

الفقه أمطار

٥/٤

فصلية متخصصة في الفقه المقارن
بثوبه الجديد وقضايا الأمة المعاصرة

العددان الرابع والخامس - السنة الثانية
ربيع - صيف ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م

تصدر عن مركز التجديد للدراسات الدينية المقارنة
وجامعة المذاهب الإسلامية

ملف العدد: المناهج المقارنة في استنباط أحكام المستجدات والنوازل

- ◆ دور خصائص التشريع في إعادة النظر في المنهجية أو إعادة تطبيقها
- ◆ ضوابط التوصيف الفقهي للمسائل المستحدثة
- ◆ مناهج البحث في المسائل المستحدثة لدى المذاهب الإسلامية
- ◆ المنهج الأصولي لشيخ الزيتونة في كتاباتهم
- ◆ حول القضايا الفقهية المعاصرة
- ◆ التدرج في الأوامر والنواهي

دراسات مقارنة

- ◆ حقوق السجناء
- ◆ ظاهرة التكفير وسبل معالجتها: في ضوء الفقه الإباضي
- ◆ القتل الرحيم: دراسة فقهية قانونية مقارنة
- ◆ نطاق الشفعة: دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة
- ◆ الوصية عقد أو إيقاع؟ دراسة تحليلية مقارنة

٥/٤

الفقه المقارن

العددان الرابع والخامس - السنة الثانية - ربيع - صيف ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م



ALFIQH ALMOKAREN

It Works on Comparative Jurisprudence & Contemporary Plying Issues

4/5

2th Year (4 - 5) Spring - Summer - 2014

سعر العدد

■ لبنان: ٥٠٠٠ ل.س.	■ مصر: ٧ جنيهات
■ سورية: ١٠٠ ل.س.	■ السودان: ٨٠ ديناراً
■ الأردن: ١٥ دينار	■ ليبيا: ١٥ دينار
■ السعودية: ١٠ ريال	■ تونس: ١٥ دينار
■ العراق: ٣٥٠٠ دينار	■ إيران: ٦ آلاف تومان
■ اليمن: ٣٠٠ ريال	■ المغرب: ٢٠ درهماً
■ عُمان: ٢ ريال	■ موريتانيا: ٢٠٠ أوقية
■ الإمارات المتحدة: ٢٠ درهماً	■ الدول الإفريقية: ٥ دولارات
■ قطر: ٢٠ ريال	■ الدول الأوروبية: ٦ دولارات
■ البحرين: ١٥ دينار	■ الولايات المتحدة وكندا
■ الكويت: ١ دينار	■ وأستراليا: ٨ دولارات

الإشتراك السنوي:

- لبنان والدول العربية: ٥٠ دولاراً - أوروبا وأمريكا: ٧٠ دولاراً
- الجامعات والمؤسسات الرسمية: ١٢٠ دولاراً

المراسلات: لبنان - بيروت - ص.ب. ٥٠٩٧/٢٥

البريد الإلكتروني: altajdeedcenter@gmail.com

الفقه أطارن

٥/٤

فصلية متخصصة في الفقه المكارن
بثوبه الجديء وقضايا الأمة المعاصرة

العددان الرابع والخامس - السنة الثانية
ربيع - صيف ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م

تصدر عن مركز التجديد للدراسات الدينية المكارنة
وجامعة المذاهب الإسلامية

ملف العدد: المناهج المكارنة في استنباط أحكام المستجدات والنوازل

- ◆ دور خصائص التشريع في إعادة النظر في المنهجية أو إعادة تطبيقها
- ◆ ضوابط التوصيف الفقهي للمسائل المستحدثة
- ◆ مناهج البحث في المسائل المستحدثة لدى المذاهب الإسلامية
- ◆ المنهج الأصولي لشيوخ الزيتونة في كتاباتهم
- ◆ حول القضايا الفقهية المعاصرة
- ◆ التدرج في الأوامر والنواهي

دراسات مقارنة

- ◆ حقوق السجناء
- ◆ ظاهرة التكفير وسبل معالجتها: في ضوء الفقه الإباضي
- ◆ القتل الرحيم: دراسة فقهية قانونية مقارنة
- ◆ نطاق الشفعة: دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة
- ◆ الوصية عقد أو إيقاع؟ دراسة تحليلية مقارنة

الفقه المقارن

فصلية متخصصة في الفقه المقارن بثوبه الجديد و قضايا الأمة

تصدر عن: مركز التجديد للدراسات الدينية المقارنة وجامعة الهذاهب الإسلامية

المدير المسؤول:

قاسم متيرك

رئيس التحرير:

أحمد المبلغي

الهيئة العلمية (مرتبة مجانياً)

أ. د. بشير البوزيدي (تونس)

د. حسان موسى (الجزائر)

الشيخ سيف الله صرامي (إيران)

د. عبدالرحمن السالمي (عمان)

الشيخ غازي الشبيب (السعودية)

د. صاحب محمد نصار (العراق)

السيد عبدالله بن حمود العزي (اليمن)

الشيخ محمد زراقت (لبنان)

أ. د. محمد كمال الدين إمام (مصر)

مدير التحرير:

محمد تهامي ذكير

الهيئة الاستشارية (مرتبة مجانياً)

أ. د. عبد الفتاح إدريس

أ. الشيخ محسن الأراكي

أ. الشيخ محمد علي التسخيري

أ. د. علي محي الدين القره داغي

أ. د. الشيخ وهبه الزحيلي

المراسلات: مجلة الفقه المقارن: لبنان - بيروت: ص.ب: 5097-25

Beirut - P.O.Box: 25-5097

Altajdeedcenter@Gmail.com

البريد الإلكتروني للمجلة:

التوزيع: لبنان والعالم العربي: دار الفلاح للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت: ص.ب 113-6590

E-MAIL:alfalahzoobi@gmail.com Tel.: 03-284600 /961-1-856677 ت:

قواعد النشر في المجلة

تُرحب مجلة الفقه المقارن بمشاركة العلماء والمفكرين والمتخصصين في الفقه المقارن والاجتهاد في القضايا المعاصرة.

يشترط في المادة المرسلة الشروط التالية:

- ألا تكون قد نشرت أو أرسلت للنشر في مجلات أخرى.
- أن تلتزم قواعد البحث العلمي والمنهج المقارن، بالإضافة إلى توثيق المصادر والمراجع بذكر البيانات كاملة. مع تحرّي الموضوعية في البحث والمعالجة والنتائج.
- تخضع المواد التي ستشتر للتدقيق ومراجعة إدارة التحرير.
- لا تعاد المواد التي ترسل إلى المجلة ولا تسترد، نُشرت أم لم تنشر، ولا تلتزم المجلة بإبداء أسباب عدم النشر.
- للمجلة حق إعادة نشر المواد المنشورة منفصلة أو ضمن كتاب، بلفظه الأصلية أو مترجماً إلى لغة أخرى، من غير الحاجة إلى استئذان صاحبها.
- تعتذر المجلة عن نشر المواد التي فيها مساس بالقيم الإسلامية أو إثارة النزعات الطائفية أو العصبية أو الفتوية وكل ما يمس الوحدة والتضامن الإسلامي.
- ما تنشره المجلة يُعبّر عن وجهة نظر كاتبه ولا يُعبّر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة.
- تستقبل المجلة المواد في مختلف أبوابها، الملف، الدراسات المقارنة، قراءات في كتب مقارنة أو مناقشة الأفكار والآراء الواردة في دراسات المجلة.

الرجاء إرسال إسهاماتكم إلى بريد المجلة الإلكتروني:

altajdeedcenter@Gmail.com

في هذا العدد

• كلمة التحرير

المناهج المقارنة في استنباط أحكام المستجدات والنوازل

- دور خصائص التشريع في إعادة النظر في المنهجية أو إعادة تطبيقها أ. الشيخ أحمد المبلي ٩
- ضوابط التوصيف الفقهي للمسائل المستحدثة أ. د. محمد كمال الدين إمام ٢١
- مناهج البحث في المسائل المستحدثة لدى المذاهب الإسلامية الأستاذ محمد تهامي زكير ٣٦
- المنهج الأصولي لشيوخ الزيتونة في كتاباتهم حول القضايا الفقهية المعاصرة د. علي العلوي ٧٠
- دور المنهج المقاصدي في استنباط أحكام الاستفادة من أعضاء الإنسان في العلاج والبحث العلمي د. منير بنجمور ١٠٨
- الاجتهاد الجماعي في معالجة المستجدات من الناحية الشرعية وسبل تطويره أ. الشيخ محمد علي التسخيري ١٤٠
- التدرج في الأوامر والنواهي د. أحمد بابكر خليل عيسى ١٤٨
- دور المقاصد في كشف وإبداع أنظمة اجتماعية إسلامية أ. د. أحمد عوض هندي ١٧٥

دراسات مقارنة

- حقوق السجناء أ. الشيخ محمد علي التسخيري ١٩٩
- ظاهرة التكفير وسبل معالجتها في ضوء الفقه الإباضي إسماعيل بن صالح الأغبري ٢١٩
- القتل الرحيم: دراسة فقهية قانونية مقارنة الشيخ محمد حسن زراقت ٢٤٢
- نطاق الشفاعة: دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الأستاذة أسماء تخونني ٢٦٥
- الوصية، عقد أو إيقاع؟ دراسة تحليلية أ. الشيخ أحمد المبلي ٣٠٥

بات من الواضح أن كل علم تتوَلَّد قضاياها داخل إطار تصنعه وتحققه أركان العلم وعوامله.. وأركان العلم متعددة، من أهمها: مصادره ومنهجيته وهيكلته. وهذه الأمور الثلاثة وإن كانت تشترك كلها في عملية "إنتاج المعرفة" أو التأثير عليها، ومن ثم في تكوين هويتها ومساراتها، غير أنها تختلف فيما بينها من حيث نوعية الدور الذي تلعبه علي هذا الصعيد، والأثر الذي تسفر عنه في هذا الاتجاه..

المصادر يتمثل دورها في كونها بمثابة ينبوع الذي يستقى الفكر العلمي منه، بينما المنهجية تلخص دورها في تعيين نوعية الإنتاج العلمي من جهة، وتعيين مستوى إتقانه ومدى صحته من جهة أخرى، في حين يتجسد دور الهيكلية في تنظيم ملفات العلم وبحوثه المختلفة، وتحقيق الانسجام فيها، بشكل يؤثر في تقرير مسار العلم وحركته المستمرة..

في ضوء ذلك، فإنَّ المسؤولية الذي تحملها المنهجية على عاتقها تجاه العلم، هي تعيين نوعية النتائج المعرفي، وهي مسؤولية مهمة وخطيرة، ذلك لأنَّه ليس كل نتاج معرفي يكون دائماً علمياً وعقلانياً، حتى يهمل أمر المنهجية..

وليكون هذا النتاج علمياً وعقلانياً يجب أن يتصف بسمات ثلاثة، هي: "العمق" و"الصحة" و"القدرة على الإجابة"، لذا لا بد من وجود منهجية في هذا المجال كي تتمكن من أن تعطي نتاجاً معرفياً خالصاً تتوفر فيه هذه العناصر الثلاثة المذكورة..

ومن هذا المنطلق يتوجب على الباحث في كل علم من العلوم الإنسانية أو التطبيقية، البحث عن "المنهجية" في مرحلة مبكرة وسابقة على عملية "الإنتاج المعرفي" حتى يحصل على نتاج له مواصفات عالية من حيث الجودة والاعتبار، والدقة والتنقيح الكاملين..

وبناء على ذلك، فإنَّ البحث حول "المنهج" لا بد وأن يتصف بالدقة والاستيعاب إلى حدٍّ يمكن الكاتب والباحث من أن يزوّد عمله المعرفي بالعناصر

الثلاثة التي من شأنها أن ترفع من مستوى القضايا العلمية والبحثية الى درجات متقدمة، كما يضيف عليها مسحة راقية.

ولذا، فليس من العقلانية إهمال البحث عن "المنهجية" أو عدم الاعتناء بها أو التقصير في توجيه البحث إليها، وأي إهمال أو تقصير يحصل هنا يؤديان إلى فقدان العلم لبريقه، وتطوره وتقدمه إلى الأمام، لأن قضاياها ستفقد حيويتها وقدرتها على الإجابة، أو اتخاذ موقف تجاه المستجدات الواقعة، والتطورات المتسارعة..

من هذا المنطلق، يعالج هذا العدد الجديد من المجلة، ملفاً في غاية الأهمية، وهو البحث في "منهجية معالجة الفقه الإسلامي للمستجدات" أي: البحث عما يجعل المنهج الفقهي يرتقي بالفقه إلى مستويات عالية من الجودة في العرض والطرح، والعمق في المحتوى، حتى لا تكون استنباطاته لأحكام المسائل المستجدة سطحية وفارغة من المحتوى المطلوب، بل تكون فعالة بدرجة يمكنه من أن يلعب دوره المتوقع له، من مواكبة التطورات الحاضرة، ومسايرة متطلبات الزمان المتزايدة وقضاياها المستجدة..

في هذا العدد

يشارك في الملف وفي باب الدراسات، نخبة من الفقهاء والدكاترة وأساتذة الجامعات والمتخصصين في الفقه، وقد تناولت بحوث الملف، دور خصائص التشريع في إعادة النظر في المنهجية أو إعادة تطبيقها، وضوابط التوصيف الفقهي للمسائل المستحدثة، ومناهج البحث فيها لدى المذاهب الإسلامية، والمنهجان الأصولي والمقاصدي لدى علماء الزيتونة في استنباط أحكام القضايا المعاصرة، بالإضافة إلى دور الاجتهاد الجماعي في هذا الاستنباط، وبحوث أخرى ..

أما في باب الدراسات، فيعرض العدد بحوثاً حقوقية مهمة ومتنوعة عناوينها: حقوق السجناء، القتل الرحيم، نطاق الشفاعة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، الوصية: عقد أو إيقاع؟ دراسة تحليلية..بالإضافة الى معالجة ظاهرة التكفير في الفقه الإباضي..

والله ولي التوفيق

أحمد المبلغي

ملف العدد

المناهج المقارنة في استنباط أحكام المستجدات والنوازل

- ١- دور خصائص التشريع في إعادة النظر في المنهجية أو إعادة تطبيقها
- ٢- ضوابط التوصيف الفقهي للمسائل المستحدثة
- ٣- مناهج البحث في المسائل المستحدثة لدى المذاهب الإسلامية
- ٤- المنهج الأصولي لشيخ الزيتونة في كتاباتهم حول القضايا الفقهية المعاصرة
- ٥- دور المنهج المقاصدي في استنباط أحكام الاستفادة من أعضاء الإنسان في العلاج والبحث العلمي
- ٦- الاجتهاد الجماعي في معالجة المستجدات من الناحية الشرعية وسبل تطويره.
- ٧- التدرج في الأوامر والنواهي
- ٨- دور المقاصد في كشف وإبداع أنظمة اجتماعية إسلامية



ملف العدد

دور خصائص التشريع في إعادة المنهجية أو إعادة تطبيقها

أ. الشيخ أحمد المبلغي

هذه الورقة تهدف إلى طرح فكرة لم يسبق طرحها في البحوث المنهجية رغم أهميتها البالغة - حسب ما سيبدو من خلال البحث - وهي فكرة "إعادة النظر في منهجية الاستنباط (سيما استنباط أحكام المستجدات) أو إعادة تطبيقها عبر تفعيل عقلية التركيز على خصائص التشريع والاستفادة منها في الاستنباط، وتوضيح هذه الفكرة يتطلب تناول البحث من خلال ثلاثة محاور:

- بيان المقصود من عقلية التركيز على خصائص التشريع.
- إثبات دور هذه العقلية في ترشيد منهجية الاستنباط.
- عرض نماذج تطبيقية.

(١) المقصود من عقلية التركيز على خصائص التشريع

إن "عقلية التركيز على خصائص التشريع" عبارة عن تحرك عقلي يتمحور حول الشريعة بهدف الحصول على المعرفة المعمّقة بخصائص الشريعة، وبناء الوعي الفقهي عليها.

والمقصود من ذلك يتّضح بذكر مجموعة من النقاط:

الأولى: إن التشريع فعل من أفعال الله سبحانه، فإنه تعالى هو الذي شرّع لنا، فالتشريع هو فعله.

الثانية: انطلاقاً من كون الشريعة هي من فعل الله سبحانه، فإنه يتحتم علينا التمييز والتفريق بين الشريعة والفقّه، وإنه من الخطأ الفادح أن نعتبرهما واحداً أو

نعتبرهما إثنين ليس بينهما فرق، بل الحقيقة أنهما إثنان يوجد بينهما أكثر من فرق. وقبل التعرض إلى الفروق بينهما، ينبغي الإشارة إلى أن القول بوجود الفرق والاختلاف بين الفقه والشريعة لا يعني عدم اعتبارية الفقه، ولا القدح في مكانته، بل العكس من ذلك، لأنه ليس لنا طريق إلى الشريعة إلا الفقه، وليس أمامنا ما يكون حجة بحسب الأدلة إلا الفقه، إلا أن الذي ندعيه أن هذه الحجة المنحصرة، لا تنطبق على الشريعة تماماً، بل توجد اختلافات بينهما في عدة نواح كما ستأتي.

والفروق بينهما نلخصها بما يلي:

أ - إن الشريعة هي فعل الشارع وصنيعته، والفقه هو فعل الفقيه وصنيعته، ولكن وفق منهجية خاصة، وبالرجوع إلى مصادر الاستنباط الشرعي كالقرآن والسنة، ومصادر أخرى..

فالفقه علم البشر في إطار خاص ومن مصادر خاصة، يتم بهدف أن يعكس الشريعة ويجعلها في متناول أيدي الناس.

ب - ربما يكون الحكم الذي يعطيه الفقيه في مورد غير مطابق للحكم الموجود في الشريعة، حيث يحتمل أن يكون الفقيه قد أخطأ في ذلك الحكم.

ت - دائرة الشريعة واسعة ولكن الفقه مهما كانت دائرته واسعة فإنه قد دخل في ميادين خاصة، وعليه فإن الفقه لا يعكس تمام ما للشريعة من الحدود والسعة، بل يعكس أجزاء منها.

ث - إن أجزاء الشريعة متكاملة ومتناسقة، بحيث يكمل بعض أجزائها البعض الآخر. وبيان آخر، إن الشريعة تتميز بحالة من التناسق والنسقية بين أجزائها، لأنها تهدف إلى تحقيق أهداف خاصة، لكن الفقه لا يمكن أن نقول أن أجزائه متناسقة بتمام معنى الكلمة، فقد يكون بين مجموعات منها ابتعادات وانفصالات. والسبب في هذا الفرق يكمن في أن منزل الشريعة هو الله سبحانه وتعالى، وهو منزّه عن أي جهل أو خطأ أو لغو، وكما يقول القرآن: ﴿أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ

القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً» (النساء: ٨٢)، بينما الفقه يمثل فهم الفقيه للشريعة.

لذلك لو قبلنا القول بأن بين أحكام الشريعة نسقية، وبأن الفقه يفتقر — ولو بصورة وفي بعض النواحي — إلى هذه النسقية بين الأحكام، فإن هاتين الحقيقتين تنهيان بنا إلى فهم حقيقة أخرى، وهي أن منهجيتنا تعاني من وجود حالات من النقص لا تمكن بسببه أن نستنبط الأحكام مع ما عليه الشرع من النسقية.

الثالثة: إن التشريع بوصفه فعلاً لله سبحانه لا يمكن أن لا تكون له مواصفات وخصائص، ذلك أننا لو قبلنا أن التشريع لم يكن عشوائياً، بل تمّ على أساس نظم دقيق، فهو يعدّ نظاماً منضبطاً يتسم بمواصفات قطعاً.

ومن المؤسف له أن هذه الخصائص لم تتم أي محاولة لفهمها بشكل علمي، كما لم يتم أي بحث دقيق حولها وعددها ...

٢) إثبات دور عقلية التركيز على خصائص الشريعة في ترشيد منهجية الاستنباط:

يُمكن طرح مجموعة من النقاط على أساسها يمكن إثبات ضرورة تقويم وتنقيح منهجية استنباط المستجدات من منطلق التركيز على خصائص التشريع، وهي كالآتي:

أ) الفتاوى جاءت كي تمثل الشريعة: إن الفتاوى تمثل جسراً تعبّر به الشريعة لتنتقل إلى الناس، وعليه فإن الفتاوى جاءت كي تمثل الشريعة.

ب) الفتاوى الهادمة لخصائص الشريعة لا تمثلها: بعد اعترافنا بأن للشريعة خصائص تتسم بها، فإذا رأينا أن مجموعة من الفتاوى (التي انبثقت من منهجية واحدة) تتجه نحو هدم ما تقتضيه خصائص الشريعة، فهي وإن احتلت مكانة التمثيل عن الشرع، غير أنها لا تمثل واقع الشريعة، لأنه لا معنى للفصل بين الشريعة وخصائصها، فمجرد كون فتوى هادمة لإحدى خصائص الشريعة، نفهم أن هذه الفتوى لم تنجح في مهمتها والتي هي تمثيل الشريعة.

ث) لا بد من تقييم الفتاوى: بناء على ما ذكر، يتوجب على الفقهاء أن يحققوا إلى جانب الإفتاء مرحلة أخرى، وهي مرحلة القيام بعملية يمكن أن نسميها عملية تقييم الفتوى، بمعنى النظر إلى هذه الفتوى التي يصدرها الفقيه هل تناسب وتتسق مع خصائص الشريعة أم أنها تفقد حالة التلائم معها.

ج) لا بد من الانطلاق من نتائج التقييم إلى إعادة النظر أو إعادة التطبيق: إن تقييم الفتوى وإن كان يتم متأخراً عن مرحلة الإفتاء إلا أنه يمكن جعله نقطة انطلاق لتقوية منهجية الاستنباط، وهذه التقوية تتمثل: إما بأن نعيد النظر في المنهجية، الأمر الذي ربما يوصلنا إلى عناصر فاعلة في تكوين المنهجية، فنضيفه (وبالتبع نعيد النظر في المسألة التي اجتهدنا فيها) أو في أن نعيد تطبيق المنهجية فنعلم ونتأمل أكثر فأكثر عند تطبيقه ونفحص عن نصوص أخرى - لو كانت في البين - ونحاول إعادة تفسير النصوص أحياناً ونكرر هذا النظر حتى تستقيم فتوانا بما يجعلها لا تؤدي إلى تخريب وهدم خصائص الشريعة من الأساس .

والحقيقة التي لا بد من الإذعان لها، هي أن المشكلة تكمن في عدم فتح مجال علمي للبحث عن خصائص التشريع، وما هو موجود لا يعدو كونه معرفة خاطئة وغير علمية بجملة من هذه الخصائص، والمشكلة الأكبر من ذلك، أنه حتى لو كانت هنا وهناك معرفة إجمالية ببعض الخصائص فإننا لا نمتلك فكرة ومهارة جعل هذه المعارف منطلقات وأسس لتقييم فتوانا، بل تركت الفتاوى على حالها.. فكتيراً ما يستنبط الفقيه حكماً ويصدر فتوى ويرسلها إلى المجتمع أو يطلقها في الهواء عبر الفضائيات ، من دون أن يهتم بالآثار المترتبة عليها وما ستصنع فتواه بالناس عندما تنزل على أرض الواقع؟

فالفتاوى تخرج وتصدر، وهي حرة في الانتشار بعد الخروج والصدور، فلو أضرت بالمجتمع هل يسأل أحد لماذا وقع ذلك؟ ولو تسببت في إيجاد بعض السلوكيات اللاأخلاقية، هل يتحمل أحد مسؤولية ذلك؟ ولو أدت إلى انحراف المجتمع، ودفعت بأفراده إلى منحى غير انساني، هل يسأل أحد لماذا وقع هذا الأمر؟

هذا الواقع يدفعنا إلى القول بأن الفتوى لا بد أن تقيّم، وعملية التقييم هذه بالنسبة إلى الفتاوى مفقودة.

وكما هو معلوم فإن الاقتراح الذي تقدمه هذه الورقة من تحقيق هاتين العمليتين (أي: عملية التقييم على أساس خصائص التشريع، ولحاظ نتائج التقييم في عملية الاستنباط) ليس، بمعنى جعل خصائص التشريع ضمن المنهج الاستنباطي، أو بمعنى جعل نتائج التقييم للفتاوى جزء من المنهجية، بل بمعنى الانطلاق من نتائج التقييم إلى:

إما إعادة النظر في المنهجية والبحث عما تفتقده من عناصر لازمة (تناسب مع استنباط خصائص الشريعة) وإضافتها إليها، أو تهذيب المنهجية مما علق بها من ذهنيات مضرة بالاستنباط في مجال القضايا المستجدة الاجتماعية (التي تتعطش لأن تتبلور فيها خصائص الشريعة)، وإما إعادة النظر في تطبيق المنهجية، فلربما كانت المنهجية صحيحة إلا أننا قد نطبقها في مسألة أو مجموعة من المسائل بسرعة أو قد لا نطبق جميع عناصرها غفلة أو نسياناً، فلا بد حينئذ من أن نجعل نتائج التقييم أساساً كي نرجع مرة أخرى إلى الاستنباط ونحاول تحقيقها وتطبيقها مع دقة أكثر. وعليه، فعملية التقييم تؤدي إلى الحفاظ على عملية تكوين الفهم والاستنباط، ومما يؤسف له أن الكثير من المفتين من دون أن يشعروا يتسرعون في عملية الفهم والاستنباط وهم لا ينتبهون أن فتاواهم تمثل جسراً تعبره الشريعة لتنتقل إلى الناس.

(٣) نماذج تطبيقية:

فيما يلي عرض لخصيتين للشريعة مع بيان ما لهما من الدور والتأثير على المنهجية:

الخصيصة الأولى: انسجام وتوافق النظام التشريعي للنظام التكويني:

حول هذه الخصيصة نناول أمرين:

الأمر الأول: إثبات كونها خصيصة: أي: إثبات كون النظام التشريعي متناسقاً

مع النظام التكويني، فنقول: إن إثبات ذلك يتوقف على مقدمتين:

المقدمة الأولى: إن الفاعل في تكوين كلا النظامين واحد هو الله سبحانه، وكلاً من النظام التكويني والنظام التشريعي فعله سبحانه.

المقدمة الثانية: من المستحيل أن يفعل الله سبحانه تعالى فعلين ليس بينهما تناسق وتناغم، بمعنى أن يذهب التشريع إلى جهة خلاف التكوين، والتكوين إلى جهة ما مخالفة للتشريع.

وهذه التناغمية بين الشريعة مع نظام التكوين ليس التصديق بها أمراً صعباً، بل هو أمر طبيعي.

الأمر الثاني: دور التركيز على هذه الخصيصة في الاستنباط:

ليس المقصود من التركيز على التناسقية بين نظامي التكوين والتشريع جعلها كقاعدة يستنبط على أساسها بمثل ما يستنبط على أساس استخدام القواعد الأصولية، بل المقصود أن نجعلها فكرة سائدة على الذهنية عند الاستنباط، وتحقيق الاستنباط في ظل هذه الذهنية.

وعليه، فإن الفقيه لو عرف هذه الخصوصية وأذعن لها وصدقها وجعلها الذهنية السائدة في استنباطه، فهو بالطبع عندما يقترب استنباطه مما هو خلاف ما يقتضي التناسقية القائمة بين النظامين (الشريعة والكون) يتنبه فوراً إلى الخطأ في استنباطه ويبحث عن النقص الذي قد يوجد في منهجيته أو جهوده في الاستنباط، وهذا الانتباه يدفعه باتجاه محاولة فهم لماذا وصل إلى هذا الرأي مع إهمال التناسقية بين التشريع والتكوين، وهذا سيدفع به إلى دقة أكثر في المنهجية.

وصفوة القول: إن حالة التناغم بين التشريع والتكوين، لو عرفها الفقيه وأذعن لها فإن ذلك سينتهي به إلى أن يوجّه ويحرك فقهه نحو إنتاج المعارف والنظريات الشاملة.

قد نجد في بعض المجالات كيف انعكست في بيانات الشارع علائم ومؤشرات على التناسقية بين النظامين فيها، وقد لا نجد أي مؤشر أو علامة في النصوص بالإمكان فهمها وكشفها.

ومن موارد وجود مؤشرات على التناسقية في النص، قضية "جعل الناس شعوباً وقبائل" قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾^(١)، فالتعارف بين الأمم في الحقيقة مؤشر يمكن به أن نكتشف المنطق الذي كمن في التشريع الخاص بكيفية التعامل مع الأمم.

فالتنوع (أمر تكويني) يتناغم مع التعارفية (والتي هي كمنطق يمكن أن تحملها الأحكام التشريعية في خصوص تعامل الأمم)، ولا يتناغم مع الحالة العدائية فيما بينها.

فإذا التفت الفقيه إلى التناغمية بين التكوين والتشريع في ارتباطات الأمم (والتي بلورتها كلمة التعارف) فإن هذا الالتفات المعرفي يعدّ نظرة أساسية تجعل الفقيه يوجّه فقهه في مجال الارتباطات الاجتماعية نحو التأثير في إيجاد التعامل البناء والتعايش السلمي بين طوائف المسلمين، بل بين أبناء البشر ككل..

وفي هذا الإطار لا يمكن للفقيه الذي يمتلك المنطق التعارفي أن يفتي بما يؤدي إلى إيجاد حالة التنازع والتصادم داخل الأمة الواحدة أو بين الناس بشكل عام.. وللحصول على أبعاد المسألة في المثال المذكور بشكل واضح، يحسن الالتفات إلى ما يلي:

أ - إن الذي يمثل النظام التكويني في المثال هو خصيصة "كون الناس جعلوا شعوباً وقبائل".

ب - إن الذي يمثل ما هو من النظام التشريعي في المثال، هو مجموعة من "الأحكام التي شرّعت في خصوص كيفية تعامل الأمم بعضها مع البعض" (وبطريق أولى تعامل الطوائف داخل الأمة الإسلامية فيما بينهم).

ج - إن الذي يتمثل كخصيصة للشريعة هنا هو خصيصة "التوافقية والتناسقية بين النظامين" في هذا المجال، وهي ما يتبلور في التعامل الإيجابي بين الأمم وتبادل الاستفادة من الإمكانيات التي عندهم، والتعايش فيما بينهم.

د - إن الذي يتمثل كمؤشر وارد في النص هو "ما دل على أن نوعية المنطق الذي تحمله الأحكام الشرعية في مجال ارتباط الأمم، هو التعامل الإيجابي"، أي: الذي يحقق حالة التناغمية: ﴿لتعارفوا﴾.

هـ - إن الذي لا بد من أن يتم كمنطلق لعملية الإفتاء هو "لزوم رعاية وحفظ حالة التناغمية بين التكوين والتشريع" - الحالة التي وردت فيها إشارة قرآنية - فالفقيه المنطلق من ذلك ليس فقط لا ينتهي بالأمة والناس إلى وقوعهم في الاصطدامات والافتراقات، بل سيسعى إلى تلطيف الأجواء بين مكونات الأمة والناس أجمعين، وسيدعو ويعمل على إقامة علاقات تعاملية وتبادلية بناء فيما بينهم.. فإذن، الفتاوى المراعية لحالة التناسقية بين النظام التشريعي والتكويني تتجه نحو التقوية والتمهيد لأرضية ما جاء في هذه الآية من كون التعارف هو الأساس الذي يجب أن تقوم عليه العلاقة بين الشعوب والقبائل.

أما الفتاوى التي تجعل الأمة تختلف وتتنازع فهي مخالفة للتشريع المتناغم مع النظام التكويني.

ويمكن أن نمثل أيضاً لتطبيق "عنصر التناسقية بين نظامي التكوين والتشريع" في المنهجية بما نجده في التكوين من الاختلاف في الاستعدادات والذهنيات، هذا يفكر بصورة وذاك بصورة أخرى، وكل واحد على خلاف الآخر من حيث الإستعدادات والقابليات ودرجة الإستيعاب.. إلخ، وهذا يعني أن نظام التكوين بُني على الاختلاف والتعدد والتنوع. وهذا واضح، ونحن عندما نأتي إلى الفقه، ربما نستنبط ونفتي دون الالتفات لذلك أو الإنتباه له..

مثل فتوى الجماعات التكفيرية بكفر كل من يرى أويقراً الدين على خلاف فهمهم وقراءتهم له .

فإن ذلك يخالف الأمر التكويني، وهذا يجعل الشريعة غير متناغمة مع الوضع الحالي الموجود في النظام التكويني.

والحقيقة أنه على العكس من الفتاوى التكفيرية يمكن الانطلاق من ذلك المبدأ للإفتاء بضرورة الاحترام المتقابل بين المذاهب الفقهية.

ونكرر مرة أخرى، إننا عندما نركّز على أهمية مراعاة الفقيه لفكرة وجود التناغم بين النظام التشريعي والتكويني لا نريد بذلك أن نجعل هذه الفكرة قاعدة في الاستنباط، فليس هذا هو المقصود، لأن حالة التناغم ليست قاعدة تتبعها ونطبقها، بل المقصود أن نجعلها منطلقاً لكي يقوم بتقييم ما نريد أن نصل إليه كحكم شرعي، ولو وجدناه مخالفاً للنظام الطبيعي والتكويني فعلى الفقيه أو المفتي أن يتنبه إلى الإشكالات التي في فقهه، و حالة النقص في فهمه ومنهجه؟

الخصيصة الثانية: كون الشريعة موحدة للمجتمع:

وهنا نواجه هذا السؤال، هل الشريعة تُوجب التعددية في الأمة، وتُقسمها إلى أمم؟ أم أنها توحيدها وتجعلها منسجمة؟ وهل هي توحد أم تفرق؟ لعل هذا السؤال غريب، ولكن كل من يتحدث باسم الشريعة ويصل إلى أمور تفرق لا بد أن يسأل نفسه عن ذلك؟

فلو كانت الشريعة تفرق الأمة ولا تسمح لمكوناتها العرقية والمذهبية والدينية مثلاً بالانسجام، بل تعمل على ترسيخ الاختلافات، فإن هذا على خلاف الحكمة والعقل، لأن وجود النزاعات والقتال الدائم بين مكونات الأمة هو أساس كل شرٍّ وتخلف، وهذا ما يؤدي بدوره إلى الابتعاد عن المعنويات والروحانيات.. بالإضافة إلى ذلك نستفيد من نصوص كثيرة أن للشريعة تأكيد محوري على التوحد والانسجام والتواصل، وهي كثيرة جداً، بل حتى الآية التي نتحدث عن تعدد الشرائع تتضمن فكرة لزوم التوحد والوحدة، وهي قوله عز وجل: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنْهَاجاً وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ، إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعاً فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾^(٢).

واستفادة المدعى (كون الشريعة موحدة وليست مفرقة) من هذه الآية يمكن أن تتم عبر طريقين:

الطريق الأول: إن هذه الآية جعلت قضية التعددية في الأمة، منوطة بتعددية الشريعة، لأن الآية تقول: ﴿ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة﴾ يعني لو شاء لجعل شريعة واحدة لكم فصبحوها أمة واحدة، ولكن جاءت شريعة موسى وعيسى ونبينا صلوات الله عليه وآله، فأصبحت أكثر من أمة.

فإذن الأساس للتعددية من حيث الأمة، هو الشريعة، فإذا كانت الشريعة متعددة فهناك أمم متعددة، أما إذا كانت هناك شريعة واحدة فالأمة واحدة، (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً) - يعني هناك شرائع ومناهج، فوحدة الأمة منوطة بوحدة الشريعة، فالوحدة في الشريعة أداؤها ونتيجتها الوحدة في الأمة، وهذا مستفاد من الآية بوضوح.

الطريق الثاني: أن نقول إن الضمائر الموجودة في هذه الآية ضمائر الخطاب إلى البشر، لكل جعلنا منكم (أي أيها البشر) شرعة ومنهاجاً؛ لأن أمة موسى وعيسى ونبينا، والأمم الأخرى، كلهم مخاطبون لقوله تعالى: ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً﴾ إذا كان المخاطب فقط الأمة الإسلامية، هذه الآية تواجه مشكلة لأن شريعة موسى لم تأت إلينا ولنا، أو شريعة عيسى، بل هذه الشرائع وجهت ووضعت للبشر، فإذا ضمير (كم) خطاب إلى البشر، وإلى جميع الإنسان، وكذلك ضمير (كم) في تنمة الآية: ﴿ولو شاء الله لجعلكم (أي أيها البشر) أمة واحدة﴾ (أي أجعل لكم شريعة ولكن لم أفعل هذا - ولكن ليلوكم فيما أتاكم) (خطاب إلى جميع البشر) ثم يقول سبحانه بعد ذلك: ﴿فاستبقوا الخيرات﴾ وهو خطاب أيضاً إلى جميع البشر يعني عليكم الاستباق إلى الخيرات ﴿إلى الله مرجعكم جميعاً﴾ أيضاً خطاب إلى البشر، فهذه الآية خطاب إلى جميع البشر. ومن خلال ذلك كله نصل إلى عدة نقاط:

أولاً: هناك شرائع للبشر.

ثانياً: إن الله لم يجعل البشر أمة واحدة، لأن هناك شرائع فهناك أمم (ولو شاء الله لجعلكم) ولكن لم يشأ هكذا، فإذاً هناك أمم.

ثالثاً: وهذه النقطة هي التي تهمنا في البحث، إن هذه التعددية الأممية، لا

يجب أن تصبح عاملاً للاختلاف والاصطدام حسب الآية، لأنه مباشرة بعد ذلك يقول سبحانه: (فاستبقوا الخيرات)، يعني لا بد عليكم أيها البشر - رغم أنكم منقسمون إلى أمم مختلفة - أن يتم بينكم التسابق إلى الخيرات لا إلى التنازع، وبتعبير آخر إن هذه التعددية الأممية لا تعني أن تختلفوا، ولا يعني أن تقعوا في الاصطدامات والتنازع، بل عليكم أن تبذلوا جهودكم في التوجه إلى الأمور الخيرية. فالآية حتى بالنسبة إلى الأمم المختلفة لا تقبل الاختلاف، فكيف الأمر بالنسبة إلى أمة الإسلام وهي واحدة ذات شريعة واحدة فليس لهم أن يختلفوا..

وبيان آخر إنه حتى إذا كانت هناك شرائع مختلفة وهناك أمم مختلفة، فعليهم أن تكون العلاقات بينهم، مُحَقَّقة لأرضية الاستباق إلى الخيرات، فكيف الأمر بالنسبة إلى أمة واحدة والتي هي ذات شريعة واحدة، فإذاً الشريعة تُوحَّد، ولم تأت للفرقة.

وهكذا نحصل على خصلة للشريعة وهي كونها تُوحَّد، وهذه الخصلة تبرز كمعيار في تقييم الفتاوى، وتؤثر عليها، كيف؟

نقول للتكفيريين الذين تنتهي فتاواهم بالأمة إلى الفرقة والتنازع، هل الشريعة تريد هذه الفرقة؟ طبعاً سيقولون لا! فنقول لهم فلماذا تتحرك عمليتا الدعوة والافتاء لديكم تجاه تفريق الأمة، إذن فاعلموا أن منهجيتكم فيها نقص لأن فتاواكم أصبحت مخالفة للشريعة.

من خصائص الشريعة التوحيد وترسيخ جذور الوحدة في الأمة وقد جاءت لتوحيد الأمة فإذا كانت هذه صفة الشريعة، نقول لهؤلاء الفقهاء الذين تنتهي فتاواهم إلى ترسيخ الاختلاف وتوسيعه بين الأمة، هل هذه الفتاوى تمثل الشريعة؟ فإذا قالوا لا تمثل فنحن نقول: إذن أنتم أردتم أن تستخرجوا من الشريعة أحكاماً فلم توفقوا في ذلك؟ أما إذا قالوا تمثل الشريعة، نقول: أليست الشريعة تُوحَّد الأمة فلماذا تفرق فتاواكم الأمة، وليس فقط تفرق بل توسع دائرة الاختلافات وتعمقها وتدفع باتجاه التنازع والتحارب.

والتوجه إلى هذا الأمر يمنح الفقيه أو المجتهد فرصة كي يرصد ويفهم الإشكاليات الخافية في منهجيته ويحاول رفع هذه الإشكاليات وقيّمها. لا نريد أن نقول للمجتهدين لا تجتهدوا ولا نريد أن نقول لهم إذا اجتهدتم فعليكم أن تجتهدوا على أساس مناهج الآخرين، بل على أساس مناهجكم، ولا نريد أن نقول لا تجتهدوا على فهمكم، بل نقول لهم لماذا تتسرعون في إصدار الفتاوى دون فهم عميق لخصائص الشريعة؟ المشكلة تكمن هنا، عليكم أن تتأملوا أكثر فأكثر وأن تحافظوا على عملية الفهم وأن تبعدوا هذه العملية عن المخاطر التي قد تكتنف هذه المسيرة.

ونقول في الختام، إن العملية التي اقترحتها هذه الورقة هي أن ينطلق الفقيه من معرفة خصائص الشريعة إلى تقييم الفتاوى، ومن عملية تقييم الفتاوى إلى عملية الرجوع إلى المنهجية للاستنباط وإعادة النظر في هذه المنهجية، حتى يكشف النقائص الخافية في هذه المنهجية وأن يقومها.

الهوامش:

(١) الحجرات: ١٣.

(٢) المائدة: ٤٨.



ضوابط التوصيف الفقهي للمسائل المستحدثة

أ. د. محمد كمال الدين إمام (*)

مدخل عام:

وُجدت الشريعة الإسلامية لتبقى، لأنها أمر الله ونهيه في أكمل دين وآخر رسالة، ولأنها رسالة للإنسان من أجل تحقيق مصالحه في المعاش والمعاد، حرصت الأصول الإسلامية على تأسيس منهجية لاعتبار المصالح يجب تعميمها في كل المجالات، وإعلاء شأنها لتفعيل الأحكام في التدبير الشرعي كله عند استنباطه وعند تنزيله على السواء، بما يفتح النص الشرعي أمام اللامتناهي من الوقائع - حصراً وعداً - باعتبار خاتمية النبوة، وعالمية الشريعة التي تستوعب الإنسان والزمان والمكان؛ لأن غياب النص لا يعني انعدام الحكم، فالأصل أن كل الأفعال والأعيان والأشياء داخلة تحت مراتب الحكم التكليفي، لمآلاتها دور في سد مسالكها رفضاً، أو فتح مداركها قبولاً، فإذا كان للقصود أثرها في العقود، فإن للنتائج والمآلات توصيفها للتصريفات، منظوراً إليها من خلال ما تفضي إليه من مفاسد ومنافع، أي منظوراً إليها من زاوية المصلحة في مقصود الشرع.

وهنا نقول - مع قطب سانو - : «لا مناص من توظيف هذا الدليل العلمي المتوازن لحسن بيان حكم الشرع فيما استجد من عالم النص أرحب من التوقف عند الجزئيات، فهو يستوعبها، ولكنه يحكمها وهي تحكم إليه، وعالم النص باعتبار

(*) أستاذ بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية..

علاقته بالخالق هو جزء من نظام الكون ونظام الوجود، وباعتبار علاقته بالمخلوق هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخييراً أو وضعاً، أو هو أحكام، وفي التقويم الديني والتقسيم العقلي فإن النظام أولاً، والأحكام ثانياً، والمصلحة في النظام مفترضة إيماناً ومقطوع بها استقراء، والمصلحة في سياق الأحكام تستنبط باجتهاد عقلي يربطها بالإنسان والزمان والمكان، وهذا لا يعني نسبية الحكم الشرعي أو تاريخيته، فهو كلام الله تشكل خارج الزمن، ولكن في صلته بأفعال المكلفين يتعين بأشخاص ويتزامن في أوقات ويتحدد على جغرافيات، وينطق بلغة لها منطق وقوانين، بل إنه يتفاعل عبر منظومة من الأسباب والشروط والموانع، لا تحدد النص ولا تقيده، ولكنها تحقق مناطه، وتبين المحل الذي تنزل عليه الأحكام، من تجريد الخطاب إلى تفريد المصاديق، لا تغفلت الأحكام المتعالية في مسالك الاستنباط عن دروبها العلمية في مدارك التطبيق والتنزيل.

والسؤال الذي يفرض نفسه هنا: ما هي الضوابط التي تفرضها منهجية من هذا النوع وهي تمثل لحجية الدليل، ولا تنفصل عن وقائع التنزيل؟

إن النازلة تعني مشكلة ابتلى بها المكلف، ومسؤولية وُضعت على عاتق العالم، فسؤال المستفتي يستدعي إجابة المفتي، وربما يعبر عن هذا المعنى قول اشاعر:

ولرب نازلة يضيق بها الفتى ذرعاً وعند الله منها المخرج

والنوازل نوعان: وقائع سابقة، أي لها وجود فعلي، وفيها اجتهادات وفتاوى.

ووقائع مستجدة والبحث لها عن حكم جائز عند جمهور الفقهاء، بل إنه من الاجتهاد الواجب الذي يستوعبه قول رسول الله ﷺ والذي رواه الشيخان - البخاري ومسلم - «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»، وإذا كان القرآن الكريم والسنة معاً قد ألزما سؤال أهل الذكر، فقد أصبحت معرفة الحكم من الواجبات، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، يقول الإمام «الشاطبي» في «الموافقات» تحريراً لهذه المسألة: «إن الوقائع في الوجود لا

تتخصر، فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره، من حدوث وقائع لا يكون منصوباً على حكمها، ولا يوجد للأولين فيها اجتهاد، وعند ذلك فإما أن يترك الناس فيها مع أهوائهم، أو يُنظر فيها بغير اجتهاد شرعي، وهو اتباع للهوى وذلك كله فساد».

والاجتهاد في المسائل الجديدة مزلة أقدام وأفهام، فمع ترجيح رأي الجمهور في وجود حكم لله في كل واقعة - لم يخالف في ذلك إلا «الباقلاني» مخالفة يعوزها الدليل - فإن الوقائع لا تتناهى في العد والحصر، ولكنها في الحقيقة متناهية لوجودها داخل الزمن». أما النصوص فإن تناهيها يعني إمكانية حصرها وعدّها، ولكنها في الحقيقة لا متناهية؛ لأنها خطاب الله تعالى وهو يقيناً خارج الزمن» ويحسن هنا تأمل ما قاله الإمام «الجويني» في «البرهان»: إن الأحكام «متردة بين طرفين أحدهما محصور، والآخر غير محصور، فالنجاسة مثلاً محصورة، والطهارة في مقابلها لا حصر لها، والتحريم محصور، والإباحة لا حصر لها، فالواقعة إذا ترددت بين الطرفين ووجدت في شق الحصر، فذلك، وإلا حكم بحكم الشق الآخر الذي أعفي الحصر عنه».

وكما قلت: المسألة مزلة أقدام وأفهام، لأن شأن الفقيه - كما يقول العلامة محمد الخضر حسين: «أن ينظر في المعاملات المخالفة لأصل من أصول الشريعة، فإن وجدها ناشئة عن ضرورة كان له أن يستثنى من أصل المنع ويجعل الضرورة علة استثنائها من ذلك الأصل، فإذا كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فما له إلا أن يفتي بفسادها، ويُعلم الناس وجه المعاملة الصحيحة، ولا يصح جعل ما يجري به العرف الفاسد أمراً مشروعاً، ويفتي بحصته دون أن تدعو إليه ضرورة يحسن العارف بمقاصد الشريعة تقديرها. قال العلامة أبو عبد الله بن شعيب - أحد علماء تونس في القرن الثامن الهجري: «وغلبة الفساد من إهمال حملة الشريعة، ولو أنهم نقضوا عقود الفساد لم يستمر الناس على الفساد».

والمستجدات كلها تدور في مجال الاجتهاد التنزيلي أو في تحقيق المناط،

وكما يقول - إدريس الحمادي - «والاجتهاد في تحقيق المناط يمتد بامتداد زمن التكليف، لأن الشريعة لما لم تنص على حكم جزئية على حدثها، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر»، كان تحقيق المناط ضرورياً تتوقف عليه حياة الشريعة، وإلا لم تنزل أحكامها على أفعال المكلفين إلا في الذهن، لأنها أحكام مطلقة منزلة على أفعال عامة مطلقة، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة الحكم، فلا يكون الحكم واقعاً إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يمثل ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلاً أو لا يكون، وكله اجتهاد.

وحتى لو كان معيناً فإن «لكل معين خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين». ومعنى هذا أنه «لا يبقى صورة من الصور الوجودية المعينة إلا وللعالم فيها نظر صعب أو سهل حتى يحقق تحت أي دليل تدخل» ذلك أن كل صورة من صور النازلة نازلة مستأنفة في نفسها لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر فلم يتقدم لنا، فلا بد من النظر فيها بالاجتهاد. وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لنا مثلها فلا بد من النظر في كونها مثلاً أولاً، وهو نظر واجتهاد أيضاً... فتحقيق المناط لا يخرج عنه أية نازلة في الوجود، وصاحب هذا التحقيق - كما يقول الإمام الشاطبي - «هو الذي رزق نوراً يعرف النفوس ومراميها، وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها وصبرها على أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحصل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن كل ذلك هو المقصود الشرعي من تلقي التكليف».

والذي يقول به الشاطبي يعني أن الاجتهاد التنزيلي كله يتحرك مع المستجدات لأن الوقائع لا تعيد نفسها، وهو يقوم على منهجية تقفز فوق المذاهب الفقهية، في منهجية تنظر إلى العقل الفقهي في وحدته وتكامله، وليس في التفاريق والاختلافات، فلا ينبغي الحكم على جزئي بجزئي، «إذاً الوقائع الجزئية النوعية أو الشخصية - كما يقول الشاطبي - لا تنحصر، ومجاري العادات تقضي بعدم الاتفاق

بين الجزئيات، بحيث يحكم على كل جزئي بحكم واحد، بل لا بد من ضمام تحنف، وقرائن تقترن، مما يمكن تأثيره في الحكم المقرر، فيمتنع إجراؤه في الجزئيات، وهذا أمر مشاهد ومعلوم.

٢ - التغير مفهوماً:

بين الثابت والمتغير تتحرك فكرة المستجدات في الفقه الشرعي الحديث، وهي فكرة فيها من السيوالة ما يجعلها عصية على التعريف، ومن الغموض الذي يصل إلى درجة الإلغاز، فالبعض - كالدكتور عبد المجيد السوسوة - ربط موضوع التغير بدراسة ما يتغير من الأحكام بعد وفاة الرسول ﷺ، وهذا يعني أنه لا يتناول النسخ ولا التدرج في التشريع، وهذا تقسيم تحكيمي، فما حلق في عهد الرسول من تغير لا يسمى تغيراً، وما حدث بعده يقبل مسمى التغير، مع أن العلمية في واقعها الوجودي واحدة، وإمكان حدوثها لا يتعلق بزمن دون آخر، ويقصد البعض - مثل إسماعيل كوسكال - من التغير في الحكم الشرعي انتقاله من حال كونه مشروعاً إلى حال كونه ممنوعاً، أو أن يكون ممنوعاً فيصبح مشروعاً باختلاف درجات المشروعية والمنع، وهذا تعريف يلتصق بأثر الخطاب لا بالخطاب الشرعي، أي بالحكم بالمعنى الفقهي لا الأصولي وأثر الخطاب يتبع منطقة العلم بالحكم، وليس الحكم بذاته؛ لأن خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخيراً أو وضعاً لا يرد عليه وصف التغير.

والرأي عندي أن الثبات والتغير لا يردان على محل واحدة، فالثبات يرد على الحكم، والتغير يرد على مصاديق الحكم، لأن الحكم لا ينزل من الذهن إلى الواقع، أو من التجريد إلى التحديد إلا إذا وُلدت الأسباب ووجدت الشروط وفُقدت الموانع، وثبات الأحكام يأتي من عمومية الخطاب وديمومة الشريعة، والتكليف بها يتعلق بأجيال ماضية وأجيال قائمة وأجيال قادمة، وإذا كانت الأحكام التكليفية تتعلق بأفعال، فإن الأسباب والشروط والموانع ترتبط بأحوال، فالصلاة واجبة ومقدمتها من طهارة ووضوء واجبة بمواقيتها وأعدادها وصورتها من قيام وركوع

وسجود، وهي مثل كل الواجبات - في دائرة حقوق الله - لا تسقط إلا بالأداء، ووجوب الصلاة حكم ثابت ولكنها عند الأداء قد لا يتوفر الماء فنتقل إلى البدل، وهو التيمم، وقد لا يوجد الماء، وتغلب الضررية فيستبعد استخدامه لحاجة النفس إليه، أو حاجة الغير له، أو مفسدة استعماله لعارض صحي، وقد يكون العارض الصحي سبباً فباستحالة أداء الصلاة بهيئتها قياماً وركوعاً وسجوداً، هذه أحوال تؤثر في الأداء مقدمات وأعداداً وهيئة ولا تؤثر في الوجوب إلزاماً وحجية، والعبادات في أحوال التنزيل كالمعاملات.

ومراعاة الأحوال هي جزء من المعنى والسياق بالمفهوم الإسلامي الذي عرفناه عند الفقهاء منذ عصر الشافعي الذي وضع مقدماته إلى الشاطبي الذي قام بتعديده وتفعيله، ولكل مقام مقال مثل إسلامي يدخل بنا «بنية السياق» من باب التراث الفقهي، بعيداً عن استدعاء «قبة أسلوية» نسجتها أيدي كثيرة، وبألوان متناقضة في أغلب الأحيان تبدأ من «سوسير» ولا تنتهي عند «تشومسكي» إن قراءة النص من «نافذة» جديدة لا يعني انفصلاً عن عالم قوانينه الخاصة وقواعده اللغوية، وإلا تجرد النص من بيئته، واستبدل المتغير بالثابت، إن مدخلاً عربياً إسلامياً إلى «بنية السياق» يعني أننا منذ البداية ننبه إلى أمرين:

الأول: أننا حين نستخدم مفردات الحداثنة والتجديد الغربية ذات الدلالات التي ترتبط بها في واقعها الثقافي والحضاري تحدث فوضى دلالية داخل واقعنا العقلي، وإذا كنا ننشد الأصالة فقد كان من الأحرى بنا أن نبحت مصطلحنا الخاص النابع من واقعنا بكل مكوناته الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، بل والناج أيضاً من قوانيننا اللغوية وخصائصنا الحضارية حتى لا ينطلق النص بما لا يتجاوز المراد، أو يكره على أن يتعلق بما ليس فيه، وهو ما أسماه الراغب الأصفهاني في مقدمة تفسيره «بالتفسير المستكره».

الثاني: حين يتعلق الأمر بالنص القرآني تصبح الحداثنة ليست مجرد لعب باللغة، بل إنها بالمفهوم الغربي إسقاط «للمقدس المعرفي» حتى يمكن «تسلييه»

في نهر التجربة الإنسانية باعتباره فرداً له عالمه المتغير، وليس «كلاً إنسانياً» له قواسمه المشتركة، وكان «نصر أبو زيد» واضحاً وصريحاً في الوصول بهذه الحداثة إلى غايتها متكثراً على أبحاث أستاذه «حسن حنفي» بحيث تصبح المعادلة عنده من الواقع إلى النص - كما عنوان «حنفي» كتابه في أصول الفقه - لأن الواقع هو الأصل، من الواقع تكون النص، ومنه جاءت لغته وصيغته مفاهيمه، فالواقع أولاً والواقع ثانياً والواقع أخيراً، وإهدار الواقع لحساب نص جامد ثابت المعنى والدلالة يحول كليهما إلى أسطورة.

ولأن منهج القراءة السياقية الجديدة عند «نصر أبو زيد» ينحي علم الأصول عند المسلمين بدعوى تجديده، كان طبيعياً أن يصب نصر أبو زيد - وقبله أرناuldيرز وأركون والجابري - جام غضبه على الإمام الشافعي، حتى يروج لقراءات متغيرة ونسبية تقوم على ما أسماه السياق التاريخي الاجتماعي الخارجي للنصوص، ولن أدخل في جدل حول منهج أراد له صاحبه أن يكون قراءة علمية للنصوص، واكتشف أغلب ناقديه - ممن هم على شاكلته - أنه موقف أيديولوجي في الأساس، يسعى - عن عمد وسبق إصرار - إلى تجرييد النص من مصدره المتعالي ليصبح مجرد خطاب لغوي تحكمه قوانين ثقافية خاصة تعتمد المنجزات اللسانية المعاصرة، وهي غريبة ومغترية عنه في آن واحد.

والرأي عندي أن دراسة السياق - كضابط للتوصيف الفقهي للمستجدات - تعتبر جزءاً من البناء الأصولي، وهذا مكانها الطبيعي في خارطة العقل التشريعي الإسلامي، ولها إرهاباتها منذ العصر التشريعي الأول في مرحلتي الوحي والصحابة، واستمر الاهتمام بها حتى يوم الناس هذا، ومنهج السياق عند الشافعي مرتبط بجهده التأسيسي لعلم الأصول، ومباحثه التأصيلية لبيان القرآن والسنة، وهو ليس عارضاً في كتاب «الرسالة» بل إنه من المفاهيم الحاكمة لضبط عملية الاستنباط، ولا يتحدد خطاب الشارع في ألفاظه؛ بل يتمدد في معانيه، وإذا كان النص المجرد هو خطاب الله جل في علاه فإن تعلقه بأفعال المكلفين يجعل

تنزيله من قضاء التجريد إلى عناء التكليف، يعني تحوله من «نظام» يتجاوز حدود الزمان والمكان، إلى أحكام تعينت لها جغرافيا وتاريخ، ومقامات وأقوال، وحتى يتحول «النظام» إلى «أحكام» لا بد أن يكون توصيف الواقع تماماً مع ما أوجبه «النظام».

وفي دائرة «النظام» يتم البحث عن مقاصد الشارع، وفي دائرة «الأحكام» يتم النظر إلى الأفعال، فالأمر والنهي يتعلقان بـ«النظام» والحل والحرمة يتعلقان بـ«الأحكام»، ولقد كان الإمام الشافعي في «الرسالة» حريصاً على انفتاح الخطاب على ما هو أوسع من دائرته اللغوية، لأن السياق في مصطلح «الشافعي» لا تتحقق شروطه بعيداً عن حال المخاطب، بما له من تأثير على دلالات النص الظاهرة والباطنة، من هنا جاء مفهوم البيان عنده يستوجب السياق لفظاً ومعنى، ويستوعب العلاقة بين «النظام» و«الأحكام» بما يفرض ترتيباً للأدلة لا ينفصل فيه العقل عن النقل، ومعجماً للدلالات ومفاهيمها لا ينفصل فيه الاجتهاد عن النص، حيث تظل المسافة واحدة بين «النظام الثابت» وبين «المتغير من الأحكام»، وكما قيل فإن فكرة البيان التي كانت - قبل الشافعي - عفوية لا تخرج عن الفهم المباشر للمعنى، أصبحت مفهوماً نظرياً في البحث عن المعنى موصولاً بوضعية تأويلية جديدة، وقد تجلّى ذلك في «رسالة» الشافعي من جهات ثلاث هي: حدّ البيان، والمخاطب به، وكيفية البيان في دوائره الخاصة بالقرآن والسنة والاجتهاد. وقد حاول الشافعي من خلال فكرة «عقل المعاني» توسيع دائرة اللفظ المعجمي في الخطاب الأصولي ليكون مكتنز الدلالات وتعدد المستويات إلا أن فكرة «عقل المعاني» لها حدود عند «الشافعي» يمكن إيجازها فيما يلي:

١. إن المعنى مهما اتسعت دوائره لا ينبغي أن يتجاوز قوانين ذاتها - وهذا ضابط مهم في توسيع النظر الفقهي وتجديده - وإلا كان معنى شارداً يرغب النص على منطوق لم يتناوله من قريب أو بعيد.

٢. إن فهم المعنى عند «الشافعي» لا يقوم فقط على قاعدة المعقول، وإنما على ما تقتضيه اللغة من فهم لكتاب الله، وأي لبس يظنه البعض في السياق يجد مفاتيح فهمه في إعلاء «القطعي» على «ظني»، باعتبار ذلك من قواطع النظام، وقد أشرت أكثر من مرة إلى فكرتي «النظام» و«الأحكام» والنظام لا أعني به أكثر من الخطاب بالمعنى الأصولي، و«الأحكام» لا أعني به إلا الحكم عند الفقهاء، والغاية من وراء التفريفة بين «النظام» و«الأحكام» هي تقول بأن «النظام» مطلق كغيره من سنن الله في الكون، وهو مغلق على ذاته يُفهم ويُكتشف ويُعاد فهمه واكتشافه مع تنابع الأجيال ولكنه لا يتعدد ولا يتغير. أما «الأحكام» فهي وصف لفعل - وبعيداً عن فكرة الثابت والمتغير في الأحكام الجزئية - وعند التنزيل ترتبط بواقع مغرز له عناصره وأركانه، وشروطه وموانعه، وظرفيته العامة والخاصة، وكلها وقائع حادثة لا بد لها من «وصف» يعتبر سبباً في «قيدها» تحت حكم، وعند اختلاف الحال أو المآل يتراجع «الحكم» ليمارس «النظام» سلطته في إدخال الواقع تحت «كونية النظام» حيث لا أفعال بلا أحكام في دنيا الناس.

٣- في ضوابط التوصيف الفقهي:

كل واقعة إنسانية هي عند التنزيل مسألة مستحدثة؛ لأن التطابق بين الوقائع يخرج من إطار الإمكان إلى الاستحالة، ولعل أنسب تعريف إجرائي للمسألة المستحدثة هو الذي يربطها بالتطور العلمي والتقدم الإنساني، فعلم اليوم ليس كعلم الأسس، وحقوق الإنسان ودوائرها ومنظوماتها في الحاضر ليست ما كان في الماضي، وهذا يعني أن المسألة المستحدثة تستمد جدتها من تطور في العلم أو تقدم في الحقوق، وكلاهما له آثاره السلبية وآثاره الإيجابية، أو كلاهما يخضع لمعيارية إسلامية تتعلق بميزان المصالح والمفاسد بالمنظور الثابت في النظام. وأول ما يستدعيه هذا التحليل أن البحث في المستجدات لم يعد حكراً على

الفقيه؛ لأن الجديد في عالمنا المعاصر يحتاج إلى تخصصات علمية مختلفة، فالعلماء هم الذين يحددون وصف «الجدّة» والفقهاء هم الذين يستنبطون «الحكم» ونحن هنا أمام أمرين:

الأمر الأول: وقائع معقدة ومركبة تحتاج إلى أهل الاختصاص لتحديدها وضبطها ووصفها، وبغير الوصف الدقيق يتعذر تنزيل الأحكام.

الأمر الثاني: منهجية في الاجتهاد تفرضها جدة الوقائع، وضرورة تعدد الأفهام في النظر إليها، وفي هذا يقول الشيخ القرضاوي: «ينبغي في القضايا الجديدة أن تنتقل من الاجتهاد الفردي إلى الاجتهاد الجماعي»، والانتقال ليس كمياً فحسب، بل هو كيفي أيضاً، لأن الاستمداد من النصوص - كما يقول عبد الله دراز في «ميزانه» - ليس محدوداً بمنطوقاتها بل كثيراً ما يجاوز فيها العبارة إلى الإشارة، والخصوص إلى العموم، والوسائل إلى المقاصد، فهي منهجية يضبطها الحوار وتبادل الرأي وتلاقي الأكفاء.

والضوابط التي يفرضها التوصيف الفقهي للوصول إلى حكم النازلة يمكن تقسيمها إلى ما يلي:

١- ضوابط تتعلق بالواقعة:

حددنا المسائل المستحدثة في الواقعة التي تتصل بتطور علمي أو تقدم إنساني، وأهم الضوابط التي تتعلق بالواقعة ما يلي:

أ - دخولها من دائرة الإمكان إلى دائرة الحدوث، لأن الوصول إلى حكم لها يتقضي معرفة عناصرها وصفاتها، ونتائجها ومآلاتها، وذلك لا يكون حقيقياً بالوجود الذهني بل الوجود العيني.

ب - صلتها بالفعل الإنساني، لأن التوصيف الفقهي يتعلق بأحكام المكلفين فلا بد أن تكون للواقعة همزة وصل بدوائر ثلاث: علاقة الإنسان بربه، وعلاقة الإنسان بالكون، وعلاقة الإنسان بالإنسان.

ج - حاجة الواقعة إلى حكم، فلو أفضى التقدم العلمي إلى معرفة المسافة بين الشمس والأرض، وسرعة الشمس، وطبيعة الكهرباء، فكل هذه المنجزات العلمية هي وقائع تهم العالم، ولا يهتم بها الفقيه.

٢- ضوابط تتعلق بالتعامل مع الواقعة:

أ - وصف الواقعة، وهذا يقوم به أهل الاختصاص الذي تنتمي الواقعة إلى علومه.

ب - وزن الواقعة بميزان المصالح والمفاسد، وهذا يقوم به أولو الأمر، وهم رؤساء الأمة الممثلون لجميع الفئات، العالمون بمصالحها، وكبار العلماء، والحكام والقضاء، رؤساء الجند، وكبار التجار، والأطباء، المهندسون، وكبار الزراع، ورجال الإعلام، وغير ذلك.

ج - الحكم على الواقعة، وهذه مهمة فقهاء الشريعة لا يشاركهم فيها أحد، وما يصدر عنهم يكتسب حجية الحكم الفقهي، بإلزاميته المعروفة في السياسة الشرعية.

٣- ضوابط تتعلق باستنباط حكم الواقعة:

وهي ضوابط في المنهج تقتضي ما يلي:

أ - تحديد الدليل الذي يحكم الواقعة مع النظر إليه في ضوء المصالح المرعية، والمقاصد الحاكمة، والقواعد المواجهة، وفقه المآلات.

ب - تحديد الموقع الفقهي للواقعة بين الظروف العادية والظروف الاستثنائية، وبين الجماعية والفردية، ولكل آليات المنهجية وقواعده الأصولية والفقهية.

ج - تحديد جغرافيا الواقعة وهل تنتمي إلى منطقة النصوص الشرعية أم منطقة العفو، أو ما أطلق عليه البعض منطقة الفراغ التشريعي؟

وهنا أشير إلى نموذجين لهما دلالة على منهجية النظر في المسائل المستجدة:

١- النموذج الأول: اجتهاد في شهادة غير المسلمين:

وعصر الجدة في الواقعة أنها ترتبط بفكرة المواطنة، وبمعاهدات حقوق الإنسان وكلاهما أفكار جديدة، والمعلوم أن الفقه الشرعي لا يقر بشهادة غير المسلم على المسلم إلا في الوصية إذا كان المسلم على سفر ولم يجد أحداً من المسلمين، وهو مبدأ مقرر المالكية والحنفية والحنابلة، إلا أنهم قيدوا ذلك بالضرورة.

إلا أن الشيخ محمد علي السائيس، والشيخ محمود شلتوت في كتابهما «مقارنة المذاهب في الفقه» أتجها وجهة مغايرة وقالوا: «قد يجد الناظر إذا أمعن النظر - في هذه المسألة - أولاً: في مقتضى إباحة التعامل معهم - أي غير المسلمين - وحل طعامهم، ثانياً: في مورد قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [الإنسان: ١٣١] أنه غير متصل بسبيل الشهادة والقضاء، وإنما هو سبيل العزة والغلبة، وثالثاً: إن المطلوب في الحكم هو البيئة التي تكشف الحق وتوضح جانبه وأن هذا يعتمد ظهور الصدق والأمانة في الشاهد لا غير، ورابعاً: في الآيات التي عرضت للشاهدين وأنها للاستشهاد عند المعاملة وإرشاد لاختيار الأفضل في الاستيثاق، وليست الشهادة عند الحكم، فقد يجد الناظر إذا أمعن في كل ذلك أن لا دليل يمنع من قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين فيما جرت العادة في وقوعه فيما بينهم من معاملات وجنایات، وأنه لا يشترط في الشاهد أكثر من أن يكون مرضياً ذا عدل في قوله، وهذا لا يمتنع أن يكون في غير المسلمين.

وإذا وصلت إلى هذه النتيجة وجب عليك أن تتساءل عن السبب في أن جمهور الأئمة ذهب إلى القول بمنع قبول شهادتهم على المسلمين، ولعلك إذا بحثت عرفت أنه من قبيل تحكيم الظروف والأوقات الخاصة، وليس من تحكيم الأدلة والبراهين.

٣- النموذج الثاني: عقد التأمين الصحي:

أجاز العلامة محمد علي التسخيري^(١) عقد التأمين الصحي - وهو عقد جديد - معتمد على عدة أدلة أهمها «أنه عند الشك في شمول أدلة النهي عن الغرر لهذا المورد وغيره لا يمكننا التمسك بالعام في الشبهة المفهومية للمخصوص المنفصل، وتوضيح الأمر فيه إجمالاً هو كما يلي:

من الواضح أن هناك أدلة عامة أو مطلقة تشمل أفراداً عديدة من قبيل: كل ماء طاهر، و﴿أوفوا بالعقود﴾، ﴿أحل الله البيع﴾، وأمثال ذلك. وهنالك أدلة مخصصة لمثل هذه العمومات من قبيل: استثناء ما تغير لونه أو طعمه أو رائحته بالنجاسة من عموم «كل ماء طاهر». أو استثناء العقود الغررية من حكم «لزوم الوفاء». أو استثناء البيوع الربوية من «أحل الله البيع» وأمثال ذلك. والأدلة المخصصة أو الأدلة الخاصة تارة تكون واضحة المفهوم ومعلومة المصاديق، وأخرى تكون هناك شبهة في مفهومها أو مصاديقها.

وهناك بحوث مفصلة في أقسام هذه البحوث، إلا أنا سنركز على البحث الذي يرتبط بموضوعنا نحن، وهو بحث يعنون في أصول الفقه لدى الإمامية على النحو التالي:

هل يسري إجمال المخصص ذي الشبهة المفهومية إلى العام أم لا؟ ويعنون به أنه إذا ورد عام وورد مخصص لذلك العام، لكن وقعت شبهة في مفهوم الخاص من قبيل موردنا هذا. فهناك عام يقول: ﴿أوفوا بالعقود﴾ والمفروض أن المراد هو العقود العرفية، أي التي يؤمن العرف بأنها عقود تامة. وهناك خاص يقول بعدم الوفاء بالعقود الغرورية، ووقع الشك في مفهوم الغرر، وهو شك بين الأقل والأكثر، أي لا نعلم بأن الغرر هل يختص بالغرر الفاحش المؤدي للنزاع في المعاملات؟ أو يمثل كل جهالة في العقد؟

فالأقل هو خصوص الغرر المؤدي للنزاع عادة، والأكثر هو الأعم منه ومن غيره من أنواع الجهل. هذا هو الموقف في هذه الحالة؟

يقول الأصوليون في هذه الحالة: إن إجمال الخاص لا يسري إلى العام، ذلك أن هذا العام قد انعقد ظهوره بشكل كامل، فشمّل كل العقود العرفية. وعندما يأتي الخاص يخصّصه في القدر المتقين وهو (الغرر الفاحش المؤدي للنزاع)، ولكنه لا يستطيع التخصيص فيما عدا ذلك لأنه - أي الخاص - لا تعلم حجته فيه، أي في القدر الزائد.

فإذا خرج القدر المتقين من تحت العام بحجة أقوى (وهي حجة الخاص) يبقى القدر اللازم لا مزاحم لحجة العام وظهوره فيه، وبتعبير آخر يقول المرحوم الشهيد الصدر، بعد أن يأتي بمثال للعام هو (أكرم كل فقير)، ومثال للخاص وهو (لا يجب إكرام فساق الفقراء)، ويتردد مفهوم الفاسق بين مطلق مرتكب الذنب وبين خصوص من ارتكب الكبيرة، يقول: «إن مقتضى الحجية وهو ظهور العام في العموم بالنسبة لمورد الإجمال موجود والمانع مفقود، أما وجود المقتضى فلما تقدم من أن المخصص المنفصل لا يهدم الظهور، وإنما يتقدم عليه في الحجية بملاك الأظهرية أو القرينية، وأما عدم المانع فلأن الثابت من المانع عن حجة العموم إنما هو بمقدار فاعل الكبيرة من الذنب، وأما فاعل الصغيرة فلم يثبت بحسب الفرض خروجه بالتخصيص، فيبقى العام على حجته لما تقدم من أن ظهور العام بنفسه حجة في نفس التخصيص المحتمل».

وهنا نقول: إن الغرر الذي انتهينا إليه والمنهي عنه لا يمثل موردنا - كما قلنا - فإذا شككنا في شموله لموردنا أي (الغرر غير الفاحش الذي لا يؤدي إلى النزاع المعاملي) فمعنى ذلك أننا شككنا في مفهوم الغرر، وترددنا فيه بين خصوص الغرر الفاحش المؤدي للنزاع أو ما يشمل غيره، وحينئذ يمكننا التمسك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وأمثاله من العمومات والإطلاقات الصحيحة للعقود العرفية، لشمول

موردنا هذا دون أن يعارضه الدليل المخصص الذي افترضنا فيه شبهة مفهومية، فهو لا يقوى على إخراج ما يحتمل شموله من نطاق أفراد العام الذي هو حجة فيه، وهذا يعني جواز عقد التأمين الصحي.

في هذين النموذجين منهجية للتعامل مع واقع جديد من خلال فهم جديد يعود إلى الأصول محاولاً تفسيرها ويحتكم إلى القواعد ويتفاعل مع المقاصد لتكون النتيجة في نهاية الأمر إيجاد حكم للواقعة هو الأقرب إلى مقتضى النصوص وأحوال العصر.

الهوامش:

(١) راجع كتاب «الاقتصاد الإسلامي» ص ٥٩٤ - ٥٩٦.



مناهج البحث في المسائل المستحدثة لدى المذاهب الإسلامية

الأستاذ محمد تهايمي ذكير

أهمية البحث في المستجدات والنوازل المعاصرة:

إذا كان لكل عصر وزمن - منذ ظهور الإسلام وإلى الآن - مستجداته ونوازله الفقهية، التي يحتاج المكلف إلى معرفة الحكم الشرعي فيها أو تكليفه تجاهها، وإذا كان الفقهاء والمجتهدون عبر هذه الأزمنة قد بذلوا الجهد وأفرغوا الوسع للكشف عن حكم الشريعة وموقف الإسلام بشكل عام من هذه المستجدات والنوازل، وألفوا فيها الكتب والرسائل..

فإن العصر الحاضر والزمن الذي نعيش فيه اليوم، يمكن وصفه بـ (زمن المستجدات والنوازل) بالنسبة للفقه الإسلامي، وذلك لكثرة المستجدات التي حلت بساحته، مع تنوعها وشمولها لجميع المجالات والأصعدة..

لقد كشف التطور العلمي والحضاري المتسارع والمهول في البحث العلمي والاكتشافات في مجال الطبيعة والطب والتقنية والاتصالات والمواصلات عن حقائق ووقائع غيّرت الحياة على هذا الكوكب وجعلت منه قرية صغيرة، كما أثر هذا التطور العلمي والحضاري على نظرة الإنسان إلى أشياء كثيرة في نفسه وجسده وفي الطبيعة من حوله، بل لقد تغيرت علاقته بالزمان والمكان، حيث أصبح يتواصل بسرعة قياسية مع بني جنسه في كل مكان من هذه الكرة، فقد أصبح بإمكانه الوصول إلى أماكن بعيدة في ساعات معدودة لم يكن ليصل إليها في الماضي إلا بشق الأنفس وفي أشهر إن لم نقل سنوات..

وقد انعكست هذه التطورات والمتغيرات كذلك على علاقته بالدين وفهمه لنصوصه الشرعية، وممارساته لشعائره وعباداته، فتغيرت الأعراف والمواضيع وتبدلت قيمة الأشياء، ما استدعى تغير الفتوى، وظهرت الحاجة الملحة لفقه المستجدات والنوازل، أو الاجتهاد في المسائل المستحدثة والقضايا المعاصرة..

في هذه الدراسة سنتناول مناهج البحث والخطوات التي سلكها فقهاء ومجتهدو المذاهب الإسلامية، للنظر الاجتهادي في هذه المستجدات والنوازل المعاصرة، أو الأسس والقواعد التي اعتمدها للوصول إلى الأحكام الشرعية لها، والكشف عن موقف الإسلام منها..

لكن قبل الشروع في ذلك، لا بد في البداية من الإشارة إلى مجموعة من العناوين المهمة كتمهيد للدخول في هذا البحث .

صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان:

أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية كافة على اتصاف الشريعة الإسلامية بالخاتمية والخلود والشمول والإحاطة بكل ما يحتاجه الإنسان (المكلف) عبر جميع الأزمنة والأمكنة، وهذا هو مصداق كمال الدين وإتمام النعمة..

الفراغ التشريعي وضرورة الاجتهاد:

لكل واقعة أو حادثة أو نازلة في أي زمان أو مكان، حكم شرعي، ومهمة المجتهد هي الاستنباط والكشف عن هذه الأحكام. وبالتالي فلا وجود للفراغ التشريعي.. لذلك وجب الاجتهاد لمواجهة المستجدات والنوازل وبذل الوسع والجهد لمعرفة موقف الشريعة منها، وإلا اهتمت الشريعة بالقصور والضعف، وهذا بخلاف القول بصلاحياتها لكل زمان ومكان مصداقا للخاتمية والخلود.. يقول الشاطبي: إن الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة، ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد...^(١).

من هنا ظهر عبر تاريخ الفقه ما سُمي بفقه النوازل، كما أفرد المعاصرون أبواباً خاصة للمسائل المستحدثة في كتبهم الفقهية..

ما هي المسائل المستحدثة؟

ليس هناك اختلاف بين الفقهاء في تعريف المسائل المستحدثة أو النوازل المعاصرة، إلا بإضافة بعض القيود أو الأوصاف أو التفاصيل والمصاديق، ففي كتب الفقه الإمامي هناك شبه اتفاق على أن المسائل المستحدثة هي: «كل موضوع جديد يُطلب له حكم شرعي سواء لم يكن في السابق أو كان، لكن تغيرت بعض قيوده، فالأول من قبيل النقود الاعتبارية التي لم تكن من قبل، والثاني من قبيل اعتبار المالية لبعض الأعيان النجسة والتي لم تكن لها مالية في الماضي»^(٢).

أما في الكتابات السنية المعاصرة، فهناك الكثير من التعاريف المتشابهة والتي لا تختلف عن التعريف السابق في جوهره، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: «المسائل أو المستجدات الطارئة على المجتمع بسبب توسع الأعمال، وتعقد المعاملات، والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر لها، أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها، وصورها متعددة، ومتجددة ومختلفة بين البلدان والأقاليم، لاختلاف العادات والأعراف المحلية»^(٣).

التخريج الفقهي والتكييف الفقهي:

يلاحظ في الكتابات الفقهية القديمة والمعاصرة المهمة بالمستجدات والنوازل، ورود وتداول بعض المصطلحات العلمية المهمة والملازمة لهذا الموضوع، ونقصد بها مصطلحي: التخريج الفقهي والتكييف الفقهي..

بالنسبة للتخريج الفقهي، يقول ابن فرحون المالكي: التخريج عند الفقهاء على ثلاثة أنواع:

الأول: استخراج حكم مسألة ليس فيها حكم منصوص من مسألة منصوصة.

النوع الثاني: أن يكون في المسألة حكمٌ منصوصٌ فيخرج فيها من مسألة أخرى قول بخلافه.

والنوع الثالث: أن يوجد للإمام نصٌ في مسألة على حكم، ويوجد نصٌ في مثلها على حد ذلك الحكم، ولم يوجد بينهما فارق، فينقلون النص من إحدى المسألتين ويخرجون في الأخرى، فيكون في كل واحدة منهما قولٌ منصوصٌ وقولٌ مخرجٌ...^(٤).

أ - فالتخريج عند الفقهاء - كما يقول الدكتور عبدالله الزبير - لا يخرج عن أحد هذه المعاني الثلاثة :

ب - بناء مسألة لم يرد فيها قول للإمام على قول أو فتيا له في مسألة قريبة الشبه منها للمشابهة بين المسألتين، وهذا قريبٌ مما يُعرف بالتخريج على المذهب..

ج - بناء مسألة ورد فيها قولٌ للإمام وفتيا له على قول آخر في المذهب أو أصل فيه يكون فيها للمذهب قولان قول بالجواز وقول بالمنع، أو قول بالمنع ثم قول بالجواز.

د - توجيه المسائل التي يظهر فيها نوع إشكال والتفصيل فيها بياناً لمرادها واستيعاباً لها فيما يندرج تحت أصول المذهب وقواعده^(٥).

أما السيد محمد باقر الميرداماد فيعرف التخريج الفقهي بأنه:

«استخراج شيء من مذاق أحوال الأدلة والمدارك وغوامضها بالنظر التعقبي (النظر الدقيق البرهاني) بعد النظر الاقتضائي (الأولي)، واستنباط حكم جزئي بخصوصه، خفي من دليل بعينه من الأدلة، كتاب أو سنة مثلاً، غير منسحب الحكم على ذلك الجزئي في ظاهر الأمر، وجليل النظر بتدقيق النظر الفحصي فيه ليستبين اندراج هذا الجزئي في موضوعه. وهذا معنى قولهم: تعدية الحكم من المنطوق إلى المسكوت عنه من غير أن يكون قياساً...»^(٦).

أما بالنسبة للتكييف الفقهي فهناك عدة تعاريف له أشهرها التعريف المعجمي: تحرير المسألة، وبيان انتمائها إلى أصل معين.. أي تصورها تصورا كاملا، وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه^(٧).

والتكييف باعتبار الأصل الذي يُبنى عليه أنواع: تكييف على نص شرعي (كتاب سنة، إجماع.. إلخ)، تكييف على قاعدة كلية عامة أو على نص لفقهاء^(٨). إلخ. أما بخصوص الفرق أو العلاقة بين التخيير والتكييف الفقهيين، فإن عددا من الكتاب والباحثين اعتبرهما شيئا واحداً، فيما ذهب آخرون إلى اعتبار التكييف مرتبة من مراتب التخيير بعد التصور للمسألة المستحدثة، وهناك من أدرج تخيير المسائل تحت التكييف..

مناهج البحث في المستجدات لدى فقهاء ومجتهدي الإمامية المعاصرين:

ينطلق البحث في المسائل المستخدمة والنوازل المستحدثة لدى فقهاء ومجتهدي المذهب الإمامي، من حقائق فرضها الواقع وأثبتها التغير والتطور الاجتماعي والحضاري المتسارع، فالفقه الإسلامي يواجه اليوم بروز موضوعات جديدة للأحكام الشرعية لم تكن من قبل، كما ظهرت موضوعات كانت موجودة في الماضي لكن طرأت عليها أحوال وشرائط غيرت قيودها، مثل بعض الأعيان النجسة التي لم تكن لها قيمة مالية في الماضي واليوم أصبحت تُباع وتشتري كالدم مثلا..

هذا الواقع يفرض على الفقيه والمجتهد على وجه الخصوص ضرورة التصدي للبحث عن الحكم الشرعي لهذه الموضوعات والمسائل لأننا: «لا نجد فقيها من الفقهاء في أي عصر من الأعصار يقول بعدم وجود حكم ظاهري على الأقل لواقعة ما»^(٩).

وبالتالي فوظيفة الفقيه المجتهد هي تشخيص أو الكشف عن الحكم الشرعي وتقديمه للمكلف بالرجوع إلى المباني العامة والقواعد الكلية لإرجاع هذه المسائل المستحدثة إليها من باب رد الفرع إلى الأصل..

وهذا الرجوع ينطلق أساساً من المقدمات العامة التالية:

١. الرجوع أو التمسك بالنصوص الخاصة والعامة من الكتاب والسنة الشريفة وروايات أهل البيت عليهم السلام.

٢. الرجوع إلى القواعد الكلية المأخوذة من الأدلة المعتبرة (الكتاب، السنة، الإجماع القطعي..).

٣. عندما لا يصل الفقيه إلى حكم واقعي أو ظاهري للمسألة المستجدة وسقط في الشك فإن عليه الرجوع إلى الأصول العملية المعتبرة (أي البراءة، الإستصحاب، والتخيير والإحتياط.. إلخ)^(١٠).

هذا بخصوص المنطلقات أو القواعد العامة التي تركز عليها عملية الإستنباط، لكن التشخيص الدقيق للحكم الشرعي المفضي للفتوى والكشف عن حكم الواقعة المستجدة أو النازلة المعاصرة، يمر عبر خطوات علمية دقيقة ومنهجية، لا بد من سلوكها وذلك عبر الإتفات أو التنبه إلى مجموعة من العناوين: أولاً: ضرورة التنبه إلى عامل تغير الزمان والمكان، لأن الموضوعات العرفية تتغير دائماً، ومع تغير الموضوعات تتغير الأحكام.

ثانياً: التمسك بالإطلاقات والعمومات:

وهنا على الفقيه المجتهد التنبه إلى أن أغلب الأحكام الشرعية التي وردت بصورة القضايا إخباراً مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، أو إنشاءً كقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»، إنما وردت على نحو القضايا الحقيقية لا الخارجية.. وبالتالي فمصاديقها لا تنحصر في ما كان موجوداً زمن الوحي أو صدور النص، بل تشمل جميع المصاديق التي قد توجد لها في أي زمان أو مكان، ما لم يقيم دليل على خروجها أو استثنائها^(١١).

ومثال ذلك أحكام المسافر سواء سافر بالوسائل القديمة أو الحديثة والمتطورة.. وبالتالي يمكن - كما يقول المرجع الديني الشيخ ناصر مكارم

الشيرازي - "حل" الكثير من المسائل المعاصرة بالتمسك بالإطلاقات والعمومات، ما لم يَقم دليل على تقييدها أو تخصيصها.."^(١٢)..

ومثاله كذلك العقود المستحدثة والمعاصرة كـ(التأمين)، فهذه العقود يمكن أن تجري فيها قاعدة ﴿أوفوا بالعقود﴾، مع توفر الشرائط الشرعية في العقود..

ثالثاً: التنبه إلى العناوين الثانوية، لأن المسائل المستحدثة كثيراً ما تندرج تحت هذه العناوين، حيث تتغير الأحكام بحسب العناوين الخارجية الطارئة، مثل: الوجوب بعنوان المقدمة، أو الحلية عند الاضطراب..

وأقسام العناوين الثانوية غير منحصرة في مقدمة الواجب أو الاضطراب، بل تتعداها إلى قواعد: الضرر والضرار، العسر والحرج الشديد، الضرورة، الإعانة على الواجب الشرعي، الأهم والمهم.. إلخ^(١٣).

وإذا كانت العناوين الثانوية تحل - كما يقول المرجع الديني الشيخ ناصر مكارم الشيرازي - بتركها الكثير من عقد ومشكلات المسائل المستحدثة إلا أن الاستناد إليها يحتاج إلى عدد من التنبيهات المهمة التي يجب على الفقيه المجتهد أخذها بعين الاعتبار..

مثلاً، الأحكام الثانوية جميعها تدور على موضوعاتها، فإذا تغيرت أو انتفى الموضوع انتفى الحكم، ومن هنا فالضرورات تقدر بقدرها.. كما يجب تجنب الإفراط والتفريط في الاعتماد على العناوين الثانوية.

هذه باختصار المباني العامة للمسائل المستحدثة أو المنطلقات المنهجية التي ينطلق منها المجتهد الإمامي أو يعتمد عليها في بحثه لتشخيص أو كشف أحكام المستجدات والنوازل المعاصرة..

أما سير البحث أو الخطوات المنهجية التي يسلكها المجتهد الإمامي وهو يحاول استنباط الحكم الشرعي لأي مسألة مستحدثة أو نازلة معاصرة فهي تبدأ بالبحث عن:

أولاً: عن الحكم الأولي للواقعة أو المسألة المستجدة، أي الحكم المجمعول للشيء بواقعه من دون ملاحظة ما يطرأ للشيء من عوارض وهو الذي ينقسم إلى الواقعي والظاهري، وإلى التكليفي والوضعي^(١٤)..

ثانياً: البحث عن الحكم الثانوي للواقعة المستجدة، أي الحكم المجمعول للشيء بلحاظ العناوين الطارئة عليه، وهي عناوين خاصة بحثها الفقهاء، كالإضرار والإكراه والعسر والخرج وغير ذلك..

ثالثاً: البحث عن الحكم الولائي للواقعة المستجدة، أو ما يطلق عليه الحكم الحكومي، وهو عبارة عن الحكم الصادر من الحاكم الشرعي باعتباره ولياً وحاكماً، أي لمن له ولاية الأمر والنهي..

بالنسبة لقواعد الحكم الأولي في المسائل المستحدثة والمتعلقة بالمعاملات على وجه الخصوص، فإن البحث لا بد أن يتبع الخطى التالية^(١٥):

١. تحديد الموضوع في المسألة المستحدثة، للخروج بتصور عن موضوعها وتحديد جميع خصوصياته..

٢. تحديد الموضوع في الأدلة الشرعية، لأن الحكم الوارد من الشارع منصب على عنوان مخصوص، وكل عنوان يشكل موضوعاً لهذا الحكم، لذلك لا بدّ عند البحث عن أحكام المسائل المستحدثة من تحديد عناوين هذه الموضوعات بدقة شديدة، كي لا يقع المجتهد في الالتباس أو الخطأ والإشتباه..

٣. تحديد الأصل العملي عند تعذر الوصول إلى دليل اجتهادي سواء ارتبط بالحكم الأولي أو الثانوي، بالتمسك بالاحتياط (مثلاً: في مسألة الفروج لإثبات حرمة التلقيح الصناعي، لأننا علمنا شدة تحذير الشارع في أمر الفروج، فمجرد احتمال الحرمة كاف في وجوب الكف والاحتياط..)^(١٦).

٤. البحث عن العمومات المحللة أو المحرمة لموضوع المسألة المستحدثة، وقد انطلق المجتهدون الشيعة هنا من كون الأدلة الشرعية.

وردت بنحو القضايا الحقيقية لا الخارجية، أي بمعنى أنها تشمل الأفراد التي كانت موجودة في عصر النص (عصر نزول الوحي) وما سيوجد الى يوم القيامة، وهذا هو الأساس في شمول هذه الأدلة للموضوعات المستجدة..

٥. البحث عن الارتكازات التشريعية أو العقلانية التي تنطبق على الموضوعات المستجدة..

٦. البحث عن العلل المنصوصة أو المستنبطة، لأن الكشف عن العلل مقدمة وأداة لتعميم الأحكام في الموضوعات المستجدة..

٧. البحث عن الأولويات المعتبرة شرعاً^(١٧).

أما بخصوص قواعد الحكم الثانوي للمسائل المستحدثة..

فإن الفقهاء - كما يرى السيد علي الموسوي - لا يلجأون عادة الى التمسك بالعناوين الثانوية إلا عندما يصطدم الحكم الأولي ببعض العناوين الثانوية التي قد تكون ملازمة لبعض المسائل المستحدثة، فالضرورة والإضطراب، والعسر والحرج، والضرر والضرار المنفي في الشريعة، حفظ النظام العام.. إلخ، كلها عناوين ثانوية قد توجب تبدل الأحكام الأولية وترفعها، (من الحرمة إلى الجواز).. وهناك أمثلة كثيرة على ذلك، حيث صدرت الفتوى مبنتية على أساس هذه القواعد، مثل الإفتاء بجواز تشريح الجثث لأغراض البحث العلمي أو لتحقيق مصلحة راجحة مع أن الفعل محرم في الأصل..

أما قواعد الحكم الولائي أو الحكومي للمسائل المستحدثة..

فقد ثبت أن الحاكم الشرعي يمكنه ومن خلال مراعاة المصلحة العامة، أو من خلال تشخيص بعض المنافع الضرورية، أولدفع بعض المفاسد الخطيرة على النظام العام أو المجتمع أو الدولة المسلمة..... إلخ، يمكنه من خلال ذلك كله أن

يصدر حكمه في عدد من القضايا المستجدة والنوازل المعاصرة ويكون حكمه نافذا وملزما، والأمثلة كثيرة هنا، فيإمكان الحاكم أن يتدخل لتحديد أسعار البضائع التجارية إذا كان هناك خطر داهم على اقتصاد الدولة أو إجحاف بحق المواطنين قد يؤدي إلى ثورة أو فساد أو إخلال بنظام الدولة، كما يمكنه أن يفرض تعلم علم ضروري لحماية الأمة... إلخ..

هذه بشكل عام أهم الخطوات المنهجية التي يسلكها الفقيه والمجتهد الإمامي وهو في طريقه لاستنباط أو كشف أحكام المستجدات والنوازل المعاصرة..

طبعا اقتصرنا فيها على عرض العناوين دون التفصيل، ونحيل القارى للمزيد من الاطلاع على التفاصيل الكثيرة والأمثلة الشارحة، والتفريعات، وإلى الكتب والدراسات المهمة التي تناولت مناهج الاجتهاد بشكل عام وكيفية التعاطي مع المستجدات والنوازل المعاصرة في الفقه الشيعي الإمامي..

أما بالنسبة لتطبيق هذه الخطوات فستظهر لنا بوضوح وجلاء في النموذج الذي اخترناه في هذه الدراسة ويتعلق بعقد التأمين، وكيف تناوله المجتهدون الإمامية بالتخريج أو التكييف الفقهي..

مناهج البحث في المستجدات لدى مجتهدي المذاهب السنية..

أما بالنسبة لمجتهدي المذاهب الفقهية السنية أو المتخصصين في القضايا والمستجدات والنوازل المعاصرة، وكيف تعاطوا مع هذه المستجدات وما هي مناهج البحث فيها لديهم؟

فأول ما يثير انتباه الباحث هو كثرة الدراسات في هذا المجال، دراسات تتحدث بوضوح وشكل مباشر عن مناهج البحث في المستجدات والنوازل المعاصرة، عدد منها جاء على شكل رسائل جامعية، (رسائل ماجستير ودكتوراه) بالإضافة طبعا الى دراسات متخصصة لمهتمين بالفقه خصوصا في مجال المعاملات المالية، لذلك فأغلب هذه البحوث ركزت على التكييف الفقهي لهذه المعاملات الجديدة..

وفي أغلب هذه الدراسات التطبيقية، نجد مقدمات أو فصول وأبواب تحدثت بالتفصيل عن خطوات البحث لاستنباط الأحكام الشرعية المتعلقة بالمستجدات والنوازل المعاصرة..

كما يلاحظ بوضوح اختلاف اللغة الفقهية والأصولية المستخدمة، وكذلك منهجية العرض وترتيب الخطوات، فهناك تباين واختلاف بين الدراسات، إن من حيث اللغة أو من حيث الترتيب المنهجي لهذه الخطوات..

والسبب في رأيي أن أغلب الكتاب لهذه الدراسات هم طلبة وأساتذة جامعات ودكاترة وأكاديميون متخصصون في الفقه والأصول، وليسوا مجتهدين أوفقهاء بالمعنى القديم للاختصاص الفقهي، وهذا ظاهر في لغتهم.. وفي استخدامهم للمصطلحات الفقهية والأصولية، وهروبهم من تعقيدات اللغة الفقهية والأصولية التي احترفها القدامى من أئمة الاجتهاد لدى المذاهب الفقهية السنية..

