

القواعد الفقهية (١)

GFIQ5253

المحتويات

- الدرس الأول : الأهداف التي تتحقق من دراسة القواعد
الفقهية ومعرفة النظائر ٧- -
- الدرس الثاني : قاعدة "الأمر بمقاصدها" والقواعد المتداخلة
معه ٣٧-٥٢
- الدرس الثالث : قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، والقواعد
المتداخلة معها ٥٣-٧٣
- الدرس الرابع : قاعدة "المشقة تجلب التيسير" وفروعها
والقواعد المتداخلة معها ٧٥-١٠٦
- الدرس الخامس : قاعدة "الضرر يزال" وفروعها والقواعد
المتداخلة معها، وقاعدة "العادة محكمة"،
والقواعد المتداخلة معها ١٠٧-١٣٠
- الدرس السادس : مقدمة في علم القواعد الفقهية (١) ١٣١-١٥٠
- الدرس السابع : مقدمة في علم القواعد الفقهية (٢) ١٥١-١٧٤
- الدرس الثامن : التعريف بالأشباه والنظائر، وأهم ما ألف فيها،
وقاعدة "المشقة تجلب التيسير" وفروعها ١٧٥-١٩٥
- الدرس التاسع : قاعدتا "الميسور لا يسقط بالمعسور"،
و"الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" ١٩٧-٢٢٣
- الدرس العاشر : تابع قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"
والقواعد المتداخلة معها، وبعض القواعد
المتعلقة بخطاب الشارع للمكلفين ٢٢٥-٢٦٠

القواعد الفقهية [١]

- الدرس الحادي عشر : قاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها"، ٢٦١-٣٠٣ والقواعد المتداخلة معها
- الدرس الثاني عشر : قاعدة "الأثر المعلوم وفي محله علة صالحة"، ٣٠٥-٣٣٣ وما يتلوها من قواعد
- الدرس الثالث عشر : قاعدة "الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها عليها"، وما يتداخل معها من قواعد
- الدرس الرابع عشر : قاعدة "التصرف في المملوكات قبل قبضها" ٣٦١-٣٧٦ وغيرها من القواعد المتداخلة معها
- الدرس الخامس عشر : قاعدة "من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها"، و القواعد المتداخلة معها
- قائمة المراجع العامة ٣٩٣-٣٩٧

الأهداف التي تتحقق من دراسة القواعد الفقهية ومعرفة النظائر

عناصر الدرس

العنصر الأول : الأهداف التي تتحقق من دراسة القواعد الفقهية ٩

العنصر الثاني : معنى الأشباه والنظائر، والفقه معرفة النظائر ١٧

الأهداف التي تتحقق من دراسة القواعد الفقهية

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وإمام النبیین
ورحمة الله للعالمين سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

١. تقريب الفروع الفقهية عن طريق ربطها بقواعدها الكلية :

القواعد الفقهية أصول فقهية كلية في نصوصٍ موجزة دستورية ، تتضمن أحكاماً
تشريعاً عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها ، وهذه القواعد تمتاز بمزيد
الإنجاز في صيانتها على عموم معناها ، وسعة استيعابه في الفروع الجزئية ؛ فتصاغ
القاعدة بكلمتين ، أو ببضع كلماتٍ محكمة من ألفاظ العموم ؛ كلفظة المؤمنون في
قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ ﴾ [الحجرات : ١٠] لأن صيغة الجمع المعرف تعم ،
وكلفظ القوم ، والرهط ، ومن ، وما ؛ فإن معناها يقع على الجمع ، وإن كان
لفظها مفرداً .

وأنواع ألفاظ العموم مبينة في مبحث العام ، والخاص في كتب أصول الفقه ، ومن
خلال التتبع لما قام به العلماء من تعريف القاعدة ، وتحديداً لمعناها الشرعي ، وما
تهدف إليه ؛ تبين أن القاعدة قضية كلية يُتعرّف منها أحكام جزئياتها ، وذلك
مثل : الأمر ؛ فإنه للوجوب حقيقة ، ومثل : العلم ثابت لله تعالى ، وذلك يفيد
عدة أمور :

الأول : أن وظيفة القاعدة هي الكشف عن حكم الجزئيات التي يتحقق فيها معنى
القاعدة ، ويتحقق فيها مناطها .

الثاني: أن من أهم سمات القاعدة، وما تهدف إليه العموم والشمول، بحيث تشتمل على فروع كثيرة، أو على جزئيات يتحقق فيها معنى القاعدة كاملة، ولا تقتصر على جزئية محدودة، ولا فروع معهودة، بل هي من السعة والعموم بمكان.

الثالث: أن القاعدة لا بد أن يكون لها مضمون تعبر عنه، وموضوع تتناوله، وهو ما صرحت به عبارة الإمام التفتازاني بقوله: ما تعرف منها أحكام الجزئيات المدرجة تحت موضوعها، وهذا ما يعبر عنه الأصوليون بمناط القاعدة، وهي ما ينبغي على الفقيه التحقق من وجوده في الجزئية التي يريد تطبيق حكم القاعدة عليها.

ولتوضيح تخريج الفروع على القاعدة نقول: طريق ذلك أن نأتي بتلك القاعدة على هيئة قضية كلية، ونجعلها كبرى في قياس منطقيٍّ من الشكل الأول، بأن يكون موضوع تلك القاعدة محمولاً على المسألة في الصغرى، ثم نسلك طريق الإنتاج بحذف الحد الأوسط؛ فيحصل المطلوب، ومثال ذلك: أننا إذا أردنا أن نثبت النية للوضوء؛ فإننا نقول: الوضوء عبادة، وكل عبادة تفتقر إلى نية، ينتج الوضوء يفتقر إلى نية.

ومثال آخر: وهو أن نقول: النافلة من الصلاة عبادة، وكل عبادة تفتقر إلى نية؛ فالنافلة تفتقر إلى نية، وهكذا دواليك.

وأما مجال العمل بهذه القاعدة؛ فإنه يتم بواسطتها القيام بضبط الفقه ضبطاً محكماً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين - في كل زمرة من هذه الفروع - وحدة المناط، وجهة ارتباط هذه الفروع برابطة تجمعها - وإن اختلفت موضوعاتها - وأبوابها، فإننا - والأمر كذلك - لا بد لنا من أن نتعرف على معنى

الفقه ؛ فهو المجال الواسع ، وهو المصدر الأول لنشأة علم القواعد ؛ حيث قد بدأ تدوين الأحكام الشرعية بالطريقة الفرعية على حسب الوقائع نقلًا عن الرسول ﷺ مما قضى فيه ، أو استنباطًا من نصوص الكتاب والسنة ودلالاتها ، وما عرفوا من مقاصد الشريعة من عبادات ، ومعاملات ، ونحوهما كالصلاة ، والزكاة ، والنكاح ، والطلاق ، والبيع ، والرحمة ، والقضاء ، والجهاد ، والميراث ، والوصية ، والوطء ، وغير ذلك ، ففي كل باب من أبواب الفقه تدون المسائل والأحكام المتعلقة به مقرونة بعللها ، وأحكامها المنصوصة ، أو المستنبطة ؛ لكي يضجع إليها الفقيه ، وهو يريد أن يتعرف على الأحكام ، وأن يتفقه في الدين ، ويعرف أحكامه العملية.

٢. ضبط هذه الفروع بضوابط وقوانين في شكل مجموعات :

إذا كان بكل حكمٍ علة بني عليها ؛ فإن الأحكام تبنى على عللها ، وإلا كان تحكمًا لا تشريعًا ، وكان كثير من الأحكام - وإن اختلفت أبوابها التي ترجع إليها - تجمعها علة واحدة ، يحكم فيها جميعًا ؛ كان لا بد من التدوين الأولي للمسائل والأحكام ، وأن يقوم في وقت لاحق - الفقيه - بتجميع لتلك العلل الجامعة ، ويبرز بها ويتجلى المعنى الذي يجمع بين تلك المسائل في حكم من الأحكام ، وإن كانت من أبوابٍ شتى ؛ فقد تقرر مثلًا أن من شك في بقاء وضوئه ، أو زواله اعتبر متوضئًا ، وجاز له أن يصلي بهذا الوضوء ما لم يتيقن من حدوث ناقضٍ لوضوئه ، ومن ادعى دينًا على آخر ، والمدعى عليه منكر له ، وليس للمدعي بينة تثبت دعواه ؛ اعتبر المدعى عليه بريئًا غير مدين له بما يدعي عليه إلى أن يثبت شغل ذمته ، وإذا زعم البائع ، أو المشتري أنه قد رضي بالعيب الذي ظهر في المبيع بعد شرائه ؛ فسقط حقه في الرد بالعيب ، والمشتري ينكر وقوع

الرضا منه ؛ فله رد المبيع ما لم يثبت البائع رضاه بالعيب ؛ فالعلة الجامعة في هذه المسائل الثلاث : هي أن الأمر الثابت المتيقن في وقت ما لم يحكم بزواله بمجرد الاحتمال ، بل لا بد لزواله أن يثبت السبب المزيل له ، وإلا كان اعتباره باقياً مستمراً هو الواجب.

وهذه العلة الجامعة التي تبدوا للفقهاء تكون رباطاً مشتركاً بين هذه المسائل ، وبين كثيرٍ من أمثالها قد أوحى إلى الفقيه أن يفكر في صياغة قاعدة تجمع بين هذه الفروع ؛ فاهتدى الفقيه إلى قاعدة : "اليقين لا يزول بالشك" ، وكانت هذه القاعدة من أمهات القواعد الفقهية الحاكمة فيما لا يحصى من المسائل ، والوقائع من مختلف الأبواب الفقهية ، وصارت هذه القاعدة ركيزة ثابتة في مراكز القضاء أمام كل قاضٍ.

قال في (الأشباه والنظائر) للإمام السيوطي : هذه القاعدة -وهي قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"- تدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر.

وهكذا تم تجميع القواعد الفقهية على أيدي الفقهاء على مراحل زمنية ، كلما اكتشف بعضهم رابطة من هذه الروابط المشتركة بين العديد من المسائل ترتب عليها حكم واحد يجمعها ، ولولا هذه القواعد ل بقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها ، دون أصول تمسك به وتعين اتجاهاتها التشريعية.

وقد أشار إلى هذه الأهمية للقواعد الفقهية العلامة الشهاب القرافي في مقدمة كتابه (الفروق) أشار إليها بقوله : إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع ، وأصول هذه الشريعة اثنان :

أما أحدهما: فهو المسمى بأصول الفقه، وأغلب مباحثه في قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ، كدلالة الأمر على الوجوب، ودلالة النهي على التحريم، وصيغ الخصوص العموم، وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح، تلك هي أصول الفقه.

وثانيهما: القواعد الكلية الفقهية، وهي جليلة القدر، كثيرة النفع لها من فروع الأحكام ما لا يحصى، وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، وتتضح له مناهج الفتوى، ومن أخذ بالفروع الجزئية، دون القواعد الكلية؛ تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات لاندراجها في الكليات، وتناسب عنده ما تضارب عند غيره.

ولا شك أن دراسة هذه القواعد تؤدي أجل الخدمات للفقه، والفقهاء، فمن حيث نفعها للفقه تجعله دائم التجدد؛ فلا تتحجر مسائل الفقه، ولا تجمد قضاياه، ومن حيث نفعها للفقهاء؛ فإنها تأخذ بأيديهم إلى أيسر السبل لاستنباط الأحكام، وضبطها بضوابط وقوانين في شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموع في العلل، أو تجمعها وحدة المناط، سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها، أو اتحدت.

وقال ابن رجب في بيان أهداف القواعد الفقهية: إنها تنظم منشور المسائل في سلك واحد، وتقيده بالشواهد، وتقرب على الفقيه كل متباعد. هذا ما قاله ابن رجب في أهداف دراسة القواعد.

وقال الزركشي: أن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى لحفظها، وأدعى لضبطها، وذلك لا يتأتى إلا عن طريق القواعد؛ وذلك لأن علم الفقه بمجوره زاخرة، ورياضه ناضرة، ونجومه ظاهرة، وأصوله ثابتة مقررة،

وفروعه نابتة محررة، لا يفنى بكثرة الإنفاق كنزه، ولا يبلى على طول الزمان عزه، والفقهاء نوعوا هذا الفقه فنوناً، وأنواعاً، وتناولوا في استنباطه يداً وباعاً، وكان من أجل أنواعه: معرفة نظائر الفروع وأشباهاها، وضم المفردات إلى أخواتها وأشكالها، وهذا دليل على أن الفروع تزيد وتكثر خلال العصور بتجدد الحوادث والمسائل؛ فإن مسائل الفقه لا تنحصر، ويستحيل على الفقيه حفظها والإلمام بها بدون سلوك طريق القواعد الفقهية الكلية؛ لأن تلك القواعد سهلة الحفظ بعيدة النسيان، ومتى ذكرها استحضر عدداً كبيراً من الفروع المدرجة تحت القاعدة.

ولا بد لنا - في هذا المقام - من أن نعرف الفقه الذي هو أصل نشأة القواعد، تعريف الفقه مهم في بيان القواعد الفقهية، ولمعرفة الأشباه والنظائر، وحتى يمكن لنا وضع تعريف بالفقه نقول:

الفقه في أشهر معانيه في اللغة: هو العلم والفهم، سواء أكان فهماً للأشياء الواضحة، أم كان فهماً للأشياء الدقيقة، وعلى هذا المعنى يصح أن يقال: فقهت أن السماء فوقنا، كما يصح أن يقال: فقهت النحو؛ فإن كلا منهما يصح أن يطلق عليه لفظ الفقه لحصول الفهم، والفقه - بالكسر - ورد في لسان العرب: العلم بالشيء والفهم له، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه، وفضله على سائر أنواع العلم، وقيل: الفقه في الأصل: الفهم، وقال الإمام الرازي - رحمه الله تعالى - إن الفقه هو فهم غرض المتكلم من كلامه، سواء أكان الغرض واضحاً، أم خفياً.

وأشهر ما قيل في تعريف الفقه هو التعريف الذي وضعه الإمام البيضاوي؛ حيث عرفه بقوله: الفقه: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، ومن هذا يتضح من تعريف الفقه تعريفاً اصطلاحياً الأمور الآتية:

أولاً: أن مدلول الفقه محصور على الأحكام العملية من العبادات والمعاملات ؛ فتخرج من مفهوم الفقه الأحكام الاعتقادية والأخلاقية.

ثانياً: أنه يشترط أن يكون العلم بهذه الأحكام عن طريق النظر والاجتهاد في الأدلة الشرعية ؛ فخرج من مفهوم الفقه الأحكام التي تؤخذ بالاستدلال ، والبحث ، والاجتهاد ؛ فعلم المقلدين للأحكام لا يسمى فقه ؛ لأنه غير مكتسب عن طريق النظر والاستدلال ، كما لا يسمى صاحبها فقيهاً ؛ ولهذا قال الإمام البيضاوي - رحمه الله - : الفقه : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.

ثالثاً: أن موضوع الفقه هو أفعال المكلفين من حيث مطالبتهم بها ؛ إما فعلاً كالصلاة ، وإما تركاً كالغصب ، أو تخييراً كالأكل.

٣. دور القواعد الفقهية في تكوين تصور عام عن الفقه الإسلامي :

إذا كان تكوين الملكة الفقهية ضرورياً بالنسبة للمتخصصين في الفقه ؛ فإن تكوين التصور العام للفقه ولموضوعاته ضروري كذلك للمتخصصين ، ولغيرهم ؛ لأن علم الفقه هو أكثر العلوم الشرعية مساساً بحياة الناس ؛ إذ هو علم الحلال والحرام ، وفيه بيان حكم الشرع في تصرفات الإنسان المختلفة ، وفي شتى مشكلات الحياة اليومية المتعلقة بجميع نواحي الحياة الأخروية الدنيوية من سياسية ، واقتصادية ، واجتماعية ، وغيرها من أمور الحياة ، ومن أمور الآخرة ؛ فهو يشمل الدنيا والآخرة ، وينظم الأحكام ، وبه تتضح وتعرف أحكامها.

ولما كانت معرفة تلك الفروع تفصيلية تشق على المتخصصين بالفقه ؛ فهي على غيرهم شاقة من باب أولى ؛ ولهذا يصار إلى جمع الفروع المتشابهة في قواعد

كلية ، أو تحت ضوابط فقهية ، وتقديمها إلى غير المتخصصين بهدف تكوين تصور عام عن الفقه الإسلامي ، وإن الاهتمام بمثل هذه الدراسات لقواعد الفقه الكلية تظهر مدى استيعاب الفقيه من أحكام ، ومدى مراعاته للحقوق والواجبات ، وتسهل على غير المتخصصين بالفقه الاطلاع على محاسن الشريعة ، وعلى حقيقة هذا الدين ، ويمكن له أن يعرف الأحكام الكثيرة من خلال دراسته لقواعد الفقه الإسلامي ؛ فإنه إنما يشتمل على حلول جزئية ، وليس قواعد كلية ؛ فمعرفة القواعد هي السبيل إلى معرفة الجزئيات.

وعلى ذلك فإن غير المتخصصين في الفقه كعلماء القانون الوضعي ، وعلماء الاقتصاد الاجتماع ، وغيرهم تساعدهم القواعد الفقهية على الاستقلال بأنفسهم في فهم النصوص الفقهية ، وفي البحث عن الأحكام الشرعية من مظانها ، فالقانوني يحتاج إلى القواعد الفقهية لتفسير المواد القانونية المستمدة من الفقه الإسلامي كالقانون المدني ، وأما عالم الاقتصاد ؛ فإنه يحتاج إليه كذلك لتفسير المواد التجارية المستمدة من الفقه الإسلامي ، ومن نصوصه المتعددة.

والذين يطعنون ، أو يشككون في الشريعة اليوم ، ويؤثرون الأخذ عن القانون الأجنبي ، ويعادون التراث الفقهي هؤلاء لم يطلعوا بعد على ذخائر هذه الشريعة ، وعلى كنوزها ، ولم يبالوا بما قاله الدكتور عبد الرزاق السنهوري - وهو أحد كبار القانونيين - قال : وإنني زعيم بكم أن تجدوا في ذخائر الشريعة الإسلامية من المبادئ والنظريات ما لا يقل في رقي الصياغة ، وفي إحكام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات وأكثرها تقدماً في الفقه الغربي ؛ فهذه شهادة رجل من رجال القانون لدقة ما أثار عن الفقهاء من أحكام ، وما صاغوه من مسائل ، وما وضعوه من قواعد هي من الدقة والإتقان بحيث تفوق ما وصل إليه أهل القانون والفقه الغربي في صياغاتهم ، وفي نظمهم.

ومن هذا ندرك مدى ما لهذا الفقه الإسلامي من أهمية في حياة البشر؛ فهو ثروة تشريعية ضخمة، صالحة لأن تسوس العالم من جديد، وهذه حقيقة اعترف بها كثير من علماء الغرب من رجال القانون، ومن غير أهل القانون أفراداً، وجماعات، والحق ما شهدت به الأعداء.

معنى الأشباه والنظائر، والفقه معرفة النظائر

١. معنى الأشباه والنظائر:

إذا كان علم القواعد الفقهية - كما هو معروف لدى العلماء المتخصصين - بأنه هو علم الأشباه والنظائر؛ فعلم القواعد هو علم الأشباه والنظائر، وهذا ما صرح به الإمام السيوطي في كتابه المعروف (الأشباه والنظائر) فلا بد لنا من أن نعرف حقيقة الأشباه والنظائر فما هي الأشباه والنظائر؟

الأشباه والنظائر: هي المسائل، والفروع الفقهية المتشابهة من حيث اندراجها تحت أصل واحد يجمع بينها في الحكم، وقد لعبت القواعد الفقهية دوراً هاماً في تنظيم فروع الفقه بصفة عامة، وفي التفقه، واكتساب الملكة الفقهية، وعلم الفقه بصفة خاصة، بما تقوم به من تصويرٍ بارعٍ للمبادئ الفقهية، وكشفٍ لآفاقها الواسعة، وحصرٍ لمسالكها المتشعبة، وضبطها لفروع الأحكام العملية بضوابط وقوانين في شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة في العلل، أو اشتراكها في أمر يجمعها تحت وحدة المناط، سواء اختلفت موضوعاتها، وأبوابها أو اتحدت.

وقد عرف الإمام السيوطي الأشباه والنظائر بما يزيد هذا المعنى وضوحاً فقال: اعلم أن فنَّ الأشباه والنظائر فنٌّ عظيمٌ به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإحاط والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان؛ ولهذا قال العلماء: الفقه معرفة النظائر، وحتى نقف على فهم هذا التعريف لا بد لنا من أن نلقي الضوء عليه، وأن نشرحه شرحاً لطيفاً يناسب الحال.

نبه الإمام السيوطي بقوله: "اعلم" على أن هذا الفن - وهو فن الأشباه والنظائر - ليس كغيره، بل إن هذا الفن يحتاج إلى وقفة تأمل؛ فهو فن دقيق، ومعنى هذا: أن علم الأشباه والنظائر علم عظيم، وأما الفن؛ فهو الغصن قال تعالى: ﴿ذَرَاتَا أَفْنَانٍ﴾ [الرحمن: ٤٨] والتنوين في قوله: "فن" دليل عظمة هذا الفن.

ثم أتى السيوطي بدليل آخر يدل على عظمة فن القواعد، وهو في قوله في التعريف: "عظيم"، فإن قوله: "عظيم" صيغة مبالغة، وهذه اللفظة غنية عن التعريف والتوضيح، وأما الأفانين؛ فهي أجناس الكلام، يقال: رجل يتفنن، وذو أفانين أن يأتي بضروب من الكلام، فالعبارات له طيبة منقادة.

وقوله في التعريف: "الأشباه"؛ فإن الأشباه جمع شبيه، والنظائر جمع نظير، وهو من عطف المرادف؛ لأن شبيه الشيء نظيره، ونظير الشيء شبيهه، والأشباه هي كل فرع فقهي بينه وبين الآخر وجه شبه؛ فيتآخيان في وجه الشبه، ويرتبطان بالأم، وهي القاعدة الكلية، وكذلك الشأن في النظائر، وبهذا يتم جمع الحوادث المتشابهة، المعبر عنها بالفروع، ويتم وضعها تحت القاعدة الكلية، ومتى علمنا الأشباه والنظائر؛ أمكننا الانتقال منها إلى القاعدة الكلية.

وعلى هذا ؛ فلا يمكننا الوصول إلى القاعدة الكلية ، وإلى معرفتها إلا بعد معرفة الفروع المتشابهة المندرجة تحتها ، وهذه طريقة الحنفية ، وهي أمثل من طريقة الشافعية ؛ لأن طريقة الحنفية تنتقل بالدارس من الجزء إلى الكل ، ومن المحسوس إلى المعقول ، وهذا هو التدرج المعقول فالحنفية فرعوا ، ثم قعدوا ، وأما الشافعية ؛ فإنهم قعدوا ، ثم فرعوا ، فالوضوء عمل ، والزكاة عمل ، وكل عمل يحتاج إلى نية ؛ فينتج من هذا أن كل عمل لا بد له من نية ؛ فالنية هي التي تجعل العمل صحيحاً ومعتبراً في نظر الشارع ، وأن هذا دليل على أن علم الأشباه والنظائر فن عظيم ، وعظمة هذا الفن راجعة إلى الأثر المترتب على دراسته ؛ فإن من يدرس القواعد الفقهية يستطيع أن يخرج عليها ما قد يحدث من المسائل ، ولا يقف عند حادثة إلا ويجد لها حكماً شرعياً عن طريق الإلحاق والتخريج ، وبهذا يتحقق له القدرة على التفريع ؛ لأنه أدرك وجه الارتباط بين الفروع ، وما تفرعت عنه ، وإنما قدم الجار والمجرور في التعريف على متعلقه في قوله : " به يطلع " لإفادة الحصر ؛ فكأنه قال : به لا بغيره يطلع على حقائق الفقه ، كما في قوله تعالى : ﴿إِنَّكَ نَبِيٌّ﴾ [الفاتحة: ٥٥] أي : لا نعبد سواك ؛ فتقديم المعمول على العامل تفيد الحصر ، ويطلع معناه يوقف ويعلم بالبناء للمجهول ؛ حتى لا يكون هذا العلم محجوراً على بعض الناس ، بل يتأتى لكل دارس أن يطلع عليه ما دامت له القدرة على الاطلاع.

وأما حقائق العلم التي ورد ذكرها في التعريف ، فالحقائق هي المفاهيم الكلية المعبر عنها بالقواعد ، فالقواعد الكلية قضايا كلية ، يندرج تحتها جزئيات ، يؤخذ حكمها من تلك القواعد ، وهي منطبقة على معظم جزئياتها غالباً ، وكذلك الأحكام الجزئية ، وهي الفروع المرتبطة بأفعال المكلفين ، والحققة استعمال اللفظ فيما وضع له ، وحققة الشيء ماهيته ، والمراد بالحققة هنا : أحكام الفقه الثابتة شرعاً.

وأما المدارك ؛ فهي جمع مدرك -بضم الميم- والمراد به مكان الإدراك ، ومكان الإدراك هو الأدلة ، فالدليل مكان معنوي للحكم ؛ فهو مكان اعتباري تشبيهاً للأمر المعنوي بالأمر المحسوس .

وأما قوله : ومآخذه ؛ فهو عطف تفسير على المدارك ؛ لأن المدارك هي المآخذ ، والمآخذ هي المدارك ، والمآخذ مكان أخذ مكان الحكم من الدليل ، وأما الأسرار ؛ فهي حكمة مشروعية الحكم الشرعي ، والحكمة غير العلة ؛ لأن العلة مطردة ، والحكمة غير مطردة ؛ فهما مختلفان ، والضمير في كل ما سبق يعود إلى علم الفقه ، فعلم الأشباه والنظائر يجعلنا نقف على حقائق الفقه ، ومداركه ، ومآخذه ، وأسراره ؛ ولهذا كان فناً عظيماً ، ولما كانت الأسرار هي الحكم ؛ فإن لكل حكم شرعي له حكمة تظهر من مشروعيته ، يدركها العقل غالباً ؛ فمثلاً الحكمة من مشروعية العدة للمطلقة ، أو المتوفى عنها زوجها هي براءة الرحم ، والحكمة من مشروعية الأذان الإعلام بدخول وقت الصلاة ، والحكمة من خطبة الجمعة : توجيه المسلمين إلى ما ينفعهم في أمور الدين والدنيا معاً .

وهناك من الأحكام ما يسمى بالأحكام التعبدية ، وهي التي لا يدرك لها علة ، كالعدة بالنسبة للصغيرة التي لا تشتهي ، إذا تزوجت وطلقت ؛ فعليها العدة أيضاً ، وكذلك الوضوء للصلاة ؛ فالحكمة فيه التعبد ، وليس للنظافة ؛ لأن فيه مسح الرأس ، ولا تنظيف فيه .

العلة : لقد عرف الآمدي العلة بأنها : الوصف الباعث على الحكم ، وفسر الباعث على الحكم باشتمال الوصف على حكمة تصلح أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم ، مثل جلب المصلحة ، أو دفع المفسدة ، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا ؛ فمثلاً القتل العمد العدوان علة لوجوب القصاص ، وهي

علة مركبة من أجزاء هي القتل، والعمد، والعدوان، وكل جزء على انفراد لا يوصف بالعلة، ولكن مجموع الأجزاء يحكم عليه بأنه علة.

والدوران: معناه: وجود الحكم مع وجود الوصف، وانعدامه مع انعدام الوصف، وتوضيح ذلك: أن الله تعالى حين حرم الخمر حرّمها لعلة هي الإسكار؛ فتحرّيم الخمر مع الإسكار؛ فإن التحريم يوجد مع وجود الإسكار، ويتنفى مع انتفاء الإسكار؛ فمثلاً التحريم يوجد في عصير العنب إذا أسكر، وينعدم إذا زال الإسكار عنه بأن تخلل -أي: صار خللاً- وتحريم تفاضل في الربويات مع الطعم في التحريم يوجد عند وجود الطعم في المطعومات، وينعدم عند انعدام الطعم في غيرها كالحديد، والجبس؛ فلا يحرم فيها التفاضل فالعلة تكون دائماً مطردة، والحكمة لا تكون مطردة.

وقوله في التعريف: "ويتمهر في فهمه واستحضاره" بالبناء للمجهول؛ ليفيد العموم، أي: يتمهر في علم الأشباه والنظائر من يطلع عليه من إدراك ما جاء به، بمعنى أن يتمكن من إلحاق كل شبيه يستجد من الفروع بشبيهه في الحكم؛ ولهذا قال في التعريف: "ويقندر على الإلحاق والتخريج"، أما الإلحاق؛ فهو قياس مسألة استجدت على فرع مشابه لها مندرج تحت قاعدة؛ لتأخذ حكم ذلك الفرع، وأما التخريج؛ فهو الإتيان بالمسألة التي استجدت، ولم يكن لها شبيه؛ فنخرجها على القاعدة، فلو قيل -على سبيل المثال-: هل الوضوء يحتاج إلى نية، فنقول: الوضوء عبادة، كل عبادة تحتاج إلى نية؛ فالوضوء يحتاج إلى نية.

وكذلك لو سألنا عن استحقاق الإخوة الأشقاء الميراث مع الإخوة لأُم فنقول: استحقاق الإخوة الأشقاء اجتهد، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد؛ وذلك لأن

عمر بن الخطاب قضى باشتراك الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث، وقسمه بينهم بالتساوي، لا فرق بين الذكر والأنثى، كأنهم جميعاً إخوة لأم، ووافقه على ذلك زيد بن ثابت، وجمع من الصحابة، وإليه مال مالك والشافعي، وبه أخذ القانون المصري في مادته العاشرة.

وهناك تخريج آخر، وهو تخريج الأصحاب على أقوال الإمام الشافعي، وحقيقة هذا التخريج أن يثبت الإمام حكمين مختلفين لمسألتين متشابهتين، ولم يظهر ما يصلح للفرق بينهما؛ فيأتي الأصحاب فينقلون حكم المسألة الثانية للأولى، وينقلون حكم الأولى للثانية؛ فيحصل في كل مسألة حكمين: أحدهما للإمام بالنص، والآخر للأصحاب بالتخريج على نص الإمام، وهذا النوع من التخريج عند الشافعية خاصة.

وبهذا التخريج والإلحاق يمكن معرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، وهي الحوادث التي تتجدد دائماً؛ فإن معرفة أحكام هذه المسائل يتوقف على معرفتنا بهذا العلم، وهو علم الأشباه والنظائر، المسمى بالقواعد الفقهية، إذ بواسطة معرفتنا بالتخريج على القواعد يمكن إثبات الأفعال التي تصدر عن المكلفين، وهي لا تتناهى، ولا تقف عند حد.

فقوله -في التعريف-: "والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان" من عطف المرادف على ما سبق في قوله، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، أي: دراستها بهذه القواعد من شأنها أن تجعلنا قادرين على إعطاء كل مسألة تجد حكماً لها على ممر الزمان؛ فلا نقف عاجزين مكتوفي الأيدي عندما يتطلب الأمر ذلك، ونحن على يقين من أن أحكام هذه الشريعة الربانية الخالدة لم تضق يوماً عن تلبية حاجات الناس كافة، ولا وقفت عقبة في سبيل

تحقيق مصلحة أو عدالة، بل إن نصوص هذه الشريعة قد وسعت جميع الناس على اختلاف أممهم، وألوانهم، ومذاهبهم، وبيئاتهم، وأعرافهم، حينما استطلت أمم شتى براياتها إبان عصورها الذهبية، وعلى مدى قرون عديدة أوجد فقهاء المسلمين الحلول لكل مشكلة ونازلة، وما حدثنا التاريخ قط أن المسلمين اضطروا إلى الالتجاء إلى تشريع آخر غير التشريع الإسلامي، بل كانوا كلما فتح الله أرضاً؛ إلا فتح الفقهاء أبواباً من الاجتهاد، والاستنباط، وما وقفوا عاجزين عن تقديم الحلول الفقهية على ضوء قواعد الشريعة ومقاصدها العامة، وروحها السمحة، وقيمها العادلة الرشيدة.

ومن ثم فقد نقل الإمام السيوطي عن بعض أصحاب الشافعي قولهم: الفقه معرفة النظائر، كما قال رسول الله ﷺ: ((الحج عرفة، فمن أدرك عرفة؛ فقد أدرك الحج)) وهو حديث صحيح رواه الإمام أحمد، وكذلك من أدرك القواعد؛ فقد أدرك الفقه، وحاز قصب السبق، وأصبح فقيهاً يشار إليه بالبنان؛ فإن التفقه معرفة النظائر، فمن عرف الأشباه والنظائر المستجدة في فروع الفقه؛ فهو خليف بأن يوصف بأنه فقيه؛ فلا يكون فقيهاً إلا بمعرفة النظائر؛ لأنه بذلك أدرك وجه الارتباط بين الفروع، وما تفرعت عنه، أما من درس الفقه فروعاً، ومسائل في المذاهب الفقهية، دون الربط بينها بواسطة القواعد والضوابط التي تجمعها، ومن غير أن تكون لديه الملكة الفقهية، ويقتصر على ذلك؛ فقد لا يقدر، وهو لا يقدر بالفعل على إثبات حكم لحادثة ليس لها نص في كتب الأئمة.

٢. الدليل على أن الفقه معرفة النظائر:

في كتاب الإمام عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري نجد الدليل على أن الفقه معرفة النظائر؛ حيث يقول السيوطي: وقد وجدت لذلك أصلاً من كلام

عمر بن الخطاب، وذكر الحديث، ونصه الذي كان قد أرسله عمر إلى أبي موسى الأشعري، وذكر لهذا الحديث أسانيد عدة زيادة في قوة الرواية؛ فإن هذه الزيادات في الإسناد من شأنها أن يعطي الثقة الكاملة في صحة متن الحديث، ويدل كذلك على أن السنة قد نقلت نقلًا أمينًا متواترًا إلى الأمة، وأن الله تعالى قيض لها رجالًا اتصفوا بالأمانة والدقة، والعدالة، والضبط فاحتاطوا في نقلها، ودققوا في رواياتها؛ لما علمه الله أزلًا بأنه سيجيء من بعد ذلك أناس يطعنون في السنة، ويتكلمون فيها؛ فيقولون: لا يجب العمل إلا بالقرآن؛ لأنه ثابت بطريق القطع واليقين، وأما السنة؛ فهي أخبار آحاد، ويجوز الكذب فيها؛ من أجل ذلك كان المسلمون في كل عصر حريصين على معرفة السنة، وما فيها من أحكام شرعية في العبادات، والمعاملات؛ لأن السنة بيان لما جاء في القرآن؛ فالقرآن فيه المجمل من الآيات، ولم يأت بكل شيء، وفيه الكثير مما يحتاج إلى بيان، ومهمة الرسول ﷺ بحكم رسالته أن يقوم بهذا البيان، كما قال تعالى لرسوله: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤].

وعليه فيجب أن تكون العناية بالسنة تالية للعناية بالقرآن، وإنما أطنب السيوطي في بيان سند هذه الرواية؛ لأنه شكك فيها أناس، وقالوا: إنها لم تصدر عن عمر بن الخطاب، وأيد ذلك بعض الكاتبين بالقضاء في العصر الحديث فقالوا: إن نسبة هذه الرواية - كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري - فيها كلام من ناحية صدورها عن عمر بن الخطاب، وإن كانت من حيث المعنى سليمة ومسلمة؛ حيث أصبحت الآن دستورًا للقضاء في البلاد الغربية والشرقية على حد سواء؛ فكان هذا الإطناب - من جهة السند - وهذه الرواية من كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري في القضاء؛ حتى لا نشك في نسبتها، ونقول: إن نسبتها إلى الإمام عمر ثابت من طرق متعددة، وبأسانيد صحيحة، ولا يعقل أن لا تكون لها أصل، وهذا تمام إمام ودفع شبهة.

وقد أيد ابن القيم ذلك بقوله : هذا كتاب جليل ، تلقاه العلماء بالقبول ، وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتي أحوج إليه ، وإلى تأمله ، والتفقه فيه ، فإن نسبته إلى عمر صحيحة إسناداً وممتناً ، ولا عبرة بما أثاره الظاهرية حول هذا الكتاب من شكوكٍ ومن أوهام ؛ فهم إنما أنكروه -أي : الظاهرية - لأنهم أنكروا القياس ، وأنكروا مع ذلك السند ، وبالتالي جعلوا الرسالة مكذوبة على عمر .

وقد طعن في متن هذا الكتاب ، وفي سنده بعض المستشرقين ، وكان منهم جولد تسيهر ، وقد تصدى للرد عليه الدكتور حسن عبد القادر -عليه رحمة الله - عميد كلية الشريعة والقانون سابقاً ، وذلك في كتابه (نظرة عامة في تاريخ الفقه) كما تصدى له أيضاً الدكتور البهي ، وهو أستاذ بكلية الشريعة والقانون -عليه رحمة الله - في كتابه (تاريخ القضاء في الإسلام).

وخطاب عمر في القضاء هامٌ وطويلٌ ، ولكن السيوطي اختصره مكتفياً بذكر المناسب للموضوع ، وهو الاستدلال على أن الفقه معرفة النظر .

ويعتبر كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري دستوراً في القضاء والتقاضي في الإسلام ، كتبه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري قال فيه : "من عبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين ، إلى عبد الله بن قيس سلام عليك ، أما بعد : فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ؛ فافهم إذا ولي إليك ؛ فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس في وجهك ، وعدلك ، ومجلسك ؛ حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً أحل حراماً ، أو أو حرم حلالاً ، لا يمنعك قضاء قضيته اليوم ، راجعت فيه عقلك ، وهديت فيه

لرشدك أن ترجع إلى الحق ؛ فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل . الفهم الفهم في ما يختلج في صدرك ، مما ليس في كتاب الله وسنة رسوله . اعرف الأشباه والأمثال ، ثم قس الأمور عندك ؛ فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى ، واجعل لمن ادعى حقاً غائباً ، أو بينة غائبة أمداً ينتهي إليه ؛ فإن أحضر بينته أخذت له حقه ، وإلا استحللت عليه القضية ؛ فإنه أنفى للشك وأجلى للعمل ، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد ، أو مجرباً عليه شهادة زور ، أو كان ظنيماً في ولاء أو نسب ؛ فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ، ودرأ بالبينات والأيمان ، وإياك والقلق والضجر ، والتأذي بالخصوم ، والتنكر عند الخصومات ؛ فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ، ويحسن به الذخر ، فمن خلصت نيته في الحق ، ولو على نفسه ؛ كفاه الله فيما بينه وبين الناس ، ومن تخلق للناس بما يعلم الله أنه ليس من نفسه شأنه الله وعابه ، فما ظنك بثواب عند الله ﷻ في عاجل رزقه ، وخزائن رحمته ، والسلام عليك ورحمة الله .

وهذا هو نص كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري .

ومحل الشاهد هو قوله لأبي موسى : " اعرف الأشباه والأمثال ، ثم قس الأمور عندك ؛ فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى " فهذه المقولة تضمنت أسس القضاء ، وفيها إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظيره في الحكم لمدرَك خاص ، وليس كل النظائر المتحدة في الصورة والعلة تأخذ حكماً واحداً ؛ لأن بعض النظائر تخالف النظائر الأخرى ؛ فلا يغرنك اتحاد الصورة والشكل ، فكأن الإمام عمر أراد بهذا أن يقول لأبي موسى الأشعري : عليك يا أبا موسى أن تعرف الأشباه والنظائر ؛ كي توجد عندك ملكة وحصيلة فقهية ، يمكنك أن تعمل القياس متى عرفتھا ، فالقياس يترتب على معرفة الأشباه والنظائر ؛ فهو من

عطف السبب ، وأشباهاها على المسبب رد أحبها ؛ فالأشبهية في الحق سبب في كون الأمر أحب إلى الله ، وليس عليه أن يصل إلى اليقين ؛ فإن قوله : فيما ترى أي : فيما تظن ، وفيه إشارة إلى أمرين :

الأول : أن المجتهد لا يكلف أن يصل إلى نفس الحق ، وإنما يكلف بما ظنه صواباً ،
والثاني : أن المجتهد لا يقلد غيره من المجتهدين ؛ لأنه عدول عن الراجح عنده إلى الأقل رجحاناً في نظره ؛ لأنه وصل إلى الحق في رأيه ، ولأن تقليده لغيره باطل عنده ؛ فإن ما وصل إليك حق في نظره ، وما وصل إليه غيره باطل في نظره ، فلو حكم برأي غيره يكون قد ترك رأي نفسه ، وكان حكمه بغير الحق ، والحكم بغير الحق حكم باطل ؛ فيكون باطلاً.

ثم إن الإمام عمر أرشد أبا موسى الأشعري إلى أمرٍ آخر في القضاء يتعلق بإحضار البينة بالنسبة للمدعي فقال له : " واجعل لمن ادعى حقاً غائباً ، أو بينة غائبةً أمداً ينتهي إليه ؛ فإن أحضر بينته ؛ أخذت له حقه ، وإلا استحلت عليه القضية " أي أن الذي يدعي عيناً غائبةً ، أو بينة غائبةً ، فالقاضي يجعل له مدة ينتهي إليها ، وتقدر هذه المدة بحسب نظر القاضي ، ولا يجوز إعطاؤه مدة غير محددة ، فإذا أحضر بينته في خلال المدة المضروبة ؛ حكم له بها وإلا حكم عليه ، فقلوله : استحلت جواب الشرط ، فإذا لم يحضر بينته ، وانتقل إلى اليمين ، وحكم بناءً عليه ، ثم أتى المدعي بالبينة حكم له ؛ لأن الحكم في الأولى تبين خطؤه بكذب المدعي عليه ؛ ولذلك فقد قال مبيناً السبب في ضرب هذه المدة بقوله : " فإنه أنفى للشك ، وأجلى للعمى " أي : أن ضرب الأمد لأجل إحضار البينة ، أو العين الغائبة ، فهذا أنفى للشك في قلوب المتخاصمين ؛ لأن تسرع القاضي في إصدار الأحكام سيراً على غير هدى ، وهو لا يجوز شرعاً ، بل على القاضي أن يترث في الحكم ؛ حتى لا يحكم بغير الحق.

ثم بين مَنْ تُقبل شهادته فقال: "المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجلوداً في حدٍّ، أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنياً في ولاء أو نسب"، وهذا معناه: أن العدالة شرط في الشاهد لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] والمتهم غير عدل؛ لأنه لا يطمأن إليه في حق نفسه؛ فكيف يطمأن إليه في حق غيره، وهذا سر اشتراط العدالة في الشاهد، والعدالة لا تتحقق إلا في مسلم عدل مجتنب للكبائر، غير مصرٍ على الصغائر، مع اجتناب ما يخل بالمروءة، فكل مسلم بالنسبة للآخر عدل، إلا من قام به مانع يمنع من الشهادة، وهو أن يكون قد جُرب عليه شهادة زور، أو جلد في حدٍّ؛ فلا تقبل شهادته، أو كان متهماً في شهادته بأن كان في كنف من يشهد له، أو منقطعاً إليه يناله نفع منه، وكذلك شهادة القريب لقريبه لا تقبل؛ لوجود التهمة، وتقبل بدونها - وهو الصحيح - فتقبل شهادة الابن لأبيه، والأب لابنه فيما لا تهمة فيه. نص عليه الإمام أحمد.

وأما شهادة أحدهما على الآخر، فنص أحمد < على قبولها، وقد دل عليه القرآن في قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥] وبعضهم أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] فأثبت الولاية على بعضهم بعضاً، وهي أعلى رتبة من الشهادة، وإذا كان له أن يزوج ابنته أو أخته، ويولي مال ولده فقبول شهادته عليه أولى وأحرى.

وقد أجاز الله ﷻ شهادة الكفار على المسلمين في السفر في الوصية للحاجة إليها بقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ١٠٦] ومعلوم أن حاجتهم إلى قبول شهادة بعضهم على بعض أعظم بكثير من حاجة

المسلمين إلى قبول شهادتهم عليهم، فلو لم تقبل شهادة بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى تظالمهم، وضياع حقوقهم، وفي ذلك فساد كبير.

وجوز الإمام مالك شهادة الطبيب الكافر؛ حتى على المسلم للحاجة إلى ذلك لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنَّهُ بِعِنَاطٍ يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٢٧٥] فأخبر ﷺ أن من أهل الكتاب من هو مؤتمن على مثل هذا القدر من المال، ولا ريب يكون، مثل هذا أميناً على قرابته وذوي مذهبه أولى.

ثم أردف الإمام عمر ذلك بقوله: "فإن الله تعالى تولى منكم السرائر، ودرأ بالبينات والأيمان" أي: درأ الحدود بالبينات، وبالأيمان في حالة عدم وجود البينة، وقوله في كتابه لأبي موسى الأشعري بعد ذلك: "فإن الله تعالى تولى السرائر" فذلك تعليم لكل ما أمضاه عمر لأبي موسى، أي: التزم بمقتضى هذه الأوامر السابقة؛ لأن الله تعالى يعلم السرائر، ولا طريق لك لعلم السرائر؛ فقس الأشباه والنظائر، وأما الوقائع؛ فلا يمكنك الوصول إليها؛ لأن هذا مختص به تعالى في مكنون علمه ﷻ.

وأما قوله في تعريف، أو في كتاب عمر لأبي موسى: ودرأ، فمعناه: دفع فالدرء هو الدفع، فمن أحضر البينة حكم له القاضي بها؛ لأنهم يقولون: القاضي أسير البينة، ثم حذره من الضجر، والغضب، والقلق، والتأذي بالخصوم تحذيراً شديداً؛ فلا يتأذى القاضي بالخصوم -إذا رفع أحدهم صوته بين يديه- بل نصحه الإمام عمر أن يكون حليماً كريماً رفيقاً ليناً في معاملته للخصوم؛ لأن عدم ترك التأذي بالخصوم يترتب عليه تفضيل أحد المتداعيين على الآخر.

ثم حذره من عدم اطمئنان النفس، ورفض الخصومات، وما يأتي به المدعي من أدلة إثبات الدعوى، كأن يقول للمدعي: من أين لك هذا؟ وكيف أخذت هذا؟

فهذا من شأنه أن يضيع الحق على المتخاصمين ؛ فلا يجوز التكرار للمدعي ، ولا للمدعى عليه .

وأما الدعوى ، فهي إخبار بحق للشخص على غيره ، والشهادة إخبار بحق للغير على الغير ، وبعد أن فرغ الإمام عمر من تعليمه لأبي موسى ما تقدم قال له : يَا أبا موسى ، "إذا التزمت ذلك ؛ كان لك الأجر والشأن العظيم عند الله تعالى ؛ فإن القضاء بالحق يعظم الله به الأجر ، ويحسن به الذخر" أي : ما يدخره الله للإنسان في الآخرة ، ثم حذره من الجبن متى صحت نيته ، وأقبل على نفسه بلزومها الحق ؛ فلا يخاف في الله لومة لائم ؛ لأن الله كافيته ، ولأن الله راعيه ، ولأن الله حافظه ومؤيده ، قال تعالى : ﴿ فَسَيَكْفِيكَهُمُ اللَّهُ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ [البقرة : ١٣٧] فإذا حفظ ما بينه وبين الله ؛ حفظ الله ما بينه وبين الناس ؛ فهو ﷻ يدفع عنه شر الخلق وأذاهم ؛ فلا تمتد إليه أيدي الظالمين ، فهو بهذا يريد أن يربط على قلب من يقول الحق ، وأن يثبت عليه ؛ فلا يجبن ، ولا يخاف .

والواقع أن سيدنا عمر بهذه الوصايا ، وبهذه التعليمات في التقاضي ، وفي الحكم بين الناس قد أصاب الهدف ، وحقق الغرض ؛ لأن القاضي موقفه صعب ، وخرج ، والحكم بين الناس يترتب عليه مصائب وبلايا ، فأمره بكل ما سبق بيانه ؛ فإن التزم به فالله مولاه يتولاه ويسدد خطاه ، ويحفظه ويرعاه ، ثم حذره من أن يتخلق للناس بخلق ليس من خلقه ، وأن يظهر لهم ما ليس من طبعه ، وما يتصف به في واقع الأمر ؛ فإن فعل ذلك عابه الله وكشف أمره ، وأظهر حقيقته يوماً ، كما قال القائل :

وَمَهْمَا تَكُنْ عِنْدَ امْرِئٍ مِنْ خَلِيقَةٍ ❖ وَإِنْ خَالَهَا تَخْفَى عَلَى النَّاسِ تُعْلَمُ

وهذا هو معنى قوله في التعريف : "ومن تخلق للناس بما يعلم أنه ليس من نفسه شأنه الله وعابه" ، قال ذلك في خطاب عمر لأبي موسى الأشعري ؛ ولهذا قال :

"فما ظنك بثواب عند الله ﷻ في عاجل رزقه، وخزائن رحمته" يريد أن يقول له -بعد أن بينت لك كل ما تقدم، وألزمتك الطريق السوي في فصل الخصومات بين الناس- : فما ظنك في موقفك من الله ﷻ لا شك أنك ستكون سعيداً في الدنيا، ويرزقك الله رزقاً طيباً مباركاً، وفي هذا ما يشير إلى أن من التزم العدل يرزقه الله ويجعل له من كل هم فرجاً، ومن كل ضيق مخرجاً، كما قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۖ وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ﴾ [الطلاق: ٢، ٣] ولك خزائن رحمتي في الآخرة، والسلام.

وبعد أن انتهى الإمام السيوطي من كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري، وقال: هذه قطعة من كتاب عمر، وهي صريحة في الأمر بتتبع النظائر، وحفظها ليقاس عليها ما ليس بمنقول -أي: ليقاس ما ليس فيه نص على ما فيه نص- وذلك ليثبت بالدليل النقلي والعقلي أن الله تعالى ختم الشرائع، والرسالات بشريعة نبيه محمد ﷺ فإنه سبحانه جعل رسالته صالحة لكل زمان ومكان، ونصوص الشريعة محصورة ومحدودة، لا تفي بحوادث الناس المستجدة التي لا تحد، وأمور العبادة المستحدثة التي لا حصر لها، وما هو محصور، ومحدود لا يفي بما هو غير محصور، ولا محدود؛ فيجب التعرف على أحكام الأمور المستحدثة عن طريق الاجتهاد بقياسها على نظائرها، أو توجيهها إلى تحقيق المصالح التي تهدف إليها الشريعة، ودراسة هذه القواعد الفقهية؛ فهي السبيل، وبدون هذا تصبح الشريعة جامدة غير متطورة؛ فلا تصلح لكل زمان، ولكل مكان.

وفي كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري، أشار إلى أن من النظائر ما يخالف نظيره في الحكم لمدرئ خاص، ولعلة خاصة؛ حيث قال: "فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق" وهذا ما يسمى بعلم الفروق؛ فهو يبين النظائر المتفقة صورة ومعنى، المختلفة حكماً وعلة، وكتب في هذا العلم الإمام القرافي، وله فيها

كتاب قيم، وهو الكتاب المسمى بالفروق، وفي هذا العلم ينبه، ويذكر بالفرق بين النظائر.

٣. هل كل مجتهد مصيب:

في كتاب عمر إلى أبي موسى أشار إلى مسألة هامة جدية بالبحث، والنظر يمكن أن نقف عندها، وهي هل كل مجتهد مصيب؟ حيث قال لأبي موسى الأشعري: "فيما ترى" أي: فيما تظن، فنبه إلى أن المجتهد، إنما يكلف بما ظنه صواباً، وليس عليه أن يدرك الحق في نفس الأمر، ولا أن يصل إلى اليقين، وإلى أن المجتهد لا يقلد غيره، وعلى ذلك؛ فكل مجتهد مصيب.

وهذا المذهب قال به المزني، والأشعري، والقاضي الباقلاني، وجمهور المتكلمين من الأشاعرة والمعتزلة، ونسب هذا القول إلى مالك، وهؤلاء قالوا جميعاً: إن الحق في الظنيات يتعدد. وهؤلاء سموا بالمصوبة، والمراد بالصواب إصابة الحق في الواقع، وفي نفس الأمر، فذهبت طائفة من هؤلاء إلى أنه لا حكم لله تعالى في المسألة قبل الاجتهاد، بل الحكم فيها تابع لظن المجتهد، وحكم الله تعالى في حق كل مجتهد ما أدى إليه اجتهاده.

وقالت طائفة منهم: إن الحكم وإن لم يتعين في الحادثة إلا أنه قد يوجد منها ما لو حكم الله تعالى لما حكم إلا به، وأطلقوا عليه اسم: الأشبه، والعتور عليه غير مطلوب، وإليه مال عيسى بن أبان، والكرخي في روايته، وهو الذي ارتضاه محمد بن الحسن، وعليه فإن المخطئ في الظنيات لا إثم عليه قولاً واحداً؛ لقوله ﷺ: ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب؛ فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ؛ فله أجر)).

والمذهب الثاني: أن الحق واحد فمن أصابه ؛ فهو المصيب ، ومن أخطأه ؛ فهو غير مصيب ، وهؤلاء هم المخطئة.

قال بشر المريسي ، وأبو بكر الأصم : الحق واحد ، والمخطئ في الظنيات آثم ، ونسبه شيخ الإسلام ابن تيمية للمعتزلة ، وأدلة القائلين بأن المصيب في الظنيات واحد من القرآن قوله تعالى : ﴿ فَفَهَّمْنَهَا سُلَيْمَنَ وَكُلًّا ءَاثِنًا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾ [الأنبياء: ٧٩] ووجه الدلالة امتياز سليمان # بإصابة الحق ، ووضح من النص أنهما حكما بالاجتهاد ، فقوله تعالى أيضاً : ﴿ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنَيطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ [النساء: ٨٣] والهاء تعود على الشيء المطلوب ، وهو الحق ، هذا هو استدلالهم من القرآن الكريم على أن المصيب في الظنيات واحد.

واستدلوا على ذلك من السنة بقوله ﷺ : ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ، ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ، ثم أخطأ فله أجر)) ووجه الدلالة : جعلوا حالتين للمجتهد الإصابة ، والخطأ ، فإذا كان أحد القولين صحيحاً ؛ كان غيره من الأقوال فاسداً.

وقالوا : الإجماع من الصحابة قائم ؛ فقد أجمع الصحابة { على إطلاق لفظ الخطأ في الاجتهاد ، ومن ذلك قول أبي بكرٍ > في الكلاله : " سأقول فيها برأبي ؛ فإن كان صواباً فمن الله ، وإن كان خطأ فمني : أراه ما خلا الولد والوالد " .

وأيضاً قالوا : يلزم من مذهب المصوبة عدة أحكامٍ ممتنعة ، وهي أنه : لو تزوجت حنفية من شافعي ، كلاهما مجتهد ، واستعمل ألفاظ الكناية في تطليقها ؛ كانت الألفاظ قاطعة في إيقاع الطلاق بالنسبة لها ، فقول المصوبة يستلزم أن تمنع نفسها منه ، وتجاوز له المطالبة بالوطة ؛ لعدم صحة التطليق بالكناية على مذهبه ، وهذا

محال، ولو تزوجت حنفية من شافعي بغير ولي أولاً، ثم نكحت بولي بغير علمها؛ فالعقدان صحيحان على مذهب المصوبة، وهذا محال أيضاً.

وقالوا أخيراً: إن مذهب المصوبة يؤدي إلى الجمع بين النقيضين، وهو محال؛ كجعل النيبذ حلالاً حراماً، وجعل النكاح بغير ولي صحيحاً باطلاً من وجه واحد.

واستدل القائلون بأن كل مجتهد في الظنيات مصيب زيادة على ما سبق بأدلة نذكر من أهمهما: أنه ﷺ لو صلى قبل بيت المقدس بعد أن أمر الله تعالى جبريل أن يصلي قبل مكة؛ لم يكن مخطئاً؛ لأن الأمر بذلك لم يبلغه بعد، وذلك لما روى ابن عمر قال: "كنا نخبر لا نرى بذلك بأساً؛ حتى زعم رافع: ((أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة)) فتركنا ذلك"، والمخابرة هي المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض.

واستدلوا بأن المسائل التي لا نص فيها انتفى فيها الدليل القاطع، وإذا انتفى الدليل القاطع؛ فتكليف الإصابة من غير دليل قاطع تكليف بالمحال؛ فإذا انتفى التكليف انتفى الخطأ؛ فإن قيل: عليه دليل ظني بالاتفاق؛ فمن أخطأ الدليل الظني فقد أخطأ؛ قلنا: الأمارات الظنية ليست أدلة بأعيانها، بل يختلف ذلك بالإضافة؛ فرب دليل يفيد الظن لزيد، هو بعينه لا يفيد الظن لعمر، مع إحاطته به، وربما يفيد الظن لشخص واحد في حال دون حال.

وبيان ذلك: أن أبا بكرٍ < رأى التسوية في العطاء إذ قال: "الدنيا بلاغ، كيف وإنما عملوا لله ﷻ وأجورهم على الله، وفي نفس الوقت قال عمر: "كيف تساوي بين الفاضل والمفضول"، وفي ذلك ما يرويه إسماعيل بن محمد: "أن أبا بكرٍ < قسم قسمًا سوى فيه بين الناس، فقال له عمر < : يا خليفة رسول

الله تسوي بين أصحابِ وسواهم من الناس ، فقال أبو بكر: إنما الدنيا بلاغ ، وخير البلاغ أوسعهُ ، وإنما فضلهم في أجورهم".

والحاصل من هذا : اختلاف الأحكام حسب غلبة الظنون لدى الأشخاص.

وقد رد المصوبة على المخطئة لما يلي :

قالوا :

أولاً : إن المقصود بالاستنباط في الآية الكريمة ، وهي قوله تعالى : ﴿لَعَلَّمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء : ٨٣] : الأمور القطعية ، أو التي ليس فيها تخصيص بعلم معين ، ولا بأحد ، وجوه الحق ، أو أن تصرفهما -أي : تصرف داود وسليمان عليهما السلام - لم يكن صادراً عن اجتهاد ، إذ من العلماء من منع اجتهاد الأنبياء عقلاً ، ومنهم من منعه سمعاً.

الجواب الثاني : أن الآية على نقيض ما ذهبوا إليه ، وهو قوله تعالى : ﴿وَكَلَّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء : ١٧٩] والباطل لا يكون ظلمًا وجهلاً ، لا حكماً وعلماً.

الجواب الثالث : أنه يحتمل أنهما كانا مأذونين في الحكم ؛ فحكما وهما محققان في ذلك ، ثم نزل الوحي على وفق اجتهاد سليمان # فصار حقاً ، وإنما أضيف لسليمان لنزوله عليه ، وأما قوله تعالى : ﴿لَعَلَّمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ حيث ادعى الخصم أن في مجال النظر حقاً متعيناً ، والجواب على ذلك من وجهين : أحدهما : أنه ربما أراد الحق الذي لا يتعدد فيما كان طريقه الأمور القطعية ، واستنبط بطريق نظري ، وثانيهما : أنه ليس فيه تخصص بعض العلماء على بعض ، فكل عالم أمضى نظره إلى استنباط معين ؛ فهو ممدوح.

ثانياً: ردوا على حديث: ((إذا حكم الحاكم)) فإن الأجر لا يدل على أن الحق واحد؛ لأن المضاعفة ترجع إلى قضاء الله وقدره.

ثالثاً: ردوا على إجماع الصحابة { على التحذير من الخطأ في الاجتهاد بأن التحذير من الخطأ يحتمل أن يكون سبباً مخالفة الدليل القاطع، أو أن يكون ذلك تماشياً مع رأي من يرى أن المصيب واحد، وأن التحذير من الخطأ قد يكون في بعض المواضع التي يُخشى فيها تقصير المجتهد.

رابعاً: قالوا: إن الممتنعات التي يؤدي إليها مذهب المصوبة، وهي شبه طرحها المخطئة؛ فقد يمكن توجيهها بما يلي: فأما بالنسبة إلى الألفاظ والكنية، وهل يقع الطلاق به أو لا بالنسبة للحنفية التي تزوجت شافعية لاجتماع الضدين في حالة واحدة؛ فإنه يمكن حل النزاع برفع الدعوى إلى القضاء؛ فإن غايته الفصل في الخصومات، أو تركهما على هذه الحالة؛ لاستحالة الجمع بين الضدين.

وأما بالنسبة لعقد الزواج؛ فإن الحنفية لو تزوجت شافعيًا بدون ولي، ثم تزوجت ثان بولي؛ فإن عقد الأول يصح؛ لتقدمه ويبطل الثاني، وأما قضية التحريم والتحليل؛ فهي أمور إضافية لا تعلق لها بالأعيان، وضربوا لذلك أمثلة كالمنكوحة لزبد حرام على عمر، ولحم الخنزير حرام على المقيم حلال على المضطر، ولا يكون هناك تناقض إلا أن يجتمع التحليل والتحريم في حالة واحدة، لشخص واحد، من وجه واحد، وعلى ذلك فالراجح ما قال به المصوبة، وهو أن كل مجتهد مصيب.

قاعدة "الأمر بمقاصدها" والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "الأمر بمقاصدها" ، وبعض القواعد ٣٩
 المتداخلة معها كقاعدة "هل العبرة بصيغ العقود
 أو بمعانيها"
العنصر الثاني : قواعد الأيمان والنية من القواعد المتداخلة مع ٤٩
 قاعدة "الأمر بمقاصدها"

قاعدة "الأمر بمقاصدها"، وبعض القواعد المتداخلة معها كقاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها"

١. قاعدة "الأمر بمقاصدها":

أ. معنى القاعدة:

ومعناها: أن تصرفات الإنسان قولية، أو فعلية تختلف باختلاف مقصود الشخص من وراء هذه الأعمال والتصرفات، والمقاصد هي النيات؛ فإن قصد الشخص بفعلها أو تركها طاعة لله وطاعة لرسوله ﷺ أثيب على ذلك، وإن قصد معصية الله تعالى، ومعصية رسوله ﷺ عوقب على ذلك؛ فتكون القاعدة على تقدير: أحكام الأمور بمقاصدها، وأنها تختلف باختلاف مقصود الشخص من وراء هذه الأعمال، والتصرفات.

ولنضرب بذلك بعض الأمثلة لتوضيح المعنى توضيحاً كاملاً فنقول: إن الله تعالى قد حرم أكل الميتة في غير حال الضرورة بقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ **الْمَيْتَةُ**﴾ [المائدة: ٣] فإذا ترك المكلف الأكل بأمر خارج عن النهي الوارد عن الشرع بتركها بأن كانت نفسه تعافها، أو كان الترك لاستقذارها؛ فلا ثواب له، وأما إذا كان الترك امتثالاً لأمر الله تعالى؛ أثيب على هذا الترك، والأمور جمع أمر، والأمر معناه الطلب، والطلب يكون طلب أمر أو طلب نهى، جازماً أو غير جازم، فيشمل جميع الأفعال قولية أو فعلية؛ لأن القول ينشأ عن جارحة اللسان، كما يشمل الواجب، والمحرم، والمندوب، والمكروه، والمباح.

ويأتي الأمر بمعنى الحال، إذ يقال: أمور فلان مستقيمة، أي: أحواله مستقيمة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَاتَّبِعُوا أَمْرَ فِرْعَوْنَ وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ﴾ [هود: ٩٧] يقصد به حال فرعون.

والكلام في هذه القاعدة على تقدير: أحكام الأمور بمقاصدها؛ لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء، لا عن ذواتها.

ب. أدلة القاعدة:

هذه القاعدة تستمد دليلها من قوله ﷺ في الحديث المشهور الذي أخرجه الستة، وغيرهم من حديث عمر بن الخطاب <: ((إنما الأعمال بالنيات)) وعند البيهقي من حديث أنس <: ((لا عمل لمن لا نية له)) وفي رواية: ((نية المؤمن خير من عمله)) وفي رواية من حديث سعد بن أبي وقاص <: ((إنك لن تنفق نفقة تبتغي به وجه الله إلا أجرت فيها؛ حتى ما تجعل في فم امرأتك)).

وهذه الروايات تدل على أن تصرفات المكلفين لا يعتد بها شرعاً إلا بالنية، فإذا صحت النية؛ كان العمل صحيحاً، وإذا فسدت النية؛ كان العمل فاسداً، وهذا عند الشافعية ومن وافقهم، وأما الحنفية فيقولون: إن كمال الأعمال بالنيات، وإذا كان الأمر كذلك؛ فلا بد في الحديث من إضمار ما يسميه علماء اللغة بدلالة الاقتضاء كما في قوله تعالى: ﴿وَسَلِّ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] أي أهل القرية، ودلالة الاقتضاء هو إضمار ما يصح به الكلام.

٢. المباحث المتعلقة بالنية في قاعدة "الأمر بمقاصدها":

أ. تعريف النية:

ولما كانت أحكام الأمور بحسب نية الشخص، وقصده؛ فلا بد أن نلقي بعض الضوء على حقيقة النية؛ حيث إن النية لها مدخل أصيل في تحديد الأعمال

الصحيحة وغيرها ؛ فهي تميز ما هو من قبيل العبادات ، وما هو من قبيل العادات ؛ ولذلك فإننا نرى أنه ينبغي أن نبين هذا المعنى على الوجه التالي :

فنقول : النية في اللغة العزم على الشيء ، يقال : نويت أي عزمت ، وهذا هو معنى النية في اللغة ، والنية بمعناها الاصطلاحي هي قصد الطاعة ، والتقرب إلى الله تعالى بإيجاد الفعل ، أو الامتناع عنه ، وتدخل في جل أبواب الفقه - إن لم يكن فيه بكماله - بل إن ابن نجيم جعل النية في الأعمال الأخروية قاعدة أولى من قواعده الكبرى ، وهي قاعدة : " لا ثواب إلا بالنية " ، ولكن قاعدة : " لا ثواب إلا بالنية " هي في الواقع تدخل ضمن قاعدتنا هذه : " الأمور بمقاصدها " ؛ ولذلك أدرجناها ضمن هذه القاعدة ؛ لأن الأمور أعم من أن تكون دنيوية ، أو أن تكون أخروية ، ومقاصد الأعمال أعم كذلك من كونها يرجى ثوابها ، أو لا يرجى .

وعلى هذا ؛ فإن هذه القاعدة على وجازة لفظها ، وقلة كلماتها ذات معنى عام متسع يشمل كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل ، فلفظ الأمور عام ، بدليل دخول أل الجنسية عليه ؛ فهو من ألفاظ العموم ، ولفظ مقاصدها ، كذلك عام لإضافته إلى ضمير لفظ عام .

ب. فائدة النية :

والنية شرعت لفائدتين :

الفائدة الأولى : تمييز العبادات عن العادات ، فالإمساك عن المفطرات قد يكون بنية الصوم ، وقد يكون حِمِيَّةً أو تدافياً ، أو لعدم الحاجة إلى الطعام ، وكذلك الجلوس في المسجد ، قد يكون بالاعتكاف ، وقد يكون للاستراحة ، وكذلك الذبح قد يكون للأكل ؛ فيكون مباحاً أو مندوباً ، وقد يكون قربة كالأضحية ، أو

يكون للوفاء بالنذر، أو يكون من قبيل الصدقة؛ فتكون عبادة، أو يكون الذبح تقرباً إلى ولي؛ فيكون حراماً، أو كفرًا، والنية هي التي تميز هذا عن ذاك.

وأما الأعمال التي لا تصلح إلا للعبادة، ولا تلبس بغيرها، فهذه الأعمال التي لا تكون إلا عبادة لا يشترط فيها النية كالإيمان بالله تعالى، والخوف منه، والرجاء فيه، كقراءة القرآن، والأذكار، ونحوها من كل عبادة لا تلبس بغيرها؛ لأنها متميزة لا تلبس بغيرها، وكذلك النية؛ لا تحتاج إلى نية.

الفائدة الثانية: تمييز رتب العبادات بعضها عن بعض، فالتقرب إلى الله تعالى يكون بالفرض، والنفل؛ فشرعت النية لتمييزها، فالصوم قد يكون فرضاً، أو نذرًا، أو نفلاً، والصلاة قد تكون كذلك فشرعت النية لتمييز رتب هذه العبادات بعضها عن بعض.

فمن أراد صلاة؛ فيجب أن يعين ما يريد إن كان فرضاً أو نفلاً، أو كان أداءً أو قضاء، أو كان ظهراً أو عصرًا، فإذا كان وقت العبادة محدداً على قدر الفعل لا يزيد عنها ولا ينقص، وهذا ما يسميه الأصوليون: بالواجب المضيق كصوم رمضان؛ فإن الإيجاب المتعلق به يسمى: بالواجب المضيق؛ لأن وقت العبادة لا يسع غيرها من جنسها؛ فإن كانت العبادة كذلك؛ ففي تعيين النية خلاف؛ فالحنفية يقولون: إن تعيين النية ليس شرط، بل يجوز بمطلق النية؛ لأن التعيين في المتعين لغو.

وقال الحنابلة: في التعيين خلاف، وقال الشافعية: يشترط التعيين لتمييز رمضان عن القضاء، والنذر، والكفارة، والفدية، حتى ولو كان ما صامه في رمضان لا يقع في غيره.

ويتضح من ذلك: أن النية قصد مشترك بين العبادة وغيرها، أي: أن القصد موجود في كل منهما، ويكفي قصد العبادة فقط إذا كانت العبادة لا تشبه غيرها؛ فتميزها بالنية عن العادة، أما إذا كانت تشبه غيرها من العبادات؛ فيُزاد شرط تعيينه، كالصلاة إذ الواجب فيها متعدد، وكذلك يزداد شرط الفرضية لاحتراز عن النفلية، ومتى تعين المقصود لم يشترط شرط آخر؛ فصوم رمضان إن كان في الوقت يكفي فيه صوم الغد؛ لأنه متعين في ذاته؛ فلا يحتاج لتعيين، أما إذا كان خارج الوقت؛ فيشترط نية القضاء عن رمضان؛ لأن الزمن لا يعينه. ومما لا يشترط التعيين فيه: الطهارات، والحج، والعمرة، والزكاة، والكفارات؛ لأنه لو عين غيرها؛ لانصرف إليها، فإذا كانت العبادة التي لا تلبس غيرها؛ فإنها لا تحتاج إلى نية، وذلك مثل الإيمان بالله تعالى ومعرفته، والخوف منه، والرجاء فيه، وقراءة القرآن، والأذكار؛ لأنها متميزة بصورتها إلا إذا كانت القراءة منظورة؛ فيشترط النية بتميز الواجب عن غيره، وكذلك النواهي والمباحات لا تحتاج إلى نية؛ وذلك لأن النواهي هي أن الإنسان يخرج من عهدها بتركها، وإن لم يشعر بها فضلاً عن القصد إلى ذلك الترك.

وكذلك المباحات هي الأخرى لا تفتقر إلى نية، إلا أنه ممكن أن تصبح المباحات عبادة إذا نوى بها الطاعة، كالأكل، والشرب، والنوم، والاكتساب، والنكاح إذا قصد به الثواب؛ بأن يأكل ليتقوى على تحصيل الرزق وأداء العبادات، وكذلك النوم بالنهار ليستعين به على قيام الليل، والذي يعمل لجلب الرزق الحلال لرعيته، واستغنائهم عما في أيدي الناس، لا شك أنه يثاب على هذا، والنكاح إذا كان بقصد الإغفاف وتحصيل الولد الصالح، وتكثير الأمة؛ فإن قصد ذلك كان المباح عبادة يثاب فاعلها، وكذلك إذا ترك الزنا، والخمر بقصد امتثال نهى الشارع.

وبهذا فإن كل فعلٍ يصدر عن الإنسان يصح أن يكون عبادةً إذا قصد المكلف التقرب إلى الله تعالى ؛ فإنه يترتب الثواب على هذا العمل حديث : ((إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى)) وهو حديث متفق عليه ؛ فيكون استحضر النية الطيبة كقصد ثواب الله عند المباحات ، والمنهيات ، وكذلك العادات ، إحضار النية شرط لثواب عليها.

ج. حكم ما إذا انفردت النية عن الفعل ، أو انفرد الفعل عن النية :

ونبدأ أولاً بما إذا انفردت النية عن الفعل ؛ فنقول : إذا انفردت النية بحيث لم تقترب بفعلٍ ظاهر ؛ فلا تترتب عليها أحكام شرعية ، ومن ثم فلا بد أن تقترب النية بفعلٍ ظاهر ؛ حتى تترتب عليها أحكامها ، فلو طلق رجل زوجته في قلبه ، أو باع رجل داره أو مزرعته ، دون أن ينطق بلسانه ؛ فلا يترتب على ذلك الفعل الباطن حكم ؛ لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر.

وكذلك لو نوى شخص أن يقف وقفاً ، أو ينصب شيئاً ولم يصدر منه فعل ؛ فلا يترتب على نيته حكم ؛ لأن النية وحدها بدون اقترانها بفعلٍ ظاهر لا يترتب عليها حكم شرعي ، وكذلك حديث النفس لا يؤاخذ به الشخص من لم يتكلم ، أو يعمل به.

قال ابن نجيم : وحاصل ما قالوه : أن الذي يقع في النفس من قصد المعصية ، أو الطاعة على خمس مراتب :

أحدها : الهاجس ، وهو ما يلقي في النفس ، وهذا لا يؤاخذ به الإنسان إجماعاً ؛ لأنه ليس من فعله ، وإنما هو شيء ورد عليه لا قدرة له ولا صنع.

ثانيها: الخاطر: وهو ما يجري في النفس؛ فقد كان الشخص قادراً على دفعه بصرف الهاجس أول وروده.

ثالثها: حديث النفس - وهو ما يقع في النفس من التردد -: هل يفعل أو لا يفعل، وهو مرفوع بنص حديث رسول الله ﷺ: ((إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تتكلم به))، إذا كان حديث النفس مرفوعاً إثم؛ فمن باب أولى الخاطر؛ فهو مرفوع ولا يؤاخذ به الإنسان.

والهاجس والباطل وحديث النفس لو كان في الحسنات لم يكتب بها أجر لعدم القصد.

رابعها: الهم، وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح أن: الهم بالحسنة يكتب له بها حسنة، والهم بالسيئة لا يكتب له بها سيئة؛ فإن تركها لله تعالى كتبت حسنة، وإن فعلها كتبت سيئة.

خامسها: العزم، وأما العزم فالمحققون على أن الشخص يؤاخذ به، ومنهم من جعله من الهم المرفوع عن الإنسان، وقال: من هم بمعصية لا يأثم إن لم يصمم عزمه عليها، وإن عزم أثم إثم العزم، لا إثم العمل بالجوارح، إلا أن يكون أمراً يتم بمجرد العزم كالكفر.

د. إذا انفردت الأفعال عن النية فإنه يفرق بين أمرين:

الأمر الأول: إذا كانت الألفاظ صريحة فإنها لا تحتاج إلى نية، بل يكفي حصول الفعل لترتب الحكم عليها؛ لأن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية لاشتمالها عليها، ومن ذلك أن يقول شخص لآخر: بعتك هذه الدار، أو أوصيت لك بهذه الدار، أو بهذه المزرعة، أو يكون قد أقر بشيء، أو وكل أو أودع أو قذف

أو سرق شيئاً، فكل هذه الأمور ونحوها لا تتوقف على النية، بل يكون فعلها كافٍ لترتب الحكم عليها.

الأمر الثاني: إذا كانت الألفاظ غير صريحة فيختلف حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل، فالبيع أو الشراء إذا استعملتا بصيغة المضارع كقول البائع أو المشتري: أبيع أو أشتري، فإذا قصد به الحال ينعقد به البيع، وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد به البيع، وعلى هذا يختلف الحكم باختلاف قصد الفاعل؛ إذ غير الصريح لا يُعطى حكمه إلا بالقصد، فلا ينفصل الفعل عن النية فيه، ويستثنى من ذلك الأفعال التي لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية، وهي تكاد تنحصر في الأمور الآتية:

الأول: إذا أخذ شخص مال شخص آخر على سبيل المزاح بدون إذنه، فإنه بمجرد وقوع الأخذ يكون الأخذ غاصباً، ولا يُنظر إلى نية الأخذ من كونه لا يقصد القصد بل يقصد المزاح.

الثاني: إذا أقدم شخصٌ على عملٍ غير مأذونٍ فيه فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله هذا، ولو حصلت عن غير إرادة منه، ومن ذلك أن يأخذ نقوداً من شخص سكران ليحفظها له فضاعت، فإنه يكون ضامناً لما أخذه من غير إذن صاحبه أو نائبه.

الثالث: إذا ضُبطَ شخصٌ في منزل غيره من غير إذنه وبدون عذرٍ واضحٍ مقبولٍ، وهو يحمل متاعاً منه أو مالاً، اعتبر هذا الشخص سارقاً، ولو ادعى أنه كان لا يقصد السرقة، أو أنه أراد حماية المال في مكان أمين؛ لأنه علم أو ظن أن المال سيتلف؛ لأن حريقاً سيشتب في المنزل بعد قليل.

الرابع: الألفاظ التي يترتب على أدائها صريحة. عقوبة ما مثل: السب والقذف، فإن الشخص إذا صدرت منه مثل هذه الألفاظ عوقب عليها ولا نظر إلى ما يدعيه بأنه لم يقصد الإيذاء.

فهذه هي الأمور الأربعة لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية؛ لأن بناء الأحكام يكون على حقائق الأمور؛ حتى تكون الأحكام والقواعد ثابتة ومستقرة ومنضبطة تماماً ومعروفة للجميع.

هـ. شروط قبول العبادة وترتب الثواب عليها:

لما كان المقصود من العبادة وجه الله تعالى وطلب مرضاته؛ كان المقصود من النية تمييز العبادة عن العادة، كان لا بد لذلك من شروط أو من شرط مهم لقبول العبادة وترتب الثواب عليها، وهذا الشرط هو الإخلاص، والمراد بالإخلاص إرادة وجه الله تعالى من العبادة لقوله تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ﴾ [البينة: ٢٥].

ومن ثم لا يجوز التشريك في النية، فإن التشريك في النية يبطلها ويبطل العمل المترتب عليها؛ ولهذا فلا تُقبل النيابة ولا التوكيل في النية؛ لأن المقصود بذلك اختبار سر العباد إلا أنه أجاز التوكيل في النية إذا اقترنت بفعل كتفرقة زكاة، أو ذبح أضحية، أو صوم عن الميت أو حج عنه.

٣. قاعدة: "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟":

أ. خلافٌ يتجه إلى أن المذهب هل هو اللفظ أو المعنى؟

فيرى الحنفية والمالكية أنه عند حصول العقد لا يُنظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة

المستعملة ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني عملاً بالقاعدة التي تقول : العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

فالحنفية والمالكية قد غلبوا جانب المعنى قولاً واحداً إلا إذا تعذر التوفيق بين اللفظ والمعنى ، فحينئذٍ لا يجوز إلغاء الألفاظ ، وأما الشافعية والحنابلة فالمغلب منهما هل هو اللفظ أو المعنى ؟ خلاف في قاعدة العقود بين المذاهب ، والعبرة هنا بمعنى الاعتداد ، والعقود جمع عقد ، وهو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع والإجارة والإعارة ، والمعاني جمع معنى ، وهو الصورة الذهنية التي دل عليها القول أو الفعل ، وهذا معناه أن العبرة في العقود تكون بمعانيها لا بصيغها وألفاظها ، وأن المغلب هو المعنى دون اللفظ على خلاف بين المذاهب الفقهية في ذلك .

وتوضيح هذا الأمر أن صيغة العقد المعبر بها عن العقد قد يأتي فيها لفظان : أحدهما بمفرده يدل على عقدٍ ، والآخر بمفرده يدل على عقدٍ غيره مثل أن يقول شخصٌ لواحدٍ من الناس : وهبتك هذا الثوب بدينار ، فهل يُعقد بلفظ وهبتك دال على الهبة ، أو يكون الاعتداد بالمعنى الذي يدل عليه السياق الذي يفهم منه البيع ، فيكون العقد بيعاً لوجود العوض ، أو يحكم بأن هذا العقد لفظ لوجود التعارض بين أجزاء العقد ؛ لأن لفظ وهبتك يدل على أن العقد تبرع في حين أن قوله : بدينار يدل على أنه عقد بيع ومعاوضة ، فتارة يُغلب جانب اللفظ وتارة يُغلب جانب المعنى على خلاف بين الفقهاء فعند الشافعية الأصح كونه بيعاً اعتباراً بالمعنى ، وعند الحنابلة ثلاثة أقوال :

الأول : أنه بيع نظراً للمعنى .

الثاني : أنه عقد هبة صحيح ؛ لأنه يصح شرط العوض في الهبة كما يصح شرط العوض في العارية .

الثالث: أنه عقدٌ فاسدٌ.

وعند الحنفية والمالكية هو عقد بيع تغليباً للمعنى على اللفظ قولاً واحداً ؛ لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العقد بلفظ الهبة فيأخذ حكم البيع ؛ فيرد الموهوب بالعيب ويسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق الموهوب في يده ، وكذلك سائر أحكام البيع.

ب. مستثنيات القاعدة:

لو باع شخص لآخر شيئاً مع نفي الثمن ، كأن يقول: بعتك هذا الشيء بدون ثمن ، فهو عند الحنفية عقدٌ باطلٌ ولا يُعتبر عقد هبة ؛ لأن الثمن من أركان عقد البيع ، وكذلك لو كان العقد عقد إجارة ولم تذكر الأجرة فتبطل الإجارة ؛ لأن الأجرة من أركان عقد الإجارة ، أما عند الشافعية وعند الحنابلة فإنه ليس عقد إجارة ولا عقد بيع ، وفي انعقاده هبة قولان لتعارض اللفظ والمعنى.

قواعد الأيمان والنية من القواعد المتداخلة مع قاعدة الأمور بمقاصدها

١. قاعدة: "هل الأيمان مبنية على الألفاظ أو الأغراض؟":

عند الحنفية والشافعية تكون الأيمان مبنية على الألفاظ إن أمكن استعمال اللفظ ، وإلا فإنها تكون مبنية على الأغراض ، فلو أن شخصاً اغتاز من إنسانٍ فحلف أنه لا يشتري له شيئاً بدولار ، ثم اشترى له شيئاً بالجنيه المصري لم يحنث ، ولو حلف لا يبيعه بعشرة فباعه بأحد عشر أو بتسعة لم يحنث مع أن غرضه الزيادة ، لكن لا يحنث بلا لفظ ، وأما عند الحنابلة والمالكية فيُرجع في الأيمان إلى النية ؛

لأن مبنى اليمين عندهم على نية الحالف إذا احتملت اليمين ما نواه سواء كان موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً له.

٢. قاعدة: "هل الأيمان مبنية على العرف؟":

يرى الحنفية والحنابلة أن الأيمان مبنية على عرف الحالف، فلو حلف لا يسكن بيتاً فسكن بيتاً من جلود البقر أو الإبل أو الشعر، أو سكن خيمة، فلا يحنث إن كان من سكان المدن والأمصار، ويحنث إذا كان من أهل البادية.

وقال الشافعي وأحمد: يحنث إذا لم تكن له نية سواء كان بدوياً أو قروياً، وقال المالكية: إن الأيمان مبنية على النية أولاً، فإن لم تكن نية فعلى الباعث، فإن لم يكن باعث فعلى العرف وإلا فعلى الوضع اللغوي، فمن حلف ألا يدخل بيتاً أو حلف لا يسكن بيتاً وهو من أهل المدن وسكن بيتاً من بيوت الشعر، فإن لم تكن له نية فهو حانث؛ لأن الله تعالى سماه بيتاً، وهذا يعني أن اليمين مبنية على الاستعمال القرآني.

٣. قاعدة: "اليمين هل هي على نية الحالف أو على نية المستحلف؟":

قال الحنفية: إن مقاصد اللفظ على نية الالفاظ إلا في اليمين فقد استثنوها، فقالوا: اليمين عند القاضي على نية الحالف وهو الالفاظ إن كان مظلوماً، وعلى نية المستحلف وهو القاضي إن كان ظالماً وهذا في غير الطلاق، أما في الطلاق فهو على نية الحالف سواء كان ظالماً أو مظلوماً، وعند الشافعية تكون اليمين على نية القاضي دون الحالف عند التحالف، وأما المالكية والحنابلة فعندهم اليمين في الأحكام كلها على نية المستحلف وهو القاضي، فلا يصح فيها التورية ولا ينفع الاستثناء.

٤. هل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص؟

العام في اللغة معناه: الشامل سواء كان لفظاً أو غير لفظٍ، ومنه قولهم: عمهم الله بالمطر - أي: شملهم.

ومعنى العام في الاصطلاح: هو اللفظ المستغرق لما يصلح له من غير حصر كلفظ الرجال. أما الخاص أو التخصيص فهو في اللغة تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه فيه في الجملة، وهو خلاف العموم، يقال: تخصص فلان في علم كذا أي: قصر عليه بحثه وجهده، والخصوص نقيض العموم، ويستعمل بمعنى لا سيما، تقول: يعجبني فلان خصوصاً علمه وأدبه أي: لا سيما.

وأما الخاص أو التخصيص في الاصطلاح: فهو قصر العام على بعض أفرادها، وذلك في مثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْصَنَ بَأْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فهو عامٌ في الحوامل وغير الحوامل، ولكن خُصص ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فإنه يقتضي أن يكون عدّة الحامل مطلقاً هو وضع حملها مطلقة أو متوفى عنها زوجها.

وهنا يكون التساؤل: هل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص؟

ونقول: في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء، فقال الحنفية: إن تخصيص العام بالنية مقبولٌ ديانةً لا قضاءً، وقال الخصاص من الحنفية: تخصيص العام بالنية مقبولٌ ديانةً وقضاءً، وأما تعميم الخاص بالنية ففيه خلاف عند الحنفية أيضاً فمنهم من نفاه ومنهم من أثبته، وقال المالكية: إن النية تعمم الخاص وتخصص العام، وقال الشافعية: النية في اليمين تخصص اللفظ العام ولا تعمم اللفظ الخاص، وقال الحنابلة: النية تعمم الخاص وتخصص العام بغير خلاف، ولكن اختلفوا هل النية تقيّد المطلق أو تكون استثناءً من النص؟ ومن هذا يظهر أن

تخصيص اللفظ العام بالنية متفقٌ عليه بين المذاهب، غير أن جمهور الحنفية يعتبرونه ديانةً لا قضاءً، وأما تعميم الخاص بالنية فأجازه الحنابلة والمالكية ومنعه الحنفية والشافعية.

٥. قاعدة: "المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات كما هي معتبرة في القربات والعبادات":

هذه القاعدة أوردها ابن القيم، وذكر أن القصد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، صحيحاً أو فاسداً، طاعةً أو معصيةً، كما أن القصد في العبادات يجعلها واجبة، أو مستحبة، أو محرمة، أو صحيحة، أو فاسدة، وذكر ابن القيم الأدلة لهذه القاعدة من القرآن الكريم في آيات كثيرة: منها قوله تعالى في حق الأزواج إذا طلقوا زوجاتهم طلاقاً رجعيّاً قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨] ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّعَعْدُوْا﴾ [البقرة: ٢٣١] وبهذا فقد نص الله تعالى على أن الرجوع إنما يملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الإضرار والضرار.

