



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية وأثرها في بناء الأحكام باب
المعاملات المعاصرة
-دراسة تأصيلية تطبيقية-

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: فقه مقارن وأصوله

المشرف:

د. محمد طه حميدي

الطالبتان:

نزيهة ذيب

وهيبة حوري

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. زيان سعدي	أستاذ محاضر أ	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. محمد طه حميدي	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
د. أحمد غمام عمارة	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1444-1445هـ/2022-2023م



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية وأثرها في بناء الأحكام باب
المعاملات المعاصرة
-دراسة تأصيلية تطبيقية-

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية - تخصص: فقه مقارن وأصوله

المشرف:

د. محمد طه حميدي

الطالبتان:

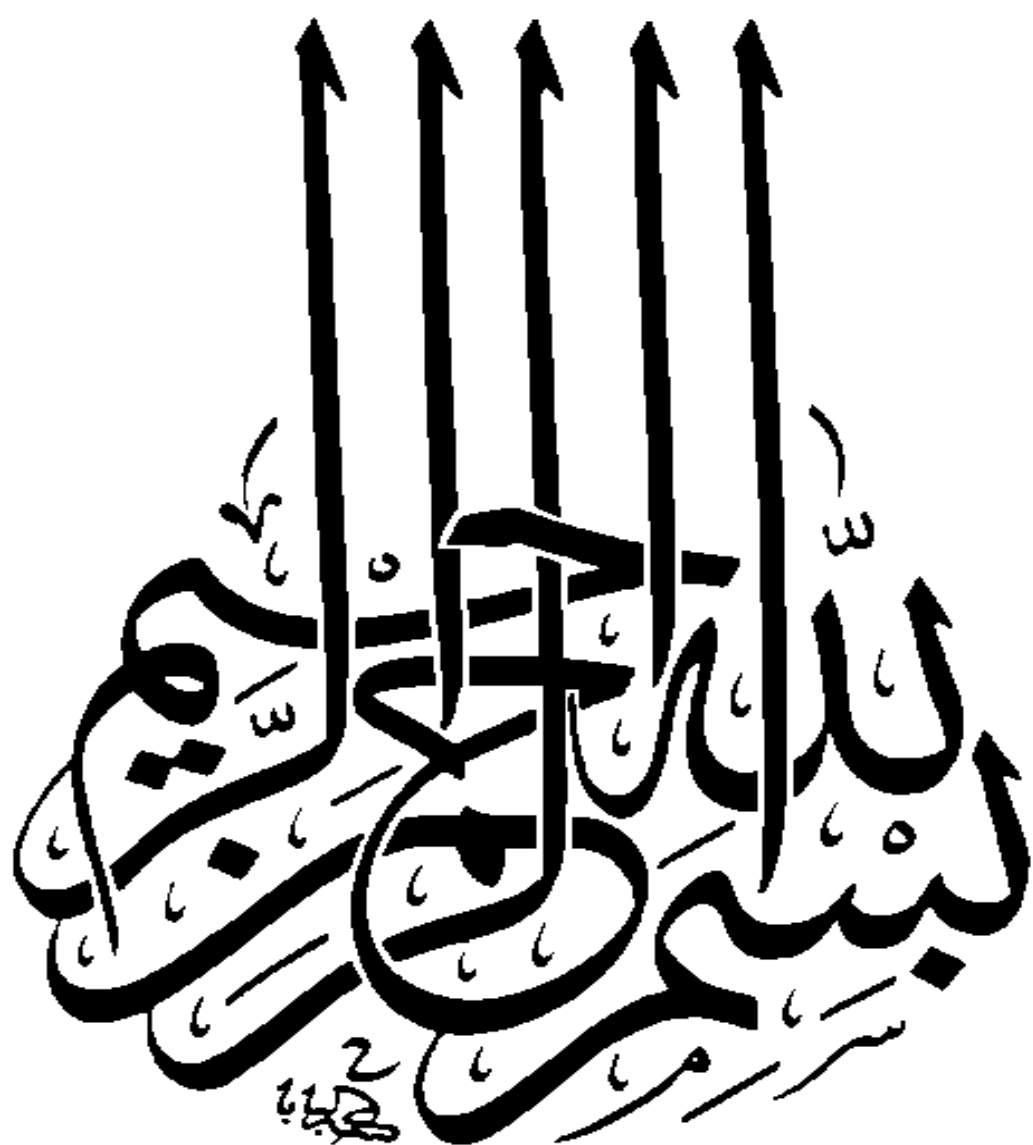
نزيهة ذيب

وهيبة حوري

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. زيان سعدي	أستاذ محاضر أ	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. محمد طه حميدي	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
د. أحمد غمام عمارة	أستاذ محاضر ب	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1444-1445هـ/2022-2023م



إهداء

إلى الوالدين الكريمين، والدتي أطال الله بقاءها، وألبسها ثوب الصحة والعافية،

ورحم الله والدي وغفر له

إلى سندي في الحياة، زوجي عبد القادر عوينات، الذي كان خير عون لي في

مسيرتي

إلى ريحانة قلبي، ومهجة فؤادي، ابني الغالي مبروك آدم

إلى إخوتي الكرام، كل باسمه

إلى من جمعتني بهم المودة والمحبة، وتقاسموا معي مقاعد الدراسة

إلى من ساروا بنا إلى دروب العلم، أساتذتي الأفاضل بقسم الشريعة

إلى كل هؤلاء، أهدي هذا العمل المتواضع وأرجو أن يكون خالصا لوجه الله

الكريم.

نزيهة ذيب

إهداء

إلى من رضى الله برضاهم؛ الوالدين الكريمين حفظهما الله وألبسهما ثوب
الصّحة والعافية.

إلى النور الذي ينير دربي ابْنَتِي: "نور اليقين وأسيل"، لكل العائلة الكريمة
التي ساندتني ولا تزال، وأخص بالذكر "صوريّة ومسعودة" رعاهم الله.
إلى من جمعي بهم القدر وكانوا رفقاء الدرب، صَدِيقَتِي "كوكب وعفيفة".
إلى رفيقة دربي وزميلتي في هذا العمل "نزيهة ذيب".
إلى أساتذتي الكرام الذين تعلمت منهم الكثير في جميع الأطوار.

وهيبة حوري

شكر وتقدير

إنَّ أول الشكر والثناء للذي أسبغ علينا نعمه ظاهرة وباطنة ووفقنا لصالح الأعمال،
ومنها طلب العلم النافع، فله الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، كما ينبغي لجلال وجهه
وعظيم سلطانه لا نحصى ثناء عليه هو كما أثنى على نفسه.

وامتثالا لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [ابراهيم:7]

ليس لنا في هذا المقام إلا أن نتقدم بالشكر والتقدير للمشرف الدكتور: محمد طه
حميدي لإشرافه على هذا البحث، وعلى إهداء نصائحه وإبداء ملاحظاته وعلى ما وجّه،
وبين، وصحح، فنسأل الله العظيم أن يبارك فيه وأن يجزيه عنا خير الجزاء.

كما نشكر لكل ذي فضل فضله أساتذة قسم الشريعة، وطلبة فقه مقارن وأصوله
دفعة 2023 بجامعة الشهيد حمه لخضر الوادي. ثم إلى أهل العلم والفضل من الأساتذة
أعضاء لجنة المناقشة على ما بذلوه من جهد تبیینا للزلل وتصحيحا للخطأ، سائلين الله عز
وجل أن يجزيهم عنا خير الجزاء.

وصلی الله وبارک علی سیدنا محمد وعلی آله وصحبه أجمعين

نزيهة وهيبة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي رفع شأن العلم وعظّم قدر العلماء، وأنعم عليهم بالتوفيق لدرسه، وفهمه، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء، وسيد المرسلين، ورسول رب العالمين، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، فأما بعد:

اعتنى العلماء بضبط الأصول والقواعد في مبحث التعارض والترجيح، وبيان طرق دفع التعارض الظاهري الحاصل بين الأدلة الشرعية، وقد تفرّد المذهب المالكي على غرار بقية المذاهب التي تلقتها الأمة بالقبول بمجموعة من الأصول والقواعد، كما تميّز بالتوسع والتنوع في هذا الشأن، يقول أبو زهرة في هذا السياق: "... فإنه -المذهب المالكي- أكثر المذاهب أصولاً، حتى إن علماء المذهب المالكي يحاولون الدفاع عن هذه الفكرة... تلك الكثرة من حسنات المذهب المالكي"¹. ومن المعلوم أن هذه الأصول والقواعد مستمدة ومستندة إلى نصوص الوحيين، وإلى منهج النبي ﷺ وصحابته من بعده ﷺ، فأدلتها معصومة لا تناقض فيها ولا زلل، ومع هذا قد يظهر منها تعارض في ذهن المجتهد، ونظر الناظر لقصور مداركه؛ ولما كان هذا الأمر سعى العلماء إلى دفع ذلك التعارض الظاهري، ورفع ذلك الإشكال.

وقد كان للمذهب المالكي مسالك اعتمدها في رفع هذا التعارض الظاهر تتناسب والمسألة المراد رفع التعارض عنها، والتي من بينها مسألة تقابل الأصلين، حيث اعتمد قاعدة: "الحكم بين حكّمين"، والتي كان لها أثر في إبراز المنهج المالكي في حل الكثير من الإشكالات التي تعترى بعض المسائل الفقهية التي يتقابل فيها أصلاً.

ولأهمية هذا الموضوع اخترناه محل دراسة ومبحث، بعدما أشار به علينا مشرفنا، فكان العنوان كالآتي: "قاعدة الحكم بين حكّمين عند المالكية، وأثرها في بناء الأحكام، -باب المعاملات المعاصرة- دراسة تأصيلية تطبيقية".

أولاً - أهمية الدراسة:

تبرز أهمية هذا الموضوع من خلال النقاط الآتية:

¹ / أبو زهرة، مالك حياته وعصره -آراؤه وفقهه، ص 478.

- 1- تعلق قاعدة "الحكم بين حكمين" بواحد من أهم أبواب أصول الفقه، وهو باب التعارض والترجيح؛ لتحقيقه مقصدا عظيما، كما قال الزركشي: "تصحيح الصحيح وإبطال الباطل"¹.
- 2- كونه حسنة من حسنات المذهب المالكي، تميزه عن غيره من المذاهب الفقهية الأخرى.
- 3- الإسهام في حل بعض الإشكالات النوازلية المعاصرة من خلال هذه القاعدة.

ثانيا- إشكالية الدراسة:

تتلخص الإشكالية الرئيسة للبحث فيما يلي:

ما معنى قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية؟ وما مدى تأثيرها في بناء الأحكام عند تقابل الأصلين؟

وتفرعت عن هذه الإشكالية إشكالات فرعية:

- 1- ما معنى إعطاء الفرع المتردد بين أصلين حكما بين حكمين؟
- 2- ما علاقة قاعدة الحكم بين حكمين بمسألة تقابل الأصلين؟
- 3- ما الدافع لإعمالها؟
- 4- هل انفرد المالكية بتطبيق هذه القاعدة على الفروع الفقهية؟
- 5- ما دور هذه القاعدة في ضبط بعض الإشكالات الشرعية المستجدة؟

ثالثا-أسباب اختيار الموضوع:

هناك جملة من الأسباب دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع، منها ما هو ذاتي، ومنها ما هو موضوعي:

1- الأسباب الذاتية:

أ- الرغبة الشخصية في دراسة موضوع لم تسبق الكتابة فيه في كُليّتنا، أو لم يُعطَ حقه في البحث عموما.

ب- الدعم الذي حصلنا عليه من طرف مشرفنا د. محمد طه حميدي، لترشيحه هذا العنوان.

2- الأسباب الموضوعية:

¹/ محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 119/8.

أ- كون الدراسة في هذا الموضوع -على حسب رأي المشرف ثم اطلاعنا- هي الأولى في كلية العلوم الإسلامية.

ب- كثرة المسائل والوقائع التي قد تكون هذه القاعدة مسلكاً لإعطاء الحكم الصحيح لها.

ت- كون هذا الموضوع لم يتناول في رسالة علمية أكاديمية، وهذا في حدود اطلاعنا.

رابعاً- أهداف الدراسة:

سعيًا من خلال هذا الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف، نعرضها في النقاط الآتية:

1- إبراز دوافع استنجد المالكية للأخذ بهذه القاعدة.

2- جمع بعض النوازل المستجدة المندرجة تحت قاعدة: "الحكم بين حكّمين".

3- معرفة مكانة هذه القاعدة في المذهب المالكي وغيره.

4- محاولة الإسهام في ضبط بعض الإشكالات الشرعية في القضايا المستجدة.

خامساً- الدراسات السابقة:

لم نجد في حدود اطلاعنا دراسة علمية أكاديمية -رسالة دكتوراه أو ماجستير- تناولت قاعدة الحكم بين حكّمين دراسة مستقلة؛ لأن معظم الباحثين المعاصرين أدرجوها ضمن قاعدة مراعاة الخلاف، ما عدا بعض البحوث التي نُشرت في بعض المجالات ومن تلك البحوث:

1- بحث أحمد باب أحمد، مسألة الحكمين، باحث دكتوراه في العلوم الاجتماعية، قسم الاقتصاد والتمويل الإسلامي، جامعة سكاريا، تركيا، مقال منشور في نادي الاقتصاد الإسلامي، حيث تناول الباحث مفهوم المسألة لغة، واصطلاحاً، ثم تطرق إلى تأصيلها الشرعي، وقام الباحث بالتدليل بعد ذلك على المسألة ببعض التطبيقات الفقهية.

2- خالد بن محمد السيار، الإشكالات الشرعية في مستجدات الإجارة مع الوعد بالتمليك، مقال منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي بالجامعة السعودية الإلكترونية، يوم 11 مايو 2011. حيث تناول الدكتور القاعدة بالتعريف أولاً، ثم ذكر بعض المصطلحات المشابهة لها "تبعيض الأحكام" وبيّن بعدها الحديث العمدة لهذه القاعدة وهو حديث عائشة "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، مع ذكره لبعض أقوال الفقهاء، وفي الأخير تطرق للحديث عن بعض المسائل المستجدة.

3- مراد بوضائية، قاعدة الحكم بين حكمين، وأثرها في بناء الأحكام، مجلة: دراسات إسلامية، ع2، 1443هـ/2022م، الأردن.

قسّم الباحث دراسته إلى مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة، فكانت المقدمة: في التعريف بموضوع البحث وما يتصل به من قضايا منهجية، أما المبحث الأول: مفهوم قاعدة الحكم بين حكمين، أما المبحث الثاني فجاء بعنوان: المصطلحات ذات الصلة، بينما كان المبحث الثالث: في أدلة اعتبار القاعدة، و المبحث الرابع كان: في مجال إعمالها، بينما عُنونَ المبحث الأخير: بأثر القاعدة في بناء الأحكام، ثم خاتمة: وفيها النتائج و التوصيات، ومن النتائج التي توصل إليها في هذه الدراسة، أن القاعدة تمهد الطريق أمام المجتهد لتضييق حدة الخلاف بالتوسط بين مقتضى الأدلة المتعارضة، وأن هذه القاعدة تجسد منهج التوسط في مدارك الأحكام بتوليد الأحكام البينية التوفيقية.

4- فراس عبد الحميد الشايب، قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية وأثرها في الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية تطبيقية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، مج37، ع3، 2022م.

جاءت الدراسة في مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، فتناول في المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة والألفاظ ذات الصلة، وتفرّع عنه مطلبين، أما المبحث الثاني فكان بعنوان: مكانة قاعدة الحكم بين حكمين في أدلة ومصادر الفقه المالكي وعلاقتها ببعض الأدلة الشرعية، وتفرّع عنه ثلاثة مطالب، والتدليل بتطبيقات فقهية لقاعدة الحكم بين حكمين في المبحث الثالث، والذي تفرّع عنه أربعة مطالب، وفي الأخير خاتمة: تضمنت نتائج البحث.

حيث ذكر لنا الباحث أن هذه القاعدة من الطرق المبتكرة عند المالكية في إزالة التعارض بين الأصلين المتقابلين، أو الأدلة المتكافئة، التي لا يمكن الجمع أو الترجيح، أو النسخ بينهما، فإعمال الدليلين أولى من إهمالهما أو أحدهما، أو التوقف فيهما.

5- يوسف مصطفى، قاعدة على مذهب مالك، 2022/11/22م، الساعة 16:50، تويتر www.rattibha.com، حيث تكلم الباحث عن قاعدة الحكم بين حكمين في صفحات لم تتجاوز الست صفحات، قام فيها بشرحها، ثم ذكر الدليل الذي اعتمده المذهب

المالكي لهذه القاعدة وهو حديث عائشة رضي الله عنها، تم ذكر بعض الفروع الفقهية لقاعدة الحكم بين حكمين.

وقد استفدنا من جميع هذه الدراسات والبحوث، مما دفعنا لزيادة البحث حول هذه القاعدة، غير أنها لم تحقق لنا ما نصبوا إلى بلوغه وتحقيقه؛ لأنها جاءت بالجملة مختصرة، وموجزة، إضافة إلى التطبيقات الفقهية التي تم تناولها في هذه الدراسات والتي كانت في الغالب تطبيقات قديمة. وامتاز دراستنا عن هذه البحوث بما يلي:

- دراسة قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية دراسة شاملة ومفصلة.

- التطبيقات التي تمت دراستها كانت في باب المعاملات المالية المعاصرة.

سادسا-منهج الدراسة:

اقتضت طبيعة البحث المزج بين المناهج التالية:

1- **المنهج الاستقرائي:** وذلك من خلال جمع المادة العلمية وكل ما له علاقة بالقاعدة.

2- **المنهج الوصفي:** في التعريف بمصطلحات الدراسة في هذا البحث، وبيان مكانة القاعدة ضمن أصول المذهب المالكي، وغيرها.

3- **المنهج المقارن:** ويتجلى ذلك في بيان طريقة إعمال المالكية للقاعدة، وكيفية إعمالها عند بقية المذاهب.

4- **المنهج التحليلي:** من خلال دراسة بعض التطبيقات الفقهية المعاصرة.

سابعا- منهجية الدراسة:

تم تناول موضوع البحث وفق منهجية أكاديمية متبعة وتفصيلها فيما يلي:

-عزو الآيات القرآنية المستدل بها إلى سورها وذكر رقمها في المتن.

-عزو الأحاديث النبوية الواردة إلى مظانها، مع بيان درجة الحديث ما أمكن ذلك، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو في أحدهما أو في الموطأ نكتفي بذكر الحديث، وإن تكرر ذكر الحديث كتبنا عبارة: "سبق تخريجه".

-شرح المفردات التي تحتاج إلى توضيح في الهامش.

-توثيق المعلومات الواردة في المتن بالهامش كان بذكر: المؤلّف، المؤلّف، الجزء والصفحة. على أن تذكر بقية المعلومات في قائمة المصادر والمراجع، وفقاً للترتيب الآتي: اسم المؤلّف، المؤلّف، التحقيق (إن وجد)، رقم الطبعة (إن وجد)، دار النشر، مكان النشر، سنة النشر (إن وجدت). -خصصت الترجمة لأعلام المالكية القدامى، وذلك لارتباط دراستنا بالفقه المالكي، وتفادياً لإثقال الهوامش.

-استعمال كلمة "ينظر" عند التصرف في الكلام المنقول.

ثامنا - حدود البحث:

تناول بحثنا دراسة قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة من الجانب التأصيلي والتطبيقي، من خلال وضع خطة مكنتنا من إعطاء صورة شاملة عن قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية، مع الإشارة إليها عند المذاهب الأخرى، ولكن لما تشعبت وكثرت النوازل المالية المعاصرة؛ ولأنّ الغرض من البحث بيان أثر القاعدة في بعض المعاملات المالية المعاصرة، اقتصرنا في الجانب التطبيقي على مسألتين الوديعة المصرفية في البنوك الإسلامية والتأمين التكافلي المخرّج على الهبة أنموذجاً.

تاسعا - خطة الدراسة:

بعد اختيارنا للموضوع سرنا في كتابته على النحو الآتي:

مقدمة: فيها توطئة للموضوع، ثم بيان أهميته، كما قمنا بطرح الإشكال الرئيس، وذكرنا الأسباب الدافعة لهذا الموضوع -الذاتية والموضوعية- ثم تطرقنا إلى أهداف الدراسة والمنهج المتبع فيها.

المبحث الأول: التعريف بقاعدة الحكم بين حكمين وبيان علاقتها بالمصطلحات القريبة

منها

المطلب الأول: التعريف بقاعدة الحكم بين حكمين

الفرع الأول: التعريف بمصطلحات القاعدة

الفرع الثاني: بيان المعنى التركيبي للقاعدة

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصطلحات المشابهة لها

- الفرع الأول: علاقة القاعدة بمسألتي تقابل الأصلين ومراعاة الخلاف
- الفرع الثاني: علاقة القاعدة بمسألتي تبعض الأحكام وتفريق الأحكام
- الفرع الثالث: علاقة القاعدة بمسألة العمل بالشبهين
- المبحث الثاني: منزلة قاعدة الحكم بين حكمين في أصول المذهب المالكي ودوافع استعمالها
- المطلب الأول: مكانة القاعدة في أصول المذهب المالكي
- الفرع الأول: أصول المذهب المالكي
- الفرع الثاني: مكانة القاعدة في أصول المذهب المالكي
- المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للقاعدة
- الفرع الأول: من السنة
- الفرع الثاني: من فعل الصحابة
- المطلب الثالث: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة وضوابطها
- الفرع الأول: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة
- الفرع الثاني: ضوابط القاعدة
- المبحث الثالث: آثار القاعدة في بناء الأحكام من خلال عقدي الوديعة المصرفية والتأمين التكافلي
- المطلب الأول: أثر قاعدة الحكم بين حكمين في الوديعة المصرفية
- الفرع الأول: حقيقة الوديعة المصرفية
- الفرع الثاني: أنواع الوديعة المصرفية
- الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكمين في الوديعة المصرفية
- المطلب الثاني: أثر قاعدة الحكم بين حكمين في عقد التأمين التكافلي المخرج على عقد الهبة
- الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لعقدي التأمين التكافلي والهبة
- الفرع الثاني: التكيف الفقهي لعقد التأمين التكافلي على الهبة

الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في عقد التأمين التكافلي المخرج على الهبة الخاتمة: وذكر فيها أهم النتائج التي تمّ التوصل إليها، وبعض التوصيات الخادمة لهذا الموضوع.

صعوبات البحث:

لا يخلو أي بحث من بعض الصعوبات والعوائق، ومع ذلك يجدر بنا القول أنّه لم تواجهنا عوائق كبيرة منعتنا من مواصلة البحث -ولله الحمد-؛ بل هي بعض الصعوبات التي لا تنفك عن الباحث في إنجاز عمله، أهم ما يشار إليه منها:

- كوننا ربات بيوت فقد وجدنا صعوبة في التوفيق بين الالتزامات الأسرية والتزامنا اتجاه البحث العلمي.

- واجهتنا صعوبة في الجانب التطبيقي وذلك من ناحية تطبيق القاعدة على مسألة الوديعة والتأمين التكافلي.

وختاماً، حسبنا أنّنا قد بذلنا جهداً في إنجاز هذا البحث المتواضع، واجتزنا الصعوبات في سبيل الوصول إلى المراد بفضل الله تعالى وتوفيقه، ثم بتوجيهات أستاذنا المشرف الدكتور محمد طه حميدي، ومع ذلك يبقى ما قدمناه جهداً بشرياً يعتريه النقص والسهو والغفلة، ومُعَرَّض للخطأ والصواب، فما كان في هذا البحث من صواب فمن الله وحده، وما كان فيه من خطأ فمن أنفسنا ومن الشيطان.

المبحث الأول:

التعريف بقاعدة الحكم بين حكمين وبيان علاقتها

بالمصطلحات القريبة منها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بقاعدة الحكم بين حكمين

الفرع الأول: التعريف بمصطلحات القاعدة

الفرع الثاني: بيان المعنى التركيبي للقاعدة

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصطلحات المشابهة لها

الفرع الأول: علاقة القاعدة بمسألتي تقابل الأصلين ومراعاة الخلاف

الفرع الثاني: علاقة القاعدة بمسألتي تبعية الأحكام وتفريق الأحكام

الفرع الثالث: العمل بالشبهين والحكم بين حكمين

المبحث الأول

خُصِّصَ هذا المبحث للتعريف بمفردات الدراسة والألفاظ ذات الصلة وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بقاعدة الحكم بين حكمين

سنتناول في هذا المطلب المعنى اللغوي والاصطلاحي للقاعدة في الفرع الأول، والمعنى التركيبي لها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التعريف بمصطلحات القاعدة

أولاً- تعريف القاعدة

1- القاعدة لغة: هي الأصل والأساس، والقواعد: الأساس، وقواعد البيت أساسه. وفي التنزيل: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [البقرة: 127]¹. قال الزجاج: القواعد: أساطين البناء التي تَعْمِدُهُ. وقواعد الهودج حَشَبَاتُهُ الجاريةُ مَجْرَى قَوَاعِدِ الْبِنَاءِ².

2- القاعدة اصطلاحاً: قد تعددت تعريفات العلماء لها ومن بينها ما يلي:

- "قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"³.
- "كل كُلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة وأعم من المعقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"⁴.

¹ / ابن منظور، لسان العرب، 3/361.

² / المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

³ / الجرجاني، التعريفات، ص 177.

⁴ / أحمد المقرئ، قواعد الفقه، ص 77.

- "أمر كلي ينطبق على جزئيات كثيرة، تفهم أحكامها منها، فمنها ما لا يختص، بباب كقولنا: (اليقين لا يرفع بالشك)، ومنها ما يختص، كقولنا: (كل كفارة سببها معصية فهي على الفور)"¹.

- والقاعدة في اصطلاح العلماء تطلق على معانٍ منها؛ مرادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد، وعرفت بأنها أمر كلي منطبق على جميع جزئياته عند تعرّف أحكامها منه.²

ثانياً- تعريف الحكم

1-الحكم لغة: ورد في الكليات: الحكم، في اللغة: الصّرف والمنع للإصلاح، ومنه (حكمة الفرس) وهي الحديدية التي تمنع عن الجموح، ومنه: الحكيم؛ لأنّه يمنع نفسه ويصرفها عن هواها؛ والأحكام والإتقان أيضاً.

ومنه قوله تعالى: ﴿أُحْكِمْتَ آيَاتُهُ﴾ [هود:1]، أي؛ مَنَعْتَ وحفظت عن الغلط والكذب والباطل والخطأ والتناقض³، وجاء في الصحاح: الحُكْمُ: مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضى.⁴

قال ابن فارس في مقاييس اللغة: (حكم): الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع. وأول ذلك الحُكْمُ، وهو المنع من الظلم. وسُمِّيَتْ حَكَمَةُ الدَّابَّةِ لأنها تمنعها، يُقَالُ حَكَمْتُ الدَّابَّةَ وأحكمتها. ويُقَالُ حَكَمْتُ السفينة وأحكمتُها، إذا أَخَذْتُ على يديه. قال جرير: أَبْنَيْ حَنِيفَةً أَحْكِمُوا سُفَاءَكُمْ... إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ أَنْ أَعْضَبَ، والحكمة هذا قياسُها، لأنها تمنع من الجهل.⁵

2-الحكم اصطلاحاً:

¹ / محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات الفقهية، 122/3.

² / التهانوي، كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، 1295/2.

³ / الكفوي، الكليات، ص380.

⁴ / الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، 1901/5.

⁵ / ابن فارس، مقاييس اللغة، 91/2.

عرّفه الجرجاني في كتابه التعريفات بـ: "إسناد أمرٍ إلى آخر إيجاباً أو سلباً"¹ أو هو كما جاء في مذكرة في أصول الفقه: "إثبات أمرٍ لأمرٍ أو نفيه عنه"².

- والحكم من حيث المصدر ثلاثة أقسام:

1-2 الحكم الذي يُدرك بالعادة: "وهو إثبات الربط بين أمرٍ وأمرٍ، وجوداً وعدمًا بواسطة التكرار مع صحة التخلف وعدم تأثير أحدهما في الآخر البتّة".

2-2 الحكم الذي يُدرك بالعقل: "وهو إثبات أمرٍ لأمرٍ، أو نفيه عنه من غير توقف على تكرار ولا وَضْعٍ واضعٍ"³.

2-3 الحكم الشرعي:

وهذا ما نحن بصدد بيانه في بحثنا، ولكن تختلف نظرة الفقهاء عن نظرة الأصوليين، وفيما يلي بيان لحقيقته عند كل فريق:

- **معناه عند الفقهاء:** "هو الأثر المترتب على خطاب الله تعالى، أو هو مدلول الخطاب الشرعي"⁴.

- **معناه عند الأصوليين:** "إنّ الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير"⁵، أو "هو خطاب الشارع المفيد بفائدة شرعية"⁶ "تختص به"⁷، نحو: قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة: 43]، وهو الحكم عند الأصوليين؛ لأنّ خطاب الله تعالى الذي بين صفة هي الوجوب لفعل صادر عن المكلف وهو الصلاة. والوجوب الذي أثبتته الخطاب المتقدم: هو الحكم عند الفقهاء⁸.