من خلال مجموعة من هذه الدراسات سأقوم بعرض مقتضب لأهم الخطوات التي يسلكها أو يجب أن يسلكها الفقيه السني المعاصر (المجتهد النوازلي) في بحثه الاجتهادي عن الحكم الشرعي للمستجدات والنوازل المعاصرة..

التكليف الفقهي وضوابط فقه النوازل..

معظم الدراسات الخاصة بفقه النوازل أو المسائل المستحدثة تحدثت عن (التكليف الفقهي) لهذه النوازل والمستجدات، فعرفت التكليف ثم استعرضت خطواته وضوابطه..

من التعريفات المشهورة للتكليف الفقهي في هذه الدراسات: «تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة للاحاقها بأصل فقهي، خصصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمباشرة

بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة..»^(١٨).

وهذا ما يؤكده التعريف المعجمي كذلك الذي يرى أن التكيف الفقهي للمسألة يعني: (تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين)، وهذا التكيف هو شرط للحكم، لأنه شرط لتصور المسألة أو جزء لا يتم إلا بعد تصور المسألة..

ومن خلال هذين التعريفين يظهر أن عناصر التكيف الفقهي تتكون من: الواقعة أو المسألة المستجدة، الأصل، أوصاف الأصل الفقهية، والحقيقة والإلحاق..^(١٩).

أما ضوابط النظر في النوازل والمسائل المستحدثة فهي حسب الكثير من الدراسات:

١- أن يكون التكيف الفقهي مبنياً على نظر معتبر لأصول التشريع..

٢- اعتبار المآلات، أي تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي يكون عند تنزيله، من حيث حصول مقصده والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء^(٢٠)، نحو: دفع المفسد، ومنع الإضرار، والمنع من التصرف المشروع إذا كان مفضياً إلى مفسدة.. يقول الشاطبي: النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تُستجلب، أو مفسدة تُدرا^(٢١).

٣- مراعاة مقاصد الشرع، وهي كما عرفها الشيخ الطاهر بن عاشور التونسي: "المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها"^(٢٢). ومعرفة مقاصد الشريعة - العامة والخاصة منها - والوقوف عليها تعين الفقيه في مجال فهم النصوص الشرعية، والقواعد الكلية وتفسيرها، وغايات الشرع وأسراره، ثم العمل على تنزيل هذه الأحكام والقواعد الكلية على النوازل والمتجدات..^(٢٣).

٤- مراعاة الفروق بين النوازل والمستجدات حسب خصوصيات الأفراد وتعدد الأمكنة والأزمنة، فلكل نازلة حكمها الخاص..

٥- مراعاة الضروريات والحاجيات لأن مع تحقق شروطهما قد تتغير الأحكام الأصلية للمكلفين، وتتحول من الحرمة إلى الإباحة أو الوجوب، والعدول من القول الراجح إلى القول المرجوح..

٦- بذل الوسع والجهد الكامل في تصور المسألة المستحدثة أو النازلة تصورا صحيحا، لأنه بناء على هذا التصور سيأتي الحكم أو الفتوى أو الإرجاع إلى أصل معتبر..

٧- أن يتفق التكليف الفقهي للنازلة مع المقصد الشرعي لذلك الحكم.

٨- أهلية الناظر في النوازل، أي الشروط الواجب توافرها في المجتهد أو المتصدي للبحث واستنباط أحكام المستجدات والنوازل وهي شروط تحدث عنها الفقهاء مطولا في موسوعاتهم، وهي محل إجماع أغلب الفقهاء، وأضاف بعضهم، ضرورة إلمام الفقيه أو (المجتهد النوازلي) بعلم المقاصد، إلا أن جل هذه الشروط تتعلق بالإجتihad الفردي، أي كون المجتهد فردا، لكن ظهر في الآونة الأخيرة ما اطلق عليه (الإجتihad الجماعي) وهو ما تقوم به بعض المجاميع الفقهية كمجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة والمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث.. وقد كتب الدكتور وهبة الزحيلي وهو عضو في مجمع جدة دراسة مفصلة عن الاجتihad الجماعي وكيف تمارسه هذه المجاميع الفقهية..^(٢٤)

أما بخصوص مدارك الحكم على النوازل، أي الخطوات والمراحل العملية التي يسلكها الفقيه والمجتهد للوصول إلى الحكم الشرعي للنازلة أو المسألة المستحدثة، فهي - حسب الدكتور أبو شاويش - وغيره من الباحثين المعاصرين، تبدأ بـ:

التصور، ثم التكيف الفقهي، ثم تنتهي بالتطبيق^(٢٥)

١ - التصور: يعتبر تحصيل التصور الصحيح للمسألة المستحدثة من أهم ما يجب على المجتهد بذل الجهد لتحصيله، لأنه بناء على هذا التصور سيكون الحكم، يقول الإمام أبو حامد الغزالي: وضع الصور للمسائل ليس بأمر هين في نفسه، بل الذكي ربما قدر على الفتوى في كل مسألة إذا ذكرت له صورتها..^(٢٦)

والتصور الصحيح يتحقق بثلاثة أمور:

أ - جمع كل ما يتصل بالنازلة من أدلة وقرائن، لتعرف حقيقتها وأقسامها ونشأتها والظروف المحيطة بها.

ب - سؤال أهل الاختصاص والاستعانة بهم في موضوع النازلة فإذا كانت المسألة طبية فينبغي الرجوع للأطباء والمختصين.. وهكذا.

ج - تحليل القضية المركبة إلى عناصرها الأساسية التي تتكون منها..^(٢٧)

١. التكيف الفقهي: بالبحث عن حكم النازلة في نصوص الكتاب والسنة والإجماع، أي إلحاقها أو إرجاعها إلى أصل صحيح معترف في هذه المصادر، أو القياس (أي إنزالها بما يشابهها من النوازل المتقدمة لتقاس عليها)، أو باقي المصادر المختلف فيها بين المذاهب مثل: الاستحسان، المصالح المرسلة، سد الذرائع، قول الصحابي.. إلخ، أو إدراجها تحت القواعد الفقهية والأصولية، الكلية والعامة، أو فتاوى السابقين من أئمة الإجتهد.. أو إرجاعها إلى مقصد شرعي معتبر.. إلخ^(٢٨).

٢. التطبيق: وهي المرحلة الأخيرة، حيث يقوم المجتهد بإنزال أو تنزيل الحكم الشرعي على النازلة للوصول إلى حكمها أو الفتوى المطلوبة للمكلف والواقع..

هذه باختصار أهم الخطوات المنهجية وضوابطها في النظر الإجتهادي

المعاصر للمسائل المستجدة (أو النوازل كما يفضل المالكية تسميتها)، كما وردت في أكثر من دراسة وبحث وأطروحة..

أما مجالات التكيف الفقهي، فهي كما مر معنا، شاملة للعبادات والمعاملات المالية وغيرها، وفقه الأحوال الشخصية، ومجال السياسة الشرعية، والعقوبات والقضايا الطبية والعلمية التي لها دخالة في الحياة الإنسانية المتعلقة بالمأكل والمشرب واللباس والزينة.. إلخ.

عقد التأمين بين التخريج أو التكيف الفقهي لدى مجتهدي المذاهب الإسلامية توطئة ضرورية

من المسائل التي ابتلي بها الفقه الإسلامي كثيرا اليوم، ظهور صيغ جديدة للعقود في باب المعاملات المالية والتجارية على وجه الخصوص، فقد تعددت هذه العقود وكثرت وأصبحت الحاجة ماسة إليها في تسيير عجلة الإقتصادات المحلية والدولية بل لتدبير الشأن المالي والإقتصادي والمعاملاتي الخاص، فلا يمكن لأي مسلم اليوم أن يدبر أمره المعيشي أو التجاري إلا بالإنخراط في معاملات تحكمها صيغ تعاقدية جديدة إما شكلا أو مضمونا، لذلك كان لا بد للفقه الإسلامي من التصدي لبيان الحكم الشرعي فيها..

وقد انقسم فقهاء المذاهب الإسلامية الى قسمين أو اتجاهين أثناء التخريج أو التكيف الفقهي لها..

الاتجاه الأول، يرى أصحابه أن أصالة الفساد في هذه العقود هي الأصل الأولي الحاكم بعدم ترتب الأثر الشرعي على أي عقد من العقود ما لم نحكم بصحته شرعا، وأدلة تصحيح العقود بقاعدة «أوفوا بالعقود» منصرفة إلى العقود السابقة المعروفة كالبيع والإجارة والحوالة والمساقاة والمضاربة.. إلخ^(٢٩).

أما العقود المستحدثة فلا بد من تحليل أو تشخيص بنيتها المعاملية، فإذا تبين للمجهد أنها ترجع في روحها وحقيقتها لهذه العقود السابقة فيمكن آنذاك ترتيب

أثر الصحة عليها، أما إذا لم يتمكن المجتهد من كشف هذه الحقيقة فهذه العقود تظل مشمولة بأصالة الفساد الأولية في العقود^(٣٠).

أما الاتجاه الثاني فيرى أصحابه «أن أصالة الفساد الأولية محكومة أو مورودة لقاعدة الصحة الثانوية في العقود، وقاعدة الصحة عندما نلاحظ دليلها نجده لا يختص بالعقود المعهودة السابقة.. بل ينصب على كل عقد جديد يقع بين الناس، وإنما على الفقيه المجتهد أن يتحقق من أمرين: أولاً من عقدية العقد الجديد وهل يصدق عليه عنوان العقد، وثانياً: التحقق من عدم احتوائه على ما حكم الشرع بمنعه أو بالبطالان معه.. وبذلك يتم تصحيح الكثير من العقود المعاصرة وتفتح الأبواب أمام التخريج أو التكييف الفقهي لأغلب المعاملات المعاصرة..»^(٣١).

انطلاقاً من هذين الاتجاهين فإن طرق التخريج أو التكييف الفقهي لهذه العقود قد سلكت - بالإضافة إلى ما ذكرناه سابقاً من خطوات أساسية - الخطوات التالية:

أولاً: البحث في إمكانية إدراج العقد الجديد ضمن العقود المعروفة والمشهورة، (وهذا ما وقع مع عقد التأمين الذي ستحدث عنه بالتفصيل بعد قليل باعتباره أنموذجاً للتكييف الفقهي للمسائل المستحدثة لدى مجتهدي المذاهب الإسلامية..)

ثانياً: البحث في إمكانية إدراج العقد الجديد تحت صيغة مركبة، كما وقع في التكييف الفقهي لبطاقة الإئتمان.. فقد قام المجتهدون بتفكيك أجزاء هذا العقد واكتشفوا أن كل جزء من هذا العقد هو معاملة مستقلة من المعاملات المعروفة^(٣٢).

ثالثاً: إدراج العقد الجديد تحت عمومات باب المعاملات والعقود، حيث ينطلق المؤيدون لهذا الإدراج - كما قلنا سابقاً مثل الإمام الخميني وغيره من الفقهاء - من كون القضايا الشرعية جاءت بنحو القضايا الحقيقية، فالحكم فيها انصب على موضوع معين، ومتى وُجد الموضوع وُجد حكمه، وهذه العمومات - كما يقول

السيد علي الموسوي - موضوعها العقد العرفي، فيجب إذن الوفاء بكل عقد عرفي ولو لم يكن معروفاً في عصر الشارع^(٣٣).

لكن الفقهاء أو المؤيدين لهذا التعميم أو الإدراج، لديهم الكثير من الملاحظات والنقاشات التي يمكن أن توجه هذا التخريج أو التكييف الفقهي، وتسدد خطاه باتجاه الكشف عن الحكم الشرعي القريب إلى الصواب والواقع، منها التدقيق في تطابق هذا التخريج الفقهي مع العقد الخارجي، والانتباه إلى شروط صحة العقود وعدم وجود موانع مثل الجهالة والغرر أو الربا... إلخ، بالإضافة إلى البحث عن العناوين المنهي عنها في المعاملات، وملاحظة الآثار العامة لهذه العقود..

وأخيراً ضرورة تطابق التخريج الفقهي مع حقيقة العقود المستحدثة، وهذا يتطلب بدوره التحديد الدقيق والصحيح لحقيقة المعاملة المستجدة..

حكم التأمين التجاري لدى فقهاء المذاهب السنية:

يقول الدكتور محي الدين القره داغي: بعد مناقشات مستفيضة صدر الحكم بتحريم (عقد التأمين التجاري) وإباحة (عقد التأمين التعاوني)، عن عدة مجاميع فقهية مشهورة منها المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بمكة المكرمة حيث قرر بالإجماع - ما عدا الشيخ مصطفى الزرقا - حرمة التأمين التجاري بجميع أنواعه، تأكيداً لقرار مجلس هيئة كبار العلماء بالسعودية في دورته العاشرة بالرياض في ١٣٩٧/٤/٤هـ قرار رقم ٥١، ٥٢.

كذلك نص مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (٩/ ٢/ ٩) على أن: عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعاً^(٣٤).

لكن هذا الحكم كان مدار مناقشات مستفيضة بين المحرمين ومن يروا الجواز أو الإباحة، ولأهميتها نعرضها كاملة كما نقلها الدكتور القره داغي^(٣٥):

”أما بعد..... فإن مجمع الفقه الإسلامي قد نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك وبعدما اطلع أيضاً على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ من التحريم للتأمين بأنواعه.

وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال...

وعهد بصياغة القرار إلى لجنة خاصة من العلماء ومما جاء في هذا التقرير...

أما بعد: فإن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في ١٠ شعبان ١٣٩٨هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي نظر في موضوع التأمين بأنواعه بعدما ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك وبعد ما اطلع أيضاً على ما قرر مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة بمدينة الرياض بتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ بقرار رقم ٥٥ من التحريم للتأمين التجاري بأنواعه.

وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر مجلس المجمع الفقهي بالاجماع عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك للأدلة الآتية:

الأول: عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش، لأن المستأمن لا يستطيع ان يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ فقد يدفع قسطاً أو قسطين، ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن، وقد لا تقع الكارثة أصلاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي ويأخذ النسبة لكل عقد بمفرده، وقد ورد في الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم النهي عن بيع الغرر.

الثاني: عقد التأمين التجاري ضرب من ضروب المقامرة لما فيه من المخاطرة في معاوضات مالية، ومن الغرم بلا جناية أو تسبب فيه، ومن الغنم بلا مقابل غير مكافئ فإن المستأمن قد يدفع قسطاً من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين، وقد لا يقع الخطر ومع ذلك يغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل، وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قماراً ودخل في عموم النهي عن الميسر في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾ والآية بعدها.

الثالث: عقد التأمين التجاري يشتمل على ربا الفضل والنساء، فإن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا فضل، والمؤمن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة فيكون ربا نساء، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نساء فقط وكلاهما محرم بالنص والاجماع.

الرابع: عقد التأمين التجاري من الرهان المحرم لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة ولم يبح الشرع من الرهان إلا ما فيه نصرة للإسلام وظهور لأعلامه بالحجة والسنان، وقدر حصر النبي صلى الله عليه وسلم رخصة الرهان بعوض في ثلاثة بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل» وليس التأمين من ذلك ولا شبيهاً به فكان محرماً.

الخامس: عقد التأمين التجاري فيه أخذ مال الغير بلا مقابل، وأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم لدخوله في عموم النهي في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.

السادس: في عقد التأمين التجاري الإلزام بما لا يلزم شرعاً فإن المؤمن لم يحدث الخطر منه، ولم يتسبب في حدوثه، وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له والمؤمن لم يبذل عملاً للمستأمن فكان حراماً..

وأما ما استدل به المبيحون للتأمين التجاري مطلقاً أو في بعض أنواعه فالجواب عنه ما يلي:

أ - الاستدلال بالاستصلاح غير صحيح، فإن المصالح في الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام قسم شهد الشرع باعتباره فهو حجة، وقسم سكت عنه الشرع فلم يشهد له بإلغاء ولا اعتبار فهو مصلحة مرسلّة وهذا محل اجتهاد المجتهدين، والقسم الثالث ما شهد الشرع بإلغائه، وعقود التأمين التجاري فيها جهالة وغرر وقمار وربما فكانت مما شهدت الشريعة بإلغائه لغلبة جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة.

ب - الإباحة الأصلية لا تصلح دليلاً هنا لأن عقود التأمين التجاري قامت الأدلة على مناقضتها لأدلة الكتاب والسنة، والعمل بالإباحة الأصلية مشروط بعدم المناقض وقد وجد فبطل الاستدلال بها.

ج - الضرورات تبيح المحظورات، لا يصح الاستدلال به هنا، فإن ما أباحه الله من طريق كسب الطيبات أكثر أضعافاً مضاعفة مما حرّمه عليهم فليس هناك ضرورة معتبرة شرعاً تلجئ إلى ما حرّمته الشريعة من التأمين.

د - لا يصح الاستدلال بالعرف، فإن العرف ليس من أدلة تشريع الأحكام، وإنما يُبنى عليه في تطبيق الأحكام وفهم المراد من ألفاظ النصوص ومن عبارات الناس في أيمانهم، وتداعيهم وإخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد لمقصود منه من الأفعال والأقوال، فلا تأثير له فيما تبين أمره وتعين المقصود منه، وقد دلت الأدلة دلالة واضحة على منع التأمين فلا اعتبار به معها.

ه - الاستدلال بأن عقود التأمين التجاري من عقود المضاربة أو في معناه غير صحيح، فإن رأس المال في المضاربة لم يخرج عن ملك صاحبه، وما

يدفعه المستأمن يخرج بعقد التأمين من ملكه إلى ملك الشركة حسبما يقضي به نظام التأمين، وإن رأس مال المضاربة يستحقه ورثة مالكة عند موته، وفي التأمين قد يستحق الورثة نظاماً مبلغ التأمين ولو لم يدفع مورثهم إلا قسطاً واحداً، وقد لا يستحقون شيئاً إذا جعل المستفيد سوى المستأمن وورثته، وإن الربح في المضاربة يكون بين الشريكين نسباً مئوية مثلاً بخلاف التأمين فربح رأس المال وخسارته للشركة وليس للمستأمن إلا مبلغ التأمين أو مبلغ غير محدد.

و - قياس عقود التأمين على ولاء الموالاة عند من يقول به غير صحيح، فإنه قياس مع الفارق، ومن الفروق بينهما أن عقود التأمين هدفها الربح المادي المشوب بالغرر والقمار وفاحش الجهالة بخلاف عقد ولاء الموالاة فالقصد الأول فيه التأخي في الإسلام، والتناصر والتعاون في الشدة والرخاء وسائر الأحوال، وما يكون من كسب مادي فالقصد إليه بالتبع.

ز - قياس عقد التأمين التجاري على الوعد الملزم عند من يقول به لا يصح لأنه قياس مع الفارق، ومن الفروق أن الوعد بقرض أو إعارة أو تحمل خسارة مثلاً من باب المعروف المحض فكان الوفاء به واجباً، أو من مكارم الخلاق، وبخلاف عقود التأمين فإنها معاوضة تجارية باعثها الربح المادي، فلا يغتفر في التبرعات من الجهالة والغرر.

ح - قياس عقود التأمين التجاري على ضمان المجهول وضمان ما لم يجب، قياس غير صحيح لأنه قياس مع الفارق أيضاً، ومن الفروق أن الضمان نوع من التبرع يقصد به الإحسان المحض بخلاف التأمين فإنه عقد معاوضة تجارية يقصد منها أولاً الكسب المادي، فإن ترتب عليه معروف فهو تابع غير مقصود إليه، والأحكام يراعى فيها الأصل لا التابع ما دام تابِعاً غير مقصود إليه.

ط - قياس عقود التأمين التجاري على ضمان خطر الطريق لا يصح فإنه قياس مع الفارق كما سبق في الدليل قبله.

ي - قياس عقود التأمين التجاري على نظام التقاعد غير صحيح فإنه قياس مع الفارق أيضاً لأن ما يعطى من التقاعد حق التزم به ولي الأمر باعتباره مسئولاً عن رعيته، وراعى في صرفه ما قام به الموظف من خدمة الأمة، ووضع له نظاماً راعى فيه مصلحة أقرب الناس إلى الموظف، ونظر إلى مظنة الحاجة فيهم، فليس نظام التقاعد من باب المعاوضات المالية بين الدولة وموظفيها، وعلى هذا لا شبه بينه وبين التأمين الذي هو من عقود المعاوضات المالية التجارية التي يقصد بها استغلال الشركات للمستأمنين والكسب من ورائهم بطرق غير مشروعة، لأن ما يعطى في حالة التقاعد يعتبر حقاً التزم به من حكومات مسؤولة عن رعيته، وتصرفها لمن قام بخدمة الأمة كفاء لمعرفه وتعاوناً معه جزاء تعاونه معها ببدنه وفكره وقطع الكثير من فراغه في سبيل النهوض معها بالأمة.

ك - قياس نظام التأمين التجاري وعقوده على نظام العاقلة لا يصح، فإنه قياس مع الفارق، ومن الفروق أن الأصل في تحمل العاقلة لدية الخطأ وشبه العمد ما بينهم وبين القاتل خطأ أو شبه عمد من الرحم والقربة التي تدعو إلى النصرة والتواصل والتعاون واسداء المعروف ولو دون مقابل، وعقود التأمين التجارية استغلالية تقوم على معاوضات مالية محضة لا تمت إلى عاطفة الإحسان وبواعث المعروف بصلة.

ل - قياس عقود التأمين التجاري على عقود الحراسة غير صحيح لأنه قياس مع الفارق أيضاً، ومن الفروق أن الأمان ليس محلاً للعقد في المسألتين وإنما محله في التأمين الأقساط ومبلغ التأمين، وفي الحراسة الأجرة وعمل الحارس، أما الأمان فغاية ونتيجة وإلا لما استحق الحارس الأجرة عند ضياع المحروس.

م - قياس التأمين على الإيداع لا يصح لأنه قياس مع الفارق أيضاً، فإن الأجرة في الإيداع عوض عن قيام الأمين بحفظ شيء في حوزته يحوطه بخلاف التأمين فإن ما يدفعه المستأمن لا يقابله عمل من المؤمن ويعود إلى المستأمن بمنفعة إنما هو ضمان الأمن والطمأنينة، وشرط العوض عن الضمان لا يصح بل هو مفسد للعقد، وإن جعل مبلغ التأمين في مقابلة الأقساط كان معاوضة تجارية جهل فيها مبلغ التأمين أو زمنه فاختلف عن عقد الإيداع بأجر.

ن - قياس التأمين على ما عرف بقضية تجار البرز مع الحاكة لا يصح، والفرق بينهما أن المقيس عليه من التأمين التعاوني وهو تعاون محض والمقيس تأمين تجاري وهو معاوضات تجارية فلا يصح القياس)..... (انتهى قرار المجمع)^(٣٦).

التخريج الفقهي لعقد التأمين لدى فقهاء ومجتهدي المذهب الإمامي

معظم فقهاء ومجتهدي المذهب الإمامي المعاصرين تحدثوا في كتب الإستفتاءات والمسائل عن عقد التأمين، وهناك شبه اتفاق بينهم على إباحته نذكر منهم السيد الخوئي السيد روح الله الموسوي الخميني والسيد علي الخامنئي، والمرجع الديني الشيخ ناصر مكارم الشيرازي.. وغيرهم.

في هذه الدراسة سنستعرض ما كتبه المرجع السيد محمد صادق الروحاني وهو يقوم بالتكييف أو التخريج الفقهي لعقد التأمين لأهميته:

يقول السيد الروحاني في كتابه (فقه المسائل المستحدثة):

عقد التأمين: ذكر علماء القانون والباحثون في هذا العقد أن تاريخ ظهوره في البلاد الأوروبية يرجع إلى أوائل القرن الرابع عشر الميلادي، وأما في بلادنا فلم يعرف إلا في القرن الثالث عشر الهجري بعد الاتصال التجاري بين الشرق والغرب إبان النهضة الصناعية في أوروبا، وذلك عن طريق التأمين على ما كان يستورد من تلك البلاد، والابتداء كان بالتأمين البحري. ولكن بعد ذلك شاع وذاع وتنوع وبلغ

من الشأن مبلغاً جعله يرافق الحياة، في معظم مسالكها ومرافقها من التجارة والصناعة والوسائل التي يستخدمها الانسان كسيارته وغيرها..
لذلك يجب بيان موقف الشريعة الإسلامية منه..

حقيقة التأمين: وقد عرف عقد التأمين في المادة (٧١٣) من القانون المدني المصري بأنه عقد بين طرفين، أحدهما يسمى المؤمن، والثاني المؤمن له أو المستأمن، يلتزم فيه المؤمن بأن يؤدي الى المؤمن له لمصلحته، مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع حادث، أو تحقق خطر مبين في العقد وذلك في مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له الى المؤمن...

فتتبع هذا العقد عملان، يقوم المؤمن له بعمل منهما وهو: دفع مبلغ من المال دفعياً أو تدريجياً بالشكل الذي اتفق عليه الطرفان، ويقوم المؤمن بالآخر منهما، وهو: أن الخطر المؤمن ضده - كالحريق مثلاً - إذا تحقق تكون خسارته عليه..

هذه هي حقيقة التأمين الشائع اليوم الذي نظمت له أحكام بالقوانين المدنية... وهناك قسم آخر من التأمين، يسمى التأمين التبادلي أو التأمين بالاكتتاب...

أنواع التأمين: للقسم الأول من التأمين أنواع: كالتأمين على الحياة، والتأمين على النقل، والتأمين على حوادث السيارات، والتأمين على الحريق والسرقه، الى غير ذلك من الأنواع، ولعله لا يمكن حصره في أنواع معينة: لأنه طوق الصناعة والتجارة، ومعظم وجوه النشاط الاقتصادي، بل شمل كثيراً من الوسائل التي يستخدمها الانسان في توفير راحته وطمانيته في هذه الحياة، بل ويمد ظلاله الى ما بعد ممات الانسان، فيتخذ منه المؤمن في حياته تدبيراً لمصلحة أسرته بعد وفاته، فهي تزداد مع مرور الزمن...

وبما أن هذه المعاملة من المعاملات المستحدثة فلا بد في الحكم بصحتها من عرضها على المعاملات المعهودة الشرعية وتطبيقها على واحدة منها. أو اثبات

أن الشارع الأقدس أمضى كل معاملة عقلائية وإن لم تكن متحققة في تلك الأعصار.

وعلى هذا فلا بد من البحث في موضعين:

الأول: في عرض التأمين على المعاملات الشرعية، والمعاملات التي قبل بانطباقها على هذه المعاملة، الضمان، والهبة المعوضة، والصلح، والكلام يقع أولاً في الضمان...

الضمان: من المعلوم أن الضمان الذي هو عبارة عن إدخال المضمون في عهدة الضامن له قسمان: أحدهما، ضمان اليد، والتلف، ثانيهما: الضمان الإنشائي ومحل الكلام هو الثاني.. والضمان الإنشائي الذي لا ريب في مشروعيته في الجملة نصا وفتوى القدر المسلم منه عند الفقهاء، هو ضمان ما في الذمة، أي ضمان شخص لما هو ثابت في ذمة آخر. وأما ضمان الأعيان المغصوبة، كما لو غصب شخص مال آخر فيضمن شخص آخر عين ذلك المال، وضمان الأمانة، كما لو ضمن الشخص الأمانة التي عند الشخص الآخر، قد وقع الخلاف فيهما بين الفقهاء...

وهناك قسم آخر لم يتعرض له الفقهاء وهو ضمان الأعيان التي تكون عند أصحابها، كأموال الناس في متاجرهم، وحكم هذا القسم حكم القسمين الأخيرين. ومحصل ما ذكروه في وجه بطلان الضمان في القسمين الأخيرين واختصاصه بما في الذمم - وجوه - وإن اختص بعض الوجوه بالأول - وبعضها بالثاني.

الأول: إنه لا دليل على العموم، وأخبار باب الضمان كلها واردة في ضمان ما في الذمة واردة لبيان أحكام آخر وليس في شيء منها ما له إطلاق أو عموم يمكن أن يتمسك به لمشروعية الضمان بقول مطلق، وما يروى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من أن (الزعيم غارم) ليس من الأخبار المعتمدة عندنا فلا يكون حجة. وفيه: إن أدلة الضمان الإنشائي المختصة به وإن كان لا إطلاق لها كي يتمسك به إلا

ان ما دل على نفوذ كل عقد ومعاملة عقلائية كآية - (تجارة عن تراض) - (وأوفوا بالعقود) - وغيرهما، له اطلاق يشمل هذه الاقسام من الضمان باجمعها.

الثاني: وهو مختص بالقسم الأول: إن المضمون عنه، كالغاصب أيضاً مكلف برد العين، فلو قلنا بمشروعية هذا الضمان كان من قبيل ضم ذمة الى أخرى، مع أن مذهبنا كون الضمان موجبا للانتقال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن. وفيه: ان الضمان المصطلح في ضمان ما في الذمة، هو الانتقال، وهذا لا يوجب المنع من الضمان بالمعنى الآخر في المقام الثابت بالعمومات. مع أنه لا مانع من الالتزام في المقام أيضاً بالانتقال، فيكون بقاء المال بيد الغاصب أمانة، غاية الأمر يجب رده فوراً الى مالكة ولو لم يقصر في الرد عليه وتلف في اثناء ذلك يكون ضمانه على الضامن دون الغاصب، ولو قصر يكون يده بقاء يد ضمان فيكون ضامناً من جديد.

وبما ذكرناه يظهر الجواب عن الثالث: وهو أن الضمان نقل الحق من ذمة الى أخرى فلا ينطبق على الضمان بمعنى كون العين في العهدة. الرابع: ان ضمان الأعيان سواء كان المراد به نقلها عن عهدة ذي اليد الى عهده أو ضمها إليها، يحتمل كونه من الأحكام الشرعية لا من الأمور التي بيد الناس وضعاً ورفعاً، ومع هذا الاحتمال لا وجه للتمسك بالعمومات. وفيه: أن المراجعة الى المرتكزات العقلانية تدفع هذا الاحتمال: فان العهدة والذمة من باب واحد، فكما ان ما في الذمة قابل للنقل وللضم، كذلك ما في العهدة من الأعيان..

الخامس: إنه من ضمان ما لم يجب، فان الملتزم به مثلها أو قيمتها في صورة التلف، وقد اشتهر في الألسن عدم صحته. وفيه: إن الالتزام بكون العين في العهدة ليس من ضمان ما لم يجب، مع أن ضمان ما لم يجب انما يكون باطلاً إذا كان المنشأ هو اشتغال الذمة بالبدل. فعلاً، وأما إذا كان المنشأ هو الاشتغال به بعد التلف فلا محذور فيه وتتمام الكلام في محله.

السادس: وهو يختص بالقسم الثاني: إن من أركان الضمان، المضمون عنه وهو المدين و هو مفقود في الضمان في الامانة، بل وفي ضمان العين المغصوبة

لأنه ضمان ابتدائي، لا عن الغاصب. وفيه: إنه لا يعتبر في الضمان وجود المضمون عنه بل أركانه ثلاثة: الضامن، والمضمون له، والمضمون، فالمتحصل: أن مقتضى العمومات جواز الضمان بجميع أقسامه حتى ضمان العين التي بيد صاحبها وليس هناك ما يمنع عنه، فالأظهر هو الجواز..

وهذا الضمان أي: ضمان ما عند صاحبه يتصور على وجهين: أحدهما الضمان بلا عوض، ثانيهما الضمان مع العوض، كأن يقول الضامن لصاحب المال، اضمن لك العين سنة على أن تعطيني عوضا عن ذلك عشرة توأمين عن كل شهر والأظهر صحته بكلا قسميه..

إذا عرفت هذا فاعلم: أن عملية التأمين تنطبق على ضمان الأعيان غير المضمونة فإن المؤمن يضمن، أي يتعهد ويدخل الشيء في عهده وحيازته في عملية التأمين سواء كان ذلك من الأعيان الخارجية، أو النفوس الحرة أو المملوكة، غاية الأمر ليس ضمانا مجانيا بل بعوض معين يشترط على المؤمن له أن يدفعه دفعة أو أقساطا، ولا يهمننا البحث عن كون هذه المعاملة إيقاعا من جهة حصولها من طرف واحد وهو الضامن: فإنه المقدم على تحمل المسؤولية، أو أنها عقد من جهة أنها تشتمل على الإيجاب من ناحية المؤمن (الشركة) بتصديره وثيقة التأمين وتوقيعها، والقبول من المؤمن له بتوقيع ورقة العقد، بعد كون المختار صحة الشرط ولزوم الوفاء به، وإن كان في ضمن الإيقاع، ولكن الأظهر أنها من العقود - كما تقدم. فتحصل: أن عملية التأمين من قبيل ضمان الأعيان التي عند أصحابها غاية الأمر، أنه ضمان مشروط بدفع المؤمن له مبلغا أقساطا إلى مدة معينة - وقد يستشكل في صحة هذه المعاملة من جهة أمور آخر مثل كون المعاملة غررية ونحو ذلك، ونتعرض لجميع الإشكالات في آخر المبحث إن شاء الله تعالى..

الهبة المعوضة:

وإن أبيت عما ذكرناه ولم يثبت لك مشروعية الضمان على غير ما في الذمم، يمكن تطبيق عملية التأمين على الهبة المعوضة، بأن يهب المؤمن له في كل سنة أو

شهر أو دفعة مبلغاً للمؤمن (الشركة) ويملكه مجاناً، ويشترط عليه أن يملكه مبلغاً يعادل قيمة المؤمن عليه، مثلاً إن حدث حادث بالمال، أو كذا مقداراً من المال لو حل به موت أو تلف لعضو من أعضائه يدفعه لأسرته مثلاً، أو يشترط عليه ملكيته بنحو شرط النتيجة، وهذا شرط سائغ لا مانع فيه، فيكون التأمين من مصاديق الهبة المعوضة، ويترتب عليه أحكامها. الصلح: ويمكن تطبيقه على الصلح أيضاً: فإن حقيقة الصلح هي التراضي والتسالم على أمر من تمليك عين أو منفعة أو إسقاط دين أو حق أو غير ذلك، ولا يشترط فيه كونه مسبوقاً بالنزاع، وهو جائز في كل مقام وعلى كل أمر إلا إذا كان محرماً لحلال أو محلاً لحرام.. وهو عقد مستقل بنفسه وعنوان برأسه وليس كما قيل راجعاً إلى سائر العقود وإن أفاد فائدتها، وتنقيح القول في هذه الجهات موكل إلى محله.

وعليه، ففي المقام يتسالم المؤمن والمؤمن له، على أن يدفع المؤمن له مبلغاً أقساطاً أو دفعة، ويتحمل المؤمن الخسارة التي تحل بالمؤمن له، أو يدفع مقداراً من المال لو تلف بعض أعضائه أو حل به الموت لأسرته مثلاً.

عقد التأمين عقد مستقل:

ولو لم يتم ما ذكرناه من تطبيق عقد التأمين على واحدة من المعاملات المعهودة، نقول أنه عقد مستقل مركب من الإيجاب والقبول، على ما مر تقريره وعليه، فيشملة عمومات إمضاء المعاملات كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وتخصيصها بالعهود والعقود التي كانت متعارفة في زمن صدورها بلا وجه، بعد كونها متضمنة لبيان الحكم الخالد الباقي في جميع الأعصار، وكونها من قبيل القضايا الحقيقية...

إشكالات:

بقي في المقام إشكالات تورد على تصحيح هذه المعاملة بما أنها عقد مستقل وبعضها يجري في بعض الوجوه المتقدمة، وهي أمور:

الأول: إن هذه المعاملة ليست معاوضة حقيقية بل معاوضة احتمالية: فإن أحد العوضين هو تحمل الخسارة على تقدير وقوع الخطر المؤمن منه فلا عوض على تقدير عدم وقوعه فهذه ليست مشمولة للعمومات، بل هي من اكل المال بالباطل. وفيه: ان المؤمن له يدفع مبلغا اقساطا، مثلا بازاء كون ماله محفوظا، فكما انه قد يستاجر شخصا لحفظ ماله، ويكون ذلك من طرق الحفظ كذلك التأمين من طرق الحفظ بل هو من احكامها، وهذا الأمان والحفظ يحصل للمستأمنين بمجرد العقد من دون توقف على الخطر المؤمن منه بعد ذلك: فانه بعد هذا الأمان لا يفرق عليه وقوع الخطر وعدمه: إذ لو لم يقع الخطر ظلت أمواله سليمة، وإن وقع الخطر أحيائها التعويض، فهي معاملة حقيقية بتية وليست من الأكل بالباطل. وإن شئت قلت: ان العوض ان كان كون المال في عهدة المؤمن، فهو فعلي، وإن كان اعطاء بدله على تقدير التلف فهو بنفسه لا يكون فعليا لكن لازمه وجود الأمان الفعلي، فعلى التقديرين هذه معاملة بتية، وتجارة عن تراض، وعقد من العقود. وبهذا البيان يظهر الجواب عن الإشكال الثاني: وهو ان هذه المعاملة غررية فانه يحتمل عدم وقوع الخطر المؤمن منه، وقد نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر فانه مع حصول الأمان الفعلي لا غرر ولا خطر.

أضف الى ذلك أن المتيقن النهي عن بيع الغرر، لا مطلق الغرر، وهذا ليس بيبعا. **الثالث:** إن عقد التأمين على الحياة ينطوي على جهالة لأن الاقساط التي يدفعها المستأمن الى حين وفاته لا يعرف كم ستبلغ والجهالة تمنع صحة العقد شرعا. وفيه: ان الجهالة مانعة عن صحة البيع وبعض العقود الأخر ولم يدل دليل على مبطلتها من حيث هي لكل عقد.

الإشكال الرابع: إن عقد التأمين فيه تحد للقدر الإلهي لا سيما في التأمين على الحياة. وفيه: ان المؤمن لا يتعهد عدم وقوع الخطر حتى يقال انه تحد للاقدار، بل هو يتعهد ترميم آثار الاخطار إذا تحققت ووقعت كما لا يخفى..
فالمتحصل: هو تصحيح عقد التأمين من وجوه وطرق مختلفة....

عقد ضمان الجريرة نظير للتأمين:

يمكن أن يقال إن نظير التأمين عقد ضمان الجريرة، بل هو من مصاديقه وصورته، أن يقول أحد الشخصين لآخر عاقدتك على أن تنصرتني وأنصرك وتمنع عني وأمنع عنك وتعقل عني واعقل عنك وترثني وارثك، فيقول الآخر قبلت أو يقول أحدهما عاقدتك على أن تنصرتني وتمنع عني وتعقل عني وترثني فيقول الآخر قبلت. بل الظاهر أنه لا يعتبر فيه سوى العقل والارث، وله شرائط منها أن لا يكون له وارث مناسب، ومنها غير ذلك مما هو مذكور في الكتب.

ولا خلاف نصا وفتوى في مشروعية هذا العقد وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ويشهد به نصوص كثيرة...

والوجه فيما ادعيناه من أنه نظير التأمين: أنه يوجد فيه جميع الأركان الموجودة في التأمين، وهي: ١ - الإيجاب والقبول ٢ - المؤمن عليه - شخص وثروة وما شاكلهما - ٣ - المؤمن وهو الشركة أو الشخص - ٤ - والمؤمن له ٥ - مبلغ التأمين - وهو الذي تدفعه الشركة مثلاً عند حدوث الخطر - وما يدفعه المؤمن له إلى الشركة من المبلغ ٦ - الخطر المؤمن ضده - كالسرقة - وله شرائط: وهذه - موجودة في هذا العقد - لأنه عقد يعتبر فيه الإيجاب والقبول والمؤمن عليه - هو المضمون والمؤمن له - هو المضمون له في المقام - والمؤمن هو الضامن. ومبلغ التأمين - وهو الدية - والإرث والخطر المؤمن ضده - وهو هنا الجنائية. فالمتحصل من ذلك أن بعض مصاديق التأمين دل دليل خاص على مشروعيته.. (انتهى) (٣٧).

وأخيراً: لقد تعمدت عرض هذه النصوص الاجتهادية كاملة مع بعض الاختصار غير المخل بالمضمون، لأضع بين يدي القارئ أنموذجاً لكيفية البحث الاجتهادي في القضايا المعاصرة، لدى المذاهب الإسلامية (السنية والشيعة) وبعيدا عن ترجيح أي الرأيين أقرب إلى الصواب والحقيقة، أود أن أشير إلى مجموعة من

الملاحظات في نهاية هذه الدراسة، فمن خلال تتبع الخطوات المنهجية للتخريج أو التكيف الفقهي للمسائل المستحدثة والنوازل المعاصرة.. نجد أن:

١. القضايا والمسائل والمستجدات المعاصرة فرصة مهمة لتفعيل وتنشيط العقل الاجتهادي الإسلامي، فلا مجال إذن لدعوى إقفال باب الاجتهاد.
٢. المسائل المستحدثة تمثل تحدياً للإسلام ولشريعته، فلا معنى لادعاء المسلمين بصلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، إلا بالإجابة على أسئلة العصر وضمن الضوابط الشرعية..
٣. كذلك لا معنى للدعوة لتقنين الشريعة دون فتح المجال للاجتهاد في الكثير من القضايا المستحدثة..
٤. من خلال عرض كيفية التخريج أو التكيف الفقهي لعقد التأمين، لاحظنا أن سبب اختلاف الفتوى يكمن في أمرين أساسيين: أولاهما: الاختلاف في التصور الدقيق للمسألة أو النازلة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه أو الذي يجب إرجاعها إليه.. ثانيهما: الاختلاف في مصادر الاستنباط المعتمدة لدى المذاهب الإسلامية، سواء المصادر الأساسية أو الثانوية.. فالمذاهب الإسلامية وإن اتفقت على الرجوع إلى الكتاب والسنة فهناك اختلاف في الرجوع إلى الإجماع والعقل وكذلك الاختلاف حول القياس، والإستحسان والمصالح المرسلّة وسد الذرائع وقول الصحابي... إلخ، وبطبيعة الحال هذا الاختلاف في مصادر الاستنباط سينعكس اختلافاً في التكيف والتخريج الفقهي للمسائل المستحدثة ليس بين المذاهب السنية والمذهب الشيعي الإمامي، وإنما داخل المذاهب السنية نفسها، بل داخل المذهب الواحد يتعدد الاجتهاد ويختلف، ففي عقد التأمين مثلاً - كما مر معنا - لاحظنا مخالفة الشيخ مصطفى الزرقا وغيره من مجتهدي المذاهب السنية لرأي فقهاء مجمع جدة الفقهي وعلماء المذهب الحنبلي في السعودية.. وهذا الاختلاف أو التعدد يثري

الفقه الإسلامي والاجتهاد المعاصر وهو حالة صحية، لا يجوز التفريط فيها أو مصادرتها بحجة امتلاك الحقيقة المطلقة أو..

الملاحظة الأخيرة، وهي إن الاجتهاد لاستنباط أحكام المسائل المستحدثة والنوازل المعاصرة، يمكن أي يكون محطة للتقارب والتواصل العلمي بين علماء ومجتهدي المذاهب السنية والشيعة، وفرصة لتجاوز محطات الاختلاف القديمة، والشروع في التعاون والانفتاح على المخالف المذهبي للتعرف على ما عنده من رأي وخبرة وفهم للنصوص الدينية أو للواقع، ما دامت المسائل المستحدثة هي قضايا تشكل ابتلاء عاما لا يختص به مقلد لمذهب بل عمت البلوى جميع المسلمين في العصر الحديث...

الهوامش:

- (١) أنظر: الموافقات في أصول الشريعة، ط-١٩٧٠م، ج ٤ ص ١٠٤.
 - (٢) أنظر: الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، المسائل المستحدثة، مجلة فقه أهل البيت، العدد الرابع، سنة ١٩٩٧م ص ٦٩.
 - (٣) أنظر: سبل الاستفادة من النوازل (الفتاوى) والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، ص ٩.. أنظر الدراسة في موقعها على الإنترنت..
 - (٤) أنظر: د. عبد الله الزبير، التخريج الفقهي: تعريفه ومراتبه، موقع ملتقى أصول الفقه على الشبكة العنكبوتية
 - (٥) أنظر: د. عبد الله الزبير، م. س. أما بالنسبة لمكونات التخريج الفقهي وعناصره — فأول ما يجب أن يقوم به الفقيه المخرج هو استحضار القواعد الأصولية المعتمدة في المذهب وما يتفرع عليها ويندرج تحتها من القواعد التابعة والضابطة لأشياء المسائل المراد تخرجها، إذ بدون ذلك لا يكون تخريج.
- ثم يبدأ باختبار تلك القواعد والأصول المذهبية وصلاحيها للتفريع عليها، وقوتها من ضعفها لتحديد مدى إمكان استيعاب تلك المسائل في مدلولها، وهو شرط التخريج.

- ومن بعد ذلك يجري البناء والتفريع على أقوال أئمة المذهب وفتاويهم إما بالإلحاق أو الإطباق أو نفي وجوه الاتفاق بين المسألة المخرجة والقول أو الفتوى المخرج عليها. وهذه العبارة شملت أنواع التخريج، سواء أكان التخريج للفروع على أشباهها، أو الأصول على أشباهها، أو الأصول على الفروع، أو الفروع على الأصول الفقهية أو النحوية. وباختصار التخريج الفقهي هو: استحضار قواعد المذهب الأصولية وتفاعيلها، والتبين لما أخذ تضعيفها وتصويبها، والتمرن على تحرير الأدلة وتهذيبها بالبناء على أقوال أئمة المذهب وفتاويهم.. أنظر المصدر السابق باختصار.

(٦) أنظر: الرواشح السماوية، دار الحديث ط - ١٤٢٢هـ ص ١٦٢ - ١٦٣ نقلاً عن: قواعد فقه المسائل المستحدثة: محاولة لاكتشاف المنهج للسيد علي عباس الموسوي، أنظر موقع مجلة نصوص معاصرة على الإنترنت.

(٧) أنظر معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعي، ص ١٤٣.

(٨) أنظر تفصيل ذلك في: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، محمد عثمان شبير، دمشق، دار القلم، ط ١ - ١٤٢٥م.

(٩) أنظر: الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، المسائل المستحدثة، مجلة فقه أهل البيت، ص ٧٣.

(١٠) أنظر المصدر السابق ص ٨٠

(١١) المصدر السابق.

(١٢) المصدر نفسه.

(١٣) أنظر: الشيخ مكارم ناصر الشيرازي، م.س..

(١٤) قواعد فقه المسائل المستحدثة: محاولة لاكتشاف المنهج، السيد علي عباس الموسوي، أنظر موقع مجلة نصوص معاصرة على الإنترنت.

(١٥) أنظر المصدر السابق باختصار وتصرف.

(١٦) أنظر المصدر السابق، السيد محمد صادق الروحاني، المسائل المستحدثة، ص ٩، والخرافي

السيد محسن، التلقيح، مجلة فقه أهل البيت، العدد ١٦ ص ١١٤.

(١٧) استثنى فقهاء الإمامية من التزامهم بعدم حجية القياس قياس الأولوية، فالتزموا بحجته وهذه الأولوية من القواعد التي تفيد في تحديد أحكام بعض الموضوعات المستجدة ومثاله: مرض الإيدز وفسخ عقد النكاح.. أنظر السيد علي الموسوي، مصدر سابق.

(١٨) أنظر: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، محمد عثمان شبير، دمشق: دار القلم، ص ٣٠ نقلاً عن: التكييف الفقهي للعقود المالية المستجدة وتطبيقاتها على نماذج التمويل

الإسلامية المعاصرة، أحمد محمد نصار، أنظر موقع الدراسة على شبكة الانترنت.

(١٩) أنظر أحمد نصار، نقلاً عن التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص ٣٠.

- (٢٠) أنظر د. ماهر ذيب أبو شاويش، مجلة الشريعة والقانون، نقلاً عن: عبد الرحمن السنوسي، مآلات الأفعال.
- (٢١) المصدر السابق، ص ٢٠٥، أنظر الموافقات، ج ٤ ص ١٩٤.
- (٢٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، دار البصائر للإنتاج العلمي، ط ١ - ١٤١٨ هـ ص ٢١١، نقلاً عن د. أبو شاويش، مجلة الشريعة والقانون، عدد ٥٥، يوليو ٢٠١٣ م.
- (٢٣) د. أبو شاويش، م.س، ص ٢١٢.
- (٢٤) أنظر: سبل الاستفادة من النوازل (الفتاوى) والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد ١١ ج ٢، أنظر الموقع على شبكة الإنترنت .
- (٢٥) أنظر: د. أبو شاويش، ص ٢٢٨، ومحمد حسين الجيزاني، فقه النوازل، دار ابن الجوزي، ط ١ - ١٤٢٧ هـ ج ١ ص ٤٧.
- (٢٦) أنظر: د. أبو شاويش، ص ٢٣٦، نقلاً عن: الرد على من أخلد إلى الأرض للسيوطي.
- (٢٧) أنظر: د. عبد الحق أحمد حميش، مدخل إلى فقه النوازل، موقع الدراسة على شبكة الإنترنت..
- (٢٨) أنظر تفصيل ذلك في: التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، د. محمد عثمان شير، دمشق: دار القلم، ط ١ - ١٤٢٥ هـ ومنهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، مسفرن علي القحطاني، والتكيف الفقهي للعقود المالية المستجدة وتطبيقاتها على نماذج التمويل الإسلامية، لأحمد محمد نصار .
- (٢٩) أنظر الشيخ حيدر حب الله، قاعدة الصحة في العقود: الاتجاهات الفقهية بين التعميم والتخصيص، أنظر موقع الدراسة على الشبكة العنكبوتية.
- (٣٠) المصدر السابق.
- (٣١) أنظر المصدر السابق.
- (٣٢) أنظر: السيد علي الموسوي، قواعد فقه المسائل المستحدثة، مصدر سابق.
- (٣٣) المصدر السابق، نقلاً عن التأمين للسيد روح الله الموسوي، مجلة أهل البيت، عدد ١، ص ٨.
- (٣٤) أنظر دراسته: حكم التعامل أو العمل في شركات التأمين خارج ديار الاسلام، المجلة العلمية، عددان الرابع والخامس عشر ص ٣٤٦.
- (٣٥) أنظر: الدكتور القره داغي، المصدر السابق.
- (٣٦) أنظر: المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، العددان ١٤ - ١٥، ص ٣٣٩.
- (٣٧) أنظر: فقه المسائل المستحدثة، السيد محمد صادق الروحاني، الطبعة الخامسة.



ملف العدد

المنهج الأصولي لشيخ الزيتونة في كتاباتهم حول القضايا الفقهية المعاصرة

د. علي العلوي^(*)

إنّ الدارس لكتابات شيخ الزيتونة، والمُسْتَعِصِم لمؤلفاتهم، يستنتج اعتمادهم المنهج الأصولي المقاصدي كلّما كتبوا في مسائل الدين الإسلامي: كالجانب العقائدي، وجانب العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية - وهذه من المسائل القديمة - التي تناولها الفقهاء القدامى وأئمة المذاهب.

لكن تجدر الإشارة إلى أنّ شيخ الزيتونة، ساءروا التطوّر العلمي وواكبوا ما حصل من تطوّر علميٍّ تكنولوجيٍّ في شتّى الميادين، إذ نجدُ لهم كتابات ومؤلفات حول المستجدات والقضايا الفقهية المعاصرة.

والإشكالية التي تطرح أمامنا هي: هل أتبع هؤلاء الشيوخ في كتاباتهم المعاصرة، نفس المنهج الذي اعتمدوه في كتاباتهم حول القضايا التي تناولها الأئمة المُجتهدون والفقهاء القدامى؟ وهل يوجد تشابه في اعتماد هذا المنهج الأصولي المقاصدي - عند المقارنة - بين هؤلاء الشيوخ وعلماء الإمامية المُختصّين في الفقه والأصول والمقاصد؟

ذلك ما سنُحاول الإجابة عنه في هذا البحث.

(*) أستاذ في المعهد العالي لأصول الدين - جامعة الزيتونة - تونس.

١- منهج شيخ الزيتونة في كتاباتهم حول: «زراعة الأعضاء» كقضية مُستجدة:

اهتمّ علماء الفقه الإسلامي بتعريف «زراعة الأعضاء»، وقد أطلق عليها بعضهم لفظ «النقل»، في حين عبّر البعض الآخر عنها بلفظي «الزرع» أو «الغرس».

فقد عرّف الدكتور محمد أيمن صافي - وهو أستاذ مختص في الطب، قسم الجراحات والمناعة - زراعة الأعضاء بقوله: «غرس الأعضاء يُقصد به نقل عضو سليم، من جسم مُتبرّع: سواء كان إنساناً أو حيواناً أو أيّ كائن حي، وإثباته في الجسم المُستقبل ليقوم مقام العضو المريض في أداء وظائفه»^(١).

ومن الذين عرّفوا زراعة الأعضاء، نجد الدكتور محمد علي البار - وهو من كبار الأطباء بالمملكة العربية السعودية - حيث استعمل مصطلح «الزرع»، فقال: «زرع الأعضاء يُقصد به نقل عضو سليم، أو مجموعة من الأنسجة أو الخلايا، من متبرّع إلى المُستقبل، ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف»^(٢).

وفصّل في موضع آخر بقوله: «يُقصد من غرس الأعضاء نقل عضو سليم، أو مجموعة من الأنسجة، من متبرّع حيٍّ أو ميتٍّ إلى شخص، ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف»^(٣).

وعرّف الشيخ محمد المختار السلاّمي - مُفتي الجمهورية التونسية الأسبق - زراعة الأعضاء، مُعتمداً لفظ «الغراسة» ولفظ «الزرع» ولفظ «النقل» فقال في بادئ الأمر: «الابتداء من تحديد ما نقصد بغرس الأعضاء: هو نقل عضو أو نسيج أو خلايا إلى إنسان هو في حاجة إلى ذلك، إمّا لإنقاذ حياته من الموت أو العذاب أو لإزالة تشوّه أو لتجميل»^(٤).

ثمّ استخدم الشيخ عبارة الزرع عوضاً عن الغرس، في موضع آخر^(٥)، كما اعتمد لفظ «النقل» عند حديثه عن أنواع النقل وكيفيته وشروطه، حيث بيّن أنّه «بما أنّ الدماغ عضو مفرد تتوقّف عليه الحياة، وحياته تدلّ على الحياة وفناؤه دليل الموت، فإنّه لا يحلّ نقله ولا جزء من محترم الحياة»^(٦).

والملاحظ اختلاف هذه التعريفات من ناحية المصطلح المعتمد، لكن يبدو أن لفظ الزرع - وإن كان الإطلاق الشائع حول هذه القضية الفقهيّة والطبيّة المعاصرة - ليس المصطلح المناسب، بل إن عبارة الغرس هي التسمية الصحيحة^(٧)، استناداً إلى دليلين أحدهما:

* من اللغة: إن الزرع، هو الإلقاء والبذر والطرح^(٨)، في حين أن الغرس هو إثبات الشيء المغروس في مكان الغرس^(٩)، وبذلك تكون الاشتقاقات من كلمة الغرس، هي الأنسب لاستعمالها في هذا المجال الفلاحي.

* من السنّة: قول المصطفى ﷺ «ما من مسلم يغرس غرساً، أو يزرع زرعاً، فيأكل منه طيرٌ أو إنسان، إلا كان به صدقة»^(١٠).

فقد جعل الرسول ﷺ في هذا الحديث الزرع غير الغرس، فالأول ما اتصل بالبذر والطرح، والثاني ما تعلّق بإثبات الشجر والفسيلة.

٢- اهتمام شيوخ الزيتونة بهذه القضية الفقهيّة المعاصرة:

نالت قضية - زراعة الأعضاء - اهتمام شيوخ الزيتونة، والدليل على هذا الكلام كتاباتهم الكثيرة حولها، وفتاويهم، ويبدو أن الشيخ محمد العزيز جعيط^(١١) قد سبق كل العلماء المسلمين وكل المجامع الفقهيّة والمجالس الطبيّة في إباحة نقل الأعضاء، لأنه سئل من قِبَل وزارة الصحة التونسيّة عن حكم المُداواة بتلقيح المريض بالدم سواء أكان دم المريض نفسه أو دم غيره، فأجاب بأنّ الحكم هو الجواز في حالة الاضطراب كخوف الهلاك أو انعدام الأدوية الطاهرة التي تُغني عن المُداواة بالنجس^(١٢).

ومن شيوخ الزيتونة الذين اهتموا بزراعة الأعضاء، محمد الهادي بن القاضي، حيث وُجّه له سؤال حول جواز نقل الدم للمريض^(١٣)، كما برزت عناية الشيخ محمد المختار السلاّمي بهذه القضية بمساهماته العلميّة في ندوات مجمع الفقه الإسلامي بجدة، حيث نشرت له مجلّة المجمع دراسة قيّمة حول موقف الدين

الإسلامي من زراعة الأعضاء، كما كتب مقالات بالصحافة وبالدوريات حول زراعة الأعضاء وزراعة المخ والترقيع الجلدي، ثم جُمِعَت هذه المقالات في كتاب نُشِرَ تحت عنوان: «الطب في ضوء الإيمان»^(١٤).

كما اعتنى الشيخ كمال الدين جعيط (ت: ١٤٣٤هـ/٢٠١٢م)^(١٥)، المفتي السابق للجمهورية التونسية بقضية زراعة الأعضاء، حيث نشرت له مجلة «الهداية» التونسية فتوى خاصة بزراعة الأعضاء في عددها رقم ١٧٢، السنة ٣١، والصادر في شهر نوفمبر سنة ٢٠٠٦م^(١٦).

وكتب الشيخ محمود شمام مقالا حول زراعة الأعضاء وسَمَّاهُ بـ«الجوانب الدينية والأخلاقية للتلقيح وزرع الأعضاء»، وقد نُشِرَ بمجلة الهداية التونسية في عددها الرابع، السنة ٢٢.

٣ - المنهج الأصولي المعتمد من قِبَلِ هؤلاء الشيوخ في كتاباتهم وفتاويهم حول زراعة الأعضاء:

أ- الاستدلال بالكتاب:

عرّف علماء الأصول الكتاب العزيز بأنه «اللفظ المنزّل على محمد - صلى الله عليه وآله وسلم - للإعجاز بسورة منه، المُتَعَبَّدُ بتلاوته»^(١٧)، وبأنه: «ما نُقِلَ إلينا بين دفتي المصحف على الأحرف السبعة المشهورة نقلاً متواتراً، ونعني بالكتاب القرآن المُنزَّل»^(١٨).

والكتاب دليل أصولي نقلي، من أدلة الإمام مالك ﷺ وهذا يُستفاد ممّا ورد في نظم أحمد بن محمد بن أبي قف حيث قال:

«الرجز»

أَدَلَّةُ الْمَذْهَبِ الْمَذْهَبِ الْأَغَرِ *** مَالِكِ الْإِمَامِ سِتَّةَ عَشَرَ
نَصُّ الْكِتَابِ ثُمَّ نَصُّ السُّنَّةِ *** سُنَّةٌ مَنْ لَهُ أَمُّ الْمِئَنَةِ^(١٩)

يعني أن أول أدلة مذهب مالك - رحمه الله - الستة عشر: النص من الكتاب والسنة الصحيحة، متواترة كانت أو مستفيضة أو آحاداً، والنص^(٢٠): هو اللفظ الدال على معنى لا يحتمل غيره أصلاً^(٢١)،^(٢٢).

إن الاستدلال بالكتاب العزيز الخاص بقضية زراعة الأعضاء، ظاهر بكل وضوح في كتابات شيوخ الزيتونة، فالشيخ محمد الهادي بن القاضي نجده يورد الآية ٣٢ من سورة المائدة وهي قوله تعالى: «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا»، ليجيب عن سؤال وجّه إليه حول جواز نقل الدم من إنسان سليم إلى آخر مريض، لإنقاذه من الهلاك، إذ قال: «إن شريعة الإسلام تنظر إلى النفس البشرية نظرة تكريم، ولذلك جعلتها أعز ما في الكون وأشرف ما خلق الله، ودعت المؤمنين إلى التعاون على حفظ مقومات الحياة ببذل كامل ما في الوُسع لإنقاذ الآخرين، ومدّهم بما يحتاجون إليه وتتوقّف عليه سلامتهم وحياتهم خاصة في حالة المرض المخوف، وجاء في الحكمة القرآنية: «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا»^(٢٣)،^(٢٤)، ثم علّق - في آخر الفتوى - حيث قال: «وكان الدم من أبرز ما أظهره الطب الحديث كإنقاذ المرضى في حالات خاصة من أطوار المرض وبالأخص عند إجراء عملية جراحية، أو عند الإصابة بنزيف دموي أو جرح خطير يفقد معه الشخص مقدراً هاماً من مادة الحياة الضرورية هذه، بحيث تكون حياته مهددة إن لم يقع حقه بكمية من الدم البشري. ولذا قرّر الطب أن هذه العملية تكون ضرورية في هذه الحالات لإنقاذ هذه النفس البشرية من هلاك مُحقق. ففي مثل هذه الحالة ينبغي حقنها بهذه المادة الضرورية للحياة ويكون حكمه في الشريعة الإسلامية: أنه إذا توقّف شفاء المريض وإنقاذ حياته على نقل الدم إليه من شخص آخر بأن لا يوجد ما يقوم مقامه في شفائه وإنقاذ حياته جاز نقل هذا الدم إليه»^(٢٥).

فاستدلّ بالآية (٣٢) من سورة المائدة، كان الهدف منه بيان جواز نقل الدم من إنسان لآخر قصد إنقاذه من الهلاك، فإنقاذ الأنفس من الهلاك إحياء لها سواء كان ذلك بنقل عضو وزرعه مكان آخر تالف، أو بتبرّع بدم، كان جسد المريض في

أَمَسَ الحاجة إليه، وهذا النفل والتبرُّع مشروط طبعاً بأن لا يلحق الضرر بجسد المُعْطَى أو المتبرِّع.

ومن الذين استدلوا بالكتاب العزيز في كتاباتهم حول زراعة الأعضاء، الشيخ محمد العزيز جعيط، حيث قال - جواباً عن سؤال وُجِّهَ إليه من قِبَلِ وزارة الصحة بتونس عن حكم المداواة بتلقيح المريض بالدم، سواء أكان دم المريض نفسه أو دم غيره - «الحواب: والله الموفق للصواب أن الدم مُحَرَّمُ أكله وشربه بنص القرآن^(٣٦) وهو نجس، فالمداواة به من وادي المداواة بالمُحَرَّمِ النَّجَسِ، والمداواة بذلك غير مُباحة في حالة الاختيار إذا وُجد في الأدوية الطاهرة ما يُغني عنه ويقوم مقامه، أمّا في حالة الاضطرار كخوف الهلاك وانعدام الأدوية الطاهرة التي تُغني عن المداواة بالنجس، فالجواز هو الأقوى من حيث القواعد وظواهر الآيات»، وإباحة الشيخ لنقل الدم من جسم لآخر عند الاضطرار وترجيحه لحكم الجواز اعتماداً على القواعد الفقهيّة وظواهر الآيات^(٣٧)، يدلّ بوضوح على استدلال الشيخ بالكتاب العزيز، وهذا يُستفاد من قوله «وظواهر الآيات» وهي كثيرة، منها:

- قوله تعالى: «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ»^(٣٨).
- وقوله تعالى: «وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ»^(٣٩).
- وقوله - عزّ وجلّ - أيضاً: «مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ، إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ»^(٤٠).

ب) الاستدلال بالسنة النبوية الشريفة:

والسنة لغة هي الطريقة المستقيمة والسيرة المستمرة، سواء كانت حسنة أم سيئة^(٤١). أمّا اصطلاحاً، فالمُحدِّثون يعرفونها بأنها: «كلّ ما أُثِرَ عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، أو سيرة، أو خُلِقَ أو شَمِئِل، أو صفات خُلِقِيَّة وخُلُقِيَّة»^(٤٢).

ونظم عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي مفهوم السنة في اصطلاح الأصوليين فقال: «الرجز»

وَهِيَ مَا انْضَافَ إِلَى الرَّسُولِ *** مِنْ صِفَةٍ كَلَيْسَ بِالطَّوِيلِ
وَالْقَوْلُ وَالْفِعْلُ وَفِي الْفِعْلِ انْحَصَرَ *** تَقْرِيرُهُ كَذِي الْحَدِيثِ وَالْخَبَرِ^(٣٣).

والسنة النبوية هي المصدر الثاني للتشريع الإسلامي لقوله تعالى: «وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا»^(٣٤)، وقوله - عز وجل - : «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ»^(٣٥).

إن الدارس لفتاوى شيوخ الزيتونة حول زراعة الأعضاء، يلحظ كثرة استدلالهم بالسنة النبوية الشريفة لبيان جواز التبرع بالأعضاء وعده من أعمال الخير التي جاء الدين الإسلامي يحث المؤمنين عليها.

ومن شيوخ الزيتونة الذين استدلوا بحديث رسول الله ﷺ الشيخ محمد العزيز جعيط وزير العدل بتونس في الخمسينات ومفتي الديار التونسية وشيخ الإسلام المالكي، فقد ورد إليه سؤال عن حكم نقل عين الأدمي بعد موته للأعمى، فأجاب مستدلاً بالسنة النبوية حيث قال: «الحكم هو الحرمة لمُنافاة ذلك لحرمة الإنسان وكرامته التي تطول الله بها عليه، وما يدل على الحرمة هو نقل ابن حزم الإجماع على أنه لا يحل سلخ جلد الأدمي ولا استعماله»^(٣٦). ومعلوم استواء أجزاء الأدمي في الحكم للقطع بالغاء الفارق. لكن إذا نُقلت العين للأعمى وصار مُبصرًا لا يلزمه إزالتها، فيؤول أمره إلى العمى للضرر البالغ الذي يلحقه مع انقضاء العائدة إلى الميت، إذ مآل العين كبقية أجزائه الهلاك، ولا يحمل تلافي انتهاك حرمة، لأنها وقعت بالفعل ورفع الواقع مُستحيل، ولأن الذي نُقلت إليه العين وصار مُبصرًا يتردد الحكم فيه حينئذ بين شيئين:

- أحدهما: إرجاع العين ومواراتها في مقر صاحبها مُراعاة لحرمة وهذا يرجع إلى قسم التحسينات.
- وثانيهما: المحافظة على النظر والإبصار، وهذا يرجع إلى قسم الضروريات.

والتشريع الإسلامي جاء بتقديم الضروريات على الحاجيات والتحسينات عند التعارض^(٣٧) ولا حرج على الأعمى الذي صار مُبْصِراً بِنَقْلِ العين إليه في أدائه العبادات التي تتوقَّف صحتها على طهارة البدن والثياب، لأنَّ ما أُبينَ من أجزاء الإنسان طاهر على التحقيق إذ لا تزيد إبانة العضو منه على موته، ومَيِّتَةُ الْآدَمِيِّ طاهرة لحديث: «المؤمن لا يَنْجَسُ حَيًّا وَمَيِّتًا»^(٣٨)، ولصلاة رسول الله ﷺ على ابن البيضاء في المسجد، وصلاة الصحابة على أبي بكر وعمر فيه. والله الهادي. اهـ^(٣٩).

ومن خلال هذه الفتوى، يُمكن أن نستنتج ما يلي:

أ - التبرُّع بعضو الإنسان الميِّت ونقله إلى الإنسان الحي، حكمه التحريم، بسبب الاعتداء على حرمة الإنسان وكرامته، لقوله تعالى: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا»^(٤٠).

ولقول الرسول ﷺ «كَسَرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِ عَظْمِ الْحَيِّ»^(٤١).

كما أنَّ هذا التبرُّع مشروط بوصية الميِّت بجواز نقل أعضائه وبموافقة ورثته.
ب - وإذا توفَّرت هذه الشروط، واقتضت الضرورة هذا التبرُّع، جاز لأنَّ القصد هو إنقاذ نفس بشرية من الهلاك، أو علاج أعمى بإعادة بصره إليه، فإنَّ الضرورات تقدِّم على التحسينات، كما أنَّه لا يمكن القول بالحرمة والتعليل بنجاسة أعضاء الميِّت، لأنَّ الشيخ استدلَّ من السنَّة النبوية بما يُفيد قطعاً طهارة أعضاء الإنسان الميِّت، كطهارتها وهو حيٌّ.

ومن الشيوخ الذين استدلُّوا بالسنَّة النبوية الشريفة، الشيخ كمال الدين جعيط، المفتي السابق للجمهورية التونسية، ويُسْتَفَاد هذا الاستدلال من قوله: «فمن أوصى ببعض أجزائه من بدنه لبعض إخوانه في الإنسانية ممَّن هم مفتقرون إليه، كان ذلك رحمة، يقول رسول الله ﷺ «ارحموا مَن في الأرض يرحمكم من في السماء»^(٤٢)، نعم شرط ذلك أن يكون من أهل التبرُّع، أي يكون عاقلاً، بالغاً، مدركاً. ويجب على

المُجتمع تنفيذ وصيته، وجعل جسّته تحت آلة الإنعاش حتى تبقى أعضاء جسده حيّة يمكن الانتفاع بها لمن هو محتاج إليها»^(٤٣).

إن الاستدلال بالسنة النبوية الشريفة في هذه الفتوى، كان بقصد بيان أن إيذاء الميت بالاستفادة من أعضائه يُعتبر من أوجه البرّ والإحسان، وقد حثّ الله تعالى على الإحسان بقوله: «وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ»^(٤٤)، وهو أكبر دليل على التراحم بين المؤمنين لقوله - عز وجل - «مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَمَاءُ بَيْنَهُمْ تَرَاهُمْ رُكَّعًا سُجَّدًا يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا»^(٤٥).

ج) الاستدلال بالقواعد الفقهية:

عرّف المقرري القاعدة بقوله: «نعني بالقاعدة كلُّ كُليٍّ هو أخصّ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعمّ من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»^(٤٦). كما عرفت بأنّها: «حُكم كُليٌّ ينطبق على جزئياته لتُعرف أحكامها منه»^(٤٧).

والملاحظ من خلال هذين التعريفين: «أنّ القاعدة الفقهية تتميز بإيجاز العبارة، وسهولة التركيب، كقاعدة «العادة محكمة»، و«الضرر يُزال»، ومن خصائصها أيضاً أنّها تتضمّن أحكاماً أغلبية غير مطّردة، تصوّر الفكرة الفقهية المبدئية التي تُعبّر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها»^(٤٨).

وبتبعنا لكتابات شيوخ الزيتونة حول موضوع زراعة الأعضاء، لاحظنا استدلال الكثير منهم ببعض القواعد الفقهية للإباحة أو للمنع.

ومن هؤلاء الشيوخ، الشيخ محمود شمام، حيث نجده يستدلّ بالقواعد الفقهية في مقال له بعنوان: «الجوانب الدينية والأخلاقية للتلقيح وزرع الأعضاء»، وهو منشور بمجلة «الهداية التونسية».

قال الشيخ: «وزراعة الأعضاء للعلاج والإسعاف ورفع الضرر ودفع العجز

والتغلب على الإعاقة هي مظهر مشرف من علامات التقدم العلمي الطبي الذي يجب دفعه إلى الأمام، وإلى التطور والتقدم ما دام يسير في طريق خلقي سليم لا يناهض المبادئ الشرعية، ولا يتجاوزها، ولا يتخطى حدودها»^(٤٩).

ثم بين المنهج العلمي السليم والدقيق، والذي يجب أن يتبعه كل من يفتي في قضية زرع الأعضاء.

وتمثل هذا المنهج في التأصيل بالكتاب العزيز والسنة النبوية الشريفة، والاستدلال حول حكم الجواز أو المنع بالقواعد الفقهية، وقد أرشد الشيخ إلى الاستدلال بالقواعد بقوله: «وهناك قواعد أصلية في التشريع الإسلامي يُراعيها المرشد المفتي في توجيه وإرشاده وعمله، منها: أن الضرر يُزال^(٥٠) وأن الضرورات تُبيح المحظورات^(٥١)، والمشفقة تجلب التيسير، والأمر إذا ضاق اتسع^(٥٢)».

وطبق تلكم القواعد كانت للفقهاء أقوال في عدد من الفروع الفقهية يُباح فيها الممنوع عند الاضطرار جلباً للمنفعة ودفعاً للمضرة^(٥٣).

واستدل الشيخ كمال الدين جعيط في فتواه حول التبرع بالأعضاء وأحكامه بقاعدة «الضرر لا يُزال بالضرر»، «وهي مقيدة لقولهم: الضرر يُزال، أي لا بضرر»^(٥٤).

و«من فروع هذه القاعدة: عدم وجوب العمارة على الشريك في الجديد، وعدم إجبار الجار على وضع الجذوع وعدم إجبار السيد على نكاح العبد والأمة التي لا تحل له. ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر»^(٥٥). وبقاعدة: «درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة»، فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، ومما تفرع على هذه القاعدة: أن كلاً من صاحب السفّل وصاحب العلو ليس له أن يتصرف تصرفاً مضرّاً بالآخر، وإن كان يتصرف في خالص ملكه وله منفعة»^(٥٦).

وقد بين الشيخ كمال الدين جعيط أن جنة الميت لا يجوز مسّها إلا بعد

الموت ووجود الوصية بنقل أعضائه والتصرف فيها، أو موافقة الورثاء، ووجود الضرورة، كإنقاذ مريض من الهلاك بزرع عضو الميت، وإلا فإن نقل العضو من الميت يصبح مُحَرَّمًا سداً للذريعة وتطبيقاً لقاعدة: «درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة»، ولعل الدليل على هذا الاستدلال هو قوله عند حديثه عن مسّ جثة الميت: «ولا يجوز مسّ الجثة إلا بعد الموت ووجود الوصية، وإلا فيحرم مسّها، خصوصاً في الأعضاء الفردية التي لا يُستغنى عنها كالقلب والكبد، إذ لا تقتل نفس ثابتة حياتها بنفس مشكوك حياتها. ولا يجوز لأحد إهلاك نفسه، كما لا يجوز له إهلاك غيره. فאלله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾»^(٥٧).

والوصية بأجزاء الجثة من الإحسان. والقاعدة الشرعية: لا يزال الضرر بالضرر، ومن القواعد في هذا المقام درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة، ولا تُباح المحرمات إلا للضرورات والحاجيات، وإرادة الإنسان بالنسبة لشخصه مقيدة بعدم امتلاك نفسه أو إهلاكها، لأنه ملك الله»^(٥٨).

٤ - المنهج الأصولي المقاصدي لشيخ الزيتونة في دراساتهم حول «الاستنساخ» كقضية مُستجدة:

إن الاستنساخ هو: (توليد كائن حيّ أو أكثر إما بنقل النواة من خلية جسيديّة إلى بَيضة منزوعة النواة، وإما بتشطير بَيضة مُخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء، ولا يخفى أنّ هذه العمليات وأمثالها لا تمثّل خلقاً أو بعض خلق، قال الله - عزّ وجلّ - : ﴿أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ، فَتَشَابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ، قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ﴾»^(٥٩).

وقال تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ (٥٨) أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ (٥٩) نَحْنُ قَدَرْنَا بَيْنَكُمْ الْمَوْتَ وَمَا نَحْنُ بِمَسْبُوقِينَ (٦٠) عَلَى أَنْ نُبَدِّلَ أَمْثَالَكُمْ وَنُنشِئَكُمْ فِي مَا لَا تَعْلَمُونَ (٦٢) وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ النَّشْأَةَ الْأُولَىٰ فَلَوْلَا تَذَكَّرُونَ﴾»^(٦٠).

وموضوع الاستنساخ أصبح في الوقت المعاصر من النوازل الملحة الذي ضجّت به وسائل الإعلام في العالم كلّ، فكان لابدّ من بيان حكم الشرع فيه، وقد تناول هذه النازلة جملة من الباحثين المعاصرين وبعض الهيآت العلميّة بُغية الوصول إلى حكم الشرع فيها^(٦١).

أمّا معنى الاستنساخ في اللّغة (هو مصدر مشتقّ من فعل استنسخ أي اكتب عن معارضه: واستنسخ: كتب كتاباً من كتاب، وفي التنزيل قوله تعالى: ﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٦٢)، أي نستنسخ ما تكتب الحفظة ونأمر بنسخه وإثباته فيثبت عند الله تعالى.

والسّين والتاء للطلب والاستدعاء، فيكون الاستنساخ بمعنى طلب النسخ. والنسخ معناه تبديل الشيء من الشيء وهو غيره، ونقل الشيء من مكان إلى مكان، ومن حال إلى حال كقولنا: مسخه الله قرداً فنسخه بمعنى واحد.

أمّا اصطلاحاً: فقد ظهر لفظ الاستنساخ باعتباره أحد فروع العلوم البيولوجيّة، وأحد مجالات الهندسة الوراثيّة التي هي التحكّم في الرّموز الوراثيّة للكائنات الحيّة. وقد أصبح هذا اللفظ يُطلق على أمر علميّ طبّي بيولوجي مُستحدث يُقصد به توليد الكائنات الحيّة وإيجاد نسخ نباتيّة أو بشريّة تتطابق مع الأصل وتشابهه معه كليّاً أو جزئياً. وذلك على وفق طريقة علميّة مُعيّنة وأسلوب جديد نوعاً ما يُخالف ما كان متعارفاً في السابق من توليد كائن حيٍّ بموجب التلاقح بين السيّضة والحيوان المنوي من خلال عمليّة الاتّصال الجنسي المباشر بين الذكر والأنثى.

وله أسماء عدّة، منها: الاستنساخ، وهو أشهرها وأعمّها. ومنها: التنسيل، ومعناه توليد نسائل مُتماثلة^(٦٣)، ومنها التكاثر الخلوي أو الجيني، وذلك بانسطار الخليّة دون أيّ اتصال جنسي^(٦٤). ومنها البرعم الوليد، وغير ذلك من الأسماء^(٦٥).

أ) الاستدلال بالكتاب العزيز لاستنباط الحكم الشرعي للاستنساخ:

الدارس لكتابات الكثير من شيوخ الزيتونة ومدرّسيها يلحظ استدلالهم بالقرآن الكريم لبيان حرمة الاستنساخ البشري، ومن هؤلاء الشيخ كمال الدين

جَعِيْط (ت ١٤٣٤هـ / ٢٠١٢م) حيث بيّن خطورة استنساخ البشر، مُستدلاً بالكثير من الآيات القرآنية ويُستفاد هذا المعنى من قوله: (ولو تَمَادَى الْعُلَمَاءُ فِي الْبَحْثِ قَصْدَ الْوُصُولِ إِلَى اسْتِنْسَاخِ الْبَشَرِ لَأَدَّى ذَلِكَ إِلَى الْحُطِّ مِنْ قِيَمَتِهِ وَنَقْصِ شَخْصِيَّتِهِ الَّتِي تَبَرَّرُ فِيهِ، وَالَّتِي يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ نَسْخَةٌ مُطَابِقَةٌ لِلْأَصْلِ لِاخْتِلَافِ الزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَالْمَحِيطِ الَّذِي تَرَعَّرَ فِيهِ. وَفِي الْاسْتِنْسَاخِ مَسْ بَكَرَامَتِهِ وَمَسْخَ لِمُمَيَّزَاتِهِ وَتَنْزِيلِ بِهِ عَنْ قُدْرَتِهِ الْإِبْدَاعِيَّةِ الَّتِي أَكْسَبَهُ اللَّهُ إِثَابًا وَفَضْلًا بِهَا، وَفِي هَذَا مِنَ الْفَسَادِ مَا فِيهِ، وَمَنْ أَتَى بِجَرِيْمَةٍ سَوْفَ لَا يَتَوَصَّلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ مِمَّنْ اسْتُنْسخَ مَعَهُ لَانْعِدَامِ الْمُمَيَّزَاتِ بَلْ جَتَّى الْبَصْمَاتِ، وَفِي ذَلِكَ أخطار جسيمة على الإنسانية؛ إذ ينعلم الأَمْنُ وَيَعْظَمُ الإِجْرَامُ مِمَّا لَا يَجُوزُ غَضُّ النَّظَرِ عَنْهُ، فَاللَّهُ يَقُولُ: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾^(٦٧).

ومن شيوخ الزيتونة الذين تناولوا بالدراسة قضية «الاستنساخ» كقضية مستجدة، الشيخ الطيّب سلامة (ت ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٧م)^(٦٨) حيث بيّن أن استنساخ البشر عمل مُحَرَّم وهو تحدٍّ للذات الإلهية التي انفرد بخلق هذا الكون وما فيه من كائنات، كما استدلل الشيخ بالكتاب العزيز، ويُستفاد عمله الأصولي في هذه الدراسة من قوله: [الموصوف بأنّه خالق هو الله الواحد الأحد، ولا شريك له في خلقه، فهو تعالى الذي أبدع هذه الأكوان وأتقن صنعها، والإنسان مهما بلغ من قدرة وإبداع، مخلوق لله تعالى ضمن هذه الأكوان، يقول الحق تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾^(٦٩)، وليس بتحريك الخلايا أو ترويضها ومساعدتها على النشأة والنموّ يصبح الإنسان خالقاً أو مشاركاً للمخالق في خلقه كما زعم ضعاف الإيمان.

لن ينقلب المخلوق - مهما أوتي من العلم والذكاء - خالقاً بصريح القرآن الكريم: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ ضُرِبَ مَثَلٌ فَاستَمِعُوا لَهُ إِنَّ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَنْ يَخْلُقُوا ذُبَابًا وَلَوْ اجْتَمَعُوا لَهُ وَإِنْ يَسْلُبْهُمُ الذُّبَابُ شَيْئًا لَا يَسْتَفِيدُوهُ مِنْهُ ضَعُفَ الطَّالِبُ وَالْمَطْلُوبُ﴾ [] .

فَالْآيَةُ الْكَرِيمَةُ تَحْدَى الْبَشَرِيَّةَ جَمْعَاءَ أَنْ يَخْلُقُوا ذُبَابًا وَلَوْ اجْتَمَعُوا لَخَلَقَهُ وَتَجَنَّدُوا بِعُلُومِهِمْ وَمَخَابِرِهِمْ وَحِيلِهِمْ وَمَا أُوتُوا مِنَ الْفِطْنَةِ وَالذِّكَاةِ^(٦٩).

وكتب الشيخ مصطفى كمال التارزي (ت ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٠م)^(٧٠) مقالا حول الاستنساخ مستدلاً بالكتاب العزيز حول حرمته واستنباط هذا الحكم الشرعي لهذه القضية المُستجدَّة يُستفاد من قوله: «وَإِذَا كَانَ التَّلَاعُبُ فِي مُكَوِّنَاتِ الْإِنْسَانِ لِتَغْيِيرِ خَلْقِ اللَّهِ أَوْ يُخْشَى مِنْهُ وَقُوعُ هَذَا التَّغْيِيرِ فَهُوَ حَرَامٌ.

وقد حكى القرآن عن إبليس توعدده العباد. فقال - عز وجل - : «وَلَا مَرْتَبَ لَهُمْ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ»^(٧١)، كما استدل أيضا بقوله تعالى: «فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ (٥) خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ (٦) يُخْرَجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ (٧) إِنَّهُ عَلَى رَجْعِهِ لَقَادِرٌ»^(٧٢) ليستنكر عملية الاستنساخ ويبين العناية الإلهية والإبداع في الخلق بقوله: «فهل نتقل بالإنسان من هذه العناية الإلهية وهذا الإبداع في الخلق، وهذا التركيب المُحكم المتسلسل من النطفة إلى العلقة إلى المضعغة إلى نشأة خلق الإنسان، هذا الإنسان الذي اختاره الله لأن يتولّى خلافته في الأرض لا يُمكن أن يُغَيَّرَ إلى خلق جديد لمُجرّد نجاح جُرئيٍّ جاء صدفة في تجارب خلية جينية للأغنام وخلية أخرى من الغدة الثديية لأغنام أخرى»^(٧٤).

(ب) الاستدلال بالسنة النبوية الشريفة:

إنَّ السُّنَّةَ النَّبَوِيَّةَ الشَّرِيفَةَ دَلِيلَ أَصُولِي نَقْلِيٍّ عِنْدَ عُلَمَاءِ أَصُولِ الْفَقْهِ، وَعِنْدَ أُمَّةِ الْمَذَاهِبِ كُلِّهِمْ.

وتأتي في المرتبة الثانية في المذهب المالكي، حيث قال محمد يحيى بن محمد المختار الولاتي (ت ١٣٣٠هـ/ ١٩١١م) متحدثا عن الأدلة الأصولية للمذهب المالكي:

فَقُلْتُ وَاللَّهِ الْمَعِينِ اسْتَعِينُ *** وَأَسْتَمِدُّ مِنْهُ فَتَحَهُ الْمُبِينُ
أَدِلَّةُ الْمَذْهَبِ مَذْهَبِ الْأَغَرِّ *** مَالِكِ الْإِمَامِ سِتَّةَ عَشَرَ

نَصُّ الْكِتَابِ ثُمَّ نَصُّ السُّنَّةِ *** سُنَّةٌ مَنْ لَهُ أَتَمُّ الْمِنَّةِ ^(٧٥).

وقال الشيخ عبد الله بن فودي:

مُسْتَنْدُ الْفَقِيهِ أَصْلٌ نَفْلِي *** أَوْ مُتَضَمِّنٌ لِذَلِكَ الْأَصْلِ
أَوْ نَاشِئٌ عَنْهُ أَوْ أَصْلٌ عَقْلِي *** نَعْنِي بِهِ بَرَاءَةٌ فِي الْأَصْلِ
فَالْأَوَّلُ الْقُرْآنُ مَعَ سُنَّتِهِ *** وَالثَّانِي فِي الْإِجْمَاعِ مِنْ أُمَّتِهِ ^(٧٦).

من خلال هذه الآيات الواردة بالمنظومتين، نستنبط أن السُّنَّةَ النبويةَ الشريفة من الأدلة الأصولية النقليّة، بالنسبة لفقهاء المذهب المالكي، لذلك نجدُ شيوخ الزيتونة يستدلّون بالأحاديث النبوية الشريفة في دراساتهم المتعلقة بالمستجدات.

ففي قضية الاستنساخ، نجد الشيخ كمال الدين جعيط كثير الاستشهاد بالأحاديث النبوية الشريفة، إذ عند تعرضه إلى مقصد حفظ النسب، بيّن أن الاستنساخ البشري يُضاد ويُناقض هذا المقصد، مستدلاً بحديث نبويّ حيث قال: «ولا شك أن حفظ النسب معناه أن لا يُدخل في نسبه ما ليس منه أو يُخرج من كان منه. ولما نزلت آية المُلاعنة قال ﷺ: «أيما امرأة أدخلت على قوم نسباً ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يُدخلها الجنة، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»، وفي مسلم: «تعلّموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم» ^(٧٧).

كما نجد الأستاذ نور الدين الخادمي ^(٧٨) يستدلّ كثيراً بالسُّنَّة النبوية وذلك في كتابه الموسوم بـ «الاستنساخ»، حيث بيّن أن الاستنساخ يعارض نصوص الكتاب والسُّنَّة وهذا المعنى يُستفاد من قوله: [على مستوى الأدلة من القرآن والسُّنَّة نجد الاستنساخ البشري يُواجه بصراحة كاملة جميع النصوص المتعلقة بالتناسل والتكاثر البشري على وفق الطريقة المعهودة القائمة على أساس التحام البويضة بالحيوان المنوي من خلال الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين، ثم قيام اللقيحة أو النطفة الأمشاج القابلة للنمو والانقسام والتدرّج حتى تصير مخلوقاً كاملاً بإذن الله

تعالى، والنصوص الواردة في ذلك كثيرة جداً، ويمكن إيراد بعضها على سبيل التذكير بمعانيها المبيّنة لحقيقة التكاثر البشري عبر الجماع بين الزوجين، فقد قال تعالى: «إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ»^(٨٠)، وقال: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى»^(٨١)... وقال الرسول ﷺ: «تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٨٢)، وقال: «الْوَلَدُ لِلْفَرْأَسِ»^(٨٣). فقد دلّت هذه النصوص وغيرها على أنّ التناسل والتكاثر يقوم على أساس الوقاع أو الاتصال الجنسي المباشر بين الزوجين^(٨٤).

إنّ المتأمل في هذا الكلام، يلحظ استدلال الأستاذ نور الدين الخادمي بالكتاب العزيز والسنة النبوية الشريفة لبيّن للقارئ معارضة الاستنساخ - كقضية مُستجدة - لجميع النصوص الشرعية الواردة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، ليكون حكمه المستنبط اعتماداً على هذه الأدلة هو التحريم.

ج) اعتماد شيوخ الزيتونة على الجانب المقاصدي واستدلالهم بالقواعد الفقهية في كتاباتهم حول الاستنساخ كقضية مُستجدة:

* الاستدلال بمقاصد الشريعة:

يرى الشيخ كمال الدين جعيط - رحمه الله - أنّ الاستنساخ مُناقض لمقاصد الشريعة، وخاصة المقاصد الضرورية أو ما يُسمّى بالكليات الخمس، وهي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ المال، وحفظ النسب.

فالأمة الإسلامية بجميع أفرادها وجماعاتها مُطلّبة بضمان هذه الكليات الخمس والمُحافظة عليها وصونها حتى يستقيم نظام الأمة وتكتسب المناعة لحماية نفسها من أعداء الدين الإسلامي، المترصّين بها.

ثم بيّن الشيخ نقلاً عن الإمام القرافي (ت ٦٨٤هـ/١٢٨٥م)^(٨٥) طرق المحافظة على هذه الضرورات حيث قال: فحفظ الدين يكون بكلّ ما لا يفسد الاعتقاد، وحفظ النسب من التلف والهلاك، وحفظ العقل بعدم إدخال خللٍ عليه، وحفظ

المال بعدم إتلافه وإخراجه من يد الأمة دون عَوْضٍ، وحفظ الأنساب وهو المُعْبَرُ عنه بحفظ النسب، حفظه على نوعين: حفظه من تعطّيله، إذ في تعطّيله اضمحلاله أو انتقاصه كما قال لوط - عليه السلام - لقومه: ﴿وَقَطِّعُوا السَّبِيلَ﴾^(٨٥).

... ولا شبهة في أنّ حفظ النسل بهذا المعنى هو من ضروريات الدين، لأنّ فيه المحافظة على النسل، وهي يُعادلها حفظ النفس، لذا يجب أن تُحفظ الذكور من الاختصاص، كما يجب أن تحفظ الإناث من قطع أعضاء الأرحام التي بها الولادة، أو من إفساد الحمل...

النوع الثاني: في حفظ النسل أي بنسبته إلى أصله وهو الذي شرعت لأجله قواعد النكاح، وحُرِّم السّفاح، وشرع له الحدّ، وقد عدّه جماعة من الضروري وبعضهم من الحاجي، إذ ليس بالأمة من ضرورة إلى معرفة أنّ هذا ابن لهذا أو لذلك، وإنّما ضرورتها في وجود أفراد النوع الإنساني، ولكن في هذه الحالة مضرة عظيمة، إذ لا شك أنّ في انتساب النسل لأصله مصلحة كبرى يتحقّق الميل الجبليّ الباعث على الذبّ عنه، والقيام عليه بما فيه بقاؤه وصلاحه وعقله بالتربية والإنفاق، حتّى يبلغ مبلغ الاستغناء عن العناية، وهو يُزيل الإحساس بالمبرّة والصّلة والمُعَاوَنَة والحفظ عند العجز، واستنساخ البشر لا يُحقّق من ذلك شيئاً^(٨٦).

* الاستدلال بالقواعد الفقهيّة:

بيّن الشيخ مصطفى كمال التارزي مدير إدارة الشؤون الدينيّة بتونس سابقاً أنّ عمليّة الاستنساخ البشري ستؤدّي بالإنسانيّة إلى أضرار فادحة ومتنوعة، مُستدلاًّ بحديث الرسول ﷺ «لا ضَرَرَ ولا ضَرَارَ»^(٨٧). وهذا الحديث النبوي أصل للقاعدة الفقهيّة: «لا ضَرَرَ ولا ضَرَارَ»، ولقاعدة: «الضرر يُزال» وقاعدة: «الضرر لا يُزال بالضرر».

قال الإمام السيوطي (ت ٩١١هـ/ ١٥٠٥م)^(٨٨) القاعدة الرابعة: الضرر يُزال: أصلها قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»: أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه

مُرسلًا... إعلم أن هذه القاعدة يُبْنَى عليها كثير من أبواب الفقه: من ذلك: الردّ بالعيب، وجميع أنواع الخيار: من اختلاف الوصف المشروط، والتغريير، وإفلاس المُشتري، وغير ذلك، والحَجَرُ بأنواعه، والشُّفْعَة، لأنّها شُرِعت لدفع ضرر القسمة^(٨٩).

قال الشيخ مصطفى كمال التارزي: «إنّ عمليّة الاستنساخ البشري هي مُخالفة للمبادئ الأساسيّة التي قام عليها التشريع الإسلامي في تكوين المجتمع الإنساني، ودفعت عُلماء الشريعة إلى رفع أصواتهم بتحريم الاستنساخ البشري لاعتبارات متعدّدة:

أولاً: لأنّ عمليّة الاستنساخ البشري ستؤدّي بالإنسانيّة إلى أضرار فادحة ومُتنوّعة، والنبّي ﷺ يقول: «لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ»، فكلّ ما أدخل ضرراً على حياة المجتمع فهو حرام. والقاعدة الشرعيّة: «الضَرَر يُزَال»، و«ما أدّى إلى الحرام فهو حرام» فالاستنساخ حرام.

ثانياً: الاستنساخ البشري يُخالف التوازن الحياتي القائم على اختلاف الجنس وتباينه لقوله تعالى: «وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ»^(٩٠). إذ بالتمييز جعل الله لكلّ إنسان شخصيّة ودورة.

ثالثاً: والاستنساخ البشري يعمل على تدمير مُقوّمات الأسرة بأكملها والقضاء على سلوكها مع أنّ الزوجيّة سنّة الله في الأرض، قال تعالى: «وَخَلَقْنَاكُمْ أَزْوَاجًا»^(٩١) وقال: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً، إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»^(٩٢)،^(٩٣).

ويبن الأستاذ نور الدين الخادمي أنّه «بالنظر في مصالح الاستنساخ ومفاسده ولا سيما الاستنساخ البشري تبين أنّ مفاسده أعظم ومهالكه أكثر من مصالحه المُوهّمة والخياليّة والمظنونة. هذا إذا سلّمنا فرضاً واحتمالاً بوجود بعض تلك المصالح»^(٩٤). ومن خلاله كلامه، يمكن أن نستنبط اعتماده على قاعدة فقهية وهي: «درء المفاسد مُقدّم على جلب المصالح»^(٩٥).