وفي شأن الخلع قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَاقِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فبين الله ﷻ أن الخلع المأذون فيه إنما يباح إذا ظن ألا يقيما حدود الله. وفي شأن الوصية يقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢] فقد حرم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرر، فإن قصده فللورثة إبطالها ولهم ألا ينفذوها، ومن أمثلة هذه القاعدة: ذبح الحيوان بنية الأكل يحل ويحرم إن ذبح لغير الله، كذلك غير المحرم بحج أو عمرة إن صاد الصيد للمحرم حرم على المحرم أكله، وإن صاده لغير المحرم جاز للمحرم أن يأكل منه، وعصر العنب بنية أن يكون خمراً لم يجز بخلاف ما لو نوى أن يكون خللاً.

قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، وبعض القواعد ٥٥
المتداخلة مع هذه القاعدة
- العنصر الثاني :** تابع القواعد المتداخلة مع قاعدة "اليقين لا يزول ٦٧
بالشك"

قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، وبعض القواعد المتداخلة مع هذه القاعدة

١. قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك":

هذه القاعدة يندرج تحتها قواعد عدة وهي متفرعة عنها، ومن أهم هذه القواعد: الأصل بقاء ما كان على ما كان، والقديم يترك على قدمه، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، والأصل في الصفات العارضة العدم، والأصل في الأشياء الإباحة أو الحرمة، وقاعدة لا تعارض في البيّنات، والأصل براءة الذمة ولا عبءة بالتوهم، فهذه قواعد متفرعة عن القاعدة الأم وهي قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، وبيان الربط بين هذه القواعد والقاعدة الكبرى يتضح فيما يأتي.

فقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" وهي القاعدة الكبرى لا بد لنا أن نلقي الضوء على هذه القاعدة.

أ. معنى القاعدة:

معنى هذه القاعدة: أن الأمر الذي ثبت بيقين لا يزول بالشك، وإنما يزول بيقينٍ مماثل، فالشك لا يقوى على إزالة اليقين ولا يقدر عليه؛ لأن الضعيف لا يقدر على إزالة القوي.

واليقين في اللغة معناه: العلم الذي لا تردد فيه، أو معناه أنه قرار الشيء، يقال: يقن الماء في الحوض بمعنى أنه استقر فيه وثبت، هذا هو معنى اليقين في اللغة.

وأما معناه اصطلاحاً: فهو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل، أو هو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه، فخرج بالاعتقاد الجازم الظن وغلبة الظن؛ لأنه لا جزم فيهما، وخرج بقوله في التعريف المطابق للواقع ما ليس مطابق للواقع وهو الجهل وإن كان صاحبه جازماً، وخرج بقوله عن دليل اعتقاد المقلد فيما كان صواباً؛ لأن اعتقاده لما لم يكن من غير دليل كان عرضة للزوال، فكل ذلك ليس من اليقين في شيء، وإذا عرفنا ذلك في معنى اليقين لغة واصطلاحاً، فإن المناسب هنا هو اليقين بالمعنى اللغوي؛ لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظاهر، فكثيراً ما يكون الأمر في نظر الشارع يقيناً لا يزول بالشك في حين أن العقل يميز أن يكون الواقع خلافه، وذلك كالأمر الثابت بالبيئة الشرعية، فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان مع أن شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد يميز العقل فيها السهو والكذب، وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً؛ لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله، ولم يبق له اعتبار في نظر الناظر.

فإذا انتقلنا من معرفة اليقين إلى الشك، فإن الشك معناه التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر، أو بتعبير أدق تردد الفعل بين الوقوع وعدمه ولا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر، فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل ووصل ترجيحه إلى درجة الظهور الذي يبني عليه العاقل أموره ولم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن، فإن طرح الاحتمال الآخر بحيث لم يبق له اعتبار في النظر لشدة ضعفه فهو الظن الغالب، والظن الغالب معتبر في الشرع بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه في كثير من المسائل إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر وإن لم يترجح فهو الوهم، ومثال ذلك: أن يرى إنسان شيئاً في يد آخر يتصرف فيه تصرفاً يغلب على الظن لكل من يشاهده أنه ملكه، وكان مثله يملك مثله ولم

يخبر الرائي عدلان بأنه ملك لغيره، فإنه يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكه؛ لهذا الشيء.

ب. أدلة القاعدة:

نتنقل إلى بيان الأدلة التي تثبت هذه القاعدة من القرآن الكريم والسنة الشريفة، وهي كثيرة؛ منها قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْبَغُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا طَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يَعْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [يونس: ٣٦] ومنها ما أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة < قال: قال رسول الله ﷺ: ((إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)) ووجه الدلالة أن الإنسان لا يدع ما هو عليه من الحال المتينة إلا بيقين في انتقالها، وقوله في الحديث: ((حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً)) معناه: أنه لا ينصرف من صلاته حتى يتيقن من خروج الحدث، وهذا أصل وقاعدة من قواعد الدين في أن الأشياء يُحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن الإنسان خلاف ذلك، والمراد أن استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ عليه، ولك أن تقول: الأصل بقاء ما كان على ما كان.

ج. المسائل المفرعة على هذه القاعدة:

نتنقل إلى المسائل المخرجة على هذه القاعدة، فهي تبلغ أربع الفقه أو تبلغ أكثره، ومن أهم الفروع ما يلي: إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة وانقطعت أخباره مدة طويلة، فانقطاع أخباره يثير شكاً في حياته، إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتينة من قبل، ومن ثم فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً، وعلى العكس من ذلك إذا سافر شخص آخر

بسفينة وثبت غرقها فعندئذ يحكم بموته ؛ لأن موته ظن غالب والظن الغالب بمنزلة اليقين ، وإذا أقر القاضي بالشئ نقول : إن كان على جهة الحكم كان حكماً ، وإن لم يكن كذلك بأن كان في معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكماً قاله الرافعي .

وقال الإسنوي : هذا من القواعد المهمة ، فإذا شككنا في ذلك لم يكن حكماً ؛ لأن الأصل بقاءه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء ، ومن الصور أيضاً الحبل ، فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلاً جازماً على وجود الحمل ، ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة ، وإن كان يغلب على ظن كل من رأى المرأة قد ظهر عليها علامات الحمل أنها حامل ، فلو أوصى إنسان بشيء أو وقف شيئاً على الحمل لا تصح الوصية له ولا الوقف عليه إلا إذا وُلِدَ بأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الوقف لكي يتيقن أنه كان موجوداً عند الوصية وعند الوقف .

ومن الأمثلة المتفرعة على قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" : ما نص عليه من عدم جواز البيع مجازفة في الأموال الربوية كالمكيلات والموزونات ؛ لأن المماثلة في بيع الربويات شرطٌ محقق ، والمماثلة مع المجازفة مشكوك فيها ، فلا تثبت الصحة بناءً على الأصل المقدر ، وهو أن الحكم المعلق على شرطٍ أو المشروط بشرطٍ إذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت ؛ لأن ما ليس بيقينٍ لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول بالشك ، ولأن الشك في المماثلة هو عين المفاضلة في الأموال الربوية ، ومع هذا فقد استثني من حكم هذه القاعدة فروع حكمنا فيها بالشك وطرحنا اليقين .

ومن هذه المسائل : أن المسافر لو شك في هل نوى الإقامة أو لا ؟ فعليه أن يتم صلاته أربعاً للشك في سبب الرخصة ؛ لأن الرخص لا تنال بالشك ، فهنا نجد أن المسافر قد طرح اليقين وأخذ بالشك في نية الإقامة ، وترتب على ذلك وجوب

الصلاة عليه أربعاً، وإذا بال حيوان في ماء ثم وجدته متغيراً، وشك في أن تغيره هل بطول المكث أو بسبب آخر حكمنا بنجاسته عملاً بالظاهر مع أن الأصل في الماء الطهارة؛ لأن الظاهر مستند إلى سبب معين وهو البول؛ فترجح أن الظاهر أنه تغير بالبول، وهذا في الماء الذي بلغ قلتين وهو الماء الكثير، وهو مقداره خمسمائة رطل بالبغدادى تقريباً، ويبلغ بالمساحة في المربع ذراعاً وربعاً طولاً وعرضاً وعمقاً، وفي المدور ذراعين طولاً وذراعاً عرضاً، فإذا بلغ الماء قلتين فأكثر وكان البول بحيث يغيره حكمنا بنجاسته، وأما إذا لم يكن هذا البول يغيره عقب البول، ثم ترك فترة من الزمن وعاد في وقت آخر لشخص آخر فوجده متغيراً فلا يحكم بنجاسته، بل يستعمله لأنه يتقن أن تغير الماء ليس بسبب البول، وإن كان الماء أقل من قلتين فإنه يحكم بنجاسته بمجرد ملاقاته للنجاسة سواء تغير أو لا، وإذا شك في موضع النجاسة من الثوب أو البدل أو غيرهما، فإن هذا الشك يؤثر في طهارة الثوب أو غيره، ولا تزول النجاسة إلا بغسل جميع الثوب أو غيره، فإذا تيقنا النجاسة على اليد وشككنا هل هي في اليمين أو في اليسار؟ وجب غسل اليدين، ولا تصح الصلاة إلا إذا تيقنا زوال جميع النجاسة، ولا يتيقن ذلك إلا بغسل اليدين وكل محل يحتمل أن تكون النجاسة قد أصابته، فإن اليقين أن إحدى الدين غير متنجسة، وقد طرحنا اليقين وعملنا بالشك وغسلنا اليدين.

٢. قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان":

أ. معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها: أن الأصل يبقى على ما كان عليه حتى يقوم الدليل على خلافه؛ لأن ما ثبت على حال في الزمان الماضي ثبوتاً أو نفياً يبقى على حاله ولا يتغير ما لم يوجد دليل يغيره.

ومن أجل ذلك عبر الإمام السيوطي عن هذه القاعدة بقوله : ما ثبت لزمان يُحكم ببقائه ما لم يوجد دليلٌ على خلاف ، فإذا ما أردنا أن نعرف الدليل الذي قامت عليه هذه القاعدة ، فإن الدليل الذي تستمد منه هذه القاعدة هو : الاستصحاب .

والاستصحاب في اللغة : معناه الملازمة وعدم المفارقة .

وقد عرف الفقهاء الاستصحاب : بأنه لزوم حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه ، ومن ذلك ثبوت الملك بال عقد المملك ، ومن ذلك أيضاً شغل ذمة المتلف عند وقوع الإتلاف ، وشغل ذمة المدين عند وقوع الاستدانة ، هذا هو معنى الاستصحاب لغة ومعناه عند الفقهاء .

فإذا أردنا أن نعرف أقسام الاستصحاب ، فإنه ينقسم عند الفقهاء إلى قسمين :

القسم الأول : أن الشيء إذا كان على حال في الزمان الماضي ، فهو على حاله في المستقبل ما لم يوجد ما يغيره ، وهذا القسم من الاستصحاب سماه بعضهم استصحاب الماضي للحال .

والقسم الثاني : أن الشيء على حالته الحاضرة يُحكم أنه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها ، وهذا يسمى الاستصحاب المعكوس ، وسماه بعضهم استصحاب الحال للماضي ، ولهذه القاعدة معناها يشير إلى النوع الأول من الاستصحاب وهو استصحاب الماضي للحال .

ومن الأمثلة التي تؤكد حكم هذه القاعدة : مسألة المفقود الذي انقطع خبره ولم يُعلم موته ولا حياته ، فهذا المفقود يُحكم بحياته ؛ لأنه حين تغييه كانت حياته محققة ما لم يقد دليلٌ على موته حقيقة ، أو يحكم القاضي بموته بعد موت جميع

أقرانه ، ومن ثمّ فليس لورثته أن يقتسموا تركته ولا أن تبين امرأته ولا تؤخذ وديعته.

كذلك من الأمثلة : أنه إذا مات نصراني فجاءت امرأته وقالت : إنها أسلمت بعد موته ، وهي تطالب باستحقاقها في الميراث منه ، وقال الورثة : بل هي أسلمت قبل موته فلا ميراث لها ، فالقول قول الورثة عند بعض الفقهاء ؛ لأن سبب الحرمان قائم في الحال وهو اختلاف الدين ، وما دام سبب الحرمان قائم في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال.

ولهذا الحكم وجه آخر وهو : أن إسلامها حادث ، والحادث يضاف إلى أفراد أوقاته ، فالقول للورثة لا للمرأة ، فهنا كلٌّ من الطرفين متمسكٌ بنوع من الاستصحاب ، فالمرأة تريد استحقاق الإرث تمسكاً بالاستصحاب الحقيقي ، وهو استمرارها إلى ما بعد موت زوجها على دينه الذي كانت تدين به ، والاستصحاب لا يكفي حجة للاستحقاق والورثة يدفعونها عن استحقاق الإرث تمسكاً بالاستصحاب المعكوس وهو انسحاب مانع الإرث القائم للمرأة حين الخصومة ، وهو إسلامها إلى ما قبل موت الزوج ، والاستصحاب يكفي حجة للدفع ، فكان القول هو قول الورثة ، وإنما كان الاستصحاب غير حجة في الاستحقاق ؛ لأنه من قبيل الظاهر ، ومجرد الظاهر لا ينهض حجة في إلزام الغير ، ولما كان الاستصحاب على الغير إلزاماً لم يكتف فيه بالظاهر.

ولهذا قال الكرخي : الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق ، فمن كان في يده دار فجاء رجلٌ يدعيها ، فظاهر يده يدفع استحقاق المدعي لهذه الدار حتى يأتي بالبينة ، وكذلك لو بيعت دار بجانب هذه الدار فأراد من في يده الدار أراد أن يأخذ الدار المباعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار ، فإنه بظاهر يده لا يستحق الشفعة إلا إذا أثبت أن هذه الدار ملكه.

والأوجه - كما ذكر ابن نجيم - أن الاستصحاب ليس بحجة مطلقاً لا في الدفع ولا في الاستحقاق، فلا يصلح الاستصحاب لأي منهما، وإنما يدل بظاهره من الفروع على أن الاستصحاب حجة في الدفع، فليس في الحقيقة احتجاجاً بالاستصحاب، بل هو احتجاج باستمرار العدم الذي هو الأصل في الأشياء، وهذا العدم غير معتبر؛ لأن استمرار العدم في المسائل العدمية هو عين الاستصحاب ولا فرق بينهما إلا في التعبير، فمن قال: إن الاستصحاب يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق وهم الحنفية، فإنهم يقولون في مسألة المفقود: إن استصحاب حياته يمنع تقسيم تركته ويمنع بينونة امرأته، لكن لو مات شخص يرثه المفقود، فلا يستحق المفقود من إرثه شيئاً لعدم تحقق حياته عند موت مورثه، فاستصحاب حياة المفقود لم يصلح حجة لاستحقاقه الإرث حال غيبته.

ومن قال: إن الاستصحاب يصلح للدفع والاستحقاق وهم الشافعية، قالوا: إن المفقود يرث ولا يورث؛ لأنه قبل فقده كان حياً فيجب استصحاب حياته؛ حتى يظهر خلاف ذلك، وهذا هو رأي الحنابلة أيضاً، فالاستصحاب عندهم حجة للدفع والاستحقاق؛ ولهذا فإنهم يوقفون نصيب المفقود حين ظهور حياته أو موته، فإن ظهر حياً ورث وإلا رد المال للورثة وهم ورثة المفقود، وإذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكر الزوج طلاقها ولم يكن لها بينة تدل على صحة قولها فالقول قول الزوج؛ لأن الأصل بقاء النكاح وفي دعواها الطلاق شك لعدم وجود ما يثبت ذلك، فالمتيقن إذن هو النكاح والطلاق مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك، ولا يقال: إن هذا يتعارض مع قاعدة: "الأصل في الأبضاع التحريم" لأن هذه القاعدة تجري قبل النكاح لا بعده، فإذا ما وقع النكاح كان هو الأصل وكان الطلاق أمراً طارئاً، فإن ثبت بالإقرار أو الشهود زال النكاح؛ لأن ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين مماثل ولا يرتفع بالشك؛ لأن الشك ضعيف فلا يقوى على إزالة اليقين، فاليقين لا يزول إلا بيقين.

ب. استثناءات من القاعدة:

يستثنى من حكم هذه القاعدة بعض مسائل خرجت عنها وأخذت حكماً مغايراً، ودائماً المسائل المستثناة من القاعدة تأخذ حكماً مختلفاً عن حكم القاعدة، ومن هذه المسائل ما لو ادعت المرأة مضي عِدَّتِها في مدة تحتمل انقضاء العِدَّة، فإنها تصدق بيمينها مع أن الأصل بقاء العِدَّة بعد وجودها؛ وذلك لأن مضي مدة العدة من الأمور التي لا تعلم إلا من المرأة، فما لم يكن دليل على قولها فإن قولها هو الثابت ولا يمكن ثبوت مضيها أصلاً إلا عن طريقها، وذلك من أجل الضرورة.

٣. قاعدة: "القديم يترك على قدمه":

المراد بالقديم هنا ما لا يُعرف أوله؛ لأن ما يُعرف مبدؤه لا يكون قديماً، ومعنى القاعدة: أن القديم المشروع يجب أن يُترك على حاله الذي هو عليه حتى يثبت خلافه؛ لأن بقاء الشيء مدة طويلة دليل على أنه مستند إلى حق مشروع فيحكم بأحقيقته، وذلك من باب حسن الظن بالمسلمين بأنه ما وضع هذا الشيء إلا بوجه شرعي، وما وضع بوجه شرعي فيبقى على ما هو عليه، وذلك ما لم يكن هذا القديم ضاراً؛ لأن الضرر لا يكون قديماً ولأن الضرر مرفوع عن الأمة ولا ينبغي وجوده أصلاً، لا يوجد الضرر ابتداءً ولا دواماً، فإذا كان رجلٌ لداره مسيل ماء، أو كان له ممرٌ إلى داره في أرض الغير، وكان ذلك المسيل أو ذلك الممر قديماً لا يعرف أحد الحاضرين مبدأ لحدوثه، وأراد صاحب الأرض أن يمنع صاحب الدار من المرور في أرضه، أو أراد أن يحول المسيل إلى جهة أخرى أو يحول الممر ويغيره عن حاله القديم فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه - أي: صاحب الحق - في المرور،

ومتى بنى صاحب الأرض بناءً في هذا الممر بإذن صاحب حق المرور فإنه يسقط حق مروره لا يكون له بعد ذلك حق المخاصمة مع صاحب الأرض استعادة حقه القديم ؛ لأن إذنه لصاحب الأرض في البناء في الممر قد أسقط حقه في المطالبة به ، إلا إذا كان صاحب المرور مالكا لرقبة الطريق ، فلا يمنع من المخاصمة واستعادة حقه بعد الإذن له في البناء ؛ لأن الملك لا يسقط بالإسقاط ، فإذا قال شخص : أبطلت حقي في المسيل ، فإنه إذا كان له حق إجراء الماء دون الرقبة بطل حقه ، وإن كان له حق في رقبة المسيل لا يبطل ذلك الحق بالإبطال.

٤. قاعدة : "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته" :

إذا تنازعا اثنان في أمرٍ ووقع الخلاف بينهما في حدوثه أو عدم حدوثه ، فإنه يُنسب هذا الأمر إلى أقرب الأوقات إلى الحال ما لم يثبت نسبته إلى زمان أبعد ؛ لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الأمر الحادث فيه ، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك في الزمن الأبعد ، فوجود الحادث في الوقت الأقرب متفق عليه فهو متيقن ، ووجوده في الزمن الأبعد مشكوك فيه ؛ فلذلك نسب إلى الزمن الأقرب دون الأبعد ؛ حتى يثبت الأبعد ، فعند ذلك ينسب إليه وبذلك تكون هذه القاعدة من القواعد المتداخلة والمؤكددة لقاعدة : "اليقين لا يزول بالشك".

ومن الأمثلة التي تندرج تحت قاعدة أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته : أن الزوجة إذا ادعت أن زوجها طلقها أثناء مرض الموت طلاق الفار ؛ ليحرمها من الميراث وطالبت بالإرث ، فادعى الورثة أنه طلقها في حال صحته وأنه لا حق لها في الميراث ، فالقول للزوجة ؛ لأن الأمر الحادث المختلف فيه هو زمن وقوع الطلاق ، فيجب أن يضاف إلى الزمن الأقرب وهو مرض الموت الذي تدعيه الزوجة ما لم يقيم الورثة بالبينة على أن طلاقها كان حال الصحة.

وكذلك إذا ادعى المحجور عليه، أو ادعى وصيه أن عقد البيع الذي أجراه المحجور عليه قد حصل بعد صدور الحكم بحجره وطلب فسخ البيع، وادعى المشتري حصول البيع قبل تاريخ الحجر، في هذه الحالة القول يكون للمحجور عليه أو لوصيه؛ لأن وقوع البيع بعد الحجر أقرب زمنًا مما يدعيه المشتري، وعلى المشتري أن يثبت خلاف ذلك الأصل، وهو حصول البيع له قبل صدور الحكم بالحجر.

تلك هي بعض الأمثلة التي تؤكد معنى هذه القاعدة، وكل قاعدة لها مستثنيات. فإذا أردنا أن نعرف ما يستثنى من قاعدة الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، من هذه المستثنيات لو ادعى شخص على حاكم معزول أنه أخذ منه بعد عزله مبلغًا من المال جبرًا، وأنكر المدعى عليه وهو الحاكم المعزول أنه أخذه أثناء عزله، بل أخذه منه أثناء ما كان حاكمًا، وأنه قد أجرى محاكمته وأعطى هذا المبلغ للمحكوم عليه بعد صدور الحكم وذكر اسم المحكوم عليه، فإذا كان المبلغ المدفوع مستهلكًا، فالقول للحاكم المدعي عليه؛ لأنه يضيف فعله لزمن منافٍ للضمان ويدعي براءة ذمته، مع أنه بحسب القاعدة لما كان وقوع الأخذ بعد العزل هو الأقرب كان الواجب أن ينسب إليه، وعلى الحاكم المدعى عليه أن يثبت خلاف ذلك وهو حصوله الأخذ قبل العزل، ولكن الاستثناء هنا جاء تبعًا للقاعدة النافية للضمان، وهي قاعدة: "الأصل براءة الذمة"، وأما إذا كان المال المدعى به لا زال قائمًا فالقول للمدعي، ويجب على الحاكم أن يرد إلى المقضي عليه ما ادعاه.

٥. قاعدة: "الأصل في الصفات العارضة العدم":

الشيء الذي يكون بطبيعته خاليًا من هذه الصفات وهي عارضة عليه فالأصل في هذه الصفات العدم؛ لأن وجودها طارئ معارض على أصل طبيعة الشيء

وذلك مثل كون المبيع معيياً، أو كون العقد غير صحيح، فإن مثل هذه الصفات غيرها من الأمور العارضة التي توجد بعد العدم، فيكون الأصل فيها العدم وهكذا سائر العقود، وأما صفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده فيكون مشتملاً عليه بطبيعتها غالبية، فتكون هذه الصفات صفات أصلية والأصل فيها الوجود، وذلك كبكارة البنت، وسلامة المبيع من العيوب، وكذلك الصحة في العقود بعد انعقادها، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي ثبت وجودها في وقت من الأوقات، فإن الأصل فيها هو البقاء بعد ثبوت وجودها؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان.

ومن الأمثلة على قاعدة "الأصل في الصفات العارضة العدم": ما لو اختلف المضارب ورب المال في حصول الربح وعدمه، فالقول للمضارب والبيئة على رب المال لإثبات الربح في المضاربة؛ لأن الأصل في الربح هو العدم، وكذلك لو قال الوصي: لم أتعجر في مال اليتيم، أو قال: قد اتجرت ولكن لم أربح، ولم يتأت الربح أصلاً، أو ما رجحت إلا كذا في هذه الصور كلها فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم التجارة وعدم الربح، والتجارة صفة عارضة وكذلك الربح صفة عارضة.

نتقل إلى بيان بعض المسائل المستثناة من هذه القاعدة وهي التي تأخذ حكماً مخالفاً لحكم القاعدة، من هذه المسائل المستثناة لو اختلف الزوجان في هبة المهر فقالت الزوجة: وهبته له بشرط أن يطلقني، وقال الزوج: إن الهبة كانت بغير شرط، فالقول قولها مع أن الشرط من الصفات العارضة والأصل فيه العدم، فهذه مسألة من المسائل التي قد استثنيت من هذه القاعدة وأخذت حكماً مخالفاً لحكم القاعدة.

تابع القواعد المتداخلة مع قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"

١. قاعدة: "هل الأصل في الأشياء الإباحة أو الحرمة؟":

للعلماء في هذه القاعدة ثلاثة آراء:

الرأي الأول: وهو قول أكثر الفقهاء: أن الأصل في الأشياء الإباحة، والأدلة على ذلك ثابتة نقلًا وعقلًا، أما الأدلة من النقل فهي كثيرة من الكتاب والسنة، فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الأعراف: ٣٢] ووجه الدلالة من الآية: أن الله ﷻ أنكر على من حرم ذلك، فالله تعالى قد أحل لعباده الطيبات من الرزق، فوجب ألا تثبت حرمة، وإذا لم تثبت حرمة ككل امتنع ثبوت الحرمة في فرد من أفرادها؛ لأن المطلق جزء من المقيّد، فلو ثبتت الحرمة في فرد من أفرادها ثبتت الحرمة في زينة الله وفي الطيبات من الرزق، وإذا انتفت الحرمة بالكلية ثبتت الإباحة.

أما الأدلة على هذه القاعدة من السنة فمنها: قوله ﷺ: ((ما أحل الله فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئًا، وتلّا قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤]).

وورد من حديث سلمان <: أن رسول الله ﷺ سئل عن الجبن والسمن والفراء، فقال: ((الحلال ما أحله الله في كتابه، والحرام ما حرمه الله في كتابه، وما سكت عنه فهو من عفا عنه، فلا تتكلفوه)) ووجه الدلالة أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك، وهذا هو الدليل الشرعي على أن الأصل في الأشياء الإباحة، ولا يكون التحريم إلا بنص، وما لم يوجد ذلك النص فتكون الأشياء باقية على حلّها وتحريمها يكون مخالفًا للشرع.

فإذا أردنا أن تنتقل من الدليل الشرعي إلى الدليل العقلي، فإن الدليل العقلي على أن الأصل في الأشياء الإباحة هو أن الله ﷻ إما أن يكون خلق هذه الأعيان والأشياء لحكمة أو لغير حكمة، فكونه خلقها لغير حكمة باطل؛ لقوله تعالى: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ﴾ [المؤمنون: ١١٥] والعبث لا يجوز على الله، فثبت أنه ﷻ خلقها لحكمة ولا تخلو هذه الحكمة إما أن تكون لعود النفع إليه سبحانه، أو لعود النفع إلينا نحن، والأول باطل لاستحالة الانتفاع عليه ﷻ فهو غني عن العالمين، فثبت أنه خلقها ليتنفع بها المحتاجون إليها، فعلى هذا كان نفع المحتاج مطلوب الحصول أينما كان، فثبت أن الأصل في المنافع الإباحة.

الرأي الثاني: الأصل في الأشياء الحظر والتحريم، وهذا القول منسوب لأبي حنيفة، وهي نسبة غير صحيحة؛ لأن الراجح عندهم القول بأن الأصل في الأشياء الإباحة؛ لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] ووجه الدلالة أن الله سبحانه خلق لكم ما في الأرض على وجه المنّة علينا، وأبلغ وجوه المنّة إطلاق الانتفاع، فثبتت الإباحة مما استُدل به المانعون قولهم: إن التصرف في ملك الغير بغير إذنه لا يجوز، والقول بالإباحة دون دليل تصرف في ملك الله بغير إذنه وهو باطل، ويرد على هذا الاستدلال بأن ذلك بالنسبة للعباد؛ لأنهم يصيبهم الضرر عند التصرف في أملاكهم بغير إذنهم، أما بالنسبة لله ﷻ فذلك غير وارد؛ لأنه سبحانه لا يصيبه ضرر بتصرف العباد في ما يملك، ولم يرد دليل بالمنع.

الرأي الثالث: التوقف بمعنى أنه لا يُدرى هل هناك حكم أو لا؟ وهذا الرأي مردود؛ لأن كل تصرف له حكم، ولا يخلو تصرف عن حكم وعن حكمة عرفها من عرفها وجهلها من جهلها، فيكون الأصل في الأشياء الإباحة هو الراجح.

فوائد هذه القاعدة:

يتخرج على هذا الأصل كثيرٌ من الأطعمة والأشربة من النباتات والفواكه والحبوب التي ترد إلينا من بلادٍ بعيدة ولا نعرف أسماءها، ولم يثبت لنا ضررها، وكذلك يتخرج عليها كثيرٌ من أنواع الفُرش والأثاث والآلات المستحدثة فيما لا يندرج تحت نهْي، وأيضًا يتخرج عليها بعض أنواع العقود المستحدثة والمعاملات الجديدة إذا ثبت خلوها من الربا ومن الجهالة والغرر والضرر؛ إذ الأصل في الأشياء الإباحة.

٢. قاعدة: "لا تعارض في البيّنات":

ذكر ابن القيم هذه القاعدة بقصد أن يُبين أن الأدلة القطعية التي تفيد اليقين لا تتعارض مع الشريعة بحال، بخلاف الأدلة الظنية فإنها قد تتعارض، وعند تعارضها لا يُعمل إلا بأحدها قبل الترجيح؛ لأن الجمع بين المتعارضات غير ممكن والعمل بها جميعًا من غير ترجيح لا يصح، فإذا لم يمكن الترجيح وجب التوقف؛ حتى يتأتى الترجيح، وقيل: يجوز العمل بأيها شاء، وإذا كان الأمر كذلك فشرط العمل بالظنيات عند التعارض هو الترجيح، فإن وقع التساوي فالتخير أو التوقف، فإذا كان طريق العمل التقليد فهل يُشترط الترجيح في أعيان من يلقده؟ فيه وجهان، فإن كان طريقه العمل اليقين فلا مدخل للترجح، إذ إنما يكون بين متعارضين ولا تعارض في اليقينيّات.

وهذه القاعدة تعتبر من القواعد الأصولية من وجه، وتعتبر من القواعد الفقهية من وجهٍ آخر، فمن حيث النظر في الأدلة المتعارضة وترجيح إحداها بالقرائن تكون هذه القاعدة من القواعد الأصولية، ومن حيث العمل بمقتضى الدليل

الذي رجحه المجتهد تكون قاعدة فقهية، هذا ما يمكن أن يقال في قاعدة لا تعارض في البيّنات.

٣. قاعدة: "الأصل براءة الذمة":

أ. معنى القاعدة:

معنى الذمة في اللغة العهد والأمان، أو هي كل حرمة تلزمك إذا ضيعتها، ومن ذلك سُمي أهل العهد أهل ذمة، فيقال: رجل ذمي أي: ذو عهد، وأما الذمة في الشرع فهي معنى قائماً بالشخص يقبل الإلزام والالتزام، وبراءة الذمة معناها خلوها من المسؤولية وعدم التزامها بشيءٍ من الحقوق، فالإنسان يظل بريئاً من كلّ حق حتى يعرض لذمته ما يقتضي التزامها بحق، وتستمر هذه البراءة لذمة الإنسان طالما لم يطرأ ما يزيل هذه البراءة ويُسْغَلها بحق الغير بناء على بينة أو إقرارٍ أو يمين، هذا هو معنى الأصل براءة الذمة.

ب. من فروع القاعدة:

نتنقل إلى بيان الفروع المتعلقة أو المدرجة تحت هذه القاعدة، ومن هذه الفروع أن اليمين لو توجهت على المدعى عليه فنكل لا يقضى عليه بمجرد نقوله؛ لأن الأصل براءة ذمته، بل تُعرض اليمين على المدعي، ولو اختلف في قيمة المتلف فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة ذمته مما يشغلها.

٤. قاعدة: "لا عبرة للتوهم":

أ. معنى القاعدة:

التوهم: إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمرٍ متردد فيه، والأمر الموهوم يكون نادر الوقوع؛ ولهذا فلا يعمل في تأخير حق، بل يؤدي الحق لصاحبه ولا يؤخر

لأمرٍ موهوم ؛ لأن الثابت قطعي أو ظاهر لا يؤخر لأمر موهوم بخلاف الأمر المتوقع ؛ فإنه كثير الوقوع فيعمل بتأخير الحكم ؛ ولهذا السبب فقد جوزوا للحاكم تأخير الحكم للمدعي بعد استكمال أسبابه لما يرجى من الصلح بين الأقارب ؛ لأن الصلح بين الأقارب أمرٌ متوقعٌ كثير الوقوع.

فإذا عرفنا معنى هذه القاعدة ، فإن هذه القاعدة ليست مماثلة لقاعدة "لا عبرة بالظن البين خطؤه" ، فإن الظن إدراك الطرف الراجح ، وأما الوهم إدراك الطرف المرجوح ، ولكن يمكن أن يقال : إن حكم قاعدة لا عبرة للتوهم يفهم بالأولى من قاعدة لا عبرة بالظن البين خطؤه ، ونقول : إن هذا الفهم خاطئ ؛ لأن قاعدة لا عبرة بالظن البين خطؤه لا يعمل فيها بالظن بعد أن تبين خطؤه تماماً ، ومن ثم فإنه يكون في درجة الأقل من التوهم أصلاً ؛ لأن التوهم قد يصبح حقيقة بخلاف الظن الذي تبين خطؤه.

ويفهم من هذا أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم ، فإنه لا يجوز تأخير الشيء الثابت أصلاً بصورة قطعية لحدوث وهم طارئ ، هذا هو معنى القاعدة.

ب. من فروع القاعدة :

من أهم فروع هذه القاعدة : أنه لو أثبت الورثة إرثهم بشهود ، وقالوا : لا يوجد ورثة غيرنا للميت ، فإنه يُقضى لهم بالميراث والعبرة باحتمال أو توهم ظهور وارث آخر يزاحمهم ؛ لأن ذلك أمر متوهم ، ولو توفي المفلس تُباع أمواله وتقسم بين الغرماء ، وإن توهم ظهور غريم آخر جديد والواجب المحافظة على حقوقه ذلك الدائن المجهول فلا تقسم التركة ، ولكن لما كان لا اعتبار للتوهم فإنها تقسم على الغرماء ، وإن ظهر غريم جديد يأخذ حقه حسب الأصول الشرعية.

كذلك: إذا ولدت المرأة فظهرت قبل الأربعين، واغتسلت وصلت بناء على الظاهر، فإنها تصلي بناء على هذا الظاهر؛ لأن معاودة الدم أمر موهوم، فلا يُترك المعلوم وهو الطهارة بالموهوم وهو ربما نزل الدم بعد الغسل من حيضٍ أو نفاس.

وكذلك: إذا جرح شخص شخصاً، ثم شفي المجروح من جرحه تمام وعاش مدة، ثم توفي بعد ذلك، فادعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون مورثهم مات بتأثير الجرح، فإن هذه الدعوى لا تسمع؛ لأنه لا عبرة بالتوهم.

ج. من مستثنيات القاعدة:

نتقل إلى بيان بعض الفروع المستثناة من هذه القاعدة، والتي خرجت عنها وأخذت حكماً مخالفاً لحكمها.

ومن هذه الفروع: أنه لو انهدم بعض الدار المستأجرة، فإن الإجارة لا تنفسخ، بل يثبت للمستأجر الخيار، ولو أصلح المؤجر الدار قبل مضي زمنٍ يسيرٍ لا أجرة له، فلا خيار للمستأجر إذا قام هو بإصلاحها، ولو انهدمت الدار كلها قبل تسليمها للمستأجر بطلت الإجارة؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فوجب فسخ عقد الإجارة، لكن لو انهدمت الدار كلها بعد تسليمها للمستأجر فهل يبطل العقد أو لا؟

هنا اختلف الفقه في ذلك، فذهب بعض الحنفية منهم محمد بن الحسن ورواية للحنابلة، والزيدية، والإمامية، هؤلاء ذهبوا إلى القول ببطلان الإجارة، وإنما يثبت للمستأجر حق الفسخ؛ لأن الأصل أن المعقود عليه لا يفوت، فله أن ينتفع بالعرصة بدون البناء، ينتفع بالأرض وإن كانت خالية من البناء إلا أنه ناقص

فصار كالعيب يثبت به الخيار في الفسخ إذا أراد، فتوهم الفائدة بإعادة البناء ثابت؛ فلذلك لا تنفسخ الإجارة، وإنما يثبت للمستأجر الخيار فقط، بناءً على هذا تكون المسألة مستثناة من قاعدة لا عبرة بالتوهم، فإن عدم فسخ الإجارة هو توهم الفائدة بإعادة البناء مرة أخرى؛ لأن الأجرة سقطت، ومع هذا لم تنفسخ الإجارة.

ومن الصور المستثناة أيضاً: أن المشتري من الفضولي لو دفع الثمن له رجاء إجازة المالك ممن له حق الإجازة من المالك أو غيره، ثم أراد استرداده منه لم يملك ذلك قبل أن يفسخ المالك البيع، مع أن الإجازة موهومة الحصول، ومع ذلك اعتبرت في منع رد الثمن المدفوع ثمنًا للمعاملة المشتراة من الفضولي، وبذلك أخذ هذا الفرع والذي قبله حكم مغاير لحكم القاعدة وهي لا عبرة بالتوهم.

قاعدة "المشقة تجلب التيسير" وفروعها والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة "المشقة تجلب التيسير" ، وبعض القواعد المتداخلة معها ٧٧

العنصر الثاني : تابع: القواعد المتداخلة مع قاعدة "المشقة تجلب التيسير" ٩٠

قاعدة المشقة تجلب التيسير، وبعض القواعد المتداخلة معها

١. قاعدة: "المشقة تجلب التيسير":

قاعدة: "المشقة تجلب التيسير" هي القاعدة الثالثة من القواعد الكلية الكبرى؛ فقاعدة "المشقة تجلب التيسير" تُعدُّ أصلًا من أصول هذا الدين، ومعظم الرخص الشرعية التخفيفات الكثيرة منبثقة عن هذا الأصل العظيم، بل إنه من الدعائم والأسس التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي، فهي قاعدة فقهية أصولية عامة، وصارت أصلًا مقطوعًا به لتوافر الأدلة عليها.

قال الإمام الشاطبي: إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع، ويندرج تحت هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي يحصل بينها تداخل أو اتحاد يدخل تحتها قواعد عدة:

منها: الأمر إذا ضاق اتسع وإذا اتسع ضاق.

ومنها: الضرورات تبيح المحظورات.

ومنها: الضرورات تقدر بقدرها.

ومنها: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

ومنها: الاضطرار لا يبطل حق الغير.

وهذه القاعدة - "المشقة تجلب التيسير" - من القواعد الكلية الكبرى، وهي تفيد أن الصعوبة إذا وجدت في شيء من الأشياء كانت سببًا شرعيًا صحيحًا للتسهيل والتخفيف ورفع المعاناة عن المكلف عند تنفيذ الأحكام بوجه ما، والمشقة في

اللغة معناها الجهد والتعب، يقال: شق عليه الأمر يشق شقاً ومشقة إذا أتعبه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِلَاغِهِ إِلَّا يَشِقُّ الْأَنفُسَ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَءُوْفٌ رَّحِيمٌ﴾ [النحل: ٤٧] أي: لم تكونوا قادرين على ذلك إلا بتعب النفس وانكسارها وعنتها، فإن من معاني المشقة الجهد والعناء والانكسار والضيق.

والمراد بالمشقة التي تكون سبباً في التيسير: هي المشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية دون المشقة التي لا تنفك عنها، كمشقة الجهاد، وألم الحدود ورجم الزناة، وقتل البغاة والمفسدين والجناة، فهذه المشقة لا أثر لها في جلب تيسير ولا تخفيف، وجلب الشيء معناه سوقه والمجيء به من موضع إلى موضع.

والتيسير في اللغة: معناه السهولة والليونة، يقال: يسر الأمر إذا سهل ولان، ومنه الحديث الشريف: ((إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا وأبشروا)) أخرجه البخاري والنسائي عن أبي هريرة، والمقصود بقوله: ((سددوا)): أي اقصدوا السداد في الأمر وهو الصواب، والمقصود بقوله: ((قاربوا)): أي: اطلبوا المقاربة، وهي القصد في الأمر الذي لا غلوف فيه ولا تقصير، أي: أن الدين سهل سمح قليل التشدد واليسر ضد العسر.

والمعنى اللغوي لهذه القاعدة يفيد أن الصعوبة والعناء تصبح سبباً للتسهيل، هذا هو المعنى اللغوي.

وأما المعنى الاصطلاحي الشرعي للقاعدة فيفيد: أن الأحكام التي ينشأ عنها حرج على المكلف، وفيها مشقة تلحقه في نفسه أو ماله، فالشرعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج.

وقد دلت على هذه القاعدة بعض القواعد الفرعية الأخرى التي هي امتداد لهذه القاعدة الجديدة، كما دلت عليها نصوص من الذكر الحكيم، ومن أحاديث

النبي كريم ﷺ ودل عليها الإجماع، ودلت عليها عمومات الشريعة النافية للخرج، ودلت عليها مشروعية الرخص، وكلها تشير إلى أن الشارع الحكيم وهو الله ﷻ لم يقصد من التكاليف الحرج والإعنات، وإنما جعل أصل الشريعة مبني على اليسر وعلى السماحة، فإذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق، وكل ما تجاوز عن حده انقلب إلى ضده كما قال الإمام الغزالي في (الإحياء).

نتقل بعد ذلك إلى بيان الأدلة التي قامت على هذه القاعدة العظيمة، وهي أدلة كثيرة:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْهِنَّ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] إلى غير ذلك من الآيات، وهي في مجموعها تدل على أن الله تعالى شرع الأحكام سهلة ميسرة على العباد، فما من عمل من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهو في وسع المكلف وفي مقتضى إدراكه، ودلت كذلك على أن الحرج مرفوع عن هذه الأمة في كل ما يلحق ضيقاً بالمكلف في نفسه أو جسمه أو بهما في الدنيا والآخرة.

وانطلاقاً من هذه الآيات استنبط الفقهاء هذه القاعدة وجعلوها بمثابة نبراس يستضيئون بها عند النوازل والوقائع، ويعالجون كثيراً من المسائل والقضايا على أساس هذه القاعدة، وقد جاء في (تفسير المنار) عند قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ أن الآية الكريمة تشعر بأن الأفضل أن يصوم المكلف إذا لم يلحقه مشقة أو عسر لانتفاء علة الرخصة، وإلا كان الأفضل أن يفطر لوجود علتها، وذلك بأن الله لا يريد إعنات الناس بأحكامه،

وإنما يريد اليسر بهم ويريد الخير لهم، وهذا أصل في الدين يرجع إلى غيره، ومنه أخذوا قاعدة: "المشقة تجلب التيسير".

أما من السنة المطهرة: فقد ورد في السنة كثير من الأحاديث التي تشير إلى معنى هذه القاعدة الشرعية، وليس أدل على ذلك من أن الرسول ﷺ وصف هذا الدين بالحنيفية السمحة، فهناك روايات وردت بهذه الصيغة أجودها: ((إن الدين عند الله الحنيفية السمحة لا اليهودية ولا النصرانية)).

قال الإمام العلائي في (المجموع المذهب في قواعد المذهب): الوجه الثاني: أن أجود ما رويناه في فوائد أبي عمرو بن منده بسند صحيح عن أبي بن كعب < قال: ((أقرأني النبي ﷺ أن الدين عند الله الحنيفية السمحة لا اليهودية ولا النصرانية)) وهذا مما نسخ لفظه وبقي معناه.

وجاء في حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: ((بعثت بالحنيفية السمحة، ومن خالف سنتي فليس مني)) وقال ﷺ: ((إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه)) وقال فيما أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وغيره: ((إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين)).

قال الإمام ابن حجر: وسُمي الدين يسراً مبالغة بالنسبة إلى الأديان قبله؛ لأن الله وضع عن هذا الأم الإصر الذي كان على من قبلهم، ومن أوضح الأمثلة لهم أن توبتهم كانت بقتل أنفسهم، وأن توبة هذه الأم بالإقلاع والعزم والندم، ومن هذا الباب ما روى البخاري عن أنس عن النبي ﷺ قال: ((يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا)).

وعن عائشة > قالت: ((كان رسول الله ﷺ إذا أمرهم أمرهم من الأعمال بما يطيقون)) وتفصيل هذا المعنى نجده فيما روي عنها: ((أن النبي ﷺ دخل عليها

وعندها امرأة، قال: من هذه؟ قالت: فلانة تذكر من صلاتها، قال: مه! عليكم بما تطيقون فوالله لا يمل الله حتى تملوا. وكان أحب الدين إليه ما دام عليه صاحبه)).

وعن جابر بن عبد الله < قال: ((كان رسول الله ﷺ في سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظل عليه، فقال: ما هذا؟ قالوا: صائم، قال: ليس من البر الصيام في السفر)) وفي رواية أخرى: ((عليكم برخصة الله التي رخص لكم)).

قال ابن دقيق العيد: فيستحب التمسك بالرخصة إذا دعت الحاجة إليها، ولا تترك على وجه التشديد على النفس والتنطع والتعمق.

وعن أبي مسعود الأنصاري قال: ((قال رجل: يا رسول الله، لا أكاد أدرك الصلاة مما يطول بنا فلان، فما رأيت النبي ﷺ في موعظة أشد غضبا من يومئذ، فقال: أيها الناس، إنكم منفرون، فمن صلى بالناس فليخفف؛ فإن فيهم المريض والضعيف وذا الحاجة)).

ومن الأدلة: ما ثبت من تشريع الرخص، وهذا أمر مقطوع به ومما عُلِمَ من دين الله بالضرورة ذلك مثل: رخص القصر والفطر، والجمع في الصلاة، وتناول المحرمات في الاضطرار، فإن هذا نمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة، ويدل على التيسير والتسهيل على الناس، وكذلك ما جاء في النهي عن التعمق والتكلف، وعن كل ما يسبب الانقطاع عن الدوام في الأعمال، ولو كان الشارع قاصداً المشقة في التكليف لما كان ترخيصاً ولا تخفيفاً.

ومن الأدلة: عدم التكليف بالشاق، حيث إن الإجماع قد انعقد بين علماء الأمة الإسلامية على عدم وقوع المشقة غير المألوفة في أمور الدين، ولو كان ذلك واقعاً لحصل التناقض والاختلاف في الشريعة، وذلك منفي عنها؛ لأن الأدلة على

سماحة الشريعة أكثر من أن تحصى، فأحكام الشريعة كلها مبنية على التيسير، ومن أجل ذلك أباح الشارع الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة، أو بطريق الإعارة، أو بطريق القرض كما سهل الأمر بالاستعانة بالغير وكالة وإيداعاً وشركة ومضاربة ومساقاة، وأجاز الاستيفاء من غير المديون حوالة، وبإسقاط بعض الدين صلحاً أو إبراءً، وبالتوثيق على الدين برهنٍ أو كفيل.

ومن الأدلة: رعاية مصالح العباد بجواز العقود الجائزة؛ لأن لزومها لو وجبت شاق، فيكون سبباً لعدم تعاطيها، ووقف عزل الوكيل قبل علمه رفعاً للحرَج، وكذلك عزل القاضي، فكل منهما لا يعزل إلا بعد علمه بالعزل، ومنها مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان بها ما فرط فيه حال حياته، ومنها إسقاط الإثم عن المجتهد في الخطأ، والتيسير عليهم بالاكْتفاء بالظن دون القطع واليقين، ومنها إباحة الشارع النظر إلى المرأة الأجنبية للتطبيب والشهادة وعند الخطبة، وإباحة أربعة نسوة تيسيراً على الرجل وعلى النساء لكثرتهم، ومشروعية الطلاق لما في إبقاء الزوجية مع التنافر من المشقة، وكذلك مشروعية الحُلْع والافتداء والرجعة في العدة قبل الثلاث، ومشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيراً على المكلفين، وكذلك التخيير في كفارة اليمين لتكررها إلى غير ذلك مما في هذه الشريعة السمحة من أحكام مبنية على اليسر والسهولة.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل إن النبي ﷺ كثيراً ما كان يترك الأمر مخافة أن تكون فيه مشقة على أمته، وظهرت هذه الرأفة في أروع مظاهرها، ومن الأحاديث الجليلة في هذا المعنى قوله ﷺ: ((لولا أن أشق على أمتي ما قعدت خلف سرية ولوددت أني أقتل في سبيل الله، ثم أحيأ، ثم أقتل، ثم أحيأ، ثم أقتل)) وكذلك قوله ﷺ: ((لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل

صلاة)) وفي هذا الحديث دليلٌ على فضل السواك ودليلٌ على الرغبة فيه ، وفيه دليلٌ على فضل التيسير في أمور الدين ، وأن ما يشق منها مكروه.

قال ولي الله الدهلوي في شرح هذا الحديث : معناه : لولا خوف الحرج على هذه الأمة لجعلت السواك شرطاً للصلاة كالوضوء ، وقد ورد بهذا الأسلوب أحاديث كثيرة جداً ، وهي دلائل واضحة على أن اجتهاد النبي ﷺ مدخلاً في الحدود الشرعية ، وأنها منوطة بالمقاصد ، وأن رفع الحرج من الأصول التي بُنيت عليها هذه الشريعة ، وهذا كله يثبت بالدليل القاطع أن الشريعة جاءت في مجموعها سهلة ميسرة على العبادات ، وأنها جاءت خالية من التكاليف الشاقة التي تجعل المكلف في ضيق وفي حرج من ثقل التكاليف ، وأنها راعت ظروف الناس من حيث إنهم يتفاوتون صحة ومرضاً وقوة وضعفاً ، فكان رفع الحرج والمشقة عن الناس عامة وعن المرضى والمصابين وأصحاب الأعذار خاصة أمراً واضحاً في هذه الشريعة السمحة.

فهذه نبذة يسيرة من الآيات والأحاديث الثابتة في هذا الباب ، وكلها وثيقة الصلة بموضوع التيسير والتخفيف ، وفيها توجيه وإرشاد إلى إعمال القاعدة - وهي قاعدة "المشقة تجلب التيسير" - وما شابهها من القواعد التي ستتحدث عنها ، وبالنظر في تلك الأحاديث نجد أنها قد انتظمت ثلاثة جوانب على اختلاف موضوعاتها والمناسبات التي وردت فيها :

الأول : أن بعضها يتناول يسر هذا الدين وسماحته ورفع الحرج عن العباد.

الثاني : يتعرض لأوامر النبي ﷺ بالتخفيف ونهي الناس عن التعمق والتشديد.

الثالث : فيه بيان ما ترك ﷺ من بعض القرب خشية المشقة على أمته.

وهي في مجموعها متحدة في معناها ومغزاها، وهي كلها قد تجلّى فيها القصد إلى وضع الحرج عن الأمة، ويدخل تحت هذه القاعدة أنواع من الفقه منها في العبادات التيمم عند مشقة استعمال الماء على حسب تفاصيله في الفقه، ومنها القعود في الصلاة عند مشقة القيام وفي النافلة مطلقاً، ومنها قصر الصلاة في السفر والجمع بين الصلاتين... إلى غير ذلك، ومن التخفيفات أيضاً أعذار الجمعة والجماعة وتعجيل الزكاة، والتخفيفات في العبادات والمعاملات والمناكحات والجنايات.

ومن التخفيفات المطلقة: فروض الكفاية وسنتها، والعمل بالظنون لمشقة الاطلاع على اليقين.

تنبيه:

وأخيراً يجب أن يُعلم أن "المشقة تجلب التيسير" إذا لم يوجد نصٌّ في المسألة المفروضة، أما إذا وُجدَ فيها نصٌّ؛ فلا يجوز العمل على خلاف النص بداعي جلب التيسير وإزالة المشقة، أو لمراعاة المصلحة، ونظام السماح والتيسير في الشريعة الإسلامية لا يقتصر على شئون العبادات، وإنما يتسع لكل أحكام الشريعة من معاملات مدنية، أو تصرفات شخصية، أو عقوبات جزائية، أو تشريعات قضائية ونحوها.

وصفوة القول: أن هذه القاعدة - "المشقة تجلب التيسير" - مستخلصة من الآيات والأحاديث التي عرضناها وغير ذلك، وكذلك القواعد التابعة لهذه القاعدة العامة الأساسية، فإنه يدور معناها وينبثق من النصوص الشرعية، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القواعد التالية، وهذه القواعد هي المكملة لقاعدة "المشقة تجلب التيسير".

٢. قاعدة: "إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق":

أ. معنى القاعدة:

هذه القاعدة تدل على أنه إذا ظهرت مشقة في أمر من الأمور؛ فإنه يرخص فيه ويتوسع في حكمه، فإذا زالت المشقة عاد الأمر إلى ما كان عليه، وهذا هو معنى القاعدة.

فمعناها: أنه إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة، أو طرأت ظروف استثنائية أصبح الحكم الأصلي للحالات العادية محرراً للمكلفين ومرهقاً لهم بحيث يجعلهم في ضيق عند التطبيق، فإن هذا الظرف العارض للإنسان يقتضي التخفيف والتيسير ما دامت تلك الضرورة قائمة، فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله، وهذا معنى إذا اتسع الأمر ضاق.

ومثال ذلك: فيما لو تحقق عسر مديون لا كفيل له بالمال، فيرخص بالتأخير وقت اليسر، ولو ثبت عدم اقتداره على دفع الدين دفعة واحدة؛ فيرخص له بتأدية الدين مقسطاً كذلك، ومعنى هذا أنه يجب إنظار المعسر إلى ميسرة.

ب. أدلة القاعدة:

ثبتت الأدلة لهذه القاعدة من الكتاب، والسنة الصحيحة.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنْ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٠١] ووجه الدلالة أن الله ﷻ خفف عن المؤمنين في حال الخوف، فأباح لهم قصر الصلاة، وتغيير كيفية أدائها، وشرع لهم صلاة الخوف.

ثم قال تعالى: ﴿فَإِذَا أَطْمَأْنَنْتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾ [النساء: ١٠٣] حيث قد أمرهم المولى ﷺ عند الاطمئنان، وزوال حالة الخوف بإتمام الصلاة وأدائها على كيفية الأصلية.

أما من السنة: ما أخرجه أبو داود عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: سمعت عائشة > قالت: دف ناس من أهل البادية، وحضرت الأضاحي في زمان رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: ((ادخروا الثلث وتصدقوا بما بقي. قالت: فلما كان بعد ذلك، قيل: يا رسول الله، لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم، ويحملون منها الودك، ويتخذون منها الأسقية، قال رسول الله ﷺ: وما ذاك؟ قالوا: نهيت عن إمساك لحوم الأضاحي بعد ثلاث، قال رسول الله ﷺ: إنما نهيتكم من أجل الدافاة التي دفت عليكم، فكلوا وتصدقوا وادخروا)).

وفي رواية قال رسول الله ﷺ: ((إنما نهيتكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث؛ لكي تسعكم فقد جاء الله بالسعة؛ فكلوا وادخروا)) فقد نهى رسول الله ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، أو فوق الثلث لما ضاق الأمر لحاجة الوفود التي دفت على المدينة، فلما رحل هؤلاء الوفود اتسع الأمر، وزالت الحاجة، ورجع الأمر إلى أصله فأباح لهم الادخار، والانتفاع كما كانوا قبل ذلك.

ج. من فروع هذه القاعدة:

هناك مسائل كثيرة تدرج تحت هذه القاعدة، منها: جواز دفع السارق، والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره، ولو بالقتل؛ ولهذا قال الإمام علي: لا تتبعوا مولياً ولا تجهزوا على جريح؛ لأن القصد من القتال كان لدفع الضرر، وقد حصل بهربه أو جرحه، فلا يجوز الزيادة عليه؛ لأن ما جاز لأمر امتنع بزواله.

ومنها: جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل، عند فقد العدالة أو عند ندرتها كما هو مصرح به في (معين الحكام) في باب القضاء بشهادة غير العدول للضرورة.

ومنها: إباحة أكل الميتة للمضطر، أو أكل مال الغير على أن يضمه حفظاً للحياة.

ومنها: شهادة النساء والصبيان في الحمامات، والمواضع التي لا يحضرها الرجال؛ دفعاً لخرج ضياع الحقوق، والأصل في ذلك متفق عليه، ولكن اختلفوا في الفروع.

٣. قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات":

هذه القاعدة لها ارتباط وثيق بقاعدتي: "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة: "المشقة تجلب التيسير".

أ. معنى القاعدة:

الضرورات: جمع ضرورة، وأصلها الضرر، وهو الضيق، والمحظورات: هي الممنوعات.

ومعنى القاعدة: أن الأشياء الممنوعة تعامل كالأشياء المباحة وقت الضرورة، وتعتبر حالة الضرورة من أعلى أنواع الحرج ومن أشدها، ومن أكثرها أهمية من الحاجة وهي أكبر خطراً.

ومعنى هذا أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة.

ب. دليل القاعدة:

وقد دلت عليها آيات من كتاب الله ﷻ منها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣] ونظائرها مثل قوله

تعالى: ﴿إِلَّا مَا أَضْطَرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩]، وبعد تعداده جملة من المحرمات قال الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا أَضْطَرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].
فالقاعدة مستفادة من استثناء القرآن الكريم لحالات الاضطرار في ظروف استثنائية خاصة، وهي قاعدة أصولية فقهية، وتتعلق بالرخص الشرعية.

ج. أنواع الرخص المبنية على القاعدة:

الرخص التي تخرج على هذه القاعدة ثلاثة أنواع:

النوع الأول: يفيد إباحة الممنوع ما دامت حالة الضرورة قائمة، كالأكل من الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعة، وكأكل لحم الخنزير، وإساقعة اللقمة بالخمير عند الغصة، أو عند الإكراه التام بالقتل أو قطع عضو؛ لأن الاضطرار كما يتحقق بالمجاعة، يتحقق بالإكراه التام لا بالإكراه الناقص.

فهذه الأشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا أَضْطَرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ أي: إلا إذا دعتكم شدة الحاجة، وشدة المجاعة لأكلها، والاستثناء من التحريم إباحة، وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة تتحقق أيضاً بالإكراه التام، فيباح تناول ويحرم الامتناع، حتى لو امتنع ومات، أو قتل كان أثماً؛ لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه إلى التهلكة، وقد نهى الشرع عن ذلك.

وأما إن كان الإكراه بجس أو بضرب لا يخاف منه التلف، فلا يحل له أن يفعل المحذور، هذا هو النوع الأول من أنواع الرخص التي ترخص عند الضرورة.

النوع الثاني: لا تسقط معه حرمة الممنوع بحال، فيبقى الفعل المحذور حراماً، لكن رخص في الإقدام عليه لحالة الضرورة، كإتلاف مال المسلم أو القذف في

عرضه ، أو إجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالإيمان ، وهذا بشرط أن يكون الإكراه تاماً.

فهذه الأفعال في نفسها محرمة مع ثبوت الرخصة ، وأثر الرخصة يكون في تغيير حكم الفعل المحظور ، وهو رفع المؤاخذه فقط ، لا في تغيير وصفه وهو الحرمة ، وفي هذا النوع يكون الامتناع عن الفعل أفضل ، فإنه لو امتنع فقتل كان مأجوراً عند الله ، هذا هو النوع الثاني من أنواع الرخص التي تباح عند الضرورة.

النوع الثالث: أفعال لا تباح بحال ، ولا ترخص لإنسان أصلاً ، لا بالإكراه التام ، ولا بغيره ، وذلك كقتل المسلم ، أو قطع عضو منه ، والزنا وضرب الوالدين ، أو ضرب أحدهما ، فهذه الأفعال لا تباح ، ولا يجوز الإقدام عليها ، ولا ترفع المؤاخذه ، ولا الإثم لو فعل شيئاً منها مع الإكراه ؛ لأنه قد تعارض هنا مفسدتان روعي أشدهما بارتكاب أخفهما ، فقتل المسلم أشد من تهديده بالقتل ، ولو قتل في هذه الحالة كان مأجوراً ، ولو قتل كان ظالماً...

- لكن لو قتل في هذه الحالة ، هل يقتص منه ، أو ممن أكرهه على القتل ، أو من كليهما؟.

- خلاف بين الفقهاء...

ولو زنا تحت الإكراه التام ، فإنه يسقط عنه الحد لشبهة الإكراه ، لكن لا يرتفع عنه الإثم ، وبناء على ذلك فإن هذه القاعدة لا تتناول النوع الأخير ؛ لأنه لا يباح بحال من الأحوال ؛ فيكون النوع الأخير مستثنى من هذه القاعدة ، وهي إنما تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته لكن لا ترفع الضمان ، لو اضطر إنسان لأكل مال الغير ، وهي تبيح النوع الثاني مع بقاء حرمة ، والترخيص إنما هو في رفع الإثم كنظر الطبيب إلى ما لا يجوز الكشف عنه شرعاً من مريض ، أو جريح ،

فإنه ترخيص في رفع الإثم لا في رفع الحرمة، وكالاضرار لأكل مال الغير عند المخصصة، فإنه لا يسقط حرمة مال الغير، بل يسقط الإثم، ويجب عليه الضمان أو أن يستحل من صاحبه.

وهذه القاعدة زاد عليها الشافعية قيداً وهو: عدم نقصان الضرورة عن المحذور، فإذا نقصت فإنه لا يباح المحذور، وهذا الشرط ملتزم عند غير الشافعية، وإن لم يقولوه، فإنه لو أكره إنسان على قتل غيره، فلا يرخص له، وكذلك لو دفن الميت بغير تكفين لا ينبش عليه؛ لأن مفسدة هتك حرمة الميت أشد من مفسدة عدم تكفينه؛ لأن الستر بالتراب قام مقامه، وإن كان هذا في الحقيقة يندرج تحت القاعدة القائلة بـ "اختيار أهون الضررين".

تابع: القواعد المتداخلة مع قاعدة "المشقة تجلب التيسير"

١. قاعدة: "الضرورات تقدر بقدرها":

هذه القاعدة وضعت عقب القاعدة السابقة، وهي قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" لتنبه على أن ما تدعو إليه الضرورة من المحظورات إنما يرخص منه بالقدر الذي تندفع به الضرورة فحسب.

فهي كالقيد عليها، فإذا اضطر الإنسان لفعل محظور، فليس له أن يتوسع في فعل المحذور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط.

وهذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة الأم: "الضرر يزال" ولها ارتباط بقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" فمضمون القاعدة هذه: "أن الضرورات تبيح المحظورات مطلقاً" فجاءت قاعدة الضرورات تقدر بقدرها؛ لتبين أن الضرورات

تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها، أي: لا بد أن تقدر الضرورة بقدرها، وما زاد على قدر الضرورة فباقٍ على الحظر، والمحذور هو ارتكاب ما نهى الله عنه في الظروف العادية، والضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه فعل الشيء الممنوع.

الدليل على هذه القاعدة:

ودليل هذه القاعدة، والأصل الذي بنيت عليه هو قوله تعالى: ﴿فَمِنْ أَضْطَرٍّ غَيْرٍ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣] وكذلك قوله تعالى: ﴿فَمِنْ أَضْطَرٍّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٢٣].

وجه الدلالة:

في هاتين الآيتين حرم الله تعالى الأكل من الميتة إلا عند الضرورة، فيباح الأكل على مقدار سد الرمق؛ لأن ما بعد سد الرمق غير مضطر إليه، فلا يباح، ولا فرق بين المحرم من المأكول والمشروب، ولكن إذا كان المشروب مسكراً، واضطر إليه فلا يشرب؛ لأنه لو شربه لعطش، فهو حينئذ لا يزيل العطش، بل يثيره ما لم يغص بلقمة، ولم يجد غير المسكر، فله أن يسيغها به.

وارتباط هذه القاعدة بالقاعدة الأم "الضرر يزال" ظاهر وقوي من حيث إننا لو لم نقدر الضرورة بقدرها، وقع الضرر؛ لأن مجاوزة القدر المطلوب لإزالة الضرورة، وقوع في الحرام، وهو ضرر فلا يتحقق الضرر يزال إلا إذا أزيل بقدره.

الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة:

لهذه القاعدة فروع وهي تدور حول جواز إباحة المحذور، وأن يكون بقدر الضرورة، ومن هذه الفروع: الاستشارة في الخطاب، فإذا استشير إنسان في

خاطب، اكتفى بالتعريض لا يعدل عنه إلى التصريح، إلا إذا كان المستشير لا يفهم بالتعريض.

والتعريض هو ما يفهم من عرض الكلام، ومن فحواه وكل ما تكون دلالة على المراد بالإشارة، فهو من التعريض، فالضرورة هنا معرفة صلاحية الخاطب، فإذا فهم المستشير بالتعريض، فلا يجوز للمستشار التصريح بما في الخاطب من عيوب؛ لأن ذلك يوقعه في أعراض الناس بلا ضرورة.

أما إذا كان لا يفهم إلا بالتصريح، فيجوز التصريح في تلك الحالة للضرورة، ومن التعريض أن يقول هذا الخاطب: لا يصلح لكم، والله يعوضكم بغيره؛ ولهذا قالوا: إن في المعارض لمندوحة عن الكذب.

ومن الفروع: مداواة الرجل المرأة، فيجوز للرجل أن يداوي المرأة، ولو كانت أجنبية، ولكن لا يجوز له أن يكشف من جسدها إلا بقدر ما يلزم للعلاج من سائر الأمراض، فإذا كشف ما يزيد عن مقدار الضرورة كان آثمًا، وتكون المرأة هي الأخرى آثمة، إذا كشفت عما يزيد على قدر الضرورة، إذ لو زدنا على قدر الضرورة لما صدق "الضرر يزال" ولما رفعناه وخرج بالأجنبية المحرم، فإنه يراعى ما يحل له النظر إليه، ويقف عند حد الضرورة، فيما لا يجوز.

ومن الفروع: التي تندرج تحت القاعدة اقتناء الكلاب للصيد، فإنه يجوز اقتناء الكلاب إذا كان للحراسة، أو للصيد أو التعرف على المجرمين بواسطة الكلاب البوليسية المدرب.

فهذا جائز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها؛ لما روي: ((أن الملائكة لا تدخل بيتا فيه كلب أو صورة؛ فقد سأل النبي ﷺ جبريل عن ذلك فقال: لقد منعنا أن ندخل بيتا فيه كلب أو صورة)).

فالأصل هو المنع ، لكن جاءت حاجة الناس الداعية إلى اقتنائها ، فكانت الإباحة بقدر الضرورة ، فالذي لا يحتاج إلا لكلب واحد ، لا يجوز له أن يقتني أكثر منه ، فإذا كانت الضرورة تقضى باثنين ، فلا يأخذ أكثر منهما ؛ لأنه أزيد من الضرورة ، والزيادة لا تحل لأن الضرورة تقدر بقدرها.

مراتب إباحة المحظور:

ذكر العلماء أن إباحة الممنوع سواء كان على وجه التحريم ، أو الكراهة هذه الإباحة تأتي على خمس مراتب :

المرتبة الأولى: الضرورات ، والضرورات هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا للجماعة ، وللأفراد بحيث لا يستقيم النظام باختلالها ، وتثول حالة الأمة ، أو حالة الأفراد إلى فساد ، وتفوت حياة الناس في هذه الدنيا ، وفي الآخرة يكون بفوات النجاة ، والنعيم والرجوع بالخسران المبين.

فإذا وصل الإنسان إلى الحد الذي يجعله إن لم يتناول الممنوع هلك ، أو قارب الهلاك ففي هذه الحالة يباح له أن يتناول الحرام : كالخمر والميتة والنطق بكلمة الكفر ، هذه هي المرتبة الأولى ، وهي أشدها وأقواها.

المرتبة الثانية: الحاجة ، والحاجة أقل من الضرورة ، وهي كل ما تحتاج إليه الأمة ، وكل ما يحتاج إليه الأفراد من حيث التوسعة ، ورفع الحرج ، وانتظام الأمور ، بحيث إذا لم تراع دخل على المكلفين الحرج ، ودخل عليهم المشقة من غير أن يبلغ مبلغ الفساد المتوقع ، لكنه على حالة غير منتظمة ، وذلك كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح الحرام ، ويبيح الفطر في الصوم ، فالمشقات والحاجات تبيح الرخص ، ولا تبيح المحرمات ، هذه هي المرتبة الثانية.

المرتبة الثالثة: المنفعة، وهي كالذي يشتهي خبز الحنطة، ولحم الغنم والطعام الدسم، فهي لا تتعلق بإباحة محظور، ولا حاجة تلك هي المرتبة الثالثة.

المرتبة الرابعة: الزينة، كالذي يشتهي الحلوى، والسكر أو يشتهي الثوب المنسوج من حرير الكتان، أو يشتهي الفواكه الغالية أو النادرة، أو لحم الغزال.

المرتبة الخامسة: الفضول، والفضول جمع فضل، والفضل معناه الزيادة، وهو كل أمر تردد بين الحل والحرم، ومن ذلك التوسع بأكل الحرام، أو الشبه كمن يريد استعمال أواني الذهب، أو يريد شرب الخمر.

فهذه هي مراتب ما يحتاج إليه الإنسان، وما تحتاج إليه النفس في هذه الدنيا، وقد تدخل الضرورة في حله وحرمة وقد تدخل فيه الرخصة، وقد لا تدخل.

٢. قاعدة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة":

هذه القاعدة معناها: أنه إذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس، أو كانت خاصة لشخص ما نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها.

فالمراد بالحاجة هنا: ما كانت دون الضرورة، والضرورة الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه، والفرق بين الحاجة والضرورة: أن حكم الأولى مستمر، وأن حكم الثانية مؤقت بمدة قيام الضرورة، إذ الضرورة تقدر بقدرها، والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل أو لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في التشريع يمكن إلحاقه به، وقد جعل ما ورد في نظيره وارداً فيه.

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه، فعدم الجواز فيه واضح، ولو ظنت فيه مصلحة؛ لأنها حينئذ من قبيل الوهم، والحاجة منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص، ولكل واحدة منهما فروع وتطبيقات.

أ. الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة:

أما الحاجة العامة: فمن فروعها الإجارة والجعالة والحوالة، والسلم والاستثمار، ودخول الحمام والوصية، فهذه الفروع جوزت على خلاف القياس للحاجة إليها، وبيان هذه الفروع فيما يلي:

أولاً: الإجارة:

الإجارة لغة: فهي اسم للأجرة، واشتهرت في العقد.

الإجارة شرعاً: فهي عقد على منفعة معلومة قابلة للبذل، والإباحة بعوض معلوم، أو هي عقد على المنافع بعوض.

وهذا التعريف الثاني للإجارة أقصر، وأوضح وأبلغ في إفادة المعنى، ولما كانت المنافع في عقد الإجارة غير موجودة عند التعاقد، فقد جوزت الإجارة على خلاف القياس لحاجة الناس إليها؛ وذلك لأن عقد الإجارة وارد على المنافع، وهي معدومة، وتمليك المعلوم قبل وجوده لا يجوز، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافاً إلى زمن وجود المنفعة؛ لأن التمليكات لا تقبل الإضافة، ولا تقبل التعليق، فكان جوازها استحساناً لقول النبي ﷺ: **((أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه))**.

والسبب الذي به كانت الإجارة منفعة عامة: أن الناس جميعاً ليس عندهم دور، أو أرض زراعية، وقد يكون عند الإنسان أرض، ولكنه لا يقدر على زراعتها، فتفوت المصلحة المترتبة على زراعتها إذا تعطلت الأرض بدون زراعة، وهذا لا يجوز شرعاً؛ لأن ترك زراعتها إهدار للمصلحة المنوطة بزراعتها، فدعت الحاجة إلى التعاقد على وجه الإجارة؛ نظراً لهذه الحاجة المنزلة منزلة الضرورة.

ثانيًا: عقد الجعالة:

الجعالة لغة: اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء.

الجعالة شرعًا: فالجعالة التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول بمعين أو غير معين.

فعقد الجعالة يرد على عمل مجهول، كرد الضالة، وقد يكون مع شخص مجهول، كأن يقول: من رد علي ضالتي فله كذا، وكذلك العوض يكون مجهولاً في بعض الأحوال، وهذا يقضي بعدم الجواز، ولكن الشريعة أباحت العقد؛ نظراً لحاجة الناس إليه، وقد يستأنس لجواز عقد الجعالة بقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

وإنما قلنا يستأنس به؛ لأن هذا ورد في شرع من قبلنا، وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه، ولم يوجب ذلك المخالف، فجاز استئناس بهذه الآية الكريمة على جواز عقد الجعالة.

ثالثًا: أعمال السمسرة:

هو عقد آخر من العقود التي جازت نظراً لحاجة الناس إليها، وهي أعمال السمسرة. وأعمال السمسرة تأخذ حكم الجعالة، إذ هي ما يعطيه شخص لسمسار لأجل أن يدلّه على شراء قطعة أرض أو شقة أو سيارة، أو نحو ذلك، فيجوز مع ما ينطوي عليه عمله من الغرر، فقد يحضر له ما يريد وقد لا يحضره، وإذا أحضره فقد يناسبه، فيتم العقد وقد لا يناسبه فلا يتم العقد، ولكن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، فأجيز هذا العقد للحاجة إليه، هذا هو عقد أعمال السمسرة.

رابعاً: عقد الحوالة:

الحوالة : هي عقد يقتضي انتقال دَين حق من ذمة إلى ذمة أخرى.

وحقيقة الحوالة : أنها بيع دين بدين ، فإن المحيل يشتري ما في ذمته بما له في ذمة المحال عليه ، وهي أي : الحوالة من وسائل استيفاء الحقوق ، والأصل أن الحوالة وهي بيع دين بدين لا تجوز ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الدين بالدين.

ولكن الصحيح أن الحوالة عقد إرفاق ، فكانت مشروعة والدليل لمشروعيتها قول النبي ﷺ : **((مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع))** والمطل معناه : التأخير في دفع الحق ، والتأخير والامتناع عن أدائه لصاحبه من غير عذر.

هذا هو المطل ، والمليء : هو الغني ، والأمر في الحديث للوجوب إلا أنه مصروف إلى الندب ؛ لاشتراط الرضا في العقود الرضائية ؛ إذ أن الرضا معناه توافق إرادة شخص بحريته ، ورغبته واختياره مع إرادة شخص آخر على إبرام عقد ، أو إنشاء التزام معه.

وقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة لحاجة الناس إليها ، فقد يكون المدين له دين على غيره ، وصاحب المال محتاج إليه ، فمن اليسير عليه أن يأخذ ماله من المحال عليه ، هذا هو خلاصة ما يقال في عقد الحوالة.

خامساً: عقد السلم:

عقد السلم : هو بيع شيء موصوف في الذمة ، أو هو بيع عاجل بأجل ، والآجل السلعة والعاجل الثمن ، وقد أجازته الشارع نظراً لحاجة الناس إليه ؛ لأن أرباب الزروع والثمار ، وأصحاب التجارات قد تعوزهم النفقة ، فمن أجل ذلك جوز الشرع لهم السلم ؛ لينتفع طرفاً العقد جميعاً كل حسب حاجته ، وقصده.

والقياس : أنه لا يجوز هذا العقد ؛ لأنه بيع معدوم ، ولكن جَوِّزَ نظراً لاحتياج الناس ، وتيسيراً عليهم في أمور حياتهم ، على خلاف القياس في بيع المعدوم .

سادساً : عقد الاستصناع :

عقد الاستصناع : هو عقد مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعمل الصانع شيئاً ، وكان مقتضى القياس أن عقد الاستصناع لا يجوز ؛ لانعدام الصناعة وقت التعاقد ، ولكنه جَوِّزَ ؛ نظراً لحاجة الناس ، وهي حاجة ماسة ، والنبى ﷺ فعله فقد استصنع خاتماً ومنبراً ، وهذا من أقوى الحجج على جواز عقد الاستصناع .

وما وقع في هذا العقد من خلاف ، فليس في أصل جوازه ، بل في أنه بيع أو عدة ، والصحيح أن عقد الاستصناع بيع له شبه بالإجارة ، فكان جائزاً بسبب تعامل الناس به ، وحاجتهم إليه ، ولا يزال الناس يتعاملون به منذ عصر الرسالة إلى يومنا هذا .

وهذا العقد يفيد ثبوت الملك في البدلين لكل من المتعاقدين ، وبعبارة أخرى : يفيد ثبوت الملك للمستصنع في العين المباعة في الذمة ، وثبوت الملك للصانع في الثمن ملكاً غير لازم . وهذه الأمثلة إنما هي للحاجة العامة .

ب. الحاجة الخاصة تنزل منزلة الضرورة :

من الحاجة الخاصة : تطيب الإناء : فيجوز تطيب الإناء بالفضة للحاجة ، ومعنى تطيب الإناء بالفضة أي : إصلاح الكسر الذي بالإناء ؛ إذ التطيب وضع الضبة على موضع الكسر ؛ ليلتئم ثم استعمل في كل ما يوضع على الإناء ، ولو للزينة سواء كان التطيب صغيراً أو كبيراً ، ذهباً أو فضة .

أما ضبة الذهب ، فتحرم مطلقاً كبيرة أو صغيرة ؛ لحاجة أو لزينة وهو المعتمد ، كما صححه النووي ، وأما ضبة الفضة ، فالكبيرة حرام عند الأئمة الثلاثة .

وقال أبو حنيفة : لا يحرم الإناء المضرب بالفضة مطلقاً ، ووجه الأول كمال الورع ، ومن الورع التباعد عن الإناء المضرب كالتباعد عن الإناء الكامل من الفضة .

ووجه الثاني العفو والتسامح في مثل هذا ، ومرجع الكبر والصغر في الضبة إلى العرف ، والمراد بالعرف : ما استقر في العقول ، وتلقته الطبائع السديدة بالقبول ، ولا يرجع إلى العرف إلا فيما لا نص فيه من الشارع ، وإنما حرم الإناء المضرب بالذهب دون الفضة ؛ لأن الخيلاء في الذهب أشد من الخيلاء في الفضة ، ولأن الفضة أوسع من الذهب بدليل جواز الخاتم للرجل منها دون الذهب ، هذا هو المثال الأول من الأمثلة التي تكون حاجة الناس فيها خاصة .

ومنها : خيار التعيين : وخيار التعيين يجوز مع أنه يجعل المبيع مجهولاً ، ولكن جواز هذا البيع للاحتياج إليه ؛ لأن بعض الناس قد لا يمكنه أن يشتري شيئاً بدون استشارة العارفين ، وصورة ذلك أن يذهب شخص إلى تاجر ساعات مثلاً ، ويختار من بين الساعات المعروضة أكثر من واحدة ، ثم يتعاقد المشتري مع البائع على شراء واحدة غير معينة من الساعات التي أخذها من التاجر ، على أن يكون له خيار التعيين ، فإذا وقع اختياره على واحدة منها أصبح العقد لازماً ، وانتهى الخيار .

وهذا من بيع المجهول فيكون فاسداً ، فيمنع ؛ لأنه يؤدي إلى الغرر المنهي عنه ، ولكن أجاز لمسيس الحاجة إليه ، وهي رفع الغبن عن المشتري الذي لا دراية له بالبيع والشراء ، وبهذا النوع من الخيار قال الحنفية والمالكية والإمامية ، وبعض

الزيدية، واستدلوا على ذلك بالقياس، حيث إنهم قاسوا خيار التعيين على خيار الشرط، والجامع بينهما وجود الحاجة إلى رفع الغبن في كل منهما.

وخيار الشرط مشروع، فيكون خيار التعيين مشروعاً كذلك؛ لدفع حاجة المشتري الذي يكون غير خبير بأحوال السوق، والبيع والشراء، فيحتاج إلى استشارة غيره؛ ليأخذ الأفضل له، ولن يتحقق هذا إلا عن طريق مشروعية هذا الخيار، كما أن المرأة قد لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى البائع لسبب، أو لآخر كما هو حاصل في البيوت الراقية، والعائلات الكريمة ذات الشرف والمكانة الاجتماعية العالية، فلا تجد إلا أن توكل من يشتري لها ما تريد على أن تكون بالخيار بين قطعتين، أو بين أكثر من الثياب من المشغولات الذهبية، وغيرها من سائر الأشياء التي ترغب في شرائها، فكانت الحاجة ماسة إلى مشروعية هذا الخيار؛ ولا سيما بعد أن تعددت الصناعات، وأصبحت أصنافاً، وألواناً بدرجات متفاوتة في الجودة يصعب معرفتها لغير ذوي الخبرات، والبصر بالمبيعات.

والظاهر أن ما يجوز للحاجة، إنما يجوز فيما ورد نص يجوزه، أو تعامل أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع، يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره وارداً فيه، أو لم يكن له نظير جائز في الشرع، يمكن إلحاقه به، ولكن كان فيه نفع ومصلحة، كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين، وضرب الدراهم والعهد بالخلافة، وغير ذلك مما لم يرد به الشرع، ولم ينه عنه، ولم يكن له نظير من قبل فإنه دعت الحاجة إليه وسوغته المصلحة.

وأما ما لم يرد فيه نص يسوغه، ولا تعاملت عليه الأمة، ولم يكن له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وليس فيه مصلحة ظاهرة، فالذي يظهر عندئذ عدم جوازه؛ جرياً على ظواهر الشرع؛ لأن ما يتصور فيه أنه حاجة، والحالة هذه يكون غير منطبق على مقاصد الشرع.

وقد ذكر ابن الهمام أن نفي المدرك الشرعي ، يكفي لنفي الحكم الشرعي ، وما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه ، فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه المصلحة ؛ لأنها حينئذ وهم ، وهذا قد سبق بيانه من قبل .

تطبيقات على قاعدة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة":

منها: تجوز الوصية فإن القياس يأبأها ؛ لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ، والتمليكات لا تقبل الإضافة ، وأيضا ينتقل الملك بالموت إلى الوارث فلم يبقَ للمورث بعد الموت مال ، أو شيء موروث ، حتى يملكه للغير ، ولكن جوزت الوصية بنص الكتاب العزيز للحاجة إلى هذا التصرف لمصلحة المورث ، الذي يريد أن يتدارك ما فاتته من أعمال الخير في حياته من قبل ، ويريد أن يستدرك ذلك عن طريق الوصية .

فالوصية كما شرعها الله تمليك مضاف لما بعد الموت ، وطريق التبرع سواء كان الموصى به عينا ، أو منفعة فللإنسان أن يوصي في حال حياته ، بأن يصرف جزءاً من ماله بعد موته لشخص معين ، أو في عمل من أعمال الخير ، أو في أداء ما وجب عليه من الفرائض ، والواجبات التي قصر في أدائها ، وهو يريد أن يتدارك ما فاتته منها إبراءً لذمته ، وتحصيلاً للثواب الذي هو في أشد الحاجة إليه .

وفي الوقت نفسه يخشى أن يتبرع بماله في حياته ، ثم تمتد به الأيام ويطول به الأجل ، فيحتاج إلى ماله في قضاء مصالحه في الدنيا ، ودفع حاجته فيها ، فهو بين الرغبة في الاستزادة من الثواب ، والخشية من العوز وذل الحاجة في الحياة ، وهذه مصلحة أكيدة ومعتبرة شرعاً ، ومن أجل ذلك شرع الله الوصية للناس رحمة بهم ، وتمكيناً لهم من مقاصدهم في فعل الخير ، مع تأمين حياتهم من شر الفقر

والفاقة، ففتح لهم بذلك أبواب الخير بنفوس مطمئنة، وتصدق عليهم بثلث أموالهم، يوصون فيه بما يريدون، ولا تنفذ الوصية إلا بعد موتهم إذا استمروا على وصيتهم وماتوا دون أن يرجعوا فيها.

فقد قال رسول الله ﷺ: ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم، فضعوه حيث شئتم، أو حيث أحببتكم)) ولم تجز الوصية فيما زاد عن الثلث، فهي محددة بثلث المال؛ مراعاة لحق الورثة، فأبقى لهم الثلثين لا تنفذ فيهم وصية مورثهم، إلا إذا أجازوها.

فكانت حاجة الناس ماسة إلى الوصية، فأجيزت لما ورد فيها من نصوص الكتاب والسنة، وإجماع الأمة، والعقل يحكم بذلك مع الشرع.

فقد قال الكاساني: إن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة؛ زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث: ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم، زيادة في أعمالكم، فضعوه حيث شئتم أو حيث أحببتكم)) أو تداركاً لما فرط في حياته، وذلك بالوصية فهذه العقود وغيرها ما شرعت إلا لحوائج العباد إليها، فإذا مست الحاجة إلى الوصية، وجب القول بجوازها، والحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة.

والتركة التي تنفذ الوصية من ثلثها هي ما بقي من المال، بعد تجهيز الميت وسداد ديونه إن وجدت؛ لأن ذلك من ضروراته التي لا بد من الصرف إليها أولاً سواء في حالتي الحياة، أو الممات.

والأفضل في الوصية المندوبة والمباحة أن يقدم الموصي ما لا يرث من قرابته المحارم، ثم غير المحارم، ثم بالرضاع ثم بالمصاهرة، ثم بالجوار والصدقة المنجزة، ومن كانت له ورثة لا تغنيهم تركته، فلا يستحب له أن يوصي؛ لأن إغناء

الورثة خير من إعطاء الأجنبي ؛ ولهذا قال الأئمة الأربعة والزيدية : بعدم وجوب الوصية ؛ لأن النبي ﷺ مات ولم يوص ، ولو كانت الوصية فرضاً ما تركها.

٣. قاعدة: "الاضطرار لا يبطل حق الغير":

هذه القاعدة معناها: أن الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار بأمر سماوي: كالمجاعة والحيوان الصائل، أو غير السماوي كالإكراه الملجئ، والإكراه الملجئ هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة، ولا اختيار كإلقاء شخص من شاهق على شخص ليقتله، فالشخص الملقى لا قدرة له على الوقوع لا فعلاً، ولا تركاً.

ومثل ذلك أيضاً: أن يهدد شخص غيره بما يلحق به ضرراً في نفسه، أو عضو من أعضائه، ففي الأول يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل ويضمن في الحالتين، وإن كان مضطراً فإن الاضطرار في حل الإقدام لا في رفع الضمان، وإبطال حق الغير.

وفي الثاني إذا كان وارداً على إتلاف مال الغير، فإن المكروه يضمنه، فإن الإكراه غير الملجئ، فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف، ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكروه ؛ لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير، وما يعتبر عذر شرعي منهما هو الإكراه الملجئ لقوله ﷺ : ((إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه)).

ولأن من شرط التكليف أن يكون الفعل مقدوراً عليه للمكلف أي: يتأتى له فعله كما يتأتى له تركه، والإكراه الملجئ لا تبقى معه قدرة للمكلف على الفعل المكروه عليه ؛ لأنه أصبح الصدور عقلاً، ولا على ضده ؛ لأنه ممتنع الوقوع عقلاً، فكل من الواجب العقلي والممتنع العقلي، لا يدخل تحت قدرة المكلف.

