

الضوابط الشرعية للعمل بقاعدة سد الذرائع
وتطبيقاتها في المعاملات المالية والمصرفية
المعاصرة

إعداد

د . عبد الستار أبوغدة

رئيس الهيئة الشرعية لمجموعة البركة المصرفية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين
هذه نبذة يسيرة تتعلق بموضوع (سد الذريعة) المدرج في موضوعات (المؤتمر الفقهي الخامس
للمؤسسات المالية الإسلامية)، الذي تقيمه شركة شورى للاستشارات الشرعية.
والله الموفق.

المبحث التأصيلي

مفهوم الذرائع وتمييزها عن أشباهها والقواعد ذات الصلة بها

سد الذرائع

السد: إغلاق الخلل، والذرائع جمع ذريعة: وهي لغة: الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء، واصطلاحاً: الأشياء التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور. أو الموصل إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة.¹ والمعنى حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها إذا كان الفعل السالم من المفسدة وسيلة إلى مفسدة. وتطلق الذريعة أيضا إلى الشيء المشروع المشتمل على مصلحة. وسد الذريعة أحد أدلة الفقه.

• ومثال الذرائع الموصلة لمفسدة.

- أ- النظر إلى عورة المرأة الأجنبية ذريعة لمفسدة لأنه يوصل إلى الزنى.
 - ب- بيع الإنسان على بيع أخيه لأنه ذريعة إلى التباغض.
- وكلا الأمرين من قبيل سد الذرائع.

• ومثال الذرائع إلى مصلحة :

- أ- السعي إلى بيت الله الحرام، ذريعة إلى مصلحة لأنه يوصل إلى الحج.
- ب- تبادل الهدايا ذريعة إلى مصلحة؛ لأنه يوصل إلى المحبة والحث على هدية وأمثالها هو من قبيل فتح الذرائع.

حكم الذريعة:

تأخذ الذريعة حكم المقصود بها، فإن كان حراما فهو حرام، وإن كان حراما أو مكروها فهو ممنوع. وإن كان فرضا أو منتدبا فهو مطلوب.

1 . أصول الفقه ، مصطفى شلي 334.

حكم سد الذريعة:

النهي عن شيء يقتضي النهي عما يوصل إليه أو يؤدي إليه، ولو تصور غير ذلك لكان تناقضا تنزه عنه الشريعة. لأنه إباحة الوسائل إلى الشيء المحرم المفضية إليه نقض للتحريم وإغراء للنفوس به، وحكمة الشريعة تأبى ذلك.

قال ابن القيم: "إن سد الذرائع ربع التكليف، لأنه إما أمر أو نهى، والأول مقصود لنفسه أو وسيلة إليه، والمنهية عنه مفسدة لنفسه أو وسيلة إليه، فصار سد الذرائع المفضية إلى المحرم ربع الدين"¹.

الفرق بين الذرائع والوسائل

سبقت الإشارة إلى المراد بالذرائع وسد الذرائع، أما الوسائل فهي ما يستلزمها الأمر المتوسل إليه، مثل بيع الماء فإنه مستلزم عادة لمنع الكلال الذي هو حرام ولا منازعة فيما يستلزم من الوسائل بأنه يأخذ حكم ما يتوسل به إليه.

الفرق بين الذريعة والمقدمة

المقدمة ما يتوقف عليه وجود الشيء، كالوضوء مقدمة للصلاة ويتوقف صحتها على وجوده، أما الذريعة فهي ما يفضي إلى المقصود سواء توقف المقصود عليها أم لا. ولا يلزم في المقدمة أن تكون مفضية إلى المقصود بخلاف الذريعة.

الفرق بين المنع الشرعي لسبب خاص وبين سد الذريعة

هناك بعض المسائل تلتبس بسد الذرائع وليست منه ومن أمثلة ذلك:²

- إقرار المريض مرض الموت بشيء من ماله للوارث، فهذا ليس من سد الذرائع، بل هو منع شرعي لأن المريض محجور عليه.
- ادعاء المرأة المجرية على النكاح بحكم الولاية عليها وجود محرمة أو رضاع بينها وبين الزوج بعد العقد. قال ابن شريج - خلافا لابن الحداد - لا يقبل قولها، لأن النكاح معلوم

1 . إعلام الموقعين : (135/3) : ومثل لذلك بالحكام لا يهون عن شيء ويسمجون بما يؤدي إليه، وبالأطباء لا يضعون دواء ويسمجون بما يفسد ذلك الدواء. وقد أورد ابن القيم تسعة وتسعين مثالا من الكتاب والسنة لتحريم الذرائع.