¹ / الجرجاني، التعريفات ص 123.

² / محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص 10.

³ / ابن الحاجب، مختصر ابن الحاجب، ص 282.

⁴ / ابن قدامة، روضة الناظر، 98/1.

⁵ / الرازي، المحصول 89/1. والقراي، نفائس الأصول في شرح المحصول، 214/1.

⁶ / الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 96/1.

⁷ / أسقط ابن الحاجب كلمة المفيد وأضاف تختص به.

⁸ / ابن قدامة، روضة الناظر، 98/1.

ثالثا- معنى بَيْنَ: ظرف مُبْهِم. لا يتبين معناه إلا بإضافته إلى اثنين فصاعدا¹؛ كقوله تعالى: ﴿عَوَانُ بَيْنَ ذَلِكَ﴾ [البقرة: 68].

بَيْنَ: مَوْضُوعٌ لِلْخِلَالَةِ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ وَوَسْطَهُمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَجَعَلْنَا بَيْنَهُمَا زُرْعًا﴾ [الكهف: 32]. وَبَيْنَ يُسْتَعْمَلُ تَارَةً اسْمًا وَتَارَةً ظَرْفًا، فَمَنْ قَرَأَ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿لَقَدْ تَقَطَّعَ بَيْنَكُمْ﴾ [الأنعام: 94] جَعَلَهُ اسْمًا وَمَنْ قَرَأَ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿لَقَدْ تَقَطَّعَ بَيْنَكُمْ﴾ [الأنعام: 94] جَعَلَهُ ظَرْفًا غَيْرَ مُتَمَكِّنٍ وَتَرْكُهُ مَفْتُوحًا، وَلَا يُسْتَعْمَلُ بَيْنَ إِلَّا فِيمَا كَانَ لَهُ مَسَافَةٌ نَحْوَ (بَيْنَ الْبَلَدَيْنِ، أَوْ لَهُ عَدَدٌ مَا اثْنَانِ فَصَاعِدًا)².

وقولهم هذا بَيْنَ بَيْنَ. أي بَيْنَ الْجَيِّدِ وَالرَّذِيءِ؛ اسْمَانِ جُعِلَا وَاحِدًا. وَيُقَالُ جَلَسَ بَيْنَ الْقَوْمِ: أي وَسَطَهُمْ³؛ لِأَن حَقِيقَةَ الْبَيْنَةِ الْوَسْطُ⁴.

رابعا-الحكيمين: "المقصود بهما هنا: الطرفان اللذان ثبت حكمهما ابتداءً وأصاله، وقد توسطتهما أمر لم يتمحض شبيهه لواحد منها، بمعنى: يكون في المسألة حكم يقابله حكم آخر مخالف له من باب تعارض حكيمين متقابلين، كلاهما ثابت بدليل، وبينهما فرع على سبيل التوسط، ليس إلحاقه -كُلًّا لا جزءًا- بأحدهما بأولى من إلحاقه بالآخر"⁵.

الفرع الثاني: بيان المعنى التركيبي للقاعدة:

أدرج العديد من العلماء مسألة الحكم بين حكيمين ضمن قاعدة مراعاة الخلاف، ولم يفرّدوا لها تعريفا خاصا بها، وإنما جاء ذكرها في سياق شرح حديث سودة حينما أمرها النبي ﷺ: «أن تحتجب من عبد الله بن زمعة»⁶.

¹ / مجمع اللغة العربية، الوسيط، ص 80.

² / الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، 1/87.

³ / الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 1182.

⁴ / الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، 1/247.

⁵ / مراد بوضاية، قاعدة الحكم بين حكيمين وأثرها في بناء الأحكام (مقال)، ص 5.

⁶ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المتشابهات، حديث رقم: 1948، 2/724. ومسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراس وتوقي الشبهات، حديث رقم: 1457، 2/1080.

فقد عرفها ابن دقيق العيد بقوله: "كون الفرع يأخذ مشابهة من أصول متعددة، فيعطى أحكاماً مختلفة. ولا يحض لأحد الأصول"¹. وقال في موضع آخر الحكم بين حكمين: "هو أن الفرع إذا أشبه أصليين ودار بينهما يعطى حكماً بين حكمين"².
 بينما عرفها ابن العطار قائلًا: "أن يكون الفرع قد أخذ مشابهة من أصول متعددة؛ فتعطى أحكاماً مختلفة، ولا تمحض لأحد الأصول"³.
 وقال ابن بشير⁴: "الحكم بين الحكمين هو الفرع يتجاذبه أصلان ولا ترجيح، فيعطى حكماً من كل واحد منهما كشبه العمدة على أحد الطرفين"⁵.

التعريف الإجرائي للقاعدة:

- إعطاء المسألة التي تتجاذبها حقيقتان متغايرتان حكماً بينياً؛ وذلك عند العجز عن الترجيح .

المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصطلحات المشابهة لها

قد يلتبس على البعض تداخل مفهوم قاعدة الحكم بين حكمين ببعض المصطلحات القريبة منها التي جاء ذكرها في كتب الأصول، وسنحاول في هذا المطلب رفع اللبس والاشتباه وذلك في ثلاثة فروع.

الفرع الأول: علاقة القاعدة بمسألتي تقابل الأصلين ومراعاة الخلاف

سنتناول في هذا الفرع قاعدتي تقابل الأصلين ومراعاة الخلاف من خلال عرض المفهوم أولاً وبيان العلاقة ثانياً.

أولاً- تقابل الأصلين والحكم بين حكمين:

¹ / ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ص 607.

² / المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 312/1.

³ / ابن العطار، العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام، 1368/3.

⁴ / إبراهيم بن عبد الصمد بن بشير التنوخي المهدي، أخذ عن الإمام السيوري وغيره، من مؤلفاته: "التنبية"، توفي بعد

536هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 186/1.

⁵ / الدميري، تحبير المختصر، 84/1.

1- التعريف بقاعدة تقابل الأصلين:

تناول علماء الأصول تقابل الأصلين ضمن مباحث التعارض والترجيح، وفيما يلي عرض لبعض التعاريف التي وقفنا عليها:

ذكره المنجور خلال كلامه عن قاعدة الحكم بين حكمين فقال: "إذا أشبه الفرع أصلين ولم يترجح أحد الشبهين"¹.

ويقول الجويني في نهاية المطلب: "أنّ تقابل الأصلين لقب أطلقه الفقهاء اصطلاحاً، فحاصل القولين فيما سَمَّاهُ الفقهاء تقابل الأصلين يرجع إلى تقابل الأمارات الظنية"².

فتقابل الأصلين، أو التعادل في نفس الأمر³ - كما أطلق عليه الزركشي - هو تعارض بين الأدلة على سبيل الممانعة، كما إذا دلَّ أحدهما على وجوب شيء والآخر على عدم وجوبه، وانتفاء المرجح لأحد الدليلين على الآخر وهذا من وجهة نظر المجتهد؛ إذ إنه لا وجود للتعارض الحقيقي بين أدلة الشرع، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: 82]، وقوله أيضاً: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (٣) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾ [النجم: 3-4]؛ فدل على أنّ مراد ذلك التعارض قصور في إدراك الناظر وفهمه، وليس في الحقيقة والواقع.

2- علاقة تقابل الأصلين بالحكم بين حكمين: تبرز العلاقة بينهما في كون قاعدة الحكم

بين حكمين مسلك من مسالك دفع التعارض بين الأصول فقد عَدَّها بعض المالكية ضمن طرق دفع التعارض⁴ ولا ترجيح، كما نصَّ على ذلك المنجور في شرح المنهج: "اختلف هل ورد الحكم بين أيّ حكم بين الحكمين، فأثبتته المالكية وهو من أصولهم، ونفاه الشافعية، ويعمل به من أثبته في بعض صور تعارض الأدلة ولا ترجيح..."⁵.

ثانياً-مراعاة الخلاف والحكم بين حكمين:

¹ / المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 309/1.

² / الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 545/8.

³ / محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 127/8.

⁴ / عبد المنعم اكريكر، قاعدة تقابل الأصول عند المالكية المفهوم والأسباب وطرق إزالة التعارض (مقال)، ص 72.

⁵ / المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 309/1.

بعد التطرق لبيان حقيقة الحكم بين حكمين يتعين التطرق إلى التعريف بقاعدة مراعاة الخلاف؛ حتى يتمكن من التوصل إلى بعض أوجه الاتفاق والاختلاف، والعلاقة بينهما.

1- التعريف بقاعدة مراعاة الخلاف:

يتردد في كتب الأصوليين عدّة تعريفات لمراعاة الخلاف، ولكن سنقتصر على ما ذكر في كُتب المالكية؛ لارتباطها بموضوع بحثنا:

تبين متأخري المالكية من خلال استقراء وتتبع المسائل الفقهيّة المبنية على مراعاة الخلاف، أنّه ينقسم إلى قسمين باعتبار وقوع الفعل.

1-1 مراعاة الخلاف بعد وقوع الفعل: وهو-المشهور في المذهب:-

عرّفه ابن عبد السلام¹ بأنه: "إعطاء كل من الدليلين ما يقتضيه من الحكم مع وجود المعارض"².

كما جاء في شرح حدود ابن عرفة³ على أنه: "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليل آخر"⁴.

مراعاة الخلاف قبل الوقوع: أو ما يُسمّى بـ (الخروج من الخلاف): الجمع بين دليلين بوجه من وجوه الجمع، والعمل بمقتضى كل واحد منهما فعلاً أو تركاً احتياطاً وورعاً⁵.

¹ / محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير، المعروف بابن عبد السلام، أخذ عن أبي العباس البطرني وغيره، وأخذ عنه جماعة من العلماء منهم عبد الله بن عرفة الورغمي، من مصنفاته: "شرح مختصر ابن الحاجب الفقهي"، توفي 749هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 330/2.

² / الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 263/1.

³ / محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، أبو عبد الله، ولد سنة 716هـ، إمام وخطيب تونس بجامعها الأعظم لخمسين سنة في عصره، أخذ عن ابن عبد السلام والشريف التلمساني وغيرهم، وأخذ عنه الكثير منه ابن الخطيب القسنطيني وابن فرحون، من تأليفه: "الحدود"، توفي سنة 803هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 326/1-327.

⁴ / المرجع السابق، 269/1.

⁵ / أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهيّة، ص74.

جاء في شرح مختصر خليل¹ للخرشي²: "(ص) وكُرِّها بفرض (ش) أي وكُرِّهت بالبسملة والتعوذ في الفرض للإمام وغيره سرًّا وجهرًا في الفاتحة وغيرها... وقيل بالإباحة والتدب والوجوب لكن من الورع الخروج من الخلاف بالبسملة أول الفاتحة ويكره الجهر بها...³

2- علاقة مراعاة الخلاف بقاعدة الحكم بين حكمين:

تتفق قاعدة مراعاة الخلاف - قبل الوقوع - أو ما يُسمّى بالخروج من الخلاف مع قاعدة الحكم بين حكمين، في كون كلٍّ منهما يُطلق عليه «التوسط بين حكمين» إلّا أنّ إطلاقه عن الخروج من الخلاف من باب التَّجَوُّز؛ لأنّه بعد النظر فيه كأنّه إهمال الدليلين - المتعارضين - وإعمال دليل ثالث يتوسطهما، كما هو موضح في المثال الآتي:

يُستحبّ غسل الإناء الذي وَلَغَ فيه الكلب عند المالكية، مع أنّهم يقولون بطهارته، وذلك خروجًا من خلاف من أَوْجَبَ غَسْلَهُ.

وكذلك الأمر في مراعاة الخلاف - بعد الوقوع - فالنّاظر يُراعي دليله ودليل مخالفه، وكأنّه جمع بين الدليلين، وهذه هي حقيقة الحكم بين حكمين، غير أنّه في مراعاة الخلاف إعمال جزئي للدليل المعارض.

فمن المعلوم في المذهب المالكي أنّ نكاح الشّغار حكمه الفسخ مع ثبوت الإرث بين الزوجين، وهو خلاف لأصلهم العام القائل بعدم التّوارث مادام الفسخ ثابتًا، فتوسّطوا في الحكم بين حكمين، بين دليلهم القائل بالفسخ، ودليل مخالفهم القاضي بعدم الفسخ ولازم ثبوت الإرث بين الزوجين.⁴

¹ / خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، فقيه مالكي من أهل مصر، ولي الإفتاء على مذهب مالك، من مؤلفاته: "مختصر خليل". ينظر: الزركلي، الأعلام، 315/2.

² / أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، شيخ المالكية في عصره، أخذ عن والده والبرهان اللقاني وغيرهم، وأخذ عنهم أحمد الشبرخيتي، من مؤلفاته: "الشرح الكبير على مختصر خليل"، توفي 1001هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 459/1.

³ / الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، 289/1.

⁴ / ابن عرفة، المختصر الفقهي، 35/4.

بالإضافة إلى أنّ مراعاة الخلاف بنوعيه يجزم المجتهد فيه بترجيح أحد الدليلين المتعارضين ابتداءً، بخلاف الناظر في قاعدة الحكم بين حكمين، إذ أنّه تَعَدَّرَ عليه الترجيح بينهما ابتداءً وبعداً.

ومن هنا تتّضح العلاقة بين القاعدتين: فالحكم بين حكمين أعمّ من مراعاة الخلاف، وهذا الأخير أخصّ منه، فبينهما عموم وخصوص، فكل مراعاةٍ للخلاف تعدّ حكماً بين حكمين، والعكس غير صحيح.

الفرع الثاني: علاقة القاعدة بمسألتي تبعض الأحكام وتفريق الأحكام:

سنتناول في هذا الفرع قاعدتي تبعض الأحكام وتفريقها بعرض المفهوم أولاً وبيان العلاقة ثانيًا.

أولاً- تبعض الأحكام والحكم بين حكمين:

1- التعريف بقاعدة تبعض الأحكام:

لا يخرج استعمال الفقهاء لمصطلح التبعض عن معناه اللغوي.

فالتبعض: هو التجزئة وهو مصدر بَعْضَ الشيء تبعضاً: أي جعله أبعاضاً: أي أجزاء متمايزة؛ وبعض الشيء: جزؤه، وهو طائفة منه سواءً قلّت أو كثرت، ومنه: أخذوا ماله فبعضوه: أي فرّقوه أجزاءً¹. والتبعض: تفريق الأجزاء².

والشريعة طافحة بتبعض الأحكام وهو محض الفقه³. قال ابن قدامة في المغني: "يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت أخيه من الزنا، وهو قول عامة الفقهاء، ثم قال: ... ولا يجري التوارث بينهما ولا تعتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تُحرّم عليه كسائر الأجانب. ثم قال: ... ولأنها بضعة منه فلم تحلّ له كبنته من النكاح، وتحلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً"⁴.

¹ / محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ص 426.

² / عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعريف: ص 90.

³ / ابن قيم، أحكام أهل الذمة، 544/1-545.

⁴ / ابن قدامة، المغني، 485/7.

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله: تبعيض الأحكام، لقول رسول الله ﷺ: «واحتجبي منه يا سودة»¹ وعليه نصوص الإمام أحمد رحمه الله².

وقال ابن قَيِّم: "وأما أمره سودة وهي أخته بالاحتجاب منه، فهذا يدل على أصل وهو تبعيض أحكام النسب، فيكون أخاها في التحريم والميراث وغيره، ولا يكون أخًا في المحرمية والخلوة والنظر إليها لمعارضة الشبه للفراش"³. فحكم وأفتى بالولد لصاحب الفرash عملاً بموجب الفرash، وأمر سودة أن تحتجب منه عملاً بشبهه بعتبة وقال: ليس لك بأخ، للشبهة وجعله أخًا في الميراث فتضمنت فتواه ﷺ أن الأمة فرash، وأن الأحكام تتبع في العين الواحدة عملاً بالاشتباه، كما تتبع في الرضاة وثبوتها يثبت بها الحرمة والمحرمية دون الميراث والنفقة [وليس ولدًا في الميراث والنفقة]. وكما في ولد الزنا هو ولد في التحريم وليس ولدًا في الميراث.⁴

ونظير هذا لو أقام شاهدًا واحدًا وحلف معه على سارق أنه سرق متاعه، ثبت حكم السرقة في ضمان المال على الصحيح، ولم يثبت حكمها في وجوب القطع اتفاقًا. فهذا سارق من وجه دون وجه، ونظائره كثيرة⁵.

2- علاقة القاعدة بتبعيض الأحكام:

قال ابن قَيِّم: "فهذا الحكم النبوي أصل في ثبوت النسب بالفرash، وفي أن الأمة تكون فراشا بالوطء، وفي أن الشبه إذا عارض الفرash، قُدِّمَ عليه الفرash، وفي أن أحكام النسب تتبع، فتثبت من وجه دون وجه، وهو الذي يسميه بعض الفقهاء حُكْمًا بين حكمين"⁶.

¹ / أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب تفسير المشاهات، حديث رقم: 1948، 724/2. ومسلم في

صحيحه، كتاب الرضاة، باب الولد للفرash وتوقي الشبهات، حديث رقم: 1457، 1080/2.

² / المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، 277/9.

³ / ابن قَيِّم، تهذيب السنن، 980/1.

⁴ / ابن قَيِّم، إعلام الموقعين، 475/6.

⁵ / المرجع السابق، 981-982/2.

⁶ / ابن قَيِّم، زاد المعاد، 368/5.

يُتّضح لنا من خلال قول ابن القيم بأنّ تبعية الأحكام مصطلح جاء مرادفاً لقاعدة الحكم بين حكمين.

وبالجملة فهذه من أسرار الفقه ومراعاة الأوصاف التي تترتب عليها الأحكام، وترتيب مقتضى كل وصف عليه، ومن تأمل الشريعة أطلعته من ذلك على أسرار وحكم تُبهر الناظر فيها¹.

ثانياً- تفريق الأحكام والحكم بين حكمين:

1- التعريف بقاعدة تفريق الأحكام:

يُعتبر مصطلح تفريق الأحكام من المصطلحات التي جاء ذكرها عن الفقهاء المسلمين دون غيرهم، تحت مسمى تفريق الصفقة، والتي يقصد بها: "اختلاف الصفقة صحة بالنسبة لشيء وفساداً بالنسبة لآخر ابتداءً ودواماً"².

وتفريق الأحكام حقيقته: أن يتنازع أصلاً مختلفان فرعاً واحداً، فيكون متردداً بينهما؛ لثبوت مناطه في كل منهما، ولا يُستطاع فك الجهة في التشابه، أو جعل الفرع يأخذ حكم أحد الأصلين؛ لشدة الاشتباه وعدم ثبوت ترجيح أحدهما على الآخر، فحينئذ يلجأ إلى تفريق الأحكام، فيعطى الفرع أحكاماً في بعض الأحوال طبقاً لأحد الأصلين، بينما يعطى أحكاماً أخرى في غيرها من الأحوال طبقاً للأصل الآخر³.

ومن الفروع التي سلك فيها علماء الشافعية هذا المنهج مسألة استلحاق الأب زوجة ابنه مجهولة النسب، فرع تزوج امرأة مجهولة النسب فاستلحقها أبوه؛ ثبت نسبها ولا يفسخ النكاح، أي؛ إن لم يصدقه الزوج، حكاه المزني، ثم قال: وفيه وحشة، قال القاضي في فتاويه: وليس لنا من يطاء أخته في الإسلام إلا هذا، وقيس به ما لو تزوجت مجهول النسب، فاستلحقه أبوها، ثبت نسبه ولا يفسخ النكاح إن لم يصدقه الزوج⁴.

¹ / ابن قيم، تهذيب السنن، 1/981.

² / البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، 2/225.

³ / علي جمعة محمد، دار الإفتاء المصرية - نظرية تفريق الأحكام - محاضرة مسموعة، يوم 2023/03/21، في الساعة

16:00، من الرابط التالي <https://m.youtube.com>

⁴ / زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 3/149.

2- علاقة القاعدة بتفريق الأحكام:

يُعد تفريق الأحكام مسلكاً من مسالك دفع التّعارض عند الشافعية، وهذا المسلك لا يُسار إليه إلّا في حالة وجود أصليين متعارضين، وفرعٍ متردّدٍ بينهما مع عدم إمكان إلحاق أحدهما بالآخر لشدة الاشتباه، وهذا مشابه تماماً لقاعدة الحكم بين حكمين، وإنّما جاء الاختلاف في محل إعمالها، فجمهور الفقهاء عدا المالكية عملوا بها في مسلك من مسالك الجمع بين الأدلة المتعارضة، بينما ذهب المالكية إلى إعمالها حالة تعدّد الجمع أو النسخ أو الترجيح ولا مرجح.

الفرع الثالث: العمل بالشبهين والحكم بين حكمين:

1- التعريف بقاعدة العمل بالشبهين:

العمل بالشبهين مصطلح شاع استعماله عند فقهاء المذهب الحنفي، ويراد به: "أنّ الفرع المشبّه لأصليين يلحق بكل واحد منهما من وجه ولا يقطع إلحاقه بالآخر"¹. وهذا الفرع الذي يتجاذبه أصلاً فقد يحكم فيه بحكم ثالث مأخوذ من الأصلين، وهو طريقة الشبهين؛ فيعطيه بعض حكم هذا وبعض حكم هذا، كما فعله أحمد في ملك العبد وكذلك مالك، وهذا كثير في مذهب مالك وأحمد². والأصل فيما يتردّد بين الشبهين أن يعتبر بهما ويوفي حظاً من كل منهما ولا يبطّل أحدهما بالكلية³. لأنّ الأصل في الشبهين العمل بهما⁴. وقال ابن نجيم مبيناً مجال العمل بالشبهين: "قد تقرّر مراراً أن العمل بالشبهين إنّما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين"⁵.

ومن فروع هذا المسلك عند الحنفية ما قال به محمد بن الحسن في تصحيح شركة العقد في المكيل والموزون بعد الخلط لا قبله، بالشبهين معاً: شبّه المكيل والموزون بالعرض، وشبّهه

¹ / القدوري، التجريد، 6494/12.

² / آل تيمية: المسودة في أصول الفقه، ص376.

³ / الفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، 84/1.

⁴ / ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، 119/4.

⁵ / ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 58/8.

بالثمن، مع أن المكيل والموزون عرض في حقيقته، وهو لذلك متأصل في هذه الحقيقة، إلا أن له شبهة بالثمن¹.

2- علاقة القاعدة بالعمل بالشبهين:

من خلال ما تم عرضه حول مسألة العمل بالشبهين لدى المذهب الحنفي، نلاحظ أن فحواها لم يخرج عن قاعدة الحكم بين حكمين، فكلاهما أمر واحد، ويدل على ذلك ما جاء في المسودة: "فقد يحكم فيه بحكم ثالث مأخوذ من الأصلين، وهو طريقة الشبهين، فيعطيه بعض حكم هذا وبعض حكم هذا..."². وقال ابن دقيق العيد: "... إنَّ الفرع إذا أشبه أصلين ودار بينهما يُعطى حكمًا بين حكمين فلو أُعطيَ حكم أحدهما فقد لزم إلغاء شبهه بالآخر، والفرض أنه أشبه³. فكلاهما أعطى للفرع الذي يتجاذبه أصلان متعارضان حكمًا مأخوذًا منهما دون تمحض لأحدهما.

¹ / عارف عز الدين حسونة، العمل بالشبهين عند الحنفية (مقال)، ص 15.

² / آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، ص 376.

³ / أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، ص 267.

خلاصة المبحث الأول مايلي:

- ما يلاحظ على هذه التعريفات أنها اشتملت على مضمون القاعدة (الحكم بين حكمين)، إلا أنها لم يراع فيها سبب الأعمال، إلا ما قام به ابن بشير المالكي في تعريفه مبيناً أن العجز عن الترجيح حال تعارض الأدلة ولا مرجح، هو مجالها.
- قاعدة الحكم بين حكمين مسلك عند تقابل الأصلين المتكافئين ولا مرجح بينهما.
- قاعدة الحكم بين حكمين ومراعاة الخلاف بينهما عموم وخصوص؛ إذ إن مراعاة الخلاف إعمال جزئي للدليل المعارض، بينما قاعدة الحكم بين حكمين إعمال لكل من الدليلين دون تمحض أحدهما بالحكم.
- راعى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ما تضمنته قاعدة الحكم بين حكمين وإن اختلفت المسميات وعملوا بها في مسلك من مسالك الجمع بين الأدلة المتعارضة، بينما ذهب المالكية إلى إعمالها عند عجز المجتهد عن الجمع أو النسخ أو الترجيح ، ولا مرجح.

المبحث الثاني: منزلة قاعدة الحكم بين حكمين في أصول

المذهب المالكي ودوافع استعمالها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مكانة القاعدة في أصول المذهب المالكي

الفرع الأول: أصول المذهب المالكي

الفرع الثاني: مكانة القاعدة في أصول الفقه المالكي

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للقاعدة

الفرع الأول: من السنة

الفرع الثاني: مكانة القاعدة في أصول الفقه المالكي

المطلب الثالث: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة وضوابطها

الفرع الأول: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة

الفرع الثاني: ضوابط القاعدة

المطلب الأول: مكانة القاعدة في أصول المذهب المالكي

لا يَسْعَا في هذا المطلب دراسة أصول المذهب المالكي تفصيلاً، فهذا يتطلب بحثاً مستقلاً، ولذلك سنكتفي بذكرها على سبيل الإجمال، وذكر بعض أقوال العلماء في عددها لاختلافهم الكبير، مع الإشارة إلى مكانة قاعدة الحكم بين حكمين بين هذه الأصول.

الفرع الأول: أصول المذهب المالكي

كان مبدأ الإمام مالك¹ مبدأ فقهاء أهل المدينة في الأصول والقواعد التي اعتمد عليها في فقهه، فمذهب مالك كان منبعه طائفة من الصحابة رضي الله عنهم، وعلى رأسهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهو الأساس للأصول المالكية²، وكما قيل: "فإن الذين يتكلمون عن الأصول التي يتميز بها المذهب المالكي، لا يجدون أي صعوبة في إدراك أن تلك الأصول، إنما هي أصول عمرية قبل أن تكون أصولاً مالكية"³، ولهذا يُنسب لمالك -رحمه الله- أنه لم يُدَوَّن ولم يصرَّح بالأصول التي اعتمد عليها في اجتهاده، وأنه كان يبيّن ويفتي على أساس علم مستقر ومُرتكز في ملكته التي نمت بالممارسة الاجتهادية العملية، ومع ذلك فقد أشار بكلامٍ قد يُفهم منه بعض الأصول التي استند عليها في فروعه واجتهاداته الفقهية من خلال حديثه عن كتابه "الموطأ"، فقال: "فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الصحابة والتابعين، ورأيي، وقد تكلمت برأيي وعلى الاجتهاد وعلى ما أدركت عليه أهل العلم ببلدنا لا ولم أخرج من جملتهم إلى غيره"⁴.

وبعد جهود قام بها جهابذة علماء المذهب المالكي من خلال استقراء الفروع والاستدلالات الجزئية والأقوال التي صرَّح بها في كتابه الموطأ، استخلصوا المنهج الاجتهادي وأصول الاستدلال التي كانت أساساً في بناء مذهبه.

¹ / مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث، وهو ذو الأصبحي، إمام دار الهجرة، وإليه تنسب المالكية، ولد سنة 93هـ، من مصنفاته: "الموطأ"، توفي سنة 179هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 82/1. والزركلي، الأعلام، 257/5.

² / يُنظر: أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص58-61.

³ / المرجع نفسه، ص61.

⁴ / ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، 123/1.

هذا وقد وقع خلاف بين المالكية في إحصاء هذه الأصول والقواعد، بين مقتصد ومبالغ في العدّ¹.

أولاً- الإحصاء الأول: جاء في كتاب النوادر والزيادات: "ومن كتاب ابن سحنون²: ... قال مالك: وليحكم بما في كتاب الله، فإن لم يكن فيه، فيما جاء عن رسول الله ﷺ، إذا صحبته الأعمال، فإذا كان خبراً صحبت غيره الأعمال، قضى بما صحبته الأعمال، فإن لم يجد ذلك عن رسول الله ﷺ فيما أتاه عن أصحابه إن اجتمعوا، فإن اختلفوا، حكم بمن صحبت الأعمال قوله عنده، ولا يخالفهم جميعاً ويتدئ شيئاً من رأيه، فإن لم يكن ذلك فيما ذكرنا، اجتهد رأيه وقاسه بما أتاه عنهم، ثم يقضي بما يجتمع عليه رأيه، ورأى أن الحق، فإن أشكل عليه، شاور رهطاً من أهل الفقه ممن يستأهل أن يشاور في دينه ونظره وفهمه ومعرفته بأحكام من مضى وآثارهم، وقد شاور عمر وعثمان عليّاً رضي الله عنهما، قال سحنون: فإن اختلفوا فيما شاورهم، نظر إلى أشبه ذلك بالحق، فأنفذه، وإن رأى خلاف رأيهم، لم يعجل، ووقف وازداد نظراً، ثم يعمل من ذلك بالذي هو أشبه عنده بالحق..."³.