ففي حالة الإكراه الملجئ سقط أثر التصرف ؛ رخصة من الله تعالى مثل النسيان تماماً لقوله ﷺ : ((إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه)) ووجه الدلالة من الحديث أن لفظ ((ما)) في الحديث يفيد العموم ، فيكون حكم كل تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعاً.

والإقرار من جملة التصرفات ، فإن أكره على إقرار بحق للغير عليه ، كان هذا الإقرار باطلاً لا يؤاخذ به المقر ، ولا يترتب عليه أثره إن انتهى الإكراه إلى الإلجاء ، وإن لم ينته إلى ذلك ، فهو مختار وتكليفه جائز شرعاً وعقلاً ، وبهذا قال الشافعية والحنابلة ؛ لأن الإقرار جعل حجة حالة الاختيار ؛ ترجيحاً لجانب الصدق على جانب الكذب ، وعند الإكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق ؛ لوجود القرينة الدالة على أن المقر يريد دفع الضرر عن نفسه ، ومن ثم قرر العلماء أن ذلك الحكم يجري في فروع الشريعة كلها.

فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به من أكره ، وكذلك يكون الحكم لمن أكره على شرب الخمر ، فشرب فلا حد عليه ؛ لأن الحد شرع زاجراً عن الجنائية ، وشرب الخمر المكروه عليه ليس جنائية ، بل هو مباح لشبهة الإكراه ، وكذلك يكون الحكم فيما لو أكره على السرقة ، فلا إثم على السارق المكروه ، ولا حد عليه لقوله ﷺ : ((إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه)).

ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، والإكراه هنا شبهة تمنع الحد ، وهذا إذا كان الإكراه ملجئاً ، فإن كان غير ملجئ ، وكان مجس أو قيد مثلاً من غير أن يمنع عنه الطعام أو الشراب ، فلا يحل له شيء من المحرمات ؛ لعدم الضرورة ، فإذا تناول شيئاً من المحرمات وجب إقامة الحد قياساً ؛ لأنه لا تأثير بالإكراه بالحبس ، ونحوه فوجود هذا الإكراه يعتبر في حكم العدم ، ومع هذا فلا يجب الحد في حالة الإكراه غير

الملجئ ؛ استحساناً ، وأما من أكره على إتلاف مال الغير ؛ فإن هذا الإكراه وإن أباح إتلاف مال الغير إلا أن حرمة باقية مع الإكراه ؛ لأن إتلاف مال الغير حرام حرمة لا تحتل السقوط ، وهذه الحرمة متعلقة بحق من حقوق العباد ؛ فإن مال المسلم معصوم ، ووجوب عدم إتلافه حق من حقوقه ، فيكون إتلافه إهداراً لهذه العصمة ، وهو حرام.

وهذه الحرمة لا تسقط ، ولكن يرخص في هذا الإتلاف لمن أكره على ذلك ، وكان الإكراه ملجئاً ؛ إبقاء حرمة النفس التي ستهلك بسبب هذا الإكراه ، إذا امتنع عن إتلاف مال الغير ، وكذلك حرمة عضو المكروه فوق حرمة المال ؛ لأن المال مبتذل مهان ، وربما يقدمه مالكه فداء لنفس الغير ، ومع أن الشارع رخص في إتلاف مال الغير بالإكراه ، إلا أن هذا الإكراه ليس مزيلاً لعصمة المال في حق صاحبه ؛ لأن عصمة المال تثبت الحاجة إليه ، وهذه الحاجة ما زالت باقية ، فيكون إتلافه ، وإن رخص فيه غير مسقط لعصمته ، فإن هذا الإتلاف في حد ذاته من قبيل الظلم ، والظلم حرام حرمة مؤبدة.

ولهذا فإن المكروه إذا امتنع عن إتلاف مال الغير ، حتى قتل كان شهيداً ؛ لأنه بذل مهجة نفسه لدفع الظلم ، فاستحق لذلك الأجر والثواب وبلغ درجة الشهداء ، ومثله في ذلك كمن امتنع عن ترك العبادات المفروضة كالصلاة ونحوها حتى قتل ، فإنه يكون شهيداً.

ولهذا فقد اتفق الفقهاء على وجوب الضمان ، وهو على الرأي الراجح على المكروه لا على المكروه ؛ لأنه وإن باشر القتل ؛ فإنه كالآلة للحامل الذي أكرهه على الإتلاف ، ولكن الإكراه الملجئ لا يبيح الجرائم التي تضر بالنفس ، أو بالعضو.

وأيضاً لا يبيح الزنا بالمرأة، فإن الزنا حرام؛ لأنه في حد ذاته من الجرائم البشعة التي لا تحل في دين من الأديان؛ لما فيه من المفسد التي منها هتك العرض، والعار الذي يلحق بالمزني بها، وبأسرتها فإن هذا العار قد يستمر أجيالاً، يلاحق أسرتها ويلاحق من ينتسب إليها، فضلاً عن أن الزنا جريمة لا يغتفرها أي مجتمع لمن ارتكبها سواء كان رجلاً أو امرأة، مهما كان الدافع إليها، وهذا كله يدل على أن حق الغير لا يسقط بالاضطرار، مهما كانت درجته، وقد قال الرسول ﷺ: ((كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه)).

وقال ذلك، وأعلنه في حجة الوداع حيث قال: ((إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا ألا هل بلغت، اللهم فاشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب)).

قاعدة "الضرر يُزال" وفروعها والقواعد المتداخلة معها،
وقاعدة "العادة محكمة"، والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة "الضرر يُزال"، وفروعها، والقواعد
المتداخلة معها ١٠٩

العنصر الثاني : قاعدة "العادة محكمة"، والقواعد المتداخلة
معه ١٢٣

قاعدة الضرر يزال، وفروعها، والقواعد المتداخلة معها

١. قاعدة: "الضرر يزال":

هذه القاعدة من أهم القواعد، وأجلها شأنًا في الفقه الإسلامي، ويتفرع عنها كثير من القواعد، ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، ولعلها تتضمن نصف الفقه، فإن الأحكام الشرعية، إما لجلب المنافع أو لدفع المضار، فيدخل فيها دفع الضروريات الخمس التي هي حفظ الدين، والنفس، والنسب، والمال، والعرض، فهي ترجع إلى تحصيل المقاصد، وتقريرها بدفع المفسد، أو تخفيفها.

الضرر: ما قابل النفع، فكل ما ليس بنفع فهو ضرر، والضرر يزال: جملة خبرية لفظاً إنشائية معنى؛ لأن الإخبار في كلام الفقهاء للوجوب، فيكون المراد بها الإنشاء أي: أن الأضرار يجب إزالتها، بل هي مزالة من الله ابتداءً، ودواماً وليس هناك تكليف فيه الضرر؛ لأنه مزال ومرفوع شرعاً.

أصل هذه القاعدة: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّعَعْدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ومنها قوله تعالى: ﴿فِي شَأْنِ الْوَصِيَّةِ بِالْدِّينِ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢] وقال فيما يتعلق بالبيع: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فقد دلت هذه الآيات وغيرها على تحريم الضرر، وعلى منعه، ومن ثم فلا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً، ولا ضراراً، وهذه القاعدة لفظ حديث حسن

رواه ابن ماجه والدارقطني، وغيرهما عن أبي سعيد الخدري، وابن عباس وعبادة الصامت، ونصه: ((لا ضرر ولا ضرار)).

وهذا الحديث يعد من جوامع كلمه ﷺ وقد سار مسير القواعد الفقهية الكلية، ولعل أجود الطرق لهذا الحديث ما رواه الحاكم، وغيره عن أبي سعيد الخدري: ((من ضارَّ الله، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه)) وقد ورد الشق الآخر من الحديث في (صحيح البخاري) بلفظ: ((من شاقَّ شقَّ الله عليه يوم القيامة)).

قال العلامة ابن الأثير: ((لا ضرر)) أي: لا يضر الرجل أخاه، فينقصه شيئاً من حقه، والضرار فعال من الضر أي: لا يجازيه إضراره بإدخال الضرر عليه، وإن من يستقري أحكام الشريعة في كل جزئياتها، يدرك تماماً أن الشارع الحكيم قصد من ذلك تحريم كل أنواع الضرر، وأن هذه الجزئية تندرج تحت أصل كلي يمكن أن يرجع إليه كل ما كان من هذا القبيل.

وليس الضرر الذي ورد ذكره في القرآن الكريم، منحصرًا في نطاق اللفظ الذي تتكون مادته من الضرر، بل ورد بصور وأشكال مختلفة، مما يؤدي معنى الضرر؛ ولهذا استدل الفخر الرازي على هذه القاعدة، بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦] وقد أحسن الإمام الشاطبي قولاً بأن هذا الحديث: ((لا ضرر ولا ضرار)) رغم كونه من الأدلة الظنية، إلا أنه داخل تحت أصل قطعي من أصول الشريعة: وهو منع الضرر في وقائع جزئيات هذه الشريعة، وقواعدها الكلية؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسْكِنُكُمْ ضَرَارًا لِّعِبَادُوا﴾ [البقرة: ٢٣١] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

كما ورد النهي عن التعدي على النفوس، والأموال والأعراض وعن الظلم والغصب وكل ما هو في معنى الضرر والضرار بكل صوره وأشكاله، بما في ذلك

الجناية على النفس ، أو الجناية على العقل أو النسل ، فالحديث معناه صحيح ، وله أصل ثابت في الشريعة وفي عمومها ، وهذا لا مرأى فيه لقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال : ((حرم الله من المؤمن : دمه ، وماله ، وعرضه ، وألا يظن به إلا الخير)) وقال فيما أثر عنه ﷺ : ((إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام)).

وقال حاكياً عن ربه ﷻ : ((يا عبادي... إني حرمت الظلم على نفسي ، وجعلته بينكم محرماً ، فلا تظالموا)) وقال الله ﷻ : ﴿وَقَدْ حَآبَكُم مِّنْ حَمَلٍ ظُلْمًا﴾ [طه : ١١١].

والذي يصح في النظر ، ويثبت في الأصول أنه ليس لأحد أن يضر بأحد سواء أضر به قبل أم لا ، إلا أن له أن ينتصر ، وأن يعاقب إن قدر بما أبيح له من السلطان والاعتداء بالحق الذي هو بمثل ما اعتدي به عليه ، والانتصار ليس باعتداء ولا ظلم ، ولا ضرر إذا كان على الوجه الذي أباحته السنة.

وإذا نظرت إلى سنة رسول الله ﷺ وما اشتملت عليه من قضايا ؛ وجدتها سارية على هذا المنهج ، ووجدتها مقررة لهذا المبدأ العظيم ، فعلى سبيل المثال ما رواه أهل (السنن) : ((أن رجلاً كانت له شجرة في أرض غيره ، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة عليه ، فشكا إلى النبي ﷺ فأمره أن يقبل منه بدلها ، أو يتبرع له بها ، فلم يفعل ، فأذن لصاحب الأرض بقلعها ، وقال لصاحب الشجر : إنما أنت مضار)).

والإجماع قائم بين علماء المسلمين على مدلول هذه القاعدة ، ولا نعلم أنهم اختلفوا فيه ، والدليل العقلي يتطابق مع الدليل النقلی ؛ فقد ثبت عقلاً أن إباحة الضرر قبيح ، وأن القبيح لا يليق أن يصدر من الباري ﷻ وذلك ؛ لأن المولى - تبارك وتعالى - قد وصف نفسه بالرحمة ، ووصف شرعه بأنه إصلاح لشئون العباد ، وهذا يتنافى مع وجود الضرر في شرع الله تعالى ؛ لأن شرعه قد جاء لنفي الضرر عن العباد.

والمقصود بنفي الضرر إزالة الضرر، بل إن الأضرار مزالة من الله ابتداءً، ودواماً وليس هناك تكليف فيه ضرر؛ لأنه مزال ومرفوع شرعاً، فالإضرار بالغير، ولو كان على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً، وإنما يلجأ إليه اضطراراً، فمن أتلف مالا لغيره؛ فلا يجوز أن يقابل ذلك بإتلاف ماله؛ لأن في ذلك توسعة للضرر إلى منفعة، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلف، وهذا بخلاف الجناية على النفس أو البدن مما شرع فيه القصاص؛ لأن الجنايات لا يقيمها إلا عقوبة من جنسها.

وهناك علاقة وثيقة بين قاعدة: "الضرر يزال"، وبين قاعدة: "المشقة تجلب التيسير" فإن بينهما اتحاداً؛ لأن المشقات أضرار، وقد رفعها الله تعالى بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ١٧٨] وما لا حرج فيه لا ضرر فيه، وعلى هذا فإن قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، في داخلها قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"؛ فكل ما ينطبق على هذه ينطبق على تلك؛ لأن المشقات أضرار، وقد رفعها الله تعالى للمسافر والمريض يسر الله لهما في صومهما، وفي صلاتهما.

فالمسافر يجوز له أن يقصر الصلاة، وهذا مما امتازت به الشريعة الغراء، ومن المسائل المهمة المبنية على قاعدة: "الضرر يزال" فرض الحظر على احتكار السلع التي هي من مقومات الحياة، متى أدى ذلك إلى الضرر بعامّة الناس، فكل ما أضر بالمسلمين، وجب أن ينفي عنهم، فإذا كان شراء الشيء بالبلد يغلي سعر البلد، ويضر بالمسلمين منع المحتكر من شرائه؛ نظراً للمسلمين عليه وحاجتهم إلى ذلك.

ولهذا قال العلماء: إنه إذا احتيج إلى طعام رجل، واضطر الناس إليه ألزم بيعه منهم؛ مراعاة للضرر التي هي الأصل في هذا، فإذا كان الشرع قد نهى الإنسان

عن الضرر والضرار، فإنه من جهة الشرع مأمور بالإحسان إلى كل ذي روح؛ فضلاً عن الإنسان الذي كرمه الله وفضله على كثير من خلقه، فهو أولى بالرعاية وبالإحسان؛ قال تعالى: ﴿وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ١٩٥] وصح عن النبي ﷺ أنه قال: ((إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته)) فهذه النزعة الإنسانية الكريمة، وهي نزعة الشفقة والرحمة تبرهن على نفي الضرر والضرار في دقيق الأمر، وجليله، وأن الشريعة في جميع أحكامها تتوخى العدل والسماحة والرفق.

وقد أكد ذلك الشاطبي بقوله: إن أدلة القرآن قد تأتي في معانٍ مختلفة، ولكن يشملها معنى واحد شبيه بالأمر في المصالح المرسله والاستحسان، فتأتي السنة بمقتضى ذلك المعنى الواحد، فيعلم أو يظن أن ذلك المعنى مأخوذ من مجموع تلك الأفراد، بناء على صحة الدليل الدال على أن السنة إنما جاءت مبينة للكتاب، ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤].

فلا تجد في السنة أمراً إلا والقرآن قد دل على معناه دلالة إجمالية، أو دلالة تفصيلية.

٢. قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر":

قاعدة: "الضرر يزال" تدخل في ضمنها، ويتفرع عنها قواعد عدة، يأتي في مقدمتها قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"؛ فهذه القاعدة تعتبر قيماً لقاعدة: "الضرر يزال"؛ فشأنها معها شأن الأخص مع الأعم؛ لأنه لو أزيل الضرر بالضرر، لما صدق: "الضرر يزال"؛ فالأخص: الضرر لا يزال بالضرر،

والأعم: الضرر يزال؛ فكلما تحقق الأخص: "الضرر لا يزال بالضرر" تحقق الأعم: "الضرر يزال"؛ فإذا أزيل الضرر بالضرر، فالضرر موجود.

أ. معنى هذه القاعدة:

أن الضرر لا يزال بمثله، ولا بأكثر منه بالأولى، بل يشترط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن، وإلا فبالأخف منه، وفي بيان معنى هذه القاعدة قال أستاذنا الدكتور جاد الرب رمضان: والضرر من المعاني الوجدانية، فليس لها حد معين ولا يقوى عليه أفصح البلغاء.

وقد ذكر الإمام السيوطي لهذه القاعدة فروعاً؛ لتكون كالمنهج لقيس الناس غيرها عليها، ونحن نذكر بعضاً منها على سبيل المثال لا الحصر، فالمضطر إلى طعام لا يأكل طعام مضطراً آخر؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، فإن كان من معه الطعام مضطراً إليه، فهو أحق به لقوله ﷺ: ((ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول)) وثبت في حديث آخر: ((أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، معي دينار. فقال: أنفقه على نفسك)).

وإذا أخذ المضطر طعام غيره، وجب عليه أن يدفع ثمنه؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر، فإذا تطوع له به فله أخذه بدون ثمن، وإذا كان فقيراً؛ لأن طعامه على من قصده.

ب. من المسائل المدرجة تحت القاعدة:

ما نص عليه بقوله: لو تزوج رجل امرأة فوجدها ضيقة الفرج وهو ذو عبالة بحيث إذا أتاها أدى إلى إفضاؤها، وأضر بها فليس له أن يعاشرها معاشرة

الأزواج ؛ لأن في معاشرتها إزالة ضرر بضرر، إذ هو بالمعاشرة يزيل ضرر بقاء مائه واحتباسه بضرر المرأة التي تزوجها بإفضائها، فإذا وجدت المرأة زوجها على نحو يضر بها رفعت أمرها إلى القاضي، وطلبت منه فسخ عقد النكاح للضرورة، وعلى القاضي أن يجيب طلبها بفسخ العقد، إذا قرر أهل الخبرة أن بقاء الزوج معها يؤدي إلى إفضائها، وأهل الخبرة أربع طبيبات أو قوابل أو طبيين إذا لم توجد الطبيبات، قياساً على الشهادة.

ج. مستثنيات القاعدة:

مما يستثنى من فروع هذه القاعدة: ما لو كان أحد الضررين أعظم، فإنه يرتكب الضرر الأخف؛ لدفع الضرر الأعظم، وذلك في مثل القصاص والحدود، فإن القصاص من القاتل، وإن كان فيه ضرر لكن قتله أخف من ضرر تركه، حتى لا يشيع القتل في الأمة.

ولا شك أن شيوع القتل في الأمة أعظم ضرراً من القصاص، فكان في القيام بحد القصاص ما يدفع عن الأمة هذه الأضرار التي تلحق بها، بسبب عدم القصاص؛ إذ يتجرأ الناس على القتل بغير الحق، بل القصاص فيه حياة قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وهو تعليل لشرعية القصاص، وبيان لحكمه، فالآية الكريمة إنما قررت أن الحياة هي المطلوبة بالذات، وأن القصاص وسيلة من وسائلها؛ ولأن من علم أنه إذا قتل نفساً بغير حق فإنه يقتل، يرتدع عن القتل فيحفظ الحياة على من أراد أن يقتله، ويحفظ الحياة على نفسه؛ ولهذا فقد اتفق أئمة الفتوى على أنه لا يجوز لأحد أن يقتص من أحد، وإنما القصاص متروك للدولة، وبإذن من السلطان أو من ينصبه الحاكم لذلك.

فإنه تعالى جعل السلطان ؛ ليقبض أيدي الناس بعضهم عن بعض والحدود، وضعها الشارع ؛ لتأديب الجاني، وكفه عن الجريمة، ولولا ذلك لفشت الرذائل في الناس، وفشت على الناس كذلك العقوبات التي تنزل على الجاني، ووقع الناس في ضرر ؛ لأن الرجم والجلد ضرر وإجراء حكم الشارع في قطاع الطريق، وقمعهم وفل شوكتهم ضرورة ؛ ولكنه ضرر أخف لأنه يتعلق بشخص، ولو لم نقمع هذا الشخص لوجد ضرر عام ينزل بالأمة، ويعيث فيها الفساد، فوجب أن نقيم الحدود، وهي حقوق الله -تبارك وتعالى- ولا يجوز تعطيل هذه الحدود؛ لأنه يترتب عليها أضرار كثيرة، ووقوع الضرر على من ارتكب حداً، فإنه ارتكاب لأخف الضررين من أجل دفع الضرر الأعظم.

وقتل تارك الصلاة ضرر، ولكن الضرر في عدم قتله أغلظ وأعظم ؛ لأنه يدعو إلى تهاون الناس في ترك الصلاة، وهي أهم ركن من أركان الدين الإسلامي، وهو الصلاة.

٣. قاعدة: "يُحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام":

هذه القاعدة من القواعد التي تدخل ضمناً في قاعدة "الضرر يزال"، وهي قاعدة مهمة مبنية على مقاصد الشريعة في مصالح العباد، واستخرجها الأئمة المجتهدون من الإجماع، ومعقول النصوص.

فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم، وأنفسهم، وعقولهم وأنسابهم وأموالهم، فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها، فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن، وفي سبيل تأكيد مقاصد الشريعة يدفع الضرر الأعم، بارتكاب الضرر الأخص ؛ ولهذه الحكمة شرع حد القطع لحماية للأموال، وشرع قتل الساحر

المضر، والكافر المضل؛ لأن أحدهما يفتن الناس، والآخر يدعوهم إلى الكفر، فيتحمل الضرر الأخص، ويرتكب لدفع الضرر الأعم.

من تطبيقات هذه القاعدة: وجوب قتل قاطع الطريق، إذا قتل بأي كيفية، وبدون قبول عفو عنه من ولي القتل؛ دفعا للضرر العام، ووجوب قتل كل مؤذٍ لا يندفع أذاه إلا بالقتل، كما أفتى بذلك بعض المتأخرين، ووجوب نقض الحائط المتوهن إذا كان في الطريق؛ دفعا للضرر العام، وجواز التسعير إذا تعدى التجار في بيعهم بالغبن الفاحش؛ دفعا للضرر العام.

وجواز الحجر على الطبيب الجاهل؛ دفعا للضرر العام، وبيع الفاضل من الطعام على المحتكر إذا كان يزيد عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة، وجواز الحجر على المفتي الماجن؛ حرصاً على دين الناس، وجواز قتل الكفار إذا تترسوا بصبيان المسلمين، وجواز الحجر على السفينة عند الصاحبين؛ دفعا للضرر العام؛ وبيع مال المديون المحبوس لقضاء دينه؛ دفعا للضرر العام عن الغرماء، وهو المعتمد.

وبناء على ما تقدم، فإنه إذا وجدت المصلحة العامة، والمصلحة الخاصة فإن المصلحة العامة هي المقدمة مثل القيام بشق طريق، أو جسر لمصلحة العامة، فقد يوجد عمارة لشخص ما كما هو حاصل ومشاهد في المدن وغيرها، أثناء تيسير الطريق للمترو كمTRO الأنفاق مثلاً، فمن أجل دفع الضرر العام، يتحمل الضرر الخاص في مثل هذه الظروف، وقد أزيلت عمارات يملكها أشخاص؛ دفعا للضرر العام، ومثل هذا كثير وواقع ومشاهد في كل العصور والأزمان.

وبناء عليه فإن الضرر الذي سيلحق بعامة الناس، يدفع بارتكاب الضرر الخاص.

٤. قاعدة: "الضرر الأشد يُدفع بالضرر الأخف":

فلو أن أحد الضررين كان أعظم، فعندئذٍ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف، ومن أمثلة ذلك: القصاص والحدود، وقتال البغاة، ودفع الصائل، والإجبار على قضاء الدين، والنفقة الواجبة، والظفر بالحق، وأخذ المضطر طعام غيره، وقطع شجر الغير، وشق بطن الميت، ورمي الكفار، وطلب القسمة في الشفعة، وغير ذلك من المسائل.

ولكون الضرر الأخف يحتمل لدفع الضرر الأعظم، شرع القصاص في القتل العمد العدوان، فإن في قتل القاتل ضرراً؛ ولكن قتله أخف من ضرر تركه حتى لا يقع القتل، ويشيع في الأمة، ولا شك أن شيوع القتل أعظم ضرراً من ضرر القصاص.

٥. قاعدة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما":

أ. معنى القاعدة:

أن الأمر المتردد بين ضررين إذا كان أحدهما أشد من الآخر، فإنه يتحمل الضرر الأخف؛ لدفع الضرر الأشد، ولمراعاة أعظمهما تكون بإزالته؛ لأن المفسد تراعى نفيًا، كما أن المصالح تراعى إثباتًا، فمن ابتلي بذلك فواجبه أن يختار أهون الشرين، وأخف الضررين.

إذا كان الأمر كما ذكرنا فهل قاعدة: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" هي: عين قاعدة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما" قد يقال هذا: ولكن الأولى من ذلك تخصيص القاعدة الأولى بالضرر الواقع، وأمكن

إزالته بالأخف، وذلك مثل ما لو غصب شخص أرضاً وبني عليها أو غرس فيها غرساً، ثم طلبها المالك من الغاصب، فيأمر بقلع البناء أو الغراس، مهما بلغت قيمته.

فإذا كان قلع البناء، أو الغراس يضر بالأرض؛ فإن المالك يمتلك ذلك بقيمته مستحقاً للقطع، وأما هذه القاعدة فتختص بما إذا تعارض الضررين، ولم يقع واحد منهما، وهذا أقوى من دعوى التكرار؛ لأن التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن، وإلى هذا التخصيص يشير إليه التعبير في القاعدة الأولى: "الضرر يزال"، وفي هذه بقوله: "إذا تعارضت" وذلك للتفريق بينهما.

ب. دليل القاعدة:

هذه القاعدة يستدل لها بحديث الأعرابي، الذي بال في المسجد حيث نهى النبي ﷺ عن زجره تفادياً لحدوث ضرر أشد بارتكاب الأخف؛ دفعاً له، وهذا معناه أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان، فإنه يأخذ بأيهما شاء، وإن اختلف فإنه يختار أهونهما؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة.

فإذا تعارضت مفسدتان، ولا مفر من دفع واحدة منهما لا محالة، ففي هذه الحالة نرتكب أخفهما دفعاً لأعظمهما ضرراً؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات؛ فقد قال ﷺ: ((ما نهيتكم عنه فانتهوا، وما أمرتكم به فأتوا به ما استطعتم)).

وفي ذلك ما يروى عن بعض الصالحين قولهم: "التخلية قبل التحلية" أي: أن تصفية النفس من النقائص، وتخليتها من الذنوب، يكون قبل تحليتها بالفضائل، وهذا كله يدل على أن ترك المحظورات أهم من فعل المأمورات، لما يترتب على

المنهي عنه من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي ، فلو لم يجدك الله حيث أمرك أحسن مما لو يجدك حيث نهاك.

ونقل الحموي عن (الكشاف) قال : لترك ذرة مما نهى الله عنه ، خير وأفضل من عبادة الثقلين ، ومن أجل ذلك سُمح في ترك بعض الواجبات ، بأدنى مشقة كالقيام في الصلاة والفطر والطهارة ، ولم يسامح في الإقدام على المنهيات ، وخصوصاً الكبائر ، فإذا لم يستطع المكلف الصلاة قائمة صلى من قعود ، وإن لم يستطع قاعداً صلى مضطجعا ، وفي الصوم : إذا لم يستطع الصوم لمشقة تلحقه بأي سبب من الأسباب المبيحة للفطر كسفر أو مرض ، أو غيرهما ، فله الفطر ، وكذا من لم يجد ماء للطهارة أباح الشارع له التيمم ، ومن فقد الطهورين أباح له الشارع الصلاة بدونهما ، وهكذا.

أما في جانب المنهيات ، فلم يسامح في الإقدام عليه خصوصاً الكبائر ، فقد حرم مقدمتها ، وكان كذلك مقدمة الحرام حراماً ، كما أن مقدمة الواجب واجبة.

وحرم الشارع وسائل المنهيات ، كالنظر بالنسبة للزنا ، كما حرم التهديد بالقتل ، كما لا يجوز لإنسان أن يستعين بآخر على قتل نفسه ، وهذا معناه أن : "درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة" بشرط أن تكون المفسدة راجحة.

أما إذا كانت المفسدة مرجوحة ، فتقدم المصلحة ، ولا ينظر إلى المفسدة ؛ لذلك قال السيوطي : وقد تراعى المصلحة على المفسدة المرجوحة ، ومما يراعى فيه المصلحة لغلبتها على المفسدة التكلم بالكذب ، فإن التكلم بالكذب مفسدة ، ولكن إذا أريد به إصلاح ذات البين ، فيجوز على قدر الحاجة إليه ؛ لأن قبح الكذب الذي لا يضر إذا تضمن مصلحة تربو على قبحه ، أبيض الإقدام عليه تحصيلاً لتلك المصلحة.

ج. مستثنيات القاعدة:

هناك أمثلة مستثناة من هذه القاعدة، وهذه الأمثلة أخذت حكماً مخالفاً لحكم القاعدة، ومن هذه الأمثلة المستثناة من قاعدة: "درء المفسد مقدم على جلب المصالح" الصلاة مع اختلال شرط من شروطها كالطهارة، وستر العورة، والاستقبال للقبلة، فإن ذلك مفسدة في الصلاة لما فيه من الإخلال بجلال الله تعالى في أن يناجي ربه إلا على أكمل الأحوال، ومتى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه؛ تقديماً لمصلحة فعل الصلاة على مفسدة تركها؛ لفقد شرط من شروطها، فالصلاة بدون وضوء أو تيمم مصلحة راجحة، وعدم الصلاة مفسدة مرجوحة، فيقدم فعل الصلاة على تركها؛ مراعاة للمصلحة؛ وتقديماً لها على المفسدة المرجوحة.

ولهذا فمن أراد الصلاة، ولا يجد ما يستربه عورته؛ فإنه يصلي من قعود عند الحنفية؛ لأنه أستر له، وهذا واجب مراعاة لحق الصلاة والناس؛ ولأن ترك القيام أهون من كشف العورة، وخالف الشافعية في ذلك فقالوا يصلي عارياً من قيام، ويتم جميع الأركان، فيتم ركوعه وسجوده، ولا إعادة عليه في الأصح.

٦. قاعدة: "إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع إلا إذا كان المقتضي أعظم":

هي قاعدة مماثلة للقاعدة السابقة، والمراد بالمقتضي هنا: الأمر الطالب للفعل، فوجود المانع يمنع من الفعل غالباً، وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحل.

فبناء على هذه القاعدة، فإنه إذا اجتمع الحلال والحرام، أو اجتمع المباح والمحرم غلب الحرام على المباح؛ لأنه في تغليب جانب الحرمة درء مفسدة وتقديم المانع على المقتضي.

ومن ثم فإنه إذا تعارض دليل يقتضي التحريم، وآخر يقتضي الإباحة قدم الحظر في الأصح تغليباً للتحريم ودرء للمفسدة.

الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة:

من فروع هذه القاعدة: أن التجارة في المحرمات ممنوعة، ومنها الخمر والمخدرات بكل أنواعها، ولو أن فيها أرباحاً كثيرة، ومنافع اقتصادية هائلة، ومنها الرشوة والسرقه والميسر، وصنوف المقامرة وجميع المعاملات التي يخالفها الغبن والغش والاحتقار؛ لأنها طرق خبيثة، وكل الطرق المؤدية إلى الخيث، وإلى الثراء المحرم في التجارة والمعاملات كل ذلك حرام، وعلى الفرد أن يلتزم التزاماً دقيقاً بتركها، وأن يتبين أن كسبه حلال، وأن وسيلته في هذا الكسب فوق الشبهات.

ومنها: ما إذا اشتبهت امرأة محرمة بأجنبيات محظورات أو محصورات، فإنه لا يحل الزواج بإحداهن، وأيضاً إذا اختلطت زوجته بغيرها، فليس له الوطء بالاجتهاد؛ لأنه لا مجال بالاجتهاد في المحرمات.

مستثنيات القاعدة:

هناك أمور مستثناة، يستثنى من ذلك: ما لو اختلطت امرأة محرمة، بنسوة قرية كبيرة، فله النكاح منهن مع اختلاطهن بمحرمة؛ لندرة الوقوع في الحرام.

ومن المستثنيات: ما لو جمع في عقد واحد بين من تحل له، وبين من لا تحل، كمن يجمع بين مسلمة ووثنية، أو يجمع بين أجنبية ومحرمة، جاز العقد فيمن تحل وبطل في غيرها؛ لأن لكل واحدة حكمها المستقل بها.

ومنها: ما إذا اختلط الواجب بالمحرمة، فتراعى مصلحة الواجب، كاختلاط موتى المسلمين بالكفار، فإنه يجب غسل الجميع؛ نظراً لإقامة المصلحة ذلك في حق المسلمين.

وقيل : لا يصلى على الجميع ، بل ينوي الصلاة على المسلمين خاصة ، ويميز بالنية المسلم من غيره ، ودليله ما احتج به البيهقي بأن النبي ﷺ مر بمجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين ، فسلم عليهم .

قاعدة "العادة محكمة" ، والقواعد المتداخلة معها

١. قاعدة : "العادة محكمة" :

هي القاعدة الخامسة من القواعد الكلية الكبرى .

أ. معنى القاعدة :

أن العادة عامة كانت ، أو خاصة تعتبر محكمة عند النزاع ؛ لإثبات حكم شرعي لم يقم دليل ينص على خلافه بخصوصه ، أو قام الدليل ولكنه كان عاماً ؛ لأن العادة دليل يبنى عليه الحكم الشرعي ، ويجب أن يكون معلوماً ، أن النص أقوى من العرف والعادة .

فإذا وجد النص ، فلا مجال للعمل بالعادة والعرف ، وقد اعتبر الفقهاء العادة في استعمالاتهم ، والمجتهدون في استنباط الأحكام ، والقاضي فيما يرفع إليه من الدعاوى ، إذا ما أصبحت العادة معهودة ، وجارية بين الناس ؛ لأن العادة مأخوذة من المعاودة بمعنى التكرار ، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد مرة أخرى ، صارت معروفة ، ومستقرة في النفوس والعقول ، وصارت متلقاة بالقبول ، والعرف والعادة بمعنى واحد ، فهما لفظان مترادفان ؛ لأن العرف هو ما استقر عليه الناس في عاداتهم وأعرافهم ، وتلقته الطبائع بالقبول إلا أن العادة أعم من

العرف ؛ لأن العرف لا يكون إلا فيما تعارفه الناس جميعاً ، وهو العرف العام ، ويكون فيما تعارفه أهل بلد بعينها ، وهو العرف الخاص .

ب. من الأدلة على هذه القاعدة :

هذه القاعدة المشهورة الأساسية ترجع إلى نصوص من القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ؛ فإن العرف والعادة كان لهما نصيب وافر ملحوظ في تغيير الأحكام ، بحسب تغييرها وعليهما يركز كثير من الأحكام ، ومن الفروع الفقهية .

أولاً : القرآن الكريم :

ومن الآيات التي تدل على اعتبار هذه القاعدة ، قوله تعالى : ﴿ وَهُنَّ مِثْلُ الْذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] وقوله سبحانه : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء : ١٩] ووجه الدلالة من الآيتين : الكريمتين أن الله تعالى قد أرشد الزوجين في عشرتهما ، وأداء حق كل منهما للآخر إلى المعروف المعتاد الذي يرضيه العقل ، ويطمئن إليه القلب . ولا شك أن ذلك متغير حسب الاختلاف بين المناطق والأحوال بين الناس ، وهذا هو دليل الكتاب على هذه القاعدة .

ثانياً : السنة النبوية المطهرة :

من الأدلة في السنة المطهرة على تحكيم العادة في بعض الأحوال ، قوله ﷺ : ((الوزن وزن أهل مكة ، والمكيال مكيال أهل المدينة)) ووجه الدلالة أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع ، فاعتبرت عادتهم في مقدار الكيل ، وأهل مكة لما كانوا أهل متاجر اعتبرت عادتهم في الوزن .

والمراد بذلك فيما يتقدر شرعاً، كنصب الزكاة، ومقدار الديات، وزكاة الفطر والكفارات ونحو ذلك، ولا يفهم من ذلك تعديل الموازين، والأرطال والمكايل على حسب عيار أوزان أهل مكة، ومكايل أهل المدينة، أو أن تكون حكماً عند التنازع، فيحمل الناس عليها إذا تداعوا، وإنما المراد أنهما إذا اختلفوا في قدر المكيلة، والرطل؛ فإنهما يحملان على عرف البلد، وعادة الناس في المكان الذي حدث الخلاف فيه، ولا يكفل الناس أن يعطى أحدهم برطل مكة، ولا بمكيال المدينة.

ومما يستأنس به في تأصيل هذه القاعدة، ما رواه أبو داود عن سعد بن أبي وقاص قال: ((لما بايع رسول الله ﷺ النساء التي أسلمن على الإيمان والتقوى، قامت امرأة فقالت: يا نبي الله، إنا كلُّ على أبنائنا وأزواجنا، فما يحل لنا من أموالهم، فقال ﷺ: الرُّطْبُ تأكلنه، وتهدينه)) و((الرُّطْبُ)): الخبز والبقل والرُّطْبُ.

والحكمة بتخصيص الرطب أن خطبه أيسر، وليس هو مما يتكلف به، وقد حمل الترخص بذلك اعتباراً بالعادة فقد جرت العادة بين الجيران والأقارب، أن يتهادوا رطب الفاكهة والبقول، وأن يغرفوا لهم من الطبخ، وأن يتحفوا الضيف والزائر بما يحضرهم منها، ف وقعت المسامحة في هذا الباب بأن يترك الاستئذان له، وأن يجري على العادة المستحسنة في مثله.

وفي ضوء تلك النصوص وغيرها اهتدى الأئمة إلى وضع هذه القاعدة، واحتكموا إليها في كثير من المسائل والقضايا؛ ولهذا قال القاضي شريح للغزاليين عندما تحاكموا إليه، ستتكم بينكم يعني: عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة، فكل فعل رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع، ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف والعادة.

والأمثلة على ذلك كثيرة، ومنها إحياء الموات، ومنها الحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يعد قبضاً وإيداعاً وإعطاءً، وهديّةً، وغصباً والمعروفة في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال هذا كثير وهو يرجع إلى العرف والعادة المتبعة؛ لأن العادة محكمة.

٢. قاعدة: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها":

هناك قواعد كثيرة تندرج تحت هذه القاعدة، يتفق معناها مع معنى القاعدة الكبرى، وهي "العادة محكمة"، ومنها قاعدة: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها".

أ. معنى القاعدة:

أن عادة الناس حجة يجب العمل بموجبها، إذا لم تكن مخالفة للشرع؛ لأنه يستحيل تواطؤهم على الكذب والضلال؛ لكثرتهم واختلاف أقطارهم، ولكن لا مانع من تبدل الحكم المبني على استعمال الناس المخالف لنصوص الفقهاء المبني على العرف، أو الاجتهاد والرأي، إذا تبدل العرف، وكان الاستمرار على الحكم السابق فيه مشقة تصيب العباد.

ب. أمثلة القاعدة:

منها: عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة الآن، فعلى الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود مع أن ذلك مخالف لما نص عليه أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - من الاكتفاء بظاهر العدالة، بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة، ولكن أبا يوسف ومحمدًا نصّا على أنه لا يكفي بذلك الظاهر لفشو الكذب في زمانهما.

ومنها: تضمين الساعي بالنميعة مع مخالفة ذلك لقاعدة الضمان على المباشر دون المتسبب، ولكن كثرة السعاة المفسدين، أفتوا بتضمين الساعي المفسد.

ج. فروع القاعدة:

إذا استعان شخص بآخر على شراء عقار أو منقول، وبعد وقوع البيع طلب أجره، فينظر إلى تعامل أهل السوق، فإن كان إعطاء الأجرة معتاداً في مثل هذه الحالة استحق أجره المثل.

وكذلك يحكم بوقف الكتب الشرعية العلمية، والمصاحف الشريفة ويكون الوقف صحيحاً، إذا تُعَوِّف في بلد وقف المنقول مع أن الوقف غير صحيح في المنقول في الأصل.

٣. قاعدة: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت":

من القواعد المندرجة تحت قاعدة: "العادة محكمة": قاعدة: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"، وقاعدة: "العبرة للغالب الشائع لا للنادر"، وهاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط العرف، فإن العرف لكي يعتبر صحيحاً، فإنه يشترط فيه الاطراد والغلبة والشيوع.

والمراد من الاطراد في العرف أن يكون العمل به مستمراً، بحيث لا يتخلف في جميع الأوقات والحوادث، وقد يعبر عن الاطراد بالعموم، قال السيوطي: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا تعتبر.

وقال ابن نجيم: إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت؛ ولذا قالوا في البيع: لو باع بدراهم أو دنائير، وكان في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالية، والرواج انصرف البيع إلى الأغلب؛ لأنه المتعارف فينصرف إليه.

وأما الغلبة فمعناها أن يكون العمل بالعرف كثيراً، ولا يتخلف إلا قليلاً؛ لذلك قال الفقهاء: إن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط، كما تنزل منزلة الصريح من الأقوال في النطق بالأمر المتعارف.

وقد فرع الفقهاء على ذلك بأن التوكيل في البيع المطلق، يتعين بثمن المثل، وغالب نقد البلد الذي فيه البيع؛ تنزيلاً للغلبة منزلة النطق به صريحاً، فلو اطردت العادة في البلد، وجب البيان إلا بطل البيع، فالمراد بالغلبة هنا: أن يكون جريان أهله عليه حاصلًا في أكثر الحوادث، أو عند أغلب الناس فالاطراد والغلبة والشيوع، شرط لكي يعتبر العرف صحيحاً، والمراد من الشيوع هنا اشتهاه العمل بذلك العرف، وانتشاره بين الناس، وإذا كان العرف الخاص لا يعتد به في الأصح في تخصيص النص أو الأثر، فالأولى بذلك العرف النادر استعماله.

وأما عند تساوي عمل الناس، وعدمه بالعرف أو العادة، فيسمى حينئذ عرفاً مشتركاً، والعرف المشترك لا يصلح مستنداً، ودليلاً للرجوع إليه في تحديد الحقوق، والواجبات المطلقة.

وقد ضرب الفقهاء مثلاً للعرف المشترك فقالوا: إذا جرى عرف البلد الذي حدث فيه الزواج بأن جهاز الأب لابنته من ماله، يعتبر عارية ووجد عرف آخر لهذا البلد، بأنه يعتبر هدية وتساوى العرفان: قام الأب بتجهيز ابنته من ماله، وزفت بهذا الجهاز إلى بيت زوجها، ثم حدث نزاع بينهما، واختلف في أن الجهاز هل هو عارية أو هدية فادعى الأب أنه عارية؛ ليتسنى له الرجوع عليها واسترداد الجهاز منها، وطالب برده إليه، وأنكرت البنت ذلك وادعت أنه هبة وتمليك، وأنه لا يملك حق الرجوع عليها؛ لأن من موانع الرجوع في الهبة القرابة المحرمة، ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه، لم يصلح هذا العرف المشترك دليلاً مرجحاً

لدعوى أحد الخصمين ؛ لتعارض العرفين ، ولا مرجح لأحدهما على الآخر ؛ لتساويهما ، وحينئذ يكون القول للأب يمينه ، فيحكم له بدعوى .

وأما إذا كان أحد العرفين غالباً عمل به ، ولم يلتفت إلى الآخر ، ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب يمينه ، فيحكم له بدعواه ، إذا لا تعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما ، وترجيح أحدهما على الآخر يقوى العمل به .

٤ . قاعدة : "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" :

هذه القاعدة معناها : أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم ، وإن كان لم يذكر صريحاً هو قائم مقام الشرط في الالتزامات ، ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح .

ومن العرف الجاري أن المستفيد من سند الأمر ، إذا وقع في ظهره توقيعاً مجرداً على بياض وسلمه لشخص ، كان هذا التوقيع حوالة منه إلى المستلم ، أو إلى من يختاره المستلم ، وإذا وقع شخص على صك يعتبر رضاً بالعقد في عرف الناس اليوم ؛ لأن التوقيع إنما يوضع عادة للتعبير عن الرضا ، والموافقة .

ومثل ذلك أيضاً : أن توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود تحمل على عادة الناس في كل بلد ، فمن اشترى سيارة مثلاً دخل فيها العدة اللازمة لها ، والخاصة بها ، وتدخل أيضاً مفاتيحها ، ويدخل عجلها الاحتياطي بدون ذكر لذلك في العقد ، للعرف المتداول وللعادة الجارية ، وغني عن البيان أن الشرط المتعارف يكون قائماً مقام الشرط ، إذا لم يكن مصادماً لنص من النصوص الشرعية ، فإذا كان مصادماً لنص شرعي فلا يكون معتبراً ، فلو أن الناس تعارفوا على تضمين المستعير ، أو على تضمين المستأجر إذا ما تلفت العين المعارة أو المستعارة ، بدون تعدد منه ولا تقصير ينسب إليه ، لا يعتبر ذلك التعارف ، ولا يراعى ؛ لأنه مصادم لما ورد به الشرع .

ويدخل مع قاعدة: "العادة محكمة": قاعدة: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" وهذه القاعدة في معنى قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" إلا أن القاعدة السابقة في مطلق العرف، وهذه القاعدة خاصة في عرف التجار، فإذا وقع التعارف والاستعمال بين التجار على شيء غير مصادم للنص، فإن هذا العرف الجاري بينهم يتبع وينصرف التعامل إليه عند الإطلاق، ولا تسمع دعوى من يقول بخلافه.

كما لو باع التاجر شيئاً، وقد جرى العرف على أن يكون الثمن حلاً أو على أن يكون دفع الثمن منجماً على نجوم معلومة، ويكون ذلك العرف مرعياً، فينزل منزلة الشرط الصحيح.

وخلاصة القول: أن قاعدة: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، تفيد اعتبار العرف الخاص كعرف التجار بينهم، وأرباب الحرف والصناعات، وكذلك العرف الخاص ببلد معين أو بطائفة معينة، فإنه معتبر في تصرفات أهله الذين تعارفوه، وينزل بينهم منزلة العرف العام، كما يلزمون به دون غيرهم مما لم يتعارفوا عليه؛ لأنه لا يحمل أحد على عرف غيره؛ لأنه غير معلوم له.

مقدمة في علم القواعد الفقهية (١)

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** ميزة القواعد الفقهية، ومكانتها، وأثرها،
وتدوينها ١٣٣
- العنصر الثاني :** التأليف في القواعد في المذاهب الفقهية ومناهج
المؤلفين فيها، وكتاب (القواعد) لابن رجب ١٤١

ميزة القواعد الفقهية، ومكانتها، وأثرها، وتدوينها

١. ميزة القواعد، ومكانتها في الشريعة:

مما ينبغ أخذه في الحسبان: تنمية الملكة الفقهية عند الطلاب، والوقوف بهم على سمو الفقه، وعلى غزارة مادته وعلى جهود علمائه الكبار الذين صاغوا تلك القواعد المحكمة، مما يدل على دقة فهمهم، وسلامة مناهجهم.

لقد لعبت القواعد الفقهية دوراً هاماً في تنظيم فروع الفقه الإسلامي بصفة عامة، وفي التفقه والتفقيه، واكتساب الملكة الفقهية بصفة خاصة، بما تقوم به هذه القواعد من تصوير بارع للمبادئ الفقهية، ولكشف آفاقها الواسعة؛ ولحصر مسالكها المتشعبة وضبطها لفروع الأحكام العملية، بضوابط وقوانين في شكل مجموعات على أساس اشتراك كل مجموعة في العلل، أو تجمعها وحدة المناط سواء اختلف موضوعاتها، وأبوابها أو اتحدت.

وتمتاز القواعد الفقهية بدقة صياغتها؛ إذ إنها من جوامع الكلم، وتتميز بالإيجاز في التعبير مع شمولية المعنى، وغالباً ما تصاغ القاعدة في جملة مفيدة مكونة من كلمتين، أو من بضع كلمات من ألفاظ العموم، كقاعدة: "العادة محكمة"، والخراج بالضمان، والأمور بمقاصدها؛ فإن هذه القواعد كلماتها موجزة وجيزة، إلا أنها تتسع لكثير من الأحكام والفروع، فقاعدة: "الأمور بمقاصدها" تدخل في سبعين باباً من أبواب الفقه، وما ذلك إلا لأن من أغراض القاعدة سرعة استحضارها، وثبوتها في الذهن، وهذان الأمران يناسبهما الإيجاز، وتقليل الكلمات، والإيجاز نوع من الإعجاز البلاغي يحتاج إلى مقدرة فقهية

عالية، وامتلاك لخاصية البيان، ثم إن هذه القواعد مهمة للفقهاء من حيث إنها وسيلة لتحقيق علوم الشريعة، ولشمولها للأحكام العملية والحوادث التي تتجدد على مر العصور والأجيال.

وقد أشاد الإمام القرافي بمنزلة القواعد الفقهية ومكانتها، فذكر أن قدر الفقيه يعظم بقدر الإحاطة بها، وأن فضله يرقى، ويعلو كلما كان على صلة وثيقة بها، فيقول في مقدمة كتابه (الفروق): إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى أصول الفقه، وأغلب مباحثه في قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ، كدلالة الأمر على الوجوب، ودلالة النهي عن التحريم، وصيغ العموم، وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح.

وثانيهما: هو القواعد الكلية الفقهية، وهي جليلة القدر، كثيرة العدد، مشتملة على أسرار الشرع، وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن أشير إليها هناك -على سبيل الإجمال- للتفصيل.

وهذه القواعد مهمة في الفقه، وهي عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف، وتتضح له مناهج الفتوى وتكشف، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع، واختلفت، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، وتناسب عنده ما تناقض عند غيره.

وقال الجلال السيوطي، وهو في معرض ثنائه على الفقه والفقهاء: "لقد نوعوا هذا الفقه فنوناً وأنواعاً، وتناولوا في استنباطه يداً وباعاً، وكان من أجل أنواعه

معرفة نظائر الفروع وأشباهها، وضم المفردات إلى أخواتها، وأشكالها، ولعمري، إن هذا الفن لا يدرك بالتمني، ولا ينال بسوف ولعل ولو أني، ولا يبلغه إلا من كشف عن ساعد الجد وشمّر، واعتزل أهله وشد المؤزر، وخاض البحار وخالط العجاجة، ولازم الترداد إلى الأبواب في الليل الداجي، يدأب في التكرار، والمطالعة بكرة، وأصيلًا، وينصب نفسه للتأليف، والتحرير بيأثًا، ومقيلًا إلى أن قال: "يقتحم المهامه، والمهولة الشاقة، ويفتح الأبواب المرتجة؛ لهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر".

وبذلك يمكن الرد على الزاعمين بقصور الفقه الإسلامي على حلول جزئية، وخلوه من النظريات الكلية بأن هذه القواعد الفقهية أشبه ما تكون بالنظريات، وهي تجعل الفقه دائم التجدد، فلا تتحجر مسائله، ولا تجمد قضاياه، ونحن على ثقة ويقين من أن أحكام هذه الشريعة لم تضيق يوماً عن تلبية حاجات الناس كافة، ولا وقفت عقبة في سبيل تحقيق مصلحة، أو عدالة؛ بل إن نصوصها قد وسعت جميع الناس على اختلاف أممهم، وألوانهم، ومذاهبهم، وبيئاتهم، وأعرافهم حينما استظلت أمم شتى براياتها إبان عصورها الذهبية، وعلى مدى قرون عديدة أوجد فقهاء المسلمين الحلول لكل مشكلة، ونازلة، وما حدثنا التاريخ قط أن المسلمين قد اضْطُروا إلى الالتجاء إلى تشريع آخر غير التشريع الإسلامي، بل كانوا كلما فتح الله أرضاً إلا فتح الفقهاء أبواباً من الاجتهاد، والاستنباط، وما وقفوا عاجزين عن تقديم الحلول الفقهية على ضوء قواعد الشريعة، ومقاصدها العامة، وروحها السمحة، وقيمها العادلة الرشيدة، وهذا يفسر لنا أن فقهاء الإسلام قد أفرغوا وسعهم، فبينوا ما في الشريعة من كنوز تشريعية وافية، تشتمل على أرقى القواعد، وعلى أكمل المقاصد التي تكفل سعادة البشر، وتجعلها صالحة لتلبية حاجات الناس، ولتحقيق مصالحهم في كل العصور، والأزمان، وأنها لا تُقَصَّر عن غاية، ولا تضيق بقانون صالح.

ولا سبيل لنا للوصول إلى الفقه بهذا المستوى إلا بدراسة القواعد ؛ فإن دراسة القواعد تحقق للفقيه مزايا، وسمات متعددة، يمكن إجمالها فيما يأتي :

أولاً: أنها تضبط الفروع المنتشرة المتعددة، وأنها تنظمها في سلك واحد، وهذا يمكن من إدراك الروابط بين هذه الجزئيات المتفرقة، ويزود المطلع على تلك القواعد بتصوير سليم، يدرك بها الصفات الجامعة بين هذه الجزئيات، وقد قال ابن رجب مبيّناً هذه الفائدة: "إنها تنظم لدارسها منشور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد".

ثانياً: أن القواعد في كل مذهب تعطي صورة كلية للمذهب، بحيث يسهل الوقوف على مسأله، وفروعه، وإدراك مراميه ؛ لأن الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكن، كما أنها سريعة النسيان، ولا تثبت في الذهن، ويحتاج الرجوع إليها كل مرة إلى بذل جهد، ووقت، فلا بد من الرجوع إلى القاعدة التي تجمع تلك الفروع في مسألة واحدة، وهذا أمر محقق، ومتفق عليه ؛ فإن الضبط بالقوانين، والقواعد الفقهية يسهل حفظ الفروع، ويُغني العالم بالضوابط عن حفظ أكثر الجزئيات ؛ لاندراجها في الكليات، وتناسب عنده ما تناقض عند غيره.

ثالثاً: أن فهم هذه القواعد، وحفظها يساعد الفقيه، والمفتي على فهم مناهج الفتوى، ويُطلعه على حقائق الفقه، ومآخذه، ويمكنه من تخريج الفروع بطريقة سليمة، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة.

رابعاً: أن هذه القواعد تساعد على معرفة مقاصد الشريعة، وأسرارها ؛ فإن معرفة القاعدة العامة التي تندرج تحتها مسائل عديدة، يعطي تصوراً واضحاً عن مقاصد الشريعة في ذلك، فقاعدة: الضرر يُزال، يفهم منها أن رفع الضرر مقصد من مقاصد الشريعة.

خامساً: أن تخريج الفروع استناداً إلى القواعد الكلية يجنب الفقيه من التناقض، الذي قد يترتب على التخريج حسب المناسبات الجزئية، وقد نبه القرافي إلى هذا، فقال: "ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية، دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع، واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها، واضطربت، وضاعت نفسه لذلك، وقمصت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر، ولم تقض نفسه من طلب منها".

وفقيه اليوم مطالب بأن يتعامل مع هذا الفقه في ضوء المستجدات، فلكل زمان فقه، ولكل نازلة حكم بحسبها؛ لأن الفتوى عموماً تتغير بتغير الزمان، والمكان، والوقائع، والمجتمعات، والأنظمة، وظروفها المحلية، والإقليمية، والدولية، وهذه الظروف، والمستجدات تفرض على الفقيه فهماً عميقاً لكتاب الله، وسنة رسوله ﷺ كما تفرض عليه إحاطة تامة بأدلة الأحكام الشرعية، ومعرفة عللها، ومسالكها، وتفرض عليه قدرة على الموازنة، والترجيح عند تعارض الأدلة، كما تقتضيه أن يقرأ الواقع كما هو، وأن يفهم الواجب الشرعي كما يجب، ثم يُنزل الواجب على الواقع، فلكل مقام مقال، ولكل حدث حديث.

وهناك فوائد أخرى لدراسة القواعد الفقهية منها: أنها تسهل الدراسة المقارنة بين المذاهب؛ فتكون المقارنة بين الكليات والنظريات، لا بين الفروع الجزئية بعضها مع بعض، وهذا المنهج يتيح لغير المتخصصين في علوم الشريعة الفرصة الكافية للاطلاع على هذا التراث الفقهي، دون الرجوع إلى المطولات الفقهية.

وعلى وجه الإجمال، فإن القواعد الفقهية لها أثر بالغ في الدراسات الفقهية، ويتجلى ذلك فيما يلي:

أولاً: أنها تساعد الفقيه على التفقه، وعلى فهم أسرار التشريع، واكتساب الملكة الفقهية باستقصاء كل صور الفقه، التي يستلزم إدراجها تحت قاعدة ما.

ثانيًا: أنها تسهل على الباحث، والمفتي بصفة أخص تتبع جزئيات الأحكام، وأن يستخرجها من موضوعاتها المختلفة، وأن يحصرها في موضوع واحد، وبذلك يتفادى التناقض في الأحكام المتشابهة.

ثالثًا: تفتح المجال لدارسي الفقه، فيرتقي من دراسة الجزئيات إلى دراسة النظريات العامة بطريقة علمية، بحيث يمكن له أن يطبق ذلك على كل القضايا المتجددة في التشريع.

وبتعبير أدق، وكلمات موجزة محكمة، يحدثنا فضيلة أستاذنا الدكتور جاد الرب رمضان - رحمه الله - عن فائدة دراسة قواعد الفقه، فيقول: "فائدة دراسة قواعد الفقه هي الإلمام بكثير من الأشباه، والنظائر؛ ليتأتى الإلحاق، أي: القياس والتخريج، ولولا هذه القواعد لبقيت الفروع مشتتة وقد تتعارض ظواهرها، دون أصول تُمسك بها".

٢. التشريع الحديث، وأثر القواعد الفقهية فيه:

إن للقواعد دوراً بارزاً في التشريع، ونبدأ أولاً ببيان ما يراد بالتشريع الحديث، ثم نبين أثر هذه القواعد في هذا التشريع، فنقول:

يراد بالتشريع الحديث: مجموعة القوانين التي تُنظم الروابط الاجتماعية، والتي تُقَسِّر الدولة الناس على اتباعها، ولو بالقوة عند الاقتضاء، ويبدو من هذا التعريف أن القواعد الفقهية، والقواعد القانونية يتفقان في أن هذه القواعد تنظم الروابط الاجتماعية، وأنها مصحوبة بجزاء، ولكنهما يختلفان من حيث المصدر، والشمول، والغاية، والجزاء.

أما من حيث المصدر، فالقواعد الفقهية انبثقت أساساً من تشريع إلهي، بحيث يكون من المستحيل أن نجد حكماً تضمنته من غير أن يكون مستمداً من كتاب الله، أو سنة رسوله ﷺ أو مُستلهمًا من روح الشريعة، ومقاصدها.

وأما قواعد التشريع الحديث : فإنها منبثقة من عقل الإنسان ، ومن قوانين الطبيعة - كما يقولون - لذلك كان تشريعاً ناقصاً كواضعه ، ما دام لم يستند إلى تشريع إلهي .

وأما من حيث الشمول ، فالقواعد المستمدة من شرع الله أشمل ، وأعم ، وأصلح ؛ لكنها ترمي إلى تهذيب سلوك الإنسان مع خالقه ، وسلوكه مع الأفراد ، والجماعة ، وترسم طريق الإصلاح ، والصالح للإنسان في العاجل ، والآجل ، بينما قواعد التشريع الحديث لا تهتم إلا بتنظيم علاقة الأفراد فيما بينهم ، وعلاقتهم بالجماعة ، أو بالمصلحة الدنيوية فقط .

أما من حيث الغاية ، فالقواعد المستنبطة من تشريع الله غايتها تحقيق العدل ، والعدالة معاً ؛ لذلك نراها تخاطب وجدان الإنسان ، في حين أن التشريع الحديث هدفه تحقيق العدل فقط ، وهذه الامتيازات سادت جميع الأقطار الإسلامية ، وقامت في ظلها حضارة فريدة لم تعرفها الإنسانية من قبل ، علاوة على ما امتازت به إجراءاتها القضائية من التبسيط ، وعدم التعقيد ، وما تميز بها قضاؤها من سرعة البت ، والتنفيذ ؛ لهذا كانت القواعد الفقهية لا زالت أوسع نطاقاً من القوانين الوضعية ، وأقدر على الإصلاح للإنسان في دنياءه ، وأخراه ، وكان لها أثرها الواضح في التشريعات الحديثة ، وقد استقرأ العلماء الأحكام المستنبطة من القرآن ، والسنة ، فرأوا أنها أحكام تفصيلية في العبادات ، وفيما يلحق بها من الأحكام التي تتعلق بالأسرة كالزواج ، والطلاق ، والعدة ، والميراث ، وفيما عدا ذلك من أحكام المعاملات من عقود ، وتصرفات ، وعقوبات ، وهذا يفسر مدى سعة الفقه الإسلامي ، وشموله لكل ما يحتاج إليه الناس من أحكام ، وتشريعات متنوعة في أمور دينهم ، ودنياهم .

٣. تدوين القواعد الفقهية، ومناهج المؤلفين فيها:

إنه من الصعوبة بمكان تحديد تاريخ ظهور هذه القواعد بدقة، وإثبات أطوار الصيغ المتعاقبة على كل قاعدة، ما دامت لم توضع دفعة واحدة، ولا في وقت واحد، وإنما تكونت مفاهيمها، وصيغت نصوصها بالتدرج عبر عصور ازدهار الفقه الإسلامي، ونهضته على يد جهابذة الفقه من أهل التخريج، والترجيح استنباطاً من دلالات النصوص الشرعية العامة، ومبادئ أصول الفقه، ومراعاة علل الأحكام، ثم اكتسبت صيغتها الأخيرة الماثورة عن طريق التداول، والصل، والتحرير، وكانت تسمى في البداية أصولاً حسبما يذكر القراني في (الفروق)، فقد قال: "إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول، وفروع، وأصولها قسمان:

أحدهما: المسمى أصول الفقه، وأغلب مباحثه قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، كدلالة الأمر على الوجوب، والنهي على التحريم.

والثاني: هو القواعد الكلية الفقهية، وهي جليلة القدر، لها من فروع الأحكام ما لا يحصى، ولا يعرف، لكل قاعدة صانع معين من الفقهاء، إلا ما كان منها من نص حديث، كقاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وما أثر عن بعض الأئمة، وكبار أتباعهم، ومعظم القواعد قد انتهت صياغتها الأخيرة عن طريق تداولها، وتحريرها على أيدي كبار الفقهاء في مجالات التعليم، والاستدلال من أرباب المذاهب، ممن شهد لهم الناس بقصَبِ السَّبْقِ، وبالقدرة الفائقة على الموازنة، والتخريج، والترجيح، وقوة الملكة في الاستنباط من دلائل النصوص الشرعية العامة، ومن مبادئ أصول الفقه، وعلل الأحكام؛ ولذلك نرى بعض الفقهاء قلل من هذه القواعد، وأن بعضهم أكثر منها؛ وذلك لأن العلم برجوع جميع

المسائل الفقهية إلى هذه القواعد مبناه الاجتهاد ، ومبناه تطبيق ما يكون الحال فيه ذلك ، فإنه يختلف باختلاف أهل النظر من الفقهاء في المسائل.

ويعتبر القرن الثامن الهجري عصرًا ذهبيًا لتدوين القواعد الفقهية ، ونمو التأليف فيها ، وتفوقت فيه عناية الشافعية لإبراز هذا الفن ، ثم تتابعت هذه السلسلة في المذاهب الفقهية المشهورة.

التأليف في القواعد في المذاهب الفقهية ومناهج المؤلفين فيها ، وكتاب (القواعد) لابن رجب

١. أول من ألف في القواعد الفقهية من الحنفية :

لعل أول محاولة في تدوين القواعد ما قام به أبو طاهر الدباس ، إمام الحنفية بما وراء النهر بالعراق ، وهو ممن عاش في القرنين الثالث ، والرابع للهجرة ، حيث جمع سبع عشرة قاعدة كلية ؛ فكانت هذه القواعد حافزًا للإمام أبي الحسن الكرخي أن يأخذها ، وأن يضيف إليها غيرها ، إلى أن أوصلها إلى تسع وثلاثين قاعدةً.

ثم جاء أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي ، الحنفي ، فدوّن كتابه : (تأسيس النظر) ضمنه طائفة مهمة من القواعد الفقهية العامة ، والخاصة مع التفريع على كل منها ، وفوائد جمّة ، واستطرادات كثيرة من مجموعة من الضوابط الخاصة ، والأفكار التوجيهية لرجال المذهب في بيان طرق الاستنباط ، فكان كتاب (تأسيس النظر) بداية حركة التقعيد ، وتدوين القواعد في أواخر القرن الثالث الهجري.

ثم جاء ابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ فألف كتابًا هامًا سماه (الأشباه والنظائر) جمع فيه خمسًا وعشرين قاعدة ، وصنفها إلى نوعين :

النوع الأول: قواعد أساسية، وهي كالأركان في المذاهب الفقهية، وهي ست قواعد: "الأمر بمقاصدها"، و"الضرر يُزال"، و"العادة محكمة"، و"اليقين لا يزول بالشك"، و"لا ثواب إلا بالنية".

النوع الثاني: يشتمل على تسع عشرة قاعدة، في موضوعات مختلفة أقل اتساعاً، وشمولاً، يتفرع عنها بعض قواعد فرعية أخرى، وأحكام كثيرة.

ومن محاسن هذا الكتاب: أن أسلوبه سهل يوصل أدق المعلومات، وأجلها خطراً، وأكثرها عمقاً إلى الغير، دون أن يشعر ذلك الغير بملل، أو سامة، أو تعقيد.

٢. أهم كتب المذهب الشافعي المؤلفة في القواعد الفقهية:

فأبرز مؤلفاتهم في القواعد الفقهية كتاب (الأشباه والنظائر) لتاج الدين السبكي، والمولود بالقاهرة عام ٧٢٩، والمتوفى عام ٧٧١، وهو كتاب يتسم بغزارة مادته العلمية، وبعمقها البالغ؛ فقد تضمن هذا الكتاب النفيس مباحث في غاية الأهمية، قل أن يتعرض لها كتاب من كتب الأشباه والنظائر، فنراه يعقد أبواباً في أصول كلامية ينبني عليها فروع فقهية، ويعقد كلمات نحوية يترتب عليها فروع فقهية، وتكلم في كتابه عن القواعد الخمس، والقواعد العامة التي تلي القواعد الخمس، من حيث: الشمول، والعموم، والقواعد الخاصة بأبواب الفقه المدرجة تحتها، ويمتاز كتابه هذا بالدقة المتناهية، والإحاطة التامة بكل أبعاد النقاط التي عالجها، لدرجة أنه يدخل في نطاق القواعد الكلية أنواعاً أخرى من الضوابط وغيرها، بينما هي ليست من القواعد في شيء.

ومن ألف في هذا الفن من فقهاء الشافعية الإمام عز الدين بن عبد السلام، المولود سنة سبع، أو ثمانٍ وسبعين وخمسمائة هجرية، والمتوفى سنة ستين

وستمائة هجرية، فقد صنف في قواعد الفقه كتابين، أحدهما: (القواعد الكبرى) وعنه قال صاحب (كشف الظنون): ليس لأحد مثله، وكثير منه مأخوذ من (شعب الإيمان) للحُلَيْمِي، وثانيهما: (القواعد الصغرى) وقد كتب القاضي عز الدين محمد بن أحمد بن جماعة - المتوفى سنة تسع عشرة وثمانمائة - ثلاثة شروح، وثلاث نكت على (الصغرى).

وكتاب العز بن عبد السلام المسمى بـ(القواعد الصغرى) هو الكتاب المعروف باسم (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) وهو كتاب عظيم النفع، جليل القدر، ذو قيمة علمية عالية في بيان مقاصد الشريعة من تشريع الأحكام، ويدور محور هذا الكتاب حول بيان المصالح والمفاسد، فالمصالح: هي كل ما أمر الله به، والمفاسد: هي كل ما نهى الله عنه، وفي هذا يقول عز الدين بن عبد السلام: فكل مأمور به فيه مصلحة الدارين، أو فيه مصلحة أحدهما، وكل ما نهى عنه فيه مفسدة فيهما، أو في إحداهما، وبهذا فقد أرجع قواعد الفقه، وأرجع فروعه إلى جلب المصالح، ودرء المفاسد، بل أرجع الكل إلى اعتبار المصالح وحدها؛ لأن درء المفاسد من جملتها، فمتى تحققت المصلحة، دُرئت المفسدة.

وفي ذلك يقول عز الدين بن عبد السلام: الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين، والاعتماد في درء مفاسدهما على ما يظهر في الظنون، وللدارين مصالح إذا فسد أمرهما، ومفاسد إذا تحققت، هلك أهلها، وتحصيل معظم هذه المصالح بتعاطي أسبابها مظنون غير مقطوع به، فإن عمال الآخرة لا يقطعون بحسن الخاتمة، وإنما يعملون بناء على حسن الظنون، وهم مع ذلك يخافون ألا يقبل منهم ما يعملون، وقد جاء التنزيل بذلك في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مَا آتَوْا وَقُلُوبُهُمْ وَجِلَةٌ أَنَّهُمْ إِلَىٰ رَبِّهِمْ رَاجِعُونَ﴾ [المؤمنون: ٦٠]؛ فكذلك أهل الدنيا، إنما

يتصرفون بناءً على حسن الظنون، وإنما اعتمدوا عليها؛ لأن الغالب صدقها عند قيام أسبابها.

فالتجار يسافرون على ظن أنهم يَسْلَمون، ويربحون، والصناع يخرجون من بيوتهم على ظن أنهم يعملون بما يرتزقون، والفلاحون يزرعون بناءً على ظنهم أنهم يحصدون، ثم قال: والملوك يَجْنِدون الأجناد، ويحصنون البلاد بناءً على أنهم بذلك ينتصرون، والعلماء يشتغلون بالعلوم على ظن أنهم ينجحون، ويتميزون، وكذلك الناظرون في الأدلة، والمجتهدون في تعرف الأحكام، يعتمدون في الأكثر على ظن أنهم يظفرون بما يطلبون، والمرضى يتداوون لعلمهم يشفون، ويبرءون، ومعظم هذه الظنون صادق موافق غير مخالف، ولا كاذب؛ فلا يجوز تعطيل هذه المصالح الغالبة الوقوع خوفاً من ندور، وكذب الظنون، ولا يفعل ذلك إلا الجاهلون.

وبالتأمل فيما أوردناه عن ابن عبد السلام يتبين لنا واضحاً جلياً أنه جعل مصالح الدارين مبنية على الظن أساساً للسير في هذه الحياة، دنياً وديناً، وبناءً عليه: فإن الأحكام الشرعية كلها ترجع عنده إلى قاعدة واحدة، وهي تحصيل مصالح الدارين، دنياً، وديناً، على ظن أن ما يقوم به المكلف يحقق له ذلك، والظن كافٍ في ذلك بداهة؛ إذ لا طريق للجزم، فكان الإقدام على فعل ما يُظن المكلف فيه الخير له هو طريق العاقل، والإعراض عنه خوفاً من تخلف ما ظنه هو نادر طريق الأحمق.

وإذا نظرنا إلى هذا المنهج الذي اختاره عز الدين بن عبد السلام، والذي بمقتضاه أرجع قواعد الفقه إلى قاعدة واحدة، وبناءً فروع الفقه كلها عليها، فإننا نرى أنه لا يوضح رجوع كل فرع فقهي إلى قاعدته، فيسهل على الناظر أن يفهمه، وفي ذات الوقت يكون دعامة فقهية يستفيد منها المقلد، والمجتهد.

وأما منهج غيره من الفقهاء الذين أرجعوا الفروع المتشابهة إلى قواعدها، فهي أظهر، وأوضح؛ ليتيسر فهم الفقه على الناظر، فيسهل عليه الوقوف على الأشباه، والنظائر، فيمكنه الإلحاق، والتخريج بسهولة، ويسر، ولكن هذا لا يطعن في علو منزلة الإمام عز الدين بن عبد السلام؛ لأنه يتكلم في نتائج أعمال الدين، والدنيا، وهي الغاية العليا التي يقصدها كل عامل، وأما غيره - وهم المفصلون - فقد نهجوا طريق الوصول إلى غاية أخرى، وهي الوقوف على القواعد؛ لمعرفة الأشباه والنظائر، فالمفصلون يبحثون عن الأسس التي توصل إلى المطلوب، وأما العز بن عبد السلام، فيتكلم في القمة، والغاية من الأعمال، ومع هذا، فمسلك غيره أوضح منهجاً، وأوفق علماً؛ لما ينتج عنه من الوقوف على الأشباه، والتوصل إلى النظائر، ثم بعدها تُعرف المصلحة فتكتسب، وتعرف المفسدة فتدراً، ولكل وجهة هو موليها.

وممن ألف في قواعد الفقه من الشافعية أبو المناقب محمود بن أحمد الزنجاني، الشافعي، فإن له في القواعد كتاباً أسماه: (تخريج الفروع على الأصول) وليس كله قواعد فقهية، بل ذكر فيه قواعد أصولية، وهي محاولة منهجية ناجحة، وهي نموذج لمخطط يرسم علاقة الفروع، والجزئيات من مسائل الفقه بأصولها، وضوابطها من القواعد، ضمن إطار لتقييد الاختلاف بين المذهبين: الشافعي، والحنفي، وبيان الأصل الذي تُردُّ إليه كل مسألة خلافية، وفي الجزئيات إلى الكليات.

٣. أهم كتب المذهب المالكي المؤلفة في القواعد الفقهية:

أما المالكية، فربما كان أول من كتب في القواعد أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، المولود سنة ٦٢٦، والمتوفى سنة ٦٨٤، واشتهر كتابه لدى العلماء، والطلاب بـ(فروق القرافي) وهو من أجل كتب القواعد، ومن أغزرها مادة؛ فقد

ضمنه ثمانياً وأربعين وخمسمائة قاعدة، كما صرح بذلك في مقدمة الكتاب، وعمله هذا لم يُسبق بمثله، وما كتب قبله في الفروق كان بين جزئية تشابهت صورها، واختلفت في أحكامها، وليست فروقاً بين القواعد التي هي طريق القرافي، وهي تنمي ملكة الفقيه، وتقرنه على الاجتهاد دون طريقة الاستنباط، غير أنه لم يتناول في كتابه أشباهاً، ونظائر للإلحاق، والقياس، وإنما يتناولها لبيان علة اختلاف الحكم فيها على التشابه الكامل بينها.

وعلى هذا يكون عد كتاب (الفروق الفقهية) للقرافي من كتب القواعد فيه تسامح؛ لأنه في الحقيقة لبيان الفروق بين القواعد، والمسائل، فهو لم يجمع قواعد بالمعنى الذي نعنيه هنا، وإنما يريد من القواعد معنى الأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى، فنراه يعرض هذه الأحكام الأساسية في كل موضوعين متشابهين، ويحلل الفروق بينهما، فهو يقول مثلاً: الفرق بين قاعدتي الإنشاء والخبر، والفرق بين قاعدتي تملك المنفعة وتمليك الانتفاع، وهكذا.

فهو يريد بالقاعدة معنى الأحكام الأساسية في موضوع معين، ولا يريد المعنى الاصطلاحي للقاعدة، التي هي عبارة عن الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته غالباً، كما في قول الفقهاء: اليقين لا يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد، إلى غير ذلك من القواعد الفقهية الكثيرة، بهذه القواعد الكلية قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات يُعلم حكمها من تلك القواعد، على أن كتاب (الفروق) هذا قد انتشرت فيه قواعد فقهية دستورية كثيرة، وهي متفرقة في مناسبات تعليل الأحكام، ونُصِب الضوابط.

منهج القرافي:

أما منهج القرافي فهو يتلخص في أمرين:

الأمر الأول: استنباط الفرق بين فرعين؛ ليستنتج منه قاعدة أخرى.

الأمر الثاني: استنباط الفرق بين قاعدتين ؛ ليتم تحقيقهما بالسؤال عن الفرق بينهما.

ثم جاء من بعده أبو عبد الله محمد بن محمد المقرئ، المتوفى سنة ٧٥٨ هجرية، فألف كتابه (القواعد في أصول مسائل الخلاف) استهله بقوله: قصدت إلى تمهيد ١١٠٠ قاعدة، هي الأصول القريبة لأمّهات مسائل الخلاف، إلا أن جملة منها متداخلة، وهي في صيغها على العموم غامضة، تحتاج إلى مجهود جبار لتتقّحها، وتحرّرها، وفكر وقاد؛ لإبراز محتواها العلمي، والفقهى.

ثم جاء من بعده أبو العباس الونشريسي، فانتقى أهم القواعد، وضمنها كتابه المختصر الذي أسماه (إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك) وجمع تحت كل قاعدة مجموعة هائلة من المسائل، والأحكام بحيث لو تتبعها الباحث لاستخرج منها وحدها مجلداً ضخماً من المسائل الفقهية، وربما حاول أن يضيف عليها شيئاً من الوضوح، إلا أن طبيعة القواعد، والمسائل المدرجة تحت كل قاعدة، ومحاولة استيعابها لم تسمح بذلك؛ لهذا كان هذا الكتاب فريداً في مادته، ومنهجه.

هذا، وقد ألف في القواعد الفقهية في مذهب الإمام مالك الفقيه محمد بن أحمد بن عبد الله بن جُزَي، من أهل غرناطة، المتوفى سنة ٧٥٦، هذا العالم ألف كتاباً أسماه (القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، والتنبيه على مذهب الشافعية، والحنفية، والحنابلة) وهو تأليف جيد يذكر فيه المسألة، ثم يوضح آراء الفقهاء فيها، وهو مع هذا يعتبر من فقهاء الفقه المقارن.

ويدل منهجه في كتابه هذا على سعة علمه، وكثرة اطلاعه، وتمكنه، وهو في عرضه، وجمعه لمذهب المالكية على طراز ما فعله ابن رجب الحنبلي في كتابه

(القواعد) مع إيجاز المسألة، ووضعها في عبارة سهلة ميسرة، مع بيان أطراف الأقوال فيها منبهاً على قول كل مذهب من المذاهب الأربعة.

٤. كتاب (القواعد) لابن رجب الحنبلي :

وأما الحنابلة، فيعتبر ابن رجب من أشهر المؤلفين في القواعد الفقهية، وله كتاب (القواعد في الفقه الإسلامي) وضعه في تقرير القواعد، وتحرير المسائل، والفوائد، ومقدمة هذا الكتاب غاية في الاختصار، والإيجاز، فلم يتعرض فيها لقاعدة، ولا لبيان أهمية هذا الفن، ولا لبيان من كتب في فن القواعد من قبله، كما أن الكتاب لم يتعرض لأقوال أي مذهب آخر غير المذهب الحنبلي، ومع ذلك فالكتاب جاء خالياً من الأحاديث النبوية الشريفة، ومن الآيات القرآنية، وهذا علاوة على أن نسبة كبرى من قواعده لا تتسم بدقة الصياغة؛ وذلك بسبب طولها المفرط، كما أن لفظ القاعدة لا يصدق على جانب آخر منها بحال، وإنما هي مجرد تقسيمات وليس إلا.

ومن يطالع الكتاب يقف على أكثر من هذا، ومع هذا، فإن الكتاب فيه علم غزير، ومؤلفه واسع الاطلاع، وذهنه مرتب، وأسلوبه شيق، وقد استطاع أن يجمع بين المسائل الفقهية في المذهب الحنبلي، فلم يترك شاردة تمر دون أن يُمسك بها، أو واردة تفوته دون أن يضعها في مكانها، كل ذلك بأسلوب رائق، ولفظ شائق، وتأليف جيد في الفقه الحنبلي، ومنهجه فيه: أنه يذكر القاعدة الفقهية الكلية، ثم يفرع عليها مسائل متفرقة من أبواب الفقه، غير ملتزم بالسير وراء الفروع في باب معين من أبواب الفقه، بل صنيعه في ذلك كصنيع ابن السبكي، والسيوطي، وابن نُجَيم، وغيرهم ممن لا يلتزمون السير وراء أبواب الفقه.

أما عن منهج ابن رجب، فهو عجيب؛ إذ إنه يضع لكل فرع قاعدة، فالكتاب هذا ليس كتاب قواعد بالمعنى الدقيق المعروف، ولا يتفق أسلوبه هذا مع معنى القاعدة التي تتطلب حصر الفروع المتشابهة، واندراجها تحت قاعدة واحدة، ولا يتسع لنا المجال هنا أن نفصل الأمثلة لذلك، وإنما يكفي أن نسجل عبارات جاءت قواعد معروفة مضبوطة بالفقه الإسلامي، منها: إذا تعذر جمع الواجبين، قُدم أرجحهما، وسقط الآخر بالوجه الشرعي، ومنها: أن المشكوك في وجوبه لا يجب فعله، ولا يستحب تركه، بل يستحب فعله احتياطاً، ومنها: العلم برضا المستحق يقوم مقام إظهار الرضا، ومنها: الفوائد التي تستحق مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع، وإن كانت أعياناً، وهذه أمثلة للقواعد التي وردت في هذا الكتاب، ومنهجه في كثير من المواضع: أنه يربط الفروع مع أصولها، وقواعدها.

ومن مؤلفات الحنابلة في قواعد الفقه: (القواعد الفقهية) المنسوبة إلى ابن قاضي الجبل، المكنى بأبي العباس، الملقب بشرف الدين، المقدسي الأصل، ثم الدمشقي، الشهير بابن قاضي الجبل، أخذ العلم عن الإمام تقي الدين ابن تيمية، وكان عالماً، ضليعاً بالحديث وعلله، والنحو، واللغة، نزع في آخر حياته إلى مصر، فأقبل عليه أهلها إقبالاً عظيماً، وتفوق على أقرانه، وأصبح شيخ الحنابلة في عصره، وله مؤلفات عديدة منها: كتابه (القواعد الفقهية) وهو كتاب عظيم، وأسلوبه فيها أسلوب واضح، ونجده في كثير يذكر السؤال والجواب، وأحياناً يذكر القاعدة أولاً، ثم يُتبعها الفروع المتعلقة بها، واعتمد في ذلك على كتاب (المحرر في الفقه) والمسوّدة في (أصول الفقه) فساق منهما فروعاً كثيرة في المذهب، كما يظهر ذلك عند إجمالة النظر في هذا الكتاب.

ومن قواعد الحنابلة: قواعد مجلة الأحكام العدلية الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ومن دواعي ذكر هذه المجلة ضمن كتب القواعد في المذهب

الحنبلي، أنها تضمنت مجموعة من القواعد الفقهية، استخلصها المؤلف - وهو أحمد بن عبد الله الحنفي - من قواعد الإمام ابن رجب، وأوردها كما جاءت في الأصل من غير تهذيب، ولا إعادة تصنيف، يبلغ عددها ١٦٠ قاعدة، وقد نحا في ذلك منحى المجلة العدلية العثمانية.

وقد ساعد المؤلف على سلوك هذا المنهج في التأليف عوامل كثيرة منها: تكوينه العلمي، ووضعه الوظيفي، وملكته في الفقه الحنفي، ودُرْبَتَه في القضاء وفق المذهب الحنبلي، وقد ضمنها مواضيع لم تُضمَّنْها (مجلة الأحكام العدلية) مثل كتاب الوقف.

ومن الأمثلة الواردة في هذه المجلة، وهي قواعد (مجلة الأحكام الشرعية) مادة ١٧: إذا تقابل عاملان، أحدهما: ذو شرف في نفسه، ورفعته، وهو واحد، والآخر: ذو تعدد في نفسه، وكثرة، فأيهما يرجح؟

ظاهر كلام أحمد: ترجيح الكثرة، ومثال ذلك: إهداء بدنة سميئة بألف ريال، أو بدنتين بألف، أو بتسعمائة ريال، أيهما أفضل؟ فإنه يجد الخلاف عند الترجيح في هذه المسألة بناءً على القاعدة المختلف فيها - والله أعلم.

مقدمة في علم القواعد الفقهية (٢)

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** تعريف القواعد والفرق بينها وبين ما يشبهها ١٥٣
من العلوم وبيان خصائصها وحجيتها
- العنصر الثاني :** الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية، ١٦٥
وفائدة دراسة القواعد الفقهية

تعريف القواعد والفرق بينها وبين ما يشبهها من العلوم، وبيان خصائصها وحجيتها

١. التعريف بالقواعد الفقهية، وبيان القاعدة عند الأصوليين والنحاة:

أولاً: معنى القاعدة لغةً واصطلاحاً، ومدلول القاعدة الفقهية:

أ. القاعدة لغةً: الأساس، وهي تجمع على "قواعد"، وهي أُسُسُ الشيء وأصوله؛ حسيّاً كان ذلك الشيء كقاعدة البيت، أو معنوياً كقواعد الدين، وهي دعائمه، وقد ورد هذا اللفظ -القاعدة- في القرآن الكريم؛ يقول الله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة: ١٢٧] ويقول ﷺ: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي بُنِيَ نَفْسُكَ عَلَيْهَا - لَا تَبْتَغِ فِي الدِّينِ سُبُلًا وَمَا لَكُم مِّنْ عِندِ اللَّهِ بِشَيْءٍ فَخْرٍ﴾ [النحل: ١٢٦].

إذن القاعدة: هي الأساس، وقد ورد ذكرها في القرآن، والقاعدة في هاتين الآيتين الكريميتين بمعنى الأساس، والأساس: هو ما يُرْفَعُ عليه البنيان. هذا هو معنى القاعدة في اللغة.

أما معناها عند فقهاءنا، وفي الاصطلاح الفقهي؛ فقد وردت عبارات الفقهاء في تحديد المعنى الاصطلاحي متنوّعة ومتعدّدة، وهي -على تنوعها وكثرتها- تكاد تتفق على أن القاعدة الفقهية حُكْمٌ كليٌّ ينطبق على جميع جزئياته غالباً، لتعرف أحكامها منه؛ إما على سبيل القطع أو على سبيل الظن.

ب. القاعدة عند الأصوليين والنحاة: إن حكم القاعدة عند أهل الأصول وعند النحاة حكمٌ كليٌّ ينطبق على جميع جزئياته؛ لِيُتَعَرَفَ أحكامها منه، مثل قول الأصوليين: الأمر إذا جُرِّدَ عن القرائن أفاد الوجوب. ومثل قول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب.

وهناك قواعد أخرى نجدها عند أهل القانون ؛ هناك قواعد قانونية ، وهناك قواعد هندسيّة ، وهناك عشرات من العلوم ، لكلّ منها قواعدها واصطلاحاتها الخاصة ، وإذن يكون معناها في مصطلحات العلوم بوجه عام : هو أنها ضابط كلي يندرج تحته أفراد على وجه الحصر.

أما في القواعد الفقهية فهي قضايا كليّة يندرج تحتها جزئيات كثيرة ؛ لتُعلمَ أحكامها من تلك القواعد ، وهي منطبقة على معظم جزئياتها غالباً ، فالقواعد الفقهية - كما قال العلماء - أغلبية ، وغير مطّردة ، أي : أنها يندرج تحتها مجموعة كبيرة من الصور الفقهية ، ويُستثنى من هذه القواعد صور أخرى لمسائل كان من الواجب أن ينطبق عليها عموم القاعدة ، لكنها أُخْرِجَتْ من هذا العموم ، وأُدرِجَتْ تحت قاعدة أخرى على سبيل الاستثناء.

