

سد الذرائع

بين اعتبار الأصل التشريعي والاصطلاح المنهجي

د. محمد سنان الجلال



جامعة الأندلس
العلوم والتقنية

Alandalus University For Science & Technology

(AUST)

سد الذرائع بين اعتبار الأصل التشريعي والاصطلاح المنهجي

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .
وبعد، فإن قاعدة سد الذرائع لها أهمية عالية وأثر كبير في مجال استنباط الأحكام الشرعية، وقد حظيت باهتمام بالغ من الفقهاء قديما وحديثا، وكان لتطبيقها أثر بالغ الأهمية في مجالات الحياة العامة .

ومع أن هذه القاعدة أصل مهم في المحافظة على حمى الشرع من استباحة المتساهلين وتذرع المتحايلين الذين يرومون الوصول إلى مآربهم الشخصية بنكهة شرعية، متجاهلين أن الشرع سمح ببعض المخارج من أجل الخروج من مشقة زائدة أو حالة حرجة، استرسالا مع طبيعة الدين في رفع الحرج وتثبيت اليسر، وذلك ما يلغي استغلال سماحة الشرع في الوصول إلى انتهاك حرماته والتلاعب بأحكامه، لكننا مع ذلك نجد أن هناك جهات حملت قاعدة سد الذرائع ما لم تحتمل، وخرجت بها عن طبيعتها في سد المقاصد والأغراض السيئة، إلى غلو يؤدي إلى سد باب المباحات وإغلاق اليسر الذي امتن الله به على هذه الأمة، وميزها به عن سائر الأمم وقد قال سبحانه :
{ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر } البقرة (١٨٥) .

وبين هذا الإفراط في سد الذرائع والتفريط في فتحها كانت هذه الوقفات، حاولت من خلالها أن أصل إلى حقيقة الخلاف في إعمال قاعدة سد الذرائع، وتحديد المصطلح الذي وقع الخلاف فيه، وبيان أن الأئمة متفقون على أصل سد الذرائع، وأن الخلاف في ذرائع خاصة وفي التوسع بالتطبيق على بعض التصرفات التي لا تشملها قاعدة سد الذرائع .

وقد جعلت هذا البحث من تمهيد وأربعة مباحث وخاتمة على الترتيب الآتي:

- التمهيد في معنى الذرائع وتقسيماتها
- المبحث الأول: حجية سد الذرائع وتحرير محل النزاع، والأدلة العامة على حجيتها

- المبحث الثاني: بيوع الأجال وعلاقتها بمصطلح سد الذرائع
 - المبحث الثالث: موقف الإمام الشافعي من سد الذرائع
 - المبحث الرابع: تطبيقات على سد الذرائع
 - الخاتمة: مكانة سد الذرائع وأهمية أعمالها في الحوادث النازلة
- والله أسأل أن يلهمني الصواب وأن يهديني إلى سواء السبيل إنه نعم المولى ونعم النصير

التمهيد

معنى سد الذرائع وتقسيماتها

أولاً: المعنى اللغوي :

يتألف هذا المصطلح من جزأين، الجزء الأول كلمة "سد" وتعني في اللغة الإغلاق والردم، ويطلق السد على الجبل والحاجز^(١)، وفي التنزيل {وجعلنا من بين أيديهم سداً ومن خلفهم سداً فأغشيناهم فهم لا يبصرون} يس ٩) وهم جماعة من الكفار أرادوا بالنبي صلى الله عليه وسلم سوءاً فحال الله بينهم وبين ذلك، وسد عليهم الطريق الذي سلكوه^(٢).

أما الجزء الثاني فهو كلمة "ذرائع" وهي لغة : الوسيلة إلى الشيء والطريق إليه، وتطلق الذريعة على السبب إلى الشيء والموصل إليه^(٣).

ثانياً: المعنى الاصطلاحي :

إذا تناولنا كلمة الذرائع مجردة عن كلمة "سد" فإننا نرى أن هناك اتجاهين^(٤) لتعريف الذرائع:

أما الاتجاه الأول فقد لاحظ المدلول العام للكلمة، فاعتبر الذريعة هي الوسيلة للشيء، سواء كانت وسيلة إلى مباح أم إلى محظور، ومن أصحاب هذا الاتجاه الإمام

^١ - لسان العرب ٢٠٧/٣

^٢ - المرجع السابق

^٣ - القاموس الخيط ٢٤/٣ ولسان العرب ٩٦/٨

^٤ - ينظر اعتبار المآلات / ٢٤٤

القراي^(٥) فقد عرف الذريعة بأنها الوسيلة للشيء^(٦) وقال: "اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ويكره ويندب ويباح، فإن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج"^(٧).

كما أن هذا الاتجاه هو اتجاه شيخ الإسلام ابن تيمية^(٨) وتلميذه ابن القيم^(٩)، وقد قال ابن تيمية رحمه الله: "الذريعة ما كانت وسيلة وطريقاً إلى الشيء، لكن صارت بعرف الفقهاء عبارة عما أفضت إلى فعل محرم"^(١٠).

وأما الاتجاه الثاني فقد لاحظ المواضعة والاصطلاح وهم جمهور العلماء:

فقد عرف الباجي^(١١) الذريعة بأنها "السألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور"^(١٢)، وعرفها ابن النجار^(١٣)، بقوله: "سد الذرائع هي ما ظاهره مباح ويتوصل به إلى محرم"^(١٤)، ويقول الشاطبي^(١٥) "حقيقتها: التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة"^(١٦).

- ٥ - هو شهاب الدين أحمد بن إدريس القرابي المالكي كان بارعا في الفقه والأصول من مؤلفاته نفائس الأصول شرح الحصول وشرح تنقيح الفصول توفي سنة ٦٨٢ هـ ترجمته في الديباج المذهب ٢٣٦/١ والمنهل الصافي ٢١٥/١
- ٦ - شرح تنقيح الفصول ٤٤٨ والفروق ٢٦٦/٣
- ٧ - شرح تنقيح الفصول ٤٤٩
- ٨ - أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية الحافظ المجتهد صنف العديد من المصنفات منها رفع الملام عن الأئمة الأعلام ودرء تعارض العقل والنقل توفي سنة ٧٢٨ هـ
- ينظر شذرات الذهب ٨١/٦ وجلاء العينين ص/٥
- ٩ - هو محمد بن أبي بكر بن أيوب شمس الدين الإمام الحافظ الفقيه الأصولي النحوي تلمذ على ابن تيمية ولازمه من تصانيفه اعلام الموقعين وزاد المعاد توفي سنة (٥٧٥١ هـ) ترجمته في الدرر الكامنة ٢١/٤ والبداية والنهاية ٢٣٤/١٤
- ١٠ - الفتاوى الكبرى ١٧٢/٦ و اعلام الموقعين ١٣٥/٣
- ١١ - هوسليمان بن خلف بن سعيد الباجي أبو الوليد المالكي، فقيه أصولي من مؤلفاته في الأصول: إحكام الفصول، والحدود (ت ٤٧٤ هـ) ينظر الديباج المذهب ٣٧٧/١ وسير أعلام النبلاء ٥٣٥/١٨
- ١٢ - إحكام الفصول ٦٨٩-٦٩٠
- ١٣ - محمد بن أحمد بن عبد العزيز تقي الدين الفتوحى، ولد بمصر ونشأ بها صنف العديد من المصنفات ومنها الكوكب المنير وشرح وشرح منتهى الإيرادات (ت ٩٧٢ هـ) ينظر الأعلام ٢٣٣/٦ ومعجم المؤلفين ٢٧٦/٨
- ١٤ - شرح الكوكب المنير ٤/٤٣٣
- ١٥ - إبراهيم بن موسى بن محمد المالكي أبو إسحاق فقيه أصولي من مؤلفاته الموافقات والاعتصام توفي سنة (٧٩٠ هـ) ترجمته في الفتح المبين ٢/٢٠٤ وا لأعلام ٧١/١ ومعجم المؤلفين ١١٨/١
- ١٦ - الموافقات ٥/١٨٣

قال القرطبي^(١٧) والذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع^(١٨) ويقول ابن العربي^(١٩) وهو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محذور^(٢٠).

ويلاحظ أن المصطلح المركب هو الذي يتناسب مع الاتجاه الثاني؛ إذ إن كلمة السد لا تتناسب مع المعنى العام للذريعة إذا فسرت بأنها: ما كانت وسيلة للشيء سواء كان جائزاً أو محظوراً؛ لأن وسيلة الشيء الجائز تفتح ولا تسد، كما أن الوسيلة إلى الشيء الواجب يجب فتحها وهو ما يعبر عنه الأصوليون بـ "مقدمة الواجب" وحين نتناول المصطلح المركب يكون معنى سد الذرائع منع أمر جائز لكي لا يتوصل به إلى محذور، وهذا ما اختاره الشاطبي والقراي في تعريفهما للذريعة: فقد فسرها الشاطبي بأنها: "منع الجائز لئلا يتوصل به إلى الممنوع"^(٢١) ويقول القراي في تفسيرها: "حسم مادة وسائل الفساد دفعا له، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة إلى المفسدة منعنا من ذلك الفعل."^(٢٢) ونخلص بعد هذا إلى أن الذرائع في أصلها تعني الوسيلة إلى الشيء والطريق إليه سواء كان وسيلة إلى محذور أم إلى جائز ولكنها أصبحت في عرف الأصوليين تنصرف إلى الوسيلة المفضية إلى شيء ممنوع كما قرر ابن تيمية رحمه الله؛ لكن المصطلح الذي انتشر بين الأصوليين هو المصطلح المركب، ويقتضي ذلك أن نفسر الذريعة بما كان وسيلة إلى الحرام؛ لأنها هي التي يتأتى فيها معنى السد.

١٧ - محمد بن أحمد بن أبي بكر أبو عبد الله القرطبي الفقيه المفسر المحدث من مؤلفته: الجامع لأحكام القرآن في التفسير والناسخ

والمسوخ وشرح أسماء الله الحسنى توفي سنة (٦٧١هـ) ينظر الديباج المذهب ٣٠٨/٢ وشجرة النور الزكية ص/١٩٧

١٨ - الجامع لأحكام القرآن ٥٧/٢-٥٨

١٩ - محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الأندلسي المعروف بأبي بكر ابن العربي من أئمة المالكية فقيه أصولي مفسر أديب متكلم

من مؤلفاته أحكام القرآن والإنصاف في مسائل الخلاف (ت ٥٤٣هـ) ينظر وفيات الأعيان ٤٢٣/٣ والديباج المذهب ٢٥٢/٢

٢٠ - أحكام القرآن لابن العربي ٢/٢٦٥

٢١ - الموافقات ٣/٥٦٤

٢٢ - شرح تنقيح الفصول ص/٤٤٨

ويبقى هذا المصطلح عرفاً أصولياً لأن المعنى العام للذريعة هي الوسيلة مطلقاً ولا يتناسب اقترانها بالسد إلا بافتراض أن تكون الوسيلة مفضية إلى محرم، فكان المتبادر إلى الذهن عند إطلاق "سد الذرائع": منع الوسائل المفضية إلى المحظور.

يقول الدكتور عبد الله التركي: " المراد بسد الذريعة: منعها على المكلف حتى لا يتوصل بسببها إلى المحرم فهي وإن كانت جائزة في حد ذاتها لكنها تحرم لما تفضي إليه، ولو تجردت عن ذلك الإفضاء لبقيت على جوازها ولما منع المكلف منها^(٢٣) .

ولعل أصحاب هذا الاتجاه الثاني المتقدم آنفاً لاحظوا هذا المعنى العرفي ففسروا الذريعة بما كان ظاهره الإباحة ويتوصل به إلى محرم.

ويظهر لي أن هؤلاء الذين قصروا الذريعة على ما كان ظاهره مباحاً ويتوصل به إلى محظور لاحظوا المعنى اللغوي لكلمة الذريعة وأصل اشتقاقها، فالذريعة وإن كانت تعني الوسيلة إلا إنها وسيلة فيها معنى التمويه والختل.

فقد جاء في لسان العرب: "الذريعة: جمل يختل به الصيد يمشي الصياد إلى جنبه فيستتر به ويرمي الصيد إذا أمكنه، وذلك الجمل يسبب أولاً مع الوحش حتى تألفه، والذريعة: السبب إلى الشيء وأصله من ذلك الجمل^(٢٤)، وفي الصحاح "الذريعة: الوسيلة، وقد تذرغ فلان بذريعة أي توسل، والجمع: الذرائع مثل الدريئة، وهي الناقة التي يستتر بها الرامي للصيد^(٢٥) .

ثالثاً : تقسيمات الذرائع

قسم الأصوليون الذرائع إلى أربعة أقسام، وقد تنوعت تقسيماتهم باعتبار مناهجهم في النظر إلى الذرائع، فهناك من نظر إلى حقيقتها واعتبر الحكم عليها في ذاتها، وهناك من نظر إليها بحسب إفضائها إلى المصلحة والمفسدة، ومنهم من لاحظ الضرر الناتج عن الفعل المأذون فيه.

^{٢٣} - أصول مذهب الإمام أحمد ص/٤٥١

^{٢٤} - لسان العرب ٩٦/٨

^{٢٥} - الصحاح ٢٢٥/١

كما أن من العلماء من اعتبر الذريعة بمعناها العام فهي وسيلة توصل إلى الأمر سواء كان مباحاً أم محظوراً، فقسم الذرائع بناء على هذه الوجهة، وهناك فريق اعتبر الذريعة بمعناها العرفي فهي الوسيلة التي يراد التوصل بها إلى المحظور فجاء تقسيمه متفرعا عن وجهته تلك^(٢٦).

وسأعرض التقسيمات المشهورة لمن يعتبر الذرائع حجة، وهم فقهاء المالكية والحنابلة، كما سأعرض تقسيمات لبعض الشافعية باعتبارهم رافضين للاحتجاج بها ومن أشهر تقسيمات المحتجين بالذرائع: تقسيم القرافي وابن القيم والشاطبي رحمهم الله

فأما القرافي فقد قسم الذرائع إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما اجتمعت الأمة على سده، ومثاله: المنع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله آنذاك، وكذا حفر الآبار في طريق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن، وإلقاء السم في أطعمتهم إذا علم أو ظن أنهم يأكلون فيهلكون.

الثاني: قسم أجمعوا على عدم سده كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، والتجاور في البيوت خشية الزنا، فإن هذا لا يمنع منه شيء ولو كان وسيلة للمحرم.

الثالث: قسم اختلف فيه كالنظر إلى المرأة لأنه ذريعة للزنا بها وكذا الحديث معها، ومنها بيوع الأجال عند مالك رحمه الله^(٢٧).

وأما ابن القيم فقد قسم الذرائع باعتبار افضائها إلى المفسدة إلى أربعة أقسام:

الأول: وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة قطعاً كشراب الخمر المفضي إلى مفسدة السكر، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضي إلى اختلاط الأنساب.

الثاني: وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل أو يعقد البيع قاصداً به الربا.

^{٢٦} - أصول مذهب الإمام أحمد ص/٤٥٥ واعتبار المالات ص/٢٤٧

^{٢٧} - الفروق ٣/٢٦٦ وشرح تنقيح الفصول ص/٤٤٨

الثالث: وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوسل إلى المفسدة ولكنها مفضية إليها غالباً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها، ومثاله الصلاة في أوقات النهي، وسب آلهة المشركين بين ظهرا نبيهم، وتزوين المتوفى عنها زوجها في زمن عدتها.

الرابع: وسيلة موضوعة للمباح وقد تفضي إلى المفسدة، ومصلحتها أرجح من مفسدتها، مثل النظر إلى المخطوبة والمشهود عليها، وكلمة الحق عند ذي سلطان جائز.

وقد قرر ابن القيم أن الشريعة جاءت بإباحة هذا القسم أو استحبابه أو إيجابه بحسب درجاته في المصلحة، كما جاءت بالمنع من القسم الأول، أما القسم الثاني والثالث فهما محل نظر بين العلماء هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتهما أو المنع منهما، واختار ابن القيم المنع وساق الأدلة على اختياره.^(٢٨)

أما الشاطبي فقد عرض الأقسام أثناء حديثه عن مقاصد المكلف، حيث ذكر في المسألة الخامسة ما يتعلق بجلب المصلحة ودفع المفسدة إذا كان مأذوناً فيه، وقد قسمها بهذا الاعتبار إلى ثمانية أقسام:

الأول: ما لا يلزم عليه إضرار بالغير، وهذا القسم باق على أصله من الإذن ولا إشكال فيه.

الثاني: ما يلزم عليه الإضرار مع كون الفاعل قاصداً للإضرار كالمُرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه وصحبه قصد الإضرار بالغير.

وهذا القسم لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن "لا ضرر ولا ضرار" في الإسلام.

