عن كتاب

المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، ص36.

² عوض، صالح، الاستحسان عند علماء أصول الفقه، ص70-71.

³ عبد الحافظ، د. مديحة، الاستحسان وأثره في بناء الفقه الإسلامي، ص136، نقلاً عن كتاب المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، ص36.

⁴ الغزالي، المستصفي، 172/1.

⁵ المرجع السابق، 173-172/1.

⁶ المرجع السابق، 173/1.

⁷ الرئيس، أريج، المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، ص37.

ب- أدلة المانعين:

1- قال الله تعالى: ﴿ فَإِن نَّزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ [النساء: ٥٩].

2- قال الله تعالى: ﴿ وَمَا أَخْلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فحَكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ﴾ [الشورى: ١٠].

وجه الدلالة:

أن الله سبحانه وتعالى أمر بطاعة الله، ورسوله، ونهى عن اتباع الهوى، فجعل الأحسن في التنازع ما كان مأخوذاً من أوامر الله تعالى ورسوله، وجعل الأقبح ما كان مأخوذاً من غيرهما¹.

3- قال الله تعالى: ﴿ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ [النساء: ٨٣].

وجه الدلالة:

أن الآية فيها إشارة إلى الاستنباط المبني على دليل شرعي دون غيره، حيث إن الله تعالى نفى العلم عن غير المستنبط المبني على الظن، والاستحسان لا يعد من هذا القبيل²؛ لأنه لا يبنى على دليل شرعي.

4- قال الله تعالى: ﴿ أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى ﴾ [القيامة: ٣٦].

وجه الدلالة:

أن معنى (السدى) عند أهل العلم: الذي لا يؤمر ولا ينهى، ولو كان كذلك لجاز لإنسان أن يستغني عن الأمر، والنهي، أو لجاز له أن يشرع بعقله ما يريد، وأجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى³.

واستدل المبطلون للاستحسان بأدلة عقلية، وهي:

1- أنه لو جاز للمجتهد أن يستحسن بقوله بما لم يرد فيه خبر، لجاز ذلك لعامة الناس.

قال الشافعي رحمه الله: (لا يجوز هذا عندي - والله أعلم- لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم؛ لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر، ولو جاز تعطيل القياس، جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرون من الاستحسان)⁴.

2- أنه لو جاز الحكم بغير الكتاب، أو السنة، أو القياس؛ لأدى ذلك إلى القول بجواز الاستحسان بغيرها وهذا باطل. قال الإمام الشافعي: (وإن القول بغير

¹الموردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي الشافعي (ت 450هـ)، أدب القاضي، 653/2، تحقيق:

محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1391هـ - 1971م.

²الموردي، أدب القاضي، 653/1.

³المرجع السابق، 653/1.

⁴الشافعي، الرسالة، ص504-505.

خبر، ولا قياس لغير جائز، بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله، ولا في القياس... وإنما الاستحسان تلذذ.

ولا يقول فيه إلا عالم بالأخبار، عاقل للتشبيه عليها.

وإذا كان هذا هكذا كان على العالم أن لا يقول إلا من جهة العلم - وجهة العلم الخبر اللازم - بالقياس بالدلائل على الصواب، حتى يكون صاحب العلم أبداً متبعاً خبراً وطالب الخبر بالقياس، كما يكون متبع البيت بالعيان، وطالب قصده بالاستدلال بالأعلام مجتهداً.

ولو قال بلا خبر لازم ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم، وكان القول لغير أهل العلم جائزاً.

ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله (ﷺ) أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتاب والسنة والإجماع، والآثار وما وصفت من القياس عليها¹.

3- عدم وجود ضوابط معينة للاستحسان، وهذا يؤدي إلى أن يحكم كل مجتهد في النازلة الواحدة بحكم يختلف عن غيره، إذ لا ضابط ولا ميزان يمكن به ترجيح استحسان أحدهم عن الآخر، قال الشافعي: (أفريت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة: ليس فيها نص خبر ولا قياس: وقال: أستحسن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول كل حاكم في بلد ومفتٍ بما يستحسن، فيقال في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفتيا، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم، فحكموا حيث شاءوا، وإن كان ضيقاً، فلا يجوز أن يدخلوا فيه)².

4- أن النبي (ﷺ) لم يفت بالاستحسان، ويدل على هذا أنه في معظم الوقائع التي كانت تحصل وتقع للناس كان ينتظر الوحي، فيدل هذا على إبطال حجية الاستحسان³.

5- أن القياس يعد ويعتبر أقوى من الاستحسان، لهذا جاز تخصيص العموم به، فلا يقدم الاستحسان على القياس⁴.

المنافسة:

1- إن الدلالة التي استدلوها لها لإبطال الاستحسان ليست في محلها؛ لأن الآيات تأمر بطاعة الله ورسوله والرجوع إليهما عند الاختلاف في أي مشكل، فهي لا تنكر عليهم ذلك حيث إن الكتاب والسنة مصدران أساسيان للتشريع الإسلامي، فمن خالفهما فقد ضل عن الهدى والطريق المستقيم⁵.

2- قول الله تعالى: ﴿لَعَلِمَةُ الَّذِينَ يَسْتَنِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣]

¹ الشافعي، الرسالة، ص505، 507.

² الشافعي، الأم، 316/7، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، 1410هـ.

³ الفرфор، نظرية الاستحسان، ص77.

⁴ الزركشي، البحر المحيط، 104/8.

⁵ د. مديحة عبد الحافظ، الاستحسان وأثره في بناء الفقه الإسلامي، ص18-139، نقلاً عن كتاب المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، ص40.

يجاب على من استدل بهذه الآية بأن القائلين بحجية الاستحسان لا يخالفون في أن الاستنباط لا يقبل إلا من المجتهد، والدليل على هذا عدم وجود مسائل فقهية تصدر عن غير أهل العلم¹، ويجاب أيضًا على أن الاستحسان قول بدليل شرعي.

3- أما قول الله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾ ﴿٣٦﴾ [القيامة: 36]،

فالاستدلال بالآية في غير محلها؛ لأن الأخذ بالاستحسان لا يتعارض مع هذه الآية؛ لأن الآية تفيد أن الله لم يترك الناس سدى، بل أكمل الدين على أحسن وجه، مع مراعاة استيعابها للأحكام مع تغيير الأحوال والزمان؛ ولهذا جاءت معظم الآيات مجملة غير مفصلة لتترك أمام المجتهدين فرصة استنباط الأحكام بما يتوافق مع عادة الناس وتقاليدهم ما دامت غير مخالفة لأساسيات الدين².

أما الأدلة العقلية فالجواب عليها واضح:

- 1- فمن استدل على إبطال الاستحسان بدعوى أن ذلك يؤدي إلى قبول اجتهاد العامي فإن هذا كلام في غير محله؛ لأن الفرق واضح بين فتوى المجتهد وفتوى عوام الناس. حيث إن المجتهد لا يصدر فتواه إلا عن دليل، والقائلون بالاستحسان لا يقرون الاستحسان من غير دليل؛ لأن الحكم فيه بطريق الاستحسان، إن لم يكن الكل نابعًا عن دليل³.
- 2- إن الأخذ بالاستحسان المستند لدليل غير الكتاب والسنة مما كان لا خلاف في الاعتبار بها عند الفقهاء كالإجماع والقياس، ومما علم من الدين بالضرورة، ما دامت لا تخالف الأصول العامة واجب، فينبغي عدم تركها وإهمالها مع مراعاة سائر القيود والضوابط التي ينبغي مراعاتها⁴.
- 3- إن الاستدلال على عدم حجيته بدعوى أن هذا يؤدي إلى ضروب من الحكم في المسألة الواحدة، فإن هذا موجود في الأدلة الأخرى، والدليل على هذا أن العلماء يختلفون في المسألة الواحدة، فلو قالوا بذلك لأدى ذلك إلى هدم المذاهب الفقهية الأربعة⁵.
- 4- أما قياس الفتوى الصادرة عن الفقهاء على فتوى النبي (ﷺ) فهذا قياس مع الفارق، حيث إن الوحي انقطع بعد وفاة النبي (ﷺ) بينما المجتهدون يعتمدون على الاجتهاد، ولو قلت بعدم جواز الاستحسان لكان هذا إنكارًا

¹ مديحة عبد الحافظ، الاستحسان وأثره في بناء الفقه الإسلامي، ص 138-139، نقلًا عن كتاب المعاملات المالية... ص 40.

² الخصري، د. الطيب السيد، بحوث في أصول الفقه، 39-35/2، نقلًا عن كتاب المعاملات المالية، ص 40.

³ د. مديحة عبد الحافظ، الاستحسان وأثره في بناء الفقه الإسلامي، ص 126، 143، نقلًا عن كتاب المعاملات المالية، ص 41.

⁴ نصره عارم، تخصيص العموم بالاستحسان، ص 158، نقلًا عن كتاب المعاملات المالية، ص 41.

⁵ الباحثين، يعقوب، الاستحسان، ص 139، مكتبة الرشد، 1428هـ.

للإجماع، والقياس معاً. ومع هذا فهم يقرون به، فمن باب أولى أن يقولوا بالاستحسان المستند إلى دليل¹.

5- أما من استدل بجواز تخصيص العموم بالقياس، وتقديم القياس على الاستحسان فيجاب عليه بأن الاستحسان لا يقدم على القياس الأقوى، بل على القياس الضعيف، والضعيف لا مانع من إبطاله لكونه غير صالح في استنباط الأحكام².

الترجيح:

لا يخفى على كل ناظر أن أدلة المثبتين للاستحسان أقوى من أدلة المانعين؛ حيث إن المجتهد لا يبني حكمه ورأيه في الاستحسان على هوى، أو ما يستحسنه بعقله، بل إن المجتهد يبني حكمه عن دليل شرعي، حيث إن الاستحسان هو عدول عن حكم كلي أو قاعدة عامة؛ لتحقيق مصلحة، أو جريان عرف، أو لرفع حرج ودفع مشقة، وهذا من القواعد والأصول العامة في الشريعة الإسلامية التي لا خلاف فيها والتي امتازت بها، بحيث لو حُكِمَ في الوقائع بطريق القياس أو غيره من الأدلة دون الاستحسان؛ لأدى ذلك إلى جلب الفساد وتفويت كثير من المصالح، مع مراعاة الضوابط والقيود التي ينبغي مراعاتها عند الأخذ والقول بالاستحسان.

ولا خلاف بين الحنفية والشافعية في استحسان النص والإجماع والضرورة، وإنما خلافهم في استحسان القياس الذي ترجع أكثر استحسانات الحنفية إليه، حيث إن الشافعية يرون أن استحسان القياس راجع إلى تخصيص العلة³، وتخصيص العلة عندهم باطل، فإن الاستحسان يكون باطلاً أيضاً، والراجح أن الاستحسان ليس من باب تخصيص العلة؛ لأن تخصيص العلة تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى علة، وليس الأمر كذلك في الاستحسان، فإن انعدام الحكم في مسائل الاستحسان إنما هو لانعدام العلة، فقد ذهب الحنفية إلى عدم نجاسة سؤر سباع الطير؛ لأن العلة وهي: ملاقة لعابها للماء لم تتحقق⁴، قال السرخسي: "من ادعى أن القول بالاستحسان قول بتخصيص العلة فقد أخطأ؛ لأن بما ذكرنا تبين أن المعنى الموجب لنجاسة سؤر سباع الوحش الرطوبة النجسة في الآلة التي تشرب بها وقد انعدم ذلك في سباع الطير فانعدم الحكم لانعدام العلة وذلك لا يكون من تخصيص العلة في شيء"⁵، وما قيل في هذا المثال يقال في كل صور استحسان القياس عند الحنفية: إنه لا يوجد وصف اتفق على عليته وتخلف الحكم في بعض الصور عنه⁶.

¹الباحسين، يعقوب، الاستحسان، ص 143 - 144، نقلاً عن كتاب المعاملات المالية، ص 42.

²المرجع السابق، ص 144-145، نقلاً عن كتاب المعاملات المالية، ص 42.

³تخصيص العلة: تخلف الحكم في بعض الصور عن الوصف المدعى علة لمانع؛ البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار، 32/4.

⁴الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية، ص 173-174.

⁵السرخسي، أصول السرخسي، 204/2، دار المعرفة، بيروت.

⁶الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية، ص 174.

المبحث الثالث: أثر الاستحسان في مرونة الفقه الإسلامي

يعتبر الاستحسان أحد مصادر التوسعة في الشريعة الإسلامية، حيث تثبت به واقعية الفقه الإسلامي، وفيه برهان ساطع على أن الفقه الإسلامي فقه واقعي، قابل في فروعه للتطور الذي لا يتنافى مع أساسيات الشريعة.

فالاستحسان يعد دليلاً مستقلاً، وإن كان متعلقاً بدليل آخر، فإن ما توصل إليه المجتهد يعد دليلاً مستقلاً لا يستطيع الوصول إليه إلا مجتهد ملم بمقاصد الشارع ومتطلبات المكلفين¹.

ويمكن لفقهاء هذا العصر استخدامه لإيجاد حلول لما يعرض عليهم من نوازل فقهية، لاسيما في باب المعاملات المالية، مثل: الضرائب، والتسعير، وعقد التأمين، والبيع بالتقسيط²، وغيرها من الأبواب.

كما أن الاستحسان أثبت أن العبرة في باب الاجتهاد بالحقائق أو الوقائع التي تناط بها الأحكام، إذ جعل لسلطان الإرادة أثراً بيئياً في التعديل من آثار العقد وفقاً لاحتياجات التعامل، أو مقتضيات المعاملات التجارية المتطورة والنشاط الاقتصادي، إذ معظمها تقوم على الأعراف السارية في المجتمعات³.

فالاستحسان يعد من أظهر الأدلة على أن الشارع توخى بالتشريع تحقيق مصالح الناس بكل وسيلة ممكنة، حيث فتح باب العدول عن الأقيسة؛ تحريماً للمصلحة، وإذا دلّ الأخذ به على شيءٍ فإنما يدل على أنه لا ينبغي أن تقف أية عقبة في تشريع ما تقتضيه المصلحة التي تعد المقصد الأول للتشريع في الفقه الإسلامي⁴.

¹ الرئيس، أريج ربيع، المعاملات المالية، ص53.

² الفرفور، محمد، نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي، ص112—115.

³ الدريني، فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 423-420/2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1429هـ.

⁴ الرئيس، أريج ربيع، المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، ص53-54.

المبحث الرابع أنواع الاستحسان

الاستحسان باعتبار دليله نوعان
النوع الأول: استحسان القياس

وهو الذي وقع الخلاف فيه بين الحنفية وبين الشافعية. فالشافعي لم ينكر على أبي حنيفة استحسان الأثر أو الإجماع أو الضرورة¹، بل إن الشافعي قال في بعض المسائل بالاستحسان: كتقدير المتعة²، وزمن التأجيل في الشفعة³، والتحليف بالمصحف، ووضع الأصبعين في صماخي الأذنين عند الأذان⁴.

وقد أجاب الماوردي عن استحسانات الشافعي، وبين أنها لم تكن عن هوى أو شهوة، فقال: (وأما استحسانه المتعة بقدر ثلاثين درهماً، فلأن ابن عمر قاله)⁵. ومذهبه في القديم أن الصحابي إذا انفرد بقول لم يظهر خلافه فهو حجة. وأما استحسانه الشفعة أن يؤجل ثلاثاً؛ فلأن الناس قد أجمعوا على تأجيله في قريب الزمان في بيته بقية ليلته، وإمهاله لزمان أكله وشربه ولباسه، فجعل القريب مقدراً بثلاثة أيام لقول الله تعالى: ﴿ تَمَتُّوْا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ﴾ [هود: ٦٥] فجعلها حداً للقرب⁶. وأما استحسانه للحاكم أن يحلف بالمصحف؛ فلأن الأيمان قد تغلظ في كثير من الأحوال، فجاز أن تغلظ بالمصحف الموجب للكفارة، لما فيه من فضل الخوف والتحرج⁷. وأما استحسانه أن يضع أصبعيه في صماخي أذنيه؛ فلأن بلائاً⁸ كان يفعله بمشهد رسول الله (ﷺ)¹، ولأنه أجمع لصوته².

¹ البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، 4/4؛ الأمدي، الأحكام، 157/4.
² المتعة: مال يجب على الزوج دفعه لامراته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه، ينظر: الشريبي، شمس الدين محمد بن أحمد الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 398/4، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ.

³ الشفعة: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض، ينظر: المرجع السابق، 372/3.
⁴ البخاري، كشف الأسرار، 4/4؛ الأمدي، الأحكام، 157/4.

⁵ الماوردي، أدب القاضي، ص 657؛ رواه البيهقي وعبد الرزاق عن ابن عمر موقوفاً، ينظر: عبد الرزاق، الصنعاني الحميري اليماني، مصنف عبد الرزاق، 73/7، رقم الحديث: 12255، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، يطلب من المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ؛ ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، 410/3، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ؛ وهذه المسألة في: المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المذهب، 391/16.

⁶ الماوردي، أدب القاضي، 658/2.

⁷ المرجع السابق، 658/2.

⁸ بلال بن رباح الحبشي، مولى أبي بكر الصديق (رضي الله عنه)، أسلم قديماً، وهو أول من أظهر إسلامه بمكة، فلقى عذاب المشركين وأذاهم، فاشتراه أبو بكر وأعتقه، كان مؤدناً للرسول (ﷺ) وخازناً له، شهد بدرًا وما بعدها من المشاهد، سكن الشام، ولا عقب له، روى عنه جماعة من الصحابة والتابعين، ومناقبه كثيرة مشهورة، مات في دمشق سنة 20هـ، ينظر ترجمته: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، 455/1، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.

فلم يخل ما استحسنته من دليل اقترن به. والاستحسان بالدليل معمول عليه، وإنما ننكر العمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل³.

وأكثر استحسانات الحنفية وأدقها مسلماً استحسان القياس⁴.

واستحسان القياس أن يكون فرع يتجاذبه أصلاً، فهو يشبه كل واحد من جهة، وترجيح قياس الفرع على أحد الأصلين اللذين يشبههما لقوة أثره وإن كان خفياً هو استحسان قياس أي القياس المستحسن⁵. وقد سماه الحنفية استحسان قياس للتمييز بينه وبين القياس الظاهر الذي يكون ضعيفاً، ولاستحسانهم ترك القياس الظاهر الضعيف للقياس الخفي القوي. وهذا نظير قول النحاة: هذا منصوب على المصدر، وهذا منصوب على الظرف، وهذا منصوب على التعجب، للتمييز بين المعاني الناصبة⁶.

أمثلة استحسان القياس عند الحنفية:

المثال الأول: إذا اختلف البائعان في الثمن والسلعة غير مقبوضة ولا بينة لأحدهما⁷. قال الحنفية: إن البائعين اتفقا على حق المشتري وهو المبيع، واختلفا في حق البائع، فالبايع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها⁸.

والرسول (ﷺ) يقول: (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)⁹. ولما لم يكن لأحدهما بينة فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على أصل البيع، والبائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها، وهذا هو القياس الظاهر. وبعد التأمل في المسألة، فالقياس الخفي يوجب التحالف على البائع وعلى المشتري؛ لأن المشتري يدعي على البائع وجوب تسليم السلعة بالثمن الذي يدعيه، فيكون البائع مدعى عليه، وهو منكر دعوى المشتري فيلزمه يمين؛ ولأن البائع يدعي زيادة الثمن، والمشتري ينكرها فيلزمه

¹ أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الصلاة، باب ما جاء في إدخال الإصبع في الأذن عند الأذان، 375/1، حديث رقم: 197، قال الترمذي: حديث حسن صحيح؛ وقال الألباني: حديث صحيح، صحيح وضعيف سنن الترمذي، 97/1، حديث رقم: 197.

² النووي، المجموع، 104/3

³ الماوردي، أدب القاضي، 661-658/1.

⁴ الجصاص، الفصول في الأصول، 234/4.

⁵ المرجع السابق، 234/4.

⁶ الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه، ص404

⁷ المرجع السابق، ص406.

⁸ حق المشتري في المبيع يتعين بالتعيين في العقد، ولذلك فإن المتبايعين اتفقا على حق المشتري وهو المبيع، بخلاف حق البائع في الثمن فإنه لا يتعين بالعقد؛ لأن الثمن يثبت في الذمة، ولا يتعين الثمن إلا بالقبض، ومن هنا كان المدعي هو البائع، وطلب اليمين من المشتري، ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 237/5.

⁹ الحديث بهذا اللفظ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، 427/10، حديث رقم: 21201، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 1424هـ، بيروت، لبنان؛ ينظر: الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، 96-95/4، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ؛ ومعنى الحديث في حديث الأشعث بن قيس (شاهداك أو يمينه) في الصحيحين، صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب قول النبي (ﷺ): "من حلف على يمين..) حديث رقم: 2670؛ صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، حديث رقم: 373.

يمين. وهذا هو القياس الخفي الراجح لقوته؛ لذا يحلف البائع والمشتري في هذه المسألة استحساناً.

والملاحظ أن الحنفية ذكروا القياس الظاهر، والقياس الخفي. ومرادهم بالقياس الظاهر الاجتهاد الذي يظهر ابتداءً من غير تأمل عند تحقيق المناط، وهو أن المشتري هو المنكر لدفع الثمن الذي يطالب به البائع فيلزمه الحلف. ومرادهم بالقياس الخفي الاجتهاد الذي يكون بعد زيادة تأمل وإمعان نظر في تحقيق المناط في الحديث، وهو أن كلاً من البائع والمشتري مدعى عليه ومنكر للدعوى، ولا بينة للمدعي فيلزم اليمين منهما¹.

وقد جعل محمد بن الحسن الشيباني² هذه المسألة من باب استحسان الأثر، وتبعه السرخسي³، وابن أمير الحاج⁴، لحديث النبي (ﷺ): «الْبَيْعَانِ إِذَا اخْتَلَفَا، وَالْبَيْعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ، وَعَيْنُهُ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ، فَأَلْقُوهُمَا مَا قَالَ الْبَائِعُ، أَوْ يَتَرَادَاَنِ الْبَيْعُ»⁵ ولأن الحديث ضعيف كما كما ترى فإن المسألة لا تصلح أن تكون من باب استحسان الأثر. المثل الثاني: حكم سباع سور الطير⁶.

ذهب الحنفية إلى نجاسة سور سباع البهائم وكل ما لا يؤكل لحمه؛ لأن لعابه نجس فيفسد الماء؛ لما روي عن عمر بن الخطاب وعمرو بن العاص - رضي الله عنهما - وردا حوضاً، فقال عمرو بن العاص: يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب: يا صاحب الحوض لا تخبرنا، فإننا نردُّ على السباع وتردُّ علينا⁷. فنهى عمر عن الإخبار دليل على نجاسة سور سباع البهائم وإلا لما كان للسؤال والنهي معنى . ولأن

¹الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه، ص406.

²محمد بن الحسن ابن فرقد العلامة، فقيه العراق، أبو عبدالله الشيباني، الكوفي، صاحب أبي حنيفة، أخذ بعض الفقه عن أبي حنيفة، وتممه عند أبي يوسف، روى عن أبي حنيفة، ومالك بن أنس، والأوزاعي، وأخذ عنه الشافعي، وغيره، ولي القضاء، ت189هـ، الذهبي، سير أعلام النبلاء، 555/7؛ محمد بن الحسن، أبو عبد الله الشيباني، الأصل، 240/9، تحقيق: محمد بوينوكالان، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1433هـ. ³شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الخزرجي الأنصاري، فقيه أصولي حنفي، كتب كتاب الميسوط وهو سجين، توفي سنة 490هـ وما زال ضريحه شاخصاً في مدينة أوزجند بقرغيزستان، كحالة، عمر، معجم المؤلفين، 267/8، مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي - بيروت؛ السرخسي، الميسوط، 29/13، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ.

⁴شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الحلبي الحنفي المعروف بابن أمير الحاج، فقيه حنفي أصولي، مفسر، من أعلام القرن التاسع الهجري، من مصنفاته: التقرير والتحبير، ذخيرة القصر في تفسير سورة والعصر، ت879هـ الموافق 1474م، الزركلي، الأعلام، 49/7؛ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، 225/3، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1403هـ.

⁵رواه الدارمي في سننه في كتاب البيوع، باب إذا اختلف المتبايعان، 1661/3، حديث رقم: 2591، تحقيق: حسين الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ، تعليق المحقق: إسناده ضعيف. والحديث ضعيف لانقطاعه، فإن عبدالله بن مسعود الكوفي يروي عن أبيه ولم يسمع منه، ينظر: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، 215/6، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى 1326هـ.

⁶ينظر هذه المسألة في البخاري، كشف الأسرار، 6/4-7.

⁷رواه مالك في الموطأ، في كتاب الطهارة، باب الطهور للوضوء، ص26، تحقيق: بشار عواد معروف، محمود محمود خليل، مؤسسة الرسالة، 1412هـ؛ وهو حديث ضعيف، ينظر: التبريزي، محمد بن عبد الله الخطيب العمري(ت741هـ)، مشكاة المصابيح، 151/1، حديث رقم: 486، تحقيق: الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1985م.

عين سباع البهائم وكل ما لا يؤكل لحمه منها مستخبث غير طيب، فيقاس عليه سورها كذلك، كالكلب والخنزير¹.

وقال الحنفية: سؤر سباع الطير نجس قياساً على سؤر سباع البهائم، والعلة في ذلك حرمة تناول اللحم في كل. ولكنهم قالوا: إنّ سؤر سباع الطير طاهر استحساناً. قال السرخسي: (وما لا يؤكل لحمه من الطير في القياس نجس؛ لأن ما لا يؤكل لحمه من سباع الطير معتبر بما لا يؤكل لحمه من سباع الوحش. ولكننا استحسنا فقلنا بأنه طاهر مكروه؛ لأنها تشرب بمنقارها، ومنقارها عظم جاف، بخلاف سباع الوحش فإنها تشرب بلسانها، ولسانها رطب بلعابها، ولأن في سؤر سباع الطير تتحقق البلوى فإنها تنقض من الهواء فلا يمكن صون الأواني عنها خصوصاً في الصحاري بخلاف سباع الوحش)². والملحوظ على هذا المثال ما يلي³:

1- أثر عمر الذي استدل به الحنفية على نجاسة سؤر سباع البهائم عام في سباع البهائم وفي سباع الطير؛ لأن ورود الماء عند العرب لا يختص بالبهائم كما جاء في لسان العرب: (ما ورد من جماعة الطير والإبل وما كان فهو ورد. تقول: وردت الإبل والطير هذا الماء ورداً، ووردته أوراذاً)⁴.

فقياس الطير على البهائم لا يصح لورود النص.

2- لو سلمنا أن هذا الأثر خاص بسباع البهائم ثم قاس الحنفية سباع الطير على سباع البهائم بجامع حرمة أكل اللحم في كل، فإن المسألة لا يوجد فيها عدول عن قياس ظاهر إلى قياس خفي. أي أنه لا يوجد فرع يتجاوزه أصلاً، بل غاية ما يقال: إن الحنفية لم يلحقوا سباع الطير بسباع البهائم لعدم تحقق مناط الحكم، فإنهم حكموا على سؤر سباع البهائم بالنجاسة لملاقاة لعابها النجس الماء الذي تشرب منه، وهذا غير متحقق في سؤر سباع الطير؛ لأنها تشرب بمنقارها، والمنقار عظم جاف لا يحمل الرطوبة فلا يتنجس الماء؛ لعدم اختلاط اللعاب النجس به⁵.

3- هذه المسألة تصلح أن تكون مثلاً لاستحسان الضرورة عند الحنفية؛ لأنهم قالوا بعدم نجاسة سؤر سباع الطير للضرورة؛ لأن سباع الطير تنقض من الهواء فلا يمكن صون الأواني عنها.

المثال الثالث: رجل قال لزوجته: إذا حضت فأنت طالق. فتقول: قد حضت⁶.

قال الحنفية: القياس في هذه المسألة أن لا تصدق الزوجة حتى يعلم وجود الحيضة منها، أو يصدقها الزوج، وذلك إلحاقاً لهذه المسألة بعد مسائل نظيرة لها، قالوا فيها: بأن

¹السرخسي، المبسوط، 49/1.

²المرجع السابق، 50/1-51.

³الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية...، ص 160-161.

⁴ابن منظور، لسان العرب، مادة (ورد)، 456/3.

⁵قال الحنفية بکراهة سؤر سباع الطير؛ لأنها في الغالب تتناول الجيف والميتات، فكان منقارها في معنى منقار

الدجاجة المخلاة، ينظر: البخاري، كشف الأسرار، 7/4-8.

⁶الخصاص، الفصول في الأصول، 234/4-236.

المرأة لا تصدق في إيقاع الطلاق عليها أو على غيرها، وهذه المسائل أصل بالنسبة لهذه المسألة، منها:

- أ- لو قال رجل لزوجته: إذا حضت فامراتي الأخرى طالق. فقالت: قد حضت.
 - ب- قول الزوج لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وقالت: قد دخلت.
 - ت- قوله لها: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، فقالت: قد كلمت.
- فهذه المسائل لا تصدق فيها الزوجة حتى يعلم منها وجود ذلك، أو يصدقها الزوج قياساً.

والاستحسان أن تصدق الزوجة في المثال الثالث؛ لأنها أمينة على ما في رحمها بدلالة قول الله عز وجل: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمَنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولأن الأمر لا يمكن أن يطلع عليه غيرها، أما في المسألة الأولى فلأن الأمر يتعلق بغيرها، وفي المسألتين الثانية والثالثة يمكن أن يتم التحقق من ذلك بأن يطلع عليه غيرها.

النوع الثاني: استحسان غير القياس

وهو كل استحسان ثبت عند الحنفية بدليل غير القياس، سواء أكان نصًا، أم إجماعًا، أم ضرورة¹. ويمكن تعريفه بأنه: ترجيح المجتهد الاجتهاد الخفي على الاجتهاد الظاهر لدليل أقوى من كتاب، أو سنة، أو إجماع، أو ضرورة، أو عرفًا، أو احتياطًا مراعاةً للخلاف، أو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته، أو لمصلحة².

ويقسم استحسان غير القياس إلى أقسام:

أولاً: استحسان النص: وهو نوعان:

أ- ما ثبت بنص من القرآن، كجواز الوصية، فإن الأصل عدم جوازها؛ لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك، فيكون التمليك في وقت زوال الملك. وبناء على هذا الأصل فإن الوصية لا تجوز عند الحنفية، إلا أنهم أجازوها استحساناً²

لقول الله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ﴾ [النساء: ١١].

ب- ما ثبت بأثر صحيح، كجواز الصوم لمن أكل أو شرب ناسياً، فإن القياس يوجب فساد الصوم بالأكل أو الشرب؛ لأن الشيء لا يبقى مع وجود ما ينافيه، والصوم: الإمساك عن الطعام والشراب والجماع بشرائط مخصوصة³.

لكن الحنفية عدلوا عن القياس في هذه المسألة إلى الاستحسان لقول الرسول (ﷺ): (إذا نسي فأكل وشرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه)⁴.

ويلاحظ أن الحنفية لم يعدلوا عن قياس أصولي في الوصية، بل عدلوا عن أصل ثبت عندهم بأدلة كثيرة من القرآن والسنة والمعقول وهو: إعطاء الإنسان حق التصرف بماله في حياته. وكذا بالنسبة للصائم الذي أثبتوا له صومه بعد أن أكل ناسياً، فإنهم لم يعدلوا عن قياس أصولي، بل عدلوا عن أصل ثبت حكمه بالقرآن، وهو: إباحة الجماع

والأكل والشرب في ليل رمضان لقول الله تعالى: ﴿ أَجَلٌ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى

نِسَائِكُمْ ﴾ [البقرة: ١٨٧] إلى قوله تعالى: ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ

الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ﴾ [البقرة: ١٨٧] ثم أمر الله سبحانه وتعالى بالإمساك عما أباحه إلى

غروب الشمس بقوله: ﴿ ثُمَّ أَنْمُوا الصَّيَامَ إِلَى آتِلٍ ﴾ [البقرة: ١٨٧]. فمن أكل أو شرب أو

¹ البخاري، كشف الأسرار، 6-5/4.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 173/4.

³ المرجع السابق، 75/2.

⁴ البخاري، محمد بن إسماعيل (ت 256هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول (ﷺ) وسننه وأيامه)

وأيامه (صحيح البخاري)، كتاب الصوم، باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً 31/3، حديث رقم: 1931،

المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ؛ ينظر: هذه المسألة في: عبد

العزیز البخاري، كشف الأسرار، 5/4.

جامع زوجته لا يكون صائماً بمقتضى هذه الآية سواء أكان عامداً أو ناسياً، لكن عدلوا عن ذلك الحكم بالنسبة للناسي للحديث¹.

ثانياً: استحسان الإجماع: ومثاله جواز عقد الاستصناع² فيما فيه للناس تعامل. فإن الأمة تفعله من غير نكير مع أنه يتعارض مع قول النبي (ﷺ): (لا تبع ما ليس عندك)³. والقياس يأبى مثل هذا العقد؛ لأنه بيع معدوم للحال حقيقة، وهو معدوم وصفاً في الذمة، ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيينه أو ثبوته في الذمة⁴، كما في بيع السلم فإنه ثابت في الذمة لتعيين أوصاف المسلم فيه، وتحديد الأجل، وقبض الثمن في مجلس العقد، وغير ذلك من الشروط⁵.

والملاحظ هنا أيضاً أن الحنفية لم يعدلوا عن قياس بمعناه عند الأصوليين، وإنما عدلوا عن أصل ثبت عندهم وهو: عدم جواز بيع شيء إلا بعد تعيينه أو ثبوته في الذمة.

ثالثاً: استحسان الضرورة: ومثاله الحكم بطهارة الحياض والآبار والأواني إذا لاقتها نجاسة، سواء بنزح الماء كله أو بعضه أو بغسل الإناء، مع أن القياس يأبى ذلك؛ لأن الدلو تنجس بملاقاة الماء، فلا تزال تعود وهي نجسة، وكذلك الإناء إذا لم يكن في أسفله ثقب يخرج الماء منه إذا أجري من أعلاه؛ لأن الماء النجس يجتمع في أسفله فلا يحكم بطهارته. ولكن الحنفية عدلوا عن القياس وحكموا بطهارة ما تقدم ذكره استحسان ضرورة⁶.

ويلاحظ هنا أيضاً أن الحنفية في هذه المسألة لم يعدلوا عن قياس أصولي. بل عدلوا عن أصل ثبت عندهم عقلاً وهو: أن النجاسة إذا لاقت الماء تنجس كل الماء.

وقد خالف الجصاص وابن أمير الحاج جمهور الحنفية، فعّد الجصاص هذه المسألة من استحسان الإجماع⁷. وعدها ابن أمير الحاج في بعض صورها من استحسان بالأثر فقال: (والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقاً من هذا القبيل، إذ لا يخفى أن ما وجب فيه نزح البعض فهو من الاستحسان بالأثر)⁸.

والذي ذهب إليه الجصاص ضعيف؛ لعدم ثبوت انعقاد الإجماع في هذه المسألة، وإلا لما خفي ذلك على جمهور الحنفية وغيرهم من الفقهاء. وأما ما ذهب إليه ابن أمير

¹الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية، ص165-166.

²هو عقد على بيع في الذمة شرط فيه العمل، ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 2/5.

³جزء من حديث رواه الترمذي في سننه، في كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، 526/3، حديث رقم: 1232، حكم الألباني: صحيح، في كتاب صحيح وضعيف سنن الترمذي، 232/3، حديث رقم: 1232، برنام منظومة التحقيقات الحديثية، إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

⁴البخاري، كشف الأسرار، 5/4.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 2/5-4. والفرق الجوهرية بين الاستصناع وبين السلم، أنه يشترط في السلم بيان المدة (أي تحديد أجل التسليم)، وأن يقبض الثمن في المجلس، بخلاف الاستصناع، فيجوز دفع الثمن في المجلس عند العقد ويجوز تأجيله. ومن هنا كان السلم مما يثبت في الذمة؛ لأنه دين بخلاف الاستصناع، فإنه لا يثبت في الذمة؛ لأنه عين، والأعيان لا تثبت في الذمة، ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 2/5-4.

⁶الدبوسي، تقويم الأدلة في أصول الفقه، ص405؛ البخاري، كشف الأسرار، 6/4.

⁷الجصاص، الفصول في الأصول، 248/4.

⁸ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير 222/3.

الحاج فهو صحيح على مذهب جمهور الحنفية الذين ألقوا قول الصحابي فيما يمكن فيه الرأي بالسنة. أما على مذهب الكرخي والدبوسي فلا يصح؛ لأنهما لم يلحقا قول الصحابي فيما يمكن فيه الرأي بالسنة¹.

رابعًا: الاستحسان المستند إلى العرف:

ومسائله كثيرة في الفقه، ويتنوع إلى أنواع:

العرف الشرعي، والعرف العملي، وعرف التخاطب.

فمن النوع الأول: إذا قال الرجل: مالي في المساكين صدقة، فالقياس أن يلزمه التصدق بجميع أنواع ماله؛ لعموم اسم المال. وهو قول زفر؛ ولأنه لو قال: أوصيت بثلث مالي، صرف إلى ثلث جميع المال، ولكنهم استحسنا واقتصر التصدق على مال الزكاة فقط؛ تقييدًا لإيجابه بإيجاب الله تعالى، فإن الله تعالى أطلق المال في الزكاة يريد به أنواعًا مخصوصةً، بخلاف الوصية فإنها خلافة كالميراث فلا تختص. وفي المسألة مدرك آخر وهو أن الرجل لو أزم التصدق بجميع المال كما قال، لأصبح عالمةً على غيره بعد أن كان في غنى عنهم، والحياة مظنة الحاجة، بخلاف الوصية فإنها تقع في حالة الاستغناء، وهي ما بعد الموت، فلا يلزم من صرف الوصية إلى جميع أنواع المال لزومه في النذر. على أنها مقيدة بالثلث، وما بقي فيه غناء للورثة. والشارع الذي أطلق المال في الوصية، لم يقيد بنوع دون نوع كما في الزكاة. ففي الحقيقة منشأ الاستحسان هنا هو المصلحة والحاجة².

ومن النوع الثاني: أجاز محمد بن الحسن الحنفي من باع ثمرًا وشرط بقاءه حتى يتم نضجه، إنه يصح في الاستحسان لعادة الناس في ذلك، وفي القياس لا يجوز؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وهو شغل ملك الغير؛ أو هو صفقة في صفقة؛ لأنه إما إعارة أو إجارة في بيع³، وقد نهى رسول الله (ﷺ) عن بيعتين في بيعة⁴. فهذا الاستحسان المستند إلى العادة التي منشؤها حاجة الناس ومصالحتهم، خصص النص العام وهو الحديث السابق⁵.

ومن هذا النوع ما قالوه: فيمن استعار دابة فردها إلى بيت مالكة فهلكت، لم يضمن استحسانًا لتعارف الناس الرد على هذه الحالة، والقياس في المال المستعار أن يرد إلى مالكة في يده كالثوب وغيره⁶.

ومن النوع الثالث: قول الرجل: أوصيت إلى جبراني، القياس فيه أن يقيد بالملصقين عند أبي حنيفة؛ لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة؛ ولهذا اختصت الشفعة بهم، والاستحسان يشملهم وغيرهم من أهل محلته؛ لأنهم يسمون جيرانًا في عرف التخاطب، ولأن المقصود برهم، وهو ينتظم الجميع. وهو مذهب صاحبين⁷.

¹أمير بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، 132/3-133، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.

²الكمال بن الهمام، فتح القدير، 351/7-353؛ شلبي، تحليل الأحكام، ص 354.

³السرخسي، المبسوط، 196/12.

⁴أخرجه الإمام أحمد في مسنده، 190/6، حديث رقم: 6628؛ وأبو داود في سننه، 254/3، حديث رقم

(3377)، حكم الألباني: صحيح، في صحيح وضعيف سنن أبو داود، 2/1، حديث رقم: 3377.

⁵شلبي، تحليل الأحكام، ص 355.

⁶الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 89/5.

⁷المرجع السابق، 200/6.

خامساً: الاستحسان احتياطاً مراعاةً للخلاف:

كما قالوا: في السفية المحجور عليه: لو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً، والقياس أن يمنع؛ لأنها تطوع، فصارت كالحج تطوعاً. ووجهوا الاستحسان: بأن بعض العلماء قال: بوجوبها فيمكن منها احتياطاً مراعاةً لذلك الخلاف¹.

سادساً: الاستحسان ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته:

تيسيراً وإيثاراً للتوسعة ورفعاً للمشقة، كما قالوا: في إهدار الوصف في الربا، مع أن الدليل يقتضي التسوية فيه؛ لأن في اعتباره سد باب البياعات².
وقولهم: إن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً؛ لأن مبنى التوكيل على التوسعة³.

سابعاً: الاستحسان بالمصلحة:

وأمثلة هذا النوع كثيرة، منها: في المساقاة إنها تبطل بالموت؛ لأنها في معنى الإجارة، وهذا هو الأصل في جميع الصور، لكنهم استثنوا صورة ما إذا مات رب الأرض والخارج بُسّر⁴، فحكموا فيها ببقاء العقد استحساناً، وللعامل أن يقوم عليه حتى يدرك وإن كره الورثة ذلك؛ دفعا للضرر عنه، وحفاظاً لمصلحته، ولا يلحق هؤلاء ضررٌ منه⁵.

ومنه ما أفتوا به من جواز بيع الوصي مال الكبير الغائب ما عدا العقار، وقالوا: إنه استحسان، والقياس أن لا يملك شيئاً من ذلك؛ لأنه موكل بالحفظ لا بالبيع، كما أن الأب لا يملك ذلك على الكبير الحاضر. ووجهوا الاستحسان: بأن في البيع حفظ ما يتسارع إليه الفساد، ومصلحة الغائب في ذلك، حيث يكون حفظ الثمن أيسر على الوصي، ولو منعناه من البيع لأدى إلى ضياع المال. وأما العقار فمحض بنفسه حتى لو خيف عليه الهلاك صح بيعه⁶.

ومن ذلك ما لو قال الرجل لورثته: لفلان علي دين فصدّقه، فإنه يصدق إلى الثلث. وهذا استحسان، والقياس أن لا يصدق لأنه إقرار بمجهول، وهو وإن كان صحيحاً إلا أنه لا يحكم به إلا بالبيان ولم يبين. وقوله: فصدّقه، مخالف للشرع حيث لا يصدق المدعي شرعاً إلا بحجة، فيتعذر جعله إقراراً مطلقاً فلا يعتبر.

ووجه الاستحسان: أن الرجل قد يحتاج إلى مثل هذا؛ لأنه كثيراً ما يعلم أن لفلان عليه حقاً ولا يعرف مقداره، وقد يكون رب الدين غائباً والمدين في حالة احتضار لا يتمكن من الوقوف على الحقيقة من صاحبها، وهو في حاجة إلى تفرغ نتمته، فصح هذا منه وإن كان مخالفاً لقواعد الشرع وأدلتها، رعايةً للمصلحة⁷.

¹الزيلعي، تبين الحقائق، 197/5.

²المرجع السابق، 86/4.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 23/6.

⁴البُسر: ثمر النخل قبل أن يُرطب، ينظر: ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 56/1، دار الدعوة،

مجمع اللغة العربية، القاهرة.

⁵الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، 285/5.

⁶المرجع السابق، 212/6.

⁷المرجع السابق، 192/6.

وقبل ختام الحديث عن أنواع الاستحسان غير القياس. لا بد من التأكيد على حقيقة وهي: أن الشافعي لا ينكر بعض هذه الأنواع كما سبق تقرير ذلك في بداية الحديث عن استحسان القياس. بل أكثر من ذلك فإن الشافعي أثبت في رسالته العدول عن أصل ثبت عنده بعدة أدلة فأخرج منه مسألة جزئية، وأثبت لها حكماً مغايراً للأصل الثابت عنده لدليل جزئي يقتضي ذلك¹. وهذا الأصل هو: أن الالتزامات والغرامات المالية تثبت في مال الرجل سواء بحق وجب عليه الله أو أوجبه الله عليه للأدبيين، وأنه لا يكلف أحد غرمه عنه. ومن أدلة هذا الأصل التي ذكرها الشافعي:

قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣] وقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَتَيْنِ نِحْلَةً

﴿[النساء: ٤] وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَأَسْتَيْسِرْ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] وقوله

تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة:

٣] وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ﴾ [المائدة: ٩٥].

وقوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسْوَتِهِمْ أَوْ

تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفْرُهُ أَيْمَنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]

وقد عدل الشافعي عن هذا الأصل المذكور الذي يقتضي أن كل غرامة مالية تلزم في مال المكلف، ولم يحكم على القاتل الخطأ بدفع الدية من ماله، بل قال: تجب على العاقلة²؛ لأن النبي (ﷺ) قضى بالدية في الحر المسلم يقتل خطأ مائة من الإبل، وقضى بها على العاقلة³.

وبعد استعراض تعريف الاستحسان وأمثله التي ذكرها الحنفية في كتبهم ومناقشة تلك التعريفات والأمثلة يتبين ما يلي:

أولاً: أن ما ذهب إليه بعض العلماء القدامى وتبعهم فيه بعض العلماء المعاصرين أن الاستحسان عند الحنفية أو عند بعضهم: ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل. كلام غير صحيح ولا دليل عليه. فإن الحنفية أعرف بمدلول الاستحسان عند إمامهم وعند أصحابه ومن تبعهم من علماء المذهب. ولا يوجد أحد من الحنفية قال: إن الاستحسان ترك القياس لما يستحسنه العقل. وأول من نسب هذا القول إلى الحنفية أبو بكر الباقلاني المالكي المتوفى سنة 403هـ، وتبعه في ذلك عدد من العلماء القدامى والمعاصرين. فكيف يستساغ أن يكون القاضي الباقلاني أعرف بمعنى الاستحسان عند أبي حنيفة أو عند الحنفية من الكرخي الحنفي المتوفى سنة 340هـ، ومن الجصاص الحنفي المتوفى سنة 370هـ، وكلاهما قبل الباقلاني، وهما أول من عرف الاستحسان

¹الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية، ص167-168.

²الشافعي، الرسالة، ص549-550.

³رواه أحمد في مسنده، 328/7، مسند عبد الله بن مسعود، حديث رقم: 4303؛ والحديث إسناده ضعيف ضعيف، ينظر: ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الشافعي المصري (ت804هـ)، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، 418-415/8، المحقق: مصطفى أبو الغيط، وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1425هـ.

عند الحنفية وتبعهما الدبوسي والبيزدوي والسرخسي. وهم من أئمة علم الأصول عند الحنفية وأعرف بمدلول الاستحسان في مذهبهم من الباقلاني وغيره ممن تبعه من العلماء من غير الحنفية. فإن كان لا يجوز أخذ آراء أصحاب المذهب في المسائل الفقهية من كتب غيرهم فمن باب أولى أن لا يجوز أخذ رأي الحنفية في المراد بدليل كلي عندهم وقع الاختلاف بينهم وبين غيرهم في حجيته من كتب غيرهم¹.
ثانيًا: قال بعض العلماء المعاصرين: إن الخلاف في الاستحسان خلاف في التسمية واللفظ لا في الحقيقة والمعنى².
والقول بأن الخلاف في الاستحسان خلاف في التسمية واللفظ، لا في الحقيقة والمعنى، غير صحيح لما يلي:

1- كيف يكون الخلاف في التسمية وقد ورد لفظ الاستحسان في القرآن في قول الله: ﴿

الَّذِينَ يَسْمَعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُوا الْأَلْبَابِ ﴿١٨﴾

﴿[الزمر: ١٨] وقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا﴾ [الأعراف: ١٤٥] وقوله

تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [الزمر: ٥٥]. وجاء في الأثر

قول ابن مسعود: (فما رأى المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئًا فهو عند الله سيء)³.

وقال به الإمام الشافعي نفسه.

2- أنه يتعارض مع ما قاله كبار علماء الشافعية: أن خلافهم مع الحنفية في الاستحسان خلاف في المعنى لا في اللفظ. بدليل أنهم قالوا: الاستحسان عند الحنفية قول بلا دليل، ولو أن الاستحسان عند الحنفية قول بالدليل لما أنكر عليهم الشافعية ذلك.

3- ذهب بعض العلماء القدامى⁴ وجل العلماء المعاصرين⁵ إلى القول: بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، وقد أنكر هذا القول الرازي⁶ والأمدي وسراج الدين

¹ الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه، ص168-169.

² البغا، مصطفى، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص129، دار الإمام البخاري، دمشق؛ الربيع، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، ص184.

³ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، حديث رقم: (3600)، إسناده حسن.

⁴ ومن هؤلاء العلماء أبو عمرو بن الحاجب المالكي المتوفي سنة 646هـ، وجمال الدين الإسني الشافعي المتوفي سنة 772هـ، والشوكاني المتوفي سنة 1250هـ.

ابن الحاجب، المختصر، ومعه شرحه للأصفهاني، 281/3، دارالمدني، السعودية، الطبعة الأولى، 1406هـ. الإسني، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، 367/1.

الشوكاني، محمد بن علي (ت1250هـ) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 182/2، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1419هـ.

⁵ ومن هؤلاء: مصطفى البغا، وعبد العزيز الربيع.

البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، ص129.

الربيع، أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها، ص182-184.

⁶ محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري الإمام فخر الدين الرازي ابن خطيب الري، إمام المتكلمين ذو الباع الواسع في تعليق العلوم والاجتماع بالشاسع من حقائق المنطوق والمفهوم والارتفاع قدرًا على الرفاق،

الأرموي¹ وغيرهم، حيث إن الإمام الشافعي قد عقد في كتابه الأم كتابًا لإبطال الاستحسان، فكيف يمكن القول بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، صحيح أن استحسان النص واستحسان الإجماع لا يتحقق استحسان مختلف فيه؟ بينما استحسان القياس الذي هو أدقها مسلماً وترجع أكثر استحسانات الحنفية إليه، فذهبوا إلى أنه يتحقق استحسان مختلف فيه، وأن الشافعي وعلماء الشافعية ينكرونه؛ لأنه راجع إلى تخصيص العلة، وهو باطل عند الشافعية².

إمام، مفسر، فقيه، أصولي، ت(606هـ)، من مؤلفاته: التفسير الكبير، المحصول في علم أصول الفقه، معالم أصول الدين، المسائل الخمسون في أصول الدين...؛ السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 81/8-82.

¹محمود بن أبي بكر بن أحمد، أبو الثناء، سراج الدين الأرموي، صاحب التحصيل مختصر التحصيل في أصول الفقه، واللباب مختصر الأربعين في أصول الدين، والبيان والمطالع في المنطق، قيل: إنه شرح الوجيز في الفقه، قرأ بالموصل على كمال الدين بن يونس، ولد سنة (594هـ)، وتوفي سنة (682هـ) بمدينة قونية؛ السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، 371/8.

²الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه، ص170-171.

المبحث الخامس

ضوابط الاستحسان

يعتبر الاستحسان أحد مصادر التشريع الإسلامي، الذي يطلق العنان للفكر بالإمكانية وإيجاد حلول فقهية لكثير من الوقائع، والمستجدات التي تتبع التطور الذي يرافق أي أمة من الأمم، ولكن لا بد من تقييده بضوابط لكي يندرج تحت الأدلة المعتمد عليها في استنباط الأحكام.

وفيما يلي أذكر بعض الضوابط التي اعتبرها الفقهاء للأخذ بالاستحسان:

- 1- أن يندرج الحكم الذي سنده الاستحسان تحت أي أصل من أصول التشريع العامة¹.
- 2- أن يحقق الحكم المبني على الاستحسان مقاصد الشريعة الإسلامية، مثل: جلب المصالح، ودرء المفاسد، ورفع الحرج، ودفع الضرر².
- 3- أن لا يصطدم الحكم المعتمد فيه على الاستحسان مع أي أصل من أصول الشريعة الإسلامية، مثل: الكتاب، والسنة، والإجماع، وما كان معلوماً من الدين بالضرورة³.
- 4- أن يصدر الحكم عن المجتهد، ومن المعلوم تعذر وجود المجتهد المطلق في هذه العصور، فيقوم بهذه المهمة مجتهدو المذهب، تخريجاً على ما استحسنته إمامه واقتداءً به⁴.

¹ ينظر: الفرفور، د. محمد، نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسله، ص 65.

² المرجع السابق، ص 65-66.

³ المرجع السابق، ص 66.

⁴ المرجع السابق، ص 66.

المبحث السادس الاستحسان في نظر المذاهب الفقهية الأربعة

الاستحسان عند الحنفية:

يعد الإمام أبو حنيفة أول من قال بالاستحسان واعتبره دليلاً من الأدلة، وسمّاه بهذا الاسم، حتى أنه روي عن أبي يوسف أنه قال: كان أبو حنيفة يناظر أصحابه في المقاييس، فيختلفون فيه، ويعارضونه حتى إذا قال: أستحسن، لم يخالفه أحد منهم لكثرة ما يورد في الاستحسان من المسائل، لهذا اهتم الأصوليون منهم بتعريف الاستحسان، وبيان حقيقته، فقعدوا له قواعد وبيّنوا أنواعه¹.
والاستحسان عند الكرخي: ترك حكم إلى حكم أولى منه لولاه لكان الحكم الأول ثابتاً².

وقد جمع محب الدين عبد الشكور³ تعريفات الاستحسان عند المتقدمين والمتأخرين من الحنفية، وذكر أن الاستحسان يطلق على معنيين:

أحدهما: عام وهو كل دليل في مقابلة القياس الظاهر يقتضي العدول عن القياس سواء كان نصاً أو إجماعاً أو قياساً⁴.

والثاني: وهو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي.

والاستحسان عند الحنفية سببه اطراد العلة المستنبطة.

إلا أن الطابع الغالب في الاستحسان عند الحنفية هو جعلهم القياس المقابل للاستحسان بأنواعه قياساً أصولياً، لكن الأكثر في غالب الصور الواردة عندهم أن يأتي الاستحسان بمعنى القاعدة العامة المأخوذة من مجموع الأدلة الواردة في نوع واحد، أو هي بمعنى مقتضى الدليل العام⁵.

أو هو بمعنى عدول المجتهد عن اجتهاد ظاهر إلى اجتهاد خفي⁶

الاستحسان عند المالكية:

يعد الإمام مالك من الأئمة الذين نقل عنهم ألفاظ تبين اعتماده على الاستحسان كدليل من الأدلة المعتمد عليها في استنباط الأحكام الشرعية.

جاء عن أصبغ¹ عن ابن القاسم² عن الإمام مالك أنه قال: " الاستحسان يعد تسعة أعشار العلم"³ وقال أصبغ في الاستحسان: " قد يكون أغلب من القياس"⁴.

¹ مرعي، حسن، الاستحسان عند الأئمة الأربعة وتطبيقاته الفقهية، ص10.

² الجصاص، الفصول في الأصول، 234/4.

³ محب الدين عبد الشكور: هو من أهل بهار وهي مدينة عظيمة في الهند، ولي القضاء لكنهو ثم ولي القضاء في حيدر آباد الدكن، من مصنفاته: مسلم الثبوت، وسلم العلوم، ت سنة 1119هـ. ينظر: كحالة، عمر، معجم المؤلفين، 179/8.

⁴ محب الدين عبد الشكور، مسلم الثبوت، 384/2؛ شلبي، تعليل الأحكام، ص337.

⁵ محمد شلبي، تعليل الأحكام، ص337.

⁶ الترتوري، حسين، الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه، ص163.

ومن خلال تعريف الشاطبي للاستحسان وقد تقدم يتضح أن الاستحسان الذي يعتد به الإمام مالك يغلب عليه طابع المصلحة، والتوسعة، ورفع الحرج عن الناس⁵. أما تعريف ابن رشد فيتضح من خلاله أن الاستحسان لا يعد دليلاً مستقلاً، بل هو من باب ترجيح أحد الدليلين على الآخر، مثل: إذا تعارض القياس لأي أصل من الأصول مثل العرف، أو المصلحة المرسله، أو سد الذريعة، فيبحث المجتهد فيها ويرجح أحد القياسين على الآخر، أو يرجح العرف، أو المصلحة المرسله، أو بسد الذريعة على ذلك الأصل المعارض⁶.

وأهم شيء عند المالكية أنهم يمثلون بأمثلة للاستحسان مرة وللمصالح المرسله مرة أخرى، فإذا خرجت عن عموم الدليل فهو استحسان، وباعتبار عدم ورود نص معين وعدم اعتبار الشارع لها سموها مصلحة مرسله.

وهو عند المالكية لا يخرج عن أصلين⁷:

أ- ترك قياس جلي إلى قياس أقوى منه.

ب- ترك مقتضى الدليل العام أو القاعدة الكلية في جزئية من الجزئيات والحكم فيها يوجب حكم آخر لدليل.

الاستحسان عند الشافعية:

بالغ الإمام الشافعي في رد الاستحسان حتى أثر عنه: "ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان"⁸، "وإنما الاستحسان تلذذ"⁹، وقال أيضاً في كتابه الأم: "وَالِاسْتِحْسَانُ يَدْخُلُ عَلَى قَائِلِهِ كَمَا يَدْخُلُ عَلَى مَنْ اجْتَهَدَ عَلَى غَيْرِ كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ، وَمَنْ قَالَ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ قَالَ قَوْلًا عَظِيمًا؛ لِأَنَّهُ وَضَعَ نَفْسَهُ فِي رَأْيِهِ وَاجْتِهَادِهِ وَاسْتِحْسَانِهِ عَلَى غَيْرِ كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ مَوْضِعَهُمَا فِي أَنْ يَتَّبِعَ رَأْيَهُ كَمَا اتَّبَعْنَا"¹⁰. وهذا دليل على شدة تنفير الإمام للاستحسان وتحذيره من العمل به.

¹ هو أبو عبدالله أصبغ بن الفرغ بن سعيد، محدث، وفقهه، أحد الثقات، كان كاتباً لابن وهب، له كتاب في الأصول، وتفسير حديث الموطأ، وكتاب الرد على أهل الأهواء. ت سنة 252هـ، ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 99/1.

² ابن القاسم: هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، جمع بين الفقه والورع وغلب عليه الرأي، من أشهر أصحاب الإمام مالك، روى عن الإمام مالك الموطأ، ت سنة 191هـ، ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 468-465/1.

³ الشاطبي، الموافقات، 198/5؛ وجاء في كتاب الاعتصام أيضاً للشاطبي، 638/2.

⁴ الشاطبي، الاعتصام، 638/2.

⁵ الشاطبي، الموافقات، 196-193/5.

⁶ الشاطبي، الاعتصام، 639/2.

⁷ الرئيس، أريج الربيع، المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان، ص67.

⁸ الشافعي، الرسالة، 503/1.

⁹ المرجع السابق، 507/1.

¹⁰ الشافعي، الأم، 216/6.

والباحث لحقيقة الخلاف يجد أن الشافعي لم ينكر على الحنفية استحسان الأثر، أو الإجماع، أو الضرورة، بل أنكر عليهم استحسان القياس؛ لأن الشافعي قال في بعض المسائل بالاستحسان¹، وقد تم ذكر هذه الأمثلة آنفاً².

الاستحسان عند الحنابلة:

يعد الإمام أحمد من الأئمة الذين قالوا: بالاستحسان، وقد أطلق - رحمه الله - القول بالاستحسان في مواضع وجاءت مخالفة للقياس³.
منها:

- في رواية الميموني⁴ التي وردت عن الإمام أحمد في استحسان التيمم لكل صلاة، مع أن القياس يقتضي أن يكون التيمم بمنزلة الماء حتى يحدث، أو يجد الماء⁵.

- وفي رواية بكر بن محمد⁶ فيمن غصب أرضاً، فالقياس يقتضي أن يكون الزرع لصاحب الأرض، هذا بخلاف الاستحسان الذي يوجب أن يرد صاحب الأرض على الغاصب ما أنفق من البذرة ومونة الزرع⁷.

ويعتبر الاستحسان عندهم من باب ترجيح الأدلة على بعضها، فيقدم الكتاب والسنة والإجماع على القياس، ويمثل له:

ترك القياس بالقرآن:

مثل: قبول شهادة أهل الذمة عند الوصية في السفر استحساناً عند تعذر إيجاد مسلم لقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ أَشَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَبْتَكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْأَثِمِينَ ﴿١٠٦﴾ [المائدة: ١٠٦].

¹الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 4/157؛ الترتوري، الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه، 157.

²ينظر: ص 69 من هذه الرسالة.

³ابن النجار الحنبلي، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد (ت 972هـ) شرح الكوكب المنير، 4/427، المحقق: محمد محمد الزحيلي، ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ.

⁴هو عبد الملك بن عبد الحميد بن مهران، لازم الإمام أحمد كثيراً، وسمع منه مسائل وضعت في 16 جزءاً، ت سنة 254هـ، ينظر: ابن أبي يعلى، أبو الحسين محمد بن محمد، طبقات الحنابلة، 1/212-216، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت.

⁵ابن النجار، شرح الكوكب المنير، 4/427.

⁶هو بكر بن محمد النسائي الأصل البغدادي المنشأ، كان أحمد - رحمه الله - يكرمه ويجله، وسمع من أحمد مسائل مسائل كثيرة، ينظر: ابن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، 1/119.

⁷ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، 4/427-428.

مع أن المنع في إجازة شهادة أهل الذمة ثابت بالنص من خلال قول الله تعالى:
﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ
الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]¹.

ترك القياس بالسنة:

مثل: ما ثبت فيمن غصب أرضاً فزرعها، فالقياس يقتضي ترك الزرع لزارعه، إلا أن
الزرع يكون لصاحب الأرض، ويدفع صاحب الأرض ما أنفق الغاصب لزراعة
الأرض استحساناً؛ لقول النبي (ﷺ): (من زرع في أرض قوم ليس له من الزرع
شيء، وله نفقته)².

ترك القياس بالإجماع:

مثل: استئجار الظئر³، وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر⁴.

¹ ابن قدامة، المغني، 281/10، مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م.

² أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب إذا زرع الرجل في الأرض بغير إذن صاحبها، 282/5،
الحديث: 3403؛ تحقيق الألباني: صحيح، في كتاب صحيح وضعيف سنن أبو داود، 2/1، حديث رقم: 3403،
ابن قدامة، المغني، 190-188/5.

³ الظئر: العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل، الذكر والأنثى في ذلك سواء، ينظر: ابن
منظور، لسان العرب، 514/4؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 575/2.

⁴ ابن قدامة، المغني، 367/5.

الباب الثاني

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية

الفصل الأول: كتاب البيع والإجارة

الفصل الثاني: كتاب الكفالة والرهن والهبة والغصب والإكراه والحجر والشفعة

الفصل الثالث: كتاب الشركة والمضاربة والإقرار والشهادة

تمهيد: التعريف بمجلة الأحكام العدلية

مجلة الأحكام العدلية وضعتها لجنة من العلماء في الدولة العثمانية، وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي، وتشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبيانات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأستانة (اسطنبول) برئاسة ناظر الديوان سنة 1286هـ، وصيغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة؛ ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها، وجاء مجموعها في 1851 مادة، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة.

أسباب نشأتها وتاريخها:

أنشئت مجلة الأحكام العدلية بعد توقف حرب القرم الأولى بين المسلمين العثمانيين والروس والتي أدت إلى بقاء جالية إسلامية ضخمة تحت سلطة الروس فطلبت السلطنة العثمانية من الكنيسة الأرثوذكسية في موسكو تقنيناً واضحاً لكيفية معاملة الرعايا المسلمين مما دفع الروس للرد بالمثل، فأنشأ السلطان عبد المجيد¹ لجنة من فقهاء الحنفية مع مساهمين من المذاهب الثلاثة الأخرى مراقبين لتقنين القضاء والأحكام الفقهية الإسلامية فصدرت مجلة الأحكام العدلية.

والتي هي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاباً أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة 1293هـ الموافق 1882م، وإلى جانب التقنين الفقهي الإسلامي جرى تقنين ما يخص قضاء الأحوال المدنية في شؤون جميع الأديان والمذاهب في الدولة العثمانية².

مراحل تاريخية:

امتد إصدار المجلة قرابة ستة عقود، وقد تقلب وضعها خلال هذه العقود من دور كبير جداً شبيه بما تؤديه المحكمة العليا حالياً، ثم تراجع وضعها مع تعنت فقهاء الحنفية في عدم الخروج عن المذهب، مما دفع السلطنة لتوطين قوانين اقتصادية بالدرجة الأساسية أوروبية، وبعد تراجع أهميتها جرى تأصيل أحكامها بما يسمى القواعد الفقهية تُشبه ما يسمى حالياً بالفقه القضائي.

ماهية التشريع والترتيب:

هو أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في إطار بنود قانونية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، مكونة من ستة عشر كتاباً، أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء، كل كتاب يتناول موضوعاً ومكون من أبواب، وكل باب مكون من فصول.

الأثر القانوني:

¹ عبد المجيد الأول بن محمود الثاني بن عبد الحميد الأول، ولد سنة 1823م، خليفة المسلمين وسلطان العثمانيين، تولى السلطنة وهو ابن ستة عشر عاماً وثلاثة أشهر، تمكنت الدولة في عهده من الانتصار في حرب القرم، وأدخل إصلاحات عديدة في القوانين، توفي سنة 1861م؛ <https://turkpidya.com>

² لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ج1/ ص1، المحقق: نجيب هواوني، الناشر: نور محمد وآخرون.

هي القاعدة التي بني عليها قانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات في أغلب الدول العربية، وهو ساري المفعول في الضفة الغربية كقانون مدني.

الفصل الأول: كتاب البيع والإجارة

المبحث الأول: كتاب البيع

المبحث الثاني: كتاب الإجارة

الفصل الأول

كتاب البيع والإجارة

المبحث الأول: كتاب البيع

تمهيد:

مادة الكلمة هي (ب ي ع) مأخوذة من باعه الشيء يبيعه بيعًا ومبيعًا، ويعتبر هذا اللفظ شاذًا؛ لأن القياس أن يكون مباعًا، لا مبيعًا كما يعد من الأضداد، حيث إنه يطلق على البيع والشراء معًا¹، ويطلق أيضًا على عدة معان، فمثلًا يطلق على البيع مجازًا؛ لأنه سبب التمليك والتملك²، ومنه التبائع، وهو عبارة عن المعاقدة والمعاهدة، أي: كأن كلاً من البائع والمشتري باع ما عنده من حاجة وأعطاه من خالصه نفسه وطاعته³.

تعريف البيع اصطلاحًا:

حد العلماء البيع بتعريفات كثيرة، ولكن من أحسن من عرفه بتعريف جامع مانع هو النسفي⁴، فقال: " هو مبادلة المال بالمال بالتراضي"⁵.

حكم البيع:

يتضح من خلال التحقيق في حكم البيع جوازه عند الحنفية⁶، والمالكية⁷، والشافعية⁸، والحنابلة⁹، وغيرهم.

واستدلوا على جوازه بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول على النحو التالي:

¹ الجوهري، الصحاح، 1189/3؛ ابن منظور، لسان العرب، 23/8؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 705/1؛ الزبيدي، تاج العروس، 365/20.

² الفيومي، المصباح المنير، 69/1.

³ الزبيدي، تاج العروس، 370/20.

⁴ هو عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين أبو البركات النسفي، أحد الزهاد المتأخرين، صاحب التصانيف المفيدة في الفقه والأصول، له المستقصى في شرح المنظومة، وله شرح النافع سماه بالمنافع، وله الكافي في شرح الوافي والوافي تصنيفه أيضًا، وله كنز الدقائق، وله المنار في أصول الفقه، وله المنار في أصول الدين، وله العمدة، تفقه على شمس الأئمة الكردي وروى الزيادات عن أحمد ابن محمد العنابي، سمع منه السغناقي توفي ليلة الجمعة في شهر ربيع الأول سنة عشر وسبع مائة- رحمه الله تعالى- ودفن في بلدة أيدج؛ القرشي، عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 270/1-271، الناشر: مير محمد كتب خانة، كراتشي.

⁵ النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد (ت710هـ)، كنز الدقائق بشرحه تبين الحقائق للزيلعي، 2/4، تحقيق: شائد بكداش، دار البشائر الإسلامية - دار السراج، الطبعة الأولى، 1432هـ-2011م.

⁶ السرخسي، المبسوط، 108/12.

⁷ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت520هـ)، المقدمات الممهدة، 61/2، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 14-8هـ-1988م.

⁸ الشافعي، الأم، 3/3.

⁹ ابن قدامة، المغني، 480/3.

أدلة مشروعية البيع من الكتاب:

1- قول الله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة:

أن الله تعالى جعل المال سبباً لإقامة جميع مصالح عباده في الحياة الدنيوية، ولا سبيل لتحقيق ذلك إلا بالتجارة.

قال السرخسي: " اعلم بأن الله سبحانه وتعالى جعل المال سبباً لإقامة مصالح العباد في الدنيا، وشرع طريق التجارة لإكسابها؛ لأن ما يحتاج إليه كل أحد لا يوجد مباحاً في كل موضوع، وفي الأخذ على سبيل التغالب فساد، والله لا يحب الفساد"¹.

2- قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وعوم لفظ (وأحل) يقتضي الإباحة على الرغم من تخصيص الآية كثيراً من البياعات التي تخالف الشريعة الإسلامية².

أدلة مشروعية البيع من السنة النبوية:

استدل الفقهاء على جواز البيع بالسنة القولية والفعلية أذكر منها:

من السنة القولية:

قال رسول الله (ﷺ): (يا معشر التجار، إنَّ البيع يحضره اللغو، والحلف، فشوبوه³ بالصدقة)⁴ بالصدقة⁴

من السنة الفعلية:

ما روى جابر⁵ (ﷺ) قال: (كُنْتُ مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي سَفَرٍ، فَكُنْتُ عَلَى جَمَلٍ تُقَالُ¹ إِنَّمَا هُوَ فِي آخِرِ الْقَوْمِ، فَمَرَّ بِي النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، فَقَالَ: «مَنْ هَذَا؟»، قُلْتُ

¹السرخسي، المبسوط، 108/12.

²الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي (ت370هـ)، أحكام القرآن، 568/1، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ..

³مادة الكلمة هي (ش، و، ب) والمراد بالشوائب: الأقدار والأدناس، والشوية: الخديعة، وشاب عنه شوب: دافع عنه، ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 103/1، أي أن يظهره بالصدقة - والله أعلم -.

⁴أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في التجارة يخالطها الحلف واللغو (242/3)، حديث رقم: 3326، وقال عنه الألباني: حديث صحيح، في كتابه صحيح وضعيف سنن أبي داود، 2/1، حديث رقم: 3326.

⁵جابر بن عبد الله بن حرام السلمي، شهد المشاهد كلها إلا بدرًا وأحدًا، يعد من المكثرين من رواية الحديث، كف بصره في آخر عمره توفي سنة 77هـ؛ ينظر: ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، 219/1-

جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ: «مَا لَكَ؟»، قُلْتُ: إِنِّي عَلَى جَمَلٍ ثَقَالٍ، قَالَ: «أَمَعَكَ قَضِيبٌ؟» قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: «أَعْطَيْتَهُ»، فَأَعْطَيْتُهُ، فَضْرَبَهُ، فَزَجَرَهُ، فَكَانَ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ مِنْ أَوَّلِ الْقَوْمِ، قَالَ: «بِعَيْنِي»، فَقُلْتُ: بَلْ، هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «بَلْ بِعَيْنِي قَدْ أَخَذْتُهُ بِأَرْبَعَةِ دَنَانِيرَ، وَلَكَ ظَهْرُهُ إِلَى الْمَدِينَةِ»، فَلَمَّا دَنَوْنَا مِنَ الْمَدِينَةِ أَخَذْتُ أَرْتَجُلُ، قَالَ: «أَيْنَ تُرِيدُ؟»، قُلْتُ: تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً قَدْ خَلَا مِنْهَا، قَالَ: «فَهَلَّا جَارِيَةٌ تُلَاعِبُهَا وَتُلَاعِبُكَ»، قُلْتُ: إِنَّ أَبِي تُوفِّيَ، وَتَرَكَ بَنَاتٍ، فَأَرَدْتُ أَنْ أَنْكِحَ امْرَأَةً قَدْ جَرَّبْتُ خَلَا مِنْهَا²، قَالَ: «فَذَلِكَ»، فَلَمَّا قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ، قَالَ: «يَا بِلَالُ، أَقْضِهِ وَزَدَهُ»، فَأَعْطَاهُ أَرْبَعَةَ دَنَانِيرَ، وَزَادَهُ قَيْرَاطًا، قَالَ جَابِرٌ: لَا تُفَارِقُنِي زِيَادَةَ رَسُولِ اللَّهِ- صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ-، فَلَمْ يَكُنِ الْقَيْرَاطُ يُفَارِقُ جِرَابَ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ³.

الإجماع:

استدل الأئمة الأربعة على جواز البيع بالإجماع الذي لم يعرف له مخالفة على مر العصور⁴.

أما المعقول:

ما تقتضيه الضرورة من كون المال سبباً في إقامة مصالح العباد، حيث إن في إباحة وتجويز البيع؛ تحقيقاً لحاجات الأفراد والجماعات ومتطلباتهم، إذ لو لم يشرع البيع لشاع الفساد بين الناس ولترتب على نفيه الشحادة والسؤال، وهذا يتنافى مع الفطرة⁵.

¹الثفال من الدواب: البطيء الثقيل الذي لا ينبعث إلا كرهاً، ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 97/1.
²توفي والد جابر وترك بنات يتيمات فكره جابر أن يجلب بكرًا زوجة له فتكون مثلها مثلهن، فأحب أن يتزوج امرأة ثيبًا تجمعهن وتمشطن وتقوم عليهن أي في غير ذلك من مصالهن؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 122/9، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قان بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

³أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوكالة، باب إذا وكل رجل رجلًا أن يعطي شيئًا ولم يبين، 100/3، حديث رقم: 2309؛ ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب البعير واستثناء ركوبه، 1222/3، حديث رقم: 111-715.

⁴الزبلي، تبين الحقائق، 3/4؛ الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي (ت954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 227/4، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1412هـ؛ الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو مختصر المزني، 5/5، المحقق: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ-1999م؛ ابن قدامة، المغني، 480/3.

⁵السرخسي، المبسوط، 108/12-109؛ ابن الهمام، فتح القدير، 248/6.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في البيوع

المسألة الأولى: البيع بشرط يؤيد العقد

من مصلحة العاقدين أن يشترط أحدهما أو كلاهما شروطاً تلائم العقد؛ بهدف الاستيثاق من الثمن، أو عدم الغرر والخديعة، وغير ذلك من الأمور، ومن ضمن الشروط التي يمكن أن يشترطها البائع أن يشترط أن يرهن المشتري شيئاً عنده أو ما اصطلح عليه الفقهاء بالبيع بشرط إعطاء الرهن، أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل.

اتفق جمهور الفقهاء في مسألة البيع بشرط أن يعطي المشتري عن الثمن رهناً معلوماً¹، واتفق الفقهاء على أن البيع بشرط أن يعطي المشتري بالثمن كفيلاً له بشرط أن يكون حاضراً في مجلس العقد وقبل أن يتفرقا²، ووقع الخلاف في ذلك بين الحنفية على قولين³: القول الأول: عدم جواز البيع بهذا الشرط، وإليه ذهب زُفر⁴. القول الثاني: جواز البيع بهذا الشرط، وإليه ذهب أئمة الحنفية اتفاقاً⁵.

أدلة القول الأول:

أ- ما روي عن النبي (ﷺ): (أنه نهى عن بيع وشرط)⁶.
وجه الدلالة:

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 171/5؛ الدسوقي، محمد بن أحمد المالكي (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 67/3، دار الفكر؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 22/2، دار الكتب العلمية؛ المرادوي، الإنصاف، 340/4؛ ابن قدامة، المغني، 282/4.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 171/5؛ القرافي، الذخيرة، 208/9، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 22/2؛ ابن قدامة، المغني، 416/4.

³السرخسي، المبسوط، 18/13؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 171/5.

⁴هو زُفر بن الهذيل بن قيس العبّري البصري، كان أبوه من أهل أصبهان، دخل البصرة في ميراث أخيه فتشبت به أهل البصرة، فمنعوه الخروج منها، تولى قضاء البصرة، ولد سنة عشر ومائة، وتوفي بالبصرة سنة ثمان وخمسين ومائة، وله ثمان وأربعين سنة؛ ينظر: القرشي، عبد القادر، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 244-243/1.

بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد الحنفي (ت885هـ) البناية شرح الهداية، 181/8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ.
⁵المرجع السابق، 181/8.

⁶أخرجه بهذا اللفظ أبو حنيفة في مسنده من رواية أبي نعيم، 160/1، تحقيق: نظر محمد الفاريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، الطبعة الأولى 1415هـ؛ والطبراني في المعجم الأوسط، 335/4، حديث رقم: 4361، تحقيق: محمد، طارق عوض الله، الحسيني، عبد المحسن، دار الحرمين، القاهرة؛ وذكره الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة، 703/1، وقال: ويروي عن أبي حنيفة، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وأكره أحمد، واستغربه النووي، دار المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، 1412هـ.

النهي يقتضي فساد المنهي فيدلُّ على فساد كلِّ بيع وشرط¹.

ب- القياس في المسألة: عدم صلاحية هذا الشرط لمقتضى العقد؛ حيث إنه شرطٌ عُقد في عقدٍ. قال السرخسي: " وإن شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد، لما بينا أنه شرطٌ عُقد في عُقدٍ"².

ت- إن في البيع بشرط إعطاء كفيل بالثمن منفعة لأحد المتعاقدين، وهذا لا يجوز شرعاً؛ لأنه إما إجارة إن كان بعض البديل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو إجارة مشروطة في العقد، وإن لم يكن بمقابلته شيء فهو إجارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد، وفي هذا المعنى قال السرخسي: " لأن الكفالة عقدٌ آخر ليس من حقوق العقد في شيء، واشتراطُ هذا عقدٌ آخر في عقد البيع مفسدٌ للعقد إذا كان فيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين"³.

ث- إن شرط الكفالة يعتبر مفسدًا للعقد؛ لكونه يخالف مقتضاه. وفي هذا قال الكاساني⁴: (وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد؛ فكان مفسدًا إلا أننا استحسنا الجواز)⁵.

أدلة القول الثاني:

أ- الاستحسان: إن المقصود بالرهن أو الكفالة توثيق واستيفاء للثمن.

قال السرخسي: "لأن المقصود بالرهن الاستيفاء، فإن موجه ثبوت يد الاستيفاء، وشرطُ استيفاء الثمن ملائمٌ للعقد"⁶.

وقال ابن الهمام⁷: "كالبيع بشرط كفيلٍ بالثمن حاضر، وقَبَل الكفالة، أو بأن يرهنه به رهناً معلوماً بالإشارة أو التسمية فهو جائزٌ أيضاً على الصحيح خلافاً لزفر، فإن حاصله التوثيق للثمن، فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مُقرَّرٌ لمقتضى العقد"⁸.

ب- أن هذا الشرط موافق لمقتضى العقد إذ إن لكل عقد حكماً أصلياً شرع من أجله وهو المقصود الأصلي من شرعية العقد أو غايته أو هو ما يعبر عنه بمقتضى العقد⁹.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 175/5.

²السرخسي، المبسوط، 19/13.

³المرجع السابق، 18/13.

⁴هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، ملك العلماء، علاء الدين الحنفي، مصنف البدائع الكتاب الجليل، توفي سنة سبع وثمانين وخمس مائة، ودفن عند زوجته فاطمة داخل مقام إبراهيم الخليل بظاهر حلب؛ القرشي، عبد القادر، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 246-244/2.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 171/5.

⁶المرجع السابق، 19/14.

⁷محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السيواسي، كمال الدين المعروف بابن الهمام، إمام من علماء الحنفية، ولد سنة 790هـ، وتوفي سنة 861هـ، له مصنفات، منها: فتح القدير، التحرير في أصول الفقه، المسابرة في العقائد المنجية في الآخرة، زاد الفقير، مختصر في فروع الحنفية؛ كحالة، عمر، معجم المؤلفين، 264/10.

⁸ابن الهمام، فتح القدير، 443/6.

⁹الكاساني، بدائع الصنائع، 171/5.

قال الكاساني: " إنا استحسنا الجواز؛ لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً لمقتضى العقد صورةً فهو موافقٌ له معنى؛ لأنَّ الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن، وكذا الكفالة فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة، فكان كل واحدٍ منهما مقرراً لمقتضى العقد معنئياً فأشبهه اشتراط صفة الجودة للثمن، وأنه لا يوجب فساد العقد، فكذا هذا ولو قبل المشتري المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة وعند زُفرٍ يُجبرُ عليه"¹.

ثمرة الخلاف:

وتظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في حال امتنع المشتري من تسليم الرهن عند أئمة الحنفية لا يجبر على تسليمه، خلافاً لزفرٍ يجبر على تسليم الرهن².

وجه الاستحسان:

الأصل في البيع أن يكون خذ وهات، بأن يدفع المشتري الثمن للبائع مقابل المبيع الذي سيسلمه البائع للمشتري، وهذا هو القياس الظاهر، وفي بعض الأحيان قد يكون المشتري لا يملك الثمن وهو في حاجةٍ إلى المبيع، وحتى يضمن البائع حقه يطلب من المشتري أن يرهنه شيئاً، أو أن يكفل له رجلاً، والشريعة الإسلامية راعت حاجة المحتاجين دون أن يتسبب للآخرين حرجاً أو أذىً أو مشقةً، فيكون وجه الاستحسان في هذه المسألة استحسان مصلحة، حيث قال السرخسي: "وإن شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه، ففي القياس العقد فاسدٌ، لما بينا أنه شرطٌ عُقدٌ في عقدٍ، وفي الاستحسان يجوز هذا العقد..."³، وقال ظهير الدين بن أبي حنيفة الولوالجي⁴: "وأما بشرط أن يعطيه كفيلاً فلأنه بيع فيه غرر؛ لأن فلاناً عسى يكفل، وعسى لا يكفل، حتى لو كان حاضرًا وكفل، جاز استحساناً"⁵.

الرأي الراجح:

أرجح القول الثاني القائل: بجواز هذا البيع مع هذا الشرط؛ لأنه شرطٌ يوافق مصلحة العقد، حيث إنَّ الغاية من هذا الشرط هي توثيق واستيفاء الثمن والشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، ولضعف ما استدل به أصحاب الرأي الأول؛ حيث إنَّ الحديث الذي استدلوا به ضعيف، وإن كان هذا البيع بهذا الشرط ليس من مقتضيات العقد، لكنه ملائم له، واشتراط هذا الشرط فيه لا يبطله.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي مسألة كهذه، حيث إنَّ المشتري لم يسلم الرهن إلى البائع، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بجواز هذا العقد مع هذا الشرط، ويجبر المشتري على التسليم؛ لأنه شرطٌ يؤيده العقد كما جاء في المادة (187)، وإلا يفسخ العقد، وهذا نص المادة: "البيع بشرطٍ يؤيدُ

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 171/5.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 171/5.

³السرخسي، الميسوط، 19/13.

⁴هو ظهير الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة الولوالجي، له من المصنفات: الأمالي، الفتاوى الولوالجية، الجامع لنوازل الأحكام، ت سنة 540هـ؛ القرشي، عبد القادر، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، 313/1.

⁵الولوالجي، ظهير الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة، الفتاوى الولوالجية، 183/3، حققه وعلق عليه: الشيخ مقداد بن موسى قريوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ.

العقد صحيحٌ، والشرط أيضاً معتبرٌ، مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل، صح البيع، ويكون الشرط معتبراً حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد؛ لأن الشرط مؤيدٌ للتسليم الذي هو مقتضى العقد¹.

المسألة الثانية:

البيع بشرط متعارف

اعتبر الشارع العرف السائد في البلد ما لم يخالف الشريعة الإسلامية، وبناءً عليه جواز اعتبار الشروط المتعارف عليها في البيوع، ومثال ذلك: أن يبيع الثوب على أن يرقعه، أو في هذا العصر ترفق محلات بيع الآلات الكهربائية والإلكترونية ضمان من الشركة المصنعة إذا أصاب الجهاز عطل أو تلف فالضمان على البائع لمدة سنة، وبناءً على هذا يتم البيع ويسلم الثمن، فما حكم هذا التصرف؟

اتفق الفقهاء² على أن الشرط الذي يقتضيه العقد جائز كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد؛ لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد، وأن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد باطل؛ لأنه شرط يلغي الحكم الأصلي للعقد، أو يمنع غايته التي من أجلها شرع.

أما حكم التصرف فقد اختلف الحنفية في المسألة على قولين:

القول الأول: عدم جواز هذا البيع، وإليه ذهب زُفر من الحنفية³.

القول الثاني: جواز البيع بهذا الشرط، وإليه ذهب أئمة الحنفية⁴.

أدلة القول الأول:

- 1- ما روي عن النبي (ﷺ): (أنه نهى عن بيع وشرط)⁵.
- 2- القياس، وجهه: أن هذا الشرط لا يقتضيه العقد، إذ إن فيه منفعة لأحد المتعاقدين، فهو مفسد للعقد، فأشبهه الشروط الفاسدة⁶.
- 3- إنه يتضمن صفقة في صفقة، يعني إجارة في بيع، أو إجارة في بيع، وهذا لا يجوز شرعاً¹.

¹ مجموعة من العلماء والفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدلية، ص39، المحقق: نجيب هواويني، كراتشي.

² الزيلعي، تبين الحقائق، 43/4؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 65/3؛ النووي، المجموع شرح المهذب، 363/9؛ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 39/3، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1414هـ.

³ البلخي، الفتاوى الهندية، 133/3-134، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1310هـ؛ القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد، مختصر القدوري، ص83-84، تحقيق: عويضة كامل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ.

⁴ الزيلعي، تبين الحقائق، 59/4.

⁵ سبق تخريجه ص92.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، 172/5.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان، ووجهه: لتعامل الناس من غير نكير في البيع بهذا الشرط².

المناقشة:

ناقش أصحاب القول الأول أصحاب القول الثاني بهذا الشرط؛ بأن العرف لا ينبغي أن يقدم على النص الشرعي. وهو أنه نهى رسول الله (ﷺ) عن بيع وشرط³.

والجواب:

- 1- ضعف ما استدل به من الأثر، وقد تقدم الحكم على هذا الأثر في المسألة المتقدمة.
- 2- أن المراد من النهي عن بيع وشرط هو قطع المنازعة، والعرف ينفي وجود النزاع، فكان موافقاً لمعنى الحديث.
- جاء في حاشية ابن عابدين: (ليس بقاضٍ عليه، بل على القياس؛ لأن الحديث معلوم بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث، فلم يبق من الموانع إلا القياس، والعرف قاضٍ عليه)⁴.
- 3- أن العرف وتعامل الناس يقدّم على القياس، كما أن العرف يقدّم على القياس عند التعارض استحساناً عند الحنفية؛ لأنه لا يأتي غالباً إلا للحاجة فيترجح على القياس⁵.

وجه الاستحسان:

جاء عن رسول الله (ﷺ) أنه نهى عن بيع وشرط، وهو وإن صح الحديث فغاية الشارع من ذلك قطع النزاع والخصام بين الناس وحسم الخلاف بينهم، وهذا الشرط لا يكون من ذلك؛ لأنه عرف سائد في المجتمع، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فالعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث⁶، فيكون وجه الاستحسان في هذه المسألة هو العرف.

وجاء في تبیین الحقائق: (وصحَّ بيعُ نعلٍ على أن يحذوه أو يشركه، وقال زفر - رحمه الله - : لا يجوز وهو القياس؛ لأن فيه شرطاً لا يقتضيه العقد، وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه، وبمثله يترك القياس)⁷.

¹العيني، البناية شرح الهداية، 188/8-189.

²ابن عابدين، رد المحتار، 88/5.

³ابن عابدين، رد المحتار، 88/5.

⁴المرجع السابق، 88/5.

⁵عوض، السيد صالح، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص402، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.

⁶ابن عابدين، رد المحتار، 88/5.

⁷الزيلعي، تبیین الحقائق، 59/4.

الرأي الراجح:

أرجح الرأي القائل: بجواز هذا البيع مع هذا الشرط؛ لضعف ما استدلت به أصحاب القول الأول القائل بعدم الجواز، وإن كان هذا البيع بهذا الشرط ليس مما يقتضيه العقد إلا أنه ملائم له وفيه مصلحة لأحد الأطراف، ولتعامل الناس من غير نكير، فاقتضت مصالحهم الأخذ بهذا القول؛ رفعاً للحرص، وتيسيراً وتخفيفاً عنهم قال الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي

الَّذِينَ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، ومراعاة لأعرافهم وعاداتهم المعتمدة شرعاً.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي مسألة فيها بيع وشرط متعارف فيقضي القاضي باعتباره هذا الشرط؛ لأنه قد جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (188): "البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح والشرط معتبر، مثلاً: لو باع الفروة على أن يخيط بها الظهارة¹، أو الفقل على أن يسمره في الباب أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط"² وفي المادة (36): "أن العادة محكمة"³ وفي المادة (83): "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"⁴.