2 . البحر المحيط (85/6).

، والأصل عدم المحرمية ، وفتح هذا الباب طريق للفساد، وليس هذا من سد الذرائع، بل هو اعتماد على الأصل.

الفرق بين الذريعة والحيلة

الذريعة أعم من الحيلة، والمثال الموضح لذلك إبطال الزكاة بالهبة ، وهو حيلة ممنوعة والهبة ذريعة إليها، والحيلة فيها حرم قواعد الشريعة¹ وسيأتي مزيد بيان للعلاقة بين الذريعة والحيل.

المذاهب بشأن الذرائع:

قبل استعراض المذاهب في مسألة سد الذرائع أورد عبارة للقرطبي يقول فيها: "سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً".

قال أبو الوليد الباجي من المالكية: ² وافقنا أبو حنيفة وأحمد في سد ذرائع بيوع الأجال، وخالف الشافعي، واحتج بقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"³.

وقال القرافي : إن مالكا ينفرد بسد الذرائع بل كل واحد يقول به ، ولا خصوصية للمالكية به إلا من حيث زيادته لديهم.⁴

لكن أورد الزركشي مسائل عن الشافعي يفهم منها منع الذرائع، منها كراهية التجميع بالصلاة في مسجد قد صليت فيه تلك الصلاة إذا كان له إمام راتب، وعللت الكراهة بأن لا يعتمد قوم لا يرضون إماما فيصلون بإمام غيره.⁵

وقد ناقش الزركشي هذه الأدلة بأنها لا تفيد في محل النزاع.

1 . الموافقات لشاطبي 200

2 . البحر المحيط للزركشي 83/6.

3 . سورة البقرة 275.

4 . البحر المحيط 83/6.

5 . الفروق للقرافي نقلا عن البحر 83/6.

الاستدلال لسد الذرائع

من الأدلة على سد الذرائع : قوله تعالى ((ياأيها الذي آمنوا لا تقولوا راعنا))¹ نهى تعالى عن (راعنا) لئلا يكون ذريعة لليهود إلى سب النبي صلى الله عليه وسلم لأن كلمة (راعنا) في لغتهم سب للمخاطب.

وقوله تعالى : ((واسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر))² فقد ذمهم بكونهم تذرعوا للصيد يوم السبت المحرم عليهم بأن حبسوا الصيد يوم الجمعة. وقول النبي صلى الله عليه وسلم : "لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملواها وباعوها وأكلوا أثمانها"³ وقوله عليه الصلاة والسلام: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك" وقوله عليه السلام : الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهاة" ولحديث "نهى عن بيع وسلف" فقد أجمعوا على جواز البيع والسلف مفترقين ، وتحريمهما مجتمعين للذريعة، وقوله عليه السلام : "لا تقبل شهادة خصم وظنين" وذلك خشية الشهادة بالباطل كما منعت شهادة الآباء للأبناء . قال ابن رشد : إن أبواب الذرائع في الكتاب والسنة يطول ذكرها، ولا يمكن حصرها.

وقد ناقش الشافعي هذه الأدلة بأنها لا تفيد في محل النزاع لأنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة وهو أمر مجمع عليه، وإنما النزاع في ذريعة خاصة هي بيوع الآجال ونحوها..

كما اعترض على مبدأ القياس على هذه الأدلة ...⁴

ولا يخفى أن هذه المناقشة والاعتراض منسجم من مذهب الشافعية والزرركشي منهم.

وقد ادعى الشاطبي أن اعتبار سد الذرائع موضع إجماع العلماء، والحق غير ذلك فالاعتبار لها مذهب مالك وأحمد فقط⁵ فبيع العنب للخمر وبيع السلاح وقت الفتن حرام عندهما.

والذرائع التي هي من النوع الرابع اختلف العلماء في اعتبارها فالإمامان مالك وأحمد اعتبرا الذريعة التي من هذا النوع تفضي إلى مفسدة فحرم البيع الذي يتخذ وسيلة إلى الربا وأبطاله احتياطاً، فبيع الرجل لآخر سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم شراؤها منه بخمسة نقدا حرام وباطل

1 . سورة البقرة 114.

