الباب الرابع

نتائج البحث

للماوردى نص هام للغاية يرفع الحيرة التى ربما تصيب الباحث فى المسألة ، وينبه على السبب فى وقوع الاختلاف فيها على هذه الصورة بين المنع مطلقا حتى نقل الإجماع عليه ، والإباحة مطلقا ، فقال رحمه الله :

((ما كان مستخرجاً من غير نص ولا أصل فقد اختلف فى صحة الاجتهاد فيه بغلبة الظن على وجهين :

أحدهما : لا يصح الاجتهاد بغلبة الظن حتى يقترن بأصل ؛ لأنه لا يجوز أن يرجع فى الشرع إلى غير أصل .

وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعى . ولذلك أنكر القول بالاستحسان ؛ لأنه تغليب ظن بغير أصل .

والوجه الثانى : يصح الاجتهاد به ؛ لأن الاجتهاد فى الشرع أصل فجاز أن يستغنى عن أصل .

وقد اجتهد العلماء فى التعزير على ما دون الحدود بآرائهم فى أصله من ضرب وحبس . وفى تقديره بعشر جلدات فى حال ، وبعشرين فى أخرى ، وبثلاثين فى أخرى . وليس لهم فى هذه المقادير أصل مشروع .

والفرق بين الاجتهاد بغلبة الظن وبين الاستحسان أن الاستحسان يترك به القياس ، والاجتهاد بغلبة الظن يستعمل مع عدم القياس))[1] .

فقوله : ((وقد اجتهد العلماء فى التعزير على ما دون الحدود بآرائهم فى أصله...)) ، يوضح لأى شىء كان كل هذا الاختلاف .

*****

---

(١) أدب القاضى ، ١/٥١٩ : ٥٢٠ ، مط الإشاد ، العراق ، ١٣٩١/١٩٧١ .

ويقول الأخميمي رحمه الله فى تعليق عام له على أدلة المجوزين : ((قد علم مما تقدم أن بعضها ضعيف أو باطل ، وبعضها منسوخ ، أو متكلم فيه ، وبعضها تمسك به الجمهور على جواز التخريب فى أرض الكفار ، كقطع نخل بنى النضير ، وبعضها لم يأخذ به الجمهور على جواز العقوبة بالمال ، وأن مذاهبهم على خلافها))[1] .

لقد تعقب المانعون أدلة الجواز دليلا دليلا ، وقد ذكرنا فيما مضى أجوبتهم عليها ، وما يمكن أن يردها به المجوزون ، وبينا أن دعوى النسخ غير مسلم ، بلا دليل عليها كما صرح به النووى .

أما كون بعضها متكلما فيه – من جهة الإسناد – فبعضها أو أكثرها صحيح ، كما أن المتكلم فيه لا يسقط عن رتبة الاعتبار .

ومن أجوبة المانعون الهامة ما أشار إليه الشوكانى : أن أكثر أحاديث الباب واردة على سبب خاص، فلا يجاوز بها إلى غيرها ؛ لأنها وسائر أحاديث مما رود على خلاف القياس، لورود الأدلة كتابا وسنة على تحريم مال الغير[2] .

فإن العام الوارد على سبب إن عارض عموم آخر خرج ابتداء بلا سبب ، فإنه يقصر على سببه ، وإن لم يعارضه فالعبرة بعمومه[3] .

قال مقيده عفا الله عنه : كل ذلك صحيح مُسَلَّم من القائلين بالجواز ، فلا نزاع فى حرمة أكل مال الغير بالباطل ، ثم استثنى الشارع ومن هذا الأصل العام الظالم فى الصور المتقدمة ونظائرها فجعله خارجا عن أكل المال بالباطل ، والمانعون يسلمون بذلك وأنه وارد على سبب خاص ، والمجوزون لا يجاوزون به سببه الخاص ، ولا يقولون به فى كل حال ، والقياس على محل السبب الخاص لا يخرجه عن خصوصه كما هو مقرر وإلا كان فى معنى الخطاب الخاص بواحد من الأمة .