المسألة الثالثة:

البيع بالاستجرار

من المعروف أن بيع المعدوم باطل، ولكن المتأخرين أجازوا بيع الاستجرار⁵؛ والمقصود بهذا البيع: ما يستجره الإنسان من البائع ثم يحاسبه على أثمانها بعد استهلاكها⁶.

سبب تسمية بيع الاستجرار بهذا الاسم:

أن أخذ المشتري السلع من البائع بين الحين والآخر فيه معنى الجر وال جذب؛ لأن المشتري يأخذ السلع شيئاً فشيئاً فكأنه يجرها من البائع⁷.

صورة بيع الاستجرار:

أن يأخذ الإنسان من البائع ما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً مما يستهلك عادة، كالخبز والملح والزيت والعدس ونحوها، مع جهالة الثمن وقت الأخذ، ثم يشتريها بعد استهلاكها، فالأصل عدم انعقاد هذا البيع؛ لأن المبيع معدوم والثمن مجهول وقت الشراء، ومن شرائط المعقود

¹الظهارة من الثوب: ما يظهر للعين منه ولا يلي جسده هو خلاف البطانة، ابراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 578/2.

²مجموعة من العلماء، مجلة الأحكام العدلية، ص39.

³المرجع السابق، ص20.

⁴المرجع السابق، ص26.

⁵ابن عابدين، رد المحتار، 516/4-517.

⁶المرجع السابق، 516/4.

⁷صالح، د.محمد سعيد، بيع الاستجرار وتطبيقاته المعاصرة في المعاملات المصرفية، ص225 من مجلة حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد الأول من العدد الخامس والثلاثين، وبيع الاستجرار له أسماء أخرى فيسمى ببيعة أهل المدينة كما عند المالكية، وبالوجيبة، وبمسألة السعر.

عليه أن يكون موجودًا، ولكنهم تسامحوا في هذا البيع وأخرجوه عن هذه القاعدة (اشتراط وجود المبيع)، وأجازوا بيع المعدوم هنا استحسانًا،¹ وجاء عند ابن عابدين² في كتابه رد المحتار قوله: "وقال بعض الفضلاء: ليس هذا بيع المعدوم، إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالِكها عرفًا؛ تسهياً للأمر ودفعًا للحرص كما هو العادة"³.

البيع بالتعاطي:

تعريف البيع بالتعاطي: هو أن يتقابض البائع والمشتري من غير صيغة، أي أن البائع يعطي المبيع ولا يتلفظ بشيء، والمشتري يعطي الثمن كذلك.⁴

الفرق بين بيع الاستجرار وبيع التعاطي:⁵

- 1- أن بيع الاستجرار أعم؛ لأنه قد يكون بإيجاب وقبول، وقد يكون بالتعاطي.
- 2- أن الغالب في بيع الاستجرار تأجيل الثمن، وعدم تحديده في بعض صورته، بينما الغالب في المعاطاة دفع الثمن عند التعاطي.
- 3- الاستجرار عقد طويل يستمر أيامًا وشهورًا، يتم فيه قبض المبيع على مراحل، ولهذا فهو في بعض صورته مجموعة من العقود، وأما المعاطاة فتتم دفعةً واحدة.

اختلف الحنفية في هذه المسألة على قولين:
الرأي الأول: عدم جواز هذا البيع، وهذا عند المتقدمين من الحنفية.⁶
الرأي الثاني: جواز هذا البيع، وهذا عند المتأخرين من الحنفية.⁷

أدلة أصحاب القول الأول:

1- قَالَ تَعَالَى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تَحَكُّرَةً عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿١٩﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، والبيع مع جهالة الثمن أكل لأموال الناس بالباطل، ولا يصح البيع مع الجهالة؛ لأنه معها صار بمنزلة القمار.⁸

¹المرجع السابق، ص227.

²هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ولد بدمشق ومات فيها، توفي عام 1252هـ، من تصانيفه: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين)، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، وغيرهما؛ كحالة، عمر، معجم المؤلفين، 77/9.

³المرجع السابق، 516/4.

⁴صالح، محمد سعيد، بيع الاستجرار...، ص226.

⁵المرجع السابق، 226.

⁶ابن عابدين، رد المحتار، 516/5.

⁷المرجع السابق، 516/5.

⁸ابن نجيم، البحر الرائق، 292/5.

ونوقش أن الله اشترط في البيع حصول التراضي، وإذا تم بين العاقدين فالبيع صحيح، ولا يضر الجهل بالثمن؛ لأن التراضي يحصل بما يبيع به عموم الناس، فإن غبته فله الخيار¹.

ورد عليه بأن التراضي يكون مع مراعاة الضوابط الشرعية، ومن الضوابط ألا يكون هناك غرر، والبيع مع جهالة الثمن من الغرر².

2- عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الحصة³ وعن بيع الغرر⁴. وجه الدلالة: أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع الغرر، والبيع مع جهالة الثمن غرر يؤدي إلى النزاع بين المتعاقدين⁵.

3- دليل الإجماع: ما نقل عن أهل العلم من أن البيع مع جهالة الثمن لا يجوز؛ لأن من شروط المعقود عليه في البيع (معرفة الثمن والمثمن)، فكان إجماعاً منهم على عدم صحة البيع مع الجهل بالثمن⁶.

أدلة أصحاب القول الثاني:

1- قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَوَسُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 236].

وجه الدلالة من الآيتين الكريميتين:

دلت الآية الأولى على صحة الإجارة بأجرة المثل، والثانية على صحة النكاح بمهر المثل، وبيع الاستجرار مع جهالة الثمن يكون بثمن المثل، فيجوز كما تجوز المعاوضة بثمن المثل⁷.

2- عن ابن عمر (رضي الله عنهما) قال: كنا مع النبي (صلى الله عليه وسلم) في سفر، فكننت على بكر¹ صعب لعمر، فكان يغلبني، فينقذم أمام القوم، فيزجره عمر ويؤده، ثم ينقذم، فيزجره عمر ويؤده،

¹ ابن تيمية، نظرية العقد، ص155.

² ابن عابدين، رد المحتار، 516/5.

³ أما بيع الحصة ففيه ثلاث تأويلات:

- أحدها أن يقول: بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصة التي أرميها، أو بعثك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصة.

- والثاني أن يقول: بعثك على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصة.

- والثالث أن يجعل نفس الرمي بالحصة بيعاً فيقول: إذا رميت هذا الثوب بالحصة فهو مبيع منك بكذا.

النووي، شرح النووي على مسلم، 156/10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1392 هـ.

⁴ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، 1153/3، حديث رقم: رقم: 1513، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

⁵ الصنعاني، محمد بن إسماعيل بن صلاح المعروف كأسلافه بالأمر (ت1182 هـ)، سبل السلام، 18/2، دار الحديث.

⁶ العيني، البناية، 15/8.

⁷ صالح، محمد سعيد، بيع الاستجرار...، ص235.

فقال النبي (ﷺ) لعمر: " بَغْنِيهِ "، قال: هو لك يا رسول الله، قال: " بَغْنِيهِ "، فباعه من رسول الله (ﷺ)، فقال النبي (ﷺ): " هو لك يا عبدَ الله بنَ عمرَ تصنعُ به ما شئتَ"².
وجه الدلالة: أن النبي (ﷺ) اشترى من عمر بغيره، ووهبه لعبد الله بن عمر، ولم يقدر ثمنه، مما يدل على الجواز³.

3- دليل عمل المسلمين:

أن هذا عمل المسلمين في كل عصر ومصر، لا يزالون يأخذون من الخبار الخبز، ومن اللحم اللحم، ومن الفاكهي الفاكهة، ولا يقدرون الثمن، بل يتراضيان السعر المعروف، ويرضى المشتري بما يبيع البائع لغيره من الناس، وهو أطيب لقب المشتري من المساومة⁴.

وجه الاستحسان:

وجه الاستحسان في هذه المسألة هو العادة والعرف؛ لتعامل الناس بهذا النوع من البيوع من غير نكير، ودفعاً للحرص وتسهيلاً على الناس، حيث إنه لن يؤدي إلى منازعة أو خصومة بيد أن العرف يحكم بذلك.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة، وأدلتهم، ومناقشة ما يحتاج إلى مناقشة، أميل إلى أن الراجح فيما يأتي:

أن البيع لا يجوز إذا كان ثمن السلعة في السوق غير ثابت، ويتفاوت تفاوتاً فاحشاً، للغرر المنهي عنه شرعاً، والذي يؤدي إلى النزاع والخصومة بين العاقدين، أما إذا كان ثمن السلعة في السوق ثابتاً، أو يتفاوت تفاوتاً يسيراً، كالفاكهة، وسلع البقال، واللحم فإنه جائز؛ لأنه وإن كان فيه ثمة غرر، فإن الناس مما يتسامح فيه عادةً، والذي بدوره لا يؤدي إلى نزاع وخصومة، وكذلك إذا كان ثمن السلعة موحدًا ومنضبطًا بمعيار معلوم يعرفه كل الناس، فلا يحتاج معه لذكر الثمن وقت البيع؛ لمعرفة الناس به، فيجوز البيع.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي مسألة فيها بيع الاستجرار فالأصل عدم جواز ذلك؛ لأنه لا بد من أن يكون الثمن معلومًا، والمبيع موجودًا، ولكن القاضي يحكم بجواز ذلك بسبب العرف والعادة في ذلك؛ تسهيلًا وتيسيرًا على الناس؛ لأنه لن يؤدي ذلك إلى منازعة، ولن يفضي إلى خصومة؛ حيث جاء في المادة (36): العادة محكمة⁵.

¹بكر: الفتى من الإبل؛ ابن منظور، لسان العرب، 500/2.

²أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترى شيئاً فوهب من ساعته قبل أن يتفرقا ولم ينكر البائع على المشتري، 65/3 حديث رقم: 2115.

³ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 336/4.

⁴ابن تيمية، نظرية العقد، ص155، حققه: محمد حامد الفقي، ومحمد ناصر الألباني، مكتبة السنة العمدية، 1386هـ.

⁵مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص20.

المسألة الرابعة:

هل للمشتري بيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقاراً؟

تقسم الأموال في الشريعة الإسلامية إلى منقول، وعقار، فالمنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله وتحويله من محل لآخر، ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات¹، أما العقار: فهو ما له أصل وقرار؛ كالأرض والدار².

وقد كان لتقسيم الأموال إلى عقارات، ومنقولات آثار في الأحكام كثيرة، فقد جعلت لكل قسم أحكاماً تختص به، وتصرفات ترد عليه دون الآخر، وذلك مثل: التصرف في المبيع قبل القبض، وسأوضح ذلك من خلال المسألة التالية:

اتفق الحنفية على عدم جواز بيع الطعام قبل القبض³، واختلفوا في ما عداه إلى عدة أقوال:

القول الأول: عدم جواز بيع العقار والمنقول قبل القبض، وإليه ذهب زُفر وأبو يوسف في إحدى الروايتين عنه، ومحمد من الحنفية⁴.

القول الثاني: جواز بيع العقار دون المنقول، وإليه ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف في الرواية الثانية عنه⁵.

أدلة القول الأول:

- 1- ما جاء عن النبي (ﷺ) أنه نهى عن بيع ما لم يقبض، فقد جاء عن حكيم بن حزام⁶ (ﷺ) قال: قال: يا رسول الله إني رجل أشتري ببيعاً فما يحل لي منها وما يُحرّم عليّ؟ فقال (ﷺ): (فإذا اشتريت ببيعاً فلا تبعه حتى تقبضه)⁷.
 - 2- وما روى حكيم بن حزام (ﷺ) أيضاً حيث قال: ابتعت طعاماً من طعام الصدقة، فربحت فيه قبل أن أقبضه، فأتيت رسول الله (ﷺ) فذكرت ذلك له، فقال: (لا تبعه حتى تقبضه)⁸.
- وجه الدلالة:

¹المرجع السابق، ص31.

²الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت816هـ)، التعريفات، 1/153.

³ابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، 3/463، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1422هـ.

⁴العيني، البناية، 8/247-248.

⁵المرجع السابق، 8/247-248.

⁶هو حكيم بن حزام أبو خالد الأسدي ابن أخ خديجة بنت خويلد، ولد قبل عام الفيل بثلاث عشرة سنة، عاش ستين سنة في الإسلام، وستين سنة في الجاهلية، كان من العلماء بأنسب قريش، وأخبارها، شهد حنين، وكان ممن حسن إسلامه، وهو من المؤلفات قلوبهم، توفي سنة 60هـ. ينظر ترجمته: ابن عبد البر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، 1/362-363.

⁷أخرجه أحمد في مسنده، مسند حكيم بن حزام، 32/24، حديث رقم: 15316، حديث صحيح لغيره.

⁸أخرجه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، 7/286، الحديث رقم: 4603؛ حقه: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ؛ قال الألباني: حديث صحيح، في كتابه صحيح وضعيف سنن النسائي، 10/175، حديث رقم: 4603، برنامجنظومة التحقيقات الحديثية، إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة، الإسكندرية.

أن النهي الوارد عن بيع الطعام قبل القبض عام وشامل في كل مبيع؛ لأن النهي يقتضي التحريم والفساد في الشيء المنهي عنه¹.

3- عَنْ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: ابْتِغَتْ رَيْبًا فِي السُّوقِ، فَلَمَّا اسْتَوْجَبْتُهُ لِنَفْسِي، لَقَيْتَنِي رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِهِ رَيْبًا حَسَنًا، فَأَرَدْتُ أَنْ أَضْرِبَ عَلَى يَدِهِ، فَأَخَذَ رَجُلٌ مِنْ خَلْفِي بِذِرَاعِي فَالْتَقَتْ، فَأَيُّ زَيْدٌ بِنُ ثَابِتٍ²، فَقَالَ: لَا تَبْعُهُ حَيْثُ ابْتِغْتَهُ، حَتَّى تَحُوزَهُ إِلَى رَحْلِكَ، «فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلْعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ»³.

4- قال رسول الله (ﷺ): (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)⁴.
وجه الدلالة:

أن المقصود من البيع عادة هو الربح، وربح ما لا يقع في ضمانه لا يجوز شرعاً؛ لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه، فيكون البيع فاسداً قبل القبض؛ لأنه لم يدخل في ضمانه⁵.

5- إن من شروط صحة العقد، القدرة على القبض، ولا قدرة للمشتري في التصرف بالمبيع إلا بتسليم الثمن وفيه غرر إذ إن فيه مخاطرة في التصرف بما لا يملكه؛ لأن للبائع سلطة عليه فلم يخرج من ملكه وأيضاً قد ينكر البائع البيع إذا اعتقد أنه غبن في هذا المبيع، والشريعة تنهى عن كل ما يؤدي إلى الفرقة والخلاف⁶.

6- القياس على المنقول ووجهه: أن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، فيلحق به العقار بجامع عدم القبض⁷.

المناقشة:

يمكن مناقشة أدلة القول الأول بما يلي:

1- أن الخبر الذي استدلوا به وهو: النهي عن بيع السلع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم يحتج به عليهم؛ لأن الحوز إلى الرحل لا يمكن أن يكون إلا في المنقول¹.

¹ الشوكاني، نيل الأوطار، 188/5، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ.

² هو زيد بن ثابت بن الضحاك بن لوزان الأنصاري، يعد أحد كتبة الوحي، ومن الذين جمعوا القرآن في عهد الصديق، استصغره رسول الله (ﷺ) يوم بدر، وشهد أحدًا والخندق، واختلف في سنة وفاته، قال الواقدي: توفي سنة 45هـ، وقال المدائني: توفي سنة 56هـ وقيل غير ذلك؛ ينظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، 492-490/2.

³ أخرجه أبو داود في سننه، واللفظ له، كتاب البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفى، 282/3، الحديث رقم: 3499، وهو حديث حسن، ينظر: ابن حجر العسقلاني، في كتابه بلوغ المرام من أدلة الأحكام، باب شروطه وما نهى عنه منه، ص 308، حديث رقم: 802، تحقيق: ماهر ياسين الفحل، دار القبس للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1435هـ.

⁴ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، 283/3، الحديث رقم: 3504؛ وهو حديث حسن، ينظر: ابن حجر، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، باب شروطه وما نهى عنه منه، ص 307، حديث رقم: 800.

⁵ الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، 79/4.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، 181/5.

⁷ العيني، البناية، 229/8.

وهذا الكلام يشمل الرد على الأدلة الأربعة التي استدلت بها أصحاب الرأي الأول.
2- أن قياس العقار على المنقول قياس مع الفارق؛ لأن النهي عن بيع المنقول قبل القبض خشية الفساد في العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض، وهذا المعنى لا يوجد في العقار إلا نادراً، والنادر لا يعمل به في باب المعاملات المالية.
جاء في تبیین الحقائق مؤكداً هذا المعنى: (ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض؛ لأنه إذا هلك المبيع قبل القبض يفسخ العقد، فيتبين أنه باع ما لا يملك، والغرر حرام لما روينا)².
أدلة القول الثاني:

- 1- أن ركن البيع صدر من أهله – بمعنى أهلية العاقد لكونه عاقلاً وبالغاً وغير محجور عليه – وكون العقار مملوكاً له، وذلك يقتضي الجواز³.
- 2- الاستحسان بعموم الأدلة التي دلت على جواز البيع غير تخصيص⁴.

وجه الاستحسان:

ويتضح من خلال ما تقدم في بيان الاستحسان ووجهه: أن مستنده على القياس، فهو استحسان قياس.
حيث إن الأصل أو الحكم الكلي عدم جواز بيع الشيء قبل حيازته، وهذا هو القياس الظاهر، وبعد التأمل في المسألة وإمعان النظر فيها يمكن القول بجواز بيع العقار قبل قبضه؛ لندرة هلاكه، والنادر لا حكم له، وهذا هو القياس الخفي.
ويؤيد اعتبار الاستحسان في هذه المسألة ما قاله الكاساني: (وأما بيع المشتري العقار قبل القبض فجائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً)⁵.
وجاء في حاشية الشلبي: (صح بيع العقار قبل قبضه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.... قال الإتقاني⁶: وهو الاستحسان والقياس أن لا يجوز)⁷.

الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، يترجح لدي القول الثاني القائل بجواز بيع العقار قبل قبضه؛ للأسباب التالية:
1- ندرة هلاك العقار قبل قبضه، والنادر لا حكم له.
2- الأدلة التي استدلت بها أصحاب القول الأول بعدم جواز بيع الشيء قبل حيازته، ويكون هذا في المنقول لا في العقار.

¹الزليعي، تبیین الحقائق مع حاشية الشلبي، 80/4.

²الزليعي، تبیین الحقائق مع حاشية الشلبي، 80/4.

³العيني، البناية، 248/8.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 181/5.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 181/5.

⁶هو أمير كاتب بن أمير الإتقاني الفارابي، برع في علوم عديدة، منها: الفقه واللغة العربية، من مصنفاته: التبیین في شرح المنتخب الحسامي، توفي سنة 758هـ، ينظر: كحالة، عمر، معجم المؤلفين، 4/3.

⁷الزليعي، تبیین الحقائق، 79/4.

3- عدم إمكانية إنكار البائع للمبيع في وقتنا المعاصر؛ لأن البائع سينتازل عن ملكيته للعقار أمام الدوائر الحكومية مقابل الثمن الذي سيحصل عليه من المشتري، حيث إنه جاء في المادة الثانية من قانون نظام تسجيل الأراضي لسنة 1953م ما نصه: "تفتح صحيفة سجل واحدة لكل قطعة ولو تعدد المتصرفون فيها وتصدر إسناد تسجيل بها بعد إستيفاء الرسوم والنفقات التي تكون مستحقة عن أعمال التسوية".

الحكم القضائي:

إذا عرضت مسألة على القاضي حيث إن المشتري باع العقار الذي اشتراه قبل قبضه، ونازعه البائع الذي باعه بأن العقار ما زال تحت قبضته، فيقضي القاضي بجواز وتنفيذ هذا البيع؛ تنفيذاً للمادة (253): (للمشتري أن يبيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقاراً وإلا فلا)¹.

المسألة الخامسة:

خيار النقد

شرع الله تعالى الخيارات في مجال العقود رحمةً بعباده؛ ليثبت فيها حق المتعاقدين في فسخ العقد اللازم بعد تمامه، فلو لم يشرع الخيار لوقع الناس في الحرج؛ لعدم التزوي والتسرع في إتمام الصفقات.

ويقصد بخيار النقد: أن يشترط البائع أن ينقد المشتري الثمن في خلال مدة معلومة، فإن لم ينقد الثمن في أثناء هذه المدة فلا بيع بينهما وينفسخ العقد². وكما يثبت خيار النقد للمشتري فإنه يثبت للبائع أيضاً، ويمثل له بما يلي: إذا سلم المشتري ثمن المبيع إلى البائع، واشترط البائع أنه إذا رد الثمن إلى المشتري إلى أجل معين فلا يكون بينهما بيع فالبائع صحيح، ويقع الضمان بقيمة المبيع عليه، والبائع هو صاحب الخيار في هذه الحالة، وهو القادر على فسخ البيع، ويجب في خيار النقد تعيين المدة، ويفسد البيع في خيار النقد إذا لم يؤد البائع أو المشتري الثمن في المدة المعينة³. ويمثل خيار النقد للمشتري أن ينظر المشتري هل يستطيع أن ينقد الثمن في المدة المحددة أم لا؟

إذا اشترى أحدهم شيئاً على أنه إن لم ينقد الثمن إلى مدة معلومة، فإنه يرجع المشتري المبيع إلى البائع، للفقهاء في المسألة قولان⁴:

القول الأول: عدم جواز هذا البيع، وإليه ذهب زفر⁵ من الحنفية.

القول الثاني: جواز هذا البيع بهذا الشرط، وإليه ذهب أبو حنيفة وصاحبا¹.

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص52.

²الزبيعي، تبين الحقائق، 15/4.

³علي حيدر، درر الحكام، 310-309/1.

⁴ابن عابدين، رد المحتار، 591/4.

⁵السرخسي، المبسوط، 17/13.

أدلة القول الأول:

- 1- القياس ووجهه: أنه بيع علقته إقالته بشرط عدم النقد إلى مدة معلومة، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة فاسد، فشرط الإقالة الفاسدة أولى².
- 2- القياس على سائر أنواع البيوع التي إذا دخلها شرط فاسد حكمنا بفسادها³.

أدلة القول الثاني:

1- ما جاء في الأثر أن ابن عمر باع سلعةً أو يَبِعًا، فَقَالَ: «إِنْ جَاءَتْ نَفَقَتُنَا إِلَى ثَلَاثِ فَالسَّلْعَةُ لَنَا، وَإِنْ لَمْ تَأْتِنَا نَفَقَتُنَا إِلَى ثَلَاثِ فَلَا يَبِيعُ بَيْنَنَا وَبَيْنَكَ، فَسَنَسْتَقْبِلُ فِيهَا بَيْعًا مُسْتَقْبَلًا»⁴

وجه الدلالة: أن الناس تعاملوا بهذا البيع، ولم يرد عن أحد خلاف ذلك⁵.

2- الاستحسان، وبيانه من وجهين:

أ- إن البيع بهذا الشرط في معنى الخيار، لوجود التعليق بشرط في كليهما، حيث علق البائع إقالة هذا البيع بشرط عدم النقد إلى مدة معلومة، وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاد الحكم بشرط سقوط الخيار⁶.

ب- الحاجة المستدعية إلى جواز البيع بشرط خيار النقد، وعبر الكاساني عن هذه الحاجة بقوله: "وأما الحاجة، فإن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أنه هل يوافقه أم لا؟ فالبائع يحتاج إلى التأمل أنه هل يصل الثمن إليه في الثلاث أم لا؟ وكذا المشتري يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على النقد في الثلاث أم لا؟ فكان هذا بيعًا مست الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعًا، فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار، فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودًا هاهنا دلالة"⁷.

ت- كما أن الحاجة مست إلى فسخ العقد عند عدم النقد، وذلك تحررًا عن المماثلة في الفسخ⁸.

مناقشة قول المجيزين:

يمكن مناقشة قول من استدل بجواز البيع بشرط الخيار قبل النقد بالأثر والمعقول بما يلي:

أ- أن الأثر المحكي عن ابن عمر (رضي الله عنه) خبر واحد، والقياس لا يوافق قوله⁹.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 175/5؛ السرخسي، المبسوط، 17/13.

²ابن الهمام، فتح القدير مع شرحه، 305/6؛ الكاساني، بدائع الصنائع، 175/5.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 175/5.

⁴أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، باب الرجل يبتاع من الرجل الشيء، 4/5، الحديث رقم: 23172، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ، لم أعثر على تخريج له.

⁵العيني، البناية، 54/8.

⁶المرجع السابق، 54/8.

⁷الكاساني، بدائع الصنائع، 175/5.

⁸العيني، البناية، 54/8.

⁹السرخسي، المبسوط، 17/13.

ب- أن القياس على شرط الخيار قياس مع الفارق؛ لأنه هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد، وهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد¹.

والجواب عن هذا يكون من وجهين هما:

أ- أن خبر الواحد من فقهاء الصحابة مقدم على القياس، وفي هذا المعنى ورد كلام السرخسي².

ب- أن المعتبر في الإلحاق هو المعنى المناط للحكم، أي: الحاجة، وهو موجود في كل منهما، ومر كلام الكاساني الذي عبر عن هذه الحاجة من الجهتين: جهة البائع، وجهة المشتري³.

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة مبناه على الحاجة والمصلحة، فهو استحسان مصلحة؛ لأن الأصل أو الحكم الكلي عدم جواز هذا الشرط؛ لأنه بيع علقته بإقالته بشرط عدم النقد إلى مدة معلومة، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة فاسد، فشرط الإقالة الفاسدة أولى، وهذا هو الأصل، فعدل عن الحكم الأصلي إلى جواز هذا البيع بهذا الشرط؛ لوجود الحاجة المستدعية إلى ذلك، فإن المشتري كما يحتاج إلى التأمل في المبيع أنه هل يوافقه أم لا؟ فالبائع يحتاج إلى التأمل أنه هل يصل الثمن إليه في المدة المحددة أم لا؟ وكذا المشتري يحتاج إلى التأمل أنه هل يقدر على النقد في الثلاث أم لا؟ فكان هذا بيعاً مست إليه الحاجة إلى جوازه في الجانبين جميعاً، فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون وروداً هاهنا دلالةً.

ويؤيد ذلك قول ابن عابدين: "فإن اشترى شخص شيئاً على أنه أي: المشتري إن لم ينقده ثمنه إلى ثلاثة أيام فلا بيع، صح استحساناً، خلافاً لفر⁴".

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يترجح لدي القول بجواز هذا البيع مع هذا الشرط؛ لأن هذا القول يعد موافقاً لما جاء به الشرع نصاً ودلالةً؛ ولأن هذا البيع بهذا الشرط فيه مراعاة الجانبين: البائع والمشتري، من غير إجحاف في حق أحدهما.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية يدعي فيها البائع أن المشتري اشترى منه سلعةً على أنه إن لم ينقده الثمن خلال ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، ومضت المدة المتفق عليها ولم يسلم المشتري الثمن، ورفض المشتري تسليم المبيع، فما حكم القاضي في هذه المسألة؟

¹المرجع السابق، 17/13.

²السرخسي، المبسوط، 17/13.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 175/5؛ العيني، البناية، 54/8-55.

⁴ابن عابدين، رد المحتار، 110/7.

يقضي القاضي بجواز خيار النقد في هذه القضية؛ تنفيذًا للمادة (313) التي تنص بما يلي: "إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وإن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع، وهذا يقال له خيار النقد"¹.
فيحق للبائع أن يفسخ العقد؛ لأنه لم ينقده الثمن في الوقت المتفق عليه.

المسألة السادسة:

خيار التعيين

يراد بخيار التعيين: ما يشترطه المشتري عادةً إذا كان المبيع عدة أشياء معينة، فيشترط المشتري عادةً الخيار؛ ليختار واحدًا منها بعد التجربة وبعد التأمل ما يجده مناسبًا له².
وكما يثبت هذا الخيار للمشتري كما تقدم، فإنه يثبت للبائع أيضًا ويكون البائع مجبرًا على أن يعين ما يريده مبيعًا من المالين أو الثلاثة التي باعها بخيار التعيين، فيعطي البائع ما يريده إلى المشتري، ويلاحظ في خيار التعيين ما يلي³:

- 1- أن هذا الخيار لا بد أن يكون في مبيعين أو ثلاثة قيمية، ولا يكون في أكثر من ذلك ولا في مثلي.
 - 2- أنه يجتمع مع خيار التعيين خيار الشرط.
 - 3- أنه يجب تعيين المدة في البيع بخيار التعيين.
 - 4- أن يكون الطرف المخير خيار التعيين مجبرًا على تعيين المبيع عند انقضاء المدة، وله أن يفسخ البيع.
 - 5- يجب في خيار التعيين تعيين ثمن كل مبيع.
 - 6- جواز خيار التعيين في البيع الفاسد.
 - 7- أن التعيين في خيار التعيين اختياري وضروري، والتعيين الاختياري إما تصريحًا وإما دلالة⁴.
 - 8- ينتقل خيار التعيين إلى الوارث.
 - 9- إذا لم يذكر في خيار التعيين قول البائع أنت مخير فهو فاسد.
- اتفق الفقهاء على مشروعية خيار الشرط⁴، واختلفوا في باقي الخيارات، منها خيار التعيين، نحو إذا قال أحدهم: بعثك أحد هذين الثوبين، أو أحد هذه الأثواب الثلاثة، وذكر الخيار بأن قال: على أن لك الخيار تأخذ ما شئت بثمن كذا، وترد الباقي، اختلف الحنفية في ذلك على قولين⁵:

القول الأول: عدم جواز هذا البيع وفساده، وإليه ذهب زفر من الحنفية⁶.

القول الثاني: جواز هذا البيع، وإليه ذهب أبو حنيفة وصاحبا⁷.

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص63.

²الزيلعي، تبين الحقائق، 21/4.

³علي حيدر، درر الحكام، 312-311/1.

⁴العيني، البناية، 48/8؛ القرافي، الذخيرة، 23/5؛ ابن المقرئ، محمد بن إبراهيم بن علي، إخلاص النواي في إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، 60-57/2، دار الكتب العلمية؛ ابن قدامة، الكافي، 27/2.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 157/5.

⁶الزيلعي، تبين الحقائق، 21/4.

⁷السرخسي، المبسوط، 55/13.

أدلة القول الأول:

- 1- ما روي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أنه قال: نهى رسول الله (ﷺ) عن بيع الغرر¹.
وجه الدلالة:
أن رسول الله (ﷺ) نهى عن بيع الغرر الذي يتحقق في صور عدة منها: بيع ما كان مجهولاً حيث يتضمن البيع بشرط خيار التعيين جهالة في المبيع لعدم تعيينه حين العقد².
- 2- القياس ووجهه: أن الجهالة تعتبر مانعة لصحة العقد؛ لأنها تفضي إلى الغرر، وهذا الخيار يترتب عليه غرر.
وقد نقل السرخسي قول زفر: "ما زاد على الثلاث، وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد، وهو القياس في الثلاثة والاثنتين؛ لأن المبيع مجهول، فإن المبيع أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها، وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد، ألا ترى أنه لو لم يسم لكل ثوب ثمنًا كان العقد فاسدًا لجهالة المبيع، وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسدًا، فكذلك إذا اشترط الخيار؛ لأن شرط الخيار يزيد في معنى الغرر ولا يزيله³.

المناقشة:

يمكن مناقشة من استدل على عدم الجواز بدعوى الجهالة المفضية للنزاع بما يلي:
أن الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه شرط لنفسه خيار التعيين، والجهالة التي لا يترتب عليها منازعة لا تمنع صحة العقد؛ لأن هذه الجهالة محتملة لأجل الحاجة⁴.

أدلة القول الثاني:

- 1- الاستحسان: ووجهه: لكي يدفع المشتري الغبن عن نفسه.
قال الكاساني: "الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن، وورود الشرع هناك يكون ورودًا ههنا، والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة؛ لاقتصار الأشياء على الجيد، والوسط، والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة مردودًا إلى أصل القياس"⁵.
- 2- أن التعامل بين الناس جار في البيع بهذه الصورة من غير إنكار من قبل أحد؛ لأن الحاجة كما تقدم ماسة، وتعامل الناس يختلف باختلاف الزمان والمكان، كما أن تعامل الناس يعد من الأصول الكبيرة المعتمد عليها في الشريعة الإسلامية⁶.

¹ أخرجه مسلم في صحيحه، بلفظ "نهى رسول الله (ﷺ) عن بيع الحصاة" في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، 1153/3، حديث رقم: 1513.

² الدوري، دقحطان، صفوة الأحكام من نيل الأوطار، ص128-129، دار الفرقان، عمان، الأردن، 1428هـ.

³ السرخسي، المبسوط، 55/13.

⁴ المرجع السابق، 55/13.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، 157/5.

⁶ المرجع السابق، 157/5.

3- ولأن الشخص بحكم العادة والحاجة قد يقوم بشراء الثياب مثلاً لغيره، لطفل صغير، أو لزوجة، أو لقريب له، فتجوز مثل هذا البيع يعد تحقيقاً لمقاصد الشرع وغاياته، وهي التيسير على الأمة والتسهيل عليها في متطلبات الحياة ومجرياتها.

هذا ما أكدته العيني¹ حيث قال: "والحاجة إلى هذا النوع من البيع - أراد بهذا النوع أن يشتري أحد الثوبين أو أحد العبدتين، على أن يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم - متحققة؛ لأنه ربما يحتاج إلى اختيار من يثق به لخبرته أو اختيار من يشتريه لأجله كامرأته وبنته، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه، أي إلى من يثق به أو إلى من يشتريه لأجله إلا بالبيع، فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع، وهو شرط الخيار ثلاثة أيام"².

وجه الاستحسان:

ومستند الاستحسان في هذه المسألة على المصلحة، ويؤيد أخذ الاستحسان بعين الاعتبار ما جاء في الهداية: "وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن؛ ليختار ما هو الأرفق، والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة"³.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، يترجح لدي القول بجواز هذا البيع مع هذا الشرط؛ لتعامل الناس من غير إنكار، وللحاجة الماسة إلى هذا الشرط؛ ليختار الإنسان ما هو الأرفق، والأوفق له، والحاجة تؤخذ في عين الاعتبار عند الشارع.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية، يدعي فيها المشتري أنه اشترى عدة أثواب على أن يختار واحداً من هذه الثياب في مدة ثلاثة أيام، وبعد مضي المدة اختار المشتري الثوب الذي يرغبه، فرفض البائع ذلك، فما حكم القاضي في ذلك؟

يقضي القاضي بجواز هذا البيع ونفاذه؛ لأن البيع بشرط خيار التعيين منصوص عليه في مجلة الأحكام العدلية في المادة (316): "لوبيئ البائع أثمان شينين أو أشياء من القِيمَات كل على حدة على أن المشتري يأخذ أيًا شاء بالثمن الذي بينه له أو البائع يعطي أيًا أراد كذلك صح البيع وهذا يقال له خيار التعيين"⁴، وكذلك لأن المدة محددة.

المسألة السابعة:

الغرر اليسير في البيع

الغرر والجهالة تنقسم إلى ثلاثة أقسام: منها ما يعد كثيرًا، مثل: بيع المعدوم، ومنها ما يعد قليلاً، مثل: الأشياء غير المتحقق من وجودها، وقسم آخر متوسط، اختلف فيه هل يلحق بالكثير، أو بالقليل، فلارتفاعة عن القليل ألحق بالكثير، ولانحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل،

¹ هو محمد بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني، ولي القضاء، له عدد من المؤلفات، من بينها: شرح معاني الآثار للطحاوي، البناءة في شرح الهداية، مختصر طبقات ابن عساكر، ت سنة 855هـ؛ ينظر ترجمته في: كحالة، عمر، معجم المؤلفين، 150/12.

² العيني، البناءة، 74/8.

³ المرجع السابق، 74/8.

⁴ مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص63.

وينطبق هذا النوع على كل مسألة وقع الخلاف فيها في باب الغرر فهي متوسطة بين الطرفين، آخذة بشبه من كل واحد منهما¹.

وفي هذه المسألة سائبين صورة من صور الغرر اليسير في البيع على النحو التالي: لو اشترى أحدهم مأكولاً، مثل: الجوز، ووجد فيه فساداً قليلاً، جاز البيع قياساً واستحساناً، وليس له أن يرد أو يرجع بشيء²، فالمسألة إذن ليس فيها إشكال عدل فيها إلى الاستحسان..

فالقليل لا يخلو عادةً من الفساد، فهذا ما لا يمكن التحرز عنه³، ولضرورة ذلك يلتحق هذا القدر القليل بالمعدوم، فلا يستحق أن تكون هناك مخاصمة؛ لأنه عند الإقدام على شرائه كان راضياً به على الوجه المعتاد⁴.

وجه الاستحسان:

يعتبر الاستحسان في هذه المسألة استحسانترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته؛ لدفع عموم البلوى، ولا يمكن التحرز عنه، ومما يؤيد هذا ما قاله الزيلعي⁵ في الفساد القليل في بيع النعام: "وإن وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً؛ لأنه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة، فلا يمكن التحرز منه"⁶.

وقال الكاساني أيضاً: "وإن كان قليلاً فكذلك في القياس، وفي الاستحسان صح البيع في الكل، وليس له أن يرد ولا أن يرجع فيهبشيء؛ لأن قليل الفساد فيه مما لا يمكن التحرز عنه إذ هذه الأشياء في العادات لا تخلو عن قليل فساد، فكان فيه ضرورةً فيلتحق ذلك القدر بالعدم".

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية بأن باع البائع سلعةً فيها غرر يسير ورفع المشتري ذلك إلى القاضي ليحكم في ذلك، فإن القاضي يقضي بجواز هذا البيع؛ لأن الغرر اليسير لا يمكن التحرز عنه، وهو من اليسير لتفاهته، تنفيذاً للمادة (354) التي تقول: (البيض والجوز وما شاكلهما إذا ظهر بعضها فاسداً؛ فلا يستكثر في العادة والعرف كالأثنين والثلاثة في المائة يكون معفوًا، وإن كان الفاسد كثيرًا كالعشرة في المائة؛ كان للمشتري رد جميعه للبائع واسترداد ثمنه منه كاملاً)⁷.

¹القرافي، الفروق، 266-265/3؛ الشاطبي، الموافقات، 117/5-118؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 3410/5-3414.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 284/5.

³الزيلعي، تبين الحقائق، 37/4.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 284/5.

⁵هو جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي الحنفي المصري، إمام ومحدث، توفي في القاهرة سنة 762هـ، من مصنفاته: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، نصب الرأية لتخريج أحاديث الهداية؛ العسقلاني، ابن حجر، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، 96-95/3، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر آباد/ الهند، الطبعة الثانية، 1392هـ.

⁶الزيلعي، تبين الحقائق، 37/4.

⁷مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص70.

المبحث الثاني كتاب الإجارة

تعريف الإجارة لغة:

الأجر: هو الجزاء على العمل، أو هو الثواب عليه، ويجمع على أجور، وأجار، والإجارة: هي ما يُعطى الشخص من أجرٍ على عمله¹.

تعريفها في الاصطلاح:

أما ما يتعلق بتعريف الإجارة شرعاً فقد حدها العلماء بتعريفات كثيرة، إلا أنني أختار منها ما عرفها به الزيلعي: استباحة المنافع بعوض².

حكمها:

اتفق الفقهاء الأربعة وغيرهم على مشروعية الإجارة³، واستدلوا على مشروعيتها من القرآن، والسنة، والإجماع، والمعقول، وهي كما يلي:

فمن القرآن: قول الله تعالى: ﴿ قَالَتْ إِحَدُهُمَا يَا بَنِيَّ اسْتَجِرْهُ إِنَّكَ خَيْرٌ مِّنْ اسْتَجْرَتِ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ

﴿[القصص: ٢٦].

وجه الدلالة: مشروعية الإجارة عند من قبلنا⁴، وشرع من قبلنا شرع لنا عند عدم النسخ ونفي التعارض كما قرر ذلك علماء الأصول⁵.

جاء عن الشوكاني⁶: "وفيه دليل على أن الإجارة كانت عندهم مشروعاً، وقد اتفق على جوازها جميع علماء الإسلام"⁷.

¹ ابن منظور، لسان العرب، 10/4؛ الزبيدي، تاج العروس، 24/10.

² الزيلعي، تبیین الحقائق، 105/5.

³ الزيلعي، تبیین الحقائق، 105/5؛ عبد الوهاب المالكي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي الثعلبي البغدادي (ت422هـ)، التلقين في الفقه المالكي، 158/2، تحقيق: أبو أويس التطواني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ؛ البجيرمي، الشيخ سليمان بن محمد المصري الشافعي (ت1221هـ)، حاشية البجيرمي على الخطيب، 206/4، دار الفكر، 1415هـ؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، 406/4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ.

⁴ ابن العربي، أحكام القرآن، 494/3.

⁵ الزيلعي، تبیین الحقائق، 105/5؛ القرافي، الذخيرة، 371/5.

⁶ هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من مؤلفاته: نيل الأوطار، فتح القدير، إرشاد الفحول... توفي عام 1250هـ؛ الزركلي، الأعلام، 298/6.

⁷ الشوكاني، فتح القدير، 195/4، دار ابن كثير- دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ.

ومن السنة: قول النبي (ﷺ) في الحديث القدسي: "قال الله - عز وجل - : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجلٌ باع حرًّا فأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يعط أجره"¹.

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز الإجارة.

وأما الإجماع: فالإجارة جائزة بإجماع الفقهاء².

ومن المعقول:

الحاجة الماسة والضرورة المتحققة، حيث إن في الناس من لا مسكن له ولا مركوب له ولا خادم له، فتدفعه الحاجة إلى الاستئجار ليحصل له غايته ومقاصده³.

والقياس يقتضي عدم مشروعية الإجارة؛ لأن المعقود عليه هي المنفعة، والمنفعة حين العقد معدومة، وإضافة العقد إلى ما سيحدث في المستقبل لا يصح؛ لكنها جُوزت استحساناً؛ للحاجة والضرورة⁴.

¹ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إثم من باع حرًّا، 82/3، حديث رقم: 2227.
² الزيلعي، تبيين الحقائق، 105/5؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 5/4؛ الحسيني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحصني الشافعي (ت829هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، 294/1، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، 1994م؛ ابن مفلح، المبدع، 406/4.
³ الحسيني، كفاية الأخيار، 294/1.
⁴ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 6-5/4.

المسألة الأولى:

الإطلاق عند الاستئجار

في كثيرٍ من الأحيان يحتاج المرء أن يستأجر لغيره ما يحتاج إليه، مثل: السيارة، أو المنزل، فلا بد أن يبين المستأجر توضيحًا عن المنتفع من محل عقد الإجارة، فما حكم إذا استأجر أحدهم سيارةً لجاره مثلًا دون أن يبين للمؤجر من المنتفع منها؟ هل تعتبر صحيحة؟ هذا ما سأبينه في المسألة التالية:

إذا استأجر أحدهم دابةً للركوب، أو ثوبًا وأطلق، ولم يبين لمن الثوب ففي المسألة قياس واستحسان¹.

فالعقد فاسد؛ للجهالة لعدم التعيين أو لعدم التعميم على أن يُركبها من شاء، أما إذا عيّن قبل الفسخ تنقلب إلى الصحة، ويلزم الأجر المسمى استحسانًا².

أما في القياس فعليه أجر المثل³، ووجهه: استيفاء المنفعة بعقد فاسد مفسد للعقد.

قال السرخسي: "وفي القياس عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد"⁴.

وفي الاستحسان عليه المسمى⁵، وبيانه من عدة أوجه:

1- زوال الجهالة المفضية للنزاع؛ ولأن الإجارة في حق المعقود عليه تتجدد عند الاستيفاء⁶.

2- أن القاعدة المشهورة تشير إلى أن التعيين عند الانتهاء لمن استأجر المعقود عليه، مثل: التعيين في الابتداء عند استيفاء منفعة المعقود عليه على حد سواء⁷.

قال الزيلعي: "وجه الاستحسان أن المفسد - وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة - قد زال فيزول الفساد؛ لأننا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء"⁸.