2 . سورة الأعراف 169.

3 . أخرجه الترمذي 668/4 وقال حديث صحيح.

4 . البحر المحيط 83/6 وما بعدها.

5 . أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة.

لأن البيع وإن كان مأذونا فيه باعتبار الأصل لا يلتفت إلى هذا الإذن لأن البيع قد اقترن في هذه الصورة بإضرار الغير وإيلامه ودفع المضار مقدم على جلب المصالح.

واعتبار الذريعة هو مذهب مالك وأحمد: أما الشافعي وأبو حنيفة فلم يعتبروا الذريعة التي هي من هذا النوع ورجحا في ذلك الإذن من الشارع، لأنه هو الأصل، ولا يعدل عنه إلا بقيام دليل على الضرر فيه وما دام الأمر لا غلبة للظن فيه فأصل الإذن باقٍ.

واستدل مالك وأحمد بالأثار الصحاح بتحريم أمور كانت في الأصل مأذونا فيها لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى مفسد وإن لم تكن غالبية ولا مقطوعا بها، وذلك كالأثار التي نهت عن سفر المرأة بغير زوجها أو ذي رحم محرم منها، فالتحريم في ذلك لما يترتب على السفر بدون الزوج وذي المحرم من مفسد.

ومما يصلح مرجحا لرأي مالك وأحمد ما روي من حديث زيد بن أرقم أن أمته قالت لعائشة: إني بعت منه عبدا بثمانمائة إلى العطاء واشتريته منه نقدا بستمائة فقالت: بنسما اشتريت أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل الله جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب.¹

1 . إرشاد الفحول للشوكاني ص 275.

درجات سد الذرائع

وحيث إن مسألة سد الذرائع هي التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور ، فقد فصل علماء الأصول درجات هذه التوصل، فقررُوا أن ما يفضي للوقوع في المحظور أنواع . قال القرافي ، وتابعه الزركشي: الذرائع ثلاثة أقسام. إما أن يلزم منه الوقوع في المحظور قطعاً، أو بعبارة أخرى ما يقطع بتوصله إلى الحرام، فهو حرام بالاتفاق.

- أو لا يلزم ولكن يفضي إلى محظور في غالب الظن.
- أو يتساوى الأمران.¹

وزاد بعضهم قسماً رابعاً، وهو أن يكون الإفشاء إلى المفسدة نادراً.

فالأول : ليس من موضوع (سد الذرائع) ، بل من باب ما يجب اجتنابه لكونه لا خلاص من الحرام إلا بذلك. وهذا واجب الامتناع عنه، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. ومثاله حفر الآبار في الطريق، وإلقاء السم في طعام المسلمين، و سب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى.

والثاني: لا يلزم منه الوقوع في المحظور لكنه يفضي إلى محظور، وهذا أيضاً يجب الامتناع عنه .

والثالث: أن ينفك عن الوقوع في المحظور غالباً، أو يتساوى الأمران (الوقوع وعدمه)، وهو مختلف فيه مثل بيوع الآجال وهذا يمنع من يراعي سد الذرائع، ولا يمنع من لا يراعي ذلك، وربما يسمى هذا (التهمة البعيدة) أو (الذرائع الضعيفة) هذا ما ذكره القرطبي.

وقد رد القرافي بأن من الذرائع ما هو ملغي إجماعاً، مثل زراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الخمر وإن كان ذلك وسيلة إلى الخمر، ومنها ما هو معتبر إجماعاً كالأمثلة السابقة في النوع الأول ومنها ما هو مختلف فيه.

والرابع: أن تكون الذريعة تقضي إلى المفسدة نادراً وإفشاءها للمصلحة أرجح، كحفر البئر في موضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد.

1 . الفروق للقرافي ، والبحر المحيط 6/82، 83، بتصريف في تنسيق الأنواع وأمثلتها.