وقد قال الإمام جلال الدين السيوطي (ت ٩١١ هـ / ١٥٠٥ م) في تعريف هذه القاعدة: ونشأ من ذلك قاعدة رابعة، وهي: «إذا تعارض مفسدتان رُوعيَ أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما»: ونظيرها: قاعدة خامسة، وهي «درء المفسد أولى من جلب المصالح». فإذا تعارض مفسدة ومصلحة، قُدِّمَ دفع المفسدة غالباً، لأنَّ اعتناء الشارع بالمنهيات أشدَّ من اعتنائه بالمأمورات ولذلك قال ﷺ «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»، ومن ثمَّ سُمِّحَ في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة: كالقيام في الصلاة والفطر والطهارة، ولم يسامح في الإقدام على المنهيات: وخصوصاً الكبائر.

ومن فُرُوع ذلك: المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة، وتكره للصائم، تخليل الشعر سنة في الطهارة، ويكره للمُحْرَم^(٩٦).

والملاحظ أنَّ الأستاذ نور الدين الخادمي اعتمد في دراسته للاستنساخ كقضية مُستجدة، القاعدة الفقهيَّة: «درء المفسد مُقَدِّمٌ على جلب المصالح»، لثبوت مفسد كثيرة، تنجرّ من ممارسة الاستنساخ البشري، وبناء على هذا فالحكم بتحريمه أولى من القول بإباحته، خاصة إذا عرفنا أنَّ هذه القاعدة الفقهيَّة تُعَصِّدُها الكثير من الآيات القرآنيَّة الكريمة والأحاديث النبويَّة الشريفة.

إنَّ الاستنساخ في المجال البشري إهلاك للحرث والنسل الذي أخبر القرآن الكريم بأنَّ البعض من الناس سيُقدِّمُ عليه، حيث قال الله - عزَّ وجلَّ - : «وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ، وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ، وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»^(٩٧).

والاستنساخ أيضاً يتهدّد كيان الأسرة، لأنَّها الحضن المناسب لتحقيق الترابط والتكامل الشرعي بين الزوجين، لتتحقّق المودة والسكينة والمحبة والمودة والعطف والقرب، والتزاوج بين الذكر والأنثى في الإطار الشرعي هو السبيل القويم لإرساء قواعد الأسرة، التي أرادها الإسلام أن تكون خلية أساسية سليمة في مجتمعه

المُترابط أفراده والمتعاونين في السراء والضراء. والاستنساخ البشري إيدان بتقويض الأسرة كخلية أساسية في المجتمع.

٥) منهج آية الله محمد علي التسخيري^(٩٨) في كتاباته ودراساته الخاصة بالقضايا المستجدة:

(أ) استدلاله بالقرآن الكريم:

إن المدارس لما كتبه آية الله السيد محمد علي التسخيري حول الاستنساخ، يلحظ إirاده لرأي المعارضين لعملية الاستنساخ مستدلاً بالكتاب العزيز، وهو الدليل الأصولي النقلي الأول عند فقهاء المذهب المالكي كما بين ذلك آنفاً، وهو الدليل الأصولي الأول عند فقهاء الشيعة، لأن العلامة محمد تقي الحكيم اعتنى به وقام بدراسته في كتابه: «الأصول العامة للفقهاء المقارن» حيث قال: «والمراد بالكتاب هنا: هو كتاب الله - عز وجل - الذي أنزله على نبيه محمد - صلى الله عليه وسلم - ألفاظاً ومعاني وأسلوباً، واعتبره قرآنًا دون أن يكون للنبي ﷺ دخل في انتقاء ألفاظه أو صياغته»^(٩٩).

وعند حديثه عن مضار الاستنساخ البشري ومخاطره، استدلل آية الله السيد محمد علي تسخيرياً بآيات كثيرة من الكتاب العزيز، كالآيتين ١١٨ و ١١٩ من سورة النساء، واللّتين تتحدثان عن مخاطر تغيير خلق الله، ويستفاد هذا الاستدلال من قوله: أمّا موضوع تغيير خلق الله تعالى: فقد ذكر أن الآية الشريفة تقول عن الشيطان: «لَعَنَهُ اللَّهُ وَقَالَ لَا أَخَذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا * وَلَا ضَلَّتْهُمْ وَلَا مُنِيتَهُمْ وَلَا مَرَّتْهُمْ فَلَيْسَتْ كُنَّ أَذَانُ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرَّتْهُمْ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا»^(١٠٠)، ومن الواضح أن الشيطان الرجيم يهدّد بالتركيز على مجموعة من عباد الله ليسخرهم لأعماله الشيطانية ومنها تبيك أذان الأنعام وتغيير خلق الله - وهي أمور مفاوضة للمولى جل وعلا بلا ريب - ولذا يعدّها سبحانه من الخسران المبين^(١٠١).

ويظهر استدلال السيد محمد علي التسخيري بالكتاب العزيز في دراسات أخرى كثيرة حول المستجدات والقضايا الفقهية والمالية المعاصرة، فعند حديثه عن حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، أورد قوله تعالى: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١٠٢)، وقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^(١٠٣).

واستدلال التسخيري بهاتين الآيتين ورد عند حديثه عن البيع بالمعاطاة^(١٠٤) حيث قال: فما الموقف من المعاطاة؟ وقد استدل على صحتها بأدلة كثيرة: منها: - السيرة العقلانية الممتدة إلى عصر المعصوم، بل هي تمتد إلى أبعد من البيع بالصيغة. وهي سيرة ممضاة شرعاً ولم يثبت أي نهى عنها يتناسب مع سعتها وامتدادها. وهي أيضاً من سيرة المتشريعة فضلاً عن السيرة العقلانية؛ ومنها: الاستدلال بإطلاق قوله تعالى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^(١٠٥) على حلية كل بيع عرفي... ومنها: الاستدلال بقوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^(١٠٦). بتقريب حاصله أنه: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالوسائل الباطلة كالقمار والسرقة والخيانة إلا أن يكون ذلك بأسلوب التجارة، وهذا يعني صحتها وتحقق الأثر العقلاني لدى الشارع بهذه الوسيلة، فالاستثناء منقطع وهو مطلق^(١٠٧).

ب) استدلاله بالسنة النبوية الشريفة:

كثيراً ما يورد السيد محمد علي التسخيري أدلة من السنة النبوية الشريفة في مقالاته حول الاقتصاد الإسلامي، كاستدلاله بحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حول حث الإسلام على وسائل التنمية والإنتاج، عند ما قال: حث الإسلام على العمل والإنتاج، وربط كرامة الإنسان به، وأصبح العمل عبادة والعامل للفقير أفضل من العابد. وقد رفع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يد عامل مكثود فقبلها، وقال: «طلب الحلال فريضة على كل مسلم ومسلمة». وقد قاوم الإسلام فكرة تعطيل بعض ثروات الطبيعة، فقال تعالى: «وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولاً

فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ الشُّورُ^(١٠٨).

وقد فضّل الإسلام الإنفاق الإنتاجي على الإنفاق الاستهلاكي. فقد جاءت نصوص تنهى عن بيع العقار والدار وتبيد الثمن في الاستهلاك^(١٠٩).

وعند حديثه عن بيع الكالئ بالكالئ^(١١٠)، استدللّ التسخيري بحديث للرسول ﷺ نها فيه عن بيع الدّين بالدّين، ويستفاد هذا الاستدلال من قوله: خاصاً: بيع الكالئ بالكالئ أو بيع الدّين بالدّين: حيث ورد النهي عنه؛ فقد روى طلحة بن زيد عن الإمام الصادق عليه السلام أنّه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - «لا يباع الدّين بالدّين»^(١١١).

ج) استدلاله بالقواعد الفقهيّة:

كما نلاحظ استدلال آية الله السيّد محمد علي التسخيري بالقواعد الفقهيّة في دراسة له حول بيع المربّاحة للأمر بالشّراء وهي قضيّة مستحدثة، (وتسمّى: المربّاحة المربّكة، أو: المربّاحة للواعد بالشّراء، والتسمية الأخيرة أدلّ على حقيقة هذه المعاملة، وهي أن يأتي رجل يُريدُ سلعة مُعيّنة وليس عنده نقد ليشتريها، فيذهب إلى مصرف أو مؤسسة أو فرد من الناس ويطلب أن تُشترى له تلك السلعة، ثمّ يشتريها ممّن اشتراها بالتقسيط)^(١١٢).

وبيّن وهبة الزّحيلي أنّ المصارف الإسلاميّة تلجأ الآن إلى هذا النوع من التعامل، كأن يرغب شخص بشراء سيّارة «مرسيدس»، من نموذج أو موديل معيّن بثمان مئسّط أو مؤجّل، فيبدي رغبته بذلك لمصرف إسلامي، فيقوم المصرف بشراء هذه السيّارة بحسب الأوصاف المرغوبة، ويتسلّمها، إمّا بقبض حقيقي أو حكوميّ، بنفسه أو عن طريق وكيله، حتّى يكون البيع لمملوك مقبوض، كمئة ألف دينار أو درهم، ثمّ يبيعها للعميل الذي أبدى رغبته بشرائها، ووعد بالشّراء وذلك بثمان مؤجّل أو مئسّط، قدره مائة وعشرون ألف دينار أو درهم، ويأخذ من العميل رهناً مُعيّناً. ويتمّ قبل شراء المصرف للسيّارة اتّفاقٌ مواعدة، أي وعد من العميل

بالشراء، ووعد من المصرف بالبيع. هذه هي صورة بيع المربحة للأمر بالشراء. وأول من أبان جواز هذه الصورة الإمام الشافعي - رحمه الله - حيث قال في كتابه الأم^(١١٣): «وإذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال: إشتري هذه، وأربحك فيها كذا، فاشترها الرجل، فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها، بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً، وإن شاء تركه». أي إن الإمام الشافعي أجاز هذه الصورة بشرط وجود الخيار للعميل بين إبرام البيع أو تركه، وكذلك الخيار للبائع، فلا يكون هناك وعد ملزم للطرفين. وأقرّ مجمع الفقه الإسلامي الدُولي هذه المعاملة بشرط التملك والقبض^(١١٤).

لقد استدللّ التسخيري في قضية: هل إن وعد البنك للأمر بالشراء بتوفير البضاعة حسب مواصفاتها المطلوبة وبيعها له، ملزم أم لا ؟

بيّن التسخيري أنّ الوعد قد يكون ابتدائياً دون أن تترتب عليه آثار، وقد يكون بمعنى التعهّد والالتزام، ثمّ أورد قاعدة: «المؤمنون عند شروطهم» لِيُبرز إلزاميّة الوعد إن كان بمعنى التعهّد، ويُسْتَغَاذ هذا الاستدلال من قوله: ولكن نقول إجمالاً بأنّ الوعد قد يكون ابتدائياً دون أيّ أثر يترتب عليه، وهنا قد يمكن القول بأنّه غير ملزم، وقد يكون بمعنى التعهّد والالتزام وحيثُ ذُهِبَ هناك من الأدلة ما يدعو بكلّ قوّة للإلزام به - وفي طليعتها أدلة الوفاء بالوعد والعهد، وكذلك للفهم العُرْفِي لهذا الوعد على أساس الوجوب ممّا يجعله مصداقاً لقاعدة: «المؤمنون عند شروطهم»^(١١٥)، وهذا الحديث أحد الأصول في باب المعاملات، يحتوي في طياته على موضوع الشروط، الذي يحمل أهميّة بالغة في إطار العقود الماليّة الشرعيّة، وهذه القاعدة الحديثيّة العظيمة يعضدها حديث مشهور آخر وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - «مَنْ اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة»^(١١٦). وهذا صريح في إبطال كلّ شرط لا سند له، ولا أصل له من شرع الله تعالى، ومقتضى هذا الحديث أنّه يجب الالتزام والوفاء بجميع الشروط والعهود، ما لم يكن فيها ما يُعارض النصّ الصّريح^(١١٧).

وحسب ما يبدو لي، إن آية الله السيّد محمد علي التسخيري قد استدلّ بهذه القاعدة الفقهيّة «المسلمون عند شروطهم» - والتي أصلها حديث نبوي شريف، ليبيّن في دراسته لعقد: «بيع المراجعة للأمر بالشراء» - إنَّ وَعْدَ البَيْتِ للعميل بشراء البضاعة الموصوفة ثم بيعها له مرّة ثانية بثمن الرّبح - وعد مُلْزَم، لا يُمكن التراجع عنه أو التّنكّر له استنادًا إلى الحديث النبوي الشريف والقاعدة الفقهيّة المُستمدّة منه. كما لاحظت أيضًا استدلال التسخيري بقاعدة فقهيّة أخرى وهي: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وهي تعني أنّه: يجب إزالة الضرر بعد وقوعه، كما يجب دفعه قبل وقوعه، كما سبق قريبًا، ومن أمثلة هذه القاعدة ومساثلها:

* يحرم إضرار النفس أو الغير ومباشرة المضارة، كتناول السمّ وقطع العضو.

* شرّع الردّ بالعيب دفعًا للضرر عن المُشتري.

* إذا طالت أغصان شجرة لشخص وتدلت على دار جاره فأضرّته، يكلف رفعها أو قطعها دفعًا للضرر عن الجار.

* إذا أصابت أكلة يد إنسان أو رجله وخشي أن يسري المرض إلى باقي جسمه، وجب عليه قطع العضو المتآكل إزالةً للضرر ودفعًا له عن باقي الجسم^(١١٩).

قال الشيخ التسخيري: ثمَّ إنّه يمكن القول بأنّ الوعد الابتدائي الآنف ذكره إذا ترتّب عليه ضرر عاد مصداقًا لقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(١٢٠).

ويبدو لي أنّ الشيخ يقصد أنّ وعد أحد المتعاقدين للآخر بالشراء له مع تحديد نسبة الربح، ووعد الثاني بشراء تلك البضاعة، يجب أن يقتصر بالوفاء والالتزام من كلا الطرفين، لأنّ أيّ إخلال بالوعد أو عدم الوفاء، يُلحق ضررًا بأحدهما، ولذلك فلا بدّ من تجنّب عدم الوفاء والتّنكّر، للأضرار التي تترتّب عن هذا التصرف ولنهى الرسول - صلّى الله عليه وسلّم - عن إضرار المسلم بأخيه المسلم.

٦) المقارنة بين شيوخ الزيتونة وآية الله محمد علي التسخيري في منهج دراسة المسجّدات:

أ) الهدف من المقارنة:

إنّ التشابه بين المناهج الفقهيّة الأصوليّة لشيوخ الزيتونة وعلماء الشيعة الإمامية والسّعي إلى التقريب بين المذاهب الإسلاميّة، هي التي دفعني إلى المقارنة بين منهج شيوخ الزيتونة ومنهج آية الله السيّد محمد علي التسخيري في كتاباتهم حول المستجدات.

وتجدر الملاحظة أنّ التقارب بين المذاهب هو في جوهره محاولة لكسر شوكة التعصّب، وجمع كلمة الأمة على أصول على أصول عقيدتها والمبادئ الأساسيّة لديها. إنّ الوحدة الفكرية مقدّمة ضروريّة للوحدة السياسيّة، والأمة الإسلاميّة يؤخّر بينها فكريّاً القيم الخالدة لديها، والأصول الأساسيّة لعقيدتها^(١٢١).

كما أنّ التقريب دعوة إلى التعاون على البرّ والتقوى وإصلاح أحوال المسلمين، بتوجيه طاقاتهم العامّة وجهة واحدة، تحقّق سعادة الجميع، أو تؤمّن من أخطار خارجيّة^(١٢٢).

وما تجدر الإشارة إليه أنّه لا خلاف بين جميع المسلمين فيما يتعلّق بأصول الدّين وقواعده الأساسيّة، والفروض المنصوص عليها في كتاب الله تعالى، والصحيح «المتواتر» عن سنّة رسول الله عليه السلام. ولكنّ الخلاف في تعدّد الآراء، وفي درجات الفهم والنظر في بعض الجزئيات والفروع ووسائل التطبيق. وقد نشأ هذا الخلاف لاختلاف الأفهام والقُدرة على الاستنباط^(١٢٣).

ومن الضروري الإشارة إلى أنّ الخلاف بين السنّة والشيعة، لا يعدو كونه خلافاً في الفروع، فما يؤخّر بينهم أكثر ممّا يفرّق. يقول الشهيد الدكتور فتحى الشافعي: ومن الحقّ أن يقال أنّه ليس بين الشيعة والسنّة من خلاف في الأصول

العامّة، فهم جميعاً على التوحيد وإنّما الخلاف في الفروع، وهو خلاف يُشبه ما بين مذاهب السّنة نفسها - الشافعيّة والحنفيّة - فهم يدينون بأصول الدين كما وردت في القرآن الكريم والسّنة المطهّرة. كما يؤمنون بكلّ ما يجب الإيمان به ويبطل الإسلام بالخروج منه في الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، ومن الحقّ أنّ السّنة والشيعه هما مذهبان من مذاهب الإسلام يستمدان من كتاب الله وسّنة رسوله (صلى الله عليه وآله وسلّم) ^(١٢٤).

ب) المقارنة في المنهج الفقهي الأصولي:

إنّ تتبّعي لكتابات شيخ الزيتونة ولمقالات ودراسات آية الله السيّد محمد علي التّسخيري، جعلني أستنتج وجود تشابه في المنهج المعتمد عند تناول المستجدات كزراعة الأعضاء والاستنساخ البشري، وعقد المُرّابحة للأمر بالشراء.

ويتمثّل هذا التشابه في الاستدلال بالكتاب العزيز والسّنة النبويّة الشريفة كأدلة أصوليّة نقلية، فشيخ الزيتونة يوردون كثيراً آيات الكتاب العزيز والأحاديث النبويّة الشريفة كلّما أرادوا استنباط الحكم الشرعيّ الملائم لأيّ قضية مُستجدة، وهذا ما لاحظته أيضاً في كتابات آية الله السيّد محمد علي التّسخيري، لأنّه كثير الاستدلال بالآيات القرآنيّة الكريمة والأحاديث النبويّة الشريفة.

ولا يخفى كذلك التّطابق بين شيخ الزيتونة وآية الله السيّد محمد علي التّسخيري في اعتماد القواعد الفقهيّة وفي ما يلي هذا الجدول البياني حول المقارنة:

ع/ر	النليل الأصولي أو القاعدة الفقهيّة	اعتماده من قبل شيخ الزيتونة	اعتماده من قبل آية الله التسخيري
(١)	* - الكتاب العزيز:	نعم	نعم
(٢)	* - السنّة النبويّة الشريفة:	نعم	نعم
(٣)	* - قاعدة: «الضرر يُزال»:	نعم	نعم
(٤)	* - التعليل:	نعم	نعم: انظر بحث: الحرية الاقتصادية: مبانيها وحدودها في الإسلام: ص ٣٨٣ وما بعدها من كتابه: «الاقتصاد الإسلامي».
(٥)	* - الاستدلال بمقاصد الشريعة	نعم	نعم
(٦)	* - التعرّض إلى مسائل الخلاف والمقارنة بين الأقوال:	نعم	نعم

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث، يُمكن الخروج بجُملة من النتائج، يتمثّل أبرزها في ما يلي:

- اهتمام شيخو الزيتونة وعلماء الشيعة الإمامية بالمستجدات والقضايا المعاصرة، كاهتمامهم بالمسائل الفقهيّة القديمة، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلّ على تفتّحهم ومواكبتهم للتطور العلمي والتكنولوجي.

- التشابه والتطابق في المنهج الفقهي الأصولي بين هؤلاء الشيوخ وعلماء المذهب الجعفري الإمامي، ولا غرور إذ الرابط الذي يُوحد بينهم قوي وهو كتاب الله وسنة رسوله (صلى الله عليه وآله وسلم).

- اتّصاف هؤلاء الشيوخ والعلماء بالموضوعية العلمية، وهذا يبرّر في اعتمادهم الاختلاف في الفروع والمقارنة بين الأقوال - مهما اختلفت مذاهبهم - واتباعهم منهج الترجيح، لأنّ حاجة الفقيه إلى معرفة أسباب الخلاف، لا تقل أهمية عن حاجة المفسّر إلى معرفة أسباب النزول، وحاجة القارئ إلى معرفة أوجه القراءات.

فالاختلاف المذموم هو الاختلاف في العقائد، وهذا ما بيّنه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء بقوله: «إنّ الاختلاف المذهبي الشائن المستكره الذي ليس له في الأمة إلاّ سيئات الآثار إنّما هو الاختلاف في العقائد، أمّا الاختلاف الفقهي في الأحكام العملية المدنية فهو من المفاسد والذخائر، لأنّه ثروة تشريعية، كلّما اتّسعت كانت أروع وأنفع وأنجع»^(١٢٥).

- إنّ الأمة الإسلامية، أمّة واحدة، مهما اختلفت مذاهب أفرادها وألوانهم ولغاتهم، لأنّ الدين الإسلامي يُوحد ويجمع بينهم لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾^(١٢٦). وقوله - عزّ وجلّ -: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ﴾^(١٢٧).

- (١) صافي: «محمد أيمن»: غرس الأعضاء في جسم الإنسان: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجلدة، ١٩٨٨م، ج ٤، (١)، ص ١٢٥.
- (٢) البار: «محمد علي»: الفشل الكلوي وزرع الأعضاء: دار القلم، دمشق، ط ١٩٩٢، ص ١٣٩.
- (٣) البار: «محمد علي»: مناقشة قرار مجمع الفقه الإسلامي بجلدة، مجلة المجمع، عدد ٤، ج ١، ص ٤٣٦.
- (٤) السلاّمي: «محمد المختار»: الطب في ضوء الإيمان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط (١)، ٢٠٠١م، ص ١١٤، السلاّمي: زرع الأعضاء، مجلة الهداية، تونس: ١٩٩٢م، العدد: (٣)، السنة: (١٧)، ص ٨٩.
- (٥) السلاّمي: الطب في ضوء الإيمان: ص ١٢٥ وص ١٣٥.
- (٦) م. ن، ص ١٣٧.
- (٧) صافي: «محمد أيمن»: غرس الأعضاء في جسم الإنسان: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجلدة، ١٩٨٨م، عدد ٤، ج (١)، ص ١٢٥.
- (٨) ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، ط (د.ت)، ج ٨، ص ١٤١، مادة «زرع».
- (٩) م. ن، ج ٦، ص ١٥٤، مادة: «غرس».
- (١٠) عبد الباقي: «محمد فؤاد»: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: المكتبة الإسلامية، محمد أوزدمير، استانبول، تركيا، ط «د.ت»، كتاب المساقاة: باب «فضل الغرس والزرع»، ج (٢)، ص ٤، حديث رقم ١٠٠١.
- (١١) [هو محمد العزيز بن يوسف جعيط، وُلد بتونس في ماي سنة ١٨٨٦م، تخرّج في جامع الزيتونة بشهادة التطويع سنة ١٩٠٥م، درّس بالصادقية من سنة ١٩١٤م إلى سنة ١٩٤٠م، عُيّن مُفتيًا مالكيًا سنة ١٩١٩م، ثمّ سُمّي شيخ الإسلام المالكي سنة ١٩٤٥م، كما سُمّي وزيرًا للعدل سنة ١٩٤٧م، وقد تولى بعد الاستقلال منصب «مفتي الديار التونسية» سنة ١٩٥٧م، له كتب كثيرة، منها: «الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية»، وكتاب: «مجالس العرفان ومواهب الرحمن»، وكتاب: «إرشاد الأمة ومنهاج الأئمة»، كما نشرت له فتاوى ومقالات في عديد الصحف والمجلات، توفّي بتونس يوم ٥ جانفي ١٩٧٠م]. ر. ترجمته في: مجلة «الهداية»، العدد ٦، السنة ٢٢، مارس ٢٠٠٢م، ص ص ٣٠، ٣١، ٣٢.
- السويسي: «محمد بن يونس»: الفتاوى التونسية في القرن ١٤هـ دار سحنون، تونس، ودار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م، ج ١، ص ص ١٢٢، ١٢٣.
- (١٢) بوزغنية: «محمد»: «فتاوى شيخ الإسلام في تونس محمد العزيز جعيط واجتهاداته وترجيحاته»، كنوز إشبيلية، المملكة العربية السعودية، ودار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ص ١٤٥ وص ١٥٦.

- (١٣) السويسي: «محمد»: الفتاوى التونسية في القرن الرابع عشر الهجري: ج ٢، ص ص ١٠٧٩، ١٠٨٠، الفتوى رقم ٤٣٧.
- (١٤) كتاب «الطب في ضوء الإيمان» للشيخ محمد المختار السلافي، نشرته دار الغرب الإسلامي، بيروت، وكانت طبعته الأولى سنة ٢٠٠١م، وهو كتاب متوسط الحجم، يتضمن ٣٦٦ صفحة.
- (١٥) هو الشيخ كمال الدين بن محمد العزيز جعيط، ولد بتونس سنة ١٩٢٢م، درس الابتدائي بمدينة المرسى، وأكمل التعليم الثانوي بالمدرسة الصادقية، ثم المدرسة الخيرية، مما هيأه لدخول الجامع الأعظم. أحرز على شهادات جامع الزيتونة: كالتحصيل، والعالمية، ثم امتنهن التدريس، وتولى خطة الإفتاء، ساهم في ندوات مجمع الفقه الإسلامي بجدة، وله دراسات وكتابات كثيرة: كالشفعة وسد الذرائع والصلح ومتعلقاته، والعلمانية والإسلام، ومن مؤلفاته المخطوطة: «تعليقات على فقه الإمام محمد بن عرفة» وترجمته أعلام «كتاب مجالس العرفان» لوالده، وقد توفي - رحمه الله - في شهر ديسمبر ٢٠١٢م. راجع ترجمته في مجلة الهداية، العدد (٤)، السنة (٢٣)، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م، ص ١٩ وما بعدها.
- (١٦) الشيخ: كمال الدين جعيط: فتوى حول التبرع بالأعضاء وأحكامه: مجلة الهداية، العدد ١٧٢، السنة ٣١، نوفمبر ٢٠٠٥م - مارس ٢٠٠٦م، ص ص ٨٠، ٨١.
- (١٧) السبكي: «تاج الدين عبد الوهاب بن علي»: منع الموانع عن جمع الجوامع، تحقيق سعيد بن علي الحميري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط (١)، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص ١٣٤.
- (١٨) الغزالي: «أبو حامد، محمد بن محمد»: المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ج ١، ص ١٠١.
- (١٩) الولاتي: «محمد يحيى بن محمد المختار»: إيصال السائل إلى أصول مذهب الإمام مالك، تقديم وتعليق مراد بوضاية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ص ص ١٢٨، ١٢٩.
- (٢٠) (النص: لغة الظهور): انظر: الحدود للباجي: ص ٢، المصباح المنير: ص ٢٣٢، القاموس المحيط: ص ٨١٦.
- (٢١) العلوي: عبد الله: نشر البنود على مراقي السعود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٩هـ ص ١٢٩.
- (٢٢) الولاتي: إيصال السائل: ص ١٢٩.
- (٢٣) سورة المائدة: ٣٢.
- (٢٤) السويسي: «محمد بن يونس»: «الفتاوى التونسية في القرن الرابع عشر الهجري»، ج ٢، ص ١٠٧٩، فتوى رقم ٤٣٧.
- (٢٥) م. ن. ج (٢)، ص ١٠٨٠.

- (٢٦) المقصود بنص القرآن، قوله تعالى: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنَازِيرِ» سورة المائدة: ٣.
- (٢٧) بوزغية: «محمد»: فتاوى شيخ الإسلام في تونس محمد العزيز جعيط واجتهاداته وترجيحاته، ص ١٤٥، فتوى رقم ٥٢.
- (٢٨) سورة البقرة: ١٧٣.
- (٢٩) سورة الأنعام: ١١٩.
- (٣٠) سورة النحل: ١٠٦.
- (٣١) الأملدي: «علي بن محمد»: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيّد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ج ١، ص ٢٢٣.
- (٣٢) الجرجاني: «علي بن محمد»: التعريفات، مكتبة لبنان، (ط) ١٩٨٥م، ص ١٢٨.
- (٣٣) العلوي: «عبد الله بن إبراهيم»: نشر البُتود على مراقي السعود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، ط «د.ت» ج ٢، ص ٩.
- (٣٤) سورة الحشر: ٧.
- (٣٥) سورة النساء: ٨٠.
- (٣٦) ابن حزم: «محمد الظاهري»: المحلى: تحقيق أحمد محمد شاكر، ط، بيروت بالأوفست، ١٣٥٢هـ/١٩٣٣م، ج ٧، ١٠، المسألة عدد ٢٠٥٩، ص ٤٥٦.
- (٣٧) الشاطبي: «أبو إسحاق»: الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط «د.ت» ج ٢، ص ٨ وما بعدها.
- (٣٨) أخرجه الحاكم النيسابوري نقلاً عن الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٢/١ وكتاب فتاوى الشيخ جعيط لبوزغية: ص ١٥٦.
- (٣٩) بوزغية: فتاوى شيخ الإسلام في تونس محمد العزيز جعيط: ص ص ١٥٥، ١٥٦، فتوى رقم ٥٣.
- (٤٠) سورة الإسراء: ٧٠.
- (٤١) أبو داود: السنن: كتاب الجهاد: باب: «النهي عن المثلة»: م ٩، ج ٣، ص ص ١٢٠ و ١٢١، حديث رقم ٢٦٦٧.
- البخاري: الجامع الصحيح: كتاب «في المظالم والغصب»، باب النُّهْيِ بغير إذن صاحبه». عن ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، م ٥، ص ١١٩.
- (٤٢) الترمذي: السنن: كتاب «البرّ والصّلة» م ١٣، ج ١٤، ص ص ٣٢٣، ٣٢٤، حديث رقم ١٩٢٤.
- (٤٣) جعيط: «كمال الدين»: التبرّع بالأعضاء وأحكامه، مجلة الهداية، العدد ١٧٢، السنة (٣١)، صفر-شوال ١٤٢٧هـ/نوفمبر ٢٠٠٥-مارس ٢٠٠٦م، ص ٨١.
- (٤٤) سورة البقرة: ١٩٥.

- (٤٥) سورة الفتح: ٢٩.
- (٤٦) المقرئ: «أبو عبد الله، محمد بن محمد»: القواعد: تحقيق ودراسة أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، ج ١، ص ٢١٢.
- (٤٧) المدور: «رشيد»: الفكر المالكي في مجال القواعد الفقهية: مجلة دعوة الحق، المغرب، العدد ٣٤٤، السنة ٤٠، صفر ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص ٤٦.
- (٤٨) م. ن، ص ٤٧.
- (٤٩) شمام: «محمود»: الجوانب الدينية والأخلاقية للتلقيح وزرع الأعضاء: مجلة الهداية، العدد (٤)، السنة (٢٢)، ص ٢٥.
- (٥٠) عرفها ابن نجيم الحنفي بقوله: «أصلها قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وفسره في المغرب، بأنه لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء. وذكره أصحابنا - رحمهم الله - في كتاب الغصب والشفعة وغيرهما. ويُنْبَي على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه، فمن ذلك: الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات والحجر بسائر أنواعه على المفتي به»: الأشباه والنظائر: تحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر: ط (١)، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ص ٩٤.
- (٥١) قال الإمام عبد الرحمن السيوطي حول هذه القاعدة: «الضرورات تُبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها: ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخصصة، وإساعة اللقمة بالخمير، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه وكذا إتلاف المال، وأخذ مال الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ودفع الصائل، ولو أدى إلى قتله»: الأشباه والنظائر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ص ٨٤.
- (٥٢) قال الشيخ أحمد الزرقاء في شرحه لهذه القاعدة: «إنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت وزالت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله»: شرح القواعد الفقهية: تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، دار الغرب الإسلامي، ط (١)، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ص ١١١، القاعدة ١٧.
- (٥٣) شمام: «محمود»: الجوانب الدينية والأخلاقية للتلقيح وزرع الأعضاء: مجلة الهداية، العدد (٤)، السنة (٢٢)، ص ٢٥.
- (٥٤) ابن نجيم: الأشباه والنظائر: ص ٩٦.
- (٥٥) السيوطي: الأشباه والنظائر: ص ٨٦.
- (٥٦) الزرقاء: «أحمد»: شرح القواعد الفقهية، ص ١٥١، القاعدة ٢٩.
- (٥٧) سورة البقرة: الآية ١٩٥.
- (٥٨) جعيط: «كمال الدين»: التبرع بالأعضاء وأحكامه، مجلة الهداية التونسية، العدد: ١٧٢، السنة ٣١، صفر - شوال ١٤٢٧هـ/نوفمبر ٢٠٠٥ - مارس ٢٠٠٦م، ص ٨١.

- (٥٩) سورة الرعد: الآية ١٦.
- (٦٠) سورة الواقعة: الآيات ٥٨-٦٢.
- (٦١) القحطاني: «مُسفر بن علي بن محمد»: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، دار الأندلس الخضراء بجدة، ودار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، ص ص ٦٨٨، ٦٨٩.
- (٦٢) سورة الجاثية: الآية ٢٩.
- (٦٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم «١٠٥/٢/١٠٠» بشأن الاستنساخ البشري.
- (٦٤) التارزي: مصطفى كمال: الاستنساخ البشري وموقف العلم والشرع منه: مقال بمجلة «الهداية»، التونسية عدد ١، السنة ٢٢، ص ٢٦.
- (٦٥) الخادمي: «نور الدين مختار»: الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعية، دار الزاخر، الرياض، ط (١)، ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م، ص ص ١٦، ١٧.
- (٦٦) جعيط: «كمال الدين»: الموقف الفقهي في الاستنساخ النباتي والحيواني والإنساني: مقال نُشر بكتاب بعنوان: «الاستنساخ»، أبحاث ندوة المجلس الإسلامي الأعلى بتونس، صفر ١٤١٨هـ/جوان ١٩٩٧م، ص ص ٨٢، ٨٣.
- (٦٧) هو الشيخ الطيّب سلامة، وقد تولى التدريس - بعد تخرجه من جامع الزيتونة - في فروع الجامع الأعظم وفي المعاهد الثانوية، ثم انتدب للتدريس بالكلية الزيتونية للشرعية وأصول الدين والتي تحصل منها على درجة الدكتوراه، وظلّ يباشر التدريس إلى أن انتدب للقيام على الإدارة العامة للشؤون الدينية، وقد حاول أن يطور أساليب عملها.
- شارك في الحياة العلمية والفكرية طيلة سنوات من خلال عضويته في المجلس الإسلامي الأعلى أو بصفته خبيراً في مجمع الفقه الإسلامي أو مجمع التقريب بين المذاهب الإسلامية. توفي رحمه الله يوم الإثنين ١٨ جوان ٢٠٠٧م.
- (٦٨) سورة الصافات: الآية ٩٦.
- (٦٩) سلامة: «الطيّب»: الاستنساخ بين العلم والشرع وبين المصلحة والمفسدة: مقال نُشر بكتاب بعنوان: «الاستنساخ»: أبحاث ندوة المجلس الإسلامي الأعلى بتونس، صفر ١٤١٨هـ/جوان ١٩٩٧م، ص ص ١٠٦، ١٠٧.
- (٧٠) هو الشيخ مصطفى كمال التارزي، قضى حياته طالباً في جامع الزيتونة ومدرّساً ثم أستاذاً ومُفتًياً عامّاً للتربية الإسلامية بالمعاهد الثانوية ومديراً عامّاً لإدارة الشؤون الدينية لسنوات طويلة.
- كما مثّل تونس في هيأت دينية دولية مثل المجلس العالمي للمساجد والمؤتمر الإسلامي بباكستان، كما حضر عشرات المؤتمرات الإسلامية في العالمين العربي والإسلامي وفي أوروبا وآسيا وإفريقيا. أصدر مجلة «الهداية» وانتدب للكتابة فيها خيرة شيوخ وأساتذة الزيتونة، توفي - رحمه الله - سنة ٢٠٠٠م.

- (٧١) سورة النساء: الآية ١١٩.
- (٧٢) التارزي: «مصطفى كمال»: الاستنساخ البشري وموقف العلم والشرع منه: مقال نُشر بكتاب بعنوان: «الاستنساخ»: أبحاث ندوة المجلس الإسلامي الأعلى بتونس، صفر ١٤١٨هـ/جوان ١٩٩٧م، ص ١٢٣.
- (٧٣) سورة الطارق: الآيات: ٥-٨.
- (٧٤) التارزي: الاستنساخ البشري وموقف العلم والشرع منه، ص ١١٥.
- (٧٥) الولاتي: «محمد يحيى بن محمد المختار»: إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك: دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ص ص ١٢٨، ١٢٩.
- (٧٦) بن فودي: «عبد الله»: ألفية الأصول وبناء الفروع عليها: منظومة للشيخ بخط يده، ص ٣.
- (٧٧) جعيط: «كمال الدين»: الموقف الفقهي في الاستنساخ النباتي والحيواني والإنساني: ص ٨١.
- (٧٨) درس نور الدين الخادمي الفقه وأصوله ومقاصد الشريعة بجامعة الزيتونة، وهو الآن يشغل خطة وزير الشؤون الدينية بتونس، له مؤلفات كثيرة، منها: الاستنساخ، وتعليم علم مقاصد الشريعة - والقواعد الميسرة وغيرها كثير...
- (٧٩) سورة الإنسان: الآية ٢.
- (٨٠) سورة الحجرات: الآية ١٣.
- (٨١) الحديث النبوي عن أنس، وقد رواه أحمد وصححه ابن حبان، وله شاهد عند أبي داود والنسائي: انظر سبل السلام للصنعاني: ١١/٣.
- (٨٢) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح: كتاب «البيع»: باب: «تفسير المُسْتَبْهَات».
- (٨٣) الخادمي: «نور الدين»: الاستنساخ: ص ص ٧٤، ٧٥، ٧٦.
- (٨٤) «هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي الصنهاجي البهنسي المصري، أبو العباس، فقيه مالكي شهير، انتهت إليه الرئاسة بمصر، برع في الفقه والأصول والعلوم العقلية، أخذ عن العز بن عبد السلام والشريف الكوكي، والقاضي المقدسي وابن الحاجب. له ما يُنيف عن العشرين من المصنفات، منها: الفروق، والتنقيح، والذخيرة، والأمنية في إدراك النية، والأحكام. توفي سنة ٦٨٤هـ/١٢٨٥م، ودفن بالقرافة بمصر». راجع ترجمته في: * حسن المحاضرة: ٣١٦/١، ترجمة رقم ٦٩. * ابن فرحون: الديباج: ٢٣٦/١ وما بعدها. * مخلوف: الشجرة: ص ١٨٨، ترجمة رقم ٦٢٧. * كخالة: معجم المؤلفين: ١٥٨/١.
- (٨٥) سورة العنكبوت: الآية ٢٩.
- (٨٦) جعيط: «كمال الدين»: الموقف الفقهي في الاستنساخ: كتاب «الاستنساخ»: أبحاث ندوة المجلس الإسلامي الأعلى: جوان ١٩٩٧م، ص ص ٨٣، ٨٤.

- (٨٧) مالك: الموطأ: كتاب الأقضية: باب: «القضاء في المرفق»: م: ٢٠، ج ٢، ص ٧٤٥.
- ابن ماجه: السنن: كتاب الأحكام: باب: من بنى في حقّه ما يضرّ بجاره: م: ١٨، ج ٢، ص ٧٨٤.
- (٨٨) هو عبد الرحمن السيوطي: «جلال الدين»: إمام حافظ، مؤرخ أديب. له نحو ٦٠٠ مُصنّف. منها الكتاب الكبير والرسالة الصغيرة. نشأ في القاهرة يتيماً. ولما بلغ أربعين سنة اعتزل الناس لتأليف كتبه. له كتب كثيرة، منها:
- (١) «الإتقان في علوم القرآن».
 - (٢) «إسعاف المُبتطأ في رجال الموطأ».
 - (٣) «الأشباه والنظائر».
 - (٤) «الاقتراح»: في أصول النحو».
 - (٥) «الإكليل في استنباط التنزيل».
 - (٦) «بُغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة».
 - (٧) «تدريب الرّوي».
 - (٨) «تفسير الجلالين».
 - (٩) «تنوير الحوالك في شرح موطأ الإمام مالك»، وغيرها كثير. راجع ترجمته في: شذرات الذهب: ٥١/٨. - الضوء اللامع: ٦٥/٤. - الأعلام للزركلي: ٣٠١/٣ - ٣٠٢.
 - (٨٩) السيوطي: «جلال الدين»: الأشباه والنظائر: دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م، ص ص ٨٣، ٨٤.
 - (٩٠) سورة الروم: الآية ٢٢.
 - (٩١) سورة النبأ: الآية ٨.
 - (٩٢) سورة الروم: الآية ٢١.
 - (٩٣) التارزي: «مصطفى كمال»: الاستنساخ البشري وموقف العلم والشرع منه: كتاب «الاستنساخ: أبحاث ندوة المجلس الإسلامي الأعلى بتونس»، جوان ١٩٩٧م، ص ص ١٢٦، ١٢٧.
 - (٩٤) الخادمي: الاستنساخ في ضوء الأصول والقواعد والمقاصد الشرعيّة: ص ١١٤.
 - (٩٥) عرفها ابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ/١٥٦٢م) بقوله: (فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدّم دفع المفسدة غالباً لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، ولذا قال عليه الصلاة والسلام: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»): الأشباه والنظائر: ص ٩٩.
 - (٩٦) السيوطي: الأشباه والنظائر: ص ص ٨٧، ٨٨.
 - (٩٧) سورة البقرة: الآيتان: ٢٠٤ و ٢٠٥.

(٩٨) آية الله محمد علي تسخيري، ولد سنة ١٩٤٤م، وهو باحث ومفكر إيراني، شغل سابقاً منصب الأمين العام للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، وكان قبل ذلك ممثلاً لإيران في منظمة العالم الإسلامي، وهو من كوادر حزب الدعوة الإسلامية، عراقي المولد. أنهى دراسته الابتدائية والمتوسطة والإعدادية في مدينة النجف الأشرف وواصل دراسته الأكاديمية في كلية الفقه في النجف الأشرف أيضاً فحاز على «شهادة الليسانس» في العلوم العربية والفقه الإسلامي.

كما درس أيضاً بالحوزة العلمية، حتى بلغ مرحلة البحث الخارج بإشراف كبار العلماء، أمثال آية الله الشهيد محمد باقر الصدر، وآية الله السيد الخوئي وآية الله السيد محمد تقي الحكيم. وعند هجرته إلى إيران عام ١٩٧٠م، سكن في قم المقدسة وواصل دراسته الحوزوية فيها ما يقارب العشر سنوات، فدرس على أيدي أساتذتها الكبار وآياتها العظام. أصبح في إيران عضواً في مجلس الفقهاء المركزي لحزب الدعوة الذي تأسس هناك، ثم عُيِّن أميناً عاماً للمجمع للتقريب بين المذاهب الإسلامية الذي تأسس عام ١٩٩٠م. له مؤلفات كثيرة، منها: «الاقتصاد الإسلامي: دروس في المذهب وتأصيل للمسائل المستحدثة وتركيز على المصرفية الإسلامية».

(٩٩) الحكيم: «محمد تقي»: الأصول العامة للفقه المقارن، تحقيق وفي الشناوة، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، ط (١)، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م، ج ١، ص ١٢٩.

(١٠٠) سورة النساء: الآيتان: ١١٨، ١١٩.

(١٠١) تسخيري: «محمد علي»: نظرة في الاستنساخ وحكمه الشرعي: «مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة»، العدد: (١٠)، الجزء (٣) ١٤١٨هـ/١٩٩٧م، ص ٢٢٢.

(١٠٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(١٠٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(١٠٤) بيع المعاوضة: هو أن يُعطي المشتري الثمن، ويعطي البائع السلعة من غير أن يتلفظ أحدهما بشيء يدل على الإيجاب والقبول، وهو بيع صحيح ما دامت القرائن أو الغرر يدل على رضا الطرفين بالبيع. [الغرياني: «الصادق بن عبد الرحمن»: المعاملات في الفقه المالكي: أحكام وأدلة، دار ابن حزم، بيروت، ط (١)، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، ص ٣٨.

(١٠٥) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(١٠٦) سورة النساء: الآية ٢٩.

(١٠٧) التسخيري: «محمد علي»: الاقتصاد الإسلامي: دروس في المذهب وتأصيل للمسائل المستحدثة، مبنكران للطبع، ط (١)، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ج ٢، ص ٤٦٣.

(١٠٨) سورة الملك: الآية ١٥.

- (١٠٩) التسخيرى: «محمد علي»: الاقتصاد الإسلامي: ج ١، ص ص ٢٨٤، ٢٨٥.
- (١١٠) بيع اللذين باللذين مؤجلاً: وهذا ممنوع بالإجماع، الحديث نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الكالئ بالكالئ - «الذارقطني»: وهو أن يكون - مثلاً - لشخص دين على آخر، ولثالث دين على الأول، فيبيع أحد الدائنين دينه من الآخر باللذين الذي له على الثالث - شواطئ: «الحسين بن محمد»: فقه النظام المالي، دار سحنون، تونس، ط (١)، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ص ٩٢.
- (١١١) التسخيرى: الاقتصاد الإسلامي: ج ٢، ص ص ٦٨٢، ٦٨٣.
- (١١٢) الخثلاث: «سعد بن تركي»: فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار الصنمعي للنشر والتوزيع، الرياض، ط (٢)، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م، ص ١٠٨.
- (١١٣) الشافعي: الأم: ٣/٣٣.
- (١١٤) الزحيلي: «وهبة»: المعاملات المالية المعاصرة: دار الفكر، دمشق، سوريا، ط (٦)، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ص ص ٦٨، ٦٩.
- (١١٥) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح: كتاب الإجارة: باب: «أجر السمسرة»، ج ٤، ص ٤٥١ - وأخرجه الترمذي من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». الترمذي: ج ٣، ص ٦٣٥. وقال: حسن صحيح وأخرجه ابن ماجة في سننه، حديث رقم: ٢٣٥٣.
- (١١٦) التسخيرى: «محمد علي»: الاقتصاد الإسلامي: ج ٢، ص ٦١١.
- (١١٧) البخاري: الجامع الصحيح: كتاب: «المكاتب»: باب: «ما يجوز من شروط المكاتب، ومن إشتراط شرطاً ليس في كتاب الله: ج ٥، ص ١٨٧، حديث ٢٥٦١.
- (١١٨) الندوي: «علي أحمد»: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي: دار عالم المعرفة، (ط) ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ج ١، ص ص ٨٦، ٨٧.
- (١١٩) الثورنو: «محمد صدقي بن أحمد»: موسوعة القواعد الفقهية: مكتبة التوبة، الرياض، ودار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م، ج ٦، ص ٢٦١، القاعدة الثامنة.
- (١٢٠) التسخيرى: «محمد علي»: الاقتصاد الإسلامي: ج ٢، ص ٦١١.
- (١٢١) الدسوقي: «محمد»: منهج التقارب بين المذاهب الإسلامية، منشور ضمن كتاب بعنوان: «نحو مجتمع إسلامي موحد: مسألة التقريب بين المذاهب الإسلامية، أسس ومثاقبات»: دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، ط (١)، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، ص ص ٥٤، ٥٥.
- (١٢٢) فياض: «محمود»: التقريب واجب إسلامي: منشور ضمن كتاب بعنوان: «نحو مجتمع

- إسلامي مُوَحَّد: مسألة التقريب بين المذاهب الإسلامية، أسس ومنطلقات»: ص ٣٥.
- (١٢٣) الشرباصي: «أحمد»: حدود الخلاف والاختلاف: منشور ضمن كتاب بعنوان: «نحو مجتمع إسلامي مُوَحَّد: مسألة التقريب بين المذاهب الإسلامية»: ص ١٠٨.
- (١٢٤) الشَّافعي: «فتحي إبراهيم»: السُّنة والشيعة: ضجّة مفتعلة ومؤسفة، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب، المعاونة الثقافية، طهران، إيران، ط (١)، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، ص ٥٥.
- (١٢٥) الزرقاء: «مصطفى أحمد»: المدخل الفقهي العام: مطبعة الإنشاء بدمشق، ط (٩)، ١٣٨٥هـ/ ١٩٦٥م، ج ١، قسم (١)، ص ص ٢١١، ٢١٢.
- (١٢٦) سورة الحجرات: الآية ١٠.
- (١٢٧) سورة الأنبياء: الآية ٩٢.

دور المنهج المقاصدي في استنباط

أحكام الاستفادة من أعضاء الإنسان

في العلاج والبحث العلمي



ملف العدد

د. منير بنجمور (*)

يحتل البحث في المناهج المعتمدة في استنباط أحكام المستجدات والمقارنة بينها موقعا متميزا في الفكر التشريعي الحديث. ويستمد هذا الموضوع مشروعية طرحه من طابعه الإشكالي أولا، ومن الحاجة الملحة إلى فقه إسلامي يواكب التطورات العلمية الراهنة ثانيا.

إن الإشكاليات الأصولية التي تحوم حول بناء المعطيات النظرية المؤسسة لعملية استنباط الأحكام التكليفية للمستحدثات، تكمن في تعدد الرؤى واختلاف الأنظار وتباين المناهج، لاسيما ونحن إزاء وقائع من قبيل النوازل المسكوت عن حكمها. وطبيعي جدا أن يحصل هذا الاختلاف في ظل الحرص على المنهج الأبدي شرعا وواقعا لسد هذا الفراغ التشريعي.

ولئن أثر بعضهم غلق باب الإفادة من منجزات الحضارة الحديثة خشية الوقوع في المفاسد، أو بدعوى أن كل مستحدث بدعة وكل بدعة ضلالة، فإن البعض الآخر ركن إلى العقل التبريري ليستلهم أحكاماً شرعية تفتح الأبواب على مصراعها ليتنفع المسلم بتناج تلك الإبداعات الحاصلة في شتى الميادين اعتبارا لقاعدة الإباحة الشرعية.

(*) أستاذ مساعد بالمعهد العالي لأصول الدين - جامعة الزيتونة - تونس..

لقد وجد المسلم نفسه منذ القرن التاسع عشر تقريباً وجهاً لوجه أمام تطورات علمية هائلة طالت كل الميادين الاقتصادية والتعليمية والصحية وغيرها، الأمر الذي أحدث له صدمة من جهة، وحيرة من جهة أخرى، فإما أن ينخرط في صلب هذه الحضارة حتى يعيش لحظته التاريخية ويتنفع بما صنعه البشر بفضل ما آتاه الله من قدرات ومواهب، وما أودعه في هذا الكون من خيرات وأسباب، وإما أن ينزوي في ركن ويغمض عينيه عن مجريات الأحداث، قانعا بما تركه الأوائل، واضعاً سداً منيعاً يحصنه من الفساد الأخلاقي وانحلال القيم التي قد تقترن بتلك التطورات المغرية.

حقيق على فقهاء العصر - والحال هذه - أن يضطلعوا بدورهم المتميز، ويسعفوا الناس بالحلول الشرعية الملائمة حتى ينخرطوا في عصرهم دونما اغتراب ولا انبتات، وحتى لا يظلوا مبهورين مبهورين بتلك التطورات المذهلة، يجدون في البحث عن الحلول الشرعية فيعودون خائبين حيارى يتتابهم شعور دفين بقصور الشريعة الإسلامية عن مسايرة العصر.

من هنا بدأ المنهج المقاصدي هو النبراس الذي يستضاء به في استنباط أحكام المستجدات، فهو يختزل بالصورة والفعل الملجأ لإسعاف المسلم اليوم بالحلول الشرعية الملائمة خصوصاً فيما يتعلق بمشاغله اليومية، أو الحالات الاستثنائية التي قد تصادفه في حياته فتوقعه في حرج ومشقة لا خلاص منهما إلا بالأخذ بالأسباب وفق رؤية شرعية مقاصدية يسعف بها فقهاء العصر.

وقد اخترت لهذه الدراسة موضوعاً يتصل اتصالاً مباشراً بالتطور البيولوجي في مستوى الصحة، ألا وهو الاستفادة من أعضاء الإنسان في العلاج والبحث العلمي.

تنقسم هذه الدراسة على قسمين :

قسم نظري خصصته لتأصيل المقاصد الشرعية من حيث مفهومها، ومن حيث كونها مستنداً شرعياً للاجتهاد كما أبان عن ذلك فقهاء أهل السنة.

قسم تطبيقي أثرت فيه مجموعة من الإشكاليات الشرعية المتصلة بالمستجدات، وتناولت خلالها نماذج تطبيقية تقيم الدليل على أهمية المنهج المقاصدي في استنباط الأحكام لها، واكتفيت في ذلك بموضوع الاستفادة من أعضاء الأدمي في العلاج والبحث العلمي.

وكان المرجع الأساسي الذي اعتمدته في القسم الثاني ما جادت به أقلام فقهاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة الذي يضم ممثلين عن جل البلدان الإسلامية بمختلف مذاهبهم ولغاتهم وأجناسهم، وقد اعتمدت في القسم الأول على المدونة الأصولية السنية، كما حاولت رصد موقف الشيعة من المنهج المقاصدي.

١. الأسس النظرية :

أ. معنى مقاصد الشريعة :

المقاصد هي: "الأعمال والتصرفات المقصودة لذاتها والتي تسعى النفوس إلى تحصيلها بمساع شتى، أو تحمل على السعي إليها امتثالاً"^(١) فإذا كان المقصود لذاته هو المقصد فإن ما لم يكن مقصوداً لذاته يسمى وسيلة. وعادة ما نرى كل إنسان يجدد في اتخاذ وسائل متعددة لتحقيق غايات ومقاصد إما اختياراً أو استجابة لطلب.

ورحمة من الله بعباده، جاءت الشريعة الإسلامية لتضبط أعمال الناس وتصرفاتهم على وجه المصلحة والمنفعة جلباً، والمفسدة والمضرة درءاً حتى تكون مقاصد المكلف ملائمة لقصد الشارع فتكون مقاصد الشريعة إذن: أهدافها وغاياتها التي يحمل الإنسان على تحصيلها جلباً للمنفعة ودرءاً للمفسدة بوسائل مشروعة. ولا عبرة بالصور والألفاظ في تحصيل مقاصد الشرع.

أما الوسائل الشرعية فشرعها الإسلام لأن بها تحصيل المقاصد فهي غير مقصودة لذاتها "كالإشهاد والشهرة اللذين شرعاً لأنهما وسيلة لإبعاد صور النكاح

عن الزنا^(١) وتأخذ الوسيلة حكم المقصد ومتى سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة.

وقد استفرغ علماء الشريعة من أهل السنة جهودهم في الكشف عن مقاصد الشريعة لأنهم لاحظوا عبر الاستقراء أنها تحيط بسائر أنحاء التشريع الإسلامي خصوصاً في قسم المعاملات، يقول الإمام أبو حامد الغزالي (-٥٠٥ هـ): "أغلب عادات الشرع في غير العبادات اتباع المناسبات والمصالح دون التحكمات الجامدة"^(٢)، ويقول نجم الدين الطوفي (-٧١٦ هـ): "إنما ترجع رعاية المصالح، في المعاملات ونحوها، لأن رعايتها في ذلك هو قطب مقصود الشرع منها بخلاف العبادات فإنها حق الشرع"^(٣).

كما ميّز العلماء المقاصد الشرعية عن القياس رغم اتحادهما في ميزة الإلحاق، ويبانه أنه إذا كانت الأوصاف في القياس فرعية قريبة وتسمى عللاً مثل الإسكار في الخمر، فإن الأوصاف في البحث المقاصدي كليات سواء أكانت عالية وهي المصلحة والمفسدة أم دونها التي هي المقاصد القريبة مثل حفظ النفس، وإذا عجز المجتهد عن إلحاق النظر بنظيره ألحقه بحكم كلياته القريبة أو العالية أو دونها^(٤).

وخلاصة القول: إن تكاليف الشرع ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق بإخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبداً لله اختياراً كما هو عبد لله اضطراراً على حد تعبير الإمام أبي إسحاق الشاطبي (-٧٩٠ هـ) رائد علم المقاصد^(٥).

وقد قسّم العلماء المقاصد إلى عامة وخاصة، أما مقاصد التشريع العامة فهي: "المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها"^(٦). سواء كانت لعموم الأمة أو معظمها، ضرورة كانت أم حاجية أم تحسينية، وما فيه حظ ظاهر للناس أو خفي. أما مقاصد التشريع الخاصة فهي ما يختص بأنواع المعاملات بين الناس أو ما فيه نفع الآحاد منهم^(٧).

ومن المقاصد ما هو قطعي وهو المأخوذ من متكرر القرآن تكررًا ينفي احتمال المجاز أو المبالغة، نحو كون مقصد الشارع التيسير، ومنها ما هو ظني قريب من القطعي، فإنه داخل تحت أصل قطعي في هذا الباب مثل قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فهو دليل ظني لأنه خبر آحاد ولكن إزالة الضرر في الشريعة الإسلامية أصل مقطوع به معلوم بالاستقراء^(٩).

ولا يمكن أن تكون المصالح الشرعية مفاهيم عقلية تتحدد في دائرة العقل الأولي البديهي، إنما تأتي هذه المفاهيم في طول المعاشة، وقد أدرك الشارع البعد العملي للمصلحة والمفسدة، فكانت التشريعات الإسلامية أحكاماً واقعية تتصل بحياة الناس في سائر مناحيها، ولم تكن قط معطيات مجردة تحلق في فضاء النظريات أو تنزل إلى رداءة الواقع ومفاسده وإن بدت منافع في ظاهرها، يقول ميثاق العسر في هذا السياق: «وعندما يضع المشرع أحكامه على أساس المصالح والمفاسد، فسوف يبنى ذلك على الأحكام العملية التي تنظر إلى الأفعال في دوائرها الخارجية»^(١٠).

ب. تأصيل المقاصد الشرعية :

بعث الله سبحانه وتعالى رسوله النبي ﷺ بالكتاب والحكمة رحمة عباده في العاجل والآجل معاً، قال تعالى: ﴿واذكروا نعمة الله عليكم وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به﴾^(١١). والحكمة هي العلم المستفاد من الشريعة وهو العبرة بأحوال الأمم الماضية وإدراك مصالح الدين وأسرار الشريعة، ومعنى إنزال الحكمة أنها كانت حاصلة من آيات القرآن، ومن الإيماء إلى العلل، ومما يحصل أثناء ممارسة الدين^(١٢)، فالقرآن أصل دين الإسلام وفيه تبيان كل شيء لأنه يتضمن أصول الأحكام ووكلائها ويشير إلى مقاصد الشريعة في الخلق^(١٣) استمالة للقلوب إلى الطمأنينة والقبول بالطبع والمصارعة إلى التصديق لأن النفوس إلى قبول الأحكام المعقولة الجارية على ذوق المصالح أميل، منها إلى قهر التحكم ومرارة التعبد، كما يقول الغزالي^(١٤).

ولئن كان التكليف الشرعي يُطلق على الأمر الذي يفعل فيه كلفة وتكلف أي مشقة، فإن هذا الإصلاح الشرعي الجديد يعتمد في مفهومه المصالح ودرء المفاسد لا المشقة غير المعتادة، كما لا يعتمد ملائمة الطبع ومنافرته أو الاسترسال مع الهوى^(١٥)، فما حرّم الإسلام إلا تناول ما فيه معنى حقيقياً يضر بالدين أو بالبدن أو العقل وما عاداه مباح، كما بنى أحكام المعاملات على الحقيقة وتحصيل المنفعة بالتصريح أو بالتلميح^(١٦).

ج. أهمية علم المقاصد في التشريع :

إن المتأمل في مباحث علم أصول الفقه التي بسط الأصوليون القول فيها، واستفرغوا جهودهم في التنظير لها، يجد أن معظمها يتصل بمحور استنباط الأحكام الشرعية من ألفاظ الشارع بواسطة قواعد لغوية وأخرى منطقية أقمحت فيها حتى اختلط علم الأصول بما ليس من جوهره وأدخلت فيه زيادات خارجة عنه.

وفي هذا الخضم، لم يتناول الأصوليون مقاصد الأحكام وحكمها إلا نادراً وبالتحديد في مبحث القياس، فكان هذا التغافل سبباً في تأخر هذا العلم باعتبار أن وظيفته التشريعية لم تتحقق على الوجه المطلوب، وكان ذلك كله سبباً في جمود كبير للفقهاء ونقص أحكام نافعة^(١٧).

إن هذا الخلل المنهجي في بناء علم الأصول، هو الذي حدا بثلة من العلماء إلى المناداة برد الاعتبار لمقاصد الشريعة تأصيلاً وتنزيلاً، وكان الرائد في هذا العلم هو الإمام أبو إسحاق الشاطبي بكتاب الموافقات في أصول الشريعة.

صحيح أن أصول الفقه علم يعنى بفلسفة الاستنباط، إلا أن الفقيه في حاجة إلى معرفة المقاصد لا في الاستنباط فحسب بل في الترجيح بين الأقوال وإحقاق المسكوت عنه بالمنطوق به جزئياً أو كلياً، فكانت المقاصد بحق «نبراساً للمتفقيين في الدين ومرجعاً بينهم عند اختلاف الأنظار وتبدل الأعصار وتوسلاً إلى إقلال الاختلاف بين فقهاء الأمصار»^(١٨).

ولا شك في أن معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية نوع دقيق من أنواع العلم يختص بمعرفته الفقيه الذي يغوص في طلب تلك المقاصد ظاهرها وخفيها، ويجتهد في تنزيلها حسب الوقائع والمستحدثات، وليس كل مكلف بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة، إذ قد ينخدع أو يتوهم المصالح أو لا يحسن وضعها في مواضعها^(١٩)، يقول الإمام الغزالي: «إن الله تعالى تعبّد العلماء بالاجتهاد وأمرهم بالتشمير عن ساق الجد في استنباط أسرار الشرع، فيتعين عليه أن يذكر البعض ويسكت عن البعض، وينبه عليها تنبيها يحرك الدواعي إلى الاجتهاد»^(٢٠).

ولئن أولى جمع من علماء أهل السنة أهمية للمقاصد، أمثال الغزالي والقرافي والشاطبي، واعتنى أئمة المذاهب بالمصالح والمفاسد وحاجات الأمة وعوائدها في مستنبطاتهم، فإن فقهاء الشيعة قد سلكوا منحى خاصاً يختلف عما سلكه أهل السنة، ويمكن إيجاز رأيهم فيما يلي:

أولاً: إنهم - سيما أواخرهم - قد فرقوا بين حكم الحاكم المتولي للأمر وفتوى المفتي، فرأوا أن الحكم (والذي يسمونه بالحكم الحكومي) لا بد أن يصدره الحاكم على أساس المصلحة، بينما الفتوى لا يمكن بسهولة بناءها على أساسها.

ثانياً: إنهم في خصوص الفتوى لا يرون صحة الانطلاق من المصلحة إلى الفتوى إلا إذا كانت المصلحة الكامنة في مورد ما هي المناط التام لحكم الله فيه؛ بمعنى أن الشارع كان قد رتب حكمه عليها لا بشكل مطلق، بل فيما إذا ضم إليها عنصر آخر هو مجهول علينا، فليس حيثنّ بالإمكان الإفتاء على أساس هذه المصلحة.

ثالثاً: إنهم ينظرون إلى المقاصد بنفس هذه النظرة التي ألقوها إلى المصلحة، فلم يعتبروا أن المقاصد هي من أسباب حصول الأحكام الشرعية إلا فيما إذا كان المقصد لباساً للمناطية للحكم الشرعي، فإنه حيثنّ يترتب عليه الحكم، أما المقصد بما هو فليس له شأن السببية.

رابعاً: حصل أخيراً تطور لدى الإمامية، وهو أن جملة من الفقهاء المعاصرين

منهم قد أعطوا للمصلحة دوراً استنباطياً أبرز، ولعل من أمثلة ذلك ما وقع عند بعض الفقهاء منهم من رفض مشروعية اتخاذ الحيل الشرعية للفرار من الربا مستنديين في ذلك إلى أن الظلم هو علة تحريم الربا، ومن أبرز هؤلاء الفقهاء العلامة محمد حسين فضل الله الذي دعا إلى التجديد المنهجي في الاستنباط بالسير في الاتجاه المقاصدي، فهو القائل: «إن التشريعات مبنية على وجود مصلحة في النوع، فيكفي مصلحة في النوع من أجل أن يكون هناك مصلحة في الحكم»^(٢١)، وصرح بأنه يحاول السير في هذا الاتجاه في مسائل المعاملات والقضايا التي تتصل بحياة الناس الاجتماعية والسياسية والصحية وغيرها دون الأحكام التعبدية، مع اعتماد معطيات العلم الحديث في عملية الاستنباط^(٢٢).

د. المنهج المقاصدي والمستحدثات الطبية :

إن المعنى الشرعي للاجتهاد هو استنباط الأحكام للوقائع، ولا يتسنى ذلك إلا "بفهم الواقع والفقه فيه ثم فهم حكم الله في هذا الواقع"^(٢٣)، خصوصاً إذا كان الفقيه إزاء قضايا لم يسبق وقوعها زمن النصوص الإسلامية، ولا لها سابقة في تلك الفترة، واليوم قد تغيرت وتحتاج إلى أن يستنبط حكمها من جديد "وفي عصرنا هذا قد حدثت فيه مسائل جديدة لم تكن معهودة أو متصورة من قبل، ولذلك لا يوجد لها ذكر صريح في مآخذ الفقه الإسلامي الأصيلة، ولكن الشريعة الإسلامية شريعة خالدة سوف تبقى إن شاء الله تعالى إلى قيام الساعة"^(٢٤)، وهي مستحدثات تتصل بالتطورات الهائلة في مجالات العلوم ونخص بالذكر هنا الطب.

وإذا كان على الفقيه في العصور السابقة أن لا يترك الاطلاع على العلوم ما أمكن كما قال الإمام القرافي^(٢٥) مثل الحساب والطب والهندسة، فالיום أمر أوكد، فلا غنى عن الإفادة من آراء ذوي الاختصاص في العلوم المادية لقوله تعالى: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(٢٦)، ولأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

ولأجل هذا كله كان النظر في المستجدات أمراً مشتركاً بين الفقهاء والعلماء والخبراء في علوم شتى تشكل بمقتضاه معنى الاجتهاد الجماعي في أجلى صورته ضمن مجامع فقهية أشهرها مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة.

إن الاستفادة من أعضاء الإنسان سواء في مجال العلاج أو في مجال التجارب العلمية، وسواء أكان الاستفادة منه حياً أم ميتاً من المسائل المستحدثة التي أفرزها تطور العلوم في العصر الحديث وخصوصاً الطبية والبيولوجية. ولم ينص القرآن الكريم ولا السنة النبوية الشريفة على الأحكام الشرعية المتعلقة بها، كما لم يعالجها الفقهاء القدامى بالنظر والاستنباط، بل تناولوا نظائر لها كمسألة الاستفادة من أعضاء الإنسان لضرورتي الجوع والعطش على وجه الخصوص. ولعل الثروة الفقهية في هذه الناحية صالحة لأن تنير السبيل أمام المجتهد للنظر في ما استجد من قضايا طبية، غير أن اجتهاد الفقهاء السابقين لا يمثل سوى مستند فرعي وتظل مقاصد الشريعة الإسلامية هي أساس الاجتهاد في هذا الموضوع الذي لا نصوص فيه، وذلك بمراعاة قاعدتي جلب المصلحة ودرء المفسدة وإتقان الموازنة بينهما ومراعاة حفظ الكليات الخمس.

وقد أكدت المجامع الفقهية على ضرورة إتباع المنهج المقاصدي في هذا الموضوع، وأخص بالذكر مجمع الفقه الإسلامي الدول بجده فمنهج الباحث المسلم في مثل هذه المسألة أن يستقصي جوانب الخير والمصلحة وجوانب الشر والمفسدة في موضوعها ثم يستنبط الحكم بناء على ما عهد في الشرع من طلبه لمصالح العباد ودفع للمفاسد عنهم.

ولعل تأكيدهم على الالتزام بهذا المنهج نابع من الإيمان بأن مسألة الإفادة من أعضاء الإنسان تتبعها غايات، وتلك الغايات هي التي تحدد الحكم الشرعي، أي أن الحكم الشرعي هنا يختلف باختلاف مقاصد الراغب في الانتفاع، فقد يكون مقصده ملائماً لمقصد الشارع فتكون المصلحة التي يسعى لتحقيقها معتبرة مثل العلاج (وفق شروط وضوابط) وقد يكون مقصد المتفع غير ملائم لمقصد الشارع

بل هو تحكيم للشهوة، مثل الرغبة في المتاجرة بالأعضاء الإنسانية، فتكون المصلحة ملغاة في نظر الشرع، معنى ذلك أن الانتفاع بأعضاء الآدمي تعتبره الأحكام التكلفية الخمسة المستوحاة من قاعدة جلب المصلحة ودرء المفسدة وما يتفرع عنها من قواعد، وقلع العين (القرنيتين). مثلاً إن كان مثله فهو محرم وإن كان لمصلحة علاج حي فليس مثله بل يحتسب إحساناً، وإن كان قصاصاً فهو عدل.

٢. المنحى التطبيقي

إن الانتفاع بأعضاء الإنسان لإحياء نفس بشرية من المسائل المستجدة التي لم تكن معروفة في عهد النبي ﷺ ومن بعده، كما لم يتناولها الفقهاء بالبحث المستفيض، وقد علل البوطي هذا الفراغ التشريعي بكون الإنجازات الطبية القديمة في مجال زرع الأعضاء لم تكن تعدو عملاً تزيينياً أو سداً شكلياً لنقص في البدن، وليس له فائدة إلا ضمن حدود الشكل والمظهر، فكان أثره المصلحي محصوراً في نطاق مرتبة التحسينات^(٢٧)، وما اجتهادات الفقهاء القدامى في زمنهم إلا دليل على مدى مسيطرة الفقه الإسلامي لحركة الطب وتحقيقه لمصالح الإنسان^(٢٨) غير أن الطب اليوم قد تطور وتجاوز تلك المسائل البسيطة ليرتقي إلى درجة استعادة مقومات الحياة، وهذا له تأثيره ودوره الكبير في إبراز كثير من وجوه الاختلاف في الأحكام الفقهية لهذه المسألة بين الأمس واليوم^(٢٩) وفي تأسيس البحث فيها على مقاصد الشريعة الإسلامية لا على النصوص الفقهية إلا لقصد الاستئارة بها^(٣٠)، ولأجل ذلك كله جادت أقلام الأطباء المختصين بمحاضرات تؤصل لمسألة الاستفادة من أعضاء الآدمي لمصلحة علاجية أو ما تعرف بزرع الأعضاء أو غرس الأعضاء، فوضحت السبيل أمام الفقهاء لبيان الحكم الشرعي.

ونقل الأعضاء - في عرف الطب - ثلاثة أنواع: نقل ذاتي ونقل من حي إلى حي ونقل من ميت إلى حي.

المسألة الأولى: النقل الذاتي

النقل الذاتي ضرب من الانتفاع ببعض أجزاء الإنسان الحي من بدنه لمنفعة بدنه، وهذا الانتفاع مصلحة ظاهرة، غير أن هذه المصلحة تتفاوت درجاتها بحسب مدى الحاجة إلى الانتفاع بها، فقد يكون ما يحتاج إليه المنتفع من نفسه تتوقف عليه حياته، وقد يكون ما يحتاج إليه لا يبلغ مبلغ الضرورة بل ينحصر في التحسين والتجميل، والحكم الشرعي ههنا يتغير بتغير مرتبة المصلحة الشرعية.

المسألة الثانية: النقل من حي إلى حي

الوضعية المطروحة في هذا العنصر هي: هل يجوز للإنسان المحترم الكامل الأهلية أن يتنازل عن عضو أو جزء من جسمه ليستفيد منه إنسان آخر توقفت استمرارية حياته على ذلك؟

وأقول بادئ ذي بدء إن فقهاء المجمع - الدارسين لهذه المسألة - قد أجمعوا على أنه لا يجوز للإنسان المحترم الكامل الأهلية أن يتنازل عن عضو أو جزء من جسمه ليستفيد منه إنسان آخر توقفت استمرارية حياته على ذلك إن غلب على الظن تسببه للموت أو - بتعبير أصح - إن لم تحقق الطمأنينة التامة بأن ذلك يؤثر على استمرار حياته وسلامتها^(٣١)، فلا يجوز إضرار نفس لإنقاذ نفس أخرى وذلك لتساوي النفوس، وبتعبير أدق إن النقل من حي إلى حي محرّم في حالتين:

- نقل يؤدي إلى ضرر بالغ بتفويت أصل الانتفاع أو جله كقطعة كلية أو يد أو رجل.

- نقل يؤدي إلى الخطر على الحياة أو الصحة أو يؤدي إلى الموت كنزع القلب أو الرئة^(٣٢).

وقد قاس حسن علي الشاذلي^(٣٣) المسألة المطروحة على ضرورة الجوع التي أطنب الفقهاء القدامى في الحديث عنها، ومنعوا سد الرمق لإحياء النفس بإتلاف

أخرى^(٣٤)، ومنع محمد عبد الرحمن^(٣٥) قياس الانتفاع بأعضاء جسم الحي بالحق الضرر به على الانتفاع بالدماء، لأن الدم سائل من البدن يرجع إليه مثله بلا مشقة^(٣٦). وبناء على ما ذكر أكد البوطي عدم جواز الإكراه على التنازل وإقبال الطبيب على التنفيذ^(٣٧) هذا بالنسبة إلى الإنسان كامل الأهلية أما بالنسبة إلى غيره فقد أكد محمد نعيم ياسين أنه لا يحل في شرع الله أن يمس الجنين الذي استقبل الروح بعد أربعة أشهر بأي أذى ولا يجوز الاستفادة منه وإن كان ذلك بإذن الأبوين أو بناء على تبرعهما نيابة عن الجنين، لأن النيابة مقررة لمصلحة المنوب عنه فليس لأي نائب أن يتصرف بما يتسبب بالضرر لمن ينوب عنه، ولا يجوز إزهاق روح الإنسان لكونه سببا في إحياء روح إنسان آخر لأن مصلحة الحياة هنا متساوية^(٣٨) كما أن الإنسان الذي لا يتمتع بأهلية كاملة أي غير المالك لأمر نفسه مثل المجنون أو الطفل لا يملك أن يستقل بالتصرف في هذا الأمر (التبرع بأعضائه) ومن ثم فإن وليه لا يملك مثل هذا التصرف لأن من شروط صحة عقد الوكالة أن يملك أصل التصرف من جهة، وتصرف الولي منوط بما فيه الخير والمصلحة لموليه، ولذلك لا ينفذ من تصرفاته بحقوقه إلا ما كان على وجه الغبطة والمصلحة^(٣٩).

أما إذا كان النقل لا تأثير له بأي ضرر مطلقا كنقل قطعة من جلد ونحوه مما لا تتوقف حياته ولا صحته عليه، أو يؤدي إلى ضرر جزئي محتمل لا خطر معه على صحته ولا حياته مثل نقل سن أو نقل دم بالنسبة إلى كامل الأهلية، فهو جائز بناء على رعاية مصلحة كل من المتبرع والمستفيد^(٤٠).

تعقيب:

إن نقل الأعضاء من حي إلى حي الذي يؤدي إلى ضرر جزئي محتمل لا خطر معه على صحة المتبرع ولا حياته، لا يتوقف على نقل سن أو دم فذلك أصبح من البديهيات الطبية بل تعدى الأمر إلى نقل أعضاء وظيفية، ويبقى ضبط الضرر كما سبق بيانه موكولا إلى رأي ذوي الخبرة من الأطباء.

المسألة الثالثة: النقل من ميت إلى حيّ

قد يكون الميت إنساناً راشداً مات موتاً طبيعياً أو موتاً دماغياً، وقد يكون جنيناً مجهضاً مكتمل النمو أو غير مكتمل. أما الانتفاع بأجزاء الميت عند الضرورة سواء كان معصوماً أو غير معصوم فجائز عند جمع غفير من فقهاء المجمع بشرط الرضا والإذن الشرعي، إحياء للنفس الأدمية ومدا لأسباب البقاء لها^(٤١)، وقد بنى حسن علي الشاذلي موقفه القائل بالجواز على قاعدة المصلحة واستنارة بآراء الفقهاء القدامى في حكم الانتفاع بميتة الإنسان عند الاضطرار^(٤٢). ويبان ذلك أن إنقاذ نفس حية بشيء من نفس ميتة حفاظاً على النفس وإحياء لها هي مصلحة معتبرة وخالصة، لأن النفس الميتة إذا لم يُتفَع بها تحللت وصارت تراباً^(٤٣).

ووضع هذا الباحث شروطاً لهذا الانتفاع تتمحور في النقاط الأربع الموالية:

أن لا توجد ميتة أخرى غير ميتة الأدمي.

أن يكون المضطر معصوم الدم.

يجب أن يكون المتفَع مضطراً إلى هذا الانتفاع^(٤٤).

الإذن بالانتفاع سواء بوصية من الميت أو بتصريح من الورثة احتراماً لإرادة الإنسان وحفاظاً لحقوقه وحقوق ورثته^(٤٥).

أما الاستفادة من الأجنة للزرع فهي جائزة، يرى العبادي^(٤٦) أن الجنين المجهض مكتمل النمو ولم يخرج حياً أو كان غير مكتمل النمو، تجوز الاستفادة منه في العلاج في حدود الضرورة تحقيقاً لمصلحة إنسان آخر^(٤٧)، ويرى محمد نعيم ياسين أنه لا يوجد شرعاً ما يمنع الاستفادة من الجنين قبل نفخ الروح فيه، لأنه لا يوصف بأنه آدمي وكذلك إذا كانت خلايا الجنين حية فإن استخدامه في زراعة الخلايا والأنسجة جائز لأنه يعتبر ميتاً حكماً وإن كانت خلايا جسده حية في الحقيقة^(٤٨). ولا يرى الباحث محمد نعيم ياسين مانعاً شرعياً من نقل خلايا الجنين العصبية وقرسها في جهاز عصبي أو دماغ لإنسان يحتاج ما دام ذلك ضمن

الشروط خصوصاً وأن الاستفادة لا تنقل معها أي مقوم من مقومات الشخصية، ولأن الدماغ كبقية أعضاء الجسد^(٤٩)، وهذا الرأي قد ذهب إليه الشيخ محمد المختار السلامي^(٥٠) الذي لم ير مانعاً شرعياً من فتح بطن الأم وأخذ الخلايا قبل نزع السقط من الرحم لزرعها في دماغ مريض لا أمل في شفائه إلا من تلك الخلايا الغضة القابلة للنمو^(٥١).

تعقيب:

يبدو أن فقهاء المجمع قد راعوا في الدعوة إلى الاستفادة من الأدمي الميت للعلاج مصلحة الحي، خصوصاً وأن الطب قد أحدث تطوراً في مجال زرع الأعضاء وخصوصاً في استخدام الأجنة (الأعضاء والخلايا) في علاج الأمراض المستعصية، ولذلك لا غرابة أن نرى الخبراء في هذا الميدان الطبي ممن انضم إلى أعضاء المجمع قد أطنبوا في تفصيل الحديث حول النجاحات التي حققها الطب في هذا المجال مثل محاضرة الدكتور محمد أيمن صافي^(٥٢) التي تضمنت في الجزء الأول من العدد الرابع من المجلة إذ بين أن الطب قد تمكن من غرس خصيتي الجنين والغدة السعترية (التيوس) التي تغرس لأطفال يعانون من نقص المناعة، وغرس بعض خلايا بانكرياس الجنين التي تفرز الأنسولين لمعالجة نوع من أمراض السكري، وهناك محاولات لغرس بعض خلايا الأجنة لعلاج مرض باركنسون كما أنهم يستخدمون غشاء السلى والأغشية المحيطة بالجنين لمعالجة الحروق وغيرها من الأمراض^(٥٣).

غير أن الإشكالية الشرعية تتمثل في أن النتيجة المرجوة من هذه الاستفادة لا تحصل علمياً إلا إذا كان الجنين المجهض قد وصل من النمو داخل الرحم إلى مرحلة كبيرة أي قد تعدت في نموه داخل الرحم مرحلة نفخ الروح إضافة إلى أن يظل حياً أو أن تظل أنسجته حية إلى حين نقلها أو فصلها أو تجميدها^(٥٤)، فهذه الوضعية ينطبق عليها حكم الاستفادة من أعضاء الحي فاقد الأهلية.

ومما يلاحظ أن سلب صفة الآدمية من الجنين قبل نفخ الروح فيه رأي فيه نظر شرعا وطبا، بقي أن أشير إلى أهمية الاستفادة من أعضاء الآدمي لإجراء التجارب العلمية.

إن المتصفح لمجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة يلاحظ تنوعها وثراءها، أما التنوع فأعني به كثرة القضايا وتفرعها وخصوصا منها الطبية - وهي مجال الكلام في هذا المضمرة - وأما الثراء فالمقصود به كثرة الآراء والمواقف من قبل الخبراء والمختصين في ميادينهم من جهة ومن قبل الفقهاء من جهة أخرى. وموضوع الاستفادة من أعضاء الآدمي لإجراء التجارب العلمية كان محل بحث ونظر وتحليل، فكانت مداخلات الأطباء ذوي الاختصاص التي تزخر بها المجلة تؤكد أهمية الاستفادة من أعضاء الآدمي في التجارب العملية، وتنوه بقيمة نتائج هذه التجارب في تحقيق مصلحة البشرية وسعادتها، وتوصل للمسألة من شتى جوانبها حتى يتيسر السبيل أمام الفقهاء ليكشفوا عن الحكم الشرعي إذ «الحكم على الشيء فرع عن تصوره» كما يقال.

المسألة الأولى: أهمية الاستفادة من أعضاء الإنسان لإجراء التجارب العلمية (المنحى التأصيلي).

حلّل الدكتور محمد علي البار^(٥٥) مظاهر تطور التجارب والأبحاث على الأجنة الإنسانية في العصر الحديث. فقد تم استخدام أنسجة الأجنة لدراسة فروع مختلفة من العلوم، فعلى سبيل المثال في مجال دراسة السرطان تمت دراسة مستضدات الأورام الجينية في كثير من أعضاء الأجنة مثل الدماغ والكبد والبنكرياس والغدة الليمفاوية (السكرية)، وفي مجال دراسة الفيروسات استخدمت أعضاء الأجنة مثل الكبد والرئتين والكلية لعزل الفيروسات وإنتاج اللقاحات الفيروسية المختلفة. وفي مجال الغدد الصماء استخدمت غدد الأجنة وخاصة الغدة الكظرية لإنتاج الهرمونات، وفي مجال كيمياء علم الموروثات الحيوي تم استخدام الكبد والرئة والدماغ والمشيمة من الأجنة وذلك لمعرفة الأنزيمات المعينة ولمعرفة

عيوب الاستقلاب الوراثية، وفي مجال علم الدم استخدمت الأجنة لمعرفة فصائل الدم وتكوين الجنس والغدد التناسلية ودراسة الخلايا ... واتسعت الدراسة في مجال علم المناعة لتشمل الأجنة ولتحضير مضادات الأجسام ومستضدات وحيدات النسيلة^(٥٦).

ورغم هذه الفوائد الحاصلة من أعضاء الآدمي وأخص بالذكر هنا الأجنة، فإن الموضوع كان محل جدل كبير حتى بين الأطباء، والرأي السائد كما يقول الدكتور عبد الله حسين باسلامة^(٥٧) هو الموافقة على (استخدام الأجنة في البحث العلمي، حتى اليوم الرابع عشر من نموها أو من عمرها) باعتبارها في بداية تكوين الجهاز العصبي^(٥٨) ويذهب هذا الطبيب إلى أن التجارب العلمية على الأجنة تعد نوعاً من الإلتفاف للأجنة والقضاء عليها، وهو بالتالي اعتداء على حرمتها خلافاً للاستفادة منها في نقل الأعضاء فلا تعد إلتافاً^(٥٩) فما رأي فقهاء المجمع في المسألة ؟

المسألة الثانية: آراء فقهاء المجمع في مسألة الاستفادة من أعضاء الإنسان لإجراء التجارب العلمية

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بجواز الاستفادة من أعضاء الآدمي لإجراء التجارب العلمية وذلك في حدود الضرورة تحقيقاً للمصالح الشرعية المعبرة دون تفصيل أو تخصيص^(٦٠) ومنهم من ضبط مجال هذه الاستفادة في أعضاء الإنسان الميت ومنهم من خص حديثه حول الانتفاع بأعضاء الأجنة وخلاياها.

العنصر الأول: حكم الاستفادة من الميت لإجراء التجارب العلمية

ممن أثار مسألة الاستفادة من الميت لأغراض علمية وفصل الحديث فيها، الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ذلك أنه اعتبر التصرف من حيث المبدأ جائزاً بل واجباً، أي أن تيسير السبيل إلى إجراء هذه التجارب واجب على مجموع المسلمين شأنه كشأن سائر الفروض الكفائية المختلفة^(٦١).

وقد بنى البوطي حكمه على مبدأ المصلحة الشرعية المعبرة ذلك أن القدر

الكافي من الخبرة الطبية الواجب تحصيلها يتوقف على إجراء تجارب علمية على بعض الجثث في نطاق الجراحة الطبية^(٦٣) بل إن هذه المصلحة تعد ضرورية وعامة، لذا حثّ البوطي على ضرورة الإعلان عن الحاجة الماسة إلى العدد المطلوب من الجثث لهذا الأمر، فإن قدم أولياء الموتى ما يكفي لتغطية الحاجة بالسماح للاستفادة من موتاهم فذاك، وإلا فهناك طرق أخرى أشار إليها البوطي لتحقيق هذه المصلحة العامة أولها الاستفادة من جثث أولئك الذين يؤول تجهيزهم ودفنهم إلى الولي العام ممن لا يوجد لهم ورثة من الأقارب أو ذوي الأرحام، ومن ثم فهو يملك أن يقرر ما يشاء ضمن حدود المصلحة الضرورية التي لا يتجاوزها^(٦٤).

ثانيها: إجراء قرعة، حيث تعتمد الدولة السبل الإجرائية التي ترى أنها الأليق والأكثر اتفاقاً مع المصلحة العامة، وأكد البوطي أن حق الدولة في تشريح الجثث للمصلحة العامة ثابت بعد القرعة وبها يسقط حق أولياء الميت^(٦٥).

العنصر الثاني: حكم الاستفادة من الأجنة لإجراء التجارب العلمية

المقصود بالأجنة في هذا العنصر هي الأجنة المجهضة لا الأجنة الفائضة^(٦٦) التي قد تجهض عمداً أو لضرورة، والجنين إما أن يكون قد نفخت فيه الروح أو لم تنفخ بعد، وبناء على ذلك فإن الاستفادة من هذه الأجنة لإجراء التجارب العلمية تختلف من وضعية إلى أخرى.

يرى الباحث عمر سليمان الأشقر^(٦٧) أن الاستفادة من الأجنة المجهضة عمداً لغرض البحث العلمي لا مجال للبحث فيه، لأن الشريعة الإسلامية لا تبيح الإجهاض المتعمد إلا لسبب ضروري، أما إذا كان عدواناً فهو جريمة^(٦٨)، أما إن أجهضت الأجنة لضرورة طبية أو لسبب لا يعود إلى إختيار الإنسان فهذه لا بأس من إجراء التجارب عليها والاستفادة منها بأخذ بعض الأعضاء والأنسجة لمن يحتاجون إليها من المرضى ويطبق عليها في هذه الحالة ما يطبق على الإنسان غير الجنين.

وقد استأنس هذا الباحث بالحقائق العلمية الطيبة المعاصرة التي تؤكد أن الجنين حي من بداية الحمل وأن حياته محترمة في كافة أدوارها^(٧٨)، خلافاً لذلك نفى بعضهم هذه الحقيقة مؤكداً أنها مستوحاة من التصور الذي لا يؤمن بالروح ومقتضاه أن يكون أي تصرف بالجنين يفقده صفة الحياة الموجودة فيه قتلاً لإنسان حي حتى وإن كان عمره ساعة^(٧٩).

إن ما ورد في المسألتين السالفتين من بحث في حكم الاستفادة من أعضاء الإنسان سواء لمصلحة علاجية أو لمصلحة البحث العلمي ليس إلا تأصيلاً للموضوع من زاوية مقاصدية، ولعمري إن هذه الرؤية تزداد وضوحاً حين تؤسس المسائل المتفرعة عن الموضوع على ميزان المصالح الذي وضعه علماء المقاصد والذي به يتم الجمع أو الترجيح، وقد يختلف العلماء في بعض رتب المصالح و"من وفقه الله للوقوف على رتب المصالح عرف فاضلها من مفضولها ومقدمها من مؤخرها"^(٨٠)، ولا يقدم الصالح على الأصلح إلا جاهل بفضل الأصلح أو شقي متجاهل^(٨١).

وموضوع الاستفادة من أعضاء آدمي يمكن أن ينظر إليه بميزان المصالح تبعاً لأقسام تلك المصالح:
أولاً: باعتبار أثارها في قوام أمر الأمة.

ثانياً: باعتبار تعلقها بعموم الأمة أو جماعاتها أو أفرادها.

ثالثاً: باعتبار تحقق الاحتياج إليها في قوام أمر الأمة أو الأفراد^(٨٢).

إن المتأمل في مقالات مجلة المجمع يجد اهتماماً ملحوظاً بهذه النظرة المقاصدية وإن كانت متفاوتة بين باحث وآخر، ولعل أبرز من أولاهها العناية اللازمة الباحثان محمد نعيم ياسين وبكر بن عبد الله أبو زيد اللذان كان عملهما مركزاً ودقيقاً من هذه الناحية، خلافاً للبعض الذي أوغل في نقل الخلافات الفقهية المشابهة للموضوع المطروح.

المسألة الأولى: الاستفادة من أعضاء الإنسان والموازنة بين المصالح باعتبار مآلها

لا تخلو مصلحة الإنسان الحي الراغب في الانتفاع بأعضاء الآدمي من مراتب المصالح المعتبرة الثلاثة:

- أن تكون ضرورية تتوقف حياته على ذلك العضو.
- أن تكون حاجية لا تتوقف حياته عليها كالحاجة إلى القرنية ونحوها.
- أن تكون تحسينية كترقيع شفة ونحوها^(٧٣) سواء كان النقل ذاتياً أو من ميت إلى حي أو من حي إلى حي أو من الأجنة المجهضة.

العنصر الأول: الاستفادة من أعضاء الإنسان والمصلحة الضرورية

المصلحة الضرورية هي أعلى المصالح الشرعية وأولها بالاعتبار شرعاً وعقلاً وواقعاً، ولذلك لم يختلف فقهاء المجمع في جلبها رغم ما قد يحيط بها من مفسد نادرة.

إن الإنسان الحي قد يضطر إلى الانتفاع ببعض أجزاء بدنه لمصلحة نفسه وتلك المصلحة قد تبلغ مبلغ الضرورة بأن يكون ما يحتاج إليه من نفسه تتوقف عليه حياته، فيجوز النقل الذاتي ههنا خشية أن تهلك النفس جميعاً^(٧٤). وقد يضطر المريض إلى الانتفاع بأعضاء الميت وذلك بأن تتوقف حياته عليه كالقلب والكلى والرئتين ونحوها من أصول الانتفاع الضرورية فجائز، وقد علّل بكر بن عبد الله أبو زيد هذا الحكم بكون مصلحة الحي برعاية إنقاذ حياته أعظم من مصلحة الميت بانتهاك حرمة بدنه وقد فارقه الروح، ولكن لا يتم هذا الانتفاع إلا بإذنه أو إذن ورثته^(٧٥).

أما الانتفاع بأعضاء الحي لمصلحة ضرورية للراغب في الاستفادة فلا يجوز إذا كانت تلك الأعضاء ضرورية للمتبرع، ولذلك ترجح مصلحة المتبرع إذ لا يباح للإنسان المحترم الكامل الأهلية أن يتنازل عن عضو أو جزء من جسمه ليستفيد منه

إنسان آخر توقفت استمرارية حياته على ذلك إن غلب على الظن تسببه للموت، كتنزع قلب أو رئة. أما إذا كان النقل يحقق مصلحة ضرورية للمستفيد ولا يلحق ضرراً بالم تبرع كتنقل الدم فجائز بناء على رغبته باعتباره كامل الأهلية خلافاً لناقصي الأهلية كالطفل والمجنون فإن وليهما لا يملكان مثل هذا التصرف كما سبق ذكره، وكذلك الجنين الذي استقبل الروح بعد أربعة أشهر على رأي الباحث محمد نعيم ياسين الذي سبق بيانه في الصفحات السالفة.

أما الأجنة المجهضة التي يجوز الاستفادة منها فإنها قد تحقق مصلحة ضرورية وذلك بأن تستخدم في علاج بعض الأمراض المستعصية الخطيرة التي تصل إلى مرتبة الضروريات أو في الوقاية من بعض الأمراض والعيوب التي تنغص على الإنسان حياته والتي لا تقل عن مرتبة الحاجيات وقد تنزل منزلة الضروريات بسبب اتصافها بصفة الشمول وعموم نفعها على جنس الإنسان، وقد تستخدم في تحصيل بعض العقاقير واللقاحات والمضادات التي تحقق مصلحة ضرورية^(٧٦).

ومما يجدر النظر إليه بعين الاعتبار في هذا السياق أن المرحلة التطورية التي عليها الجنين هي التي تحدد مراتب المصالح المعتبرة - على رأي الباحث محمد نعيم ياسين - فالجنين في مرحلة المضغة مثلاً يكون أعلى قدراً وأعظم قيمة منه في مرحلة العلق، ولذلك ينبغي أن يراعى في جواز استخدامه في زراعة الأعضاء وإجراء التجارب العلمية أن تكون المصالح المراد تحقيقها لا تقل عن مرتبة الضروريات^(٧٧).

العنصر الثاني: الاستفادة من أعضاء الإنسان والمصلحة الحاجية

وصورتها أن يكون بالشخص عيب ظاهر، فيحتاج إلى إصلاحه كما يحدث عقب الحروق والحوادث التي قد تبتر عضواً أو تحدث به منظر غير مألوف كشوه بالأذن أو الأنف، أو قد يولد الإنسان بهذه الكيفية ويمكن عن طريق الجراحة إصلاح هذا العيب الظاهر^(٧٨) فإن كانت الاستفادة من أجزاء الإنسان نفسه فليست تغييراً للخلق بل هي إعادة لها إلى حالتها الطبيعية، وهذا لا ياباه الشرع

الحكيم^(٧٩)؛ أما الانتفاع ببعض أجزاء الميت تحقيقاً لهذه المصلحة فغير جائز في نظر الدكتور بكر بن عبد الله أبو يزيد سواء أذن الميت قبل وفاته أو لا لأن حرمة ميتاً كحرمة حياً^(٨٠) وهذا خلافاً للانتفاع ببعض أجزاء الحي، فإن كان النقل لا تأثير له بأي ضرر مطلقاً كنقل قطعة من جلد ونحوه أو يؤدي إلى ضرر جزئي محتمل مثل نقل سن فهو جائز كما سبق بيانه خلافاً لناقصي الأهلية والجنين الذي استقبل الروح.

