

دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي

الدكتور جاسم علي الشامسي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة

مقدمة:

(١) رتب المشرع المدني الإماراتي مصادر قانون المعاملات المدنية بناءً على حاجة المجتمع الإماراتي.

فجعل التشريع أولاً بعد أن استقى أحكامه من الفقه الإسلامي، ثم جعل الفقه الإسلامي المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع ثم تلاه بالعرف بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية القطعية والنظام العام. وإنني سأقصر بحثي على المصدر الثاني لقانون المعاملات المدنية.

ونطرح هنا موضوعاً يعد من أهم الموضوعات القانونية الخاص ببيان دور الفقه الإسلامي في تكوين التشريعات ثم دوره في تطبيقه كما هو في كتب الفقه الإسلامي وهو أمر تثور حوله كثير من المشكلات الواقعية في تطبيقه.

والمشرع الإماراتي التزم بدايةً بالاستقاء لمادة قانون المعاملات المدنية من الفقه الإسلامي. وأيضاً انتهج مسلكاً مغايراً لكثير من القوانين العربية بأن جعل الفقه الإسلامي المصدر الثاني الرسمي بعد التشريع، وهو ما ينادي به الرأي العام في كثير من الدول العربية والإسلامية. وهي - كما قلنا - مسألة تخطاها المشرع الإماراتي بوضعه تقنياً يتفق مع الرأي العام الإماراتي. وبدأ

إنفاذ قانون المعاملات المدنية وفقاً للقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م المعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م.

(٢) إلا أن الإشكال يظهر عند تطبيق النصوص في ساحة القضاء، وخاصة أن كثيراً من القضاة في دولة الإمارات العربية المتحدة من دول عربية مختلفة الثقافة القانونية.

فنجد أحياناً أن القاضي يبعد عن التطبيق النصي وفقاً للمادة التي استقى منها، وهي الفقه الإسلامي وقد يصعب عليه البحث في أصل النص، وبالتالي يستسهل تطبيق ما فهمه واعتاد تطبيقه من نصوص قانونه المدني.

والأمر الآخر أن من علم من القضاة أحكام الفقه الإسلامي، نجد أن كثيراً منهم يلتزم بالأحكام الراجعة في الفقه الإسلامي التي تبناها الفقهاء العظام على العرف في ذلك الزمان وتلك البيئة. وهذا ما يخالف حقيقة مراد المشرع من وضع الفقه الإسلامي كمصدر ثانٍ يؤكد فيه المبدأ العام أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان.

وبالتالي فإذا كان لا بد من تطبيق الرأي الفقهي وفقاً لترتيب النص، فذلك ما كان له سند من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

أما ما قام - من آراء فقهية - على العرف وهو كثير فإنه لا بد أن يتغير مع تغير ظروف الزمان والمكان. وبالتالي يجب الاتجاه لحتمية تطبيق فقه الواقع على المشكلات والأقضية المعروضة في ساحة القضاء ويراد من القاضي حلها.

وكذلك فإن نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية قد استعرض المصادر الرسمية التي يجب على القاضي الرجوع إليها عند التطبيق.

فنجد التشريع وبعده الفقه الإسلامي ثم العرف، إلا أن المشرع المدني لم يذكر مصدراً آخر، فلو رجع القاضي لكل هذه المراجع فلم يجد الحكم للقضية المعروضة عليه فماذا يعمل؟ فلا بد له من مصدر عام وهو الاجتهاد للوصول للحكم.

ولكل ما ذكرت فإنني سوف استعرض هذه المشكلات في صورة ثلاثة مباحث، أتحدث فيها بالترتيب التالي:

المبحث الأول: الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه كمصدر مادي لقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المبحث الثاني: الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر رسمي لقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

المبحث الثالث: الاجتهاد في إطار المبادئ العامة والأساسية للشريعة الإسلامية.

المبحث الأول

الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه كمصدر مادي لقانون المعاملات المدنية الإماراتي

٣) يقصد بالمصدر المادي للقانون المنبع الذي استقى منه القانون مادته وتكوينه، فعندما يشرع في وضع القانون تبدأ اللجان المكلفة بوضعه باختيار النصوص القانونية وترتيبها وتبويبها، وهي قبل ذلك تنظر في اختيار النصوص سواء من القواعد العامة المستقرة في المجتمع أو الأحكام القضائية والنصوص التشريعية إن وجدت، ومن ثم، الاستعانة بالتطبيقات التشريعية في الدول الأخرى.

ودولة الإمارات اتبعت هذا المنهج، فهي إلى جانب الأخذ بأحكام التشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي نظرت إلى التنظيم الحديث في الصياغة القانونية، فكانت مصادر قانون المعاملات المدنية التي سيأتي ذكرها. إلا أننا أثرنا الحديث أولاً عن مفهوم التقنين في الفقه الإسلامي وتحديد المصادر المادية لقانون المعاملات المدنية، وفي مطلب ثان نتحدث عن منهج التفريق في المادة المكونة للنصوص.

المطلب الأول تقنين الفقه الإسلامي

٤) إن تقنين الفقه الإسلامي يجزنا إلى مسألة جوهرية وهي إن الشارع في الشريعة الإسلامية هو الله سبحانه وتعالى، وقد اختلف في أحكامه سبحانه وتعالى مذاهب وآراء، والقاضي ملزم شرعاً بأن يحكم بما يؤدي إليه اجتهاده من الحق فهو مأمور بكتاب الله تعالى أن يقضي بالحق فقال تعالى: ﴿فاحكم بين الناس بالحق﴾ (سورة ص الآية ٢٦)^(١).

فالمسألة هنا هل يجوز إلزام القاضي في الشريعة الإسلامية بأن يحكم بما قد يرد في التقنين ولو كان مخالفاً لرأيه؟

فإذا كان من أهل الاجتهاد فهو يحكم بما يؤدي إليه اجتهاده، أما إذا كان مجتهداً في مذهب معين فإنه يحكم بالراجح في المذهب الذي يتبعه. أما إذا كان ولي الأمر قد وضع تقنياً وألزمه الحكم وفقاً له ولو كان ما جاء فيه قد يخالف رأيه، فقد اختلف الرأي في ذلك كالتالي:

أ - ذهب رأي إلى أنه لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي بالحكم وفقاً لرأي قد عينه. والحجة في ذلك أن القاضي مأمور بأن يحكم بالحق وأن الحق غير متعين في مذهب بعينه، إذ قد يظهر الحق في ذلك المذهب أو في غيره^(٢).

ويرى أصحاب هذا الرأي أن تقنين أحكام الشريعة الإسلامية يجعلها جامدة وذلك لا يجوز لأنها صالحة لكل زمان ومكان فلا بد من إعطاء الحرية للمجتهد في استخلاص الرأي الشرعي الذي يناسب ظرف الزمان والمكان^(٣).

(١) كذلك قوله تعالى في الآية ٤٨ من سورة المائدة ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾.

(٢) د. محمد زكي عبدالبر، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، إدارة إحياء التراث الإسلامي، دولة قطر، ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) د. وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ص ٢٦ - د. عبدالناصر العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط ٢ ص ٣٨ وما بعدها.

وتكون القوانين عادةً ملزمة للمواطنين والقضاة بتطبيق رأي واحد، ونظام واحد، وذلك في دائرة الأحكام التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، فإذا لم يحدث مثل هذا الاتفاق، فيطبق النص القانوني الذي ارتأه منظمو القانون، أما القواعد الأمرة فهي ملزمة ولا محيد عنها مطلقاً.

ومن المعروف أن الآراء الفقهية كثيرة وغنية ومتشعبة، ويتردد على الألسنة أن اختلاف الأئمة رحمة للأمة، فإذا صدر قانون آخذاً برأي واحد، حسبما يُرى من المصلحة الآنية، ربما وقع الناس في ضيق وحرَج^(١).

٥ ب - الرأي المؤيد لتقنين أحكام الفقه الإسلامي:

١ - فهم يرون أن القاضي واجب عليه طاعة ولي الأمر نزولاً عند قوله تعالى في الآية ٥٩ من سورة النساء: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ والقاضي وكيل ولي الأمر وعلى الوكيل التزام أمر الموكل^(٢).

٢ - يؤدي التقنين إلى التسهيل والتيسير على القضاة والمتقاضين في معرفة الأحكام الشرعية ولا سيما وقد باتت القضاة في الحاضر غير مجتهدين، وأن الكتب الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تغص بالخلافات والآراء والنظريات، ليس في المذاهب الفقهية كلاً على حده. بل في نطاق المذهب الواحد ذاته، وهذا يجعل غير المتخصصين، وهم أكثر الناس، في حرج وعسر وضيق وحيرة، حينما يريدون الأخذ بحكم فقهي معين راجع في النظرة الإسلامية الكلية أو في دائرة المذهب الاجتهادي ذاته^(٣).

فإذا ما قننت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، صار ميسوراً على القاضي والفقهاء والمحامي والمسلم العادي معرفة أحكام شريعته في دائرة

(١) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٣) د. محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص ٤٩.

العقود والمعاملات بدلاً من التخطي والتعقيد. وربما عزف الكثيرون عن التعرف على أحكام الشريعة في ظل الحياة التطبيقية، لصعوبة الرجوع إلى كتب الفقهاء وتفضيلهم الأخذ بالقوانين الوضعية الغربية المذلة الطريق، المعبدة المسالك، المنظمة في جانب النظريات والعقود التفصيلية^(١).

ونحن لسنا عباد هياكل وشكليات، وإنما طلاب حقائق موضوعية علمية، فهل من الأفضل إبقاء الرجوع إلى كتب الفقه في متاهاتها البعيدة الأغوار، أم تيسير الرجوع إليها، والإسلام كله دين اليسر والسماحة في الأهداف والوسائل معاً. وإذا ما حدث تغير ملموس أو ضرورة، فيمكن تعديل بعض المواد المقننة^(٢). وتمتد المساحة في مجال تقنين المعاملات المدنية، لأنها المجال الأرحب لابتداع أنسب الحلول لمعطيات العصر وما يسوده من ظروف اقتصادية واجتماعية، وبالتالي فإن فقهاء اليوم يقع على عاتقهم أن يقدموا من خلال تطور الفقه الإسلامي وتواصله على النحو السالف، مزيداً من الاجتهاد في هذه المجالات.

ورحم الله ابن قيم الجوزية حيث يقول: «إن الله أرسل رسله، وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السموات والأرض، فأثبنت إمارات الحق وقامت أدلة العدل وأسفر صبحه بأي طريق، فثم شره الله ودينه ورضاه وأمره، والله تعالى لم يحصر طرق العدل وأدلته وإماراته في نوع واحد وأبطل غيره من الطرق التي هي أقوى منه وأدل وأظهر، بل بين مما شرعه من الطرق أن مقصده إقامة الحق والعدل وقيام الناس بالقسط، فأبطل طريق استخرج بها الحق وعرف العدل وجب الحكم بموجبها ومقتضاها»^(٣).

٣ - توحيد الأحكام في الدولة، فلا يحكم برأي في ناحية من الدولة ويحكم برأي

(١) أبو الأعلى المودودي، القانون الإسلامي وطرق تنفيذه، مؤسسة الرسالة، ص ٢٩ وما بعدها.

(٢) نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٢٧ - ٢٨. د. محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، ص ٣٥ وما بعدها.

(٣) إعلام الموقعي، الجزء ٤، ص ٢٦٧ وما بعدها.

آخر مخالف في جهة أخرى فتصبح أحكام القضاء في دولة واحدة متعارضة، وهذا يحدث بلبله واضطراباً، ويهدر الثقة بالمحاكم. وبالتقنين نحمي المتقاضين وكذلك القاضي من الطعن في نزاهته.

٤ - إن التقنين في الفقه الإسلامي ليس وليد العصر الحديث. ذلك أننا نرى أن محاولات تقنين الفقه قديماً قد ظهرت في القرن الهجري الثاني في عصر الدولة العباسية، فنرى ابن المقفع قد كتب إلى أبي جعفر المنصور رسالة دعاه فيها إلى وضع قانون عام لجميع الأمصار يكون متفقاً مع مقتضى الشرع ودون التوقف عند رأي معين من آراء الفقه فهو يقول: «مما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر عظيم، فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك، وأمضى في كل أقضية رأيه ونهى عن القضاء بخلافه، فكتب بذلك كتاباً جامعاً رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً»^(١).

ولقد طلب أبو جعفر المنصور وهارون الرشيد من الإمام مالك تدوين مذهبه وحمل الناس على الخضوع له وإن لم يجبهما الإمام مالك إلى ذلك. ولقد قال ابن فرحون في تبصرة الحكام: «وقال الشيخ أبو بكر الطرطوشي أخبرني القاضي أبو الوليد الباجي أن الولاة كانوا بقرطبة إذا ولوا رجلاً القضاء شرطوا عليه في سجله ألا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجدته...» وكذلك في القرن الحادي عشر جمع السلطان محمد عالمكير (١٠٣٨ - ١١١٨)، أحد ملوك الهند، لجنة من مشاهير علماء الهند لتضع كتاباً جامعاً لظاهر الروايات التي اتفق عليها في المذهب الحنفي، فجمعوا ذلك في كتاب معروف بـ «الفتاوى الهندية»^(٢).

(١) رسائل البلغاء ص ٥٤-٥٩ - د. صبحي محمصاني، الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، طبعة ٤، ص ٥٨.

(٢) د. صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ١٥٩ - د. محمد زكي عبدالبر، ص ٥٨.

ونرى أن الدولة العثمانية في أواخر القرن الثالث عشر الهجري قد أصدرت قانوناً للمعاملات المدنية أخذته من الفقه الحنفي مع مراعاتها لظروف العصر في ذلك، وقد أطلق على مجموعة الأحكام الفقهية (مجلة الأحكام العدلية) وقد ألزمت الدولة العثمانية والأمصار الخاضعة لها، ولقد انبرى كثير من الفقهاء لشرح هذه المجلة وتأصيلها مثل علي حيدر «درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام» ومنير القاضي في «شرح المجلة ١٩٤٨» ومحمد سعيد المحاسن في «شرح المجلة دمشق ١٩٢٧» وسليم رستم باز في «شرح مجلة الأحكام العدلية».

وكذلك نرى في مصر قد وضع الفقيه محمد قدري باشا تقنياً لأحكام المعاملات في سنة ١٨٩٠ سماه «مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان». وكذلك قام الأزهر الشريف بوضع مشروعات تقنينية وفقاً للشريعة الإسلامية سنة ١٩٧٢. وقد عني كل مذهب من مذاهب السنة الأربعة على حدة، فوضع مشرع التقنين على مذهب الإمام أبي حنيفة وعلى مذهب الإمام مالك وعلى مذهب الإمام الشافعي وعلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وقد تم ذلك بإشراف مجمع البحوث الإسلامية. وكذلك رأينا أن ألفيه أحمد بن عبد الله القارئ في المملكة السعودية قد أصدر مجلة الأحكام الشرعية في الفقه الحنبلي سنة ١٩٨١ وهي على غرار مجلة الأحكام العدلية في الفقه الحنفي.

وفي الوقت الحاضر قامت بعض الحكومات العربية بتقنين الفقه الإسلامي ودون التقيد بمذهب معين وإصداره في مجموعات تشريعية كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الأردني الصادر في سنة ١٩٧٦ ثم قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر في سنة ١٩٨٥ والقانون المدني الكويتي الصادر في سنة ١٩٨٠ والقانون المدني السوداني والقانون المدني اليمني الصادر في سنة ١٩٩٢م وقانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة في سنة ١٩٨٧، وقد أخذت بعض الدول العربية في كثير من أحكامها المدنية من الفقه الإسلامي كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الليبي والقانون المدني المصري وغيرها.

والقانون إذا استقى - في كثير من مواده - من القوانين العربية إلا أن ذلك لا يتعدى الاستفادة من القوانين للدول الأخرى ولا يترتب على ذلك أن يكون تفسيره أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي تبعيته للقوانين التي استمد منها، وإنما الفصل بينه وبينها فصلاً تاماً بحيث إنه عند البحث عن فهم هذه النصوص يُرجع إلى البيئة الإماراتية وواقع المجتمع الإماراتي مع إمعان النظر في القضاء الإماراتي الذي قد تكون هذه النصوص مجرد توافق بين أحكام القضاء الإماراتي الذي تم تقنينه والنصوص التشريعية للدول الأخرى.

تحديد المصادر المادية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي:

٦) فالواضح أن قانون المعاملات المدنية اتجه في استقاء كثير من أحكامه إلى الفقه الإسلامي وخاصة الحنفي، حيث استعار من القانون المدني الأردني عباراته، وفي كثير من النصوص، الذي هو بدوره أخذها من مجلة الأحكام العدلية المنظمة في قواعد تقنينية مصدرها المادي الفقه الحنفي والآراء الراجحة فيه، مثال ذلك: أنه قسم العقد إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح، وأن العقد الصحيح يشمل العقد الصحيح النافذ اللازم والعقد الموقوف، والعقد غير اللازم^(١). والعقد غير الصحيح وهو يشمل العقد الباطل والعقد الفاسد^(٢). وكذلك تطبيقاً لرأي الفقه الإسلامي ولم يأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال كما هو الأمر في القانون المدني المصري. وأخذ بأحكام خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب، كذلك القواعد الفقهية (المواد: ٢٩ - ٧٠) وقد أخذها من مقدمة مجلة الأحكام العدلية، وكذلك في باب المسؤولية عن الأعمال الشخصية بجعل التعويض كالدية أو الارش (م٢٩٩)، وكذلك قواعد إتلاف المال والغصب والتعدي (المواد: ٣٠٤ - ٣١٢)، والمسؤولية عن جناية الحيوان (م٣١٤)، كذلك قواعد مرور الزمان المسقط

(١) المواد: ٢٠٩، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨ من قانون المعاملات المدنية.

(٢) المواد: ٢١٠، ٢١١، ٢١٢ من قانون المعاملات المدنية.

للدعوى (مواد: ٤٧٣ - ٤٨٨)، قواعد هلاك المبيع (المواد: ٥٣١ - ٥٤٢)، بيع السلم (المواد: ٥٦٨ - ٥٧٩)، بيوع الفضالة (م٥٨٠، م٥٨١)، بيع الجزاف (م٥٨٢)، بيوع الآجال من الفقه المالكي (م٥٨٣)، بيع العينة من الفقه المالكي، بيع الطعام وغيره من الفقه المالكي، وبيع النخل والشجر وقواعد المخارجة والبيع في مرض الموت وفي قواعد الإيجار وقواعد الحوالة وتقسيمها إلى مطلقة ومقيدة وغير ذلك.

٧) وكذلك استعار كثير من أحكامه من القانون المدني المصري سواء من حيث الصياغة أو المضمون باعتباره أبا للقوانين العربية وقبلتها، فأخذ من نصه قواعد التطبيق الزمني للقانون وكذلك التطبيق المكاني للقانون، وفي تعريفه للشخص الطبيعي (م٧١، م٧٢) وكذلك تحديد الأشخاص الاعتبارية وفي تعريف الشيء وكذلك في أقسام الحق (المواد: ١٠٧ - ١١١) وفي تقسيم مصادر الالتزام بشكل عام. وتقريباً معظم قواعد آثار الحق ووسائل التنفيذ الاختياري كقواعد الوفاء والتنفيذ بما يعادل الوفاء، الوفاء الاعتيادي والمقاصة، وأحكام التنفيذ الجبري سواء التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض والوسائل المشروعة لحماية التنفيذ، وضمان أموال المدين للوفاء والدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية (المواد: ٣٩٤ - ٣٩٥) ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن (المواد: ٣٩٦ - ٤٠٠) وحق الاحتباس (حق الحبس) والتصرفات المشروطة بالتعليق والأجل، الشرط (المواد: ٤٢٠ - ٤٢٨) الأجل (المواد: ٤٢٩ - ٤٣٣) تعدد محل التصرف (م٤٣٤) إبدال المحل (م٤٣٥) تعدد طرفي التصرف (المواد: ٤٣٦ - ٤٤٠) الدين المشترك (المواد: ٤٤١ - ٤٤٩) التضامن بين المدينين (المواد: ٤٥٠ - ٤٦٤) عدم قابلية التصرف للتجزئة (المواد: ٤٦٥ - ٤٦٧) استحالة التنفيذ (م٤٧٢). وفي العقود معظمها كعقد البيع وجميع عقود التمليك والعقود الواردة على المنفعة كالإيجار والعارية، والعقود الواردة على العمل كعقد المقاولة وعقد العمل وعقد الوكالة والوديعة وعقد الحراسة، وعقود الضرر كعقد التأمين وعقد المرتب مدى الحياة والرهان وتنظيمات الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية.

المطلب الثاني

التلفيق في تقنين المعاملات المدنية

(٨) وعودة إلى تكوين قانون المعاملات المدنية، فإذا كان المشرع الإماراتي قد حرص عند ذكر المصادر الرسمية لقانون المعاملات المدنية بوضع الشريعة والفقه الإسلامي كمصدر رسمي ثان بعد التشريع وأنه رتب طريقة استقواء الأحكام من الفقه الإسلامي بادئاً بمذهب مالك بن أنس ومذهب أحمد بن حنبل ثم إذا لم يوجد الحكم كان على القاضي البحث عن الحكم في مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة إلا أن هذا الأمر عن الرجوع للفقه الإسلامي كمصدر ثان. أما تكوين التشريع أو تعديله فيما بعد فنرى أنه من باب الحاجة إلى اتباع منهج التلقين، ومعناه ضم الأشياء والملاءمة بينها لتكون شيئاً واحداً أو لتسير على وتيرة واحدة، ومنه كان استعمال الفقهاء والأصوليين والمحدثين لكلمة التلفيق^(١). وقد اختلف العلماء المتأخرون بين مجيز له ومانع^(٢).

ونقصد به هنا التلفيق في نصوص التشريع ويقول في ذلك الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري: لا أعني بالتلفيق في التشريع ألا يتخير ولي الأمر من أحكام مختلف المذاهب الفقهية المعتبرة مجموعة من الأحكام لتكون قانوناً يقضي ويفتي به بين من يخضعون له... ولما ألفت لجنة الأحوال الشخصية كان فيها صفة مختارة من كبار العلماء ورجال القضاء الشرعي وشيوخ المذاهب الأربعة الذين اتسعت معارفهم وقويت مداركهم، وتوافرت

(١) الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، التلفيق بين أحكام المذاهب، منشور في مجلة مجمع البحوث الإسلامية، الأزهر، المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) انظر طرحاً لآراء العلماء: محمد سعيد الباجي، عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، المكتب الإسلامي ص ١٠٥ - ١١٠ ص ١١٣ - ١١٤، د. وهبة الزحيلي، مؤلفه الرخص الشرعية أحكامها وضوابطها، مكتبة دار الخير سنة ١٩٩٣ ص ٥٩.

لهم المدارس والتحقيق واكتملت تجاربهم، فكانوا هيئة ممتازة لها ما لها من القدرة والمكانة في الفقه الإسلامي، وقد رأوا أن الزمان تغير تغيراً عظيماً، وأن الحياة الاجتماعية تطورت تطوراً واسع المدى، وأن المصالح قد تضاربت وتشابكت، وأن الأوضاع المستحدثة قد كان من ورائها مشكلات متكاثرة، هي أحوج ما تكون إلى المواجهة السريعة التي ترعى المصالح أتم رعاية، وترفع الحرج وتستنبط الحلول الميسرة في نطاق الفقه الإسلامي.