ويبقى النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وقصد إضرار الغير، هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه؟ أم يبقى على حكمه الأصلي من الإذن ويكون عليه إثم ما قصد؟ وهو جار على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة، ومع ذلك فيحتمل في الاجتهاد تفصيلاً، وهو إما أن يمكن المكلف استجلاب مصلحته من وجه آخر ويحصل له مراده، فهنا لا إشكال في منعه منه؛ لأنه حينئذ لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل

٢٨ - إعلام الموقعين ١٣٦/٣

الإضرار، وإذا لم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير فحق الجالب أو الدافع مقدم، ومع ذلك فهو ممنوع من قصد الإضرار.

الثالث: ما لا يقصد فيه الإضرار لكن الإضرار اللازم عنه عام كتلقي السلع وبيع الحاضر للبادي، والامتناع عن بيع داره وقد اضطر الناس إليه لمسجد جامع أو غيره. وهنا لا يخلو الأمر من أن يلزم من منعه الإضرار به بحيث ينجبر ضرره أولاً:

فإن كان منعه يؤدي إلى الإضرار به بحيث لا ينجبر فحينئذ يقدم حقه على الإطلاق، وإن أمكن انجبار الإضرار ورفع جملة فاعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره مما رضي أهله وما لا، وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة.

الرابع: أن لا يقصد فيه الإضرار لكن يلزم عنه إضرار خاص، والفعل محتاج إليه بحيث يلحق الفاعل بمنعه من ذلك ضرر، وذلك مثل الدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره، أو يسبق إلى شراء طعام أو ما يُحتاج إليه أو إلى صيد أو ماء أو غيره عالماً أنه إذا حازه استتضر غيره بعدمه ولو أخذ من يده استتضر، وهذا القسم في الجملة يحتمل نظرين: نظر من جهة إثبات الحظوظ ونظر من جهة إسقاطها، فإن اعتبرنا الحظوظ فإن حق الجالب أو الدافع مقدم وإن استتضر غيره؛ لأن جلب المنفعة أو دفع المضرة مطلوب للشارع مقصود، ولذلك أبيحت الميتة وغيرها من المحرمات وأبيح الرطب باليابس في العرية للحاجة الماسة، وإذاً فما سبق إليه الإنسان من ذلك قد ثبت حقه فيه شرعاً بحوزه له دون غيره، وسبقه إليه لا مخالفة فيه للشارع فصح، وقد ظهر أن تقديم حق المسبوق على حق السابق ليس بمقصود شرعاً إلا مع إسقاط السابق لحقه، وذلك لا يلزمه .

وأما النظر الثاني وهو عدم اعتبار الحظوظ فقد قال الشاطبي: إنه يتصور هنا وجهان :

الأول: إسقاط الاستبداد والدخول في المواساة على سواء، وهذا محمود جدا فإن الأشعريين كانوا إذا قلّ طعامهم جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد، وقال النبي صلى الله عليه وسلم عن فعلهم هذا: "فهم مني وأنا منهم"^(٢٩).

ومسقط الحظ هنا قد رأى غيره مثل نفسه وكأنه هو أخوه أو ابنه أو قريبه.

وجاء في مسلم عن أبي سعيد قال: بينما نحن في سفر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ جاء رجل على راحلة له، قال فجعل يصرف بصره يميناً وشمالاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان معه فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له، قال فنذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أن لاحق لأحد منا في فضل^(٣٠).

وفي الحديث: "إن في المال حقاً سوى الزكاة"^(٣١)، وأيضا مشروعية الزكاة والإقراض وغير ذلك وجميعه جار على أصل مكارم الأخلاق.

وعلى هذه الطريقة لا يلحق العامل ضرر إلا بمقدار ما يلحق الجميع أو أقل، ولا يكون موقفاً على نفسه ضرراً، وإنما هو متوقع أو قليل يحتمله في دفع بعض الضرر عن غيره، وهو نظر من يعد المسلمين شيئاً واحداً على مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام: "المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً"^(٣٢).

والوجه الثاني: الإيثار على النفس وهو أعرق في إسقاط الحظوظ، وذلك أن يترك حظه لحظ غيره اعتماداً على صحة اليقين وإصابة لعين التوكل وتحملاً للمشقة في عون الأخ في الله على المحبة من أجله، وهو من محامد الأخلاق، وهو ما كان عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، والإيثار هنا مبني على إسقاط الحظوظ العاجلة،

^{٢٩} - البخاري ٨٨٠/٢ ومسلم ١٩٤/٤

^{٣٠} - صحيح مسلم ١٣٥٤/٣

^{٣١} - الحديث رواه الترمذي والدارقطني وهو ضعيف ينظر سنن الترمذي ٤٨/٣ والدارقطني ١٢٥/٢ وتلخيص الحبير ٣٥٦/٢ وضعيف سنن الترمذي ٧٤/١

^{٣٢} - البخاري ١٨٢/١ ومسلم ١٩٩٩/٤

فتحمل المضرة اللاحقة بسبب ذلك لا عتب فيه إذا لم يخل بمقصود شرعي، فإذا أخل بمقصود شرعي فلا يعد ذلك إسقاطاً للحظ ولا هو محمود شرعاً.

الخامس: ما يلزم عنه ضرر خاص من دون أن يقصده المكلف ولا يلحق الفاعل بذلك ضرر والفعل غير محتاج إليه، لكنه يؤدي إلى المفسدة قطعاً، وذلك مثل حضر البئر خلف باب الدار في الظلام بحيث يقع الداخل فيه بلا بد، وهذا القسم له نظران: نظر من حيث كونه قاصداً لما يجوز أن يقصد شرعاً من غير قصد إضرار بأحد فهذا من هذه الجهة جائز لا محذور فيه، ونظر من حيث كونه عالماً بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه، فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار، فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لا بد فيه من أحد أمرين: إما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضاً، فيلزم أن يكون ممنوعاً من ذلك الفعل لكن إذا فعله يعد متعدياً بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل نازلة، ولا يعد قاصداً البتة إذا لم يتحقق قصده للمتعمد، وعلى هذا تجري مسألة الصلاة في الدار المغصوبة والذبح بالسكين المغصوبة وما لحق بها من المسائل التي هي في أصلها مأذون فيها ويلزم عنها إضرار بالغير، ولأجل هذا تكون العبادة عند الجمهور صحيحة مجزية والعمل الأصلي صحيحاً، ويكون عاصياً بالطرف الآخر وضامناً إن كان ثم ضمان.

السادس: أن يكون الإضرار خاصاً ولا يلحق الفاعل بذلك ضرر والفعل محتاج إليه، لكن يكون أداؤه إلى المفسدة على سبيل الندور كحضر بئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه وأكل الأغذية التي غالبها أن لا تضر أحداً، وهذا القسم باق على أصله من الإذن لأن المصلحة إذا كانت غالبية فإنه لا اعتبار بالندور في انخراطها؛ إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة، وقد وجدنا ضوابط المشروعات هكذا كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط وإباحة القصر مع إمكان عدم المشقة كالمالك المترفة ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، فهنا اعتبرت المصلحة الغالبة، وأما المفسدة فهي نادرة ولا يعتبر الندور.

السابع: أن يكون الإضرار خاصاً ولا يلحق الفاعل بذلك ضرر والفعل غير محتاج إليه، لكن يؤدي إلى المفسدة كثيراً كثره غالبية، وهذه الكثرة ليست على سبيل القطع بل على سبيل الظن، إلا أن المفسدة لزومها أغلبي كبيع السلاح لأهل الحرب والعنب للخمار وما يغش به ممن شأنه الغش.

وهذا القسم يحتمل الخلاف، ويميل الشاطبي إلى أن الراجح هو اعتبار الظن فتسد الذريعة؛ لأن الظن في أبواب العمليات جارٍ مجرى العلم والظاهر جريانه هنا، وأيضاً فإن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل في هذا القسم، ثم إن هذا القسم داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه.

وحاصل هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر لا يقوم مقام القصد إليه، فالأصل الجواز إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون منع من هذه الجهة لا من جهة الأصل.

الثامن: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً كمسائل بيوع الأجال، فهذا القسم موضع نظر والتباس، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن كمذهب الشافعي وغيره، والعلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان، وليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه، واحتمال القصد للمفسدة، والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد، وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً كما في العلم والظن، وليس حملة على القصد إليهما أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما، وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوي جداً.

ومع ذلك يميل الشاطبي إلى رأي مالك في اعتبار سد الذرائع هنا بناء على كثرة القصد وقوعاً، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة، لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف، كذلك تعتبر الكثرة لأنها في مجال القصد، وقد يشرع الحكم لعلّة مع كون فواتها كثيراً كحد الخمر فإنه مشروع للزجر، والازدجار به كثير لا غالب، فاعتبرنا الكثرة في الحكم مما هو على خلاف الأصل؛ إذ الأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه، كما أن الأصل في مسألتنا الإذن فخرج عن الأصل هنالك لحكمة الزجر وخرج عن الأصل هنا من الإباحة لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع.

ثم ساق الشاطبي رحمه الله الأدلة التي تؤيد القول بسد الذرائع، وسوف تأتي في موضعها من هذا البحث إن شاء الله تعالى.

وقد خلص الشاطبي بعد سياق تلك الأدلة على السد إلى أن الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل فليس العمل به ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري أو حاجي أو تحسيني^(٣٣).

ويلاحظ أن الشاطبي - رحمه الله - تناول تقسيم الذرائع في مسألة بيوع الآجال وقسمها إلى ثلاثة أقسام، وهي نفس التقسيمات التي ذكرها القرايبي، فقد ذكر الشاطبي أن الذرائع على ثلاثة أقسام: منها ما يسد باتفاق كسب الأصنام مع العلم أنه يؤدي إلى سب الله، وكسب أبوي الرجل إذا كان مؤدياً إلى سب أبوي الساب، وحضر الأبار في طريق المسلمين مع العلم بوقوعهم فيها، ومنها ما لا يسد باتفاق كما إذا أحب الإنسان أن يشتري بطعامه أفضل منه أو أدنى من جنسه، فيتحيل ببيع متابعه ليتوصل بالثمن إلى مقصوده بل كسائر التجارات فإن مقصوده الذي أبيحت له إنما يرجع إلى التحيل في بذل دراهم في السلعة ليأخذ أكثر منها، ومنها ما هو مختلف فيه، ومثل لها ببيوع الآجال.

ويظهر أن هذا التقسيم عند المالكية عموماً لأصل الحكم على الذرائع من حيث هي، وهو تقسيم لا يخالفهم فيه غيرهم من حيث أصله وإن كانت المخالفة ثابتة في القسم الثالث كما سيأتي إن شاء الله.

أما المانعون لسد الذرائع فلهم تقسيمات لها ذكرت في معرض الرد على المحتجين بها، فقد قسمها ابن الرفعة^(٣٤) إلى ثلاثة أقسام :

أحدها ما يقطع بتوصيله إلى الحرام، وقال إن هذا القسم حرام عندنا وعندهم .

٣٣ - الموافقات ٣/٥٣-٨٥

٣٤ - هو أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين المعروف بابن الرفعة فقيه شافعي من فضلاء مصر من مؤلفاته: الإيضاح وكفاية النبيه

توفي سنة (٥٧١٠هـ) شذرات الذهب ٦/٢١ وطبقات ابن السبكي ٩/٢٤

والثاني: ما يقطع بأنها لا توصل ولكن اختلطت بما يوصل فكان من الاحتياط سد الباب وإلحاق الصورة النادرة التي قطع بأنها لا توصل إلى الحرام بالغالب منها الموصل إليه، ووصف ابن الرفعة هذا بأنه غلو في سد الذرائع.

والثالث: ما يحتمل ويحتمل وفيه مراتب متفاوتة.

وقد قال ابن الرفعة بعد عرضه هذه الأقسام: ونحن نخالفهم في جميعها إلا القسم الأول لانضباطه وقيام الدليل^(٣٥).

المبحث الأول : حجية سد الذرائع وتحرير محل النزاع والأدلة العامة على حجيتها

أولاً : حجية سد الذرائع

انقسمت آراء الفقهاء في الاحتجاج بسد الذرائع إلى رأيين:

الأول: أن سد الذرائع حجة شرعية وأصل معتبر، وهذا الرأي اشتهر عن الإمام مالك شهرة كبيرة حتى قال بعض الأصوليين: أضحت هذه القاعدة تذكر به ويذكر بها^(٣٦) وقد صرح المالكية بأخذ مالك بهذا الأصل واحتججه به في كثير من الأحكام، فقد قال الباجي: "ذهب مالك رحمه الله إلى المنع من الذرائع"^(٣٧).

وقال الشاطبي: "حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه"^(٣٨).

كما أن القرطبي وابن العربي قد نصوا على أن سد الذرائع وحمايتها هو مذهب مالك^(٣٩).

ويكاد الأصوليون يجمعون على نسبة القول بسد الذرائع إلى الإمام مالك^(٤٠).

وكما استفاضت شهرة النسبة إلى المذهب المالكي وعلى رأسه إمام المذهب في الأخذ بسد الذرائع، فقد اشتهر النقل أيضاً عن الإمام أحمد بن حنبل في اعتباره سد الذرائع والعمل بهذا الأصل، فقد نقل الحنابلة وغيرهم عن الإمام أحمد القول بسد الذرائع^(٤١).

^{٣٥} - البحر المحيط ٨٥/٦ وإرشاد الفحول ص/٢٤٧

^{٣٦} - أصول الفقه لحسين حامد حسان ص/١١٥

^{٣٧} - إحكام الفصول ٦٨٩/

^{٣٨} - الموافقات ١٨٢/٣

^{٣٩} - الجامع لأحكام القرآن ٥٧/٢ وأحكام القرآن لابن العربي ٣٣١/٢ وشرح تنقيح الفصول ٤٤٨ والفروق للقراي ٢٦٦/٣

^{٤٠} - البحر المحيط ٨٢/٦ واعتبار المآلات ٢٥٦ وتهديب الفروق ٢٧٦/٣

وقد توسع ابن القيم رحمه الله في الحديث عن سد الذرائع والاستدلال لحجيتها وأفاض الحديث عنها وفي حجيتها، وذكر تسعة وتسعين وجهاً للاحتجاج على مراعاة الشريعة لسد الذرائع^(٤٢).

ومع أن الحنابلة يحتجون بسد الذرائع لكنهم لم يتوسعوا في السد كما توسع المالكية فيها، فالحنابلة يجيزون الذريعة عند الحاجة إليها بشرط أن لا يكون الغرض من التذرع مجرد الحيلة ويمنعون الذريعة عند عدم الحاجة.

وقد ذكر ابن تيمية رحمه الله مذهب أحمد في سد الذرائع وقال: "هذا أصل لأحمد وغيره في أن ما كان من باب سد الذريعة إنما ينهى عنه إذا لم يحتج إليه"، ثم يقول: "ولهذا يفرق في العقود بين الحيل وسد الذرائع، فالمحتال يقصد المحرم فهذا ينهى عنه، وأما الذريعة فصاحبها لا يقصد المحرم، لكن إذا لم يحتج إليها نهي عنها، وأما مع الحاجة فلا".^(٤٣)

ونستنتج من هذا أن الحنابلة لا يتوسعون في السد، ويرون فتح الذرائع عند الحاجة، بينما يرون السد عند عدم الحاجة، وهم بهذا يختلفون عن المالكية الذين توسعوا في السد حتى شمل السد بعض القضايا التي لا يقصد المكلف الوصول إلى مأربه بمجرد التحيل.

فحاصل الفرق بين مذهب المالكية والحنابلة أن الحنابلة يسدون الذريعة عند عدم الحاجة إليها ولا يسدون عند الحاجة، وأما المالكية فيطلقون السد.

وقد قال ابن تيمية: "أما مالك فإنه يبالي في سد الذرائع حتى ينهى عنها مع الحاجة إليها"^(٤٤).

الثاني: سد الذرائع ليس حجة ولا يصح بناء الأحكام على هذا الأصل، وهذا الرأي اشتهر به ابن حزم - رحمه الله - كما اشتهر به أكثر الشافعية، ونقل عن الحنفية^(٤٥).

^{٤١} - شرح المختصر للطوفي ٢١٤/٣ وشرح الكوكب المنير ٤٣٤/٤ وأصول مذهب الإمام أحمد ٦١

^{٤٢} - أعلام الموقعين ١٣٥/٣

^{٤٣} - مجموع الفتاوى ٢٧/٢٩

^{٤٤} - مجموع الفتاوى ٢١٥/٢٣

والحقيقة أنه لا يوجد في كتب الأحناف نص صريح على عدم الأخذ بسد الذرائع باعتباره أصلاً يرجع إليه في بناء الأحكام، لكن وجدت في التطبيقات العملية في تفرع الأحكام للمسائل الفقهية ما يشير إلى أن الأحناف والشافعية لم يسدوا الذرائع في كثير من المسائل مخالفين في ذلك المالكية والحنابلة الذين أكثروا من استخدام سد الذرائع في أغلب المسائل.