أما الأجنة المجهضة فإن الاستفادة منها جائز بشروطها لتحقيق مصالح حاجية للمتفع المصاب أو لعموم الناس بإجراء تجارب علمية عليها تكون سبباً في الوقاية من بعض الأمراض والعيوب وفي تحصيل العقاقير واللقاحات^(٨١).

ويشير الباحث محمد نعيم ياسين إلى أهمية الانتفاع بتحقيق هذه المصالح الحاجية - بالجنين الذي وصل إلى مرحلة النطفة (قبل نفخ الروح فيه ومدتها أربعون يوماً) أو مرحلة العلقه إذا كانت المصالح الحاجية المراد تحقيقها تنزل منزلة الضروريات^(٨٢).

العنصر الثالث: الاستفادة من أعضاء الإنسان والمصلحة التحسينية

قد تكون غاية الاستفادة من أعضاء الإنسان التجميل والتحسين بأن يكون العيب طفيفاً لا يوقع المتفع في ضرر كما لا يوقعه في مشقة وخرج فتكون المصلحة المراد تحقيقها تحسينية فلا خلاف في عدم الجواز، ويعمل بكر بن عبد الله هذا المنع بالأسباب التي سبق ذكرها في المصالح الحاجية ولأن هذا التصرف يعرض جثة الميت للامتهان ويسوغ العبث بها خلافاً للنقل من الحي إذا لم يكن له تأثير على المتبرع وإذا كان تام الأهلية كما سبق ذكره^(٨٣).

أما الأجنة المجهضة فإن استعمالها هي الأخرى لتحصيل منافع تحسينية كإعداد بعض مستحضرات التجميل غير جائز شرعاً، وتعد مصالحيه ملغاة لأنها منافع هابطة القيمة^(٨٤).

تعقيب:

يتبين مما سبق بيانه في هذه المسألة، أن فقهاء المجمع قد راعوا في النظر إلى الاستفادة من أعضاء الإنسان مراتب المصالح باعتبار كونها ضرورية أو حاجية أو تحسينية، ولئن كان بعضهم قد نص على المنهج في النظر الشرعي، فإن البعض الآخر قد مال إلى تفريع المسائل دون تأصيلها مقاصدياً على المستوى النظري، ويبرز هذا التفاوت - أيضاً - في العمل بهذا المنهج في المسألة الموالية.

المسألة الثانية: الاستفادة من أعضاء الآدمي والموازنة بين المصالح باعتباره تعلقها بعموم الأمة أو جماعتها أو أفرادها

تنقسم المصلحة بهذا الاعتبار إلى كلية أي عامة لجميع الأمة أو لجماعة عظيمة منها وجزئية أي خاصة بفرد أو بأفراد قليلة^(٨٥) ويراعى في هذا التقسيم وخصوصاً عند الترجيح مراتب المصالح الثلاث المذكورة سلفاً وهي الضرورية والحاجية والتحسينية، فكما أن مصلحة المريض في الاستفادة من أعضاء الإنسان حياً أو ميتاً قد تكون ضرورية أو حاجية أو تحسينية فإن المصلحة العامة أيضاً تكون كذلك.

غير أن العلماء قرروا أن ما كان من المصالح أعم وأشمل كان أولى بالاعتبار طلباً كما قرروا أن الحاجة إذا عمّت صارت في منزلة الضرورة^(٨٦).

العنصر الأول: الاستفادة من أعضاء الإنسان والمصلحة الخاصة

إن حق المريض في الاستفادة من أعضاء الآدمي أمر مشروع ومصلحة معتبرة بشروطها، غير أن مصلحة المستفيد تقابلها مصلحة فردية أخرى وهي مصلحة المتبرع أو المستفاد منه قد تساويها من حيث الاعتبار الشرعي وقد تغلب عليها فتترجح بمرجحات أخرى كتقديم المصلحة الضرورية على الحاجية أو مصلحة الحي على مصلحة الميت.

لقد منع فقهاء المجمع نقل الأعضاء من حي إلى حي مما يضر بالمترع بناء على أن "ليس ثمة من مصلحة ترجح بها حياة الأول على الثاني أو العكس ما دام كل منها معصوم الدم ... أما مظاهر التفاوت العارضة بين الناس فلا دخل لشيء منها في تصنيف درجات أصل الحياة"^(٨٧) فحق الحياة في نظر الشريعة واحد، وإذا كان حفظ حياة المنتفع لا يتحقق إلا بإضرار المنتفع منه فجلب مصلحة المنتفع غير معتبرة شرعاً بل هي ملغاة، أما إذا كان الانتفاع يحفظ حياة المنتفع دون أن يضر بالمنتفع منه فيجوز جمعا بين المصلحتين^(٨٨) باستثناء فاقد الأهلية وناقصيها فهم لا يستقلون بالتصرف في هذا الأمر كما رأينا.

أما إذا تعارضت المصالح الفردية بين الحي والميت فإن مصلحة الحي أولى بالاعتبار ترجيحاً لمصلحة حفظ النفس على مصلحة حفظ الكرامة، وقد ذهب هذا المذهب أغلب فقهاء المجمع، وبيانه أن "ضرورة إنقاذ حياة الإنسان وإعادتها إلى النهج القويم أرجح في سلم المصالح المعتبرة من مراعاة كرامة الإنسان بعد موته وذلك حينما لا يقوم مقام الميت جزء آخر من غيره وكان في ذلك إنقاذ لحياته أو تمتيع بعضو أصيل من جسمه"^(٨٩). وبناء على ما تقدم أجازت لجنة الإفتاء في المملكة الأردنية التشريح ونقل عضو من أعضاء ميت إلى إنسان لحفظ حياته أو سلامة أعضائه وذلك لا يقصد به الإهانة وإنما يقصد به إنقاذ حياة الإنسان أو سلامة عضوه^(٩٠).

ومن الضوابط التي وضعها فقهاء المجمع في هذا السياق أن لا يتم التبرع مقابل بدل مادي أو بقصد الربح وألا يحدث النقل تشويهاً في جثة المترع.

وأجاز محمد عبد اللطيف صالح الفرفور^(٩١) الانتفاع بالجهاز العصبي من الميت بعد تيقن موته بالطب الحديث وقبل فساد هذه الأجهزة في جسم الميت بشرط أن يأذن قبل موته أو أن يأذن ورثته بعده وأن تكون فائدة العلاج يقينية أو غالبية على الظن لا موهومة^(٩٢)، ويضاف إلى ذلك جواز الانتفاع بالأجنة بالحدود التي ضبطت في الصفحات السالفة.

العنصر الثاني: الاستفادة من أعضاء الإنسان والمصلحة العامة

سبق أن بينت أن مسألة الاستفادة من أعضاء آدمي في ضوء المصلحة الخاصة تتعلق خصوصاً بمصلحة زرع الأعضاء سواء أكانت ضرورية أم حاجية أم تحسينية، أما الاستفادة من أعضاء آدمي للمصلحة العامة فتتجسد خصوصاً في التجارب العلمية التي تقام على الجثث والأجنة المجهضة ويلحق بها تشريح الجثث.

ويرى البوطي أن إجراء التجارب العلمية على الجثث لتحصيل القدر الكافي من الخبرة الطبية يعد من باب المصلحة الضرورية العامة رجحت على مصلحة تحسينية للميت^(٩٣) أما إجراء التجارب على أجنة المجهضة فهي تحقق مصالح عامة تتمثل في دراسة فروع مختلفة من العلوم وتحضير مضادات الأجسام والتنبؤ ببعض الأمراض والاحتياط لها، ولكن حكم الاستفادة من هذه الأجنة يختلف تبعاً لاختلاف نوع الإجهاض (العمد أو الضرورة) والمرحلة العمرية للجنين وأهمية تلك الاستفادة بحسب مراتب المصالح الثلاث الضرورية والحاجية والتحسينية.

ومن نافلة القول أن نضم لهذا العنصر مسألة تشريح الميت للكشف عن الجريمة، فالتشريح في هذه الحالة - وإن لم يكن فيه استفادة مادية - يحقق فائدة للعدالة. وقد أكد البوطي في هذا السياق أن مصلحة الحق العام هي الراجحة بل لا ريب أن مصلحة رعاية كرامة الميت منطوية في مصلحة الحق العام بمعنى أن كرامة الميت آيلة إلى التمزق والهدر إن لم تراعى مصلحة الحق العام في حفظ العدالة، ومن المعلوم أن الحق الذي يتعلق بجثة الميت لاستخراج الجنين أو لاستخراج الجوهرة الثمينة كما بين ذلك الفقهاء قديماً إنما هو حق خاص فمن باب أولى رعاية الحق العام^(٩٤).

المسألة الثالثة: الاستفادة من أعضاء الإنسان والموازنة بين المصالح

باعتبار تحقق الحاجة إلى جلبها أو دفع الفساد عن أن يحقق بها

يؤكد أبو إسحاق الشاطبي أن المصالح الدنيوية من حيث هي موجودة في

الواقع ليست خالصة لأنها مشوبة بتكاليف ومفاسد وإن قلت، ولكن هذه المصلحة إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفاً وهي أيضاً المقصودة شرعاً وتعد هذه المصلحة في ميزان الشرع خالصة^(٩٥). ويرى الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور أن هذه المصلحة الخالصة تكون قطعية إذا دلت عليها أدلة من قبيل النص الذي لا يحتمل تأويلاً أو تضافرت الأدلة الكثيرة عليها مستندة إلى استقرار الشريعة، أو ما دل العقل على أن في تحصيله صلاحاً عظيماً، أما إذا اقتضى العقل ظنه أو دل عليه دليل ظني من الشرع فهي المصلحة الظنية، وتعتبر وهمية المصلحة التي تخيل فيها صلاح وخير، وهي عند التأمل ضرر^(٩٦). فالمصلحة القطعية والمصالح الظنية هي مصالح شرعية معتبرة وهي الراجحة أما المصلحة الوهمية فهي مصلحة ملغاة في عرف الشرع ومرجوحة.

ولعل مسألة الاستفادة من أعضاء الأدمي تعثرها هذه الأنواع من المصالح، وهي تبدو من أول وهلة مصلحة خالصة لأن جانب الصلاح فيها غالب على جهة الفساد نظرياً، ولأن العقل يدل على أن في تحصيلها صلاحاً عظيماً في مجال الطب وعلاج المرضى وتطور العلوم، ثم إن الشرع دلّ عبر الاستقراء على ضرورة جلب كل ما يحقق حفظ النفس من جانب الوجود ومن جانب العدم. ولما كانت الاستفادة من أعضاء الأدمي مصلحة خالصة فقد رجّحها حسن الشاذلي مطلقاً، فإذا كان الميت قد أوصى بالانتفاع ببعض أجزائه ولم يوافق الورثة فالاعتداد بوصية، وإذا رفض هو التبرع بأجزاء منه ثم وافق الورثة عليه بعد وفاته فيرجح جانب الورثة تحقيقاً لهذه المصلحة الخالصة^(٩٧).

أما إذا نظرنا إلى جزئيات هذه المصلحة وما يحيط بها من مفاسد فإنها تتدنى إلى درجة المصلحة الظنية وقد تلغى تماماً في عرف الشرع، فمن الظني مثلاً أن يغلب على ظن الطبيب أن تشريح الجثة من شأنه أن يكشف الجريمة^(٩٨) ولا يتوهم أن زرع الأعضاء مصلحة بمجرد أنها تحقق منافع لأن تلك المنافع قد تكون تحكيماً للهوى والشهوة أو تلبية لغريزة حب الذات أو حب البقاء بأية وسيلة كانت.

ومن هذه المصالح الوهمية والملغاة شرعاً، الانتفاع بأعضاء الحي «الذي يبدو مصلحة لدى المتنتفع هو ليس كذلك في عرف الشرع لأنه تهديد لحياة متيقنة (حياة المنقول عنه) بعملية ظنية موهومة أو إمداد لمصلحة مفوتة لمثلها بل أعظم منها»^(٩٩) ولا تكون تلك المصلحة خالصة إلا إذا كان الانتفاع بحفظ حياة المتنتفع دون أن يضر بالمتنتفع منه^(١٠٠).

أما فيما يتعلق بالاستفادة من الأدمي الميت في مجال البحث العلمي فهي مصلحة خالصة إذا كان من ورائها رغبة في تحصيل بعض العقاقير واللقاحات والمضادات المفيدة في العلاج والوقاية من أمراض تنتشر بين الناس، ولا يرجى الوقاية منها بغير ذلك، أما إذا استعمل الأدمي - خصوصاً الأجنة المجهضة - لتحصيل منافع موهومة كالتوسع في تلبية شهوة البحث العلمي أو في لب مشتريات الإنسان كاستخراج بعض مستحضرات التجميل من الأجنة فهذه مصالح ملغاة كما أكد الباحث محمد نعيم ياسين ويعبر عنها بالمفاسد^(١٠١).

توصيات

بعد إعداد نواة هذا البحث المتواضع، يمكن تسجيل التوصيات الموالية :
على الجهات الرسمية في سائر البلدان الإسلامية أن يولوا اهتماماً بتدريس مقاصد الشريعة الإسلامية خصوصاً في المؤسسات الجامعية الدينية.
حري بطلبة العلم أن يمموا وجوههم لقراءة كتب المقاصد القديمة والمعاصرة حتى يربطوا بين الأحكام وأسرارها.
يجب على دور الإفتاء أن تراعي المقاصد الشرعية في إصدار الفتاوى رفعا للهرج والمشفة عن المكلفين، وربطاً للشريعة بالواقع.

الهوامش:

- (١) ابن عاشور (محمد الطاهر)، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ط ٣، ١٩٨٨، ص ١٤٥.
- (٢) م.ن، ص ١٤٨.
- (٣) الغزالي (أبو حامد)، المستصفى من علم الأصول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت، الجزء الثاني، ص ٣٠٤.
- (٤) الطوفي (نجم الدين)، رسالة في رعاية المصلحة، الدار المصرية اللبنانية، ط ١، ١٤١٣ هـ ١٩٩٣ م، ص ٢٧.
- (٥) مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ص ١٠٨، ١٠٩.
- (٦) الموافقات في أصول الشريعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دار القلم دمشق، سورية، ط ١، ١٤١٩ هـ ١٩٩٨ م، الجزء الثاني، ص ٦، ٨، ١٦٨.
- (٧) ابن عاشور (محمد الطاهر)، مرجع سابق، ص ٥١.
- (٨) للتوسع انظر: القرافي (شهاب الدين)، الفروق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، جزء ٤، ص ٣٤.
- السبكي (تاج الدين)، الأنشبا والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١١ هـ ١٩٩١ م، الجزء ٢، ص ١٩٠.
- مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ص ٦٦، ٧٨، ١٤٥.
- (٩) أنظر مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ٨٦.
- (١٠) العقل العملي في أصول الفقه، جذوره الكلامية والفلسفية، مركز تنمية الفكر الإسلامي، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠١٢، ص ٢٦٧.
- (١١) البقرة، ٢٣١.
- (١٢) ابن عاشور (محمد الطاهر)، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، د ط، مج ٢، ص ٤٢٥.
- (١٣) ابن عاشور (محمد الطاهر)، أليس الصبح بقريب، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط ١، ١٤٢٧ هـ ٢٠٠٦ م، ص ١٧٠.
- (١٤) المستصفى (٣٤٥/٢).
- (١٥) التحرير والتنوير (٣٢١/٢، ٤٣٢).
- (١٦) أنظر: ابن عاشور (محمد الطاهر)، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط ٢، ١٩٨٥، ص ٣٤.
- الغزالي (أبو حامد)، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط ١، ١٤٢٨ هـ ٢٠٠٨ م، ص ص ٢٠، ٢١.
- الفروق، ٤، ٧.

- (١٧) للتوسع في هذا الموضوع، انظر كتاب أليس الصبح بقريب، ص ١٥١، ١٥٨، ١٧٤.
- (١٨) مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ٥.
- (١٩) أنظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٨، ٢٤، ٤٨.
- شفاء الغليل، ص ٢٤.
- (٢٠) المستصفى (٢٦٦/٢).
- (٢١) الاجتهاد بين أسر الماضي وآفاق المستقبل، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط ١ - ٢٠٠٩م، ص ٢١٥.
- (٢٢) م.ن، ص ٢٠٧، ٢١٣، ٢١٧، ٢٤٠.
- (٢٣) أعلام الموقعين (٦٩/١).
- (٢٤) العثماني (محمد تقي)، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق، سوريا، ط ١، ١٤١٩ هـ ١٩٩٨ م، ص ٥.
- (٢٥) الفروق، (١١/٤).
- (٢٦) النحل، ٤٣.
- (٢٧) البوطي (محمد سعيد رمضان): انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا (٤ع ج ١٩٤/١).
- (٢٨) ن. م ص ١٩٣.
- (٢٩) ن. م ص ١٩٤.
- (٣٠) أنظر: البوطي (محمد سعيد رمضان) مرجع سابق، صفحات ١٩١-١٩٢-٢١٣.
- فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية (مج: ٤ع ج ١/ص ص ٤١٠-٤١١).
- الشريف (محمد عبد القادر): "زراعة الأعضاء وحكمه في الشريعة الإسلامية" (مج: ٦ع ج ١٧٦٧/٣).
- (٣١) أنظر: البوطي (محمد سعيد رمضان): المرجع نفسه ص ١٩٨.
- العبادي (عبد السلام داود) "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا" (مج: ٤ع ج ٤٠٨/١).
- بكر (عبد الله أبو زيد): المصدر نفسه ص ص ١٨٠-١٨١.
- الشاذلي (حسن علي) "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا" (مج: ٤ع ج ٢٧٧/١).
- عبد الرحمن (محمد): "انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا" (مج: ٤ع ج ٤٣١-٤٣٠/١).
- ياسين (محمد نعيم)، حقيقة الجنين وحكم التفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية.

٦٤، ج ٣، صفحتي ١٩١١-١٩١٢.

- (٣٢) أبو زيد (بكر بن عبد الله): "التشريح الجثامي والنقل والتعويض (ع ٤٤ ج ١/١٨١).
- (٣٣) الدكتور حسن علي الشاذلي: أستاذ وعميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر.
- (٣٤) الشاذلي (حسن علي): "انتفاع الإنسان ..." (ع ٤٤ ج ١/٢٧٧).
- (٣٥) الشيخ محمد عبد الرحمن: مفتي جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية.
- (٣٦) عبد الرحمن (محمد): "انتفاع الإنسان ..." أنظر صفحتي ٤٣٠-٤٣١.
- (٣٧) البوطي (محمد سعيد رمضان): المصدر نفسه ص ١٩٨.
- (٣٨) ياسين (محمد نعيم): "حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به" أنظر صفحتي ١٩١١-١٩١٢.
- (٣٩) أنظر: - البوطي (محمد سعيد رمضان): المصدر نفسه ص ٢٠٥.
- السلامي (محمد المختار) "زراعة خلايا الجهاز العصبي وخاصة المخ" (مج: ع ٦ ج ٣/١٧٥٠).
- (٤٠) أنظر تفصيل هذه المسألة في محاضرة الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد المذكورة سلفاً ص ١٨١.
- (٤١) الشاذلي (حسن علي): المصدر السابق ص ٢٦٢ وانظر:
- السيوطي (جلال الدين)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م، ص ٩٤.
- الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط ١، ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م، (٤٣/١).
- (٤٢) الشاذلي (حسن علي): المصدر نفسه من ص ٢٥٨ إلى ص ٢٦١.
- (٤٣) ن.م من ص ٢٦٢ إلى ص ٢٦٤.
- (٤٤) ن.م من ص ٢٦٣-٢٦٤.
- (٤٥) ن.م من ص ٢٦٤ وانظر:
- العبادي (عبد السلام داود): المصدر نفسه ص ٤٠٩.
- أبو زيد (بكر بن عبد الله): المصدر نفسه ص ١٨٣.
- (٤٦) عبد السلام داود العبادي: وكيل وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية بالمملكة الأردنية الهاشمية.
- (٤٧) العبادي (عبد السلام داود): "حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة" (مج: ع ٦ ج ٣/١٨٢٦).
- (٤٨) ياسين (محمد نعيم): المصدر نفسه ص ١٩٢٩.
- (٤٩) ن.م من ص ١٩٣٤-١٩٣٥.
- (٥٠) محمد المختار السلامي: عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي ومفتي الجمهورية التونسية سابقاً.
- (٥١) السلامي (محمد المختار): المصدر نفسه ص ١٧٥٣.

- (٥٢) الدكتور محمد أيمن صافي: أستاذ مساعد بقسم الجراثيم والمناعة، كلية الطب جامعة الملك عبد العزيز.
- (٥٣) صافي (محمد أيمن): "غرس الأعضاء في جسم الإنسان: مشاكله الاجتماعية وقضاياها الفقهية" (مج: ٤٤ ج ١/ صفحات ١٣١-١٣٢-١٣٣).
- وانظر البار (محمد علي): "إجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستنبئة" (مج: ٦٤ ج ٣/ ١٧٩٤).
- (٥٤) باسلامة (عبد الله حسين): "الاستفادة من الأجنة المجهضة والفائضة في زراعة الأعضاء وإجراء التجارب" (مج: ٦٤ ج ٣/ ١٨٤٠).
- (٥٥) محمد علي البار: مستشار قسم الطب الإسلامي بمركز الملك فهد للبحوث الطبية جامعة الملك عبد العزيز وعضو الكليات الملكية للأطباء بالمملكة المتحدة، وهو من الأسماء البارزة في مجمع الفقه الإسلامي بجدة حيث أنه ساهم تقريبا في كل المواضيع ذات الصلة بالمجال الطبي، فأبرز طول باعه في هذا الميدان ويسر مهمة الفقهاء في استنباط الأحكام الملزمة للوقائع.
- (٥٦) البار (محمد علي): "إجراء التجارب على الأجنة المجهضة والأجنة المستنبئة" انظر (٦٤ ج ٣/ ١٧٩٣-١٧٩٤) نقلا عن البحث التالي: Lawler Sylvia D: Conception And Development Of Fetal Tissue Bank. J. Clin Path ١٩٨١٢٤-٨
- (٥٧) عبد الله باسلامة: رئيس المجلس العربي لاختصاص أمراض النساء والولادة ورئيس قسم أمراض النساء والولادة بكلية الطب جامعة الملك عبد العزيز جدة.
- (٥٨) باسلامة (عبد الله حسين) المصدر نفسه ص ص ١٨٤٤-١٨٤٥.
- (٥٩) ن.م ص ١٨٤٤-١٨٤٥.
- (٦٠) العبادي (عبد السلام داود): "حكم الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة" (مج: ٦٤ ج ٣/ ١٨٢٦).
- (٦١) البوطي (محمد سعيد رمضان): المصدر نفسه ص ٢١١.
- (٦٢) ن.م.
- (٦٣) ن.م ص ص ٢١٢-٢١٣.
- (٦٤) ن.م ص ٢١٠.
- (٦٥) سيرد تفصيل الحديث عن حكم الاستفادة من الأجنة الفائضة في المسألة الثانية من المبحث الثاني من الفصل الثالث من الباب الثاني من هذا القسم.
- (٦٦) عمر سليمان الأشقر: أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية بكلية الشريعة جامعة الكويت.
- (٦٧) "الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء" (٦٤ ج ٣/ ١٩٥٠-١٩٥١).

- (٦٨) ن.م.
 (٦٩) ياسين (محمد نعيم): "حقيقة الجنين ..." ص ١٩٩١.
 (٧٠) ابن عاشور (محمد الطاهر): مقاصد الشريعة الإسلامية ص ١٤٥.
 (٧١) بن عبد السلام (عز الدين): "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، دار الطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٤١٣هـ ١٩٩٢م، ٢٦/١.
 (٧٢) أنظر هذه الأقسام في كتاب مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور ص ٧٨ وما بعدها.
 (٧٣) أبو زيد (بكر بن عبد الله): المصدر نفسه ص ١٨٢.
 (٧٤) الشاذلي (حسن علي): "انتفاع الإنسان بأعضاء" أنظر ص ٢٦٧.
 (٧٥) أبو زيد (بكر بن عبد الله): "التشريح الجثامي ..." ص ص ١٨٢-١٨٣.
 (٧٦) ياسين (محمد نعيم): "حقيقة الجنين ..." ص ص ١٩٢١-١٩٢٢.
 (٧٧) ن.م. ص ص ١٩٢٦-١٩٢٧.
 (٧٨) الشاذلي (حسن علي): المصدر نفسه ص ٢٦٧.
 (٧٩) ن.م.
 (٨٠) أبو زيد (بكر بن عبد الله): المصدر نفسه ص ١٨٢.
 (٨١) ياسين (محمد نعيم): المصدر نفسه ص ص ١٩٢١-١٩٢٢.
 (٨٢) ن.م. ص ١٩٢٧.
 (٨٣) أبو زيد (بكر بن عبد الله): المصدر نفسه ص ١٨٢.
 (٨٤) ياسين (محمد نعيم): المصدر نفسه ص ١٩٢٢.
 (٨٥) أنظر تفصيل هذا القسم في كتاب مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور ص ٨٦.
 (٨٦) ياسين (محمد نعيم): المصدر نفسه انظر ص ١٩١٨.
 (٨٧) البوطي (محمد سعيد رمضان): المصدر نفسه ص ١٩٩.
 (٨٨) العبادي (عبد السلام داود): "انتفاع الإنسان" (مج: ع ٤٤ ج ٤٠/١).
 (٨٩) البوطي (محمد سعيد رمضان): المصدر نفسه ص ١٩٣.
 (٩٠) أنظر المصدر نفسه من ص ٤١٠ إلى ص ٤١٣.
 (٩١) محمد عبد اللطيف القرفور: عضو مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
 (٩٢) القرفور (محمد عبد اللطيف صالح): "زراعة خلايا الجهاز العصبي وبخاصة المخ" (مج: ع ٦٤ ج ١٧٤٣/٣).
 (٩٣) البوطي (محمد سعيد رمضان): المصدر نفسه ص ٢١٢.
 (٩٤) ن.م. ص ٢١١، وانظر محاضرة بكر بن عبد الله أبو زيد السابقة ص ص ١٧٣-١٧٤.

- (٩٥) الشاطبي (أبو إسحاق): الموافقات ص ٢٥-٢٦-٢٧-٣٥٨-٣٥٩ وهو ما ذهب إليه ابن عبد السلام في قواعد الأحكام (٢٦/١)
- (٩٦) ابن عاشور (محمد الطاهر): مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٨٦
- (٩٧) الشاذلي (حسن علي) المصدر نفسه ص ٢٦٤.
- (٩٨) البوطي (محمد سعيد رمضان) المصدر نفسه ص ٢١٠.
- (٩٩) أبو زيد (بكر بن عبد الله): "التشريح الجثامي ... ص ١٨١.
- (١٠٠) العبادي (عبد السلام داود): "انتفاع الإنسان بأعضاء ..." (مج: ع ٤ ج ٤٠٨/١).
- (١٠١) ياسين (محمد نعيم) المصدر نفسه ص ١٩٢٢.



ملف العدد

الاجتهاد الجماعي في معالجة المستجدات من الناحية الشرعية وسبل تطويره

أ. الشيخ محمد علي التسخيري(*)

تمهيد

إنّ للاجتهاد الجماعي أهمية بالغة في التشريع الإسلامي، وتتجلى أهميته من خلال مجموعة الأمور التي يحققها على أكثر من صعيد، من أبرزها أنّه يحقّق مبدأ الشورى في الاجتهاد، كما أنّه يكون أكثر دقة وعمقاً وإحاطة من الاجتهاد الفردي، وهو في الوقت نفسه يعوّض عما قد يتعذّر علينا من قيام الإجماع في مسائل الأمة وقضاياها المشتركة، ويسدّ إلى حدّ كبير الفراغ الذي يحدثه غياب المعصوم..

والاجتهاد الجماعي أيضاً يعين الأمة على استمرار الاجتهاد في حياتها، ويمنع أسباب توقّفه أو انحساره، كما أنّه يقي الأمة من الأخطاء والأخطار التي قد تحدث بها جراء الاجتهاد الفردي، وهو أفضل نوعي الاجتهاد لمعالجة المستجدات في حياة الأمة، وهو من أنجع السبل إلى توحيد الأمة عبر توحيد النظم التشريعية لها.

إنّ هذا النوع من الاجتهاد باعتباره تفاعلاً وتكاملاً ومشاركة بين مجموعة كبيرة من العلماء المجتهدين والخبراء المتخصّصين، يتميّز عن الاجتهاد الفردي بأنّه يكون أكثر استيعاباً وإماماً بالموضوعات المطروحة للاجتهاد، وأكثر شمولاً في

(*) رئيس المجلس الأعلى للمجمع العالمي بين المذاهب وعضو مجمع الفقه الإسلامي..

الفهم لكل جوانب وملاسات القضايا التي تهم الأمة، لذا يمكن أن نطلق عليه اسم «الاجتهاد المجمعى» إذ إن تحققه منوط بوجود المجامع الفقهية والموائد المستديرة، والحضور الجماعي.

الكلمات الدلالية: الاجتهاد المجمعى، الاجتهاد الفردي، المستجدات، الاستنباط، الفتوى.

الاجتهاد المجمعى

إن الاجتهاد المجمعى يعبر عن حالة جديدة صحية في التشريع الإسلامى، نظراً لما يلي:

أولاً: اتساع دائرة المقدمات العلمية التي تتطلبها عملية الاستنباط، من حيث لزوم الاطلاع، على الآراء المختلفة في المسألة، ومناقشتها مناقشة أدلتها، وملاحظة التغيرات التي تركتها الفاصلة الزمنية على المصطلح وظروفه وقرائنه اللفظية والحالية.

ثانياً: ظهور الكثير من الموضوعات المستجدة، وتعدد ما نجده من عقود مركبة غامضة في موضوع الأسواق المالية، والموضوعات الطبية، والنظم الاجتماعية.... وما إلى ذلك، مما يتطلب حضوراً للخبراء المتنوعين أثناء مناقشة الموضوع.

ثالثاً: تنوع أساليب التحايل، واختلاف الظروف السياسية والاجتماعية التي قد تترك آثارها سلباً أو إيجاباً على عملية الاستنباط.

رابعاً: تعدد المذاهب، وتنوع الحلول المطروحة، وكثرة التساؤلات التي لا تنح عادةً أمام الاجتهاد الفردي.

خامساً: حساسية الفتوى من حيث ما تثيره اليوم من إشارات وردود فعل عالمية أو أقليمية أو محلية، نتيجة سعة وسائل الإعلام وانتشارها.

سادساً: الآثار السلبية الكبرى التي تتركها الفتاوى الفردية المتنوعة في مجال

اضطراب الأقوال وتفاوت الاستجابات، في حين ينتفي الخلاف إلى حد كبير عند قيام عملية اجتهاد مجمعية.

سابعاً: حينما يراد الحكم في قضية عامة محلياً أو إقليمياً أو عالمياً، فإن الأمر يتطلب إجماعاً أو شبه إجماع (من خلال رأي الأكثرية) حتى يمكن الاطمئنان لعملية التنفيذ.

حجية الاجتهاد المجمعي

نقصد بالحجية ما يعبر عنه بالمنجزية والمعدرية، المنجزية: إذا طابقت الفتوى الواقع في علم الله، والمعدرية: إذا لم تطابق وعمل بها المكلف.

وواضح أنها تتصور في مجالين:

١ - تقليد المجتهد لغيره من المجتهدين في المسائل التي لم يتسن له الاجتهاد فيها.

٢ - تقليد غير المجتهد للمجتهد.

كما أن من الواضح أن عملية التقليد المنجزية والمعدرية إنما تستند إلى حالة إنسانية طبيعية تقضي برجوع الجاهل إلى العالم المتخصص، وهو ما ترشد إليه الآية الشريفة: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾^(١) وهي سيرة عقلانية عامة ممضاة من قبل الشارع بلا ريب.

وإذا تم ذلك قلنا: إن هذه السيرة نفسها ترى أن الرجوع إلى لجنة متخصصة يرجح في كثير من الاحيان على الرجوع إلى الفرد حتى لو كان متخصصاً، ومن هنا نجد هذا التأكيد على تشكيل لجان متخصصة في حالات العلاج الطبي أو الاجتماعي أو السياسي.

سبل تطوير عملية الاجتهاد المجمعي

ولكي تؤدي هذه العملية دورها المطلوب على أكمل وجه، يجب أن تتم الأمور التالية:

أولاً: يجب أن تتم دراسة الموضوع المراد اصدار الفتوى فيه، وخصوصاً إذا كان اجتماعياً يترك أثره على نطاق واسع، في ندوات متخصصة تشبعه بحثاً ومناقشةً، وترفع النتيجة ومعها تقرير يبين مختلف الاتجاهات إلى المجمع الأوسع ليقرر الموقف.

ثانياً: يجب أن نسبق عملية استنباط الحكم الشرعي، توضيح دقيق للموضوع من قبل خبراء متخصصين، وتعريف بكل أبعاده وصوره، وذلك أن التصديق والحكم فرع لهذه المعرفة، وربما كان إهمال عنصر فرعي أو جزئي يؤدي إلى تغير الموقف الشرعي.

وحبذا لو كان هذا التعريف يتم بحضور الفقهاء، والإجابة على تساؤلاتهم الدقيقة.

ثالثاً: يجب أن تسبق عملية الاستنباط ثقافة أصولية واسعة، بل واتفاق مسبق على العناصر المشتركة الدخيلة في عملية الاستنباط، والمؤثرة تماماً في تغيير النتائج.

ومن هذا الأمر الاتفاق على منهج الاستدلال.

فقد لاحظنا المجتهدين قديماً يختلفون في مراحل الاستدلال فتختلف النتائج لديهم، وربما كان من أهل البحوث هنا التركيز على مبحي تقدم الأدلة بعضها على بعض الآخر بما اصطلح على تسميته بـ «الحكومة» أو «الورود» وهو ما يختلف عن «التخصيص» و«التخصص».

فالتخصيص: هو إخراج من الحكم مع دخول المخرج موضوعاً، مثل: كل مكلف يجب عليه الصوم إلا المريض، فهو مكلف أخرج من حكم الوجوب.

والتخصص: يعني الخروج من الموضوع وجداناً، مثل: خروج المجنون من حكم الوجوب؛ لأنه خارج عن التكلف.

أما الحكومة فهي أن يكون أحد الدليلين ناظراً إلى الآخر، موسعاً أو مضيقاً

له، مثل ما ورد: «الفقاع خمر استصغره الناس»^(٢). فالفقاع ليس خمراً عرفاً، ولكن وسع الشرع مفهوم الخمرية ليشمله وما ورد: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣). فالمورد الضرري ينفي المشرع ضرريته لينفي حكمه.

وأما الورود: فهو دليل ينفي الموضوع وجداناً بواسطة دليل تعبدى، فقول الرسول ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي مَا لَا يَعْلَمُونَ»^(٤) يعتبر وارداً على قاعدة «وجوب دفع الضرر المحتمل» لأنه يرتفع احتمال الضرر وجداناً مع ورود المؤمن الشرعي.

والحقيقة: هي أننا نشهد ضعفاً في الدراسات الأصولية في بعض المدارس الفقهية، نتيجة عدم فسح المجال للاجتهاد الحر الخلاق فيها، في حين نشهد إفراطاً في هذه الدراسات عند مدارس أخرى إلى الحد الذي يجعل هذه الدراسات تتأثر تمام التأثير بالعلوم الأخرى كالفلسفة والمنطق، والدراسات اللغوية والأدبية والنفسية، وربما كان هذا التأثير المفرط يبعدها عن حالة الفهم العرفي المطلوب.

رابعاً: ومن الأمور المهمة أن تلاحظ العملية الاستنباطية الاجتهادية المقاصد الشرعية وتضعها في إطارها الاجتماعي المطلوب، وإلا انقلبت على أهدافها.

إذ هناك فرق شاسع بين مجتهد يتصور الإسلام أحكاماً فردية فيتوسع في مجال الاحتياطات حتى لا تبقى مجال للعمل الاجتماعي، ومجتهد ينظر إليه نظاماً للإنسانية جمعاء، ينظم حياتها، ويستوعب تناقضاتها، ويشبع كل الجوانب فيها.

خامساً: هناك قواعد فقهية لها أثرها الكبير في عملية الاستنباط، وخصوصاً في المجالات المالية والاقتصادية. ولذلك يجب الاتفاق أو التقارب الفكري حولها، لما لذلك من أثر في اختصار الطريق ودقة الاستنتاج، فمثلاً ينبغي الإجابة على تساؤلات كثيرة من قبيل:

١ - ما هو الموقف من العقود المستجدة؟ وهل تشملها عمومات تصحيح العقد ولزوم الوفاء به أم أنها تقتصر على العقود التي كانت جارية في عصر المعصوم؟

٢ - مسألة التفريق بين الغايات والوسائل، فالعمل المصرفي - مثلاً - له غاياته، ولهذه الغايات وسائل متعددة تجب دراستها وتمحيصها، وتشخيص المحرم منها، فهل علينا اختراع بدائل لها تفسي بالغرض، أم أن علينا عدم القيام بذلك لئلا نقع في المحرمات دون أن ندري؟

٣ - ما هي حدود نفوذ أمر ولي الأمر؟ أهى في خصوص المباحات التي لم يصر الشارع على إباحتها أم في مطلق المباحات أم يمكن أن تنفذ إلى المساحة المستحبة أو المكروهة، وهل لها أن تدخل حريم المساحة التكليفية؟ وإذا كان ذلك فمن أي باب يتم ذلك؟ وهل يمكنه اختيار ما يراه الأوفق مع مصلحة المجتمع من الفتاوى المطروحة أم أن عليه العمل بفتواه هو؟ إلى غير ذلك من الأسئلة.

٤ - ما هي ضوابط العمل بالمصالح المرسلّة؟ وكيف يتم تشخيصها؟

٥ - ثمة حدود ومعايير يجب أن لا تتخطاها العقود المستجدة، فيجب التدقيق فيها، فهي مهمّة لتقرير الموقف، من أهمها:

أ - الربا: فما هو؟ وهل يشمل الربا المعكوس أو ما يعرف بـ «ضع وتعجل» وهل يشمل كل إضافة في قبال مهلة زمنية، أم يشمل العقوبات المالية على التأخير في الدفع؟ وهل يشمل ما يدفعه الأقرباء، أو ما يدفعه الكفار؟ إلى ما هنالك.

ب - أكل المال بالباطل: فهل هو معيار برأسه أم هو تابع للمعايير الأخرى؟

ج - ماذا يعني المنع عن بيع الكالئ بالكالئ؟ هل هو بيع الدين بالدين؟ وهل يشمل ما يسمّى بتعمير الذمّتين، حيث ينشئ العقد نفسه (كما في عقد التوريد) ذمّتين متقابلتين.

د - ماذا يعني (الغرر)، هل هو الجهالة مطلقاً، أو خصوص الجهالة الكثيرة، أو الجهالة المؤدية للنزاع، وما أكثر العقود التي تم النزاع فيها بحجة الغرر؟ ثم ما هي العقود التعاونية التي يجوز فيها الغرر؟

هـ - مسألة أخذ الأجرة على الضمان، هل هي ممنوعة تماماً، خصوصاً وأن أخذ الأجرة حتى على الواجبات قد حلت، وأن الضمان عاد شرطاً أساسياً لكل معاملة تصدير أو توريد؟

و - مسألة (الضرر) فما المراد منه؟ وهل يقتصر على الضرر الشخصي أم يشمل الضرر النوعي أو الضرر الاجتماعي؟

سادساً: يجب تحديد دور العرف في عملية الاستنباط.

والحقيقة أن العرف قسمان: عام وخاص، أما العام فيشترك فيه غالبية الناس، ولذا يقرب إلى ما يصطلح عليه «بناء العقلاء» ومن أمثلته: الاستصحاب. وأما الخاص فهو يصدر عن فئة خاصة من الناس، تجمعهم وحدة زمانية أو مكانية أو مهنية، ويشمل أنواع السلوك عند مختلف الأمم.

والمجالات التي يؤثر فيها العرف هي:

١ - ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه، مثل عقد الاستصناع، وهو لا يتم إلا إذا امتد إلى عصر المعصوم فسكت عنه، مما يكشف عن إمضائه.

٢ - ما يستكشف منه المراد من بعض المفاهيم التي أكلها الشارع إليه كلفظ (الفقر) و(الغني) و(الصعيد) وغيرها، فهو يكشف عن المصداق.

٣ - ما يرجع فيه لاستكشاف مراد المتكلمين عند إطلاق اللفظ، فهو يكشف عن الظهور التصديقي مما تشمله حجية الظهور.

سابعاً: من أجل أن نقرب من المجال العملي، يجب أن نتعهد منظمة المؤتمر الإسلامي والدول الأعضاء - مهما أمكن - بالعمل بالفتوى المجمعية، وتجنب مخالفتها فتميل إلى الفتاوى الفردية التي قد تؤدي إلى تمزق الأمة.

ولا ريب أن هنالك مجالاً مفتوحاً لملاحظة الظروف التي لا تنسجم مع الفتوى المجمعية - لو وجدت - فهي تؤخذ بعين الاعتبار. ثامناً: من الضروري أن تقوم كل مجامع الإفتاء بعملية تنسيق فيما بينها إلى الحد الممكن، عبر عملية تفهم لحيثيات الفتاوى، وتفاهم حول آثارها.

الهوامش:

- (١) سورة النحل، الآية ٤٣.
- (٢) الكافي ج ٦ ص ٤٤٣.
- (٣) المصدر السابق ج ٥ ص ٣٨٠.
- (٤) أصول الكافي ج ٢ ص ٤٦٣.



ملف العدد

التدرج في الأوامر والنواهي

دلالة ألفاظ خطاب الشارع عليه ووقوعه في العصر

د. أحمد بابكر خليل عيسى (*)

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد عليه وعلى آله وصحابه أفضل الصلاة وأتم التسليم، فإن مسألة التدرج سنة إلهية ومنهج دعوي يتبع عند الحاجة إليه وفق ضوابط وأسس معينة .

واستدلالاً لما سبق فقد نزل القرآن الكريم متدرجاً في ثلاث وعشرين سنة، ولما اعترض على ذلك الكافرون بين الله الحكمة من نزوله متدرجاً فقال: ﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْلَا نُزِّلَ عَلَيْهِ الْقُرْآنُ جُمْلَةً وَاحِدَةً كَذَلِكَ لِنُثَبِّتَ بِهِ فُؤَادَكَ وَرَتَّلْنَاهُ تَرْتِيلاً﴾ [الفرقان: ٣٢] .

وقد انتهج أبو الأنبياء سيدنا إبراهيم عليه السلام هذا التدرج^(١) في إثبات الحجة على قومه، فبين أولاً أن ما كان أفلاً لا يصلح للعبادة، وبين ثانياً تلميحاً أن من اتجه لهذه الكواكب كان ضالاً، وبين ثالثاً التصريح بأنهم على الشرك، والبراءة منهم بعد أن قامت الحجة عليهم وظهر الحق.

أما قول إبراهيم عليه السلام في الشمس: ﴿هَذَا أَكْبَرُ﴾ فالجواب عنه: أن إبراهيم عليه السلام كان يجادل وينظر المنجمين وعباد الكواكب، ومذهب هؤلاء المنجمين أن

(*) أستاذ بكلية الشريعة والقانون جامعة أم درمان الإسلامية - السودان.

الشمس هي رئيسة الكواكب في الفلك، وهي في العالم بمنزلة جرم القلب في البدن، وسائر أجرام الكواكب والأفلاك بمنزلة أعضاء البدن ومفاصل الجسد، لذلك كانت مناسبة قوله: ﴿هَذَا أَكْبَرُ﴾ عظيمة، إذ به يلفت الانتباه إلى أن هذه الشمس وهي أكبر الأجرام - عندكم - منزلة وحجماً وضياءاً لا تصلح أن تكون إلهاً، فمن باب أولى ما دونها من سائر الكواكب .

وعلى هذا النهج سار المسلمون والخلفاء الراشدون ومن سلك طريقهم بعد النبي ﷺ وقد روى الشاطبي^(٣) في (الموافقات) أن عمر بن عبد العزيز، وقد ولي الخلافة بعد أناس انحرفوا عن منهج الراشدين، وارتكبوا مظالم، ضيعوا بها حقوق الناس، وتعدوا حدود الله، فقد دخل عليه ابنه التقي الصالح عبد الملك^(٤)، وقال له في حماس متوقد: يا أبت ما لك تبطئ في إنفاذ الأمور؟! فوالله ما أبالي لو أن القدور غلت بي وبك في الحق! فقال الأب الحكيم الموفق: «لا تعجل يا بني، فإن الله ذم الخمر في القرآن مرتين، وحرّمها في الثالثة، وإنني أخشى أن أحمل الناس على الحق جملة، فيدفعوه جملة، ويكون من ذلك فتنة».

وفي موقفٍ مشابهٍ، قال له: «يا بني، إن قومك - يعني بني أمية - قد شدوا هذا الأمر عقدة عقدة، وعروة عروة، ومتى أردت مكابرتهم على انتزاع ما في أيديهم، لم آمن أن يفتقروا علي فتقاً، تكثر فيه الدماء. والله لزوال الدنيا أهون علي من أن يراق بسببي محجمة من دم، أو ما ترضى ألا يأتي علي أبوك يوم من أيام الدنيا، إلا وهو يُميت فيه بدعةً ويحيي فيه سنةً، حتى يحكم الله بيننا وبين قومنا بالحق، وهو خير الحاكمين؟»!

وفي موطنٍ آخر قال له: «إني أروض الناس رياضة الصعب، فإن أبقاني الله مضيت لرأيي، وإن عجلت علي منية فقد علم الله نيتي، إنني أخاف إن باغت الناس بالتي تقول أن يلجئوني إلى السيف، ولا خير في خيرٍ لا يجيء إلا بالسيف».

ومن هذه الواقعة يمكن القول بأن دعاة عدم التدرج وعدم حصوله بعد تمام

الشريعة دافعهم يرجع الى حماسهم نحو الإلتباع والإقتداء الكامل، وأولئك الذين يقولون بحصوله في العصر دافعهم هو عدم حمل الناس على ما يكرهون، ونؤكد في هذا المقام بأن الكل دافعه الى ذلك هو الحرص على الدين والتدين ولكن اختلفت السبل بسبب حماس وتطلع الشباب في أن يؤخذ الأمر كله، وحكمة واتزان الشيوخ في أن العلة التي بسببها تدرج الشارع لو تحققت في العصر يمكن حصول ذلك .

وليس المقصود بالتدرج في التنفيذ أن نتدرج في إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات، كما كان الحال عليه قبل استقرار الشريعة وتمام النعمة، فنبيح الخمر مثلاً ونبين أن إثمها أكبر من نفعها، ثم نحرم شربها أوقات الصلوات المفروضة، ثم بعد حين نحرمها تحريماً قاطعاً، فهذا أمر لا يمكن أن يقول به من كان له أدنى معرفة بنصوص الشريعة، وفهم لمقاصدها.

يقول الشاطبي: «ومن هنا كان نزول القرآن نجوماً في عشرين سنة، ووردت الأحكام التكليفية شيئاً فشيئاً ولم تنزل دفعة واحدة، وذلك لئلا تنفر عنها النفوس دفعة واحدة؛ فلو نزلت دفعة واحدة لتكاثرت التكاليف على المكلف، فلم يكن لينقاد إليها انقياده إلى الحكم الواحد أو الإثنين، وفي الحديث: «الخير عادة والشر لجاجة، ومن يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»، وإذا اعتادت النفس فعلاً من أفعال الخير حصل له به نور في قلبه وانشرح له صدره، فلا يأتي فعل ثانٍ إلا وفي النفس له القبول، هذا عادة الله في أهل الطاعة، وعادة أخرى جارية في الناس، أن النفس أقرب انقياداً إلى فعل يكون عندها فعل آخر من نوعه، ومنها كان عليه الصلاة والسلام يكره أضداد هذا ويحب ما يلائمه، فكان يحب الرفق ويكره العنف، وينهى عن التعمق والتكلف والدخول تحت ما لا يطاق حمله؛ لأن هذا كله أقرب إلى الانقياد وأسهل في التشريع للجمهور».

المطلب الأول: تعريف التدرج لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني: أنواع التدرج وحكمته وقواعده .

المطلب الثالث: دلالة خطاب الشارع على التدرج في المأمورات .

المطلب الرابع: دلالة خطاب الشارع على التدرج في المأمور نفسه .

المطلب الخامس: دلالة خطاب الشارع على التدرج في المحرمات .

المطلب السادس: دلالة خطاب الشارع على التدرج في نفس المحرم .

المطلب السابع: ارتباط التدرج بالزمان والأشخاص والمكان .

المطلب الأول: تعريف التدرج (فقه الأولويات) وحكمته وقواعده

الفرع الأول : تعريف التدرج

التدرج في اللغة:

جاء في لسان العرب^(١)

قيل: ... ودرجه إلى كذا واستدرجه، بمعنى، أي أدناه منه على التدرج، فتدرج هو، وفي التنزيل العزيز: ﴿سَنَسْتَدْرِجُهُمْ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الأعراف: ١٨٢]؛ قال بعضهم: معناه سنأخذهم قليلاً قليلاً ولا نباغتهم؛ وقيل: معناه سنأخذهم من حيث لا يحتسبون؛ وذلك أن الله تعالى يفتح عليهم من النعيم ما يغتبطون به فيركنون إليه ويأنسون به فلا يذكرون الموت، فيأخذهم على غرتهم أغفل ما كانوا. ولهذا قال : عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، لما حمل إليه كنوز كسرى: اللهم إني أعوذ بك أن أكون مستدرجاً، فإني أسمعك تقول: ﴿سَنَسْتَدْرِجُهُمْ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الأعراف: ١٨٢].

وروي عن أبي الهيثم: امتنع فلان من كذا وكذا حتى أتاه فلان فاستدرجه أي خدعه حتى حملة على أن درج في ذلك. أبو سعيد: استدرجه كلامي أي أقلقه حتى تركه يدرج على الأرض.

والدروج من الرياح: السريعة المر، وقيل: هي التي تدرج أي تمر مرّاً ليس بالقوي ولا الشديد. يقال: ريح دروج، وقدح دروج. والريح إذا عصفت استدرجت الحصى أي صيرته إلى أن يدرج على وجه الأرض من غير أن ترفعه إلى الهواء، فيقال: درجت بالحصى واستدرجت الحصى. أما درجت به فجرت عليه جرياً شديداً درجت في سيرها، وأما استدرجته فصيرته بجريه عليها إلى أن درج الحصى هو بنفسه. ويقال: ذهب دمه أدراج الرياح أي هدر. ودرجت الريح: تركت نمائم في الرمل. وريح دروج: يدرج مؤخرها حتى يرى لها مثل ذيل الرسن في الرمل، واسم ذلك الموضع الدرج. ويقال: استدرجت المحاور المحال؛ كما قال ذو الرمة: صريف المحال استدرجتها المحاور أي صيرتها إلى أن تدرج. (ويقال: استدرجت الناقة ولدها إذا استتبعته بعد ما تلقى من بطنها. ويقال: درج إذا صعد في المراتب، ودرج إذا لزم المحجة من الدين والكلام، كله بكسر العين من فعل. ودرج ودرج الرجل: مات. ويقال للقوم إذا ماتوا ولم يخلفوا عقباً: قد درجوا ودرجوا. وقبيلة دارجة إذا انقرضت ولم يبق لها عقب... وكأن أصل هذا من درجت الثوب إذا طويته، كأن هؤلاء لما ماتوا ولم يخلفوا عقباً طووا طريق النسل والبقاء. ويقال للقوم إذا انقرضوا: درجوا.

جاء في تاج العروس^(٥)

... درج الشيء يدرجه درجا (طوى)، وأدخله، (كدرج) تدريجاً، (وأدرج)، والرباعي أفصحها، والإدراج: لف الشيء، ويقال لما طويته: أدرجته، لأنه يطوى على وجهه.

وأدرجت الكتاب: طويته، (و) من المجاز: يقال: درج الرجل (كسمع)، إذا (صعد في المراتب) لأن الدرجة بمعنى المنزلة والمرتبة، (و) درج إذا (لزم المحجة)، أي الطريق الواضح (من الدين أو الكلام)، كله بكسر العين من فعل، وقيل: هي التي تدرج أي تمر مرّاً ليس بالقوي ولا الشديد، يقال: ريح دروج، وقدح دروج.

الفرع الثاني : والمقصود بالتدرج في الإصطلاح

الانتقال بالمخاطب من الأسهل إلى الأصعب، ومن كلية إلى أخرى، ومن الكليات إلى الجزئيات، ومن الإلتزام النظري إلى الإلتزام العملي التطبيقي، ومن الإيمان إلى الأعمال، ومن التوحيد إلى العبادات.

والانتقال به في باب المحرمات، من محرم إلى آخر.. ومن تحريم الكبائر إلى تحريم الصغائر، حتى يصل المخاطب إلى مرتبة التكيف مع كل خطاب للشارع، والانصياع لكل أمر، فالتدرج سنة كونية، وشرعية، لأنها تتوافق والفطرة التي فطر الله الناس عليها.

فإن طبيعة البشر، تأبى قبول الأحكام جملة واحدة، أو الامتناع عن المحرمات مرة واحدة، وذلك لما ألفتة النفس واعتادت عليه من العادات في جاهليتها، واستثقال ما هو جديد من العبادات، لذلك يصعب على النفس ترك ما ألفتة من تلك العادات، ويشق عليها تجنب ما اعتادته من الشهوات، دفعة واحدة، لذلك جاءت سنة التدرج الشرعية، موافقة تماماً لسنة الله الكونية.

قال تعالى: ﴿قُلْ أَنْزَلَهُ الَّذِي يَعْلَمُ السِّرَّ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾ [الفرقان: الآية ٦].

لذلك سَنَّ الله سبحانه التدرج مع عباده في كثير من القضايا.. في المأمورات، وفي المنهيات.. وكذلك سَنَّ رسول الله.

اشترك التدرج وفقه الأولويات :

وأما الاشتراك بين التدرج وفقه الأولويات، فذلك لأن فقه الأولويات يعني التدرج من الأهم إلى المهم.. فالتوحيد - مثلاً - أعظم العبادة، فكان لا بد من تقديمه على كل عبادة، لأنه لا تستقيم عبادة إلا به، فهذا تدرج وأخذ بالأولويات، فهو يشبه الوضوء للصلاة.

ولما كان الشرك أعظم الذنوب، كان لا بد من تقديم النهي عنه على كل

ذنب، فهذا تدرج وأخذ بالأولويات، وهكذا تتداخل هاتان القاعدتان، وتشتركان. والمقصود تمثيلاً: أنه إذا أسلم رجل.. أو إذا جاء داعية إلى قوم قد تركوا الواجبات.. وفعلوا المحرمات، فلا يطلب منه (منهم) فعل الواجبات كلها دفعة واحدة، ولا ترك المحرمات كلها دفعة واحدة.. وإنما يطلب منه (منهم) التوحيد.. ثم الصلاة، ثم الزكاة، وينهى عن الكبائر.. كبيرة كبيرة..

وأما إذا كان الرجل حديث الإسلام، أو القوم الذين ضعف إيمانهم.. على استعداد لتقبل فعل معظم الطاعات، وترك معظم المنهيات فيبلغون والحال هذه.. لكن كم من امرئ أفاد أنه على استعداد.. ثم سرعان ما انتكس؟!

يقول الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي: إن «التدرج في تطبيق الشريعة ليس معناه تعطيل الحكم بالشريعة أو تعليقه إلى أجل غير مسمى، بل معناه وضع خطة محكمة ذات مراحل محددة للانتقال بالمجتمع من العلمانية إلى الإسلام، على أن تُعطى الأولوية للجوانب التربوية والإعلامية والثقافية التي تعمل متضامنة متكاملة من أجل بناء الإنسان الذي ينشده الإسلام، وتهئية المناخ اللازم لتطبيق سائر شرائع الإسلام بنجاح وتوفيق، وفي مقدمة ذلك إزالة الحواجز أمام الدعاة الصادقين للإسلام - أفراداً وجماعات - وتوفير ضمانات الحرية الضرورية لهم ليقوموا بواجبهم في الدعوة والتوعية والتربية والتكوين، وهذه من ألزم الأولويات. التدرج المطلوب هو الذي يضع نصب عينيه الهدف، ويحتال جاهداً للوصول إليه، فلا يمر يوم - كما أشار عمر بن عبد العزيز - إلا وهو يमित بدعة من بدع الجاهلية، ويحيي سنة من سنن الإسلام».

المطلب الثاني: أنواع التدرج وحكمته وقواعده

الفرع الأول : أنواع التدرج

ينقسم التدرج إلى ثلاثة أنواع هي :

النوع الأول: التدرج في التشريع، ومعناه: أن يكون مقصود المشرع تشريع

صورة معينة لكن يتوسل إليها بتشريع مؤقت قاصر عن الصورة المقصودة ثم يتدرج المشرع حتى يصل إلى صورة المنع التي كانت مقصودة له أول الأمر "ومن أشهر أمثله التدرج في تشريع الخمر على أربع مراحل".

النوع الثاني: التدرج في إبلاغ الصورة التشريعية، ومعناه: بيان بعض الدين والحق والسكوت عن بيان بعضه إلى أن يحين وقته "ومن أشهر أمثله حديث معاذ المشهور لما بعثه النبي ﷺ إلى قوم أهل كتاب".

النوع الثالث: التدرج في التنفيذ: وفيه تكون الصورة التشريعية معلومة بينة ولكن يُسكت عن إنفاذها وتحقيق مقتضياتها "ومن أشهر أمثله ما أشرنا إليه في قصة الخليفة عمر بن عبد العزيز في مقدمة هذه الورقة.

الفرع الثاني: حكمة التدرج

من المعلوم أن النفوس طبعت على استئثار التكليف، قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ...﴾ [البقرة، الآية: ٢١٦]، وقال ﷺ: «خَفَّتِ الْجَنَّةُ بِالْمَكَارِهِ»، الحديث^(٧).

كما طبعَت النفوس على صعوبة ترك ما ألفتَه من الشهوات والملذات، ومفارقة الأصحاب.

قال ﷺ: «وَحَفَّتِ النَّارُ بِالشَّهَوَاتِ»^(٨)...

فإذا نقلت النفس من حال إلى حال، ومن حكم إلى حكم، كان ذلك أدعى للاستجابة، وأسهل لترك المحرمات، وفعل الطاعات.

ثم إن المؤمن إذا فعل طاعة أو ترك حراماً لله.. ازداد إيمانه، فتنشطت نفسه لطاعة جديدة، أو هجر لمعصية وهكذا، ذلك لأن الإيمان يسهل أداء الطاعات بل يشوق لها، ويكره المحرمات، وينفر منها، وهذا هو سر تدرج النبي صلى الله عليه وآله وسلم مع وفد أهل الطائف وغيرهم، فقد كانوا يحبون أن يسلموا، ولكن؛ استئثر بعضهم خمس صلوات، وغيرها، لضعف إيمانهم، وقربهم من جاهليتهم، التي لا

تكليف فيها إلا الشهوات والهوى، فقبل منهم رسول الله ﷺ الإسلام بما اشترطوا، إلى حين استقرار الإيمان في قلوبهم، بأدائهم بعض العبادات، وبصحبتهم المسلمين، ويسماعهم القرآن الكريم، وحضورهم دروس العلم، فإن هذا سيزيد في إيمانهم، ويزيل جهلهم، الأمر الذي يدفعهم إلى تصحيح وضعهم بأنفسهم، وهذا ما أخبر عنه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: «سيتصدقون ويجاهدون إذا أسلموا». وهذا ما كان.

الفرع الثالث: قواعد التدرج

هذه أربعة قواعد نرى أنها ضرورية لمسألة التدرج ووقوعه في العصر يجب أن نضعها في الاعتبار عند مناقشة هذا الأمر وهي :

القاعدة الأولى :

إن التوحيد لا يقبل التدرج أو النسخ أو الاستثناء، فلا يجوز التعريف بالله بصورة مرحلية^(٨)، ومما ورد في هذا الشأن عندما نزل قوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ الشعراء آية (٢١٤)، خرج رسول الله ﷺ حتى صعد الصفا فهتف: يا صباحاه، فقالوا: من هذا فاجتمعوا إليه، فقال: أرأيتم إن أخبرتكم أن خيلاً تخرج من سفح هذا الجبل أكتتم مصدقي، قالوا: ما جربنا عليك كذباً، قال: فإني نذير لكم بين يدي عذاب شديد، قال أبو لهب: تباً لك ما جمعتنا إلا لهذا ثم قام فنزلت ﴿تَبَّتْ يُدَا أُبَيَّ لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ ﴿سورة المسد الآية (١)﴾^(٩) فلم يتدرج معهم في شأن العقيدة لأنها لا تقبل التدرج .

القاعدة الثانية :

التدرج لا يبيح ولا يسقط

من أوجب قواعد التدرج في خطاب الشارع أنه لا يبيح حراماً، ولا يسقط واجباً فالواجب واجب إلى قيام الساعة، والمحرم محرم إلى قيام الساعة.

فإن قيل : فكيف يرى الحرام ولا ينكره ؟.. قيل : يجوز أن يسكت عنه سكوتاً مؤقتاً إذا كان يعالج ما هو أكبر منه، أو يمهد لإنكاره، وإلا فكيف كان يسكت (رسول الله صلى الله عليه وسلم) عما كان يعلم وجوب تغييره ؟! كما سبق ذكره في بعض الأمثلة .

القاعدة الثالثة:

التدرج لنقل المدعو من حال لحال..

وبهذا يتضح أن التدرج: هو منهج دعوي، يخص الداعية، لينقل المدعويين من حال إلى حال، لا أن يبيح لهم ما حرم الله، أو يسقط عنهم ما أوجب الله. ويتضح هذا في صورتين:

الأولى التي لا يقع فيها التدرج: صورة من كان مسلماً، ويعيش بين المسلمين والعلماء، قد عرف التوحيد والشرك، والحلال والحرام، فهذا ليس له في التدرج شأن ولا شيء.

الثانية التي يقع فيها التدرج : وهي على صورتين:

(١) صورة من كان يريد الإسلام، أو هو حديث عهد بجاهلية، لا يعرف توحيداً ولا شركاً، ولا حلالاً ولا حراماً، فهذا الذي شرع في حقه التدرج، ولا يحاسب إلا على ما بلغه، وأقيمت الحجة عليه فيه.

(٢) ويلحق بالصورة السابقة، من كان غارقاً في جهله، غائصاً في ذنوبه، فيستدرج إلى الخير درجة درجة، وينقذ من الضلال دركة دركة.

القاعدة الرابعة :

لا بد من التأنّي ومراعاة التدرج في التأثير على المخالف مبتدئاً كان أو غيره^(١) والمسلك في التدرج مع الخصم بالانتقال مما هو متفق عليه معه، إلى ما هو مختلف فيه، وجعل المجمع عليه دليلاً على المختلف فيه^(١).

الخلاصة :

فالتدرج منهج دعوي، لا مذهب فقهي، يحكم، ويحرّم، ويبيح، فمن عرف الحرام وواطأه، أثم، ومن ترك الواجب وهو يعلمه فقد عصي، سواء تُدرج معه أو لم يتدرج.

بالتالي النتيجة أن هؤلاء الذين ورد وقوع التدرج في حقهم كما في الحالة الثانية بصورتها لو واطؤوا هذا الذي تدرج معهم فيه الداعية مع علمهم النهي أو التحريم أو الوجوب فإن هذا التدرج لا يعفيهم من المسألة الدينية إذ إنهم يأثمون على ذلك .

المطلب الثالث: دلالة خطاب الشارع على التدرج في المأمورات

الفرع الأول : حصول التدرج في تنجيم القرآن الكريم

من أوضح ما يبين قضية التدرج في الواجبات، نزول القرآن على مراحل، وعدم نزوله دفعة واحدة، لأن هذا التابع والتدرج يثبت الأفئدة، ويجعلها تعي ما يقال لها، لذلك لما استغرب الكفار نزول القرآن منجماً، قال لهم سبحانه مخاطباً رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿... كَذَلِكَ لِنُثَبِّتَ بِهِ فُؤَادَكَ...﴾ الآية [الفرقان، الآية: ٣٢]، ويبين هذا؛ ما كان من سيرة الأنبياء في مسلكتهم الدعوي، فقد كانوا يدعون الناس إلى توحيد الخالق، ونبد الشرك، قبل الأمر بكثير من العبادات، ولا التعرض إلى كثير من المحرمات التي يتعاطاها المدعوون.

قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَّسُولًا أَنْ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ﴾ [النحل: ٣٦].

فإذا استقر الإيمان في القلوب، وخلصت النفوس بالتوحيد، نقلت إلى أداء الأركان، واحداً بعد الآخر.. أي: إلى العبادات، عبادة تلو أخرى.

لذلك نجد أن النبي ﷺ مكث يدعو الناس الى التوحيد بمكة ثلاثة عشر عاماً ليستقر الإيمان في القلوب .

وإذا كان الإيمان هو القاعدة، فإن العبادات هي مشباتها، فهي تثبت الإيمان وتزيده، وأثناء التدرج بالعبادات، يكون التدرج بالانتهااء عن المحرمات، ذلك لأن العبادات تعين على ترك المنكرات.

قال تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ..﴾ [العنكبوت: ٤٥].

وقال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا..﴾ [التوبة: ١٠٣].

وقال ﷺ: «صوم ثلاثة أيام من الشهر تذهب وحر الصدر»^(١٢).

وَحَرَّ الصَّدْر: أي تطهير القلب من الدنس، وما يلحقه من الأدران المعنوية من حقد وحسد، وما شابه ذلك.

وقال ﷺ: «الطُّهُورُ شَطْرُ الْإِيمَانِ، والحمد لله تملأ الميزان، وسبحان الله والحمد لله تملآن، أو تملأ ما بين السماء والأرض، والصلاة نور، والصدقة برهان، والصبر ضياء، والقرآن حجة لك أو عليك، كل الناس يغدو، فبائع نفسه فمعتقها أو موبقها»^(١٣).

فالبدء بالدعوة إلى الإيمان.. تأسيس واطمئنان، والتشبية بالعبادات.. ذكر وتثبيت، والنهي عن المنكرات.. تطهير وتركية.

الفرع الثاني حصول التدرج في السنة النبوية

قصة معاذ بن جبل رضي الله عنه دليل حصول التدرج: فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن: إنك ستأتي قوماً من أهل الكتاب، فإذا جئتهم فادعهم إلى أن يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، فإن هم أطاعوا لك بذلك فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لك بذلك، فأخبرهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم، فإن هم أطاعوا لك بذلك فأياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينه وبين الله حجاب»^(١٤).

✓ فقوله ﷺ: «فليكن أول ما تدعوهم إليه عبادة الله عز وجل» دالٌّ على وجوب البدء بالتوحيد قبل غيره من أركان الإسلام، ثم الفرائض والسنن والآداب.

✓ وقوله ﷺ: «فإذا عرفوا الله» دالٌّ على وجوب البدء بتعليم التوحيد حتى يعرفه الناس ويخضعوا له، ثم يُنْتَقَل إلى غيره، ولا يكفي مجرد خضوع الناس له لِيُنْتَقَل إلى غيره.

✓ وقوله ﷺ: «فإن هم أطاعوا لك بذلك» دالٌّ على التدرُّج على هذا النحو، والبدء بالأهم فالأهم، وألا يُنْتَقَل إلى ركنٍ حتى يُفْرغ من الذي قبله، ويخضع له الناس ويعلموه.

قال صاحب فتح المجيد^(١٥) "وتأمل هنا كيف علَّم النبي صلى الله عليه وسلم معاذاً - وغيره بالتبع - كيف يدعو الناس، فلا بد أن يكون الداعي على علم بحال المدعو وبما يناسبه، لا أن يبدأ في الجدل معه على جهل بحاله، فقال له: (إنك ستأتي قوماً أهل كتاب)، أي: سيجادلونك بالتوراة، وبما عندهم من علم فجهز ردك عليهم، وفكر في طريقة الجدل معهم،

وكيف تمنعهم، فهم أهل كتاب عرفوا رسل الله عليهم الصلاة والسلام، وعرفوا علامات النبي صلوات الله وسلامه عليه، ثم أشركوا بالله سبحانه فعبدوا غيره قال تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٣٠].

فليكن أول ما تدعوهم إليه شهادة أن لا إله إلا الله، فلا تبدأ معهم في إثبات وجود الله تعالى، وأنه الذي خلق السماوات والأرض، فهم يعرفون ذلك بل ابدأ في دعائهم إلى التوحيد؛ لأنهم مشركون. هذا هو التدرُّج الذي مارسه النبي ﷺ وأمر به، وهو الذي ينبغي أن يمارسه الدعاة إلى الله، فيبدؤوا بلا إله إلا الله، ويتعلموها ويعلموها.

المطلب الرابع: دلالة خطاب الشارع على التدرج في المأمور نفسه

ولم تقتصر سنة التدرج بين الكليات كالتوحيد، ثم العبادة فحسب.. بل كان التدرج في الكلية نفسها، أي: كان التدرج في التوحيد نفسه، وفي الصلاة نفسها، وفي الصوم كذلك .

الفرع الأول : دلالة خطاب الشارع على التدرج في التوحيد نفسه

فأول ما حُرِّم الشرك الأكبر، ولم ينههم الرسول ﷺ عن الشرك الأصغر إلا في المدينة، فعن ابن عمر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ أدرك عمر بن الخطاب، وهو يسير في ركب يحلف بأبيه، فقال: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم»^(١٦).

ففي هذا الحديث وغيره، دلالة على أن الصحابة كانوا يحلفون في المدينة بآبائهم، فلو كان شركاً أكبر، وقد نهوا عنه أول الأمر، لما وقعوا فيه بعد الهجرة، وبخاصة من أمثال عمر رضي الله عنه.

وأصرح من هذا؛ قوله ﷺ: «إنكم كنتم تقولون كلمة كان يمنعني الحياء منكم أن أنهاكم عنها، قال: «لا تقولوا ما شاء الله، وما شاء محمد»^(١٧).

الفرع الثاني : دلالة خطاب الشارع على التدرج في الصلاة نفسها

وأول ما شرعت الصلاة ركعتين ركعتين في مكة، ودون النوافل، ثم زيدت في الحضر، ثم شرعت النوافل، «فرضت الصلاة ركعتين، ثم هاجر النبي ﷺ ففرضت أربعاً، وتركت صلاة السفر على الأولى»^(١٨).

ولم تكن الصلاة أول ما شرعت على هيئتها آخر الأمر، فكان المسلمون يتكلمون في صلاتهم، ثم أمروا بالإمساك عنه، بقوله تعالى: ﴿وَقَوْمُوا لِلَّهِ قَاتِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨].

قال ابن كثير: «وهذا الأمر مستلزم ترك الكلام في الصلاة لمنافاته إياها، فعن زيد بن أرقم قال: كان الرجل يكلم صاحبه في عهد النبي ﷺ في الحاجة في

الصلاة حتى نزلت هذه الآية ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨] فأمرنا بالسكوت^(١٩).

الفرع الثالث : دلالة خطاب الشارع على التدرج في الصيام نفسه

فعن معاذ بن جبل قال: أحيلت الصلاة ثلاثة أحوال، وأحيل الصيام ثلاثة أحوال... وقال في الصوم: فإن رسول الله ﷺ كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر، ويصوم يوم عاشوراء، فأنزل الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ﴾، إلى قوله: ﴿طَعَامُ مَسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٣، ١٨٤]، فمن شاء أن يصوم صام، ومن شاء أن يفطر فطر، ويطعم كل يوم مسكينا أجزاءه ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ﴾، إلى قوله ﴿أَيَّامٌ أُخْرَى﴾ [البقرة: ١٨٥] فثبت الصيام على من شهد الشهر، وعلى المسافر أن يقضي، وثبت الطعام للشيخ الكبير والعجوز، للذين لا يستطيعان الصوم، وساق الحديث^(٢٠).
ففي هذه الأدلة دلالة واضحة على أن التدرج كان في تعليم الناس التوحيد نفسه، وأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلمهم التوحيد كاملاً، ولا الصلاة دفعة واحدة على هيئتها الأخيرة.

والمقصود من هذا: أن التدرج يكون من كلية إلى كلية، كما يكون في الكلية نفسها من حال إلى حال.

الفرع الرابع : دلالة خطاب الشارع على التدرج في المعاملات آيات الربا نموذجاً

وبالنظر إلى الآيات الواردة في الربا، نجد أن القرآن الكريم قد تعرض لهذا الداء الويل في أربعة مواضع^(٢١):

ففي المرحلة الأولى :

يقول تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن رَّبًّا لِّيرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُم مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ﴾.

والآية الكريمة كما تبين أن الربا ليس له ثواب عند الله، فهي كذلك لم تذكر أن الله قد أجل لآكله عقاباً، كما تبين الآية أن ما أخذه المرابي من المحتاج عن طريق الاستغلال ليزيد به في ماله بلا مقابل، فإن ماله لن يزيد عند الله تعالى.

أما المرحلة الثانية:

فقد كانت درساً وعبرة قصها علينا القرآن الكريم عن سيرة اليهود الذين حرّم عليهم الربا، فأكلوه، وعاقبهم الله بمعصيته، قال تعالى: ﴿فَبُذِلُوا مِنَ الدِّينِ لَمَّا أَكَلُوا الرِّبَا وَمَا لَكُم بِلِقَاءِ رَبِّكُمْ إِذْ تُكْفِرُونَ بِاللَّهِ وَأَنْتُمْ بِاللَّهِ كَاذِبُونَ﴾ [سورة النساء: ١٦٠-١٦١].

وواضح أن هذه العبرة لا تقع موقعها إلا إذا كان من ورائها ضرب من تحريم الربا على المسلمين، ولكنه حتى الآن تحريم بالتلويح والتعريض لا بالنص الصريح، ومهما يكن من أمر، فإنّ هذا الأسلوب كان من شأنه أن يدع المسلمين في موقف ترقب وانتظار لنهي يوجه إليهم قصداً في هذا الأمر.

ثم تأتي المرحلة الثالثة:

تحمل النهي الصريح عن الربا، ولكنه لم يكن إلا نهياً جزئياً عن الربا الفاحش، الذي يتزايد حتى يصير أضعافاً مضاعفة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [آل عمران: ١٣٠].

وواضح أن هذه العبرة لا تقع موقعها إلا إذا كان من ورائها ضرب من تحريم الربا على المسلمين، ولكنه حتى الآن تحريم بالتلويح والتعريض لا بالنص الصريح، ومهما يكن من أمر، فإنّ هذا الأسلوب كان من شأنه أن يدع المسلمين في موقف ترقب وانتظار لنهي يوجه إليهم قصداً في هذا الأمر.

ثم تأتي المرحلة الرابعة:

تحمل النهي الصريح عن الربا، ولكنه لم يكن إلا نهياً جزئياً عن الربا

الفاحش، الذي يتزايد حتى يصير أضعافاً مضاعفة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (البقرة: ٢٧٨). ترك لهم ما سلف من الربا ولم يقرر استرداده منهم، ولا مصادرة أموالهم كلها، أو جزء منها، بسبب أن الربا كان داخلاً فيها.. إذ لا تحريم بغير نص، ولا حكم بغير تشريع.. وفي الوقت ذاته علق اعتبارهم مؤمنين على قبولهم لهذا التشريع وإنفاذه في حياتهم منذ نزوله وعلمهم به..

المطلب الخامس: دلالة خطاب الشارع على التدرج في المحرمات

كما كان التدرج في المأمورات من توحيد وعبادات، كان كذلك في تحريم المحرمات، فلم تُحرّم المحرمات في بدء الدعوة، ولا حُرِّمت بعد ذلك دفعة واحدة، بل كانت تُحرّم واحدة تلو الأخرى.

وقد كان بعض الصحابة رضوان الله عليهم يتعاطون بمكة محرمات؛ من خمر وميسر وغير ذلك، مما عده الإسلام بعد ذلك من الموبقات، دون أن ينهاهم الإسلام وقتئذ عن شيء منها، وهذا أمر مشهور لا يحتاج إلى شواهد، فتعاطي الصحابة الخمر حتى في المدينة مشهور ومعروف^(٢٢)

فقد بدأ الإسلام بتحريم الشرك، ثم الكبائر، ثم الصغائر.

قال تعالى: ﴿... قُلْ إِنَّمَا أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ اللَّهَ وَلَا أَشْرِكَ بِهِ إِلَيْهِ أَدْعُو وَإِلَيْهِ مَآبٍ﴾ [الرعد: ٣٦].

وقال تعالى: ﴿... وَادْعُ إِلَى رَبِّكَ وَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [القصص: ٨٧].

ثم نزل بعد ذلك تحريم المحرمات بالتدرج دون تفصيل - بادئ الأمر - ولا تعميم.

قال تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أَمَّا أَهْلُ الْغَيْبِ اللَّهُ بِهِ فَتَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥].

قال القرطبي: أعلم الله عز وجل في هذه الآية بما حرم.. والآية مكية، ولم يكن في الشريعة في ذلك الوقت محرم غير هذه الأشياء ثم نزلت سورة المائدة بالمدينة.

وزيد في المحرمات كالمنخقة والموقوذة والنطيحة كما في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِزْيَرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ يَوْمَ فَتَقُ الْيَوْمَ يَأْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣] والخمر كما في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩٠ - ٩١] وحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير» (٣٣).

المطلب السادس: دلالة خطاب الشارع على التدرج في نفس المحرم

كذلك كان يتدرج في المحرم نفسه، من حال إلى حال، والتدرج في تحريم الخمر أشهر من أن نذكره هنا.

فعن عمر بن الخطاب قال: لما نزل تحريم الخمر قال عمر: اللهم بين لنا في الخمر بياناً شفاء، فنزلت الآية التي في البقرة ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوُ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ﴾ [البقرة: ٢١٩]. قال: فدعي عمر فقرئت عليه، قال: اللهم بين لنا في الخمر بياناً شفاء، فنزلت الآية التي

في النساء: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا﴾ [النساء: ٤٣] فكان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أقيمت الصلاة ينادي: ألا لا يقربن الصلاة سكران، فدعي عمر فقرئت عليه، فقال: اللهم بين لنا في الخمر بياناً شفاء، فنزلت هذه الآية ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١]، قال عمر: انتهينا^(٢٤).

قال القفال: "والحكمة في وقوع التحريم على هذا الترتيب، أن الله تعالى علم أن القوم كانوا ألفوا شرب الخمر، وكان انتفاعهم بها كثيراً، فعلم الله أنه لو منعهم دفعة واحدة لشق عليهم، فلا جرم استعمل في التحريم هذا التدرج وهذا الرفق".

المطلب السادس: ارتباط التدرج بالزمان والأشخاص والمكان

الفرع الأول: بقاء سنة التدرج واستمرارها

فإن قيل: إن التدرج كان قبل نزول الأحكام، وفرض العبادات، وقد تمت الأحكام، وفرضت العبادات، فلا تدرج اليوم، قيل: أولاً:

إن التدرج منهج مرحلي، وطريقة دعوية، لا تنسخ كأحكام الحلال والحرام المعرضة للنسخ.

ثانياً:

إنه لا دليل على نسخ التدرج لمن يحتاجه، ودعوى تمام الشريعة لا تعارض مع بقاء سنة التدرج في بعض الأحوال، ومع بعض الأعيان، بل لو قيل: إن من تمام الشريعة، وكمالها، وجمالها بقاء سنة التدرج.. لكان صحيحاً، وذلك

ليتناسب هذا الدين وأحوال الناس كافة.. ولو سُلِمَ بأن التدرج منسوخ.. فكيف ستعامل هذه الشعوب المسلمة التي خرجت مما وقع فيها من الفتن، وهي لا تعلم عن دينها شيئاً .

ثالثاً:

إن التدرج كان لعلّة، فإذا زالت زال، وإذا وجدت وجد، وعلته: وجود مجتمعات جاهلية تدعى إلى الإسلام، أو: وجود مسلمين حديثي عهد بجاهلية. ووجود هذه الأصناف وهي **علة التدرج** - ما زالت قائمة، وستبقى إلى يوم القيامة، وبقائها تبقى سنة التدرج، لذلك يشرع في حق هؤلاء التدرج؛ ولو بعد ثبوت الأحكام الشرعية.

فلو قدر أن رجلاً يريد أن يسلم، واستثقل ترك الخمر، فلا مانع أن يسلم، ولو بقي على ذنبه، أو استثقل الحج، فيقال له أسلم، ثم يكون بعد ذلك ما يكون، أو إذا أرادت امرأة أن تسلم على أن لا تتحجب، فيقال لها: أسلمي، ولو بقيت سافرة. والحكمة؛ أن يفتح لهم باب الإسلام على ما هم عليه إلا الكفر، ثم يتدرج معهم في أحكام الدين واحدة تلو الأخرى حتى يشبوا.

رابعاً :

تدرج الرسول صلى الله عليه وسلم في بعض الحالات بعد نزول الأحكام تدرجاً مرتبطاً بالأشخاص، وهذا ما سنفصله في الفرع التالي:

الفرع الثاني : ارتباط التدرج بالأشخاص

لمعرفة هذا النوع من التدرج هل يجوز التدرج مع أقوام دون أقوام، وأفراد دون أفراد، لظرف طارئ، أو لحالة خاصة، كما هو الحال مع المسلمين الذين كانوا يخضعون للحكم الشيوعي، وغيرهم ممن جهلوا دينهم، ودب فيهم ما دب من الشراكيات، وانتشر ما انتشر فيهم من البدع، والمعمرات.

ومثل هذه المجتمعات، لم تنعدم عبر التاريخ، حتى في عصرنا، فقد وُجد في

مثل هذه المجتمعات مسلمون، لا يعرفون أركان الإسلام، فكيف بأدائها وأحكامها^(٢٥).

فليس من الحكمة؛ نقل مثل هؤلاء إلى الإسلام بجملته، بدعوى أنهم مسلمون، وأن الشريعة كملت، بل لا بد من أخذهم بقاعدة التدرج.. التوحيد.. فالعبادات، واحدة بعد الأخرى.. والنهي عن المحرمات.. الأعظم فالأعظم حسب أحوال العباد.

ومن أروع ما وقع من مثل هذا في عصر النبوة دليلاً على التدرج في هذا الجانب :

الأول: (حديث وفد ثقيف):

عن وهب قال: سألت جابراً عن شأن ثقيف إذ بايعت، قال: اشترطت على النبي صلى الله عليه وسلم أن لا صدقة عليها ولا جهاد، وأنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم بعد ذلك يقول: «سيتصدقون، ويجهدون إذا أسلموا»^(٢٦).

وعن نصر بن عاصم عن رجل منهم: أنه أتى النبي ﷺ فأسلم على أنه لا يصلي إلا صلاتين فقبل ذلك منه^(٢٧).

لذلك لو أن امرأاً قال: أسلم وأؤدي بعض العبادات دون بعض، ولا أنتهي عن المحرمات كلها، أو بعضها، لقليل له: أسلم.. لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً^(٢٨).

الفرع الثالث: ارتباط التدرج بالمكان

من المعلوم أن المجتمعات ليست واحدة في أحوالها فهناك المجتمع المكي.. والمجتمع الدعوي.. والمجتمع الحبشي.. والمجتمع الحجازي.. والمجتمع الإسلامي.. إلى غير ذلك من أنواع المجتمعات التي لكل واحد منها أحواله، وأحكامه، ومواقفه.

والبيئة تؤثر على هؤلاء^(٢٩)، كما قال تعالى: ﴿وَصَدَقَ مَا كَانَتْ تَعْبُدُ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنَّهَا كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ كَافِرِينَ﴾ [النمل: ٤٣].

أولاً: توفر ظروف المجتمع المكي

لذلك نتأكد حكمة بقاء منهجية التدرج لتناسب وهذه المجتمعات كل حسب حاله، وبخاصة في بيئة كحال المجتمع المكي، والمقصود بالوضع المكي: وجود مسلمين ضعفاء مضطهدين بين أظهر الكافرين، لا يسمح لهم بالدعوة، ولا يستطيعون إقامة شعائرهم، ولا الأمر بالمعروف، ولا النهي عن المنكر.. فضلاً عن الجهاد، وإقامة الحدود، فإن وجد قوم من المسلمين كذلك، فيشرع لهم الاقتداء بأفعال الرسول (صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم) بمكة، من أداء ما يستطيعونه من العبادات، والانتهاز عما يستطيعونه من المحرمات.

ويجب عليهم الرد الكريم، والصفح الجميل، والعفو عن المؤذنين، وكف الأيدي، ويحرم عليهم الرد بالعنف والقتال، قال تعالى: ﴿فَاصْفَحَ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ﴾ [الحجر: ٨٥]، كما قال في هذا الشأن الْأَخْفَفَ بَنَ قَيْسٍ : وَإِذَا جَمِيلُ الْوَجْهِ لَمْ يَأْتِ الْجَمِيلَ فَمَا جَمَالُهُ : مَا خَيْرُ أَخْلَاقٍ الْفَتَى إِلَّا تَقَاهُ وَأَخْتَمَالُهُ، وقوله تعالى : ﴿قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ﴾ (يوسف: ١٨) وقوله: ﴿فَاصْبِرْ صَبْرًا جَمِيلًا﴾ (المعارج: ٥) الصبر الجميل هو الذي لا شكوى معه ولا جزع فيه، وقوله : ﴿فَاصْفَحَ الصَّفْحَ الْجَمِيلَ﴾ (الحجر: ٨٥)، أعرض عنهم إعراضاً لا جزع فيه .

وقال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ قِيلَ لَهُمْ كُفُّوا أَيْدِيَكُمْ..﴾ [النساء: ٧٧]

قال أهل العلم: «فمن كان من المؤمنين بأرض هو فيها مستضعف، أو في وقت هو فيه مستضعف، فليعمل بآية الصبر والصفح والعفو عمن يؤذي الله ورسوله، من الذين أوتوا الكتاب والمشركون، وأما أهل القوة، فإنما يعملون بآية قتال أئمة الكفر الذين يطعنون في الدين وبآية ﴿فَاتْلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]» (٣٠).

الخلاصة:

أن منهجية التدرج في الدعوة إلى الله ما تزال قائمة لم تنسخ، يُعمل بها حسب الأحوال، وأن فيها من الحكمة الشيء الكثير، وأن غياب هذه القاعدة من منهج الداعية فضلاً عما فيه من مخالفة لسنن الله الكونية، وسننه الشرعية، فإن فيه اصطداماً مع واقع ليس من ورائه إلا الفشل، والنفور... فشل الداعية.. ونفور المدعوين.

الخاتمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، فإن التغيير سنة ماضية إلى يوم الدين وحوادث الدنيا متجددة وحاجة الناس إلى الشرع الذي ينظم جوانب الحياة المختلفة ضرورة من ضرورات الحياة .

بالتالي ليس للخلق القدرة على تنظيم هذه الحياة من أنفسهم دون تدخل من الخالق الذي خلقهم، فكان ذلك في بعث الرسل والأنبياء بالرسالات التي ينبغي أن يتقاد لها الناس، ولمعرفة الخالق بأحوال الناس لم ينزل عليهم الأوامر والنواهي جملة واحدة، بل حتى لم ينزل كل الرسالات على رسول واحد ومع هذا اختلفت أزمنة الرسل والرسالات مما يدل على حكمة الخالق في الرفق بالمجتمعات .

فكيف لا يرفق الخالق بهؤلاء وهو عالم بأحوالهم وخبير بأسرارهم، لهذا وزيادة في الرفق لم ينزل حتى القرآن جملة واحدة على النبي محمد عليه الصلاة والسلام رفقاً بالناس والأمة، ولتحقيق مقاصد الشارع في الوصول بالمجتمع إلى مراقبي الإيمان والهداية التي تقوم على الإعتقاد القائم على الفهم الثابت الذي يدفع بهم إلى التمسك بالعزيمة، ويمنع الناس من الشعور بالحرج الذي قد يدفع بهم إلى التخلي عن ذلك الذي بدأ ينمو في النفس كبذرة خير يراد لها النمو كما جاء في قوله ﷺ: «لولا أن قومك حديثوا عهدٍ بشركِ لهدمتُ الكعبةَ ثم أقمْتُها على قواعد إبراهيم»، فالذي منعه من الهدم هو حداثة القوم بالشرك فهدمها قد يعيدهم

إلى ما كانوا عليه من ضلال فحرصاً منه ﷺ على بقاء هؤلاء في حظيرة الإسلام ترك الكعبة على غير قواعد إبراهيم حتى لا يؤدي ذلك إلى تغيير قواعد أناس آمنوا بالله رباً وبمحمد ﷺ نبياً، إلى قواعد شرك لا تؤمن بالله وتناصب رسول الله عدواً .

لقد ناقشت هذه الدراسة النصوص الشرعية التي وردت في هذا المعنى تحت لفظ "التدرج" نظراً وتأملاً في الأوامر والنواهي ودلالة ألفاظ الشارع على هذا التدرج، وذلك كله لتحقيق هدف محدد هو "إمكانية حصول هذا التدرج في العصر".

وبعد المناقشة والتحليل توصلت الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

أهم النتائج :

- (١) أكدت فائدة الدراسات من هذا النوع لتأكيد صلاحية هذه الشريعة لكل مكان وزمان ولكل فرد أو مجموعة أو شعب..
- (٢) حصول التدرج في التشريع كمنهج دعوي يمكن الاستفادة منه في المجتمعات المسلمة وغير المسلمة حسب الحال والظروف والمكان والأشخاص .
- (٣) ثبوت التدرج في العصر لا يعني تحليل الحرام أو تحريم الحلال، وإنما هو منهج للأخذ بيد غير المسلم إلى الإسلام الكامل الذي يدفع به إلى الأخذ بالعزيمة بل يصل إلى مرحلة الورع والزهد مخافة المنكرات وبعداً عن الحرام.
- (٤) عدم حصول التدرج في العقيدة وتوحيد الله عز وجل لأن هذه مسألة لا تقبل التبعض أو التجزئة فإما بياضاً ناصعاً لبنياً أو سواداً حالكاً مظلماً، إيمان صريح أو كفر بواح.

الهوامش:

- (١) التنجيم والمنجمون وحكم ذلك في الإسلام، لعبد المجيد بن سالم المشعبي (ص: ٨١) الناشر: أضواء السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م عدد الأجزاء: ١ ..
- (٢) أحمد بن محمد بن خلف بن محرز بن محمد أبو العباس الأندلسي الشاطبي المالكي المقرئ من أهل شاطبة مدينة من شرق الأندلس سئل أبو العباس عن مولده فقال في رجب سنة أربع وخمسين وأربعمائة بالأندلس، تاريخ دمشق لابن عساكر: أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (المتوفى: ٥٧١هـ)، تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، عدد الأجزاء: ٨٠ (٧٤ و ٦ مجلدات فهارس)، (٥/ ٣٤٣).
- (٣) عبد الملك بن عمر بن عبد العزيز ابن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية الأموي... كان عوناً لأبيه علي العدل وقال لأبيه في أصحابه أنفذ فيها أمر الله إذا جاشت بسي وبك القدور انظر: تاريخ دمشق أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر (المتوفى: ٥٧١هـ) (٣٧/ ٣٨).
- (٤) لسان العرب: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: ٧١١هـ) الناشر: دار صادر - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ (٢/ ٢٣٨).
- (٥) تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، مجموعة من المحققين، دار الهداية تاج العروس (٥/ ٥٥٥).
- (٦) رواه مسلم بالرقم (٢٨٢٢).
- (٧) رواه مسلم بالرقم (٢٨٢٢).
- (٨) المسيح عليه السلام دراسة سلفية (١/ ٢٩٧) المسيح عليه السلام دراسة سلفية للمشيخ: رفاعي سرور الناشر: دار هادف للطباعة والنشر.
- (٩) الانتصار في الرد على المعتزلة القدرية الأشرار، لأبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: ٥٥٨هـ)، المحقق: سعود بن عبد العزيز الخلف، الناشر: أضواء السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩م، عدد الأجزاء: ٣ (٣/ ٧٢٤).
- (١٠) دعوة أهل البدع (ص: ١٨٧).

- (١١) التوضيحات الكاشفات على كشف الشبهات (ص: ١٣١) تأليف: د. محمد بن عبد الله بن صالح الheidان المشرف العام على شبكة نور الإسلام.
- (١٢) رواه أحمد (٧٨٣٦٣/٥)، والنسائي في السنن (٢٠٨/٤)، وفي الكبرى (٢٦٩٣)، وانظر صحيح الترغيب والترهيب (١٠٢٣).
- (١٣) رواه مسلم، واللفظ له، كتاب الطهارة رقم (٢٢٣)، وأحمد (٣٤٣/٥).
- (١٤) رواه البخاري (٤٣٤٧) واللفظ له، ومسلم (١٩).
- (١٥) فتح المجيد شرح كتاب التوحيد، الشيخ الطيب أحمد حطية (١١/٦)، بترقيم الشاملة آليا، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية " <http://www.islamweb.net> ".
- (١٦) رواه البخاري (٦٦٤٦)، ومسلم (١٦٤٦).
- (١٧) رواه أحمد (٧٢/٥) رقم ٢٠٧١٣، وابن ماجه (٢١١٨م)، والطبراني في الكبير (٣٢٤/٨)، ومحمد بن نصر المروزي في تعظيم قدر الصلاة (٨٧٤)، وصححه الألباني في (الصحيحه ١٣٦، ١٣٧).
- (١٨) رواه البخاري (٣٩٣٥، ٣٥٠)، ومسلم (٦٨٥).
- (١٨) رواه البخاري (٣٩٣٥، ٣٥٠)، ومسلم (٦٨٥).
- (١٩) تفسير ابن كثير (٣٠٢/١)، والحديث رواه أحمد (٣٦٨/٤) واللفظ له، والبخاري (١٢٠٠، ٤٥٣٤)، ومسلم (٥٣٩).
- (٢٠) رواه أحمد (٢٤٦/٥)، وأبو داود (٥٠٧)، والحاكم (٢٧٤/٢)، وصححه ووافقه الذهبي، واقتصر على ذكر أحوال الصيام، ولم يذكر أحوال الصلاة، وذكره الشيخ الألباني في صحيح أبي داود (٤٧٩) وقال: صحيح.
- (٢١) منهج القرآن الكريم في دعوة المشركين إلى الإسلام (٧٩٣/٢).
- (٢٢) راجع البخاري (٢٠٨٩، ٤٠٠٣)، ومسلم (١٩٧٩)..
- (٢٣) تفسير القرطبي (١١٥/٧)، والحديث رواه مسلم (١٩٣٤) وغيره.
- (٢٤) أبو داود (٣٦٧٠)، والنسائي (٢٨٦/٨)، والترمذي (٣٠٤٩)..
- (٢٥) ووجد منهم من لا يعرف من الإسلام إلا أنه يحرم أكل الخنزير، ولا يعلم توحيداً، ولا عبادة فضلاً عن حلال وحرام.
- (٢٦) ووجد منهم من لا يعرف من الإسلام إلا أنه يحرم أكل الخنزير، ولا يعلم توحيداً، ولا عبادة فضلاً عن حلال وحرام.
- (٢٧) رواه أحمد (٢٤٢٥، ٣٦٣/٥)، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثاني (٩٤١)، وأبو نعيم كما في أسد الغابة (٤٤٦/٦) قلت: واسناده صحيح، رجاله ثقات، والرجل المبهمة شيخ نصر صحابي، وجهالة الصحابي لا تضر.