والسبب في ذلك أن القاعدة لها شبه بالقياس من جمعها لعدد من المسائل الفقهية ، والفقيه في بعض المسائل الفقهية المندرجة تحت ما تشمله أيّ قاعدة فقهية يُخرجها عن الحكم المتضمنة له القاعدة ؛ ليدخلها تحت حكم آخر تضمنته قاعدة فقهية أخرى ؛ استحساناً منه. وذلك ، لدرءٍ مفسدة أو تحقيق مصلحة عامة ، أو يكون ذلك تحقيقاً لمقاصد الشريعة. وهذا ما يدفع بعض الفقهاء لإجراء الاستثناء من عموم بعض القواعد الفقهية في بعض المسائل الفرعية.

ومن أجل ذلك كانت القواعد الفقهية غالبية في شمولها ؛ لما ينحصر تحت مدلولها من مسائل جزئية ، وهذا ما قرّره العلّامة الحموي وغيره بقوله : إن القاعدة حكم أكثر. فذلك لوجود المستثنيات في القاعدة الفقهية أكثر ممّا تُوجد في غيرها من القواعد في العلوم الأخرى. وإلى ذلك أشار بعض علماء المالكية بقوله : من المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية ، وهذه المستثنيات التي خرجت

عن قواعدها، ودخلت في قواعد أخرى لا تقدح في أهمية تلك القواعد، ولا تُنقصُ من قيمتها العلمية في ضبط فروع الأحكام الجزئية العملية.

فالقواعد الفقهية -مع وجود المستثنيات التي تخرج منها وتدخل في غيرها- تجمع شتات الفروع وإن اختلفت أبوابها وموضوعاتها، ولولا القواعد الفقهية لبقيت الأحكام الفقهية متناثرة، وقد تتعارض ظواهرها إذا بقيت بدون أصول تُمسكُ بها، وتجمع بين جزئياتها غالباً.

وإلى هذا يشير الإمام القرافي بقوله: ومن جعل مخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع، واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، فالأمر الكلي إذا ثبت فتخلّف بعض جزئياته عن مقتضاه لا يُخرِجه عن كونه كلياً، وأيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبراً في الشريعة اعتباراً قطعياً، لكن القواعد العقلية لا تقبل الاستثناء، ولا تُنخرمُ في حال من الأحوال.

وإذا تأملنا في تلك المستثنيات أدركنا دقة أنظار الفقهاء؛ فإنهم يرون أن تلك المسائل، أو الصور المستثناة من قاعدة ما، هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، ومثلها كمثّل القياس في أصول الفقه؛ فإنه كثيراً ما ينخرم ويُعدّل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل، تجعل الحكم الاستحسان فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة، ورفع الحرج، أو جلب المصالح، ودرء المفاسد.

فالقواعد الفقهية هي قواعد كليّة، ومعناها كلي، وهي تشتمل على جميع الجزئيات غالباً، وقد أشار إلى ذلك العلامة محمد طاهر الأتاسي في قوله: ربما يُعارض بعض فروع تلك القواعد أثراً، أو ضرورة، أو قيداً، أو علة مؤثرة تخرجها عن الاضطراب، فتكون مستثناة من تلك القاعدة، معدولاً بها عن سنن

القياس، إما بالأثر كالسلم والإجارة في بيع المعدوم، وإما بالإجماع كالاستصناع، وإما بالضرورة كطهارة الحياض، والآبار، وإما بالاستحسان، وهو ما قوي أثره، يُقدّم على القياس الجلي كسؤر سباع الطير إذ المعتبر هو الأثر لا الظهور.

فالقاعدة إذن أعمّ من أن تكون قاعدة كلية أو قاعدة أكثرية، ومن أهمّ سمات القاعدة العموم والشمول؛ بحيث تشتمل على كل فرع أو جزئية يتحقّق فيها معنى القاعدة كاملاً، ولا تقصير - أي: لا تقتصر - على جزئية محدّدة، ولا فروع معدودة، بل هي من السّعة والعموم، ولا بد أن يكون لها مضمون تعبّر عنه، وموضوع تتناوله، وهو ما صرّحت به عبارة الإمام التفتازاني بقوله: ما تُعرّف منها أحكام الجزئيات المدرجة تحت موضوعاتها، وهذا ما يعبر عنه الأصوليون بمناط القاعدة، وهو ما ينبغي على الفقه التحقق من وجوده في الجزئية التي يريد تطبيق حكم القاعدة عليها، وإذا أردنا أن نخرّج فرعاً على قاعدة ما من القواعد الفقهية علينا أن نأتي بتلك القاعدة على هيئة قضية كلية، ونجعلها كبرى في قياس منطقي من الشكل الأول بأن يكون موضوع تلك القاعدة محمولاً على المسألة الصغرى، ثم نسلّك طريق الإنتاج بحذف الحدّ الأوسط فيحصل المطلوب، ومثاله: أننا إذا أردنا أن نثبت أن النية في الوضوء ضرورية، فإننا نقول: الوضوء عبادة، وكل عبادة تفتقر إلى نية؛ فإن هذا القياس ينتج "أن الوضوء يفتقر إلى نية".

وأيضاً نقول: النافلة من الصلاة عبادة، وكلّ عبادة تفتقر إلى نية، فالنافلة تفتقر إلى نية، وهكذا، ويمكن تطبيق حكم القاعدة على جزئية من الجزئيات، فإنه يُحمل موضوع القاعدة كالأمر في مثالنا على جزء من جزئيات كـ "أقيموا الصلاة"، فيحصل قضية صغرى، وتجعل القاعدة كبرى؛ فيقال: "أقيموا الصلاة" أمر، والأمر بالوجوب حقيقة، ينتج: "أقيموا الصلاة للوجوب حقيقة".

٢. الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية :

أولاً: معنى القاعدة الأصولية: هي قضية كلية يُتوصَّل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية أي: يتوصل بها الفقيه إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

ومن القواعد الأصولية: الأمر بعد الحظر ببيح الإباحة؛ فإن هذه القاعدة تكشف عن الحكم الشرعي بكثير من الأفعال التي خاطب بها الشارع المكلفين بصيغة الأمر، ومنها قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠]، فالأمر بالانتشار في طلب الرزق جاء بعد النهي عن البيع وقت النداء للصلاة، فيفيد هذا الأمر الإباحة.

ومن القواعد الأصولية: "النهي يقتضي الفور والدوام"، فهذه القاعدة يندرج عليها الكثير من النصوص التي وردت بصيغة النهي، ومنها النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢٠]؛ حيث إن النهي عن نكاح المشركات يُفيد الوجوب، والفورية في الكف عن هذه العلاقة، والدوام والاستمرار في البعد عنها؛ إذ لا يتحقق الامتثال إلا بالديمومة والاستمرارية في البعد عن المنهي عنه.

فهذه القواعد الأصولية يرجع إليها الفقيه، ويرجع إليها المجتهد في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية؛ بحيث تُبنى عليها المسائل الجزئية، وهي أكثر أطراداً وعموماً من القاعدة الفقهية؛ حيث ترد على القاعدة الفقهية عدّة استثناءات - كما ذكرنا - تجعل من القاعدة الفقهية أغلبية، وهذا ما لا يوجد في القواعد، وفي القاعدة الأصولية التي تتسم بالاطراد والعموم.

ومن خلال بيان معنى القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية يتبين أن كلا من القاعدتين تشبهان في كونهما قضية كلية، ينطبق حكمها العام على جميع أفرادها، ويتخرج عليها كثير من الفروع والجزئيات الفقهية، أو تندرج تحتها قضايا جزئية، غير أن هذه المشابهة بين القاعدتين لا تزيل الفروق بينهما؛ حيث يجد الدارس اختلافاً بين القاعدتين الفقهية والأصولية في أمور عدة، نذكرها فيما يلي:

الفرق الأول: الفرق من حيث الحقيقة؛ فالقواعد الفقهية تعتبر أحكاماً شرعية كلية، والقواعد الأصولية بيان لأحكام استدلالية كلية، يُتوصلُ من خلالها إلى الكشف عن الأحكام الشرعية كلياً أو جزئياً.

الفرق الثاني: الاختلاف من حيث المصدر، فإن مصدر القاعدة الأصولية يختلف عن مصدر القاعدة الفقهية؛ إذ إن القاعدة الأصولية تُستمدّ من علوم ثلاثة؛ من علم الكلام وعلم الفقه وعلم العربية، أما القواعد الفقهية: فقد يكون مصدرها نصّاً شرعياً؛ سواء أكان هذا النص من الكتاب أم السنة، قد يكون مصدرها الإجمال لقاعدة "لا اجتهاد مع النص"، وكقاعدة "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"؛ فقد استفادهما أو استقاهما العلماء من إجماع الصحابة -رضوان الله عليهم أجمعين- كما أن المصدر أيضاً للقواعد الفقهية يكون مجموعة من المسائل الفقهية التي تجمعها علاقة جامعة بينها، مثل: قاعدة "يُغتفر في البقاء ما لا يُغتفر في الابتداء"، ويأتي ذلك في إجارة المشاع؛ فإن إجارة المشاع فاسدة ابتداءً، ولكن لو أن إنساناً أجّر بيتاً كله، ثم فُسِخت الإجارة في جزء شائع جازت الإجارة فيما بقي؛ لأن الشيوع الطارئ لا يُفسد الإجارة.

الفرق الثالث: الاختلاف من حيث الأسبقية؛ فإن القواعد الأصولية متقدمة في وجودها على القواعد الفقهية؛ لأن معرفة الجزئيات متوقف على وجود القاعدة

الأصولية الاستدلالية، فمن البديهي أن تكون القاعدة الأصولية أسبق في الوجود من القاعدة الفقهية؛ إذ إن ارتباط القاعدة الأصولية بالقاعدة الفقهية هو ارتباط الدليل بالمدلول، والدليل سابق لمدلوله ومتقدم عليه.

الفرق الرابع: الاختلاف من حيث توقف الحكم الشرعي عليها؛ فإن معرفة الحكم الشرعي للمسائل الجزئية يتوقف على معرفة القاعدة الأصولية وإعمالها في الأدلة التفصيلية التي تساعد الفقيه على تبين هذا الحكم من دليله التفصيلي، وهذا يخالف القاعدة الفقهية؛ حيث لا تتوقف معرفة الوقائع الجزئية على الوقوف على القاعدة الفقهية، وإنما تظهر أهمية القاعدة الفقهية عند غياب الأدلة والنصوص الشرعية التي تشمل واقعة معينة، فيُستَرشد بتلك القواعد إذا كانت تتناول تلك الواقعة الطارئة بصيغتها العامة.

الفرق الخامس: الاختلاف من حيث الاطراد والعموم: فالقاعدة الأصولية أكثر اطراداً وعموماً من القاعدة الفقهية؛ حيث ترد على القاعدة الفقهية عدّة استثناءات تجعل من القاعدة الفقهية أغلبيةً، وهذا ما لا يوجد في القاعدة الأصولية التي تتسم بالاطراد والعموم، وهذه المستثنيات - كما قلنا - إنما خَرَجَتْ من قواعدها؛ لكونها أليق بالاندراج تحت قواعد أخرى، مثل قاعدة: "الأمور بمقاصدها" فإنه يستثنى منها قتل الوارث لمورثه؛ لاستعجاله الإرث؛ فإننا نعامله بنقيض مقصوده لا بمقصوده - كما تقول القاعدة - وذلك لأن هذا الفرع أولى بالدخول تحت قاعدة أخرى، وهي قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

الفرق السادس: أنه لا يصحّ الاستناد إلى القواعد الفقهية وحدها لتبين الحكم الشرعي، وهذا يعني أن القواعد الفقهية تعتبر دليلاً شرعياً يمكن استنباط

الأحكام منها إذا كان مصدرها الكتاب أو السنة ؛ إذ الاحتجاج بالقاعدة - في هذه الظروف - نابع من الاحتجاج بأصلها.

أما القواعد الأصولية فهي من الحجية والقوة ؛ بحيث يمكن للمجتهد أن يلجأ إليها دون تردد في استنباط الحكم الشرعي ، هذه هي أهم الفروق التي يمكن أن تفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية.

٣. الخصائص التي تتميز بها القواعد الفقهية دون القواعد الأصولية :

هناك خصائص تتميز بها القواعد الفقهية عن القواعد الأصولية ، ومن الخصائص التي تتميز بها القواعد الفقهية دون القواعد الأصولية ما ذكره فيما يلي :

أولاً: تقوم القواعد الفقهية بضبط المسائل الكثيرة المتناظرة ؛ بحيث تكون القاعدة وسيلة لمعرفة الأحكام المندرجة تحتها ، هذا هو الأمر الأول مما يميز القاعدة الفقهية عن القاعدة الأصولية.

ثانياً: أن القواعد الفقهية تدلّ على أن الأحكام المتّحدة العلة مع اختلافها محققة لجنس واحد من المصالح.

ثالثاً: أن معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة ومقاصدها ، ولكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع ، بواسطة قواعد يتمكن العارف بها من انتزاع الفروع منها ، في حين أن القواعد الفقهية تتعلق بالمقاصد الكلية الضرورية ، والحاجية ، والتحسينية ، والمقاصد الجزئية ، من حيث إنها حكم يترتب على الأحكام فتتحقق بها المناسبة بين العلة والحكم.

فالقواعد الفقهية تخدم المقاصد الشرعية العامة والخاصة ، وتمهد الطريق للوصول إلى معرفة أسرار الشريعة وحكمها ، وهذا تفصيل يعطينا فكرة كاملة عن الفروع

الأساسية، أو الفروق الأساسية بين المصلحتين، على أن هذه الفروق قد تتلاشى في بعض القواعد حين تجتمع القاعدة بين كونها قاعدة أصولية وقاعدة فقهية في آن واحد، وذلك مثل قاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان"؛ حيث إن هذه القاعدة هي قاعدة فقهية من حيث تعبيرها عن حكم فقهي كلي، وهي قاعدة أصولية أيضاً من حيث اتصال بقاعدة الاستصحاب الأصولية، ومن ثم فإن بعض القواعد قد نجد لها متداخلة أو متزاوجة بين القسمين؛ بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية، فذلك نتيجة اختلاف النظر إلى القاعدة.

فالقاعدة يُنظرُ إليها من ناحيتين، وذلك كقاعدة سدّ الذرائع أو قاعدة العرف، فإذا نُظرَ إليها باعتبار موضوعها دليلاً شرعياً كانت قاعدة أصولية، وإذا نظر إليها باعتبارها فعلاً للمكلف كانت قاعدة فقهية - كقاعدة سدّ الذرائع - مثلها إذا قيل: "كلُّ مباح أدّى فعله إلى حرام، أو أدّى الإتيان به إلى حرام فهو حرام؛ سداً للذريعة" كانت هذه القاعدة فقهية.

وإذا قيل: "الدليل المثبت للحرام مثبت لتحريم ما أدّى إليه" كانت قاعدة أصولية، والعرف: إذا فسر بالإجماع العملي، أو فسر بالمصلحة المرسلة كانت قاعدة الإجماع أصولية، أو كان العرف قاعدة أصولية، وإذا فسر بالقول الذي غلب في معنى معين، أو بالفعل الذي غلب الإتيان به كانت قاعدة العرف قاعدة فقهية، وبذلك يُعرف أن القواعد الفقهية لها أساس واتصال وثيق بأصول الفقه، ولا سيما بمبحث الأدلة إذ إنها تشبه الأدلة الأصولية.

٤. حجية القواعد الفقهية:

من الأمور التي ينبغي معرفتها في بحث القواعد الفقهية: النظر في حجية هذه القواعد، ومدى صحة جعلها كدليل يُستندُ إليه في استنباط الأحكام، ومدركاً

يُؤخَذُ به في التعليل والترجيح ، وما إذا كانت هذه القواعد على درجة واحدة من حيث دلالتها على الأحكام ، وهل يجوز جعل القواعد الفقهية دليلاً يُسْتَبْطَأُ منها الأحكام ، هذا ما نريد أن نوضحه بتفصيل وبيان أدقّ.

هذه أسئلة ليس بعيداً أن تدور بخلد بعض من يتعامل مع القواعد الفقهية ؛ سواء بالدراسة أو البحث ، ويمكن أن يستفاد من آراء الفقهاء في هذه المسألة الدقيقة والمهمة ، وهم متفقون على أن القواعد الفقهية إذا كان أصلها مستنداً إلى دليل من كتاب الله ، أو سنة رسوله ﷺ فإن القاعدة تعتبر دليلاً شرعياً يمكن استنباط الأحكام الشرعية منها ، وعلى ضوئها ؛ إذ الاحتجاج بمثل هذه القاعدة نابع من الاحتجاج بأصلها ، وما دام أصلها الكتاب أو أصلها السنة هي حجة ، ودليل يُحتجّ به في استنباط أو استخراج الأحكام الشرعية ، والفروع الفقهية.

أما القواعد الفقهية التي وضعها الفقهاء بناءً على استقراء المسائل الفقهية المتشابهة ، فهذه القواعد هي محلُّ نظر واختلاف بين العلماء في مدى حجية هذه القواعد ، واستنباط الأحكام منها ، فالقاعدة باعتبارها قاعدة فقهية لا تصلح أن تكون دليلاً شرعياً ، اللهم ما إلا إذا كانت لبعض القواعد صفة أخرى ، وهي كونها معبرة عن دليل أصولي أو عن كونها فيها حدٌّ مستقلٌّ مثل : "الضرر لا يزال بالضرر" ، ومثل : "لا ضرر ولا ضرار" هذه القاعدة هي حديث أخرجه العلماء ، واستدلوا بها في مناسبات كثيرة ، ومثل : الخراج بالضمان ، ومثل : البينة على المدعي واليمين على من أنكر ؛ فحيثُ يمكن الاستناد إلى مثل هذه القواعد في استنباط الحكم الشرعي ، وإصدار الفتوى ، وإلزام القضاء بناءً عليها.

ومن نُقل عنهم عدم الاحتجاج بالقواعد الفقهية ابن نجيم ؛ حيث يقول : إنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط ؛ لأنهما ليستا كلية ، بل أغلبية ،

وخصوصاً القواعد التي لم تثبت عن الإمام بل استخرجها المشايخ من كلامه ، وقد بالغ ابن دقيق العيد في ادعاء عدم جواز الاستنباط أحكام الفروع ، حتى من القواعد المستمدة من أصول الفقه .

وجاء في شرح المجلة : أن حكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد ، ويمكن تعليل هذا الرأي بما يلي من الأدلة :

الدليل الأول : أن القواعد الفقهية أغلبية ، وليست كلية في نظرهم ، وهي لا تخلو عن المستثنيات ، ومن المحتمل أن تكون المسألة التي يُراد حكمها من المسائل المستثناة ؛ إذن لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد الفقهية ، ولا ينبغي تخريج الفروع عليها . هذا هو الدليل الأول .

الدليل الثاني : أن كثيراً من القواعد الفقهية استقرائية ، والكثير منها لم يستند إلى استقراء تطمئن له النفوس ؛ لأنها كانت نتيجة تتبع فروع فقهية محدودة ، لا تكفي إلى زرع الطمأنينة في النفوس ، وتكوين الظن الذي بمثله تثبت الأحكام .

الدليل الثالث : أن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة ، وهي جامع ورابط لها ، وليس من المعقول أن نجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من الأدلة الشرعية ، هذا هو رأي من يرى عدم الاستدلال بالقواعد الفقهية على الأحكام الشرعية ، ويرى آخرون : القول بحجية القواعد الفقهية وصلاحياتها دليلاً على الحكم الشرعي ، وما يقال عن خروج طائفة من الجزئيات الفرعية عن حكم القاعدة ، وتسميتها بالمستثنيات فهو غير مؤثر في مدى صلاحيتها للحكم بناءً عليها .

وقد صرح الإمام القرافي بنقض حكم القاضي إذا خالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض ، وقد ردَّ القرافي في بناء على ذلك فتاوى من لم يُوقع

الطلاق في مسائل الدور، التي منها قول القائل لزوجته: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثة. وقال بنقض قضاء حُكْمٍ حَكَمَ فيه القاضي ببقاء الزوجية وعدم إيقاع الطلاق، وعَلَّلَ ذلك بمخالفة قاعدة الشرط التي هي صحّة اجتماعه مع المشروع، فقال القرافي في ذلك: ولو قضى باستمرار عصمة من لزمه الطلاق، بناءً على المسألة السُّرِّيَّةِ نقدناه؛ لكونه على خلاف قاعدة "إن الشرط قاعدته صحّة اجتماعه مع المشروع"، وشرط السُّرِّيَّةِ لا يجتمع مع مشروطه أبداً؛ فإن تقدّم الثلاث طلقات لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها.

وُثِّلَ عن ابن عرفة جواز نسبة القول إلى المذهب؛ استنباطاً من القواعد الفقهية؛ فقد سُئِلَ عما يجوز أن يقال في طريق من الطرق هذا مذهب مالك، فأجاب بأن من له معرفة بقواعد المذهب، ومشهور أقواله، والتخريج، والقياس يجوز له ذلك بعد بذل جهده في تذكره لقواعد المذهب، ومن لم يكن كذلك لا يجوز له ذلك.

ومن العلماء الذين نُسِبَ إليهم الاستدلال بالقواعد الفقهية على الأحكام الإمام أبو طاهر بن بشير المالكي؛ فقد كان يستنبط أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه، وشيئاً على هذا في كتابه (التنبيه).

وعلى الرغم من الاختلاف في حجية هذه القواعد الفقهية من حيث الاستدلال بها في الإفتاء والقضاء، فإنه ينبغي لمن ينصب نفسه للقضاء والفتيا أن يكون ملماً بها، قادراً عليها؛ حتى يتمكن من الإحاطة بكثير من الفروع الفقهية والقضائية، وكانت موارد استعمال القواعد؛ سواء في باب الإفتاء والقضاء كانت مقصورة على دعم رأي من الآراء الفقهية، أو القضائية عند استنباط الحكم به، إنما هي شواهد استأنسوا بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة، ومن هنا اتَّجَهَتْ عناية المفتين والقضاة والمؤلفين في هذه الموضوعات أن يذكروا هذه القواعد، ويقرؤنه بفتواهم أو قضاياهم.

وفي كلام الإمام القرافي ما يُوحى إلى هذا الجانب ؛ إذ يقول -رحمه الله- : فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه ، بل للشرعية قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى ، وعند الفقهاء لا تُوجد في كتب أصول الفقه أصلاً.

وينبغي أن يبيّن هنا أن عدم جواز استناد القاضي أو استناد المفتي إلى إحدى القواعد الفقهية وحدها ، إنما محلّه فيما يوجد فيه نصّ فقهي يمكن الاستناد إليها ؛ فأما إذا كانت الحادثة لا يُوجد فيها نصّ فقهي أصلاً ؛ لعدم تعرّض الفقهاء لها ، أو وُجدت القاعدة التي تشملها ، فيمكن عندئذٍ استناد الفتوى واستناد الحكم القضائي إليها ، اللهمّ ما إلا إذا قُطِعَ أو ظُنَّ فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة ، وهذه المسائل الجديدة.

هذا من حيث ما يمكن أن يقال في القواعد الفقهية ، وهل هي تصلح أن تكون دليلاً على الأحكام ، أو لا يُستدل بها؟ وقد بيّنا وجهة نظر كل فريق من العلماء في هذه القضية الهامة.

الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية ، وفائدة دراسة القواعد الفقهية

١. الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية :

هذه القواعد الفقهية تختلف عمّا يُسمّى بالضوابط الفقهية ، وهذا الفرق يظهر من تعريف القاعدة الفقهية ومن تعريف الضابط الفقهي.

فالقاعدة الفقهية : هي الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة ، تُفهم أحكامها منها ، أو هي أصل فقهي كلي يتضمّن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب فقهية متعدّدة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه.

أما الضابط الفقهي: فهو أضيق من القاعدة ومجاله -أي: مجال الضابط- ضيق، وأضيق من القاعدة الفقهية؛ إذ إن نطاقه -أي: الضابط- لا يتخطى الموضوع الفقهي الواحد الذي يُرجعُ إليه في بعض المسائل، وقد نبّه على ذلك بعض الأصوليين والفقهاء، فقالوا: والقاعدة لا تختصُّ باب واحد من أبواب الفقه، بل هي تنتشر في أبواب كثيرة، وفي موضوعات متعدّدة بخلاف الضابط، فالقاعدة تجمع فروعاً كثيرة من أبواب شتّى، والضابط يجمعها من باب واحد، وهذا هو الأصل في الفرق ما بين القاعدة والضابط.

وقد عرف محمد نعيم ياسين الضابط الفقهي بقوله: هو أصل فقهي يختصُّ باب من أبواب الفقه، يكشف عن حكم الجزئيات التي تدخل تحت موضوعه، هذا هو تعريف الضابط.

ومن أمثلة الضابط: كلُّ كفارة سببها معصية فهي على الفور، وهي كفارة الظهار، وكفارة القتل، وكفارة الجماع في نهار رمضان.

ومن الضوابط: شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه؛ لا في حكم المتّصل، ومن القواعد -أو من الضوابط-: كل شيء خرج من الأرض؛ قلّ أو كثر مما سَقَت السماء أو سُقِيَ بالعيون ففيه العشر.

ومن الضوابط: "كل ما يُشكُّ في نجاسته فحكم الأصل الأخذ بطهارته"، ومن القواعد: "التحريم مغلب في الأبضاع".

هذه جملة من الضوابط الفقهية نرى أنها قد صيغت صياغة كليّة؛ بحيث تتناول جزئيات متعددة، غير أنها تقتصر على باب واحد من أبواب الفقه المتعددة، وقد رأينا -مما سبق ذكره من الضوابط- أن بعضها متعلق بالحيوان، وآخر متعلق بما يجب في جميع الزروع، وثالث متعلّق بالوكالة، ورابع متعلق بالطلاق، وخامس

متعلق بالماء، فهي ليست من الكلية والشمول؛ بحيث تتناول جزئيات كثيرة من أبواب الفقه المختلفة.

ومن نماذج الضوابط في مجال السنة النبوية الشريفة المطهرة: ما رواه عبد الله بن عباس { عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طُهِرَ))، فهذا الحديث يمثل ضابطاً فقهياً في موضوعه يغطي باباً مخصوصاً، وهو طهارة الجلود المدبوغة، ومن هنا تختلف الضوابط الفقهية عن القواعد الفقهية؛ فإن مجال الضوابط الفقهية أضيق من مجال القواعد الفقهية؛ إذ أن نطاقها -أي: الضوابط- لا يتخطى الموضوع الفقهي الواحد الذي يُرجعُ إليه في بعض مسأله.

فهذا هو أحد الفروق بين الضابط والقاعدة؛ لأن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعاً باب واحد، ولعلّ أول من اعتنى بعرض الضوابط، ووضع المسائل في إطارها بصورة بارزة هو الإمام أبو الحسن علي بن الحسين السعدي في كتابه (النتف في الفتاوى)، فقام بعض العلماء بجمع الضوابط في كتاب مستقلٍّ مثل: ابن نجيم في كتابه (الفوائد الزينية في فقه الحنفية)، ووصل فيه إلى خمسمائة ضابط، تتخللها أحياناً قواعد فقهية، وهي بعنوان "ضابط".

ولعلّ أحفل كتاب وصل إلينا في الضوابط الفقهية ما ألفه الشيخ بدر الدين محمد بن أبي بكر البكري، بعنوان (الاستغناء في الفروق والاستثناء)، وذكر فيه تقريباً ستمائة قاعدة، وجُلّها ضوابط ذات شأنٍ وقيمة في الفقه الإسلامي.

وقد أورد العلامة الدبوسي بعض الضوابط بعنوان "الأصل"، على سبيل المثال منها قوله: "الأصل عند علمائنا أن صلاة المبتدئ متعلقة بصلاة الإمام، ومعنى تعلقها أنها تفسد بفساد صلاة الإمام وتجوز بجوازها". وعند الإمام الشافعي < وهو الإمام القرشي: أن صلاة المبتدئ غير متعلقة بصلاة الإمام، وفرّع على

ذلك قوله: وعلى هذا أن مصلي الظهر إذا اقتدى بمصلي العصر؛ فإنه لا يجوز عند الحنفية، وأما عند الإمام الشافعي فيجوز.

ومما يُميّز القاعدة عن الضابط -فوق ما ذكرنا-: أن القواعد أكثر شذوذاً من الضوابط؛ لأن الضوابط تضبط موضوعاً واحداً، فلا يُتسامح فيها بشذوذٍ كثير. وبعض العلماء نظراً للتشابه بين القاعدة والضابط من حيث العموم يطلقون على الضابط قاعدة، ويسمّون الضابط القاعدة الخاصّة، ويعبّر عما هو أعمُّ من الضابط بعنوان "القاعدة العامة".

٢. فائدة دراسة القواعد الفقهية:

مما لا شك فيه: أن للقواعد الفقهية مزايا كثيرة، وسماتٍ متعددة، تتحقّق من دراستها؛ فهي ذات أثرٍ بليغ في تفتيح المدارك، وتربية الملكة الفقهية، وهذا ما يُشير إليه العلامة السيوطي بقوله: "إن الفقه معرفة النظائر"، وذلك فيما نقله عن بعض أصحاب الشافعي، وهو قطب الدين السنباطي.

وقال القرافي في كتابه القيم (الفروق) مشيداً بفضل الأثر من دراسة القواعد الفقهية، وفي هذا يقول: وهذه القواعد مهمّة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتُتضح مناهج الفتوى وتكشف. ثم قال -رحمه الله-: ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع، واختلفت، ومن ضبّط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكليات، واتّحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب.

ونوه الإمام السيوطي بهذه المكانة لدراسة القواعد الفقهية بقوله: اعلم أنّ فنّ الأشباه والنظائر فنٌّ عظيمٌ، به يُطلّع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه،

وأسراره، ويتمهّر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج لمعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، ومعرفة الحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممرّ الزمان.

ويبيّن أهمية القواعد ومكانتها الأستاذ مصطفى الزرقاء بقوله: فإنّ في هذه القواعد تصويراً بارعاً، وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقرّرات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين في كل زمرّة من هذه الفروع وحدة المناط، وجهة الارتباط برابطة تجمعها، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها.

ويمكن إجمال تلك المزايا الكثيرة والسّمات المتعدّدة في النقاط الآتية:

أولاً: أنها -أي: القواعد- تضبط الجزئيات المنتشرة المتعدّدة وتنظمها في سلك واحد، وهذا يمكن المطلع عليها من إدراك الروابط بين هذه الجزئيات المتفرّقة، ويزوّد الفقيه بتصوّر سليم يدرك به الصفات الجامعة بين هذه الجزئيات، وفي هذا المعنى يقول ابن رجب الحنبلي: إن هذه القواعد تنظم منشور المسائل في سلك واحد، وتقيد الشوارد، وتقرب على الفقيه كلّ متباعد. هذه هي المزية الأولى.

ثانياً: إن القواعد في كلّ مذهب تُعطي صورةً كليّةً للمذهب؛ بحيث يسهل الوقوف على مسائل المذهب وفروعه، وإدراك مراميه؛ لأن الإحاطة بالفروع الفقهية غير ممكن، كما أنّ هذه الفروع سريعة النسيان، ولا تثبت في الدّهن، ويحتاج الفقيه إلى الرجوع إليها في كلّ مرّة إلى بذل جهدٍ ووقتٍ، ومن ثمّ فلا بدّ من الرجوع إلى القاعدة التي تجمع تلك الفروع في مسألة واحدة، ومعلوم أنّ الضابط بالقوانين والقواعد الفقهية يسهّل حفظ الفروع، ويغني العالم بالضوابط عن حفظ أكثر الجزئيات كما قال الإمام القرافي.

فالإمام القرافي في هذا المعنى يقول: ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات؛ لاندراجها في الكلّيات، واتّحد عنده -أي: عند الفقيه أو الدارس لهذه القواعد- ما تناقض عند غيره وتناسب، وحصل طلبته في أقرب الزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان، فبين المقامين فرقاً شاسعاً وبعيداً، وبين المنزلتين تفاوتاً شديداً. يُريد بذلك أن يقول: إن الفرق كبير بين من درس الفقه بقواعده ومن درسه من غير هذه القواعد، في أن الأول يُحيط بدقائق الفقه وبمآخذه وبفروعه في زمنٍ قصير، بخلاف الثاني فإنّه قد يقضي العمر كله ولم يكن قد حصل من ذلك إلا النذر اليسير.

إذا عرفنا هذه الفائدة من دراسة القواعد الفقهية، فمن مزايا دراسة القواعد الفقهية: أن فهم هذه القواعد وحفظها يُساعد الفقيه والمفتي على فهم مناهج الفتوى، وأنّ هذا العلم يطلعه على حقائق الفقه ومآخذه ومداركه، ويمكنه من تخرج الفروع بطريقة سليمة، واستنباط الحلول بالوقائع المتجددة، ومن ثمّ ندرك أنّ هذه القواعد قد لعبت دوراً هاماً وعظيماً في تنظيم فروع الفقه الإسلامي بصفة عامّة، وفي الفقه والتفقه واكتساب الملكة الفقهية بصفة خاصّة، بما تقوم به من تصويرٍ بارع للمبادئ الفقهية، ومن كشفٍ لآفاقها الواسعة، وحصر مسالكها المتشعبة، وضبطها للفروع والأحكام العملية بضوابط وقوانين في شكل مجموعاتٍ على أساس اشتراك كلّ مجموعة في العلل أو تجمعها وحدة المناط؛ سواء اختلفت موضوعاتها وأبوابها أو اتّحدت.

تلك هي أهم مزايا دراسة القواعد الفقهية.

وما أشبه عمل الأصولي بعمل الفقيه في هذا الشأن؛ إذ إن الأصولي يعتبر القواعد الأصولية هي المعايير الصحيحة لاستنباط الأحكام الشرعية من منابعها

الأساسية، فكَذلك الفقيه يعتبر القواعد الفقهية معياراً لتنظيم فروع الفقه وجمع أحكامه المتنوعة والمتشعبة في زمرٍ متعددة بمراعاته وحدة المناط؛ وبذلك تكون قواعد الفقه قد ضبطت مسائل الفقه ضبطاً محكماً؛ بحيث لو لم توجد هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً متشتتة تتعارض ظواهرها دون أصولٍ تمسك بها، وتبرز فيها العلل الجامعة تعين اتجاهاتها التشريعية، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة.

وعلى وجه الإجمال: فإن القواعد لها أثرٌ بالغٌ في الفقه والفقيه والمتفقه، فهي تساعد على التفقه، وعلى فهم أسرار التشريع واكتساب الملكة الفقهية، باستقصاء كل صور الفقه التي يستلزم إدراجها من موضوعاتها المختلفة، وهي تحصرها في موضعٍ واحدٍ؛ وبذلك يتفادى الفقيه التناقض في الأحكام المتشابهة، ثم إن هذه القواعد تفتح المجال لدارسي الفقه، فيرتقي من دراسة الجزئيات إلى دراسة النظريات العامة بطريقة علمية منظمة؛ بحيث يمكنه تطبيق ذلك على كل القضايا المتجددة في التشريع.

وإضافة إلى ذلك فإن من شأن هذه القواعد أنها تمكن الدارس من الإلمام بكثيرٍ من الأشباه والنظائر التي تمكنهم من الإلحاق والتخريج عليها، ولولا هذه القواعد لبقيت الفروع مشتتةً قد تتعارض ظواهرها دون أصولٍ تمسك بها.

بل إن هناك لدراسة القواعد الفقهية فوائد أخرى تُبرز أهمية القواعد الفقهية، وذلك أن هذه القواعد - فضلاً عما سبق - تسهل مهمة الباحث عند الدراسة المقارنة أو الدراسة المقارنة بين المذاهب؛ فتكون المقارنة بين الكليات والنظريات لا بين الفروع الجزئية بعضها ببعض.

وهناك فائدة أخرى هامة: وهي أن وجود القواعد الفقهية يُتيح لغير المتخصصين في العلوم الشرعية فرصة كافية للاطلاع على تراثنا الفقهي دون الرجوع إلى المطبوعات الفقهية، وهذه ميزة كبيرة لدراسة القواعد الفقهية، ولا زالت المحاولات تُبذل في كثير من الدول الإسلامية لإحلال التشريع الإسلامي محل القوانين الوضعية؛ وذلك من أجل أن تستعيد الدولة الإسلامية الكبرى مجدها، وأن تتبوأ مكانتها، وأن تكون لها الهيمنة التامة والكلمة العليا، فهي الشريعة الواجبة التطبيق في كل زمان ومكان، وفي عصرٍ ومصرٍ؛ لأن الشريعة الإسلامية هي شريعة أبدية، جاءت لكل العصور ولكل الأجيال؛ ولهذا جاءت نصوص الكتاب العزيز عبارة عن قواعد عامة، كليّات محكمة وأصول ثابتة، وكانت مقاصدها دائمة، تدل دلائل خاصة، وقرائن بيّنة، وأمارات معقولة، ولا يستطيع إدراك تلك الأدلة وتلك الأمارات واستنباط الأحكام منها إلا الذين نالوا أو حصلوا نصيباً ممتازاً من الإدراك والفهم، والذين عرفوا القواعد الفقهية وأرجعوا الشبه إلى شبيهه والنظير إلى نظيره.

ومن ثمّ فإنّه يمكن للرّدّ على الزاعمين بقصور الفقه الإسلامي وأنه جاء خالياً من النظريات الكلية نقول لهم: بأن هذه القواعد هي النظريات العامة، وهي التي تجعل الفقه دائم التجدد، فلا تتحجر مسائله، ولا تتجمّد قضاياه؛ وذلك لأنها تُساعده على معرفة مقاصد الشرعية وأسرار الشريعة الإسلامية، فإن معرفة القاعدة العامة التي يندرج تحتها مسائل عديدة يعطي تصوّراً واضحاً عن مقاصد هذه الشريعة، عن مراميها البعيدة، وأصولها العامة، فقاعدة "الضرر يُزال" يفهم من هذه القاعدة أن رفع الضرر مقصد هام من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء، وأن تخريج الفروع على هذه القاعدة واستناداً إلى هذه القاعدة الكلية يجنب الفقيه من الوقوع في التناقض الذي قد يترتب على التخريج في المناسبات الجزئية،

وقد نبّه الإمام القرافي إلى هذا فقال : وَمَنْ جَعَلَ يَخْرُجُ الْفُرُوعَ بِالْمُنَاسِبَاتِ الْجُزْئِيَّةِ دُونَ الْقَوَاعِدِ الْكُلِيَّةِ تَنَاقَضَتْ عَلَيْهِ الْفُرُوعُ وَاخْتَلَفَتْ ، وَتَزَلْزَلَتْ خَوَاطِرُهُ فِيهَا وَاضْطَرَبَتْ ، وَضَاقَتْ نَفْسُهُ لَذَلِكَ وَقَتَّتْ ، وَاحْتِاجَ إِلَى حِفْظِ الْجُزْئِيَّاتِ الَّتِي لَا تَتَنَاهَى ، وَانْتَهَى الْعَمْرُ وَلَمْ تَقْضِ نَفْسُهُ مِنْ طَلَبِ مَنَاهَا .

هذا ما قاله الإمام القرافي في أهمية دراسة القواعد الفقهية ، وأنها تجدد فكر الفقيه ، وتجعله مستحضراً للفروع الفقهية استحضاراً تاماً وهاماً .

ثم قال جلال الدين السيوطي منوهاً بشأن هذه القواعد وأنها مهمة للغاية وهو في معرض الثناء على الفقه والفقهاء - ما نصّه : وَلَقَدْ نَوَّعُوا هَذَا الْفَقْهَ فَنَوَّنَا وَأَنْوَعَا ، وَتَطَاوَلَا فِي اسْتِنْبَاطِهِ يَدًا وَبَاعًا ، وَكَانَ مِنْ أَجْلِ أَنْوَاعِهِ مَعْرِفَةُ النُّظَائِرِ لِلْفُرُوعِ وَلِأَشْبَاهِهَا ، وَضَمَّ الْفُرُودَاتِ إِلَى أَخَوَاتِهَا وَأَشْكَالِهَا .

ثم قال : وَلَعَمْرِي إِنَّ هَذَا الْفَنَ لَا يُدْرِكُ بِالْتَمَنِّي وَلَا يَنَالُ بِ"سَوْفَ" وَ"لَعَلَّ" وَ"لَوْ أَنِّي" ، وَلَا يَبْلُغُهُ إِلَّا مَنْ كَشَفَ عَنْ سَاعِدِ الْجَدِّ وَشَمَّرَ ، وَاعْتَزَلَ أَهْلَهُ وَشَدَّ الْمُنْزَرَ ، وَخَاضَ الْبَحَارَ وَخَالَطَ الْأَعْجَاجَ ، وَلَا زَمَ التَّرَدَّادَ إِلَى الْأَبْوَابِ فِي اللَّيْلِ الدَّاجِ ، يَدَّابُ فِي التَّكْرَارِ وَالْمُطَالَعَةِ بَكْرَةً وَأَصِيلًا ، وَيَنْصَبُّ نَفْسَهُ لِلتَّأْلِيفِ وَلِلتَّحْرِيرِ بَيَاتًا وَمَقِيلًا ، لَيْسَ لَهُ هِمَّةٌ إِلَّا مَعْضَلَةٌ يَحْلُهَا ، أَوْ مُسْتَعْصِيَةٌ عَزَّتْ عَلَى الْقَاصِرِينَ ، فَيَرْتَقِي إِلَيْهَا وَيَحْلُهَا ؛ وَلِذَلِكَ ظَلَّتْ هَذِهِ الْقَوَاعِدُ مُسَلِّمَةً وَمَحَلَّ عُنَايَةٍ وَاعْتِبَارٍ لَدَى فَقَهَاءِ الْمَذَاهِبِ الشَّهِيرَةِ الْمَعْرُوفَةِ الْأَرْبَعَةِ ، وَلَدَى غَيْرِهِمْ مِنَ الْفُقَهَاءِ ؛ حَتَّى رَسَخَتْ مَكَانَتُهَا بَعْدَ أَنْ دُوِّنَتْ ، وَجَرَى مَا جَرَى مِنَ التَّشْرِيبِ وَالتَّنْقِيحِ فِي صَيْغِهَا ، وَكُلُّ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى تَقْوِيمِ الْفُقَهَاءِ لِمَوْضُوعِ الْقَوَاعِدِ مِنْ خِلَالِ مَا عَرَفُوهُ مِنْ عَظِيمِ أَثَرِهَا فِي تَفْتِيحِ الْمَدَارِكِ وَتَرْبِيَةِ الْمُلْكَةِ الْفَقْهِيَّةِ ؛ وَلِهَذَا قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا - وَهَذَا عَلَى لِسَانِ الْإِمَامِ السِّيُوطِيِّ - : الْفَقْهُ مَعْرِفَةُ النُّظَائِرِ ، وَتَعَدُّ

القواعد الفقهية من جوامع الكلم؛ إذ يندرج تحتها ما لا يُحصى من المسائل الفقهية المختلفة؛ ولهذا فإنّها من حيث الصياغة تتميز بالإيجاز في التعبير مع شموليّة المعنى، وغالبًا ما تكون من كلماتٍ معدودةٍ، وذلك مثل قاعدة "العادة محكمة" و"الخراج بالضمان" و"الأمر بمقاصدها" فهذه القواعد الثلاث رغم كلماتها الموجزة فهي تتّسع لكثير من الأحكام والفروع، وقد ذكر الشافعيّ أنّه يدخل في قاعدة الأمور بمقاصدها سبعون بابًا من أبواب الفقه الإسلامي.

هذا ما قاله العلماء في شأن القواعد الفقهية، وفي أهمية دراستها على مستوى الفقه الإسلامي والمذاهب المتعددة، وأنها تجدد الفقه، وتجعل الفقيه عنده الملكة العلميّة التي تؤهّله لاستنباط الأحكام، والحكم، وإلحاق الفروع المتجدّدة بنظائرها لتأخذ حكمًا، ويظلّ الفقه الإسلامي متجدّدًا على ممرّ الأزمان والعصور كما قال الإمام السيوطي.

التَّعْرِيفُ بِالأَشْبَاهِ وَالنَّظَائِرِ ، وَأَهَمُّ مَا أَلْفَ فِيهَا ، وَقَاعِدَةُ
"الْمَشَقَّةُ تَجْلِبُ التَّيْسِيرَ" وَفُرُوعُهَا

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** التعريف بالأشباه والنظائر ، والوظيفة الأساسية ١٧٧
لهذا العلم ، والمؤلفات في الأشباه والنظائر
- العنصر الثاني :** قاعدة "المشقة تجلب التيسير" ، وفروعها ١٨٦

التعريف بالأشباه والنظائر، والوظيفة الأساسية لهذا العلم، والمؤلفات في الأشباه والنظائر

١. التعريف بالأشباه والنظائر، والوظيفة الأساسية لهذا العلم:

الأشباه لغةً: جَمْعُ شَبَهٍ أو جَمْعُ شَبِهِ، ومعناه المِثْل، تقول: شَبَّهْتُ الشَّيْءَ بِالشَّيْءِ: إِذَا أَقَمْتَهُ مَقَامَهُ لِصِفَةٍ جَامِعَةٍ بَيْنَهُمَا. وتقول: اشْتَبَهْتُ الْأُمُورَ وَتَشَابَهَتْ: إِذَا التَّبَسَّ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ فَلَمْ تَتَمَيَّزْ وَلَمْ تَظْهَرْ، ومنه: اشْتَبَهْتُ الْقُبْلَةَ. ولقد تعرّف أهل اللغة على استعمال هذه الكلمة في الصّفات الذاتية أو المعنوية، فأما الذاتية نحو: هَذَا الدَّرْهَمُ كَهَذَا الدَّرْهَمِ. والمعنوية مثل: زَيْدٌ كَالْأَسَدِ.

والنظائر لغةً: جمع نظير، وهو المِثْل والشَّبه في الأشكال، أو الشَّبه في الأشكال، أو الأخلاق، أو الأمثال، أو الأقوال، فإذا قلت: نَظَرْتُ فَلَانًا يَفْلَانٍ معناه: أَنَّكَ جَعَلْتَهُ نَظِيرًا لَهُ وَمَسَاوِيًّا لَهُ، فكأنك إذا نظرتَ إلى أحدهما فقد نظرتَ إلى الآخر. وانطلاقاً من هذا المفهوم اللّغوي درج العلماء على استعمال تلك الكلمات على معناها اللّغوي، فجعلوا الشبيه والنظير بمعنى واحدٍ، واطّرد ذلك الاستعمال، ولكنّ الواقع أن مدلول الكلمات المذكورة في مصطلح المحققين لا يجرى على معنى واحدٍ، بل إنّ بينهما فروقاً تترتب عليها آثار ونتائج مهمّة.

هذا هو معنى الأشباه والنظائر عند أهل اللغة.

الأشباه والنظائر في اصطلاح الفقهاء: المسائل والفروع الفقهيّة المتشابهة، من حيث اندراجها تحت أصلٍ واحدٍ يجمع بينها في الحكم، وفي هذا يقول العلامة تاج الدين السبكي: إنّ قياس الأشباه هو أن يجتذب الفرع أصلاً، ويتنازعه

مأخذان، فينظر إلى أولاهما -أكثرهما شبهاً- فيلحق به، ومثال ذلك: إلحاق العبد المقتول بالحرّ، فإنّ له شبهاً بالفرس من حيث المالّية، فله شبه بالحرّ، لكن مشابهته بالحرّ في الأوصاف والأحكام أكثر؛ فألحق بالحرّ. هذا ما قاله العلامة تاج الدين السبكي.

وقال العلامة الحموي في شرح الأشباه والنظائر: المراد بالأشباه والنظائر المسائل التي يُشَبَّه بعضها بعضاً، مع اختلاف في الحكم لأمرٍ خفيّة أدركها الفقهاء بدقّة أنظارهم، وقد صنفوا لبيانها كتباً في الفروق، وممن كتب في هذا الفن: الكرايسي، والمحوي، والقرافي... وغيرهم، والأصل الذي يرجع إليه في علم الأشباه والنظائر هو كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري؛ حيث ورد فيه قوله: "الْفَهْمُ الْفَهْمُ فِيمَا يَخْتَلِجُ فِي صَدْرِكَ مِمَّا لَمْ يَبْلُغَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَسُنَّةِ رَسُولِهِ، اعْرِفَ الْأَشْبَاهَ وَالْأَمْثَالَ، ثُمَّ قَسِ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ، فَاعْمِدْ إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللَّهِ وَأَشْبَهْهَا بِالْحَقِّ فِيمَا تَرَى".

فقد أشار بذلك الإمام عمر بن الخطاب إلى أمرين مهمين:

أولهما: أن القياس لا يتأتى إلا أن يكون هناك شبه بين الأصل والفرع في العلة الجامعة الصحيحة بين الأصل والفرع كما يفهم من قوله: اعْرِفَ الْأَشْبَاهَ وَالْأَمْثَالَ، ثُمَّ قَسِ الْأُمُورَ عِنْدَكَ" فهذا الترتيب يدلّ على أهمية معرفة الأشباه للقياس.

الثاني: ثاني الأمرين في كلام الإمام عمر: ما ذكره بقوله: "فَاعْمِدْ إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللَّهِ وَأَشْبَهْهَا بِالْحَقِّ فِيمَا تَرَى"، فكأنه يرمز هنا إلى نوع آخر من الشبه، وهو أن يتردّد الفرع بين أصليين، فيُنظر إلى ما كان منهما أكثر بالفرع فيلحق به، وهذا ما يُسمّى قياس الأشباه عند الأصوليين، وهذا لا يكون إلا بالنظر والاستدلال،

وكل استدلال فيه قياسٌ، وذلك لا يدل على إعمال القياس عند تحقق العلة الجامعة الصحيحة بين الأصل والفرع، وإلحاق الحوادث الجديدة التي لم يُنصَّ عليها بأشباهها بعد النظر والتثبت.

وكلمة "النظائر" لم ترد فيما أُثر عن عمر <، ولكن العلماء -رضوان الله عليهم- أضافوا كلمة "النظائر" إلى كلمة "الأشباه"، وذلك لأنهم لما أرادوا أن يتكلموا في القواعد وجدوا القواعد على أصنافٍ متعددة من قواعد كبرى، وقواعد صغرى، وقواعد مذهبية تختلف باختلاف المذهب، وبجانب تلك القواعد ألقوا ما يتلاءم من فنونٍ فقهيةٍ أخرى مثل الفروق، وكأحكام الحقائق، وهي في الواقع متشابهة مع وجود بعض الفرق فيما بينهما، مثل: الوضوء، والغسل، والنسيان، والخطأ، وكل ذلك أفضى بهم إلى إلحاق كلمة "النظائر" إلى "الأشباه"؛ حتى يُمكن جمع تلك الأصناف تحت عنوانٍ شاملٍ، ولا يعدّ ما يندرج تحته دخيلاً ومقحماً.

وكان ذلك قد بُني على أمرٍ علميٍّ دقيقٍ؛ إذ إن العلماء قد أدركوا أن كلمة "الأشباه" لا تفي بالغرض الذي يتوخّونه؛ بحيث يدخل فيها القواعد والضوابط، ولكن لا يدخل فيها الفروق بحالٍ من الأحوال؛ لأن الفروق عبارة عن شيئين بينهما شبه ضعيف في الظاهر، ولكن يظهر الفرق بينهما عند التدقيق والتأمل الدقيق؛ فمن أجل ذلك أضافوا "النظائر" إلى كلمة "الأشباه"؛ لأنها أعمّ من الشبيه والمثيل، فإن تنظير الشيء قد يُشارك أصله ولو بوجهٍ واحدٍ، ويتجلى ذلك بوضوح فيما ذكره الإمام السيوطي بقوله: "المثيل أخصّ بثلاثة، والشبيه أعمّ من المثل أخصّ من النظير، والنظير أعمّ من الشبيه".

العلماء قد أضافوا كلمة "النظائر" إلى "الأشباه"، وهي لم ترد في كتاب عمر؛ ليكون العنوان شاملاً للقواعد الفقهية ولل فروق الفقهية؛ حتّى لا تكون الفروق

مقحمةً تحت العنوان بدون أصلٍ ترجع إليه ؛ لذلك أضافوا "النظائر" إلى "الأشباه" ؛ لأنها أعمّ وأشمل ، وبيان ذلك أن المماثلة تستلزم المشابهة وزيادة ، والمشابهة لا تستلزم المماثلة ، فلا يلزم أن يكون شبيه الشيء ماثلاً له ، والنظير قد لا يكون متشابهاً ، وحاصل هذا أن المماثلة تقتضي المساواة من كل وجه ، والمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها ، والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو بوجه واحد. يقال : هذا نظير هذا في كذا ، وإن خالفه في سائر جهاته. وأما أهل اللغة فقد جعلوا المثل والشبيه والنظير بمعنى واحد ، ومعنى هذا أن النظير إذا أطلق يمكن أن يُراد به الشبه ، ولكن إذا جُمع مع الأشباه وجب حتماً أن يُراد به ما عدا الشبه ، فلما أرادوا أن يجمعوا بين القواعد والفروق تحت عنوان واحد أضافوا النظائر إلى الأشباه ؛ ليكون العنوان شاملاً للجميع.

٢. وظيفة علم الأشباه والنظائر:

أما عن بيان الوظيفة الأساسية لعلم الأشباه والنظائر ، والتي من أجلها نشأ وتكوّن ، وهي إمدادُ الفقيه بما يبيثُ الحركةَ فيه ، ويبعث النشاط في كيانه ؛ بحيث يكون دائمَ الشباب ، غرضَ الإهاب ، مرناً متطوراً ، حياً نشطاً ، فلا يعتري الفقه ذبولٌ ، ولا يُميته ركودٌ ، ومن ثمّ فإن من يدرس علم الأشباه والنظائر يستطيع أن يلمّ بكثيرٍ من الفروع الفقهية ، فيستطيع الإحاطة والتخريج ، وهو باب واسع في الاجتهاد ، ولولا هذه القواعد لكانت الفروع الفقهية مشتتةً ، لا يسهل الرجوع إليها ، ولا يمكن حصرها ، فأهمية معرفة هذه القواعد أنها تربي عند الفقيه الملكة الفقهية التي تؤهّله للاستدلال والترجيح ، وبها يقتدر على تخريج الفروع على القواعد ، وإحاطة الجديد من الحوادث إلى ما ثبت نسبتها إليه من هذه القواعد ؛ وبذلك تتحقّق له القدرةُ على التفريع ؛ لأنه اهتدى إلى وجه الارتباط بين الفروع وما تفرّعت عنه ، فكانت دراسة هذا العلم ضرورةً لكل فقيه.

ويُعرف علم الأشباه والنظائر بأنه: جمعُ الحوادث المتشابهة المعبر عنها بالفروع ووضعها تحت القاعدة الكلية. فالأشباه كما عرّفها العلماء هي: كل فرع فقهيّ بينه وبين الآخر وجهُ شبه، فيتأخيان في وجه الشبه، ويرتبطان بالأم التي هي القاعدة الكلية. وكذلك النظائر، وشبيه الشيء منجذب إليه، فيكون علم الأشباه والنظائر هو الذي يجعل دارسه في المكانة العليا في إلحاق كل فرع بنظيره وشبيهه عن طريق الإلحاق والتخريج.

أما الإلحاق فهو: قياس مسألة شدّت على فرعٍ مشابهٍ لها مندرج تحت قاعدة، لتأخذ هذه المسألة حكم ذلك الفرع. هذا هو معنى الإلحاق، فالإلحاق هو القياس. وأما التخريج فهو: الإتيان بالمسألة التي جدّت، ولم يكن لها شبيه فنخرّجها على القاعدة لإثبات حكم تلك القاعدة للمسألة الجديدة.

ومن ثمّ فقد عرّف الإمام السيوطي الفقه بأنه: معرفة النظائر؛ وذلك لأنه أهمّ شيءٍ بالنسبة للفقيه، فلا يكون الفقيه فقيهاً إلا بعد معرفة النظائر، وأما من يدرس الفقه فروعاً، ومسائلَ في المذاهب الفقهية المعروفة دون الرّبط بينها بواسطة القواعد والضوابط التي تجمعها، ومن غير أن تكون عنده الملكة الفقهية يقتصر على ذلك؛ فقد لا يقدر على إثبات حكم لحادثة ليس لها نصّ في كتب الأئمة، وإنما يقدر على ذلك مَنْ يعلم القواعد، فإذا دَرَسَ القواعد استطاع أن يُخرّج عليها ما قد يجدُّ من المسائل، ولا يقف عند حادثةٍ إلا ويثبت لها حكماً شرعياً عن طريق الإلحاق والتخريج، وبمقتضى هذا تتحقّق له القدرة على التّفرّع؛ وذلك لأنه أدرك وجه الارتباط بين الفرع وما تفرّعت عنه.

وقول الإمام عمر: "اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها إلى الحق فيما ترى" هذا النص فيه إشارة إلى أن من النظائر

ما يُخالف نظيره في الحكم لمدرَكٍ خاصٍّ به ، وهذا هو الفنّ المسمّى بالفروق الفقهية ، الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتّحدة تصويراً ومعنىً والمختلفة حكماً وعلةً ، فكانه قال له : فلا يغرّك اتحاد الصورة والشكل .

قال الإمام السيوطي في كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري : وهذه قطعة من كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري ، وهي صريحة في الأمر بتتبع النظائر ، وحفظها لقياس عليها ما ليس بمنقول ، أي : أنه يُقاس ما ليس فيه نصّ على ما فيه نصّ ، وفائدة علم الأشباه والنظائر زيادةً على ذلك هي الإمام بكثير من الأشباه والنظائر ليتأتى الإلحاق والتخريج ، فلولا هذه القواعد لبقيت الفروع مشتتةً دون أصولٍ تمسك بها .

٣. المؤلفات في الأشباه والنظائر :

أشار الإمام عمر في كتابه هذا إلى أن هناك من النظائر ما يُخالف نظيره في الحكم لمدرَكٍ خاصٍّ ، وعلةٍ خاصةً ، وذلك في قوله : "فاعمد إلى أحبّها إلى الله ، وأشبهها بالحق" .

ومن هذه النظائر المتّفقة صورةً ومعنىً ، والمختلفة حكماً وعلةً ، وُضع الفقهاء علماً يُسمّى بـ "علم الفروق" ، وقد ألّف الإمام القرافي في هذا العلم كتاباً سمّاه بـ (الفروق بين القواعد) ، وقد جمع فيه من القواعد ثمانيةً وأربعين وخمس مائة قاعدةً ، أوضح كلّ قاعدةٍ بما يناسبها من الفروع ، وهو كتاب عظيم في بابه ؛ لأنه ضمّ القاعدة إلى ما يُشابهها في الظاهر دون الباطن ، وضمّها إلى الباطن أولى ؛ لأنّ الضدّ يُظهر حسنه الضدّ ، وبضدّها تميّز الأشياء .

ولعلّ الأمر الذي استرعى انتباه العلماء ودفعهم إلى التأليف إلى علم الفروع بوجهٍ خاصٍّ هو : وجود المسائل المتشابهة المتّحدة في صورها ، والمختلفة في

أحكامها وعللها، وأنها بكثرة، وليس من الميسور إحصاؤها؛ ومن ثم فإن الفقهاء عُنوا عنايةً خاصَّةً بالفروق الفقهية منذ القرن الثاني الهجري، وتمثل هذا الاتجاه في كتب الإمام محمد بن الحسن الشيباني، ولا سيَّما في كتابيه (الأصل) و(الجامع الكبير)، وأوَّل من جَنَحَ إلى التَّأليف على هذا النمط هو الإمام أحمد بن عمر بن سهل الشافعي، فقيه الشافعية في عصره، ويستفاد من ذلك أن جَرَى تدوين الفروق أوَّلًا، والقواعد الفقهية ثانيًا، ثم جُمِعَ بين الموضوعين بعنوان الأشباه والنظائر، وهذا كما هو وارد في بعض المؤلفات.

والمعنى المراد من الفروق في الفقه: معرفة ما يُجمع مع آخر في الحكم، ويفترق معه في حكمٍ آخر، وضربوا مثالًا لذلك بالذَّمِّ والمسلم، يجتمعان في أحكام ويفترقان كذلك في أحكام أخرى، فيُراد من هذا الفن المسمَّى بالفروق معرفة الأمور الفارقة بين مسألتين متشابهتين؛ بحيث لا يسوَّى بينهما في الحكم.

ووظيفة هذا الفن: إظهار المسائل بوضوح، وكشف النقاب عن الاختلاف في الحكم والمناط في المسائل المتشابهة من حيث الصورة، أو المسائل المتقارب بعضها من بعض؛ حيث يتضح بذلك طرق الأحكام ويكون قياسه للفروع على الأصول متسق النظام.

ومن أمثلة الفروق في الفقه قولهم: "إذا طُرِحَ في الماء ترابٌ فتغيَّر به طعمه أو لونه أو ريحُه لم يسلبه التطهير، ولو طُرِحَ فيه طاهرٌ غير التراب، كالزعفران، أو العصفر، أو الصابون، أو الملح الحجري... أو غيره، فتغيَّر بمخالطته بعض صفاته سلبه التطهير" والفرق بينهما أن التراب يوافق الماء في صفتيه الطهارة والتطهير، فلا يسلبه بمخالطته شيئًا منهما.

ومن هذا قولهم: "إنَّ الشهادة والرواية تتشابهان في أنَّ كلاً منهما خبر، ولكن الرواية خبر من النبي ﷺ للكافة، والشهادة خبر أمام القاضي ثبت به الأحكام".

وكذلك الفرق بين القضاء والفتوى ؛ فإنَّ القضاءَ خبرٌ ملزمٌ في مجلس القاضي ،
والفتوى خبر من الفقيه غير ملزم.

ومن الأمثلة : إذا دَفَعَ رجلٌ لرجلٍ مالاً وأمره بدفعه إلى زيدٍ ، فادَّعى أنه دفعه إليه
وأنكر المبعوث إليه ، لم يُقبل قول المأمور إلا أن يُقيمَ بَيِّنَةٌ على الدفع ، وإن ادَّعى
تلفَ المالِ صُدِّقَ ، وفي كلا المسألتين هو مدَّعٍ لإخراج المال من يده ، والفرق
بينهما أنه مؤتمنٌ في التلف ؛ فبذلك صدق ، وليس الأمر كذلك في الإعطاء ؛ لأنه
يحتاج إلى توثيقٍ من القابض إذ لم يؤمَّر بتضييع المال ، فإذا دفعه بغير بَيِّنَةٍ كان
مفرضاً ؛ فلزمه ذلك ، وأُقيس من ذلك أن يقال : إنه مدَّعٍ لإشغال ذمَّةٍ غيره وبراءة
ذمَّته ، فلم يُقبل قوله ، وليس كذلك في التلف ؛ لأنه غير مدَّعٍ لإشغال ذمَّةٍ غيره.

ومن الأمثلة للفروق الفقهية : أنَّهم قالوا : لا يجوز للمودع إيداع الوديعة عند
غيره إلا لعذر ، ويجوز له إيداعُ اللِّقْط من غير عذرٍ إذا كان في مثل أمانته ، والكلُّ
مال الغير ، والفرق بينهما أن المودع إذا رَضِيَ بالمودع فدفع إليه ماله واختار أن
يكون عنده لغرضٍ له ، فلم يكن له أن يدفعه هو إلى غيره إلا من ضرورة ، وكان
له ذلك في اللِّقْطة ، وإن لم يختَرْ صاحبها ولم يرضَ ؛ إذ الغرضُ منها الحفظ ،
فكان له أن يدفعها إلى غيره إذا كان مُماثلاً له في الأمانة. وقالوا أيضاً : فإن المودع
قَبَضَهَا لتكون عنده ورضي بذلك فلم يكن له أن يغيِّر ما قبله في الأوَّل إلا بأمرٍ
يُضطره إليه ، واللِّقْطة لم يقبضها بشرط كونها عنده ؛ لأنه أخذها ليعرِّفها
ويحفظها فكان ذلك لغيره فافترق.

ولأهمية الفروق الفقهية ولأثرها العظيمة نوّه بها الإمام بدر الدين الزركشي في
مقدمة كتاب (القواعد) فقال - رحمه الله - : الثاني من أنواع الفقه معرفة الجمع

والفرق، حتى قال بعضهم: الفقه جمع وفرق، ومن أحسن ما صُنّف في الفروق كتاب الشيخ أبي محمد الجويني، وأبي الخير ابن جماعة المقدسي، فكلُّ فرق بين مسألتين مؤثّر لم يغلب على الظنّ أن الجامع أظهر، قال إمام الحرمين: لا يكتفى بالخيالات في الفروق، بل إن كان اجتماع مسألتين أظهر في الظنّ من افتراقهما وجب القضاء باجتماعهما، وإن انقدها فرق على بعد.

وجاء في مقدمة كتاب (الفروق) لأبي محمد الجويني ما يُقَرَّب إلى الذّهن المعنى المراد من هذا الفن؛ حيث يقول: فإن مسائل الشرع ربما يتشابه صورها ويختلف أحكامها لعللٍ أوجبت اختلاف الأحكام، ولا يستغني أهل التحقيق عن الاطلاع على تلك العلل التي أوجبت افتراق ما افترق منها، واجتماع ما اجتمع منها، فجمعنا في هذا الكتاب مسائل وفروقا بعضها أغمض من بعض، والعلة وصف ظاهر منضبط ناط الشارح به الحكم، كجعله علة الإلتلاف الضمان في المتلف، والجريمة علة للعقوبة عليها، والعقد علة لترتب آثاره عليه. هذا هو معنى العلة. وأنها وصف ظاهر منضبط، ولا يتخلّف الحكم عنها، وهي مطردة.

أما الحكمة من تشريع الحكم، فهي ما يترتب على ربط الحكم بعلة من جلب مصلحة أو دفع مضرة، ومعلوم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً وإن تخلّفت الحكمة. وهناك فرق واضح بين العلة والحكمة: فالعلة دائماً مطردة، والحكمة غير مطردة، فهما مختلفان.

ومن الأحكام الشرعية ما يُسمّى بـ"التعبديات"، والأحكام التعبدية هي التي لا يدرك العقل لها علة، كالعدة لمن يموت زوجها وهي صغيرة لا يتأتى منها الحيض ولا الولادة.

قاعدة المشقة تجلب التيسير، وفروعها

١. قاعدة "المشقة تجلب التيسير":

هذه القاعدة أصلٌ عظيمٌ من أصول الشرع، ومعظم الرخص الشرعية منبثقة عن هذا الأصل، بل إنه من الدعائم والأسس التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي، فهي قاعدة فقهية أصولية عامة، وصارت أصلاً مقطوعاً به؛ لتوافر الأدلة عليها.

قال الإمام الشاطبي: إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع، وهذه القاعدة فيها تفسيرٌ للأحكام التي روعي فيها التيسير والمرونة، وأن الشريعة لم تكلف الناس بما لا يستطيعون، أو بما يوقعهم في الحرج، أو بما لا يتفق مع غرائزهم وطبائعهم، وأن المراعاة والتيسير والتخفيف مرادة ومطلوبة من الشارع الحكيم.

معنى القاعدة: أن الصعوبة متى وجدت في أمرٍ من الأمور كانت سبباً شرعياً صحيحاً للتسهيل والتخفيف، ورفع المعاناة عن المكلفين عند تنفيذ الأحكام بوجهٍ من الوجوه المقررة شرعاً، فالمشقة في اللغة معناها: الجهد والتعب والشدة والعناء، يقال: شق عليه الأمر يشق شقاً ومشقةً: إذا أتعبه، ومنه قوله تعالى في القرآن الكريم: ﴿وَتَحْمِلُ أُنْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمَّ تَكُونُوا بَلَغِيهِ إِلَّا شِيقَ الْأَنْفُسِ﴾ [النحل: ١٧] أي: لم تكونوا قادرين على ذلك إلا بتعب النفس وانكسارها وعنتها، فظهر واضحاً جلياً أن المشقة من معناها: الجهد، والعناء، والانكسار، والضيق، ومعنى هذا أن الصعوبة والعناء إذا وجدت في أمرٍ من

الأمر كانت سبباً للتسهيل ، والمعنى الشرعي الذي تُفيده هذه القاعدة - قاعدة المشقة - أن الأحكام التي ينشأ عنها حرج ، أو تنشأ عنها مشقة على المكلف في نفسه ، أو ماله ؛ فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عُسْرٍ أو إحراج ، هذا هو معنى المشقة ، وما يترتب عليها من التخفيف والتيسير في الشرع.

أما جلب الشيء فمعناه : سوقه ، والمجيء به من موضع إلى موضع. والتيسير معناه في اللغة : السهولة والليونة. يقال : يسر الأمر : إذا سهل ولأن يعمل لا يُجهد النفس ولا يُثقل الجسم.

ومنه ما ورد به الحديث الشريف في قوله ﷺ : ((إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ ؛ فَسَدِّدُوا ، وَقَارِبُوا ، وَأَبْشِرُوا)) ، والمقصود بقوله في الحديث : ((سَدِّدُوا)) أي : اقصِدوا السداد في الأمر ، وهو الصواب. والمقصود بقوله : ((قَارِبُوا)) أي : اطلبوا المقاربة ، وهي القصد في الأمر الذي لا غلو فيه ولا تقصير.

والمراد بالمشقة التي تكون سبباً للتيسير هي المشقة التي تنفك عن العبادة ، وعن التكاليف الشرعية ، وأما المشقة التي لا تنفك عنها وعن التكاليف الشرعية ، كمشقة الجهاد ، وألم الحدود ، ورجم الزناة ، وقتل البغاة والمفسدين والجناة ، هذه المشقة لا أُنزل لها في جلب تيسير ولا تخفيف ، وكمشقة الوضوء والغسل في شدة البرد ، وكمشقة إقامة الصلاة في شدة الحر ، أو البرد ، ولا سيما في صلاة الفجر ، وكمشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار ، وكمشقة الحج التي لا انفكاك عنها غالباً ، وكمشقة الاجتهاد في طلب العلم ، فكل هذه المشقات لا أثر لها في إسقاط العبادات ، ولا أثر لها في تخفيفها ؛ لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات ، أو في غالب الأوقات ، ولفات ما ترتب عليها من الثواب.

فإذا كان الحرج يعني رفع المشقة في التكاليف الشرعية، فإن هذا لا يعني أن كل مشقة تكون سبباً في التخفيف، فإن كل عمل في حياة الإنسان لا يخلو من مشقة وجهد، تُصاحب الأعمال الضرورية التي لا غنى عنها لطلب الرزق، والأكل... وغير ذلك، وهو واقع في التكاليف الشرعية أيضاً، فتكليف الله لعباده معناه: القيام بما يشق بالنسبة إلى عدمه، وامثال الإنسان لصوم رمضان فيه نوع مشقة بالنسبة لعدم الصوم، والقيام بأداء الصلوات الخمس مع تحقق الشرائط والأركان فيه نوع مشقة بالنسبة لعدم الارتباط بها، وهذه المشقات لا يترتب عليها تخفيف؛ لأنها لا تؤدي إلى الانقطاع، ولا ترهق الإنسان في جسمه أو عقله أو ماله أو حاله، وتلك هي المشقة التي ابتلى الله عباده بها، وطلب منهم الامتثال لأمره فيها، وهذه لا التفات إليها ولا أثر لها في التخفيف.

لكن هناك مشقة عظيمة فادحة، تضيق بها الصدور، وتستأهل الجهود، وتؤثر على النفس والمال، وتؤدي إلى الانقطاع عن الأعمال النافعة، كمشقة الخوف على النفس، ومشقة الخوف على الأطراف ومنافعها، فهذه المشقة موجبة للتخفيف وموجبة للترخص؛ لأن حفظ المهج والأرواح والأطراف لإقامة مصالح الدين والدنيا معاً أولى من تعريضها للفوات في عبادة ثم تفوت أمثالها، فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد، والمشقة هنا موجبة للتخفيف والترخص قطعاً؛ لأنه ليس المقصود من التكاليف الشرعية أن الله يريد إعنات الناس بما يشق عليهم، فالأحكام التي ينشأ عنها عند التطبيق حرج على المكلف، وينشأ عنها عند التطبيق مشقة تصيب المكلف في نفسه وماله أو في ضرورة من ضروراته، بسبب مرض أو فقر أو ظرف خاص طارئ به، فالشريعة تخفف هذه الأحكام وتبدلها بما يقع تحت قدرة المكلف؛ تيسيراً عليه ودفعاً للإحراج: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ

الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

٢. الأدلة الشرعية على رفع المشقة:

أما الأدلة التي قامت عليها رفع الحرج في هذه الأمة من الكتاب والسنة والإجماع، وصار ذلك مقطوعاً به في الدين الإسلامي الحنيف، وفي عمومات الشريعة النافية للحرج، وفي مشروعية الرخص، وكلها تشير إلى أن الله تعالى شرع الأحكام على العباد ميسرة سهلة مبنية على اليسر والسماحة، وأن هذا أصل من أصول الشريعة، فإذا ضاق الأمر اتسع، وإذا اتسع ضاق، وهذا قول الإمام الشافعي.

وقال الشاطبي: إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع، وكل ما تجاوز عن حده انقلب إلى ضده كما قال الإمام الغزالي في (الإحياء).

وقد دلّ على هذه القاعدة وبعض القواعد الفرعية الأخرى التي هي امتداد لهذه القاعدة الجليلة، دلّ عليها نصوص من القرآن، وأحاديث النبي الكريم ﷺ:

أما آيات الكتاب فمنها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ قوله - عز من قائل -: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ قوله: ﴿وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْهِ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وقوله سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٨] وقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦] وقوله ﷻ: ﴿عَنْهُمْ إِصْرُهُمْ وَالْأَغْلَلُ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

فقد دلّت هذه الآيات على أن الله شرع الأحكام سهلة ميسرة على العباد، فما من عمل من أعمال القلب أو الجوارح إلا وهو في وسع المكلف وفي مقتضى إدراكه، ودلّت كذلك على أن الحرج مرفوع على هذه الأمة في كل ما يلحق بها

الضيق في الدنيا والآخرة ؛ حتى لا يؤدي التكليف بما هو شاق إلى انقطاع العباد عن التكاليف أو عن المصالح الأخرى الدنيوية ، وإلى وقوع خلل في عقل الإنسان وجسمه ، أو الإخلال بالواجبات والالتزامات تجاه الأولاد والزوجة والمجتمع.

قامت الأدلة من السنة على يُسر التكاليف الشرعية ، وأن الله تعالى رفع الحرج والمشقة عن العباد ، وإذا تصفحنا الأحاديث في السنة النبوية المطهرة وجدنا كثيراً منها يُشير إلى معاني هذه القاعدة الشرعية ، وليس أدلّ على ذلك من أن الرسول ﷺ وصف هذا الدين بالحنيفية السمحة ، ومن ذلك ما روي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال : "بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ ، وَمَنْ خَالَفَ سَنَنِي فَلَيْسَ مِنِّي".

وروى الشيخان من حديث أبي هريرة : ((إِنَّمَا بُعِثْتُ مَيْسَرِينَ ، وَلَمْ تَبْعَثُوا مَعْسَرِينَ)).

وروى الطبراني عن عبد الله بن عباس مرفوعاً : ((أَنَّ اللَّهَ شَرَعَ الدِّينَ فَجَعَلَهُ سَهْلًا وَاسِعًا ، وَلَمْ يَجْعَلْهُ ضَيْقًا)).

وقالت عائشة > : ((مَا خَيْرُ رَسُولٍ لِلَّهِ ﷺ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا ، فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ ، وَمَا انْتَقَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِنَفْسِهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تُنْتَهَكَ حَرَمَةُ اللَّهِ ؛ فَيَنْتَقِمَ اللَّهُ تَعَالَى)).

قال ابن حجر العسقلاني : وَسُمِّيَ الدِّينُ يَسْرًا مَبَالِغَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَدْيَانِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ الْإِصْرَ الَّذِي كَانَ عَلَى مَنْ قَبْلَهُمْ ، وَمِنْ أَوْضَحِ الْأَدْلَةِ أَنَّ تَوْبَتَهُمْ كَانَتْ بِقَتْلِ أَنْفُسِهِمْ ، وَتَوْبَةُ هَذِهِ الْأُمَّةِ بِالْإِقْلَاعِ ، وَالْعَزْمِ ، وَالنَّدَمِ.

ومن هذا الباب ما روى البخاري عن أنس أن النبي ﷺ قال: ((يسرّوا ولا تعسرّوا، وبشّروا ولا تنفّروا)).

وعن أبي مسعود الأنصاري قال: ((قال رجل: يا رسول الله، لا أكاد أدرك الصلاة ممّا يطول بنا فلان، فما رأيت النبي ﷺ في موعظة أشدّ غضباً من يومئذٍ، فقال: أيها الناس إن منكم منفرين فمن صلى بالناس فليخفف فإن فيهم المريض، والضعيف، وذا الحاجة)).

وهكذا يتبيّن من نصوص السُّنة المتكاثرة يتبين منها التخفيف والتيسير، وأن رفع المشقة هو قطب الرّحى الذي يحوم حوله كثير من أحكام الإسلام، فهذه نبذة يسيرة من الآيات، والأحاديث الثابتة في هذا الباب، وكلّها وثيقة الصلة بموضوع التيسير والتخفيف، وفيها توجيه وإرشاد إلى إعمال القاعدة، وهي قاعدة "المشقة تجلب التيسير" وما شابهها من القواعد.

وصفوة القول: إن هذه القاعدة تجلب التيسير، وهي مستخلصة من الآيات والأحاديث الكثيرة، وكما قامت الأدلة من الكتاب والسُّنة على نفي الحرج والمشقة قام الإجماع على عدم التكليف بالشاق، وذلك أن الإجماع قد انعقد بين علماء الأمة على عدم وقوع المشقة غير المألوفة في أمور الدين، ولو كان ذلك واقعاً لحصل التناقض والاختلاف في أمور الشريعة، وذلك منفيٌّ عنها؛ لأن الأدلة الشرعية قامت على سماحة الشريعة، وهي أكثر من أن تُحصّر، فأحكام الشريعة كلها مبنية على التيسير والتخفيف.

ومن أجل ذلك أباح الشارع الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة، أو بطريق الإعارة، أو بطريق القرض، وسهل الأمر بالاستعانة بالغير وكالة، وإيداعاً، وشركة، ومضاربة، ومساقاة، وأجاز الشارع الاستيفاء من غير المديون حوالة،

وبإسقاط بعض الدين صلحاً أو إبراءً، وبالتوثيق على الدين برهن أو كفيل، وثبت ذلك أيضاً من مشروعية الرخص، فهذا أمرٌ مقطوعٌ به، وهو مما عُلِمَ من دين الأمة بالضرورة كرخص القصر، والفطر، والجمع، وتناول المحرمات في حالات الاضطرار، فإن هذا نمطٌ يدلُّ قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة، ويدل على التيسير والتسهيل على الناس.

ومما جاء في النّهي عن التعمق والتكلف، وعن كلّ ما يسبب الانقطاع عن دوام الأعمال، ولو كان الشارع الحكيم قاصداً المشقة في التكليف لما كان ثمّ ترخيص ولا تخفيف.

إذن عرفنا أن الأدلة الشرعية قامت على رفع الحرج ودفع المشقة على المكلفين من الكتاب، والسنة، ومن الإجماع، ومن تشريع الرخص، وكلّها تدور حول محورٍ واحدٍ، وهو التيسير في التكليف.

٣. من فروع قاعدة "المشقة تجلب التيسير":

بيان أهم الفروع التي تدرج تحت قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، وهذه الفروع التي سوف نتناولها إنما هي دليلٌ على أن الشريعة قامت على التخفيف والتيسير، من هذه الفروع:

الفرع الأول: عدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض؛ لتكرارها بخلاف الصوم، وبخلاف الاستحاضة؛ لندرة ذلك.

الفرع الثاني: مشروعية البيع للمبيع الموصوف في الذمة، وهو بيع السلم مع النهي عن بيع الغرر، والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة، وهي الكومة من القمح، ورؤية بارز الدار عن أساسها، وأنه يكفي في تحقّق الرؤية وفي صحّة البيع.

الفرع الثالث: إباحة النظر إلى المرأة الأجنبية عند الخطبة، ومن أجل التعليم، والشهادة، والمعالجة.

الفرع الرابع: إباحة الجمع بين أربع نسوة، فلم يُقتصر على واحدة تيسيراً على الرجال وعلى النساء أيضاً لكثرتهم، ولم يبح الزيادة عن أربع لما فيه من المشقة على الزوجين في القسم والمبيت وغير ذلك.

الفرع الخامس: مشروعية الطلاق لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر، وكذلك مشروعية الخلع، ومشروعية الرجعة في العدة، وهذا على سبيل التخفيف والتيسير عن الناس.

الفرع السادس: مشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيراً على المكلفين؛ لما في التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم.

الفرع السابع: مشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيراً على هذه الأمة على الجاني وعلى المجني عليه، وكان في شريعة موسى # كان القصاص حتماً ولا سبيل إلى الدية، وفي شريعة سيدنا عيسى كان الدية والقصاص معاً؛ فخفف الله عن الأمة وخيرها بين القصاص والدية من باب التيسير والتخفيف والرحمة إكراماً لهذه الأمة، ولرسول هذه الأمة ﷺ.

الفرع الثامن: في القصاص أو القضاء على الرق شرعت الكتابة؛ ليتخلص العبد من دوام الرق لما فيه من العسر، فقد حرر الإسلام الأرقاء، وفتح الباب أمامهم واسعاً؛ ليتخلصوا من الرق الذي هو بمثابة الموت إلى الحرية التي هي بمثابة الحياة.

الفرع التاسع: إسقاط الإثم عن المجتهد إذا أخطأ، والتيسير على المجتهدين بالاكْتفاء بغلبة الظن أو بالظن الراجح؛ إذ لو كلفوا الأخذ باليقين لشق ذلك على الكثيرين منهم.

الفرع العاشر: عدم تكليف الصبي والمجنون، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال كحضور الجماعة، والجمعة، والجهاد، والجزية، وإباحة لبس الحرير، وحلي الذهب، وغير ذلك من الأمور التي أُبيحت للنساء دون الرجال. هذه هي أهم الفروع التي تندرج تحت قاعدة "المشقة تجلب التيسير".

٤. مسألة: "من كلف بشيء من الطاعات فقدّر على بعضه، وعجز عن بعضه فهل يلزمه الإتيان بما قدر عليه أو لا؟"

هذه المسألة بين حكمها الإمام عز الدين بن عبد السلام فيما يتدارك إذا فات بعذر، وما لا يتدارك مع قيام العذر، فقال في هذه المسألة: الضابط أن اختلال الشرائط والأركان في الصلاة إذا وقع لضرورة أو حاجة، فإن لم يختصّ وجوبه بالصلاة كالستر للعورة، فإن كان في قوم يعمّهم العري فلا قضاء عليه؛ لما فيه من المشقة، ومعنى هذا أنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عنه، وإن ندر العري في بعض الجهات فإن أمرناه بإتمام الركوع والسجود لم يقض هذه الصلاة على الأصحّ، وإن أمرناه بالإيماء دون إتمام السجود والركوع؛ وجب عليه القضاء على الأصحّ، وإذا كان الأمر كذلك فلا يُغتفر على الإتيان أو لا يُقتصر على الإتيان بما قدر عليه، بل يُكَلَّف بالإتيان بما عجز عنه عند زوال العذر.

ويعضي في بيان الحكم في هذه المسألة الإمام عز الدين فيقول: وإن اختصّ وجوبه بالصلاة في الأركان، والطهارتين وهما طهارة البدن وطهارة المكان، فإن العذر هنا يكون عامًّا لعدم الماء في الأسفار، والقعود في الصلاة بالأمراض، فلا قضاء عليه لما فيه من المشقة العامة، وهنا يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عن القيام به، وأما إن ندر العذر وكان مما يدوم إذا وقع كالاستحاضة وكسلس

البول، واسترخاء الإست، والاضطجاع في الصلاة للمرض فلا قضاء، أي: أنه يأتي بما قدر عليه ويثبت عنه ما عجز عن الإتيان به.

أما إن كان العذر نادراً وله بدل كالتييم للمسافر خوفاً من البرد، وتيمم صاحب الجبيرة، كالتييم لانقطاع الماء في الحضر، ففي القضاء لندرة هذا قولان وإن لم يكن بدل كمن فقد الماء والتراب، فالمذهب عند الشافعي وجوب القضاء إلا في صلاة المحارب، إذا اشتدَّ الخوف والتحم القتال فالصلاة لا تسقط إلا بسقوط التكليف أو الحيض، وهذا هو مذهب الشافعي.

وقال أبو حنيفة <: كل صلاة لا يجب قضاؤها فلا يجب أدائها لاختلال أدائها إذا أدت، وهذا قولٌ للشافعي أيضاً إلا أن الشافعي < لا يُحرم أداءها، أما أبو حنيفة فإنه يحرمه لاختلاله.

وقال المزني من فقهاء الشافعية: كل صلاة وجب أدائها فلا يجب قضاؤها، وبنى على ذلك القاعدة التي نصّها: من كُلفَ بشيءٍ من الطاعات فقدّر على بعضه وعجز عن بعضه، فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عنه؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] ولقوله ﷺ: ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)) وهذا هو قول أهل الظاهر.

واستثنى بعض الظاهرية صلاة المحدث -أي: الذي عليه الحدث- لقوله ﷺ: ((لا يقبل الله صلاة بغير طهور، ولا صدقة من غلول)) فمن صلى بغير طهور فيلزمه الإعادة عند زوال العذر، فإذا وجد الماء فيلزمه القضاء؛ لأن القضاء ورد في الناسي والنائم، وهما معذوران، وليس المتعمد في معنى المعذور، فإذا وجبت على المعذور فوجوب القضاء على غير المعذور من باب أولى.

قاعدتا "الميسور لا يسقط بالمحسور"، و"الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة "الميسور لا يسقط بالمحسور" ١٩٩

العنصر الثاني : "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، الأدلة على القاعدة، وفروع القاعدة ٢١١

قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور"

١. قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور":

أ. بيان أهمية القاعدة:

هذه القاعدة مهمة للغاية، قاعدة مهمة من قواعد الفقه تمسك بها جماهير الفقهاء، ويتمثل فيها جانب التيسير والتخفيف، وقد ذكرها الإمام تاج الدين السبكي في كتابه (الأشباه والنظائر) وقال في هذه القاعدة، وهي من أشهر القواعد المستنبطة من قول رسول الله ﷺ: ((إِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتَوْا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ)).

قال: العلامة ابن حجر الهيتمي في شرح هذا الحديث: وهذا من قواعد الإسلام المهمة مما أوتي به ﷺ من جوامع الكلم؛ لأنه يدخل فيه ما لا يُحصى من الأحكام، وبه وبالأية الموافقة له يخصص عموم قوله تعالى: ﴿وَمَا أَنْتُمْ بِالرُّسُولِ فَخْذُوهُ وَمَنْهُنَّكُمْ عَنْهُ فَأَنْتَهُمْ﴾ [الحشر: ٧] وعلى أساس هذا الأصل قد يختلف بعض الأحكام للعملية حسب اختلاف الأشخاص وأوضاعهم، وإلى هذا وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧].