ورأوا أن في الفقه الإسلامي كنوزاً عظيمة ترتفع فوق كل تقويم، وفيه ثروة ضخمة لا تدانيها أي ثروة فقهية أخرى، وفيها الكفاية وما هو فوق الكفاية للوصول إلى شتى المقاصد وخير الغايات إذا أحسن استعمالها، ولن يكون هذا اليوم إذا وقفنا عند أحكام مذهب بعينه، ولن يكون إلا إذا كان التخير من أحكام المذاهب المعتبرة، فهذا يحقق المصالح ويهدي إلى الحلول الموفقة.. وهو في الوقت نفسه يحمي الأقطار الإسلامية من الاستعمار التشريعي...، فأقدموا على التخير مؤمنين بأن جميع الأئمة على هدى من ربهم ومؤمنين بأن في اختلافهم رحمة وأن هذه الأزمان هي الأوقات التي يجب أن تتجلى فيها هذه الرحمة بأعظم مظاهرها.

ورأوا أن تخيرهم هذا ليس تخير اجتهاد وليس إلا تخير مقلدين، ورأوا أنه تخير لأحكام كلية لم ينظر فيه إلى الجزئيات وما عسى أن ينشأ عنه حين العمل فهو تخير لم يعترض عليه أحد ولم يمنع منه أصولي ولا فقيه^(١).

ويقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي: لا مانع شرعاً من اختيار الحاكم أو ولي الأمر أيسر الأقوال في المذاهب الشرعية المختلفة؛ لأن ذلك ليس من قبيل التلفيق الممنوع، باعتبار أن الأحكام المختارة من المذاهب هي أحكام كلية لأمر متغايرة لا تجمع بينها رابطة.

والقول بجواز التلفيق في الجملة أقوى دليلاً من القول بمنعه فضلاً عما

(١) الشيخ محمد أحمد فرج السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٧.

فيه من تحقيق مصالح الأفراد والجماعات، ولا يترتب عليه أي مفسدة من مفسدات التلفيق المحظور. ولو افترضنا أن التلفيق كله غير جائز، فإن تخير الحاكم لرأي وجعله قانوناً نافذاً، يقوي الحكم، ولو كان قولاً ضعيفاً، كما قرر العلماء، بل يوجب الطاعة إذا لم يكن أمراً بمعصية متيقنة شرعاً^(١).

بل إن القانون لم يتوقف عند المذاهب الأربعة وإنما امتد في استقائه لنصوصه المقننة إلى المذاهب الأخرى المنقرضة وكذلك مذاهب الاثني عشر كما هو نصه في المادة ١١١٠ من قانون المعاملات بخصوص اشتراطه لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له. وعدم اشتراط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل^(٢). ومثال آخر ما نصت عليه المادة ١٠١٥ من جواز أن يكون الجعل في الرهان الجائز عيناً أو ديناً حالاً أو مؤجلاً أو بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً وقد اتضح أنه استقاهها من فقه الإمامية^(٣).

والمشرع بذلك قد أكد سيره في التقنين للنصوص الفقهية من جميع المذاهب دون استثناء.

وهذا الذي قلناه لا بد أن يكون في نظر جميع الدول العربية والإسلامية التي طبقت الشريعة الإسلامية وهو الذي أخذت به دولة الإمارات عند وضعها لقانونها المدني، إذ استقى معظم نصوصه من المذهب الحنفي والبعض من المذهب المالكي والحنبلي إلى جانب الاستفادة من بعض القوانين العربية.

٩) وبالرجوع للمذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية نجد أن المشرع أشار إلى أنه عند وضعه لقانون المعاملات المدنية لم يقف عند الراجح من المذاهب الأربعة بل أخذ من جميع الآراء التي تناسب هذا الزمان كنصه في المادة ٢٠٢ على أنه «يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية

(١) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص ٨٠ - ٨١.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٨٠٦.

(٣) انظر كل ذلك في المذكرة الإيضاحية، ص ٧٥٦.

الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر وذلك أخذاً من فقه ابن تيمية وابن قيم الجوزية.

وأيضاً أخذ في الإجراء المترتب على وقوع أحد نوعي الإكراه عدم نفاذ العقد أخذاً برأي زخر من فقهاء الأحناف خلافاً للرأي الراجح في الفقه الحنفي الذي يرتب إفساد العقد^(١).

المبحث الثاني

الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر رسمي لقانون المعاملات المدنية الإماراتي

(١٠) إن استعراض دور الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الثاني الرسمي لقانون المعاملات المدنية، يلزمنا التعرض له وفقاً لما جاء بنص المادة الأولى ثم دوره الحقيقي عند تطبيقه على المستجدات العصرية والظروف المتغيرة من حيث مدى الالتزام برأي الفقه كما هو في كتب العلماء أم لا بد من إعمال الفكر خاصة في المسائل الجديدة مستنبطين هذه الأحكام من هدى شريعتنا الإسلامية.

المطلب الأول

الالتزام بالترتيب التشريعي للمذاهب مع حتمية إعمال فقه الواقع

(١١) نصت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص

(١) انظر على سبيل المثال في نص المادة ١٨٢ من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه «من أكره أحداً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازته المكروه أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة يصبح العقد نافذاً، وانظر في طرح آراء الفقهاء الإشارة إلى أخذها من فقه زفر في المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ١٣٣.

في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يُراعى تخيّر أنسب الحلول من مذهب الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة..».

الواضح من النص أن المشرع قد جعل الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني بعد التشريع، إلا أنه قد ذكر الشريعة الإسلامية ثم تلاها بأن على القاضي أن يتخيّر أنسب الحلول من المذاهب الفقهية الإسلامية كما هو في النص. ومن المعلوم أن مصطلح الشريعة الإسلامية قد يكون أوسع في مفهومه من الفقه وقد يلتقي معه.

ويراد بالشريعة كل ما شرعه الله للمسلمين من دين، سواء أكان بالقرآن نفسه، أم بسنة الرسول، صلى الله عليه وسلم، من قول أو فعل أو تقرير. وهي بهذا تشمل الأحكام التي تتعلق بالعقيدة والأحكام المتعلقة بتهديب النفوس وإصلاحها وما يتعلق بأحكام المعاملات^(١).

أما الفقه فقد عرّفه العلماء بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية مع

(١) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٨٥، ص ٢٧-٢٩ - د. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته، دراسة مقارنة ١٩٨٧، دار الفكر العربي، ص ١٠-١١ - د. خليفة بابكر الحسن ود. محمد عبدالهادي سراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، سنة ١٩٩٦ / ١٩٩٧. مطبوعات جامعة الإمارات، ص ١٥ - ١٦.

ويقول محمد علي التهانوي: «الشريعة ما شرع الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء صلى الله عليهم وعلى نبينا؛ سواء كانت متعلقة بكيفية عمل، وتُسمى فرعية وعملية، ودون لها علم الفقه، أو بكيفية الاعتقاد، وتُسمى أصلية واعتقادية، ودون لها علم الكلام، ويُسمى الشرع أيضاً بالدين والملة كشاف اصطلاحات الفنون، مادة شريعة، المجلد الأول ص ٨٣ - ٨٣٦ من طبعة الاستانة عام ١٣١٧ هـ، نقلاً عن د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق ص ١٠.

أدلتها^(١). إذ المراد به معرفة الإنسان بها معرفة تفصيلية مستمدة من أدلتها، فيكون الفقه صفة علمية للإنسان يعتبر بها فقيهاً.

والمراد من الأحكام كل ما يصدره الشارع للناس من أوامر ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضهم ببعض، وتحدد فيها نتائج أعمالهم وتصرفاتهم. والمراد من الشرعية المستفادة من أمر الشارع صراحة أو دلالة. والتقيد بوصف (العملية) لإخراج المسائل الاعتقادية من أصول الإيمان وفروعه فإنها موضوع علم آخر^(٢).

(١٢) المراد من كلمة الشريعة في المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية هي الفقه:

نرى أن المشرع في قانون المعاملات المدنية عندما ذكر أنه إذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يُراعى تخيير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل... الخ، فإنه من باب الاستثناء المتصل ذكر الشريعة الإسلامية وخصصها بالمذاهب الفقهية. فإذن المقصود هو الفقه الإسلامي لا الشريعة الإسلامية في عمومها.

ويجب فهم الرجوع للفقه الإسلامي هنا باعتباره مصدراً احتياطياً للتشريع، أي، لن يرجع القاضي للفقه الإسلامي إلا إذا لم يجد نصاً تشريعياً يحكم المسألة المعروضة عليه، حيث إنه بوجود النص القطعي الدلالة لا مساغ للاجتهاد، فعليه أن يطبق النص كما هو.

وكذلك يخرج من هذا الأمر مسألة الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتفسير

(١) الأستاذ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام - الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المجلد الأول، دار الفكر. دمشق ٦٧ - ١٩٦٨، ص ٥٤-٥٥ - د. خليفة بابكر ود. محمد سراج الدين، المرجع السابق ص ٢١ وما بعدها - الأستاذ محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ١٩٦٠، الطبعة الأولى، ص ٤١ - ٤٣.

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق ص ٥٥.

نص غامض. حيث إن النص الغامض لا بد لتوضيحه من الرجوع في تفسيره لأصل النص التاريخي، وربما لا يكون هو وفقاً لترتيب المذاهب التي ذكرت في النص، إذ قد يكون النص المقنن - وكما هو أغلب النصوص - مأخوذاً من الفقه الحنفي، فإن لا بد من الرجوع في تفسيره إلى الفقه الحنفي.

أما نحن هنا فنفترض أنه لا يوجد نص يحكم الخلاف في المسألة فسنرجع إلى الفقه الإسلامي لنأخذ النص لا لنفسر نصاً قائماً.

والمشرع هنا لم يترك القاضي يتخير المرجع الفقهي كما يشاء، بل ألزمه بترتيب معين، وذلك تطبيقاً لواقع بيئة الإمارات، حيث تسود فيها مذاهب دون غيرها فنجد أن السائد في الإمارات أبو ظبي ودبي هو المذهب المالكي وبجانبه المذهب الشافعي، أما في إمارة الشارقة فالمذهبان السائدان هما المذهب الحنبلي والمذهب الشافعي، وكذلك في عجمان وأم القيوين ورأس الخيمة، وأما إمارة الفجيرة فالمذهب السائد فيها هو المذهب الشافعي.

إلا أن المشرع جعل الترتيب على أن القاضي يرجع إلى مذهب الإمام مالك والإمام أحمد أولاً، والواو بينهما هي واو المعية والجمع أي يبحث القاضي عن الحكم المناسب من المذهبين معاً لا مذهب الإمام مالك ثم الإمام أحمد، وهو على وجه الأمر، إذ مخالفته في إطار المعاملات يجعل الحكم القضائي معيباً.

ولقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في هذا المعنى بالآتي «ولئن جاء نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية على «أن القاضي حين غياب نص القانون يطبق أحكام الشريعة متخيراً أنسب الحلول من مذهبي الإمامين مالك بن أنس وأحمد بن حنبل، فإن الواو - كما هو مقرر لغةً وفقهاً - لا تقتضي ترتيباً ولا تعقيباً. وهي لمطلق العطف...»^(١).

(١) المحكمة الاتحادية العليا في طعن رقم ٢٩ لسنة ١١ ق. ع مدني جلسة ٢٨/١١/١٩٨٩، منشور بمجلة الحق شريعة وقانون، تصدرها جمعية الحقوقيين، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد الرابع والخامس ١٤١٢هـ - ١٩٩١م، ص ١٣٨ - ١٤١.

ثم إذا لم يجد الحكم في مذهبي الإمامين مالك وأحمد فإنه يبحث في مذهبي الإمامين الشافعي وأبي حنيفة.

لكن الواقع المجتمعي كان له تأثير على الاتجاه القضائي فأصبح في إمارتي أبو ظبي ودبي المرجح الأخذ بمذهب الإمام مالك دون مذهب الإمام أحمد، وفي الشارقة ورأس الخيمة وعجمان والفجيرة مثلاً يطبق مذهب الإمام أحمد في أغلب الأحيان دون مذهب الإمام مالك، وهذا ما تشير إليه الأحكام الصادرة من محاكم الإمارات.

وجاء في النص «تخيّر أنسب الحلول» بعد ذكر مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد و«حسبما تقتضيه المصلحة» بعد ذكر مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة. ونرى أن هذين اللفظين يعنيان أمراً واحداً هو أنه يواجه حالة تعارض الحلول في المذهبين، وقد تواجه أكثر من حل في المذهب الواحد سواء كان أحدهما راجحاً أي المعمول به في المذهب والآخر مرجوحاً. والمشرع حسناً فعل فلم يذكر أنه يجب أن يكون الحل هو الرأي الراجح في المذهب بل هو الأنسب وما يتوافق مع المصلحة العامة وفقاً لمعطيات هذا العصر. وبالتالي فعند رجوعه لما قرر أنه الأنسب لهذا العصر يجب أن يكون مبرراً منه لا أن يأخذ الحكم الفقهي ويطبقه، بانياً رأيه على الظن والتخمين دون المستند. ولذلك فهي تكون مسألة مراقبة من المحكمة الاتحادية العليا باعتبار أن الرأي الذي يتوصل إليه القاضي ويطبقه على القضية المعروضة عليه هي مسألة قانون لا واقع.

وفي هذا المقام ذكر القرافي الآتي: «اختلف العلماء فيما إذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت، وعجز عن الترجيح، هل يتساقطان أم يختار واحداً منها يُفتي به؟ هناك قولان للعلماء:

فعلى القول بأنه يختار أحدها يُفتي به: له أن يختار أحدها يحكم به، مع أنه ليس أرجح عنده بطريق الأولى، لأن الفتيا شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة، والحكم يختص بالوقائع الجزئية الخاصة، فتجوز الاختيار في

الشرائع العامة أولى أن يجوز في الأمور الجزئية الخاصة، وهذا مقتضى الفقه والقواعد الشرعية.

ومن هذا التقرير يُتصور الحكم بالراجع وغير الراجع، وليس في ذلك اتباعاً للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوي^(١).

لكن السؤال الذي يتوارد إلى الذهن هو، هل على القاضي أن يرجع إلى جميع المؤلفات في المذهب أم يكفي بالكتب الرئيسية منه؟

نرى أن الصحيح هو الرجوع إلى الكتب الرئيسية المعتمدة في المذهب وإن كان لا يمنع من الرجوع معها إلى الكتب الأخرى الأقل شهرة إذ الحكمة ضالة المؤمن فأثى وجدها فهو أولى بها.

(١٢) هل الأحكام المرصودة في الكتب الفقهية سندها الكتاب والسنة، أم يجوز أن يكون للاجتهاد دور؟

نعم نعلم أن الأحكام والفتاوى والاجتهادات عموماً أساسها الاستنباط والاستدلال من الكتاب والسنة والإجماع والأدلة الأخرى كالقياس والاستصحاب والاستحسان وقول الصحابي والعرف وغيرها من الأدلة. والأحكام تقسم إلى قسمين:

الأولى القطعية التي لا تقبل التغيير، وتشمل ثلاثة أنواع^(٢):

- ١ - الأحكام الصريحة القطعية الواردة في القرآن والسنة كحرمة الخمر والربا والميسر وحدود السرقة والزنا والقتل وأنصبة الورثة من تركة الميت.
- ٢ - القواعد العامة الواردة في القرآن والسنة كحرمة كل شيء مسكر، وحرمة كل بيع لا يتم فيه تبادل المنفعة بين الجانبين على تراضٍ منهما، وحرمة كل معاوضة دخلها القمار والرهان.

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام القرافي، مكتب المصوغات الإسلامية بحلب ١٩٩٥، ص ٩٢-٩٣.

(٢) انظر أبو الأعلى المودودي، القانون الإسلامي وطرق تنفيذه، ص ٣٤.

٣ - الحدود المقررة في القرآن والسنة لنحد بها حريتنا في الأعمال بحيث لا يجوز تجاوزها كحد ثلث المال للوصية، وكحد أربع نساء لتعدد الزوجات فهذه الأنواع غير قابلة للتغيير.

وهناك مع هذا العنصر القطعي غير القابل للتغيير والتعديل، عنصر آخر يوسع في الأحكام الإسلامية إلى حيث لا نهاية ويجعله يرحب لا تغيير والرقي في كل حالة من حالات الزمان المتطورة^(١).

وكثيراً من الأحكام الفقهية التي كانت نتيجة الاجتهاد، يجب أن تتغير بتغير الزمان والمكان في حالة الحاجة إلى هذا التغيير أو عدم تناسب تلك الفتاوى والاجتهادات مع هذا الزمان والتطور البيئي للمجتمع. فمن المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية، فإن هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد. فالأحكام ترتبط بالظروف والأوضاع الزمنية والنظام العام والآداب.

فكثير من الأحكام كانت تتناسب مع الوضع الذي صدرت فيه وكانت نتاج ذاك الزمان وعلاجاً لبيئة في زمن معين. إلا أنه بعد جيل أو أجيال أصبح لا يوصل إلى المقصود منه إن لم يفض إلى عكسه نتيجة لتغير الأوضاع والظروف والأنظمة^(٢).

(١٤) وعن هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون، وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عن سبقهم هو اختلاف الزمان

(١) أبو الأعلى المودودي، المرجع السابق، ص ٣٥ - ٣٧.

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، المجلد الثاني، دار الفكر، دمشق، ص ٩٢٣-٩٢٤.

وفساد الأخلاق، فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين، ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قال المتأخرون^(١).

ويذكر الشهاب القرافي أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض في التنازعات ونحو ذلك فلو تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عينياً في الثياب في عادة ردنا به المبيع فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه. ويقول: الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين^(٢).

وجاء في تهذيب الفروق في مسألة اختلاف المكان: أن المفتي إذا جاءه رجل يستفتيه، لا يفتيه بحكم بلده بل يسأله هل هو من أهل بلد المفتي فيفتيه حينئذ بحكم ذلك البلد أو هو من بلد آخر فيسأله حينئذ عن المشتهر في ذلك البلد فيفتيه به ويحرم عليه أن يفتيه بحكم بلده، كما لو وقع التعامل ببلد غير بلد الحاكم حرم على الحاكم أن يلزم المشتري سكة بلد المشتري إن اختلفت السكتان، فهذه قاعدة لا بد من ملاحظتها وبالإحاطة بها يظهر لك أن إجراء الفقهاء المفتين للمسطورات في كتب أئمتهم على أهل الأمصار في سائر الأعصار إن كانوا فعلوا ذلك مع وجود عرف وحتى فعلهم خطأ على خلاف الإجماع وهم عصاة آثمون عند الله تعالى غير معذورين بالجهل

(١) نشر العرف لابن عابدين في مجموعة رسائله ج٢ ص ١٢٥ نقلاً عن الشيخ مصطفى الزرقا، المرجع السابق ص ٩٢٣-٩٢٤.

(٢) الفروق، للعلامة شهاب الدين القرافي، الجزء الأول تحت الفرق الثامن والعشرين، المسألة الثالثة، ص ١٧٦ - ١٧٧.

لدخولهم في الفتوى وليسوا أهلاً لها ولا عالمين بمداركها وشروطها واختلاف أحوالها^(١).

وقد ذكر ابن قيم الجوزية في فصل تغير الفتوى، واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، فيقول: هذا فصل عظيم النفع جداً، دفع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب عن الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها؛ فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل^(٢).

وجاء في كتاب الأحكام «ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهبي الإمام الشافعي والإمام مالك وغيرهما، المرتبة على العوائد والعرف للذين كانا فاضلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام؟ فهل إذا تغيرت تلك العوائد، وصارت العوائد تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولاً، فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟ أو

(١) تهذيب الفروق، ص ٤٣-٤٤. وقد جاء عند القرافي في كتاب الأحكام، المرجع السابق: ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا: أن لا يفتيه بما عادته يُفتي به حتى يسأله عن بلده، وهل حدث لهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا؟ وإن كان اللفظ عرفياً، فهل عرف ذلك البلد موافق لهذا البلد في عرفه أم لا؟ وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء، وإن العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواء إن حكمها ليس سواء، إنما اختلف العلماء في العرف واللغة هل يُقدم العرف على اللغة أم لا؟ والصحيح تقديمه، لأنه ناسخ، والناسخ يُقدم على المنسوخ إجماعاً، فكذاك ها هنا، ص ٢٣٢.

(٢) ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، المجلد الثالث، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، ص ١٤-١٥.

يقال: نحن مقلدون، وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد، فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟

الجواب: إن إجراء الأحكام التي تدركها العوائد مع تغير تلك العوائد: خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد: يتغير الحكم فيه عن تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فمن تبعهم فيها من غير استئناف اجتهد^(١).

المطلب الثاني

تطبيقات عملية في ضرورة فقه الواقع

(١٥) اتفق الفقه على أن الأحكام التي تتغير بتغير الزمان وأخلاق الناس هي الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية. وقررها الاجتهاد بناءً على القياس أو على المصلحة المعتبرة.

وذلك خلافاً للأحكام الأساسية، التي نص عليها الشارع بنصوص باتة (أمر ونهي) كوجوب الوفاء بالعقود، والتراضي عليها وضمن الضرر الذي يلحقه بغيره، وقصر الإقرار على الصادر منه دون غيره، وعدم العفو عن جرائم الحدود بعد ثبوتها أمام القضاء، وحماية الحقوق التي اكتسبها، والأصل براءة الذمة، وعدم مؤاخذه برئ بذنب غيره (ولا تزر وازرة وزر أخرى).

(١) شهاب القرافي، كتابه: الاحكام، المرجع السابق ص ٢١٨-٢١٩.

ويقول فضيلة الدكتور/ يوسف القرضاوي: «ومن مزالق الفتوى الجمود على ما سطر في كتب الفقه، أو كتب الفتاوى منذ عدة قرون، والإفتاء بها لكل سائل دون مراعاة لظروف الزمان والمكان والعرف والحال مع أن هذه كلها تتغير وتتطور، ولا تبقى جامدة ثابتة أبد الدهر» مؤلفه: الفتوى بين الانضباط والتسبب، دار الصحوة للنشر، القاهرة ١٩٨٨، ص ٩٠.

فكل هذه أحكام ثابتة على مبادئ لا تتغير بتغير الزمان والمكان إلا أن وسائل تحقيقها وتطبيقها قد تتغير بتغير الأزمنة^(١)، ولا يجوز أن يوضع شيء من هذه الأمور القطعية موضع الجدل والنقاش كأن يفكر بعض الناس مثلاً في جواز تعطيل فريضة الزكاة اكتفاءً بالضرائب، أو فريضة الصيام تشجيعاً للإنتاج، أو فريضة الحج توفيراً للعملة، أو إباحة الخمر ترغيباً في السياحة، أو إباحة الربا دعماً للتنمية، أو غير ذلك مما يعلم بطلانه من الدين بالضرورة^(٢). أما الأحكام الظنية فيكون فيها الاجتهاد البشري وفقاً للشروط التي وضعها الفقهاء، ويكون ذلك أساسه المصلحة وليس العرف فقط^(٣).

ونستعرض بعض هذه الصور كالاتي:

١٦) الصورة الأولى: وإن الشهود الذين يقضي بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا عدولاً ثقات، وهم المحافظون على الواجبات الدينية والمعروفون بالصدق والأمانة، وإن عدالة الشهود شريطة اشتراطها القرآن لقبول شهاداتهم وأيدتها السنة وأجمع عليها فقهاء الإسلام.

غير أن المتأخرين من الفقهاء لاحظوا قدرة العدالة الكاملة التي فسرت النصوص، لفساد الزمن وضعف الذمم وخفوت الوازع الديني.

فإذا تطلب القضاة دائماً نصاب العدالة الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات. فلذا، أفتوا بقبول شهادة الأمثل ما لها مثل من الناس حيث تقل العدالة الكاملة^(٤).