وقد يُفهم من هذا الكلام أنّ مالكا قد نصّ على: القرآن الكريم، وسنة رسول الله ﷺ إذا عضّدها عمل أهل المدينة؛ لأنّ عمل أهل المدينة مقدم عنده على خبر الآحاد، وإجماع الصحابة رضي الله عنهم (وعند خلافهم يحكم بما عضّده العمل المدني)، ثم حتّ على النظر والاجتهاد بالرأي والقياس على ما سبق من الأصول، هذا وقد يشمل الاجتهاد بالرأي قوله: "ثم يعمل من ذلك بالذي هو أشبه عنده بالحق"⁴.

¹ / ينظر: أبو زهرة، مالك حياته وعصره - آراؤه وفقهه، ص254-255. وحسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص115-117.

² / أبو عبد الله محمد بن سحنون، تفقه بأبيه وسمع من ابن أبي حسان وموسى بن معاوية وغيرهما، وعنه سمع ابن القطان وأبو جعفر بن زياد، من كتبه: "الجامع الكبير"، توفي سنة، 255هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/105.

³ / ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 8/15-16.

⁴ / ينظر: أبو زهرة، مالك حياته وعصره - آراؤه وفقهه، ص257. حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يُبنى عليها المذهب المالكي، ص24-25.

ثانياً- الإحصاء الثاني: اقتصر ابن العربي¹ على ذكر خمسة أحكام فقال: "فأصول الأحكام خمسة: منها أربعة متفق عليها من الأئمة والكتاب والسنة والإجماع والنظر والاجتهاد، والمصلحة وهو الأصل الخامس الذي انفرد به مالك دونهم، ولقد وُفق فيه من بينهم"².

ويلاحظ من كلام ابن العربي أنه أجمل في عدّه للأصول، فلم يذكر العمل المدني مستقلاً، ولعلّه أدرجه في أصل السنة، كما أنه اكتفى بالنص على المصلحة، ولم يذكر أصول الاستدلال التي تعول على المصلحة: كالاستحسان، ويبدو أنه أدرج سد الذرائع وغيرها في مفهوم النظر والاجتهاد؛ لأنه يستحيل أنه غفل عنها لاشتهار مالك بها.

ثالثاً- الإحصاء الثالث: وقد عدّها القاضي عياض³ في كتابه "ترتيب المدارك"⁴، وملخص كلامه: أنّ أصول مالك أربعة: كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وعمل أهل المدينة، والقياس والاعتبار، كالاستدلال المرسل والاستحسان، والملاحظ من كلامه أنه لم يقدّم بحصر الأدلة التي اعتمد عليها مالك في اجتهاده، وإنّما ذكر أبرز الأدلة وأهمّها، كما أنه أغفل ذكر أصل الإجماع؛ لأنه كان مهتماً بذكر مراتب الأدلة في حال التعارض⁵.

رابعاً- الإحصاء الرابع: أمّا القرافي⁶ فقد اعتبر أنّ أدلة مالك أربعة عشر دليلاً، فقال: "هي الكتاب والسنة، وإجماع الأئمة، وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصلحة

¹ / محمد بن عبد الله بن محمد، أبو بكر، المعروف بابن العربي، الإشبيلي الإمام الحافظ، أخذ عن المازري وغيره، وممن أخذ عنه القاضي عياض، من مصنفاته: "القبس في شرح موطأ مالك بن أنس"، توفي سنة 543 هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 199/1-200.

² / ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ص 683.

³ / عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي، يكتفى بأبي الفضل، عالم المغرب وإمام أهل الحديث في وقته، أخذ عن القاضي أبو الوليد والقاضي أبو بكر بن العربي وغيرهم، من تصانيفه: "ترتيب المدارك وتقريب المسالك"، توفي سنة 544 هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 47/2. والزركلي، الأعلام، 99/5.

⁴ / ينظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، 89/1.

⁵ / ينظر: حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يُبنى عليها المذهب المالكي، ص 29-30.

⁶ / أحمد بن إدريس الصنهاجي البهنسي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء، يُكتفى بالقرافي، أخذ عن ابن الحاجب والعزّ بن عبد السلام، صاحب الدّخيرة، توفّي في جمادى الآخرة سنة 684 هـ ودفن بالقرافة. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 236/1-239. ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 270/1.

المبحث الثاني منزلة قاعدة الحكم بين حكّمين في أصول المذهب المالكي ودوافع استعمالها

المرسلة، والاستصحاب والبراءة الأصلية، والعوائد والاستقراء، وسد الذرائع، والاستدلال والاستحسان¹.

هذا وقد رجّح أبو زهرة الإحصاء الذي عدّه القراني في كتابه، فقال: "أدقُّ إحصاء لأصول المذهب المالكي هو ما ذكره القراني في كتابه شرح تنقيح الفصول"².

وبناءً على ما ذكر من اختلاف بينهم—ومّا اطلعنا عليه—أن أدق إحصاء لأصول المالكية هو ما قام به بعض المتأخرين³ ممن خصّوا أصول المالكية بمؤلفات خاصّة، جمعوا فيها أصول المذهب بعد استقراء ومقارنة بين مختلف الأقوال في عدّ هذه الأصول: ومن هؤلاء ابن أبي الكف⁴ في نظمه لأصول المالكية في تسعة وعشرين بيتاً، وما ذكره الشيخ حسن المشاط⁵ في كتاب سماه الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، وقد عدّ هؤلاء الأصول كما يلي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس وعمل أهل المدينة وقول الصحابي والاستحسان والمصالح المرسلة والاستصحاب وسد الذرائع والعرف والعوائد ومراعاة الخلاف⁶.

¹ / القراني، شرح تنقيح الفصول، ص445.

² / أبو زهرة، مالك حياته وعصره—آراؤه وفقهه، ص276.

³ / يطلق هذا المصطلح على ابن أبي زيد القيرواني ومن أتى بعده من علماء المالكية حيث إنه—رحمه الله—يُعدُّ أول طبقات المتأخرين. ينظر: محمد إبراهيم الحفناوي، الفتح المبين في حل رموز ومصطلحات الفقهاء الأصوليين، ص84.

⁴ / أحمد بن محمد بن أحمد المكّي بأبي كُفٍّ، من علماء ولايته بموريتانيا، له عدة تأليف منها: "المابع الجلي في القواعد الفقهية" و"نظم في أصول الإمام مالك"، توفي سنة 1275هـ. ينظر: محمد المختار الولاقي، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص13-18.

⁵ / حسن بن محمد بن عباس بن علي بن عبد الواحد المشاط، ولد بمكة المكرمة سنة 1317هـ، كان محدثاً أصولياً فقيهاً، أخذ عن والده ومحمد حبيب الله الشنقيطي، من تلاميذه الشريف طاهر بن محمد المغربي الإدريسي، من تأليفه: "الجواهر الثمينة"، توفي سنة 1399هـ. ينظر: حسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص18-71.

⁶ / العيد عباسية، قاعدة مراعاة الخلاف وأثرها في الفقه الإسلامي، ص58. ينظر: محمد المختار الولاقي، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص08. وحسن المشاط، الجواهر الثمينة، ص115.

هذا ويُعدُّ المذهب المالكي أكثر المذاهب أصولاً وأوفرها أدلّة¹، ممّا جعله أكثر مرونة من غيره؛ لسهولة تكيفه مع مختلف العصور، وفي هذا الشأن. قال أبو زهرة: "فإنّه أكثر المذاهب أصولاً، حتى إنّ علماء الأصول من المذهب المالكي يحاولون الدفاع عن هذه الكثرة ... بل نقول إنّ الأمر لا يحتاج إلى دفاع؛ لأنّ تلك الكثرة حسنة من حسنات المذهب المالكي، يجب أن يُفاخر بها المالكيون"².

الفرع الثاني: مكانة القاعدة في أصول الفقه المالكي

لقد اهتم غير واحد من المالكية بتعداد الأدلة التشريعية التي بُنيَ عليها مذهبُ مالكٍ؛ لكن الناظر في إحصاء هذه الأصول لدى المالكية يلحظُ اختلافاً في عدد الأصول التي عزّوها لمذهبهم؛ فمن المالكية من جعل أصول المذهب أربعة أصول؛ ومنهم من بلغ بها العشرين دليلاً وأصلاً؛ وبين هذا الإحصاء وذاك إحصاءاتٌ تتردّد بينها³، والمذهب المالكي هو أكثر المذاهب المتبعة أصولاً وأوفرها أدلّة؛ سواء في ذلك الأدلة النقلية أو الأدلة الاجتهادية⁴، قال أبو زهرة: "كثرة الأدلة كما قلنا من شأنها أن تعلو بذلك المذهب، لا أن تخفضه، ومن شأنها أن تجعله مرناً في التطبيق، فلا تضيقه"⁵.

أقوال العلماء في قاعدة الحكم بين حكّمين:

أولاً- قال ابن بشير: "الأصول التي انفرد بها المالكية بأكملها أو بجلها خمسة: القضاء بالعوائد، والقول بالمصالح المرسلّة، والحكم بين حكّمين، وحماية الذرائع، ومراعاة الخلاف"⁶.

¹ / ينظر: محمد المختار الولاقي، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ص6. وأبو زهرة، مالك حياته وعصره- آراؤه وفقهه، ص451.

² / ينظر: أبو زهرة، المرجع نفسه، ص478.

³ / حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي بُنيَ عليها المذهب المالكي، ص21-22.

⁴ / المرجع نفسه، ص45.

⁵ / أبو زهرة، مالك حياته وعصره- آراؤه وفقهه، ص478.

⁶ / الدّميري، تحبير المختصر، 82/1-83.

ثانياً- قال الرجراجي¹: "وهذا حكم بين حكمين وهي من المسائل التي انفرد بها مالك رحمه الله دون سائر العلماء"².

ثالثاً- قال الغرياني مبيّناً معنى هذه القاعدة عند المالكية بقوله: "أي أنّ الحكم يتجاذبه أصلاً، فيعتبران فيه، ولا يلغى أحدهما، وهو أشبه بمسألة مراعاة الخلاف، والجمع بين الأدلة، فإن الأصل العمل بالدليلين ما أمكن دون إلغاء أحدهما". ثم قال: "وهذه القاعدة أصل في العمل بالاحتياط عند تعارض الأدلة"³.

رابعاً- قال الشنقيطي: "معناه أنّه اختلف في ورود الحكم بين حكمين؛ فأثبتته المالكية، وهو من أصولهم، ونفاه الشافعية، ويعمل بهذا الأصل عند من أثبتته في بعض صور تعارض الأدلة، والحال أنه لا ترجيح، كما لو أشبه الفرع أصليين ولم يترجح أحد الشبهين"⁴.

خامساً- أشار الشاطبي⁵ في الموافقات إلى هذه القاعدة خلال كلامه عن مصدرين من مصادر التشريع هما: القرآن والسنة، وما تضمنته من أحكام، دون التصريح بذلك قائلًا⁶: "وذلك أنه يقع في الكتاب النص على طرفين مبيّنين فيه أو في السنة كما تقدّم في المأخذ الثاني، وتبقى الوساطة على اجتهاد، والتباين لمجاذبة الطرفين إياها؛ فربما كان وجه النظر فيها قريب المأخذ، فيترك إلى أنظار المجتهدين حسبما تبين في كتاب الاجتهاد، وربما بعد على الناظر أو كان محلّ

¹ / أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي، من مؤلفاته: "مناهج التحصيل ولطائف التأويل"، توفي بعد سنة 633 هـ. ينظر: الرجراجي، مقدمة كتاب "مناهج التحصيل ولطائف التأويل". وأحمد بابا التنبكي، نيل الإبتهاج بتطريز الديباج، ص316.

² / الرجراجي، مناهج التحصيل ولطائف التأويل، 323/5.

³ / الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، ص409.

⁴ / أحمد المختار الشنقيطي، إعداد المهج للاستفادة من المنهج، ص112.

⁵ / إبراهيم بن موسى الغرناطي، أبو إسحاق الشهير بالشاطبي، أخذ عن الإمام المقرئ، وأخذ عنه أخوه أبو يحيى محمد وغيره، من كتبه: "الموافقات"، توفي سنة 790 هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 332/1-333.

⁶ / يُنظر، فراس عبد الحميد، قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية وأثرها في الفقه الإسلامي (مقال)، ص18.

تعبّد لا يجري على مسلك المناسبة؛ فيأتي من رسول الله ﷺ فيه البيان، وأنّه لاحق بأحد الطرفين أو آخذ من كل واحد منهما بوجه احتياطيٍّ أو غيره، وهذا هو المقصود هنا¹.

سادسا- ذكر ابن العطار بأنّ قاعدة الحكم بين حكمين أصل من أصول المذهب المالكي، وذلك خلال شرحه لحديث "الولد للفراس وللعاشر الحجر"، حيث بيّن أنّ من ضمن الأحكام المستفادة من الحديث: "استدلال بعض المالكية به على قاعدة من قواعد أصول مذهبهم، وهو الحكم بين حكمين، بأن يكون فرع أخذ مشابهاً من أصول متعدّدة؛ فتعطى أحكاماً مختلفة، ولا تمحّض لأحد الأصول"².

بعد عرض طائفة من أقوال علماء المذهب المالكي وبعض فقهاء المذاهب الأخرى حول الأصل الذي انفرد به الإمام مالك "قاعدة الحكم بين حكمين" يتّضح لنا أنّ هذه القاعدة أصل من أصوله وإن لم يأت ذكرها ضمن الأصول التي عُرفت واشتهرت عند الإمام مالك، وأنّ منزلتها لا تقلّ أهميّة عن باقي الأصول الأخرى، والحكم بين حكمين قاعدة اجتهادية وردت في كتب القواعد وكتب الفقه شاع استخدامها في العديد من أبواب الفقه، فهي قاعدة لم تُحدّد بمسائل أو أبواب فقهية معيّنة³.

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للقاعدة

الأصل في مشروعية قاعدة الحكم بين حكمين نص نبوي شريف، وهي أصل من الأصول التشريعية التي بنى عليها المالكية مذهبهم، وقد أثبتتها غير واحد من علماء المالكية وغيرهم، مستدلين على ذلك بعدد من الأحاديث النبوية وبعض من عمل الصحابة، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال الفرعين الآتين:

¹ / الشاطبي، الموافقات، 4/353-354.

² / ابن العطار، العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام، 3/1368.

³ / يُنظر: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مجمع الفقه الإسلامي، 1/104.

الفرع الأول: من السنة

أولاً- عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: "كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ: أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةَ زَمْعَةَ مِثِّي فَأَقْبَضَهُ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَقَالَ: ابْنُ أَخِي، قَدْ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ فَقَالَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةَ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ سَعْدُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي، كَانَ قَدْ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ. فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةَ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ). ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: (الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ). ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ، زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ: (اِخْتَجِي مِنْهُ). لَمَّا رَأَى مِنْ شَبْهِهِ بُعْتَبَةً، فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ".¹

فأصل هذه المسألة وما أشبهها قول النبي ﷺ في قصة عبد بن زمعة: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، واحتجبي منه يا سودة» لما رأى فيه شَبْهاً بيناً بعُتْبة ابن أبي وقاص، فأعمل النبي ﷺ الأصلين جميعاً في واقعة واحدة، إذ الحكم به لفراش زمعة يقتضي أن يكون أحاً لسودة -رضي الله عنها-، فلما أمرها بالاحتجاب منه، كان في ذلك إعمال للشك الطارئ على هذا الفراش.²

وهذا النوع من التصرف يكثر وجوده في مذهب مالك ﷺ؛ فكثيراً ما يحكم في حالي المسألة الواحدة بحكمين متناقضين؛ لتعارض الشواهد فيها، فترتب على كل شائبة مقتضاها³، وهو ما أورده المازري⁴ حين قال: "وقد جعله بعض أصحابنا أصلاً في الحكم للشيء بحكم واحد بين حكمين؛ لأنه ألحقه بزمعة، وذلك يقتضي ألا تحتجب سودة منه وأمر سودة بالاحتجاب

¹ / حديث سبق تخريجه، ص18 من هذا البحث.

² / العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، 2/ 150-151.

³ / الفاكهاني، رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، 61/5.

⁴ / محمد بن علي بن عمر التميمي يُكنى أبا عبد الله ويُعرف بالإمام، أخذ عن اللّخمي وأبي محمد عبد الحميد السوسي وغيرهما، من مؤلفاته: "المعلم بفوائد مسلم"، توفي عمره سنة 536هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 252/2-250. ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 187/1.

منه وذلك يقتضي ألا يكون ولدًا لزمعة ولا أختًا ولكنه قضى في الإلحاق بحكم الفراش وقضى في الاحتجاب بحكم الاحتياط¹، ونص على ذلك أيضاً ابن حجر حين قال: "واستدل به؛ أي الحديث بعض المالكية على مشروعية الحكم بين حكمين، وهو أن يأخذ الفرع شبهًا من أكثر من أصل فيعطى أحكامًا بعدد ذلك، وذلك أن الفراش يقتضي إلحاقه بزمعة في النسب، والشبه يقتضي إلحاقه بعتبة، فأعطي الفرع حكما بين حكمين، فَرُوعِيَ الفراش في النسب والشبه البين في الاحتجاب، قال وإلحاقه بهما ولو من وجه أولى من إلغاء أحدهما من كل وجه"².

وقال الصنعاني في سبل السلام: "وللمالكية هنا مسلك آخر، فقالوا: الحديث دلّ على مشروعية حكم بين حكمين، وهو أن يأخذ الفرع شبهًا من أكثر من أصل، فيعطى أحكامًا، فإنّ الفراش يقتضي إلحاقه بزمعة، والشبه يقتضي إلحاقه بعتبة، فأعطي الفرع حكما بين حكمين فَرُوعِيَ الفراش في إثبات النسب، وروعي الشبه البين بعتبة، في أمر سودة بالاحتجاب".

قالوا: وهذا أولى التقديرات، فإنّ الفرع إذا دار بين أصلين فألحق بأحدهما مطلقا، فقد أبطل شبهه بالثاني من كل وجه³. وكذلك إذا فعل بالثاني، ومحض إلحاقه به: كان إبطالا لحكم شبهه بالأول. فإذا ألحق بكل واحد منهما من وجه: كان أولى من إلغاء أحدهما من كل وجه⁴.

قال ابن قيم الجوزية: "وأما أمره سودة بالاحتجاب منه، فإما أن يكون على طريق الاحتياط والورع لمكان الشبهة التي أورثها الشبه البين بعتبة، وإما أن يكون مراعاة للشبهين وإعمالا للدليلين، فإنّ الفراش دليل لحق النسب، والشبه بغير صاحبه دليل نفيه، فأعمل أمر الفراش بالنسبة إلى المدعي لقوته، وأعمل الشبه بعتبة بالنسبة إلى ثبوت المحرمية بينه وبين سودة، وهذا من أحسن الأحكام وأبينها، وأوضحها"⁵.

¹ / المازري، المعلم بفوائد مسلم، 173/2.

² / أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، ص 267-268.

³ / الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، 308/2.

⁴ / ابن دقيق العيد، إحصاء الأحكام شرح عمدة الأحكام، ص 589.

⁵ / ابن قيم، زاد المعاد في هدى خير المعاد، 371/5.

وذكر العراقي نقلاً عن ابن دقيق العيد معترضاً على استدلال المالكية بهذا الحديث: "ويعترض على هذا بأن صورة النزاع ما إذا دار الفرع بين أصليين شرعيين يقتضي الشرع إلحاقه بكل منهما من حيث النظر إليه، وهنا لا يقتضي الشرع إلا الإلحاق بالفرش، والشبه هنا غير مقتضي للإلحاق شرعاً فيحمل الأمر بالاحتجاب على الاحتياط لا على بيان وجوب حكم شرعي وليس فيه إلا ترك مباح بتقدير ثبوت المحرمية"¹.

ويجاب على هذا الاعتراض: أن الاحتياط لا يلجأ إليه إلا عند عدم الدليل، أو وجود أدلة ظاهرها التعارض ويرجح بينهما بالعمل بالاحتياط، فإذا استفرغ الفقيه وسعه في طلب الدليل حتى أحسن من نفسه العجز عن دركه، وكان الاشتباه قويا فله حينئذ أن يفتي بالاحتياط، أما في حالة تعارض الاحتياط مع النص الشرعي فإنه لا يعمل بالاحتياط اتفاقاً، قال ابن تيمية: "الاحتياط إنما يشرع إذا لم تتبين سنة رسول الله ﷺ فإذا تبينت السنة فاتباعها أولى"².

ثانياً- عن نهان مكاتب أم سلمة، قال: سمعتُ أمَّ سلمَةَ تقولُ: قال لنا رسولُ الله ﷺ: «إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ فَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي فَلْتُحْجَبْ مِنْهُ»³.

وقال الترمذي: "معنى هذا الحديث عند أهل العلم على التورع"، وقالوا: "لا يعتق المكاتب وإن كان عنده ما يؤدي حتى يؤدي"، كما يستفاد منه: جواز الكتابة، وأنّ المكاتب قد توجه إليه الحرة؛ فلذلك أمر-عليه الصلاة والسلام-لمن كان لها مكاتب من النساء أن تحتجب عنه⁴.

¹ / العراقي، طرح التثريب في شرح التقریب، 129/7-130.

² / عمر بن يوسف السلمي، اعتبار المآلات الشرعية في فقه الأسرة (مقال)، ص 28.

³ / أخرجه أحمد في مسنده، مسند النساء، حديث أم سلمة زوج النبي ﷺ، حديث رقم: 26473، 73/44. وأبي داود في سننه، كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت، حديث رقم: 3928، 72/6.

والترمذي في سننه، أبواب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي، حديث رقم: 1261، 554/3.

وابن ماجه في سننه، كتاب العتق، باب المكاتب، حديث رقم: 2520، 842/2. والنسائي في السنن الكبرى، كتاب

العتق، باب ذكر المكاتب يكون عنده ما يؤدي، حديث رقم: 5013، 54/5. وقال الترمذي: "هذا حديث حسن

صحيح"، وضعفه الألباني. ينظر: ضعيف سنن الترمذي، ص 149.

⁴ / العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، 207/14.

فالشارع قد أعطى هذا المكاتب حكماً متردداً بين حكمين، وهما:

- اعتباره عبداً: إذا لم يوفَّ ما وجب عليه من دين الكتابة، فهذا المملوك يجوز له النظر إلى مولاته ما لم يكتبها، ومما يترتب على هذا الحكم عدم الاحتجاج منه لما له من أحكام المملوك.
- اعتباره حراً: إذا ملك جميع مال المكاتب، وإن لم يحصل تسليم كلي لدين الكتابة؛ لأنه أصبح في حكم الحر، وهذا ما يوجب عليها الاحتجاج منه¹.

ثالثاً- عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «أُتِيَ امرأة نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ» - ثلاث مرات - فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَاْلْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ².

أَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ حَرَّمَ الزَّانِيَ، وَأَحْلَلَ التَّزْوِيجَ وَمِلْكَ الْيَمِينِ، وَسَكَتَ عَنِ النِّكَاحِ الْمَخَالِفِ لِلْمَشْرُوعِ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِنِكَاحٍ مُحْضٍ وَلَا سَفَاحٍ مُحْضٍ؛ فَجَاءَ فِي السُّنَّةِ مَا بَيَّنَّ الْحُكْمَ فِي بَعْضِ الْوُجُوهِ، حَتَّى يَكُونَ مُحَالًّا لِاجْتِهَادِ الْعُلَمَاءِ فِي إِحْلَاقِهِ بِأَحَدِ الْأَصْلِينَ مُطْلَقًا، أَوْ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ، وَبِالْأَصْلِ الْآخَرِ فِي حَالٍ آخَرَ³.

رابعاً- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «أَقْتَتَلْتُ امْرَأَتَانِ مِنْ هُذَيْلٍ، فَرَمْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَضَى أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غَرَّةٌ، عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى أَنَّ دِيَةَ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا⁴».

¹ / ينظر: الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، 4/445-446.

² / أخرجه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم: 2083، 3/425-426. وأحمد في مسنده، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، حديث رقم: 24372، 40/435. والترمذي في سننه، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 1102، 3/399. وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم: 1879، 1/605. قال الألباني: "صحيح". ينظر: إرواء الغليل، 6/243.

³ / الشاطبي، الموافقات، 4/370-371.

⁴ / أخرجه البخاري في سننه، كتاب الديات، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد، حديث رقم: 6512، 6/2532. ومسلم في سننه، كتاب القسامة والمحاريين والقصاص والديات، باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد على عاقلة الجاني، حديث رقم: 1681، 3/1309.

لقد ذكر الله سبحانه وتعالى الدية في النفس سواء في القتل العمد إذا عفا وليّ الدّم عن القصاص، أو في القتل الخطأ، ولم يأت على ذكر دية الأطراف وإنما بينها النبي ﷺ، فجاء الحكم متردداً بين طرفين، أشكل بينهما الجنين إذا أسقطته أمّه بالضربة ونحوها؛ فإنه يشبه جزء الإنسان كسائر الأطراف، ويشبه الإنسان التام لخلقته؛ فبيّنت السنة أنّ دية هذا الجنين هي عشر الدية، وهو ما يساوي دية بعض الأعضاء (الأصابع)، ولا يوجد نفس كاملة ديتها عشر الدية. فقضى النبي ﷺ بالغرة¹ وهي دية الأطراف، وكأنه عبّر عن الجسم كله بالغرة وأنه مستقل بحكم نفسه لعدم تمخّض أحد الطرفين له².

خامساً- أنّ رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ قَتِيلَ الْخَطَا شِبْهَ الْعَمْدِ، قَتِيلَ السَّوْطِ أَوْ الْعَصَا، فِيهِ مِائَةٌ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا»³.

يقول بعض أهل العلم بأنه ليس هناك للقتل إلا قسمان، خطأ وعمدًا، ولكن الحديث أثبت أن هناك نوع ثالث للقتل، وهو شبه العمد. وقد سماه النبي ﷺ: عمد الخطأ وخطأ العمد؛ لاجتماع العمد والخطأ فيه، وأطلق عليه أيضاً الخطأ المحض، وهو ما يسميه الفقهاء ما جرى مجرى الخطأ.

قال القاضي أبو محمد: "وأما شبه العمد فاختلف قول مالك فيه، فمرة أثبتته ومرة نفاه. ووجه نفيه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً﴾ [النساء: 92]، ثم قال ﷺ: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا﴾ [النساء: 93]، فذكر الخطأ والعمد ولم يذكر غيرهما، أما وجه إثباته الحديث المروي عن

¹ / قال أهل اللغة: الغرة عند العرب: هي أنفس الشيء وأطلقت هنا على الإنسان، أما عند الفقهاء فجاءت بمعنى: العبد أو الأمة، فالغرة اسم جامع لكل واحد منهما سواء كان ذكراً أو أنثى، وأن المعتبر عندهم أن تكون قيمتها عشر دية الأم أو نصف دية الأب. حسن أبو الأشبال، شرح صحيح مسلم، 7/71.

² / ينظر: محمد الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ص 197. والشاطبي، الموافقات، 4/199-374. وفراس عبد الحميد، قاعدة الحكم بين حكامين عند المالكية وأثرها في الفقه الإسلامي (مقال)، ص 21.

³ / أخرجه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ، حديث رقم: 6533، 6/100-101. وأبو داود في سننه، كتاب الديات، باب الدية كم هي، حديث رقم: 4047، 6/607. وابن ماجه في سننه، أبواب الديات، باب من قتل عمداً فريضي بالدية، حديث رقم: 2627، 3/647. والنسائي في سننه، كتاب القسامة، باب ذكر الاختلاف على خالد الحذاء، حديث رقم: 4799، 8/42.

المبحث الثاني منزلة قاعدة الحكم بين حكمين في أصول المذهب المالكي ودوافع استعمالها

النبي ﷺ أنفأ، وشبه العمد: ما يكون القتل فيه بآلة لا تؤدي إلى القتل غالباً، كالضرب بالسوط والعصا واليد وسائر مالا يقتل غالباً إذا قتل؛ فهو شبه عمد.

فهذا النوع من القتل جاء بين الخطأ والعمد، بحيث نجد أنه أخذ مشابهة للخطأ من وجه، وأخذ مشابهة للعمد من وجه. فلما لم يكن هذا القتل عمداً محضاً؛ سقط القود¹؛ ولما لم يكن خطأ محضاً؛ وجبت فيه دية مغلظة. فكان ظاهر هذا القسم أنه لم يقصد القتل فوجب أن يكون له الحكم بين حكمين. وقال ابن وهب² مبيناً معنى هذا النوع من القتل وجزائه: "أنه ما كان بعصاً أو وكرة أو لطمه فإن كان على وجه الغضب ففيه القود...، وإن كان على وجه اللعب ففيه الدية مغلظة، وهو شبه العمد لا قصاص فيه؛ لأن الضرب مقصود بالفعل دون القتل".³

الفرع الثاني: من فعل الصحابة:

عَمِلَ الصَّحَابَةُ ﷺ بفتاوى مبناهما على مقتضى الحكم بين حكمين، ومن ذلك:

أولاً- قضى عمر بن الخطاب ﷺ في المكاتب الذي توفي وترك مالا كثيراً وعلية بقية من كتابته، فجاء أولاده إلى عمر ﷺ، فقالوا: نؤدي دينه ونأخذ ما بقي، فقال لهم عمر ﷺ: رأيتم لو مات أبوكم، ولم يترك وفاء، أكنتم تسعون في أدائه؟، فقالوا: لا، فقال عمر ﷺ: فلا إذاً⁴.