هذا في بيان أهمية هذه القاعدة، وأهمية ما جاءت من أجله وهو التيسير والتخفيف، فهي تتضافر مع قاعدة "المشقة تجلب التيسير" وتتداخل معها، ولها صلة قوية بها.

ب. معنى القاعدة:

معناها: أن الشارع الحكيم لو كلفنا بأمرٍ تيسر لنا بعضه وتعسر علينا البعض الآخر، فلا يسقط الذي تيسر بما شق أو عسر؛ بل نأتي بالميسور ثم يسقط المعسور، وعلى هذا فكل أمرٍ يستطيع المكلف فعله، وهو يسيرٌ عليه لا يسقط بما يشق عليه فعله أو عسر، وهذه القاعدة من الأصول التي لا تكاد تُنسى ما أقيمت أصول الشريعة، ومقاصدها العامة، ومراميتها البعيدة، هذا هو معنى القاعدة، وما تدل عليه وأن الميسور يأتي به المكلف، ويسقط عنه المعسور، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

ج. دليل القاعدة:

هذه القاعدة لها أصلٌ وسندٌ يرجع إليه ويستدل به من الكتاب والسنة.

فدليل هذه القاعدة من الكتاب: قوله ﷺ: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا

وَسَعَهَا [البقرة: ٢٨٦].

ففي هذه الآية الكريمة قد نصَّ الله تعالى على أنه سبحانه لا يُكلف العباد إلا بما في وسعهم، وفي مقتضى إدراكهم وطاقتهم ما كان منها من أعمال القلوب، وما كان منها من أعمال الجوارح، وبهذا تكون القاعدة بهذه الأدلة بينت انكشاف الكربة عن المسلمين، فقد فرجت عنهم الكربات، وخففت عنهم في أمور الدين، وبينت أنه لا يجوز تكليف إلا بما يُطاق من الأحكام والتكاليف الشرعية، هذا هو دليل الكتاب الذي يُستدل به لهذه القاعدة.

وأما دليل السُّنة النبوية المطهرة: فمنها أن رسول الله ﷺ قال: ((إذا أمرتكم بأمرٍ فأتوا منه ما استطعتم)) فهذا الحديث نبوي شريف.

قال الإمام ابن السُّبكي: هذه القاعدة مستنبطة من هذا الحديث الشريف، وفيها دليلٌ قويٌّ على أنه إذا تيسر البعض وتعسر البعض وجب الإتيان بالميسور؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور، وقد استُخرج من هذا الحديث أيضاً قواعد أخرى، منها: "درء المفاصد مقدّمٌ على جلب المصالح"، ومنها أيضاً: "الموازنة بين المصالح والمفاصد"، والمراد بذرء المفاصد إزالتها، فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة فدفع المفسدة مقدّمٌ على جلب المصلحة في الغالب إلا أن تكون المفسدة مغلوبة، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة، ولا نُبالي بفوات المصلحة، فالله تعالى يقول: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ﴾ [البقرة: ٢١٩].

فالله تعالى قد حرّم الخمر والميسر؛ لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما، وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة في هذه الحالة نحصل المصلحة مع التزام المفسدة، وأقرب مثالٍ لذلك التلفُّظ بكلمة الكفر، فالتلفُّظ بكلمة الكفر مفسدة محرمة، لكنه جائزٌ على سبيل الحكاية والإكراه إذا كان قلب المكره مطمئناً بالإيمان لأن حفظ المهج، والأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلفُّظ بكلمة لا يعتقدونها الجنان -وهو القلب- ولكنه مع هذا لو صبر، واحتسب، ولم ينطق بكلمة الكفر مع الضغط الشديد، والتهديد الذي يؤدي إلى القتل لكان أفضل؛ لما فيه من إعزاز الدين، وإجلال رب العالمين.

ومن أجل ذلك كان اعتناء الشارع الحكيم بترك المنهيات أشدَّ من اعتنائه بفعل المأمورات، فالمنهيات أشدَّ اهتماماً من الشارع من المأمورات لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي، والاستنباط أصله الحقيقي استخراج من باطن الأرض بالحفر، واستعماله في أخذ الحكم من القواعد استعمال مجازي، حيث شبه الوصول إلى الحكم الشرعي عن طريق الاجتهاد من القواعد بوصول الرجل إلى الماء بالحفر بجامع أن كلا منهما يُخرج فاقده.

وبهذه القاعدة ردَّ الإمام الشافعي على الإمام أبي حنيفة قوله: إن العريان يصلي قاعداً، ولا يصلي قائماً؛ لأنه يناجي ربه فينبغي له أن يناجي ربه على أكمل وجه، ولا يناجيه على حالة يكون فيها مكشوفاً، بل يناجيه على حالة وهو مستور، فهذا خير من أن يناجيه على حالة أفحش، فردَّ الشافعي عليه بأن الصلاة المأمور بها يجب أن تكون كاملة الأركان والشروط، فإذا عجز المكلف عن بعضها وتيسر له البعض الآخر فلا يسقط الميسور - القيام - بالمعسور - ستر العورة - لقوله ﷺ: ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)).

٢. أهم الفروع المندرجة تحت قاعدة "الميسور لا يسقط بالمعسور":

لقد ذكر الإمام السيوطي في هذه القاعدة فروعاً كثيرةً نختار منها الفروع الآتي ذكرها:

الفرع الأول: إذا قطع من رجلٍ بعض الأطراف كاليد ونحوه؛ فيجب عليه في الطهارة غسل الباقي جزماً؛ لأنه ميسور والمقطوع معسور، والميسور لا يسقط بالمعسور؛ لقوله ﷺ: ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)).

الفرع الثاني: القادر على بعض السترة يستربه القدر الممكن من أمام؛ لأنه يستقبل به القبلة ولأنه ميسور وستر الكل معسور، والميسور لا يسقط بالمعسور،

وهذا من ذوق التشريع الإسلامي في هذه المسألة أن يستر المصلي عورته من أمام؛ لأنه يستقبل به القبلة، وقيل: يستر به الخلف - وهو الدبر - لأنه أفحش لا سيما في الركوع والأول أولى.

الفرع الثالث: القادر على بعض الفاتحة في الصلاة يأتي به بلا خلاف؛ لأنه ميسورٌ فلا يسقط بالمعسور، وهو قراءة الكلّ على أن يُكمل بقدر الفاتحة، وهي سبع آيات من القرآن إن أحسن قراءة شيءٍ من القرآن؛ لأن النبي ﷺ أمر الذي لا يُحسن شيئاً من الفاتحة، وكان يحفظ غيرها من القرآن أن يقرأ منه بقدرها إن قدر لا يجزيه غيره؛ لما رواه أبو داود عن رفاعه بن رافع أن النبي ﷺ قال: ((إذا قمت إلى الصلاة، فإن كان معك قرآن فاقراً به، وإلا فاحمد الله وهللّه، وكبّره)) ولأن التهليل والتكبير من جنس الصلاة فكان أولى أن يقرأ بعدد آيات الفاتحة من القرآن أو من الذكر.

الفرع الرابع: إذا لم يستطع المصلي رفع اليدين في الصلاة حذو منكبيه حتى تحاذي أطراف أصابعه أعلى أذنيه، وتحاذي إبهامه شحمة أذنيه، وراحته منكبيه، إذا لم يستطع ذلك، ولم يقدر عليه إلا بزيادة على المشروع أو نقصٍ منه أتى بالممكن؛ لأنه ميسورٌ، والمعسور عليه هو القدر المشروع، والميسور لا يسقط بالمعسور.

الفرع الخامس: إذا كان المكلف محدثاً حدثاً أكبر أو أصغر، وعليه نجاسة سواء في بدنه أو في ثوبه، وكان الماء الذي معه لا يكفي إلا لأحدهما فقط فعليه غسل النجاسة قطعاً؛ لأن غسل النجاسة لا بد منها بخلاف رفع الحدث فإن له بدل، وهو التيمم، وهذا هو وجه الجزم، ولا يجوز عند الشافعي أن يتيمم قبل إزالة النجاسة؛ لأنه يصدق عليه أنه تيمم ومعه ماء الذي سيستعمله في إزالة النجاسة، وهذا كلامٌ صوري؛ لأن وجود الماء في هذه الحالة يُنزّل منزلة العدم، فسواء تيمم

قبل إزالة النجاسة بالماء أو تيمم بعد إزالة النجاسة في الماء هو في تلك الحالتين فاقدٌ للماء، والماء الذي معه يُنزل منزلة العدم، وجه التفريع غسل النجاسة هو الميسور، والمعسور هو رفع الحدث بالماء، والميسور لا يسقط بالمعسور، ويلاحظ بأنه لا يوجد رأي في الفقه يقول: بأن التيمم يزيل النجاسة الحسية، وإذن فلا بد من إزالة النجاسة بالماء، وأما الحدث فإنه له بدل عن الماء وهو التيمم.

الفرع السادس: فيما لو عجز المصلي عن الركوع والسجود دون القيام لم يسقط عنه القيام فيصلي قائماً، وهذا عند الشافعية؛ لأن القيام ميسورٌ، والركوع والسجود معسور، فيأتي بالميسور وهو القيام؛ لأنه ركنٌ، وهو ميسورٌ، وهذا في حق غير القادر على السجود الكامل، أما إذا كان قادراً على الإيماء فإنه يجب عليه أن يؤمّي بالركوع والسجود بقدر الإمكان، وأن يجعل الإيماء بالسجود أخفض من الإيماء بالركوع؛ لأنه داخلٌ في الميسور فلا يسقط بالمعسور.

وقال الإمام أبو حنيفة في هذه المسألة: يسقط القيام؛ لأن القيام إنما شرع وسيلة للركوع والسجود، وما دام قد تعذر عليه فلا فائدة منه؛ فيصلّي من قعود لأنها صلاة لا ركوع فيها ولا سجود، فسقط القيام كصلاة النافلة على الراحلة، هذا هو رأي الإمام أبي حنيفة، والراجح ما ذهب إليه الإمام الشافعي؛ إذ لا دليل على أن القيام مقصودٌ لغيره لا لذاته كما يقول الإمام أبو حنيفة؛ لأنه فرض بالإجماع لا تصح الصلاة من القادر عليه إلا به، بل لو قال مسلم: أنا أستحلُّ القعود في صلاة الفريضة بلا عذرٍ، أو قال: القيام في الفريضة ليس بفرضٍ، إذا قال ذلك فقط كفر إلا أن يكون قريب عهدٍ بالإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٨] وهي آية صريحة في وجوب القيام في صلاة الفريضة، ولقوله ﷺ لعمران بن حصين: ((صل قائماً)) فالأدلة قامت على أن القيام

ركنٌ، وما دام المكلف قادراً على القيام فلا يصلّ من قعود، وبذلك هو الرأي الذي رجحه الإمام الشافعي.

الفرع السابع: أن العراقيين نقلوا عن نصّ الشافعي أن الأخرس يلزم أن يُحرك لسانه بدلاً عن تحريكه بالقراءة كالإيماء بالركوع والسجود، فالميسور بالنسبة للأخرس هو تحريك اللسان، فلا يسقط بالمعسور وهو القراءة، والدليل أن القياس على الإيماء هذا بالقياس على الإيماء؛ لأن في تحريك لسانه إشارةً إلى أنه يصلي كالذي يُومئ بالركوع والسجود تماماً، فالعلة أن في كلٍّ منهما إيماء في أنه يصلي، فإن قيل: إن العلة في المقيس عليه قوية، وفي المقيس ضعيفة؛ لأن الإيماء للركوع والسجود يحقق المقصود منه ففيه هيئة خضوع بخلاف تحريك اللسان؛ إذ أن تحريك اللسان لا يحقق شيئاً من القراءة بالنسبة للأخرس، ففي ذلك هيئة القراءة فقط، ومن شروط التكليف أن يكون سليم الحواس، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة، فيردُّ على هذا بأنه لا يشترط أن تكون العلة متساوية متى وُجد الأصل، هذا هو الردُّ بأن الأخرس يلزمه أن يُحرك لسانه على هيئة القراءة، وإن كان لا يستطيع القراءة؛ لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

الفرع الثامن: خاصٌّ بالمقطوع السَّاعد من المرفق، فالذي قُطِعَ ساعده من المرفق يجب عليه غسل رأس عظم العضد على المشهور؛ لأنه ميسورٌ، والميسور لا يسقط بالمعسور، وذلك بناءً على أن الغاية داخلية في المغيا، هذا هو الرأْي المشهور، ومقابل المشهور لا يجب عليه غسل رأس عظم العضد؛ لأن الغاية غير داخلية في المغيا، والمقابل ضعيف لدخول الغاية في المغيا بقرينتي الإجماع والاحتياط في العبادة.

الفرع التاسع: خاصٌّ بما إذا وجد المكلف بعض الصَّاع في الفطرة -أي: في زكاة الفطر وجد بعض الصاع- يلزمه إخراجه في الأصحّ؛ لأنه ميسورٌ، والميسور لا

يسقط بالمعسور، وهو إخراج بقية الواجب، وهو الصاع، ومقابل الأصح لا يجب عليه الإخراج إذا كان الصاع ناقصاً؛ لأنه لا يصدق عليه إخراج زكاة الفطر، ولأن التكليف متعلق بالصاع، فالرسول ﷺ طلب في زكاة الفطر صاعاً، وحيث لا يوجد الصاع يُعتبر المكلف فقيراً، وعليه فالفرع خارجٌ عن القاعدة، وعلى الأصح يكون الفرع من القاعدة، والصاع كما قدّره علماء الشافعية قدحان، وكذلك الحنفية، وهو قدحٌ وثلاث عند المالكية، والتحقيق أن الصاع قدحٌ وثلاث كمذهب مالك.

الفرع العاشر: فيما لو انتهى في الكفارة المرتبة، وهي كفارة الظهر أو الإفطار في رمضان إلى الإطعام، ولم يجب إلا إطعام ثلاثين مسكيناً، فالأصح في المذهب الشافعي، وجوب إطعام الثلاثين؛ لأنه ميسورٌ، والميسور لا يسقط بالمعسور، وهو إطعام بقيت الستين لقوله ﷺ: **((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم))** ومقابل الأصح عند الشافعي لا يجب عليه إطعام الثلاثين بأن هذا الإطعام لا يُسمى كفارة، ولا يصدق عليه اسم الكفارة؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿سِتِينَ مَسْكِينًا﴾ [المائدة: ٤] وغير القادر على الستين يكون غير قادرٍ على الكفارة، وعلى القول الأول يلتزم بالباقي في ذمته؛ لأنه لا بدل له، والميسور لا يسقط بالمعسور.

الفرع الحادي عشر: من لم يستطع القيام في الصلاة صلى قاعداً، وإن لم يستطع قاعداً صلى مضطجعاً، وإن لم يستطع مضطجعاً ولم يستطع الركوع أو السجود أدّى ما استطاع، ولو بالإيماء عملاً بالقاعدة.

الفرع الثاني عشر: من عجز عن سداد كل الدين الذي عليه فإنه يؤدي ما قدر عليه، وإذا عجز عن سداد الدين دفعةً واحدة أدّاه مقسطاً لقوله ﷺ: **((فأتوا منه ما استطعتم))**.

الفرع الثالث عشر: ما إذا كان المكلف محدثاً وعليه نجاسة، ووجد ماء لا يكفي الوضوء والغسل، أو كان على بدنه نجاسة، والماء الذي معه لا يزيل إلا بعضها، في هذه المسألة قولان؛ الأظهر: وجوب استعماله في الأول، وهو الحدث؛ لأن غسل بعض أعضاء الوضوء ميسور وغسل الباقي معسور، والميسور لا يسقط بالمعسور، ووجب أن يكون ذلك قبل التيمم، ويتيمم على الباقي لئلا يتيمم ومعه ماء، وكذلك يُزيل بعض النجاسة ثم يتيمم عن الحدث، ويكون ذلك بالترتيب، هذا هو الرأي الأظهر، ومقابلته يجب أن يزيل النجاسة عن الثوب، ولا يستعمل هذا الماء في صورة الحدث ما دام لا يكفي هذا الماء لرفع الحدث؛ لأنه يلزم منه طهارة مباعدة بعضها ماء، وبعضها تراب، وهو الذي نرجحه؛ لأن الطهارة المبعضة لم توجد في الشريعة.

وأما قوله ﷺ: **((فأتوا منه ما استطعتم))** فمعناه إذا وقع الموقع، وكان كافياً، فوجود الماء القليل كلا وجود، كما أنه لم يرد عن رسول الله ﷺ قولاً أو فعلاً أو تقريراً بالطهارة المبعضة، أما في إزالة النجاسة فيستعمل فيها الماء. هذا هو التحقيق في هذا الرأي لمن كان معه ماء لا يكفي لإزالة الحدث، ولا يكفي لأن يزيل به النجاسة في وقت واحد، فإنه يستعمله في إزالة النجاسة، ويتيمم في هذه الحالة؛ لأنه فاقداً للماء، وما دام فاقداً للماء فإنه يتيمم بالتراب، ومن لم يجد ماءً تيمم بالترب.

الفرع الرابع عشر: إذا ملك نصاباً من المال وحال عليه الحول، وكان بعض هذا المال عنده والبعض الآخر في بلدٍ فوق مسافة القصر، فهل يُخرج الزكاة عن الموجود عنده، أو ينتظر حتى يخرج الزكاة عن الجميع؟ ففي هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول: يخرج الزكاة عما في يده من المال؛ لأنه ميسورٌ له، وما دام ميسوراً فيخرج عنه الزكاة؛ لأنه موجود معه في بلده، وإذا حضر الباقي أخرج زكاته؛

لجواز أن يكون النصف الآخر من المال قد تلف وهو لا يدري، فالبعض ميسورٌ وهو معه، والآخر معسورٌ وهو الغائب عنه، والميسور لا يسقط بالمعسور، وهذا أحد قولي الشافعي، وهو الأقوى.

الرأي الثاني: لا يجب عليه إخراج الزكاة عن المال الموجود؛ بل إنه ينتظر حتى يأتي إليه المال الغائب، ويصل بقية النصاب فيخرج عن الكل مرة واحدة؛ لأن النصاب في هذه الحالة غير موجود معه، وما دام النصاب غير موجود فلا زكاة عليه حتى يكمل النصاب، وعليه فالأصح مع القاعدة، ومقابل الأصح خارجٌ عن القاعدة.

هذه هي أهم الفروع التي يمكن أن تندرج تحت القاعدة وتأخذ حكمها، وهي من المسائل المختلف فيها بعضها يكون مع القاعدة وبعض الآراء خارج عن القاعدة.

٣. من الفروع المستثناة من القاعدة:

كل قاعدة من القواعد يندرج تحتها فروع تأخذ حكمها، ويخرج عنها فروع تأخذ حكمًا آخر يخالف حكم القاعدة أسماها العلماء الفروع المستثناة، ودائمًا الفروع المستثناة تأخذ حكمًا مخالفًا للقاعدة.

قال الإمام السيوطي - رحمه الله -: خرج عن هذه القاعدة مسائل نذكر منها:

أولاً: أن القادر على صوم بعض يومٍ من الفجر إلى الظهر، ولم يستطع أن يكمل اليوم لا يلزمه الإمساك، وكان مقتضى القاعدة أنه يجب عليه أن يمسك الوقت الذي يقدر على صومه؛ لأنه ميسورٌ، ولكنه خرج عن القاعدة؛ لأنه لم يُشرع صوم بعض يوم، فليس في شرع الله صوم بعض يوم، وعليه فهذا الفرع خارجٌ عن القاعدة؛ لأننا أسقطنا الميسور بالمعسور.

ثانيًا: أن حق الشفعة يكون للشريك عند الشافعية، وللشريك والجار عند الأحناف، فلو كان الشفيع ليس معه إلا بعض ثمن النصيب، فهل يلزم الشارع الشريك البائع أن يعطيه بالشفعة؟ هل يلزم ذلك؟ في هذه المسألة لا يأخذ بعض النصيب؛ لأنه في مسألة الشفعة إما أن يأخذ الكل أو يترك الكل، فالشفعة إنما شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر، فلو أخذ الشفيع النصف، وترك النصف للمشتري الجديد لتحقق ضرر الشريك البائع وضرر للمشتري، والضرر يزال.

إذن حق الشفعة لا يتجزأ فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص، فإنه يسقط إذا طلب أحد المستحقين للقصاص الدية، إذا انتقل واحد من القصاص إلى الدية سقط القصاص، وكان مقتضى القاعدة جواز ذلك؛ لأن الميسور لا يسقط للمعسور، وعليه يكون الفرع خارجاً عن القاعدة على سبيل الاستثناء.

ثالثًا: إذا اطلع المشتري على عيب أخفاه عليه البائع؛ فيجب الرد فوراً أو الإشهاد على الرد بالعيب إذا كان البائع غائباً. فإذا لم يتيسر له الرد، ولا الإشهاد على الرد فلا يلزم منه أن يتلفظ بالفسخ في الأصح، ويؤخر التلفظ بالفسخ لحين الوصول إلى الحاكم أو الوصول إلى البائع، وكان مقتضى هذه القاعدة أن يتلفظ بالفسخ لأنه ميسور، لكنهم قالوا: لا يلزمه التلفظ في الأصح، وعليه فالفرع مستثنى من هذه القاعدة، ومقابل الأصح يلزمه أن يتلفظ بالفسخ لأنه ميسور، فلا يسقط بالمعسور، وهو وجود البائع أو الحاكم، وعليه يكون الفرع من القاعدة.

٤. قاعدة: "إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالباً".

هذه قاعدة يمكن أن تُسلك في سلك القواعد الفقهية، ويمكن أن يتفرع عليها فروع كثيرة تدخل تحتها، ومن هذه الفروع:

أولاً: أنه إذا اجتمع على المكلف -اجتمع عليه- حدث وجنابة كفى الغسل عن الحدث وعن الجنابة على المذهب، كما لو اجتمع عليه جنابة وحيض، وكذلك لو باشر المحرم فيما دون الفرج لزمته الفدية، فلو جامع دخلت الفدية في كفارة الجماع على الأصح بناءً على تداخل الحدث الأصغر مع الحدث الأكبر وهو الجنابة، ومن ذلك ما لو اجتمع حدثٌ ونجاسةٌ حكيميةٌ كفت لهما غسلةٌ واحدةٌ في الأصح عن الحدث وعن إزالة النجاسة، وهذا عند الإمام النووي < .

ثانياً: ما لو دخل المصلي أو المسلم المسجد؛ فأقيمت صلاة الجماعة فصلى الفرض دخلت فيه تحية المسجد، وكذلك لو طاف القادِم عن فرضٍ أو نذرٍ دخل فيه طواف القدوم، طواف القدوم يدخل مع طواف الفرض وطواف النذر بخلاف ما لو طاف للإفاضة لا يدخل فيه طواف الوداع؛ لأن كليهما مقصودٌ في نفسه ومقصودهما مختلف، وبخلاف ما لو دخل المسجد الحرام فوجدهم يصلون صلاة الجماعة فدخل معهم في صلاة الجماعة، فإنه لا يحصل له تحية البيت؛ لأن تحية البيت الحرام تحيته الطواف؛ لأنه ليس من جنس الصلاة، فلا يدخل في الصلاة.

ثالثاً: ما لو زنا شخصٌ وهو بكرٌ، والبكر هو الذي لم يتزوَّج بالحرّة زواجاً صحيحاً، ثم زنا وهو ثيبٌ، فهل يُكتفى بالرجم؟ في هذه المسألة وجهان في (أصل الروضة) بلا ترجيح، ووجه منع التداخل على أحد الوجهين اختلاف جنسهما، لكن حَقَّق العلماء أن الأصح التداخل؛ لأن الأدنى يدخل في الأقوى؛ فيكتفى في هذه الحالة بالرجم عن الجلد؛ لأنه يدخل فيه، وهذا بخلاف ما لو سرق وزناً، أو شرب الخمر وارتد، فلا تداخل في هذا لاختلاف الجنس.

رابعاً: ما إذا سرق وقتل في المحاربة، فهل يُقطع بأن تقطع يده للسرقة ثم يقتل أو يقتصر على القتل والصلب، ويندرج حدُّ السرقة في حد المحاربة؟ وجهان - كما قال العلماء - بلا ترجيح في (الروضة).

خامساً: ما إذا قطع الأجفان وعليها أهداب دخلت حكومتها في ديتها، وكذا تدخل حكومة الشعر في دية الموضحة، وهي الإصابة في الرأس، وتدخل دية الشارب في دية الشفة، ودية الأظفار والكف في دية الأصابع على الأصح في الكل.

سادساً: ما لو كان أحد الفعلين عمداً والآخر خطأً، فلا تداخل بين الخطأ والعمد للاختلاف بين دية العمد ودية الخطأ، فإن دية العمد مثلثة وحالة، وهي على الجاني، ودية الخطأ خمسة ومؤجلة، وهي على العاقلة.

"الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، الأدلة على القاعدة، وفروع القاعدة

١. الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد:

أ. بيان أهمية القاعدة:

هذه قاعدة جديدة من القواعد الفقهية العظيمة التي تؤدي بالمكلف إلى معرفة أحكام دينه، وهي من القواعد المهمة التي وقف العلماء عندها، والتي أولوها بالبحث والشرح والإيضاح فهذه قاعدة من قواعد الفقه، وهي مهمة محكمة ذات شأن عظيم في الفقه الإسلامي لا سيما في باب الحكم والقضاء، وهي من القواعد الأصولية التي جرت مجرى القواعد الفقهية باعتبار أن موضوعها يصلح

أن يكون فعل المكلف، فلما كان الأمر كذلك جرت مجرى هذه القواعد، فهي قاعدة فقهية، وهي قاعدة أصولية باعتباريات مختلفة.

ب. معنى القاعدة:

هذه القاعدة معناها أن الاجتهاد المستوفي لشروطه إذا اتصل بالحكم أو القضاء نفذ، ولا يتأتى نقضه بالاجتهاد الثاني الجديد لانقضاء الترجيح، قال السيوطي: ولهذا يُعمل بالاجتهاد الثاني في القبلية، ولا يُنقض ما مضى باتفاق الأئمة، فإذا اجتهد القاضي في مسألة شرعية، ثم عرضت له مسألة مشابهة فحكم فيها برأي آخر، فلا ينتقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني، وكذلك لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده، ثم حكم مجتهد آخر في تلك المسألة عينها، وكان اجتهاده مخالفاً لاجتهاد المجتهد الأول فلا ينتقض الحكم المستند على الاجتهاد الأول؛ لأن الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد، فيكون المقصود في هذه الحالة بالاجتهاد الذي لا يُنقض بمثله هو الاجتهاد الذي مضى حكمه، وقضى به القاضي، فإذا تغير الحكم فيه بعد ذلك في المستقبل بتغير الاجتهاد؛ فإن الاجتهاد الأول يبقى على حاله، ولا ينقض بالاجتهاد الثاني.

قال الآمدي - رحمه الله - في سبب عدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد: ولو جاز نقل حكم الحاكم إما بتغير اجتهاده، أو بحكم حاكم آخر لأمكن نقض الحكم بالنقض إلى غير نهاية، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام، وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التي تُصَبَّحُ الحاكم لها، هذا ما قاله الآمدي في نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وأن الاجتهاد الأول لا يُنقض بالثاني.

واتفق العلماء على أنه لو حكم القاضي باجتهاده، ثم تغير باجتهاد آخر لا يُنقض الأول، وإن كان الثاني أقوى منه، غير أنه إذا تجدّد له الاجتهاد لا يعمل إلا

بالثاني، فمثلاً المجتهد في جهة القبلة أو في غيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر فإنه يتوقف عن الأخذ به في المستقبل، ولا يُنقض ما مضى، وهذا باتفاق العلماء والأئمة.

وبناءً على ما تقدّم أنه لو حكم مجتهدٌ في قضية رُفعت إليه بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهدٌ ثانٍ في تلك القضية نفسها، إذا رُفعت إليه فلا يجوز له أن ينقض حكم من قبله إذا كان مخالفاً لرأيه، وكذلك لو تقدّم خصمان إلى القاضي فقال: كانت بيننا خصومة في كذا، وتحاكم إلى القاضي فلان فحكم بكذا، ولكن نريد أن نستأنف الحكم فيها عندك، فلا يجوز لهذا القاضي أن يستجيب لطلبهما، بل يمضي على الحكم الأول حسب المذهب المختار الصحيح، فمن لا يرى وقف المشاع إذا حكم حاكمٌ بصحة وقف المشاع، ثم رُفعت الواقعة لمن كان يُفتي ببطالان المشاع نفذ هذا الحكم وأمضاه، ولا يحلّ له بعد ذلك أن يُفتي ببطالانه.

وذلك ما قصد إليه الإمام القرافي في قوله: اعلم أن الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف، ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم، وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء.

وهذا ما قرّره الإمام محمد بن الحسن؛ إذ يقول في كتابه (السير الكبير): فإذا أجاز الأمير البشراء والرسل من الغنيمة على وجه الاجتهاد، ثم رُفِعَ ذلك إلى قاضٍ آخر من قضاة المسلمين؛ فإنه ينفذ ما صنع وإن كان رأيه مخالفاً لذلك.

وعلق عليه الإمام السرخسي بقوله: لأن هذا مما يختلف فيه الفقهاء، وقد أمضاه اجتهاده، فلا يبطله أحد بعد ذلك.

قال ابن الأمير الحاج: وحيث تم الاتفاق بين العلماء فلا وجه في تجوز ابن القاسم نقض ما خالف الإجماع؛ لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير تبعاً لاختلاف وجهات النظر

في الدليل، وكل ذلك يؤدي إلى الدور والتسلسل، وهذا باطل، ومن شأنه أن يفتح باب الفوضى والفساد، ويفوت قاعدة: نصب الحكام لفصل الخصومات".

وقد ورد في (المستصفى): ولو نقض الاجتهاد لنقض النقض أيضاً، ولتسلسل فاضطربت الأحكام، ولم يوثق به، ولأن الضرورة توجب القضاء بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد، وألا يجوز نقضه، واتفق العلماء على أنه لا ينقض حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها، وإن قلنا: المصيب واحد؛ لأنه غير متعين، ولو حكم القاضي باجتهاده ثم تغير باجتهاد آخر؛ لا ينقض الأول - وإن كان الثاني أقوى منه - غير أنه إذا تجدد له لا يعمل إلا بالثاني.

هذا هو معنى القاعدة، وهذا أمر اتفق عليه العلماء، واستقروا عليه ولا يجوز مخالفته بحال من الأحوال.

ج. الدليل على القاعدة:

قام الدليل على أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد آخر؛ لأن الاجتهاد إنما هو حصول غلبة الظن على إصابة المرمى مع احتمال الخطأ، فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صواباً؛ يجوز أن يكون خطأ؛ وعليه فإن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول؛ لأن الأول ظني، والثاني أيضاً ظني، ولا ترجيح لأحد الظنيين على الآخر، ولكي ندرك مدلول القاعدة؛ لزم أن نعرف أن الاجتهاد منشأه هو الظن عند المجتهد الذي وصل إليه في ضوء الدلائل والأمارات التي أرشده الشارع إليها.

ومن ثم ليس ببعيد أن يتغير هذا الاجتهاد الذي نجم عن الظن إذا وجد المجتهد أمامه أمراً أملى عليه أن يعيد النظر في المسألة المجتهد فيها، والعدول عن رأيه الأول، ولأن ملكة الاجتهاد تتفاوت في المجتهد.

وليس أدل على ذلك من أن الصحابة { ومن بعدهم من التابعين ومن الأئمة المجتهدين ما كانوا يتمسكون بوجهة نظرهم الاجتهادية بحيث لا يحيدون عنها قيد شعرة، بل كانوا يعدلون عنها إلى أحسنها وأوجهها إذا استجد أمامهم من الدليل أو ظفروا بأمر أقوى وأرجح، فهذه مسألة مسلمة لا خلاف فيها بين الفقهاء والأصوليين، وهذا ما ثبت واستقر عليه إجماع الصحابة، كما تدل عليه الآثار والأقوال الماثورة التي أثرت عنهم، ومن ذلك أن عمر < حكم في قضية بعدم التشريك بين الإخوة من الأبوين مع الإخوة لأم في الثلث، ثم شرك بينهم فيما بعد ذلك في امرأة توفيت وتركت زوجها، وأمها، وإخوتها لأمها، وإخوتها لأبيها وأمها؛ فأشرك بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء في الثلث في هذه الحالة، فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهم عام كذا، فقال عمر: تلك على ما قضينا يومئذ، وهذه على ما قضينا، ثم جرت هذه الكلمة العمرية مجرى المثل، وقضى عمر أيضاً في الجد قضايا مختلفة في فترات مختلفة.

فعن ابن سيرين: أن عمر < قال: إني قضيت في الجد قضايا مختلفة لم أَل فيها عن الحق -أي: لم أحد فيها عن الحق- يعني: لم أقصر في طلب الحق. وعن أبي حسان أن العباس بن خرشة الكلابي قال له بنو عمه، وبنو عم امرأته: إن امرأتك لا تحبك، فإن أحببت أن تعلم ذلك فخير، فقال: يا برزة بنت الحر اختاري، فقالت: ويحك اخترت نفسي ولست بخيار، قالت ذلك ثلاثة مرات، فقالوا: حرمت عليك، فقال: كذبتم فأنتي علياً < فذكر ذلك له، فقال: "لئن قربتها حتى تنكح زوجاً غيرك لأغيبنك بالحجارة" أو قال: لأرضخنك بالحجارة، قال: فلما استخلف معاوية < أتاه، فقال: إن أبا تراب -يقصد الإمام علي- فرق بيني وبين امرأتي بكذا وكذا، قال معاوية: "قد أجزنا قضاءه عليك" أو قال: "ما كنا لنرد قضاء قضاءه عليك".

قال العلامة الصدر الشهيد -معلقاً على هذه الرواية- : وفي الحديث دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب ، وفيه دليل أيضاً على أن كل حكم مضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مماثل.

ومما لا شك فيه أن جميع هذه الوقائع التي سقناها حصلت بمراى ومسمع من جم غفير من الصحابة ، ولم يثبت إنكار أحد منهم ، ولم تثبت مخالفته لذلك ، فكانت هذه النصوص والقضايا الماثورة برهاناً ناصعاً على إجماع الصحابة { على هذه القاعدة ، وعلى كونها أصلاً متبعاً عند القضاة الأولين في الإسلام ، ومن ثم فقد اتفقت كلمة الفقهاء ، والأصوليين على الاعتداد بهذه القاعدة ، والتسليم بمعناها.

وجاء في (شرح جمع الجوامع) : لا ينقض الحكم في الاجتهادات لا من حاكم به ولا من غيره ، وهذا فيما يختص بالقضية الماضية التي نفذ فيها الحكم ، وأما في الحوادث والوقائع الماثلة الآتية ؛ فيجب على المجتهد أو المفتي أن يستأنف الحكم فيها ، ويعمل بالاجتهاد اللاحق الجديد ، قال الإمام الزركشي : إن النقص الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية ، وإنما تغير الحكم في المستقبل بانتفاء الترجيح الآن ؛ فهذا يعمل به ، ومثل هذا المعنى ورد في (الأشباه والنظائر) للإمام السيوطي قال : معنى قولهم : الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد -أي : في الماضي- ولكن يغير الحكم في المستقبل ؛ لانتفاء الترجيح".

وهذا ما أرشد إليه الإمام عمر بن الخطاب < أرشد عنه في رسالته المشهورة إلى أبي موسى الأشعري ، حيث قال : "ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك ، وهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شيء".

والخلاصة من هذا كله: أنه لو قضى قاضٍ في حادثة باجتهاده ثم تبدل اجتهاده فرفع إليه نظيرها فلم يسعه إلا أن يقضي فيها باجتهاده الثاني بدون أن ينقض بذلك اجتهاده الأول.

وبناء على ما تقدم يسوغ لنا أن نقول: إن الحكم القضائي المبني على الاجتهاد لا ينقض بمثله، ولكن يغير في المستقبل لانتفاء الترجيح.

د. من فروع القاعدة:

هذه الفروع هي بمثابة تطبيقات على القاعدة، وهذه القاعدة اعتبرها الفقهاء والأصوليون من القواعد الكلية، فقالوا: بعدم نقض الاجتهاد بالاجتهاد، واعتبروا ذلك أصلاً، وبنو على القاعدة كثيراً من الفروع، وهذه الفروع في مجموعها تؤكد أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مماثل؛ لأن شرط النقض اتحاد النسبة الحكمية، ومع اختلاف الظنون لا تتحد النسبة الحكمية، فلا ينقض اجتهاد باجتهاد آخر، ومن أهم هذه الفروع:

أولاً: أنه لو تغير الاجتهاد في القبلة عمل بالثاني، ولا قضاء حتى لو صلى المكلف أربع ركعات لأربع جهات باجتهاد فلا قضاء عليه؛ لأن الاجتهاد في كل منهما لا ينقض ما قبله.

والدليل لذلك ما أخرجه الترمذي، وأحمد، والطبراني من حديث عامر بن ربيعة بلفظ ((كنا مع النبي ﷺ في ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة؟ وصلى كل رجل منا على حياله فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي ﷺ فنزل قوله تعالى: ﴿فَإَيْنَمَا تُولُوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ﴾ [البقرة: ١١٥]) وفي رواية جابر عند البيهقي بلفظ: ((صلينا ليلة في غيم، وخفيت علينا القبلة فلما انصرفنا نظرنا فإذا نحن قد صلينا

غير القبلة ؛ فذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال : قد أحسنتم ، ولم يأمرنا أن نعيد)).

ثانيًا: أنه لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله ، وترك الآخر ، ثم تغير ظنه في الاجتهاد فإنه لا يعمل بالاجتهاد الثاني ، بل يتيمم ؛ لأن الاجتهاد الأول مبناه على الظن ، والاجتهاد الثاني مبني على الظن أيضًا ، ولا ترجيح لأحد الظنين على الآخر ؛ فيجب عليه أن يتيمم ويترك الإناءين ، وهذا مبني على وجوب التحري.

ثالثًا: أنه لو حكم القاضي برد شهادة الفاسق ثم تاب وأعاد الشهادة في نفس الحادثة بعينها ؛ لم تقبل شهادته باتفاق ؛ لأن قبول الشهادة بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد ؛ لأن الحكم بفسقه كان باجتهاد ، وقبول شهادته بعد التوبة لعدالته اجتهد ، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، كذا علله المتولي في التتمة ، وعلله الحموي بأنه سد لباب الاتهام ، فقال : لو قبل القاضي شهادته في نفس الحادثة بعينها بعد أن تاب ؛ لتوجهت التهمة للحاكم ، وتزعزعت ثقة الناس في القاضي ؛ فيوجد الاتهام ، وإذا تزعزعت ثقة الناس في حكامهم ؛ فعلى الدنيا السلام.

أما لو كانت الحادثة مختلفة ، وشهد فيها فاسق بعد التوبة فتقبل شهادته ؛ إذ لا يكون هناك اجتهاد ثانٍ فلا يقال : في هذه الحالة نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

رابعًا: إلحاق النسب بالقيافة ، والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ، ونظره إلى أعضاء المولود ، فلو ألحق القائف الولد بأحد المدعيين بناء على علم عنده ثم تغير اجتهاده ، وألحقه بالمدعي الآخر لم يقبل ذلك منه ؛ لأن إلحاقه بالأول اجتهاد ، وإلحاقه بالثاني اجتهاد ، وليس الأول بأقوى من الثاني ، والقيافة من

الأدلة الشرعية التي يستدل بها لإثبات الأنساب عند الاشتباه، قالت عائشة > : ((دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً فرحاً، فقال: يا عائشة إن مجزراً المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيداً، وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض)).

والعمل بالقيافة مختص بما مضى من العصور، وأما في هذا العصر الذي ظهرت فيه الاكتشافات العلمية، فإن القيافة هي عمل، وعمل القيافة كعمل خبراء الجينات الذين يحكمون بإلحاق نسب الطفل إلى أبيه، والجينات أدق الوسائل العلمية، ومن ثم فلا يعقل أن نحكم بالقيافة مع وجود ما يدل على البتة بطريقة أحكم وأدق، فيكون ذلك عن طريق الخبراء المتخصصين في الجينات بوسائل التحليل المخبرية.

وقال البعض: يظل العمل بالقيافة مشروعاً، وهذا قول الجمهور، والأول أصح؛ لأنه أدق، ولأنه أحكم، والعمل بالاكتشافات العلمية جائز، بل وضروري؛ لأن الحكم الشرعي يتغير بتغير الظروف والأحوال.

خامساً: أنه لو خالع زوجته ثلاثاً، ثم تزوجها الرابعة بلا محل؛ لاعتقاده أن الخلع فسخ، ثم تغير اجتهاده، وهو باقٍ معها بذلك النكاح، فلا ينقض حكم الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني، فلو قضى بصحته قاضٍ، ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك، فلا ينفذ قضاؤه؛ لأن الأصل في القضاء: أنه متى حكم مجتهد فيه ينفذ حكمه، ولا يردده قاضٍ آخر؛ لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول، وقد ترجح الأول لاتصال القضاء به، فلا ينقضه الثاني؛ لما روي: "أن عمر بن الخطاب لما شغله أشغال الرعية؛ استعان بزيد بن ثابت، فقضى زيد بن ثابت بين رجلين، ثم لقي عمر أحد الخصمين، فقال: إن زيداً قضى علي يا أمير المؤمنين

بكذا، فقال عمر < : لو كنت مكانه لقضيت لك بكذا، فقال الرجل : ما يمنعك يا أمير المؤمنين والأمر إليك ؛ فاقض لي ، فقال عمر < : لو كان هناك نص لقضيت به ، ولكن ها هنا رأي ، والرأي مشترك".

وعليه فإن حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية ، وذلك لمصلحة الحكم ، فإنه لو جاز نقض حكمه بتغير اجتهاده أو بحكم حاكم آخر ؛ لأمكن تكرار هذا ؛ مما يؤدي إلى اضطراب الأحكام ، وعدم الوثوق بحكم الحاكم ، وهو خلاف المصلحة. فاستقرار الأحكام أمر ضروري ، ولا بد منه حتى يطمئن كل واحد إلى أن الحكم الذي صدر ، إنما هو ملتزم به ، ولا يجوز تغييره في المستقبل ، وإنما يمكن نقضه إذا خالف دليلاً قطعي من نص أو إجماع أو قياس جلي ، أو غير ذلك من الأدلة.

ومن الأمثلة الواردة في ذلك أنه لو قضى قاض أو حكم حاكم بصحة زواج المفقود زوجها بعد أربع سنين ، وبعد مضي مدة العدة ؛ لم ينقض حكمه بل ينفذ ؛ لأن المحل مجتهد فيه ، فقد ذهب مالك ، وأحمد ، وقول عند الشافعي في القديم : أنها تتربص -أي : تنتظر- أربع سنين ، وهي أكثر مدة الحمل ، ثم تعدد للوفاة أربعة أشهر وعشرًا -أي : عشرة أيام- وتحل بعد ذلك للأزواج خلافاً لأبي حنيفة ، وخلافاً للشافعي في الجديد.

سادساً : أنه لو قضى قاض بصحة النكاح بلا ولي نفذ حكمه ، ولم ينقض ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، ولأن المسألة مختلف فيها ، وهي الزواج بدون ولي ، فأبو حنيفة < يقول : إن نكاح المرأة العاقلة البالغة ينفذ برضاها دون ولي ، خلافاً للشافعي ، وأحمد ، ومالك في رواية أشهب ، وخلافاً للقاضي أبي يوسف ، وقد اعتبر خلاف أبي حنيفة ؛ لأن المحل مجتهد فيه ، وإذا هي تصرفت ؛

فقد تصرفت في خالص حقها، وهو تصرف صدر من أهله ووقع في محله، وهي عاقلة مميزة، ولهذا كان التصرف جائزاً لها في المال؛ فيكون لها حق اختيار الزوج، وإنما يطالب الولي بالتزويج؛ كي لا تنسب المرأة إلى الوقاحة؛ لذلك أجاز الإمام أبو حنيفة للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها بدون ولي، وهي مسألة اجتهادية، والرأي فيها مشترك بين الجميع، ولا مجال للإنكار في هذه المسائل التي هي موضع النظر والاختلاف.

سابعاً: أنه لو قضى قاض بصحة النكاح بلا شهود نفذ، ولم ينقض قضاء القاضي؛ لأن المسألة مختلف فيها، ولأنه لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد، فالإمام مالك < يشترط الإعلان في النكاح، وأنه يكتفى به عن الشهود، وقد اعتبر خلافه؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ إذن يكون اعتبار النكاح في هذه المسألة من التصرفات التي يقضي فيها الإمام مالك، وهو أنه لا تشترط الشهادة، وإنما يكفي الإعلان قبل الدخول.

ثامناً: أنه لو قضى قاض ببطلان خيار المجلس نفذ حكمه، ولم ينقض قضاؤه، كمعظم المسائل المختلف فيها، فأبو حنيفة < وأصحابه، ومالك < وأصحابه إلا ابن حبيب يذهبون إلى نفي خيار المجلس خلافاً للشافعي ولأحمد وابن حبيب، وقد اعتبر خلاف أبي حنيفة ومالك؛ لأن الخبر الوارد فيه خبر آحاد قد خالف القياس؛ لأنه عقد معاوضة؛ فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر كسائر العقود مثل النكاح، والخلع، والرهن، والصلح عن دم العمد.

تاسعاً: أنه لو قضى قاض بشهادة الزوج لزوجته أو بشهادة الزوجة لزوجها؛ نفذ حكمه ولم ينقض قضاؤه؛ لأنها مسألة خلافية، ومسألة اجتهادية، فالشافعي < يقول: بقبول شهادة كل من الزوجين للآخر، وقد اعتبر خلافه؛

لأن المسألة خلافية اجتهادية، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ووجه ما قاله الشافعي أن الحاصل بينهما عقد يطرأ، ويزول فلا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد المدين لمدينه، وكما لو شهد الأجير لمستأجره؛ فإن الشهادة تقبل مع توهم المشاركة في المنفعة.

عاشراً: أنه لو قضى قاضٍ بقتل الوالد للولد لم ينفذ، ولم ينقض قضاؤه؛ لأن المسألة اجتهادية مختلف فيها، فما بالك، وابن المنذر من الشافعية يقول: بقتل الوالد للولد على تفصيل عند المالكية في ذلك، ولأنهم حران مسلمان من أهل القصاص، فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين، وقال الرافعي، وابن الرفعة من الشافعية: إنه ينقض، ولا ينفذ، وعليه أكثر أهل العلم، وذلك لمخالفته للنص الصريح الصحيح البعيد عن التأويل، لكن الذي صححه النووي في الروضة، وصححه الروياني أنه لا ينقض كمعظم المسائل المختلف فيها.

الحادي عشر: أنه لو قضى قاضٍ بمنع القصاص في القتل بالآلة المثقلة الغليظة، والحجر الكبير؛ فإنه يقول به أكثر أهل العلم، وقطع الرافعي، وابن الرفعة بأنه ينقض، ولا ينفذ لمخالفته لنصوص صريحة صحيحة، ولمخالفته القياس الجلي، ولعصمة النفوس من القتل بالمثل، وهي تقضي بأن الحكم ينتقض إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً أو خالف القواعد الكلية.

وذهب بعض العلماء إلى أنه لا ينقض؛ لأنه من المسائل الاجتهادية؛ إذ فيه شائبة تشبه العمد، وبه قال الروياني والنووي.

الثاني عشر: أنه لو قضى قاضٍ بقتل المسلم بالكافر الذمي، فإن أكثر أهل العلم على أنه ينقض ولا ينفذ، وقطع به الرافعي وابن الرفعة، ورجحه السيوطي

لمخالفته النص الصحيح الصريح البعيد عن التأويل ، وذهب بعض العلماء إلى أنه لا ينقض ؛ لأنه من المسائل الاجتهادية المختلف فيها ؛ فأبو حنيفة < يقول : بقتل المسلم بالكافر ، فيعتبر خلافه ، إذ إن الإجماع على أن يد السارق تقطع إذا سرق مال الذمي ، فإذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم ، فحرمة دمه كحرمة دم المسلم كذلك ، وهذا تصوير من الإمام أبي حنيفة وجيه ؛ لأنه يستند في ذلك إلى أن النفس بالنفس.

ورأى الأولين : أنه ينقض ، وهذا هو الراجح لورود النص الصريح الصحيح الذي هو بعيد عن التأويل ، وهو يقتضي ذلك ، فقد روى البخاري عن أبي جحيفة قال : ((قلت لعلي : هل عندكم شيء من الوحي ما ليس في القرآن؟ قال : لا والذي فلق الحبة ، وبرأ النسمة إلا فهماً يعطيه الله رجلاً في القرآن ، وما في هذه الصحيفة ، قلت : فما في هذه الصحيفة؟ قال : العقل ، وفكاك الأسير ، وألا يقتل مسلم بكافر)).

تابع قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" والقواعد
المتداخلة معها ، وبعض القواعد المتعلقة بكتاب الشارع
للمكلفين

عناصر الدرس

العنصر الأول : تابع قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد" ٢٢٧
والقواعد المتداخلة معها

العنصر الثاني : بعض القواعد المتعلقة بكتاب الشارع للمكلفين ٢٤٣

تابع قاعدة "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"، والقواعد المتداخلة معها

١. تابع فروع قاعدة: "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد":

فرَّع العلماء على ذلك أن الحنفي إذا خلل خمرًا فأثلفها عليه رجل لا يعتقد طهارتها بالتخليل، فارتفعوا إلى قاض حنفي ثبت عنده الحل؛ فقضى بضمائها؛ لزمه ذلك قولًا واحدًا، وإذا صارت خلا بالصنعة؛ فإنها لا تطهر استنادًا على أن رسول الله ﷺ سئل: ((أَتَتَّخِذُ الْخَمْرَ خَلًّا؟ قَالَ ﷺ: لَا)) فدل الحديث على أن التخليل بالصنعة لا ينفي عن الخمر التنجس، وعكسه عند الحنفية، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

قال الإسنوي: إن النقض ممتنع، إنما هو في الأحكام الماضية، ونحن لا نتعرض لها، وإنما غيرنا الحكم بانتفاء المرجح الآن، كالمجتهد في القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر؛ فإنه يتوقف على الأخذ به في المستقبل، ولا ينقض ما مضى، بل ما وقع يكون قد وقع صحيحًا.

مستثنيات القاعدة:

هناك مستثنيات من الفروع لهذه القاعدة جاءت على خلاف القاعدة، وأخذت حكمًا غير حكم القاعدة، ونقض فيها الاجتهاد بالاجتهاد، ونحن نذكر أهم هذه الفروع، وذلك فيما يلي:

أولاً: إذا اجتهد المجتهد فرأى أن الخلع فسخ، فنكح امرأة خالعتها ثلاثًا، ثم تغير اجتهاده فرأى أن الخلع طلاق؛ وجب عليه مفارقتها، ولا يحل له أن يستديم ما

كان مباحاً له بالاجتهاد الأول ؛ لئلا يلزم من إمساكها وقوع الوطء الحرام على معتقده ، إلا إذا حكم الحاكم بصحة النكاح ، لم يجب عليه مفارقتها ، وإن تغير اجتهاده ؛ لما يلزم من فراقها من تغير حكم الحاكم في المجتهادات ، وهذا مبني على أن حكم الحاكم ينفذ باطناً إلا إذا قلنا : إنه ينفذ ظاهراً فقط ، ففي هذه الحالة لا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم في المجتهد ؛ لأن هذا بالنسبة إلى أخذ الحكم في خاصة نفسه وامتناع النقض لحكم الحاكم في المجتهادات ، ومفاده أنه تجب المفارقة ، سواء قضى الحاكم بعدم المفارقة أو لم يحكم اعتباراً لعقيدة المجتهد ، لا بما حكم به القاضي . واختاره القاضي أبو يوسف .

ثانياً : المنع ، وذلك بأن يحمي الإمام أرضاً بتخصيصه لمنفعة يراها كبناء مدرسة أو بناء مستشفى أو غيرهما من المصالح العامة ؛ فيجوز نقض ذلك الحمى ، يجوز نقضه ، ورفع فاعود كما كان إذا ظهرت مصلحة في نقضه بعد ظهورها في الحمى ، ومعنى هذا نقض الاجتهاد بالاجتهاد ؛ فتكون هذه الصورة مستثناة بناء على هذا الرأي ، وهو الأصح .

ومقابل الأصح : لم ينقض ما حماه الإمام ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ، ولأن التغير الذي حصل كان لمصلحة ، وإذا تغيرت المصلحة المقتضية ؛ تغير الحكم بتغيرها ؛ لأن المصلحة كالعلة للحكم ، وهي تدور معه وجوداً وعدمًا ، ولقد اعتبر الفقهاء عدم نقض الاجتهاد باجتهاد آخر أصلاً من الأصول كما اعتبروها قاعدة من القواعد الكلية ؛ بنو عليها كثيراً من الفروع ، منها ما طبقت فيه القاعدة ، ومنها ما استثنى ، وكان فيه نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وقد قلنا : إنهم يدخلوا في ذلك الحمى ، وهذا ما أوضحناه وألحنا إليه ، أما ما حماه رسول الله ﷺ فلا ينقض ، فقد حمى أرضاً بالبيع ، فهذا الحمى يستمر إلى يوم القيامة ؛ لأنه بمثابة النص ، ولا اجتهاد مع النص .

ثالثاً: ما لو حكم الحنفي للشافعي بشفعة الجوار؛ فهل تحل له أو لا؟ في هذه المسألة اختلف فقهاء الشافعية، فيرى بعضهم أنها لا تحل بناء على أن حكم القاضي ينفذ ظاهراً فقط، فلو أخذ به الشافعي؛ يكون أخذاً بشيء ليس حقاً له على معتقده، والعبرة باعتقاده لا باعتبار القاضي، لا إلى غيره، وهذا هو الأصح عند البغوي وغيره، وقد جاء في (مغني المحتاج): وباطن الأمر كظاهره أنه يترتب على أصل صادق، فينفذ الحكم فيه باطلاً قطعاً إن كان عمل باتفاق المجتهدين، وعلى الأصح - عند البغوي وغيره - إن كان في محل اختلافهم، وإن كان لمن لا يعتد لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع.

فلو حكم حنفي لشافعي بشفعة الجوار، أو بالإرث بالرحم؛ حل الأخذ به اعتباراً بعقيدة الحاكم؛ لأن ذلك مجتهد فيه، والاجتهاد دل على أن القاضي يأخذ بهذا الاجتهاد، ويأخذ به غيره، ولو شهد شاهد بما يعتقده القاضي كشافعي شهد عند حنفي بشفعة الجوار؛ قبلت شهادته كذلك، وهذا هو الصواب؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد إذا صدر من القاضي أو الحاكم في منصب القضاء؛ لأننا لو أجزنا نقض الاجتهاد للقاضي عمت الفوضى، وفقدت الثقة بالقضاء، وفي ذلك حرج شديد يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام وثبوتها.

رابعاً: ما إذا ظهر في القسمة غبن فاحش؛ نقضت القسمة لفوات شرطها في الابتداء وهو العدالة، فلو قسم شخص قسمة، وهي قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم؛ نقضت هذه القسمة، مع أن القاسم قسم باجتهاده فنقض القسمة مشكل؛ لأنه من قبيل نقض الاجتهاد باجتهاد آخر.

والواقع أنه لا إشكال؛ لأن القسمة الأولى نقضت لفوات شروطها في القاسم، أو لأن النقض سببه عدم، وجود الشرط المعتبر في القسمة، ومنها ما إذا رأى الإمام

شيئاً ثم مات أو عزل، فللثاني تغييره حيث كان من الأمور العامة، وإن كان قد منع إمام الحرمين هذا الاستثناء، وقال: ليس هذا من نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وإنما هو من تغير المصلحة، والحكم يدور مع المصلحة وجوداً وعدمًا، فإذا رآها الثاني وجب اتباعها.

خامساً: ما إذا قوم شخص عقاراً أو سيارة؛ فقال: إن هذا المنزل أو هذه السيارة تساوي كذا، ثم اطلع على صفة زيادة أو نقص، وتبين له أن القيمة الحقيقية خلاف ما قوم بها؛ بطل التقويم الأول، وهذا يشبه نقض الاجتهاد بالنص لا باجتهاد، فهذا ليس من قبيل نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وإنما هو نقض الاجتهاد لمخالفته النص.

سادساً: أن يتنازع اثنان في دار: أحدهما خارج عن الدار، والثاني داخل فيها، فأقام الخارج بينة ادعى فيها أن الدار داره، وأن الشخص الذي فيها غاصب لها، ورفع الأمر إلى القاضي؛ فحكم له القاضي بناء على بينته، ثم أقام الداخل بينة شهدت له بأن هذه الدار قد ورثها عن أبيه، أو أنه اشتراها بجر ماله؛ فحكم القاضي له بناء على البينة الجديدة، ووضع اليد فالأصح أن اجتهاده الأول كان مبناه على خطأ، وقد ظهرت بينة الثاني مع وضع يده، وهو أقوى.

فعدول القاضي في هذه القضية لا يسمى نقضاً، وإنما تبين له الخطأ في القضاء لمن رجحت حجته بالبينة، ووضع اليد؛ فيسمى هذا: عدولاً عن الخطأ، فالواقع أن هذه الصورة ليست بمستثناة.

ويتضح من هذا كله أنه يجوز نقض قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً، ونوضح ذلك فيما يلي:

أما ما خالف الكتاب: فمثاله: القضاء بشاهد ويمين، فهذا القضاء مخالف لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا﴾ مجمل فسر بنوعين: برجلين، ورجل وامرأتين، والمجمل إذا فسر؛ كان بياناً لجميع ما يتناوله لفظه؛ فجعلوا الشاهد واليمين حجة زيادة على النص بخبر الواحد، وهو جار مجرى الفسخ، فلا يجوز العمل به، وقد أبطل بعض العلماء العمل به، ومنهم الإمام علي، وأبو حنيفة < وأصحابه، والثوري، وغيرهم.

وأما ما خالف السنة: فمثاله: القضاء محل المطلقة ثلاثاً للأول قبل أن يدخل بها الثاني، فإنه مخالف للسنة المشهورة فيما روي عن عائشة > قالت: ((طلق رجل امرأته ثلاثاً فتزوجها رجل ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأراد زوجها الأول أن يتزوجها، فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك، قال: لا، حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول)).

وأما ما خالف الإجماع: فمثاله: ما إذا قضى القاضي بصحة نكاح المتعة، فإن هذا القضاء مخالف للإجماع، فإن الصحابة قد أجمعوا على فساده، وصح رجوع ابن عباس عنه.

وأما ما خالف القياس: فهو نقض الحكم الاجتهادي بحكم اجتهادي مماثل إذا كان الحكم عليه لا دليل عليه وكان بخلاف شرط الواقف؛ لأن شرط الواقف كنص الشارع؛ فلا يجوز مخالفته إلا عند الضرورة، فإن كان شرط الواقف مخالفاً للشارع، كما لو وقف على البغايا، فهذا وقف باطل، فيلزم مخالفته، وينقض حكم الحاكم إذا خالف نصاً أو شيئاً مما تقدم، أو يكون الحاكم قد أخطأ في طريق

الحكم لا بالحكم، كأن يحكم ببينة مزورة، أو يكون الشهود غير عدول، فينقض الحكم هنا لتبين بطلانه.

وبناء عليه، فإن الحكم ينقض إذا خالف نصاً صريحاً من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس جلي.

٢. لا مساغ للاجتهاد في مورد النص:

هذه القاعدة تتعلق بعدم نقض الاجتهاد باجتهاد مماثل، فإن الاجتهاد الذي حصل في مقابل دليل معتبر من أدلة الشرع؛ يعتد به، وذلك أن كلمة الفقهاء، والأصوليين اتفقت على أن الاجتهاد المبني على الخطأ البين، المخالف للقطعيات من الكتاب، والسنة، والإجماع هو اجتهاد باطل، وينقض الحكم المبني عليه؛ فإن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص، بدليل خبر معاذ بن جبل المشهور، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط المجتهد، فوجب نقض حكمه، كما لو خالف الإجماع، ولأن الإجماع حق فخلافه يكون باطلاً قطعاً، والباطل لا يقره الشرع فيفسخ ما بني عليه، وإلى هذا المعنى تشير القاعدة الأصولية التي معنا، وهي: لا مساغ للاجتهاد في مورد النص فإن نقض الحكم المستند على الاجتهاد المخالف للنص والإجماع محل اتفاق عند الجمهور.

معنى القاعدة: وهو أن الاجتهاد غير مطلوب في المسألة التي ورد فيها النص؛ لأن جواز الاجتهاد مشروط بعدم وجود نص قطعي الثبوت والدلالة، فإذا وجد النص فالاجتهاد ممنوع، والمراد بالنص هنا هو نص الكتاب والسنة، فليست الأحكام الشرعية كلها مجالاً للاجتهاد، فمنها ما يجوز الاجتهاد فيه، ومنها ما لا يجوز الاجتهاد فيه، فهي ضربان: ضرب يسوغ فيه الاجتهاد، وضرب لا يسوغ فيه الاجتهاد.

أما ما لا يسوغ فيه الاجتهاد فهي الأحكام التي يمكن تسميتها بالقطعية، بمعنى أنه: لا مجال للعقل أن يدرك منها إلا حكماً بعينه، فهذه لا مساغ للاجتهاد فيها، والواجب إتباع حكم النص فيها بعينه، وذلك لأن هذه الأحكام ثابتة لا تتغير، ولا تتبدل مهما تغيرت الظروف وتبدلت الأزمان والأماكن، وهي الأحكام المتعلقة بأركان الدين، كإيجاب الصلاة والصوم في رمضان، والزكاة، والحج، وإيجاب الوفاء بالعقود، واشتراط الرضا في البيوع، وكتوريث الجدات السدس، وكمنع توريث ابن الابن مع وجود الابن، وبطلان زواج المسلمة بغير المسلم.

فهذا النوع من الأحكام ليس محلاً للاجتهاد؛ لأن الأحكام القطعية لا يتصور بذل الجهد والوسع فيها، ولا يجوز لأي امرئ - مهما كان - أن يقول فيها باجتهاده وبرأيه، إذا هي حقائق ثابتة ليست قابلة للتغيير، ولا للتبديل، ولو تغير الزمان أو المكان، وليس ثمة احتمال لثبوت بطلانها، ومثل هذه الأحكام الثابتة التي لا تتغير، ولا مجال فيها للاجتهاد: تحريم الزنا والقتل وشرب الخمر، والإيمان بكل ما هو معلوم من الدين بالضرورة، فهذه الأحكام لا مجاز للاجتهاد فيها، ويجب على المسلم أن يعمل بها لأن هذه الأحكام هي أحكام يقينية، وهي أحكام قطعية، وصلت إلينا بالتواتر القطعي، ونقلها الخلف عن السلف جيلاً بعد جيل منذ العصر النبوي وإلى الآن.

أما ما يسوغ الاجتهاد فيه، فهي الأحكام التي يمكن أن نسميها بالأحكام الظنية، وهي التي لم تثبت بالدليل المتواتر الذي لا يحتمل التأويل، وهي قد تتغير، وتتبدل من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى مكان، وقد حدد الغزالي الحكم المجتهد فيه بأنه: كل حكم شرعي ليس فيه دليل قطعي، ومجال الاجتهاد متسع لاستنباط الأحكام للوقائع الجديدة، والبحث عن حكمها بأدلة عقلية من المصادر التبعية كالقياس الذي هو أبرز ألوان الاجتهاد عند جمهور الفقهاء في حالة عدم

وجود النص، حتى قال الشافعي < : الاجتهاد هو القياس كالاستحسان، والمصالح المرسله، والعرف، والاستصحاب، ونحوها من الأدلة المختلف فيها.

٣. معنى الاجتهاد، وأنواعه:

أ. معنى الاجتهاد:

الاجتهاد مأخوذ من الجهد - بفتح الجيم - أو من الجُهد - بضم الجيم - وهو في اللغة: بذل الوسع في طلب الأمر، وتحصيل ما فيه كلفة ومشقة، يقال: اجتهد في حمل الصخرة، ولا يقال: اجتهد في حمل النواة؛ لعدم المشقة في حملها.

وهو عند الأصوليين، قال الأصوليون: الاجتهاد له تعريفات كثيرة، أرجحها تعريف الإمام البيضاوي حيث عرف الاجتهاد بقوله: بأنه استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية، فدرك الأحكام معناه: تحصيلها، سواء كانت على سبيل الظن، أو على سبيل القطع، ويفهم من هذا التعريف بأن الفقيه لا يوصف بأنه مجتهد ما لم يبذل أقصى طاقته وقدرته في استخراج الحكم الشرعي من الدليل، بحيث لا يستطيع بذل وسع أكثر من ذلك، فإذا بذل المجتهد وسعه في طلب الحكم، بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب، فهذا هو الاجتهاد التام، وغيره الناقص.

أما عن حكم الاجتهاد، فإن الاجتهاد واجب على كل من توافرت فيه شروط الاجتهاد؛ فإنه حينئذ يصير مكلفاً شرعاً باستنباط أحكام جميع المسائل المستجدة، والوقائع المستحدثة التي يراد حكم الله فيها، سواء كان لنفسه أو لغيره، فإذا لم يفعل كان آثماً، ولا يسقط عنه الإثم إلا إذا قام به غيره.

وقد استدلل العلماء على وجوب الاجتهاد بالنسبة للقادر عليه بالكتاب، والسنة، والنظر العقلي.

أما الكتاب: فمنه قوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [النساء: ٥٩] وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣] والمقصود بالرد إلى الله والرسول إنما هو الرد إلى أحكام الله التي وردت في الكتاب والسنة، ولا يكون هذا إلا بعد البحث والنظر، حتى يكون الاستنباط قائماً على أسس سليمة، وإدراك واع لمصادر الأحكام وعللها، والاجتهاد هو السبيل إلى ذلك، فيكون واجباً، هذا هو عن دليل وجوب الاجتهاد من الكتاب.

أما السنة النبوية المطهرة: فمنها أحاديث كثيرة منها ما روي عن عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله ﷺ قال: ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب؛ فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ؛ فله أجر)) وعن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم كذلك)) فالطائفة هم المجتهدون في الأحكام الشرعية، والعقائد الدينية، وأمر الله هو شرعه ودينه، فقد أخبر ﷺ باستمرار الحق إلى قرب انتهاء الدنيا، وحتى تقوم الساعة، وذلك لئلا تخلو الأرض من قائم لله بالحجة، والمراد بالاجتهاد في باب العقائد إظهار الحق والدين. وقد أقر النبي ﷺ اجتهاد كثير من الصحابة { في فهم النصوص، وفي المراد منها أو فيما لا نص فيه، وهذا هو استدلال من السنة على وجوب الاجتهاد.

أما النظر العقلي: فإن الله ﷻ ختم الرسالات والشرائع بشريعة نبيه محمد ﷺ الذي جعل رسالته صالحة لكل زمان ومكان، ونصوص الشريعة محصورة ومحدودة لا تفي بحوادث الناس المستجدة التي لا تعد ولا تحصى، وأمور العباد

المستحدثة لا نهاية لها ؛ فيجب التعرف على أحكام الأمور المستحدثة عن طريق الاجتهاد بقياسها على نظائرها أو توجيهها إلى تحقيق المصالح التي تهدف إليها الشريعة، فبدون هذا تصبح الشريعة جامدة، وغير متطورة فلا تصلح لكل زمان ومكان، هذا هو الاستدلال على وجوب الاجتهاد عن طريق النظر العقلي.

ب. أنواع الاجتهاد:

النوع الأول: اجتهاد في فهم النصوص لإمكان تطبيقها، وهذا واجب على كل مجتهد، وخاصة إذا كان النص عاماً أو مجملاً أو مطلقاً، فالعام يخصص، والمجمل يفصل، والمطلق يقيد.

النوع الثاني: اجتهاد عن طريق القياس والرأي، وهذا لا يجوز الالتجاء إليه إلا بعد أن لا نجد حكم المسألة المطلوب معرفة حكمها في الكتاب أو السنة أو الإجماع، أو هو كما قال ابن القيم: ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تعارض فيه الأمارات.

وعليه فإن الاجتهاد بالرأي يكون عند عدم وجود النص، ويتحقق على الوجه الآتي:

أولاً: الأحكام العملية التي تستند إلى نصوص ظنية في الوجود - أي: الثبوت - وهذه فيها مجال للاجتهاد في حدود البحث في سنة، وطريق وصوله إلينا، ودرجة رواته من العدالة والضبط والثقة والصدق، وفي ذلك يختلف تقدير المجتهد للدليل، فمنهم من يأخذ به لاطمئنانه إلى درجة ثبوته، ومنهم من يرفض الأخذ به؛ لعدم اطمئنانه إلى رواته، فأبو حنيفة < اشترط في الحديث كونه مشتهراً في أيدي الثقات، وألا يعمل الراوي بخلاف ما روى، ولا يكون فيما تعم به البلوى.

وقد يترك القياس لضرورة أو أثر أو يقدم عليه الأخذ بأصل عام أو قياس أرجح منه ، ويسمي ذلك استحساناً ، وهذا باب من الأبواب التي اختلف من أجلها المجتهدون في كثير من نزاعاتهم العلمية.

ثانياً: الأحكام العملية التي تستند إلى نصوص ظنية في الدلالة ، وهذه فيها مجال الاجتهاد في حدود تفهم النص ، ولا يخرج عن دائرته ، وكان الاجتهاد فيه البحث في معرفة المعنى المراد من النص من تفسيره ، أو تأويله ، وقوة دلالة على المعنى ، وفي سلامته من المعارضة أو في معارضته بما يؤثر فيه من نسخ أو تقييد أو تخصيص أو نص راجح أو ما يدخل فيه من الجزئيات ، وما لا يدخل.

ثالثاً: الأحكام التي لا تدل عليها نصوص أصلاً ؛ لا قطعية ، ولا ظنية ، ولم ينعقد إجماع المجتهدين عليها في عصر من العصور ، ومجال الاجتهاد هنا متسع لاستنباط الأحكام للوقائع الجديدة ، فهنا مجال الاجتهاد في البحث عن حكمها بأدلة عقلية من المصادر التبعية ، وهو ما نصبه الشارع من أمارات للدلالة على الأحكام ، كالقياس الذي هو أبرز ألوان الاجتهاد عند الجمهور في حالة عدم وجود النص ، حتى قال الشافعي : الاجتهاد هو القياس . ويدخل في ذلك الاستحسان ، والمصالح المرسلة ، والعرف ، والاستصحاب ، ونحوها من الأدلة المختلف فيها.

يقول الإمام الشاطبي : فلم يبق للدين قاعدة يحتاج إليها في الضروريات ، والحاجيات ، والتكميليات إلا وقد بينت غاية البيان ، نعم يبقى تنزيل الجزئيات على تلك الكليات موكولاً إلى نظر المجتهد ، فإن قاعدة الاجتهاد أيضاً ثابتة في الكتاب والسنة ، فلا بد من إعمالها ، ولا يسع تركها ، وهي إذا ثبتت في الشريعة أشعرت بأن ثم مجالاً للاجتهاد ، ولا يوجد ذلك إلا فيما لا نص فيه.

٤. الأحكام التي يدخلها الاجتهاد، وأنواعها:

الاجتهاد في الشريعة يكون في الأحكام الظنية، وله اتجاهات كثيرة، فهو يكون في الأحكام العملية التي تستند إلى نصوص ظنية في الدلالة، كما يكون الاجتهاد في الأحكام التي لا تدل عليها نصوص أصلاً لا قطعية ولا ظنية، وأيضاً تكون في الأحكام التي تهدف إلى تحقيق مقاصد الشريعة.

وفيها يقول الإمام الشاطبي: فالمجتهد إنما يتسع مجال اجتهاده بإجراء العلل والإلفات إليها، ولولا ذلك لم يستقم له إجراء الأحكام على وفق المصالح بعللها ومقاصدها، وهذه تعتبر معيناً واسعاً يفتح الباب إلى إجراء القياس، وتجري الأحكام على وفق المصالح بعللها ومقاصدها على هذا النحو؛ لتحقيق مقاصد الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد.

وخلاصة ذلك كله: أن الاجتهاد بالرأي عند عدم وجود النص الثابت ثبوتاً قطعياً في دلالاته وسنده: إما أن يستنبط الفقهاء أحكام الحوادث الجديدة من القواعد العامة التي جاء بها القرآن، وجاءت بها السنة المطهرة، وإما أن يقيسوا المسائل الجديدة التي لم يرد بها نص على ما ورد فيها نص من أحكام الفروع الأخرى، وإما أن يراعي المجتهد روح الشريعة، ومقاصدها العامة، وأسس التشريع الإسلامي التي قام عليها، وهي: رفع الحرج، وقلة التكاليف، وتحقيق العدالة.

أ. شروط الاجتهاد:

شروط الاجتهاد تحدث عنها العلماء في مجال الاجتهاد واستنباط الأحكام الشرعية من مصادرها الأصلية؛ فإنه يُتطلب فيمن يتولى هذه المهمة أن تتوافر له شروط ذكرها الفقهاء كما يلي:

الأول: أن يكون ماهراً بمعرفة الأدلة الشرعية وهي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، وما التحق بها من باقي الأدلة من المصالح المرسلة، والاستحسان، وخبر الواحد، وقول الصحابي، والعرف. يكون عالماً أيضاً بما يُشترط في الأدلة من وجوه دلالتها، وهذا يُستفاد من علم أصول الفقه.

الثاني: أن يكون عارفاً بعلوم القرآن والحديث، والناسخ والمنسوخ، والنحو واللغة، والتصريف، واختلاف العلماء واتفاقهم بالقدر الذي يمكنه من الوفاء بشروط الأدلة، والاقتباس منها.

الثالث: أن يكون ذا دراية وارتياض في استعمال ذلك.

الرابع: أن يكون المجتهد عالماً بالفقه، ضابطاً لأمّهات مسائله وتفاريعه، ومنها: أن تكون الأحكام الشرعية على ذهنه، فلا يشترط في المجتهد أن يكون حافظاً لجميع الأحكام، بل يكفي أن يكون حافظاً لمعظمها، متمكناً من إدراك الباقي عند الحاجة إليه.

الخامس: أن يكون بصيراً بمسالك الأقيسة والمعاني، تام الارتياض في التخريج والاستنباط، ماهراً بإلحاق ما ليس منصوصاً عليه لما نُص عليه عند الأئمة المجتهدين.

فمن جمّع هذه الأوصاف استطاع أن يستنبط الأحكام من مصادرها، وأن يكون مجتهداً في الدين، ويتأدى به فرض الكفاية؛ لأنه يستقل بالأدلة بغير تقليد، ويتطلب من القائم بمهمة الاجتهاد: أن يبذل قصارى جهده وأقصى طاقته للوصول إلى ما يعتقد أنه الحق، ولا يُكلف أن يصيب عين الحق في علم الله تعالى، فالله تعالى وحده هو الذي يعرف عين الحق والصواب، فإذا سعى المجتهد فاجتهد وأخفق في الوصول إلى عين الحق فلا يُلام، فقد بذل قصارى جهده وكل

ما عنده من إمكانيات علمية وذهنية ، وأفرغ وسعه وطاقته في الوصول إلى معرفة الحكم ، وكفاه ذلك.

فإن وفق في الوصول إلى عين الحق والصواب في علم الله تعالى ، استحق أجرين :
أجرًا على جهده ، وأجرًا على أنه أصاب الحق ؛ فقد قال رسول الله ﷺ : ((إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم الحاكم فاجتهد ، ثم أخطأ ، فله أجر)) والحكم الاجتهادي حكم ظني قابل للخطأ والصواب ، وليس له صفة الإلزام إلا للمجتهد ، ولمن رضي قوله ، وهو قابل لاختلاف الآراء حوله ، والاختلاف بين الفقهاء أمر طبيعي في أحكام المسائل الاجتهادية ، ولذلك كان رسول الله ﷺ يدرّب أصحابه على الاجتهاد ، واستنباط الأحكام التي ليس لها نصوص ثابتة ؛ لتظل شريعة الإسلام باقية خالدة ، صالحة للتطبيق ، محققة لمصالح العباد إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ويعتمد المجتهد في اجتهاده في استنباط الأحكام على أمور :

أولها: معرفته بالأدلة السمعية التي تثول -أي: ترجع- إلى الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، وما اختلف فيه العلماء من الأصول الأخرى.

ثانيها: التأكد من دلالة اللفظ في اللغة العربية ، ولاستعمال البلغاء ، وهذه الدلالة: إما بالمنطوق ، أو بالمفهوم ، أو المعقول وهو القياس ، وأنواع الاستدلال المختلف في حجيتها بين الأئمة.

ثالثها: القدرة على الموازنة بين الأدلة ، واختبار أرجحها وأقواها على ما دونه ، فالمعرفة بالأدلة السمعية ، والتأكد من الدلالات اللغوية ، ومن القدرة على الموازنة ، والترجيح بين الأدلة ، فتلک هي العناصر التي يتوقف عليها اجتهاد المجتهد للقيام بمهمة الاجتهاد والاستنباط ، وتنزيل الحكم على واقع الحياة ،

والدلالات السمعية، وطرق التأكد من معانيها، والترجيح بينها، هو ما يبحث فيه في علم أصول الفقه.

ومن ثم فلا بد للفقيه والعالم إذا أراد أن يكون مجتهداً فعليه من معرفة الكتاب وقراءاته، وناسخه ومنسوخه، ومعرفة السنة واصطلاحاتها، ودرجاتها، ومركزها من القرآن، ولا بد كذلك من معرفة علم أصول اللغة، وأصول الفقه، وأقوال الفقهاء، وأسباب اختلافهم، وطرق الاستدلال السمعية والعقلية، ومقاصد الشريعة.

وقد ذكر ابن القيم أن الإمام الشافعي > قال فيما رواه عنه الطيب في كتابه (الفقيه والمتفقه): لا يحل لأحد أن يفتي في دين الله إلا إذا كان عارفاً بكتاب الله تعالى، بصيراً بحديث رسول الله ﷺ يعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن، ويكون بصيراً بالشعر، وما يحتاج إليه للسنة والقرآن، ويستعمل هذا مع الإنصاف، ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار، وتكون له القرينة بعد هذا، فإن كان هكذا فله أن يتكلم، وأن يفتي في الحلال والحرام، وإذا لم يكن هكذا فليس له أن يفتي، فلا يصح بحال أن يتصدى للاجتihad والفتوى من لم يجمع شروط الاجتهاد، وليس كل من اشتغل بالفقه أو ألف فيه أو حفظ مجموعة من الأحاديث يعد مجتهداً.

ب. فروع القاعدة:

يأتي في مقدمة هذه الفروع: أن الحاكم لو قضى بعدم صحة رجعة الزوجة الرجعية بدون رضاها لا ينفذ هذا القضاء؛ لأنه مخالف لنص قول الله تعالى: ﴿وَيُعَوِّلْنَهُنَّ أَكْثَرُ بَرٍّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وكذلك لو قضى الحاكم أو القاضي بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الزواج الثاني لا ينفذ حكمه؛ لأن حديث العسيلة

يخالفه ، فيكون التحليل بدون الوطاء مخالفاً لهذا الحكم الذي ورد به الحديث ، فلا يجوز.

ومعلوم أنه قد يرد في المسألة حديث فيراه بعض الفقهاء صحيحاً ، فيعمل به ويترك القياس المخالف له ، بينما لا يراه غيره كذلك ، فيتركه ويلجأ إلى القياس ، وهذا جائز في شريعة الله ، وليس هذا مما نحن فيه.

ج. مسألة: أن الاجتهاد ليس تشريعاً:

نقول - وبالله التوفيق - : إن الاجتهاد بوجه عام ليس على الحقيقة تشريعاً ، وإن غايته أنه يشبه التشريع من قبل أن يظهر به حكم لم يكن جلياً قبله ، ليس الاجتهاد إنشاء للحكم وإثباتاً له بابتداء ، بل هو كشف عن حكم الله في الحادثة بالنسبة للمجتهد ولمن يقلده ، فالتشريع بمعنى وضع الأحكام ، وما يطرأ عليها من تقييد وتخصيص ، وبيان للمجمل لم يكن موجوداً إلا في حياة الرسول ﷺ فهو مستفاد من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ لأن الحاكم في الحقيقة هو الله تعالى ، ولا حكم إلا لله ﷻ والرسول ﷺ إنما هو مبلغ ومبين.

قال تعالى : ﴿يَأَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ﴾ [المائدة: ٦٧] وقال ﷺ : ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤] ولهذا قال الرسول ﷺ : ((تركتم فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي)).

وهذا التشريع وإن انتهى وجوده ؛ لوفاء الرسول ﷺ لكن أثره - وهو إلزام الناس بأحكامه - باقٍ إلى يوم القيامة.

وأما ما صدر بعد عصر النبوة من الاجتهاد والاستنباط : لا يعدو أن يكون فهماً لكتاب الله أو لسنة رسوله ، أو إظهاراً لحكم غير منصوص عليه بدليل من الأدلة

المعتبرة كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة ؛ وهذا ليس إنشاءً للحكم ، بل هو بيان لحكم ورد به الكتاب أو وردت به السنة ، إلا أنه كان خفيًا ثم أظهره الاجتهاد ، وهذا لا يعتبر تشريعًا جديدًا وإن أشبه التشريع في أنه طريق لمعرفة أحكام لم تكن معروفة ، وعليه فلا يطلق على المجتهدين أنهم من السلطة التشريعية أو أنهم مشرّعون ، بل هم فقهاء وظيفتهم التفسير والاستنباط ، وفقههم ما يراه القلب بعد فكرٍ وتأملٍ في معاني النصوص ؛ لمعرفة وجه الصواب . إذا نحن قد طوفنا بالنسبة لبيان شروط المجتهد ، وما قاله العلماء في شروط الاجتهاد التي لو توافرت في شخصٍ كان له أن يتصدى للاجتهاد ، وأن يتصدى للفتوى في دين الله ، وبغيرها يكون الاجتهاد والفتوى عليه حراماً .

بعض القواعد المتعلقة بخطاب الشارع للمكلفين

١. إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام :

نتقل بعد ذلك إلى قاعدةٍ جديدة من قواعد الفقه الثرية المثمرة ، التي لا غنى عنها لدارس الفقه ، وهي : قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام ، أو ما اجتمع محرم ومبيح إلا غلب المحرم .

أ. بيان أهمية القاعدة :

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي لها اتصال وثيق بمبحث التعارض والترجيح ، وهي سارية في باب الحلال والحرام ، ويتمثل فيها جانب الاحتياط في الدين ، وينبغي التمسك بها في كثيرٍ من الأحكام الشرعية ؛ لأن الشرع حريص

على اجتناب المنهيات، وحرصه على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات.

ب. معنى القاعدة:

أن كل أمرٍ اجتمع فيه ما يقتضي الحل والحُرمة يُغلب المحرم على المحلل؛ عملاً بما هو أحوط في الدين.

ج. دليل القاعدة:

هذه القاعدة لها دليل، ولها أساس تبنى عليه؛ أما الأساس الذي تبنى عليه هذه القاعدة فهو قوله ﷺ: ((الحلال بين، والحرام بين، وبينهما مشبهات أو مشبهات، لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي يرعى حول الحمى، يوشك أن يقع فيه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا وإن حمى الله محارمه)).

المشبهات: جمع مشبه، وهو كل ما ليس بواضح الحل والحُرمة مما تتنازع الأدلة، وتتجاذبه المعاني، فبعضها دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال، وقد أجمع العلماء على عظيم موقع هذا الحديث، وكثرة فوائده.

إذ من فوائده هذا الحديث: الحث على فعل الحلال، واجتناب الحرام، والإمسك عن الشبهات، والاحتياط للدين والعرض، وعدم تعاطي ما يسيء الظن أو يوقع في محذور.

ويمكن الاستدلال لهذه القاعدة بحديثٍ أورده جماعة بلفظ: "ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام على الحلال" قال الحافظ العراقي: إن هذا الحديث لا أصل له.

وقال السبكي في (الأشباه والنظائر) نقلاً عن البيهقي: هو حديث رواه جابر الجعفي، عن الشعبي، عن ابن مسعود، وهو منقطع، قلت: وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه، وهو موقوف على ابن مسعود، وليس مرفوعاً، ثم قال ابن السبكي: غير أن القاعدة في نفسها صحيحة، قال الجويني في (السلسلة): لم يخرج عنها إلا ما ندر.

فالحديث اجتمع فيه ثلاثة أشياء، أولها: أنه لا أصل له فيكون موضوعاً، ثانيها: أنه مرسل، والمرسل: هو ما يرويه أحد التابعين الذين لم يروا النبي ﷺ مثل الحسن البصري، وابن سيرين، وسعيد بن المسيب، ويقول قال النبي ﷺ من غير أن يذكر مَنْ حدثه به عنه، ثالثها: أنه موقوف على ابن مسعود، والحديث الموقوف ليس مرفوعاً إلى النبي ﷺ.

وعلى هذا فإن الحديث لا يصلح الاحتجاج به عند الشافعي، وإن كان عند غير الشافعية يصلح، فيكون الدليل الصحيح ما أوردهناه أولاً.

وجاء في السنة المطهرة روايات كثيرة فيها تلميح إلى مراعاة الاحتياط في الدين، منها: قوله ﷺ: ((دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)) أي: دع ما تشك فيه إلى ما لا تشك، ففي الحديث المذكور توجيه بليغ إلى اجتناب ما لم يُتَيَقَّنْ حله، ولا شك أن الحديث من الأصول التي يركز عليها في الأخذ بالاحتياط.

ومنها: ما روي عن عطية السعدي < عن النبي ﷺ قال: ((لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً مما به البأس)).

ومن الأحاديث المروية في هذا السبيل: قوله ﷺ: ((يا وابصة، البر ما اطمأنت إليه النفس واطمأن إليه القلب، والإثم ما حاك في النفس وتردد في الصدر، وإن أفتاك الناس وأفتوك)).

قال الشاه ولي الله البهلوي بعد أن ذكر بعض الأحاديث في هذا الموضوع: قد يتعارض في المسألة وجهان: وجه إباحة، ووجه تحريم، إما في أصل مأخذ المسألة من الشريعة، كحديثين متعارضين، وقياسين متخالفين، وإما في تطبيق صورة الحادثة بما تقرر في الشريعة من حكمي الإباحة والتحريم، فلا يصفو ما بين العبد وبين الله إلا بتركه، وإلا بالأخذ بما لا اشتباه فيه.