(١) د. مصطفى الزرقا، المرجع السابق ص ٩٢٤-٩٢٥ - د. رمضان محمد سعيد البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ١٩٧٣، ص ٨٢-٨٣.

(٢) نقلاً عن فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي، من كتابه: شريعة الإسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، مكتبة وهبة ١٩٩٧، ص ١٠٥-١٠٦.

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقا، المرجع السابق ص ٩٣٧ - د. يوسف القرضاوي، المرجع السابق ص ١٠٦-١٠٧.

(٤) د. مصطفى الزرقا، المرجع السابق رقم ٥٤٨ - د. محمد الزحيلي.

(١٧) الصورة الثانية: جعل الدية في قتل الخطأ على العاقلة وهم العصبية. قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية في قتل الخطأ وشبه العمد على العاقلة، وهم عصبية الرجل، فأخذ بظاهر ذلك بعض الفقهاء، وأوجبوا أن يكون العاقلة هي العصبية أبداً، ولم ينظروا إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما ناط الدية بالعصبية لأنها - في ذلك الزمن - كانت محور النصر والمعونة.

وخالفهم آخرون كالحنفية، مستدلين بفعل عمر الذي جعلها في عهده على أهل الديوان^(١).

وقد بحث ذلك ابن تيمية في فتاويه فقال: النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة، وهم الذين ينصرون الرجل ويعينونه، وكانت العاقلة على عهده هم عصبته، فلما كان في زمن عمر جعلها على أهل الديوان، ولهذا اختلف فيها الفقهاء، فيقال: أصل ذلك أن العاقلة: هل هم يحددون بالشرع؟ أم هم من ينصره ويعينه من غير تعيين؟ فمن قال بالأول لم يعدل عن الأقارب، لأنهم العاقلة على عهده، ومن قال بالثاني جعل العاقلة في كل زمان ومكان من ينصر الرجل ويعينه في ذلك الزمان والمكان. فلما كان في عهد النبي صلى الله عليه وسلم إنما ينصره ويعينه أقاربه كانوا هم العاقلة، إذ لم يكن على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ديوان ولا عطاء.

فلما وضع عمر الديوان كان معلوماً أن جند كل مدينة ينصر بعضه بعضاً، ويعين بعضه بعضاً، وإن لم يكونوا أقارب، فكانوا هم العاقلة، وهذا أصح القولين وأنها تختلف باختلاف الأحوال، وإلا فرجل قد سكن بالمغرب، وهناك من ينصره ويعينه كيف تكون عاقلته من بالمشرق في مملكة أخرى؟ أي من عصبته ولعل أخباره قد انقطعت عنهم، والميراث يمكن حفظه للغائب،

(١) د. يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، المرجع السابق ص ١١٥.

فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في المرأة القاتلة إن عقلها على عصبتها، وإن ميراثها لزوجها وبنيتها، فالوارث غير العاقلة^(١).

بل أصبح القضاء في هذا الزمان يقضي بالدية على المتسبب مباشرة فيها لا على العاقلة والورثة وذلك لتغير الظروف الاجتماعية وتفكك المجتمع الأسري وبالتالي لا توجد صور التكافل التي كانت تسود المجتمعات القديمة. وعلى هذا الأساس صدر التشريع لإلزام شخص بعقوبة أو بتعويض ولا بد من المبرر لقيام مسؤوليته. ويذكر في ذلك الأستاذ مصطفى الزرقا بأن يقضى بتوزيع دية القتل خطأ على عاقلة القاتل، وهم الرجال من عشيرته الذين يقوم بينه وبينهم تناصر وتعاون فيلتزمون شرعاً بتحمل الدية مع القاتل موزعة عليهم في عدة سنوات. وفي هذا تدبير حكم مقام لمصلحة الفريقين، فريق المقتول وفريق القاتل، كيلا يضيع دم القاتل هدرًا إن كان القاتل المخطيء فقيراً عاجزاً عن أداء الدية، وكيلا يتحمل الدية القاتل وحده فتتوء به.

وهذا النظام في الشريعة الإسلامية يقوم على الرابطة القبلية، ولكننا لا نرى في الشريعة مانعاً - حيث لا توجد رابطة قبلية في المدن - من إحلال صورة حديثة مناسبة محلها اليوم كرابطة الحرفة الواحدة، والمهنة، أو الوظيفة أو الرابطة النقابية، فالإسلام يقبل مثل هذا التأويل حيث تدعو المصلحة وتتحد العلة^(٢).

وفي كثير من الأحوال يقضي بالدية أو الارش على صاحب العمل أو المؤسسة ذاتها (أي الشخص الاعتباري) وذلك لقيام الضمان في حقها على اعتبار تقصيرها في القيام بالتزاماتها تجاه العامل لديها إذا ما توفي - بسبب تقصير - أثناء العمل أو بسبب العمل، بل إن القضاء يقضي بمبلغ الدية على

(١) مجموعة فتاوى ابن تيمية، ص ١٩ ص ٢٥٥-٢٥٦.

(٢) الشيخ مصطفى الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٤، ط ٤ ص ١١٦.

شركات التأمين باعتبارها كفيلاً ضامناً بشكل مباشر للحق في التعويض ومنه الدية.

(١٨) الصورة الثالثة: دية المرأة في القتل الخطأ:

ذهب جمهور الفقه إلى أن دية المرأة الحرة المسلمة على النصف من دية الرجل الحر المسلم^(١). وقد استدل الجمهور على قولهم بأن دية المرأة هي نصف دية الرجل بما أخرجه مالك والشافعي من حديث عمرو بن حزم الأنصاري الخزرجي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب عمرو بن حزم أن دية المرأة على النصف من دية الرجل، وقد تكلم العلماء في الاحتجاج بهذا الحديث بأنه حديث مرسل وإن كان قد أخذ درجة الشهرة التي اعتبرها بعض الفقهاء بأنها تقوم مقام صحة الإسناد، ويقول ابن حزم في تعليقه على هذا الكتاب: «أما حديث ابن حزم فإنه صحيفة ولا خير في إسناده لأنه لم يسنده إلا سليمان بن داود الجزري وسليمان بن قرم وهي لا شيء، وقد سئل يحيى بن معين عن سليمان الجزري الذي يحدث عن الزهري روى عنه يحيى بن حمزة فقال: ليس بشيء، وأما سليمان بن قرم فساقط بالجملة وكذلك من طريق مالك عن عبدالله بن أبي بكر ولا حجة في مرسل فسقط ذلك الكتاب جملة^(٢)».

ومما استدل به الجمهور ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده فقال:

(١) وقد ذكر ابن قدامة المقدسي في المغنى أن ذلك مروى عن ابن عمر وعثمان وعلي وزيد، وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما جميعاً، وقال ابن المنذر قال ابن عبدالبر: أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل، وحكى غيرهم عن ابن عليه والأصم أنهما قالوا: ديتها كدية الرجل لقوله صلى الله عليه وسلم «في النفس المؤمنة مائة من الإبل»، وفي كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل، ومقدار هذه الدية من الإبل خمسون بغيراً عشر بنات مخصص وعشر بنات لبون وعشر ابن لبون وعشر حقائق وعشر جذاع.

(٢) المحلى، الجزء السابع، ص ٤١٢.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من دينه»^(١).

لكن نوقش هذا الدليل وطعن في إسناده بما روى عن ابن كثير قال: إنه من رواية اسماعيل من عياش وهو إذا روى عن غير الشاميين لا يحتج به عند جمهور الأئمة، وهذا منه لأنه الرواية المذكورة عن اسماعيل من عياش عن ابن جريح، وابن جريح ليس شامياً، وكان هذا هو الطعن الموجه للرواية^(٢).

ومما استدل به الجمهور أيضاً ما روي عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن أنه قال لسعيد بن المسيب كم في إصبع المرأة، قال عشرون من الإبل، فقلت: كم في ثلاث، قال: ثلاثون من الإبل، قلت: كم في أربع، قال: عشرون من الإبل، فقلت حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نَقَصَ عَقْلُهَا، قال سعيد: أعراقي أنت؟ فقلت: بل عالمٌ متبّتٌ أو جاهلٌ متعلّمٌ، قال سعيد: هي السنة يا ابن أخي^(٣). ونوقش هذا الدليل كالاتي:

إن حديث سعيد بن المسيب، المذكور آنفاً، على فرض التسليم بأن قوله من السنة يدل على الرفع وأن المراد من السنة سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فهو حديث مرسل لا تقوم به حجة ناهضة.

وقد قال الشافعي رحمه الله فيما أخرجه عنه البيهقي أن قول سعيد (من السنة) يشبه أن يكون عن النبي صلى الله عليه وسلم أو عن عامة أصحابه. ثم قال وقد كنا نقول إنه على هذا المعنى ثم دفعت عنه وأسأل الله الخير لأننا قد نجد منهم من يقول السنة، ثم لا نجد لقوله السنة نفاذاً أنها عن النبي صلى الله عليه وسلم والعباس أولى بنا منها، وروعي صاحب التلخيص عن

(١) النسائي في سننه ص ٤١٤ الحديث رقم ٤٨١٩، كتاب القسامة، باب عقل المرأة - والدارقطني في سننه ج ٣ ص ٩١، كتاب الحدود والديات، وكلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) موطأ الإمام مالك، رواية يحيى بن يحيى الليثي، ص ٦١٩ رقم ٥٦٦.

الشافعي أنه قال كان مالك يذكر أنه السنة وكنت أتابعه عليه وفي نفسي منه شيء ثم علمت أنه يريد سنة أهل المدينة فرجعت عنه^(١).

ومن أدلة الجمهور أيضاً ما روي عن معاذ بن جبل عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «دية المرأة نصف دية الرجل» لكن طعن في هذه الرواية، فقال البيهقي: إسناده لا يثبت مثله^(٢).

وأورد الجمهور في استدلالهم ما أخرجه البيهقي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: «دية المرأة على النصف من دية الرجل في الكل» لكن لم تثبت هذه الرواية، وطعن فيها بأن الرواية عن علي بن أبي طالب فيها ضعيفة لأنها من رواية إبراهيم النخعي عنه وفيه انقطاع^(٣).

ويقول الشيخ محمد التندي: إن الواضح أن أسانيد روايات الجمهور في قولهم بأن دية المرأة على النصف من دية الرجل فيما زاد على الثلث أو مطلقاً وضح واتضح بأن هي أسانيد الروايات وهن ومقال واحتمال، والدليل إذا تطرق إليه مقال واحتمال ضعف إن لم يبطل به الاستدلال^(٤).

ومن أدلة الجمهور في اعتبار أن دية المرأة على النصف من دية الرجل، لأن حالها نصف حالة الرجل، لأنه أهل لأن يملك المال والنكاح، وهي لا تملك النكاح، ولأنها في الميراث والشهادة على النصف من الرجال فكذلك في الدية^(٥).

(١) نيل الأوطار للشوكاني، ج ٧ ص ٢٢٥.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، ج ٧ ص ٢٢٥.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني، ج ٧ ص ٢٢٥.

(٤) الشيخ محمد التندي، دية الأنثى في القتل الخطأ، مجلة الحق شريعة وقانون التي تصدرها جمعية الحقوقيين بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد الرابع والخامس ١٩٩١، ص ١٠.

(٥) شرح الخرشي ج ٨ ص ٣٨ - د. عوض أحمد ادريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، بيروت، لبنان ١٩٨٦، ص ٢٤١.

ولقد عقب الشيخ محمد أبو زهرة على هذا الاستدلال بقوله: ونرى من هذا النظر أنه نظر إلى المالية ولم ينظر إلى الآدمية وإلى جانب الزجر للجاني والحقيقة أن النظر في العقوبة إلى قوة الإجرام في نفس المجرم، ومعنى الاعتداء على النفس الإنسانية، وهي قد تشترك عند الجميع لا تختلف باختلاف النوع، فالدية في ذاتها عقوبة للجاني، وتعويض لأولياء المجنى عليه أو له هو ذاته إذا كان ذلك في الأطراف. على ذلك ينبغي أن تكون دية المرأة كدية الرجل على سواء، إذ هي عقوبة الدماء ولأن المعتدي بقتل المرأة كالمعتدي بقتل الرجل على سواء^(١).

ويعلق الشيخ محمود شلتوت على قياس دية المرأة على حكمها في الميراث: والحق أن حكم المرأة في الميراث ليس مبنياً في الإسلام على أن إنسانيتها أقل من إنسانية الرجل وإنما هو مبني على أساس آخر قضت به طبيعة المرأة في الحياة العامة وكان من مقتضاه أن يتحمل الرجل نفقات الأسرة من زوجة وبنين وأقارب وأن يتحمل كذلك المهر الذي يقدم للمرأة عنواناً على رغبته فيها وبذله ما يجب في سبيل الاقتران بها. وأن تتحمل المرأة تدبير البيت وشؤون الحمل والوضع والتفرغ لحضانة الأطفال والقيام على أمرهم، وفي ظل هذا الأساس نرى بالموازنة بين نصيب الرجل والمرأة أن المرأة أسعد حظاً من الرجل في نظر الإسلام، أوجب لها مهراً لا حد لأكثره «وإن آتيت إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً».

وأوجب لها على الرجل نفقتها وكسوتها وجميع ما تحتاج إليه بالمعروف لبيئتها حتى أوجب الخادمة والخادمتين «لينفق ذو سعة من سعته» وأوجب لها إذا ما طلقت، نفقة العدة على نحو ما وجبت لها وصياتها الزوجية وأوجب لها «المتعة» وهي ما يبذله الرجل بعد طلاقها غير نفقة العدة مما تحفظ به كيانه «وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين».

(١) الشيخ محمد أبو زهرة، العقوبة ص ٥٧٣.

أما الرجل فهو كما قلنا مطالب بنفقته على نفسه وعلى أولاده وعليها وعلى نوائب الحياة كلها التي تنشأ من مكافحته فيها ثم على والديه وأقاربه إذا كانوا ضعافاً أو فقراء.

وإذن في ماذا يمتاز الرجل عنها؟ الرجل مطالب بكل شيء والمرأة لا تطالب بشيء فما أسعدها وما أشقاه. وهذا هو الأساس الذي بنى عليه الإسلام أن المرأة تكون في الميراث على النصف من الرجل وواضح جداً أن وضعها في الميراث لا علاقة له بالإنسانية التي يشتركان فيها على حد سواء، وإذن فمن خطأ النظر أن تقاس الدية في مقدارها للرجل والمرأة على الميراث^(١).

ومن أدلة القائلين بمساواة المرأة للرجل في حكم الدية قول النبي صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم»^(٢).

فقول النبي صلى الله عليه وسلم تتكافأ دماؤهم، أي تتساوى دماؤهم، وتعبير أن دم المرأة يساوي دم المرأة في القصاص وما دامت تساويه في القصاص فيجب أن تساويه في الدية لأن الدية بدل عن القصاص فإذا تساوت المرأة في الأصل فكيف لا تتساوى في البدل، هذا منطق الواقع الذي ليس له واقع كما يفيد الحديث وأما تساوي المرأة للرجل في القصاص بحيث يقتل إذا قتلها عمداً فدليله قوله تعالى: «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس» وشرع غيرنا شرع لنا إذا ما ورد في القرآن الكريم ولم يرد ناسخ

(١) الشيخ محمود شلتوت، مؤلفه الإسلام عقيدة وشرعية، ص ٢٣٨ - ٢٣٩.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده ١/ص ١١٩، وقد رواه بلفظ «المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم، ألا لا يقتل مؤمن بكافر، ولا نو عهد في عهده...» ١ ص ١١٢، ورواه أبو داود في سننه ج ٢ ص ٥٨٨ رقم ٤٥٣٠ كتاب الديات باب ايقاد المسلم بكافر، والنسائي في سننه ٨/٣٨٨ رقم ٤٧٤٨ كتاب العامة، والبيهقي في سننه الكبرى ٨/٢٨-٣٠ رقم ١٨٤، والدارقطني ج ٣ ص ١٣١.

له خاصة إذا ورد ما يؤيده من قول النبي صلى الله عليه وسلم في كتابه لأهل اليمن «لا يقتل الرجل المرأة»^(١).

وخلاف هذا الرأي: الشيخ مصطفى الزرقا، الذي يؤكد على أن دية المرأة هي نصف دية الرجل فيقول أن النقاط التي تغيب عن أذهان المطالبين بالمساواة في الدية بين المرأة والرجل هي كالآتي:

النقطة الأولى: إن أنصبة الدية المالية ليست مشروعة في القتل الإجرامي المتعمد، وإنما هي محصورة في قتل الخطأ الذي انتفت منه فكرة التعدي على الروح الإنسانية، وقد يكون الفاعل المخطيء أكثر ألماً وأسفاً لما حصل دون قصد إجرامي، فقد تقتل الأم طفلها الوحيد إذا غلبها النوم وهو بجانبها ترضعه، فانقلبت عليه واختنق، ثم تقضي عمرها كله حزينه عليه.

النقطة الثانية: إن الدية الشرعية ليست عقوبة زاجرة، وإنما هي تعويض عن الضرر المادي الذي لحق بالقتيل، لأن المخطيء هو الأولى بأن يتحمل هذا التعويض، ولو كان حسن النية، ومبدأ التعويض هذا تقوم عليه نظم العالم المتجدد أجمع، في كل ضرر في الأنفس أو الأموال نشأ من خطأ غير مقصود... الخ.

النقطة الثالثة: إن الميزان الصحيح لتقويم قيمة المرأة من الناحية الإنسانية إنما يتجلى فيما يرتبه النظام من عقوبة زاجرة على القصد الإجرامي في القتل العمد العدواني. وإن الإسلام قد سوى في هذه الناحية بين الرجل والمرأة، حين أوجب أن يقتل الرجل بالمرأة قصاصاً كما تقتل المرأة بالرجل. أما حالة الخطأ البريء، وما يجب فيه من تعويض عن الضرر المادي الحاصل منه، فليست هي ميزان القيمة الإنسانية...^(٢).

(١) الشيخ محمد التندي، المرجع السابق ص ٦٢.

(٢) مقالة العلامة الشيخ مصطفى الزرقا، العقل والفقه في فهم الحديث النبوي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدبي، العدد الثالث عشر ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م، ص ١٨ - ١٩.

اتجاهات قضاء المحاكم العليا في دولة الإمارات في موضوع دية المرأة:

(١٩) من المعلوم أن المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة قد أصدر تشريعاً في تحديد دية القتل الخطأ بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩١م ونص فيه على أن «تحديد الدية الشرعية للمتوفى خطأ من الأشخاص بمبلغ (١٥٠,٠٠٠) مائة وخمسين ألف درهم في جميع محاكم إمارات الدولة.

وعند تطبيق هذا القانون على المرأة التي قتلت خطأ فقد اختلف في تفسير هذا القانون من حيث اتجهت المحكمة الاتحادية العليا إلى أنه رغم وجود في تحديد مقدار الدية إلا أن أحكام الشريعة تقيدتها وتخصصها بحيث تكون دية المرأة على نصف هذا المقدار، أما محكمة تمييز دبي رأت الالتزام بالنص الشرعي الذي قرره السلطة التشريعية (المجلس الأعلى للاتحاد). وتعد رأي المحكمتين وتبريرهما لما ذهبتا إليه.

فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا أنه «من المقرر في الفقه المالكي أن دية الأنثى نصف دية الذكر هذا في النفس أما دون النفس فإذا كانت الجناية على الأنثى أقل من ثلث الدية فديتها مثل دية الرجل، وإذا كانت الثلث فأعلى فديتها على النصف من دية الرجل، فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من دينه» رواه النسائي والدارقطني وصححه ابن جزيمة. وفي الموطأ عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول: تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية: إصبعها كإصبعه وسننها كسنه وموضمتها كموضمته ومنقلتها كمنقلته، ومنه عن عروة بن الزبير مثله أن المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث دية الرجل فإذا بلغت ثلث دية الرجل كانت إلى النصف من دية الرجل، وانه في الجرح الذي لا قصاص فيه حكومة بنسبة نقصان الجناية حيث كان فيه كعظم الصدر وكسر الفخذ، وعليه، فإن الحكومة لا تكون إلا فيما ليس له عقل مقرر شرعاً أما ما قرر فيه الشرع عقلاً فلا يعدل عنه كالجائفة وهي مختصة بالبطن والظهر والأمة وهي مختصة بالرأس ففي كل منهما عمداً كانتا أو خطأ ثلث الدية

المخمسة ولا أصل في ذلك حديث عمرو بن حزم عن أبي داود والنسائي وأبي جزيمة^(١).

أما محكمة تمييز دبي - باعتبارها محكمة قانون - فإنها ذهبت إلى خلاف ذلك بحيث ساوت بين الرجل والمرأة في الدية، حيث قررت محكمة تمييز دبي بأنه «لما كان المشرع حينما أصدر القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١م بشأن تحديد مقدار الدية الشرعية للمتوفى خطأ من الأشخاص بمبلغ مائة وخمسين ألف درهم، قد أورد في نص المادة الأولى منه لفظ «المتوفى» وهو لفظ عام يدخل في عمومته جميع أفراد جنسه من ذكر وأنثى وإن خلا هذا النص من قرينة تصرف هذا اللفظ إلى نوع معين من أنواع جنسه فإنه لا يصح عنه تفسيره بقصره على الشخص الذكر دون الأنثى أو الشخص الأنثى دون الذكر مما مؤداه أن المشرع قصد بذلك النص التسوية بين الذكر والأنثى في مقدار الدية. هذا ولما كان من المقرر في قواعد التفسير أن وضوح العبارة هو في حد ذاته وضوح الإرادة وكانت عبارة

(١) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ١٨، مجلة العدالة، وزارة العدل، مجلة قانونية، العدد الثالث والتسعون، السنة ٢٥ يناير ١٩٩٨ ص ٦٨ وما بعدها - كذلك الطعن رقم ٢ لسنة ١٢ جزائي شرعي، جلسة ٢٣/٥/١٩٩٢، وقد جاء فيه أنه وإن جاء في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١ تحديد مقدار الدية الشرعية للمتوفى خطأ بمبلغ ١٥٠٠٠٠ درهم، فإن ذلك لا ينتج ما تهدف إليه النيابة العامة، الطاعة، من كون كلمة المتوفى تشمل الذكر والأنثى على حد سواء، لما هو معلوم أولاً: من أن التحديد الوارد في القانون المذكور، ليس القصد منه تدخل المشرع في تحديد مقدار الدية كعقوبة، وإنما هو مجرد معادلة لقيمة الدية الشرعية بالعملة الورقية، ومن جهة ثانية: لا تعني كلمة (المتوفى) الواردة في القانون التسوية بين الرجل والمرأة في المقدار المستحق لكل منهما، بل إن ذلك لبيان أصل الدية الكاملة، ويبقى أمر إعطاء ما تفرضه أحكام الشريعة لكل من يستحق الدية كاملة، أو جزء منها، حسب ما هو منصوص عليه في القواعد الشرعية.. انظر كذلك القاضي حسن أحمد الحمادي مؤلفه قضاء الحدود والقصاص والدية (دراسة قضائية للقواعد الموضوعية والإجرائية، ص ١٢٨ - ١٢٩).

النص المشار إليه واضحة وصريحة في التسوية بين دية المرأة المتوفاة خطأ ودية الرجل المتوفى خطأ، ومن ثم، فلا محل للقول بأن المشرع قصد بهذا القانون مجرد تحديد مقدار الدية الكاملة ومعادلتها بالنقود وأنه ترك غير ذلك من أمور الدية لأحكام الشريعة الإسلامية، كما لا محل للقول بوجود تعارض بين أحكام هذا القانون - بالمفهوم السابق - وما نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي من سريان أحكام الشريعة الإسلامية في شأن الدية، لأن ما أورده هذا القانون الأخير - على النحو السابق - لا يعدو أن يكون تقنياً لجانب من فقه الشريعة الإسلامية قال به بعض الفقهاء قديماً وحديثاً استناداً إلى عموم قوله تعالى: «ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله» وعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم بهذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بالدية كاملة مع أن المجنى عليها أنثى فإنه يكون موافقاً لصحيح القانون ويكون النعي عليه قائماً على غير أساس^(١).