3- أن الضمان لا يتوجب إلا إذا تعدى أحد المتعاقدين على حق الآخر، وهنا لا تعدي يوجب الضمان لعدم المخالفة⁹.

قال الزيلعي تأكيدًا على ما سبق: "ولا ضمان عليه إذا هلك العين؛ لأنه غير متعدي لعدم المخالفة سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره"¹.

¹الهندي، محمد سليمان، مختصر القدوري بشرحه المعتصر الضروري، ص339، مكتبة البشري، الطبعة الأولى، 1429هـ.

²حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 637/1.

³أجر المثل يقصد به: "الأجرة التي قدرها أهل الخبرة السالمون عن الغرض"؛ حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 446/1.

⁴السرخسي، المبسوط، 166/15.

⁵الأجر المسمى يقصد به: الأجرة التي ذكرت وتعينت وقت العقد؛ حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 448/1.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 184/4.

⁷الزيلعي، تبيين الحقائق، 115/5.

⁸المرجع السابق، 115/5.

⁹المرجع السابق، 115/5.

4- لأن الإطلاق يقتضي ذلك².

أما إذا استأجر أحد منزلاً وسكنه آخر بإجارة، أو إعاره، أو غير ذلك برضا المستأجر، فقد أجاز الحنفية ذلك، بخلاف الدابة والثوب³.

وجه الاستحسان:

وبناء الاستحسان في هذه المسألة يتمثل في القياس؛ لأنه استند عليه بهذا الوضوح. وفي هذا المعنى قال الزيلعي: "فلو أركبها أو أركب بنفسه أو ألبس أو ألبس وجب عليه المسمى استحساناً"⁴.

وعلى ضوء ما سبق يتبين أن العبرة في الضمان في أحكام المعاملات المالية لا تكون إلا عند التعدي والتفريط في حق الغير، وهذا ما اشتملت عليه المسألة المتقدمة؛ لأن الاستئجار للغير بدون بيان في وقت التعاقد، وبيانه عند استيفاء المنفعة لا يعتبر تعدياً يستحق الضمان من قبل المستأجر.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية إجارة دابة، أطلق فيها المستأجر ولم يبين المنتفع من محل عقد الإجارة، يحكم القاضي بفساد هذا العقد؛ لأن المنتفع من محل عقد الإجارة يختلف اختلافاً فاحشاً من شخص لآخر، وتنفيذاً للمادة (553) التي تقول: (لو استكرى أحد دابة للركوب من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على أن يركبها من شاء تفسد الإجارة، ولكن لو عيّن وبيّن قبل الفسخ تنقلب إلى الصحة وعلى هذه الصورة أيضاً لا يركب غير من تعيّن على تلك الدابة)، أما إذا بين المستأجر قبل الفسخ تنقلب إلى الصحة استحساناً؛ لزوال الجهالة المفضية إلى النزاع⁵.

المسألة الثانية:

الإطلاق عند استئجار الدار والحانوت

يحتاج الإنسان في كثير من الأحيان إلى اكتراء الدار أو الحانوت⁶؛ للحاجة والضرورة، فقد يستأجر المستأجر الدار للسكنى، وقد تكون مكاناً لتنزيل البضائع، وغير ذلك مما يمكن استخدامه، وفي حال أطلق المستأجر ولم يبين المنفعة المرجوة، فهل يجوز ذلك؟ ذهب الحنفية إلى جواز استئجار الدار والحانوت دون بيان المنفعة المرجوة منه⁷، ولم يُجيزوا ذلك في الأرض والدابة⁸؛ لأن الدار والحانوت لا تختلف باختلاف العامل، فجاز إيجارها مطلقاً بخلاف الأرض والدابة فإنهما يختلفان باختلاف المزروع والراكب فلا بد من البيان.

¹الزيلعي، تبين الحقائق، 115/5.

²ابن الهمام، فتح القدير مع شرحه، 26/8؛ ابن عابدين، رد المحتار، 57/9.

³ابن عابدين، رد المحتار، 28/6.

⁴الزيلعي، تبين الحقائق، 115/5.

⁵مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص103.

⁶وقد غلب على حانوت الخمار، وهو يذكر ويؤنث، أي دكان الخمار، ويأتي بمعنى محل للتجارة، ينظر: ابن

منظور، لسان العرب، 26/2؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 210/1.

⁷الزيلعي، تبين الحقائق، 113/5.

⁸ابن عابدين، رد المحتار، 10/6.

وجه الاستحسان:

استند الحنفية في جوازهم اكتراء العقار دون بيان المنفعة إلى الاستحسان، ووجه الاستحسان عندهم هو استحسان العرف، قال الزيلعي: (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها، والقياس أن لا يجوز حتى يُبين ما يُعمل فيها؛ لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز ما لم يُبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب لللبس؛ وجه الاستحسان لأن العمل المتعارف فيها السكنى، ولهذا تسمى مسكنًا فينصرف إليها؛ لأن المتعارف كالمشروط، ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل، فجاز إجارتها مطلقًا بخلاف الأرض والثياب فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان)¹.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية استئجار حانوت دون بيان المنفعة المرجوة منه، فيقضي القاضي بصحة هذا العقد ونفاذه؛ تنفيذًا للمادة (527) التي تقول: (يصح استئجار الدار والحنوت بدون بيان كونه لأي شيءٍ وأما كيفية استعماله فتصرف إلى العرف والعادة)².

إلا أن هناك بعض الأعمال التي يمكن أن تمارس في البناء توهنه وتضعفه فلا بد من بيان المنفعة المخصوصة؛ حتى لا يؤدي إلى نزاع وخصومة.

المسألة الثالثة:

مخالفة المؤجر:

يجب على المستأجر الاقتصار في نوع المنفعة على ما عينها المؤجر فلا يجوز له التعدي إلى غيرها، مثل: إذا استأجر أحدهم سيارة من نوات الحجم الصغير فإنه ينبغي على المستأجر أن لا يحملها إلا بالقدر المعتاد بالنسبة إلى تلك السيارة.

اتفق الجمهور على أنه إذا استأجر أحدهم دابةً لحمل شعير، فحمل عليها ما هو أثقل منه فعطبت، فعليه الضمان³؛ لأن يد المستأجر يد أمانة، ومع التعدي يلزمه الضمان، وإذا أمر المستأجر الراعي أن يرعى في مكان معين، فخالف الراعي وذهب إلى مكان آخر، فعطبت الدواب فإنه يضمن⁴.

أما إذا استأجر أحدهم دابةً ليحمل عليها قفيزًا⁵ من حنطة فحمل عليها مثله شعيرًا، فعطبت ففي ضمان المستأجر للحنفية قولان⁶:
القول الأول: وجوب الضمان على المستأجر إن حمل على الدابة بخلاف الجنس أيًا كان، وإليه ذهب زفر¹.

¹الزيلعي، تبين الحقائق، 113/5.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص99.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 213/4؛ القرافي، الذخيرة، 510/5؛ النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف (ت676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 233/5، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت – دمشق د عمان، الطبعة الثالثة، 1412هـ-1991م؛ ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد (ت682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، 81/6، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

⁴حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 707/1.

⁵القفيز: هو مكيال كان يكال به قديمًا ويختلف مقداره في البلاد، ومن الأرض يقدر بمائة وأربع وأربعين ذراعًا، ذراعًا، وبالمكيال المعاصر يعادل ستة عشر كيلو غرامًا؛ ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 395/5، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 751/2.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 213/4.

القول الثاني: عدم الضمان، وإليه ذهب جمهور الحنفية².

أدلة القول الأول:

القياس: وهو وجوب الضمان على المستأجر، ووجهه: أنه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر؛ ولأن الخلاف حصل في الجنس فيتحقق معنى الغصب، والغصب يوجب الضمان. قال الكاساني: (الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان، إذا وقع غصبًا؛ لأن الغصب سبب لوجوب الضمان)³.

ثم قال في موضع آخر: (إن استأجرها ليحمل عليها قفيزًا من حنطة فحمل عليها قفيزًا من شعير، وكذا إذا استأجر أرضًا ليزرع فيها نوعًا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى، وهذا كله استحسان، وهو قول أصحابنا الثلاثة، والقياس أن يضمن، وهو قول زفر؛ لأن الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب)⁴.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان، وبيانه من أوجه:

1- عدم فائدة هذا التقييد؛ لأن التعيين في العقود يسقط عند عدم الفائدة، فيسقط التعيين كأن لم يكن.

قال الزيلي: (وجه الاستحسان أن التقييد إنما يعتبر أن لو كان مفيدًا، ولا فائدة في هذه المسألة في التقييد بكُرِّ حنطة⁵، ومنع كُرِّ من شعير)⁶.

2- أن الإذن وجد من طريق الدلالة بقياس الأولى؛ لأنه لما وجد الإذن في الأكثر ضررًا، كان الإذن بالأخف ضررًا من باب أولى⁷.

3- أن الضرر الذي يلحق بالدابة غير معتبر بحكم أن الأخف وزنًا يكون على ظهر الدابة منبسطًا، فلا يتبعه أي ضرر⁸.

قال ابن عابدين مشيرًا إلى هذا المعنى: "لأن ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائها وزنًا أخف من ضرر الحنطة؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط"⁹.

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة مبناه على القياس، فهو استحسان قياس؛ لأن القياس في هذه المسألة حكمه هو وجوب الضمان؛ لأنه تحقق معنى الغصب، وبعد دقة النظر وإمعان

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 213/4.

²الزيلي، تبیین الحقائق، 86/5، 116/5.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 213/4.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 213/4.

⁵الكرُّ: هو مكيال أهل العراق، ومقداره اثنا عشر وسقًا، وكل وسق ستون صاعًا، وعند أهل العراق ستون قفيزًا، والقفيز ستة عشر كيلو غرامًا، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 137/5؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 782/2.

⁶الزيلي، تبیین الحقائق، 116/5.

⁷العيني، البناية، 256-255/10.

⁸ابن عابدين، رد المحتار، 36/6.

⁹المرجع السابق، 36/6.

التأمل فالقياس الخفي حكمه هو عدم الضمان؛ لأنه لا فائدة من التعيين إن كان الحملُ مثله أو دونه، جاء في كتاب تبيين الحقائق: (لو سمى نوعاً وقدرًا يحمله على الدابة، مثل كُرٍّ من بُرٍّ، فله أن يحمل عليها ما هو مثله، وأخف منه في الضرر كالشعير والسمسم، وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملاح؛ لأنه إذا رَضِيَ بشيءٍ يكون راضيًا بكل ما هو مثله أو دونه دلالَةً دون ما هو أضر منه، والقياس أن يضمن)¹.

الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإني أميل إلى ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني بعدم وجوب الضمان؛ لعدم الفائدة من التعيين إن كان الحمل مثله أو دونه، ولوجود الإذن دلالة، والأهم عدم تعدي المستأجر إلا بالقدر المعتاد الذي لا ضرر فيه على المستأجر، بحيث إذا استأجر سيارة للركوب، أو للتنقل، فلا يحمل عليها أثاث منزله، فوجب عليه تحديد كيفية استخدامها هل هي للركوب، أو لحمل البضاعة، أو لكليهما معًا؟ وبكفي في التحديد الفهم العام.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضيةٌ يدعي فيها المؤجر أنه قد أكرى المستأجر دابةً ليحمل عليها حنطةً، وقد حمل عليها شعيرًا فعطبت فيطلب الضمان، فما حكم القاضي؟ يقضي القاضي بعدم الضمان؛ لأن المستأجر غير متعد، وغير مقصر، إذ إنه لا فائدة من التعيين إن كان الحمل مثله أو دونه، ولوجود الإذن دلالة، تنفيذًا للمادة (607) التي تقول: (لو تَلَفَ المُسْتَأْجِرُ فِيهِ بَتَعْدِي الأَجِيرِ أو تَقْصِيرِهِ يَضْمَنُ)².

المسألة الرابعة:

الإجارة التي يُقصد منها استهلاك العين

أبطل فقهاء الحنفية³ الإجارة التي يُقصد منها استهلاك العين، مثل: استئجار البحيرة لصيد السمك، أو سقي المزرعة والبستان، أو البيارة على أن ترعى فيه الدواب، أو يُقطع منه الشجرُ والخشبُ والانتفاع بغيره؛ لأن الانتفاع بها لا يكون إلا باستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالإجارة استهلاك العين ولا أجر عليه؛ لأن العقد لم ينعقد أصلًا لانعدام محله فمحل الإجارة منفعة تنفصل عن العين بالاستيفاء، وليس لهذه الأموال منفعة مقصودة تنفصل عن العين وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال؛ لأن العقد لما صار لغوًا بقي مجرد الإذن فكأنه أعاره إياه⁴.

وبناءً عليه هل يجوز استئجار المُرضع؛ لأن الإجارة في ذلك يُقصد منها استهلاك عين اللبن، فصار كاستئجار البقرة والشاة للبنهما، والبستان لأكل ثمره؟

¹الزيلعي، تبيين الحقائق، 116/5.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص113.

³السرخسي، المبسوط، 31/16.

⁴المرجع السابق، 31/16.

أجاز الحنفية¹ استئجار المُرضع استحساناً؛ لاحتياج الناس إليه وجريان التعامل عليه، ودليله قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وجرى التعامل به.

وجه الاستحسان:

مستند الاستحسان في هذه المسألة هو استحسان النص من القرآن الكريم في الآية الكريمة في قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

الحكم القضائي:

فيما لو رفعت إلى القاضي قضية يطالب فيها بفسخ عقد اجارة المُرضع؛ لأن فيها استهلاك العين، فما حكم القاضي في ذلك؟

يحكم القاضي بصحة هذا العقد ونفاذه؛ لجريان التعامل به بين الناس من غير نكير، وقد أقرهم القرآن على ذلك في قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وتنفيذاً للمادتين (36): (العادة محكمة)²، و(562): (تجوز إجارة الأدمي للخدمة أو لإجراء صنعة ببيان مدة أو بتعيين العمل بصورة أخرى)³.

المسألة الخامسة:

بيان مدة الإجارة

من شروط عقد الإجارة بيان مدتها، فلو استأجر أحد حانوتاً دون أن يبين المدة حُكم على العقد بالفساد، وفي بعض الأحيان يكتري الشخص دون أن يحدد أو يبين المدة للإجارة، كالسمسار⁴، والدلال⁵، والحمّامي⁶، وغيرهم ممن لا يمكن تقدير الوقت أو العمل عند استئجارهم، فهل يجوز ذلك؟

أجاز فقهاء الحنفية إجارة السمسار والحمّامي وما لا يُقدّر فيه الوقت ولا العمل استحساناً؛ لحاجة الناس إليهم، والأجرة التي تؤخذ تكون حلالاً إذا كانت بقدر أجر المثل⁷.

¹السرخسي، المبسوط، 118/15.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص20.

³المرجع السابق، ص105.

⁴السمسار: المتوسط بين البائع والمشتري، جمع: سمسارة، ومالك الشيء، وقيمه، والسفير بين المحبين، ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 410/1.

⁵الدلال: من يجمع بين البيعين، وقيل: من ينادي على السلعة لتباع بالممارسة، ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 585/1؛ معجم اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 294/1.

⁶الحمّامي: صاحب الحمّام العام، وقيل: عامل في الحمّام العام، ولعل المقصود المعنى الثاني، ينظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، 200/1.

⁷ابن عابدين، رد المحتار، 47/6.

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة مبناه على المصلحة، فهو استحسان مصلحة؛ لما كان للناس به حاجة¹.

الحكم القضائي:

فيما لو رفعت إلى القاضي قضية يدعي فيها أن إجارة الدّالّ والحّمّامي وغيرهم مما لا يمكن تقدير الوقت والعمل باطلة، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بصحة هذا العقد ونفاذه إن كانت بأجرة المثل؛ لحاجة الناس إلى مثل هذا العقد، وللمادة (32) التي تقول: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة)².

المسألة السادسة:

تضمين المنافع

إذا أخذ شخص من آخر مالاً بدون إذنه فهو من قبيل الغصب، وفي حال هلك هذا المال يضمن الغاصب، وإذا كان هذا المال يُنتفع به كمنافعه، فلا يجتمع فيه الأجرة والضمان على رأي الحنفية، وإذا كان هذا المال المغصوب مال يتيم، أو مال وقف، أو معداً للاستغلال استوفاهما أو لم يستوفها، فهل يجوز أن يجتمع فيه الأجر والضمان؟

اختلف الحنفية في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم الجواز، وهو رأياًمة الحنفية³.

القول الثاني: الجواز، وهو رأي المتأخرين من الحنفية⁴.

أدلة القول الأول:

1- أن الضمان يلزم بسبب الغصب، ولا تجتمع الأجرة مع الضمان، كما جاء في المادة 86: (الأجر والضمان لا يجتمعان)⁵، ولقول النبي (ﷺ): (الخراج بالضمان)⁶، والغنم والغنم بالغرم.

¹ابن عابدين، رد المحتار، 47/6.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص19.

³ابن عابدين، رد المحتار، 204/6.

⁴المرجع السابق، 186/6.

⁵حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 686/1.

⁶ أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله، 572/3، حديث رقم: 1285، إسناده ضعيف، ينظر، ابن حجر، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، باب شروطه وما نهي عنه منه، ص313، حديث رقم:

2- ليس من مماثلة بين المنافع والمال أي النقود؛ لأن المنافع لما كانت أعراضاً ليس لها بقاء، فليست متقومة لذاتها وإنما بضرورة ورود العقد، فيشترط في ضمان العدوان المماثلة¹.

أدلة القول الثاني:

أجاز الفقهاء تضمين المنافع استحساناً؛ لما رأوه من طمع بعض الناس في أموال الأوقاف والأيتام².

وجه الاستحسان:

مبنى الاستحسان في هذه المسألة على المصلحة، فهو استحسان مصلحة مراعاة لمصلحة الفقير، وحفاظاً على مال الوقف، فالقياس يقتضي عدم الجمع بين الأجر والضمان؛ لأن الغنم بالغرم، ولا مماثلة بين المنافع والمال، وبعد إمعان النظر في المسألة وحفاظاً على مصلحة الفقير ومال الوقف يمكن القول بجواز الجمع بين الأجر والضمان؛ أخذاً على يد الطامعين.

الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى القول الثاني القائل: بالجواز؛ حتى لا يطمع الغاصبون بأموال الآخرين، وخصوصاً أموال الأوقاف والأيتام، لأجل ذلك فطن المتأخرون من فقهاء الحنفية بعدما رأوا النتائج العكسية والسلبية من عدم الجواز، فاستدركوا بأموال الأوقاف واليتامى وما كان معداً للاستغلال استوفاهما أو لم يستوفها.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية يدعي فيها أن المال المغصوب قد تم الانتفاع به، ومن ثم قد هلك، فإنه يطالب بالأجرة والضمان، فما حكم القاضي في ذلك؟

يقضي القاضي بعدم الجمع بين الأجرة والضمان؛ تنفيذاً للمادة (86) التي تقول: (الأجر والضمان لا يجتمعان)³.

المسألة السابعة:

انقضاء الإجارة

يعتبر الموت من أهم الأعذار التي يفسخ بها أي عقد من العقود، فما الحكم إذا كانت العين المنتفع بها أرضاً وتم زراعتها ومات المنتفع (المستأجر) قبل استيفاء المنفعة.

إذا استأجر أحدهم أرضاً وزرعها فمات قبل انقضاء مدة الإجارة، المسألة يتنازعها قياس واستحسان¹.

¹ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 686/1.

² المرجع السابق، 686/1.

³ مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص26.

أما القياس فهو: أن يترك الزرع إلى أن يُستحصد ويكون بأجر المثل، ووجهه أن العقد انفسخ بالموت حقيقة واعتبر باقيًا حكمًا للضرورة²، فأشبهه شبهة العقد³ واستيفاء المنافع بما فيه شبهة يوجب أجر المثل⁴.

أما الاستحسان فيبانه من وجهين هما:

- 1- إن إبقاء العقد بالمسمى على ما كان أولى لدفع الضرر؛ إذ لا فائدة في نقض العقد وإعادة من جديد⁵.
- 2- أن التراضي بين الطرفين أصل وهو من أهم شروط أي عقد؛ ولأن التسمية بينهما تناولت هذه المدة.

قال الكاساني: (وجه الاستحسان: أن التسمية تناولت هذه المدة فإذا مسّت الضرورة إلى الترك بعوضٍ كان إيجاب العوض المسمى أولى لوقوع التراضي، بخلاف الترك بعد انقضاء المدة؛ لأن التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعدّر إيجاب المسمى فوجب أجر المثل)⁶.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس؛ لأنه ورد في مقابلته؛ ولأن التسمية تناولت هذه المدة، بخلاف ما لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعدّر إيجاب المسمى فوجب أجر المثل. قال الكاساني موضحًا هذا المعنى: (وجه الاستحسان: أن التسمية تناولت هذه المدة)⁷. ومن خلال ما تقدم يظهر أن عقد الإجارة ينتهي بانقضاء المدة؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، فيفسخ عقد الإجارة بانتهاء المدة، وبموت أحد المتعاقدين؛ لأن الإرث إنما يكون في الموجود المملوك، وهذا لا يكون في الإجارة؛ لأن المنفعة فيها تحدث شيئًا فشيئًا، فنكون عند موت المورث معدومة فلا تكون مملوكة له، وما لا يملكه يستحيل توريثه، فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث حتى يصير العقد قائمًا مع المالك. إلا عند وجود عذر ما بأن انقضت المدة، والعين المستأجرة أرضًا تم زراعتها ولم تحصد، فإنه يترك إلى أن يُستحصد بأجر المثل⁸.

الحكم القضائي:

إذا عُرِضت على القاضي قضية إجارة زراعة أرض، وتوفي أحد العاقدين أثناء مدة الإجارة، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بعدم فسخ عقد الإجارة، وبالأجر المسمى بين العاقدين؛ لأن العين المستأجرة أرضًا تم زراعتها لم يدرك المستأجر الزرع، وبالأجر المسمى؛ لأن وفاته أثناء العقد، بخلاف

¹ فخر الدين قاضيخان، أبو المحاسن الحسن بن منصور الأوزجندی الفرغاني الحنفي المعروف بقاضي خان(ت592هـ)، الفتاوى الخانية، 300/2.

² ابن عابدين، رد المحتار، 85/6.

³ شبهة العقد: هو أن يكون عقد غير صحيح على صورة عقد صحيح، مثل تزوج المرأة من غير شهود، ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 147/2.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، 223/4.

⁵ الزيلعي، تبیین الحقائق، 114/5.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، 223/4.

⁷ المرجع السابق، 223/4.

⁸ الرئيس، أريج ربيع، المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان، ص162.

وفاته بعد العقد، فيكون بأجر المثل؛ تنفيذاً للمادة (5): "الأصلُ بقاءُ ما كان على ما كان"¹،
وللمادة (20): "الضررُ يُزال"².

ومسألة استرجاع العارية تأخذ نفس الحكم؛ حيث إنَّ المعير ليس له أن يأخذ الأرض قبل
حصادها؛ تنفيذاً للمادة (832): "ليس للمستعير استرداد الأرض التي أُعِيرَتْ للزَّرْعِ إِذَا رَجَعَ
عن إعارته قَبْلَ وقتِ الحصادِ سواءً أكانتْ الإعارَةُ مَوْقَّتَةً أمْ غيرَ مَوْقَّتَةٍ"³، وللمادة (20): "الضررُ يزال".

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص16.

²المرجع السابق، ص18.

³المرجع السابق، ص160.

الفصل الثاني كتاب الكفالة والرهن والهبة والغصب والإكراه والشفعة

- المبحث الأول: كتاب الكفالة
- المبحث الثاني: كتاب الرهن
- المبحث الثالث: كتاب الهبة
- المبحث الرابع: كتاب الغصب
- المبحث الخامس: كتاب الإكراه
- المبحث السادس: كتاب الشفعة

المبحث الأول كتاب الكفالة

الكفالة في اللغة: الالتزام والضم، يقال: ضمّنته المال أي ألزمته إياه، ويقال: تكفلت بالشيء أي ألزمته نفسي، قال الله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران: 37] أي ضمها إليه¹.

الكفالة في الاصطلاح: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحق².

مشروعية الكفالة:

ثبتت مشروعيّتها بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب ففي قول الله - عز وجل -: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [يوسف: 72] الزعيم: الكفيل³.

وفي السنة قول الرسول (ﷺ): (الزعيم غارم)⁴ أي الكفيل ضامن⁵.

وما روي أن رسول الله (ﷺ) كان لا يصلّي على رجلٍ عليه دين، فأتي بميت، فسأل: "أعليه دين؟" قالوا: نعم عليه ديناران، قال: " صلّوا على صاحبكم"، قال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله، فصلّي عليه⁶ "7".

وأجمع المسلمون على مشروعية الكفالة من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا من غير نكير من أحد، وبُعث النبي (ﷺ) والناس يتكفلون فأقرهم عليه⁸.

والكفالة من عقود التوثيق، وتصح بلفظ ضمّين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم، وهي نوعان: كفالة المال وكفالة النفس⁹.

وأركان الكفالة هي: الصيغة والكفيل والمكفول عنه (المدين) والمكفول له (الدائن)¹، على خلاف بين الجمهور والأحناف، فالركن الوحيد عند الأحناف هو الصيغة².

¹ ابن منظور، لسان العرب، 11/588-590؛ الفيومي، المصباح المنير، 2/536.

² السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد (ت540هـ)، تحفة الفقهاء، 3/237، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1414هـ.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، 6/8.

⁴ رواه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، 3/557، برقم (1265)، وقال الألباني: حديث صحيح، صحيح وضعيف سنن الترمذي، 3/265، حديث رقم: 1265.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع، 6/8.

⁶ رواه النسائي في سننه، 4/65، برقم (1962)، قال الألباني في صحيح وضعيف النسائي: صحيح، 5/105، برقم: 1961..

⁷ الكاساني، بدائع الصنائع، 6/2.

⁸ السرخسي، المبسوط، 19/161؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4/79؛ النووي، المجموع شرح المهذب، 14/3؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 2/122.

⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، 6/2-3.

المسألة الأولى: الكفالة بالمال المودع عنده

قد يضطر الإنسان أحياناً أن يضع أمانة عند من يثق في دينه وأمانته، وقد يكون هذا الشخص المودع مديناً لآخر بـمال، فهل يجوز أن يكفل الوديع المودع بالمال المودع عنده؟
أجاز فقهاء الحنفية ذلك استحساناً؛ لمصلحة الدائن، تيسيراً وتوسعة عليه، وإبراءً لذمة المدين، فهي من باب قضاء حاجة الآخرين³.

وجه الاستحسان:

مبنى الاستحسان في هذه المسألة على المصلحة، فهو استسحان مصلحة؛ لأن الوديع يده يد أمانة ولا ينبغي أن يتصرف بالوديعة بدون إذن المودع، وبعد إمعان النظر في المسألة ومن باب البر وقضاء حوائج الناس، يمكن القول بجواز أن يكفل الوديع المودع بالمال المودع عنده، والله أعلم.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي أنه ليس من صلاحية الوديع أن يكفل المودع بالمال المودع عنده، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بصحة هذا العقد ونفاذه، حيث يُجبر الوديع على تسليم الوديعة لمن كفل له؛ تنفيذاً للمادة (650) التي تقول: (لو كَفَلَ أَحَدٌ بَدِينِ أَحَدٍ عَلَى أَنْ يُوَدِّعَهُ مِنَ الْمَالِ الْمُوَدَّعِ عِنْدَهُ جَوْزٌ وَيُجْبَرُ الْكَفِيلُ عَلَى أَدَائِهِ مِنْ ذَلِكَ الْمَالِ)⁴.

¹ابن مفلح، المبدع، 245/4.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 2/6.

³حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 803/1.

⁴مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص122.

المبحث الثاني كتاب الرهن

الرهن في اللغة:

يطلق الرهن في اللغة على الثبات والدوام والاستقرار، وهو ما يضعه الإنسان عند غيره؛ لينوب مناب ما أخذ منه¹.

الرهن في الاصطلاح:

هو وثيقة دين بعين يمكن استيفاؤه من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيره².

مشروعية الرهن:

ثبتت مشروعيته بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب ففي قول الله - عز وجل: ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهِنَّ مَقْبُوضَةً ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وجه الدلالة: لما ذكر الله تعالى الندب إلى الإسهاد والكُتْب لمصلحة حفظ الأموال والأديان، عقَّب ذلك بذكر حال الأعذار المانعة من الكُتْب، وجعل لها الرهن، ونص من أحوال العذر على السفر الذي هو غالب الأعذار، لا سيما في ذلك الوقت لكثرة الغزو، ويدخل في ذلك بالمعنى كل عذر فربَّ وقتٍ يتعدَّر فيه الكاتب في الحضر كأوقات أشغال الناس وبالليل، وأيضًا بالخوف على خراب ذمة الغريم عذرٌ يُوجب طلب الرهن³.

ومن السنة: توفي رسول الله (ﷺ) ودرعُه مرهونةٌ عند يهوديِّ بثلاثين صاعًا من شعير⁴.

وانعقد الإجماع على جواز الرهن في السفر⁵، أما في الحضر فقد منعه مجاهد⁶؛ لأن منطوق الآية في السفر والمفهوم منه منعه في الحضر، والجواب في هذا أن الآية التي خصت بالسفر خرجت مخرج الغالب، وهو عدم وجود كاتب في السفر⁷.

¹ ابن منظور، لسان العرب، 188/13؛ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1202/1.

² البهوتي، كشف القناع، 320/3.

³ القرطبي، تفسير القرطبي، 407/3.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب ما قيل في درع النبي (ﷺ) والقميص في الحرب، 41/4، حديث رقم: 2916.

⁵ الزيلعي، تبين الحقائق، 62/6؛ القرافي، الذخيرة، 75/8؛ الشربيني، مغني المحتاج، 38/3؛ ابن مفلح، المبدع، 203/4.

⁶ القرافي، الذخيرة، 75/8؛ مجاهد: هو ابن جبير أو جبر يكنى بأبي الحجاج، الإمام الحبر المكي هو مولى لمخزوم، كان أعلم الناس بالتفسير، قال: "عرضت القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة"، توفي سنة 103هـ بمكة؛ ينظر ترجمته في: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص 69، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1970م؛ ابن العماد، شذرات الذهب، 19/2.

⁷ القرافي، الذخيرة، 75/8.

المسألة الأولى:

قبض المرتهن

يعتبر القبض أحد شروط الرهن ومن شروط صحته إذن الراهن بقبضه، إذ به يلزم الرهن، ويسقط حق الراهن في الرجوع عن الرهن، غير أن الإذن نوعان:

- صريح، نحو أن يقول: أذنتُ له بالقبض، أو رضيتُ به، أو اقبض، وما يجري هذا المجرى¹.
- ودلالة، نحو: أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكتُ ولا ينهأه فيصِحُّ قبضُهُ استحساناً².

فهل يعتبر حكم القبض عند الإذن الصريح أو الدلالة على حد سواء؟ هذا ما سوف أتعرض له في هذه المسألة في حالين:

الحالة الأولى:

اتفق الحنفية على أنه متى كان الإذن صريحاً ونصاً في الرهن وذلك مثل: أن يقول الراهن: أذنتُ لك في القبض أو رضيت به، فللمرتهن جواز قبضه في المجلس، ووقع الاختلاف بينهم في جواز قبضه بعد الافتراق عن المجلس إلى قولين³:

القول الأول: عدم جواز القبض بعد الافتراق حتى وإن كان الإذن صريحاً وإليه ذهب زُفر⁴.

القول الثاني: جواز القبض بعد الافتراق عن المجلس، إذا كان الإذن صريحاً وإليه ذهب جمهور الحنفية⁵.

أدلة القول الأول:

القياس على سائر العقود التي من أركانها الإيجاب والقبول والقبض، فلا يجوز من غير إذن كالقبول قياساً على البيع باعتباره شرطاً لصحة الرهن.

قال الكاساني: " وقياسُ قولِ زُفر في الهبة أن لا يصح كما لا يصحُّ بعد الافتراق؛ لأن القبضَ عنده ركنٌ بمنزلة القبول فلا يجوزُ من غير إذنٍ كالقبول، وصار كالبيع الصحيح بل أولى؛ لأن القبضَ ليس بشرطٍ لصحته، وأنه شرطٌ لصحة الرهن"⁶.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 138/6.

²المرجع السابق، 138/6.

³المرجع السابق، 138/6.

⁴المرجع السابق، 138/6.

⁵المرجع السابق، 138/6.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 138/6.

أدلة القول الثاني:

1- ما جاء عن النبي (ﷺ) أنه قُرِبَ إليه بدنات خمسٌ أو ستٌ فَطَفِقَ يَزْدَلِفَنَّ إليه بِأَيْتِهِنَّ يبدأ فلما وجبتْ جُئِبُهَا، فقام (ﷺ) فنحرهن بيده الشريفة، وقال: من شاء اقتطع، وانصرف "1.
وجه الدلالة:

أن رسول الله (ﷺ) أذن لمن شاء بالقبض بعد الافتراق.
قال الكاساني: فقد أذن لهم رسول الله (ﷺ) بالقبض بعد الافتراق، حيث أذن لهم بالقطع، فدل على جواز القبض واعتباره بعد الافتراق².
فيكون الاستحسان بالنص الشريف السابق³.

وجه الاستحسان:

ومستند الاستحسان في هذه المسألة هو النص النبوي السابق وقد تقدم، ويؤيد هذا ما جاء على لسان الكاساني: "وجه الاستحسان: ما روي (أن رسول الله (ﷺ) حُمِلَ إليه ستٌ بدناتٍ فجعلن يزدلفن إليه فقام - عليه الصلاة والسلام- فنحرهن بيده الشريفة وقال: من شاء فليقطع، وانصرف)⁴. وجاء في الفتاوى الهندية: "وأما بيان شرط صحة القبض فأشياء منها: أن يأذن الراهن، والإذن نوعان: نصٌّ وما يجري مجرى النص، ودلالة، أما الأولُ فإن يقول: أذنتُ له بالقبض، أو رضيتُ به أو أقبضُ وما يجري هذا المجرى فيجوزُ قبضُهُ سواء قبض في المجلس، أو بعد الافتراق استحساناً"⁵.

الترجيح:

والراجح بعد عرض الأدلة، جواز قبض الراهن للرهن بعد الافتراق؛ لوجود النص الشريف السابق، وهذا يعتبر كافيًا لدحض حجج من قال: بعدم الجواز؛ لأن القياس مردود عند وجود النص.

¹أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ، 148/2، حديث رقم: 1765؛ قال الألباني: حديث صحيح، صحيح وضعيف سنن أبي داود، 2/1، حديث رقم: 1765؛ وكلمة (وانصرف) لم أجدّها في كتب السنة، بينما وجدتّها في كتب الفقه كالمبسوط للسرخسي، 57/12؛ وبدائع الصنائع للكاساني، 124/6.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 124/6.

³المرجع السابق، 124/6.

⁴المرجع السابق، 124/6.

⁵البلخي، الفتاوى الهندية، 433/5.

الحالة الثانية:

اتفق الحنفية على جواز قبض المرتهن للرهن في المجلس قبل الافتراق هذا إذا كان الإذن بالقبض نصًا وما يجري مجرى النص، واختلفوا إلى قولين في حال كان الإذن بالقبض دلالة نحو أن يقبض المرتهن بحضرته فيسكت ولا ينهيه عن القبض، أو قبض بعد الافتراق¹:

القول الأول:

عدم جواز القبض بعد الافتراق أو إذا كان إذن الراهن بالقبض دلالة، وإليه ذهب زُفر².

القول الثاني:

جواز القبض في حال كان الإذن بالقبض دلالة، أو قبض بعد الافتراق، وإليه ذهب جمهور الحنفية³.

أدلة القول الأول:

القياس على البيع ووجهه: إلحاق الرهن بسائر العقود باعتبار أن القبض عنده ركن بمنزلة القبول، وشرط لصحة الرهن؛ وذلك لأن الإيجاب بالرهن يدل على إرادة ترتب الأثر على العقد ولا يترتب إلا بالقبض، فكان الإيجاب إذنًا بالقبض ضمناً في مجلس العقد لا بعده لإمكانية تغيير رأيه بعد انتهاء المجلس⁴.

قال الكاساني: "لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول، فلا يجوز من غير إذن كالقبول، وصار كالبيع الصحيح بل أولى؛ لأن القبض ليس بشرط لصحته، وأنه شرط لصحة الرهن"⁵.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان ووجهه: أن الإذن دلالة يقوم مقام الإذن الصريح؛ لأن الإقدام على الإيجاب دلالة الإذن بالقبض⁶.

قال الكاساني: "وجه الاستحسان أنه وَجَدَ الإذن ههنا دلالة الإقدام على إيجاب الرهن؛ لأن ذلك دلالة القصد إلى إيجاب حكمه، ولا ثبوت لحكمه إلا بالقبض، ولا صحة للقبض بدون الإذن، فكان الإقدام على الإيجاب دلالة الإذن بالقبض، والإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق، فلم يوجد الإذن هناك نصًا ودلالةً بخلاف البيع؛ لأن البيع الصحيح بدون القبض، فلم يكن الإقدام على إيجابه دليلًا القبض، فلا يكون دليلًا الإذن، فهو الفرق"⁷.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 6/138.

²المرجع السابق، 6/138.

³المرجع السابق، 6/138.

⁴المرجع السابق، 6/138.

⁵المرجع السابق، 6/138.

⁶المرجع السابق، 6/138.

⁷المرجع السابق، 6/138.

وجه الاستحسان:

ومستند الاستحسان في هذه المسألة هو القياس.

يؤيد هذا ما نص عليه الكاساني في بيان الإذن دلالة: "والثاني نحو أن يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهأه فيصح قبضه استحساناً، وقياس قول زُفر في الهبة أن لا يصح¹".

الترجيح:

والراجع بعد بيان أدلة القولين، جواز القبض إذا كان الإذن دلالة؛ لأن الإذن تعريضاً قام مقام الإذن الصريح، وهذا دليل على الرضا بالقبض.

الحكم القضائي:

فيما لو عُرضت على القاضي قضية، يدعي فيها المدعي وهو الراهن أن المرتهن قبض الرهن دلالة، فما حكم القاضي؟

ويقضي القاضي بجواز الرهن وصحته إن كان الإذن دلالة، في حال قبض المرتهن المرهون في مجلس العقد وسكت الراهن؛ لأن الإذن دلالة يقوم مقام الإذن الصريح، صحيح أنه لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان، كما جاء في المادة (772): (الإذن دلالة كالإذن صراحة)²، وفي المادة (67): (لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان)³.
يعني: أنه لا يعد ساكت أنه قال كذا، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان).

المسألة الثانية:

زيادة الرهن

يقصد بالزيادة في الرهن: أن يزيد رهناً على الرهن الأول فيكونا رهناً بالدين الأول، وبمعنى آخر: أن يرهن رجل لدى رجل قطعة حلي - مثلاً - ثم بعد فترة يدفع إلى المرتهن ثوباً ليكون رهناً مع قطعة الحلي، وهذه المسألة سيبتين من خلالها رأي جمهور فقهاء الحنفية في حكم الزيادة في الرهن⁴.

سبب الاختلاف في هذه المسألة:

وقبل البدء في تحرير محل النزاع لا بد من الإشارة في هذه المسألة إلى سبب الاختلاف في حكم الزيادة في الرهن:

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 138/6.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص146.

³المرجع السابق، ص24.

⁴الزيلعي، تبين الحقائق، 95/6.

فالخلاف يرجع في المسألة إلى الاختلاف في الزيادة في الثمن بعد تمام العقد بين المتعاقدين في البيع والشراء، فهل تلحق الزيادة وهذا النقص بالثمن الأول وتأخذ حكمه؟

اختلف الحنفية في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:

الزيادة والحط في الثمن بعد العقد تلحق بأصل العقد وتحسب من الثمن الأول، وتأخذ حكمه، وإليه ذهب جمهور الحنفية¹.

القول الثاني:

وإليه ذهب زفر من الحنفية حيث اعتبر الزيادة في الثمن هبة مبتدأة لا تلحق بأصل العقد، والحط إبراء عن بعض الثمن².

أدلة القول الأول:

1- قال الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤].

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أمر بإيتاء المهور وأزال الجناح في الزيادة على المسمى، فجواز الزيادة في المهر بعد التسمية يدل على جواز الزيادة في الثمن إلحاقاً له بالمهر³.

2- عن سويد بن قيس⁴، قال: جلبتُ أنا ومخرفة العبدي⁵، بزاً⁶ من هَجَرَ⁷ فأتينا به مكة فجاءنا فجاءنا رسول الله (ﷺ) يمشي فساومنا بسرًا ويل، فبعناه، وثمَّ رجلٌ يَزُنُّ بالأجر، فقال له رسول الله (ﷺ): «زُنْ وأرجح»⁸.

وجه الدلالة: هناك شخصين بالأجر، أي: يوجد في السوق رجل عنده ميزان، والناس يزنون عنده ويعطونه أجرة على الوزن، فقال له الرسول (ﷺ): "زن وأرجح"، أقره على أن يزن بالأجر، وأمره أن يرجح في الوزن، بمعنى أن يزيد في الكفة التي فيها السلع التي توزن بحيث تميل الكفة، وليس معنى ذلك أنها تميل ميلاً عظيماً، فهذا قد يكون فيه ظلم، لكن يميل الميزان ميلاً يسيراً من غير أن يكون هناك إضرار بصاحب السلعة، هذا هو الذي أرشد إليه الرسول الكريم صلوات الله وسلامه وبركاته عليه، فدل هذا الحديث

¹ ابن نجيم، البحر الرائق، 129/6.

² المرجع السابق، 129/6.

³ السرخسي، المبسوط، 84/13.

⁴ هو سويد بن قيس العبدي (رضي الله عنه)، يكنى بأبي صفوان، وقيل بأبي مرحب، عاش في الكوفة، له شرف الصحبة مع رسول الله (ﷺ)؛ ابن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، 599/2، المحقق، علي معوض، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ.

⁵ هو مخرفة العبدي (رضي الله عنه)، رأى النبي (ﷺ)، له شرف الصحبة مع النبي (ﷺ)، حيث لم أجد عنه أكثر من ذلك؛ ابن الأثير، أسد الغابة، 118/5.

⁶ البز: الثياب؛ ابن منظور، لسان العرب، 311/5.

⁷ الهجر: بلد باليمن بينه وبين عثر يوم وليلة من جهة اليمن؛ الحموي، معجم البلدان، 393/5.

⁸ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب الرجحان في الوزن والوزن بالأجر، 245/3، حديث رقم: 3336، وقال عنه الألباني: حديث صحيح، في كتاب صحيح وضعيف سنن أبي داود، 2/1، حديث رقم: 3336.

على جهة إرجاح الميزان، وجواز أن يزن الإنسان للناس أو يكيل لهم أو يقسم لهم بالأجرة¹، وأن فعل الرسول (ﷺ) يدل على الزيادة في الثمن². وهذا الرجحان للاستحباب وليس للوجوب؛ لأن الواجب هو حصول المماثلة في الميزان، لكن هذا على سبيل الاستحباب وعلى سبيل الاحتياط أيضاً، وهذا الرجحان يحصل بالميل اليسير، وذكر الوزن في هذا الحديث لا علاقة له بشراء السراويل، فإن السراويل لا توزن³.

- 3- أن المتعاقدين بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع؛ لأن البيع المشروع إما أن يكون خاسراً أو رابحاً أو عادلاً، والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلاً والعدل رابحاً، والحط يجعل الربح عدلاً والعدل خاسراً⁴.
- 4- أن للمتعاقدين ولاية التصرف لرفع أصل العقد، فمن باب أولى أن يكون للمتعاقدين ولاية التغيير من وصف إلى وصف آخر، وذلك مثل: إذا أسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد⁵.

أدلة القول الثاني:

- 1- أن الزيادة في الثمن لو لحقت بأصل الثمن كانت خالية عما يقابلها؛ لأن المبيع صار بعد العقد مقابلاً بكل الثمن، وكل الثمن مقابلاً لكل البيع وهذا معنى الربا⁶.
 - 2- أن الزيادة من قبل المشتري لا تصح ثمنًا؛ لأنها لا تقابل ملك البائع بل ملك نفسه، فلا تكون الزيادة ثمنًا فتكون هبة مبتدأة؛ لانعدام حقيقة الثمن⁷.
- ويمكن مناقشة الدليل الأول أن الزيادة في الثمن بعد تمام العقد لا يكون من قبيل الربا؛ حيث إن الله تعالى أجاز الزيادة في المهر بعد التسمية، وكذلك فعل النبي (ﷺ) في جواز ترجيح الميزان. وينطبق ذلك إن كان عن طيب خاطر لا شرطاً.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإني أميل إلى أصحاب القول الأول القائل بالجواز؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض، حيث إن النبي (ﷺ) عندما ساوم في البيع على السراويل، وكان عنده وزان فقال له رسول الله (ﷺ): (زَنْ وَأَرْجَح) حيث يدل على الزيادة في الثمن.