وعليه: فإذا تعارض دليلان، أحدهما: يقتضي التحريم، والآخر: الإباحة، قُدِّم التحريم في الأصح؛ لما روي عن معاذ بن جبل < قال: ((سألت رسول الله ﷺ عما يحل للرجل من امرأته وهي حائض، فقال ﷺ: ما فوق الإزار)) وحديث: ((افعلوا كل شيء إلا الجماع)) قاله في تفسير قوله تعالى: ﴿فَاعْتَرِلُوا الْنِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وفي رواية لمسلم: ((اصنعوا كل شيء إلا النكاح)).

فإن الحديث الأول يقتضي تحريم ما بين السرة والركبة، والثاني يقتضي إباحة ما عدا الوطء، فيرجح التحريم احتياطاً، والإزار: ثوب يحيط بالنصف الأسفل من البدن، يقال: فلان عفيف الإزار أي: هو عفيف عما يحرم عليه من النساء، والرداء: ما يغطي النصف الأعلى من الجسد، والمراد بالإزار: أن تشد المرأة إزاراً؛ تستر به ما بين سرتها وركبتها. فقد ورد في الحديث عن عائشة > قالت: ((كانت إحدانا إذا كانت حائضاً فأراد رسول الله ﷺ أن يباشرها أمرها أن تأتزر بإزار في فور حيضتها، ثم يباشرها)).

والمحل الذي حصل فيه التعارض ما تحت الإزار، فكان ما فوق ذلك ليس محلاً لاختلاف الفقهاء في التمتع به.

قال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب؛ لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم، وذلك أولى من عكسه؛ سداً للذريعة؛ لما كان من الحوم حول الحمى مظنة الوقوع فيه،

فقد ثبت في الصحيحين من حديث النعمان بن بشير مرفوعاً بلفظ: ((من رتع حول الحمى يوشك أن يواقع)).

ويدخل في هذا الباب: ما ورد في (صحيح البخاري) تحت باب تفسير المشتبهات، من حديث عدي بن حاتم، ورد قوله: ((قلت: يا رسول الله، أرسل كلبى وأسمي، فأجد معه على الصيد كلباً آخر لم أسم عليه، ولا أدري أيهما أخذ؟ قال: لا تأكل، إنما سميت على كلبك، ولم تسم على الآخر)) ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه؛ ليتحقق غسله، وغسل جزء من العضد والساق مع الذراع، وستر جزء من السرة والركبة مع العورة، وجزء من الوجه مع الرأس للمرأة، وحرم الاستمتاع بما بين السرة والركبة في الحيض؛ حرمة الفرج.

قال السيوطي: ضابط كل محرم فحريمه حرام، إلا في صورة واحدة لم أر من تفتن لاستثنائها وهي الدبر بالنسبة للزوجة، فإنه حرام، وصرحوا بجواز التلذذ بحريمه وهو ما بين الإيتين.

د. من فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطي فروعاً كثيرة لهذه القاعدة، ومنها على سبيل المثال:

أولاً: ما ذكره بقوله: لو اشتبهت إحدى محارمه بأجنبيات وأراد الزواج منهن مع وجود الاشتباه، فننظر: هل هن محصورات أو لا؟ فإن كن محصورات حرم الزواج منهن؛ لأن الوقوع في الزوج بالمحرم ممكن، وأما إذا كان الاشتباه في غير المحصورات فإن له أن يتزوج؛ لأنه يندر أن يقع في المحرم، والمَحْرَمُ من النساء: هي التي لا يحل له أن يتزوجها لسبب من أسباب المحرمية، سواء كان التحريم

مؤبداً أو مؤقتاً. ولكل من هذين النوعين أسباب تقتضيه ؛ فأما الأسباب التي تقتضي تأييد حرمة الزوج بالنساء فثلاثة ، وهي : القرابة ، والمصاهرة ، والرضاعة ، وأما الأسباب التي تقتضي حرمة المصاهرة حرمة مؤقتة لوجود المانع فهي خمسة وهي : كون الزوج بالمرأة مؤدياً إلى الجمع بين محرمين ، وتعلق حق الغير على المرأة التي يريد العقد عليها ، وتطليق الرجل المرأة التي يريد العقد عليها طلقاً ثالثاً ، وكون الرجل متزوجاً بأربع حرائر غير الزوجة التي يريد العقد عليها ، وكون المرأة غير متدينة بدين سماوي.

ثانياً : رجل له زوجات ، وقال : إحداكن طالق ، فكل واحدةٍ منهن تعتبر طالقة فلا يحل وطء واحدةٍ منهن ؛ لأن كل واحدة اجتمع فيها محلل ومحرم ، فيُغلب المحرم على المحلل ، وفي ذلك ما روي عن ابن عمر قال : ((أَسْلَمَ غَيْلَانُ بْنُ سَلَمَةَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : خُذْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا)) فإن كل واحدةٍ قبل التعيين تحتمل الإمساك وعدمه ، فالوطء حرام قبل التعيين ، وإن امتنع الزوج عن التعيين رُفِعَ الأمر إلى القاضي ، والقاضي يلزمه بالتعيين ، وكذا في كل مسألةٍ في الطلاق.

ثالثاً : لو اختلط درهم حلال بدرهمٍ حرام أتت من ربا أو غشٍ ، ولم يتميز الدرهم الحلال ، فعليه أن يعزل قدر الحرام بنية القسمة ، وله أن يتصرف في الحلال كما يشاء ، والحرام عليه أن يمسه ، فإن عرف صاحبه رده إليه ، وإن لم يعرف صاحبه صرفه في مصالح الدولة ، أو تصدَّق به نيابة عن مالكة ، أما إذا تميز الحلال عن الحرام فلا داعي للقسمة حينئذٍ ، وهذا ما قاله ابن الصلاح.

وذكر مثل قول ابن الصلاح الإمام النووي ، قال : اتفق أصحابنا ونصوص الشافعي على مثل قول ابن الصلاح فيما إذا غصب زيتاً أو حنطةً ، وخلط بمثله ،

قال أصحابنا: ادفعوا إليه من المختلط قدر حقه ويحل الباقي للغاصب، قال النووي: فأما ما يقوله العوام: إن اختلط مال بغيره يجرمه فباطل لا أصل له.

هـ. من مستثنيات القاعدة:

خرج عن القاعدة بعض الفروع، وهذه الفروع صورتها واحدة، ولكن حكمها مختلف، ومنها:

أولاً: ما إذا اشتبهت عليه أواني نجسة بأواني طاهرة، فإن القاعدة تقضي عليه: أنه لا يستعمل واحدة من هذه الأواني، وذلك مثل الطلاق الواقع على أكثر من واحدة، فإنه يحرم عليه أن يطأ الكل، لكن في هذه المسألة قالوا: يجب عليه أن يتحرى؛ حتى يغلب على ظنه النجس من الطاهر، فيستعمل الطاهر ويترك النجس، والسر في ذلك أن الشريعة مبناها على رفع الحرج عن الناس.

ثانياً: إذا اختلطت ثياب طاهرة بثياب نجسة، فإنه كذلك يجتهد فيها، فما وصل إلى طهارته منها بناءً على غلبة ظنه استعمله.

ثالثاً: لو اشترى ثوباً بعضه من قطن وبعضه من حرير، فإذا كان الحرير أكثر من القطن حرم، وإن كان القطن أكثر من الحرير حل، وإن استويا حل في الأصح إلحاقاً بما إذا كان الحرير أقل، والحرمة على أن الجانب في الحرير أكثر من جانب القطن؛ احتياطاً، وهذا تخفيف على الناس ورحمة بهم، وكان مقتضى القاعدة: حرمة هذا الثوب مطلقاً.

رابعاً: الاجتهاد في الأواني والثياب وتفسير القرآن الكريم؛ وذلك لأن التفاسير مختلفة، منها ما يكون التفسير فيها أكثر وآيات القرآن فيها أقل، وعلى هذا يكون قد اجتمع فيه محلل وهو جواز اللمس للمحدث وهو التفسير، واجتمع محرم وهو

القرآن، فكان بحسب القاعدة أن يغلب المحرم على المحلل، ولكن الفقهاء قالوا للتخفيف على الناس: إذا كان التفسير أكثر من آيات القرآن جاز للمُحدث مسه، وإذا كان التفسير أقل حُرْم المس؛ لكثرة القرآن على التفسير ككثرة الحرير على القطن، وإن استويا ففيه رأيان، والأصح: جواز اللمس، وأما إذا كان القرآن أكثر فيحرم مطلقاً.

خامساً: الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام في يده، فإن الأخذ في هذه الحالة حرام، وبه قال الغزالي، ولكن قال النووي: المشهور أن أخذ العطية من السلطان إذا غلب في ماله الحرام على الحلال مكروه؛ لأن عطية السلطان إذا رُدت كان في ذلك مذلة، وفيها سقوط لهيئة السلطان، وتنزل بمستواه في نظر الناس، وفيه من إفساد النظام ما لا يخفى.

ولقد كان الإمام أحمد < يرد المال الذي يأتيه من السلطان ولا يقبله، وإذا قبله مضطراً لا يبقى معه إلا ريثما ينتهي من توزيعه على فقراء المسلمين، وغيرهم من أهل التحمل والحاجة، وقد يُفهم من ذلك أن الإمام كان يرى أن أخذ مال الخلفاء حرام، وأن حرمة لا شك فيها، ولكن يغلب على الظن أنه ليس عنده كذلك، وإنما كان هذا المال موضع شكٍ عنده، فيُروى أنه دخل عليه ابنه عبد الله يعود وهو مريض، فقال له: يا أبت، عندنا شيء بقي مما كان يأتينا به المتوكل، أفأحج منه؟ قال: نعم، قال: فإذا كان هذا عندك، فلم لا تأخذه؟ قال: يا بني، ليس هو عندي بحرام، ولكنني تنزهت عنه.

سادساً: معاملة من أكثر ماله حرام، كما إذا كان رجل يتعامل بالربا مثلاً، فإنه لا يحرم التعامل معه في الأصح، إذا لم يعرف عين ماله الحرام، بل اختلط هذا الحرام بمالٍ حلال عنده، ولكن يُكره التعامل معه من باب الورع، وكان مقتضى

القاعدة حُرمة هذا التعامل ؛ لأنه اجتمع فيه الحلال والحرام ، لكن الله تعالى لم يحرم ذلك ، ولو حرمه لوقع الناس في الحرج في هذا العصر الذي أصبحت فيه المعاملات الربوية كثيرةً ، وكان مقتضى اختلاط الحلال بالحرام أن يحرم التعامل مع البنوك الربوية ، لكن الإمام البويطي قال بالكراهة ، وهذا هو الأصح ، ومقابل الأصح تكون المعاملة حراماً إذا كان أكثر المال حراماً ، وعلى هذا فالفرع من القاعدة.

سابعاً : لو اختلطت امرأة محرمة بنسوة قرية كبيرة فله النكاح منهن ؛ لأنه يندر أن يقع في المحرم ، فكان له أن يتزوج من تلك القرية ، وأيضاً لو اختلط حمام مملوك بحمام مباح لا ينحصر ، جاز الصيد من الكل ، ولو كان المملوك غير محصور في الأصح ، فإن المحرم وجود حمام مملوك ، والمحلل وجود حمام مباح ، والحكم جواز الاصطياد من الكل لو كان المباح غير محصور ؛ لندرة الوقوع في المحرم.

والمحصور ما يمكن عده والوقوف عليه ، وأما غير المحصور فيضبط بالتقريب ، فكل عددٍ لو اجتمع في صعيدٍ واحد يعسر على الناظرين عده بمجرد النظر كالآلف ونحوه فهو غير محصور ، وأما إذا سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور ، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن ، أي : أن الأعداد التي توسطت المائة والعشرة كالستين والسبعين ، فإن هذه تلحق بالمحصور وبغيره بحسب الظن.

قال الغزالي : لو اختلط في البلد الحرام بالحلال وهو لا ينحصر لم يحرم الشراء منه ، بل يجوز الأخذ منه ما لم يقترب بعلامة تدل على أنه من الحرام كما هو الحال في السودان ، فإنهم يعلمون حيواناتهم بعلامات تعرف بها ، وتميزها عن غيرها ، ومن ثم فلا يجوز لأحدٍ أخذها مع وجود العلامة ؛ لأن العلامة أصبحت قرينة

دالة على أنها مملوكة لشخص معين ، ويستأنس في هذا الموضع بما رواه البخاري ، عن ابن عباسٍ وجرهد ومحمد { أن النبي ﷺ قال : ((إن الفخذ عورة)) وقال أنس : ((حسر النبي ﷺ عن فخذيه)).

قال البخاري تعليقا على هاتين الروایتين : وحديث أنس أسند ، وحديث جرهد أحوط ؛ حتى يخرج من اختلافهم ، فنحن نتبين في هذا التعليق أن البخاري جنح إلى ترجيح المحرم على المباح من باب الاحتياط والتبرع ، والخروج عن الاختلاف كما ينم عن ذلك قوله : وحديث جرهد أحوط ، وهذا في الحلال المباح الذي اختلط بالحرام.

أما إذا اختلط الواجب بالمحرم فیراعى مصلحة الواجب كما قال الأصوليون ؛ لما رواه البخاري ، عن أسامة بن زيد : ((أن النبي ﷺ مر في مجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشرکین من عبدة الأوثان واليهود ، وفيهم عبد الله بن أبي بن سلول ، وفي المجلس عبد الله بن رواحة ، فسلم عليهم النبي ﷺ)).

والورع والاحتياط إنما يكون على درجات ، فالأمر الذي يجب اجتنابه هو ما يستلزم ارتكاب المحرم فقط ؛ لأن الاحتياط باب واسع يدخل فيه سائر العبادات والمعاملات ، ولا يصلح ذلك إلا لمن استقامت أحواله كلها في الورع والتقوى.

٢. إذا اجتمعت عبادتان من جنسٍ واحدٍ في وقتٍ واحدٍ :

قاعدة : "إذا اجتمعت عبادتان من جنسٍ واحدٍ في وقتٍ واحدٍ وليست إحداهما مفعولةً على جهة القضاء ، ولا على طريق التبعية للأخرى في الوقت ، تداخلت أفعالهما ، واكتفي فيهما بفعلٍ واحدٍ" وهو على ضربين :

الضرب الأول : أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان بشرط أن ينويهما معاً على المشهور.

الضرب الثاني: أن يحصل له إحدى العبادتين، وتسقط عنه الأخرى، وفي لفظ إذا اجتمع أمران من جنس واحد، ولم يختلف مقصودهما، دخل أحدهما في الآخر غالباً، هاتان هما قاعدتان.

تشير هاتان القاعدتان وما أشبههما إلى حكم اجتماع أمرين أو عبادتين من جنس واحد في وقت واحد ولم يختلف مقصودهما أي: أن المقصود منهما متحد، فهل يأخذ كل أمرٍ منهما حكماً مستقلاً؟ أو يكون الحكم واحداً لمجموعهما؟ كأنه ما فعل إلا أمراً واحداً ولكن له ثواب الفعلين بنيتهما، أو يحصل له ثواب إحدى العبادتين، وتسقط الأخرى؟

هناك خلاف في هذه المسائل بين الفقهاء، ولكن الراجح: دخول إحدى العبادتين في الأخرى، ودخول أحد الأمرين في الآخر، فتأخذ كلها حكماً واحداً.

فروع القاعدتين:

أولاً: إذا تعدد السهو في الصلاة لم يتعدد السجود، بل يكفي سجود واحد، وإذا زنا بكر، أو شرب خمرًا، أو سرق مرارًا، ولم يقم عليه الحد بعد كل فعل، كفى حد واحد في كل منهما.

ثانيًا: أن من عليه حدثان أصغر وأكبر، فعند الحنابلة: أنه يكفي أفعال الطهارة الكبرى إذا نوى الطهارتين بالطهارة الكبرى، وفي رواية عن أحمد: لا يجزئه عن الأصغر؛ حتى يأتي بالوضوء.

ثالثًا: أن القارن في الحج إذا نوى الحج والعمرة كفاه لهما طواف واحد وسعي واحد على المذهب الصحيح؛ وعن أحمد <: أنه لا بد من طوافين وسعين كالمفرد بهما، ومن الضرب الثاني: إذا دخل المسجد وأقيمت الصلاة فصلى معهم سقطت عنه تحية المسجد.

٣. أصل الفرض في حق كل أحد ما يتمكن من أدائه :

أ. معنى القاعدة :

أصل الفرض : هو ما وجب على الإنسان فعله بدليل مقطوع به ، أو هو ما ثبت طلبه بدليل قطعي ، أو ما يُثاب الإنسان على فعله ، ويعاقب على تركه ، أصله في حق كل مكلف ما يتمكن من فعله وأدائه بنفسه لا بغيره ؛ لأن العبادات المطلوبة المقصود بها : إظهار الخضوع والاستسلام لله ﷻ ولا يظهر ذلك إلا في أداء الفعل من المكلف به لا من غيره ، هذا هو معنى القاعدة.

ب. من الفروع المدرجة تحت هذه القاعدة :

أن كل العبادات التي كُلف بها المسلم من : صلاة ، وصوم ، وحج ، وزكاة ، وغيرها ، فالمطالب بها مَنْ يجب عليه فعلها عدا فروض الكفايات ، وحتى فروض الكفايات إذا تعين لها إنسان وجب عليه أداؤها بنفسه ، فأصل الفرض في يوم الجمعة هو الظهر كما في سائر الأيام ، ولكن المكلف مأمور بإسقاط هذا الفرض بصلاة الجمعة إذا استجمع شرائطها ، وإنما قالوا :

إن أصل الفرض الظهر ؛ لأنه يتمكن من أداء الظهر بنفسه ، وأما أداء الجمعة فلا يتمكن من أدائها بنفسه ؛ لأن لها شرائط ، ومن هذه الشرائط العدد ، وهو ليس مأموراً باستيفاء العدد ، وليس مكلفاً بإحضار من تصح منهم الجمعة لكي تجب عليه ، ولكن إذا وجد العدد واستوفيت الشروط وجب عليه الجمعة.

٤. الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة؟

جاء في (تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول) للإمام القرافي ، في خطاب الكفار بفروع الشريعة ما نصه :

أجمعت الأمة على أن الكفار مخاطبون بالإيمان، واختلفوا في خطابهم بالفروع، فقال الباجي: وظاهر مذهب مالك خطابهم بالفروع خلافاً لجمهور الحنفية، وأبي حامد الإسفراييني؛ لقوله تعالى حكاية عنهم: ﴿قَالُوا لَنُكَفِّرَنَّ الْمُصَلِّينَ﴾ [المدثر: ٤٣] ولأن العمومات تتناولهم. وقيل: هم مخاطبون بالنواهي دون الأوامر.

وفائدة الخلاف ترجع إلى مضاعفة العذاب في الآخرة، وعينه الإمام في خطاب الكفار بالفروع، وسبب الخلاف يرجع إلى أن التقرب بالفروع مبني على اعتقاد الإيمان، والتصديق بجميع الأنبياء والمرسلين، ومن لم يصدق من الكفار بذلك تعذر عليه أن يتقرب، فلا يكلف بالتقرب للفروع، فيكون المنع مبني على منع التكليف لما لا يطاق، أو يكون؛ لأن الله تعالى لا يقبل الفروع منهم؛ لأجل كفرهم، فلا يكلفهم بها؛ لأن الله تعالى لا يقبلها، والأول هو الظاهر.

ومن هذا يظهر الفرق بين النواهي والأوامر، فإن النواهي يخرج بها المكلف عن عهدها بمجرد تركها وإن لم يشعر بها، فضلاً عن القصد إليها، فإذا لم يعتقد التكليف وترك المنهي عنه خرج عن عهدة العقوبة، وأما الأوامر فلا يخرج عن عهده حتى يعتقد وجوبه، وحتى يؤمن به، فمن لم يؤمن تعذر عليه التكليف.

والكفار بالنسبة لتوجه الخطاب إليهم تكليفهم بالفروع أقسام، منهم: من كفر في الظاهر والباطن، ومنهم: من آمن بظاهره وباطنه، وكفر بعدم الإذعان للفروع، فهذا مصدق باللسان، ومعتقد بالجنان، هو أنه لم يذعن، ومثله من يقول: الكفار منهم أعلم أن الدين الإسلامي حق، ولكنني أخاف من فوات منصب أو ميراث إن أعلنت الإسلام، فهذا معترف بلسانه وجنانه وقلبه، وكافر بباطنه دون ظاهره، وهذا هو المنافق، ومن الكفار من هو كافر بظاهره دون باطنه وهو المعاند، كأخبار اليهود الذين قال الله تعالى فيهم وفي نظائهم: ﴿وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ﴾ [النمل: ١٤].

إذا تقرر هذا ؛ فإن من آمن بظاهره وباطنه من الكفار أو بظاهره فقط بأن يعتقد صدق التكليف ، فالتعذر في حقه ساقط ، وهو مخاطب بفروع الشريعة ، وكذلك مَنْ كان كفره بالفعل كأن يلقي المصحف في القاذورات ، أو ببناء كنيسة ؛ مريدًا الكفر فيها ، أو كان كفره بجحده لآية من كتاب الله تعالى ، أو بإنكار رسالة سليمان عليه السلام فإن هؤلاء يعتقدون صحة الفروع ، فلا يتعذر منهم التقرب بها ، والخطاب متوجه إليهم في الجملة ، فإن قوله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ ﴾ [آل عمران : ٩٧] عام يتناول الكافر ، ويتناول الأمر بالحج بتناوله ، وإذا تناوله الأمر تناوله النهي ؛ لأن كل مَنْ قال بالأمر قال بالنهي بخلاف العكس .

ومثله قوله تعالى : ﴿ وَوَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ ۖ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ ﴾ [فُصِّلَتْ : ٦ ، ٧] ومثله قوله تعالى : ﴿ ٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَمًا ﴾ [الفرقان : ٦٨] فقوله تعالى : ﴿ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ﴾ يتناول الجميع ، فيكون القتل والزنا يعاقب الكافر عليهما كما يعاقب على دعوى الإله مع الله تعالى ، ولولا أن الكافر مخاطب بفروع الشرائع لما انتظم هذا الكلام ، وهذا ما احتج به أصحاب القول بأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة .

وأما من قال بمنع الخطاب بالكفر ، فقد احتجوا بأنه لو أُمر بالفروع لأمر بها إما حال الكفر وهو خلاف الإجماع ، فإن الأمة مجمعة على أنه لا يقال : صلّ وأنت كافر ، وإما أن يكلف بالفروع بعد الإسلام وترك الكفر ، وهو أيضاً خلاف الإجماع ؛ لقوله عليه السلام : ((الإسلام يجب ما قبله)).

والجواب عن ذلك : بأن زمن الكفر ظرف للتكليف لا لوقوع المكلف به ، كما تقول : المحدثُ مأمور بالصلاة إجماعاً ، ومعناه : أن زمن الحدث ظرف للخطاب

للصلاة، والتكليف بها لإيقاع الصلاة، فلا نقول له: صلّ وأنت محدث، بل نقول: يجب عليك أن تزيل الحدث؛ لتصلي وأنت طاهر، وأنت الآن مكلف بذلك؛ كذلك نقول للكافر: أنت الآن مكلف بإزالة الكفر، ثم إذا زلت عنك الكفر وجب عليك إيقاع الفروع، لا لأنك مكلف بإيقاع الفروع في زمن الكفر، فزمن الكفر ظرف للتكليف لا لوقوع المكلف به؛ لأن حالة الكفر لا يصح منه ذلك وهو كافر، والحديث حجة على مَنْ منع التكليف حالة الكفر؛ لأن الجب معناه: القطع، وإنما يقطع ما هو متصل، فهذا يدل على أنه لولا القاطع لاتصل التكليف، فيبقى التكليف مستمرًا.

وفائدة التكليف: إنما هو لمضاعفة العذاب في الآخرة، فالعقاب في الدار الآخرة إنما يتضاعف، ويُعذب الكافر عند ذلك عذابين: أحدهما - وهو الأعظم - : لأجل الكفر، والثاني: لترك الفروع.

وبهذا يتضح: أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، وأنهم مكلفون بالإسلام، وإذا لم يسلم الكافر عوقب في الآخرة على الكفر، وعلى تركه لفروع الشريعة.

٥. ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب:

قال العلماء: الواجب لا يجوز تركه، والوجوب: هو طلب الفعل مع المنع من الترك، فالمنع من الترك جزء من حقيقة الوجوب، فلا يوجد الوجوب بدونه، ومن هنا كان الواجب - وهو ما تعلق به الوجوب - غير جائز الترك، وإلا لما كان واجبًا، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وتقرر هذا المعنى لدى الفقهاء، فكان من المقررات الفقهية: أن الواجبات لها وسائل لا تتم إلا بها.

فهل الأمر الذي يفيد الوجوب يكون أمرًا بما يكون سبيلًا لأدائه؟ لقد قال الأكثرون من علماء الأصول: إن ما لا يتم الواجب إلا به يكون واجبًا ما دام

مقدوراً عليه. ومثال ذلك: الأمر بالصلاة، يقتضي الأمر بالوضوء، إذ هو شرط للصلاة، ولا تتم الصلاة إلا به، فالوضوء واجب؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولكن الأمر بالحج لا يقتضي الاستطاعة؛ لأن الاستطاعة ليست في مقدور الإنسان، إنما هي من عند الله العلي الحكيم.

والأمر بالزكاة لا يقتضي أن يكون عند الإنسان نصاب؛ لأن إيجاب النصاب ليس في مقدور المكلف؛ ولهذا قال بعض الفقهاء: إن ما لا يتم الواجب إلا به إن كان سبباً وفي مقدور المكلف تناوله الأمر، وعلى ذلك يتناوله الإيجاب كأن يسعى للصلاة؛ فإنه واجب بمقتضى الأمر بصلاة الجمعة، وكالسعي إلى مكة ومناسك الحج؛ لكي يؤدي الحج، وكان العمل لتوصيل الزكاة لمستحقيها، فإن كل هذه الأسباب لأداء الواجب فتكون واجبة بإيجاب الواجب.

ولهذا قال بعض الفقهاء: إن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب إن كان سبباً وفي مقدور المكلف تناول الأمر؛ وعلى ذلك يتناوله الإيجاب كأن يسعى للصلاة؛ فإنه واجب بمقتضى الأمر بصلاة الجمعة، وكالسعي إلى مكة لأداء مناسك الحج، لكي يؤدي الحاج هذه المناسك، وكان لعمل لتوصيل الزكاة لمستحقها؛ فإن هذه الأسباب لأداء الواجب، فتكون واجبة بإيجاب الواجب، وبمقتضى الأمر الذي ثبت به الإيجاب.

أما إذا كان ما لا يتم الواجب إلا به شرطاً؛ فإنه لا يكون واجباً بالأمر الذي وجب به الواجب؛ لأن كونه شرطاً لا يثبت إلا بنص من الشارع، فالوضوء للصلاة لا يثبت كونه شرطاً لصحة الصلاة إلا بأمر مستقل من الشارع، فكان ذلك الأمر الذي أثبت الشرطية هو الأمر الذي أثبت وجوبه، وليس الأمر الذي أثبت أصل الواجب الذي كان هذا شرطاً له.

وعلى هذا الرأي، تكون الأمور التي لا يتم الواجب إلا بها تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما نص الشارع على أنه شرط من هذه الشروط، فهذه الشروط يثبت وجوبها مستقلاً بمقتضى إثبات الشرطية، ولا حاجة لي أن يقال: إنها وجبت بإيجابه؛ لأنها وجبت بإيجاب نص خاص.

القسم الثاني: أمور أخرى لا يمكن أن يوجد الواجب إلا بوجودها، فهذه أسباب من أفعال الإنسان المقدورة، لا يتحقق أداء الواجب إلا بها، وذلك كالسعي للذهاب إلى الأراضي المقدسة؛ لأداء فريضة الحج، فهذه إيجابها يثبت لأداء الواجب نفسه، فثبتت تبعاً، فتكون واجبه بوجوب أصل الأمر.

وهذا باب من أبواب سد الذرائع؛ ولهذا قال العلماء في قاعدة أخرى تتعلق بسد الذرائع: كل أمر يُتدرَّع به إلى محذور فهو محذور.

فهذه القاعدة تنبثق من مبدأ سد الذرائع، ومن منطلق درء المفاسد في التشريع الحكيم، وهي عكس القاعدة المشهورة التي نحن بصدددها وهي قاعدة: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ومن المعلوم أن الوسيلة لها حكم المقصد إذا كانت مؤدية إليه، أما إذا كانت مفضية إلى محذور أو إلى فساد؛ فهي ممنوعة وباطلة.

وقد بنى الإمام الخطابي هذا الأصل على أساس قويم من السنة النبوية المطهرة، كما يتضح ذلك بالنظر إلى الرواية المروية عن أبي حميد الساعدي: ((أن النبي ﷺ استعمل رجل من الأزديين له: ابن اللبية، قال ابن السرح: فجاء فقال: هذا لكم وهذا أهدي لي، فقام النبي ﷺ على المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، وقال: ما بال العامل أبعته، فيجيء فيقول: هذا لكم، وهذا أهدي لي، أفلا جلس في بيت أمه أو بيت أبيه فينظر أيهدى إليه أم لا؟)).

قلت في هذا بيان: أن هدايا العمال سحت، وأنه ليس سبيلها سبيل سائر الهدايا المباحة، وإنما يهدى إليه لمحاباة وليكون عن قصدٍ غير شرعي؛ ليتحقق بذلك للمهدي ما يريد، ويسوغ له بعض الواجب عليه وهو خيانة، وخيانة صريحة، وهو بخس للحق الواجب عليه، وللحق الواجب عليه استيفاءؤه لأهله.

وفي قوله ﷺ: ((أفلا جلس في بيت أمه أو أبيه، فينظر أيهدى إليه أم لا؟!)) في هذا دليل على أن كل أمر يُتَدَرَّع به إلى محذور فهو محذور، ويدخل في ذلك القرض الذي يجز منفعة، والدار المرهونة يسكنها المرتهن بلا كراء—أي: بلا أجر— وكذلك كل تلجئة، وكل دخيل في العقود يجري مجرى ما ذكرناه على معنى قوله: ((هلاً جلس في بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا؟!)).

فينظر في الشيء وفي قرينه إذا أفرد أحدهما عن الآخر أو فرق بين قرانهما، هل يكون عند الانفرد كحكمه عند الاقتران أم لا؟.

قاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها"، والقواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها"، ٢٦٣
وبعض القواعد المتداخلة معها
- العنصر الثاني :** تابع القواعد المتداخلة مع قاعدة "هل العبرة
بصيغ العقود أو بمعانيها" ٢٧٦

قاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها"، وبعض القواعد المتداخلة معها

١. هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها:

هذه القاعدة تختلف فيها ؛ لذلك عندما ذكر السيوطي هذه القاعدة أتبعها بقوله :
خلاف ، أي : أن هذه القاعدة تختلف فيها والترجيح مختلف في الفروع.

معنى القاعدة : أن المعول عليه في تعاقد الناس ، هل يكون بلفظ العقود أو يكون بمعانيها ؟ لأن اللفظ قد يكون متضمناً لحكم ، ويكون المعنى متضمناً لحكم آخر ، وصيغة العقد ما يصدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتهما لإنشاء العقد لفظاً أو كتابةً أو إشارةً أو فعلاً ، وتتكون هذه الصيغة -أي : صيغة العقد- من الإيجاب والقبول ، فالإيجاب والقبول بهما يكون العقد.

وصيغ العقود : هي ألفاظ العقود من شراء ورهنٍ وهبةٍ ووصيةٍ ، وما إلى ذلك من سائر العقود والتصرفات ، فإذا تضمن اللفظ حكماً وتضمن المعنى حكماً آخر ، فهل يكون الاعتبار حينئذ بالألفاظ ، أو يكون بالمعاني ؟
هناك في الفقه اتجاهات ثلاثة في هذه القضية -وهو الاعتبار باللفظ- أو الاعتبار بالمعنى :

الاتجاه الأول : يرى أن العبرة بالمعاني لأنها المقصودة من الألفاظ.

الاتجاه الثاني : يقول أن العبرة بالألفاظ ؛ لأنها هي الدالة على المعاني.

الاتجاه الثالث : يرى أن العبرة بهما معاً ؛ لأن الألفاظ تدل على المعاني ، والمعاني مأخوذة من الألفاظ.

وفي الحقيقة أن من يعتبر الألفاظ والمعاني فهو معتبر للمعنى فقط ؛ لأن اللفظ والمعنى قد يختلفان ، وإذا اختلف اللفظ والمعنى ؛ فالحكم ينصرف إلى المعنى ؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى ، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني ولهذا كان ترجيح أحدهما على الآخر مختلف فيه بين الفقهاء على نحو ما سيظهر لنا في الفروع.

٢. من فروع القاعدة :

الفروع هي التطبيقات العملية التي توضح القاعدة ومعناها ، ذكر الإمام السيوطي فروعاً كثيرة لهذه القاعدة ، ونحن نختار من بينها ما يلي :

الفرع الأول : البيع الموصوف في الذمة :

وهو بيع السلم ، وصورة هذا الفرع : أن يقول شخص لآخر : اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم ، فيقول الآخر : بعتك ، فهل ينعقد بيعاً ، أو ينعقد سلماً ؟ في هذا الفرع رأيان في الفقه :

الرأي الأول : أنه ينعقد بيعاً اعتباراً باللفظ ؛ لأن لفظ " بعت واشتريت " من خصائص عقد البيع فقط ؛ ولذا فإنه ينعقد بيعاً ، وهذا هو الأصح ، وهو ما رجحه الشيخان الرافعي والنووي.

الرأي الثاني : ينعقد سلماً ، اعتباراً بالمعنى ، واللفظ لا يعارضه ؛ لأن كل سلم بيع ، كما أن كل صرف بيع ، في إطلاق البيع على السلم إطلاق له على ما يتناوله ، فالسلم بيع موصوف في الذمة. وهذا الرأي رجحه الإمام السبكي ، وصححه ابن الصباغ ، وقال الإسنوي : الفتوى عليه.

فهما رأيان: رأي يعتبره بيعاً، ورأي يعتبره سلماً، ومحل الخلاف إذا لم يقل: اشتريت منك ثوباً سلماً صفته كذا، فلو قال ذلك فهو سلم؛ لأنه ذكر لفظ "السلم" بعد قوله: اشتريت منك ثوباً صفته كذا.

والفرق بين البيع وبين السلم: أن المبيع في البيع يكون معيناً أو قابلاً للتعين، أما في السلم فهو بيع موصوف في الذمة، أي: أن العين المبيعة غائبة، ويترتب على هذا الخلاف أننا إذا اعتبرناه بيعاً؛ طبقنا عليه أحكام البيع، فتكون أركان البيع هي أركان السلم: وهي عاقد - وهو بائع ومشتري - ومعقود عليه - وهو ثمن ومثمن - وصيغة - وهي الإيجاب والقبول - وذلك اعتماداً على أن الصفقة تتطلب بالضرورة عاقداً ومعقوداً عليه.

وإذا اعتبرناه سلماً؛ فإنه يتطلب شروط زائدة على شروط البيع، تتعلق بكل من رأس مال السلم، والمسلم فيه، ومتى تخلف شرط من هذه الشروط؛ بطل عقد السلم.

وأهم شروط السلم هي:

أولاً: رأس مال السلم:

فيشترط في رأس مال السلم ضرورة تسليم رأس المال في مجلس العقد قبل التفرق، ولا يجوز تأخيره عنه لدى كل من الحنابلة والشافعية والحنفية؛ لأن عدم التسليم يؤدي إلى محذور بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه؛ فقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ بالكالئ: هو الدين بالدين، فكان لا بد من تسليم رأس المال أو الثمن في مجلس العقد؛ ليتحقق المقصد والحكمة من السلم، إذ لولا حاجة المسلم إليه للمال؛ لما عقد العقد؛ أي: عقد السلم.

وأما المالكية: فلا يشترطون تسليم رأس مال السلم في مجلس العقد؛ بل يرخصون بتأخيره، هذا هو الشرط الأول: وهو تسليم الثمن في مجلس العقد بالنسبة لعقد السلم.

ثانياً: المسلم فيه:

له شروط لا بد منها لصحة السلم، وهي - على التوالي -:

الأول: أن يكون مما ينضبط بالصفات، ويقصد بالصفات: الجودة والرداءة، ومثالها في السلع الحاضرة: الثلاجات، فهي مختلفة الجودة. والتأجيل: ويقصد به: أن يكون تسليم المبيع أو المسلم فيه بعد مدة التعاقد؛ لأن هذا الشرط، هو الذي يميز عقد سلم عن غيره من أنواع البيع، وهذا قول المذهب الثلاثة ما عداه الشافعية، الذين أجازوا السلم حالاً وأن يكون لأجل معلوماً.

الثاني: أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً في الذمة؛ فلا يدخل السلم في السلعة الموجودة - أي: الحاضرة - ولا في العقار، فإذا اتفق إنسان مع مقاول ليعني له منزلاً، وكان العقد بلفظ السلم؛ فلا ينعقد سلماً؛ لأن ذلك ليس من باب السلم، وكذلك أيضاً تجليد الكتب الآن، لا تدخل في باب السلم؛ بل في باب الإجارة.

الثالث: أن يكون المسلم فيه معلوم القدر بالوزن أو العد أو الكيل.

الرابع: أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه، مع تحديد مكان التسليم، وعند الإطلاق وعدم التحديد لمكان التسليم في العقد، يكون مكان العقد هو مكان التسليم.

الخامس: ألا يجمع بين البدلين إحدى عتبي الربا، وما دام السلم مشترك مع البيع في كثير من المواصفات، فإذا عبر عن السلم بلفظ البيع، بأن قال: بعت أو اشتريت؛ فإن هذا اللفظ من خصائص البيع، فيرجح البيع على السلم.

الفرع الثاني: الهبة بشرط الثواب:

الهبة: هي تملك العين بلا عوض في حالة الحياة تطوعاً، فالأصل في الهبة أن تكون بلا عوض وأن تكون بقصد التطوع، فخرج بالتمليك العارية والضيافة والوقف، وخرج بالعين الدين والمنفعة، وخرج بنفي العوض ما فيه عوض كالبيع ولو بلفظ الهبة، وخرج بالحياة الوصية؛ لأن التملك فيها إنما يكون بالقبول بعد الموت وبالتطوع الواجب من زكاة وكفارة ونحوها.

فلو قال شخص لآخر: وهبتك هذا المنزل أو هذه السيارة بشرط أن تدفع لي مقداراً من المال قدره كذا، فقال: قبلت، فلو اعتبرنا اللفظ؛ فهو عقد هبة، ولو اعتبرنا المعنى؛ فهو عقد بيع، الأصح اعتبار المعنى هو البيع؛ لأن البيع مقابلة مال بمال، وهو هنا متحقق، فيتحقق معنى البيع كاملاً، والإسناد إلى اللفظ إسناد ضعيف.

وقد ذهب الحنفية والشافعية في الجديد إلى: أن الهبة شرط الثواب لا تنعقد؛ لأنها بيع مجهول؛ ولأن موضوع الهبة التبرع، فقالوا ببطلان العقد في الهبة إذا كان بالعوض، لا يتحقق بيع ولا يتحقق هبة، وهذا هو الفرع الثاني من الفروع المدرجة تحت القاعدة التي نحن بصدددها.

الفرع الثالث: البيع بلا ثمن:

تصوير هذا الفرع أن يقول شخص لآخر: بعتك هذا الشيء بلا ثمن، فهذا ليس بيعاً قطعاً؛ لانتفاء ركن من أركان البيع وهو: الثمن، وفي انعقاده هبة قولان بناءً على تعارض اللفظ والمعنى، فلو اعتبرنا اللفظ؛ كان بيعاً؛ لكنه باطل لانتفاء ركن الثمن؛ لأن ركن الثمن إذا انتفى ينتفي العقد، ولو اعتبرنا المعنى صححناه

هبة بلا ثواب، فيكون البيع بلا ثمن هو عقد هبة؛ لأن الهبة تكون تطوعاً ولا تقابل بالعوض.

والأصح اعتباره هبة؛ لأن حمل كلام العاقل على ما به يصح أولى من حمله على ما به يبطل، فحيث يمكن تصحيحه؛ فإننا نحمل الكلام على ما يصح لا على ما يبطل، فإعمال الكلام خير من إبطاله كما وردت بذلك هذه القاعدة.

الفرع الرابع: ما إذا باع ولم يذكر ثمنًا:

فإذا باع ولم يذكر ثمنًا، فإن راعينا المعنى؛ انعقد هبة، وإن راعينا اللفظ؛ فهو بيع فاسد لانتفاء ركن الثمن، والراجح اعتباره هبة؛ لما ذكرناه من أن: إعمال الكلام أولى من إهماله.

الفرع الخامس: البيع بلفظ المشيئة:

إذا باع شخص بلفظ المشيئة، فإن نظرنا إلى المعنى صح البيع؛ لأنه لا يحصل بيع إلا إذا شاء المشتري، وإذا لم يشأ؛ لم يشتري، وهو الأصح، وإن نظرنا إلى اللفظ؛ فهو بيع باطل، لاختلال الصيغة بالتعليق؛ لأن تعليق العقود أو التعليق في صيغ العقود يبطل العقد؛ لأن عدم التعليق من شروط صحة البيع.

والراجح: صحة البيع مع لفظ المشيئة، فإذا قال: بعتك هذا الكتاب إن شئت، أو بعتك هذه الدار إن رغبت؛ فإنه في حكم المنجز، لأن مثل هذه العقود لا تتم ولا توجد إلا بالقبول، وليس القبول إلا عبارة عن الإفصاح عن رغبة العاقد الآخر وعن مشيئته، فكان هذا العقد - في حقيقة الأمر - معلقاً على مشيئة العاقد الآخر، فلا يضير التصريح بهذا التعليق، ولا يخرج العقد به عن أن يكون منجزاً حكماً.

وهذا في العقود التي تتوقف على القبول كالبيع والهبة والرهن والإجارة، وما إلى ذلك من عقود المعاوضات، أما إذا كان العقد لا يتوقف على قبول الطرف الآخر - كما في الطلاق - فإن تعليقه على مشيئة الطرف الآخر يكون تعليق حقيقة ولا يكون في حكم المنجز، فإذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق إن شئت، كان هذا تعليقاً لطلاقها على مشيئتها فتطلق إذا رغبت فيه، أما إذا لم ترغب وكان الطلاق معلقاً على مشيئتها؛ فلا يقع هذا الطلاق.

الفرع السادس: البيع بلفظ السلم:

من المتفق عليه أن السلم نوع من البيع، إلا أنهم اختلفوا في انعقاده بلفظ البيع على مذهبين: الأول - وهو مذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية والحنابلة - : أن السلم ينعقد بلفظ السلم كما ينعقد بلفظ البيع.

ويرى بعض الشافعية ومعهم ابن حزم: أن السلم لا يعتبر بيعاً، فيقول صاحب (مغني المحتاج): وأما لفظ السلم فيشترط فيه على الأصح، وبالتالي لا ينعقد السلم بلفظ البيع عند الإمام النووي وعند صاحب (مغني المحتاج)، ومن المعروف أنه بانعقاد السلم يصبح المسلم فيه ديناً في ذمة المسلم إليه، وهذا باتفاق. وصورة الفرع أن يقول شخص لآخر: أسلمت إليك هذا الثوب في هذه الدابة، فهذا العقد ليس بسلم قطعاً؛ لأن السلم بيع موصوف في الذمة، والمبيع هنا موجود ومعين، فكان الثمن والمبيع معينان، وهذا في البيع لا في السلم فلا ينعقد سلماً، وكذلك لا ينعقد بيعاً على الأظهر؛ لاختلاف اللفظ؛ لأنه قال: أسلمت ولم يقل: بعت.

ومقابل الأظهر أنه ينعقد بيعاً نظراً إلى المعنى، فمعنى أسلمت إليك: أي بعتك، وهذا يصح، فيكون هذا في مقابل الأظهر، لاجتماع خواص البيع في هذه

الصورة، ويؤيده القاعدة التي تقول: كل ما كان صريحاً في بابه ولم يوجد نفاذ في موضوعه، كان كناية في غيره، ولفظ السلم صريح في باب السلم؛ ولكنه لما يجد نفاذاً في موضوعه وهو السلم؛ فكان كناية في البيع وهو المعقول؛ لأن به يصح الكلام، وحمل الكلام على ما يصح أولى من حمله على ما لا يصح.

الفرع السابع: هبة الدين للمدين:

هذا الفرع صورته أن يقول الدائن لمن عليه الدين: وهبت الدين لك، فهل يشترط القبول في المسألة؟
للعلماء فيها قولان:

القول الأول: لا يشترط القبول وذلك اعتباراً بالمعنى؛ لأن هبة الدين للمدين هي إبراء منه ولا يحتاج إلى قبول، وهذا هو المعتمد، والإبراء: هو إسقاط الحق كله أو لبعضه، فلا يشترط القبول في الإبراء.

الثاني: يشترط القبول؛ لأن الهبة لا بد فيها من القبول؛ ولذلك للمراعاة اللفظ، والراجح عند الرافعي: اعتبار المعنى، وإذا اعتبرنا المعنى؛ فلا يشترط القبول حينئذ، وإذا قلنا: إن الإبراء من الدين إسقاط له؛ فلا تصح هبة الدين زكاةً، وإذا قلنا إن الإبراء تملك؛ تصح الهبة زكاةً.

الفرع الثامن: الصلح في الدين على بعضه - أي: على بعض الدين -:

هذا الفرع صورته أن يقول شخص لآخر: صالحتك عن الألف التي لي عليك على خمسمائة، ففي اشتراط القبول وجهان:

الوجه الأول: إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول؛ لأن الصلح: عقد تسبقه خصومة، فلا بد فيه من القبول، وهذا يسمى صلح الخطيئة، وهو أن يصالحه

على بعض ما عليه ؛ وهو جائز لقول الرسول ﷺ عندما تشاجر رجلان ، قال ﷺ : ((دع النصف)) فإذا كان بلفظ الصلح ؛ فيشترط فيه القبول على الصحيح ، وهذا القول رجحه الرافعي بقوله : الأظهر : اشتراط القبول في الصلح ، مع أنه اعتبر المعنى .

الوجه الثاني : إن اعتبرنا المعنى وهو : أن الصلح إبراء ؛ فلا يشترط القول بلفظ الإبراء والخط ، وهما لا يحتاجان إلى القبول على الصحيح .

وهنا اعتراض وجوابه على ما رجحه الإمام الرافعي ، فقد يقال : إن كلام الرافعي في الصلح مخالف لما صححه في الهبة ؛ حيث إنه لم يشترط القبول في الهبة مع اعتباره المعنى ، واشترط القبول في الصلح مع اعتباره المعنى أيضاً ، فيكون بذلك متناقضاً ، هذه هي الشبهة وليس الأمر كذلك .

وقد رد السبكي على هذا القول بقوله : إن اعتبرنا لفظ "صالحتك" اشترط القبول في الهبة والصلح ؛ لأن الهبة عقد فيه إيجاب وقبول ، وكذلك الصلح لا بد فيه من الصيغة ، وأن اعتبرنا المعنى ؛ اشتراط القبول في الصلح ، أما الصلح ؛ فيسبقه نزاع فيشترط القبول .

ويمكن الرد بطريقة أخرى وهي : أنه لا يلزم فقهاً أن يرجح المجتهد رأياً ويرجح نفس الرأي في فرع الآخر ؛ لأن الاجتهادات الفقهية مبنية على النظر في المعاني ، وهي تختلف من حال إلى حال ، ومقابل الأظهر ، لا يشترط القبول ويكون الصلح مع الهبة .

الفرع التاسع : الخُلْع دون ذكر العوض :

الخُلْع -بضم الخاء- لغة معناه : النزع ؛ لأن كلاً من الزوجين لباس الآخر ، فكأنه نزع لباسه ، هذا هو معنى الخلع لغة ، ومعناه شرعاً : هو فرقة بعوض بلفظ طلاق

أو خلع ، وصورة الخلع أن يقول الزوج لزوجته : خالعتك ، ولم يذكر عوضاً ، ففي هذه الصورة للعلماء قولان بناء على القاعدة :

القول الأول: لا يلزم شيء ؛ لعدم ذكر العوض ، ويقع الطلاق رجعيّاً لأن الخلع لا يكون إلا بعوض ، لورود القرآن به ، وقد قال تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا أَفَدَّتْ بِهِ ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولأن الخلع صريح في بابه ، ولم يجد نفاذاً في موضوعه ؛ لكونه لم يذكر مالاً وهو الراجح نقلاً ودليلاً.

القول الثاني: يكون خلعاً فاسداً يوجب مهر المثل في الأصح ؛ لاطراد العرف بجريان الخلع على المال ، فإذا لم يذكر المال ؛ رجع إلى مهر المثل لأنه المراد ، هذا هو الفرع التاسع ، وهو الخلع دون ذكر العوض والخلاف فيه.

الفرع العاشر: المضاربة دون ذكر نسبة الربح :

المضاربة: هي عقد شركة بين رب المال وعامل ليتجر فيه ، على أن يكون الربح بينهما بنسبة معينة ، وتوجد عدة صياغات لتعريف المضاربة لدى الفقهاء ، ورغم الاختلاف بين هذه الصياغات ؛ فإن دلالتها واحدة في أنها عبارة عن : دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ، ويكون الربح بينهما على ما اشترطاه.

إذا عرفنا تعريف المضاربة لغة وشرعاً ، وأنها دفع المال لمن يتجر فيه ، على أن يكون الربح بين صاحب رأس المال وبين المضارب وهو العامل ، وهو عقد أراد به الشارع أن ييسر على الناس أمورهم ؛ فقد يكون الشخص عنده المال وليس قادراً على استثماره ، وقد يكون الآخر يحسن الاستثمار ولكنه لا يملك المال ، وباجتماع المال مع الخبرة تكون شركة المضاربة ، وكل منهما يستفيد من هذا العقد وذلك من التيسير والتخفيف على الناس.

حكم المضاربة:

المضاربة جائزة شرعاً باتفاق الفقهاء وبين علماء المسلمين، ولا خلاف بينه في هذا الجواز، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: ((ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وخلط البُر بالشعير للبيت لا للبيع))، وعقد المقارضة هو عقد المضاربة، وقد حكم الرسول ﷺ بأن فيها البركة.

كما توجد أدلة أخرى من السنة التقريرية، ومن أعمال الصحابة الأجلاء - رضوان الله عليهم - أجمعين، وحكمة هذا الجواز هي: حاجة الناس إلى المضاربة، فصاحب المال قد لا يهتدي إلى التصرف المربح، والمهتدي إلى التصرف المربح قد لا يكون له المال ولا يملك ذلك المال، وإنما يحصل الربح بهما إذا التقيا، أي: المال مع الخبرة ومع قدرة الشخص على استثمار المال، يتصرف تحقق المصلحة لكل منهما.

وحقيقة المضاربة لدى الفقهاء تتردد بين كونها إجارة شرعت على خلاف القياس، وبين كونها من جنس المشاركات، فهي أحد تعاريفها شركة بمال من جانب، وعمل من جانب آخر، غير أنه تفرق عن أنواع المشاركات الأخرى في استقلال المضارب بالعمل في المال وإدارته، وأنه ليس له حصة في رأس مالها، هذا ما يميز المضاربة عن سائر الشركات.

فإن الشركة اشتراك في المال وفي الربح، أما المضاربة؛ فالمال من جانب والعمل من جانب آخر، وليس للعامل شيء في رأس مال المضاربة.

وثمره هذا النوع تظهر في أنها لو كانت إجارة على خلاف القياس؛ فإنه لا يجب التوسع في أحكامها قياساً، أما لو كانت مشاركة كعقد مسمى مستقل؛ فإنه يمكن اختصاصها بأحكام ويمكن التوسع كذلك في أحكامها.

وصورة هذا الفرع في عقد المضاربة أن يقول رب المال للعامل: خذ هذه الألف مضاربة، ولم يبين النسبة، لم يبين ما يأخذه العامل في بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً، والبضاعة والمال المبعوث فهو توكيل بلا جعل، ومن أخذه فهو يعمل فيه متبرعاً، أي: أنه إذا دفع رب المال للعامل الألف مضاربة ولم يبين نصيبه في الربح؛ فهذه الصورة معناها إبطاع، والإبطاع: هو: بعث المال مع من يتجر به متبرعاً، هذه هي الصورة الأولى.

الثاني: أن هذا العقد مضاربة فاسدة توجب أجر المثل، فيستحق العامل حينئذ على المالك أجره عمله؛ والربح كله يكون للمالك لأنها مضاربة فاسدة هنا، حيث لم يبين نصيب العامل من الربح فلا بد من أن يكون النصيب أو الحصة لكل منهما في الربح معلوماً، كجزء شائع أو نسبة من الربح المحقق كالنصف أو الثلث أو الربع وإلا فسد العقد، ولا يجوز أن يحدد حصة كل منهما بمبلغ محدد أو نسبة من رأس المال، أو أن يشترط له مبلغاً كحد أدنى والمشاركة في الباقي من الربح، وهذا القول مبني على مراعاة اللفظ.

الفرع الحادي عشر: المراجعة بلفظ النكاح:

الرَّجْعَة - بفتح الراء - لغة: المرة من الرجوع، وشرعاً: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة، فهل المراجعة هي ابتداء النكاح، أو المراجعة استدামته؟ بعض فروع القاعدة يقتضي الأول، وبعضها يقتضي الثاني، فهو مما لا يطلق فيه الترجيح إطلاقاً، وإنما يختلف الترجيح من فرع إلى آخر؛ ولذلك قال السيوطي: والترجيح مختلف في الفروع.

دليل مشروعية المراجعة :

دليل مشروعيتها من القرآن، هو قوله تعالى: ﴿وَيُؤْلِنُ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: في العدة وقبل انتهائها، ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، إن كانوا يريدون إعادة الحياة الزوجية على نحو فيه صلاح، وقوله ﷺ: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَصْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وأما من السنة؛ فقوله ﷺ لعمر: ((مُرَّهٌ فليراجعها)) والنبى ﷺ طلق حفصة ثم راجعها، فإذا دخل الرجل بزوجه، ثم طلقها طليقة أو ثنتين ثم قال لها: نكحتك، قبل انقضاء عدتها، فهل يعتبر ذلك رجعة أو لا؟ في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: إن اعتبرنا اللفظ فلا رجعة؛ لأنه قال: نكحتك، ولم يقل: راجعتك؛ وإذن فلا بد أن تكون المراجعة بلفظ صريح، كأن يقول: راجعت زوجتي إلى نكاحي أو إلى عصمتي وعادت إلى ما كانت عليه.

القول الثاني: إن اعتبرنا المعنى؛ فيكون له الرجعة لأن الغرض من الرجعة الاستمتاع الحلال، أو المراد: مراجعة الزوجة من نكاح ناقص إلى نكاح كامل غير صائر لبينونة بانقضاء عدتها.

والأصح في هذين القولين: أن لفظ التزويج والإنكاح يصح بهما الرجعة مراعاة للمعنى؛ لأنهما موضوعان لحل الأجنبية وصريحان في النكاح، وما كان صريحاً في شيء ولم يجد نفاذاً في موضوعه؛ يكون كناية في غيره، والنكاح هو التزويج من هذا القبيل؛ لأنهما موضوعان لحل الأجنبية، ولم يصادفاه لأنهما مستعملان في الزوجة، فكان لفظ النكاح كناية في الرجعة؛ ويستحب الإشهاد على المراجعة خوف جحودها، وخروجاً من خلاف من أوجبه.

وإنما لم يجب الإشهاد في الرجعة ؛ لأنها في حكم استدامة النكاح السابق ، والأمر به في الآية في قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: ٢] محمول على الندب كما في قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ؛ وإنما وجب الإشهاد على النكاح لإثبات الفراش ، وهو ثابت هنا.

تابع القواعد المتداخلة مع قاعدة "هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها"

١. تابع فروع القواعد:

الفرع الثاني عشر: الإقالة بلفظ البيع :

الإقالة: هي أن يبيع المشتري المبيع للبائع بمثل الزمن الذي اشتراه به ، وحكم المبيع قبل قبضه: البطلان لقوله: ﷺ: ((لا يتبع ما ليس عندك)) وأنه ﷺ "نهى عن بيع ما لم يُقبض وبيع ما لم يُضمن" ، وعليه فلا يصح من المشتري بيع المبيع قبل قبضه العقار وإن أذن البائع في البيع وقبض الثمن ، فهل الإقالة من هذا القبيل؟

قال الإمام السبكي في تخريج هذا الفرع على القاعدة: وفيه رأيان:

الرأي الأول: إن راعينا اللفظ بطل البيع ؛ لأن من شروط البيع أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، والمشتري لا يستقر ملكه على المبيع إلا بالقول.

والثاني: إن راعينا المعنى ؛ اعتبرنا الإقالة فسحاً ، والصحيح في الإقالة أنها فسخ وليست بيعاً ، وتندب إقالة النادم ولو قبل القبض ؛ لقوله ﷺ: ((من أقال نادماً أقال الله عشرته)) ولا بد من صيغة للإقالة ؛ بأن يقول أحدهما: أقلتك ، ويقول الآخر: قبلت.

وإذا كانت الإقالة في أظهر القولين فسحاً فيكون الفسخ من الآن، وقيل: من أصله، وذلك يقتضي رفع العقد من أساسه، وعود كل من البائع والمشتري إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

هذا إذا كانت الإقالة بمثل ثمن الأول، فلو كانت بغير مثل ثمن الأول؛ كانت بيعاً فاسداً لعدم قبض المبيع، قال الإمام السبكي: ثم رأيت تخريج هذا الفرع للقاضي حسين على نحو ما قررناه من حيث قال: إن اعتبرنا اللفظ؛ لم يصح بيعاً لعدم القبض، وإن اعتبرنا المعنى؛ فالإقالة إذن كانت بمثل ثمن الأول؛ لأنه صريح في بابه ولم يجد نفاذاً فيه، فكانت كناية في غيره وهو الإقالة؛ وذلك نظراً للمعنى.

الفرع الثالث عشر: استئجار من يتعهد النخل بجزء من ثمرتها:

هذا العقد هو عقد المساقاة.

المساقاة لغة: مشتقة من السقي.

وشرعاً: عقد بين مالك البستان وعامل يعمل فيه، على أن يكون له نصيب من الثمرة.

وعرفها بعضهم بقوله: دفع الشخص نخلاً أو شجر عنب لمن يتعهد بسقي وتربية، على أن يكون له قدر معلوماً من ثمره.

والمساقاة من العقود الجائزة على خلاف القياس؛ للحاجة إليها، فقد لا يحسن المالك التعهد، ومن يحسنه قد لا يملك أشجاراً.

مشروعيتها:

والمساقاة مشروعة، ومشروعيتها مأخوذة من معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر هو وخلفاؤه من بعده، فقد أخبر ابن عمر: ((أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر اليهود

على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما خرج منها))، كما كان الخلفاء الراشدون وأكابر الصحابة والتابعين يزارعون من غير أن ينكر ذلك عليهم، وليس هناك إجماع أعظم من هذا؛ لا سيما وأهل بيعة الرضوان جميعهم زارعوا اليهود على عهد رسول الله ﷺ إلى أن أجلاهم عمر إلى فيماء.

ما تجوز فيه المساقاة:

تجوز المساقاة في النخل والعنب وهذا في مذهب الشافعي الجديد، وأما في المذهب القديم فالمساقاة في سائر الأشجار المثمرة بالفعل، أو الأشجار التي من شأنها الإثمار إن لم تكن قد أثمرت بعد، وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد واختاره الإمام النووي من حيث الدليل، ولا بد في المساقاة من تخصيص الثمر بين صاحب البستان والعامل واشترأهما فيه، وأن يكون كل نصيب منهما معلوم بالجزئية كالنصف أو الثلث أو الربع، فإذا كانت المساقاة بلفظ الإجارة ففيها قولان:

القول الأول: أن هذا العقد إجارة فاسدة؛ لمراعاة اللفظ ولعدم وجود شرط الإجارة؛ لأن من شروطها تقدير الأجرة وكونها معلومة قدرًا وجنسًا وصفة، وهذا كله غير متحقق في المساقاة، فالثمن ليس معلومًا قدرًا ولا صفةً وإن علم جنسًا.

الثاني: تصح المساقاة نظرًا إلى المعنى، ولا عبرة باللفظ؛ لأن هذا اللفظ إجارة وهو صريح فيه، ولم يجد نفاذًا، فيكون كناية في غيرها وهو المساقاة؛ لأن إعمال الكلام أولى من إهماله، ولوجود عناصر المساقاة، فالراجع هنا اعتبارها مساقاة.

الفرع الرابع عشر: الإجارة بلفظ المساقاة:

صورة هذا الفرع: أن يقول مالك البستان للعامل: أساقيك على هذه النخيل مدة كذا بدراهم معلومة، فهل تصح الإجارة بلفظ المساقاة؟

في هذه المسألة رأيان للعلماء :

الأول، الأصح: أنه عقد مساقاة فاسد نظراً إلى اللفظ ؛ لأن المساقاة ليس فيها دراهم ؛ بل هي جزء من الثمرة ، وليس له مدة معينة ؛ ولكن مدتها عندما ينضج الثمر.

الثاني، وهو مقابل الأصح: أنه عقد إجارة اعتباراً بالمعنى حيث قال : مدة كذا بدراهم ؛ لأن ذكر المدة والدراهم من خواص عقد الإجارة ، وهذا هو الراجح ، فيترجح المعنى على اللفظ ، ولا يلزم من قوله : الأصح ، أن يكون هو الراجح.

الفرع الخامس عشر: العقد بلفظ الإجارة على عمل في الذمة :

صورة هذا الفرع : أن يعقد بلفظ الإجارة على عمل في الذمة كأن يقول : ألزمت ذمتك بعمل حجرة نوم مكونة من أربع قطع ، ويذكر الوصف الذي تكون عليه الحجرة ، فهل يعتبر ذلك عقد إجارة ، أو عقد سلم ؟
فيه وجهان :

الوجه الأول: أنه إذا راعينا اللفظ ؛ فلا يشترط قبض الأجرة في المجلس ؛ لأنه كإجارة بمعين نظراً للفظ الإجارة.

الوجه الثاني: إن راعينا المعنى ؛ فهو عقد سلم ، والسلم يشترط فيه شروط ، ومنها تسليم الأجرة في مجلس العقد ، والصحيح اعتبار هذا العقد من عقود السلم ، وعليه ؛ فلا بد من قبض الأجرة في مجلس العقد حتى لا يجتمع في العقد قراران : وهما جهالة المسلم فيه ، وجهالة رأس مال السلم ؛ لأن السلم جوز على خلاف القياس ، فهو مرتبط بمعدوم ، وهذا غرر ؛ فكان الأصل فيه عدم الجواز ، ولكنه جوز لحجة الناس إليه دفعاً للحرج والمشقة في التعامل بين الناس.

الفرع السادس عشر: عقد الإجارة بلفظ البيع:

عقد الإجارة بلفظ البيع صورته: أن يعقد الإجارة بلفظ البيع فيقول: بعتك منفعة هذه الدار شهراً بكذا، فالأصح المنع، نظراً إلى اللفظ؛ لأن البيع موضوع للملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع، ولأن البيع لا يشترط فيه التأقيت، ومقابل الأصح وبه قال ابن سريج: يجوز انعقاد الإجارة بلفظ البيع نظراً إلى المعنى؛ لأن الإجارة نوع من البيع، فهي بيع المنافع، فتجوز بلفظ البيع إعمالاً للكلام، وإعمال الكلام أولى من إهماله، ولأن لفظ "بعتك" صريح في بابه يجد نفاذاً فيه فهو كناية في غيره وهو الإجارة.

الفرع السابع عشر: القراض على أن كل الربح للعامل:

صورة هذا الفرع: أن يقول المالك للعامل: قارضتك على أن كل الربح لك، فإذا قال ذلك؛ ففيه وجهان:

الوجه الأول، وهو الأصح: أنه قراض فاسد؛ نظراً إلى اللفظ، ولتخلف شرط القراض؛ لأن من شروطه أن يكون الربح مشترك بين العامل ورب المال، فإذا كان الربح كله للعامل؛ فسد القراض لمخالفته مقتضى العقد، فيكون له أجره المثل سواء أكان عالماً بالفساد أم كان غير عالم؛ لأنه طامع فيما أوجب له الشرع من الأجرة.

الوجه الثاني، وهو مقابل الأصح: أن هذا قراض صحيح رعاية للمعنى، ويستحق الربح كله، وكذلك يكون قراضاً فاسداً إذا قال له: قارضتك على أن كل الربح لي، وقيل: إنه إبداع، فكأنه قال: أبضعتك، والإبضاع: توكيل بلا جعل، وهو بعث المال مع من يتجر له به تبرعاً.

والأصح أن يكون هذا العقد قراضاً فاسداً نظراً للفظ ؛ وعليه فلا شيء للعامل في الربح ؛ لأنه متبرع بالعمل ، ولأنه رضي بذلك ، أو يكون له أجره المثل ، ولا يكون له نصيب من الربح في العقد الفاسد ، فمتى فسد العقد ؛ انتقلنا إلى أجره المثل ، ولا يكون للعامل نصيب من الربح عند فساد عقد القراض.

ويجري الخلاف فيما إذا لو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ، فإذا نظرنا إلى اللفظ فهذا العقد إبضاع فاسد ؛ لأن الإبضاع لا أجره فيه ، وإذا نظرنا إلى المعنى فهو قراض ؛ لأنه قال : ولك نصف الربح ، والحمل على الإبضاع أولى من الحمل على القراض ، وهنا اللفظ والمعنى متساويان ، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر.

الفرع الثامن عشر: ما إذا قال أو وكل كل شخص غيره أن يطلق زوجته طلاقاً منجزاً:

صورة هذا الفرع: أن الزوجة قد دخلت الدار فقال له الوكيل : إن كنت دخلت الدار ؛ فأنت طالق ، فهل يقع الطلاق؟ قال الإمام السيوطي : في هذا وجهان ؛ لأنه منجز من حيث المعنى ، ومعلق من حيث اللفظ فهما وجهان :

الأول: إذا راعينا المعنى وقع الطلاق منجزاً ؛ لأنه يعلم أنها دخلت الدار وأن المعلق عليه حصل يقيناً ، ولا عبرة لهذا التعليق الصوري.

الثاني: إن راعينا اللفظ ؛ فلا يقع الطلاق ؛ لأنه وكَّله في طلاق منجز ، وهو قد طلق طلاقاً معلقاً ، والراجح اعتباراً للمعنى فنقول بوقوع الطلاق ؛ لأنه وقع على وفق ما طلب الموكل ، وللاحتياط في الفروج.

الفرع التاسع عشر: ضمان الدين بشرط براءة المدين:

الضمان لغةً: الالتزام.

وشرعاً: التزام بين أو إحضار عين أو بدن، أو هو ضم ذمة إلى ذمة أخرى؛ وسمي بذلك لأن من التزم مال غيره؛ فقد جعله في ذمته.

وصورة المسألة: أن يقول شخص لآخر: ضمنت مالك الذي على فلان بشرط أنه بريء، فإذا نظرنا إلى اللفظ؛ فهو ضمان فاسد لأنه شرط شرطاً يتنافى مع مقتضى عقد الضمان؛ وهو براءة ذمة المدين، وكل شرط يتنافى مع مقتضى العقد؛ فهو شرط باطل ويبطل به العقد، وإذا نظرنا إلى المعنى؛ فهو عقد حوالة بلفظ الضمان، فيبرأ المحيل وهو المدين؛ إذ بالحوالة ينتقل الدين من المحيل إلى ذمة المحال عليه.

والأصح هو القول الأول؛ لأن دلائل الضمان فيه أكثر وأوضح من دلائل الحوالة؛ لذلك فإن دلالة اللفظ على الضمان أقوى، والشرط هو الذي أفسد الضمان.

الفرع العشرين: الحوالة بشرط إلا يبرأ المدين:

في هذه المسألة قولان:

القول الأول: إذا نظرنا إلى لفظ الحوالة؛ فهي حوالة فاسدة؛ لأن الحوالة تقتضي براءة ذمة المحيل من دين عليه، وكل شرط ينافي مقتضى العقد فهو شرط يفسد العقد؛ لأن مقتضيات العقود تجب بالشروع، فيعتبر تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع، فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع، فتكون الحوالة فاسدة.

القول الثاني: إذا نظرنا إلى المعنى فهو ضمان؛ لأن عدم البراءة من خواصه، فمعنى "أحلتك" هنا أي: جعلتك ضامناً لي، ولا تبرأ ذمة المحيل؛ لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة أخرى ولا تبرأ به ذمة المدين.

والأصح اعتبار اللفظ، فيكون هذا العقد من عقود الحوالة، وهي حوالة فاسدة، وعلة الترجيح أن الصيغة هنا قوية في الدلالة على كون هذا العقد حوالة فاسدة؛ نظراً لقوله: بشرط أن يبرأ المدين.

الفرع الحادي والعشرون: الوقف على غير معين:

إذ الوقف على غير معين كالفقراء، والمساكين، والعلماء، والمتعلمين، والمساجد، والمدارس، والقناطر، فهو وقفٌ صحيحٌ اعتباراً بالمعنى؛ لأن المقصود جهة القربى؛ ولهذا لا يجب الاستيعاب، بل يجوز الاختصار على ثلاثة من كل نوع.

وقيل: لا يصح الوقف اعتباراً باللفظ، فإن الوقف في هذه الحالة تملكٌ مجهول، وهذا الخلاف يجري في الوقف على قبيلة بني تميم، أو على غيرها من القبائل مما لا يكاد ينحصر، فإن راعينا القربى صح الوقف، وإلا فلا يصح لتعذر الاستيعاب، ولأنه تملكٌ مجهول، والتمليك لمجهول غير صحيح؛ لأن الوقف يقتضي القبول، ويكون من معين، وهو هنا ليس معيناً.

الفرع الثاني والعشرون: أخذ البعير ببعيرين قرضاً:

فيه وجهان:

الوجه الأول: أن هذا عقد قرض، وهو فاسدٌ نظراً إلى اللفظ؛ لأن القرض يجب فيه رد مثله، والبعيران ليس مثل البعير، فهو قرضٌ جر نفعاً، وهذا النفع مشروطٌ في العقد، وهذا هو الربا بعينه؛ لأن القرض المشروط يجب رد مثله فقط.

الوجه الثاني: أنه عقد بيع نظراً إلى المعنى، فكأنه قال: بعْتُك هذا البعير ببعيرين؛ لأن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، وهو بيعٌ حلال، وهذا هو الراجح؛ لأن

حمل الكلام على ما به يصح أولى من حملة على ما به يفسد، فيصح البيع ما لم يشتمل الثمن والمبيع على لبن يُقصد، فيكون رباً؛ لأن اللبن في ضرع البعير ربوي، وهو مقدرٌ بالتخمين في البدلية، والتخمين قد يخطئ، فلا تتحقق المماثلة، والجهل بالمماثلة كعين المفاضلة في باب الربا.

الفرع الثالث والعشرون: ادعاء المدين الإبراء من الدين:

لو ادّعى المدين أن الدائن أبرأه من الدين فشهد له شاهدان أنه وهبه ذلك الدين أو تصدق به عليه، فهل يقبل القاضي شهادة الشهود نظراً إلى المعنى؛ لأن المعنى إبراء المدين من الدين، أو لا يُقبل؟ أي: لا يقبل القاضي منهم هذه الشهادة نظراً إلى اللفظ؛ لأن الشاهدين شهدا بغير ما يدعيه المدعي؛ لأن التصديق أو الهبة لا يطابق الدعوى.

وفي هذه المسألة يكون الراجح اعتبار المعنى؛ لأن الشهادة هنا معناها: أن المدين عليه شيء للدائن، وتلاقت الشهادة مع الدعوى في المعنى، وهذا يكفي؛ لأن الأصل عدم ما يدّعيه المدّعي نظراً؛ لأن ذمة الشخص تكون على البراءة الأصلية، وكونه مشغول الذمة خلاف الأصل، ومن ثم يُقبل في شغل الذمة شاهدٌ واحدٌ ما لم يعتضد بآخر أو يمين المدّعي.

الفرع الرابع والعشرون: هبة منافع الدار:

هذا الفرع صورته: أن يقول شخص لآخر: وهبت لك منافع هذه الدار، فهل تصح الهبة أو لا؟ في هذه المسألة وجهان:

الوجه الأول: تصح الهبة، وتكون الدار إعارة نظراً إلى المعنى؛ لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة إلا بالاستيلاء على الدار، والمعنى على ذلك: وهبتك منافع داري

وأعرتك الدار لاستيفاء المنافع ، فلا طريق يوصل إلى استيفاء المنفعة إلا بجعل العين معارة ، فهبة المنافع ليست بتمليك بناءً على أن ما وهبت منفعه يكون عارية نظراً للمعنى ، وبه جزم الماوردي ، ورجحه الزركشي .

الوجه الثاني : لا تصح هبة المنافع ؛ لأن المنافع معدومة ، ولأن الهبة لا تتعلق إلا بالموجود ، والمنافع ليس له وجود ذاتي وليست من الأمور التي لها ذاتية مشخصة ؛ ولهذا رجع البلقيني أن الهبة تمليك منافع بلا مقابل ، والمالك له الرجوع فيها متى يشاء قبل القبض وقبل استيفاء المنافع ، ولا يلزمه عقد الهبة إلا فيما استهلك من المنافع ،

الفرع الخامس والعشرون : أن يقول الزوج لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق :

فهو طلاق معلق على دخول الزوجة الدار ، فهل يكون هذا حلفاً نظراً إلى المعنى لأنه يتعلق به منع ، أو لا يكون من قبيل الحلف نظراً إلى اللفظ لكونه أنه قال لها ذلك فليست هذه الألفاظ من ألفاظ الحلف لما فيه من التأقيت ، ولكون إذ ليست من ألفاظه بخلاف إن ؟

في هذه الصورة وجهان : الأول : أن هذا يمين ؛ لأن اليمين : ما يتعلق به حث على فعل ، أو على منع ، أو كان لتحقيق خبر ، فالحث على فعل مثاله : إن لم تدخل الدار فأنت طالق ، ومثال المنع من الفعل : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ومثال تحقيق الخبر قوله : إن لم يكن كما قلت فامرأتي طالق ، فهل الحلف بقوله : "إذا" كالحلف بقوله : "إن" في المعنى ؟

لتوضيح هذه المسألة نقول : "إن" تربط جوابها بشرطها مثل : إن ذاكرت نجحت ، ولا دخل لها بالزمن إطلاقاً ، وأما "إذا" فمثالها : إذا لم تدخل الدار فأنت

طالق، وهذا حلف؛ لأن الحلف ما تعلق به حث على فعل، أو منع من فعل، أو كان لتحقيق خبر، وهذا المعنى موجود في "إن" كما هو موجود في "إذا"، ولكن باعتبار اللفظ لا تكون "إذا" مثل "إن" في الحلف؛ لأن الزمن جزء من مدلولها، وليس المقصود من لفظها حث، أو منع، أو تحقيق خبر، فتكون "إذا" من صيغ الحلف اعتباراً بمعناها، وأما باعتبار لفظها فليست من ألفاظ الحلف لما في "إذا" من التأقيت.

وعليه؛ فلو قال الرجل لزوجته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، ففي هذه المسألة وجهان:

الوجه الأول: وهو الأصح أنه حلف نظراً إلى المعنى؛ لأن الحلف ما تعلق به منع.

الوجه الثاني: ليس بحلف نظراً إلى اللفظ، لكون "إذا" ليست من ألفاظه.

وثمره الخلاف تظهر فيما إذا قال الرجل لزوجته: إذا حلفت بالطلاق فأنت طالق، ثم قال لها: إذا دخلت الدار أو دار أبيك فأنت طالق، فإن راعينا اللفظ لا يقع الطلاق؛ لأنه تعلق به منع، وأما إذا قال لها: إن حلفت بالطلاق فأنت طالق، ثم قال: إن كانت الشمس طالعه فأنت طالق، فإن راعينا اللفظ لا يكون حلف؛ لأنه لم يتحقق فيه معنى الحلف، وهو الحث على فعل، أو المنع من الفعل، أو تحقق خبر، فلا تُطلق في الأول وتُطلق في الثاني إذا تحقق المعلق عليه، وإن راعينا المعنى طُلق في الأولى وطُلق في الثانية أيضاً.

وفيما إذا قال لها: إن حلفت بالطلاق فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، يقع في الأول لوقوع المعلق عليه، وهو الحلف، ويقع الثاني عند وقوع المعلق عليه، وهو الدخول، وفيما إذا قال الرجل لزوجته: إن حلفت

بالطلاق فأنت طالق، ثم قال: إذا دخلت دار أبيك فأنت طالق، إن راعينا معنى "إذا" وقع الطلاق الأول؛ لأن معناه الحلف، والثاني يقع مع وقوع المعلق عليه، وإن راعينا اللفظ لا يقع الأول؛ لأن "إذا" ليست من ألفاظ الطلاق، ويقع الثاني عند وقوع المعلق عليه.

الفرع السادس والعشرون: الوقف على الدابة:

هذا الفرع فيه وجهان:

الوجه الأول: البطلان، فالوقف على الدابة يكون باطلاً، وهو الأصح نظراً إلى اللفظ؛ لأن الدابة لا تملك، وتمليك ما لا يملك باطل، فهذا هو وجه البطلان، وأن الدابة لا تملك وليست أهلاً للتملك، وبناء عليه فلا يصح الوقف على بهيمة لعدم أهليتها للملك.

الوجه الثاني: أنه يصح الوقف على الدابة نظراً إلى المعنى، ويُصرف الوقف في هذه الحالة على علفها؛ لأنه يقصد العلف، فهو لم يرد الدابة نفسها بالتمليك والتملك، بل يريد ما يصرف عليها، فإن قصد به مالها، فهو وقفٌ عليه، فلو لم يكن لها مالك بأن كانت وقفاً فهل يبطل الوقف نظراً للفظ، أو يصح الوقف نظراً للمعنى، وهو الإنفاق على الدابة؟ فيه وجهان أيضاً:

الأول: أننا إذا نظرنا إلى اللفظ يبطل الوقف؛ لأنه وقفٌ على الدابة وليس لها مالك لكونها موقوفة.

الثاني: إذا نظرنا إلى المعنى صح الوقف على الدابة الموقوفة؛ لأن الإنفاق عليها قربة، وطاعة لله - تبارك وتعالى.

٢. حكم توارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتداخل أحكامها:

لمعرفة حكم توارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتداخل أحكامها يمكن الرجوع إلى قاعدة "المشغول لا يُشغل"، وهي التي تحكم توارد العقود المختلفة، ومعنى هذه القاعدة: أن الشيء الذي شُغل بأمر من الأمور لا يقبل أن يُشغل بأمر آخر؛ لأنه سبق شغله بالأمر الأول، فلا يُشغل بغيره؛ لأن المشغول لا يُشغل.

وعلى هذا؛ فإن المحل الذي ارتبط به عقد من العقود لا يمكن أن يُشغل بعقد آخر، والمراد بمحل العقد: ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه آثاره وأحكامه. هذا هو معنى القاعدة، ومعناها كما أوضحناه: أن المشغول بشيء لا يُشغل بشيء آخر تبعاً لمنطوق القاعدة "المشغول لا يُشغل"، والمراد -كما قلنا- بمحل العقد: ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه آثاره وأحكامه. فالعقود نوعان: إما أن ترتبط بالأعيان، وإما أن ترتبط بالمنافع، والمراد بالمنافع ما يشمل ملك المنفعة، وما يشمل حق الانتفاع، فهناك ما يُسمى بملك المنفعة، وهناك ما يُسمى بحق الانتفاع.

أما ملك المنفعة، فهو: الاختصاص الذي يُكسب صاحبه الانتفاع بنفسه، ويكون له أن يأذن لغيره في الانتفاع بعوضٍ أو بغير عوضٍ، وذلك كالعين المستأجرة، فالمستأجر له أن ينتفع بالعين المستأجرة بنفسه، وله أن يأذن لغيره في أن ينتفع بهذه العين بدلاً عنه، إما أن يكون بعوضٍ أو بغير عوضٍ. هذا هو ملك المنفعة.

أما حق الانتفاع، فهو: مجرد رخصة في الانتفاع بالعين، وهذا الرخصة بالانتفاع بالعين جاءت نتيجة إذنٍ عامٍّ أو خاصٍّ، وأوضح مثال لذلك هو حق الانتفاع بالمنافع العامة، ومنها: الطرق، والمدارس، والمصحات، وغيرها، ومنها: أن

يأذن شخص لآخر بركوب سيارته، فالمأذون له بالانتفاع لا يُعتبر مالاً للمنفعة، ومن ثمّ فلا يجوز له أن يملكها لغيره، وكذلك العارية التي يستعيرها الإنسان من غيره لينتفع بها فليس للمستعير إلا حق المنفعة بالعين المستعارة له أن ينتفع بنفسه، ولكن ليس له أن ينتفع بغيره، ولا أن يملك غيره هذه المنفعة.

وبناء على ما قدمناه فإنه إذا شغل المحل بعقدٍ من العقود سواءً كان العقد وارداً على عينٍ، وهو ملك العين، أو كان وارداً على منفعة، وهو ملك المنفعة دون العين، فلا يُشغل بآخر من العقود؛ لأن المشغول لا يُشغل، وهذا توضيحٌ لقاعدة "المشغول لا يُشغل".

دليل القاعدة:

هذه القاعدة لا تحتاج إلى دليل لأنها من البدهيات التي تدرك بالحواس، ومعلومٌ أن الأشياء التي يدركها الحس لا تحتاج إلى دليل، فالكوب المملوء بالماء لا يمكن أن يُملأ بالشربات مثلاً، وهذا أمرٌ لا يحتاج إلى استدلال، فالقاعدة ليس لها دليل، وإنما دليلها الحس والإدراك، والأمور الحسية التي تدرك بالحواس لا تحتاج إلى دليل، وليس يصح في الأذهان شيءٌ إذا احتاج النهار إلى دليل، إذا كانت الشمس طالعه، فالدليل عليها أننا ندرك أنها طالعه. هذا هو الدليل لهذه القاعدة، وأنه دليلٌ مستمدٌ من الحس والإدراك.

فروع قاعدة "المشغول لا يشغل":

هذه قاعدة مهمة، ولها أثرها، ولها أهميتها، من أهم فروعها ما يلي:

الفرع الأول: الرهن، قال السيوطي: ولهذا لو رهن رهناً بدين، ثم رهنه بآخر لم يجز في الجديد - أي: في المذهب الجديد - لأن للشافعي < مذهباً: مذهبه

القديم في العراق، ومذهبه الجديد في مصر؛ ولهذا فإنه لو رهن رهناً بدين ثم رهنه بآخر لم يجز في الجديد.

والرهن هو: جعل عين مال وثيقة بدين يُستوفى منها عند تعذر الوفاء، فلو رهن شخص عيناً مالية - أي: عين تقابل بالمال - في نظير دين عليه، ثم رهنها بدين مرة أخرى ولو للراهن الأول لم يجز في المذهب الجديد للإمام الشافعي؛ لأنه بالرهن الأول أصبحت العين مشغولة، فلا تقبل أن تُشغل برهن مرة أخرى مطلقاً؛ لأن المشغول لا يُشغل، وأما في المذهب القديم فيجوز أن تُرهن العين الواحدة في نظير دينين إذا كانت قيمة العين تزيد على قيمة الدينين أو كانت تساويهما؛ لأن هذا من قبيل شغل الفارغ وليس من قبيل شغل المشغول المحذور.

أما في الصورة الأولى فهي من شغل المشغول، وشغل الفارغ جائز عكس شغل المشغول فيجوز؛ ولهذا قال في (مغني المحتاج): والزيادة في الرهن شغل فارغ فيصح، والعلة في عدم الجواز في المذهب الجديد من مذهب الإمام الشافعي: أن العين المرهونة سوف تباع عند عدم الوفاء ليُستوفى منها الدين الأول، فلو أعطيناها رهناً لدين آخر لأدى هذا إلى تعذر الوفاء، فيكون ذلك من باب شغل مشغول ولو حكماً.

الفرع الثاني: الإحرام بالعمرة في أيام التشريق، قال الإمام السيوطي: لا يجوز للعاكف بمنى - أي: المقيم بمنى - في أيام التشريق أن يحرم بالعمرة لانشغاله بالرمي والمبيت؛ لأن هذا من قبيل شغل المشغول، فلو أن شخصاً أحرم بالحج، ثم ذهب إلى منى للرمي والمبيت فليس له أن يُحرم بالعمرة لانشغاله بأداء واجبات الحج، ويظل هكذا حتى تنتهي أيام التشريق، وهذا واضح كل الوضوح.

الفرع الثالث: إيراد عقدين على عين في محل واحد، وهذا ما يهمننا، فإذا ورد عقدان على عين في محل واحد، فلا يجوز إن اتحد المورد، كأن باع شخص داره لشخص آخر ثم باعها ثانيًا؛ لأن العين أصبحت مشغولة بعقد البيع الأول والمشغول لا يُشغل، فلا يجوز العقد الثاني؛ لأنه ورد على مشغول، أما إن اختلف المورد كما لو أجرها ثم باعها فيجوز؛ لأن العين بها موردان: الأول: بيع، وهو واقع على ذات المبيع، والثاني: إجارة، وهي واقعة على المنفعة، والعقد يتحقق بتوارد إرادتين على أمر خاص، وينبغي أن يُعلم أن إيراد العقد على العقد هنا ضربان:

الأول: أن يكون العقد الثاني قد صدر من البائع قبل لزوم الأول وقبل تمامه، فالعقد الثاني يعتبر فسخًا للأول؛ لأن البائع إذا باع المبيع في زمن الخيار كان هذا عدولاً عن البيع الأول، وكذا لو أجره، أما إذا صدر العقد الثاني من المشتري بعد قبض المبيع، فإن تصرفه دليلٌ على إمضاء العقد الأول، فإذا باع المشتري العين المشتراة بعد قبضها، فهذا معناه أنه أمضى العقد الأول ورضي به، ولولا ذلك ما تصرف فيه، فالتصرف دليلٌ على إمضاء العقد والرضا به.

الثاني: أن يرد العقد الثاني بعد لزوم الأول، وهو ضربان أيضًا:

الضرب الأول: أن يكون مع غير العاقد الأول، أو يكون مع العاقد الأول، فإن كان العقد الثاني مع غير العاقد الأول؛ فإن كان فيه إبطالٌ لحق الأول فهو له؛ لأنه ورد عن محل مشغول بعقد سابق، والمشغول لا يُشغل؛ فيصح الأول ويلغى الثاني، ومن ثم فلا يترتب عليه أثر، فلو أن رجلًا رهن داره، ثم باعها بغير إذن المرتهن، أو أجرها مدة محل فيها أجل الدين قبل انتهاء عقد الإجارة، فإن العقد الثاني يبطل؛ لأن فيه شغل مشغول، والمشغول لا يشغل وهو غير جائز.