ولقد استشف الأصوليون من عدم منع الشافعية لبعض الفروع الفقهية، وخاصة بيوع الأجال المتمثل في بيوع العينة فنسبوا إليهم المنع، وكذلك الحنفية لما لم يمنعوها منعه المالكية بطريق سد الذرائع عند ذلك أسند إليهم القول بمنع سد الذرائع. وسأذكر في الفرع الآتي تحرير محل النزاع حتى يستبين موقف الأئمة في الجملة من سد الذرائع ومحل الاتفاق والاختلاف:

ثانياً: تحرير محل النزاع :

قبل البدء في عرض الأدلة على الاحتجاج بسد الذرائع وكذا وجهة القائلين بعدم الاحتجاج بها لابد من تحرير محل النزاع بين الوجهتين المتقابلتين، فقد نقل عن المالكية والحنابلة الاحتجاج بها بينما اشتهر عن الحنفية والشافعية القول بعدم سد الذرائع.

والحقيقة أن إطلاق القول بعدم سد الذرائع غير دقيق؛ فالعلماء جميعاً يتفقون على سد الذريعة التي يتوسل بها إلى باطل ويقصد صاحبها الوصول إلى ما نهى عنه الشرع وحرمه.

وقد صرح كثير من العلماء على أن أصل سد الذرائع مجمع عليه في الجملة^(٤٦). ولا شك أن نقل الاتفاق على الأخذ بسد الذرائع يرجع إلى استقراء مناهج الأئمة وطرقهم، وكلها بلا شك تؤكد على أخذهم لهذا الأصل حتى عند من اشتهر عنه عدم الاحتجاج بسد الذرائع؛ إذ إن التقسيمات التي ذكرها الفقهاء ومنهم الشاطبي والقرافي قد حصرت في ثلاثة أقسام: قسم متفق على سده كسب الأصنام عند وجود

^{٤٥} - البحر المحيط ٨٢/٦ وشرح الكوكب ٤/٣٤٤ وإحكام الفصول ٦٩٠ وإحكام لابن حزم ٢/٦

^{٤٦} - الفروق للقرافي ٣/٢٦٦ والموافقات ٣/١٨٥ وشرح تنقيح الفصول ص/٤٤٨ وأصول الفقه لأبي زهرة ص/٢٩٣-٢٩٤

من يمكن أن يسبب الله -جل جلاله- ، وقسم متفق على عدم سده كالمنع من زراعة العنب خشية اتخاذه خمرا، وقسم مختلف فيه، وقد تقدمت الأمثلة على ذلك، هذه التقسيمات تحتم التسليم بالقسمين الأولين، فمن المستبعد أن لا يسد فقيه في مثل القسم الأول حتى ولو لم يصرح باعتبار أصل سد الذرائع، كما أنه من غير المقبول أن تسد الذرائع في القسم الثاني حتى عند من بالغ في الأخذ بسد الذرائع، وحينئذ يبقى الخلاف في القسم الثالث.

يقول الإمام محمد أبو زهرة: "بهذا يتبين أن الذرائع أصل في الفقه الإسلامي أخذ به الفقهاء جميعا، وأنهم اختلفوا في مقداره ولم يختلفوا في أنه أصل مقرر ثابت^(٤٧)، ثم يقول: "هذا وإن الأخذ بالذرائع ثابت من كل المذاهب الإسلامية وإن لم يصرح به"^(٤٨).

وقبل الدخول إلى القسم الذي وقع فيه الخلاف لابد أن نشير إلى أن اتفاق العلماء على القسمين الأولين لا يجعلنا نطلق القول بأن سد الذرائع أصل متفق عليه بين الأئمة، ذلك أن أصل الخلاف لا يمكن أن يتصور في القسمين المذكورين سواء بالمنع أو بالأخذ، وإنما الخلاف في قسم آخر، وحينئذ فمحاولة القرأفي والشاطبي رحمهما الله الاستفادة من الاتفاق على القسمين المذكورين غير دقيق، وينطبق هذا على تقرير القرأفي أيضا أن المذهب المالكي ليس مختصا بالذرائع بل منها ما أجمع عليه، وأن حاصل القضية في نظره أن المالكية يقولون بسد الذرائع أكثر من غيرهم، لا أنها خاصة بهم^(٤٩).

وكان هذا القول غير دقيق لأنه اجتزاء من المتفق عليه لتبسيط الخلاف في أصل موضع الخلاف.

وهذا ما دعا العطار^(٥٠) رحمه الله أن يعترض على القرأفي ويقول: "زعم القرأفي أن كل واحد يقول بها ولا خصوصية للمالكية إلا من حيث زيادتهم فيها"، ثم نقل عن

^{٤٧} - أصول الفقه لأبي زهرة ص/ ٢٩٣

^{٤٨} - المرجع السابق ص/ ٢٩٤

^{٤٩} - الموافقات ١٨٥/٥ وشرح تنقيح الفصول ٤٤٨-٤٤٩ والفروق ٢٦٦/٣

^{٥٠} - هو حسن بن محمد العطار الشافعي الأزهرى ، عالم أديب شاعر، ولد بالقاهرة وتولى مشيخة الأزهر من تصانيفه حاشية على شرح جمع الجوامع

بعض الشافعية قوله عن القرأفي: "وقد أطلق هذه القاعدة على أعم منها ثم زعم أن كل أحد يقول ببعضها" (٥١).

وقد شط هؤلاء الشافعية قليلاً حين قالوا إن الشافعي لا يقول بشيء منها وأن ما ذكر أن الأمة أجمعت عليه ليس من مسمى الذرائع في شيء (٥٢).

ولا شك أن هذا النفي المنقول عن الشافعي أنه لا يقول بشيء منها غير سديد إذا كان الحديث عن القضايا التي أجمعت الأمة فيها على السد، بغض النظر عن مصطلح التسمية، فسواء آل الأمر إلى التسمية بسد الذرائع أم سميت بغير ذلك طالما كانت النتيجة واحدة، بل إن ابن الرفعة -رحمه الله- حاول أن يستقرئ بعض الفروع فقرر سد الذرائع فيها تخريجاً على قول الشافعي في باب إحياء الموات من الأم في مسألة النهي عن بيع الماء ليمنع به الكلاً، وهذا إثبات لأخذ الشافعي بسد الذرائع في القسم المختلف فيه (٥٣).

وقد تقدم تقسيم ابن الرفعة للذرائع وقوله بعد ذكر التقسيم: "نحن نخالفهم في جميعها إلا القسم الأول لانضباطه وقيام الدليل" (٥٤).

فإذا اعتبرنا أن هناك منهجاً سارياً وهو أن الفقهاء في مختلف الأعصار يقولون بسد الذرائع في قضايا متفق عليها فلا مشاحة في الاصطلاح، لكن الخلاف في مسمى سد الذرائع في مصطلح المالكية ومن وافقهم، وهذا المنهج ينازعهم فيه غيرهم وحتى الحنابلة الذين وافقوهم في سد الذرائع خالفوهم في بعض التطبيقات كما سنوضحه إن شاء الله .

ولقد كان القرأفي رحمه الله حصيماً حين اعترض على المالكية ومن قال بقولهم في استدلالهم على حجبية سد الذرائع الخاصة بأدلة سد الذرائع في القسم المتفق عليه، فقد قال: "وحينئذ يظهر عدم فائدة استدلال الأصحاب على الشافعية في سد الذرائع

توفي سنة (١٢٥٠هـ) ترجمته في الأعلام ٢/٣٣٦ ومعجم المؤلفين ٣/٢٨٥

٥١ - حاشية الطار على جمع الجوامع ٢/٣٩٩

٥٢ - المرجع السابق - نفس الصفحة

٥٣ - البحر المحيط ٦/٨٤

٥٤ - المرجع السابق ٦/٨٥

بقوله تعالى: ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ (الأنعام ٨١) وساق مجموعة من الأدلة ثم قال: " فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها وهي لا تفيد؛ فإنها تدل على اعتبار سد الذرائع في الجملة وهذا مجمع عليه، وإنما النزاع في ذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لمحل النزاع وإلا فهذه لا تفيد، وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها فينبغي أن تكون حجتهم القياس خاصة، ويتعين حينئذ إبداء الجامع حتى يعترض الخصم لدفعه بالفارق ويكون دليلهم شيئاً واحداً وهو القياس، وهم لا يعتقدون أن مدرّكهم هذه النصوص وليس كذلك فتأمل، بل يتعين أن يذكرنا نصوصاً أخرى خاصة بذرائع بيوع الآجال خاصة ويقتصرون عليها^(٥٥).

وهذه لفظة عميقة من هذا الإمام الجليل حين يقرر أن الاستدلال في غير محل النزاع، وهذا ما يجعلنا نتلمس موضع النزاع الذي نشأ في اعتبار أصل سد الذرائع حجة.

ومن خلال تقسيمات الأصوليين للذرائع نجد أنهم اتفقوا على سد ذرائع أفضت إلى المفسدة قطعاً، كما اتفقوا على عدم السد فيما لا يفضي إلى المفسدة إلا نادراً واختلفوا في قسم ثالث.

وقد تنوعت عبارات الأصوليين في بيان القسم المختلف فيه، وترجع عباراتهم في الجملة إلى كون هذا القسم يشتمل على ذرائع لا تؤدي إلى المفسدة قطعاً ولا على وجه الندرة، وسأستعرض أقوال الفقهاء في بيان محل الخلاف فيما يأتي:

نقل الزركشي وتبعه الشوكاني عن القرطبي تقريره أن الذي لا يلزم أدأؤه إلى المفسدة قطعاً فهو إما أن يفضي إلى المحذور غالباً أو ينفك عنه غالباً أو يتساوى الأمران وهو المسمى بالذرائع^(٥٦)، فجعل محل الخلاف ما يتساوى فيه المصلحة مع المفسدة وما ينفك عنه غالباً .

أما ابن القيم - رحمه الله - فقد جعل محل النزاع في شيئين:

^{٥٥} - الفروق ٣ / ٢٦٦ - ٢٦٧

^{٥٦} - البحر المحيط ٨٢ / ٦ وإرشاد الفحول ٢٤٦ - ٢٤٧

- ١- وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة، كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل أو يقصد البيع قاصداً به الربا .
- ٢- وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ومفسدتها أرجح من مصلحتها، ومثالها الصلاة في أوقات النهي، ومسبة آلهة المشركين بين ظهرائهم ، وتزوين المتوفى عنها زوجها في زمن عدتها .
- ويلاحظ أن ابن القيم حين قسم الذرائع جعل الأولى الوسيلة الموضوعة للإفشاء إلى المفسدة قطعاً كشرب الخمر المفضي إلى مفسدة السكر وكالقذف المفضي إلى مفسدة الضربة، وجعل هذا من المتفق على منعه، كما يلاحظ أنه جعل من محل النزاع الوسيلة الموضوعة للمباح التي لم يقصد بها التوصل إلى مفسدة لكنها أفضت إليها غالباً ومثل لها بسبب آلهة المشركين .
- وقد اعترض عليه في القسم الأول بأن شرب الخمر والقذف والزنا مفسدات في ذاتها وليست وسائل إلى مفسدات .
- وقد قال الدكتور عبد الله التركي عن هذا القسم: " هذا ذكره ابن القيم وهو في الأصل ليس منها؛ لأن المراد بالذرائع ما كان أصله مباحاً ولكنه يوصل إلى محرم، وهذا النوع موضوع للمفسدة^(٥٧) .
- كما اعترض على ابن القيم أنه مثل لما كانت مفسدته راجحة على المصلحة بسبب آلهة المشركين وجعله محلاً للنزاع، مع أن غيره من العلماء اعتبر أن سب آلهة المشركين مثال لما علمت مفسدته على وجه القطع لا الغلبة، وهو متفق على منعه عند العلماء .
- وقد قال التركي عن هذا : "فهذا مما أجمع على المنع منه وإن كان ابن القيم ذكر أن فيه نظراً"^(٥٨) .

^{٥٧} - أصول مذهب الإمام أحمد ص/٤٥٨

^{٥٨} - المرجع السابق ٤٥٧

أما الشاطبي فقد ذكر تقسيمات الذرائع وأوصلها إلى ثمانية أقسام واعتبر القسمين الأخيرين هما المحتملان للخلاف، ولكنه جعل الخلاف بين مالك وغيره في القسم الثامن .

فالقسم السابع عنده ما كانت الوسيلة تؤدي إلى إضرار خاص ولا يلحق الفاعل بذلك ضرر، والفعل غير محتاج إليه لكنه يؤدي إلى المفسدة كثرة غالبية، كبيع السلاح لأهل الحرب والعنب للخمر ونحو ذلك، وقد مال الشاطبي إلى المنع في هذا القسم^(٥٩) .

أما الثامن فهو ما كانت الوسيلة تؤدي إلى إضرار خاص ولا يلحق الفاعل ضرر والفعل غير محتاج إليه لكن يؤدي إلى المفسدة كثرة غير غالبية كمسائل بيوع الأجال، وقد قال الشاطبي: "فهذا القسم هو محل الخلاف بين مالك والشافعي"^(٦٠) .

وأما ابن الرفعة فقد جعل محل النزاع في موضعين:

الأول: ما يقطع بأن الوسيلة لا توصل إلى الحرام لكن اختلطت بما يوصل، فكان من باب الاحتياط سد الباب وإلحاق الصورة النادرة التي قطع بأنها لا توصل إلى الحرام بالغالب منها الموصل إليه، وقد وصف ابن الرفعة هذا بأنه غلو في القول بسد الذرائع .

أما الموضوع الثاني فهو ما يحتمل ويحتمل وفيه مراتب متفاوتة^(٦١) .

وبعد هذا العرض لآراء الفقهاء في بيان محل الخلاف يمكن أن نخلص إلى أن محل النزاع يكمن في الصور الآتية:

- ١- ما كان أداؤه إلى المفسدة ظناً غالباً، كبيع السلاح إلى أهل الحرب فإنه ذريعة تفضي غالباً إلى استعماله في قتال المسلمين، وكبيع العنب للخمر فإنه ذريعة تفضي غالباً إلى استعماله في صناعة الخمر.
- ٢- أن يكون أداؤه إلى المفسدة على وجه الكثرة لا الغلبة، فهي تفضي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً، ويمثل لهذا بمسألة بيوع الأجال المتحققة في بيع العينة،

^{٥٩} - الموافقات ٣/٧٥

^{٦٠} - المرجع السابق ٣/٧٧

^{٦١} - البحر ٦/٨٥ وإرشاد الفحول ص/٢٤٧

فإنها تؤدي إلى الربا كثيراً لا غالباً، فمالك وأحمد يقولون بسد الذرائع فيها سواء ظهر قصده أم لم يظهر، فمتى ظهر القصد فالأمر ظاهر، وأما إذا لم يظهر القصد فلأنه قد كثر في الناس حسب مقتضى العادة القصد إلى الفساد. وأما أبو حنيفة والشافعي فإنهما ينظران إلى القصد فيحسنان الظن بمن لم يظهر منه قصد إلى الممنوع، فإذا ظهر منه القصد إلى المفسدة امتنع التصرف عندهما وإلا فلا.

٣- أن تتساوى المصلحة مع المفسدة، وهذه الصورة منقولة عن القرطبي .

وقد حاول بعض المالكية أن يحد من شقة الخلاف بين مالك - الذي اشتهر عنه القول بسد الذرائع إلى درجة المبالغة- وبين غيره من المانعين للاحتجاج بها بأن محل الخلاف إنما هو في ذرائع خاصة وهي بيوع الآجال، فقد ذكر القرطبي- رحمه الله- أن أصل الذرائع مجمع عليه وإنما النزاع في الذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها^(٦٢) . كما أن الشاطبي ذكر أن قاعدة الذرائع حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه، ثم مثل لها ببيوع الآجال وبالأخص بمسألة العينة^(٦٣) .

وهذا تكييف من الشاطبي رحمه الله أن الخلاف ينحصر في الذرائع الخاصة وهي بيوع الآجال وعلى الأخص بيع العينة.

وقد سبق اعتراض القرطبي على المالكية في استدلالهم على سد الذرائع بالأدلة العامة وقرر أنها لا تفيد، وأنه يتعين ذكر نصوص آخر خاصة ببيوع الآجال ويقتصرون عليها ثم ذكر أدلة تحريم العينة^(٦٤) .

وبهذا يتضح أن محل الخلاف هو الذرائع التي تؤدي إلى المفسدة بالظن الغالب أو تؤدي إليها كثيراً أو يتساوى الأمران كما رأى القرطبي، ويدخل في هذا بيوع الآجال دخولاً أولياً .