وجه الدلالة: أن عمر ﷺ منعهم الميراث لكونهم خارج الكتابة، وأنهم لا يتساوون مع أبيهم في الحكم، فوجب أن يكون ميراثه لمن ساواه في الحكم، وميراث المكاتب من هذا القبيل:

¹ / بفتح القاف والواو: القصاص، وقتل القاتل بدل القتيل. وسمي القود قوداً؛ لأن الجاني يقاد إلى أولياء المقتول فيقتلونه به إن شاءوا. عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، 122/3.

² / أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي، وُلد سنة 125هـ، لزم الإمام مالك أكثر من عشرين سنة، روى عن الليث ومالك، وروى عنه سحنون وغيره، من مصنفاته: "الموطأ"، توفي سنة 197هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 89/1.

³ / ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 100/7-101. ومحمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، 5/346. والعباد، شرح سنن أبي داود، 14/509. وحسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة،

160/6-161. قال الألباني: صحيح. ينظر: إرواء الغليل، 256/7.

⁴ / الرّجراجي، مناهج التحصيل، 323/5.

إمّا أن يحكم بأنّه مات حرّاً، فيرثه ورثته، من كان منهم في الكتابة، ومن كان منهم خارجاً عنها وكونه يرثه من كان معه في الكتابة من ورثته دون غيرهم غير معقول، لكنّ الشرع لاحظ فيه شائبة الحرّية، وشائبة الرّق فرتب على كل شائبة مقتضاها¹.

وهي من المسائل التي انفرد بها مالك وحكم فيها بين حكمين، وبني ذلك على أمرين:

قضاء عمر رضي الله عنه ومراعاة الشبهة.

ومراعاة الشبهة: وهي عبارة عن تشاكل الأمرين، وتشابه الشيعين، وليس القطع إلى أحدهما أولى من الآخر، فوجب أن يكون الحكم مقتضى شائبة الشبهة، وذلك الحكم منافر لكلا الشقيين².

ثانياً- عن عبد الله بن أبي أمية أنّ امرأة هلك عنها زوجها، فاعتدّت أربعة أشهر وعشراً، ثم تزوّجت حين حلّت، فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر، ثم ولدت ولداً تامّاً، فجاء زوجها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فذكر ذلك له، فدعا عمر نسوة من نساء الجاهليّة قُدّماء، فسألنّ عن ذلك، فقالت امرأة منهنّ: أنا أخبرك عن هذه المرأة هلك عنها زوجها حين حملت منه، فأهريقْتُ عليه الدّماء³، فحشّ ولدها في بطنها⁴، فلمّا أصابها زوجها الذي نكحها، وأصاب الولد الماء تحرّك الولد في بطنها وكبّر فصدّقها عمر رضي الله عنه، وفرّق بينهما، وقال عمر: أما إنّه لم يبلغني عنكما إلّا خيراً، وألحق الولد بالأول⁵.

¹ / المرجع نفسه، 325/5.

² / المرجع نفسه، 323/5.

³ / فأهريقْتُ عليه الدّماء: أنّها حاضت الحيضة التي كملت بها عدّتها مع الأربعة أشهر والعشر. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 11/6.

⁴ / فحشّ ولدها في بطنها: معناه ضَغَفَ ورَقَّ، حُشَّ الولد في البطن إذا يَبَسَ. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 11/6.

⁵ / رواه الإمام مالك في موطئه، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، حديث رقم: 2737، 1071/4.

وجه الدلالة: "قال محمد: وبهذا نأخذ الولد ولد الأول، لأنها جاءت به عند الآخر بأقل من ستة أشهر، فلا تلد المرأة ولدا تأمًا لأقل من ستة أشهر، فهو ابن الأول، ويفترق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحلّ من فرجها"¹.

أي أنّ عمر عليه السلام حكم على المرأة بمفارقة زوجها؛ لدخولها قبل انقضاء العدة، وألحق الولد بالزوج الأول الميت، لأنه ولده بالفراش، إذ أنّ العلماء مجمعون على أنّ الولد لا يلحق بأبيه إلاّ في تمام ستة أشهر، والمرأة أتت به لأقل من ذلك، كما أنّه حكم لها بالمهر بما استحلّ من فرجها²، وهذا حكم مشترك بين حكمين، فأعطى لها من كل شائبة مقتضاها.

المطلب الثالث: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة وضوابطها

الفرع الأول: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة

دلّت نصوص الفقهاء من المالكية وغيرهم بأنّ قاعدة "الحكم بين حكمين"، أصل من أصول المالكية؛ بل نص بعض المالكية على انفراد مالك بها، وقد أشار إل ذلك الرجراجي الشوشاوي³ في كتابه رفع النقاب: "وقال بعض أرباب المذهب: انفرد مالك بخمسة أشياء: مراعاة الخلاف، وحماية الذرائع، والحكم بين حكمين، والقول بالعوائد، والقول بالمصالح. أما مراعاة الخلاف والحكم بين حكمين، فقد انفرد بهما مالك"⁴، وقال ابن دقيق العيد خلال شرحه لحديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁵: "وقد استدل به بعض المالكية على قاعدة من قواعدهم، وأصل من أصول المذهب، وهو الحكم بين حكمين"⁶.

¹ / محمد اللكنوي الهندي، التعليق الممجّد على موطأ محمد، 494/2-495.

² / ينظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، 10/6.

³ / أبو علي الحسين بن علي بن طلحة الرجراجي، ثم الشوشاوي السملالي، مفسر مغربي، من بلاد سوس، من مصنفاته، "الفوائد الجميلة على الآيات الجليلة"، توفي سنة 899هـ. ينظر: الرجراجي الشوشاوي، مقدمة كتاب "رفع النقاب عن تنقيح الشهاب".

⁴ / الرجراجي الشوشاوي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، 195/6.

⁵ / حديث سبق تخريجه، ص18 من هذا البحث.

⁶ / ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، 204/2.

هذا وقد راعى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ما تضمنته القاعدة - كما سبق بيانه في الألفاظ ذات الصلة- إلا أن المالكية اختلفوا عن جمهور الفقهاء في مجال إعمالها، فقالوا بقاعدة: "الحكم بين حكمين" في بعض صور التقابل الحاصل بين دليلين متكافئين في مبحث التعارض، وعجز المجتهد عن الترجيح بينهما، يقول المنجور في هذا: "وَيُعْمَلُ بِهِ عِنْدَ مَنْ أَثْبَتَهُ فِي بَعْضِ صُورِ تَعَارُضِ الْأَدْلَةِ وَلَا تَرْجِيحٍ كَمَا إِذَا أَشْبَهَ الْفَرْعَ أَصْلَيْنِ وَلَمْ يَتَرَجَّحْ أَحَدُ الشَّبَهَيْنِ"¹.

وعليه فإن للمالكية أسباباً دفعتهم للأخذ بهذه القاعدة، لعل من أهمها ما يلي:

أولاً- الاحتياط والورع:

1- تعريف الاحتياط:

1-1- لغة: هو الحفظ²، وقيل: الاحتياط على الشيء، الإحداق به من جميع جهاته، ومنه سُمِّيَ الحائط، وأصله: الحفظ، حَاطَهُ تَحَوُّطُهُ، أي حفظه، والمعنى: أن يحكم باليقين والقطع من غير تخمين ويأخذ بالثقة في أموره وأحكامه³.

1-2- اصطلاحاً:

اختلفت آراء العلماء في تعريفه، وذلك للمعنى الذي رُوِيَ في حقيقته، فعرفه الجرجاني: "حفظ النفس عن الوقوع في المآثم"⁴، وقيل: "التحفظ والاحتراز من الوجوه لِئَلَّا يَقَعَ فِي مَكْرُوهِ"⁵. ولعل الأقرب في تعريف الاحتياط، ما ذكره الدكتور زيان سعيدي -لمراعاته للمعنيين معا- خلال شرحه لقاعدة الاحتياط: "مسلك شرعي به يُحْتَرَزُ مِنَ الْوُقُوعِ فِي مَخَالَفَةِ الشَّارِعِ عِنْدَ الْاِشْتِبَاهِ وَالتَّرَدُّدِ".

¹ / المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 309/1.

² / الجرجاني، التعريفات، ص12.

³ / ابن بطل، النظم المستعذب، 339/2.

⁴ / المرجع السابق، ص12.

⁵ / الكفوي، الكليات، ص56.

2-تعريف الورع:

2-1-لغة: شدة الحرج¹. وقيل: الواو والراء والعين: أصل صحيح يدل على الكف والانقباض².

2-2-اصطلاحاً: أورد القرافي في فروقه أنّ الورع: "ترك ما لا بأس به حذراً ممّا به بأس"³. وعرفه الجرجاني بقوله: "هو اجتناب الشبهات خوفاً من الوقوع في المحرمات"⁴.

وعليه فإنّ معنيي الاحتياط والورع متداخلان، إلا أنّ معنى الورع أخص من الاحتياط.

وقد زحرت مؤلفات المالكية بالكثير من التطبيقات التي طبقوا فيها الاحتياط بسبب التعارض أو الاشتباه والتردد الحاصل بين الأدلة الشرعية، كما اعتبره الكثير من الفقهاء والأصوليين أصلاً من أصول الشريعة التي بُنيت عليه كثير من الأحكام الفقهية⁵، قال الشاطبي: "الشريعة المبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرّز ممّا عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة"⁶.

فيعد الاحتياط مسلكاً شرعياً في استنباط الأحكام معوّلاً عليه عند التعارض والاشتباه، وهذا ما دعا المالكية إلى القول بقاعدة "الحكم بين حكمين"، وقد أشار إلى ذلك المازري خلال شرحه لحديث اختصام سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال: "قيل ذلك على جهة الاحتياط لما رأى الشبهة بعتبة. وقد جعله بعض أصحابنا أصلاً في الحكم للشيء بحكم واحد بين حكمين لأنّه ألحقه بزمعة، وذلك يقتضي ألا تحتجب سودة منه وأمر سودة بالاحتجاب منه وذلك يقتضي ألا يكون ولدا لزمعة ولا أحاً ولكنّه قضى في الإلحاق بحكم الفراش وقضى في الاحتجاب بحكم الاحتياط"⁷، وقال ابن العطار في كتابه العدة حال شرحه للحديث الذي سبق

¹ / الفراهيدي، العين، 242/2.

² / ابن فارس: مقاييس اللغة، 100/6.

³ / القرافي، الفروق، 210/4.

⁴ / الجرجاني، التعريفات، ص252.

⁵ / ينظر: السرخسي، أصول السرخسي، 21/2.

⁶ / الشاطبي، الموافقات، 395/6.

⁷ / المازري، المعلم بفوائد مسلم، 173/2.

الذكر: "استدلال بعض المالكية به على قاعدة من قواعد أصول مذهبهم، وهو الحكم بين حكمين"¹، ثم قال: فإنه ﷺ أمرها بالاحتجاب من ولد أبيها الذي حكم بإلحاقه به لما رأى الشبه البين بعتبة بن أبي وقاص، وخشي أن يكون من مائه ويكون أجنبيا منها باطنا، فحكم بظاهر الشرع في إلحاق النسب، وبالورع في الاحتجاب².

ثانيا- قاعدة إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما

ومّا دفع المالكية إلى الأخذ بقاعدة: "الحكم بين حكمين"؛ ماقرّره الأصوليون في مبحث التعارض والترجيح، فسلّكوا كغيرهم مسلّكا خاصّا لإزالة هذا التعارض الظاهري، إعتمادا على قاعدة إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما، ويقصد بها: إذا تعارض دليلان وخالف أحدهما الآخر، وأمکن الجمع، فلا يسقط أحدهما؛ لأنّ إلغاء أحدهما إلغاء لبعض الشرع، فيُجمع بينهما بوجه من وجوه الجمع والتوفيق بين الأدلة؛ لكون الأصل في الدليل هو الإعمال³.

ولذلك قال المالكية بالحكم بين حكمين مراعاةً للقاعدة، ولعدم تمخّض أحد الدليلين بالحكم، جاء في المختصر الفقهي لابن عرفة المالكي: "حسبما تضمّنه حديث: الولد للفراس، والعمل بالدليلين فيما كل منهما هو فيه أرجح، ليس هو إعمالا لأحدهما وتركًا للآخر؛ بل هو إعمال للدليلين معا حسبما قررناه"⁴.

وقال ابن قيم الجوزية في بيانه لحديث الولد للفراس: "أحكام النسب تتبع بعض فتتّبث من وجه دون وجه، وهو الذي يُسمّيه بعضُ الفقهاء حكما بين حكمين"⁵، ثم قال معلقا عن أمر النبي ﷺ سودة بالاحتجاب، فقال: "وأما أمره سودة بالاحتجاب منه، فإنّما أن يكون على طريق

¹ / ابن العطار، العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام، 1368/3.

² / المرجع نفسه، 1370/3.

³ / ينظر: المنياوي، الشرح الكبير لمختصر الأصول، ص555.

⁴ / ابن عرفة، المختصر الفقهي، 41/4.

⁵ / ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، 368/5.

الاحتياط والورع لمكان الشبهة التي أورثها الشبه البيّن بعتبة، وإمّا أن يكون مراعاة للشبهين وإعمالاً للدليلين"¹.

الفرع الثاني: ضوابط القاعدة

قاعدة الحكم بين حكّمين قاعدة كغيرها من القواعد سواء الأصولية أو الفقهية، لها مفهوماها، وحجتها، وأسبابها وضوابطها، فأما ضوابط هذه القاعدة فما هي إلّا شروط التعارض بين الأدلة، والذي عرّفه الزركشي بقوله: "التعارض هو تقابل الدليلين على سبيل الممانعة"². و"الجمهور من الأصوليين لم يفرقوا بين أركان التعارض وشروطه؛ بل جعلوها شيئاً واحداً، ومنهم ابن الهمام والشوكاني بخلاف الحنفية فقد فرقوا بينهما، وجعلوا للتعارض أركاناً تختلف عن شروطه، ومنهم البزدوي وعبد العزيز البخاري الحنفي"³.

وليس كل تعارض واقع بين الأدلة يعتبر صحيحاً، بل لا بدّ من توفر جملة من الشروط وهي:

أولاً- أن يكون الدليلان متضادين تمام التضاد⁴:

كأن يدلّ أحدهما على الإثبات والآخر على النفي، أو يدلّ أحدهما على الحلّ والآخر على الحرمة⁵.

وقدّ (التعارض) بتضاد الحكمين؛ أي بمخالفتهما؛ لأنّهما إذا كانا متّفقيين يتأيّد كل دليل بالآخر ولا يقع التعارض⁶.

ثانياً- أن يتساوى الدليلان في القوة:

¹ / المرجع نفسه، 371/5.

² / محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 120/8.

³ / يمينة ناوي وآخرون، التعارض والترجيح في السنة النبوية وتطبيقاتها الفقهية، ص 27.

⁴ / عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه، 2412/5.

⁵ / أحمد القصير، الأحاديث المشكّلة الواردة في تفسير القرآن الكريم، ص 40.

⁶ / عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، 77/3.

"وذلك حتى يتحقق التقابل والتعارض، ومن ثمّ فلا تعارض بين دليلين تختلف قوّتهما من ناحية الدليل نفسه، كالمتواتر مع الآحاد؛ وذلك لأنّ التعارض فرع التماثل، ولا تماثل بينهما، ومع تساويهما في قوة الدليل ذاته وحدوث التقابل والتعارض فإذا اقترن أحدهما بوصف يزيد قوته رجح عليه، وذلك كأن يكون الدليلان من أخبار الآحاد لكن راوي أحدهما فقيه، وراوي الآخر ليس بفقيه.

هذا وجدير بالذكر التنبيه إلى أن التساوي ينقسم إلى ثلاثة أقسام هي:

1-التساوي في الثبوت: وذلك بأن يكون المتعارضان قطعيين من حيث الإسناد كالمتواترين، أو ظنيين كخبري آحاد، فعلى اشتراط هذا لا تعارض بين الآية والسنة المشهورة والأحادية.

2-التساوي في الدلالة: بأن يكونا قطعيين من حيث الدلالة كالنصين، أو ظنيين كالظاهريّين. فعلى هذا لا تعارض بين النص والظاهر كما تقدم.

3-التساوي في العدد: وذلك بأن يكون كل من المتعارضين واحداً أو اثنين، فعلى اشتراط هذا لا تعارض بين حديثين يوافق أحدهما آية أو قياساً¹.

قال عبد العزيز البخاري الحنفي: "وإنما قُيِّدَ بتساوي الحجّتين ليتحقق التقابل والتدافع إذ لا مقابلة بين الضعيف والقوي فالمشهور لا يقابل المتواتر وخبر الواحد لا يعارض المشهور"².

ثالثاً- اتحاد المتعارضين في الوقت والمحل:

1-اتحاد المتعارضين وقتاً: يقصد به اتحاد زمان ورود الحديثين المتعارضين، فلو ورد حديث يأمر بشيء، ثم ورد بعده بزمان حديث ينفي ذلك الشيء فلا تعارض؛ لأن أحدهما سيكون ناسخاً للآخر إذا عرف التاريخ بينهما وتعذر الجمع³. فإن اختلف الزمان في الصلاتين، أو

¹ / محمد الحفناوي، التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي، ص 49-50.

² / عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، 3/77.

³ / إسماعيل السوسوة، منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث، ص 68.

الصومين، فلا تعارض وإن تقدم أحد الدليلين، وتأخر الآخر، فلا تعارض؛ لكون المتأخر ناسخاً للمتقدم¹.

2- اتحاد المتعارضين محلاً: ويقصد به أن يكون الدليلان المتعارضان واردين على محل واحد، فلو اختلف محل الحكمين، بحيث صار لكل حكم محلّ غير محل الآخر، فلا يكون ثمة تعارض بينهما. وقد يعبر عن اتحاد المتعارضين باتحاد النسبة بين النصين؛ ويقصد به أن يكون الشخص الذي ينسب إليه القول محل الشيء هو الشخص الذي ينسب إليه التحريم، بمعنى أن تحريم الشيء وتحليله متعلق بشخص واحد، أما إذا كان الشيء محرماً على شخص معين، وفي الوقت نفسه محل ذلك الشيء لشخص آخر، فقد انعدم اتحاد النسبة. يقول ابن مالك (ت 885): "ولا بد من اشتراط اتحاد النسبة لجواز اجتماع الضدين في محل واحد ووقت واحد بالنسبة إلى شخصين، كالحل في المنكوحة بالنسبة للزوج، والحرمة فيها بالنسبة إلى غيره"². وكاجتماع الأبوة والنبوة في شخص واحد بالنسبة إلى وَلَدِهِ وَوَالِدِهِ³.

يقول الزركشي في البحر المحيط: "فلا امتناع بين الحل والحرمة، والنفي والإثبات في زمانين في محل أو محلين في زمانٍ، أو بجهتين، كالنهي عن البيع في وقت النداء مع الجواز"⁴.

رابعاً- حجية المتعارضين:

بأن يكون كل من الأدلة المتعارضة حجة يصح التمسك به، ويستساغ الأخذ به، ويفهم اشتراط هذا الشرط من تعاريف الأصوليين والمحدثين للتعارض، كقولهم: (التعارض: تقابل الحجتين)، وقولهم: (التعارض: مساواة الدليلين)، ونحو ذلك، فمعنى هذا أنّه لا يوجد تعارض عند فوات وصف الحجية بين الطرفين المختلفين.

¹ / مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، 2/ 409-410.

² / إسماعيل السوسوة، منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث، ص 68-69.

³ / عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، 3/ 77.

⁴ / محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 8/ 121.

فإذا تنافى حديثان، ثم تبين أن أحد الحديثين موضوع، أو ضعيف، لا يجري عليهما حكم التعارض، بل لا عبرة بالموضوع والضعيف، ويعتبر الحديث الآخر سالماً عن المعارضة، فلا حاجة إلى محاولة الجمع بينهما، أو ترجيح أحدهما على الآخر، أو نحو ذلك.

وقد صرح باشتراط هذا بعض الباحثين المعاصرين، ولكن الذي يظهر أن هذا من أركان التعارض، لا من شروطه¹.

خامساً- تقابل الدليلين

تقابل الدليلين مع تعذر الجمع أو الترجيح أو النسخ بينهما، شرط اعتبره المذهب المالكي دون المذاهب الأخرى، وهو مسلك من مسالك دفع التعارض بين الأدلة المتكافئة، قال المنجور: "ويعمل به عند من أثبتته في بعض صور الأدلة ولا ترجيح كما إذا أشبه الفرع أصليين ولم يترجح أحد الشبهين"²، ومعنى هذا أن يثبت الفقيه حكماً جديداً، آخذاً من كل جزء من الأصل المتنازع فيه بطرف، فلا يحصل ترجيح لأي أصل، وإنما يعمل بالأصليين معاً، لكن ببعض صور الأصل لا كله³؛ ولأن إعمال الدليلين ولو من وجه أولى من إهمال أحدهما أو إلغائه.

هذا وقد ساق صاحب نور الأنوار شروط التعارض إجمالاً فقال: وشروطها -أي المعارضة- اتحاد المحل والوقت مع تضاد الحكم فإن النكاح يوجب الحل في الزوجة والحرمة في أمها ولا يسمى هذا تعارضاً لعدم اتحاد المحل وكذا الخمر كان حلالاً في ابتداء الإسلام ثم حرم، ولا يسمى هذا تعارضاً أيضاً لعدم اتحاد الوقت، وكذا لو لم يكن الحكم متضاداً لا يسمى معارضة أيضاً وهو ظاهر، وقيل لا بد من قيد اتحاد النسبة أيضاً؛ لأن الحل في المنكوحة بالنسبة إلى الزوج والحرمة بالنسبة إلى غيره لا يسمى تعارضاً أيضاً.

¹ / عبد اللطيف البرزنجي، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، 153/1.

² / المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ص 309.

³ / عبد المنعم أكريكر، قاعدة تقابل الأصول عند المالكية المفهوم والأسباب وطرق إزالة التعارض (مقال)، ص 561.

وعليه قد قال العلماء إن فقد شرط من شروط التعارض يجعل التعارض كأن لم يكن، فإن مما يدفع به التعارض فقد شرط من شروطه أو ركن من أركانه¹.

خلاصة المبحث الثاني:

- قاعدة الحكم بين حكمين تتبوأ مكانة مهمة وموقعاً مميزاً بين أصول المذهب المالكي الذي يعد أكثر المذاهب أصولاً، لتفرده بقواعد لم ينفرد بها غيره.
- الأصل في مشروعية الحكم بين حكمين نص نبوي، وهو حديث عائشة رضي الله عنها (الولد للفراس وللعاهر الحجر).
- مقتضى المذهب المالكي هو العمل بالاحتياط والورع، وهذا ما دفعهم للأخذ بهذه القاعدة.
- ضوابط قاعدة الحكم بين حكمين، ما هي إلا شروط التعارض بين الأدلة.

¹ / محمد الحفناوي، التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي، ص52.

المبحث الثالث:

آثار القاعدة في بناء الأحكام من خلال عقدَي الوديعة

المصرفية، والتأمين التكافلي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في الوديعة المصرفية

الفرع الأول: حقيقة الوديعة المصرفية

الفرع الثاني: أنواع الوديعة المصرفية وتكييفها الفقهي

الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في الوديعة المصرفية

المطلب الثاني: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في عقد التأمين التكافلي المخرج على عقد الهبة

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لعقدي التأمين التكافلي والهبة

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين التكافلي على الهبة

الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في عقد التأمين التكافلي المخرج على عقد الهبة

المطلب الأول: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في الوديعة المصرفية

تعدّ الودائع المصرفية من أهمّ الموارد التي تعتمد عليها المصارف والمؤسسات المالية، وفي ظلّ التطوّر الذي شهده العالم، وارتفاع نسبة تعرّض الأموال إلى الضياع والغصب، اضطرّ كثير من النّاس إلى إيداع أموالهم في هذه المصارف، سواء أكانت إسلاميّة أو تقليديّة، فكان علينا الوقوف على حقيقتها من خلال هذا الفرع:

وسنعرض هذه المسألة كالآتي:

الفرع الأول: حقيقة الوديعة المصرفية

الفرع الثاني: أنواع الوديعة المصرفية وتكييفها الفقهي

الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في الوديعة المصرفية

الفرع الأول: حقيقة الوديعة المصرفية

لما كان الحديث حول الودائع المصرفية، والتي لها علاقة بالودائع الفقهية، كان لا بد من التعرّض إلى مفهوم الوديعة عند الفقهاء وبيان حكمها:

أولاً-تعريف الوديعة وبيان حكمها

1-تعريف الوديعة:

1-1-لغة: الوديعة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الوَدَعَ: وهو التَّرك، قال ابن القطّاع: "ودَعْتُ

الشَّيْءَ وَدَعَا: تركته"¹.

وجاء في المصباح المنير: الوديعة فعيلة بمعنى مفعولة، وأودَعْتُ زيداً مالاً، دَفَعْتُه إليه ليكون عنده وديعة وجمعها ودائع واشتقاقها من الدَّعَى وهي الرّاحة أو أخذته منه وديعة فيكون الفعل

¹ / ابن المبرد، الدر النقي في شرح ألفاظ الخري، 598/3.

من الأضداد، لكن الفعلُ في الدَّفْع أشهر، واستودعته مالاَ دَفَعْتُهُ لَهُ وَدِيعَةً يَحْفُظُهُ وقد وَدَعَ زَيْدٌ بضمِّ الدَّالِ وفتحِها وَدَاعَةً بالفتح والاسمُ الدَّعَةُ وهي الرَّاحَةُ وَحَفْضُ الْعَيْشِ والهَاءُ عَوْضٌ من الواو¹.

1-2- اصطلاحاً: تعدّد مفهومها في اصطلاح الفقهاء² وسنكتفي بذكرها عند المالكية:

- "مالٌ وكُلٌّ على حفظه، وأمّا بالمعنى المصدري فقال خليل: الإيداع توكيل بحفظ مال"³.

2- حكم الوديعة:

الوديعة مشروعة عند الفقهاء من خلال الأدلة الواردة في الكتاب والسنة:

2-1- من الكتاب: "الأصل في الوديعة"⁴ قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا

الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [التساء: 58].

وجه الدلالة: الأمانات يجب أدائها إلى الأبرار والفقار، وعلى المودع حفظ الوديعة وإحرازها، وليس عليه غرم فيما تلف من الحرز، والأمر بردّ الأمانات ووجوب حفظها فيه دليل على مشروعيتها⁵.

2-2- من السنة: قوله ﷺ: «أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ اتَّمَنَّاكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»⁷.

¹ / أبو العباس الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 653/2.

² / ينظر: الباري، العناية شرح الهداية، 484/8. وابن الملّقن، عجالة المحتاج، 1111/3. وابن النجار، منتهى الإرادات، 250/3.

³ / النفراوي، الفواكه الدواني، 169/2.

⁴ / عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ص1204.

⁵ / ابن المنذر، الإقناع، 405/2.

⁶ / المرجع السابق، المعونة، ص1204.

⁷ / أخرجه أبو داود في سننه، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث رقم: 3534، 290/3. والترمذي في سننه، حديث رقم: 1264، 555/2، وقال: هذا حديث حسن غريب. وقال الألباني: "صحيح". ينظر: إرواء الغليل، 381/5.

وجه الدلالة: أنَّ الوديعة من عقود الأمانة، وقد حثَّ النَّبي ﷺ على أداء الأمانة، وهذا فيه دليل على مشروعيتها.

2-3-الإجماع: أجمعت الأمة على جواز الوديعة؛ لحاجة الناس إليها¹.

3-ضمان الوديعة: تعتبر الوديعة من عقود الأمانة، وهي أمانة في يد المودع (أو الوديع)، فهو أمين غير ضامن لما يُصيب الوديعة، من تلف جزئي أو كلي، إلا أن يحدث التلف بتعديده أو تقصيره أو إهماله وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء²، جاء في البناية: "الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلك لم يضمنها"³، وذكر في التفرع ليس على المودع عنده ضمان الوديعة إلا أن يتعدى فيضمن بتعديده⁴، وورد في المجموع: "والوديعة أمانة في يد المودع فإن تلفت من غير تفريط لم تُضمن"⁵، وقيل في شرح الزركشي: وليس على المودع ضمان إذا لم يتعد⁶.
وشهد له ما روي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النَّبي ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمانَ عليه»⁷.