٢٠) الصورة الخامسة: تحديد الملكية في العقارات وطريقة انتقالها:

قبل إنشاء دولة الإمارات العربية المتحدة وينطبق الأمر على بدايتها، كان تحديد عقار شخص ما لا بد لصحة العقد في التعاقد على العقار من ذكر أسماء أصحاب الأشخاص الذين يحدون العقار من جهاته الأربع، وكذلك كان استخراج رسم العقار حيث يذكر أسماء الذين يحدونه بعقاراتهم، وذلك يعد نافياً لجهالة محل العقد.

إلا أنه بعد التنظيم الحديث للسجلات العقارية وتخطيط المدن أصبح يكتفى قانوناً بذكر رقم العقار ومعرفة أرقام العقارات التي تحيط به دون ذكر حدوده. بل وتصدر الرسومات للعقار بهذه الطريقة للتعريف به. وهو ما

(١) طعن بالتمييز رقم ١٩٩٤/١٩ جزء جلسة ١٩٩٤/٥/١٤ تمييز دبي، وطعن بالتمييز رقم ١٩٩٤/٦ جزء جلسة ١٩٩٤/٤/٣.

يوجبه فقه الشريعة لأن الأوضاع والتنظيمات العصرية أوجدت وسائل جديدة أسهل وأتم تعييناً وتمييزاً للعقار من ذكر الحدود في العقود العقارية^(١).

والأمر الآخر أن نقل الملكية في العقار كان يتم بمجرد العقد كما هو الأمر في المنقول، إلا أنه لخطورة الأمر في العقارات بما يمثله من ثروة وطنية واقتصادية، وما آل إليه الحال بين الناس من زيادة فساد في الذمم والتخوف من التصرف في العقار لأكثر من شخص في آن واحد، فإن القوانين أوجبت أن يتم نقل ملكية العقار عن طريق التسجيل في الدوائر الرسمية، فقد نصت المادة ١٢٧٧ من قانون المعاملات المدنية على أنه «لا تنتقل ملكية العقار ولا الحقوق العينية العقارية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير ولا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة بها». وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بالآتي «من المقرر في قضاء المحكمة العليا أن التسجيل الذي تتطلبه نصوص القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩ والمعمول به في إمارة أبو ظبي في خصوص عقد بيع الأراضي بين المواطنين أنه وإن كان لا يضيف على عقد البيع شكلاً رسمياً، ولا يعد شرطاً شكلياً لانعقاد البيع ولا يؤدي تخلفه إلى بطلان التصرف، إلا أن نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري لا يتم إلا بحصوله^(٢)».

كذلك ما قضت به محكمة تمييز دبي حيث قررت «لئن كان الأصل أن الملكية وغيرها من الحقوق تنتقل بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً للقانون، إلا أن ملكية العقار وسائر الحقوق العينية العقارية الأخرى لا تنتقل فيما بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل، فإذا ما تم التسجيل انتقلت

(١) د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المجلد الثاني، رقم ٥٥٢.

(٢) طعن رقم ٣٨ لسنة ٧ القضائية مدني جلسة ٢٣/١٠/١٩٨٥، المحكمة الاتحادية العليا، منشور بمجلة العدالة، العدد ٤٦ السنة ١٣ يناير ١٩٨٦، أبو ظبي ص ١١٧-١٢٣. وانظر د. جاسم الشامسي، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ٩٧-١٩٩٨ م ص ٤٠٠.

الملكية وأصبحت نافذة في حق الغير من تاريخ التسجيل، وذلك وفقاً لنص المادتين ١٢٧٥ و ١٢٧٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ م^(١).

وهناك أمر آخر وهو أنه في الزمن السابق كان من الممكن تملك الأراضي عن طريق إحيائها وتعميرها بالنسبة لأرض الموات وهو ما جرى عليه الفقه الإسلامي، إلا أن اختلاف الأوضاع وحسن تقدير السلطة في توزيع الملكية العقارية وعدم تركزها في يد أشخاص محددين بسبب ما يملكونه من أموال يستطيعون بها إحياء أغلب الأراضي الموات، فقيدت الإحياء للأراضي الموات وتملكها بهذا الطريق بإذن السلطة. فنصت المادة ١٢٠٩ من قانون المعاملات المدنية على أن «١ - الأراضي الموات تكون ملكاً للدولة. ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها بغير إذن من الدولة وفقاً للقوانين».

وقد أوضحت المادة ١٢١٠ معنى الأراضي الموات بنصها على أن «الموات أرض لا اختصاص بها لا بملك ولا بانتفاع ويحصل الاختصاص إما بإحيائها أو بصيرورتها صريحاً لبلد أو بئر أو شجر أو دار»، وبينت المادة ١٢١١ شرط الإعمار بالنص على أنه «من أحيأ أو عمر أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة كان مالكاً لها. ٢ - وللسلطة المختصة أن تأذن بإحياء الأرض على أن ينتفع بها فقط دون تملكها»^(٢).

وهذا لا يتعارض كما ذكرنا مع فقه الشريعة بل يؤكد من حيث مراعاة المصلحة المعتبرة للناس وتقديرها هنا عن طريق الحاكم فقد قررت القاعدة «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»^(٣).

(١) محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٩٠/٣٢ بجلسة ١/٢٧/١٩٩١، غير منشور.

(٢) انظر د. جاسم الشامسي، المرجع السابق ص ٤٠٣ - ٤٠٥.

(٣) المادة ٥٨ من قانون المعاملات المدنية.

٢١) الصورة السادسة: بيع المرابحة واستخدامها في عقود المصارف الإسلامية والشركات الاستثمارية التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية: إذ أن المصارف التقليدية وفقاً للأنظمة والقوانين تكون مهمتها الإقراض والاقتراض^(١). وذلك بخلاف المصارف الإسلامية التي تتميز معاملاتها بالآتي:

١ - تقوم المصارف الإسلامية في معاملاتها على أساس نظام المشاركة في الربح والخسارة الذي أقرته الشريعة الإسلامية، فالودائع الاستثمارية والادخارية تقوم على أساس المضاربة المشتركة وغير ذلك مما يقوم على أساس المشاركة، مما يؤدي إلى تحقيق النتيجة الاقتصادية.

٢ - يمثل الاستثمار في المصارف الإسلامية حيزاً كبيراً في معاملاتها، فهي تقوم بالمرابحة للأمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتملك مما يؤدي إلى تعاون رأس المال والعمل^(٢).

والمرابحة في الفقه: هي نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح^(٣)، وعرفها الكاساني بأنها «بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح»^(٤).

وقد أجيّزت هذه المعاملة لاجتماع شروط البيع فيها ولتعامل الناس بها وحاجتهم إليها، إذ من الناس من لا يقدر على المساومة والمكايسة ويود

(١) حيث يقرر الدكتور علي البارودي - أحد فقهاء القانون التجاري - أن «البنك - أي التجاري - لا يحتفظ بكل الأموال المودعة معطلة في خزائنه، وإنما يكتفي بنسبة معينة من هذه الأموال يحددها بتجربته وخبرته لمواجهة طلبات المودعين، ثم يقرض الباقي» العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، ص ٢٤٥ - ٢٤٦.

(٢) د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ص ٣١٧.

(٣) تبين الحقائق، ج٤ ص ٧٣.

(٤) البدائع، ج٥ ص ٢٢٠.

الاعتماد على نقل المتمرس في التجارة، وتطبيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه، ولهذا كان مبناها على الأمانة وتوقي الخيانة وشبهتها^(١).

وأجمل الكاساني شروط بيع المrabحة في الأمور التالية:

١ - أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني في مجلس العقد، حتى يقبل البيع أو يتركه. فإذا افترقا وهو لا يعلم بطل العقد، لتقرر الفساد بجهالة الثمن.

٢ - أن يكون الربح معلوماً لأنه بعض الثمن، والعلم بالثمن شرط صحة البيوعات.

٣ - أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال، لأن المrabحة بيع بمثل الثمن الأول وزيادة، فيقتضي ذلك أن يكون الثمن الأول مما له مثل.

٤ - أن يكون العقد الأول صحيحاً. فإن كان فاسداً لم يجز بيع المrabحة، لأن البيع الفاسد يفيد الملك إن أفاد بقيمة المبيع أو بمثله.

وتقتضي المrabحة في التعريف الفقهي أن يكون المبيع موجود في ملك البائع وأن يكون الثمن الأول معروفاً للطرفين، وأن يحدد مقدار الربح المضاف إلى هذا الثمن إما بتعيينه كألف درهم أو بتعيين نسبته للثمن الأول كالربع أو الثلث أو العشر. وهي، بهذا التحديد، لا تخرج عن كونها أسلوباً لتحديد الثمن يلجأ إليه أصحاب الخبرة المحدودة بالسوق كي يضمنوا حقوقهم، فإن التاجر إذا رضى بالمبيع على أساس المrabحة التزم بذكر الثمن الأصلي وكل ما يؤثر في اعتباره مما لحق بالمبيع مبناه على الأمانة^(٢).

بيع المrabحة في الاصطلاح المصرفي:

(٢٢) يختلف مفهوم المrabحة الفقهي عن ما شاع في معاملات المصارف الإسلامية، والمقصود ببيع المrabحة للأمر بالشراء على النحو التالي:

(١) د. جاسم الشامسي، المرجع السابق ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) د. محمد سراج، المرجع السابق ص ٣٣٠ - ٣٣١.

إذا أراد أحد مثلاً شراء أجهزة معينة لا يستطيع نقد ثمنها فإنه يتقدم إلى المصرف طالباً منه شراء الأجهزة المطلوبة بالوصف على أساس الوعد منه بشراء تلك الأجهزة، اللازمة له فعلاً، مربحة بالنسبة التي يتفق عليها (٢٪ أو ٥٪ مثلاً) فيشتريها المصرف ويأخذها العميل، حيث يدفع الثمن مقدماً حسب إمكانياته التي يساعده عليها دخله. فهذه العملية عملية مركبة من وعد بالشراء وبيع بالمربحة. وهي ليست من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده، لأن المصرف لا يعرض أن يبيع شيئاً ولكنه يتلقى أمراً بالشراء، وهو لا يبيع حتى يملك ما هو مطلوب ويعرضه على المشتري الأمر ليرى ما إذا كان مطابقاً لما وصف. كما أن هذه العملية لا تنطوي على ربح ما لم يضمن، لأن المصرف وقد اشترى فأصبح مالكا يتحمل تبعة الهلاك، فلو عطبت الأجهزة المشتراة أو تكسرت قبل تسليمها للشخص الذي أمر بشرائها فإنها تهلك على حساب المصرف وليس على حسابه^(١).

وتختلف المربحة المصرفية عن المربحة الفقهية، وذلك في الأمور التالية:

- ١ - المبيع في المربحة المصرفية موصوف غير معين بالذات بخلافه في المربحة الفقهية فإنه معين بذاته لا بوصفه.
- ٢ - المبيع في المربحة المصرفية غير مملوك للبائع، وهو المصرف، في حين أن المبيع في المربحة الفقهية يجب أن يكون في ملك البائع عند الاتفاق على البيع.
- ٣ - الثمن في المربحة الفقهية معلوم قبل التفرق من مجلس العقد، على حين أن الثمن في المربحة المصرفية ليس معلوماً عند الاتفاق على البيع، لأن الثمن الذي يلتزم به العميل هو الثمن الذي يشتري به المصرف في المستقبل.

(١) تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور سامي محمود ص ٤٧٩ ط ١٩٧٩ نقلاً عن د. محمد سراج، المرجع السابق ص ٣٣٢.

٤ - القصد في المراجعة المصرفية هو تمويل الشراء، حيث لا يستطيعه العميل، في حين أن القصد في المراجعة الفقهية هو البعد عن المساومة، فالأول من بيوع الآجال، والثاني من بيوع الأمانات. وتنفي هذه الفروق المؤثرة الصلة بين هذين التعاملين. ويتضح التأثير ببيان ما يلي:

١ - المبيع المعين بالوصف هو المسلم فيه، ولا يجوز بيعه في الفقه إلا باستجماع شروط السلم، وأهمها إيفاء الثمن في مجلس العقد أو في أقرب وقت ممكن بناءً على الفقه المالكي وتطبيقاً لقاعدة ما قارب الشيء يعطى حكمه.

٢ - الثمن المجهول للمتبايعين في مجلس العقد يبطله.

٣ - المبيع غير المملوك للبائع لا يجوز بيعه، حتى ولو دخل ملكه بعد ذلك. ولا تنهض أحكام الفضالة بتجويزه.

ولا تتفق المراجعة الفقهية والمصرفية، بتحديداتها على هذا النحو، إلا في أمر واحد، هو أسلوب تعيين الربح بنسبة من ثمن الشراء أو بمقدار معلوم. ولا يكفي ذلك لاشتراكهما في تسمية واحدة. وقضية التسمية هي السبب فيما يبدو في الاضطراب الشائع في الحكم على هذا التعامل. كما أن تسمية هذه المعاملة المصرفية ببيع المراجعة كان هو السبب في هذا القول العام الذي حظي به في محيط المصارف الإسلامية. وينبغي الالتزام في تسمية المعاملات الحديثة بوضوح وعدم التعارض مع المسميات الفقهية.

والرأي الذي ذكره البعض أن متقدمي الفقهاء قد صاغوا لهذه المعاملة مصطلحاً يخصها ويتسم بالدقة في الدلالة عليها، وهو «المواصفة»، للتفريق بين هذه المعاملة وبين غيرها^(١).

والمواصفة تعني تحديد أوصاف السلعة التي يرغب الأمر في شرائها

(١) ذكرها د. محمد سراج، المرجع السابق ص ٣٣٨.

مع الاتفاق على صفة الثمن بتحديد نسبة الربح أو مقداره. وتفضل هذه التسمية تلك التسمية الحديثة: المراجعة لاختلاطها بمفهوم مصطلح آخر مستقر في الفقه الإسلامي مما يؤدي إلى الاضطراب في الحكم والفهم.

ولقد أطلق جواز بيع المراجعة المصرفية. وهذا الاتجاه قد تزعمه نفر من المخلصين لنشاط المصارف الإسلامية والعاملين في هيئات الرقابة الشرعية التابعة لهذه المصارف.

وقد وجه إلى المستشار الشرعي ببيت التمويل الكويتي سؤال عن حكم قيام هذا المصرف بشراء السلع والبضائع نقداً بناءً على رغبة أحد العملاء ووعدته بأنه مستعد لشرائها بالآجل بسعر أعلى من سعر الشراء.

«مثال ذلك أن يرغب أحد الأشخاص في شراء سلعة أو بضاعة معينة، لكنه لا يستطيع دفع ثمنها نقداً. فنعتقد بأنه إذا اشتريناها وقبضناها سوف يشتريها منا بالآجل مقابل ربح معين مشار إليه في وعده السابق».

وكانت إجابته عن هذا السؤال: «ما صدر من طلب الشراء يعتبر وعداً». ونظراً لأن الأئمة اختلفوا في هذا الوعد، هل هو ملزم أم لا، فإني أميل إلى الأخذ برأي ابن شبرمة رضي الله عنه الذي يقول بأن كل وعد بالتزام لا يحل حراماً ولا يحرّم حلالاً يكون وعداً ملزماً قضاءً وديانةً. وهذا ما تشهد له ظواهر النصوص القرآنية والأحاديث النبوية. والأخذ بهذا المذهب أيسر على الناس والعمل به يضبط المعاملات. لهذا ليس هناك مانع من تنفيذ هذا الشرط^(١).

وفي سؤال آخر عن حكم الاتفاق بين شخصين على شراء سلعة مشتركة بينهما ومواعدة أحدهما أن يشتري نصيب الآخر في السلعة بالآجل بسعر أعلى من سعر الشراء، أجاب المستشار بقوله: «الإجابة عن هذا السؤال تتضمن ناحيتين: الأولى جواز التصرف شرعاً. والثانية كون هذا الوعد ملزماً أو غير ملزم».

(١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، ج ١٥ ص ١٦.

أما عن الناحية الأولى فإن هذا الوعد لا غبار عليه من الناحية الشرعية، فالمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

وأما من الناحية الثانية فإننا قد اخترنا فيما مضى الافتاء بما روى عن الإمام مالك رضي الله عنه إذا ترتب على الوعد التزام لولا الوعد ما نشأ هذا الالتزام فإن قبل هذا الوعد يكون ملزماً على أنه يجب أن يراعى كل الأمور التي تجعل هذا النص مفهوماً ومحدد الأهداف من حيث بيان المدة والضمن إلى غير ذلك مما يمنع النزاع بين الطرفين^(١).

ولقد أجابت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري عن حكم بيع المربحة بما لا يخرج عن ذلك^(٢).

وهذا هو الرأي الذي انتهى إليه مؤتمر المصرف الإسلامي الأول في دبي المنعقد في شهر مايو ١٩٧٩م حيث أوصى بأن هذا التعامل «يتضمن وعداً من عميل المصرف بالشراء في حدود الشروط المنوه عنها، ووعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقاً للشروط. إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي. وهو ملزم للطرفين وبأنه طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وملزم ديانة يمكن الإلزام به قضاءً إذا اقتضت المصلحة ذلك وأمكن للقضاء التدخل فيه». وقد أوصى مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد بالكويت في مارس ١٩٨٣م كذلك بأن «المواعدة على بيع المربحة للأمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور هو أمر جائز شرعاً، طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيما يستوجب

(١) المرجع السابق ج ١ ص ١٧.

(٢) محضر اجتماع الهيئة المنعقد بتاريخ ٢٩/٣/١٩٨٨م.

الرد بعيب خفي. وعليه فإن الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات. وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل^(١).

(٢٣) **الصورة السابعة:** عقد المضاربة تحوله من العلاقة بين طرفين إلى ثلاثة أطراف لضرورات الأوضاع الاقتصادية والعمليات المصرفية الإسلامية كما نسردها باختصار فيما يلي:

ف عقد المضاربة تتم المزاوجة فيه بين عنصري النشاط الاستثماري وهما الخبرة ورأس المال في صعيد واحد لمصلحة أطراف المضاربة ولتحقيق المصلحة العامة.

وأهم الخصائص الذاتية التي هيأت نظام المضاربة التي تصدر في المعاملات البنكية الإسلامية الآتي:

أ - تحديد مسؤولية رب المال في حدود نصيبه في المضاربة بحيث لا يكون مسؤولاً عن الخسارة التي تزيد عن ذلك.

ب - يتسع هذا النظام لتعدد رؤوس الأموال المشاركة في نشاط استثماري معين، ولا بأس أن يبلغ أصحاب الأموال المشاركين في مشروع واحد عدداً ضخماً، سواء أكان كل منهم معروفاً للآخر أم مجهولاً.

ج - قدرة المضاربة لتمويل صفقة واحدة أو عدد من الصفقات أو مشروع استثماري مستمر ومحقق.

د - الفصل بين رأس المال والعمل واعتبار المضاربة جهة متميزة عن الأطراف المشاركة فيها. وبفضل هذا الأساس تمكن من اتخاذ القرارات التنفيذية المناسبة دون حاجة للرجوع إلى أصحاب المال. وقد كان هذا سبباً قوياً لملاءمة المضاربة في تمويل التجارة الخارجية وتنظيمها^(٢).

(١) تفصيله الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تراه المصارف الإسلامية، مكتبة وهبة ١٩٨٧ ص ١٠ وما بعدها.

(٢) د. محمد سراج، المرجع السابق ص ٢٤١.

هـ - النفقات الإدارية والاستثمارية ترجع إلى المضاربة وتضاف إلى تكلفتها. والصورة الأكثر وضوحاً في المضاربة الآن للبنوك الإسلامية هي تكونها من ثلاثة أطراف:

- ١ - المستثمرون الذين يقدمون المال بصورة فردية.
 - ٢ - المضاربون الذين يأخذون المال منفردين، كي يعمل كل منهم في جزء من أموال المستثمرين.
 - ٣ - المصرف الذي يقوم بالتوسط بين الفريقين لتحقيق التوافق والانتظام في توارد الأموال وإعطائها للراغبين من المضاربين.
- وتظهر الأهمية هنا - بالنسبة للبنك - في صفته المزدوجة التي يبدو فيها مضارباً بالنسبة للمستثمرين، وهم أصحاب الأموال من ناحية، كما أنه يبدو كمالك المال بالنسبة للمضاربين من ناحية ثانية، ولذلك يمكن وصفه بالمضارب المشترك.
- ويرجع التكليف للمصرف بهذا الشكل إلى أن علاقة أرباب أموال المصارف بأصحاب الأعمال أساسها المضاربة الخاصة التي تحكم هذه العلاقة وتتمحور في أن المصرف الإسلامي لا يتيسر له استثمار الأموال في إطار المضاربة المقيدة على نحو ما ينبغي أو بالحد المطلوب باعتبار أنه لا يتعامل مع أصحاب الودائع فرداً فرداً، ولا يتحقق له العمل إلا في إطار المضاربة المطلقة.

وبالنسبة للضمان فإن المصرف الإسلامي هو الطرف الذي سيتحمل مخاطر الاستثمار باعتباره مضارباً مشتركاً، قياساً على حكم ضمان الأجير المشترك.

وفي العموم، فإن الهدف الأساسي للمضاربة كما قلنا هو المزاجية بين المال والعمل، ويصدق ذلك على التعامل بها في المصارف الإسلامية، وعلى هذه المصارف أن تراعي، في عملها بهذا النظام، الشروط الفقهية الخاصة برأس المال وأهلية المتعاقد، وعلى صاحب المال ألا يتدخل في العمل

التنفيذي للمضارب، وهو المصرف، كما يجب على المصرف، هو الآخر، ألا يتدخل في عمل مضاربه الذي يستحق به المشاركة في الربح إلا إذا كان على سبيل الإعانة لهذا المضارب^(١).

ومن اليسير أن يتفق المصرف مع أرباب الأموال على إطلاق يده في استثمار أموالهم والمضاربة بها وحقه في دفعها مضاربة إلى الغير. كما هو الشأن في اعتماد حسابات الودائع التوفيرية على سبيل المثال.

واتفاق المصرف مع مضارب المضارب يجب أن يحدد فيه نوع المضاربة وخصائصها وطبيعة العمل وحق مضارب المضارب في الاستدانة على المشروع وما إلى ذلك من التفاصيل المؤثرة في مستقبل المشروع والعائد المتوقع من نشاطه والمسؤوليات المنوطة به. ويلتزم المصرف في تعاملاته المتعلقة بتوزيع الربح والخسارة بالشروط الفقهية^(٢).

وتجيز الأحكام الفقهية للمضاربة أن يعمل عاملها في رأس المال الذي أمده به المصرف، أو يخلط ذلك بماله الخاص ويعمل بهما معاً شريطة الاتفاق على ذلك مع المصرف. ومن الصور المحتملة أن يخلط عامل المضاربة رأس المال المقدم إليه من المصرف بمال طرف آخر، أي يستدين على المضاربة من طرف آخر مع اشتراط مشاركة المصرف في ضمان الدين. ويجوز التعامل بهاتين الصورتين بموافقة المصرف ويحتمل كذلك أن يوافق المصرف لمضاربه على إشراك عامل آخر ليعملاً معاً.