وأورد الزركشي عن بعض المتأخرين - ولم يسمه - نوعاً آخر وهو ما يقطع بأنه لا يوصل إلى الحرام لكنه اختلط بما يوصل إليه فيلحق احتياطاً بالموصل إلى الحرام ثم قال : وهذا غلو في القول بسد الذرائع.¹

وقد جاء في المعيار الشرعي رقم 29 بشأن ضوابط الفتوى في البند 3/8: (إذا تكافأت الأدلة ، أو كان في الأمر تخيير بين مباحين، فينبغي اختيار الأيسر ، وإذا كانت يترتب على أحدهما مصلحة وعلى الآخر مفسدة ينبغي سد الذريعة إلى المفسدة الراحجة، مع بذل الجهد لإيجاد الحلول للقضايا النازلة)

وقد نقل الشاطبي عن ابن العربي قوله، بشأن سد الذريعة. "اختلف الناس - بزعمهم- فيها ، وهي متفق عليها بين العلماء، فأفهموها، وادخروها"².

1 . البحر المحيط 85/6.
2 . الموافقات للشاطبي 198/4.

فتح الذرائع:

والجدير بالذكر أن هناك مبدأ شرعياً مقابلاً لسد الذرائع ، وهو فتح الذرائع وقد شرح ذلك القرافي بقوله: "كما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي إلى الجمعة والحج، وإعطاء المال للكافر لاقتداء الأسير وللظالم لتخليص المظلوم".

فهذه الصور كلها الدفع فيها (للمال) وسيلة إلى المعصية بأكل المال (بالباطل) ومع ذلك فهو مأمور به، لرجحان ما يحصل من المصلحة مع هذه المفسدة.¹

قواعد ذات صلة بسد الذرائع

1. تقييد المباح يتغير بمراعاة غيره:

قال الزركشي " حكم المباح يتغير بمراعاة غيره: فيصير واجبا إذا كان في تركه الهلاك، ويصير محرما إذا كان في فعله فوات فريضة، أو حصول مفسدة، كالبيع وقت النداء (للجمعة). ويصير مكروها إذا اقترنت به نية مكروه. ويصير مندوبا إذا قصد به العون على الطاعة.¹

هذا، وقد بحث الشاطبي مسألة المباح إذا تجاذبته العوارض المضادة لأصل الإباحة (وهي ما أشير إليه في العنوان بالنتائج السلبية) سواء كانت العوارض واقعة أو متوقعة، هل يكر على أصل الإباحة بالنقض، أو لا؟

وقد أورد الشاطبي ثلاثة أقسام هي:

القسم الأول:

الاضطرار للمباح ، بالرغم من العوارض المضادة لأصل الإباحة.

القسم الثاني:

عدم الاضطرار ولكن لحوق الحرج بترك المباح بسبب العوارض لأصل الإباحة المضادة.

القسم الثالث:

عدم الاضطرار للمباح وعدم الحرج أيضا بالرغم من العوارض المضادة لأصل الإباحة. ثم جعل حالة الاضطرار سببا لعدم اعتبار الأمر العارض وجعل لحوق الحرج - رغم عدم الاضطرار- يقتضي أيضا الرجوع إلى أصل الإباحة وترك اعتبار الطوارئ ، لأن الممنوعات أبيحت وفقا للحرج.²

أما القسم الثالث، وهو عدم الاضطرار وعدم الحرج - وهي المسألة المطروحة للبحث - فقد جعلها محل اجتهاد.

ثم قال الزركشي: "وفيه تدخل قاعدة الذرائع ، بناء على أصل التعاون على الطاعة أو المعصية، فإن هذا الأصل متفق عليه في الاعتبار ومنه ما فيه خلاف، كالذرائع في البيوع وأشباهاها وإن كان أصل الذرائع أيضا متفقا عليه".

ثم قال الشاطبي: "إن أصل المتشابهات داخل تحت هذا الأصل، لأن التحقيق فيها أنها راجعة إلى أصل الإباحة، غير أن توقع مجاوزتها إلى غير الإباحة هو الذي اعتبره الشارع

1 . البحر المحيط 275/1.

2 . البحر المحيط 275/1.

فنهى عن ملابستها وهو أصل قطعي مرجوع إليه في أمثال هذه المطالب وينفي الرجوع إلى أصل الإباحة، وأيضا فالاحتياط للدين ثابت من الشريعة مخصص لعموم أصل الإباحة إذا ثبت".¹

2. درء المفسد مقدم على جلب المصالح

إن من القواعد الفقهية الكلية التي تنتشر تطبيقاتها في المدونات الفقهية قاعدة (درء المفسد أولى من جلب المصالح) أو "مقدم على جلب المصالح".