- (٢٨) من جميل ما حدث مرة، أن أحد العلماء سأل رجلاً عن سبب تركه للصلاة، فقال الرجل: أحب الصلاة ولكن الوضوء يصعب علي لبرودة الماء، لذلك تركت الصلاة، وكان ذلك في بلاد باردة، وقبل وجود أجهزة تدفئة المياه، فقال له العالم: تيمم وصل.. فضج العلماء الآخرون ودفعوا العالم للمحكمة على أنه أسقط الوضوء وهو معلوم من الدين بالضرورة .
- (٢٩) دعوة أهل البدع، لخالد بن أحمد الزهراني (ص: ١٤٨) .
- (٣٠) الصارم المسلول (٤١٣/٢) .



ملف العدد

دور المقاصد فى كشف وإبداع أنظمة اجتماعية إسلامية

١. د. أحمد عوض هندي (*)

١. مقاصد الشريعة : أنواعها وخصائصها وأهميتها:

إن الشريعة تتميز بالكمال والسمو لأنها منزلة من عليم حكيم، فهى تمثل علمه وحكمته جل ثناؤه، إذ لا يتصور أن يشرع العليم الحكيم لعباده حكماً يضرهم فى معيشتهم أو يُعسر عليهم حياتهم أو يوجب عليهم العنف والحرص فى دينهم. من هنا كانت مقاصد الشريعة تتمثل فى حماية مصالحها الكلية وهى الدين والنفس والنسل والعقل والمال. فهذه هى الأهداف التى شرعت الأحكام لتحقيقها، وهى المصالح التى تعود على العباد فى دنياهم وأخراهم. فمجممل مقاصد الشريعة دفع ونفع، أى درء المفاسد وجلب المصالح، فحيث توجد مصلحة فثمة شرع الله^(١)، فالمصلحة ترجع إلى جلب منفعة أو دفع مضرة، والمصلحة الشرعية هى كل ما كان مفضياً إلى تحقيق مقصود الشرع لا ما يُحقق مقاصد الخلق، كما أن درء المفسدة يعتبر مصلحة، وكل ما يفوت الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة^(٢).

ويمكن تقسيم المقاصد الشرعية لثلاثة أقسام: المقاصد العامة، وهى تتمثل فى جلب المصالح ودرء المفاسد، والمقاصد الخاصة، وهى المقاصد التى تهدف

(*) أستاذ قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق السابق - جامعة الإسكندرية.

الشريعة إلى تحقيقها في باب معين أو مجال أو مجالات معينة مثل مقاصد الشارع في التصرفات المالية والقضاء والشهادة وأحكام العائلة أو مقاصد العقوبات. والقسم الثالث هو المقاصد الجزئية، أي مقصد الشارع من كل حكم على حدة أو هو الأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكام الشريعة. وهو ما يجرى التعبير عنه بعبارة الحكمة أو العلة أو المعنى، وهذا القسم من مقاصد الشريعة هو الذي يهتم به الفقهاء عادة خاصة عندما يرغب الفقيه في تجديد الفقه الاسلامي^(٣).

ويمكن القول إن مقاصد الشريعة على ثلاث درجات: ضرورية (حفظ المال والنفس والعقل والدين والعرض) وهي إذا لم تراعى اختل نظام الحياة. ومقاصد حاجية: وهي ترفع عن الخلق المشقة وتزيل عنهم وجود الحرج ومثلها رخص العبادات والمستثنيات في المعاملات كالسلم والمزارعة والمساقاة والطلاق، والمباحات في العبادات كإباحة ميتة البحر والتمتع بالطيبات من الرزق، وفي العقوبات بجواز العفو عن القصاص بصورتيه، على دية أو دونها، ويجاز العفو عن الجريمة والعقوبة في التعزير. أما التحسينات فهي الأمور التي تجمل بها الحياة وتكمل، وإذا فقدت لا يختل نظام الحياة ولا تحصل بفقدائها مشقة ولا حرج مثل مكارم الأخلاق ومحاسن العبادات كأخذ الزينة والتطيب وإزالة المستقذر عن البدن والثياب والنوافل في العبادات ومنع البيع على بيع أخيه والخطبة على خطبته، وفي العادات محل الإسراف أو التقيد، وبآداب الأكل، كل يمينك وكل مما يليك، وفي العقوبات بالنهي عن التمثيل والغدر^(٤).

هذه المقاصد للشريعة الاسلامية تتميز بعدة خصائص أهمها الثبات، لأنها مستنبطة من نصوص الشريعة، مستدل بهذه النصوص عليها، وإن جازت الزيادة عليها. وأنها عامة مطردة، لأنها ملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع، وأنها حاکمة لا محكوم عليها، لأنها تتحكم في إجراء الاجتهاد وبربطه برعاية المصالح بمراتبها الثلاث، فما يحقق هذه المصالح كان اجتهاداً معتبراً وما قصر عن تحقيقها كان باطلاً^(٥).

فجميع المصالح الإنسانية تندرج في المقاصد الخمسة - الضرورية - التي تضمنها كتاب الله تعالى بصريح البيان، وهي على هذا الترتيب: الدين، فالحياة، فالعقل، فالنسل، فالمال. وإن كانت هذه العناصر الضرورية يمكن الزيادة عليها^(٦) ويمكن أن يضاف إلى هذه المقاصد ما وهو مقصد العدل والمساواة. كذلك فإن فعل الخير يعتبر من المقاصد الضرورية، وأيضاً تحقيق الأمن ورعاية الحقوق والحريات العامة وإقامة أمة وسط^(٧).

وتبدو أهمية العلم بالمقاصد الشرعية في أنها تساعد على فهم النصوص الشرعية وتطبيقها على الوقائع والاستدلال على حكم ما لا نص فيه، باستنباط الأحكام من أدلتها على وجه مقبول، فلا يكفي أن يعرف المجتهد دلالات الألفاظ على المعاني بل لابد له من معرفة أسرار التشريع والأغراض العامة التي قصدها الشارع من تشريعه الأحكام المختلفة حتى يستطيع أن يفهم النصوص ويفسرها تفسيراً سليماً ويستنبط الأحكام في ضوء هذه المقاصد العامة. كذلك تبدو أهمية العلم بالمقاصد الشرعية في حالة وجود نص وحالة التعارض الظاهري بين الأدلة، ففي حال هذا التعارض يلجأ المجتهد لفهم هذا التعارض الظاهري والتوفيق بينها إلى المقاصد الشرعية، إذ من خلالها يقارن بين مقصد كل دليل ويوصل إلى الحكم الصحيح. وفي حالة عدم وجود نص، يلجأ المجتهد إلى المقاصد العامة للشرعية ليكون الحكم أو التشريع محققاً لمصلحة الناس ومحققاً للعدل بينهم، وفي هذا المجال ترتبط المقاصد الشرعية بالمصالح المرسل^(٨).

٢. مقاصد القانون:

القانون (الذي يتمثل في مجموعة قواعد يضعها المشرع الوضعي - البرلمان - لتنظيم التعامل بين الأشخاص وحماية حقوقهم وحياتهم) له غاية مثالية تتمثل في الأهداف العامة والعليا أي القيم التي ترتبط بالقانون ككل مثل قيمة العدالة وتحقيق الصالح العام، فهذه هي مجموعة الأهداف - أو المقاصد - التي تهيمن على النظام القانوني ككل. أما الغاية الفنية للقانون، أي الغاية القريبة، فهي الأهداف التي يسعى

القانون مباشرة إلى تجسيدها في المجتمع، وترجم في إطار حمايته لأشخاص القانون والوفاء بالحاجات الإنسانية. وهذه الغاية الفنية (القريبة) وهي حماية حقوق وأشخاص المخاطبين به - تكون هي في الغالب مجرد وسيلة لبلوغ الغاية المثلى (القيم التي ترتبط بالقانون ككل - تحقيق العدل وحماية الصالح العام)^(٩).

لقد تغيرت الغاية الفنية أو القريبة للقانون (الحاجات الأساسية التي يليها القانون للناس) حسب ظروف كل مجتمع ومتطلباته: فهذه الغاية كانت في المجتمعات البدائية تتمثل في المحافظة على الأمن والاستقرار واستخدام لذلك العقوبات القاسية ومركزية السلطة. وعند الإغريق كانت غاية القانون (الفنية) المحافظة على الوضع الاجتماعي القائم مما يؤدي إلى تحقيق الأمن والاستقرار بطريقة غير مباشرة. ولدى الرومان، قريب من ذلك، حيث استخدم القانون لتأكيد التمييز الطبيعي والحفاظ على الحقوق المكتسبة لطبقة الأشراف، وتؤكد ذلك في العصر البيزنطي - واعتبروا أن استقرار الوضع الاجتماعي لا يتحقق إلا بإبقاء كل فرد في مهنته مما استلزم توريث الوظائف والمهن.

وحينما ساد المذهب الفردي في العصر الحديث - كانت الغاية المثالية للقانون هي حماية الفرد وحرية، فيجب على المجتمع بكل نظمه بما فيها القانون، أن يكون في خدمة الفرد، فالفرد قيمة عليا، قيمة في حد ذاته، وذلك تأثراً بالديانة المسيحية التي ركزت خطابها على الإنسان كفرد، بجانب انهيار نظام دولة المدينة، فانصب الاهتمام على الفرد وتحولت الفلسفة من البحث عن أصلح نظم الحكم إلى البحث عن سعادة الفرد، وأكدت على هذه النزعة الفلسفة الأبقرورية باتجاهها النفعية، وضربت الفردية بجذورها في الفكر القانوني فتم إطلاق الحريات الفردية، وأصبحت غاية القانون تحقيق أكبر قدر ممكن من التأكيد لذاته وإثبات حرية، ودفعت فكرة العقد الاجتماعي بالفردية القانونية إلى أوسع معانيها، وأزالت كل القيود المطروحة على الإرادة الفردية ودفعت بمبدأ سلطان الإرادة إلى أقصى وأوسع معانيه وتم المناداة بقدرسية حق الملكية الفردية وإطلاقه، وأصبح المبدأ

الأساسي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وأصبح العقد الوسيلة الوحيدة لكافة العلاقات القانونية بين الناس، وأن كافة التنظيمات التي في الحياة الإنسانية مثل الزواج والأسرة والمهنة والدولة والمجتمع المدني ذات طبيعة وأساس عقدي. وفي ظل سيادة الفردية القانونية تراجعت اعتبارات العدالة الاجتماعية أمام اعتبارات تحقيق الاستقرار القانوني وكفالة تمتع الفرد بحقوقه^(١٠).

ولكن مع ازدياد مثالب الفردية القانونية، ومع ظهور الحكم الإسلامي في الدول العربية أصبحت غاية القانون تحقيق العدالة بأبعادها المختلفة، واستخدم القانون في ذلك الآليات الواردة في الشريعة ذاتها مثل عدالة التوزيع في المجال المالي والضريبي والعدالة التبادلية في نظام العقود والالتزامات والمساواة في الحقوق والواجبات بين سائر مواطني الدولة الإسلامية دون تفرقة بسبب الديانة.

كذلك ظهر الاتجاه الاجتماعي في القانون - في دول عديدة غير إسلامية - فتوجهت غاية القانون من الفرد إلى المجتمع وأهمية تحقيق المصالح الاجتماعية بدلاً من حماية النشاط الفردي وضرورة حماية العمال وصغار الملاك أمام قوى الرأسمالية. فأصبح القانون وسيلة فعالة للتدخل في نشاط الأفراد وفرض أنشطة معينة وقوالب محددة وغايات معينة، فظهرت أفكار اجتماعية أساسية مثل فكرة الضمان الاجتماعي وفكرة العقد الموجه وعقود الإذعان ونظام التسعير الجبري، فالقانون غايته الوفاء بأكبر قدر ممكن من المصالح الاجتماعية الملحة. وأصبحت غاية القانون تحقيق العدالة والأمن والخير العام^(١١). على أن الأمر بدأ يعود إلى الاقتصاد الحر في العقود الأخيرة، وأصبحت غاية القانون حماية النشاط الفردي، بما يمكن تحقيق العدالة والاستقرار والمصلحة العامة.

٣. ضرورة التمييز بين مقاصد الشريعة ووسائل تحقيقها:

لا ينبغي الخلط بين مقاصد الشريعة الإسلامية وبين وسائل تحقيقها. فمقاصد الشريعة هي الأهداف الثابتة التي تسعى النصوص إلى تحقيقها (حفظ الدين والعقل

والنسل والمال والعرض، وتحقيق العدل، والخير والصالح العام) وهى أهداف ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، فهى أهداف ثابتة ودائمة. أما وسائل تحقيق هذه المقاصد، فهى قابلة للتغيير والاختلاف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأعراف والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، حيث ترك الشارع المكلفين أحراراً فيما يختارون لأنفسهم من وسائل ملائمة ولم يقيدهم بوسيلة معينة مناسبة لعصر البعثة فيتشبه بها بفهم ويجهد نفسه عندها ويظنها أمراً تعبدياً يلزم كل مسلم التقيد به ولا يجوز له مجرد التفكير فى الفكاك منه، بينما الأولى أن ترك الوسيلة للعقل المسلم ليختارها وفق ظروفه وأحواله^(١٢).

فالوسائل قد تتغير من عصر إلى عصر ومن بيئة إلى أخرى، بل هي لا بد متغيرة، فإذا جاء النص - ولاسيما من الحديث النبوي - على شيء منها فإنما ذلك لبيان الواقع لا ليقيدنا بها ويجمدنا عندها أبد الدهر؟! بل لو نص القرآن نفسه على وسيلة مناسبة لمكان معين وزمان معين فلا يعنى ذلك أن نقف عندها ولا نفكر فى غيرها من الوسائل المتطورة بتطور الزمان والمكان. فقوله تعالى ﴿واعبدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم﴾^(١٣) لا يمكن القول أنه يفهم منها أن المراقبة فى وجه الاعداء لا تكون إلا بالخيال التى نص القرآن عليها. فكل من له عقل يعرف الفقه والشرع يفهم من النص أن خيل العصر هي الدبابات والمدرعات وغيرها من أسلحة العصر، كذلك فإن قوله تعالى ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين يُدنين عليهن من جلابيبهن﴾^(١٤). إن هذا النص القرآنى لا يعنى الجلابيب وإدناءها - أى إرخاءها - هو اللباس الوحيد المشروع للمرأة المسلمة، ذلك أن الزى يخضع لأعراف البلاد وبيئات أهلها ويتغير بتغير الزمان وتنوع حاجات الناس ومتطلبات التطور، والشرع لا يمنع ذلك بشرط المحافظة على المقاصد الأساسية التى يطلبها الشرع فى الزى وهى أن يستر المسلمة ولا يكشف عن عورة يجب سترها ولا يشف ولا يصف ولا يفقد المسلمة خصوصيتها. وتحقيق الستر والحشمة للمسلمة

لا يكون بصورة واحدة لا تظهرها. فيمكن تحقيق ذلك بالجلباب أو بالمعطف (البطو) السابع، أو بالعباءة فوق الثياب أو بلباس من قطعتين سابغتين (التاير) أو بغير ذلك مما يبتكره الناس من أزياء مادامت لا تخالف الشرع^(١٥).

كذلك ما قرره القرآن والسنة من مبدأ الشورى في الحياة الإسلامية وخصوصاً في الحياة السياسية ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾^(١٦) ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾^(١٧)، ولكن الشرع لم يعين وسيلة كيفية الشورى ومن هم المستشارون وكيفية اختيار أهل الحل والعقد وكيف يبایع الخليفة ويختار، فالشرع ترك كل ذلك للمسلمين، يجتهدون في اختيار الوسيلة وتحديدها وتحسينها وتطويرها حسب الزمان والمكان، بل لقد اختلفت طريقة اختيار الخلفاء الراشدين الأربعة كل حسب ظروف اختياره. ومن عصرنا يمكننا اختيار طريقة الترشيح وانتخاب الأفضل بأغلبية الأصوات كما هو شأن النظام الديمقراطي^(١٨).

بذلك نجد أن كثيراً من المقاصد الشرعية ترك الشارع تحديد وسائل معينة لتحقيقها قاصداً التوسعة على الناس، دون غفلة أو نسيان، فالشارع تركها قصداً تيسيراً على الناس ورحمة بهم ليملئوها بما يلائمهم عن طريق القياس أو الاستحسان أو رعاية المصالح المرسله أو غيرها^(١٩). على أنه يجب في جميع الأحوال مراعاة ألا يتم تحويل المقاصد إلى وسائل، بأن يقال إن المهم طهارة القلب وإن يصح الضمير وإن يخلص الشخص لعمله (وليس المهم أن تركع أو تسجد أو تجوع أو تعطش أو أن ترتحل إلى مكة وتطوف حول الكعبة) فهذه نظرة خاطئة لا يصح التفكير فيها أو الأخذ بها، ذلك أن للعبادة، كما قال الشاطبي، مقصداً أصلياً ومقاصد تابعة، فالمقصد الأصلي فيها هو التوجه إلى الواحد المعبود بغاية الخضوع والطاعة والمحبة له وإفراده بالقصد إليه في كل حال، ويتبع ذلك مقصد التبعيد لنيل الدرجات في الآخرة أو ليكون من أولياء الله تعالى، ومن المقاصد التابعة للعبادة صلاح النفس واكتساب الفضيلة، فالصلاة مثلاً تشتمل على التذكير بالله أكبر وأعظم من نهيه عن الفحشاء والمنكر لأن ذكر الله هو المقصود الأصلي، أما النهي

عن الفحشاء والمنكر والاستراحة إليها من أنكاد الدنيا فهي مقاصد تابعة. وكذلك سائر العبادات لها فوائد أخروية وهي العامة وفوائد دنيوية، وهي كلها تابعة، للفائدة الأصلية وهي الانقياد بالخضوع لله. والفوائد الدنيوية " لا تجوز أن تكون الباعث الوحيد للعبادة سواء كانت مادية أو معنوية"^(٢٠).

٤. العدالة مقصد جوهري سواء في الشريعة أو القانون:

انتبهنا إلى أن مقاصد الشريعة وإن كانت تدور حول الضروريات الخمس (حفظ الدين والمال والعقل والنسل والنفس) وأنه إذا كان من خصائص هذه المقاصد "الثبات" إلا أن هذا الثبات يقصد به أن ما يكتشف من مقاصد التشريع الإسلامي لا يحتمل أن يصح - بعد زمن أو في نظر آخر - خارج نطاق هذه المقاصد، وأن لا يعنى بالثبات عدم جواز الزيادة على ما استنبطه الأقدمون منها، فهذه الزيادة حاصلة فعلاً واحتمالاً تكرر حصولها قائم لا ينقطع^(٢١).

ويمكن القول إن المقصد الذي تدور حوله عامة أحكام التشريع الإسلامي (الجنائي والمدني والإجرائي) أو أصوله هو العدل، ذلك أن أحكام الشريعة وأمر ونواه، ولكل أمر أو نهي جزء، والعدل لا ينفك عن الجزء، لذلك يجري الفقهاء على القول بأن العدل عماد الشريعة، كما أن التوحيد عماد العقيدة، والعدل مركز في الفطرة الإنسانية، لذلك فالشرائع السماوية كلها تُقره ولا تقره أي أنها تنزل على حكمه ولا تُنشئه، وإذا كان للجسد حواس فللعقل مثلها ومن هذه الحواس حاسة العدالة، ولما كان الإسلام دين الفطرة فمن الطبيعي أن تكون أحكامه أكثر انسجاماً مع فكرة العدل، فالعدل هو أحد أسماء الله الحسنى^(٢٢).

كذلك فإن من مقاصد القانون تحقيق العدل، إذ القانون يستهدف إقرار النظام في المجتمع وتطبيق العدل بين أفراد، فهو في الأساس جماع بين النظام والعدل. وقد وجد القانون أساساً لكي يوفر للمجتمع البشري القدر من النظام الذي لا غنى عنه لبقاء المجتمع وتقدمه، ولكن تحقيق هذا النظام في المجتمع ليس هو الغاية الوحيدة للقانون وإنما يهدف القانون فضلاً عن ذلك إلى تحقيق العدل بين

أفراد المجتمع. فلا يكفي أن يَنشئ القانون نظاماً في المجتمع بل ينبغي أن يكون هذا النظام عادلاً في الوقت نفسه. ولا يوجد تعارض بين النظام والعدل بل هما مرتبطان ارتباطاً وثيقاً، فالنظام القانوني الذي لا يمكنه الاستجابة لمقتضيات العدل الأساسية سوف يعجز في المدى البعيد عن توفير النظام والسلام للكيان السياسي، وعلى العكس لا يمكن للعدل (الذي يتمثل في إعطاء كل ذي حق حقه)^(٣٣) أن يتحقق دون جهاز قضائي منظم، يكفل معاملة متساوية للأوضاع^(٣٤).

٥. إنشاء محاكم للأسرة (في مصر) كنظام اجتماعي جديد ينطلق من مقاصد الشريعة (مقصد العدل):

إذا كان تحقيق العدل مقصد هام من مقاصد الشريعة الإسلامية، وكذلك من أهداف القانون، فإن تحقيق هذا المقصد يقتضي اتخاذ الوسائل أو تبني النظم التي من شأنها بلوغ هذا المقصد، ذلك أن من مبادئ العدالة ضرورة وجود محاكم غير متحيزة لإصلاح الأضرار وحماية الحقوق وعدم حصول الشخص على حقه بنفسه^(٣٥) فتحقيق العدل كان منذ بداية الدولة الإسلامية مقصداً هاماً يقوم عليه الأحكام، باعتبار أن الحاكم يتولى القضاء بين الناس لحماية حقوقهم ولضمان حصول كل صاحب حق على حقه. ومع مرور الوقت أصبح القضاء يتولاه قضاة يحرصون في عملهم على تحقيق العدل بين الناس من خلال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لحل مختلف المشاكل والنزاعات بين الأفراد، سواء نزاعات مدنية أو تجارية أو جنائية أو تمس الأحوال الشخصية. ثم أنشأت المحاكم - كجهة قضاء - تقوم على تحقيق العدل بين الناس والفصل في مختلف الدعاوى والنزاعات بينهم.

وفي مصر، كان يختص بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية قضاء شرعي، باعتباره أحد النظم التي حرص عليها المجتمع لتحقيق مقصد العدل في إطار دعاوى الأسرة. ثم مع النصف الثاني من القرن العشرين ألغى المشرع هذا القضاء المتخصص، وأسند دعاوى الأحوال الشخصية إلى القضاء العادي، فوزع

دعاوى الأسرة بين المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية، التي تفصل في مختلف دعاوى الأسرة، بتطبيق أرجح الآراء من المذهب الحنفي، ومن خلال تطبيق كامل لآراء الفقه الإسلامي في مختلف مسائل الولاية على النفس أو الولاية على المال (في الزواج والطلاق والموارث والوصايا والحجر والوصاية والقوامة)^(٢٦).

ومع بداية الألفية الثالثة، أصدر المشرع المصري قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤، والذي أنشأ بمقتضاء محاكم متخصصة للنظر في دعاوى الأسرة بمختلف أنواعها، وسبقه - سنة ٢٠٠٠ - بوضع تنظيم شامل لإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. وبذلك التنظيم الذي يتناول تكوين الأسرة وتنظيمها، وهو التنظيم المرتبط بالجانب الاجتماعي لمقاصد الشريعة الإسلامية، حرص المشرع على حماية مصلحة الأسرة باعتبارها ضمان لمصالح المجتمع كله قاصداً تحقيق العدل والمساواة بين أفراد الأسرة.

بهذا النظام الجديد جمع المشرع شمل جميع قضايا الزوجين أمام محكمة واحدة متخصصة، بحيث يكون للزوجين المتخاصمين ملف يشمل جميع الدعاوى المتبادلة بينهما، تنظره ذات المحكمة ويتم الطعن في الأحكام الصادرة في تلك الدعاوى أمام نفس المحاكم (محاكم الأسرة) كما تشرف هذه المحاكم على تنفيذ الأحكام الصادرة منها، وفي كل ذلك يتفق المشرع مع مقاصد الشريعة، ويرجو إلى تحقيق العدل برفع المرأة إلى مكانتها اللائقة بكرامتها الإنسانية، والتسوية بينها وبين زوجها في الأهلية والتكاليف الشرعية، إلا فيما رفعه عنها رفقاؤها وصونها لها بالإضافة إلى التيسير على الأشخاص. ففي ذلك حماية للمجتمع واسعة باعتبار أن في حماية حقوق الزوجة حماية لحقوق أطفالها وحقوق الأسرة كلها.

مظاهر تحقيق العدالة الإجرائية

ومن مظاهر تحقيق العدالة الإجرائية (التي تنطلق من مقصد تحقيق العدل ومقصد التيسير) في هذا التنظيم الجديد:

أ- إنشاء محاكم متخصصة بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية - سواء مسائل الولاية على النفس أو الولاية على المال، بحيث تجمع هذه المحكمة شتات ما يثار من أطراف الأسرة الواحدة من دعاوى بشأن تلك المسائل جميعها على منصة واحدة متخصصة وداخل قاعة مبنى قضائي واحد متميز، وفي ذلك تيسير للإجراءات وتخفيف عن الأسرة وتعميق للأخذ بمبدأ التخصص وبما يحققه من عدالة ناجزة^(٢٧). وتشكل دوائر ابتدائية من ثلاثة قضاة، في دائرة اختصاص كل محكمة جزئية، كما أنشأ المشرع دوائر استئنافية متخصصة من محاكم الاستئناف للنظر في طعون الاستئناف التي ترفع لها عن أحكام محاكم الأسرة. وتضم خبيران (اخصائي اجتماعي واخصائي نفسي) في دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج^(٢٨). فيجب حضور الخبيران جلسات محاكم الأسرة في هذه الدعاوى وإلا كان حكم المحكمة باطلاً.

ب- كذلك تم إنشاء نيابة متخصصة لشئون الأسرة تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية (المادة ١/٤) من قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤. وتمارس هذه النيابة ثلاثة اختصاصات:

١- القيام برفع الدعاوى إذا تعلقت الدعوى بالنظام العام أو الآداب العامة، مع مراجعة الأحكام الصادرة من محاكم الأسرة أو دوائرها الاستئنافية وعرض ما يرى الطعن عليه منها بطريق النقض لمصلحة القانون^(٢٩) على النائب العام لاتخاذ ما يلزم، مع إصدار القرارات الوقتية في المنازعات التي تنور بشأن حضانة الصغير وبشأن حيازة مسكن الزوجة أو مسكن حضانة الصغير، مع إعداد المذكرات بالرأي فيما يحيله إليها النائب العام من مسائل الأحوال الشخصية لغير المصربين المطروحة على محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وكذلك نظر التظلمات من ذوي الشأن في قرارات نيابات شؤون الأسرة.

٢- تدخل نيابة الأسرة في كافة الجلسات الخاصة بالدعاوى والطعون التي تختص بها محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية، وهو تدخل وجوبي.

٣- الإشراف على أقلام كتاب محاكم الأسرة ودوائرها الاستثنائية عند قيد الدعاوى والطعون واستيفاء مستنداتها ومذكراتها.

ج- أيضاً تم إنشاء مكتب لتسوية المنازعات الأسرية، تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية، تتبع وزارة العدل، وتضم عدداً كافياً من الاختصاصيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين، ويجب على كل من يريد رفع دعوى أمام محاكم الأسرة أن يتقدم أولاً بطلب إلى مكتب التسوية لتسوية النزاع ودياً قبل رفع الدعوى في كافة المنازعات الأسرية إلا ما استثني منها (أربعة دعاوى مستثناة حسب نص م ١/٦) وإلا كانت دعواهم غير مقبولة. ويحدد رئيس المكتب (الهيئة) ميعاداً لحضور الأطراف مع تكليفهم بتقديم المستندات وتعدّد الهيئة اجتماعاً مع أطراف النزاع وسماع أقوالهم وتحرر الهيئة محضراً تبين فيه ما بُذل من مساعٍ من أجل التسوية، ويجب أن تنتهي هيئة التسوية من تسوية النزاع خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب. فإذا انتهت الهيئة إلى تسوية النزاع ودياً، يتم تحرير محضر بالصلح، يلحق بمحضر الجلسة ويكون له قوة السند التنفيذي وينتهي به النزاع في حدود ما تم به الصلح (م ١/٨ من قانون محاكم الأسرة)^(٣٠).

د- كذلك أنشأ قانون محاكم الأسرة صندوقاً لتأمين الأسرة، بموجب القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤، يتبع عضوية بنك ناصر الاجتماعي، ويقوم الصندوق (وبنك ناصر) بأداء النفقات والأجور وما في حكمها من حصيلة موارد الصندوق^(٣١). فالأحكام الصادرة بأداء النفقات يقوم الصندوق بتنفيذها، يقوم بالدفع للزوجة - من حصيلته ثم يقوم بالرجوع بعد ذلك على الزوج لاسترداد ما دفعه الصندوق للزوجة^(٣٢).

هـ - وبالإضافة إلى هذه النظم والتيسيرات التي تساعد على تحقيق العدالة، ومن شأنها المساهمة في نجاح نظام محاكم الأسرة، أعفى المشرع دعاوى النفقات عن الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي (المادة ٢/٣ من قانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤ - والمادة ٣ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠). كما أعفى المشرع بقية دعاوى الأحوال

الشخصية من توقيع محامي على صحتها (المادة ٩ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) دعاوى النفقات ودعاوى حضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ودعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها ودعاوى الإذن للزوجة لمباشرة حقوقها وتصحيح القيود ودعاوى الحبس) مع مراعاة أن الإعفاء من توقيع محام يقتصر على الدعاوى الجزئية (المحددة في المادة ٩) دون الدعاوى الابتدائية ولا طعون الاستئناف.

و- أيضاً ألزم المشرع (في سبيل حماية الحقوق وتحقيق العدالة) المحكمة بتبصرة الخصوم في مواجهتهم بما يتطلبه حسن سير الدعاوى، وإن على المحكمة أن تسترشد بمصالح الطفل الفضلى (المادة ١/٤ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) والمادة (٢/١٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٤).

بالإضافة إلى أن المشرع أوجب على المحكمة في دعاوى الولاية على النفس أن تعرض الصلح على الخصوم سواء في الدعاوى المتعلقة بالزواج أو الطلاق أو دعاوى الحضانة أو النفقة أو الضم أو حفظ الصغير أو رؤيته. فيجب على المحكمة في كل هذه الدعاوى أن تحاول الصلح بين الخصوم، وإن تبذل جهداً حقيقياً وكافياً لمحاولة إيجاد سبل لإزالة أسباب الخلاف بين الزوجين (المادة ١٨ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠).

وشدد المشرع في دعاوى الطلاق والتطليق على إلزام المحكمة بالصلح بين الخصوم من ناحيتين: الأولى أنه يجب على المحكمة أن تبذل جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين، (لا يكفي مجرد عرض الصلح عليهما) والثانية أن التزام المحكمة بعرض الصلح على الخصوم يجب أن يتم مرتين على الأقل في دعاوى الطلاق والتطليق على أن يكون هناك فاصل زمني بين مرتي الصلح لا يقل عن ثلاثين يوماً وألا يزيد على ستين يوماً.

ن- وإذا كان المشرع المصري قد أوجب لقبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، عند الإنكار، أن يكون الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية (م ٢/١٧ من قانون ١

لسنة ٢٠٠٠) - أي بوثيقة الزواج الرسمية التي تصدر عن المختص بمقتضى وظيفته لإصدارها (المأذون بالنسبة للمصريين والموثق المنتدب للمصريين غير المسلمين متحدي الملة والطائفة، أو الموثق فى الشهر العقارى بالنسبة للأجانب، والفنصل المصري فى الخارج) ويقصد المشرع بذلك التقيد حماية حقوق الزوجين وخاصة المرأة، وذلك بحظر الزواج العرفي (الزواج غير الثابت فى وثيقة رسمية، وإن كان مكتمل الأركان ومستوف الشروط) ويرمي المشرع بذلك إلى دفع الناس نحو الزواج الرسمي إذ فيه حماية لحقوق المرأة، فلا تقبل الدعوى منها - بالزوجية أو الميراث أو الطاعة أو النفقة^(٣٣) طالما أن الزواج غير موثق.

كذلك قيد المشرع التطلق والطلاق، إذ يجب فيهما أن تبذل المحكمة جهدها فى محاولة الصلح ولا تقضي بهما إلا إذا عجزت عن ذلك، كما يجب على المحكمة قبل أن تقضي بالتطبيق أن تلجأ للتحكيم وإلا كان حكمها فى الدعوى باطلاً، لمحاولة الصلح بين الخصوم، فيجب بجانب الصلح، التي تقوم به المحكمة، الاستعانة بحكمين (حكماً من أهله وحكماً من أهلها) - ووجوب الالتجاء للتحكيم هو أمر قاصر على دعاوى التطلق للضرر، التي يكرر رفعها من الزوجة مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه، وكذلك دعاوى التطلق للضرر المقدمة بالاعتراض على إنذار الطاعة ودعاوى التطلق للخلع.

أيضاً فإن المشرع، ضماناً لحقوق الزوجة وحرصاً على تحقيق العدل، قيد إثبات الطلاق، عند الإنكار فأوجب الإشهاد على الطلاق وتوثيقه (لدى المأذون)، وذلك حتى لا تثار منازعات أو تحدث مشاكل بصدد مسألة هل وقع الطلاق أم لا. والموثق - قبل التوثيق - يجب عليه معاودة الصلح بين الزوجين من خلال حكمين ويكون التوثيق - إن تم - شرطاً لإثبات الطلاق ولعلم الزوجة به (المادة ١/٢١ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) بالإضافة إلى أن المشرع قيد مراجعة الزوج لمطلقته وأوجب إعلانها بالمراجعة بورقة رسمية (المادة ٢٢ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) وذلك حفظاً لحقوق الزوجة، وإن أجاز المشرع للزوجة إثبات مراجعة مطلقها لها

بكافة طرق الإثبات حفظاً لمصالحها. أما إذا ادعى الزوج انه راجع مطلقته وأنكرت الزوجة ذلك فلا يكون أمامه لإثبات المراجعة سوى إثبات أنه قد أعلنها بالمراجعة بورقة رسمية^(٣٤).

ي- أخيراً، فإن المشرع المصري، قد أجاز (م ٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) للزوجة طلب الخلع، فقد تكره الزوجة زوجها وتعمل على التخلص منه ويأبى الزوج لاعتبارات يراها أو حرصاً على ما أنفقه عليها أثناء الحياة الزوجية، فجعل الله لها الخلع كمخرج تفتدى به نفسها بمال يكون عوضاً للرجل عن فراقها^(٣٥)، فهو فداء للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق. وتتمثل إجراءات الخلع في: ١- التقدم أولاً بطلب لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختصة. ٢- التقدم بصحيفة دعوى مع توقيع محام على صحيفة الدعاوى التي يجب أن تتضمن وقائع دعوى الخلع وطلبات الزوجة وأسانيدها وأن تقرر الزوجة صراحة بصحيفة الدعاوى ثم أمام المحكمة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية، وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، دون الزامها ببيان سبب هذا البغض. ٣- يجب على محكمة الأسرة أن تعرض الصلح على الزوجة مرتين على الأقل وأن تبذل جهدها في ذلك، مع ندب حكّامين لمواصلة مساعي الصلح بين الزوجين. وبعد أن تنتهي محكمة الأسرة من نظر دعوى الخلع تصدر حكمها، وهي مقيدة بأن تقضى للزوجة بطلبها طالما أنها أصرت على الخلع دون حاجة لموافقة الزوج، وحكم الخلع هو حكم نهائي في جميع الأحوال أي غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن (المادة ٥/٢٠ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠) مع مراعاة انه حتى تحكم المحكمة بالخلع يجب على الزوجة أن تنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وإن ترد الصداق الذي أعطاه الزوج لها وتتنازل عن مؤخر الصداق^(٣٦)، فهي تفتدي نفسها، وإن بقي للزوجة حق حضانة الصغار ويبقى للصغار حقهم في النفقة على أبيهم (م ٣/٢٠) ويكون تنازل

الزوجة عن حقوقها المالية إما في صحيفة الدعوى أو بالإقرار الصريح أمام محكمة الأسرة مع إثبات ذلك في محضر الجلسة.

من كل ذلك نجد أن المشرع المصري قد أعاد تنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مستنداً إلى آراء الفقه الاسلامي، وكان هدفه من نظام محاكم الأسرة التيسير على المتقاضين وحماية حقوق الأشخاص وتقريب العدالة اليهم، وهو قصد أساسي للشريعة، وهو بذلك قد ابتكر وسيلة جديدة - أو نظاماً اجتماعياً جديداً (محاكم الأسرة) - مستنداً إلى مقاصد الشريعة (مقصد العدل)، وبذلك فهو يستفيد من الفقه الاسلامي في معالجة المستجدات بما يتفق مع مقاصد الشريعة، فالتيسيرات التي جاء بها هدفها حفظ كيان الأسرة والمحافظة على الصالح العام، لأن الأسرة أساس المجتمع، وفي حمايتها حماية للمجتمع بأسره. فالقوانين الموضوعية التي تحكم الأحوال الشخصية جميعها في مصر مستمدة من الفقه الاسلامي، ولا تخرج عنه، كما أن القوانين الإجرائية التي تنظم التقاضي في الأحوال الشخصية مستقاة من آراء الفقه الإسلامي، فالمشرع ابتكر نظاماً اجتماعياً جديدة مستلهماً مقاصد الشريعة، وتجلى ذلك في محاكم الأسرة وتبنى نظام الصلح بين الأزواج والتحكيم بينهم، وأجاز الخلع الذي يعيد التوازن (المساواة) التي هي من أوجه تحقيق العدالة) فللزوجة تطبيق زوجته بإرادته، وللزوجة أن تنفصل عن زوجها بإرادتها (بالخلع) والقاضي له أن يطلق الزوجة بحكم (حكم التطلق) فهو الحكم الذي يحقق العدالة.

- (١) أنظر الدكتور أحمد الريسوني، البحث في مقاصد الشريعة، نشأته وتطوره ومستقبله. في مجلد مقاصد الشريعة الإسلامية - دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق - لمؤسسة الفرقان الإسلامي، مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٨١ ويعدها.
- (٢) أنظر مقالة د. محمد عبدو - باحث مغربي، تحت عنوان (مقاصد الشريعة قبل المجتهدين) أبو حامد الغزالي نموذجاً - في مجلد مقاصد الشريعة الإسلامية والاجتهاد - بحوث منهجية ونماذج تطبيقية لمؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي - مركز دراسات مقاصد الشريعة - ص ١٠١ ويعدها.
- (٣) أنظر الشيخ أحمد ذكي يمان، فقه المقاصد وفقه النصوص، مقالة بمجلد مقاصد الشريعة الإسلامية - دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق - لمؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي - مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، ص ١٧ ويعدها.
- (٤) سليم العوا، الإشارة السابقة، ص ٢٥٨، ٢٥٩. وكذلك فايز حسين - المقاصد الشرعية وفلسفة القانون، ص ٨٣ ويعدها.
- (٥) مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية ١٩٧٤، ص ٥١١. لدى محمد سليم العوا في مقالة (فكرة المصلحة في التشريع الوضعي) مجلد مقاصد الشريعة وقضايا العصر (مجموعة بحوث) لمؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات المقاصد - ص ٢٥٥ ويعدها.
- (٦) أنظر سليم العوا، الإشارة السابقة، ص ٢٥٨، ٢٥٩.
- (٧) أنظر فايز حسين، المقاصد الشرعية وفلسفة القانون، في مجلد مقاصد الشريعة والعلوم القانونية - مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية - مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ص ٦٣ ويعدها. وأنظر الشيخ الإمام عبد الله ابن الشيخ المحفوظ بن بيه، مقاصد المعاملات وفرض الواقعات ٢٠١٠.
- (٨) المصالح المرسلة هي المصلحة المطلقة عن تعيين دليل الاعتبار والإلغاء ولكنها ترجع لأصل شرعي عام يعلم الكتاب والسنة، فهي مصلحة تدخل في مقاصد الشرع ولا يقوم دليل خاص على إلغائها أو إبقائها، وهي مصلحة غير مقيدة، أي مطلقة من الاعتبار والإلغاء. تتمثل في الوقائع المسكوت عنها وليس لها نظير منصوص على حكمها حتى نعيشه وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة أو يدفع مفسدة، وترتبط المقاصد الشرعية بالمصالح المرسلة على أساس أن المصالح المرسلة، وهي المصالح التي سكت الشارع عنها والتي تتوافق مع الأدلة والقواعد والضوابط الشرعية كما هي، من صميم مقاصد الشريعة ومراد الشارع. والشرط الجوهري للاستدلال على الأحكام بالمصلحة المرسلة أن تكون واضحة في أصل اعتباره الشارع عز وجل في الجملة، لأن المصالح الغريبة، التي لا تلائم تصرفات الشارع تعتبر باطلة

(كمال إمام - أصول الفقه، دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٢، ص ٢٠٣، وكذلك بدران أبو العنين، أصول الفقه، دار التأليف - ١٩٦٢ ص ٣٧٩ - لدى فايز حسين - المقاصد الشرعية وفلسفة القانون ص ٧٧ وبعدها ص ٨٨ وبعدها، مجلد مقاصد الشريعة والعلوم القانونية، عن مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية لمؤسسة الفرقان).

(٩) أنظر دراسة تفصيلية لأحمد إبراهيم حسن - غاية القانون - دراسة في فلسفة القانون - دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية. وانظر كذلك د. حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون، بحث في تعريفه وأهدافه وأساسه ونظرية القاعدة القانونية ومصادر القانون - ١٩٧٩. وكذلك ادجار بودنهيير، القانون طبيعته ووظائفه، ترجمة د. محمود سلام زناتي وأيضاً محمد جمال عطية عيسى، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، بالمجلة القانونية والاقتصادية، حقوق الزقاقين - العدد السابع - ١٩٩٥ - ص ١٨١ وبعدها.

(١٠) أحمد حسن، غاية القانون، ص ٣٠٩ - ٣١١.

(١١) يراعى أنه مع الحكم المطلق لمحمد علي لمصر، وانسلاخه من النظام القانوني الاسلامي والالتجاء إلى الفكر القانوني الأوروبي أصبحت غاية القانون في مصر تحقيق الأمن والاستقرار، ومع ثورة ١٩٥٢ عادت الغاية الاجتماعية للقانون، ثم ظهرت في الفترة الأخيرة النزعة الفردية والاقتصاد الحر (أحمد حسن، ص ٣١٢ - ٣١٤).

(١٢) الشيخ يوسف القرضاوي، بين المقاصد الكلية والنصوص الجزئية، دراسة في فقه مقاصد الشريعة، مجلد مقاصد الشريعة الإسلامية، دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق، عن مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات المقاصد - ص ٣٧ وبعدها، وآخر ص ١١٥ وبعدها.

(١٣) سورة الأنفال، الآية ٦٠.

(١٤) سورة الأحزاب، الآية ٥٩.

(١٥) القرضاوي، المرجع السابق ص ١١٨، ١١٩.

(١٦) سورة الشورى، من الآية ٣٨.

(١٧) سورة آل عمران، من الآية ١٥٩.

(١٨) القرضاوي، المرجع السابق، ص ١١٦. كذلك ما ورد في حديث "السواك مطهرة للفم مرضاة للرب" (حديث رواه الشافعي والنسائي والدارسي والبخاري، الجامع الصغير ٣٦٩٥) ولكن ذلك لا يعني أن السواك مقصوداً لذاته، وإنما كان السواك هو الوسيلة الملائمة الميسورة في جزيرة العرب فوصف لهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم ما يؤدي الغرض ولا يعسر عليهم، ولا بأس من أن تتغير، هذه الوسيلة في مجتمعات أخرى لا يتيسر لها هذا العود من (الأراك) إلى وسيلة يمكن تصنيعها مثل الفرشاة (القرضاوي، ص ١١٩، ١٢٠) كذلك في حديث رؤية الهلال

لآيات الشهر (لا تصوموا حتى تروا الهلال ولا تفطروا حتى تروه فإن غم عليكم فاقدروا له "أو" فأكملوا عدة شعبان ثلاثين) فالحديث أشار إلى مقصد (الصيام) وعين وسيلته (الرؤية والإبصار) وكانت هذه الوسيلة هي السهلة المقدورة لعامة الناس في ذلك العصر. لهذا جاء الحديث بتعيينها. فإذا وجدت وسيلة أخرى أقدر على تحقيق مقصد الحديث وأبعد عن احتمال الخطأ والوهم والكذب في دخول الشهر وأصبحت هذه الوسيلة ميسورة (مثل الحساب الفلكي). فلماذا نجمد على الوسيلة التقليدية، وهي ليست مقصودة في ذاتها، وتحقق المقصد الذي نشده الحديث (القرضاوي، ص ١٢٠ وبعدها).

(١٩) القرضاوي، ص ١١٦، ١١٧.

(٢٠) أنظر بالتفصيل يوسف القرضاوي، ص ١٣٠ وبعدها.

(٢١) محمد سليم العوا، المقاصد في التشريع الوضعي، مجلد مقاصد الشريعة وقضايا العصر (مجموعة بحوث) عن مؤسسة الفرقان، مركز دراسات المقاصد - ص ٢٥٨، ٢٥٩.

(٢٢) عوض محمد عوض، مقصد العدل وصداه في التشريع الجنائي الإسلامي، مجلد مقاصد الشريعة وقضايا العصر (مجموعة بحوث) عن مؤسسة الفرقان، مركز دراسات المقاصد، ص ٢٠٩ وبعدها، وص ٢١٧، ٢١٨.

(٢٣) لدى أفلاطون يتمثل العدل في علاقة متناسقة بين الأجزاء المختلفة للجسم الاجتماعي، فعلى كل مواطن أن يؤدي واجب في الموقع المحدد له وأن يفعل الشيء الذي يتلائم وطبيعته على أفضل وجه.

ويرى أرسطو أن العدل يتمثل في نوع من المساواة، فهو يتطلب توزيع أشياء هذا العالم بصورة متساوية على أعضاء الجماعة أو الدولة وهو يقتضي صيانة هذا التوزيع العادل للأشياء عن طريق القانون ضد أي اعتداء. ولدى أرسطو نوعين للعدل : العدل التوزيعي (وهو عدل يمنحه الشرع ويتمثل في توزيع المناصب والحقوق والسلع على أفراد المجتمع طبقاً لمبدأ النسبية)، فتعطى أشياء متساوية للأشخاص المتساوين وأشياء غير متساوية للأشخاص غير المتساوين، وبالتالي سوف يكون هناك نفس المساواة بين الأنصبة كما بين الأشخاص. والعدل التصحيحي يقوم القاضي برد الاعتداء على حقوق ومناصب الأشخاص (التي وزعها المشرع) ويعيد التوازن التشريعي بعد اختلاله، فهذه الوظيفة التصحيحية للعدل يتولاها القاضي أساساً (انظر بالتفصيل ادجار بودمهنر، القانون وطبيعته ووظائفه ص ٣٦ وبعدها).

وانظر دراسة تفصيلية للعدالة لدى محمد جمال عطية عباس، أهداف القانون بين النظرية والتطبيق، بحث بالمجلة القانونية والاقتصادية، حقوق الزقاق، العدد السابع ١٩٩٥، أنظر ص ١٨٦ وبعدها - الذي يشير إلى أن العدالة لدى توماس الإكويني (عادة بمقتضاها يعطى المرمه كل واحد ما هو يستحق له بإرادة دائمة ومستمرة) - وهي لدى جستتيان (اعطاء كل شخص ما

يستحقه) ويشير إلى أنه في العصر الحالي لدى فرانسوا جيني (تعني التناسب الذي يجب أن يكون بين المصالح المتعارضة بهدف تحقيق النظام اللازم لبقاء الجماعة الانسانية والنهوض بها). وإن جوهر العدالة هو حصول كل إنسان على حقه وأنها وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال إعطاء كل شخص حقه وأنها تساعد على تحقيق النظام اللازم لبقاء المجتمع وتقدمه لأنه لا وجود للنظام بدون العدالة.

(٢٤) ادجار بودنهمر، القانون طبيعته ووظائفه، ترجمة د. محمود سلام زياتي، طبعة نادى القضاة، ص ٧ وكذلك ص ٩٢ وبعدها.

(٢٥) ادجار بودنهمر، القانون طبيعته ووظائفه، ص ٦١.

(٢٦) حيث يطبق القانون ٢٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارث، والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون ١٠ لسنة ١٩٨٥، وقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بتنفيذ أحكام الأحوال الشخصية والمعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والقانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ في بيان القانون الواجب التطبيق في مسائل الموارث والوصايا، والمرسوم بقانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ - الولاية على النفس - بتقرير حالات لسلب الولاية على النفس، والولاية على المال بمرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

(٢٧) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤.

(٢٨) أو حضانة الصغير ومسكن حضانه وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به وكذلك في دعاوى النسب والطاعة (المادتان ٢، ١١ من قانون محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤).

(٢٩) يراعى أن المشرع المصري منع الطعن بالنقض في جميع أحكام محاكم الأسرة - الدوائر الاستثنائية - باستثناء الطعن لمصلحة القانون.

(٣٠) أما إذا فشلت الهيئة في التسوية الودية (أو غاب أحد أطراف النزاع) فإنها تحرر محضراً يثبت فيه كافة ما اتخذته من اجراءات وترفق به تقرير من رئيس مكتب التسوية (المادة ٨ من القرار الوزاري رقم ٣٣٢٥ لسنة ٢٠٠٤).

(٣١) تتمثل موارد صندوق الأسرة أصلاً في تحصيل مبلغ خمسون جنيهاً عن كل واقعة زواج أو طلاق أو مراجعة، ومبلغ عشرون جنيهاً عن كل واقعة ميلاد (المادة ٢ من قانون ١١ لسنة ٢٠٠٤).

(٣٢) ولا يترتب على الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة للزوجة أو المطلقة، أو الأولاد وقف اجراءات التنفيذ (المادة ٧٨ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠).

(٣٣) مع مراعاة أن بالنسبة لدعوى التطلق أو الفسخ يكتفى بثبوت الزواج بأية كتابة حتى تقبل الدعوى ولا يشترط توثيق الزواج لقبول هاتان الدعويان (المادة ٢/١٧ من قانون ١ لسنة ٢٠٠٠).

(٣٤) ورغم أهمية كل هذه الاعتبارات إلا أن المحكمة الدستورية قضت بعدم دستورية هذا النص (نص المادة ١/٢١).

- (٣٥) وحق الخلع للمرأة يستند إلى حديث الرسول صلى الله عليه وآله وسلم (ردي عليه حديثه)، حيث جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أنني أخاف الله. فقال صلى الله عليه وآله وسلم أفتردين عليه حديثه؟ قالت نعم، فردت عليه فأمره بفراقها (حديث مشهور للبخاري - كما أجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور (انظر كمال إمام - أحكام الأسرة في الإسلام ٢٠٠٣، ص ١٧١، ١٧٢).
- (٣٦) أما الشبكة فهي ليست جزءاً من المهر وبالتالي لا تلزم الزوجة بردها (محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الإسلام، ٢٠٠٣، ص ١٧٣).

دراسات مقارنة

- ١- حقوق السجناء
- ٢- ظاهرة التكفير وسبل معالجتها في ضوء الفقه الإباضي
- ٣- القتل الرحيم، دراسة فقهية قانونية مقارنة
- ٤- نطاق الشُّفعة، دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة
- ٥- الوصية عقد أو إيقاع؟ دراسة تحليلية مقارنة



دراسات مقارنة

حقوق السجناء

أ. الشيخ محمد علي التسخيري^(*)

تمهيد

السجن - بكسر السين - موضوع الحبس، ويفتحها: الحبس نفسه، وقد اتفق العلماء على مشروعية السجن في الإسلام، وأنه يمثل عقوبةً تعزيرية وتأديبية، لكن ليس له الصدارة بين أنواع التعزير الأخرى.

والسجن له وطأة شديدة، وآثاره السلبية كبيرة على الفرد وأسرته، بل وعلى المجتمع الإنساني برمته وإن كان يعدّ من الوسائل الرادعة للمتخلفين والمجرمين والمتجاوزين على حقوق الآخرين، لما فيه من ضغط وتضييق تنعكس ردودهما السلبية على نفسية الفرد السجين وصحته وشخصيته الاجتماعية، كما أن لهما أثراً اقتصادياً وأخلاقياً على حياة المجتمع المسلم.

ولذا احتلّ موضوع السجن وأحكامه موقعاً خاصاً في الفقه الإسلامي، واهتماماً ملحوظاً عند الفقهاء من جميع المذاهب، من أجل تحقيق الهدف المتوخى من إنشائه، باعتباره مؤسسةً للإصلاح والتأهيل والعلاج، وليس باعتباره مركزاً للانتقام والإرهاب من الجاني وتعذيبه إلى حدّ الموت، وهو ما يرفضه الإسلام جملةً وتفصيلاً.

(*) رئيس المجلس الأعلى للمجمع العالمي للتقريب بين المذاهب وعضو مجمع الفقه الإسلامي.

وهذا المقال محاولة في هذا الاتجاه، يعرض وجهة نظر المذاهب الإسلامية على هذا الصعيد، في مقابل ما يطرحه الفكر الوضعي الغربي من آراء مضطربة.

يمكن أن نقول: إن من أهم العيوب في العقوبات الوضعية عيبين أساسيين، هما:

أ - التعطيل

فإن هذه القوانين بعد أن شرّعت مختلف العقوبات، أوكلت الأمر غالباً إلى القاضي ليقوم هو باتخاذ الرأي الأخير، حتى ولو أدى ذلك إلى تعطيل بعض العقوبات، واللجوء إلى عقوبة أخف منها، خصوصاً وأناً نشاهد أنّ جهاز المحاماة - وبدافع شخصي ومالي في أكثر الأحيان - يقوم بتخفيف أكبر الجرائم، وتبسيط تأثيرها، وإثارة عواطف القاضي نحو المجرم، فإذا ترك الأمر للقاضي فهو إنسان يتأثر بما يثير لديه عواطفه، وقد لا يكون هذا المعنى شعورياً، كما أنّ الإنسان بطبيعته يريد أن يتحلل من المسؤولية، فإذا وجد أمامه سبيلاً للتخفيف من حمل المسؤولية سلكه، فهو لا يقدم على الحكم بالإعدام ما دام يستطيع أن يستبدل الإعدام بالأشغال الشاقة مثلاً.

وهذا يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم فاعلية العقوبات الوضعية، وعدم الاكتراث لها من قبل كثير من المجرمين، وقد يكون هذا نابعاً من اتجاه هذه القوانين لأخذ شخصية المجرم بنظر الاعتبار في كل العقوبات، ممّا يفسح المجال للاجتهاد والتخفيف والتعطيل؛ كما هو واقع فعلاً في البلدان التي تحكمها هذه القوانين، وهذا ما يؤكده الأستاذ الشهيد عبدالقادر عودة، ويأتي لنا بمثل على نتائجه من المحيط المصري، فيقول:

«فعقوبة الإعدام وهي مقررة لحوالي عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن، مع أنّ جريمة القتل هي إحدى الجرائم العشرين التي يعاقب عليها بالإعدام

تقع بمعدل تسع جرائم يومياً: خمس منها جرائم تامة، وأربع منها تقف عند الشروع. وفي سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت جرائم القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة، وفي سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة فهي على خطورتها تزداد عاماً بعد عام. وهذه الزيادة سبب يدعو إلى التشدد في تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة في ذاتها أدعى إلى هذا التشدد، دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب.

ولكن الإحصائيات ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار، والأحكام الرادعة تقل باستمرار، ففي ١٩٣٦ - ١٩٣٧ فصلت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا هو ٢٢٢ شخصاً، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شخصاً فقط، واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٦ - ٧٪.

وفي سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ قضت محاكم الجنايات بالإدانة في ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التي يجب فيها الحكم بالإعدام، وكان عدد المتهمين في هذه القضايا ١٨١ شخصاً، حكم على ستة عشر شخصاً منهم بالإعدام، واستبدلت للباقيين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق في القضايا التي تجب فيها إلا بنسبة ٨٨٪ ثم يتعرض للمستئين التاليين وينتهي إلى أن نسبة الأحكام التي قضت بعقوبة الإعدام في السنوات الأربع هي ٥/٩٪^(١).

ب - الحبس بصفته عقوبة عامة

إن القانون الوضعي يعاقب بالحبس غالباً، حتى لو وجدت لديه عقوبات أخرى فإنها تنتهي غالباً إلى الحبس، وكأن الحبس هو العقوبة الأساسية في مختلف الجرائم التي يجازى بها المجرم المبتدئ، والمجرم العائد، والمجرم المدمن،

ومختلف الناس، رجالاً ونساءً، شباناً وشيباً، والمجرم العادي والمجرم جريمة خطيرة.

وهذا يؤدي إلى نتائج خطيرة يذكرها رجال القانون، نذكر منها ما يلي:

١ - عدم فاعلية العقوبات

إن السجن لا يترك للآخرين عبرة في ذلك، فهم بالتالي يرون المجرم يعيش بينهم بعد فترة حبسه قد لا يُحسّون بها، مما يفسح المجال للإجرام المجدد، خصوصاً فيما لو كانت المغريات كثيرة، والتربية العقائدية ضعيفة الأثر، بل إن السجن لا يترك عبرة للمسجونين أنفسهم في كثير من الأحيان، فحتى أولئك الذين يعاقبون بالأشغال الشاقة (وهي أقصى أنواع الحبس) لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم مجدداً.

وذلك ما دلّت عليه إحصائية صادرة عن مصلحة السجون المصرية سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩، فقد دلّت أنّ ٤٥٪ من هؤلاء عادوا لارتكاب الجرائم بعد الإفراج عنهم بمدد تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة، بل إن هذه الإحصائية تؤكد أنّ ٤٣٪ ممن أرسلوا إلى إصلاحيات الرجال (وهي أشد العقوبات ردياً) عادوا فارتكبوا جرائم في مدد تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة واحدة من تاريخ خروجهم! ويشير تقرير برقم ٤٦ لهذه المصلحة في سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ إلى أنّ نصف عدد من في الإصلاحية تقريباً لهم سوابق في الإجرام من خمس مرات إلى عشر، وأنّ حوالي الثلث لهم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة، وأن أكثر الباقي تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة.

٢ - إرهاب خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج

إن عدد المسجونين يتزايد باستمرار من سنة لأخرى، ويصل إلى عشرات الألوف على اختلاف الظروف والمجتمعات، وحبس أعداد كبيرة من هؤلاء له مضارّ كبرى على الاقتصاد الوطني، فهو يؤدي إلى أن تعيش هذه الآلاف بلا عمل،

كما يؤدي إلى حرمان الأمة من طاقاتهم الهائلة، ولم تنفع المحاولات - نادراً - في الاستفادة منها وهم في سجونهم.

على أن هؤلاء لو عاشوا حياة الشغل في سجونهم، فإن من المؤكد أن العقوبة سوف لن تؤثر في نفوسهم كثيراً.

٣ - الفساد

السجن أضحى مدرسة لتلقين الإجرام؛ لأنه يجمع - كما رأينا - بين مختلف أنواع المجرمين، ولم ينفع تصنيف السجون على أساس نوع العقوبة أو على أساس السن، كما أن السجون الانفرادية لها أضرارها النفسية والاجتماعية والاقتصادية الكبرى.

٤ - قتل الشعور بالمسؤولية

إن حياة السجن تدرّب على عدم الشعور بالالتزام تجاه أي شيء، وتجبّب التعطّل للمسجونين، ولذا نجد الكثيرين يعملون على أن يعودوا إلى السجن بعد الخروج؛ لأنهم ألفوا حياته ومحيطه.

٥ - ازدياد سلطان المجرمين

إن السجن بدل أن يحول بين الإنسان والجريمة، أصبح أداة تعال وابتزاز وتخويف للناس بيد المسجونين المعروفين، إذ يستغلّون سوابقهم في فرض نوع من السلطان على الناس وابتزازهم.

٦ - انخفاض المستوى الصحي والأخلاقي

للسجن آثاره الكبرى على المستويين الصحي والأخلاقي للمسجونين، كما أن له الأثر الكبير على المستوى الأخلاقي لعوائل المسجونين وأولادهم.

إن السجون تربّي الإنسان المنهار صحياً، الحقود، الضيق الأفق، المضيق لرجولته، اليائس، العدواني الذي لا يرى الأشياء حوله إلا سوداء.

٧ - الفساد العقائدي

إنّ المجرمين غالباً ما يلجؤون إلى العقائد المخالفة لمسيرة المجتمع، وذلك كتنفيس عن العقد الكامنة بينهم أو سدّ للنقص الحاصل فيهم، ولذا فهم يلتزمون بها كما لو قام الدليل عليها، ويعملون على إشاعتها في محيطهم بعد أن لم يردعهم رادع، ولا شك أنّ جوّ السجن يساعد على تقبّل مثل هذه الأفكار المظلمة.

٨ - تشكيل العصابات

يقربّ السجن بين النماذج المختلفة من المجرمين، ويترك لهم وقتاً للتفكير في خططهم المستقبلية، والتنفيس عن حقدهم، وانتقامهم من الآخرين، وما أكثر ما شهدت المجتمعات من مسلسلات الإجرام التي بدأت أول حلقة لها في السجن.

٩ - الأثر النفسي

إنّ لحياة السجن أثراً بالغاً في خلق تعقيد نفسي رهيب في الإنسان، وخصوصاً في المسجون سجنًا لمدة طويلة أو مؤبّداً، وأشدّ ما ينتج من ذلك: القلق الذي يدفع بالكثيرين إلى الانتحار، أو إلى إدارة أعمال إجرامية من وراء القضبان... وأمثال ذلك.

ومن المناسب هنا أن نتعرّض إلى مقطع من كتاب (الإنسان ذلك المجهول) حيث يقول:

بقيت مشكلة ذلك العدد الهائل من المشوهين والمجرمين التي لم تحل، إنهم عبء ثقیل على بقية السكان الذين ظلموا طبعين. ولقد أشرنا من قبل إلى المبالغ الخيالية التي تتطلبها الآن المحافظة على السجن، ومستشفيات المجاذيب، وحماية الجمهور من عصابات اللصوص والمجانين... فلماذا نحافظ على المخلوقات الضارة عديمة النفع؟

إنّ وجود غير الطبيعي يحول دون نمو الطبيعي. فيجب أن نواجه هذه الحقيقة بشجاعة... لم لا يتخلّص من المجرمين والمجانين بطريقة

اقتصادية أكثر؟ إننا لا نستطيع أن نمضي في فصل المسؤولين عن غير المسؤولين، وأن نعاقب المجرمين ونعفو عن أولئك الذين يُظنّ أنهم أبرياء أديباً برغم ارتكابهم إحدى الجرائم... إننا عاجزون عن الحكم على الناس...

ومع ذلك يجب حماية المجتمع من العناصر مثيرة الشغب والخطرة، فكيف يمكن أن نفعل ذلك؟ بالطبع لن يكون ذلك ببناء سجون أكبر وأكثر راحة، كما أن الصحة الحقيقية لن تتحسن بإنشاء مزيد من المستشفيات العلمية الضخمة... وإنما يمكن منع الإجرام والجنون بمعرفة الإنسان معرفة أفضل، وتحسين النسل، وإحداث تغييرات في التعليم والأحوال الاجتماعية، وفي تلك الأثناء يجب التصرف في المجرمين تصرفاً فعالاً...

ولعلّه من الأفضل إلغاء السجون... ويمكن أن يستعاض عنها بمؤسسات أصغر وأقل نفقات... ومن المحتمل أن تكييف المجرمين المنحطّين بالسوط أو بإجراء علمي آخر تعقبه فترة قصيرة في المستشفى تكفي لتوطيد الأمن... أما القتل واللصوص المسلحون، وخاطفوا الأطفال، والذين يخدعون الفقراء ويجردونهم مما اقتصدوه، أو يفرّزون بالجمهور في الشؤون المهمة، فيجب التخلص منهم بطريقة أكثر إنسانية وأقل تكاليف، وذلك بقتلهم بالغاز المناسب في مؤسسات صغيرة تعدّ لهذا الغرض. ويمكن تطبيق علاج مماثل على المجانين المجرمين^(٢).

وبملاحظة هذا النصّ يظهر أن (كارليل) يؤكد ما يلي:

١ - الخسارة الاقتصادية الكبرى التي تصيب المجتمع جرّاء السجون، إنه يلاحظ ما تصرفه الدولة عليها، في حين أن ما تخسره الأمة من حبس الطاقات هو أكبر من ذلك بكثير.

٢ - إن الرحمة أمام الجريمة التي تضرّ بالنظام الاجتماعي لا معنى لها، إذ

يقول: يجب حماية المجتمع من العناصر... الخ.

٣ - إن العلاج من الأمراض الصحية والاجتماعية لا يكون بإنشاء السجون المريحة الصحية، بل بالتربية والمعرفة الأفضل وتحسين النسل. ولكنه نسي أن، يؤكد هنا ما أكده في مكان آخر من أن الأساس في كل تربية وبناء إصلاحي هو التسامي الفكري بعقيدة ودين، إنه يقول في موضع آخر متحدثاً عن الإحساس الأدبي بالمسؤولية:

فقد أبرز الإحساس الأدبي نفسه في جميع الأحقاب، وظهرت أهميته الجوهرية منذ فجر تاريخ البشرية، وهو مرتبط بالإحساس العقلي والديني والشعور بالجمال^(٣).

ثم يقول:

إن عدم التناسق في دنيا الشعور ظاهرة مميزة لعصرنا... لقد نجحنا في منح الصحة العضوية لسكان المدينة العصرية، ولكن بالرغم من المبالغ الضخمة التي نفقها على التعليم فقد فشلنا في تنمية نشاطهم الأدبي والعقلي نمواً تاماً^(٤).

ويعد أن تحدث عن الصلاة ودورها التربوي قال:

إن لمثل هذه الحقائق مغزى عظيماً... فإنها تدل على حقيقة علاقات معينة ذات طبيعة ما زالت غير معروفة بين العمليات السيكلوجية والعضوية... وتبرهن على الأهمية الواضحة للنشاط الروحي التي أهمل العلماء والأطباء والمربون ورجال الاجتماع دراستها إهمالاً يكاد يكون تاماً... إنها تفتح للإنسان عالماً جديداً^(٥).

٤ - إنه يدعو إلى استعمال السوط، وهو نفسه العقوبة الإسلامية التي يدعي البعض أنها عقوبة رجعية لا إنسانية... بل إنه يدعو إلى عقوبات بدنية أخرى، ولعلها تشبه العقوبات الإسلامية عند السرقة وأمثالها... وهكذا نجده يؤكد أن القتل أنفى للقتل، وأن القضاء على المجرمين أنفع للمجتمع.

٥ - رغم أن هذا النص إنساني إلى حدّ ما، إلا أنه لم يستطع أن ينكر انتماءه، فدعا إلى معاملة المجانين المجرمين بنفس الأسلوب الذي يعالج به المجرمون الآخرون، فيتخلّص منهم. وهذا أمر ينكره الدين، وتنكره كل نظريات العقاب الإنسانية. فالمجنون إنسان فاقد للإختيار، ولا معنى للمسؤولية مع عدمه كما مرّ، ولذا فمن الممكن أن يتحمّل المجتمع هذه الخسارة الاقتصادية لمستشفيات المجاذيب حفاظاً على قيمة الإنسانية.

إلا أننا نعتقد أن العيب المهم هو اعتماد القانون فقط في مجال العقوبات وهو عيب طبيعي في القوانين الوضعية، في حين أن الأمر يحتاج إلى تخطيط أوسع من القانون لكي يمكن تطويق الجريمة ومكافحتها، فما أكثر التحايل على القانون! وما أكثر وسائل الفرار!

المعالجة الإسلامية

لا نستطيع أن نتحدّث هنا عن العلاج الإسلامي المتناسق لمسألة الجريمة في المجتمع بالأساليب العقائدية والتربوية، فهي مسألة مفصّلة، أمّا بالنسبة لنظام العقوبات الإسلامية فإنّ من الفخر حقاً أن نقول: إنّه تخلّص من عيوب النظم الوضعية الحاضرة، فضلاً عن النظم الوضعية القديمة، بالإضافة إلى محسناته التي لا تملكها هذه النظم.

فبالنسبة لموضوع التعطيل آنف الذكر نجد أن الإسلام لا يقبل تعطيل أيّ حكم بالنسبة للجرائم الخطيرة التي تمسّ كيان الجماعة، إذ إنّ المصلحة العامّة تغلب المصلحة الشخصية، في حين مُنح القاضي سلطة واسعة في جرائم التعزير، لكن ضمن خطوط عريضة معيّنة.

أمّا بالنسبة للحبس فإنّ من الواضح أن جرائم الحدود - وهي تبلغ ثلثي الجرائم - ليس فيها حبس في رأي الأكثرية، وربما رأى البعض أنّه قد يقع حدّاً

عندما يفسر «النفي في الأرض» في حدّ المحاربة على أنّه حبس، ومثل الحكم بالمؤبد للشارق في بعض الحالات^(١).

ويصرّ البعض على كونه من التعزيرات بأدلة، من قبيل:

١ - إنّ السجن عقوبة لم تحدّد من قبل الشريعة، والحدّ محدّد.

٢ - إنّ العفو يشمل السجن.

٣ - إنّ النبي ﷺ كان يسجن في المسجد أحياناً، ولم تكن تقام الحدود في المسجد^(٢).

والظاهر أنّ تفسير النفي في الآية بالحبس يخالف الظاهر، في حين يفضل في التعزير عقوبة الجلد على الحبس.

وعلى أيّ حال، فلا تبقى إلا نسبة حوالي ٥٪ من الجرائم يحبس عليها المجرم.

يقول صاحب كتاب أحكام السجون:

وإذا قلّت الجرائم التي يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحدّ، فقد أصبح عدد المحبوسين قليلاً جداً، وبذلك تحلّ مشكلة اختلاط المسجونين، وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام، كما تقلّ جرائم العود التي لا يشجع عليها إلا وجود المحابس والاستخفاف بعقوبة الحبس.

وإذا علمنا أنّ الجرائم القليلة التي يحكم فيها بالحبس حبساً محدّد المدة هي جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين، تأكّد لدينا أنّ الحبس في هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة، ولن تؤدّي إلى نشر عدوى الإجرام، ولا إلى فساد الأخلاق، وحتى إذا وجدت هذه المساوئ فلن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام؛ لقلة المسجونين حسب الفرض، وقلة خطورتهم، ولأنّ المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس، أمّا

المجرمون الخطرون فلا تقضي عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم، لأن ارتكاب الجاني لأية جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للإجرام، وأن العقوبة السابقة لم تردعه^(٨).

ذكر السجن في القرآن والسنة

جاء لفظاً «السجن» و«الحبس» بمعناهما في القرآن الكريم في موارد عديدة^(٩) وكذا جاء في السنة النبوية الشريفة في موارد عديدة لا نطيل هنا بذكرها، فهي معروفة، فالحبس مذكور مشروع كتاباً وسنة وإجماعاً أيضاً.

ومن اللازم ذكره أنه لم يُنقل أن النبي ﷺ أو خلفاءه الثلاثة أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم بنوا سجنًا، في حين بدأت فكرة بناء السجن في عهد الإمام علي عليه السلام حيث روي أنه بنى سجنين (نافع) و(مخيس)^(١٠).

اتجاه علماء الشريعة في العقوبة

قد ركز العلماء في هذا المقام على مبدئين:

الأول: محاربة الجريمة دون النظر لشخص المجرم، وذلك في الجرائم التي تهدد المجتمع، وهي التي يعاقب عليها بحد أو قصاص أو دية.

الثاني: التركيز على شخص المجرم دون إهمال لمحاربة الجريمة، وهي موارد التعزير^(١١)، والمرونة الملحوظة فيها تحقق التوازن المطلوب عندما يكون القاضي واعياً وعادلاً.

موارد السجن في الإسلام

إن الإسلام لا يتجه إلى السجن إلا في موارد قليلة، وباعتبارها تعزيرات تقبل العفو.

ويلاحظ - إضافة إلى ذلك - أن الاتجاه نحو السجن يتم باعتباره صيغة

احتياطية أو تمهيدية للحكم النهائي - مع اختلاف كبير بين الفقهاء على الموارد، وتحيز متواصل للعفو أو التخفيف، ومتابعة أحوالهم عندما لا يؤدي إلى تجرؤ المجرمين - وربما عدّ من حقوق السجناء^(١٢).

كما يلاحظ أيضاً أنّ هذا الاتجاه يدعو إلى الفصل بين أصناف المساجين؛ توجيهاً للحيلة؛ فقد روي أنّه ﷺ كان يخصص حضيرة لسجن النساء^(١٣).

وقد أوجب ذلك الكثير من الفقهاء؛ درءاً للفتنة، واعتماداً على الأدلة التي تمنع الاختلاط، والخلوة بالأجنبية، وقال البعض بالاستحباب، كما عن السرخسي في المبسوط، وابن عابدين في رد المحتار^(١٤).

كما أوجب الفقهاء فصل الأحداث عن الكبار لأمر متنوعة^(١٥)، وسمي سجنهم بالإصلاحيات، فإن حبسهم ليس إلا للتأديب^(١٦).

كما أن من المعمول به في القديم - كما تذكر الموسوعة الكويتية - أن يتم التمييز بين حبس الوالي الذي يضم أهل الريبة والفساد عن حبس القاضي الذي يضم المحكومين، وكذلك تمييز الحبس في قضايا المعاملات عنه في قضايا الجرائم، بل التمييز بينهم على أساس جرائمهم، والأصل أن يكون الحبس جماعياً^(١٧). وبطبيعة الحال قد يتطلب الأمر الحبس الانفرادي.

وسنذكر فيما يلي بإيجاز بعض موارد السجن ليتبين ما قلناه أعلاه:

١ - مورد حبس المتهم بالقتل. وقد أفتى به الإمام مالك وبعض فقهاء الإمامية، وخالفهم البعض الآخر، ولا يشمل هذا تهمة الجرح^(١٨).

وجاءت في المورد روايات أكثرها لم تثبت، ثم أن مدة الحبس قد لا تتجاوز ستة أيام^(١٩).

وجاء في المدونة:

قال مالك في المتهم بالدم إذا ردت اليمين عليه: إنه لا يُبرأ دون أن يحلف خمسين يميناً، فأرى أن يحبس حتى يحلف خمسين يميناً^(٢٠).

- ٢ - مورد من دلّ على شخص يراد قتله، وقد رفض الإمام الشافعي هذا المورد^(٢١) ووضح أن المورد تعزيري لأنه إعانة على الإثم.
 - ٣ - مورد من أمسك شخصاً ليقتل. واتفقت عليه الإمامية^(٢٢)، وقد وردت فيه روايات صحيحة عندهم، بينما اختلف فيه فقهاء أهل السنة.
 - ٤ - مورد من أمر بالقتل، وهو المشهور عند الإمامية، بل ادّعى الاجتماع عليه كما عن الشهيد الثاني، وفيه روايات بعضها صحيحة^(٢٣) ويختلف فيه علماء أهل السنة.
 - ٥ - مورد من أنقذ القاتل من القصاص، وقد اختلف الفقهاء فيه.
 - ٦ - حبس القاتل بعد عفو الأولياء، وقد اختلف فيه أيضاً.
 - ٧ - حبس الجاني حتى يستكمل السولي الشروط، وقد اختلف فيه وفي ظروفه.
 - ٨ - حبس المولى الذي قتل عبده، وقد اختلف فيه.
 - ٩ - حبس السارق في الثالثة، وقد اتفقت عليه الإمامية، ووافقهم بعض علماء السنة، ولكن اختلفوا في المدة.
- ولا نريد أن نستقصي الموارد وإنما ذكرنا بعضها والخلاف فيها.
- وقد ذكرت الموسوعة الكويتية^(٢٤) أن الحبس إنما يتم للتهمة أو الاحتراز أو لتنفيذ عقوبة أخرى؛ فالحبس غير مقصود لذاته وإنما هو مقدمة في أكثر الأحيان.
- نعم، قد يجد القاضي أنه أفضل من غيره فيأمر به، ولكن يجب أن لا ينسى أضراره التي مرّ ذكرها عندما يحاول تحديد الأولوية.

حقوق السجناء

لقد ذكرت هذه الحقوق مفصلاً في بعض الكتب^(٢٥) ومتفرقة في كتب

أخرى^(٣٦) وهي تعبّر عن إقرار الإسلام لحقوق الإنسان، كما تشير إلى سماحة الإسلام وواقعيته، نذكر هنا أهمّها:

أولاً: حقوقه بعد ثبوت براءته، وقد تحدّث الفقهاء تارةً عن ضمان فقدانه لعمله^(٣٧)، وتارةً أخرى من هو الضامن، هل هو القاضي أم الشهود أم هو الحاكم؟
ثانياً: حقّه في حضور الجمعة والعيدين فمن الفقهاء من ألزم بذلك^(٣٨)، وتوقّف فيه آخرون^(٣٩)، والظاهر أنّ الأمر يختلف تبعاً لنوع الجريمة ومدى الخطورة، وإلا فالأصل هو الحضور.

ثالثاً: حقّه في ملاقة أقربائه، وهو كسابقه يتبع نوع الظروف ونوع الخطر، وقد روى بسند ضعيف: المنع من ملاقة من يلقنه (اللّد في الخصومة والعناد)^(٤٠).

رابعاً: حقّه في التمتع بالرفاه، فقد ذكر صاحب كتاب أحكام السجون ذلك، واستشهد بحبس النبي ﷺ للأسرى في الدار الاعتيادية، لكن اختلفت الآراء في سعة هذه الرفاهية^(٤١).

خامساً: حقّه في منحه الإجازة لزيارة أقاربه^(٤٢).

سادساً: الحقّ في تعجيل المحاكمة، وهو مقتضى الأصل والعدالة، وما أكد عليه جميع الفقهاء^(٤٣).

سابعاً: حقّه في حضور الزوجة معه، وهو حقّ أيّدته رواية^(٤٤)، وذكره بعض الفقهاء^(٤٥).

وذكرت الموسوعة الكويتية ثلاثة أقوال فيه:

الأول: القبول به، ونسبته للحنابلة وبعض الشافعية.

والثاني: المنع، ونسبته للمالكية وبعض الحنفية والشافعية.

والثالث: ترك الأمر للقاضي، ونسبته لبعض الشافعية^(٤٦).

ثامناً: ملاحظة الحالة الصحيّة، وقد ركّز الفقهاء على لزوم ملاحظة الحالة

الصحية، ومسألة حبس المريض وإخراجه من الحبس، أو مداواته في داخل السجن^(٣٧).

تاسعاً: حقّ التشغيل، وقد قبله البعض^(٣٨)، ورفضه آخرون، وهو المعتمد لدى الحنفية^(٣٩).

عاشراً: حقّ الإنفاق عليه من بيت المال، وقد أكّده الروايات^(٤٠) والكتب الفقهية المتنوعة.

حادي عشر: تحريم التعذيب وانتزاع الإقرار وانتقاص الكرامة، وهو ما أكّده الروايات^(٤١) والفقهاء^(٤٢) وذكرت الموسوعة^(٤٣) أن الفقهاء نصّوا على حرمة المعاقبة للمحبوس أو غيره بعدة أمور منها:

أ - التمثيل بالجسم، وقد نهى النبي ﷺ عن التمثيل بالأسرى، فقال في وصيته لأمرأ السرايا: «ولا تمثّلوا»^(٤٤).

ب - ضرب الوجه ونحوه، فلا يجوز للحاكم التأديب بما فيه الإهانة؛ كضرب الوجه وموضع المقاتل، وكذا جعل الأغلال في أعناق المحبوسين، وكذا لا يجوز مدّ المحبوس على الأرض عند ضربه، سواء كان للحدّ أو التعزير كما تقدّم^(٤٥).

ج - التعذيب بالنار ونحوها، فيحرم التأديب بإحراق الجسم أو بعضه بقصد الإيلام والتوجيع، إلّا للمماثلة في العقوبة فتجوز عند كثير من الفقهاء، ولا يجوز خنق المحبوس وعصره وغطّه في الماء.

د - التجويع والتعريض للبرد ونحوه، فلا يجوز الحبس في مكان يمنع فيه المحبوس من الطعام والشراب، أو في مكان حار أو تحت الشمس، أو في مكان بارد، أو في بيت تسدّ منافذه وفيه دخان، أو يمنع من الملابس في البرد، فإن مات المحبوس فالدية على الحابس، وقيل: القود^(٤٦).

هـ - التجريد من الملابس، إذ تحرم المعاقبة بالتجريد من الثياب؛ لما في ذلك من كشف للعورة.

و - المنع من الصلاة ونحوها، فإنه ينبغي تمكين المحبوس من الوضوء والصلاة، ولا تجوز معاقبته بالمنع منهما.

ز - السب والشتم، فلا يجوز للإمام أو غيره التأديب باللعن والسب الفاحش، وسب الآباء والأمهات ونحو ذلك، ويجوز التأديب بقوله: يا ظالم، يامعتدي، وهكذا فصل الفقهاء في المنع من أنواع التعذيب الأخرى^(٤٧).

نعم، ذكر بعض الفقهاء أنماطاً من التضييق على طوائف؛ نذكر أهمها:

١ - من ظاهر زوجته ولم يراجع^(٤٨).

٢ - من حلف على ترك وطء زوجته ولم يرجع^(٤٩).

٣ - المديون يلتوي في السجن^(٥٠). وقد ذكرت الروايات أنماطاً أخرى.

ثاني عشر: امتلاك إدارة صالحة رحيمة يراقبها الحاكم الصالح. وهو ما ذكره الفقهاء تحت عنوان صفات السجن، فذكروا الأمانة والكياسة والصلاح، والرفق، واللياقة البدنية^(٥١)، كما أكدوا على مراقبة الدولة للسجون وتتبع أحوالها^(٥٢).

خاتمة

نذكر فيها بضعة أمور:

الأول: باستعراضنا لتاريخ السجون في الإسلام تطالعنا انحرافات وصور مرعبة، كما نلاحظ صوراً مشرقة مشرفة: فهناك صور من سجون سياسية وتعذيب وحبس حتى الموت، وسجن اختلاطي وغيرها^(٥٣)، كما تحدثنا الكتب التاريخية في مقابل ذلك عن صور مشرقة^(٥٤).

وهنا نسجل أن الإسلام دين رحمة وواقعية، ولا يمكننا أن نحمله تبعات سلوك أتباعه المنحرفين، بل ويحوز الفخر إذ أنجب العلماء الصالحين، وقدم أروع الصور في الرحمة والواقعية، سواء في تعامله مع الأسرى أو مع المجرمين.

الثاني: إن تاريخ أوروبا تاريخ فظيع مليء بما يقزز النفوس، ويندي الجبين، وينفض حقوق الإنسان^(٥٥) وتكفيها فضائح الكنيسة ومحاكم التفتيش، بل وإن أوروبا

اليوم التي تدّعي التحضرّ وتصف أعداءها بالوحشية تقوم بأفضع الأساليب الوحشية، وهذا ما شهده العالم في سجن غوانتانامو في كوبا، وسجن أبي غريب في بغداد، والسجون السرية في أوروبا وغيرها.

الثالث: إنّ وضعنا الفعلي في العالم الإسلامي وضع يؤسف له بعد انتشار الاستبداد، والسجون السياسية، والحكم الدكتاتوري التسلّطي، واستغلال أشد أنواع التعذيب^(٥٦). ومن هنا فنحن ندعو إلى استصدار وثيقة جامعة في مجال حقوق السجناء، ودعمها بما تمّ التصديق عليه بالإجماع في القاهرة وغيرها من الوثيقة الإسلامية لحقوق الإنسان، والتي تصرّح في مادتها العشرين بما يلي:

ولا يجوز القبض على إنسان أو تقييد حريته أو نفيه أو عقابه بغير موجب شرعي، ولا يجوز تعريضه للتعذيب البدني أو النفسي، أو لأي نوع من المعاملات المذلة أو القاسية أو المنافية للكرامة الإنسانية.

كما لا يجوز إخضاع أي فرد للتجارب الطبية أو العلمية إلا برضاه، ويشترط عدم تعرّض صحته وحياته للخطر، كما لا يجوز سنّ القوانين الاستثنائية التي تخوّل ذلك للسلطات التنفيذية.

والحديث فيه يتطلّب مجالاً أوسع، وفرصةً أخرى.

الهوامش :

- ١- التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ص ٧٢٣ - ٧٢٤.
- ٢- الإنسان ذلك المجهول ص ٣٣٥.
- ٣- المصدر السابق، ص ١٥١.
- ٤- المصدر نفسه، ص ١٦٣.
- ٥- المصدر نفسه، ص ١٧٣.
- ٦- راجع ولاية الفقيه، ج ٢ ص ٤٤٤.
- ٧- التشريع الجنائي، م.س، ص ٧٤٣.
- ٨- أحكام السجون، للشيخ الوائلي، ص ٥٧.
- ٩- راجع في ذلك الآيات الشريفة: سورة يوسف الآيات ٢٥، ٣٢، ٣٣، ٣٥، ٣٦، ٣٩، ٤١، ٤٢، ١٠٠، سورة المطففين الآيتان ٧، ٨، سورة الشعراء الآية ٢٩، سورة هود الآية ٨، سورة المائدة الآية ١٠٩، وجاء بلفظ الوقوف في سورة الأنعام الآية ٢٧، ٣٠، سورة سبأ الآية ٣١، سورة الصافات الآية ٢٤، ولفظ المسك في سورة النساء الآية ١٥، ولفظ الحصر في سورة الإسراء الآية ٨، سورة البقرة الآيتان ١٩٦، ٢٧٣، سورة التوبة الآية ٦، ولفظ النفي في سورة المائدة الآية ٣٣، ولفظ الإثبات في سورة الأنفال الآية ٣٠ مع الاختلاف بين المفسرين والفقهاء من شتى المذاهب، ونحن قد ناقش في بعض الموارد، إلا أن الحبس ثابت مشروع إجمالاً في الكتاب.
- ١٠- شرح فتح القدير، ج ٢ ص ٤٧١.
- ١١- يراجع في ذلك التشريع الجنائي، ج ١ ص ٦٠٩، القصاص للشيخ شلتوت ص ٨٥، فلسفة العقوبة للشيخ أبو زهرة، ص ٥، علل الشرائع للصدوق ص ١٦٠، أحكام السجون بين الشريعة والقانون للشيخ الوائلي، ص ٩٠.
- ١٢- راجع كتاب القضاء للشيخ الأنصاري، ص ٨٢، نشر المؤتمر العالمي لتكريمه.
- ١٣- التراتيب الإدارية، ج ١ ص ٣٠٠؛ السيرة النبوية، لابن هشام ج ٤ ص ٢٢٥.
- ١٤- نقلاً عن موارد السجن، للطبسي، ص ٥١٤.
- ١٥- ولاية الفقيه، ج ٢ ص ٤٥٥؛ الدر المختار، ج ٤ ص ٣٤٧.
- ١٦- أحكام السجون، ص ١٠١ نقلاً عن غمز عيون البصائر للحموي.
- ١٧- الموسوعة الفقهية، ج ١٦ ص ٣٢٠.
- ١٨- جواهر الكلام، ج ٤٠ ص ٢٢٠.
- ١٩- راجع التفصيل في موارد السجن، ص ٤٤.
- ٢٠- المدونة الكبرى، ج ٦ ص ٤١٦.

- ٢١- كتاب الأم، ج ٧ ص ٣٣١.
- ٢٢- الانتصار، للسيد المرتضى، ص ٢٧٠.
- ٢٣- كرواية زرارة التي رويت في الكافي، ج ٧: ٢٨٥.
- ٢٤- الموسوعة الفقهية، ج ١٦ ص ٢٩٤.
- ٢٥- كما في موارد السجن للطبسي؛ وأحكام السجون للوائلي.
- ٢٦- كما في مختلف كتب القضاء الفقهية.
- ٢٧- راجع مثلاً: المختصر النافع، ج ٢ ص ٢٥٦؛ الشرح الصغير ج ٣ ص ١٢٤؛ المكاسب ج ٦ ص ١٤؛ الإنصاف ج ١٠ ص ١٢١.
- ٢٨- كالحلي في الكافي في الفقه، ص ٤٤٨، والروايات واضحة في ذلك، راجع الوسائل ج ١٨ ص ٢٢١ وج ٥ ص ٣٦.
- ٢٩- كالرخسي في المبسوط، ج ٢٠ ص ٩٠.
- ٣٠- دعائم الإسلام، ج ٢ ص ٥٣٢.
- ٣١- ولاية الفقيه، ص ٤٦٩؛ أحكام السجون ص ١١٧؛ فقه السنة، ج ٤ ص ٨٤؛ الخراج ص ١٥٠؛ موارد السجن ص ٤٩٨.
- ٣٢- كما جاء في كتاب القضاء والشهادة، ص ١٦٥، ولم يمانع فيه صاحب موارد السجن ص ٥٠٢ والظاهر أنه موكل لولي الأمر بملاحظة الظروف.
- ٣٣- يراجع: كتاب القضاء للشيخ الأنصاري، ص ٨٢ المبسوط للشيخ الطوسي ج ٨ ص ٩١؛ التفريع لابن الجلاب، ج ٢ ص ٢٤٧؛ التنبيه للفيروزآبادي ص ٢٥٣؛ المغني لابن قدامة، ج ٩ ص ٤٦؛ المهذب ج ٢ ص ٢٩٨.
- ٣٤- الجعفریات ص ١٠٨.
- ٣٥- راجع: المبسوط للطوسي، ج ٤ ص ٣٣٢؛ ولاية الفقيه ج ٢ ص ٤٧٠؛ المغني لابن قدامة، ج ٧، ص ٣٤؛ رد المحتار لابن عابدين، ج ٣ ص ٣١٤.
- ٣٦- الموسوعة الفقهية، ج ١٦ ص ٣٢٣ - ٣٢٤.
- ٣٧- الموسوعة الفقهية، ج ١٦ ص ٣٢٠ نقلاً عن مصادر كثيرة؛ العروة الوثقى ج ٣ ص ٥٦؛ تحرير الوسيلة للإمام الخميني، ج ٢ ص ٣٧٥.
- ٣٨- موارد السجن، ص ٥١٨؛ أحكام السجون، ص ٣٧٥.
- ٣٩- رد المحتار لابن عابدين، ج ٥ ص ٢٧٨؛ الفتاوى الهندية، ج ٣ ص ٤١٨.
- ٤٠- كما في الكافي، ج ٧ ص ٢٢٤؛ علل الشرائع ج ٢ ص ٥٣٧؛ الخراج لأبي يوسف ص ١٥٠؛ الوسائل ج ١٨ ص ٤٩٤.
- ٤١- الكافي ج ٧ ص ٢٦١؛ التهذيب للطوسي ج ١ ص ١٢٨؛ المصنّف ج ١٠ ص ١٩٢، ص ١٩٣ وغيرها.

- ٤٢- كالشيخ الطوسي في النهاية، ص ٧١٨؛ والمحلي في شرائع الإسلام، ج ٤ ص ١٧٦؛ والنجفي في جواهر الكلام ج ٤١ ص ٢٨٠ والراوندي في الخرائج ص ١٥١؛ وابن حزم في المحلى بالآثار، ج ١١ ص ١٤١.
- ٤٣- الموسوعة الفقهية، ج ١٦ ص ٣٢٦.
- ٤٤- أخرجه مسلم في الصحيح، ج ٣ ص ١٣٥٧ من حديث بريدة الأسلمي.
- ٤٥- الفتاوى الهندية، ج ٣.
- ٤٦- المغني لابن قدامة، ج ٧ ص ٦٤٣.
- ٤٧- راجع الموسوعة الفقهية، ج ١٦ ص ٣٢٨.
- ٤٨- تحرير الأحكام للعلامة الحلبي، ج ٢ ص ٦٢.
- ٤٩- الوسائل، ج ١٥ ص ٥٤٥.
- ٥٠- الكافي في الفقه للحلي، ص ٤٤٨.
- ٥١- الموسوعة الفقهية، ج ١٦ ص ٣٣٠.
- ٥٢- المصدر السابق، وراجع المبسوط ج ٨ ص ٩١؛ والشرائع للمحقق الحلبي، ج ٤ ص ٧٣؛ والمنهاج للنووي، ص ٥٩١؛ والمهذب للشيرازي، ج ٢ ص ٢٩٨.
- ٥٣- أنظر بعضاً من ذلك في البداية والنهاية لابن الأثير، ج ٨ ص ٤٧ حوادث سنة (٥٠) فما بعدها، مروج الذهب للمسعودي، ج ٢ ص ١٥٧؛ أدباء السجون، ج ١ ص ٥١.
- ٥٤- من قبيل ما روي عن علي عليه السلام في معاملته للمساجين، انظر تاريخ السجون الإصلاحية للفكيكي في مجلة الاعتدال السنة ٦ العدد ١ ص ١٣، وما روي عن القاضي أبي يوسف عليه السلام في وثيقة مهمة بعثها إلى الخليفة هارون الرشيد، لاحظ الخراج لأبي يوسف، ص ١٥٠، وما روي عن الخليفة عمر بن عبدالعزيز في طبقات ابن سعد، ج ٥ ص ٣٤٨ و ٣٥٦ و ٣٥٧ و ٣٦٨ و ٣٧٧، والخراج لأبي يوسف ص ١٤٩.
- ٥٥- يُراجع ذلك ما جاء في دائرة معارف البستاني، ج ٨ ص ٥٨، ودائرة معارف فريد وجدي، ج ٥ ص ٥٠.
- ٥٦- وقد شهد كاتب هذه السطور صوراً منها، بل وعانها بما يشيب لها الرضيع في عهد الرئيس العراقي صدام، لا شيء إلا لأنه ألقى قصيدة في حفل إسلامي.



دراسات مقارنة

ظاهرة التكفير وسبل معالجتها في ضوء الفقه الإباضي

إسماعيل بن صالح الأغبري (*)

المقدمة:

إنّ ما تمتاز به شريعة الإسلام عن غيرها من الشرائع هو قدرتها على إيجاد الحلول المعالجة لكل حادثة من حوادث الدهر التي تصيب البشرية ومجتمعاتها، لمرونتها وسلاستها، واستيعابها الوقائع والأحداث على الصعيدين: الداخلي والخارجي.