أمَّا الحالات التي تضمن فيها الوديعة فقد جمعها محمد التَّوْجيري في موسوعة الفقه الإسلامي، فقال: "يتغيَّر حال الوديعة من الأمانة إلى الضَّمان" فيما يلي:

- ترك الوديع حفظ الوديعة.
- إيداعها عند غيره بغير عذر ولا إذن.

¹ / ابن المنذر، الإجماع، ص146.

² / الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 246/28-247.

³ / العيني، البناية شرح الهداية، 106/10.

⁴ / ابن الجلاب، التفرع، 290/2.

⁵ / التَّوْجيري، المجموع شرح المذهب، 177/14.

⁶ / الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، 575/4.

⁷ / رواه ابن ماجه في سننه، باب الوديعة، حديث رقم: 2401، 802/2، وقال إسناده ضعيف. وقال الألباني:

"حسن". ينظر: إرواء الغليل، 385/5.

- استعمال الوديعة، أو التصرف فيها.
- خلطها بغيرها خلطاً لا يتميز.
- المخالفة في كيفية حفظ الوديعة.
- نقلها إلى دون حرز مثلها¹.

ثانياً- مفهوم الوديعة المصرفية وصورها:

قبل الوقوف على حقيقة الودائع المصرفية، لا بد من بيان مفهوم المصرف، وهو كالاتي:

"المصارف جمع مصرف وهو يطلق على المؤسسات التي تخصصت في إقراض واقتراض النقود؛ لأنّ النسبة الساحقة من الإقراض والاقتراض تتم مباشرة بين أصحاب النقود ومن يرغب في استخدامها عن طريق المصارف"². وهذا التعريف ينطبق رأساً على المصارف التقليدية.

1-تعريف الوديعة المصرفية:

تعددت تعريفات الودائع المصرفية، نذكر منها:

- عرّفها باقر الصّدر بقوله: "مبلغ من التّقود يُودع لدى البنوك بوسيلة من وسائل الإيداع فينشئ وديعة تحت الطّلب أو لأجل محدّد اتّفاقاً وترتب عليه من ناحية البنك الالتزام بدفع مبلغ معيّن من وحدات النّقد القانونيّة للمودع أو لمرة لدى الطّلب، أو بعد أجل، على اختلاف الشّكل الذي يتمّ الاتّفاق عليه للوديعة بين البنك والعمل"³.

ومن التّعريفات أيضاً: "هي التّقود التي يعهد الأفراد أو الهيئات إلى البنك على أن يتعهّد الأخير بردها أو برّد مبلغ مساوٍ لها إليهم لدى الطّلب أو بالشّروط المتفق عليها"⁴.

1/ محمّد التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، 549/3.

2/ عمر ابن عبد العزيز المترّك، الربا والمعاملات المصرفية، ص309.

3/ محمّد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص83-84.

4/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ص35.

2-تصوير الوديعة المصرفية: قبل بيان مفهوم الودائع المصرفية، لابدّ من توضيح صورتها، لأنّ الحكم عن الشيء فرع من تصوّره، فصورتها: أنّ يأتي العميل بمال معيّن، سواء أكان قليلاً أو كثيراً ويضعه في المصرف (البنك)، على أن يقوم بسحبه لاحقاً متى شاء، دون أن يجني ربحاً من ورائه، وهذا في أحد صوره، أو مقابل ربح يحصل عليه في مدّة معيّنة يتمّ الاتفاق عليها بين العميل والمصرف على أن يلتزم هذا الأخير بحفظ المال وأدائه للعمل متى طلبه، أو على استرداده في مدّة معيّنة متّفق عليها¹.

الفرع الثاني: أنواع الوديعة المصرفية وتكييفها الفقهي

اتّفق الباحثون في الجملة على تقسيم الودائع المصرفية إلى ثلاثة أنواع² وهي:

أولاً-ودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية):

1-مفهوم الوديعة تحت الطلب (الحساب الجاري): ويُقصد بها: "الحسابات التي يقوم أصحابها بفتحها في البنك لإيداع أموالهم بغرض الحفظ والعون، أو لأغراض التعامل اليومي والتّجاري، دون الاضطرار إلى حمل التّقود³.

2-التّكييف الفقهي للحساب الجاري:

اختلفت آراء الباحثين الشرعيين في تكييف الحساب الجاري على ثلاثة أقوال:

- القول الأوّل: عدّها وديعة بالمفهوم الفقهي، وهو رأي بعض الباحثين المعاصرين، ومنهم حسن فهمي، وحمد الكبيسي، وحسن الأمين⁴، وعبد الرزاق الهيتي⁵.

1/ ينظر: محمّد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع (دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، 172/3.

موقع الإسلام سؤال وجواب، الموقع بإشراف الشّيخ محمّد صالح المنجد، 5514/5.

2/ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 650-653.

3/ الهيتي، المصارف الإسلامية بين النّظرية والتّطبيق، ص 258-259.

4/ ينظر: بحث الودائع المصرفية حسابات المصارف، مجلّة مجمع الفقه الإسلامي (مقال)، ص 505، 561، 576.

5/ ينظر: الهيتي، المرجع السابق، ص 261.

- **القول الثاني:** إعطاؤها حكم القرض، وبهذا الرأي أخذ أكثر الباحثين المعاصرين¹، وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي²، وكذلك الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية بنك السودان³.

- **القول الثالث:** تكييف عقد الحساب الجاري باعتباره عقدًا مركبًا من عقدين (عقد وديعة، وعقد قرض)، ومن ذهب إلى هذا هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني، واعتبر ودائع (الحساب الجاري) وديعة ابتداءً، وقرضًا انتهاءً، تُطبّق عليه أحكام القرض⁴.

2-1- الأدلة:

1-2-1- أدلة القول الأول:

- إنّ المقصد الأصلي من الوديعة هو الحفظ، والرد عند الطلب، وهذا مُتحقق في الحساب الجاري، فمقصد المودع هو حفظ ماله، وسحبه متى شاء، فلم يقصد به قرض⁵.
ونوقش بأنه لا يلزم من قصد المودع حفظ ماله في الحساب الجاري اعتباره وديعة حقيقية، فقد يقصد المقرض من القرض حفظ ماله، بدليل ما سيأتي في قصة الزبير رضي الله عنه فقد كان من قرضه يقصد حفظ ماله⁶.

1/ ينظر: علي السالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، 180/1. ومحمد باقر الصدر، البنك اللاربوي، ص84. ومحمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص356. وسامي حسن حمود، الدائع المصرفية (مقال)، ص497.

2/ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار مجمع الفقه الإسلامي (مقال)، ع9، ص701.

3/ ينظر: أحمد عفيفي، التكييف الفقهي لعقد الحساب الجاري (مقال)، ص212.

4/ المرجع نفسه، ص212.

5/ ينظر: محمد علي التسخيري، الدائع المصرفية تكييفها الفقهي وأحكامها (مقال)، ص576. وأحمد شحدة، التكييف الفقهي للحساب الجاري وآثاره (مقال)، ص177.

6/ ينظر: أحمد شحدة، المرجع نفسه، ص180.

- تقاضي البنك عمولة على حفظ الوديعة - كما في البنوك السودانية- مما يعزّز أنه عقد وديعة؛ لأنه غير متصوّر أن يأخذ المقرض عمولة أو أجرة من المقرض¹.

ونوقش هذا الاستدلال أنّ الأجرة التي يتقاضاها البنك، إنّما هي مقابل الخدمات المُقدمة لأصحاب الحسابات الجارية كدفاتر الشيكات وبطاقات الصّراف الآلي ونحوها، على أنّ الغالب في العمل المصرفي أنّ المصرف لا يتقاضى أجرة على ذلك، بل تحرص البنوك على استقطاب أكبر قدر من الودائع، محاولة إغراء المودعين بما تدفعه لهم من فوائد، أو ما تقدّمه من تسهيلات².

- تكييفه على الوديعة فيه تحقيق لمصلحة العميل - صاحب الحساب - أمّا إذا كيّف هذا الحساب على أنّه قرض، فيه مُخاطرة بماله، وتعرضه للضياع، وهذا مُتوقّع في حالة إفلاس المصرف لأيّ سبب من الأسباب؛ لأنّه إذا اعتبر العميل مقرضاً للمصرف، فإنّه يدخل بحصّته منافساً مع الغرماء الآخرين من أصحاب القروض وغيرهم، بخلاف ما لو اعتبر هذا الحساب وديعة حقيقية، فإنّه في مثل هذه الحالة يكون له الحق باسترداد وديعته أولاً، لكونها أمانة³.

نوقش هذا الاستدلال أنّ تكييف الحساب الجاري إنّما يكون بناءً على حقيقته، وليس بناءً على مصلحة العميل في أمر نادر الحدوث وهو إفلاس المصرف، وحقيقة هذا الحساب أنّه قرض لا انتقال ملكيّة الأموال المودعة فيه للمصرف، وله كامل الحق في التصرّف فيها، كما أنّ عليه ضمانها، وأمّا تكييفه على أنّه قرض ففيه تحقيق لمصلحة العميل، إذ يحفظ أمواله ويضمنها له (المصرف)⁴.

¹ / ينظر: محمد علي التسخيري، الودائع المصرفية تكييفها الفقهي وأحكامها (مقال)، ص 576. وأحمد عفيفي، التكييف الفقهي لعقد الحساب الجاري (مقال)، ص 263.

² / ينظر: أحمد شحدة، التكييف الفقهي للحساب الجاري وآثاره (مقال)، ص 180.

³ / ينظر: الهيقي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 263.

⁴ / المرجع السابق، ص 180.

- حذر البنك من استعمالها والتصرف فيها، تحسباً لطلبها من قبل العميل؛ لالتزامه بردها إليه عند الطلب، وهذا دليل على أنه لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقترض¹.

2-2-1- أدلة القول الثاني: مما استدلل به القائلون بأن الحساب الجاري يأخذ حكم

القرض:

- ما أخرجه البخاري في صحيحه، عن عبد الله بن الزبير فيما يرويه عن والده الزبير رضي الله عنهما: "أن الرجل كان يأتيه بالمال فيستودعه إياه، فيقول الزبير: "لا، ولكنه سلف، فإني أخشى عليه الضيعة..."².

ووجه الاستدلال: هو أن الذين جاءوا بهذه الأموال أرادوا حفظها عند الزبير ﷺ أي أن تكون وديعة، فطلب منهم أن تكون سلفاً لا وديعة، والفرق بينهما أن الوديعة لا يضمنها المودع لديه والقرض يضمنه المقترض، ولذلك قال الزبير: فإني أخشى عليه الضيعة، أي طلب أن يكون ضامناً للمال باعتباره قرضاً، في المقابل أن يكون من حقه الاستفادة من هذا المال المقترض، فيحفظه بماله في التجارة وغيرها، بخلاف الوديعة فإنها لا يُستفاد منها³.

ويناقد هذا بأنه فعل صدر من صحابي، في أمر اجتهد فيه، وفعله لا يدل على تكليف التصرف في الحسابات الجارية على أنها قرض، وأن قصد المودع لدى الزبير رضي الله عنه هو الإيداع وليس القرض، وهذا سواء بسواء في الحساب الجاري فإن قصد العميل الإيداع لا القرض⁴.

¹ ينظر: محمد علي التسخيري، الودائع المصرفية تكييفها الفقهي وأحكامها (مقال)، ص 576.

² أخرجه البخاري في صحيحه، باب بركة الغازي في ماله حيا أو ميتا مع النبي ﷺ وولاة الأمور، كتاب فرض الخمس، حديث رقم: 3129، 87/4.

³ علي السالوس، حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد (مقال)، ص 593.

⁴ أحمد عفيفي، التكييف الفقهي لعقد الحساب الجاري (مقال)، ص 211.

- إنّ هذه الأموال المودعة في المصرف مضمونة عليه، بحيث يجب عليه ردّها إلى المودعين في كلّ حال سواء أقرّط في حفظها أو لم يقرّط، وهذه حقيقة القرض بخلاف الوديعة الحقيقية حيث إنّها أمانة، فلا تُضمن إلّا بالتّحدي أو التّقصير¹.

وناقش هذا الدليل الهيتي فقال: بأنّ المالكيّة يقولون أنّ مجرد خلط الوديعة بغيرها خلطاً يتعدّر معه التّمييز، يجعل الوديعة مضمونة، فيما إذا كان هذا لغير الحفظ والإحراز، وهذا متحقّق في البنوك، كما قال أيضاً: أنّ تصرّف المصرف بهذه الوديعة هو تصرّف مأذون فيه إذناً ضمناً، بدليل أنّ العميل عند زيادة السّحب عن المبلغ المسموح به عليه أن يُخطر المصرف حتّى يستطيع المصرف أن يدبّر المبلغ المطلوب، ومعلوم أنّ الإذن الضمني كالإذن الصّريح في الحكم².

- المصرف يمتلك الحسابات الجارية، وله حق التّصرّف فيها، ويلتزم برّد مبلغ مماثل عند الطّلب³، وهذا معنى القرض الذي هو: "دفع المال على وجه القربة لينتفع به آخذه ثمّ يتخيّر في ردّ مثله أو عينه ما كان على صفته"⁴، بخلاف الوديعة بمعناها الفقهي إذ هي: المال الذي يوضع عند إنسان لأجل الحفظ، بحيث لا يستخدمها، ويردّها بعينها إلى صاحبها، والقاعدة الفقهيّة تقول: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"⁵.

ويناقش بأنّ فقهاء المالكيّة يعدّون التّصرّف في الوديعة عمل مكروه لا يرقى إلى مرتبة الحرمة إذا كان الوديع مليئاً لاسيما إذا كانت الوديعة من الدّراهم والدنانير (أي من النقود)، بل إنّ

¹ / ينظر: أحمد شحدة، التكييف الفقهي للحساب الجاري وآثاره (مقال)، ص 177.

² / ينظر: الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 265-266.

³ / المرجع السابق، ص 177.

⁴ / القرافي، الذخيرة، 286/5.

⁵ / ينظر: أحمد شحدة، المرجع السابق، ص 177. سامي حسن حمود، الودائع المصرفية - حسابات المصارف (مقال)، ص 647. وابن الملّقن، الأشباه والنظائر، ص 32.

أشهب ذهب إلى عدم وقوع الكراهة في الدراهم والدنانير (ويرى هؤلاء أنه يجب على المودع - بالفتح- ردّ المثل مع بقاء عقد الإيداع، كما هو الحال في البنوك المعاصرة¹.

3-2-1- أدلة القول الثالث: استدلو بما يلي:

معنى الوديعة بالمنظور الشرعي مُتحقق في ودائع الحساب الجاري إذ إنّ الوديعة مال يوضع عند أمين لمجرد الحفظ، وهذا هو معنى الحساب الجاري ابتداءً، ومُتحقق فيها معنى القرض؛ لعدم التزام البنك بردّ عين الوديعة وانتفاعه بها، سواء بإذن المودع أو بغير إذنه².

وقد بين الفقهاء أنّ كلّ ما لا يمكن الانتفاع به إلّا باستهلاك عينه يكون قرضاً³، وهكذا الحساب الجاري يتجاوزه عقدان، عقد الوديعة ابتداءً، وعقد القرض انتهاءً.

ونوقش بأنّ محلّ العقد واحد فكيف يرد على المحلّ المتحد عقدان؟ فالمبلغ المودع يكون قرضاً ووديعة فيه تناقض⁴.

4-2-1- القول الرَّاجح: بعد عرض الأقوال والأدلة المعتمدة لدى كلّ فريق، يمكن التّحقيق من مدى صحّة ما ذهب إليه كلّ فريق، وذلك من خلال عرض أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحساب الجاري وكلّ من الوديعة والقرض:

3-أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحساب الجاري والوديعة:

3-1-أوجه الاتفاق:

¹ / الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص262.

² / أحمد عفيفي، التكييف الفقهي لعقد الحساب الجاري (مقال)، ص211.

³ / السرخسي، المبسوط، 34/14. وينظر: أحمد عفيفي، المرجع نفسه، ص212.

⁴ / المرجع السابق، ص212.

يَتَّفَق الحساب الجاري مع الوديعة الحقيقية في كون كلٍّ منهما يُقصد به حفظ المال واسترداده عند الطلب، كما أنَّ البنك يتقاضى عمولة على حفظ الوديعة المصرفية، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء في جواز أخذ الأجرة على الوديعة الفقهية¹.

3-2-أوجه الاختلاف: يختلف الحساب الجاري على الوديعة من وجوه نذكر منها:

- أنَّ الأصل في الوديعة الفقهية أنَّها من عقود التبرعات القائم على أساس الرِّفق والإحسان، بخلاف الوديعة في الحساب الجاري، فهي عقد من عقود المعاوضات المالية القائم على تبادل الحقوق والواجبات بين العميل والبنك.

- في الحساب الجاري تنتقل ملكية الأموال المودعة للمصرف، وله حق التصرف فيها، ويلتزم بردها بالمثل، وأمَّا الوديعة الفقهية فهي ملك للمودع بحيث لا يحق للمودع استخدامها، على أن يردّها بعينها لصاحبها.

- مفهوم الوديعة المصرفية مُغاير لمفهوم عقد الإيداع بالمنظور الشرعي، فالوديعة في الأصل هي: "مالٌ وكلٌّ على حفظه، وأمَّا بالمعنى المصدري فقال خليل: الإيداع توكيل بحفظ مال"²، أمَّا الوديعة المصرفية فصورتها الحسابية هي مال يتسلّمه المصرف لحساب المودع، لا على أساس حفظه له بذاته، وإنّما على أساس تسجيل قيد يصبح فيه دائناً للمصرف³.

- الوديعة الفقهية هي أمانة في يد المودع لا يضمنها إلّا في حال التعدي أو التفريط، بخلاف الحساب الجاري، فالمال المودع فيه مضمون على المصرف في كلّ حال.

4-أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحساب الجاري والقرض:

¹ / ديبان محمد الديبان، المعاملات المالية، أصالة ومعاصرة، 174/4.

² / النفراوي، الفواكه الدواني، 169/2.

³ / سامي حسن حمود، الودائع المصرفية-حسابات المصارف (مقال)، ص 647.

4-1- أوجه الاتفاق: الحساب الجاري مُتحقق فيه معنى القرض من جهة كون كلٍّ منهما: فيه انتقال ملكية الأموال إلى المقترض، وله حق التصرف فيها، والانتفاع بها، فيكون ضامناً سواء أفرط أو لم يُفرط.

4-2- أوجه الاختلاف: القرض يُمنع فيه الزيادة، والمنفعة فيه محظورة، والحساب الجاري غير ذلك، فإنَّ المنفعة فيه مقصودة من الطرفين، فالعميل يسعى لحفظ ماله، وإمكان نقله وسحبه من أي مكان، والمصرف يتقاضى عمولة مقابل ذلك.

بالإضافة إلى أنَّ القرض يُقصد به - في الغالب - الرِّفق والتَّوسعة، فمقتضاه انتفاع المقترض بالمال، بينما الأصل في إيداع الأموال في الحساب الجاري حفظ المال وسحبه وقت الاحتياج. ومن خلال عرض مواطن الاتفاق والاختلاف بين الحساب الجاري وعقدَي الوديعة والقرض، يمكن القول بأنَّه عقد له ملمحان: ملمح الوديعة من جهة، وملمح القرض من جهة أخرى، وبالتالي فإنَّ الحساب الجاري عقد يتجاوزه عقدان، كما ذهب أصحاب الرأي الثالث.

ثانياً- الحساب الاستثماري وتكييفه الفقهي

1- مفهوم الحساب الاستثماري:

يعتبر الحساب الاستثماري في البنوك الإسلامية بديلاً للودائع الأجلة لدى البنوك التقليدية الربوية ويكتسي أهمية بالغة لما فيه من استثمار لتلك الأموال المودعة، وينقسم هذا النوع من الودائع في البنوك الإسلامية إلى نوعين: الحساب المشترك والحساب الاستثماري المخصوص¹.

2- أنواع الحساب الاستثماري:

2-1- الحساب الاستثماري (المشترك) وتكييفه الفقهي:

2-1-1- تعريف الحساب الاستثماري (المشترك): وهي التي يهدف أصحابها إلى

المشاركة في العمليات الاستثمارية التي يقوم بها البنك الإسلامي، وذلك للحصول على عائد

¹ / ينظر: ميلود بن مسعودة، معايير التمويل والاستثمار في البنوك الإسلامية، ص 27-28.

عليها. ويقوم البنك كنائب ووكيل عن المودعين باستثمارها في الأوجه المناسبة وبالطرق التي يرتضيها دون تحديد أو تدخل من المودعين بعد أن أخذ الموافقة المسبقة منهم بذلك عن طريق وضع نص هذا المعنى في الطلب المقدم لفتح لحساب الاستثمار المشترك¹.

ويشترط في الحساب الاستثماري (الوديعة الثابتة) في البنوك الإسلامية توفر عنصرين، لكي تكون وديعة استثمارية بالمعنى المتعارف عليه، هما:

عنصر الزمن: اشتراط بقاء الوديعة في البنك لمدة لا تقل عن سنة، وقيل ستة أشهر، وبعضها -البنوك- تشرط ثلاثة أشهر².

عنصر المبلغ: وهو أن يشترط -البنك- أن لا يقل حجم الوديعة الاستثمارية عن مبلغ معين لكل عملة من العملات المكونة للسيولة النقدية في البنوك الإسلامية³.

2-1-2- التكييف الفقهي للحساب الاستثماري (المشترك):

قبل بيان انتماء الحساب الاستثماري إلى أصل معين معتبر في الشريعة، لا بد من معرفة أنواع الودائع الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية. الحسابات الاستثمارية في البنوك الإسلامية تشتمل على ثلاثة أنواع⁴:

2-1-2-1- حسابات التوفير والادخار:

-مفهومه: وهي التي يطلق عليها في المصارف اسم (الودائع الادخارية) وهي: الحسابات التي يحتفظ المودعون على أساسها بدفتر تسجيل فيه كافة عمليات السحب والإيداع في الحساب وفق الشروط والقيود التي يضعها البنك⁵، أو هي: "الحسابات التي يقصد بها تشجيع صغار

¹ / الهيئي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 267.

² / ينظر: المرجع نفسه، ص 268. وحسن محمد العطار، الوديعة المصرفية دراسة فقهية إقتصادية، ص 197.

³ / المرجع نفسه، والصفحة نفسها. وحسن محمد العطار، المرجع نفسه، ص 198.

⁴ / ينظر: الهيئي، المرجع نفسه، ص 268. وأحمد شحدة، التكييف الفقهي للحساب الجاري وآثاره (مقال)، ص 176.

ينظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (مقال)، ص 650-653.

⁵ / الهيئي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 268-269.

المستثمرين على المشاركة في عمليات الاستثمار عن طريق السماح لهم بالإيداع والسحب المقيد جزئياً حسب الشروط الخاصة بحسابات التوفير¹.

يمكن الإشارة إلى أنّ هذا النوع من الحسابات تُدفع فيه فوائد لأصحابه في البنوك التقليدية (الربوية)، فهو يُعد بهذه الصورة قرضاً بفائدة، ومعلوم حكمه في الفقه الإسلامي؛ وهو المنع، اعتماداً على أنّه قرض جرّ نفعا وبالتالي فإنّ المصارف الإسلامية تشتترط ضوابط معينة لإخراجه من الربا، وهي على النحو الآتي:

- أن يودع هذا المبلغ باعتباره قرضاً حسناً دون فوائد، ويمكن للمصرف الاستفادة من المبالغ التي تتجمع لديه عادة في استثمارات مناسبة مشروعة، ولا يمنع هذا من إلزام البنك بالاستجابة للعميل إن طلب سحب ماله.

- يُخَيَّر صاحب الحساب بإيداع ماله في حساب الاستثمار مع المشاركة في الأرباح، وبين إيداع جزءٍ منه في حساب الاستثمار وترك جزء آخر لسحبه وفق إحتياجه².

وأشار الهيئتي في كتابه، إلى أن هذه الحسابات -التوفير- يمكن أن تُحوّل من طرف صاحب الحساب، إلى حسابات استثمارية ثابتة، وذلك عن طريق المضاربة والمشاركة لتعود عليه بفائدة أكبر.

وذكر أيضاً اختلاف حسابات التوفير عن الحسابات الثابتة في المصارف الإسلامية في أمرين:

- يمكن لصاحب دفتر التوفير السحب من حسابات التوفير، بخلاف الحسابات الاستثمارية الثابتة، فإنّها تبقى في يد المصرف الإسلامي، لمدة لا تقل عن ستة أشهر.

¹ / أحمد شحدة، التكييف الفقهي للحساب الجاري وآثاره (مقال)، ص 176.

² / ينظر: الهيئتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 268-270.

- يمكن للمصرف الإسلامي الاقتطاع من كل حساب توفير نسبة معينة، يُعَدُّها قرضًا، للاحتفاظ بها كسيولة نقدية، ولا يُدججها في استثماراته.

-تكييفه الفقهي:

ينقسم المال المودع في المصارف الإسلامية من هذا النوع إلى قسمين:

- **حساب مُعَدَّ للادخار:** وهو المال المعد للسحب منه متى أراد صاحب الحساب؛ لتغطية احتياجاته، ولا يأخذ عليه أية أرباح، وهذا يلحق بالودائع تحت الطلب، وكما ذُكر سابقًا اختلف في إلحاقها بين الوديعة الحقيقية (الشرعية) وبين القرض بلا فائدة¹.
وكما رجحنا -سابقا- بأنه عقد يتجاذبه عقدان وفق أخذه الشبه لعقد الوديعة من وجه، وعقد القرض من وجه آخر؛ وعليه فإن حسابات التوفير والادخار تُلحق بالحساب الجاري.
- **حساب معد للاستثمار:** وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في حساب الاستثمار المشترك على أساس عقد مضاربة بينه وبين المصرف وهذا جائز من الناحية الشرعية، ذلك أن الربح ناتج عن ذلك الاستثمار، ويتحمل ما يتحملة المصرف من ربح وخسارة².
وعلى هذا الأساس يمكن إلحاق هذا النوع من الحسابات إلى عقد المضاربة الشرعية.

2-2-1-2- الحسابات لأجل (الودائع لأجل):

"هي الودائع المرتبطة بأجل محدد لا يجوز لأصحابها السحب منها إلا بعد انقضاء المدة المحددة"³.

والهدف من وراء هذا الحساب، والذي يسعى إليه المودع هو الربح، طبعاً بالنسبة للمصارف الإسلامية، ولكن في بعض الأحيان قد يضطر صاحب الحساب لأجل إلى سحب وديعته كلها أو بعضها، قبل الموعد المحدد، وللبنك في مثل هذا الحق رد الحساب لصاحبه أو الامتناع.

¹ / ينظر: الهيقي، المرجع السابق، ص 269-270.

² / المرجع نفسه، ص 270-271. وأحمد حسن أحمد خضري، الوديعة المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، ص 119.

³ / الهيقي، المرجع نفسه، ص 271.

أما المصارف الإسلامية في مثل هذه الحالة، فالحل عندها كما قال أحد الباحثين: أن يُراعَى فيها المودع -حسب ظروفه- على ألا يكون هناك ضرر يلحق بالمساهمين والمودعين الآخرين، فلا ضرر ولا ضرار.

ولما يحمله هذا الحساب من ثبات، فإن البنك الإسلامي يشغل الجزء الأكبر منه، ويحتفظ بالجزء المتبقي على شكل نقدي، تحسباً لعمليات السحب الممكنة¹.

2-1-2-3- الحسابات الخاضعة لإشعار أو تسمى ودائع بإخطار: هي الحسابات

التي يخضع السحب منها للإشعار المسبق حسب شروط معينة².
-وكما قيل في الحساب لأجل، فهنا أيضاً يقوم المصرف الإسلامي باستثمار جزء من هذا الحساب، وإبقاء الجزء الآخر على شكل نقدي، تحسباً للسحب منه.

والفرق بين الحسابين: -لأجل وإخطار- في الجزء المتبقي المحتفظ به لدى المصرف، فإن البنك يحتفظ بالجزء الأكبر بالنسبة للودائع بإخطار، بخلاف الحساب لأجل فإن الجزء الأكبر يقوم البنك الإسلامي باستثماره³.

-التكييف الفقهي لكلا الحسابين: اختلفت آراء الباحثين في انتماء هاتين العمليتين لأي

نوع من العقود على رأيين:

- **الرأي الأول:** ذهب أصحابه إلى أن العقد الذي ينطبق على الحسابين، هو عقد الوديعة، فإن تصرف المصرف في المبالغ بإذن المودع، فإنه يتحول إلى عقد قرض؛ لأن التصرف بالوديعة والانتفاع بها بدون إذن مالكيها، يجعل الوديع بتصرفه هذا مُتَعَدِّيًا، وعليه الضمان، وإن أذن له

¹ / ينظر: المرجع السابق، ص 271-272.

² / عمر محمد بشينة وآخرون، التكييف الفقهي لودائع المصارف الإسلامية (مقال)، ص 125.

³ / المرجع السابق، ص 273-274.

بالانتفاع صارت عارية وذلك إن لم تُستهلك عينها، أو تُحول إلى قرض إذا كانت نقودًا، ومن المعلوم أنّ النقود لا تُعار؛ لاستهلاك عينها عند الانتفاع¹.