¹العباد، عبد المحسن بن حمد البدر، شرح سنن أبي داود، 9/384، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية <http://www.islamweb.net>

²جاب الله، سمير، ضوابط الثمن وتطبيقاته، ص385، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية،

³العباد، شرح سنن أبي داود، 9/384.

⁴الزبلي، تبين الحقائق، 83/4.

⁵المرجع السابق، 83/4.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 258/5.

⁷المرجع السابق، 258/5.

اختلف الحنفية في جواز الزيادة في الرهن على قولين¹:

القول الأول: جواز الزيادة في الرهن، وإليه ذهب الحنفية².
القول الثاني: عدم جواز الزيادة في الرهن، وإليه ذهب زُفر³.

أدلة القول الأول:

الاستحسان، وبيانه من أوجه:

1- يقتضي جواز الزيادة في الرهن؛ لأن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع، والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع، والجامع بينهما الالتحاق في أصل العقد للحاجة والإمكان، أما وجه الحاجة فهو: أن مالية الرهن قد تزيد على الدين فيحتاج الراهن إلى مال آخر فيكون رهناً بهما، ووجه الإمكان هو: أن العقد بعد التحاق الزيادة يتغير من وصف مشروع إلى وصف مشروع؛ لأن قيمة الرهن تصبح مثل الدين أو أقل؛ وهذا لأن المشروع أن يكون قيمة الرهن مثل قيمة الدين، أو أقل منه والزيادة في الرهن تؤدي إلى هذا، ثم أن ما كان مشروعاً في الابتداء فهو مشروع في الانتهاء⁴.

2- أن تراضي المتعاقدين على الزيادة بعد العقد بمثابة تراضيها عليه عند العقد⁵.

3- أن حاجة الناس تستدعي تصحيح مثل هذه الزيادة، فربما ظهر للمرتهن أول الأمر أن الرهن الأول كاف لاستيفاء حقه من الراهن عند تعذره عن السداد، ثم بعد ذلك يتبين له غير ذلك فلا يرضى بذلك، فيحتاج عندئذ الراهن أن يزيد فيه ليطمئن قلبه⁶.

أدلة القول الثاني:

القياس على أصل زُفر وهو أن الزيادة في الثمن في البيع على المشتري لا تجوز بعد العقد؛ لأنه يلتزم العوض عما في ملكه خاصة.
أما الزيادة عند الحنفية فتجوز في الثمن والمثمن على سبيل الاستحقاق بالأصل عنه⁷.

المناقشة:

يمكن مناقشة ما استدل به من منع الزيادة في الرهن بدعوى أن الزيادة تؤدي إلى الشبوع والشبوع مفسد للرهن بما يلي:

أن الزيادة في الرهن توجب تحول بعض الدين إلى الرهن الثاني: فينقسم الدين حينئذ عليهما فيصير الشبوع في الدين لا في الرهن وهو غير مانع من صحة الرهن⁸، كما أن الدين يقسم على قيمتها يوم قبضها، وعلى قيمته الأولى يوم قبضه؛ لأن المعتبر هو يوم قبض كل واحد؛ لأنه حينئذ يدخل في ضمانه⁹.

¹الدعليج، مبارك بن محمد، الرهن في الفقه الإسلامي، ص573، رسالة مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، لنيل درجة الدكتوراة في الفقه المقارن، 1405هـ.

²المرجع السابق، 97/21.

³السرخسي، المبسوط، 97/21.

⁴الزليعي، تبیین الحقائق، 95/6.

⁵السرخسي، المبسوط، 97/21.

⁶المرجع السابق، 97/21.

⁷الزليعي، تبیین الحقائق، 95/6.

⁸المرجع السابق، 95/6.

⁹السرخسي، المبسوط، 97/21؛ الزليعي، تبیین الحقائق، 95/6.

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة هو استحسان قياس يؤيد هذا ما جاء عند الكاساني: "أما زيادة الرهن ف جائزة استحساناً والقياس أن لا يجوز"¹.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى القول الثاني القائل بالجواز؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض؛ حيث إن المرتهن قد يظهر له للوهلة الأولى أن الرهن كافٍ لاستيفاء حقه عند تعذر السداد، ثم مع مرور الوقت يتبين له خلاف ذلك، فيحتاج الراهن في هذه الحالة إلى أن يزيد في الرهن ليضمن ويحتاط لحقه، وليطمئن قلبه.

الحكم القضائي:

فيما لو عرض على القاضي قضية، يدعي فيها المدعي بعدم جواز وقانونية الزيادة في الرهن، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بجواز الزيادة في الرهن وقانونيته؛ للمادة (713) التي تقول: (يجوز للراهن أن يزيد في المرهون بعد العقد. يعني أنه يصح أن يُضيف إليه مالاً آخر رهناً والعقد باقٍ، وهذه الزيادة تلتحق بأصل العقد يعني أن أصل العقد يكون كأنه ورد على كلا المألين، ومجموع هذين المألين يكون مرهوناً لقاء الدين القائم وقت الزيادة)².

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 6/139.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص135.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الهبة

المسألة الأولى:

أركان الهبة

الركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء بحيث إذا انتفى انتفى تبعاً له الشيء، فوجوده يعد لازماً لقيام الشيء، وفي باب المعاملات المالية يعتبر الإيجاب والقبول ركنين أساسيين في معظم العقود، وتأتي بقية الأركان من محل وعاقدين كضرورة لا بد منها في تكوين العقد.

أما عقود التبرع، مثل: الهبة فقد وقع خلاف فيها بين الفقهاء على ما سألته في المسألة التالية:

اتفق الحنفية على اعتبار الإيجاب ركناً من أركان الهبة¹، واختلفوا في القبول على قولين:

القول الأول:

ويذهب أصحابه إلى اعتبار القبول ركناً من أركان الهبة، وإليه ذهب زفر، واختاره أبو علاء السمرقندي²، والزيلي³.

القول الثاني:

عدم اعتبار القبول ركناً من أركان عقد الهبة، وبه أخذ الكاساني⁴، وخواهر زاده⁵.

أدلة القول الأول:

1- القياس على عقود المعاوضات المالية ووجهه: إلحاق الهبة بسائر العقود التي لا تتعقد - عادة - إلا بإيجاب وقبول⁶، حيث إن حكم الهبة لا يثبت بنفس الإيجاب، فلا يكون الإيجاب ذاته هبةً شرعاً؛ وذلك لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى غيره بدون تملكه له، كما وأن إلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله⁷.

558/3؛ ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (ت1353هـ)، منار السبيل في شرح الدليل، 21/2-22، المحقق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة السابعة، 1409هـ.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 6/115.

²السمرقندي، تحفة الفقهاء، 3/160.

السمرقندي: هو محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي، ويعتبر أستاذاً للكاساني، وتعد ابنته فاطمة أحد الفقيهات المتميزات على يده، وقد تزوجها الكاساني، من أشهر ما صنف: كتاب تحفة الفقهاء، واللباب في الأصول، ينظر ترجمته: القرشي، الجواهر المضوية، 2/6.

³الزيلي، تبیین الحقائق، 5/91.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 6/115.

⁵الشليبي، شهاب الدين أحمد بن محمد (ت1201هـ)، حاشية الشليبي في هامش تبیین الحقائق، 5/91، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ.

خواهر زاده: هو محمد بن الحسين بن محمد البخاري المعروف ببكر، بعد إماماً فاضلاً، من أشهر ما صنف: المختصر، المبسوط، توفي سنة 483هـ ينظر: القرشي، الجواهر المضوية، 2/49.

⁶العيني، البناية، 10/160.

⁷الكاساني، بدائع الصنائع، 6/115؛ ابن الهمام، فتح القدير، 9/20.

2- أن القبول ما هو إلا تمام لركن الإيجاب، والشئ لا يتم ببعض أركانه بدون حصول الأمر الآخر له ضرورة، حيث إن الكل ينتفي إذا انتفى جزء واحد منه¹.

أدلة القول الثاني:

1- ما جاء عن الصعب بن جثامة² (رضي الله عنه) أنه أهدى النبي (صلى الله عليه وسلم) حمارًا وحشيًا وهو بالأبواء³ وفي رواية بودان⁴، فرده النبي (صلى الله عليه وسلم) وقال: "إننا لم نردّه عليك إلا أنا حُرْمٌ"⁵.

وجه الدلالة:

أن الإهداء لفظ من ألفاظ الهبة، وقد أطلق الراوي لفظ الإهداء من غير الإشارة إلى القبول⁶.

2- وفي قول أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) في مرض موته لعائشة (رضي الله عنها): "... وإني كنتُ نحلتيك من مالي جدادَ عشرين وسقًا⁷، فلو كنتِ جَدَدْتِيهِ واحْتَرْتِيهِ كان لكِ ذلك، وإنما هو مالٌ الوارث"⁸.

وجه الدلالة:

أن النَّحْلُ يعتبر من ألفاظ الهبة، وإطلاق لفظ النحل بدون القبض دليلٌ على أن القبول ليس بركن من أركان الهبة.

قال الكاساني: "أطلق الصديق - رضي الله عنه - اسم النحلي بدون القبض والنحلي من ألفاظ الهبة فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل اللفظ لغةً بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغةً وشريعةً على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد لا يتسم التصرفُ بسمه البيع"⁹.

3- الاستحسان ووجهه: أن القبول يعتبر الأثر الذي يترتب على الهبة لنقل الملكية.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، 20/9.

² الصعب بن جثامة: هو يزيد بن قيس بن ربيعة، أمه زينب بنت حرب بن أمية أخت أبي سفيان، وقد حالف جثامة قريشًا، قيل توفي في عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، وقيل في عهد خلافة أبي بكر، وقيل في آخر خلافة عمر، أخی الرسول (صلى الله عليه وسلم) بينه وبين عوف بن مالك (رضي الله عنه)، ينظر ترجمته: ابن حجر، الإصابة، 344/3-345.

³ الأبواء: قرية في المدينة تبعد عن الجحفة ثلاثة وعشرين ميلًا، ينظر: الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت ياقوت الرومي (ت626هـ)، معجم البلدان، 79/1، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، 1995م.

⁴ ودان: قرية صغيرة بين مكة والمدينة تبعد عن الأبواء ثمانية أميال، ينظر: الحموي، معجم البلدان، 365/5.

⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، باب إذا أهدى للمحرم حمارًا وحشيًا حيًا لم يُقبل، كتاب جزاء الصيد، 13/3، حديث رقم: 1825.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6.

⁷ الوَسْقُ والوَسْقُ: مكيلة معلومة، وقيل: هو حمل بغير وهو ستون صاعًا بصاع النبي (صلى الله عليه وسلم)، وهو خمسة أرطال وثلاث، فالوسق على هذا الحساب مائة وستون منًا، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 378/10.

المن يساوي ما يقرب أربعة كيلو غرام في الإمارات وعمان، فالوسق يساوي: 4 * 160 = 640 كيلو غرام؛ ينظر: مقالة بعنوان (المن القطيفي الأشهر خليجيًا)، للكاتب عبد الرسول الغريافي، موقع جهات

الإخبارية <https://www.jehat.net>

⁸ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، 280/6، حديث رقم: 11948؛ وقال الألباني: صحيح، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، 61/6، حديث رقم: 1618، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1405هـ.

⁹ الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6.

قال الكاساني: "أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام"¹.

4- أن مقصود الواهب من الهبة - في الغالب - المدح والثناء لا تحصيل الربح وهذا يحصل - عادة - بدون قبول².

وذهب أكثر شراح الحنفية أن الهبة تكون بالإيجاب وحده في حق الواهب، أما في حق الموهوب له فتكون بالقبول، وتتم بالقبض؛ لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع³.

أما سبب الخلاف عند الحنفية في اعتبار القبول ركنًا من أركان عقود التبرع مثل: الصدقة، والهبة، والرهن، فذهب بعضهم إلى أن هذه العقود ركنها الإيجاب فقط ووجه قولهم هذا: أن عقود التبرع - وكل ما كان كذلك - يتم بالتبرع به.

وأما البعض الآخر فذهب إلى أن هذه العقود لا تتم إلا بالإيجاب والقبول، ووجه قولهم هذا هو: أنها عقود والعقد هو الإيجاب والقبول⁴.

ثمرة الخلاف في المسألة:

والخلاف الحاصل بين الحنفية خلاف معنوي أثمر خلافاً آخر في حال إذا حلف أحدهم أن لا يهب فلاناً فوهبه ولم يقبل الموهوب، ففي حنثه لليمين قولان:

القول الأول:

عدم اعتباره حانثاً ليمينه، وإليه ذهب زفر⁵.

القول الثاني:

أنه يحنث، وإليه ذهب أئمة الحنفية، ووجه قولهم هذا أنه منع نفسه من الإيجاب، أما القبول فهو تصرف للغير وليس له.

وجاء في فتح القدير: "وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل أنه يحنث استحساناً، وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل، وفي قول ما لم يقبل ويقبض، وأجمعوا على أنه إذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل أنه لا يحنث"⁶.

وجه الاستحسان:

مستند الاستحسان في هذه المسألة هو القياس؛ لأنه ورد في مقابلته، وفي هذا قال الكاساني: "أما ركن الهبة: فهو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، والقياس أن يكون ركنًا"⁷.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6.

³الزيلعي، تبيين الحقائق، 91/5؛ العيني، البناية، 160/10.

⁴الدعيلج، مبارك، الرهن في الفقه الإسلامي، ص76.

⁵العيني، البناية، 160/10.

⁶ابن الهمام، فتح القدير، 20/9.

⁷الكاساني، بدائع الصنائع، 115/6.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الأول القائل: بأن القبول ركنٌ من أركان عقد الهبة؛ إلحاقاً له بسائر العقود المالية، وأما الأدلة النقلية التي استدلت بها أصحاب القول الثاني فليس فيها تصريح بعدم اعتبار القبول ركنًا من أركان الهبة، فيلحق بسائر العقود.

كما أن القبول لا يشترط كونه لفظاً، بل إقدام الموهوب له على قبضها يعد قبولاً، يضاف إلى ذلك أن لكل إنسان أن يدفع عن نفسه المنه، فلو رأى أن قبول الهبة ليس وراءها امتنان أعلن قبوله صراحةً، وإن رأى غير ذلك ردها، وإن كان لا يستطيع ردها ردًا صريحًا لما في ذلك من خجل وحياء فيسكت، والسكوت لا يعد قبولاً ولا ردًا إلا إذا اعتبرنا بالقرائن المصاحبة له.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها الواهب أن الموهوب له قد قبض الهبة بعد أن أعلن وأبدى صراحةً أنه لا يريد لها، فما حكم القاضي؟
يقضي القاضي بتوقف العقد على إجازة الواهب في الموهوب للموهوب له؛ لأن عقد الهبة ينعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض، كما جاء في المادة (837): "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض"¹.

المسألة الثانية:

هبة الدين لمن عليه الدين

تعتبر هبة الدين الذي يملكه الإنسان في ذمة غيره، إبراءً لذمة الغير، فيملك الدين الذي في ذمته، ويترتب عليه سقوط الدين عنه، وإبراء ذمته عنه وفي صحة وجواز هذه المسألة اتفاق بين الفقهاء وهي المحور الذي تدور عليه المسألة التالية:

فهبة الدين لمن عليه الدين جائزة عند سائر الفقهاء² سواء أكان الدين حقيقة أو حكمًا، كما في حال لو كانت الهبة للوارث المدين، وفي جواز الهبة على هذه الصورة قياس واستحسان:

القياس ووجهه:

أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض؛ لأن يد القابض والمقبض واحدة فيقع القبض بالنية.

قال الكاساني: "إذا وهب لمن عليه لأن الدين في ذمته وذمته في قبضه فكان الدين في قبضه بواسطة قبض الذمة"¹.

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص162.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 6/119؛ البخلي، الفتاوى الهندية، 4/384؛ العبدري، محمد بن يوسف الغرناطي المالكي (ت897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، 8/7، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ-1994م؛ الحسيني، أبو بكر بن محمد الحصري، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، ص308، حققه: علي بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، 1994م؛ المرادوي، الإنصاف، 7/129.

الاستحسان وبيانه من وجهين:

أولهما: أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض؛ لأن القبض الحكمي يقوم مقام القبض الحقيقي وإن لم يكن متحققاً في الواقع لوجود ضرورات ومسوغات تقتضي اعتباره تقديرًا وحكمًا، وتترتب عليه أحكام القبض الحقيقي².

ثانيهما: أن قبض ما في الذمة قائم مقام قبض العين؛ وذلك لأن ما في الذمة مقدور على تسليمه إذا كان من الأموال النقدية أو غيرها، فكأن الدائن قبض الدين المتعلق له في ذمة المدين حقيقة ثم وهبه الدين.

قال الكاساني: "أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، ألا ترى أن المديون يُجبر على تسليمه إلا أن قبضه بقبض العين، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة"³.

وجه الاستحسان:

مستند الاستحسان كما هو واضح هو القياس؛ لأنه ورد في مقابلته وفي هذا قال الكاساني: "فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين قياسًا واستحسانًا"⁴.

يظهر من خلال المسألة المتقدمة يسر وسهولة الشريعة الإسلامية وبعدها عن تكليف المسلمين عن كل ما فيه عسر وصعوبة وإشكال، حيث إن الذمة والقبض متعلقة بطرف واحد، فإذا كان لرجل دين في ذمة آخر فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه، وطالما كان الأمر كذلك فليس هناك ما يدعو إلى تعسير الأحكام وإعادة القبض من جديد.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية يدعي فيها عدم قانونية وصلاحيه هبة الواهب لمن عليه دين، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بصلاحيه هبة الواهب لمن عليه دين ونفاذه؛ تنفيذًا للمادة (847): (إذا وهب أحدٌ دينه للمديون أو أبرأ ذمته عن الدين ولم يردّه المديونُ تصح الهبة ويسقط عنه الدين في الحال)⁵.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 6/119.

²المرجع السابق، 6/119.

³المرجع السابق، 6/119.

⁴المرجع السابق، 6/119.

⁵مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص163.

المسألة الثالثة:

هبة الدين لغير من عليه دين

تعتبر هبة الدين لمن عليه الدين إبراءً في حق الموهوب له، فهل ينطبق هذا الحكم على من وهب الدين لغير من عليه دين؟ هذا ما سأبينه من خلال حكم هذه المسألة.

اتفق الفقهاء على جواز هبة الدين لمن عليه دين - وقد تقدم ذلك في المسألة السابقة - واختلفوا في هبة الدين لغير من عليه دين، كما إذا وهب رجل ألف دينار له على آخر، وأمره بقبضها، أو ربما يوجد الدائن في بلد والمدين في بلد آخر، ويوجد في بلد المدين قريب أو صديق للدائن يريد أن يبره، فهل يحتاج المدين أن ينتقل إلى بلد الدائن أو يكتفي بردها إلى من يريد الدائن أن يهبه؟ ففي جواز القبض وصحة الهبة قولان:

القول الأول:

عدم جواز قبض الهبة إذا كانت الهبة ديناً لغير المدين، وإن كان بإذن الواهب، وإليه ذهب ذهب زُفر من الحنفية¹.

القول الثاني:

جواز قبض الدين لغير من عليه دين في حال إذن الواهب بالقبض، وإليه ذهب جمهور الحنفية².

أدلة القول الأول وبيانها فيما يلي:

1- عدم اعتبار الدين مآلاً.

قال السرخسي ما يفيد هذا المعنى: "رجل وهب لرجل ديناراً له على رجل، وأمره بقبضه جاز ذلك استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر؛ لأن الدين ليس بمال، حتى أن من حلف ولا مال له، وله دينٌ على إنسان لا يحنث في يمينه، والهبة عقدٌ مشروع لتمليك المال، فإذا أضيف إلى ما ليس بمالٍ لا يصحُّ باعتبار مآله كما لو وهب مسلماً خمراً من مسلماً لا يصحُّ باعتبار مآله، وهو التحلُّ"³.

2- القياس على بيع الدين لغير من عليه دين، ووجهه:

أن بيع الدين لغير من عليه الدين لا يجوز، ففي الهبة أولى؛ وذلك لأنها من عقود التبرعات التي يراد بها تمليك المال، ولا وجه لتصحيح مثل هذا العقد ولا معالجته؛ لأن العقد الذي تم بين الطرفين باعتبار أنه دين، بخلاف ما إذا وهبه لطرف آخر غير المدين.

وقد أشار السرخسي إلى هذا المعنى فقال: "والدليل عليه: أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز؛ لأنه عقد مشروع لتمليك المال، فالهبة مثله أو أولى؛ لأن الهبة لا تنتم إلا بالقبض،

¹السرخسي، المبسوط، 70/12.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 119/6.

³السرخسي، المبسوط، 70/12.

وقبض ما في ذمة الغير لا يُتصور، ولا وجه لتصحيحه إذا قبضه؛ لأن تمام عقد الهبة بقبض ما أضيف إليه العقد إلى الدين، والمقبوض عين، والعين غير الدين¹.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان وبيانه من وجهين:

- 1- أن قبض الموهوب له يقوم مقام قبض الواهب من باب نيابة أحدهما عن الآخر، قال السرخسي: "وَوَجْهُ الإِسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَنَابَهُ فِي الْقَبْضِ مَنَابَ نَفْسِهِ، فَيَجْعَلُ قَبْضَ الْمَوْهُوبِ لَهُ كَقَبْضِ الْوَاهِبِ"².
- 2- أن التسليم والقبض مقدور عليهما، قال الكاساني: "أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، ألا ترى أن المديون يُجبر على تسليمه، إلا أن قبضه بقبض العين، فإذا قبض العين قام قبضها مقام قبض عين ما في الذمة"³.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس، قال الكاساني: "وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فجاز أيضاً إذا أذن له بالقبض وقبضه استحساناً والقياس أن لا يجوز وإن أذن له بالقبض"⁴.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني القائل بالجواز؛ حيث يعد هذا الأمر فتحاً لباب البر والمعروف وفعل الخير، وهذه الأمور يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها، فربما يوجد كما تقدم في تحرير محل النزاع الدائن في بلد والمدين في بلد آخر، ويوجد في بلد المدين قريب أو صديق للدائن يريد أن يبره، فهذه تسهل الأمور فلا يحتاج إلى نقلها من بلد الدائن ثم ردها إلى من يريد هبته. كما أن الخلاف ليس في صحة الإبراء، وإنما الخلاف في اشتراط القبض، فمن اشترط في صحة الهبة القبض لم يصح هبة الدين لغير من عليه الدين، ومن لم يشترط القبض صحح الهبة على هذه الصورة.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها أن الواهب قد وهب ديناً له لغير من عليه دين، فما صحة هذا التصرف، وما حكم القاضي؟ يقضي القاضي بجواز هذا التصرف ونفاذه؛ تنفيذاً للمادة (848) التي تقول: "من وهب دينه الذي في ذمة أحدٍ لآخر وأذنه صراحة بالقبض بقوله: اذهب فخذ، فذهب الموهوب له وقبضه تتم الهبة"⁵.

¹السرخسي، الميسوط، 70/12.

²المرجع السابق، 70/12.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 119/6.

⁴المرجع السابق، 119/6.

⁵مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص163.

المسألة الرابعة:

تغيب الواهب عن القبض

يراد بقبض الهبة استيلاء القابض (الموهوب له) على الهبة، ووضع يده عليها، ويتوقف جواز قبضه على إذن الواهب، وقد يكون إذن الواهب للموهوب له صراحةً مثل أن يقول له: اقبض أو أذنت لك بالقبض ونحو هذه الألفاظ، أو يكون دلالةً مثل أن يقبض الموهوب له الهبة ولا ينهاه وسأتعرض لهاتين الصورتين على النحو التالي:

إذا أذن الواهب للموهوب له بقبض الهبة صراحةً فإن قبضه في حضرته، ذهب الحنفية إلى جواز مثل هذه الصورة اتفاقاً، إلا أنهم اختلفوا على قولين في حال عدم حضور الواهب القبض¹ كما يلي:

القول الأول:

عدم جواز قبض الهبة بعد افتراق كل من الطرفين، وإليه ذهب زفر².

القول الثاني:

جواز قبض الهبة إذا قبض الموهوب له في حال عدم حضور الواهب، وإليه ذهب جمهور الحنفية³.

أدلة القول الأول:

القياس على القبول باعتباره ركناً من أركان الهبة، فكما لا يجوز القبول بعد الافتراق، لا يجوز القبض بعد الافتراق، وإن كان بإذن الواهب⁴.

أدلة القول الثاني:

1- ما روي أن رسول الله (ﷺ) حُمِلَ إليه ست بدنات فجعلن يزدلفن إليه فنحرهن (ﷺ) بيده الشريفة وقال: (من شاء فليقتطع وانصرف)⁵.

ودلالة الحديث من وجهين:

أولاهما: أن النبي (ﷺ) أذن بالقطع لمجهول، فمن باب أولى الإذن بالقبض لمن كان معلوماً، قال السرخسي: "والأصل فيه ما روي أن النبي - ﷺ - لما نحر هداياه قال: من شاء أن يقطع فليقتطع وانصرف، فكان إذناً بالقبض لمجهولٍ يُملَكُهُ بالقبض فَلَأَنْ يَصَحَّ ذلك للمعلوم كان أولى"⁶.

ثانيهما: أن النبي (ﷺ) جوز لهم القبض بعد الافتراق إذناً منه لهم بالقبض، قال الكاساني: "فَقَدْ أَذِنَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ (ﷺ) بِالْقَبْضِ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ حَيْثُ أَذِنَ لَهُمْ بِالْقَطْعِ فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الْقَبْضِ وَاعْتِبَارِهِ بَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ"⁷.

2- الاستحسان بالحديث النبوي الشريف السابق ذكره⁸، حيث إن القبول ركن من أركان

الهبة، فكما لا يجوز القبول بعد الافتراق، كذلك لا يجوز القبض بعد الافتراق هذا في الأصل، وبعد النظر في الحديث الشريف السالف ذكره جواز النبي (ﷺ) بالقبض بعد الافتراق، حيث إنه كان استحساناً للأصل الوارد.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 124/6.

²المرجع السابق، 124/6.

³المرجع السابق، 124/6.

⁴المرجع السابق، 124/6.

⁵سبق تخريجه، ص128.

⁶السرخسي، المبسوط، 57/12.

⁷الكاساني، بدائع الصنائع، 124/6.

⁸المرجع السابق، 124/6.

3- القياس على إذن البائع للمشتري بقبض المبيع بعد الافتراق.
قال الكاساني: "ولأن الإذن بقبض الواهب صريحاً بمنزلة إذن البائع بقبض المبيع،
وذلك يعمل بعد الافتراق كذا هذا"¹.

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة مبني على الحديث السابق، حيث إن القبول ركن من أركان الهبة فكما لا يجوز القبول بعد الافتراق، كذلك لا يجوز القبض بعد الافتراق، وبعد ورود الحديث الشريف الذي يدل على جواز القبض بعد الافتراق، فكان استحساناً للأصل الوارد، قال الكاساني: "وجه الاستحسان: ما روي أن رسول الله (ﷺ) ... الحديث"².

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني القائل بالجواز؛ لقوة أدلتهم حيث يجوز قبض الهبة في حال تغيب الواهب، إذا وجد نصاً صريحاً بقبض الهبة؛ للحديث النبوي الشريف فقد أذن النبي (ﷺ) لهم بالقبض بعد أن فارقهم، وقياساً على إذن البائع للمشتري بقبض المبيع بعد الافتراق.

الحكم القضائي:

فيما لو رفعت قضية إلى القاضي يدعي فيها أن الموهوب له قد قبض الهبة أثناء تغيب الواهب، وكان قد أذن له صراحة بالقبض، فما حكم القاضي في ذلك؟
يقضي القاضي بصحة قبض الموهوب له أثناء غياب الواهب؛ تنفيذاً للمادة (845) التي تقول: (المشتري أن يهب المبيع لآخر قبل قبضه من البائع، ويأمر الموهوب له بالقبض)³ حيث وهب المشتري المبيع قبل قبضه، وأمر الموهوب له بالقبض، حيث تضمنت هذه المادة ضمناً بصحة قبض الموهوب له أثناء غياب الواهب.

المسألة الخامسة:

قبض الموهوب له العين في المجلس

يشترط في صحة الهبة القبض، ولا بد فيه من إذن الواهب على الأحوط فهل يعتبر عدم إذن الواهب صراحة مخرلاً بصحة الهبة؟ سألين ذلك من خلال هذه المسألة.
اختلفت الحنفية في حال إذن الواهب دلالة كأن لا ينهاه عن القبض، إلى قولين⁴:

القول الأول:

عدم جواز القبض بغير إذن الواهب صراحة، وإليه ذهب زُفر⁵.

القول الثاني:

جواز القبض إذا كان الإذن علم دلالة من غير تصريح في حال حضر الواهب القبض، واختاره جمهور الحنفية⁶.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 6/124.

²المرجع السابق، 6/124.

³مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص163.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 6/124.

⁵السرخسي، المبسوط، 12/57.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 6/124.

أدلة القول الأول:

القياس على البيع، ووجهه:

1- أن التصرف في ملك الغير من غير إذن يعد تعدياً على حق الغير، قياساً على المشتري إذا قبض بغير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق استرداد المبيع، مع أن المشتري يملك حقاً في المبيع بموجب العقد.

قال السرخسي: "وجه القياس: أن العين باقية على ملك الواهب، وليس لأحد أن يقبض ملك غيره بغير إذنه، فكان متعدياً في القبض لا متملكاً"¹.

2- أن القبض يعتبر ركناً من أركان الهبة فهو بمنزلة القبول، ولا يجوز من غير إذن الواهب².

وبمعنى آخر فإنه كما ينعقد البيع ويتم إذا وقع الإيجاب من أحد الطرفين وتلاه بعد ذلك أحياناً القبول بالقول من الطرف الآخر، أو بالفعل كما يتم أحياناً أخرى، والقبول بالفعل قد يكون أقوى من القبول بالقول؛ لأنها إذا انعقدت بالقبول القولي فإنها تنعقد غير تامة³.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان، وبيانه من أوجه:

1- اعتبار إيجاب الواهب إذناً للموهوب له بالقبض؛ لأن غرض الواهب - عادةً - إتمام تبرعه، ولا يكون ذلك إلا مع القبض فجعل الإيجاب تسليطاً منه على القبض، وإن كان الإيجاب قد وقع تعريضاً ودلالة.

قال الكاساني: "أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن؛ الإقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض؛ لأنه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك إلا بالقبض فكان الإقدام على الإيجاب إذناً بالقبض دلالة، والثابت دلالة كالثابت نصاً، بخلاف ما بعد الافتراق؛ لأن الإقدام دلالة الإذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق؛ ولأن للقبض في باب الهبة شبهة بالركن فيثبته القبول في باب البيع وإيجاب البيع يكون إذناً بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق، فكذا إيجاب الهبة يكون إذناً بالقبض لا بعد الافتراق"⁴.

2- أن الثابت دلالة كالثابت نصاً، فإذا أذن الواهب بالقبض صراحةً صح قبض الموهوب له للموهوب في مجلس الهبة أو بعد افتراق الطرفين عن مجلس الهبة، فالثابت بالنص يثبت على كل وجه.

أما الإذن دلالة فمقيد بالقبض في مجلس الهبة⁵.

3- أن الضرورة تقتضي لبقاء الإيجاب على الصحة وجود القبض؛ لأنه لو فات الموهوب له قبض الهبة وهلك الموهوب قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحيحاً، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، والضرورة قد زالت بثبوت الإذن في المجلس، جاء في تبين الحقائق: "والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، والضرورة ترتفع بثبوت الإذن في المجلس؛ لأن الإيجاب يبقى صحيحاً متى قبض في المجلس، فلا يُعتبر ثابتاً فيما وراء المجلس بخلاف ما لو أثبت نصاً؛ لأن الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس"⁶.

¹ السرخسي، المبسوط، 57/12.

² الكاساني، بدائع الصنائع، 124/6.

³ حيدر، علي، درر الحكام، 407-406/2.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع، 124/6.

⁵ حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، 410-409/2.

⁶ الزيلعي، تبين الحقائق، 92/5.

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة مبني على الضرورة، وقد تقدم ما جاء في كتاب تبين الحقائق.
قال السرخسي: "قبضه الموهوب له بإذن الواهب ملكه، وإن قبضه بغير إذنه في القياس: لا يملكه، وفي الاستحسان: يملكه، نص على ذلك في الزيادات"¹.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى القول الثاني الفائل بالجواز؛ لقوة أدلتهم، حيث إن الإذن دلالة يقوم مقام الإذن الصريح، ولأن الضرورة تقتضي بقاء الإيجاب صحيحاً، حيث إن قياس الهبة على البيع قياس مع الفارق، فيسقط الاستدلال.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها أن الموهوب له قبض الهبة في المجلس دلالة، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بصحة القبض ونفاذه؛ حيث إن الإذن دلالة يقوم مقام الإذن الصريح، تنفيذاً للمادة (844): "إذا أذن الواهب صراحةً بالقبض يصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبة وبعد الافتراق، أما الإذن دلالةً فمعتبر بمجلس الهبة ولا يُعتبر بعد الافتراق. مثلاً: لو قال: وهبتك هذا وقبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح، وأما لو قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح، كذلك لو قال: وهبتك المال الذي هو في المحل الفلاني، ولم يقل: اذهب وخذهُ. فإذا ذهب الموهوب له وقبضه لا يصح"²، وللمادة (843): "إيجاب الواهب إذن دلالةً بالقبض"³.

المسألة السادسة:

أهلية القبض

معنى الأهلية: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق وتثبت عليه الواجبات ويصح منه التصرفات⁴.
وقد اتفق الحنفية على جواز قبض الهبة من قبل الصبي الذي يعقل، وفي المسألة قياس واستحسان⁵.

ويتضمن القياس وجهين هما:

الوجه الأول: اعتبار البلوغ شرطاً لصحة القبض استحساناً، يلحق بهذا سائر العقود التي من شرط القبض فيها العقل مع البلوغ⁶.

الوجه الثاني: أن الصبي لا يملك الولاية لنفسه وإنما يملك ذلك عنه وليه، فلا يجوز قبضه⁷.

أما الاستحسان فبيانه كذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن العادة جرت بين الناس بجواز التصديق على الصبيان من غير أن يعلم نكير في هذا، وهذا الأصل يعتبر من الأصول التي لا يختلف عليها أحد.

قال السرخسي: "ثم العادة الظاهرة بين الناس التصديق على الصبيان من غير نكير منكر، وتعامل الناس من غير نكير منكر أصل من الأصول كبير"¹.

¹السرخسي، المبسوط، 57/12.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص163.

³المرجع السابق، ص163.

⁴شبير، محمد، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ص220، دار النفائس، الأردن، 2009م.

⁵السرخسي، المبسوط، 62/12.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 126/6.

⁷المرجع السابق، 126/6.

الوجه الثاني: أن الصبي لا يسقط حق نفسه إلا لحجر شرعي، ولا حجر عليه، فيما يعود فيه عليه بالنفع المحض.

وقد قال السرخسي ما يفيد هذا المعنى: "وجه الاستحسان: أنه إنما لا يُعتبر عقله لدفع الضرر عنه، فالظاهر أنه لا يتم نظره في عواقب الأمور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه، وهذا فيما يتردد بين المضرة، والمنفعة فأما فيما يتمحض منفعته لا يتحقق هذا المعنى، وقد بيّننا أنّ في اعتبار عقله توفير المنفعة عليه، وإذا كان فيما لا يمكن تحصيله له بغيره إذا كان محض منفعة يُعتبر عقله لتوفير المنفعة عليه بطريقتين"².

وجه الاستحسان:

أن الاستحسان مبناه على القياس؛ لأنه ورد في مقابلته.
قال الزيلعي: "وجه الاستحسان أنّه إنما لا يُعتبر عقله لدفع الضرر عنه؛ لأنّ الظاهر أنه لا يتم به نظره في عواقب أمورهِ لِعَدَمِ اعتدالِ عقله"³.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها أن الصبي المميز قبض الهبة بدون إذن وليه، فما حكم القاضي؟
يقضي القاضي بصحة قبض الصبي المميز ونفاذه؛ تنفيذاً للمادة (853): "إذا وُهب شيء للصبي المُميّز تَمَّ الهبةُ بقَبْضِهِ إِيَّاهُ وَإِنْ كَانَ لَهُ وَلِيٌّ".

¹السرخسي، المبسوط، 63/12.

²السرخسي، المبسوط، 63-62/12.

³الزيلعي، تبين الحقائق، 96/5.

المبحث الرابع الغضب

تعريف الغضب:

الغضب في اللغة: أخذ الشيء ظمًا، غضب الشيء يغضبه غضبًا، واغتصبه، فهو غاصب، وغضبه على الشيء: قهره، وغضبه منه. والاعتصاب مثله، والشيء غضب ومغضوب¹.

الغضب في الاصطلاح: هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال².

وقد تأكدت حرمة في الشرع بالكتاب والسنة:

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الذَّبَابُ فَأَمْنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝٢٩﴾ [النساء: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ۝١٠﴾ [النساء: ١٠].

وأما السنة: قال رسول الله (ﷺ) في خطبته: (أَلَا إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بِلَدِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا)³، فثبت أن الفعل عدوان محرّم في المال كهو في النفس؛ ولهذا يتعلق به المأثم في الآخرة كما قال رسول الله (ﷺ): (من ظلم قيد شبرٍ طَوْفَهُ من سبع أرضين)⁴ إلا إن المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به⁵. وكذلك قول النبي (ﷺ): (لا يحل مال امرئٍ إلا بطيب نفسٍ منه)⁶، وقول النبي (ﷺ): (سباب المسلم أخاه فسوق، وقتاله كفر، وحرمة ماله كحرمة دمه)⁷. وإن فعله لا عن علم، بأن ظن أنه ملكه فلا مؤاخذه عليه؛ لأن الخطأ مرفوع المؤاخذه شرعًا ببركة دعاء النبي (ﷺ): (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)⁸ وقوله (ﷺ): (إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)⁹.

¹ ابن منظور، لسان العرب، 648/1.

² الكاساني، بدائع الصنائع، 143/7.

³ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب حجة الوداع، 176/5، حديث رقم: 4403.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض، 130/3، حديث رقم: 2453.

⁵ السرخسي، المبسوط، 49/11.

⁶ أخرجه أحمد في مسنده، حديث عم أبي حرة الرقاشي، 299/34، قال شعيب الأرنؤوط وغيره: إسناده ضعيف.

⁷ أخرجه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن مسعود، 296/7، حديث رقم: 4262، قال شعيب الأرنؤوط: صحيح، وهذا الإسناد ضعيف.

⁸ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، بلب قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبَدُّوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخَفُّوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٤].

[٢٨٤]، 115/1-116، حديث رقم: 344.

⁹ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المُكْرَه والنَّاسِي، 659/1، حديث رقم: 2043، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، وهو حديث صحيح، ينظر: ابن حجر، بلوغ المرام، ص409، حديث رقم: 1078.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الغصب المسألة الأولى: ضمان العقار المغصوب

قد يغصب رجلٌ دارًا ويسكنها، فإن انهدمت من سكتاه أو من عمله فهو ضامنٌ لذلك¹، لأنه متلفٌ لما انهدم بفعله، والإتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول، وإن انهدمت من غير عمله، فهل عليه ضمان؟

اختلف الحنفية على قولين:

القول الأول: عدم وجوب الضمان، فالغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما في العقار²، العقار²، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر³.
القول الثاني: وجوب الضمان، وهو قول أبي يوسف الأول، ومحمد⁴.

أدلة القول الأول:

الحكم ينبني على السبب وأصل المسألة؛ لأن العقار لا يُضمَّن بالغصب في القياس⁵.

أدلة القول الثاني:

1- حديث النبي (ﷺ): (مَنْ غَصَبَ رَجُلًا أَرْضًا ظَلَمًا لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانٌ)⁶.
وجه الدلالة:

أ- بين النبي (ﷺ) أن أخذ أموال الناس بدون وجه حق من أعظم المحرمات.
ب- أطلق النبي (ﷺ) لفظ الغصب على العقار⁷، فإن كان النبي (ﷺ) قد أطلق على من من يستولي على عقار ظلمًا دون وجه حق غاصبًا فإنه يضمن إن تلف المغصوب به وإن كان من غير عمله؛ لأن النبي (ﷺ) توعدده بغضب الله، فإن الضمان والتعويض أيسر وأسهل من غضب الله يوم القيامة.

2- من حيث العرف، يقال: غصب دار فلان⁸.

3- ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تُسمع حتى لا تندفع بإقامة ذي اليد البينة على أن يده يدُ أمانة، وإذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حُكْمُهُ والمعنى فيه⁹.

¹السرخسي، المبسوط، 73/11.

²المرجع السابق، 73/11.

³المرجع السابق، 73/11.

⁴المرجع السابق، 73/11.

⁵المرجع السابق، 73/11.

⁶أخرجه الطبراني في المعجم الكبير، باب الواو، 18/22، حديث رقم: 25، المحقق: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، وهو حديث صحيح، ينظر: الألباني، محمد بن ناصر، صحيح الترغيب والترهيب، 381/2، حديث رقم: 1871، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1421هـ.

⁷السرخسي، المبسوط، 73/11.

⁸المرجع السابق، 73/11.

⁹المرجع السابق، 73/11.

وجه الاستحسان:

مبنى الاستحسان في هذه المسألة القياس، فهو استحسان قياس، قال السرخسي: "لأنّ العقار لا يُضمّن بالغصب في القياس، وهو قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر - رحمهم الله -، وفي الاستحسان يُضمّن" ¹.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم، فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني بتضمين الغاصب؛ لقوة أدلتهم حيث إن النبي (ﷺ) أطلق لفظ الغصب على العقار، وفي العرف يقال: غصب دار فلان، وزجرًا للغاصب وتغليظًا عليه.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المغصوب منه أن الغاصب قد غصب داره، وانهدمت الدار أثناء الغصب، ورد الغاصب أن الدار قد انهدمت بدون عمله، فطالب المغصوب منه بالضمان، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بتضمين الغاصب وإن انهدمت الدار بدون عمله؛ تنفيذًا للمادة (891): "كما أنّه يلزم أن يكون الغاصب ضامنًا إذا استهلك المال المغصوب، كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديّه أو بدون تعديّه يكون ضامنًا أيضًا، فإن كان من القيمات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه، وإن كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله" ².

المسألة الثانية:

حلُّ انتفاع الغاصب بالمغصوب

حرم الشرع الغصب، فمن غصب شيئًا كان عليه إثمٌ ووزر، وفي حال غصب شخص شيئًا من المغصوب منه فهل يحل له الانتفاع بهذا المغصوب؟
اختلف الحنفية في ذلك على قولين:

القول الأول: للغاصب أن ينتفع بالمغصوب قبل أن يؤدي الضمان، وهو قول زفر ³.
القول الثاني: ليس للغاصب أن ينتفع بالمغصوب ما لم يؤدّ الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي، وهو وقول أئمة الحنفية ⁴.

أدلة القول الأول:

القياس: حيث إن ملكة حادثٌ بكسبه ⁵.

¹السرخسي، المبسوط، 73/11.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص172.

³السرخسي، المبسوط، 88/11.

⁴المرجع السابق، 88/11.

⁵المرجع السابق، 88/11.

أدلة القول الثاني:

1- الاستحسان: حديث النبي (ﷺ) في الشاة المغصوبة المذبوحة المشوية للمرأة: "أطعميه الأسارى"¹.

وجه الدلالة: وهذا الأمر العالي يدل على عدم حل انتفاع الغاصب قبل أداء الضمان وقبل الإرضاء عند زوال ملك المالك، فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوماً يبين أن الغاصب قد ملكها إذ مال الغير يُحفظ عنه إذا أمكن وثمنه بعد البيع، فلما أمره بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع قبل الإرضاء.²

2- لو أجزى الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان للمغصوب منه فإن ذلك سيفتح باب شر وفساد.