بل إن الخطاب الخاص بواحد من الأمة ، وإن كان لا يتناول غير المخاطب من حيث الصيغة ، فإنه يتناوله بالدليل الخارجى ، وقد ثبت عن الصحابة فمن بعدهم الاستدلال بأقضيته

---

(١) الأخميمى ، مرجع سابق ، ص ٣٥ .

(٢) الأخميمى ، مرجع سابق ، ٢٥ .

(٣) إرشاد الفحول للشوكانى ٤٨٧/١ ، قال : فإن هذا العام الخارج ابتداء من غير سبب إذا صلح للدلالة ، فهو دليل خارج يوجب القصر ، ولا خلاف فى ذلك .

ﷺ الخاصة بالواحد ، أو الجماعة المخصوصة على ثبوت مثل ذلك لسائر الأمة ، فكان هذا مفيدا لإلحاق غير المخاطب به فى ذلك الحكم عند الإطلاق إلا أن يقوم الدليل الدال على اختصاصه بذلك . قال الشوكانى نفسه : فالراجح التعميم حتى يقوم دليل التخصيص ، لا كما قيل : إن الراجح التخصيص حتى يقوم دليل التعميم(١).

فيصح لنا بعد ذلك الاستدلال بما تقدم من قضايا النبى ﷺ والصحابة رضي الله عنهم من بعده على جواز عقوبة الظالم الجانى على مال غيره بقيمة ما تعدى وظلم ، دون زيادة على ذلك ، مع بقاء تحريم أكل مال الغير على حرمته فيما سوى ذلك .

فلسنا فى ذلك إلا سائرين مع الأدلة كتابا وسنة حيث سارت ، وواقفين معها حيث وقفت .

وقد اشترط أحد الباحثين المعاصرين شرطين جوهريين للقول بالجواز ، وفى حدود ضيقة جداً :

أحدهما : أن لا تمكن معاقبة الجانى بغير الغرامة من وسائل التعزير الأخرى . أو تمكن، ولكن المصلحة فى الغرامة أكثر منها فى غيرها .

ثانيهما : أن لا يتخذ هذا الجواز ذريعة لمصادرة أموال الناس ، وإثقال كواهلهم بغرامات لا قبل لهم بها(٢) .

وأضف إلى هذا شرطين هامين لإيجاب التعزير عامة :

أولهما : أن يكون الأمر الذى يُدْفَع ضرراً مؤكداً ، وليس ضرراً وهمياً . وأن تكون المصلحة مؤكدة وليست وهما .

ثانيهما : أن يكون الضرر المدفوع من جنس ما أمر الشارع بدفعه . وأن تكون المصلحة من جنس المصالح التى أمر بها الشارع(٣).

---

(١) إرشاد الفحول ١/٤٧٠-٤٧١ .

(٢) الظروف المشددة . الدكتور ناصر الخليفى ، مرجع سابق ، ص١٩٦ - ١٩٧ .

(٣) نظرة إلى العقوبة فى الإسلام لأبى زهرة ص ١٨٦ ، مط الأزهر ١٣٨٧/ ١٩٦٧، المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الإسلامية.

ولا يفوتنا أن نذكر ما يتعلق بمسألتنا من كلامه لما لأبى زهرة من مكانة بين الباحثين المعاصرين :

قال (ص ١٩٤- ١٩٥) : الجرائم التعزيرية قسمان :

الأول جرائم هى من جنس جرائم الحدود ولكن لم تستوف شروط إقامة الحد . وهذا القسم يسار فى تعزيره على أساس الحد ولكن لا تصل العقوبة إلى عقوبة الحد . =