^{٦٢} - الفروق ٣/٢٦٦

^{٦٣} - الموافقات ٥/١٨٢

^{٦٤} - الفروق ٣/٢٦٦-٢٦٧

وتلزم الإشارة إلى أن الإمام مالكا اشتهر عنه الأخذ بسد الذرائع شهرة كبيرة، كما أن الإمام أحمد بن حنبل اشتهر النقل عنه بالقول بسد الذرائع، لكن هناك فرق دقيق بين المذهبين أوضحه شيخ الإسلام بن تيمية - رحمه الله - وملخصه أن الإمام أحمد ينهى عن الذرائع ويمنع منها فيما لا يحتاج إليه سواء قصده المكلف أم لم يقصد، بخلاف المالكية فإنهم يتوسعون في السد حتى مع الحاجة .

يقول ابن تيمية: "وهذا أصل لأحمد وغيره في أن ما كان من باب سد الذريعة إنما ينهى عنه إذا لم يحتج إليه" ثم يقول في التفرقة بين الحيل والذرائع: "ولهذا يفرق في العقود بين الحيل وسد الذرائع فالمحتال يقصد المحرم فهذا ينهى عنه وأما الذريعة فصاحبها لا يقصد المحرم لكن إذا لم يحتج إليها نهي عنها وأما مع الحاجة فلا^(٦٥).

ويقول أيضا: "وأما مالكا فإنه يبالي في سد الذرائع حتى ينهى مع الحاجة إليها^(٦٦). ويتضح مما سبق أن المذهبين يتفقان في سد الذرائع سواء قصده المكلف أم لا، لكن الإمام أحمد لا يسد الذرائع عند الحاجة إليها، بخلاف الإمام مالكا فإنه يقول بالسد حتى مع الحاجة.

ثالثا : الأدلة العامة على حجبية سد الذرائع

سأستعرض أدلة الفريقين القائلين بحجبية سد الذرائع والقائلين بعدم الحجبية فيما يلي :

أولا : أدلة القائلين بحجبية سد الذرائع :

لقد استدلت القائلون بسد الذرائع بأدلة كثيرة ووجوه متعددة حتى إن ابن القيم - رحمه الله - أوصلها إلى تسعة وتسعين دليلا .

والحق أن غالبية هذه الأدلة إنما هي للاستدلال على أصل سد الذرائع، ولا يوجد خلاف في أن الذرائع الموصلة إلى الحرام يجب أن تسد، بل إن فروع الأحناف والشافعية طاغية بمنع التوسل إلى المحرمات.

^{٦٥} - مجموع الفتاوى ٢٧/٢٩

^{٦٦} - المرجع السابق ٢٣/٢١٤-٢١٥ و ٢٧/٢٩

وقد سبقت الإشارة إلى أن الخلاف ليس في أصل سد الذرائع وإنما هو في ذرائع خاصة تقدمت في تحرير النزاع وهي الذرائع المتعلقة بما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً كمسائل بيوع الأجال ونحوها .

وإذا كان الأمر كذلك فإن أغلب الأدلة التي تساق هنا والتي ذكر أغلبها الإمام ابن القيم وكذلك الشاطبي- رحمهما الله- لا تفيد في محل النزاع، وإذا أراد المحتجون أن يستدلوا على وجهتهم فلا بد من البحث عن أدلة للنوع المذكور الذي جرى الخلاف فيه.

وقد تقدم أن الإمام القرابي اعترض على استدلال المالكية ومن وافقهم بمثل هذه الأدلة وقرر أنها لا تفيد؛ فإنها تدل على اعتبار سد الذرائع في الجملة وهذا مجمع عليه وإنما النزاع في ذرائع خاصة وهي بيوع الأجال فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لمحل النزاع وإلا فهذه لا تفيد^(٦٧) .

ويتعين حينئذ ذكر الأدلة الخاصة بمحل النزاع وهذا يتطلب الحديث بشكل موجز عن بيوع الأجال وخاصة بيع العينة وسأفرداها بمبحث مستقل إن شاء الله .

ويبقى هنا أن أشير إلى بعض الأدلة التي ذكرت للاحتجاج على أصل سد الذرائع بشكل إجمالي، ويكون ذكرها من باب اعتبار الشارع لأصل سد الذرائع؛ فمن تلك الأدلة ما يأتي:

١) قال تعالى ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم﴾ (الأنعام ١٠٨) ووجه الدلالة أن الله حرم سب آلهة المشركين مع كون السب إهانة لتلك الآلهة وحمية لله وقد منع المسلمون من ذلك لأنه سيؤدي إلى سبهم لله تعالى، فقد قال المشركون: لتكفن عن سب آلهتنا أو لنسبن إلهك^(٦٨)، وهذا تنبيه على المنع من الجائز لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز، فمصلحة ترك سب الله سبحانه راجحة على مصلحة سبنا لألهتهم^(٦٩) .

٦٧ - الفروق ٣/٢٦٦

٦٨ - تفسير القرطبي ٣٠٩/٧ وتفسير ابن كثير ١٦٤/٢

٦٩ - الجامع لأحكام القرآن ٥٨/٢ وأحكام القرآن لابن العربي ٢٦٥/٢ واعلام الموقعين ٣/١٣٧

- (٢) قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا نَنْظُرْنَا وَاسْمَعُوا ﴾ (البقرة ١٠٤) ووجه الدلالة أن الله تعالى نهى المؤمنين عن أن يقولوا للنبي صلى الله عليه وسلم "راعنا" لأن أهل الكفر كانوا إذا خاطبوا النبي بهذا اللفظ أرادوا به سبه، فمنع المؤمنون أن يخاطبوه بهذا اللفظ سدا لذريعة المشابهة، وإن كان لا يصح أن يريد به مؤمن شيئاً من ذلك^(٧٠).
- (٣) النبي صلى الله عليه وسلم كان يكف عن قتل المنافقين مع كونه مصلحة، وذلك لئلا يكون ذريعة إلى قول الناس: إن محمداً يقتل أصحابه^(٧١)، فهذا القول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه ومن لم يدخل فيه، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل^(٧٢).
- (٤) قوله صلى الله عليه وسلم: من الكبائر شتم الرجل والديه، قالوا يا رسول الله وهل يشتم الرجل والديه، قال: نعم، يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه فيسب أمه^(٧٣)، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل ساباً لآبويه بتسبيبه إلى ذلك وتوسله إليه وإن لم يقصده^(٧٤).
- (٥) قوله صلى الله عليه وسلم: "لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوهما فباعوها وأكلوا أثمانها"^(٧٥)، ووجه الدلالة: أن التحريم علق على الأكل وكان معناه الانتفاع فلما باعوها وأكلوا أثمانها كان ذلك بمنزلة أكلها^(٧٦).
- (٦) أن النبي صلى الله عليه وسلم منع من كثير من الأمور التي قد تؤدي إلى مفساد، فقد منع من هدية المدين ولم يبيح للمقرض قبول الهدية^(٧٧)، وما ذاك إلا لئلا

٧٠ - إحكام الفصول ص/٦٩٠ والموافقات ٧٦/٣ واعلام الموقعين ١٣٧/٣

٧١ - ينظر البخاري ١٨٦١/٤ رقم ٤٦٢٢ ومسلم ١٩٩٨/٤ رقم ٢٥٨٤

٧٢ - الفتاوى الكبرى ١٧٤/٦ واعلام الموقعين ١٣٨/٣ والموافقات ٧٦/٣

٧٣ - البخاري ٢٢٢٨/٥ رقم ٥٦٢٨ ومسلم ٩٢/١ رقم ٩٠

٧٤ - اعلام الموقعين ١٣٨/٣ والموافقات ٧٦/٣ والجامع لأحكام القرآن ٥٩/٢

٧٥ - البخاري ١٢٧٥/٣ رقم ٣٢٧٣ ومسلم ١٢٠٧/٣ رقم ١٥٨٢

٧٦ - إحكام الفصول ٦٩١ والبحر المحيط ٨٢/٦

٧٧ - سنن ابن ماجه ٨١٣/٢ رقم ٢٤٣٢ والسنن الكبرى للبيهقي ٣٥٠/٥، وفي الحديث ضعف ينظر السلسلة الضعيفة ٣٠٣/٣ رقم

يتخذ ذلك ذريعة إلى تأخير الدين لأجل الهدية فيكون ربا فإنه يعود إليه ماله وأخذ الفضل الذي استفاده بسبب القرض^(٧٨).

ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تقديم رمضان بيوم أو يومين^(٧٩)، وما ذاك إلا لئلا يتخذ ذريعة إلى أن يلحق بالفرض ما ليس منه^(٨٠).

وبعد أن عرض الشاطبي نماذج من هذه القضايا قال: "إلى غير ذلك مما هو ذريعة وفي القصد إلى الإضرار والمفسدة فيه كثرة وليس بغالب ولا أكثرى، والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل فليس العمل عليه ببدع في الشريعة بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري أو حاجي أو تحسيني"^(٨١).

ثانياً : أدلة المانعين لحجية سد الذرائع :
تتلخص أدلتهم في الآتي :

١- سد الذرائع ضرب من ضروب الاجتهاد بالرأي والشافعي رحمه الله لا يأخذ منها إلا بالقياس الصحيح، أما المصلحة والاستحسان وما سواها من وجه العمل بالرأي فقد أبطلها الشافعي .

٢- أن الشافعي رحمه الله كان يرى أن الشريعة تبنى على الظاهر والله يتولى السرائر، فالله قد أطلع نبيه على حقيقة المنافقين ولم يأمره أن يحكم عليهم في الدنيا بخلاف ما أظهروا، وجعل الحكم في المتلاعنين بدرء الحد مع وجود علامة الزنا في المولود الذي أتت به المرأة على الوصف المكروه، وهذا يدل على ترك العمل بالدلالة .

يقول الشافعي: "يبطل حكم الدلالة التي هي أقوى من الذرائع، فإذا أبطل الأقوى من الدلائل أبطل له الأضعف من الذرائع كلها"^(٨٢).

٧٨ - الموافقات ٨٤/٣ واعلام الموقعين ١٤٢/٣

٧٩ - البخاري ٦٧٦/٢ رقم ١٨١٥ ومسلم ٧٦٢/٢ رقم ١٠٨٢

٨٠ - اعلام الموقعين ١٤٣/٣ والموافقات ٨٤/٣

٨١ - الموافقات ٨٥/٣

٨٢ - الأم ٢٩٧/٧

وعلى أساس هذا الظاهر التزم الشافعي في حكمه على العقود- ومنها بيع العينة- بحسب ما تدل عليه ألفاظه وما يستفاد منه في عرف اللغة، ولا اعتبار للنيات مطلقاً، وفي ذلك يقول الشافعي: "لا يفسد عقد أبداً إلا بالعقد نفسه، لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ولا بأغلب، وكذلك كل شيء لا نفسه إلا بعقده، ولا تفسد البيوع بأن يقول هذه ذريعة وهذه نية سوء"^(٨٣)، وسيأتي مزيد من التفصيل عند استعراض بيوع الآجال إن شاء الله .

المبحث الثاني : بيوع الآجال وعلاقتها بقاعدة سد الذرائع

سبقت الإشارة إلى أن المالكية استرسلوا في القول بسد الذرائع وبالغوا في الأخذ بها، وأن أغلب العلماء يرون أن اتخاذ الوسائل قصداً للوصول إلى الحرام، هو حرام، وليس في ذلك خلاف، وعلى هذا فإن الاستدلال على منع الذرائع بالأدلة العامة السابقة غير واقع في محل النزاع كما يقول ذلك المالكية أنفسهم فيما تقدم عنهم من النقل، فالخلاف يدور على ذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ويدخل في صورها بيع العينة، وهذا هو مدار الخلاف بين المالكية الذين يرون سد الذرائع فيها وبين غيرهم الذين لا يعتبرونها من الذرائع المفضية إلى الحرام، وهذا ما يحتم علينا أن نطل إطلاقة سريعة على هذه الأنواع من البيوع لنستوفي حقيقة الخلاف في سد الذرائع .

فما هي بيوع الآجال؟

بيوع الآجال عند المالكية هي البيوع التي ظاهرها الجواز ولكنها تؤدي إلى ممنوع، فهي بيوع صحيحة في الظاهر لاشتغالها على أركان العقد وشروطه ولكنها تتخذ في العادة ذريعة للتوصل إلى الربا، فتمنع سداً للذرائع^(٨٤) .

ويعتبر المالكية أن بيوع الآجال لقب لما يفسد بعض صورته منها لتطرق التهمة بأن المتبايعين قصداً إلى ظاهر جائز ليتوصلا به إلى باطل ممنوع حسماً للذريعة^(٨٥) .

^{٨٣} - المرجع السابق نفس الصفحة

^{٨٤} - الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٧٦/٣

^{٨٥} - جامع الأمهات لابن الحاجب ٢٣٨/١

وقد وضع المالكية ضابطاً لما يمنع من هذه البيوع فقالوا: يمنع من هذه البيوع ما اشتمل على بيع وسلف وما اشتمل على سلف جر منفعة وما كثر قصد الناس إليه للتوصل إلى الربا الممنوع^(٨٦).

وقد عد المالكية بيع العينة إحدى صور بيع الأجال المنهي عنها نظراً إلى أنها بيع متحيل به إلى دفع عين في أكثر من ثمنها، كأن يبيع سلعة بعشرة إلى شهر ثم يشتري السلعة بخمسة نقداً، فالسلعة رجعت إلى يد صاحبها ودفع خمسة يأخذ عليها عشرة عند حلول الأجل^(٨٧).

ويلاحظ أن المالكية لهم مصطلح خاص في تفسير بيع العينة فتارة يتفقون مع غيرهم وتارة أخرى يعممونها لتشمل صوراً لا تكون عند غيرهم عينة، وهذا ما يستدعي منا بيان بيع العينة وحكمه وأدلة التحريم لأنها هي التطبيق العملي لموضوع سد الذرائع وذلك في المسائل الآتية:

المسألة الأولى تعريف العينة :

العينة بكسر العين وفتح النون، وفيها لغة أخرى بفتح العين وسكون الياء. وسميت عينة لحصول النقد لطالب العينة؛ وذلك أن العينة اشتقاقها من العين وهو النقد الحاضر يحصل له من فوره^(٨٨). وجاء في الصحاح: والعينة بالكسر السلف، واعتان الرجل إذا اشترى الشيء بنسيئة^(٨٩).

وفي أساس البلاغة: تعين الرجل واعتان عينة أي استلف سلفاً، وباعه بعينة باعه نسيئة لأنها زيادة، وقال ابن دريد: إنها بيع العين بالدين أي بيع السلعة ديناً^(٩٠).

العينة في الاصطلاح للعينة تعاريف وصور متعددة وأشهر تعريف لها :

أن يبيع الرجل من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل مسمى ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الأول نقداً حالاً^(٩١)، وهذا هو التعريف المشهور للعينة وعليه تحمل الأحاديث

^{٨٦} - الشرح الكبير للدردير ٧٦/٣

^{٨٧} - حاشية الدسوقي ٨٨/٣

^{٨٨} - لسان العرب ٣٠٦/١٣ مادة عين

^{٨٩} - الصحاح ٢١٧٢/٦ والمصباح المنير في غريب الشرح الكبير ٤٤١/٢

^{٩٠} - أساس البلاغة للزمخشري ٣١٩/٢

^{٩١} - تكملة المجموع للسبكي ١٥٣/١٠ والروضة للنووي ٤١٦/٣-٤١٧ وشرح الوجيز ٢٣١/٨

المحرمة للعينة وكذا الأحكام المغلظة على من يتعامل بها نظراً إلى أن هذا تحايل على الربا من أوسع الطرق، فليست هناك سلعة مرادة بالبيع بل قرض مال بزيادة، وبين المالين سلعة يراد بها التحليل وتصير ذريعة إلى الربا .

ومع ذلك فقد ذكر الفقهاء الأحناف والمالكية صوراً سموها بيع عينة، فمما ذكره الأحناف في تفسيرها:

أن يأتي الرجل المحتاج إلى آخر ويستقرضه عشرة دراهم ولا يرغب المقرض في الإقراض طمعاً في فضل لا يناله بالقرض فيقول: لا أقرضك ولكن أبيعك هذا الثوب إن شئت باثني عشر درهماً، وقيمته في السوق عشرة ليبيعه في السوق بعشرة فيرضى به المستقرض فيبيعه كذلك، فيحصل لرب الثوب درهمان وللمشتري قرض عشرة^(٩٢) .

ويلاحظ من هذه الصورة أن البيع الثاني لم يكن للبائع الأول وإنما يبيعه في السوق لغير البائع الأول وهو ما يطلق الفقهاء عليه "التورق"، وقد علل الأحناف كراهة هذه الصورة بأن فيها إعراضاً عن مبرة الإقراض^(٩٣)، وقد نقل الأحناف عن الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن رأيين متخالفين في حكم العينة، فنقلوا عن أبي يوسف قوله: العينة جائزة مأجور من عمل بها، ونقلوا عن محمد بن الحسن قوله عن العينة: هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا^(٩٤) .