وجه الاستحسان:

مبنى الاستحسان في هذه المسألة على النص النبوي، قال السرخسي: "ثم على قول زفر للغاصب أن يأكل هذا الدقيق، وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان، وهو القياس؛ لأن ملكه حادث بكسبه، وفي الاستحسان، وهو قولنا ليس له أن ينتفع بما لم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي، أو يُقضى عليه بالضمان"³.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني، بعدم جواز الانتفاع بالمغصوب قبل أداء الضمان؛ لقوة أدلتهم، حيث إن النبي (ﷺ) أمر بالتصدق بالشاة فيدل على حرمة الانتفاع بها قبل الإرضاء، وهو أقرب للاحتياط، وسداً للزريعة أمام المفسدين.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها أنه قد غصب شاة وذبحها وأكلها بعد شويها، ويريد أن يؤدي الضمان للمغصوب منه، فما حكم القاضي في ذلك؟
يقضي القاضي بأن الغاصب عليه الضمان مع الإثم؛ تنفيذاً للمادة (899) "إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامناً ويبقى المال المغصوب له، مثلاً لو كان المال المغصوب حنطة وجعلها الغاصب بالطحن دقيقاً يضمن مثل الحنطة، ويكون الدقيق له كما أن من غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه يكون ضامناً للحنطة ويكون المحصول له"⁴.

¹أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في اجتناب الشبهات، 244/3، حديث رقم: 3332، وصححه الألباني في كتابه صحيح وضعيف سنن أبي داود، 2/1، حديث رقم: 3332.

²حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 551/2.

³المرجع السابق، 88/11.

⁴مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص173.

المبحث الخامس

الإكراه

الإكراه في اللغة:

(كْرَهُ) الكاف والراء والهاء: أصل صحيح واحد، يدل على خلاف الرضا والمحبة، يقال: كرهت الشيء أكرهه كَرْهًا، والكْرَهُ: أن تُكَلِّفَ الشيء فتعمله كارهًا¹.

وفي القاموس المحيط: الكْرَهُ، ويُضَمُّ: الإِبَاءُ، والمَشَقَّةُ، أو بالضم: ما أكرهت نفسك عليه، وبالفتح: ما أكرهك غيرك عليه².

ويلاحظ مما سبق أن معاني الإكراه في اللغة تدور حول المشقة والإجبار، وانتفاء الرضا والمحبة³.

الإكراه في الاصطلاح:

حملُ الغير على أمر يمتنع عنه، بتخويف بقدرِ الحامل على إيقاعه، ويصير الغير خائفًا به، فأتت الرّضاء بالمباشرة⁴.

أقسام الإكراه:

يقسم الإكراه إلى قسمين: إكراه ملجئ، وإكراه غير ملجئ.

- 1- فالإكراه الملجئ أو التام: هو الذي ينعدم فيه الرضا، ويفسد معه الاختيار، كأن يهدده بالقتل، أو بقطع عضو من أعضائه كيدته أو رجله، أو بضرب شديد يفضي إلى هلاكه، أو إتلاف عضو من أعضائه، أو الحبس مدة طويلة، ولا يستطيع المُكرَه الصبر على ذلك⁵.
- 2- أما الإكراه غير الملجئ: هو الذي ينعدم فيه الرضا، ولا يفسد معه الاختيار، كالإكراه بالقيء، أو الضرب، أو الحبس، أو نحوها من الأشياء التي لا يخشى منها إتلاف نفس أو عضو⁶.

¹ابن فارس، مقاييس اللغة، 5/172.

²الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1/1252.

³السلمي، ماجد بن خليفة، الإكراه وأثره في الفقه والقضاء، ص1133، الطبعة الأولى، 1441هـ.

⁴البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، 4/383.

⁵المرجع السابق، 4/383.

⁶المرجع السابق، 4/383.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الإكراه المسألة الأولى: الإكراه على البيع بأقل من ثمن المثل

قد يجبر شخص ذو قوة آخر ضعيف على بيع ماله بأقل من ثمن المثل، فلو أكره شخص آخر بالقتل أو السجن على أن يبيع شيئاً بألف درهم على أن قيمته عشرة آلاف، فباعه بخمسمائة درهم، فما حكم هذا البيع؟

في القياس البيع جائز؛ لأنه أتى بعقدٍ آخر سوى ما أكره عليه، فالبيع بخمسمائة غيرُ البيع بألفٍ بدليل الدعوى، والشهادة، وإذا أتى بعقدٍ آخر كان طائعاً فيه كما لو أكره على البيع فوهب له¹.

وفي الاستحسان البيع باطل؛ لأنه إذا أكرهه على البيع بألف، فقد أكرهه على البيع بأقل من ألف؛ لأن قصد المكره الإضرار بالمكره، وفي معنى الإضرار هذا المبيع، فوق البيع بألف، فكان هو محصلاً مقصود المكره، فلهذا كان مكرهاً، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف إذا باع بألفين ينفذ على الموكل، والوكيلُ ب شراء عيّن بألفٍ إذا اشتراها بخمسمائة ينفذ على الموكل؛ لأن في هذا تحصيل مقصود الموكل، فوق ما أمره به، فلا يُعدُّ خلافاً، ولو باعه بأكثر من ألف كان البيع جائزاً؛ لأن هذا في معنى الإضرار دون ما أمره به المكره، فلم يكن هو محصلاً مقصود المكره فيما باشره، وهذا؛ لأن الممتنع من البيع بألف لا يكون ممتنعاً من البيع بألفين، والممتنع من البيع بألف يكون ممتنعاً من البيع بخمسمائة². وهذا ما أميل إليه؛ لأن البيع بأقل مما أكره عليه فيه إضرار واضح بالمكره، والشرع قد نفى الضرر والإضرار.

وجه الاستحسان:

مبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس، فهو استحسان قياس؛ لأن المكره قصده إضرار المكره، فالقياس يقتضي صحة العقد؛ لأنه أتى بعقد آخر سوى ما أكره عليه، وبعد إمعان النظر في المسألة فالبيع باطل؛ لأنه إذا أكرهه على البيع بألف، فقد أكرهه على البيع بأقل من ألف؛ لأن قصده إضرار المكره، قال السرخسي: "في القياس البيع جائز؛ لأنه أتى بعقدٍ آخر سوى ما أكره عليه، فالبيع بخمسمائة غيرُ البيع بألفٍ بدليل الدعوى، والشهادة، وإذا أتى بعقدٍ آخر كان طائعاً فيه كما لو أكره على البيع فوهب له، وفي الاستحسان البيع باطل؛ لأنه إذا أكرهه على البيع بألف، فقد أكرهه على البيع بأقل من ألف؛ لأن قصد المكره الإضرار بالمكره"³.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي أن شخصاً أكرهه بالقتل على بيع ماله بأقل من ثمن المثل، فباعه بأقل مما أكره عليه، فما حكم القاضي؟
يقضي القاضي بعدم جواز هذا البيع ونفاذه؛ تنفيذاً للمادة (1006): (لا يعتبر البيع الذي وقع بإكراهٍ معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة، ملجئاً كان الإكراه أو غير الملجئ، ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يعتبر)⁴.

¹السرخسي، المبسوط، 60/24.

²المرجع السابق، 60/24-61.

³المرجع السابق، 60/24.

⁴مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص194.

المسألة الثانية: الإكراه على الهبة

قد يُكره شخصٌ آخر على الهبة، فلو أكره شخص آخر على أن يهب له نصف الدار مقسومًا، فوهب المُكره الدار كلها إلى الموهوب له، ودفعها إليه، فما حكم ذلك؟

المسألة يتنازعها قياس واستحسان، ففي القياس الهبة جائزة؛ لأنه أمره أن يقسم، ثم يهب له، فحين وهب الدار كلها قبل أن يُقسم، فقد خالف ما أمره، وكذلك هذا القياس في البيع لو أمره أن يبيعه نصف الدار مقسومًا، فباعه الدار كلها¹.

أما في الاستحسان فالعقد باطل؛ لأنه قد بطل في البعض للإكراه، فيبطل فيما بقي لاتحاد الصفقة، وجهالة ما ينفذ فيه العقد، والله أعلم². وهذا ما أميل إليه في إبطال هذا العقد؛ لوجود الإكراه، والشرع قد نفى إلحاق الضرر بالآخرين.

الحكم القضائي:

فيما يعرض على القاضي قضية يدعي فيها المدعي أن شخصًا أكرهه على هبة نصف بيته مقسومًا، فوهبه كله تحت الإكراه، ورفع ذلك إلى القاضي ليرد إليه حقه، فما حكم القاضي؟ يقضي القاضي بعدم صحة هذا العقد ونفاذه؛ تنفيذًا للمادة (1006): "لا يُعتبرُ البيعُ الذي وقع بإكراهٍ معتبر ولا الشراء ولا الإيجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والإقرار والإبراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا إسقاط الشفعة، ملجئًا كان الإكراه أو غير الملجئ، ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه يُعتبر"³.

¹السرخسي، المبسوط، 112/24.

²المرجع السابق، 112/24.

³مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص194.

المبحث السادس الشفعة

تمهيد:

تعريف الشفعة لغةً:

مادة الكلمة هي (ش، ف، ع) وهي خلاف الوتر، يقال: كان وترًا فشفعته شفعا، ومنه الشفعة وهي بمعنى الزيادة¹.

تعريف الشفعة شرعاً:

تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه².

حكمها:

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على مشروعية الشفعة، واستدلوا على مشروعيتها من الكتاب، والسنة، والإجماع على النحو التالي³:

من الكتاب: قول الله تعالى: ﴿مَنْ يَشْفَعْ شَفْعَةً حَسَنَةً﴾ [النساء: 85].

من السنة النبوية: ما روي عن جابر (رضي الله عنه) قال: (قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكَةٍ لَمْ تُفْسَمْ، رُبْعَةً⁴ أَوْ حَائِطٍ، لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَحَدٌ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ)⁵.

وجه الدلالة:

تثبت الشفعة في العقار، ولا شفعة في المنقول⁶.

الإجماع:

وقد أجمع الفقهاء على جواز الشفعة في العقار للشريك⁷.

¹ابن منظور، لسان العرب، 8/183-184.

²ابن نجيم، البحر الرائق، 8/143.

³الزليعي، تبیین الحقائق، 5/239-240؛ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (ت463هـ)، الاستذكار، 7/66-67، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ-2000م؛ الشيرازي، المهذب، 2/212؛ ابن ضويان، منار السبيل، 1/442.

⁴رَبْعٌ: الدارُ بعينها حيث كانت، جمعها: رباعٌ وربوعٌ وأرباعٌ وأرباعٌ، ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1/718.

⁵أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة، باب الشفعة، 3/1229، حديث رقم: 1608.

⁶النووي، شرح النووي على مسلم، 11/45-46.

⁷السرخسي، المبسوط، 14/90-91؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4/40؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 2/212؛ ابن قدامة، المغني، 5/229.

الحكم القضائي المستدل له بالاستحسان في الشفعة المسألة الأولى: شفعة ما كان ملحقا بالعمار

يعتبر العمار هو محل الشفعة عند الجمهور، وأحق الحنفية بالعمار ما في معناه وحكمه مثل العلو، بخلاف سائر المنقولات والعروض التجارية التي لا تجوز الشفعة فيها، وفي هذه المسألة سأوضح صورة ما كان في معنى العمار وحكمه على النحو التالي¹:

إن وضع العقارات في العصر الراهن يختلف عما هو عليه في العصر الماضي، فكثير من المباني السكنية الكبيرة، وبخاصة المجمعات السكنية ذات الأدوار المتعددة التي يجمعها مبنى واحد لملاك متعددين، فإذا أراد أحدهم جمع شتات المبنى بحيث يكون لمالك واحد فإن الشفعة تكون خير وسيلة لذلك. مثل الحنفية لهذه الصورة بما يلي:

لو كان لشخص ما علو على دار، وبقية الدار لرجل آخر، فباع صاحب العلو علوه، أو باع الرجل بقية الدار بطريقة ففي جواز الشفعة قياس واستحسان².

أما القياس: فهو عدم جواز الشفعة في العلو إحقاقاً بالمنقولات، بحكم أنه بناء، والبناء لا شفعة فيه؛ لأنه لا يبقى على وجه الدوام، مثل: الطوابق التي لا أرض لها فيجري عليها ما يجري على المنقول من عدم جواز الشفعة فيه³.

وفي الاستحسان: تجوز الشفعة في العلو والسفل، حكى الاستحسان عن أبي يوسف⁴.
وبيان الاستحسان في المسألة من أوجه هما:

أ- أن المنفعة في الشفعة قائمة على سبيل التأييد كونه بمنزلة جارين.

قال السرخسي: "ووجه الاستحسان أن لصاحب العلو حق قرار البناء، وبه يستحق اتصال أحد المالكين بالآخر على وجه التأييد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الأراضي الموقوفة، فإن الاتصال هناك غير متأكد"⁵.

ب- لأن العلو في معنى العمار من حيث البقاء.

قال الكاساني: "أن العلو في معنى العمار؛ لأن حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبهه العمار الذي لا يحتمل الهلاك فكان ملحقا بالعمار فيعطى حكمه"⁶.

ت- لدفع الضرر عن الجار بسبب تلازم الطوابق بعضها ببعض في المرافق الخاصة ففي هذا العصر تشترك المجمعات في الخدمات العامة، مثل: خطوط الكهرباء، وتوصيلات المياه، والهاتف وغيرها، فيندفع بالشفعة فيها ضرر لا يقل عن ضرر الشركة.

قال الميداني⁷: " والشفعة واجبة في العمار وما في حكمه كالعلو، وإن لم يكن طريقه في السفل؛ لأنه التحق بالعمار بما له من حق، وإن كان العمار مما لا يقسم لوجود سببها وهو الاتصال في الملك، والحكمة دفع ضرر سوء الجوار"⁸.

¹ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4889/6.

² الكاساني، بدائع الصنائع، 9/5.

³ المرجع السابق، 10-9/5.

⁴ العيني، البناية، 351-350/11.

⁵ السرخسي، المبسوط، 132/14.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، 10/5.

⁷ هو عبد الغني بن طالب بن حمادة الدمشقي الميداني، له العديد من المصنفات، مثل: اللباب، شرح العقيدة الطحاوية، كشف الالتباس، توفي سنة 1298هـ، ينظر ترجمته: الزركلي، الأعلام، 33/4.

⁸ الميداني، عبد الغني بن طالب بن حمادة الدمشقي الحنفي (ت1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، 109/2، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان هو القياس، ويؤيد هذا ما جاء في بدائع الصنائع: " وَجْهُ الإِسْتِحْسَانِ أَنَّ الْعُلُوَّ فِي مَعْنَى الْعِقَارِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْبِنَاءِ عَلَى السُّفْلِ حَقٌّ لَازِمٌ لَا يَحْتَمِلُ الْبُطْلَانَ"¹.
فيرى الحنفية كما تقدم أن العلو يستحق بالشفعة لأصحاب السفلى، إذا تصرف صاحب العلو فيه لأجنبي، كما أن السفلى يستحق بالشفعة لأصحاب العلو إذا كان هناك طريق أو سلم أو مصعد كهربائي بينهما بسبب الاشتراك في حق من حقوق الارتفاق وهو حق المرور².

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها أن صاحب الطابق العلوي قد باع علوه لشخص أجنبي، ويطلب صاحب الطابق السفلي ذلك العلو بالشفعة، علمًا بأن لكل واحد منهما باب على الطريق العام، فما حكم القاضي؟
يقضي القاضي بالشفعة لصاحب الطابق السفلي؛ تنفيذًا للمادة (1011): (إذا كان الطابق العلوي من البناء ملكاً أحدٍ والسفلي ملكاً آخر يُعَدُّ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ جَارًا مُلَاصِقًا)³.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 10/5.

²إدريس، عبد الفتاح، أحكام الشفعة، ص69، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1421هـ.

³مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص196.

الفصل الثالث

كتاب الشركة والمضاربة والشهادة والإقرار

المبحث الأول: كتاب الشركة

المبحث: كتاب المضاربة

المبحث الثالث: كتاب الشهادة

المبحث الرابع: كتاب الإقرار

المبحث الأول كتاب الشركة

تمهيد:

تعريف الشركة لغة:

الشَّرِكَةُ والشَّرِكَةُ بمعنى واحد وهو: مخالطة الشريكين، يقال: اشتركنا، بمعنى: تشاركنا، ويأتي بمعنى النصيب ويجمع على أشراك¹.

تعريف الشركة اصطلاحًا:

شركة العقود هي ثلاثة أنواع:

- 1- شركة بالأموال وهي: أن يشترك اثنان في رأس المال، على أن يكون البيع والشراء بينهما².
- 2- شركة الأعمال: هي عبارة عن عقد شركة على تقبل محل الأعمال وعملها، ويكون كل واحد من الشريكين وكيلاً عن الآخر في تقبل الأعمال³.
- 3- شركة الوجوه: أن يشترك اثنان فأكثر ولا مال لهما، وإنما لهما وجهة بين الناس، فيشتريا بالنسيئة ويبيعا بالنقد، والربح بينهما⁴.

وفي كل منهما تدخل شركة العنان والمفاوضة⁵.

أما المفاوضة: فهي أن يشترك اثنان مع شرط التساوي في المال والربح والتصرف⁶.
أما شركة العنان: فهي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما، ولا يشترط التساوي بينهما⁷.

حكمها:

اتفق الفقهاء على مشروعية العقد⁸، واختلفوا في أنواعها، واستدلوا على مشروعيتها من الكتاب، والسنة، والإجماع.

فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا

الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ﴾ [ص: ٢٤].

وجه الدلالة: أنه ورد في معنى الخلطاء أنهم الشركاء¹.

¹ابن منظور، لسان العرب، 448/10.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 56/6.

³حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 411/3.

⁴الميداني، اللباب في شرح الكتاب، 128/2.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 57/6.

⁶الميداني، اللباب في شرح الكتاب، 122/2.

⁷المرجع السابق، 125/2.

⁸شركة العقد تنقسم إلى قسمين: مفاوضة، وعنان وتختلف العنان عن شركة المفاوضة اختلافًا جذريًا من حيث شرط التساوي في الربح ورأس المال.

الكاساني، بدائع الصنائع، 56/6؛ ابن رشد، بداية المجتهد، 35/4؛ الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت977هـ)، الإقناع، 316/2، مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، بيروت؛ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 208-207/2.

ومن السنة قول النبي (ﷺ): (أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه)².
والإجماع: وأجمع العلماء على جواز الشركة بشكل عام وإن كان قد وقع الخلاف في
بعض الأنواع³. وحكى الإجماع ابن حزم⁴.

¹ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الخزرجي (ت671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، 178/15، تحقيق: أحمد
البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ - 1964م.
² أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الشركة، 265/5، حديث رقم: 3383، وقال الألباني:
ضعيف، صحيح وضعيف سنن أبي داود، 2/1، حديث رقم: 3383.
³ الكاساني، بدائع الصنائع، 56/6؛ الحطاب، مواهب الجليل، 117/5؛ الشربيني، الإقناع، 316/2؛ البهوتي،
شرح منتهى الإرادات، 207/2.
⁴ ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت456هـ)، مراتب الإجماع، ص91، دار الكتب
العلمية، بيروت، لبنان.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الشركة المسألة الأولى: التوكيل بالشراء

يتصرف الوكيل في حالات كثيرة من نفسه دون الرجوع لموكله - مثل أن يوكل غيره بالتصرف - إذا لم يتمكن من مباشرة ما وكل به بنفسه، فهل ينفذ تصرف غيره أو لا ينفذ؟ هذا ما سأعرضه تفصيلاً في هذه المسألة.

إن لكل واحد من الشريكين أن يوكل أحداً في ماله ليتصرف فيه، والمسألة يتنازعها قياس واستحسان¹:

أما القياس فهو: عدم جواز توكيل طرف آخر بالتصرف؛ لأن الموكل رضي بتصرف الوكيل لا بتصرف غيره.

قال السرخسي: "أن لأحد الشريكين أن يوكل بالتصرف، وهو استحسان، وفي القياس: ليس له ذلك؛ لأن كل واحدٍ منهما وكيلٌ صاحبه، وليس للوكيل أن يوكل غيره. وأن الموكل إنما رضي برأيه ولم يرض برأي غيره."²

وفي الاستحسان يجوز من عدة أوجه:

أ- إن التوكيل بالبيع والشراء من عادات التجار وأعرافهم³.
ب- إن المقصود في الشركة تحصيل الربح؛ لأن الربح لا يحصل إلا بالتجارة الحاضرة والغائبة، فيلزم في ذلك التوكيل، قال السرخسي: "وفي الاستحسان: التوكيل من عادة التجار، وكل واحدٍ منهما لا يجدُ بدأً منه؛ لأن الربح لا يحصل إلا بالتجارة الحاضرة والغائبة"⁴.

ت- أن الوكالة تتبع التجار بدلالة الحال وبقياس الأولى؛ لأنه لما كان له أن يستأجر من يتولى حفظ المال، فمن باب أولى أن يجوز له توكيل غيره لزيادة الربح في المال⁵.

قال الزيلعي: "ويوكل، لأنه متعارفٌ بينهم وهو دون الشركة؛ ولأنه لما كان له أن يستأجر من يحفظ المال ومن يتجر في فؤلى أن يوكل؛ لأنه دون الاستئجار"⁶.

ث- أن الوكالة أخص من الشركة، والشركة أعم منها، والشيء يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما كان مثله⁷.

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة مبناه على الضرورة، ووجه الضرورة: هو أن المقصود من التجارة تحصيل الربح، وقد يحصل مانع من مباشرة أحد الشريكين أمور التجارة بنفسه فيحتاج إلى التوكيل، ويثبت التوكيل في هذه الصورة دلالةً ضمن التجارة؛ لأن كل واحد من الشريكين قد أذن لصاحبه بالتوكيل⁸.

قال الكاساني: "وله أن يوكل بالبيع والشراء استحساناً، والقياس أن لا يجوز"⁹.

¹السرخسي، المبسوط، 75/11.

²المرجع السابق، 175/11.

³المرجع السابق، 175/11.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 69/6.

⁵الزيلعي، تبيين الحقائق، 320/3.

⁶المرجع السابق، 320/3.

⁷الكاساني، بدائع الصنائع، 69/6؛ حيدر، درر الحكام، 401/3.

⁸حيدر، علي، درر الحكام، 401/3.

⁹الكاساني، بدائع الصنائع، 69/6.

الشراكة مبنية على الوكالة والأمانة، فكل شريك هو وكيل في التصرف في مال الشركة؛ لهذا جاز للشريك التوكيل؛ لأن الشريك يستفيد من عقد الشركة ما هو أخص منه ودونه¹.
الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها أن الشريك قد وكل آخر؛ ليقوم ببعض أمور الشركة، فما حكم القاضي في ذلك.
يقضي القاضي بصحة التوكيل ونفاذه؛ لأن التوكيل من ضرورات التجارة وأعراف التجار، وتنفيذاً للمادة (44) (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)².

المسألة الثانية:

قبض الدين من غير توكيل

يقصد بحقوق العقد ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق والتزامات ومطالبات يقتضيها تنفيذه؛ لتأكيد الغرض من العقد وتقريره وتثبيتته، وحقوق العقد كثيرة وهي³:

- 1- قبض المال المشتري.
- 2- أداء ثمنه.
- 3- قبض ثمن المال المبيع.
- 4- توكيل آخر بقبض ذلك الثمن.
- 5- تأجيل ثمن المال المبيع.
- 6- إبراء المشتري من ثمنه.
- 7- الحط من ثمن المبيع مقابل عيبه.
- 8- رد المال المبيع بخيار العيب.
- 9- الإقرار بالمبيع.

وحقوق العقد غالباً ما ترجع إلى العاقد، ولا تعود حقوق العقد على الشريك غير العاقد، ولا ترجع عليه؛ لأن شركة العنان تتضمن الوكالة ولا تتضمن الكفالة⁴.
فكل دين لزم إنساناً بعقد، تولاه أحد الشريكين، فليس للشريك الآخر قبض الدين من غير توكيل من قبل الطرف الآخر الذي أبرم العقد مع الطرف المدين، فإن دفعه إلى الشريك من غير توكيل فالقياس أن لا يبرأ الدافع⁵.

فالمسألة يتنازعها قياس واستحسان:

فالقياس على المشتري من الوكيل بالمبيع له الحق أن يمتنع عن دفع الثمن إلى الموكّل، ووجه القياس: أن حقوق العقد لا تتعلق بالقابض، بل هو أجنبي عنها، وإنما تتعلق بالعاقد، فكان الدافع إلى القابض بغير حق فلا يبرأ⁶.

أما الاستحسان فإنه يقتضي أن يبرأ الدافع؛ لعدم فائدة نقض العقد وإعادته من جديد؛ لأن المدين إذا دفع الدين إلى العاقد فإن العاقد من واجبه إعادة حصة الشريك الآخر - أي: غير العاقد - وهو

¹الريس، أريج ربيع، المعاملات المالية، ص195.

²مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص21.

³حيدر، درر الحكام، 3/398.

⁴المرجع السابق، 3/398.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 6/70.

⁶المرجع السابق، 6/70؛ حيدر، درر الحكام، 3/399.

بدوره يرد حصة الشريك إليه، وهذا كما قال الكاساني على الاستحسان في الوكيل بالبيع إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكِّل من دون أن يأذن الوكيل في هذا، فلا يطالب الشريك بتسليم المبيع¹.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس، يؤيد هذا ما جاء في البحر الرائق: "وكذا دينٌ وليه أحدهما وللمديون أن يمتنع من الدفع إليه، وإن دفع إلى الشريك برئ من نصيبه ولم يبرأ من حصة الدائن استحساناً، والقياس أن لا يبرأ من حصة القابض أيضاً"².

وعلى ضوء ما تقدم يتبين أن لدائني الشركة حقوقاً على أموال الشركة والشركاء، وقد بين الفقه الإسلامي حق هؤلاء الدائنين، ومن هذه الحقوق وجوب تسليم الدين للدائن، فإذا كان الدين من مال الشركة وقبض الدين أحد الشركاء فإن المدين يبرأ من الدين؛ لأن عدم تسليمه للدين بحجة أنه ينبغي تسليم الدين إلى العاقد يؤدي إلى عدم استغلال المال لصالح الشركة³.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدين أنه سلم الدين إلى الشريك الآخر دون الشريك العاقد، فهل يبرأ المدين أم يجب عليه أن يسلم الدين إلى العاقد؟

يقضي القاضي بأن المدين قد برأ من حصة الشريك القابض دون الشريك العاقد؛ تنفيذاً للمادة (1377): "حقوق العقد إنما تعود إلى العاقد، فإذا اشترى أحد الشريكين مالاً فقبضه مع تأدية ثمنه يكون لازماً عليه وحده، ولهذا يُطلبُ ثمنُ المال الذي اشتراه منه فقط ولا يطالبُ شريكه به. وكذا قبضُ ثمن المال الذي باعه أحدهما إنما هو حقه، ولهذا لو أدى المشتري الثمن للآخر يبرأ من حصة الشريك القابض فقط ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد، ولهذا أيضاً لو وكَّل الشريك العاقدُ آخرَ بقبض ثمن المال الذي باعه فليس لشريكه عزله، ولكن إذا وكَّل أحد الشريكين آخرَ للبيع والشراء والإجارة فللشريك الآخر عزله"⁴.

المسألة الثالثة:

التصرف في مال الشركة

من ضرورات التجارة لتحصيل الربح بين التجار السفر من مكان إلى آخر، ويحتاج الشريك الذي تولى السفر للتجار بالمال أن ينفق على نفسه في طعام، وكساء، فهل تحسب نفقته من مال الشركة إذا أنفق على نفسه في سفر؟
إذا سافر أحد الشريكين بالمال وقد أذن له صاحبه بالسفر، أو قال له حينها: اعمل برأيك، ففي إنفاقه على نفسه من مال الشركة لغير احتياجاتها، قياس واستحسان⁵.
أما القياس فهو: عدم جواز الإنفاق على طعامه وكسوته، وكرائه من رأس المال.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 70/6.

²ابن نجيم، البحر الرائق، 193/5.

³الرئيس، أريج الربيع، المعاملات المالية، ص197.

⁴مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص265.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 72/6.

ووجهه: أن الإنفاق على نفسه من مال الشركة يستلزم الإذن النصي من الشريك الآخر؛ لأن المال لا يختص به وحده بل بشريكه، كما أن هذا التصرف يعد استهلاكاً، وتبذيراً لمال الغير بغير حق، وهذا مما لا يجوز شرعاً¹.

وأما الاستحسان: فيقتضي جواز ذلك، وهذا على الرواية الصحيحة عن أبي حنيفة، ومحمد، وبيانه من عدة أوجه:

أ- العرف والعادة، حيث إن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

قال الكاساني: "وجه الاستحسان العرف والعادة؛ لأن عادة التجار الإنفاق من مال الشركة، والمعروف كالمشروط؛ ولأن الظاهر هو التراضي بذلك؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة، ويلتزم النفقة من مال نفسه"².

ب- أن الربح غير مقطوع به، فلا موجب لأن يكلف على نفسه بما هو محتمل ومظنون، فيلحقه بهذا ضرر النفقة من ماله.

قال الكاساني: "لأن الظاهر أن الإنسان لا يسافر بمال الشركة، ويلتزم النفقة من مال نفسه لربح يُحتمل أن يكون ويُحتمل أن لا يكون؛ لأنه التزام ضرر للحال لنفع يُحتمل أن يكون ويُحتمل أن لا يكون"³.

ج- قياس ذلك على المضارب؛ لأن المضارب إذا سافر بماله أو بمال المضاربة فإن النفقة تحسب من المال الذي اجتمع معه⁴.

ح- ولأن الإذن ثابت بمقتضى ما توجبه الشركة كونها صدرت من غير تقييدها بمكان، والمطلق يحمل على إطلاقه ما لم يقيد بدليل⁵، وفي هذه المسألة تحسب النفقة من الربح في حال حصل المقصود من السفر بالمال، وإن لم يربح فتحسب النفقة على رأس المال⁶.

وجه الاستحسان:

وقد صرح الكاساني - من خلال ما تقدم - أن الاستحسان مبناه في هذه المسألة على العرف والعادة⁷.

ويتبين من خلال ما تقدم أن الغرض - الرئيس - من الشركة التعاون على تحصيل المصالح بتنمية الأموال واستثمارها، وتبادل الخبرات، وهذا يتطلب السفر من مكان إلى آخر، ويلحق هذا تبعات كثيرة منها: الإنفاق على نفسه في السفر، وما يشمل في هذا الزمان من تكلفة التذكرة والإقامة، وهذا يكون على حساب الشركة ما دام السفر في نطاق العمل⁸.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي أن الشريك الآخر قد سافر إلى مكان معين في نطاق عمل الشركة، وقد أنفق خلال هذا السفر مبلغاً من المال على حساب الشركة، فيطالب الشريك الآخر بالتعويض والضمان، فما حكم القاضي؟

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 72/6.

²المرجع السابق، 72/6.

³المرجع السابق، 72/6.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 72/6.

⁵الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 3906/5.

⁶ابن عابدين، رد المحتار، 317/4.

⁷الكاساني، بدائع الصنائع، 72/6.

⁸الرئيس، أريج ربيع، المعاملات، المالية، ص200.

يقضي القاضي بصحة إنفاق الشريك الآخر من مال الشركة ما دام كان السفر في نطاق عمل الشركة؛ لأن هذا السفر من ضرورات التجارة وأعراف التجار؛ وتنفيذاً للمادة (44): "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"¹.

المسألة الرابعة: الضمان في شركة العنان

تعتبر يد الشريك يد أمانة في مال الشركة، فلا يجوز له أن يعيث بمالها؛ لأن المقصود منها التجارة والربح، وتعد النفقة على نفسه وأهله عبئاً في مال الشركة، فهل إذا أنفق على أهله يحسب من مال الشركة، أو من ماله الخاص؟ هذا هو مدار البحث في المسألة التالية:
فإذا أنفق أحد شركاء المفاوضة على نفسه وأهله من مال الشركة، ففي جواز هذه المنفقة قياس واستحسان².

أما القياس: فيقتضي أن يكون كل ما اشتراه أحد الشريكين يحسب من مال الشركة، حتى وإن كان طعام أهله وكسوتهم؛ لأن المفاوضة تقتضي المساواة بين كل من الشريكين، حيث يقوم أحدهما مقام الطرف الآخر في تصرفه.

قال السرخسي: "وكل ما اشترى أحد المتفاوضين من التجارة، وغيرها فهو بينه وبين شريكه إلا أنني أستحسن في كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والإدام أن يكون له خاصة - دون شريكه - لأن مقتضى المفاوضة المساواة، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف، وكان شراء أحدهما كشرائهما جميعاً، والقياس في الطعام والكسوة والإدام كذلك"³.

ولأن شراء الطعام والكسوة من جنس ما يستلزمه لفظ الشركة.
قال الزيلعي في هذا المعنى: "والقياس أن يكون الطعام المشتري والكسوة المشتراة مشتركاً بينهما؛ لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناولُهُ عقد الشركة"⁴.

أما الاستحسان: فهو أن تكون نفقته ونفقة عياله وكافة ما يحتاج إليه من دواء وكساء من ماله خاصةً.

وبيانه من أوجه:

أ- أن مثل هذا التصرف يعلم بالضرورة وإن لم ينص على ذلك.
قال العيني: "وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب⁵ أي: في القدوري فهو - أي: أي: المستثنى منه - استحسان؛ لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة؛ لأن كل واحد منهما حين يشارك شارِك صاحبه عالم بحاجته إلى ذلك، ومعلوم أن كل واحد منهما لم يقصد بلفظ المفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه"⁶.

ب- أن مثل هذه الحالة دائمة، فلا يعقل أن يكون ذلك كله من مال الشركة، فلا يحصل المقصود من التجارة.

جاء في البحر الرائق: "فإن الحاجة الراتبية معلومة الوقوع فلا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله"⁷.

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص21.

² البلخي، الفتاوى الهندية، 308/2.

³السرخسي، المبسوط، 208/11.

⁴الزيلعي، تبين الحقائق، 315/3.

⁵المقصود بالكتاب: مختصر القدوري.

⁶العيني، البناية، 382/7.

⁷ابن نجيم، البحر الرائق، 183/5.

ث- أن المستثنى من الطعام والكسوة وجملة ما ينفقه لمنفعة نفسه من سكنى، وإيجار معلوم بدلالة الحال، وما كان معلوماً بدلالة؛ كان المشروط بالمقال.
قال ابن عابدين: "والقياس أن يكون الطعام المشتري والكسوة المشتراة بينهما؛ لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناولهُ عقدُ الشركة؛ ولأن المعلوم أن كلاً منهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه ولا يتمكن من تحصيل حاجته إلا بالشراء فصار كلٌّ منهما مستثنياً هذا القدر من تصرفه، والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط"¹.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان في هذه المسألة على الضرورة، ووجه الضرورة هو: أنه ينبغي حين عقد الشركة أن يفهم كل شريك من الشريكين أنه يلزم الطرف الآخر مدة انعقاد الشركة طعام وثياب له ولعياله، ولم يقصد حين العقد أنه تلزم تلك النفقة على الشريك، حيث إن مثل هذه التصرفات مستثناة دلالة من مقتضى المفاوضة؛ لأنه لا يمكن إيجاب تلك الأشياء على المفاوض الآخر، كما أنه لا يمكن صرفها من ماله فاخصت للضرورة لمشتريها.²
قال الزيلعي مشيراً إلى هذا المعنى: "والقياس أن يكون الطعام المشتري والكسوة المشتراة مشتركة بينهما؛ لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناولهُ عقدُ الشركة إلا أنا استثنيناهُ للضرورة"³.

ويتبين من خلال ما تقدم أن التشريع الإسلامي قد كفل لنا معالجة مختلف جوانب الحياة الاقتصادية بما يضمن العدالة وحسن استثمار وتوزيع وانتقال الثروة بين مختلف أفراد وطبقات المجتمع لما فيه من مصلحة وسعادة للجميع.
من هذا ما يستلزمه عقد الشركة من ضرورة إنفاق كل شريك على نفسه وذويه من ماله، من نصيبه وحقه من مال الشركة، بناءً على ما يفتطعه في كل شهر من حقه من مال الشركة، دون أن يحسب على الشركة؛ بل من نصيبه في الربح ولو لم ينص على هذا في عقد الشركة؛ لأن هذا يعلم بدهياً دون الحاجة إلى ذكره في العقد.⁴

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها الدائن أن أحد الشركاء قد استدان منه من طعام وكساء له ولعياله، فيطلب الدائن حقه من مال الشركة، فما حكم القاضي؟
يقضي القاضي بأن ما يأخذه الشريك من طعام وكساء وغير ذلك له ولعياله يدفع من ماله الخاص، لكن يحق للدائن أن يطالب الشريك الآخر بحكم الكفالة؛ تنفيذاً للمادة (1357): "المأكولات والثياب وسائر الحوائج الضرورية التي يأخذها أحدُ المفاوضين لنفسه وأهله وعياله تكون له، ولا يكون لشريكه حق فيها، لكن يجوز للبائع مطالبة شريكه بثمن تلك الأشياء بحسب الكفالة أيضاً"⁵.

¹ ابن عابدين، رد المحتار، 308/4.

² حيدر، درر الحكام، 377/3.

³ الزيلعي، تبيين الحقائق، 315/3.

⁴ الرئيس، أريخ ربيع، المعاملات المالية، ص 204.

⁵ مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص 261.

المسألة الخامسة: ضمان العمل في شركة العنان

شركة العنان: هي أن يشترك اثنان في مالٍ لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما، وسميت عنائًا؛ لأن الأصل في الشريكين التساوي في المال والتصرف، فهل ينطبق التساوي في جميع التصرفات؟ هذا ما سأوضحه من خلال المسألة التالية¹:

اتفق الحنفية على أن من أثار شركة العنان أن كل ما يتقبله أحدهما يجب على الآخر، وما يُطالب به أحدهما يطالب به الآخر، واختلفوا فيما إذا جنت يد أحد الشريكين الضمان على أيهما يقع، وذلك على قولين²:

القول الأول:

أن الضمان يكون على المتسبب وحده إذا كان هو المعتدي، وإليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفية³.

القول الثاني:

أن الضمان يقع على الشريكين معًا، وإليه ذهب أبو حنيفة⁴.

أدلة القول الأول:

القياس ووجهه: أن شركة العنان تقتضي أنه ما يطالب به أحد الشريكين لا يطالب به الآخر. قال الكاساني: "وجه القياس ظاهر؛ لأن هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة، وحكم الشرع في شركة العنان أن ما يلزم كل واحدٍ منهما بعقده لا يُطالب به الآخر"⁵.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان وبيانه من وجهين:

1- أن كل ما يتقبله أحدهما يجب تقبله على الآخر؛ لأن هذه الشركة تستلزم وجوب العمل على كليهما، وليس لأحدهما أن يقول: إن هذا العمل تقبله شريكي فليفه هو ولا دخل لي فيه، فكل واحد من الشريكين يكون مجبرًا على إيفاء ذلك العمل، وهذا يقتضي وجوب الضمان على أيهما شاء بجميع ذلك، فهي في معنى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل⁶.

قال الكاساني: "أن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل؛ لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الآخر حتى يستحق الأجر به فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحدٍ منهما، كانت مقتضية وجوب ضمان العمل، فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان"⁷.

¹الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 3880/5.

²الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد الأزدي الحجري المصري (ت321هـ)، مختصر اختلاف العلماء، 12/4، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثانية، 1417هـ.

³السرخسي، الميسوط، 216/11.

⁴الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 12/4.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 76/6.

⁶حيدر، علي، درر الحكام، 414/3.

⁷الكاساني بدائع الصنائع، 76/6.

2- أن العمل لو لم يكن مضموناً لما استحق الأجر، والغرم بإزاء الغنم، أي أن صاحب المنفعة يتحمل الخسارة ليتحقق بذلك معنى العدالة الاجتماعية¹.

جاء في كتاب صاحب العناية شرح الهداية ما يلي: "ولو لم يكن مضموناً عليه لما أُسْتُحِقَّ الأجر؛ لأنَّ الغُرمَ بإزاء الغنم، فإذا كان كذلك جرى هذا العقدُ مجرى المفاوضة"².

وجه الاستحسان:

مبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس؛ لأنه ورد في مقابله. جاء في الفتاوى الهندية تأكيداً على هذا المعنى: "وعلى أيهما وجب ضمان العمل كان له أن يطالب الآخر به، فقد اعتبرت هذه الشركة بالمفاوضة في حق هذه الأحكام استحساناً"³.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى القول الثاني القائل: بوجود الضمان على الشريكين؛ لأن هذه الشركة في معنى المفاوضة واقتضاء البذل، ولأن الغنم بإزاء الغرم فكما أن الشريك يستفيد ويحصل على الربح من خلال هذه العملية، فكذلك ينبغي عليه أن يضمن ويتحمل الخسارة في حال العطل والضرر والجناية، وما تقبله أحد الطرفين من عمل فإنه يلزمه إيفاؤه منه بالذات بحكم الأصالة وعلى شريكه بحكم الكفالة، والله أعلم.

الحكم القضائي:

فيما لو رفعت على القاضي قضية يدعي فيها المدعي أن أحد الشركاء قد أجره عقاراً على أن يسلمه إياه في غضون شهر، وإن لم يسلمه إياه يدفع الشريك تعويضاً عن العطل والضرر الذي لحق بالمستأجر، وبعد مرور المدة المحددة لم يسلمه العقار، فيطالب المدعي الشريك الآخر بالتعويض، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بأن الشريك الآخر ملزم أيضاً بوجود التعويض والضمان عن الضرر الذي لحق بالمستأجر؛ تنفيذاً للمادة (1393): "إذا أتلّف وتعطل المستأجر فيه بصنع أحد الشريكين فيضمنه مع شريكه بالاشتراك وللمستأجر أن يضمن ماله لأيهما شاء ويقسم هذا الخسار بين الشريكين بنسبة مقدار الضمان"⁴.

المسألة السادسة:

إقرار أحد شريكي العنان على الآخر

شركة الأعمال هي: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم مثل: الأطباء، والمعلمين، وتسمى هذه الشركة بشركة الأبدان، وهي لا تخرج عن كونها عناناً أو مفاوضة؛ إلا أن شركة العنان بالأعمال قد تأخذ حكم شركة المفاوضة⁵، وهذا ما سأبينه في المسألة.

¹الزحيلي، نظرية الضمان، ص215.

²البابرتي، أكمل الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الرومي الحنفي الماتريدي(784هـ) العناية شرح الهداية، 6/، 189، دار الفكر.

³البلخي، الفتاوى الهندية، 329/2.

⁴مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص268.

⁵أيوب، حسن، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ص225، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1423هـ.

اتفق الحنفية على أن إقرار أحد شريكي المفاوضة يكون إقراراً على الآخر، ويطلب المقر له أيهما شاء¹.

أما إذا ادعى أحد على شريكي العنان فأقر أحدهما وجدد الآخر، وذلك مثل إذا قال أحدهم للآخر: سلمتك قماشاً لتخيطة، فإذا أقر أحد الشريكين بأخذه القماش وقبضه للأجر، ففي قبول إقراره وقع خلاف بين الحنفية على النحو التالي²:

القول الأول:

أن إقراره ينفذ في نصيبه دون نصيب شريكه، وإليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفية في أحد أقواله، وهو الصحيح المحكي عنه في أكثر كتب الحنفية، ومن أشهرها كتاب المبسوط باعتباره جامعاً لكتب ظاهر الرواية³.

القول الثاني:

أن إقرار أحدهما ينفذ عليهما جميعاً، فيصدق المقر منهما فيما قاله، ويستحق بهذا الأجر، وإليه ذهب أبو يوسف⁴، ونُسب هذا القول لمحمد أيضاً⁵.

أدلة القول الأول:

- 1- أن هذه الشركة شركة عنان وليست شركة مفاوضة، فلا يلزم أحدهما ما يلزم به الآخر⁶.
- 2- القياس على إقرار أحدهما بالعين، فإذا أقر أحدهما بعين فإن العين تختص بالمقر دون صاحبه.

قال السرخسي في بيان هذا المعنى: "لو ادعى عينا في يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه، فأقر به نفذ إقراره في نصيب شريكه أيضاً استحساناً ومحمداً - رحمه الله - في هذين الفصلين يأخذ بالقياس، فيقول: إقراره بالعين كإقراره بالدين، وما يتلّف جنائياً في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه، والشركة بينهما قد تنفك عن ذلك، فلا يُطالب الشريك بشيء من ذلك"⁷.