(٢٤) الصورة الثامنة: مفهوم المال المتقوم وغير المتقوم: لكي يكون المبيع قابلاً لحكم عقد البيع، لا بد أن يكون مالاً متقوماً، أي يباح الانتفاع به شرعاً.

ووفقاً لهذا النص فإن محل عقد البيع لا بد أن يكون مالاً متقوماً، أما

(١) بدائع الصنائع، ج ٦، ص ١٠٠.

(٢) د. محمد سراج، المرجع السابق ص ٢٥٩.

غير المتقوم وما تأبى طبيعته التعامل فيه فإن العقد الذي يرد عليه يكون باطلاً^(١). وهو يعتبر كذلك على الرغم من أن المحل عند غير المسلمين يعد مالا كالخمر والخنزير، وقد قضت محكمة استئناف أبو ظبي بالآتي: «... ولما كان لحم الخنزير مما لا يباح التعامل به شرعاً فلا يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، وحيث إن مناط هذه الدعوى هو الحكم بالتعويض عن تلف لحم الخنزير أثناء النقل استناداً لعقد النقل من جهة ولعقد التأمين بين المدعية - المستأنف ضدها - وهي شركة مساهمة وطنية والشارية، وحيث إن محل العقد - كما ذكرنا - مال محرم شرعاً وغير متقوم.

وحيث إنه في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالا متقوماً (المادة ٢٠٠ معاملات) وأن يكون مشروعاً وإلا بطل العقد بطلاناً متعلقاً بالنظام العام (٢١٠ معاملات) تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها. ونظراً لأن المال المطالب بقيمته في هذه الدعوى غير متقوم لتعلقه بشيء محرم، فلا محل للمطالبة بقيمته وبالتالي تكون الدعوى قائمة على غير أساس من القانون مما يقتضي رفضها»^(٢).

وكذلك في قضية أخرى حيث تعاقد طرفا العقد على شراء كمية من الخمر، ولم يسدد المشتري ثمنها. فرفع البائع دعواه أمام المحكمة الابتدائية في أبو ظبي مطالباً المشتري بثمنها، وبعد أن أوردت المحكمة أدلة حرمة التعامل في الخمر من القرآن والسنة والإجماع. ثم ما ورد في مؤلفات المذاهب الفقهية بهذا الخصوص، نصت على الآتي: «وقد انتهت المحكمة في تأصيلها إلى أن الخمر محرمة شرعاً محرم بيعها أو التعامل فيها. وأنها تعتبر مالا غير متقوم في الشرع ويبطل كل تعامل يقع عليها طبقاً لأحكام الشريعة

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، ص ٩٣.

(٢) الحكم الصادر في الاستئناف المدني رقم ٤٧٠ لسنة ١٩٩٢م أبو ظبي، جلسة ٢٩/ ١٢/ ١٩٩٢، منشور بمجلة العدالة، العدد ٧٤، السنة ٢٠ أبريل ١٩٩٣، وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، ص ١١٥ وما بعدها.

الإسلامية وطبقاً لأحكام القانون المدني الذي تنزل على أحكام الشريعة الإسلامية ولم يترتب على العقد الباطل ثمة آثار وأجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وعلى القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه (المادة ٢١٠ معاملات مدنية)، وعليه يكون الدفع المبدى من المدعى عليها في هذا الشق قد طابق صحيح الواقع والفقه والقانون حري بالمحكمة أن تجيبها إليه، وتقضي برفض الدعوى لكون المحل غير متقوم لعدم مشروعيتها^(١).

وإذا كان هذا هو حكم بيع الأموال التي تعتبر غير متقومة للمسلم، أي أن أثرها البطلان، فما الحكم لو كان التعامل فيها بين غير المسلمين؟
اختلفت آراء الفقه في هذه المسألة بين اعتبارها مالاً متقوماً لغير المسلم أو هي مالاً غير متقوم.

فذهب المالكية والحنفية إلى أنها مال في حق غير المسلمين، وبالتالي يجوز التعامل فيها بينهم، وهي بالتالي تضمن، فلو أئلف مسلم أو ذمي على ذمي خمرأً أو خنزيراً وجب الضمان. واستدلوا بأننا أمرنا بأن نترك أهل الذمة وما يدينون، وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه سأل عماله: ماذا يصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر؟ فقالوا: نعشرها، فقال: لا تفعلوا، ولوهم بيعها، وخذوا العشر من أثمانها. فلولاً أنها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك، فإذا كانت مالاً لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم^(٢).

(١) حكم لمحكمة أبو ظبي الاتحادية الابتدائية في الدعوى رقم ٩٥/٢٨ بالجلسة في تاريخ ١٧/١٢/١٩٩٥، حكم غير منشور.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٤٦-١٤٧، المبسوط للسرخسي، ج ١، ص ١٠٣، فتح القدير لابن الهمام، ج ٦، ص ٤٤. الزيلعي، ج ٥، ص ٢٣٤-٢٣٥، مواهب الجليل ج ٥، ص ٢٨٠. كتاب مجمع الضمانات لابن محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عالم الكتب، ص ٢١٥-٢١٦، سنة ١٩٨٧، تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافي، ج ٣ ص ٢٣٨ وما بعدها ما يجوز بيعه وقاعدة ما لا يجوز بيعه. وقد ذكر ذلك ابن قيم =

أما الشافعية والحنابلة، فيرون بعدم وجوب ضمان الخمر والخنزير مطلقاً، سواءً أكان لمسلم أم لذمي لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ألا إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»^(١)، وما حرم بيعه لحرمته لم تجب قيمته كالميتة، ولأن الخمر والخنزير غير متقومين فلا يجب ضمانهما، ودليل أنهما غير متقومين في حق المسلم - فكذا في حق الذمي - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم»^(٢)، وهذا يقتضي أن كل ما ثبت في حق المسلمين يثبت في حق الذميين لا أن حقهم يزيد على حق المسلمين، ولأن عقد الذمة خلف عن الإسلام، فثبت به ما يثبت بالإسلام، إذ الخلف لا يخالف الأصل فيسقط تقومهما في حقهم^(٣).

= الجوزية في كتاب أحكام أهل الذمة. «وقد جاء في شرح الوجيز: قولهم ولا تجاورهم من المجاورة لا ببيع الخمر، يجوز أن يكون بالراء المهملة من المجاورة أي بيع الخمر بحضرتهم، ولا تكون الخنازير مجاورة لهم. ويجوز أن يكون بالزاي المعجمة: أي لا تتعدى بها عليهم جهرة بل إذا أتينا بها إلى بيوتنا أتينا بها خفية بحيث لا يطلعون على ذلك. والمعنيان صحيحان. وذلك يتضمن إخفاء الخمر والخنزير فيما بينهم وألا يظهروا بهما بين المسلمين كما لا يظهرون بسائر المنكرات وقولهم: «ولا نبيع الخمر»، أي لا نبيعها ظاهراً بحيث يراه المسلمون، إذ أن بيعه ظاهراً من المنكر العظيم، وكذلك نقله من موضع إلى موضع في دار الإسلام في البلد وخارج البلد». حققه وعلق حواشيه طه عبدالرؤوف سعد، سنة ١٩٩٥، دار الكتب العلمية، ص ١٥٨-١٥٩. وكذلك شرح الشروط العمرية مجرداً من كتاب أحكام أهل الذمة لابن قيم الجوزية، تحقيق الدكتور صبحي الصالح، ص ٧٠-٧١، دار العلم للملايين.

(١) أخرجه البخاري، ج ٤، ص ٤٢٤، ط السلفية، ومسلم، ج ٣، ص ١٢٠٧، ط عيسى الطباع.

(٢) البخاري، ج ١، ص ٤٩٧، ط السلفية.

(٣) المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ٢٩٨-٢٩٩، ط الرياض. نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٦٥، نقلاً عن الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء الثالث عشر، ص ١٦٩ - ١٧٠ وكذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبدالرزاق السنهوري، ج ٣، ص ٩٣ وما بعدها.

وهذه الأقوال المتعارضة للفقهاء الإسلامي قد تنعكس على الرأي الذي قد يعتنقه القاضي في دولة الإمارات، وذلك لأن قانون المعاملات المدنية قد أوجب في حالة عدم النص التشريعي أو عدم قطعية دلالته الرجوع إلى الفقه الإسلامي على ترتيب اختاره المشرع وجعل وجوب الرجوع أولاً للفقه المالكي والحنبلي معاً لا على الترتيب، وإذا كان الفقهاء متعارضين في هذه المسألة من حيث إن الفقه المالكي يجوز تعامل غير المسلمين في الأموال غير المعتبرة للمسلم كالخمر والخنزير، والفقه الحنبلي لا يعتبرها، فإن القاضي هنا يكون له الترجيح لأي من هذين المذهبين، وخاصة أن نص المادة ٩٦ من قانون المعاملات المدنية يقبل التأويل إلى أكثر من معنى في تعريفه للمال المتقوم... والمال المتقوم هو ما يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً...، فمن الممكن القول بأن ما لا يباح للمسلم يُعدى حكمه لغير المسلم فلا يجوز له أن ينتفع به في دولة الإمارات، وخاصة أنه قد ذكر في عجز نص المادة بأن المال غير المتقوم «هو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً» أي ما كان في حكم الشرع الإسلامي غير مال أو غير متقوم دون النظر إليه في الشرائع الأخرى.

وقد يُؤول على أن بيان المشرع للمال المتقوم بأنه ما يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً، أن الحكم مقصور على المسلم هنا دون غيره من أصحاب الديانات الأخرى، فيكون لهم التعامل فيما يعتقد في شرائعهم أنه مال متقوم^(١).

(١) وقد جاء في حكم جنائي صادر من المحكمة الاتحادية العليا الآتي: ١ - أن الشريعة الإسلامية حرمت الخمر تحريماً قاطعاً، إلا أن ذلك كله لا يعني إقامة الحد الشرعي على شارب الخمر غير المسلم، إذ الراجح في مذهب الإمام مالك المعمول في إمارة أبو ظبي أن حد الشرب مقام على المسلم الحر المكلف.. وأنه لا حد على غير المسلم سواء كان ذمياً أو حربياً، لأن إقامة الحدود بالنسبة لشرب الخمر واجبة على المسلم فقط، إذ خطاب النهي الذي حرم الخمر بموجبه موجه للمؤمنين فقط.. ولكن ذلك لا يمنع من وجه آخر تعزير غير المسلم وفقاً للضوابط والقواعد التي يراها ولي الأمر باعتبار أن شرب الخمر يمتد إلى السكر، وأن من شأن ذلك إفساد الأخلاق العامة، =

وإذا كان الموضوع هنا يثار على أساس النصوص التشريعية والتي اعتبرت المال متقوماً بالنظر لكون المتعامل فيه من المسلمين أو من غير المسلمين، فإن الموضوع ينصرف إذن للشخص الطبيعي الذي قد يوصف بالديانة التي يعتنقها، ولكن الصعوبة قد تثار إذا ما كنا بصدد أشخاص اعتبارية، غير أنه إذا كان الشخص الاعتباري وفقاً للمادة ٩٣ في الفقرة الأولى من قانون المعاملات المدنية يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون، فإنه بالتالي لا يمكن أن يوصف الشخص الاعتباري بأنه مسلم أو غير ذلك، ويؤكد ذلك طبيعة الحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري والتي أوضحتها الفقرة الثانية من المادة ٩٣ من قانون المعاملات المدنية.

الواقع أنه لا يمكن حل هذه المشكلة إلا على أساس التمييز بين ما هو أصل وما هو استثناء على هذا الأصل. وفي دولة إسلامية لا بد أن يكون الحكم الخاص بالمسلمين هو الأصل والحكم الخاص بغير المسلمين هو الاستثناء وينبغي على ذلك:

= ويؤدي إلى نشر الرذيلة وإشاعة الفاحشة إلى جانب أضراره البدنية وما يؤدي إليه من أمراض تنعكس على العمل في الإنتاج، وقد صدرت إرادة المشرع في إمارة أبو ظبي بالقانون رقم ٨ لسنة ٧٦ بشأن المشروبات الكحولية، وفيه تحددت الضوابط التي تحكم حيازة الخمر وتناولها بالنسبة لغير المسلمين..» الطعن رقم ٦ لسنة ١٤ جزائي جلسة ٢٥/٣/١٩٩٢ منشور بمجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل، العدد ٧٥ السنة، ٢٠ يوليو ١٩٩٣ أبو ظبي، ص ٦١. والمادة الرابعة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٧٦ في شأن المشروبات الكحولية تنص على أنه: «لا يجوز لغير المسلم داخل الإمارة، بغير ترخيص من السلطة المرخصة:

- ١ - جلب أو استيراد، أو تصدير، المشروبات الكحولية، بقصد الاتجار أو الترويج.
- ٢ - جلب أو استيراد، أو تصدير، المشروبات الكحولية بقصد الاستعمال.
- ٣ - تناول، أو حيازة، المشروبات الكحولية، أو تزويد الغير بها. منشور في موسوعة التشريعات لإمارة أبو ظبي، الأمانة العامة للمجلس التنفيذي، الجزء الأول في القوانين، ص ٩٢٤.

أولاً: أن الأشخاص المعنوية قاطبة يطبق عليها الحكم الخاص بالمسلمين.

ثانياً: أن جواز التعامل في الأموال غير المتقومة للمسلم يكون قاصراً على الأشخاص الطبيعيين غير المسلمين وحدهم.

والذي أسلفنا ذكره من الأموال حرمة واضحة بالنص الشرعي، وبالتالي اعتبرت أموال غير متقومة، إلا أن هناك أموالاً اعتبرها الفقه غير متقومة، واعتبرت كذلك لا بالنظر للنص، إذ لم يوجد دليل نصي في حرمتها، وإنما لعدم الانتفاع بها وفقاً للعرف والعادة في زمانهم ثم تغير العرف بشأنها في زماننا، الأمر الذي يتعين معه تعديل حكمها، مثال ذلك بيع الماء والتراب والأحجار والزبل والعذرة^(١)، بل إن آلات الموسيقى كالدفوف وغيرها تباع وبترخيص من الإدارة لمحلاتها، فهل نقول لمن اشترى هذه الآلات لا تدفع قيمتها باعتبارها غير متقومة أو أن يدخل شخص فيحطمها ولا ضمان عليه باعتبار أن ما أتلّفه غير متقوم فلا يضمن؟ وكذلك آلات اللهو الأخرى التي كانت غير موجودة في ذلك الزمان مثل الكرة التي يلعب بها، وألعاب الأطفال وغير ذلك مما يعد أدوات للهو، فهذه وأمثالها لا يمكن اعتبارها إلا من قبيل الأموال المتقومة في زماننا لجواز الانتفاع بها، سيما أنه في عادة هذا الزمان يعد اللهو البريء انتفاعاً ويحقق قيمة معينة للإنسان. وكذلك فإن حالات الضرورة لا تمنع الإنسان من التعامل فيما هو غير جائز في الحالات العادية، كأن يكون في دولة كافرة لسبب ما فيضطر لشراء طعامه من لحم وغيره «فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ فلا إثم عليه». وهذه تعد أموالاً عندنا وعدم اعتبارها كذلك مورث للحرث وقد قال تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٢) فالآية قد دلت على أن الله تعالى قد رفع الحرج والمشقة عن

(١) انظر الفروق للقرافي، ج ٣، في الفرق الخامس والثمانين والمائة، تبين قاعدة ما يجوز بيعه وقاعدة ما لا يجوز بيعه ٢٣٩.

(٢) الآية ٧٨ من سورة الحج.

المسلمين، وعدم مراعاة ما تعارف عليه الناس يسبب لهم الضيق والحرَج^(١). وكذلك استناداً لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٢). ولا يدخل ضمن هذه اللحوم طبعاً المحرم لذاته منها كلحم الخنزير أو الميتة أو بعض الحيوانات كلحوم الكلاب التي تؤكل في بعض دول شرق آسيا.

ومن أدلة المعقول على ذلك ما بيّنه الشاطبي في الموافقات من أن العلماء أجمعوا على أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتراعي مصالح الناس، وإذا كان الأمر كذلك فإنها توجب اعتبار عوائدهم^(٣). فإذا بتغير العادة والعرف، واعتبار مثل الأموال التي ذكرنا في زمننا أموالاً متقومة وبالتالي يجوز التعامل فيها وكل الأموال التي تعتبرها عوائد الناس أموالاً ما دامت لا تعارض نصاً شرعياً، ما جاء في المغني: «وجملة ذلك أن كل مملوك أبيع الانتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناء الشرع...»^(٤).

ونورد في هذا السياق كلاماً حسناً جاء في تهذيب الفروق حيث يقول: «وهو أن ما يجوز بيعه عبارة عما اجتمع فيه شروط خمسة أربعة منها في صحته وجوازه ولزومه معاً (الأول) الطهارة، لقوله عليه السلام في الصحيحين: إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقليل

(١) د. جاسم علي سالم، العرف في تقنينات دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة تصدرها وزارة العدل، العدد ٧٠، السنة ١٩، أبريل ١٩٩٢، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) د. حسنين محمود حسنين، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس، ١٩٩١، مجلة حولية محكمة، ص ٢٥.

(٣) الموافقات للشاطبي، ج ٢، ص ٢١٢. د. جاسم علي سالم، المرجع السابق، ص ١٦ - ١٧.

(٤) المغني ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة، وقد فصل في ذلك سواء في بيع الحيوان السباع منها وغيرها والديان، ج ٤، ص ٣٠٢ - ٣٠٤.

له: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها. (الشرط الثاني): أن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً حالاً أو مآلاً ليصبح مقابله الثمن له. (الشرط الثالث): أن يكون مقدوراً على تسليمه، حذراً من الطير في الهواء والسماك في الماء ونحوهما لنهييه عليه السلام عن بيع الغرر. (الشرط الرابع): أن يكون معلوماً للعاقدين، لنهييه عليه السلام عن أكل المال بالباطل. (والشرط الخامس): وهو أن يكون الثمن والمبيع مملوكين للعاقد والمعقود له أو من أقيما مقامهما شرط في الجواز واللزوم معاً، دون الصحة لأن بيع الفضولي وشراءه وإن كان صحيحاً علم المشتري أنه فضولي أم لا كما في المختصر إلا أنه محرم على المشهور وغير لازم يتوقف لزومه على رضا المالك كما في المختصر وغيره... ما لا يجوز بيعه عبارة عما فقد منه أحد شروط الجواز الخمسة، فتحقق الشروط الخمسة وعدم تحققها هو الفرق بين القاعدتين المذكورتين والله أعلم، (فصل) في ثلاث مسائل تتعلق بالشروط المذكورة.

المسألة الأولى: في الشرط الأول قال حفيد ابن رشد في بدايته النجاسات على ضربين: الضرب الأول ما لا تدعو الضرورة إلى استعماله، فاتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي أنواع: (الأول) الخمر، ولذا اتفقوا على أنها نجسة إلا خلافاً شاذاً (الثاني) الميتة، بجميع أجزائها التي تقبل الحياة (الثالث) الخنزير، بجميع أجزائه التي تقبل الحياة، واختلف في الانتفاع بشعره فأجازاه ابن القاسم ومنعه أصبغ (الضرب الثاني) ما تدعو الضرورة إلى استعماله، كالترجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين، فاختلف في بيعه في المذهب فقيل بمنعه مطلقاً وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعني إباحة الزبل ومنع العذرة. واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا؟ فمن رأى أنه ناب جعله ميتة، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن، والخلاف فيه في المذهب أهـ. بتصرف. قال البناي: وقد حصل الحطاب في بيع العذرة أربعة أقوال: المنع لمالك على فهم الأكثر للمدونة، والكرهية على ظاهر المدونة وفهم أبي الحسن لها، والجواز لابن الماجشون، والفرق بين الاضطرار لها فيجوز وعدمه فيمنع لأشهب في كتاب محمد، وأما

الزبل فذكر ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال: قياسه على العذرة في المنع عند مالك، وقول ابن القاسم بجوازها، وقول أشهب في المدونة المشتري أعذر من البائع وتزاد الكراهة على ظاهر المدونة في العذرة... وخرج به بن لب كما نقله عنه في المعيار أول نوازل المعاوضات وهو الذي به العمل عندنا للضرورة أهـ. وفي الإكمال ما نصه: وأما شحم الميتة فالجمهور على أنه لا ينتفع من الميتة بشيء البتة لأنها نجسة العين، ولعموم النهي عن الانتفاع بالميتة إلا ما خصصته السنة من الجلد، وأجاز عطاء الاستصباح بشحمها، وأن يطلى به السفن أهـ. وفي النواذر عن ابن الجهم والأبهري لا بأس بوقيده إذا تحفظ منه أهـ. ولا يلزم من ذلك جواز البيع، والحديث يردُّ عليهم، راجع ما تقدم عند قوله وينتفع بمتنجنس.. الخ، ومن شحم الميتة ما يجلب من بلاد الروم من الصابون والشمع المصنوعين من شحم غير الحيوان البحري والله أعلم أهـ. (المسألة الثانية) في الشرط الثاني قال صاحب الجواهر: يكفي أصل المنفعة وإن قلت وقلت قيمتها فيصح بيع التراب والماء أهـ. أي بمكانها المعد لها، وهو التل والبحر، وقيد المحلى والرميل وابن حجر صحة بيعها فيه بأن يحوز الماء في قربة مثلاً أو بكوم التراب، فصورة المسألة أنه باع قربة ماء مثلاً على شط البحر كما في حاشية البجيرمي على شرح شيخ الإسلام على المنهج قال شيخ الإسلام: ولا يقدر فيه إمكان تحصيل مثلها بلا تعب ولا مؤنة وما لا منفعة فيه، كالحشرات التي لا تنفع وهي صغار دواب الأرض كحية وعقرب وفأرة وخنفساء لا يصح تملكه ولا بيعه، إذ لا نفع في الحشرات المذكورة يقابل بالمال (إلا أنه في زماننا صار ينتفع بها في صنع أهم شيء للإنسان وهو الدواء مثلاً)^(١).

(١) وقد جاء في المغني الآتي «أكل الحيات غير محرم إجماعاً، بل أباحه مالك وغيره مما ثبت عند الأطباء من نفع الترياق أو غيره من الأدوية التي يدخل فيها سمها، فهو مباح على أن المحرم لذاته يباح للضرورة، والمحرم لسد الذريعة يباح للحاجة، كما في أعلام الموقعين للمحقق ابن القيم»، في هامش المغني على الشرح الكبير، ط دار الكتاب العربي، بيروت، سنة ١٩٧٢، ج ٤، ص ٣٠٤.

إن ذكر لها منافع في الخواص، بخلاف ما ينفع كضرب لمنفعة أكله، وعلق لمنفعة امتصاص الدم، كما في شرح شيخ الإسلام على المنهج، قال البناي: ذكر المازري وابن رشد وغيرهما أن مثل ما لا منفعة فيه ما منافع كلها محرمة، كالدم، أو جل المقصود منها محرم، كالزيت النجس، بخلاف ما منافع كلها أو جلها محللة، كالزبيب بأن كانت المنافع المقصودة منها محلل ومنها محرم، ككلب الصيد أشكل الأمر، وينبغي أن يلحق بالمنوع أه. ولعل المصنف يعني خليلاً رحمه الله لإشكال هذا لم يقنع بأخذه من شرط الانتفاع لخفائه وهو واضح أه. أي ما احتاج إلى زيادة شرط الإباحة لكون أخذه منه ظاهراً لإخفاء فيه.. وفي بداية المجتهد للحفيد ابن رشد: ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب، فمالك والشافعي يجوزانه، وأبو حنيفة لا يجوزه، وسبب اختلافهم تعارض أقيسة الشبه، وذلك أن عمدة المجيز أنه لبن أبيح شربه ما بيع بيعه قياساً على لبن سائر الأنعام^(١).