وقد وردت في كتب كثيرة منها:²

وهي من القواعد المائة التي اختيرت في صدر مجلة الأحكام العدلية.³ ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات قال عليه الصلاة والسلام: "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم".⁴

ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة الحجر على السفينة فإن درء مفسدة تبيد ماله أولى من مصلحة اتصافه بإطلاق التصرف.

وهذا إذا لم تكن المصالح راجحة فيما فيه نفسه مصلحة ومفسدة فحينئذ ينبغي تقديم المصلحة.

وفي هذا الشأن استقرت قواعد أخرى منها قاعدة "إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع" وهي من القواعد المائة التي صدرت بها مجلة الأحكام العدلية.

ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة منع المؤجر عن التصرف في العين المؤجرة بما يمس حق المستأجر تقديم المانع الذي هو حق المستأجر، على المقتضى الذي هو ملكية المؤجر للعين المؤجرة.⁵

3. مراعاة المآلات:

وينبغي عليه قواعد منها قاعدة سد الذرائع. فقاعدة سد الذرائع حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه لأن الذرائع التي تسد حقيقتها التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة، فإن عاقد البيع أولا على سلعة بعشرة إلى أجل ظاهر الجواز، من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح على

1 . الموافقات لأبي إسحاق الشاطبي : 181/4 ، 182 ، 185 ، 186 .

2 . الأشباه والنظائر لكل من السبكي 105/1 ، والسيوطي : 179 وابن نجيم 99 ، والفروق للقرافي 188/2 ، والذخيرة له 3334/1 ، والقواعد للمقري

219/2 ، وإيضاح المسالك 219 .

3 . شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا 205 ، تحقيق د . عبد الستار أبو غدة نشر دار القلم 1989 .

4 . أخرجه مسلم 975/2 ، وأحمد في مسنده 247/2 .

5 . شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا 243 ، 244 .

الجملة؛ فإذا جعل مآل ذلك البيع مؤدياً إلى بيع خمسة نقداً بعشرة إلى أجل، بأن يشتري البائع سلعته من مشتريها بخمسة نقداً، فقد صار مآل هذا العمل إلى أن باع صاحب السلعة من مشتريها منه خمسة نقداً بعشرة إلى أجل، والسلعة لغو لا معنى لها في هذا العمل لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء، ولكن هذا بشرط أن يظهر لذلك قصد ويكثر في الناس بمقتضى العادة .

ومن أسقط حكم الذرائع كالشافعي فإنه اعتبر المآل أيضاً؛ لأن البيع إذا كان مصلحة جاز، وما فعل من البيع الثاني فتحصيل لمصلحة أخرى منفردة عن الأولى، فكل عقدة منهما لها مآلها، ومآلها في ظاهر أحكام الإسلام مصلحة، فلا مانع على هذا، إذ ليس ثم مآل هو مفسدة على هذا التقدير، ولكن هذا بشرط أن لا يظهر قصد إلى المآل الممنوع.

ولأجل ذلك يتفق الفريقان على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان بالإطلاق، واتفقوا في خصوص المسألة على أنه لا يجوز سب الأصنام حيث يكون سبها في سب الله، عملاً بمقتضى قوله تعالى: (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم) وأشبه ذلك من المسائل التي اتفق مالك مع الشافعي على منع التوسل فيها. وأيضاً فلا يصح أن يقول الشافعي إنه يجوز التذرع إلى الربا بحال، إلا أنه لا يهتم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع. ومالك يهتم بسبب ظهور فعل اللغو، وهو دال على القصد إلى الممنوع، فقد ظهر أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة، وإنما الخلاف في أمر آخر.

وقد أشار محقق الموافقات إلى أن الشاطبي جعل بيوع الأجال من أمثلة الذرائع ثم ذكرها في مسألة الحيلة بعد ذلك، وقال الشاطبي: إن تجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فالشارع يسد الطريق إليها بكل ممكن، والمحتمل يفتح الطريق إليها بكل حيلة فأين من يمنع الجائز خشية الوقوع في المحرم ممن يعمل الحيلة في التوصل إليه؟ ثم قال بعد ذلك: ومن يبطل الحيلة كبيع العينة يبطل العقد الأول بلا تردد. وبعضهم يجعل الخلاف في العقد الثاني ويصحح الأول. وعلى هذا تكون من مسائل الذريعة لا من باب الحيل.