● **الرأي الثاني:** ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنّ هاتين العمليتين ينطبق عليهما عقد المضاربة (المشاركة)؛ أي شركة بين المودع والمصرف، وإنّ تصرف المصرف في الحساب، تصرف شريك مع شريكه، فهو كتصرف العامل في المضاربة²، وحجتهم في ذلك: أن الوديع "إذا خلط الوديعة بماله أو مال غيره بإذن مالِكها، فإنّ ذلك يكون شركة ملك بينهما"³.

القول الرابع: ما نراه راجحاً هو ما ذهب إليه الهيئتي وهو أن الحسابين ينتميان إلى عقد المضاربة، وذلك للأُمور الآتية:

- أنّه موافق لعقد المضاربة المشروع.
- ومّا يساهم في تقدم عجلة المصارف الإسلامية، وذلك أن المودع في أحد الحسابين ستكون له أرباحاً ناتجة عنهما، ممّا يدعو إلى تحفيزه نحو التعامل مع هذه المصارف، والابتعاد عن الكسب الحرام وهذا يعود بالنفع للمصارف الإسلامية، إذ يزداد رأس المال للمصرف وتتشعب استثماراته، ممّا يساعده نحو التقدّم والاستمرار⁴.

2-2- الحساب الاستثماري المخصص وتكييفه الفقهي:

- مفهومه: وهي الحسابات التي يقوم أصحابها بإيداعها في البنك الإسلامي بغرض استثمارها في مشاريع محددة بناءً على رغبتهم الخاصة، أو بناءً على نصيحة يقدمها لهم البنك الإسلامي⁵.

¹ / الهيئتي، المرجع السابق، ص 274. ومجلة مجمع الفقه الإسلامي (مقال)، ص 566.

² / ينظر: الهيئتي، المرجع نفسه، ص 275. وحمد عبّيد الكبيسي، الدائع المصرفية، حسابات المضارب (مقال)، ص 651.

³ / عبد الرحمان بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، 3/255.

⁴ / ينظر: الهيئتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 276.

⁵ / المرجع نفسه، ص 279.

- التكييف الفقهي للحساب الاستثماري المخصص:

بما أن هذا النوع من الحسابات يتعدى صاحب الحساب والمصرف إلى طرف ثالث، فإن هذا العقد يشتمل على ثلاثة أطراف: صاحب الحساب، والمصرف، والمستثمر لهذه الأموال المودعة بحيث أن المصرف لا يقوم باستثمار هذه الأموال بنفسه، بل بتدخل طرف ثالث، وهذا معلوم في الفقه الإسلامي بعقد المضاربة المشتركة¹، وهي: "المضاربة التي تتعدد فيها العلاقة بين أصحاب رؤوس الأموال والمضاربين، سواء أكان التعدد من أحد أطراف المضاربة أو من كليهما"².
ثالثاً- الخزانات المقفلة: "وهي الودائع التي تودع في مخازن معينة يستأجرها المودع من البنك، ويودع فيها أمواله بنفسه، ولا علاقة للبنك بهذه الأموال، بل ولا يعرف موظفو (البنك) ما أودع فيها، وأكثر ما يودع فيها المودعون حلي الذهب والفضة والأحجار الثمينة والمستندات ذات القيمة الكبرى، وقد توضع فيها النقود أيضاً"³.

- التكييف الفقهي للخزانات المقفلة:

من خلال التعريف السابق يتبين أن هذا النوع من الحسابات ينطبق على عقد الإجارة، والذي هو: "تمليك منافع شيء مباحة مدّة معلومة بعوض"⁴.
وهذا المعنى متحقق في هذا النوع من الودائع، إذ يستأجر من المودع من البنك مخزن معلوم، وعند انتهاء المدّة المتفق عليها يبقى هذا المخزن في يد المصرف⁵.

الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في الودائع المصرفية

¹ / ينظر: الهيبي، المرجع السابق، ص 280.

² / المرجع نفسه، ص 471-472.

³ / محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص 374.

⁴ / الدسوقي، حاشية الدسوقي، 2/4.

⁵ / المرجع السابق، ص 354.

يختلف أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في الودائع المصرفية بناءً على نوع العقد الذي تمّ تكييفه عليه، ويمكن بيان ذلك في الآتي:

أولاً-أثر القاعدة في الحساب الجاري: يظهر أثر قاعدة الحكم بين حكّمين فيما توصل إليه أصحاب الرأي الثالث، القائل: بأنّه عقد يتجاذبه عقدان، عقد الوديعة من وجه وعقد القرض من وجه آخر وهذا ما سيتمّ توضيحه في الآتي:

1-أشبه عقد الوديعة من جهة أنّ كل منهما يُقصد به حفظ المال وردّه صاحبه عند الطلب.

2-أشبه القرض من حيث انتقال ملكية الأموال المودعة في كل منهما إلى المقترض، وله حق التصرف بناءً على ذلك، ويكون له الغرم بضمان المال كما كان له غنمه. وعليه يكون الحساب الجاري شابه الوديعة من جهة أنّه مال يُراد حفظه من الضياع والتلف، وشابه القرض من حيث تصرّف البنك في الوديعة واتجاره بما فكان عليه ضمانها، وهذا ممّا نصّ عليه المالكية: إذا أشبه الفرع أصلان لا يتمحض أحدهما بالحكم، فيُعطي حكماً بين حكّمين، وبهذه الصورة يكون الحساب الجاري وديعة مضمونة على البنك، فيلزم القول بجوازه بناءً على ذلك.

ثانياً-أثر القاعدة في حساب التوفير والادخار: قُسم حساب التوفير والادخار في المصارف الإسلامية إلى قسمين:

حساب مُعدّ للادخار: وهو المال المدخر في المصرف على استرداده لأصحابه عند الحاجة، فهذه إحدى الصور الودائع تحت الطلب، وبما أنّ القول الراجح في الحساب الجاري على أنّه عقد يتجاذبه عقدان، وجرياً على قاعدة الحكم بين حكّمين؛ أُعطي حكماً تبعاً للعقدين وهو الجواز. وعليه يكون حساب التوفير والادخار تابعاً للحساب الجاري فيأخذ حكمه وهو الجواز.

المطلب الثاني: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في عقد التأمين التكافلي

المخرج على عقد الهبة

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لعقدي التأمين التكافلي والهبة

خصّصنا هذا الفرع لدراسة عقد التأمين التكافلي والهبة، وذلك من خلال بيان مفهوم التأمين التكافلي وأنواعه وذكر أهم خصائصه أولاً، يليه تحديد مفهوم هبة الثواب وبيان أنواعها وأحكامها ثانياً.

أولاً-تعريف التأمين التكافلي وبيان أنواعه وأهم خصائصه

1-تعريف التأمين التكافلي:

1-1-لغة:

1-1-1-التأمين: الأمن ضد الخوف¹؛ أَمِنَ فُلَانٌ أَمْنًا، وَأَمَانًا، وَأَمَانَةً، وَإِمْنًا، وَأَمَنَةً: اطمأنّ ولم يخفّ، وأصل الأمن سكون القلب عن توقّع الضرر، وأَمِنَ البلد اطمأنّ به أهله². قال تعالى: ﴿رَبِّ اجْعَلْ هَذَا بَلَدًا آمِنًا﴾ [ابراهيم:35]. قال ابن فارس (أَمِنَ): الهمزة والنون والميم أصلاّن متقاربان: أحدهما الأمانة التي هي ضدّ الخيانة، ومعناها سكون القلب؛ والآخر التصديق³.
1-1-2-التكافل: أخذ مصطلح التكافل من الكفالة، وهي الضمان⁴، ويقال كَفَلَهُ وَكَفَلَهُ، قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران:37]؛ أي ضمّنها إياه حتّى تكفل بحضانتها، ومنه الكافل والكفيل؛ أي الضامن، والأنثى كفيلٌ أيضًا، وجمّع الكفيل كُفلاء، وَقَدْ يُقَالُ لِلْجَمْعِ

¹ / محمد الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ص25.

² / سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، ص25. وأحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، 1/122.

³ / ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 1/133.

⁴ / رجب أبو حمد أمين، الأهمية النسبية للتأمين التكافلي مقارنة بالتأمين التجاري بالتطبيق على السوق المصرية (مقال)، ص4.

كفيل؛ كما قيل في الجُمع صديق¹، وتكافل القوم: تعايشوا وتضامنوا، كفيل بعضهم بعضًا تكافلوا في الشدائد².

1-2-1- اصطلاحا: يعرف التأمين التكافلي اصطلاحا باعتبارين هما:

1-2-1-1- باعتباره نظامًا:

يقوم التأمين التكافلي بهذا الاعتبار على القواعد القانونية العامة التي تقوم على أساس: التعاون على تفتيت آثار المخاطر المختلفة وإزالتها عن عاتق مصاب وذلك بطريق التعاقد³. وقد وردت له عدة تعريفات بهذا الاعتبار نذكر منها:

- "نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاوّل عقوده بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد احصائية"⁴.
يلاحظ على هذا التعريف أنّه تضمّن هدفًا من الأهداف الأولى للتأمين التكافلي ألا وهو التعاون.

1-2-2-1- باعتباره عقدًا:

- عرّفه الدكتور أحمد السنهوري في كتابه "الوسيط شرح القانون المدني" بأنّه: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغًا من المال أو إيرادًا مرتبًا أو أيّ عوض مال آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط وأيّة دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"⁵.

¹ / ابن منظور، لسان العرب، 590/11.

² / أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، 1946/3.

³ / مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه، ص 127.

⁴ / المرجع نفسه، ص 19.

⁵ / السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7 مج 2 / 1084.

وما يلاحظ على التعريف المذكور أنّ التأمين التكافلي إنما نشأ بسبب الخوف الذي يلحق بالفرد من أمور وحوادث تصيبه مستقبلاً، في نفسه أو تجارته أو صنعته أو في أي شيء يخصّه¹، فعقد التأمين التكافلي هو عبارة عن عقد بين طرفين يشترط فيه الالتزام بالتعويض عند وقوع الخطر.

2-أنواع التأمين التكافلي وتعريفها وبيان حكمها: ينقسم التأمين التكافلي إلى صورتين:

تأمين تكافلي بسيط (مباشر) أولاً، وتأمين تكافلي مركب (متطور) ثانياً.

2-1-التأمين التكافلي البسيط:

وعُرفَ هذا النوع من التأمين التكافلي بجملة من التعريفات لعل أهمّها:

- عرّفه وهبة الزحيلي بقوله: "هو أن يشترك مجموعة من الأشخاص بدفع مبلغ معين، ثم يؤدّي من الاشتراكات تعويض لمن يصيبه ضرر"².

2-2-التأمين التكافلي المركب:

- تعريف هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية للتأمين التكافلي بأنه: "اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، وذلك طبقاً للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق"³.

¹ / سليمان بن دريع العازمي، التأمين التعاوني معوقاته واستشراف مستقبله (مقال)، ص11.

² / وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص270.

³ / هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، معيار رقم: 26، ص685.

والحد الفاصل بين التأمين التبادلي المباشر، وبين المتطور أن يخرج تمويل الصندوق من صفة التبرع المحض إلى قصد حماية النفس، وتأمينها ضد الأخطار؛ أي إلى قصد المعاوضة والإلزام، وألا يقتصر الصندوق على جماعة واحدة متعارفة فيما بينها، يربطها رباط واحد من قرابة أو عمل، فالبذل في المباشر تبرع محض بقصد التعاون فيما بين الجماعة الواحدة، وفي المتطور معاوضة فردية بقصد حماية النفس وتأمينها ضد الأخطار، دون علاقة، أو معرفة، أو تعاطف بين المشتركين¹.

2-3- حكم التأمين التكافلي

يعود سبب نشأة شركات التأمين التعاوني إلى ظهور شركات التأمين التجاري في البلدان الإسلامية التي تقوم على مبدأ الربح فأخذ الفقهاء والباحثون والعلماء بدراسة التأمين التجاري، حيث عقدت المؤتمرات والندوات، واستقر الأمر على تحريم التأمين التجاري مع إيجاد البديل الشرعي وهو التأمين التعاوني، ويعتبر العلامة محمد أمين بن عابدين أول فقيه تحدث عن التأمين بصيغته المعهودة اليوم²، في الجزء الثالث من رد المحتار على الدرر المختار في باب المستأمن من كتاب الجهاد ص 345 حيث قال: جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون مالا معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق، أو غرق، أو نهب، أو غيره فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذ منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا مقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن من السلطان، يقبض من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر يؤدّي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً، والذي يظهر أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن ذلك التزام ما لا يلزم³.

وهذا ما نصت عليه الهيئات والجامع الفقهية نذكر منها:

¹ / سليمان بن ثنيان، التأمين وأحكامه، ص 274.

³ / بلعزوز بن علي وآخرون، نظام التأمين التعاوني بين النظرية والتطبيق (مقال)، ص 347.

³ / عثمان الهادي إبراهيم، التكيف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي (مقال)، ص 3-4.

- المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1398 بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الإسلامي، بعد النظر في موضوع التأمين أنواعه، قرر المجلس بالإجماع-عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا-تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه، سواء كان على النفس، أو البضائع التجارية، أو غير ذلك للأدلة الآتية: عقد التأمين التجاري من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش، والمقامرة، والربا بنوعيه، وأكل للأموال بغير وجه حق¹.
- مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة سنة 1406هـ/1985م. وبعد النظر فيما صدر عن المجمع الفقهية، والهيئات العلمية بهذا الشأن قرر:

- أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كثير مفسد للعقد، ولهذا فهو حرام شرعاً.
- وأن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون، وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني².

2-3-1-حكم التأمين التكافلي البسيط:

هذا النوع من التأمين، إن صحت تسميته تأميناً، فهو الصورة الوحيدة من أنواع التأمين، التي تقوم على التعاون الاقتصادي، لكون ما يدفعه الأعضاء وما يأخذونه، تبرع محض، بقصد العطف، أو التعاون، أو غير ذلك، وهذا النوع المسمى بالمباشر من التأمين التبادلي هو الذي تقدم بصورته الباحثون والمحرون إلى العلماء مبينين حقيقته وحده، كواجهة تمثل التأمين التبادلي

¹ / ينظر: الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء، 4/308-309. والمرزوقي، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي (مقال)، ص 34.

² / عثمان الهادي إبراهيم، التكيف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي (مقال)، ص 12-13.

المباشر والمتطور، دون أن يبينوا حقيقة المتطور منه؛ هذا رغم أن الفرق بينهما شاسع، ورغم أن المتطور هو وحده الغريب عن العلماء، فيحتاجون إلى بيان حقيقته، وهو وحده المتعامل به بين الناس اليوم، دون المباشر الذي لا يكاد يكون له وجود إلا في مجالات نادرة ضيقة لا تكاد تذكر. وبناء على هذا التقديم يكون العلماء الذين أجازوا التأمين التبادلي مطلقاً، قد أجازوا منه في واقع الأمر التأمين التبادلي المباشر فقط؛ لأنه هو الذي قدمت لهم صورته، وبينت لهم حقيقته، فيكون الحكم عليه وحده، دون المتطور الذي خفي عليهم أمره.

وحجتهم في إباحة المباشر (البسيط): أنه تبرع محض، لا يدخله الربا، ولا القمار، ولا الغرر، ولا سائر المحظورات الموجودة في أنواع التأمين الأخرى القائمة على المعاوضات، ولعل مما يؤيد ذلك قول ﷺ في الأشعرين: «إِنَّ الْأَشْعَرِيَّينَ إِذَا أَرْمَلُوا فِي الْغَزْوِ، أَوْ قَلَّ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ، جَمَعُوا مَا كَانَ عِنْدَهُمْ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِنَاءٍ وَاحِدٍ بِالسَّوِيَّةِ، فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ»¹ ففعل الأشعرين هذا تعاون جماعي بين الأقرباء، لدفع الحاجة عن أفرادهم، وهو تبرع محض، لا إلزام فيه ولا تقدير².

(التأمين التعاوني) فهي جائزة شرعاً بلا شبهة مهما كان نوع الخطر المأمّن منه"، وهكذا قال الآخرون، بل صدر قرار بجوازها من مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة عام 1385هـ/1965م، ومن مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي عام 1392هـ/1972م³.

¹ / أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، حديث رقم: 2354، 880/2. ومسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب من فضائل الأشعرين ﷺ، حديث رقم: 2500، 1944/4.

² / سليمان بن ثنيان، التأمين وأحكامه، ص 274-275.

³ / علي محي الدين القرّة داغي، مفهوم التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته (مقال)، ص 7-8.

2-3-2- حكم التأمين التكافلي المركب: التأمين التعاوني بنوعيه جائز على قول جمهور

العلماء المعاصرين؛ بناء على القرارات التي صدرت عن المجمع والهيئات الشرعية بخصوص إباحة التأمين التكافلي واعتباره بديل شرعي لتأمين التجاري ذا القسط الثابت القائم على أساس الجهالة والغرر، والربح فهو عقد معاوضة¹.

فالتأمين التعاوني جائز شرعاً باتفاق جميع الفقهاء، بل هو أمر مرغوب فيه لأنه من قبيل التعاون على البر، وعلى هذا يجوز أن ينشئ البنك شركة تأمين تعاوني تزاوّل ما يحقق المصلحة من أنشطة التأمين المختلفة على أن يكون المعنى التعاوني ظاهراً فيه ظهوراً واضحاً وذلك بالنص صراحة في عقد التأمين على أن المبلغ الذي يدفعه المشترك يكون تبرعاً منه للشركة يعان منه من يحتاج إلى المعونة من المشتركين حسب النظام المتفق عليه بشرط ألا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية².

- أدلة المجيزين للتأمين التكافلي المركب:

كما قرر المجمع بالإجماع: الموافقة على قرار مجلس كبار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (51) وتاريخ 1297/4/4هـ، من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم والمنه عنه آنفاً للأدلة الآتية:

- أن التأمين التعاوني من عقود التبرع، التي يقصد بها أصالة، التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية، تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني، لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم، والتعاون على تحمل الضرر³.

¹ / ينظر: علي بن محمد بن نور، التأمين التكافلي من خلال الوقف، ص 79-80. ومحمد طه حميدي، التلقيق وأثره في

المعاملات المالية المعاصرة، ص 153. وعلي محي الدين القرة داغي، المرجع السابق، ص 9.

² / مجموعة دلة البركة، الأمانة العامة للهيئة الشرعية، فتاوى التأمين (مقال)، ص 89-90.

³ / سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة، ص 83.

قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة: أن التأمين التعاوني داخل في عموم التعاون على البر الذي أمرنا الله به، ولا شك أن تبادل التبرع بين المستأمينين لترميم أضرار المخاطر يمثل وجهاً من وجوه الخير¹.

● خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه، ربا الفضل وriba النسيئة، فليست عقود المساهمين ربوية، ولا يستغلون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية.

● لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع؛ لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة، بخلاف التأمين التجاري، فإنه عقد معاوضة مالية تجارية.

● قيام جماعة من المساهمين، أو من يمثلهم، باستثمار ما جمع من أقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشئ هذا التعاون، سواء كان القيام بذلك تبرعاً، أو في مقابل أجر معين².
لكن هناك من الفقهاء، كالشيخ محمد بن حيت المطيعي، والشيخ محمد المختار السلامي، وسليمان بن ثنيان، وغيرهم ممن قال بتحريم التأمين التكافلي، على اعتبار أنه لا فرق بينه وبين التأمين التجاري، فالتأمين كله نوع واحد والتفريق بينها تفريق بغير حق³.

3- خصائص التأمين التكافلي:

¹ / جابر خليفة العازمي، التأمين التجاري في الفقه الإسلامي (مقال)، ص 11.

² / سعدي أبو جيب، التأمين بين الحظر والإباحة، ص 83-84. مجموعة دلة البركة، الأمانة العامة للهيئة الشرعية، فتاوى التأمين، ص 83-84. عبد الستار أبو غدة، التأمين الإسلامي (التكافلي أو التعاوني) أسسه الشرعية وضوابطه والتكييف لجوانبه الفنية (مقال)، ص 4-5.

³ / علي بن محمد نور، التأمين الإسلامي من خلال الوقف، ص 87-88.

ينفرد التأمين التكافلي بجملة من الخصائص التي تميزه عن عقد التأمين التجاري وغيره من عقود التأمينات الأخرى نذكر منها:

- عقد التأمين التكافلي عقد تبرع

- جمع المشترك لصفتي المؤمن والمؤمن له

- قابلية الاشتراك للتغيير

- توزيع الفائض على المشتركين¹

ثانياً- تعريف الهبة وبيان أنواعها وأحكامها

إن عقد الهبة من عقود التبرع التي أباحها الشارع الإسلامي للإنسان، كما أجاز له التصرف فيها بكل حرية، وبلا مقابل. وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذه الجزئية: مفهومها وأدلة مشروعيتها وأنواعها.

1-تعريف الهبة

1-1-لغة:

- جاء في المعجم الوسيط: وهب له الشيء يهبه وهباً، ووهبه أعطاه إيّاه بلا عوض، فهو واهب ووّهوب ووّهّاب².

- وفي مقاييس اللغة: الواو والهاء والباء كلمات لا يقاس بعضها على بعض، تقول: وهبتُ الشيء أَهَبُهُ هَبَةً وَمَوْهَبًا، واتحبت الهبة قَبِلْتُهَا³.

- وما ورد في القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِنِي بِالصَّالِحِينَ﴾ [الشعراء:83]. وقوله أيضاً: ﴿يَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّا نَاهٍ وَيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ [الشورى:49].

¹ / فلاق صليحة، متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي، ص 74-75.

² / مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، 1059/2.

³ / ابن فارس، مقاييس اللغة، 147/6.

1-2- اصطلاحاً: اختلف تعريف الهبة عند الفقهاء¹ فعرفها:

-فقهاء المذهب المالكي بأنها:

- تملك ذات بلا عوض لثواب الآخرة صدقة². أي أتمها تملك ذات العين الموهوبة دون عوض، أما إذا كان تملكها قصد ثواب الآخرة فهي صدقة وأما تملك المنفعة فهي العارية والوقف³.

- هي تملك من له التبرع ذاتاً تُنقلُ شرعاً بلا عوض لأهل⁴. وهذا التعريف مع أنه جاء شاملاً للأركان والشروط إلا أنه أولى من التعريف الأول لأنه جامع وإن كان غير مانع للوصية، فيزداد عليه قيد في الحال⁵.

2-مشروعية الهبة: ثبتت مشروعية الهبة في الكتاب والسنة والإجماع

2-1-من الكتاب:

-قال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 4]. وجه الدلالة: دلت الآية على مخاطبة الأزواج وقد دل بعمومه على أن هبة المرأة صداقها لزوجها بكرًا كانت أو ثيبًا جائزة، وبه قال جمهور الفقهاء⁶.

2-2-من السنة:

¹ / ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشَّيْلِيِّ، 91/5. وابن قدامة، المغني، 239/8. وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 687/5. الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 559/3.

¹ / الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 257/3.

² / محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، 450/1.

³ / كاملي مرسل، عقد الهبة وأحكامها في التشريع الجزائري، ص9.

⁴ / الكشناوي، أسهل المدارك، 87/3.

⁵ / خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، ص16.

⁶ / القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 24/5.

- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «لَوْ دُعِيتَ إِلَى كُرَاعٍ أَوْ ذِرَاعٍ لَأَجَبْتَ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ»¹.

وجه الدلالة: أن مراده ﷺ الحضُّ على إجابة الدعوة ولو كانت إلى شيء حقير كالكراع والذراع، وعلى قبول الهدية ولو كانت شيئاً حقيراً من كراع أو ذراع².

2-3- من الإجماع: أجمع غير واحد من العلماء على مشروعية الهبة وأنه مندوب إليها وهذه أقوال لهم:

- قال المرغيناني: "الهبة عقد مشروع ... وعلى ذلك انعقد الإجماع".

- قال ابن رشد: "فأما الهبة لغير الثواب فلا خاف في جوازها".

- قال الشربيني: "وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها"³.

- 3-أنواع الهبة: تنقسم الهبة في الفقه الإسلامي إلى قسمين: هبة منفعة⁴ كالعريّة والعمرى، وهبة رقبة⁵ والتي تنقسم بدورها إلى ثلاثة أنواع وهو ما سيتم التطرق إليه.

¹ / أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها، باب القليل من الهبة، حديث رقم: 2، 908/2429.

² / الشوكاني، نيل الأوطار، 413/5.

³ / عزيز بن محمد الجليلاني العنزي، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، 243/8-244.

⁴ / أما العمرى، فجائزة. وهي أن يقول: أعمرتك داري أو ضيعتي أو أسكنتك أو وهبت لك سكنها أو استغلاها فهو قد وهب له منفعتها، فينتفع بها حياته، فإذا مات: رجعت إلى ربها. وإن قال: لك ولعقبك، فإذا انقضى عقبه: رجعت إلى ربها أو إلى ورثته، وقال الشافعي وأبو حنيفة وابن حنبل: لا تعود إليه أبداً، لأنه قد خرج عن الرقبة.

وأما العريّة: فهي أن يهب له ثمر نخلة أو ثمر شجرة دون أصلها. ويجوز للمعري شراؤها منه بخرصها تمرّاً بأربعة شروط، وهي: أن يبدو صلاحها، وأن يكون خمسة أوسق فأقل، وأن يكون الثمر من نوع ثمر العريّة. وأن يعطيه الثمر عند الجذاذ، لا نقداً. وذلك مستثنى من المزابنة. وأجاز الشافعي: بيعها من المعري وغيره، ولم يجزها إلا في التمر والعب. ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، ص 553.

⁵ / أما الرقي، فهي أن يقول الإنسان لآخر: إن مت قبلك فداري لك، وإن مت قبلي فدارك لي، وهي غير جائزة، خلافاً للشافعي. المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

3-1- لوجه الله تعالى: وتسمى "صدقة" فلا رجوع فيها أصلاً، ولا اعتصار ولا ينبغي للواهب أن يربحها بشراء ولا غيره، وإن كانت شجرة فلا يأكل من ثمرها، وإن كانت دابة فلا يركبها؛ إلا أن ترجع إليه بالميراث.

3-2- هبة التودد والمحبة: فلا رجوع فيها؛ إلا فيما وهبه الوالد لولده، صغيراً كان أو كبيراً، فله أن يعتصره (وذلك أن يرجع فيه وإن قبضه الولد). وإنما يجوز الاعتصار بخمسة شروط، وهي: أن لا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا يحدث ديناً لأجل، وأن لا تتغير الهبة عن حالها، وأن لا يحدث الموهوب له فيها حدثاً، وأن لا يمرض الواهب أو الموهوب له، فإن وقع شيء من ذلك فيفوت الرجوع¹.

3-3- هبة الثواب: هبة الثواب ليست كالهبة؛ لأنَّ في الأخيرة لا يكون الجزاء والعوض، ولذلك عدها بعض الفقهاء بيعاً، لكن لعلها تختلف عن البيع من حيث وجوب كون العوض في البيع معلوماً وعدم وجوب ذلك في هبة الثواب².

- وعرفها من المالكية ابن عرفة أنها: "عطية قصد عوض مالي"³.
- بينما خلت مصنفات المذاهب الثلاثة الأخرى -والتي أمكن الاطلاع عليها- من تعريف الهبة بعوض، لكن بالنظر في كلامهم عنها وما بحثوه فيها يمكن استنباط تعريف لها، وعليه يمكن تعريف الهبة بعوض عند الحنفية بأنها: "الهبة التي يشترط فيها الواهب عوضاً عما وهبه".
- ويفهم عند الشافعية في الجديد أن الهبة بعوض هي: "الهبة التي يشترط فيها الواهب ثواباً معلوماً"⁴.

¹ / ابن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية، ص 604-605.

² / عبد الباري محمد خلة وآخرون، هبة الثواب وعلاقتها بالنقود (مقال)، ص 5.

³ / التوزي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، 27/4.

⁴ / بن ناصر نذير، الهبة بعوض في الشريعة والقانون (مقال)، ص 36.

- وعرفها من الحنابلة باللاحم أتمًا: "الهبة التي يثبت فيها خيار الشرط هي الهبة بمعنى البيع، وهي هبة الثواب، التي يراد بها التعويض عنها"¹.

وعرفها من العلماء المعاصرين: خير عبد الراضي خليل بأنها: "تمليك عين حال الحياة بشرط العوض"². كما عرّفها الديبان فقال: "الهبة يدفعها الرجل يلتمس أفضل منها"³.

والذي يترجح من التعريفات السابقة لهبة الثواب هو تعريف ابن عرفة المالكي؛ لأنه أخرج البيع من مفهوم هبة الثواب؛ ولأنه قيد العوض بكونه ماليا؛ لتخرج الهبة بقصد قضاء حاجة⁴.

3-1- مشروعية هبة الثواب: دلّ على مشروعيتها جملة من الأدلة نذكر منها:

- من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ﴾ [الروم: 39].