المال المتقوم غير المملوك:

(٢٥) قد يكون المال متقوماً ولكنه غير مملوك، كالسمك في البحر،

(١) تهذيب الفروق بهامش الفروق، ج٣، المرجع السابق، ص ٢٣٨ - ٢٤٠.
وجاء في المغني «ذكرنا أن الظاهر من المذهب ألا يجوز بيع كل ماء عد كميّاه العيون، وتقع البئر في أماكنه قبل احرازه في إنائه، ولا الكلاء في مواضعه قبل حيازته، فعلى هذا متى باع الأرض وفيها كلاء أو ماء فلا حق للبائع فيه، وقد ذكرنا رواية أخرى أن ذلك مملوك، وأنه يجوز بيعه، فعلى هذه الرواية إن باع الأرض فذكر الماء والكلاء في البيع دخل فيه وإن لم يذكره كان الماء الموجود والكلاء للبائع، لأنه بمنزلة الزرع في الأرض والماء أصل بنفسه، فهو الطعام في الدار، فما يتجدد بعد البيع فهو للمشتري، وعلى هذه الرواية إذا باع من هذا الماء أصعاً معلومة جاز، لأنه كالصبرة، وإن باع كل ماء البئر لم يجز لأنه يختلط بغيره، ولو باع من النهر أصعاً لم يجز، لأن ذلك الماء يذهب ويأتي غيره»، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج٤، ص ٣٠٩.

والطير في الهواء، وكالأوكسجين في الهواء، وكالذهب في عروق الجبال والأودية قبل الحصول عليه^(١).

وقد أورد ابن قدامة في هذا الموضوع الآتي: «إذا باع طائراً في الهواء لم يصح، مملوكاً كان أم غير مملوك، أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه، وغير المملوك لا يجوز لعلتين (إحداهما) العجز عن تسليمه (والثانية) أنه غير مملوك له، والأصل في هذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء، ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه، لأنه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر عليه إذا عاد، فإن قيل: فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال؟ قلنا: الغائب يقدر على استحضاره، والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه، ولا يستقل مالكة برده، فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الوسطة التي يحصل بها تسليمه، بخلاف الغائب، وإن باعه الطير في البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحاً لم يجز لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه، فإن كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه، وقال القاضي: إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يجز بيعه لعدم القدرة على تسليمه، وهذا هو مذهب الشافعي، وهو ملغى بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره إلا بتعب ومشقة وفرقوا بينها بأن البعيد تُعلم الكلفة التي يحتاج إليها في إحضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة، ولا كذلك في إمساك الطائر، والصحيح - إن شاء الله تعالى - أن تفاوت المدة في إحضار البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف في إمساك طائر من

(١) الزيلعي، ج ٤، ص ٤٥ - ٤٦، الخطاب ج ٤، ص ٢٦٣ - ٢٦٤، المهذب، ج ١، ص ٢٦١-٢٦٢. د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج ٣، ص ٩٥ وما بعدها. د. مصطفى محمد الجمال، أحكام المعاملات المدنية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، رقم ١٠٣، ص ١٥٨ وما بعدها.

البرج، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذاك، فإذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى»^(١).

عدم الصلاحية لاعتبارات نصوص القانون والنظام العام والآداب:

(٢٦) قد يرجع عدم الصلاحية في الأموال لعدم ماليتها أو عدم تقومها بحكم القانون، فهي لذاتها تعد مالاً متقوماً، ولكن القانون والشرع حظر التعامل فيها لأسباب ارتأها رعاية لمصلحة المجتمع إذ هي تعد مالاً متقوماً، ولكنها في حكم القانون، وهذا ما ذكرته المادة ١٢٦ من قانون المعاملات المدنية، فبعد أن حددت في فقراتها (أ) و(ب) و(ج) الأموال، نصت في (د) على الآتي: «د- أي شيء آخر ليس ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب».

فالتحريم هنا ربما لا يكون في ذات المال - كما في الحالات التي ذكرناها سالفاً - وإنما لأن النص القانوني قد منع من التعامل فيه، وكذلك قد يكون المنع لاعتبارات النظام العام والآداب، كأن لا يجوز بيع الإنسان سواء باعتبارات العبودية (فلا يجوز استعباد أي إنسان وفقاً لنص المادة ٣٤ من الدستور لدولة الإمارات العربية المتحدة)، أو أن يتنازل الشخص عن بنوته لآخر بمقابل مالي، فذلك مما يخالف النظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية الأساسية.

وكذلك يحظر بيع الأعضاء البشرية وفقاً للقانون الاتحادي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ في شأن تنظيم نقل الأعضاء البشرية في دولة الإمارات العربية المتحدة، فقد نصت المادة السابعة منه على أنه «يحظر بيع وشراء الأعضاء بأية وسيلة كانت أو تقاضى أي مقابل مادي عنه، ويحظر على الطبيب المتخصص إجراء العملية عند علمه بذلك».

(١) المغني ويلييه الشرح الكبير للإمامين المقدسيين موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج ٤، ص ٢٧٢.

وتأخذ حكم الحظر الأموال التي تعد من الأملاك العامة للدولة، كالطرقات والأنهار والبحار والجسور، وكذلك الأراضي الزراعية والصناعية والدور التي منحت للمواطنين للسكنى (وتسمى بالمنازل الحكومية)، من قبل الحكومة الاتحادية أو الحكومات المحلية، فهذه كلها لا يجوز التصرف فيها بالبيع أو التنازل من دون موافقة الجهة المانحة.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بهذا حيث قررت الآتي: «وحيث إن هذا النعي مردود، وذلك أن الطاعن أقام دعواه على أساس أن العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده هو عقد استغلال أرض مملوكة للأخير عن طريق استرداده نصفها السابق بيعه للغير، ثم إقامته بناءً على كامل المساحة نظير أيلولة ملكية نصف الأرض والبناء إليه، وإذ كان هذا الاتفاق يخالف حكم المادة ١٠ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩ في شأن تسجيل الأراضي المعمول به في إمارة أبو ظبي والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٠، والتي لا تجيز للمواطن الذي منح أرضاً سكنية أو تجارية أو زراعية أن يتصرف فيها لغيره من المواطنين إلا بعد موافقة المجلس التنفيذي، ذلك أن الطاعن لم يدع حصوله على هذه الموافقة...»^(١).

مسألة الانتقال بالصغير المحضون:

(٢٧) ومن المسائل التي أثارت أمام القضاء مراراً عديدة وأثارت جدلاً فقهيّاً واسعاً هي مسألة الانتقال بالمحضون إلى بلد أو مكان غير المكان الذي يقيم فيه الحاضن.

فمثلاً، وفقاً للمذهب السائد في دولة الإمارات - في حالة وقوع الطلاق - أن يحكم بالحضانة للطفل (أو الطفلة) للأُم حتى تتدرج البنت أو يرشد الابن. إلا أنه من المتصور أن ينتقل الأب إلى بلد أو مكان آخر بل قد ينتقل

(١) جلسة بتاريخ ٢٠/١١/١٩٩٤ في الطعن رقم ٢٩ لسنة ١٦ القضائية منشور بمجلة العدالة، وزارة العدل، العدد ٨٥، السنة ٢٣ يناير ١٩٩٦ أبو ظبي، ص ٧٨.

إلى دولة أخرى ويطلب الأب أن تتم حضانة مطلقة لابنه منها في المكان الذي انتقل إليه، وهنا عادة ما يطلب القاضي من الحاضنة أن تنتقل إلى بلد ولي الطفل حتى تتم الحضانة فيه بقرب والده. وعادة ما يفعل الأب ذلك عندما تطلب مطلقة النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك كما نراها في الأقضية التي طرحت أمام القضاء.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في ذلك بقوله: «إنه مما جرى عليه عمل هذه المحكمة واستقر عليه اجتهادها وفقاً لما هو مقرر في مذهب الإمام مالك أن ولي الصغير إذا سافر سفر نقلة من حقه أن يأخذه معه ويعرض على من لها الحق في الحضانة السفر معه لبلد إقامته لتحضن الصغير فإن قبلت ذلك لم تسقط حضانتها وإن رفضت سقط حقها في الحضانة». قال ابن عاصم في نظم التحفة: وحيث بالمحضون سافر الولي بقصد الاستيطان والتنقل فذاك مسقط لحق الحضانة إلا إذا صارت هناك ساكنة^(١).

لكن المشكلة التي تثار عندما ينتقل الولي نقلة سفر إلى منطقة داخل الدولة وتبعد مسافة (ما يقدر بستة برد أي ما يجوز القصر في الصلاة والفطر في نهار رمضان) فهل هذا الأمر يقاس على مسألة الحضانة وانتقال الحاضن إلى بلد الولي ليحضن طفله فيه رغم أن القصر في الصلاة والفطر

(١) قال شارحه الشيخ ميادة ج ١٢ ص ٢٧٥ (يعني أن الصبي إذا كان عند حاضنته وأراد وليه أباً أو أخاً أو غيرهما أن يسافر بقصد الاستيطان والإقامة على التأييد وأراد أن يذهب بالصبي فله ذلك، ويقال للحضانة إما تنتقلي للبلد الذي انتقل إليه الولي والمحضون وإلا سقطت حضانتك، إلى إن قال: (إلا أن تسافر معه، أي أن تتبعه فهي على حضانتها ولا كلام للولي... الخ) وقد سلم ذلك محشية الشيخ الحسن من رجال ومثل ذلك جاء في شرح البهجة للتولي وشرحها لتاودي الجزء ١ ص ٤١١، ٤١٢ وشرح خليل كما في الزرقاني الجزء ٤ ص ٢٧٠، ٢٧١ والدردير مع الدسوقي الجزء ٢ ص ٥٣٠، ٥٣١، وبناءً على هذه النصوص الفقهية المالكية استقر عمل هذه المحكمة... الخ» طعن المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٧/٥ بجلسة ١٩٩٥/٥/٢١.

في نهار رمضان من المسائل التوقيفية التي جاء فيها حكم نص شرعي. وهنا من المسائل العملية والعرفية التنظيمية والتي تتغير بتغير الزمان والظروف والأوضاع الاجتماعية والتقنيات الحديثة فإذا كان هذا الأمر مقبولاً في ذلك الزمان فإن الأمر في ظل الظروف الراهنة غير مقبول إن لم يكن متعذراً بسبب سهولة الانتقال والمقدرة على الاتصال وغيرها وذكر الأستاذ مصطفى الزرقا: والحق أن هذه المسألة لم يأت فيها نص من قرآن ولا سنة، ولا بد من أن تكون الأحكام التي تقنن في هذا الموضوع متلائمة مع مقتضيات العصر وخصائصه.

وجدير بالملاحظة أن الفقهاء يوم أن قرروا هذا الاجتهاد كان لهم من طبيعة عصرهم وأقطارهم ما يبرر وجهة نظرهم في السفر، ويقطع بأنه قطعة من العذاب، ولا سيما في لفح الهجير وغسق الليل، إذ لم تكن له وسيلة غير الدواب والسير على الأقدام، وعلاوة على ذلك إذا خرج المسافر من بيته فهو خائف يتربص الشر من كل فج لقلّة الأمن وكثرة السطو والعدوان.

أما الآن فقد انتفت هذه المحاذير من جهة إذ مد الأمن ظلاله، وأصبح الليل قطعة من النهار، ويسر العلم الانتقال السريع المريح حتى ذلل متن الهواء. ولكن من جهة أخرى زادت التكاليف المالية في الأسفار بمقدار ما طوت الوسائل الحديثة فيها من مسافات، وما اقتصرت من أوقات، وما أزالت من مشقات.

فوجب أن تبني الأحكام اليوم على كل هذه الاعتبارات بحيث تراعى مصلحة الصغير وحق الأبوين معاً^(١).

وإن لهذا المقال أساس من أقوال الفقهاء منذ القدم حيث يقول ابن قيم

(١) الشيخ مصطفى الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، دار القلم، دمشق، ص ٣٠٤. ونستشهد بما ذكره الأستاذ محمد محمد بن عامري في مؤلفه: إن سفر المدعى له لم يكن سفر نقلة واستيطان يستحق بموجبه أخذ أبنائها منها على معتمد أقوال مذهب إمام دار الهجرة إذ لا يسوغ له ذلك إلا بعد إثبات انقطاعه عن هذه المدينة واستيطانه هناك فهذا لا يتسنى إثباته إلا بعد حصوله وهو لا يثبت إلا بحكم =

الجوزية: وأما اتحاد الدار فإن كان سفر أحدهما لحاجة، ثم يعود والآخر مقيم، فهو أحق به، لأن السفر بالولد الطفل ولا سيما إن كان رضيعاً إضرار به وتضييع له، هكذا أطلقوه ولم يستثنوا سفر الحج من غيره، وإن كان أحدهما منتقلاً عن بلد لآخر للإقامة، والبلد وطريقه مخوفان، أو أحدهما فالمقيم أحق، وإن كان هو وطريقه آمين، ففيه قولان وهما روايتان عن أحمد إحداهما: أن الحضانة للأب ليتمكن من تربية الولد وتأديبه وتعليمه وهو قول مالك والشافعي وقضى به شريح، والثانية: أن الأم أحق. وفيها قول ثالث أن المنتقل إن كان هو الأب، فالأم أحق به، وإن كان الأم فانتقلت إلى غيره، فالأب أحق وهو قول الحنفية.

وحكوا عن أبي حنيفة رواية أخرى: أن نقلها إن كان من بلد إلى قرية فالأب أحق، وإن كان من بلد إلى بلد فهي أحق وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الاصلاح له والأفنع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له وأصون وأحفظ، روعى ولا تأثير لإقامة ولا لنقلة، هذا كله ما لم يرد أحدهما بنقلة مضارة الآخر، وانتزاع الولد منه فإن أراد ذلك لم يجب إليه والله الموفق^(١).

= حاكم تلك الجهة بعد ثبوت الشروط الشرعية لديه. ويقول إن موكلتي المدعى عليها حنفية المذهب وبناءً على ما جاء بالمادة الثالثة من أمر الولاية المؤرخ ٣١ مارس سنة ١٩٢٥ رقم ٤٤٥٣ والمادة الخامسة عشرة من الأمر الملكي المؤرخ ٢٧ أغسطس سنة ١٩٢٣ رقم ٢٤٨٤ القاضي بأن القاضي الشرعي يحكم حسب مذهب الإمام مالك إلا إن كان المدعى عليه مقلداً مذهباً آخر وطلب الحكم منه على مذهبه، فموكلتي تطلب هذا الحق القانوني ولا يخفى أن نصوص مذهبها متضاربة على أنه يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها اللهم إلا إن كان إلى مكان يمكنها أن ترى فيه ولدها كل يوم. كما أنه لا حق له في جبرها على السفر معه لغير بلد مسقط رأسها أو البلد الذي عقد فيه عليها... محمد محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، ص ٤٨٤ - ٤٨٥.

(١) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الخامس، مؤسسة الرسالة، ص ٤١٣-٤١٤.

ويجب هنا القول إن الأحكام التي فيها نص قطعي تكون ملزمة دون دليل أو برهان وفي أي زمان، أما الأحكام التي تبني على العرف فهذه لا تكون ملزمة إلا إذا وافقت العرف الوقتي لا العرف الذي بنى عليه حكم في الزمن البعيد. وإلا كان حكم القاضي وفقاً للعرف القديم منقوضاً وغير جدير بالتنفيذ، ويجب أن يوافق المكان، فإذا أفتى بغير عرف المكان كذلك يعد الحكم غير جدير بالتنفيذ. وهذا ما قرره صاحب الفروق القرافي المالكي وصاحب تهذيب الفروق والقواعد السنية حين نص على الآتي: «فالمستعمل لهذه الألفاظ إن كان استعماله إياها وليس فيها عرف وقتي بل كانت لغوية وضعاً أو عرفاً أو شرعية لزم حملها على مقتضاها الشرعي، وإن كان استعماله إياها وفيها عرف وقتي لزم حملها عليه إن كان عرفاً للمستعمل وإلا فالشرعي أو اللغوي العرفي أو اللغوي الأصلي، وألغي العرف والوقتية فهو مخطئ، وإن أفتى بالترتيب المذكور عند وجود العرف الوقتي فهو مصيب.

ومن حيث المكان قال: إن المفتي إذا جاءه من يستفتيه عن لفظة من هذه الألفاظ وكان عرف بلد المفتي من هذه الألفاظ الطلاق الثلاث أو غيره من الأحكام لا يفتيه بحكم بلده بل سأل هل هو من أهل بلد المفتي فيفتيه حينئذ بحكم ذلك البلد، إذ هو من بلد آخر فيسأله حينئذ عن المشتري فيفتيه به، ويحرم عليه أن يفتيه بحكم بلده كما لو وقع التعامل ببلد غير بلد الحاكم حرم على الحاكم أن يلزم المشتري بسكة بلده بل بسكة بلد المشتري إن اختلفت السكتان، فهذه قاعدة لا بد من ملاحظتها وبالإحاطة بها يظهر لك أن إجراء الفقهاء المفتين للمسطورات في كتب أئمتهم على أهل الأمصار في سائر الأعصار إن كانوا فعلوا ذلك مع وجود عرف وقتي ففعلهم خطأ على خلاف الإجماع^(١).

الخلاصة في موضوع تغير الأحكام لتحديد الظروف والأوضاع:

(٢٩) إن كثيراً من المسائل المماثلة لما عرضنا آنفاً قد تطرأ على

(١) الفروق للقرافي وتهذيب الفروق، الجزء الأول، ص ٤٣ - ٤٤.

المجتمع، سواء أنها طرأت على مسألة قد وجد بها اجتهاد سابق أو كانت مسألة جديدة ليس فيها فتاوى واجتهاد سابق. وبالتالي على المجتهد أو القاضي أن يراعي لتحقيق الغرض الأساسي لقضائه من ظروف الزمان والمكان وقد وصف الشاطبي هذا النوع من الاجتهاد بأنه «لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف وذلك عند قيام الساعة»^(١).

بل إن على المجتهد أو القاضي النظر لكل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية نظرة تأمل في حاله وواقعه، مراعاةً لاختلاف أحوال الأشخاص عن بعضهم البعض واختلاف حال الشخص الواحد من وقت إلى وقت ومن مكان إلى مكان^(٢).

٣٠) وتتركز أهمية النظر في الظروف المتغيرة سواء الزمانية أو المكانية في الآتي:

(١) إن عدم إدراك القاضي للواقع البيئي المعاش وظروف الناس الآنية ودونما أن ينظر لها نظرة فقهية مدركة لهذا الواقع، يجعله يقتصر على ترديد اجتهاد من سبقه بغض النظر عن انطباق اجتهاد من سبقه على الوقائع المتغيرة ظروفها والحوادث المستجدة في عناصرها، فيعطي هذه الوقائع المستحدثة أحكاماً مخالفة للأحكام التي يجب أن توصف بها لو أدرك المجتهد واقع المسألة التي سئل عنها من جميع جوانبها^(٣).

(٢) إن ارتباط الاجتهاد بالواقع يؤكد على الحقيقة الثابتة بثبات وحقيقة الدين الساطعة كشمس النهار بأن هذا الدين قد أنزله الله سبحانه وتعالى للتطبيق وبهذا الدين يكون بيان حكم الله في كل مسألة تعترض الناس مهما اختلف

(١) الموافقات للشاطبي ج٤ ص ٩٠.

(٢) الموافقات للشاطبي ج٤ ص ٩٨.

(٣) د. حسين مطاوع الترتوري، فقه الواقع، دراسة أصولية فقهية، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، المملكة العربية السعودية، الرياض، العدد ٣٤ السنة ٩، يوليو - أغسطس ١٩٩٧، ص ٧٢.

الزمان والمكان. والذي يدفعنا حتماً للمحافظة على هذه الحقيقة المؤكدة بأن نراعي واقع الحالات التي تعرض سواء على المجتهد أو القاضي. فلا نجعل الدين مجرد تراث للمسلمين فحسب يردد ويحفظ العلماء والشارع أحكامه دون مراعاة لظروف كل مسألة والأوصاف المؤثرة فيها.

(٣) إن تحديد الفقه يوجب النظر لهذا الواقع نظرة تأملية مدركة ولا يتحقق ذلك بمجرد التردد - كما قلنا - للاجتهاد القديم، بل علينا استعمال القواعد الاصولية والقواعد الفقهية، وأن تدرك ارتباط الحكم بعلمته وجوداً وعدمًا، واتباع المصلحة المرسله، والعرف والعاده، وأن الأحكام تتغير بتغير الأزمان والذي يبنى على تغير المصلحة أو تغير العرف؛ ومعرفة دور الضرورات، والأخذ بالرخص وفهم موضوع الاستحسان فهماً جيداً حتى نصل إلى فقه يراعي الظروف ونؤكد به الحقيقة القائمة إلى يوم القيامة وهي أن الدين الإسلامي هو دين كل زمان ومكان^(١).

المبحث الثالث

الاجتهاد في إطار الأحكام العامة

والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية

(٣١) من المتصور وفقاً للمادة الأولى من قانون المعاملات المدنية أن يبحث القاضي بداية محل القضية المعروضة عليه، في التشريعات، فإن لم يجد الحكم بحث في الفقه الإسلامي وفقاً لما عرضنا، فإذا لم يجد الرأي المناسب أو لم يجده كلياً، ولا يوجد عرف فيها؛ نتساءل هنا ما هو الحل؟ هل يتوقف القاضي عن حل المسألة المعروضة أمامه على اعتبار أن المصادر الرسمية التي حددتها المادة الأولى هي التشريع، فالقانون التكميلي له وهو الفقه الإسلامي ثم العرف.

(١) الموافقات للشاطبي ج٤ ص ٢٠٦ - ٢٠٩، د. حسين مطاوع الترتوري، المرجع السابق ص ٧٢.

ونحن نؤكد أنه لا يتصور أن المشرع المدني قد أراد أن يتوقف القاضي عن الحكم. فإذن لا بد للقاضي من الاجتهاد للوصول إلى الحكم الذي سوف ينزله على القضية. ويمكن استفادته بمفهوم المخالفة من قول المشرع في المادة الأولى «... ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة..».

فيجب وفقاً لذلك أنه إذا لم يكن النص قطعي الدلالة أن يجتهد القاضي في الحكم سواء بتأويل وفهم النص غير القطعي في دلالاته أو لإيجاد حكم بعد الرجوع للفقهاء الإسلاميين والعرف فلم يسعفه الرجوع إذ لم يجد حكماً. ويكون بذلك مخرجاً للقاضي من الحرج الذي قد يقع فيه عندما يعرض عليه نزاع لا حل له في المصادر الرسمية الأخرى، والقاضي لا يستطيع - في هذه الحالة - أن يمتنع عن الحكم بحجة عدم وجود نص يطبقه وإلا عُدَّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة^(١).

فالقاضي هنا مدعو لكل ما ذكرنا إلى الاجتهاد للوصول إلى حل للنزاع المعروض عليه. وإذا كان القاضي كما نرى مدعو إلى الاجتهاد لحل هذا النزاع عند عدم وجود النص، إلا أن عليه أن يراعي ضوابط الاجتهاد، فلا يصدر في ذلك عن رأي شخصي أو معتقدات ذاتية أو أفكار خاصة^(٢) بل عن اعتبارات موضوعية مراعية في كل ذلك أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية

بناءً على إرادة المشرع المدني وأحكام الدستور

(٣٢) بداية نقول إنه لا بد للقاضي أن يلتزم في اجتهاده بمبادئ الشريعة الإسلامية وأساس هذا أمران: أحدهما نص دستور دولة الإمارات العربية في

(١) د. علي حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٠، ص ٧٠.