ومن يراقب الأحداث الجارية في عالمنا الإسلامي المعاصر بسبب انتشار ظاهرة التكفير والتطرف، وتفشي عواملها المغذية، يجد ثمة ما يقابلها من جهود مبذولة لمواجهة هذه الظاهرة المقيتة، ومحاربتها بتنظيم المؤتمرات والندوات الموضوعية المعمقة، وترسيخ الانتماء الحقيقي والمعتدل للإسلام، والسعي إلى جمع الشمل ورص الصفوف، عبر الدعوة إلى عقد مؤتمرات الوحدة الإسلامية، التي تشارك فيها النخب المتميزة من علماء ومفكري مختلف المذاهب الإسلامية، من الإباضية والشيعة الإمامية والزيدية وعلماء المذاهب الأربعة. وما أحوج الأمة لكل دعوة للوحدة الإسلامية تخفف من غلواء كل متشدد متطرف، مفرق للأمة والجماعة.

(*) كاتب من سلطنة عُمان.

صحيح أن الساحة الإسلامية قد غدت مرتعاً لعدد من الدعاة الغلاة والتكفيريين، ومقلدي بعض المذاهب الذين ما فتئوا يفتون بكفر شريحة عظيمة من أمة الإسلام من دون دليل محرز من كتاب أو سنة، إلا أن مؤتمرات الوحدة التي تُعقد هنا وهناك في عالمنا الإسلامي، تساهم في ردم الهوة، والتقريب بين المسلمين كافة، وتدفع عن هذه الأمة وصمة الغلو والتشدد، وتكشف عن حقيقة الإسلام كدين رحمة وشرعة سمحاء، جاءت لتحقيق العدل والرحمة في ربوع الأرض، وهذا ما يساهم في عزل هؤلاء الغلاة المتطرفون عن التأثير السلبي في مجتمعاتهم والتقليل من حُمي غلوهم السافر.

خطورة ظاهرة التشدد والتكفير

تشهد المجتمعات الغربية رغم اختلافها الفكري، وتباينها السياسي والاجتماعي، وتفاوتها علي الصعيد الاقتصادي، تكتلات واتحادات من شأنها أن تعمق الصلات بينها، وتزيد من وشيجة علاقاتها، ورغم مما وقع بينها من حروب طاحنة أشهرها الحربين العالميتين الأولى والثانية، إلا أن عالمنا الإسلامي ذو الدين الواحد والثقافة الواحدة، واللغة الجامعة لكثير من أبنائه، يتفشى فيه الاختلاف والفرقة، والتشتت والهشاشة، وظهور التيارات المعادية للوحدة والاتحاد، وتنتشر فيه الظواهر الغربية عن ثقافة وأصالة الاسلام، وخاصة - في السنوات المتأخرة - مع بروز ظاهرة خطيرة علي ساحة المسلمين، ونقصد بها التشدد والتطرف، ثم تكفير المخالف في الفكر أو المذهب، حتى امتد التكفير فطال المخالف في الرأي السياسي أيضاً.

لقد شكلت هذه الظاهرة خطراً محدقاً بالأمة، ليس على مستوى أبنائها ومستقبلهم فحسب، بل على وجودها أيضاً، ويمكن أن نشير إلى أبرز هذه المخاطر فيما يأتي:

١. تفكيك هذه الأمة وإخراج طوائف ومذاهب من دائرة الإسلام بدعوى الكفر والبدعة والارتداد.

٢. قتل أبنائها من خلال استحلال الدم وانتهاك العرض.

٣. إشغال أبناء الأمة بأنفسهم بدل التنبيه للأخطار المحدقة بهم.

٤. تشويه صورة الإسلام عند الرأي العام العالمي.

منهج الإباضية في معالجة ظاهرة التكفير

لا ننكر أن فرق المسلمين في عصور غابرة قد تراشقت تهم التكفير والتفسيق فيما بينها، وبلغ الأمر أن أخذت كل فرقة تكيد للآخرى وتدعو إلى إقصائها ونفيها، في المقابل كانت ترى المخالف في الدين من يهود ونصارى وغيرهما من الملل الأخرى، أقرب إليها من سائر المسلمين، ورغم أن الجرح لما يندمل، إلا أن التقارب بين المسلمين قد بدأ مؤخراً بفضل جهود المصلحين من أبناء الفرق الإسلامية.

وقد بذل علماء الإباضية الجهد، واستفرغوا الوسع، طلباً لجمع الكلمة، ووأدأ للفتن وإماتة للشقاق والتشدد، ضمن منهج أريد منه معالجة ظاهرة التكفير المقيتة، والتقليل من حدتها وأثرها السلبي في الأمة. فقد أرسل المناضل الليبي الشيخ سليمان باشا الباروني رسالة إلى الإمام نور الدين السالمي (ت ١٣٣٢هـ) تتضمن عدة أسئلة، منها: ما هي الأسباب الحقيقية للفرقة بين المسلمين؟ وهل أن من بعض أسبابها التعلق بالمذاهب أكثر من التعلق بذات الإسلام؟ ثم هل من الممكن أن يجتمع المسلمون؟ وإن كان ذلك ممكناً فأى البقاع يمكن أن تكون أرضية مناسبة لجمع المسلمين وإذكاء روح الأخوة الإسلامية بينهم؟

فأجابه الإمام علي أسئلته، وبين له أنه يوافقه الرأي أن من أسباب التفرق هو التعمق في مسألة المذهبيات، وأن أنسب مكان للاجتماع إن خلصت النوايا، وتوفرت الإرادة هو مكة المكرمة مهبط الوحي، يقول: (... الساعي في الجمع مصلح لامحالة وأقرب الطرق له أن يدعو الناس إلى ترك الألقاب المذهبية، ويحثهم على التسمي بالإسلام... فإذا أجاب الناس إلى هذه الخصلة العظيمة ذهب عنهم العصبية

المذهبية، فيبقى المرء يلتمس الحق لنفسه... ولو استجاب الملوك والأمراء إلى ذلك لأسرع في الناس قبوله، وكفيتم مؤونة المغرم، وإن رُفض هذا من الملوك فالأمر عسير... وأوفق البلاد لهذه الدعوة مهبط الوحي... حرم الله الأمن، لأنه مرجع الكل^(١).

ولم ينفرد بهذه الدعوة الإمام نور الدين السالمي عالم الإباضية في المشرق، ومنتهى الفتوى إليه، بل شاركه فيها العلامة سليمان الباروني (ت ١٣٥٩هـ) المرجع الإباضي في شمال أفريقيا، وتحديدًا في ليبيا، وهو الذي أسس الدولة الطرابلسية. إن تلك الدعوة منهما لم تكن وليدة ضغط خارجي، ولا نتيجة مبادرة آتية من خارج المجتمع الإباضي، فقابلاً تلك الدعوة رفعا للعتب، وخروجاً من مضيق الإخراج، وإنما إيمان منهما بوجوب تقوية الرابطة الإسلامية وتركيز الأخوة بين أبناء هذه الأمة.

ومع ظهور دعاة الفرقة والتكفير الجدد، الذين نشطوا في عالمنا الإسلامي مؤخراً، وتمادوا في استحلال الدماء، وقتل النفس المحرمة، من خلال تنفيذ عمليات التفجير والتفخيخ والأحزمة الناسفة، و... مسخرين في سبيل ذلك كل وسائل التواصل الاجتماعي، ومواقع شبكة المعلومات العنكبوتية، والقنوات الفضائية المتطرفة، نهض علماء الإباضية لمعالجة ظاهرة التكفير القديمة والمستجدة، وكانت المعالجات عملية ونظرية معاً، ومن وسائل هذه المعالجات إتباعهم مناهج مختلفة في سبيل وأد هذه الظاهرة، واستئصال شأفتها، من خلال مايلي:

١) اعتبار كلمة التوحيد هي العاصم من قاصمة التكفير

فنصوص الكتاب والسنة الصحيحة قاطعة بعدم جواز تكفير المسلم المخالف، ورسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» وفي الإعلان الحقوقي العالمي يوم الحج الأكبر قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم

كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»^(٢) وليس ثمة من ناسخ لهذا القول والتشريع النبوي الشريف.

لقد أكد الإباضية أيما تأكيد على أن كلمة التوحيد - أو ما يُسمى عندهم بالجمليتين - تعصم الناس من الكفر ما لم ينقصها أحد إنكار معلوم من الدين بالضرورة، كما أكدوا أنه ليس لأحد أن يمتحن مخالفاً في الفكر أو المذهب، أو يحاسبه على فروض تفرد بها، وله فيها أدلة، بغض النظر عن قوتها أو ضعفها، لأن اعتبارها قوية أو ضعيفة قد يختلف فيه أيضاً.

فقد ورد في رسالة الإمام عبدالله بن إياض (ت ٨٦هـ) الموجهة إلى الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان، والتي ندد فيها بمسلك نافع بن الأزرق: «لو كان القوم مشركين، كان أصوب الناس رأياً، وكانت سيرته كسيرة النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في المشركين، ولكنه كذب فيما يقوله، إن القوم براء من الشرك» وفي كتاب السير والجوابات لمجموعة من علماء عُمان «لا شرك في أهل قبلتنا، وأنهم موحدون غير خارجين من التوحيد».

ولم يزل علماء الإباضية الأقدمون يؤكدون على أن التكفير خطر جسيم على الأمة يجب التنبيه له، والعمل على محاصرة دعائه وأهله «من أقر بالقرآن، ثم تأوله على غير تأويله، غير أنه يحتاج به، فهو عندنا من الموحدين المُقرين، ما لم ينقض ما أقر به، أو يرجع، أو يكذب به، بريء من السبي والغنيمة، حُكمننا فيهم حكم أئمتنا المرداس أبو بلال (ت ٦١هـ) وعبدالله بن يحيى طالب الحق (ت ١٣٠هـ) حكموا فيهم بحكم الموحدين المُقرين، ولم يشبوا ذرية، ولم يغنموا مالاً، وعابوا جميع من سماهم بالشرك، واستحل منهم السبي والغنيمة، وفارقوا الخوارج»^(٣).

وسئل المحقق سعيد بن خلفان الخليلي عن الذين وصفهم السائل يشبهون الله بخلقه بما يصفونه به من صفات حسية، هل هم من المشركين؟ أجابه المحقق

الخليلي «إياك ثم إياك أن تعجل بالحكم على أهل القبلة بالإشراك من غير معرفة بأصوله، فإنه موضع الهلاك والإهلاك»^(٤).

علما بأن المحقق الخليلي أجاب بذلك الجواب، وكان أولئك يغزون عُمان، ويحكمون على أهلها بالشرك، وكان المحقق يتولى قيادة حربهم ودفعهم عن عُمان مع إمامه الإمام عزان بن قيش البوسعيدي، أي أنه لم يفعل في فتواه، ولم يساير الهوي، فهو مع قتاله لهم إلا أنه التزم الشرع الشريف في فتواه.

وأنشد العلامة نور الدين السالمي، مؤكداً على أن كلمة التوحيد هي الحجاب الحاجز عن تكفير المقر بها:

ونحن لا نطالب العبادا فوق شهادتيهم اعتقادا
فمن أتى بالجمليتين قلنا إخواننا وبالحقوق قمنا

٢) الممارسة العلمية في محاصرة التكفير

وحيث إن خطر التكفير صار اليوم متنامياً، وراح يتقل من مكان إلى آخر، يلزم أهل العلم والاختصاص اتخاذ خطوات عملية حسب الإمكانات لمحاصرة ظاهرة التكفير وتيار الإقصاء، الذي صار لا يعرف إلا مقولة فرعون التي حكاها الله تعالى: ﴿قَالَ فِرْعَوْنُ مَا أُرِيكُمْ إِلَّا مَا أَرَى وَمَا أَهْدِيكُمْ إِلَّا سَبِيلَ الرَّشَادِ﴾ (غافر/ ٢٩) وقد اتبع الإباضية هذا المنهج منذ أسلافهم، ويمكن أن نشير إلى عدد من الأمثلة على ذلك:

أ) مفارقة الإمام عبدالله بن إباح (ت ٨٦هـ) رؤوس الخوارج نافع بن الأزرق ونجدة بن عامر وعبدالله بن الصفار لتكفيرهم المخالف، وقوله: «لا شرك، في أهل قبلتنا، وأنهم موحدون غير خارجين من التوحيد»^(٥).

ولم يزل علماء الإباضية الأقدمين يؤكدون على أن التكفير خطر جسيم على الأمة، يجب التنبيه له، والعمل علي محاصرة دعاة وأهله.

وقد تقدم عن المحقق سعيد بن خلفان الخليلي وجوابه للذين وصفهم

السائل يشبهون الله بخلقه بما يصفونه به من صفات حسية، هل هم من المشركين؟ أجابه المحقق الخليلي: «إياك ثم إياك أن تعجل بالحكم على أهل القبلة بالإشراك من غير معرفة بأصوله فإنه موضع الهلاك...»^(٧).

علماً بأن المحقق الخليلي أجاب بذلك الجواب، وكان أولئك يغزون عُمان، ويحكمون على أهلها بالشرك، وكان المحقق قد تولى قيادة حريهم ودفعهم عن عُمان وسمع من إمامه الإمام عزان مسألة الخروج فسمع ابن إباض ذوي القراء، ورنين المؤذنين وحنين المسبحين، فقال لأصحابه: «أعلى هؤلاء أخرج؟! ... فقرر القعود»^(٨).

إن نسف دور العبادة ومراكز الذكر من مساجد وجوامع وحسينيات، وتفجير الأضرحة، ونش القبور، بدعوى كفر روادها أو وصفهم بالمبتدعة هو مما يجب معالجته، فالمخالف وإن اختلفنا معه، ولكن لا يصل الأمر إلى تكفيره. قال الإمام عبدالله بن إباض في رسالته إلى عبدالملك بن مروان: «غير أنا نبرأ إلى الله من نافع بن الأزرق وأتباعه من الناس»^(٩).

ب) طرد جابر بن زيد (ت ٩٣هـ) زياداً الأعسم (ق ١هـ) من مجلسه العلمي، وإعلان البراءة منه، ذلك أن زياداً كان يرى شرك المخالفين، فطلبه الإمام ليقنعه بالعدول عن رأيه، فسأله ما تقول في هدي قومنا (المخالف في المذهب) أي البدن التي يبعثونها إلى مكة وينحرونها؟ فقال: أنحرها وأكل أكبادها وأسنامها، فإنه لا هدي لهم، فقال جابر: إذن أبرأ وأخلع^(٩).

ج) اجتمع جماعة عند الإمام الربيع بن حبيب (ت ١٧٥هـ) الذي تولى قيادة الإباضية بعد وفاة شيخه أبي عبيدة التميمي، وكانت بوادر التشبيه والتجسيم قد بدأت تلوح في الأفق، فأراد بعض المشائخ إطلاق حكم الشرك عليهم، فأبى الربيع، وأصر أيما إصرار على عدم جواز ذلك وقال: «إنما ظهر ذلك من عوامهم لا من أئمتهم، وذوي الفضل منهم»^(١٠)، ولعل المشائخ هم أبو المؤرج (ق ٢هـ)، وشعيب

بن المعروف (ق ٢هـ) اللذين حكما بشرك المتأول بما يوهم التشبيه في زمن أبي عبيدة شيخ الربيع، فطردهم أبو عبيدة من مجلسه مما اضطرهم إلى إعلان التوبة والرجوع إلى قول المسلمين، ولكنهم عادوا لما قالوا أيام الربيع^(١١) فطردهم الإباضية من مجالسهم.

(د) ومما اتخذته الإباضية من موقف فيما وقع من صراع طائفي في العراق أن سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي المفتي العام للسلطنة قد وقف وقفة قوية ضد الأحداث التي وقعت في مدينة سامراء العراقية، وأسفرت عن تدمير مقام الإمامين العسكريين الشيعيين الحسن العسكري وعلي الهادي، والتي كان وقوعها يوم الأربعاء ٢٢/٧/٢٠٠٦م، وما تلاها من عمليات انتقام واقتحام للمساجد وإشعال النيران فيها، ودعا كافة المسلمين وعلى الهواء مباشرة إلى ضرورة التزام الوحدة، وتجنب الانتقام، واحترام معتقدات المسلمين من مختلف الفرق والمذاهب وكان ذلك يوم الأحد ٢٦/٢/٢٠٠٧م، وكان لندائه المباشر أثر طيب على السنة والشيعية.

كما تجلت دعوة المفتي إلى الوحدة بين المسلمين عندما أصدر بياناً مفصلاً ومن خلال جريدة عُمان اليومية، أعلن فيه وجوب التلاحم بين المسلمين، ووجوب نصرته المظلوم علي الظالم، وأكد أن من أسس الإسلام وجوب الوقوف مع الحق ضد الباطل، وأن القتال مع من يقول: لا إله إلا الله محمد رسول الله واجب ضد من ينكر جملة التوحيد، وأوجب نصرته المقاومة ودعمها.

وقد جاء هذا البيان دعماً للمقاومة الإسلامية في لبنان أثناء العدوان على لبنان في ١٢/٧/٢٠٠٦م، واستمر ثلاثة وثلاثين يوماً. وهو موقف جميع فقهاء المذاهب الإسلامية إلا من شذ.

(هـ) هذا الموقف ليس غريباً، فقد اختار أهل الحل والعقد في القرن الحادي عشر الميلادي ناصر بن مرشد اليعربي إماماً، فقاتل البرتغال أيما قتال، فلما أحسوا بأس الإمام طلبوا الصلح، فأبى الإمام إلا إذا أرجعوا أموال الشيعة المسلوقة منهم^(١٢).

وكما وقع أن شيعياً انتقل للسكن والتجارة في ولاية سمائل بمنطقة الداخلية من عُمان، وكلها إباضية ما عدا هذا الشيعي، فوقع اعتداء على ماله، وإذا بالإمام سالم بن راشد الخروصي، ومعه كافة العلماء - ومنهم العلامة نورالدين السالمي - يعلنون ما يشبه حالة الاستنفار العام من أجل المسلم الشيعي الجعفري، وتمكنوا من معرفة الجاني، وإعادة الحق إلى صاحبه^(١٣).

٣) محاورة أهل التشدد والتكفير

لا بد من محاورة التكفيريين والمتشددين، ولكن بشرط أن تنهياً الأجواء المناسبة لذلك، وتظافر الجهود من مختلف المؤسسات والأفراد، مع الجدية في ذلك، واتخاذ وسائل الضغط على من يتبنى التكفير والتشدد منهجاً، كان جابر بن زيد (ت ٩٣هـ) مؤسس المذهب يجاور المكفرة، لعله يقنعهم بالإقلاع عن التشدد، ومما ورد في ذلك قوله لهم عند استحلالهم أموال وذراعي أهل البلية: «أليس قد حرم الله دماء المسلمين بدين؟ فيقولون: نعم، فيقول لهم: وحرم الله البراءة منهم بدين؟ فيقولون: نعم، فيقول: هل أحل ما بعد هذا بدين؟ فيسكتون^(١٤). وكانوا يعملون جاهدين على تجنب مصادمة أي أحد من المسلمين، وقد عرف عن الربيع قوله في الخوارج: «دعوهم حتى يتجاوزوا القول إلي الفعل، فإن بقوا على قولهم فخطئهم محمول عليهم»^(١٥).

٤) ترك التنايز بالألقاب

رغم اتفاق المسلمين على عدم جواز السخرية والاستهزاء، وعدم جواز التنايز بالألقاب إلا أن أهل التشدد والتكفير يلمزون المخالف لهم بصنوف الألقاب، وما هذه الألقاب إلا تمهيداً لحكم آخر وهو التكفير، واستحلال الدم الحرام.

إن التنايز بالألقاب يوغر الصدور، ويورث الناشئة الحقد على المخالف، مما يعني سهولة وقوع الأجيال الناشئة فريسة لمخالب التشدد وأهل التكفير، وإمكانية غسل أدمغتهم عن طريق إقناعهم بضرورة تنقية الدين من الشوائب والانحرافات.

لا ننكر أن المسلمين في أزمنة غابرة قد تراشقوا بالألقاب فيما بينهم، فهذا خارجي، والثاني ناصبي، وآخر رافضي... ثم جاءت أزمنة تؤذن بتحول إيجابي، إلا أنه في السنوات الأخيرة برزت على السطح تلك الألقاب من جديد، واستتبعها تكفير واستحلال للدم، فغدونا نسمع ضرورة تتويب (المبتدعة) وتأديب (القبوريين) وملاحقة (المجوس)، وامتدت الألقاب فشملت من يسمون بالمعطلة أي الأشاعرة من أهل السنة والإباضية.

لقد التزم علماء الإباضية بأدب الإسلام، فهم يصفون مخالفهم في بعض القضايا بقولهم عند المقارنات: قال مخالفونا أو قال قومنا، ويستخدمون عبارة أهل القبلة، وأحياناً يستخدمون عبارة أهل الصلاة، ولا شك أن تنشئة الأجيال على لطيف العبارة مع الموافق والمخالف يمنح الأجيال حصانة ضد اعتناق التكفير والتشدد.

٥) إعمال منهج: (المسلمون تجمعهم الأصول)

إن من أهم وسائل محاصرة التشدد وتكفير المخالف كذلك، إبراز المتفق عليه بين المسلمين، وهو كثير جداً مع تبرير المختلف فيه، لينشأ جيل يعذر المختلفين فيما اختلفوا فيه، من غير ادعاء باحتكار الحقيقة المطلقة، واتهام المخالف بالضلال المبين، جاء في بيان الشرع للعلامة محمد بن إبراهيم الكندي (ق ٦هـ): «فالمسلمون وإن اختلفوا في الفروع، فأصول الدين تجمعهم، وإليها ينتهون، وفروع الدين: الرأي المختلف فيه، وأصول الدين ما لا اختلاف فيه، والفروع من الأصول، ولا يخرج الفرع من أصله إذا كان ذلك الفرع منه»^(١٦).

إن معظم من يشتدون على المخالف أو يتبنون منهج التكفير هم ممن يبالغون في إشاعة القضايا المختلف عليها، ويتجاهلون المساحة الكبرى المتفق عليها. لذلك يحرص الإباضية على التركيز على المتفق عليه دون المختلف فيه خاصة بالنسبة لعوام الناس، الذين لا يقدرّون عواقب الأمور أو قد يندفعون لما فيه مضرة، لذا

يقولون: «من عمل بقول أقاويل المسلمين، وأخذ به، فقد عمل بالحق، وقال بالصدق، ولا تجوز تخطئته، فمن خطأه في ذلك برأي أو دين فقد خالف الحق، ووجبت البراءة منه»^(١٧).

ويزيد الإباضية على ذلك بإيجابهم على المختلفين في الفقه ولاية بعضهم بعضاً، ولو تضادوا في الرأي، فأحل بعضهم شيئاً، وحرم بعضهم شيئاً، فعلى المُحل أن يتولي المُحرم، وعلى المُحرم أن يتولي المُحل، ولا يجوز الافتراق، وعلى من علم باختلافهم فهم ذلك، ولا يجوز له أن يفرق فإن «الجمع بين الأضداد ها هنا حلال لازم، والتفريق بينهم ها هنا حرام وضلال»^(١٨).

فمن أخذ بقول من أقوال المسلمين لا يعتبر هالكاً، ومن أبى إلا أن ينصب الرأي ديناً، وأعلن البراءة ممن خالفه، وادعي ذلك الرأي على الله اعتبره الإباضية متقولاً على الله، لأن الله إذا تقدم في حكم لم يجعل للعباد فيه الخيار، وإذا تركهم واجتهاد الرأي جاز الاختلاف فيه بالرأي، وكان كل مؤمناً على رأيه واجتهاده، إذا كان من أهل الرأي والاجتهاد^(١٩).

فالإباضية يرون أنه إذا تنازع أهل الرأي في مسألة من مسائل الرأي يمكن أن يأخذ المسلم بأي الآراء شاء.

هذه قواعد ذهبية سطرها أساطين العلم، ولو تمت مراعاتها في عصر لما وجدنا من الفقهاء من يضلل مخالفه في مسائل الاختلاف.

قال العلامة نور الدين السالمي:

جاهلنا لا يعرف الخلافاً حتى إذا ما الممات وافى

وسئل العلامة خلفان بن جميل السيابي (ت ١٣٩٢هـ) عن قال: التقى أبو عبيدة التميمي الإباضي (ت ١٤٥هـ) بعدوه واصل ابن عطاء المعتزلي (ت ١٣١هـ) فأجاب السيابي: «لا يجوز ولا يحل اللعن لأحد من أهل القبلة، وهذا لا يقوله إلا جاهل بما له وما عليه من حقوق المسلمين، لأن الموحّد بالتوحيد يحرم دمه وماله

وعرضه، فعَلَّموه إن كان جاهلاً... لا تأكلوا لحوم المسلمين الراكعين الساجدين
الحاميين للقرآن الكريم...^(٢٠).

ورغم أنه بين الإباضية والمعتزلة مناظرات ومناظرات، وإصرار الإباضية على
عدم جواز القول بمراعاة الصلاح والأصلح على الله، وأنه لا يجب على الله شيء،
بل ما يفعله ما هو إلا من التفضل والتكرم لا الوجوب، وإصرار الإباضية بأن الله
يحاسب على الكسب والاختيار، ومنه الخلف فقط، إلا أنهم أصرروا أيضاً على عدم
جواز التكفير.

وسئل العلامة خلفان بن جميل السيابي يوماً: هل يجوز التزاوج بين الإباضية
والشيعة والسنة؟ أجاب: «إن الذي نعلمه من الأثر عن أولي البصر أن الأحرار
الموحدتين أكفاء بعضهم لبعض... والذي عليه الجهابذة الأعلام أن الحر الموحد
المُقر بالجملة، الدائن بجميع أركان الإسلام، جائز نكاحه وإنكاحه، وبذلك جاءت
السنة، وعليه استقر عمل جميع الأمة»^(٢١).

كما وجه لسماحة الشيخ سؤال حول فتاوي عدم جواز تزويج الإباضية
وغيرهم، فاشتد نكير الشيخ على من أصدر هذه الفتاوي، لأنه كان يرى أن الناحية
الاجتماعية، والتداخل الأسري يقوي الصلات بين المسلمين، ويلطف الأجواء،
ويبعد الشحناء، ولذلك فإن العلاقات الاجتماعية قائمة على أشدها في سلطنة عمان
بين الإباضية وأهل السنة والشيعة.

٦) تطبيق منهج (ما يسهل من كان قبلنا فهو يسعنا)

ولو سار هؤلاء المشتددون والتكفيرون على هذه القاعدة، وتبنوا هذا المنهج
الذي أسسه الإباضية لما رأينا مثل هذه التجاوزات التي انتشرت في بعض بلاد
المسلمين، ومظاهر الاعتداء على المخالف في الرأي والمذهب.

قال العلامة أبو غانم الخراساني: سألت أبا المؤرج عن الاختلاف في الرأي؟
واختلاف السلف قبلنا في رأيهم، أليس قد يسعهم الاختلاف؟ ولم يبرأ بعضهم من

بعض؟ قال: بل ذلك واسع، قلت: فإن أخذ الناس ببعض أقاويلهم وهو خلاف لما اجتمع عليه المسلمون، هل يبرأ بعضهم من بعض أم لا؟ فقال لي مغضباً: ما حملك على البراءة يا هذا؟ إنك إليها لسريع، ما يسع من كان قبلنا فهو يسعنا^(٢٣).

وذكر الشيخ ناصر بن جاعد الخروصي: أن نيهان كان يقرأ عند والده الشيخ الرئيس جاعد الخروصي مصنفاً من مصنفات الشيعة، وقد ورد في المصنف عبارة «علي عليه السلام» إلا أن ابنه نيهان قد قرأها مع التغيير فيها، فقال: مكتوب علي عليه السلام، بإضافة كلمة مكتوب، فتناول الشيخ الرئيس المصنف، فلم يجد فيه كلمة مكتوب، فغضب علي نيهان وقال له: اترك كلمة مكتوب، واقرأ كما صنفه صاحبه علي عليه السلام، لأن هذا كلام غيرك، وإن زدته أوهمت السامع أن مصنف الكتاب صنفه كذلك^(٢٤).

علماً بأن المسألة مختلف فيها منذ قرون، وهي مسألة فرعية، بل إن عدداً من الإباضية لا يرون في ذلك من حرج، فقد قال العلامة أبو الحسن البسيوي (ق ٥هـ): «بلغنا أن فاطمة سلام الله عليها جاءت تطلب ميراثها إلي أبي بكر...»^(٢٥).

٧) المضادة في الرأي لا ترفع الولاية

إن الانطلاق من هذا المنهج العقلاني هو سبيل من سبل دفع التشدد والتكفير، لأن المسلمين متفقون في العقيدة بتصديقهم بأركان الإيمان، وجامعهم في الفقه أركان الإسلام، ومجمعون علي أخلاقيات الإسلام في المعاملات، ولم يختلفوا إلا في فروع، تباينت فيها الاجتهادات، وجاز فيها التأويل، وبعضهم صار إلى قول، لأنه رأى حجة أصل من أصول التشريع الإسلامي التبعية والفرعية، وبعضهم لم يرها حجة يمكن الركون إليها، كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة وسد الذرائع والعرف وشرع من قبلنا وقول الصحابي، فهذه مما جاز فيها الأخذ والرد، والإثبات والنفي.

إن مسائل الرأي لا توجب تدابراً بين المسلمين، لذلك قال الإباضية في

منهجهم: «المضادة في الرأي لا ترفع الولاية» فهي لا توجب بغضاً وعداوة فضلاً عن تشدد على المخالف أو تكفير له.

قال العلامة خميس بن سعيد الشقسي في منهج الطالبين وبلاغ الراغبين: «ولا يجوز تخطيط أحد من المختلفين بالرأي من علماء المسلمين، بل يلزم ونحب ولاية (أي محبة) جميعهم... وعلى العلماء المختلفين بالرأي أن يتولّى بعضهم بعضاً، ولو تضادوا جميعاً بالرأي»^(٢٥).

لكن من المؤسف أن صار التكفير والتشدد في مسائل الاختلاف فيها سائغ كبعض فروع الصلاة، وقضية التوسل بالأنبياء والأولياء والصالحين، حتى أصبح التكفيريون يسمونهم بالقبوريين وبالمبتدعة، وبأهل الزندقة! بل بلغ الأمر إلى تبديع من يقول: بجاه سيدنا محمد صلى الله عليه وآله وسلم.

٨) الكف عما مضى

من الملاحظ أن المتشددين والمتطرفين في سبيل تهيج العامة على المخالف، يسعون إلى إحياء قضايا وقعت منذ قرون غابرة، تباينت آراء المسلمين فيها، أما الإباضية فيرون أن اتخاذ تلك الأحداث وسيلة للتهيج ما هو إلهام لضرب وحدة المسلمين، وهذا مناف لمفهوم الأمة الواحدة. سئل العلامة خلفان بن جميل السيابي عن أحداث القرن الأول الهجري؟ فأجاب: «أما الحسن والحسين فهما سبطا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وريحانته، وهو يحبهما، ووردت فيهما أحاديث، أما الأحداث التي جرت بين الصحابة... فقد علمت الخلاف فيهما عند أهل مذهبك، أما القدماء فكانوا منهم المشاهد للأمر وحاضره، ومنهم من كان قريباً من ذلك وتبلغهم الحقائق بصحيح النقل، أو برفيعه من العدول، الذين يكونون حجة عليهم في أمر الدين، فيحكمون على الناس بما شاهدوا منهم من الأحداث عياناً أو بإقرار المحدث أو بشهادة صحيحة ثابتة، هذه طرق العلم في الإعتقادات، ونحن نحسن بهم الظن، ونقول حكموا بما علموا».

كما أجاب عن رأيه في الخليفة عمر بن عبدالعزيز، فأثني عليه، وأكد (إننا نحبه) وذكر أن أخباره الحسنة قد ذاعت، وهذا الموقف هو عين موقف أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة التميمي (ت ١٤٥هـ) إذ تمنى على الوفد الإباضي الذي التقى بعمر بن عبدالعزيز أن لو قبل الوفد بكل ما أبداه الخليفة^(٢٦).

صحيح أن الخلاف كان على أشده بين الإباضية والأمويين، ولكن الإباضية يرون أن عمر بن عبدالعزيز قد اختلف عن بقية بني أمية. ويقول السالمي:

وما مضي عنك لو بساعة دعه ليس البحث عنه طاعة

ولكنه إن كان للندارس والتعلم والبحث والتمييز فلا بأس بذلك، كما نوه أن العوام ينبغي تجنبهم تلك المسائل، مخافة إساءة الأدب.

٩) الاعتدال في الفتوى

إن التشدد في الفتوى على المخالف هو مما يساهم في خدمة التكفيريين، ويعمق التشدد عليه، وقد سلك الإباضية منهج الاعتدال مع كافة أهل الصلاة أو أهل القبلة، سئل العلامة خلفان بن جميل السيابي: هل تجزي صلاة الجمعة للمسافر الإباضي عن صلاة الظهر إن صلاها خلف مخالف؟ أجاب: «إني لو أدركتها في أي موضع تقام، وخلف كل مؤحد لصليتها هناك وتسقط بها صلاة المسافر من باب أولي، إذ لم يلزمه إلا ركعتان، والله أعلم»^(٢٧).

إن الإباضية لم يفتوا بردات فعل، علما بأن المتشددين من غير الإباضية يفتون ببطلان صلاة الإباضية لقولهم بعدم رؤية الله تعالى في الآخرة، وقولهم بخلق القرآن.

أما عن موقف الإباضية من الصلاة خلف المخالف فنذكر اتفاقهم أولاً على أن الصلاة خلف الموافق أولى وأتم من الصلاة خلف المخالف، ولعل سائر المذاهب ترى هذا الرأي، فالصلاة خلف من يرى إعادة الوضوء من الحجامة أولى

من الصلاة خلف من لا يرى انتقاض وضوء من احتجم بالنسبة للحنفية مثلاً، والصلاة خلف من لا يرفع يديه ولا يضمهما في الصلاة أولى من الصلاة خلف من يفعل ذلك بالنسبة للإباضية. إن القول المعول عليه، والمشهور عند الإباضية هو القاضي بجواز الصلاة خلف المخالفين دون قيد ولا شرط، وهذا رأي جمهور الإباضية، سلفهم قبل خلفهم، فهو قول وفعل الإمام عبدالله بن إياض (ت ٨٦هـ) ومؤسس المذهب جابر بن زيد (ت ٩٣هـ) وأبو عبيدة ابن أبي كريمة التميمي (ت ١٤٥هـ) وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «صلوا خلف كل بار وفاجر» (٢٨).

وقد رأى محبوب بن الرحيل (ق ٢هـ) رجلاً من الإباضية صلى خلف إمام مخالف، ثم أعاد الصلاة، فلم يرتض محبوب هذا المسلك، فرجع الرجل إلى رأي محبوب الذي كان إمام الإباضية آنذاك (٢٩). كما أكد أبو المؤثر (ق ٣هـ) أن سيرة أسلاف الإباضية هي الصلاة خلف غيرهم من أئمة المذاهب، وأن المسلمين لا يكذب بعضهم بعضاً، ومن برئ من المسلمين على ذلك ونسبهم إلى الضلال والكذب، فليس بمسلم صادق الإسلام (٣٠).

وقال أبو الحسن البسيوي في من يصلي وهو يمسح علي الخفين، أو يرفع يديه في الصلاة: «ولم نر أسلافنا يعملون ذلك، ولم نرهم يفسدون صلاة من فعله، ومن فعله لن نره يفسد صلاة من لم يفعله، إلا ما رأينا من إنكار بعضهم لبعض» (٣١).

وهذا عامر الشماخي (ت ٧٩٢هـ) يؤكد جواز الصلاة خلف غير الإباضي ولو أتى في الصلاة بأشياء غير جائزة عند الإباضي (٣٢)، كرفع يديه أو ضمهما في الصلاة، أو أمَّن بعد الفاتحة، لأنه متأول، ولم يأت بتلك الحركات عن هوى. والشماخي نفسه ذهب إلى عدم جواز الصلاة خلف فساق الإباضية، لأن الفاسق تُرد شهادته بسبب فسقه المنافي للأمانة والصلاة من أعظم الأمانات، فلا يلي أمرها. ولعل رأي الشماخي هو الأنسب، فلئن يصلي المسلم خلف قائم على دينه من أي مذهب

كان خير من أن يصلي خلف منحرف عن الإسلام يعمل بمعاصي الله، وإن ادعى أنه على المذهب الفلاني.

وبين محمد أطفيش أن سبب القول بجواز الصلاة خلف المخالف ولو رفع يديه أو قنت مع عمل المأموم الإباضي بأن من عادة الإمام القنوت في الصلاة، هو أن ما يفعله المخالف في صلاته يفعله بديانة حتى في براءته من الإباضية. أما المناق من الإباضية فإن نفاقه من غير ديانة أو تأول، بل محض هوى يلزمنا إنكاره عليه أما مخالف المذهب فلا يلزمنا الإنكار عليه، لأن ما جاء به في صلاته ليس بمنكر في مذهبه^(٣٣)، وأحسب أن في هذا الكلام بالغ الاعتدال والتسامح.

وقد سئل خلفان السيابي: هل تجوز الصلاة خلف القوم (أهل السنة) إذا حضرت، وهو عندهم في المسجد، أو في بيوتهم، وإذا صلى خلفهم هل عليه إعادة؟ الجواب: تجوز الصلاة خلف قومنا (أهل السنة) ولا بدل على من صلى خلفهم^(٣٤).

كما سئل فيمن يقتدي بعلماء القوم (أهل السنة) وأفاضلهم، هل يائثم لأنهم مخالفون أم لا؟ الجواب: إن الإقتداء بأفاضل المسلمين على الإطلاق جائز مستحب في المستحبات والمندوبات ومن النوافل ووظائف العبادات، والخير مطلوب من كل أحد والإقتداء في عمل البرِّ، والحق يقبل ويعقل من البرِّ والفاجر وهو بنفسه حجة، وإنما الممنوع الإقتداء في الباطل، وخلاف المخالف لنا لا يقدح شيئاً في فروع الشريعة وفضائل العبادات^(٣٥).

وقد سئل أحمد بن حمد الخليلي المفتي العام لسلطنة عُمان: هل تجوز الصلاة خلف أهل الخلاف؟ فأجاب: إن الأصل الذي درج عليه السلف الصالح هو جواز الصلاة، بل وجوبها خلف أي واحد من أهل القبلة، قال الإمام أبو عبدالله محمد بن محبوب (ت ٢٦٠هـ): وما مضى عليه أسلافنا من الفقهاء أنه لا بأس بالصلاة خلف أئمة قومنا إذا أقاموا الصلاة لوقتها، فمن خالف في ذلك

كان في الصدر من حرج، ولا تسقط ولايته حتي يزعم أن جابراً وغيره من لم يروا الصلاة خلفهم باساً ليسوا علي صواب، وأنهم كانوا في ذلك على غير الحق، فإذا صار إلى هذه المنزلة استتابه المسلمون (الإباضية) من ذلك، فإن تاب وترك ما اختاره من رأيه لم تسقط ولايته وإن أصر وأدبر كان حقيقاً على المسلمين البراءة منه^(٣٦).

وهكذا يتشدد الإباضية على كل إباضي لا يرى الصلاة خلف مخالف يجدوا في أنفسهم منه حرجاً، أما إذا تجاوز ذلك بأن زعم إن أئمة الإباضية أخطأوا عندما أجازوا الصلاة خلف غير الإباضية فقد أوجبوا البراءة منه، وكل ذلك سعياً منهم إلى لمّ الشمل، وجمع الكلمة، ورص الصفوف ووأد كل صوت يدعو إلى الفرقة بين المسلمين.

هذا وقد ختم الخليلي كلامه بقوله: ويؤخذ من كل ما تقدم جواز الصلاة خلف جميع أهل ملة الإسلام، إلا من يأتي في صلاته بما يخلها من غير أن يكون متولاً، أما الحركات التي يأتي بها الإمام متولاً فلا تضر من صلى خلفه «وإذا علمت عن أحد بعينه عدم الالتزام في الطهارة أو غيرها فلا يجوز لك أن تصلي خلفه إلا نافلة سواء كان من أهل المذهب أو من المذاهب الأخرى»^(٣٧).

وخلاصة القول في هذه المسألة، إن جمهور الإباضية يشددون على ضرورة الصلاة خلف أي مسلم ملتزم بدينه مهما كان مذهبه الذي ينتمي إليه، وإن اللاحقين منهم ليسوا بأفضل من أئمتهم المتقدمين أمثال عبدالله بن إباض وجابر بن زيد وأبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة الذين كانوا يصلون خلف المخالف، وإن أئمتهم ليسوا بأفضل من الصحابة الذين صلوا خلف الحجاج بن يوسف ومروان بن الحكم، فقد صلى ابن عمر خلف نجدة بن عامر إمام النجدية من الخوارج، وصلى ابن الزبير خلف نجدة وصلى نجدة خلف ابن الزبير، وعندما سئل ابن عمر عن ذلك قال: «إذا نادوا حي على الصلاة حي على خير العمل جئنا، وإذا نادوا حي على قتل النفس قلنا: لا لا»^(٣٨).

قال النووي من الشافعية: «ولم يزل السلف والخلف يرون الصلاة وراء المعتزلة ونحوهم، ومناكحتهم وموارثتهم، وإجراء سائر الأحكام عليهم»^(٣٩).

١٠ الفقه المقارن

إن للفقه المقارن أثراً كبيراً في التقريب بين المسلمين، فمن خلاله يعرف دليل المخالف والمستند الذي استند إليه، وبذلك لا يستغرب أحد قول المخالف ولا يستهجنه، لقد أولى فقهاء الأمة الإسلامية عامة وفقهاء الإباضية الفقه المقارن أهمية كبرى منذ وقت مبكر، وأهم كتب الفقه المقارن عند الإباضية هي: مدونة أبي غانم الخراساني كتاب الجامع لابن بركة، موسوعة كتاب الضياء للعوتبي، موسوعة بيان الشرع لمحمد بن إبراهيم الكندي - أجوبة ابن خلفون - قواعد الإسلام للجيطالي، كتاب الإيضاح لعامر الشماخي (ت ٧٩٢هـ)، شرح صحيح الربيع بن حبيب للسالمي، معارج الآمال للسالمي، شرح كتاب النيل لمحمد أطفيش، الذهب الخالص لمحمد أطفيش، الوطاء المحرم لأحمد الخليلي، الإيلاء لأحمد الخليلي، زكاة الأنعام لأحمد الخليلي، الفقه في إطار الأدب لأبي سرور الجامعي (معاصر)، بغية الطلاب لأبي سرور الجامعي... إلخ.

وهذه المقارنات تكون أحياناً تفصيلية، فيذكر المؤلف آراء فقهاء المسلمين خاصة أئمة المذاهب، يتجلى هذا في أجوبة ابن خلفون، وكتاب شرح النيل للذهب الخالص وشرح الربيع بن حبيب وبغية الطلاب والفقه في إطار الأدب، وأحياناً تكون المقارنة إجمالية، فيورد المؤلف المسألة، ثم يعبر عن مقارناته بقوله: قال أصحابنا ويعني الإباضية، وقال بعض مخالفينا أو قال مخالفونا، ويعني بذلك أهل السنة والجماعة. وأحياناً تكون المقارنات إجمالية وتفصيلية، وهذا واضح في كتاب الجامع^(٤٠) وكتاب الإيضاح وكتاب الضياء^(٤١). ومحمد بن يوسف أطفيش في كتابه الذهب الخالص ذكر أن رمز (الميم) يعني قول مالك، ورمز (الشين) يعني قول الشافعي، ورمز (الحاء) يعني قول أبي حنيفة، ورمز (نا) يعني مذهبنا الإباضية^(٤٢).

لقد حوت موسوعة بيان الشرع المكونة من سبعين جزءاً (٢٧٠) أثراً لأبي حنيفة، و(٧٠) أثر لمالك بن أنس و(٧٧٠) أثراً للشافعي و(٥٠٠) أثر لأحمد بن حنبل و(٣٥٠) أثراً لسفيان الثوري (ت ١٦١هـ) و(٨٠) أثراً لليث بن سعد (ت ١٧٥هـ) و(٢٠) أثراً لداود الظاهري.

ومن الأمثلة علي المقارنات التي أقامها سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي المفتي العام لسلطنة عمان أنه سُئل عن اشتراك مجموعة من الناس في قتل شخص ما هل الواجب علي كل شخص كفارة أو تكفي كفارة واحدة عن الجميع؟ فأجاب: «اختلف العلماء إذا اشترك جماعة في القتل، كيف تجب عليهم الكفارة، فقول الجمهور ومنهم الحسن وعكرمة والنخعي ومالك والشافعي والثوري وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعليه أكثر أصحابنا (الإباضية) بأن على كل واحد منهم كفارة واحدة وقيل بالتفريق، ولا ريب أن رأي الجمهور أحوط وأسلم وأورع، لكن الفتيا إنما تبنى على الدليل الأرجح، والذي يرجح عندي في هذا بالدليل قول من أوجب على الجميع كفارة واحدة»^(٤٣).

وذكر الخليلي آراء العلماء في مسألة هل الحرام يحرم الحلال، فذكر عن ابن عابدين من الحنفية قوله: إنَّ عمر ابن الخطاب وابن مسعود وعمران بن الحصين وجابر وابن عباس أنهم قالوا بأن الحرام يحرم الحلال، وذكر عن السرخسي من الحنفية أنه قول أبي بن كعب، وساق أقوالاً عن الشعبي وسعيد بن المسيب، وأنه قول أبي حنيفة وهو الذي يقتضيه قول مالك في المدونة، وهو قول الثوري وأحمد، وعليه الإباضية قاطبة^(٤٤).

إن هذا الانفتاح في القديم والحديث من فقهاء الإباضية علي كتب غيرهم من المذاهب الإسلامية ليس غريباً، لأنَّ «مؤلفي الإباضية يأخذون العلم من أي عالم سواء أكان من أهل مذهبهم أو مخالفاً لهم، ويردون ما لا يرتضونه على أي عالم سواء أكان من أهل مذهبهم أو من غيرهم»^(٤٥).

ورغم أنَّ الشيخ الرئيس تلقى رسالة خطية من أحد المكفره، يدعوه إلى

الدخول في فكره، لكن الشيخ تعقل في الرد عليه، وإنما اكتفى بدعوته بالرجوع إلى الكتاب والسنة، ودعا إلى التأمل في صنيع الصحابة عندما تقاتلوا في صفين والجمل، فإنه لا سبي ولا غنيمة، وحذره من أن يسلك مسلك نافع بن الأزرق وأصحابه حين استباحوا الدماء والأموال بتشريك أهل القبلة^(٤٦).

إن الحكم على المخالف في المذهب والفكر بالكفر، لهو أمر يستدعي أسف كل لبيب، وكم من فتوي صدرت تكفر أو تبذع الإباضية والأشعرية (المالكية والشافعية) والماتريدية (الحنفية) والشيعة الجعفرية والزيدية، وتحكم بالكفر والزندقة علي الصوفية جُملة وتفصيلاً، وتتهم الناس بأنهم قبوريون وعُباد صنم ووثن، للتوسل بنبي أو شفاعة برسول، مع الاعتقاد الجازم بأن الله هو النافع الضار والدافع للنقم.

بل لقد بلغ التشدد مبلغ نبش القبور، وتدمير المعالم والآثار، وتحطيم الأضرحة، وكأن الأموات لا حرمة لهم، مع الغفلة عن فقه الأولويات، وعدم التبهرج في مآلات الأمور، وما سيسفر عن ذلك من تدخل للأجنبي، ودخول بلدان آمنة في فتن وحروب أهلية وصراعات لا نهاية لها. وقد توجع العلامة أبو مسلم البهلاني كما توجع الشيخ الرئيس من مسلك الفرقة والتكفير، فقال قصيدة، يرثي فيها أحوال أمته:

فيا ليت أهل الدين لم يفترقو

وليت نظام الدين للكل جامع

لو التزموا من عزة الدين شرطها

لما اتضعت منا الرعان الفوارع

وما ذبح الإسلام إلا سيوفنا

وقد جعلت في نفسها تنقارع

هراشا على الدنيا وطيشا على الهوي

وذلك سم في الحقيقة نافع^(٤٧)

- (١) محمد السالمي، نهضة الأديان، ص ٩٤.
- (٢) صحيح مسلم، ج ٢ ص ١٣٠٥، كتاب القسامة والمحاريب والقصاص، باب تغليظ تحريم الدماء، رقم الحديث (١٦٧٩).
- (٣) المصدر السابق، ج ١ ص ٣١٤.
- (٤) تمهيد قواعد الإيمان، ج ١ ص ٢٢٤.
- (٥) مجموعة من العلماء، السير والجوابات، ج ١ ص ٢٩٩.
- (٦) تمهيد قواعد الإيمان، ج ١ ص ٢٢٤.
- (٧) عوض خليفات، نشأة الحركة الإباضية، ص ٧٨.
- (٨) مجموعة من العلماء، السير والجوابات، ج ١ ص ٣٤٢.
- (٩) محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع ج ٣ ص ٤١٨.
- (١٠) الوارجلاني، الدليل والبرهان ج ٢ ص ١٠١.
- (١١) الشماخي، كتاب السير، ج ١ ص ٩٧.
- (١٢) أحمد بن سعود السيادي، الوسيط في التاريخ، ص ١٣٣.
- (١٣) أحمد بن سعود السيادي، وحدة الأمة في الفكر العماني، ص ١٣.
- (١٤) سيف البطاشي، إتحاف الأعيان في تاريخ بعض علماء عمان، ج ١ ص ٨٠.
- (١٥) المصدر السابق.
- (١٦) محمد بن إبراهيم الكندي، بيان الشرع، ج ٣ ص ١٢.
- (١٧) الشقصي، منهج الطالبين، ج ١ ص ٣١٢.
- (١٨) المصدر السابق، ص ١٤٥.
- (١٩) قراءات في فكر الشقصي، ص ٥؛ ط ١، وزارة التراث والثقافة ٢٠٠٣م.
- (٢٠) فصل الخطاب، ج ٢ ص ٢٧٠-٢٧١.
- (٢١) خلفان بن جميل السيادي، فصل الخطاب في المسألة والجواب، ج ٢ ص ١٦٠.
- (٢٢) ناصر السابعي، روائع السلف الصالح ص ٢٠٧.
- (٢٣) ضمن كتاب قراءات في فكر أبي نيهان، ص ٩٤ مبارك بن عبدالله الراشدي، العلامة أبو نيهان الخروصي ومنهجه الفقهي.

- (٢٤) ناصر السابعي، روائع السلف الصالح، ص ٦٢.
- (٢٥) المصدر السابق.
- (٢٦) المصدر نفسه.
- (٢٧) خلفان بن جميل السيابي، فصل الخطاب، ج ٢ ص ١٠٣.
- (٢٨) صحيح الربيع، ص ١٩٧ باب الحجة على من لا يرى الصلاة على موتى أهل القبلة، رقم الحديث (٧٧٦).
- (٢٩) السالمي، معارج الآمال، ج ٩ ص ١٤٧.
- (٣٠) أحمد الكندي، المصنف، ج ٥ ص ٢٨٥.
- (٣١) ضياء العوتبي، ج ٥ ص ١٥٣.
- (٣٢) الإيضاح، ج ١ ص ٥٤٢.
- (٣٣) شرح كتاب النيل، ج ٢ ص ٢١٨.
- (٣٤) فصل الخطاب، ج ١ ص ١٠٦.
- (٣٥) المصدر السابق.
- (٣٦) الفتاوي، ج ١ ص ٢٢٦.
- (٣٧) المصدر السابق، ص ٢٢٨.
- (٣٨) السالمي، معارج الآمال، ج ٩ ص ١٤٦.
- (٣٩) المجموع شرح المذهب، ج ٤ ص ١٠٧، تحقيق محمد نجيب المطيعي، ط ١، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٣م.
- (٤٠) ابن بركة، كتاب الجامع، ج ٢ ص ٢٨، ١٠٣، ١١٧، ١٢٢، ٢١٣.
- (٤١) العوتبي، كتاب الضياء، ج ٥ ص ٣٧٤.
- (٤٢) أنظر علي سبيل المثال: الذهب الخاص، ص ١٤٧، ١٤٨، ١٧٣.
- (٤٣) حمود بن يحيى أولاد ثاني، التجديد الفقهي في الإفتاء العماني ص ٣١.
- (٤٤) أحمد الخليلي، الوطء المحرم، ص ٦-٩، ط وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.
- (٤٥) مجلة رسالة المسجد الصادرة عن ديوان البلاط السلطاني، العدد (١١١)، الصفحة ٣٦.
- (٤٦) مبارك الراشدي، العلامة أبو نيهان الخروصي ومنهجه الفقهي، ص ١٠٨.
- (٤٧) أبو مسلم البهلاني، ديوان أبي مسلم، ص ٣٢٨.



دراسات مقارنة

القتل الرحيم

دراسة فقهية قانونية مقارنة

الشيخ محمد حسن زراقط^(*)

مدخل في المفهوم والمصطلح:

إذا كان لا بدّ لكل بحث علمي من الانطلاق من مجموعة مبادئ تصوّريّة وتصديقيّة يذكرها علماء المنطق وغيرهم ومنها معرفة الموضوع، فإنّ البحث في المسائل الفقهية أولى بمثل هذا المنطلق، وتستوي المسائل القديمة والحديثة في ذلك؛ بل البحث في تحديد الموضوع في المسائل الحديثة يكتسب مزيداً من الأهمية ويستحقّ مزيداً من الاهتمام. بل ربّما لا نبالغ إذا قلنا إنّ البحث الموضوعي في كثير من المسائل الحديثة هو ثلاثة أرباع الفقه؛ وذلك لأنّ كثيراً من المسائل الجديدة يُختلف في حكمها لأجل الاختلاف في تحديدها الموضوعي، وبالتالي الاختلاف في تخريجها وإدخالها تحت موضوع منصوص على حكمه في الشريعة الإسلامية. والأمثلة على ذلك كثيرة تبدأ من أوراق اليانصيب ولا تنتهي عند عدد من العقود المستحدثة التي ما اختلف الفقهاء في حكمها إلا لاختلافهم في حقيقتها، ولعدم اتّفاقهم على أنّها من مصاديق هذا الموضوع الذي حرّمته الشريعة أو ذاك الذي أباحته، أو ذلك الذي سكنت عنه لتجري فيها البراءة.

وتزداد أهمية البحث في المصطلح عندما نلاحظ شكوى بعض الباحثين

(*) أستاذ في جامعة المصطفى العالمية - لبنان.

الغربيين من خلل دلاليٍّ لغويٍّ في النقاشات التي تدور حول هذا المفهوم إذ يرى هذا الباحث أن خلطاً مضللاً يحصل بين هذا المفهوم (euthanasia) وبين "المساعدة على الانتحار"، وأحياناً "الموت المساعد عليه" على حدّ تعبيره^(١). وإذا كان يُدعى سوء فهم هذا المصطلح في مهده الغربيّ فما بالك به بعد انتقاله إلى بيئة أخرى لم يولد فيها.

في المصطلح:

يبدو بعد مراجعة الكثير من المصادر التي تصدّت لهذا الموضوع الذي يُعالج في الدوائر الثقافية الغربيّة في علمي الأخلاق الطيّبة والقانون أن المصطلح الرسمي للتعبير عن هذا المفهوم هو أوتانايازي/أوتانازيا (euthanasia) وهو مصطلح مستورد من اللغة اليونانيّة (euthanasia)، ومنها تسرّب إلى كثير من اللغات اللاتينية، فاستُخدم هذا التعبير الذي هو في الأصل مؤلّف من كلمتين هما: (εὖ) التي تعني بالغة الإنكليزيّة ("well" or "good") و(θανاتος) التي تعني بالإنكليزيّة (death) أي الموت؛ استُخدم هذا المصطلح بصيغته اليونانيّة هذه في عددٍ من اللغات اللاتينية، أو تُرجم إلى تلك اللغات مع الحفاظ على المعنى المقصود في اللغة الأمّ ترجمة شبة حرفيّة. فيقال في اللغة الإنكليزية مثلاً ترجمة (mercy killing) على الرغم من اشتها المصطلح اليونانيّ، والأمر عينه يُقال عن اللغة الفرنسية وغيرها. وفي اللغة العربيّة ثمة خيارات عدّة للتعبير عن هذا المفهوم أحدها هو المفردة اليونانيّة المذكورة آنفاً، و"الموت الرحيم"، و"القتل الرحيم"، و"قتل المرحمة"، و"القتل بدافع الشفقة". والمصطلح الأكثر استخداماً هو "القتل الرحيم". وإذا أردنا المفاضلة بين هذه المصطلحات يبدو لي أن عبارة "القتل بدافع الشفقة" هي الأدقّ في الدلالة على المفهوم لأنّها تشير إلى القتل الذي هو فعل يمارسه شخص غير المريض حتّى ولو بطريقة سليبيّة، كما يشير إلى النية والدافع اللذان يدفعان الفاعل إلى فعله، ولا تتضمّن حكماً قيميّاً على القتل نفسه كما في تعبير القتل الرحيم، عنيت بذلك

وصف القتل بأنه رحيم. والأمر عينه نلاحظه في اللغة الفارسية أيضاً إذ إن التعابير المستخدمة للدلالة على (المفهوم تدور بين تحويله إلى الفارسية (تفريس) المصطلح) وبين ترجمته، فنجد بعض الكتاب استخدم المصطلح عينه في أبحاثه ودراسه "أتانازی"، بينما ترجم آخرون المصطلح إلى اللغة الفارسية، فقالوا: به مرگی، كشتن از روی ترحم، مرگ آسان، مرگ راحت. وعلى أي حال وبعد استعراض البدائل الاصطلاحية لا بد من إطلالة على المفهوم بحسب تعريفاته العلمية الرسمية، بهدف تحديد محل النزاع قبل البدء بمعالجة المفهوم وإشكالياته.

التعريف الرسمي للمصطلح:

إن تقسيم المفاهيم إلى أقسامها وإن لم يكن تعريفاً بالمعنى المنطقي، إلا أنه يساعد في فهمها ووضوح صورتها في الذهن وخاصةً عندما يكون المقصود هو التمييز بين هذه الأقسام والحكم على كل قسم من أقسامها بالحكم الذي ينطبق عليه. وبناءً عليه نجد أن مفهوم "القتل الرحيم" يقسم إلى أقسام عدة وفق اعتبارات مختلفة نعرضها في ما يأتي.

قسم القتل الرحيم باعتبار رغبة المريض ورضاه بـ "تقديم هذه الخدمة" له إلى:

طوعي (Volunteer) وهو مفهوم يتحقق عندما يطلب المريض وهو في حال الاحتضار التوقف عن العلاج بشكل طوعي وينفذ المحيطون به رغبته بتركه وشأنه^(٢). ويعرف موقع إذاعة (بي بي سي) هذه الحالة بقولهم: "هو عندما يريد الشخص أن يموت ويعبر عن رغبته هذه. وتدخل في هذا الإطار حالات عدة هي: طلب المساعدة على الموت، الامتناع عن تناول الأدوية وتلقي العلاجات، طلب إيقاف الأجهزة العلاجية أو الأجهزة الداعمة للحياة، الامتناع عن الطعام، وببساطة هو عندما يقرر المريض أنه يريد أن يموت"^(٣).

- وغير طوعي (Non-voluntary) وهو يتحقق عندما لا يكون المريض في حالة تسمح له باتخاذ قرار الموت كما لو كان في حالة الكوما، أو عندما يكون حدث السنّ أو كبير السنّ بحيث لا يستطيع اتخاذ مثل هذه القرارات وحده، أو يكون متخلفاً عقلياً، أو مصاباً بتلف دماغيّ يحول دون اتّخاذ مثل هذا القرار...^(٤).

- قسريّ (Involuntary) وهو ينطبق على الحالات التي يكون المريض في حالة وعيٍ تسمح له باتخاذ قرار بشأن مستقبل حياته ويكون راغباً في استمرار هذه الحياة. ومن الملفت أنّ مثل هذه الحالة تعدّ قتلًا بحسب نظرة قطاعاتٍ من الفكر الغربيّ؛ ولكن ليس دائماً على حدّ تعبير محرّري موقع (بي بي سي) مثلاً إذ يقول: "تأمل في هذه الحالات الآتية، تخيل جنوداً جرحى في ميدان القتال بطونهم مفتوحة يعانون من ألمٍ شديدٍ ويلجؤون على طبيب الإسعاف الحربيّ أن يساعدهم وهو لا يملك من أمره ولا أمرهم شيئاً، وهو يعلم أنّهم سوف يموتون بعد قليل، فيعتمد إلى إطلاق النار عليهم لإراحتهم من الألم الذي يعانونه"^(٥). ويتابع المحرّر نفسه بإعطاء مثال عن شخص محتجز في مبنى يحترق، يسارع أحد العابرين إلى إطلاق النار عليه؛ ليقّته قبل أن يموت احتراقاً. وأخيراً ترك المحرّر الحكم الأخلاقيّ على مثل هذه الحالات للقارئ ليفكر فيها.

وباعتبار طريقة الإقدام على هذا الفعل، وما إذا كانت إجراءً يمارسه الفاعل أو انسحاباً، ينقسم القتل الرحيم إلى:

- إيجابي/فعال (active) وهو القيام بفعل يؤدي إلى قتل المريض، كزيادة جرعات بعض الأدوية المسكّنة، أو حقن المريض بعقار يودي بحياته^(٦).

- وسليبي/منفعل (passive) وهو ترك المريض لمصيره والتخلّي عن

الإجراءات التي تسهم في تطويل حياته. وهو ما يعبر عنه في اللغة العربية بنزع أجهزة الإنعاش^(٧).

وليست هذه التقسيمات حاصرة نهائية؛ بل ثمة تقسيمات أخرى يرى بعض المهتمين أنها مضللة لا يترتب عليها أثر مهم^(٨). ولذلك نظوي عنها كشحاً لعدم تأثيرها في ما نحن بصدده من بيان حكمها الفقهي. ومن المعلوم أن التقسيم يحسن حيث تكون له جدوى، فإذا انعدمت الجدوى واتفقت الأقسام في الغرض المقصود، لا يبقى لها مبرر يدعو إلى ذكرها.

تاريخ المسألة:

من الأسئلة التي لا بدّ من طرحها بين يدي البحث في هذه المسألة هو السؤال عن تاريخها في الفقه الإسلامي؛ لما لهذا البحث من فائدة هي البناء على ما تقدّم من فقه ونقاشات فقهية في تراثنا الإسلامي؛ إذ شتآن بين بحث مستأنف غير مطروح في الفقه الإسلامي وبين بحث له جذور في هذا الفقه. وبعبارة أخرى لا بدّ من تحديد أن هذه المسألة هل هي من مستحدثات المسائل أو النوازل الفقهية، أم أنها مسألة غير مستجدة وللبحث فيها سوابق في تاريخ الفقه الإسلامي.

لا بأس من الإشارة إلى أن الفكر الغربي عرف النقاش في هذا المفهوم منذ زمن بعيد. ويؤكد هذا الأمر استخدام المصطلح اليوناني للتعبير عنه في أكثر اللغات الأوروبية كما أشرنا أعلاه. وذلك على الرغم من الاختلاف في الفهم بين بيئة وأخرى على مستوى الجزئيات. وما دعا إلى إثارة البحث في هذه المسألة مجدداً هو أن مجموعة من العناصر طرأت واستجدت فأدّت إلى تجدد الجدل حول هذا المفهوم في الفكر الغربي، وأهمّ هذه العناصر بحسب أحد الباحثين: تبدل النظرة إلى الموت؛ إذ لم يعد الموت حدثاً طبيعياً بل دخلت التقانة وتطوّر وسائل الموت كما وسائل تطويل مدة الحياة بشكل اصطناعي، كما تحوّل الطب والأعمال الطبية إلى استثمار يخشى من الأطباء أن يستغلّوه ويفرطوا في العلاج حتّى في الحالات

المبؤوس منها، وهو ما يسمّى بـ"التعنّت العلاجي"، كما توسّع مفهوم حقوق الإنسان ليشمل كلّاً من الحياة ووضع حدٍّ وخاتمةٍ لها^(٩). ولمزيد من الوضوح نستعرض في ما يأتي بعض العناوين "الثانوية" التي يتمسّك بها المشرّع الغربي لإقرار القتل الرحيم.

خلفيات تشريع القتل الرحيم:

١- قداسة الحياة في مقابل نوعيّتها:

قداسة (Sanctity) الحياة الإنسانية، ووجوب الحفاظ عليها من المسلّمات التي لا يبدو أنّها تقبل النقاش في الفكر الغربي؛ ولكن يبدو أنّ النظرة إلى الحياة في هذا العصر بدأت تتغيّر، وصارت الحياة حقّاً بكلّ ما لكلمة حقّ من معنى، وبما يتضمّنه ذلك من حقّ في التنازل عنه أو على الأقلّ في اختيار كيفه ونوعيّته. ويظهر هذا في مواقف كثير من المدافعين عن تشريع القتل الرحيم، والجمعيات التي تنادي بإقرار هذا الحقّ على الأقلّ في الحالات التي يمكن أن يأخذ القتل فيه هذه الصفة^(١٠). وفي هذا المقام يجادل أحدهم قائلاً: "كيف يمكن أن يكون بقاء المريض على قيد الحياة ليموت ببطء، حتّى ولو من دون ألم، خلال مدة أسابيع وذلك نتيجة توقّفه عن الطعام، ولا يجوز تشريع موته بشكل سريع بحقنه مادة قاتلة، والتخفيف على أسرته مزيداً من العناء؟ بالنسبة لي أجد من الصعوبة بمكان تقديم جواب أخلاقيّ عن هذا السؤال..."^(١١). والسؤال الذي يطرح هنا هو من الذي يحقّ له اتّخاذ القرار بأنّ نوعية الحياة هذه لا تساوي المعاناة المقارنة لها.

٢- القتل والإذن في الموت:

ينطلق كثير من المدافعين عن القتل الرحيم من ضرورة التمييز بين القتل الناتج عن تدخّل الطبيب أو غيره، وبين ترك المريض لقدره المحتوم الذي هو الموت^(١٢).

٣- التكاليف الاقتصادية:

لا يخفى على أحد أن كمًّا كبيراً من الأموال تُنفق على العلاج والدواء. والخيارات المتصورة في المنفق هي: المريض، وأسرته، والدولة، وشركات التأمين. وعلى جميع الاحتمالات يجادل بعض أنصار القتل الرحيم بأن ثمة توازناً بين المحافظة على حياة شخص بلغ من الكبر عتياً، أو بلغ منه المرض مبلغاً. وبين الإنفاق على أمور أخرى منها معالجة من يُرجى شفاؤهم بدرجة أكبر. وبناء على قاعدة التوازن ورغبة في توفير الاقتصادي. يدعو هؤلاء إلى ما يدعون إليه^(١٣).

معايير أخرى:

وفي سياق الحديث عن مبررات تشريع القتل الرحيم أشير إلى مجموعة من المعايير التي يطرحها أحد الباحثين لتبرير هذا الفعل، أو على الأقل لتبرير النقاش فيه، وهذه المعايير هي:

- مستوى الألم الذي يقاسيه المريض على الرغم من المسكنات التي تعطى له؛
- درجة إصرار المريض على المطالبة بإنهاء حياته؛
- عمر المريض؛
- مستوى احتمال الشفاء من المرض الذي يعاني منه المريض^(١٤).

وأخيراً أختتم بما يمكن عدّه تعريفاً علمياً لهذا المفهوم، يُضاف إليه مجموعة من الأسئلة المعبرة عن جوهر النقاش ومبررات المواقف التي يمكن أن تتخذ من المفهوم الذي نحن بصدد معالجته. يقول جون كيون (John Keown): «القتل الرحيم» هو قتل المريض، بالإقدام على فعل يؤدي إلى موته، أو بالتخلي عن الأساليب التي تساهم في تطويل حياته، وذلك في سياق العمل الطبي الذي هو العناية الطبية بالمريض... والأسئلة التي يدور النقاش فيها كثيرة منها: هل من الخطأ

إقدام الطبيب على قتل المريض عمداً حتى في الحالات التي يعاني فيها من الألم ويطلب الموت طلباً حثيثاً؟ هل من الإحسان واحترام السلطة الذاتية للمريض أن لا يقدم الطبيب على تلبية طلبه واحترام رغبته؟ هل يتمتع المرضى بـ"الحق بالموت"، وإذا كان الأمر كذلك فما معنى الحق في الموت؟ هل ثمة تمييز بين حياة وحياة، وهل أن بعض الحيوانات هي التي تستأهل المحافظة عليها؟ وإذا كان الأمر كذلك فما هي ولماذا؟ وهل ثمة فارق بين القتل الرحيم الإيجابي وبين ترك المريض لقدره وترك معالجته؟ أو هل من فرق بين القتل الرحيم وبين "المساعدة على الانتحار"؟ هل يمكن التمييز بين القتل الرحيم الطوعي وبين القتل الرحيم غير الطوعي الذي لا يطلبه المريض؟ وهل تقييد القتل الرحيم بطلب المريض يكفي للوقاية دون التورط في المنحدر الزلق المفضي إلى القتل الرحيم غير الطوعي؟ هل تبقى الحياة مجددة حتى بصورتها النباتية، أم يجب التوقف عن إطعام المرضى الذين يصلون إلى هذه الحالة؟^(١٥)

ومن التعريفات التي ذكرت للقتل الرحيم واستخدمها الباحثون في الفقه الإسلامي إلى حدٍّ يمكن اعتبارها أشهر التعريفات، تعريفه بأنه: "إجراء تدخل متعمد مع الإعلان عن النية في إنهاء حياة، للتخفيف من معاناة مستعصية على الحل"^(١٦). وقيل ما يقرب من هذا المعنى في عددٍ من الدراسات منها: "هو استجابة الطبيب المعالج لرغبة مريضه بإنهاء حياته؛ نتيجة لمعاناة هذا المريض من آلام مبرحة لا يمكن تحملها، والميؤس من شفائها نهائياً وقطعياً"^(١٧).

ويعد هذا التقديم نتقل إلى بيان الحكم ونبدأ أولاً بتحديد الأصول والمبادئ الأولية التي تؤسس لحكم القتل في الشريعة الإسلامية، ثم نتقل بعد ذلك إلى تاريخية هذه المسألة في الفقه الإسلامي، ونعرض بالذكر لبعض الدراسات السابقة في هذا المجال على أن نتقل بعد ذلك إلى بيان ما نراه الأصوب منهجياً في معالجة هذا الموضوع.

القتل الرحيم مقارنة إسلامية

الأصل الأولي في القتل:

حُرمة القتل ووجوب المحافظة على الحياة من المبادئ الأولية التي يوجد في الإسلام الكثير من الأدلة الدالة عليها، وذلك من الكتاب والسنة وغيرها من الأدلة التي يعتمدها الفقهاء في استدلالاتهم الفقهية؛ ولوضوح هذا الأمر نكتفي باستعراض بعض الآيات من القرآن الكريم، ولا نرى ضرورة لاستعراض سائر الأدلة؛ لوضوح حرمة القتل في الشريعة الإسلامية:

- ﴿...وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾^(١٨).

- ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^(١٩).

ويُضاف إلى هذه الآيات ما يدل على حرمة قتل الأولاد خشية الفقر^(٢٠)، وتحريم قتل البنت خشية العار كما كان من سنن الجاهلية قبل الإسلام^(٢١). ومن التشريعات الإسلامية الدالة على حرمة القتل عقوبة الإعدام وهو ما يعرف بالقصاص في الفقه الإسلامي ما يدل على أن أصل الفعل جريمة يعاقب عليها الشرع؛ إذا لا عقاب إلا في جرم^(٢٢).

حفظ الحياة مقصد شرعي:

يذكر عدد من الفقهاء أن الشريعة الإسلامية لها مقاصد كبرى تهدف إلى تحقيقها والحفاظ عليها. وعلى رأس هذه المقاصد الكبرى الحياة الإنسانية أو ما يسمّى في الفقه الإسلامي بـ"النفس". وهذا من الأمور الإجماعية في الفقه الإسلامي^(٢٣). وليس هذا فحسب بل إن الفقهاء يضعون لأنفسهم خطأ أحمر هو التهجم على الدماء، فتجدهم يترددون في الفتوى بدليل روائي يمكن أن يفتوا

بالاستناد إلى مثله لو كان الأمر في غير الدماء. وقد عبّروا عن هذا التحفظ بقولهم: "لا يمكن التهجّم بأخبار الأحاد في الدماء" وقد تكرّر هذا في نقاشاتهم حتّى يكاد المرء يشعر بأنّه قاعدة فقهية أو أصولية تلزم الفقيه بعدم تجاوزها.

من التراث الفقهي الإسلامي:

يكشف التأمل في مسألة القتل الرحيم عن إمكان طرحها في الفقه الإسلامي. فهي ليست جديدةً بالكامل؛ وذلك أنّ من الممكن أن يتساءل الفقهاء في تلك الأيام وبخاصّة أن المسلمين قد خاضوا كثيراً من المعارك وجرح لهم جرحى يسوا من برّهم ثمّ استشهدوا وهم يكابدون الآلام، فما المانع من طرح هذا السؤال على أنفسهم. ويبدو لي أنّ سبب السكوت هو وضوح الحرمة لا أنّ المسألة لم تكن مطروحة في أذهانهم في تلك الأيام. وبالتالي لا يبدو لي صحّة تصنيف هذه المسألة بين المستجدات أو النوازل كما فعل عددٌ ممّن عالّجها ويبحث عن حكمها الفقهي^(٢٤). ومهما يكن من أمر، فإنّ حسم هذا الجدل ونفي طرح هذه المسألة الفقهية أو دعوى طرحها يحتاج إلى دليل لم يستنّ لي العثور عليه لا سلباً ولا إيجاباً. وما عثرت عليه هو مسائل تشبه القتل الرحيم من جهة من الجهات، وهي قتل الميئوس من نجاته، ولو بدوافع غير رحيمة. وأشير هنا إلى ثلاث مسائل محلّ الشاهد فيها أنّ الفقهاء تعاملوا مع القتل فيها، كالقتل في غيرها من حالات قتل العمد وحكموا فيها بالحرمة ولو بالسكوت الذي يدلّ في سياق كهذا على أنّ حرمة القتل من المسلمات، وإن ناقشوا في بعضها في ثبوت القصاص أو الدية، وهما أمران لا نريد التعرّض لهما في هذه الدراسة. وهذه المسائل الثلاث هي:

أولاً: قتل المشرف على الموت: يضرب بعض الفقهاء أمثلة لتوضيح مفهوم "قتل العمد"، ومن هذه الأمثلة ما لو تعاقب اثنان على ضرب شخص واحد وبقيت فيه بعد الضربة الأولى "حياة مستقرة"^(٢٥). ومن هؤلاء الشيخ الطوسي إذ يقول: "...فالأول جرح والثاني قاتل... ولأنّ فيه حياة مستقرة عقيب جرح الأول... فإذا قتله

الثاني فقد قتل من فيه حياة مستقرة فكان هو القاتل، كما لو قتل علياً قد أشرف على الموت فيه وفيه حياة مستقرة...^(٢٦) والعبارة عينها تقريباً نجدها عند ابن قدامة الذي يقول: "فلما كان حكم الحياة باقياً كان الثاني مفوتاً لها فكان هو القاتل، كما لو قتل علياً لا يرجى برء علته"^(٢٧).

ثانياً: وجوب بذل الطعام لمن يحتاجه ولو من دون ثمن: ليست هذه المسألة مطابقة لما نحن فيه ولكن فيها ما يدل ولو بالملازمة على ما نحن بصدد؛ إذ يفتي عدد من الفقهاء بوجوب بذل الطعام للمشرف على الهلاك ويكرهه على البذل لو امتنع، على الرغم من أن بعض الفقهاء أفتى بأنه لا يجبر عليه مجاناً^(٢٨). والغرض من ذكر هذه الحالة هو الإشارة إلى أن الأسباب الاقتصادية التي ربما تذكر لتبرير القتل الرحيم، لا يقبلها الفقه الإسلامي عموماً.

ثالثاً: مسألة طلب القتل: تعرّض الفقهاء لمسألة عبّر عنها بعضهم بقوله: "لو قال له اقتلني فقتله". ولا يكاد يخلو كتاب فقهيّ اشتمل على أحكام القتل والقصاص من التعرّض لها. وهذه بعضه عباراتهم في هذا المجال: "لو قال اقتلني وإلا قتلتك، لم يسغ القتل؛ لأن الإذن لا يرفع الحرمة"^(٢٩). ويقول العلامة الحلّي: "ولو قال اقتلني وإلا قتلتك سقط القصاص والدية دون الإثم"^(٣٠). وفي الفقه السني ما يشبه ما هو مطروح في الفقه الإمامي ومن ذلك: "...لو قال: اقتلني وإلا قتلتك، فهذا إذن منه في القتل وإكراه..."^(٣١). ويقول السرخسي في المبسوط: "ولو أمر رجلاً أن يقطع إصبعه لوجع أصابه فيها، فقطعها فمات منها، لم يكن على القاطع شيء إلا في رواية الحسن... فإنه يقول بضمان الدين اعتباراً بما لو قال ذلك اقتلني فقتله..."^(٣٢) ثم يميز بين الأمرين بأنه ليس له الإذن بالقتل بينما يحق له ذلك في الحالة الأولى. وعلى أي حال هذه المسألة وثيقة الصلة بما نحن بصدد؛ لأن البحث فيها عن مشروعية القتل المأذون فيه، ومن يطلع على أقوال الفقهاء فيها يشعر بأن عدم ارتفاع حرمة القتل بالإذن من المسلمات. وسوف نعود إلى هذه النقطة لاحقاً.

ومع وضوح هذا المبدأ الإسلامي القرآني نرى أن فقهاء المسلمين اختلفوا في حكم القتل الرحيم، فذهب بعضهم إلى الحرمة عملاً بقاعدة التحريم المقررة في الشريعة، ومال آخرون إلى الجواز مخرجين بعض الموارد عن عموم القاعدة المذكورة أعلاه. وفي ما يأتي نستعرض وجهة نظر الطرفين مع الأدلة التي استندوا إليها لتأكيد التحريم، أو للاستثناء والإخراج عن مقتضى عموم القاعدة.

الدراسات السابقة:

سوف أكتفي بعرض منهجي لدراستين عن الموضوع إحداهما من الفقه الإمامي والأخرى من الفقه السني. ثم أدلف إلى تصوّري للمنهجية الأفضل للمعالجة.

1. دراسة الشيخ محمد علي الأنصاري: يعالج الأنصاري في دراسته المعنونة بـ "القتل الرحيم وموقف الشريعة منه" ^(٣٣) هذه المسألة بتقسيمها إلى صور ست على النحو الآتي: "...لأنّ القاتل إما يتحد مع المقتول أو يتعدّد. وفي صورة التعدّد إما أن تكون للمقتول حياة مستقرّة قبل القتل أولاً. وإذا كانت له حياة مستقرّة فإمّا أن يكون بإذن المقتول أو لا. وفي جميع الحالات، إمّا أن يكون الموت بسبب فعل وجودي، أو بسبب عدم الفعل" ^(٣٤). والصورة الأولى هي صورة اتحاد القاتل والمقتول وسؤال الكاتب فيها هو: هل يجوز للإنسان أن يقتل نفسه لأجل يأسّه من الشفاء؟ ويجب عنه بالنفي. والصورة الثانية هي صورة التعدّد والإذن واستقرار الحياة والقتل بالفعل، والسؤال هو: هل يكفي إذن المريض للطبيب لرفع حرمة القتل؟ وجوابه هو النفي. والصورة الثالثة هي صورة التعدّد واستقرار الحياة والقتل بالفعل ولكن من دون إذن، والسؤال الذي يطرحه الكاتب هنا هو: هل ترتفع الحرمة بكون الدافع هو الشفقة؟ ويجب أيضاً بالنفي. والصورة الرابعة هي التعدّد مع استقرار الحياة ولكن كان القتل بترك الفعل. والسؤال هو هل

يجوز للطبيب أو غيره الامتناع عن العلاج بدافع الشفقة على المريض؟ ويرى أن الأصح إدراج هذا السؤال تحت عنوان "وجوب إنقاذ النفس المحترمة" وليس تحت عنوان "حرمة القتل" لأن الطبيب لم يقتل بل ترك الإنقاذ. ويرى أن الإنقاذ واجب. والصورة الخامسة هي التعدد مع عدم استقرار الحياة والقتل بفعل وجودي. ويظهر من المثال الذي يذكره أنه يعدّ نزع أجهزة الإنعاش فعلاً وجودياً، كما أنه يرى أن الحكم هو الحرمة. والصورة السادسة والأخيرة هي: الصورة الخامسة بعينها ولكن مع استناد الموت إلى ترك الفعل كعدم إعطاء العقاقير المساعدة على تطويل الحياة مدة من الزمان مهما كانت قصيرة. ويظهر منه في هذه الحالة التوقف والاستشكال في المسألة لعدم وضوح اندراجها تحت وجوب الإنقاذ فيما لو كان المريض مشرفاً على الموت. وبعد أن يظهر التردد في في صدق ترك الإنقاذ وعدمه يقول: "والمسألة مشكلة وبحاجة إلى تأمل أكثر".

٢. وجهة نظر أخرى: ويتصدى عدد من الباحثين لهذه المسألة بطريقة أخرى تنطلق من تحريم كل أشكال الإقدام الإيجابي على القتل سواء كان ذلك من الطبيب المعالج أم من المريض نفسه. ويستدلّ الذين يعتمدون هذه المنهجية في المعالجة بالأدلة العامة التي تحرم القتل وتنهى عنه سواء كان قتلًا للغير أم قتلًا للنفس (انتحاراً)؛ ولكنهم في الوقت عينه ييمّمون شطر زاوية أخرى من البحث وهي البحث في وجوب العلاج، والبحث في حقيقة الموت ليبنى عليها جواز نزع أجهزة الإنعاش بناء على أن بعض الحالات التي توضع فيها هذه الأجهزة يكون المريض فيها قد فارق الحياة. ويستشهد عدد من هؤلاء الباحثين بفتوى صدرت عن هذا المجمع الفقهي أو ذاك سلباً أم إيجاباً^(٣٥).

تفكيك البحث:

بعد وضوح أنّ الأصل في الإسلام هو تحريم القتل يبدو أنّ البحث ينبغي أن ينصبّ على العناوين التي تدعو إلى البحث في موضوع القتل الرحيم، لنرى هل ثمة عنوان أو خاصية طرأت تقتضي الخروج عن مقتضى الأصل لتأكيد الأصل ونفي الخصوصية أو للفتوى بالتحريم. وفي نظري أنّ البحث بهذه الطريقة هو الأنسب منهجياً؛ وذلك أنّ افتراض صور ستّ للمسألة لا يستوعب جميع الحالات كما أنّه لا يعالج مكن الإشكالية. وأهمّ العناصر التي تكشف عن حكم المسألة التي نحن بصددّها، وتغطّي حالات القتل الرحيم بكلّ صورها، هي: حكم القتل (وتأثير الدافع إلى القتل في رفع الحرمة)، حكم الانتحار (وتأثير الدافع إليه في رفع الحرمة)، وجوب التداوي التطبيب (القتل السلبي)، وحقيقة الموت (لنفي كون بعض الحالات قتلاً). وهذا ما سوف نعالجه في ما يأتي.

القتل بالإذن أو بدافع خير:

تقدّم أنّ القتل في الإسلام محرّم ومنهيّ عنه بحسب أدلة التشريع الإسلاميّ كلّها الأربعة على الأقلّ. وحفظ الحياة مقصدٌ من المقاصد الخمسة التي يتفق الفقهاء على مقصديّتها وعلى سعي الشريعة للحفاظ عليها. ومن هنا نرى أنّ الشريعة قولاً وعملاً بحسب سيرة النبي (صلى الله عليه وآله) لا تأذن بالقتل إلّا في حالات خاصّة ومحدّدة، كحالة العقوبات والقصاص، وحتى في هذه الحالات نجد أنّ الشريعة تبيح عقوبة الإعدام بطريقة تكشف عن أنّها تبيح ما الأصل فيه الحظر. انظر مثلاً إلى قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٣٦). وأشعر وأنا أقرأ هذه الآية من كتاب الله تعالى أنّها تريد أن تقول ما شرّعنا القصاص وأبحناه إلّا لأنّه بابٌ من أبواب الحفاظ على الحياة ووسيلة إليها. والأمر عينه يمكن أن يُستوحى من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^(٣٧). وهذه

الآية تدلّ على جواز الاقتصاص وتعطي لوليّ سلطنة عليه ولكنّها في الوقت عينه تشير إلى أمرين أولهما أنّ الأصل والقاعدة هي حرمة القتل ولا يُخرج عن هذه الحرمة إلا بحقٌّ، وثانيهما تحذيرها الواضح لصاحب الحقّ من الإسراف في استيفاء حقّه. ولا ننسى الإشارة إلى ترجيح العفو على الاقتصاص في الشريعة.

والسؤال هنا هل يغيّر الدافع الخير حكم القتل ويرفعه؟ لا يبدو بحسب مبادئ الفقه الإسلاميّ أنّ الدافع الخير يرفع قبح الجريمة؛ لأنّ السؤال نفسه يتكرّر في كلّ أمر حرّمته الشريعة؛ إذ يتصور أنّ الفاعل قد يرتكبه لأغراض يرى أنّها نبيلة. فماذا عن السرقة لإطعام الفقراء؟ أو الغضب لبناء مسجد؟ أو غصب الثوب من أجل الصلاة؟ وما شابه من الحالات. وفي مثل هذه الحالات التي تدخل بشكل أو بآخر في إطار البحث الأصوليّ المعروف "اجتماع الأمر والنهي"، يتقدّم النهي على الأمر وفقاً لمبدأ: "دفع المفسدة أولى من استجلاب المصلحة"^(٣٨). نعم يناقش بعض الفقهاء في حجم المفسدات التي تقدّم على المصالح ويرى ضرورة الموازنة بين المفسدات والمصالح وتقديم الأهمّ منها على المهمّ: "...فإنّ ذلك (ترجيح ترك المفسدة على جلب المصلحة) يستلزم أن يكون ارتكاب معصية صغيرة بفعل المنهيّ عنه أشدّ من ترك أعظم الواجبات..."^(٣٩).

هذا وفي علم الأصول الفقه الإسلاميّ بحث يسهم في توضيح الموقف من مثل هذه الحالات، وهو بحث التجريّ. وذلك في حالة الإقدام على فعلٍ مباح مع اعتقاد الحرمة، فقد تساءل الأصوليون في هذه الحالة هل يأثم الفاعل، على نيّته وبالتالي يتحوّل الفعل المباح إلى محرّم ويُعاقب الفاعل على فعله. وقد اختلف الأصوليون في استحقاق العقاب على التجريّ، فذهب بعضهم إلى استحقاق العقاب، بحجّة أنّ الفاعل في هذه الحالة يكون قد انتهك المولى عليه بالطاعة والاحترام^(٤٠). وذهب آخرون إلى أنّه لا يستحقّ العقاب لأنّه لم يخالف الشريعة بحسب الواقع وإن خالفها بحسب اعتقاده الخاطئ. ولكن يظهر من أكثرهم تصريحاً أو تلميحاً أنّ الفعل لا يتحوّل عمّا هو عليه في الواقع بحسب

اعتقاد الفاعل أو نيته؛ ويعبر أحدهم عن هذا المعنى بقوله: "...فإن المذمة على المنكشف (وهو سوء سريرة الفاعل) لا الكاشف. ومن هنا يظهر الجواب عن قبح التجري، فإنه لكشف ما تجرى به عن خبث الفاعل، لا عن كون الفعل مبعوضاً للمولى"^(٤١). والربط بين ما نحن فيه وبين مبحث التجري هو أنه يظهر من الفقهاء والأصوليين عدم تبديل النية والدافع لحكم الواقع، ونطبق هذا على محل الكلام فنقول إذا كان القتل مبعوضاً للشريعة ولا تريد تحقّقه من المكلّف فلا فرق بالنسبة إليها بين قاتل يقدم على القتل بدافع سيء وآخر يقدم على القتل لتقديره أن فيه مصلحة للمقتول.

هذا كلّه عن القتل من دون إذن وأما القتل بناء على طلب من المقتول، فيقال فيه إنّ تحريم القتل ليس من باب أن الحياة حقّ للإنسان لا يجوز انتهاكه فحسب، حتّى يحكم بسقوط هذا الحقّ إذا أسقطه المكلّف. وبعبارة أخرى ثمة فرق بين حق الملكية أو الاختصاص بالمجلس، وما شابه وبين الحقّ في الحياة فالأول يسقط إذا أسقطه المكلّف وتنازل عنه بخلاف الثاني الذي هو وإن كان حقاً من دون شكّ ولكنّ فيه شائبة الحكم. وأحكام الشريعة سلطة التشريع فيها غير خاضعة لإرادة الإنسان حتّى لو كان هذا الإنسان هو المستفيد من هذا الحكم.

وقد عولجت هذه القضية أو ما يشبهها في الفقه الإسلامي في البحث في مفهوم الحقّ، وهناك قسم الفقهاء الحقوق إلى حقوق محضة ترك أمرها إلى صاحبها فهي تقبل الإسقاط وأمثلتها كثيرة مثل: حقّ الشفعة، وحقّ الفسخ في خيارات البيع وغيره. وإلى حقوق لا تقبل الإسقاط لأنها أشبه إلى الأحكام ومثلوا لها بالرجوع في الطلاق الرجعي، فهو وإن كان حقاً للزوج يستطيع أن يستوفيه أو لا يستوفيه ولكنّه لا يقدر على إسقاطه. هذا وقد اعترض بعض الفقهاء على التعبير عن مثل هذه الأمور بالحقّ ورأى ضرورة التمييز بين الحقّ الذي يقتضي الإسقاط بحسب مفهومه، وبين الحكم الذي لا يقبل الإسقاط لأنّ أمره بيد الحاكم صاحب

السلطة على تشريعه. وبعبارة أخرى يقتضي وصف شيء بأنه حقّ قابليته للإسقاط^(٤٢).

حكم الانتحار:

الانتحار من المحرمات التي أكّدت الشريعة حرمتها. ولا نطيل بذكر الأدلة التي يذكرها الفقهاء لإثبات حرمة الانتحار. ويكفي لمعرفة موقف الإسلام من الانتحار، أن تمنّي الموت من الأمور المنهي عنها في عدد من الروايات الواردة عن النبي (صلى الله عليه وآله)، ومن ذلك قوله: «لا تَتمنّ الموت، فإنّك إن تك محسنًا تزداد وإن تك مسيئًا فتؤخّر تستيب فلا تَتمنّوا الموت»^(٤٣). ولهذا الحديث دلالة واضحة على أنه إذا كان تمنّي الموت منهياً عنه فما بالك بفعله. ولأجل وضوح الحرمة اشتهر بين كثير من عامة الناس أن المنتحر يخرج من الإسلام ولا يُدفن في مقابر المسلمين. وعلى أي حال ما يستحقّ البحث هنا هو هل يمكن تبرير الانتحار شرعاً تحت ضغط الإحساس بالألم واليأس من إمكان الشفاء، مع ملاحظة أن البحث هو في الانتحار بالإقدام على تناول دواء أو فعل ما يؤدي إلى الموت. وهذه واحدة من الحالات التي تُدرج في محلّ بحثنا. يبدو من مراجعة عددٍ من الدراسات والأبحاث أن أكثر من عالج هذه المسألة فقهيًا حكم بالحرمة ولم يجز الانتحار الإيجابي (بالفعل)^(٤٤). وفي التراث الإسلامي مثال يُذكر عن قتل أحد جرحى المسلمين نفسه فعلق النبي (صلى الله عليه وآله) على ذلك بقوله: "إنه من أهل النار"^(٤٥). وأودّ أن أختتم الحديث عن هذه النقطة بسؤال لا أقصد منه الإلغاء إلى جواز الانتحار بل إلى ضرورة متابعة البحث طلباً للمزيد من الوضوح، والسؤال هو: إذا بلغ الألم حدًا لا تكفي معه المسكنات وكان تحمّله مخرجاً ثقیلاً على المريض فهل ترتفع حرمة الانتحار للضرورة كما في سائر المحرمات التي تُباح لأجل الضرورة؟

حكم التداوي والمداواة: من المسائل المطروحة في الفقه الإسلامي مسألة وجوب التداوي. فهل يجب على الإنسان أن يعالج نفسه إذا مرض؟ وهل يجب

على الطبيب أن يعالجه إذا طلب منه ذلك؟ وفي هذه المسألة الكثير من التفاصيل التي تستحق البحث والنقاش، لذلك سوف أكتفي بذكر رأيين مع أهم أدلتهم.

وجوب التداءي والمداواة: يرى عدد من فقهاء الإمامية^(٤٦) وغيرهم^(٤٧)

وجوب التداءي، ويستدلّ بعضهم بالأدلة الدالة على حرمة إلقاء النفس في التهلكة^(٤٨)، وحرمة الإضرار بها وتعريضها للخطر. ويرى هؤلاء أن وجوب التداءي ينقسم إلى قسمين وجوب فردي خاص وهو معالجة المرء نفسه، وآخر عام يتوجه إلى المجتمع المهدّد بالخطر ويحدّده ولي الأمر الذي يجب عليه أن يصدر الأمر بالعلاج أو الوقاية لمنع انتشار الوباء^(٤٩). ولكن ماذا لو حصل اليأس من الشفاء فهل يجوز ترك التداءي من قبل الطبيب أو المريض أو أوليائه؟ يطرح الشيخ حسن الجواهري ثلاثة أسئلة وأمثلة عليها ويجب بالتمييز بين ثلاث حالات هي:

١- ترك علاجه وهو على قيد الحياة بحجة اليأس من الشفاء، وهذه الصورة

ينطبق عليها عنوان التفريط في حياة المريض وهو محرّم.

٢- ترك الإسعاف بعد توقّف القلب عن الحركة؛ بحجة اليأس من عودته إلى

الخفقان، وهذه لا ينطبق عليها الإعانة على القتل أو القتل؛ لأنّ المفروض عدم صدور فعل من المحيطين بالمريض، وهي جائزة في ما إذا حصلت بعد تشخيص الأطباء اليأس من عودة المريض إلى الحياة (وهي من أمثلة ما يُسمّى بقتل الرحمة عنده).

٣- إعطاء المريض بعض الأدوية التي تسرّع في موته، وذلك لا يجوز؛ لأنّها

قتل عمدي، وهي عنده من قتل الرحمة الإيجابي وهو لا يجوز وإن طلبه الرشيد الواعي^(٥٠).