ولعل ذلك لأن الحيلة تكونت من مجموع العقدين، ولكن الذريعة إنما جاءت بالعقد الثاني. فأنت ترى المقام محتاجاً إلى قول فصل يتضح به الفرق بين حد الحيلة وحد الذريعة، وإن كان يظهر في الفرق أيضاً أن الذريعة لا يلزم فيها أن تكون مقصودة والحيلة لا بد من قصدتها للتخلص من المحرم. والحيلة تجرى في العقود خاصة، والذريعة أعم. وتعريف المؤلف للذريعة يجعلها شاملة للحيل بتعريفها الآتي له، فيكون كل ما ذكرناه فارقاً بينهما، وقد أشبع الكلام في وجوب سد الذريعة ومنع الحيل ابن القيم في هذا الكتاب رحمه الله.

4. علاقة سد الذرائع بالحيل:

"تجوز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه".¹

قال الشاطبي: (ومنها قاعدة الحيل) فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع؛ كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا؛ فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية"².

1 . إعلام الموقعين 373/3.

2 . الموافقات للشاطبي 201/4.

المبحث الأول

الضوابط الشرعية

للعمل بقاعدة سد الذرائع

الضابط الأول:

أن تقوى التهمة ويكثر القصد في التذرع بما هو مشروع إلى محذور وذلك بأن توجد قرائن تدل على قصد المكلف التذرع بما هو مشروع إلى محذور.

ما إذا انتفت التهمة أو كانت ضعيفة ولم يظهر القصد في التذرع بما هو مشروع إلى ما هو ممنوع شرعا فلا تسد الذريعة. قال الشيخ محمد دراز في تعليقه على الموافقات "عبارة المالكية: يمنع ما أدى للممنوع يكثر قصده للمتبايعين ولو لم يقصد بالفعل وبالتطبيق، فهذه الكثرة هي الضابط والمظنة، ومقابله: ما لا يكثر فلا يمنع ثم قال الشيخ دراز " هو في الحقيقة اختلاف في المناط الذي يتحقق فيه التذرع وهو من تحقيق المناط في الأنواع كما سبقت أمثلته، فمالك يجعل وجود اللغو في البيعة المتوسطة دليل على قصد التوسل الممنوع، والشافعي يزيد في المناط دليلا أخص من هذا. فلو صورت المسألة بأنه - باع له حيوانا بعشرة لأجل، ثم بعد شهر خرج إلى السوق ليشتري بدل الحيوان، فوجد المبيع معروضا في السوق وقد حالت الأسواق مثلا أو تغير فاشتراه بخمسة نقدا، فهذا ظاهر فيه أنه لم يقصد الممنوع، ولكنه بيع فاسد عند مالك ولو لم يقصد، كما قال الدردير في شرحه الصغير وقال ابن رشد: إنه لا إثم على فاعله فيما بينه وبين الله حيث لم يقصد الممنوع. يعني وإنما ذلك الفساد لا طراد حكم الحاكم فقط".¹

وقال الشاطبي بعد أن قارن بين الذريعة والحيلة، ومثل لذلك بالاحتيال بهبة ماله للغير لمنع الزكاة "لو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا، فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة والمفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية".

وقد أورد الشاطبي صورة بيع الأجال الممنوعة عند المالكية، لكثرة قصد الناس لها حيلة، بمقتضى العادة وأوضح الشيخ محد دراز في تعليقه على الموافقات بقوله: "الصورة المذكورة من بيوع الأجال التي قد يظهر فيها قصد المتبايعين لهذا الممنوع، وقد لا يظهر، ولكنه كثر قصد

1. في تعليقه على الموافقات للشاطبي 201/4.