- 3- أن ما يتلف بفعل جنائيته يقع على المتسبب وحده؛ لأنه بمنزلة الغاصب فلا يطلب الشريك بما لم يقع منه⁸.
- 4- أن حقوق العقد تتعلق بالعاقده سواء أكان وكيلًا أم مباشرًا لنفسه⁹.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان وبيانه من وجهين:

- 1- إنّ هذه الشركة تتضمن معنى المفاوضة في وجوب ضمان العمل، وإذا سلّم أحدهما العمل فيقتضي هذا وجوب تسليمه محل العمل.
- قال الكاساني نقلاً عن أبي يوسف: "أنه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كلّ واحدٍ منهما كلّ العمل؛ وجب له المطالبة

¹الكاساني، بدائع الصانع، 76/6.

²المرجع السابق، 76/6؛ حيدر، علي، درر الحكام، 414/3.

³السرخسي، المبسوط، 216/11.

⁴نظام الدين بلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 330/2.

⁵الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، 12/4.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 76/6.

⁷السرخسي، المبسوط، 216/11.

⁸المرجع السابق، 216/11.

⁹المرجع السابق، 216/11.

بكل الأجرة، وعليه بكل العمل، ولزومه ضماناً ما حدث على شريكه يظهر في محلّ العمل أيضاً، فينفذ إقراره بمحلّ العمل على صاحبه"¹.
2- أن في عدم نفاذ إقرار أحدهما في حق الشريك ضرراً كثيراً على كلا الطرفين؛ إذ إن في ذلك مدعاةً لأن يحذر صاحب العمل من التعامل مع كليهما، فلا يتحصل المقصود في الشركة في تحصيل التجارة أو الربح².

وجه الاستحسان:

الاستحسان في هذه المسألة مبني على القياس؛ لأنه جاء في مقابلة القياس.
جاء في المبسوط: "لو ادعى عيناً في يدهما على أحدهما أنه تقبّل العمل فيه، فأقر به نقد إقراره في نصيب شريكه أيضاً استحساناً"³.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني القائل: بوجوب الضمان على الشريك الآخر إذا أقر شريكه الأول؛ لأن هذه الشركة تتضمن معنى المفاوضة في وجوب ضمان العمل، ولأن عدم نفاذ إقرار أحدهما في حق الشريك الآخر ضرراً كثيراً على كلا الطرفين؛ إذ إن في ذلك مدعاةً لأن يحذر صاحب العمل من التعامل مع كليهما، فلا يتحصل المقصود في الشركة في تحصيل التجارة أو الربح، والله أعلم.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي أنّ الشريك قد أقر بما يدعيه المدعي، فهل يلزم الشريك الآخر بهذا الإقرار؟
يقضي القاضي أن الشريك الآخر لا يلزم بإقرار شريكه؛ لأن الإقرار بينة قاصرة، وتنفيذاً للمادة (1384): "لا يسري إقرار الشريكين شركة عنان بدين في معاملاتها على الآخر، فعليه إذا أقر بأن ذلك الدين إنما لزم بعقده ومعاملته فقط فيلزمه إيفاؤه بتمامه، وإن أقرّ بأنه دين لزم من معاملتهما معاً فيلزمه أداء نصفه، وإن أقرّ بأنه دين لزم من معاملة شريكه فقط فلا يلزم شيء".

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 76/6.

²السرخسي، المبسوط، 216/11.

³المرجع السابق، 216/11.

المبحث الثاني كتاب المضاربة

تمهيد:

تعريف المضاربة في اللغة:

مادة الكلمة هي: (ض، ر، ب) وهي مأخوذة من الضرب فيقال: ضرب في الأرض، وفي سبيل الله مجازاً، يعني: خرج فيها تاجرًا، أو غازيًا وهي تأتي بمعنى القراض. والمضاربة: أن تقضي لإنسان شيئاً معلوماً من مالك ليتجر فيه، ويكون الربح بينهما أو بجزء معلوم من الربح.

ويسمى كل من العامل ورب المال مضارباً؛ لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه¹.
وفي الاصطلاح:

عرفها الزيلعي بأنها: "عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر"².
حكمها:

اتفق الفقهاء على مشروعية المضاربة³، واستدلوا على مشروعيتها من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول على النحو التالي:
أدلة مشروعيتها:

من الكتاب: قول الله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَصْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠].

ووجه الدلالة: أن الضرب بمعنى التجارة وتحصيل الربح، وهذا هو معنى المضاربة⁴.
ومن السنة: ما جاء عن النبي (ﷺ): "ثَلَاثٌ فِيهِنَّ الْبَرْكََةُ، الْبَيْعُ إِلَى أَجَلٍ، وَالْمُقَارَضَةُ، وَأَخْلَاطُ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ، لِلبَيْتِ لَا لِلْبَيْعِ"⁵.

ما روي عن العباس بن عبد المطلب (رضي الله عنه) أنه كان إذا دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً اشْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهَا أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا، وَلَا يَنْزِلَ بِهِ وَاذِيًا، وَلَا يَشْتَرِي بِهِ دَا كَيْدٍ رَطْبَةٍ، فَإِنْ فَعَلَهُ فَهُوَ ضَامِنٌ، فَرَفَعَ شَرْطَهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَأَجَّازَهُ⁶.

والإجماع: فلا يختلف أحد في جواز المضاربة⁷.
الأدلة العقلية:

والضرورة الماسة إلى تجويز المضاربة؛ لأنها لا تكون إلا بالتجارة، ولا يقدر على التجارة كل أحد، فلا سبيل إلا باستنابة غيره، فكان مما جرت به العادة للضرورة¹.

¹ ابن منظور، لسان العرب، 544/1؛ الزبيدي، تاج العروس، 239-238/3؛ 19/19.

² الزيلعي، تبين الحقائق، 52/5.

³ الزيلعي، تبين الحقائق، 52/5؛ الحطاب، مواهب الجليل، 356/5؛ القنوجي، أبو الطيب محمد صديق خان الروضة الندية شرح الدرر البهية، 141/2، دار المعرفة؛ النجدي، عبد الرحمن بن محمد العاصمي الحنبلي (ت1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، 253/5، الطبعة الأولى، 1397هـ.

⁴ الشوكاني، فتح القدير، 386/5.

⁵ أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب الشركة والمضاربة، 768/2، حديث رقم: 2289، وقال عنه الألباني: ضعيف جداً في كتابه صحيح وضعيف سنن ابن ماجه، 289/5، حديث رقم: 2289.

⁶ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب القراض، 184/6، حديث رقم: 11611، خلاصة حكم المحدث: مسند ضعيف.

⁷ ابن نجيم، البحر الرائق، 263/7؛ الحطاب، مواهب الجليل، 356/5؛ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله الله النمري القرطبي (ت463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، 151/2، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ - 1980م؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 226/2؛ ابن قدامة، المغني، 19/5.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في المضاربة المسألة الأولى: صيغ المضاربة

للعقد شروط يتصل بعضها بصورته الخارجية (صيغته)، وبعضها بمحتواه الداخلي (محل العقد)، والثالث بطرفيه (المتعاقدين). وفي هذه المسألة أُبين بعض صيغ عقد المضاربة. ومن المعلوم أن المراد بالصيغة هنا في هذه المسألة التعبير الذي يعتمد على الصراحة بين المتعاقدين؛ لنفي أي ريب بينهما؛ لإقامة المعاملة المالية على أساس من الثبات والاستقرار؛ لدرء احتمالية النزاع، وهنا أُبين بعض العبارات التي تتعدّد بها المضاربة.

وتتضمن هذه المسألة ثلاث صور: الصورة الأولى:

في حال ما إذا لو قال رب المال للمضارب: خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً، فما كان من فضل فلك النصف، ففي المسألة قياس واستحسان².
أما القياس: فيقتضي عدم جواز المضاربة بهذه الصيغة.
ووجهه: أن الابتياح لا يتضمن إلا الشراء وما في حكمه، فيترتب عليها فساد المضاربة.
قال السرخسي: " ولو قال: خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذه فهو فاسدٌ في القياس أيضاً؛ لأن الابتياح عبارة عن الشراء"³.
وأما الاستحسان: فيترتب عليه صحة المضاربة.
ووجهه: أن اللفظ السابق نص فيه رب المال على الفضل، والزيادة لا تتصل إلا بالبيع والشراء.
قال الكاساني: " وجه الاستحسان أنه ذكر الفضل، ولا يحصل الفضل إلا بالشراء والبيع، فكان ذكر الابتياح ذكراً للبيع، وهذا معنى المضاربة"⁴.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس؛ لأنه جاء في مقابلته.
جاء في المبسوط: " ولو قال: خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذه فهو فاسدٌ في القياس أيضاً؛ لأن الابتياح عبارة عن الشراء، فهذا وقوله اشتر بها بالنصف سواءً، وفي الاستحسان هذه مضاربة جائزة"⁵.
وجاء في بدائع الصنائع: " لو قال: خذ هذه الألف فابتع بها متاعاً، فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد على هذا فقبل هذا كان مضاربة استحساناً، والقياس أن لا يكون مضاربة"⁶.

الصورة الثانية:

في حال ما إذا قال رب المال للمضارب: خذ هذه الألف بالنصف، ولم يزد عن ذلك ففي المسألة قياس واستحسان.

¹الحطاب، مواهب الجليل، 356/5.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 80/6.

³السرخسي، المبسوط، 26/22.

⁴الكاساني، بدائع الصنائع، 80/6.

⁵السرخسي، المبسوط، 26/22.

⁶الكاساني، بدائع الصنائع، 80/6.

أما القياس فيقتضي فساد المضاربة، ووجهه: عدم تضمن هذه الصيغة البيع والشراء، فلا يتحقق فيها معنى المضاربة¹.

أما الاستحسان فيقتضي صحة المضاربة؛ لا أنه ذكر الأخذ، وهذا ليس عملاً يستحق به عوض، إذ لا يستحق إلا بالعمل في المأخوذ، وتضمنت بذلك الشراء والبيع².
قال السرخسي: "وجه الاستحسان أن هنا لم ينص على شيء من العمل، وإنما ذكر حرفاً يدل على المعاوضة وهو حرف الباء، وهو تنصيص على العوض له، وإنما يستحق العوض باعتبار عمله، وعمله الذي يستحق باعتباره عوضاً مسمى هو البيع والشراء جميعاً فكأنه نصّ عليهما وبهذه تبيين أن مراداً اشتراط نصف الربح له"³.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس؛ لأنه ورد في مقابلته.
قال السرخسي: "لو قال خذها بالنصف فهو جائز استحساناً"⁴.

الصورة الثالثة:

في حال ما إذا لو قال رب المال للمضارب: خذ هذا المال مضاربةً، على أن لي نصف الربح ففي المسألة قياس واستحسان⁵.
أما القياس: فيقتضي فساد العقد؛ لأن الصيغة تضمنت الجهالة في نصيب المضارب، وهذا مما لا شك فيه يؤدي إلى النزاع.

قال السرخسي: "ولو قال: على أن للمضارب ثلث الربح أو سدسها كانت المضاربة فاسدة؛ لأنه لم ينص في نصيب المضارب على شيء معلوم، ولكن رده بين الثلث والسدس، وبهذا اللفظ تمكن فيما يستحقه المضارب جهالة تفضي إلى المنازعة، وكذلك لو قال: على أن لي نصف الربح أو ثلثه؛ لأن معنى هذا الكلام ولك ما بقي النصف أو الثلث، فيفسد العقد لجهالة تفضي إلى المنازعة"⁶.

أما الاستحسان: فيترتب عليه صحة المضاربة، والدليل في هذه الصورة:

قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وُورَةٌ أَوْ وَالِدٌ أَوْ أَبٌ أَوْ فَالِمٌ أَلْتُمْتُ﴾ [النساء: 11].

وجه الدلالة: أن الأصل في المال المشترك أنه إذا تم بيان نصيب أحد الطرفين كان ذلك بياناً في حق الطرف الآخر.

قال الكاساني: "وجه الاستحسان أن المضاربة تقتضي الشركة في الربح، فكان تسمية أحد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب، كأنه قال: خذ هذا المال مضاربةً على أن لك النصف كما في ميراث الأبوين"⁷.

وجه الاستحسان:

والاستحسان في هذه المسألة مبناه على النص القرآني كما تقدم وأشار إلى ذلك السرخسي⁸.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 80/6.

²المرجع السابق، 80/6.

³المبسوط، السرخسي، 27-26/22.

⁴المرجع السابق، 26/22.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 80/6.

⁶السرخسي، المبسوط، 25/22.

⁷الكاساني، بدائع الصنائع، 81/6.

⁸السرخسي، المبسوط، 25/22.

ومما يؤيد أن المسألة قضي فيها بطريق الاستحسان: ما جاء في المبسوط: " ووجه الاستحسان أن عقد المضاربة عقد شركة في الربح والأصل في المال المشترك أنه إذا بين نصيب أحدهما كان ذلك بياناً في حق الآخر"¹.

وجاء في بدائع الصنائع: "خذ هذا المالمضاربة على أن لي نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس أن تكون المضاربة فاسدة، وهو قول الشافعي² - رحمه الله -، ولكنها جائزة استحساناً، ويكون للمضارب النصف"³.

للصيغة أهمية كبيرة في مجال العقود؛ لأن المعاملات المالية تتألف شكلياً من إيجاب وقبول يعبران عن التراضي الحاصل بين كلا الطرفين، ويشترط في الصيغة بصفة عامة انتفاؤها وبعدها عن الغرر.

ويشترط في عقد المضاربة بصفة خاصة بيان رأس المال، وتوزيع الربح بعداً عن الخلاف بين رب المال والمضارب⁴.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي أن المضاربة باطلة بسبب صيغتها التي تعبر عن جهالة وغرر، حيث إن رب المال قال للمضارب: خذ هذه الألف بالنصف، فما حكم القاضي في ذلك؟

وفي قضية أخرى حيث إن رب المال قال للمضارب: هذه هذه الألف فابتع بها متاعاً، فما زاد عن ذلك فلك النصف، فما حكم القاضي في ذلك؟

وفي قضية أخرى حيث إن رب المال قال للمضارب: خذ هذا المال مضاربة على أن لي نصف الربح، فالصيغة تضمنت جهالة نصيب المضارب، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بصحة عقد المضاربة ونفاذها في الحالات الثلاث السالفة؛ تنفيذاً للمادة (1405): " ركن المضاربة الإيجاب والقبول، مثلاً إذا قال رب المال للمضارب: خذ رأس المال هذا مضاربةً واسعاً واعمل على أن يُقسم ربحه بيننا مناصفةً أو ثلثين وثلثاً. أو قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقوله: خذ هذه النقود واجعلها رأس مالٍ والربح مشتركٌ بيننا على نسبة كذا، وقبل المضارب، تتعدد المضاربة"⁵.

وللمادة (1411): "يشترط في المضاربة أن يكون رأس المال معلوماً كشركة العقد أيضاً وتعيين حصص العاقدين من الربح جزءاً شائعاً كالنصف والثلث، ولكن إذا ذكرت الشركة على الإطلاق بأن قيل مثلاً " الربح مشتركٌ بيننا " يُصرف إلى المساواة"⁶.

المسألة الثانية:

شراء المضارب بالذمة

يعتبر المضارب أميناً على المال الذي دفعه إليه رب المال، فلا يحق له التصرف بدون إذن من رب المال إلا إذا كان التصرف الذي تصرف به يعد تصرفاً معروفاً بين الناس، وبيان ذلك ما يلي:

¹السرخسي، المبسوط، 25/22.

²الشافعي، الأم، 115-114/7.

³الكاساني، بدائع الصنائع، 81/6.

⁴الريس، أريج ربيع، المعاملات المالية، ص218.

⁵مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص271.

⁶المرجع السابق، ص272.

اتفق الحنفية على أنه إذا كان في يد المضارب دراهم فاشترى سلعة بهذه الدراهم، لا يترتب عليه استدانة؛ لأنه من جنس ما في يده، أما إذا كان في يده دراهم فاشترى وابتاع بدنانير والعكس صحيح، ففي المسألة قولان عند الحنفية¹.

القول الأول:

عدم صحة المضاربة، وإليه ذهب زفر².

القول الثاني:

صحة المضاربة، وإليه ذهب أئمة الحنفية³.

أدلة القول الأول:

القياس على العروض، ووجهه: أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقةً، ولهذا فلا مانع من جواز التفاضل بينهما⁴.

وفي هذا المعنى قال الكاساني: "وجه القياس أن الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقةً، فقد اشترى بما ليس في يده من جنسه، فيكون استدانةً، كما لو اشترى بالعروض"⁵.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان: يقتضي جواز المضاربة، ووجهه: أن الدراهم والدنانير بمنزلة واحدة عند التجار؛ لأن أثمان الأشياء تقدر بهما، كما في النفقات، وأروش الجنایات⁶، وقيمة المستهلكات، فكأنه اشترى بثمن ما في يده من جنسه، وهذا معنى ما نص عليه الفقهاء بمنزلة ما لو كان مشترياً⁷.

وجه الاستحسان:

مبنى الاستحسان في هذه المسألة على القياس؛ لأنه ورد في مقابلته. قال الكاساني: "وجه الاستحسان أن الدراهم والدنانير عند التجار كجنس واحد؛ لأنهما أثمان الأشياء، بهما تُقدَّرُ النفقاتُ وأروشُ الجنایات وقيمةُ المتلفات، ولا يتعدُّ نقلُ كلِّ واحدٍ منهما إلى الآخر، فكانا بمنزلة شيءٍ واحدٍ، فكان مشترياً بثمنٍ في يده من جنسه"⁸. فيظهر من خلال ما سبق أن المضاربة تصح بالدراهم والدنانير؛ لأنه بهما تقوم الأموال وتصلح ثمنًا لكل مبيع، لما لهما من القوة الشرائية؛ ولأنها الوسيلة الأساسية للتعامل بين الناس منذ أن عرف الإنسان المادة واستخدمها أداة للتعاملات.

وما دام التجار يتعارفون على التعامل بهذا النقد، فإنه يجوز للمضارب أن يتعامل فيه، ويمثل لها في هذا العصر فيما لو كان المضارب في دولة عربية فإن الدولار الأمريكي أصبح يسيطر على أسواق العالم التجارية، فلا بأس في التعامل فيها ما دامت الحاجة داعية إلى ذلك⁹.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها رب المال أنه قد أعطى المضارب رأس مال يقدر بقيمة 1000 دينار أردني، وتعامل المضارب في السوق بالعملة الأخرى كالدولار الأمريكي، واليورو الأوربي وغيرهما، فما حكم القاضي؟

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 91/6.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 91/6.

³السرخسي، المبسوط، 171/22.

⁴المرجع السابق، 171/22.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 91/6.

⁶الأرش: يفتح الألف وتسكين الراء، يطلق على بدل ما دون النفس من الأطراف، ينظر: التهانوي، كشاف

اصطلاحات الفنون، 141/1.

⁷المرجع السابق، 91/6.

⁸المرجع السابق، 91/6.

⁹الريس، أريج ربيع، المعاملات المالية، ص220.

يقضي القاضي بصحة تصرف المضارب ونفاذه؛ لأن المضارب أمين وهو وكيل عن رب المال في جهة التصرف، ولأن المضارب ينبغي عليه أن لا يضيع فرصة للربح الذي يعود بالفائدة عليه وعلى رب المال، فلربما بعض الأسواق تتعامل مع عملة معينة دون أخرى، فلا يستطيع المضارب أن يلزم نفسه بالعملة التي أعطاه إياها رب المال، وتنفيذاً للمادة (1413): "المضارب أمين ورأس المال في يده في حكم الوديعة، ومن جهة تصرفه في رأس المال وكيلٌ لرب المال، وإذا ربح يكون شريكاً فيه"¹، وللمادة (83): "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"².

المسألة الثالثة:

سلطة المضارب بالتصرف

المضاربة نوعان: مطلقة، ومقيدة³. والمراد بالمطلقة: أن يدفع المال إلى المضارب على أن يعمل فيه برأيه. أما المقيدة: فهي أن يقيد رب المال المضارب أن يعمل في مكان معين، أو سلعة معينة، أو في زمن معين، فإذا قيد رب المال المضارب في سوق معين فإن هذا يعد تضييقاً لفرص الربح، وهي المسألة التي أتناولها على النحو التالي:

فلو دفع رب المال إلى المضارب مالاً واشترط عليه أن يعمل في مكان ما، وخالف وعمل في غير ذلك المكان، ففي المسألة قياس واستحسان⁴. أما القياس فيقتضي عدم الجواز، ويترتب عليه الضمان. ووجهه: أنه خالف في شرط من الشروط المتفق عليها.

قال السرخسي: "ولو دفعه إليه مضاربةً على أن يعمل به في سوق الكوفة فعلم به في الكوفة في غير ذلك المكان ففي القياس هو مخالفٌ ضامن؛ لأنه خالف شرطاً نصَّ عليه الدافع"⁵. أما الاستحسان فيفيد جواز ذلك وصحة المضاربة وبيانه من عدة أوجه:

أ- أن هذا التقييد غير مفيد؛ لأن المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه وأسواقه؛ فلأنه بمثابة بقعة واحدة.

قال الزيلعي: "إذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به؛ لأن المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه وكإقالة؛ لأنه كبقعة واحدة"⁶.

ب- أن في هذا تقييداً من وجه دون وجه؛ لأنه لم يتضمن النهي صراحةً بحيث لم يقل: اعمل في سوق الكوفة، ولا تعمل في غير هذا السوق، وإلى هذا أشار العيني: "أن القيد المقيد من كل وجه متبع وغير المقيد من كل وجه لغو، والمقيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه"⁷.

ت- أن الشرط ينبغي مراعاته بقدر الإمكان، كما تشير إلى هذا القاعدة المشهورة: أنه يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان، أي أنه يجب احترام تنفيذ الشرط المتفق عليه، إن كان موافقاً للشرع ولمقتضاه، وكان في تنفيذه منفعة وفائدة وإلا كان لغواً⁸.

¹ مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص 273.

² المرجع السابق، ص 26.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، 121/5، 138.

⁴ السرخسي، المبسوط، 40/22.

⁵ المرجع السابق، 40/22.

⁶ الزيلعي، تبيين الحقائق، 59/5-60.

⁷ العيني، البناية، 56/10.

⁸ الزحيلي، نظرية الضمان، ص 230.

وجه الاستحسان:

ومبنى الاستحسان على القياس؛ لأنه ورد في مقابلته.
قال الكاساني: "ولو دفع إليه على أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في الكوفة في غير سوقها فهو جائز على المضاربة استحساناً، والقياس أن لا يجوز"¹.
فيتضح من خلال ما تقدم أن رب المال إذا شرط على المضارب شرطاً مفيداً من كل وجه فإنه يجب على المضارب مراعاة شرطه أكد على الشرط رب المال أو لم يؤكد.
أما إذا كان الشرط لا فائدة فيه يلغى ولا يعتبر، إذ إن في تنفيذه تفويهاً للربح، فلا موجب لتنفيذه خاصة أن على المضارب أن يستغل فرص الربح لتحقيق الفائدة له ولرب المال بشكل عام.
ويعتبر تقييده في سوق معين في هذا العصر مفيداً؛ لأن الأسواق في المكان الواحد تختلف كثيراً في هذا الوقت من ناحية الغلاء والرخص².

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني القائل بصحة المضاربة؛ لأن الشرط ينبغي مراعاته قدر الإمكان، إن كان في تنفيذه منفعة وفائدة وإلا كان لغواً، كما أن التقييد غير مفيد إذ إن في تنفيذه تفويهاً للربح، فلا موجب لتنفيذه خاصة أن على المضارب أن يستغل فرص الربح لتحقيق الفائدة له ولرب المال بشكل عام.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي وهو رب المال قد اشترط على المضارب أن يعمل في سوق معين دون غيره، فعمل المضارب فيه وفي غيره، فما حكم القاضي في ذلك؟

يقضي القاضي بصحة عمل المضارب ونفاذه؛ لأن هذا الشرط لا فائدة منه؛ حيث إن هذا الشرط يضيع ويقيد على المضارب ورب المال فرص الربح؛ ولأن المضارب أمين ورأس المال في يده في حكم الوديعة، وهو وكيل عن رب المال من جهة التصرف، تنفيذاً للمادة (1413): "المضارب أمين ورأس المال في يده في حكم الوديعة، ومن جهة تصرفه في رأس المال وكيل لرب المال، وإذا ربح يكون شريكاً فيه"³، إلا إذا كان هذا الشرط الذي اشترطه رب المال فيه ضرر على المضارب وعلى رأس المال فهنا يراعى الشرط بقدر الإمكان؛ تنفيذاً للمادة (83): "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"⁴.

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 99-98/6.

²الرئيس، أريج ربيع، المعاملات المالية، ص222.

³مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص273.

⁴المرجع السابق، ص26.

المبحث الثالث الإقرار

تعريف الإقرار:

الإقرار لغة: هو الثبات، يقال: أقرت الناقة إذا ثبت حملها الشيء¹.
الإقرار اصطلاحًا: إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه².

مشروعية الإقرار:

الإقرار سيد الأدلة قديمًا وحديثًا، وهو الفيصل الحاسم في إنهاء النزاع أمام القاضي؛ لأن المدعى عليه إما أن ينكر، وعندئذٍ يجب على المدعي القيام بإحضار الدليل وتهيئة الحجج والبيانات لإثبات حقه، وإما أن يقر فيقطع النزاع ويعفى المدعي من عبء الإثبات لعدم حاجته، ويصبح المدعى به ظاهرًا، ويلتزم المقر بموجب إقراره، ولذلك فقد أجازت الشريعة الغراء الإقرار، وجعلته وسيلة من وسائل الإثبات، والدليل على ذلك من الكتاب والسنة والإجماع والقياس³.

أولاً: الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تَخْرُجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ﴾ [البقرة: ٨٤].

وجه الدلالة: أن الله تعالى أقام الحجة عليهم بإقرارهم بأخذ الميثاق، فالإقرار حجة في إثبات الحق، والتزام صاحبه⁴.

ثانيًا: السنة:

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّهُمَا قَالَا: إِنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَعْرَابِ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أُنشِدُكَ اللَّهَ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بِكِتَابِ اللَّهِ، فَقَالَ الْخَصْمُ الْآخَرُ: وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ، نَعَمْ فَأَقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ، وَأَدِّنْ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: قُلْ، قَالَ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا، فَزَنَى بِامْرَأَتِهِ، وَإِنِّي أُخْبِرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ، فَأَفْتِدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ، وَوَلِيدَةٍ، فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ، فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي جَلْدَ مِائَةٍ وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، وَأَنَّ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا الرَّجْمِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ، الْوَلِيدَةُ وَالْغَنَمُ رَدٌّ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، ائْتِنِي إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمِهَا»، قَالَ: فَعَدَا عَلَيْهَا، فَأَعْتَرَفَتْ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَرَجِمَتْ⁵.

وجه الدلالة: الحديث واضح وصريح في حجية الإقرار؛ لأن الرسول (ﷺ) علق الحكم برجم المرأة على اعترافها، فدل على أن الاعتراف حجة على صاحبه، ودليل تُبنى عليه الأحكام.

¹ الجوهري، الصحاح، 791-790/2.

² الزيلعي، تبیین الحقائق، 2/5.

³ الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، 241/1، الطبعة الشرعية، 1428هـ.

⁴ القرطبي، تفسير القرطبي، 18/2.

⁵ أي كان أجيرًا؛ ابن منظور، لسان العرب، 246/9.

⁶ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود، 191/3، حديث رقم: 2724.

وإذا كان الإقرار حجة ودليلاً في الحدود التي تدرأ بالشبهات فكونه وسيلة للإثبات في غيرها أولى.

كما يستدل من الحديث على حجية الإقرار بأن الرسول (ﷺ) حكم برد المال باعتراف الأعرابي الضمني، وإلا فإن اعتراف الأب بدفع الوليدة والمائة شاة لا يلزم الأعرابي برد الوليدة والغنم¹.

ثالثاً: الإجماع:

اتفقت كلمة المسلمين سلفاً وخلفاً على أن الإقرار حجة، فقد عمل بالإقرار الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون وأئمة المذاهب والعلماء منذ زمن سيدنا محمد (ﷺ) حتى يومنا هذا، وأجمعوا على كون الإقرار حجة على المقر سواء في ذلك التعامل بين الناس أو أمام القضاء، دون أن يخالف مسلم في ذلك أو ينكر الاحتجاج به، فكان إجماعاً².

رابعاً: القياس:

العمل بالإقرار واعتباره وسيلة من وسائل الإثبات يثبت بالقياس الأولى على الشهادة، فالشهادة إخبار الشخص بحق لغيره على غيره، والإقرار إخبار الشخص بحق لغيره على نفسه، فيقاس الإقرار على الشهادة بجامع أن كلا منهما إخبار بحق لآخر، ولما كانت الشهادة حجة شرعية في الإثبات يلزم الحكم بها رغم احتمال الكذب فيها، فكذلك يكون الإقرار حجة شرعية بالأولى؛ لأن تهمة الكذب بالإقرار أقل منها في الشهادة؛ لأن الإنسان لا يكذب على نفسه وإن كذب على الآخرين، فيكون الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات، ويلزم الحكم بموجبه، وكذلك فإذا كنا نقبل الشهادة على الإقرار فإن الإقرار نفسه أولى بالقبول³.

¹الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات، ص244.

²الزبيلي، تبیین الحقائق، 3/5؛ القرافي، الذخيرة، 257/9؛ المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع، 288/20؛ ابن قدامة، المغني، 109/5.

³الشريبي، مغني المحتاج، 268/2.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الإقرار المسألة الأولى: إقرار الوكيل بالخصومة على موكله

قد يحتاج الإنسان شخصًا وكيلاً يدافع عنه إن كان مدعى عليه، أو يطالب بحقه إن كان مدعي؛ لأن بعض الناس أقوى من بعضها، فيكون ألحن بالقول وأخبر بهذه الأمور، وفي حال أقر الوكيل في الخصومة على موكله في مجلس القاضي، فهل يعتبر هذا الإقرار ويعتدُّ به أم لا؟
اختلف الحنفية في ذلك على القولين:

القول الأول: لا يعتبر هذا الإقرار، وهو رأي زفر¹.

القول الثاني: يعتبر هذا الإقرار ويعتدُّ به في غير الحدود والقصاص، وهو رأي أئمة الحنفية².

أدلة القول الأول:

القياس، ووجهه: أن التوكيل بالخصومة وكيلٌ بالمنازعة، والإقرار مسالمةٌ فلا يتناولُهُ التوكيل بالخصومة فلا يملكُهُ الوكيل³.

أدلة القول الثاني:

الاستحسان، ووجهه: هو أن الموكل مقتدرٌ على الإقرار كما أن الوكيل مقتدر عليه أيضًا؛ لأن الوكالة بالخصومة بمعنى الإجابة على الخصم والإقرار هو جواب أيضًا، وجه التخصيص بمجلس القاضي: أنه إنما وكله بالخصومة وحقيقتها لا تكون إلا عند القاضي فلم يكن وكيلًا في غيره؛ لأن غير مجلس القاضي ليس محلًّا للخصومة التي هو وكيلٌ فيها⁴.

وجه الاستحسان:

مستند الاستحسان في هذه المسألة هو القياس؛ لأن القياس يقتضي أن التوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة، والإقرار مسألة لا يملكها الوكيل، وبعد إمعان النظر في المسألة أن الوكالة بالخصومة بمعنى الإجابة على الخصم والإقرار هو جوابٌ أيضًا، فيكون استحسان قياس.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني القائل: بأن إقرار الوكيل بالخصومة يعتبر؛ لقوة دليلهم حيث إن الوكالة بالخصومة بمعنى الإجابة على الخصم والإقرار هو جواب أيضًا.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت على القاضي قضية يدعي فيها المدعي أن له على آخر مبلغ مالي قدره خمسة آلاف دينار أردني، وأقر وكيل المدعى عليه بالمبلغ المدعى به، فهل يعند القاضي بإقرار الوكيل ويحكم بناءً عليه، أم لا يعتبر إقراره؟

¹الكاساني، بدائع الصنائع، 24/6.

²المرجع السابق، 24/6.

³المرجع السابق، 24/6.

⁴المرجع السابق، 24/6.

يعتد القاضي بكلام الوكيل ويعتبره ويحكم بناءً عليه بالمبلغ المذكور المدعى به للمدعي؛ تنفيذاً للمادة (1517): "إقرار الوكيل بالخصومة على موكله إن كان في حضور الحاكم يُعتبر، وإذا لم يكن في حضور الحاكم فلا يُعتبر وينعزل هو من الوكالة"¹.

المسألة الثانية:

إقرار المريض

جعل الله تعالى المرض بلاءً واختباراً للعبد؛ ليختبره أو ليكفر عنه سيئاته، ولعل الإنسان عندما يمرض ويشعر بدنو الموت يسارع إلى إبراء ذمته مما لحق بها أثناء حياته، فقد يقر المريض لغيره بما كان عليه من حق، فقد يكون الإقرار لوارث وقد يكون لأجنبي. ذهب الحنفية إلى عدم صحة إقرار المريض للوراث إلا بإجازة الباقين، وذهبوا إلى إجازة وصحة إقرار المريض لأجنبي².

المسألة يتنازعها قياس واستحسان:

إذا أقر المريض لأجنبي فإن لم يكن عليه دينٌ ظاهرٌ معلومٌ في حالة الصحة يصح إقراره من جميع التركة استحساناً، والقياس ألا يصح إلا في الثلث.

وجه القياس: أن حق الورثة بما زاد على الثلث متعلق؛ ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على الثلث³.

وجه الاستحسان:

1- الأثر المروي عن عمر (رضي الله عنه) أنه قال: "إذا أقرَّ المريضُ بدينٍ لأجنبيٍّ جازَ ذلكَ من جميعِ تَرَكتِهِ"⁴.

2- لم يعرف له فيه من الصحابة (رضي الله عنهم) مخالف فيكون إجماعاً⁵.

3- لأنه غير متهم في إقراره، بخلاف إقراره للورثة في حال مرضه فإنه متهم أنه يريد أن يؤثر بعضهم على بعض⁶.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم فإني أميل إلى أصحاب القول الثاني القائل بأن إقرار المريض لأجنبي صحيح في جميع التركة؛ لأنه غير متهم في إقراره، بخلاف إقراره للورثة في حال مرضه فإنه متهم أنه يريد أن يؤثر بعضهم على بعض، ولم يعرف لذلك مخالف من الصحابة فيكون إجماعاً.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي أن شخصاً معيناً سماه باسمه قد أقر له في مرضه بمبلغ معين، ويطلب المقر له بالمبلغ المذكور، علماً أن المقر له لم يكن من ورثة المقر، فما حكم القاضي؟

يقضي القاضي بصحة الإقرار ونفاذه؛ تنفيذاً للمادة (1601): "إقرار المريض في مرض موته بعين، أو دين لأجنبي أي لمن لم يكن وارثه، صحيح استحساناً، وإن استغرق جميع أمواله إلا أنه إذا ظهر كذب المقر في إقراره بأن كان معلوماً بأحد الأسباب لأشخاص كثيرين يكون المقر به ملكاً للمقر بأن كان قد بيع المقرُّ به للمقر في تلك البرهة، أو وهب له، أو انتقل له إرثاً من آخر ففي

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص294.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 224/7.

³المرجع السابق، 224/7.

⁴ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، 180/2، قال ابن حجر: حديث عمر لم أجده، دار المعرفة، بيروت.

⁵الكاساني، بدائع الصنائع، 224/7.

⁶المرجع السابق، 224/7.

تلك الحال ينظر. فإذا لم يكن إقراره أثناء بحثٍ وصيةً فتكون بمعنى الهبة ويلزم التسليم، وإذا كان أثناء بحثٍ وصيةً يُحمل على معنى الوصية، وعلى كلتا الحالتين تعتبر من ثلث ماله فقط¹.

المبحث الرابع الشهادة

تعريف الشهادة في اللغة والاصطلاح:

الشهادة في اللغة: خبر قاطع، يقال: شهد رجلٌ على كذا أي أخبر، وشهده شهودًا أي حَضَرَهُ، فهو شاهد².

الشهادة في الاصطلاح: هي إخبار بحق للغير على الغير بلفظ "أشهد"³.
الشهادة في القانون: عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1684): هي الإخبار بلفظ الشهادة، يعني: أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور الحاكم، ومواجهة الخصمين، ويقال للمخبر: شاهد، وللمخبر له: مشهود له، وللمخبر عليه: مشهود عليه، وللحق: مشهود به⁴.

مشروعية الشهادة:

ثبتت مشروعية الشهادة

بالقرآن: قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وبالسنة: "شاهدك أو يمينه"⁵.

وبالإجماع⁶، والحاجة داعية إليها في مختلف الأعصار والأمصار⁷.

¹ مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص 316.

² الجوهري، الصحاح، 494/2؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 292/1.

³ الجمل، سليمان، حاشية الجمل، 377/5.

⁴ حيدر، درر الحكام، 346-345/4.

⁵ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، 123/1، حديث رقم: 221.

⁶ السرخسي، المبسوط، 112/16؛ القرافي، الذخيرة، 152/10؛ المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع؛ ابن قدامة، المغني، 128/10.

⁷ ابن قدامة، المغني، 128/10.

الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الشهادة

المسألة الأولى: الشهادة بالتسامع

هي أن لا يعاين الشاهد المشهود به بالذات، بل سمع ذلك من الناس، وعليه فلا يجوزُ شهادةُ الشاهد بقوله: سمعتُ من الناس، فإذا شهد الشاهد بقوله: سمعت من الناس لا تُقبل شهادتهُ، كما أنه إذا كتم سماعه من الناس وشهد كأنه عاين الأمر بالذات فيكون فعله حرامًا وشاهد زورٍ، وعليه فلا يجوزُ الشهادةُ بالتسامع في ملك اليمين والحدود والقتل والغصب¹.

والتسامع هو الاشتهار ويكون على نوعين²:

النوع الأول: الشهرة الحقيقية: تحصل الشهرة الحقيقية بإخبار جماعة لا يجوز اتفاقهم على الكذب.
النوع الثاني: الشهرة الحكيمة: وتحصل بإخبار رجلين عدلين، أو بإخبار رجلٍ عدلٍ وامرأتين عادلتيين بلفظ الشهادة.

وتجوز الشهادة بالتسامع في تسعة مواضع³:

1- في خصوص الولاية.

2- أصل الوقف.

3- النكاح.

4- المهر.

5- الدخول بالزوجة.

6- العتق.

7- الولاء.

8- الموت.

9- النسب.

والمسألة يتنازعها قياس واستحسان:

وجه القياس: عدم جواز الشهادة التي تكون على هذا الوجه؛ لأن الشهادة التي هي من المشاهدة لا تحصل إلا بالرؤية بالنفس، والحال أن في الشهادة على هذا الوجه لا توجد مشاهدة للشاهد، فالشهادة على الولاية مثلًا يجب أن يكون الشاهد مستمعًا لقول السلطان لآخر: قد نصبتك واليًا على البلاد الفلانية⁴.

أما الاستحسان: أن معاينة أسباب هذه الأمور المختصة بخاصة الناس، ولا يحضر خواص

وعوام الناس في ذلك، كما يحضرون في عقود البيع والإجارة والهبة وأمثالها كما أن الناس متفقون في جواز الشهادة في هذه المواضع بالشهرة الحقيقية فلو لم تقبل في هذه الأمور الشهادة بالتسامع لأوجب ذلك الحرج والمشقة وأدى إلى تعطيل الأحكام⁵.

الترجيح:

¹ حيدر، درر الحكام، 365/4.

² المرجع السابق، 370/4.

³ المرجع السابق، 370/4.

⁴ المرجع السابق، 370/4.

⁵ المرجع السابق، 371/4.

بعد عرض المسألة وما يتنازعها من قياس واستحسان، فإنني أميل إلى جواز هذه الشهادة في بعض الأمور؛ لأن معاينة هذه الأمور مختصة بخاصة الناس، ولا يحضر خواص وعوام الناس في ذلك، كما يحضرون في عقود البيع والإجارة والهبة، فلو لم تقبل هذه الأمور لأدى ذلك إلى الحرج والمشقة وأدى إلى تعطيل الأحكام، والحرج مرفوع في الدين.

وجه الاستحسان:

مستند الاستحسان في هذه المسألة في خصوص الولاية وأصل الوقف والنكاح والمهر والنسب والموت...، هو استحسان ضرورة؛ لأن الشهادة من المشاهدة ولا تحصل إلا بالرؤية بالنفس، فتم تجويز هذه المسائل حتى لا يؤدي إلى الحرج والمشقة وتعطيل الأحكام.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي أن عقاراً قد وُقف، وشهد شاهدٌ قائلاً: إنني أشهد أن المحلَّ الفلاني وُقف؛ لأنني سمعتُ ذلك من ثقة، فهل يقبل القاضي شهادته؟ يقضي القاضي بقبول شهادته؛ تنفيذاً للمادة (1688): "يلزم أن يكون الشهود قد عاينوا بالذات المشهود به، وأن يشهدوا على ذلك الوجه، ولا يجوز أن يشهد بالسمع يعني أن يشهد الشاهد بقوله: سمعت من الناس، ولكن إذا شهد بكون محلّ وقفاً أو بوفاة أحدٍ على التسامع يعني بقوله: أشهد بهذا لأنني سمعت من ثقة هكذا، تقبل شهادته، وتجوز شهادة الشاهد في خصوص الولاية والنسب والوقف والموت بالسماع من دون أن يفيسر السماع أي بدون أن يذكر لفظ السماع، مثلاً لو قال: إن فلاناً كان في التاريخ الفلاني والياً أو حاكماً وبهذا البلد، وأن فلاناً مات في وقت كذا أو أن فلاناً هو ابن فلانٍ أعرّفه هكذا فشهد بصورةٍ قطعيةٍ من دون أن يقول: سمعت، تقبل شهادته وإن لم يكن قد عاين هذه الخصوصيات وإن لم يكن سئمه مساعداً لمعاينة ما شهد به، وأيضاً إذا لم يقل: سمعت من الناس، بل شهد قائلاً: بأننا لم نعاين هذا الخصوص لكنه مشتهرٌ بيننا بهذه الصورة نعرّفه هكذا تُقبل شهادته"¹.

المسألة الثانية:

الشهادة على الشهادة

هي الشهادة بطريق النيابة²، بأن يغيب شهود الأصل ويوكّلوا عنهم شهوداً آخرين ينقلون شهادتهم ويؤدونها أمام القاضي³. ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الشهادة على الشهادة في جميع الحقوق التي لا تسقط بالشبهة⁴، كما اتفقوا على أن ثبوت الشهادة على الشهادة لا يكون إلا في حالة عدم وجود الشاهد الأصيل⁵، واتفقوا على أن العدد مشروط فيها كسائر الشهادات⁶، فلا يقبل إلا من عدد؛ لأنه شهادة فاعتبر فيه

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص340.

²الكاساني، بدائع الصنائع، 281/6.

³آل بورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، 170/5، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ.

⁴الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 143/2؛ مالك، المدونة، 93/2، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ؛ الماوردي، الإقناع، 203/1؛ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، 288/4.

⁵ابن قدامة، المغني، 187/10.

⁶الحدادي، أبو بكر بن علي بن محمد العبادي الرّببدي اليمني الحنفي(ت800هـ)، الجوهرة النيرة، 148/2؛ القرافي، الذخيرة، 288/10؛ ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، 497/2-498.

فيه العدد كسائر الشهادات¹، كما اتفقوا على قبولها في كل حق يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي².

والمسألة يتنازعها قياس واستحسان:

وجه القياس: أن الشهادة عبادةً بدنيةً يلزم على الأصل إيفاؤها، ولا تجزي في ذلك النيابة؛ ألا يرى أن الصلاة والعبادات الأخرى المفروضة على الإنسان لا يجوز لأخر أن يؤديها عن إنسان وليست الشهادة حقاً للمشهود له، ولهذا السبب لا تجزي في ذلك الخصومة ولا يجوز الإجبار على الشهادة، كما أن احتمال الكذب في الشهادة على الشهادة هو زائد؛ لأن احتمال الكذب فيها هو في الأصول والفروع³.