ويظهر أن اختلاف الصاحبين لم يقع على مصطلح واحد للعينة ، فأبو يوسف تحدث عن إحدى صور العينة وهي أن تباع السلعة ثانية لغير بائعها الأول وهو ما يعرف بـ"التورق" أما محمد بن الحسن فقد تحدث عن صورة أخرى وهي بيع السلعة لبائعها الأول حين يشتريها لأجل بثمن معلوم ثم يبيعه لبائعها بثمن أقل نقداً، فليست هناك في الحقيقة سلعة مرادة في البيع بل قصد بها التذرع وهذه هي العينة في تعريفها المشهور.

٩٢ - حاشية رد المختار ٣٢٥/٥

٩٣ - حاشية رد المختار ٣٢٥/٥

٩٤ - حاشية رد المختار ٣٢٦/٥

وهذا ما قرره الحنفية أنفسهم فقد جاء في حاشية رد المحتار تعليقاً على الرأيين المذكورين: إن الذي يقع في قلبي أنه إن فعلت صورة يعود فيها إلى البائع جميع ما أخرجه أو بعضه فيكره تحريماً، فإن لم يعد كما إذا باعه المديون في الأسواق فلا كراهة فيه بل خلاف الأولى^(٩٥).

أما المالكية فإنهم يعتبرون العينة إحدى صور بيع الآجال، وقد قال ابن رشد: "أما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر أو نقداً^(٩٦)".

ويلاحظ من تعريف ابن رشد لبيوع الآجال أنه عرفها بنفس تعريف الجمهور للعينة، وقد سبقت الإشارة أن المالكية لهم مصطلح خاص في العينة فهم يرونها إحدى صور بيع الآجال، وقد اصطالحوا على أن العينة في الجملة بيع الرجل ما ليس عنده وما لم يدخل في ملكه^(٩٧).

وقد فصل المالكية العينة وذكرها أنها على ثلاثة أقسام: جائز ومكروه وممنوع، فالجائز أن يطلب رجل من آخر سلعة وهي ليست عنده، فيجوز للمطلوب منه أن يشتريها من مالكها ليبيعهما لطالبها بثمن آخر بنقد أو بمؤجل، والمكروهة أن يقول رجل لآخر سلفني ثمانين وأرد لك عنها مائة، فيقول إن هذا لا يحل ولكن خذ مني سلعة قيمتها ثمانون بمائة.

أما المحظور فهو أن يقول شخص لآخر: اشتر لي سلعة بعشرة نقداً وأنا أخذها منك باثني عشر لأجل، فلا يجوز لما فيه من سلف جر نفعاً^(٩٨).

وقد جاء في المدونة قلت: صف لي أصحاب العينة في قول مالك، قال: أصحاب العينة عند الناس قد عرفوهم، يأتي الرجل إلى أحدهم فيقول: أسلفني مالاً، فيقول ما أفعل

^{٩٥} - المرجع السابق نفس الجزء والصفحة

^{٩٦} - بداية المجتهد ١٤١/٢

^{٩٧} - الكافي لابن عبد البر ٦٧٢/٢

^{٩٨} - حاشية الدسوقي ٨٨/٣

ولكن أشتري لك سلعة من السوق فأبيعها منك بكذا وكذا ثم ابتاعها منك بكذا وكذا، أو يشتري من الرجل سلعة ثم يبيعها إياه بأكثر مما ابتاعها منه^(٩٩). ومهما فصل الملكية أو تعددت تقسيماتهم للعينة فإنها تدخل في عداد المنهيات والمحظورات، سواء أدخلوها تحت بيوع الأجال أو وضعوا لها اسماً خاصاً بها.

المسألة الثانية : حكم العينة

اختلف العلماء في حكم العينة إلى قولين :

الأول: يرى جمهور العلماء تحريم بيع العينة فقد قال ابن القيم عنها: "وجمهور الأئمة على تحريمها"^(١٠٠)، وقد تقدم أن محمد بن الحسن قال عنها : هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا .

وقد نقل الأحناف عن أبي حنيفة ومحمد تحريم العينة في صورة ما إذا باع رجل شيئاً نسيئاً وقبضه المشتري ولم ينقد المشتري ثمنه فإنه لا يجوز عندهم لباعه أن يشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه به، مستدلين بحديث عائشة في إنكارها على زيد بن أرقم^(١٠١) . كما أن المالكية يمنعون من بيع العينة ويدخلونها في بيوع الأجال^(١٠٢) .

ونقل الحنابلة تحريم العينة عن الإمام أحمد^(١٠٣) .

والقول بتحريم العينة روي عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كما روي عن ابن عباس ومحمد بن سيرين والحسن البصري وطاووس ومجاهد وإبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وغيرهم^(١٠٤) .

وقد استدل المانعون لبيع العينة بأدلة ومنها :

حديث العالية أنها دخلت على عائشة فسألته فقالت: يا أم المؤمنين كانت لي جارية فبعته من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى أجل ثم اشتريتها منه بستمائة، فنقدته الستمائة وكتبت عليه ثمانمائة فقالت عائشة : بئس والله ما اشتريت وبئس والله ما بعته أخبرني

٩٩ - المدونة ٣ / ١٦٦

١٠٠ - اعلام الموقعين ٣ / ٣٢٣

١٠١ - فتح القدير ٥ / ٢٥٥

١٠٢ - بداية المجتهد ٢ / ١٤١-١٤٢

١٠٣ - المغني ٤ / ٤٥

١٠٤ - المصنف لعبد الرزاق ٨ / ١٤٢٨٣ و ١٤٨١٦ والمصنف لابن أبي شيبه ٥ / ٢٤ وتهديب السنن ٥ / ١٠١

زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة: رأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل، قالت: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله﴾ (البقرة ٢٧٥) (١٠٥).

قالوا فالظاهر أن عائشة رضي الله عنها لا تقول مثل هذا التخليط إلا بتوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم فجرى مجرى روايتها ذلك عنه (١٠٦).

وقد اعترض على هذا الاستدلال بهذا الحديث بأنه لا يثبت إسناده، ولو ثبت لم يكن فيه إلا أن عائشة وزيداً اختلفا في حكم مسألة، ولا يكون قولهم عند الاختلاف حجة، ولا يكون قول بعضهم حجة على الآخر (١٠٧).

كما اعترض عليه بأن الحديث منكر من جهة متنه وذلك أنه لو فرضنا صحة كون زيد بن أرقم باع بيعاً حراماً فلا يعقل أن يبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذي شهد أغلب المشاهد وبيع تحت الشجرة وكان ممن رضي الله عنه، فمثل هذه الفضائل لا يبطلها إلا الردة عن الإسلام، بل لو صح أن زيداً باع بيعاً حراماً لكان مجتهداً وأخطأ في اجتهاده، وهذا ابن عباس أباح ربا الفضل ولم يذكر عن أحد من الصحابة الذين أنكروا عليه أنه حبط عمله بل ما زادوا على أن أنكروا عليه، فكيف يظن بأمة المؤمنين إبطالها جهاد زيد في شيء عمله مجتهداً (١٠٨).

وقد أجاب ابن القيم رحمه الله عن الاعتراضات على عدم ثبوت الحديث بأن أئمة الإسلام قد رووه، ثم إن الكذب والفسق لم يكن ظاهراً في التابعين حتى ترد روايتهم (١٠٩) كما استدلل المانعون للعينة بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم (١١٠).

١٠٥ - مصنف عبد الرزاق ١٨٤/٨-١٨٥ رقم (١٤٨١٢) ومسنند أحمد وسنن الدار قطني ٥٢/٣ والسنن الكبرى للبيهقي ٣٢٠/٥

١٠٦ - المغني ٤٥/٤

١٠٧ - الأم ٣٩/٣

١٠٨ - المحلى لابن حزم ٥٠/٩

١٠٩ - اعلام الموقعين ١٦٧/٣

١١٠ - سنن أبي داود ٧٤٠/٣ رقم ٣٤٦٢ والسنن الكبرى للبيهقي ٣١٦/٥ ومسنند أحمد ٤٢/٢ ٨٤٠

وقد اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأن دلالته على التحريم غير واضحة لأنه قرن العينة بالأخذ بأذناب البقر والاشتغال بالزرع وذلك غير محرم، وتوعد عليه بالذل وهو لا يدل على التحريم^(١١١).

وأجيب^(١١٢) عن هذا الاستدلال بأن نفي دلالة الاقتران على نفي دلالة الحديث على التحريم غير صحيح مع ضعف دلالة الاقتران، وذلك لأن المراد ليس مجرد تعاطي الحرث والزرع إذ هذا مباح، وإنما المراد من الحديث ترك الجهاد في سبيل الله بسبب الانشغال بالزرع، والانشغال بالزرع في هذه الحالة محرم بلا شك، فهو الإلقاء بالنفس إلى التهلكة وهي المرادة بقول الله تعالى: { ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة } البقرة (١٩٥) كما ورد ذلك في أسباب النزول^(١١٣).

كما استدل المانعون للعينة بآثار عن بعض الصحابة كأنس وابن عباس رضي الله عنهما، فقد روي عن أنس أنه سئل عن العينة فقال: إن الله لا يخدع هذا مما حرم الله ورسوله، وروي أن رجلاً باع من رجل حريرة بمائة ثم اشتراها بخمسين فسأل ابن عباس عن ذلك فقال: دراهم بدراهم متفاضلة بينهما حريرة^(١١٤).

كما استدلو بأن صورة الربا متحققة في العينة فإن التاجر إذا باع بالأجل بمائة ثم اشترى ما باعه بثمانين نقداً فيكون قد استرجع سلعته وازداد عشرين، فهذه الزيادة من الربا الواضح فإنه لا يقابلها عوض، على أن التاجر بقي له في ذمة المشتري مائة فيكون قد أخذ في الحقيقة المائة مؤجلة منها ثمانون قيمة السلعة وعشرون استفادها، مع أنه استرجع سلعته، وهذا عين الربا^(١١٥).

القول الثاني: يرى جماعة من العلماء أن بيع العينة جائز، وهذا قول الإمام الشافعي وداود الظاهري وابن حزم^(١١٦).

١١١ - نيل الأوطار ٢٣٥/٥

١١٢ - المرجع السابق نفس الصفحة

١١٣ - سنن أبي داود ٢٧/٣ رقم ٢٥١٢ و الترمذي ٢١٢/٥ رقم ٢٩٧٢

١١٤ - ينظر تحذيب سنن أبي داود ١٤٢/٢ و اعلام الموقعين ١٦٦/٣

١١٥ - بيع المراجعة ل بلال البحر ص/ ٣٨٩

١١٦ - ينظر الأم ٣٨/٣ و الخلي لابن حزم ٤٧/٩ مسألة (١٥٥٩) وتكملة المجموع للسبكي ١٥٧/١٠

وقد قال الإمام الشافعي: "من باع سلعة من السلع إلى أجل من الأجال وقبضها المشتري فلا بأس أن يبيعه الذي اشتراها بأقل من الثمن أو أكثر دين ونقد لأنها بيعة غير البيعة الأولى^(١١٧) .

وقد احتج القائلون بجواز بيع العينة بقول الله عز وجل ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ (البقرة ٢٧٥) وبأن هذا البيع الأصل فيه الحل والإباحة، ولم يأت نص أو خبر صحيح ثابت ينقل عن هذا الأصل^(١١٨) .

ووجهة الإمام الشافعي في الجواز: إجراؤه العقود على ظاهرها ولا ينظر إلى قصد العاقد إذا خالف لفظه. وقد قال الإمام الشافعي: ليس تفسد البيوع أبداً ولا النكاح ولا شيء أبداً إلا بالعقد، فإذا عقد عقداً صحيحاً لم يفسده شيء تقدمه ولا تأخر عنه، كما أنه إذا عقد عقداً فاسداً لم يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه إلا بتجديد عقد صحيح^(١١٩) ؛ وقال أيضاً: " أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعبادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ولا أفسد البيع عليه إذا باعه إياه لأنه باعه حلالاً وقد يمكن أن لا يجعله خمراً أبداً وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً، وكما أفسد نكاح المتعة ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي أن لا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد^(١٢٠) .

وبهذا يتضح أن الإمام الشافعي لا يمنع من بيع العينة وذلك أن حديث عائشة حين أنكرت على زيد بن أرقم بيعه وأغلظت عليه القول لم يثبت عنده، ويرى أنه لو ثبت فليس فيه إلا أن زيد بن أرقم وعائشة اختلفا، مع أن القياس مع زيد .

١١٧ - الأم ٣/٣٨

١١٨ - المحلى ٩/٤٧

١١٩ - الأم ٣/٣٩

١٢٠ - الأم ٣/٧٤

ومن جملة ما فسريه الشافعي إنكار عائشة على زيد أن الإنكار قد يكون بسبب أنها رأت البيع إلى العطاء مفسوخاً لأنه أجل غير معلوم ورأت بيعه إلى العطاء لا يجوز فرأته لم يملك ما باع^(١٢١)، كما أن الحديث الآخر: "إذا تبايعتم بالعينة ... إلخ" لم يثبت عند الشافعي ولذلك لم يعرض له هنا، ثم إن من رأيه بناء العقود على الظاهر ولا يتعرض للنيات .

ويرى الشافعي أنه لو فرض ثبوت حديث عائشة فإن زيدا لم يبيع إلا ما يراه حلالاً، فلو أن رجلاً باع شيئاً أو ابتاعه نراه نحن محرماً وهو يراه حلالاً لم نزع من الله يحبط من عمله شيئاً^(١٢٢) .

ولنا وقفات مع مسألة العينة في مذهب الإمام الشافعي :

الأولى: أن الشافعية الذين يقولون بجواز العينة قد اتفقوا على ضرورة أن يكون العقد خالياً من شرط سابق، فإن اقترن العقد بالشرط بطل البيع، وفي ذلك يقول الإمام النووي: "إن فرض الشرط مقارناً للعقد بطل بلا خلاف، وليس محل الكلام وإنما محل الكلام فيما إذا لم يكن مشروطاً في العقد وذلك من الواضحات^(١٢٣) .

الثانية: إن مقتضى مقاصد الشريعة في العقود من حيث الحل والحرمة تؤيد بل تحتم أن تكون العينة محرمة وممنوعة فالمنهج الشرعي في العقود لا يجيز أن يكون العقد مبنياً على معاملة صورية يكون المآل فيها الوصول إلى نتيجة الربا، ومن ثم قال ابن عباس رضي الله عنه: "دراهم بدراهم بينهما حريرة" وقال أنس وغيره تعليقا على بيع العينة: "إن الله لا يخدع" .

وتشبهه صورية السلعة في بيع العينة بصورية زواج التحليل الذي حرمه الشرع وأبطله ولعن فيه المحلل والمحلل له مع أن جميع الأركان متوفرة في زواج التحليل ولكن أبطله الشرع لأن النية لا تتوافق مع قصد الزواج في التحليل بل الغرض التمثل بعقد

١٢١ - المرجع السابق ٣/٣٩ ، ٧٨

١٢٢ - الأم ٣/٧٨

١٢٣ - تكملة المجموع ١٠/١٥٨

صوري لكي يوصل إلى الهروب من الزنا وعودة المرأة لمن طلقها فلذلك ألغى العقد وإن كان ظاهره الصحة واستيفاء الشروط.

ونقف مع ابن القيم - رحمه الله - وهو يناقش موضوع العينة والمجيزين لها حيث يقول: " فإن من أراد أن يبيع مائة بمائة وعشرين إلى أجل فأعطى سلعته بالثمن المؤجل ثم اشتراها بالثمن الحال ولا غرض لواحد منهما بالسلعة بوجه ما وإنما هي كما قال فقيه الأمة: دراهم بدراهم دخلت بينهما حريرة، فلا فرق بين ذلك وبين مائة بمائة وعشرين درهما بلا حيلة البتة لآي شرع ولا في عقل ولا في عرف، بل المفسدة التي لأجلها حرم الربا بعينها قائمة مع الاحتيال أو أزيد منها، فإنها تضاعفت بالاحتيال لم تذهب ولم تنقص، فمن المستحيل على شريعة أحكم الحاكمين أن يحرم ما فيه مفسدة ويلعن فاعله ويؤذنه بحرب منه ورسوله ويعدده أشد الوعيد ثم يبيح التحيل على حصول ذلك بعينه سواء مع قيام تلك المفسدة وزيادتها بتعب الاحتيال في معصية ومخادعة الله ورسوله، هذا لا يتأتى به شرع فإن الربا على الأرض أسهل وأقل مفسدة من الربا بسلم طويل صعب التراقي يترابى المترابيان على رأسه (١٢٤) .

الثالثة: مع تقديرنا للإمام الشافعي رضي الله عنه ومع الاعتراف بفضله فإن الحق في هذه المسألة مع غيره من الأئمة القائلين بتحريم العينة، وحديث عائشة في حادثة بيع زيد دليل واضح على التحريم، والحديث وإن تكلم فيه من ناحية سنده لكن العلماء قد أثبتوا سلامة سنده، أما نكارة متنه فغير مسلمة فقد بنى من رده على قضية لا تسلم وذلك أنهم قالوا إن عائشة رضي الله عنها رتبت على فعل زيد إبطال جهاده مع رسول الله وهو أمر لا يتفق مع من فعل أمرا باجتهاد، وهذا غير مسلم لأمر:

أولا: أن عائشة رضي الله عنها لا تنكر مثل هذا الصنيع إلا إذا كان عندها سند عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولذلك أغلظت القول وبالغت في الإنكار.