الناس له بمقتضى العادة ، فلذلك قالوا إن السلف الذي يؤدي إلى منفعة المسلف ممنوع ولو لم يقصد منفعة المسلف، لأنه كثير القصد من الناس عادة، فلا تنافي بين شرطيته للقصد وقول المالكية إنه ممنوع ولو لم يقصد بالفعل ، فالمظنة كافية عندهم، بخلاف ما قل قصده لضعف التهمة كضمان بجعل كأن يبيعه ثوبين بدينار لشهر ثم يشتري منه عند الأجل أو دونه أحدهما بدينار، فيجوز ولا ينظر لكونه آل الأمر لضمان أحد الثوبين له عند الأجل في مقابلة الثوب الآخر – مع أن الضمان لا يكون إلا لله – لقلّة قصد الناس لمثله".

الضابط الثاني: أن لا تعارض العمل بها حاجة ماسة

من القواعد العامة أن "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة"¹ وقد أورد شراح المجلة الكثير من الأمثلة والتطبيقات لهذه القاعدة.

وقد صرح الحنفية بأن بعض المعاملات أجزيت استحسانا مع أنها على خلاف القياس. ومنها الاستئجار على الطاعات فهو باطل قياسا وقد جاز استحسانا لدواعي احتياج الناس إليه، وكذلك السلم والاستصناع فهو يتفرع على هذا الأصل.²

وإذا كانت الضرورات تبيح المحظورات فهي أيضا يتجاوز بها عن الذرائع التي تدعو إليها الحاجة.

الضابط الثالث: أن لا تعارض العمل بها مصلحة معتبرة

بما أن الأصل في الذريعة الإباحة ، لأن التحريم يتعلق بما يتذرع بها إليه، فإنه بوجود مصلحة في الذريعة يكون حكمها عدم سدها – بل فتحها- وفي ذلك يقول الشاطبي: "وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى : حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة ، وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها، فإن غالبها تدرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع.

1 . المادة 32 من مجلة الأحكام العدلية ، القاعدة رقم 31.

2 . شرح قواعد المجلة للقريني ، وعمر حلمي . تحقيق د . عبد الستار أبو غدة طبع مكتبة روائع المجلة ص 62 (من منشورات مجموعة البركة)

والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل لما يؤول إليه من الرفق المشروع، ولا معنى للإطناب بذكرها لكثرتها واشتهارها.¹

والسبب في هذا الضابط أن سد الذريعة هو لغلبة الظن بأن تؤدي إلى محرم، ووجود مصلحة أمر متيقن، فيرجح على غلبة الظن عند التعارض بينهما.

1 . الموافقات ، للشاطبي 198/4.

المبحث الثاني

أمثلة وتطبيقات

في المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة

1. الهندسة التمويلية:

الهندسة التمويلية تستلزم مجموعة من العمليات لتحقيق التمويل، فمثلاً: الإجارة المنتهية بالتمليك إذا استخدمت وسيلة لتوفير السيولة لمالك الأصل المؤجر، بشراء الأصل منه ثم تأجيره إليه بحيث ينتفع البائع بالثمن الحال وعند تمليك العين المؤجرة إليه، بمقتضى الوعد بالتمليك بعد أداء جميع مستحقات الإجارة - ظهرت صورة تشبه العينة وليست عينة. ولذا اشترطت المعايير الشرعية مضي مدة بين عقد البيع وعقد التمليك لتنتفي العينة بحوالة الأسواق. فلا تكون هذه العملية (الهندسة) ذريعة إلى الربا.

2. خطاب الضمان المصرفي وكالة بالنسبة لفتح الخطاب والمصرف. وإن كان أيضاً كفالة من المصرف لصالح المستفيد من خطاب الضمان.

والوكالة في خطاب الضمان عليها أجره للإصدار وخطاب الضمان استعداد للمداينة فيما إذا طالب المستفيد من الخطاب بتسييله. فإذا تقاضى مصدر الخطاب عن الكفالة عوضاً (أجرة) عدا أجره الإصدار كانت في مقابلة الاستعداد للإقراض. لذا كان المنع من الأجرة على الضمان سدا للذريعة المقابل عن الاستعداد للإقراض حيث إن الإقراض نفسه لا مقابل عنه فبالأولى الاستعداد لفعله.

3. اجتماع القرض مع المعاوضة ببديل المثل:

أ- الصرف مع الإيداع بالحساب الجاري:

الإيداع في الحساب الجاري إقراض من صاحب الحساب إلى البنك فإذا اجتمع مع الصرف الذي هو أحد صور البيع أي هو معاوضة بين بدلي الصرف، فيحصل الجمع بين عوض وسلف.