((والقضاء بنفى الضرر وسد الذرائع ثبت عن رسول الله ﷺ ، فقد قال : لا ضرر ولا ضرار ، فيحتمل أن يريد بقوله : لا ضرر ، أى لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له إضرار غيره ... وقيل : نهى النبى ﷺ أن يتعمد أحدهما الإضرار بصاحبه، وعن أن يقصدا ذلك جميعا . فإن أقام المحدث للضرر بينة تشهد أن ذلك ليس بضرر لم يلتفت إلى تلك البينة ، وكانت شهادة الذين شهدوا بالضرر أحق وأولى بالحكم ، وعليه العمل وبه القضاء. وقيل : ينظر إلى أعدل البينتين ، فيقضى بها ؛ لأن الشهادة على العيان ، وليست تنفذ شهادة بالضرر فيما لم يره أهل العلم ضررا .

وإذا جهل الضرر فلم يعلم أقديم هو أم حادث ، فهو على القدم ، حتى يثبت ألأنه محدث . وخالف آخرون فقالوا : إنه محمول على أنه محدث ، حتى يثبت أنه قديم ، قالوا : وبه الحكم .

وإذا لم تقطع البينة بأن الضرر محدث ، إلا أنهم قالوا : رأينا شيئا يدل على الحدوث ، وهو ضرر -: حلف أنه محدث ، وأزيل عنه الضرر ، إلا أن تقوم بينة بالقدم .

وقال ابن عتاب : الذى أقول به وأنقله عن مذهب مالك أن جميع الضرر يجب قطعه(١).

وتأسيسا على ما تقدم :

١. نقول بجواز عقوبة الظالم الجانى على مال غيره بقيمة ما تعدى وظلم ، دون زيادة على ذلك ، مع بقاء تحريم أكل مال الغير على حرمته فيما سوى ذلك .

٢.وتنزلاً مع من لم ير فى كل ماسبق دليلاً للجواز فإننا نتفق مع روح فتوى الشيخ العربي الفاسى فنرى ((أنه يجوز من جهة السياسة الشرعية(٢) العقوبة بالمال ، وما ثبت من جهة

= الثانى : الجرائم التى ليس فى جنسها حد كترك الزكاة والصلاة أو الصوم ، أو كعدم أداء الديون ، أو كالنصب ، والرشوة ، وهذه الجرائم ترك تقديرها لولى الأمر ، أو للقاضى حسب الأحوال ، ولا قيد يقيده إلا العدالة ، وما به يتحقق رفع الفساد ، وما يكون به التناسب بين العقوبة والجريمة من غير تهاون ولا شطط .

(١) تبصرة الحكام ٢/٢٥١: ٢٥٥ .

(٢) السياسة الشرعية نوعان : سياسة ظالمة ، فالشرع يحرمها ، وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم ، وتدفع كثيرا من المظالم، وتردع أهل الفساد ، وبتوصل بها إلى المقاصد الشريعة ، فالشريعة يجب المصير إليها ، والاعتماد فى إظهار الحق عليها ، وهى باب واسع تزل فيه الأقدام ، وإهماله يضيع الحقوق ... والنوع فيه يفتح أبواب المظالم "(راجع تبصرة الحكام لابن فرحون – ط الشرفية – ١٣٠١ – ٢/١٠٤) .