ثانيا: لو فرضنا أن هذا الفعل من زيد لا يستحق إبطال جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فما علاقة ذلك بكون البيع حراما، فغاية ما في الأمر أنها اجتهدت في

تغليظ العقوبة فأخطأت - على فرض أن الفعل لا يستحق العقوبة هذه- ولكن يبقى الحكم على الفعل بالتحريم غير متأثر بجتهادها.

ثالثاً: لم يضق باب التأويل في قول عائشة رضي الله عنها فيمكن أن يفسر بإبطال درجة الكمال في أجر الجهاد أو يؤول بإصرار زيد على فعله وهو متبين لحرمة فيكون هذا الإصرار مفترضا فقط وكذلك العقوبة تكون كذلك مفترضة .

رابعاً: قد عضد حديث عائشة في تحريم العينة الحديث الآخر المتقدم: "إذا تبايعتم بالعينة . . إلخ" وهو حديث ثابت الإسناد ولعل الإمام الشافعي لم يطلع عليه.

الوقففة الرابعة مع الإمام الشافعي في إجرائه العقود على ظواهرها فقد نص على أن كل عقد صحيح في الظاهر لا يبطل بتهمة ولا بعادة من المتبايعين، ويجاز بصحة الظاهر لكن يكره النية إذا كامن لو أظهرت كانت تفسد البيع .

ولا شك أن العقود تجرى على ظواهرها فنحن لا نكلف بالبحث عن مقاصد الناس ونياتهم الخفية لكن يبقى الأمر هنا في أمرين : الأول إن العقد وإن صح في الظاهر لكم يبقى الإثم على صاحب النية الذي أراد أن يصل إلى محرم بهذا العقد وقد وصل إليه ،وهذا وإن كان لا مدخل له بصحة العقد لكن كان للنية أثر وهو اكتساب الإثم وأما الثاني فإن الموضوع في هذه المسألة ليس في العقد العدي الذي ظاهره الصحة بل الخلاف في عقد ظهرت القرائن الراجعة بما يشبه التصريح أن المراد التوصل إلى الربا بهذه الوسيلة، فلا تراد سلعة في الأصل بل جعلت وسيلة إلى التحليل، ولذلك يقول الإمام الشافعي: "وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع"^(١٢٥).

الوقففة الخامسة: لعل أولى ما يمكن أن يفسر به رأي الإمام الشافعي في مسألة العينة أن العقد جرى بطريقة اعتيادية، ويتصور ذلك أن رجلا اشترى سلعة من رجل إلى أجل بثمن معلوم وبعد أن انتهى البيع وقبض المشتري السلعة ساومه البائع على شرائها منه حالا بثمن أقل أو أكثر فيبيعهها منه، فتم بيعان لا ارتباط لأحدهما بالآخر، ويتحتم هذا التفسير لأن الإمام الشافعي نص على أن هناك نية لو أظهرت لأفسدت البيع فلما لم تظهر كانت النية مكروهة، أما لو ظهرت كان البيع فاسداً، وقد ضرب الشافعي

لذلك مثالا بأنه يكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به، كما يكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا، ولا يفسد البيع إذا باعه .

ومع هذا التوسع في إجراء الأمور على ظاهرها لكن من المؤكد أن الذي يشتري العنب هو وإن كان متهماً باستخدامه في الخمر لكن لم تتأكد من ذلك وإلا كان من شرب خمرا يوماً ما لا يمكن أن يباع له عنب طوال حياته، وكذلك من اشترى السيف، وهذا يختلف كل الاختلاف فيمن صرح وتلفظ أنه بحاجة إلى أن يصنع خمرا لكنه لم يجد العنب فلا يجوز لمن سمعه أن يبيعه عنباً، وكذا لو أن إنساناً صرح بعزمه أن يقتل شخصاً وبحث عن سلاح فلم يجد فلا يجوز لمن يعلم حالته أن يبيعه السلاح، وقد نص الفقهاء على أن العبرة في العقود المقاصد والمعاني وليست الألفاظ والمباني فالعبرة في العقود القصد دون الألفاظ المجردة التي لم تقصد بها معانيها وحقائقها، وصيغ العقود إخبارات عما في النفس من المعاني التي تدل على العقود وإنشاءات لحصول العقود من الخارج فلفظها موجب لمعناها في الخارج وهي أخبار عما في النفس من تلك المعاني ولا بد في صحتها من مطابقة خبرها لمخبرها فإذا لم تكن تلك المعاني في النفس كانت خبرا كاذبا وكانت بمنزلة قول المنافق: أشهد أن محمدا رسول الله وبمنزلة قوله آمنت بالله وباليوم الآخر، وكذلك المحلل إذا قال: تزوجت وهو لا يقصد بلفظ التزوج المعنى الذي جعله الله في الشرع كان إخبارا كاذبا وإنشاء باطلا، لأن هذه اللفظة لم توضع في الشرع ولا في العرف ولا في اللغة لمن قصد رد المطلقة إلى زوجها وليس له قصد في النكاح الذي وضعه الله بين عباده وجعله سببا للمودة والرحمة بين الزوجين وليس له قصد في توابعه حقيقة ولا حكما، فالله جعل النكاح سببا للمواصلة والمصاحبة، والمحلل جعله سببا للمفارقة ولأنه تزوج ليطلق فهو مناقض لشرع الله وحكمته، فهو كاذب في قوله: تزوجت بإظهار خلاف ما في قلبه.^(١٣٦)

وهناك أحكام شرعية علق الشارع بها أحكامها فالمتكلم عليه أن يقصد بتلك الألفاظ معانيها والمستمع عليه أن يحملها على تلك المعاني فإن لم يقصد بها معانيها

بل تكلم بها غير قاصد لمعانيها أو قاصداً لغيرها أبطل الشارع عليه قصده فإن كان هازلاً أو لاعباً لم يقصد المعنى ألزمه الشارع المعنى كمن هزل بالكفر والطلاق والنكاح والرجعة بل لو تكلم الكافر بكلمة الاسلام هازلاً ألزم به وجرت عليه أحكامه ظاهراً، وإن تكلم بها مخادعاً ماكرًا محتالاً مظهرًا خلاف ما أبطن لم يعطه الشارع مقصودة كالمحلل والمرابي بعقد العينة، وكل من احتال على إسقاط واجب أو فعل محرم بعقد أو قول أظهره وأبطن الأمر الباطل^(١٢٧).

ومن المعلوم أن المقاصد تغير أحكام التصرفات فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: "صيد البر حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم"^(١٢٨) فقد حرم على المحرم الأكل مما صاده الحلال إذا كان قد صاده لأجله مع أن المحرم يجوز له الأكل مما صاده الحلال لنفسه .

وفي الجملة فإن الإمام الشافعي - رحمه الله - لم يأخذ بسد الذريعة في مسألة بيع العينة ولا يعني ذلك أنه يجوز الوسائل المحرمة، ولا يعني أنه يجوز التذرع إلى الربا ولكن الشافعي ومن يقول بقوله يحسنون الظن بمن لم يظهر منه قصد إلى الممنوع فإذا ظهر القصد امتنع التصرف، وهم ينظرون إلى أصل الإذن بالبيع وقد حصلت مصلحة ظاهرة في البيع الثاني بشرط أن لا يظهر قصد إلى المال الممنوع، والعلم أو الظن بوقوع المفسدة منتفیان إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، ولا يبنى المنع إلا على العلم أو الظن، ولا يصح أن يحمل عمل العامل وزراً بمفسدة لم يقصدها ولم يكن مقصراً في الاحتياط لتجنبها^(١٢٩).

وعلى الرغم من موقف ابن القيم من تحريم بيع العينة وسرده الأدلة على تحريمها حتى إنه أوصلها إلى تسعة وتسعين وجهاً، وكذا تفنيده للأساس الذي اعتمده الإمام الشافعي في تجويزه بيع العينة والذي يتلخص في أن العقد في ظاهره صحيح والعقود تجري على ظواهرها، مع كل ذلك فإن ابن القيم اعتذر للإمام الشافعي وحمل مذهبه على السلامة، وقد قال ابن القيم: "والتأخرون أحدثوا حيلاً لم يصح القول بها

١٢٧ - المرجع السابق ١٢٠/٣

١٢٨ - ينظر سنن الترمذي ٢٠٣/٣ و سنن النسائي ٢/٣٧٢ رقم ٣٨٠٩

١٢٩ - الموافقات ١٨٤/٥ - ١٨٥

عن أحد من الأئمة، ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانه من الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ولا بالدلالة عليها، وإن كان رحمه الله يجري العقود على ظاهرها ولا ينظر إلى قصد العاقد ونيته فحاشاه ثم حاشاه أن يأمر الناس بالكذب والخداع والمكر والاحتيايل، ولا يظن بمن دون الشافعي من أهل العلم والدين أنه يأمر أو يبيح ذلك، فالفرق واضح بين أن لا يعتبر القصد في العقد ويجريه على ظاهره وبين أن يسوغ عقداً قد علم بناؤه على المكر والخداع وقد علم أن باطنه خلاف ظاهره، فوالله ما سوغ الشافعي ولا إمام من الأئمة هذا العقد قط ومن نسب ذلك إليهم فهم خصماؤه عند الله، فالذي سوغه الأئمة بمنزلة الحاكم يجري الأحكام على ظاهر عدالة الشهود وإن كانوا في الباطن شهود زور، والذي سوغه أصحاب الحيل بمنزلة الحاكم يعلم أنهم في الباطن شهود زور وأن ما شهدوا به لا حقيقة له ثم يحكم بظاهر عدالتهم، وهكذا في مسألة العينة إنما جوز الشافعي أن يبيع السلعة ممن اشتراها منه جرياً على ظاهر عقود المسلمين وسلامتها من المكر والخداع، ولو قيل للشافعي: إن المتعاقدين قد تواطئا على ألف بألف ومئتين وترواها على ذلك وجعلوا السلعة محلاً للربا لم يجوز ذلك ولأنكره غاية الإنكار^(١٣٠).

وقد نقل ابن حجر - رحمه الله - كلام ابن القيم هذا ومع استحسانه له فقد علق عليه بقوله: "والتحقيق أنه لا يلزم من الإثم في العقد بطلانه في ظاهر الحكم، فالشافعية يجرون العقود على ظاهرها ويقولون مع ذلك: إن من عمل الحيل بالمكر والخديعة يأثم في الباطن، وبهذا يحصل الانفصال عن إشكاله^(١٣١)."

ومع هذه الاعتذارات الحسنة للإمام الشافعي وتخريج تصحيحه للعقود التي بنيت على الظاهر ومنها صحة بيع العينة في المذهب الشافعي فإن هذه المسألة تبقى مشكلة في اختيارات الإمام الشافعي وأتباع مذهبه، وهو المشهور بأخذه بمقاصد الشريعة في صحة العقود وبطلانها.

١٣٠ - اعلام الموقعين ٣/٢٨١ بتصرف يسير

١٣١ - فتح الباري ٢٦/١٧٨-١٧٩ ط مكتبة الكليات الأزهرية

ومع أن ابن حزم -رحمه الله- يصحح بيع العينة ويدافع عن صحته إلا أن ذلك ليس مستغرباً منه، فهو الذي يتعامل مع ظواهر النصوص ولا يتوسع في الأخذ بمعقول النص، لكن الذي يمكن أن يؤخذ على ابن حزم هنا هو أنه ظل يشنع على الفقهاء في اتخاذ الحيل للوصول إلى بعض المآرب وقد تكون حيلة مشروعة، لكنه سلّ عليهم قلمه وعباراته الجارحة، ومع ذلك نجده هنا يقر حيلة تترتب عليها مفسدة الوصول إلى الربا، وخرج - رحمه الله - عن وجهته، ولقد ذكر بأن العينة حيلة مشروعة لأنه يقصد بها الضرار من الربا وقال: " وأما قولهم إنهما أرادا الربا فتحيلاً بهذا العمل، فجوابهم أنهما إن كانا أرادا الربا كما ذكرتم فتحيلاً بهذا العمل فبارك الله فيهما فقد أحسنا ما شاء إذ هربا من الربا الحرام إلى البيع الحلال وفرا من معصية الله تعالى إلى ما أحل^(١٣٢) .

ولعلنا تلتمس العذر لابن حزم أنه لا يقصد تقرير حيلة الوصول إلى الربا وإنما أراد أن يجاري معارضيه وينزل المسألة على وجهتهم بدليل أنه قرر بعد ذلك أن المنكر أساء لظنه بهما ما لعلهما لم يخطر على بالهما^(١٣٣) .

١٣٢ - الخلى ٥٢/٩

١٣٣ - المرجع السابق نفس الجزء والصفحة

المبحث الثالث : سد الذرائع عند الإمام الشافعي

سبق النقل أن سد الذرائع اشتهر عن المالكية والحنابلة، لكن الحنفية والشافعية لم يشتهروا في الأخذ بها .

وإذا استبعدنا من أذهاننا ذلك الارتباط الوثيق عند المالكية بين سد الذرائع وبيع الأجال ومنها بيع العينة على وجه الخصوص فإننا سنجد الشقة غير بعيدة عند الأئمة في مسألة التحوط ومنع الوسائل المؤدية إلى منهي عنه.

فما لا خلاف فيه أن ما أدى إلى الحرام فهو حرام، كما أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والذرائع وسائل فإن أدت إلى حرام فلا شك أنها حرام، ويبقى معنا سد هذه الذرائع من حيث توسيع الحكم عليها بأنها طريق إلى منهي عنه، فربما ضيق الشافعية وعلى رأسهم الإمام الشافعي في هذا الجانب فلم يتوسعوا في السد وغلبوا الجانب الظاهري في الحكم على المعاملات .

أما موضوع منع التحايل على الشرع ومنع الوصول إلى المحرم بوسيلة يظن أنها تخرج صاحبها عن الوقوع في الحرام فلا يتصور أن أحدا من الأئمة يخالف فيها.

وقد حاول ابن الرفعة - رحمه الله - إثبات قول للشافعي في سد الذرائع بتخريج قول له في باب إحياء الموات من كتاب الأم، فبعد أن ذكر الشافعي النهي عن بيع الماء ليمنع به الكلاً قال: "وإنما يحتمل أنما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله ثم يحل، وكذا ما كان ذريعة إلى إلال ما حرم الله تعالى" ثم قال: "وإذا كان هذا هكذا ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام يشبهه معاني الحلال والحرام" (١٣٤).

لكن الشافعية ومنهم السبكي (١٣٥) لم يسلموا بذلك ونازعوا ابن الرفعة في تخريج هذا القول للشافعي .

١٣٤ - الأم ٤/٤ وتكملة المجموع للسبكي ١٥٨/١٠ والبحر ٦/٨٤

١٣٥ - تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الفقيه الشافعي المفسر الأصولي من مؤلفاته الإجماع بدأه وأكماله ولده وتكملة مجموع النووي توفي ٧٥٦هـ.

ترجمته في طبقات الشافعية لابن السبكي ١٣٩/١٠ والبداية والنهاية ١٤/٢٥٢

وقد ذكر السبكي أن الشافعي - رحمه الله - أراد تحريم الوسائل لا سد الذرائع، والوسائل مستلزمة المتوسل إليه، ومن هذا بيع الماء فإنه مستلزم عادة لمنع الكأ الذي هو حرام، ولا نزاع فيما يستلزم من الوسائل، وكلام الشافعي في نفس الذرائع لا في سدها، فسد الذرائع الذي هو محل الخلاف بين الشافعية والمالكية أمرزائد على مطلق الذرائع، وليس في لفظ الشافعي تعرض لها، والذرائع التي تضمنها كلام لفظه لا نزاع في اعتبارها^(١٣٦).

والحقيقة أن الشافعية شأنهم شأن غيرهم لم يستطيعوا أن يتخلصوا من بعض الفروع الفقهية التي بنيت على سد الذرائع، وهم وإن حاولوا صرفها عن هذا الباب لكنها تظل متصلة به وآيلة إليه .

ومن تلك المسائل التي بنيت على سد الذرائع: مسألة الولي لو باع على اليتيم شقصاً له فيه شفعة فقال بعض الشافعية لا يأخذه بالشفعة وكذا مسألة المريض إذا باع في مرض موته شقصاً بدون المثل، وكذا إبطال إقرار المريض للوارث^(١٣٧) .

وقد ذكر الزركشي أن الشافعي نص في البويطي على كراهية التجميع بالصلاة في مسجد قد صليت فيه تلك الصلاة إذا كان له إمام راتب، قال وإنما كرهته لئلا يعمد قوم لا يرضون إماماً فيصلون بإمام غيره^(١٣٨) .