(٢) د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٧٠-٧١.

المادة السابعة منه بأن «الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشرعية الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية». والثاني - كما أوردنا - أن إرادة المشرع المدني كانت متجهة إلى جعل مصدرها وتكوينها المادي هو الفقه الإسلامي إلى جانب بعض القوانين الوضعية، ونصه على جعل المصدر الرسمي الثاني للشرعية والفقه الإسلامي. فكل ذلك يقودنا إلى القول بأن إرادة المشرع هي التزام القاضي في اجتهاده بمبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية.

وإذا كان الأمر الثاني تقدم بيانه فإننا سنحاول إلقاء الضوء على موقف الدستور من الشريعة الإسلامية في الآتي:

موقف دستور دولة الإمارات العربية المتحدة من الشريعة الإسلامية:

(٣٣) مثل معظم الدول العربية أو الإسلامية فإن دولة الإمارات العربية المتحدة قد نصت في دستورها على أن الإسلام دين الدولة والشرعية الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، ذلك لأن الشريعة الإسلامية ليست مجرد عقيدة وشعائر فقط، وإنما هي مصدر تستمد التشريعات أحكامها منها^(١).

والذي قد يثار هنا، إن القول بأن نص المشرع الدستوري على أن الشريعة مصدر رئيسي للتشريع قد يعني أحد أمرين: إما أن تكون الشريعة مصدراً ضمن مصادر أخرى، وبالتالي يجوز الرجوع إلى المصادر الأخرى دون التقيد بأولوية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية^(٢).

وإما أن النص عليها دون غيرها يعني أن اعتبار الشريعة الإسلامية

(١) د. جاسم البعقوب، الشريعة الإسلامية مصدر القوانين، بحث منشور بمجلة المحامي التي تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة الخامسة، العددان: سبتمبر/أكتوبر ١٩٨٢، ص ٢٥.

(٢) د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ط ١، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١٥ - د. عبدالناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون، ط ٢ رقم ٦٨ ص ١٥٤-١٥٥.

مصدراً رئيسياً للتشريع إنما يقصد به إبرازها وإعطاؤها صفة رئيسية، الأمر الذي يجعل ما عداها - بالضرورة - ثانوياً^(١).

والقول بغير ذلك يجعل من التخصيص الدستوري عديم الفائدة، ومن ثم يجب على المشرع العادي وكذلك القاضي في اجتهاده عند عدم وجود النص أو المصادر التشريعية الأخرى أن يرجع أولاً إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعالجة الموضوع المطروح أمامه أو أنه يلتزم في وضع الحل المناسب الذي لا يخرج عن إطار الشريعة الإسلامية وأحكامها القطعية^(٢).

ونحن نرى، مع الفقه^(٣)، أنه طالما نص المشرع على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، سواء أضيفت إليها أداة التعريف أم لم تضاف، فإن الشريعة الإسلامية كمصدر يبقى لها العلو على سائر المصادر الأخرى وخاصة أن المشرع في نصه لم يذكر مصدراً رئيسياً آخر وكل مصدر آخر ورد النص عليه في قانون يظل محكوماً بالشريعة الإسلامية التي أشار إليها النص الدستوري^(٤).

وإذا كانت القاعدة القانونية لها مصدران مادي ورسمي، وأن الأولى تتكون من العوامل التي أسهمت في تكوين القاعدة باعتبارها المنبع والمورد الذي استقت أحكامها منه، فإن المصادر الرسمية يراد بها الطرق التي تخرج

(١) د. عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ص ٥ وما بعدها - د. جاسم اليعقوب، المرجع السابق ص ٢٥ - د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي - دراسة مقارنة، ط ٤ سنة ١٩٧٩، دار الفكر العربي، ص ١٠ - ١٢ - د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) د. جاسم اليعقوب، المرجع السابق ص ٢٥.

(٣) د. عبد الحميد متولي، المرجع السابق ص ١٦ - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق - د. جاسم اليعقوب، المرجع السابق ص ٢٥.

(٤) د. عبد الحميد متولي، المرجع السابق ص ١٦ - د. جاسم اليعقوب، المرجع السابق ص ٢٥ - د. علي نجيدة، المرجع السابق ص ٣٩.

بها القاعدة القانونية والتي يلتزم القاضي في أحكامه بها^(١).

فإن النص على اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً ينصرف بدايةً للتكوين المادي للقاعدة القانونية، فهو ملزم للمشرع أن يبحث عن المصدر المادي في الشريعة والفقه الإسلامي على اعتبار أن الخطاب موجه في نص المادة السابعة من الدستور إلى المشرع، والإلزام بأحكام الشريعة الإسلامية جاء بإلزام المشرع الدستوري بتطبيقها^(٢).

وبالتالي يلتزم المشرع العادي سواء في وضعه لقواعد القانون المدني أو غيره من القوانين بالالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية.

ولكن هذا المجال كذلك يلزم القاضي في حالة عدم وجود النص التشريعي للمسألة المعروضة عليه للحكم فيها وكذلك عدم وجود حكم في المصادر الأخرى والتشريع العادي وهذا باعتبار أن القاضي هنا يخلق القاعدة القانونية عند عدم وجود الحكم في المصادر الرسمية الأخرى. وقد أكدت ذلك المادة ٧٥ من القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣م في شأن تطبيق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية وغيرها من القوانين المعمول بها في الإمارات الأعضاء بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(٣٤) تأكيد أحكام المحكمة الاتحادية العليا على أن المادة السابعة من الدستور ملزمة للمشرع العادي، والقاضي عند عدم وجود النص أو الحكم.

لقد جاءت أحكام المحكمة الاتحادية العليا متوالية في تأكيد أن أحكام

(١) د. عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون، رقم ٦٦ ص ١٠٦ - د. حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، رقم ١٠٧ ص ٢٠٥ - د. حسام الأهواني، أصول القانون، رقم ١٢٤ ص ١٠٣ - د. مصطفى الجمال، تجديد للنظرية العامة للقانون، الجزء الأول، تعريف القانون والقواعد القانونية، ١٩٩٨، رقم ١٤١ ص ٢١١ وما بعدها.

(٢) د. جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص ٢٦.

الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع وفقاً للمادة السابعة من الدستور، فقد جاء في حكم الدائرة الدستورية في طلب التفسير الآتي: «... وحيث إن المادة السابعة من الدستور... للاتحاد قد نصت على أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، وإذا كان هذا الدستور على ما جاء بمقدمته هو إلتقاء إرادة حكام الإمارات وإرادة شعبها على أحكامه وأهدافه التي من بينها السير قدماً بالاتحاد نحو حكم ديمقراطي نيابي متكامل الأركان في مجتمع عربي إسلامي - فإنما يدل ذلك على التزام الحاكم في القانون الأساسي بأن تكون الدولة إسلامية تستمد سلطاتها المختصة وتشريعاتها الموضوعية من مبادئ الشريعة الإسلامية - ولا تثير عبارة النص أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع - في دولة الإمارات ما أثير من خلاف فقهي حول تفسيرها في دولة أخرى عما إذا كانت تلك العبارة تعني أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الوحيد الرسمي للقانون فهي أسمى من التشريع أم أنها تعني وجود مصادر أخرى تقوم بجوارها - فقد انحسم هذا الخلاف حينما أفصح المشرع عن إرادته وانصرافها إلى أن تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي والرئيسي لكل ما يصدر عن سلطات الدولة من تشريعاته بنصه في المادة الخامسة والسبعين من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣م في شأن المحكمة الاتحادية العليا على أن تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية وغيرها من القوانين المعمول بها في الإمارات الأعضاء في الاتحاد المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما تطبق ما لا يتعارض من أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والقانون المقارن - ثم ناط بولايتها في المادة ٣٣/٢، ٣، ٤ من قانون إنشائها بحث حالات الدستورية الوارد في هذه المادة لتحقيق الموازنة بين أنواع تلك التشريعات وأحكام الدستور ومنها المادة السابعة السالف الإشارة إليها - ولا يعنى القيد الوارد على التطبيق بضرورة اتفاق المطبق من القوانين مع أحكام الشريعة الإسلامية والإنابة السالفة بالرقابة الدستورية إلا أن إرادة

الدولة باتت واضحة الهدف في أن تكون تشريعاتها بأكملها إسلامية، وبمعنى آخر، فإن المشرع قد اختار أن تكون شرعة الله هي المصدر الرئيسي لكل تشريع ومن أحسن من الله شرعة...»^(١).

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في الحكم الصادر عن الدائرة الأولى للمواد الدستورية بالآتي: «١ - النص في المادة السابعة من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع إنما هو مبدأ أساسي تلتزم به السلطة التشريعية عندما نريد إصدار تشريع، وذلك بأن يكون هذا التشريع مستقى بصورة رئيسية من الشريعة الإسلامية. باعتبار أن دين الدولة الإسلام، وحرصاً من المشرع على أن يأتي التشريع مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية أو متفقاً مع هذه الأحكام، نص في

(١) المحكمة الاتحادية العليا، حكم في طلب التفسير في الدعوى رقم ٤ للسنة القضائية التاسعة ودعاوى أخرى مضمومة إليها... ١٢/٢٥/١٩٨٣، منشور بمجلة العدالة، أبو ظبي، العدد ٣٨ السنة ١١، يناير ١٩٨٤، ص ٣١-٣٦. أيضاً المحكمة الاتحادية العليا. حكم في طلب التفسير في الدعوى رقم ١٤ لسنة ١٠ قضائية جلسة ٣٠ يناير ١٩٨٣ دستوري، منشور في مجموعة الأحكام الصادر من الدائرة الدستورية منذ إنشاء المحكمة وحتى ١٩٩٠، المحكمة الاتحادية العليا، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون، الطبعة الأولى ص ٨٥ وما بعدها، ذات الحكم منشور في مجلة العدالة، العدد ٤٣ السنة ١٢، أبريل ١٩٨٥، ص ١٠٠ وما بعدها. المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم ١٣٢ للسنة السادسة القضائية مدني، بتاريخ ٦/٣/١٩٨٥، منشور بمجلة العدالة، وزارة العدل أبو ظبي، العدد ٤٤ السنة ١٢، يوليو ١٩٨٥، ص ٤٧ وما بعدها، وقد جاء فيها «١ - من المقرر وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا أنه وإن لم يصدر بعد تشريع اتحادي ينظم المعاملات المدنية إلا أنه ينبغي على المحاكم الاتحادية في هذا الصدد أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية وما يتوافق معها من القوانين الاتحادية المعمول بها في الإمارات الأعضاء في الاتحاد وما لا يتعارض معها من قواعد العرف والمبادئ القانونية العامة وذلك إعمالاً لما توجبه المادة الخامسة والسبعون من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ بإنشاء المحاكم الاتحادية.

المادة ٧٥ من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣م على أن هذه المحكمة - في معرض ممارستها لاختصاصها بالفصل في الأمور التي ذكرتها المادة ٣٣ من هذا القانون، ومنها بحث دستورية القوانين الاتحادية - تطبق أحكام الشريعة الإسلامية وغيرها من القوانين المعمول بها في الإمارات الأعضاء في الاتحاد المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما تؤكد المادة الثامنة من القانون الاتحادي رقم ٦ لسنة ١٩٧٨م في شأن إنشاء المحاكم الاتحادية من أن المحاكم الاتحادية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية وغيرها من القوانين المعمول بها»^(١).

وبعد ذلك فإن الاجتهاد، سواء أكان بتأويل النص أم باستحداث القاضي لحكم جديد في حالة عدم وجود النص، يتطلب معرفة شروطه وأنواعه. وهذا ما سنتطرق له حالاً.

المطلب الثاني شروط الاجتهاد وأنواعه

(٣٥) يُقصد بالاجتهاد بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط^(٢). وعرفه الأمدى بأنه مخصوص باستفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه^(٣).

(١) المحكمة الاتحادية العليا، الدائرة الدستورية - حكمها في الدعوى الدستورية رقم ٢ لسنة ١٧ دستوري، منشور بمجلة العدالة العدد ٦٥ السنة ١٨، يناير ١٩٩١، أبوظبي، ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) الأستاذ البرديسي، المرجع السابق، ص ٤٥٩ - د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق ص ٤٠١.

(٣) الأمدى، الإحكام في أصول الأحكام، ج٤ ص ٢١٨، دار الكتب، بيروت.

وذهب الشاطبي إلى أن الاجتهاد كما يكون في الاستنباط يعتبر أيضاً في تطبيق الحكم على مستوى الواقع، فهو يعرف الاجتهاد بأنه: «استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما في درك الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها»^(١).

ونحن إذ نميل مع بعض الفقه إلى هذا الرأي الأخير والذي يعرف الاجتهاد بأنه استفراغ الفقيه وسعه للوصول إلى حكم شرعي عملي من دليله، وتنزيله على الواقع أخذاً بعين الاعتبار مقاصد الشريعة^(٢).

ومن التعريف يتبين أن يبذل المجتهد وسعه بحيث يستفرغ غاية جهده، وأن يكون باذل الجهد مجتهداً، أما غيره فلا عبء بما يبذله من جهد لأنه ليس من أهل الاجتهاد، وأن يكون هذا الجهد لغرض التعرف على الأحكام الشرعية العملية دون غيرها، وأن يكون الاجتهاد إما بطريق الاستنباط أو تطبيق على الأحكام على الواقع^(٣).

الفرع الأول شروط الاجتهاد

(٣٦) ١ - معرفة اللغة العربية:

يجب على المجتهد أن يعرف اللغة العربية على وجه يتمكن به من فهم خطاب العرب، ومفردات كلامهم وأساليبهم في التعبير، وأن يلم بعلم اللغة العربية من نحو وصرف وبلاغة وأدب ومعاني وبيان. ولا يقصد هنا أن

(١) الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج ٤ ص ٨٩، تعليق عبدالله درار، المطبعة الرحمانية، مصر.

(٢) د. المكي، أخلاقية الاجتهاد وأبعاده، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة متخصصة في الفقه الإسلامي، العدد ٢٠ السنة ٥، يناير - فبراير - مارس ١٩٩٤، الرياض، ص ٥١.

(٣) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٠٣ - ٤٠٤ - د. المكي، أخلاقية الاجتهاد وأبعاده، المرجع السابق، ص ٥١.

يعرف اللغة العربية معرفة أئمتها، وإنما يكفيهِ القدر اللازم لفهم النصوص الشرعية فهما سليماً يمكنه من معرفة المراد منها^(١).

٢ - معرفة الكتاب:

لأنه الأصل، فلا بد منه لمعرفة الأحكام، ولا يشترط معرفة جميع الكتاب، وإنما يكفي معرفة آيات الأحكام كما لا يشترط حفظ جميع آيات الأحكام، وإنما على المجتهد أن يكون عالماً بمواضعها ليرجع إليها وقت الحاجة^(٢). وأن يعرف الناسخ والمنسوخ من آيات القرآن الكريم وأن يعرف أسباب نزول الآيات المتعلقة بالأحكام لأن هذه المعرفة تعينه كثيراً على فهم المراد من الآية^(٣).

٣ - معرفة السنة:

أن يعرف المجتهد صحيحها وضعيفها، وحال رواتها ومدى عدالتهم وضبطهم وورعهم وفقههم، ويعرف متواتر السنة من مشهورها وأحاديثها، وأن يفهم معاني الأحاديث وأسباب ورودها، ويعرف درجات الأحاديث في الصحة والقوة وقواعد الترجيح بينها، والناسخ والمنسوخ منها. ولا يشترط معرفته لجميع الأحاديث إنما يكفيهِ أن يعرف منها أحاديث الأحكام، بل يكفيهِ معرفة مواضع أحاديث الأحكام منها^(٤).

٤ - المعرفة بأصول الفقه:

وهو علم ضروري لكل مجتهد وفقه، فبهذا العلم يعرف المجتهد أدلة

(١) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٠٢ - الأستاذ محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، ص ٤٦٧.

(٢) الإمام أبو حامد الغزالي، المستصفى، ج ٢ ص ٣٥٠ - ٣٥١.

(٣) الأستاذ الدكتور محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٨١ - د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٠٤ - د. البرديسي، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

(٤) الأستاذ الدكتور محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٨٢ - د. البرديسي، المرجع السابق، ص ٤٦٩ - محمد سلام مذكور.

الشرع وترتيبها في الرجوع إليها، وطرق استنباط الأحكام منها، وأوجه دلالات الألفاظ على معانيها وقوة هذه الدلالات، وما يقدم منها وما يؤخر، وقواعد الترجيح بين الأدلة إلى غير ذلك مما يبحثه علم أصول الفقه^(١).

٥ - المعرفة بمواضع الإجماع:

يجب العلم بمواطن الإجماع حتى لا يفتى بخلافه. إلا أنه لا يلزم المجتهد حفظ جميع مواقع الإجماع والخلاف، بل ينبغي له أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن فتواه لا تخالف الإجماع^(٢).

٦ - فهم مقاصد الشريعة:

من شروط الاجتهاد معرفة مقاصد الشريعة وعلل الأحكام ومصالح الناس، حتى يمكن استنباط الأحكام التي لم تنص عليها الشريعة، بطريق القياس، أو بناءً على المصلحة وعادات الناس التي ألفوها في معاملاتهم وتحقق لهم مصالحهم، أو تطبيق الأحكام على الواقع، ولذا، كان من لوازم مراعاة مصالح الناس الإحاطة بأعرافهم وعاداتهم وظروفهم، لأن مراعاتها مراعاة لمصالحهم المشروعة^(٣).

٧ - العدالة:

يشترط في المجتهد أن يكون عدلاً، متجنباً للمعاصي القاذحة في العدالة، وهذا يشترط بجواز الاعتماد على فتواه، فمن ليس بعدل فلا تقبل فتواه، أما هو في نفسه فإنه يعمل باجتهاده فكأن العدالة شرط لقبول الفتوى، لا شرط صحة الاجتهاد^(٤).

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٨٥ - د. البرديسي، المرجع السابق، ص ٤٦٩.

(٢) الغزالي، المستصفى، ج ٢ ص ٣٥١.

(٣) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٥ - الأستاذ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٦٨، رقم ٣٧٠.

(٤) الغزالي، المستصفى، ج ٢ ص ٣٥٠ - د. المكّي، أخلاقية الاجتهاد، المرجع السابق ص ٥١.

حكم الاجتهاد:

(٣٧) الاجتهاد واجب على من كان أهلاً له بأن قامت فيه ملكة الاجتهاد وتهيأت له أسبابه ووسائله، وعلى المجتهد أن يصل إلى الحكم الشرعي بطريق النظر والبحث في الأدلة، وما يؤدي إليه اجتهاده هو الحكم الشرعي في حقه، الواجب اتباعه، فلا يجوز له تركه تقليداً لغيره. والمجتهد قد يصيب وقد يخطئ حسب مدى علمه بالدليل وفهمه وتنزيله على الواقع، وفي ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ له أجر، وإذا اجتهد فأصاب فله أجران»^(١).

مسألة تجزئة الاجتهاد:

(٣٨) معنى هذا أن يجتهد الفقيه في مسائل أو موضوعات دون غيرها، بمعنى التخصص في فرع دون غيره لتوافر وسائل الاجتهاد له في هذه المسائل كمن أحاط بمسائل الأحوال الشخصية دون غيرها أو بالمعاملات المصرفية وتنزيل المعاملات الإسلامية عليها، بأن أحاط في هذا الفرع من العلوم بجميع أدلته من نصوص في القرآن الكريم والسنة وأقوال العلماء. فالرأي مختلف في اجتهاده وإن كان ترجيحنا مع البعض على الجواز^(٢). وقد دل على ذلك آثار المجتهدين من السلف، فقد كان أحدهم يسأل عن مسائل كثيرة فلا يجيب إلا عن بعضها، ويتوقف عن الباقي ويقول لا أدري^(٣). والآن

(١) صحيح البخاري (مع فتح الباري) ٣١٨/١٣ ج ٧٣٥٢ - صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/١٢ مراجعة الشيخ خليل الميس، دار القلم ج ١ - سنن أبي داود ٣/ ٢٩٩، مراجعة محيي الدين عبد الحميد، مطبعة مصطفى محمد، مصر ١٩٣٥.

انظر: د. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٠٧-٤٠٨.

(٢) د. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ص ٤٠٩ - الأستاذ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٣٩٩. وقارن الأستاذ البرديسي، المرجع السابق، ص ٤٧٥.

(٣) ويقول فضيلة الشيخ الأستاذ محمد أبو زهرة: والذين أجازوا التقليد، وأجازوا تجزئة الاجتهاد، بقرون أنه على علم بوسائل الاجتهاد، ولكن قد يكون عنده علم بأدلة بعض =

الفروع الفقهية زادت فيها المشكلات الواقعية، فمثلاً المعاملات التي تقوم بها المصارف الإسلامية في مواجهة المعاملات التي تقوم بها المصارف العادية، وهذه تحتاج إلى تخصص وتعمق في هذا النوع من العلم بحيث يعد السلاح الذي يواجه به الأنظمة المالية غير الشرعية.

عدم تقييد الاجتهاد بالزمان والمكان (الاجتهاد غير مقصور على عصر معين)^(١):

٣٩) الاجتهاد لا يقيد بعصر من العصور، ذلك لأن النصوص محصورة ومعدودة والحوادث غير متناهية فهي متغيرة ومتجددة بتغير الأزمنة والأمكنة، ولقد نص أهل العلم على أنه لا يجوز أن يخلو زمان من مجتهد قائم يبين للناس ما أنزل ربهم إليهم، وإن ما أفتى به البعض بسد باب الاجتهاد قد كان حرصاً على الشريعة من أدعاء العلم والاجتهاد ولا تنصرف هذه الفتوى للعلماء المجتهدين الذين تتوافر فيهم شروط الاجتهاد وإلا كان ذلك القول مخالفاً للشريعة لأن ذلك يؤدي في النهاية إلى القول بقصور الشريعة وعدم إمكان تطبيقها على الحوادث والمستجدات من الأمور^(٢).

ولقد أكد ما قلنا عن شروط المجتهد مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، حين نظر موضوع الاجتهاد فقرر الآتي: بأن الهيكل الأساسي للاجتهاد يتطلب تمام

= الموضوعات، ويغيب عنه العلم بالدليل في الموضوعات الأخرى، فيفتي فيما علم دليلاً، وما لم يعلم دليلاً مع وجود كل المؤهلات الأخرى يتوقف فيه حتى يعلم، وكذلك كان كثيرون من الأئمة يجيبون بقولهم: «لا أدري» إذا لم يعلموا الدليل، وهذا مالك رضي الله عنه قد استجاب في ست وثلاثين مسألة أو تزيد بقوله «لا أدري» وما قال ما قال إلا لفقده العلم بالدليل، وما زال بذلك وصف الإمامة عنه، بل إنه الإمام المجتهد إمام دار الهجرة حقاً وصدقاً. أصول الفقه ص ٤٠٠ - ٤٠١.

- (١) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٠٧.
- (٢) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٠٧ - الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٣٧٩ وما بعدها - د. يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، مكتبة وهبه، ص ٤٧ وما بعدها.

المعرفة باستجماع الشروط، فلا مجال للاجتهاد إلا بها تحصيلاً لهذا الغرض الكفائي كما قال تعالى: «فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين»^(١).

فقد أفادت الآية الكريمة أن التفقه في الدين يتطلب التفرغ له، فلا بد في الاجتهاد من أخذ الحيطة الكاملة للوصول إلى الفهم الفقهي الصحيح.