هذا في حالة ما إذا تصرف هذا التصرف من غير إذن الطرف الذي له حق الانتفاع، أما إن أذن له المرتهن فالبيع صحيح؛ لأنه يملك التنازل عن الدين، ومن يملك التنازل عن الدين بأكمله يملك من باب أولى أن يأذن له في بيع العين المرهونة أو في إجارتها؛ إذن المنع إنما هو محافظة على حق المرتهن، وأن حقه مقدم، ومن ثم فإذا تصرف تصرفاً يضره بهذا التصرف، فلا يصح إلا أن يأذن له به، فإن أذن له فهذا حقه يتصرف فيه كما يشاء.

الضرب الثاني: أن يكون العقد الثاني مع العاقد الأول، فإذا اختلف المورد صح العقد الثاني قطعاً بعد لزوم الأول، ومثاله: أن يؤجر شخص داره لشخص آخر، ثم يبيعها له، فلا تنفسخ الإجارة بعقد البيع الذي طرأ على عقد الإجارة التي هي مملوكة للشخص الذي باع له العين المؤجرة له، والعلة في هذا البيع يصح؛ لأن المشتري عندما اشترى العين المؤجرة اشتراها وهو يعلم أنها مسلوقة المنفعة، فلا تنفسخ الإجارة، بل يظل عقد الإجارة سارياً ومستمراً، ويلزمه دفع الأجرة عن بقية المدة المتفق عليها لنهاية الإجارة.

فالملك لا ينافي الإجارة، وهذا هو الأصح، ومقابل الأصح: تنفسخ الإجارة بعقد البيع؛ لأن المنفعة تابعة للعين، ولا يمكن فصلها عن الرقبة، وعليه فلا يستحق البائع أجرة المدة الباقية، ويرد على مقابل الأصح بأن البائع وقت البيع لم يكن مالكا للمنفعة؛ لأنها خرجت عن ملكه بعقد الإجارة، وبما أن عقد البيع لا ينافي عقد الإيجار ولا يلغيه فيستحق البائع الأجرة في الإجارة عن المدة الباقية في عقد الإجارة، ولا تسقط بالاتفاق، والأثر المترتب على هذا الخلاف يظهر في لزوم دفع الأجرة عن المدة المتبقية من عقد الإجارة بعد ورود عقد البيع عليها هل يلزم أو لا يلزم؟

فعلى الأصح يلزم دفع الأجرة عن المدة المتبقية، وعلى مقابل الأصح لا يدفعها؛ لأن ملك المنفعة تابع لملك الرقبة، فتؤول ملكية المنفعة إلى المشتري بموجب عقد البيع، وينفسخ عقد الإجارة بعقد البيع، وعلى الأصح يستمر في الدفع؛ لأنه كان يعلم مسبقاً أن العين المباعة منزوعة المنفعة، وهو قد قبل ذلك والعقد شريعة المتعاقدين، وسوف تؤول إليه المنفعة فيما بعد إذا انتهت مدة الإجارة، فمدة الإجارة مؤقتة، وسوف تنتهي في يوم من الأيام.

الفرع الرابع: أنه إذا رهن داراً ثم أجرها منه، قال السيوطي في هذا الفرع: ولو رهنه داراً ثم أجرها منه جاز، ولا يبطل عقد الرهن، وجزم به الرافعي، وهذا الفرع من صوره ورود عقد الإجارة على عقد الرهن، ومورد العقدين مختلف، فالرهن متعلق بالعين، والإجارة متعلقة بالمنفعة، وهما موردان مختلفان، وبناء عليه فإذا رهن شخص داره لآخر في نظير دين عليه، ثم أجرها منه المرتهن جاز له ذلك، ولا يبطل الرهن به.

وهذا ما جزم به الرافعي لاختلاف المورد؛ لأن أحدهما وارد على العين، وهو الرهن، والثاني وارد على المنفعة، وهو عقد الإجارة، وهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما إذا اتحد المورد، كأن يستأجر شخص زوجته لإرضاء ولده، ففيه خلاف في المذهب الشافعي بين القديم والجديد؛ فقال العراقيون - وهو المذهب القديم -: لا يجوز عقد الإجارة على الزوجة؛ لأن الزوج يستحق الانتفاع بها في تلك المدة، فلا يجوز له أن يعقد عليها عقداً آخر يمنع الانتفاع بها؛ لأنها مشغولة بحقه، والمشغول لا يُشغل، وهذا مقابل الأصح.

أما الأصح: فإنه يجوز، ويكون الاستئجار من حين يترك الزوج الاستمتاع بزوجه، فيكون الاستئجار للإرضاع وارداً على الزمن الذي يترك فيه الزوج

الاستمتاع بالزوجة ولا يريده -أي: لا يريد أن يستمتع بها- وبذلك يكون عقد الإرضاع صحيح؛ لأن المورد مختلف، وإذا اختلف المورد صح العقد الثاني، وهو عقد الاستئجار للإرضاع مع عقد النكاح، فالأصح خارجٌ عن القاعدة.

الفرع الخامس: أن يستأجر إنسان للخدمة شخصاً آخر، قال الإمام السيوطي: ولو استأجر إنساناً للخدمة شهراً لم يجز أن يستأجره في تلك المدة لخياطة ثوب مثلاً أو لعمل آخر غير الخدمة، ذكره الإمام الرافعي في النفقات، فلو ورد عقدان على مورد واحد كأن يستأجر رجل شخصاً للخدمة شهراً، فهل يجوز له أن يستأجره مرة ثانية في نفس المدة لخياطة ثوب أو لزراعة أرض مثلاً؟ قال العلماء: لا يجوز له أن يستأجره إذا كان العقد الأول لم يتناول الخياطة أو الزراعة؛ لأنه مشغولٌ بالعقد الأول، فلا يصح أن يُشغل بالعقد الثاني عملاً بقاعدة "المشغول لا يُشغل" هذا ما قاله العلماء.

قال الإمام الزركشي: ومنه يؤخذ استئجار العكّامين للحج، والعكّامون هم الحمالون للأمتعة في الحج، الذين يحملون أمتعة الحجاج بالأجرة، فهؤلاء لا يجوز لأحد أن يستأجر واحداً منهم ليحج عن الميت؛ لأن مورد العقدين واحد، ولأنه مشغول مدة أداء الحج بحمل أمتعة الحجاج، والمشغول لا يُشغل بخلاف شغل الفارغ فإنه يجوز استئجاره لأداء الحج عن الميت.

هذا ما قاله الإمام الزركشي، فالإمام الزركشي اعتبر عقد استئجار العكّامين للحج من قبيل شغل المشغول، ورتب عليه عدم الجواز، والواقع غير هذا، بل هو من قبيل شغل الفارغ؛ لأنه يمكنه أن يؤدي أعمال الحج في غير وقت انشغاله بالحمل، وهذه المسألة نظيرها: استئجار الزوج لزوجته لإرضاع ولده؛ لأنه ليس في كل وقت مشغول، فيمكن القول بصحة عقد الإرضاع مع عقد النكاح،

وكذلك الحكم في استئجار العكّامين للحج عن الغير، ويكون في وقت الفراغ، فهذا من قبيل شغل الفراغ وليس من قبيل شغل المشغول.

٣. إذا كان للواجب بدل فتعذر الوصول إلى الأصل حالة الوجوب، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقراً بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده؟

معنى البدل: بدل الشيء ما يقوم مقامه عند فوات الأصل لا مع القدرة على الأصل، فإذا فُقدَ الأصل أو عُدِمَ القدرة عليه انتُقل إلى بدله، كالتراب بدل عن الماء عند فقدّه أو عدم القدرة على استعماله، وهذا معناه أن الأبدال إنما يظهر حكمها وجواز استعمالها عند عدم وجود الأصل بفقدانه، أو عدم القدرة على استعماله، ولا يجوز استعمال البدل كما لا يجوز الانتقال إليه مع وجود الأصل، ومع القدرة على استعماله.

ومن الأمثلة على ذلك: أنه لا يجوز التيمم بالتراب للتطهير عند وجود الماء والقدرة على استعماله، وإنما ينتقل الشخص للتيمم عند فقدان الماء أو عند عدم القدرة على استعماله.

ومنها -أي: من المسائل التي توضح هذه القضية-: أنه لا يجوز الصيام مع القدرة على الهدي في وقته أي دم التمتع والقران.

ومنها: أنه لا يجوز الانتقال إلى الصوم مع وجود الرقبة والقدرة على شرائها في كفارة القتل الخطأ، وبدل الشيء قائم مقام أصله، فكان حكمهما واحد المبدل تحقيقاً لقيامه مقامه في وفائه بالمطلوب؛ ولذلك كان حكمه حكم أصله لا بتناؤه على سبب أصله، فإذا كان حكم الأصل الوجوب كان البدل واجباً، وإن كان حكم الأصل الندب كان البدل مندوباً، فإن حكم الأصل إن كان التحريم كان

البدل محرّمًا ؛ لأن البدل معتبرٌ بأصله في السبب والحكم ، فالتيمم بدلٌ عن الماء عند عدم القدرة عليه ، فسبب الحاجة إلى الماء التطهر للعبادة ، وهو نفس سبب التيمم ، وحكم استعمال الماء الوجوب لذلك السبب ، فحكم التيمم كذلك عند عدم القدرة على الماء ، وجواز العبادة أو وجوبها مترتب على التطهير بالماء ، فهو كذلك مترتب على التطهير بالتراب ؛ لأنه قائمٌ مقام أصله .

وكذلك الصيام عند عدم القدرة على الأصل في كفارة اليمين ، وهي على التخيير بين العتق أو الإطعام أو الكسوة أو الصيام ، فالصيام مسببٌ عن وجوب الكفارة لليمين عند الحنث في اليمين ، فهو واجبٌ كوجوب أصله ، وقائمٌ مقام أصله في الوفاء ، فالبدل يقوم مقام الأصل ، وحكمه حكم الأصل ، والبدل يجب بالسبب الذي وجب به الأصل عند العجز عن الأصل ، وحكمه حكم الأصل ، والبدل إنما يظهر حكمه عند فوات الأصل لا مع القدرة على الأصل ، فلا يجوز التيمم بالتراب للتطهير عند وجود الماء والقدرة على استعماله .

ما يباح به التيمم : التيمم - كما هو معلوم - بدل من الوضوء كما هو بدل عن الغسل عند عدم الماء ، فيباح به ما يباح بهما من الصلاة ، ومس المصحف ، وغيرهما ، ولا يُشترط لصحته دخول وقت الصلاة ، وللمتيمم أن يصلي بالتيمم الواحد ما شاء له من الفرائض والنوافل .

فحكم البدل - وهو التيمم - حكم الوضوء سواء بسواء فعن أبي ذر < أن النبي ﷺ قال : ((إن الصعيد طهور المسلمين ، وإن لم يجد الماء عشر سنين ، فإذا وجد الماء فليمسه بشرته ، فإن ذلك خير)) رواه أحمد ، والترمذي ، وصححه هذا ما يباح بالتيمم ، وأنه يباح به ما يباح بالوضوء سواء بسواء فيأخذ حكم الوضوء تمامًا .

الأسباب المبيحة للتييم: يباح التيمم للمحدث حدثاً أصغر أو حدثاً أكبر في الحضر أو في السفر إذا وُجدَ سببٌ من الأسباب الآتية:

الأول: إذا لم يجد الماء أو وجد منه ما لا يكفيه لطهارة الحدث، وذلك لحديث عمران بن حصين < قال: ((كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فصلى بالناس، فإذا هو برجل معتزل، قال: ما منعك أن تصلي؟ قال: أصابتني جنابة ولا ماء قال: عليك بالصعيد فإنه يكفيك)) رواه الشيخان.

وفي رواية عن أبي ذر < عن رسول الله ﷺ قال: ((إن الصعيد طهور لمن لم يجد الماء عشر سنين)) رواه أصحاب السنن، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، لكن يجب على مَنْ لم يجد الماء ويريد التيمم للحدث الأكبر أو الأصغر يجب عليه قبل أن يتيمم أن يطلب الماء من رحله، أو من رفقته، أو ما قرب منه عادة، فإذا تيقن عدم الماء أو أنه بعيد لا يجب عليه الطلب.

الثاني من الأسباب: إذا كان به جراحة أو كان به مرض وخاف من استعمال الماء زيادة المرض أو تأخر الشفاء، سواء عرف ذلك بالتجربة أو إخبار الثقة من الأطباء لحديث جابر < قال: ((خرجنا في سفر فأصاب رجل منا حجر فشجه في رأسه، ثم احتلم فسأل أصحابه هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ فقالوا: ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء، فاغتسل فمات، فلما قدمنا على رسول الله ﷺ أخبر بذلك فقال: قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذا لم يعلموا، وإنما شفاء العي السؤال إنما كان يكفيه أن يتمم ويعصر أو يعصب على جرحه خرقه، ثم يمسح عليه، ويغسل سائر جسده)) رواه أبو داود، وابن ماجه، والدارقطني، وصححه ابن السكن.

السبب الثالث: إذا كان الماء شديد البرودة، وغلب على ظنه حصول ضرر باستعماله بشرط أن يعجز عن تسخينه ولو بالأجر، كان له أن يتيسر وأن يدخل

الحمام، لحديث عمرو بن العاص < : ((أنه لما بُعِثَ في غزوة ذات السلاسل قال: احتلمت في ليلة شديدة البرودة، فأشفقت على نفسي إن اغتسلت أن أهلك فتيمنت، ثم صليت بأصحابي صلاة الصبح، فلما قدمنا على رسول الله ﷺ ذكروا ذلك له فقال: يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب، قال: فقلت: ذكرت قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩] فتيمنت ثم صليت، فضحك رسول الله ﷺ ولم يقل شيئاً)) رواه أحمد، وأبو داود، والحاكم، والدارقطني، وابن حبان، وعلقه البخاري، وفي هذا إقرار، والإقرار حجة؛ لأنه ﷺ لا يقر على باطل.

السبب الرابع: إذا كان الماء قريباً من المكلف إلا أنه يخالف على نفسه، أو يخاف على ماله، أو يخاف أن يفوته الرفقة وأن يتضرر بفواتهم، أو قد حال بينه وبين الماء عدو يخشى منه سواء كان العدو آدمياً أو حيواناً مفترساً، أو كان مسجوناً، كان الشخص إذا كان مسجوناً وعجز عن استخراج الماء كأن كان في بئر ولا يستطيع أن يستخرجه لفقد آلة الماء للإخراج؛ لأن وجود الماء في هذه الأحوال كعدمه، وكذلك مَنْ خاف إن اغتسل أن يُرمى بما هو بريء منه، كأن كان يبيت عند صديق له وهو متزوج فيصبح جنباً، فإنه يجوز له التيمم مخافة أن يُرمى أو أن يُتهم بما هو بريء منه.

السبب الخامس: إذا احتاج إلى الماء حالاً أو مالاً لشربه أو شربه غيره، ولو كان كلب إذا لم يكن عقوراً احتاج الماء لعجن أو طبخ أو إزالة نجاسة غير معفو عنها، فإنه يتمم ويحتفظ بما معه من الماء، قال الإمام أحمد < : "فالرجل يكون في السفر فتصيبه الجنابة ومعه قليل من الماء، ويخاف أن يعطش، فإنه يتمم ولا يغتسل" رواه الدارقطني.

قال ابن تيمية: ومن كان حاقناً أو حاقباً - والحاقن هو المحتبس للبول، والحاقب هو المحتبس للغائط - فالأفضل أن يصلي بالتييمم غير أنه إذا كان في هذه الحالة فإنه لا يصلي وهو على حالته، بل إنه يُفرغ نفسه من البول والغائط ويتيمم، فذلك أفضل من أن يصلي بوضوء، وهو على هذه الحالة.

السبب السادس: إذا كان قادراً على استعمال الماء لكنه خشي خروج الوقت باستعمال الماء في الوضوء أو الغسل، فإنه يتيمم ويصلي، ولا إعادة عليه إن وجد الماء في الوقت، فعن أبي سعيد الخدري < قال: ((خرج رجلان في سفر، فحضرت الصلاة وليس معهما ماء؛ فتيهما صعيداً طيباً فصليا، ثم وجدا الماء في الوقت فأعاد أحدهما الوضوء والصلاة ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا له ذلك، فقال للذي لم يُعِدْ: أصبت السنة وأجزأتك صلاتك، وقال للذي توضعاً وأعاد: لك الأجر مرتين)) رواه أبو داود والنسائي.

أما إذ وجد المكلف الماء وقدر على استعماله بعد الدخول في الصلاة وقبل الفراغ منها، فإن وضوءه ينتقض، ويجب عليه التطهر بالماء؛ لحديث أبي ذر < عن رسول الله ﷺ قال: ((إن الصعيد طهور لمن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجد الماء فليمسه بشرته فذلك خير)).

وإذا تيمم الجنب أو الحائض لسبب من الأسباب المبيحة للتييمم وصلى لا تجب عليه إعادة الصلاة، ويجب عليه الغسل متى قدر على استعمال الماء؛ لحديث عمران < قال: ((صلى رسول الله ﷺ بالناس، فلما انقضى من صلاته إذا هو برجلٍ معتزلٍ لم يصل مع القوم، قال: ما منعك يا فلان أن تصلي مع القوم؟ قال: أصابتني جنابة ولم أجد الماء، قال: عليك بالصعيد فإنه يكفيك)).

ثم ذكر عمران أنهم بعد أن وجدوا الماء أعطي رسول الله ﷺ الذي أصابته الجنابة أعطاه إناء من ماء، وقال: ((اذهب فأفرغه عليك)) رواه البخاري، وعليه فإن

التيتم يكون بدلاً عن الماء في الطهارة الصغرى والكبرى يقوم مقامه ويسد مسده، ويستتبع به التيمم ما يستتبع بالطهارة المائية، وذلك على خلاف بين الفقهاء.

فذهب الحنفية إلى أنه إذا تيمم فله أن يستتبع بهذا التيمم ما شاء من الصلاة فرضاً أو نفلاً في وقتٍ واحدٍ أو في أوقات متعددة، واستدلوا لذلك فقالوا: وإنما أبيح ذلك؛ لأن التراب طهور بالنص القرآني بقوله تعالى: ﴿وَأِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾ [المائدة: ٦] وذلك بشرط عدم الماء، وكل ما هو طهور بشرط يعمل عمله ما بقي شرطه، وإنما صح ذلك عند الأحناف؛ لأن التيمم رافع للحدث كالماء.

ولكن ذهب الشافعية إلى القول بأن المكلف إذا نوى التيمم للفرض، فلا يستتبع بهذا التيمم إلا فرضاً واحداً، وله أن يصلي بهذا التيمم ما شاء من النوافل مع الفرض.

وقال المالكية مثل قول الشافعية إلا أنهم اشترطوا ألا يتقدم النفل على الفرض، فإذا تقدم النفل على الفرض فلا يصح له أن يصلي الفرض بهذا التيمم.

والراجح من هذه الأقوال: ما ذهب إليه الحنفية؛ لأن النص القرآني الذي استدلوا به يؤيد ما ذهبوا إليه، فالله ﷻ شرع التيمم لهذه الأمة، وجعله من خصائصها، وهو بدلٌ مطلقٌ عن الوضوء والغسل عند وجود المقتضي لهما، وذلك تخفيفٌ من الله ﷻ وتيسر على هذه الأمة، حيث قال الله تعالى: ﴿فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾ فأخبر الله ﷻ أن رفع

الجرح الذي يلحق بنا عند عدم وجود الماء هو السبب في أنه أباح لنا التراب عند فقد الماء، وقد جعله الله طهوراً لنا كما هو الحال في الماء، فتقييد ما أطلقه الله ﷻ تحكماً من غير دليل، هذا هو الدليل من القرآن للأحناف.

والسنة النبوية المطهرة قد أكدت هذا المعنى، فقد ورد في الصحيحين أن النبي ﷺ قال: ((جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِداً وَطَهُوراً)) أي: تربتها طهوراً، وروى أبو داود < أن رسول الله ﷺ قال: ((التيمن وضوء المسلم ولو لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجد الماء فليمسه بشرته، فإن ذلك خير)) فقوله ﷺ: ((فإن ذلك خير)) يدل على عدم الوجوب، وهو الحق الذي لا ريب فيه، أي: أن التيمم يرفع الحدث، وما دام الحدث قد ارتفع بالتيمم عند فقد الماء فله أن يصلي به ما شاء من الفرائض والنوافل في الوقت الواحد وفي جميع الأوقات الأخرى.

ولا يعيد المريض الصلاة التي صلاها بالتيمم عند فقهاء المذاهب الأربعة باستثناء ما ذكره الشافعي من أن المريض الذي يكون بجرحه دم كثير غير معفو عنه، إذا تيمم لهذا الجرح فإنه يعيد صلاته، وذلك بسبب الدم الكثير؛ لأنه نجاسة، وهي نجاسة غير معفو عنها في حالة الكثرة كما في هذه المسألة، فتكون الإعادة بسبب النجاسة لا بسبب التيمم في حد ذاته.

وأما مَنْ تيمم لفقد الماء وصلى فهل تجب الإعادة عليه؟ نقول: إذا تيمم شخص وصلى لفقد الماء، ثم وجد الماء في الوقت، ففي وجوب الإعادة عليه روايتان في مذهب الإمام أحمد:

الرواية الأولى: لا يلزمه، وهو قول الثوري، ومالك، وأبي حنيفة، وابن المنذر، وبه قال أشهب من المالكية، وبه قال ابن حزم في (المحلى)، واستدل أصحاب هذا القول بالكتاب والسنة، أما الكتاب فمنه قوله تعالى: ﴿فَأَنقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦]

وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وأما السنة فمنها قوله ﷺ: ((إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)) وبما روي عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري قال: ((خرج رجلان في سفر فحضرت الصلاة وليس معهما ماء؛ فتيما صعيداً طيباً فصليا، ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الوضوء والصلاة ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا له ذلك، فقال للذي لم يعد: أصبت السنة وأجزأتك صلاتك، وقال للذي توضع وأعاد: لك الأجر مرتين)) رواه النسائي وأبو داود.

ووجه الدلالة من الحديث: أن مَنْ صلى بالتيمم ثم وجد الماء بعد الفراغ من الوضوء والصلاة لا يجب عليه الإعادة، فصح بهذه النصوص الثابتة من الكتاب والسنة أننا لسنا بمأمورين إلا بما استطعنا، ولسنا متعبدين إلا بما نقدر عليه، فالمصلي من غير طهارة عند عدمها قد اتقى الله بما استطاع، والله تعالى يقول: ﴿فَأَقْضُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾.

الرواية الثانية: عند الحنابلة: يلزمه الإعادة، وبه قال الشافعي في (الأم)، فإذا حضرت الصلاة صلى على حسب حاله وعليه القضاء، واستدلوا بما رواه مسلم والبخاري في صحيحهما: ((أن النبي ﷺ: بعث أناساً لطلب قلادة عائشة، فحضرت الصلاة فصلوا بغير وضوء، فأتوا النبي ﷺ فذكروا ذلك له؛ فنزلت آية التيمم)) ولم ينكر النبي ﷺ ذلك عليهم، ولا قال: ليست واجبة في هذا الحال، ولو كانت الصلاة غير واجبة لبيّن ذلك لهم، كما قال لعمار < : إنما كان يكفيك كذا، وكذا.

واستدلوا على وجوب الإعادة لمن صلى بغير وضوء بقوله ﷺ: ((لا يقبل الله صلاة بغير طهور)) ولأنه عذر نادر، ولأنه لم يتصل فلم تسقط الإعادة، فمن صلى محدثاً ناسياً أو جاهلاً لحديثه.

والقول الأول، وهو: عدم الإعادة على من تيمم وصلى لفقد الماء، هذا القول هو الأصح، ويفارق نسيان الطهارة؛ لأنه لم يأت بما أمر به، وإنما ظن أنه أتى به، ويؤيد القول بعدم وجوب الإعادة قوله عليه السلام: ((لا تصلوا صلاة في يوم مرتين)).

وهذا القول هو الذي يتمشى مع يسر الشريعة وسماحة الإسلام الذي جاء به هذا الدين الحنيف، ومن عُدِمَ الماء وعُدِمَ الصعيد - وهو التراب - بكل حال يصلي على حسب حاله، ولا إعادة عليه؛ لأن الصحابة - رضوان الله عليهم - صلوا حين عُدِموا ما جُعِلَ لهم طهوراً، وشكوا ذلك للنبي ﷺ فلم ينكر عليهم ولم يأمرهم بالإعادة، قال الإمام النووي: وهو أقوى الأقوال دليلاً.

قاعدة "الأثر المعلوم وفي محله علة صالحة"، وما يتلوها من قواعد

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "الأثر المعلوم وفي محله علة صالحة"، وما يتلوها من قواعد ٣٠٧
- العنصر الثاني :** تابع القواعد التالية لقاعدة "الأثر المعلوم وفي محله علة صالحة" ٣٢٠

قاعدة "الأثر المعلول وفي محله علة صالحة"، وما يتلوه من قواعد

١. الأثر المعلول وفي محله علة صالحة:

أ. معنى هذه القاعدة: أن النتائج تنبني على مقدمات، والآثار تنبني على أسبابها وعللها؛ فإذا وجدنا نتيجة، أو أثرًا ما، فلا بد لهذه النتيجة من مقدمة، ولا بد للأثر من علة أو سبب، فإذا وجدنا في محل الأثر علة، أو وجدنا سببًا صالحًا لذلك الأثر، فهل نحيله على تلك العلة، أو على ذلك السبب، مع احتمال أن يكون ثمة علة أخرى، أو سبب آخر نتج عنه ذلك الأثر؟

وهذا في الحقيقة يدخل تحت قاعدة اليقين والشك، أو يدخل تحت غلبة الظن أو الشك، أو الظاهر مع غيره؛ ففي مسائل هذه القاعدة خلاف.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

الأول: أنه إذا وقع في الماء نجاسة، ثم غاب عنه، أي: غاب عن الماء، ثم وجده متغيرًا، فإنه يحكم بنجاسة هذا الماء، وذلك عند الحنابلة والشافعي.

إحالة للتغيير على تلك النجاسة. المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود مغير سواها.

الثاني: ما إذا جرح صيدًا جرحًا غير قاتل، ثم غاب عنه، ثم وجده ميتًا، ولا أثر فيه غير السهم، الذي ضربه به، فهل يحل أكل هذا الصيد؟ على روايتين، أي: أن هذه المسألة مختلف فيها بين الحل والحرمة.

الثالث: أنه إذا جرح المحرم صيدًا جرحًا غير مهلك، ثم غاب عنه، ثم وجده ميتًا، فهل يضمه كله، أو يضمّن أرش الجرح فقط؟ هذه المسألة مختلف فيها على روايتين.

٢. إذا وجد سبب إيجاب أو تحريم من أحد رجلين :

قاعدة أخرى ، وهي : "إذا وجد سبب إيجاب ، أو تحريم من أحد رجلين ، لا يعلم عينه منهما ، فهل يلحق الحكم بكل منهما ، أو لا يلحق بواحد منهما؟" على خلاف. أي : أن هذه القاعدة تختلف فيها.

أ. معنى هذه القاعدة :

أنه إذا صدر فعل ، أو قول من أحد رجلين ، أو من أكثر ، ولم يعلم الفاعل منهما ، أو لم يعلم الفاعل منهم ، إذا أنكر كل واحد منهم أنه صدر عنه هذا الفعل ، أو هذا القول ، فهل يلزم الحكم المترتب على ذلك الفعل من إيجاب ، أو تحريم يلزم كل واحد منهما ، أو منهم ، أو لا يلزم أي واحد منهم؟ خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة :

الأول : أنه إذا وجد اثنان منياً في ثوب ينامان فيه ، أو سمعا صوتاً خارجاً ، ولم يعلم من أي منهما ؛ ففي هذه المسألة روايتان :

الرواية الأولى : لا يلزم واحداً منهما غسل ، ولا وضوء ؛ نظراً إلى أن كل واحد منهما متيقن للطهارة ، وشاك في الحدث.

الرواية الثانية : يلزمهما الغسل ، والوضوء ؛ لأن الأصل زال يقيناً في أحدهما ، فتعذر البقاء عليه ، وتعين الاحتياط ، ولم يلتفت إلى النظر في كل واحد بمفرده.

الثاني : أنه إذا قال أحد الرجلين : إن كان هذا الطائر غراباً فامرأته طالق. وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فامرأته طالق. وغاب الطائر ، ولم يعلم ما هو ؛ ففي هاتين الصورتين وجهان :

الوجه الأول: وهو قول القاضي أبي يعلى، وأبي الخطاب، وغيرهما: يبقى كل واحد منهما على يقين نكاحه، أي: أن الزواج يكون باقياً وثابتاً؛ لأنه لا يزول بالشك.

الوجه الثاني: وهو اختيار الشيرازي، وابن عقيل: أنه تخرج المطلقة بالقرعة.

وذكر وجه ثالث: وهو احتمال وقوع الطلاق منهما حكماً، كما تجب الطهارة عليهما في المسألة الأولى.

٣. هل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقراً؛ بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده؟

قاعدة أخرى، وهي: "ما إذا كان للواجب بدل، فتعذر الوصول إلى الأصل حالة الوجوب، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقراً؛ بحيث لا يعود إلى الأصل عند وجوده".

أ. معنى القاعدة:

أن الواجبات نوعان؛ واجب لا بدل له، فيجب أدائه بنفسه، وواجب له بدل، ينتقل إليه عند تعذره؛ فإذا وجب على إنسان واجب، ولم يجده عند إرادة أدائه، فانتقل إلى بدله، ولكنه قبل فعل البدل وجد الأصل، فهل يعود الوجوب إلى الأصل، وقد قدر عليه، أو يتعلق الوجوب بالبدل تعلقاً مستقراً؟.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

الأول: هدي المتعة، إذا عدمه، ووجب الصيام عليه، ثم وجد الهدي قبل الشروع في الصيام، فهل يجب عليه الانتقال، أو لا؟ وكذلك كفارة اليمين،

وكفارة الظهار، ونحوهما، هل ينتقل إلى الأصل بعد وجوده، وكان قد عدمه، أو لا ينتقل؟

الثاني: إذا أتلّف شيئاً له مثل، وتعدّر وجود المثل، وحكم الحاكم بأداء القيمة، ثم وجد المثل قبل الأداء؛ وجب أداء المثل، لأنه قدر على الأصل قبل أداء البديل، فلزمه.

٤. الحكم إذا نوى إبطال العبادة أو نوى الخروج منها:

قاعدة أخرى، وهي: "إذا نوى إبطال العبادة، أو نوى الخروج منها؛ بطلت إلا الحج والعمرة قطعاً"، وكذلك الصوم - على قول - وفي الصلاة وجهان. وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة النية.

أ. معنى القاعدة:

أن الفعل لا يكون عبادة إلا بالنية المقارنة لبذئه؛ فإذا دخل المكلف في عبادة ما بنيته، ثم في أثنائها نوى إبطال هذه العبادة، أو نوى أن يخرج منها، ولم يصاحب هذه النية فعل، فهل هذه النية تبطل العبادة؟ الفقهاء متفقون على أن نية قطع الحج، والعمرة، وإبطالهما لا أثر لها؛ لأنهما لا يبطلان بالإفساد، فمن تلبس بحج، أو بعمرة؛ فإنه يجب عليه إتمامهما، إلا إذا أحصر، وإلا إذا اشترط. وأما ما عداهما من العبادات العملية؛ فاختلّفوا في إبطالها بمجرد النية، ولكن تفيد هذه القاعدة، أن عند الشافعية أن نية إبطال العبادة، أو الخروج منها تبطلها عدا ما استثنى. هذه هي القاعدة، وهذا هو معناها.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

الأول: من كان في صلاة فنوى الخروج منها، أو نوى قطعها وإبطالها؛ بطلت في الصحيح عند الشافعية، لشبهها بالإيمان، وعند الحنفية لا تبطل إلا بالفعل المنافي لها.

الثاني: من كان صائماً، ونوى قطع الصوم، أو نوى الأكل، أو الشرب، ولم يفعل؛ ففي قول يبطل صومه، والقول الآخر لا يبطل إلا بالفعل، وهو كذلك عند الحنفية.

٥. ما إذا وجب حقان بسببين فاستيفاء أحدهما لا يسقط الآخر:

نتقل بعد ذلك إلى قاعدة جديدة، وهي: "ما إذا وجب حقان بسببين، فاستيفاء أحدهما لا يسقط الآخر".

أ. معنى القاعدة:

أنه إذا وجب حقان على إنسان مختلفين، ثم استوفى أحد الحقين؛ فالثاني لا يسقط، ولا تبرأ ذمة من وجب عليه إلا من أحدهما؛ لأن استيفاء أحدهما مسقط للمستوفى فقط.

وأما الثاني فلا يسقط إلا بالوفاء أو الإبراء.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

من أمثلة هذه القاعدة: ما إذا قتل شخص إنساناً، ومزق ثيابه، أو قتل دابته؛ فاستيفاء القصاص للقتيل لا يسقط ضمان الثياب، ولا الدابة؛ بخلاف ما إذا

قتل، وسرق، فإذا أقتُص منه؛ سقط عنه القطع، لكن لا يسقط ضمان المسروق؛ لأن القطع من حقوق الله - تعالى - وحقوق الله ﷻ لا يدخل الأصغر في الأكبر منها.

٦. العين لا تقبل الأجل :

أ. معنى هذه القاعدة :

أن الأعيان لا تقبل التأجيل؛ لأنها لا تتعلق بالذمة، وإنما الذي يقبل التأجيل الأثمان؛ لأنها - أي: الأعيان - لا تتعلق بالذمة، ولا تكون الأعيان مؤجلة، إلا في عقد السلم؛ وذلك تبعاً لطبيعة ذلك العقد.

والأجل معناه: اشتراط مهلة زمنية قبل تسليم العين المبيعة

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة :

الأول: ما إذا باعه سلعة حاضرة، واشترط تسليمها له بعد مدة من الزمن؛ فالعقد باطل، لأن العين لا تقبل الأجل.

الثاني: ما إذا مات رجل وعليه دين إلى أجل؛ بطل الأجل، وحل الدين على الصحيح عند العلماء؛ لأن ذمة الميت خربت بالموت، ولأن حق الغريب صار كالعين في التركة؛ فيقدم على الوارثين.

ج. مستثنيات القاعدة :

أولاً: أن المسلم فيه في عقد السلم يجب تأجيله؛ وذلك نظراً لطبيعة هذا العقد، فمن أسلم في مقدور أو في مقدار محدد من التمر، وهذا المقدار مبين النوع، والأجل؛ فالعقد جائز.

ثانيًا: أن من استصنع ثوبًا أو بيتًا أو آلةً، واشتراط الصانع مدة زمنية لتسليم المصنوع؛ فالعقد جائز كذلك.

٧. قاعدة: "الإتلاف بعوض لا يوجب الضمان على المعتدي":

أ. معنى القاعدة:

أنه لا يتأتى اجتماع الأجر، والضمان؛ فليس على المعتدي إذا أتلّف شيئًا بعوض ضمانه وغرمه أيضًا.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

من أمثلة هذه القاعدة: أنه إذا وجب القطع على سارق؛ فأخرج يده اليسرى بدلًا عن يده اليمنى؛ فقطعت. يترتب على ذلك أمران:

الأمر الأول: أنه لا تقطع يده اليمنى بعد ذلك في هذه السرقة.

الأمر الثاني: أنه لا ضمان على قاطع اليد إن كان مخطئًا؛ لأن إتلاف هذه اليد قابلة للعوض، وهي سلامة يده اليمنى، وهي أكثر نفعًا للمقطوع من اليسرى، وهذا هو مذهب الإمام مالك. وهذا عند الحنفية من باب الاستحسان، وإلا فالقياس: أن يضمن القاطع، كما هو مذهب الإمام أحمد بن حنبل < .

لأنه أتلّف شيئًا محترمًا متقوّمًا، وكذلك عند الشافعية، ولكن الحنفية، والمالكية استحسنوا عدم الضمان؛ لأن فعل القاطع حصل في موضع الاجتهاد. هذه هي الأمثلة على قاعدة الإتلاف بعوض لا يوجب الضمان على المعتدي.

٨. قاعدة: "قاعدة الإتلاف الحكمي؛ لمنزلة الإتلاف الحقيقي في إيجاب الضمان":

أ. معنى القاعدة:

أن الإتلاف نوعان:

الأول: إتلاف حقيقي، كذبح الحيوان، أو حرق المتاع، أو أكل الطعام.

الثاني: إتلاف حكمي، كحبس الحيوان، وعدم إطعامه، أو ترك المتاع في مجرى السيل، أو تحت المطر، أو ترك الطعام حتى يفسد. وتدل هذه القاعدة على أن نوعي الإتلاف هذين بمنزلة واحدة في إيجاب الضمان على المتلف؛ وذلك لأن في كليهما إتلاف مال متقوم على صاحبه.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

الأول: ما إذا اصطاد محرم صيداً، فحبسه عنده حتى مات؛ فعليه جزاؤه، وإن لم يقتله؛ لأنه متلف لهذا الصيد حكماً بإثبات يده عليه، وحبسه، ومنعه عن الانطلاق، وحكمه كذلك، لو أخرجه من الحرم إلى الحل؛ فتلف في الحل، فعلى المحرم جزاؤه أيضاً.

الثاني: إذا حبس عنده الطعام لشخص آخر مما يسرع الفساد، فيتلف بحبسه عنده؛ فعليه ضمانه.

هذه هي الأمثلة لهذه القاعدة، التي أوردناها، وهي القاعدة التي تدل على أن الشيء يتلف بحبسه، وأن الإتلاف: إما أن يكون حقيقي، وإما أن يكون حكمي.

٩. قاعدة: "إثبات السبب الحادث للضمان يرجح إحدى البيتين على الأخرى":

أ. معنى القاعدة:

أنها تدل على أنه إذا تعارضت بيئتان، وإحدهما تثبت بسبب حادث للضمان؛ فهي مرجحة على البيئة الأخرى الخالية عن ذلك.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

من أمثلة هذه القاعدة: أنه إذا غصب رجل دابة رجل آخر، فأقام المالك البينة على أنها ماتت عند الغاصب، وأقام الغاصب البينة على أنه ردّها، وماتت عند صاحبها. قالوا: ترجح بينة صاحبها؛ لأنها أثبتت سبباً حادثاً للضمان، فيجعل كأنه ردّها، ثم أخذها الغاصب، وأتلفها. هذا هو المثال الذي يوضح هذه القاعدة.

١٠. قاعدة: "ثبوت الملك باعتبار حال المالك":

أ. معنى القاعدة:

أن المالكين، أو المالكين يختلفون في ثبوت ما يمكن أن يملكوه باختلاف أحوالهم، إما بالحرية أو الرق؛ فالحر يملك ما لا يملكه الرقيق، وإما باختلاف الذكورة والأنوثة؛ فالرجل يملك ما لا تملكه المرأة، وإما بحال الفعل وعدمه، وإما بالبلوغ والصغر.

ولكل في إثبات الملك أحكام؛ سواء في ذلك ما يتعلق بالعقود، أو ما يتعلق بإطلاقات، كالطلاق والإذن، والعق، وغير ذلك.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

الأول: أن الحر يملك المال، والعبد لا يملك المال؛ لأن العبد وما ملكت يده لمولاه.

الثاني: أن الحر يملك أن يتزوج أربعاً، والعبد على النصف من ذلك؛ له أن يتزوج اثنتين.

الثالث: أن الحر يملك أن يطلق ثلاث تطليقات، وأن العبد لا يملك سوى تطليقتين.

الرابع: أن الحرة عدتها ثلاث حيض، وأن الأمة عدتها حيضتان.

الخامس: أن الرجل يملك أن يطلق، وأن المرأة لا تملك ذلك.

السادس: أن الحر البالغ يملك التصرف فيما يملك، والصغير والمجنون لا يملكان ذلك.

فهذه هي الأمثلة التي توضح هذه القاعدة، وهي ثبوت الملك يكون باعتبار حال المالك.

١١. الثابت بظاهر الحال كالثابت بالبيئة حال عدم البيئة:

قاعدة أخرى، وهي: "الثابت بظاهر الحال كالثابت بالبيئة حال عدم البيئة"، وفي لفظ: "ظهور أمارات الشيء، هل ينزل منزلة تحققه؟"

أ. معنى القاعدة:

أن ظهور أمارات، وعلامات تدلنا على أمر مقصود، أو مظنون تقوم مقام البيئة عند عدم وجود البيئة في بناء الأحكام عليها، وذلك عند الحنفية، وعند الشافعية، خلاف في العمل بظاهر الحال.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

الأول: أنه إذا ظهرت أمارات الإفلاس على شخص، هل يجبر عليه، أو لا؟ نعم، يجبر عليه عند الحنفية، وعند الشافعية خلاف.

الثاني: إذا ظهر على السفينة أمارات التبذير حُجر عليه بلا خلاف.

الثالث: إذا بدت تباشير الهداية على الكافر، فابتدر واغتسل، ثم أقبل، وأسلم في الحال، هل يصح غسله في حال كفره؟ قالوا: صح على أحد الاحتمالين.

ج. يستثنى من هذه القاعدة:

ما إذا ظهرت أمارات نشوز المرأة؛ لم يترتب عليها حكم حتى يتحقق النشوز بالفعل. هذه هي قاعدة: أن ظهور أمارات وعلامات تدلنا على أمر مقصود، أو مظنون تقوم مقام البينة عند عدم وجود البينة في بناء الأحكام عليها.

١٢. "الثابت بمقتضى اللفظ كالمفوض":

نتنقل بعد ذلك إلى قاعدة جديدة، وهي: "الثابت بمقتضى اللفظ كالمفوض"، وفي لفظ: "الثابت بدلالة الكلام كالثابت بنص الكلام".

أ. معنى القاعدة:

أن المعنى المفهوم من عبارة النص، وألفاظه يكون حكمه حكم النص المفوض، إذا لم يوجد تصريح بخلاف ذلك المفهوم، وهذا ما يسمى عند الأصوليين بفحوى الخطاب، كما يسميها بعضهم مفهوم الموافقة، ويثبت الحكم بالدلالة، إذا عرف المعنى المقصود من الحكم المنصوص، وهذه الدلالة نوعان:

النوع الأول: أن يكون المعنى المفهوم ثابتاً بطريق الأولوية، ومعلوم قطعاً، وفي هذه الحالة تكون الدلالة قطعية، كما في تحريم التأليف في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ مُمَّا أَفِي﴾ [الإسراء: ٢٣]؛ فدلالة النص على التحريم في الضرب، وغيره من أنواع الأذى أولى من التأليف.

النوع الثاني: أن يكون المعنى المفهوم يحتمل غيره، وهو المقصود في الدلالة الظنية -الدلالة هنا ظنية، كما في إيجاب الكفارة على الفطر بالأكل والشرب عمداً في رمضان، وأما الثابت بالمقتضى، وهو الذي لا يدل عليه اللفظ، ولا يكون منطوقاً، ولكن يكون من ضرورة اللفظ، وهو أعم من أن يكون شرعياً أو عقلياً، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَسَلِّ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢]، فإن مفاد ذلك أن الثابت بدلالة النص، أو ضرورته، أو اقتضائه حكمه في الثبوت كحكم النص المنطوق، والمفوض به، لكن بشرط أن لا يوجد تصريح بخلافه.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

الأول: أن الواهب إذا أذن للموهوب له بقبض الموهوب تصريحاً؛ قبضه في المجلس وبعده، وأما إذا نهاه لم يصح قبضه؛ لأن الصريح أقوى في الدلالة، ولو سكت، فلم يأذن، ولم ينه صح قبضه في المجلس، ولا يصح بعده دلالة.

الثاني: أنه لو قيل لشخص قد بعث فقال: لم أبع، ولم أوص كان جحوداً ونفيّاً للبيع والوصية في الماضي، ومن ضرورته نفي العقد والوصية في الحال، وهو يملك نفي العقد في الحال. والثابت بضرورة النص كالثابت في النص.

الثالث: قوله ﷺ: ((لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد)) أي: لا صلاة تامة، وليس المراد نفي الصلاة بالكلية؛ لأنها موجودة فعلاً.

الرابع: قوله ﷺ: ((لا عمل لمن لا نية له)) أي: لا ثواب، ولا جزاء لمن يعمل بدون نية، وليس المراد نفي العمل؛ لأنه واقع فعلاً.

الخامس: ما إذا أقر بحائط لرجل، وقال: عاينت البناء دون الأرض؛ لم يصدق، ويقضى عليه بالحائط - أي: البستان - بأرضه؛ لأن اسم الحائط للمبنى، ولا يتصور ذلك إلا للأرض، وأما غير المبنى؛ فيكون أجراً وخشياً ولبناً، ولا يكون حائطاً.

١٣. "توارد العقود المختلفة بعضها على بعض وتتداخل أحكامها":

أ. معنى القاعدة:

أنه إذا توارد العقود، أو ورد عقد على عقد سابق بفعل من المكلف، فإذا ورد عقد جديد بسبب على عقد سابق بسبب آخر، فهل وجود العقد الجديد يبطل العقد القديم السابق؟ هذا هو منطوق القاعدة، وهذه القاعدة يندرج تحتها أمثلة.

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

من أمثلة هذه القاعدة: ما إذا رهنه شيئاً، ثم أذن له في الانتفاع به؛ فالرهن هو العقد الأول المورود عليه، وإذن الراهن للمرتهن الانتفاع بالمرهون يغير صفة العقد؛ حيث إن المرتهن لا يجوز له الانتفاع في المرهون، أما إذا أذن له الراهن، فهل ينتقل العقد إلى نوع آخر من العقود، كالعارية مثلاً؟

قالوا: إن الرهن بعد الإذن بالانتفاع، هل يصير عقد عارية حالة؛ فيحل له الانتفاع، أو لا؟ عند كثير من الحنابلة، بل والشافعية أيضاً، يصبح عقد عارية مضمون على المرتهن، ولكن هل يصير مضموناً بالانتفاع بالمرهون فعلاً، أو

بمجرد القبض ؛ خلاف بين العلماء. وقيل : إن شرط منفعة الرأي باطل ، وهو رهن بحاله فلا يتغير عن حاله الذي كان عليه.

وإذا أودعه شيئاً ، ثم أذن له في الانتفاع به ، قالوا : يصير مضموناً حالة الانتفاع ؛ لمصيره عارية - حينئذ. ولو أعاره شيئاً ، ثم رهنه عنده ؛ قياس مذهب الحنابلة صحت المعاملة ، ويسقط ضمان العارية ؛ لأنها ليست لازمة ، وعقد الرهن لازم.

تابع القواعد التالية لقاعدة "الأثر المعلوم وفي محله علة صالحة"

١. قبض كل شيء بحسبه :

معنى القاعدة : أن الأشياء تختلف بطبيعتها في صفة القبض كل بحسبه ، وكل على ما يكون القبض - بالنسبة له - قبضاً صحيحاً ، وقلنا : إنه إذا اشترى داراً ، فأخلاها له البائع ، وسلمه مفاتيحها ؛ كان هذا قبضاً له ، وإن لم يسكنها. وأنه إذا اشترى ثوباً فلبسه ، أو وضعه في متاعه ؛ كان قبضاً له. وإذا اشترى طائراً ، فجعله في قفص ، وصار به ، أو أخذه بيده ، ومشى به ؛ كان هذا قبضاً له. وإذا اشترى رجل ثمر بستان من النخل ، أو الفاكهة ، فهل يجوز له أن يبيع الثمرة في شجرها؟ قال ابن قدامة - رحمه الله - : يجوز له ذلك ؛ مستدلاً بفعل بعض الصحابة - رضوان عليهم ، والحجة أن المشتري له التصرف في الثمرة ؛ فكان له أن يبيعه ، كما لو قطعه ، وهذا هو قبض الثمرة عند الشراء يكون بالتخلية ؛ بتخلية البستان للبائع والثمرة ، قد وجد في التخلية ، والتخلية : تسليم ، والتخلية بين المشتري والمبيع قبض.

٢. قبض أحد البدلين كاف في انعقاد العقد بالتعاطي :

أ. معنى القاعدة :

أن عقد البيع يقتضي وجود بدلين ، إما الثمن والمبيع ، وإما بدلان عينان ، كشوب وشاة ، وينعقد العقد بمعرفة البدلين ، وتسليم أحدهما .

وعقد البيع له صورتان :

الصورة الأولى : البيع المعروف المتداول ؛ بأن يكون الثمن من المشتري ، والسلعة من البائع ، وهذا هو الأصل في عقد البيع .

الصورة الثانية : أن يكون بسلعتين من المتعاقدين ، وهو المسمى ببيع التعاطي ؛ حيث لا ثمن لإحدى السلعتين إلا مقابلتها بالسلعة الأخرى ؛ فمفاد القاعدة : أنه إذا قبض أحد المتعاقدين السلعة من صاحبه برضاه ، فإن ذلك كافٍ في انعقاد عقد البيع بالتعاطي ، وعلى الآخر أن يسلم سلعته لصاحبه في مجلس العقد ؛ لأن الأعيان لا تقبل التأجيل .

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة :

من أمثلة هذه القاعدة : ما إذا دفع ثوباً مقابل شاة ، فتسلم صاحب الشاة الثوب ؛ فإن العقد يعتبر منعقداً بينهما ، وعلى صاحب الشاة أن يسلم الشاة لصاحب الثوب .

٣. القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في دعوى الملك القديم :

أ. معنى القاعدة :

أن قبض الشيء المتنازع عليه يعتبر دليلاً على انتقال ملكية الشيء عن المحكوم عليه إلى المحكوم له ، ولكن هذا القبض لا يعتبر دليلاً على دعوى ملكية قديمة

للشيء المتنازع عليه ؛ لاحتقال قبضه بسبب غير مشروع ، والقبض هو تسليم الشيء المحكوم به للمدعي ، وهو دليل على قيام الملك في المقبوض ، وشرط القبض الصحيح الدال على انتقال الملك الرضا والاختيار من المنقول إلى المنقول إليه ، والحكم النافذ بذلك .

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة :

من أمثلة هذه القاعدة : ابتياع سيارة بثمن ، وقبضها بإذن البائع ؛ فيعتبر قبضه ، وتسليمها دليلاً على انتقال ملكيتها إلى المشتري ، وثبوت ثمنها للبائع في ذمة المشتري ، إذا لم يشترط قبض الثمن حالاً . وإذا ادعى على شخص داراً ، وهي بيد ذلك الشخص ، فلا يعتبر وضع يد المدعى عليه دليلاً على ملكية الدار ، فإذا قام المدعي البينة على ملكية الدار ؛ ثبت حقه في الدار ، ويلزم المدعى عليه - واضع اليد - يلزمه على أن يخليه ، ويسلمها للمدعي ، ولا يعتبر وضع يده عليها دليلاً على انتقال ملكيتها له .

٤ . القبض حجة لدفع الاستحقاق إذا زاحمه غيره :

أ. معنى القاعدة :

أن وضع اليد على الشيء ، وأن قبضه ، وتسلمه ؛ يكون حجة ودليلاً لدفع غيره ، ممن يدعي استحقاقه عما في يده ، ولكنه في نفس الوقت ليس حجة ؛ لإثبات استحقاقه لما ليس في يده ، لاحتقال أن يكون غاصباً أو سارقاً أو مشترياً من سارق أو غاصب ، ولذلك فإن بينة الخارج عند المعارضة ترجح على بينة ذي اليد .

ب. من الأمثلة التي توضح هذه القاعدة:

من أمثلة هذه القاعدة : أنه إذا وجد إنسان يركب سيارة، أو دابة، أو يلبس ثوباً؛ فهذا الفعل منه دليل ظاهر على أنه يملك ما تحت يده، وبه يدفع من يدعي الاستحقاق لهذا الشيء، لكن إذا أقام المدعي البينة على الملكية؛ نزع من يد القاضي، وسلم للمدعي، وإن لم يقوم المدعي في البينة؛ فإن وازع اليد المنكر استحقاق غيره عليه اليمين.

وإذا كانت هناك داران متلاصقتين فتباعا، وطالب كل مشترٍ لإحدهما الشفعة في الأخرى، وكان أحد المشتريين قد قبض الدار، والآخر لم يقبض؛ فإن قبض القابض يصلح حجة لإبطال دعوى خصمه الشفعة، فيما لم يقبض، ولكن لا يصلح قبضه أن يكون حجة؛ لإثبات استحقاق الشفعة في الدار الأخرى، فتجعل الداران كأنهما بيعتا معاً، فلا شفعة لأحدهما على الآخر، ولكن لو وقت أحدهما زمن شرائه، ولم يوقت الآخر؛ كانت الشفعة لمن وقت، أو لمن وقت تاريخاً أبعد، إذا كان وقتها جميعاً، وهذا عند من يجوز الشفعة للجار الملاصق.

٥. ما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد القابض لمال غيره:

القبض في الأشياء لا يخلو؛ إما أن يقبضه بإذن مالكة، أو بغير إذنه، فإن قبضه بغير إذنه، فإن استند إلى إذن شرعي كاللقطة؛ لم يضمن، وكذلك إذا استند إلى إذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف، ونحوه. وحكى في (التلخيص) وجهاً لضمان هذا، وفيه بعد، ونص أحمد على أن من أخذ حيواناً ضالاً؛ ليرده على صاحبه فشرده منه، وضاع فلا ضمان عليه، وإن خلا من ذلك كله؛ فهو متعد، وعليه الضمان في الجملة. وهذا إذا كان أصل القبض غير مستند إلى إذن.

أما إن وجد استدامة قبض من غير إذن ؛ فالاستدامة هنا ثلاثة أقسام :

القسم الأول : أن يكون عقد على ملكه عقداً لازماً بنقل الملك فيه ، ولم يقبضه المالك بعد. فإن كان ممتنعاً من تسليمه ، فهو غاصب ؛ إلا حيث يجوز الامتناع من التسليم ، كتسليم العوض على وجه ، أو لكونه رهناً له ، أو لاستثنائه منفعة مدة ، وإن لم يكن ممتنعاً من التسليم ؛ بل بإذن من المالك ، فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب إلا أن يكون المعقود عليه مبهماً ، لم يتعين بعد كففيزين من صبرة ؛ فإن عليه ضمانه في الجملة.

وبماذا يخرج من ضمانه؟ قال الخرقى ، والأصحاب : لا يزول ضمانه بدون قبض المشتري ، ولكن هل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التمييز ، أو لا يحصل بدون النقل فيما ينقل؟ هذا على روايتين : فإن اعتبرنا النقل امتداداً للضمان ، وهل يسقط بتفريق المشتري في النقل؟ على وجهين ، أشهرهما : أنه يسقط به ، والثاني : لا يسقط ؛ حتى يوجد النقل بكل حال.

وذكر القاضي في خلافه في مسألة الجوائح : أنه ظاهر كلام أحمد ، وفيه بعد ، ثم وجدته منصوفاً صريحاً عن أحمد في الثمرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع ، إذا أخرجها المشتري حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها ، أنها من ضمان البائع معللاً بأنها في ملك البائع ، وفي حكمه. نقله عنه الحسن بن ثواب ، وإن اعتبرنا التخلية مع التمييز ، وهو الصحيح ، فلأنه يحصل به التمكين من القبض.

ولعل اشتراط النقل ؛ إنما يخرج على الرواية الأخرى ، وهي ضمان جميع الأعيان قبل القبض ، فلا ينتقل الضمان هنا إلا بحقيقة القبض دون التمكين منه ، والأول أظهر ؛ لأن الذي يجب على البائع التمييز والتخلية ، وهو التسليم. فأما النقل فواجب على المشتري ؛ لأن فيه تفريراً لملك البائع من ماله ، فيكون بتركه

مفرطة، فينتقل الضمان إليه، ويشهد له شراء الثمر في رءوس النخل، فإن الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر إلى أوان أخذه، وصلاحيته له؛ سواء قطعه المشتري، أو لم يقطعه على الصحيح.

ولكن هل يعتبر انتقال الضمان التمكن من القطع، أو لا؟ خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة، ورجح عدم اعتبار التمكن، والذي عليه القاضي، والأكثر أن اعتبار التمكن من النقل في جميع الأعيان؛ فلا يزال في ضمان البائع حتى يحصل التمكن للمشتري من النقل، وصرح ابن عقيل بخلاف ذلك، وأنه يضمن كالأعيان المتميزة بمجرد العقد؛ سواء تمكن من القبض، أو لم يتمكن، كما قال في مسألة الجوائح، وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق.

القسم الثاني: أن يعقد عليه عقداً، وينقله إلى يد المعقود له، ثم ينتهي العقد، أو يفسخ، وهذان نوعان:

النوع الأول: أن يكون عقد معاوضة، كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب، أو خيار، وكالعين المستأجرة إذا انتهت المدة أو العين، التي أصدقها المرأة، وأقبضها، ثم طلقها قبل الدخول.

النوع الثاني: أن يكون غير معاوضة، كعقد الرهن إذا وفى الدين، وكعقد الشركة، والمضاربة والوديعة، والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم.

أولاً: أما المعاوضات فيتوجه فيها للأصحاب بوجوه:

الوجه الأول: أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم، فإن كان مضموناً عليه كان بعد انتهاء العقد مضموناً له، وإلا فلا. وهي طريقة أبي طالب، وصاحب الكافي في آخرين؛ اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر،

فعلى هذا إن كان عوضاً في بيع أو نكاح، وكان متميزاً، لم يضمن على الصحيح، وإن كان غير متميز ضمن، وإن كان في إجارة ضمن بكل حال.

الوجه الثاني: إن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده، كفسخ المشتري، أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما؛ فهو ضامن له، لأنه بسبب إلى جعل ملك غيره في يده، وإن استقل به الآخر، كفسخ البائع، وتلاقي الزوج؛ فلا ضمان لأنه حصل في يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان، فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره؛ وهذا الوجه ظاهر ما ذكره صاحب (المغني) في مسألة الصداق، وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة؛ لأنه تسبب إلى رفع العقد مع المؤجر.

ووجه أن الإذن في القبض؛ إنما كان لازماً للوجوب، والدفع للمالك، ولهذا يتملك المشتري، والمستأجر أخذه بدون إذنه، فبعد زوال الملك لا يوجد إذن سابق، ولا يوجد حق، ولو قدر وجود الإذن في القبض؛ فإنما هو إذن في قبض ما ملك عليه، فلا يكون إذناً في قبض ملكه.

الوجه الثالث: حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله؛ فإن كان مضموناً فهو مضمون، وإلا فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً؛ لأنه كان مضموناً على المشتري بحكم العقد، ولا يزول الضمان بالفسخ. صرح بذلك القاضي في خلافه، ومقتضى هذا الضمان أنه ضمان الصداق على المرأة. وهو ظاهر كلام صاحب (المحرر)، وأنه لا ضمان في الإجارة؛ لأن العين لم تكن مضمونة من قبل، وصرح بذلك القاضي، وغيره.

ويوجه بأن المبيع والصداق؛ إنما أقبضه؛ لانتقال ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة، فإنه أقبضها مع علمه بأنها ملكه؛ فكان إذناً في قبض ملكه بخلاف

الأول، حتى قال القاضي، وأبو الخطاب: لو عجل أجرتها، ثم انفسخت قبل انتهاء المدة؛ فله حبسها حتى يستوفي الأجرة، ولا يكون ضامناً.

الوجه الرابع: أنه لا ضمان في الجميع، ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة. صرح بذلك أبو الخطاب في (الانتصار)؛ لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان، فلم يضمنه كما لو أطارت الريح إليه ثوباً. وكذلك اختاره القاضي في (المجرد)، وابن عقيل في الصداق بعد الطلاق.

الوجه الخامس: التفريق بين أن ينتهي العقد، أو يطلق الزوج، وبين أن يفسخ العقد؛ ففي الأول: يكون أمانة محضة؛ لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكاً للأول، وفي الفسخ يكون مضموناً؛ لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية، فيصير مضموناً بغير عقد، أو على وجه السوم في صورة البيع. ومن صرح بذلك الأزجي في (النهاية)، وصاحب (التلخيص)، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في (مسائل الرد بالعيب)، وصرح بأنه يضمن نقصه، فيما قبل الفسخ، وبعده بالقيمة؛ لارتفاع العقد، ويصير مقبوضاً على وجه السوم.

ونقل الأثر عن أحمد فيمن دفع إلى آخر ديناراً من شيء كان له عليه، فخرج فيه نقض فقال للدافع: خذ وأعطني غيره. فقال: أمسكه معك حتى أبدله لك، فضاع الدينار. فقال: ما أعلم عليه شيئاً؛ إنما هو الساعة مؤتمن، فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة، ويحتمل - وهو أظهر - أن يكون إنما جعله أمانة؛ لأمر المعطي لإمساكه له، فهو كإيداعه منه.

ثانياً: أما عقود الشركات كالوكالة، والوديعة، والشركة، والمضاربة، والرهن إذا انتهت، أو انفسخت، والهبة إذا رجع فيها الأب، أو قيل بجواز فسخها مطلقاً، كما أفتى به الشيخ تقي الدين؛ ففيها وجهان:

الوجه الأول: أنها غير مضمونة. صرح به القاضي، وابن عقيل في الرهن، وأنه لا يجب رده إلى صاحبه؛ استصحاباً للإذن السابق، والائتمان، كما صرحوا به في الإجارة، وكذلك صرح به القاضي، وأبو الخطاب في خلافيهما في بقية العقود المسماة، وأنها تبقى أمانة، كما لو أطارت الريح إلى داره ثوباً. هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع؛ لأن الواجب التمكن منه، لا حمله إليه، والفرق بين عقود الأمانات المحضة، والمعاوضات: أن المعاوضات تضمن بالعقد وبالقبض، فإذا كان عقدها مضموناً؛ كان فسخها كذلك، وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد، فكذلك بالفسخ.

الوجه الثاني: أنه يصير مضموناً إن لم يتبادر إلى الدفع إلى المالك، كما لو أطارت الريح إلى داره ثوباً، وصرح به القاضي في موضع آخر من خلافه في الوديعة، والوكالة. وكلام القاضي، وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن؛ فإنهما عللاً كون الرهن أمانة بأنه أمانة ووثيقة، فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة، كما لو كان عنده وديعة، فأذن له في بيعه، ثم نهاه.

وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة، وبين الشركة، والمضاربة، والوكالة؛ بأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف، فإذا زال التصرف بقي الائتمان، بخلاف الوديعة فإنه ليس فيها غير ائتمان المجرد، فإذا زال صار ضامناً.

القسم الثالث: حكم المغصوب إذا أبرأ المالك الغاصب ضمانه؛ وهو أن تحصل في يده القبض للأعيان بغير فعله، كمن مات مورثه، وعنده وديعة، أو شركة، أو مضاربة، فانتقلت إلى يده؛ فلا يجوز له الإمساك بدون إعلام المالك، لأن المالك لم يأتمنه. وقد نص الإمام أحمد في رواية ابن هانئ في الرهن: أنه لا يقر في يد الوصي حتى يقره الحاكم في يده، فإن تلفت تحت يده قبل التمكن من الأداء؛

فلا ضمان لعدم التفريق، وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك، ويتخرج وجه آخر بالضمان، كما خرجه ابن عقيل في البيع، وإن تلفت بعده؛ فالمشهور الضمان لتعديده بترك الرد مع إمكانه، وهو غير مؤتمن.

وحكى صاحب (المقنع) وجهاً آخر، وأشار إليه صاحب (التلخيص) أنه لا ضمان: ويكون أمانة عنده، كما لو انقضت مدة الإجارة، ثم تلفت العين عند المستأجر، وبينهما فرق؛ فإن المستأجر مستصحب للإذن في القبض بخلاف هذا، وكذلك حكم من أطارت الريح إلى بيته ثوباً، ووقع في بعض كلام القاضي أنها أمانة عنده، ولعل مراده مع علم المالك، وإمساكه عن المطالبة؛ فيكون تقريراً. ولو دخل حيوان لغيره إلى داره؛ فعليه أن يخرج له ليذهب كما جاء، لأن يده لم تثبت عليه، وهذا بخلاف الثوب، ذكره ابن عقيل.

أما "إذا قبض من ماله بعهده لا يحصل به الملك" يكون ذلك على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما قبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية، فهو مضمون في ظاهر المذهب قالوا: لأن الإذن إنما تعلق بالانتفاع، وقبض العين وقع من حيث اللزوم، فهو كقبض المضطر مال غيره؛ لإحياء نفسه لا يسقط عنه الضمان، لأن إذن الشرع تعلق بإحياء نفسه، وجاء الإذن في الإتيان من باب اللزوم. ولو وهبه شقصاً من عين، ثم أقبضه العين كلها؛ ففي المجرد والفصول يكون نصيب الشريك وديعة عنده، واستدرك ذلك ابن عقيل، وقال: بل هو عارية؛ حيث قبضه ليتنفع به بلا عوض، وهذا هو الصحيح إن كان قد أذن له في الانتفاع به مجاًناً؛ لأن العارية إنما تكون بلا عوض، كما هو معلوم.

وأما إن طلب منه أجره فهي إجارة، وإن لم يأذن له في الانتفاع، بل في الحفظ فوديعة، ولو قال أحد الشريكين لشخص مستأجر مشترك بينهما: أنت حبيس

على آخرنا موتاً ؛ لم تنته الإجارة لموت الأول منهم ، ويكون في يد الثاني إلى أن يموت ، فتنتهي الإجارة.

القسم الثاني: ما أخذه لمصلحة مالكه خاصة كالمودع ، فهو أمين محض ، لكن إذا تلفت الوديعة من بين ماله ؛ ففي ضمانه خلاف. فمن الأصحاب من يبينه على أن قوله هل يقبل في ذلك ، أو لا ؟ ومنهم من يقول : تلفها من بين ماله أمانة على تفريطه فيه ، وقد فرق أحمد < بين العارية والوديعة ؛ بأن اليد في العارية أخذة ، وفي الوديعة معطية ، وهو يرجع إلى تعيين جهة المصلحة فيهما ، وكذلك الوصي والوكيل بغير جعل ؛ حتى لو كان له دين ، وعليه دين ، فوكله في قبض ماله ، وأذن له أن يستوفي حقه منه ، فتلف المال قبل استيفائه ؛ فإنه لا يضمه. نص عليه الإمام أحمد في رواية.

القسم الثالث: ما قبضه لمنفعة تعود إليهما ، وهو نوعان :

النوع الأول: ما أخذه على وجه الملك ، فتبين فساد ، أو على وجه السَّوْم. فأما الأول : فهو المقبوض عقد فاسد ، وهو مضمون في المذهب ؛ لأنه قبضه على وجه الضمان ، ولا بد من نقل. ابن مشيش قال ذلك ، ونقله عن أحمد فيما يدل على أنه غير مضمون ، كالمقبوض على وجه السَّوْم ، وكذلك صرح بجريان الخلاف فيه ابن الزاغوني في فتاويه ، ونقل حنبل عن الإمام أحمد في الهبة للشواب ، إن أراد ردها على صاحبه ، وقد نقصت بغير استعماله ؛ لم يضمن النقص ، وشبهه بالرأي ، وتأوله القاضي بتأوله ، وتأوله بعيد جداً.

وقد رده أبو البركات في تعليقه على الهداية ، ثم اختار تخريجه على أن الهبة للشواب يغلب فيها حكم الهبات ، ومن حكم الهبة ألا يضمن نقصها قال : ولازم هذا أن نقول لا يضمن قيمتها إذا تلفت بغير تعدد. قال : وهذا عندي من أحسن

الوجوه، ثم قال: ومع هذا ففيه نظر. وهو كما قال؛ لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنتقص بفعله، أو بغير فعله، ولما صح تشبيهه بالرهن، ويحتمل عندي تخريجه على أحد وجهين، وإما أن يكون على أن الهبة بالثواب لمجهول فاسدة؛ فيكون ذلك موافقاً لما روي عنه في المقبوض بعقد فاسد، وأنه غير مضمون، وإما على أنها صحيحة - وهو الأظهر - لقوله، ثم أراد رده إلى مالكه؛ فدل على أن له أن يمسه، وذلك لا يكون إلا مع الصحة.

فعلى هذا إنما لم يضمنه إذا نقص، لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض، وكذلك شبهها بالرهن.

وأما المقبوض على وجه السَّوْم؛ فمن الأصحاب من يحكي في ضمانه روايتين، سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه، وهي طريقة القاضي، وابن عقيل وصح الضمان؛ لأنه مقبوض على وجه البدل، والعوض، فهو كالمقبوض بعقد فاسد، ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمته، وإلا فهل يضمنه بالقيمة، أو بالثمن المقدر؟ على وجهين ذكرهما ابن عقيل، وقال ابن أبي موسى: إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه لأهله، فإن رضوه ابتاعه، فهو مضمون بغير خلاف، وكذلك إن ساوم صاحبه، ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه لأهله وإن أخذه بإذن مالكه من غير سوم، ولا قطع ثمن ليريه لأهله؛ فإنه مضمون عليه بثمنه، وفي ذلك روايتين أيضاً، أظهرهما: أنه غير مضمون عليه.

وجعل السامري الضمان فيما قطع ثمنه مبيعاً له، أو أنه يبيع بالمعاطاة بشرط الخيار، وهذا يدل على أنه يجري فيه الخلاف، إذا قلنا: لم ينعقد البيع بذلك. وفي كلام الإمام أحمد إيماء إلى ذلك؛ لأنه علل الضمان في رواية ابن منصور بأنه ملكه، وعلل في رواية غيره انتفاء الضمان فيما إذا لم يقطع بثمنه بأنه ملك للبائع

بعد حتى يقطع ثمنه ؛ ففهم منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه إلى المشتري ، ويؤخذ من ذلك أن المقبوض لعقد فاسد لا يضمن أيضاً ؛ لبقاء الملك فيه لملكه.

وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار أيتهما شاء ، فلا يضمنها ، وبين أن يكون سلعة واحدة ، وهذا يحتمل ثلاثة أمور :

الأمر الأول : ما قاله السامري : أنه بيع بشرط الخيار ، ويكون معلقاً على الرضا ، ويكون هو مفسوخ للعقد.

الأمر الثاني : أن يكون بيعاً معلقاً على شرط ، فقد فعله أحمد بنفسه لما رهن فعله بالثمن ، ويبعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضا به ، أو بعده.

الأمر الثالث : أن يكون بيعاً بالمعاطاة تراخى القبول فيه عن المجلس ، وقد نُص على صحة هذا العقد ، ومثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب ، ومن هذا النوع ما إذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطاً ؛ فإنها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض. ذكر هذا القاضي ، وابن عقيل ، والأصحاب.

ويحتمل ألا يضمن شيئاً على معنى تعليل أحمد في المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع ، ومن ذلك لو دفع إليه كيساً ، وقال له : استوف منه قدر حقك ، ففعل ، فهل يصح ذلك ؟ نعم ، يصح على وجهين ؛ بناء على قبض الوكيل لنفسه من نفسه ، والمنصوص في ذلك الصحة - نص عليه في رواية الأثرم - ويكون الباقي في يده وديعة ، وعلى عدم الصحة قدر حقه كالمقبوض بالسوم ، والباقي أمانة - ذكره في (التلخيص) ، ولو دفع إلى غريم له نقداً من غير جنس ما عليه ، ليصارفه عليه فيما بعد ؛ فهي أمانة محضة - نص عليه - مع أنها قبضت للمعاوضة.

وقياس قول الأصحاب أنها مضمونة ، كما قالوا في الضمان : من إذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء ، أنه مضمون لقبضه

على وجه المعاوضة، والأولى أن القبض -هنا- وجد قبل الاستحقاق؛ فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالاً عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبل الطلاق.

النوع الثاني: ما أخذه لمصلحتهما على غير وجه التمليك، لا عينه كالرهن، والمضاربة، والشركة، والوكالة بجعل، والوصية كذلك؛ فهذا كله أمانة على المذهب، وفي الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه، وتأولها القاضي، وأثبتها ابن عقيل، والأعيان المستأجرة والموصى لمنفعته أمانة كالرهن؛ لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق.

تنبيه:

هذا يدل على أن من الأعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق، ومنها ما له مالك غير معين:

فالأول: كالصيد إذا قبضه المحرم، فإنه يجب تخليته، وإرساله؛ سواء ابتداء قبضه في الإحرام، أو كان في يده، ثم أحرم. وإن تلف قبل إرساله، فإن كان بعد التمكن منه؛ وجب ضمانه للتفريط، وإن كان قبله لزمه الضمان فيما ابتداء قبضه في الإحرام، دون ما كان في يده قبله؛ لتفريطه في الأولى دون الثانية. وهذا هو قول القاضي وصاحب (المغني)، وخرج ابن عقيل الضمان فيهما؛ لأنها عين مضمونة، فلا يقف ضمانها على عدم التمكن من الرد، كالعواري، والغصوب.

والثاني: الزكاة إذا قلنا: تجب في العين؛ فالمذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال، لأنها وجبت شكرًا لنعمة المال النامي الموجود في جميع الأحوال، فهي شبيهة بالمعاوضة، ويستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد، كالديون والثمر في رءوس الشجر؛ لانتفاء قبضه، وكمال الانتفاع به، ومن الأصحاب من خرج وجهًا بسقوط الضمان قبل إمكان الأداء مطلقاً.

قاعدة "الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها عليها"، وما يتداخل معها من قواعد

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها عليها"، والقواعد المتداخلة معها ٣٣٧
- العنصر الثاني :** القواعد التالية لقاعدة "الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها عليها" ٣٥١

قاعدة الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها عليها، والقواعد المتداخلة معها

١. ما يتعلق الحكم فيه بملك واحد، وما يتعلق الحكم فيه بنفس العين:

الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الحكم واختلافها عليها وهي نوعان:
النوع الأول: ما يتعلق الحكم فيه بملك واحد، فإذا زال الملك سقط الحكم وله صور كثيرة:

الصورة الأولى: الإجارة: فمن استأجر شيئاً مدة فزاد ملك صاحبه عنه بتملك قهري يشمل العين والمنفعة، ثم عاد إلى ملك المؤجر والمدة باقية في هذه الصورة لم تعد الإجارة كما كانت، وهذا هو الظاهر؛ لأن ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الأجرة، فإذا استوفاه منه لم يبق له حق فتعود العين بمنافعها ملكاً للمؤجر، أما إن لم يستوف شيئاً فقد احتمل ذلك وجهين: والأظهر عدم استحقاق المنافع؛ لأن حقه سقط منها وانتقل إلى بدلها.

الصورة الثانية: الإعارة: فلو أعاره شيئاً، ثم زاد ملكه عنه، ثم عاد مرة أخرى؛ لم تعد الإعارة كما كانت.

الصورة الثالثة: الوصية: فإن الوصية تبطل بإزالة الملك ولا تعود بعوده مرة أخرى، هذا هو النوع الأول.

النوع الثاني: ما يتعلق الحكم فيه بنفس العين؛ من حيث هي تعلقاً لازماً لا يختص تعلقه بملك دون ملك؛ ولهذا النوع أيضاً صور كثيرة ومنها: الرهن فإذا رهنه عيناً رهنًا لازماً، ثم زال ملكه عنها -أي: عن العين المرهونة- بغير

اختياره، ثم عاد فالرهن باق بحاله؛ لأن الرهن وثيقة لازمة للعين، فلا تنفك وتتبدل بالأموال وتبدلها، وذلك كأرث الجناية، غير أن الأرث لازم لرقبة الجاني بدون القبض، والرهن لا يلزم، أو لا يصح بدون القبض.

وقد ذكر الأصحاب صوراً يعود فيها الرهن بعود الملك:

الصورة الأولى: لو تخمر العصير المرتهن، ثم تخلل فإنه يعود رهناً كما كان، وكذلك يعود الرهن بعد زواله وإن كان ملك الراهن باقياً عليه في مواضع.

الصورة الثانية: لو صالحه من دين الرهن على ما يشترك ضبطه في المجلس صح الصلح وبرئت ذمته من الدين وزال الرهن؛ فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله.

الصورة الثالثة: ما قاله أبو بكر: إنه إن عاد الرهن إلى الراهن بطل الرهن، فإن عاد إليه عاد رهناً كما كان، وفي كلام أحمد نحوه وتأوله القاضي وابن عقيل على أنه بطل لزومه؛ لأنه لو بطل بالكلية لم يعد بدون عقد، وهذا باطل بمسألة الصلح، وقد وافق عليها، والظاهر أن الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضا المرتهن، والمرتهن هو الدائن.

الصورة الرابعة: الأضحية المعينة؛ فإن الحق ثابت في رقبته لا يزول بدون اختيار المالك؛ فإذا تعينت الأضحية وتعيبت خرجت من كونها أضحية فإذا زال العيب عن الأضحية عادت أضحية كما كانت، وهذا ما ذكره ابن عقيل.

الصورة الخامسة: رجوع الزوج في نصف الصداق بعد الفرقة، فإنه يستحق، سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد، أو لم يزل؛ لأن حقه متعلق بعين المهر.

الصورة السادسة: عروض التجارة إذا خرجت عن ملكه بغير اختياره، ثم عادت فإنه لا ينقطع الحول لا ينقطع الحول بذلك، كما إذا تخمر العصير ثم تخلل، وهذا ما ذكره ابن عقيل وغيره.

الصورة السابعة: الرد بالعيب ؛ فإنه لا يمتنع بزوال الملك إذا لم يدل على الرضا.

الصورة الثامنة: رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا أخرجه الابن عن ملكه ، ثم عاد إليه فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا ؟ في هذه المسألة خلف.

الصورة التاسعة: رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها بعينها ، وكان المفلس قد أخرجه عن ملكه ، ثم عادت إليه ، وفي هذه المسألة ثلاثة أوجه :

الوجه الأول: أنه لا حق لهما فيها ؛ لأن حقهما متعلق بالعقد الأول المتلقى عنهما.

الوجه الثاني: أنه غير متعلق عنهما ، فلا يستحقان فيه رجوعاً.

الوجه الثالث: أنه إن عاد بملك جديد سقط حقهما ؛ وإن عاد بفسخ العقد فلهما الرجوع ؛ لأن الملك العائد بالفسخ تابع للملك الأول ؛ فإن الفسخ - كما هو معلوم - رفع للعقد الحادث فيعود الملك كما كان.

بهذا تنتهي هذه القاعدة بصورها وبأقسامها.

٢. قاعدة: "قبول قول الأمانة في الرد والتلف":

أما التلف: فيقبل فيه قول كل أمين ؛ إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان ، ومن لوازمه قبول قول المتلف في التلف ، وإلا للزم الضمان باحتمال التلف وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه ، ويستثنى من ذلك : الوديعة ؛ فإن الوديعة إذا هلكت من مال المودع على طريقة من يحكي الخلاف فيها في قبول قول المودع في التلف لا في أصل ضمانه ، وكذلك العين المستأجرة ، والمستأجر على عمل فيها حكي فيها رواية بالضمان ، فمن الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها ، فلا تكون أمانة ومنهم من حكي الخلاف في قبول معنى التلف وهي طريقة ابن أبي موسى ، فلا تخرج بذلك عن الأمانة.

وأما الرد: فالأمناء ثلاثة أقسام:

القسم الأول: من قبض المال لمنفعة مالكه، فالمذهب أن قوله في الرد مقبول، ونقل أبو طالب وابن منصور عن أحمد أن الوديعة إذا ثبتت بينة لم يقبل فيها دعوى الرد بدون بينة، وخرجها ابن عقيل على أن الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب، فيكون تركه تفريطاً فيجب فيه الضمان، وكذلك خرج طائفة من الأصحاب في وصي اليتيم أنه لا يقبل قوله في الرد بدون بينة، وعزاه القاضي في خلافه إلى قول الخرقي وهو متوجه على هذا المأخذ؛ لأن الإشهاد بالدفع إلى اليتيم مأمور به بنص القرآن الكريم، وقد صرح أبو الخطاب في انتصاره باشتراطه الإشهاد عليه كالنكاح.

القسم الثاني: من قبض المال لمنفعة نفسه وذلك كالمرتهن؛ فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير، وخرج أبو الخطاب وأبو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله في الرد؛ لأنه أمين في الجملة وكذلك الخلاف في المستأجر.

القسم الثالث: من قصد المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه وذلك كالمضارب وكالشريك وكالوكيل بجعل، وكالوصي كذلك.

ففي قبول قولهم في الرد وجهان؛ وذلك لأن الوجه الأول: عدم القبول، ونص عليه أحمد في (المضارب) في رواية ابن منصور أن عليه البينة بدفع رأس المال وهو اختيار ابن حامد وابن أبي موسى، والقاضي في (المجرد) وابن عقيل وغيرهم.

وأما الوجه الثاني، فهو قبول قولهم في ذلك، وهو اختيار القاضي في خلافه وابن أبي الحسين، والشريف أبي جعفر وأبي الخطاب في خلافه ووجدت ذلك منصوباً عن أحمد في رواية أبي منصور في المضارب أيضاً، في رجل دفع إلى آخر ألف درهم مضاربة، فجاء بألف فقال: هذا ربح قد دفعت إليك ألفاً رأس

مالك، قال هو مصدق فيما قال، ووجدت في مسائل أبي داود عن أحمد نحو هذا أيضًا، وكذلك نقل عنه مهنا في (المضارب) الذي دفع إلى رب المال كل يوم شيئًا، ثم قال: كان رأس المال؛ فهذا أن القول قوله مع يمينه، وحكم الأجير المشترك حكم هؤلاء، وكذلك من يعمل في عين بجزء من ثمنائها؛ لأنه إما أجير، أو شريك، والفرق بينهم وبين المستأجر أن المستأجر قبض مال المؤجر ليستوفي منه حق نفسه، فصار حفظه لنفسه، وصار المال في أيديهم أمانة لا حق لهم فيه، وإنما حقهم فيما ينمى منه، أو في ذمة المالك. أما من يعمل في المال بجزء من عينه، فهو كالوصي الذي يأكل من مال اليتيم، فالقول قوله في الرد أيضًا، وقد صرح به القاضي؛ لأن المال لم يقبضه لحق نفسه، بل قبضه للحفظ على المالك وحقه فيه متعلق بعمله، وهذا بخلاف المرتهن، والمستأجر.

ومن ثم فها هنا أربعة أقسام:

القسم الأول: أن يدعي الأمين أنه رد الأمانة إلى من ائتمنه، وهذا هو الذي ذكرناه.

القسم الثاني: أن يدعي أن الرد إلى غير من ائتمنه بإذنه، فهل يقبل قوله، هذه المسألة تختلف فيها على وجهين:

الوجه الأول: وهو المنصوص هو اختيار أبي الحسن التميمي أنه يقبل قوله.

الوجه الثاني: لا يقبل، فقل لتفريطه بترك الإشهاد على المدفوع إليه؛ فلو صدقه الأمين على الدفع لم يثقب الضمان، وقيل: بل لأنه ليس أمينًا للمأمور بالدفع إليه، فلا يقبل قوله في الرد إليه كالأجنبي، وكل من هذه الأقوال الثلاثة قد نسبت إلى الخرقى، بل نسب إليه أن دعوى الوصي في الرد إلى اليتيم غير مقبول - كما سبق بيانه - فربما اطردها في دعوى الرد من جميع الأمناء إلى من ائتمنهم

وهذا بعيد جداً، وربما اختص بالوصي؛ لأن ائتمانه ليس من جهة الصبي؛ فهو كالأجنبي معه وهذا إذا ادعى الرد بإذن المالك؛ فإن ادعاه مع عدم إذنه، فلا يقبل منه، حتى ولا الأداء إلى الوارث والحاكم؛ لأنهما لم يأتماه، نقله في (التلخيص) إلا أن يدعي الرد إلى من يده كيد المالك وذلك كوكيله أو يدعي الرد في الوديعة إلى خازنه ونحوه ممن يحفظ ماله؛ لأن أيديهم كيده. ويتوجه في دعوى الرد إلى الحاكم والوارث بعد الموروث القبول لقيامهما مقام المؤتمن وهو رد مبرئ، أي: تبرأ منه الذمة بهذا الرد.

القسم الثالث: هو أن يدعي غير الأمين كوارثه أن الأمين رد إلى المالك، فلا يقبل قوله؛ لأنه غير مؤتمن، فلا يقبل قوله. ومن المتأخرين من خرج وجهها بالقبول أن الأصل عدم حصولها في يده، وجعل أصل أحد الوجهين فيما إذا مات من كان عنده أمانة ولم توجد في تركته ولم يعلم بقاؤها عنده، فإنها لا تضمن ولا حاجة إلى التخيير إذن؛ لأن الضمان على هذا الوجه منتف، سواء ادعى الوارث الرد، أو ادعى التلف، أو لم يدع شيئاً على الإطلاق.

القسم الرابع: أن يدعي من حكمه حكم الأمانة في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد، كوارث المودع ونحوه، وكالملتقط بعد ظهور المالك، ومن أطال الريح إلى داره ثوباً إذا ادعوا الرد إلى المالك، ففي (التلخيص): لا يقبل قولهم؛ لأن المالك لم يأتهم، أو توجهوا قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف؛ لأنه مؤتمن شرعاً في هذه الحالة، ثم بعد ذلك أورد هذا التنبيه، فقال: تنبيه.

هذا التنبيه ينبئ أن عامل الصدقة مقبول القول في دفع الزكاة إلى المستحقين، حتى ولو كذبوه، وهذا باتفاق وبغير خلاف، وإن كان وكيلاً بجعل. ذكره القاضي في

(الأحكام السلطانية) ؛ لأن الصدقة عبادة ، فلا استخلاف فيها فكذلك لا يستخلف أربابها إذا ادعوا الدفع إلى العامل ، وأنكر ، فكذلك العامل على الصدقة ؛ لأنه أمين فيصدق ، حتى ولو كذبه أربابها ، فيقبل قوله عليهم في الرد ، وأما العامل على الخراج ، فلا يقبل قوله في الدفع إلا بنية ، أو تصديق. ذكره القاضي أيضاً وعلل ذلك بأن الخراج دين ، فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه إلى مستحقه .

وهذا التعليل منتقض بالوكيل في استيفاء دين ودفعه إلى مستحقه ، فإن قوله مقبول في ذلك وهما سواء ، والأظهر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل ، فإن كان الوكيل متبرعاً ، فالقول قوله ، وإن كان وكيلًا بجعل ؛ ففيه وجهان ، وكذلك يخرج في عامل الوقف وفي ناظره .

٣. قاعدة : "إذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها" :

إذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها ؛ فهل يفسد العقد بذلك ، أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ؟
في هذه القاعدة خلاف يلتفت ، أو ينبني إلى أن المذهب في هذه القاعدة ، هل هو اللفظ ، أو المعنى ؟ .

ويتخرج على ذلك عدة مسائل :

المسألة الأولى : لو أعاره شيئاً وشرط عليه العوض فهل يصح ذلك أو لا ؟ في هذه المسألة خلاف على وجهين :

الوجه الأول : يصح ويكون كناية عن القرض فيما يملكه بالقبض ؛ فالقرض يملك بالقبض إذا كان مكلياً ، أو موزوناً ، وهذا ما ذكره أبو الخطاب في انتصاره ،

وكذلك ذكره القاضي في خلافه، وأبو الخطاب في موضع من رءوس المسائل أنه يصح عند الحنابلة، فالحنابلة يصح عندهم شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض الهبة؛ لأن العارية والهبة منفعة، ولا تفسد بذلك، مع أن القاضي قرر أن الهبة المشروط فيها العوض ليست بيعاً، وإنما الهبة تارة تكون تبرعاً وتارة تكون بعوض. وهذا الوجه يصحح المسألة.