ومع هذه النقول عن الإمام الشافعي والتخريج على أقواله في كثير من الفروع الفقهية يتبين أن الإمام القرأفي لم يجانب الصواب حين أطلق أن كل واحد من الأئمة يقول بالذرائع، ولا وجه لإنكار الشافعية هذا الإطلاق، فالقرأفي رأى أن الذرائع من حيث هي وسائل إلى الحرام لا يمكن لأي فقيه أن لا يعتبرها، ثم رأى تطبيقات المذاهب الفقهية تسير نحو هذه الوجهة .

ومع ذلك فلا ندعي أن النظر إلى الذرائع من جميع الأئمة يمضي بوتيرة واحدة، فما لاشك فيه أن المذهب المالكي توسع في سد الذرائع إلى درجة ينازعه بقية المذاهب في

^{١٣٦} تكملة المجموع ١٠/١٥٩-١٦٠ والبحر ٦/٨٥

^{١٣٧} - تكملة المجموع ١٠/١٦٠-١٦١ والبحر ٦/٨٥

^{١٣٨} - البحر الخيط ٦/٨٦

إدخال بعض الحالات فيها وهي لا تستحق الدخول، ثم يليه المذهب الحنبلي مع بعض الفروق الدقيقة بين وجهتي المذهبين التي تقدمت في كلام ابن تيمية رحمه الله، ثم يأتي بعدهما المذهب الحنفي والشافعي، وهذان المذهبان وإن لم ينصا على اعتبار سد الذرائع أصلاً قائماً بذاته لكن عند تمحيص مسائل فروع المذهب نجد اعتبار الذرائع سارية فيها.

وقد قال الإمام محمد أبو زهرة - رحمه الله: وبهذا يتبين أن الذرائع أصل في الفقه الإسلامي أخذ به الفقهاء جميعاً، وأنهم اختلفوا في مقداره ولم يختلفوا في أنه أصل مقرر ثابت^(١٣٩).

ثم يقول: "هذا وإن الأخذ بالذرائع ثابت من كل المذاهب الإسلامية وإن لم يصرح به، وقد أكثر منه الإمامان مالك وأحمد وكان دونهما في الأخذ به الشافعي وأبو حنيفة ولكنهما لم يرفضاه جملة ولم يعتبراه أصلاً قائماً بذاته بل كان داخلاً في الأصول المقررة عندهما كالقياس والاستحسان الحنفي^(١٤٠).

ويقول الدكتور حامد حسان: "عند التحقيق يظهر أن الأئمة جميعاً قائلون بهذه القاعدة، وأن الخلاف بينهم في شروطها أو في مقدار الأخذ بها أو في تحقيق مناطها وتطبيقها على بعض الجزئيات، فالباحث في فقه الأئمة يجدهم جميعاً يسدون الذرائع ويمنعون طرق الفساد ووسائله في الجملة وإن جاءت نتائج تطبيقهم لهذه القاعدة في بعض الجزئيات مختلفة"^(١٤١).

١٣٩ - أصول الفقه لأبي زهرة ص/٢٩٤

١٤٠ - المرجع السابق ص/٢٩٤

١٤١ - أصول الفقه لحسين حامد حسان ص/١١٥

المبحث الرابع : تطبيقات على سد الذرائع

لقد كانت هناك أمور كثيرة جرى الحكم فيها على سد الذرائع والتقت فيها أقوال الأئمة وبني الحكم فيها على مراعاة هذه القاعدة والتفات التشريع لها، وسأذكر نماذج مما تمس الحاجة إليها في حياة الناس ومعاشهم، وقد روعي فيها قاعدة سد الذرائع، فمن ذلك ما يلي:

١ - منع الاحتكار :

يدور تعريف الاحتكار على أنه شراء السلع وجمعها من الأسواق وقت قلتها لتباع، طلبا للربح عند شدة الحاجة إليها . وقد تنوعت التعاريف بناء على وجهة الفقهاء هل هو خاص بالطعام أم يمتد إلى كل سلعة :

فعرفه الحنفية بأنه اشتراء طعام ونحوه وحبسه للغلاء .

وعرفه المالكية بأنه رصد الأسواق انتظاراً لارتفاع الأثمان .

وعرفه الشافعية بأنه اشتراء القوت في وقت الغلاء وإمساكه وبيعه بأكثر من ثمنه .

وعرفه الحنابلة بأنه اشتراء القوت وحبسه انتظاراً للغلاء^(١٤٢) .

وبناءً على هذه التعريفات فإن الادخار يختلف عن الاحتكار، فلا خلاف أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاج إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز، وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره^(١٤٣) .

فالفرق بينهما أن الاحتكار حبس الطعام إرادة غلائه على الناس، أما ادخار القوت فليس بهدف الإغلاء ولكن بهدف الحصول على السلعة بأرخص الأثمان في الوقت المناسب^(١٤٤) .

وقد اتفق الفقهاء على أن الاحتكار محظور لما به من الإضرار بالناس والتضييق عليهم، وجمهور الفقهاء صرحوا بالتحريم^(١٤٥) .

^{١٤٢} - ينظر حاشية ابن عابدين ٣٩٨/٦ والشرح الصغير ٦٣٩/١ ونهاية المحتاج ٤٥٦/٣ والمغني ٣٠٥/٤

^{١٤٣} - ينظر صحيح البخاري ٢٠٤٨/٥

^{١٤٤} - ينظر تكملة المجموع ٤٦/١٣

وهناك شروط اشترطها الفقهاء للاحتكار المحرم ومن أهمها :

(١) أن يكون تملكه السلعة بطريق الشراء، أما إذا ادخار الفلاح أو المستورد الذي يستورد السلعة ولا يشتريها من الأسواق فإنه لا يعد ذلك احتكاراً، ويرى المالكية وأبو يوسف أن العبرة هي احتباس السلع بحيث تضر بالعامّة سواء تملكها بطريق الشراء أو الجلب.

(٢) أن يكون الشراء وقت الغلاء للتجارة انتظاراً لزيادة الغلاء، فلو اشترى في وقت الرخص وحبسه لوقت الغلاء فلا يكون احتكاراً .

(٣) أن يكون المشتري قوتا، فأما الإدام والعتسل والزيت وأعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم .

(٤) ويرى المالكية وأبو يوسف وكذا الظاهرية أن الاحتكار يجري في كل ما يحتاجه الناس ويتضررون من حبسه من قوت وإدام وغير ذلك.^(١٤٦)

وقد استدل القائلون بتحريم الاحتكار بأحاديث دلت على حرمة ومنها :

قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحتكر إلا خاطئ"^(١٤٧)، وقوله صلى الله عليه وسلم: "من احتكر فهو خاطئ"^(١٤٨)، ويقول صلى الله عليه وسلم: "من احتكر حكرة يريد أن يغلي بها على المسلمين فهو خاطئ وقد برئت منه ذمة الله"^(١٤٩).

ويلاحظ أن الاحتكار منع سداً للذريعة إذ يترتب عليه التضيق على الناس ومضايقتهم في أوقاتهم، فشراء الطعام وتخزينه للبيع بسعر مرتفع لغرض الربح أمر جائز وتجارة مشروعة لما يترتب على ذلك من مصلحة كسب الرزق والإنفاق على النفس والولد، ولكن إذا ترتب على هذا الاحتكار الإضرار بمصالح الأمة والتحكم في أوقاتهم برفع الأسعار منع من ذلك.

وقد تناول الفقهاء معالجة الشريعة للاحتكار وذكروا أموراً منها :

١٤٥ - الاختيار ١٦٠/٤ ط الثانية مواهب الجليل ٣٢٣/٤ المغني ٣٠٥/٤ نهاية المحتاج ٥٦٣/٣ الخلى ٦٤/٩

١٤٦ - حاشية ابن عابدين ٣٩٨-٣٩٩ ومواهب الجليل ٢٧٧/٤ ط الأولى وشرح النووي على مسلم ٤٣/١١

١٤٧ - صحيح مسلم ١٢٢٨/٣ رقم (١٦٠٥)

١٤٨ - مسلم ١٢٢٧/٣

١٤٩ - مسند أحمد ٣٥١/٢

التسعير وهو إلزام ولي الأمر أو من يقوم مقامه الناس بثمن معين لا يتبايعون إلا به، فيمنعون من الزيادة عليه أو النقص عنه عند الضرورة في الطعام وغيره مما يحتاج الناس إليه بحيث يراعى حق الطرفين بالعدل للمصلحة العامة^(١٥٠).

والتسعير في حاضرتنا اليوم يعني تدخل الدولة ممثلة في وزارة التجارة أو الغرفة التجارية أو أي جهة أخرى مختصة في وضع أسعار محددة لسلع معينة أو لكل السلع وتكون ملزمة للتجار ليس لهم تجاوزها وإلا كانوا عرضة للمساءلة.

وقد اتفق الفقهاء على أن ولي الأمر يأمر المحتكر بإخراج ما احتكر إلى السوق وبيعه للناس، فإن لم يمتثل وكان هناك ضرر على العامة أجبر على ذلك بل أخذ منه ما احتكره وباعه وأعطاه ثمن المثل^(١٥١).

٢- قضاء القاضي بعلمه :

يكاد الفقهاء يتفقون على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله كالزنى وشرب الخمر لأن الحدود يحتاط فيها وليس من الاحتياط الاكتفاء بعلم نفسه لأن البينة قد فاتت صورتها وفوات الصورة يورث شبهة تدرأ هذه الحدود والحدود تدرأ بالشبهات^(١٥٢).

أما الحقوق المتعلقة بالعباد فإن المالكية يرون أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم فيها بعلمه، وهذا القول رواية مشهورة عن الإمام أحمد وقد اعتمدوا في ذلك على أدلة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه"^(١٥٣).

كما استندوا إلى قاعدة سد الذرائع وتمثل في الآتي:

١- إن قضاء القاضي بعلمه يعرضه للتهمة والريبة، والقضاة مأمورون بصيانة أنفسهم عن التهمة.

١٥٠ - ينظر الطرق الحكمية ص/٢٤٥

١٥١ - ينظر شرح النووي على مسلم ٤٣/١٣ والطرق الحكمية ص/٢٤٣ وبدائع الصنائع ١٢٩/٥ ورد المختار ٣٩٨/٦

١٥٢ - ينظر المغني لابن قدامة ٥٣/٩ ونهاية المحتاج ٢٤٦/٨ وحاشية ابن عابدين ٤٣٩/٥

١٥٣ - صحيح البخاري ٢٥٥٥/٢ رقم (٦٥٦٦) وصحيح مسلم ١٣٣٧/٣

٢- إن ترك الحرية للقاضي ليقضي بعلمه يمكن من لاخلق لهم من القضاة بالتلاعب بالأحكام بتقتيل من يخالفهم وتجريح وتفسيق من يبغضهم وتغيير الأحكام بناء على أطماعهم وأهوائهم الشخصية^(١٥٤)

أما الحنفية فقد قال متقدموهم يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه وهو ما ذهب إليه ابن حزم والشافعية^(١٥٥)، أما متأخرو الحنفية فقد أفتوا بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه، جاء في حاشية ابن عابدين أن المعتمد عدم حكمه في زماننا، والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقاً^(١٥٦).

أما الإمام الشافعي فكان يجوز قضاء القاضي بعلمه ثم كرهه بعد ما فسد القضاة، قال الشافعي- رحمه الله- : " إذا كان القاضي عدلاً فأقر بين يديه بشيء كان الإقرار عنده أثبت من أن يشهد عنده كل من يشهد؛ لأنه قد يمكن أن يشهدوا عنده بزور، والإقرار عنده ليس فيه شك، وأما القضاة اليوم فلا أحب أن أتكلم بهذا كراهية أن أجعل لهم سبيلاً إلى أن يجوروا على الناس^(١٥٧) .

ويلاحظ من كلام الإمام الشافعي ومتأخري الحنفية أن المنع سببه سد ذريعة الجور على الناس ودرء التهمة على القضاة .

٣- منع زواج المسلم بالكتابية :

الأصل أن زواج المسلم بالكتابية من اليهود والنصارى مباح، ومستند الإباحة قول الله تعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والحصنات من المؤمنات والحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ (المائدة ٥)، وقد ذهب الجمهور من الصحابة والتابعين والمذاهب الفقهية إلى جواز زواج المسلم بالكتابية^(١٥٨) استناداً إلى هذه الآية الكريمة، وهؤلاء الفقهاء الذين أجازوا الزواج بأهل الكتاب اشترطوا للإباحة شروطاً منها:

١٥٤ - ينظر بداية الجتهاد ٢/٤٧٠-٤٧١ والمغني ٩/٥٣ وما بعدها

١٥٥ - ينظر بدائع الصنائع ٧/٧ ونهاية المحتاج ٨/٢٦٠ والخلي ٩/٢٦٦

١٥٦ - حاشية ابن عابدين ٥/٣٩

١٥٧ - الأم ٧/٤٨

١٥٨ - ينظر تفسير الطبري ٢/٣٧٦-٣٧٧ والمهذب ٢/٤٣٨ والمغني ٦/٥٨٩

- ١- أن تكون كتابية تؤمن بدين سماوي كاليهودية والنصرانية، فهي مؤمنة في الجملة بالله ورسالاته والدار الآخرة .
- ٢- أن تكون عفيفة محصنة، قال تعالى ﴿والحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ (المائدة ٥) وقد قال ابن كثير: "الظاهر أن المراد بالمحصنات العفيفات" (١٥٩) .
- ٣- أن لا تكون من قوم يعادون المسلمين ويحاربونهم، ولهذا فرق جماعة بين الذمية والحربية فأباحوا الزواج من الأولى ومنعوها في الثانية، وهذا مروى عن جماعة من الصحابة والتابعين (١٦٠) .
- وقد ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه نهى عن زواج الكتابيات بأكثر من رواية: فقد روى ابن جرير الطبري رحمه الله أن حذيفة تزوج يهودية فكتب إليه عمر: خل سبيلها، فكتب إليه أتزعم أنها حرام فأخلى سبيلها؟ فقال: لا أزعم أنها حرام ولكني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن (١٦١) .
- وروى عبد الرزاق أن حذيفة نكح يهودية في زمن عمر فقال عمر: طلقها فإنها جمره، قال: أحرام؟ قال: لا، قال فلم يطلقها، حتى إذا كان بعد ذلك طلقها (١٦٢) .
- كما روى عبد الرزاق أن طلحة بن عبيد الله نكح بنت عظيم يهود قال فعزم عليه عمر إلا ما طلقها (١٦٣) .
- وروى أيضا بسنده أن عمر بن الخطاب كتب إلى حذيفة بن اليمان وهو بالكوفة ونكح امرأة من أهل الكتاب فكتب أن فارقها فإنك بأرض المجوس واني أخشى أن يقول الجاهل كافرة قد تزوج صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ويجهل الرخصة التي كانت من الله فيتزوجوا نساء المجوس، ففارقها (١٦٤) .

١٥٩ - تفسير ابن كثير ٢٠/٢

١٦٠ - ينظر تفسير الطبري ١٠٧/٦

١٦١ - تفسير الطبري ٣٧٨/٢

١٦٢ - مصنف عبد الرزاق ١٧٦/٧ رقم ١٢٦٦٨

١٦٣ - المصنف ١٧٧/٧ رقم ١٢٦٧٢

١٦٤ - المرجع السابق ١٧٨/٧ رقم ١٢٦٧٦

وقد جاء هذا المنع من الفاروق عمر رضي الله عنه لأنه خشي من المفساد التي قد تترتب على هذا الزواج، ومن مجموع الروايات نتبين أنه منع لأمر منها :

(١) خشي- رضي الله عنه- أن يعمد المسلمون إلى نكاح الكتابيات ويتركوا النساء المسلمات، ومن حق ولي الأمر دفعاً للمضرة عن المسلمة وجلباً للمصلحة أن يقيد المباح، وفي ذلك يقول ابن جرير رحمه الله: "وإنما كره عمر لطلحة وحذيفة رحمة الله عليهم نكاح اليهودية والنصرانية حذراً من أن يقتدي بهما الناس فيزهدوا في المسلمات" (١٦٥).

(٢) خشي عمر رضي الله عنه أن لا يحترز الناس حين الزواج من الكتابيات فيتساهلوا في شرط الإحصان (العفاف) فيتعاطوا زواج الفاجرات والمومسات، وفي ذلك مفسدة عظيمة .