السياسة الشرعية إنما يكون على سبيل الفتوى ، وليس على سبيل الحكم العام . ومن هنا فإنه من المقبول لبعض هيئات الرقابة الشرعية فى مصرف معين أو عند الفتوى فى نوع من أنواع المعاملات أو على طائفة من الأشخاص أن تفتى بجواز الغرامة بالمال فى حين أن ذلك لا ينبغى أن يكون سياسة عامة وحكما شرعيا فصلا ، وإنما يكون من قبيل الإجراءات التى تحقق مقاصد الشريعة من باب يُحْدَث للناس من الأمور بقدر ما يحدثون»[1] . **والقاعدة أنه إذا كانت «مسألة تدور بين نصين المتعارضين (وهما هنا نصوص تحريم أكل المال بالباطل فى مقابل وجوب رفع الظلم وتعزير الظالم) فحكم الله تعالى فيه الأصلح إن كان معقول المعنى ... وحكم الله فيه الأخذ بالأشبه إذا لم يكن معقول المعنى ... وكذلك سائر أحكام السياسات قلما يكون فيها ترجيح ...بل لو استوى عند قاض المصلحة والمضرة فى أمرين أو استوى عنده الشبه بالأصلين أو الاستصحاب فى مقابل الأصلين وامتنع الترجيح صار مخيرا كما فى سائر المباحات»**[2] . وهذا يؤكد ما قدمناه من أنه إنما يكون من قبيل الإجراءات . وقال الغزالى رحمه الله أيضا : «ما ليس للشرع فيه حكم معين ، ولكن قيل للمجتهدين : اطلبوا الحكم وترددوا بين رأيين ... فكل حكم نيط باجتهاد الولاة كتفرقة العطاء بين المسلمين والتسوية بينهم أو التفاوت كما اختلف أبو بكر وعمر ؛ إذ ليس فيه نص على عينه ، ولا على مسألة قريبة منه يقال إنه فى معناه ، ولكن فيه إهمال لمصلحة تميز الفاضل من المفضول ، وهو من المصالح ، وفى التفاوت إحدى المصلحتين دون الأخرى ، ومهما قوبل ما فى إحداهما من المضرة بما فى إحداهما من المصلحة يجوز أن تترجح إحداهما ... وكذلك تقدير العقوبات والنفقات... كذا كل واقعة لا نص فيها ، ولا هى فى معنى المنصوص ...»[3] .

٣. ومسألة البحث – **وهى عقوبة المماطل الموسر بدفع غرامة مالية** – مما ناطه الشرع باجتهاد الولاة.

٤. ومهما قيل من أن الغرامة بالمال ممنوعة مطلقا بالنهى عن أكل أموال الناس بالباطل ، فلنا أن نقول: إن مسألتنا هنا ليست من باب أكل المال بالباطل ، بل رد الحق إلى صاحبه ، وإن الذى أكل المال بالباطل هنا إنما هو الغارم بمطله وظلمه ، وإن الشرع يوجب التعزير على الظلم .

٥. ولنا أن نقول : إن حديث بهز إنما هو فى إضعاف القيمة والغرامة ، وكذلك حديث

---

(١) فضيلة الشيخ على جمعة ، حديث خاص حول البحث .

(٢) البحر المحيط ٣٠٣/٨ ، نقلا عن الإمام الغزالى .

(٣) البحر المحيط ٣٠٣/٨ ، نقلا عن الإمام الغزالى .

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وأثر عمر بن الخطاب الذى رواه عنه يحيى بن عبد الرحمن ابن حاطب ، ومن ثم ترجم البيهقى على بعضها[1] : باب ما جاء فى تضعيف القيمة .

٦. وقد استدل العلماء أيضا على منع تضعيف القيمة بقوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[2] ، وقال ﴿فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾[3] . قالوا : وقد قضى ﷺ بالضمان بالمثل . وقد أجمع العلماء على أن من استهلك شيئا لا يغرم إلا مثله أو قيمته[4] .

٧. ولنا أن نقول : إن مسألتنا ليست من باب تضعيف القيمة ، وإنما من الغرامة بالمثل أو بالقيمة ، وهى أيضا من باب الاعتداء بمثل ما اعتدى ، والعقاب بمثل ما عوقب فالفرق واضح بين تضعيف الغرامة ، ومسألة البحث .