وجه الاستحسان: أنه إذا لم تجوز الشهادة على الشهادة خوفاً من عجز الأصل عن أدائها لوفاته أو لوجوده في محل سفر بعيد يؤدي إلى ضياع الحقوق؛ فلذلك قد جوزت شهادة الفروع وفروع الفروع إلى ما لا نهاية على الشهادة⁴، وحسب المادة (21) من المجلة "الضرورات تبيح المحذورات"⁵، إلا أنه لما كان في ذلك شبهة البدل فلا تقبل في الأمور الساقطة في الشبهات⁶.

وجه الاستحسان:

مستند الاستحسان في هذه المسألة على الضرورة، فهو استحسان ضرورة؛ حتى لا يؤدي إلى ضياع الحقوق وتعطيل مصالح الناس.

¹ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 460-459/3.

²²² ابن نجيم، البحر الرائق، 5/7؛ الشافعي، الأم، 53/7؛ ابن قدامة، المغني، 81/10.

كتاب القاضي إلى القاضي: ويتعبر آخر الكتاب الحكمي: هو الكتاب الذي يرسله قاضي بلدة إلى قاضي بلدة أخرى يتضمن ادعاء أحد على آخر غائباً وليس له وكيل حاضر في بلدة ذلك القاضي واستماع القاضي للدعوى والبينة وإجراء التزكية، ويطلق على القاضي المرسل الكتاب: القاضي الكاتب، وعلى القاضي المرسل إليه: القاضي المكتوب إليه؛ البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، 204-198/6.

قيل: وليس له وكيل؛ لأنه لو كان للغائب وكيل بالخصومة فالدعوى تقام في مواجهته وتسمع البينة والقاضي يُصدر الحكم.

إن هذا الكتاب لا يتضمن في الحقيقة حكماً أو قضاءً بل هو عبارة عن نقل الشهادة فتسميته بالكتاب الحكمي هو باعتبار ما يؤول إليه؛ قيل: لأن هذا الكتاب هو في الحقيقة عبارة عن نقل الشهادة؛ لأن الكتاب الحكمي ينقل شهادة الأصول كنفل شهود الفروع بشهادتهم شهادة شهود الأصول؛ فلذلك لا حاجة لإحضار الخصم في ذلك؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 184/4.

إن شهود الأصل هم الذين يشهدون على أصل دعوى المدعي في غياب المدعى عليه أو غياب نائبه بحضور القاضي الكاتب كما أن شهود الطريق هم الذين يشهدون على الكتاب الحكمي في حضور القاضي المكتوب إليه على أن الكتاب هو كتاب القاضي الفلاني. وجه القياس: هو عدم قبول كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن القاضي الكاتب لو ذهب بالذات إلى مجلس القاضي المكتوب إليه وذكر له الأمور التي تُدرج في كتاب القاضي فلا يعمل القاضي المكتوب إليه بقوله؛ لأن القاضي هو من آحاد الناس في بلدة القاضي المكتوب إليه وعلى ذلك يكون عدم عمل القاضي بذلك الكتاب بطريق الأولى؛ لأنه يجوز تزوير الكتاب كما أن الخط والخاتم يتشابهان.

وجه الاستحسان: هو تجويز الإمام علي - كرم الله وجهه - ذلك إذ إن شاهد الحق يكون حيناً في بلدة ويكون الخصم في بلدة أخرى، فيكون الجمع بينهما متعذراً، فيصبح صاحب الحق محتاجاً للكتاب الحكمي وبشهادة شهود الطريق تنتفي شبهة التزوير وقد ورد في المادة (32) من المجلة: "أن الحاجة إذا كانت عمومية نُزِّل منزلة الضرورة"؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، 182/4؛ مجموعة من العلماء والفقهاء؛ مجلة الأحكام العدلية، ص19.

³ حيدر، علي، درر الحكام، 436/4.

⁴ الزيلعي، تبيين الحقائق، 238/4.

⁵ مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص18.

⁶ حيدر، علي، درر الحكام، 436/4.

الحكم القضائي:

فيما لو عرضت قضية على القاضي يدعي فيها المدعي أن له على آخر مبلغاً قدره عشرة دنانير، وبعد سؤال المدعى عليه عن ذلك أنكر المدعى به، وطلب القاضي من المدعي البيينة، وكانت بينته إحضار شاهدي الفرع دون الأصل؛ لأن الشاهد الأصل الأول مريض بصورة لا يكون معها قادراً على حضور مجلس القاضي، والشاهد الأصل الثاني توفاه الله، فشهد شاهدي الفرع قائلين: إننا نشهد أن فلاناً بن فلانٍ قد أقرَّ أمامي أنه مدينٌ لفلانٍ بعشرة دنانيرٍ وأشهدُ أنت على شهادتي، فلذلك كونا شاهدين على لساننا واشهدا بذلك في محله وقد تحمّلنا هذه الشهادة وقبّلنا تحمّلها ونحن شاهدان بالخصوص المذكور، ونشهدُ بذلك على لسان الغائبين المذكورين، فهل يقبل القاضي شهادتهما؟

يقضي القاضي بقبول شهادتهما؛ منعاً من ضياع حقوق العباد، وتنفيذاً للمادة (21): "الضرورات تبيح المحظورات"¹.

¹مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، ص18.

خاتمة الرسالة نتائج الرسالة

بعد توفيق الله لي في كتابة ما يتعلق بعنوان هذه الرسالة توصلت إلى النتائج التالية:

- 1- للحكم القضائي في الشريعة الإسلامية نظرية متكاملة، بفروعها وأغصانها، وهي بذلك تعبر عن تنظيم دقيق محكم كباقي النظم الإسلامية.
- 2- الحكم القضائي: هو ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فاصلاً في الخصومة متضمناً لإزام المحكوم عليه بفعل، أو بالامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقرير معنى في محل قابل له.
- 3- الحكم القضائي في ذاته إنما هو إلزام بحكم شرعي أو بقاعدة قانونية، وهو عبارة عن الحل الذي يتكون في نفس الحاكم للنزاع المائل أمامه، ولا يعرف هذا الحل إلا بترجمته واقعاً ملموساً على شكل قول أو فعل.
- 4- اتفق الفقهاء على أنّ ما يصدر عن القاضي فاصلاً في الخصومة يعتبر حكماً، وكذلك الأمر في القانون الوضعي، واختلف الرأي في اعتبار التصرفات الأخرى الصادرة عن القضاء هل هي أحكام، أم أعمال إدارية، أم أنها ذات طبيعة خاصة؟
- 5- أنكر علماء الشافعية على الحنفية وغيرهم الأخذ بالاستحسان، حيث إنهم أبطلوه باعتباره أنه راجع إلى تخصيص العلة وهو باطل عندهم.
- 6- غلب على المالكية الأخذ بالمصلحة، حتى أنهم في تعريفهم للاستحسان كان مرتكز الاستحسان على المصلحة، بحيث إن كان الدليل الصالح للتطبيق مصلحة راجحة أجزى.
- 7- الاستحسان: ترجيح المجتهد الاجتهاد الخفي على الاجتهاد الظاهر لدليل أقوى.
- 8- الاستحسان يطلق بإطلاقين عند الحنفية:
أ- خاص: قياس خفي في مقابل قياس جلي.
ب- عام: كل دليل في مقابلة قياس جلي أعم من أن يكون نصاً، أو إجماعاً، أو ضرورة، أو قياساً خفياً.
والمعنى الأول هو المشهور في الأصول، والثاني هو المشهور في الفقه.
- 9- اتفق الفقهاء على أن الاستحسان إذا كان ترجيح دليل على دليل، أو كان عدولاً عن حكم إلى حكم، أو استثناء جزئية في حكم كلي، فينبغي أن يستند الحكم المعدول إليه لدليل شرعي يوجب العدول، ولا خلاف في هذا كونه معمولاً به عند جميع الفقهاء.
- 10- اتفق الفقهاء أيضاً على رفض أن الاستحسان قول بالتشهي والقول المجرد.
- 11- إن في تجويز الاستحسان فتحاً لباب الاجتهاد في الوقائع التي لو حكم فيها بطريق القياس، أو غيره من الأحكام لأدى ذلك إلى جلب الفساد، وتقويت كثير من المصالح.

- 12- إنَّ للاستحسان ضوابط ينبغي مراعاتها واعتبارها، ومن أهمها أن يندرج الاستحسان تحت أي أصل من أصول الشريعة.
- 13- لا يستطيع الوصول إلى الاستحسان إلا مجتهد ملم بمقاصد الشارع ومتطلبات المكلفين.
- 14- الإمام الشافعي لم ينكر على أبي حنيفة استسحان الأثر أو الإجماع أو الضرورة، بل قال في بعض المسائل بالاستحسان كتقدير المتعة.
- 15- أكثر استحسانات الحنفية وأدقها مسلماً استحسان القياس.
- 16- استحسان القياس هو أن يكون فرع يتجاذبه أصلاً، فهو يشبه كل واحد من جهة، وترجيح قياس الفرع على أحد الأصلين اللذين يشبههما؛ لقوة أثره، وإن كان خفياً.
- فالقياص الظاهر الذي يظهر ابتداءً من غير تأمل عند تحقيق المناط، أما القياص الخفي الذي يكون بعد زيادة تأمل وإمعان نظر في تحقيق المناط في الحديث.
- 17- استحسان غير القياس: كل استحسان ثبت بدليل غير القياس.
- 18- استحسان القياس يختلف عن بقية أنواع الاستحسان من وجهين:
من حيث أنه يتعدى بواسطة القياس إلى واقعة معلولة بنفس العلة الباطنة، ومن حيث إجماع الفقهاء على تخصيص هذا النوع باسم الاستحسان.
- 19- ما نقل أن الاستحسان عند الحنفية ترك القياس لما يستحسنه العقل من غير دليل، كلام غير صحيح ولا دليل عليه.
- وأول من نسب هذا الكلام للأحناف أبو بكر الباقلاني المالكي، فإن كان لا يجوز أخذ آراء المذهب من كتب غيرهم في الفقه، فمن باب أولى عدم جواز أخذ دليل كلي وقع الخلاف فيه من كتب غيرهم.
- 20- ذهب بعض العلماء إلى القول أن الخلاف في الاستحسان في التسمية واللفظ، لا في الحقيقة والمعنى، وهذا غير صحيح؛ لأن لفظ الاستحسان ورد في القرآن، وهذا يتعارض مع ما قاله كبار علماء الشافعية أن خلافهم مع الحنفية خلاف في المعنى لا في اللفظ، وأن الإمام الشافعي قد عقد كتاباً في كتابه " الأم " لإبطال الاستحسان، فكيف يمكن القول أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، وأن الشافعي أنكر استحسان القياس؛ لأنه راجع إلى تخصيص العلة وهو باطل عند الشافعية؟
- 21- من الشروط المفسدة للعقد عند الحنفية، ما فيه نفع لأحد المتعاقدين، واستثنوا من شرط المنفعة ما جرى به العرف، وما هو من مقتضى العقد، وما هو ملائم للعقد، وما ورد به الشرع بخيار الشرط.
- 22- اتفق جمهور الفقهاء على حرمة بيع المعدوم، واختلفوا في بعض صورته، ومن هذه الصور المختلف فيها، بيع الاستجرار والراجح جواز بيعه؛ للعرف وتعامل الناس من غير نكير.
- 23- اختلفت الحنفية في جواز بيع العقار قبل القبض؛ والراجح المختار جواز ذلك؛ لإمكانية دفع حجج من قال بعدم الجواز.
- 24- إذا أطلق المستأجر ولم يبين المنتفع من محل الإجارة أو لم يعمم تفسد الإجارة، وتقلب إلى الصحة إذا بين المستأجر قبل الفسخ؛ لزوال الجهالة المفضية إلى النزاع.
- 25- أجاز الحنفية أن يطلق المستأجر في حال استأجر داراً أو حانوتاً، بخلاف الدابة والثوب؛ للاختلاف الفاحش من شخص لآخر.
- 26- جواز استئجار الدار والحانوت من دون بيان المنفعة المرجوة استحساناً، مع الملاحظة أن هناك بعض المنافع توهم البناء.
- 27- أبطل فقهاء الحنفية الإجارة التي يُقصد منها استهلاك العين، باستثناء إجارة المرضع استحساناً؛ لحاجة الناس وجريان التعامل بذلك من غير نكير.

- 28- من شروط عقد الإجارة بيان المدة، فلو استأجر أحد حانوتاً دون أن يبين المدة، حكم على العقد بالفساد، وأجاز فقهاء الحنفية إجارة السمسار والدلال والحمامي وما لا يُقدر فيه الوقت ولا العمل استحساناً؛ لحاجة الناس إليهم.
- 29- اختلفت الحنفية في الجمع بين الأجرة والضمان، والراجح المختار جواز ذلك، وخصوصاً في أموال الأوقاف واليتامي وما كان معداً للاستغلال.
- 30- أجاز فقهاء الحنفية أن يكفل الوديع المودع بالمال المودع عنده استحساناً؛ لمصلحة الدائن، تيسيراً وتوسعة عليه، وإبراءً لذمة المدين.
- 31- جواز قبض الرهن بعد الافتراق عن المجلس، هذا على أرجح القولين استحساناً.
- 32- اختلفت الحنفية في جواز الزيادة في الرهن، والراجح المختار الجواز وهو رأي جمهور الفقهاء.
- 33- جواز قبض الهبة من الصبي البالغ استحساناً؛ لتعامل الناس في ذلك.
- 34- ثبتت الشفعة في العلو عند الحنفية استحساناً.
- 35- ضمان العمل في شركة العنان يقع على الشريكين استحساناً؛ لجريان معنى المفاوضة فيها.
- 36- نفاذ إقرار أحد الشريكين على الآخر استحساناً.
- 37- ينبغي مراعاة الصيغة في عقد المضاربة قدر الإمكان.
- 38- اختلفت الحنفية في مشروعية إقرار الوكيل بالخصومة على موكله على قولين، والراجح المختار جواز ذلك استحساناً؛ حيث إن الوكالة بالخصومة بمعنى الإجابة على الخصم، والإقرار هو جواب أيضاً.
- 39- جواز شهادة التسامع في مواضع خاصة، كالوقف، والنكاح، والمهر، والدخول بالزوجة... استحساناً؛ للضرورة؛ لرفع الحرج وعدم تعطيل الأحكام.
- 40- تجوز الشهادة على الشهادة استحساناً؛ حتى لا يؤدي عدمها إلى ضياع الحقوق.

قائمة المصادر والمراجع

- 1- إبراهيم، محمد وعبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1974.
- 2- ابن الأثير، علي بن أبي الكرم الجزري، أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ.
- 3- ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث، تحقيق: طاهر الزاوي، محمود الطناجي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ - 1979م.
- 4- الأزهرى، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مركب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.
- 5- الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي، نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ.
- 6- الأصبهاني، أحمد بن عبد الله، مسند أبي حنيفة رواية أبي نعيم، حققه: نظر محمد الفاريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، الطبعة الأولى، 1415هـ.
- 7- الأصفهاني، أبو القاسم حسين المعروف بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت.
- 8- الأصفهاني، محمود بن عبد الرحمن، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، حققه: محمد مظهر بقاء، دار المدني، السعودية، الطبعة الأولى، 1406هـ.
- 9- الألباني، محمد بن ناصر، صحيح وضعيف سنن أبي داود، برنامج منظومة التحقيقات الحديثة المجاني من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، قام بإعادة فهرسته وتنسيقه: أحمد عبد الله.
- 10- الألباني، محمد بن ناصر، صحيح وضعيف سنن الترمذي، برنامج منظومة التحقيقات الحديثة المجاني من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، قام بإعادة فهرسته وتنسيقه: أحمد عبد الله.
- 11- الألباني، محمد بن ناصر، صحيح وضعيف سنن النسائي، برنامج منظومة التحقيقات الحديثة المجاني من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، قام بإعادة فهرسته وتنسيقه: أحمد عبد الله.
- 12- الألباني، محمد بن ناصر، صحيح وضعيف سنن ابن ماجه، برنامج منظومة التحقيقات الحديثة المجاني من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، قام بإعادة فهرسته وتنسيقه: أحمد عبد الله.

- 13- الألباني، محمد بن ناصر، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، دار المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، 1412هـ.
- 14- الألباني، محمد بن ناصر، صحيح الترغيب والترهيب، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1421هـ.
- 15- الألباني، محمد بن ناصر، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1405هـ.
- 16- إدريس، عبد الفتاح، أحكام الشفعة، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1421هـ.
- 17- الأمدى، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي، الإحكام في أصول الأحكام، حققه: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق.
- 18- أمير بادشاه الحنفي، محمد أمين بن محمود، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
- 19- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1403هـ.
- 20- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، 1414هـ - 1994م.
- 21- أيوب، حسن، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1423هـ.
- 22- الباباني، إسماعيل بن محمد أمين بن مير سليم الباباني، إيضاح المكنون في الذيل عن كشف الظنون، صححه: محمد شرف الدين بالتقيا ورفعت بلکہ الكليسي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 23- البابر تي، أكمل الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الرومي الحنفي الماتريدي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت.
- 24- الباجي، أبو الوليد، الإشارة في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ - 2003م.
- 25- الباحسين، يعقوب، الاستحسان، مكتبة الرشد، 1428هـ.
- 26- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، حاشية البجيرمي على المنهج = التجريد لنفع العبيد، مطبعة دار الفكر، 1415هـ - 1995م.
- 27- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (ﷺ) وسننه وأيامه، حققه: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- 28- البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد بن علاء الدين، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي.
- 29- بدر الدين العيني، محمود بن أحمد الحنفي، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ.
- 30- البصري، محمد بن علي المعتزلي، المعتمد، حققه: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ.
- 31- البغا، مصطفى، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار الإمام البخاري، دمشق.
- 32- البلخي، نظام الدين وعدد من العلماء، الفتاوى الهندية، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1310هـ.
- 33- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.
- 34- البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، دقانقأولي النهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، 1414هـ.
- 35- أبو البصل، عبد الناصر موسى، نظرية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن.

- 36- أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني، **التمهيد في أصول الفقه**، حققه: مفيد أبو عمشة ومحمد بن علي، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، الطبعة الأولى، 1406هـ.
- 37- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داود**، حققه: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.
- 38- أبو نعيم، أحمد بن عبد الله، **مسند أبي حنيفة رواية أبي نعيم**، حققه: نظر محمد الفاريابي، مكتبة الكوثر، الرياض، الطبعة الأولى، 1415هـ.
- 39- آل بورنو، محمد صدقي، **موسوعة القواعد الفقهية**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ.
- 40- أبو الوفاء، أحمد، **نظرية الأحكام وقانون المرافعات**، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة، الإسكندرية.
- 41- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ - 2003م.
- 42- التبريزي، محمد بن عبد الله، **مشكاة المصابيح**، حققه: محمد بن ناصر الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1985م.
- 43- الترتوري، حسين مطاوع، **الاستحسان عند الحنفية وموقف الشافعية منه**، من مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة السابعة، العدد السابع والعشرون، 1416هـ.
- 44- الترمذي، محمد بن عيسى، **الجامع المختصر من السنن عن رسول الله (ﷺ) ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل المعروف ب (جامع الترمذي)**، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، مطبعة البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1395هـ - 1975م.
- 45- التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، **شرح التلويح على التوضيح**، مكتبة صبيح بمصر، المكتبة الشاملة.
- 46- التمرتاشي، أبو صالح محمد بن عبد الله، **مسعفة الحكام على الأحكام**، حققه: سامر القبح، دار الفتح للدراسات والنشر.
- 47- التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد الفاروقي، **موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، حققه: علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، 1996م.
- 48- آل تيمية، بدأ بتصنيفها الجد مجد الدين عبد السلام، ثم أكملها الأب عبد الحلیم، ثم أكملها الحفيد أحمد، **المسودة في أصول الفقه**، حققه: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي.
- 49- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، **نظرية العقد**، حققه: محمد حامد الفقي، ومحمد ناصر الألباني، 1386هـ.
- 50- جاب الله، سمير، **ضوابط الثمن وتطبيقاته**، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية.
- 51- الجرجاني، علي بن محمد بن علي زين الدين الشريف، **التعريفات**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1403هـ - 1983م.
- 52- الجصاص، أبو بكر الرازي، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.
- 53- الجصاص، أبو بكر الرازي، **الفصول في الأصول**، وزارة الأوقاف الكويتية، 1414هـ - 1994م.
- 54- الجمل، سليمان بن عمر بن منصور، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل**، دار الفكر.
- 55- الجوهري، إسماعيل بن حماد، **تاج اللغة وصحاح العربية**، حققه: أحمد عبد الغفار عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، 1407هـ - 1987م.

- 56- الحاكم النيسابوري، محمد بن عبد الله، **المستدرک علی الصحیحین**، حققه: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1990م.
- 57- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي محمد، **الإصابة في تمييز الصحابة**، حققه: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.
- 58- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
- 59- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1419هـ.
- 60- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، **تهذيب التهذيب**، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الطبعة الأولى، 1326هـ.
- 61- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**، حققه: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية، صيدر آباد، الهند، الطبعة الثانية، 1392هـ.
- 62- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، **الدرية في تخريج أحاديث الهداية**، دار المعرفة، بيروت.
- 63- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، حققه: ماهر ياسين الفحل، دار القيس للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1435هـ.
- 64- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **الفتاوى الكبرى الفقهية**، جمعها تلميذه عبد القادر الفاكهي، المكتبة الإسلامية.
- 65- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **تحفة المحتاج شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1357هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 66- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي، **المنهاج القويم شرح المقدمة الحضرمية**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ.
- 67- الحدادي، علي بن محمد العبادي، **الجوهرة النيرة**، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى، 1322هـ.
- 68- ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي، **الإحكام في أصول الأحكام**، حققه: أحمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت.
- 69- ابن حزم الظاهري، علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي، **مراتب الإجماع**، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 70- الحسيني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحصني، **كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار**، حققه: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، 1994م.
- 71- الحصكفي، علاء الدين، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، حققه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، 1423هـ.
- 72- الحطاب، محمد بن عبد الرحمن، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، 1412هـ - 1992م.
- 73- حكيم، محمد تقي الدين، **الأصول العامة للفقه المقارن**، مؤسسة آل البيت للطباعة والنشر، 1979م.
- 74- ابن حمدان، أحمد بن حمدان الحنبلي، **صفة الفتوى والمفتي والمستفتي**، حققه: محمد بن ناصر الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1397هـ.
- 75- الحموي، شهاب الدين ياقوت الرومي، **معجم البلدان**، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، 1995م.

- 76- حيدر، علي، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 1431هـ - 2010م.
- 77- الخرشي، محمد بن عبد الله، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت.
- 78- الخصري، الطيب الخصري السيد، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**.
- 79- خلاف، عبد الوهاب، **علم أصول الفقه**، مكتبة الدعوة، شباب الأزهر عن الطبعة الثامنة لدار القلم، دمشق.
- 80- خلاف، عبد الوهاب، **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**، مطابع دار الكتاب العربي، مصر.
- 81- ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن محمد، **التاريخ المسمى بالعبر وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر**، حققه: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1408هـ.
- 82- الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، **سنن الدارمي**، حققه: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ.
- 83- الدبوسي، عبد الله بن عمر، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، حققه: خليل الميس، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1421هـ.
- 84- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، **الشرح الكبير على مختصر خليل**، دار الفكر.
- 85- الدريني، فتحي، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، الطبعة الجديدة.
- 86- الدريني، فتحي، **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1429هـ.
- 87- آل دريب، سعود بن سعد، **التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية**، مكتبة الملك فهد الوطنية، 1410هـ.
- 88- الدعيلج، مبارك بن محمد، **الرهن في الفقه الإسلامي**، رسالة مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، بدون طبعة، 1405هـ.
- 89- الدسوقي، محمد بن أحمد، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر.
- 90- ابن أبي الدم، شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله، **أدب القضاء = الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات**، حققه: محي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1404هـ - 1984م.
- 91- الدوري، قحطان، **صفوة الأحكام من نيل الأوطار**، دار الفرقان، عمان، الأردن، 1428هـ.
- 92- الرازي، فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر، **المحصول**، حققه: طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418هـ.
- 93- الربيعه، عبد العزيز بن عبد الرحمن، **السبب عند الأصوليين**، مطابع جامعة الإمام محمد بن سعود.
- 94- الربيعه، عبد العزيز بن عبد الرحمن، **أدلة التشريع المختلف في الاحتاج بها**، تجميع شبكة الألوكة - قسم الكتب.
- 95- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد الشهير بالحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م.
- 96- ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد، **المقدمات الممهדות**، حققه: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1408هـ.
- 97- الرشدي، محمد صالح، **المجاني الزهرية على الفواكه البدرية**.
- 98- الرشدي، أحمد بن عبد الرزاق المغربي، **حاشية الرشدي على نهاية المحتاج**، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ.

- 99- الرملي، شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ - 1984م.
- 100- الريس، أريج ربيع، المعاملات المالية المستدل لها بالاستحسان عند الحنفية، 1426هـ.
- 101- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية.
- 102- الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، الطبعة الشرعية، 1428هـ - 2007م.
- 103- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة.
- 104- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، الطبعة التاسعة، 1433هـ.
- 105- الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم.
- 106- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 1425هـ.
- 107- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف المصري، شرح الزرقاني على مختصر خليل وحاشية البناني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ.
- 108- الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة الأولى، 1414هـ.
- 109- زركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر.
- 110- ابن زكريا، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، حققه: عبد السلام محمد بن هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م.
- 111- زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1409هـ - 1989م.
- 112- الزيبي، جمال الدين بن يوسف بن محمد، نصب الراية لأحاديث الهداية - مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيبي، حققه: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م.
- 113- الزيبي، فخر الدين، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ.
- 114- السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، طبقات الشافعية الكبرى، حققه: الدكتور محمد محمود الطناحي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار الهجر، الطبعة الثانية، 1413هـ.
- 115- السخاوي، محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، دار مكتبة الحياة، بيروت.
- 116- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1413هـ.
- 117- السعدي، عبد الرحمن بن ناصر، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة، مطبعة المدني.
- 118- السلمي، ماجد بن خليفة، الإكراه وأثره في الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، 1441هـ.
- 119- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ.
- 120- ابن سلام، محمد بن سلام الجمحي، طبقات فحول الشعراء، حققه: محمود محمد شاكر، دار المدني، جدة.
- 121- السيوطي، جلال الدين، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، حققه: محمد أبو الفضل إبراهيم، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان.
- 122- ابن الشاطئ، قاسم بن عبد الله، إدرار الشروق على أنوار الفروق، عالم الكتب.
- 123- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الموافقات، حققه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى، 1417هـ.

- 124- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد، الاعتصام، حققه: سليم الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى، 1412هـ.
- 125- الشافعي، محمد بن إدريس، الرسالة، حققه: أحمد شاكر، مكتبة الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، 1358هـ.
- 126- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ - 1990م.
- 127- ابن شاكر، صلاح الدين محمد بن شاكر بن أحمد بن عبد الرحمن، فوات الوفيات، حققه: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1973 - 1974م.
- 128- شبير، محمد، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، دار النفائس، الأردن، 2009م.
- 129- ابن شدّاد، القاضي بهاء الدين يوسف الأسدي، دلائل الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، .
- 130- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م.
- 131- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت.
- 132- الشلبي، شهاب الدين أحمد بن محمد، حاشية الشلبي، الطبعة الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ.
- 133- شلبي، محمد مصطفى، تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر.
- 134- الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، حققه: أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1419هـ - 1999م.
- 135- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، حققه: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ.
- 136- الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ.
- 137- الشيباني، أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، حققه: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، 1420هـ - 1999م.
- 138- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1409هـ.
- 139- الشيرازي، إبراهيم بن علي، طبقات الفقهاء، حققه: إحسان عباس، دائرة الرائد العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1970م.
- 140- الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية.
- 141- صالح، محمد سعيد، بيع الاستجرار وتطبيقاته المعاصرة في المعاملات المصرفية، من مجلة حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، المجلد الأول من العدد الخامس والثلاثين، الإسكندرية.
- 142- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك = حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.
- 143- الصنعاني، عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، حققه: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، يطلب من المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1403هـ.
- 144- الصنعاني، محمد بن إسماعيل المعروف بالأمير، سبل السلام، دار الحديث.
- 145- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، الطبعة السابعة، 1409هـ - 1989م.
- 146- الطبراني، سليمان بن أحمد اللخمي الشامي، المعجم الكبير، حققه: حمدي السلفي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

- 147- الطبراني، سليمان بن أحمد اللخمي الشامي، المعجم الأوسط، حققه: طارق بن عوض الله وعبد المحسن الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
- 148- الطحاوي، أحمد بن محمد سلامة، مختصر اختلاف العلماء، حققه: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثانية، 1417هـ.
- 149- الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، حققه: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1418هـ - 1997م.
- 150- الطوفي، سليمان بن عبد القوي، البلبيل في أصول الفقه.
- 151- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.
- 152- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة.
- 153- العباد، عبد المحسن بن حمد البدر، شرح سنن أبي داود، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية <http://www.islamweb.net>
- 154- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستذكار، حققه: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1421هـ - 2000م.
- 155- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، حققه: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، 1400هـ - 1980م.
- 156- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، حققه: علي محمد الجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1412هـ.
- 157- عبد الشكور، محب الدين، مسلم الثبوت، الطبعة الحسينية المصرية، مطبعة كردستان العلمية.
- 158- العبدري، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ - 1994م.
- 159- عبد الوهاب المالكي، عبد الوهاب بن علي، التلقين في الفقه المالكي، حققه: أبي أويس محمد بو خبزة الحسني التطوان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1425هـ.
- 160- العجلوني، إسماعيل بن محمد، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، مكتبة القدسي، القاهرة، 1351هـ.
- 161- العدوي، علي بن أحمد الصعيدي، حاشية العدوي على الخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- 162- ابن العربي، محمد بن عبد الله، المحصول، تحقيق: حسين علي اليدري وسعيد فودة، دار البيارق، عمان، الطبعة الأولى، 1420هـ.
- 163- ابن عقيل، أبو الوفاء علي بن عقيل، الواضح في أصول الفقه، حققه: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
- 164- ابن العماد الحنبلي، عبد الحي بن أحمد بن محمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، حققه: محمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 1406هـ.
- 165- عوض، صالح، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
- 166- عوض، صالح، الاستحسان عند علماء أصول الفقه وأثره في الفقه الإسلامي.
- 167- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفي، حققه: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، 1413هـ.
- 168- الغزي، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري، الطبقات السنية في تراجم الحنفية، حققه: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي.

- 169- فخر الدين قاضيخان، أبو المحاسن الحسن بن منصور الأوزجندي المعروف بقاضي خان، **الفتاوى الخانية**.
- 170- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، 1406هـ.
- 171- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، **الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب**، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
- 172- الفرفور، محمد، **نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلّة**، دار دمشق، الطبعة الأولى، 1987م.
- 173- الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ.
- 174- الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، **بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز**، حققه: محمد علي النجار، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، 1416هـ.
- 175- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المكتبة العلمية، بيروت.
- 176- ابن قاضي شهبة، تقي الدين، **طبقات الشافعية**، حققه: الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت.
- 177- ابن قدامة المقدسي، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، **الشرح الكبير على متن المقنع**، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون طبعة.
- 178- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، **المغني - ويليهِ الشرح الكبير لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي**، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م.
- 179- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1414هـ.
- 180- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين عبد الله بن أحمد، **روضة الناظر وجنة المناظر**، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1423هـ.
- 181- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، **الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق**، عالم الكتب، بيروت.
- 182- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، اعتنى به عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، 1416هـ.
- 183- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، **شرح تنقيح الفصول**، حققه: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، 1393هـ.
- 184- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، **الذخيرة**، حققه: محمد حجي وسعيد أعراب، ومحمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
- 185- القدوري، أحمد بن محمد، **مختصر القدوري**، حققه: عويضة كامل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1418هـ.
- 186- القرشي، عبد القادر بن محمد، **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، الناشر: مير محمد كتب خانه - كراتشي.
- 187- القرطبي، محمد بن أحمد، **تفسير القرطبي = الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**، حققه: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1384هـ.

- 188- ابن قطلوبغا، زين الدين السوداني، تاج التراجم، حققه: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، 1413هـ.
- 189- القنوجي، أبو الطيب محمد صديق خان، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة.
- 190- القنوي، قاسم بن عبد الله بن أمير، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، حققه: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، 1424هـ.
- 191- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، 1406هـ.
- 192- كحالة، عمر بن رضا محمد، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 193- الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، حققه: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- 194- ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، حققه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
- 195- مالك، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م.
- 196- مالك، مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ، حققه: بشار عواد معروف، ومحمود خليل، مؤسسة الرسالة.
- 197- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، حققه: علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1419هـ.
- 198- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، أدب القاضي، حققه: محي هلال السرحان، مطبة الإرشاد، بغداد، 1391هـ - 1971م.
- 199- مجموعة من العلماء والفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، حققه: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد وآخرون.
- 200- محمد بن الحسن الحنفي، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الأصل المعروف بالمبسوط، حققه: أبو الوفا الأفعاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.
- 201- مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1424هـ.
- 202- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية.
- 203- مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، حققه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 204- مصطفى، إبراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة.
- 205- ابن معلى، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، حققه: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، 1914م.
- 206- ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، حققه: عبد الرحمن العثيمين مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1410هـ.
- 207- ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ.
- 208- ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع وتصحيح الفروع، حققه: عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1424هـ.
- 209- ابن المقرئ، محمد بن إبراهيم، إخلاص الناوي في إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، دار الكتب العلمية.

- 210- ابن الملقن، عمر بن علي، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، حققه: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1425هـ.
- 211- ابن منظور، محمد بن مكرم، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1414هـ.
- 212- ابن مودود الموصلية، عبد الله بن محمود، **الاختيار لتعليل المختار**، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1356هـ.
- 213- موسى سركييس، يوسف بن إيلان، **معجم المطبوعات العربية والمعربة**، مطبعة سركييس، مصر، 1436هـ.
- 214- ميارة، محمد بن أحمد، **الدر الثمين والموارد المعين**، حققه: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ.
- 215- ميارة، محمد بن أحمد، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة**، دار المعرفة.
- 216- الميداني، عبد الغني بن طالب بن حماد، **الباب في شرح الكتاب**، حققه: محمد عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان.
- 217- ابن النجار الحنبلي، تقي الدين محمد بن أحمد، **شرح الكوكب المنير**، حققه: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية، 1418هـ.
- 218- النجدي، عبد الرحمن بن محمد العاصمي، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**، الطبعة الأولى، 1397هـ.
- 219- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** - وفي آخره تكملة **البحر الرائق لمحمد الطوري وبالْحاشية منحة الخالق لابن عابدين**، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- 220- ابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم، **النهر الفائق شرح كنز الدقائق**، حققه: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- 221- النسائي، أحمد بن شعيب، **المجتبى من السنن**، حققه: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، 1406هـ - 1986م.
- 222- النسفي، عبد الله بن أحمد، **كنز الدقائق**، حققه: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، 1432هـ.
- 223- نكري، أحمد، **دستور العلماء**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ.
- 224- النووي، محي الدين يحيى بن شرف، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، حققه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1991م.
- 225- النووي، محي الدين يحيى بن شرف، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر، بدون طبعة.
- 226- النووي، محي الدين يحيى بن شرف، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1392هـ.
- 227- النووي، محي الدين يحيى بن شرف، **تهذيب الأسماء واللغات**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 228- ابن الهمام، كمال الدين، محمد بن عبد الواحد، **فتح القدير**، دار الفكر.
- 229- الهندي، محمد سليمان، **مختصر القدوري بشرحه المعتصر الضروري**، مكتبة البشري، الطبعة الأولى، 1429هـ.
- 230- الولوالجي، ظهير الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة، **الفتاوى الولوالجية**، حققه: الشيخ مقداد بن موسى قريوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 231- ياسين، محمد نعيم، **نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع.

232- ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، طبقات الحنابلة، حققه: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت.

القوانين:

- 1- القانون المدني الفلسطيني، مجلة الأحكام العدلية.
- 2- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001م.
- 3- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976م.
- 4- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (21) لسنة 1959م.
- 5- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة 1988م.
- 6- قانون القضاء المدني الكويتي.

المواقع الإلكترونية:

- 1- معجم البابطين لشعراء العربية، <https://www.almoajam.org>
- 2- هيئة الشام الإسلامية، <https://www.islamicsham.org>
- 3- رابطة أدباء الشام، <https://www.odabasham.net>
- 4- الجزيرة نت، <https://www.aljazeera.net>
- 5- موقع تركبيديا، <https://www.turkpidya.com>
- 6- موقع جهات الإخبارية <https://www.jehat.net>

فهرس المحتويات

2.....	الإهداء
3.....	الشكر والتقدير
4.....	الملخص
5.....	مقدمة
6.....	مشكلة البحث
6.....	أهداف البحث
6.....	أهمية البحث
7.....	الدراسات السابقة
8.....	منهج البحث
8.....	حدود البحث
8.....	إجراءات البحث
9.....	خطة الرسالة
13.....	الباب الأول التعريف بالحكم في الشرع والقانون والتعريف بالاستحسان
14.....	الفصل الأول: التعريف بالحكم في الشرع والقانون
14.....	المبحث الأول: التعريف بالحكم
15.....	المطلب الأول: التعريف بالحكم في اللغة
17.....	المطلب الثاني: التعريف بالحكم في الاصطلاح
17.....	الفرع الأول: التعريف بالحكم عند المناطقة وأهل العرف والمتكلمين
18.....	الفرع الثاني: التعريف بالحكم عند الأصوليين
21.....	الفرع الثالث: تعريف الحكم عند الفقهاء
23.....	المطلب الثالث: تعريف القضاء لغة واصطلاحاً
26.....	الفرع الرابع من المطلب الثالث: التعريف بالحكم في الاصطلاح
26.....	تعريف الحنفية للحكم القضائي
29.....	تعريف المالكية للحكم القضائي
31.....	تعريف الشافعية للحكم القضائي
33.....	تعريف الحنابلة للحكم القضائي
34.....	تعريفات الفقهاء المعاصرين للحكم القضائي
35.....	موازنة بين التعريفات السابقة
36.....	التعريف المختار للحكم القضائي
37.....	تعريف الحكم في الاصطلاح القضائي في القانون
39.....	التعريف المختار للحكم في القانون
40.....	المبحث الثاني: ماهية الحكم القضائي
40.....	المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وركنه

42.....	المطلب الثاني: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً
42.....	الفرع الأول: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً في رأي فقهاء الشريعة
48.....	الفرع الثاني: التصرفات الصادرة عن القضاء ومدى اعتبارها أحكاماً في القانون
50.....	المطلب الثالث: ضوابط العمل القضائي وتمييزه عن غيره
50.....	الفرع الأول: العمل القضائي وضوابطه
51.....	الفرع الثاني: تمييز الحكم القضائي عن الفتوى والحكم التشريعي والقرار الإداري وحكم المحكم
51.....	المسألة الأولى: الفرق بين الحكم القضائي والفتوى
52.....	المسألة الثانية: الفرق بين الحكم القضائي والعمل التشريعي والقرار الإداري
53.....	المسألة الثالثة: الفرق بين الحكم القضائي وحكم المحكم

55.....	الفصل الثاني: تعريف الاستحسان
56.....	المبحث الأول: تعريف الاستحسان
56.....	المطلب الأول: تعريف الاستحسان في اللغة
56.....	المطلب الثاني: تعريف الاستحسان في الاصطلاح
56.....	أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية
57.....	ب- تعريف الاستحسان عند المالكية
58.....	ت- تعريف الاستحسان عند الشافعية
58.....	ث- تعريف الاستحسان عند الحنابلة
59.....	التعريف المختار
60.....	المبحث الثاني: حجية الاستحسان
60.....	المطلب الأول: حجية الاستحسان
60.....	أدلة القائلين بالاستحسان
64.....	أدلة المانعين
67.....	الترجيح
68.....	المبحث الثالث: أثر الاستحسان في مرونة الفقه الإسلامي
69.....	المبحث الرابع: أنواع الاستحسان
69.....	النوع الأول: استحسان القياس
74.....	النوع الثاني: استحسان غير القياس
81.....	المبحث الخامس: ضوابط الاستحسان
82.....	المبحث السادس: الاستحسان في نظر المذاهب الفقهية الأربعة
86.....	الباب الثاني: الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في مجلة الأحكام العدلية
87.....	تمهيد: تعريف بمجلة الأحكام العدلية
88.....	الفصل الأول: كتاب البيع والإجارة
89.....	المبحث الأول: كتاب البيع
92.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في البيوع
92.....	المسألة الأولى: البيع بشرط يؤيد العقد
95.....	المسألة الثانية: البيع بشرط متعارف
97.....	المسألة الثالثة: البيع بالاستتجار
100.....	المسألة الرابعة: هل للمشتري بيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقاراً؟
104.....	المسألة الخامسة: خيار النقد
107.....	المسألة السادسة: خيار التعيين
109.....	المسألة السابعة: الغرر اليسير في البيع
111.....	المبحث الثاني: كتاب الإجارة
113.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الإجارة
113.....	المسألة الأولى: الإطلاق عند الاستتجار
114.....	المسألة الثانية: الإطلاق عند استتجار الدار والحاتوت
115.....	المسألة الثالثة: مخالفة المؤجر
117.....	المسألة الرابعة: الإجارة التي يقصد منها استهلاك العين

118.....	المسألة الخامسة: بيان مدة الإجارة
119.....	المسألة السادسة: تضمين المنافع
120.....	المسألة السابعة: انقضاء الإجارة
123.....	الفصل الثاني: كتاب الكفالة والرهن والهبة والغصب والإكراه والحجر والشفعة
124.....	المبحث الأول: كتاب الكفالة
125.....	المسألة الأولى: الكفالة بالمال المودع عنده
126.....	المبحث الثاني: كتاب الرهن
127.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الرهن
127.....	المسألة الأولى: قبض المرتهن
127.....	الحالة الأولى: مشروعية القبض بعد الافتراق عن المجلس في حال كان الإذن صريحاً
129.....	الحالة الثانية: مشروعية قبض المرتهن في المجلس
130.....	المسألة الثانية: زيادة الرهن
135.....	المبحث الثالث: كتاب الهبة
136.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الهبة
136.....	المسألة الأولى: أركان الهبة
139.....	المسألة الثانية: هبة الدين لمن عليه الدين
141.....	المسألة الثالثة: هبة الدين لغير من عليه دين
143.....	المسألة الرابعة: تغيب الواهب عن القبض
144.....	المسألة الخامسة: قبض الموهوب له العين في المجلس
144.....	المسألة السادسة: أهلية القبض
148.....	المبحث الرابع: الغصب
149.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الغصب
149.....	المسألة الأولى: ضمان العقار المغصوب
150.....	المسألة الثانية: حل انتفاع الغاصب بالمغصوب
152.....	المبحث الخامس: الإكراه
153.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الإكراه
153.....	المسألة الأولى: الإكراه على البيع
154.....	المسألة الثانية: الإكراه على الهبة
155.....	المبحث السادس: الشفعة
156.....	الحكم القضائي المستدل له بالاستحسان في الشفعة
156.....	المسألة الأولى: شفعة ما كان ملحقاً بالعقار
158.....	الفصل الثالث: كتاب الشركة والمضاربة والشهادة والإقرار
159.....	المبحث الأول: كتاب الشركة
161.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الشركة
161.....	المسألة الأولى: التوكيل بالشراء
162.....	المسألة الثانية: قبض الدين من غير توكيل
163.....	المسألة الثالثة: التصرف في مال الشركة
165.....	المسألة الرابعة: نفقة الشريك
167.....	المسألة الخامسة: ضمان العمل في شركة العنان
168.....	المسألة السادسة: إقرار أحد شريكي العنان على الآخر
171.....	المبحث الثاني: كتاب المضاربة
172.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في المضاربة
172.....	المسألة الأولى: صيغ المضاربة
174.....	المسألة الثانية: شراء المضارب بالذمة
176.....	المسألة الثالثة: سلطة المضارب بالتصرف
178.....	المبحث الثالث: الإقرار
180.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الإقرار
180.....	المسألة الأولى: إقرار الوكيل بالخصومة على موكله
181.....	المسألة الثالثة: إقرار المريض

182.....	المبحث الرابع: الشهادة.....
183.....	الأحكام القضائية المستدل لها بالاستحسان في الشهادة.....
183.....	المسألة الأولى: الشهادة بالتسامع.....
184.....	المسألة الثانية: الشهادة على الشهادة.....
187.....	الخاتمة.....
190.....	فهرس المصادر والمراجع.....
202.....	فهرس المحتويات.....