الوجه الثاني: فإنها تفسد بذلك، وجعله أبو الخطاب في موضع آخر في المذهب؛ لأن العوض يخرجها عن موضوعها. وفي (التلخيص) أنه إذا أعاره بقرته على أن يعيره الآخر فرسه، فهي إجارة فاسدة، والإجارة الفاسدة غير مضمونة، فهذا رجوع إلى أنها كناية في عقد آخر، والفساد إما أن يكون لاشتراط عقد في عقد آخر، وإما لعدم تقدير المنفعتين، وعليه خرجه الحارث وقال: وكذلك لو قال: أعرتك دابتي لتمونها، أو لتعلقها، وهذا يرجع إلى أن مؤنة العارية تكون على المالك، وقد صرح الحلواني في (التبصرة) بأنها على المستعير.

المسألة الثانية: لو قال: خذ هذا المال مضاربة، والربح كله لك، أو: خذ هذا المال مضاربة، والربح كله لي، فقال القاضي ابن عقيل: هي مضاربة فاسدة، والمضاربة الفاسدة يستحق فيها العامل أجره المثل، وكذلك قال صاحب (المغني) ولكنه قال لا يستحق شيئاً صورتني الثانية؛ حيث قال: والربح كله لي أي: لصاحب المال؛ إذن العامل ليس له شيء من الربح؛ فليس له شيء من الربح؛ لأنه دخل على أن لا شيء له ورضي به.

وقال ابن عقيل في موضع آخر في باب المساقاة، وقال في (المغني) في موضع آخر، إنه إبطاع أي: المضاربة بحيث لا يكون للعامل فيها شيء من الربح، إنما هي إبطاع صحيح، والإبطاع: هو بيع المال مع من يتجر فيه من غير عوض،

فراى الحكم دون اللفظ ، وعلى هذا ، فىكون فى الصورة الأولى قرضاً ، أى : أنه أقرضه المال لىتاجر فىه وىأخذ الربح كله ، وىرد رأس المال إلى صاحبه ، فهو فى الصورة الأولى قرض ، وفى الصورة الثانية إبطاع .

المسألة الثالثة : لو استأجر المكىل ، أو الموزون ، أو النقود ، أو الفلوس ولا ىذكر ما ىستأجرها به ، فقال القاضى فى خلافه فى الإجازات ؛ ىصح وىكون قرضاً ، وهنالك فى المسألة وجه آخر : وهو أنه لا ىصح .

المسألة الرابعة : لو أجره الأرض بثلث ما ىخرج منها من زرع ؛ نص أحمد على صحته واختلف الأصحاب فى معناه ، فقال القاضى : هى إجارة على حد المزارعة تصح بلفظ الإجارة ، ىعنى مزارعة بلفظ الإجارة ، وحكم المزارعة هو حكم الإجارة ، وقال أبو الخطاب وابن عقىل وصاحب (المغنى) هى مزارعة بلفظ الإجارة ؛ فتصح على قول الحنابلة ، وىجوز أن ىكون البذر من العامل ، وإلا فلا تكون مزارعة .

المسألة الخامسة : لو أسلم فى شىء حالاً فهل ىصح أن ىكون بىعاً ، ىعنى : إذا كانت العىن المسلم فىها موجودة وقت عقد السلم ، والمفروض أن تكون مؤجلة ، أو غائبة لو أسلم فى شىء حالّ موجود ؛ فهل ىصح أن ىكون السلم بىعاً ، أو لا ىصح ؟ وجهان :

الوجه الأول : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد فى رواية المروزى قال : لا ىصح البىع بلفظ السلم . هذا هو الوجه الأول .

الوجه الثانى : فإن السلم ىصح بلفظ البىع ، وهذا ما قاله القاضى فى موضع من خلافه ىبقى مسألة السلم ، وهل ىصح السلم بلفظ البىع مختلف فىها بین الصحة وعدم الصحة .

المسألة السادسة: إذا قال لزوجته: أنت علي حرام، وعنى به الطلاق، وقلنا: الحرام صريح في الظهار؛ فهل يلغو تفسيره هذا ويكون ظهاراً، أو يصح ويكون طلاقاً؟ هذه المسألة مختلف فيها على روايتين.

المسألة السابعة: لو قال له - في دين السلم - : صاحني منه على مثل الثمن، ثم قال القاضي: يصح هذا ويكون إقالة، وقال هو وابن عقيل: لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله؛ لأنه نفس حقه، فيخرج في المسألة وجهان متفاوتاً إلى اللفظ والمعنى.

٤. قاعدة: "من استأجر عيناً ممن له ولاية الإيجار، وزالت ولايته قبل انقضاء المدة..." :

من استأجر عيناً ممن له ولاية الإيجار، ثم زالت ولايته قبل انقضاء المدة، فهل تنفسخ الإجارة، هذه هي القاعدة، وفيها مسائل، والكلام في هذه المسائل ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن تكون الإجارة بولاية محضة؛ فإن كان وكيلًا محضًا؛ فالكلام في موكله دونه وإن كان مستقلًا بالتصرف، فإن انتقلت الولاية إلى غيره لم تنفسخ الإجارة؛ لأن الولي الثاني يقوم مقام الأول، كما يقوم المالك الثاني مقام المالك الأول. وإن زالت الولاية عن المولى عليه بالكلية، ومثاله: الصبي الذي يبلغ بعد إيجاد عقاره، والمدة باقية؛ ففي الانفساخ في هذه المسألة وجهان:

الوجه الأول - والأشهر -: عدم الانفساخ وهو قول القاضي وأصحابه؛ لأن تصرفه تصرف لازم، فلا ينفسخ ببلوغه، كما لو زوجه، أو باع عقاره.

الوجه الثاني: أن التصرف ينفسخ. وهذا ما ذكره صاحب (المغني) وجهًا واحدًا؛ لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها بالكلية، فأشبه إجارة البطن الأول للوقف إذا

انقرض قبل انقضاء المدة وفارق البيع ؛ لأن البيع عقد ينبرم في الحال ، وتنقطع علقته ، نعم... لو كان بلوغ الغلام في مدة الخيار ، ففيه نظر ، وكذلك النكاح يكون مثل البيع ، ينبرم من حينه ويستقر المهر فيه بالدخول ، بخلاف الإجارة ؛ لأن الأجرة تنقسط فيها على المدة ، ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئاً بعد شيء .

وذكر صاحب (المغني) وجهاً آخر في المسألة وهو أنه : إن أجره مدة يعلم الصبي بلوغه فيها قطعاً لم يصح في الزيادة ، ويخرج الباقي على تفريق الصفقة ونحوه ، وهذا ما ذكره صاحب (التلخيص) أيضاً موافقاً فيه ما ذكره غيره ، وقال به صاحب (المغني).

القسم الثاني : وهو أن تكون إجارته بمقتضى ملكه ، ثم تنتقل الملكية إلى غيره ، وهذا أنواع :

النوع الأول : أن تنتقل الملكية عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولي عليه ؛ ففي هذه الحالة تنفسخ الإجارة بملكه المنافع الباقية منه ويدخل تحت هذا النوع ما إذا أجر مسلم شيئاً ، ثم استولى عليه الكفار ، أو إذا أجر الحربي شيئاً لحربي ، ثم استولى عليه المسلمون ، أما في الصورة الأولى ، وهي ما إذا أجر الحربي شيئاً لمسلم ، أو ذمي ، ثم استولى عليه المسلمون فالإجارة باقية ؛ لأن المنافع ملك لمعصوم ، فلا تملك ولا تنتقل منه إلى غيره ؛ لأن الملك محترم ولا يجوز التعدي عليه .

النوع الثاني : أن ينتقل الملك إلى من خلفه ، أو إلى من يخلفه في ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه ، فلا اعتراض له على عقوده ، بل هو منفذ لها ، ومن الأمثلة على ذلك : الوارث والمشتري ، والمتهب ، أو المتهب ، والموصى له بالعين ، وكذلك الزوجة إذا أخذت العين صداقاً ، أو أخذ الزوج منها عوضاً عن خلع ، أو عوضاً عن صلح ، أو عوضاً عن غير ذلك من الصور المشابهة لما ذكرناه .

النوع الثالث: أن يكون مزاحماً للأول في الاستحقاق ومتلقياً للملك عمن تلقاه الأول، لكنه لا حق له في العين إلا بعد انتهاء استحقاقه، كالבطن الثاني من أهل الوقف، أو أصحاب الوقف إذا أجز البطن الأول ثم انقرض والإجارة قائمة. وفي هذه المسألة وجهان:

الوجه الأول: وهو ما قاله القاضي في (المجرد) أنه قياس المذهب: لا تنفسخ الإجارة؛ لأن الثاني لا حق له في العين إلا بعد الطبقة الأولى ما تنقضي، فهو كالوارث.

الوجه الثاني: وهو المذهب الصحيح وبه جزم القاضي في خلافه وقال: إنه ظاهر كلام الإمام أحمد وابنه أبي الحسين وحكياء عن أبي إسحاق، واختاره ابن عقيل وغيره: أنه عقد لا ينفسخ، فالإجارة باقية؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف فهنا يتحدث عن إجارة الوقف، يستحقه بعد انقراض الطبقة الأولى، فلا حق للأولى فيه بعد انقراضهم، فينتقل الحق إلى من بعدهم، وهذا بخلاف الورثة، فإنهم لا يتلقون عن مورثهم إلا ما خلفه في ملكه من الأموال، ولم يخلف هذه المنافع، وحق المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلية، بل آثاره باقية كما هي؛ ولذلك تقضى ديونه وتنفذ وصاياه.

والموروث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه من الميراث الذي هو التركة المشتركة بين الورثة جميعاً، وهي ملكه على قوله أي: على ملك المورث إلى أن تقضى ديونه، فكيف يعترض عليه في تصرفاته بنفسه. وأيضاً فهو كان يملك التصرف في ماله على التأييد بوقف عقاره والوصية به، وكذلك الوصية وبما تحمل من شجرته أي: بما يحمل البستان من الثمار؛ فإن يد الموقوف عليه بخلافه في ذلك كله، وخرج صاحب (المغني) وجهاً آخر ببطلان العقد من أصله بناء على تفريق

الصفقة، لكن الأجرة إن كانت مقسطة على أشهر مدة الإجارة، أو على أعوامها، فهي صفقات متعددة على الأصح في الوجهين، فلا تبطل جميعاً بطلان بعضها وإن لم تكن مقسطة، فهي صفقة واحدة، إن لم تكن مقسطة، فهي صفقة واحدة، فيطرد فيها الخلاف المذكور.

وفي ثبوت الوجه الأول نظر؛ لأن القاضي إنما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه لكون النظر له مشروطاً، وهذا محل تردد، أعني إذا أجر بمقتضى النظر المشروط له، هل يلحق بالنظر العام، فلا تنسخ بموته الإجازات أو لا؟ فإن من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالنظر العام، فيكون كالناظر العام في ذلك وهكذا يكون حكم المقطع إذا أجر إقطاعه - أي: الأرض التي أخذها عن طريق الإقطاع - ثم انتقلت عنه إلى غيره بإقطاع لغيره - أي: بطريق الإقطاع أيضاً.

النوع الرابع: أن يكون مزاحماً للأول في استحقاق التلقي عمن تلقى عنه الأول بسبق حقه وتقديمه عليه، وهو المشتري للشقص المشفوع إذا أجر، وقلنا بصحة تصرفاته بالإجارة، أو غيرها، ثم انتزعه الشفيع، في هذه الصورة ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: وهو ما ذكره صاحب (المقنع) بأن العقد لا يفسخ، فعقد الإجارة باقٍ؛ لأن ملك المؤجر ثابت، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أن أخذه بالشفعة؛ لأنه يصح له أن ينتزع العين المنتفعة، فإذا فات أحدهما رجع إلى بدله وهو الأجرة ها هنا، كما نقول في الوقف إذا انتقل إلى البطن الثاني ولم تنسخ إجارته أنهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال.

وكذلك نص أحمد في رواية جعفر بن محمد في مثل ذلك في بيع العين المؤجرة، وأن المشتري يستحق الأجرة من حين البيع، وهذا مشكل؛ لأن المنافع في مدة الإجارة غير مملوكة للبائع، فلا تدخل في عقد البيع.

ويجاب عنه بأن البائع يملك عوضه وهو الأجرة، ولم تستقر بعد، ولو انفسخ العقد لرجعت المنافع إليه، فإذا باع العين ولم يستثن شيئاً لم تكن تلك المنافع ولا عوضها مستحقاً له لشمول البيع للعين ومنافعها، فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقه منها، وهو استحقاقه عوض المنافع مع بقاء الإجارة، وفي رجوعها إليه مع الانفساخ، وهذا هو أحد الوجهين للأصحاب، وهو ما نص عليه أحمد أولاً، وهو ما ذكرناه قبل، وقد قلنا برجوع المنافع إلى البائع عند الانفساخ، وهو الذي ذكره صاحب (المغني) هذا هو الوجه الأول، وهو أن الإجارة لا تنفسخ.

الوجه الثاني: أن الإجارة تنفسخ بأخذه وهو المجزوم به في (المحرر) لما قلناه من ثبوت حقه في العين والمنفعة فيملك انتزاع كل منهما ممن هو في يده، وفارق إجارة الوقف على وجه؛ لأن البطن الثاني لا حق لهم قبل انقراض البطن الأول، وهنا حق الشفيع ثابت قبل إيجار المشتري، فيفسخ بأخذه لسبق حقه؛ ولهذا قلنا على رواية إن تصرف المشتري في مدة الخيار مراعى؛ فإن فسخ البائع بطل، وأيضاً فلو لم تنفسخ الإجارة لوجب ضمان المنافع على المشتري بأجرة المثل لا بالمسمى؛ لأن عليه الضمان في أحد الوجهين من أنه إذا أعتق عبده المستأجر لزمه ضمان قيمة متاعه منفعه فيما بقي من المدة.

الوجه الثالث: أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الإجارة وبين أن يتركها وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسألة إعارة العارية وهو أظهر؛ فإن الإجارة بيع للمنافع، ولو باع المشتري العين، أو بعضها؛ كان الشفيع مخيراً بين الأخذ ممن هو في يده وبين الفسخ ليأخذ من المشتري.

النوع الخامس: أن ينفسخ ملك المؤجر ويعود إلى من انتقل الملك إليه منه؛ فالمعروف من المذهب أن الإجارة لا تنفسخ بذلك؛ لأن فسخ العقد رفع له من

حينه لا من أصله، وصرح أبو بكر في التنبيه بانفساخ النكاح، ولو أنكحها المشتري، ثم ردها بعيب بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله، وقال القاضي وابن عقيل في خلافهما: الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه، والفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله؛ لأن الخيار يمنع اللزوم بالكلية؛ ولهذا يمنع معه التصرف في المبيع وثمنه بخلاف العيب.

القواعد التالية لقاعدة الأحكام المتعلقة بالأعيان بالنسبة إلى تبدل الأملاك واختلافها عليها

١. قاعدة: "القبض في العقود على قسمين":

أحدهما: أن يكون القبض من موجب العقد ومقتضاه، كالبيع اللازم، والرهن اللازم، والهبة اللازمة، والصدّاق وعوض الخلع؛ فهذه العقود تلزم من غير قبض، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها.

الثاني: أن يكون القبض من تمام العقد، كالقبض في السلم وفي الربويات وفي الرهن، والهبة، والوقف على رواية، والوصية على وجه، وفي بيع غير المعين أيضاً على خلاف فيه، فأما السلم فمتى تفرق قبل قبض رأس مال السلم؛ بطل، وكذلك في الربويات.

وأما الرهن والهبة فهل يعتبر القبض فيهما في جميع الأعيان، أو في المبهمة غير المتميز، كقفيز من صبرة؟ على روايتين، وأما الوقف ففي لزومه بدون إخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان، وأما الوصية فهل تلزم بالقبول في المبهمة؟ فيه وجهان، واختار القاضي وابن عقيل أنها لا تلزم بدون قبض وخرج صاحب (المغني) وغيره وجهين في رد الموقوف عليه المعين للوقف، هل يبطل برده، أو

لا؟ وقد صرح القاضي في المجرد بأن الملك في الوقف لا يلزم بدون القبض، وأما المبيع المبهمة فذكر القاضي في موضع أنه غير لازم بدون القبض، وذكر في موضع آخر أنه لازم من جهته ولم يتعرض للمشتري، ولعله غير لازم من جهة البائع؛ لأنه لم يدخل في ضمانه بعد، فاختر صاحب (المغني) أنه لازم في حقهما جميعاً، وقال: هو ظاهر كلام الخرقي.

واعلم أن كثيراً من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبراً وبه تلزم وتستمر لا يكون ذلك لازماً لانعقادها وإنشائها، ومن صرح بذلك صاحب (المغني) وأبو طالب في انتصاره وصاحب (التلخيص) وغيرهم، ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطاً للصحة، ومن صرح بذلك صاحب (المحرر في عقد الصرف والسلم والهبة)، وقال في (الشرح): مذهب الحنابلة أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض، وكذلك قال ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالإيجاب في غيرها، وكلام الخرقي يدل عليه أيضاً، وكذلك ذكر القاضي أن القبض شرط في صحة عقد الصرف والسلم، وصرح به كثير من الأصحاب، ولكن صاحب (المحرر) لم يذكر في الرهن إلا أن القبض شرط للزومه، وصرح أبو بكر بأنه شرط لصحته، وأن الرهن يبطل بزواله، وكذلك صاحب (المحرر) في (شرح الهداية)، والشيرازي وغيرهما.

وأما القرض، والصدقة، والزكاة وغيرها ففيها طريقتان:

الأول: لا يملك إلا بالقبض رواية واحدة وهي طريقة (المجرد) و(المبهم) ونص عليه أحمد في مواضع.

الثاني: أنه في المبهمة لا يملك بدون القبض بخلاف المعين، فإنه يملك فيه بالعقد وهي طريقة القاضي في خلافه، وابن عقيل في مفرداته، والحلواني وابنه إلا أنهما

حكيا في المعين روايتين في الهبة ، وأما السهم من الغنيمة فيملك بدون القبض إذا عينه الإمام بغير خلاف ، صرح به الحلواني وابن عقيل وغيرهما ، وأما العارية فلا تملك بدون القبض إن قيل : إنها هبة للمنفعة ، وخرج القاضي فيها رواية أخرى أنها تملك بمجرد العقد كهبة الأعيان ، وتلزم إذا كانت مؤقتة ، وإن قيل : هي إباحة ، فلا يحصل الملك فيها بحال ، بل يستوفي على ملك المالك كطعام الضيف .

قال الشيخ تقي الدين : التحقيق أن يقال في هذه العقود : إذا لم يحصل القبض فلا عقد ، وإن كان بعض الفقهاء يقول : بطل العقد ، فكما يقال : إذا لم يقبل المخاطب ؛ بطل الإيجاب ، فهذا بطلان ما لم يتم ، لا بطلان ما تم .

ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والقبول ، كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة ، وفي الهبة وجه ثالث حكى عن ابن حامد أن الملك فيها يقع مراعى ما قد يؤول إليه ، فإن وجد القبض تبيّن أنه كان للموهوب بقوله ، وإلا فهو للواهب ، وأما البيع الذي يعتبر له القبض ففي كلام أبي بكر ما يدل على أنه لا ينعقد بدون القبض ، فإنه قال : إذا اشتراه كيلاً ، فلا يقع بينهما إلا كيلاً وتأوله القاضي على نفي الضمان وهو بعيد ، قال : لأن أحمد قيل له في رواية لابن مشيش : أليس قد ملكه المشتري ولكن هو من مال البائع ، يعني : إذا تلف يكون على ضمان البائع ، قلت : ولكن صرح أحمد في رواية ابن منصور بانتقال الملك قبل القبض ، فقال : أما ما يكال ويوزن ، فلا بد للبائع من أن يوفيه المبتاع ؛ لأن ملك البائع فيه قائم حتى يدفعه إليه المشتري ، وهذا فيما يكال ويوزن ، وأما ما لا يكال ولا يوزن إذا كان معلوماً ، فهو ملك للمشتري فما لزمه من شيء ، فهو على المشتري ولا يحول عنه إلى البائع إلا بدفع الثمن ، وإلا بعد

أن يكيّله المشتري، وهذا صريح لا يمكن تأويله، فيكون قد روي عن أحمد في انتقال الملك في بيع المكيل، والموزون بدون القبض روايتان.

٢. "هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن؟"

هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن، أو يقع بدونه مضموناً في الذمة؟

العقود القهرية على ضربين:

الأول: التملك الاضطراري، كمن اضطر إلى طعام لغيره ولكن مالك الطعام قد منعه وقد استطاع المضطر أن يأخذه من صاحبه بالقوة، فإنه يأخذه مضموناً، سواء أكان معه الثمن أم لم يكن معه الثمن؛ لأن ضرورة المحتاج إلى الطعام لا تندفع إلا بذلك، فهذا هو الضرب الأول من أضرب التملك وهو التملك الاضطراري.

الثاني: وهو ما عدده من التملكيات المشروعة، لإزالة ضرر ما، كالأخذ بالشفعة وأخذ الغراس، والبناء من المستعير والمستأجر، والزرع من الغاصب وتقويم الشقص من الحيوان المشترك، وإذا قيل: إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الزمن، ويتخرج ذلك كله على وجهين: فإن لأصحابنا في الأخذ بالشفعة وجهان:

الوجه الأول: لا يملك الشقص بدون دفع الثمن، وهو محكي عن ابن عقيل ويشهد له نص أحمد < أنه إذا لم يحضر المال مدة طويلة؛ بطلت شفته.

الوجه الثاني: تملك بدون أن يكون مضطراً إليه فيملكه مضموناً في الذمة، ونص أحمد < في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن، قال أبو طالب: قلت لأحمد: يقولون: إذا كان له الخيار، فمتى قال: اخترت داري، أو أرضي،

فالخيار له ويطالب بالثمن، قال: كيف له الخيار ولم يعطه ما له؟ ليس هذا بشيء، إن أعطاه فله الخيار، وإن لم يعطه ما له فليس له الخيار، واختار الشيخ تقي الدين ذلك، وقد يتخرج مثله في سائر المسائل؛ لأن التسليط على انتزاع الأموال قهراً إن لم يقترب به دفع الثمن، أو دفع العوض، وإلا حصل به ضرورة فساد، وأصل الانتزاع القهري، إنما شرع لرفع الضرر، والضرر لا يزال بالضرر. وقد يفرق بين مسألة أبي طالب وبقية المسائل بأن البائع لو فسخ من غير دفع الثمن اجتمع له العوض والمعوض، وذلك ممتنع ولا يوجد مثله في بقية الصور، إذ أكثر ما فيها التملك بعوض في الذمة وهو جائز كالقرض وغيره، ثم أورد تنبيهاً، فقال: تنبيه: الأملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها، وتملك ما لا يملك بها.

أما الأول: فيحصل التملك القهري بالاستيلاء على ملك الغير الأجنبي بخلاف الاختياري.

وأما الثاني: فالتملك القهري كالأخذ بالشفعة، هل تشترط منفعته كالبيع، أو لا؟ لأنه قهر كالميراث، قال في (التلخيص) فيه تردد.

وأما الثالث: فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن في التملك القهري، وللمشتري حبس الشقص المدفوع على دفع الثمن، وإن قلنا: يملك بدونه وينفذ تصرف الشفع فيه قبل قبضه، وهل يثبت له فيه خيار المجلس، هذا على وجهين: قال في (التلخيص): ويخرج التردد في الجميع نظراً إلى الجهتين.

وأما الرابع: يملكه أي: يملك الكافر المصحف بالإرث، وهل يملك على روايتين، قيل: يملكه وقيل: لا يملكه، وكذلك يملك الخمر بالميراث ويملك الكلب بالميراث، وكذلك الصيد في حق المحرم على أحد وجهين، ولا يملك ذلك كله بالاختيار.

٣. "ما يعتبر القبض لدخوله في ضمان ماله وما لا يعتبر له الملك":

- ما يعتبر القبض لدخوله في ضمان ماله، وما لا يعتبر له الملك يقع تارة بعقد وتارة بغير عقد:

العقود نوعان:

النوع الأول: عقود المعاوضات المحضة، فينتقل الضمان فيها إلى ما ينتقل الملك له بمجرد التمكن من القبض التام، والحيازة إذا تميز المعقود عليه من غيره، فأما المبيع المبهمة غير المتعين كقفيز من صبرة، فلا ينتقل ضمانها بدون القبض، وهل يكفي كيله وتمييزه، أو لا بد من نقله؛ حكى الأصحاب فيه روايتين، ثم لهم طريقان، منهم من يقول: هل التخلية قبض في جميع الأعيان المبيعة، أو لا بد من نقله؟.

حكى الأصحاب فيه روايتين ومنهم من يقول: التخلية قبض في المبيع المتعين رواية واحدة، وفيما ليس بمتعين إذا عين وخلي بينه وبينه، وفي ذلك روايتان وكلاهما ما مبني على الطريقتين، وهما مسلك القاضي في خلافه، وله طريقة ثالثة سلكها في المجرد: أن الكيل قبض للمبهم رواية واحدة. وذكر قول لأحمد في رواية لمحمد بن الحسن ابن هارون أن كيله قبضه، والتخلية قبض في المعينات على روايتين في هذه، وهذا أصح مما قبله.

وقد فرق أحمد بين المبهمة فجعل قبضه كيله، وفرق بين ذلك وبين الصبرة فجعل قبضها نقلها في رواية الأثرم؛ لأن المبهمة إذا كيل فقد حصل فيه التمييز وزيادة، وهي اعتبار قدره. وكلاهما من فعل البائع وهو الواجب عليه ولم يوجد في بقية المعينات شيء من ذلك، سوى تمييزها بنفسه. وعلى الطريقة الأولى، فيكون بعد

كيله وتمييزه كسائر الأعيان المتميزة، وما عدا ذلك من الأعيان المتميزة، فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد. وهذا هو ظاهر المذهب لتمكنه من قبضه التام بالحيازة، وقد انقطعت علة البائع؛ لأن عليه تسليمه، والتمكن من قبضه وقد حصل، إلا الثمر المشتري في رءوس شجره؛ فإن المشتري لا يتمكن من تمام قبضه في الحال بجيازته إليه، وكذلك ما لا يتأتى نقله عادة، صرح به القاضي وغيره في الناقل للضمان، وهو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة، وحكم المبهمة المشتري بعدد، أو زرع كذلك.

وأذكر أحمد في رواية ابن منصور دخول المعلوم فيه، ولعل مراده إذا اشترى صبرة، أو إذا اشترى صبرة، أما المشاع فكالمعتين؛ لأن تسليمه يكون على هيئة لا يقف على إفرازه، كذلك ذكره القاضي وابن عقيل، والصبرة المبتاعة كيلاً، أو وزناً؛ كالقفيز المبهمة عند الخرقى وأبي بكر وعند الأكثرين؛ لأن علق البائع لم تنقطع عنها ولم تتميز؛ فإن زيادتها له ونقصها عليه.

وفي (التلخيص) أن بعض الأصحاب خرج فيها وجهاً بإلحاقها بالثوب بناء على أن العلة اختلاط المبيع بغيره، قال: وهو ضعيف. قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات في الصرف؛ لقوله ﷺ: ((إلا هاء وهاء))، مراده: أن الشارع اعتبر القبض فالتحق بالمبهمات، ونقل صالح عن أحمد فيمن اشترى دابة فماتت في يد المبتاع: هو من مال المبتاع، إلا أن يقول المبتاع: تسلمه، فلا يتسلمه، وظاهر هذا كله أنه يكون من ضمان البائع إلا أن يتمتع المشتري من تسلمه بعوضه عليه في ضمانه.

ونقل حنبل عنه أنه إذا عرضه البائع عليه ولم ينقضه الثمن فتلف، فهو من مال البائع وإن كان نقضه الثمن وتركه عنده، فهو من مال المشتري، ويلتحق بهذه

المضمونات من المبيع ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد ؛ لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض ، وأما المبيع في مكان ، أو زمان يغلب فيه هلاك السلعة ، فهل يكون مضموناً على البائع مطلقاً ، أو لا ؟ هذه مسألة تباع الغنيمة بعد القسمة في دار الحرب إذا غلب عليها العدو بعد ذلك ، وعن أحمد في ضمانها روايتان ، كذا حكى الأصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده .

وظاهر كلام ابن عقيل التخريق ، وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولاً واحداً كالثمر المعلق في رءوس الشجر لتعرضه للآفات وفي هذا نظر ، فإن الثمر لم يتمكن المشتري من قبضه تماماً بخلاف المبيع المعين في دار الحرب ، وخص أكثر الأصحاب ذلك بمال الغنيمة ؛ لأن تتطلب الكفار لها شديد وحرصهم على استردادها معلوم ، بخلاف غيرها من أموال المسلمين ، وحكى ابن عقيل في تباع المسلمين أموالهم بينهم بدار الحرب إذا غلب عليها العدو قبل قبضه وجهين : كمال الغنيمة ، فأما ما بيع في دار الإسلام في زمن نهب ونحوه فمضمون على المشتري قولاً واحداً ، ذكره كثير من الأصحاب ك شراء من يغلب على الظن هلاكه ، كالمريض الميئوس منه ، أو كالمرتد ، أو القاتل في محاربة ، أو في زمن طاعون غالب ، ويحتمل في هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده ، فأما الأعيان المملوكة بعقد غير البيع كالصلح ، والنكاح ، والخلع ونحو ذلك ، فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الأصحاب .

قال في (المغني) : ليس فيه اختلاف ، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن الصداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقاً ، فإنه نص فيما إذا أصدقها ففقت عينها قبل قبضها أن عليه ضمان ، وتأولها القاضي على أن الزوج فقاً عينها ، أو أنه امتنع من التسليم حتى فقت عينها ، فيكون ضامناً بلا ريب فيمكن ، أو يمكن أن يخرج من هذا رواية بأن ضمان جميع الأعيان لا تنتقل إلا

بالقبض في المبيع وغيره، وخرجها بعض الأصحاب رواية عن أحمد على ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض، فمن الأصحاب من تأولها على أنها بيعت كلاً ومنهم من أقرها رواية في المكيل، والموزون وإن بيع جزأً. ومنهم من خرج منها رواية في جميع الأعيان المتميزة، ومأخذ ذلك أن علق الملك لا تنقطع عنه بدون القبض؛ لأن تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد، فكان مضموناً على المملك.

وهذه شبه ابن عقيل التي اعتمدها في أن ضمان جميع الأعيان عن البائع قبل القبض وهي شبه ضعيفة؛ فإن البائع عليه التمكن من القبض وهو معنى التسليم فإذا وجد منه فقد قضى ما عليه، وأما النقل فهو على المشتري دون البائع، وهو واجب عليه بتفريع ملك البائع من ملكه، فكيف يكون تعديه لشغل أرض المالك بملكه، أو غير إذنه، أو مع مطالبته بتفريغه موجباً للضمان على البائع، ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأن المهر في النكاح ليس بعوض أصلي، بل هو شبيه بالهبة؛ ولهذا سماه الله تعالى نحلة، فلا ينتقل ضمانه إلى المرأة بدون القبض كالهبة، والصدقة، والزكاة وهذا كله في الأعيان.

وأما المنافع في الإجارة، فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض، أو التمكن منه باختياره، فإن استوفى المنافع، فلا كلام، وإن تمكن من استيفائها بقبض العين، أو تسليم الأجير الخاص نفسه تلفت من ضمانه أيضاً لتمكنه من الانتفاع.

النوع الثاني: العقود التي لا معاوضة فيها؛ كالصدقة، والهبة، والوصية فالوصية تملك بدون القبض، والهبة، والصدقة فيهما خلاف - كما سبق - فإذا قيل: لا يملكان بدون القبض، فلا كلام، ولكن هل يكتفى بالقبض فيهما بالتخلية على رواية كالبيع أم لا بد من النقل؟ جمهور الأصحاب على تسوية الرهن، والهبة بالبيع في كيفية القبض، واختار صاحب (التلخيص) أنه لا يكفي التمكين ها هنا في اللزوم، ففي أصل الملك أولى. قال: لأن القبض هنا سبب

لاستحقاق بخلاف القبض في البيع ؛ فإن العقد سبب لاستحقاق القبض فيكفي فيه التمكن ، وإن قيل : يحصل الملك بمجرد العقد فلا ينبغي أن يكون مضموناً على المملك إذا تلف في يده من غير منع ؛ لأنه عقود بر وتبرع ، فلا يقتضي الضمان . وكلام الأصحاب يشهد لذلك .

وأما الوصية ؛ فإذا ثبتت الملك للموصى له إما بالموت بمجرد ، أو بالموت مراعى بالقبول ، أو بالقبول من حينه دون ما قبله على اختلاف في الوجوه في المسألة ؛ فإن ضمانه من حين القبول على الموصى له من غير خلاف نعلمه إذا كان متمكناً من قبضه ، وأما ما قبل القبول ففيه وجهان :

الوجه الأول : أنه من ضمان الموصى له أيضاً وهو ظاهر كلام أحمد ، والخرقي وصرح به القاضي وابن عقيل وكذا صاحب (المغني) ، و(الترغيب) وغيرهم ولم يحكوا فيه خلافاً ، وهذا لأننا إن قلنا : يملكه بمجرد الموت ، أما مع القبول أو بدونه ، فهو ملكه فإذا تمكن من قبضه ؛ كان عليه ضمانه كما لو ملكه بهبة ، أو غيرها من العقود ، وإن قلنا : لا يملكه إلا من حين القبول ، فلأن حقه تعلق بالغير تعلقاً يمنع الورثة من التصرف فيه فأشبهه العبد الجاني إذا أخرج المجني عليه استيفاء حقه حتى نقص أو تلف ، ولأن الحق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن إبطاله ، فكان ضمان النقص عليه وإن لم يحصل له الملك كما في ربح المضاربة إذا قلنا : لا يملك إلا بالقسمة ، وكما في نصف الصداق إذا قلنا : لا يملك إلا بالتملك ، والمغانم إذا قلنا : لا تملك بدون القسمة ، بخلاف بقية العقود ؛ فإن الحق فيها يمكن إبطاله .

الوجه الثاني : لا يدخل في ضمانه إلا بالقبول على الوجوه كلها وهو المجزوم به في (المحرر) لأنه إن قيل : يملكه بالموت ؛ فالعين مضمونة على التركة بدليل ما لو تلفت قبل القبول ، فإنها تتلف من التركة لا من مال الموصى له ، فكذلك أجزاؤها ؛ لأن القبول وإن كان مثبتاً للملك من حين الموت ، إلا أن ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول .

قاعدة "التصرف في المملوكات قبل قبضها" وغيرها من القواعد المتداخلة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة "التصرف في المملوكات قبل قبضها" ٣٦٣
- العنصر الثاني : قاعدة "ما كان بغير عقد إذا ثبت له الملك، وحالته له إذا لم يثبت" ٣٧١

قاعدة "التصرف في المملوكات قبل قبضها"

هذه القاعدة منقسمة إلى عقود وغيرها، والعقود نوعان :
النوع الأول: عقود المعوضات. وتنقسم إلى مبيع ، وغيره...

أولاً: المبيع:

فقال الطائفة من الأصحاب: التصرف قبل القبض والضمان متلازمان، فإن كان البيع مضموناً على البائع، لم يجوز التصرف فيه للمشتري حتى يقبضه، وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري؛ جاز له التصرف فيه، وصرح بذلك القاضي في (الجامع الصغير) وغيره.

وجعلوا العلة المانعة من التصرف توالي الضمانات، وفي المذهب طريقة أخرى، وهي أنه تلازم بين التصرف والضمان، فيجوز التصرف والضمان على البائع، كما في بيع الثمرة قبل جدها، أي: قبل جزازها؛ فإنه يجوز في أصح الروايتين في المذهب الحنبلي. وهي مضمونة على البائع، ويمتنع التصرف في صبرة الطعام المشتراة جزأً على أحد الروايتين، وهي اختيار الخرق مع أنها في ضمن المشتري وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب فإنهم حكوا الخلاف في الصبرة مع عدم الخلاف في كونها مضمونة على البائع وغيره.

وممن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في (المجرد والخلاف) وابن عقيل في (الفصول والمفردات) والحلواني وابنه وغيرهم، وصرح ابن عقيل في (النظريات) بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف؛ وعلى هذا فالقبض نوعان: قبض يبيح التصرف، وهو الممكن في حال العقد، وقبض ينقل الضمان وهو القبض التام المقصود بالعقد.

وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه، هل هو المبهم أو جنس المكيل والموزون، وإن بيع جزأً، أو المطعوم خاصة سواء كان مكيلاً أو موزوناً، أو كان من غيرهما، أو من المطعوم والمكيل، أو الموزون، ونقله مهني عن أحمد، وضعف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب (المغني) ولم يذكروا في الضمان ذلك.

واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض؛ معللاً ذلك بأن العقد الأول لما يتم، حيث بقي من أحكامه التسليم، فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه، ولم يجعل الضمان ملازمه، وكلام القاضي في (الجامع الصغير) قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض، وأن غير المتعين لا يجوز، ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمان، وهو الصحيح على ما ذكره.

فإن اختصر على ذكر جادة المذهب: وهو أن لا ضمان ولا منع من التصرف إلا في المبهم خاصة، ولم يبين أنه لا تلازم بين التصرف والضمان؛ لأن المانع: أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر، وهي مضمونة على المؤجر الأول، والثمر المبيع على شجر المبيع، يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول، والمقبوض قبضاً فاسداً كالمكيل إذا قبض جزأً فانتقل الضمان فيه إلى المشتري، ولا يجوز التصرف فيه قبل كيـله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب، وليس مضموناً على مالـكه.

وكذلك المالك يتصرف في المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض؛ والتعليل يكون بتوالي الضمانين ضعيف؛ لأنه لا محذور فيه كما لو تباع الشخص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بـتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشتري في رءوس الشجر،

وبإجارة المنافع المستأجرة، وبهذا أيضاً ينتقض تعليل ابن عقيل، وبيع الدين ممن هو عليه؛ لأن البائع وفى ما عليه بالتخلية والتميز فلما يبق له عُلقة في العقد.

وعلل أيضاً بأنه داخل في بيع ما ليس عنده، وهو شبيه بالغرر لتعرضه للآفات، وهو يقتضي المنع في جميع الأعيان، وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح ما لم يضمن حيث كان مضموناً على بائعه، فلا يربح فيه مشتره، وكأنه حمل النهي عنه هو الربح على النهي على أصل الربح؛ لأنه مظنة الربح، ويتخرج له قول آخر أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فإنه منع في رواية من إجارة المنافع المستأجرة، إلا بمثل الأجرة؛ لئلا يربح فيما لم يضمن.

ومنع في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال؛ لأنه ضامن له بالمخالفة، فكره أحمد ربحه؛ لدخوله في ربح ما لم يضمن، وأجاز أصل البيع وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته من غير ربح؛ لئلا يكون ربحاً فيما لم يضمن؛ فيتخرج من هذا رواية: أن كل مضمون على غير مالكة يجوز بيعه بغير ربح، ويلزم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم، وفي بيع الثمر على رءوس النخل، وفي غيرهم ما لم يضمنه البائع.

ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه، أنه لا بأس به ما لم يكن للتجارة، وهذا يدل على أن المنع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب، ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائعه وغيره، وقد نص أحمد على منع بيعه من بائعه حتى يكيّله، واختلف الأصحاب في الإقالة فيه قبل قبضه؛ فمنهم من خرجها على الخلاف في كونها بيعاً أو فسخاً؛ فإن قيل: إنها بيع لم يصح، وإلا صحت، وعن أبي بكر أنه منعها على الروایتين بدون كيل ثانٍ؛ لأنها تجديد ملك.

ويتخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع ؛ لأن أحمد أجاز في ذلك رواية منصوصة عنه ببيعه من الشريك الذي حضر كيله وعلمهم من غير كيل آخر ؛ فالبيع أولى. وحكى القاضي في (المجرد) وابن عقيل في (الفصول) في كتاب الإيجارات رواية في جواز بيعه قبل القبض من بائه خاصة.

وذكر مأخذها وهو اختلاف الروايتين عنه في بيع الدين في الذمة ، إذا كان طعاماً مكيلاً أو موزوناً قبل قبضه ، وهذا مخالف لما ذكرناه في البيع ، فإنهما خصاً فيه الروايتين بما في الذمة سواء كان طعاماً أو غيره ، هذا في التصرف فيه بالبيع ، أما التصرف فيه بغير البيع من العقود ، فقال القاضي في (المجرد) وابن عقيل : لا يجوز رهنه ولا هبته ولا إجارته قبل القبض كالبيع.

ثم ذكر في الرهن عن الأصحاب أنه يصح رهنه قبل قبضه ؛ لأنه لا يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بخلاف البيع ، وفي هذا المأخذ نظر ؛ لأن الرهن إنما يصح فيما يصح بيعه ؛ لأنه يفضي إلى البيع لكن تركه في يد البائع لا يطول غالبه وقبضه متيسر ؛ فلذلك يصح رهنه ، وعلل ابن عقيل المنع من رهنه ؛ لأنه غير مقبوض ولا متميز ولا متعين وفيه ضعف ؛ لإمكان تميزه وقبضه ، وعلل أخرى في الرهن والهبة بأن القبض شرط لهما ، فكيف ينبني عقد من شرطه القبض على عقد لم يوجد فيه القبض ؟!.

وللأصحاب وجه آخر : وهو أنه يجوز رهنه على غير ثمنه ، حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً كالصبرة وأظنه منعه منه في المبهمة ، لعدم تأتي القبض وهو معتبر فيه ، كما خرج ابن عقيل من هذا وجهاً للأصحاب في سائر العقود ، ومن الأصحاب من قطع بجواز جعله مهراً معللاً بأن ذلك يسير يغتفر في الصداق ، ومنهم صاحب المحرر ، وهذا وجه ثالث.

هذا كله في المبيع ، فأما ثمنه فإن كان معيناً ؛ جاز التصرف قبل قبضه سواء كان المبيع بجواز التصرف فيه قبل القبض أو لا ، وصرح به القاضي وإن كان مبهماً لم يجز التصرف إلّا بعد تمييزه ، وإن كان ديناً جاز أن يعوض عنه قبل قبضه ، ذكره القاضي وابن عقيل ولم يخرجاه على المعاوضة على الخلاف في بيع الدين ، ممن هو عليه .

وحكي في ذلك روايتين والأكثر أن أدخلوه في جملة صور الخلاف ، وقد نص أحمد على جواز اقتضاء أحد النقيدين من الآخر بالقيمة في رواية الأثرم وابن منصور وحنبل ، ونقل عنه القاضي في طعام في الذمة ، هل يشتري به شيئاً ممن عليه فتوقف ، قال : فقلت له لما لا يكون هذا مثل اقتضاء الورق من الذهب ، فكأنه أجاز من غير أن يوضحه إيضاحاً بيناً ، وهذا يشعر أن اقتضاء أحد النقيدين من الآخر يجوز من غير خلاف ، لحديث ابن عمر في ذلك .

والخلاف في المعاوضة عنهما بغيرهما ، ولم يذكر القاضي وابن عقيل في الصرف ذلك خلافاً ، والمعنى في ذلك : أن النقيدين لتقاربهما في المعنى أجرياً مجري الشيء الواحد ؛ فأخذ أحدهما حكم الآخر ، وليس بمعاوضة محضة ، بل هو نوع استيفاء .

وقد صرح بذلك أحمد في رواية أبي طالب قال : ليس هو ببيع ، وإنما هو اقتضاء ، ولذلك لم يجز إلّا بالسعر ؛ لأنه لما كانت المماثلة في القدر لاختلاف الجنس اعتبرت في القيمة ، وهذا المأخذ هو الذي ذكره صاحب (المغنى) ومن الأصحاب من جعل مأخذه النهي عن ربح ما لم يضمن ، وأما القاضي فأجاز المعاوضة عن أحد النقيدين للآخر بما يتفقان عليه ، وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جداً . وقد ذكر أن طريقة القاضي وابن عقيل في الإجارة أن ما في الذمة إذا كان

مكيلاً أو موزوناً لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة، وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان؛ لأنه قبل القبض مبهم غير متميز، وهذا الكلام في التصرف في المبيع وعوضه.

ثانياً: غير المبيع من عقود المعاوضات:

فهو ضربان:

الضرب الأول: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه، وذلك مثل الأجرة المعينة، والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوهما، فحكمه حكم البيع فيما سبق. وأما التصرف في المنافع المستأجرة: فإن كان بإعارة ونحوها فيجوز؛ لأن له إيفاء العوض بنفسه، ومن يقوم مقامه فإن كان بإجارة صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قبلها إلا للمؤجر على وجه ويصح إيجارها بمثل الأجرة وبأزيد من الأجرة في إحدى الروايتين وفي الأخرى يمنع بزيادة الدخول في الربح لدخول ذلك فيما لم يضمن والصحيح الجواز؛ لأن المنافع مضمونة على المستأجر في وجه بدليل أنه لو عطلها حتى فاتت من غير استيفاء وتلفت فتكون من ضمانه فهي كالثمر في رءوس الشجر فهو مضمون عليه بإتلافه.

الضرب الثاني: ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه وذلك كالصداق وعوض الخلع والمصالح به عن دم العمد ونحو ذلك؛ ففي وجهان:

الوجه الأول: يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضي في (المجرد) وأبي الخطاب غير أنه استثنى منه الصداق، والسامري وصاحبي (المغني) و(التلخيص) ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض، وهو تصرف فيه.

ووجه أن ذلك تلف بهذه الأعواض ؛ فلا تنفسخ بها عقودها ؛ فلا ضرر في التصرف فيها بخلاف البيع والإجارة ونحوهما ، ومع هذا فصرح القاضي في (المحرر) بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده.

ففرق بين التصرف والضمان هنا ، ونسب إليه صاحب (التلخيص) أنه سوى بينهما فأثبت الضمان ومنع التصرف ، وهو وهم عليه.

الوجه الثاني : أن حكمها حكم البيع ؛ فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض ، وهو الذي ذكره القاضي في خلافه ، وقال : هو قياس قول أصحابنا. وقال ابن عقيل في (الفصول والمفردات) والحلواني والشيرازي وصاحب (المحرر) واختاره صاحب (المغني) في كتاب النكاح إلحاقاً لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ ؛ لأن الزبرة -الحديدة العظيمة- إذا اشترت وزناً ؛ فلا يخشى هلاكها ، والتصرف فيها ممنوع ، ومنافع الإجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز.

ورجح الشيخ تقي الدين ذلك ، ولكن بناء على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن ، وهو منتفٍ ها

هنا ، وهو أحد المآخذ للأصحاب في أصل المسألة ، وعد القاضي في هذا الضرب القرض ، وأرش الجنايات ، وقيم المتلفات ، ووافق ابن عقيل على قيم المتلفات ، وفيه نظر.

فإن القرض لا يملك بدون القبض على ما جزم به في (المجرد) وقيم المتلفات ينفسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون ، وكذلك أرش الجنايات الخطأ بخلاف العمد أو نحوه ليس بعقد لا دخوله في الفسخ ، ثم إنه مضمون في الذمة كالدين ، وذلك لا يتعين في الخارج إلا بالقبض على المذهب.

والحق صاحب (التلخيص) بهذا أيضاً الملك الذي اختاره. فأما الوجه الثاني فإن كان العقد المنفسخ عن معاوضة ؛ صارت العين أمانة كالوديعة ؛ فيجوز التصرف فيها قبل القبض ، وإن كان عقد معاوضة فهو مضمون على الأشهر فيتوجه أن لا يمنع التصرف كالعواري والأصول ، ولو حجر الحاكم على المفلس ، ثم عين لكل غنيم عينا من المال بحقه ؛ ملك الغريم هذا الحق بمجرد التعيين. ذكره القاضي في الزكاة عن (المجرد) ؛ فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض.

وننبه إلى أن ما اشترط القبض لصحته كعقد الصلح لا يصح التصرف فيه قبل القبض ؛ لعدم ثبوت الملك ؛ وقد صرح به في (المحرر) والصرف ورأس مال السلم ، فأما إن قيل : بالملك بالعقد فقد حكى في التلخيص في الصرف المتعين وجهين ؛ لأن انتفاء القبض ها هنا مؤثر في إبطال العقد فل يصح ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم والعقود القهرية ؛ كالأخذ بالشفعة يصح فيها قبل القبض ، وهذا ما ذكره في التلخيص أيضاً.

النوع الثاني : عقود تثبت به الملك من غير عوض كالوصية والهبة والصدقة.

فأما الوصية : فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك ، وقبل القبض وذلك باتفاق الأصحاب فيما نعلمه ، سواء كان الموصي به معين أو مبهماً وسواء قلنا له الرد في المبهم قبل القبض أو لا ؛ ولأن أكثر ما في جوازه رده أنه غير لازم من جهته ، وهذا لا يمنع صحة التصرف ؛ لأنها لازمه من جهة الميت بموته فهو كالبيع المشترط فيه الخيار للمشتري وحده.

وأما الهبة : التي تملك بالعقد بمجرد التصرف فيها قبل القبض أيضاً وقد نص أحمد عليه ؛ لأن حق الواهب ينقطع عنها بمجرد انتقال ملكه وليست في ضمانه فلا محذور في التصرف فيها بوجه.

وأما الصدقة الواجبة والتطوع: فالمذهب المنصوص: أنها لا تملك بدون القبض، فلا كلام على هذا، وعلى التخريج المذكور يملكها بدون القبض فينبغي أن يكون كالمهبة. وقد نص أحمد في رواية أبي الحارث، وابن بختان في رجل عليه دين، ويريد رجل أن يقضيه عنه من زكاته، قال: يدفعه إليه؟ فقليل له: هو محتاج، ويخاف أن يدفعه إليه ليأكله، قال: يقول له حتى يوكله فيقبض عنه، وهذا ظاهر في أنه ملك الزكاة بالتعيين والقبول وأجاز التصرف في هذه الحالة بالوكالة قبل القبض.

وكذلك نقل حنبل في مسألة: أن أحمد ذكر له قول أبي سلمة لا بأس إذا كان للرجل طعام أمر له به سلطان، أو وهبه له أن يبيعه قبل أن يقبضه وذكر مثل ذلك كالدابة أن يبيعها قبل أن يقبضها، قال أحمد: لا بأس بذلك ما لم يكن للتجارة. وقوله: إذا لم يكن للتجارة؛ لأن المنع من البيع إنما كان لدخوله في ربح ما لم يضمن وما ملكه بغير عوض؛ فلا يتصور فيه ربح، فأما لو نوى بتملكه التجارة فظاهر كلامه المنع؛ لأنه جعله من الأموال المعدة للربح فامتنع بيعه قبل القبض.

قاعدة ما كان بغير عقد إذا ثبت له الملك، وحالته إذا لم يثبت

ما كان بغير عقد كالميراث والغنيمة والاستحقاق من أموال الوقف أو الفيء المتناولين منه، كالمرتزقة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له؛ فإذا ثبت له الملك، وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً؛ لأن حقهم مستقر فيه، ولا علاقة لأحد منهم، ويد منهم في يديه بمنزلة يد الموضع ونحوه من الأمناء، وأما قبل ثبوت الملك فله حالتان:

الحالة الأولى: أن لا يوجد سببه ؛ فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال ، كتصرف الوارث قبل موت مورثه ، والغنائم قبل انقضاء الحرب ، ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق.

الحالة الثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار ، كتصرف الغنائم قبل القسمة على قولنا أنهم يملكونها ، أي يملكون الغنيمة بالحيازة ، وهو المذهب الصحيح ، والمرتقة قبل حلول العطاء ونحوه ، فقال ابن أبي موسى : لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ، ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولاً واحداً وإن باعه بعروض جاز في أحدي الروايتين ، إذا قبل العروض قبل أن يتفرقا ، ومنع منه في الأخرى ، ولا يجوز بيع المغانم قبل أن تقسم ، ولا بيع الصدقات قبل أن تقبض ، وهذه أربع مسائل. وبيانها كالآتي :

المسألة الأولى: بيع العطاء قبل قبضه ، وهو رزق بيت المال ، وقد نص أحمد على كراهته في رواية أبي طالب ، وابن منصور ، ويكر بن محمد وقال : هو شيء مغيب لا يدرى أ يصل إليه أم لا ، أو ما هو ، وقال مرة : لا يدرى يخرج أو لا . وقال في رواية أبي طالب في بيع الزيادة في العطاء ، قال ابن عباس : ما يدرى ما يخرج ، ومتى يخرج لا يشتريه وكرهه ، وربما سمي هذا أيضاً بيع الصكاك .

ونقل حرب عن أحمد في بيع الزيادة في العطاء : لا بأس به بعرض ، قلت : وما تفسيره ؟ قال : هو الرجل يزداد في عطائه عشرة دنانير فيشتريها بعرض قال : فسألته عن بيع الصك بعرض ، أي متاع قال : لا بأس به . وروى حرب بإسناد صحيح عن ابن عباس : أنه كان يكره بيع الزيادة في العطاء إلّا بعرض ، وهذه رواية ثانية بالجواز .

قال القاضي وابن عقيل : هذه الرواية فيما إذا بيع بعد حلول العطاء ؛ لأنه وقت الاستحقاق فهو حينئذ دين ثابت ؛ فيجوز بيعه لكن على طريقتيهما لا يجوز بيعه من غير الغريم ؛ فرجع وتأول الرواية على أنه اشترى ذلك العرض بثمن مؤجل إلى وقت قبض العطاء ، وكان وقتيهما عندهما معلوماً ، أو أنه أحال بثمن العرض على حقه من العطاء ، ولا يخفى فساد هذا التأويل لمن تأمل كلام أحمد < .

وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه ، أي : قبل استحقاق قبضه ، فأما إذا استحق ؛ فهو دخل في بيع الصكاك .

المسألة الثانية : بيع الصكاك قبل قبضها ، وهي الديون الثابتة على الناس وتسمى صكاً ؛ لأنها تكتب في صك - وهو ما يكتب فيه من الرق ونحوه - فيباع ما في الصك ، فإن كان الدين نقداً وبيع بنقد لم يحز بلى خلافه ؛ لأنه صرفٌ بنسيئة ، وإن بيع بعرض وقبضه في المجلس ففيه روايتان :

الرواية الأولى : لا يجوز . قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصك : هو غرر ، ونقل أبو طالب عنه أنه كرهه ، وقال : الصك لا يدري أخرج أو لا ، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان .

الرواية الثانية : يجوز ، ونص عليها في رواية حرب وحنبل ومحمد بن الحكم ، وفرق بينه وبين العطاء ، وقال : الصك إنما يحتال على رجل وهو يقر بدين عليه ، والعطاء إنما هو شيء مغيب ، لا يدري أ يصل إليه أم لا .

وكذلك نقل حنبل عنه في الرجل يشتري الصك على الرجل بالدين ، قال : لا بأس به بالعرض ؛ إذا خرج ولا يبيعه حتى يقبضه ، يعني : يشتري . وهذا يدل

على أنه لم يجعله من ضمان مشترية بمجرد القبض، ولا أباح له التصرف فيه؛ لأنه بمنزلة المنافع، وبمنزلة الثمر في شجره، وحاصل هذا يرجع إلى جواز بيع الدين من غير الغريم. وقد نص على جوازه كما ترى.

المسألة الثالثة: بيع المغنم قبل أن تقسم، وقد نص أحمد على كراهته في رواية حرب وغيره، وعلل ذلك في رواية صالح وابن منصور، بأنه لا يدري ما يصيبه، بمعنى أن هذا مجهول القدر كما هو مجهول العين وإن كان مالكة ثابتاً عليه، أي: إن كان الملك ثابت عليه، لكن الإمام له أن يخص كل واحد بعين من الأعيان، وذلك بخلاف قسمة الميراث.

وصح عن أبي زيد، عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا تشتروا الصدقات حتى تقبض، ولا المغنم حتى تقسم)) أخرجه الإمام أحمد وابن ماجه وإسحاق بن راهويه والبخاري في (مسنديهما) ومحمد بن زيد صالح، وفي (مسند أبي داود) من حديث روفيع بن ثابت: أن النبي ﷺ قال: ((لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنماً حتى يقسم)) وهذا في حق آحاد الجيب، منهي عنه سواء باعه قبل القبض أو بعده؛ لأنه قبل القبض مجهول وباعه يعد غلولاً، فإنه لا يستبد به بالقسمة دون الإمام، وأما الإمام فإذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه؛ فله ذلك، هي المسألة الثالثة، وهي بيع الغنائم أو المغنم.

المسألة الرابعة: بيع الصدقات قبل أن تقبض، ومأخذه: أن الصدقة لا تملك بدون القبض، وفي (مصنف) عبد الرزاق عن ابن جريج عن موسى بن عقبة، وعن غير واحد أن النبي ﷺ: ((نهى أن تباع الصدقة حتى تعتقل وتوسم)) وعن

يحيى بن العلاء البجلي، عن خثعم بن عبد الله عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب، قال: ((نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصدقات حتى تقبض)) وهذا حديث مرسل وهو أشبه بالمسند السابق.

فأما القول بملكها بمجرد القبول إذا تعينت من غير قبض، فقد نص أحمد بجواز التوكيل فيها، وهو نوع تصرف فقياسه سائر الصدقات، تكون حينئذ كالهبة المملوكة بالعقد، وأما إذا عينها المالك من ماله وأفرزها فلا يصير بذلك صدقة، ولا يخرج عن ملكه بدون قبض المستحق أو قبوله، وقد نص أحمد على أنها إذا تلفت بعد تعيينها لم تبرأ ذمته من الزكاة، وأما إن كانت صدقة تطوع فاستحب إمضاؤها وكره الرجوع فيها، ونقل عنه من نقل ما يدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين.

ونقل عبد الله عنه أنه قال: كل شيء جعله الرجل من ماله يمضيه ولا يرجع في ماله، وذلك أنه قد خرج من ملكه فليس له من صدقة أو معروف أو صلة رحم، وإن كان قليلاً أمضاه.

ونقل عنه جيش بن سندي في رجل دفع إلى رجل دراهم، فقال له: تصدق بهذه الدراهم، ثم إن الدافع جاء فقال: ردَّ إليَّ الدراهم، أما ما يصنع بردها عليه به قال: لا يردها عليه يمضيتها فيما أمره به، ونقل جعفر بن محمد معناه، وحمل القاضي ذلك على الاستحباب، قال ابن عقيل: لا أعلم للاستحباب وجهاً، وهو كما قال، وإنما يتخرج على أن الصدقة تتعين بالتعيين كما يقول في الحج والأضحية: إنه يتعين بالقول بلى خلاف.

وفي تعيينه بالنية وجهان: فإذا قال: هذه صدقة تعينت وصارت في حكم المنظورة، وصرح به الأصحاب، لكن هل ذلك إنشاء للنذر، أو هو إقرار به فيه خلاف بين الأصحاب، وإذا عين بنيته، فله أن يجعلها صدقة وله أن يعزلها عن ماله، فهو كما لو اشترى شيئاً ينوي التضحية به، ولا يلزم من ذلك سقوط الزكاة عنه بتلفها قبل القبض المستحق أو الإمام؛ لأن أن قلنا: الزكاة في الذمة؛ فهو كما لو عينه عن الهدي واجب في الذمة هدياً، فعطب؛ فإنه يلزمه إبداله. وإن قلنا في العين فلا يبرأ منها بفوات قبض المستحق، أو ما يقوم مقامه وأيضاً له أن يجعله من الواجبات عليه فلا يبرأ بدونه، ولا يكتفي فيه بالتميز ولو حصل التمكن من القبض من فعل الدفع فهو واجب عليه، فكيف إذا لم يحصل التمكن؟!.

قاعدة "من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها"، والقواعد امتداحة معها

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف ٣٧٩
غيره فيها"، وقاعدة "من ثبت له حق التملك
بفسخ أو عقد"
- العنصر الثاني :** القواعد امتداحة مع قاعدة "من ثبت له حق في ٣٨٣
عين وسقط بتصرف غيره فيها"

قاعدة من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها ، وقاعدة من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد

١. قاعدة: "من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها":

المسألة الأولى: مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر ، وفيه روايتان:

إحدهما: يجوز؛ لفعل ابن عمر.

والثانية: لا يجوز؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: ((لا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله)) وهو صريح في التحريم وهو اختيار أبي بكر وصاحب (المغني).

المسألة الثانية: الصدقات ، ومن صور تصرف المشتري الشقص المشفوع بالوقف قبل الطلب ، ينبغي أن يخرج على الخلاف في التي قبلها ، وصرح القاضي بجوازه ، وظاهر كلامه في مسألة التحيل على إسقاط الشفعة تحريمه ، وهو الأظهر ، ويدل عليه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه ليأخذ أو يذر مع أن حقه من الأخذ لا يسقط بذلك ، فالأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية.

ومن هذه الصور: تصرف الزوجة في نصف الصداق إذا طلق الزوج قبل الدخول ، وقلنا: لم يملكه مهرًا فإنه لا يجوز ، صرح به في (المحرر) فأما تصرف أحد المتبايعين فيما بيده من العوض إذا استحق الآخر رد ما بيده بغير أو خلف في صنفه ؛ فيجوز ، ذكره القاضي في خلافه ؛ لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من

رد ما بيده، فإذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي هو بدله، إن كان باقياً وإلا رجع ببذله، وقياس هذا: أن للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار.

وظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم: أن للبائع التصرف فيه، أي في الثمن في مدة الخيار إلا أن يتخذ ذلك حيلة على أن يقرض غيره مالاً يأخذه منه ما ينتفع به صورة البيع، ويشترط الخيار أن يرجع فيه، وإن كان على غير وجه الحيلة فيجوز، ولم يمنع من التصرف في الثمن.

٢. قاعدة: "من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد...":

قاعدة: من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً أو لا؟ وهل ينفذ تصرفه أو لا؟.

ليبان هذه القاعدة نقول: المذهب المشهور: أنه لا يكون تملكاً ولا ينفذ تصرفه في بعض صورها خلافاً.

صور المسألة:

أولاً: البائع يبيع بشرط الخيار إذا تصرف في المبيع لم يكن تصرفه فسخاً ولم ينفذ، نص عليه أحمد وقال في رواية ابن القاسم: لا يجوز.

ثانياً: تصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل التملك هل يكون تملكاً؟ ويقوم ذلك مقام قوله: تملكه، أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك، أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك به، يمكن على تخريجه على الخلاف في المسألة قبلها، ولا سيما بعد المطالبة؛ لأن حقه استقر وثبت وانقطع تصرف المشتري.

ثالثاً: ما لو وهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد ثم تصرف الأب فيه بعد القبض، هل يكون تصرفه رجوعاً؟ المنصوص: ألا يكون ذلك رجوعاً، قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا وهب شيئاً وقبضه الابن فإذا انتفع به الولد بعض القبض لا يكون رجوعاً، وإذا باعه هل يكون رجوعاً؟ على وجهين، ولا ينفذ عليهما؛ لأنه لم يلاقِ الملك، ويتخرج وجهٌ بنفوذ البيع؛ لاقتران الملك به.

رابعاً: تصرف الوالد في مال ولده الذي يباح له تملكه قبل التملك لم ينفذ، ولم يكن تملكاً على المعروف من المذهب، وأن تملكه لا يحصل بدون القبض، الذي يراد التملك به، وقد نص عليه أحمد في مواضع؛ لأنه مباح فلم يملك بدون قبضه كالاصطياد والاحتشاش، ولم يخرجوا في تملكه بالقبول خلافاً من الهبة ونحوها؛ لأن الهبة عقد بين اثنين فيكتفى فيه بالقبول كعقود المعاوضة، وها هنا اكتسابه مال مباح من غير عقد فلا يكتفى فيه بدون القبض والحيازة، وما لم يحز فهو باقٍ على ما كان عليه.

وخرج أبو حفص البرمكي روايةً أخرى بصحة تصرفه قبل القبض، وأخذ ذلك مما رواه المروزي عنه؛ ولهذا القول مأخذان:

المأخذ الأول: أن الملك يقترن بالتصرف فينفذ كما في نظيره.

المأخذ الثاني: أنه تملك قهري في مال معين؛ فيكتفى بالقول الدال على التملك، كما ملك الهبة المعينة بمجرد القبض على رواية؛ ولهذا حكى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة أو الثابتة والجارية في الأرض المملوكة قبل حيازتها وذلك على روايتين. ولم يذكروا خلافاً في أنها عين مملوكة، ومن سلك هذا المسلك صاحب (المقنع) في كتاب البيع وصاحب (المحرر).

ووجه صحة البيع على هذا أنه مقدور على تسليمه، وليس مملوكاً لغيره فهو كالمملوك، وهو قريب من بيع الصكاك قبل استحقاقها.

خامساً: تصرف الموصى له بالوصية بعد الموت، هل يقوم مقام القبول؟ ونقول: الأظهر قيامه مقامه؛ لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يمكن إبطاله، وقد كمل بالموت على أحد الوجوه، وهو منصوص عن أحمد، ومثله الوقف على المعين، إذا قيل باشتراط قبوله، فأما العقود التي تملك لهم بموجبها الرجوع فيها قبل القبول؛ فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول؟ فيه تردد والتفتوا إلى انعقاد العقود بالمعاطاة، فأما الوكالة فيصح قبولها بالفعل، صرح به الأصحاب بأنها إذن مجرد، وأمر بالتصرف فيه فيصح امتثاله بالفعل، وهو يساويها في ذلك كسائر العقود الجائزة كما في الشركة والمضاربة والمساواة.

وظاهر كلام (التلخيص) ذلك في المساواة وحكى القاضي في (الأحكام السلطانية) في صحة قبول القاضي القضاء بشروعه على نظر الاحتمالين وجعل مأخذهما هل يجري الفعل مجرى النقط لدلالته عليه، أو يحسن بناءهما على أن لا ولاية للقاضي على عقد جائز أو لازم؟.

سادساً: المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها بالوطء؟ على روايتين مأخذهما عند أبي الخطاب الخلاف في وطئها هل هو مباح أو محرم والصحيح بناؤه على اعتبار الإشهاد كالرجعية وعدمه، وهو البناء المنصوص عليه الإمام، والعبرة بحل الوقت وانعدامه فلو وطئها في الحيض أو غيره كانت رجعية.

وهل يشترط غيره أن ينوي بالوطء الرجعة أو لا؟ نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره، وهو اختيار ابن أبي موسى، والمذهب عند القاضي ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية، وإنما حصل له تشعث، لكن الرجعية يترتب عليها الاستباحة حقيقة في المدة الزائدة على العدة.

القواعد المتداخلة مع قاعدة "من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها"

١. قاعدة: "إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه ؛ فهل يثبت الحكم أو لا؟":

لبيان هذه القاعدة نقول: المذهب المشهور: أنه لا يثبت، وقال ابن حامد: يثبت، وإن تقارن الحكم، ووجود المنع منه ؛ فهل يثبت الحكم معه، فيه وجهان: واختار القاضي في (المجرد) وابن عقيل وصاحب (المغني): أنه لا يثبت، واختار القاضي في خلافه وفي (الجامع الكبير) أنه يثبت، وكذلك ابن عقيل في (عمد الأدلة) وأبو الخطاب.

فأما اقتراب الحكم والمنع منه فيندرج تحت مسائل:

منها: لو قال الزوج لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك، أو قال لها: كلما ولدت فأنت طالق فولدت ولدين متعاقبين ؛ فإنها تطلق بالأول وتنقضي عدتها بالثاني، ولا تطلق به، كما لا تطلق في قوله: "مع انقضاء عدتك"، هذا هو المذهب المشهور، وعليه أبو بكر، وأبو حفص، والقاضي وأصحابه.

والخلاف فيه مع ابن حامد، وفي (الفصول) يشير إلى أن مأخذ ابن حامد في مسألة الولادة القول بتقارن العلة وبتقارن معلولها ؛ فيقع الطلاق في حال الولادة قبل البينة، ولا يصح ؛ لأن البينة معلولة بالولادة، لو اقترنت العلة ومعلولها لبانت مع الولادة أيضاً، ولو قال لها: أنت طالق بعد موتي ؛ لم تطلق بغير خلاف نعلمه، ولو قال: مع موتي أو مع موتك ؛ لم تطلق، نص عليه في رواية مهنى ؛ لأن الموت سبب البينة فلا يجامعه الطلاق، ويلزم على قول أبي حامد الوقوع ها هنا ؛ لأنه إذا وقع الطلاق مع الحكم بالبينة ؛ فأيقاعه مع سبب

الحكم أولى ويلزم مثل ذلك القاضي ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانفساخ فتأخر الانفساخ عنه ولم يلتزم بذلك.

والدعوى ها هنا المقارنة دون السبق، ولا يصح، ولعل المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه، بخلاف إيقاعه مع البينونة في الحياة؛ فإنه يفيد التحريم أو يفيد نقص العدد، وتوريث الطفل المحكوم بإسلامه بموت أحد أبويه الكافرين منه، وكذلك إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها: إن كلمتك فأنت طالق، ثم أعاده؛ فإنها تطلق بالإعادة؛ لأنه كلام في المشهور عند الأصحاب.

وقال ابن عقيل في (عمد الأدلة): قياس المذهب عندي أنه لا يحنث بهذا الكلام؛ لأنه من جنس اليمين الأول، ومؤكد لها، وإنما المقصود أذاها والمقصود هجرها وإضرارها بترك كلامها، وليس في هذه الإعادة ما ينافي ذلك فلا يحنث به، وهذا أقوى، والتفريع على المشهور.

فإذا وقع الطلاق بالإعادة ثانياً؛ فهل ينعقد به يمين ثانية أو لا؟ في هذه المسألة وجهان:

الوجه الأول: لا ينعقد، وهو قول القاضي في (الجامع) الخلاف ومن تبعه كالقاضي يعقوب وابن عقيل وهو قياس قول صاحب (المغني) وله مأخذان:

المأخذ الأول: وهو مأخذ القاضي ومن اتبعه أن الكلام يحصل بالشروع في الإعادة قبل إتمامها؛ فيقع الطلاق قبل تمام الإعادة فلا ينعقد؛ لأن تمام اليمين حصل بعد البينونة.

المأخذ الثاني: وهو الذي ذكره صاحب (المغني) في نظير هذه المسألة: أن الطلاق وإن وقع إلى ما بعد إنهاء الإعادة إلا أن الإعادة تترتب عليها البينونة فيقع اتفاقاً، واليمين مع البينونة، فيخرج على الخلاف في ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه، والأصح عنده عدمه.

الوجه الثاني: تنعقد اليمين وهو اختيار صاحب (المحرر) بناء على أن الطلاق يقع عند التمام وعند الإعادة؛ لأن الكلام المطلق إنما ينصرف إلى المقيد، ولا تحصل الإفادة بدون ذكر جملة الشرط والجزاء فيقف الطلاق عليهما، ويقع عقبيهما؛ لأنهما شرط لوقوعه.

وأما اليمين فوجدت مع شرط الطلاق، فسبقت وقوعه، يوضحه أن اليمين هي اللفظ المجرد، وهو المعلق عليه الطلاق، فإذا قال: إن كلمتك فأنت طالق؛ فهو في معنى قوله: إن حلفت يمينًا بطلاقك على كلامك فأنت طالق، فتبين أن وجود اليمين سابقة لوقوع الطلاق.

ومنها: إذا قال لامرأته وإحدهما غير مدخول بها إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان، ثم قاله ثانيًا فإنهما يطلقان طلقةً على المذهب المشهور، وانعقدت اليمين مرة ثانية في حق المدخول بها، وأما في حق التي لم يدخل بها؛ ففي انعقادها وجهان:

الوجه الأول: أنها تنعقد، وهو قول أبي الخطاب، وقول صاحب (المحرر) ومقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في المسألة التي قبلها؛ لأن اليمين كانت هي سبب البيونة، ووجدت مع شرط الطلاق فلا يقع الطلاق فهذا هو الوجه الأول.

الوجه الثاني: لا ينعقد الطلاق، وهو اختيار صاحب (المغني) وغيره أنه وقع في النسخ خلل في تعليقه، ووجهه أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق، لكن انعقادها مقارنٌ لوقوع الطلاق فلم ينعقد لاقترانه بما يمنعه، فإن أعاد ذلك مرة ثالثة قبل أن يحدد النكاح البائن لم تطلق واحدة منهما على الوجهين؛ لأن الحلف بطلاق البائن لا يمكن، فإن عاد فزوج البائن ثم حلف بطلاقها وحدها...

فعلى الوجه الثاني لا تطلق ؛ لأن اليمين الثانية لا تنعقد بحقتها ، وتطلق الأخرى طلبة ؛ لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثانية ، والحلف بطلاق الثانية بعد نكاحها ، فأكمل الشرط في حق الأولى.

وعلى الوجه الأول : تطلق كل واحدة منهما طلبة ؛ لأن الصفة الثانية منعقدة في حقهما جميعاً كما ذكره الأصحاب ، وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى ، فكل واحد معه فيه أهلاً لوقوع الطلاق كذلك الحلف بطلاق ضررتها ؛ لأنه جزء علة لطلاق نفسها ، ومن تمام شرطه فكيف يقع بهذه التي جدد نكاحها الطلاق؟ وإنما حلف بطلاق ضررتها وهي بائن ، وأجيب عنه بأن وجود الصفة كلها في النكاح لا حاجة إليه ، ويكفي وجود آخرها فيه فيقع الطلاق عقبه ، ذكره صاحب (المحرر) في تعليقه على الهداية ، أن هذا هو المذهب سواء قلنا : يكفي في الحنث وجود بعض الصفة أو لا .

نعم ، إن قلنا : يكفي وجود بعضها ، وقد وجد حال البيونة انبنى على أن الخلاف في حل اليمين بالصفة الموجودة حال البيونة ، وعندى أن هذا قد يتخرج على خلاف المتأخرين في أن اليمين لا تنحل بوجود الصفة حال البيونة ، فإن قلنا : إنها مستثناة من عموم كلامه بقرينة الحال ، فوجود بعضها حال البيونة لا عبرة له أيضاً كوجود جميعها ، وإن قلنا : إن اليمين لا تنحل بدون الحلف فيها ؛ اكتفى بوجود آخرها في النكاح ؛ لإمكان قولنا : لا يكتفى بوجود بعض الصفة في الطلاق ، وقولنا : إن الصفة الموجودة حال البيونة لا تنحل بها اليمين ، لا يخلو عن إشكال ونظر.

ومنها : أنه لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول على خمسين من المهر ، فهل تستحق جميع المهر أو تستحق ثلاثة أرباعه ؟ هذه المسألة الحكم فيها على وجهين :

الوجه الأول: فإنها تستحقه كله ؛ لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين ورجع إليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي.

الوجه الثاني: تستحق ثلاثة أرباعه ؛ لأن الطلاق يتنصف به المهر ، ويصير مشاعاً بين الزوجين ؛ فلا يستحق من الخمسين المخالعة بها إلّا نصفها ؛ فلا يسلم للزوج عوضاً عن طلاقه إلّا نصف الخمسين ، ويرجع إليه بطلاق النصف.

ومن نصر الوجه الأول قال : تنصف المهر يثبت على الخلع لا يفارقه ، فقد ملك الخمسين كلها قبل التنصيف ، لكن ملكه لها قارن سبب التنصيف ، وهو البيونة ، فهذا هو مأخذ الوجهين.

ومنها: للمسألة مأخذ آخر على تقدير التنصف قبل الملك ، وهو : أن يخالعهما خمسين من المهر مع علمها بأن المهر يتنصف بالمخالعة ، هل تنزل على خمسين مبهمة منه أو على الخمسين التي يستقر لها بالطلاق ؟ :

في هذه المسألة وجهان ، وعليهما يتنزل الوجهان فيما إذا باع أحد الشريكين نصف السلعة المشتركة.

هل ينزل البيع على نصف المشاع وإنما له فيه نصفه وهو الربع أو على النصف الذي يخصه بملكه كذلك في الوصية وغيرها ، واختار القاضي : أنه يتنزل على النصف الذي يخصه كله ، بخلاف ما إذا قال له : اشتركت معك في نصفه ، أو أشركتك في نصفه ، وهو لا يملك سوى النصف فإنه يستحق منه الربع ؛ لأن الشركة تقتضي التساوي في الملكين ، بخلاف البيع.

والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور : أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول : نصيب ، فإن أطلق تنزل على الربع.

ومنها: إذا تزوج في مرض الموت بمهر يزيد عن المثل: ففي المحاباة روايتان:

الأولى: أنها موقوفة على إجازة الورثة؛ لأنها عطية الوارث.

الثانية: تنفذ من الثلث، نقلها المروزي والأثرم وصالح وابن منصور، والفضل بن زياد، ويحتمل أن يكون مأخذه أن الإرث المقارن للعطية لا يمنع نفوذها ويحتمل أن يقال: إن الزوجة ملكها في حال ملك الزوج؛ ليضع للعطية، ولا يمنع نفوذها.

ويحتمل أن يقال: إن الزوجة ملكها في حال ملك الزوج؛ ليضع ثبوت الإرث فيترتب على ذلك، وكذلك نص في رواية أبي طالب فيمن أقر لزوجته في مرضه بمهر يزيد على مهر المثل؛ أن الزيادة تكون من الثلث ووجهه القاضي بما ذكرناه من الترتيب؛ لأن الإقرار يتبين به أن الاستحقاق كان بالعقد، وهذا كله يرجع إلى أن العطية والوصية لمن يصير وارثاً يعتبر من الثلث، وهذا خلاف المذهب المعروف.

لكن قد يفرق بين أن يكون الوارث نسيباً أو زوجاً، كما فرق القاضي في كتاب (الوصايا) من خلافه بينهما في مسألة الإقرار؛ لأن النسب سبب إرثه قائم حال الوصية، بخلاف أحد الزوجين، وفيما ذكره القاضي في توجيه رواية أبي طالب نظر؛ فإن أحمد لو اعتبر حالة العقد لما جعله من الثلث، وإنما يخرج من هذه الرواية رواية عنه بأن إقرار المريض لوارثه معتبر من الثلث هذه هي القاعدة. وهذه هي الصور التي تندرج تحتها.

٢. قاعدة: "من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلى الإقلاع عنه":

من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلى الإقلاع عنه؛ هل يكون إقلاعه فعلاً للممنوع منه أو تركاً له فلا يترتب عليه شيئاً من أحكامه؟

هذا التصرف له عدة أنواع :

النوع الأول: ألا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية إلّا وهو متلبس به ، فلا يكون نزعه فعلاً للممنوع منه ، فمن ذلك مثلاً : إذا حلف لا يلبس ثوباً وهو لابسهُ أو لا يركب دابة وهو راكبها ، أو لا يدخل دار وهو فيها. وقلنا : أن الاستدام كالابتداء في جميع هذه الأفعال فخلع الثوب ونزل عن الدابة وخرج من الدار في أول أوقات الإمكان ، فإنه إذا فعل ذلك فإنه لا يحنث ؛ لأن اليمين يقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال ، وعلى هذا فيتعلق الحكم بأول أوقات الإمكان.

ومنه ما إذا أحرم المحرم بحج أو عمرة ، وعليه قميصٌ ؛ فإنه ينزعه في الحال ولا فدية عليه ؛ لأن محظورات الإحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل ، ولا يقال إنه بإقدامه على إنشاء الإحرام وهو متلبس بمحظوراته ، منتسب إلى مصاحبة اللبس في الإحرام ، كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والناذر ؛ فإنه كان يمكنه ألا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبث بما يحلف عليه.

ومنه ما إذا فعل فعلاً محرماً جاهلاً أو ناسياً ، ثم ذكر فإنه يجب عليه أن يقطعه في الحال ، ولا يترتب عليه أحكام المتعمد لهذا العمل.

النوع الثاني: أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين ، ولا يعلم بالمنع ولكن لا يشعر بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقلع عنه في الحال.

في هذه المسألة أو في هذا النوع اختلف أصحابنا على وجهين :

الوجه الأول: أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهي عنه ، بل يكون إقلاعه تركاً للفعل ؛ لأن ابتداءه كان مباحاً حيث وقع قبل وقت التحريم ، وهو اختيار أبي حفص العكبري.

الوجه الثاني: أنه يكون حكمه حكم الفعل بتركه ؛ لإقدامه على الفعل مع عدم علمه بتحريمه في وقته ؛ لا سيما مع قرب الوقت ، وهذا ظاهر المذهب.

من صور المسألة:

أولاً: ما إذا جامع في ليل رمضان فأدركه الفجر ، وهو مجامع فنزع في الحال ، فالمذهب أنه يفطر بذلك ، وفي الكفارة روايتان ، واختار أبو حفص أنه لا يفطر ، وخلاف في أنه لا يأثم ، إذا كان حال الابتداء متيقناً ؛ لبقاء الليل ، أو يبني بعض الأصحاب في المسألة على أصل آخر ، وهو أن النزع هل وطء من الجماع ، أو ليس من الجماع ؟ وحُكي في المسألة روايتين واختار الشيخ تقي الدين : أنه لا يفطر بالنزع في هذه الحالة ، ولا بأكلٍ ولا بغيره بناء على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الإمساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر ؛ فلا يكون الواقع منها في حالة طلوعه محرماً ألبتة ؛ كما قلنا في محظورات الإحرام : أنها إنما تثبت بعد التلبس به ، وقد روي عن أحمد ما يدل على ذلك ، فإنه قال : إذا شك في طلوع الفجر ؛ فإنه يأكل حتى لا يشك أنه طلع ، وفي المسألة أحاديث كثيرة ، وآثار كثيرة تدل على ذلك.

ثانياً: ما إذا وطئ امرأته فحاضت أثناء الوقت ، فنزع ، هل يلزمه الكفارة ؟ إذا قلنا : يلزم المعذور ؛ فمن الأصحاب من خرجها على النزع ، هل هو جماع أو ترك للجماع ، ومنهم من خرجها على مسألة الصوم ، والأظهر أنه إن كان يعلم بمقتضى العادة أن الوقت قريب وأن حيضها قد يطرأ عليه وهو يخشى مفاجأة الحيض ، فهذا هو شبهه بمسألة الصوم ، وإلّا فلا كفارة عليه ؛ لأنه إنما يتعلق به المنع بعد وجود الحيض ، وقد ترك الوطء حينئذ.

وكذلك ينبغي أن يقال في الواطئ في ليل رمضان : إنه إن ظن بقاء الليل وأنه في مهلة منه لم يفطر ، وإن خشي مفاجأة الفجر أفطر ؛ لأنه أقدم على مكروه أو محرم ابتداء.

النوع الثالث : أن يعلم قبل الشروع في فعلٍ أنه إذا شرع فيه ترتب عليه تحريمه ، وهو متلبس به ، فهل يباح له الإقدام على ذلك الفعل ؛ لأن التحريم لم يثبت حينئذٍ أو لا يباح له ذلك ؛ لأنه يعلم أن إتمامه يقع حراماً فيه.

لأصحابنا قولان في هذه المسألة...

- ومثال ذلك : أن يقول رجل لزوجته : إن وطئتكَ فأنت طالق ثلاثاً ، أو فأنت عليّ كظهر أمي ، أو يقول مثل أن يعلم أنه متى أوج في هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو مولج ، فحكى الأصحاب في مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوهما على أن النزع هل هو جماع أو ليس بجماع.

ورجح صاحب (المغني) التحريم في مسألة الطلاق والظهار على كلا القولين ؛ لأنه استمتاع بأجنبية ، وهو حرام ، ولو كان لمس بدنهما لشهوة فلمس الفرج للفرج أولى ، بخلاف الصائم فإنه لا يفطر إلّا بالوطء ، ويمكن منع كون النزع وطئاً ، قال : فإن قيل هذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرام ، قلنا : إذا لم يكن الوطء إلّا يفعل محرماً ضرورة ، وهو ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح ، لا يمكنه أكله إلّا بأكل لحم الخنزير أو اشتبهت ميتة أو ميتة بمذكاة ؛ فإن الجميع محرم.

وليس هذا مطابقاً لمسألتنا في ابتداء الوطء هنا ، فابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام ، متميز عنه لم يشتبه بحرام ، أو لم يختلط به فإذا انضم إلى ذلك أن النزع ترك للحرام لم يبقَ لها هنا حرام.

قائمة المراجع العامة

١. (المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية)
عبد العزيز عزام ، دار البيان الحديثة ، ١٩٩٩ م.
٢. (شرح القواعد الفقهية)
مصطفى أحمد الزرقا ، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ م.
٣. (الوجيز في إيضاح القواعد الكلية)
محمد صدقي البورنو ، مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٣ م.
٤. (الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية)
عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي ، تحقيق : محمد تامر ،
القاهرة ، دار السلام ، ١٩٩٨ م.
٥. (القواعد الفقهية مفهوما ، نشأتها ، تطورها)
علي أحمد الندوي ، دار القلم ، ١٩٩٨ م.
٦. (المنشور في القواعد)
محمد بهادر عبد الله الزركشي ، الكويت ، وزارة الأوقاف والشئون
الإسلامية ، ١٤٠٥ هـ.
٧. (موسوعة القواعد الفقهية)
محمد صدقي البورنو ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ، ٢٠٠٣ م.
٨. (القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها)
صالح بن غانم السدلان ، دار بلنسية للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ م.

٩. (القواعد)

أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن رجب، مكتبة الكليات الأزهرية،
١٩٧١م.

١٠. (الأشباه والنظائر)

تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب
العلمية، ١٩٩١م.

١١. (تأسيس النظر)

عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي، مكتبة الخانجي، ١٩٠٥م.

١٢. (درر الأحكام شرح مجلة الأحكام)

علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م.

١٣. (القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه)

محمد بكر إسماعيل، دار المنار، ١٩٩٧م.

١٤. (مقاصد المكلفين)

عمر سليمان الأشقر، دار النفائس للنشر والتوزيع، ١٩٩٠م.

١٥. (المدخل للفقه الإسلامي تاريخه مصادره ونظرياته العامة)

محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث ١٩٨٣م.

١٦. (الأشباه والنظائر)

زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي،
بيروت، المكتبة العصرية، ١٩٩٨م.

١٧. (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية)

محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، اعتناء: صالح الشامي، بيروت،
المكتب الإسلامي، ٢٠٠٢م.

١٨. (المدخل الفقهي العام مصطفى)

مصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر، ١٩٦٨م.

١٩. (الموافقات في أصول الشريعة)

إبراهيم بن موسى الشاطبي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م.

٢٠. (غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر)

أحمد الحنفي الحموي، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٨٥م.