عدم وجوب التداءي والمداواة: في مقابل الفتوى بوجوب التداءي في

بعض الحالات على الأقلّ، ذهب عدد من الفقهاء إلى عدم وجوب التداءي ومن هؤلاء من أفتى بأنّه: "مندوب وأفضل وهو قول الشافعية وجمهور السلف وأيده ابن

القيم والذهبي. وذهب إليه الأحناف والمالكية أيضاً^(٥١). ومن الفقهاء من عدّ ترك التداوي توكلاً فضيلة^(٥٢). ومن المعاصرين من يبنّي موقفه الفقهيّ من محلّ بحثنا على هذه الفتوى، يقول الشيخ يوسف القرضاوي: "إن هذه الأجهزة تدخل في باب التداوي، وباب التداوي عند فقهاء الإسلام عامة هو من باب المباحات، وليس من باب الواجبات، وحتى لو أخذنا بالرأي الآخر الذي يقول بوجوب التداوي إذا كان ناجعاً ومزيلاً للآلام، فإنه في هذه الحالة التداوي لا فائدة له. وإذا قال الأطباء إن هذا المريض ميئوس من شفائه، وبقاؤه عبء عليه وعلى أهله، وأنه لو رفعت منه الأجهزة لمات، ففي هذه الحالة يجوز نزع الأجهزة، كي تريحه، وتريح أهله. الحقيقة أنه يريح أباه ويريح نفسه، فبعضهم يكون ميئاس دماغياً، وإن كان القلب يعمل، وبعضهم لا يشعر بشيء أبداً، وفي قطر أحد الشيوخ الكبار، وصل لهذه الحالة، وأولاده سألوني، فقلت لهم: ماذا لو نزعتم الأجهزة؟ قالوا يموت بعد دقائق، قلت لهم: إذن لماذا تعذبونه. فعملوا الأجهزة وتوفي، ثم جاءوا بعد ذلك وقالوا: جزاك الله خيراً، أرحتنا وأرحتته." ويتابع في مقام الردّ عن حكم الموت الرحيم: "هناك أمر يجوز وأمر لا يجوز، الأمر الذي يجوز هو أنك لا تعطه شيئاً فيموت، أي تمنع عنه العلاج، أو تمنع عنه الأجهزة، وهذا لا حرج فيه"^(٥٣).

See: Josef Kuře (editor), *Euthanasia – The “Good Death” Controversy in Humans* (١)

and Animals, Published by InTech, Croatia, 2011, p. 10.

(٢) داود حكمت بور، "يوتانايزي: مرگ از روی ترحم"، مجله علوم اجتماعي، دانشگاه اسلامي، تابستان وپاييز، شماره ١٢-١٣، ص ٦٥.

See: <http://www.bbc.co.uk/ethics/euthanasia/overview/volinvol.shtml>. (٣)

Ibid. (٤)

Ibid. (٥)

(٦) داود حكمت بور، "يوتانايزي: مرگ از روی ترحم"، مجله علوم اجتماعي، دانشگاه اسلامي، تابستان وپاييز، شماره ١٢-١٣، ص ٦٥.

(٧) داود حكمت بور، مصدر سابق، ص ٦٥.

(٨) الهامش مقاله هاري س.

See: Josef Kuře (editor), *OPCIT*, P. 11. (٩)

(١٠) تجدر الإشارة إلى وجود عشرات الجمعيات في الغرب، تنادي بالحق في الموت، أو الموت بشرف، أو التدبير الذاتي للخروج النهائي، وما شابه من التعبيرات. وقد شكّل عددٌ من هذه الجمعيات اتحاداً فدرالياً للتنسيق في ما بينها. للمزيد حول هذه الجمعيات انظر:

<http://www.worldrtd.net/> -

http://en.wikipedia.org/wiki/World_Federation_of_Right_to_Die_Societies -

Lord Brown Wilkinson, in *Airedale N.H.S., Trust v Bland*, 1993. A.C. 789. (١١)

Lawrence O. Gostin, "Drawing a Line Between Killing and Letting Die: The Law, (١٢) and Law Reform, on Medically Assisted Dying", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Volume 21: 1, Spring 1993.

(١٣) وهذا ما يتهم به بول لوفور (Paul Lefort) حكومة كيبيك في كندا، بأنها لا تشرع القتل الرحيم لعجز الأطباء عن تطيبب المرضى، بل لعجزها هي عن دفع فاتورة علاجهم. للمزيد انظر:

<http://www.genethique.org/?q=en/content/euthanasia-preferred-financial-grounds>

(١٤) هذا النص مقتبس من دراسة من منشورات: (jones and bartlett publishers llc) وهي فصل خامس من كتاب أكبر حملته عن الإنترنت ولم يسمح لي الوقت بالعثور على سائر الفصول للتوثيق بشكل أدق. مع الإشارة إلى أن الاقتباس هو من الصفحة ٤٠ من هذه الدراسة وعنوان الفصل هو: (Bioethics, Euthanasia, and Physician-Assisted Suicide).

John Keown, Euthanasia Examined Ethical, Clinical and Legal Perspectives, (١٥)

Cambridge, Cambridge University Press, 1995, P. 1.

Harris, NM. (Oct 2001), "The euthanasia debate", J R Army Med Corps 147 (3): (١٦)

367-370.

(١٧) محمد عبد الجواد، بحوث في الشريعة والقانون في الطب الإسلامي، دار المنارة، منشأة المعارف، ص ١٠٦؛ وحرية سليم، القتل العمد وأوصافه المختلفة، بغداد، ١٩٨٨؛ ص ١٢٩؛ شرف الدين أحمد، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الكويت، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ١٩٨٣؛ ص ١٨٤؛ كل ذلك نقلاً عن: عمر بن عبد الله بن مشاري السعدون، القتل الرحيم: دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٩، ص ٨ (١٨) سورة المائدة: الآية ١٥١.

(١٩) سورة الإسراء: الآية ٣٣.

(٢٠) انظر: سورة المائدة: الآية ١٥١؛ وسورة الإسراء: الآية ٣١.

(٢١) انظر: سورة النحل: الآيتان ٥٨-٥٩.

(٢٢) والقصاص تشريع منصوص عليه في القرآن الكريم في الآية ٣٣ من سورة الإسراء المذكورة أعلاه؛ وفي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ (سورة البقرة: الآية ١٧٨).

(٢٣) انظر كنماذج: ابن أبي جمهور، الأقطاب الفقهية، ج ١، ص ٣١؛ السيد الكلبيكاني، الدر المنضود، ج ١، ص ٢١.

(٢٤) ممن عددها من المستحدثات والنوازل، عمر بن عبد الله بن مشاري السعدون، القتل الرحيم: دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٩، ص ٣؛ وبكر أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ج ١، ص ٢١٥ وما بعدها.

(٢٥) سنوضح هذا المفهوم بعد قليل لما له من أثر في النقاشات الآتية.

(٢٦) الشيخ الطوسي، المبسوط، تصحيح وتعليق محمد الباقر البهودي، المكتبة المرتضوية، لا مكان، لا تا، ج ٧، ص ٢٠.

(٢٧) عبد الله بن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لا تا، ج ٩، ص ٣٨٥.

(٢٨) الشيخ الطوسي، المبسوط، ج ٦، ٢٨٥؛ السيد اليزدي، حاشية المكاسب، ج ١، ص ٢٧؛ ابن أبي جمهور الإحساني، الأقطاب الفقهية، ص ١٢٩؛ الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٥، ص ٤٥٣؛ الشهيد الثاني، رسائل الشهيد الثاني، ج ١، ص ٦١٨؛ الوحيد البهبهاني،

- حاشية مجمع الفائدة والبرهان، ص ٣٧. وغيرها مما يمكن للمتتبع العثور عليه. (تجدد الإشارة إلى أننا نحيل إلى هذه المراجع اعتماداً على برنامج مكتبة أهل البيت في نسختها الأخيرة).
- (٢٩) المحقق الحلّي، شرائع الإسلام، ط ٢، انتشارات استقلال، طهران، ١٤٠٩هـ، ج ٤، ص ٩٧٦.
- (٣٠) العلامة الحلّي، إرشاد الأذهان، تحقيق فارس حسون، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٠هـ، ج ٢، ص ١٩٦؛ وانظر أيضاً العلامة الحلّي، تحرير الأحكام، تحقيق إبراهيم البهادري، مؤسسة الإمام الصادق، قم، ١٤٢٢، ج ٥، ص ٤٢٦؛ وقواعد الأحكام، ط ١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٩هـ، ج ٣، ص ٥٩٠. إلى غير ذلك مما لا أجد ضرورة لاستعراضه.
- (٣١) محيي الدين النووي، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لا تا، ج ٧، ص ١٨. (شافعي).
- (٣٢) السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٦، ج ١٦، ص ١٤.
- (٣٣) دراسة مقدمة إلى مؤتمر حول نظرات الفقه الإسلامي في الطب، المتعقد في إيران مشهد، وهي منشورة في مجلة فقه أهل البيت (عليهم السلام)، العدد ٣٩، ص ٨٣.
- (٣٤) المصدر نفسه، ص ٨٤.
- (٣٥) انظر مثلاً: موسى البسيط، "تيسير الموت للمريض: قتل المرحمة بين الحكم الشرعي والموقف الطبي"، ٢٠٠٤، دراسة منشورة على موقع الجمعية الفلسطينية الأكاديمية للشؤون الدولية القدس على الرابط الآتي:
- <http://www.passia.org/meetings/2004/Mousa-Al-Basit-2004.htm>
- وانظر أيضاً: محمد الهواري، قتل المرحمة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، ستوكهولم، ٢٠٠٣. والدراسة منشورة على موقع المجلس على الرابط الآتي، وقد حملتها عن الموقع بتاريخ: ٢٠١٤-١-١٨.
- <http://www.e-cfr.org/ar/index.php?ArticleID=378>
- وانظر كذلك: محمد علي البار، أحكام التداوي والحالات الميؤوس منها وقضية الموت الرحيم، دار المنارة، جدة، ١٩٩٥، ص ٦٨ فما بعدها.
- (٣٦) سورة البقرة: الآية ١٧٩.
- (٣٧) سورة الإسراء: الآية ٣٣.
- (٣٨) يلاحظ أن عدداً من الفقهاء يرجحون جانب النهي حتى لو كان محتملاً، انظر مثلاً: السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٢هـ، ج ٢، ص ١٨٣.
- (٣٩) الشيخ مرتضى الأنصاري، مطارح الأنظار، طبعة حجرية، ص ١٥٢، من برنامج مكتبة أهل البيت الإصدار الثاني.
- (٤٠) السيد محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، ط ٢، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ج ١، ص ١٥٨.

- (٤١) الشيخ مرتضى الأنصاري، فرائد الأصول، ط ١، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ١٤١٩هـ، ج ١، ص ٣٩.
- (٤٢) انظر: الشيخ محمد حسين النائني، منية الطالب، تقرير الخونساري، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ، ج ١، ص ١٠٧؛ عثمان جمعة ضميرية، "الحق في الشريعة الإسلامية"، مجلة البحوث الإسلامية، جزء ٤٠، ص ٣٦٥.
- (٤٣) الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ط ٢، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، قم، ١٤١٤هـ، ج ٢، ص ٤٤٩؛ وانظر: أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، دار صادر، بيروت، ج ٦، ص ٣٣٩.
- (٤٤) محمد علي الأنصاري، مصدر سابق، ص ٨٥؛ موسى البسيط، مصدر سابق؛ محمد علي البار، مصدر سابق، ص ٩٣ - ١١٠؛ حلمي عبد الرازق الحديدي، "قضية القتل الرحيم"، دراسة مقدمة إلى المؤتمر العام الثاني والعشرين، منشورة على موقع الفقه الإسلامي (<http://www.islamfeqh.com>).
- (٤٥) ميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرک الوسائل، ط ٢، مؤسسة آل البيت، بيروت، ١٩٨٨، ج ١٨، ص ٢١٦؛ الشوكاني، نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣، ج ٧، ص ٢٠٢.
- (٤٦) الشيخ حسن الجواهري، بحوث في الفقه المعاصر، ط ١، دار الذخائر، بيروت، ج ٢، ص ٢٣٨؛ الشيخ جعفر كاشف الغطاء، كشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء، تحقيق عباس تبريزيان وآخرين، ط ١، مركز انتشارات دفتر تبليغات، قم، ١٤٢٢هـ، ج ٢، ص ٢٤٧؛ وغيرهما وتجدد الإشارة هنا إلى أن وجوب التداوي هنا ليس بالضرورة أن يكون عامًا بل ربما يكون مقيدًا بحالة الخوف على النفس من الموت أو الإعاقة الشديدة، وإلا إذا استطاع الإنسان تحمّل الألم غير المميت أو المعيق فقد لا يكون التداوي واجبًا.
- (٤٧) محمد علي البار، مصدر سابق، ص ٢٠؛ الشرواني والعبادي، حواشي الشرواني والعبادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج ٣، ص ١٨٣؛
- (٤٨) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ (سورة البقرة: الآية ١٩٥).
- (٤٩) الشيخ حسن الجواهري، مصدر سابق، ص ٢٣٨.
- (٥٠) حسن الجواهري، مصدر سابق، ص ٣٨٦.
- (٥١) انظر: محمد علي البار، مصدر سابق، ص ٢٥.
- (٥٢) انظر: المصدر نفسه، ص ٣٧؛ يحيى بن شرف النووي، المجموع، دار الفكر، بيروت، ج ٥، ص ١٠٦.
- (٥٣) تفرغ نصي منشور على موقعه على الإنترنت على الرابط الآتي:
<http://www.qaradawi.net/2010-02-23-09-38-15/74743-2009-12-14-04-20-41.html>
- والموقف نفسه منشور في أحد تقارير المجلس الأوروبي للإفتاء وقد اقتبسنا منه سابقًا.



دراسات مقارنة

نطاق الشفعة

دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية
وقانون المعاملات المدنية الإماراتي

الأستاذة أسماء تخنوني (*)

مقدمة:

الحمد لله ذي العظمة والجلال، المنفرد بالكبرياء والعزة والكمال، المتقدس عن النظير والشبيه والمثال، عالم الغيب والشهادة الكبير المتعال، أحمدته وهو المحمود على كل حال، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ذو الجود والإفضال، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمداً عبده ورسوله الذي أخرجنا بنور هدايته من ظلمات الجهل والضلال، اللهم صلي على عبدك ورسولك محمد وعلى آله وأصحابه خير صحب وآل. وبعد:

فإن الله خلق الخلق وأمرهم بعبادته، وبين لهم الطريق الموصل لطاعته، وحذرهم من الانحراف عن طريقه المستقيم. قال تعالى: ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السَّبِيلَ فَتَفْرَقَ بَيْنَكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾. ولقد أكرم الله هذه الأمة بأن جعل فيها خاتم أنبيائه، وآخر أديانه وشرائعه، فجاء هذا الدين متكاملاً يسد حاجة الإنسان في كل جوانب حياته عبر مراحل تاريخه ومواقع بيئته، فهو منهج متكامل نظم حياة الإنسان في اعتقاده وعبادته، وفي اقتصاده واجتماعه، وهذا معنى العبارة القائلة "الإسلام دين ودولة"، ولقد امتازت نصوص التشريع الإسلامي بالمرونة والعموم والحيوية، مما جعلها تواكب عوامل

(*) أستاذة مساعدة، جامعة الطارف - دولة الجزائر.

التطور الإنساني، حتى قادت الحضارة الإنسانية في أزهى عصورها، فنعمت هذه الأمة وغيرها بعدالة وهناء لم تشهدها أمة من قبل، وفي تلك المدة كان الاجتهاد نشطاً بفضل ما يقوم به العلماء من استنباط للأحكام المستمدة من الكتاب والسنة، ولما طال الأمد وتوالت الأحداث على المسلمين ودخلت الأفكار المغرضة بدأ المسلمون يتخلون عن دينهم، ويتجهون إلى أمم تبطن الحقد والكراهية للإسلام وأهلها، وتسعى بكل جهدها إلى إبعاد المسلمين عن دينهم، فظهرت فكرة المناداة بتحكيم القوانين الوضعية في باب المعاملات المالية بين الناس بدلاً من التشريع الإسلامي، بحجة أن الفقه الإسلامي لم يعد قادراً على الحكم في قضايا هذا العصر.

لذا فإن دراسة الفقه الإسلامي والاهتمام بأحكامه في هذا العصر أمر يتحتم على العلماء، وطلبة العلم فعله والاتجاه إليه، فكلما كثرت الدراسات للفقه الإسلامي كلما تجلت لنا، وتأكدت قدرته على مواجهة كل ما يستجد بين الناس في جميع جوانب حياتهم، بل قال العلماء إنه يصبح فرض عين على كل أهل حرفة أو عمل أن يتعلموا ما يتعلق بعملهم من أحكام، وموضوع الشفعة يحتاجه المسلمون في كثير من معاملاتهم، ويدخل في كثير من أبواب الفقه، كما أنه موضوع غامض الأحكام يحتاج لمعرفة والتعرف عليه البحث في بطون الكتب، ومع ذلك فإن هذا الحكم الشرعي مصدر لكثير من المشاكل بين الناس، وأهمية إبرازه في ظل الشريعة الإسلامية، هي بقدر تميزها وانفرادها بحلول لجميع المسائل، الأعقد منها قبل الأيسر، وموضوع البحث في هذه الدراسة هو تسليط الضوء على جوانب هامة في الشفعة، وليس كلها، فقد اخترنا كعنوان لهذه الجوانب: "نطاق الشفعة"، إذ أن دراسة أحكام الشفعة ككل يتطلب بحثاً تنسجم فيه قواعدها، وتتماسك، ويشد بعضها بعضاً، ومن هنا تنبعث الأهمية البالغة والضرورة القصوى لاستفسار العقل المعرفي للشفعة، وحكّ ذاكرته على أساس قراءة النصوص الشرعية والفقهية والقانونية، ضمن الثوابت العلمية، قراءة تتجاوز في منهجها مجرد الاستدلال، إلى استنطاق النصوص.

إن الشفعة مؤسسة إسلامية تهدف إلى المحافظة على عنصر القرابة والجوار، وجمع الملكية، فقد عرفها العرب قبل الإسلام، وأفاض الفقهاء الإسلاميون فيها حديثاً، وهي أيضاً مؤسسة قانونية لأن المشرع تكفل بتحديد نظامها بقواعد استثنائية سيما تلك التي تميّز بها عندما نظم حق الدولة في ممارسة الشفعة، بل والأكثر من ذلك، أن الشفعة مؤسسة مركبة ومتشعبة، فهي تستند إلى واقعة الاشتراك، وهي واقعة مادية، وكذلك مشيئة ورغبة الشفيع وهو تصريح من جانب واحد، وربما الأقرب والأمثل هي أنها مؤسسة إسلامية قانونية مستقلة بقواعدها، تتوافر للشخص في صورة وجوده في ظروف محددة بنطاق فريد، نابع عن نظام الشفعة الفريد العظيم الذي جاء به الوحي الإلهي، والذي لم تعرف مثله كثير من الأنظمة الوضعية البشرية.

والشفعة في اصطلاح الفقه الاسلامي هي "ذلك الحق المّعطى للشريك على الشياخ في أن يسترجع من المشتري ما بذله فيها من ثمن ومصاريف، وعند الاقتضاء ما أدخله عليها من تحسينات".

وبغض النظر عن خلاف بعض المذاهب فيما يتعلق بحصر الشفعة للشريك - كما سيتضح لاحقاً خلال المتن - يعرف قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الشفعة في المادة ١٢٧٩ منه، بكونها "استحقاق شريك في عقار بحصة شائعة أخذ حصة شريكه التي عاوض بها بئمنها في المعاوضة المالية وقيمته في المعاوضة غير المالية بما يدل على طلب الأخذ عُرفاً".

والبحث في هذه الدراسة يتناول طبيعة هذا النطاق الفريد للشفعة، بين الشريعة الإسلامية الغراء، وقانون المعاملات المدنية رقم : ١٩٨٥/٥ لدولة الإمارات العربية المتحدة، فنطاق الشفعة أو مجال إعمالها، مجال خصب، تشيع خصوصيته بين نطاق الأشخاص المتجسد في شخص الشفيع وكذا المشفوع منه، نطاق الأموال المتجسد في العقار محل الشفعة، ونطاق التصرفات، وعلى ذلك فرضت الدراسة استخدام منهجين هامين، أحدهما المنهج التحليلي بغية قراءة وتحليل نسق

النصوص الشرعية والفقهية القانونية، والثاني المنهج المقارن الذي وظفناه خلال المقارنة بين ما نرجحه من آراء فكرية إسلامية مع ما يراه الباحثون القانونيون لمعرفة أوجه التماثل والاختلاف.

وتقتضي منا الطبيعة الفريدة لنطاق الشُّفعة، أن نبينه في نظامي الدراسة محل التحليل والمقارنة أي الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية بياناً دقيقاً، وذلك خلال نقاط الدراسة الثلاثة، حيث نبين في الجزء الأول نطاق الأشخاص، وفي الجزء الثاني نطاق الأموال، ونخصص الجزء الثالث والأخير لنطاق التصرفات.

أولاً: نطاق الأشخاص

إن المقصود بنطاق الأشخاص هو تبيان الأحكام المتعلقة بالأشخاص الذين لهم علاقة - قريبة كانت أم بعيدة، مباشرة أو غير مباشرة - بأحقية استعمال الشفعة، والمعنيين بهذا الحديث أساساً هما: الشفيع والمشفوع منه.

والشفيع على وزن فعيل، بمعنى فاعل، أي من له حق الشفعة، أما في الاصطلاح الفقهي سواء الشرعي أو القانوني، فتتفرع معاني هذا الشفيع، بتعدد وتفرع صفاته، فهو عموماً في الشريعة الإسلامية، ذلك الشريك على الشيوع في أصل الملك بالإجماع، والشريك على الشيوع في حقوق الارتفاق الخاصة وكذا الجار المالك لدى فقهاء الحنفية، أما في قانون المعاملات المدنية، فالشفيع هو الشريك على الشيوع إذا بيعت حصة من العقار الشائع، بنص المادة ١٢٧٩ - السابق تلاوتها - وأما عن الشخص الآخر فهو المشفوع منه، وهو أيضاً شخص هام، ليس بذات أهمية شخص الشفيع، ولكن قد يرتقي إلى مقامه، لأنه قد يشتري جزءاً من الملك على الشيعاء، ويكون في مركز يُعتبر فيه شافعاً.

وعلى هذا تأتي الدراسة في الجزء الأول منها مقسمة إلى فصلين هامين، يتخصص فيها كل فصل بقراءة مفصلة لهؤلاء الأشخاص في كل من الشريعة الإسلامية، ثم في قانون المعاملات المدنية.

الفصل الأول: أشخاص الشفعة في الشريعة الإسلامية

إن أسباب الشفعة في الشريعة الإسلامية ثلاثة هي: الشركة في أصل الملك وذلك على رأي الجمهور، الشركة في حقوق الارتفاق الخاصة، والجوار في الملك على رأي فقهاء المذهب الحنفي، ويطلق عليها أيضاً بالأسباب المؤدية إلى جمع عناصر الملكية.

فأشخاص الشفعة لدى الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى المشتري المشفوع منه، نجد الشفيع محدداً بالأسباب الثلاثة أعلاه، وقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في صفة الشفيع تفصيلاً دقيقاً، سواء فيما يتعلق بالمحبس، أو ولي القاصر والمحجور عليه، وهي صفات استثنائية قد تتوافر في الشفيع، كما تعرض الفقه الإسلامي لمسألة تعدد الشفعاء تعرضاً لا يدع مجالاً لأي تساؤل، وهي النقاط التي تكون موضعاً للمناقشة والبيان في هذا الفصل، خلال المباحث الثلاثة، حيث نبين الشفيع ونحدد أحكامه وصفاته الاستثنائية في المبحث الأول، ونخصص المبحث الثاني لبيان حكم تعدد الشفعاء في الشريعة الإسلامية، أما المبحث الثالث فنخصصه لبيان الشخص الآخر من أشخاص الشفعة وهو شخص المشتري المشفوع منه.

المبحث الأول: الشفيع

الشفيع هو الآخذ، والذي يكون شريكاً في الملك فقط دون الجار، وذلك على رأي الجمهور، أما رأي الحنفية، فإن الشفيع هو الشريك والجار، بحيث قالوا تثبت الشفعة للشريك الخليط في المبيع نفسه، أو في حق من حقوق الارتفاق الخاصة، وللجار الملاصق للمبيع، كما أنه لا فرق بين مسلم وذمي في استحقاق الشفعة لعموم أدلة مشروعيتها، ولتساويهما في سبب الشفعة وحكمتها فيتساويان في الاستحقاق، وأما رأي الجمهور فإنه لا شفعة إلا لشريك في ذات المبيع لم يقاسم، أي حقه مازال مشاعاً لم يفرز، فلا شفعة عندهم لشريك مقاسم ولا شريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع، ولا للجار، وتثبت الشفعة للذمي الكافر

على المسلم عند المالكية والشافعية، كما تثبت للذمي على الذمي إذا احتكما إلى شريعة الإسلام لأنهما تساويا في الدين والحرمة، فتثبت لأحدهما الآخر كالمسلم على المسلم وهو ما نأتي على تفصيله في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الشريك على الشيوع في أصل الملك

تثبت الشفعة للشريك على الشيوع في الملك، إذا تم بيع حصة شائعة فيه، بشرط أن يكون شريكا في نفس المال الذي وقع البيع على شيء منه، وعلى ذلك فلا تثبت الشفعة للشريك في الجدار الفاصل بين ملك الشفيع، والعقار المبيع بوصفه شريكا على الشيوع في الملك، فإذا كان من المسلم به أن تثبت الشفعة للشريك على الشيوع إذا بيعت حصة شائعة، في العقار الشائع، فإن بيع أحد الشركاء حصة مفرزة من العقار الشائع قد أثار خلافا لدى فقهاء القانون، ودليل ثبوت الشفعة للشريك في الملك:

- «... الشفعة بضم الشين وسكون الفاء، أخذ شريك أي استحقاقه الأخذ، أخذ بالفعل أم لم يأخذ ... له الأخذ بالشفعة، فالأخذ كضده أي الترك عارض له، والعارض لشيء المعروض، فالأخذ أي استحقاقه جنسا، وإضافته للشريك خرج به استحقاق أخذ الدائن دينه، والمودع وديعته، والموقوف عليه منابه من ريع الوقف ونحوهم، ولو كان الشريك ذميا باع شريكه المسلم شقصه لذمي، أو لمسلم فللذمي الأخذ من المشتري الذمي، أو المسلم، وخص الذمي لأنه المتوهم، فالمسلم إذا باع نصيبه لذمي كانت المخاصمة بين ذميين فيتوهم أن لا تتعرض لهما، وعلى هذا فما قبل المبالغة خمس صور؛ لأن الشريكين إما مسلمان باع أحدهما لمسلم، أو ذمي، وإما ذميان باع أحدهما لمسلم، وإما مسلم وذمي باع الذمي لمسلم، أو المسلم لمسلم وصورة المبالغة سادسة، والسابعة قوله كذمين تحاكموا إلينا، يعني أنه إذا كان كل من البائع والمشتري، والشفيع الذي هو شريك البائع ذميا، فلا نقضي للشفيع بالشفعة إلا إذا ترافعوا إلينا راضين بحكمنا بخلاف الصور الست التي قبلها فثابتة»^(١).

ومن الأدلة أيضاً:

- ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يُقاسم... الشفعة مرتبة، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يُقاسم، ولا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم...^(٢).

المطلب الثاني: الشريك على الشيوع في حقوق الارتفاق الخاصة:

وتثبت الشفعة للشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع، وهو الذي قاسم، وبقيت له شركة في حق العقار الخاص، كالشرب والطريق الخاصين، ولا فرق في ثبوت حق الشفعة لصاحب حق الارتفاق بين الأرض المجاورة للمبيع والبعيدة عنه، ولا بين التي تُسقى من المجرى الخاص، أو من جدول مأخوذ منه، مادام أن الكل يشرب من المجرى، وأن سبب الاستحقاق واحد، وهو الاشتراك في المرفق الخاص^(٣).

والشفعة في حقوق الارتفاق الخاصة لها سند في الشريعة الإسلامية حيث أجازها فقهاء الحنفية سيما في حق الشرب وحق الطريق الخاصين، فأما حق الشرب شرعاً، فهو النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار، والشرب نهر صغير، وهو الذي لا يجري فيه أصغر السفن، وما تجري فيه السفن فهو عام، ويُعرف المجرى بأنه حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من الشجر والزرع^(٤)، وأما حق الطريق فهو حق الإنسان أن يصل إلى ملكه، داراً أو أرضاً بطريق يمر فيه، والطريق الخاص هو الذي لا يكون نافذاً، فكل أهله شفعاء، فإن كان الشرب والطريق عامين، فلا شفعة بهما، والمراد بعدم نفاذ الطريق، أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم.^(٥)

ورجوعاً إلى فقه الحنفية نجدهم مختلفون حول معيار الشرب الخاص^(٦)، فالشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن، أن يكون نهراً صغيراً لا تجري فيه السفن، أما إذا كان النهر كبيراً بحيث يسمح بجريان السفن فيه فلا يعدّ خاصاً،

وبالتالي لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه، كما يرى جانب آخر من فقهاء الحنفية، أنه إذا كان النهر تُسقى منه أراضيهم ولا تُحصى فهو كبير، وإن كانت أراضي تُحصى فهو صغير، ولكنهم اختلفوا في حدّ ما يُحصى وما لا يُحصى، فقدّر البعض ما لا يُحصى بأربعين، فإذا كانوا أقل من ذلك استحقوا الشفعة، وقدّرهم البعض الآخر بخمسمائة، أما أبو يوسف فذهب إلى أن النهر الخاص هو ما يسقى منه قراخان، أو ثلاثة، أما ما زاد على ذلك فهو نهر عام، وقيل أن مسألة تحديد الشرب الخاص الذي بسببه تثبت الشفعة للشريك متروك إلى رأي كل مجتهد في زمانه^(٧).

والطريق الخاص التي تثبت به الشفعة هو الزقاق الذي لا ينفذ^(٨)، والمراد بعدم النفاذ عند فقهاء الحنفية أن يكون الطريق خاصا بحيث يستطيع أهله أن يمنعوا غيره من أن يستطرقونه، فإذا بيعت دار لها باب إلى طريق خاص كان لجميع أصحاب الدور التي لها أبواب إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة.

المطلب الثالث: الجار المالك

أثبت فقهاء الحنفية الشفعة للجار المالك، بعد كل من الشريك في أصل الملك، والشريك في حقوق الارتفاق الخاصة، والجار هو من له عقار متصل بالعقار المبيع، والملاصق من جانب واحد ولو بشبر، كالملاصق من ثلاثة جوانب، فهما على سواء، وكذا المنفصل انفصالا تاماً^(٩)، واستندوا في إثبات ذلك إلى روايات عديدة، من ذلك:

- «ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن الشفعة في كل شيء عقار أو ريع، ومن ذلك ما بدأ محمد بن الحسن الكتاب به، ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع عن خديج أن سعد بن مالك رضي الله عنه، عرض بيتا له على جار له، فقال: خذه بأربعمائة، أما إنني قد أعطيت به ثمانمائة، ولكن أعطيكه بأربعمائة لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبة، وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فإنه ينبغي له أن يعرضه على جاره لمراعاة

حق المجاورة، قال صلى الله عليه وسلم: ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه، ولأنه أقرب إلى حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة، فلهذا فعله سعد رضي الله عنه، وحط عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى، وقيل لإتمام الإحسان، وإن تمام الإحسان أن يحط الشطر لما روي أن الحسن بن علي رضي الله عنه... سمعت جدِّي رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الإحسان أن يحط الشطر، فأما قوله صلى الله عليه وسلم: الجار أحق بسبقه، فقد روى أن الحديث بالسين، والمراد القرب، وبالصاد والمراد الأخذ والانتزاع، يعني لما جعله الشرع أحق بالأخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضاً، وهو دليل لنا على أن الشفعة تستحق بالجوار^(١١).

المطلب الرابع: الصفات الاستثنائية

لقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية صفة الشفع تقصيلاً استثنائياً، لم تنطبق له شريعة أخرى، ولا قانون آخر، وتتجسد هذه الصفات فيما يتعلق بالمحبس، وولي القاصر والمحجور عليه، وكذا المجنون والمفلس.

الفرع الأول: الشفعة للمحبس

إذا حبس أحد الشريكين حصته قبل أن يبيع شريكه حصته، فللشريك الأول أن يأخذه بالشفعة ليحبسه في مثل ما حبس نصيبه، وإذا لم يقصد التحبيس فليس له الأخذ بالشفعة، وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة، كالوقف والهبة والرهن، يجيز للشفيع فسخ ذلك التصرف، ويأخذه بالثمن الذي وقع به البيع، وهو قول مالك والشافعي^(١٢)؛ "...لأن الشفع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفع أسبق، وحبته أقوى، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه، ولا يمنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات، رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، بل لهم

إبطال العتق، فالوقف أولى، فالمنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد، وبكر بن محمد، إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة، وقال ابن أبي موسى: من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها، ولا شفعة فيها، ولأن في الشفعة هاهنا إضرار بالموهوب له، والموقوف عليه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه، فلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب ردّ المعوض إلى غير المالك، وسلبه عن المالك، فإذا قلنا سقوط الشفعة فلا كلام، وإن قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده، ويفسخ عقده، ويدفع الثمن إلى المشتري، وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له، لأنه يأخذ ملكه، ولنا أن الشفيع يبطل الهبة، ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول، ولو لم يكن وهب، كان الثمن له، كذلك بعد الهبة المفسوخة...^(١٢).

الفرع الثاني: الشفعة لولي القاصر

إن الشفعة من باب تنمية المال، وتنمية المال هو من باب الأفعال النافعة نفعاً محضاً، كما أن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك، ولذلك فإن الشفعة حق للصغير ونحوه من المحجور عليهم الذي سنوضح حكمه في الفرع الموالي، فطلب شفعة الصغير يقوم به أبوه أو وصيه، فإن لم يكونا، فالأم وإلا فالولي هو القاضي، إذ هو ولي من لا ولي له، ويجب على ولي الصغير أي الصبي القاصر، أن يراعي ما فيه مصلحة الصغير في الأخذ بالشفعة، مثل كون ثمن المبيع رخيصاً أو بثمان المثل، وأن يكون للصغير مال لشراء العقار المشفوع فيه، فإذا أخذ الولي بالشفعة فلا يملك الصغير نقضها بعد البلوغ باتفاق المذاهب الأربعة^(١٣).

وإذا لم يطلب الولي حق شفعة الصغير فلا تبقى له صلاحية طلب الشفعة بعد البلوغ، لأن من ملك الأخذ بها، ملك العفو عنها كالمالك، وهذا رأي الحنفية^(١٤)، إلا أن بعض الفقهاء يرى أن لا شفعة للصبي، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ، لما فيه من

الإضرار بالمشتري، وليس للولي الأخذ بالشفعة لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ، وردّ على هذا الرأي:

... ولنا عموم الأحاديث ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال، فثبت في حق الصبي، كخيار الرد بالعيب، وقولهم لا يمكن الأخذ بالشفعة غير صحيح، فإنّ الولي يأخذ بها كما يرد المعيب، وقولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها، وبالردّ بالعيب، فإن ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد، ولأن في الأخذ بالشفعة تحصيلًا للملك لأصالح الصبي ونظرًا له، وفي العفو تضييع وتفريط في حقه، ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ، ملك ما فيه تضييع، ولأن العفو إسقاط لحقه، والأخذ استيفاء له ...^(١٥).

ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولى عليه أي الصغير ونحوه كالمحجور عليه، ملك إسقاطه بدليل سائر حقوقه وديونه، وإنما يأخذ الولي بالشفعة انتظار بلوغ الصبي، كما ينتظر قدوم الغائب^(١٦)، وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغيبة، وإذا ثبت هذا فإن ظاهر قول الحزقي، أن للصغير إذا كبر الأخذ بالشفعة، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف، وسواء أكان الحظ في الأخذ بها أم في تركها، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور، أن للصبي الأخذ بالشفعة إذا بلغ فاختر ولم يفرق، وهذا قول الأوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن، وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه، لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها، سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن، فلم يسقط يترك غيره كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها، وقيل: إن تركها الولي لحظ الصبي، أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت، وهذا ظاهر المذهب الشافعي، لأن الولي فعل ما له فعله، لم يجر للصبي نقضه، كالرد بالعيب، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي فصَحَّ كالأخذ من الحظ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقط، وهذا رأي المالكية^(١٧).

وقال الأوزاعي ليس للولي الأخذ شفعة الصغير، لأنه لا يملك العفو عنها، فلا يملك الأخذ بها كالأجنبي، وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر، ولا يصح هذا لأنه خيار

جعل لإزالة الضرر عن المال، فملكه الولي في حق الصبي كالردّ بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه في ما مضى، فإن ترك الأخذ بالشفعة مع الحظ فيها، فللصبي الأخذ بها إذا كبر، ولا يلزم لذلك غرم، لأنه لم يفوت شيئاً من ماله، وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه، فأشبه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ في شرائه، وإن كان الحظ في تركها، مثل أن يكون المشتري قد غبن، أو كان الأخذ بها يحتاج إلى أن يستعرض ويرهن مال الصبي، فليس له الأخذ، لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه، فإن أخذه هل يصح؟

إن في ذلك روايتان:

إحدهما^(٩٨): لا يصح، ويكون باقياً على ملك المشتري، لأنه اشترى له ما لا يملك شراؤه، فلم يصح، كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل، أو اشترى معيباً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع، لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة، ولا شركة للولي، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح، فأشبه ما لو تزوج بغير إذنه فإنه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا هنا، وهذا مذهب الشافعي.

ثانيهما^(٩٩): يصح الأخذ للصبي لأنه يشتري له ما يندفع به الضرر عنه فصح، كما لو اشترى معيباً لا يعلم عيبه، والحظ يختلف ويخفى فقد يكون له الحظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه، والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة، أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير، فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه، ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع.

والحكم في المجنون المطبق، كالحكم في الصبي سواء، لأنه محجور عليه لحظه، وكذلك السفیه، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه، وحكمه حكم الغائب^(١٠٠)، وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة، والعفو عنها، وليس لغرمائه الأخذ بها، لأن الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها، ولا إجباره على الأخذ بها، لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات، ليس لهم إجباره على العفو لأنه إسقاط حق فلا يجبر عليه، وسواء أكان له حظ في الأخذ بها أم لم يكن، لأنه يأخذ في ذمته، وليس محجوراً عليه في ذمته، لكن لهم منعه من دفع ما في ثمنها، لتعلق حقوقهم بماله،

فأشبه بما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به، سواء أخذه برضاهم أم بغيره، لأنه مال له فأشبهه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الأخذ والترك، وليس لسيد الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده، وأما المأذون له بالتجارة من العبيد فله الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء، وإن عفا عنها لم ينفذ عفو، لأن الملك لسيد، ولم يأذن له في إبطال حقوقه، وإن أسقطها السيد سقطت، ولم يكن للعبد الأخذ، لأن للسيد الحجر عليه، ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط بإسقاطه^(٢١).

المبحث الثاني: حكم تعدد الشفعاء

باستقراء الفقه الإسلامي، نخلص منها في هذا الحكم، أنه إذا تعدد الشفعاء وأصبح كل واحد منهم يطلب الشفعة، فإنه مرتبة كل واحد منهم هي التي تحدد مركزه، وذلك ما سيأتي بيانه في مطلبي هذا المبحث، حيث نبين في المطلب الأول حكم تعدد الشفعاء وهم من مراتب مختلفة، ونوضح نفس الحكم والشفعاء في مرتبة وحدة خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: الشفعاء من مراتب مختلفة

إذا كان أحد الشفعاء شريكاً في المبيع، والآخر شريكاً في حق من حقوق الارتفاق الخاصة، والآخر جاراً ملاصقاً، فيقدم الشريك في المبيع أولاً، ثم الشريك في حق الارتفاق ثم الجار، والمشارك في حائط الدار يكون في حكم المشارك في الدار نفسها، وأما صاحب الأخشاب الممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً لا شريكاً له، وكل صاحب الطابق الأعلى والأسفل، فهو جار ملاصق، وصاحب حق الشرب مقدم على صاحب حق الطريق، فإذا باع صاحب حق الشرب أو الطريق الخاص أرضه فقط دون حق الارتفاق، فليس للشركاء في الارتفاق شفعة، وإذا اجتمع صنفان من الشريكان يقدم الأخص على الأعم، فالمشتري في شرب من جدول من الشرب أولى من المشترك في الشرب.

المطلب الثاني: الشفعاء من مرتبة واحدة

إذا كان الشفعاء من مرتبة واحدة كالشركاء في المبيع، قسّم العقار المشفوع فيه بين طالبي الشفعة جميعاً بالتساوي، بحسب عدد الرؤوس لا بمقدار الملك أو السّهام، لاستوائهم في سبب استحقاق الشفعة، وهو الاتصال بالشركة أو الجوار، أي لأنهم متساوون في أصل الملك، وقال جمهور الفقهاء غير الحنفية، بأن يقسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء على قدر حصصهم أو أنصبتهم في الملك لا على الرؤوس، لأن الشفعة حق ناشئ بسبب الملك فكان على قدر الملك، فيأخذ كل واحد من الشركاء الشفعاء بقدر ما يملكه في العقار محل الشفعة، وقال فقهاء المالكية في تزاحم الشركاء بأنه يقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة على غيره، ومعنى الأخص هو الأقوى والأزید في القرب.

المبحث الثالث: المشفوع منه

والمشفوع منه في قواعد الفقه الإسلامي، هو كل شخص تملك حصة أحد الشركاء على الشيوع في المنقول أو العقار، نتيجة تصرف يعوض، سواء كان هذا الشخص من الغير أو كان من أحد الشركاء، أو هو الشخص الذي تستعمل الشفعة ضده ليأخذ الشفع من يده النصيب الذي ملكه، أي الشخص الذي انتقل إليه نصيب الشريك القديم وحلّ محله فيه، وبعبارة أخرى هو: «من تملك بعوض حصة شائعة في عقار بصفة لازمة أو اختيارية»^(٢٢).

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد صفة المشفوع منه في تيارين بارزين، أحدهما يرى أن المشفوع منه لا يمكن أن يكون إلا شخصاً أجنبياً عن الشركاء، والثاني يذهب إلى أنه كل شخص انتقلت إليه حصة من الملك على الشياع.

المطلب الأول: المشفوع منه أجنبي

يذهب بعض الحنفية إلى أن المشفوع منه شخص غير شريك على الشياع، الذي يبعث منه الحصة المشفوعة، وأجنبي عن الشركاء، وليس واحداً منهم،

ويستدل على هذا الاتجاه، بأن حق الشفعة مشروع لدفع الضرر المحتمل الذي قد يلحق بالشركاء بدخول شريك أجنبي عنهم جديد وغير معروف، والملاحظ أن أساس هذا الاتجاه مؤسس على مجرد التخمين، ولا يستقيم، إذ لا يتصور حصول الضرر إذا كان المالك الجديد للحصة أحد الشركاء.

المطلب الثاني: المشفوع منه شريك وغير شريك

يذهب جمهور الفقهاء إلى أن المشفوع منه هو كل من انتقلت إليه حصة الملك المشاع يعوض سواء كان شريكاً أو غير شريك، وحجته^(٢٣).
عموم الأخبار المنسوبة إلى الرسول الأمين القاضية بالشفعة لكل شريك دون اعتبار لشخص، أو صفة المشفوع منه، بحيث لا يهم أن يكون من الشركاء القدامى أو أجنياً عنهم.

استحقاق الشركاء كلهم حق الشفعة بسبب الشركة عندما يقع انتقال حصة من الملك المشترك يعوض إلى مالك جديد، وهم متساوون في هذا الحق، وليس هناك ما يمنع أحدهم من استعمال حقه في الشفعة، ولا ما يستلزم استثنائه بالحصة التي يحق للجميع شفعتها.

والواقع أن المذاهب الفقهية قد تمسكت كلها برأي الجمهور، فثبتت للشركاء الحق في شفعة الحصة المنتقلة من الملك على الشيع إلى مالك جديد أيّاً ما أو من كان، من هؤلاء الشركاء أو أجنياً عنهم، طبعياً أو اعتبارياً.

وهذا كل ما يتعلق بنطاق الأشخاص، وأهمهم، وحكم تعددهم في ظل الشريعة الإسلامية الغراء، لنخصص الفصل الثاني لبيان نطاق أشخاص الشفعة على ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية.

الفصل الثاني: أشخاص الشفعة في قانون المعاملات المدنية

إن نطاق الأشخاص في قانون المعاملات المدنية على العموم، لا يختلف عما شملته الشريعة الغراء، إلا فيما اختص كل شخص من أحكام في جوهره، فجاء

تقسيم هذا الفصل أيضاً مشتملاً على مباحث ثلاثة، إذ نخصص المبحث الأول لبيان الشفيع في القانون الإماراتي، ونتعرض في المبحث الثاني لحكم نزاحم الشفعاء، لندرس في المبحث الثالث لشخص المشفوع منه في ظل قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المبحث الأول: الشفيع

قصرت المادة ٢٧٩ من قانون المعاملات المدنية حق الشفعة على الشريك في عقار شائع إذا جرى التصرف في حصة شريك آخر من ذات العقار، فالغرض الذي قصده القانون من الشفعة هو حصرها في من يحتمل أن يلحقه ضرر من انتقال العين المشفوعة، وهو الشريك في العقار الشائع، إذ بينه وأرباح له دفعا لهذا الضرر المحتمل أن يأخذ الصفقة لنفسه، فيحل محل المشتري على الرغم منه، ومن البائع، ولذا لا يمكن لغير هذا الشفيع الذي عينه قانون المعاملات المدنية أن يستفيد من الشفعة، لا مباشرة ولا بطريق التحايل، وقد استهدى المشرع في تحديده إلى اعتبار هام، هو إبعاد الأجنبي عن الدخول بين الشركاء في الملكية الشائعة، والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك، وتثبت الشفعة لهذا الشخص بتوافر أسباب ثلاثة نوضحها في مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول: ثبوت الشفعة للشريك في الشيوع

إنَّ سبب قيام وضع من الشيوع في عقار يفترض وجود عدد من أصحاب الحق في العقار المشاع، ولكل واحد منهم حصته فيه رمزية أو حسابية، وليس جزءاً محدداً، فإذا باع أحد الشركاء في الشيوع حصته إلى أجنبي، ثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا البيع الواقع وحالة الشيوع قائمة.

والمقصود بالشركة في الشيوع^(٢٤)، الشركة في ذات العقار المبيع جزء منه، ولذلك لا تجوز الشفعة لمن كان مجرد شريك في جدار أو فناء أو مجرى سقي مشترك، أو في آلة ري مشتركة، وليس شريكاً في العقار الذي وقع البيع على جزء

منه، وينطبق نفس الحكم على الدار المقسمة إلى شقق أو طبقات، مملوك كل منها ملكية مستقلة، إذا بيعت شقة أو طبقة منها فلا يجوز لمالك شقة أو طبقة أخرى من الدار، الشفعة في الشقة أو الطبقة المباعة، استناداً إلى شركته في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار، إذ هو ليس شريكاً في ملكية الشقة أو الطبقة المباعة، ومع ذلك يرى بعض الفقهاء ثبوت الشفعة لمالك كل شقة أو طبقة من دار، إذا بيعت شقة أو طبقة أخرى، ولو لم تكن ملاصقة، على أساس الشيوع في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار، بما فيها الأرض، وأن البيع الوارد على الشقة أو الطبقة يشمل كذلك بيع حصة مالكها في هذه الأجزاء، ولكن هذا الرأي يتجاهل المبدأ المسلم به، من أن مجرد الاشتراك في ملكية التوابع أو الملحقات، لا يخول الشفعة في بيع الشيء الأصلي، ويبرر بعض المؤيدين لهذا الرأي، استبعاد أعمال المبدأ المذكور في هذه الحالة لأن الأرض المقامة عليها الدار هي الأصل، لا التابع^(٢٥).

ويثبت حق الأخذ بالشفعة للشريك على الشيوع، إذا بيعت حصة من العقار الشائع، والحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة هي الحيلولة دون زيادة عدد الشركاء بما قد يؤدي إليه ذلك من إطالة أمد الشيوع وعرقلة استغلال العقار^(٢٦).

المطلب الثاني: ثبوت الشفعة في حالة بيع حصة شائعة

تثبت الشفعة للشريك المشاع، في حالة بيع أحد الشركاء حصته الشائعة، ولكن يثور الخلاف عند بيع أحد الشركاء لجزء مفرز من المال الشائع، فهل تجوز الشفعة في هذا البيع؟

لقد وقع اختلاف بين فقهاء القانون حول هذه المسألة، وكان منشأ الخلاف هو انقسام الآراء في حكم تصرف الشريك المشاع لحصة مفرزة من المال الشائع قبل حدوث القسمة، فذهب رأي إلى بطلان البيع، لأنه ليس للشريك في الملك حق الشفعة في حالة بيع شريك آخر جزءاً معيناً من العقار المشترك لأن البيع في هذه الحالة يكون باطلاً، وبطلانه يضع الأشياء في الحالة السابقة التي كانت عليها، وذهب

رأي آخر إلى عدم بطلان هذا البيع، واعتباره بيعاً موقوفاً على نتيجة القسمة، لأن الشريك على الشيوع حق الشفعة ولو وقع البيع على التحديد، فالشفعة جائزة مادام الشيوع قائماً، ويكون نفاذها معلقاً كالبيع نفسه على نتيجة القسمة، وهو الرأي الواجب الإتيان في قانون المعاملات المدنية، إذ يقرر المشرع ذلك صراحة في المادة ١٢٨٤ منه، أن المشفوع فيه هو عقار قابل للقسمة، إذ تنص المادة المذكورة على أن:

«المشفوع فيه هو عقار قابل للقسمة عاوض به أحد الشريكين، ولو كانت المعاوضة بطريق المبادلة بعقار مثله أو كان العقار بناء أو شجر مملوكاً لشريكين بأرض موقوفة، فإذا كان العقار غير قابل للقسمة فلا شفعة فيه».

المطلب الثالث: ثبوت الشفعة عند بيع الحصة الشائعة لأجنبي عن الشركاء

ويتفق هذا الحكم مع علة إثبات شفعة الشريك، وهي رفع الضرر من مشاركة الأجنبي، أخذاً في الاعتبار أن تضرر الشركاء من بيع أحدهم حصته الشائعة، إنما يتحقق في حالة البيع لأجنبي، إذ يدخل عليها في الشيوع غريب عنهم، ولذلك تكون الشفعة هي الوسيلة القانونية لتفادي ذلك، وإن كان من شأن بيع الحصة الشائعة لأجنبي أن يفتح باب الأخذ بالشفعة، فهل يفتح ذات الباب أيضاً إذا تم البيع لأحد الشركاء^(٢٧)؟ وباستقراء قانون المعاملات المدنية، نجده لا يميز بين الحالتين، إذ يكون لباقي الشركاء أن يطلبوا الشفعة في الحصة التي بيعت لشريك آخر، ولأن الشفعة في هذه الحالة هم من طبقة واحدة فإن المشرع في المادة ١٢٨٥ من القانون، يحدد طريقة توزيع الحصة المبيعة بين الشركاء، إذ يتم حسب مقدار نصيب كل شريك في العقار الشائع، إذ تنص على أن:

«إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار المشترك وأخذها الباقيون بالشفعة، فإنها تقسم بينهم على حسب الأنصبة لا على عدد الرؤوس...».

هذا وتثور مشكلة تراحم الشفعة متى تعدد الأشخاص الذين تسمح لهم

_____ نطاق الشفعة: دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية

مراكزهم القانونية بطلب الشفعة، وطلبوا ذلك كلهم أو بعضهم، إذ يتعين تحديد من لهم الأولوية في الأخذ بالشفعة، وكيف يتوزع عليهم المشفوع فيه إذا لم يكن هناك تفضيل، وهو محور البحث في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: حكم تعدد الشفعاء وتزاحمهم

تنص المادة ١٢٨٥ من قانون المعاملات المدنية على أن:

«إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار المشترك، وأخذها الباقيون بالشفعة، فإنها تقسم بينهم على حسب الأنصاء لا على عدد الرؤوس، وإذا كان المشتري لها أحدهم:

ترك له نصيبه فيها من الشفعة بما يخصه من الثمن الذي اشتراها به، ولا يأخذون منه كل الحصة.

وتعتبر الأنصاء يوم القيامة بالشفعة لا يوم البيع».

وتنص المادة ١٢٨٦ من نفس القانون على أن:

«إذا اختلفت طبقات الشفعاء كانت الشفعة لمن شارك بائع العقار المشفوع فيه في فرض الإرث فإن أسقط حقه فيها كانت للوارث غير المشارك في فرض الإرث:

فإن أسقط حقه كانت للموصي له، فإن أسقط حقه كانت للشريك الأجنبي.

ويدخل كل واحد من هؤلاء مع من بعده في شفעתه دون العكس، ويقوم وارث كل منهم مقامه في اختصاصه بالشفعة وفي دخوله مع من بعده في شفעתه».

إذن ميّز المشرع في قانون المعاملات المدنية في شأن تعدد الشفعاء وتزاحمهم، بين حالتين: حالة يكون فيها الشفعاء من طبقة واحدة، والحالة الأخرى هي حالة كون الشفعاء من طبقات متعددة، ندرسهما خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعدد الشفعاء من طبقة واحدة

ويتحقق ذلك - حسب نص المادة ١٢٨٥ أعلاه - في كل الأحوال التي لا يكون فيها ملك الشفعاء أو بعضهم بسبب الوفاة، فهنا يقسم العقار المشفوع فيه بينهم، بنسبة نصيب كل منهم في العقار المشفوع به، فإذا تعدد الشركاء في العقار، وطالبوا جميعاً بالشفعة فيما يبيع منه، قُسم المبيع قسمة تناسبية، بنسبة حصصهم بعضها إلى بعض، فإذا كان العقار مملوكاً لثلاثة أشخاص على الشيوع، وكان للأول منهم "النصف"، وللثاني "الربع"، وللثالث "الربع"، وأن صاحب النصف قام ببيعه إلى أجنبي أو شريك، فلكل واحد من الشريكين أن يأخذ بالشفعة في الجزء المبيع على قدر حصته في الملك، وإذا تنازل أحد الشريكين عن حقه في الشفعة، جاز للشريك الآخر أن يأخذ النصف المبيع بكامله بالشفعة، فإذا تعدد طالبوا بالشفعة، وتنازل أحدهم لآخر عن حقه، فلا يستأثر المتنازل له بهذا النصف، بل يرجع إلى كافة الشركاء، ليأخذوا كل بقدر نصيبه، وذلك لأن المتنازل لم يملك شيئاً، حتى يصح عنه^(٢٨).

المطلب الثاني: تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة

وهذه الحالة حسب نص المادة ١٢٨٦ في فقرتها الأولى - المذكورة أعلاه -، فإنَّ حالة تعدد الشفعاء من طبقات مختلفة لا تقوم إلا إذا نشأ ملك الشفعاء أو بعضهم عن إرث أو إيضاء، كما قسمت نفس المادة طبقات الشفعاء إلى أربع، هي كالآتي:

الطبقة الأولى: المشتركون في النصيب الإرثي.

الطبقة الثانية: الورثة عموماً.

الطبقة الثالثة: الموصى له.

الطبقة الرابعة: الشريك الأجنبي.

فلو باع شخص حصة شائعة في عقار يملكه إلى شخص آخر، ثم أوصى

بحصة أخرى من ذات العقار إلى شخص ثالث، وتوفي تاركاً ابنتين وأختين، فإنه لو باعت إحدى الابنتين حصتها، وكانت الشفعة أولاً للابنة الأخرى، فإن تنازلت عنها أو سقطت، كانت الشفعة للأختين باعتبارهما من العصبات أي من الورثة عموماً، فإذا تنازلتا الأختين أو سقطت شفعتهما، فإن للموصى له أن يأخذ بالشفعة، فإذا تنازل أو سقطت شفعته، فإن الشفعة تكون أخيراً للشريك الأجنبي، أي لمن اشترى حصة من المورث، وتطبيقاً لذات الفكرة، في نطاق الورثة، فإنه لو توفي رجل تاركاً عقاراً بين جدتين وأبناء، وباعت إحدى الجدتين حصتها، فإن الشفعة تكون أولاً للجدة الثانية، ومن ثم الأبناء^(٢٩).

أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٦، فتقضي بأن التابعين لطبقة أعلى يدخلون في شفعة من يلحقون بطبقة أدنى دون أن يكون للآخرين الدخول في شفعة الأولين، وتضيف بأن ورثة كل وارث يقومون مقامه.

المبحث الثالث: المشفوع منه

إن مصطلح المشفوع منه في ضوء القانون غير دقيق، وله أكثر من معنى، وهو حسب نص المادة ١٢٨٣ من ملك حصة أحد الشريكين ملكاً تاماً طارئاً على ملك الشريك الآخر بمعاوضة ولو كانت غير مالية، ويشترط في المشتري المشفوع منه أن لا يكون من الأشخاص الذين أشارت إليهم المادة ١٢٩٧ - الفقرة الثانية - والتي تنص:

«لا تسمع دعوى الشفعة: ... ٢- إذا وقع البيع بين الأصول أو الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية...».

فإذا كان المشتري واحد من هؤلاء الأقارب المذكورين في المادة أعلاه، فإن الشفعة لا تجوز ضده، والحكمة في هذا المنع أن البيع الذي يقع لواحد من هؤلاء تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشتري، وغالباً ما تكون هذه الاعتبارات هي

التي دفعت إلى التصرف على نحو معين لهذا الشخص دون غيره من الأشخاص، الأمر الذي لا يجوز معه أن تباح الشفعة لشخص آخر لا تتوفر بالنسبة إليه هذه الاعتبارات، ولهذا فإن الشفعة لا تجوز في مثل ذلك البيع، ولو كان طالب الشفعة أقرب إلى البائع من المشتري، وعليه فإن الشفعة لا تجوز في البيع الذي يقع بين الأقارب في الحدود الآتية:

البيع بين الأصول والفروع، حيث لا تجوز الشفعة في هذا البيع، أيا كانت درجة القرابة بين البائع والمشتري كما لو باع الأب لابنه، أو باع الجد لحفيده، ويستوي أن يكون البائع هو الأصل أو يكون هو الفرع.

البيع بين الزوجين، فلا تجوز الشفعة فيه، مادام أنه يقع أثناء قيام الزوجية، أما البيع السابق على قيام الزوجية أو اللاحق على انقضائها، فتجوز فيه الشفعة.

البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، والمقصود بهؤلاء هم الأقارب الذين تجمع بينهم قرابة الحواشي، لا القرابة المباشرة، فهم غير الأصول والفروع، لأن هؤلاء ذكرهم النص دون قيد من حيث درجة القرابة، فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأقارب الحواشي لغاية الدرجة الرابعة، أما إذا زادت درجة القرابة عن ذلك فإن الشفعة تجوز.

البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، والأصهار هم أقارب أحد الزوجين بالنسبة إلى الزوج الآخر، فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

مقارنة: نختم هذا الجزء الأول من الدراسة بوضع مقارنة بين نظامي الدراسة، فيما يخص نطاق الأشخاص، هي كالآتي:

أوجه التماثل:

يتفق كل من النظامين على أن الشفعة تثبت للشخص الطبيعي، وقد جرى الفقه على تسمية الإنسان بالشخصية الطبيعية.

يتفق رأي الجمهور مع رأي المشرع الإماراتي في أن كل شريك شافع، ووقع الاتفاق فقط في ثبوت الشفعة للشريك في أصل الملك إذا تم بيع الحصة شائعة فيه.

يتفق النظامين في أنه إذا تعدد الشفعاء، وطلب كل منهم الشفعة، فإن مرتبة كل واحد منهم هي التي تحدد مركزه، أما إذا تعددوا من مرتبة واحدة، فكلُّ يأخذ بالشفعة بحسب نصيبه.

ويتفق أخيراً كل من فقهاء الشريعة الإسلامية، والقانون الإماراتي عموماً، على أن المشفوع منه هو كل شخص تملك حصة أحد الشركاء على الشيوع في المنقول أو العقار، نتيجة تصرف يعرض، سواء كان هذا الشخص من الغير - أي أجنبياً - أو كان من أحد الشركاء.

أوجه التباين:

تثبت الشفعة في الشريعة الإسلامية للشريك في حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع، سيما حق الشُّرب وحق الطريق الخاصين، كما تثبت الشفعة للجار المالك.

جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام مفصلة لصفات استثنائية قد تتوافر في الشافع، خلال ممارسة الشفعة سيما المحبس وولي القاصر والمجنون والمفلس. وفيما يلي الجزء الثاني من الدراسة ويتناول الجانب المالي في خطاب الشُّفعة.

ثانياً: نطاق الأموال

والمقصود بنطاق الأموال كلا من "المشفوع به، والمشفوع فيه"، فلم يكن استعمال لفظ "الأموال" وليد الصدفة، بل لغرض فيه وفي مفهومه ومحتواه، إن في الشريعة الإسلامية أم في القانون.

فالمال في الشريعة الإسلامية يذكر ويؤنث، يقال هذه المال وهذا المال، وورد

ذكر المال في القرآن الكريم في أكثر من تسعين (٩٠) آية، وهو في اصطلاح فقهاءنا، ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً، فلا يعد الشيء مالاً إلا إذا توافر أمران؛ إمكان إحرازه، وإمكان الانتفاع به انتفاعاً عادياً، وبعبارة أخرى، فإن مالية الأشياء لا تتوافر إذا فقد أحدهما أو كلاهما، فليس من المال ما لا يمكن حيازته، أو من الأمور المعنوية، كما تخرج أيضاً الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلاً كالأشياء التي تفسد وتلف لعدم صلاحيتها^(٣٠)، وقد عرف تاريخ الأموال تقسيمات عديدة تختلف باختلاف الشرائع والقوانين وعصور التاريخ، لذا تختلف الأحكام المتعلقة بالأموال باختلاف أنواعه، وقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان أقسام المال تبعاً لاختلاف أحكامه على النحو التالي:

المال المتقوم والمال غير المتقوم، بالنسبة لحرمة وحمايته.

العقار والمنقول، من حيث استمراره ووضعه.

مثلي وقيمي، بالنظر لتماثل أحاده وأجزائه وعدم تماثلها.

والأموال أو المشفوع (فيه - به) في القانون هو عين الشيء، أو الحق محل التزام البائع أو المعاوض، والأشياء كموضوع مباشر لحق الشفعة الذي تقع عليه الدعاوى بلغة القانون، وهي أموال مشتركة من جهة الأشخاص فيها مادية كانت أم مجردة، والشفعة قانوناً محلها من جانب هو الحصة المبيعة من الملك على الشيعاء، ومن الجانب الآخر ما يدفعه الشفيع إلى المشفوع من يده بدلاً للحصة المشفوعة مالياً كان أو بقيمته في المعاوضة غير المالية، وهذين المحورين سيشكلان موضوع النقاش والبيان إن في الشريعة الإسلامية أو في قانون المعاملات المدنية، حتى نصل إلى وضع بصمات المقارنة بين النظامين فيما يتعلق بالنطاق المالي للشفعة.

الفصل الأول: المال المشفوع (فيه - به) في الشريعة الإسلامية

إن نطاق الأموال في الشريعة الإسلامية يشمل شكلين من الأموال، فالمشفوع عموماً هو الحصة من الشيء على الشيعاء، وهو "المشفوع فيه"، أو ما يؤديه

الشفيع للمشفوع منه عند الشفعة مقابل حصوله على النصيب المشفوع، وهذا "المشفوع به".

والمقصود بالشيء هو كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص كالأرض والبناء والحيوان وغيرها مما لا يجرّد بالحصر، وليس حتماً أن يكون الشيء موضوع الحق مادياً، أي يشغل حيزاً، ويعرف بالحواس، بل يمكن أن يكون شيئاً معنوياً غير محسوس، والحصّة من الشيء محل الشفعة في الشريعة الإسلامية قد تكون حصّة من عقار وهو ما نبينه في المبحث الأول، كما قد تكون حصّة من الحقوق العينية وهو ما نبرزه في المبحث الثاني، ونخصّص المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل لبيان المشفوع به وحكمه في ظل الشريعة الغراء.

المبحث الأول: الحصّة من العقار

اتفق الفقهاء المسلمون على أن الشفعة تثبت في الحصّة من العقار من دور وأراضين، وبساتين وآبار، وما يتبعها من بناء وأشجار، واختلفوا في ما عداها، كما قرر فقهاء المذاهب الأربعة، أن لا شفعة في المنقول كالحيوان والثياب والعروض التجارية، ولأن الشفعة رخصة جائزة لإزالة الضرر عن الشريك بسبب الاستمرار والدوام، والمنقول لا يدوم بخلاف العقار، ولأن الشفعة تملك بالجبر والقهر وتقيّد لحرية التصرف والبيع، فالمناسب أن يكون عند شدة الضرر، سواء أكان ضرر الشركة أم ضرر القسمة، ومثال ما تقدّم أنه إذا باع أحد الشريكين نصيبه من البئر والأرض التي تزرع عليها، أو من النخيل والفحل، أو من الساحة والدار، أو من الطريق والبستان، فإن للشريك في التابع والمتبوع اتفاقاً^(٣١).

ويعرف العقار بأنه الشيء المستقر بحيزه الثابت فيه، الذي لا يمكن نقله منه بدون تلف أو تغيير في صورته أو شكله، والحصّة من العقار بالطبيعة في الفقه الإسلامي بالاتفاق هي الأراض^(٣٢)، المباني^(٣٣)، والثمار^(٣٤)، أو ما عبّر عنها بالأصول عند المالكية، ونشير في هذا الصدد إلى رواية عن مالك، أن الشفعة في كل شيء

عقاراً كان أو منقولاً من أرض وشجر وسيف أو طعام وحيوان، سواء كان ذلك الشيء مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها، وقيل لأحمد: فالحيوان دابة تكون بين رجلين، قال هذا كله أوكد لأن خليط الشريك أحق به بالثمن، وقد احتج أصحاب هذا المذهب - الحنبلي - بما يلي:

حديث أبي سلمة: «قضى الرسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».

حديث ابن عباس: «قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة من كل شيء».

لكن تبقى خاصية الشفعة بالاتفاق هي كونها ترد على العقارات فقط وما بدى لهذه الخاصية من استثناءات فهي تتعدد بتعدد الروايات حتى في المذهب الواحد.

المبحث الثاني: اللصة من الحقوق العينية

إن الحقوق العينية أو العقارات بحسب المحل - كمصطلح فقهي إسلامي - الذي تنسحب إليه حقوق تقع على الأشياء العقارية، هي حق الانتفاع والأحباس والارتفاق، وحق الاستعمال والسكن والكراء الطويل الأمد^(٣٥)، وحق السطحية^(٣٦)، والرهن الحيازي^(٣٧)، والتكاليف العقارية والامتيازات والرهون الرسمية، والحقوق العرفية الإسلامية كالجزاء والاستئجار والجلسة والزينة والهواء والدعوى العقارية^(٣٨).

وبالرجوع إلى المؤلفات الفقهية في الموضوع، يتبين أن الفقهاء المسلمين عرفوا أربعة أنواع من الارتفاق، وهي حق الشرب، وحق المرور والمجرى والمسيل، وحق التعلّي، وحق الحائط المشترك، وقد ثار خلاف هام بينهم حول ما إذا كانت هذه الحقوق واردة على سبيل الحصر، أم أنها واردة على سبيل المثال فيجوز استحداث غيرها من الحقوق مع تطور الزمان وجريان العرف بين الناس، ففي حين ذهب الأحناف^(٣٩) إلى تحديد حقوق الارتفاق في الأنواع السابقة فقط

على سبيل الحصر، ومنعوا إنشاء أخرى، لا يعقد معاوضة، ولا يعقد تبرع، فقد ذهب من جانب آخر الحنابلة والمالكية إلى أن هذه الحقوق ليست محددة، فيجوز للمالك أن ينشئ على عقاره ما يشاء من حقوق الارتفاق لمصلحة عقار غيره سواء بمقابل أو تبرعاً.

المبحث الثالث: المشفوع به (الثمن)

اتفق الفقهاء أن يؤخذ في البيع بالثمن إن كان حالاً، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل، فهل يأخذ الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل، أو يأخذ المبيع حالاً، أم هو مخير؟

فقال فقهاء المالكية رأيان^(٤١):

يلزم الشفيع يدفع البدل حالاً، ولا يمنح الأجل، لأن التأجيل ممنوح للمشتري، وهذا قول مالك وأصعب وغيرهما.

يمنح الشفيع نفس الأجل الممنوح للمشتري، وبه يقول مطرف وابن الماجشون وابن حبيب وصوبه ابن يونس، ونسبه التاتائي إلى الإمام مالك، وقال اللخمي أنه الأحسن، لأن المشتري ملك ذلك النصيب، واستغله طيلة الأجل، بعد ذلك أدى الثمن، ومن حق الشريك أن يملك ويتفّع خلال مثل ذلك الأجل، ثم يؤدي الثمن، ويرر الفقهاء^(٤٢)، عدم جواز أخذ الشفيع المشفوع حالاً بنفس الثمن المؤجل الممنوح للمشتري بأن الشفيع إما يأخذ بما وجب بالعقد، والأجل في الثمن لم يُجب به، وإنما وجب بالشرط، والشرط خاص بالمشتري دون الشفيع، ورضاء البائع بتأجيل الثمن بالنسبة للمشتري لا يعد رضاء بتأجيله بالنسبة للشفيع.

ويرى في المسألة فقهاء الشافعية^(٤٣)، أن الشفيع مخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ المشفوع حالاً، وبين أن يؤخره إلى حلول الأجل ثم يدفعه فيأخذ المشفوع، وقال الثوري: لا يأخذها إلا بالنقد، لأنها قد دخلت في ضمان الأول، قال ومنا من يقول: تبقى في يد الذي باعها، فإذا بلغ الأجل أخذها الشفيع.

ويرى الحنفية، أن الشفيع يخيّر بين أن يعجل الثمن ويأخذ المشفوع بالشفعة حالاً، وبين أن يطلب الشفعة في الحال ويدفع الثمن عند حلول الأجل، وحيث أن يأخذ المشفوع، ولا يضره أن يؤخر طلب الشفعة إلى حلول الأجل على ما رجع إليه أبو حنيفة، كما كان له في إلزامية الشفيع بأداء مثل الثمن للمشفوع منه عند المطالبة بالشفعة - أي تعجيل الثمن - رأيان^(٤٣)؛

أولاً: إن القاضي يحكم للشفيع بشفعته عند المطالبة بها، سواء أحضر الثمن أو لم يحضره، ثم يأمره بدفع الثمن معجلاً، ولا يؤجل إلا بموافقة المشفوع منه، فإن لم يحضره في الحال حبسه حتى يؤديه، ولا يسقط حقه، وهذا هو المشهور عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

ثانياً: إن القاضي لا ينبغي له أن يحكم بالشفعة للشفيع إلا بعد إحضار الثمن، فإذا حكم وطلب الشفيع أجلاً، وأبى المشفوع منه إعطاءه له، حبسه وإن لم يؤده، حكم بسقوط شفعته.

هذا كل ما يتعلق بإيجاز حول بيان نطاق المال المشفوع (فيه - به) في الشريعة الإسلامية الغراء، لنتقل إلى الفصل الثاني وعلى نفس المنوال نبين نظيره على ضوء قانون المعاملات المدنية.

الفصل الثاني: المال المشفوع (فيه - به) في قانون المعاملات المدنية

تقضي المادة ١٢٧٩ من قانون المعاملات، أن الشفعة استحقاق شريك في عقار بحصة شائعة، أخذ حصة شريكه التي عاوض بها بثلثها في المعاوضة المالية، وبقيمتها في المعاوضة غير المالية، كما تقضي المادة ١٢٨٣ من نفس القانون بأن المشفوع منه هو من ملك حصة أحد الشريكين، بمعاوضة ولو كانت غير مالية، ويكون العقد معاوضة مالية متى تضمن مبادلة المال بالمال^(٤٤)، فيشمل ذلك مثلاً: البيع، المقايضة، الهبة بشرط العوض، الصلح، الوفاء بمقابل، أما متى تمت مبادلة المال بغير المال، كما لو تمت مبادلة عقار ببذل أجره، أو تم تقديمه ليجعل مهراً...

أو غيرها فهي مبادلة بمنفعة معينة، فالملاحظ على هذه التوطئة البسيطة، أن القانون قد حدد المشفوع فيه بكونه "عقار"، وهو موضوع البيان في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فنبرز أحكام المشفوع به الذي يكون ثمنا إذا كانت المعاوضة مالية، أو ثمناً قيمياً إذا كانت المعاوضة غير المالية.

المبحث الأول: المشفوع فيه

تنص المادة ١٢٨٤ من قانون المعاملات المدنية:

«المشفوع فيه هو عقار قابل للقسمة عاوض به أحد الشريكين، ولو كانت المعاوضة بطريق المبادلة بعقار مثله أو كان العقار بناء أو شجر مملوكا لشريكين بأرض موقوفة، فإذا كان العقار غير قابل للقسمة فلا شفعة فيه».

فالمادة المذكورة تقرر بأن المشفوع فيه عقار قابل للقسمة، والعقار هو الأرض وما اتصل بها اتصالاً نفعياً، فلا يعد عقاراً، ولا شفعة للشريك ما يأتي^(٤٥):

الزرع سواء بيع منفرداً أو مع أرضه.

البئر قسمت أرضها التي تسقى بها، وبقيت البئر مشتركة.

ساحة دار أو ممر يتوصل به إليها سواء باع الشريك حصته من كل منها منفرداً أو مع حصته في الدار إن قسمت الدار وبقيت الساحة أو الممر مشركا بين الشريكين.

وقولنا "ما اتصل بها اتصالاً نفعياً"، فهو في مصطلح فقهاء القانون ما يطلقه عليه بالعقار بالتخصيص، ويعرف بكونه منقولات بطبيعتها رُصدت لخدمة العقار أو استغلاله، ولذلك فهي تتبع العقار الذي رُصدت لخدمته أو استغلاله، والشفعة واردة عليها كونها ملحقات العقار الأصلي، أما إذا بيعت مستقلة عن العقار الذي رُصدت لخدمته، يرد عليها حق الاسترداد دون حق الشفعة، كما لو بيعت مزرعة بما فيها من آلات ومواشي، فإن الشفعة ترد على المزرعة وما تشمل عليه من عقارات بالتخصيص، إذ نصت المادة ١٢٨٢ من القانون على أن:

«لا شفعة للشريك فيما يأتي:... حيوان إلا أن يكون مختصا بعقار مشترك للانتفاع به في حرثه أو سقيه ونحو ذلك وبيع الشريك حصته من العقار والحيوان معا فتثبت فيه الشفعة تبعا للعقار».

المبحث الثاني: المشفوع به

تقتضي المادة ١٢٧٩ من قانون المعاملات المدنية أن يستحق الشريك على الشيوع، أخذ حصة شريكه التي عاوض بها، بثمنها في المعاوضة المالية، وبقيمتها في المعاوضة غير المالية، والثمن الحقيقي هو الثمن الذي يؤديه المشتري مقابل القيمة الفعلية للحصة المشفوعة الذي يصرح به في عقد البيع أو المعاوضة، دون تحايل أو محاباة، ودون غبن بزيادة فاحشة على المشتري، ولا يكون تافها بحيث يصل من القلة إلى حد لا يمكن أن يتناسب مع قيمة المبيع، أو يكون صوريا كالثمن الباهض الذي يثقل كاهل الشفيع ويجعله يترك الأخذ بالشفعة.

فإذا كان المشفوع به مقدرا بالنقد وجب على الشفيع أن يؤديه بالنقد الوطنية معاينة أو اعترافا بواسطة الغير أو بواسطة الأوراق التجارية على شرط أن يحصل الأداء فعلا، ولا يسوغ أن يقوم مقامه شيء آخر ولو كان مقوما أو له سعر معروف في البورصة أو الأسواق، وقد يكون المشفوع به عبارة عن قيمة الشيء المشفوع نفسه، كما قد يكون عبارة عن قيمة الشيء الذي كان المشفوع عوضا له، وقد يكون في صور أخرى كثيرة، وأيا كان نوع المشفوع به وشكله، فإنه يخضع للقواعد الآتية^(٤٦):

إذا كان المقابل مما لا يمكن معرفة قيمته كما إذا كان المشفوع صداقا أو تعويضا، فإن الشفيع ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه القيمة التي كان المشفوع يساويها يوم العقد ولا اعتبار لارتفاع أو انخفاض قيمته يوم المطالبة به.

إذا كان المقابل مما لا يمكن معرفة قيمته، كما في المناقلة أو مقابل عمل، فإن الشفيع ملزم بأن يؤدي للمشفوع منه قيمته التي كان يساويها يوم انتقال الحصة من ملكية شريكه ودخولها في ملكية شريك جديد.

مقارنة: وفي ختام هذا الجزء الثاني من هذه الدراسة، نضع مقارنة بسيطة نظراً لعدم وجود تباين ملفت بين نظامي الدراسة فيما يتعلق بنطاق المال المشفوع (فيه أو به)؛

أوجه التباين:

أكد المشرع في قانون المعاملات المدنية على ورود الشفعة على عقار أي الأرض فقط، في حين نجد الشريعة الإسلامية قد وضعت دراسة مفصلة ومعمقة لبيان المشفوع فيه بصفة عامة أي العقار، لاتساع نطاق مفهومه في ظلها، فترد الشفعة على العقار أي الأرض، وأيضاً على الحصة من الحقوق العينية، وكذا الحقوق الملازمة للعقار كالكرأ والرهن.

خص المشرع الإماراتي العقار القابل للقسمة بالشفعة، في حين انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى اتجاهات مختلفة حتى داخل المذهب الواحد، فيما تعلق بثبوت الشفعة على العقار المنقسم، وعلى غير القابل للقسمة، فتثبت ولا تثبت في كليهما داخل المذهب الواحد.

قضى فقهاء المذهب الحنبلي بأن الشفعة في كل شيء عقاراً كان أو منقولاً وفقاً للحجج والأدلة التي سبق تلاوتها، في حين حصرها المشرع الإماراتي على العقار فقط.

أوجه التماثل:

تتفق الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية على ورود الشفعة في: العقارات بطبيعتها، أو كما سماها فقهاء الشريعة الإسلامية "الأرض"، وهي كل ما هو مستقر ولا يمكن نقله دون تلف سواء كانت أرضاً أو بناء، مع الإشارة إلى انفراد الشريعة الإسلامية واختلاف فقهاها حول اعتبار البناء من المنقولات ولا تجوز فيه الشفعة إلا إذا بيع مع الأرض (عند الشافعية - الحنبلية - الحنفية)، أما (المالكية) فاعتبروا البناء عقاراً وتجوز فيه الشفعة، ويتوافق قانون المعاملات المدنية مع فقهاء الرأي الأول إذ لا يعتبر البناء عقاراً.

العقار بالتخصيص، وتجاوز فيه الشفعة، ويتفق نظامي الدراسة على شكل واحد منها فقط وهو الحيوان الذي يبيع تبعاً للعقار، واختص بذكره قانون المعاملات المدنية في نص المادة ١٢٨٢ منه.

كما اتفق النظامين على أن الشفيع يحل محل المشتري في مقابل الثمن الذي اشترى به.

لنتقل في الجزء الأخير من هذه الدراسة لبيان نطاق آخر للشفعة وهو نطاق التصرفات.

ثالثاً: نطاق التصرفات

لنشوء حق الشفعة، لابد من أن تخرج حصة على الأقل من الملك على الشياخ من ملكية أحد الشركاء خروجا قاطعا، وأن تنتقل منه انتقالا تاما بعوض مالي أو غير مالي، والتصرفات العوضية المنشئة بحق الشفعة أساساً هو البيع باتفاق الفقه الإسلامي والمشروع الإماراتي على السواء، والبيع في اللغة مصدره باع الشيء، بمعنى أخرجه من ملكه أو أدخله فيه بعوض، وفي لسان العرب؛ البيع ضد الشراء، وهو من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء، ويستعمل في لسان قريش في معنى الإخراج، ولفظ الشراء في الإدخال، وهذا المعنى درج عليه الفقهاء المسلمون، وتنبؤه^(٤٧)، وهو ما جعل المشرع أكثر دقة ووضوحاً في أن لا شفعة إلا بدخول ملكية حصة من الملك المشاع في ذمة المشتري دخولاً باتاً بالتسجيل.

وفضلاً عن البيع باعتباره أهم المعاوضات، ندرس في فصلي هذا الجزء أنواعاً أخرى من المعاوضات ومدى جواز الأخذ منها بالشفعة في كل من الشريعة الإسلامية أولاً، ثم في قانون المعاملات المدنية لاحقاً.

الفصل الأول: المعاوضات في الشريعة الإسلامية

لا تجوز الشفعة في الشريعة الإسلامية، إلا في بعض الأحوال التي تنتقل فيها ملكية العقار من شخص إلى آخر، ونقسم هذه الأحوال إلى مبحثين، ندرس في المبحث الأول

أنواع خاصة من البيوع، ومدى الشفعة فيها، وفي المبحث الثاني ندرس بعض المعاولضات والعقود التي تتقل فيها الملكية بعوض غير البيع ومدى جواز الشفعة فيها.

المبحث الأول: أنواع خاصة من البيوع

وأهمها بيع الثنيا، بيع الخيار، و الإقالة، وهي أكثر البيوع التي ناقش الفقهاء مدى جواز الأخذ فيها بالشفعة.

بيع الثنيا^(٤٨): اختلفت في حكمه آراء ثلاثة، فرأى أخذ بحديث جابر^(٤٩)، واعتبره بيع صحيح و الشرط فيه صحيح، و يأخذ فيه بالشفعة، و رأى أخذ بحديث بريرة^(٥٠)، عن عائشة رضي الله عنهما، يكون بيع صحيح و شرطه باطل، و رأى أخذ بحديث جابر الذي نهى فيه الرسول الأمين عن المحاقلة والمزابنة والمخايرة والثنيا، فهو بيع مفسوخ لأنه فاسد والشرط في فاسد.

بيع الخيار^(٥١): وهو محل خلاف، فيرى الحنابلة والمالكية والشافعية في أحد قولين بأن لا شفعة للشريك مادام البائع لم يقرر إمضاء البيع، ورأى الشافعية في قول آخر أن الشريك ينشأ له حق الشفعة لأن الملكية منتقلة فيه ومستقرة للمشتري، ولزم البيع للبائع^(٥٢).

الإقالة^(٥٣): فيرى الشافعية أن البائع والمشتري إذا تقايلا قبل طلب الشفعة زال الحق فيها^(٥٤)، ويذهب المالكية بأن الإقالة بمثابة البيع ينشأ بها حق الشفعة للشريك ولو أقال البائع المشتري^(٥٥)، وسبب البيع فيه صحيح.

المبحث الثاني: أنواع خاصة في المعاولضات

المعاوضة عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئاً منقولاً أو عقاراً، أو حقاً معنوياً في مقابل أو بدل شيء غير النقود، أو حقاً آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر، ولم يكن خلاف كبير وحاد بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول نشوء حق الشفعة في بعض المعاولضات غير البيع، بقدر ما كان الاتفاق كالآتي بيانه:

فيرى المالكية^(٥٦): أن المشهور عن مالك، أن الشفعة، إنما تجب إذا كان انتقال الملك يعوض كالباع وهبة الثواب، والصلح، والمهر، والخلع، وغير ذلك، وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث، فلا شفعة، كما حكى عن مالك في رواية ثانية عن أبي ليلى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة، لأن الشفعة تثبت لإزالة ضرر الشركة، وهذا موجود في الشركة كيفما كان.

ويرى الشافعية^(٥٧): ثبوت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع، وتثبت في كل عقد يملك الشقص فيه يعوض كالإجارة والزواج والخلع لأنه عقد معاوضة، فأما في ما ملك فيه الشقص بغير عوض كالهبة والوصية من غير عوض، فلا تثبت فيه الشفعة، لأنه ملكه بغير بدل كما لو ملكه بالإرث.

ويرى الحنابلة^(٥٨): أنه يشترط في المشفوع شقصا منتقلا يعوض، فالمنتقل بغير عوض أشبه بالميراث، ولأن محل الوفاق هو البيع، والخبر ورد فيه، وليس غيره في معناه.

ويرى الحنفية^(٥٩): أن لا ثبوت للشفعة إلا في عقد البيع، وما في معناه من المعاوضات المالية أي معاوضة مال بمال، فإذا لم يكن البدل مالا معلوم المقدار فلا تصح الشفعة لأن جهالة الثمن تمنع الشفعة.

الفصل الثاني: المعاوضات والعقود في قانون المعاملات المدنية

إن النصوص القانونية المنظمة للشفعة في القانون رقم ١٩٨٥/٠٥ المتضمن قانون المعاملات المدنية، ومن المواد "١٢٨١ إلى ١٣٠٥"، توحى بأن التصرف الوحيد الذي يجيز الأخذ بالشفعة هو البيع، إلا أن المادتين ١٢٧٩ و ١٢٨٣ تقضيان صراحة بإمكانية الأخذ بالشفعة بالمعاوضات عمومًا مالية كانت، أو غير مالية، ويكون العقد معاوضة مالية متى تضمن مبادلة المال بالمال، فيشمل ذلك مثلاً: غير البيع، المقايضة^(٦٠)، والهبة بشرط العوض^(٦١)، والصلح^(٦٢)، والوفاء بمقابل^(٦٣)، أما

متى تمت مبادلة المال بغير المال، كما لو تمت مبادلة عقار ببذل أجره، أو تم تقديمه ليجعل مهراً، أو كبذل خلع أو في صلح عن عمد، فإن العقد لا يعتبر من قبيل المعاوضات المالية، لأن بدل الأجرة عوض عن منفعة، والمهر مقابل لحق الاستمتاع، وبذل الخلع بدل لإزالة ملك النكاح^(٩٤)، وما قُدِّم في الصلح مقابل للعفو عن قصاص، وكل ذلك لا يعتبر من قبيل المال، فلا تجوز الشفعة فيه في قانون، كما لا تجوز المقارنة في هذا الجزء الأخير من هذه الدراسة، لأن نطاق التصرفات كما بدى لنا جلياً، رجع المشرع الإماراتي لسن أحكامه تحليلاً وتأصيلاً، وجوازاً ومنعاً إلى المصدر التاريخي له، ألا وهي الشريعة الإسلامية الغراء.

خاتمة:

أفرز مبدأ المقارنة والتكامل والتنسيق بين نظامي الدراسة، عدة نتائج وتوصيات نلخصها فيما يلي:

أولاً: النتائج

إن أسباب الشفعة في الشريعة الإسلامية ثلاثة، هي الشركة في أصل الملك، وذلك رأي الجمهور واتفق معه قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذا الشركة في حقوق الارتفاق الخاصة، والجوار في الملك على رأي فقهاء المذهب الحنفي، وهو ما أفرز ثلاثة شفعاء هم على التوالي؛ الشريك في العقار الشائع في أصل الملك، وكذا الشريك على الشيوع في حقوق الارتفاق الخاصة، وكذا الجار المالك، وهو نطاق الأشخاص في الشفعة.

توحي النصوص المنظمة للشفعة في كل من قانون المعاملات المدنية وكذا الشريعة الإسلامية أن التصرفات التي تجيز الأخذ بالشفعة هي البيع، وكذا أي عقد من عقود المعاوضات المالية أو غير المالية والمقصودة عموماً هي المقايضة، الهبة بشرط العوض، الصلح، الوفاء بمقابل، وهذا يجسد نطاق التصرفات في الشفعة.

اتفق المشرع الإماراتي مع الفقه الإسلامي على ثبوت الشفعة في الحصة من العقار بمعنى الأرض وفقا للقانون، واتسع مفهومه في الشريعة الغراء ليشمل أيضا الحصة من الحقوق العينية كحق للانتفاع والأحباس والارتفاق، وحق الاستعمال والسكن والكراء الطويل الأمد وحق السطحية والرهن الحيازي، والتكاليف العقارية والامتيازات والرهن الرسمية والحقوق العرفية الإسلامية كالجزاء والاستئجار والجلسة والزينة والهواء والدعوى العقارية، كما اتفق النظامين مقصد الدراسة على أن المشفوع به هو الثمن، الذي قد يكون نقديا أو قيميا، وهذا نطاق الأموال في الشفعة.

ثانيا: التوصيات

إن أهم ما يمكن الإيضاء به هو ضرورة كسر حاجز الصمت حول أهمية الأخذ والعطاء بين كل من الفكر الإسلامي والفكر القانوني لوضع أطر وأصول للثغرات الموجودة في كل منهما، بغية سدّها وتحقيق التكامل والتناسق المعرفي، مع كشف الستار عن ذلك التفرد والامتياز لنصوص التشريع الإسلامي في تناول موضوع الشفعة على الخصوص، وأحكام المعاملات المالية عموما، وذلك بتكثيف البحوث والدراسات في هذه المجالات.

الهوامش:

- (١) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء الثالث، بدون تاريخ، ص ٤٧٤.
- (٢) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، (١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م)، ص ٢٥٦.
- (٣) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (الملكية وتوابعها)، دمشق، دار الفكر المعاصر، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، ص ٤٨٩٨.
- (٤) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م)، ص ٧٢.
- (٥) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٤٨٩٩.
- (٦) محمد كامل مرسي باشا، "الشفعة ومراتبهم في الشريعة الإسلامية وفي القانونين الأهلي والمختلط، مصر، كلية الحقوق، مطبعة الرغائب، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الخامس، (رجب ١٣٥١هـ - نوفمبر ١٩٣٢م)، ص ٥٧٩ - ٥٨٠.
- (٧) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، بولاق، المطبعة الكبرى الأميرية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ، ص ٢٤٠.
- (٨) أنظر المادة ٩٥٦ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٩) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء العاشر، بدون تاريخ، ص ٥٩٣.
- (١٠) شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، المجلد السابع، الجزء الرابع عشر، (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، ص ٩٠ - ٩١.
- (١١) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، بيروت، لبنان، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠١، ص ١٩٣.
- (١٢) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص ١٩٣.
- (١٣) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، الجزء السابع، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، ص ٢٧١.
- (١٤) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٤٩٢٨.
- (١٥) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، بيروت، دار الفكر، الجزء الخامس، ١٩٩٢، ص ١٩٥.
- (١٦) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص ٤٨٦.
- (١٧) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (١٨) أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، ١٩٧٧، ص ٧٧.

- (١٩) شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، بيروت، لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر، (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، ص ٤٦٨.
- (٢٠) موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص ١٩٧.
- (٢١) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (٢٢) أحمد باشا، الأحكام العامة للشفعة في قواعد الفقه الإسلامي، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ١٦٠.
- (٢٣) المرجع نفسه، ص ١٦٢.
- (٢٤) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، مصر، الاسكندرية، منشأة المعارف، الجزء التاسع، ٢٠٠٤، ص ٥٣٠.
- (٢٥) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص ٥٣٢.
- (٢٦) محمد الجندي، "الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٥، ص ١٨١.
- (٢٧) محمد الجندي، المرجع السابق، ص ١٨٢.
- (٢٨) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص ٥٨٣.
- (٢٩) محمد الجندي، المرجع السابق، ص ١٩٨.
- (٣٠) محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، (تعريفه وتاريخه ومذاهبه، نظرية الملكية والعقد)، القاهرة، الدار الجامعية، الطبعة العاشرة، (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)، ص ٥٨٧ و ٥٨٨.
- (٣١) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، ص ١٥٣.
- (٣٢) ترد الشفعة في الأرض: بجميع أنواعها، سواء كانت معدة للبناء أو للزروع أو للغرس، أو لم تعد لهذا الغرض أو ذلك، وسطحها دون ما يقام فوقه من مبان أو منشآت، وجوفها بكل عناصره المختلفة، من صخور وأحجار أو تربة ورمال ومعادن.
- (٣٣) إذ يخضع كل ما ينشئه الإنسان على سطح الأرض، أو في جوفها من مباني إذا اندمجت فيها، وأصبحت ثابتة ومستقرة لحكم الشفعة، وتعتبر من المباني: المنازل، المخازن، المصانع، الجسور والخزانات، ولا تقتصر صفة البناء على العقار، بل تلحق أيضا جميع أجزاء البناء التي تكمله.
- (٣٤) وتثبت الشفعة أيضا في كل ما يثبت على سطح الأرض سواء بفعل الطبيعة كالغابات، أو فعل الإنسان كالزروع والغراس المثبتة بالأرض، ولا يمكن نقلها بدون تلف، لأن كل الثمار والمحصولات والمزروعات التي تثبت مباشرة في الأرض، وتنفذ جذورها فيها تعتبر عقارا بطبيعته، بل حتى لو قطعت أو فصلت عنها، وأصبحت منقولات لفقدانها عنصر الثبات والاستقرار، وسواء اعتبرت المحصولات الزراعية والثمار عقارا بالطبيعة أو منقولاً بحسب المآل والمصير، فيصح فيها الأخذ بالشفعة، لكونها مصلحة للشركاء، لأنها تبعد عنهم كثيرا من الأضرار، سواء بيعت مع العقار الذي أنتجها، أو بيعت وحدها مستقلة، وسواء كانت الثمار خريفية أو صيفية.

- (٣٥) الكراء الطويل الأمد هو الذي تتجاوز مدته ثمانية عشرة عامًا للعقار غير المحفوظ، ووفقا لقواعد الفقه الإسلامي، تثبت فيه الشفعة، فإذا كان الكراء الطويل الأمد منصبا على عقار محفظ مشترك بين عدة أشخاص، وياع أحد المشتركين حصته فيه جاز للآخرين ممارسة الحق الناشئ لهم كلٌ بقدر نصيبه، وعموما اشترط جمهور الفقهاء غير الحنفية، أن يكون لعقار قابلا للقسمة استدلالا بدليل الخطاب في حديث جابر "الشفعة فيما لم يقسم ..." أي فكانه قال: الشفعة فيما يمكن قسمته، لأن علة مشروعيتها هو دفع ضرر الشركة أو القسمة، وما لا يتقسم فلا حاجة للشفعة فيه.
- (٣٦) حق السطحية إما ملكية بنايات، وإما ملكية أغراس فوق ملك الغير، ويصاحبه أن يفوته في أي وقت وأن يرهنه رهنا رسميا، وإذا كان حق السطحية منصبا على دار على الشياع لأشخاص متعددين، وياع أحدهم حصته من حقه، فإن للآخرين أن يشفعوها.
- (٣٧) الرهن الحيازي إما أن يكون ضمنا لسلف، ولا شفعة فيه، لأنه سلف بمنفعة، وإما أن يكون ضمنا لدين ناشئ عن معاوضة حيث يمكن للمرتهن أن يتنفع بالشيء المرهون كأن يسكن الدار المرهونة أو يأخذ ثمار الأشجار خلال مدة الرهن، فتكون فيه الشفعة.
- (٣٨) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ١٧٦ و ص ١٨٠.
- (٣٩) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الحنفي، الباب في شرح الكتاب، القاهرة، إدارة الجامع الأزهر، الجزء الثاني، بدون تاريخ، ص ٣١.
- (٤٠) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص ٤٢٠.
- (٤١) علاء الدين أبو بكر بن سعود الحنفي الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، ص ٢٧.
- (٤٢) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)، ص ٣٠١.
- (٤٣) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ص ١٩٥ - ١٩٦.
- (٤٤) أنظر المادتين ١٠٢٢ و ١٠٢٣ من مجلة الأحكام العدلية.
- (٤٥) أنظر المادة ١٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية.
- (٤٦) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ص ١٩١ - ١٩٢.
- (٤٧) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ٢٣٤.
- (٤٨) بيع الثبنا هو العقد الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يرد إليه المبيع متى أتاه بالثمن الذي دفع إليه، إذا لم يحدد لذلك أجل معين، أو أن يتفقا على أن يرد إليه المبيع إذا أتاه بالثمن في أجل مسمى متفق عليه.
- (٤٩) محمد بن أحمد بنعرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص ٤٨٣.
- (٥٠) أحمد بن علي محمد الكنتاني العسقلاني، التلخيص الحبير، مؤسسة قرطبة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، ص ٣٧٦.
- (٥١) بيع الخيار مقتضاه جواز الاشتراط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو البائع في نقضه خلال

مدة محدودة، ويلزم أن يكون الشرط صريحاً ويجوز الاتفاق عليه.