وأوضح السيوطي إيضاحاً كاملاً فرضية الاجتهاد، وأنه لم ينقطع وذلك في كتابه (الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض) فبابه لم يغلق ولا يملك أحد إغلاقه ولا سيما أن علماء الأصول حين بحثوا مسألة جواز خلو الزمن عن مجتهد أو عدم خلوه اتفقوا على أن باب الاجتهاد مفتوح أمام من تتوافر فيه شروطه، وإنما تقاصرت الهمم عن تحصيل درجة الاجتهاد، وهي التضلع في علوم القرآن الكريم والسنة المطهرة وأصول الفقه وأحوال الزمن ومقاصد الشريعة وقواعد الترجيح عند تعارض الأدلة مع عدالة المجتهد وتقواه والثقة بدينه.

وينقسم الاجتهاد إلى أربعة أقسام:

الأول: المجتهد المطلق كالأئمة المقتدى بهم.

الثاني: المجتهد في المذهب وله أربع أحوال ذكرها الأصوليون.

الثالث: مجتهد الترجيح.

الرابع: المجتهد في فن أو في مسألة أو مسائل وهو جائز بناء على أن الاجتهاد يتجزأ وهو المختار. لذلك كله قرر المجلس الآتي:

إن حاجة العصر إلى الاجتهاد حاجة أكيدة لما يعرض من قضايا لمتعرض لمن تقدم عصرنا وكذلك ما سيحدث من قضايا جديدة في المستقبل، فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم معاذ بن جبل على الاجتهاد

(١) الآية ١٢٢ من سورة التوبة.

حين لا يجد نصاً من كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وذلك حين قال معاذ: «اجتهد رأيي ولا آلو» حينئذ تحفظ للإسلام جدته وصلاحيته للعصور كلها إذ تحل المشكلات في المعاملات ونظم الاستثمارات الحديثة وسواها من المشكلات الاجتماعية^(١).

ما يجوز وما لا يجوز الاجتهاد فيه^(٢):

(٤٠) بيّن العلماء أن هناك من الأحكام الشرعية التي لا يصح أن تكون

(١) قرار رقم ٣ لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة ما بين ٢٧ ربيع الآخر و ٨ جمادى الأولى ١٤٠٥هـ الموافق ١٨ - ٢٩ يناير ١٩٨٥م، منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثالث، السنة الأولى، ربيع الآخر - جمادى الأولى - جمادى الآخرة ١٤١٠هـ الموافق نوفمبر - ديسمبر - يناير ١٩٨٩ - ١٩٩٠م، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص ٢٠٨ - ٢٠٩.

(٢) وفي هذا المعنى يقول فضيلة الأستاذ الشيخ الأكبر عبدالرحمن تاج في مؤلفه السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، طبعة سنة ١٩٥٣م ص٤٦: «فشرعية الإسلام هي شريعة الخلود، باقية ما بقيت الدنيا، ولا يطرأ عليها نسخ ولا تغيير. وإذا كان الأمر كذلك وجب أن تكون وافية بجميع الأحكام والقوانين التي تحتاج إليها في تدبير شؤونها، وتنظيم حياتها، صالحة لمسيرة هذه الحياة في جميع تطوراتها، ومراحل تقدمها ويسبغ عليها السلام والأمن. وهنا ينبغي التنبيه إلى أنه ليس معنى أن القرآن تبيان لكل شيء أنه أحاط بجزئيات الوقائع والحوادث. ونص على تفاصيل أحكامها، فإن الواقع يشهد بأنه - في أغلب الأمر - لم يدخل في هذه التفاصيل، ولم يعن بعرض تلك الجزئيات، وإنما أتت الأحكام التي عرض لها قوانين عامة، ومبادئ كلية، يمكن تحكيمها في كل ما يعرض للناس في حياتهم اليومية مما يتصل بتلك القوانين والمبادئ، فهي مبادئ وقوانين محكمة ثابتة لا تختلف، ولا يسوغ الإخلال بشيء منها، وعامة كلية يمكن أن تتمشى مع اختلاف الظروف والأحوال. فالقرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي، تبيان لكل شيء من حيث إنه قد أحاط بجميع الأصول والقواعد التي لا بد منها في كل قانون ونظام، وذلك كوجوب العدل، والشورى، ورفع الحرج، ودفع الضرر، ورعاية الحقوق لأصحابها، وأداء الأمانات إلى أهلها، والرجوع بمهام الأمور إلى أهل الذكر والاختصاص، وما إلى ذلك من المبادئ العامة التي لا يستطيع أن يشذ عنها قانون يراد به صلاح الأمم وإسعادها.

محل اجتهاد، ولذا، قالوا المجتهد فيه هو كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي، أي أن الأحكام الشرعية التي فيها أدلة قطعية لا تحتل الاجتهاد. والاختلاف قبل حرمة الزنا وحرمة الربا ووجوب الزكاة، ونحو ذلك مما وردت فيه نصوص قطعية، وشاع أمرها، وعرفها الجاهل والعالم على حد سواء، ولم يعذر أحد بجهلها^(١).

أما الاجتهاد فهو يرد في النصوص الظنية سواء ظنية الثبوت أو الدلالة، فإذا كانت نصوصاً ظنية الثبوت، وهذه تكون في السنة، وبالتالي يجتهد الفقيه في البحث عن مدى ثبوت النص ومقدار صحة سنده وقوته^(٢).

أما الأحكام الظنية الدلالة، فإن الاجتهاد فيها ينصب على كشف المعنى المراد منها، بالتعرف على قوة دلالة اللفظ على المعنى وترجيح دلالة على أخرى، مع الالتزام بالموازين العامة والقواعد الضابطة لدلالات الألفاظ وترجيح بعضها على بعض.

الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص:

(٤١) جاءت النصوص الشرعية في معظمها قواعد كلية مرنة، وما ذلك إلا لتساير التغير الذي يطرأ بتغير الزمان والمكان والحوادث غير المتناهية التي تطالعنا كل يوم بواقعة جديدة لا عهد لنا بها، ولا بد من بيان حكم الشرع فيها عن طريق الاجتهاد ضمن القواعد والضوابط الشرعية، ويكون الاجتهاد كذلك في إطار مقاصد الشريعة وروحها في السعي لاستخلاص حكم يناسب الواقعة أو القضية^(٣).

(١) د. عبدالكريم زيدان، المرجع السابق، ص ٤٠٦.

(٢) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٨٩ وما بعدها - د. البرديسي، المرجع السابق، ص ٤٦٢ وما بعدها.

(٣) د. المكي، أخلاقية الاجتهاد، المرجع السابق، ص ٦٠ - ٦١.

ونرى أن من يجتهد في فرع من الفروع يكفيه أن يحصل من الشروط التي سلف ذكرها ما يخص المسائل التي يجتهد فيها.

وفي تقسيمات المجتهدين التي ذكرها الأصوليون إنما ترجع إلى الصيغة التحليلية لكتب الفروع في الفقه الإسلامي، فقد كان فيها مجال للتخريج والترجيح لكثرة المسائل التي كانت تعرض في هذه المطولات وتنوعها وكثرة التفريع عليها، فكان ذلك مجالاً لمن ينظر فيها من الفقهاء من بعد أصحاب المذاهب والأئمة للتخريج عليها والترجيح بينها وهذه الصيغة التحليلية أصبحت الآن غير متبعة في التأليف الفقهي بل أصبح الغالب الأعم هو التأصيل في صورة قواعد عامة وأصول كلية بحكم المسائل والفروع كما هو الشأن في التقنيات الحديثة^(١).

الفرع الثاني أنواع الاجتهاد

(٤٢) لعل الدور الكبير للفقه والفقهاء في البلاد الإسلامية والتي تحكم بالدين الإسلامي لأمر منظور للكافة.

فإذا قلنا إن من مصادر التشريع الإسلامي الكتاب (القرآن الكريم) والسنة (القولية والفعلية والتقريرية) فإن الإجماع هو المصدر الثالث ودليل على الأحكام الشرعية ولا يجوز مخالفته.

والإجماع هو اتفاق المجتهدين (أي الفقهاء) من الأمة الإسلامية في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي^(٢).

(١) انظر د. جمال الدين محمود، الاجتهاد الجماعي في المملكة العربية السعودية، منشور بعدد خاص بأبحاث ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، الجزء الأول، التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر ١٩٩٦م، ص ٣٨٢.

(٢) محمد سلام مذكور، مدخل الفقه الإسلامي، ص ٢٣٤ - د. محمد الحسيني حنفي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ص ١٤١.

ومتى أجمع المجتهدون على حكم شرعي وجب على الكافة اتباعهم والعمل بهذا الحكم الذي أجمعوا عليه.

ويكون الإجماع بطريقتين: إما باجتماع أهل الاجتهاد في مجلس واحد ويبدون رأيهم في المسألة المعروضة، وإما بأن يبدي بعض الفقهاء في بلد رأيهم ثم يتبعهم فيه فقهاء سائر بلاد المسلمين.

وإجماع المجتهدين قد يكون صريحاً بالقول أو الفعل وقد يكون إجماعاً سكوتياً، ويكون بإبداء بعض المجتهدين رأيه في المسألة المطروحة وسكوت الباقيين فترة كافية للبحث وتكوين رأي بلا إنكار أو اعتراف.

أما إذا لم يتوافر الإجماع من الفقهاء على الرأي كما ذكرنا فلا يكون الاجتهاد حجة في ثبوت الحكم الذي رآه المجتهد، بل للمجتهد أن يعمل بهذا الرأي وأن يعدل عنه إذا وجد أن غيره أصوب.

أما إذا كان قاضياً فإنه إذا حكم في مسألة معينة فلا يجوز أن ينقض هذا الحكم الذي اطمأن إلى رأي جديد يخالف سابقه في ذات المسألة وإن كان يجب عليه أن يطبق الرأي الجديد على المنازعات الجديدة.

لكن إذا كان الإجماع يتطلب اتفاق جميع المجتهدين، فهل يتصور وقوعه بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم - بالطبع - وخاصة في عهد الصحابة؟

إن الصحابة قد تفرقوا في الأمصار - بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم - وكذلك التابعون ولم يكن بينهم وسيلة اتصال وإذا كان من شروطه أنه لو خالف واحد فقط لم يقع الإجماع. ولذا، يقول الشيخ محمود شلتوت: لا أكاد أعرف شيئاً اشتهر بين الناس أنه أصل من أصول التشريع في الإسلام، ثم تناولته الآراء واختلفت فيه المذاهب من جميع جهاته، كهذا الأصل الذي يسمونه «الإجماع» فقد اختلفوا في حقيقته: فمنهم من رأى أنه «اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور على حكم شرعي» ومنهم من رأى أنه «اتفاق أكثر المجتهدين فحسب» ومنهم من

ذهب إلى أنه «اتفاق طائفة معينة فلا يعد اتفاق غيرها إجماعاً». ثم اختلف هؤلاء في هذه الطائفة من هي؟ فقيل «الصحابة» وقيل «أهل المدينة» وقيل «أهل البيت» وقيل «الشيخان أبو بكر وعمر» وقيل «الأئمة الأربعة».. الخ.

واختلف الذين قالوا بالجميع: هل الإجماع بهذا المعنى ممكن متصور الوقوع؟ أم هو غير ممكن لأن الاجتهاد ليس له مقياس بارز متفق عليه بين العلماء، ولأن المجتهدين غير محصورين في بلد واحد أو إقليم واحد؟

واختلف الذين قالوا بإمكانه وتصور وقوعه: هل يمكن معرفته والاطلاع عليه أولاً؟ وممن روي عنه المنع الإمام أحمد رضي الله عنه إذ يقول في إحدى روايتين عنه: «من ادعى وجود الإجماع فهو كاذب».

واختلف الذين قالوا بإمكان معرفته والاطلاع عليه: هل هو حجة شرعية فيجب على كل مسلم العمل به، أم هو ليس حجة شرعية فلا يجب العمل به؟

واختلف الذين قالوا إنه حجة شرعية: هل تثبت حجته بدليل قطعي يكفر منكروه، أم بدليل ظني فلا يكفر منكروه؟ وهل يشترط في وجوب العمل به أن ينقل إلينا بالتواتر أم يكفي أن ينقل ولو بالآحاد؟ وهل يشترط أن يبلغ المجمعون عدد التواتر أم لا يشترط؟ وهل يشترط أن يصرح الجميع بالحكم شفاهةً أو كتابةً، أم لا يشترط ويكفي تصريح بعضهم وسماع الباقيين مع سكوتهم؟^(١).

والنوع الثاني من الاجتهاد: الاجتهاد الجماعي:

ويقصد به أن يصدر على نحو شوري جماعي، من خلال إقامة الحوار

(١) الأستاذ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، ص ٦٥ - ٦٦ - د. جمال الدين محمود، الاجتهاد الجماعي في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص ٣٩١ وما بعدها - وقارن الأستاذ محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص ١٥٧ وما بعدها. ويقول فضيلة الشيخ عبدالوهاب خلاف: «إن الإجماع بتعريفه وأركانه التي بينها لا يمكن عادة أن ينعقد ولم يتحقق فعلاً انعقاده» مؤلفه: علم أصول التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية، ص ٣٩ - ٤٠.

وعقد الندوات والمؤتمرات وتشكيل اللجان وعن مجمع فقهي يمثل فيه علماء العالم الإسلامي، وأن الاجتهاد الجماعي هو ما كان عليه الأمر في عصور الخلفاء الراشدين كما أفاد الشاطبي في الموافقات من أن عمر بن الخطاب وعامة خيار الصحابة قد كانت ترد عليهم المسائل وهم خير قرن وكانوا يجمعون أهل الحل والعقد من الصحابة ويتباحثون ثم يفتون^(١).

والاجتهاد الجماعي من تمام بذل الجهد في استنباط الأحكام ووسيلة لتقليل الخطأ في الاجتهاد، وإبراز عناصر الوحدة والتنوع في الأمة، وهو مظهر من مظاهر التعاون على البر والتقوى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان)^(٢). كما أنه من باب الإحسان والاتقان في العمل^(٣).

وسار التابعون على غرار ذلك وكان المرجع في الفتاوى إلى الفقهاء السبعة كما أفاده الحافظ بن حجر في التهذيب ذكر أنهم إذا جاءتهم المسألة دخلوا فيها جميعاً ولا يقضي القاضي حتى يرفع إليهم، ونظروا فيها^(٤).

ويتميز الاجتهاد الجماعي بالآتي:

(١) إنه يبحث غالباً في شأن عام وبالتالي يكون من طبيعته القصد إليه

(١) د. محمود أحمد أبو ليل، مكانة الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون التي تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١١، أبريل ١٩٩٨، ص ٤٢.

(٢) سورة آل عمران.

(٣) د. محمود أحمد أبو ليل، المرجع السابق، ص ٤٣-٤٤.

(٤) نص فتوى المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة، ١٨ - ٢٩ يناير ١٩٨٥م، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، المملكة العربية السعودية، نوفمبر - ديسمبر - يناير ١٩٨٩ - ١٩٩٠، ص ٢٠٩. انظر كذلك: العدد الخاص بأبحاث ندوة الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ديسمبر ١٩٩٦، الجزء الأول والجزء الثاني وخاصة ص ٩٧٠-٩٧٩ منه.

بمعنى أن يكون اجتماع المجتهدين ونظرهم لغرض محدد. ولا بد من التنظيم له وتحديد من يقومون به وكيفية قيامهم به وأثره بعد أن يتم استنباط الحكم الشرعي فيما يطلب الحكم فيه.

(٢) إن الاجتهاد الجماعي لا يلزم فيه لاعتباره أن يحصل اتفاق جميع المجتهدين، إذ العبرة فيه برأي الأكثرية ويسند ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إن الله لم يكن ليجمع أمة محمد على ضلالة فإذا رأيتم الاختلاف فعليكم بالسواد الأعظم»^(١).

(٣) إن القائمين بالاجتهاد الجماعي لا يلزم أن يكونوا جميعاً من علماء الفقه الإسلامي وأصوله، فإن تقدير مصالح المجتمع في المسائل العامة وفي جميع مجالات الحياة يحتاج إلى علوم شتى وخبرات عديدة، وإذا اقتصر إظهار الحكم الشرعي على إجماع المجتهدين فإن وجود مستشارين في هذه العلوم والخبرات أمر ضروري^(٢).

والنوع الثالث من الاجتهاد: الاجتهاد الفردي:

وهو الذي يقوم فيه المجتهد بمفرده بالبحث عن أحكام النوازل دون تعاون مع غيره^(٣). وهو الأكثر وقوعاً في الحياة.

الاجتهاد في نصوص قانون المعاملات المدنية:

(٤٣) الواقع الحالي للاجتهاد في تفسير شرح النصوص التقنية، أن شراح القانون قد تتوافر لديهم الملكة القانونية، إلا أنه قد ينقص كثير من

(١) د. جمال الدين محمود، المرجع السابق، ص ٣٩٣ - ٣٩٤.

(٢) د. جمال الدين محمود، المرجع السابق، ص ٣٩٤ - د. عبدالعزيز مصطفى الخالد، دور الاجتهاد في مواكبة المستجدات بالنظر لمقاصد الشريعة الإسلامية في العدد الخاص بأبحاث الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي المشار إليه سابقاً، ص ٥١ - د.المكي، أخلاقية الاجتهاد وأبعاده، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٣) د. المكي، أخلاقية الاجتهاد وأبعاده، المرجع السابق، ص ٥٧.

هؤلاء الشراح الملكة الفقهية الشرعية. وبالتالي اجتهاداتهم وآراؤهم في تحليل القانون وتأصيله تكون محل نظر في مدى اعتبارها اجتهاداً تتوافر فيه الشروط المعتمدة التي أوردها علماء الشريعة وخاصة إذا كان اجتهادهم في إطار قانون مستقى من أحكام الشريعة والفقه الإسلامي وخاصة أن القضاة في المحاكم قد يلجأون إلى هذه الاجتهادات عند قيامهم بعملهم القضائي في المحاكم، فما مدى صحة هذه الاجتهادات والعمل بها؟ وخاصة إذا لم تستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية، بل قد يشير فقيه القانون إلى أن ما توصل إليه إنما هو رأي استصوبه من الفقه اللاتيني أو الانجلوسكسوني أو قضائهما؟

والرأي، عندي، أن الحد الأدنى من القول بأن الاجتهاد العصري يحتاج إلى تضافر خبرات كثيرة قد تكون منها القانونية العلمية والعملية في شتى مجالات العلوم، إلا أن الرأي حتى يكون مقبولاً لا بد من أن يكون قد حاز قبولاً من أصحاب الملكات الشرعية الذين تتوافر بهم شروط الاجتهاد.

مع ذلك، فإن الفقه القانوني لا ينكر إسهامه في التحليل والتأصيل والنقد. إذ يقوم الفقيه القانوني بالتحليل وشرح التشريعات، ثم نقدها عن طريق استكشافه لمدى التوافق بين أحكام القضاء والقانون أو عدمه. ويبين الفقيه مدى التوفيق الذي أصابه المشرع أو القضاء من ناحية الصياغة الفنية^(١).

وكذلك النتائج المترتبة على تطبيق القانون من الناحية الاجتماعية ومدى انسجام هذا التشريع مع المجتمع، وهل أدى دوره أم قد أخفق، أم أن النص قد شابه العيب والنقص فيبين ذلك من وجوب كونه مرناً ومتماشياً مع الأحداث المتجددة.

ويقوم الفقيه القانوني أيضاً بعملية التأصيل واستخلاص المبادئ العامة، فالفقيه لا يكتفي بالتحليل والنقد وإنما يقوم بدور آخر وهو التأصيل، أي

(١) د. عبدالمنعم البدرأوي، المرجع السابق، رقم ١٦٤.

بمتبعه للحلول الجزئية سواء في التشريع أو الأحكام ليستطيع بعد ذلك الوقوف على الاتجاه العام وراء التشريع أو أحكام القضاء. فهو يقرب بين النصوص ليوجد مدى التناسق بينها ومدى إمكانية استخلاص اتجاهات عامة للمشرع أو للقضاء وهو بذلك ينتقل من التعريفات إلى التعميم ليستنتج منها قواعد عامة جديدة تحكم الحالات الجديدة التي قد تعرض أمام القضاء^(١).

(١) د. عبدالمنعم البدرأوي، المرجع السابق، رقم ١٦٣ - د. علي نجيدة، المدخل للعلوم القانونية، ص ٢١٣.

الخاتمة

(٤٤) استعرضنا في هذا البحث موضوعات واقعية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي حول الفقه الإسلامي وتطبيقه وارتضينا حلولاً لها ذكرناها في تفصيلات هذا البحث.

وهي إن قانون المعاملات المدنية جعل الفقه الإسلامي مصدراً مادياً له يستوجب على القضاة عند بحثهم في النص لتطبيقه الجزم بأن له أصلاً في الفقه الإسلامي ولا بد من البحث في هذا الأصل عند استشكل النص أو غموضه وربط كل ذلك بواقع الإمارات وبيئتها والاقتصار عليها دون غيرها.

وإنه يتعين عند التقنين لأحكام الفقه الإسلامي بأن توضع القواعد القانونية المستمدة من الفقه في لغة معاصرة يفهمها المخاطبون بها ما دامت تتفق مع أصول اللغة العربية السليمة.

وبالنسبة إلى الصيانة التشريعية، فإنه يجب التمييز بين أسلوب الفقه ودور المشرع، فالتشريع بحكم دوره يقف عند الأحكام الكلية ليصوغها في قواعد عامة مجردة فيتجنب بعد ذلك التعرض للتفاصيل الجزئية كما يتجنب التعريف والتعليل والتمثيل وهي مطبات وقع فيها المشرع المدني الإماراتي كثيراً والذي نقل إلى نطاق النصوص التشريعية ما زحرت به كتب الفقه الإسلامي من تفاصيل وتعريفات متناسياً دور التشريع ودور الفقه، على سبيل المثال، ذكر المشرع الإماراتي لقواعد الأصول الفقهية التفسيرية من المادة ٢٩ إلى المادة ٧١ وعند تعرضه للإكراه كأحد عيوب الرضا عرّف الإكراه الملجئ وغير الملجئ ونتيجة كل منهما وغير ذلك من التفاصيل، كذلك الأمر عند ذكر أحكام تسليم المبيع من المادة ٥١٤ إلى المادة ٥٤٢.

والأمر الآخر أن نص المادة الأولى والذي ذكر فيه المصادر الرسمية لقانون المعاملات المدنية لا يمنع من البحث - بل هو التطبيق الصحيح للقانون - عند استعراض الحلول للمشكلة في فقه الواقع دون التمسك بالآراء

التي بنيت على ظروف الزمان والبيئة المكانية التي نشأ فيها. وهو ما ينادي به جمع من الفقهاء الحديثين ومخالفة ذلك يعد انحرافاً عن الفقه أو الشريعة الإسلامية كما ذكر العلامة القرافي صاحب الفروق^(١).

والأمر الأخير هو أن القاضي مأمور بالاجتهاد عند عدم وجود الحكم في التشريع أو الفقه الإسلامي والعرف. على أن يكون هذا الاجتهاد في إطار أحكام الشريعة الإسلامية دون الخروج على أحكامها القطعية وذلك تطبيقاً لدستور دولة الإمارات العربية المتحدة في المادة السابعة منه إلى جانب إرادة المشرع المدني.

ونقترح في الختام تعديل نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي لتصبح أكثر مواءمة كالاتي:

«(١) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص بمنطوقها وبمفهومها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة.

(٢) فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.

(٣) فإن لم يجد حكم بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة.

(٤) فإذا لم يجد كان للقاضي أن يحكم بمقتضى المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية».

تم بحمد الله تعالى

(١) الفروق للعلامة شهاب الدين القرافي، الجزء الأول، تحت الفرق الثامن والعشرين، المسألة الثانية، ص ١٧٦-١٧٧.