وجه الدلالة: قال ابن فارس وابن جبر وطاووس ومجاهد رحمهم الله: نزلت هذه الآية في هبة الثواب.

- من السنة: عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه عَلَى الْمَنْبَرِ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا، أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا، فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ»⁵.

- من الأثر: عن علي رضي الله عنه قال: "المواهب ثلاثة: موهبة يراد بها وجه الله، وموهبة يراد بها وجه الناس، وموهبة يراد بها الثواب، فموهبة الثواب يرجع فيها صاحبها إذا لم يثب منها"⁶.

¹ / اللاحم، المطلاع على دقائق زاد المستنقع (المعاملات المالية)، 422/1.

² / خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، ص 158.

³ / ديبان محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 525/18.

⁴ / ينظر: عماد عبد الحفيظ علي الزيادات، هبة الثواب وأحكامها في الفقه الإسلامي (مقال)، ص 3.

⁵ / أخرجه البخاري في صحيحه، كتب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم،

الحديث رقم: 1، 3/1.

⁶ / القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 38/14.

3-2- تمييز الهبة بعوض عن المصطلحات المشابهة لها: إن مما يزيد في توضيح معنى الهبة بعوض ويحدد مجالها بدقة أكبر؛ تمييزها عما قد يلتبس بها أو يتشابه معها، فالتمييز بإظهار أوجه الاختلاف ما يزيد في توضيح معنى الهبة بعوض ويحدد مجالها بدقة أكبر؛ تمييزها عما قد يلتبس بها أو يتشابه معها، فالتمييز بإظهار أوجه الاختلاف خصوصاً؛ يحمي القارئ من أن تختلط عليه التصرفات والأحكام، وعليه ينبغي تمييزها عن المفردات المشابهة لها.

3-2-1- تمييزها عن الهبة بغير عوض:

يقصد بالهبة بغير عوض: تلك العطية التي يقدمها الواهب بنية التبرع بدون مقابل، أو هي: التملك بلا عوض.

والهبة بغير عوض جائزة شرعاً بلا خلاف بين الفقهاء. والأصل فيها أنها من عقود التبرعات؛ أي أنّ الموهوب له لا يعوّض الواهب شيئاً عن ما وهبه له، ومن هنا يفهم أنّ الهبة بعوض تعدّ استثناءً في الهبات.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنّ الهبة المطلقة تعدّ هبة بغير عوض؛ أي أنّه إذا لم يذكر الواهب في هبته شرط العوض؛ فهي بغير عوض، وبه قال الحنفية والشافعي في الجديد وهو الأصح، أمّا الحنابلة صرحوا بأنّ الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً سواء أكانت من أعلى لأدنى أو من أدنى لأعلى أو بين متماثلين. بينما ذهب المالكية، والشافعي في القديم إلى أنّ الهبة المطلقة تحمل على الثواب إذا اختلف الطرفان حول قصد الثواب من عدمه؛ خصوصاً إذا دلّت قرينة الحال على ذلك، كأن يهب الأدنى لأعلى منه، مثل أن يهب الفقير للغني أو لمن يرى أنّه إنّما قصد بذلك الثواب؛ لأنّ العرف عندهم أنّه إذا وهب الأدنى لأعلى فإنّما هو يلتمس الثواب؛ فكان العرف كالشرط.

وإذا كانت الهبة بعوض والهبة بغير عوض، ويتوفر فيهما نية التبرع، إلا أنّهما يختلفان من حيث انعقادهما، ومن حيث آثارهما أيضاً، فالأولى عقد ملزم لجانبين، والثانية عقد ملزم لجانب

واحد¹ فقط وهو الواهب الذي يلتزم بتقديم الشيء الموهوب للموهوب له، كما لا يخفى أنّ الهبة بعوض أقلّ ضرراً على ذمة الواهب لما فيها من العوض من الهبة بغير عوض.

3-2-2-تميزها عن المعاوضات:

يقصد بالمعاوضات: تلك العقود التي يأخذ فيها كل طرف من طرفيها عوضاً، أي مقابلًا أو بدلاً عما التزم به، وعكسها التبرّعات التي لا يأخذ فيها المتبرّع عوضاً عما تبرّع به، مثل البيع. وإذا كانت كل من الهبة بعوض والمعاوضات تقتضيان تقديم مقابل للمتعاقّد الآخر؛ فهما يختلفان في أكثر ممّا يتفقان فيه، فالهبة بعوض تصرّف يشتمل على نيّة التبرّع، واشتراط العوض لا ينفي نيّة التبرّع لدى الواهب، أمّا المعاوضات؛ فالمعاوض لا ينوي التبرّع إطلاقاً؛ بل لا يتعاقد إلا على أساس الحصول على العوض الذي سيقدمه له المتعاقد الآخر. وفي الفقه الإسلامي ميّز الفقهاء بين الهبة بعوض والمعاوضات، وفي ذلك قول الحنفية: "... الهبة بشرط العوض فإنّها وإن كانت بشرط العوض إلّا أنّها ليست بشرط الاكتساب. ألا ترى أنّهم فسّروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض².

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين التكافلي المركب على الهبة:

الفقهاء المعاصرون وإن اختلفوا في الأساس الذي بُني عليه التأمين التعاوني وتكييفه الفقهي، فإنّهم اتفقوا على أمر أساس أفرغ كل فريق وسعه في إثباته، وهو الخروج به عن المعاوضة بين المشترك وبازل التعويض عند الضرر، القائمة على الغرر التي أفسدت نظيره التجاري، وظهرت اجتهادات الفقهاء في هذا الشأن في الاتجاهات التالية³:

¹ / بن ناصر نذير، الهبة بعوض في الشريعة والقانون (مقال)، ص 37-38.

² / المرجع نفسه، ص 40.

³ / الغرياني: التأمين التعاوني التصفية والفائض (مقال)، ص 3. وقذايي عزات الغنائيم، التأمين التعاوني مفهومه تأصيله الشرعي ضوابطه، ص 17.

1-التكليف على أساس عقد النهد: النهد عقد ينطبق تاماً على التأمين التكافلي يقوم أيضاً على التعاون والتبرع ولكن من نوع خاص كان معروفاً في عصر الرسول ﷺ وصحبه الكرام¹. قال الحافظ ابن حجر (النهد بكسر النون وفتحها -إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرفقة) حيث يدفع كل واحد بمقدار ما دفعه صاحبه لأجل نفقات السفر، فهم متساوون في الدفع ولكنهم ليسوا متساويين في الصَّرف والانفاق ... ثم ما يتبقى بعد المصاريف يوزع عليهم إن لم يدَّخروه لسفرة أخرى، وهذا يكاد يكون عين التأمين التعاوني الإسلامي الحالي بما فيه الفائض المقرر فيه². والأصل فيه حديث الأشعرين³، وحديث جابر⁴.

ويستخلص من مجموعها أنه حين يكون القصد الأساسي (من اشتراك جماعة من الناس بأسهمهم) هو محض التعاون والتكافل والقيام بتوفير ضرورات كل منهم فإنه يجوز حينئذ أن يشتركوا بأسهم متساوية إذا توافر لكل منهم ذلك كما في إنشاء النهد أو بأسهم غير متساوية إذا لم يتوفر ذلك لظروف المجاعة أو السفر أو نحوهما كما في حديث الأشعرين، وفي كافة الحالات يجوز التسوية فيما يحصلون عليها كما في الحديثين المشار إليهما آنفاً، أو التفاوت في ذلك كما في النهد.

¹ / علي محي الدين القرة داغي، مفهوم التأمين التعاوني وضوابطه ومعوقاته (مقال)، ص40.

² / المرجع نفسه، ص41.

³ / حديث سبق تخريجه، ص74 من هذا البحث.

⁴ / عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ: بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْثًا قِبَلَ السَّاحِلِ، فَأَمَرَ عَلَيْهِمُ أَبَا عُبَيْدَةَ بْنَ الْجَرَّاحِ، وَهُمْ ثَلَاثُمِائَةٍ وَأَنَا فِيهِمْ، فَخَرَجْنَا حَتَّى إِذَا كُنَّا بِبَعْضِ الطَّرِيقِ فَنِي الرَّأْدِ، فَأَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِأَزْوَادِ ذَلِكَ الْجَيْشِ فَجَمَعَ ذَلِكَ كُلَّهُ، فَكَانَ مِزُودِي تَمْرٍ، فَكَانَ يَقُوتُنَا كُلَّ يَوْمٍ قَلِيلًا حَتَّى فَنِي، فَلَمْ يَكُنْ يُصَيِّبُنَا إِلَّا تَمْرَةٌ تَمْرَةٌ، فَقُلْتُ: وَمَا تُعْنِي تَمْرَةٌ؟ فَقَالَ: لَقَدْ وَجَدْنَا فَقْدَهَا حِينَ فَنَيْتِ، قَالَ: ثُمَّ انْتَهَيْنَا إِلَى الْبَحْرِ، فَإِذَا حُوتٌ مِثْلُ الظَّرْبِ، فَأَكَلَ مِنْهُ ذَلِكَ الْجَيْشُ ثَمَانِي عَشْرَةَ لَيْلَةً، ثُمَّ أَمَرَ أَبُو عُبَيْدَةَ بِضِلْعَيْنِ مِنْ أَضْلَاعِهِ فَنُصِبَا، ثُمَّ أَمَرَ بِرَاحِلَةٍ فَرُحِلَتْ، ثُمَّ مَرَّتْ تَحْتَهُمَا فَلَمْ تَصْبِهِمَا. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب الشركة في الطعام والنهد والعروض، حديث رقم: 2351، 879/2. ومسلم في صحيحه، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب إباحة ميتات البحر، حديث رقم: 1536/3، 1935.

وفي ذلك كله ليس هناك مجال للكلام عن الغرر أو الربا أو نحوهما مما تبطل معه عقود المعاوضات؛ لأنّ القصد من إنشاء الشركة التكافلية تعاون المجموع على البرّ والتقوى والقيام بحاجة الضعيف.

وواضح أنّه في حديث الأشعرين وحديث أبي عبيدة أنّ المساهمة ليست متساوية والذي حصل عليه كل منهم متساوٍ مع الآخر، أمّا في النهْد فالأسهم متساوية والذي يحصل عليه كل منهم يتفاوت بعضه مع بعض، لكنّ الأمر في ذلك كلّ لا يقاس به قياس الشركات والقسمة في محض المعاملات التي يراد بها تنمية المال والكسب الذاتي والتجارة¹.

2-التكليف على أساس الالتزام بالتبرع: يعد الالتزام بالتبرع هو التكليف الشائع للتأمين التكافلي الإسلامي: وحاصل هذا التكليف أنّ حامل الوثيقة يلزم نفسه بالتبرع لمجموعة المستأمنين المالكين لمحفظة التأمين، أمّا ما يحصل عليه المستأمن المتضرر وهو أيضا التزام بالتبرع من محفظة التأمين، فهو التزام معلق على وقوع الضرر المؤمن منه، وتحقق الشروط وانتفاء الاستثناء، والملتزم له هو المستأمن المتضرر².

وهذا الترخيج هو الذي اعتمده المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمعايير الشرعية، حيث نصّ على أنّ: "التأمين الإسلامي يقوم على أساس الالتزام بالتبرع من المشتركين لمصلحتهم وحماية مجموعهم بدفع اشتراكات يتكون منها صندوق التأمين الذي تديره هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره الشركة المساهمة المرخص لها بممارسة خدمات التأمين، على أساس الوكالة لأجر، وتقوم

¹ / عبد الستار أبو غدة، نظام التأمين التكافلي من خلال الوقف -بديلا عن التأمين من خلال التزام التبرع - (مقال)، ص5.

² / علي بن محمد بن نور، التأمين التكافلي من خلال الوقف، ص109-110.

الهيئة المختارة من حملة الوثائق أو الشركة باستثمار موجودات التأمين على أساس المضاربة أو الوكالة بالاستثمار¹.

وهذا التكيف مبني على أصل الملكية (من ألزم نفسه معروفًا لزمه)².

وفي هذا الشأن يقول مصطفى الزرقاء: وأما قاعدة الالتزامات والوعد الملزم عند الملكية وخلاصتها: أنّ الشخص إذا وعد غيره عدة بقرض أو يتحمل وضعيته عنه أي: خسارة أو إعاقة أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه في الأصل، ف هل يصبح الوعد ملزمًا ويقضي عليه بموجبه إن لم يف له، أو لا يكون ملزمًا.

اختلف فقهاء المالكية في ذلك على أربعة أقوال: قد فصلها الخطّاب في رسالته في الالتزامات، ونقلها عنه الشيخ محمد عlish في فتاواه المسماة "فتح العلي المالك" في بحث مسائل الالتزام:

- فمنهم من يقول: يقضي بعدة مطلقًا أي أنّه ملزمة له.
- ومنهم من يقول: لا يقضي بها مطلقًا أي أنّها غير ملزمة.
- ومنهم من يقول: إن العدة تلزم الواعد فيقضي بها إذا ذكر لها سبب، وإن لم يباشر الموعد ذلك السبب كما لو قال لآخر: إني أعيرك بقري ومحراثي لحراثة أرضك، أو أريد أن أقرضك كذا لتتزوج... إلخ، فوعده بذلك ثم بدا له فرجع عن وعده قبل أن يباشر الموعد السبب الذي ذكر من سفر أو وفاء دين... إلخ. فإنّ الوعد ملزم ويقضى عليه بالتنفيذ جبراً إن امتنع.
- ومنهم من يقول: لا يلزم بوعده إلّا إذا دخل الموعد في سبب ذكر في الوعد أي: إذا باشر السبب، كما إذا وعده بأن يسلفه ثمن شيء يريد شراءه فاشتراه فعلاً، ... إلخ ونحو ذلك،

¹ / هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، 1439هـ/ 2017، المعيار الشرعي رقم: 26 بشأن التأمين الإسلامي، ص 686.

² / عبد الستار أبو غدة، التأمين الإسلامي (التكافلي، أو التعاوني)، أسسه الشرعية وضوابطه والتكيف لجوانبه الفنية (مقال)، ص 19.

وهذا هو الراجح في المذهب من بين هذه الآراء الأربعة. وبالنظر إلى مذهب المالكية نرى أنّه الأوسع في هذه القضية فإنّنا نجد في قاعدة الالتزامات هذه متسعاً لتخريج عقد التأمين على أساس أنّه التزام من المؤمن للمستأمنين، ولو بلا مقابل على سبيل الوعد أن يتحمّل عنه أضرار الحادث الخطر الذي هو معرّض له، أي أن يعوّض عليه الخسائر¹. وعليه فلو قال لآخر بّع أرضك الآن، وإن لحقتك من هذا البيع خسارة فأنا أرضيك، فباعها بخسارة فقد وجب على القائد أن يتحمّل تلك الخسارة. وهذا هو قول ابن وهب، واختاره أصبغ لأنّ العدّة كانت على سبب، وهو البيع. وقياساً على ذلك، فإنّ أقلّ ما يمكن أن يقال في عقد التأمين أنّه التزام بتحمّل الخسائر عن الموعود (المؤمن له) في حادث معين محتمل الوقوع، نظير الالتزام بتحمّل خسارة المبيع عن البائع في المثال الذي ذكرناه.

وردّ المانعون بأنّ هذا القياس غير صحيح.

- إنّ عقد التأمين من عقود المعاوضات، والوعد الملزم من عقود التبرعات، فلا يصح قياس عقد معاوضة على تبرع، لاختلافهما في التقعيد.
- إنّ العوض في الوعد الملزم معلوم عند الطرفين، وأمّا ما تدفعه شركة التأمين فهو مجهول لا يعلمه الطرفان إلّا بعد وقوع الخطر، فلا يقاس مجهول على معلوم².

3- التكييف على أساس التبرع: كيفّ الجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم

الإسلامي في التأمين التعاوني على أساس عقود التبرع³، في دورته الحادية والعشرين التي نص فيها

¹ / الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء، 2110/1-2111.

² / سعدي أبو جيب، التأمين بين الخطر والإباحة، ص 53-54.

³ / علي محي الدين القرّة داغي، مفهوم التأمين التعاوني ماهيته وضوابطه ومعوقاته (مقال)، ص 27.

على أن: "التأمين التعاوني عقد جديد أساسه مبدأ التعاون المنضبط بضوابطه الشرعية المستمدة من القرآن والسنة النبوية"¹.

والتبرع هنا ليس عقد هبة محض؛ لأنّ في العقد اشتراطاً بدفع التعويض، وهذا يقربه من الهبة بعوض، وكذلك عودة الفائض على المشتركين تبعده قليلاً عن الهبة العادية. جاء في شرح الخرشي: "وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي"²، وتخريج التأمين التكافلي على أساس هبة الثواب فيه محل نظر؛ وذلك لأنّ الفقهاء صرحوا بأنّ الهبة إذا اشترط فيها الثواب فإنها بيع، وتأخذ مجمل أحكام البيع، ومن ذلك النهي عن الغرر، والنهي عن الربا. وفيما يلي توضيح موقف المذاهب الأربعة من هبة الثواب.

3-1-مذهب الحنفية: يعد مذهب الحنفية الهبة بشرط العوض هبة ابتداءً وبيعا وانتهاءً، وعليه فلا تعد من عقود التبرعات، ويراعى فيها أحكام البيع في الجملة. قال في كنز الدقائق: "والهبة بشرط العوض هبة ابتداءً فيشترط فيها التقابض في العوضين، وتبطل بالشيوع، بيع انتهاء، فترد بالعيب وخيار الرؤية، وتأخذ بالشفعة"³. أما جمهور الفقهاء؛ من المالكية والشافعية والحنابلة فيجعلونها بيعاً ابتداءً وانتهاءً، وهذه نصوصهم:

3-2-مذهب المالكية: قال ابن القاسم في المدونة: "الهبة على العوض بيع من البيوع يُصنع فيها وفي العوض ما يُصنع بالبيع. قلت: وهذا قول مالك؟ قال نعم، الهبة على العوض في قول مالك مثل البيوع محمل واحد"⁴. وقال الدردير في الشرح الكبير: هبة الثواب كالبيع في غالب

¹ / ينظر: قرار رقم: 200، (21/6)، بشأن الأحكام والضوابط الشرعية لأسس التأمين التعاوني مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، حملته من الموقع الرسمي للمجمع الفقهي الإسلامي الدولي يوم: 2023/05/10، في الساعة 18:40، من الرابط التالي <https://iifa.aifi.org/ar/2396.html>.

² / الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، 102/7.

³ / علي بن محمد بن نور، التأمين التكافلي من خلال الوقف، ص 105.

⁴ / مالك، المدونة، 404/4.

الأحوال، وتخالفه في الأقل؛ لأنّها تجوز مع جهل عوضها وجهل أجله، ولا تفتيتها حوالة الأسواق، ولا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول"¹.

وتجوزهم الجهالة والغرر في عوضها خلافا لجمهور الفقهاء لم يخرجها من أن البذل فيها مقصود، وأنّها عقد معاوضة، كما جوزوا الغرر في الخلع ولم يخرجها عن أن يكون عقد معاوضة. وقال القرافي عن هبة الثواب في معرض الرد على الجمهور الذين منعوا هبة الثواب لجهالة العوض عند عدم تعيينه في العقد: "وإن دخلها العوض فمقصودها أيضا المكارمة والوداد، فلم تتمحض للمعاوضة والمكايسة". فالمعاوضة عند المالكية لم تغفل في تكييفها وتأسيسها².

كما يشترط المالكية ألا تكون المعاوضة بنقد، كما هو الحال في التأمين؛ لأنّه يدخله الصرف المؤخر فيكون نساء، قال القرافي: "لا ثواب في هبة النقدين؛ لأنّهما يقصدان عوضاً لا معوضاً، إلا ألا يشترط، فيثاب عرضاً أو طعاماً حذراً من النساء في الصرف"³.

3-3-مذهب الشافعية: وعند الشافعية القول الأظهر في هبة الثواب الصحة، إن كان العوض معلوماً، وتكون بيعاً على الصحيح، ومع جهالة العوض المذهب البطلان، ففي المنهاج: (ولو وهب بشرط ثواب معلوم فالأظهر صحة العقد، ويكون بيعاً على الصحيح، أو مجهول فالمذهب بطلانه)⁴.

قال ابن حجر الهيتمي: (ولو وهب بشرط ثواب معلوم) كوهبتك هذا على أن تثبني كذا، فقَبِلَ (فالأظهر صحة العقد) نظراً للمعنى؛ إذ هو معاوضة بمال معلوم، فكان كِبْعَتِكَ (و) من ثم (يكون بيعاً على الصحيح)؛ فيجري فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين، كما مر بما فيه، والشفعة

¹ / الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 116/4.

² / الغرياني، التأمين التعاوني التصفية والفائض (مقال)، ص4-5.

³ / علي بن محمد بن نور، التأمين التكافلي من خلال الوقف، ص107.

⁴ / الغرياني، التأمين التعاوني التصفية والفائض (مقال)، ص5.

وعدم توقف الملك على القبض (أو) بشرط ثواب (مجهول، فالمذهب بطلانه)؛ لتعذر تصحيحها بيعاً لجهالة العوض وهبةً لذكر الثواب؛ بناءً على الأصح أنه لا تقتضيه¹.

3-4- مذهب الحنابلة: قال البهوتي: وإن شرط الواهب فيها عوضاً معلوماً صارت الهبة

بيعا فيثبت فيها خيار مجلس ونحوه، ويثبت فيها شفعة إن كان الموهوب شقصا مشفوعا ونحوهما كالرد بالعيب وال لزوم قبل التقابض وضمان الدرك، ووجوب التساوي مع التقابض قبل التفرق في الربوي المتحد؛ لأنه تملك بعوض معلوم، أشبه ما لو قال: بعتك أو ملكتك هذا بهذا.

(وإن شرط) في الهبة (ثواباً مجهولاً لم تصح الهبة)؛ لأنه عوض مجهول في معاوضة، فلم تصح كالبيع (وحكمها) بثواب مجهول (حكم البيع الفاسد)، فيضمنها الموهوب له إن قبضها وتلفت بمثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت متقومة، و(يردها الموهوب له) إن بقيت (بزيادتها المتصلة والمنفصلة)؛ لأنها نماء ملك الواهب².

والذي يترجح لدينا بعد عرض أقوال جمهور الفقهاء، أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه المذهب المالكي الذي راعى الجانبين في عقد هبة الثواب حيث أعطى لعقد التأمين التكافلي حكماً وسطاً، بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات، وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكّمين في عقد التأمين التكافلي المخرج على

عقد الهبة

يمكن القول بجواز عقد التأمين التكافلي، القائم على أساس الالتزام بين طرفي العقد (مؤمن له يلتزم بدفع قسط التأمين، والمؤسسة التي تمثل مجموع المؤمنين، حيث تتعهد الأخيرة بدفع مبلغ من المال إلى المؤمن له حال وقوع الخطر)، وهو عقد مخرج على هبة الثواب، وهي مسألة من

¹ / ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 315/6. والغرياني، التأمين التعاوني الفاضل والتصفية (مقال)، ص5.

² / ينظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 300/4.

المسائل التي تفرّد بها المذهب المالكي حين راعى فيها الجانبين دونما تمحض لأحد الطرفين؛ جانب التبرع، وجانب البيع، فهي وإن أخذت أحكام المعاوضات إلا أنها لا تخلو من معاني التبرع، وإعمالاً لقاعدة: "يجوز في التبرعات ما لا يجوز في المعاوضات من الجهالة والغرر"؛ فإننا نجد التأمين التكافلي المخرج على هبة الثواب جائزاً رغم ما يعتريه من غرر وجهالة فهو عقد فيه شبه لعقد الهبة القائم على التعاون والذي يعد من أهم مبادئه، وشبه بالبيع وذلك عند اشتراطه العوض. وإعطاء الفرع المتردد حكماً بين حكمين أصل من أصول المذهب المالكي.

وبناءً على هذا الأصل فعقد التأمين التكافلي يمكن إعطاءه حكماً بين حكمين، فمن جهة لا يمكن اعتباره عقداً من عقود التبرعات المحضة لاشتراطه العوض، ومن جهة أخرى لا يمكن عده من عقود المعاوضات التي يقصد بها الربح، وإنما هو عقد مشاركة ومعاوضة على تحمل الأضرار وتفتيتها؛ لما سبق من تعليل، ولما يحققه من مصلحة للمؤمنين.

وفي الختام لا يَسْعُنَا إِلَّا أن نحمد الله على نِعَمه، ونشكره على فضله، ونصلي ونسلم على نبيّه محمد ﷺ وبعد:

بعد عرض الدراسة، يمكن أن نوجز أهم النتائج والتوصيات فيما يلي:
أولاً- النتائج:

- 1- من خلال بيان حقيقة قاعدة الحكم بين حكمين والتي مقتضاها: إعطاء المسألة المشتبهة بأصلين حكما مشتركا بينهما، ومن خلال التعرض إلى المصطلحات المشابهة بقاعدة الحكم بين حكمين، يتضح عدم انفراد المالكية بالقاعدة، ولكن انفردوا في مجال إعمالها، إذ اعتمدوا عليها كمخرج حال عجز المجتهد عن الترجيح ولا مرجح.
- 2- قاعدة الحكم بين حكمين من المسالك التي اعتمدها المالكية في دفع التعارض عند تقابل الأصلين المتكافئين ولا مرجح بينهما.
- 3- إن قاعدة الحكم بين حكمين بمدلولها الذي تميّز به المالكية قد تكون مخرجا وضابطا لكثير من أحكام الإشكالات الشرعية.
- 4- لقد كان لقاعدة الحكم بين حكمين أثر بيّن في الودائع المصرفية والذي تجلّى في الحساب الجاري المخرّج على عقديّ الوديعة والقرض فأُعطي حكما بين حكمين بناءً على ذلك، فلزم منه القول بجوازه، بخلاف ما لو تمّ تخريجه على القرض - كما ذهب إليه الكثير من المعاصرين - لَلزم القول بعدم جوازه لما يجزّه من فوائد.
- 5- يُلحق الحساب المعد للادخار -والذي هو من أنواع الحساب الاستثماري- بصورة الحساب الجاري وعليه يلزم القول بجوازه.
- 6- جواز عقد التأمين التكافلي المخرج على عقد هبة الثواب حيث رُوعي فيها الجانبان، فهو من جهة يشبه عقد الهبة القائم على أساس التبرع، ومن جهة أخرى يشبه عقد البيع القائم على أساس المعاوضة، فيكون عقد التأمين التكافلي بناءً على ذلك عقد مشاركة ومعاوضة على تفتيت الأخطار.

التوصيات:

- نظرا لضيق المدة المتاحة للدراسة، لم يسعفنا الوقت للنظر في مسائل كانت جديرة بالبحث مثل مسألة: (علّة ربا الفضل في النقدين).
- ضرورة إعادة النظر في بعض المعاملات المالية المعاصرة بناءً على قاعدة الحكم بين حكّمين.
- الدعوة إلى عدم إصدار أحكام في ما يستجد من نوازل إلّا بعد إمعان النّظر والتّصوّر الواقعي للنازلة.

والحمد لله رب العالمين على جميع لطفه، وعظيم فضله، وواسع جوده وكرمه

قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم

أولاً - الكتب:

1. إبراهيم بن علي بن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ت: محمد الأحمد أبو النور، بدون رقم الطبعة، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
2. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ت: أبو عبيدة، ط1، دار ابن عثان، بدون مكان النشر، 1417هـ/1997م.
3. أبو بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك (شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك)، ط2، دار الفكر، بيروت - لبنان، بدون تاريخ النشر.
4. أبو بكر بن محمد المنذر النيسابوري، الإقناع لابن المنذر، ت: عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، ط1، بدون مكان النشر، 1408هـ.
5. أبو بكر بن محمد المنذر النيسابوري، الإجماع، ت: أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، ط2، مكتبة الفرقان بعجمان ومكتبة مكة الثقافية برأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، 1420هـ/1999م.
6. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ/1964م.
7. أبو عبد الله المقرئ، قواعد الفقه، ت: محمد الدردابي، بدون رقم الطبعة، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2012م.
8. أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، عناية وتقديم: عبد الحميد عبد الله الهرامة، ط2، دار الكاتب، طرابلس - ليبيا، 2000م.
9. أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، بدون رقم الطبعة، عالم الكتب، بدون تاريخ النشر.

10. أحمد بن إدريس القرافي، الذّخيرة، ت: محمد بوخبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
11. أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول، ت: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، شركة الطباعة الفتيّة المتّحدة، بدون مكان النشر، 1393هـ/1973م.
12. أحمد بن إدريس القرافي، نفائس الأصول في شرح المحصول، ت: عادل أحمد عبد الموجود وعلي أحمد معوّض، ط1، مكتبة نزار مصطفى البار، 1416هـ/1995م.
13. أحمد بن شعيب النّسائي، السنن الكبرى، ت: حسن عبد المنعم شلي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ/2001م.
14. أحمد بن عبد العزيز القصير، الأحاديث المشكّلة الواردة في تفسير القرآن، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، بدون تاريخ النشر.
15. أحمد بن علي المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، بدون رقم الطبعة، دار عبد الله الشنقيطي، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
16. أحمد بن غانم النفراوي، الفواكه الدواني، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، بدون مكان النشر، 1415هـ/1995م.
17. أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، راجعه وصحّحه: لجنة من العلماء، بدون رقم الطبعة، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ/1983م.
18. أحمد بن محمّد القدوري، التجريد، تحقيق: محمّد أحمد سراج وعلي جمعة محمّد، طبعة 2، دار السلام، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
19. آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، حققه: محمد محي الدين عبد الحميد، بدون رقم الطبعة، مطبعة المدني، القاهرة، بدون تاريخ النشر.