(٣) خشي عمر أن يقيس الناس المجوسية على الكتابية ويتزوجوا المجوس اقتداءً بحذيفة وطلحة، جاهلين الرخصة التي كانت من الله في الكتابية خاصة. ويلاحظ أن هذه الأمور كلها مفسد وينبغي أن تمنع قبل وقوعها عملاً بسد الذرائع. ويمكن أن يضاف إلى الأمور السابقة مفسد أخرى قد لا تكون ظاهرة في الأزمان السابقة وبخاصة زمن عمر رضي الله عنه ومن أهمها :

(١) أنه يخشى أن تؤثر الكتابية- يهودية كانت أم نصرانية- على فكر الزوج وثقافته واتجاهه وبخاصة عندما أصبح للدول الغربية ومجتمعاتها نفوذ وهيمنة وصار ينظر إليها نظرة إكبار واحترام ويمال إلى تقليدهم في أغلب أحوالهم، على عكس الأزمان السابقة حين كانت الأمة المسلمة محط أنظار الآخرين وكانت مضرب الأمثال في التقدم والحضارة وسمو الأخلاق، وكان من الممكن أن يتزوج المسلم كتابية فتتأثر بمعاملته الحسنة وأخلاقه المثلى فتميل إلى الإسلام، أما اليوم فيخشى أن ينبر الزوج -ضعيف الإيمان - ببعض التعاملات أو بوجود بعض المصالح، فيترك دينه إلى دين آخر.

(٢) يخشى أيضا من مفسدة ضياع الأولاد، فلربما كانت الأم أكثر لصوصاً بأولادها من أبيهم ويحدث أن تحاول الأم تنشئة الأولاد على بعض التعاليم والممارسات والطقوس المتعلقة بدينها، ويحدث عند الأولاد اضطراب ذهني وتقبل أو تفاعل مع دين الأم، وهذا فيه من المخاطر ما لا يجوز التهاون فيه، وقاعدة سد الذرائع هنا ينبغي أن تأخذ مكانها أكثر من المسائل الأخرى التي يقل فيها الخطر. وقد وجدت ابن قدامة رحمه الله لاحظ هذا الخطر فقال معللا كراهة الزواج بالكتابة: " ولأنه ربما مال إليها قلبه فتفتنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها ^(١٦٦) .

الختامة: مكانة سد الذرائع من أدلة التشريع وأهم النتائج

إن قاعدة سد الذرائع لها أهمية كبرى وهي مقصد شرعي عظيم، وإعمالها يؤدي إلى انتظام أحوال الأفراد والمجتمعات، كما أن إهمالها بالكلية يؤدي إلى الاستخفاف بأحكام الشرع وإهمال مراميه، وإذا كان هناك تخوف من بعض تطبيقات سدها أو من فتحها فإن الذي يضبط الأمر هو مراعاة مقاصد الشرع في سد الذرائع وفتحها. إننا حين ننظر إلى أحكام التشريع الإسلامي سنجد أن هذه القاعدة روعيت في كثير من الفروع وصار يعرف في عرف الفقهاء أن للوسائل أحكام المقاصد، وكل ما أفضى إلى الحرام فهو حرام.

والعقول السليمة تقضي أن ليس من الحكمة أن يمنع من شيء ثم تباح الوسائل الموصلة إليه، يقول ابن القيم- رحمه الله- : " فإذا حرم الله أمراً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى تأبى ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك فإن أحدهم إذا منع

جنده أو رعيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده^(١٦٧) .

ومن خلال الاطلاع على فقه الأئمة وآرائهم نجد أن الجميع متفقين على إعمال هذه القاعدة ويطبونها في القضايا التي واجهتهم، ولا يستساغ بأي حال إطلاق القول أن هناك أحداً يلغي سد الذرائع جملة، لأن هذا يخالف توجيهات الشرع الذي يراعي سلامة الوسيلة كما يراعي سلامة المقصد، ويبقى مجال الخلاف في ذرائع خاصة كان للاجتهاد فيها مجال، وكذا المبالغة في سد الذرائع، ولعل إطلاق القول بأن سد الذرائع مجال خلاف بين الأئمة إطلاق غير سديد، بل إن العكس هو الأقرب للصواب وذلك أن سد الذرائع محل اتفاق بين الأئمة، وينبغي حينئذ التفريق بين كون هذه القاعدة مصطلحاً لبعض الفقهاء يطلقونه على ذرائع خاصة ويعملون فيه جانب السد، ويخالفهم فيه غيرهم على أساس أنه مصطلح وبين كون هذه القاعدة أصلاً من أصول التشريع تراعى عند بناء الأحكام وتقوم على جلب المصالح ودفع المفاسد .

على أننا ونحن نراعي هذه القاعدة يجب أن نضع في أذهاننا الابتعاد عن أن تكون هذه القاعدة وسيلة من وسائل الغلو والتشدد في الدين بدرجة تبعد القاعدة عن أصلها المعبر الذي جاءت لتحقيقه، فهناك فرق بين الغلو في الدين وبين سد الذرائع، فسد الذرائع موقعه وجود المفسدة، والغلو موقعه المبالغة والإغراق في إلحاق مباح بمأمور شرعي أو منهي شرعي أو في إتيان عمل شرعي بأشد مما أراد به الشارع بدعوى خشية التقصير في مراد الشارع وهو المسمى في السنة بـ " التعمق " و " التنتع " ^(١٦٨) .

إن إعمال قاعدة سد الذرائع لا ترتبط بأي حال بباب الغلو والتشدد في دين الله، فكثيراً ما استعملت هذه القاعدة للمسارة في تحريم كثير من المباحات بدعوى الخشية من التوصل إلى مفسدة .

والحقيقة أن تحريم هذه المباحات هو الذي يوصل إلى مفسدة عظيمة وهي مفسدة العسر والحرص الذي يترتب على التحريم، وهذا يناه في مقصد الشريعة في التيسير ورفع

١٦٧ - اعلام الموقعين ٣/١٣٥

١٦٨ - مقاصد الشريعة لابن عاشور ٣٤٠ - ٣٤١

الحر، والفقهاء عندما منعوا بعض الوسائل إنما منعوا منها سداً لذريعة الوصول إلى مفسدة راعى الشارع المنع منها، فإذا توغلنا في باب السد ولم نراع مقاصد الشريعة نكون قد وقنا في مفسدة ويجب سد وسيلتها وهي الغلو والمبالغة.

كما أنه لا يجوز بحال أن نفتح الذرائع إلى درجة نبعد التشريع عن الحكمة المعتمدة عند بناء الأحكام.

وحيث نتحدث عن اعتبار هذه القاعدة ورعايتها ينبغي أن لانهمل أن بعض الفقهاء بالغ في سد الذرائع إلى درجة قد توصف بالمغالاة فيها وذلك يخرجها عن الأساس المعتمد في حجيتها، ومن أمثلة ذلك ما نجده من اختيارات الإمام مالك في بعض الفروع الفقهية ومنها :

١- كراهة صيام ست شوال سداً لذريعة إلحاقها برمضان .

جاء في الموطأ: "سمعت مالكا يقول في صيام ستة أيام بعد الفطر من رمضان إنه لم ير أحدا من أهل العلم والفقهاء يصومها، ولم يبلغني ذلك عن أحد من السلف، وإن أهل العلم يكرهون ذلك ويخافون بدعته وأن يلحق برمضان ما ليس منه أهل الجهالة والجهلاء" (١٦٩).

وهذه مبالغة غير سديدة في سد الذرائع، فقد ثبت جواز صيامها بل الندب إليه في الحديث الصحيح، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من صام رمضان ثم أتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر" (١٧٠)، يقول الإمام النووي: "قال مالك في الموطأ ما رأيت أحدا من أهل العلم يصومها فيكره لئلا يظن وجوبه" ثم يعلق النووي على ذلك بقوله: "وإذا ثبتت السنة لا تترك لترك بعض الناس أو أكثرهم أو كلهم لها" (١٧١).

٢- كراهية قراءة السجدة في يوم الجمعة، نقل عن بعض المالكية كراهية المواظبة على قراءتها خشية أن يعتقد العامة أنها ركعة زائدة (١٧٢).

١٦٩ - الموطأ ٣١٠/١

١٧٠ - صحيح مسلم ٨٢٢/٢ رقم (١١٦٤)

١٧١ - شرح النووي على مسلم ١٨٦/٤

١٧٢ - ينظر الاعتصام للشاطبي ٣٠٧/١

٣- كما نقل المالكية أن ابن مهدي قدم المدينة فصلى ووضع رداءه بين يدي الصف فلما سلم الإمام رمقه الناس بأبصارهم وكان مالك قد صلى خلف الإمام فلما سلم أمر جنديين من الحرس أن يحبسا ابن مهدي فحبساه، فقيل له إنه ابن مهدي فوجه إليه وقال له: أما خفت الله واتقيته أن وضعت ثوبك بين يديك في الصف وشغلت المصلين وأحدثت في مسجدنا شيئاً ما كنا نعرفه وقد قال رسول الله من أحدث في مسجدنا حدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين فبكى ابن مهدي وآلى على نفسه أن لا يفعل ذلك مرة أخرى^(١٧٣)، وهذا توسع في سد الذرائع يخرج عن الحد فما يضير أن يضع إنسان رداءه بين يديه، وكيف يمكن أن يسمى هذا حدث يدخل في ذلك التغليظ الشديد .

ومع تقديرنا لإمام دار الهجرة وإكبارنا لحرصه على صيانة حمى الشرع ومنع المساس به ولو من طرف بعيد لكننا نجد أن العاطفة قد زادت إلى درجة تقرب من عدم إعمال نصوص صريحة، كما هو الحال في صيام ست من شوال أو قراءة سورة السجدة يوم الجمعة .

مع أننا نجزم أن الإمام مالكا لم يكره شيئاً فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وحاشاه فهو الذي يتشدد في العمل بالسنة ويحترم صاحبها، لكنه خشي أن يتحول المباح والمندوب إلى واجب فكره هذه الوسيلة التي تخرج المباح عن طبيعته إلى ما لا يقصده الشارع من الفعل، فاعتقاد المباح واجباً مفسدة دعت الإمام مالك إلى أن يمنع الوسيلة التي تؤدي إليها .

١٧٣ - المرجع السابق ٨٠/١

أهم النتائج :

- من خلال هذه الوقفات توصلت إلى النتائج الآتية :
- ١- أن الأئمة متفقون في الجملة على أصل العمل بسد الذرائع، فجميعهم يمنعون الوسائل التي توصل إلى محذور، ولا يضير اختلاف التعبير ما دامت النتيجة واحدة .
 - ٢- أن الخلاف في سد الذرائع ينحصر في ذرائع خاصة يترجمها المالكية ببيع الأجال وما يلحق بها، وكذا التوسع في إعمال سد الذرائع في بعض الجزئيات التي لا تستوجب السد .
 - ٣- نحتاج إلى تطبيق قاعدة سد الذرائع في كثير من القضايا المستجدة لرفع الضرر عن المجتمع، مثل المنع من بناء مصانع في أماكن أهلة بالسكان، وكذا المنع من احتكار السلع والمواد التي يحتاجها المجتمع .
 - ٤- إن إعمال قاعدة سد الذرائع يجب أن لا يؤدي إلى الغلو في الدين وتشديد الأحكام على المكلفين، لأن هذا يناه في أصل التشريع القائم على اليسر ورفع الحرج .

قائمة بأهم المراجع

- (١) الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد بن حزم، تقديم د. إحسان عباس، منشورات دار الأفاق الجديدة
- (٢) الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي، تصحيح محمد زهدي النجار، دار المعرفة للطباعة، بيروت
- (٣) إحكام الفصول في أحكام الأصول لسليمان الباجي، تحقيق عبد المجيد التركي، طبع مؤسسة جواد، بيروت، ١٩٨٦م
- (٤) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود الموصلبي الحنفي - دار الكتب العلمية، بيروت لبنان
- (٥) أحكام القرآن، لأبي بكر ابن العربي، تحقيق محمد عبد القادر عطا - دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت
- (٦) أصول الفقه، للإمام محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي

- ٧) أصول الفقه لحسين حامد حسان "الأدلة الشرعية، برنامج الماجستير بالجامعة الدولية -تصوير
- ٨) أصول مذهب الإمام أحمد، للدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - مكتبة الرياض الحديثة
- ٩) الأعلام، خير الدين الزركلي ط الثالثة بيروت ١٩٦٩م
- ١٠) اعتبار المآلات، عبد الرحمن بن معمر السنوسي - دار ابن الجوزي - الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ
- ١١) أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، تعليق طه عبد الرؤوف - دار الجيل بيروت
- ١٢) البحر المحيط في أصول الفقه، محمد بن بهادر الزركشي، تحرير عبد القادر العاني، ومراجعة عمر الأشقر، طبع دار الصفوة عن طبعة وزارة الأوقاف بالكويت
- ١٣) بدائع الصنائع لعلاء الدين أبي بكر الكاساني. مطبعة الإمام . نشر زكريا علي يوسف
- ١٤) البداية والنهاية، إسماعيل بن عمر بن كثير، دار ابن كثير بيروت
- ١٥) تفسير الطبري لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري مطبعة الحلبي ط الثالثة ١٩٦٨م
- ١٦) تفسير ابن كثير إسماعيل بن كثير القرشي - دار المعرفة - بيروت - لبنان
- ١٧) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ أحمد ابن حجر العسقلاني - دار المعرفة - بيروت - لبنان
- ١٨) الجامع لأحكام القرآن - للإمام محمد بن أحمد القرطبي - دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٩٨٥م
- ١٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد عرفة الدسوقي مطبعة الحلبي
- ٢٠) حاشية العطار (الشيخ حسن العطار) على شرح المحلي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان

- (٢١) الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني
مطبعة المدني، نشر دار الكتب الحديثة
- (٢٢) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب / لإبراهيم ابن فرحون . دار التراث
- القاهرة
- (٢٣) رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) مطبعة الحلبي ١٩٦٦م
- (٢٤) سنن الترمذي لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة تحقيق أحمد شاكر
ومحمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت
- (٢٥) سنن الدارقطني علي بن عمر - عالم الكتب - الطبعة الرابعة ١٩٨٦م
- (٢٦) سنن النسائي للحافظ أحمد بن شعيب النسائي- ترقيم عبد الفتاح أبو غدة/
طبع دار البشائر
- (٢٧) سير أعلام النبلاء - للإمام الذهبي طبع مؤسسة الرسالة / ط الأولى
- (٢٨) شذرات الذهب في أخبار من ذهب لعبد الحي بن أحمد ابن العماد، طبع القدسي
بمصر سنة ١٣٥٠هـ
- (٢٩) شرح تنقيح الفصول، لأحمد بن إدريس القرافي، شركة الطباعة الفنية المتحدة
ط الأولى ١٩٧٣م
- (٣٠) الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير مع تقريرات عليش، مطبعة
الحلبي
- (٣١) شرح الكوكب المنير لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى ابن النجار، تحقيق
د/محمد الزحيلي ونزيه حماد، طبع دار الفكر دمشق
- (٣٢) شرح النووي على صحيح مسلم - دار الفكر، بيروت لبنان- الطبعة الثانية
١٩٧٢م
- (٣٣) صحيح البخاري / تعليق وترقيم مصطفى البغا - نشر دار القلم ط الأولى
١٩٨١م
- (٣٤) صحيح مسلم / بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان
- (٣٥) طبقات السبكي لعبد الوهاب السبكي مطبعة الحلبي ١٩٦٤م

- ٣٦) الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية. مطبعة المدني _ القاهرة
- ٣٧) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام بن تيمية تحقيق محمد عبدالقادر عطا نشر دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٨٧م
- ٣٨) فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تعليق طه عبد الرؤوف وآخرون - نشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٩٧٨م
- ٣٩) الفروق، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرآفي - عالم الكتب، بيروت - لبنان
- ٤٠) القاموس المحيط لمجد الدين الفيروزآبادي، دار الجيل بيروت
- ٤١) الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله ابن عبد البر، مكتبة الرياض الحديثة
- ٤٢) لسان العرب لمحمد بن منظور الإفريقي، دار صادر بيروت
- ٤٣) المجموع شرح المهذب، للنووي (تكملة المجموع)، دار الفكر
- ٤٤) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية طبع مكتبة المعارف بالرباط
- ٤٥) المحلى بالآثار للإمام علي بن أحمد ابن حزم تحقيق الشيخ أحمد شاكر، دار الآفاق الجديدة - بيروت
- ٤٦) المدونة الكبرى للإمام مالك، طبع دار الفكر
- ٤٧) المصنف لعبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، نشر المكتب الإسلامي - الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ
- ٤٨) معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان
- ٤٩) المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة
- ٥٠) مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور، تحقيق الشيخ محمد الحبيب بن الخوجة - طبع وزارة الأوقاف القطرية
- ٥١) المهذب، لأبي إسحاق الشيرازي . مطبعة الحلبي
- ٥٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل لمحمد المغربي الحطاب نشر مكتبة النجاح طرابلس

- ٥٣) الموافقات للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، تعليق مشهور بن حسن آل سليمان - دار ابن عفان الطبعة الأولى ١٩٩٧م
- ٥٤) الموطأ، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٨٥م
- ٥٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، مطبعة الحلبي
- ٥٦) وفيات الأعيان، لأحمد بن محمد بن خلكان، طبع دار صادر بيروت ١٩٧٧م