(٥٢) أحمد أباش، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٥٣) الإقالة هو اتفاق البائع والمشتري على الرجوع عن العقد الذي أبرماه، برجع كل من العوضين لصحبه، فيرجع كل منهما إلى الحالة التي كان عليها حين البيع.

(٥٤) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، الرياض، مكتبة الإرشاد، الجزء الخامس عشر، بدون تاريخ، ص ٣٨١.

(٥٥) أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، بيروت، دار الكتب العلمية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، (١٤١٦هـ - ١٩٩٥م)، ص ٢٣٢.

(٥٦) أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا التفرأوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، (وهو شرح لرسالة الإمام أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني)، بيروت، دار الكتب العلمية، لجزء الثاني، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ - ١٩٢٧م)، ص ص ٢٥١ - ٢٥٢.

(٥٧) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص ٣٩١.

(٥٨) أبو إسحاق برهان الدين بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، بيروت، المكتب الإسلامي، الجزء الخامس، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، ص ٢٤٩.

(٥٩) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، (المسماة بالفتاوى العالمية في مذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة)، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الخامس، (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، ص ١٦٠.

(٦٠) إذا تقرر المادتين ٦٠٨ و ٦١١ من قانون المعاملات المدنية على التوالي بأن يعتبر كل من المتابعين في بيع المقايضة بانعاً ومشترياً في وقت واحد، وتسري أحكام البيع على المقايضة فيما لا يتعارض مع طبيعتها.

(٦١) تنص المادة ١٢٨٩ من قانون المعاملات المدنية على أن ك"ثبتت الشفعة بعد البيع مع قيام السبب الموجب لها، وتعتبر الهبة بشرط العوض في حكم البيع".

(٦٢) والصلح كما تعرفه المادة ٧٢٢ من نفس القانون هو عقد يرفع النزاع، ويقطع الخصومة بين المتعاقدين، وقد يتحقق المدعى عليه مقراً بمطالبة المدعى، وقد يتحقق وهو منكر لها أو ساكت عنها، وتقتضي كل من الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٧٢٧ أنه في الحالتين قد يكون بدل الصلح عقاراً، يجري الاتفاق على نقل ملكيته إلى المدعي مقابل تنازله عن ادعائه فيلحق بالعقد وصف المعاوضة بالنسبة للطرفين في الحالة الأولى، ويلحق به هذا الوصف بالنسبة للمدعى في الحالة الثانية، وما دام الأمر يتعلق بمعاوضة فيجوز أخذ العقار المتصلح عليه بالشفعة.

(٦٣) تقتضي المادة ٣٦٦ من قانون المعاملات المدنية بأن تسري أحكام البيع على الوفاء الاعتيادي إذا كان مقابل الوفاء عينا معينة عوضاً عن الدين، كأن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يقتضي الأول عوضاً عن حقه شيئاً أو حقاً آخر، فمتى كان مقابل الوفاء عقاراً جاز الأخذ فيه بالشفعة.

(٦٤) أنظر المادة ١٠٢٥ من مجلة الأحكام العدلية.

الوصية عقد أو إيقاع

دراسة تحليلية مقارنة



دراسات مقارنة

أ. الشيخ أحمد المبلغي

هذه المقالة تهدف إلى تحليل ماهية الوصية من حيث كونها عقداً أو إيقاعاً، وترى أنها إيقاع. وتمهيداً لذلك تتناول تقديم البحث عن تعريف الوصية وأقسام الوصية.

تعريف الوصية:

هناك اتجاهان برزا في تعريف الوصية:

الاتجاه الأول: التعاريف التي تعكس النظرة العمومية للوصية:

لا شك أنه عند ما تطلق كلمة الوصية، فإن أول شيء يلفت نظر العموم هو أن هناك أمراً عظيماً وهو الموت سيحصل لشخص ما، وأن هذا الشخص قبل أن يحصل هذا الأمر العظيم له، يطلب تحقيق بعض الأمور بعد موته، من تبرع أو غيره، وقد تبلورت وانعكست هذه النظرة العمومية الغالبة في تعاريف جملة من أوائل الفقهاء، وفيما يلي ذكر لهذه التعاريف:

- تعريف الكرخي الحنفي: ^(١) ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه ^(٢).
- كلام الشيخ الطوسي: ^(٣) وإبن إدريس ^(٤) معناه أنه يصل تصرفه بما يكون بعد الموت ما قبل الموت ^(٥).
- تعريف الكاشاني الحنفي: ^(٦) إسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ^(٧).

- تعريف ابن حمزة الطوسي:^(٨) صلة ما بعد الموت بخير إلى ما قبله^(٩).
- الاتجاه الثاني: التعاريف التي تحاول بيان حقيقة الوصية بصورة فنية وحقوقية:
 - وهي على أقسام:
- القسم الأول: ما ركّز على تبين وتعيين محتوى الوصية
 - تعريف المحقق الحلي^(١٠) والفاضل الآبي^(١١) الوصية تمليك عين أو منفعة، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة^(١٢).
 - تعريف بعض الحنفية: الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت^(١٣).
 - تعريف ابن رشد المالكي: هبة الرجل لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته^(١٤).
 - تعريف بعض الحنابلة: التبرّع بالمال بعد الموت^(١٥).
 - هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرّع^(١٦).
- القسم الثاني: ما ركّز على تبين حقيقة عمل الوصية
 - تعريف ابن العرفة من المالكية: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده^(١٧).
 - الأمر بالتصرف بعد الموت^(١٨).
 - تعريف بعض المالكية: الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه^(١٩).
 - تعريف القانون السوري: الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت^(٢٠).
 - الوصية إنشاء الشخص ما يتعلّق بأمر لما بعد مماته^(٢١).
- القسم الثالث: ما جمع بين تبين حقيقة عمل الوصية وتعيين محتوى الوصية
 - ما ورد في جملة من الكتب القانونية: تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض^(٢٢).

نقد التعاريف

يبدو أن الاتجاه الثاني هو الاتجاه العلمي والمعقول، أما الاتجاه الأول فهو لا يحمل على عاتقه مهمة إنجاز بحث يتوقع من دراسة فقهية وحقوقية، فإن الذي نتوقعه من البحث الفقهي هو القيام بتحليل فقهي وحقوقى حول ماهية الوصية ومتعلقها حتى نتمكن في ضوءه من تحقيق فهم صحيح عند استنباط أحكام الوصية من النصوص الواردة فيها.

وهذا الاتجاه الثاني - كما مرّ - تدرج تحت تغطيته ثلاثة أقسام، ويبدو أن القسم الثالث - والذي جمع بين تبين ماهية عمل الوصية وتعيين محتوياتها ومتعلق الوصية هو أكثر علمية من القسمين الأولين.

أقسام الوصية:

تقسّم الوصية من عدة زوايا وحيثيات:

الأولى: تقسيمها على أساس متعلقها:

وتقسّم بحسب ذلك إلى قسمين: الوصية التمليلية، والوصية العهدية، وإليك تعريفهما:

أ - الوصية التمليلية

ب - وهي: التي تتضمن تملك الموصي شخصاً أو جهة شيئاً من أمواله أو من الحقوق التي له.

الوصية العهدية

وقد عرفها بحر العلوم في البلغة: "أن يعهد الموصي إلى شخص أو أكثر بعد موته بتنفيذ ما يريد تنفيذه في شؤون نفسه أو في شؤون ما يتعلق به من القاصرين" (٣٣).

وعليه فإن العهدية، عهد يتم من قبل الموصي لما بعد موته، محتواه هو تحقق أحد أمرين: إما هو ثبوت الولاية لشخص معين على أطفاله القاصرين؛ أو هو قيام شخص معين أو غير معين (بمعنى أنه قد يعينه وقد لا يعينه) بعمل خاص أو

أعمال خاصة في مجال خاص، يكون هذا العمل (أو هذه الأعمال) تصرفاً فيما يتعلق بالموصي، سواء أن كان هذا الذي يتعلق به، بدنه أو ماله، مثل الإيصاء بتجهيز بدنه بشكل خاص، أو صرف شيء من ماله في جهة خيرية أو في قضاء ما فات منه من صلاة أو صيام أو حج (أي: استئجار الصلاة أو الصوم أو الحج له)، أو أن يملك بعده شيء من ماله لشخص أو مجموعة، أو أن تتمّ معاملة خاصة كالبيع أو المضاربة و...

وسيمرّ عليك مناقشة هذا التعريف للعهدية من جهة شمولها للوصية المنتمية لإعطاء الولاية.

وكما هو معلوم فإن الفرق بين التملك الذي في التمليلية والتمليك في العهدية (أي: ما إذا كانت الوصية العهدية بالتمليك) هو أن الذي في التمليلية يكون إنشاء التملك فيها قبل الموت، بينما الذي في العهدية يكون إنشائه فيها مسبقاً بالموت، وعليه فإن المنشئ للتمليك في التمليلية هو الموصي بينما في الوصية العهدية غيره الذي يقوم بعده بتنفيذ وصيته.

الفرقة بين الوصيتين: التمليلية والعهدية

وقد أفاد السيد المحقق الخوئي في التفرقة بين العهدية والتمليلية بما حاصله: إن متعلق العهدية هو العمل نفسه، بينما متعلق التمليلية هو نتيجة العمل، ذلك أن الموصي يوصي في العهدية بصدور عمل من جانب الوصي أو شخص آخر، وعليه فهو عهد إلى الغير بتوكّله بعد موته إنجاز عمل، سواء كان هذا العمل فعلاً خارجياً كالتجهيز ونحوه، أو فعلاً اعتبارياً من تملك أو وقف أو نحوهما، في حين أن الموصي في الوصية التمليلية، لا يوصي بعمل، بل بما هو نتيجة العمل، وهو ملكية الموصى له من بعد موته عيناً أو منفعة (والذي هو نتيجة فعل التملك)، وعليه فإن متعلق الوصية التمليلية إنما هو دائماً أمر من الأمور الاعتبارية^(٢٤).

وهذه التفرقة جيدة، غير أن موارد ثلاثة من الإيصاء، وهي: أ) الإيصاء إلى شخص بالولاية على أطفاله؛ ب) الإيصاء إلى شخص بالولاية عنه في التصرفات

المالية بعد الموت؛ ج) الوصية بإبراء المدين، تعدّ من الوصية العهدية، مع أن المتعلق المباشر للوصية فيها - كما هو معلوم - ليس عملاً، بل هو نتيجة العمل، وهي الولاية في الأولين (وإن كان يستتبع هذا المتعلق عملاً أو أعمالاً، من جهة أن هذا الذي أعطى إليه الولاية، يتصرف ويفعل أعمالاً)، وهي براءة ذمة المدين في الثالث.

هناك ثلاثة طرق للخروج عن هذا الإشكال المتوجه إليه، وهي:

١. أن نرفع اليد عن الذي قاله حول العهدية، وأن نقول: إن متعلق الوصية العهدية، إما هو التصرف نفسه (وذلك يشكّل أكثرية مواردّها) أو الولاية على التصرف، غير أن هذا الطريق يحلّ مشكلة الموردين الأولين فقط.

٢. أن نرفع اليد عن التقسيم الثنائي، ونعتبر أن التقسيم هو خماسي، وهو: تقسيمه إلى التمليلية والعهدية والتحريرية والإبرائية والولائية، بضميمة القول بأن هذه الثلاثة ملحقة بالتمليكية، وهذا الإلحاق إنما يصار إليه بلحاظ أنها تشبه التمليلية من حيث إن الموصي نفسه يقوم بعمل إنشاء التحرير أو الإبراء أو التولية (لا أنه يوصي بإنجاز شخص القيام بها بعده)، وتتحقق نتيجة إنشائه، وهي التحريرية أو البرائة أو الولاية بعد موته على غرار ما كان في التمليلية، من ظهور النتيجة بعده بسبب فعل قام به الموصي وهو إنشاء التملك.

أما تعريف التمليلية والعهدية فتعريفهما ما قاله، وأما تعريف التحريرية والإبرائية والولائية فهي ما يلي:

تعريف الوصية التحريرية

وهي: التي يتم فيها إنشاء فك ملك كتحرير قطعة من الأرض للمسجدية مثلاً. وهذا القسم كما سمي بالوصية التحريرية،^(٢٥) سمّي بالوصية الفكّية^(٢٦) أيضاً.

تعريف الوصية الإبرائية

وهي الوصية التي يتم فيها إنشاء إبراء المدين. وكما هو معهود عند الفقهاء تعدّ الوصية بالإبراء داخلة في الوصية العهدية، وعليه فلا مجال ولا معقولة في جعلها قسماً خاصاً، غير أننا حسب تبيننا للمنطق الذي جاء به السيد الخوئي في مقام التفرقة بين العهدية والتملكية، لا يمكننا أن نعتبره من العهدية، ذلك أنه في العهدية لا يقوم الموصي نفسه بعمل، بل يطلب إنجاز غيره العمل، والموصي هنا هو يقوم نفسه بعمل إبراء المدين، فليس هو من العهدية التي تقوم على العهد إلى الغير بإنجاز عمل، وعليه فلا بد لنا إما أن نجعله قسماً خاصاً ملحقاً بالتملكية، أو نعمل حسب الطريق الثالث الذي سيأتي.

تعريف الوصية الولائية

وهي الوصية التي يتم فيها إنشاء إعطاء الولاية على الأطفال أو الأموال إلى شخص. (٣) أن نرفع اليد عن التركيز على التقسيم الثنائي المعروف، ونبدله بتقسيم ثنائي آخر، وهو تقسيمه بالصورة التالية:

- وصية الفعل: وهي الوصية يطلب الموصي فيها إنجاز غيره بعد موته فعلاً، إنشائياً كان هذا الفعل أم غير إنشائي. وهذا القسم على أقسام: وهي: الوصية العهدية الخيرية والوصية العهدية البدنية والوصية الاستيعارية (للمصوم والصلاة والحج) والوصية المعاوضة.
- وصية النتيجة: وهي التي حقيقتها إنشاء ما تتبعه نتيجة تحصل بعد الموت، وهذا القسم ينقسم إلى أربعة أقسام: التمليلية والتحريرية والإبرائية والولائية، ففي الأول تحصل الملكية للموصى له بعد الموت، وفي الثاني تحصل التحريرية بعد موته، وفي الثالث تحصل براءة ذمة المدينون بعد موته، وفي الرابعة تحصل الولاية بعد موته.

الثانية: تقسيمها على أساس حكمها الشرعي

تقسم الوصية على هذا الأساس إلى أقسام خمسة: المباحة وذلك كالوصية

لغني، المندوبة وذلك كالوصية لذوي الأرحام، المكروهة وذلك كالوصية لفقير أجنبي مع وجود قريب فقير، المحرمة. وذلك كالوصية بأمر حرّم من قبل الشارع، الواجبة.

ويمكن تقسيم هذه الأخيرة إلى قسمين:

القسم الأول: الواجبة بالوجوب الغيري، وهي: الوصية التي تتلّصق بأمور يجب على الموصي الإتيان بها في حياته، غير أنّه لم يوفق لأدائها، فإذا حضره الموت تجب الوصية بها مثلما كان على ذمته حقّ من حقوق الله تعالى كالزكوات والأخماس والكفّارات والنذور، أو ما كان على ذمته من حقوق الناس كالديون مثلاً. وكما هو معلوم أنّ الوجوب في الأصل إنّما هو لهذه الموارد، فأصبحت الوصية بها واجبة من باب الوجوب الغيري.

القسم الثاني: الواجبة بالوجوب النفسي، وهذا القسم نفسه ينقسم إلى قسمين: أ - ما ادّعاه بعض فقهاء أهل السنّة كحكم شرعي. وتوضيحه: أنّ فقهاء منهم ذهبوا إلى وجوب أصل الوصية نفسياً، مثل الزهري ودأود وعطاء والشافعي في مذهبه القديم، وقالوا: إنّ الوصية واجبة ابتداءً لجزء من المال فيما إذا كان الشخص قد ترك مالا.

وهذا الرأي لا يقبله فقهاء الشيعة تماماً، كما لا يقبله الأكثر من علماء السنّة، وسيأتي البحث في دليلهم^(٢٧).

ب - ما هو صناعة قانونية جاء بها قانون بعض الدول العربية، مثل مصر وسوريا في الأحوال الشخصية وسمّيت بالوصية الواجبة. وسنبحث عن هذا القسم في التقسيم الثاني، لارتباطه بذلك التقسيم أكثر.

الثالث: تقسيم الوصية على أساس تدخل التشريع القانوني

وقد قسّمت من هذا الحيث إلى:

الوصية الاختيارية

الوصية الواجبة

أما الوصية الاختيارية فهي: الوصية التي يحررها الموصي باختياره داخل الإطار المعتبر من قبل الشارع الأقدس. وسيُتضح المقصود منها عند توضيح الوصية الواجبة.

تعريف الوصية الواجبة

إن تخصيص فصل للبحث عنه بشكل مستقل إنما هو أنها طرحت وذكرت في الأدبيات القانونية^(٢٨)، فنقول هناك تعريفات وردت حولها، وهي ما يلي:

- تلك الوصية التي تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد ابن الميت فيما إذا كان هذا الإبن قد مات قبل الشخص المورث أو بشكل مقارن لموته.
- جزء من التركة يستحقه أبناء الإبن الذي مات قبل أبيه أو مقارنا مع موته.
- نصيب من التركة يستحقه ويأخذه أولاد ولد الميت الذي مات قبل والده، ضمن ضوابط معينة.

وقد جاء في القانون السوري والأردني للأحوال الشخصية: "من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية"^(٢٩).

كما ورد في قانون الوصية المصرية: "إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث..... وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا."^(٣٠)

واختلاف القانون المصري مع غيره من القوانين التي تبنت الوصية الواجبة هو أنه اعتبرتها لأولاد البنات أيضاً بخلاف سائر القوانين، حيث اعتبرتها لأولاد الإبن فقط.

وعلى أي حال فإن إيجاب هذه الوصية عند من يعتقد بها مشروط بشروط: أولاً: عدم زيادته عن الثلث فإن زاد عنه فلهم - أي الأحفاد - الثلث فقط. ثانياً: عدم كون الحفيد وارثاً.

ثالثاً: عدم إعطائهم مقدار الوصية الواجبة في زمن حياته.

وإن هذه الوصية تملك شأنًا بين الميراث والوصية، فهي ليست ميراثاً خاصاً،

ولا وصية خالصة، بل هي تشترك مع الميراث من جهات، وتختلف عنها من جهات أخرى، كما تشترك مع الوصية من جهات، وتختلف عنها من جهات أخرى. وإليك التفاصيل:

أ - وجوه اشتراكها مع الميراث:

١ - مانعية القتل الحاصل عن عمد وعدوان بالنسبة إلى كليهما؛ فكما يمنع عن الميراث يمنع عن الوصية الواجبة.

٢ - تقسم الوصية الواجبة بقسمة الميراث عند التعدد.

٣ - إجبارية كل منهما.

ب - وجوه الاختلاف بينها وبين الميراث:

١ - يتمّ ثبوت الوصية الواجبة للفرع من باب التعويض عمّا فاته بموت أصله، بخلاف الميراث، حيث كان ثبوته من الابتداء ولا من باب التعويض.

٢ - إنّ الوصية الواجبة تتفي فيما إذا أعطاه مقدارها الجدّ بدون عوض، بخلاف الميراث.

٣ - إنّ الأصل في الميراث بحجب الفرع مطلقاً، أي: فرعه وفرع غيره، بخلاف الأصل في الوصية الواجبة، حيث يحجب فرعه فقط دون فرع غيره.

ج - وجوه اشتراكها مع الوصية الاختيارية:

١ - عدم ثبوت وعدم نفوذ كلّ منهما إلّا في حدود الثلث.

٢ - تقدّم كلّ منهما على الميراث عند تقسيم التركة.

د - وجوه الاختلاف بينها وبين الوصية الاختيارية:

١ - إنّ الوصية الواجبة تتمّ بكلّ من إرادة الموصي عند إرادته، بخلاف الوصية الاختيارية، حيث لا تتمّ إلّا بإرادته.

٢ - لا تثبت الوصية الواجبة إلّا لقسم من الأقربين، في حين تثبت الوصية الاختيارية للأقربين وللأبعد.

٣ - تنشأ الوصية الواجبة بعد الموت بحكم القانون فيما إذا مات الجد ولم يوص، بخلاف الوصية الاختيارية، حيث كان إنشاؤها في زمان حياة الموصى ومن جانبه.

ولا يخفى أن هذا القسم لا يقول به الكثير من الفقهاء من المذاهب ومنها فقهاء المذهب الإمامي والبحث في ذلك مجال آخر.

هل الوصية عقد أو إيقاع؟

ويتوجب قبل كل شيء الإشارة إلى أن محل البحث هنا ليس تمام أقسام الوصية، بل الوصية التمليلية فقط، فقد جرى هل أنها من العقود أو الإيقاعات؟ طرحت في الإجابة على هذا السؤال فروض، يوجد لأكثرها قائل بين الفقهاء، وهي ما يلي:

- إن قبول الموصى له يعدّ كجزء من الوصية؛ إمّا كجزء كاشف أو كجزء ناقل.
- إن قبول الموصى له يُعدّ كشرط لانتقال الملكية إلى الموصى له، إمّا بطريقة الشرط المتأخر الكاشف، أو بطريقة الشرط المتأخر الناقل.
- إن قبول الموصى له يُعدّ كجزء من السبب المملك والذي كان الجزء الآخر منه الوصية.
- إن الدور لردّ القبول، لا للقبول.
- ليس للقبول ولا للردّ أي دور، بل الملكية تحصل بشكل قاطع للموصى له.
- يمكن إرجاع هذه الفروض (أو الأقوال) الخمسة إلى اتجاهين رئيسيين، هما:
- الاتجاه القائل بثبوت الدور للقبول في الوصية.
- الاتجاه القائل بعدم ثبوت أي دور للقبول.

الاتجاه القائل باعتبار القبول:

وهذا القول لجمهور فقهاء أهل السنة، قال في المغني: "ولا يملك الموصى له

الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء...^(٣١) كما هو قول مشهور فقهاء الإمامية. قال في العروة: "وأما التمليلية فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول..."^(٣٢) بل قد يدعى أن عليه اتفاق فقهاء الإمامية^(٣٣).

وتندرج تحت هذا الاتجاه أقوال ثلاثة: القول بكون القبول كجزء من الوصية، والقول بكون القبول كشرط لانتقال الملكية، والقول بكون القبول كجزء من السبب المملك.

قبل دراسة الأقوال، ينبغي تناول الوجوه القابلة للذكر على أصل صحة الاتجاه أو نفيه، وبعد أن حصلنا على صحة الاتجاه، نبث عن القول الصحيح المندرج تحته. وجوه اعتبار القبول: لقد استدلل لإثبات هذا الاتجاه (أي: القائل بلزوم حصول القبول من جانب الموصي له)، بوجوه، وهي ما يلي:

الوجه الأول: لو لم نحسب لقبوله اعتباراً فننفع في محذور الاعتراف بما لا يمكن قبوله، وهو صحة الملكية القهرية.

ويجاب عن ذلك: بأن عدم صحة الملكية القهرية هل يقال به بلحاظ وجود مشكلة ثبوتية فيها، أم يقال به بلحاظ مواجهتها لمشكلة إثباتية؟ فلو ادعى وجود مشكلة ثبوتية فيها فجوابه: أن المشكلة الثبوتية - والتي تعني عدم إمكانية حصولها - منتفية هنا، حيث نجد أن العقل لا يرى أيّ منع في حصولها، فلو كان في حصولها منع لما كانت تتحقق وتتمثل في الإرث، فإن وقوعها فيه دليل على إمكانية تحققها. ولو ادعى أن عدم صحة الملكية القهرية إنما بلحاظ مشكلة تتوفر في مرحلة إثباتها رغم إمكانية ثبوتها، فنسأل ما هي هذه المشكلة؟ قد يقال: هناك وجهان يدلان على عدم مشروعية الملكية القهرية، وهما:

أولاً: الآية الكريمة: ﴿وَأَنْ لِّسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٣٤).

وتقريب الاستدلال بها: حصول الملكية القهرية لشخص ما يعني حصول شيء له من دون وقوع سعي منه في تحصيله، وهذا خلاف الآية.

وممن استدل بهذه الآية لإثبات المدعى الفقيه الحنفي أبو بكر الكاشاني في البدائع، قال: «ولنا قوله تبارك وتعالى ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ فظاهره أن لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفي»^(٣٥).

ويمكن أن يجاب عنه بجوابين:

أولاً: إن الآية في مقام وصف ما يواجهه الإنسان في دنياه وآخرته من أنه رهين عمله، لا تشريع أن الإنسان لا يمكنه أن يملك كل ما لم يقع منه سعي لتحصيله، حتى نعتبر حصول الملكية القهرية في مثل الإرث من باب التخصيص للآية.

ثانياً: الوصية معتبرة فيما إذا تعلقت بالتصرفات المباحة للإنسان طيلة حياته.

فإن الوصية التمليلية يكون نفوذها مشروطاً بأن لا تكون خارجة عن التصرفات المتاحة للإنسان طيلة حياته، وبما أن إعطاء الملكية القهرية إلى إنسان آخر خارج عن تلك التصرفات فليس له أن يوصي بتمليك يتم بشكل قهري الموصى له، لأنه طيلة حياته لم يكن له ذلك، فعليه، إن حصول الملكية للموصى له بحاجة إلى قبوله، حتى لا تكون من الملكية قهرية.

ويرد: أننا نسأل هل أن خروج الملكية القهرية عن التصرفات المتاحة للإنسان يدعى بلحاظ وجود مشكلة ثبوتية فيها، أو بلحاظ مشكلة إثباتية لها؟ فلو قيل: إن المشكلة في جانب الثبوت، كان جوابه: أن العقل كما أشرنا سابقاً لا يرى أي منع لا في تحقق الملكية القهرية ولا في التملك بالملكية القهرية، وقد وقع كلاهما في الشرع، فالأول كالإرث؛ حيث إنه يتضمن الملكية القهرية بحكم من الشارع - والذي هو في الواقع تنفيذ للحكم العقلاني - والثاني في الوقت على مجموعة كالفقراء مثلاً، حيث إنه يتضمن التملك بالملكية القهرية من جانب المالك، ولو كان كل منهما غير ممكن لما وقع في الشرع.

أما لو كان المقصود أن عدم صحة القول بالوصية التمليلية المجردة عن قبول

الموصي له إنما بلحاظ مشكلة إثباتية فيها بمعنى أن الوقف دلّ عليها الدليل في الشرع، وليس بأيدينا دليل على هذه، نقول في الجواب: أنّها أيضاً يدلّ على اعتبارها دليل، وهو عموم أدلة نفوذ الوصية.

فالتيجة: إنّ الملكية القهرية ليس فيها مشكلة ثبوتية ولا مشكلة إثباتية.

ولقد أجاد المحقق اليزدي حيث قال:

”ودعوى أن حصول الملك قهراً ومن دون القبول لا وجه له، لا وجه لها، لعدم المانع له، كما في الوقف بالنسبة إلى الطبقات المتأخرة، وكما في الوصية للنوع، ودعوى عدم كونها من التمليلية كما ترى“ (٣٦).

الوجه الثاني: لا مجال لنفي اعتبار القبول، لأن هذا النفي إنما يتمّ على أساس الرجوع إلى الأصل الذي هو عدم انتقال المال إلى الموصى له قبل القبول، ومعلوم أن هذا الأصل يصار إليه فيما إذا كان لأدلة الوصية إطلاق ينفي به اعتبار القبول، (بمعنى أنه بعد نفي اعتباره نشك في انتقال المال فيقال بأن الأصل عدم انتقاله) مع أن هذا الإطلاق غير ثابت.

والجواب هو أنه سيأتي توضيح حول أن لأدلة الوصية إطلاق، ومعه لا يبقى مجال للتمسك بالأصل، فانتظروا!

الوجه الثالث: ما قاله أبوبكر الكاشاني أيضاً: من «أن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الاضرار به من وجهين: أحدهما: أنه يلحقه ضرر المنّة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله، دفعاً لضرر المنّة، والثاني: أن الموصى به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له.... فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الالتزام إذ ليس للموصى ولاية الزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لأن اللزوم هناك بالزام من ولاية الالتزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بالزام الشرع ابتداءً» (٣٧).

والجواب عن ذلك أنه لو كان لأدلة الوصية إطلاق، فهو دليل على تشريع

الشارع لهذا الحكم، ومعه ترتفع المشكلة، ولا يخفي أنه في الأعم الأغلب ليس هناك أي إضرار به يحصل من هذا الحكم، بل فيه نفع له، ومتى حصل ينفي بحكم آخر من الشارع وهو لا ضرر.

دلائل عدم اعتبار القبول: إلى هنا ثبت أن الوجوه التي ذكرت لإثبات اعتبار القبول، محل نقاش ورد، وفيما يلي دلائل على عدم اعتباره وهي خمسة أدلة:

الدليل الأول: أن القرآن عندما يطرح الوصية، لا يطرحها بصورة أمر مضطرب ومتزلزل، بل يطرحها بحيث ينعكس في ذهن الإنسان كأمر حاسم ومستقر؛ وبيان آخر يتحدث عن الوصية بما يجعلها تتجلى كأمر له قوام واستقرار، وذلك في الآية الشريفة ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾^(٣٨) ولو أردنا أن نصوغ ذلك في قالب أصولي، بإمكاننا القول: إن الآية تظهر في أن الإيصاء هو الذي له الدور الوحيد في تكوين الوصية، من دون الإبتناء على القبول.

وقد حاول العلامة دفع ذلك عبر القول بما حاصله أن هذه الاستقرارية المستفادة لها من القرآن، إنما هي صفة وصية هي مقبولة شرعاً، وليست هي إلا الوصية التي لوحظ فيها قبول الموصى له.

ولقد أجاد في الجواب عنه صاحب الحقائق، حيث قال: «جواب العلامة بحمل الآية على معنى وصية مقبولة، والوصية بدون القبول ليس كذلك، لا يخرج عن المصادرة، مضافاً إلى أن ما ذكره خلاف الظاهر، وارتكاب التقدير والتأويل، فرع وجود الدليل على القبول»^(٣٩).

الدليل الثاني: إطلاق أدلة نفوذ الوصية: وهذه الأدلة - سواء الآية التي سبق ذكرها أم الأخبار الواردة في الوصية - تدل على أن الوصية نافذة وأن المال يتقل إلى الموصى له بشكل مطلق، حصل القبول أم لم يحصل.

والذي يجعل هذا الإطلاق يتقوى في ذهن الفقيه، أن مثل الوصية ليس أمراً يتحقق بصورة نادرة وفي هامش حياة الإنسان، بل هي أمر يتكرر الابتلاء به بصورة عادية، ومع شدة هذا الابتلاء، نجد النصوص قد تركت الاستفصال عند القول

بنفوذها، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن لهذه الأدلة إطلاقاً بارزاً يستفاد منه عدم اعتبار القبول.

ولا يخفى عليك أن الدليل الثاني غير الأول، فلا تتصورهما واحداً.

لعل قائلًا يقول: لا شك أن الوصية يكون اعتبارها معلقاً على الموت، وعليه أن هذا الذي ذكر من كون الوصية يتكون كيانها بتحقيق الإيصاء حسب ظاهر الآية مما لا يمكن قبوله، فكيف يستند به لنفي القبول؟!

والجواب واضح عندما نلتفت إلى أن الآية في مقام النظر إلى الإرث، والإرث، كما هو معلوم أمر لما بعد الموت، وهو نفسه قرينة على أن الوصية عندما تتصور كأمر يتكون كيانه وقوامه بالإيصاء، فإنه ليس ذلك يعني أنه يحصل فور الإيصاء، بل بعد الموت.

وعليه فنقول: كيف يُنفي ثبوت الإطلاق لأدلة الوصية؟! مع أنه ترك الاستفصال فيها رغم كون المسألة من المسائل الابتلائية المتكررة في حياة الناس، ومع ثبوته لا تصل النوبة إلى الإصل.

وهذه الأدلة التي نعتبر لها الإطلاق هي - كما هو معلوم - عبارة عن آية الوصية ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾ الخ.. وروايات متعددة وردت في الوصية.

وقد يقال: إننا نقبل أن الإطلاق موجود للروايات الواردة في الوصية، غير أن ثبوت هذا الإطلاق للآية الشريفة محل منع، وذلك لأن موردها خصوص الوصية إلى الوالدين والأقربين، إلا أنه يجاب عن ذلك - كما عن السيد المحقق الخوئي - بأن هناك أمرين إثنين يمكن الاعتماد عليهما لإثبات عدم اختصاص هذه الآية بموردها، وهما: الاستثناء الوارد في الآية ﴿فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ١٨٢]، ذلك أن هذا الجنف الذي تتحدث الآية عنه، لا مجال له إطلاقاً بالنسبة إلى الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف،

وعليه فإن الآية الكريمة غير مختصة بموردها. والآخر هو استدلال الأئمة (ع) بهذه الآية على نفوذ وصية الموصي في غير مورد الآية.

الدليل الثالث: بالالتفات إلى نقطتين يتبين عدم اعتبار القبول، وهي:

الأولى: أن الوصية ليست مما أسسه الشارع، بل كانت هي موجودة منذ القديم، كما عليه شواهد ودلائل متظافرة تاريخية.

الثانية: كل مقولة لم تكن تأسيسية للشارع، وكان للعقلاء فيها مرتكز، فانه يحمل كلام الشارع الوارد في تلك المقولة عليه، فيما إذا لم يكن كلامه هذا لا صريحاً في خلافه ولا معه قرينة تدل على كون نظره على خلافه، وتوضيح ذلك أن الشارع عندما يخاطب الناس في مقولات تتضمن مرتكزات عقلانية، بكلام عار عن قرينة تدل على كون نظره غير منطبق مع الذي للعقلاء، فيما أن الناس يواجهون هذا الكلام من منطلق مرتكزهم - الذي يوجد لهم في هذه المقولة - فلو كان للشارع نظر على خلاف هذا المرتكز، فعليه أن يفهمهم من طريق صريح أو قرينة مفهومة، وإذا لم يستفد من مثل هذا الطريق، فيعلم أنه لم يكن له نظر على خلاف المرتكز، فمثلاً لو قال الشارع الماء مطهر، فإن كلامه هذا ورد في مقولة للعقلاء فيها ارتكاز وهو أن المطهرية إنما هي للمياه المطلقة لا لمثل الماء المأخوذ من الفواكه، فلو كان نظر الشارع مثلاً أن المياه المأخوذة من الفواكه مطهرة، لا يمكنه لإبداء نظره هذا، الاعتماد على الإطلاق بمعنى أن يحتج على الناس بأن كلامه (الماء المطهر) كان مطلقاً يشمل حتى ماء الفاكهة، حيث إن الناس يواجهون كلامه في إطار مرتكزاتهم، والشارع الذي يعلم ذلك، عليه أن يعتمد على قرينة يدفع الناس عن استقرار مثل هذا الفهم، وإذا لم يعتمد عليه، فيعلم أن نظره نفس ما للناس من مرتكز.

إذا قبلنا ذلك، فنقول: إننا إما نرى أن هناك ارتكازاً على عدم اعتبار القبول - كما لا يبعد ذلك - فهو، وإما أن نرى على الأقل أنه ليس للعقلاء مرتكز في أن الوصية المتضمنة لتمليك مال لشخص، لا تستقر إلا بقبول ذلك الشخص، - على غرار ارتكازهم في عدم استقرار التملك الواقع من قبل البائع في البيع إلا بقبول

المشتري - وإلا لكان لظهر في القوانين البشرية المتعلقة بالوصية، ولم يظهر ذلك، وعليه فيثبت المدعى الذي هو عدم ابتناء استقرار الوصية على القبول، حيث إن اعتباره لا بد إما أن يثبت على أساس وجود ارتكاز للعقلاء على الاعتبار، حتى تحمل نصوص الشارع الواردة في الوصية عليه، وهو حسب الفرض مفقود، وإما أن ورد نص من الشارع نفسه يدل على اعتباره، وهو مفقود - كما هو معلوم - فمن أين ثبت اعتباره؟! بل الأمر أكثر من ذلك، حيث إنه ليس الأمر فقط عدم وجود نص من الشارع عليه، بل هناك إطلاق لنصوصه تقتضي عدم اعتباره كما مر.

الدليل الرابع: أنه بالرجوع إلى القرآن نجد أن آية الوصية جاءت في سياق آيات الإرث^(٤٠)، وهذا السياق يدل على أن الوصية محكومة بما كان سائداً كحالة على الإرث، وهي حالة الاستقرار، حيث إن الإرث أمر مستقر وحاسم يحصل بمجرد الموت، وبيبان آخر فإن الوصية والإرث قد تمّا في هذه الآيات في سياق واحد، وهذا السياق الواحد هو التعلق بالتركة، فكما يتمتع الإرث بحصول الملكية القهرية به فكذلك الوصية حسب هذا السياق.

ولو أبيت عن قبول ذلك، فلا محيص عن قبوله كقربة تدل على المدعى.

قال صاحب الحقائق في المسألة:

«أنت خبير بأن المسألة غير منصوصة، ولهذا صارت محل الاشكال ومطرحاً للقليل والقال..... مع أنهم لم يوردوا له دليلاً شرعياً، ولا نصاً مرعياً، وإنما عللوه بعلل اعتبارية، وقد تتبع ما حضرني من النصوص فلم أقف فيها على ما يدل على هذا الشرط، وأنه لا تصح الوصية إلا به، وربما ظهر من إطلاق كثير منها عدمه..... إذ لا إشارة في شيء منها إلى اشتراط القبول من الموصى له كما ادعوه، وإطلاقها كما ترى شامل لما لو كان ثمة قبول أو لم يكن، وعدم الاستفصال دليل العموم في المقال (٤١).

الدليل الخامس: رواية محمد بن قيس: وهي ما رواه عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له

غائب، فتوفي الذي أوصى له قبل الموصي، قال: الوصية لو ارث الذي أوصى له، قال ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً، فتوفي الموصي له قبل الموصي، فالوصية لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»^(٤٢).

وتقريب الاستدلال بها هو أن الرواية وإن كان موردها ما إذا مات الموصي له في حياة الموصي، غير أنها مع ذلك تدل على أنه يحصل الانتقال إلى الموصي له بمجرد الوصية، انتقالاً متزلاً لا ينتهي هذا التزلزل إلا بموت الموصي، وعليه فالذي يورث حسب هذا الحديث، هو الوصية، فلو كان القبول دخيلاً، لما استقام هذا الحكم، فالحديث يستفاد منه عدم اعتبار القبول.

هذا ولكن بعض الفقهاء فسروا هذا الحديث بصورة أخرى، قالوا إن الذي يدل على انتقال هذا الحديث ليس هو الوصية، بل هو حق القبول، ذلك انطلاقاً من تقدير مضاف في كلام الإمام، وهذا المضاف هو كلمة قبول، وعليه فكلام الإمام (فالوصية لو ارث الذي أوصى له) تقديره هكذا: (فقبول الوصية لو ارث الخ) إلا أن هذا التقدير خلاف الظاهر، نعم لو كان هناك تدل رواية أخرى على اعتبار القبول، أمكن الجمع بينها وبين هذه الرواية باعتبار تقدير هكذا، ولكن المشكلة عدم وجود هكذا رواية، فليس من المعقول استفادة اعتبار القبول من هذا الحديث عبر اعتبار تقدير له!

أي قول صحيح على فرض قبول اعتبار القبول؟

قد وصلنا إلى عدم اعتبار القبول، والسؤال أنه لو تنزلنا وسلمنا باعتباره بأي قول من الأقوال المندرجة تحت هذا الاتجاه صحيح؟ وفيما يلي ذكر لكل منها مع وجوهه:

الأول: القول بكونه جزء من العقد:

وقد نسب هذا القول إلى المشهور من الإمامية^(٤٣). أما جمهور أهل السنة، فهم لم يدخلوا - كما يظهر من كتبهم - في هذا البحث، نعم هناك رأي غير المشهور للإمام الشافعي وهو "أن الوصية تملك بالموت ويحكم بذلك قبل القبول"^(٤٤) وهذا القول يتلائم مع عدم كون القبول جزءاً كما يتلائم مع كونه جزءاً كاشفاً:

والقائلون بهذا القول ينقسمون إلى طائفتين:

- من ذهب إلى كونه جزءاً ناقلاً.

- من ذهب إلى كونه جزءاً كاشفاً.

ولا يخفى كما قيل ويقال: إنّ ذهاب المشهور إلى اعتبار القبول كجزء من الوصية قد تمّ بالنسبة إلى أحد قسمي الوصية التمليكية، وهو تلك الوصية التي كان الإيصاء فيها متوجّهاً إلى التملك للشخص كزيد مثلاً لا إلى النوع كالفقراء. ولازم ذلك أنّ الوصية في نظرهم تعدّ من العقود في قسم، وهو ما إذا توجّه الإيصاء بالتمليك إلى الشخص ومن الإيقاعات في قسم آخر، وهو ما إذا توجّه إلى النوع.

مناقشة هذا القول: وقد ناقش السيد المحقق الخوئي هذا القول بما حاصله مع تغيير منّا في الصياغة: أن هذا القول يواجه مشكلة ثبوتية وإثباتية، أما مشكلته الثبوتية فهي أننا لو قبلنا أن العقد عبارة عن وجود التزامين يضمّ ويربط أحدهما بالآخر، فإن هذا الضمّ والربط غير ممكن في الوصية، حيث إن الضمّ والربط فرع كون الالتزامين مقرونين زماناً، ومعلوم أن التزام الموصي لا يبقى بعد موته حتى يحصل الاقتران بينه وبين التزام الموصى له (المتجسّد في قبوله) من حيث الزمن حتى يُضمّ إليه ويُربط به، وعليه فاعتبار الوصية عقداً غير ممكن ثبوتاً.

وهذه المشكلة الثبوتية يواجهها كل من شقّي هذا القول (أي: اعتباره كجزء ناقل، واعتباره كجزء كاشف)، وأما مشكلته الإثباتية فلكل من الشقّين مشكلة إثباتية خاصة به، وفيما يلي ذكر لمشكلة كل من الشقّين:

أما المشكلة الإثباتية التي يواجهها القول بكونه جزءاً ناقلاً، فهي عدم شمول أدلة الوفاء بالعقد له، ذلك أن الذي يجب أن يحصل في مقام الإثبات، هو أن يتعلّق ويتوجّه دليل الوفاء إلى نفس ما قصده الموصي، مع أنه ليس كذلك، بل الذي نشاهده هو تغاير قد حصل بين الذي هو المنشأ للموصي (وهو الملكية بعد الموت) وبين الذي هو المدعى أنه الممضى من قبل الشارع (وهو الملكية بعد

القبول) وبتعبير آخر هناك مقدمتان يتجلى بالالتفات إليهما أن المقام مبتلى بمشكلة إثباتية، أما المقدمة الأولى فهي أن مشروعية كل عقد متوقفة على أن يكون المنشأ فيه متحداً مع الممضى، وأما المقدمة الثانية فهي أن هذا العنصر، أي: اتحاد المنشأ والممضى، غير متوفر في مفروض المقام.

إن قيل: إن المقدمة الأولى (لزوم اتحاد الممضى والمنشأ) مما لا يمكن قبوله، بدليل أنه لو تبيننا لزوم هذا الاتحاد، لما لبست أي معاملة لباس المشروعية، وذلك لوصفين لا تخلو أي معاملة عن الاتصاف بهما، وهما: أولاً: وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، وإن كان هذا الفاصل في غير الوصية قليلاً، وهو فيها طائل، وثانياً: أنه انطلاقاً من وجود الوصف الأول (أي: وجود الفاصل الزمني بين الإيجاب والقبول) لا توجد أي معاملة إلا أن المنشأ فيها هو الملكية في زمان الإنشاء، ومعه يلزم عدم اتحاد المنشأ مع الممضى، حيث إن الممضى هو الملكية بعد القبول، وعليه فلا بد من القول بعدم مشروعية كل المعاملات!

يقال في الجواب: إن مشكلة عدم الاتحاد بين المنشأ والممضى في الوصية لا تنشأ من وجود الفاصل الزمني حتى يقال: إنه موجود في كل معاملة، بل المشكلة تنشأ من لحاظ زمان خاص في الوصية تكون الملكية المنشأة مقيدة به، وهو زمان الموت، فهناك أزمان ثلاثة: زمان الإنشاء (الإيجاب)، وهو ما كان في حياة الموصي، وزمان القبول، وهو ما يتأخر عن الموت، وبين هذين الزمانين يقع الحين الذي يقع فيه الموت، والموصي يلاحظ هذا الزمان كما هو معلوم، ولا يلاحظه إلا كقيد لمنشئه، ومنشأه هو الملكية، وبتعبير آخر تنشأ الملكية للموصي له من حين الموت، وإذا كان المنشأ هذا، يختلف عنه الممضى الذي هو وقوع الملكية بعد القبول، وهذا بخلاف ما يحصل في البيع مثلاً، فإن المنشأ فيه ليس هو ملكية مقيدة بالزمان، بل هي على تقدير القبول، انطلاقاً من أنه مبادلة مال بمال، والتي هي حقيقة كونه معاملة تقع بينهما عن تراض.

أما المشكلة الإثباتية التي يواجهها القول بكاشفية القبول كجزء من العقد (والتي تكون بمعنى كشف القبول عن حصول الملكية من حين الموت) فهي أولاً:

الإشكالية التي في إمكانه وصدق العقد عليه، وثانياً: إشكالية خروج ذلك عن المعهود العقلاني، بمعنى أن كون دور جزء العقد، هو الكشف عن حصول الأثر في مرحلة ما قبل تحقق هذا الجزء، خروج عن الذي هو المعهود المرتكز في الأذهان حول العقود من أن الأثر يحصل بعد القبول، لا قبله^(٤٥).

مناقشة كلام السيد الخوئي

إن ما قاله يتضمن ثلاث نقاط، إثنان منها محل نقاش، والثالثة منها مقبولة. أما النقطة المقبولة في كلامه فهي ما طرحه من المشكلة الإثباتية في القول بكونه جزء ناقلاً.

وأما النقطة المخدوشة الأولى، فهي ما قاله من وجود مشكلة ثبوتية في القول بجزئية القبول، والدليل على عدم صحة ما قاله، هو أننا إذا قبلنا أن العقد أمر اعتباري، وقبلنا أن الأمر الاعتباري لا تحكمه القوانين المتعلقة بالأمر المادية الحقيقية، فلا بد أن نقبل أنه لا معنى للذهاب إلى عدم إمكانية عملية الضم والربط بين أمرين اعتباريين بدليل عدم التقارن الزمني، فإن الذي يتسبب عن عدم التقارن الزمني هو عملية الربط والضم بين الأمرين الماديين، لا إقامة هذه العملية بين اعتباريين، فالقول بجزئية القبول لا يواجه مشكلة في مرحلة الثبوت التي يركز فيها على الإمكانية وعدم الإمكانية.

وأما النقطة المخدوشة الثانية: فهي ما قاله من وجود إشكالين في القول بكاشفية القبول كجزء من العقد عن حصول الملكية من حين الموت، أما إشكاله الأول فيرد عليه أنه ليس إشكالاً إثباتياً، كما يظهر منه، بل هو إشكال ثبوتي متوجه إلى نفي إمكانية وقوعه كعقد له معنى خاص في العرف العقلاني، وأما إشكاله الثاني فهو نفس الإشكال الأول كما هو معلوم، حيث إن نفي صدق العقد عليه إنما يكون بلحاظ كونه بهذا المعنى خارجاً عن الذي هو المعهود المرتكز في الأذهان حول العقود من حصول الأثر بعد القبول، لا قبله. هذا ولكن أصل إشكاله - والذي جعله إشكالين - في محله.

القول الثاني: أن قبول الموصي له يُعدّ كشرط لانتقال الملكية إلى الموصى له، إما بطريقة الشرط المتأخر الكاشف^(٤٦) أو بطريقة الشرط المتأخر الناقل^(٤٧). ولازم ذلك أن الوصية تسبب حصول ملكية متزلزلة يبقى هذا التزلزل إلى الحين الذي يحصل فيه الشرط وهو القبول، فإذا صدر منه القبول تستقر الملكية.

وكما هو معلوم يستلزم هذا القول القول بكون الوصية من الإيقاعات.

وقد ناقش السيد الخوئي الشقّ القائل بكونه ناقلاً بأنه مضافاً إلى عدم الدليل عليه، أن أنه مخالف لأدلة الوفاء بالعقد، حيث إن المنشأ والمضى فيه غير متحد، أي: نفس ذلك الإشكال الذي طرحه على اعتبار كونه جزءاً ناقلاً.

كما ناقش الشقّ القائل بكونه كاشفاً بأنه وإن كان ممكناً ولم يكن ينافيه دليل الامضاء فإن الانشاء متعلق بالملكية بعد الموت وبالقبول يحكم بها فيكون من الشرط المتأخر لا محالة، إلا أنه يحتاج إلى الدليل في مقام الإثبات.

مناقشة كلام السيد الخوئي

إن ما قاله (من أن ذلك مخالف لأدلة الوفاء بالعقد) مخدوش كما هو واضح، فإنه حسب القول بشرطيته لا يكون عقداً حتى نستشكل عليه بأنه مخالف لدليل العقداً وأما ما قاله من عدم الدليل على كونه شرطاً ناقلاً أو كاشفاً فهو صحيح وفي محله.

القول الثالث: أن قبول الموصي له يُعدّ كجزء من السبب المملك والذي كان الجزء الآخر منه الوصية، وهذا قول الإمام الخميني^(٤٨).

والفرق بينه وبين القول الثاني أن الملكية حسب القول الثاني تحصل بصورة متزلزلة بمجرد موت الموصي، بخلاف هذا القول الثالث، فإنه يقتضي حصول وضعين إثنيين، أحدهما بات والآخر أمر لا يكتمل إلا بالقبول، أما الأول، فهو تلك الأحكام التي شرعها الإسلام للوصية مثل الحكم بحرمة التبديل، فإنها بمجرد الوصية يتحقق موضوعها، وأما الثاني: فهو تملك الموصى له للمال، فإنه متوقف على قبوله، قال الإمام

الخميني والذي هو القائل بهذا القول: «الظاهر أن تحقق الوصية وترتب الأحكام عليها من حرمة التبديل وغيرها لا يتوقف على القبول لكن تملك الموصى له متوقف عليه، فلا يملك قهراً فالوصية من الإيقاعات لكنها جزء سبب لحصول الملك للموصى له»^(٤٩).

وعلى أي حال فإن الأمر الثاني، أي الملكية لا تحصل بموت الموصي ولو بصورة متزلزلة؛ انطلاقاً من أن الوصية تمثل أحد جزئي السبب فحسب، فلا بد من حصول الجزء الآخر منه - أي: القبول - حتى يكتمل السبب بكلاً جزئياً، فتحصل الملكية به.

وكما هو معلوم يتبنى هذا القول أن الوصية من الإيقاعات. وكما ترى إن هذا القول جمع بين الدليلين وهما: دليل نفوذ الوصية الذي له الدلالة على كون الوصية وأحكامها من حرمة تبديلها و... تتحقق من دون توقفها على القبول، والدليل القائل بعدم تحقق الملكية القهرية.

مناقشة هذا القول

إن الشرع عند ما أعطى حكمه البات للوصية من تحققها، فما ذا يعني هذا التحقق، هل «التحقق غير المتوقف على القبول» له معنى غير ما يفهمه العرف من لزوم حصول الملكية للموصى له من دون قبوله؟ فلو كان الشارع يريد معنى غير ذلك فعليه أن يبرزه بطريق يعلم منه أنه كان قد قصده، ومن جهة أخرى إن تبني عدم الملكية القهرية، لو كان بمعنى أنه لا يمكن ذلك أصلاً، فجوابه أنها قد وقعت في الشرع في مثل الإرث، ولو كان المقصود أنه يمكن أن تقع ولكن وقوعها منوط بوجود دليل عليها، فنقول إن إطلاقات الشرع في نفوذ الوصية بل الأدبيات الباتة التي استخدمها في مجال تحقق الوصية خير دليل على ذلك.

إلى هنا ثبت أنه لا اعتبار للاتجاه الأول رغم أنه هو رأي الأكثرية من الفقهاء. ولقد أجاد المحقق اليزدي في قوله: «والانصاف أن كون الوصية مطلقاً من

الايقاعات أوفق بالقواعد ، وإن كان مخالفاً للمشهور بل الاتفاق، الا أن مثل هذا الاتفاق لا يثمر شيئاً...

الاتجاه الثاني: الاتجاه القائل بعدم اعتبار القبول:

وهذا الاتجاه يذهب إلى أنه ليس للقبول أي دور من الأساس لا كجزء من الوصية ولا كجزء من السبب المملك ولا كشرط لانتقال الملكية. ويندرج تحته قولان، القول بمانعية الرد، والقول بعدم مانعيته. ويبدو أن هذا الاتجاه هو الصحيح بعد أن أبطلنا الاتجاه الأول، إلى هنا لا غبار عليه، غير أن هناك بحثاً حول مانعية الرد في نفس الوقت الذي نعتقد بعدم اعتبار القبول، والمقصود من المانعية هي مبطلية الرد للوصية على فرض حصوله، أي: الرد^(٥٠).

والفرق بين هذا القول والأقوال السابقة المندرجة تحت الاتجاه الأول أنه حسب هذا القول تحصل الملكية للموصى له بصورة غير متزلزلة أو على الأقل بصورة متزلزلة كانت درجة التزلزل فيها خفيفة وخافية جداً، بخلاف الأقوال السابقة، حيث إن الملكية حسب القولين منها - وهما الأول والثالث - لا تحصل أصلاً إلا بعد أن يصدر القبول من قبل الموصى له، إما كجزء من الوصية (وهو في القول الأول) أو كجزء من السبب المملك (وهو في القول الثالث)، في حين أن الملكية حسب القول الثاني تحصل بصورة متزلزلة هي بارزة وظاهرة جداً من حيث درجتها.

مناقشة القول بمانعية الرد:

هناك مجالان قابلان للطرح:

أولاً: ما هو الملاك في إتيان الرد كأمر مبطل للوصية؟ فنقول في ذلك: أن الرد يأتي حسب هذا المبنى كمانع، والمانع يأتي دائماً بعد حصول المقتضي وعليه فإنه لا مجال للرد قبل موت الموصي؛ لأنه لم يتحقق المقتضي للملكية، حيث إن الموت هو الذي يجعل إنشاء الوصية مقتضياً للملكية.

إذاً فإذا كان الرد قد وقع في هذه الحالة فله المانع، أما الرد الذي يحصل في زمن حياة الموصي فليس من المعقول إعطاء اعتبار له بعنوان المانع، فإنه يمنع عن أي شيء.

ومن هنا يبدو الفرق بين مكانه الرد قبل حصول الموت حسب المبنى الأول القائل بالعقدية، ومكانتها حسب المبنى الثاني القائل بعدم العقدية، فإنه يكون قاطعاً لاتصال القبول بالإيجاب حسب الأول، بينما أنه حسب المبنى الثاني لا يتصور له مثل هذا الأمر، حيث لم نعتبرها عقداً حتى يكون هناك إيجاب، فيلعب الرد دور العامل الذي يقطع بينهما، بل هنا لا بد أن يلعب دور المانع الذي يقطع بينها، كما أن المقتضي لم يحصل بعد.

لا يقال: إن المقتضي هنا تكون من جزئين، هما إنشاء الوصية، وموت الموصي.. والمانع كما يمكنه أن يحصل بعد اكتمال الجزئين فيمنع عن تأثيره، فكذلك يمكنه أن يجعل بعد حصول الجزء الأول فيمنع عن تأثيره كجزء من الجزئين، ونتيجة منه هذا أن الجزء الثاني إذا حصل لا يملك أي تأثير، حيث إن تأثيره إنما هو من خلال صيرورته ضمنية للجزء الأول، وذلك من جهة أن المفروض كون المقتضي متكوّنًا من جزئين يضم أحدهما للآخر. والفرق بين المانع الذي يحصل بعد حصول تمام المقتضي مع المانع الحاصل بعد حصول جزء من الجزئين المكوّنين للمقتضي: أن الأول يمنع عن تأثير المقتضي بينما الثاني يمنع عن حصوله، فلا حصل حتى يؤثره ففي الأول يحصل المقتضي، ولكن لا يؤثر؛ لوجود المانع، وفي الثاني لا يحصل إلى وقوعه في مرحلة التأثير؛ لعدم حصوله بعد، ومثله أقوى من المانع عن التأثير.

فإنه يقال: هذا صحيح ومضبوط فيما إذا تصور المقتضي والمانع في الأمور التكوينية، ولكنهما لو صوراً من قضية اعتبارية مثل الذي نحن فيه فلا بد من النظر إلى الاعتبار وما ينعكس وينطبع فيه لدى المعبرين العقلاء.

وبالإمكان أن يقال: إن العقلاء لا يرون للرد دوراً في المنع إلا فيما إذا حصل

الموت، فواجه الموصى له لملكية متوجهة إليه كانت على مستوى الملكية الاقتضائية، أما قبل موت الموصي فلا يرون المقام مقام الردّ أو القبول، فليست هناك ملكية حتّى على مستوى الاقتضاء لكي يأتي الردّ ويلعب دوره في تأثير المقتضي النهائي. وعليه فليس هناك مقتض لى العقلاء قبل حصول الموت.

وبما أنّ العقلاء لا يحلّلون ولا يفكّكون المقتضي إلى مرحلتين: مرحلة حصول جزء منه وهو الإنشاء، ومرحلة حصول تمام المقتضي وهو ما يقع بعد الموت، فلا يبقى مجال للبحث عن تأثير الردّ في المنع عن حصول المقتضي فيما إذا حصل هذا الردّ قبل الموت.

وعلى أيّ حال، فمقام الاعتبار يختلف عن مقام التكوين، فإنّ التكوين تسوده قوانين لا يمكن ولا يصحّ القول بمجيئها لقضايا اعتبارية.. فمثلاً: إذا اكتمل المقتضي في الأمور التكوينية فجاء المانع فإنّه وإن كان يمنعه عن التأثير غير أنّ المقتضي لا يزال باقياً على كونه مقتضياً، فلا يزول تكويناً، في حين أر الذي نشاهده هنا أنّ الردّ - والذي نراه ونعتبره مانعاً - إذا حصل بعد موت الموصي فإنّه يؤثر لا فقط في منع الوصية في إيجاد الملكية للموصى له بل في إبطال الوصية من أصلها، وليس هذا إلّا لما للعقلاء أو الشرع من وجود هذا الاعتبار، أي: اعتبار بطلان الوصية.

ولو كان القانون السائد على التكوين سائداً هنا أيضاً لكان من اللازم أن تبقى الوصية باقية على اعتبارها كمقتضي، بمعنى أنّه لو ردّ ابتداءً ثمّ قام بالقبول بعد الردّ لكان من الواجب أن تنفذ الوصية، فتحصل الملكية للموصى له انطلاقاً من حصول قاعدة (وجود المقتضي وفقدان المانع).

إن قيل: إنّ قضية تطبيق قاعدة الحكم بتأثير المقتضي فيما إذا كان المنع مفقوداً ممّا توجد ملامحة في الفقه والأصول على مستوى بارزة، وقد بلغ ذلك إلى حدّ دخلت هذه القضية في الأدبيات الفقهية القوية، فكيف ينكر هنا المشي على أساسها؟ وممّا يدلّ على أنّ المشي كان وفقاً لهذه القاعدة ذهابهم إلى تأسيس قاعد أخرى لموارد الشكّ في وجود المانع، فقالوا: إنّ لو أحرز وجود المقتضي وشكّ

في وجود المانع عن تأثيره يحكم بتأثيره وعدم الاعتناء بالشك في وجوده، كما إذا علمنا ملاقة النجاسة مع الماء - والتي هي تقتضي نجاسة ذلك الماء - ولم يمنع مانع عن تأثير هذا المقتضي، ولكننا شككنا في المانع - وهو كون الماء كراً - فيحكم بعدم المانع، فيعتبر الماء نجساً^(٥١).

فإنه يقال في الجواب: إن القواعد والقوانين المطبقة على الأمور الكونية والتكوينية قد تمّ المشي على أساسها في الأمور الاعتبارية ولكن نوضح ذلك نقول: هناك بحث لدى الأصوليين والفقهاء حول إعمال هذه القوانين في الفقه والأصول، فظهر اتجاهان كبيران:

الاتجاه الأول: نفي أي إعمال لهذه القواعد والقوانين. وأصحاب هذا الاتجاه كثيرون، وقد انتشر هذا الاتجاه في كلماتهم في الفقه والأصول عندما واجهوا إعمالها من قبل البعض، فقالوا: هذه قواعد عقلية لا سبيل لها إلى الأمور الاعتبارية.

الاتجاه الثاني: قبول إعمالها في الفقه والأصول، وقد نجد الكثير منهم يكتفون من إعمالها، سيما في علم الأصول. وقد بلغ هذا الأمر بهم إلى حدّ حاولوا فيه معالجة الكثير من القضايا عن طريق إعمال الدقة العقلية واللجوء إلى القواعد الفلسفية.

فما هي الحقيقة إزاء هذه المقولة، وأي اتجاه من الاتجاهين هو المختار؟ الذي يجعل هذه القضية أشدّ تعقيداً هو أنّ الكثير ممّن تعودوا استخدام الأدبيات الفلسفية بل وإعمال القواعد العقلية قد يتخذون مواقف حاسمة ضدّ ظاهرة اللجوء إلى الفلسفة.

ولعلّ هذا التشويش ينشأ من التشويش الموجود حول أصل قضية إعمال القواعد العقلية في الفقه والأصول، بمعنى أنّه لم يتمّ بحث دقيق في هذه المسألة. ويمكن حلّ هذه القضية بالذهاب إلى التفصيل بين مجالين، وهما:

أ. ما يكون مصباً للاعتبار، فليس للقواعد العقلية في مثله مجال أصلاً، بل زمام أمره بيد ما يعتبره المعبر، ومن أراد في مثل هذا المجال معالجة وتحليل القضايا والأمور في اللجوء والرجوع إلى القواعد العقلية فإنّه بالقدر

الذي يعمل تلك القواعد يبعد عن الواقع الذي هو ما اعتبره المعتبر، أي:
الشارع.

ب. ما يكون كمقدمات تنتهي إلى حصول الاعتبار، وهذا المجال يمكن بل يتوجب علينا فيه أن نستخدم ونعمل القواعد العقلية، وليس ذلك إلا لأن هذه المقدمات هي أمور كونية وتكوينية؛ لأننا لا نتكلم في هذا المجال عن الذي اعتبره المعتبر أو عن حدود وقيود اعتباره، بل نتكلم عن أصل حصول الاعتبار، وهو كما هو واضح أمر تكويني، ففرق بين أصل حصوله ومحتواه. فعندما يقوم شخص باعتبار فهذا الذي يحصل منه نفسه أمر تكويني؛ لأنه قبل أن يقوم بهذا الاعتبار لا وجود له من عالم الكون والواقع، فإذا قام به لبس لباس الوجود، في حين أن الذي يشكل محتوى اعتباره هذا هو أمر غير تكويني.

ومثال هذه المقدمات التي يمكن للأصول أن يتحرك في إطار القواعد الفلسفية لحلها ومعالجتها والكشف عنها قضية الإرادة والكرهية، فإنه بالإمكان أن نعمل حول هذه القضية قاعدة اجتماع الضدين، فننتقل من هذه القاعدة إلى استحالة اعتبار حكمي الوجوب والحرمة معاً من ناحية شخص واحد، فالوجوب والحرمة وإن كانا أمرين اعتباريين، غير أن اعتبارهما معاً لا بد وأن يحصل لشخص فيما إذا حصل لديه المبدأ المضادان، وهما الكراهية والإرادة، فالأصولي كي يركز على أصل حصول الاعتبار كأمر تكويني عليه أن يتخذ موقفاً على أساس قاعدة عقلية.

ويمكن أن نمثل لاستخدام بعض التحليلات العقلية في تعيين وحسم الحكم الشرعي الذ هو من الاعتباريات محاولة البعض لإثبات وجوب دفع المنكر من خلال إثبات أن حقيقة النهي عن المنكر هي الدفع لا الرفع^(٥٢).

فمثلاً: إنه لو بدأ شخص ما بشرب الخمر فالجرعة الأولى التي شربها لا معنى لزجره عنها، فإن ما تم عمله كيف يزجر الشخص عنه؟! فالنهي عن المنكر إنما يعقل بالنسبة إلى ما لم يشربه بعد، ومعلوم أن الزجر عما لم يشربه بعد هو ليس إلا

الدفع لا الرفع. وإذا كانت حقيقة النهي عن المنكر هي الدفع فيستفاد من أدلته وجوب دفع الأشخاص عن المنكرات قبل بدئهم بها.

غير أن بعضهم ناقشوا في مثل هذه المحاولة: بأن حقيقة النهي - والذي أصبح موضوعاً لدليل النهي عن المنكر - ليست إلا ما يتم ويتحدد في إطار عرفي، وعليه فإنه يعني ما بدأ بمعصيته ما لا بدّ على الكلّ كواجب كفائي زجره عن هذه المعصية التي بدأ بها، فإنّ هذا الزجر وإن كان يرجع في تحليل عقلي إلى دفعه عما بقي من المعصية، غير أنّه ليس من المعقول والصحيح أن نقول: لما كان مرجع هذا الزجر إلى الدفع، فنستفيد من ذلك أنّ موضوع دليل النهي عن المنكر هو لدفع، فنُدعي انطوائاً من ذلك أنّ علينا دفع كلّ من لم يبدأ بالمعصية عنها بأن نجبره على ذلك، وهذا من موارد استخدام التحليل العقلي في تعيين متعلّق الاعتبار الشرعي.

إن قيل: لو كان الأمر كذلك فلماذا يركّز كثيراً في الفقه والأصول على العقل والعقلاء، فإنّه من خلال هذا التركيز يتحدّد ويتعيّن متعلّق الاعتبار الشرعي؟ قلنا:

أولاً: هناك فرق بين العقل والعقلاء، فإنّ العقلاء تكون أحكامهم في الكثير من الأحيان من سنخ وجنس الأمور الاعتبارية، حيث إنّه ينطلقون من الواقع المعاش في الحياة الفردية والاجتماعية، فيقولون بأحكام في هذا الإطار، فربّما يوجد في أحكامهم ومركزاتهم شيء من التسامح، وهذا يعني أنّهم يراعون مقام الاعتبار وقواعده وقوانينه، وبذلك يتبعدون هم عن التدقيقات العقلية، وأمّا العقل فهو لا يستخدم حكمه في تعيين المتعلّق الشرعي إلا في باب واحد، وهو ما إذا كان مجالاً لقاعدة الملازمة العقلية، وهذه ملازمة بين واقعين خارجيين، وهما: ما حكم نفسه به، وما حكم به الشارع.. فالعقل حينئذٍ لا يعيّن متعلّق الاعتبار الشرعي بل يقول بأنّه في هذا المجال أو ذاك المجال أجد ملازمة بين حكمي وحكم الشارع، وهذا غير ما ذكرناه سابقاً من أنّ القاعدة العقلية لا يمكن استخدامها في تعيين متعلّق الاعتبار الشرعي، فإنّ تلك تعيّن أنّه لو كان متعلّق الحكم العقلي ما

يرتبط بأمر تكويني فإنه ليس من الصحيح أن نجرّ ذاك الحكم العقلي إلى عالم الاعتبار لمعالجة قضاياها، مع أنه في المقام نجد العقل جعل متعلّق حكمه الصلة بين ما أصدره من حكم وما أصدره الشارع من حكم، فحكم بالملازمة.

وبيان آخر: إنّ العقل هنا عندما يحكم بالملازمة يصدر حكمه هذا من منطلق علمه وتوجّهه والتفاتة إلى اقتضاءات عالم الاعتبار، فيحكم بأنّ معتر الشارع يتعيّن في كذا، فمتعلّق حكمه في الواقع هو أنّ حكم الشارع متعيّن في كذا، بخلاف غير ذلك من الموارد، فإنّنا هناك نريد بصدور الحكم من العقل أن تقوم بعملية تعيين حكم الشارع على أساس ما للعقل من حكم، فليس هناك متعلّق حكمه كون حكم الشارع متعيّن في كذا، بل نحن وراء حكم العقل، نريد الاعتبار، يعني أنّ العقل يعرف أنّه بالإمكان أن يتمّ حكم الشارع كذا أو كذا بمعنى أن يعلم أنّ هناك بدائل في عالم الاعتبار، ويعلم أنّه لو كان له حكم هو أو هذه البدائل فليس من المتعيّن أن يكون هذا الحكم هو ما اختاره الشارع أيضاً، بل يحتمل على أساس المرونة المتوقّرة في عالم الاعتبار أن يكون حكم الشارع أمراً غير ما حكم به، ولكنّه عندما يحكم بالملازمة يحكم في الحقيقة بأنّه ليس أمام الشارع خيارات وبدائل، بل يتعيّن عليه اختيار حكم، وهو الذي قد حكم به أيضاً.

فثبت إلى الآن حسب هذا البيان أنّ الرّدّ للوصية لا اعتبار به لو كان قد حصل قبل حصول الملكية، والذي هو موقوف مع موت الموصي، بل الرّدّ يؤثّر في إبطال الوصية فيما إذا حصل بعد الموت الموصي.

والسؤال الذي نواجهه هو: إنّ الفرصة الأخيرة التي يمكن القيام بالرّدّ فيها ما هي؟ وبيان آخر: السؤال هو: أنّ الرّدّ المؤثّر يمكن القيام به إلى متى؟

والذي أسلفناه هو التحدّث عن مرحلة البدء بالرّدّ المؤثّر، وقلنا هناك: إنّ ما دام لم تحصل الملكية لا يكون الرّدّ مؤثّراً. ونقول هنا إزاء هذا السؤال: إنّ ما حصلت الملكية واستقرّت - بمعنى أنّ المال أصبح جزءاً من أمواله - فلا مجال لرّد الوصية، وإلاّ لكان من الممكن إلى آخر عمره أن يردها، وفيه ما ترى، وبين

المرحلتين - أي: مرحلة عدم حصول الملكية ومرحلة استقرارها - مرحلة تحصل فيها الملكية، غير أنها غير مستقرة، وهذه المرحلة تبدأ من حين موت الموصي، وتنتهي بحصول أي فعل أو موقف يجعل الملكية مستقرة، أمّا الفعل هو القبض، وأمّا الموقف فهو أن يقوم بقبول الوصية وقبل أن يتم هذا العامل المسبب لاستقرار الملكية يمكنه الرد.

ومن هنا نحصل على الإجابة لسؤال آخر نواجهه في المقام، وهو: أنه هل يمكن الإقدام على الرد فيما إذا تمّ منه القبول أو لا؟

والجواب هو: إن القبول حسب المبنى الذي كان بحثنا الآن على أساسه وإن لم تكن له شرطية أو ركنية، غير أنه مع ذلك لو وقع منه فهو يعني عملية زوال المجال الذي يقع فيه الرد. فإن الرد يأتي فيما إذا كان هناك ترديد في البين، بمعنى أن له حقاً في أن يردّه، وهذا يحدث ترديداً، والذي يقضي على هذه التردد شيئان: أولاً: عدم إبراز الرد، فعدم الرد لو طال زمنه العرفي فلا يبقى له مجال.

ثانياً: القبول، فلو قبل يزول كل ترديد. فالقبول إذا حصل يجعل الملكية مستقرة بشكل قطعي، فلا يبقى مجال لردّ بعده.

وعليه، فإن استقرار الملكية يحصل بأحد الطريقتين.

الأول: أن لا يقوم بالردّ وقبض المال.

الثاني: أن يقبل الوصية وإن لم يقبض المال، فالقبض إنما يعتنى به فيما إذا كانت له إمكانية الرد، فإذا قبض في هذه الحالة بدل أن يردّ تستقر الملكية به، أمّا القبض فيما إذا قام بالقبول (والذي يزول به التردد، أي: يثبت أنه لا فقط لا يريد أن يردّ، بل إنه لا ترديد له من جهة القبول أو الرد، فهو يحسم له) فلا دور له في جعل الملكية مستقرة، حيث إن الاستقرار قد حصل قبل القبض.

والذي القبض إنما هو مختصّ بالمجالات التي هي من العقود، أي: التي يكون القبول شرطاً أو ركناً، فيقال بالقبض لحسم العقد وخروجه من الجواز

وانتقاله إلى مرحلة اللزوم، أمّا مسألتنا هذه فلا تنسى أن بحثنا فيها الآن يحصل على أساس المبنى القائل بعدم كون الوصية عقداً، بل الشيء الوحيد الذي هو موجود كأمر معتبر في البين هو مانعية الردّ.

إلى هنا قد بحثنا بحثاً ثبوتياً حول مانعيته، والآن ننقل إلى ما يوجد في مقام الإثبات من الأدلة في ذلك، فنقول:

هناك أدلة ثلاثة لابدّ من بيانها والانتهاء إلى نتيجة في البحث عنها، وهي:

١ - عدم الخلاف في مانعية الردّ فيما إذا حصل بعد الموت.

٢ - قاعدة (الناس مسلطون على أموالهم).

٣ - إطلاق الآية الشريفة الواردة في الوصية: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٥٣).

فلو استندنا إلى الثالث فمقتضى إطلاق هذه الآية رفع مانعية الردّ، بمعنى أنّه كما يتمسك بهذا الإطلاق وترفض ركنية أو شرطية القبول، فكذلك يستند إليه لرفض مانعية الردّ، في حين أنّ مقتضى الدليلين الأولين هو ثبوت المانعية للردّ.

ربّما يقال: بأنّ تلك القاعدة العقلانية لا مجال لها ما دام إلى جانبها هذه الآية حيث إنّ السيرة أو المراكز العقلاني يؤخذ بهما ما دام لم يمنع الشارع عنه.. هذا بالإضافة إلى أنّ تلك القاعدة حتّى لو استقرت وحصلت كقاعدة مسلمة من جهة أنّ الفقهاء قد اصطادوها من هنا وهناك للفقهاء ومطابق الروايات، فإنّها لا تعدو أن لا تكون قاعدة لها الشمولية والعمومية، غير أنّ هذا الإطلاق دليل خاصّ يخصّص تلك العمومية والشمولية، فيبقى في البين إطلاق هذه الآية وعدم الخلاف.

إلاّ أنّ هذا محلّ مناقشة من ناحيتين:

الأولى: إنّّه لا مجال لجعل إطلاق الآية مخصّصاً لقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» الأمر الذي لو حصل لكانت نتيجته عدم مانعية الردّ.. ذلك لأنّه - كما

حقّق في محلّه - إذا تعارض مطلق وعام فالترجيح للعام^(٥٤)، وحيث إنّ دلالة العام على العموم على أساس الوضع، فهو ظهور تنجّزي قطعي، في حين دلالة المطلق على الإطلاق إنّما تتضمّن من خلال إطار تمامية مقدّمات الحكمة، والتي منها عدم وجود ما يمكن أن يكون قرينة على التقييد، وبما أنّ العموم ما يصلح لهذه القرينية، فلا ينعقد الإطلاق عندما يكون في البين عموم يصلح أن يقيد هذا الإطلاق.. وعليه فإنّ القاعدة والآية وإن حصل بينهما التعارض في مادة الاجتماع قام الموصى له بالردّ بعد الموت، إلّا لأنّنا نرفع اليد عن إطلاق للآية ونرجّح جانب القاعدة، فتبرز هذه النتيجة التي هي مانعية الردّ بعد موت الموصي.

بيد أنّ هذه المناقشة يمكن ردّها بأن يقال: إنّّه صحيح أنّ التعارض إذا حصل بين العموم والإطلاق فإنّه يرجّح جانب العموم، ولكنّ المقام ليس من صغريات هذه القاعدة؛ لأنّ القاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم» وإن كان لها عموم، إلّا أنّ هذه العمومية قد حصلت في جانب الناس، حيث دخلت اللام على كلمة (الناس)، فكلّ الناس إذا لهم التسلّط على أنفسهم، ولكنّ لا تنفعنا هذه العمومية فيما نحن بصدده هنا، فإنّ الذي نريده هنا العمومية في ناحية التسلّط، بمعنى أنّ أنحاء من قبل الموصى له هي التي نريد عمومها.

ومن المعلوم أنّ القاعدة لا تتضمّن أداة من أدوات العمومية من هذه الجهة، فلو كانت هناك شمولية في هذه الجهة فإنّما هي بإطلاق، فلا يكون هناك تعارض العموم والإطلاق بينهما.

الثانية: صحيح أنّه قد يخصّص إطلاق المطلق الشمول الحاصل في جانب الدليل المقابل له، ولكن هذا صحيح فيما إذا لم يكن ذاك الدليل المقابل للمطلق ذا جذور في المرتكز العقلاني، فإذا كان الأمر كذلك فلا مجال لجعل المطلق مخصّصاً لذلك الدليل.

والحقيقة أنّ تسلّط الناس على أنفسهم أمر متجذّر في المرتكز العقلاني، وعليه فلا يثبت إطلاق في المقام للآية من هذه الناحية، فإنّ الردّ مانع حسب الرؤية

العقلانية، فلا يبقى مجال الانعقاد الإطلاق، والذي يتمّ ثبوته في إطار الفهم العرفي، فإنّ العرف لو كانت لهم تلك الرؤية القائلة بمانعية الردّ حسب المرتكز العقلاني لهم فكيف يفهمون إطلاقاً للآية من جهة عدم مانعية الردّ؟

وقضية تحدّد الأدلة بإطار المرتكزات العقلانية يبلغ إلى حد يمكن القول: إنّه لا يتمّ حتّى العمومية فيما إذا حصل في البين مرتكز عقلائي على خلافه، فضلاً عن الإطلاق. نعم، لو صرح الشارع بما هو خلاف للمرتكز العقلاني يؤخذ به، أمّا الشمولية - سواء حصلت على أساس ألفاظ العموم أم على أساس الإطلاق - فهي لا تحصل ما دام في البين مرتكز عقلائي. ودليل ذلك أنّ الشمولية إنّما تثبت بلحاظ قاعدة أصالة الظهور، والظهور منف فيما إذا كان هناك مرتكز على خلافه، فالنتيجة: أنّ القاعدة تثبت في المقام المانعية للردّ الحاصل بعد الموت.

هذا بالإضافة إلى أنّ ما حصل بين الفقهاء من إجماع أو على الأقلّ عدم خلاف في مانعية الردّ الحاصل بعد الموت يقوّي هذا الموقف، أي: مانعية الردّ بعد الموت. هذا في مقام الإثبات كنتيجة نهائية نحصل عليها.

ولو لم نقبل رفع اليد عن إطلاق الآية الشريفة في مادة الاجتماع بينها وبين إطلاق القاعدة، بل قلنا: إنّ هذين الإطلاقين حكم تعارضهما يتعيّن على أساس القاعدة القائلة بأنّ (المطلقين يتساقطان في مادة الاجتماع)^(٥٥)، فماذا تكون النتيجة؟ وقبل أن نجيب على هذا السؤال ينبغي أن نطرح قضية تساقط الإطلاقين في مادة الاجتماع، فنقول:

هذه القاعدة في محلّها، وليس الأمر مختصّاً بتعارض العمومين فقط، بل المطلقان كذلك أيضاً.

إلا أنّ هناك شيئاً لا بدّ من الالتفات إليه في قضية تساقط المطلقين، وهو أنّ المطلقين لا يتساقطان في مورد، وهو ما إذا كان تقديم أحد المطلقين موجّباً لأنّ تُهمل وتغلى الخصوصية الكامنة للطرف المقابل من الرأس والأساس فإنّه يقدّم ذاك الطرف الذي يمتلك هذه الخصوصية، ولا يحكم بتساقط الطرفين.

وكمثال على ذلك تعارض ما يدلّ على أنّ بول وخرء الطائر طاهر، وما يدلّ على أنّ بول وخرء غير مأكول اللحم نجس. وكما هو معلوم فإنّ هذين الدليلين يتعارضان في مادة اجتماعهما، وهو ما إذا كان هناك طير غير مأكول اللحم، والذي له خصوصية في المقام هو الدليل الأوّل الذي يدلّ على طهارة بول وخرء الطائر، وهذه الخصوصية يكشف عنها من خلال عملية تقديم الطرف المقابل له، أي: ما يدلّ على نجاسة بول وخرء غير مأكول اللحم؛ وذلك لأنّ تقديم هذا الطرف ينتهي إلى أنّ تهمل وتلغى خصوصية دخالة الطير في الطهارة، فإنّ الطير إمّا أن يكون مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم، وبما أنّ مأكول اللحم طاهر مطلقاً (أي: سواء كان طيراً أم غير طير)، فلو حكمنا هنا بنجاسة بول وخرء غير مأكول اللحم فهذا يعني أنّ دخالة الطير في الطهارة قد ألغيت كأنّها لم تكن شيئاً، مع أنّ الدليل ظاهر في دخالة الطير في الطهارة، وهو دليل له قوة أكثر من الظهور الإطلاقي. وعليه فنحن لا تقدّم الطرف المقابل، بل تقدّم جانب الدليل الدالّ على طهارة بول وخرء الطير.

في حين أنّه لو قدّم هذا الطرف وحكم بسقوط إطلاق الطرف المقابل - أي: ما دلّ على نجاسة بول وخرء غير مأكول اللحم - فلا تحصل هذه المشكلة، حيث إنّ غير مأكول اللحم ليس مورده الطير فقط بل هناك حيوانات أخرى غير الطير وهي ممّا هو غير مأكول اللحم، فيبقى الدليل نافذاً وقابلاً للتطبيق في غير هذا المورد الذي هو مادة الاجتماع.

والسؤال الذي نواجهه هنا هو: هل يكون أحد الإطالقين ذا هكذا خصوصية حتّى يرجّح على غيره أو لا؟

والحقيقة أنّهما ليسا كذلك، فإنّ إلغاء العمل بإطلاق الآية في المقام - والذي يعني اعتبار المانعية للردّ - لا ينتهي إلى إلغاء مضمون الآية من الرأس؛ لأنّ نفوذ الوصية - وهو مقتضى الآية - لا يتمثّل فقط في قضية رفض المانعية للردّ حتّى أنّه ألغى هذا الرفض لبطل النفوذ من الأساس، وكذلك إطلاق القاعدة؛ لأنّه لو لم يعمل بها في المقام - أي: لم نعتبر المانعية للردّ - فإنّه لا يبطل مضمون هذه القاعدة من

الأساس؛ حيث إنَّ السلطنة على النفس ليس لها فقط هذا المصدق، بل هناك موارد أخرى هي كثيرة لا يمكن عدّها، وعليه ليس هناك ترجيح لأحد الإطلاقين على الآخر من هذه الجهة.

ويمكن ذكر مرجّح في المقام يترجّح به الإطلاق الكامن في جانب القاعدة، وهو كون إطلاقه متجذّر في المرتكز العقلاني، بخلاف إطلاق الآية، فإنّه لا يملك هذه الخصوصية، بل قد حصل على خلاف ما للعرف من المرتكز، وهذه الخصوصية - والتي هي لإطلاق القاعدة - تجعله راجحاً على إطلاق الآية.

وهذا الكلام صحيح لو لم نقل - وذلك كما ذكرنا سابقاً - بأنَّ الإطلاق لم ينعقد ما يكون على خلافه مرتكز عقلاني، فإنّنا لو ننطلق من ذلك لكانت النتيجة عدم التسليم بانعقاد الإطلاق للآية في قضية الردّ، فإنّ الردّ حقّ للموصى له حسب المرتكز العقلاني، فلا يمكن للشارع أن يبطل هذه المانع للردّ بالاعتماد على الإطلاق، حيث إنّّه لا ينعقد مع وجود ذلك المرتكز. نعم، يمكنه أن يرفضه بالاعتماد على قول صريح، وعليه لا يبقى إطلاق للآية. نعم، لو لم نسلّم بهذا المنطلق وقلنا بأنَّ الإطلاق يمكنه أن ينعقد في نفس الوقت الذي يوجد على خلافه مرتكز فإذن ينعقد للآية إطلاق، فيقابل إطلاق القاعدة.. غير أنّنا في هذا الحين يمكننا أن نرجّح إطلاق القاعدة من جهة أنّه متجذّر في مرتكز عقلاني، حيث إنّّه من البديهي كون مثل هذا الإطلاق أقوى. ولا يخفى عليك أن جعل المرتكز عاملاً مرجّحاً للإطلاق هو غير جعله عاملاً يمنع عن إطلاق ما، وبين الأمرين فرق واضح كما يبدو.

وعلى أيّ حال، يعمل بإطلاق الآية لو سلّمنا بإطلاق لها. وحتى لو جئتم وحكمتم بعد ترجيح إطلاق القاعدة، بل قلتم بتساقط الإطلاقين، فهذا لا محيص عن القول بمانعية الردّ؛ حيث إنّنا نواجه في المقام إجماعاً للفقهاء على مانعيته بعد الموت، بإطلاق الآية لا يواجه القاعدة فحسب حتّى يقال بالتساقط وما يقتضيه، بل يواجه هذا الإجماع، ومع وجود هذا الإجماع فلا مجال للتمسك بإطلاق الآية.

إن قيل: إن القاعدة لا إطلاق لها، حيث إنها قاعدة عقلانية، والقواعد العقلانية تعتبر من الأدلة اللبّية، والذي يتصوّر في مثلها هو القدر المتيقّن، فيؤخذ به الإطلاق، وبعبارة أخرى: أنّه لو طرأ شكّ في اندراج حالة تحت شمول الدليل فالمرجع هو قاعدة الأخذ بالمتيقّن في الأدلة اللبّية لا الإطلاق، فإنّه المرجع في الأدلة اللفظية، وعليه كيف لوحظ للقاعدة إطلاق؟

قلنا: إن قاعدة (سلطنة الناس على أموالهم) وإن لم ترد في نصّ (آية أو رواية)، غير أنّها تستفاد من رواية نبوية كمفهوم الموافقة لها، ومفهوم الموافقة يتصوّر له الإطلاق.

وبيانه: هناك رواية نبوية مرسلة، وهي «الناس مسلّطون على أموالهم»^(٥٦)، وهذه الرواية مشهورة بين السنّة والشيعّة، وقد عمل الفقهاء بهذه الرواية منذ البداية إلى الآن، فضعف سندها مجبور بعمل الفقهاء على أساسها. وهذه الرواية تدلّ من باب الأولوية على سلطنة الناس على أنفسهم، حيث إن السلطنة على المال ليست أعلى مرتبة من السلطنة على النفس، بل وحتّى لا تكون مساوية لها بل مرتبتها أضعف من مرتبة السلطنة على النفس، بل يمكن القول بأنّها راجعة إليها، حيث إنّ ما دام لم تكن هناك للشخص سلطنة على نفسه فكيف تتحقّق له سلطنة على ماله؟! فمن منطلق كونه مسلّطاً على نفسه يكون مسلّطاً على ماله، فإنّه مسلّط على ماله من جهة أنّ هذا المال مال تلك النفس.

وعليه فإذا دلّ الدليل اللفظي على ثبوت السلطنة للشخص على ماله فهو يدلّ بصورة أولى على سلطنة الشخص على نفسه القاعدة القائلة سلطنة الشخص على نفسه تعدّ مدلولاً للرواية النبوية، فإذا كان كذلك أمكن تصوّر الإطلاق لها، حيث إنّ الإطلاق - كما حقّق في محلّه - ينعقد لما يدلّ عليه اللفظ أيّاً كانت هذه الدلالة، فالمدلول الالتزامي للدليل هو أيضاً يمكن أن يكون مصبّاً للإطلاق، فإذا سكّت المتكلّم ولم يقنّده بقيد وتوفّرت باقي الشروط انعقد له الإطلاق.

الهوامش :

- (١) توفي في القرن الرابع، سنة ٣٤٠.
- (٢) أنظر: بدائع الصنائع، أبوبكر الكاشاني، ج ٧، ص ٣٣٣؛ نقلاً عنه.
- (٣) توفي في القرن الخامس، سنة ٤٦٠.
- (٤) توفي في القرن الخامس، سنة ٥٩٨.
- (٥) المبسوط، ج ٤، ص ٣؛ السرائر، ج ٣، ص ١٨٣.
- (٦) توفي في القرن السادس، سنة ٥٨٧.
- (٧) بدائع الصنائع، أبوبكر الكاشاني، ج ٧، ص ٣٣٣.
- (٨) توفي في القرن السادس، سنة ٥٦٠.
- (٩) الوسيلة، ابن حمزة الطوسي، ص ٣٧٢.
- (١٠) توفي في القرن السابع، سنة ٦٧٦.
- (١١) توفي في القرن السابع، سنة ٦٩٠.
- (١٢) المختصر النافع؛ ص ١٦٣؛ كشف الرموز، ج ٢، ص ٦٦.
- (١٣) تكملة البحر الرائق، القادري الحنفي، ج ٣، ص ٢١١.
- (١٤) بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٧٤.
- (١٥) المغني، ج ٦، ص ٧٥.
- (١٦) أنظر: فقه السنة، السيد السابق، ج ٣، ص ٥٨٣.
- (١٧) مواهب الجليل، ج ٦، ص ٣٦٤.
- (١٨) لاحظ: المغني، ج ٦، ص ٤١٤؛ كشاف القناع، ج ٤، ص ٣٣٥.
- (١٩) أنظر: مواهب الجليل، الحطاب الرعيني، ج ٨، ص ٥١٣.
- (٢٠) وذلك في المادة الأولى من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م، وفي المادة ٢٠٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري.
- (٢١) مصطلحات الفقه، المشكيني، ص ٥٥٥.
- (٢٢) شرح قانون الأحوال الشخصية لخروفيه، ج ٢، ص ٣٠٦.
- (٢٣) بلغة الفقيه، ج ٤، ص ٥٣.
- (٢٤) كتاب الوصايا، تقرير بحث السيد الخوئي، للشيخ المفيد، ص ٢٥٥.
- (٢٥) لاحظ مصطلحات الفقه، ص ٥٥٦؛ تفصيل الشريعة ٣ (كتاب الوصية)، ص ١٣٥.
- (٢٦) تحرير الوسيلة، ج ٢، ص ٩٣.
- (٢٧) نسب ذلك أيضاً إلى سبيد بن المسيب والحسن البصري وطاوس وابن حنبل وداود والطبري وإسحاق بن راهوي وابن حزم، في شرح قانون الوصية، ص ١٩٤.
- (٢٨) انظر مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، ص ٦٧٩.

(٢٩) قانون الأحوال الشخصية السوري مادة ٢٥٧ / ١، قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة ١٨٢.

(٣٠) قانون الوصية المصري رقم ٧١ لعام ١٩٤٦.

(٣١) المغني ٦: ٤٤٠.

(٣٢) العروة ٥: ٦٤٣.

(٣٣) سؤال وجواب، السيد اليزدي: ٣٩١.

(٣٤) النجم: ٣٩.

(٣٥) بدائع الصنائع، أبو بكر الكاشاني، ج ٧، ص ٣٣٢.

(٣٦) سؤال وجواب، السيد اليزدي: ٣٩١.

(٣٧) بدائع الصنائع.

(٣٨) النساء: ١١.

(٣٩) الحقائق الناضرة، ج ٢٢، ص ٣٨٨.

(٤٠) والآيات الشريفة الواردة في الإرث التي تتضمن آية الوصية:

﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾ وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً * وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً * إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيراً * يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلهما النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه فلحكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلهن الثلثان مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حكيم * تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيه وذلك الفوز العظيم * ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين ﴿ نساء: ٨ - ١٥.﴾

(٤١) الحقائق الناضرة، ج ٢٢، ص ٣٨٦.

(٤٢) وسائل الشريعة ١٣: ٤٠٩.

(٤٣) نسب إلى المشهور في العروة الوثقى، ج ٥، ص ٦٥٢.

(٤٤) المغني، ٤٤٠.

(٤٥) كتاب النكاح، ج ٢، ص ٣٦٢.

(٤٦) نسب إلى الأكثر في المسالك، ج ٦، ص ١١٨؛ وإلى المشهور في الجواهر، ج ٢٨، ص ٢٥١.

(٤٧) نسب إلى المحقق الحلبي وجماعة في كتاب الوصايا والموارث للأتصاري، ص ٣٢.

- (٤٨) انظر العروة الوثقى، ج ٥، ص ٦٤٣.
- (٤٩) العروة الوثقى، ج ٥، ص ٦٤٣.
- (٥٠) قوّه الشيخ الطوسي في موضع من المبسوط، ج ٤، ص ٣٤ غير أنه ضعفه في موضع آخر من نفس المبسوط، ج ٤، ص ٢٨.
- (٥١) انظر: فرائد الأصول ٣: ٢٣٥، تحريرات في الأصول ٨: ٤٠٦ - ٤٠٧، أجود التقريرات ١: ٤٦١ - ٤٦٢، مصباح الأصول ٣: ٢٤١.
- (٥٢) راجع المسألة في: مصباح الفقاهة ١: ٢٩٤، فقه الصادق ١٤: ١٨٠ و ١٨٥.
- (٥٣) سورة البقرة ٢: ١٨٠.
- (٥٤) المعجم الأصولي ١: ٥٣٩ - ٥٤١.
- (٥٥) لاحظ: نهاية الدراية ٣: ٣٩٨ و ٤٢٠، منتهى الأصول ٢: ٥٨٨ و ٦١٦، شرح العروة الوثقى للشهيد الصدر ١: ٢٠٧.
- (٥٦) عوالي اللئالي ١: ٢٢٢ و ٢٠٨، بحار الأنوار ٣: ٢٧٢، وانظرها كقاعدة في: العوائد: ٥٨، تسهيل المسالك: ٩، تحرير المجلة ١: ٢٥٥.