20. برهان الدين بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2004م.
21. تاج الدين بهرام بن عبد الله الدّميري، تحبير المختصر، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب وحافظ بن عبد الرحمان خير، ط1، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، بدون مكان النشر، 1434هـ/2013م.
22. تاج الدين الفاكهاني، رياض الأفهام في شرح عمدة الأحكام، ت: نور الدين طالب، ط1، دار النوادر، سوريا، 1431هـ/2010م.
23. تقي الدين بن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ت: أحمد محمد شاكر، ط1، مكتبة السنّة، القاهرة، 1418هـ/1927م.
24. جمال الدين يوسف بن حسن، الدرّ النقي في شرح ألفاظ الخرقى، ت: رضوان مختار بن غربية، ط1، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدّة-السعودية، 1411هـ/1991م.
25. حاتم باي، الأصول الاجتهادية التي يُبنى عليها المذهب المالكي، ط1، مجلة كويتية شهرية تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، بدون تاريخ النشر.
26. حسن أبو الأشبال الزهيري، شرح صحيح مسلم، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
27. حسن بن محمد المشاط، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة، ت: عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1406هـ/1986م.
28. حسن العطار، الوديعه المصرفية دراسة فقهية اقتصادية، ط1، مؤسسة نافذ للبحث والطباعة النشر، بدون مكان النشر، 1442هـ/2021م.
29. الحسين بن علي الرّجراجي الشّوشاوي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، ت: أحمد بن محمد السّراج، ط1، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية-الرياض، 1425هـ/2004م.

30. خير الدين الزركلي، الأعلام، ط15، دار العلم للملايين، بدون مكان النشر، 2002م.
31. خير عبد الراضي خليل، الهبة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، 1400-1401هـ/1980-1981م.
32. ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تقديم: عبد الله بن عبد المحسن التركي وصالح بن عبد الله بن حميد والشيخ محمد بن ناصر العبودي والشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، ط2، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
33. زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، بدون رقم الطبعة، دار الكتاب الإسلامي، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
34. زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
35. زين الدين العراقي، طرح التثريب في شرح التقريب، دون رقم الطبعة، إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، بدون تاريخ النشر.
36. سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، بدون رقم الطبعة، مكتبة صبيح -مصر، بدون تاريخ النشر.
37. سعدي أبو جيب، التأمين بين الحاضر والإباحة، ط1، دار الفكر، دمشق-سوريا، 1403هـ/1983م.
38. سليمان بن إبراهيم بن ثنيان، التأمين وأحكامه، ط1، دار العواصم المتحدة، قبرس-بيروت، 1414هـ/1993م.
39. سليمان بن الأشعث الساجستاني، سنن أبي داود، ت: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قرة بللي، ط1، دار الرسالة العالمية، بدون مكان النشر، 1430هـ/2009م.
40. سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط1، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، بدون مكان النشر، 1332هـ.

41. سليمان بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، بدون رقم الطبعة، مطبعة الحلبي، بدون مكان النشر، 1369هـ/1950م.
42. شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مُغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، بدون مكان النشر، 1415هـ/1994.
43. الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة-دبي، 1423هـ/2002م.
44. صلاح الدين خليل كيكلدي العلائي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، ت: مجيد علي العبيدي وأحمد خضير عباس، بدون رقم الطبعة، دار عمار للنشر والتوزيع، بدون مكان النشر 1425هـ/2004م.
45. عبد الحي اللكنوي، التعليق الممّجّد على موطأ محمد، ت: تقي الدين الندوي، ط1، دار القلم-دمشق، 1426هـ/2005م.
46. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1424هـ/2003م.
47. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، بدون رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، بدون تاريخ النشر.
48. عبد الرزاق الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن-عمان، 1998.
49. عبد الستار أبو غدة، التأمين الإسلامي (التكافلي أو التعاوني) أسسه الشرعية وضوابطه والتكليف لجوانبه الفنية، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
50. عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، ط1، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1429هـ/2008م.

51. عبد الكريم النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، بدون تاريخ النشر.
52. عبد اللطيف البزنجي، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1413هـ/1993م.
53. عبد الله بن عبد الرحمن أبو زيد القيرواني، النوادر والزيادات، تحقيق: محمد الأمين بوخبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م.
54. عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة، منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث، بدون رقم الطبعة، دار النفائس، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
55. عبد المحسن بن حمد العباد، شرح سنن أبي داود، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
56. عبد الملك بن عبد الله الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ت: عبد العظيم محمود الديب، ط1، دار المنهاج، 1428هـ/2007م.
57. عبد الوهاب بن علي البغدادي، الماعونة على مذهب عالم المدينة، ت: حميش عبد الحق، بدون رقم الطبعة، المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، بدون تاريخ النشر.
58. عبيد الله بن الحسين بن الجلاب، التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس، ت: سيد كسروي حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1428هـ/2007م.
59. عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية-بوراق، القاهرة، 1313هـ.
60. عثمان بن عمر بن الحاجب، مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، ت: نذير حمّادو، ط1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1427هـ/2006م.
61. عثمان بن المكي التّوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ط1، المطبعة التونسية، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.

62. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، بدون رقم الطبعة، دار الكتاب الإسلامي، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
63. علي أحمد السّالوس، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة، بدون رقم الطبعة، دار الثقافة، الدوحة-قطر، 1996م.
64. علي بن داود بن العطار، العدة في شرح العمدة في أحاديث الأحكام لابن العطار، عناية: نظام محمد صالح يعقوبي، ط1، شركة دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان، 1467هـ/2006م.
65. علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل، ت: أبو الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، ط1، دار ابن حزم، بدون مكان النشر، 1428هـ/2007م.
66. علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ت: أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1418هـ/1997م.
67. علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، علق عليه: عبد الرزاق عفيفي، ط2، المكتب الإسلامي، دمشق-بيروت، 1402هـ.
68. علي بن محمد نور، التأمين التكافلي من خلال الوقف، دراسة فقهية تطبيقية معاصرة، ط1، دار التدمرية، الرياض، 1433هـ/2012م.
69. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، 1993م.
70. عمر بن علي الأنصاري، الأشباه والنظائر في قواعد المذهب، ت: مصطفى محمود الأزهرى، ط1، دار ابن قيم للنشر والتوزيع، الرياض-السعودية، 1431هـ/2010م.
71. عمر بن علي الأنصاري، عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج، بدون رقم الطبعة، دار الكتاب إربد، الأردن، 1421هـ/.

72. عياض بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق ابن تاووت الطنجي، ط1، مطبعة فضالة، المحمدية-المغرب، بدون تاريخ النشر.
73. مالك بن أنس، المدونة، ط1، دار الكتب العلمية، بدون مكان النشر، 1415هـ/1994م.
74. مالك بن أنس، الموطأ، ت: محمد مصطفى الأعظمي، ط1، مؤسسة زايد بن سلطان، بدون مكان النشر، 1425هـ/2004م.
75. محمد إبراهيم محمد الحفناوي، التعارض والترجيح عند الأصوليين وأثرها في الفقه الإسلامي، ط2، دار الوفاء للطباعة والنشر، دون مكان النشر، 1408هـ/1987م.
76. محمد أبو زهرة، مالك - حياته وعصره آراؤه وفقهه، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1945م.
77. محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة-دبي، 1423هـ/2002م.
78. محمد أكمل الدين البابرتي، العناية شرح الهداية، ط1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، دار الفكر، بيروت، 1389هـ/1970م.
79. محمد أمين بن عمر بن عبدین، رد المختار على الدر المختار، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، دار الفكر، بيروت، 1386هـ/1966م.
80. محمد الأمين الشنقيطي، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، بدون رقم الطبعة، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1403هـ/1983م.
81. محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون تاريخ النشر.
82. محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، بدون رقم الطبعة، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، بدون تاريخ النشر.

83. محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ت: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1993م.
84. محمد باقر الصدر، البنك اللاروي في الإسلام، بدون رقم الطبعة، مكتبة جامع النقي العامة، الكويت، بدون تاريخ النشر.
85. محمد بن أبي بكر قيم، أحكام أهل الذمة، حققه وعلق عليه: أبي براء يوسف بن أحمد البكري، وأبي أحمد شاکر بن توفيق العاروري، ط1، رمادي للنشر، الدمام-المملكة العربية السعودية، 1418هـ/1997م.
86. محمد بن أبي بكر قيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1423هـ.
87. محمد بن أبي بكر قيم، تهذيب السنن، حققه وعلق عليه: إسماعيل بن غازي مرجبا، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، 1428هـ/2007م.
88. محمد بن أبي بكر قيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، حققه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1418هـ/1998م.
89. محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، بدون رقم الطبعة، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993م.
90. محمد السرخسي، أصول السرخسي، بدون رقم الطبعة، لجنة إحياء المعارف النعمانية بجيدر آباد الهند، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
91. محمد بن أحمد الفتوحي، منتهى الإرادات مع حاشية ابن قائد، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بدون مكان النشر، 1419هـ/1999م.
92. محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ت: جماعة من العلماء، الطبعة السلطانية بالمطبعة الكبرى الأميرية، بولاق-مصر، 1311هـ.

93. محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، بدون رقم الطبعة، دار الحديث دون مكان النشر، دون تاريخ النشر.
94. محمد بن بطلال الرّكي، التّظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، ت: مصطفى سالم، بدون رقم الطبعة، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، بدون تاريخ النشر.
95. محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنبلية، ت: ماجد الحموي، ط1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، 1424هـ/2013م.
96. محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنبلية، ت: محمد بن سيدي محمد مولاي، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، بدون سنة النشر.
97. محمد بن سالم مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، علق عليه: عبد المجيد خيالي، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1424هـ/2003م.
98. محمد بن عبد الله أبو بكر العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ت: محمد عبد الله ولد كريم، ط1، دار الغرب الإسلامي، بدون مكان النشر، 1992م.
99. محمد بن عبد الله أبو بكر العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، ت: محمد السليماني وعائشة السليماني، ط1، دار الغرب الإسلامي، بدون مكان النشر، 1428هـ/2007م.
100. محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
101. محمد بن عبد الله الزركشي، شرح الزركشي، ط1، دار العبيكان، بدون مكان النشر، 1413هـ/1993م.
102. محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط1، دار الكتبي، بدون مكان النشر، بدون سنة النشر.

103. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
104. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ت: عصام الدين الصبابطي، ط1، دار الحديث، مصر، 1413هـ/1993م.
105. محمد بن علي المازري، المعلم بفوائد مسلم، ت: محمد الشاذلي النيفر، ط2، الدار التونسية للنشر، بدون مكان النشر، 1988م.
106. محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، ت: بشار عواد، بدون رقم الطبعة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م.
107. محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، المختصر الفقهي، ت: حافظ عبد الرحمان محمد خير، ط1، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، بدون مكان النشر، 1435هـ/2014م.
108. محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، بدون رقم الطبعة، دار إحياء الكتب العربية، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
109. محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ط2، دار القلم، دمشق، 1424هـ/2003م.
110. محمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، بدون مكان النشر، 1412هـ/1992م.
111. محمد طه حميدي، التلفيق وأثره في المعاملات المالية المعاصرة، بدون رقم الطبعة، مطبعة الرمال، الوادي-الجزائر، 2021م.
112. محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.
113. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط2، دار الخير للطباعة والنشر، دمشق-بيروت، 1424هـ/2003م.

114. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تحقيق: زهير الشاويش، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ/1985م.
115. محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن الترمذي، تعليق: زهير الشاويش، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1411هـ/1991م.
116. محمد يحيى بن محمد المختار الولاقي، إيصال السالك في أصول الإمام مالك، ط2، دار الإمام مالك، بدون مكان النشر، 1441هـ/2020م.
117. محمود بن أحمد بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1420هـ/2000م.
118. محمود بن أحمد بدر الدين العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1429هـ/2008م.
119. محمود بن محمد المنيأوي، الشرح الكبير لمختصر الأصول، ط1، المكتبة الشاملة، مصر، 1432هـ/2011م.
120. مصطفى أحمد الزرقا، نظام التأمين - حقيقته والرأي الشرعي فيه -، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هـ/1984م.
121. منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه: هلال مصيلحي مصطفى هلال - أستاذ الفقه والتوحيد بالأزهر الشريف، بدون رقم الطبعة، مكتبة النصر الحديثة، لصاحبيهما: هب الله ومحمد الصالح الراشد، الرياض، 1388هـ/1968م.
122. هيئة كبار العلماء، كتاب أبحاث هيئة كبار العلماء، بالمملكة العربية السعودية، ط2، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، 1426هـ/2005م.
123. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، المعايير الشرعية، النص الكامل للمعايير الشرعية التي تم اعتمادها حتى صفر 1439هـ/ نوفمبر 2017م، المنامة.

124. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار الفكر، دمشق، 2002م.
125. يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، بدون مكان النشر، بدون سنة النشر.
- ثانياً- القواميس والمعاجم والموسوعات:
1. أبو العباس الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، بدون رقم الطبعة، المكتبة العلمية، بيروت، دون تاريخ النشر.
2. أبو القاسم الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ت: محمد سيد كيلاي، دون رقم الطبعة، دار المعرفة، بيروت-لبنان، بدون تاريخ النشر.
3. أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، بدون رقم الطبعة، دار الفكر، بيروت، 1399هـ/1979م.
4. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 2008م.
5. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ/1987م.
6. أيوب بن موسى الكفوي، كليات في المصطلحات والفروق اللغوية، ت: عدنان درويش ومحمد المصري، بدون رقم الطبعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ النشر.
7. جمال الدين بن منظور الأنصاري، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
8. حسن بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، ط1، المكتبة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، بدون تاريخ النشر.
9. الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، ت: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، بدون رقم الطبعة، دار ومكتبة الهلال، بدون تاريخ النشر.

10. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط2، دار الفكر، دمشق-سوريا، بدون تاريخ النشر.
11. عزيز بن فرحان بن محمد الحبلائي العنزي، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفضيلة، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1433هـ/2012م.
12. علي أحمد السالوس، حكم التعامل المصرفي المعاصر بالفوائد، ع2.
13. علي بن محمد الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، طبعة جديدة، مكتبة لبنان-بيروت، 1985م.
14. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، بدون رقم الطبعة، دار الدعوة، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
15. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، بدون رقم الطبعة، مكتبة لبنان، بدون مكان النشر، 1986م.
16. محمد بن عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 1410هـ/1990م.
17. محمد بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، بيت الأفكار الدولية، بدون مكان النشر، 1430هـ/2009م.
18. محمد بن علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ت: علي دحروج، ط1، مكتبة لبنان-بيروت، بدون تاريخ النشر.
19. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ت: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1426هـ/2005م.
20. محمود عبد الرحمان عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، بدون رقم الطبعة، دار الفضيلة، بدون مكان الطبع، بدون تاريخ النشر.

21. منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، بدون رقم الطبعة، بدون تاريخ النشر.
22. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، مطابع دار الصفوة، الكويت، 1404هـ-1428هـ.
- رابعا- الرسائل العلمية:
 1. أحمد خضري، الوديعة المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، إشراف: أحمد فهمي أبو سنّا ومحمد أمين الليابري، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، فرع الفقه والأصول، شعبة الاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، 1402هـ-1403هـ/1982م-1983م.
 2. فلاق صليحة، متطلبات تنمية نظام التأمين التكافلي-تجارب عربية-، رسالة دكتوراه، إشراف: بلعزوز بن علي، قسم العلوم الاقتصادية بكلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة حسينية بوعلي، الشلف، 2014/2015م.
 3. كاملي مرسللي، عقد الهبة وأحكامها في التشريع الجزائري، رسالة ماستر، إشراف: عادل مستيري، قسم الحقوق بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2019/2020م.
 4. ميلود بن مسعودة، معايير التمويل والاستثمار في البنوك الإسلامية، رسالة ماجستير، إشراف: صحراوي مقلاتي، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2007/2008م.
 5. يمينة نواوي ونورة مغني، التعارض والترجيح في السنة النبوية تطبيقاتها الفقهية، رسالة ماجستير، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة محمد بوضياف، ميلة، 2019/2020م.
- ثالثا- المقالات والمجلات:

1. أحمد شحدة أبو سرحان، التكييف الفقهي للحساب الجاري وآثاره، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج 45، ع 4، الجامعة الأردنية، الأردن، 2018م.
2. أحمد علي حسن عبد الرحمان عفيفي، التكييف الفقهي لعقد الحساب الجاري، مجلة الأدب، ع 21، ديسمبر 2021، كلية الشريعة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس-المغرب.
3. بلعزوز بن علي وحمدي معمر، نظام التأمين التعاوني بين النظرية والتطبيق، رابطة العالم الإسلامي، الملتقى الثالث للتأمين التعاوني، 7-8/12/2011.
4. بن ناصر نذير، الهبة بعوض في الشريعة والقانون، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 7، جوان 2019، جامعة يحيى فارس بالمدينة.
5. جابر خليفة العازمي، التأمين التجاري في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم-جامعة المنيا.
6. حمد عبيد الكبيسي، الودائع المصرفية حسابات المصارف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 9.
7. رابطة العالم الإسلامي، كتاب قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته السابعة عشر، 1398-1324هـ/1977-2004م.
8. رجب أبو حمد أمين، الأهمية النسبية للتأمين التكافلي مقارنة بالتأمين التجاري بالتطبيق على السوق المصرية، مجلة كلية التجارة للبحوث العلمية، ع 1، 2019م، جامعة الإسكندرية.
9. سامي حسن حمود، الودائع المصرفية حسابات المصارف، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 9.
10. سليمان بن دريع العازمي، التأمين التعاوني معوقاته واستشراف مستقبله، رابطة العالم الإسلامي، ملتقى التأمين التعاوني، المنعقد يوم الثلاثاء 23 محرم 1430هـ/20 يناير 2009م-الخميس 25 محرم 1430هـ/22 يناير 2009م، الرياض.

11. الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، التأمين التعاوني التصفية والفائض، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجمع الفقه الإسلامي، عمان، 26-28 ربيع الثاني 1437هـ / 11-13 أبريل 2010م.
12. عارف عز الدين حسونة، العمل بالشبهين عند الحنفية مفهومه والشبه المعتبر فيه وحكمه وشروطه، بحث في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج42، ع2، 2015م، الجامعة الأردنية.
13. عبد الباري محمد خلة ومحمد عبد الباري خلة، هبة الثواب وعلاقتها بالنقود، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مج29، ع3، 2021م. وزارة الأوقاف شمال غزة.
14. عبد الستار أبو غدة وعز الدين محمد خوجة، الأمانة العامة للهيئة الشرعية، مجموعة دلة البركة، فتاوى التأمين، مجمع البحوث الإسلامية، المؤتمر الثاني، 1965م، الأزهر.
15. عبد الستار أبو غدة، نظام التأمين التكافلي من خلال الوقف (بديلا عن التأمين من خلال التزام التبرع)، ندوة عالمية حول التأمين التعاوني من خلال نظام الوقف، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، ما بين 26-28 صفر 1429هـ / 4-6 مارس 2008.
16. عبد المنعم بن محمد اكريكر، قاعدة تقابل الأصول عند المالكية، المفهوم والأسباب وطرق إزالة التعارض، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، مج16، ع1، يونيو 2019م، جامعة المغرب.
17. عثمان الهادي إبراهيم، التكييف الشرعي للتأمين التعاوني الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي في دورته العشرين، جمهورية السودان.
18. علي محيي الدين القرة داغي، مفهوم التأمين التعاوني، ماهيته وضوابطه ومعوقاته دراسة فقهية اقتصادية، بحث مقدم لمؤتمر التأمين التعاوني أبعاده وآفاقه وموقف الشريعة الإسلامية منه، مجمع الفقه الإسلامي، عمان، 26-28 ربيع الثاني 1431هـ / 11-13 أبريل 2010م.

19. عماد عبد الحفيظ علي الزيادات، هبة الثواب وأحكامها في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج46، ع3، 2019م.
20. عمر بن شريف السلمي، باعتبار المآلات الشرعية في فقه الأسرة، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، ع9، سفر-جمادى الأولى 1432هـ/2011م، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
21. عمر محمد بشينة ومحمد عقيل زائد، التكييف الفقهي لودائع المصارف الإسلامية، مجلة كلية الدراسات العليا، ع1، أبريل 2018م، جامعة الشارقة، مج16، ع1، شعبان 1440هـ/ يونيو 2019م، كلية الشريعة، جامعة ابن زهر أكادير-المغرب.
22. فراس عبد الحميد أحمد الشايب، قاعدة الحكم بين حكمين "عند المالكية وأثرها في الفقه الإسلامي" دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة مؤنة للبحوث والدراسات، مج37، ع3، 2022م، جامعة اليرموك.
23. محمد علي التسخيري، الودائع المصرفية وتكييفها الفقهي وأحكامها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع9.
24. مراد بوضاية، قاعدة الحكم بين حكمين وأثرها في بناء الأحكام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج18، ع2، 1443هـ/2022م، جامعة قطر.
25. مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مجمع الفقه الإسلامي، ط1، أبوظبي-الإمارات العربية المتحدة، 1434هـ/2013م.
- رابعا- المواقع الإلكترونية:

- 1- <https://m.youtube.com>
- 2- <https://iifa.aifi.org/ar/2396.html>

الفهارس

1- فهرس الآيات القرآنية

السورة	الآية	رقمها	الصفحة
ابراهيم	﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾	7	/
البقرة	﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾	127	10
الأنعام	﴿لَقَدْ تَقَطَّعَ بَيْنَكُمْ﴾	94	13
هود	﴿أُحْكِمْتَ آيَاتُهُ﴾	01	11
البقرة	﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾	43	12
البقرة	﴿عَوَانٌ بَيْنَ ذَلِكَ﴾	68	13
الكهف	﴿وَجَعَلْنَا بَيْنَهُمَا زَرْعًا﴾	32	13
النساء	﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾	82	15
النجم	﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (٣) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾	04-03	15
النساء	﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً﴾	92	37
النساء	﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا﴾	93	37
النساء	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	58	51
ابراهيم	﴿رَبِّ اجْعَلْ هَذَا بَلَدًا آمِنًا﴾	35	69
آل عمران	﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾	37	69
المائدة	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾	02	76
الشعراء	﴿رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ﴾	83	78
الشورى	﴿يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءًا وَيَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾	49	78
النساء	﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾	04	79
الروم	﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لَيْرَبُّوْ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرَبُّوْ عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْغِفُونَ﴾	39	81

2- فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
13	«أن تحتجب من عبد الله بن زمعة»
19	«واحتجبي منه يا سودة»
32	«هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، واحتجبي منه يا سودة»
34	«إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مَكَاتَبَ فَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي فَلْتَحْجَبِي مِنْهُ»
35	«إِنَّمَا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ...»
36	«أَقْتَتَلْتُ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِلٍ، فَرَمْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلْتُهَا...»
36	«إِنَّ قَتِيلَ الْخَطَا شَبِهُ الْعَمْدِ، قَتِيلَ السُّوْطِ أَوْ الْعَصَا، فِيهِ مِائَةٌ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بُطُونِهَا أَوْلَادُهَا»
79	«لَوْ دُعِيتَ إِلَى كُرَاعٍ أَوْ ذِرَاعٍ لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ»
82	«إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى...»
85-84	«بَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعْثًا قَبْلَ السَّاحِلِ»

3- فهرس الآثار

الصفحة	صاحبه	الأثر
38	عمر	أرأيت لو مات أبوكم، ولم يترك وفاء، أكنتم تسعون في أدائه
82	علي	المواهب ثلاثة: موهبة يراد بها وجه الله، وموهبة يراد بها وجه الناس، وموهبة يراد بها الثواب، فموهبة الثواب يرجع فيها صاحبها إذا لم يثب منها

فهرس المحتويات

إهداء	/
شكر وتقدير	/
مقدمة	1
المبحث الأول: التعريف بقاعدة الحكم بين حكمين وبيان علاقتها بالمصطلحات القريبة منها	
المطلب الأول: التعريف بقاعدة الحكم بين حكمين	10
الفرع الأول: التعريف بمصطلحات القاعدة	10
الفرع الثاني: بيان المعنى التركيبي للقاعدة:	13
المطلب الثاني: علاقة القاعدة بالمصطلحات المشابهة لها:	14
الفرع الأول: علاقة القاعدة بمسألتي تقابل الأصلين ومراعاة الخلاف	14
الفرع الثاني: علاقة القاعدة بمسألتي تبعض الأحكام وتفريق الأحكام:	18
الفرع الثالث: العمل بالشبهين والحكم بين حكمين:	21
خلاصة المبحث الأول	23
المبحث الثاني: منزلة قاعدة الحكم بين حكمين في أصول المذهب المالكي ودوافع استعمالها	
المطلب الأول: مكانة القاعدة في أصول المذهب المالكي	25
الفرع الأول: أصول المذهب المالكي	25
الفرع الثاني: مكانة القاعدة في أصول الفقه المالكي	29
المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للقاعدة	31
الفرع الأول: من السنة	32
الفرع الثاني: من فعل الصحابة:	37
المطلب الثالث: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة وضوابطها	39
الفرع الأول: دوافع المالكية للأخذ بالقاعدة	39
الفرع الثاني: ضوابط القاعدة	43
خلاصة المبحث الثاني	48
المبحث الثالث: آثار القاعدة في بناء الأحكام من خلال عقدَي الوديعة المصرفية، والتأمين التكافلي	

المطلب الأول: الودائع المصرفية وأثر قاعدة الحكم بين حكمين فيها	49
الفرع الأول: حقيقة الودائع المصرفية	49
الفرع الثاني: أنواع الودائع المصرفية وتكييفها الفقهي	53
الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكمين في الودائع المصرفية	66
المطلب الثاني: أثر قاعدة الحكم بين حكمين في عقد التأمين التكافلي المخرج على عقد الهبة	69
الفرع الأول: الإطار المفاهيمي لعقدي التأمين التكافلي والهبة	69
الفرع الثاني: التكييف الفقهي لعقد التأمين التكافلي على الهبة:	83
الفرع الثالث: أثر قاعدة الحكم بين حكمين في عقد التأمين التكافلي المخرج على عقد الهبة	90
خاتمة	92
قائمة المصادر والمراجع	95
الفهارس	
فهرس الآيات القرآنية.....	114
فهرس الأحاديث النبوية.....	115
فهرس الآثار.....	115
فهرس المحتويات.....	116
ملخص...../	

ملخص:

تناولت هذه الدراسة قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية تأصيلاً وتطبيقاً محاولةً الإجابة عن الإشكال الرئيس الموسوم بـ: ما معنى قاعدة الحكم بين حكمين عند المالكية؟ وما تأثيرها في بناء الأحكام عند تقابل الأصلين؟ وأجابت الدراسة على ذلك من خلال المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: تضمن بيان ماهية قاعدة الحكم بين حكمين وعلاقتها بالمصطلحات المشابهة، والثاني تناول منزلة قاعدة الحكم بين حكمين في أصول المذهب المالكي ودوافع استعمالها، وأما أثر القاعدة في بناء الأحكام فكان في المبحث الثالث من خلال عقدي الوديعة المصرفية والتأمين التكافلي.

وختُمت الدراسة بمجملته من النتائج لعل أهمها: لقاعدة الحكم بين حكمين أثر في ضبط أحكام بعض النوازل المالية المعاصرة.

كما أوصت الدراسة بضرورة إعادة النظر في بعض الإشكالات المالية المعاصرة بناءً على قاعدة الحكم بين حكمين.

وأخيراً ما يسعنا في ختام هذه المذكرة إلا أن نشكر المولى عزّ وجلّ أن وفقنا إلى إتمامها وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

Abstract

This study dealt with the base of rule between two rulings according to the Malikis in terms of its origin and application, trying to answer the main problem marked by: And what is its impact on building judgments when the two origins meet. The study answered this through the following three investigations:

The first topic: included an explanation of the nature of the rule of rule between two rulings and its relationship to similar terminology, and the second dealt with the status of the rule of rule between two rulings in the origins of the Maliki school and the motives for its use.

The study concluded with a number of results, perhaps the most important of which is: The rule of judgment between two judgments has an impact on controlling the provisions of some contemporary financial crises.

The study also recommended the need to reconsider some contemporary financial problems based on the rule of judgment between two judgments.

Finally, at the end of this message, we can only thank God Almighty for enabling us to complete it, and our last prayer is that praise be to God, Lord of the Worlds .