فإذا تم الصرف بغير سعر المثل أي السعر السائد وتضمن تخفيضاً عنه فتكون العملية جمعا بين عوض وسلف ويكون التخفيض بسبب الإقراض وهي ذريعة يجب سدها لذا يجب التقيد في هذه العملية بسعر الصرف السائد.

ب- اجتماع الحوالة المصرفية مع الإيداع بالحساب الجاري:

التحويل المصرفي إجارة على إيصال النقود ، وهو يتم بأجرة، فهو من قبيل المعاوضات، والإيداع بالحساب الجاري إقراض من صاحب الحساب للبنك الذي يجري التحويل فإذا خفض البنك عمولة التحويل نتج عن ذلك فرق بمثابة زيادة على القرض. وهذا ممنوع بالنهي عن سلف و عوض. لذا يجب في هذه لمنع الذريعة إلى الربا أن يكون سعر التحويل بالمثل، فتنتفي الذريعة الموصلة إلى الربا.

ج- اجتماع السحب من الصراف مع عمولة المثل:

السحب من أجهزة الصرف هو : إما أن يكون من حساب الشخص ، وتكون العملية وكالة بإيصال المبلغ إليه، وهذه الوكالة لها أجرة (عمولة) فليس هناك اشتباه ولا ذريعة إلى محرم، وإما أن يكون بكشف حساب الساحب إذا كان هناك انتمان له، وذلك إقراض حسن من المؤسسات المالية الإسلامية، فتكون عمولة إيصال المال إجارة وهي معاوضة، فحصل الجمع بين عوض وسلف. وهي قد تكون ذريعة للربا بزيادة العمولة لقاء القرض الحسن.

فإذا كانت العمولة أجرة المثل انتقت الذريعة للربا فيجوز.

4. اغتفار تأخر القيد المصرفي في العملة المحولة:

صورة هذا التطبيق : أن يطلب عميل البنك منه بيعه عملة معينة – وهي ليست عند البنك عند الطلب – فيشتري البنك العملة من بنك مراسل، ويسمح هنا في تأخير التسليم للعملة للمهلة المحددة في قرار المجمع – وهي ثلاثة أيام- وقد تزيد إذا تخللت عطلة رسمية..

ويقوم البنك ببيع العملة التي اشتراها إلى العميل ويقبض البديل منه لكن أثر القيد المصرفي قد يتأخر وقرار المجمع منع التعامل بالعملة المشتراة خلال المهلة وفي هذا مخاطرة شديدة للبنك ، لأن العميل إذا لم يشتتر تلك العملة قد يتغير سعرها فيتعرض البنك لمخاطر تغير العملة . وبما أن القيد المصرفي يعتبر قبضا حكما ، وأثره شبه حاصل لأن التعاملات بين البنوك مؤكدة فإنه يطبق حتى فتح الذريعة وليس سدها بالمنع.

هذا وقد فرق العلماء – النووي وغيره¹ – بين التعامل والتداول، فأجازوا البيع بين مالك الصك المقدم من بيت المال وطرف آخر، دون التبايع بمعنى تكرار البيع لأن تكرار البيع هنا لا تدعو إليه الحاجة، وهو ذريعة لبيع ما لم يضمن بقبضه.

1. في شرح صحيح مسلم ، عند بيع صكوك بيت المال.

المبحث الثالث

عقبات وحلول

عقبات وحلول

إن اختلاف وجهات النظر بين الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في الأدلة المختلفة فيها -ومنها سد الذرائع- يترتب عليه عدم التكافؤ بينها من حيث الحكم بحسن الأداء لبعضها دون بعض للأخذ ببعض التطبيقات أو تركها بالاستناد في الأخذ إلى المشروعية الأصلية دون مراعاة سد الذريعة إلى ما يؤدي إليه الأخذ من مفسدة. في حين تمتنع بعض الهيئات من قبول تطبيق ما هو مشروع في الأصل استناداً إلى سد الذريعة.

إن وضع ضوابط للتعامل مع سد الذريعة يحقق التكافؤ للوصول إلى تقييم صحيح دقيق بين أداء المؤسسات المختلفة لأن المقارنة تعتمد التماثل في الظروف والمعطيات.