٨. ولا خلاف أن أكل المال بالباطل مما حرمه الله تعالى ورسوله -ص- ، كما أنه لا خلاف أيضا فى وجوب رفع الظلم والضرر ، وقواعد الشرع الحنيف جارية عليه ، مطردة فيه . ومثل هذه المساحة من الاتفاق لابد أن لا تستنزف جهودنا فى بحثها وطرحها ونقاشها كأنها أمر مختلف فيه ، وترك محل الخلاف والنزاع .

٩. ومحل الخلاف والنزاع هو فى تكييف المسألة ، وإذا اتضح تكييفها سهل الأمر وقرب.

١٠. وعليه فمسائل الباب : إما أن يكون الغارم ظالما ، أو غير ظالم . والثانى - يعنى كونه غير ظالم- لا يجوز قطعا تغريمه ، وهو من أكل المال بالباطل .

١١. والأول - وهو كونه ظالما - : فإما أن يكون ظلمه وجنايته فى المال . وإما أن يكون ظلمه وجنايته فى غير المال . والثانى منهما - وهو كون ظلمه وجنايته فى غير المال - يجوز عند من أطلق جواز الغرامة المالية ، وهو رأى تدور حوله كثير من الردود القوية التى يؤيدها قواعد الشرع العامة وعقوباته المقررة.

١٢. والأول منهما - وهو كون ظلمه وجنايته فى المال : فبالإضافة إلى ما تقدم ، فإنه تأسيسا على الفرق بين الغرامة فى المال وبالمال ، وهو فرق صحيح للأدلة الكثيرة على جواز

---

(١) السنن الكبرى ٢٧٨/٨ ، ومعرفة السنن ٤٢٥/١٢ .

(٢) البقرة : ١٩٤ .

(٣) النحل : ١٢٦ .

(٤) الجوهر النقى لابن التركمانى ، بهامش السنن الكبرى ٢٧٨/٢ . وإعلاء السنن للتهانوى ، ٧٣٣/١١ .

الغرامة فى المال ، والذى يشهد لـه – أى للفرق – العديد من الأحاديث وقضايا الصحابة ، وبالفرق قال السادة المالكية ، وهو مقتضى كثير من فروع السادة أصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى ، وإن لم يتعرضوا للفرق : فإننا نرى أن مسألتنا جعلنا من باب الغرامة فى المال كما تقدم تقريره وبيانه، ويصح الفتوى بجواز العقوبة فى المال فيها ، بما يرفع الظلم الواقع بالفعل ، ولا يجاوزه إلى إيقاع ظلم جديد .

١٣. ولا يدفع بأنه من باب أكل المال بالباطل ، بل الصواب أنه رفع لأكل المال بالباطل إن كان قد وقع ، ودفع له قبل وقوعه بما فيها من معنى الزجر عن الظلم .

١٤. ومن هنا فالغرامة فى المسألة محل البحث هى من باب رفع الظلم عن المظلوم .

١٥. كما أنه لا بد من إنشاء آلية لإزالة الضرر ، يكون من وظيفتها تحديد الضرر ، وتقويمه ، والتحكيم بين الأطراف المتنازعة ، بحيث يتحمل المُضِر تكلفة إزالة ما أوقعه من ضرر بالغير بالعدل دون زيادة أونقصان .

كما أننا نؤكد على أمور هامة :

١. أن الأصل فى الغرامة المالية المنع .

٢. وأن القول بها من قبيل الفتوى لا الحكم ، والفتوى – كما هو مقرر – تتغير زمانا ومكانا وشخصا .

٣. وأن الفتوى بذلك من باب السياسة الشرعية .

٤. وأيضا هو من باب الضرورات ، وإذا كانت الضرورات تبيح المحظورات – كما هنا – فإنها أيضا– أى الضرورات – تقدر بقدرها ، ولا يجاوز بها محلها .

٥. ومن الواضح الذى لا يحتاج إلى تأكيد أن الفتوى بجوازها فى صورة أو مسألة لا يعنى على الإطلاق الفتوى بها فى كل مسألة أو صورة .

والله تعالى أعلى وأعلم